T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLÂM HUKUKU BİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

ŞERHU'L-CESSÂS A'LE'L-CÂMİ'İ'L-KEBÎR ADLI ESERİN TAHKİKİ

Tuba Hacer Korkmaz

2502120322

TEZ DANIŞMANI

Doç. Dr. Necmettin Kızılkaya

İSTANBUL-2018

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

DOKTORA
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı	:	TUBA HACER KORKMAZ	**Numarası**	:	2502120322
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı	:	TEMEL İSLAM BİLİMLERİ	**Danışmanı**	:	DOÇ. DR. NECMETTİN KIZILKAYA
Tez Savunma Tarihi	:	28.09.2018	**Saati**	:	09:30
Tez Başlığı	:	"ŞERHÜ'L -CESSÂS ALA'L-CÂMİ'İ'L-KEBİR ADLI ESERİN TAHKİKİ"			

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE OYBİRLİĞİ / ~~OYÇOKLUĞUYLA~~ karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / ~~RED / DÜZELTME~~)
1- PROF. DR. ŞÜKRÜ ÖZEN	KABUL	
2- PROF. DR. MEHMET BOYNUKALIN		KABUL
3- DOÇ. DR. NECMETTİN KIZILKAYA		KABUL
4- DOÇ. DR. AHMET HAMDİ FURAT		KABUL
5- DR. ÖĞR. ÜYESİ AHMAD ABDULJABBAR SNOBAR		

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DR. ÖĞR. ÜYESİ ABDULLAH TIRABZON		
2- DR. ÖĞR. ÜYESİ ANASA SERMİNİ		KABUL

ÖZ

***Şerhu'l-Cessâs a'le'l-Câmi'i'l-kebîr* Adlı Eserin Tahkiki**

Tuba Hacer Korkmaz

Hanefî mezhebinin müessis otoritelerinden birisi olan İmâm Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin *el-Câmi'u'l-kebîr* adlı eseri, Hanefî çevrelerce çok teveccüh görmüş ve bunun bir yansıması olarak da asırlar boyu üzerine pek çok çalışma yapılmıştır. Irak Hanefî ekolünün en önemli simâlarından olan Ebû Bekir el-Cessâs da bu esere ilgi gösterenler arasında olup, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr* ya da *Şerhu'l-Cessâs ale'l-Câmi'i'l-kebîr* olarak bilinen şerhini kaleme almıştır. Eserin fıkıh ilmi ve birikimine pek çok cihetten katkıları olacağı açıktır. Bu nedenle şerh eserin tamamının edisyon kritiğini yapıp onu ilim dünyasına kazandırmayı hedefledik.

Çalışma giriş ve dört bölümden oluşmaktadır. Girişte, konunun önemi ve mahiyeti, çalışmanın kaynakları, tahkikte esas alınan nüshanın tanıtımı ve tahkikte takip edilen yöntem ele alınmıştır. Birinci bölümde Şeybânî'nin kısa bir biyografisi verilmiş, ardından *el-Câmi'u'l-kebîr* adlı eseri incelenmiştir.

İkinci bölümde Cessâs'ın kısa bir biyografisinin yanı sıra dönemin fikhî özellikleri ele alınmış, daha sonra *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr* eserinin yeri *el-Câmi'u'l-kebîr*'in diğer şerhleriyle mukayese edilerek saptanmaya çalışılmıştır. Çalışmanın üçüncü bölümünde de önemine ve eserdeki yoğunluğuna binâen müstakil bir bölümde eserin kavâid ilmiyle olan ilişkisi ele alınmıştır. Son olarak da Cessâs'ın dört cilt olarak telif ettiği şerhinin, bir cildi kayıp ve 813 varak halindeki -tespit edebildiğimiz kadarıyla- tek nüshasının tenkitli metni yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Şeybânî, Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Şerh

ABSTRACT

Verification of the Book Named *Sharh al-Jassas a'la al-Jami al-Kabir*

Tuba Hacer Korkmaz

The book *al-Jami al-Kabir* authored by İmâm Muhammed Bin al-Shaybani, one of the three most important names of Hanafi Sect, has been highly regarded by the Hanafi Sect's followers. As a reflection of this, numerous studies have been performed over the centuries. Abu Bakir al-Jassas, one of the foremost scholars of Iraqi Hanafi Law School who have studied the book, has authored the explanatory book named *Sharh al-Jami al-Kabir* or *Sharh al-Jassas a'la al-Jami al-Kabir*. It is obvious that this book has had versatile crucial contributions to the Knowledge of Fiqh and its evolution. Therefore, it has been the goal of this thesis to conduct the verification and editorial critique of this explanatory book.

The thesis consists of introduction and four main parts. In the Introduction section, importance of the topic and the nature, introduction of the considered copy in the edition and critic, method of the edition and critic. In Part One, a concise biography of Shaybani has been presented, and the book *al-Jami al-Kabir* has been investigated.

In Part Two, a brief biography of Jassas as well as the characteristics of the Fiqh of that era have been presented; and then the status of *Sharh al-Jami al-Kabir* has been assessed comparatively with other explanatory books of *al-Jami al-Kabir*. In Part Three, the relation of the book with the Knowledge of Fiqh Maxims has been presented for its importance and high frequency of occurrence. Finally, four volumes of the sharh written by Jassas which consists of 813 pages. One of them is lost and -to our best assessment- one of the critic transkript text exist.

Keywords: Shaybani, Jassas, *Sharh al-Jami al-Kabir*, Sharh

ÖNSÖZ

Fıkhın usûl ve fürûna ait metin, şerh, muhtasar, haşiye vd. türlerinde kaleme alınmış eserlerden müteşekkil olan ilmî hazinenin sadece bir kısmı günümüze ulaşabilmiştir. Bunlardan neşredilmiş ve neşredil(e)memiş binlerce eser, İslam ilim geleneğinin zengin mirasının önemli parçalarıdır. Şüphesiz ki İslam medeniyetinin bu nadide parçalarını tanıyarak ve tanıtarak bir bakıma onları ihyâ etmek büyük ehemmiyet ve hatta borç hükmü arz etmektedir. Bu kapsamda fıkıh tarihinin erken dönemine ait temel eserlerden biri üzerine kaleme alınmış bir şerhi gün yüzüne çıkarmak miras ihyâsı kabilinden olup, şahsım adına çok manidâr ve bahtiyarlık sebebidir.

el-Câmi'u'l-kebîr, Hanefi mezhebinin müessis otoritelerden biri olan Muhammed b. el-Hasan b. Ferkâd eş-Şeybânî'nin (v. 189/805) kaleme aldığı, mezhebin temelini oluşturan *Zâhiru'r-rivâye* eserlerinden biridir. Birçok önemli meseleyi ve bu meseleler hakkındaki görüşleri ele alan söz konusu eser üzerine erken dönemlerden itibaren pek çok şerh, muhtasar, nazım kaleme alınmıştır. Kâtib Çelebî bu esere şerh yazan kırktan fazla kişinin adını zikreder.[1] Tespit edebildiğimiz kadarıyla bu şerhlerden günümüze ulaşabilmiş ilk telif Irak Hanefî fukahâsının önemli isimlerinden Ebu Bekir Ahmed b. Ali er-Râzî el-Cessâs'a (v. 370/981) aittir. *Şerhu'l-Cessâs ale'l-Câmi'i'l-kebîr* ve *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr* başlıklarıyla bilinen söz konusu eserin şerh yazım türünde ve önemli bir metnin erken dönem şerhi olması pek çok cihetten büyük önemi haizdir.

Hacimli bir şerh olan söz konusu eserden elde edilen ilmî mahsuller arasında fikhî meseleler arasındaki farklar, benzerlikler, hemen hemen her meselede tespit edilmeye çalışılan hükümlerin dayanmış olduğu asıllar/kâideler ve dabıtalar vardır. Daha sonraki süreçte bu malzemeler fıkıh ilminin müstakil bir alt dalı olarak ortaya çıkacak olan kavâid ilminin temellerini de teşkil edecektir. Yine eserlerinin çoğu günümüze ulaşamamış Irak Hanefî ekolünün temsilcilerinden İsâ b. Ebân (v. 221/836) ve Ebû'l-Hasan el-Kerhî'nin (v. 340/952) pek çok fer'î meseleye dair görüşlerini ve

[1] Katip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 568-570.

değerlendirmelerini Cessâs'ın özetleyerek aktarması şerhin kazandırdıkları arasındadır.

Altı yıllık uzun ve zorlu doktora sürecimde pek çok destek görmüş birisi olarak, '*insanlara teşekkür etmeyen Rabbine şükredemez*' düstûrundan yola çıkarak, bu destek sahiplerine buradan da bir teşekkür etmeyi bir vazife addetmekteyim. Öncelikle bu esere dikkatimi çeken ve böylelikle tezimin temeli olan eseri belirleyen, kritik hususlarda önemli yönlendirmelerde bulunan danışman Hocam Doç. Dr. Necmettin Kızılkaya'ya, her sorumu anlayışla karşılayan ve cevaplarından çok istifade ettiğim Prof. Dr. Şükrü Özen ve Prof. Dr. Mehmet Boynukalın Hocalarıma, düzenledikleri tahkik kurslarıyla alanında örnek bir eğitim ve donanımlı kütüphanesiyle ben ve daha nice talebenin istifadesine imkân sağlayan İSAM kurumuna, doktora sürecinde dört sene boyunca bana burs vererek maddî kolaylık sağlayan Türkiye Diyanet Vakfi Kurumu'na, Dr. Ahmet Snobar ve onun vesilesiyle tezimin tenkitli neşrini okuyup önemli tashih ve tavsiyelerde bulunan Muhammed Yasir Şahin'e, çalışmamın ana metnini oluşturan nüshaya ulaşmamda bana yardımcı olan Husein Hassan'a, çalışmamın gerektirdiği bazı yazma eserlere ulaşmama vesile olan Süleymaniye Kütüphanesi çalışanlarına, kendisinden dolayı yaşayan bir alim tanıma bahtiyarlığına eriştiğim, ilmi ve ahlakıyla örnek olan kıymetli Hocam Mehmet Savaş'a, yakın zamanda kaybettiğimiz, nice ilim talebesinin hayatına şefkatle dokunmuş olan Prof. Dr. İshâk Ferhân'a ve bana öğreten tüm hocalarıma gönülden teşekkürü borç bilirim. Maddî ve manevi desteğiyle her süreçte yanımda olan fedakâr eşime duacı ve müteşekkirim. Yoğunluklar sebebiyle evlatlıktaki ve annelikteki taksirime anlayış gösteren kıymetli anne ve babam ile şükür sebebi yavrularıma, ilim ve irfan yolculuğuna beraber çıktığım dosttan öte kardeşlerim Ayşe ve Hasibe'ye, yine bu süreçte dualarıyla şahsıma manevî desteklerini sunan tüm arkadaşlarıma ve gönüldaşlara derin şükranlarımı sunarım.

Tuba Hacer Korkmaz

ÜSKÜDAR, 2018

İÇİNDEKİLER

Sayfa

ÖZ ..... İİ
ABSTRACT ..... İİİ
ÖNSÖZ ..... İV
İÇİNDEKİLER ..... Vİ
ŞEKİLLER LİSTESİ X
KISALTMALAR LİSTESİ ..... Xİ
GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM

MUHAMMED B. EL-HASAN EŞ-ŞEYBÂNÎ'NİN HAYATINA GENEL BİR BAKIŞ VE *EL-CÂMİ'U'L-KEBÎR*

A. MUHAMMED B. EL-HASAN EŞ-ŞEYBÂNÎ 13
1. Doğumu, Nesebi, Vefatı 13
2. Hocaları ve Öğrencileri 14
3. Eserleri 15
3.1. *el-Asl* 17
3.2. *el-Câmi'u's-sagîr* 18
3.3. *el-Câmi'u'l-kebîr* 19
3.4. *ez-Ziyâdât* 19
3.5. *Ziyâdâtu'z-Ziyâdât* 20
3.6. *es-Siyeru's-sagîr* 20
3.7. *es-Siyeru'l-kebîr* 21
3.8. *el-Âsar* 22
3.9. *el-Muvatta* 22
3.10. *el-Hücce ala Ehli'l-Medîne* 23
3.11. *el-Kesb* 23
3.12. *el-Emâlî* 24
3.13. *en-Nevâdir* 24
4. Fıkhî Etkileri 25
B. *el-CÂMİ'U'L-KEBÎR* 26
1. Eserin İsmi ve Müellife Nisbeti 26
2. Eserin Telif Tarihi ve Kaynakları 27

3. Eserin Şekil/İç Tasnif Açısından Tahlili 28
a. Ana Bölümlerin/Kitâbların Tertibi 29
b. Alt Başlıkların/Bâbların Tertibi 32
i. İbâdetle İlgili Bâbların Tertibi 34
ii. Muâmelatla İlgili Bâbların Tertibi 36
4. Eserin Muhtevâ Açısından Tahlili 36
a. Naklî Deliller 40
b. Kavramlar 40
c. Küllî Kâideler 42
d. *Zâhiru'r-rivâye* ve *Nâdiru'r-rivâye* Râvileri ve Mesâili 43
5. Eserin Telif Üslubu 44
6. Eserin Mezhep İçinde ve Mezhepler Arasındaki Yeri 46
7. Eser Üzerine Yapılmış Çalışmalar 47

İKİNCİ BÖLÜM

EBÛ BEKİR ER-RÂZÎ EL-CESSÂS'IN HAYATINA GENEL BİR BAKIŞ VE *ŞERHU'L-CÂMİ'İ'L-KEBÎR*

A. EBÛ BEKİR ER-RÂZÎ EL-CESSÂS 50
1. Doğumu, Nesebi, Vefatı 50
2. Hocaları ve Öğrencileri 51
3. Dönemin Fıkhî Özellikleri ve Irak Hanefîliği 53
4. Eserleri 60
4.1. *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr* 61
4.2. *Şerh Muhtasari't-Tahâvî* 61
4.3. *Muhtasaru İhtilâfi'l-ulemâ/fukahâ* 61
4.4. *Şerh Edebi'l-kâdî* 62
4.5. *el-Fusûl fi'l-usûl* 62
4.6. *Ahkâmu'l-Kur'ân* 63
5. Mezhepteki Yeri 64
B. *ŞERHU'L-CÂMİ'İ'L-KEBÎR* 66
1. Eserin Müellife Nisbeti, İsmi ve Telif Sebebi 66
2. Eserin Telif Tarihi ve Kaynakları 68
2.1. Kaynak Gösterdiği Eserler 69
2.2. Atıfta Bulunduğu Şahıslar 70
3. Eserin Nüshaları 73
4. Eserin Şekil/İç Tasnif Açısından Tahlili 74
4.1. Bölümlerin/Kitâların Tertibi 74
4.2. Alt Başlıkların/Bâbların Tertibi 75

5. Eserin Muhteva Açısından Tahlili 79
5.1. Naklî Deliller 88
5.2. Kavramlar 94
5.3. Küllî Kâideler 98
5.4. Mezhep İmâmlarının Görüşleri 98
6. Eserin Anlatım Üslubu 100
7. Eserin Mezhep İçinde ve Mezhepler Arasındaki Yeri 102
8. Eser Üzerine Yapılmış Çalışmalar 104
C. *EL-CÂMİ'U'L-KEBÎR* ŞERH GELENEĞİ VE BU GELENEK İÇERİSİNDE CESSÂS'IN ŞERHİ 104
1. *el-Câmi'u'l-kebîr* Şerhleri 107
a. Ahmed b. Mansûr el-İsbicâbî (v. 480/1087) 110
b. Ebû'l-Usr Pezdevî (v. 482/1090) 111
c. Ebû Bekir Haherzâde (v. 483/1090) 112
d. Sadrüşşehîd İbn Maze (v. 536/1141) 112
e. Rükneddin el-Kirmânî (v. 543/1149) 113
f. Alauddin es-Semerkandî (v. 552/1157) 113
g. Ebû Nasr el-Attâbî (v. 586/1190) 114
h. İftihâruddin Abdülmuttalib el-Halebî (v. 616/1219) 115
i. Burhânuddin Mahmud b. Ahmed (v. 616/1219) 117
j. Cemâlüddin el-Hasırî (v. 636/1238) 117
k. İbn Kâdî el-Asker (v. 651/1252) 118
2. *el-Câmi'u'l-kebîr* Şerhlerinin Mukayesesi 119
a. İç Tasnif/Şekil Açısından 120
b. İçerik Açısından 124
c. Üslup Açısından 129

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ŞERHU'L-CÂMİ'İ'L-KEBÎR VE KAİDELEŞTİRME OLGUSU

A. ESERDE KÂİDELERİN TESPİTİ 131
1. Kâide Anlamında Kullanılan Lafızlar 134
1.1. Asl 135
1.2. Kıyâs 137
1.3. Vech 140
1.4. Nükte 140
2. Kâide İle Yakın İlişkili Kavramlar 141
2.1. Şebîh/Eşbâh 142
2.2. Nazîr/Nezâir 145

2.3. Fark/Furûk 144
B. ESERİN KÂİDELEŞTİRME SÜRECİNE ETKİSİ 145

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

***ŞERHU'L-CESSÂS A'LE'L-CÂMİ'İ'L-KEBÎR*'İN TENKİTLİ METNİ**

SONUÇ 148

KAYNAKÇA 150

ÖZGEÇMİŞ 160

ŞEKİLLER LİSTESİ

Şekil 1: *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*'in vakıf ve istinsâh kaydı ……..…. 8
Şekil 2: *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*'in mühür sayfası ……..... 9
Şekil 3: Şeybânî'nin *el-Câmi'u'l-kebîr, el-Câmi'u's-sagîr, el-Asl* eserlerinin içerik tablosu ……..……..…….. 31
Şekil 4: Cessâs'ın doğum, vefat ve yolculuk yaptığı yerlerin haritası ……..….... 52
Şekil 5: Cessâs'ın fikhî (hoca-talebe) silsilesi …….. 54
Şekil 6: *el-Câmi'u'l-kebîr* eserine yazılan şerhlerin telif dönem ve coğrafya ile müelliflerin diğer eserlerini içeren tablo ……..... 109
Şekil 7: Şerhlerde *Ebvâbun Müteferrika* bölümü bâb başlıklarındaki farklılıkları gösteren tablo……...….. 125
Şekil 8: Şerhte verilen bazı kâidelerin yer aldığı tablo……..…….....…136

KISALTMALAR LİSTESİ

Bkz. : Bakınız
Krş. : Karşılaştırınız
c. : Cilt
s. : Sayfa
v. : Varak
kol. : Koleksiyon
md. : Madde
Çev. : Çeviren
thk. : Tahkik
Haz. : Hazırlayan
Yay. : Yayınlayan
y.y. : Yayın yeri yok
t.y. : Tarih yok
Ktp. : Kütüphanesi
DİA : Türkiye Diyanet Vakfi İslam Ansiklopedisi
GAS : Fuad Sezgin'in *Geschicte des Arabischen Schrifttums* adlı eseri
GAL : Carl Brockelmann'ın *Geschicte der Arabischen Litteratur* adlı eseri
Ünv. : Üniversitesi
Ens. : Enstitüsü
Dan. : Danışman
Hz. : Hazreti
s.a.v. : Sallallahu Aleyhi ve Sellem
r.a. : Radiyallahu Anh
v. : Vefat
h. : Hicrî
m. : Miladî
b. : Bin (oğlu)
vd. : Ve diğerleri
vb. : Ve benzeri

GİRİŞ

I. ARAŞTIRMANIN ÖNEMİ VE İÇERİĞİ

Hanefî mezhebinin önemli kaynak eserlerinden olan *el-Câmi'u'l-kebîr*'e Cessâs'ın kaleme aldığı bu şerhi tahkik etmek hiç şüphesiz pek çok cihetten büyük önemi haizdir. İmâm Muhammed eş-Şeybânî'nin *el-Câmi'u'l-kebîr* adlı eserine Cessâs'ın kaleme aldığı şerhi günümüze kadar neşredilmemiş ve günümüze kadar eserin tamamı veya bir kısmına dair bir çalışmaya da rastlanmamıştır. Fıkıh tarihi ve literatürü için önemli bir yer teşkil eden klasik dönem eserlerinden bu eser hakkında yapılacak çalışmaların oldukça mühim olduğu kanaatindeyiz. Bundan yola çıkarak eserin tamamının edisyon kritiğini yapıp onu ilim dünyasına kazandırmayı hedefledik.

Irak Hanefî ekolünün önde gelen temsilcilerinden olan Cessâs'ın söz konusu eserinin, tespit edebildiğimiz kadarıyla *el-Câmi'u'l-kebîr* şerhleri arasında bize ulaşan ilk şerh olması eseri önemli kılmakta ve ulaşabildiğimiz diğer şerhler arasında hacimli bir şerh olması da eserden istifadeyi arttırmaktadır. Bunun yanı sıra eseri önemli kılan hususlardan bir diğeri de, fikhî meseleler arasındaki farkların, benzerliklerin, hükümlerin dayanmış olduğu asılların/kâidelerin ve dabıtaların hemen hemen her meselede tespit edilmeye çalışılmasıdır. Hiç şüphesiz bu malzemeler, daha sonraki süreçte fıkıh ilminin bir alt edebî türü olarak ortaya çıkacak olan kavâid ilminin nüvelerinden olmuştur. Yine İsâ b. Ebân ve Ebû'l-Hasan el-Kerhî'nin kavillerinin özetlenerek bize ulaştırılması da eserin dikkat çeken ayrıcalıklarındandır. Cessâs, eserlerinin çoğu günümüze ulaşamamış bu iki önemli gelenek temsilcisi fakîhin fer'î meselelere dair görüşlerini ve değerlendirmelerini iktibas etmesiyle önemli bir aktarım yapmıştır.

Çalışma giriş ve dört bölümden oluşmaktadır. Girişte, konunun önemi ve mahiyeti, çalışmanın kaynakları, tahkikte esas alınan nüshanın tanıtımı ve tahkikte takip edilen yöntem ele alınmıştır. Birinci bölümün ilk kısmında şerhin metninin sahibi olan Şeybânî'nin kısa bir biyografisi verilmiş, ikinci kısmında da *el-Câmi'u'l-kebîr* adlı eseri incelenmiştir. Bunu yaparken eserin ismi, müellife nisbeti, telif tarihi, kaynakları, nüshaları, iç tasnifi, içeriği, telif üslubu, literatürdeki yeri ve son olarak da eser üzerine yapılan çalışmalar ele alınmıştır.

İkinci bölümün ilk kısmında şerhin yazarı olan Cessâs'ın kısa bir biyografisi verilmiştir. Bu minvalde doğumu, nesebi, vefatı, hocaları, öğrencileri, dönemin fikhî özellikleri ile Irak Hanefiliği, eserleri ve mezhepteki yeri ele alınmıştır. İlgili bölümün ikinci kısmında *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr* eseri incelenmiştir. Bölümün sonunda *el-Câmi'u'l-kebîr* şerh geleneği ve bu gelenek içerisinde Cessâs'ın şerhinin yeri ulaşabildiğimiz diğer şerhlerle mukayese edilerek verilmiştir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde ise önemine ve eserdeki yoğun kullanımına binâen eserin kavâid ilmiyle olan ilişkisi ele alınmıştır. Bu kapsamda eserdeki kâidelerin tespiti, kâidelerin dili ve üslûbu, elimizdeki şerhin kâideleştirme sürecine etkisi gibi hususlar ele alınmıştır. Son olarak Cessâs'ın telif ettiği *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr* eserinin toplam 813 varaktan oluşan ve tespit edebildiğimiz kadarıyla tek nüshasının tenkitli metni yer almaktadır.

II. ÇALIŞMANIN KAYNAKLARI

Çalışmanın esasını tahkik bölümü oluşturduğundan bununla ilgili bir literatür değerlendirmesi yapmak güçtür. Bununla beraber çalışmanın gerek tahkik ve gerekse dirâse kısmıyla alakalı pek çok kaynak ve çalışma incelenmiştir. Özellikle metinde geçen ibâreleri doğru bir şekilde anlayabilmek için temel olarak ana metin sahibi Şeybânî'nin *el-Asl, el-Emâlî, el-Câmi'u's-sagîr, el-Câmi'u'l-kebîr, el-Hücce ala Ehli'l-Medîne, el-Âsâr* vd. eserleri ile şârih Cessâs'ın *Ahkâmu'l-Kur'ân*, *el-Fusûl fi'l-usûl, Şerh Muhtasari't-Tahâvî* gibi diğer eserlerine ve *el-Câmi'u'l-kebîr*'in ulaşılabilen diğer şerhlerine başvurulmuştur. Aynı zamanda Mehmet Boynukalın'ın *İmâm Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin Kitâbü'l-Asl Adlı Eserinin Tanıtımı ve Fıkıh Usûlü Açısından Tahlili*, Mevlüt Güngör'ün *Cassas ve Ahkâmu'l-Kur'ân'ı*, Aydın Taş'ın *Şeybânî'nin Hukuk Anlayışı* gibi çalışma kapsamında incelenmesi gereken temel eserleri tanıtan çalışmalardan da faydalanılmıştır.

III. TAHKİKTE ESAS ALINAN NÜSHANIN TANITIMI

Bu çalışmada esas alınan eserin nüshasıyla alakalı tespit edilebilen hususlar şunlardır:

Dâru'l-kütübi'l-mısriyye'de el-Fıkhu'l-hanefî bölümü 745 ve 746 demirbaş numaralarına kayıtlı üç cildi bulunan nüshanın yanı sıra yine Dâru'l-kütübi'l-mısriyye'de el-Fıkhu'l-Hanefî Bölümü'nde 112 tasnif numarasında şerhin *Kitâbu'l-Büyû'* ile başlayan bir nüshası kayıtlıdır. Ayrıca Kütüphane el-Hidiviyye'de 69 tasnif numarasında ve Ma'hedu'l-mahtutâti'l-arabiyye'de de 498 ile 756'da kayıtlı nüshaları vardır. Ancak 745 ve 746'da kayıtlı olan üç cilt halindeki nüshanın dışındakilerin tamamı tespit edilebildiği kadarıyla Dâru'l-kütüb'il-mısriyye'deki ciltlerin mikrofilminden tabedilmiş nüshalardır. Kuveyt Üniversitesi Kütüphanesi'nde[2] ve Merkezu Cum'a el-Mâcid li's-sekâfe ve't-türâs'ta[3] tamamı ve İSAM Kütüphanesi'nde de ikinci cildin Dâru'l-kütüb'il-mısriyye'deki mikrofilmden çoğaltıldığı anlaşılan bir nüshaları bulunmaktadır. Tek nüsha olan bu eserin şahıs kütüphanelerinde veya henüz kataloglara dâhil edilmemiş nüshalarının olması elbette muhtemeldir.

Dâru'l-kütüb'il-mısriyye'de el-Fıkhu'l-hanefî bölümü 745 ve 746 demirbaş numaralarına kayıtlı -22 Zilhicce 1947 tarihine kayıtlı mikrofilmden tabedilmiş bir nüshası- üç cildi bulunan nüshanın ikinci cildinin sonundaki ferağ kaydına göre, hicrî 559 yılının Şaban ayının son on günü içerisinde pazar gününde ikinci cildin, dördüncü cildin sonundaki kayda göre de 560/1171 yılının Muharrem ayının salı gününde eserin tamamının istinsahı -istinsah yeri belirtilmeksizin- Ebû Muhammed el-Hasan b. Ali b. Emîr el-Hasanî[4] tarafından tamamlanmıştır. Yazma eserin mühür sayfasından bir önceki sayfasında kaydedilen bilgiye göre 348/959 yılının 20 veya 21 Şevval salı günü Bağdat'ta şerhin telifi tamamlanmıştır.[5] Bu da nüshanın müellifin telifinden yaklaşık iki asır sonrasında istinsah edildiği anlamına gelmektedir.[6] Eser, Dâru'l-kütübi'l-mısriyye nüshasını işaret eden kataloglamalarda *Şerhu'l-Cessas ale'l-Câmî'i'l-kebîr* başlığı ile zikredilmektedir.

---

[2] Bkz.http://library.kuniv.edu.kw/manuscript/Scriptsview.asp?ID=31935 ve http://library.kuniv.edu.kw/manuscript/Scriptsview.asp?ID=31932.
Ayrıca *Fihrisu Mahtutâti Dâri'l-kütübi'z-zâhiriyye: el-Fıkhu'l-hanefî*, I, 425-426, 325 vr. (Nüsha *Kitâbu'l-Büyû'*'dan itibâren)

[3] Bkz. http://www.almajidcenter.org/ar/search_details.php

[4] Bu kişi hakkında herhangi bir bilgiye ulaşılamadı.

[5] إنّي فرغت من هذا الكتاب يوم الثلثاء التسع بقين من شوّال من سنة ثمان وأربعين وثلاثمائةٍ وهو أوّل يومٍ من دَي ماه "من شهور الفُرس بمدينة السلام في الجانب الغربي في قطيعة الربيع."(Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 391[a].)

[6] Cessâs tefsirinde bu esere *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr* şeklinde atıf yapmıştır. (Cessâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân,* III, 212.)

Fizikî değerlendirme olarak nüsha, -istinsah edildiği döneme ait hat ve tezhip gibi sanatsal özellikler barındırmadığı için- özel sanat değeri olmayan, 24 x 17 cm ebatlarında, nesih hattıyla yazılmış, görüldüğü kadarıyla mikrofilmden tabedilme esnasında oluşan bazı sunî hasarlar ve küçük çaplı rutubet haricinde kitap kurdu, mürekkep dağılması vs. kaynaklı hasar taşımayan bir nüshadır.

Ulaşabildiğimiz nüshanın üç cildi olup, bütün ciltlerin baş tarafında ve birinci cildin sondan da eksikliği vardır. Bu nedenle genellikle eserlerin konuya başlamadan önce baş tarafında bulunan dua, mukaddime, temlik kaydı, özel istinsah amacı gibi hususlar bilinmemektedir. Ayrıca şerhin ana metni olan *el-Câmi'u'l-kebîr* ile mukayese edildiğinde ciltlerin tamamında tertip hatalarının olduğu saptanmıştır. Eksik kitâb/ana ve bâb/alt konular göz önüne alındığında ve eserin ferağ kaydının bulunduğu sayfadaki vakıf kaydına göre eserin toplam dört ciltten oluştuğu ve bu eksik cildin de konular itibariyle üçüncü cilt olduğu anlaşılmaktadır.

Bazı sayfaların kenarlarına -düzeltme değil şerh amaçlı olduğu anlaşılan- notlar düşülmüştür.[7] Ancak tek nüsha olması nedeniyle başka nüshalarla karşılaştırılamamış ve ayrıca bu notların kime ait olduğu tam olarak tespit edilememiştir. Yine kütüphane tarafından ikinci cildin sayfa aralarına "birinci cilt" diye not düşüldüğü görülmektedir.[8] Ayrıca bazı sayfalarda tam okunamadığı için kesin olarak bilinemese de kütüphane mührü olması kuvvetle muhtemel olan mühür damgası vardır.[9]

Klasik dönem eserlerinde harflerin noktasız kullanımının yanı sıra istinsah esnasında hatalı noktalamalar olabiliyordu. Bu durum, tahkik çalışmalarında hareke, noktalama ve harflerdeki bozulmalar için tashif ve manadaki bozulmalar için tahrif kavramlarının ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Nüshada da bunun -ileride verileceği üzere- örnekleri bir hayli mevcuttur.

Eserin birinci cildi, Dâru'l-kütübi'l-mısriyye'de el-Fıkhu'l-hanefî bölümü 745 demirbaş numarasına kayıtlı, her varağı 19 satır, önlü arkalı toplam 121 varaktan oluşmaktadır. *el-Câmi'u'l-kebîr* ile mukayese edildiğinde en başta bulunması gereken

[7] Bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 225[a], 225[b]; IV, 389[b].
[8] Bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 76[a], 77[a], 78[a] vd.
[9] Bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 111[a]; II, 293[b] vd.

Bâbu's-Salât başlığı yer almayıp, nikâh konusuna dair bir meselenin devamı olduğu anlaşılan ibârelerle başlayan birinci ciltte, nikâh bölümüne dair sadece "باب من نكاح العبد والخلع في ذلك والدين" bâb başlığı yer almaktadır. Bu bâb da nihayete ermeden, *Bâbu's-Salât* başlığı altındaki meselelerden olan namazların kısaltılması ve seferînin namazı ile alakalı meseleler yer almaktadır. Sonrasında tamamı yine *bâb* alt başlığı altında bulunan müstahâza, secde, abdest ve giyside temizlik, bayram namazı, teşrik tekbirleri, oruç ve itikâf ile *Kitâbu'z-Zekât* bölümünden sadece "باب زكاة المال" ve "باب زكاة الطعام" bâb başlıkları bu ciltte yer almaktadır. Ancak cümle tamamlanmadan cildin sonu birden kesilmektedir. *el-Câmi'u'l-kebîr*'de *Kitâbu'z-Zekât*'tan sonra yetmişi aşkın bâb başlığı ile en fazla bâb başlığı içeren *Kitâbu'l-Eymân* ile nikâh bölümünün ilk bâb başlığının -*el-Câmi'u'l-kebîr*'in ve diğer şerhlerdeki tertibi dikkate alındığında- bu ciltte ele alındığı anlaşılmaktadır.

İkinci cilt ise, Dâru'l-kütübi'l-mısriyye'de el-Fıkhu'l-hanefî bölümü 745 demirbaş numarasına kayıtlı, her varağı 19 satır, önlü arkalı toplam 298 varaktan oluşmaktadır. *el-Câmi'u'l-kebîr* ile mukayese edildiğinde en başta zekât konusuna dair bir meselenin devamı olduğu anlaşılan ibârelerle başlamış ve *Kitâbu'z-zekât* bölümünden sadece "باب زكاة الإبل والبقر والغنم مع المال يضمّ إليه" başlığı yer almıştır. *el-Câmi'u'l-kebîr*'in tasnifinde yer alan diğer üç bâb başlığı[10] bu ciltte yer almamıştır. İkinci cildin başındaki zekât bölümlerinin, tıpkı birinci cildin başına yanlışlıkla mülhak olan nikâh bölümleri gibi -kuvvetle muhtemel kütüphane kaynaklı- tertipteki hatadan dolayı ilhak edildiği ve aslında konunun birinci ciltte tamamlandığı düşünülmektedir.

Zekât bölümüne ait tek bâb başlığı işlendikten sonra, *Kitâbu'n-Nikâh* başlığı yer almadan *el-Câmi'u'l-kebîr*'in tasnifine göre ilgili bölümün üçüncü bâb başlığı olan "باب من النكاح والخلع" konusu yer almakta olup, akabinde yer alan diğer bâb başlıklarıyla bu kitâb/bölüm tamamlanmaktadır. *Kitâbu'n-Nikâh* konusundan sonra sırasıyla *Kitâbu'd-Davâ, Kitâbu'l-İkrâr* gelip, konular bütünüyle işlenmiştir. İkrar konusundan sonra gelen *Kitâbu'ş-Şehâdât* konusunun ilk dokuz bâb başlığı nüshada işlenmiş olup,

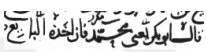
[10] *Bâbu Zekâti'r-rakîk ve'l-hayvân ve gayri zalike, Bâbu ma yûcibu'r-raculü ala nefsihi, Bâbu'z-Zekâti fi'l-icâre.*

son on dört bâb başlığı yer almamaktadır. Ancak cildin sonunda yer alan cilt hatimesi ve son olarak ele alınan meselenin bağlanması bölümün diğer bâb başlıklarının diğer ciltte ele alındığını göstermektedir. *el-Câmi'u'l-kebîr*'de *Kitâbu'ş-Şehâdât*'tan sonra gelen ve sekiz bâb başlığı olan *Kitâbu't-Talâk*, üç bâb başlığı bulunduran *Kitâbu'l-Menâsik*, dört bâb başlığı ihtiva eden *Kitâbu'l-Kazâ* ve on başlık ihtiva eden *Kitâbu'd-Damân* bölümleri de nüshada yoktur. *Kitâbu'l-Büyû'* altında yer alan otuz beş bâb başlığının kayıp ciltte olduğu anlaşılmaktadır. Dördüncü cilt olan son ciltte, *el-Câmi'u'l-kebîr*'de elli bâb başlığı ihtiva eden büyû' bölümünün sadece on beş bâb başlığı işlenmektedir. Metin odaklı bir yazım türü olan şerh türüne ait erken dönem örneklerinden Cessâs'ın elimizdeki şerhinde sadece seçili konu ve başlıkları ele alması ise nüshanın içerdiği başlıklar itibariyle düşünülmemektedir.

Dördüncü cilt, Dâru'l-kütübi'l-mısriyye'de el-Fıkhu'l-hanefî bölümü 746 demirbaş numarasına kayıtlı, her varağı 19 satır, önlü arkalı surette olup toplam 391 varaktan oluşmaktadır. Cildin baş tarafı eksik olan nüshanın söz konusu cildi, bey' akdine dair bir meselenin devamı olduğu anlaşılan ibârelerle başlamaktadır. *el-Câmi'u'l-kebîr*'de bu bölüm içinde yer alan elli bâb başlığından son on beşi işlenmektedir. *Kitâbu'l-Büyû*''nun tamamlanmasından sonra sırasıyla rehin, şirket, vasiyet, mükâteb, şüf'a, vekâlet, havale ve kefalet, sulh, icâre kitâbları/ana bölümleri bâb başlıklarıyla işlenmiştir. Ancak eserde *el-Câmi'u'l-kebîr*'e göre mudârebe bölümünden sonra yer alması gereken *Kitâbu'l-Cinâyât*, *Kitâbu'l-Mudârebe*'den önce ve *Bâbu'n-mine'l-cinâyât* başlığı altında yer almaktadır. Bunun da kütüphane kaynaklı bir tertip hatası olduğu düşünülmektedir. Son olarak *el-Câmi'u'l-kebîr*'de, bir kısmı *Kitâbu'l-Cinâyât*'tan önce bir kısmı da sonra işlenen bazı bâb başlıkları *Ebvâbun Müteferrika* başlığı altında toplanmış ve ele alınmıştır.[11]

[11] Cessâs'ın şerhinde *Ebvâbun Müteferrika* başlığı altında yer alan bâb başlıkları ile şerh ve metinde geçen başlıklar arasında farklılık olması halinde parantez içinde verilen *el-Câmi'u'l-kebîr*'deki başlıkları şunlardır:
باب من السلم في الرطب، باب من الدراهم التي خلطها صفر، باب من الضمان في العارية والإجارة (باب الضمان)، باب من الصلح في الكفالة من الكيل والوزن على أقل منه (باب من الصلح في الكفالة)، باب من المال الذي يكون قرضًا والذي لا يكون، باب ما يكون المولى فيه خصمًا عن عبده وما لا يكون (باب ما يكون الرجل فيه خصمًا عن عبده وما لا يكون)، باب من وديعة المحجور والصيد المحجور عليه مما يلحقه إذا مات أو لا يلحقه (باب وديعة المجنون والصبي والعبد المحجور عليه)، باب الوديعة التي يقرّ صاحبها بقبض بعضها أو يقر بذلك المشتري ثم يموت (باب من الوديعة التي يقبضها صاحبها أو يقبض بعضها)، باب ما يجوز لليتيم أن يفعله إذا أُذن له في التجارة وللولد الصغير (باب ما يجوز لليتيم أن يفعله)، باب من القضاء الذي يكون من الوارث إكذابًا للشهود (باب من القضاء الذي يكون من الوارث إكذابًا للشهود وما للوارث والوصي

Eserde müstensihin göz yanılmasıyla yapmış olduğu anlaşılan satır, cümle ve kelime tekrarları, günümüz imlâ kurallarına uymayan kelimeler ve harflerin yanı sıra cezm edici harflerin ilhak olduğu fiillerin sonundaki illet harflerinin hazf edilmesi veya müzekker–müennes kullanımlarında nahiv kurallarını ihlâl eden, yanlış noktalama veya yanlış hareke vaz'ının yapıldığı pek çok kelime bulunmaktadır. Ayrıca bazı ayet ve hadis naslarında nâdiren de olsa hatalar yapılmıştır. Yine nüshada örneğinde olduğu gibi hiçbir noktası olmayan pek çok kelime geçmektedir.

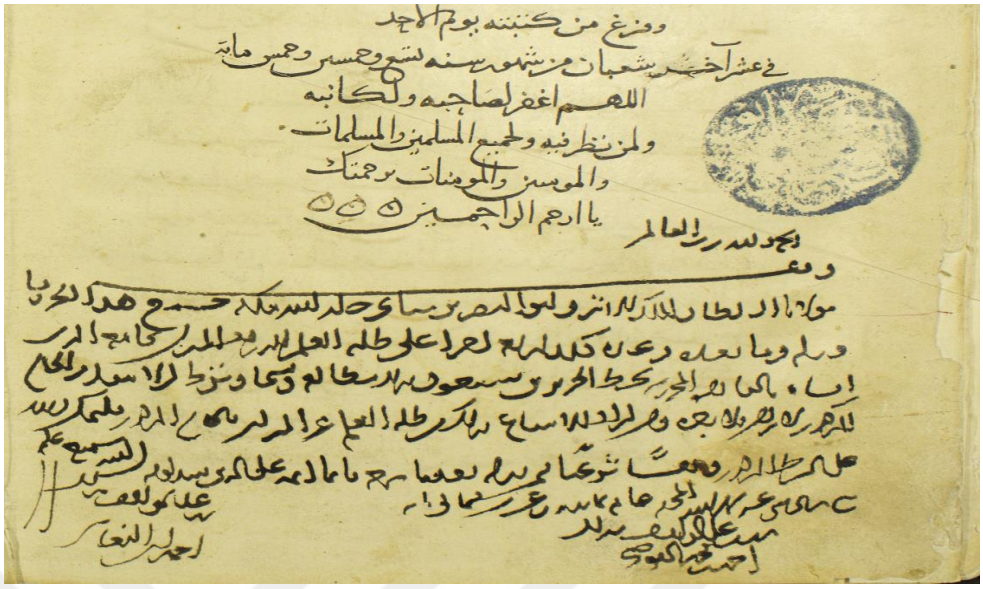
Müstensih, yanlış veya tekrarlı olarak yazdığı ibârelerin başına ve sonuna  örneğinde olduğu gibi "لا - إلى" veya "كرر - إلى" ifadelerini ekleyerek metinden çıkarma tasarrufunda bulunmuştur. Ayrıca müstensihin nüshada, çoğu 'nokta' yerine kâim olan işaretlerini kullandığı görülmektedir. Müstensihin bir başka kullanımı da, içinde ح ve ع harfleri bulunan kelimelerde, bu harfler ile noktalı versiyonları olan خ, ج, غ harfleri arasında karışıklık olmaması için uyarı mahiyetinde ilgili kelimelerde noktasız olanların (ح ve ع) altına gelecek şekilde küçük punto halinde ح ve ع harfleri ilave etmesidir.

Aşağıda nüshanın hatime duası ile ferağ ve vakıf kayıtlarının olduğu sayfa[12] ve en sondaki mühür sayfası[13] verilmektedir:

أن يفعلا وما ليس لهما أن يفعلا)، باب إجارة البائع والمرتهن والغاصب في تعليم العبد (باب إجارة البائع والمرتهن والغاصب)، باب الهبة في المرض (باب من الهبة في المرض).

[12] Sayfada *hidiv* mührü, ferağ, istinsah, vakıf kayıtlarının yanı sıra şu sözler kaydedilmiştir:
وقف مولانا السلطان الملك الأشرف أبو النصر برسباي خلد الله ملكه جميع هذا الجزء وما قبله وما بعده وعده كله أربع أجزاء على طلبة العلم لله رب العالمين بجامع الذي أنشاه بالقاهرة المحروسة بخط الحريري من ينتفعون به مطالعة سماء وشرط ألا ينقل من الجامع المذكور لا برهن ولا بأجرة، ومن أراد الانتفاع به من طلبة العلم عن ... وقفا شرعيا، فمن بدله بعدما سمعه .... على الذي ... والله سميع عليم ... شهر الله المحرم عام ثمانية وعشرين ثمانمائة ... لله على الواقف بذلك أحمد لمن النعام.

[13] Sayfada *hidiv* mührünün yanı sıra -tarafımızca düzeltilen- şu sözler kaydedilmiştir:
من أحسن ما سمعت في الزهد قول القائل:
إذا كان شيء لا يساوي جميعه جناح بعوض عند كنت عبده
وأشغل جزء منه كلك ما الذي يكون [على] ذا [الحال] قدرك عنده



IV. TAHKİKTE TAKİP EDİLEN YÖNTEM

Elimizdeki yazma eserin edisyon kritiği yapılırken takip edilen yöntemler ve araştırmacının gerekli yerlerde yapmış olduğu müdahaleler özetle şunlardır:

1- Tahkike konu eserin metni dikkatli bir şekilde birkaç kere okunup ve aslına sâdık bir şekilde bilgisayara geçirilmiştir. Bunu yaparken de günümüz imlâ kurallarının -meselâ eserde genelde ayrı yazılan (örneğin الخمس مائة) yüzlük sayıların birleştirilmesi, klasik dönemde çokça görülen hemze (ء) yerine yazılan ye harfinin (ـيـ) hemze ile tebdili gibi- esas alınmasına, metnin rahat ve anlaşılır olarak okunabilmesine yardımcı olacak noktalama işaretlerinin yerli yerince kullanılmasına, kritik yerlere hareke konulmasına ve lüzumsuz dipnotlardan kaçınılmasına dikkat edilmiştir.

2- Çalışmada yazıdan, silinmeden, mikrofilmden tabetme gibi sebeplerden dolayı okunamayan kelimeler, harfler, ibâreler şahsî incelemeler ve uzman kişilere müracaatla mümkün mertebe tamamlanmıştır. Hiç okunamayan durumlarda da ilgili yerin fotoğrafı metne, şüphe edilen yerlerin fotoğrafı da dipnota eklenmiştir.

3- Eserde geçen ayet ve hadislerin ve yapılan diğer iktibasların tahrîci yapılmıştır. Bunu yaparken hadislerin geçtiği kaynakların tertibi sıhhat derecesine göre verilmiştir. Ayrıca yazmada geçen bazı teknik terimler, anlaşılması zor (garîb) kelimeler ile mekân, çok meşhur olmayan şahıs, kabile ve eser adları için ilgili kaynaklara müracaat edilip, dipnotlarda özet bilgiler verilmiştir.

4- Müellifin alıntı yaptığı hadis metni meâlen verildiği veya mevcut hadis eserlerinde farklı lafızlarla geçtiği durumlarda dipnotta bu hususa işaret edilmek suretiyle, alıntı olduğu gibi tahkik metninde verilmiştir.

5- Metinde geçen bir şiir, şairin neşredilmiş divanındaki metin ile uyuşmadığında olduğu gibi tahkik metninde bırakılıp, farklılığa dipnotta işaret edilmiştir.

6- Eserde üzerinde ittifak sağlanmış bazı gramer kurallarının eserde uygulanışı konusunda ortak tavır görülmemektedir. Meselâ hazfedilmesi gereken illet harflerinin hazfi bazen yapılıp bazen yapılmamaktadır. Söz konusu ihlal yerlerindeki gerekli düzeltmeler metinde yapılmış ve dipnotta bu duruma işaret edilmiştir.

7- -Kırâat farklılıklarından kaynaklanmadığına kanaat getirilen- ayet ve hadis naslarında yapılan yanlışlar metinde tashih edilmiş ve bu hususa dipnotta belirtilmiştir.

8- Nüshada tashîf ve tahrîf kâbilinden olan hareke, noktalama, harf ve kelime yanlışları, siyâk ve sibâk bağlamında manâ ve diğer şerhler dikkate alınarak düzeltilmiştir. Meselâ; كاتب yerine كانت, المنفق yerine المتفق, الحبس yerine الجنس, يفتك yerine يعتك, إفاقته yerine إقامته, تصادفا yerine تصادفا, تحالفا yerine تخالفا, غرم yerine عزم, الترفية yerine الترفيه, يجيز yerine يجبر, عيب yerine عين, قابله yerine قايله, تقابلا yerine تقايلا gibi anlamı değiştiren yanlış imlâ ve noktalamalar zaman zaman yapılmıştır. Aynı

şekilde örneğinde olduğu gibi eserde çokça geçen noktasız kelimelerin yine sibâk–siyâk ve manâ bağlamında değerlendirilerek noktalamaları doğru bir şekilde yapılmaya çalışılmıştır.

9- Nüshada az yerde konulan harekelerden yanlış olanlar metinde düzeltmek ve -İSAM tahkik esaslarından farklı olarak- dipnotta bunu belirtmek suretiyle tasarrufta bulunulmuştur. Ayrıca meçhul/edilgen fiil, garîb/az bilinen, okunması zor lafizlar ile karışma ihtimali olan (لِمَا-لَمَا , لِأَنْ-لِأَنَّ gibi) harfler genelde harekelenmiş ve bu kapsamda şedde işaretinin konulmasına dikkat edilmiştir.

10- Eser tek nüsha olduğu için eserin başka nüshalarıyla mukâyese imkânı ortadan kalkması sebebiyle, gerekli görülen yerlerde şerhin metni olan *el-Câmi'u'l-kebîr*'le ve zaman zaman metnin diğer şerhleriyle kıyaslanmıştır.

11- Eserde tertibi -büyük olasılıkla kütüphane tarafından- yanlış yapılan yerleri az sonra belirtileceği üzere düzeltme tasarrufunda bulunuldu. Nüshaya göre nikâh konusuna dair bir meselenin devamıyla başlayan birinci ciltte nikâh bahsine dair "باب من نكاح العبد والخلع في ذلك والدين" bâb başlığının da olduğu toplam yirmi varaklık kısım, ikinci ciltteki diğer nikâh başlıkları arasındaki ilgili yerine dercedildi. İkinci cildin başında yer alan zekât bölümünün mevcut kısmı da birinci ciltteki diğer zekât başlıkları arasındaki ilgili yerine yerleştirildi. Cessâs'ın şerhinde *Kitâbu'l-İkrâr*'ın son bâb başlığı olarak yer alan "باب ما يجوز من الشهادات وما يبطل منها بالبراءة" başlığını *el-Câmi'u'l-kebîr*'e göre *Kitâbu'ş-Şehâdât*'ın ilk bâb başlığı olarak yer alması gerektiği için ilgili yere ilhak edildi. *Kitâbu'l-Vekâle* bölümü altında bulunan "باب الكفالة بالصرف" ile "باب البراءة من الكفالة" alt başlıklarını müstakil bir *Kitâbu'l-Havâle ve'l-kefâle* başlığı açılıp, bu başlık altına yerleştirildi. *Kitâbu'l-İcâre* altında yer alan vekalet bölümünün on bâb başlığı da ilgili bölümüne ilhak edildi. Cinayetler bölümüne karışan "باب من الإجارة والشراء الذي يتصدّق" ile "باب من الإجارة والاختلاف فيما بين الاثنين صاحبها بالفضل" alt başlıkları da *Kitâbu's-Sulh*'tan sonra gelen icâre bölümünün altına yerleştirildi. Şerhin mevcut nüshasında *el-Câmi'u'l-kebîr*'e göre mudârebe bölümünden sonra yer alması gereken ancak *Kitâbu'l-Mudârebe*'den önce yer alan *Kitâbu'l-Cinâyât* bölümü ve ilgili bâb başlıkları, olması gereken yere dercedildi. Şerhin en son konusu olan, *el-Câmi'u'l-kebîr*'de *Kitâbu'l-Mudârebe* ve *Kitâbu'l-*

Cinâyât bölümü içinde işlenen bazı bâb başlıkları Cessâs tarafından özellikle cem edilerek, *Ebvâbun Müteferrika* olarak başlıklandırılan bölümde yer alan bâb başlıkları olduğu gibi bırakılmıştır.

12- Nüshada vârid olan lafiz, harf ve ibâreler ile olması gereken mutâbık olmadığında, kanaatimizce doğru olan metinde isbât edilmiş ve bu tasarruf dipnotta belirtilmiştir. Bunu yaparken de metindeki ilgili yerin hurûf-i meânî veya hurûf-i cerden olması durumunda genellikle sonrasındaki kelime ile dipnotta gösterilmiştir.

13- Nüshada yanlış veya tekraren yazıldığı için müstensihin metinden çıkartmak istediği ibârelerin başına ve sonuna "لا - إلى" ve "كرر - إلى" ifadelerini ekleyerek ya da ilgili ibârenin üzerini çizerek tasarrufta bulunmuştur. Müstensih tarafından yapılan bu tür düzeltmeler dipnotta belirtilmemiştir. Şerhin metninde aslen olmayıp, satır arasında veya sayfa kenarında, çoğunlukla müstensihin sonuna "صح" remzini eklediği ilave ibâreler de metnin gövdesinde isbât edilmiştir. Dipnotta sonradan ilave edilen ibârenin başına "+" konularak sonradan eklendiğini, ilgili ibârenin sonunda da "صح هامش" ibâresi kullanılarak hamişdeki (sayfa kenarındaki) ilavenin doğru ve yerinde olduğu anlaşılacak şekilde gösterilmiştir.

14- Eserde -müstensihin çoğunlukla göz kaymasından yaptığı anlaşılan- satır, cümle ve kelime tekrarları metinden çıkartılmış ve bu tasarruf da dipnotta çıkartılan ibârenin başına "+" işareti ilhâk edilerek belirtilmiştir.

15- Anlamı bozduğuna kanaat getirilen kelime ya da harf tahkik metninde yazılmamış, dipnotta da bu ifadenin başına fazlalık olduğunu belirtmek için "+" işareti kullanılmıştır. Aynı zamanda nüshada olması gereken ancak yer almayan kelime veya harfler de metnin gövdesinde köşeli parantez [ ] içinde yazılmış ve bu tasarrufa ayrıca dipnotta işaret edilmemiştir. Yine bu minvalde eksik olan kitâb/bölüm ve bâb/alt başlıkları metnin gövdesine ilave edilerek köşeli parantez [ ] içinde verilmiştir.

16- Müellifin başka kaynaklardan naklettiği kavil ve bilgiler mümkün mertebe kontrol edilerek, kaynak ve sayfa numaralarının, yine eserin başka bölümüne yaptığı atıfların dipnotta belirtilmesi hususu göz önüne alınmıştır. Ancak genellikle manâ veya özet olarak tasarrufla aktarım yapılması ve benzer mesele ve

değerlendirmelerin çokluğu referans tespitini zorlaştırmasından dolayı çoğu zaman bu husus yerine getirilememiştir.

17- Eserde mezkûr olan şahıs isimlerinin vefat tarihleri isimlerinin ilk kez geçtiği yerlerde parantez içinde hicrî ve miladî olarak "(…/…)" şeklindeki gibi verilmiştir.

18- Çalışmanın dirâse kısmında gerek metin müellifi gerekse şerh müellifi hakkında -meşhur şahsiyetler olmalarından ötürü- kısa biyografilerinin yanı sıra söz konusu eserleri hakkında gerekli bilgilendirme ve değerlendirmeler yapılmıştır.

19- Varaklar numaralandırılırken varağın ön yüzü (وجه) "أ / a", arka yüzü (ظهر) ise "ب / b" harfleriyle gösterilmiştir.

20- Çalışmanın dirâse kısmında Türkçe olmayan karakterler için DİA'nın metodu takip edilmiştir. Buna göre hemze (ء) için üst virgül (’), ayn (ع) için de ters apostrof (‘), uzatma harfi olan elif (ا) için harfin üzerine şapka (^) kullanılmıştır

BİRİNCİ BÖLÜM

MUHAMMED b. el-HASAN eş-ŞEYBÂNÎ'NİN HAYATINA VE *el-CÂMİ'U'L-KEBÎR* İSİMLİ ESERİNE GENEL BİR BAKIŞ

Bu bölümde Şeybânî'nin biyografisine özet ve genel olarak değinilecek olup, bunun yanı sıra çalışmamızın esasını teşkil eden şerhin ana metni olan *el-Câmi'u'l-kebîr* eseri tahlil edilecektir. Eserde yer alan ifadelerden yola çıkarak fikhî dilin ve düşüncenin, konu ve başlıkların tasnifinin nasıl aksettiği değerlendirilmeye çalışılacaktır. Bunu yaparken de mihver noktası *el-Câmi'u'l-kebîr* olmasının yanında, Şeybânî'nin diğer eserleri ile bu eserler hakkında yapılan çalışmalar temel kaynaklardandır.

A. MUHAMMED b. el-HASAN eş-ŞEYBÂNÎ

1. Doğumu, Nesebi, Vefatı

Tam adı Muhammed b. el-Hasan b. Ferkâd eş-Şeybânî, künyesi Ebû Abdullah[14] olan İmâm Muhammed, 132/749 yılında Vâsıt'ta[15] dünyaya gelmiştir.[16] Şeybânî[17] meşhur dil bilgini Ferrâ'nın (v. 207/822)[18] teyze oğlu ve *el-Muvatta* râvilerinden Abdullah b. Mesleme el-Ka'nebî'nin (v. 221/836) kızkardeşinin oğludur.[19]

Şeybânî'nin yaşadığı dönemde Abbasî halifelerinden Ebû'l-Abbâs es-Seffâh, Mansûr, Mehdî-Billah, Hâdî-İlelhak ve Harûnürreşîd iktidarda bulunmakla birlikte

---

[14] İbnü'n-Nedîm, *Fihrist*, s. 257.

[15] Bağdat'a 180 km uzaklıktaki eski bir şehir. (https://mawdoo3.com/مدينة_واسط, Erişim Tarihi: 24.7.2018). Şehrin "Vâsıt" olarak isimlendirilmesi Basra ve Kûfe arasında olması sebebiyledir. (Bkz. Ya'kûbî, *el-Büldân*, s. 22, Dipnot 3)

[16] İbn Sa'd, *Kitâbu Tabakâtü'l-kübrâ*, IX, 338; Bağdâdî, *Târîhu Bağdâd*, II, 561; İbnü'l-Esîr, *el-Lübâb*, III, 219; İbn Hallikân, *Vefeyâtü'l-ayân*, IX, 184; Zehebî, *Siyeri a'lâmi'n-nübelâ*, IX, 134.

[17] Şeybânî'nin babasının Irak'tan geldiği ve aslının Dimaşk'ın Hareste köyünden olduğu zikredilmiştir. (Bkz. Bağdâdî, *Târîhu Bağdâd*, II, 561; İbnü'l-Esîr, *el-Lübâb*, III, 219; İbn Hallikân, *Vefeyâtü'l-ayân*, IX, 184; Kureşî, *el-Cevâhiru'l-mudiyye*, III, 123.)

[18] İbn Hallikân, *Vefeyâtü'l-ayân*, IX, 185.
Lügat ilmindeki mahareti meşhur olan İmâm Muhammed kendi zamanında nahvin iki önemli ismi olan teyzesinin oğlu Ferrâ ve onun hocası Ali b. Hamza el-Kisâî ile yakın irtibat halinde olup, lügat ilminde münâzaraları olmuştur. (Geniş bilgi için bkz. Zülfikar Tüccar, "Ferrâ Yahya b. Ziyâd", *DİA*, XII, 406-408)

[19] Kureşî, *el-Cevâhiru'l-mudiyye*, III, 123.

kaynaklarda onun sadece Harunürreşîd ile ilişkisinden söz edilmekte ve bunun da zamanın başkadısı Ebû Yûsuf'un (v. 182/798) tavsiyesiyle başladığı belirtilmiştir.[20] Abbasî halifelerinin yazlık başşehri olan Rakka'da[21] 187/803 senesindeki azline kadar kadılık görevinde bulunmuş,[22] daha sonra Harûnürreşîd (v. 193/809) tarafından Ebû Yûsuf vefat edince başkadılığa getirilmiş ve hayatının sonuna kadar bu vazifede bulunmuştur.[23] Şeybânî, 189/805 yılında Rey'de[24] elli sekiz yaşında iken vefat etmiş ve oraya defnedilmiştir.[25]

2. Hocaları ve Öğrencileri

Babasının ilim yolunda teşvik ettiği Şeybânî on dört yaşından itibâren dört yıl boyunca Kûfe'de Ebû Hanîfe'ye öğrencilik yapmıştır. Hocasının vefatından sonra başta Ebû Yûsuf olmak üzere Ebû Hanîfe'nin diğer talebelerinden ve Kûfe'deki meşhur hadis âlimlerinden ilim tahsiline devam etmiştir.[26] Bu coğrafyadaki öğreniminden sonra ilim rıhlesi yaptığı yerlerden Medine'de üç yıldan fazla İmâm Mâlik b. Enes'in (v. 179/795) hadiste ve fıkıhta öğrencisi olmuştur.[27] Mekke'de Süfyân b. Uyeyne (v. 198/814) ve İbn Cüreyc (v. 150/767), Dimaşk'ta Evzaî (v. 157/774), Horasan'da Abdullah b. Mübârek (v. 181/797) ve Basra'da çeşitli âlimlerden dersler almıştır.[28] Bu isimlerin haricinde Kevserî, Şeybânî'nin eserlerinde

---

[20] Kevserî, *Bülûgu'l-emânî*, 39-40; Aydın Taş, "Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî", *DİA*, XXXIX, 39.

[21] Şam'ın kuzey doğusunda yer alan bir şehir. (https://mawdoo3.com/مساحة_محافظة_الرقة Erişim Tarihi: 31.07.2018)

[22] İbn Sa'd, *Kitâbu Tabakâti'l-kübrâ*, IX, 338; İbnü'n-Nedîm, *Fihrist*, s. 257; Bağdâdî, *Târîhu Bağdâd*, II, 562; İbn Hallikân, *Vefeyâtü'l-ayân*, IX, 185; Zehebî, *Siyeri a'lâmi'n-nübelâ*, IX, 135; Kureşî, *el-Cevâhiru'l-mudiyye*, III, 125.

[23] İbnü'l-Esîr, *el-Lübâb*, III, 219; Kevserî, *Bülûgu'l-emânî*, s. 39.

[24] Bugün Tahran'ın güneydoğusunda yer alan bir bölge. (https://mawdoo3.com/مدينة_الري_في_إيران, Erişim Tarihi: 24.7.2018)

[25] İbn Sa'd, *Kitâbu Tabakâti'l-kübrâ*, IX, 338; İbnü'n-Nedîm, *Fihrist*, s. 257; Saymerî, *Ashâbu Ebî Hanîfe ve Ahbâruhu*, s. 155; Bağdâdî, *Târîhu Bağdâd*, II, 562; İbnü'l-Esîr, *el-Lübâb*, III, 219; İbn Hallikân, *Vefeyâtü'l-ayân*, IX, 185; Zehebî, *Siyeri a'lâmi'n-nübelâ*, IX, 136; Kureşî, *el-Cevâhiru'l-mudiyye*, III, 125.

[26] Bkz. Bağdâdî, *Târîhu Bağdâd*, II, 561; İbnü'l-Esîr, *el-Lübâb*, III, 219; Kevserî, *Bülûgu'l-emânî*, s. 6-8.

[27] Bağdâdî, *Târîhu Bağdâd*, II, 562; Leknevî, *el-Fevâidu'l-behiyye*, s. 163; Kevserî, *Bülûgu'l-emânî*, 10.
İmâm Muhammed'in kendisinden İmâm Mâlik'ten yediyüzden fazla hadis naklettiğini bizzat aktarılmaktadır. (Bağdâdî, *Târîhu Bağdâd*, II, 562; Leknevî, *el-Fevâidu'l-behiyye*, s. 163)

[28] İbn Sa'd, *Kitâbu Tabakâti'l-kübrâ*, IX, 338; İbnü'n-Nedîm, *Fihrist*, s. 257; Zehebî, *Siyeri a'lâmi'n-nübelâ*, IX, 134.

adları geçen ve kendilerinden rivâyette bulunduğu yaklaşık yetmiş isim tespit etmiştir.[29]

Şeybânî'nin öğrencilerinin ve ondan rivâyette bulunanların sayısı onlarca olup, tüm isimlerin tespiti ve tespit edilenlerin de burada sayılması pek mümkün olmasa da, önde gelen öğrencilerinden bazılarını zikretmekle iktifa edilebilir: İmâm Şafiî (v. 204/820), Şuayb b. Süleymân (v. 204/820), İbrahim b. Rüstem (v. 211/826), Esed b. Furât (v. 213/828), İsâ b. Ebân (v. 221/836), Yahya b. Maîn (v. 233/848), Furat b. Nasr (v. 236/851).[30]

3. Eserleri

Hakkında 'fikhın kalemi' denmesinin mübalağa olmayacağı İmâm Muhammed'in[31] Hanefî mezhebinde *kütüb-i sitte, kütüb-i zâhire, usûl, zâhiru'l-mezheb* olarak da bilinen[32] altı temel kaynaktan müteşekkil *Zâhiru'r-rivâye* eserleri olan *el-Asl/el-Mebsût, es-Siyeru'l-kebîr, es-Siyeru's-sagîr, el-Câmi'u's-sagîr, el-Câmi'u'l-kebîr, ez-Ziyâdât*'ın yanı sıra *Ziyâdâtü'z-Ziyâdât, el-Âsar, el-Muvatta, el-Hücce alâ Ehli'l-Medîne, el-Kesb, el-Emâlî, en-Nevâdir* adlı eserleri vardır.[33]

Sonraki dönemlere rivâyet yoluyla ulaşan mezhebin üç imâmının kavillerinden oluşan Şeybânî'nin eserlerinin rivâyet açısından kuvvet durumuna göre zâhir-nâdir rivâyet şeklindeki taksimi bilinmektedir. Az önce adı geçen altı *Zâhiru'r-rivâye* eseri -daha sonra değinilecek olan- özellikle sened bakımından *Nâdiru'r-rivaye*

[29] Kevserî, *Bülûgu'l-emânî*, s. 6-8.
[30] Öğrencileri için bkz. Bağdâdî, *Târîhu Bağdâd*, II, 561; İbnü'l-Esîr, *el-Lübâb*, III, 219; Kureşî, *el-Cevâhiru'l-mudiyye*, III, 123-124; Zehebî, *Siyeri a'lâmi'n-nübelâ*, IX, 134; Leknevî, *el-Fevâidu'l-behiyye*, s. 163; Kevserî, *Bülûgu'l-emânî*, s. 9-10.
[31] Bağdâdî eserinde İmâm Muhammed'ten helaller ve haramlarda yirmi yedi bin mesele tevârüs edildiğini aktarmaktadır. (Bağdâdî, *Târîhu Bağdâd*, II, 567)
[32] İbn Âbidîn, *Mecmûatü'r-resâil*, s. 16; Leknevî, *el-Fevâidu'l-behiyye*, s. 163; Kevserî, *Bülûgu'l-emânî*, s. 63-64; Ömer Nasuhî Bilmen, *Kamus*, I, 322.
[33] İbnü'n-Nedîm, *Fihrist*, s. 257-258; Carl Brockelmann, *Târîhu'l-edebi'l-arabî*, III, 247-257; Ziriklî, *el-A'lâm*, VI, 80.

eserlerinden daha kuvvetli görülmüştür.[34] *Zâhiru'r-rivâye*'ye dâhil olmayan eserlerin tamamının, *Nâdiru'r-rivâye* eserlerinden olup olmadığı ise ihtilaflıdır.[35]

İmâm Muhammed'in eserlerine dair bir başka husus da şudur: İbn Âbidîn, Şeybânî'nin hocası Ebû Hanîfe'nin kavillerinden kendisine Ebû Yûsuf kanalıyla ulaşanların "sagîr", herhangi bir aracı olmaksızın doğrudan Ebû Hanîfe'den aldığı kavillerin de "kebîr" olarak isimlendirilen eserlerinde derlediği yorumunu getirmektedir.[36] Fakat Şeybânî'nin Ebu Yûsuf aracılığıyla hazırladığı *el-Asl* ve *el-Âsâr*'ı "sagîr" diye nitelememesi bu yorumu zayıflatmaktadır.[37] Diğer taraftan Hatîb el-Bağdâdî'nin (v. 463/1071) verdiği bilgiye göre Şeybânî'nin eserleri içinde sadece *el-Câmi'u's-sagîr*'de Ebu Yûsuf'un tesiri olmuş olup, diğerleri doğrudan kendi kaleminden çıkmıştır.[38] Böylece Şeybânî eserlerini adeta iki defa yazıp, önce kaleme aldığı nisbeten küçük hacimli olanlarını daha sonra tekrar gözden geçirme ve ilavelerle geliştirme intibaını vermektedir.[39] Bu özelliği onun ilmî dakikliğine ve kendi dönemine göre gelişmiş bir teknik sahibi olduğuna örnek teşkil edebilecek mahiyettedir. Az sonra eserlerinin tanıtımında da görüleceği üzere Şeybânî'nin teliflerindeki başka bir özellik de doktrin içini hedefleyen ve doktrinler arasını hedefleyen eserlerinin gerek üslup gerekse fikhî ihtilafları sunmasındaki tutum farklılığıdır.

Şeybânî'ye aidiyeti kesin olan mezkûr eserlerin yanında, nisbeti tartışmalı olan başka eserler de vardır. Aidiyeti şüpheli olan bu eserler, hiyel konusundaki en eski eserlerden kabul edilen *el-Mehâric fi'l-hiyel*,[40] matbû olan *İhtilâfu Ebî Hanîfe ve İbn*

---

[34] İbn Âbidîn, *Mecmûatü'r-resâil*, s. 16-19; Kevserî, *Bülûgu'l-emânî*, s. 64; Eyüp Sait Kaya, "Zâhirü'r-Rivâye", *DİA*, XLIV, 101.

[35] Aydın Taş, "Muhammed b. el-Hasan eş-Şeybânî'nin Hukuk Anlayışı", Basılmamış Doktora Tezi, s. 79-80; Eyüp Sait Kaya, "Nâdirü'r-Rivâye", *DİA*, XXXII, 279.
Zâhir-nâdir ayrımının gerekçeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İbn Âbidîn, *Mecmûatü'r-resâil*, s. 16-18.

[36] İbn Âbidîn, *Mecmûatü'r-resâil*, s. 19.

[37] Ahmet Yaman, "es-Siyerü'l-Kebîr", *DİA*, XXXVII, 327.

[38] Bağdâdî, *Tarihu Bağdâd*, II, 571.

[39] Serahsî, *el-Mebsût*, XXX, 287; Ahmet Yaman, "es-Siyerü'l-Kebîr", *DİA*, XXXVII, 327; Mehmet Boynukalın, *İmâm Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin Kitâbu'l-Asl Adlı Eserinin Tanıtımı ve Fıkıh Usûlü Açısından Tahlili*, s. 71.

[40] Carl Brockelmann, *Târîhu'l-edebi'l-arabî*, III, 255.
Hâkim'in bu eseri muhtasarına dâhil etmesi, Şeybânî'ye nisbetin en önemli delillerinden birisidir. (Aydın Taş, "Muhammed b. el-Hasan eş-Şeybânî'nin Hukuk Anlayışı", Basılmamış Doktora Tezi, 351 no'lu dipnot) Ancak Şeybânî'nin talebe râvilerinin aidiyet hususundaki ihtilafı da bu nisbeti gölgeleyen

Ebî Leylâ,[41] aslı günümüze ulaşamamış *İctihâdu'r-rey*'dir.[42] Bunların haricinde Şeybânî'ye kaside,[43] akîde,[44] usûl[45] eserleri ile parça parça telif edilip sonradan toplu hale getirilen *el-Asl*'da yer alan bazı kitâblar/bölümler de müstakil eserler olarak bazı kaynaklarda zikredilmiştir.[46]

3.1. *el-Asl*

el-Mebsût ismiyle de bilinen bu eser, İmâm Muhammed'in ilk[47] ve aynı zamanda başlığının işaret ettiği üzere geniş bir eseridir. Şeybânî'nin öncelikle Ebû Hanîfe ve sonrasında Ebû Yûsuf'a olan talebeliği esnasında devam eden ilmî halkalar neticesinde kitâb kitâb ortaya çıkan ve sonradan cemedilen[48] *el-Asl,* her yönüyle fıkıh literatürünün güzîde eserlerindendir. İmâm Muhammed'in pek çok talebesi tarafından yapılan rivâyetlerin içinde en sağlamı Ebû Süleymân el-Cüzcânî'nin (v. 200/816)[49] rivâyeti görülmektedir.[50]

---

temel hususlardan birisidir. (Aydın Taş, "Muhammed b. el-Hasan eş-Şeybânî'nin Hukuk Anlayışı", Basılmamış Doktora Tezi, s. 69; Mehmet Boynukalın, *İmâm Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin Kitâbu'l-Asl Adlı Eserinin Tanıtımı ve Fıkıh Usûlü Açısından Tahlili*, s. 69) Ayrıca Şeybânî'ye nisbet edilerek yayılan eserin sonunda İmâm Muhammed'e atfen şöyle bir ibâre aktarılmaktadır: "Dedim ki, bu, Ebû Yûsuf'tan aktarılıp *el-Mehâric* olarak isimlendirilen *Kitâbu'l-Hiyel*'in sonudur." (Şeybânî, *el-Mehâric fi'l-hiyel*, s. 86.)

[41] Söz konusu eserin asıl râvisinin Ebû Yûsuf olduğu, Şeybânî'nin de müellifi değil, râvisi olduğu ve bazı ilavelerde bulunduğu yönündeki kavil daha isabetli görünmektedir. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Boynukalın, *İmâm Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin Kitâbu'l-Asl Adlı Eserinin Tanıtımı ve Fıkıh Usûlü Açısından Tahlili*, s. 70; Aydın Taş, "Muhammed b. el-Hasan eş-Şeybânî'nin Hukuk Anlayışı", Basılmamış Doktora Tezi, s. 72-74.) Nitekim eser, Ebû Yûsuf'a atfedilerek yayımlanmıştır. (Ebû Yûsuf, *İhtilâfu Ebî Hanîfe ve İbn Ebî Leylâ*, Thk. Ebû'l-Vefâ el-Efgânî, Lecnetu İhyâi'l-meârifi'n-numâniyye, Haydarabad 1350.)

[42] İbnü'n-Nedîm, *el-Fihrist*, s. 257; Kevserî, *Bülûgu'l-emânî*, s. 67.

[43] Carl Brockelmann, *Târîhu'l-edebi'l-arabî*, III, 257.

[44] Manzum olan bu eser *Metnu'ş-Şeybânîyye* ve *el-Akîde* başlıkları ile zikredilmektedir. (Bkz. Carl Brockelmann, *Târîhu'l-edebi'l-arabî*, III, 255; Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 74.)

[45] İbnü'n-Nedîm, *el-Fihrist*, s. 257; Carl Brockelmann, *Târîhu'l-edebi'l-arabî*, I/III, 256; Kevserî, *Bülûgu'l-emânî*, s. 67; Mehmet Boynukalın, *İmâm Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin Kitâbu'l-Asl Adlı Eserinin Tanıtımı ve Fıkıh Usûlü Açısından Tahlili*, s. 54.

[46] *Kitâbu'r-radâ* gibi (Bkz. Fuad Sezgin, *Tarihu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 75-78). Serahsî *Kitâbu'r-Radâ*'nın İmam Muhammed'e aidiyetinin tartışmalı olduğunu belirtmiştir. (Serahsî, *el-Mebsût*, XXX, 287). Ayrıca *Kitâbu'l-İstihsân, Kitâbu'l-Hisâl, Kitâbu'l-Hücec* gibi isimler müstakil eserler arasında zikredilmiştir. (Bkz. İbnü'n-Nedîm, *Fihrist*, s. 257-258; Kevserî, *Bülûgu'l-emânî*, s. 67)

[47] Söz konusu eserin ilk olmasından ötürü el-Asl olarak isimlendirildiği belirtilmektedir (bkz. Leknevî, *el-Fevâidu'l-behiyye*, s. 163).

[48] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, II, 1581.

[49] Hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İbnü'n-Nedîm, *el-Fihrist*, s. 259; Saymerî, *Ashâbu Ebî Hanîfe ve Ahbâruhu*, s. 154; Leknevî, *el-Fevâidu'l-behiyye*, s. 216.

[50] İbn Âbidîn, *Mecmûatü'r-resâil*, s. 17; Kevserî, *Bülûgu'l-emânî*, s. 61; Halit Ünal, "el-Asl", *DİA*, III, 494.

Eser, Hâkim eş-Şehîd'in (v. 334/945) *el-Kâfî*'si, Serahsî'nin (v. 483/1090) *el-Mebsût*'u gibi fıkıh literatürünün pek çok kaynağına esas teşkil etmiştir. Eserin hiyel bölümü Joseph Schacht tarafından Leipzig'de 1930 tarihinde, büyû' ve selem bölümü Şefik Şehâte tarafından Kahire'de 1954 senesinde bir cilt halinde, siyer, harâc ve öşür bölümleri de Mecîd Haddûrî tarafından Beyrut'ta 1975 yılında neşredilmiştir. Salât, hayız, zekât, teharrî, istihsân, eymân, mükâteb, velâ, cinâyât, diyât ve akl bölümlerini ihtiva eden Ebû'l-Vefâ el-Efgânî'nin neşri de 1966-1973 tarihlerinde Haydarabad'da dört cilt olarak yayımlanmıştır. Son olarak da eserin tamamı Prof. Dr. Mehmed Boynukalın tarafından tahkik edilerek on üç cilt halinde 2012 senesinde neşredilmiştir.

3.2. *el-Câmi'u's-sagîr*

İmâm Muhammed'in bu eseri, hocası Ebû Yûsuf'un isteği üzerine ilk eseri olan *el-Asl*'dan sonra kaleme aldığı belirtilmektedir.[51] Eseri Şeybânî'den İsâ b. Ebân (v. 221/836)[52] ve İbn Semâa (v. 233/848)[53] rivâyet etmiş, el-Hasan b. Ahmed ez-Za'ferânî (v. 260/814)[54] ve Ebû Tâhir ed-Debbâs (v. 322/933)[55] da yeniden tertibini yapıp, bâb başlıklarını eklemiştir.[56]

Sadece iki meselede geçen kıyâs ve istihsân delillerinden başka delile yer verilmeyen, 1532 fikhî mesele ve hükmünün yer aldığı belirtilen[57] bu mucez eser, ihtilaflı meselelerde -bunlar yaklaşık 170 kadardır- üç imâmın yanı sıra Züfer'in (v. 158/775)[58] görüşlerini de ihtiva etmektedir. Literatürde büyük teveccüh gören bu eser üzerine çok sayıda şerh, nazım, ihtisar türlerinde çalışmalar yapılmıştır.[59] Eserin

[51] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 561, 562; İbn Âbidîn, *Mecmûatü'r-resâil*, s. 19; Leknevî, *el-Fevâidu'l-behiyye*, s. 163; Kevserî, *Bülûgu'l-emânî*, s. 62

[52] Hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İbnü'n-Nedîm, *Fihrist*, s. 258; Leknevî, *el-Fevâidu'l-behiyye*, s. 151.

[53] Tam adı Ebû Abdullah Muhammed b. Semâa (Bkz. İbnü'n-Nedîm, *Fihrist*, s. 258-259; Saymerî, *Ashâbu Ebî Hanîfe ve Ahbâruhu*, s. 155; Leknevî, *el-Fevâidu'l-behiyye*, s. 170.)

[54] Hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İbnü'n-Nedîm, *Fihrist*, s. 265.

[55] Hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Saymerî, *Ashâbu Ebî Hanîfe ve Ahbâruhu*, s. 162; Leknevî, *el-Fevâidu'l-behiyye*, s. 187.

[56] Yunus Vehbi Yavuz, "el-Câmiu's-Sagîr", *DİA*, VII, 112; Mehmet Boynukalın, *İmâm Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin Kitâbu'l-Asl Adlı Eserinin Tanıtımı ve Fıkıh Usûlü Açısından Tahlili*, s. 40.

[57] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 561; İbn Âbidîn, *Mecmûatü'r-resâil*, s. 19; Kevserî, *Bülûgu'l-emânî*, s. 62.

[58] Hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İbnü'n-Nedîm, *Fihrist*, s. 256.

[59] Bkz. Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 561-564; Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 67-71.

Leknev, Bulak ve Beyrut'ta çok kez baskısı ve tahkiki yapılmış olup, bir bölümü de Almancaya tercüme edilmiştir.[60]

3.3. *el-Câmi'u'l-kebîr*

Bu bölümün ikinci kısmında eser hakkında detaylı bilgi verilecektir.

3.4. *ez-Ziyâdât*

es-Siyer'lerden önce ve *el-Câmi*'ler ile *el-Asl* eserlerinden sonra kaleme alınan bu küçük eser[61] başlığından da anlaşılacağı üzere sistematik ve kapsamlı bir fıkıh eseri olmayıp, bir bakıma müellifin çalışma notları veya daha önceki eserlerinde yer alan meselelere ek mahiyetindedir.[62] Bu eser de diğer *Zâhiru'r-rivâye* eserlerinde olduğu gibi meseleler genellikle delilsiz, öz olmasının yanı sıra biraz daha zorlu ibârelerle ele alınmıştır.[63] Bu nedenle Buhârâ fıkıh ekolüne müntesip olan Muhammed b. İbrahim el-Hasırî'nin (v. 636/1238) ifadesine göre mezhep doktrininin çok aşamalı öğreniminde fikhî asılların/ilkelerin de irtibatlandırıldığı son aşamada *en-Nevâdir* ve *ez-Ziyâdât* okutulan eserlerdendi.[64]

Özellikle Mâverâünnehir Hanefî fakîhlerinin rağbet ettikleri bu eser üzerine Kâtip Çelebi Serahsî, Halvânî (v. 452/1060), Ebû'l-Usr el-Pezdevî, Kâdîhan, Attâbî'nin de yer aldığı listede toplam on üç şerh ve muhtasar çalışması zikretmiştir.[65] Eserin aslı günümüze ulaşmadığı gibi, tam metni *es-Siyeru'l-kebîr* metni için de söz konusu olarak şerhleriyle mündemiç vaziyette olup, metin tam olarak tespit edilememiştir.[66]

---

[60] Iwan Dimitroff, *Asch-Schaibani und Sein Corpus Juris al-Gami as-Sagîr*, Berlin 1908.
[61] Leknevî, *el-Fevâidu'l-behiyye*, s. 163.
[62] Murteza Bedir, "ez-Ziyâdât", *DİA*, XLIV, 483. Carl Brockelmann, meşhur bibliyografi eserinde söz konusu eserin *el-Asl*'a ilave olduğunu belirtmiştir. (Brockelmann, *Târîhu'l-edebi'l-arabî*, III, 248.)
[63] Mehmet Boynukalın, *İmâm Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin Kitâbu'l-Asl Adlı Eserinin Tanıtımı ve Fıkıh Usûlü Açısından Tahlili*, s. 42-43.
[64] Murteza Bedir, "ez-Ziyâdât", *DİA*, XLIV, 483.
[65] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, II, 962-964; Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 57-59.
[66] Mehmet Boynukalın, *İmâm Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin Kitâbu'l-Asl Adlı Eserinin Tanıtımı ve Fıkıh Usûlü Açısından Tahlili*, s. 43.

3.5. *Ziyâdâtü'z-Ziyâdât*

Eser, yukarıda kısa tanıtımı yapılan *ez-Ziyâdât* adlı esere ilave olarak Şeybânî'nin kaleme aldığı bir tekmile niteliğindedir. Serahsî ve Attâbî gibi önemli fakîhlerin üzerine şerh yazdığı[67] bu küçük hacimli eser muamelât konularına dair yedi bâbdan oluşmaktadır.[68] İlk kez Ebû'l-Vefâ el-Efgânî tarafından Serahsî'nin *en-Nüket* ve Attâbî'nin *et-Ta'lîk* başlıklarını taşıyan şerhleri ile bu şerhler içinde yer alan *Ziyâdâtü'z-Ziyâdât*'ın metnini parantez içinde göstermek suretiyle Lahor'da 1981'de neşredilmiştir.

3.6. *es-Siyeru's-sagîr*[69]

Bu eser, savaş esasları, barış anlaşması, fidye, askerlik, ganimet, esirler, savaş sonrası işler gibi konuların ele alındığı genel ve özel devletler hukuku eseri olup, sahasındaki ilklerden olması ve içeriği ile kendinden sonraki birçok esere öncülük etmesi bakımından özel bir önemi haizdir. Eser, İmâm Muhammed'in kendi görüşlerinin yanı sıra Ebû Hanîfe'nin ve çoğunlukla da Ebû Yûsuf'un siyerle alakalı görüşlerini ihtiva etmektedir. Şeybânî iki siyer eserinde de devlet hukukuna dair mesele ve hükümlerin yanı sıra yer yer âsâr ve hadisleri senedli olarak zikretmiştir.

Eser, Hâkim eş-Şehîd'in (v. 334/945) eseri *el-Kâfî* üzerine Serahsî'nin yazdığı *el-Mebsût*'un *Kitâbu's-Siyer* başlığı altında yer almış olup, bölümün sonunda Serahsî, İmâm Muhammed'in *es-Siyeru's-sagîr*'inin şerhi olduğunu ifade etmiştir.[70] Bu nedenle metinle şerh iç içe geçmiş olup, Serahsî'nin ve Şeybânî'nin sözlerini tamamen ayırmak mevcut literatürle çok güçtür.[71]

---

[67] Carl Brockelmann, *Târîhu'l-edebi'l-arabî*, III, 249-250; Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 59.
[68] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, II, 964.
[69] İsimlendirmenin gerekçesi için bkz. İbn Âbidîn, *Mecmûatü'r-resâil*, s. 18.
[70] Serahsî, *el-Mebsût*, X, 144.
[71] Ahmet Yaman, "es-Siyerü'l-Kebîr", *DİA*, XXXVII, 328; Mehmet Boynukalın, *İmâm Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin Kitâbu'l-Asl Adlı Eserinin Tanıtımı ve Fıkıh Usûlü Açısından Tahlili*, s. 41-42.

3.7. *es-Siyeru'l-kebîr*

es-Siyeru's-sagîr'in genişletilmiş hali olan ve Şeybânî'nin vefatından önce Rakka kadılığı esnasında en son kaleme aldığı bu eser,[72] Şeybânî tarafından Abbasî halifesi Harûnürreşid'e takdim edilmiş ve büyük takdir görmüştür.[73] Eser, Ebû Süleymân el-Cüzcânî ve İsmail b. Tevbe el-Kazvînî (v. 247/862)[74] tarafından rivâyet edilmiştir.[75] Eserde İmâm Muhammed tespit edilebildiği kadarıyla hocası Ebû Yûsuf'tan sadece hadis rivâyet ettiği zaman "sika" ifadesiyle bahsetmektedir.[76] Şeybânî'nin diğer eserleri gibi bu eser de Hanefî mezhebinin temel kaynaklarından kabul edilmiş ve üzerine şerhler yazılmıştır.[77] Bu şerhlerden günümüze sadece Serahsî'nin şerhi ulaşabilmiştir. Söz konusu şerhte de hangi ibârelerin Şeybânî'ye hangilerinin Serahsî'ye ait olduğunu ayırt etmek mümkün olmamaktadır. Bu sebeple *es-Siyeru'l-kebîr* ile ilgili yapılan her türlü çalışma Serahsî'nin bu şerhini esas almak durumundadır.[78]

es-Siyeru'l-kebîr, alay müftüleri ve tabur imâmları tarafından subaylara ve askerlere ders kitabı olarak okutulup, Osmanlı askerlerinin Avrupa devletleriyle savaşlarında uyacakları kurallar için temel kitap kabul edilmiştir.[79] Eser, Serahsî'nin şerhi ile beraber ilk defa 1918 yılında dört cilt halinde Haydarabad'da neşredilmiştir. Bu alanda öncülerden olması hasebiyle büyük teveccüh görmüş olup, Hanefi fakihleri tarafından üzerine şerhler yazılmıştır.[80] Muhammed Münîb el-Ayntâbî (v. 1238/1822) Serahsî'nin söz konusu eserini hem şerhetmiş hem de osmanlıcaya çevirmiş olup, 1826 senesinde İstanbul'da basılmıştır. Serahsî'nin bu şerhini Muhammed Hamidullah da

---

[72] İbn Âbidîn, *Mecmûatü'r-resâil*, s. 19.
[73] Ahmet Yaman, "es-Siyerü'l-Kebîr", *DİA*, XXXVII, 327; Mehmet Boynukalın, *İmâm Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin Kitâbu'l-Asl Adlı Eserinin Tanıtımı ve Fıkıh Usûlü Açısından Tahlili*, s. 42.
[74] Bkz. Kureşî, *el-Cevâhiru'l-mudiyye*, I, 397-398.
[75] Ahmet Yaman, "es-Siyerü'l-Kebîr", *DİA*, XXXVII, 328; Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 241.
[76] Bu durumun iki imâm arasındaki dargınlıktan kaynaklandığı belirtilmektedir. (Serahsî, *Şerhu's-siyeri'l-kebîr*, I, 3; Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, II, 1014; Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, 241-242.)
[77] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, II, 1014; Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 72-73.
[78] Ahmet Yaman, "es-Siyerü'l-Kebîr", *DİA*, XXXVII, 327-328; Mehmet Boynukalın, *İmâm Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin Kitâbu'l-Asl Adlı Eserinin Tanıtımı ve Fıkıh Usûlü Açısından Tahlili*, s. 42.
[79] Aydın Taş, "Muhammed b. el-Hasan eş-Şeybânî'nin Hukuk Anlayışı", Basılmamış Doktora Tezi, s. 48.
[80] Bkz. Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, II, 1014.

Fransızcaya tercüme etmiştir.[81] Eser ayrıca Macid Haddurî tarafından ingilizceye tercüme edilerek 1966 senesinde Amerika'da basılmıştır.[82]

3.8. *el-Âsâr*

Şeybânî bu eserinde başta Ebû Hanîfe olmak üzere hocalarından rivâyet ettiği merfû, mevkûf ve mürsel hadisleri, kendi tercihleriyle beraber fıkıh bâblarına göre tasnif etmiştir. Eserin klasik fıkıh ve hadis eserleriyle ortak yönleri olmakla beraber özellikle muhteva açısından bu iki branş eserlerinden ayrışan noktaları da vardır. Genel olarak ahkâm hadislerini derleyen söz konusu eserin gerek üzerine yapılan şerh ve ta'lîk gibi çalışmalar gerekse nüsha sayısı açısından ilgi gördüğü anlaşılmaktadır.[83] 901 rivâyetin yer aldığı eser, Leknevî'nin takdimiyle ilk kez 1312/1894 senesinde Leknev'de, daha sonra 1328/1910 senesinde Lahor'da neşredilmiştir.

3.9. *el-Muvatta*[84]

Şeybânî ilmî rıhle yaptığı Medine'de İmâm Mâlik'in hem fıkıh hem de hadis birikiminden istifade etmiştir. Bu tedrisin hadis alanındaki bir semeresi olarak sonradan eserleşen rivâyet ortaya çıkmıştır. İmâm Mâlik'ten, fıkıh bâblarının yanı sıra itikâd ve ahlâk bâblarını da içeren *el-Muvatta*'ı fakîhlerin, muhaddislerin, emirlerin de aralarında bulunduğu binden fazla kişi rivâyet etmiş ve bu rivâyetlerden az bir yekûn günümüze ulaşabilmiştir.[85] İmâm Muhammed'in rivâyeti,[86] Endülüslü Yahya el-Leysî'nin (v. 234/848) rivâyetinden sonra en çok itibar gören rivâyet olarak addedilmektedir.[87] Râvilerin isimleri ile de anılması sebebiyle *Muvatta'u'l-İmâm Muhammed* şeklinde iştihar etmiş olan eser, toplam 1007 rivâyet içermektedir.

Şeybânî eserinde kendisinin ve hocası Ebû Hanîfe'nin yanı sıra başka fakîhlerin kavillerini de aktarmış, mezkûr rivâyetler arasında amel etmedikleri

---

[81] *Kitab as-Siyar al-Kabir* (*Le Grand Livre De La Conduite De L'état*), Commenté par as-Sarakhsi, Traduit par Muhammad Hamidullah, Ankara, 1989.
[82] *The Islamic Law Of Nations Shaybani's Siyar*, Translated by Majid Khadduri, The Johns Hopkins Press, USA 1966.
[83] Bkz. Kevserî, *Bülûgu'l-emânî*, s. 67; Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 71; İsmail Lütfü Çakan, "el-Âsâr", *DİA*, III, 460.
[84] Kureşî, *el-Cevâhiru'l-mudiyye*, III, 123.
[85] Yaşar Kandemir, "el-Muvatta", *DİA*, XXXI, 416.
[86] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, II, 1908; Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 75.
[87] Kevserî, *Bülûgu'l-emânî*, s. 10, 11; Yaşar Kandemir, "el-Muvatta", *DİA*, XXXI, 416.

hakkındaki tercihlerini özellikle belirtmiştir.[88] Eser, hadis ve fıkıh ilimlerini mezceden yapısıyla türünün ilk eserlerinden olma hüviyetine sahiptir. İlk kez Hindistan'da, ikinci kez Abdülvehhâb Abdüllatif'in tahkikiyle 1962 senesinde Kahire'de basılmıştır. Ayrıca eser üzerine Leknevî şerh kaleme almış ve 1991 yılında neşredilmiştir.

3.10. *el-Hücce alâ Ehli'l-Medîne*

Şeybânî Kûfe'deki öğreniminden sonra ilim rıhlesi yaptığı Medine'de Mâlik b. Enes'e üç yıldan fazla süren hadis ve fıkıh öğrenciliği esnasında Hicaz/Medine ekolüne vakıf olmuştur. Buradaki kazanımından yola çıkarak bağlı bulunduğu Irak ve bizzat vâkıf olduğu Hicaz ekolleri arasındaki ihtilaflı meseleler ile delillerini ele aldığı söz konusu eseri kaleme almış, değerlendirme ve tercihlerini hassaten belirtmiştir. Eserin telifindeki bir başka gayenin de Iraklıların rivâyet bilgisinin az olduğu ve aşırı rey kullanımı yönündeki ithamı bertaraf etmek olduğu söylenebilir.[89] Kaynaklarda *Kitâbu'r-Red alâ ehli'l-Medîne*,[90] *el-Hücec fi'l-ihticâc alâ ehli'l-Medîne*[91] ve *Kitâbu'l-Hücec*,[92] *el-Hücec fi İhtilâfi ehli'l-Kûfe ve Ehli'l-Medîne*[93] başlıklarıyla da zikredilen eser, hilâf ve mukayeseli fıkıh türünün ilk örneklerinden olma özelliğini haizdir. *el-Hücce*, 1390/1971 tarihinde Mehdî el-Kilânî tarafından neşri hazırlanıp, Haydarabad'da basılmıştır.

3.11. *el-Kesb*

Kazanç, biriktirme, harcama konularını ele alan ve *el-İktisâb* adıyla da bilinen eser, kişinin kazancı temiz olduğunda amelinin de güzel olması gibi daha çok dinî/ahlakî öğüt ağırlıklıdır.[94] Bu mecradaki telif hususunda da öncülerden olan Şeybânî'nin ömrü yetmediği için tamamlayamadığı eser, günümüze sadece Serahsî'nin şerhi ile ulaşabilmiş olup, bu şerhin içinde hangi ibârelerin Şeybânî'ye hangilerinin Serahsî'ye ait olduğunu ayırt etmek *es-Siyerü'l-kebîr* eserinde olduğu gibi

---

[88] Mehmet Boynukalın, *İmâm Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin Kitâbu'l-Asl Adlı Eserinin Tanıtımı ve Fıkıh Usûlü Açısından Tahlili*, s. 43.
[89] Şükrü Özen, "İslam Hukuk Düşüncesinin Aklîleşme Süreci", Basılmamış Doktora Tezi, s. 308.
[90] İbnü'n-Nedîm, *Fihrist*, s. 258.
[91] Kevserî, *Bülûgu'l-emânî*, s. 67.
[92] Brockelmann, *GAL*, II, 275.
[93] Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 75.
[94] Serahsî, *el-Mebsût*, XXX, 282.

pek mümkün olmamaktadır. Bu sebeple *el-Kesb* ile ilgili yapılan her türlü çalışma Serahsî'nin bu şerhini esas almak durumundadır. Eser bu haliyle Mahmûd Muhammed Urnûs ve İzzet Emîn el-Attâr'ın tahkikleriyle 1938'de, Süheyl Zekkâr'ın tahkikiyle 1980'de, Abdülfettâh Ebû Gudde'nin tahkikiyle de 1997 senesinde yayınlanmıştır.

3.12. *el-Emâlî*

Hadis ve fıkıh ilimleri başta olmak üzere farklı alanlarda örnekleri bulunan *el-Emâlî* ya da *el-İmlâ* eserleri, genel olarak bir âlimin talebelerine imlâ ettirmesiyle ortaya çıkmıştır.[95] Her ne kadar biyografik kaynaklarda Ebû Yûsuf'a *el-Emâlî* olarak atfedilen bir kitâb varsa da, bu tesmiye bir kitabın adı olmasından ziyade bir kitap türü olarak değerlendirilmesi daha tutarlı görünmektedir.[96] Nitekim şerhte de tekil formu olan *el-İmlâ* vârid olmuştur.[97] İmâm Muhammed'in haricinde Ebû Yûsuf'a da atfolan *el-Emâlî* adlı eseri[98] hocaların öğrencilerine dikte ettirerek ya da sözlü olarak nakledip, öğrencilerin peşi sıra not aldığı rivâyetler sonucu oluşmaktadır.

el-Emâlî türünün en meşhur mahsûlü Şuayb b. Süleymân el-Keysânî kanalıyla Şeybânî'den rivâyet edilmiş olup,[99] çoğunlukla muamelâta dair meselelerin neredeyse tamamen delilden hâlî olarak ele alındığı eserdir. Eser ayrıca râvi müellife nisbet edilerek *el-Keysâniyyât* olarak da bilinip,[100] eserin günümüze ulaşan kısmı, Haşim en-Nedvî, el-Habîb Abdullah ve Abdurrahman el-Yemânî'nin tahkikleriyle 1941 yılında Haydarabad'da basılmıştır.

3.13. *en-Nevâdir*[101]

Öğrencilerinin Şeybânî'den naklettikleri mütevâtir veya meşhur olmayan rivâyetleri içeren eserlere *nevâdir* denilmektedir.[102] Bu eserler Hârunürreşid'e nisbetle

---

[95] Ayrıntılı bilgi için bkz. Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 161-166; İbn Âbidîn, *Mecmûatü'r-resâil*, s. 17; Yaşar Kandemir, "Emâlî", *DİA*, II, 70.

[96] Bu bilgiyi benimle paylaşan Şükrü Özen hocaya teşekkür ederim.

[97] Bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 74[a], 121[b]; II, 42[b].

[98] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 164.

[99] Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 75.

[100] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, II, 1525; Kevserî, *Bülûgu'l-emânî*, s. 64.

[101] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, II, 1980.

[102] İbn Âbidîn, İmâm Muhammed'in *el-usûl* olarak bilinen altı meşhur eseri haricindeki rivayetlerin *nevâdir* olarak isimlendirildiğini, bu rivayetlerin de sübût açısından zâhir de nâdir de olabildiğini belirtmektedir. (Bkz. İbn Âbidîn, *Mecmûatü'r-resâil*, s. 18.)

el-Hârûniyyât, Ali b. Sâlih el-Cürcânî'ye nisbetle *el-Cürcâniyyât*, talebe râvilere nisbet edilerek *Nevâdiru Hişâm*, *Nevâdiru Ebî Süleymân*, *Nevâdiru'l-Muallâ* olarak veya Muhammed b. Semâa'nın Şeybânî'den Rakka'da kadılık yaparken rivâyet ettiği meselelere *er-Rakkıyyât* şeklinde rivâyet mekânına nisbet edilmiştir. Bu eserler -*Nevâdiru'l-Muallâ*'nın bir kısmı haricinde- malesef günümüze ulaşamamıştır. Ancak bu kaynaklara yapılan atıflarla muhteva ve dil hakkında bir nebze fikir alınabilmektedir.

4. Fıkhî Etkileri

Sadece fıkıh alanında değil, hadis, edebiyat ve nahiv ilimlerinde de yetkinlik kazanarak muhaddis fakihlerden addedilen Muhammed b. el-Hasan eş-Şeybânî'nin[103] özel olarak Hanefî mezhebine genel olarak da fıkıh ilmine en değerli katkısı Hanefî fıkıh ekolünün görüşlerini kaydederek nakletmesidir.[104] Kendi görüşleri yanında Ebû Hanîfe'den ve onun diğer öğrencilerinden öğrendiklerini kaleme alarak ve mezhebin fikhî görüşlerini bir bütün halinde tasnif edip sonraki nesillere aktaran ilk kişi Şeybânî'dir.[105]

Ebû Hanîfe'nin açık müzakere ortamında gerçekleşen ders halkalarında ele alınan konu ve meseleleri kayıt altına alma özelliğiyle adeta mezhebin kalemi ve râvisi hükmünde olmuştur. Kendisinden sonraki nesiller gerek bizatihi kendi telifâtı ve bu telifâttan türeyen eserler, gerekse yetiştirdiği onlarca öğrenci sebebiyle Hanefî mezhebinin birikimine ulaşmada Şeybânî'ye çok şey borçludur. Bu birikimin aktarılması kadar fıkhın İslam ilim geleneğinde bir ilme dönüşme serüveni, yine bu ilmin alt disiplinlerinin oluşması, sistemleşmesi gibi hususlarla teorik zeminde gelişmesinde Şeybânî adeta kendi başına bir ekoldür. Mezhep içerisinde eserlerine olan teveccüh de bu öncülüğün bir yansıması olarak görülebilir. Zengin bir malzemeye sahip olan *el-Câmi'u'l-kebîr* de fer'î mesele ve hükümlerinin yanı sıra Şeybânî'den

---

[103] Detaylı bilgi için bkz. Mehmet Özşenel, *İlk Dönem Hadis-Rey Tartışmaları Şeybânî Örneği*, s. 173-226.

[104] Leknevî, *el-Fevâidu'l-behiyye*, s. 163.

[105] Aydın Taş, "Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî", *DİA*, XXXIX, 40. Bağdâdî eserinde İmâm Muhammed'ten helaller ve haramlarda yirmi yedi bin mesele tevârüs edildiğini (bkz. Bağdâdî, *Târîhu Bağdâd*, II, 567), Leknevî de dokuz yüz doksan dokuz kitap telif ettiğini aktarmıştır (bkz. Leknevî, *el-Fevâidu'l-behiyye*, s. 163).

birkaç asır sonra müstakil bir disiplin haline gelen kavâid ilminin yapı taşlarıyla doludur.

İmâm Muhammed'in diğer mezhep ve disiplinlerle gerek hoca-talebe ilişkisi açısından gerekse diğer sosyal ilişkiler açısından zengin fikir alışverişleri olmuştur. Ayrıca Ehl-i Rey ve Ehl-i Hadis ayrışmasının en alevli olduğu bir zamanda hoca-talebe ilişkileri ve bu ilişkilerin bir semeresi olan *el-Hücce* ve *el-Muvatta* rivâyeti gibi çalışmalarıyla bu iki farklı akımı birleştirmeye çalıştığı söylenebilir.

B. *el-CÂMİ'U'L-KEBÎR*

1. Eserin İsmi ve Müellife Nisbeti

Şeybânî'nin bu eserine *es-Siyeru'l-kebîr*'de atıfta bulunulmakta ve *el-Câmi'u's-sagîr*'e göre daha ayrıntılı olarak ele alınmasından dolayı ondan *Şerhu'l-Câmi'* olarak bahsedildiği görülmektedir.[106] İmâm Muhammed bu eseri, *el-Câmi'u's-sagîr*'den sonra kaleme almıştır.[107] Fıkhın neredeyse tüm fer'î başlıklarını içerdiği için "câmî", daha önce değinildiği üzere Ebû Hanîfe'nin görüşlerinin bizzat müellife ulaştığı için de "kebîr" şeklinde isimlendirildiği yorumu getirilmektedir.[108] Fakat "İmâm Muhammed'in Eserleri" konusunda ifade edilen gerekçelerden dolayı bu yorum kuvvetli görülmemektedir. Şeybânî'nin kaleme aldığı nisbeten küçük hacimli olan bazı eserlerini daha sonra tekrar gözden geçirme ve ilavelerle geliştirme geleneğinin olduğu muhtemel görülmektedir.[109]

Müellifin söz konusu eserine verdiği referansın yanı sıra, bibliyografi, tabakat ve ricâl kaynaklarında eserin açık ve net ifadelerle İmâm Muhammed'e nisbet edilmesi aidiyete dair önemli verilerdir[110] ve genel kabul niteliğindedir. Burada Cessâs'ın şu sözleri aktarılabilir:

---

[106] Serahsî, *Şerhu's-Siyeri'l-kebîr*, IV, 1309.
[107] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 561, 562; Kevserî, *Bülûgu'l-emânî*, s. 62.
[108] Bkz. İbn Âbidîn, *Mecmûatü'r-resâil*, s. 19.
[109] Serahsî, *el-Mebsût*, XXX, 287; Ahmet Yaman, "es-Siyerü'l-Kebîr", *DİA*, XXXVII, 327; Mehmet Boynukalın, *İmâm Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin Kitâbu'l-Asl Adlı Eserinin Tanıtımı ve Fıkıh Usûlü Açısından Tahlili*, s. 71.
[110] İbn Hallikân, *Vefeyâtü'l-ayân*, IX, 184; Leknevî, *el-Fevâidu'l-behiyye*, s. 163; Ziriklî, *el-'A'lam*, VI, 80.

> Birinin istinsah edilegelen meşhur bir kitapta yer alan görüşüne bakıp, kimseden duymaksızın 'falan şöyle diyor', 'filanın görüşü şudur' demesi caizdir. Muhammed b. el-Hasan'ın kitapları ve *Muvatta*'ı gibi… Zira bu kitapların bu vasıf üzere varlığı mütevatir ve meşhur -haber- mesâbesinde olup, isnada gerek duymaz. Nitekim Ehl-i Hadis'ten bazıları bundan dolayı Muhammed b. el-Hasan'ı kınamışlardır. Kendisine: "Bu kitapları -tümüyle- Ebû Hanîfe'den mi duydun?" diye sorulmuş, o da: "Hayır" deyince, "Bunları Ebû Yûsuf'tan mı duydun?" diye sormuşlar. İmâm Muhammed: "Hayır, bunları müzakere yoluyla aldık" şeklinde cevaplamış. İşte bu şahsın bilgisizliği nedeniyle Muhammed b. el-Hasan'ın kitaplarına kayıtlı bulunan görüşlerini onlardan duymaksızın aktarmasına itirazda bulunmuştur. Dediğimiz gibi bu tür şeyler zâhir ve meşhur olduğu için isnada ihtiyaç duymaz.[111]

2. Eserin Telif Tarihi ve Kaynakları

Müellifin bu eserinin telif tarihi tam olarak bilinmese de, ilk eseri olan *el-Asl/el-Mebsût*'tan sonra *el-Câmi'u's-sagîr*'i,[112] *el-Câmi'u's-sagîr*'in akabinde de söz konusu eseri telif ettiği bilinmektedir.[113] Eserdeki bâbların müellifin ikinci telifi esnasında Şeybânî tarafından eklendiği bazı son dönem çalışmalarında iddia edilmektedir.[114] *el-Câmi'u'l-kebîr*'in tasnif ve tertip faaliyetleri ise kim tarafından yapıldığı kesin olarak bilinmemekle beraber *el-Câmi'u's-sagîr* eserinin söz konusu çalışmalarını yapan Ebû Tâhir ed-Debbâs'ın[115] yapmış olması kuvvetle muhtemel görünmektedir.

Zengin bir hoca-talebe ilişkisi olan İmâm Muhammed'in pek çok ilmî meclis ve münâzara ortamlarında bulunduğu, buralardan istifade edip fikhî yetkinliğe eriştiği

---

[111] Cessâs, *el-Fusûl*, III, 93.
[112] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 561, 562; Kevserî, *Bülûgu'l-emânî*, s. 62
[113] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 561, 562; Leknevî, *el-Fevâidu'l-behiyye*, s. 163; Kevserî, *Bülûgu'l-emânî*, s. 62.
[114] İmâm Muhammed'in *el-Câmi'u'l-kebîr*'i iki kez kaleme aldığı, ikinci telifinde esere mesele ilaveleri ve ibâre tashihlerinin yanı sıra bâblandırmanın yapıldığı son dönem çalışmalarında ifade edilmektedir. Ancak bu husus eski kaynaklarda tespit edilememiştir. (Bkz. *el-Câmi'u'l-kebîr* adlı eserinin muhakkiki Ebû'l-Vefâ el-Efgânî'nin mukaddimedeki notu; Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 239; Desûkî, *el-İmâm Muhammed b. el-Hasan eş-Şeybânî ve eseruhu fi'l-fikh*, s.154; Nedvî, e*l-İmâm Muhammed b. el-Hasan eş-Şeybânî*, s. 94.)
[115] Şeybânî,'nin *el-Câmi'u's-sagîr* eserinin muhakkiki Mehmet Boynukalın'ın notu, s. 15-16.

sîretinden malumdur. Ancak referans göstermesi durumunda istifade ettiği şahsiyetleri ve eserleri tespit edebilmek mümkündür. Bu husus göz önünde bulundurularak eserin incelenmesi sonucunda referans kaynakları hakkında şunları söylemek mümkündür: *el-Câmi'u'l-kebîr*'de atıf yapılan herhangi bir eser adı tespit edilememiştir. Mezhebin üç imâmının görüşleri eserde zikredilen her meselede temel alınmış olup, sadece iki yerde Züfer'den ismen bahsedilmiştir.[116] Ayrıca sahabelerden İbn Abbâs, İbn Mesûd ve İbn Ömer'in fikhî kavillerinin eserde ismen aktarıldığı görülmektedir.[117] Yine İmâm Muhammed'in *el-Câmi'u'l-kebîr*'i rivâyet eden öğrencileri tarafından esere ilaveler yapıldığını göstermektedir. Meselâ bir yerde İmâm Muhammed'den sonra gelen İsâ b. Ebân'dan nakil yapılması[118] râvi kaynaklı bir katkı olduğuna işaret etmektedir.

Eserde kendilerine atıf yapılan fakîhlerle alakalı olarak "بعض فقهائنا" ifadesinin de kullanıldığı görülmektedir.[119] *el-Câmi'u'l-kebîr* muhakkiklerinden Muhammed Tâmir'e göre bu fakîhlerin Züfer b. Hüzeyl ve Bağdat kadılığı yapmış olan Âfiye b. Yezid olduğu yönündeki rivâyetlerin olmasının yanı sıra mezkûr fakîh Abdullah b. Mesûd'un neslinden olan Kâsım b. Ma'n'dır. (v. 175/791).[120] Ayrıca İmâm Muhammed söz konusu eserinde bir yerde "*eğer mal giderse, satıcının malından gider* diyenin kıyâsına göre" şeklindeki ifadesiyle failini belirtmediği kişinin kıyâsına/genel ilkesine atıfta bulunmuş olup,[121] bu kişinin de Züfer olduğu düşünülmektedir.

3. Eserin Şekil/İç Tasnif Açısından Tahlili

'Mevcut meseleyi emsal alıp ilerleme' mantığı üzerine kurulu olan furû-i fikhın, bir bilim dalı haline gelmesinin temel unsurlarından birisi de tasnif ve tertip işlemidir. [122] Doğrudan vahye dayalı veya dolaylı olarak bu kaynaktan üretilmiş olan amelî hükümleri konularına göre tasnif faaliyeti, II/VIII. yüzyılda Ebû Hanîfe'nin

---

[116] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 55 ve 80.
[117] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 6, 7, 8.
[118] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 309.
[119] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 87, 138.
[120] Hasırî, *Tahrîr*, I, 1093.
[121] "...في قياس من قال: إن المال إن توى توى من مال البائع" (Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 268.)
[122] Bilal Aybakan, "Furû Fıkıh Sistematiği Üzerine", *Marmara Ünv. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sayı: 31, s. 6.

başını çektiği ilmî yapıyla başlamış olup, kısa sürede diğer fikhî oluşumları da etkileyerek hızla devam etmiştir.[123] Buna binâen fikhî önermeler "kitâb", "bâb" ve "fasıl" gibi alt ve üst konu başlıkları altına yerleştirilerek fikhî birikim sistematik bir yapı kazanmıştır.[124]

Fıkhî meselelerin ve hükümlerin ilgili oldukları konulara göre üst ve alt başlıklar altında toplanması işlemini, oluşan bu başlıkları fıkıh kitabında tertip işlemi takip etmiştir.[125] Bu işlem ise, her başlığı bir bütün olarak değerlendirme ve diğer başlıklarla kesişim noktalarını belirleyip daha üst gruplandırmaları gerektirmektedir. Özellikle de muamelât konularının tasnifinde farklı değerlendirmeler nedeniyle fıkıh ekolleri arasında ve hatta aynı ekol içinde bile ittifak sağlanamamıştır. Örneğin nikâh konularına kimi fıkıhçılar ibâdet konuları içinde yer verirken kimisi de muamelât konuları içinde değerlendirmişlerdir.[126] Bu farklı bakış açısının bir tezahürü olarak klasik dönemde fıkhın, ikili, üçlü ve hatta dörtlü tasniflere tâbi tutulduğu görülmektedir.

Hemen hemen her mezhebin klasik döneme ait ayrıntılı fıkıh eserlerinde bölüm başlıklarının ilk cümleleri o başlığın oluşum sürecine dair ipuçları vermektedir. Başlığın tarihsel kökeni bağlamında onun, mezhep imâmı zamanında var olup olmadığı, değilse ne zaman ortaya çıktığı, zaman içinde bir değişime maruz kalıp kalmadığı, başlıklar arasındaki münasebetlerle alakalı veriler çıkabilmektedir.[127]

a. Ana Bölümlerin/Kitâbların Tertibi

Eserde taharet, namaz, oruç ve itikâf ile alakalı seçili bâblardan oluşan meseleler yer almaktadır. İbâdet konularından sadece zekât, yeminler ve nikâh bölümleri *kitâb* başlığı altında verilmiştir. Bu üç kitâb/bölüm dışındaki diğer ibâdet

---

123 Wael Hallaq, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 50; Bilal Aybakan, "Furû Fıkıh Sistematiği Üzerine", *Marmara Ünv. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sayı: 31, s. 6.

124 Wael Hallaq, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 51; Bilal Aybakan, "Furû Fıkıh Sistematiği Üzerine", *Marmara Ünv. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sayı: 31, s. 6.

125 Wael Hallaq, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 50-51; Bilal Aybakan, "Furû Fıkıh Sistematiği Üzerine", *Marmara Ünv. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sayı: 31, s. 6.

126 Wael Hallaq, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 51-54; Bilal Aybakan, "Furû Fıkıh Sistematiği Üzerine", *Marmara Ünv. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sayı: 31, s. 6-7.

127 Bilal Aybakan, "Furû Fıkıh Sistematiği Üzerine", *Marmara Ünv. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sayı: 31, s. 6, 3. Dipnot.

konuları *bâb* alt başlığı altında işlenmiştir. Eserin fıkıh tarihi içerisinde erken bir dönemde telif edilmesi ve literatürün ilk örnekleri zaten *Zâhiru'r-rivâye* eserleri olmasından dolayı bu başlıkların genel şeklini alıp, müteahhir dönemdeki gibi dakik bir şekilde kullanılmaması dönemin tabî özelliklerindendir.

Zekâttan sonra daha çok ibâdet konularının mahiyetine muamelâttan daha yakın görülen yeminler ve nikâh bölümleri ibâdetlerden muamelâta geçiş noktasında işlenmiştir. Sonra da sırasıyla muamelât konularından on dokuz kitâb/bölüm başlığı eserde yer almaktadır: Davâ, ikrâr, şehâdât, talâk, menâsik, kazâ, damân, büyû', rehin, şirket, vesâya, mükâteb, şüf'a, vekâlet, havale ve kefalet, sulh, icâre, mudârebe, cinayât. Sıralamadan da anlaşılacağı üzere hac ile ilgili meselelerin ele alındığı *Kitâbu'l-Menâsik* -sebebine daha sonra temas edileceği üzere- muamelât konuları arasında yer almaktadır. Yine talâk konusu tasnifte nikâh konusundan bağımsız olarak ve muamelât içerisinde işlenmiştir. Çünkü nikâh konusu mahiyeti itibariyle, ibâdet konularına yakın görülürken talâk muamelât kapsamında değerlendirilmiştir.

İbadât–muâmelât şeklindeki ikili tasnife[128] emsâl teşkil eden temel eserlerden biri olan bu eserde fıkıh kitâblarının/bölümlerinin tamamını içermese de çoğunluğunu barındırmaktadır. Eserin ihtiva ettiği kitâblar/bölümler, *el-Câmi'u'l-kebîr* ile hemen öncesinde kaleme alınan *el-Câmi'u's-sagîr* ve Şeybânî'nin ilk eseri *el-Asl*'ın kolaylıkla mukayese edilebilmesi için tablo üzerinde şöyle gösterilebilir:

el-Asl	***el-Câmi'u's-sagîr***	***el-Câmi'u'l-kebîr***
Kitâbu's-Salât	Kitâbu's-Salât	Bâbu's-Salât
Kitâbu'l-Hayz	Kitâbu'z-Zekât	Bâbu'l-Müstehâza
Kitâbu'z-Zekât	Kitâbu's-Savm	Bâbu's-Secde
Kitâbu ma yûda' fihi'l-hums ve'l 'üşr ve limen yecibu	Kitâbu'l-Hac	Bâbu Tuhri's-siyâb
Kitâbu's-Savm	Kitâbu'n-Nikâh	Bâbu Salâti'l-'iydeyn
Kitâbu't-Taharrî	Kitâbu't-Talâk	Bâbu't Tekbîr fi eyyâmi't-teşrik
Kitâbu'l-İstihsân	Kitâbu'l-İ'lâ	Bâbu's-Siyam ve'l-'itikâf

[128] Klasik dönemde furû-i fıkıh, bazen en genel biçimiyle ibadât ve muamelât şeklinde ikili ayırıma tâbi tutulmuştur. (Bkz. Wael Hallaq, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 51; Bilal Aybakan, "Furû Fıkıh Sistematiği Üzerine", *Marmara Ünv. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sayı: 31, s. 8-13.)

Kitâbu'l-Eymân	Kitâbu'z-Zihâr	Kitâbu'z-Zekât
Kitâbu'l-Büyû' ve's-selem	Kitâbu'l-'İtâk	Kitâbu'l-Eymân
Kitâbu's-Sarf	Kitâbu'l-Eymân	Kitâbu'n-Nikâh
Kitâbu'r-Rehin	Kitâbu'l-Hudûd	Kitâbu'd-Davâ
Kitâbu'l-Kısmet	Kitâbu's-Sirkat	Kitâbu'l-İkrâr
Kitâbu'l-Hibe	Kitâbu's-Siyer	Kitâbu'ş-Şehâdât
Kitâbu'l-İcârât	Kitâbu'l-Büyû'	Kitâbu't-Talâk
Kitâbu'ş-Şirket	Kitâbu'l-Kefâlet	Kitâbu'l-Menâsik
Kitâbu'l-Mudârebe	Kitâbu'l-Havâle	Kitâbu'l-Kazâ
Kitâbu'r-Radâa	Kitâbu'd-Damân	Kitâbu'd-Damân
Kitâbu't-Talâk	Kitâbu'l-Kazâ	Kitâbu'l-Büyû'
Kitâbu'l-'Itâk	Kitâbu'l-Vekâlet	Kitâbu'r-Rehin
Kitâbu'l-Mükâteb	Kitâbu'd-Davâ	Kitâbu'ş-Şirket
Kitâbu'l-Lakît	Kitâbu'l-İkrâr	Kitâbu'l-Vesâyâ
Kitâbu's-Sayd ve'z-zebâih	Kitâbu's Sulh	Kitâbu'l-Mükâteb
Kitâbu'l-Vesâyâ	Kitâbu'l-Mudârebe	Kitâbu'ş-Şüf'a
Kitâbu'l-Vesâyâ fi'd-deyn ve'l-'ayn ve gayri zalike	Kitâbu'l-Vedîa	Kitâbu'l-Vekâlet
Kitâbu'l-Ferâiz	Kitâbu'l-Âriye	Kitâbu'l-Havâle ve'l-kefâlet
Kitâbu'l-Velâ	Kitâbu'l-Hibe	Kitâbu's-Sulh
Kitâbu'l-Kavm mine'l-arab alâ kavmin mine'd-dehakîn yuvâlîhim an enfusihim	Kitâbu'l-İcârât	Kitâbu'l-İcâre
Kitâbu'l-Cinâyât	Kitâbu'l-Mükâteb	Kitâbu'l-Mudârebe
Kitâbu'd-Diyât	Kitâbu'l-Me'zûn	Kitâbu'l-Cinâyât
Kitâbu'd-Devr	Kitâbu'l-Gasb	
Kitâbu'l-Hudûd	Kitâbu'ş-Şüf'a	
Kitâbu's-Sirkat ve kat'i't-tarîk	Kitâbu'l-Müzâraa	
Kitâbu'l-İkrâh	Kitâbu'l-Harâc	
Kitâbu's-Siyer fi ardi'l-harb	Kitâbu'z-Zebâih	
Kitâbu'l-Harâc	Kitâbu'l-Kerâhiye	
Kitâbu'l-'Üşr	Kitâbu'l-Eşribe	
Kitâbu'd-Davâ ve'l-beyyinât	Kitâbu's-Sayd	
Kitâbu'ş-Şirb	Kitâbu'r-Rehin	
Kitâbu'l-İkrâr	Kitâbu'l-Cinâyât	
Kitâbu'l-Vedîa	Kitâbu'l-Vesâyâ	
Kitâbu'l-Âriye		

Kitâbu'l-Hacr		
Kitâbu'l-Abdi'l-mezûn lehu fi't-ticâre		
Kitâbu'ş-Şüf'a		
Kitâbu'l-Hunsâ		
Kitâbu Ferâizi'l-hunsâ fi kavli Ebî Hanîfe …		
Kitâbu'l-Mefkûd ve ma yusna'u bihi		
Kitâbu Cü'li'l-abik		
Kitâbu'l-Akl		
Kitâbu'l-Hiyel		
Kitâbu'l-Lukata		
Kitâbu'l-Müzâraa		
Kitâbu'n-Nikâh		
Kitâbu'l-Havâle ve'l-kefâlet		
Kitâbu's-Sulh		
Kitâbu'ş-Şehâdât		
Kitâbu'r-Rucû ani'ş-şehâdât		
Kitâbu'l-Vakf		
Kitâbu's-Sadakti'l-mevkûfe		
Kitâbu'l-Gasb		

b. Alt Başlıkların/Bâbların Tertibi

Ebû Hanîfe'den itibâren görülmeye başlanan fıkhın bâblara göre tasnifinin, fıkhın müstakil bir disiplin olduğunun en önemli kanıtlarından biri olarak yorumlanmaktadır.[129] Fıkıh mevzularının tesbitine yönelik bir işlem olan bâblara göre tasnif faaliyeti, fıkhî meselelerin hangi kavram merkezinde toplanabileceğinin ve meseleler arasındaki irtibatın ne olduğunun tespit edilmesi ile yakından ilişkilidir.[130]

İmâm Muhammed'in *el-Câmi'u's-sagîr* eserinin tertip ve tebvîb/bâblara ayırma işlemlerini Ebû Tâhir ed-Debbâs'ın yaptığı bilinmekle beraber,[131] iki kez

[129] Eyüp Sait Kaya, "Mezheplerin Teşekkülünden Sonra Fıkhî İstidlal", Basılmamış Doktora Tezi, s. 111-112.
[130] Eyüp Sait Kaya, "Mezheplerin Teşekkülünden Sonra Fıkhî İstidlal", Basılmamış Doktora Tezi, s. 111-112.
[131] Şeybânî, *el-Câmiu's-sagîr*, s. 15-16.

Şeybânî tarafından kaleme alınan *el-Câmi'u'l-kebîr*'in tasnif ve tertip faaliyetlerini kimin yaptığı kesin olarak bilinmemektedir. Ancak bazı son dönem çalışmalarında bâbları Şeybânî'nin söz konusu eseri ikinci telifi esnasında kendisinin eklediği belirtilmektedir.[132] *el-Câmi'u'l-kebîr*'in alt başlıkları ibadât-muamelât şeklindeki ikili tasniften mülhem olarak ibâdet ve muamelât bâb başlıkları olarak ayrı ayrı ele alınacaktır.

i. İbadetle İlgili Bâbların Tertibi

Klasik fıkıh kitaplarının ilk emsallerinden olan söz konusu eserin ilk bölümünde ibâdet konuları yer almaktadır. Genel olarak temizlik, namaz, oruç, zekât ve hac konularını ihtiva eden ibâdet konularının sıralaması mezheplere ve müelliflerin şahsî tercihlerine göre kısmî değişiklik gösterebilir.[133] Bu eserde ve fıkıh literatürünün sonraki eserlerinde maddî ve hükmî temizlik en temel ibadet olan namazı ifânın ön şartı veya namaza hazırlık sayılmasından dolayı ilk olarak yer almış, daha sonra diğer ibâdet konuları ele alınmıştır.

Temizlik, namaz, oruç, zekât ve hac konularının ibâdet olduğu hususunda ihtilâf yoktur. Ancak söz konusu eserde ibâdetler dâhilinde yer alan yeminler ve nikâh konularının ibâdet olup olmadığı ve bundan mütevellit olarak sıralamaları hususu fıkıh mezhepleri arasında ihtilâflıdır.

İmâm Muhammed, müteahhir fukahânın kitaplarında mevcut olan tertibe göre zikredilen fıkıh bâblarının büyük bir kısmını özetle ve bu konuları belli başlı meseleler halinde ele almıştır. Eserde ibâdetler bölümü ekseriyetle, seçili bâbların altında serdedilen meselelerden oluşup, muâmelât konularına nazaran çok kısa tutulduğu açıktır.[134] Eserde ibâdet konularından zekât ile yeminler ve nikâh ana bölümleri dışındaki diğer konular *bâb* alt başlığı altında verilmiştir. İbâdetle alakalı ele alınan bâb ve kitâb başlıkları şunlardır:

---

[132] Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 239.
[133] Ferhat Koca, "İbâdet", *DİA*, XIX, 242.
[134] *el-Câmi'u's-sagîr*'de ve yine *Zâhiru'r-rivâye* kitaplarının ilki olan *el-Asl*'da ibâdet konuları *el-Câmi'u'l-kebîr*'e göre daha fazla bâb alt başlığı ihtiva etmektedir.

- *Bâbu's-Salât*: cemaatle namazda saf tutma ve yolcunun namazda mukîme uyması ile alakalı üç mesele içermektedir.

- *Bâbu'l-Müstehâza*: İstihâzanın hükmü ve kimlerin mustâhaza mesâbesinde olduğu hususları ile alakalı birkaç meseleden oluşmaktadır.

- *Bâbu's-Secde*: Secde ile alakalı dört mesele ihtiva etmektedir.

- *Bâbu Tuhri's-siyâb*: Giysinin temizlenmesi ve cünüp olan kimseye dair dört mesele içermektedir.

- *Bâbu Salâti'l-iydeyn*: Bayram namazıyla alakalı birkaç meseleyi ele almaktadır.

- *Bâbu't-Tekbîr fi eyyâmi't-teşrîk*: Teşrik tekbirlerinin zamanına ve mahiyetine ve unutulması hakkında birkaç meseleden bahsedilmektedir.

- *Bâbu's-Siyâm ve'l-itikâf*: İtikâf konulu adak ve itikâf ibadetinin özünde oruç olup olmadığına dair bazı meseleler ele alınmıştır.

- *Kitâbu'z-Zekât*: Zekâtla alakalı altı bâb başlığı içeren mucez bir bölümdür.

- *Kitâbu'l-Eymân*: Eserin en uzun bölümü olan Kitâbu'l-Eymân, özellikle lafizlarla alakalı olmsı hasebiyle lügavî açıklamaların öne çıktığı bir bölümdür.

- *Kitâbu'n-Nikâh*: Bu bölümde nikâh ve tefrîk ile alakalı meseleler on dört bâb başlığı altında ele alınmıştır.

Zekâttan sonra ikili tasniflerde çoğunlukla ibâdet kapsamında görülen *Kitâbu'l-Eymân*, en fazla bâb başlığı taşıyan ve dil yorumlarının yoğunluğuyla öne çıkan bölümdür. Hac ile ilgili meselelerin ele alındığı *Kitâbu'l-Menâsik* ise fıkıh literatürünün diğer eserlerinden farklı olarak muamelât konuları arasında ve *Kitâbu't-Talâk*'tan sonra yer almaktadır. Menâsiku'l-hac konusunun ibâdât konuları arasında değil de muâmelât konuları arasında ele alınması, eserin ihtiva ettiği kitâblar/bölümler bir araya getirilirken tertipteki bir hata sonucu olma ihtimalinden uzak görünmektedir. Nitekim hac ibadetinin uygulamalar ve yasaklar açısından özel yapısı, muâmelât

içerisinde sayılmasının sâiklerinden olabilir. İlgili bölümün *Kitâbu'l-Hac* olarak değil de, hac ibâdeti içinde yer alan çeşitli eylemler anlamına gelen "menâsik" terimiyle başlıklandırılması bu kasıtlı tasnifin bir tezahürü olarak görülebilir.

İbâdât konularının tertibi ile alakalı bir başka husus, nikâh konusunun ibâdetler dâhilinde ele alınmasıdır. Şer'î naslarda evlilik kurumuna yönelik olarak gelen teşvikler sebebiyle nikâh,[135] ibâdet konuları arasında, talâk da içerdiği haklar, sorumluluklar, sınırlar ve sonuçları itibariyle muamelât konuları arasında ele alınmıştır.

Eserde ibadât meselelerinin bazen ilgili bâblar içerisinde yer almasının ihlâl edildiği, zaman zaman konu dışına çıkıldığı ve bâblar arasında ortalama bir hacmin olmadığı görülmektedir. Bu durum, eserin literatürde erken bir dönemde telif edilmesinin tabî bir sonucu olarak görülmelidir. Çünkü II/VIII. yüzyıl iç tasnifin genel şeklini aldığı ancak ayrıntılarının istikrar bulmadığı bir dönemdir.

ii. Muamelâtla İlgili Bâbların Tertibi

Yukarıda verilen tabloda da görüldüğü üzere eserde muamelât konularından sırasıyla dava, ikrar, şehâdât, talâk, menâsik, kazâ, damân, büyû', rehin, şirket, vesâyâ, mükâteb, şüf'a, vekâlet, havâle ve kefâlet, sulh, icâre, mudârebe, cinayât ana konuları birçok bâb başlıklarıyla işlenmiştir. İkili tasnife göre yemin ve nikâh konuları ibâdetler bölümünde, hac ile ilgili meselelerin ele alındığı *Kitâbu'l-Menâsik* ise muamelât konuları arasında, talâk konusu da muamelât içerisinde yer almıştır.

Eserde muamelât meselelerinin bazen ilgili bâblar içerisinde derlenmesi zaman zaman ihlal edilerek konu dışına çıkıldığı ve yine bâblar arasında ortalama bir şerh hacminin olmadığı görülmektedir. Eserin, fıkıh kitaplarının iç tasnifinin genel şeklini aldığı ancak ayrıntılarının istikrar etmediği bir dönemde yazılmasının doğal bir sonucu olarak görülmesi isabetli bir tutum olarak görülmektedir.

[135] Örneğin bkz. Nisâ, 4/3; Nûr, 24/32.

4. Eserin Muhteva/Mesâil Açısından Tahlili

Hanefî mezhebinin *Zâhiru'r-rivâye* eserlerinden olan *el-Câmi'u'l-kebîr*'deki 'câmî'den birçok konuya dair fikhî meseleleri ve hükümlerini ihtiva eden kapsamlı bir kitap olduğunu, 'kebîr'den de Şeybânî'nin eserini -İbn Âbidîn'in yorumuna göre- Ebû Yûsuf kanalıyla değil, doğrudan Ebû Hanîfe'den aktardığı rivâyetlerden oluşturduğu anlaşılmaktadır.[136] Ancak daha önce temas edildiği üzere bu yorumu zayıflatan hususlardan dolayı[137] Şeybânî'nin kaleme aldığı nisbeten küçük hacimli olanları daha sonra tekrar gözden geçirme ve ilavelerle geliştirme cihetine gittiği düşünülmektedir.[138]

İhtiva ettiği meselelerin oranı açısından zengin bir içeriğe sahip olan söz konusu eserde müellif, müteahhir fukahânın kitaplarında mevcut olan tertibe göre zikredilen fıkıh bâblarının tamamını içermese de önemli bir kısmını ve ele alınan konunun kapsamına giren tüm meseleleri değil, belli başlı meseleleri işlemiştir. Yine müteahhir dönemin eserlerinden farklı olarak, ibâdet konuları içinde -zekâttan hemen sonra- ele alınan ve en çok bâb alt başlığı ihtiva eden yeminler konusunun yoğun dil yorumları eşliğinde ele alınması da eseri öne çıkaran hususlardandır.

İmâm Muhammed *el-Câmi'u'l-kebîr*'i kronolojik olarak *el-Câmi'u's-sagîr*'den sonra telif etmiştir. Söz konusu eserde genel olarak meseleler *el-Câmi'u's-sagîr*'e göre daha ayrıntılı ele alınmıştır. *el-Câmi'u's-sagîr*'de yer alan konulardan ilâ, zihâr, ıtk, hudûd, sirkat, siyer, vedîa, âriye, hibe, mezûn, gasb, müzâraa, harâc, zebâih, kerâhiye, eşribe ve sayd konularının *el-Câmi'u'l-kebîr*'de olmadığı ve yine bu iki *Câmi* eserinde yer alan konuların tertibinde farklılıkların olduğu görülmektedir.[139] *el-*

---

[136] İbn Âbidîn, Şeybânî'nin hocası Ebû Hanîfe'nin ictihâdlarından kendisine Ebû Yûsuf kanalıyla ulaşanların "sagîr", herhangi bir aracı olmaksızın doğrudan Ebû Hanîfe'den aldığı kavillerin ise "kebîr" diye isimlendirilen eserlerinde derlendiği yorumunu getirmektedir. (İbn Âbidîn, *Mecmu'atü'r-resâil*, s. 19)

[137] Şeybânî'nin Ebu Yûsuf aracılığıyla hazırladığı *el-Asl* ve *el-Âsâr*'ı "sagîr" diye nitelememesi (Ahmet Yaman, "es-Siyerü'l-Kebîr", *DİA*, XXXVII, 327) ile Hatîb el-Bağdâdî'nin verdiği bilgiye göre Şeybânî'nin eserleri içinde sadece *el-Câmi'u's-sagîr*'de Ebu Yûsuf'un tesiri olmuş diğerleri doğrudan kendi kaleminden çıkmış olması (Hatîb el-Bağdâdî, *Târîhu Bağdâd*, II, 180) yukarıda geçen İbn Âbidîn'in yorumu zayıflatmaktadır.

[138] Serahsî, *el-Mebsût*, XXX, 287; Ahmet Yaman, "es-Siyerü'l-Kebîr", *DİA*, XXXVII, 327.

[139] Bu gerekçelerden dolayı *el-Câmi'u'l-kebîr*'in *el-Câmi'u's-sagîr*'in klasik anlamda bir şerhi olmadığı ifade edilmektedir. (Bkz. Aydın Taş, "Muhammed b. el-Hasan eş-Şeybânî'nin Hukuk Anlayışı",

Câmi'u'l-kebîr'i ve Şeybânî'nin birçok eserini ilk kez neşre hazırlayan Ebû'l-Vefâ el-Efgânî *el-Câmi'u'l-kebîr*'in kaleme aldığı mukaddimesinde, söz konusu eserin meselelerinde *el-Asl*'daki meselelerin esas alındığını kaydetmiştir.[140]

Eserlerinin çoğu günümüze ulaşabilen Şeybânî'nin *el-Câmi'u'l-kebîr*'de kullandığı üslup ve yönteme dair müstakil bir esere rastlanmamıştır.[141] *el-Câmi'u'l-kebîr* hakkında şu tespitlerde bulunmak mümkündür: Müellif eserde ihtilâf olmayan meselelerde mesele ve hükmü yani mezhebin üç imâmının ortak kavlini söylemekle iktifâ etmektedir. Üç imamın ortak görüşlerinin dayandığı prensip eser boyunca sıkça verilmektedir. Örneğin [142]"في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقولنا" veya "في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقولنا"[143] ifadelerinde olduğu gibidir. İhtilaf olan hususlarda da müellif her zaman Ebû Hanîfe'nin kavlini veya kıyâsını öncelemiştir. Ebû Yûsuf'un da birden fazla görüşü olması halinde "وقول أبي يوسف الآخر" ifadesindeki gibi bunu özellikle belirterek aktarmakta olup[144], son olarak da kendi görüşünü belirtmiştir. Şeybânî eserde yer yer *kavil* yerine *mezhep* ifadesini kullanarak nihaî görüşü özellikle ifade etmiştir.[145] Bazı meselelerde de Ebû Hanîfe'nin görüşünden bahsetmeden Ebû Yûsuf ile kendi görüşünü zikretmekle iktifa etmiştir.

el-Câmi'u'l-kebîr'de Şeybânî, "قياس قول أبي حنيفة" ve "قياس قول أبي يوسف" ifadelerini kullanmaktadır. Bu ifadelerden yola çıkarak, imâmların sadece mücerret kavillerinin değil, dayanaklarının da dikkate alınıp Şeybânî döneminden itibâren referans verilmeye başlandığı yani bir hukuk mantığı inşâsının olduğu söylenebilir.[146] Kavâid konusunda *kıyâs* lafzının ne anlama geldiği üzerinde daha ayrıntılı olarak durulacaktır.

Basılmamış Doktora Tezi, s. 38.) Ancak bu gerekçeler *el-Câmi'u'l-kebîr*'in *el-Câmi'u's-sagîr*'in detaylandırılmış versiyonu ya da şerhi olmadığı anlamına gelmektedir.

[140] *el-Asl*, Efgânî'nin mukaddimesi.

[141] Şeybânî *el-Asl*'ın başında şöyle söylemiştir: "Size Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un kavlini ve kendi kavlimi açıkladım, ihtilaf olmayanlar ortak kavlimizdir." (Şeybânî, *el-Asl*, I, 27)

[142] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 211, 218, 230, 251, 347, 364, 415.

[143] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 231, 359.

[144] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 116, 400.

[145] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 21, 71.

[146] Aydın Taş, "Muhammed b. el-Hasan eş-Şeybânî'nin Hukuk Anlayışı", Basılmamış Doktora Tezi, s. 83.

Şeybânî'nin râvi öğrencileri *el-Câmi'u'l-kebîr*'e eklemelerde bulunmuşlardır. Bu eklemeler Şeybânî'nin, özelde söz konusu eserine öğrencileri cihetinden dışarıdan katkının olduğunu, genelde de rivâyet kanalıyla gelen tüm eserleri için aynı durumun geçerli olabileceğini göstermektedir. Meselâ, *el-Câmi'u'l-kebîr*'in şirket bölümünde İsâ b. Ebân'ın İmâm Muhammed'e sorduğu bir sorudan bahsedilmektedir.[147] İmâm Muhammed'in kendisinden sonra gelen râvilerden olan İsâ b. Ebân'ın hakikî sorusu kronolojik açıdan mümkün olmayıp, râviler tarafından bir ilave olduğu ortaya çıkmaktadır.

Şeybânî söz konusu eserinde -ve eserin küçük versiyonu olan *el-Câmi'u's Sagîr*'de görüldüğü üzere- hükmün dayandığı delilleri açık ve net şekilde genellikle vermemiştir. Ancak eserin ibârelerinde hükme medâr olan illet açık olarak zikredilmese de manâdan anlaşılan çıkarımlar elbette satır aralarındadır.[148] Yine bazı meselelerde de özellikle "çünkü/لأنّ" bağlacıyla neden-sonuç ilişkisini açıkça belirterek,[149] zaman zaman değerlendirmelerde bulunmaktadır. Bunların haricinde nâdiren de olsa bazı meselelerde delil vermekte olup, bu deliller çoğunlukla kıyâs ve istihsândır. İmâm Muhammed genellikle "*kıyâsa göre şöyledir, istihsâna göre böyledir*" ifadesinde olduğu gibi istihsân ve kıyâsı beraber zikretmenin[150] yanı sıra zaman zaman da iki delili müstakil olarak belirtmektedir.[151] Kıyâs ve istihsânın haricinde sahabe kavlî[152] ve fiilî[153] ile lügavî olarak gibi hakikat ve mecaz, istisnâ[154] gibi argümanları da delillendirmede kullandığı görülmektedir.

Eser, *el-Asl* ve *el-Câmi'u's-sagîr*'de de olduğu gibi, mezhebin imâmları arasındaki ihtilafları sıkça aktarmaktadır. Buna mukabil, başka bir ekole karşı yazılmış *el-Hücce* ve *el-Muvatta* rivâyetinde ise mezhep içi ihtilafın çok az ve aynı zamanda

---

147 "حكي عن عيسى بن أبان أنّه سأل محمدًا" (Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 309.)

148 Örneğin; "Bir kişi on (dirheme) bir elbise satın alsa, kabzetmeden önce o malda bir ayıp ihdâs etse, malı kabzetmiştir." (Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 299-300) Örnekten illet niteliğindeki şu ilkeyi çıkarmak mümkün; müşterinin satın aldığı malda bir ayıp ihdas etmesi malın fiilî kabzı sayılır. (Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 240)

149 Örnekler için bkz. Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 138, 159.

150 Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 45, 46, 59, 104, 121, 186, 329.

151 Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 45, 46, 92, 191.

152 Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 6, 7, 8.

153 Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 8, 9.

154 Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 76, 79, 80.

müellifin genel âdetinin aksine yoğun gerekçeli delil serdedildiği görülmektedir.[155] Kendi ekolünün ictihâdını diğer ekole karşı savunma pozisyonunda olan Şeybânî, mezhebin kurucusu ve en önemli figürü olarak kabul edilen Ebû Hanîfe ile mezhebin önemli bir simâsı olan Ebû Yûsuf'un kavillerine ve hüccetlerine odaklanmakla iktifa etmiştir. Bunun, mezhep içine ve mezhep dışına yönelik teliflerdeki tutumun farklılığından kaynaklandığı düşünülmektedir. *el-Hücce*'nin mezhepler arası bir çalışma kategorisinde olduğunun başka bir kanıtı olarak, Şafiî'nin meşhur eseri *el-Ümm*'de bulunan *er-Red ala Muhammed b. el-Hasan* başlığı altında *el-Hücce* eserine talikatta bulunması da söylenebilmektedir.[156]

Eserin içeriği ile alakalı bir başka husus da bâblarda zikredilen pek çok örneğin köle ve cariyeler üzerinden verilmesidir. Bu da fakîh imâmın gündeminin ihtiyacı gidermeye dönük olarak yaşadığı sosyal şartlarla iç içe olduğunu ve eserinin büyük ölçüde yaşayan bir fıkıh olduğunu göstermektedir. Eserde vârid olan örneklere dair başka bir nokta da hesaplamaların çokça yer almasıdır. Bu hususta Serahsî'nin *el-Mebsût* adlı şerhinde şöyle bir ifadesi vardır: "*İmâm Muhammed kitaplarını hesaplamalarla doldurmuştur.*"[157]

Genel olarak Şeybânî'nin eserlerinin çoğunda ve özel olarak da mevzu bahis olan eserinde nahiv-fıkıh irtibatı açıkça görülmektedir. Müellif dildeki derin vukufiyetini fikhî çözümlerde sık sık kullanmış olup, hatta bu mecrada en öncü şahsiyetlerden biri olduğunun[158] isbatı mahiyetinde dil ağırlıklı çokça yorumlar yapmıştır. Eserin en zor bahisleri olarak nam salmış olan yeminler ve talâk bölümlerinin bu nahiv-fıkıh odaklı yorumlardan kaynaklandığı söylenebilir. Burada eserden bir örnek vermek yerinde olur: "*Bir kişi muhatabına, karımın -boşama- işi benim ve senin elindedir dese, muhatap da onu boşasa, bu boşama koca onaylayana*

---

[155] Aydın Taş, "Muhammed b. el-Hasan eş-Şeybânî'nin Hukuk Anlayışı", Basılmamış Doktora Tezi, s. 68, 84.

[156] Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 243; Ahmet Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, s. 26.

[157] Serahsî, *el-Mebsût*, XXVIII, 51.

[158] Kevserî, Cessâs'ın *el-Câmi'u'l-kebîr* şerhinde kaydettiğine göre; *el-Câmi'u'l-kebîr*'in bazı meselelerini nahivde önde gelen -Ebû Ali el-Farisî'ye (v. 377/987) okuduğunu, onun da bu kitabı telif edenin nahiv konusundaki derinliğine teaccüp ettiğini belirtmektedir. (Kevserî, *Bulûgu'l-emânî*, s. 63; Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Muhakkik el-Efgânî'nin mukaddimesi, s. 3. Cessâs'ın *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*'inde kuvvetle muhtemel birinci cildinin eksik bölümünde bulunduğu için mezkûr ibâreye tesadüf edemedim.)

kadar geçerli olmaz."[159] İmâm Muhammed bu meselede, muhtemelen ve/vav edatının Arapçada matuf ve matufun aleyhin birlikte olmasına delâlet etmesini dikkate alarak, sadece muhatabın boşamasını yeterli görmeyerek bu tasarrufu kocanın da onaylamasını şart koşmuştur.[160]

a. Naklî Deliller

Müellif bu eserde, -diğer pek çok eserinde olduğu gibi- mesele ve hükmünü söylemekle yetinmiş, hükmün dayandığı delil ve gerekçelerine genelde yer vermemiştir. Bu eserin Şeybânî'nin telif amacına ve muhatabına göre delil konusundaki tutumunun değiştiği vakıasına daha önce değinildiği üzere, söz konusu eserin daha çok mezhep içi fıkıh faaliyetine yönelik olduğu açıktır. Bunun haricinde eserde insanların günlük hayatta karşılaştıkları veya karşılaşmaları muhtemel olan vakıalara çözüm bulma amacının öncelendiği düşünülmektedir. Yine naklî delillerin Hanefî fakîhlerince malûm olmasından dolayı ayet ve hadislerin özellikle aktarılmadığı muhtemeldir.

b. Kavramlar

Eser, Hanefî mezhebinin IV/X. yüzyılın başına kadar olan teşekkül döneminin henüz tamamlanmadığı bir dönemde kaleme alınmıştır. Şu halde mezhebin oluşumu ve dolayısıyla terimleşme sürecinin istikrar kazanmamış olmasından dolayı kullanılan kavramlar da tamamen fıkıhta bugün kullanılan anlamları çevresinde olması da doğal olarak beklenemez. Eserde ism-i fail, mastar ve fiil formlarında kullanılan kavramlar kendi içinde kategoriler halinde şu şeklide verilebilir:

- İstihsân,[161] kıyâs[162] gibi delil kavramları,
- İstisnâ, atıf gibi lügavî kavramlar,[163]

---

[159] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. el-Efgânî, s. 180.
[160] Aydın Taş, "Muhammed b. el-Hasan eş-Şeybânî'nin Hukuk Anlayışı", Basılmamış Doktora Tezi, s. 40-41.
[161] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 163, 188, 258, 191, 341, 353, 424.
[162] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 45, 46, 59, 104, 121, 186, 308, 329.
[163] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 76, 79, 80, 349.

- Mut‘a, şecce, cu‘l, tezkiyetü’ş-şühûd, kefâle bi’n-nefs ve’l-mal, mukâyaza, erş gibi mahza fıkıh kavramları,[164]

- Istılâhî tanım,[165]

- Mezhep,[166] kavil,[167] kıyâs[168] gibi görüş ve dayanak ifade eden kavramlar,

- “Şöyle denirse … böyle denir” veya “c-a‘-l” gibi takdirî/farazî meseleye delâlet eden kavramlar,[169]

- Diyânet ve kazâ kavramları,[170]

- Sahîh,[171] fâsid,[172] butlân,[173] mevkûf[174] gibi vaz‘î hükümler,

- Teklifi hüküm olarak; [175]"عليه", “v-c-b”,[176] “l-z-m”[177] kökünden türeyen kelimeler gibi gereklilik (farz-vacip) delâlet eden lafızlar; "لا بأس به"[183],"لم يكن بأس"[182], "طيب"[181], "له"[180], "أولى"[179], "يستحب"[178] (sakınca görmeme), "له" (yapma hakkı tanıma), “c-v-z”[184], “k-b-l”[185] kökünden türeyen kelimeler gibi mübahlık ve mendupluk ifade eden

---

[164] Şeybânî, *el-Câmi‘u’l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 70, 93, 101, 137, 381.

[165] "الأيّم كل امرأة قد بلغت أو لم تبلغ ولا زوج لها وقد جومعت بنكاح أو فجور أو نكاح فاسد غنية كانت أو فقيرة؛ والثيب مثلها إلا في خصلة إن كان لها زوج أو لم يكن فهي ثيب؛ والبكر كل امرأة لم تجامع بنكاح ولا غيره غنية كانت أو فقيرة كان لها زوج أو لم يكن، فإن كانت العذرة ذهبت من حيضة أو وثبة أو أذهبها الوضوء فهي بكر." (Şeybânî, *el-Câmi‘u’l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 332-333)

[166] Şeybânî, *el-Câmi‘u’l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 21, 71.

[167] Şeybânî, *el-Câmi‘u’l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 132, 191, 231, 359.

[168] Şeybânî, *el-Câmi‘u’l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 16, 84, 86, 112, 115, 121, 160.

[169] Şeybânî, *el-Câmi‘u’l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 124, 273.

[170] "ولم يدين في القضاء ودين فيما بينه وبين الله" (Şeybânî, *el-Câmi‘u’l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 34).

[171] Şeybânî, *el-Câmi‘u’l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 357.

[172] Şeybânî, *el-Câmi‘u’l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 256, 264, 261, 268, 287, 311, 328.

[173] Şeybânî, *el-Câmi‘u’l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 109, 110, 111, 112, 114.

[174] Şeybânî, *el-Câmi‘u’l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 263, 293, 359.

[175] Şeybânî, *el-Câmi‘u’l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 112, 171, 182.

[176] Şeybânî, *el-Câmi‘u’l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 187, 232.

[177] Şeybânî, *el-Câmi‘u’l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 260, 264, 266.

[178] Şeybânî, *el-Câmi‘u’l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 184.

[179] Şeybânî, *el-Câmi‘u’l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 175.

[180] Şeybânî, *el-Câmi‘u’l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 112, 113, 115, 117, 148.

[181] Şeybânî, *el-Câmi‘u’l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 387.

[182] Şeybânî, *el-Câmi‘u’l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 213.

[183] Şeybânî, *el-Câmi‘u’l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 184, 393.

[184] Şeybânî, *el-Câmi‘u’l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 106, 107, 108.

[185] Şeybânî, *el-Câmi‘u’l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 211.

lafizlar; "لم يجز"[186], "لم يكن عليه/له"[187], "ليس له"[188], "نقض"[189], "k-r-h"[190] kökünden türeyen kelimeler gibi mekruhluk ve haramlık ifade eden lafizlar kullanılmıştır.

c. Küllî Kâideler

el-Câmi'u'l-kebîr'de Şeybânî'nin, "قياس قول أبي حنيفة" ve "قياس قول أبي يوسف" ifadelerini kulladığı daha önce ifade edilmişti. Bu kullanım, imâmların sadece mücerret kavillerinden ziyade, fer'î meselelere verdikleri hükümlerdeki illetlerin saptanıp, bu tespitin sonucunda kapsayıcı bir kâide icad edilerek, söz konusu hükmün başka meselelere de uygulandığı anlamına gelmektedir. Bununla bir hukuk mantığı inşâsının hedeflendiği söylenebilir.[191] Fıkhî bir görüşün dayandığı ilke anlamında kullanılan *kıyâs* ifadesi İmâm Muhammed'in *el-Câmi'u'l-kebîr*'inde yoğun olarak görülmektedir. Şeybânî'nin talebe râvileri de bu geleneği devam ettirerek "قياس قول محمد" şeklindeki ifadeyi sıkça kullanmışlardır. Daha sonra *kıyâs* lafzının ne anlama geldiği üzerinde daha ayrıntılı olarak durulacaktır.

Şeybânî söz konusu eserinde her ne kadar hükmün dayandığı delilleri açık ve net şekilde genellikle belirtmese de, eserin ibârelerinde hükmün illeti açık olarak zikredilmese de manâdan anlaşılan çıkarımlar elbette bulunmaktadır.[192] Bunun haricinde birçok meselede "çünkü/لأنّ" bağlacıyla mesele-hüküm arasındaki irtibat açıkça belirtilmiş olmaktadır. Cessâs ve *el-Câmi'ul-kebîr*'in diğer şârihlerin şerhlerinde de görüleceği üzere eserde her bâb ile ilgili asıllar/kâidelerin verilmesine özen gösterilmiş olup, bu asılların alt yapısı elbette İmâm Muhammed tarafından oluşturulmuştur.

---

[186] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 107, 109.
[187] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 187, 213.
[188] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 109, 171, 205, 229.
[189] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 110, 121, 227, 283, 380.
[190] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 184, 185, 213.
[191] Aydın Taş, "Muhammed b. el-Hasan eş-Şeybânî'nin Hukuk Anlayışı", Basılmamış Doktora Tezi, s. 83.
[192] Örneğin; "Bir kişi on (dirheme) bir elbise satın alsa, kabzetmeden önce o malda bir ayıp ihdas etse, malı kabzetmiştir." (Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 299-300) Örnekten illet niteliğindeki şu ilkeyi çıkarmak mümkün; müşterinin satın aldığı malda bir ayıp ihdas etmesi malın fiili kabzı sayılır. (Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 240)

Üçüncü bölümün ana teması söz konusu metin ve şerhindeki kâideler olup, orada detaylı bilgi verilecektir.

d. *Zâhiru'r-rivâye* ve *Nâdiru'r-rivâye* Râvileri ve Mesâili

İlk dönem eserleri daha çok hadisler gibi rivâyet yoluyla yani öğrencinin hocadan eserin metnini dinleyerek istinsah etmesi ile aktarılmıştır. Bu yapılırken genelde doğrudan müelliften dinlediğini/aldığını belirten sened bilgileri de müstensih râvi tarafından ilave edilmektedir.[193] Kitabın ilk ve ilaveli telifini rivâyet eden önde gelen öğrenci râviler arasında Ebû Süleymân el-Cüzcânî, Muallâ b. Mansûr er-Râzî,[194] Muhammed b. Semâa, Ebû Hafs el-Kebîr (v. 217/831), Ali b. Ma'bed b. Şeddâd (v. 218/832), Hişâm b. Ubeydullah er-Râzî (v. 221/836)[195] bulunmaktadır. Kitabın râvilerinin rivâyetleri arasındaki farklar nüshalarda göze çarpmaktadır. İmâm Muhammed'in vefatından sonra râvilerin eserde yeri geldikçe ufak tashih, çıkartma, ilave gibi dokunuşlar yaptıkları da gözlemlenmektedir.[196]

Şeybânî'nin eserlerinin rivâyet ilmî açısından kuvvet durumuna -başka bir ifadeyle mütevatir ve meşhur rivâyete sahip olup olmamasına- göre zâhir-nâdir rivâyet şeklindeki taksimi[197] Hanefî ekolündeki nakil titizliğine delâlet ederken, aynı zamanda birincil ve ikincil literatürü de bir taraftan belirlemiş olmaktadır.

Cessâs da bu zâhir-nâdir ayrımına dikkat etmiş ve bunları yeri geldikçe belirtmiştir. Böylece sadece imâmların görüşlerini aktarmakla kalmamış, işlenen konular hakkında imâmların son ve rivâyet açısından en doğru görüşlerini de tespit ederek belirtmeye çalıştığı görülmektedir. Buna *Zâhiru'r-rivâye* kapsamı dışında kalan rivâyetlerin referansını müellif *zâhir* ifadesi kullanarak aktarması örnek olarak verilebilir.

---

193 Metin Yiğit, *İlk Dönem Hanefî Kaynaklarına Göre Ebû Hanîfe'nin Usûl Anlayışında Sünnet*, s. 46-47.

194 Saymerî, *Ashâbu Ebî Hanîfe ve Ahbâruhu*, s. 154.

195 Saymerî, Muhammed b. Semâa'nın kendisinin sika ve rivâyetlerinin de güçlü olduğunu ifade etmektedir. (Saymerî, *Ashâbu Ebî Hanîfe ve Ahbâruhu*, s. 154-155.)

196 İmâm Muhammed'in günümüze ulaşan eserlerinin çoğunu tahkik eden Ebû'l-Vefâ el-Efgânî de tahkiklerinde zaman zaman râvilerin tasarruflarına dikkat çekmiştir. (Bkz. Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. el-Efgânî, s. 5.)

197 Zâhir-nâdir ayrımının gerekçeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İbn Âbidîn, *Mecmûatü'r-resâil*, s. 16-18.

5. Eserin Telif Üslûbu

İmâm Muhammed'in elimizdeki eseri diğer eserleri gibi kendi zamanına göre gelişmiş bir fikhî dil ve üslûba sahip olmakla birlikte özellikle dil özellikleri açısından ayrıcalıklıdır. Ancak telif edildiği dönemin ve literatürde öncü olmanın doğal bir sonucu olarak konular her zaman tam bir bütünlük içerisinde ele alınmayıp yer yer tekrarlar vâki olmuştur.

Müellif, eserinde özellikle de yeminler ve talâk bölümleri başta olmak üzere sıkça dil ağırlıklı yorumlar yapmıştır. Bu nedenle Şeybânî'nin eserleri arasında zor üslûbu ile bilinen *el-Câmi'ul-kebîr* hakkında âlimlerden çeşitli rivâyetler vardır. Meselâ; Irak fakîhlerinden İbnü's-Selcî/İbnü's-Sellâc olarak bilinen Ebû Abdullah Muhammed b. Şücâ''nın (v. 266/879)[198] *el-Câmi'u'l-kebîr*'in zorluğundan şöyle bahsettiği aktarılır:

> Muhammed b. el-Hasan'ın *el-Câmi'u'l-kebîr*'deki misali, bir konak inşâ eden bir adam gibidir. Adam onu her yükselttiğinde bir basamak inşâ eder, ta ki onunla binânın üstüne çıkıp bu şekilde binâyı tamamlar. Sonrasında ondan iner ve basamakları yıkar, sonra insanlara; 'hadi çıkmanızı görelim' der. [199]

Konuyu işleme tarzıyla alakalı hususlardan birisi, *el-Câmi'u'l-kebîr*'de mesele ve hüküm arzından oluşan konuların, farazî fer'î mesele icâdına[200] dayalı olarak "*bir kimse şöyle yapsa…*" şeklinde örnekler üzerinden bir anlatım dili kullanılmıştır.

Şeybânî, İmâm Ebû Yûsuf'tan künyesi ile bahsetmenin yanında "Yakup" ismiyle de ondan nakiller yapmıştır.[201] Zaman zaman İmâm Muhammed eserde kendi görüşlerini ve tercihlerini farklı kalıplarla ifade ettiği görülmektedir.[202] Kendi

---

[198] Ayrıntılı bilgi için bkz. İbnü'n-Nedîm, *el-Fihrist*, s. 259-260; Saymerî, *Ashâbu Ebî Hanîfe ve Ahbâruhu*, s. 157-158.

[199] Zehebî, *Menâkıbu Ebî Hanîfe ve Sâhibeyhi*, s. 89-90; Kevserî, *Bülûgu'l-emânî*, s. 58.

[200] Bu tekniğin, Ebû Hanîfe'nin soru ortaya atıp, önce öğrencilerinin cevaplarını değerlendirmek, sonra da kendi görüşünü beyan etmesi suretiyle işleyen ders halkalarının yazılı metne çevrildiği izlenimini vermektedir. Hanefîlerin meseleleri daha çok (أرأيت/لو) kalıplarıyla farzedip, hükme bağlamaları çokça tenkit edilmiş, hatta sırf bu yüzden Ebû Hanîfe ve diğer Hanefî fakîhleri cerh edenler olmuştur. (Bkz. Metin Yiğit, *İlk Dönem Hanefî Kaynaklarına Göre Ebû Hanîfe'nin Usûl Anlayışında Sünnet*, s. 47-48)

[201] Cessâs da şerhinde sadece ikrâr bölümünde bir yerde Ebû Yûsuf'u künyesi ile değil ismi ile zikretmiştir.

[202] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 20, 21, 106, 143.

tercihlerini sunarken "*Yakup'un kavli bana daha hoş gelmektedir.*/ وقول يعقوب أحبّ إليّ",[203] "هو عندي",[204] "هذا أحسن القولين"[205] ibârelerinde olduğu gibi mütekellim tekil veya "نجيز",[206] "نبطل",[207] "نجعل",[208] "وهو قولنا"[209] gibi mütekellim çoğul formunda kullanımları da görülmektedir. Ayrıca bazen "*Muhammed'e göre*" ifadesindeki gibi ismen atıf yapılmakta olup, bu kullanımın müellifin kendisinden vâki olabileceği gibi râvi öğrencilerin tasarrufuyla vâki olması da muhtemeldir.

Eserde ele alınan meselelerin dayanaklarından en önemlisi kıyâs ve istihsân olmuştur. Şeybânî istihsân kavramını "أستحسن/istihsân yapıyorum",[210] "استحسن/istihsân yaptı",[211] "استحسنت/istihsân yaptım"[212] gibi farklı formlarda ifade etmiştir. İstihsanın delil olarak kullanılması kıyâsın terk edilmesini gerektirdiğinden, çoğunlukla kıyâs ve istihsân kavramları beraber zikredilmiştir.

Şeybânî meselenin tasvirini yaparken çok kez "bir kimse", "filan" gibi kullanımı yaygın olan kalıplarla kişileştirmenin yanı sıra bazen de tıpkı Basralı çağdaşı olan Sibeveyh'in (v. 180/796) meşhur nahiv kitabında[213] da görüldüğü gibi Amr, Zeyd, Abdullah[214] ile Hamâde, Zeynep, Amra, Beşîra isimlerinde[215] hayalî kişiler zikretmektedir. Bu husus dönemsel bir lügavî ifade şekli ve İmâm Muhammed de bu tarz lügavî enstrümanlara vakıf olup, bunları kullanan bir fakîh olarak yorumlanabilmektedir.[216]

Başka bir husus da kullanımdan İmâm Muhammed'in yaşadığı dönemde olduğu anlaşılan Benî Ömer b. Hammâd, Bekir b. Vâil, Kays ve Temîm kabilelerini

---

[203] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 30.
[204] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 325.
[205] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 268.
[206] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 272.
[207] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 272.
[208] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 273.
[209] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 317, 373.
[210] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 258, 353.
[211] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 350.
[212] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 188.
[213] Sibeveyh, *el-Kitâb*, I, 14, 23, 24.
[214] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 135, 173, 335.
[215] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 211, 212.
[216] Mehmet Boynukalın, *İmâm Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin Kitâbu'l-Asl Adlı Eserinin Tanıtımı ve Fıkıh Usûlü Açısından Tahlili*, s. 70.

müellifin örnek meselelere taşımasıdır.[217] Bu da elbette Şeybânî'nin fikhî bilgi inşâsının yanı sıra döneminin ihtiyaçlarına karşılık vermeyi de hedeflediği söz konusu eserinde, kendi döneminin mevcudatı üzerinden pratik anlatımın olduğunu göstermektedir. Bu konuda başka bir örnek de eserin telif edildiği dönem ve coğrafyada kullanıldığı anlaşılan "قفيز فارسي" müellifin özellikle çeşit belirttiği bir ölçü birimidir.[218]

6. Eserin Mezhep İçinde ve Mezhepler Arasındaki Yeri

Hanefiler açısından fıkıh doktrini büyük ölçüde Ebû Hanîfe-Ebû Yûsuf-Şeybânî'den gelen malzemeye dayanmaktadır. Bu üç imâmın görüşlerini esas alan ve doktrinin oluşmasında en önemli payı üstlenen eserler Hanefî mezhebinde telif edilen tüm furû-i fıkıh kitaplarının temel kaynakları ve Hanefî fıkıh literatürünün otoritesi olmuştur. Şeybânî'nin telif ettiği ve Hanefî mezhebinde ilk müellef eserler olan *Zâhiru'r-rivâye* ve *Nâdiru'r-rivâye*'yi oluşturan eserler, mezhebin kurucu isimlerinin fıkıh birikimini aktarması, fıkıh tarihi ve doktrini açısından büyük önem arz etmektedir. Mezhebin kalemi mesâbesindeki İmâm Muhammed'in eserleri olmadan üç kurucu fakîhin görüşlerinden teşekkül eden fıkıh öğretisinin, öğrenilemeyeceği söylenebilir. Zira bu eserlerdeki fer'î meselelerden yola çıkarak fikhî dil, tasnif, tertip, düşünce, kuram gibi fıkıh ilminde pek çok mahsulün ortaya çıkmasına sebep olmuştur. İşte bu mahsullerden biri olan *el-Câmi'u'l-kebîr*'e bu zaviyeden bakıldığı zaman fıkıh ilminde nasıl bir yere sahip olduğu anlaşılacaktır.

Hocası Ebû Hanîfe ve ilim halkasının çalışmalarını tevarüs eden Şeybânî'nin, kendisinden sonra müstakil fikhî branşlar haline gelecek olan *konulu fıkıh, mukayeseli fıkıh, hilâf, eşbâh* ve *nezâir, furûk, kavâid* gibi mecralarda birçok ilki ve özgünlüğü temsil eden kimliği müsellemdir. Şeybânî'nin bu öncülüğünün etkisi Hanefî mezhebi sınırlarını aşarak, diğer ekollerde de görülmüştür. Meselâ Şafiî eserlerinin ortaya çıkmasında İmâm Muhammed'in eserlerinin büyük katkısı olduğu bizzat İmâm Şafiî'den aktarılmıştır.[219] Yine Mâliki fikhını tedvin eden Sahnûn'un hocası Esed,

---

[217] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 339, 415.
[218] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 21.
[219] Abdülkerim Zeydân, *el-Medhâl*, s. 140.

Esediyye eserini Şeybânî'ye öğrenciliğinden sonra onun eserleri öncülüğünde telif etmiştir.[220] Kezâ Ahmed b. Hanbel'in Şeybânî'nin eserlerinden yararlandığını gösteren onun teliflerini öven sözler sarfetmiştir.[221]

Mezheplerin gelişiminde büyük katkıları olan iki *Câmi'* eseri de henüz İmâm Muhammed hayattayken Hanefî muhitinin temel metinlerinden kabul edilmiştir.[222] *Keşfu'z-zünûn*'da *el-Câmi'u'l-kebîr* için fıkıhta telif edilmiş en iyi kitap ve en iyi bölümü de yeminler bölümü olduğunu ifade eden bir kavil aktarılmıştır. Serahsî bu bölüme dair şu sözleri kaydetmiştir: "*Her kim fıkıhta derinleşenleri imtihan etmek isterse el-Câmi'in yeminler bölümünden yapsın*."[223]

7. Eser Üzerine Yapılmış Çalışmalar

İmâm Muhammed'in *el-Câmi'u'l-kebîr* eseri, mezhebin otorite şahsiyetlerinin görüşlerini sonraki nesillere aktaran ilk kapsamlı eserlerdendir. Bundan dolayı eser Hanefî fakîhler tarafından büyük teveccüh görmüş olup, üzerine şerh,[224] ihtisar[225] ve nazım türlerinde eserler kaleme alınmış,[226] hatta bazı muhtasar ve manzumları da şerh edilmiştir.[227] Kâtip Çelebi, meşhur bibliyografi eseri *Keşfü'z-zünûn*'da *el-Câmi'u'l-kebîr* üzerine yazılan kırktan fazla şerhin olduğunu zikretmektedir.[228] Bu şârihler arasında Cessâs, Ahmed b. Mansûr el-İsbicâbî, Şemsü'l-eimme es-Serahsî, Sadrüşşehîd Ömer b. Abdülaziz, Haherzâde, Rüknüddin el-Kirmânî, Alaüddin el-Üsmendî, Ebû Nasr el-Attâbî, Cemalüddin el-Hasırî vardır. Burada zikredilmeyip diğer bibliyografi eserlerinde adı geçen başka şerhlere de rastlanmaktadır.[229] *el-*

---

[220] Abdülkerim Zeydân, *el-Medhâl*, s. 139.
[221] Bağdâdî, *Târîhu Bağdâd*, II, 177.
[222] Aydın Taş, "Muhammed b. el-Hasan eş-Şeybânî'nin Hukuk Anlayışı", Basılmamış Doktora Tezi, s. 82; Eyüp Sait Kaya, "Nâdiru'r-Rivâye", *DİA*, XXXII, 279.
[223] "من أراد امتحان المتبحّرين في الفقه فعليه بأيمان الجامع" (Serahsî, *Şerhu's- Siyeri'l-kebîr*, I, 252.)
[224] Şerhleri için bkz. Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 568-570; Carl Brockelmann, *Târîhu'l-edebi'l-arabî*, II, 266, 267-268, 268-270, 271-272; Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 60-63.
[225] Muhtasarları için bkz. Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 569; Carl Brockelmann, *Târîhu'l-edebi'l-arabî*, II, 266-267, 270, 271; Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 63-64.
[226] Nazımları için bkz. Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 570; Carl Brockelmann, *Târîhu'l-edebi'l-arabî*, II, 270, 273; Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 63.
[227] Bkz. Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 569-570; Carl Brockelmann, *Târîhu'l-edebi'l-arabî*, II, 270-272; Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 64-67.
[228] Şerhleri için bkz. Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 568-570;
[229] Bkz. Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 61-63.

Câmi'u'l-kebîr'in şerhlerine ikinci bölümde detaylı bir şekilde temas edileceğinden burada sadece diğer yazım türlerine ait çalışmalardan bahsedilecektir.

Eseri, Ahmed b. Ebû'l-Müeyyed en-Nesefî (v. 519/1125) manzum hale getirmiş[230] ve Mahmud b. Ubeydullah el-Harisî (v. 606/1209) de bu eseri şerhetmiştir.[231] Ebû'l-Hasan Ali b. Halîl (İbn Kâdî el-Asker) (v. 651/1353),[232] Ahmed b. Osman b. İbrahim et-Türkmânî (v. 744/1343)[233] de eseri nazım olarak kaleme almıştır. Ebû Nasr el-Attâbî ve Muhammed b. Abbâd Hılâtî (v. 652/1354) de ihtisar etmişlerdir.[234] Hılâtî'nin meşhur muhtasarına yapılan önemli çalışmalar arasında; İbn Balabân el-Fârisî (v. 739/1338), Ekmeleddin el-Bâbertî (v. 827/1424) ve Sa'deddin et-Teftâzânî (v. 792/1390) zikredilebilir.[235]

Dimaşk Eyyûbî meliki "el-Meliku'l-Muazzam" olarak bilinen Ebû Mûsâ İsâ b. Ebi Bekir (v. 624/1227)[236] eserdeki fikhî asılları ele alan *Usûlü'l-câmi'i'l-kebîr* başlığında bir eser telif etmiştir.[237] Bu minvaldeki başka bir eser de daha geç bir dönemde ve Mahmud b. Muhammed Hamza el-Hüseynî'nin (v. 1305/1887) kaleme aldığı *en-Nûru'l-lâmi' fi usûli'l-câmi'* başlığındaki risâledir.[238]

---

[230] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 570; Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 63.

[231] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 570. Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*'de bu eseri *el-Câmi'u'l-kebîr*'in manzumları arasında zikretmiştir. (Bkz. Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 63.)

[232] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 570. Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*'de bu eseri *el-Câmi'u'l-kebîr*'in şerhleri arasında zikretmiştir. (Bkz. *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 62.)

[233] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 570.

[234] Brockelmann, *GAL*, I, 178; Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 63-64.

[235] Bu isimlerin haricinde Hılâtî'nin büyük rağbet görmüş muhtasarına çalışma yapanlar arasında; Ebû'l-Abbas Ahmed b. İbrahim (İbnü'l-Burhân el-Halebî) (v. 738/1337), Ebû'l-Muzaffer Yûsuf b. Kuzugli (قزاوغلي veya قُزغلي) (v. 654/1253), Ebû Amr Osman b. İbrahim el-Mardînî (v. 731/1330), İbrahim b. Süleyman el-Hamevî el-Konevî (v. 732/1331), Ebû Muhammed ez-Zeylaî (v. 743/1343), Ali b. Sancar b. Sebbâk el-Bağdâdî (v. 700?) (Müellif, şerhini tamamlayamamıştır.), Muhammed b. Ahmed b. Abdülaziz (İbn Rebve ed-Dimaşkî)(v. 864/1463)[235](Müellif şerhini, *ed-Dürrü'n-nazim el-Münîr fi halli işkâli'l-Câmi'i'l-kebîr* olarak isimlendirilmiştir.), Ebû'l-Abbas el-Konevî (v. 771/1370)(Dört cilt halinde *et-Takrir* olarak isimlendirilen bu eser, müellifin oğlu Ebû'l-Mehâsin Mahmud tarafından bâbasının müsveddesinden beyaza geçirilmiştir.), Mesûd b. Muhammed el-Gucduvânî vardır. (Bkz. Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 569-570; Brockelmann, *GAL*, I, 178-179; *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 64-66; Yunus Vehbi Yavuz, "el-Câmi'u'l-kebîr", *DİA*, VII, 109-110.

[236] Geniş bilgi için bkz. Cengiz Tomar, "el-Melikü'l-Muazzam", *DİA*, XXIX, 71-72.

[237] Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*'de bu eseri *el-Câmi'u'l-kebîr*'in şerhleri arasında zikretmiştir. (Bkz. Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 60.)

[238] Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*'de bu eseri *el-Câmi'u'l-kebîr*'in şerhleri arasında zikretmiştir. (Bkz. Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 63.)

el-Câmi'u'l-kebîr ilk kez Ebû'l-Vefâ el-Efgânî tarafından tahkik ve dirâsesi yapılıp, 1356 senesinde Haydarabad'da neşri, 1399'da da Beyrut'ta ofset baskısı yapılmıştır. Daha sonra Muhammed Tâmir tarafından tekrar tahkik edilmiştir. Tek ciltten oluşan ilk neşir, *el-Câmi'u'l-kebîr*'in tamamını ihtiva etmektedir. Ebu'l-Vefâ'nın tahkikinde esas nüsha olarak İstanbul'daki Rum nüshasını, karşılaştırma yaparken de Hindistan'daki Tonk nüshası ve Mısır'daki Dâru'l-kütübi'l-mısriyye nüshasını kullandığını belirtmiş, ancak nüshalar hakkında başka bir bilgi vermemiştir.[239] Çalışmanın mukaddimesinde *el-Câmi'u'l-kebîr*'in fâkihler nazarındaki değeri, eserin dakikliği, şârihleri, râvileri, el-Efgânî'nin nüshaları arama ve bulma serüveni, bulduğu nüshaların zorlukları, nüshalardaki eksikler ve fazlalıklar, tahkikte takip ettiği yöntem gibi hususlara temas etmiştir.[240] el-Efgânî bu önemli eserin tahkikini yaparak takdire değer bir çalışma ortaya koymuştur.

Eseri ikinci kez neşreden Muhammed Tâmir ise tek cilt halindeki tahkik çalışmasını neden tekrar yaptığını, çalışmasında bir öncekinden farklı olarak neyin olduğu belirtmemiştir. Büyük oranda ilk neşir ile örtüşen ikinci neşirde farklı olarak eserde geçen kavram, şahıs, ölçü oranları vb. hususlarda bilgi içerikli dipnotların olduğu görülmektedir.

---

[239] Bkz. Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. el-Efgânî, 5, 6.
Eserin muhtelif kütüphanelerde pek çok yazma nüshaları bulunup, bunlardan tespit edilebilenler şunlardır: Beyazıt Devlet Ktp., Veliyüddin Kol., nr. 1152, 171 vr. ; Süleymaniye Ktp., Ayasofya Kol., nr. 1385, 158 vr.; Süleymaniye Ktp., Ayasofya Kol., nr. 1198, 204 vr.; Süleymaniye Ktp., Fatih Kol., nr. 1543, 261 vr.; Süleymaniye Ktp., Fatih Kol., nr. 1551, 113 vr.; Süleymaniye Ktp., Hafız Ahmed Paşa Kol., nr. 29, 474 vr.; Süleymaniye Ktp., Yeni Cami Kol., nr. 392, 302 vr.; Millet Ktp., Feyzullah Efendi Kol., nr. 748, 232 vr.; Zahiriyye Ktp, nr. 112; Dâru'l-kütübi'l-mısriyye, nr. 2157, 292 vr.; Kahire 2, I, 414; Leiden, nr., 657.

[240] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. el-Efgânî, s. 1-9.

İKİNCİ BÖLÜM

EBÛ BEKİR er-RÂZÎ el-CESSÂS'IN HAYATINA GENEL BİR BAKIŞ VE *ŞERHU'L-CÂMİ'İ'L-KEBÎR*

Bu bölümde Irak Hanefî ekolünün önemli temsilcilerinden Cessâs'ın biyografisi özet bir şekilde verilecek ve akabinde Cessâs döneminin fikhî özellikleri ve Irak Hanefiliği değerlendirilecektir. Bölümün ikinci kısmında da tez çalışmasının merkezinde olan *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr* tahlil edilecektir. Eserdeki fikhî dil, tertip ve tasnif, deliller ile temellendirmenin nasıl yapıldığı yani fikhî birikim değerlendirilmeye çalışılacaktır. Bunu yaparken de; Cessâs'ın diğer eserlerinden ve bu eserler ile müellifi hakkında yapılan çalışmalardan da zaman zaman istifade edilecektir.

A. EBÛ BEKİR er-RÂZÎ el-CESSÂS

1. Doğumu, Nesebi, Vefatı

Şeybânî'den yaklaşık iki asır sonra yaşamış olan Ebû Bekir Ahmed b. Ali er-Râzî el-Cessâs, 305/917 yılında, bugün Tahran'ın güneydoğusunda yer alan Rey'de[241] doğmuş olup, *er-Râzî* lakabı da buradan gelmektedir. Yirmili yaşlarda Bağdat'a[242] yerleşmeden öncesine ve aile hayatına dair kaynaklarda bir bilgiye rastlanmamaktadır. Uzun yıllar Bağdat'ta yaşamış, tahsilini ve hizmetini de -zamanındaki kıtlık sebebiyle İran'ın kuzeybatısında bulunan Ahvâz'a ve hocalarından el-Hâkim en-Nisaburî (v. 404/1013) ile İran'ın kuzeydoğusunda bulunan ve muhaddislerinin çok olduğu Nisabur'a gitmesi haricinde[243]- burada yapmıştır.[244]

Cessâs'ın yaşadığı dönem olan IV/X. yüzyıl hem İslâm alemi genelinde hem de Bağdat özelinde çok hareketli bir çağ idi. Nitekim eş zamanlı olarak bu dönemde Bağdat'ta Abbasî, Magrip ve Mısır'da Fatımî, Endülüs'te Emevî hilâfetleri vardı. Bu

[241] Ayrıntılı bilgi için bkz. Ya'kûbî, *el-Büldân*, s. 89 ve dipnot 1.
[242] Saymerî, *Ashâbu Ebî Hanîfe ve Ahbâruhu*, s. 167.
[243] Zehebî tarihini belirtmeden İsfahan'a da rıhle yaptığını kaydetmiştir. (Zehebî, *Siyeru a'lâmi'n-nubelâ*, IX, 340)
[244] Saymerî, *Ashâbu Ebî Hanîfe ve Ahbâruhu*, s. 167.

yönetimlerin yanında siyasî arenada başka yönetimler de etkiliydi. Hatta bunlar içinde Karmatiler gibi Cessâs'ın özellikle tefsirinde atıfta bulunduğu İslâm alemi içinde etkin güçler de vardı. Bağdat da önemli merkezlerden olmasının yanı sıra idarî ve ekonomik krizleri, sosyokültürel çeşitliliğiyle karışık ve zorlu bir yapı sergiliyordu.[245] Tüm bu koşulların Cessâs'ın bakış açısı ve reaksiyonlarına nasıl yansıdığına müellifin yaşadığı dönem ele alınırken daha detaylı temas edilecektir.

Müellif, 65 yaşında 7 zilhicce 370/981 senesinde Bağdat'ta vefat etmiş ve cenazesini öğrencilerinden Ebû Bekir Muhammed b. Mûsâ el-Havarezmi kıldırmıştır.[246] Yine Cessâs'tan sonra da yaklaşık on sene kadar hocasının yerine geçmiş ve tedrise devam etmiştir.[247] Harita üzerinde Cessâs'ın doğum ve vefat yerleri ile yolculuk yaptığı şehirler harita üzerinde şu şekilde gösterilebilir:

2. Hocaları ve Öğrencileri

Irak'taki Hanefî birikimin önde gelen temsilcisi olan Cessâs'ın gerek Bağdat'ta gerekse rıhle yaptığı coğrafyalarda fıkıh, tefsir, hadis, nahiv gibi islamî ilimlerde istifade ettiği pek çok hocası olmuştur. Bunlardan fıkıh ve hadis hocaları arasında

[245] Dönem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Adam Mez, *Onuncu Yüzyılda İslam Medeniyeti*, 11-278; George Makdisi, *Ortaçağ'da Yüksek Öğretim*, s. 35-55.
[246] İbnü'n-Nedîm, *Fihrist*, s. 261; Saymerî, *Ashâbu Ebî Hanîfe ve Ahbâruhu*, s. 167; Bağdâdî, *Târîhu Bağdâd*, IV, 315; İbn Kutluboğa, *Tâcu't-terâcim*, s. 17.
[247] Saymerî, *Ashâbu Ebî Hanîfe ve Ahbâruhu*, s. 167.

Kerhî (v. 340/951), Ebû Amr et-Taberî (v. 340/951), Ebû Sehl ez-Zeccâcî (v. 351/962),[248] *Ahkâmu'l-Kur'ân* çok kez ismi geçen Abdülbâkî b. Kâni' (v. 351/962), Ebû Bekir Mükrim b. Ahmed el-Bezzâz (v. 345/956), Da'lec b. Ahmed (v. 351/962), Ebû Muhammed Cafer b. Muhammed el-Vasıtî (v. 353/964), Ebû'l-Kâsım Süleymân b. Ahmed et-Taberânî (v. 360/971), Ebû Ali el-Hüseyin b. Ali en-Nisâburî (v. 349/), Ebû'l-Kasım Abdullah b. Muhammed el-Mervezî (v. 329/940), Ebû Bekir Muhammed b. Bekir el-Basrî (v. 340/951), Da'lec b. Ahmed (v. 351/962), Ebû'l-Abbâs Muhammed b. Yakûb el-Esam (v. 349/960), Ebû Muhammed Abdullah b. Cafer el-Farisî (v. 347/958), lügat hocaları arasında Ebû Ali el-Farisî (v. 377/987), Muhammed Gulâm Sa'leb (v. 345/956) zikredilebilir.[249]

Cessâs, hocası Kerhî'nin vefatından sonra Bağdat'ta onun makamında vefat edene kadar yaklaşık otuz sene boyunca pek çok talebe yetiştirmiştir. Saymerî Cessâs'ın, Ebû'l-Hasan el-Kerhî Mescidi, Derbu'l-Mekîr ve Derbu Abde Mescidi'nde dersler verdiğini kaydetmiştir.[250] Bu öğrencilerinden en önde gelenleri arasında Ebû'l-Hüseyin ez-Za'ferânî (v. 394/1004), Kudûrî'nin hocası Ebû Abdullah Muhammed b. Yahya el-Cürcânî (v. 397/1007), Buhâra ve Semerkant kadılığı yapmış Ebû Cafer el-Üsruşenî (v. 400/1009), Cessâs'ın cenaze namazını kıldıran Ebû Bekir Muhammed b. Mûsâ el-Havarezmî (v. 403/1012), Ebû Cafer Muhammed b. Ahmed en-Nesefî (v. 414/1023), Ebû'l-Ferec Ahmed b. Muhammed b. Ömer (v. 415/1024), Muhammed b. Ahmed el-Vasıtî (v. 417/1026) vardır.[251]

Hanefî mezhebinin imâmı Ebû Hanîfe'den, Irak'taki Hanefî birikimin önde gelen temsilcisi olan Cessâs'ın hoca-öğrenci ilişkisi içinde gelişen en önde gelen fikhî silsile şematik olarak şöyle verilebilir:

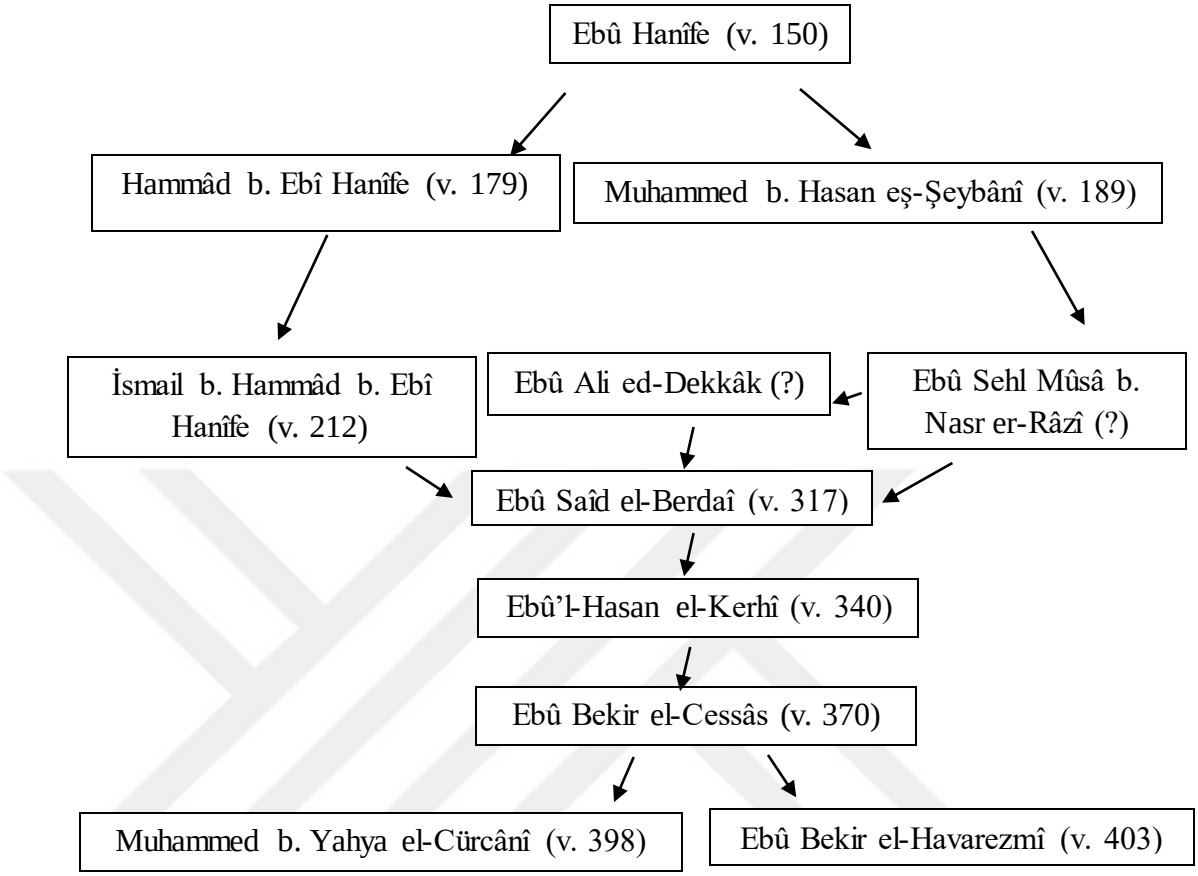
---

[248] Ya da camla uğraştığı için Züccâcî. Kerhî'nin öğrencilerinden ve Cessâs'ın hocalarındandır, *Kitâbu'r-Riyâda* adlı bir eseri vardır.

[249] Bkz. Saymerî, *Ashâbu Ebî Hanîfe ve Ahbâruhu*, s. 166-167; Zehebî, *Siyeru a'lâmi'n- nubelâ*, IX, 340.

[250] Saymerî, *Ashâbu Ebî Hanîfe ve Ahbâruhu*, s. 166-167.

[251] Saymerî, *Ashâbu Ebî Hanîfe ve Ahbâruhu*, s. 167; Kureşî, *el-Cevâhiru'l-mudiyye*, I, 85.
Cessâs'ın hocası el-Kerhî'den sonra, Bağdat'ta uzun yıllar Hanefî âlimlerinin başı durumunda olması ve tedris faaliyetini yürütmesinden ötürü birçok öğrencisinin olması gerekmektedir. Ancak tabakat ve teracim kitaplarında öğrencilerinden sadece mezkûr yedi öğrencisinden bahsedilmektedir. (Mevlüt Güngör, *Cassas*, s. 34) Bu isimleri zikredilenler kuvvetle muhtemel en meşhur öğrencileridir. Ancak başka bir ismin verilmemesi hayli ilginçtir.



3. Dönemin Fıkhî Özellikleri ve Irak Hanefiliği

I-II./VII-VIII. yüzyıllarda Nehaî, Ebû Hanîfe, Ebû Yûsuf'un ilim halkaları ile genel olarak Hanefî fıkhı özel olarak da Irak Hanefî ekolü Irak bölgesinde doğup gelişmiştir. "Ehl-i Rey" olarak da bilinen Irak Hanefî ekolü kendine özgü fıkhî kavrayış ve faaliyetleriyle temeyyüz etmiştir. Ehl-i Rey, Irak'ın ilmî ortamının tabiî seyri içinde ortaya çıkmış ve gelişimini sürdürmüştür. Ebû Hanîfe ve halkasının fıkıh eksenli görüşleri etrafında oluşup, daha sonra burada yetişen öğrencilerin farklı bölgelere yayılmasıyla da fıkıh ilminin çeşitli dallarında zengin bir literatür ortaya çıkmıştır.[252] Iraklı hukukçuların Hanefî fıkhının iletilmesi ve gelişmesine yaptıkları katkılar çok büyüktür.

Fertler ve milletler üzerinde vücut bulan fikir yapılarının yaşantı, karakteristik, dönemin siyasî, sosyal ve ekonomik konjonktüründen birebir etkilendikleri

[252] Bkz. Ali Bardakoğlu, "Hanefî Mezhebi", *DİA*, XVI, 1-4.

bilinmektedir. İnsanlar yaşadıkları toplumun düşünce ve değer yargılarını benimsemekte ya da bu değer yargılarına farklı reaksiyonlar geliştirip katkılarda bulunmaktadırlar. Bu iki durumda da kişi, aşikâr bir çevresel etki altında kalmaktadır. Bu karşılıklı etkileşimin temel dinamiklerini, sebep-sonuç ilişkileri açısından ele almak bir kimsenin düşünce yapısının ortaya çıkması açısından çok büyük önem arz etmektedir. Bu bağlamda bir müellifin ve eserinin doğru bir zeminde değerlendirilebilmesi için bu etki-tepkinin etkisinden çıkamayacağını göz önünde bulundurmak gerekir.[253] Cessâs ve onun temsil ettiği Irak-Bağdat ekolünü de bu kapsamda anlamaya ve anlatmaya çalışmak isabetli olacaktır.

IV./X. asır Bağdat'ı etnik köken, kültür, mezhep harmonisi barındırıyor olup, siyasî, ticarî, ilmî cenahtan canlı ve hareketli bir şehirdi. Tabi bu dinamizm sadece müspet yönden olmayıp menfi yönü de kapsıyordu. Bu dönemin Bağdat'ında mezhep kavgaları ve taassubu, bâtıl firkaların teberrüzü aşikâr ve etkili idi. Bunun kökenine dair birkaç sebep söylenebilir: Dönemin Bağdat'ının çok kültürlü toplum yapısı, zamane âlimleri arasındaki devlet yönetimi hakkındaki farklı bakış açıları, kıtlık gibi zorlu sosyoekonomik şartlar. Tüm bunların bir tezahürü olarak Irak Hanefî ekolünün hilâf ve cedeli esas alan bir yapısının olduğu söylenebilir.[254] Ayrıca çok ve detay soru üretme karakteristikleriyle de tanınan Ehl-i Rey, bu özelliklerinden dolayı kullandıkları soru kalıplarıyla "أرأيتيون", "آرائيون", "أصحاب أرأيت" gibi ifadelerle lakaplandırılmışlardır.

Abbasî emir ve halifelerinin daha çok Hanefî mezhebine bağlı kişileri kâdî olarak atama eğilimleri, bu makamı ve getirilerini elde etme hususunda hocaları mezhebî bağlılık ve öğrencileri de mezhebin eğitimine odaklanma hususunda etkili olmuştur. Cessâs'a Abbasî halifesi Mûti' Lillah (v. 334-363/946-974) tarafından teklif edilen başkadılık görevini birkaç kez hocasının telkinleriyle reddetmiştir. Bunda belki bir nebze zühdî bir tavrın etkisiyle makam ve mevkiye yönelmek istememenin yanı

[253] Ayşe Sağlam, "Hicrî IV. Asırda Nübüvvet Karşıtlığı ve Hadis Tartışmaları -Tesbîtü Delâili'n-Nübüvve Adlı Eser Özelinde-", Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 3

[254] Irak, fıkıh, kelâm gibi alanlarda çekişmeli ilmî münazaalara ev sahipliği yapmasıyla şöhret kazanmış bir merkezdi. Vezirler, emirler gibi toplumun ileri gelenlerinin de iştirak ettiği bu münâzaralarda daha çok hasmın mağlub edilmesi hedeflenmekteydi. (Bkz. Kerem Hilmi, *et-Türâsu'l-ilmî li'l-hadârati'l-islâmiyye fi'ş-Şam ve'l-Irak hilâle'l-karni'r-râbii'l-hicrî*, s. 244-245.)

sıra Cessâs cenahında devlet yöneticileri, yürütme ve yargı mekanizmalarına karşı bir duruş olduğu söylenebilmektedir. Nitekim dönemin söz sahibi ilim eşrafi arasında ortak bir tavır olmadığı anlaşılmakta olup, bu yönetim sistemine lehtar ve aleyhtar tavırlar eş zamanlı olarak söz konusu olmuştur.

Cessâs *Ahkâmu'l-Kur'ân*'da yaşadığı çağdaki yöneticilerin zulümlerini, haksızlıklarını, insanların kötü hallerini, din ve dünya işlerinin nasıl bozulduğunu anlatmakta ve bu durumu esefle şöyle tasvir etmektedir:

> Geçmişten günümüze Ehl-i Hadis'in cahilleri ve haşviyyeden olan bazı kesimler dışında hiçbir âlim, fakîh emr-i bi'l-maruf nehy-i ani'l-münker vazifesini terketmemiştir. Zira bugün sözü edilen kimseler zâlim gruplarla çarpışmayı, savaşmak suretiyle emr-i bi'l-maruf nehy-i ani'l münkeri reddetmektedirler. Hatta onlar emr-i bi'l maruf işinin gerekli hallerde silahla olmasını "fitne" olarak isimlendirirler. Bozguncu olan kavimle savaşma gereğine dair olan Allah'ın şu kelâmını ve bu ayetin gerektirdiği üzere kılıç kullanmayı bilmelerine rağmen: …*Allah'ın buyruğuna dönünceye kadar haddi aşan tarafa karşı savaşın*[255]… Bununla beraber onlar yöneticilerin yapmış oldukları zulüm, haksızlık, adam öldürme gibi fiillerine karşı gelmeyip, yönetici pozisyonunda olmayan kimselere karşı ise ya sözle ya da zor kullanmaksızın elleriyle karşı durmuşlardır. Bu ise, ümmetin düşmanlarından daha tehlikeli bir hal yaratmıştır. Çünkü bu tutum Müslümanları tam da bozguncu gruplarla savaşmaktan alıkoymuştur. Yöneticilerin zulüm ve haksızlık yaptığı gerçeğini görmezden gelmek, kötü niyetli kimselerin hatta Mecusî ve İslam düşmanlarının üstünlüğü ele geçirmelerine dolayısıyla gücün yitirilip zulmün yaygınlaşmasına, şehirlerin mahvolmasına, din ve dünya işlerinin bozulup zındıkların/aşırı grupların ortaya çıkmasına neden olmuştur. İşte tüm bunlar emr-i bi'l-maruf nehy-i ani'l-münker mühimmesinin terk edilip haksızlık yapan yöneticiye karşı durmayı terketmek sebebiyledir.[256]

[255] Hucurât, 49/9.
[256] Cessâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, II, 43.

Ayrıca müellif Ebû Hanîfe ve iki öğrencisi arasındaki ihtilafın sebebinin "zaman" olduğu gerçeğine işaretle şöyle söyler:

> Ebû Hanîfe -Allah ona rahmet etsin- eğer bugün insanların cihattan kaçışını, yönetenlerin fesat tutumlarını, İslam düşmanlığını görseydi Ebû Yûsuf ve Muhammed'in söylediklerinin benzerini hatta bu konularda hiç görüş bildirmemiş olduğu halde daha ağırlarını söylerdi…[257]

IV./X. asır Bağdat'ında zorlu sosyal ve siyasî şartlara rağmen pek çok ilmî mahsule ev sahipliği yapmış olan bu coğrafyanın dinamik bir yapısının olduğunu söylemek mümkündür. İlk tesisinden itibâren ibâdet, eğitim, sosyal faaliyet gibi çeşitli amaçlarda kullanılan mescit ve câmilerin özellikle IV. yüzyıldan sonra ilmî fonksiyonu daha da belirginleşmiştir.[258] Fıkıh birikiminin iyice geliştiği bu dönemde merkezi şehirlerdeki -kurumsal eğitim merkezi olacak olan medreselerin temelini teşkil eden- câmilerde icra edilen ders halkaları zaman zaman halife onayı ile faaliyet göstermiştir.[259] Bu dönemde önce Kerhî ve akabinde de öğrencisi Cessâs ile temeyyüz eden fıkıh eğitim ve öğretiminin yapıldığı halkalar Bağdat ve civarında organize bir şekilde devam edip, pek çok ilmî mirasın çıkmasına sebep olmuştur.

Söz konusu dönemde eş zamanlı olarak ortaya çıkan hilâfet merkezlerinden olan Bağdat,[260] özelde Irak ve genelde de dönemin İslam aleminin belki de en merkezi konumuna sahipti. İslamî ilimlerde temeyyüz eden yapısı ile İslam dünyasının ulemalarını celbeden bir yapısı vardı. Mezhep imâmlarına ait teliflerden, hadis kitapları, sahabe ve tâbiîn fetvaları gibi kaynaklardan müteşekkil ilk tedvinlerin büyük oranda tamamlanmış ve tedavülde olması bu ilmî dinamizme katkı sağlayan saiklerden

---

[257] Cessâs, *Şerh Muhtasari't-Tahâvî*, III, 65.
[258] Ali Bardakoğlu, "Hanefî Mezhebi", *DİA*, XVI, 8.
[259] Ali Bardakoğlu, "Hanefî Mezhebi", *DİA*, XVI, 8.
Câmiler, İslam tarihinin pek çok döneminde içerisinde farklı islamî ilimlerin okutulduğu "ilmî halkalar" bulunan bir eğitim kurumu olmuştur. (Bkz. George Makdisi, *Ortaçağ'da Yüksek Öğretim İslam Dünyası ve Hıristiyan Batı*, s. 47-55.)
[260] Nitekim aynı dönemde Bağdat'ta Abbasî, Mağrip ve Mısır'da Fatımî, Endülüs'te Emevî yönetimleri vardı. Bağdat da İslam aleminin önemli merkezlerinden olan bir coğrafya olarak farklı din, mezhep, etnik kökenlere sahip insanlara ev sahipliği yapıyor ve kozmopolit bir yapı sergiliyordu. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Adam Mez, *Onuncu Yüzyılda İslam Medeniyeti*, s. 11-278)

olmuştur. Bağdat'taki farklı unsurların bir araya geldiği kültürel mozaik, vakıî ve iftirazî fikhî meselelerin yelpazesini genişletmiştir.

Bağdat, fıkıh, kelâm gibi alanlarda, daha çok hasmın mağlub edilmesi hedeflenen çekişmeli ilmî münazaalara ev sahipliği yapmasıyla şöhret kazanmış bir merkezdi. Bölgede hüküm süren Abbasî halife, vezir ve emirleri gibi toplumun ileri gelenlerinin fukahâya ve bu fikhî münâzaralara teveccüh ve iştirakleri de bu ilmî etkinlikleri daha da cezbedici kılıyordu.[261] Tabi ki Bağdat'ta bu münâzaraların alt yapısını oluşturan çok mezhepli bir zemin vardı. Cessâs'ın diğer mezheplerden Hanbelî mezhebinin önde gelen otoritelerinden Ebû'l-Kasım Ömer b. el-Hüseyin el-Hırakî (v. 334/946), Şafiî fakîhlerinden el-Hasan b. el-Kâsım et-Taberî (v. 350/962), günümüze kadar ulaşamayan İbn Cerîr et-Taberî'nin (v. 310/922) mezhebinin müntesiblerinden İbn Taraf el-Cerîrî (v. 390/1002),[262] ayrıca zâhirî mezhebinden muasırları da bulunmaktaydı.

Mezhebin otoritelerinden gelen rivâyetler arasında tercih, bunların illetlerinin tahrici, bu illete dayanarak imâmlardan kavil aktarılmayan konularda ictihâd gibi fıkıh ve mezhep faaliyetlerini önemli ölçüde Irak Hanefî ekolünün tipik bir temsilcisi olan Ebû'l-Hasan el-Kerhî ve Cessâs bu dönemde yürütmüştür. V/XI. yüzyıldan sonra önemli bir merkez haline gelen ve Mâverâünnehir'de zühur eden Semerkant ekolü de özellikle hicrî IV. ve V. asırlar boyunca Kerhî ve Cessâs tarafından temsil edilen Irak Hanefî ekolünün etkisinde kalıp,[263] Hanefiler arasında öne çıkan usûl anlayışı genellikle Bağdat merkezli olduğu savını desteklemektedir.[264]

Cessâs'ın en önemli temsilcilerinden olduğu Irak Hanefî ekolünün Mutezilî etkiler/eğilimler barındırması da bu coğrafyanın ve dönemin Hanefiliğine bir renk daha katmaktadır. Irak, esas itibariyle Hanefî mezhebinin kök saldığı, hem de Mutezile mezhebinin teşekkül ettiği coğrafya olması sebebiyle, Mutezile'ye mensup âlimlerin -Kâdî Abdülcebbâr (v. 415/1025) gibi istisnalar hariç- genellikle amel bakımından

---

[261] Bkz. Kerem Hilmi, *et-Türâsu'l-ilmî li'l-hadârâti'l-islâmiyye fi'ş-Şam ve'l-Irâk hilâle'l-karni'r-râbii'l-hicrî*, s. 244-245.
[262] Bağdâdî, *Târîhu Bağdâd*, XIII, 230.
[263] Bkz. el-Hattat Velîd el-Azamî, *Medresetu'l-İmâm Ebî Hanîfe Tarihuha ve Teracimu Şuyuhiha ve Müderrisiha*; Özen, 68.
[264] Detaylı bilgi için bkz. Murteza Bedir, *Buhara Hukuk Okulu* ile *Fıkıh, Mezhep, Sünnet*.

Hanefî olmaları tabiîdir. İsâ b. Ebân, İbnü's-Selcî, İbn Semâa, Ebû Said el-Berdaî (v. 317/930),[265] Ebû'l-Hüseyn el-Kerhî, Ebû Bekir er-Râzî el-Cessâs, Ebû Abdullah es-Saymerî gibi pek çok Iraklı Hanefî fakîhi ya Mutezile sempatizanı veya doğrudan bu mezhebin mensubu âlimler olarak kaynaklarda zikredilmişlerdir.[266] Bu mezkûr fakîhler Irak'ta mezhebi temsil eden ve hatta liderlik misyonu bulunduran âlimlerin, yine Irak'ta ortaya çıkmış ve etkili olmuş olan Mutezilî görüşlerden bazılarını benimsemiş olmaları, onların mezhebin müntesiblerinden sayılmaları hakkaniyetli görünmemektedir.

Irak Hanefiliğinin III/IX. asrın ilk yarısından Hanefî usûlü Semerkand kelâm okulunun ilkeleri doğrultusunda yeniden inşâ edilene kadar V/XI. asrın ilk yarısına kadar Mutezile ile çok yakın ilişki içinde olduğu söylenebilir. [267] Nitekim daha çok İslam'ın inanç alanında ortaya koyduğu ilkeleri rasyonel bir çerçevede açıklayan Mutezile ile Bağdat'ta yakın ilişki içinde bulunan Hanefiler kelâm ilmiyle ya ilgilenmemişler ya da ilgilendiklerinde ağırlıklı olarak Mutezile kelâmının rasyonel ilkelerini benimsemişlerdir.[268]

Cessâs şerhinde pek çok yerde "عندنا", "شيوخنا", "أصحابنا", "مشايخنا" gibi ifadelerle Irak Hanefî fukasının fikir birliği ettikleri görüşleri hassaten belirtmiştir.

---

[265] Ya da البرذعي, çünkü bu iki kullanım da biyografi eserlerinde mevcuttur. (İbnü'n-Nedîm, *Fihrist*, s. 261; Saymerî, *Ashâbu Ebî Hanîfe ve Ahbâruhu*, s. 167.) Ahmed b. el-Hüseyin el-Berdaî, Azerbaycan'ın uzak beldelerinden olan Berdaa'ya nisbet edilen bu âlim, Kerhî'nin en istifade ettiği ve en çok teşrik-i mesai harcadığı hocasıdır. (Bkz. İbnü'n-Nedîm, *Fihrist*, s. 261; Sem'ânî, *Ensâb*, I, 313; Kınalızâde, *Tabakâtu'l-fukahâ*, s. 60)

[266] Tespit edilebildiği kadarıyla Cessâs'tan sonraki ekseri fıkıhçılar eserlerinde Cessâs'ın eserinin ismini zikretmemiş ve ondan faydalandıklarını gösterecek açık ifadeler kullanmamışlardır. Bu durum muhtemelen o dönemde eserin zikredilmeyip sadece müellifin isminin ve görüşlerinin zikredilmesiyle yetinilmesi şeklindeki teamülden kaynaklanabileceği gibi (Bkz. Tuncay Başoğlu, "Saymerî'nin Usûlü ve Usûl Görüşleri Hakkında Bazı Tesbitler", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 2, 2003, s. 273-277.) bu ekolün birçok meselede Mutezile mensuplarının benimsediği teorilere paralel yaklaşımından dolayı sünnî paradigmanın teşekkülü mesâbesinde olan bu dönemde yazılan metinlerin aynen aktarımı yerine sonraki usûl yazarlarınca sansür edilerek aktarılmış olmaları muhtemeldir. (Bkz. Murteza Bedir, *Fıkıh, Sünnet ve Mezhep*, s. 24)

[267] Irak Hanefilerinin Mutezile ile paralel olup, teorik kuramda diğer bir ekolü temsil eden Semerkant Hanefileriyle ayrıştıkları şu konular vardır: Emirde siga kipleri, mutlak emrin hükmü, emrin delâlet ettiği zaman, emrin nesih süresi, dinin daveti ulaşan gayrimüslimlerin ameli konulardaki uhrevi sorumluluğu, Hz. Peygamberin fiillerinin hamli, umum lafızların delâleti, hass lafızların hükmü, nass lafızların delâleti, mutlak ve mukayyet ifadeler, nass üzerine ziyâde, mücmel ifadeler, kıyâsın hükmü, hükmün illetle sabit olması, illetin şartları, kasır illet, şer'î illetlerin tahsisi ve içtihatta hata-isabet meselesi. (Bkz. Aron Zysow, "Hanefî Hukuku Kuramında Mu'tezilik ve Matüridilik", *Hikmet Yurdu*, İmam Mâtüridî ve Mâtüridîlik Özel Sayısı, s. 147-178)

[268] Bkz. Murteza Bedir, *Fıkıh, Sünnet ve Mezhep*, s. 26-35.

Ayrıca Cessâs'ın "هذه المسألة ونظائرها مبنيّة على قول أصحابنا في امتناع جواز القضاء على الغائب، ونحن نبيّن وجه المسألة على هذا الأصل، ثم ندلّ على صحّة المذهب في امتناع جواز القضاء على الغائب" şeklindeki bu ve "mezhebin usûlüne binâen" minvalindeki diğer ifadelerinden mezhebine bağlılığını dillendirdiği görülmektedir. Bu kapsamda illetin tahsisi ile alakalı olarak "من أصلنا جواز تخصيص الحكم مع وجود العلّة" şeklindeki ifadesi ile mürsel hadislerle ilgili olan "ليس طريقنا في قبول الأخبار طريق أصحاب الحديث" ifadesi önemlidir[269]. Hanefî Mezhebinin bu iki meselede diğer mezheplerden ayrışması ve Cessâs'ın da bu hususlarda tasrih ettiği ifadelerinde kullandığı "biz", mezhebin usûlünü benimseyip takip ettiğini gösteren önemli verilerdendir.

Son olarak, doğrudan fikhi bir özellik olmasa da, Cessâs'ın yaşadığı dönemin sosyokültürel zeminine ya da şahsi bir sebebe dayanabileceğini düşündüğümüz dikkat çekici bir ifadeyi paylaşmak tarafımızca uygun görülmektedir. Eserin dördüncü cildinin hatimesinde Cessâs ferağ kaydında şöyle kaydetmiştir:

> Bu eserin telifini 348 yılında Şevval ayının bitmesine dokuz gün kala salı günü, o da farisi aylardan 'dey ma/دي ماه' ayının ilk günü olmaktadır, Bağdad'ın Rebi' kesiminin Batı tarafında tamamladım.[270]

Hatimede Cessâs'ın eserinin telif tarihini hicri takvime göre kaydetmesinin yanı sıra farisi aylara göre de vermesi dikkat çekicidir. "Dey ma/دي ماه" yani dey ayı, İran'ın hicri-şemsi takviminde miladi 22 Aralık-20 Ocak arasına tekabül etmektedir. "Fars ayları" denmesi, IV/X. yüzyılının Bağdat'ında cari olan sosyokültürel bir geleneğin/vakıanın bir tezahürü olması kuvvetle muhtemel görünmektedir.[271]

---

[269] "ليس طريقنا في قبول الأخبار طريق أصحاب الحديث، وليسوا عيّارًا علينا فيما يجب قبوله أو ردّه، وإنّما ينظر في قبول الأخبار التي نقل الفقهاء من السلف وقبولهم لما رووه واستعمالهم، ثم لا يضرّه الإرسال عندنا ولا كونه مجهولًا عند أصحاب الحديث من قِبل أنّه صار عندنا معروفًا عدلًا بنقل العلماء حديثه والرواية عنه، إذ لا سبيل لنا إلى معرفة عدالتهم وصحّة نقلهم مع عدم مشاهدتنا إيّاهم إلّا من جهة نقل أهل العلم عنهم، فكلّ واحد من هذه الأخبار التي ذكرناها لو انفردت لأوجب الحكم بنفسه على الأصل الذي بيّنا، فكيف وقد توارث حتى كادت توجب العلم والعمل مع ما عاضدها من استعمال السلف من الصحابة والتابعين لها." (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 17[a]-17[b].)

[270] "إنّي فرغت من هذا الكتاب يوم الثلثاء التسع بقين من شوّال من سنة ثمان وأربعين وثلاثمائةٍ وهو أوّل يومٍ من دَي ماه من شهور الفُرس بمدينة السلام في الجانب الغربي في قطيعة الربيع." (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 390[a].)

[271] Bu bilgiye beni yönlendiren Öğr. Gör. Dr. Serhan Afacan'a teşekkür ederim.

4. Eserleri

Fıkıh literatüründe çok sayıda önemli eser kaleme alan[272] Cessâs'ın usûl ve furû' eserlerinden bazıları günümüze ulaşabilmiş ve bir kısmı da ulaşamamıştır. Ulaşanlardan matbû olanlar; tefsirine mukaddime olarak kaleme aldığı usûl eseri *el-Fusûl fi'l-usûl*, meşhur tefsiri *Ahkâmu'l-Kur'ân*, *Muhtasaru İhtilafi'l-ulemâ/fukahâ*, *Şerh Edebi'l-kâdî*, *el-İcmâ*, *Şerh Muhtasari't-Tahâvî*, yazma halinde bulunanlar; *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, günümüze ulaşamayanlar da; İmâm Muhammed'in *el-Câmi'u's-sagîr*'inin bir şerhi,[273] Tahâvî'nin *Müşkilu'l-Âsâr* eserine yazdığı şerh, Kerhî'nin *el-Muhtasar*'ının şerhi[274] ile yine Cessâs'a nisbet edilen *Şerhu'l-Esmâ'i'l-hüsnâ*,[275] *Cevâbâtü'l-mesâil*[276] eserlerinin bugüne ulaşabildiği tespit edilememiştir. Ayrıca Taşköprüzâde *İlhâmu'l-Kur'ân* adlı bir eser daha Cessâs'a nisbet etmektedir.[277] Bunların haricinde *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*'de yaptığı atfa binâen *ez-Ziyâdât* şerhi,[278] tefsirinin mukaddimesinde bahsettiği üzere bir kelâm eseri, yine tefsirinde kur' meselesini ele alan bir kitap,[279] *Şerh Muhtasari't-Tahâvî*'de zikrettiğine göre *el-Eşribe* adlı bir eseri,[280] yine aynı eserde zikrettiği Şeybânî'nin *el-Menâsik* eserine yazdığı bir şerh,[281] *Şerh Edebi'l-kâdî*'deki atfına göre *el-Asl* üzerine bir *talîk*'i olması da muhtemeldir. Bu eserlerden Cessâs'ın günümüze ulaşan eserlerinin mucez bir tanıtımı yapılacaktır.

---

[272] Eserleri için bkz. İbnü'n-Nedîm, *Fihrist*, s. 261; İbn Kutluboğa, *Tâcu't-terâcim*, s. 17; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, s. 28; Kehhâle, *Mu'cemu'l-müellifin*, I, 202; Fuad Sezgin, *Tarihu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 103-104.

[273] Kureşî, *el-Cevâhiru'l-mudiyye*, I, 223.

[274] İbn Kutluboğa, *Tâcu't-terâcim*, s. 17; Kureşî, *el-Cevâhiru'l-mudiyye*, I, 85; Kınalızâde, *Tabakâtu'l-fukahâ*, s. 66; Taşköprüzâde, *Miftâhu's-seâdet*, s. 184; Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, II, 1635; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, s. 28.

[275] İbn Kutluboğa, *Tâcu't-terâcim*, s. 17; Kureşî, *el-Cevâhiru'l-mudiyye*, I, 85; Kınalızâde, *Tabakâtu'l-fukahâ*, s. 66; Taşköprüzâde, *Miftâhu's-seâdet*, s. 184; Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, II, 1032; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, s. 28.

[276] Türev isimlerde kaynaklarda geçen bu eser, Cessâs'a sorulan sorular ile bunlara verilen cevaplardan oluşan bir eserdir. (Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, s. 28; Mevlüt Güngör, *Cassas*, s. 43.)

[277] Taşköprüzâde, *Miftâhu's-seâdet*, I, 63.

[278] "قال أبو بكر في الزيادات" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 56[a].)

[279] "وقد أفردنا لهذه المسألة كتابًا واستقصينا القول فيها أكثر من هذا" (Cessâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I, 449.)

[280] "وقد ذكرت طرقا منها في المسألة التي عملتها في الأشربة واسقصيت الكلام فيها لأصحابنا والمخالفين من جهة الأثر والنظر"

[281] İbnü'n-Nedîm, *Fihrist*, s. 261. Cessâs tefsirinde "قد بيّنا ذلك في كتاب شرح المناسك" şeklinde bahsetmiştir. (Bkz. *Ahkâmu'l-Kur'ân*, II, 598)

4.1. *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*

Bu bölümün ikinci şıkkında eser hakkında detaylı bilgi verilecektir.

4.2. *Şerh Muhtasari't-Tahâvî*

Hanefî mezhebinin Mısırlı meşhur müctehidlerinden Ebû Cafer et-Tahâvî'nin (v. 320/933), İmâm Muhammed'in *Zâhiru'r-rivâye* eserlerini ihtisar ettiği ve *el-Muhtasar* ismiyle iştihar olmuş eserine Cessâs şerh kaleme almıştır. Şafiî iken Hanefî fikhını sonradan benimseyen ve bu nedenle iki ekolü de iyi bilen, aynı zamanda hadis ilmini de tahsil etmiş olan Tahâvî'nin klasik fıkıh konularını ihtiva eden *el-Muhtasar* adlı eseri *sagîr* ve *kebîr* olarak iki nüsha halindedir. Cessâs'ın şerh ettiği *sagîr* olan nüshası olup,[282] önce Tahâvî'nin kavlini aktarıp, sonra da kendisi delillendirmeler yaparak açıklamıştır. Eser, Ebû'l-Vefâ el-Efgânî tarafından tahkik edilerek 1370 senesinde Mısır'da neşredilmiştir.

4.3. *Muhtasaru İhtilâfi'l-ulemâ/fukahâ*

Ebû Cafer et-Tahâvî'nin -Kâtip Çelebi'nin naklettiğine göre yüz otuzdan fazla cüzden oluşan ve tamamlanmamış olan-[283] eser, ilk mukayeseli fıkıh eserlerinden olup, günümüze kadar gelememiş olan fıkhî mezheplerden bahsetmesi de eseri ayrıca önemli kılmaktadır. Cessâs eserde sadedinde olduğu konu hakkında Tahâvî'nin kavlini "قال أبو جعفر" ifadesiyle vermiş ve değerlendirmelerde bulunmuştur. Akabinde Hanefî imâmları, sahabe ve tâbiinin görüşlerinin yanı sıra İmâm Mâlik, Şafiî, Evzaî, İbn Ebî Leylâ, Süfyân es-Sevrî, Leys b. Sa'd gibi diğer mezheplere müntesib olan müctehidlerin vârid görüşlerini delilleriyle aktarmış, mesele hakkında görüş olmaması halinde de olmadığını belirtmiştir.[284] Aslının varlığı bilinmeyen eserin[285] Cessâs yapılan ihtisarı önce eksik olarak *İhtilâfu'l-fukahâ* başlığıyla 1971 İslamabad'da neşredilmiştir. Daha sonra beş cilt halinde Abdullah Nezir Ahmet'in tahkikiyle 1995 senesinde Beyrut'ta neşredilmiştir.

---

[282] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, II, 1627-1628; İbnü'n-Nedîm, *Fihrist*, 307-308; Taşköprüzâde, *Miftâhu's-seadet*, s. 184; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, s. 28.

[283] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 32.

[284] Örneğin "ولم يحفظ عن الشافعي في هذا شيء" (Cessâs, *Muhtasar İhtilâfi'l-ulemâ*, V, 8.)

[285] Davut İltaş, "Tahâvî", *DİA*, XXXIX, 388.

4.4. *Şerh Edebi'l-Kâdî*

Muhakeme usûlüne dair günümüze ulaştığı bilinen ilk eser ve dolayısıyla alanının öncülerinden olup,[286] 120 bâbdan oluşan Ebû Bekir el-Hassâf'ın (v. 261/875)[287] *Edebû'l-Kâdî* eserine ondan fazla şerh yazıldığı tespit edilmiştir.[288] Bu eserin şârihlerinden birisi de Cessâs olup, şerhi en önde gelen şerhlerdendir.[289] Eser, Ferhat Ziyâde'nin tahkikiyle 1979 yılında Kahire'de, çok kısa bir süre sonra da Esad Trabzuni el-Hüseyni'nin tahkikiyle 1980 senesinde yine Kahire'de neşredilmiştir.

4.5. *el-Fusûl fi'l-Usûl*

Mütekâmil ve sistematik ilk Hanefî usûl eseri,[290] Cessâs'ın belirttiği üzere *Ahkâmu'l-Kur'ân* adlı eserine mukaddime mahiyetinde yazdığı[291] ve ancak baş tarafı eksik olarak günümüze ulaştığı halde usûlün bütün konularını kapsadığı anlaşılan *el-Fusûl fi'l-Usûl* adlı eseridir. *Ahkâmu'l-Kur'ân*'a giriş mahiyetinde bu usûl kitabını kaleme almasının sebebini Cessâs şöyle ifade etmiştir:

> Bu kitabın (*Ahkâmu'l-Kur'ân*'ın) başında bir mukaddime sunduk. Bu mukaddime tevhid esasları ile ilgili mutlaka bilinmesi gereken bir takım bilgilerin zikriyle, Kur'ân manâlarının istinbat, delâletlerinin ve lafızlarındaki ahkâmın istihraç yollarının, ayrıca Arabın deyişleri ile lügavî isimlerin ve şer'î ibârelerin muhtelif kullanımlarının bilinmesi hususunda ihtiyaç duyulan bir takım hazırlayıcı ön bilgileri ihtiva ediyordu.[292]

Cessâs kendi usûl eserinden bugün anlaşılan anlamda hem kelâm hem de usûl eseri diye söz etmiştir. Eserde genel olarak lafizlar, deliller, ictihâd konularını ele alan Cessâs, işlenen mesele ile alakalı kendi görüşünü, sonra imâmların görüşlerini ve bu görüşleri destekleyen fer'î hükümleri vermektedir. Eğer kendi görüşü mezhep

---

[286] Abdülvehhab Öztürk, "Hassâf", *DİA*, XVI, 395.
[287] Ayrıntılı bilgi için bkz. İbnü'n-Nedîm, *el-Fihrist*, s. 259; Saymerî, *Ashâbu Ebî Hanîfe ve Ahbâruhu*, s. 158.
[288] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 46-47; Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 437-438.
[289] Abdülvehhab Öztürk, "Hassâf", *DİA*, XVI, 395.
[290] Hanefî mezhebinin erken döneminin en önemli isimlerinden olan Kerhî'nin risâlesinin (*Risâle fi'l-usûl*) de, -herhalde başlığından yola çıkarak- günümüze ulaşan Hanefî usûl eserleri arasında zikredilmektedir. Ancak Debûsî'nin *Takvîmu'l-edille*'si ile basılan bu küçük risâle, fıkıh kâideleri hakkındadır.
[291] Cessâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân,* I, 5.
[292] Cessâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I, 5.

otoritelerinin görüşlerine muhalif ise, tercihi olan rey'i yine mezhep içinden bu minvalde vârid olan bir görüşe dayandırmaya çalışmaktadır. Tabi Cessâs bunu yaparken de, ilk imâmların fer'î meselelerdeki görüşlerinden yaptığı kendi tahriclerinin yanında kendi zamanına kadar Hanefî âlimlerin usûl görüşlerinin de büyük bir bölümünü nakletmiş olmaktadır.[293] Bilhassa İsâ b. Ebân ve özellikle de kendi hocası Kerhî'nin görüşlerini hemen hemen her konuda aktarmıştır ki bu iki âlimin görüşleri büyük oranda Cessâs'ın nakilleri ile günümüze ulaşabilmiştir.

Eserin başka bir özelliği de müellifin ortak kanaatten ortaya çıkan aslı/prensibi, inkarî amaçla kullanılan farazî sorularla özellikle diğer mezheplerden hasımlarına cevap vermeyi hedeflemesidir. Pek çok yazma nüshası bulunan eserin bir bölümü ilk kez Mısır el-Ezher Üniversitesi'nde Uceyl Casim en-Neşemî tarafından doktora çalışması olarak tahkik edimiş ve daha sonra eserin tamamı üç cilt halinde 1988 yılında Kuveyt'te neşredilmiştir.

4.6. *Ahkâmu'l-Kur'ân*

Cessâs, tefsir-fıkıh sentezinin öncü eserlerinden olan[294] ve *Ahkâmu'l-Kur'ân* başlığı taşıyan bu ahkâm tefsirini kaleme almıştır. Cessâs'ın usûl eserini bu tefsirine mukaddime olarak kaleme alması ve bu eserinde diğer telifatına zaman zaman atıfta bulunmasından da anlaşıldığı üzere en son telif ettiği eserdir. Bu nedenle söz konusu bu eser için müellifin tüm birikiminin derlemesi ve özü olduğu söylenebilir.

Cessâs söz konusu tefsirinde sureleri Kur'ân'daki sırasına göre ele alıp, çoğunlukla fikhî ayetler ile az da olsa kelâmî, kevnî vs. ayetleri[295] surelerdeki tertibine göre işlemiştir. Yer yer bu ayetler, genellikle işlenen surelerin muhtevasına uygun olarak fasıl ve bâb başlıkları altında ele alınmıştır. Ayrıca eserde diğer mezhep

---

[293] Mevlüt Güngör, *Cassas*, s. 43-44; Tuncay Başoğlu, "Saymerî'nin Usûlü ve Usûl Görüşleri Hakkında Bazı Tesbitler", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 2, s. 274-275.

[294] Bu alanda Hanefî mezhebinde Cessâs'tan önce Ali b. Mûsâ el-Kummî ve Ebû Cafer et-Tahâvî'nin telifi olmuş, ancak bu iki eser günümüze ulaşamadığı için Cessâs'ın bu eseri daha da önem kazanmaktadır.

[295] Merhum Mevlüt Güngör, Cessâs'ın tefsirinde ele aldığı ayetlerin sayısının 1080 olduğunu belirtmiştir. (Güngör, *Cassas*, s. 49)

fakîhlerinin görüş ve delillerine de yer verilmekte olup, Hanefî mezhebine muhalif görüşler tartışılarak delillerle iptal edilmeye çalışılmaktadır.

Bu eser, Cessâs'ın diğer eserlerine göre daha erken bir dönemde basılmış olup, pek çok yazma nüshası bulunmaktadır. Yapılan birçok tıpkıbasımın ilki tespit edilebildiği kadarıyla 1338/1919 yılında İstanbul'da yapılmıştır. Ayrıca tahkik çalışması da beş cilt halinde Muhammed es-Sâdık Kamhâvî tarafından Kahire'de yapılmıştır.

5. Mezhepteki Yeri

Hanefî mezhebinin fıkıh birikiminin kapsamlı olarak görülebildiği ilk şahsiyetin -günümüze eserleri ulaşabilen fakîhlerden- İmâm Muhammed'den yaklaşık iki asır sonra gelen Cessâs olduğunu söylemek abartı olmaz. Cessâs, 4./10. yüzyılın başlarında nihayete eren *teşekkül dönemi* ile yine aynı zaman diliminde başlayan *klasik dönem* arasındaki geçiş dönemi fıkıhçılarından olup, Hanefîlerin hem usûl hem de furû'unun bize intikal ettirilmesinde önemli bir role sahiptir. Şeybânî'nin görüşlerine dayanarak mezhebinin usûl düşüncelerini kendine has üslup ve metoduyla detaylı bir şekilde ortaya koyup, inşâ sürecinde etkin rol alan Cessâs'ın[296] usûlcü kimliğiyle mezhepte öne çıkmış bir ekol temsilcisi olarak fıkıh eserlerinin de günümüze ulaşması özel bir önem taşımaktadır.

IV/X. asır mezhepler tarihi açısından çok erken bir dönem olmasına rağmen fıkıh, hadis, dil gibi ilim dallarında tahsil görüp Irak Hanefîlerinin prototipi olan Cessâs'ın özellikle şerhleri, fukahâ metodunun kurucu metinlerinden kabul edilir.[297] Bu eser ile Cessâs'ın öğrencisi Saymerî'nin *Mesâilü'l-hilâf fi Usûli'l-fıkh* adlı eseri her ne kadar *el-Fusûl*'ün bir özeti gibi dursa da önemlidir. Bu iki eser dışında yüzyıllarca bir Hanefî merkezi olan Bağdat çevresinde başka usûl eseri bulunmamaktadır.

Cessâs'ın Irak geleneğini aktaran bu önemli eserinin ilk dönemlere dair yaptığı önemli şeylerden birisi de İsâ b. Ebân 'ın ve yine hocası Ebû'l-Hasan el-Kerhî'nin

---

[296] Mehmet Boynukalın, *İmâm Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin Kitâbu'l-Asl Adlı Eserinin Tanıtımı ve Fıkıh Usûlü Açısından Tahlili*, s. 16.
[297] Cüneyd Köksal ve İbrahim Kâfi Dönmez, "Usûl-i Fıkh", *DİA*, XLII, 203.

fikirlerini bugün elimizde olmayan kitaplarından özetleyerek bize aktarmış olmasıdır. Cessâs'ın *el-Câmi'u'l-kebîr* şerhinde de eserlerinin çoğu günümüze ulaşamamış bu iki önemli gelenek temsilcisi fakîhin fer'î meselelere dair görüşlerini iktibas etmesiyle önemli bir aktarım yapılmış olmaktadır.

Selef, halef ve müteahhirûn[298] olarak kronolojik olarak üç gruba ayrılan Hanefî âlimleri arasında halef âlimlerden sayılan Cessâs, İbn Kemâl Paşa'nın (v. 940/1534) meşhur yedili taksiminde dördüncü tabaka olan Ashâbu't-tahrîc'den addedilmiştir.[299] Ancak bu hususta tenkit ve itirazlar olup, 'meselede müctehid' olarak geçen üçüncü tabaka veya 'mezhepte müctehid' yani ikinci tabakada yer alması gerektiği haklı olarak ileri sürülmüştür.[300] Ömer Nasuhi Bilmen meşhur kamusunda şu sözleri kaydetmiştir:

> … bu zatı yalnız Ashâb-ı Tahrîc'den sayanlar bu yüksek seviyeli üstadın değerini düşürmüş olurlar. Şemsü'l-eimme vs. gibi bir kısım zevat müctehidler sırasında görülmektedir. Halbuki bunlar, Cessâs'ın ilim ve fazlından müstefid olmuş, onun (ilim) ailesine dâhil sayılmışlardır.[301]

Cessâs, mezhebine bağlı ve mezhebinin usûlünü eserlerinde genel olarak takip eden bir fakîh olup, çoğunlukla mezhep imâmlarından Ebû Hanîfe'nin kavli minvalinde tercihte bulunmaktadır.[302] Mezhebin otoritelerinden gelen rivâyetler arasında tercihin yanı sıra bu kavillerin illetlerinin tahrici,[303] bu illete dayanarak imâmlardan kavil aktarılmayan konularda ictihâd gibi önemli fikhî faaliyetlerde bulunduğu görünmektedir.

---

[298] Selef veya mütekaddimûn, Ebû Hanîfe ve İmâm Muhammed'in vefatına kadar olan ilk kuşak fukahâyı, halef de; İmâm Muhammed'in vefatından sonra ve Şemsü'l-eimme el-Halvânî (v. 452/1060) arasındaki süreçte yetişmiş fukahâyı, mütehhirun ise; el-Halvânî'nin vefatından Hafizuddin el-Buharî'ye (v. 693/1294) kadar olan fakîhleri kapsamaktadır. (Bkz. *el-Fevâidu'l-behiyye*, s. 241)

[299] İbn Kemâl'in tabakatı şöyledir: 1-Şeriatte Müctehid, 2-Mezhebte Müctehid, 3-Meselede Müctehid, 4-Tahrîc Ashâbı, 5-Tercîh Ashâbı, 6-Temyîz Ashâbı, 7-Mahza Mukallid. (Hasan Özer "İbn-i Kemâl ve Tabakâtü'l-Fukahâ Adlı Eseri", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, s. 363-367)

[300] Leknevî, *el-Fevâidu'l-behiyye*, s. 6-7.

[301] Ömer Nasuhi Bilmen, *Kamus*, I, 370.

[302] Mevlüt Güngör, *Cassas*, s. 143-149.

[303] "... وهو مبنيّ على تخريج أبي بكر الرازي ..." (Mesela bkz. İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, III, 193)

Cessâs'ın mezhep içinde muasırları ve kendisinden sonraki fakîhler üzerinde etkili olduğu malûm olmakla birlikte zaman zaman mezhep içi ve mezhepler arası zeminde onun ictihâdlarına itiraz ve teyit olarak atıflarda bulundukları görülmektedir.

B. *ŞERHU'L-CÂMİ'İ'L-KEBÎR*

Kâtip Çelebi meşhur bibliyografi eserinde bu esere şerh yazan kırktan fazla şârihin adını zikretmektedir.[304] Tespit edebildiğimiz kadarıyla bu şerhlerden günümüze ulaşabilenlerden kronolojik olarak en erken telif Ebû Bekir Ahmed bin Ali er-Râzî el-Cessâs'a ait olan şerhtir. Metnin bir bakıma farklı/çoklu okuması olan şerh yazım türü telif diline, anlatım tekniğine, zamanının kavram kapsamına dair önemli verileri ihtiva eder. Cessâs'ın söz konusu şerhine de bu kapsamda burada yakın bir mercek tutarak tanıtmak amaçlanmaktadır.

1. Eserin Müellife Nisbeti, İsmi ve Telif Sebebi

Eserlerin özellikle giriş kısmında belirtilen eserin özel adı, telif sebebi, yöntemi gibi hususlar ile ilgili bilgiler belki söz konusu şerhte de mevcuttu ancak nüshanın baş tarafının eksik olması, eserin tek nüsha olması ilgili hususlara bu kanaldan ulaşma ihtimalini ortadan kaldırmaktadır.

Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr adlı bir eserin gerek klasik gerekse muasır fıkıh ve bibliyografi eserlerinde Cessâs'a atfedilmesi aidiyet hususundaki en önemli ispat niteliği taşıyan verilerdendir.[305] Aidiyet ve başlık hususuna ışık tutacak bir başka nokta da müellifin söz konusu şerhine diğer eserlerinde yapmış olduğu atıflarıdır. Cessâs tespit edebildiğimiz kadarıyla bir kaç kez şerhe *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr* ismiyle atıf yapmıştır.[306] Atıf hususunun özellikle fıkıh literatürünün erken dönemindeki telif geleneği çerçevesinde değerlendirilmesinin daha isabetli olduğu düşünülmektedir.

---

[304] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 568-570.

[305] Bkz. İbnü'n-Nedîm, *el-Fihrist*, s. 261; İbn Kutluboğa, *Tâcu't-terâcim*, s. 17; Leknevî, *el-Fevâidu'l-behiyye*, s. 28; Carl Brockelmann, *Târîhu'l-edebi'l-arabî*, III, 250; Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 60.

[306] Cessâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, III, 212; *Şerh Edebi'l-kâdî*, s.; *Şerh Muhtasari't-Tahâvî*, s.
Mezkûr ve meşhur olan başlığın yanı sıra Dâru'l-kütübi'l-mısriyye nüshasının kataloglamasında müellifin adının vurgulandığı *"Şerhu'l-Cessâs ale'l-Câmi'i'l-kebîr"* başlığı kullanılmıştır.

Zira Cessâs'ın yaşadığı dönemde hassaten esere atıf hususunda pek çok müellifin mütesahil davrandığı gözlemlenmiştir.

Eserin söz konusu müellife aidiyetini ortaya koyan bir husus da metinde yazar adının her bir meselede "Ebû Bekir" künyesi ile en az bir kez geçmesidir. Çoğunlukla meselelere İmâm Muhammed'den yaptığı nakillerle başlamış ve akabinde Cessâs kendi görüş ve değerlendirmelerini kaydetmiştir. Yine hocası Kerhî'nin kavilleri ve değerlendirmelerini de eser boyunca aktarmaya itina gösterdiği açık bir şekilde gözlemlenmektedir. Müellifin kendisinden üçüncü şahıs olarak bahsetmesi, telif dönemine ait yaygın bir yöntem olma ihtimalinin yanı sıra görüş ve kavillerin kime ait olduğunun bir kapalılığa mahal vermeden açıkça belirtilmek istenmesinden kaynaklanmış olması kuvvetli bir olasılıktır. Zira eserde pek çok görüş vâriddir ve bu görüşlerin müellifin görüşlerinden ayırt edilmesine ihtiyaç vardır.[307]

Eserin özel bir telif gayesi hususu ise çoğunlukla eserlerin mukaddimelerinde ifade edilen telif sebeplerinden söz konu şerh için ne olduğu veya olup olmadığı yukarıda zikredilen gerekçelerden nüshanın baş tarafının eksik olması ile eserin tek nüsha olmasından dolayı tam olarak tespit edilememektedir. Ancak Hanefî fikhının *el-usûl* olarak nitelenen temel metinlerinden olan *el-Câmi'u'l-kebîr*'i şerhetme ve böylece eserden istifadeyi katlama amacının olduğu açık bir husustur.

Şerhin telif edildiği dönem ve bu dönemde ortaya çıkan fikhî mahsûlün genel tablosu itibariyle Hanefî fakihlerin önemli gördükleri metinleri şerhetme yönünde genel bir temayülün olduğu gözlemlenmektedir. Şeybânî, Kerhî, Tahâvî (v. 321/933)[308] gibi mezhebin önemli simâlarının eserlerini şerh ederek bu zevâtın eserlerini sonraki nesiller için kolaylaştırmak ve eserlerden istifadeyi arttırmak Cessâs'ın özel ihtimam ve gayret alanlarından olduğunu sergilemektedir.

Diğer mezheplerde de aynı dönemde şerh yazım türüne ait eserler, hatta eserlerinde "câmi", "sagîr" ve "kebîr" eklerinin de kullanıldığına tesadüf edilmektedir; Şafiî mezhebinde Ahmed b. Bişr el-Merverrûzî'nin (v. 362/973) *Şerh Muhtasari'l-*

[307] Mehmet Boynukalın, *İmâm Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin Kitâbu'l-Asl Adlı Eserinin Tanıtımı ve Fıkıh Usûlü Açısından Tahlili*, s. 77.
[308] Bkz. İbnü'n-Nedîm, *el-Fihrist*, s. 260; Saymerî, *Ashâbu Ebî Hanîfe ve Ahbâruhu*, s. 162.

Müzenî, el-Câmi'u'l-kebîr ve *el-Câmi'u's-sagîr*, Mâverdî'nin (v. 450/1058) *el-Hâvi'l-Kebîr*, Kazvinî'nin *el-Hâvi's-sagîr*; Mâlikî mezhebinde Sahnûn'un (v. 240/854) *el-Müdevvene* adlı eserine İbnü'l-Cellâb'ın (v. 378/988) *Şerhu'l-Müdevvene*'si, el-Kayrevânî'nin (v. 386/996) *er-Risâle* adlı eserine Kâdî Abdülvehhâb el-Bağdâdî'nin (v. 422/1031) şerhi örnek olarak verilebilir.

2. Eserin Telif Tarihi ve Kaynakları

Cessâs'ın eserin dördüncü cildinin hatimesinde ferağ kaydını 348/959 senesi olarak verdiği ifadeleri şöyledir:

> Bu eserin telifini 348 yılında Şevval ayının bitmesine dokuz gün kala salı günü, o da farisî aylardan dey ayının ilk günü olmaktadır, Bağdad'ın Rebî' kesiminin Batı tarafında tamamladım.[309]

Bir müellifin eserinde yaptığı referanslar kendisinden önceki birikime vukûfiyetine ve beslendiği kaynakların güvenilirliğine dair önemli bir veri hükmündedir. Ancak bu uygulamayı da etkileyen çeşitli faktörler vardır. Şöyle ki, IV/X. yüzyılda telif edilmiş Cessâs'ın şerhinde referans gösterilen kaynaklar açısından, kendisinden sonraki dönemlere nisbeten az olduğu söylenebilmektedir. Özellikle VI-V./X-XI. yüzyıllarda kaleme alınmış diğer *el-Câmi'u'l-kebîr* şerhlerinden incelenebilenlerin çoğunun kaynaklarının daha zengin olduğuna tesadüf edilmiştir. Meselâ Cessâs'tan yaklaşık üç asır sonrasına tesadüf eden Hasırî'nin *et-Tahrîr* eseri üzerine çalışma yapan Ali Ahmed en-Nedvî, şerhte atıf yapılan elliye yakın eser kaynağını çalışmasında sıralamıştır.[310] Ancak bu kabarık listenin sebebi, daha çok zamanla zenginleşen fıkıh mahsulünün ve türünün emsallerinin artışıyla doğru orantılı olarak görünmektedir. Cessâs'ın şerhinin ise temel metinlerin yoğun olarak tevellüt ettiği III/IX. yüzyıldan bir sonraki yüzyıla tesadüf ettiği erken bir dönemde kaleme alındığı göz ardı edilmemelidir.

Zaman ve dönem faktörünün yanı sıra kaynak referansında etkili olan başka bir husus da telif türü ve gayesidir. Cessâs'ın vefatından önce son telif ettiği eseri olan tefsirinde kullandığı kaynakların sayısı, söz konusu şerhindeki kaynaklardan daha

---

[309] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 390[a].
[310] Ali Ahmed en-Nedvî, *el-Kavâid ve'd-Devâbit el-Müstehlasa mine't-Tahrîr*, s. 90-95.

fazla olduğu görülmektedir. Nitekim tefsirinde -dönemin özelliklerine detaylı olarak değinileceği üzere- mezhepler arası ihtilaf, muhalif ve bâtıl firkalara reddiye gibi hedeflerin temel telif gayelerinden olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle tefsirinde referans gösterdiği eser ve şahısların daha yoğun olduğu tespit edilmiştir. Ancak -özel bir telif gayesi olup olmadığı eserin baş tarafi eksik olduğu için bilinemese de, eserdeki içerik ve üsluptan yola çıkarak- daha çok mezhep içi bir faaliyet olarak temel bir metni şerh etme amacıyla kaleme alınan bu eserde kaynaklar da daha az olmuştur. Kaynaklar hakkındaki bu tespit paylaşımından sonra Cessâs'ın alıntı yaptığı ve referans gösterdiği eser ve şahısların beyanına geçilebilir.

2.1. Kaynak Gösterdiği Eserler

Tespit edilebildiği kadarıyla şerhte geçen kitaplar şunlardır: Kaynakların başında İmâm Muhammed'in *Zâhiru'r-rivâye* ve *el-Usûl* olarak bilinen eserleri[311] gelmekte olup, bunlardan *el-Câmi'u's-sagîr, el-Asl,*[312] *ez-Ziyâdât*[313] eserlerine ismen ve bu eserlerdeki ilgili bölüm ve bâblara atıfta bulunulmuştur. Ayrıca *Zâhiru'r-rivâye* kapsamından olmayan eserlerinden *en-Nevâdir*'in İbn Semâa,[314] Ebû Süleymân[315] ve Keysânî[316] rivâyetleri zikredilmiştir. Bunların haricinde İmâm Muhammed'in *el-İmlâ/el-Emâlî*'si,[317] *el-Muvatta* rivâyeti, *Müsned Ebî Hanîfe*,[318] Ebû Yûsuf'un *el-*

---

311 "رواية الأصول في ثمن البيع إلّا أنّ هشامًا قد روى عن محمد عن أبي يوسف" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr,* II, 26[b].)
Şerhte çok kez vârid olan *kitâb* ifadesiyle çoğunlukla *el-Câmi'u'l-kebîr* kastediliyor olup, bazen de elimizdeki şerh kastedilmektedir.

312 "قال محمد في كتاب النكاح من الأصل" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr,* I, 100[a].)
"وقد قال محمد في كتاب الصرف" şeklinde olduğu *el-Câmi'u'l-kebîr*'de olmayan kitap isimlerine de çokça atıf yapılmaktadır. Bu atıflar genelde *Kitâbu'l-Asl*'dandır. (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr,* IV, 367[b].)

313 "قول محمد الذي ذكره في الزيادات" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr,* II, 56[b].)

314 "وقد روى ابن سماعة عن محمد في نوادره" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr,* II, 136[b].)

315 "وقال في نوادر الصلاة في رواية أبي سليمان" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr,* I, 55[b].)

316 "قال محمد: لي روايةُ الكيساني لا يبطل خيارها" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr,* II, 72[b])

317 "قال محمد في الإملاء في المسألة" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr,* IV, 39[a])

318 "وروى أبو حنيفة عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أنّ النبي صلى الله عليه وسلم أمر فاطمة أن تتوضّأ لكلّ صلاة" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr,* I, 16[a].)

Emâlî'si,[319] Hasan b. Ziyâd'ın *el-Mücerred*'i,[320] İsâ b. Ebân'ın *Hatau'l-kütüb*'i,[321] Tahâvî'nin kitabı,[322] Cessâs'ın *Ahkâmu'l-Kur'ân*'ı[323] zikredilmektedir.[324]

Şerhte hadis kaynaklarından sadece *es-Sünen*, müellifi Ebû Davud es-Sicistanî ile beraber bir yerde geçmiştir. Ancak Cessâs'ın haber naklettiği hocalarından Ebû Bekir Muhammed b. Bekir el-Basrî'nin rivâyet ettiği bütün hadislerin senet ve metin olarak -tespit edilebildiği kadarıyla- genelde Ebû Davûd'da yer alması *es-Sünen*'den çok kez kullandığı anlamına gelebilmektedir. Bu nedenle müellifin herhangi bir esere yaptığı atıf oranında o eserden istifade oranını saptamaya çalışmak yanlış neticeye götürebilmektedir.

Erken dönem eserlerinin kaynakları hususunda göz ardı edilmemesi gereken bir hususu burada paylaşmanın faydalı olacağı düşünülmektedir. Bu husus da iktibasların referans kaynakları mütesahil bir teamülden dolayı zikredilmeyip sadece müellifin ismiyle veya "قيل" gibi meçhul kalıplarla görüşlerin zikredilmesiyle yetinilmesi şeklindeki bir gelenekten kaynaklanmış olabilme durumudur. Nitekim İmâm Mâlik, Şafiî gibi diğer mezheplerin fakîhlerinden bahsederken kaynak zikredilmemektedir. Ancak *el-Muvatta* ve *el-Ümm* gibi temel kaynakları görmüş olması da kuvvetle muhtemeldir.

2.2. Atıfta Bulunduğu Şahıslar

Şerhin tabiatı gereği İmâm Muhammed'in metni ve kavilleri odaklı olmasının yanı sıra İmâm Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un görüşleri müellifin en çok aktarım yaptığı imâmlardır. Cessâs'ın da şârih olarak özellikle hocası Ebû'l-Hasan el-Kerhî'nin

---

[319] "عن أبي يوسف أنّه قال في الإملاء" (Cessâs, *Şerhu'l-câmi'i'l-kebîr*, I, 73[b])

[320] "وقد رواه أيضًا الحسن بن زياد عن أبي حنيفة في المجرد" (Cessâs, *Şerhu'l-câmi'i'l-kebîr*, II, 72[a]). Hasan b. Ziyâd'ın söz konusu eseri günümüze ulaşmamıştır.

[321] "وقد أخرجها عيسى بن أبان في الخطأ" (Cessâs, *Şerhu'l-câmi'i'l-kebîr*, IV, 226[b]). İsâ b. Ebân'ın söz konusu eseri günümüze ulaşmamıştır.

[322] Şerhte; "سمعنا في كتاب الطحاوي عن ابن وهب" ifadesi geçmektedir. (Cessâs, *Şerhu'l-câmi'i'l-kebîr*, I, 45[b]) Bu ve benzeri ifadelerle Tahâvî'nin tam olarak hangi eserinden bahsettiği net olarak bilinmemekle birlikte *Ahkâmu'l-Kur'ân* ve *Şerh Meâni'l-âsâr* eserlerinin kullanıldıkları, eserde alıntılanan bazı rivâyetlerin referans kaynakları olmasından ötürü açıktır.

[323] "وذلك أنّه روي في التفسير أنّ العرب في الجاهلية كانوا إذا قضوا مناسكهم وقفوا بمِنى" (Cessâs, *Şerhu'l-câmi'i'l-kebîr*, I, 61[b])

[324] Bunların haricinde şerhteki "قال أبو بكر في الزيادات" (Cessâs, *Şerhu'l-câmi'i'l-kebîr*, II, 56[a]) ifadesinden ötürü Cessâs'ın Şeybânî'nin *ez-Ziyâdât* adlı eseri üzerine yazdığı bir şerhi de olabilir.

görüşlerini nakletme hususunda özel bir gayreti olduğu anlaşılmaktadır. Daha çok Cessâs kanalıyla mütekaddimûnun önemli isimlerinden olan ve Bağdat'ta mezhebin önderliğin yapmış olan Kerhî'nin ve ayrıca erken dönemin önemli isimlerinden İsâ b. Ebân'ın görüşlerine erişme imkânı doğmaktadır. Bu isimlerin haricinde daha pek çok Hanefî fakîhin ve diğer mezhep otoritelerinin adının zikredilmesinin yanı sıra sahabî ve tâbi fakîhlerden de[325] pek çok kere alıntı yapılmıştır. "Hulefâ-i Raşidîn" ifadesi haricinde Hz. Ömer, Hz. Osman ve Hz. Ali'ye ismen atıfta bulunmuştur.

Eserde Cessâs'ın sîretiden yola çıkarak ilmen kendilerinden istifade ettiği pek çok şahsiyetin olduğu vakıasına binâen bu şahsiyetlerden eserde nakiller yapmış olması elbette muhtemeldir. Ancak çoğunlukla ismen zikredilme durumunda referans şahıslar tam olarak tespit edilebilmektedir. Şerhte ismen zikredilen yaklaşık elli fakîh şunlardır:

Ebû Bekir, Ömer b. Hattâb (v. 23/643), Osman b. Affân, Abdullah b. Mesûd (v. 32/652), Abdurrahman b. Avf (v. 32/652), Ubey b. Ka'b (v. 33/654), Muhammed b. Ali, Ali b. Ebî Talib (v. 40/660), Zeyd b. Sâbit (v. 45/665), Aişe binti Ebî Bekir (v. 57/677), Abdullah b. Abbâs (v. 68/687), İbnü'z-Zübeyr (v. 73/692), Abdullah b. Ömer (v. 74/693), Kâdî Şureyh el-Haris el-Kindî (v. 87/701), Urve b. Zübeyr (v. 94/713), Saîd b. el-Müseyyeb (v. 94/713), Muhammed b. Sîrîn (v. 110/729), Atâ b. Ebî Rebâh (v. 115/737), Hammâd b. Ebî Süleymân (v. 120/737), İbn Şübrüme (v. 144/761), Muhammed b. Abdurrahman Ebî Leylâ (v. 148/765), Züfer b. Hüzeyl, İmâm Mâlik (v. 179/795), Hasan b. Ziyâd (v. 204/819), Ebû Süleymân el-Cüzcânî, Hişâm b. Ubeydullah er-Râzî, Muhammed b. Semâa, İmâm Şafiî (v. 204/820), İsâ b. Ebân, Hassâf (v. 261/875), Ebû Said el-Berdaî, Ebû Abdullah Ali b. Mûsâ el-Kummî (v. 305/917),[326] Ali b. el-Hasan er-Râzî,[327] İbrahim el-Harbî, İbrahim en-Nehaî, Ebû

---

[325] Örneğin "فروي عن عمر وعليّ وعثمان وأبيّ بن كعب وعبد الرحمن بن عوف وشريح ومحمد بن سيرين والحسن وعطاء رضي الله عنهم أنّها ترث في العدّة ... روي عن ابن الزبير أنّها لا ترث إذا أبانها في المرض" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 97[a])

[326] Hayatı için bkz. Bkz. İbnü'n-Nedîm, *el-Fihrist*, s. 260; Saymerî, *Ashâbu Ebî Hanîfe ve Ahbâruhu*, s. 159.

[327] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 61[b], 101[a] vd. Bazı kaynaklarda Ali b. Hasan er-Râzî ile Ebû Bekir el-Cessâs er-Râzî aynı kişi sanılmaktadır. Ancak bu iki çağdaş âlim farklı şahsiyetlerdir. Saymerî bu zâtın, *el-Câmi'u'l-kebîr*'in mesâilini yerdiğini ve karşı çıktığını ifade etmiştir. ("وقد طعن على مسائل من الجامع الكبير" *Ashâbu Ebî Hanîfe ve Ahbâruhu*, s. 158)

Abdurrahman es-Sülemî, eş-Şa'bî,[328] Kâdî Ebû Hâzim,[329] Ebû Ali ed-Dekkâk,[330] Ebû Amr et-Taberî (v. 340),[331] Ali b. el-Ca'd,[332] Süleymân b. Şuayb el-Keysânî,[333] Bişr b. Giyâs,[334]

Cessâs, şahıs isimlerinin haricinde "مشايخنا", "أصحابنا", "المشايخ", "عندنا", "السلف" gibi çok kez kullandığı ifadelerle Hanefî fakîhlerine isim vermeden atıfta bulunmuş[335] ve mezhep içindeki ortak veya tercihi minvalindeki görüşü ifade etmiştir. Yine müellif, "فقهاء الأمصار" gibi genel ifadeler de kullanmıştır.[336] Hatta

"بعض أصحابنا ممّن كان ههنا ببغداد من المتأخرين من أصحاب أبي سعيد البرذعي"[337]
"اختلف السلف من الصدر الأوّل ومن بعدهم من الناس"[338]
"شيوخنا المتقدّمون"[339]

şeklindeki yer yer geçen ifadelerinde olduğu gibi fukahânın kronolojik tasnifine[340] dair telmihler ve hatta fakîhlerin coğrafyaları, fukahâ arasındaki alaka ile mensup oldukları ekol bilgisi az da olsa yer almaktadır.

---

328 "وقد روي عن جماعة من السلف أنّ الثانية لا يجب لها سجدة أخرى في المجلس الواحد، منهم: أبو عبد الرحمن السُّلمي وإبراهيم النخعي والشعبي وغيرهم" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 34[b])

329 Ebû Hâzim (أبو خازم) Abdülhamid b. Abdülaziz el-Kâdî (v. 292/905), Kerhî'nin, Ebû Cafer et-Tahâvî'nin ve Ebû Tâhir ed-Debbâs'ın hocalarındadır. Şam, Kerh ve Kûfe'de kadılık yapan Ebû Hâzim'in kaynaklarda *Edebû'l-kâdî, Kitâbu'l-Mehâdir ve's-sicillât, Kitâbu'l-Ferâiz* adlı eserleri zikredilmektedir. (Bkz. İbnü'n-Nedîm, *Fihrist*, s. 293; Saymerî, *Ashâbu Ebî Hanîfe ve Ahbâruhu*, s. 159; İbn Kutluboğa, *Tâcu't-terâcim*, s. 182)

330 Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 193[b]. Kerhî'nin hocalarından olup, *el-Hayız* adlı bir eser ona atfedilmektedir. (Bkz. Saymerî, *Ashâbu Ebî Hanîfe ve Ahbâruhu*, s. 159; Leknevî, *el-Fevâidu'l-behiyye*, s. 237)

331 "قال أبو بكر: وحكى لي أبو عمرو الطبري عن أبي سعيد البردعي أنّ أبا عليّ الدقّاق كان يقول: إنّ الصحيح هو قول محمد الذي رواه في الكتاب عن نفسه" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 194[a])

332 "وروى ابن سماعة وعلي بن الجعد عن أبي يوسف في الثوب أنّه يطهر بالثالثة، وذكر عنه علي بن الجعد الفرق بين الثوب والبدن فقال عنه" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 43[b])

333 Saymerî, *Ashâbu Ebî Hanîfe ve Ahbâruhu*, s. 157.

334 "وحكى بشر بن غياث أنّه قال: أحكم بنكاح الغائبة وأفسخ نكاح الحاضرة" (Saymerî, *Ashâbu Ebî Hanîfe ve Ahbâruhu*, s. 156.)

335 Örneğin bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 2[b], 8[b], 17[a], 23[b], 110[b].

336 Örneğin bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 26[b], 109[b]; II, 154[b], 227[b].

337 Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 105[b].

338 Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 46[b]-47[a].

339 Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 192[b].

340 Selef veya mütekaddimûn, Ebû Hanîfe ve İmâm Muhammed'in vefatına kadar olan ilk kuşak fukahâyı, halef de İmâm Muhammed'in vefatından sonra ve Şemsü'l-eimme el-Halvânî (v. 452/1060) arasındaki süreçte yetişmiş fukahâyı, mütehhirûn ise el-Halvânî'nin vefatından Hafizuddin el-Buharî'ye (v. 693/1294) kadar olan fakîhleri kapsamaktadır. (Bkz. Leknevî, *el-Fevâidu'l-behiyye*, s. 241)

Cessâs yaptığı alıntılarda Hanefî mezhebi ile sınırlı kalmayıp, muhaliflerden özellikle İmâm Mâlik ve Şafiî'nin başta olmak üzere Ebû'l-Ferec el-Mâlikî gibi bu mezheplerin diğer fakîhlerinden kaviller aktarmıştır.[341] Aynı zamanda döneminin âlimleriyle şifahi diyaloğuna işaret eden "ona dedim/قلتُ له", "ona sordum/سألتُ لـ", "ondan işittim/سمعتُ"[342] gibi ifadeler de çok kez vârid olmuştur.

Fıkıh ilmine nispet edilen âlimlerin yanı sıra hadis ilminde Ebû Dâvud es-Sicistanî ve eserinde delil olarak kullandığı haberlerden senet zincirinde ismen zikrettiği pek çok râvi vardır. Yine diğer disiplinlerden lügat ilminde Ebû Ali el-Farisî,[343] şiir alanında Ka'b b. Mâlik gibi âlimlere de yeri geldikçe atıfta bulunmuştur. Ayrıca şahısların yanı sıra "أهل المعرفة", "أهل العلم", "أهل الجهل" gibi ifadelerle[344] çeşitli cemaat ve mezheplerden de görüşler aktarmıştır. Cessâs eserinde zaman zaman diğer disiplinlerden "أهل اللغة", "أهل النقل", "أصحاب الحديث" gibi umumî ifadeler[345] de kullanmış olup, bu ifadeler Cessâs'ın kendi zamanındaki diğer disiplinlere müntesib âlimlerin görüşlerine yer verip zaman zaman delil olarak kullanması ve reddiyelerde bulunması sözü edilen toplulukların görüşlerine ne denli muttali olduğunu göstermektedir.

3. Eserin Nüshaları

Elimizde üç cildi bulunan eserin yazmaları şuralarda bulunmaktadır; Dâru'l-kütübi'l-mısriyye'de aynı bölümün 745 tasnif numarasında birinci ve ikinci cildi, 746'da da dördüncü cildi kayıtlıdır. Yine Dâru'l-kütübi'l-mısriyye'de el-Fıkhu'l-hanefî Bölümü'nde 112 tasnif numarasında şerhin *Kitâbu'l-Büyû*' ile başlayan bir nüshası kayıtlıdır. Ayrıca Kütüphane el-Hidiviyye'de 69 tasnif numarasında kayıtlı bir nüshası ve Ma'hedu'l-mahtûtâti'l-arabiyye'de de 498 ve 756'da kayıtlıdır. Yine aynı

---

341 Örneğin bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 11[a], 15[b], 86[a]; 109[b].

342 "وسمعت أبا الفرج المالكي" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 109[b].)

343 "قال أبو بكر الرازي في شرح الجامع الكبير على بعض المبرزين في النحو (يعني أبا علي الفارسي) فكان يتعجب من تغلغل واضع هذا الكتاب في النحو" (Kevserî, *Bülûgu'l-emânî*, s. 63.)

344 Örneğin "ولولا مكايدة بعض أهل الجهل في مثل ذلك لم يحتج إلى ذكره إذا كان أهل العلم لا يختلفون تسميته" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 80[b].); "لا يحتجّ بمثله أهل المعرفة" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 64[b].); Örneğin "اختلف أهل العلم في حكم المستحاضة" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 15[b].)

345 "إنّ الاشتقاق لا يُقاس، وإنّما يؤخذ أصول الأسماء وما اشتقّ منها تلقينًا من أهل اللغة" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 64[a].); "وكان ذلك تفسيرًا للدراهم عند أهل اللغة" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 144[a].)

kaynaktan elde edilmiş Kuveyt Üniversitesi Kütüphanesinde iki nüsha,[346] İSAM Kütüphanesi'nde de ikinci cildin bir nüshası bulunmaktadır. Ancak asıl olarak 745 ve 746'da kayıtlı olan üç cilt haricindekilerin tamamı tespit edilebildiği kadarıyla Dâru'l-kütübi'l-mısriyye'deki ciltlerin mikrofilminden tabedilmiş nüshaları olup, müstakil nüshalar değildir.

4. Eserin Şekil/İç Tasnif Açısından Tahlili

Daha önce *el-Câmi'u'l-kebîr*'in iç tasnifi değerlendirilirken bu alt başlıkların tarihsel süreci ve fikhî birikim içerisinde nasıl bir yeri olduğuna temas edildi. Tabi ki Şeybânî'den yaklaşık iki asır sonra kaleme alınan bu eserin yazıldığı dönemde fıkıh konularının tasnif ve tertip işlemlerinin daha gelişmiş olması doğaldır. Şerhte *el-Câmi'u'l-kebîr*'in gerek kitâb gerekse bâb başlıklarına büyük oranda sadık kalındığı görülmektedir. Şerhin ibâdet ve muamelât bâb başlıkları olarak ayrı ayrı ele alınacaktır.

4.1. Bölümlerin/Kitapların Tertibi

Belirli konuları bir araya getiren "kitâb", yine belli meselelerdeki hükümleri bir araya toplamak gayesiyle "bâb"lara ayrılmıştır. Daha önce de ifade edildiği gibi "kitâb", "bâb", "fasıl" gibi fıkıh kitaplarındaki konuların alt-üst konu başlıklarından oluşan tasnif ile bu konuların tertip faaliyetleri bir ilim dalı sistematiğine dair önemli argümanlardır.[347]

Eserde ana bölümlemeler genel olarak besmele ve akabinde "kitâb", nâdiren de *el-Câmi'u'l-kebîr*'den farklı olarak "ebvâb"[348] başlıklarının kullanıldığı ve sadece

---

[346] Bkz.http://library.kuniv.edu.kw/manuscript/Scriptsview.asp?ID=31935 ve http://library.kuniv.edu.kw/manuscript/Scriptsview.asp?ID=31932.
Ayrıca *Fihrisu mahtutâti dâri'l-kütübi'z-zâhiriyye*: el-Fıkhu'l-hanefî, I, 425-426, vr. 325 (Nüsha *Kitâbu'l-Büyû'*dan itibârendir.)

[347] Cessâs'ın muasırlarından Mâliki fakîh İbnü'l-Cellâb'ın (v. 378/988) *et-Tefrî'* adlı eserinde konu sıralaması şöyledir: *Kitâbu't-Tehâra, Kitâbu's-Salât, Kitâbu'z-Zekât, Kitâbu's-Siyâm, Kitâbu'l-Hac, Kitâbu'l-Cihâd, Kitâbu'l-Cenâiz, Kitâbu'n-Nüzûr ve'l-eymân, Kitâbu'l-Edâhi, Kitâbu'l-Akîka, Kitâbu's-Sayd, Kitâbu'z-Zebâih, Kitâbu'l-Et'ime, Kitâbu'l-Eşribe, Kitâbu Ümmehât'il-evlâd, Kitâbu't-Tedbîr, Kitâbu'l-Mükâteb, Kitâbu'l-'Itk, Kitâbu'n-Nikâh, Kitâbu't-Talâk, Kitâbu'l-Büyû', Kitâbu'l-İcâre, Kitâbu'l-Kırâd, Kitâbu'l-Müsâkât, Kitâbu'ş-Şerike, Kitâbu'l-Cirâh ve'd-diyât, Kitâbu'l-Hudûd, Kitâbu'l-Akdiye, Kitâbu'l-Ferâiz, Kitâbu'l-Câmi'*.

[348] *Ebvâbu's-Sulh, Ebvâbu'l-Mudârebe, Ebvâbun Müteferrika* gibi.

cinayât bölümü *Bâbu'l-Cinâye* olarak geçmektedir. Ayrıca eserde bazı ana bölümlere "kitâb" veya "ebvâb" gibi bir başlık kullanılmadan direkt olarak bir bâb başlığıyla başlandığı görülmektedir.[349] *Kitâbu'l-İcâre*'de olduğu gibi bazı kitâb başlıklarından önce de *evvelu'l-icâre* ibâresinde olduğu gibi *evvel* lafzı kullanılmıştır. Başka bir husus da şerhin nüshasında icâre, sulh, mudarebe ana konuları 'kitâb' başlığından hâli olarak *evvelu'l-icâre* ibâresinde olduğu gibi başlarında *evvel* lafzı kullanılmıştır.

Eserin nüshasının bir cildinin eksik ve tek nüsha olmasından mütevellit olarak, nüshada yer almayan yeminler, talâk, menâsik, kazâ ve damân ile baş tarafi eksik olan zekât ve nikâh ana bölümlerinin nasıl başlıklandırıldığı da bilinmemektedir. Bunun haricinde, *el-Câmi'u'l-kebîr*'de daha çok *Kitâbu'l-Mudârebe* başlığı altında bulunan son bâb başlıkları ile *Kitâbu'l-Cinâyât* bölümü altında bulunan bazı meseleleri Cessâs cem ederek, *Ebvâbun Müteferrika*[350] başlığı altında ele almıştır.

Şerhte bazı ana bölümler *el-Câmi'u'l-kebîr*'den daha detaylı işlenirken, bazıları da daha özet olarak işlenerek kısa tutulduğu görülmektedir. Meselâ metinde toplam on üç bâb başlığından oluşan nikâh bölümü özet olarak işlenirken, şerhte çok daha detaylı bir şekilde işlendiği görülmektedir.

4.2. Alt Başlıkların/Bâbların Tertibi

Eserde "kitâb" olarak başlıklandırılan ana bölümlemelerin belli meselelerdeki hükümleri bir araya toplamak gayesiyle bâblara ayrıldığı ifade edildi. Bazı bâb alt başlıklarının yalın olarak sadece "bâb" şeklinde isimlendirildiği de görülmektedir. "Bâb"ların altında genellikle konuyla ilgili pek çok mesele yer almıştır. Bu meseleleri birbirlerinden ayırt etmek için daha koyu ve büyük puntoda "mesele" bazen de "fasıl" olarak başı temyîz edilen meseleler, genelde farklı hacimlerde işlenmiştir. Meselelerin *mesele* ve *fasıl* olarak ibraz edilerek ele alınması Cessâs'ın eserinin diğer şerhlerden yazım şeklî açısından ayırıcı özelliklerinden biridir. Böylece eserde "kitap" - "bâb" - "mesele/fasıl" şeklindeki her biri hiyerarşik bir taksimi ifade eden terimlerin

[349] Örneğin *Şüf'a*.
[350] Bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 362[a]-390[a].

başlıklandırma ve bölümlendirmelerine bakıldığında son kertedeki yerleşik hali olmasa da büyük oranda genel şeklini haiz olduğu söylenebilmektedir.

Cessâs'ın şerhinin nüshasında *el-Câmi'u'l-kebîr*'in başlıklarına genel olarak -şerh türünden tabiî olarak beklenildiği gibi- sâdık kalmakla beraber, başlıklarda ekleme, çıkarma, kelime müradifi kullanma, detaylandırma gibi tasarruflarda bulunmuştur. Meselâ *el-Câmi'u'l-kebîr*'de [351]"باب في تزويج المكاتبة وفي الملاعنة" olarak geçen başlık, Cessâs'ın şerhinde "باب من النكاح في نفي الولد وفي تزويج المكاتبة والأمة على المكاتبة"[352] şeklinde geçmektedir. Yine eserde sadece *bâb* ile başlıklandırma yapılmasının yanı sıra bazı bâbların altındaki meselelerin de detaylandırıldığı görülmektedir.[353] Şerhin daha çok ikinci cilt konularında yer alan 'fasıl'ların genelde meselelerden daha kısa tutulduğu mülahaza edilmiştir. Bazı yerlerde fasıllar İmâm Muhammed'in kavliyle değil delil serd ederek başlamaktadır.

Eserde bazen bâbların bazen de meselelerin ilgili bâblar içerisinde yer almasının ihlal edildiği, yer yer konu dışına çıkıldığı ve bâblar ile altında işlenen meseleler arasında ortalama bir hacmin olmadığı görülmektedir. Bu durum, elimizdeki eserin ilk örneklerinden olduğu şerh yazım türünün literatürde genel şeklini aldığı, ancak ayrıntılarının istikrar etmediği erken bir dönemde telif edilmesinin tabiî bir sonucu olarak görülmesi daha hakkaniyetli görünmektedir.

4.2.1. İbadetle İlgili Bâbların Tertibi

el-Câmi'u'l-kebîr'de sadece altı bâb başlığı ihtiva eden *Kitâbu'z-zekât* haricindeki diğer temel ibâdet konularının çoğu yer almayıp, işlenen konuların kapsamına giren belli başlı meseleler eşliğinde ele alınmıştır. Sanki İmâm Muhammed ibâdetle alakalı kendisine çok sorulan konuları ele almış izlenimi vermektedir. Ele alınan bu meseleleri delillendirirken aklî delilleriyle temeyyüz eden Cessâs, muamelât konularına nazaran ibâdet konularında naklî delilleri bolca kullanmıştır. Bunun

---

[351] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 98.
[352] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 15[a].
[353] مسألة في الأمة إذا أعتقت وهي تحت زوج (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 92[b]); مسألة في القضاء على الغائب(Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 116[a]); مسألة طلاق المريض (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 97[a]).

yanında daha sonra detaylı bir şekilde ele alınacak olan genel ilke olarak ifade edilen asıllar da yine ibâdet konularında sıkça yer alan delillerden olup, her bâb başlığının altında özellikle belirtilmiştir.

Eserde, *Zâhiru'r-rivâye* kitaplarının ilki olan *el-Asl*'a ve *el-Câmi'u'l-kebîr*'in önceki ve küçük versiyonu olan *el-Câmi'u's-sagîr*'e nazaran ibâdet konuları *el-Câmi'u'l-kebîr*'de daha az bâb alt başlığı ihtiva etmektedir. Çok kısa tutulan ibâdetler bölümü, seçili bâbların altında yer alan meselelerden oluşup, toplam yedi bâb alt başlığı bulunmaktadır. Bu başlıklardan *Bâbu's-Salât* bölümünün baştan eksik olması haricinde *Bâbu'l-Mustahâza, Bâbu's-Secde, Bâbu Tuhri's-siyâb, Bâbu Salâti'l-'iydeyn, Bâbu't-Tekbîr fi eyyâmi't-teşrîk, Bâbu's-Siyâm ve'l-'itikâf* şeklindeki diğer başlıklar nüshada yer almıştır. Birinci cildin başına yanlışlıkla ilhak edildiği belli olan nikâh bölümünden sadece bir bâb başlığı yer almış olup, konu birden kesilerek yolcunun namazı, namazların kısaltılması konusuyla alakalı *Bâbu's-salât*'tan olduğu anlaşılan meseleler ele alınmıştır. Nikâh bölümü, birinci cildin başına yanlışlıkla ilhak edilen bir bâb başlığı ile ikinci cildin zekât bölümüne ait bir bâb başlığının hemen akabinde yer alan diğer nikâh bâb başlıklarından sadece *el-Câmi'u'l-kebîr*'de nikâh bölümünün başında yer alan "باب أمر المولى عبده بالنكاح"[354] başlığı şerhin elimizdeki nüshasında eksik olduğu anlaşılmaktadır.

Zekât bölümünün başlangıcının yer almadığı nüshanın birinci cildin son konuları olarak zekât bölümünün *el-Câmi'u'l-kebîr*'de ilk iki bâb başlığı olan konular bulunmaktadır. İkinci cildi olan kayıp olan nüshanın üçüncü cildi zekât konularıyla devam etmekte olup, tek bir bâb başlığı ihtiva etmektedir. *el-Câmi'u'l-kebîr*'in zekât bölümünde yer alan son üç bâb başlığı ise mevcut nüshada yer almamaktadır. Üçüncü cildin konuları itibariyle cildin başındaki zekât bölümlerinin tıpkı birinci cildin başına yanlışlıkla mülhak olan nikâh bölümleri gibi -kuvvetle muhtemel kütüphane kaynaklı olarak- tertipteki hatadan dolayı üçüncü ciltte olduğu anlaşılmaktadır. Zekâttan sonra yine ibadat konuları içerisinde incelenen ve eserin nüshasında yer almayan yeminler ve nikâh bölümünün bir kısmının nasıl bâb başlıklandırıldığı da görülememektedir. *el-*

[354] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 92.

Câmi'u'l-kebîr'in en uzun konusu olan yeminler bölümü metinde yetmişten fazla bâb başlığını ihtiva etmekte olup, genellikle kısa olarak ve lügavî zaviyeden ele alınmıştır.

Nüshanın eksik bölümünde yer alan ve *el-Câmi'u'l-kebîr*'de *Kitâbu't-Talâk*'tan sonra işlenen *Kitâbu'l-Menâsik* üç bâb başlığını ihtiva etmktedir.[355] *Kitâbu'l-Menâsik*, *el-Câmi'u'l-kebîr*'de ve neredeyse tamamen asıl metnin tertibini takip eden söz konusu şerhte ibadât konuları arasında değil, muamelât konuları arasında yer almaktadır. *el-Câmi'u'l-kebîr*'de ele alınan hac ile alakalı bâb başlıklarının Harem bölgesinde ve ihramlı olarak avlanma konularına dair olması dikkate alındığında bu tertibin sebebi de ön plana çıkmış olmaktadır.

4.2.2. Muamelâtla İlgili Bâbların Tertibi

Yazım türü itibariyle İmâm Muhammed'in metnini esas alan şârih, müteahhir fukahânın kitaplarında mevcut olan tertibe göre muamelât bâblarının tamamını içermese de önemli bir kısmını, ele alınan konunun kapsamına giren belli başlı meseleler eşliğinde ele almıştır. Ele alınan bu meseleleri delillendirirken Cessâs pek çok delil kullanmıştır. Cessâs'ın özellikle kavâid ya da genel ilke olarak ifade edilen asılların her bâb başlığı altında kullanmış olması burada zikredilmelidir. Asıllar ile eserde kullanılan diğerdeliller ilerde detaylı bir şekilde ele alınacağı için burada bu kadarıyla iktifa edilecektir.

Fıkıh konularının ikili olarak tasniflendiğinde yeminler ve nikâh bölümleri daha çok bu eserde de olduğu gibi muamelât sınıfında değil ibâdet kapsamında görülmektedir. Hac ile ilgili meselelerin ele alındığı ve *el-Câmi'u'l-kebîr*'de üç bâb başlığını ihtiva eden *Kitâbu'l-Menâsik* ise şerhin metninde muamelât konuları arasında yer almış olup, eserin tek nüsha ve nüshanın bir cildinin de kayıp olmasından ötürü bu bölüm incelenememektedir. Yine nüshada bulunmayan ve sekiz bâb başlığı ihtiva eden talâk bölümü, tasnifte ibâdet konuları içerisinde yer alan nikâh konusundan bağımsız olarak işlenmiş olup, mahiyeti itibariyle muamelât konularına daha yakın görüldüğü için muamelât konuları arasındadır.

[355] Bkz. Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, s. 213-219.

Eserin nüshasında *Kitâbu'n-Nikâh*'tan sonra dava, ikrar, şehâdât bölümleri yer almakta olup, sonrasında olması gereken ancak mevcut nüshada yer almayan diğer muamelât konuları da; dört bâb başlığı ihtiva eden kazâ ile on alt başlık taşıyan damân bölümleridir. *Kitâbu'ş-Şehâdât* bölümü altında yer alan bâb başlıklarından son on üç tanesi ile sonrasında sırasıyla işlenen talâk, menâsik, kazâ, damân bölümleri ile büyû' bölümü altında yer alan otuz beş bâb başlığını ihtiva eden -kuvvetle muhtemel müstakil bir cilt daha yani- dördüncü cilt de kayıptır. Nüshanın son cildinde muamelât konuları ise büyû' bölümünün son on beş bâb başlığı, rehin, şirket, vesâyâ, mükâteb, şüf'a, vekâlet, havâle ve kefâlet, sulh, icâre mudârebe, cinâyât bölümleri ihtiva ettikleri bâb başlıkları eşliğinde işlenmiştir.

Şerhin en son konusu da, *el-Câmi'u'l-kebîr*'de çoğunluğu *Kitâbu'l-Mudârebe* ve *Kitâbu'l-Cinâyât* bölümleri içinde bulunan bazı bâb başlıklarını Cessâs'ın cem ederek, *Ebvâbun Müteferrika* olarak başlıklandırdığı bölüm yer almaktadır. Cessâs'tan önce Kerhî, Tahâvî, Ebû'l-Leys es-Semerkandî gibi isimler *el-Câmi'u'l-kebîr* şerhi telif etmiş olsa da, bu şerhler elimizde olmadığından incelenemeyip, Cessâs'ın şerhi önceki şerhlerle kıyâslanamamaktadır. Bu nedenle *Ebvâbun Müteferrika* başlığı altındaki tertip ve derlemenin ilk kez görüldüğünü ve Cessâs'ın da kendinden sonraki şârihlere -daha sonra ele alınacağı üzere- bu hususta örnek ve öncü olduğu söylenebilmektedir.

5. Eserin Muhteva Açısından Tahlili

Cessâs'ın mezhebinin kendisine kadar vârid olan kavillerini temellendirme, mesâilini açıklama ve savunma konusunda belirli bir yöntem sahibi ve yetkin bir isim olduğu eserlerinde açıkça görülmektedir. Eserde ele alınan konular, yine bu konuların sistematiği, anlatım tekniği gibi önemli hususlarda fıkıh literatürünün öncü eserlerinden olduğunu ispatlar mahiyettedir.

Ebû Bekir el-Cessâs şerhinde çoğunlukla İmâm Muhammed'in söz konusu eserinin metninde yer alan konularla ilgili ele aldığı örnek meseleler hakkındaki kavillerini verip, daha sonra bu kavillerdeki hükümlerin dayandıkları gerekçeleri zaman zaman ayet, hadis, sahabe ve tabiun kavilleri ile naklî veya aklî deliller eşliğinde sunmuştur. Birçok kez "قال أبو الحسن" künyesiyle kendisinden alıntı yaptığı

hocası Kerhî[356] ile İsâ b. Ebân'ın görüşlerine başvurmuştur.[357] Bu görüşleri de ilk dönem fakîhlerinin kavilleriyle veya mezhep imâmlarının fer'î meselelerdeki hükümleriyle desteklemekte ve hemen hemen her konu ile ilgili verdiği kâide ve dabıtlara delâlet ettiğine işaret etmektedir. Delillendirme yaparken çoğunlukla "قال أبو بكر" ibâresiyle kendi ifadelerini ibraz etmekte ve nâdiren de İmâm Muhammed'in kavillerinin delillerini hocası Kerhî'den aktarmakla iktifa etmektedir.

Cessâs, mezhebinin gerek kurucu fakîhlerinin gerekse çok kez görüşünü aktardığı hocası Kerhi'nin kavillerinin delillerini aktarırken, bu kavillerin isabetliliğini de "هذا يدل على صحة ما قاله أبو الحسن"[358], "الحجة في تصحيح مذهب أصحابنا"[359], "ندل على"[360] ifadelerinde olduğu gibi yer yer vurgulamaya özen göstermiştir. Sıklıkla zikredilen bu ve bu minvaldeki ifadelerden yola çıkarak temel metinler üzerine kaleme alınmış şerhlerin fonksiyonları arasında mezhebin meşruiyetini deklare etmek olduğu da söylenebilmektedir.

Cessâs bazı temel kavramları bağlamı içerisinde kısımlara ayırmakta ve mesâili bu kısımlara göre ele almaktadır. Şehadetin ve abdestin kısımlarının verilmesi buna örnek olarak verilebilir.

> الوضوء وضوآن: وضوء تامّ ووضوء ناقص، فالوضوء التام لا ينتقض بدخول الوقت وينتقض بسيلان الدم، والوضوء الناقص ينتقض بدخول الوقت ولا ينتقض بسيلان الدم، فالوضوء التامّ وهو وضوء الصحيحة التي ليست بمستحاضة[361]
>
> أنّ الشهادة على ضربين: شهادة بالحقّ نفسه بمعاينة من الشاهدين، وشهادة على شهادة[362]

Bunun haricinde Cessâs'ın eserinde bazı fikhî kavramların ıstılahî tanımının yapıldığı, bazı kavramların da lügavî, ıstılahî ve hatta örfî tanımına -kavramlar konusunda örneklendirileceği üzere- yer verildiği görülmektedir. Eserde bir bâb

---

356 Sadece bir yerde hocasını ismen zikretmiştir. (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 13[b].)
357 Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 14[a], 32[b], 54 vd.
358 Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 111[a].
359 Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 97[a].
360 Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 113[a].
361 Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 29[b].
362 Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 267[b].

başlığı altında yer alan fikhî mesele ve hükümleri kapsayan *asıllar*la/kurallarla teorik temellendirme eserin ayırıcı özelliklerindendir.

Eserde şârihin en sık başvurduğu fikhî delilin genelde "*el-aslu*" ibâresiyle belirttiği kâide ve dabıtlar olduğu rahatlıkla görülebilir. Bu asılların hangi manâya hamledildiği kâideler konusunun müstakil olarak inceleneceği üçüncü bölümde ele alınacaktır. Ayrıca Cessâs "zikrettiğimiz gibi", "söylediğimiz gibi" vb. ifadelerle de hükümleri tahlil ederken belirttiği bu kâide ve dabıtlara da bolca atıfta bulunmuştur.

Cessâs, Hanefî mezhebi içerisinde ihtilafın olduğu hususlarda, her bir imâmın delili ve gerekçesi "وجه قول أبي حنيفة / وجه قول أبي يوسف / وجه قول محمد" ibârelerinde olduğu gibi genellikle "vecih" kavramıyla belirtmiştir.[363] Cessâs bu görüşler içinde tercihte bulunurken genellikle "[364]وكان شيوخنا يقولون: إنّ قول أبي يوسف في هاتين المسألتين أقيس من قول محمد" ifadesinde olduğu gibi bağlı olduğu ekolün fakîhlerine atıfta bulunmaktadır. Zaman zaman da görüşler arasında kararsız kalmasından ya da tüm görüşlerde kısmen bir haklılık payı olduğu kanaatinden dolayı olsa gerek sadece mesele hakkındaki kavilleri nakledip, tercihte bulunmamıştır.

Bunun yanı sıra nikâh-bey', bey' fâsid-hibe gibi[365] pek çok fer'î meseleleri arasındaki ortak yönleri ve benzerlikleri ele alırken *eşbâh* ve *nezâir*, farklılıkları ele alırken de *furûk*ların beyanı ile meseleler ve hükümler arası bağlantı kurmanın -daha sonra ayrıntılı olarak işleneceği üzere- eserin genelinde varlığı görülmektedir. Bu karşılaştırmaları Cessâs kendisinin yanı sıra bizzat İmâm Muhammed'den ve hocası Kerhî'den de aktarmaktadır. *Eşbâh* ve *furûk* olarak daha sonra müstakil disiplin haline gelecek olan fikhî benzerlik ve ayrışmaların tesbiti elbette fikhın sistematik bir ilim olmasındaki en önemli verilerdendir.

Eserin birçok bâb başlığı altında incelen meselelerinde öne çıkan kavramlardan bir başkası *manâ* lafzıdır. Daha çok "[366]على هذا المعنى تجري مسائل الباب" şeklinde geçtiği

[363] Mesela bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 43[b], 44[a], 62[b] vd.
[364] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 10[b].
[365] Örneğin "بطلان البدل في البيع يبطل البيع، وبطلان البدل في النكاح لا يبطله" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 87[b].)
[366] Mesela bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 29[b].

üzere söz konusu kavramın 'illet' anlamında kullanıldığı açıktır. Sebep, hikmet, müessir, mûcib, alamet, emare gibi kavramların örnek olarak verilebileceği illet kavramı etrafında gelişen terminoloji dayandığı fikrî temellere dair önemli işaretleri de içinde barındırmaktadır. Fıkhî hükümlere dair illet teorisi III/IX. yüzyılın sonlarında oluşturulmaya başlanmış olup, bu kapsamda başvurulabilecek ilk eserler ancak IV/X. yüzyıl mahsulleridir.[367] Cessâs'ın *el-Fusûl*'ü de Hanefî illet teorisini sunan bu öncü kaynaklardandır. Ancak *el-Fusûl*'den önce kaleme aldığı elimizdeki şerh her ne kadar bir usul eseri olmasa da illet terminolojisinden manâ, itibar, ibret (العبرة), sebep gibi illet anlamı taşıyan ifadeleri de kullanmaktadır. Böylece mesele-hüküm bağlamında sebep-sonuç formülasyonunu sıkça açığa çıkartmaktadır. Ayrıca bu ifadeleri zaman zaman başka meseleleri ve hükümleri de kapsadığını belirtmek için *ca'mi,*[368] Şârîin vaz'ıyla illetlendirilen şeyin/hükmün zorunluluğunu ifade etmek için *mûcîb*[369] ya da *sahîh, fâsid, hata* gibi ifadelere izafe ederek de bu illetlerin geçerliliğini ve geçersizliğini Cessâs çok kez vurgulamıştır.

Hanefî usulcülerinin yoğun mesai harcadıkları önemli konulardan biri de illetin tahsisi meselesidir. Cessâs şerhinde bu meseleye de temas etmiş olup, bunu "[370] إنّا قد قيّدنا العلّة" ibâresinde olduğu gibi *illetin tahsisi* anlamına gelen *illetin takyidi* ile ifade ettiği görülmektedir. Kısaca illet bulunduğu halde bir engel sebebiyle bu illetin hükümsüzlüğü ve bunun da hükmün bulunmamasına sebep olması[371] anlamına gelen *illetin tahsisi*, daha çok Irak Hanefî ekolüne bağlı olan usulcüler tarafından kabul edilmektedir.[372] Şerhte de illetin tahsisinin geçerliliğini mezhebin genel kabullerinden olduğuna delalet eden ifadeler dikkat çekicidir.

---

[367] Bkz. İbrahim Kâfi Dönmez, "İllet", *DİA*, XXII, 117-120.

[368] Cessâs, özellikle illetin *câmi* olmadığını "إنّ هذه العلّة مقصورة الحكم على موضع الاتّفاق" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 82[a].) ibâresinde olduğu üzere ifade ettiği de görülmektedir.

[369] *Mûcib* kavramının neye delalet ettiğinin en önemli göstergelerinden birisi Cessâs'ın şer'î illet-aklî illet ayrımıdır. (Bkz. Tuncay Başoğlu'nun "Hicrî Beşinci Asır Fıkıh Usûlü Eserlerinde İllet Tartışmaları", Basılmamış Doktora Tezi, s. 35-36; Soner Duman, *İlk Dönem Hanefî Usûlünde İllet Tartışmaları*, s. 24-29.)

[370] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 2[b].

[371] Detaylı bilgi için bkz. Soner Duman, *İlk Dönem Hanefî Usûlünde İllet Tartışmaları*, s. 122-144.

[372] Bkz. İbrahim Kâfi Dönmez, "İllet", *DİA*, XXII, 119; Soner Duman, *İlk Dönem Hanefî Usûlünde İllet Tartışmaları*, s. 122-125.

Cessâs'ın sıkça başvurduğu icmâ deliline özel bir önem atfettiği anlaşılmaktadır. Eserde çok kez zikredilen *hilâfu'l/muhâlefetu'l-icmâ', hilâfu'l-ittifâk* gibi[373] ifadelerin yanı sıra yine bu anlama gelen [374]"ومن فرّق بينهما خرج عن إجماع الجميع" şeklinde geçtiği üzere 'icmâdan çıkmak/ayrılmak' da şarihin zemmettiği hususlardan olmuştur. Ayrıca mezhebin deliller hiyerarşisi içerisinde nassî delillerin diğer tüm nassî olmayan delillere olan üstünlüğü [375]"لا حظ للنظر مع الأثر" ibâresinde geçtiği üzere anlaşılmaktadır. Bu kapsamda yine [376]"لا يجوز استعمال القياس في مواضع الاتفاق" ifadesinde de görüldüğü üzere icmânın kıyasa tercih edilmesi açıkça beyan edilmiştir.[377] Bunlar da elbette Cessâs'ın gerek genel bağlamda Hanefî mezhebinin gerekse özel bağlamda Irak Hanefî ekolünün delil konusundaki tutumlarına dair önemli hususlardandır.

Eserden anlaşılan deliller teorisine dair başka bir husus da "فأخذ أصحابنا في ذلك بما روي عن عمر وعبد الله ومن تابعهم لما يؤيّده من الأثر والنظر"[378] ibâresinde görüldüğü üzere nakli ve akli delillerin çelişmemesi ya da başka bir ifadeyle naklin ve aklın birbirini teyit etmesidir. Eserde dikkat çeken noktalardan biri de fakîhlerinin kavillerinin yanı sıra amellerine de itibar edildiği Cessâs'ın örneğin teşrik tekbirleriyle ilgili olarak söylediği [379]"لم يفعله أحد من الفقهاء" ifadesinde olduğu gibi görülmektedir.

Irak Hanefî ekolünün temel özelliklerinden olan sahabe kavilleri içerisinde Abdullah b. Mesûd'un kavillerinin diğer sahabe kavilleri arasında daha öncelikli ve tercih edilen olduğunun örnekleri de özellikle ibâdet konuları işlenirken çok kez Cessâs tarafından belirtilmiştir.

Müellifin diğer eserlerinde de rastlanılan "ألا ترى" ve "أرأيت" gibi konuyu somutlaştırmak için kullandığı örneklemeden önce tipik kalıplar kullanmaktadır. Bu kalıpların da rey kelimesiyle bağlantılı olduğu dikkate alındığında fikhî meseleler

---

[373] Mesela bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 31[b], 40[b], 58[a] vd.
[374] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 10[a].
[375] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 18[b].
[376] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 43[a].
[377] İcmâ ve kıyâs arasında tercihe dair başka bir örnek de; "إنّ القياس يسوغ عند وجود الخلاف فأمّا مع حصول الإجماع والقياس ساقطٌ" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 78[b].) ifadesi verilebilir.
[378] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 47[b].
[379] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 54[b].

arasında ilişki kurmak ve bu ilişkileri sistematize etmeye yönelik gayretin bir tezahürü olarak görülebilmektedir.[380] Bazı meselelerde İmâm Muhammed'in kavlini aktardıktan sonra bu kalıbı kullanarak kavli mübaşeren delillendirdiği anlaşılmaktadır. Bunu yaparken zaman zaman kendi görüşünü ayrıca belirtmemektedir.

Genellikle hocası Kerhî'nin görüşlerini benimseyen ve bu nedenle kimi zaman kendi tercihini de tasrih etmediği de vakidir. Ancak nâdir de olsa Cessâs'ın tek olarak ileri sürdüğü reyler de vardır ve Hasırî bu reylerden bir kısmını eserinde tartışmaktadır.[381] Genelde ele alınan meselelerden sonra ilk olarak İmâm Muhammed'in görüşünü vermiş, sonrasında kendi görüşünü serdetmiştir. Ancak bazı meselelerde önce kendi görüşünü, bazılarında da sadece kendi görüşünü vermiştir.[382] Yine Cessâs'ın İmâm Muhammed'in naklettiği her sözüne şerh düşmediği görülmektedir.[383] Mezhep içi ve mezheplerarası düzeyde tercih edilen görüşler müdafa edilirken, muhalif görüşler de tenkit edilmektedir.

Mezhep imâmlarının, mezhepteki diğer fakîhlerin, kendisinin[384] ve muhaliflerin görüşlerini ve tercihlerini istidlalde oldukça titiz bir tutuma sahip olduğu rahatlıkla söylenebilir. Bu kapsamda şahısların yanı sıra bazen "ehlü'l-ma'rife",[385] "ehlü'l-ilm",[386] "ehlü'l-cehl"[387] gibi umumî ifadelerle çeşitli cemaat ve mezheplerin genelinden de görüşler aktarmıştır. Genellikle mezhebin ortak kabulü olan görüşleri, çok işlevsel bir şekilde kullandığı birincil ve ikincil kaynaklardan oluşan zengin istidlal malzemeleri ile ispatlama hususunda Cessâs özel bir çaba içindedir. Hakkında şer'î nassın olduğu hususlarda maksadı izah ve delili hükme yönlendirme sadedinde

---

380 Eyüp Sait Kaya, "Mezheplerin Teşekkülünden Sonra Fıkhî İstidlal", Basılmamış Doktora Tezi, s. 108-109.

381 Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. el-Efgânî, s. 4-5.

382 Mesela bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 108[b], 116[a].

383 Bkz. *Kitâbu'z-Zekât*.

384 Örneğin "من أصلنا جواز تخصيص الحكم مع وجود العلّة" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 11[b].)

385 Örneğin "لا يحتجّ بمثله أهل المعرفة" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 64[b].)

386 Örneğin "اختلف أهل العلم في حكم المستحاضة" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 15[b].)

387 Örneğin "ولولا مكايدة بعض أهل الجهل في مثل ذلك لم يحتج إلى ذكره إذا كان أهل العلم لا يختلفون تسميته" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 80[b].)

değerlendirmeler yapıp, nassın olmadığı meselelerde de özellikle maslahat, istihsân ve kıyâs kanalıyla istidlalde bulunmaktadır.[388]

Cessâs'ın eserinde naklî ve aklî delilleri ortak zeminde kullanmaya önem verdiği beyan edilmişti. Şerhte kullanılan naklî delillerin yanı sıra aklî deliller[389] ile kâide ve dabıtlar da sık sık başvurulan delillerdendir. Bu minvalde müfessir kimliğinin, ayetleri delillendirmede yorum ve dil açısından tezahürleri görülebilmektedir. Bunun haricinde ayet ve surenin nüzulünü de zaman zaman istidlalde kullanması[390] yine bu vasfının bir yansıması olarak görülebilir. Bu kapsamda başka bir husus da, sahabe icmâının yanı sıra ihtilaflı konulardaki kavilleri ve fiilleri[391] de özellikle ibâdet konularında olmak üzere önemli bir delil enstrümanı olarak kullanılmıştır. Tüm bu delillerin yanı sıra örfî kabuller, (nas menşeili) küllî kaîdeler, kırâatler de[392] delil olarak eserde kullanılmaktadır.

Şerhte gayet işlevsel bir şekilde kullanılan aslî ve fer'î delillerin arasında istihsân ve kıyâs kullanımı ön plana çıkmaktadır. Deliller hiyerarşisi içinde öncelikli tercihler gerekçeleriyle eserde çok kez belirtildiği görülmektedir. Meselâ "*kıyâsa göre hüküm şudur ancak istihsâna göre hüküm budur* /...هذا استحسان من قولهم، والقياس",[393] "*fesihte istihsânın illeti zâil olunca kıyâsa hamledildi* / فلمّا زالت علّة الاستحسان في الفسخ ترك / "حمل على القياس",[394] "*kıyâsı yaş hurma (satışında) sahabe kavlinden dolayı bıraktı* القياس في الرطب بالتمر للأثر",[395] "*ittifakın olduğu yerlerde kıyâsın kullanılması caiz değildir, bundan dolayı kıyâsı terk ettiler* / لا يجوز استعمال القياس في مواضع الاتّفاق فتركوا

---

[388] Örneğin "فأخذ أصحابنا في ذلك بما روي عن عمر وعبد الله ومن تابعهما لما يؤيّده من الأثر والنظر" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 47[b].)

[389] Örneğin "ودليل آخر من جهة النظر وهو أنّ المرض يوجب للورثة حقًّا في مال المريض" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 97[b].)

[390] Örneğin "سورة الجمعة نزلت بالمدينة لا يختلفون فيها" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 64[b].)

[391] Örneğin "وإنّما تثبت حجّة فعل الصحابيّ في زمن النبي" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 13[b].); "حجّة فعل الصحابي في زمن النبي صلى الله عليه وسلم إذا علّمه النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكره" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 64[b].)

[392] Örneğin "إنّما أوجبناه بالتوقيف، لأنّ في قراءة عبد الله فصيام ثلاثة أيام متتابعات" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 69[a].)

[393] Mesela bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 32[a], 33[a], 42[b].

[394] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 64[a].

[395] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 364[a].

القياس من أجل ذلك"[396] ifadelerinde görüldüğü gibi deliller arası yapılan tercihler serdedilmektedir.

Eserde özel önem verildiği intibaını oluşturan hususlardan birisi de pek çok hükmün illetini "*namazları kısaltmanın illeti yolculuktur* /علّة القصر هي السفر"[397] örneğinde olduğu üzere açık ve net ifadelerle belirtmeye özen göstermesidir.[398] Cessâs'ın hükümleri delillendirmede kullandığı birtakım aklî delilleri " وقد وجدنا الصوم والصلاة يختصّان بأوقات حتى لا يجوز أداؤهما في غيرهما"[399] ifadesinde olduğu üzere mülahaza edilebilmektedir.

Şerhte dikkat çeken kullanımlardan biri de *binâ* lafzı olup, "فعلى هذا المعنى بنى أبو"[400], "وإذا ثبت ما وصفنا من الأصل الذي عليه مبنى مسائل الباب"[401], "بنى محمد هذه المسائل حنيفة هذه المسألة على أصله"[402], "فإذا بيّنا وجه المسألتين اللتين عليهما بنى الباب، فلنبيّن فروع الباب"[403], "فبنـى المسائل المتقدّمة على أصل آخر أيضًا متّفق عليه عليهما"[404] şeklinde ifade edilmektedir. Mezkûr ifadelerde de görüldüğü gibi söz konusu lafiz meselelerin temellendirildiği dayanakları belirtirken sıklıkla kullanılmaktadır.

Şârih meseleleri açıklarken "Allah hakkı" ve "kul hakkı" tasnifini de zaman zaman kullanmaktadır. Müellif mehir, hudûd, zekât, vasiyet, müla'ane sonucu firkat, 'ıtk/azad gibi uygulamaları Allah hakkı ile irtibatlandırmıştır. Bu uygulamalarda söz konusu olan hakkın mahiyeti ve sağladığı yararın genel oluşu müellifi özel haklar kapsamında olan kul haklarından temyîz etmeye sevketmiştir. Söz konusu uygulamaların ihtiva ettiği haklar Allah'a izafe edilerek mezkûr fiillerin, kamu yararını ve hukuk düzenini ilgilendirmesi, fertler tarafından iskat edilememesi ile fiillerin dünyevî hükümlerini, ibâdet anlamı taşıması ile uhrevî cihetini yansıtmaktadır.[405]

---

[396] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 43[a].
[397] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 9[a].
[398] Örneğin "قال أبو بكر وهذا الجواب قادح في العلّة الأولى من قِبل أنّه ... والعلّة الثانية هي الصحيحة عندي في ذلك" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 280[a].)
[399] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 76[a].
[400] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 4[b].
[401] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 283[b].
[402] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 69[b].
[403] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 158[b].
[404] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 251[b].
[405] Detaylı bilgi için bkz. Ali Bardakoğlu, "Hak", *DİA*, XV, 139-151.

Cessâs şerhinde yeri geldikçe Cahiliye dönemi gibi kendinden önceki veya kendi asrından ilmî,[406] örfî,[407] lügavî[408] bilgiler de vermektedir. Lügat ilminde dönemin önemli hocalarından dersler alan ve bu sahada yetişen Cessâs, eserindeki lafizlar ve delâleti, dil kuralları ve dildeki tanımlar hususunda eserinde söz konusu alan ehliyetini yansıtmıştır. Bu kapsamda şerhinde yer yer dil âlimlerinin kavillerine muttali olduğunu gösteren genelleme ifadeleri kullandığı görülmektedir.[409] Yine bu hususta ki başka bir gösterge de Cessâs'ın özellikle hükme tesir eden, anlaşılması zor, birden fazla manâya gelebilen müşterek lafizların manâlarını şahsî birikimine dayanarak aktarmasının yanı sıra ayet, hadis, şiir veya kavillerden şahidler getirmektedir.[410]

Hanefî mezhebi, kıyâs[411] ve istihsân[412] uygulamaları, farazî fıkıh[413] üretimi, hadis tenkit argümanları, fıkıh bâblarının tasnifi[414] gibi işlemlerde mezhebe has bir tavır sergilemiş olup, Cessâs'ın da bu menheci takip ettiği genel olarak söylenebilmektedir.

---

[406] Örneğin "لأنّهما لا يتميّزان قد اختلطا إلّا بذهاب أحدهما والصفر أسرعهما ذهابًا" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 368[a].)

[407] Örneğin "كانوا يبسطون لحوم الهدايا في الشمس في هذه الأيام" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 63[b].)

[408] Örneğin "فهي جملة مستأنفة مكتفية بنفسها عن كونها جوابًا" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 217[b].)

[409] Örneğin "إنّ الاشتقاق لا يُقاس، وإنّما يؤخذ أصول الأسماء وما اشتقّ منها تلقيًا من أهل اللغة" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 64[a].); "وكان ذلك تفسيرًا للدراهم عند أهل اللغة" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 144[a].)

[410] Örnek için bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 63[b], 64[a]; II, 217[b]; IV, 144[a].

[411] Kıyâsın erken dönem mezhebin fıkhî algısına göre kıyâsın mahiyeti, -daha sonraki dönemden itibâren usûlî açıdan spesifik bir anlam kazanarak- analojik bir akıl yürütme işlemi olmasından ziyade şeriatın genel ilke ve maksatlarına muvafık hüküm üretme faaliyeti olduğu söylenebilir. (Geniş bilgi için bkz. Eyüp Sait Kaya, "Mezheplerin Teşekkülünden Sonra Fıkhî İstidlal", Basılmamış Doktora Tezi, s. 106-109.)

[412] İstihsan ise, iki fıkhî kıyâs arasında tercih faaliyeti olmasından ziyade, kıyâsa sınırlama getiren ve şer'î delillerin arasındaki irtibatın büyük bir bölümüne yönelik bir tercih işlemidir. (Geniş bilgi için bkz. Eyüp Sait Kaya, "Mezheplerin Teşekkülünden Sonra Fıkhî İstidlal", Basılmamış Doktora Tezi, s. 109-110.)

[413] Vaki olmamış meselelerin ele alınması anlamına gelen farazî fıkıh, erken dönem temel Hanefî metinlerinde önermelerin fıkhın ilgi sahasına giren kavramları değişken hale getirerek, bir kavramın değiştirilmesi suretiyle yeni bir mesele edilir. Sonuçta bir mesele çerçevesinde birden fazla alt mesele oluşur. Böylece bir kavramın fıkıh ilminde nereye uzanabileceği ve fıkhî bilgi üretimi de gösterilmiş olmaktadır. (Geniş bilgi için bkz. Eyüp Sait Kaya, "Mezheplerin Teşekkülünden Sonra Fıkhî İstidlal", Basılmamış Doktora Tezi, s. 110-111)

[414] Bu işlem, fıkhın konularını tesbite yönelik bir çalışma olup, farazî fıkıh ve kıyâs ile ilişkilidir. Şöyle ki; farazî fıkıh meselelerin hangi kavramın odak noktası olarak tartışılacağı, kıyâsın da fıkhî meseleler arasındaki ortak ilişkinin ne olduğunu tespit çalışması olduğuna göre bâbların tasnifi ile irtibatlıdır. (Geniş bilgi için bkz. Eyüp Sait Kaya, "Mezheplerin Teşekkülünden Sonra Fıkhî İstidlal", Basılmamış Doktora Tezi, s. 111-112)

5.1. Naklî Deliller

Söz konusu şerh ihtiva ettiği ayet ve hadis açısından zengin kabul edilebilecek bir eserdir. Ele alınan meseleleri delillerle temellendirirken aklî delilleriyle temeyyüz eden Cessâs, daha geniş hacimli olan muamelât konularına nazaran ibâdet konularında naklî delilleri daha çok kullanmıştır. Eserde bu naslardan delil, örnek, destekleme gibi farklı şekillerde istifade etmiştir. Mezkûr naslar ile alakalı tespitler ayetler ile hadisler ve âsâr ayrı olarak ele alınacaktır.

Cessâs yoğun ayet ve hadis nakletmenin yanı sıra şerhinde -yaklaşık on yerde- şiir ile de istişhadda bulunmuştur.[415] Şâhid olarak getirilen şiir, okuyucuya sadece bir kelimelik veya bir deyimlik fayda vermekle kalmayıp, asırlarca oluşmuş Arap tecrübesini ve zengin düşünüş tarzını da göstermektedir. Cessâs özellikle fikhî ıstılahları açıklarken zengin bir geçmişi olan Arap kelâmına müracaat etmiştir. Müellif bir terimin, yılların geçmesiyle nasıl bir anlam kayması yaşadığını ortaya koyarak konuya ve özellikle lafızların lügavî kullanımına açıklık getirmektedir.

5.1.1. Ayetler

Eserin nüshasında kullanılan yaklaşık seksen kadar ayetin tamamı Cessâs'ın *Ahkâmu'l-Kur'ân* eserinde ele aldığı ayetlerdendir. Ancak söz konusu şerhten sonra kaleme aldığı tefsirindeki dili, metodu ve değerlendirmeleri buradaki ayetleri ele alışından farklılık göstermektedir. Sanki iki ayrı disiplin ve iki farklı yazım türünü birbirinden ayırmak ister gibidir.

Cessâs'ın şerhinde zikrettiği ayetlerin değerlendirilmesine dair açıklamalarından yola çıkarak şu tespitler yapılabilir: Bazı ayetlerde,

> ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿وَمَن يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِن بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ﴾[416] الآية يقرن مخالفة الإجماع إلى ذكر "مشاقة الرسول"، فدلّ ذلك على ذمّ تارك إجماع الأمة وإن لم يكن كافرًا مشاقًّا.[417]

[415] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 63[b], 64[a]; II, 217[a]; IV, 75[b], 136[b], 137[b], 138[b].
[416] Nisâ, 4/115.
[417] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 31[b].

örneğindeki gibi Cessâs'ın delil kapsamında murad ettiği kelimelerin manâlarına odaklanarak icmâlî bir tefsir yöntemi kullandığını söylemek mümkündür. Yine buna benzer olarak tıpkı *ahd, nezr* ve *akd* kelimelerinde olduğu gibi eşanlamlı kelimelere ve *furûk-i lugaviyye* yani kelimeler arasındaki farklara sıkça işaret etmiştir. Bu farklılıklarla ortaya çıkan anlamlardan fikhî açıklamalar yapmıştır. Meselâ Cessâs'a göre; secde itaat anlamındadır, ancak oruç, namaz gibi ibâdetlerde söz konusu olan itaat anlamından farklı olarak, alnın yere konulması anlamında özel bir itaat şeklini ifade ettiği anlamını çıkartmıştır.

Cessâs *hurûf-i me'âniye* de aşağıdaki örnek pasajda olduğu gibi zaman zaman dikkat çekmiştir.

> المراد بقوله والله أعلم: ﴿عَلَىٰ مَا رَزَقَهُم﴾ "لما رزقهم" كما قال الله تعالى:﴿كَذَٰلِكَ سَخَّرَهَا لَكُمْ لِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَىٰ مَا هَدَاكُمْ﴾[418] معناه: "لما هداكم"، وكما يقال: "أشكر الله على نعمه" يريد: "لِنِعمه"، فكأنّه أمرهم تعالى بالتكبير شكرًا له على نِعمه عليهم فيما جعل لهم من القربة في هذه أيام منى، فهلّا أوجبت التكبير فيها بالظاهر.[419]

Sebeb-i nüzulün nâdiren beyan edildiği görülmektedir. Bu kapsamda meselâ; "*Ey iman edenler kazandıklarınızın iyilerinden Allah yolunda infak edin.*"[420] ayetinin sebebi nüzulü olarak Cessâs şunları belirtmiştir:

> والمراد به الصدقة لما روي من حال نزول الآية وهو أنّهم كانوا يأتون بأردئ التمر فيعلّقونه في المسجد للصدقة فأنزل الله عز وجل هذه الآية.[421]

Hüküm istinbatında da özellikle sarih olarak direkt teklife hükme delâlet eden ayetleri kullanmış olduğu görülmektedir. Yine Cessâs'ın ayetlerle alakalı faaliyetlerinden bir diğeri de; ayetlerin üslup özellikleri ve ifade şekilleri üzerinden istidlaller yapmaktadır. Bu delilleri yaparken ayetlerdeki paralel kullanımları başka ayet ve hadisler üzerinden örneklemek suretiyle desteklemektedir. Buna örnek olarak şu pasaj verilebilir:

> والدليل عليه قوله تعالى: ﴿أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَ لَيَالٍ سَوِيًّا﴾[422]، وقال في آية أخرى: ﴿ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾[423]، والقصة واحدةٌ فعبّر تارّةً بذكر الأيام وتارّةً بذكر الليالي، فعلمنا أنّ إحدى العبارتين تفيد ما

[418] Hac, 22/37.
[419] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 61ª.
[420] Bakara, 2/267.
[421] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 110ª.
[422] Meryem, 19/10.
[423] Âl-i İmrân, 3/41

تفيده الأخرى. ألا ترى أنّه حين أراد التفرقة بين الوقتين في العدد لم يقتض على إطلاق إحدى العبارتين دون تدان الأخرى بعددها فقال: ﴿سَبْعَ لَيَالٍ وَثَمَانِيَةَ أَيَّامٍ﴾ [424]، لأنّه لو لم يفصّل كان المعقول سبعة أيام بعدد الليالي المذكورة، وقال تعالى: ﴿وَوَاعَدْنَا مُوسَىٰ ثَلَاثِينَ لَيْلَةً وَأَتْمَمْنَاهَا بِعَشْرٍ﴾ [425]، ومعقول فيها الليالي بأيامها، وقال النبي صلى الله عليه وسلم: ((الشهر تسع وعشرون ليلة))، وفي لفظ آخر: ((تسعة وعشرون يومًا))، فعبّر تارّةً بالأيام وتارّة بالليالي. ويدلّ على ذلك أيضًا: أنّ جميع الأيام يستحيل وجوده إلّا ويتخلّلها الليالي، وكذلك يستحيل وجود جميع الليالي إلّا بتخلّل الأيام، فعلمنا أنّ كلّ جميع من أحد الوقتين يقتضي بالوقت الآخر مثله، فلذلك قلنا: يجب أن يستوفي في مسألتنا يومين بليلتيهما.[426]

5.1.2. Hadisler ve Âsar

Eserde iki yüz elliden fazla hadis ve âsâr zikredilmiş olup, bunların hemen hemen yarısı ibadât konularını kapsayan nüshanın birinci cildinde yer almaktadır. Tespit edilebildiği kadarıyla bunlar çoğunlukla hadis kaynaklarında yer almaktadır. Cessâs'ın eserinde zikrettiği haberlerin rivâyetleri iki grupta toplanabilir: Birincisi isnadı kendine kadar dayanmayan rivâyetler olup, bunları eserde daha çok "روي" ibâresiyle nakletmiştir. İkincisi isnadı kendisine kadar dayanan rivâyetler. Bu rivâyetleri Cessâs özellikle Abdülbâkî b. Kâni' (v. 351/962), Ebû'l-Kasım Abdullah b. Muhammed el-Mervezî (v. 329/940), Ebû Bekir Muhammed b. Bekir el-Basrî (v. 340/951), Da'lec b. Ahmed (v. 351/962), Ebû Muhammed Cafer b. Muhammed el-Vasıtî (v. 353/964) hocalarından almış ve bunları "حدثنا" lafzıyla rivâyet etmiştir.[427]

Cessâs'ın çok kez kendisinden rivâyette bulunduğu hocası Abdülbâkî b. Kani''den hem şifahen rivâyet etmesi hem de eserinden nakil yapmış olması muhtemeldir. Ama şerhte hadis kaynaklarından sadece *es-Sünen* eserinin müellifi Ebû Davud es-Sicistânî'ye nisbet ederek üç yerde geçen hadis rivâyeti bulunmaktadır.[428] Bu iki yerden birisinde Cessâs Ebû Davud'u sened zinciri içerisinde zikretmiştir.[429] Ancak Cessâs'ın rivâyet ettiği hocalarından Ebû Bekir Muhammed b. Bekir el-Basrî'nin naklettiği bütün hadislerin senet ve metin olarak -tespit edilebildiği kadarıyla- genelde Ebû Dâvud'da yer alması *es-Sünen*'den çok kez istifade ettiği

---

[424] el-Hakka, 69/70.
[425] Araf, 7/142.
[426] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 73[b].
[427] Bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 3[b].
[428] Örn. "في سنن أبي دواد عن سعيد عن عاصم عن أبي حاجب عن الحكم بن عمرو" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 46[a].)
"ما حدّثونا به عن أبي داود في السنن" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 45[b].)
[429] Örn. "قال حدّثنا أبو داود السجستاني قال حدثنا محمد بن كثير قال أخبرنا سفيان عن منصور عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة رضي الله عنها" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 78[b].)

anlamına gelebilmektedir. Nitekim *Ahkâmu'l-Kur'ân* için de aynı şey söz konusu olmuştur.[430] Bundan yola çıkarak müellifin herhangi bir esere yaptığı atıf oranında o eserden istifade oranını saptamaya çalışmak isabetli görünmemektedir.

Cessâs'ın eserinde yer alan haberlerin büyük bir kısmı [431] "لما روي عن النبي", "قوله صلى الله عليه وسلم",[432] ibârelerinde olduğu gibi senedi hiç vermemenin yanı sıra sadece sahabe adını verdiği de görülmektedir. Ayrıca senetler muttasıl veya münkatı olarak[433] zikretmesinin yanı sıra bazı hadislerin farklı tariklerini de verdiği görülmektedir. O halde isnadsız hadislerin yanında şerhte geçen hadislerin hükümlerinin merfu, mevkuf, muzdarib, munkatı, mürsel ve maktu oldukları söylenebilmektedir.[434] Bu senedsiz aktarımların temelinde fıkıh muhtevasına sahip olan bu eserin uzun sened bilgileriyle odak noktasını uzaklaştırmamak için hadisleri delil beyanı sadedinde kullanmak veya bilinen hadislerin senetlerini vererek uzatmalardan kaçınmak olabilir. Nitekim müellif bazı meselelerin delilleri olan haberlerin senetleri ile ilgili bir tenkit veya yorum olduğu takdirde aktarmanın yanı sıra bazen tarikleri dahi verdiği görülmektedir.[435] Bu tarikleri özellikle belirttiği yerler genelde, eksik veya ziyade olan bir lafızla istişhad etme kastının yanı sıra muhalifler cihetinden de aynı hadisle istidlal durumunda zayıf veya daha sika bir râviden dolayı belirli bir tarikin kuvvet derecesinin ön plana çıkarılma kastı olabilmektedir.[436]

---

[430] Mevlüt Güngör, *Cassas*, s. 96.

[431] Örneğin bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 21[b], 27[b], 75[b].

[432] Örneğin bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 4[b], 45[b], 89[a].

[433] Örneğin "ما روى محمد بن مهاجر عن أبيه قال: حدّثنا أسماء بنت زيد قالت: دُعي رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إلى جنازة رجل من الأنصار" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 11[b].)

[434] Örneğin "أمّا عبد الله بن عبد الرحمن فساقط الحديث عندهم لا يحتجّ بروايته. وأمّا ابن لهيعة عندهم فهو غير مقبول وهو مع ذلك مضطرب، لأنّه يرويه مرّة عن أبي الأسود عن عروة، ومرّة يحدّث عن خالد بن يزيد عن أبي شهاب، ومرّة عن جابر بن زيد عن عقيل عن ابن شهاب.وأمّا حديث ابن عمر فقد ذكر أنّ أصله موقوف عليه غير مرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم، وذكر الطحاوي أنّ حديث الوضين بن عطاء أولى من هذه الأحاديث كلّها من طريق الإسناد على أنّه لو تعارضت الروايات في ذلك كان الذي يشهد له الأصول من ذلك أولى" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 48[a]-48[b].)

[435] "وروى عمرو بن ميمون عن معاذ عن النبي صلى الله عليه وسلم نحو ذلك، وروى عبادة بن الصامت وقبيصة بن وقّاص عن النبي صلى الله عليه وسلم بمعناه، فهذه سنن متواترة قد صحّت عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم بذلك" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 15[a].)

[436] Hilâl b. Umeyye'nin karısı ile mula'anesi, Berîra'nın azâd olmasından sonra nikâhının devamı hakkındaki muhayyerliği meselelerinde birden fazla rivâyet serdedilmiştir. Başka bir örnek; "...وأيضًا فإنّه روي في خبر آخر أنّه قال لهم: ((اجلسوا)) وفي لفظ آخر أنّه قال لهم: ((مكانكم وعلى رسلكم)) وجب الجمع بين هذه الألفاظ، فكأنّه قال لهم: ((اجلسوا ولا تبرحوا))" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 6[b].)

Şârih genellikle eserinde kullandığı hadislerin kaynaklardaki tam metnini değil, istişhad mahallini zikretmektedir. Eserde Cessâs'ın yer yer hadislerin kaynağını verdiği,[437] bazı hadislerle alakalı değerlendirmede bulunduğu,[438] bazı hadisleri naklederken [439]"صحّ عن النبي صلى الله عليه وسلم" ibâresinde olduğu gibi veya nakilden sonra müstakil ifadelerle hükmünü verdiği[440] hatta bazen râviler hakkında cerh ve tadilde bulunduğu[441] görülmektedir.

Cessâs'ın sûreten birbirlerine muârız görünen hadisleri cem ve tevfîk/uzlaştırma cihetini tercih etmesi ve [442]"وهذا الخبر لا معارض له", [443]"وقد رواها الثقات، فواجب الجمع بينه وبين الحديث الذي قبله" şeklinde çok yerde ifade etmesinden yola çıkarak, delil olarak kullandığı hadislere muhalif görünen haberlere karşı tutumunu da göstermiş olmaktadır. Cessâs'ın ve bağlı bulunduğu ekolün hadisler ve sünnet konusundaki düşüncelerini gösteren başka bir husus [444]"كان اتّباع لفظ النبي صلى الله عليه أولى من فعلهم" ifadesinde geçtiği üzere sözlü sünnetin fiilî sünnetten daha evlâ olmasıdır.

Eserdeki ibârelerden çıkarılabilen bir başka nokta,

> "إنّ أكثر هذه الأخبار التي رويتموها في إيجاب الوضوء على المستحاضة لا يصحّحها أهل النقل. أمّا حديث حبيب بن أبي ثابت عن عروة فهو مرسل، لأنّ حبيب لم ير عروة، وحديث عديّبن ثابت عن أبيه عن جدّه ساقط، لأنّ جدّه مجهول لا يُدرى من هو"[445]

şeklinde ifadeden anlaşıldığı üzere, hadis ehlinin tashihine itibar etme ile irsâl sebebinin meçhul bir râvi düşmesiyle hâsıl olması ve bu mürsel hadisin delil olarak kullanılmaması olarak söylenebilir. Yine ekolün hususiyetlerinden bir diğeri de;

---

[437] Örn. "... روى أبو داود السجتاني في السنن حديثًا عن" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 33[b].)

[438] Örn. "هذا خبر لا يصحّحه أهل النقل" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 117[b].); "وقد رواها الثقات، فواجب الجمع بينه وبين الحديث الذي قبله" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 3[b].)

[439] Örneğin bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 22[b], 48[b].

[440] Örn.; "فهذه سنن متواترة قد صحّت عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم بذلك" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 14[b].); "وليس بمرضيّ السند إلّا أنّه روي عن عمر بإسناد صحيح ... ولم يُروَ عن أحد من السلف خلافه ثبتت حجّته" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 110[a].)

[441] Örneğin "يونس ثبت حافظ" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 53[b].); "وقد رواها الثقات، فواجب الجمع بينه وبين الحديث الذي قبله" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 3[b].)

[442] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 78[a].

[443] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 3[b].

[444] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 6[b].

[445] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 17[a].

sahabe kavilleri ve rivâyetleri arasında Abdullah b. Mesûd'un öncelikli olduğudur ki bunun tezâhürü şerhte aşikârdır.[446]

Eserde kullanılan hadisler arasında sübût açısından problemli olan, kaynağı tespit edilemeyen,[447] uydurma olduğu ileri sürülen rivâyetlere rastlanmamıştır. Ancak meâlen rivâyet kategorisinde değerlendirilebilecek olan rivâyetlere rastlanmaktadır. Eserin metni içerisinde geçen bazı ibârelerin hadis olduğu belirtilmeden hadisten alınmış olması[448] ve hadislerden müstahrec bazı vâkıaları da hadis naslarını müellifin belirtmeden vermesi[449] gibi olmaktadır.

Hadis metinlerinin sadece anlamlarının değil, bizzat lafızları da fıkıh ilminde fürû ve usûl açısından çok mühimdir. Ancak Cessâs'ın ayetlerde çok kez yapmış olduğu kelime tahlillerini, hadis lafızları için de söz konusu olduğu tefsirine nazaran daha az da olsa görülmektedir, [450]"يحتمل أن يكون قوله: "سلم" أراد به سلام التشهد كما قيل في خبر آخر" örneğinde olduğu şekildedir.

Şerhte Ebû Cafer et-Tahâvî kanalıyla rivâyet edilen hadislerin[451] yanı sıra yine Tahâvî'nin hadisler hakkında yaptığı yorum ve tercih de görülmektedir.[452] Ayrıca sadece Ebû Hanîfe'nin *Müsned*'inde, *Muvatta*'nın İmâm Muhammed rivâyetinde ve Tahâvî'nin *Ahkâmu'l-Kur'ân* ve *Şerh Meâni'l-âsâr* eserlerinde geçen rivâyetlerle de Cessâs'ın istidlalde bulunduğuna rastlanmaktadır.[453]

---

[446] Örneğin bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 49[b], 59[a].

[447] Örneğin şu rivâyetin tahricine Cessâs'ın tefsiri (Cessâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, III, 446.) haricinde rastlanamamıştır: "وقال عمر رضي الله عنه:"لأسلم حين أكل من تمر الصدقة إن أبت لو توضّأ إنسان بماء كنت شاربه (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 3[b].)

[448] Örneğin "لا وصية للوارث" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 202[b].); "قاتل لا يرث" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 324[b].)

[449] Örneğin "الأمّة نقلت أنّ علي بن أبي طالب عليه السلام أسلم و هو صغير ، فأثبتوا له الإسلام في حال الصغر" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 41[b].); "ما رُوي أنّ أهل الردّة حين أسلموا لم يأمرهم أصحاب النبي باستئناف العقد بينهم وبين أزواجهم" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 74[b].)

[450] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 13[a].

[451] Örneğin "فما حدّثونا به عن الطحاوي قال: حدّثنا علي بن عبد الرحمن ويحيى بن عثمان قالا: حدّثنا عبد الله بن يوسف عن يحيى بن حمزة قال: حدّثنا الوضين بن عطاء أنّ القاسم أبا عبد الرحمن أخبره قال: أخبرني بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قال" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 47[b].)

[452] Örneğin "وذكر الطحاوي أنّ حديث الوضين بن عطاء أولى من هذه الأحاديث كلّها من طريق الإسناد على أنّه لو تعارضت الروايات في ذلك كان الذي يشهد له الأصول من ذلك أولى" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 48[b].)

[453] Örneğin bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 47[a], 47[b], 110[a].

Cessâs, Ehl-i Hadis'e de "أصحاب الحديث" ifadesiyle atıfta bulunmaktadır.[454] Bu ifade kendi zamanındaki Ehl-i Hadis âlimlerinin görüşlerine yer verip zaman zaman reddiyelerde bulunması sözü edilen topluluğun görüşlerine ne denli muttali olduğunu gözler önüne sermektedir. Bir başka husus Cessâs'ın delil olarak kullandığı hadislerin yanı sıra ilgili konudaki diğer hadislere de atıf yaparak, onları da bildiği pek çok ifadesinde görülmektedir. Ayrıca az önceki ibârede geçen "وقد روي في بعض أخبار[455] عائشة رضي الله عنها تاريخ حريّته بما لا يسوغ معه التأويل" ifadesinden yola çıkarak yoruma imkân vermeyecek kadar muhkem olan hadisleri de özellikle belirtmektedir.

Cessâs'ın gerek şahsı adına gerekse mezhebi adına hadislere verdiği önem şerhin pek çok yerinde sarahaten görülebilmektedir. Meselâ şu ifade buna önemli bir örnektir: "*Bu rivâyetler Hz. Peygamber'den naklî sabit olan mütevatir sünnetlerdir, bunlardan yüz çevirmek ve bunlara muhalefet etmek doğru olmaz.*"[456]

5.2. Kavramlar

Eserde yoğun bir şekilde kullanılan kavramlar kendi içinde kategoriler halinde şu şeklide verilebilir:

- Delil, hüccet, beyyine ve bu kelimelerden müştak fiiller (örneğin "احتج"، "استدلّ"، "استشهد") gibi delillendirme ile alakalı kavramlar,
- İttifâku's-sahabe, ittifâku'l-ümme, ittifâku'l-müslimîn, ittifâku'l-fukahâ, ittifku'l cemi',[457] icmâ'u'l-ümmet[458]gibi icmâ kavramları,[459]

---

[454] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr,* I, 17[a].

[455] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr,* II, 78[b].

[456] "فهذه سنن متواترة قد صحّت عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم بذلك، فلا يصحّ العدول عنها ولا مخالَفَتِها" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr,* I, 14[b].)

[457] Örneğin "وممّا يدلّ على وجوبها من طريق النظر اتّفاق الجميع على إباحة فعلها في الصلاة" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr,* I, 32[b].)

[458] Örneğin "فدلّ ذلك على ذمّ تارك إجماع الأمة وإن لم يكن كافرًا مشاقًّا" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr,* I, 31[b].)

[459] Eserde icmâya delâlet eden pek çok ifade ve kalıp kullanılmıştır. Meselâ; "اتّفقوا" gibi faili açık olarak belirtilmeyen fiillerin yanı sıra, "السلف من الصدر الأول والخلفاء الراشدين منهم ومن بعدهم من التابعين قد اتفقوا" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr,* I, 53[b].) şeklinde olduğu gibi detaylı fâil beyanının da yapıldığı görülmektedir. Cessâs'a göre bütün asırlarda mümkün olan icmanın dayanağının nakli ve ictihâdi/akli olabildiğinin örnekleri eserde görülmektedir.

- İstihsan, kıyâs, maslahat gibi eserde sıkça kullanılan deliller,
- Örf, adet,[460] cereyânü'l-mua'mele gibi örf kavramları,
- Asl, binâ, nükte, faide gibi şer'î kâide kavramları,
- Fasl,[461] fark, şebeh, nazîr gibi mukayese ifade eden kavramlar,
- Mecaz, hakikat, kinaye, takdim, te'hir, istisna, atıf gibi lügavî kavramlar,
- Hilâfu'z-zâhir, hilâfu'n/muhâletü'n-nass[462], hilâfu'l/muhâlefetu'l icmâ',[463] hilâfu'l-ittifak, hilâfu'l-usûl, hilâfu'l/muhâlefetü'l-mahsus, cihetü'l-muhâlefe gibi hilâf kavramları
- İ'tilâl, manâ-i ca'mi, sebeb-i mûcîb,[464] manâ-i mûcîb, illet-i mucibe,[465] nükte-i mûcibe, illet-i fâside, illet-i mânia, itibar-ı sahîh, itibar-ı fâsid, itibar-ı hata gibi ifadelerle illet ve dolayısıyla kıyâsa delâlet eden kavramlar,
- Sebep, illet, şart ve alamet[466] gibi hükme tesir eden ifadeler,
- Âmm, hâs, mukayyed, mutlâk, mücmel, müşterek, müfesser gibi lafzın kısımları ile ilgili kavramlar,
- Sahîh, fâsid, butlân gibi vaz'î hükümler,
- Nazar (salt düşünme)[467] gibi re'y ve akla delâlet eden kavramlar,

---

[460] Örneğin "يمتنع في العادة" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 79[a].)

[461] Örneğin "وهذا الفصل أحد ما كان يعتمده أبو الحسن رحمه الله في المسألة" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 10[b].)

[462] Örneğin "أنّه متى كان فيه مخالفة النصّ أبطله" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 54[a].)

[463] Örneğin "إنّ الإمام إذا جاء بتكبير لم يفعله أحدٌ من الفقهاء لم يتابعه المأموم من قِبل أنّه لا يجوز متابعة الإمام في مخالفة الإجماع" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 54[b].)

[464] Örneğin "وكان اللعان سببًا موجبًا للفرقة" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 34[b].)

[465] İllet mûcibe; kendiliğinden değil Şâri'in vaz'ıyla, ma'lulünü bizatihi ve zorunlu olarak gerektiren illet. (Tuncay Başoğlu'nun *Hicrî Beşinci Asır Fıkıh Usûlü Eserlerinde İllet Tartışmaları*, s. 35-36)

[466] Şeriat yoluyla bilinen illetler, hükme alamettir. (Tuncay Başoğlu, "Hicrî Beşinci Asır Fıkıh Usûlü Eserlerinde İllet Tartışmaları", Basılmamış Doktora Tezi, s. 36)

[467] Bazen münâzara ve şüphe anlamında da kullanılabilmektedir.

- Kul hakkı, Allah hakkı, diyânet ve kazâ[468] kavramları,

- Vecih, cihet gibi özellikle meselelerden çıkarılan istidlal noktası için kullanılan kavramlar,[469]

- Akdu'l-müdâyene, ukûdu'd-damânât, akdu't-temlik/ukûdu't-temlîkât, ukûdu'l-beyâ'ât, münâkeha, el-muhâbâ, hukûku'l-akd gibi akitlerle ilgili kavramlar,

- Teklifî hüküm olarak; "عليه", "v-c-b", "l-z-m" kökünden türeyen kelimeler gibi gereklilik (farz-vacip) delâlet eden lafizlar; "حسن", "خير", "لم يكن بأس", "لا بأس به" (sakınca görmeme , "ينبغي", "يعجبنا", "جاز", "له" (yapma hakkı tanıma), "لا يضر", "h-l-l", "n-d-b", "h-b-b", "r-h-s" kökünden türeyen kelimeler gibi mübahlık ve mendupluk ifade eden lafizlar; "لا يجوز", "لا ينبغي", "يعجبنا" , "k-r-h", "h-r-m" kökünden türeyen kelimeler gibi mekruhluk ve haramlık ifade eden lafizlar,

- Damânu'd-derek, tezkiyetü'l-beyyine, hukuk-i zevciyye, tefrîku's-safaka gibi yerleşik mahza fıkıh kavramları,

- İctihad, nesih, berâat-i aslîyye gibi diğer usûlî kavramlardan zikretmiştir.

Cessâs'ın eserinde bazı fikhî kavramların ıstılahî tanımını yaptığı, bazı kavramların da lügavî, ıstılahî ve hatta örfî tanımını yaptığı görülmektedir; mehir,[470]

[468] Örneğin "لأنّه شيء من أمور الدين فيما بينهما وبين الله عزّ وجلّ" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 66[b].); "دُيّن فيما بينه وبين الله"(Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 389[a].)

[469] وجه الفائدة، وجه القياس، وجه الاستحسان (جهة الاستحسان gibi, bu kullanım kaideleştirme konusunda detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

[470] "المهر وهو بدل البضع حصل لها" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 81[b].)

nikâh,[471] tefrîk,[472] akit,[473] şirket,[474] havâle,[475] ikâle,[476] hibe,[477] berâat,[478] ticâret,[479] kefâlet,[480] diyet,[481] teşrîk,[482] ikâmet,[483] hades[484] fikhî tanımlarına yer verilen; yetim,[485] dul/أرملة,[486] müfâvada,[487] itikâf,[488] gibi lügavî ve örfî tanımları[489] şerhte yapılan kavramlardandır. Eserde ayrıca havale, hibe, şirket, ikâle gibi bazı terimlerin tarifleri birçok kez verilerek okuyucuya hatırlatıldığı görülmektedir.

Eserde kavramlara dair başka bir husus da Cessâs'tan önceki kullanıma nazaran eserde geliştirilmiş kullanımına tesadüf edilen kavramların olmasıdır. Meselâ "usûl" kelimesi Cessâs'tan önce *usûlüddin*, sonra *kavâid-i fıkhîyye*, daha sonra *icmâlî/küllî delil* manâları olmak üzere birçok farklı anlamda kullanılmıştır. Bundan yola çıkarak, "usûl" kelimesinin spesifik anlamını kazanmasının zaman aldığı söylenebilmektedir.

Cessâs'ın *vekâlet* kavramını "ليست الوكالة بعقد، وإنّما هي إطلاق وإباحة"[490] olarak tanımlamasıyla kavramın içeriğini geliştirdiği söylenebilmektedir. Yine *savm* lafzının şer'î terminolojideki manâsını "الصوم الشرعي هو النيّة"[491] şeklinde vererek, aslında

---

471 "اسم النكاح يتناول معنيين في اللغة: العقد والوطء" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 87[a].)
472 "التفريق إنّما هو إيقاع الفرقة" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 36[b].)
473 "العقد إنّما هو الإيجاب والقبول" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 53[a].)
474 "الشركة عقد يوجب لكلّ واحد منهما على صاحبه حقوقًا" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 72[a].)
475 "حقيقة الحوالة هي تحويل المال من ذمّة إلى أخرى" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 247[a].)
476 "الإقالة فإنّما هي نقصٌ للبيع الأوّل" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 6[a].)
477 "الهبة عقد تمليك" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 260[a].)
478 "البراءة ليست بعقد التمليك، وإنّما هي إسقاط حقّ" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 260[a].)
479 "حقيقة التجارة هي التصرّف طلبًا للنماء" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 99[b].)
480 "الكفالة إنّما هي مال ثابت على الغير في ذمّته" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 259[b].)
481 "الديّة التي هي بدل النفس" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 269[b].)
482 "والتشريق اسم يقع على صلاة العيد ويقع على التكبير في أيام التشريق ويقع على الأضحية" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 63[a].)
483 "الإقامة التي هي ترك السفر" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 108[b].)
484 "الحدث فهو معنى طارئ في الحال" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 28[a].)
485 "حقيقة اسم اليتيم إنّما يتناول الصغير الذي فَقَد أباه" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 136[a].)
486 "الأرملة عندنا المرأة البالغة التي قد أرملت من زوجها ومالها" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 137[b].)
487 "المفاوضة إنّما هو المساواة" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 75[b].)
488 "الاعتكاف اسم للُّبث في المكان" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 69[b].)
489 العرب سمّت المفردة عن الزوج "يتيمة"، ولم يسمّوها يتيمة لأجل انفرادها عن الأب، وهذا غير معقول في العرف من لفظ اليتيم (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 136[b].)
490 Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 72[a].
491 Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 69[b].

amelleri ibâdet yapan unsurun niyet olduğunu ifade etmiş ve böylece niyetin önemini vurgulamıştır.

Kavramlara dair örnek üzerinden yapılabilecek başka bir tahlil de şudur, Cessâs'tan önce kullanıldığı tespit edilemeyen *manâ ma'kûl*[492] ifadesi olup, eserde kullanılan yeni bir kavram olarak değerlendirilebilir. Cessâs'ın oruç konusuyla alakalı bir meseleyi ele alırken kullandığı bu ifade şerhte şöyle geçmektedir:

> قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّه متى ذكر جميعًا من الليالي أو الأيام دخله مثله من الآخر فيه، فإذا قال: "ثلاثين ليلةً" كانت عليه بأيامها، وكذلك إذا قال: "ثلاثين يومًا" كانت عليه بلياليها، وذلك معنى معقول في اللفظ.[493]

Cessâs'ın ibâdetle alakalı teabbudî bir meselede kullandığı *manâ ma'kûl* kavramı ile konuluş maksadı kavranabildiği anlaşılmakta olup, müellifin önemli temsilcilerinden olduğu Bağdat Hanefî ekolünü yansıtması açısından manidârdır.

5.3. Küllî Kâideler

Eserde istihdam edilen zengin delil ağı içerisinde, sadece kullanım sıklığı dikkate alındığında dahi kâidelerin özel bir yeri olduğu görülecektir. Üçüncü bölümün ana teması söz konusu metin ve şerhindeki kâideler olup, orada detaylı bilgi verilecektir.

5.4. Mezhep İmâmlarının Görüşleri

Şerhin tabiatı gereği İmâm Muhammed'in metni ve kavilleri odaklı olmasının yanı sıra İmâm Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un görüşleri ile hocası Ebû'l-Hasan el-Kerhî'nin görüşleri sıkça zikredilmektedir. Bu imâmların birden fazla görüşleri olduğunda da müellif özellikle belirtmektedir. Ebû Hanîfe'nin diğer iki öğrencisi Züfer b. Hüzeyl ve Hasan b. Ziyâd'ın görüşleri ile İsâ b. Ebân, Ebû Saîd el-Berdaî, Hassâf, Ebû Hâzim gibi diğer Hanefî fakîhlerin görüşlerini ve tercihlerini de aktarmaktadır. Bu görüşlerin bir kısmına itiraz ve eleştiriler yöneltmiştir. Özellikle de Züfer'in istihsân karşıtı ve kıyâs taraftarı olmasının tezahürü ve nassın olmadığı her konudaki

---

[492] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 71[b].

[493] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 73[a].

kıyâstan yana ictihâdda bulunması epeyce mezhep içi muhalefetle karşılaşmıştır. Hanefî âlimlerin haricinde diğer Kûfe fukahâsından İbn Ebî Leylâ'nın görüşleri de zaman zaman eserde aktarılmaktadır.

Cessâs mezhebin üç otorite imâmının görüşlerini aktarmada daha önce mahiyetine değinilen zâhir-nâdir ayrımına dikkat ettiği ve bunları yeri geldikçe belirttiği görülmektedir. Böylece sadece imâmların görüşlerini aktarmakla kalmayarak, işlenen konular hakkında imâmların son ve rivâyet açısından en doğru görüşlerini de tespit ederek referansı belirtmeye özen göstermiştir. Bu kapsamda nâdir-zâhir kavramlarının yanı sıra Cessâs, imâmların birden fazla görüşünün olduğu meselelerde nihaî görüşlerini ifade etmek için *mezheb* kavramını da "مذهب أبي حنيفة" ve "مذهب أبي يوسف" şeklindeki gibi kullanmıştır.[494] Bazen bu görüşleri hocası Kerhî kanalıyla aktardığını gösteren ifadeler mevcuttur.[495]

Cessâs bu müstakil isimlerin haricinde birçok yerde "المشايخ", "السلف", "عندنا", "فقهاء الأمصار", "شيوخنا", "أصحابنا", "مشايخنا" gibi ifadelerle Hanefî fakîhlerine isim vermeden atıfta bulunmuş ve mezhebin görüşünü ifade etmiştir.[496] Cessâs, Ehl-i Hadis'e de "أصحاب الحديث" ve "أهل النقل"[497] ifadeleriyle atıfta bulunmuş olup,[498] aynı zamanda "أهل العلم", "أهل المعرفة", "أهل الجهل" ifadelerini de kullanarak,[499] çeşitli cemaat ve mezheplere eserinde temas etmiştir.

Müellif eserde zaman zaman İmâm Mâlik ve İmâm Şafiî'nin isimlerini saraheten zikrederken bazen de "شيوخ الشافعيين" ve "أهل المدينة" veya "طائفة من أهل المدينة" ifadelerinde[500] olduğu gibi bu iki imâm ve onların temsil ettikleri mezheplere

---

[494] Örneğin bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 56[a], 58[a], 102[b], 121[b].

[495] Örneğin bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 32[b], 56[a], 66[b].

[496] Örneğin bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 2[b], 8[b], 17[a], 23[b], 110[b].

[497] Cessâs'tan sonra gelen Şafiî fakîhlerden Cüveynî (v. 438/1047), mezheplerin varolduğu fakat müçtehitlerin bulunmadığı zamanda fetva verecek kişiler hakkında kendisinin terimleştirdiği "nakil-fakîh" sıfatının yanında "ehlü'n-nakl" ifadesini de kullanarak, bu kavram fıkıhçılar için de kullanılır hale gelmiştir. (Eyüp Sait Kaya, "Mezheplerin Teşekkülünden Sonra Fıkhî İstidlal", Basılmamış Doktora Tezi, s. 65)

[498] Örneğin bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 17[a], 117[b].

[499] Örneğin "ولولا مكايدة بعض أهل الجهل في مثل ذلك لم يحتج إلى ذكره إذا كان أهل العلم لا يختلفون تسميته" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 80[b].); "لا يحتجّ بمثله أهل المعرفة" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 64[b].); Örneğin "اختلف أهل العلم في حكم المستحاضة" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 15[b].)

[500] Örneğin bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 5[b]; II, 97[a].

işaret etmektedir. Cessâs bazı yerlerde de "مذهب المخالف" ve "مخالفنا" ifadeleriyle[501] - tespit edilebildiği kadarıyla- eserde muhalif mezheplerden en çok bahsettiği Şafiî hasmından bahsetmektedir. Aynı zamanda Hanefî mezhebi ve diğer mezhepler arasındaki ihtilaf noktalarının yanı sıra ittifak noktalarını da belirtmekte olup,[502] yer yer diğer mezheplerin kavillerini delilleriyle verdiği görülmektedir.[503]

Eserde çoğu kez diğer mezhep imâmlarının isimlerinin "رحمه", "رحمة الله عليه" "الله, "قدّس الله روحَه" gibi dua ifadeleriyle anılması da -bu duaların müellif mi yoksa müstensih tarafından mı ilave edildiği bilinmese de- diğer mezheplere bakış açısı ve mezhepler arasındaki ilişkiye dair müspet bir husus olarak belirtilebilmektedir.[504]

6. Eserin Anlatım Üslûbu

el-Câmi'u'l-kebîr'de vârid olan Şeybânî'nin kavilleri şerhte genellikle harfî olarak değil tasarrufla nakledilmiştir. Aynı zamanda diğer fakîhlerden de alıntı yapılırken genelde mealen aktarım yapıldığı görülmektedir. Müellifin şerhte naklettiği İmâm Muhammed'in görüşlerinin bir kısmını ve bunların dayanaklarını hocası Ebû'l-Hasan el-Kerhî ve İsâ b. Ebân kanalıyladır. Bu aktarımların akabinde hocasının görüşlerini genellikle teyit ederken[505] İsâ b. Ebân'ın görüşlerini bazen teyit bazen de reddedebilmektedir.[506]

Genel olarak yalın ve net bir ifade tarzı olan Cessâs'ın neredeyse tüm eserlerinde başvurduğu sorulu-cevaplı diyalog şeklindeki fenkale kalıbı (فإن قال قائل/ فإن قال) bu eserde yine çokça görülmektedir. Mutezile çevresinde de oldukça yaygın olarak kullanılan bu üslup bir bakıma münâzara üslûbu olup, iftirazî bir mesele ortaya

---

[501] Örneğin bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 4[b], 7[a], 13[b].

[502] Örneğin "الشافعي رحمة الله عليه قد واقفنا في القاريء إذا صلّى خلف الأمّي إنّ صلاته فاسدة" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 4[b].)

[503] Örneğin "مجيء المصدّق وإمكان الأداء ليسا بعلّة في الوجوب، أنّ اعتبار مجيء المصدّق ساقط على أصل الشافعي" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 94[b].)

[504] Mevlüt Güngör, Cessâs'ın, tefsirinde diğer mezheplerin muhalif görüşlerini verirken zaman zaman kendi mezhebinin taassubuna düştüğünü, diğer mezheplerin fakîhlerine ağır itham ve hakaretlerde bulunduğunu söylemektedir. (Bkz. *Cassas*, s. 149-154) Ancak söz konusu şerhinde böyle bir tutuma hiç rastlanmamıştır.

[505] Örneğin "و هذا الذي حكيناه عن أبي الحسن في الفصل بين النكاح والبيع فصل صحيحٌ" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 101[b].)

[506] Örneğin bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 24[b], 28[b]; IV, 78[b], 85[b].

atarak, şüphenin örneklerle izalesi amacıyla kullanılmaktadır. Müellif bu sorulara genelde "قيل له" bazen de zamirsiz "قيل" şeklinde cevap vermiştir. Aynı şekilde "فإن قال قائل" sorularına "قال أبو بكر" ve daha çok birinci ciltte sıkça kullanılan "والجواب" terkipleriyle de cevap verdiği görülmektedir. Yine eserde bir yerde "فإن قال المحتجّ لمحمد"[507] ve başka bir yerde de "فإن ألزمونا: ... أجبناهم: ..."[508] şeklindeki bir ifadeyi aynı minvalde kullanmaktadır.

Cessâs, meseleleri şerhederken çok yerde maddeleştirme argümanını bir anlatım tekniği olarak kullanmakta olup, zaman zaman bu maddeleştirmeleri tamamlamadığı görülmektedir. Aynı şekilde başka bir anlatım tekniği olarak kullandığı fenkale kalıbı (فإن قال قائل/فإن قال) içindeki "فإن قال قائل" sorularına bazen cevap vermediği görülmektedir.

Eserde ayrıca soru cevap metodu da sıkça kullanılan kalıplardandır. Cessâs iftirazî kalıplarda hakikî soruları sormanın yanı sıra, diğer eserlerinde de yaptığı gibi hasımlarına sıkça "أليس" gibi hakikî soru formundaki inkarî sorular yöneltmiştir.[509] Ayrıca inkarî sorularda kullandığı fâil ve "أنت تعلم" vs. ifadelerinde[510] olduğu gibi muhatapla diyalog üslûbu eserin lügavî hususiyetlerindendir.

Eserde aktarılan görüşlerin bir kısmının hoca-talebe ilişkisi[511] veya münâzara[512] gibi şifahî muhataplıklara işaret eden "ona dedim/قلتُ له" veya "ona sordum/سألتُ لـ" gibi diyalog mahsûlü olmasının yanı sıra "قال أبو بكر ذكر محمد بن سماعة في مكاتباته أنّه كتب إلى محمد بن الحسن يسأله عن هذه المسألة وغير مسألة بعدها"[513] ifadesinden anlaşıldığı üzere mektuplaşma sonucu elde edilen malumat ve cevap olabildiği Cessâs'ın ifadelerinde görülmektedir.

---

[507] Örneğin bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 56[b], 120[a].
[508] Örneğin bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 19[a], 23[a], 70[a].
[509] Örneğin bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 10[a], 29[b], 37[b].
[510] Örneğin bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 34[a], 161[a], 330[a].
[511] Örneğin "قال أبو بكر: قلتُ لأبي الحسن" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 89[a].)
[512] Örneğin "مذهبكم" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 20[a].)
[513] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, II, 122[a].

Teklifî hüküm ifade eden fetva rümuzu; "جاز", "لا يجوز", "جائز", "لا بأس بهه", "يصح", "واجب", "أوجبنه", "ذمّ" gibi ibârelerin yanı sıra uhrevî cezayı ifade eden[514] ibârelerin kullanımı söz konusudur. Bu kapsamda başka bir husus da şudur: Cessâs kendi tercihlerini arzederken genel olarak "عندي", "*doğru olan bizim görüşümüzdür*", "*doğru olan Zâhiru'r-rivâye'de zikredilendir*", "*doğru olan burada zikredilendir*", "*en doğru olan da budur*" vb. şeklindeki ifadelerle ortaya koymuştur.

Şerhte Cessâs'ın kendi zamanının şartlarına göre üst bir dile sahip olduğunu ispatlayan pek çok ifade bulunmaktadır. Örneğin müellif, okuyucuyu birçok yerde "*şu bâblarda açıklayacağımız gibi*", "*şu kitapta/bölümde geçtiği üzere*" gibi ifadelerle detay ve bağlantı için geçmiş ve gelecek olan ilgili yerlere yönlendirmektedir. Bunu yaparken bazen kitâb veya bâb başlığı verdiği gibi bazen genel olarak "bâb", "ebvâb", "kitâb" şeklinde zikretmektedir. Yine bu kapsamda konu dışına çıkmamak, gereksiz tekrara düşmemek, sözü uzatmamak sadedinde ifadeler kullanmaktadır.[515]

Cessâs meseleleri ele alırken örneklendirme, maddeleştirme, kısımlandırma, tarif yapma gibi teknikler kullanarak şerh telif üslubunu zenginleştirmektedir. Cessâs'ın söz konusu eseri, telif edildiği dönem itibariyle oldukça gelişmiş bir telif üslup ve tekniğine sahip olup, döneminin ve hatta kendisinden sonra telif edilen diğer *el-Câmi'u'l-kebîr* şerhleriyle kıyaslandığında -daha sonra ele alınacağı üzere- Cessâs'ın eserinin öne çıktığı görülmektedir.

7. Eserin Mezhep İçinde ve Mezhepler Arasındaki Yeri

Eser fikhî ilminde birçok açıdan büyük önem arz etmektedir. Şöyle ki:

İmâm Muhammed tarafından telif edilen *el-Câmi'u'l-kebîr*'in -Şeybânî'nin diğer eserleri gibi- Hanefî fıkıh geleneği ve birikiminde ne denli önem teşkil ettiği bilinmektedir. Mezhepler tarihi ve fıkıh literatürü açısından çok erken bir dönem olan IV./X. asırda fıkıh, hadis, dil gibi ilim dallarında tahsil görmüş olan Cessâs,

---

[514] Örneğin "يكون عاصيًا لله تعالى مستحقًّا لعقابه" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr,* II, 254[b].)

[515] Örneğin "والكلام في بيان وجوه هذه المسائل كلّها يطول شرحه وتُخرجنا من الباب الذي نحن فيه، ولكنّا نقتصر منه على مقدار ما يتحصّل به الفرق بين مسألة الكتاب وبينها" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr,* I, 91[b].)

mezhebinin ve ekolünün birikimini söz konusu eser özelinde, kendine has üslup ve metoduyla derli toplu bir şekilde ortaya koyabilmiştir.

IV./X. asırda yaşamış olan Cessâs'ın tedvin ve tahrîc döneminde bu esere yazmış olduğu şerhin ihtiva ettiği fer'î meseleleri özelinde ortaya çıkan fikhî dil, tasnif, düşünce, kuram gibi fıkıh ilminin yapı taşları da görülmektedir. Bu minvalde *Zâhiru'r-rivâye* eserlerine olan teveccüh ve elimizdeki şerhin de bu eserlerden birine erken dönemde yazılmış geniş ve şâmil bir şerh olması sebebiyle Cessâs'tan sonra gelen fakîhlerin ondan muhtelif ölçülerde istifade etmeleri beklenmektedir.

Söz konusu şerhin *el-Câmi'u'l-kebîr* metnine yaptığı en önemli katkı, delilin hemen hemen hiç yer almadığı metnin/eserin elimizdeki şerhinde delillendirme, bu delilleri yönlendirme, mezhebin otoritelerinden gelen kavil ve görüşlerdeki illetlerin tahrici gibi unsurları -tabiri caizse mantığı- ortaya koymasıdır. Bu husus da delillendirme yapılırken zengin bir şer'î nas kullanımı, özellikle Ehl-i Rey olarak bilinen bir ayrışmadan ve bu ayrışma içerinden de Bağdat Hanefî ekolünü temsil eden bir zat tarafından sunulması manidar bir noktaya hizmet etmiştir.

Eserin önemini ortaya koyan ayrıcalıklardan biri günümüze ulaşamamış ilk dönem kaynak ve fakîhlerin kavillerinden nakiller içermesidir. Eser, tâbi ve sahabe kavillerinin yanı sıra Kerhî ve İsâ b. Ebân, Züfer önemli fakîhlerden pek çok kavil içermektedir. Söz konusu şerh bu fakîhlerin görüşlerini ulaştıran ender kaynaklardandır.

Tespit edilebildiği kadarıyla Cessâs'tan sonraki ekseri fıkıhçılar eserlerinde Cessâs'ın eserinin ismini zikretmemiş ve ondan faydalandıklarını gösterecek açık ifadeler nâdiren görülmektedir. Bu fıkıhçılardan Hasırî *et-Tahrîr*'inde birkaç kez Cessâs'a ve eserine ismen atıfta bulunmuş ve yer yer de görüşlerine itirazda bulunmuştur.[516]

Bir eserin önemini ve literatürdeki yerini esere yapılan atıflara ve referanslara göre bunu saptamak her zaman doğru olmayabilir. Nitekim o dönemde eserin zikredilmeyip sadece müellifin isminin ve görüşlerinin zikredilmesiyle yetinilmesi

[516] Hasırî, *Tahrîr*, I, 110, 137, 138, 319, 1088.

şeklindeki teamülün yaygın olması muhtemeldir.[517] Başka bir ihtimal de Irak Hanefî ekolünün birçok meselede Mutezile mensuplarının benimsediği teorilere paralel yaklaşımından dolayı[518] Sünnî paradigmanın teşekkülü mesâbesinde olan bu dönemde yazılan metinlerin aynen aktarımı yerine sonraki fıkıh yazarlarınca sansürlenerek aktarılmış olmaları mümkündür.[519] Metinlere getirilen muhtemel bir sansür gibi belli müellif isimlerine de benimsedikleri mutezilî çizgiye paralel olan görüşlerine tepkisellikten dolayı kota getirilerek o isimleri öne çıkarmama çabası da vaki olabilir. Belki Cessâs'ın fikhî tabakada dördüncü tabaka olması da bunun bir tezahürüdür.

8. Eser Üzerine Yapılmış Çalışmalar

Şerh eserler üzerine şerhler, eleştiri veya ilave maksadı taşıyan haşiyeler, haşiyelere dair notlar olan ta'likler gibi şerh üzerine çalışmalar yapılmaktadır.[520] Bu eser üzerine kaleme alınmış mezkûr yazım türlerinde herhangi bir eser tespit edilememiştir. Aslında bu netice, -Hasırî'nin iki eseri hariç tutulursa- diğer şerhler için de geçerlidir. Üçüncü kuşak çalışmaların şerhler üzerine değil ihtisar ve nazım eserleri üzerine yoğunlaştığı düşünülmektedir.

C. *el-CÂMİ'U'L-KEBÎR* ŞERH GELENEĞİ VE BU GELENEK İÇERİSİNDE CESSÂS'IN ŞERHİ

Şerhler bir metni eksene alan ve bir bakıma ilmî geleneği devam ettiren bir telif türüdür. Genellikle temel metinler ile muhtasarlarda yer alan muğlak ifadelerin açıklanması, eksik bırakılan hususların tamamlanması, ilgili konularda başka örneklerin ele alınması gibi hedeflerle kalem alınmaktadır. Bu işlem bazen ana metin

---

[517] Bkz. Tuncay Başoğlu, "Saymerî'nin Usûlü ve Usûl Görüşleri Hakkında Bazı Tesbitler", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, s. 273-277.

[518] Örneğin, Cessâs ve beraberindekiler nesih konusunda maslahatla delillendirmeye gider, hüsün ve kubuh meselesinde bunların aklî oluşunu kabul eder, teklifte kulun maslahatına riayet etmenin Allah'a vacip olduğu görüşündedir (hatta eserinde bu görüşün tezahürü olarak *sebeb mûcîb*, *manâ mûcîb*, *illet mûcibe* ifadelerini kullanmıştır), yine teklif konusunda gayr-i Müslimlerin şer'î hükümlerle mükellef olduklarını kabul eder, kıyâsla ilgili meselelerde şer'î illetin alamet mahiyetinde olduğunu söyler, illeti tespit metodu olarak tard ve aks'i kabul ederken tard yolunu tenkit eder, ilelu'l-maslaha ve ilelu'l-ahkâm ayırımını yapar, illetin tahsisini kabul eder, kasır illeti reddeder, müctehidlerin ictihâdlarını tasvib ve tahtıe konusunda görüşlerini benimser. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Aron Zysow, "Hanefî Hukuku Kuramında Mu'tezilik ve Matüridilik", *Hikmet Yurdu*, İmam Mâtüridî ve Mâtüridîlik Özel Sayısı, s. 147-178.)

[519] Ayrıntılı bilgi için bkz. Murteza Bedir, *Fıkıh, Sünnet ve Mezhep*, s. 24.

[520] Sedat Şensoy, "Şerh", *DİA*, XXXVIII, 555.

müellifi tarafından yapılmakla beraber, çoğunlukla öğrencilerinden veya başka kişilerce yapılmaktadır.[521] Aslında her müellif eserini şerhe muhtaç olmadan anlaşılması için yazdığı halde genellikle üç sebepten dolayı bu ihtiyaç hâsıl olmaktadır: Birincisi, eserin müellifi daha çok şahsi kapasite ve birikimine binâen eserindeki konuları ele almaktadır. Bu nedenle bazen eseri genel okuyucu kitlesine indirgeme ve açıklama ihtiyacı hâsıl olabilmektedir. İkincisi, başka bir ilmin alanına girmesinden dolayı bazı temel bilgilere yer verilmemesi de şerhi gerektiren başka bir hususdur. Üçüncüsü, eserde yoruma ihtiyacı olan veya mecaz, kinaye gibi dilsel netliği kaldıran ifadelerin kullanılması da metni şerhe muhtaç bırakabilmektedir.[522]

Fıkıh alanında kaleme alınan şerhlerin telif tarihleri III/IX. yüzyılın sonu ile IV/X. yüzyılın başlarına gitmekte olup,[523] bu da fıkıh mezheplerinin teşekkülünü tamamlayıp, literatürün ilk metinlerinin ortaya çıktığı dönemin hemen akabine denk gelmektedir. Şerh türü eserlerin esas aldıkları metinlerdeki kapalı ifadeleri açıklama, bir bakıma bunların tenkidi, metinlerde yer alan meselelerin hükümlerini delillendirme ve bununla bağlı oldukları mezhep nazariyesini temellendirme, temsil ettikleri alandaki başka çalışmaları da göz önüne alarak şârihlere kadarki fikhî birikimi değerlendirme, metinleri zamanla gelişen dil ve kavramlarla yeniden ifade etme gibi işlemler dikkate alındığında şerh literatürünün fıkıh düşüncesinin gelişimine ve tabi ki esas aldıkları metinlere ne kadar katkı sağladığı da ortaya çıkmaktadır.[524] Bir de şerhlerin birçoğunun şârihin bağlı olduğu mezhebin görüşlerinin yanı sıra diğer mezheplerin kavillerine de değinip tartışması da değerlendirildiğinde bu katkının çok daha büyük olduğu görünmektedir.

Başka bir husus da en genel ifadeyle, fer'î meselelerin birleştikleri hususların kurallaşmasıyla ortaya çıkan *kâide/asıl*, ayrıştıkları hususları konu alan *furûk*, benzeştikleri yönleri ele alan *eşbâh* ve *nezâir* olarak fıkhın alt disiplinleri temel

[521] Sedat Şensoy, "Şerh", *DİA*, XXXVIII, 555.
[522] Sedat Şensoy, "Şerh", *DİA*, XXXVIII, 555-556.
[523] Necmettin Kızılkaya, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kâideler*, s. 115.
[524] Eyüp Sait Kaya, "Şerh", *DİA*, XXXVIII, 560; Necmettin Kızılkaya, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kâideler*, s. 115-116.

metinlerde mevcuttu, şerhler bunları metin içerisinden tahric ederek, fikhî kazanımda önemli rol sahibi olmuştur.

Klasik dönemde mezhebin temel metinlerini şerh etme çok yaygın bir gelenekti. Bu nedenle Hanefî eserleri içinde şerhler ayrı bir öneme sahip olup, bunun tezahürü olarak literatürün zengin bir şerh mirası mevcuttur. İmâm Muhammed eş-Şeybânî, Ebû Cafer et-Tahâvî, Hassâf, Kerhî gibi mezhebin önemli isimlerinin eserlerini şerh etmiş olan Cessâs'ın mezhep içindeki genel ihtimâmın yanında özel ihtimâmının ve gayretinin de olduğu düşünülmektedir. Dönem itibarıyla diğer mezhepten olan çağdaşları arasında da bu türe yönelik teveccüh ve mahsûlü görmek mümkündür.[525]

Şerhler şeklî açıdan farklı sınıflara ayrılmaktadır[526]: Birincisi, metnin başında قال veya قوله, şerhin başında da أقول ifadelerinin yer aldığı şerhler olup, bu grup şerhlerde metin bazen tamamen verilir, bazen de şerhin içinde bulunduğu kadarıyla verilmektedir. İkincisi, metnin sadece şerhe konu olan bölümünün, قوله ifadesiyle belirtilerek yer aldığı şerh şekli olup, metnin tamamı hamişte, sayfa başında veya satır aralarında geçmektedir. Üçüncüsü de, müteahhir dönemindeki şerhlerin çoğunda olduğu üzere metin ve şerhin iç içe geçtiği ve çokça karıştırılabilen şerh grubudur. Cessâs'ın şerhi ise bu şerh şekillerinden birinci gruba girmektedir.

Şerhlerde esas alınan metnin ilgili yerlerini açıklama amacının yanı sıra -fikhî şerhlerin genelinde ve Cessâs'ın şerhi özelinde- daha çok ele alınan mesele hakkındaki mezhebin fakîhlerinin görüşleri ile temelindeki deliller ve bu delillerin yönlendirilmesinin olduğu söylenebilmektedir. Tabi bu işlem yazılış amacına ve hedef kitlesine göre daha çok mezhep içine yönelik olabileceği gibi mezhepler arası zemine de yönelik olabilmektedir.

Metnin bir bakıma farklı/çoklu okuması olan şerhler telif diline, üslûbuna, zamanının kavram çerçevelerine, anlatma tekniklerine dair önemli malzemeleri içinde

[525] Cessâs'ın muasırlarından Şafiî fakîh Ebû Hamid Ahmed b. Bişr b. Âmir el-Merverrûzî'nin (v. 362/973) de *Şerh Muhtasari'l-Müzenî, el-Câmiʿu's-sagîr, el-Câmiʿu'l-kebîr* (*el-Câmiʿ fi'l-mezheb*) başlıklarında eserleri var.

[526] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 37; Sedat Şensoy, "Şerh", *DİA*, XXXVIII, 556.

barındırmaktadır. *el-Câmi'u'l-kebîr*'in şerhleri mukayese edildiğinde bu hususlardan özgün yanların olmasının yanında, şârihin döneminin ve kendinden öncekilerin ilim alışkanlığı da ortaya çıkmış olacaktır.

1. *el-Câmi'u'l-kebîr* Şerhleri

Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*'da *el-Câmi'u'l-kebîr* üzerine yazılan kırktan fazla şerhin olduğunu zikretmektedir.[527] Burada zikredilmeyen başka şerhlerin de olduğu diğer bibliyografi eserlerinde görülmektedir. Bu şârihler arasında Cessâs, Ahmed b. Mansûr el-İsbicâbî, Şemsü'l-eimme es-Serahsî, Sadrüşşehîd Ömer b. Abdülazîz, Haherzâde, Rüknüddîn el-Kirmânî, Alaüddin el-Üsmendî es-Semerkandî, Ebû Nasr el-Attâbî, Cemâlüddin el-Hasırî vardır. Burada zikredilmeyip diğer bibliyografi eserlerinde adı geçen başka şerhlere de rastlanmaktadır.[528]

Günümüze ulaşan diğer şerhlerle mukayese edildiğinde Cessâs'ın şerhi *el-Câmi'u'l-kebîr* şerhleri arasında en hacimli şerhlerden olduğu görülmektedir. Elimizdeki şerhin fıkıh tarihindeki yeri, sistematiği, diğer şerhlerle mukayesesi minvalinde tespit edilebilen ayırt edici özelliklerine temas edilecektir. *el-Câmi'u'l-kebîr* eserine yazılan şerhlerin telif dönem ve coğrafya ile -özellikle İmâm Muhammed'in diğer eserlerine teveccühlerinin görülebilmesi adına- müelliflerin diğer eserlerini içeren tablo aşağıdadır:

İsmi	Vefat Tarihi	Yaşadığı Bölge	Diğer Eserleri
Ebû Cafer et-Tahâvî[529]	321/933	Mısır	*(Şerh) Meani'l-âsâr, Müşkilü'l-Âsâr, İhtilâfu'l-fukahâ (/ulemâ), el-Muhtasar, Akîdetu't-Tahâvîyye, Ahkâmu'l-Kur'ân, eş-Şurûtu's-sagîr, eş-Şurûtu'l-kebîr, es-Sünenü'l-me'sûre*
Ebû Amr et-Taberî[530]	340/952	Bağdat	*Şerhu'l-Câmi'i's-sagîr*
Ebû Bekir el-Cessâs[531]	370/981	Bağdat	*Şerhu'l-Câmi'i's-sagîr, Şerh Muhtasari't-Tahâvî, Şerh Muhtasari'l-Kerhî, Şerh Edebi'l-kâdî, Şerh Muhtasari ihtilâfi'l-fukahâ, Şerh Müşkilu'l-Âsâr, Ahkâmu'l-Kur'ân, el-Fusûl fi'l-usûl, Şerhu'l-Menâsik, Şerhu'l-Esmâi'l-hüsnâ, Cevâbâtu'l-mesâil*

[527] Şerhleri için bkz. Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 568-570;
[528] Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 60-63.
[529] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 568.
[530] Saymerî, *Ashâbu Ebî Hanîfe ve Ahbâruhu*, s. 163; Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 569.
[531] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 568; Brockelmann, *GAL*, I, 178; Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 60.

Ebû'l-Leys es-Semerkandî[532]	373/983	Semerkant	*Bustânu'l-ârifîn, Tenbîhu'l-gâfilîn, Uyûnu'l-mesâil, en-Nevâzil, el-Mukaddimetu fi's-salât, el-Akîde, et-Tefsir, Hizanetu'l Fıkh, et-Tetimme, Te'sisu'n Nazar, Muhtelefü'r Rivaye, Şerhu'l Câmi'i's Sagîr*
Ebû Muhammed el-Halvânî[533]	452/1060	Buhâra	*el-Mebsût, Şerh Edebi'l-kâdî li Ebi Yûsuf, Şerhu's-Siyeri'l-kebîr, Şerhu'l-Hiyel li'l-Hassâf, eş-Şurût, Kitâbu'l-Kesb, Kitâbu'n-Nefakât, el-Vakıat, Sıfatu Eşrâti's-saat ve makâmâti'l-kıyâmet*
Ebû Nasr el-İsbicâbî[534]	480/1087	Semerkant	*Şerhu'l-Kâfi, Şerh Muhtasari't-Tahâvî, Şerh Edebi'l-Kâdî, Şerhu'l-Câmi'i's-sagîr, Şerhu'l-Asl*
Ebû'l-Usr Ali b. Muhammed el-Pezdevî[535]	482/1089	Semerkant	*Usûlu'l-Pezdevî, el-Mebsût fi'l-fetâva, Şerhu'l-Câmi'i's-sagîr, Şerhu'z-Ziyâdât, Şerhu'l-Fıkhi'l-ekber, el-Müyesser fi'l-kelâm*
Ebû Bekir es-Serahsî[536]	483/1090	Horasan	*el-Mebsût, Usûlu's-Serahsî, Şerhu'l-Câmi'i's-sagîr, Şerhu's-Siyeri'l-kebîr, Şerh Muhtasari't-Tahâvî, en-Nüket (Şerhu'z-Ziyâdâti't-Ziyâdât)*
Ebû Bekir Haherzâde[537]	483/1090	Buhâra	*el-Mebsût, el-Muhtasar, et-Tecnîs, Şerh Muhtasari'l-Kudûrî, Şerh Edebi'l-kâdî, Şerh Kitâbi'l-Hiyel, el-Fetâvâ*
Ebû'l-Mu'în en-Nesefi[538]	508/1115	Semerkant	*Tebsiratu'l-edille, el-Umde fi usûli'd-dîn, Menâhicu'l-eimme, Bahru'l-kelâm, et-Temhîd li Kavâidi't-tevhîd*
Sadrüşşehîd İbn Mâze[539]	536/1141	Buhâra	*el-Fetava's-sugrâ, el-Fetâvâ'l-kübrâ, Şerh Edebi'l-kâdî, Şerhu'l-Câmi'i's-sagîr, el-Ecnâs, Umdetu'l-Fetâvâ, Şerh Kitâbi'n-Nefakât, Usûlu'l-fıkh, el-Mebsût fi Hilâfiyyât, el-Müntekâ*
Rüknüddin el-Kirmânî[540]	543/1149	Horasan	*et-Tecrîd, el-İzâh fi şerhi't-tecrîd, el-Fetâvâ*
Alauddin el-Üsmendî es-Semerkandî[541]	552/1157	Semerkant	*Tarîkatü'l-hilâf beyne'l-eimmeti'l-eslâf, Lübâbü'l-kelâm, Muhtelifu'r-rivâye fi şerhi'l-manzûme (/Şerh manzûmeti'n-nesefiyye), Bezlü'n-nazar fi usûli'l-fıkh*
Ebû Nasr el-Attâbî[542]	586/1190	Buhâra	*Cevâmi'u'l-fıkh (/el-Fetâvâ'l-attâbiyye), Şerhu'l-Câmi'i's-sagîr, Şerhu'z-Ziyâdât, Tefsîru'l-Kur'ân*
Kâdîhan[543]	592/1196	Fergana	*Fetâvâ Kâdîhan (/el-Fetâvâ'l-hâniyye), Şerhu'l-Câmi'i's-sagîr, Şerhu'z-Ziyâdât, Şerh Edebi'l-kâdî li'l-Hassâf, el-Vâkıat, el-Emâlî, el-Mehâdir*

[532] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 568.
[533] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 568.
[534] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 569 (Şârihin ismi burada Ebû Bekir Ahmed b. Mansûr olarak geçmektedir. Ancak doğrusu tabloda verildiği gibidir.); Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 60; Ahmet Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, s. 56-57.
[535] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 568.
[536] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 568; Brockelmann, *GAL*, I, 178; Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 60.
[537] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 569; Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 60.
[538] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 570; Brockelmann, *GAL*, I, 178.
[539] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 569; Brockelmann, *GAL*, I, 178; Fuad Sezgin, *Tarih*, I/III, 60.
[540] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 569; Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 60.
[541] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 569; Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 60.
[542] Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 61.
[543] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 569.

Burhânuddin el-Merginani[544]	593/1197	Fergana	*el-Hidâye, et-Tecnîs ve'l-mezîd fi'l-fetâvâ, Muhtâratu'n-nevâzil, Mecmû'u'n-nevâzil, el-Ferâizu'l-Usmâniyye, Muhtasaru'l-fetâvâ, el-Müntekâ*
Burhânuddin Mahmud b. Ahmed[545]	616/1219	Buhâra	*el-Muhîtu'l-burhânî, Zahîretu'l-fetâvâ, Tetimmetü'l-fetâvâ, el-Vecîz fi'l-fetâvâ, et-Tecrîdü'l-burhânî, et-Tarîkatü'l-burhâniyye, Şerhu'l-câmi'i's-sagîr, Şerhu'z-Ziyâdât, Şerh Edebi'l-kâdî*
İftihâruddin Abdülmuttalib b. Fazl[546]	616/1219	Halep	
Ebû'l-Mehâmid el-Hasırî[547]	636/1238	Buhâra	*et-Tahrîr, el-Vecîz, Şerhu'l-Câmi'i's-sagîr, Şerhu's-Siyeri'l-kebîr, et-Tarîkatü'l-hasîriyye fi ilmi'l-hilâf beyne'ş-şâfiiyye ve'l-hanefiyye, el-Hayru'l-matlûb fi'l-fıkh*
İbn Kâdî el-Asker[548]	651/1252	Dimaşk	
Ebû'l-Fadl el-Mevsılî[549]	683/1284	Bağdat	*el-Muhtâr li'l-fetvâ, el-İhtiyâr li ta'lîli'l-Muhtâr, el-Müştemil ala mesâili'l-Muhtasar, el-Fevâid*

Bu isimlerin haricinde şu kimselere de şerh atfedilmiştir: Ebû Hâzim el-Kâdî,[550] Ebû Abdullah Ali b. Mûsâ el-Kummî,[551] Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed el-İskâf el-Belhî (v. 333/945),[552] Ebû Abdullah Muhammed b. İsâ (Ebû Mûsâ ed-Darîr) (v. 334/946), Ebû'l-Hasan el-Kerhî (v. 340/952),[553] Ebû Muhammed b. Abdek (v. 340/952),[554] Ebû Abdullah Muhammed b. Yahya el-Cürcânî (v. 347/959),[555] Ebû'l-Hasan Ali b. Yahya Zendevistî (v. 382/992),[556] Ahmed b. Ali b. Muhammed b. Mûsâ el-Esterabâdî (v. 386/996),[557] Ebû Zeyd ed-Debûsî (v. 430/1039),[558] Ebû'l-Hasan es-Sugdî (v. 461/1068), Muhammed b. el-Hüseyin Ersâbendî (v. 512/1117),[559]

[544] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 569.
[545] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. el-Efgânî, 4; Ahmet Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, s. 97.
[546] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 568; Brockelmann, *GAL*, I, 178; Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 60.
[547] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 568; Brockelmann, *GAL*, I, 178; Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 61.
[548] Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 60.
[549] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 570.
[550] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. el-Efgânî, 4.
[551] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 570; Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. el-Efgânî, 4.
[552] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 569.
[553] Ziriklî, IV, 347; *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. el-Efgânî, s. 4. Ayrıca Hasırî şerhinde defalarca Kerhî'nin şerhine atıfta bulunmuştur. (Bkz. I, 348, 366, 392, 417, 427 vd.)
[554] Saymerî, *Ashâbu Ebî Hanîfe ve Ahbâruhu*, s. 164.
[555] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 569; Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. el-Efgânî, s. 4.
[556] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 569.
[557] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 570.
[558] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 568.
[559] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 569.

Abdülhamîd el-Irakî (?),[560] İmâm el-Mesûdî (?),[561] Ebû'l-Mefâhir el-Kerderî (v. 562/1167),[562] Tâcuddin Ali b. Sancar b. es-Sebbâk (v. 661/1263),[563] Hamidüddin ed-Darîr (v. 666/1268),[564] Ali b. Muhammed b. Ali er-Râmişî (v. 667/1269), Hibetüllah b. Ahmed b. Muallâ et-Türkistânî et-Tarazî (v. 733/1331), Sirâcüddin Ebû Hafs Ömer b. İshâk el-Hindî (v. 773/1371).[565]

Mezkûr şerhlerin bir kısmı günümüze ulaşabilmiş, ancak maalesef büyük bir kısmı ya günümüze ulaşamamasından ya da varlığı tespit edilememesinden dolayı istifade edilememektedir. Çalışmanın bu kısmında farklı kütüphanelerden ulaşabildiğimiz şerhlerin kronolojik sıralamasıyla genel tanıtımına yer verilecektir.

a. Ahmed b. Mansûr el-İsbicâbî (v. 480/1087)

Kâtip Çelebi'nin, el-İsbicâbî'ye nisbet ettiği şerhin[566] elimizdeki nüshası, Murad Molla koleksiyonu 858 numaraya kayıtlı olan ve toplam 302 varaktan oluşup, *Kitâbu'ş-Şirket* bölümüne ait bir mesele ile sonlanmaktadır. Şerhin özel bir isminin olup olmadığı gerek kataloglarda gerekse eserin mukaddimesinde kaydedildiğine rastlanmamıştır. Şerhin önemli hususlara değinen mukaddimesi şöyledir:

> بسم الله الرحمن الرحيم. ربّ يسّر خيرًا. قال الشيخ الإمام الأجل الأستاذ شيخ الإسلام علي بن محمد الإسبيجابي رحمه الله سمى محمد رحمه الله هذا الكتاب بالجامع الكبير، وإن كان فيه ذكر الجمع والفرق بين كلّ مسألتين، لأنّه جامع الأمرين ... معًا، لأنّه جامع لعلوم لا يأتي معرفة مسائل هذا الكتاب بدونها، وهي علم الكتاب والتفسير واللغة العربية وعلم الحساب والعادة، وقيل سمّي به لأنّه جامع الكتب المبسوط، وذكر فيه مسائل الكتب وفروع على كل مسألة حتى صار كل مسألة بابًا وسمّاه كبيرًا، لأنّه صنع مثل هذا بصنع آخر، وهو ... سمي ذلك الجامع الصغير، وسمي هذا كبيرًا، وإنّه من أحسن التصانيف لم يأتى بمثله ولم يأت أحد بمثله مع كثرة الخصوم الذي يخوضون في علم الفقه ولما عجز الناس عن الإتيان بمثله صار ذلك كرامة له وكرامة الأولياء حق، وهي معجزة نبيّنا محمد صلى الله عليه وسلم ... حقية هذا الذي، لأنّه ... مسائلًا متناسبة في كلّ كتاب من غير تناقض، فعلم أنّ مثل هذا

[560] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 570.
[561] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 570.
[562] Ahmet Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, s. 77.
[563] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 569.
[564] Ahmet Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, s. 110.
[565] Müellif, şerhini tamamlayamamıştır. (Bkz. Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 570.)
[566] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 569 (Şârihin ismi burada Ebû Bekir Ahmed b. Mansûr olarak geçmektedir. Ancak doğrusu tabloda verildiği gibidir.); Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 60; Ahmet Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, s. 56-57.

لا يكون إلّا في الدين ... روي حبرًا من الأحبار نظر في هذا الكتاب وعلم مسائله وعلم أن مثل هذا لا يكون إلا في دين حق فأسلم ببركة النظر فيه.[567]

Bu mukaddimede eserin müellife aidiyetinden sonra, eserin ismini oluşturan *câmi* ile *kebîr* lafızlarının muradı, meseleler arasındaki *cem'* ve *fark* noktaları ile pek çok ilim dalını kapsadığı için ve aynı zamanda eserde mezkûr her meselenin altında pek çok fer'iyyat münderiç olup, bu meselelerin herbirinin birer bâb olmasından ötürü eserin *câmi'/kapsayıcı* olması, tenakuzun söz konusu olmadığı birçok meseleyi ihtiva eden *el-Câmi'u'l-kebîr*'in önemi vurgulanmaktadır.

b. Ebû'l-Usr Pezdevî (v. 482/1089)

Kâtip Çelebi'nin, Pezdevî'ye nisbet ettiği şerhin[568] elimizdeki nüshası, Kastamonu Kütüphanesi 3530 numaraya kayıtlı olup ve toplam 354 varaktan oluşmakta, *Kitâbu't-Talâk* bölümüne ait bir mesele ile sonlanmaktadır. Şerhin özel bir isminin olup olmadığı gerek kataloglarda gerekse eserin mukaddimesinde kaydedildiğine rastlanmamıştır. Cilt hatimesine göre istinsah kaydı 12 Zilhicce 775 senesidir. Şerhin önemli hususlara temas eden mukaddimesi şöyledir:

بسم الله الرحمن الرحيم، توكلت عليه. قال الشيخ الإمام الزاهد أبو الحسن علي بن محمد بن الحسين البزدوي رحمه الله إن الله عز وجل أثنى على هذه الأمة على لسن رسوله صلى الله عليه وسلم بالفقه، قال النبي عليه السلام في أمّته أنهم فقهاء كأنّهم من الفقه أنبياء، وأوفر هذه الأمّة حظًّا من الفقه وأعلاهم فيه ... أصحابنا رحمهم الله قد سلّم بهم عامة الفقهاء، ودلالة ذلك هذه الكتب المبسوطة ولا سيما هذا الكتاب فإنّه إياس المخالفين عن المعارضة، وحكى إن نظر فيه فعلم أنّ مثله لا يتأنى إلّا بطريق الكرامة، وإنّ ذلك من معجزات الرسول ومن كرامات الأولياء، فرزقه الله الإيمان ببركة نظره وتعظيمه وسمّاه محمد رحمه الله الجامع وإن كان فيع جمع وفرق، لأنّه جامع ...، ولأنّه جامع لعلوم لا يتأتى بدونها معرفة هذا الكتاب، وذلك علم أصول الفقه وعلم فروعه وعلم الكتاب وعلم السنة وعلم النحو وعلم العربية وعلم الحساب وعلم العادة، وبدا محمد رحمه الله بمسألة فيها خلاف تهاونًا بالخصم عند ضعف الحجة واستبدادًا بالمذهب عند وضوح الحجة وتركًا للتكلّف عند صدق النيّة. فقال: وإذا صلى الرجل..[569]

Eserin müellife aidiyetinden sonra, fıkıh ilminin ve fukahânın önemine, eserin muhaliflere gözdağı veren, kerâmet ve mucize kabilinden bir eser olması, meseleler arasındaki *cem'* ve *fark* noktaları ile usûl-i fıkıh, furû-i fıkıh, Kur'ân ilmi, sünnet ilmi, nahiv, edebiyat, matematik gibi pek çok ilim dalını kapsamasından ötürü eserin

---

[567] İsbicâbî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Murad Molla, nr. 858, I, 201; Kirmânî, *Nüketu'l-câmi'i'l-kebîr*, Fatih, nr. 1554, I, 1[a].

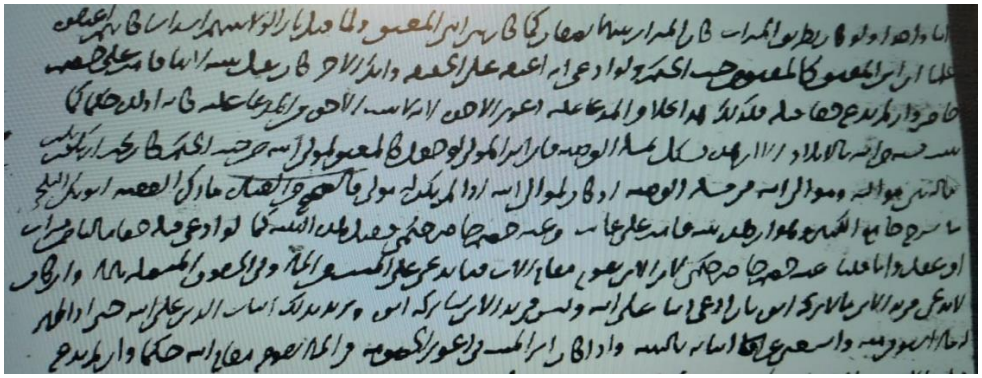
[568] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 568.

[569] Pezdevî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Kastamonu, nr. 3530, I, 1[b].

câmi'/kapsayıcı olarak İmâm Muhammed tarafından isimlendirilmesinin yanı sıra eserin önemi belirtilmektedir.

c. Ebû Bekir Haherzâde (v. 483/1090)

Keşfü'z-zünûn'da Haherzâde ismiyle meşhur olan Ebû Bekir Muhammed b. el-Hüseyn el-Buhârî'ye nisbet edilen şerhin[570] elimizdeki nüshası, Fatih koleksiyonu 1867 numaraya kayıtlı ve 359 varaktan oluşmaktadır. Yeminlerle alakalı bir bâb başlığıyla başlamakta olup, *Kitâbu'd-Davâ* ile alakalı bir meseleyle son bulmaktadır. Şerhin özel bir isminin olup olmadığı ve telif tarihi ulaşabildiğimiz tek ve eksik nüsha olmasından ötürü tespit edilememiştir. Haherzâde'nin şerhinin elimizdeki nüshası şerhin ikinci cildi olup, *Kitâbu'l-Eymân*'ın büyük kısmı, *Kitâbu'n-Nikâh*'ın tamamı ve *Kitâbu'd-Davâ*'nın çoğunu içermektedir. Eserin toplam kaç ciltten oluştuğu tam olarak bilinmemekte, ancak bâb ve meselelerin uzunluğuna bakılacak olursa çok yekûnlu bir şerh olduğu düşünmektedir. V/XI. yüzyıl şerhlerinden olan eserin elimizdeki nüshasında harflerin noktalamasının olmamasının yanı sıra net olmayan ve bitişik bir yazı hattıyla yazılmış olması da okunabilirliği oldukça zorlaştırmaktadır.



d. Sadrüşşehîd İbn Mâze (v. 536/1141)

Keşfü'z-zünûn'da Saruşşehîd'e nisbet edilen şerhin[571] elimizdeki nüshası, Feyzullah Koleksiyonu 747 numaraya kayıtlı ve toplam 175 varaktan oluşup, *Bâbu's-Salât*'tan başlayıp *Kitâbu'ş-Şehâdât* bölümünün bir bâbıyla sona ermektedir. Şerhin

[570] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 569; Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 60.
[571] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 569; Brockelmann, *GAL*, I, 178; Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 60.

özel bir isminin olup olmadığı gerek kataloglarda gerekse eserin mukaddimesinde kaydedildiğine rastlanmamıştır. Şerhte konulara başlamadan önce şu giriş duası yapılmıştır:

بسم الله الرحمن الرحيم، ربّ يسّر برحمتك يا رحيم وأعن على إتمامه، الحمد لله رب العالمين وصلواته على سيد المرسلين محمد خاتم النبيين وسلم تسليمًا كثيرًا إلى يوم الدين.[572]

e. Rükneddin el-Kirmânî (v. 543/1149)

Kâtip Çelebi'nin, Kirmânî'ye nisbet ettiği şerhin[573] elimizdeki nüshası, Fatih Koleksiyonu 1554 numaraya kayıtlı ve tam olup, toplam 334 varaktan oluşmaktadır. Şerhin özel ismi yazma nüshalarında *Nüketu'l-câmi'i'l-kebîr* veya *İşârâtu'l-câmi'i'l-kebîr* olarak geçmekte olup,[574] elimizdeki en eski nüshanın istinsah tarihi olarak hatimede hicrî 649 senesi kaydedilmiştir.[575] VI/XII. asır *el-Câmi'u'l-kebîr* şerhlerinden olan bu şerhte konulara başlamadan önce herhangi bir mukaddime yer almadan besmele ve hemen peşi sıra *Kitâbu's-Salât* ana bölüm başlığıyla başlamaktadır.

f. Alauddin el-Üsmendî es-Semerkandî (v. 552/1157)

Kâtip Çelebi'nin, Alauddin el-Üsmendî es-Semerkandî'ye nisbet ettiği şerhin[576] elimizdeki nüshası, Murad Molla Koleksiyonu 840 numaraya kayıtlı ve toplam 487 varaktan oluşmakta olup, konular itibariyle tamdır. VI/XII. asırda telif edilmiş olan şerhlerden olan söz konusu şerhin özel bir isminin olup olmadığı gerek kataloglarda gerekse eserin mukaddimesinde kaydedildiğine rastlanmamıştır. Cilt hatimesine göre nüshanın istinsah kaydı 12 Muharrem 763 senesidir. Şerhin mukaddimesi şöyledir:

بسم الله الرحمن الرحيم. وبه نستعين وهو الموفق، الحمد لله على آلائه ونعمائه، والصلاة على محمد سيد رسله وأنبيائه وعلى أهل طاعته من أهل أرضه وسمائه. وبعد فإنّي قصدت أن أذكر شرح مسائل الجامع الكبير وأتحرّز فيه عن المبالغة في الإيجاز والتطويل، وأبتغي من ذلك خير سبيل وأستعين الله

---

572 Sadrüşşehîd İbn Mâze, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Feyzullah, nr. 747, 1b.
573 Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 569.
574 Kirmânî, *Nüketu'l-câmi'i'l-kebîr*, Fatih, nr. 1554, kapak sayfası; *Nüketu'l-câmi'i'l-kebîr*, Molla Çelebi, nr. 41, kapak sayfası; *İşârâtu'l-câmi'i'l-kebîr*, Laleli, nr. 813, kapak sayfası.
575 Kirmânî, *Nüketu'l-câmi'i'l-kebîr*, Fatih, nr. 1554, hatime sayfası.
576 Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 569; Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 60.

تعالى في إتمامه وأستعصمه من الزلل والخطأ فيه، إنّه تعالى قريب مجيب وعليه توكلت وإليه أنيب.
باب الصلاة ..[577]

Mukaddimede özel olarak belirtilen husus, şerhinin hacminin orta hacimli olmasına özen gösterileceği belirtilmiştir. Bu hususa Semerkandî'den sonra Attâbî yine değinecek olup, İftihâruddin Abdülmuttalib ve Hasırî ise kendisinden önce muhtasar ve mufassal olarak şerh kaleme alan ilgili eserin şârihlerini isim vermeden uzunca eleştirecektir.

g. Ebû Nasr el-Attâbî (v. 586/1190)

Şeybânî'nin *Zâhiru'r-rivâye* eserleriyle oldukça ilgilenmiş olduğu teliflerinden anlaşılan Buhâralı Attâbî'nin tespit edilebildiği kadarıyla *ez-Ziyâdât* ve *el-Câmiʿu's-sagîr* eserlerine şerh ile *el-Câmiʿu'l-kebîr*'e de hem şerh hem muhtasar telif etmiştir. Fuad Sezgin'in, Attâbî'ye nisbet ettiği şerhin[578] elimizdeki nüshası, Carullah Koleksiyonu 672 numaraya kayıtlı ve toplam 385 varaktan oluşmakta olup, konular itibariyle tamdır. VI/XII. asırda telif edilmiş olan şerhlerden olan söz konusu şerhin özel bir isminin olup olmadığı gerek kataloglarda gerekse eserin mukaddimesinde kaydedildiğine rastlanmamıştır. Cilt hatimesinde nüshanın istinsah tarihi olarak 673 senesi kaydedilmiştir. Attâbî'nin elimizdeki *el-Câmiʿu'l-kebîr* şerhinin özgün bir adı tespit edilememiştir. Şerhin önemşi hususlara temas eden mukaddimesi şöyledir:

الحمد لله الذي تكفّل من توكّل عليه وتقرّب بالرحمة إلى من تقرّب إليه، والصلاة على رسوله محمد خير خلقه لديه وعلى آله وأولاده وسِبطيه. وبعد فقد قال الشيخ الإمام الأجل الزاهد الأستاذ زين الدين فقيه الأمّة بقيّة السلف أستاذ الخلف مفتي الشرق لا يزال للدين فلاذًا ولعلماء الدهر أستاذًا ... العصر عُصر عنها أهل البصارة، ولم يبق فيها إلّا العُصارة فشدّة حرصهم في الدنيا منعهم في الدين حتى آثروا القليل العاجل على الكثير الآجل، فلذلك قصدت رغباتهم في الأمور الدينية لنيل الشرف حتى تركوا تصانيف السلف لطولها مع كثرة فروعها وأصولها بحيث خيف اندراسها لقلّة اقتباسها، فدعاني ذلك إلى أن أكتب شرح الجامع الكبير على طريق التيسير لا قصيرًا يعرى عن الإفادة ولا طويلًا يغنى عن الإعادة، بل أبتغي فيما بين ذلك سبيلًا، وتوكّلت على الله وكفى به وكيلًا.[579]

Konuya başlamadan önce müellife ait bu girişte, selefin eserlerinin uzunluğu ile usûl ve furû'larının çokluğundan ötürü kendi döneminde bu eserlerin

[577] Alauddin es-Semerkandî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Süleymaniye, nr. 462, I, 1[b].
[578] Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 61.
[579] Attâbî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 672, 1[b].

terkedilmesinden dolayı kaybolup gitmeleri korkusunun kendisini, bu şerhin istifade edilebilecek orta hacimli telifine sevkettiğini belirtmiştir.

el-Câmi'u'l-kebîr şerhlerinin temel ortak hususiyetleri teorik temellendirme adına meselelerin dayandığı asılların/kâidelerin vermesi olup, bunların ifade edilişi şerhlere göre değişebilmektedir. Attâbî bu kapsamda her bâb başlığının altında, meselâ oruç ve itikâf bâbının orucun itikâfın sıhhat şartı olmasına, yine bayram namazı bâbının sonraki içtihadın ilk içtihadı neshetmesine binâ edildiği[580] yönündeki beyanı üzere *binâ* kavramını kullanmaktadır.[581]

h. İftihâruddin Abdülmuttalib el-Halebî (v. 616/1219)

Kâtip Çelebi'nin, Hasırî'nin hocalarından İftihâruddin Abdülmuttalib'e nisbet ettiği şerhin[582] elimizdeki nüshası Carullah Koleksiyonu 673 numaraya kayıtlı ve toplam 357 varaktan oluşan tek cilt halindedir. Baş tarafında içindekiler kısmı ilaveli ve konular itibariyle -sondan az bir yekûnun eksik olması haricinde- tamdır. Söz konusu şerhin özel bir isminin olup olmadığı gerek kataloglarda gerekse eserin mukaddimesinde kaydedildiğine rastlanmamıştır. Nüshanın uzun bir mukaddimesi vardır, faydalı olacağı düşüncesiyle aşağıda verilmektedir:

> بسم الله الرحمن الرحيم. وبه نستعين. قال الشيخ الفقيه الإمام الحبر العالم الضرير والحامل شيخ المشايخ بقية السلف فخر الأئمة قدوة الأمة تاج الشريعة محي السنة قانع البدعة افتخار الدين إحسان الإسلام ذخر الأنام سيد العلماء ورثة العلماء ذو الشرفين مفتي الفرقين عبد المطلب بن الفضل بن الحسين الهاشمي أسبغ الله ظلاله وضاعف حلاله وأتبع الإسلام بطول حياته وجعل عن دنياه مصولا بنعيم عقباه، الحمد لله الذي نوّر قلوب العلماء بمصابيح الحِكم، وأحلّهم محلّ الأنبياء في سالف الأمم، وجعلهم أعلامًا يُهتدى بهم في مسالك الجهالات ونجومًا يُستضاء بأنوار أفكارهم في ظلمات الشبهات ووصف علوّ مراتبهم في محكم الآيات، فقال عز من قائل يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات علّم أول الأصفياء الأسماء ومنّ بالتعليم على خاتم الأنبياء، فقال سبحانه وتعالى: ﴿وعلّمك ما لم تكن تعلم وكان فضل الله عليك عظيما﴾. فالحمد لله الذي هدانا إلى بالغ حكمه وأولانا سوابغ نعمه حمدًا نستفيد به رضوانه ويستزيد به إحسانه، والصلاة والسلام على المبعوث بشيرًا ونذيرًا وداعيًا إلى الله بإذنه وسراجًا منيرًا متحمّلِ أعباء الرسالة وشافي أدواء الضلالة صلاةً تكافي حسن بلائه وتضاهي سابق عناية وتقضي فرض طاعته وتقتضي فضل شفاعته، وعلى آله وأصحابه مصابيح الظلم وينابيع الحكم وسلم تسليمًا كثيرًا. أما بعد فإنّ أولى ما أُعلمت فيه القرائح وغلّقت به للأفكار اللواقح، بعد معرفة المعبود الأزليّ الذات والصفات المنزّه عن الكيفيّة والجهات، علم الشرائع التي بها يتمكّن المكلّف من أداء فرض العبادة، ويسموا بها إلى أعلى درجات السعادة، فإن العقول فان استقلت بإدراك لزوم ذواتها فقد تقاصرت عن الوقوف على هيآتها وكيفيّاتها لتقاربها في قضايا العقول وتفاوتها في محل الرضا

[580] Attâbî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 672, 9, 15.
[581] Attâbî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 672, 5, 6, 7, 9.
[582] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 568; Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 60.

والقبول واختلاف حكمها ومعانيها بحسب اختلاف أزمنتها ومعانيها، ولذلك اقتضت الحكمة الإلاهية تجديد الشرائع على حسب ما علم من اختلاف المصالح ليستكمل الممتحنون أسباب السعادة والنجاة ويفوز المطيعون بأسنى الدرجات إلى أن انتهت مدة الرسالة بسيد الأنبياء وختمت الشرائع بشؤيعته البيضاء، فجعل الله قوام شريعته ونظام ملّته بالعلماء الفقهاء من أمّته الحافظين لشريعته فألهمهم بنور هدايته وتوفيقه ورأفته صرف أعنّة الاهتمام إلى معرفة الأحكام وميز الحلال من الحرام بما نصب لهم عليها من الدلائل والأعلام، فانضا الأولون مطائا للأفكار واستخرجوا لطائف للأسرار وفازوا بمرتبة الاجتهاد وحازوا قصب السبق في نيل المراد وأفاضوا مما حباهم الله به من النعم والمنن على من تأخّر عنهم في لأعصار والزمن يوضع المسائل الفقهية وإحكام أحكام النوازل الدينية وأكثروا التصانيف في هذا الباب حتى أتى محمد بن الحسن الشيباني بالحكمة وفصل الخطاب في وضع كتاب الجامع الكبير الذي لم يُسبق بمثله ولم يأت مَن بعده بشكله فاجتهدوا مقيدين بآثاره مهتدين بأنواره في شرح مسائله والتدقيق في تحقيق دلائله فمنهم من أطلق عنان البيان فأعجز ومنهم من شمّر ذيل التبيان فأوجز ولن يكاد المتأخّر يدرك شأن والمتقدم في الإعجاز والانجاز فضلًا عن الطمع في الزيادة عليه، لكن الهمم لمّا تقاصرت عن تحصيل الشروح البسيطة وقصرت الأفهام عن درك المعاني المودعة في الألفاظ الوجيزة. أحببتُ أن يكون الشرح لهذا الكتاب شرحًا وسيطًا لا وجيزًا ينقلب بصر بصائر الأفكار عنه حسيرًا ولا بسيطًا، ترى نواظر الخواطر حفظه عسيرًا فشرعت في هذا الكتاب سالكًا طريق الاقتصاد في إيجاز مبانيه واستيفاء معانيه اتّباعًا لا اختراعًا ... فائدة عملي ... مقصودي وأملي بذل الجهد في جمع ما فرّقوه وتقريب ما بعّدوه وإيجاز ما طوّلوه وبيان ما أحملوها مع ذكر ما يعرض لي من إشكال أو تقرير أو تغيير لجواب أو سؤال مع اعترافي بقصور البضاعة وعدم المقدم في الصناعة ولن يُعدم من بذل جهده في أمر الدين وقصد نفعه ونفع المسلمين من الله سبحانه توفيقًا وهدايةً ولطفًا وعنايةً، نسأل الكريم أن يوفقنا للصواب ويفسح في الأجل لإتمام الكتاب وجعله ذخرًا ليوم المعاد ولسان صدق في العباد ويعصمنا عن الخطأ والزلل في القول والعمل واستعن الله العظيم أنه هو الغفور الرحيم.[583]

Şârih, İmâm Muhammed ve eserine övgüler sunarak, İmâm Muhammed'in bir dönüm noktası olduğunu belirtmenin yanı sıra şârih eserin diğer şârihlerine isim vermeden eleştirilerde bulunmaktadır. Birilerinin şerhi çok kısa tutarak metindeki ibârelerin anlamlarını körelttiğini, bazılarının da şerhi uzatarak manâları uzaklaştırdığını, kendi şerhinin de ne uzun ne kısa orta hacimde olacağını, zorlaştırmadan ve daraltmadan ibâretlerin maksatlarını vermeyi hedeflediğini ifade etmektedir.

İftihâruddin Abdülmuttalib kendisinden önceki birikimden yararlanarak şârihlerden alıntılar yaptığı[584] ve zaman zaman bâb içerisindeki meseleleri fasıl olarak temyîz ettiği görülmektedir.[585] Ayrıca *asl* ifadesinin kullanımında iltizam eden şârihlerden olup, çoğu kez bir bâb içerisinde birçok asıl kullanarak, ilk asılda sonra kullandığı kâide ve ilkeler için "أصل آخر" ifadesini zikretmektedir.

[583] İftihâruddin Abdülmuttalib, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 673, 1[b].
[584] İftihâruddin Abdülmuttalib, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 673, 81.
[585] İftihâruddin Abdülmuttalib, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 673, 17, 18.

i. Burhânuddin Mahmûd b. Ahmed (v. 616/1219)

Burhânuddin Mahmûd b. Ahmed'e nisbet edilen şerhin[586] elimizdeki nüshası Karaçelebizâde Koleksiyonu 117 numarasına kayıtlı ve toplam 173 varaktan oluşmaktadır. Söz konusu nüshanın ikinci cilde ait olduğu tahmin edilmektedir. Şehâdât bölümünün beşinci bâb başlığına dair bir meselenin devamı ile başlayan nüsha, büyû' bölümünün yirmi sekizinci bâb başlığının altındaki meselelerle son bulmaktadır. Şerhin özel bir isminin olup olmadığı gerek kataloglardan gerekse eserin mukaddimesi eksik olmasından ötürü tespit edilememiştir.

el-Câmi'u'l-kebîr şerhlerinin temel ortak hususiyetleri, teorik temellendirmek amacıyla meselelerin dayandığı asılların/kâidelerin vermesi olup, bunların ifade edilişi şerhlere göre değişebileceği belirtilmişti. Burhânuddin Mahmud b. Ahmed'in şerhinde bu kapsamda her bâb başlığının akabinde ilk genel kâideyi *asl* olarak belirtip, ilgili bâb içerisinde verilen diğer asılları da *harf ahar*/حرف آخر şeklinde yaygın bir kullanımı olmuştur. Alauddin es-Semerkandî ve Hasırî'nin şerhlerinde de aynı husus görülmektedir.

j. Cemâlüddin el-Hasırî (v. 636/1238)

Kâtip Çelebi'nin, Hasırî'ye nisbet ettiği şerhin[587] elimizdeki dört ciltten oluşan nüshası, Ragıp Paşa Koleksiyonu 514-515-516-517 numaralarına kayıtlı olup, toplam 1333 varaktan oluşmaktadır. Baş tarafında içindekiler kısmı ilaveli ve konular itibariyle tamdır. Hasırî'nin şerhi, *el-Câmi'u'l-kebîr* şerhleri arasında tespit edebildiğimiz kadarıyla en fazla yazma nüshası olan şerh, müellif için de belki *el-Câmi'u'l-kebîr*'in şârihleri içinde *el-Câmi'u'l-kebîr*'e en özel ilgisi olan şârih olduğu söylenebilir. Çünkü esere *el-Vecîz* diye isimlendirdiği muhtasar şerhinin yanı sıra toplam dört ciltten oluşan *et-Tahrîr* isminde olan mufassal bir şerh daha telif etmiştir. Şerh gerek değerlendirmeler gerekse dil açısından üst ve gelişmiş bir dile sahiptir.

---

[586] Şeybânî, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. el-Efgânî, s. 4; Ahmet Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, s. 97.

[587] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 568; Brockelmann, *GAL*, I, 178; Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 61.

Telif sebebine de değindiği ve *el-Vecîz*'den sonra kaleme aldığı anlaşılan *et-Tahrîr*'in mukaddimesi şöyledir:

> يقول العبد الضعيف المفتقر إلى رحمته محمود بن أحمد بن عبد السيد الحصيري رحمه الله: كنت شرحتُ هذا الكتاب من غير إطناب ولا إسهاب، بل هو صغير الحجم، كبير العلم، كثير المسائل، وافر الدلائل غير أنه موجز غاية الإيجاز. وكان مَن تقدّمني من الأئمة والسادة المشهورين الماضين رضوان الله عليهم أجمعين قد شرحوا هذا الكتاب شروحًا لا منتهى لعددها ولا ضابط لمددها غير أنّ منهم من طوّل غاية التطويل ومنهم من أجمل عند الحاجة إلى التفصيل ومنهم من اعتنى بالأمرين جميعًا غير أنّه لا يبالغ في التحقيق ولا يلزم الترتيب والتلفيق، فسألني[588] من وجبت إجابته وحسُنت طريقته وقويت فِطنته وعلَت همّته إلى تحصيل الأمور الدينية والمناصب الدنيوية أن أكتب له ثانيًا شرح الجامع الكبير المشتمل على كل علم شريف خطير محرّرًا لمعانيه ومقرّرًا لمبانيه وأن أضمّ إليه ما في الكتب من أجناسه ليكون ذلك تسهيلًا لاقتباسه وتشييدًا لأساسه وأن أوضح المسائل الحسابيّات بكثرة الطرق وتوسعة العبارات وأن أحقّق المسائل الخلافيات ومواضع الاختيارات بالأدلة المطوّلات والعبارات المحررات، فأجبته إلى مراده وجلّيتُ عنه صدى فؤاده رجاء الأجر الجزيل والذكر الجميل، وسمّيتُه "التحرير في شرح الجامع الكبير"، والله والموفّق لإتمامه والمسهّل لاختتامه، وهو حسبنا ونعم الوكيل.[589]

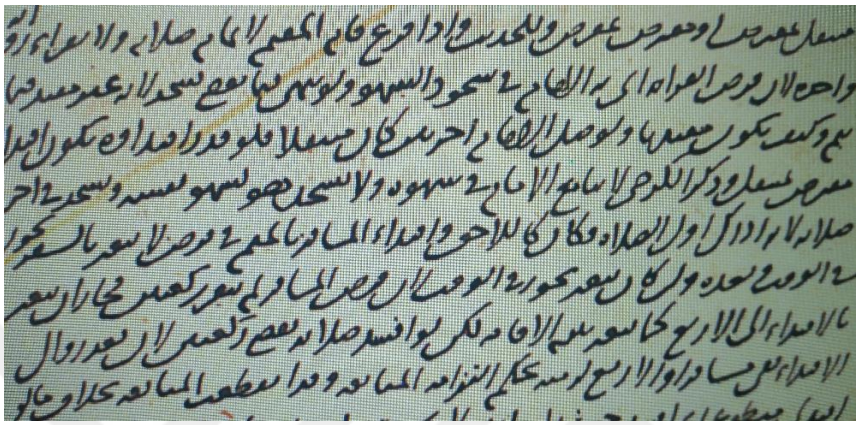
Hasırî'nin *el-Câmi'u'l-kebîr*'e yazdığı iki şerhi vardır, ilki muhtasar olarak kaleme aldığı *el-Vecîz* (/*el-Muhtasar*) ve sonra daha mufassal ve uzun olarak kaleme aldığı *et-Tahrîr*'dir. Bu iki eser diğer *el-Câmi'u'l-kebîr* şerhleri arasında müstakil başlık taşıyan ender eserlerdendir. Ashâbu't-tercihten addedilen Hasırî, İmâm Muhammed'den rivâyet edilen görüşleri tercih ve bunu gerekçelendirme konusunda özenli davrandığı görülmektedir. *et-Tahrîr* kavâid hususunda daha ön plana çıkmaktadır. Hasırî'nin *el-Vecîz* eserinde ifade ettiğine göre kendisinden önce telif edilen diğer şerhler arasında en fazla istifade ettiği şerh Semerkandî'nin şerhidir.[590] Hasırî her iki şerhinde de asaleten ve illeten toplam dörtyüzden fazla kâide zikretmiştir.[591] Hasırî'nin *et-Tahrîr*'i hakkında başka bir husus da kendisinden önceki birikimden yararlandığını ve şârihlerden alıntılar yaptığının görülmesidir.[592]

k. İbn Kâdî el-Asker (v. 651/1252)

Keşfü'z-zünûn'da İbn Kâdî el-Asker lakabıyla bilinen Ebû'l-Hasan Ali b. Halil'e nisbet edilen şerhin[593] elimizdeki iki ciltten oluşan nüshası, Hz. Halid

[588] el-Meliku'l-Muazzam İsâ el-Eyyûbî.
[589] Hasırî, *Tahrîr*, Ragıp Paşa, nr. 514, I, 1[b].
[590] Nedvî, *Kavâid*, s. 65-66.
[591] Nedvî, *Kavâid*, s. 121.
[592] Hasırî, *Tahrîr*, Ragıp Paşa, nr. 514, I, 22; Nedvî, *Kavâid*,
[593] Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 569; Brockelmann, *GAL*, I, 178; Fuad Sezgin, *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, I/III, 60.

Koleksiyonu 90 ve 92 numaralarına kayıtlı ve tam olup, toplam 593 varaktan oluşmaktadır. Şerhin özel ismi yazma nüshalarında *et-Teysîr fi Şerhi'l-Câmi'i'l-kebîr* geçmektedir. Söz konusu nüshada neredeyse hiçbir harekenin olmaması nedeniyle okumak güçleşmektedir.



Şerhin önemli hususlara temas eden mukaddimesi şöyledir:

بسم الله الرحمن الرحيم. يقول العبد الفقير إلى الله تعالى المستغفر لخطياته الراجي عفوانه عن سيئاته مؤلف هذا الكتاب علي بن خليل بن علي الحسين الحنفي. أما بعد حمدًا لله على ما عم من نعمائهوخص من لطفه وهداه وإخلاص شهادة لي أن لا إلى إلا الله عدة للقائه والصلاة على محمد خاتم رسله وأنبيائه. فإن الجامع الكبير لما جل قدره ودقت معانيه، وانقرض من كان يرجع إليه في مشكله فيندر ووجدت شروحه بين موجز لا يقف الطالب على نعماه ومطول يحول الساع دون منتهاه إذ كان اعتماد أولئك الشارحين على ذكره المشايخ المرشدين وقوة رغبات الطالبين، فكان توضيح المختصرات مع مراجعتهم قوة الاستحضار لمراجعها بالتكرار وتقصر مشاقة المطولات .... الدواعي والرغباتيتجلب من تصانيفهم شرحًا لا يبلغ من انجازه حد الإبهام ولا ينتهي لإطالته إلى غاية الإسآم، وإذ لم يكن لي مقصد سوى تقريب منالله من الراغب وتيسير إدراك معانيه على الطالب، سمّيته التيسير لمعاني الجامع الكبير منتخبًا إيضاح قواعده وفروقه راجيًا من الله تعالى الامداد بتوفيقه.[594]

Müellifin mukaddimede belirttiğine göre eserin telif amacı okuyucuya örnekleri somutlaştırmak, *el-Câmi'u'l-kebîr*'deki ibârelerin anlamını ve idrakini kolaylaştırmak, kâidelerini ve furûkunu izah etmektir.

2. *el-Câmi'u'l-kebîr* Şerhlerinin Mukayesesi

Şerhlerin genel bir değerlendirilmesi ve tanıtımından sonra ulaşılabildiğimiz şerhlerin şekil, muhteva ve üslup açısından mukayesesi hedeflenmektedir. Bu

[594] İbn Kâdî el-Asker, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Hz. Halid, nr. 90, I, 1[b].

unsurların karşılaştırılması ile şârihlerin bağlı bulundukları ekol ya da coğrafya ve telif gelenekleri de *el-Câmi'u'l-kebîr*'in şerhleri özelinde ortaya çıkmış olacaktır.

Cessâs'tan önce Kerhî, Tahâvî, Ebû'l-Leys es-Semerkandî gibi isimler *el-Câmi'u'l-kebîr* şerhi telif etmiş olsa da, bu şerhler elimizde olmadığından incelenemeyip, Cessâs'ın şerhi önceki şerhlerle kıyaslanamamaktadır. Ancak Cessâs'tan sonra telif edilen ve daha önce tanıtımı yapılmış olan on bir şerh bu mukayeseye dâhil edilebilerek, şerhlerin elimizdeki nüshalarında ortak olarak yer alan kitâb ve bâb başlıklarından örneklerle izah edilmeye çalışılacaktır.

a. İç Tasnif/Şekil Açısından

Söz konusu eserlerin, metin odaklı bir yazım türü olan şerh türüne ait olması elbette eserleri büyük oranda metinde mevcut olan iç tasnif ve tertibe bağlı kalmayı gerektirmektedir. Bu nedenle bütün şerhlerde örneğin yeminler zekâttan sonra, nikâh da yeminlerden sonra yer almaktadır. Şerhlerin bâb başlıkları *el-Câmi'u'l-kebîr*'in başlıklarına genel olarak mutabık olmakla beraber, başlıklarda ekleme, çıkarma, kelime müradifi kullanma, detaylandırma gibi tasarruflarda bulunulmuştur. Ancak elimizdeki şerhlerin nüshalarında *el-Câmi'u'l-kebîr*'den farklı olarak şu farklılıklar gözlemlenmiştir:

Alauddin es-Semerkandî'nin şerhinde oruç ve itikâf konusundan sonra zekât konusu başlıklandırılmadan direkt olarak *Bâbu Zekâti't-ta'âm* başlığına geçilmiş olup,[595] Pezdevî'nin şerhinde de -müstensih kaynaklı olması da muhtemel olarak- *Bâbu's-Sâlât* ve *Bâbu'l-Müstehâza* başlıkları yer almamıştır.[596] Yine ilk başlık olan *Bâbu's-Sâlât* başlığının İbn Kâdî el-Asker[597] ve Kirmânî'nin[598] şerhlerinde *Kitâbu's-Sâlât* şeklindeki ifade edilmesi de şerhlerin iç tasnif farklılıklarındandır. *el-Câmi'u'l-kebîr*'de *bâb* başlığıyla verilen ibadât konularından *Bâbu's-Savm ve'l-i'tikâf* alt

[595] Alauddin es-Semerkandî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Süleymaniye Kol., nr. 462, I, 10.
[596] Pezdevî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr,* Kastamonu, nr. 3530, I, 1-6.
[597] İbn Kâdî el-Asker, *et-Teysîr fi Şerhi'l-Câmi'i'l-kebîr,* Hz. Halid, nr. 90, I, 3.
[598] Kirmânî, *Nüketu'l-câmi'i'l-kebîr,* Fatih, nr. 1554, I, 2.

bölümü, İbn Kâdî el-Asker'in şerhinde *Kitâbu's-Savm ve'l-i'tikâf* olarak geçmektedir.[599]

Başka bir şeklî farklılık da bazı şerhlerde *el-Câmi'u'l-kebîr*'de ibadât konularının genelde *bâb* başlığıyla verilmesinden dolayı olsa gerek ki zekât bölümüne de *kitâb* başlığı ilavesiz olarak geçilmektedir.[600] Aynı husus bazı şerhlerin hac ile alakalı bazı meseleleri içeren menâsik,[601] kazâ,[602] damân[603] bölümlerinde de görülmektedir. İsbicâbî'nin şerhinde *Kitâbu'l-Kazâ* ve *Kitâbu'd-Damân* bölümleri de -müstensih kaynaklı olması da muhtemel olarak- *kitâb* başlığı olmadan verilmiş olup, direkt olarak bâb başlığı ile başlamıştır.[604]

Şerhlerdeki iç tasnif farklılıklarından biri de, *el-Câmi'u'l-kebîr*'de *Kitâbu'ş-Şehâdât* bölümü içerisinde işlenen şahitlikten rücû etme ile ilgili olan yedi bâb başlığını cem etmek için bazı şerhlerde müstakil bir *Kitâbu'r-Rücû ani'ş-şehâdât* bölümü icad edilmiştir.[605] Kirmânî'nin *en-Nüket*'inde *Kitâbu'l-İkrâr*'ı *Ebvâbu'l İkrâr*,[606] *Kitâbu'ş-Şehâdât*'ı *Ebvâbu'ş-Şehâdât*,[607] *Kitâbu'l-Vekâlet*'i *Ebvâbu'l-Vekâlet*,[608] *Kitâbu'l-Mudârebe*'yi *Ebvâbu'l-Mudârebe*,[609] *Kitâbu'l-Cinâyât*'ı *Ebvâbu'l-Cinâyât*[610] olarak başlıklandırılmasının yanı sıra *Kitâbu'l-Havale ve'l-kefâlet*[611] ile *Kitâbu's-Sulh*[612] başlıklarının yer almaması hususunda da diğer şerhlerden şeklen ayrışması olmuştur. Kirmânî'nin şerhi ile alakalı başka bir husus da;

---

599 İbn Kâdî el-Asker, *et-Teysir fi Şerhi'l-Câmi'i'l-kebîr*, Hz. Halid, nr. 90, I, 10.
600 Pezdevî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Kastamonu, nr. 3530, I, 12; Alauddin es-Semerkandî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Süleymaniye, nr. 462, I, 10; İsbicâbî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Murad Molla, nr. 858, I, 15.
601 İsbicâbî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Murad Molla, nr. 858, I, 201; Kirmânî, *Nüketu'l-câmi'i'l-kebîr*, Fatih, nr. 1554, I, 180.
602 Kirmânî, *Nüketu'l-câmi'i'l-kebîr*, Fatih, nr. 1554, I, 185.
603 Kirmânî, *Nüketu'l-câmi'i'l-kebîr*, Fatih, nr. 1554, I, 188.
604 İsbicâbî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Murad Molla, nr. 858, I, 211, 214.
605 Pezdevî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Kastamonu, nr. 3530, I, 227; Alauddin es-Semerkandî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Süleymaniye, nr. 462, I, 193; İftihâruddin Abdülmuttalib, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 673, 166; İsbicâbî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Murad Molla, nr. 858, I, 186; Sadrüşşehîd İbn Mâze, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Feyzullah, nr. 747, I, 164.
606 Kirmânî, *Nüketu'l-câmi'i'l-kebîr*, Fatih, nr. 1554, I, 122; Molla Çelebi, nr. 41, I, 94.
607 Kirmânî, *Nüketu'l-câmi'i'l-kebîr*, Fatih, nr. 1554, I, 143; Molla Çelebi, nr. 41, I, 111.
608 Kirmânî, *Nüketu'l-câmi'i'l-kebîr*, Fatih, nr. 1554, I, 283.
609 Kirmânî, *Nüketu'l-câmi'i'l-kebîr*, Fatih, nr. 1554, I, 303.
610 Kirmânî, *Nüketu'l-câmi'i'l-kebîr*, Fatih, nr. 1554, I, 312.
611 Kirmânî, *Nüketu'l-câmi'i'l-kebîr*, Fatih, nr. 1554, I, 295.
612 Kirmânî, *Nüketu'l-câmi'i'l-kebîr*, Fatih, nr. 1554, I, 299.

Kitâbu'l-Cinâyât bölümü içinde incelenen *Bâbu's-Siyer* alt başlığının *Kitâbu's-Siyer* olarak başlıklandırılıp, müstakil bir bölüm olarak ele alınmasıdır.[613] Attâbî'nin şerhinde *Kitâbu's-Sulh* bölümünün bâb başlıkları *Kitâbu'l-Havâle ve'l-kefâle* bölümü içerisinde yer almıştır[614].

el-Câmi'u'l-kebîr'de *Kitâbu'l-İcâre* olarak verilen bölüm başlığı bazı şerhlerde *Kitâbu'l-İcârât* olarak çoğul formunda,[615] *Kitâbu'ş-Şehâdât*'ın da *Kitâbu'ş-Şehâdet* olarak müfred formunda[616] verildiği görülmektedir. Başlık lafızlarına dair başka bir husus ise ana metin itibariyle *Kitâbu'd-Davâ* olan bölüm başlığı bazı şerhlerde dava ve beyyine arasındaki güçlü irtibattan dolayı *Kitâbu'd-Davâ ve'l-beyyinât* olarak geçmektedir.[617]

el-Câmi'u'l-kebîr'de daha çok *Kitâbu'l-Mudârebe* ve *Kitâbu'l-Cinâyât* bölümleri içinde bulunan bazı bâb başlıklarını Cessâs cem ederek, *Ebvâbun Müteferrika* olarak başlıklandırmıştır. *Ebvâbun Müteferrika* başlığı altındaki tertip ve derlemenin incelenebilen şerhler içerisinde öncelikle Cessâs'ın şerhinde ve ondan sonra telif edilen şerhlerden de Attâbî, İftihâruddin Abdülmuttalib'in şerhlerinde görülmektedir. Ancak bâb başlıkları ile lafiz ve tertiplerde bazı farklılıklar görülmektedir. Elimizdeki şerhlerden *Ebvâbun Müteferrika* bölümü derleyen Cessâs, Attâbî ve İftihâruddin Abdülmuttalib'in şerhlerinde ilgili bölümde müderrec olan bâb başlıklarındaki bu farklılıklar tablo üzerinde aşağıda gösterildiği üzeredir:

شرح افتخار الدين عبد المطالب	شرح العتابي	شرح الجصاص

[613] Kirmânî, *Nüketu'l-câmi'i'l-kebîr*, Fatih, nr. 1554, I, 326.
[614] Attâbî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 674, II, 243.
[615] Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 291[b]; Alauddin es-Semerkandî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Ayasofya, nr. 1219, II, 196; İftihâruddin Abdülmuttalib, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 673, I, 314.
[616] İbn Kâdî el-Asker, *et-Teysîr fi Şerhi'l-Câmi'i'l-kebîr*, Hz. Halid, nr. 90, I, 209.
[617] Pezdevî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Kastamonu, nr. 3530, I, 136; Haherzâde, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Fatih, nr. 1867, II, 280; İbn Kâdî el-Asker, *et-Teysîr fi Şerhi'l-câmi'i'l-kebîr*, Hz. Halid, nr. 90, I, 143; İftihâruddin Abdülmuttalib, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 673, I, 153; Attâbî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 674, I, 153; İsbicâbî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Murad Molla, nr. 858, I, 118; Kirmânî, *Nüketu'l-câmi'i'l-kebîr*, Fatih, nr. 1554, I, 104; Sadrüşşehîd İbn Mâze, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Feyzullah, nr. 747, I, 105.

باب السرقة	باب السرقة	باب من السلم في الرطب
باب من السير	باب من السير	باب من الدراهم التي خلطها صفر
باب من وديعة المجنون والصبي والعبد المحجور عليه وما يلحقه إذا مات وما لا يلحقه	باب من اختلاف في الغصب مما يدعي صاحب العبد البيع	باب من الضمان في العارية والإجارة
باب من الوديعة التي يقرّ صاحبها بقبض بعضها أو يقر المودع بذلك	باب من وديعة المجنون والصبي والعبد المحجور عليه وما يلحقه إذا مات وما لا يلحقه	باب من الصلح في الكفالة من الكيل والوزن على أقل منه
باب ما يجوز لليتيم أن يفعله إذا أذن له في التجارة	باب من الوديعة التي يقرّ صاحبها بقبض بعضها أو يقر المودع بذلك ثم يموت	باب من المال الذي يكون قرضًا والذي لا يكون
باب الرجل يقضى ببعضه عبدًا ولا يقضى ببعضه	باب ما يجوز لليتيم أن يفعله إذا أذن له في التجارة	باب ما يكون المولى فيه خصمًا عن عبده وما لا يكون
باب من القضاء الذي يكون للوارث إكذابًا للشهود والذي لا يكون إكذابًا وما للوارث والوصي أن يفعلا أو لا يفعلا	باب الرجل يقضى ببعضه عبدًا ولا يقضى ببعضه	باب من وديعة المحجور والصيد المحجور عليه مما يلحقه إذا مات أو لا يلحقه
باب إجازة البائع والمرتهن والغاصب في تعليم العبد	باب من القضاء الذي يكون للوارث إكذابًا للشهود والذي لا يكون إكذابًا وما للوارث والوصي أن يفعلا أو لا يفعلا	باب الوديعة التي يقرّ صاحبها بقبض بعضها أو يقر بذلك المشتري ثم يموت
باب الهبة في المرض	باب إجازة البائع والمرتهن والغاصب في تعليم العبد	باب ما يجوز لليتيم أن يفعله إذا أذن له في التجارة وللولد الصغير
باب الغصب والجناية عليه أو يجنى عليه ثم يغصب	باب الهبة في المرض	باب من القضاء الذي يكون من الوارث إكذابًا للشهود
باب بيع الطعام والغنم ما يزيد من ذلك وما ينقص	باب الغصب والجناية عليه أو يجنى عليه ثم يغصب	باب إجارة البائع والمرتهن والغاصب في تعليم العبد
	باب بيع الطعام والغنم ما يزيد من ذلك وما ينقص	باب الهبة في المرض
		باب من الأيمان

Tabloda görüldüğü üzere üç şârihin de başlıkların seçilmesinde, lafızlarında ve bu başlıkların sıralamasında tasarrufları olmuştur. Bu husus da mezkûr üç şerhi diğer *el-Câmi'u'l-kebîr* şerhlerinden ayıran özelliklerdendir.

Şerhlerin iç tasnifine dair başka bir husus ise bâbların altında yer alan meseleleri "mesele" ve "fasıl" olarak ibraz etme mahsul şerhlerden Cessâs'ın şerhinde ve kendisinden yaklaşık üç asır sonraki şârihlerden İftihâruddin Abdülmuttalib el-Halebî de[618] görülmektedir. Bu da okuyucuya meselelerin birbirinden temyîz edilmesini kolaylaştıran bir husus olup, Cessâs'ın şerhine has özelliklerdendir.

b. İçerik Açısından

el-Câmi'u'l-kebîr şerhlerinin muhteva olarak fukahâ kavillerinin naklî haricinde en temel ortak noktası, teorik temellendirme amacıyla hemen hemen her bâb başlığının altında meselelerin dayandığı asılların/kâidelerin verilmesidir. *Asl* lafzının "أصل الباب" ve "أصله" şeklinde ifade edilmesinin yanında[619] bu minvalde şerhlerin çoğunda *binâ* ve özellikle Alauddin es-Semerkandî, Hasırî, Burhânuddin'nin şerhlerinde sıkça görülen *harf* kavramları ile de ilgili bâbları kapsayan kâide ve prensipler verilmektedir.[620] Şerhlerde asılların bazen birden fazla bâb için geçerli olup, bu asıllara "zikrettiğimiz gibi", "söylediğimiz gibi", "daha önce geçtiği üzere" gibi ifadelerle çokça atıfta bulunulmuştur.[621]

el-Câmi'u'l-kebîr şerhlerinin temel ortak hususiyetleri, teorik temellendirme amacıyla meselelerin dayandığı asılların/kâidelerin verilmesi olup, bunların ifade edilişi şerhlere göre değişebilmektedir. Alauddin es-Semerkandî, Hasırî, Burhânuddin Mahmud b. Ahmed'in şerhlerinde bu kapsamda her bâb başlığının akabinde ilk genel kâideyi *aslu'l-bâb* olarak belirtip, ilgili bâb içerisinde verilen diğer asılları da *harf*

---

618 Örneğin bkz. İftihâruddin Abdülmuttalib, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 673, 17, 18.

619 Örneğin bkz. Burhânuddin Mahmud b. Ahmed, Karaçelebizâde, nr. 117, II, 3, 4; İftihâruddin Abdülmuttalib, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 673, 10, 11.

620 Örneğin bkz. Alauddin es-Semerkandî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Süleymaniye, nr. 462, I, 3, 4, 5; Burhânuddin Mahmud b. Ahmed, Karaçelebizâde, nr. 117, II, 10, 12, 14; Hasırî, *Tahrîr*, Ragıp Paşa, nr. 514, I, 11, 17, 22, 26; Burhânuddin Mahmud b. Ahmed, Karaçelebizâde, nr. 117, II, 3, 4, 10, 12; Kirmânî, *Nüketu'l-câmi'i'l-kebîr*, Fatih, nr. 1554, I, 4; Sadrüşşehîd İbn Mâze, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Feyzullah, nr. 747, I, 87.

621 Örneğin bkz. Alauddin es-Semerkandî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Süleymaniye, nr. 462, I, 118; Burhânuddin Mahmud b. Ahmed, Karaçelebizâde, nr. 117, II, 14

ahar/آخر حرف olarak öne çıkan bir kullanım görülmektedir.[622] Ancak *aslu'l-bâb* haricinde meseleler değerlendirilirken *aslu kavli Ebî Hanîfe*, *aslu kavli Muhammed* şeklindeki kullanım, *harf* kullanımının yoğunluğundan dolayı diğer şerhlere nazaran oldukça azdır.

İftihâruddin Abdülmuttalib'in şerhinde diğer şerhlerden farklı olarak *asl*, *binâ*, *harf* olarak ifade edilen meselelerin dayanakları olan kâidelerin *medâru'l-bâb*/ مدار الباب olarak ifade edilmesidir. Bu ifadeye başka şerhlerde rastlanmayıp, sadece söz konusu şerhte tesadüf edilmiştir.[623]

Şerhlere genellenebilecek başka bir husus da imâmların delil ve gerekçeleri "وجه قول أبي حنيفة / وجه الفرق / وجه المسألة" ibârelerinde olduğu gibi şahsa, kavle veya meseleye nisbet edilerek "vecih"[624] veya "قياس قول أبي يوسف / قياس قول محمد / قياس" şeklindeki kullanımı gibi "kıyâs"[625] ya da "أصل قول أبي حنيفة / أصل قول محمد / أصل المسألة" şeklinde kullanıldığı üzere "asl"[626] kavramlarıyla yönlendirilmiştir. *Kıyâs* ve *vecih* kavramlarının mezhep imâmlarının fer'î meselelerin hükmüne dair görüşleri veya sahabe kavil ve uygulamalarındaki illetlerin tesbit edilip, buna binâen kapsayıcı bir kâidenin icâdıyla söz konusu hükmün başka meselelere de delil teşkil ettiği anlamına gelmektedir.

Mesele ve hükümleri farklı oranlarda kapsayan kâide ve dabıtlarla temellendirmenin yanı sıra bu meseleler arasındaki ortak yönleri ve benzerlikleri ele alırken *eşbâh* ve *nezâir*, farklılıkları ele alırken de *furûk*lar ile irtibat kurma şerhlerin

---

[622] Bu tespit, Ali Ahmed en-Nedvî tarafından Hasırî'nin şerhi özelinde belirtilmiştir. Ancak aynı hususun bahsedilen diğer şerhler için de geçerli olduğu aşikârdır. (Nedvî, *Kavâid*, s. 174.)

[623] Örneğin bkz. İftihâruddin Abdülmuttalib, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 673, 12.

[624] Örneğin bkz. Alauddin es-Semerkandî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Süleymaniye, nr. 462, I, 118; Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Dâru'l-kütübi'l-mısriyye, I, 121[b]; Attâbî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 672, 113; İsbicâbî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Murad Molla, nr. 858, I, 22; Kirmânî, *Nüketu'l-câmi'i'l-kebîr*, Fatih, nr. 1554, I, 6; Pezdevî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Kastamonu, nr. 3530, I, 10.

[625] Örneğin bkz. Burhânuddin Mahmud b. Ahmed, Karaçelebizâde, nr. 117, II, 21; Hasırî, *Tahrîr*, Ragıp Paşa, nr. 514, I, 11, 135; İftihâruddin Abdülmuttalib, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 673, 81; İsbicâbî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Murad Molla, nr. 858, I, 19; Sadrüşşehîd İbn Mâze, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Feyzullah, nr. 747, I, 87.

[626] Örneğin bkz. Alauddin es-Semerkandî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Süleymaniye, nr. 462, I, 91; Attâbî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 672, 9, 14; Hasırî, *Tahrîr*, Ragıp Paşa, nr. 514, I, 7; Sadrüşşehîd İbn Mâze, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Feyzullah, nr. 747, I, 86, 87.

genelinde görülmektedir.[627] Ancak incelenen şerhler arasında *furûk* konusunda dikkat çeken bir hususu burada belirtmek gerekir, o da Sadrüşşehîd İbn Maze şerhinde bâb başlıklarının hemen akabinde bazen asılları verirken, bazen de "أورد الباب ليفرّق بين دن قوي وبين دين ضعيف، ويفرّق بين مال بمال وبين مبادلة مال بما ليس بمال" örneğinde olduğu gibi farkları belirterek aslında eserinin furûk merkezli bir kavâid düşüncesinde rol alarak *el-Câmi'u'l-kebîr* şerhleri içinde hususiyet kazanmıştır.[628] Ayrıca zaman zaman da bâb içindeki meselelerin dayandıkları asılları "... الباب يبتني على أصول منها" ibâresinde olduğu gibi baştan ve peşinen vermektedir.[629]

Mezhep imâmlarının ve mezhepteki diğer fakîhlerin görüşlerinin yanı sıra gerek mezhep içi gerekse mezhepler arası muhalefete de şerhlerde yer verildiği görülmektedir. Mezhep içinde İsâ b. Ebân,[630] Ali b. el-Hasan er-Râzî,[631] Ebû Hâzim[632] gibi isimlerin yanı sıra mezhepler arası zeminde İmâm Şafiî, İmâm Mâlik gibi fakîhlerin[633] muhalefetleri ve ayrıca teyitleri de belirtilmektedir.

Şerhlerde aktarılan görüşlerin esasî delillerinin naklî deliller olmasıyla beraber, *el-Câmi'u'l-kebîr* şerhlerinin kavâid beyanı hususunda temeyyüz ettiği ifade edilmişti. Bunun haricinde icmâ, istihsân, kıyâs, örf gibi şer'î delillerle temellendirilmiş olup,[634]

---

[627] Örneğin bkz. Alauddin es-Semerkandî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Süleymaniye, nr. 462, I, 15, 118, 120, 121, 126; Attâbî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 672, 9, 14; Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Dâru'l-kütübi'l-mısriyye, I, 57[b]; Attâbî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 672, 113; Hasırî, *Tahrîr*, Ragıp Paşa, nr. 514, I, 23, 133; İftihâruddin Abdülmuttalib, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 673, 14, 18, 83; İsbicâbî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Murad Molla, nr. 858, I, 16; Sadrüşşehîd İbn Mâze, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Feyzullah, nr. 747, I, 86.

[628] Bkz. Sadrüşşehîd İbn Mâze, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Feyzullah, nr. 747, I, 3, 4, 10, 11, 17, 18.

[629] Örneğin bkz. Sadrüşşehîd İbn Mâze, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Feyzullah, nr. 747, I, 19.

[630] Örneğin bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Dâru'l-kütübi'l-mısriyye, I, 59[a]; Attâbî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 672, 21-22, 197; İftihâruddin Abdülmuttalib, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 673, 10; Kirmânî, *Nüketu'l-câmi'i'l-kebîr*, Fatih, nr. 1554, I, 3, 15.

[631] Örneğin bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Dâru'l-kütübi'l-mısriyye, I, 61[b]; Kirmânî, *Nüketu'l-câmi'i'l-kebîr*, Fatih, nr. 1554, I, 19.

[632] Örneğin bkz. İftihâruddin Abdülmuttalib, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 673, 18.

[633] Örneğin bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Dâru'l-kütübi'l-mısriyye, I, 15[b]; Attâbî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 672, 110; Hasırî, *Tahrîr*, Ragıp Paşa, nr. 514, I, 20, 22; İsbicâbî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Murad Molla, nr. 858, I, 5; Pezdevî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Kastamonu, nr. 3530, I, 3.

[634] Örneğin bkz. Alauddin es-Semerkandî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Süleymaniye, nr. 462, I, 5, 6, 8, 10; Attâbî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 672, 6, 8, 12; Burhânuddin Mahmud b. Ahmed, Karaçelebizâde, nr. 117, II, 7, 20, 21; Hasırî, *Tahrîr*, Ragıp Paşa, nr. 514, I, 134; İftihâruddin Abdülmuttalib, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 673, 88; Kirmânî, *Nüketu'l-câmi'i'l-kebîr*, Fatih, nr. 1554, I, 4, 14; Pezdevî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Kastamonu, nr. 3530, I, 2, 4; Sadrüşşehîd İbn Mâze, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Feyzullah, nr. 747, I, 86.

zengin bir delil ağı bulunmaktadır. Zaruret ve ihtiyaç durumlarından dolayı kıyâsın terkedilip, istihsânın esas alınması gibi mezhebin usûlüne paralel olarak deliller arası tercihler de şerhlerde beyan edilmiştir.[635] Yine meselelerde söz konusu olan hakların mahiyeti ve sağladığı yararın genel veya özel oluşu, değişebilirlik veya değişemezlik, teabbudî olup olmaması bakımından "Allah hakkı" ve "kul hakkı" ayrımının da şerhlerde zaman zaman kullanıldığı görülmektedir.[636]

Şârihler mezhebin müessis imâmlarının görüşlerini aktarmada zâhir-nâdir ayrımına dikkat ettikleri böylece sadece imâmların görüşlerini nakletmekle kalmayarak, fukahânın son ve rivâyet açısından en doğru görüşlerini de tespit ederek belirtmeye çalışmıştır. Bu kapsamda nâdir-zâhir kavramlarının[637] yanı sıra şârihler, imâmların birden fazla görüşünün olduğu meselelerde nihaî görüşlerini ifade etmek için *mezheb* kavramını da "مذهب أبي حنيفة" ve "مذهب أبي يوسف" şeklinde olduğu gibi kullanmışlardır.[638]

Cessâs'ın kendisinden sonra gelen *el-Câmi'u'l-kebîr* şârihlerine kazandırdıkları arasında; dört cilt halinde kaleme aldığı uzun şerhinin hem içerik hem üslup açısından örnek olmasıdır. Teorik olarak güçlü ve zengin bir alt yapısı olan Cessâs'ın şerhi aynı zamanda bağlı olduğu Irak Hanefî ekolünün önemli temsilcilerinden Ebû'l-Hasan el-Kerhî'nin görüşlerini aktaran yegâne kaynaklardandır. Hemen hemen her meselede hocası Kerhî'nin görüşlerine yer veren ve tercihlerini de daha çok onun görüşlerinden yana yapan Cessâs, kendisinden

---

635 Örneğin bkz. Alauddin es-Semerkandî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Süleymaniye, nr. 462, I, 6.

636 Örneğin bkz. Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Dâru'l-kütübi'l-mısriyye, II, 23[b]; Alauddin es-Semerkandî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Süleymaniye, nr. 462, I, 11, 122; Burhânuddin Mahmud b. Ahmed, Karaçelebizâde, nr. 117, II, 21; Hasırî, *Tahrîr*, Ragıp Paşa, nr. 514, I, 20; Pezdevî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Kastamonu, nr. 3530, I, 6.

637 Alauddin es-Semerkandî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Süleymaniye, nr. 462, I, 8; Attâbî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 672, 8, 9, 20; Burhânuddin Mahmud b. Ahmed, Karaçelebizâde, nr. 117, II, 13; İftihâruddin Abdülmuttalib, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 673, 16; İsbicâbî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Murad Molla, nr. 858, I, 21; Kirmânî, *Nüketu'l-câmi'i'l-kebîr*, Fatih, nr. 1554, I, 15; Pezdevî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Kastamonu, nr. 3530, I, 8.

638 Örneğin bkz. Alauddin es-Semerkandî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Süleymaniye, nr. 462, I, 7, 90; Kirmânî, *Nüketu'l-câmi'i'l-kebîr*, Fatih, nr. 1554, I, 85.

sonrakilere önemli bir râvi görevi de görmektedir. Cessâs'tan sonra gelen şârihlerin Kerhî'nin görüşlerine ulaşması büyük oranda Cessâs kanalıyla olduğu aşikârdır.[639]

Cessâs bâb başlıklarından sonra genellikle İmâm Muhammed'in kavlini verdikten sonra kendi değerlendirmeleri içerisinde asılları verirken, diğer incelenen şerhlerin tamamında öncelikli olarak asıllar verilmiş ve ilk planda bu asıllar vurgulanmak istenmiştir. Ancak Cessâs ise mesele hakkında öncelikle İmâm Muhammed'in kavlini hatırlatır ve değerlendirme içinde asılları sunarak sanki akademik yazımdaki giriş – gelişme – sonuç kısmına dikkat etmesinden kaynaklı olarak kendi değerlendirmeleri içinde bu asılları harmanlayarak yönlendirmek istemektedir.

Alauddin Semerkandî'nin şerhinde kullanılan "...وحقيقية الفقه ما بيّنا أنّه في الوكالة" ibâresinde geçen ve "anlaşılan, kavranan" anlamında kullanıldığı düşünülen *hakîkatu'l-fıkh* ifadesidir.[640] Diğer şerhlerde tesadüf edilmeyen bu lafız söz konusu şerhin hususî kavramlarından olabilir. Attâbî de *Kitâbu'd-Davâ* bölümünde kendilerinden *el-kudâtü's-selâse* olarak bahsettiği Kâdî Ebû'l-Heysem, Kâdî Ebû Said el-Berdaî ve Kâdî Ebû Hâzim ifadesini kullanarak bir temyîzde bulunmuştur.[641] Diğer şerhlerden farklı olarak Pezdevî'nin şerhinde görülen bir husus da şudur: nakledilen bazı rivâyetlerin Ebû Hanîfe'ye dayandırılmasıdır ki bu da Ebû Hanîfe'nin *Müsned*'inden yararlandığını göstermektedir.[642]

VI/XI. asır şerhlerinden biri olan Kirmânî'nin şerhinde ibâdet konularından olan *Bâbu Salâti'l-'iydeyn ve tekbirât fi eyyami'l-teşrîk* başlığının aslı/kuralını "*rey, Allah'ın hüccetlerinden bir hüccettir*" şeklinde kaydetmiştir.[643] Mahza bir ibâdet konusunun kâidesini Horasanlı şârihin mezkûr kâide olarak vermesi gündemini yansıtması bakımından hayli manidardır.

---

[639] Örneğin bkz. Alauddin es-Semerkandî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Süleymaniye, nr. 462, I, 7, 197; Attâbî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 672, 9, 14; Hasırî, *Tahrîr*, Ragıp Paşa, nr. 514, I, 21.
[640] Alauddin es-Semerkandî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Süleymaniye, nr. 462, I, 118.
[641] Attâbî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 672, 111.
[642] Örneğin bkz. Pezdevî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Kastamonu, nr. 3530, I, 3.
[643] Örneğin bkz. Kirmânî, *Nüketu'l-câmi'i'l-kebîr*, Fatih, nr. 1554, I, 5.

c. Üslup Açısından

Hemen hemen tüm şerhlerde farazî soru kalıbı olan fenkale kalıbı ("فإن قال/فإن قائل") bu eserde sıkça kullanılan ifade tekniklerinden olmuştur.[644] Yine hakikî soruların yanı sıra, hasımlara "أليس" gibi hakikî soru formundaki inkarî soru kalıpları şerhlerde kullanılmıştır. Ayrıca bazı şerhlerde "أنت تعلم", "ألا ترى" ve "أرأيت" şeklindeki[645] veya "ona dedim/قلتُ له" veya "ona sordum/سألتُ لـ" gibi ifadelerinden olan diyalog üslûbunun tipik kalıpları mütedavildir. Ancak incelenen şerhler içerisinde Cessâs'ın şerhi fenkale ve "ela tera" kalıplarının kullanımında diğer şerhler arasında bariz öne çıkmıştır.

Şerhlerde ortak dilin kullanıldığı başka bir husus da; teklifi hüküm ifade eden "أوجبنا", "واجب", "يصح", "جاز", "لا يجوز", "جائز", "لا بأس بها" gibi kalıpların yanı sıra uhrevî cezayı ifade eden ibârelerin kullanımıdır. Şârihler genel olarak "عندي", "*doğru olan bizim görüşümüzdür*", "*doğru olan zâhiru'r rivaye'de zikredilendir*", "*doğru olan burada zikredilendir*", "*en doğru olan da budur*" vb. şeklindeki ifadelerle tercihlerini ortaya koymuşlardır.[646]

Bazı şerhler arasındaki dil yakınlığı dikkat çekicidir. Örneğin aynı coğrafyadan sayılan ve birbirlerinin muasırı olan Alauddin es-Semerkandî ile Attâbî'nin gerek örnek ve değerlendirmeleri gerekse konunun işlendiği hacim itibariyle birbiriyle benzeşmektedir.[647] Başka bir husus ise birçok şerhte zekât oranlarında farsça lafizlar kullanılmasıdır.[648]

---

[644] Örneğin bkz. Burhânuddin Mahmud b. Ahmed, Karaçelebizâde, nr. 117, II, 2, 11; İftihâruddin Abdülmuttalib, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 673, 85.

[645] Örneğin bkz. Alauddin es-Semerkandî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Süleymaniye, nr. 462, I, 122; Attâbî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 672, 9, 19; Hasırî, *Tahrîr*, Ragıp Paşa, nr. 514, I, 23; İftihâruddin Abdülmuttalib, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 673, 14; İsbicâbî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Murad Molla, nr. 858, I, 8; Kirmânî, *Nüketu'l-câmi'i'l-kebîr*, Fatih, nr. 1554, I, 11; Sadrüşşehîd İbn Mâze, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Feyzullah, nr. 747, I, 86, 87.

[646] Örneğin bkz. Alauddin es-Semerkandî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Süleymaniye, nr. 462, I, 16; Burhânuddin Mahmud b. Ahmed, Karaçelebizâde, nr. 117, II, 4, 6; İftihâruddin Abdülmuttalib, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 673, 16; İsbicâbî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Murad Molla, nr. 858, I, 5; Pezdevî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Kastamonu, nr. 3530, I, 4.

[647] Krş. Alauddin es-Semerkandî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Süleymaniye, nr. 462 ve Attâbî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 672.

[648] "وهذا إشارة إلى أنّ ألفين اليسير في العروض ده بتم، وفي الحيوان ده يازده، وفي العقار ده يازده، وقيل: ده داوازده..." (Alauddin es-Semerkandî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Süleymaniye, nr. 462, I, 11; Attâbî, *Şerhu'l-*

Genellikle şârihler okuyucuyu birçok yerde "*şu bâblarda açıklayacağımız gibi*", "*şu kitapta/bölümde geçtiği üzere*" gibi ifadelerle detay ve bağlantı için geçmiş ve gelecek olan kitâb ve bâbalara yönlendirmişlerdir. Yine bu minvalde değerlendirilebilecek konu dışına çıkmamak, gereksiz tekrara düşmemek, sözü uzatmak istemediğine dair ifadeler de kullanmışlardır.

Meseleleri şerhederken örneklendirme, maddeleştirme, kısımlandırma,[649] tarif yapma, bağlantı kurma gibi ifade tekniklerin kullanımı da *el-Câmi'u'l-kebîr* şerhlerinin çoğunda görülmektedir.

Câmi'i'l-kebîr, Carullah, nr. 672, 15; Hasırî, *Tahrîr*, Ragıp Paşa, nr. 514, I, 22; İftihâruddin Abdülmuttalib, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 673, 16; İsbicâbî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Murad Molla, nr. 858, I, 17; Sadrüşşehîd İbn Mâze, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Feyzullah, nr. 747, I, 11)

649 Örneğin bkz. Burhânuddin Mahmud b. Ahmed, Karaçelebizâde, nr. 117, II, 14; İftihâruddin Abdülmuttalib, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Carullah, nr. 673, 83; İsbicâbî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Murad Molla, nr. 858, I, 20; Pezdevî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Kastamonu, nr. 3530, I, 6; Sadrüşşehîd İbn Mâze, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Feyzullah, nr. 747, I, 86.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ŞERHU'L-CÂMİ'İ'L-KEBÎR VE KAİDELEŞTİRME OLGUSU

Cessâs, Şeybânî'nin söz konusu temel fıkıh eserinde ele alınan meselelerle mündemiç olarak bulunan kâideleri, mezhebin yerleşik usûlüne göre fer'î meselelerin kategorilerini belirlemek gayesiyle onları benzeşen ve ayrışan yönleriyle ele alma işlemi olan *tahric*le[650] şerhinde ortaya çıkarmıştır. *el-Câmi'u'l-kebîr* üzerine kronolojik olarak erken bir dönemde kaleme alınan Cessâs'ın şerhi, delillendirme malzemeleri içinde bulunan kâideleştirme hususunda da önem kazanmaktadır.

Bu bölümde önemine ve eserdeki yoğun kullanımına binâen incelenen eserin kavâid ilmiyle olan ilişkisi ele alınacaktır. Bu kapsamda; eserdeki kâidelerin tespiti, bu cihette kullanılan lafızlar, kâidelerin dili ve üslûbu, elimizdeki şerhin kâideleştirme sürecine etkisi gibi hususlara yer verilecektir.

A. Eserde Kâidelerin Tespiti

Usûl, dil, mantık ilimlerinin yanı sıra fıkıh ilminde de fer'î meselelerin birçoğunda geniş ve dar kapsamlı olabilen kâideler yoğun olarak kullanılmıştır. Mezheplerin oluşum süreçlerinin akabinde mezhep fakîhlerinin ürettikleri fıkhî bilginin, önceki otoritelerin görüşleriyle çelişmeyerek tutarlı bir yapı içerisinde olması ve belirli bir sistematik üzere seyretmesi mezhepler için çok önemli olmuştur.[651] Ortaya çıkan yeni meselelerin istikrarlı bir sistem dâhilinde çözüm bulması için mevcut görüşlerin dayandıkları illetlerden hareketle üretilecek olan kâideler mühim bir temel vazifesi görmektedir.

Furû-i fıkıhta çoğunlukla mezhep içi istidlal metodları olarak da kabul edilen *tahric, tercih* ile *ta'lil* işlemlerinde kâidelerden yararlanılmıştır.[652] Fıkhî bilgi üretme şekli olarak tahric, önceki fakîhlerin hakkında görüş belirtmedikleri bir meselede daha sonra gelen fakîhlerin, yine öncekilerin başka konularda esas aldıkları prensipleri

[650] Şükrü Özen, "Furûk", *DİA*, XIII, 224.
[651] Necmettin Kızılkaya, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kâideler*, s. 348-349.
[652] Bkz. Necmettin Kızılkaya, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kâideler*, s. 334-346.

tespit ederek, bunlara binâen yeni meselelere çözüm bulma işlemidir.[653] Bu da tahrice dayalı olarak fikhî bilgi üretmenin fikhî kâide ile yakından irtibatlı olduğu anlamına gelmektedir.

Kâidelerin fıkıhtaki kullanım alanlarından bir diğeri de, vasfen birbirine eşit olan delillerden veya görüşlerden birini, üstün kılan bir karineden hareketle seçmek anlamına gelen tercihtir.[654] Bu karinelerin başında da fikhî kâideler bulunmakta olup, daha çok mezhep içi ihtilaflı olan meselelerde vârid olan görüşlerden tercih edilene dayanak olarak güçlendirme fonksiyonunu üstlenmektedir. Bir başka kullanım da hükümlerin illetlerinin/gerekçelerinin ortaya konması işlemi olan ta'lildir. Müessis fakîhler de dâhil olmak üzere pek çok fakîh illetleri beyan ederken fikhî kâidelere başvurmaktadır.[655] Fıkhî kâidelerin tüm bu işlevleri söz konusu Cessâs'ın şerhinde görülebilmekte olup, kâide anlamında kullanılan lafızlar ele alınırken yeri geldikçe örnekleri aktarılacaktır.

Fıkıh tarihinin erken dönemlerinden itibâren genel ilke/prensip niteliği taşıyan kâidelerin tespiti ve ibrazı önemli olmuştur.[656] Daha sonraki dönemlerde "kâide" olarak istikrar edecek bu kavramın *asl, ez-zâhir, el-mezheb, el-câmi'* gibi pek çok türevi bu minvalde yaygın olarak kullanılmıştır.[657] Bu lafızların haricinde "مذهب أصحابنا ومسائلهم تدل على"[658] gibi kâide ve asıllara delâlet eden dolaylı ifadelerin de kullandığı görülmüştür. Aynı zamanda hükümlerin "من", "ما", "كل" gibi ifadelerle aktarılmaları da kavâid literatürünün nüvelerinden sayılabilmektedir.

Pek çok hükmü bir araya toplayan bu asıllar/kuralların sadece Kitâb ve sünnet naslarından değil, mezhep imâmlarının sözlerinden, benzer hükümler arasındaki ortak

---

653 Necmettin Kızılkaya, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kâideler*, s. 336. Tahric, nasları ve mezhep birikimini, mezhebin usûlüne uygun olarak değerlendirme ve kâideler gibi fikhî enstrümanları kullanarak bir bilgi üretme işlemi olduğundan genel kabule göre bu işlem bir ictihâd türüdür ve bu işlemi yapan da ictihâd ehliyetine sahip olmalıdır. (Tuncay Başoğlu, "Tahrîc", *DİA*, XXXIX, 420-421.)

654 Necmettin Kızılkaya, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kâideler*, s. 341.

655 Bkz. Necmettin Kızılkaya, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kâideler*, s. 343-346.

656 Irak Hanefî ekolünün en önemli isimlerinden olan Kerhî'nin fıkıh kâidelerinden ibâret olan usûl risâlesi (*Risâle fi 'l-usûl*) de türünün ilk müstakil öncü eserlerindendir.

657 Nemettin Kızılkaya, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kâideler*, s. 64.

658 Cessâs, *Şerhu 'l-Câmi 'i 'l-kebîr*, II, 97[a].

manâdan, Şâri'in maksatlarından, mantıksal zorunluluklardan ve hatta darbı mesellerden de[659] istifade edilmektedir. Kaviller içerisinde "genel ilke ve kâide" niteliği taşıyanlar tespit edilip, diğer meselelerin çözümünde tahric edilen bu asıllar kullanılmaktadır. Fer'î meselelerin birçoğunun delillendirilmesinde fikhî kâideler önemli bir yer teşkil etmektedir. Fıkıh ilminin fer'î meseleleri etrafında gelişen bilimsel tartışmaların daha sonra fıkıh meselelerini yöneten ilkelere dönüşmesinde etkisi büyüktür. Bu da mezhebin furû doktrininin ve fıkıh teorisinin olgunlaşması anlamını taşıyordu.

Tespit edilebildiği kadarıyla, kâidelerin yoğun olarak kullanıldığı *el-Câmi'u'l-kebîr* şerhlerinde kavâid kullanımı hususunda umumen *ta'sil* adı verilen metot hâkimdir. Bu da fikhî asılların/kuralların bâb alt başlığı altında belirtilip, sonrasında ele alınan meselelerin o mezkûr asla atfedilerek temellendirilmesi metodudur.[660] Aslında bu yöntem furû-i fıkıh eserlerinden daha çok müstakil kavâid eserlerinde izlenen bir metottur.[661] *el-Câmi'u'l-kebîr* şerhlerinde yer alan konularla alakalı meselelerde İmâm Muhammed'den aktarılan görüşler kâide ve dabıtlara ircâ etmek şeklindedir. Böylece ele alınan meselelerin, hemen hemen her bâb başlığının altında ve genellikle İmâm Muhammed'in kavlinden hemen sonra verilen asılların üzerine binâ edildiği adeta ispatlanmaya çalışılmaktadır. Zaman zaman Cessâs bir bâbı birden fazla asılla da değerlendirmektedir.[662] Ayrıca genellikle mesele ve asıl/kâide arasındaki irtibata da şerhte açık bir şekilde değinmektedir.

Fıkıh tarihi seyri içerisinde bir kavram olarak *kâide*nin literatüre yerleşmesinden -ki bu VIII/XIV. yüzyıla rastlamaktadır[663]- önce bu manâda kullanılan farklı lafız ve ifade biçimleri olmuştur. Eserde vârid olan kâide ve dabıtlardan bazıları tablo halinde az sonra verilecek olup, bu prensipler daha yakından görülmüş olacaktır. Sonrasında bu lafızların neler olduğu ve nasıl kullanıldığı gibi hususlara temas edilecektir.

---

[659] Örneğin "الأمر إذا ضاق اتسع" kâidesinde olduğu gibi.

[660] Necmettin Kızılkaya, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kâideler*, s. 347-348; Nedvî, *Kavâid*, 138-172.

[661] Necmettin Kızılkaya, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kâideler*, s. 348.

[662] "قال أبو بكر: أحد أصول هذا الباب" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 63[a].)

[663] Necmettin Kızılkaya, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kâideler*, s. 65.

الشيء لا ينافي نفسه	Bir şey kendisiyle çelişemez
طريقة الاجتهاد وسبيل الحكم فيه بأغلب الرأي	İctihad ve hüküm çoğunluğun reyiyle vaki olur
اتّفاق الحكمين مع اختلاف العلّتين غير ممتنع	İki ayrı illetle iki hükmün aynı olması imkânsız değildir
الحدود التي هي حق لله تعالى خالصًا لا حقّ لآدمي فيها	Mahza Allah hakkının olduğu hadlerde kulların hakkı yoktur
الوصيّة تصحّ في المجاهيل	Vasiyet meçhul şeylerde de sahîh olabilir
الولد بعض الأمّ وهو تابع لها	Çocuk anneden bir parçadır ve ona tabîdir
الزيادة في البدن تابعة للأصل	Bedendeki fazlalık asla tabîdir
الأصل في الناس الحرّية	İnsanlarda asıl olan hürriyettir
الحرّية من حقوق الشهادة التي لا يُعرى منها	Hürriyet şahitlikte olmazsa olmaz şartlardandır
اللقيط حرّ	Buluntu kişi hür kabul edilir
شهادة النصرانيّ مقبولة على الذمّي	Gayri müslim birinin zımmi aleyhine şahitliği kabul edilir
بيّنة النصرانيّ غير مقبولة فيما يضرّ بالمسلم	Gayri müslim birinin delili Müslümana zarar veren bir konuda kabul edilmez
متى زال العذر رجع إلى أصل فرضه	Özür durumu kalkar kalkmaz farz aslına rücu eder
لا تأثير لنيّة التجارة في الدراهم في باب وجوب الزكاة	Parada ticâret niyetinin, zekâtın farziyetinde etkisi yoktur
السنن المخصوصة بأوقات تسقط بفوات أوقاتها	Belirli bir vakitle sınırlandırılmış sünnetler belirlenen vaktinin fevtiyle sakıt olur
الدين أولى من الوصيّة	Borç vasiyetten daha önceliklidir
حكم الطلاق لا يثبت إلّا في النكاح الصحيح	Talâkın hükmü sadece sahîh nikâhta vakidir
المنافع إذا صارت مضمونة على المستأجر لزمه بدلها	Menfaatler kiracı tarafından tazmin edilebilir olursa menfaatin bedelinin de ödenmesi gerekir
الموت يوجب إزالة ملك الميّت إلى الوارث	Ölüm, ölünün mülkiyetinin varise geçmesini gerektirir
اللعان لا يثبت حُكمه إلّا عند الحاكم	Li'anın hükmü sadece hâkim huzurunda vaki olur
النسب لا يلحقه الفسخ بعد ثبوته	Nesep isbat olduktan sonra feshedilemez
إقرار الإنسان غير جائز في ملك غيره	Kişinin başkasının mülkiyetine dair ikrarı caiz değildir

1. Kâide Anlamında Kullanılan Lafızlar

Fıkhî kâideler, söz konusu şerhte *asl*, *binâ*, *nükte* gibi farklı lafizlarla ifade edilmiştir. Furû-i fıkıh eserlerinde kullanılan bu lafizların kâidenin yapısıyla doğrudan

ilişkili olduğunu söylemek zordur.[664] Elimizdeki şerhte bu minvalde kullanılan lafızlar örnekleriyle ele alınmaya çalışılacaktır.

1.1. Asl

Asl, lugatta, başka bir şeyin kendisine dayandığı ve kendisi üzerinde yükseldiği şey anlamına gelmektedir.[665] Fıkhî ilkelerin de *asl* olarak ifade edilmesinin bu lafzın sözlük anlamıyla yakından ilişkili olup, yine bu lügavî manâsından yola çıkarak *asl* lafzı, kâide dışında başka kavramları ifade etmek için de kullanılmıştır. Meselâ; kıyâsla ilgili olan "فصل في تعليل الأصول" ibâresindeki "usûl" kelimesiyle naslar kastedilmektedir. Söz konusu şerhte "asl" lafzının *genel delil*,[666] *aklî delil*,[667] *şart*[668] anlamlarında kullanıldığı da görülmektedir. Ancak en öne çıkan kullanımı ilke, prensip, kural anlamlarına gelecek şekildeki kullanımıdır ki, fıkıh tarihinin erken dönemlerinden itibâren genel ilke/prensip anlamında kullanılan *asl* ifadesinin yerine kâide kavramının geçmesi VIII/XIV. yüzyıla rastlamaktadır.[669]

Kâide kavramının yerine en yaygın olarak kullanılan *asl*, Cessâs'ın elimizdeki şerhinde daha çok tekil formuyla ve yalın olarak kullanılıp, nâdiren de çoğul formu olan *usûl* şeklinde geçmektedir. Şerhte *asl* lafzıyla bazen mezhep içine yönelik olarak, "أصل أبي حنيفة", "أصل أبي يوسف", "أصل محمد" şeklindeki gibi[670] mezhep imâmlarının ihtilaflarına değinilirken bazen de herhangi bir imâma nisbet olmaksızın mutlak *asl* geçmektedir. Bu son kullanım elbette mezhep dışına yönelik olarak tercih edilen görüşün *aslı* olabildiği gibi, mezhep imâmlarının ortak kavillerinin de *aslı* olmaktadır. Aynı zamanda eserde İmâm Şafiî gibi diğer mezhep fakîhlerinin kavillerinden ortaya çıkan asıllar da zaman zaman verilmektedir.[671]

---

664 Necmettin Kızılkaya, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kâideler*, s. 313-314.
665 İbn Manzûr, *Lisânu'l-arab*, md. a-s-l.
666 "Adet bundaki gibi asıl (delil) olmuştur / فصارت العادة أصلًا في مثل ذلك" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, IV, 372[a].)
667 "الأصل في ذلك أنّ الشهر عبارة عن الليل والنهار لا يختصّ بأحد الوقتين دون الآخر" (Cessâs, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, I, 68[a].)
668 "Nikahın aslı (şartı) şahitlerdir/ أصل النكاح شهود"
669 Necmettin Kızılkaya, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kâideler*, s. 65.
670
671

Şerhte her bir bab başlığı altında incelenen meseleleri toplayan asıllar beyan edilirken bir babtaki meselelerin tek bir 'asl'a dayanmasının yanında, "أصول هذا الباب" ibâresinin işaret ettiği gibi birden fazla 'asl'ın da dayanak olması söz konusudur. Bu da eserde zengin bir kâideleştirme alt yapısını gösteren hususlardandır.

Cessâs, şerhinde genellikle İmâm Muhammed'in örnek mesele üzerinden belirttiği görüşlerini nakledip, peşi sıra bu görüşleri, genellikle bâb başlığından hemen sonra verdiği ilgili konuyu kapsayan genel prensiplerle irtibatlandırmaktadır. İlgili bâb başlığı içerisinde *mesele* (veya *fasıl*) adı altında sunduğu birçok örneği baş tarafta verdiği *asl*a irca etmektedir. Böylece aslında sonda netice olarak söyleyeceğini, kavilden hemen sonra vererek bir bakıma konunun hâsılını başta vermiş olmaktadır. Bu geleneğin Cessâs'tan sonraki ulaşabildiğimiz şerhlerde de takip edildiği görülmektedir. Bunun sebebinin konuya hâkim olan kâide ve dabıtın eserin şerh(ler)inde asıl vurgulanmak istenen bilgi olduğu düşünülmektedir. Şerhte önce kavil sonra kâide-dabıt verilişine örnek bir pasaj şu şekildedir:

> Muhammed demiştir ki: İki kişinin elinde bir ev olsa ve bunların her biri o evin kendisine ait olduğuna dair delil ortaya koysa, daha sonra bir üçüncü kişi gelip o evin kendisine ait olduğuna dair delil getirse, bu üçüncü kişiye evin yarısı ve önceki iki kişiye de diğer yarısı eşit bir şekilde paylaştırılır. Ebû Bekir (Cessâs) demiştir ki: Bu bâbta asıl şudur; kişinin kendi elinde olan bir şey için ortaya koyduğu delil kabul değilken, başkasının elinde olan bir şey için delil getirmesi mümkündür.[672]

'Asıl'lar şerhte yer yer -yukarıdaki örnekte de görüldüğü üzere- "الأصل في هذا الباب" ibâresinde olduğu gibi bazen bâblara hasredilmektedir. Bunun, fikhın pek çok bâbını kuşatan *kâide*ye göre daha dar kapsamlı olan ve sadece konunun bir bölümüne ait meseleleri kuşatan *dabıt* olduğu yönünde genel bir kanaat vardır.[673] Şerhte kâide ve dabıt anlamında da kullanılabilen *asl* lafzının kullanımından yola çıkarak, 'bâb'a hasredilmesinden başka kapsamını belirleyici bir özellik tespit edilmemiştir. Yani faide/dabıtın mahiyeti *kâide*, ancak kapsamı *kâide*den daha dardır. Bu iki kavram

[672] Cessâs, *Şerhu'l-câmi'il-kebîr*, vr.
[673] Bkz. Nedvî, *Kavâid*, s. 67-73.

mukayese edildiğinde ortaya çıkan başka bir fark da; dabıtın kâideye göre daha spesifik bir yapısının olması nedeniyle kapsadığı meselelerin hükme delâletleri kâideye nazaran daha doğrudan ve bu sebeple de daha kuvvetli olmasıdır. Bundan dolayı kâideden de farklı olarak istisnası yoktur ya da kâideye nazaran çok azdır.[674]

1.2. Kıyâs

el-Câmi'u'l-kebîr'de kimi meseleler değerlendirilirken "على قياس قول أبي حنيفة", "في قياس قول أبي يوسف" gibi Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a mensûb olan ifadelerin yanı sıra İmâm Muhammed'e de nisbet edilerek "قياس قول محمد" şeklindeki ifade kullanılmaktadır.[675] Cessâs söz konusu şerhinde bu geleneği devam ettirerek mezkûr ifadeleri çok kez belirtmiştir.

el-Câmi'u'l-kebîr'de bir meselenin Ebû Hanîfe'nin görüşünün kıyası olduğu ifade edildiğinde bu kıyası yapan kişi ya Ebû Yûsuf ya da Şeybânî olmalıdır.[676] Kimi yerde bu açıkça ifade edilmiş ve kıyası yapanın adı bildirilmiştir. Bir meselenin Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf veya sadece Ebû Yûsuf'un görüşünün kıyası olduğu ifade edildiğinde ise kıyası yapan Şeybânî olmalıdır.[677] Ancak kimi yerlerde Şeybânî'nin adının tek olarak ya da Ebû Hanîfe veya Ebû Yûsuf'la birlikte verilmesinde iki ihtimal söz konusudur:[678] İlki, orijinal esere ziyâde anlamına gelen ihtimaldir ki, o da *el-Câmi'u'l-kebîr*'eseri rivâyet eden Şeybânî'nin öğrencilerinden kaynaklanmış olmasıdır.[679]

İkinci ihtimal ise kıyası yapanın Şeybânî'nin kendisi olmasıdır. Bu durumda Şeybânî bir mesele hakkında baştan ictihâd etmeyip, kendisinin daha önce ortaya

---

[674] Necmettin Kızılkaya, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kâideler*, s. 72-73.
[675] Genel olarak bu ifadeler Şeybanî'nin başka eserlerinde de görülmektedir. Meselâ *el-Âsâr*'da "Bu Abdullah b. Mesûd'un görüşünün kıyasıdır, bir başka yerde de "Bunun tamamı Ebû Hanîfe'nin görüşünün kıyasıdır" (Bkz. Şeybânî, *el-Âsâr*, s. 121, 149), *el-Hücce*'de de "kıyâsu kavli Ömer" (Şeybânî, *el-Hücce*, II, 246) ifadeleri geçmektedir.
[676] Mehmet Boynukalın, *İmâm Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin Kitâbu'l-Asl Adlı Eserinin Tanıtımı ve Fıkıh Usûlü Açısından Tahlili*, s. 74.
[677] Mehmet Boynukalın, *İmâm Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin Kitâbu'l-Asl Adlı Eserinin Tanıtımı ve Fıkıh Usûlü Açısından Tahlili*, s. 74.
[678] Mehmet Boynukalın, *İmâm Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin Kitâbu'l-Asl Adlı Eserinin Tanıtımı ve Fıkıh Usûlü Açısından Tahlili*, s. 74-75.
[679] Bu tür ifadelerin Şeybânî'nin öğrencilerinden katkı olduğu görüşünde olan araştırmacılara örnek olarak bkz. Aydın Taş, "Muhammed b. el-Hasan eş-Şeybânî'nin Hukuk Anlayışı", Basılmamış Doktora Tezi, s. 79.

koyduğu bir çözüm üzerine kıyas yapmış olmaktadır.[680] Şeybânî'nin bu yönteme başvurmasında iki sebep olabilir: Birincisi, önceki meselerle illet ortaklığı olan bir meselede yeniden ictihâd etmeye gerek yoktur. Ortada hazır bir çözüm varken ona kıyas yapılarak yeni mesele kısa yoldan çözüme kavuşabilir. İkincisi ise, fikhî ictihadlarının bir bütünlük ve tutarlılık taşıdığı gösterilip, bu yeni görüşün daha önce ictihâd edilen meselelerdeki görüşlerden farklı olarak istihsâna dayalı ya da kural dışı olmadığının belirtilmesidir.[681]

İkinci ihtimal daha kuvvetli görünmektedir. Nitekim eserde vârid olan "قياس على قياس قول أبي حنيفة وقولنا" ,"قولنا" şeklindeki ifadeler İmâm Muhammed'in kendi kavillerinin kıyasını eserinde belirttiğini, bu nedenle "قياس قول محمد" ifadesinin Şeybânî'ye ait olabileceğini göstermektedir.

Mezkûr kıyas ifadelerinden maksat, ilgili ifadelerin kullanıldığı meselelerde ortaya konulan görüşün, adı verilen fakîhin kavline kıyas edilerek söylendiğini, başka bir deyişle bu yeni görüşün daha önce ortaya konan görüşle mutâbık olduğu belirtilmiş olmaktadır.[682] Kıyâsın buradaki kullanımından ve anlamından -ki anolojik akıl yürütmenin ötesindedir- yola çıkarak, imâmların sadece mücerret kavillerinin değil, bir hukuk mantığı inşâsı adına onların dayandıkları ilkelerin de fıkıh tarihinin ilk dönemlerinden itibâren tespit edilip, bu ilkelere itibar edildiği anlamına gelebilmektedir.[683]

Kıyâs kelimesinin "قياس قول محمد" şeklindeki kullanımı, mezhep imâmlarının fer'î meselelere verdikleri hükümlerdeki illetlerin saptanıp, bu tespitin sonucunda kapsayıcı bir kâide icâd edilerek, söz konusu hükmün başka meselelere de uygulandığı anlamına gelmektedir. Fıkhî bir görüşün dayandığı ilke anlamında kullanılan *kıyâs*

---

[680] Mehmet Boynukalın, *İmâm Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin Kitâbu'l-Asl Adlı Eserinin Tanıtımı ve Fıkıh Usûlü Açısından Tahlili*, 75.
[681] Mehmet Boynukalın, *İmâm Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin Kitâbu'l-Asl Adlı Eserinin Tanıtımı ve Fıkıh Usûlü Açısından Tahlili*, 75.
[682] Mehmet Boynukalın, *İmâm Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin Kitâbu'l-Asl Adlı Eserinin Tanıtımı ve Fıkıh Usûlü Açısından Tahlili*, 74.
[683] Necmettin Kızılkaya, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kâideler*, s. 318-319; Aydın Taş, "Muhammed b. el-Hasan eş-Şeybânî'nin Hukuk Anlayışı", Basılmamış Doktora Tezi, s. 83; Eyüp Sait Kaya, "Mezheplerin Teşekkülünden Sonra Fıkhî İstidlal", Basılmamış Doktora Tezi, s. 106-107; Ayrıca kıyâsın anlamları için bkz. Yunus Apaydın, "Kıyâs", *DİA*, XXV, 529-530.

ifadesine İmâm Muhammed'in *el-Câmi'ul-kebîr*'inde ve onun geleneğini büyük oranda devam ettiren Cessâs'ın şerhinde de söz konusu bağlamda kıyâs kavramına yer verilmiştir. Bazen kıyâs, sahabe ve tâbiûn uygulamaları temel alınarak yapılan fikhî istidlâl kapsamında "قياس قول عمر" şeklinde olduğu gibi kullanıldığı da görülmektedir.

Kâideler, ibâdetler ile hukukun her alanında kapsamına giren konularla ilgili olarak her zaman değil, çoğu zaman geçerli, istisnasız herkesi değil, çoğu kişiyi kuşatan, hukuki hükümler veren hukuk prensipleridir.[684] İslam şeriatının maksat ve esasını yansıtan fıkıh kâideleri, birbirine benzer ve kıyâs altında toplanabilen hükümlerin bütününden çıkarılmış ortak noktalardır.[685] Bu nedenle fikhî bir kavram olarak literatürde kullanılan *kıyâsu'l asl/kıyâsu'l usûl* kavramıyla da aslî delillerden elde edilmiş kâide ve dabıtlar olup, genel ilkelere göre kural koyma anlamını taşımaktadır.[686]

Fer'î bir meselenin hükmünün bir asıldan alınması işlemi olan *anolojik kıyâs* ile *kavl*e nisbet edilerek "*kıyâsu kavli Muhammed*" şeklindeki gibi ifadelendirilen *genel ilke* anlamındaki kıyâs aslında benzeşmekte olup, birbirlerinin yerine kullanıldığı takdirde herhangi bir çelişme olmayacağı söylenebilmektedir.[687]

Kıyâs kavramı, müctehidlerin şer'î veya aklî delillerden elde ettikleri prensipleri ifade için kullanılabilmesinin bir tezahürü de, bu ilkelerin kapsamına giren fer'î bir meselede, kıyâsın/ilkenin başka bir delil ile tearuz etmesi halinde, o meselede kıyâsın/ilkenin hilâfi olarak istihsân deliline başvurulmasıdır.[688] İstihsanın genel ilke olan kıyâstan istisna olduğu ve bu nedenle *el-Câmi'ul-kebîr*'de genellikle beraber kullanıldığı görülmektedir.

---

[684] Ahmet Yaman, "Bir Kavram Olarak Fıkıh Kâideleri ya da İslam Hukukunun Genel İlkeleri", *Marife,* sayı: 1, s. 51.

[685] Ahmet Yaman, "Bir Kavram Olarak Fıkıh Kâideleri ya da İslam Hukukunun Genel İlkeleri", *Marife,* sayı: 1, s. 51.

[686] Cessâs, *el-Fusûl*'ünde bu kavramın istihsân anlamına da gelebileceğini ifade etmektedir. Bu kavramın örnekler için bkz. Necmettin Kızılkaya, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kâideler,* s. 322-330.

[687] Necmettin Kızılkaya, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kâideler,* s. 320, 337; Eyüp Sait Kaya, "Mezheplerin Teşekkülünden Sonra Fıkhî İstidlal", Basılmamış Doktora Tezi, s. 107-108.

[688] İmâm Muhammed'in eserlerinde sıkça "kıyâsı terkedip, istihsânı aldık" şeklindeki ifadeleri de bu manâda değerlendirilebilmektedir. Msl bkz. *el-Câmi'u'l-kebîr*, …

1.3. Vech

Vech kavramı, fikhî metinlerden özellikle şerhlerde görülen ve fikhî meselelerin etraflıca izah edilmesi amacıyla kullanılan bir ifadedir.[689] Daha çok ihtilaflı meselelerde, her bir imâmın delili ve gerekçesi mukayese edilirken "وجه قول أبي حنيفة / وجه قول أبي يوسف / وجه قول محمد" örneklerindeki gibi "vech" kavramı kullanılmaktadır. Aynı zamanda *vech*, kavle nisbet edilmeden, "وجه المسألة" veya "وجه الفرق" ifadelerinde olduğu gibi mesele ve farkların dayandıkları ilke temelleri için de kullanılabilmektedir. Cessâs da şerhinde ele alınan hükümleri temellendirirken bu kavramı, hem kavillere hem de meselelere nisbet ederek bunların temellerine arzetmektedir.

Vechu'l/vücuhu'l mesele kavramı, bir bâb başlığı içerisinde farklı meselelerin ortak bir ilkeye dayandığı ve bunun teorik boyutunun açıklamasında kullanılan önemli argümanlardandır. Cessâs bir bâb başlığı içindeki meseleleri delil ve asıllarla ele aldıktan sonra "*bu bâbın -ana fikri- üzerine kurulu olan meselenin fıkhî yönünü/veçhesini açıkladık*" kabilinden ifadeleri çok defa kullanmaktadır.

1.4. Nükte

Nükte lafzı, özellikle arap dili edebiyatı, hadis, tefsir, ulumu'l Kur'ân ve i'caz eserlerinde "ince espri", "latif manâ" anlamlarında kullanıldığı bilinmekte olup, hatta islamî ilimler literatüründe *nükte* kelimesinin çoğulu olan *nüket*, bazı eserlerin özellikle klasik dönem eserlerinde başlık olarak kullanılmıştır.[690]

Usûl-i fıkıh alanında da kullanımına tesadüf edilen nükte lafzı, şerhte muamelât konuları ile alakalı meselelerde şu şekillerde ifade edilmiştir: "والنكتة في هذه المسائل على فهما مفترقان في", "والنكتة التي فرّقتْ بينهما هي", "النُكتة الموجِبة", "مذهب أبي حنيفة معنى واحد فهما مفترقان", "وحمله النكتة في الفرق بين المسألتين", "وهي النكتة التي عليها بناء الباب", "هذه النكتة

[689] Necmettin Kızılkaya, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kâideler*, s. 331.

[690] Dilde Ebû'l-Haccâc Yûsuf b. Süleyman Şentemerî'nin (v. 476/1084) *en-Nüket fi Tefsiri Kitâbi Sibeveyh* eseri, tefsirde; Ebû'l-Hasan Ali b. Muhammed el-Mâverdî'nin (v. 450/1058) *en-Nüket ve'l-uyûn Tefsiri'l-Mâverdî*, hadiste; İbn Hacer el-Askalânî'nin (v. 852/1449) *en-Nüket ala Kitâbi İbn Salah*, fıkıhta; Şeybânî'nin *Ziyâdâtu'z-Ziyâdât* adlı eserine Serahsî'nin, Şeybânî'nin *el-Câmi'u'l-kebîr*'ine Kirmânî'nin yazdığı şerhler ile bunların haricinde Mâliki fakîhlerden Ebû Muhammed Abdülvehhâb b. Ali el-Bağdâdî'nin (v. 422/1031) *el-İşrâf ala nüketi mesâili'l-hilâf* eseri vd.

في هذه النكتة". Bu kullanımlar kapsamında lafzın, asıl/kâide anlamı taşıdığı anlaşılmaktadır. Meselâ "وهي النكتة التي عليها بناء الباب" ifadesinde sarih bir şekilde bâb içerisindeki meselelerin verilen nükte üzerine binâ olduğu yani temellendirildiği ifade edilmiştir.

Bu kavramların haricinde şerhte *harf* ve *faide* lafızlarının asıl/kâide anlamını ifade eden kullanımı da görülmektedir. *Harf*, Cessâs'ın şerhinden ziyade *el-Câmi'u'l-kebîr* şerhlerinden Alauddin es-Semerkandî, Hasırî, Burhânuddin'nin şerhlerinde sıkça görülmekte olup, teorik temellendirme ilgili bâbları kapsayan asıl ve kâide fonksiyonunda kullanıldığı görülmektedir.[691] Cessâs'ın şerhinde ise, "وهذا الحرف فيه ذكر علي بن موسى أنّه سأل علي بن الحسن الرازي", "فعلى هذين الحرفين تجري هذه المسائل", "نظر عن هذا الحرف" örneklerinde olduğu üzere delillerin ve asılların değerlendirmesinde vârid olmuştur. Burada verilen kullanımlarını metin içerisindeki siyak ve sibak bağlantısıyla değerlendirildiğinde lafzın, daha önce hakkında bilgi verilen asıl/kâide anlamı ortaya çıkmaktadır.

İbn Nüceym *el-Eşbâh*'ta dabıtı *faide* olarak ele almış olup, fikhın sadece bir bölümüne ait meseleleri kuşatan özel kâideler olarak addetmiştir.[692] Elimizdeki şerhte de *faide*, bir yerde "vechu'l-faide" olarak kullanılmıştır. Bu kavramı "aslu'l bâb" olarak kullanılan dabıt hükmünde değerlendirmek İbn Nüceym'in değerlendirmesi bağlamında mümkündür. Ancak eserde, "fazlalık" anlamının haricinde sadece bir yerde ve onun da "vech" kavramına muzaf olarak geçmesi, kendisiyle kastedilen manânın ortaya çıkarılmasını zorlaştırmaktadır.

2. Kâide İle Yakın İlişkili Kavramlar

Furû-i fikıh eserlerinde işlenen meseleler ve fikhî konuların ele alınış şekli fikıh ilminin doktriner gelişiminin belirli bir olgunluk kıvamına gelmesinin akabinde "eşbâh

---

691 Alauddin es-Semerkandî, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Süleymaniye, nr. 462, I, 3, 4, 5; Burhânuddin Mahmud b. Ahmed, Karaçelebizâde, nr. 117, II, 10, 12, 14; Hasırî, *et-Tahrîr*, Ragıp Paşa, nr. 514, I, 11, 17, 22, 26; Burhânuddin Mahmud b. Ahmed, Karaçelebizâde, nr. 117, II, 3, 4, 10, 12; Kirmânî, *Nüketu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Fatih, nr. 1554, I, 4; Sadrüşşehîd İbn Mâze, *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Feyzullah, nr. 747, I, 87.

692 Bkz. Necmettin Kızılkaya, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kâideler*, s. 67-73.

ve nezâir", "kavâid", "furûk" gibi fikhın alt edebi türlerinin temelleri atılmış olup,[693] bu alanlarda literatürün ilk nüvesini oluşturacak malzemeler -müstakil eserlerde vücut bulmadan önce- aslında erken dönemlerden itibâren temel fıkıh eserlerindeki meselelerle harmanlanmış şekilde bulunmaktaydı.[694] İşte bu temel eserler üzerine yazılan şerhlerin en başta gelen fonksiyonlarından olan *tahric* işlemleri ile bu fikrî ve fikhî malzemeler daha aşikâr hale gelmiş olup, söz konusu bu şerh de bunun örneklerinden kabul edilmiştir.

2.1. Şebîh/Eşbâh

Şebih/eşbâh, dil, tefsir, fıkıh gibi temel ilim dallarında mahiyet veya hüküm yönünden aralarında benzerlik bulunan kavram ve konuları ilgili ilim dalının bütünlüğü içinde ve ortak bazı asıllar/kâideler geliştirerek açıklayan[695] bir disiplinin en önemli iki kavramından biridir. Benzer ve denk anlamlarına gelen *şebih* lafzı, bir fıkıh terimi olarak; görünüşte birbirine benzeyen ve aynı hükmü alan meseleler anlamına gelmektedir.[696] Fıkıhta müstakil bir dal olarak da önemli eserler veren *eşbâh ve nezâir*in temel olarak erken dönem fıkıh eserlerinin satır aralarındaki kavramlarında gizli olan ve Tahâvî, Cessâs gibi önemli fakîhlerin tahric faaliyetleriyle bu minvaldeki malzemeler gün yüzüne çıkmıştır. Bu klasik eserlerde eşbâh ve nezâir gibi malzemeler hem birbirine benzeyen fer'î meselelerin çözümünde rol alarak bir taraftan ameli, hem de erişilen çözümlere ortak açıklamalar getirmesiyle de bir diğer taraftan doktriner değeri olan teorik kuramlar olduğu görülmektedir.[697]

Eserde *şebih/eşbâh* lafzı, fiil ve mastar formları ile çok kez zikredilmiştir. Daha çok "*azad olma muhayyerliği mülk edindirmeye benzer* / خيار العتق يشبه التمليك", "*bu*

---

[693] Necmettin Kızılkaya, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kâideler*, s. 118.

[694] Her biri temel fıkıh metinlerinde mündemiç halde olup, daha sonra her biri fıkhın alt dallarından kabul edilecek olan *furûk*, *kavâid*, *eşbâh ve nezâir*, *hiyel* birbirleriyle yakından ilişkilidir. Müstakil bir fıkıh branşı olarak önce *furûk*, sonra bu farkların temel dayanaklarından fıkhın genel ilke ve maksatları olan *kavâid*, daha sonra fer'i meselelerin benzerliklerini esas alan *eşbâh ve nezâir* literatürü ile fikhî farklardan beslenen *hiyel* literatürünün hüviyet kazandığı söylenebilmektedir. (Şükrü Özen, "Furûk", *DİA*, XIII, 225.)

[695] Mustafa Baktır, "Eşbâh ve Nezâir", *DİA*, XI, 456.

[696] Ahmet Yaman, "Bir Kavram Olarak Fıkıh Kâideleri ya da İslam Hukukunun Genel İlkeleri", *Marife*, sayı: 1, s. 54-55.
Özellikle İmâm Şafiî'nin kullanımlarında görülen "kıyâsu'ş-şebeh" kavramı ile "şebeh" kavramı yakından ilgilidir.

[697] Mustafa Baktır, "Eşbâh ve Nezâir", *DİA*, XI, 456-457.

meselenin benzerlerini de aktarmak bu kitabı uzatır / وأشباه ذلك من المسائل يطول الكتاب بذكرها" örneklerinde olduğu gibi. Aynı zamanda eserde *şebih*, 'benzer' olarak müsbet anlamda kullanılmasının yanında, 'benzemez' şeklinde menfî formda da kullanılarak, meseleler arasında benzerlik olmadığı hassaten belirtilmektedir. Örneğin "*vasî borçta vekil olarak tayin edilen kişiye benzemez* /ولا يشبه الوصيّ الوكيل في الدين", "*nikâhta vekil hul'da vekil gibi değildir* / وليس الوكيل في النكاح كالوكيل في الخلع".

Şebeh anlamı veren başka bir ifade de "*borç vasiyet ve mirasın sıhhatine engel olduğu gibi hibenin sıhhatine mani olmaz*/ الدين لا يمنع صحّة الهبة كما يمنع الوصيّة والميراث", "الشهادة لما كانت أمانة كالوصيّة", "الإجازة لا يثبت مع الدين كما لا يثبت البيع مع العتق" عقد", "المهر والأرش لا يثبتان للجارية والعبد بوجهٍ من الوجوه", "الهبة والبيع جهة ينتقل بها الأملاك" ibârelerinde olduğu üzere 'gibi' anlamına gelen "كما" veya "كـ" edatları ile atıf harfleri kullanımına göre iki mesele arasındaki benzerliğe delâlet edebilmektedir.

2.2. Nazîr/Nezâir

İmâm Muhammed'in *el-Câmi'u'l-kebîr*'in metninde, tıpkı başka eserlerinde de yaptığı gibi, daha sonra *Eşbâh* ve *Nezâir* adıyla ortaya çıkacak olan fıkıh dalının temelini yani bir meseleyi benzer başka bir mesele ile izah etmek cihetine sıkça giderek oluşturmuştur.[698] Şeybânî'nin bu telif adetini Cessâs da şerhinde devam ettirmiştir.

Benzer ve denk anlamlarına gelen bu kelime, bir fıkıh terimi olarak; görünüşte birbirine benzeyen, fakat illetteki bir nüans sebebiyle hükümleri farklı olan meseleler anlamına gelmektedir.[699] Söz konusu şerhte *nazîr* lafzı, "benzeri/نظير" ve "benzerleri/نظائر" şeklindeki tekil ve çoğul formları ile çok kez zikredilmiştir. Bir meselenin nazîrini Cessâs "ونظير ذلك", "ونظيره", "ونظير هذا" gibi ifadelerle özellikle belirtmiştir. Şerhte "إنّي إنّما أقيس ما له نظير في", "وهذا نظير ما استشهد به المحتجّ لمحمد", "إنّ اختلافهم في هذه المسألة نظير اختلافهم...", "هذا الباب نظير الباب الذي تقدّم في...", "الأصول

[698] Aydın Taş, "Muhammed b. el-Hasan eş-Şeybânî'nin Hukuk Anlayışı", Basılmamış Doktora Tezi, s. 82.
[699] Ahmet Yaman, "Bir Kavram Olarak Fıkıh Kâideleri ya da İslam Hukukunun Genel İlkeleri", *Marife*, sayı: 1, s. 54-55.

şeklinde geçen ifadelerde olduğu gibi meselelerin nezâirinin yanı sıra delil ve bâbların, hatta ihtilafların da nezâirleri ortaya konmuştur. Yine "وكلّ ما كان أصله أمانة فإنّه يجوز أن يستأجر من في يده على حفظه" ibâresinde olduğu gibi ortak noktalar "كلّ" lafzıyla genelleme yapılmak suretiyle de belirtilebilmektedir.

2.3. Fark/Furûk

Pek çok ilim dalında söz konusu olan *furûk*, fıkıh ilminde fer'î meselelerin şeklen aynı surette olup, hükme tesir eden illetlerin ve manâların ayrışmasına sebep olan farklardır. [700] *Eşbâh* ve *nezâir* fikhî meseleler veya hükümler arasındaki ortak yönleri ve benzerlikleri ele alırken, *furûk* da farklılıkları ele alarak, bu benzerliklere ve farklılıklara binâen belli kurallar koyan *kavâid* ilminin yapı taşlarından olmuştur.

Fıkhî nüans olarak ifade edebileceğimiz bu farklar, özellikle mezheplerarası zeminde bağlı bulunulan mezhebin müdafasına ve fikhî tartışmalarda önemli bir argüman olmuştur.[701] Aynı zamanda mezhep içine yönelik olarak da, fer'î meselelerin mukayese ve mukarenesiyle ortaya çıkan bu nüanslarla fikhî meleke kazanımı, fikhî farkındalığın artması ve gelişmesi işlevlerinde de etkili olduğu muhakkaktır.

Genel olarak furûk açısından fer'î meselelerinin ayrıştığı noktalar, kavâid açısından da birleştikleri cihetler esas alınmaktadır. Ancak sûreten birbirine benzeyen meseleler arasındaki fark bazen bu meselelerin dayandığı kâidelerin farklı olmasından neşet edebilmektedir. Bundan dolayı kâideler arasındaki farklar da, meseleler arasındaki farklar gibi furûk sahasının konularından olabilmektedir.[702]

Şeybânî'nin *el-Câmi'u'l-kebîr*'inde ve *el-Asl* ile *el-Hücce*'de tıpkı meseleler arasındaki benzerliklere temas ettiği gibi görünüşte birbirine benzeyen meseleler arasındaki farklara da zaman zaman değinmiştir. Bunun bir izah aracı olmasının yanı sıra daha sonra *furûk* adıyla ortaya çıkacak olan müstakil alt dalın temeli de atılmış olmuştur. Şeybânî'nin ve öncesinde "فرّق أبو حنيفة" ifadesinden de anlaşılacağı üzere

[700] Şükrü Özen, "Furûk", *DİA*, XIII, 224-225; Necmettin Kızılkaya, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kâideler*, s. 129-133.
[701] Şükrü Özen, "Furûk", *DİA*, XIII, 224-225; Necmettin Kızılkaya, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kâideler*, s. 130-131.
[702] Necmettin Kızılkaya, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kâideler*, s. 134.

Ebû Hanîfe'nin birbirlerine benzer meselelerdeki farklara değinmesi geleneğini Cessâs da şerhinde arttırarak devam ettirmiştir.

Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr, şekil açısından birbirlerine benzemenin yanı sıra dayandıkları illetler, kâideler, kavramlar ve dolayısıyla hüküm açısından ayrışan fer'î meseleler arasındaki farkları ele alan *furûk* alt dalının çerçevesine giren önemli tespitler ihtiva etmektedir. Cessâs bu tespitleri yaparken de "وفرّق محمد بين الوصيّة وبهذا المعنى فرّق بين", "ففرّق بين الربح وبين الفائدة", "والصدقات التي أوجبها الله تعالى في أموالنا الوصايا وبين القول في الفرائض", örneklerinde olduğu gibi *fark* ve *fasıl* lafızlarıyla bu farkları ortaya koymaktadır. Şerhte bazen "لا فرق بين نفقة الرقيق ونفقة اليتيم" ibâresindeki gibi özellikle bir *fark* olmadığı da ifade edilebilmektedir. Ya da şerhte zikredilen farkların "هذا فصل صحيح بين المسألتين" ifadesinde görüldüğü üzere geçerli olup olmadığı da ifade edilmektedir. *Fark* ve *fasıl* lafızlarının haricinde bu minvalde "بطلان البدل في الحرّية لا يلحقها الفسخ، والنكاح يلحقه الفسخ", "البيع يبطل البيع، وبطلان البدل في النكاح لا يبطله" şeklindeki gibi *fark*a değinilebilmektedir. Eserde işlenen meseleler arasındaki farklar ele alınırken daha çok fikhî asıllara/ilkelere başvurulmuştur.

B. Eserin Kâideleştirme Sürecine Etkisi

Genel olarak ilimler tarihinin özel olarak fıkıh tarihinin erken dönemlerinden itibâren kâidelerle ilgilenildiği ve aktarıldığı görülmektedir. Cessâs'ın hocası Kerhî de kâidelerle ilgilenen öncü isimlerden birisidir. IV/X. yüzyılın ortalarına doğru özellile Kerhî ve öğrencilerinin başını çektiği bazı fakîhler, *meslekü't-ta'sîl* olarak bilinen bir yazım metodu geliştirdiler. Buna göre, fıkıh bâblarının başlangıcında kâide ve dabıtlar zikredildikten sonra ilgili meseleler bunun altında incelenmektedir. İlk olarak şerhlerle başlayan bu yazım yöntemi zamanla etkisini ve yaygınlığını arttırarak devam etmiştir.[703]

Cessâs'ın hocası Kerhî'nin teliflerinden olan *el-Usûl* ve *Usûlu'l-Kerhî* olarak bilinen küçük hacimli risâlesi, küllî kâideler hakkında olup, otuz dokuz aslı ihtiva

[703] Necmettin Kızılkaya, *Hanefi Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kâideler*, s. 147.

etmektedir.[704] Hanefî mezhebinin hükümleri dayandırdıkları genel ilkeler hakkındaki bu risâle, kavâid literatürünün müstakil ilk eseri olarak kabul edilmektedir.[705] Elbette Cessâs da hocasının izinden giderek, satır aralarında kâideler hususunda bol malzeme ihtiva eden *el-Câmi'u'l-kebîr*'i bu mecrada diğer *el-Câmi'u'l-kebîr* şârihleri gibi süzmüştür. Elimize ulaşan *el-Câmi'u'l-kebîr*'in ilk şerhi olan bu eser pek çok hususta olduğu gibi bu anlamda da kendisinden sonra yazılan diğer şerhlere öncülük ettiği kronolojik ve teorik olarak açıktır. Hatta Cessâs'ın, kavâid sürecine en çok katkısı olan ve bu türün oluşmasındaki en öncü isimlerden olduğu düşünülmektedir.[706]

[704] Yine Kerhî'nin muasırlarından Ebû Tâhir ed-Debbâs da Hanefî mezhebinde kullanılan on yedi küllî kâideyi bir araya getirmiştir.
[705] Yunus Apaydın, "Kerhî", *DİA*, XXV, 286.
[706] Nedvî, *Kavâid*, s. 152-153.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ŞERHU'L-CESSÂS A'LE'L-CÂMİ'İ'L-KEBÎR'İN TENKİTLİ METNİ

Çalışmanın son bölümü olan bu bölümde Cessâs'ın teliflerinden *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr* ya da diğer adıyla *Şerhu'l-Cessâs ale'l-câmi'i'l-kebîr* eserinin toplam dört ciltten oluşan ancak bir cildi kayıp ve diğer üç cildi de baştan eksik olmak üzere, 813 varaktan oluşan ve tespit edebildiğimiz kadarıyla tek nüsha halindeki nüshasının tenkitli metni yer almaktadır.

SONUÇ

Şeybânî'nin altı temel eserinden birisi olan *el-Câmi'u'l-kebîr*'e yazılan şerhlerin ilklerinden olan Cessâs'ın kaleme aldığı şerh, dikkatlerden kaçmış görünmektedir. Irak Hanefî ekolünün önemli temsilcilerinden Cessâs'ın fıkıh ilmi açısından bu önemli eserinin tamamı veya bir kısmına dair tespit edebildiğimiz kadarıyla günümüze kadar kapsamlı bir çalışma yapılmamıştır. Bu eksikliğe binâen Cessâs'ın dört cilt halindeki *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr* eserinin toplam 813 varaktan oluşan ve elimizdeki nüshası haricinde başka bir nüshası tespit edilemeyen bir cildi eksik nüshasının tamamının edisyon kritiğini yapıp, ilim dünyasına kazandırmaya çalışılmıştır.

İmâm Muhammed'in iki kez kaleme aldığı *el-Câmi'u'l-kebîr*'in tam telif tarihi bilinmese de, ilk eseri *el-Asl*'dan sonra *el-Câmi'u's-sagîr*'i, *el-Câmi'u's-sagîr*'den sonra da söz konusu eseri telif ettiği bilinmektedir. Fer'î meselelerin ve hükümlerinin ilgili konularına göre üst ve alt başlıklar altında toplanması, oluşan bu başlıkların tasnif ve tertibi, fikhî dili bakımından eser, sonraki nesillere emsal niteliği taşımaktadır.

Şeybânî'den yaklaşık iki asır sonra kaleme alınan *Şerhu'l-Câmi'i'l-kebîr*, Hanefî mezhebinin özellikle üç imâmı tarafından vazedilen fer'î meseleler ile sonraki fakîhlerin usulü temellendirmesinin önemli bir örneğidir. Eser, her ne kadar başka bir metne odaklanan şerh türüne ait olsa da pek çok özgün yanı da bulunmaktadır. Şerhte iç tasnif açısından *el-Câmi'u'l-kebîr*'in kitâb ve bâb başlıklarına büyük oranda sadık kalmakla beraber, şârihin bâb başlıklarını bir kitâb altında derleme, detaylandırma gibi belli tasarrufları olmuştur.

Cessâs, Hanefî mezhebinin kendisine kadar gelen kavillerini temellendirme, mesâilini açıklama ve savunma gibi hususlarda okuyucularına bu coğrafya ve dönem özelliklerini yansıtan bir dil sunmaktadır. Bu nedenle özellikle Irak Hanefî ekolünün temel karakteristiği eser boyunca görülmektedir.

Eserde zengin bir istidlal malzemesi olup, bu kapsamda naklî ve aklî delillere sıklıkla başvurulmuştur. Ancak bu şerhin ve diğer *el-Câmi'u'l-kebîr* şerhlerinin ayırıcı vasfı, her bâb başlığı altında yer alan fikhî mesele ve hükümleri, kapsayıcı *asıllar*la

teorik olarak temellendirmesidir. Bunu yaparken zengin bir terminoloji sunmakta olup, yine bu minvalde fer'î meseleleri arasındaki ortak yönleri ve benzerlikleri *eşbâh* ve *nezâir*, farklılıkları da *furûk*ların beyanı da eserin fikhî birikimini güçlendirmektedir.

el-Câmi'u'l-kebîr'in söz konusu şerhinden önce telif edilen Kerhî, Tahâvî, Ebû'l-Leys es-Semerkandî gibi isimlerin *el-Câmi'u'l-kebîr* şerhlerine ulaşılamadığından onların başlattığı bir şerh geleneğine mi tâbi olduğu yoksa daha çok kendine özgü bir yönteme mi sahip olduğu tam olarak saptanamamaktadır. Ancak kendisinden sonra yazılan diğer *el-Cami'u'l-kebîr* şerhlerinden incelenebilenlere hem içerik hem üslup açısından öncülük ettiği açıktır. Hatta Cessâs'ın, kavâid sürecine önemli katkısı olan ve bu türün oluşmasındaki öncü isimlerden olduğu düşünülmektedir. Diğer bir önemli katkısı da Irak Hanefî ekolünün önemli temsilcilerinden hocası Ebû'l-Hasan el-Kerhî ile İsâ b. Ebân'ın görüşlerini aktaran temel kaynaklardan olmasıdır. Hemen hemen her meselede hocası Kerhî'nin görüşlerine yer veren Cessâs, kendisinden sonrakilere önemli bir râvi görevi de görmektedir.

KAYNAKÇA

Apaydın, Yunus : "Kıyâs", *DİA*, Ankara, c. XXV, 2002, s. 529-539.

: "Kerhî", *DİA*, Ankara, c. XXV, 2002, s. 285-287.

Aybakan, Bilal : "Furû Fıkıh Sistematiği Üzerine", *Marmara Ünv. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2006/2, sayı: 31, s. 5-32.

Bağdâdî, Ahmed b. Ali : *Târîhu Bağdâd ev Medîneti's-selâm*, Thk. Beşşâr Avvâd Ma'rûf, Tunus, Dâru'l-garbi'l-islâmî, 2015.

Baktır, Mustafa : "Eşbâh ve Nezâir", *DİA*, Ankara, c. XI, 1995, s. 456-457.

Bardakoğlu, Ali : "Hanefî Mezhebi", *DİA*, Ankara, c. XVI, 1996, s.1-21.

: "Hak", *DİA*, Ankara, c. XV, 1997, s. 139-151.

Başoğlu, Tuncay : "Hicrî Beşinci Asır Fıkıh Usûlü Eserlerinde İllet Tartışmaları", (Marmara Ünv., Sosyal Bilimler Ens., Yayımlanmamış Doktora Tezi) İstanbul, 2001

: "Tahrîc", *DİA*, c. XXXIX, 2010, s. 420-422.

: "Saymerî'nin Usûlü ve Usûl Görüşleri Hakkında Bazı Tesbitler", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 2, 2003, s. 273-277.

Bedir, Murteza : *Buhâra Hukuk Okulu: Vakıf Hukuku Bağlamında X-XIII. Yüzyıl Orta Asya Hanefî Hukuku Üzerine Bir İnceleme*, İstanbul, İSAM Yay., 2014.

: *Fıkıh, Sünnet, Mezhep*, İstanbul, Dem Yay., 2017.

: "ez-Ziyâdât", *DİA*, Ankara, c. XLIV, 2013, s. 483-484.

Boynukalın, Mehmet : *İmâm Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin Kitâbü'l-Asl Adlı Eserinin Tanıtımı ve Fıkıh Usûlü Açısından Tahlili*, İstanbul, Ocak Yay., 2009.

: "Neş'etu usûli'l-fikhi'l-hanefî ve tatavvuruhu: Arâu İsa b. Eban el-Usuliyye ve medâ te'sîrihâ ale'l-fikri'l-usuliyyi'l-hanefî", *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2008, sayı: 35/2, s. 25-56.

Brockelmann, Carl : *Târîhu'l-edebi'l-arabî,* Trc. Abdülhalîm en-Neccâr, Kahire, Dâru'l-meârif, 1983.

: *Geschicte der Arabischen Litteratur-Supplement*, Leiden, E. J. Brill, 1937.

: *Geschicte der Arabischen Litteratur* (GAL), Leiden, E. J. Brill, 1943.

Cessâs, Ahmed b. Ali : *Ahkâmu'l-Kur'ân*, Neşir: Abdüsselâm Şahîn, Beyrut, Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 2003.

: *el-Fusûl fi'l-usûl*, Thk. Muhammed Tâmir, Beyrut, Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 2010.

: *Şerh Muhtasari't-Tahâvî*, Thk. İsmetullah İnâyetullah Muhammed, Tashih: Said Bekdâş, Beyrut, Dâru'l-beşâiri'l-islâmiyye ve Medine, Dâru's-sirâc, 2010.

: *Şerh Kitâbi Edebi'l-kâdî li'l-İmâm Ebi Bekr el-Hassâf*, Thk. Ahmed Ferîd el-Mezîdî, Beyrut, Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 2013.

: *Muhtasaru İhtilâfi'l-ulemâ*, Thk. Abdullah Nezir Ahmed, Beyrut, Dâru'l-beşâiri'l-islâmiyye, 1995.

Çakan, İsmail Lütfü : "el-Âsâr", *DİA*, Ankara, c. III, 1991, s. 460.

Çavuşoğlu, Ali Hakan : "Irak Mâliki Ekolü (III.-V./IX.-XI. yy.)", (Marmara Ünv., Sosyal Bilimler Ens., Yayımlanmamış Doktora Tezi) İstanbul, 2004.

Çelebi, Kâtip : *Keşfü'z-zünûn an esâmi'l-kütübi ve'l-fünûn*, İstanbul, Milli Eğitim Basımevi, 1971.

Desûkî, Şemseddin Muhammed : *el-İmâm Muhammed b. el-Hasan eş-Şeybânî ve eseruhu fi'l-fıkh*, Katar, Dâru's-sekâfe, 1987.

Dönmez, İbrahim Kâfi : "İllet", *DİA*, Ankara, c. XXII, 2000, s. 117-120.

Duman, Soner : *İlk Dönem Hanefî Usûlünde İllet Tartışmaları*, İstanbul, Kitâbî Yay., 2010.

Ebû Yûsuf, Ya'kub b. İbrâhîm : *İhtilâfu Ebî Hanîfe ve İbn Ebî Leylâ*, Thk. Ebû'l-Vefâ el-Efgânî, Haydarabad, Lecnetu ihyâi'l-meârifi'n-numâniyye, 1350.

Ebû Zehra, Muhammed : *Ebû Hanîfe*, Trc. Osman Keskinoğlu, Ankara, DİB Yay., 1997.

Esen, Bilal : *Hanefî Usûlcülerinde İctihad Teorisi*, Ankara, TDV yay., 2012.

Güngör, Mevlüt : *Cassas ve Ahkâmu'l-Kur'ân'ı*, Ankara, Elif Matbaası, 1989.

: "Cessâs", *DİA*, Ankara, c. VII, 1993, s. 427-428.

Habeşî, Abdullah Muhammed : *Câmi'u'ş-şurûhi ve'l-havâşî*, Cidde, Dâru'l-Minhâc, 2017.

Hafiz, Muhammed Muti : *Fihrisu mahtûtâti Dâri'l-kütübi'z-zâhiriyye: el-Fıkhu'l-hanefî*, Dimaşk: Matbâatu mecmai'l-lugati'l-arabiyye, 1980.

Hallaq, Wael : *İslam Hukukuna Giriş*, Terc. Necmettin Kızılkaya, İstanbul, Ufuk Yay., 2014.

Hamza, Mahmud : *el-Ferâidu'l-behiyye fi'l-kavâidi ve'l-fevâidi'l-fıkhîyye*, Dimaşk, Dâru'l-fikir, 1986.

İbn Âbidîn, Muhammed Emîn : *Mecmûatü Resâil İbn Âbidîn*, Beyrut, Dâru İhyâi't-türâsi'l-arabî, t.y.

İbnü'l-Esîr, İzzeddin el-Cezerî : *el-Lübâb fi tehzîbi'l-ensâb*, Beyrut, Dâru's-sâdir, t.y.

İbnü'n-Nedîm, Muhammed : *el-Fihrist*, Thk. Rıza Teceddüd, Tahran, y.y., 1971.

İbn Hallikân, Ahmed b. Muhammed : *Vefeyâtü'l-ayân ve enbâu ebnâi'z-zamân*, Thk. İhsân Abbâs, Beyrut, Dâru's-Sâdir, t.y.

İbn Kutluboğa, Ebû'l-Adl Kâsım : *Tâcü't-terâcim fî men sannefe mine'l-Hanefiyye*, Thk. İbrâhim Sâlih, Dimaşk, Dâru'l-me'mûn li't-türâs, 1992.

İbn Manzûr, Ebû'l-Fazl Muhammed : *Lisânu'l-arab*, Beyrut, Dâru İhyâi't-türâsi'l-arabî ve Müessetu'l-târîhi'l-arabî, 1997.

İbn Nüceym, Zeynüddin b. İbrahim : *el-Eşbâh ve'n Nezâir ala mezhebi Ebî Hanîfe en-Nu'mân*, Neşir: Zekeriyya Umeyrât, Beyrut, Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1999.

İbn Sa'd, Muhammed b. Sa'd : *Kitâbu Tabakâtü'l-kübrâ*, Thk. Ali Muhammed Ömer, Kahire, Mektebetü'l-hancî, 2001.

İltaş, Davut : "Tahâvî", *DİA*, Ankara, c. XXXIX, 2010, s. 385-388.

Kandemir, Yaşar : "Emâlî", *DİA*, Ankara, c. XI, 1995, s. 70-72.

: "el-Muvatta", *DİA*, Ankara, c. XXXI, 2006, s. 416-418.

Karabulut, Ali Rıza : *İstanbul ve Anadolu Kütüphanelerinde Mevcut El Yazması Eserler Ansiklopedisi*, I-III, Kayseri, y.y., t.y.

Kaya, Eyüp Sait : "Mezheplerin Teşekkülünden Sonra Fıkhî İstidlal", (Marmara Ünv., Sosyal Bilimler Ens., Yayımlanmamış Doktora Tezi) İstanbul, 2001.

: "Zâhirü'r-Rivâye", *DİA*, Ankara, c. XLIV, 2013, s. 101-102.

Kehhâle, Ömer Rıza : *Mu'cemu'l-müellifîn*, Beyrut, Müessetu'r-risâle, 1993.

Kerem Hilmî : *et-Türâsu'l-ilmî li'l-hadârati'l-islâmiyye fi'ş-Şam ve'l-Irâk hilâle'l-karni'r-râbii'l-hicrî,* Kahire, Mektebetu zehrâi'ş-şark, 2004.

Kerhî, Ubeydullah b. el-Hüseyn : *Usûlü'l-Kerhî,* (Ebû Zeyd ed-Debûsî'nin *Te'sîsu'n-nazar* eseri ile basılı), Thk. Zekeriyyâ Ali Yusuf, Kahire, Matbaatü'l-İmâm, t.y.

Kevserî, Muhammed Zahid : *Bülûgu'l-emânî fi sireti'l-İmâm Muhammed b. el-Hasan eş-Şeybânî*, Kahire, Mektebetü'l-hancî, 1355.

Kızılkaya, Necmettin : *İslam Hukukunda Farklar*, İstanbul, İz Yay., 2016.

: *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kâideler*, İstanbul, İz Yay., 2013.

Koca, Ferhat : "İbâdet", *DİA*, Ankara, c. XIX, 1999, s. 240-247.

Köksal, Cüneyd ve Dönmez, İbrahim Kâfi : "Usûl-i Fıkh", *DİA*, Ankara, c. XLII, 2012, s. 201-210.

Kureşî, Abdülkâdir b. Muhammed : *el-Cevâhiru'l-mudiyye fi tabakâti'l-hanefiyye*, Thk. Abdülfettâh Muhammed el-Huluv, Riyâd, Hicr li'ttıbâa ve'n-neşir, 1993.

Leknevî, Ebû'l-Hasenât Muhammed : *el-Fevâidu'l-behiyye fi terâcimi'l-hanefiyye*, Beyrut, Dâru'l-marife, t.y.

Makdisi, George : *Ortaçağ'da Yüksek Öğretim İslam Dünyası ve Hıristiyan Batı*, Trc. Ali Hakan Çavuşoğlu ve Tuncay Başoğlu, İstanbul, Klasik Yay., 2012.

Mâlik b. Enes : *Muvattaü'l-İmam Mâlik: Rivâye Muhammed b. el-Hasan eş-Şeybânî, Mea Talîki'l-Leknevî*, Thk. Takıyyüddin en-Nedvî, Dimaşk, Dâru'l-kalem, 2011.

: *el-Müdevvenetü'l-kübra* (Rivâyetu Sahnûn b. Saîd), Mısır, Matbaatü's-saâdet, h. 1323.

Mez, Adam : *Onuncu Yüzyılda İslam Medeniyeti: İslam'ın Rönensansı*, Trc. Salih Şaban, İstanbul, İnsan Yay., 2014.

Nedvî, Ali Ahmed : *el-Kavâid ve'd-Devâbit el-Müstehlasa mine't-Tahrîr li'l-İmâm Cemâleddin el-Hasırî*, Kahire, Matbaatü'l-Medenî, 1991.

: el-*İmâm Muhammed b. el-Hasan eş-Şeybânî nâbigatü'l-fıkhi'l-İslâmî*, Dimaşk, Dâru'l-Kalem, 1994.

Nesefî, Ebû Hafs : *Tilbetu't-talebe fi'l-ıstılâhâti'l-fıkhiyye*, Zabt ve Tahrîc: Halid Abdurrahman el-'Ak, Beyrut, Dâru'n-nefâis, 1995.

Neşemî, Uceyl Câsim : *el-İmâm Ahmed b. Ali er-Râzi el-Cessâs*, Kuveyt, Dâru'l-Kur'âni'l-Kerîm, 1980.

Özel, Ahmet : *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, Ankara, TDV yay., 2013.

: "İslam Hukuk Düşüncesinin Aklîleşme Süreci: Başlangıçtan Hicrî IV. Asrın Ortalarına Kadar", (Marmara Ünv., Sosyal Bilimler Ens., Yayımlanmamış Doktora Tezi) İstanbul, 1995.

Özer, Hasan : "İbn-i Kemâl ve Tabakâtü'l-Fukahâ Adlı Eseri", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2009, sayı: 14, s. 353-374.

Özşenel, Mehmet : *İlk Dönem Hadis-Rey Tartışmaları Şeybânî Örneği*, İstanbul, İFAV, 2015.

"Muhammed b. Hasan Şeybânî", *DİA*, c. XXXIX, 2010, s. 42-43.

Öztürk, Abdülvehhab : "Hassâf", *DİA*, Ankara, c. XVI, 1997, s. 395.

Pekcan, Ali : "İslam Hukuku Literatüründe Fıkhın Genel Kurallarına Dair İlk Risâle", *İslam Araştırmalar Dergisi*, c. 16, sayı: 2, 2003.

Sağlam, Ayşe : "Hicrî IV. Asırda Nübüvvet Karşıtlığı ve Hadis Tartışmaları -*Tesbîtü Delâili'n-Nübüvve* Adlı Eser Özelinde-" (İstanbul Ünv., Sosyal Bilimler Ens., Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) İstanbul, 2018.

Saymerî, Ebû Ali : *Ashâbu Ebî Hanîfe ve Ahbâruhu*, Beyrut, Dâru'l-kütübi'l-arabî, 1976.

Serahsî, : *Kitâbu'l-Mebsût*, İstanbul, Dâru'd-davet (Çağrı Yay.), 1983.

: *Şerhü's-Siyeri'l-kebîr*, Thk. Abdülaziz Ahmed, Kahire, Ma'hedu'l-Mahtutât bi Câmiati'd-Düveli'l-Arabiyye, 1971.

Sezgin, Fuad : *Târîhu't-türâsi'l-arabî*, Trc. Mahmûd Fehmî Hicâzî, Mrc. Arefe Mustafa ve Saîd Abdurrahîm, Suudiyye, İdâretu's-sekâfe ve'n-neşir bi'l-câmia, 1983.

Sibeveyh, Amr b. Osman : *el-Kitâb*, nşr. Abdüsselam Hârûn, Beyrut, Dâru'l-cîl, t.y.

Şensoy, Sedat : "Şerh", *DİA*, Ankara, c. XXXVIII, 2010, s. 555-558.

Şeybânî, Muhammed b. el-Hasan : *el-Mehâric fi'l-hiyel*, Kahire, Mektebetu's-sekâfeti'd-diniyye, ty.

: *el-Âsâr*, Thk. Ebu'l-Vefâ el-Efgânî, Beyrut, Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1993.

: *el-Hücce ala Ehli'l-Medîne*, Thk. Seyyid Mehdî Hasan el-Kîlânî, Beyrut, Âlemu'l-Kütüb, 1983.

: *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Ebû'l-Vefâ el-Efgânî, Hindistan, Lecnetü ihyâi'l-meârifi'n-numaniyye, y.y., t.y.

: *el-Câmi'u'l-kebîr*, Thk. Muhammed Tâmir, Beyrut, Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1990.

: *el-Câmi'u's-Sagîr*, Thk. Mehmet Boynukalın, İstanbul, Ocak Yay., 2009.

: *el-İktisâb fi'r-rızki'l-müstetâb*, Thk. Semîr Abbâs, Beyrut, Dâru İhyâi't-türâsi'l-arabî, 2014.

: *el-Asl*, Thk. Mehmet Boynukalın, Beyrut, Dâru İbn Hazm, 2012.

Taş, Aydın : "Muhammed b. el-Hasan eş-Şeybânî'nin Hukuk Anlayışı", (Erciyes Ünv., Sosyal Bilimler Ens., Yayımlanmamış Doktora Tezi) Kayseri 2003.

: "Muhammed b. Hasan Şeybânî", *DİA*, Ankara, c. XXXIX, 2010, s. 38-42.

Tomar, Cengiz : "el-Melikü'l-Muazzam", *DİA*, Ankara, c. XXIX, 2004, s. 71-73.

Tüccar, Zülfikar : "Ferrâ Yahya b. Ziyâd", *DİA*, Ankara, c. XII, 1995, s. 406-408.

Ünal, Halit : "el-Asl", *DİA*, Ankara, c. III, 1991, s. 494-495.

Ya'kûbî, Ahmed b. Ebî Ya'kûb : *el-Büldân*, Thk. Muhammed Emîn Dannâvî, Beyrut, Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 2002.

Yaman, Ahmet: : "es-Siyerü'l-Kebîr", *DİA*, Ankara, c. XXXVII, 2009, s. 327-329.

: "Bir Kavram Olarak Fıkıh Kâideleri ya da İslam Hukukunun Genel İlkeleri", *Marife*, yıl:1, sayı: 1, 2001.

Yavuz, Yunus Vehbi : "el-Câmi'u'l-kebîr", *DİA*, Ankara, c. VII, 1993, s. 109-110.

: "el-Câmi'u's-Sagîr", *DİA*, Ankara, c. VII, 1993, s. 112.

Yiğit, Metin : *İlk Dönem Hanefî Kaynaklarına Göre Ebû Hanîfe'nin Usûl Anlayışında Sünnet*, İstanbul, İz Yay. 2009.

Zehebî, Muhammed b. Ahmed : *Siyeri a'lâmi'n-nübelâ*, Thk. Şuayb el-Arnaût, Beyrut, Müessetu'r-risâle, 1982.

: *Tehzîbu siyeri a'lâmi'n-nübelâ*, Thk. Şuayb el-Arnaût, Beyrut, Müessetu'r-risâle, 1992.

Zencânî, Mahmûd b. Ahmed : *Tahrîcü'l-fürû' ale'l-usûl,* Thk. Muhammed Edîb Sâlih, Beyrut, Müessesetü'r-Risâle, 1982.

Zeydân, Abdülkerim : *el-Medhal li-dirâseti'ş-şerîati'l-islâmiyye*, Beyrut, Müessetu'r-risâle, 1998.

Ziriklî, Hayrettin : *el-A'lâm Kâmûsu Terâcim*, Beyrut, Dâru'l-ilmi li'l-melayîn, 1992.

Zysow, Aron : "Hanefî Hukuku Kuramında Mu'tezilik ve Matüridilik", Çev. Süleyman Aydın, *Hikmet Yurdu*, 2009, cilt: II, sayı: 4, İmam Mâtüridî ve Mâtüridîlik Özel Sayısı, s. 147-178.

www.yazmalar.org

mawdoo3.com

ÖZGEÇMİŞ

İlk ve ortaöğrenimini Çorum'da tamamladı. 1999-2000 öğretim yılında Ürdün'de bir yıl arapça dil eğitimi aldıktan sonra Zarka Private University (Ürdün) İlahiyat Fakültesi'nden mezun oldu (2006). Yarmouk University (Ürdün) İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku bilim dalında "Eserü'l-levn fi ahkâmi'l-fikhi'l-islâmî ve tatbîkâtuhu'l-muâsıra" başlıklı tez çalışmasıyla yüksek lisansını tamamladı (Doç. Dr. Muhammad Talafiha, 2009). Bir yıl Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi'nde denklik dersleri aldı (2011). 2012 yılında başladığı İstanbul Üniveritesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde başladığı doktora programını "*Şerhu'l-Cessâs a'le'l-Câmi'i'l-kebîr* Adlı Eserin Tahkiki" teziyle tamamlayarak doktor ünvanı aldı (Doç. Dr. Necmettin Kızılkaya, 2018).

فهرس الموضوعات

1 7

باب المستحاضة والتي لا ينقطع دمها 22
باب من السجدة 36
باب من الطهر في الوضوء والثياب وغير ذلك 48
باب صلاة العيدين 52
باب التكبير في أيّام التشريق في أدبار الصلوات 64
باب الصيام والاعتكاف 74

[كتاب الزكاة] 92

باب زكاة الطعام 92
باب زكاة المال 97
باب زكاة الإبل والبقر والغنم مع المال يُضم إليه 120

2 130

باب من نكاح العبد والخلع في ذلك والدين 131
باب من النكاح والخلع 145
باب من النكاح في نفي الولد وفي تزويج المكاتبة والأمة على المكاتبة 152
باب النكاح فيما ينقص من الصداق وما يزيد 162
باب النكاح في الفرقة في المَجبوب والعِنين ونحوهما 170
باب نكاح ما يقام عليه البيّنة من المرأة والزوج الذي يفرّق بين المرأة وزوجها 188
باب من نكاح المخاطَبة 201
باب من الوكالة والنقض من الوكيل قبل الإجازة 212
باب من النكاح بين العبد والأمة والخيار لها 227
باب من النكاح في اختلاف الصداق 242
باب من إجازة النكاح بزيادة والصداق 244
باب من نكاح المرأتين في عقدة الذي يكون أوله جائزًا ثم يفسد بعد ذلك 251
باب من الفرقة في المرض [94أ] الذي يتوارثان بعدما فارقها 256

كتاب الدعوى 264

باب من الدعوى والبيّنات 264
باب الدعوى والبيّنات 280
باب من الدعوى والبينات 301
باب من الدعوى والبيّنات والإقرار في ذلك 310
باب من دعوة الرجلين الولد من الجارية يكون بين رجلين 325
باب من الدعوى والبينات الذي يكون بعضها أولى من بعض والغصب وغيره 331
باب ما يكون الرجل خصمًا من النسب وما لا يكون فيه خصْمًا 339
باب ما يكون الرجل به خصمًا وما يدفع به الخصومة ممّا يذكر أنّه لغيره 342
باب ما لا يكون الرجل فيه خصمًا فيما يدّعي فيه الخصومة والوكالة من الذي يقرّ المدّعي [168أ] أنّها كانت له 348

باب ممّا يكون خصمًا ممّا لو هلك في يديه 350
باب ما يكون الرجل فيه خصمًا لأنّه أقرّ أنّ الأصل كان له 353
باب ممّا يقضي فيه القاضي بالبيّنة والإقرار وما لا يقضي به في العبد والدابّة 355
باب ما يكون الرجل [176أ] عليه للأجنبيّ 358
باب من الشهادات في الميراث الذي قضى به للذي هو في يديه 359
باب الرجل يُقضى ببعضه عبدٌ ولا يُقضى ببعض وهو يدّعي أنّه حرّ كيف هو في خيانته وشهادته 363

كتاب الإقرار 365

باب الإقرار بالشركة 365
باب من الإقرار أيضًا 378
باب من الإقرار [197أ] في المرض لوارث أو غيره 380
باب من الإقرار باستيفاء المال من الوارث أو من كفيل الوارث في المرض أو أبرأه بغير قبض 384
باب من الإقرار في المرض باستيفاء الدين والمكاتبة 388
باب إقرار المريض باستيفاء الدين وإبراء الجراحات والبيوع في الصحة والمرض وعليه دين يحيط بجميع 391
باب الإقرار الذي يقرّ به للوارث فيقرّ به الوارث لغيره 398
باب من الإقرار بالمال الذي يكون قصاصًا وما لا يكون 401
باب من الإقرار أيضًا 403
باب من الإقرار بالبيع في فساد أو غير فساد 406
باب من الإقرار بالعيب الذي يُردّ به والذي لا يُردّ به 410
باب من إقرار الوارث بالعتق بعد موت الميّت ثم يموت يعفو من إقراره 411
باب من الإقرار يدّعي الرجل أنّ بعض عبيده ولده في حياته وصحّته أو في مرضه 413
باب من الإقرار في القضاء في البيع الذي يُردّ به والذي لا يُردّ 415
باب الرجل يُقرّ بالرقّ وقد أعتق عبدًا له بجحد ما قال 418
باب من إقرار الميّت بالشراء في الدار من أحد الورثة ومن غريب في مرضه ولها شفيع 420
باب من إقرار المرأة بالرقّ وهي تحت زوج يجحد ما قالت 422
باب من الإقرار في المرض للمرأة بالدين الذي لها الأقلّ منه ومن الميراث 426
باب من الإقرار بالبيع من البائع والآمر والمأمور يجحد ذلك 428
باب من الإقرار الذي يختلف فيه المنطق وهو جائز 433
باب إقرار المكاتب لمولاه بالدين والأجنبيّ وما يلزمه من الدين لهما في مرض المكاتب وصحّته 438
باب ما يجوز من الشهادات وما يُبطل منها بالبراءة 444

كتاب الشهادات 449

باب الشهادة التي تبطل بعد قضاء القاضي 449
باب من الدين والشهادة عليه 453
باب من الشهادة على الشهادة 465
باب من الشهادة في الجناية والدعوى والاختلاف من الورثة في ذلك 468
باب الشهادة على النصرانيّ بعد موته في الدَين للمسلم والنصرانيّ 476
باب من الشهادات ما يجوز فيه وما لا يجوز في المواريث وغيرها 479
باب من اختلاف الشهادات 494

4 501

باب البيع في زيادته بالولد وغيره وما يقسم عليه بالثمن 508
باب اختلاف البائع والمشتري في هلاك ما اشترى قبل القبض 514
باب اختلاف البائع والمشتري كلّ واحد منهما يدّعي خلاف ما يدّعي صاحبه 517
باب الزيادة في البيع من غير المشتري 518
باب القصاص في السلم 524
باب ما يكون عيبًا في البيع وما لا يكون عيبًا 529
باب من البيع في العيب وغيره [28أ] وما يكون إقالة وما لا يكون 531
باب البيع الفاسد الذي ينقض 535
باب من البيوع التي يختلف فيها في الثمن 535
باب من البيوع التي يقع فيها الاختلاف في الثمن بين البائع والمشتري في القروض والديون 538
باب من البيوع التي فيها اختلاف فيما يجب للبائع على المشتري 540
باب 545
باب من القبض في البيع بالعيب 545
باب من الشراء والبيع في القبض بغير أمر البائع 547
باب اختلاف البائع والمشتري بالثمن 550
باب من البيع بين الاثنين [47أ] يكون الثمن بينهما فإذا هلك أحدهما كان للآخر 552
باب من القبض في البيع والتقايل في ذلك 554

كتاب الرهن 556

باب من الرهن أيضًا 558
باب من الرهن بين الشركاء الذي يرجع بعضهم على بعض 565
باب من الرهن الذي [61أ] يبطل فلا يكون خصمًا 567
باب من الرهن الذي يضمن المرهون فيه قيمته أو جميع الدين 570
باب من الرهن وغيره يباع بوكالة القاضي 575
باب من الرهن والجناية عليه 577

كتاب الشركة 579

باب شركة الرجلين بينهما الجارية أو الدار فيغرم ذلك رجل 592
باب المفاوضة 605
باب رجوع أحد الشريكين على صاحبه بحصّته ممّا قبض 609

كتاب الوصايا 615

باب ما يكون خصمًا من صاحب الوصيّة والغريم والورثة وما لا يكون خصمًا 615
باب من الوصايا أيضًا 631
باب من الوصايا بثلث ماله لمواليه 645
باب الرجل يوصي عند موته لبني فلان 650
باب من الوصيّة بالخدمة والغلة والثمرة والسكنى 657
باب الوصايا التي يرجع في بعضها 661
باب من الوصايا بالنفقة 663
باب من الوصايا التي يكون رجوعًا والتي لا يكون رجوعًا 668
باب العبد الموصى به يباع لأصحاب الدين ثم يخرج للميّت مالٌ 671

باب الوصيّة التي تقع لأقلّ ممّا سمّى 672
باب من الوصايا التي يوقت لها الموصي فيعجل أو يكون إلى أجلها 673
باب ما يُصدّق فيه الوصيّ إذا قال "أنفقتُه" على اليتيم 674
باب الرجل يوصي أن يحجّ عنه 678
باب من الوصايا في إجازة الوارث وصيّة أبيه في مرضه 681
باب من الوصايا التي تجب للموصى له فيها قيمة العبد 687
باب بيع الوصيّ وأمين القاضي 689
باب من الوصايا التي يكون بعضها رجوعًا وبعضها غير رجوع 690
باب ما يجوز لليتيم أن يفعله إذا أُذن له في التجارة 693

كتاب المكاتبة 695

باب من المكاتبة والوصيّة في ذلك 695
باب المكاتبة 699
باب تسليم الشفعة 707
باب من الشفعة أيضًا 712
باب من الشفعة أيضًا 713
باب من الشفعة إذا سلّم بعض الشفعاء بعض حقّه أو دخل الشفيع في بعض البيع 714
باب من الشفعة على أن يضمن فلان الثمن 716
باب من الشفعة التي يكون للمشتري فيها ما لا يكون للشفيع 720
باب من الشفعة أيضًا 721
باب من الشفعة وقسمتها بين الشفعاء 723
باب من المحاباة في الشفعة للوارث والتولية والمرابحة 728
باب ما تبطل به الشفعة وما لا تبطل 733
باب ما لا يكون الرجل خصمًا من إقامة البيّنة على الشفعة 734
باب بيع الشفيع بعض داره 737
باب الشفعة في الشراء من مال المضاربة 737
باب من الشفعة في الصلح من العيب 738

كتاب الوكالة 743

باب من الوكالة 743
باب ما يجوز من البراءة في الدين وما لا يجوز بالوكالة 750
باب من الوكالة في البيوع ممّا يضمن وممّا لا يضمن 753
باب الوكالة ما يكون خصمًا وما لا يكون 759
باب من الوكالة في البيع الذي يأمر الوكيل أن يزيد من عنده 761
باب الوكالة في البيع يقرّ الوكيل فيها على الآمر 762
باب من الوكالة في الشراء 764
باب من الوكالة والوصيّة في البيع ما يُصدّق فيه الوصيّ وأمين القاضي 772
باب ضمان الوكيل في البيع ونقده الثمن بغير ضمان 779
باب الرجل يشتري العبد لغيره فيجد به العيب فيأمره الآمر بردّه 789
باب ما يكون وكالة في الطلاق وما لا يكون 793

[كتاب الحوالة والكفالة] 796

باب الحوالة 796
باب الكفالة بالصرف 819
باب البراءة من الكفالة 823

[كتاب الصلح] 825

باب الصلح في الساحة التي لا يُدرأ والبيع في ذلك 832

أوّل الإجارات 836

باب الإجارة في حملان الشيء بشيء منه واستحلاف المكترٰى له 836
باب من الإجارة أيضًا 838
باب من الإجارة والاختلاف فيها بين الاثنين 843
باب من الإجارة والشراء الذي يتصدّق صاحبها بالفضل 845

أبواب المضاربة 849

[كتاب المضاربة] 849

باب المضاربة التي يزيد فيها المضارب في الثمن من عنده 849
باب زكاة المضاربة 850
باب مكاتبة المضارب 854

[كتاب الجنايات] 859

باب الجنايات 859
باب من الجنايات أيضًا 882
باب من الجنايات في قطع يد رجلين 891
باب جناية المكاتب 892
باب عتق العبدين اللذين يكون الجناية من أحدهما أو منهما 894
باب القتيل يوجد في المحلّة أو في المسجد أو في دُور لقوم شتّى 897
باب من السرقة 899

باب السير 901

باب من الاختلاف في الغصب ممّا يدّعي فيه صاحب العبد ويخالفه فيه الغاصب 910

أبواب متفرّقة 913

باب من السلم في الرطب 913
باب من الدراهم التي خلطها صِفرٌ 915
باب من الضمان في العارية والإجارة 920
باب من الصلح في الكفالة من الكيل والوزن على أقلّ منه 922
باب من المال الذي يكون قرضًا والذي لا يكون 924
باب ما يكون المولى فيه خصمًا عن عبده وما لا يكون 927
باب من وديعة المحجور والصبيّ والصيد المحجور عليه ممّا يلحقه إذا مات أو لا يلحقه 928
باب الوديعة التي يقرّ صاحبها بقبض بعضها أو يقرّ بذلك المشتري ثم يموت 930

باب ما يجوز لليتيم أن يفعله إذا أُذن له في التجارة وللولد الصغير 931
باب من القضاء الذي يكون من الوارث إكذابًا للشهود 934
باب إجازة البائع والمرتهن والغاصب في تعليم العبد 938
باب الهبة في المرض 940
باب في الأيمان 945
المراجع والمصادر 948

1

[1أ] وأمّا قولها: قصر[1] رسول الله صلى الله عليه وسلم في السفر وأتمّ[2]، فإنّ معناه أنّه قصر[3] في الفعل وأتمّ في المعنى كما قال عمر: ((صلاة السفر ركعتان تمامٌ غير قصرٍ على لسان نبيّكم صلى الله عليه وسلم))[4].

فإن قيل: هلّا أثبتَ التخيير بقوله تعالى: ﴿فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ﴾[5]، فخرج ذكر القصر مخرج الترخيص فيكون مخيّرًا فيه.

---

[1] قصّر.
[2] معرفة السنن والآثار للبيهقي، 252/4؛ مسند الشافعي، 182/1.
[3] قصّر.
[4] سنن النسائي، الجمعة، 37؛ سنن ابن ماجه، إقامة الصلاة والسنة فيها، 73؛ مسند أحمد، 37/1.
[5] النساء، 101/4.

قيل له: لم نعلم القصر في السفر في غير حال الخوف بهذه الآية. ألا ترى إلى قول يعلىٰ بن أميّة لعمر بن الخطاب "كيف نقصر وقد أمِنّا؟"، وذكر الآية، فقال عمر: "عجبت ممّا عجبتَ منه"[6] لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: ((صدقةٌ تصدّق الله بها عليكم، فاقبلوا صدقتَه))[7]، فأخبر أنّ حكم القصر في غير حال الخوف مأخوذ من السنّة دون الآية، لأنّ حكم الآية مقصور على حال الخوف.

فإن قيل: إنّ الخوف لا يوجب القصر.

قيل له: يحتمل أن يكون الاختلاف والمشي الذي فيها جُعل[8] قصرًا، لأنّه لو لم يكن هناك عُذْر فسدت صلاته بهما، ويحتمل أن يريد بالقصر في أوصاف الصلاة دون أعداد ركعاتها كالإيماء والقعود في حال الخوف.

فإن قيل في خبر عمر أنّ النبي صلى الله عليه قال: ((صدقةٌ تصدّق[9] الله عليكم فاقبلوا صدقته))[10]، وذلك دليل على جواز الإتمام، لأنّ لنا ألّا نقبل الصدقة، [1ب] وهو مع ذلك معارض لما رويتموه من أنّ صلاة السفر باقية على الأصل، إذ لو كان كذلك ما كان فيها صدقة.

فالجواب: إنّ قوله: ((فاقبلوا صدقته)) أمر، وأمر النبي صلى الله عليه وسلم على الوجوب إلّا أن يقوم الدلالة على غيره، وهو مع ذلك غير معارض للخبر الذي فيه أنّ صلاة السفر باقية على أصل الفرض من قِبل أنّ الصدقة ههنا التخفيف كما أنّ قوله: ﴿فَتَابَ عَلَيْكُمْ﴾[11] معناه: "خفّف عنكم ووسّع عليكم"، وإذا كان كذلك لم يكن قوله: ((تصدّق الله بها عليكم)) ما ينافي بقاء فرض السفر على الأصل.

فإن قيل: اتّفاق الجميع على لزوم الإتمام بدخوله في صلاة المقيم دلالة على أنّه مخيّر بين الإتمام والقصر.

قيل له: لو كان كذلك لكان دخول العبد والمرأة في صلاة الجمعة، وفعلها الركعتين مع الإمام دلالة على أنّهما مخيّران قبل الدخول في صلاة الإمام بين فعل الظهر أربعًا أو ركعتين، وكذلك المريض، وأيضًا فإنّ من جعله مخيّرًا قبل الدخول أسقط تخييره بعد الدخول، فلو لزمنا ما ألزمونا من التخيير لأجل تغيّر فرضه بدخوله في صلاة المقيم لزمهم ألّا يجعلوه[12] مخيّرًا قبل الدخول لاتّفاقهم على سقوط التخيير بعده، فصحّ بذلك سقوط هذا السؤال على أنّه لو كان دليلًا [2أ] على أنّه مخيّر لكان دليلًا على أنّ المقيم مخيّر، لأنّ له أن يسافر فيصلّي ركعتين.

---

[6] + فذكرته ذلك.
[7] صحيح مسلم، صلاة المسافرين، 4 (686)؛ سنن أبي داود، الصلاة (تفريع أبواب صلاة السفر)، 270؛ سنن الترمذي، التفسير، 5.
[8] جَعل.
[9] يُصَدّق.
[10] سبق تخريجه.
[11] البقرة، 54/2، 187؛ المزمّل، 20/73.
[12] الا تجعلوه.

وقد احتجّ أبو خازم رحمه الله لأصل المسألة من جهة النظر بمعنى تحصيله بأنّا وجدنا كلّ ما كان الإنسان مخيّرًا بين فعله على وجه الابتداء وبين تركه إذا تركه لا إلى بدل كان فعلًا من ذلك أنّ الرجل مخيّر بين أن ينتفل ابتداء بصوم أو صلاة أو صدقة أو نحوها من القرب وبين أن يتركها لا إلى بدلٍ، فكان هذا حقيقة النفل ووجدنا الفرض بخلاف ذلك، لأنّه إمّا أن يكون له خيار في تركه في وقته وإن تركه تركه إلى بدلٍ. ألا ترى أنّه لا خيار في ترك الظهر في آخر وقتها، وأنّه مخيّر في أوّل وقتها بين فعلها أو تركها إلى فعل آخر بفعله في آخر الوقت، وكذلك صوم رمضان المسافر مخيّر بين فعله وتركه فإن تركه تركه إلى بدل، فلمّا اتّفقنا وخالفونا[13] في صلاة السفر على أنّ له ترك ما زاد على الركعتين لا إلى بدل علمنا أنّهما نفل إذا فعلهما.

قال أبو بكر: فسأل بعضهم على هذه العلّة، فقال: إنّ هذه الحقيقة التي وضعتها للنفل قد توجد مثلها فيما يفعل على وجه الفرض من ذلك أنّ فرض الركوع[14] الذي يجوز الاقتصار عليه إنّما هو مقدار ما يسمّى به الرجل راكعًا وأنّه لو أطال لكان جميعه فرضًا، [2ب] وقد كان جائزًا له بدءًا الاقتصار على ما دونه وترك ما فعله، وأنّه لو تركه تركه لا إلى بدلٍ، ثم إذا فعله فعله فرضًا. ألا ترى أن يدركه في هذه الحال مدرك لركعته، وكذلك هذا في القيام والقراءة وسائر أفعال الصلاة إذا دام عليها كان جميعُها مفعولًا فرضًا.

والجواب عن ذلك: إنّا قد قيّدنا العلّة بدءًا بما يسقط هذا السؤال، وذلك أنّا قد قلنا: كلّ ما يفعله الإنسان من هذه الأفعال على وجه الابتداء لا على وجه الدوام على فعلٍ قد سبق منه، والبقاء عليه، وكان وضْعه ما ذكرنا كان نفلًا. وأمّا إطالة الركوع والقيام وسائر أفعال الصلاة فإنّما هي دوام على أفعال قد ابتدأها قبل ذلك، فكان حكم الدوام عليها حكم الابتداء. ويدلّ على الفصل بين الأمرين على أصول أصحابنا قولهم فيمن حلف لا يصوم فأصبح صائمًا، ثم أفطر إنّه حانث، ولو حلف لا يصلّي، فافتتح[15] الصلاة، ثم قطعها لم يحنث حتى يصلّي ركعةً وسجدة، لأنّ الصوم إنّما هو الإمساك، وقد وجَد ذلك منه، ثم إتمامه إلى آخر النهار إنّما هو دوام على ذلك الخبر. وقالوا في الصلاة: إنّها لما كانت أفعالًا متغايرة غير مفعولة على وجه الدوام على فعل مبتدأ لم يحنث حتى يأتي بجنس أفعال الصلاة.

ونظيره أيضًا قولهم فيمن أصبح يوم الفطر صائمًا: إنّه لا يفطر ولا يقضي [3أ] ولو افتتح الصلاة عند طلوع الشمس قطعها وقضى، وذلك لأنّ الصوم إنّما هو الإمساك في أوّل النهار وما بعده من آخر النهار إنّما هو دوامٌ عليه، فلمّا لم يصح له الجزء الأوّل، وكان فاسدًا كان حكم ما بعده حكمه، وقالوا: إنّ الصلاة أفعال متغايرة مختلفة يفعل كلّ فعلٍ منها على جهة الابتداء لا على وجه الدوام على فعل متقدّم، فلزمت سائر الأفعال بالافتتاح، ولم يمنع كون الافتتاح منهيًّا عنه لزوم ما بعده من الأفعال من جهة الحكم، إذ لم يكن مفعولة على وجه الدوام على الفعل الأوّل ولم يكن حكمها حكمه،

---

[13] وخالفونا.
[14] الرجوع.
[15] فاصبح.

وهذا الذي استشهدنا به من ذلك، وإن[16] لم يكن حجّة للمسألة، فإنّه تأنيس وتوطئة للمتعلِّم وبيان أنّ أصحابنا قد اعتبروا ذلك واعتمدوه وأيضًا لإسقاط السؤال، وأنّه غير لازم على أصلهم. وأمّا حجّة المسألة، فهو: ما ابتدأنا بذكره في هذا الفعل من تحصيل العلّة على الوجه الذي ذكرنا.

قال أبو بكر: قد تكلّمنا في هذه المسألة بجملة فيها كفاية لمن تدبّرها، ونتكلّم الآن في أنّ المسافر لا يجوز له الإتمام بعد فوات الوقت. فالدليل عليه: قول النبي عليه السلام: ((وما فاتكم فاقضوا))[17]، فأمر بقضاء الفائت، وحكم [3ب] القضاء أن يكون مفعولًا على حسب لزومه قبل الفوات، فلمّا كان فرضه قبل الفوات القصر لم يجز له الإتمام، ويدلّ عليه أيضًا قوله صلى الله عليه وسلم: ((من نام عن صلاةٍ أو نسيها فليصلّها إذا ذكرها))[18]، فأوجب قضاء المنسيّة بعينها فلا يصحّ نقلها إلى أربع، لأنّ فرض الأربع غير الركعتين.

فإن قيل: يجب عليه الإتمام فإذا كان مقيمًا في حال القضاء كما قلتم فيمن فاتتْه صلاةٌ في حال المرض حتى برأ أنّه يجب عليه قضاؤها قائمًا بركوع وسجود، وإن كان في حال المرض جائزًا له فعلها قاعدًا وبالإيماء.

فالجواب: إنّ المسافر لما كان فرضه ركعتين ولم يكن يجوز له الإتمام على أصلنا وجب ألّا يتغيّر فرضه بعد الفوات كما أنّ من فاتته صلاة في حال الإقامة، ثم سافر لم ينتقل فرضه إلى القصر ولا إلى التخيير على أصل يخالفنا. وأمّا المريض فإن فرض القيام قائم عليه في حال المرض، وإنّما رُخّص له في تركه للعذر، لأنّه لولا العجز عن القيام وسائر الأفعال لما أُبيح له فعلها بالإيماء، فمتى زال العذر رجع إلى أصل فرضه. وأمّا المسافر فإن فرضه كان ركعتين لا غير، فلا يتغيّر فرضه بعد الفوات بالإقامة.

وممّا يدلّ على الفصل بين المسلمين على أصلهم: أنّ مسافرًا لو دخل في صلاة [4أ] الظهر ثم نوى الإقامة أتمّ صلاته أربعًا، لأنّ ذلك فرض لزمه في الحال ولم يتغيّر حاله إلى فرض قد كان لازمًا، فرُخّص له في تركه، ولو أنّ مريضًا صلى ركعةً من صلاته بالإيماء، ثم برأ استقبل الصلاة لرجوعه إلى أصل فرضه كالمتيمّم يجد الماء والعُريان يجد الثوب وخروج وقت المسح، فإذ قد أتينا على هذا الفصل فلنتكلّم على أنّ صلاة المأموم مضمّنة بصلاة الإمام تفسد بفسادها[19]. ويدلّ [على] فساد قول القائلين بأنّ كلًّا مصلٍّ لنفسه، إذ كانت مسألة الكتاب قد اقتضت ذلك.

فصل

[16] + إن، صحّ هامش.
[17] صحيح البخاري، الأذان، 20-21؛ سنن أبي داود، الصلاة، 55.
[18] الموطأ، الصلاة، 6؛ صحيح البخاري، مواقيت الصلاة، 37؛ صحيح مسلم، المساجد، 309 (680)؛ سنن النسائي، مواقيت الصلاة، 52-53؛ سنن أبي داود، الصلاة، 11 إلخ.
[19] نفساؤها.

والدليل على ذلك: ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنّه قال: ((الإمام ضامن والمؤذّن مؤتمن، اللّهمّ أرشدْ الأئمّة واغفرْ للمؤذّنين)) رواه الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم[20]، فقوله: ((الإمام ضامن)) لا وجه له إلّا أن تكون[21] صلاة المأموم معقودة بصلاته يفسد بفسادها، لأنّا متى لم نُعطِه هذا الحكم ولم نحمله عليه خَلت اللفظة من الفائدة. ويدلّ عليه أيضًا قول النبي صلى الله عليه وسلم: ((إنّما جُعل[22] الإمامُ ليؤتم[23] به))[24]، فلو كان مصلّيًا لنفسه ولم تكن[25] صلاة المأموم منعقدة بصلاة إمامه لم يلزمه الإئتمام به ولا وجب [4ب] عليه اتّباعه، وكذلك قوله: ((وإذا قرأ فأنصتوا))[26] يدلّ على ذلك أيضًا، لأنّ المصلّي لنفسه لا يلزمه الإنصات لقراءة غيره. ومن الدليل على ذلك أيضًا: قوله عليه السلام: ((من كان له إمامٌ فقراءته له قراءة))[27] وقوله: ((يكفيك قراءة الإمام))[28] وسائر الأخبار الواردة في النهي عن القراءة خلف الإمام[29]، فلو كان المأموم مصلّيًا لنفسه لكانت قراءته قراءة له.

فإن قيل: كيف يصحّ لك الاحتجاج على المخالف بما ذكرت في الفصل الذي خالفك فيه؟

قيل له: موضع الاحتجاج متّفق عليه من قِبل أنّ مخالفنا في القراءة خلف الإمام لا يخالفنا في أنّ مُدرك الإمام في الركوع لا قراءة عليه، وأنّه يعتدّ بهذه الركعة مع ترك القراءة لأجل قراءة الإمام، فلولا أنّ إمامَه قد تحمّل عنه قراءته لما جاز له الاعتداد بهذه الركعة، فصحّ بذلك أنّ صلاته مضمّنة بصلاة إمامه.

ومن الدليل عليه أيضًا: أنّ الشافعي رحمة الله عليه قد وافقنا في القاريء إذا صلى خلف الأمّي إنّ صلاته فاسدة. فدلّ ذلك على أنّ صلاته مضمّنة بصلاة أمامه، إذ لو كان مصلّيًا لنفسه لم يضره كون إمامه أمّيًا، وكذلك لا خلاف أنّه لو صلى خلف كافر وهو عالم بكفره أنّ صلاته فاسدة. ويدلّ عليه قوله صلى الله عليه وسلم: ((إنّ صلاة الجماعة تفضل على صلاة الفذ بخمس وعشرين درجَة))[30] [5أ] وقوله في حديث أبيّ بن كعب: ((صلاة الرجل مع الرجل أزكى من صلاته وحده وصلاته مع الرجلين أزكى من صلاته مع الرجل وما كثر فهو أحبّ إلى الله تعالى))[31]، فلو كان مصلّيًا لنفسه من غير أن يكون صلاته معقودة بصلاة إمامه لكان اجتماعهم وانفرادهم سواء لا يتعلّق به حكم. ألا ترى أنّهم لو حضروا فصلّوا منفردين لم يستحقّوا فضيلة الجماعة.

---

[20] سنن أبي داود، الصلاة، 32؛ سنن الترمذي، مواقيت الصلاة، 37؛ مسند أحمد، 232/2، 284 وغيرها.
[21] ان يكون.
[22] + حصل.
[23] لمؤتم.
[24] صحيح البخاري، الأذان، 74؛ صحيح مسلم، الصلاة، 86 (414).
[25] ولم يكن.
[26] سنن مسلم، الصلاة، 63 (404)؛ سنن أبي داود، الصلاة، 69؛ سنن النسائي، الافتتاح، 30؛ سنن ابن ماجه، إقامة الصلاة والسنة فيها، 13. ﴿وَإِذَا قُرِئَ الْقُرْآنُ فَاسْتَمِعُوا لَهُ وَأَنصِتُوا﴾ (الأعراف، 204/7)
[27] سنن ابن ماجه، إقامة الصلاة والسنة فيها، 13؛ سنن الدارقطني، 107/2-113؛ مسند أحمد، 240/2، 339/3.
[28] مصنف ابن أبي شيبة، 278/3، سنن الدارقطني، 127/2؛ مصنف عبد الرزاق، 139/2.
[29] هذه الروايات هي فيما مضى تخريجه.
[30] صحيح البخاري، الأذان، 30؛ صحيح مسلم، المساجد ومواضع الصلاة، 247 (649).
[31] سنن أبي داود، الصلاة، 48؛ سنن النسائي، الإمامة، 45؛ مسند أحمد، 140/5.

ومن الدليل على ذلك أيضًا: أنّ صلاة الجمعة لا تصحّ إلّا بجماعةٍ، ولو حضرت الجماعة وصلى واحد لنفسه لما صحّت لهم الجمعة، وفي ذلك دليل على أنّ صلاتهم معقودة بصلاة إمامهم من أجل ذلك صحّت لهم الجمعة عند اشتراكهم فيها. ويدلّ عليه اتّفاق الجميع على أنّ الإمام لو سهى ولم يسهُ المأموم لزم المأموم أن يسجد مع إمامه لأجل سهوه، ولو سهى المأموم لم يجب عليه ولا على الإمام السجود لأجل سهوه، فبان بذلك أنّ الإمام ضامن لصلاته، فكذلك أسقط عنه سهوه وألزمه سهو نفسه، فصارت صلاته كأنّها صلاة الإمام في الحكم، فينبغي أن تُفسد بفسادها.

فإن قيل: قد روي عن الحسن عن أبي بكرة أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل في صلاة الفجر وكبّر، ثم أومأ بيده أنّ مكانكم، ثم جاء ورأسه يقطر، فصلى بهم، فلمّا فرغ قال: ((إنّما أنا بشر وإنّي كنت جنبًا))[32] فلم يأمرهم بإعادة الصلاة [5ب] ولا التكبير حين جاء روي في بعض الألفاظ أنّه قال لهم: ((على رِسْلِكم)) حين أراد الرجوع للاغتسال، فدلّ ذلك على صحّة صلاتهم وتحريمهم بها خلفه وهو جنبٌ، وعن عمر أنّه صلى بهم وهو جنب، ثم ذكر ذلك بعد الفراغ من الصلاة، فلم يأمرهم بالإعادة[33]، وفي ذلك دليل على إفساد صلاة الإمام لا يوجب فساد صلاة المأموم في سائر الأحوال.

قال أبو بكر: فيقال له: ليس في الخبر أنّ القوم قد كبّروا، ويحتمل ألّا يكونوا كبّروا ويحتمل غيره، فإذا احتمل ذلك سقط الاحتجاج به، إذ ليس حمله على أحد الوجهين بأولى من حمله على الوجه الآخر. وأيضًا إن كانوا كبّروا بدءًا فليس في الخبر أنّ النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمرهم باستئناف التحريمة.

فإن قيل: وليس فيه أنّه أمرهم باستئنافها.

قيل له: قد يجوز أن يكون أمرهم باستئنافها وإن لم يُنقل.

فإن قيل: لو أمرهم لَنُقِل.

قيل له: ولو كانوا قد كبّروا بدءًا لنُقل فلمّا لم ينقل أنّهم كانوا كبّروا بدءًا [ثم] علمنا أنّهم لم يكبّروا حتى انصرف النبي صلى الله عليه وسلم.

قال أبو بكر: وكلّمني بعض شيوخ الشافعيين قد نهى في هذه المسألة، فقال: لما كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا أقمت الصلاة فلا يقوموا حتى تروني، ثم قال في الخبر: ((على رِسْلِكم))، وقال في بعض الأخبار: ((مكانكم)) علمنا أنّهم كانوا في الصلاة، لأنّهم لو لم يكونوا في الصلاة [6أ] لكانوا منهيّين عن القيام عند غيبة النبي صلى الله عليه وسلم بقوله لهم: ((لا تقوموا حتى تروني))، فقلت له: ما أنكرت أن يكونوا قد استأنفوا التكبير والافتتاح بعد رجوع النبي صلى الله عليه وسلم، لأنّا قد انقضنا أنّ النبي صلى الله عليه وسلم لمـّا رجع كبّر، وقد كان قال لهم: ((إذا كبّر الإمام فكبّروا)) فلم

[32] صحيح البخاري، الغسل، 17؛ صحيح مسلم، المساجد ومواضع الصلاة، 157-159 (605).
[33] موطأ مالك برواية الشيباني، أبواب الصلاة، 89.

يكونوا ليخالفوا النبي صلى الله عليه، فيتركوا التكبير عند تكبيره، فصحّ بذلك أنّهم استأنفوا الافتتاح لأجل تكبير النبي صلى الله عليه وسلم فلم يأت بشيء يجوز أن يُحكى ويقال أيضًا: ما الدليل على أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قد كان قال لهم: ((لا تقوموا حتى تروني)) قبل هذه الحادثة، ومعلوم أنّه لا يجوز إثبات التاريخ للأخبار إلّا بقيام الدلالة عليه، وذلك معدوم في هذا الخبر.

قال أبو بكر: وقد حكى أبو داود السجستاني في السنن فرواه عن أيّوب وأبي عون وهشام عن محمد بن سيرين، فقال فيه: فكبّر ثم أومأ إلى القوم أن اجلسوا فذهب فاغتسل، فقد صحّ بأمره إيّاهم بالجلوس أنّهم لم يكونوا في الصلاة، لأنّهم لو كانوا في الصلاة لما جاز لهم أن يجلسوا، وبطل ما احتجّ به هذا المحتجّ من دلالة بقائهم على حال القيام على كونهم في الصلاة.

فإن قيل: فقد روى عياش الأزرق عن ابن وهب عن يونس عن الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال: أقيمت الصلاة وصفّ [6ب] الناس صفوفهم، فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى إذا قام في مقامه ذكر أنّه لم يغتَسل، فقال للناس: ((مكانكم)) فلم نزل قيامًا ننتظره حتى خرج واغتسل، فقد أخبر في هذا الحديث أنّهم لم يزالوا قيامًا حتى خرج، فدلّ ذلك على أنّهم كانوا في الصلاة.

قيل له: ليس في الخبر أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قد كان كبّر فلا يصحّ الاحتجاج به، وأيضًا فإنّه روي في خبر آخر أنّه قال لهم: ((اجلسوا)) وفي لفظ آخر أنه قال لهم: ((مكانكم وعلى رسلكم)) وجب الجمع بين هذه الألفاظ، فكأنّه قال لهم: ((اجلسوا ولا تبرحوا)) فأمرهم بقوله: ((مكانكم وعلى رسلكم)) ألّا يخرجوا[34] بخروج النبي صلى الله عليه وسلم، فقد صحّ بهذه الأخبار أمره إيّاهم بالجلوس، وليس في شيءٍ منها أنّه أمرهم أن يثبتوا قيامًا، لأنّه ليس في قوله: ((مكانكم وعلى رسلكم)) أمَر بالقيام ولا إيماءًا[35] في القعود، وإذا روي في خبر آخر أنّهم لم يزالها قيامًا حتى خرج كان اتّباع لفظ النبي صلى الله عليه أولى من فعلهم، لأنّه يجوز أن يكونوا ظنّوا أن أمره إيّاهم بالجلوس على وجه التخفيف عنهم فقاموا قيامًا حتى رجع. وأيضًا يحتمل أن يكون مَن عَلم منهم أمره بالجلوس جلس ولم يعلم [illegible] على القيام حتى يصحّ معنى الألفاظ الواردة فيه كلّها.

ووجه آخر، وهو: أنّه يحتمل أن يكون هذه القصّة كانت قبل أن كان من حكم صلاة المأموم [7أ] أن ينعقد بصلاة إمامه، لأنّهم قد كانوا في أوّل الإسلام يبدؤون بقضاء الفائت قبل متابعة الإمام، ومعلومٌ أنّ ذلك لا يكون وهو متبع للإمام، فلمّا نسخ ذلك وأمِروا[36] باتّباع الإمام لما في خبر معاذ وغيره صارت صلاة المأموم معقودة بصلاة الإمام، فإذا احتمل حديثهم هذا ما وصفنا سقط الاحتجاج به.

---

[34] الّا تخرجوا.
[35] [illegible].
[36] وأمَروا.

ويدلّ عليه: أنّ افتتاحهم على مذهب المخالف كان قبل افتتاح النبي صلى الله عليه وسلم، وليس من حكم المأموم أن يتخرّج بصلاته قبل تحريمة الإمام، فصحّ أنّه كان في وقتٍ لم يكن يلزمهم فيه متابعة الإمام، وإنّ كلّ واحد منهم حينئذ كان في معنى من يصلّي لنفسه، ثم نسخ ذلك بوجوب إتّباع الإمام، وبقوله: ((إذا كبّر الإمام فكبّروا)). وأمّا خبر عمر فليس فيه أنّه لم يأمرهم بإعادة الصلاة، وقد يجوز أن يكون أمرَهم ولم يسمعه راوي الخبر، وإن صحّ أنّه لم يأمرهم فإنّه يجوز أن يكونوا قد كانوا يفرّقوا فلم يعرفهم.

فإن قيل: قد روي في خبر عمر أنّه أعاد ولم يعيدوا.

قيل له: ليس فيه أنّ عمر رضي الله عنه قال لهم: "لا تُعيدوا" ولا أنّهم علموا بأنّه صلى بهم وهو جنب فلم يعيدوا، وقد يجوز ألّا يكونوا علموا بجنابته، ويجوز أن يكونوا علموا فأعادوا أيضًا، ولم يعلمه الراوي، ويحتمل أيضًا أن يكون عمر لم يتيقّن أنّ الجنابة [7ب] كانت قبل الصلاة، وشكّ فأخذ لنفسه بالاحتياط ولم يأمرهم بالإعادة، وقد روي أنّ عمر نسي القراءة في المغرب فأعاد بهم الصلاة، فدلّ على أنّ تركه الأمر بالإعادة في الجنابة، إنّما كان لعدم اليقين عنده بوقوع الجنابة قبل الصلاة.

قال أبو بكر: فإذ قد صحّت هذه الأصول التي يثبت عليها مسألة الكتاب رجعنا إلى بيان بنائها عليها، فقلنا لما امتنع جواز الإتمام بعد الفوات مع نيّة الإقامة امتنع جوازه بدخوله في صلاة المقيم، لأنّ نيّة الإقامة آكد في إيجاب الإتمام من دخوله في صلاة المقيم. ألا ترى أنّ دخوله في صلاة المقيم إنّما يلزمه الإتمام ما دام في صلاته تلك، فإن أفسدها رجع إلى القصر، ونيّة الإقامة يلزم الإتمام من جميع الوجوه، فلمّا لم يتغيّر فرضه بنيّة الإقامة بعد الفوات كذلك يجب ألّا يتغيّر بدخوله في صلاة المقيم، إذ كان واحدٌ منهما سبب يتغيّر به الفرض، فإذا لم يغير أقوى السنّتين لم يغيّر أضعفهما، فإذا صحّ ذلك قلنا لا يخلو[37] المسافر الداخل في صلاة المقيم بعد الفوات من أحد ثلاثة أوجه:

- إمّا أن يقتدي به في جميع صلاته على أنّها فرض كلّها،
- أو على أنّ ركعتين منها فرضٌ وركعتين نفلٌ،
- أو على أن يقتدي به في ركعتين منها فينصرف.

وقد دلّلنا على [8أ] أنّه غير جائز انتقال فرضه إلى الأربع بعد فوات وقته، ولا جائز أيضًا أن يصلّيها على أنّ بعضها فرض وبعضَها نفل لاستحالة كون التحريمة الواحدة للنفل والفرض معًا وامتناع إيجابهما. ألا ترى أنّهم متّفقون أنّه لو افتتح الصلاة ينوي الفرض والنفل جميعًا أنّ التحريمة لا يكون لهما.

فإن قيل: فقد يصحّ بناء النفل على تحريمة الفرض كالرجل يصلّي الظهر، ثم يضيف إليها أخرس قبل السلام، وكما قال النبي صلى الله عليه وسلم فيمن شكّ في صلاته فلم يدر ثلاثًا صلى أو أربعًا: ((فليصلِّ ركعةً أخرى، فإن كانت قد تمّت

[37] لا يخلوا.

صلاته فالركعة والسجدتان له نافلة))[38]، فلِمَ لا يجوز أن يُقتدى به في جميع صلاته على أنّ بعضَها فرض وبعضها نفلٌ لوجود نظائره في الأصول.

فالجواب: أنّ الذي أصلناه فيما وصفنا أن يتضمّن التحريمة الواحدة الفرض والنفل جميعًا حتى يلزماه جميعًا بها وهذا الاختلاف فيه. فأمّا بناء النفل على وجه الابتداء فغير ممتنعٍ وقوعه، وما ألزمناه فهو من هذا القسم الجائز دون ما أحلناه ومنعنا منه. قلنا: ولا يجوز أن يقتدي به في ركعتين وينصرف، لأنّ المأموم لا يجوز له الانصراف عن الصلاة قبل انصراف إمامه لقول [8ب] النبي صلى الله عليه وسلم: ((إنّما جعل الإمام ليؤتمّ به))[39]، وقوله: ((إذا ركع فاركعوا، وإذا سجد فاسجدوا))[40]، وقوله في حديث معاذ حين أدرك النبي صلى الله عليه في بعض صلاته فاتّبعه، وقد كانوا قبل ذلك يبدؤون بقضاء الفائت من صلاتهم، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: ((ما حملك على ما صنعتَ؟)) فقال: "ما كنت لأجدك على حال إلّا وأتابعك عليها"، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: ((يبيّن لكم معاذ فكذلك فافعلوا))[41]، فأمرهم بترك قضاء الفائت لأجل متابعة الإمام ولئلّا يخالفه في أفعاله، فبان بذلك امتناع جواز انصراف المأموم عن الصلاة قبل انصراف الإمام، فلمّا لم ينفكّ اقتداء المسافر بالمقيم بعد فوات الوقت من أحد هذه الوجوه الثلاثة، وبطلت كلّها بما وصفنا لم يصح الاقتداء به. وقد احتجّ بعض أصحابنا في ذلك بأنّه لو صحّ له الاقتداء به لكانت الجلسة الأولى نفلًا للإمام وفرضًا للمأموم بعد الفوات لا يتغيّر فرضه لما قد دلّلنا عليه، ولا يصحّ عندنا اقتداء من يصلّي الفرض بالمتنفّل.

فإن قيل: فينبغي أن يصحّ له الاقتداء به في الركعتين الأخرتين إذا أدركه فيهما، لأنّ الأخرس بسائر أفعالهما فرض لهما جميعًا.

فالجواب: أنّه إذا صحّ امتناع دخوله في الأوّليين وجب مثله في الأخريين، لأنّا لو فرقنا بين الأوّليين والأخريين [9أ] أتمّوا، فإنّا لا نريد الإتمام، فلمّا جعل علّة القصر هي السفر على أنّه لا يجوز غيره.

ومن الدليل على صحّة ذلك: إنكار الصحابة الإتمام على عثمان بمنى، وموافقة عثمان إيّاهم على ما أنكروه عليه، وأبى نيّة عن عُذره في ذلك، لأنّه لو كان مخالفًا لهم لحاجّهم ولم يقرّهم[42] على النكير عليه فيما يسع الخلاف فيه، فلمّا وجدناه اعتذر بضروبٍ من الاعتذار تارّةً بأنّه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول: ((إنّ من تأهّل بأرضٍ فهو من أهلها، وأنّي تأهّلت بمكّة))[43]، وقال الزهري: إنّ عثمان إنّما أتمّ، لأنّه كان قد أزمع على الإقامة اعتذر، وتارّةً بأنّه يحضرنا أقوام

---

[38] الموطأ، الصلاة، 56؛ صحيح البخاري، أبواب السهو، 6؛ صحيح مسلم، المساجد ومواضع الصلاة، 88 (571).
[39] سبق تخريجه.
[40] سبق تخريجه.
[41] سنن أبي داود، الصلاة، 28؛ مسند أحمد، 246/5؛ المعجم الكبير للطبراني، 132/20؛ السنن الكبرى للبيهقي، 296/2، 93/3؛ مصنف عبد الرزاق، 229/2 وغير هذه المواضع بألفاظ غير الذي ذكره المؤلف.
[42] ولم يقارّهم.
[43] خلط المؤلف بين الكلام المنسوب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين الكلام المنسوب إلى عثمان رضي الله عنه، وهذه الرواية هي في مسند أحمد، 62/1؛ ومعرفة السنن والآثار للبيهقي، 262/4.

طغام[44] فخشي بأن يظنّوا أنّ فرض الصلاة في الحضر والسفر ركعتان[45]، وصحّ بذلك موافقته إيّاهم على ما أنكروه عليه من الإتمام لولا العذر.

وعن ابن عباس: من صلّى في السفر أربعًا كمن صلى في الحضر ركعتين[46]، وعن ابن عباس أنّه كان يقول: "لا تقولوا قصرًا، فإنّ الذي فرض عليكم في الحضر أربعًا هو الذي فرض عليكم في السفر ركعتين"[47]، وقال عمر: "صلاة السفر ركعتان، من خالف السنّة كفر"[48]، ولا يطلق مثل هذا القول إلّا لمخالفة التوقيت الذي لا يسع الاجتهاد فيه ولا يحتمل التأويل.

فإن قيل: فابن مسعود أحد من أنكر على عثمان، ثم أتمّ معه.

قيل له: إنّه أنكر [9ب] بدءًا لما ظنّ أنّ عثمان إنّما أتمّ على جهة أنّه جائز له الإتمام في السفر، فلمّا عرف عُذره أتمّ معه[49]، وذلك لأنّ عبد الله كان ممّن يأخذ العطاء، وإذا أزمع الإمام على الإقامة في موضع صار اتّباعه مقيمين بإقامته.

فإن قيل: قد رُوي عن عائشة رضي الله عنها أنّها أتمّت في السفر، وإنّها قالت: "المسافر بالخيار إن شاء أتمّ وإن شاء قصر"[50]، وعنها أنّها قالت: "قصر رسول الله صلى الله عليه وسلم في السفر وأتمّ"[51]، فهذا الخبر عن النبي صلى الله عليه وسلم التخيير وقول عائشة خلاف على الصحابة فيما حكيتَ عنهم.

فالجواب: أنّه لم يثبت بشيء من هذه الأخبار خلاف ما ذكرنا، وليس فيه ما يقدح فيما وصفنا، وذلك أنّ قولها: "المسافر بالخيار إن شاء أتمّ وإن شاء قصر" يحتمل أن يريد به إثبات الخيار له في دخوله في صلاة المقيم وإتمام الصلاة معه، وإن شاء لم يدخل وقصر ليصحّ لنا ما صحّ عنها من قولها: زِيد في صلاة الحضر وأقرّت صلاة السفر على ما كانت. فأمّا ما روي عنها أتمّت في السفر، فإنّها قد سُئلت عن ذلك، فقالت: "أنا[52] أمّ المؤمنين، فحيث ما حَلَلت فهو دارٌ لي"[53]، وقال عروة: تأوّلتْ كما تأوّل عثمان، ولو كانت غير متأوّلةٍ فيما فعلت فالتخيير ساقط، لأنّه لم يثبت عنها التخيير في أمر نفسِها، فلا جائز أن يصلّي أربعًا على غير وجه التخيير إلّا وقد نسخ فرض الركعتين في السفر، وهذا خلاف

---

[44] الطغام أرذال الناس وأوغادهم. (ابن منظور، لسان العرب، 169/8)

[45] في صحيح مسلم رواية قريبة من هذه في صلاة المسافرين، 3 (685)؛ وسنن أبي داود، المناسك، 76؛ وصحيح ابن خزيمة، 156/1 وغيرهم.

[46] مسند أحمد، 251/1.

[47] عثرت عليه بهذا اللفظ فقط في بعض كتب الفقه الحنفي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لعبد الرحمان بن محمد بن سليمان المعرف بشيخي زاده، 239/1؛ وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني، 92/1.

[48] سبق تخريجه.

[49] سنن أبي داود، المناسك، 76؛ مصنف ابن أبي شيبة، 343/8-344؛ مسند أبي عوانة، 382/2؛ مسند أبي يعلى، 255/9 وغيرهم.

[50] قوله: "المسافر بالخيار..." لم أجده كلاما لعائشة رضي الله عنها، ولكنه جاء شرحًا للطحاوي في مشكل الآثار، 415/1 عطفًا على الرواية المنسوبة إلى عائشة رضي الله عنها "قصر رسول الله صلى الله عليه وسلم في السفر وأتم"؛ ونسبه ابن المنذر في الأوسط، 335/4 إلى الشافعي وأبي ثور.

[51] سبق تخريجه.

[52] ابا.

[53] لم أجد هذه الرواية في كتب الحديث، ووجدتها في فتح القدير لابن الهمام، 31/2.

الاتّفاق، فصحّ أنّها كانت متأوَّلة [10أ] في صحّة الدخول فيهما كان ذلك خلاف الإجماع والأصول، لأنّ كلّ من أجاز له الدخول في الأوّليين أجاز له في الأخريين، وكلّ من أجاز له الدخول في الأخريين أجازه في الأوّليين، ومن منع اقتدائه به في الأوّليين منعه في الأخريين، ومن فرّق بينهما خرج عن إجماع الجميع. وأمّا جهة مخالفته للأصول فهو: أنّا لم نجد صلاةً تصحّ للرجل الدخول في آخرها دون أوّلها، فلمّا امتنع دخوله في أوّلها وجب أن يكون كذلك آخرها.

فإن قيل: إذا قدّم الإمام رجلًا مسبوقًا بركعة بعدما سجد سجدةً أليس المقدّم يفعل هذه السجدةَ نفلًا ويفعلها المأموم فرضًا.

قيل له: إذا صار خليفة الأوّل فعَلها فرضًا عندنا ومتى تركها فسدت صلاته.

قال أبو بكر: وأمّا وجه جواز اقتداء المقيم بالمسافر بعد الفوات، فلأنّ المقيم يلزمه بالافتتاح ما يلزم الإمام، ولا يوجب دخوله في صلاته تغيّر فرضه، فلم يختلف حكمه بعد الفوات وقبله، وقد يمكن تصحيح هذه المسألة على أصلٍ آخر من أصولهم، وهو: أنّ من أصلهم: أنّ نيّة الإمام معتبرة في صحّة اقتداء المأموم به، فمتى أمكن أن يؤدّي صلاة المأموم بنيّة الإمام صحّ اقتداؤه به فيها، ومتى لم يمكن أن يؤدّي صلاة المأموم بنيّة الإمام [10ب] لم يصح اقتداؤه به فيها، ولذلك أجازوا اقتداء المتنفّل بمصلّي الفرض ولم يجيزوا اقتداء مصلّي الفرض بالمتنفّل، لأنّ نيّة الفرض يصحّ أن يؤدّي بها النفل، لأنّ من دخل في الصلاة بنيّة الفرض، ثم ذكر أنّه قد كان صلّاها كان له أن يبني عليها النفل، ولو دخل بنيّة النفل، ثم ذكر صلاةً عليه لم يجز له بناءها على النفل، فعلى هذا الأصل نقول في مسألتنا: أنّه لما جاز أن يؤدّي صلاة المقيم بنيّة صلاة المسافر، لأنّ مسافرًا لو دخل في الظهر ثم نوى الإقامة لزمه الإتمام، وبنى على تلك النيّة صلاة المقيم، فكذلك يصحّ للمقيم الاقتداء بالمسافر بعد الفوات، وليس في الأصول أداء صلاة السفر بنيّة الإقامة. ألا ترى أنّ مقيمًا في المصر لو افتتح الصلاة في سفينةٍ وهو يريد السفر، ثم انحدرت السفينة فخرج من المصر، وحصل مسافرًا لم يصح له الاقتصار على صلاة السفر، بل يبني على صلاة الإقامة، فلمّا لم يصح أن يؤدّي بنيّة صلاة الإقامة صلاة السفر لم يصح اقتداء المسافر بالمقيم بعد فوات الوقت، وهذا الفصل أحد ما كان يعتمده أبو الحسن رحمه الله في المسألة.

قال أبو بكر: وقد اختلفت فقهاء الأمصار في جواز الاقتداء بمصلّي الفرض بالمتنفّل والمتنفّل بمصلّي الفرض، فقال أصحابنا: يجوز اقتداء المتنفّل بمصلّي الفرض، [11أ] ولا يجوز اقتداء مصلّي الفرض بالمتنفّل، ولا يجوز عندهم أيضًا لمن يصلّي فرضًا أن يقتدي بمن يصلّي فرضًا غيره، وحُكي عن مالك بن أنس أنّ صلاة المتنفّل خلف مُصلّي الفرض غير جائز، وقال الشافعي قدّس الله روحَه: لكلّ واحد منهما أن يقتدي بالآخر، وكذلك إذا صلّيا فرضين مختلفين. والدليل على صحّة قول أصحابنا: قول النبي صلى الله عليه وسلم: ((إنّما جعل الإمام ليؤتمّ به))[54]، وقوله: ((لا تختلفوا على إمامكم))[55]، فوجب على هذا القضيّة اعتبار نيّة الإمام في صحّة صلاة المأموم لما قد لزمه من الإئتمام به، فإذا لم يكن

[54] سبق تخريجه.
[55] سبق تخريجه.

في الإتمام مثل نيّة المأموم لم يمكنه الإئتمام به إنّما هو بموافقته فيما يفعله وليس المتنفّل نيّة الفرض، فلا يكون مصلّي الفرض مؤتمًّا به، فلم يصح له الاقتداء به.

فإن قيل: فيلزمكم على هذه العلّة مع اقتداء المتنفّل بمصلّي الفرض، إذ ليس معه نيّة النفل.

قيل له: إنّ النيّة التي تحتاج إليها المأموم في صحّة صلاته موجودة مع الإمام، ومعه زيادة معنى آخر، فلا يضرّ ذلك المأموم إذا قد وجد منه ما يصحّ به صلاة المؤتمّ، ويصحّ اقتداؤه به فيه، وذلك أنّ النيّة التي تصحّ[56] بها صلاة المتنفّل هي [11ظ] نيّة الصلاة، فحسب، وليس عليه أن ينويها نفلًا، ونيّة الصلاة موجودةٌ مع الإمام، فإن كان عليها فرضًا فمعه زيادة معنى آخر وهو نيّة الفرض، فلا نيّة ذلك من الاقتداء. وأمّا مصلّي الفرض فإنّ معه نيّة الصلاة ونيّة الفرض ولا تصحّ[57] صلاته إلّا بهما، وليس مع الإمام نيّة الفرض فلم يصح له الاقتداء، إذ لا يكون مؤتمًّا به فيما لم يفعله من النيّة، وإنّما يصحّ الإئتمام به في معنى موجود قد فعله إمامه، ونظير ذلك من مسائلهم: جواز اقتداء المؤميء بمن يركع ويسجد، لأنّ الإمام معه هذا الإيماء ومعه زيادة معنى آخر، ولم يجوّزوا اقتداء الراكع والساجد بالمؤمي، إذ ليس مع الإمام ركوع وسجود يقتدي به فيهما المأموم.

إن قيل: قد أجاز أبو حنيفة رحمة الله عليه هذا القائم بالقاعد مع عدم القيام والركوع مع الإمام، ولم يحتجّ المأموم في صحّة الاقتداء إلى وجود جميع أفعال صلاته مع إمامه، فكذلك يجوز له الاقتداء به مع عدم مثل نيّته معه.

قيل له: قد قال: إنّ القياس ألّا يجوز، ولكنّهم تركوا القياس للأثر، وإذا قلنا: إنّ القياس ما ألزمنا السائل سقط سؤاله، لأنّ من أصلنا: جواز تخصيص الحكم مع وجود العلّة، [12أ] وأيضًا فإنّ قوله: ((لا تختلفوا[58] على إمامكم وإنّما جعل الإمام ليؤتمّ به)) يقتضي عمومه لزوم الإئتمام به في جميع أفعاله وترك مخالفته في سائر أركان صلاته إلّا ما قام دليله فيخصّ منه ويبقى الباقي على حكم العموم.

ووجه دلالة التخصيص: أنّ صحّة الاقتداء لا تقتضي[59] المشاركة في القيام بدلالة أنّ من أدرك الإمام في الركوع صحّ له الاقتداء به والاعتداد بركعته مع عدم المشاركة في القيام، فلذلك اختلفا.

ودليل آخر للمسألة، وهو: ما قدّمنا من أنّ نيّة الفرض يؤدّي بها النفل ولا يؤدّي نيّة النفل الفرض، وقد بيّنا ذلك في الفصل المتقدّم، وعلى هذا لم يجوّزوا المصلّي الظهر الاقتداء بمصلّي العصر ولا لمصلّي ظهر يوم أن يقتدي بمن يصلّي ظهر يوم غيره للعلّة التي وصفنا. ألا ترى أنّ رجلًا لو دخل في صلاة ظهر على أنّها عليه، ثم تبيّن أنّه قد صلّاها أنّه لا يجوز أن يبني عليها ظهر أخرى، فإن احتجّ صحيح بما روى قتادة عن سليمان اليَشْكُري أنّه سأل جابر بن عبد الله

---

[56] يصح.
[57] ولا يصح.
[58] لا يختلفوا.
[59] لا يقتضي.

عن قصر[60] الصلاة في الخوف في أيّ يوم أُنزل وأين هو؟ قال: انطلقنا نتلقّى عِيرَ قريش أقبلت من الشام حتى إذا كنّا بنخل وذكر الحرث [12ب] إلى قوله، فنادى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالرجال وأخذ السلاح، ثم نؤدّي بالصلاة، فصلى النبي صلى الله عليه وسلم بطائفة من القوم وطائفة أخرى يحرسونهم، فصلّى بالذين يلونه[61] ركعتين وسلّم، ثم تأخّر الذين تلونه على أعقابهم، ثم جاء الآخرين فصلى بهم، والآخرون يحرسونهم، ثم سلّم، فكان للنبي صلى الله عليه وسلم أربع ركعات وللقوم ركعتان، فيومئذ أنزل الله تعالى قصر[62] الصلاة وأمر المؤمنين بأخذ السلاح، قال ففي هذا الحديث: أنّ النبي صلى الله عليه وسلم صلّى بكلّ طائفة ركعتين، ثم سلّم[63]، ومعلوم أنّ الأوّلين كانتا فريضةً والأُخريين نفلًا، فثبت بالخبر جواز اقتداء مصليّ الفرض بالمتنفّل.

قال أبو بكر: الجواب: أنّه ليس في هذا الخبر دلالة على ما ذكره القائل لاحتماله ضروبًا من التأويل بخلاف ما ادّعى، وذلك أنّه يحتمل أن يكون سلامه حينئذ كان غير مخرج له من الصلاة، وإنّما كان على وجه الإعلام للطائفة التي معه وقت انصرافها، فلم يكن السلام يقطع الصلاة كما لم يكن يقطعها الكلام على ما روي عن ابن مسعود وأبي سعيد وزيد بن أرقم في إباحة الكلام في الصلاة، فيكون حينئذ قد صلى النبي صلى الله عليه وسلم [13أ] فرضه أربعًا بكلّ طائفة ركعتين، ثم قضت الطائفتان كلّ واحدة ركعتين.

فإن قيل: إنّ ذلك كان في السفر ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم يُتمّ الصلاة في السفر.

قيل له: في هذا الخبر بيان نزول وقت القصر، وذلك كان جائزًا. قال: إنّ قصر الصلاة نزل ذلك اليوم، فيحتمل أن يكون نزوله بعد فراغهم من الصلاة، إذ ليس في الخبر أنّ الآية نزلت قبلها، وأيضًا يحتمل أن يكون قوله: "سلم" أراد به سلام التشهّد كما قيل في خبر آخر، وفي كلّ ركعتين فسلّم يعني فتشهّد.

ووجه آخر، وهو: أنّ إعادة الفرض كان مباحًا في وقت ثم نهي عن ذلك[64]. ألا ترى إلى ما روى عمر بن شعيب عن خالد بن أيمن المعافري قال: كان أهل العوالي يصلّي في منازلهم ويصلّون مع النبي صلى الله عليه وسلم، ونهاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعيدوا الصلاة في يوم مرّتين. قال عمر: فذكرت ذلك لسعيد[65] بن المسيّب، فقال: صدق[66]. وعن عمرو بن شعيب عن سليمان بن يسار مولى ميمونة عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنّه

---

[60] اقصار.
[61] تلونه.
[62] اقصار.
[63] شرح معاني الآثار للطحاوي، 317/1 بالسند والمتن نفسه الذي ساقه المؤلف تقريبًا؛ وأيضًا في صحيح ابن حبان، 136/7-137؛ تهذيب الآثار للطبري، 264/4.
[64] + أنّ إعادة الفرض كان مباحًا في وقت ثم نهي عن ذلك.
[65] السعيد.
[66] شرح معاني الآثار للطحاوي، 317/1.

نهى أن يصلّي فريضةً في يوم مرّتين[67]، فإذا كانت إعادة الفرض جائزة في بدء الأمر احتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم [13ب] أعاد فرضه في حديث جابر بعدما فعله إن صحّ تسليمه في الركعتين كان على وجه القطع للصلاة، فلمّا احتمل حديث جابر لما ذكرنا[68] من وجوه التأويل سقط الاحتجاج به علينا فيما اختلفنا فيه، فإن احتجّوا بما روى أبو عاصم عن ابن جريج عن عمرو بن دينار عن جابر أنّ معاذًا كان يصلّي مع النبي صلى الله عليه وسلم العشاء، ثم ينصرف إلى قومه فيصلّي بهم، وهي له تطوّع ولهم فريضة[69].

قيل له: يحتمل أن يكون ذلك من قول ابن جريح أو عمرو، ويجوز أن يكون من قول جابر، وأنّه قال[70] ذلك فليس فيه دليل على حقيقة[71] فعل معاذ، إذ لم يحكوه عن معاذ، ومعلومٌ أنّ ذلك إنّما يُعلم من جهة معاذ، لأنّ ضميره مغيّب عنّا لا نعلمه إلا بإخباره إيّانا، وقد عدم الخبر عن معاذ بحقيقة ذلك لم يصح الاحتجاج به لمخالفنا، ويجوز أن يكون مَن قال ذلك إنّما قاله من جهة الظنّ كما ظنّه مخالفونا، وعلى أنّ ذلك لو ثبت[72] عن معاذ أنّه فعله لم يكن فيه حجّة، إذ لم يخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك، فترك التكبير عليه أو أقرّه عليه، وإنّما تثبت[73] حجّة فعل الصحابيّ في زمن النبي صلى الله عليه وسلم إذا علمه النبي عليه السلام [14أ] فأقرّه ولم ينكره. ألا ترى إلى قول عمر رضي الله عنه لرفاعة بن رافع حين أخبره أنّهم كانوا يجامعون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يغتسلون حتى ينزلوا، فقال له: "فأخبرتم للنبي بذلك فرضيه[74] من فعلكم"[75]، فأخبر أنّ فعلهم ذلك ليس بحجّة إلّا بعد إقرار النبي صلى الله عليه وسلم إيّاهم عليه بعد علمِه.

وكما قال سعد بن أبي وقّاص: "كان منّا من يرمي الجمار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بستٍّ ومنّا من يرميها بسبعٍ"[76]، فلم يكن ذلك حجّة، إذ لم يعوه لما إقرار النبي صلى الله عليه وسلم لهم عليه بعد علمه. وكذلك الفعل إذا ثبت عن معاذ لم يكن فيه حجّة حتى يعلم أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قد علم أنّ معاذًا كان يصلّي بهم تطوّعًا، فأقرّه عليه ولم ينكره، وقد روي في حديث معاذ أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال حين شكى إليه تطويل[77] القراءة: ((أفتّان

---

[67] سنن النسائي، الإمامة، 56؛ سنن أبي داود، الصلاة، 58؛ صحيح ابن خزيمة، 69/3؛ مسند أحمد، 19/2، 41/2؛ معرفة السنن والآثار للبيهقي، 217/3، 152/4.

[68] بما ذكرنا.

[69] صحيح ابن حبان، 262/1، 51/3 "كان معاذ يصلي مع رسول الله صلى الله عليه و سلم ثم يرجع إلى قومه فيصلي بهم" ثم قال فيه ابن حبان لاحقًا 65/3: "قد أمليت هذه المسألة بتمامها بينت فيها أخبار النبي صلى الله عليه وسلم في صلاة الخوف أنّه صلّى بإحدى الطائفتين تطوعًا وصلّوا خلفه فريضة لهم فكانت للنبي صلى الله عليه و سلم تطوعا و لهم فريضة".

[70] وانهم قال.

[71] حقيقته.

[72] لو متّ.

[73] وانّما ثبت.

[74] فريضة.

[75] مصنف ابن أبي شيبة، 522/1؛ المعجم الكبير للطبراني، 42/5 دون قوله: "فأخبرتم النبي..."، ولكنه عند الطبراني هنا عن ابن عبيد بن رفاعة بن رافع رضي الله عنهما.

[76] أحكام القرآن للطحاوي، 185/2.

[77] بطويل.

أنت يا معاذ، إمّا أن تخفّف بهم الصلاة أو تجعل صلاتك معنا))[78]. وكان أبو الحسن الكرخي يحكي عن إبراهيم الحربي أنّه كان يقول: ما شيء أدلّ على أنّ الذي كان يصلّيه بهم هو الفرض من هذا اللفظ، وذلك أنّه أشار به إلى صلاته [14ب] المعهودة، فقال: ((إمّا أن تصلّيها معنا، وإمّا أن تخفّف بهم الصلاة))، ولو كان يصلّي فرضه مع النبي صلى الله عليه وسلم ما كان لقوله: ((إمّا أن تجعل صلاتك معنا)) وجهٌ، إذ قد جعل صلاته معهم قبل ذلك.

ووجه آخر، وهو: أنّه يحتمل أن يكون في حال ما كان يجوز إعادة الفرض على النحو الذي بيّنا في الفصل المتقدّم.

فإن قيل: لم يكن معاذ ليترك فضيلة الفرض خلف النبي الله عليه وسلم لأجل قومه.

قيل له: أكثر ما فيه أنّه صلّى بهم تطوّعًا وقد ثبت أنّه ليس فيه حجّة، إذ لم يعلمه عليه السلام، وأيضًا فإن الأفضل كان له الإئتمار لأمر النبي صلى الله عليه وسلم فيما أمره بالصلاة بقومه، وصحّ أنّه لا يجوز أن يصلّي بهم تطوّعًا علمنا أنّه كان يصلّي بهم فرضًا موافقةً لأمر النبي صلى الله عليه وسلم.

قال أبو بكر: وأمّا الكلام على مالك في منعه المتنفّل أن يقتدي بمصلّي الفرض، فمن جهة ما روي شعبة عن يعلى عن ابن عطاء عن جابر بن يزيد عن الأسود عن أبيه أنّه صلّى مع النبي صلى الله عليه وسلم، فرأى رجلين لم يصلّيا في ناحية المسجد فدعا بهما فقال: ((ما منعكما أن تصلّيا معنا))، قالا: قد صلّينا في رحالنا، قال: ((فلا تفعلوا إذا صلّى أحدكم في رحله ثم أدرك الإمام وهو يصلّي فليصلِّ معه، فإنّها له نافلة))[79]، فقد أجاز [15أ] في هذا الخبر صلاة المتنفّل خلف من يصلّي الفرض.

فإن قيل: فأنت لا تجيز لمن كان في مثل هذين أن يصلّي مع الإمام بعد الفرض، لأنّ في الخبر أنّ ذلك كان في صلاة الفجر.

قيل له: لقيام الدلالة على امتناع فعل النفل بعد صلاة الفجر، وأنّ ذلك كان قبل حظر الصلاة بعد الفجر إلّا أنّ دلالة الخبر قائمة في جواز صلاة المتنفّل خلف مُصلّي الفرض، لأنّ خبرًا واحدًا قد يتضمّن أحكامًا عدّة، فينسخ بعضها، ولا يمنع ذلك من استعمال باقي أحكامه، إذ لم يقم الدلالة على نسخه.

ومن الحجّة في ذلك أيضًا: ما روي عبد الله الصامت عن أبي ذرٍّ قال: قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((يا أبا ذرٍّ كيف أنت إذا كانت عليك أمراء يميّتون الصلاة أو قال يؤخّرون الصلاة))، قلتُ يا رسول الله: فما تأمرني، قال: ((صلِّ الصلاة لوقتها، فإن أدركتَها معهم فصلِّها، فإنّها لك نافلة))، وروى عمرو بن ميمون عن معاذ عن النبي صلى

[78] صحيح البخاري، الأذان، 60؛ صحيح مسلم، الصلاة، 178 (465).
[79] سنن أبي داود، الصلاة، 57؛ سنن النسائي، الإمامة، 54؛ سنن الترمذي، مواقيت الصلاة، 51.

الله عليه وسلم نحو ذلك، وروى عبادة بن الصامت وقبِيصة بن وقّاص عن النبي صلى الله عليه وسلم بمعناه[80]، فهذه سنن متواترة قد صحّت عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم بذلك، فلا يصحّ العدول عنها ولا مخالَفَتِها. [15ب]

باب المستحاضة والتي لا ينقطع دمها

قال محمد بن الحسن رحمة الله عليه: وإذا استحيضت المرأة توضّأت لوقتٍ كلّ صلاة.

قال أبو بكر: اختلف أهل العلم في حكم المستحاضة، فقال قائلون: هي بمنزلة الصحيحة لا وضوء عليها للاستحاضة وهو مذهب مالك بن أنس، وقال آخرون: تغتسل لكلّ صلاةٍ، وقال الشافعي رحمه الله: تتوضّأ[81] لكلّ صلاة الفرض ولا تتوضّأ[82] للنفل بعدما توضّأت للفرض، وقال أصحابنا: تتوضّأ لكلّ وقت صلاةٍ ولها أن تصلّي بذلك الوضوء ما شاءت من الصلاة ما لم يخرج الوقت. والحجّة في إيجاب الوضوء على المستحاضة حديث ابن أبي ثابت عن عروة عن عائشة أنّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم أمر فاطمة بنت أبي حبيش حين استحيضت أن تتوضّأ لكلّ صلاة[83]، وروى محمد بن عبد الله الأنصاري قال: حدّثنا محمد بن سعد الكاتب قال: حدّثني ابن أبي مليكة عن فاطمة بنت أبي حبيش عن النبي صلى الله عليه وسلم أنّه أمرها بالطهر عند كلّ صلاة[84]، وعن أبي خالد الأحمر عن حجاج عن أبي مليكة أنّ فاطمة بنت أبي حبيش كانت ترى الدم فأمرها النبي صلى الله عليه أن تجلس أيّام أقرائها ثم تغتسل وتتوضّأ لكلّ صلاة[85]، وعن حجاج عن نافع [16أ] عن سليمان بن يسار عن أمّ سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله[86]، وعن عديّ بن ثابت عن أبيه عن جدّه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((المستحاضة تتوضّأ لكلّ صلاة))[87]، وروى أبو حنيفة عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أنّ النبي صلى الله عليه وسلم أمر فاطمة أن تتوضّأ لكلّ صلاة[88]، وهو قول عليّ وعبد الله وعائشة وابن عباس وعروة وسعيد بن المسيّب ومحمد بن عليّ وعطاء وأبي سلمة رضي الله عنهم أجمعين[89]، فثبت بهذه الأخبار وغيرها وجوب الوضوء عليها.

فإن قيل: روي في حديث حمنة بنت جحش حين استحيضت سبع سنين أنّ النبي صلى الله عليه وسلم أمرها أن تغتسل لكلّ صلاة ولم يكن الغسل واجبًا عليها عندك، بل كان على الندب والاختيار، فكذلك الوضوء.

---

[80] صحيح مسلم، المساجد ومواضع الصلاة، 238-239 (648)؛ سنن أبي داود، الصلاة، 10؛ سنن الترمذي، مواقيت الصلاة، 17. وبعض هذه الروايات كما ذكره المؤلف هي عن أبي ذر وعبادة بن الصامت وقبيصة بن وقاص رضي الله عنهم.

[81] يتوضّأ.

[82] ولا يتوضّأ.

[83] صحيح البخاري، الوضوء، 61، الحيض، 26؛ سنن أبي داود، الطهارة، 111؛ سنن النسائي، الطهارة، 134-136، 138.

[84] المستدرك للحاكم، 175/1؛ سنن الدارقطني، 402/1؛ السنن الكبرى للبيهقي، 355/1.

[85] مسند البزار، 217/18.

[86] المعجم الكبير للطبراني، 270/23.

[87] مسند ابن أبي شيبة، 299/2.

[88] مسند أبي حنيفة لأبي نعيم الأصبهاني، 247-248؛ جزء من العوالي أبي حنيفة، 77.

[89] مصنف ابن أبي شيبة، 98/2-103.

الجواب: أنّ حمنة يجوز أن تكون ليست عادتها في الوقت والعدد، وكذلك ينبغي أن يكون[90] من استحيضت سبع سنين لا تكاد[91] تحفظ أيّامها لا سيّما في بدء الإسلام مع عدم عادتها، وعادات النساء حينئذ بمراعاة هذه الأحوال، فلذلك أمرها النبي صلى الله عليه وآله وسلم بالاغتسال لكلّ صلاة، وكذا قال أصحابنا فيمن كانت هذه حالها [16ب] أنّها تغتسل لكّل صلاة، ووجدنا[92] الأصول تشهد بخلاف حديث حمنة إذا حمل على ظاهره، لأنّا وجدنا وجوب الغسل يمنع قراءة القرآن ومسّ المصحف ودخول المسجد. ألا ترى أنّ الجنب يُمنع من هذه الأشياء حتى تغتسل، فلو وجب عليها الغسل لمنعت ما وصفناه، وفي اتّفاق الجميع على أنّ لها أن تفعل[93] ذلك دلالةً على زوال الغسل عنها. وأيضًا أخبر النبي صلى الله عليه وآله وسلم في حديث فاطمة بنت أبي حبيش أنّه دم عِرق[94]، ودم العرق لا يوجب الغسل، فعلمنا أنّ الأمر بالغسل إنّما هو احتياطٌ للحيض على الجهة التي وصفنا.

فإن قيل: لما جاز لها الصلاة مع سيلان الدم دلّ ذلك أنّ دمها ليس بحدثٍ، وألّا وضوء عليها، لأنّ الوضوء إنّما يدفع حدثًا متقدّمًا له، ولا يدفع حدثًا يأتي من بعد.

قيل له: إباحة الصلاة مع الدم غير دالٍّ على ألّا وضوء عليها كما لم تدل[95] إباحة الصلاة مع الحدث القائم في الرجل عند المسح على الخفّين على جواز ترك المسح، وكما لم يدل بقاء الجنابة والحدث مع التيمّم على جواز ترك التيمّم، فكذلك جواز الصلاة مع سيلان الدم غير دالٍّ على سقوط فرض الوضوء.

وممّا يدلّ على صحّة ذلك: أنّه لا خلاف أنّ خروج البول يوجب نقض الطهارة، وإذا دام ذلك به لم يخرج ذلك [17أ] من أن يكون موجبًا لنقضها على الوجه الذي كان موجبًا لو وجد منه اليسير علمنا[96] أنّ الذي به سلس البول في حكم من خرج ذلك منه ابتداء في باب وجوب الطهارة، وأنّه إنّما رخّص له في ترك الطهارة ما دام الوقت للمشقّة التي تلحقه ولامتناع أداء الصلاة عليه بطهارة تامّة، فبقي له حكم الطهارة إلى انقضاء الوقت، فإذا انقضى رجع إلى أصل فرضه من إيجاب الطهارة لخروج البول منه.

فإن قيل: إنّ أكثر هذه الأخبار التي رويتموها في إيجاب الوضوء على المستحاضة لا يصحّحها أهل النقل. أمّا حديث حبيب بن أبي ثابت عن عروة فهو مرسل، لأنّ حبيب لم ير عروة، وحديث عديّ بن ثابت عن أبيه عن جدّه ساقط، لأنّ جدّه مجهول لا يُدرى من هو.

---

[90] هنا كان يوجد "لا" فحذفناه.
[91] لا يكاد.
[92] ولاوجدنا.
[93] أن يفعل.
[94] لم أجده بهذه العبارة "دم عرق" إلا في بعض مصادر الفقه الحنفي. والموجود في الروايات الثابتة "دم" دون لفظة "عرق". الموطأ، الطهارة، 37؛ صحيح البخاري، الوضوء، 63، الحيض 8، 19، 24، 28؛ صحيح مسلم، الحيض، 62 (333)، 63-64 (334) وغيرهم.
[95] لم يدل.
[96] بعلمنا.

قيل له: ليس طريقنا في قبول الأخبار طريق أصحاب الحديث، وليسوا عيّارًا علينا فيما يجب قبوله أو ردّه، وإنّما ينظر في قبول الأخبار التي نقل الفقهاء من السلف وقبولهم لما رووه واستعمالهم، ثم لا يضرّه الإرسال عندنا ولا كونه مجهولًا عند أصحاب الحديث من قِبل أنّه صار عندنا معروفًا عدلًا بنقل [17ب] العلماء حديثه والروّاة[97] عندئذ[98] لا سبيل لنا إلى معرفة عدالتهم وصحّة نقلهم مع عدم مشاهدتنا إيّاهم إلّا من جهة نقل أهل العلم عنهم، فكلّ واحد من هذه الإخبار التي ذكرناها لو انفردت لأوجب الحكم بنفسه على الأصل الذي بيّنا، فكيف وقد توارت حتى كادت توجب العلم والعمل مع ما عاضدها من استعمال السلف من الصحابة والتابعين لها.

فصل

فأمّا الحجّة في تقدير وضوء المستحاضة بوقت الصلاة، فهو: ما روي لنا بإسناد لا يحضرني ذكره في نقض ألفاظ حديث فاطمة أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال لها: ((توضّئي لوقت كلّ صلاة))[99]، فرخّص لها في فعل الصلاة وقت صلاة كاملًا، فثبت أنّ الوقت كلّه رخّصه في جواز الصلاة فيه بذلك الوضوء، وهذا كقوله عليه السلام: ((يمسح المقيم يومًا وليلةً والمسافر ثلاثة أيّام ولياليها))[100] في جواز استيفاء الرخصة في وقت المذكور.

فإن قيل: فقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في ألفاظ أُخر أنّها تتوضّأ لكلّ صلاة، وهذا اللفظ أعمّ في إيجاب الوضوء من الأوّل، فينبغي أن يكون أولى.

قيل له: يحتمل أن يكون معنى الخبرين واحدًا، [18أ] وأن يكون المراد بهما جميعًا الوقت، إذ قد يُعبّر عن الوقت بالصلاة. ألا ترى أنّك تقول: "رأيتُ فلانًا صلاة الظهر" تريد[101] الوقت، وإذا احتمل ذلك وجب حملها عليه لئلّا يبطل فائدة الخبر الذي ذكر فيه الوقت. ألا ترى أنّ من أوجبه لكلّ صلاة تعلّقه بالوقت البتّة ولم يجعل للوقت تأثيرًا فيه فأسقطه بواحدة.

فإن قيل: يُعبّر عن الصلاة بالوقت أيضًا، وذلك أنّك تقول: "صلاة المغرب" فالمغرب ههنا هو الوقت، ثم تقول: "صلّيت المغرب" فيكون المغرب الصلاة نفسها.

قيل له: لا ينكر أن يعبّر بالمغرب تارّةً عن الصلاة وتارّةً عن الوقت إلّا أنّ الوقت نفسه لا يجوز أن يكون عبارةً عن الصلاة. ألا ترى أنّك لا تقول: "صلّيت الوقت" كما تقول: "صلّيت المغرب"، فلمّا لم يحتمل قوله لوقت كلّ صلاة معنى غير الوقت واحتمل قوله لكلّ صلاة الوقت تارّةً والصلاة نفسها تارّةً، وكان حمله على حقيقة الصلاة مؤدّيًا إلى إسقاط اللفظ الآخر على ما لا يؤدّي إلى إسقاط الآخر وجب حمله على ما لا يؤدّي إلى إسقاطه وعلى أنّه لما صحّ عندنا بدلائل

---

[97] والرواية.
[98] عند اذ.
[99] سبق تخريجه.
[100] صحيح مسلم، الطهارة، 85 (276)؛ سنن النسائي، الطهارة، 60، 89-99؛ سنن الترمذي، الطهارة، 71؛ سنن ابن ماجه، الطهارة وسننها، 86.
[101] يريد.

أُخر وجوب الوضوء بخروج الدم من السبيل، ثم روي هذان الخبران وجب حملهما على إفادة حكم لم يكن استفدناه بغيرهما، فواجب على هذا [18ب] أن تكون[102] فائدة قوله لوقت كلّ صلاة تقديرًا الرخصة للطهارة بالوقت. وأيضًا في خبرنا تارّةً الوقت في اللفظ فكان أوْلى، لأنّ الخبرين إذا رُويا وفي أحدهما زيادة لفظ، فالذي فيه الزيادة أوْلى.

ووجه آخر، وهو: أنّ اللفظين لو كانا مختلفين مُتضادّين لا يصحّ حملهما على الوفاق وجب اعتبارهما بالأصول، وكان الذي تشهد له الأصول منها أولى بالاستعمال، وقد وجدنا الأصول شاهدة لصحّة قولنا، لأنّا قد وجدنا رخصةً مقدّرةً لوقتٍ وهو المسح على الخفّين، ولم نجد رخصة مقدّرة بصلاة.

فإن قيل: هلّا كانت المستحاضة في وضوئها كالمتيمّم في إسقاط تقدير وضوئها بالوقت، إذ كلّ واحد منهما يصلّي مع الحدث.

قيل له: لا حظّ للنظر مع الأثر، وقد بيّنا من جهة الأثر وجوب تقدير الرخصة بالوقت ولو رُمنا الفصل بينهما كان الفصل ظاهرًا، وذلك أنّ المستحاضة قد وجد منها حدث بعد الوضوء فلو خُلّينا والأصول لأوجبنا عليها الوضوء لهذا الحدث إلّا أنّها لما ثبتت لها الرخصة من جهة التوقيف وقتًا كاملًا أثبتناها لها، ولم نوجب[103] على[104] المتيمّم حدثًا[105] بعد تيمّمه، والمعنى المبيح له التيمّم بدءًا موجود مع مرور الأوقات وهو عدم الماء من غير حدث وُجد منه، [19أ] فلم يجز من أجل ذلك إيجاب إعادته، لأنّ فيه إيجاب طهارتين من جنسٍ واحد بحدث واحد، وهذا خلاف الأصول.

وكذلك إن سلّمنا[106] قياس المتيمّم على المستحاضة وتقديره بالوقت مثل وضوء المستحاضة أجبناهم بمثل ذلك، وأيضًا لزوم تقدير التيمّم بالوقت قياسًا على الاستحاضة للعلّة التي ذكروا لم يكن حينئذ قياسه على الاستحاضة بأولى من قياسه على المسح على الخفّين، لأنّ الحدث لم يرتفع عن الرجل بالمسح بدلالة أنّه نزع الخفّ لزمه غَسل الرِجل، فثبت بذلك أنّ بقاء الحدث الذي وقع التيمّم من أجله غير موجب لتقديره بوقتٍ، وزعم الشافعي رحمه الله أنّها إذا توضّأت وصلّت فرضًا أجاز لها أن تصلّي[107] ما شاءت من النفل، ولا يجوز لها أن تصلّي[108] بذلك الوضوء فرضًا آخر، فيقال له: خبّرنا عنها بعدما صلّت الفرض هل يخلوا من أن يكون حكم وضوءها باقيًا أو زائلًا؟ فإن زال حكم وضوءها وعادت إلى حكم الحدث فغير جائز لها أن تصلّي نفلًا، إذ لا خلاف أنّ المحدث لا يجوز له فعل نفل الصلاة في حال حدثه كما لا يجوز له فعل فرضها، وفي اتّفاقنا جميعًا على جواز فعل النفل لها دليل على أنّها في حكم الطاهرات[109].

---

[102] أن يكون.
[103] ولم نوجد.
[104] من.
[105] حدث.
[106] ان سامونا.
[107] أن يصلّي.
[108] أن يصلّي.
[109] الطهارات.

فإن قيل: قد خفّف أمر النفل بما لم يخفّف به الفرض بدلالة أنّه يبتديء النفل قاعدًا من غير عذر ويصلّيه في السفر على الراحلة إيماء وإلى غير [19ب] القبلة، ولا يجوز مثله في الفرض.

الجواب: أنّه إنّما أتيح له فعل النفل على وجه يُباح مثله في الفرض في حال العُذر. ألا ترى أنّ الخائف والذي يشتبه عليه القبلة يجوز لهما ترك القبلة، ومن لم يقدر على الركوع والسجود صلّى إيماء، فإنّما خفّف عنه في النفل من حيث جاز مثله في الفرض في حال العذر، ولـمّا لم يكن له في أصل الفرض جواز الصلاة بغير طهارة في حال العذر ولا غيره ثبت أنّ النفل والفرض متساويان فيها، فإذا أجاز لها فعل النفل من غير تجديد الطهارة وجب مثله في الفرض لبقاء حكم طهارتها.

فصل

اختلف أصحابنا في تقدير وقت الرخصة لوضوء الاستحاضة، فقالوا كلّهم إلّا زفر: أنّ الرخصة ترتفع[110] بخروج الوقت، وقال زفر بدخول الوقت، ويظهر موضع الخلاف بينهم في الاستحاضة: إذا توضّأت بعد طلوع الشمس، فقال زفر: يجب عليها الوضوء بدخول وقت الظهر، وقال الآخرون من أصحابنا: يجب عليها بخروج وقت الظهر. والدليل على حجّة قولهم قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم: ((المستحاضة تتوضّأ[111] لوقت كلّ صلاة))[112]، فأوجب بذلك استيفاء الرخصة لها وقت صلاة كامل، ولا يحصل ذلك إلّا بخروج الوقت كما قال عليه [20أ] السلام: ((يمسح المسافر ثلاثة أيّام ولياليهنّ والمقيم يومًا وليلةً))[113]، فأوجب استيفاء الرخصة بكمال الوقتين عند الجميع، فكذلك وجب مثله في وقت الصلاة لوضوء الاستحاضة.

فإن قيل: إنّما رخّص لها في ذلك وقت صلاة، ومذهبكم هنا يوجب لها الرخصة أكثر من وقت صلاة، وذلك غير جائز كما لا يجوز أن يزيد[114] المسافر والمقيم على الوقت المذكور للمسح.

الجواب: أنّه معلوم أنّه قصد بذلك إلى الوضوء الذي يلزمها الفرض الصلاة، وقد اتّفق الجميع على أنّ لها أن تتوضّأ[115] قبل وقت الظهر، وتصلّي[116] به ما شاءت من الصلوات، فعلِمنا أنّ ذلك لوضوء رخصة لما يلزمها من صلاة الوقت، إذ لو لم يكن كذلك لما جاز لها أن تصلّي بذلك الوضوء البتّة لوقوعه في غير وقت صلاة، فصحّ بذلك أنّ ذلك الوضوء إنّما يصحّ حكمه لما يفعل به من صلاة الوقت بعد دخوله، فصار ما قبل الوقت تابعًا للوقت لا حكم له في نفسه، ولو كنّا بذلك

---

[110] يرتفع.
[111] توضّأ.
[112] سبق تخريجه.
[113] سبق تخريجه.
[114] انّ مزاد.
[115] أن يتوضّأ.
[116] ويصلّي.

مخالفين للخبر كمخالفة من زاد المقيم على اليوم والليلة في المسح والمسافر على ثلاثة أيّام ولياليها لكان زفر أشدّ مخالفةً له حين أجاز لها الوضوء في غير وقت صلاة مع ورود الخبر مقصورًا على [20ب] رخصة الوضوء لوقت صلاة.

فإن قيل: ما بين طلوع الشمس إلى وقت الزوال وقت لصلاة وهي صلاة العيد، فجاز أن يتوضّأ له، ويكون ذلك الوقت معتبرًا في وضوءها كأوقات سائر الصلوات.

الجواب: إنّ النساء[117] لم يخاطبن بصلاة العيد، ورخصة الوقت إنّما ثبتت في وضوء المستحاضة، فلم يدخل وقت صلاة العيد فيها، إذ لم يدخلن في خطابها على أنّ وقت صلاة العيد إنّما هو لليوم الأوّل والثاني إن تركت على وجه العذر في الفطر، وليس سائر الأيّام وقتًا لصلاة العيد، فينبغي على هذا الأصل ألّا تتوضّأ في غير الأيّام التي يُصّلى فيها العيد ما بين طلوع الشمس إلى الزوال، إذ ليس هو وقتًا لصلاة العيد، فلمّا جاز لها أن تتوضّأ في هذا الوقت مع ما وصفنا دلّ على سقوط اعتبار وقت صلاة العيد في ذلك، وأنّ المعنى فيه ما ذكرنا من كونه تابعًا لوقت الظهر. وممّا يدلّ على أنّ رخصة المستحاضة تتعلّق بخروج الوقت دون دخوله اتّفاق الجميع على أنّها إذا توضّأت في وقت الفجر انتقض وضوءها بطلوع الشمس، فلو تعلّقت رخصتها بدخول الوقت لوجب أن يبقى حكم وضوءها إلى دخول [21أ] وقت الظهر، وفي ذلك دليل على أنّ الاعتبار في ذلك بخروج الوقت.

مسألة

قال محمد: وإن توضّأت في أوّل الوقت والدم سائل ولبست[118] خُفّيها فأحدثت حدثًا غير الدم فإنّها تتوضّأ وتمسح[119] خفّيها، فإذا مضى ذلك الوقت نزعت خفّيها وغسلت رِجليها وأعادت وضوءها، وقال زفر: تمسح[120] على خفّيها يومًا وليلةً كالصحيحة. الحجّة لما ذكره محمد: إنّ وضوء المستحاضة وقع مع وجود الحدث، وإنّما جعل الوقت رخصة لها في فعل الصلاة مع الحدث لأجل الوضوء المتقدّم، فمتى خرج الوقت ارتفعت الرخصة ولزمها الوضوء للحدث الذي كان موجودًا معه فاشتهر من هذا الوجه الماسح على الرِجل الخفّين إذا خرج وقت مسحِه لزمه غَسل الرِجلين، لأنّ المسح وقت فكذلك وضوء الاستحاضة لما قاربه الحدث، ثم ارتفعت الرخصة بخروج الوقت وجب عليها غَسل الرِجلين، وقد بيّنا أصول الباب وما بيننا وبين المخالفين فيها من الخلاف وبقي الآن علينا الاحتجاج لمسألة خروج الدم من الجرح، وقد ذكرها محمد في الكتاب، [21ب] ونحن نذكرها بجملة مقيمة دون الاستقصاء فيها، لأنّا قد بيّناها بها فيها في مسائل الخلاف التي عملناها في الطاهرات[121]. والأصل في ذلك: أنّ كلّ نجاسة خرجت بنفسها إلى موضع يلحقه حكم التطهير فإنّها تنقض الطهارة. والحجّة فيه: ما رُوي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم في حديث ابن عباس وعائشة أنّه كان

---

117 نساء.
118 وليست.
119 ويمسح.
120 يمسح.
121 الطهارات.

إذا رعف في صلاته توضّأ وبنى، وفي حديث سلمان رآني النبي صلى الله عليه وسلم وقد كان سال من أنفى دم، فقال: أحدث لك وضوء[122] أو في حديث ثوبان أنّ النبي صلى الله عليه وسلم توضّأ من القيء[123]، وفي حديث ابن أبي مليكة عن عائشة قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((إذا قاء أحدكم أو قلس فليتوضّأ ولبين على صلاته ما لم يتكلّم))[124]، وعن عليّ كرّم الله وجهه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((القلس حدثٌ))[125]، وقد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم إيجاب الوضوء من دم الاستحاضة وقال فيه: ((أنّه دم عرق وليست بحيضة))[126]، فوجدنا الدم الخارج من السبيل الذي وقع السؤال عنه ذا أوصاف، منها: أنّه دم عرق، وأنّه دم الاستحاضة، وأنّه خارج من السبيل، فلم يذكر النبي صلى الله عليه وسلم شيئًا من [22أ] هذه الأوصاف في تعليلة غير كونه دم عرق، فعلمنا أنّ العلّة الموجبة لنقض الطهارة هي كونه دم عرق فحيث ما وُجد، فواجب أن ينقضها، والدم الخارج من سائر البدن دم عرق.

فإن قيل: أنّ كلامه هذا خرج على سؤالها عن دم خارج من السبيل، فالسبيل مضمر فيه وإن لم يكن ملفوظًا به، لأنّ حكم السؤال أن يكون مضمّنًا في الجواب. ألا ترى أنّه لو قيل لفلان: "عليك ألف درهم" فقال: "نعم" كان مقرًّا بها، وكان خروج كلامه مَخرج الجواب منطويًا عن السؤال وموجبًا له كذلك ما وصفنا.

قال أبو بكر: خروج الكلام مخرج الجواب وانطواؤه عليه غير مانع صحّة اعتبار المعنى الذي جعله النبي صلى الله عليه وسلم في علّة نقض الطهارة على الإطلاق، ولا يوجب كونه مقصورًا عليه دون غيره، وذلك لأنّ أكثر أحواله أن يكون بمثابة من ذكر جميع ما سألته عنه علّله بأنّه دم عرق، فلا يمنع ذلك أجزاء العلّة على الإطلاق على حسب ما أطلقها. ألا ترى أنّه لو ابتدأ فقال: دم عرق المستحاضة فيه الوضوء، لأنّه دم عرق لم يمنع ذلك من كون دم العرق علّة في ذلك على الإطلاق [22ب]كما أنّه لو قال: ((البُر بالبُرّ مِثلًا بمثل))[127]، لأنّه مكيل أو مأكول كان معقولًا أنّ العلّة التي تعلّق بها الحكم كونه مكيلًا أو مأكولًا دون كونه بُرًّا، لأنّ التعليل به وقع، فكذلك ما وصفنا، وأيضًا قد صحّ عن النبي صلى الله عليه وسلم إيجاب الوضوء من المذي لما روي في حديث عليّ عليه السلام[128]، وثبت أيضًا بالسنّة واتّفاق الأمّة وجوب الوضوء من البول والغائط، والمعنى في ذلك: أنّه نجاسة خرجت بنفسها إلى موضع يلحقه حكم التطهير، وهذا المعنى موجود في سائر النجاسات الخارجة من البدن، فوجب أن يحكم لها بحكمه.

---

[122] سنن الدارقطني، 285/1؛ معرفة السنن والآثار للبيهقي، 421/1؛ المعجم الكبير للطبراني، 239/6.

[123] سنن أبي داود، الصيام، 32؛ سنن الترمذي، الطهارة، 64؛ مسند أحمد، 277/5، 443/6؛ سنن الدارمي، الصيام، 24؛ سنن الدارقطني، 290/1-291 وغيرهم.

[124] سنن ابن ماجه، إقامة الصلاة والسنة فيها، 137؛ السنن الكبرى للبيهقي، 142/1، 255/2؛ المعجم الأوسط للطبراني، 321/5 وغيرهم.

[125] سنن الدارقطني، 284/1؛ ونقله عنه البيهقي في معرفة السنن والآثار، 428/1.

[126] سبق تخريجه.

[127] الحديث مشهور، أما باللفظ الذي ساقه المؤلف فهو في سنن الترمذي، البيوع، 23؛ مسند أبي عوانة، 380/3، 383؛ شرح معاني الآثار للطحاوي، 66/4-67؛ وذكره البيهقي عنوانًا على باب له في السنن الكبرى، 277/5؛ وكذلك فعل ابن أبي شيبة في مصنفه، 207/20.

[128] سبق تخريجه.

والدليل على صحّة هذا الاعتبار: اتّفاق الجميع على عدم نقض الطهارة بخروج الأشياء الظاهرة من البدن كالبُزاق والدمع والعَرق، واتّفقوا أيضًا على نقضها بخروج البول والغائط وهما نجسان، فلمّا وجدنا الحكم متعلّقًا بخروج النجاسة على الوصف الذي قدّمنا موجودًا بوجوده ومعدومًا بعدمه علمنا أنّ هذا هو العلّة الموجبة لنقض الطهارة، فإن ألزمونا على ذلك ظهور النجاسة على رأس الجرح قبل السيلان مع عدم إيجاب نقض الطهارة قلنا لهم: [23أ] لا يلزمنا من قِبل أنّ من شرط علينا خروجها بنفسها إلى موضع يلحقه حكم التطهير، ورأس الجرح لا يلزم تطهيره وإنّما يلزم تطهير مواضع الصحّة، فلذلك لم ينتقض به الطهارة حتى يخرج إليها.

فإن ألزمونا: القيء وخروجه إلى الفمّ وهو موضع يلحقه حكم التطهير ولا ينتقض به الطهارة عندنا حتى يملأ الفمّ. أجبناهم بنحوها ذكرنا من عدم شرط علينا، لأنّا قلنا: إنّ العلّة خروج النجاسة بنفسها، والقيء غير خارج بنفسه وإنّما أخرج، لأنّ من شأن هذه السيّالات ألّا تسيل[129] بنفسها إلى فوق وإنّما تسيل إلى أسفلٍ، وإذا وجدناها سيّالة إلى فوق علمنا أنّ غيرها أخرجها من ريحٍ أو علّة عارضة هناك أخرجتها، فيكون[130] حينئذ بمنزلة الدم يخرج من الجرح بقُطنٍ أو غيره، فلا يوجب خروجه على هذا الوجه وضوء وعلى هذا قلنا في البول: إذا ظهر على رأس الإحليل أنّه ينتقض به الطهارة، لأنّه نجاسة قد خرجت بنفسها إلى موضع يلحقه حكم التطهير.

فإن قيل: فينبغي على هذا الأصل ألّا توجبوا نقض الطهارة بالقيء إذا ملأ الفمّ، لأنّه لم يخرج بنفسه.

قيل له: نحن لم نقل: أنّ كلّ ما لم يخرج بنفسه [23ب] على الوصف الذي قدّمنا لا ينقض الطهارة، وإنّما قلنا: أنّ كلّ ما خرج على الوصف الذي قدّمنا ينتقض به الطهارة، ولم يوجب نقض الطهارة بالقيء لهذه العلّة، وإنّما أوجبناه بمعنى آخر، ولا يمتنع اتّفاق الحكمين مع اختلاف العلّتين كما يقطع يد رجلين أحدهما، لأنّه سرق، والآخر لأنّه قطع يد غيره، وكما يفسد البيع لأنّه بيع ما ليس عند الإنسان ويفسده، لأنّه بيع ما لم يقبض ولأنّه غررٌ، فاتّفقت الأحكام مع اختلاف العلل.

قال أبو بكر: وقد بيّنا هذه المسألة بحملة كافية لمن وُفّق لفهمها، ونرجع الآن إلى بيان فروع الباب على أصولهم، وكان أبو الحسن الكرخي رحمه الله حصر الباب بمعانٍ[131] قريبة يستمرّ مسائله عليها، وكان يحكي هو وغيره من شيوخنا عن أبي سعيد البرذعي رحمه الله أصولًا لهذه المسائل تجري[132] مجرى التوطئة والتقريب على المتعلّم، وأنا أذكرها إن شاء الله تعالى بعد فراغي من آخر المسائل على المعنى الذي كان يحصله أبو الحسن، فالذي حصلناه عنه في ذلك أنّ الباب مبنيّ على معنيين، أحدهما: أنّ وضوء الاستحاضة ينفع لدم يسيل في الوقت ولا ينفع لدم يسيل في وقت ثانٍ[133]،

---

129 الّا يسيل.
130 فيكون.
131 بمعاني.
132 يجري.
133 ثاني.

وأنّ وضوء الصحيح لا ينفع لدم يسيل بعده، ووضوء الاستحاضة هو الذي يقع على وجهين: إمّا أن يجب بخروج الوقت أو يقع عن سيلان الدم في الوقت. وأمّا المعنى الآخر، فهو: أنّ ارتفاع [24أ] الرخصة أو العذر في الصلاة يوجب استئنافها، وارتفاع الرخصة يكون بخروج الوقت، وأمّا ارتفاع العذر فتارّةً يكون بالبرء وتارّةً بانقطاع الدم في وقت صلاة كامل. فالدليل على أنّ وضوء الاستحاضة هو الذي يجب[134] بخروج الوقت أو يقع عن سيلان الدم في الوقت، وأنّ وضوء الصحيح هو الذي يقع بخلاف ذلك أنّ طاهرًا غير مستحاضة لو توضّأت ثم استحيضَت أنّ ذلك الوضوء لا ينفعها لدم يسيل في وقتها ذلك، فثبت أنّ وضوء الرخصة هو الذي يجب عن دم الاستحاضة بخروج الوقت أو يقع عن سيلان الدم. وأمّا الدليل على أنّ ارتفاع الرخصة أو االعذر في الصلاة يوجب استئنافها ما اتّفقوا عليه من أنّ أمر الماسح على الخفّين إذا خرج وقت مسحه وهو في الصلاة أنّه لا جائز له المضيّ عليها، وكذلك عندنا المتيمِّم إذا وجد الماء في الصلاة والعاري إذا وجد الثوب ومَن في معناها والمعنى في ذلك كلّه ارتفاع الرخصة ووجوب الوضوء بحدث متقدّم للصلاة قد فعل معه جزء منها، وإنّما قلنا: أنّ انقطاع الدم وقت صلاة كامل يرتفع به العذر، وأنّه بمنزلة البرء من قِبل أنّه معلوم أنّ المستحاضة لا يجوز أن يرى الدم سائلًا أبدًا، وإنّما يراه وقتًا وينقطع وقتًا، ومعلوم [24ب] أنّ انقطاعه يومًا أو يومين يوجب زوال العذر ويخرجها من حكم الاستحاضة، وأنّ انقطاعه ساعة لا يوجب زوال العذر ولا يخرجها من حكم الاستحاضة، إذ لا جائز أن تنفكّ منه، فاحتجنا إلى الفصل بين القليل والكثير، فوجدنا أقرب ما فيه ما جعله النبي صلى الله عليه وسلم رخصة في بقاء الطهارة، فجعلنا انقطاعه هذه المدّة حدًّا لارتفاع العذر. وممّا يدلّ على أنّ انقطاع الدم الوقت اليسير لا حكم له وأنّه مع ذلك بمنزلة دوامه أنّ الطهر اليسير الذي يتخلّل الدم في أيّام الحيض لا حكم له، ويكون معه بمنزلة اتّصال الدم ودوامه.

قال أبو بكر: ومسائل الباب مستمرّة على هذه المعاني إذا ضبطت، وقد طعن عيسى بن أبان في المسألة الأخيرة من الباب، ولا شبهة في موضع طعنه إذا جرى على هذه الأصول.

مسألة

قال محمد: وإذا كان بالرجل دم سائل لا يرقأ توضّأ لوقت كلّ صلاة، فإذا دخل وقت الظهر والدم سائل فتوضّأ ثم انقطع الدم بعد الوضوء فقام فصلّى الظهر، ثم انقطع الدم حتى دخل وقت العصر فعليه إذا دخل وقت العصر أن يعيد الوضوء إن تمّ الدم على انقطاعه أو سال.

قال أبو بكر: وذلك أنّ خروج الوقت أوجب ارتفاع الرخصة فوجب الوضوء للحدث المقنع، لأنّ خروج الوقت ليس بحدث، [25أ] وأنّ الوقت متى خرج ارتفعت به الرخصة، فيجب الوضوء للحدث المتقدّم.

[134] تجب.

قال محمد: فإن توضّأ في وقت العصر والدم منقطع، ثم صلّى العصر، ثم سال الدم معه ذلك في وقت العصر مضى على صلاته من قبل، وإن سال وهو في الصلاة فليس عليه في هذا الدم وضوء ما دام في وقت العصر، فإن خرج وقت العصر وجب عليه أن يتوضّأ للمغرب من قِبل أنّ وضوءه كان وضوء الاستحاضة لوجوبه بخروج الوقت على الحدّ الذي بيّنا، فينفع[135] لدم يسيل في الوقت.

قال محمد: فإن لم يسل في وقت العصر وتمّ على انقطاعه حتى دخل وقت المغرب ثم سال، فإنّ على الرجل أن يتوضّأ ويعيد الظهر ولا يعيد العصر.

قال أبو بكر: لأنّه لما انقطع وقت صلاة كامل علمنا زوال العذر فصلّى مع الحدث مع زوال العُذر، فوجبت عليه الإعادة، إذ كان انقطاعه وقت صلاة كامل في باب أنّ آلة العذر بمنزلة البُرء.

فإن قيل: فهل يخلوا هذا الرجل حين صلّى الظهر من أن يكون صلاته جائزة أو غير جائزة، فإن كانت جائزة فينبغي ألّا يأمروه بإعادتها لأجل دوام انقطاع الدم إلى دخول وقت المغرب، وإن كان غير جائزة فلا ينبغي أن يؤمر بها.

والجواب: إنّا نقول: أنّه بعد انقطاع الدم [illegible] للحال، فإن تمّ الانقطاع على وجهٍ [25ب] يوجب زوال العذر حكمنا بفساد صلاته وأمرناه بالإعادة، وإن لم يتم حكمنا بجوازها، وهذا كما قلنا جميعًا في المرأة ترى الدم أوّل ما رأته فيأمرها بترك الصلاة، فإن تمّ بها الدم وقتًا يكون مثله حيضًا على اختلاف الفقهاء في مقدار مدّة الحيض حكم كلّ واحدٍ منهم لها على أصله بحكم الحيض منذ حين ابتدأ بها الدم، وإن انقطع دون ذلك أمرناها بإعادة ما تركتْه من الصلاة، وحكمنا لها في ذلك الوقت بحكم الطاهرات، فجعل الجميع أمرها مُترقّبًا في ابتدائه وإن حكموا لها بحكم الحيض في ترك الصلاة، فكذلك نقول في مسألتنا: إنّ صلاة هذا الرجل محكوم لها بحكم الصحّة في الحال، وأمرها مع ذلك مترقّب بتمام الانقطاع، ولذلك نظائر كثيرة في الأصول يطول[136] الكتاب بذكرها لو تقصيناها، من ذلك: قول الله تعالى: ﴿فَمَن تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ﴾[137]، فلو أنّ المتمتّع أحرم بعمرة ثم صام للمتعة أو صام بعدما أحرم بالحجّ على قول من لا يجيزه إلّا بعد إحرام الحجّ، أنّ هذا الصوم مترقّب فإن لم يجد الهديَ، ثم ذلك الصوم وإن وجد الهدي يوم النحر قبل الإحلال بطل الصوم، ونظيره قول الله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾[138]، فلو أنّ [26أ] رجلًا طلّق امرأته وهي صغيرة وقد دخل بها إنّ عدّتها الشهور، فإن اعتدت شهرًا أو شهرين كان ذلك معتدًا به من عدّتها إلّا أنّه مترقّبٌ، فإن لم تحض حتى استوفت الثلاثة الأشهر كان ما مضى من الشهور عدّة، وإن رأت الحيض قبل انقضاء عدّتها بالشهور انتقضت الشهور

---

[135] فينقع.
[136] بطول.
[137] البقرة، 196/2.
[138] الطلاق، 4/65.

ولم يعتدّ بها، وقال الله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾[139]، وقال: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾[140]، فلو أنّ رجلًا طلّق امرأته طلاقًا رجعيًّا كان عدّتها الحيض، فإن مات عنها قبل انقضاء عدّتها انتقلت عدّتها[141] إلى الشهور، ونظائر ذلك في الأصول أكثر من أن يأتي عليها.

فإن قيل: فما الفرق بين ذلك وبين الأمَة تصلّي[142] ورأسها مكشوف واضعة القناع، ثم أعتقت في الصلاة أنّها تأخذ[143] القناع وتبني، وكذلك المجتهد في القبلة إذا تبيّن له في الصلاة جهة غيرها توجّه إليها وبنى.

قيل له من قِبل أنّ الأمة لم يلزمها فرض الستر إلّا في الحال، ولم يكن قد تقدّم عليها فرض الستر فانتقلت إليه بالعتق، وأشبهت ما روي في أهل قُباء أنّهم كانوا يصلّون إلى بيت المقدّس، فأتاهم آت فأخبرهم أنّ القبلة قد حُوّلت إلى الكعبة، فاستداروا إليها ولم يستأنفوا الصلاة[144]، فصار ذلك أصلًا في نظائره. وأمّا المستحاضة والمتيمّم [26ظ] والماسح على الخفّين فقد كان فرض الطهارة لازمًا [له]، وإنّما أبيح لهم تركها للعذر، فمتى ارتفع العذر عادوا إلى أصل فرضهم، وقد فعلوا معه جزءًا من الصلاة ففسدت صلاتهم، ولا نعلم خلافًا بين فقهاء الأمصار في أنّ خروج وقت المسح في الصلاة يوجب استئنافها فرددنا عليه نظائره. وأمّا المجتهد إلى القبلة إذا تبيّن له خلاف الجهة التي توجّه إليها ولأنّه قد انتقل من اجتهاد إلى اجتهاد، فلا يَبطل الاجتهاد الأوّل بمثله، وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنّه كان يقضي بقضيّة، ثم يرى خلافها فلا يبطل الأولى ويستأنف الأمر في المستقبل بما يراه[145]، وروي عن جماعة من الصحابة نحو ذلك، فدلّ ذلك على صحّة ما ذكرنا.

قال محمد: فإن انقطع الدم بعدما صلّى ركعتين من الظهر كان بهذه المنزلة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ زوال العذر في الصلاة كهو قبلها. ألا ترى أنّه لا فرق بين وجود الماء للمتيمّم قبل دخوله في الصلاة وبعده قبل الفراغ منها، وكذلك الماسح على الخفّين لا فرق بين خروج وقت مسحه قبل دخوله في الصلاة، وبينه بعد الدخول فيها قبل الفراغ منها فيما يوجب من إفساد صلاته.

قال محمد: ولو توضّأ في وقت الظهر والدم سائل وصلّى الظهر، وفرغ منها وهو سائل ثم انقطع وقت صلاة كامل أو برأ لم يلزمه إعادة الظهر.

---

[139] البقرة، 228/2.
[140] البقرة، 234/2.
[141] + انتقلت عدّتها، صحّ هامش.
[142] يصلّي.
[143] ياخذ.
[144] الموطأ، الصلاة، 127؛ صحيح البخاري، الصلاة، 32؛ صحيح مسلم، المساجد ومواضع الصلاة، 13 (526).
[145] وسيأتي أثر عمر رضي الله عنه في حديث المشرَّكة.

قال أبو بكر: [27أ] وذلك لأنّ زوال العذر وارتفاع الرخصة بعد الفراغ من الصلاة لا يوجب فسادها كالمتيمّم إذا رأى الماء بعد فراغه من الصلاة والماسح على الخفّين إذا خرج وقت مسحه بعد فراغه منها.

مسألة

قال محمد: وإذا استحيضت المرأة فدخل وقت العصر والدم سائل فتوضّأت ثم انقطع الدم، فقامت تصلّي العصر فصلّت ركعتين، ثم دخل وقت المغرب فإنّها تعيد[146] الوضوء والصلاة، وذلك لأنّ خروج الوقت أوجب ارتفاع الرخصة، وقد كان الحدث متقدّمًا للصلاة، وقد فعل معه جزءًا منها ففسدت صلاته كما قلنا في الماسح والمتيمّم. ويدلّ على ذلك أيضًا قولهم في المحدث في الصلاة: إذا وقف ساعة بعد الحدث فسدت صلاته، لأنّه[147] قد فعل مع الحدث جزءًا من الصلاة، فكذلك مسألتنا لما لزمنا الوضوء لحدث كان قبل الصلاة، وقد فعلت جزءًا من الصلاة لزمها استئنافها.

فإن قيل: فقد قال محمد في الكتاب: إنّ الوضوء وجب عليها بدخول الوقت، وأنت تقول: لم يجب بدخول الوقت، وإنّما وجب بالحدث المتقدّم، فكيف يصحّ لك بناء المسألة على معنى قد نصّ محمد على خلافه.

قيل له: أنّ محمدًا يتساهل في العبارة اكتفاء بمعرفة من وُضع له الكتاب ممّن عرف أصوله ولم يضع الكتاب للمبتديء ولمن لم يقع له ارتياض بمسائله، وعلى أنّ معنى محمد الذي ذكره غير مخالف لما قلنا، لأنّه لا يجوز أن يريد وجب عليها الوضوء [27ب] لخروج الوقت للحدث المتقدّم، فيكون المعنيان جميعًا صحيحين.

قال محمد: ولو دخل وقت العصر ودمها سائل ثم انقطع فتوضّأت والدم منقطعٌ، ثم صلّت ركعتين من العصر ثم دخل وقت المغرب فإنّها تمضي على صلاتها ولا تعيد[148] الوضوء.

قال أبو بكر: لأنّ وضوئها كان صحيحًا ولم يكن هناك رخصةً مقدّرة بالوقت، فيُعتبر خروجُه من أجلها.

قال محمد: فإن سال[149] الدم بعد دخول وقت المغرب وهي في الصلاة توضّأت ومضت على صلاتها.

قال أبو بكر: إنّما وجب عليها الوضوء بسيلان الدم في وقت المغرب، لأنّ الوضوء الواقع في وقت العصر، وإن كان وضوء الاستحاضة فإنّه غير نافع لدمٍ يسيل في وقت ثانٍ، وإنّما ينفع لدم يسيل في الوقت الذي وقع فيه، فلمّا دخلت في الصلاة وهي طاهرة ودخل وقت المغرب ثم سال كان هذا حدثًا مبتدأً.

---

146 يعيد.
147 + لأنه، صحّ هامش.
148 يعيد.
149 سأل.

قال أبو بكر: والحجّة في جواز البناء لمن سبقه الحدث في الصلاة: الآثار التي تقدّم ذكر بعضها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنّه قال: ((من قاء أو رعف في صلاته فلينصرفْ وليتوضّأ وليبنِ على ما مضى من صلاته))[150]، وفارق هذا المتيمّم إذا وجد الماء في الصلاة من جهة أنّ وجود الماء يرفع رخصة التيمّم، فيجب الوضوء حينئذ للحدث المتقدّم وقد فعل معه جزءًا من الصلاة فتفسد[151] صلاته [28أ] كما قالوا جميعًا في الماسح على الخفّين إذا خرج وقت مسحه في الصلاة. وأمّا الحدث فهو معنى طارئ في الحال لا يتعلّق حكمه بما قبله، وإنّما وجب به حكم مبتدأ، ونظير المتيمّم من المحدث أن يبقى على حال صلاته ساعةً بعد الحدث فتفسد[152] صلاته، لأنّه قد فعل مع الحدث جزءًا من الصلاة.

قال محمد: ولو كانت المرأة توضّأت في وقت العصر بعدما انقطع دمُها فصلّت ركعتين ثم سال الدم ثم دخل وقت المغرب فإنّها تعيد الوضوء والصلاة، وذلك لأنّ الوضوء المتقدّم للسيلان لما كان نافعًا له، وكان الوقت رخصةً فيه لم يلزمها الوضوء به، فلمّا خرج الوقت ارتفعت الرخصة فلزمها الوضوء للحدث المتقدّم الذي قد فعل معه جزءًا من الصلاة فلزمها استئنافها ولم يجزأ البناء عليها.

مسألة

قال محمد: وإذا استحيضت المرأة فدخل وقت الظهر ودمها سائل فتوضّأت وصلّت، ثم انقطع عنها الدم حتى دخل وقت العصر توضّأت والدم منقطع، فلمّا فرغت من وضوءها سال الدم فليس عليها أن تعيد[153] الوضوء، هذا على ما قدّمنا من أنّ الوضوء إذا وجب بخروج الوقت كان وضوء الاستحاضة وينفع لدم يسيل في الوقت، [28ب] وهذه صفة هذا الوضوء المفعول في وقت العصر.

قال محمد: ولو كانت توضّأت في وقت الظهر والدم سائل وصلّت، ثم انقطع الدم ثم أحدثت حدثًا غير الدم فتوضّأت لحدثها والدم منقطع، ثم دخل وقت العصر والدم منقطع فليس عليها أن تتوضّأ[154] للعصر.

قال أبو بكر: وذلك أنّ وضوءها كان صحيحًا ولم يكن وضوء الاستحاضة فلم يجب عليها أن تتوضّأ[155] للعصر.

قال أبو بكر: وذلك أنّ وضوءها كان صحيحًا ولم يكن وضوء الاستحاضة فلم يجب[156] اعتبار الوقت في ارتفاع الرخصة، إذ لم يكن هناك رخصة في دم سائل منها.

---

150 سنن ابن ماجه، إقامة الصلاة والسنة فيها، 137؛ سنن الدارقطني، 280/1؛ الكبرى للبيهقي، 255/2.
151 فيفسد.
152 فيفسد.
153 يعيد.
154 أن يتوضّا.
155 أن يتوضّا.
156 فلم تجب.

قال محمد: فإن توضّأت للعصر والدم مُنقطع ثم سال الدم فعليها أن تتوضّأ[157] ولا ينفعها ذلك شيئًا. قال: وكذلك لو كانت أحدثت حدثًا غير الدم في وقت العصر فتوضّأت لذلك الحدث، فلمّا فرغت من وضوءها سال الدم فإنّ عليها أن تتوضّأ[158] مرّة أخرى.

قال أبو بكر: وحُكي عن عيسى بن أبان أنّه قال: ينبغي ألّا يكون عليها وضوء حتى يخرج وقت العصر، وذهب في ذلك إلى أنّ انقطاع الدم إذا لم يكن وقت صلاة كامل فلا حكم له، فوجب أن يكون الوضوء الواقع في خلال ذلك بمنزلة وضوء الاستحاضة [29أ]كما أنّ انقطاع دم الحيض الوقت اليسير لا حكم، ويكون مع ذلك بمنزلة من ترى الدم متّصلًا.

قال أبو بكر: وجواب محمد صحيحٌ على الأصل الذي قدّمنا لا يجوز غيره، وذلك أنّ وضوءها في هذه المسألة كان وضوءًا صحيحًا لخلوة من الوجهين اللذين ذكرنا من صفة وضوء الاستحاضة. ألا ترى أنّه لم يجب لخروج الوقت ولا عن سيلان الدم، ولا يجوز أن نجعلها مستحاضة في وضوء قد وقع صحيحًا لم يُوجبه دم الاستحاضة لدم يوجد بعد الوضوء. ألا ترى أنّها لو كانت غير مستحاضة فتوضّأت وهي طاهر للحدث، ثم استحيضت في الوقت لزمها الوضوء لسيلان الدم، ولا ينفعها الوضوء المتقدّم للدم وإن كان في الوقت، لأنّه لم يقع عن الاستحاضة، فكذلك هذه المرأة لما لم يقع وضوءها للاستحاضة، إذ لم يكن مُوجبًا عن دم الاستحاضة لم ينفعها الدم يسيل في الوقت.

فإن قيل: يجب أن يعتبر الدم الموجود كان في وقت الطهر في هذا الوضوء فنجعله وضوء الاستحاضة لأجل الدم الموجود في وقت الظهر والدم الموجود بعد الوضوء في وقت العصر.

قيل له: لا يجوز أن نجعلها مستحاضة في وضوء قد وقع منها صحيحًا [29ب] في وقت العصر لدم كان في وقت الظهر لم تقع[159] طهارة الوقت له، وإنّما يكون الوضوء الواقع في وقت العصر وضوء الاستحاضة إذا كان موجبًا عن سيلان كان في وقت الظهر. فأمّا إذا لم يقع على هذا الوجه ولا كان السيلان موجودًا معه أو قبله في وقت العصر لم يجز أن يحكم له بحكم وضوء الاستحاضة، لأنّه لو جاز ذلك لجاز أن ينفع الوضوء الواقع[160] في وقت الظهر لدمٍ يسيل في وقت العصر، فلمّا بطل هذا ثبت أنّها بمنزلة امرأة طاهر توضّأت ثم استحيضت في الوقت، فلا ينفعها ذلك الوضوء شيئًا.

قال أبو بكر: قلت لأبي الحسن: أليس لو توضّأت في وقت الظهر والدم سائل ثم انقطع الدم فصلّت والدم منقطع وتمّ الانقطاع بها حتى دخل وقت المغرب أنّها تعيد الصلاة، ولو سال في وقت العصر لم تُعِد، فقد صارت في حكم المستحاضة في الصلاة المفعولة في وقت الظهر لدمٍ وجد منها في وقت العصر، فما أنكرت من اعتبار حكم الدم الموجود في وقت الظهر من أجل سيلانه في وقت العصر في مسألتنا، فأجاب أنّ هذه قد كانت مستحاضة في وقت الظهر لوجود الدم فيه،

---

157 أن يتوضّا.
158 أن يتوضّا.
159 لم يقع.
160 وضوء واقع.

ولم نجعلها مستحاضة فيه لأجل وجود الدم في وقت العصر، وإنّما [30أ] فرّقنا بين وجود الدم في وقت العصر وعدمه فيه في إيجاب إعادة الظهر، فلمّا انقطع وقت صلاة كامل كان ذلك موجبًا لكونها مؤدّاة على غير عذر، وإذا لم ينقطع وقت صلاة كامل كانت مؤدّاة على عذر، وإنّما وقع الفرق من جهة إعادة الصلاة أو غيرها لا من جهة أنّهم جعلوها مستحاضة في وقت لدم وجد في وقت آخر غيره. وأمّا في مسألتنا فإنّك تريد أن تجعلها مستحاضة في الوضوء الواقع في وقت العصر، وإن لم يجب عن دم كان في وقت الظهر لأجل وجود الدم في وقت الظهر، فأسقطت عنها الطهارة للدم الموجود في وقت العصر بعد الوضوء وهذا لا يجوز.

قال أبو بكر: وأمّا ما يحكونه عن أبي سعيد البرذعي في تحصيل معاني الباب، فهو: أنّ الوضوء وضوآن: وضوء تامّ ووضوء ناقص، فالوضوء التام لا ينتقض بدخول الوقت وينتقض بسيلان الدم، والوضوء الناقص ينتقض بدخول الوقت ولا ينتقض[161] بسيلان الدم، فالوضوء التام وهو وضوء الصحيحة التي ليست بمستحاضة ووضوء المرأة التي انقطع دمها في وقت الظهر فتوضّأت بعد ذلك ثم دخل وقت العصر فلم يكن [30ب] يجب عليها الوضوء بدخول الوقت، لأنّ وضوءها كان تامًّا، فإن توضّأت في وقت العصر ثم سال الدم أو لم تتوضّأ وجب عليها الوضوء للسيلان لما بيّنا من أنّ الوضوء التام لا يقع لدم يسيل بعده. وأمّا الوضوء الناقص فإن تتوضّأ للظهر والدم سائل ثم انقطع عنها الدم ثم دخلت في الصلاة ثم سال الدم فلا ينتقض وضوءها، وإن دخل وقت العصر انتقض وضوءها بدخول الوقت.

قال: والانقطاع انقطاعان: انقطاع تامّ وانقطاع ناقص، والانقطاع التام يرفع الوضوء الناقص نظير ذلك انقطاعه وقت صلاة كامل فتعيد[162] صلاتها التي صلّتها بعد الانقطاع، والانقطاع الناقص لا يرفع الوضوء الناقص ولا يُبطل حكمه، لأنّه لو انقطع أقلّ من وقت صلاة لم يبطل حكم ذلك الوضوء، والانقطاع الناقص يضرّ الوضوء التام ولا يضرّ الوضوء الناقص كما قلنا في مستحاضة توضّأت للظهر ودمها منقطعٌ ثم أحدثت في وقت الظهر وتوضّأت للحدث والدم منقطع فهذا وضوء تامّ، وإن سال الدم في وقت الظهر انتقض الوضوء فقد صار الانقطاع الناقص يضرّ الوضوء التامّ، لأنّه لو لم يكن الدم منقطعًا [31أ] لنفعها الوضوء لدم يسيل بعده، ولو كانت توضّأت للظهر والدم سائل ثم انقطع ثم صلّت ركعتين وسال الدم مضتْ على صلاتها فلم يضر الانقطاع الناقص الوضوء الناقص.

باب من السجدة

قال أبو بكر: يستدلّ شيوخنا على وجوب سجدة التلاوة بقوله سبحانه: ﴿فَمَا لَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ۝وَإِذَا قُرِئَ عَلَيْهِمُ الْقُرْآنُ لَا يَسْجُدُونَ﴾[163] فذمّهم[164] على ترك السجود كما ذمّهم على ترك الإيمان، ولا يستحقّ الذمّ إلّا بترك الواجبات، ولو خُلّينا وظاهر الآية لوجب السجود عند قراءة القرآن أي موضع قُرئ منه إلّا أنّ الأمّة لما اتّفقت على اتقاء وجوب السجدة فيما

---

161 ينتقض المستنسخ شطب على "ولا" ولكن الصحيح عدم حذفها.
162 فيُعيد.
163 الانشقاق، 84/20-21.
164 قذمّهم.

عدا مواضع السجود من القرآن وجب استعمال حكم الآية في مواضع السجود ليحصل لنا استعمال الآية على وجهٍ، لأنّا لو لم نوجب[165] السجود في حال أصلًا عند قراءة القرآن كان في ذلك إسقاط حكم الآية وما يضمّنه من إيجاب السجود.

فإن قيل: إنّما خرج الوعيد على الكفار لأجل تركهم الإيمان لا لأجل السجود، فحسب.

قيل له: لو لم يكن بترك السجود مذمومًا لَمَا قرنه إلى ترك الإيمان عند التعنيف والذم. ألا ترى إلى قوله تعالى: [31ب] ﴿وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَٰهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾[166] الآية لما قرن مع الشرك ما ذكر من الأفعال أفادنا بذلك ذمّ فاعل ما قرنه إليه وإن لم يكن مشركًا. ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿وَمَن يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِن بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ﴾[167] الآية يقرن مخالفة الإجماع إلى ذكر "مشاقة الرسول"، فدلّ ذلك على ذمّ تارك إجماع الأمة وإن لم يكن كافرًا مشاقًّا.

فإن قيل: يعني بقوله: ﴿لَا يَسْجُدُونَ﴾[168] "لا يخضعون"، لأنّ السجود في اللغة الخضوع والاستكانة، وذلك واجبٌ على كلّ أحدٍ عند سماع القرآن.

قيل له: أنّ السجود في الشرع لعمري هو الخضوع إلّا أنّه خضوع على وصف متى خرج عنه لم يسمّ سجودًا. ألا ترى أنّ الركوع والقيام والصوم والصلاة وسائر العبادات خضوعٌ ولا يُسمّى سجودًا[169] من حيث كان خضوعًا، فثبت بذلك أنّه خضوعٌ على وصف وهو وضع الجبهة على الأرض، وأصله في اللغة من قولهم: "سجد البعير" إذا وضع جِرانه بالأرض، فقد أفادتنا الآية وجوب هذا الضرب من الخضوع، فينبغي أن يأتي به على الوصف المأمور به. [32أ] ويدلّ على وجوبها قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يُؤْمِنُ بِآيَاتِنَا الَّذِينَ إِذَا ذُكِّرُوا بِهَا [خَرُّوا سُجَّدًا وَسَبَّحُوا بِحَمْدِ رَبِّهِمْ وَهُمْ لَا يَسْتَكْبِرُونَ][170]﴾[171] الآية، وعمومه يقتضي وجوبها بسماع جميع آيات القرآن، فلمّا اتّفقوا على نفي وجوب السجدة عند تلاوة سائر القرآن ما عدا مواضع السجود وجب استعماله في مواضع السجود.

فإن قيل: هذا وجه الندب.

---

165 نوجبه

166 الفرقان، 68/25.

167 النساء، 115/4.

168 الانشقاق، 20/84-21.

169 + ألا ترى أنّ الركوع والقيام في الصلاة وسائر العبادات خضوعًا ولا يُسمّى سجودًا.

170 الموطن الشاهد في الآية لم يذكر في المتن فأضفناه.

171 السجدة، 15/32.

قيل له: لما قرنه بالإيمان وترك الاستكبار دلّ على وجوبه. ويدلّ عليه أيضًا قوله: ﴿إِذَا تُتْلَىٰ عَلَيْهِمْ آيَاتُ الرَّحْمَٰنِ خَرُّوا سُجَّدًا وَبُكِيًّا﴾[172]، ثم قال في سياقه: ﴿فَخَلَفَ مِن بَعْدِهِمْ خَلْفٌ أَضَاعُوا الصَّلَاةَ﴾[173]، وذلك راجع في الظاهر إلى ما تقدّم ذكره من السجود، فدلّ على وجوبه لاستحقاق والذمّ بتركه.

فإن قيل: إنّما أراد به الصلاة نفسها.

قيل له: أراد أنّ السجود المذكور بعينه، وهو يسمّى صلاة من وجهٍ إذا كان من أفعال الصلاة كما يسمّى الصلاة على الجنائز صلاة وإن كان ركنًا واحدًا من أركانها. ومن الدليل على وجوبها: ما رُوي عن عبد الله أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قرأ ﴿وَالنَّجْمِ﴾[174] فسجد معه المسلمون والمشركون إلّا شيخًا من قريش أخذ كفًّا من ترابٍ فوضعه على جبهته، ولقد رأيته قتل كافرًا[175]، وهذا على وجه الذمّ له عند ترك السجود، ومعلوم أنّ النوافل لا يستحقّ تاركها الذمّ. فدلّ ذلك على أنّه علم وجوبها من جهة [32ب] التوقيف، لأنّ ما كان طريقة الاجتهاد لا يلحق تاركه الوعيد فيه، وهذا الضرب من الذمّ نظير قوله تعالى: ﴿فَأَعْقَبَهُمْ نِفَاقًا فِي قُلُوبِهِمْ إِلَىٰ يَوْمِ يَلْقَوْنَهُ بِمَا أَخْلَفُوا اللَّهَ مَا وَعَدُوهُ﴾[176].

قال أبو بكر: وممّا يدلّ على وجوبها من طريق النظر اتّفاق الجميع على إباحة فعلها في الصلاة لتاليها، ولو كانت نفلًا ما أبيح له فعلها فيها لاتّفاقهم جميعًا على أنّه محظور عليه أن ينتفل بزيادة سجدة في الصلاة فلو كانت سجدة التلاوة نفلًا ما أبيح لتاليها في الصلاة فعلها.

فإن قيل: ما أنكرت أن يكون إنّما أبيح له فعلها في الصلاة من حيث كان سببها الذي من أجله ندب إلى فعلها مفعولًا في الصلاة.

قيل له: إن لم يكن السبب موجبًا لها فلا فرق بين وجوده وعدمه في إباحة فعلها، لأنّ السبب الذي لا يتعلّق به حكم الوجوب لا يبيح فعل المنهي عنه، إذ كان لو فُعل كان مفعولًا على وجه الندب.

فإن قيل: لـمَا لم يكن السبب الموجب لها واجبًا وجب ألّا يكون واجبةً.

قال أبو بكر: هذا لا معنى له، لأنّ الندب سبب ليس بواجب، ومع ذلك يوجب المنذور به وسجدتا السهو واجبتان، وسببهما وهو السهو غير واجب. وكان أبو الحسن يقول: إنّما سبيل سجدة التلاوة عندنا في سبيل الوجوب[177] سجدتي السهو.

---

[172] مريم، 58/19.
[173] مريم، 59/19.
[174] النجم، 1/53.
[175] صحيح البخاري، سجود القرآن، 1؛ مناقب الأنصار 29؛ صحيح مسلم، المساجد ومواضع الصلاة، 105 (576).
[176] التوبة، 77/9.
[177] الوجوب سبيل.

فإن قيل: إذا كان لتاليها [33أ] راكبًا فعلها بإيماء دلّ ذلك على أنّها غير واجبة.

قيل له: لو افتتح الصلاة راكبًا لزمته بالافتتاح، ويجوز له أداؤها بالإيماء، فبطل أن يكون جواز فعلها بالإيماء دلالة على نفي وجوبها، ولو قال رجل: "لله عليّ أن أصلّي ركعتين راكبًا" إنّما ألزمناه[178] بالنذور، ولم يكن جواز أدائها راكبًا دلالة على عدم وجوبها إذا تلاها خارج الصلاة.

قيل له: لما ثبت أسباب الصلاة كانت واجبة فيها، ولا يدلّ ذلك على وجوبها إذا تلاها خارج الصلاة.

قيل له: لما ثبت وجوبها إذا تُليت في الصلاة ثبت وجوبها وإذا تليت في غيرها، لأنّ أحدًا لم يفرّق في وجوبها بين تلاوتها في الصلاة وخارجها عنها، ولأنّ كلّ من أوجبها في غيرها ومن لم يُوجبها في غير الصلاة ولم يوجبها فيها.

فإن قيل: قد اتّفقنا على أنّه لو ترك فعلها في الصلاة حتى خرج منها لم يلزمه قضاؤها ولم يُفسد الصلاة بتركها فانتفى بذلك وجوبها، لأنّا وجدنا السجدة من صلب الصلاة لما كانت واجبةً فسدت صلاته بتركها.

قال أبو بكر: الجواب: إنّا لم نقل: إنّها تصير من فروض الصلاة بتلاوتها فيها حتى يلزمنا هذا السؤال، وقد يكون الشيء واجبًا في الصلاة، ثم لا تفسد[179] الصلاة بتركه إذا لم يكن من فروضها كترك القعدة [33ب] في الثنتين والتشهّد وترك سجود السهو. وأمّا سقوطها بالخروج من الصلاة فغير مانع من وجوبها، لأنّ سجود السهو يسقط بالترك، ولا يدلّ ذلك على أنّه غير واجب وصلاة العيدين واجبة وتسقط[180] بالترك، ولا يدلّ ذلك على [عدم وجوبها].

فإن قيل: روى أبو داود السجتاني في السنن حديثًا عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأ[181] على المنبر، فلمّا بلغ السجدة نزل فسجد وسجد الناس معه، فلمّا كان يومًا آخر قرأها فلمّا بلغ السجدة تشزن[182] الناس فقال عليه[183] السلام: ((إنّما هي[184] توبة نبي ولكنّي رأيتكم تشزنتم[185] للسجود))[186] فنزل فسجد وسجدوا، وفي ذلك دلالة على أنّها ليست بواجبةٍ، لأنّه أخبر أنّ سجوده كان لأجل أنّهم تأهّبوا للسجود. وعن زيد بن ثابت قال: عرضت على النبي صلى الله عليه وسلم ﴿وَالنَّجْمِ﴾[187] فلم يسجد أحد منّا[188]، وعن عمر رضي الله عنه أنّه قرأها على المنبر مرّة يوم

---

178 انّما لزمناه.
179 لا يفسد.
180 ويسقط.
181 + قرأ، صحّ هامش.
182 تشزّر.
183 + عليه.
184 هو.
185 تشزرتم.
186 سنن أبي داود، الصلاة، 332؛ صحيح ابن خزيمة، 354/2، 148/3؛ معرفة السنن والآثار للبيهقي، 251/3.
187 النجم، 1/53.
188 صحيح البخاري، سجود القرآن، 6؛ صحيح مسلم، المساجد ومواضع الصلاة، 106 (577).

الجمعة فنزل فسجد وسجدوا معه، ثم قرأها الجمعة الأخرى فتأهّبوا للسجود، فقال عمر: "على رِسلكم إنّ الله لم يكتبها علينا إلّا أن يشاء"[189] فقرأها ولم يسجدها ومنعهم أن يسجدوا.

قال أبو بكر: أمّا حديث النبي صلى الله عليه وسلم فليس فيه دلالة على نفي الوجوب، لأنّ قوله: ((إنّها توبة نبي)) لا يمنع وجوبها. وأمّا قوله: ((ولكنّي رأيتكم تشزنتم[190] للسجود)) "ونزل وسجد وسجدوا" فإنّ ظاهرة يقتضي [34أ] أن يكون سجوده في تلك الحال إنّما كان لأجل تأهّبهم للسجود، فإن أراد ذلك فليس فيه دلالة على نفي وجوبها، وإنّما فيه دلالة على جواز تأخيرها وليس في جواز تأخيرها دلالة على نفي الوجوب، لأنّ الواجبات قد يجب وجوبًا موسّعًا ويكون الإنسان مخيّرًا في تأخيرها فلا ينفي ذلك وجوبها. وأمّا حديث زيد فليس فيه أكثر من تركها في الحال، وقد بيّنا أنّ التأخير لا ينفي الوجوب. وأمّا حديث عمر فيجوز أن يكونوا لما تأهّبوا للسجود في الجمعة الآخرى رأى ضيقًا في الموضع فكره أن يشقّ عليهم يدلّ على ذلك أنّه قال: "منعهم السجود"، وليس من قول أحد المسلمين المنع من السجود عند التلاوة، فعلمنا أنّه إنّما أباح لهم تركها في الحال للمشقّة، ويحتمل أن تكون[191] التلاوة كانت منه في وقت الزوال الذي لا يجوز فيه فعل الصلاة فكره فعلها في ذلك الوقت، ولذلك منعهم من فعلها.

فإن قيل: إنّه كان في خطبة الجمعة، وخطبة الجمعة لا تفعل[192] قبل الزوال.

قيل له: ليس في الخبر أنّه قرأها[193] يوم الجمعة على المنبر، وقد كان عمر وغيره من الخلفاء رضي الله عنهم يخطبون خُطبًا أخر غير الواجبات تارّةً للوعظ والتذكير وتارّةً لحوادث يحدث، ويحتمل أن تكون[194] كانت [34ب] تلاوته لآخر الحجّ، فظنّ الناس أنّه موضع سجدة، ولم يكن يراه هو سجدة على ما نقوله نحن. وأمّا قوله: "إنّ الله لم يكتبها علينا إلّا أن يشاء" ففيه الدليل على وجوبها من قِبل أنّه أخبر أنّا متى شيئًا كانت مكتوبة علينا، ومعلوم أنّ الفروض لا يتعلّق وجوبها بمشيئتنا، فلم يبقَ لقوله وجه إلّا أن يريد أنّ سببها وهو التلاوة موكول إليّ مشيّئتنا في أن يفعله، فيجب علينا حينئذ. ألا ترى أنّه لو تلاها وأراد أن يجب عليه بالتلاوة لم يجب عند القائلين بأنّها نفل، وأنّه متى فعلها نفلًا عندهم فعلمنا أنّ تعلّق الوجوب بالمشيئة إنّما هو من جهة أنّا متى شئنا تلونا فيلزمنا فعلها. وقد رُوي عن علي بن أبي طالب كرّم الله وجهه أنّ عزائم السجود أربع: ﴿الم۞تنزيل﴾ و﴿حم﴾ [و][﴿السجدة﴾ [و][﴿والنجم﴾ و﴿اقرأ باسم ربك﴾ والعزائم الواجبات.

---

[189] الموطأ، الصلاة، 134؛ صحيح البخاري، سجود القرآن، 10؛ السنن الكبرى للبيهقي، 321/2، 213/3؛ صحيح ابن خزيمة، 284/1، مصنف عبد الرزاق، 341/3.
[190] تشزرتم.
[191] أن يكون.
[192] لا يفعل.
[193] قرها.
[194] أن يكون.

فإن قيل: لما تعقبنا[195] جميعًا على أنّ تكرارها في المجلس الواحد لا يوجب الثانية علمنا أنّها ليست بواجبة، لأنّها لو كانت واجبةً لما جاز الاقتصار على واحدة ولوجبت الثانية بوجود سببها، فلمّا لم يجب الثانية علمنا أنّ التلاوة ليست بسبب للوجوب.

قيل له: السهو الكثير ينوب عنه سجدتان، ولم يدل ذلك على أنّ السهو ليس بسبب لوجوب سجود السهو، وكذلك الأحداث الكثيرة لا يجب لها [35أ] إلّا طهارة واحدة، ولم يدل ذلك على نفي وجوب الطهارة بالحدث، وكذلك الجنائز الكثيرة يكتفي فيها بالصلاة الواحدة، ولم يدل ذلك على نفي وجوب الصلاة على الواحدة إذا انفردت.

مسألة

قال محمد: وإذا قرأ الرجل سجدة واحدة في مجلس واحدٍ مِرارًا فإنّما عليه أن يسجد لذلك سجدة واحدةً.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن رحمه الله يحتجّ في ذلك بحصول الإجماع على أنّ الثانية غير واجبة، لأنّ الناس في وجوب السجدة على قولين: منهم من لا يوجبها أصلًا لا الأولى ولا الثانية، ومنهم من يوجب الأولى ولا يوجب الثانية، فقد حصل من اتّفاق الجميع أنّ الثانية ليست بواجبة.

فإن قيل: إنّما حصل الإجماع في الثانية بقولك: "أنّها ليست بواجبة" ولو سبب لقلب أنّها واجبة عليه فكنت خلافًا، فهلّا أوجبت الثانية لوجود سبب الإيجاب على أصلك.

قيل له: على أيّ وجهٍ حصل الإجماع فهو حجّة، وقد روي عن جماعة من السلف أنّ الثانية لا يجب لها سجدة أخرى في المجلس الواحد، منهم: أبو عبد الرحمن السُّلمي وإبراهيم النخعي والشعبي وغيرهم هذا مع حصول الخلاف بين السلف في وجوب السجدة في الأصل، فلمّا كان كذلك وحصل الإجماع من السلف في الثانية على ما وصفنا جاز لنا ترك القياس فيها [35ب] لو كان يوجبها.

قال أبو بكر: ودليل آخر، وهو: أنّه معلوم بما قدّمنا من الكلام في وجوب السجدة أنّ السماع سبب لوجوبها، وكذلك التلاوة على الانفراد. ألا ترى أنّ إنسانًا أصمّ لو تلا سجدة لزمته وإن لم يسمعها، وأنّ من سمعها ولم يتلها[196] لزمه فعلها لِمَ اتّفق[197] المسلمون على أنّ التالي إذا كان سامعًا لما يتلوه لم تلزمه[198] سجدتان. وكان المعنى فيه عندنا وجود السببين في مجلس واحد لسجدة واحدة، فوجب اعتبار ذلك فيما وصفنا، وهو أنّ الأسباب الموجبة للسجدة الواحدة إذا جمعها مجلس واحد لا يوجب إلّا واحد.ة وقد احتجّ بعض أصحابنا في ذلك بالسهو الكثير إذا وقع في صلاة واحدة أنّه ينوب عنه

---

[195] لما انعقبا.
[196] ولم نيلبها.
[197] بم اتّفق.
[198] لم يلزمه.

سجدتان وسببه المكان الواحد بالصلاة الواحدة. والمعنى الجامع بينهما: ما تعلّق من الحكم في الأصول بالمجلس الواحد كما تعلّق بالصلاة الواحدة. ألا ترى أنّ المخيّرة يتعلّق خيارها بالمجلس وكذلك خيار السوم وخيار عتق الأمة.

فإن قيل: السهو الواقع من أجناس مختلفة لا يوجب إلّا ما يوجبه لو كان من جنس واحد، وقلت في السجدتين المختلفتين[199]: يسجد لكلّ واحد منهما، وإن ضمّهما مجلس واحد فبطل الاستدلال بسجود السهو لمخالفة حكم الفرع فيما يوجبه.

قيل له: إنّما خالف حكم السهو حكم التلاوة من جهة أنّ السهو وإن اختلف مكانه فهو في الحكم [36أ] كأنّه من جنس واحد، لأنّ المعنى فيه ترك بعض موجَب التحريمة في موضعه وهو غير مختلف من هذا الوجه. وأمّا التلاوة فإنّ لكلّ آية منها في نفسها حرمة فاختلف أحكامها من أجل ذلك، فاشتبه من هذا الوجه المجلسين والصلاتين من حيث تعلّق بكلّ واحدٍ منهما حكم غير حكم صاحبه، وإنّما تعتبر الأفعال باختلاف أحكامها لا باختلافها في أنفسها، فما اتّفقت أحكامُها منها حكم لها بحكم واحد، وما اختلف أحكامها حكم لها بحسب ذلك، واعتبر كلّ واحد على حياله.

قال محمد: ولو قرأها في مجلس فلم يسجدها حتى ذهب من ذلك المجلس ثم عاد فقرأها سجد سجدتين.

قال أبو بكر: التلاوة سبب للوجوب، فمتى ما وجدت فحكمها أن توجب إلّا أن يجتمع[200] السببان في مجلس واحد في السجدة الواحدة، فيكون موجب الثانية هو موجب الأولى على حسب ما أقمنا من الدلالة عليه، فإذا أعادها مرّتين في مجلس كان موجب الثانية غير موجب الأولى.

قال محمد: ولو قرأها وهو جالس فسجدها ثم قام في مكانه ذلك فقرأها وهو قائم لم يكن عليه إلّا سجدة واحدةً.

قال أبو بكر: وذلك لحصولهما جميعًا في مكان واحد، [36ب] ولأنّ القيام لا يقطع حكم التلاوة وحكم المكان من هذا الوجه. ألا ترى أنّ حكم الصلاة تارّةً يتعلّق بالانتقال من حال القعود إلى القيام وتارّةً بالانتقال من حال القيام إلى القعود، وليس من حكم الصلاة الانتقال من مكان إلى مكان آخر إلّا للعذر، وقد كنّا شبّهنا فيما سلف المكان الواحد بالصلاة الواحدة، فلمّا وجدنا تغيّر الأحوال فالمصلّي على الوجه الذي ذكرنا غير قاطع لحكمها، ولم نجد الانتقال من مكان إلى مكان من أحوال الصلاة، كذلك قلنا: إنّ الانتقال من القعود إلى القيام ومن القيام إلى القعود غير قاطع لحكم المجلس في سجدة التلاوة، ويقطعه الانتقال من القعود إلى القيام ومن القيام إلى القعود، وغير قاطع لحكم المجلس في سجدة التلاوة ويقطعه الانتقال من مكان إلى مكان.

---

[199] المختلفين.
[200] أن تجتمع.

قال أبو بكر: وليس هذا كالمخيّرة إذا قامت فيبطل خيارها من قِبل أنّ التخيير يقتضي منها جوابًا، فكلّما فعلته ممّا يدلّ على الإعراض عن الجواب فهو مُبطل لخيارها، ولم يتعلّق حكم السجدة بالمجلس من حيث اقتضت جوابًا، فلذلك اختلفا.

قال محمد: ولو قرأها وهو جالس فسجدها ثم قام في مكانه ذلك فدخل في صلاة فقرأها كان عليه أن يسجدها، [37أ] وذلك لأنّهما وإن كانتا متلوّتين في مجلس واحِد فإنّ الثانية قد أوجبت زيادة فضيلة لا يمكنه فعلهما إلّا بفعل السجدة بكمالها فوجب عليه إعادتها. ووجه زيادة الفضيلة أنّ السجدة المتلوّة في الصلاة أفضل منها في غيرها إذا كانت من أفعال الصلاة كما أنّ قراءة القرآن في الصلاة أفضل منها في غيرها.

فإن قيل: فهلّا أجزأت المتلوّة في الصلاة إذا فعلها فيها عمّا يتلوه في مكانه بعد الخروج منها.

قيل له: عن أصحابنا في هذا روايتان، أحديهما: أنّه لا يسجدها، والأخرى: أنّه يسجدها، ولكلّ واحدٍ منهما وجه محتمِل، فوجه الرواية التي لا توجب الإعادة أنّهما متلوّتان في مكان واحد، وقد فعل الأفضل منهما وهي التي في الصلاة، ووجه الرواية الأخرى: أنّ المتلوّة في الصلاة لا يصحّ بقاء حكمها بعد الخروج منها. ألا ترى أنّه لو تلاها في الصلاة فلم يسجدها حتى خرج منها سقطت عنه فصارت المتلوّة خارج الصلاة كالسجدة المبتدأة.

قال محمد: فإن لم يكن سجدها أوّلًا حين تلاها حتى قام فدخل في الصلاة ثم تلاها أجزأته سجدة واحدة لهما جميعًا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ دخوله في الصلاة [37ب] لا يبطل حكم المجلس فكان حكم الأولى قائمًا فجاز أن تنوب[201] المفعولة في الصلاة عنها، لأنّ الأولى قد انتقلت إلى الصلاة من أجل إعادتها فيها في المكان الواحد، لأنّ الثانية لم توجب إلّا ما أوجبته الأولى لاجتماعهما في مكان واحدٍ فصارت الأولى كأنّها متلوّة في الصلاة، فناب عنها ما فعله فيها، إذ كانت المفعولة في الصلاة أفضل من المفعولة في غيرها.

فإن قيل: أليس لو تلا سجدة خارج الصلاة ثم سجدها في الصلاة لم يجزه، فكيف تنوب المفعولة فيها عمّا تلاه في غيرهما.

قال أبو بكر: إذا أعادها في الصلاة فموجب الثانية هو موجب الأولى لاجتماعهما في واحدٍ وإذا اتّفق موجباهما اتّفق حكمها فصارتا كأنّهما متلوّتان جميعًا في الصلاة.

قال محمد: فإن لم يسجدها حتى فرغ من صلاته لم يكن عليه أن يسجدها، لأنّها لما صارت بحيث تنوب عنها السجدة المفعولة في الصلاة انتقلت إلى الصلاة فصارت من سنّتها، وسنن الصلاة لا تقضى[202] خارجًا عنها.

مسألة

---

[201] ان يتُوب.
[202] لا يقضى.

قال محمد: وإذا قرأ الرجل وهو يسير على دابّة سجدة مِرارًا، فإن كان في صلاة كان عليه سجدة وإن لم يكن في صلاة سجد لكلّ مرّة سجدة.

قال أبو بكر: لما جعلت الأمكنة [38أ] المتفرّقة للراكب في باب جواز الصلاة كالمكان الواحد وجب أن يكون في حكم المكان الواحد في باب السجدة، وهذا يدلّ على صحّة ما ذكرناه من اعتبار حكم المكان بأحوال الصلاة، وأنّ الانتقال من القعود إلى القيام لا يَبطل حكم المجلس كما لا يقطع حكم الصلاة، إذ كان من أحوالها. وأمّا إذا لم يكن في الصلاة فلم يضمن هذه الأمكنة حكمًا واحدًا فصارت مجالس متفرّقة ووجبت لكلٍ تلاوة سجدة.

مسألة

قال محمد: وإذا صلّى الرجل فقرأ في الركعة الأولى سورة فيها سجدة فسجدها ثم قام منها فأعادها فقرأها وهو في الركعة الأولى على حاله قائمًا عليه سجدة واحدة، لأنّه تلاها في مجلس واحد.

قال محمد: فإن قام في الركعة الثانية فقرأ تلك السورة وتلك السجدة فإنّه لا سجود عليه في قول أبي يوسف الآخر، في قول محمد يسجدها استحسانًا.

قال أبو بكر: مرّ أبو يوسف على القياس الذي وصفنا أنّ أحوال الصلاة يجمعها حكم واحد. ألا ترى أنّ ما يفسد أوّلها[203] يمنع من بناء آخرها فصارت جملة الصلاة كالمجلس الواحد. ألا ترى أنّهم قالوا جميعًا: أنّه لو تلاها مرّتين وهو راكب يصلّي في مكانين مختلفين [38ب] في ركعة واحدة أنّ عليه سجدة واحدة، لأنّ هذه الأمكنة قد صارت في حكم المكان الواحد لما تعلّق بها من حكم جواز الصلاة كذلك الصلاة الواحدة وإن اختلفت أحوالها، فإن يجمعها حرمة واحدة فصارت كالمكان الواحد.

ووجه آخر، وهو: أنّهم لم يختلفوا أنّ القيام لا يبطل حكم المجلس في التلاوة إذا لم يكن في الصلاة، فإن لم تؤكّده[204] الصلاة لم يبطله أيضًا، وذهب محمد إلى أنّها لما ثُليت في الصلاة صارت من سنّتها، وسنن الصلاة قد تعاد[205] في ركعتين يدلّ على ذلك تكرار فاتحة الكتاب وسورة نحوهما في الركعتين ممّا لا يكون في الركعة الواحدة، فلمّا اختلف حكم الركعة الواحدة والركعتين في باب تكرار السببين، ولم يختلف ذلك في الركعة الواحدة وجب أن يكون كالمجلسين.

---

203 + وما يفسد أوّلها.
204 توكدة.
205 قد يعاد.

قال أبو بكر: وهذا جوابه عن سؤال الراكب إذا تلي[206] في موطنين وهو يصلّي، لأنّه لا يعيد سنن الصلاة من القراءة في الركعة الواحدة، وإن كان راكبًا فجمع هذه الأمكنة حكم واحد، فلذلك لم يجب عليه إعادتها، وإذا تلاها في ركعتين وهو راكبٌ فجوابه فيه كهو في [39أ] النازل.

مسألة

قال محمد: وإذا أمّ رجل قومًا فقرأ رجل خلفه سجدة فيسمعها جميعًا من خلفه فليس عليهم أن يسجدوها في صلاتهم ولا يعيد [عند] فراغهم في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

قال أبو بكر: لما تليت هذه السجدة في هذه الصلاة التي هم مشتركون فيها صارت من سننها، فلا يخلو[207] من أن يسجدها المأموم ومن سمعها أو يسجدها المأموم وحده دون سامعها أو يسجدوها كلّهم بعد فراغهم من الصلاة، فلا يجوز أن يسجدها الإمام والمأموم، لأنّه يصير تابعًا للمأموم كما لا يجوز أن يسجد لأجل سهو المأموم، لأنّه يصير تابعًا له، ولا يجوز أن يسجدها المأموم التالي من قِبل أنّه لا يجوز له أن ينفرد بفعل دون الإمام كما أنّه لو سهى لم يسجد، لأنّه لا يجوز له أن ينفرد بفعل دون الإمام. ألا ترى أنّ النبي صلى الله عليه وسلم أمر بترك قضاء الفائت لأجل اتّباع الإمام في حديث معاذ، وقال في حديث أبي هريرة: ((إنّما جُعل الإمام إمامًا ليؤتمّ به، فإذا ركع فاركعوا وإذا سجد فاسجدوا))[208]، وقال: ((لا تختلفوا على إمامكم))[209]، فلم يبقَ من الوجوه الثلاثة التي قسمها الكلام عليها بدءًا إلّا أن يسجدها [39ب] بعد الفراغ من الصلاة وهو قول محمد. فالدليل على أنّه لا يجب عليهم أن يسجدوها بعد الفراغ أنّ هذه السجدة لما كانت متلوّة في الصلاة صارت من سننها، فلمّا تعذّر فعلها لما وصفنا وجب سقوطها. ألا ترى أنّ المأموم إذا سها لزمه سجود السهو لأجل سهوه وصار من سنن صلاته إلّا أنّه لما تعذّر فعله لأجل لزوم اتّباع الإمام سَقَط.

فإن قال قائل: لما لم يجز فعلها في الصلاة صارت كالسجدة المسموعة ممّن ليس معهم في الصلاة، فيسجدونها بعد فراغهم منها.

قال أبو بكر: السجدة المسموعة ممّن ليس معهم في الصلاة لم تصر[210] قطّ من سنن هذه الصلاة، لأنّها لم يُتلَ فيها، وهذه السجدة قد صارت من سنن هذه الصلاة، لأنّها متلوّة فيها وهم مشتركون في هذه الصلاة، فيتعلّق حكمها بجمعهم. ألا ترى أنّ الإمام لو أفسد صلاته فسدت صلاة جميعهم، ولو قامت امرأة إلى جنب واحد منهم في هذه الصلاة فسدت صلاته، وأنّ الإمام يتحمّل عنهم القراءة والسهو وما جرى مجراه، وأنّ اشتراكهم يصحح[211] لهم الجمعة وفضيلة

---

[206] اذا يلي.
[207] فلا يخلوا.
[208] صحيح البخاري، الأذان، 74؛ صحيح مسلم، الصلاة، 86 (414).
[209] سبق تخريجه.
[210] لم يضر.
[211] يصحّ.

الجماعة، وإذا كان كذلك اختلف حال سماعها ممّن شاركهم فيها وممّن [40أ] هو منفرد عنهم، وأيضًا قد اتّفقوا على أنّ التالي لها في الصلاة يلزمه فعلها فيها، وإنّ السامع لها من غيره في الصلاة يلزمه فعلها خارجًا عنها، فدلّ ذلك على افتراق[212] أصليهما.

فإن قال: لما لم يكن فعلها في الصلاة وجب فعلها خارج الصلاة كالجنب إذا سمع سجدة أو تلاها لم يجز له فعلها في الحال وفعلها بعد الاغتسال.

قال أبو بكر: الجنابة تمنع فعل السجدة أصلًا والصلاة لا تمنع أن تصير السجدة من سننها، فثبت لها حكم الوجوب فيها ثم سقطت.

فإن قال: لا معنى لقولكم: أنّها وجبت في الصلاة وصارت من سنّتها مع قولك: أنّه لا يجوز أداؤها فيها، لأنّها لو صارت من سنّتها جاز أداؤها فيها ولا يمكنه أدائها، إذ لا يجوز أن يكون شيء من الأشياء من سنن الصلاة، ومع ذلك يكون منهيًّا عن فعله فيها ولا يمكنه أدائها فيها.

قال أبو بكر: يجوز أن يصير من سنن الصلاة ثم يسقط في الثاني، وسقوطها في الثاني لا يمنع[213] وجوبها بدءًا، ولهذا نظائر كثيرة من أصولهم، منها: أن يثوب المهر في عقد النكاح حق لله تعالى لا يجوز إسقاطه [40ب] بوجهٍ، ولا يصحّ استباحة البُضع بغير بدلٍ، فلو أنّ رجلًا زوّج أمته من عبده صحّ النكاح ولا يجب عليه المهر، ولا يجوز مع ذلك أن يقال: إنّ هذا العقد لم يوجب مهرًا وأنّه استباح بضعها بغير بدلٍ، لأنّ هذا خلاف الإجماع، بل يقول: إنّ المهر وجب بالعقد ثم سقط في الثاني حين صار حقًّا للمولى، وسقوطه في الثاني لم يوجب وقوع العقد بغير مهر. ونظيره أيضًا: ما يقوله أصحابنا ومحمد معهم في رجل تزوّج امرأة على عبد زيد، فأجازه أنّ العبد يخرج من ملك المولى[214] إلى ملك المرأة، ومع ذلك يحصل للزوج في تلك الحال حكم الملك لما وجب عليه من ضمان القيمة. ألا ترى أنّه لو طلّقها قبل الدخول رجع نصفه إلى الزوج، ولم يجز مع ذلك أن يقول: أنّ الزوج لم يحصل له حكم الملك من أجل حصول الملك به للمرأة في تلك الحال، فكذلك لا يجوز أن يقال: إنّ السجدة لا تصير من سنن الصلاة لأجل أنّها تسقط في الثاني.

فإن قيل: فهلّا كان مثل المحترم بالصلاة عند طلوع الشمس فيؤمر بتأخيرها، ويكون المعنى الجامع بينهما: أنّ دخوله [41أ] في الحظر بتلاوته لها خلف الإمام.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ كونه خلف الإمام لا يمنع جواز الصلاة، ولزوم السجدة لا تأثير له في إفسادها، فلذلك لا يمتنِع لزومها في الصلاة، وللوقت تأثير في إفساد الصلاة، فلذلك أمر بتأخيرها.

---

[212] اقتراق.
[213] لا يمتنع.
[214] المحير.

فإن قيل: فهلّا كانت هذه السجدة كالركعة الفائتة في باب لزوم أدائها بعد فراغ الإمام كما يفعل سجدتا السهو بعد الفراغ من الصلاة.

قيل له: لسنة الركعة الفائتة ما ذكرت، وذلك من قِبل أنّها تفعل بناء على الصلاة من غير انفصال منها، وكذلك سجدتا السهو إذا عاد فيهما بعد السلام بطل حكم السلام الواقع قبلها وعاد إلى حكم الصلاة الأولى، ومدركة فيها يكون مدركًا للصلاة، وليس كذلك سجدتا التلاوة في مسألتنا من قِبل[215] أنّ موجبيها بعد الصلاة لا يفعلونها على وجه البناء على الصلاة، فلذلك اختلفا، وذهب محمد إلى أنّه تعذّر فعلها في الصلاة لم يلزم فعلها إلّا بعد الفراغ منها كسماعها ممّن ليس معهم في الصلاة.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ قومًا كانوا يصلّون ورجل يؤمّهم فقرأ رجل ليس معهم في الصلاة سجدة فسمعها القوم جميعًا فعليهم أن يسجدوها إذا فرغوا من صلاتهم في قولهم جميعًا، وذلك لأنّ هذه السجدة ليست من سنن، [41ظ] فلزمهم فعلها خارج الصلاة.

قال محمد: فإن لم يفرغ الإمام من الصلاة حتى قرأ السجدة التي سمعها من الرجل فإنّه يسجدها ويجزيه منها، وذلك لأنّ الإمام لما تلاها في المكان الذي سمعها فيه صارت من سنن صلاته، ولم يوجب الثانية غير ما أوجبت الأولى إذا لزمتا جميعًا في مكان واحد، فأجزأت المفعولة في الصلاة عنهما، لأنّ السجدة المسموعة قد تحوّلت إلى الصلاة وصارت من سنّتها.

فإن قيل: ما ينكر أنّه لما لم يوجد واجب في غير الصلاة يجوز قضاؤه فيها لم يجز أداء هذه السجدة في الصلاة، لأنّها وجبت في غيرها، وكما أنّ ما يجب في الصلاة لا يجوز أداؤه خارجًا عنها كذلك ما يجب في غير الصلاة لا يجوز أداؤه فيها.

قال أبو بكر: المفعولة في الصلاة في مسألتنا إنّما جزأت عن المسموعة في غير الصلاة، لأنّ المسموعة بعينها قد وجبت في الصلاة بتلاوته لها ولو لم تجب إلّا بالتلاوة التي كانت في غير الصلاة لما جاز له فعلها فيها، وليس في الأصول خلاف ما أجزنا.

[215] قيل.

باب من الطهر في الوضوء والثياب وغير ذلك

قال محمد: وإذا أصاب الثوب قذر فغسل في إجّانة ثم أخرج منها فعصر، [42أ] ثم غسل في إجّانة أخرى ثم أخرج منها فعصر، ثم غسل في إجّانة أخرى ثم أخرج منها فعصر فقد طهر، ولا يجزي أحدًا أن يتطهّر بشيء[216] من هذا الماء.

قال أبو بكر: إنّما أراد محمد بذلك أنّ النجاسة التي ليست لها عين مَرئيّة قائمة في الثوب، لأنّهم قد قالوا: إنّها إذا كان لها عين مَرئيّة فطهارتها إزالة عينها إلّا أن يبقى أثر لا يزيله الماء فلا يضرّه، وإنّما حدوا في النجاسة التي ليس لها عين[217] مرئيّة غسلها ثلاثًا لما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم: ((إذا استيقظ أحدكم من منامه فليغسلْ يده ثلاثًا، فإنّه لا يدري أين باتت يده))[218]، فأفادنا عليه السلام بهذا الخبر معاني كثيرة، منها: الأخذ بالاحتياط في الطهارة عند حدوث السبب التي يجوز حصول النجاسة معه في اليد، وذلك أنّ محمدًا قال في معنى ذلك: أنّهم كانوا يستنجون ويستبرؤن بالأحجار والحجر لا يزيل النجاسة، فكان الواحد منهم لا يأمن وقوع يده في حال نومه على موضع النجاسة، ويكون هناك بلّة من عَرق أو غيره فينجس يده فندبنا صلى الله عليه وسلم إلى الاحتياط من تلك النجاسة التي عسى أن تكون[219] قد أصابته يده، فصار ذلك أصلًا في استعمال الاحتياط عندما يعرض من نظائر ذلك.

فإن قيل: فقد رُوي أنّ أصحاب [42ب] عبد الله كانوا إذا سمعوا هذا الحديث من طريق أبي هريرة ينكرونه ويقولون: "فكيف يصنع بالمهراس الذي بالشام"[220] يعنون أنّه لا يمكن غسل اليد منه قبل إدخالها فيه.

قيل له: يجوز أن يكونوا سمعوا أنّ أبا هريرة يأمر بغسل اليد قبل إدخالهما في الإناء أمرًا حتمًا، فكان النكير واقعًا على ما يراه من الوجوب. وأمّا المعنى الثاني: أفادنا عليه السلام في الخبر، فهو: أنّ النجاسة إذا حلّت في الماء أفسدته وإن لم تغيّر طعمه ولا لونه، لولا ريحه لولا ذلك ما كان لأمره عليه السلام بالاحتياط منها وجه، لأنّ تلك النجاسة إذا كانت غير مرئيّة فمعلوم أنّها لا تغيّر الماء، وقد أمرنا بالاحتياط منها. والمعنى الثالث: تحديد الثلث في غسل كلّ نجاسة غير مرئيّة العين، ويدلّ هذا الخبر على وجوب الوضوء من النوم.

قال أبو بكر: وإنّما قال: إنّ المياه كلّها نجسة والثوب طاهر بعد الثالثة من قِبل أنّ النجاسة التي كانت في الثوب قد حلّت في الماء، فطهر الثوب لزوال النجاسة منه ونجس الماء لحلولها فيه.

إن قيل: كيف يجوز أن يكون الثوب طاهرًا وإنّما أُخرج من ماء نجس، ولو أنّ إنسانًا طرح ثوبًا في هذا الماء تنجّس فينبغي ألّا تحكموا بطهارة الثوب التي زائلة هذا الماء.

---

216 يسّى.

217 + عين، صحّ هامش.

218 الموطأ، الصلاة، 10؛ صحيح مسلم، الطهارة، 87-88 (278)؛ سنن أبي داود، الطهارة، 49.

219 أن يكون.

220 السنن الكبرى للبيهقي، 47/1؛ مصنف ابن أبي شيبة، 27/2؛ وذكره الجصاص في أحكام القرآن، 359/3-360، ولم أجد فيها ذكر الشام إلا رواية ابن أبي شيبة ففيها ذكر المدينة.

قيل له: إنّما صار الثوب [43أ] طاهرًا والماء نجسًا به زالت، وهذا كما يقول في الماء المستعمل: إنّ الماء الذي بائن العضو محكوم له بحكم الاستعمال والماء الباقي فيه غير محكوم له بحكم الاستعمال، لأنّه لو كان كذلك كان بمنزلة من توضّأ بماء مستعمل فلمّا لم يجب ذلك، وفرّقوا بين الماء الذي زائل العضو وبين الباقي فيه، كذلك يجب أن يفرّق بين الماء الذي زالت به النجاسة من الثوب وبين الماء الباقي في الثوب. ألا ترى أنّه لو غسل ثوبًا قد أصابه بعض الأصباغ الملوّنة له أنّه بمقدار ما يزول من الصبغ عن الثوب يحلّ في الماء حتى يبقى الثوب أبيض ويصير الماء ملوّنًا بذلك اللون، فكذلك النجاسة إذا توالي عليها الغسل فلا يمكن أحدًا أن يقول غير ذلك، لأنّه لو حمل الأمر في ذلك على محض القياس كان ينبغي ألّا يطهر الثوب أبدًا، لأنّ الماء الذي يخالط الثوب ينجس بمخالطته للنجاسة التي فيه ثم يزول بعضها ويبقى بعضها في الثوب، ثم كذلك الماء الثاني والثالث والرابع وكان ينبغي أن لو غسله في ماء جاري أن يكون هذا حكمه إلّا أنّه لا يجوز استعمال القياس في مواضع الاتّفاق فتركوا القياس من أجل ذلك، وطهروه بالثلاث بالسنّة على أنّه لا ينفي هناك إذا توالت عليه أعداد [43ب] الغسل من أجزاء النجاسة شيء على نحو ما قدّمنا، وإنّما يبقى ما جاور النجاسة أو جاور ما قد كان جاور النجاسة، فكذلك وقع الفرق في الرابعة بينه وبين الماء الذي قد تيقّن فيه أجزاء النجاسة فلا يجوز استعماله بحالٍ.

قال أبو بكر: ثم اختلف أبو يوسف ومحمد في كيفيّة إزالة النجاسة على الوجه الذي يطهر به الثوب، فقال محمد في الجامع: أنّه يطهر بالثالثة إذا غسل في إجّانة، ولم يذكر فيه خلافًا عن أبي يوسف في الثوب، وذكر غسل النجاسة من البدن في إجّانة، فأجراه[221] محمد مجرى الثوب، وذكر عن أبي يوسف أنّه لا يطهر حتى يُصبّ عليه الماء صَبًّا متواليًا. وروى محمد عن أبي يوسف في غير هذا الموضع التسوية بين الثوب والبدن في أنّه لا يظهر حتى يصبّ الماء عليه صبًّا، وروى ابن سماعة وعلي بن الجعد عن أبي يوسف في الثوب أنّه يطهر بالثالثة، وذكر عنه علي بن الجعد الفرق بين الثوب والبدن فقال عنه. ألا ترى أنّ رجلًا لو غسل ثوبًا ثلاث مرّات يغسله في كلّ مرّة ثم يريقه ويغسله فيه أنّه يطهر، ولو أدخل ذراعه في إناء ثلاثًا فغسلها فيه أنّها لا يطهر وينجس الإناء.

قال أبو بكر: فوجه قول محمد في ذلك أنّه لو لزم استعمال القياس فيه لوجب ألّا يطهر بالصبّ على [44أ] نحو ما قدّمنا من بيانه لمخالطة أجزاء النجاسة قبل مزايلتها إيّاه، فلمّا اتّفق الجميع على سقوط هذا الاعتبار في الصبّ وجب مثله في غسل الثوب في الإجّانة. ألا ترى أنّ رجلًا لو دمي فوه غسله بأن يأخذ الماء فيه ويمجّه، ولا يؤمر بأن يتجرّع ذلك الماء النجس، فلا فرق بين الفمّ وسائر الأعضاء، وكذلك لو أنّ قُمْقُمًا أصابته نجاسة في داخله كان عليه أن يصبّ الماء فيه ثم يُراق، لأنّه معلوم امتناع صبّ الماء عليه فعلمنا أنّ هذا القدر معفوٌّ عنه، ولم يؤخذ علينا فيه حمله على مَحض القياس.

[221] فاجزاه.

ووجه قول أبي يوسف: أنّه حمل الأمر فيه على القياس أبدًا حتى تأتي[222] ضرورة، فلمّا لم تكن في غسل الثوب والبدن في الإجّانة ضرورة وكان في صبّ الماء عليها ضرورة، لأنّه لا يمكن أكثر منه ترك القياس في الصبّ واستعمله في غسلهما في الإجّانة هذا على الرواية التي سوّى فيها بين الثوب والبدن. وأمّا على الرواية التي فرّق بينهما فكأنّه ذهب إلى أنّ البدن أغلظ حكمًا في باب التطهير. ألا ترى أنّ غسل البدن الطاهر يكسب الماء حكم الاستعمال وغسل الثوب الطاهر لا يكسبه ذلك، فخفّف أمر غسل الثوب ولم يفعل مثله في البدن.

قال محمد: فإن غسل في إجّانة أخرى [44ب] فتوضأ رجل بذلك الماء فلا بأس بالوضوء من ذلك الماء.

قال أبو بكر: لا يصير الماء مستعملًا عندهم بغسل الثوب الطاهر فيه، لأنّ من أصل محمد: أنّ الماء لا يصير مستعملًا إلّا بأن يقصد باستعماله جهة القربة. أمّا للنفل أو الفرض وإذا لم يقصد به جهة القربة بالاستعمال لم يضر عنده. ألا ترى أنّه يقول في الجنب: يدخل بئرًا يطلب دلوًا فأصاب الماء جميع بدنه أنّه يطهّر[223] ولا يكون الماء مستعملًا. ألا ترى أنّه الاستعمال من جهة القربة ولو أنّ طاهرًا توضّأ بماء صار مستعملًا إذا قصد به الاستعمال من جهة القربة، لأنّ في تجديد الوضوء قربة لقوله عليه السلام: ((من توضّأ مرّتين ضاعف الله أجره مرّتين من جدد طهوره جدّد الله له الأجر))[224]، وعن ابن عمر أنّه جدّده عند كل الصلاة، وقال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: ((من توضّأ على طهرٍ كُتب له عَشر حسنات))[225]، فثبت بذلك وجه القربة في تجديد إذا قصد به ذلك. ويدلّ عليه ما ندبنا إليه عليه السلام من غسل بيوم الجمعة والعيدين وعند الإحرام. وأمّا غسل الثوب الطاهر فلا قُربة فيه بوجه، فلذلك لم يتعلّق به حكم الاستعمال، وعلى أصل أبي يوسف يعتبر الماء مستعملًا بأحد معنيين: إمّا أن يسقط [45أ] به فرض أو يفعل به قربة. ألا ترى أنّه يقول في الجنب: يدخل البئر يطلب دلوًا أنّه لا يطهر، لأنّه لو طهر لصار الماء مستعملًا، ولا خلاف بينهم أنّ طاهرًا لو غسل بدنه بماء لا يريد التطهّر به لم يكن مستعملًا، فبان أنّه يستعمل كلّ واحد من هذين المعنيين على حاله في إيجاب حكم الاستعمال للماء.

فالدليل على صحّة قول محمد في أنّ الماء إذا لم يقصد به الاستعمال لم يصر مستعملًا، وإن سقط به فرض أنّا لا نعلم خلافًا بين المسلمين أنّ جنبًا أو مُحدثًا لو أدخل يده في جب أو كوز أنّ الماء لا يصير مستعملًا وقد صحّ عندنا أنّ الطهارة لا تحتاج[226] في صحّة وقوعها إلى نيّة، فوجب أن يطهر يديه، ولا يخالفه أبو يوسف في أنّ الطهارة يصحّ بغير نيّة،

---

[222] حتى يأتي.

[223] تطهّر.

[224] لم أجدها بهذا اللفظ، وهي بألفاظ مقاربة للفظ المؤلف في ابن ماجه، الطهارة 7؛ ومستدرك الحاكم، 150/1؛ وسنن الدارقطني، 134/1-135؛ والسنن الكبرى للبيهقي، 80/1؛ ومسند الطيالسي، 433/3-434.

[225] لفظ الحديث "من توضأ على طهر..." رواه أبو داود، الطهارة، 32؛ سنن ابن ماجه، الطهارة، 73؛ السنن الكبرى للبيهقي، 162/1؛ مصنف ابن أبي شيبة، 252/1 وهو عندهم إلّا ابن أبي شيبة من فعل ابن عمر رضي الله عنهما أولا ثم من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم ثانيًا.

[226] لا يحتاج.

وإذا كان كذلك صح أنّ[227] سقوط الفرض بالماء لا يكسب الماء حكم الاستعمال، وقد يجوز أن يلزم أبو يوسف هذا السؤال فيقول: إنّ يد الجنب لا تطهر بإدخالها في الـجبّ إذا لم يردْ غسلها إلّا أنّه يلزمه ألّا يجوز الطهارة إلّا بنيّة، ومن أصله: أنّ الطهارة يصحّ بغير نيّة، وذهب أبو يوسف في ذلك إلى أنّ العضو لو طهر وكذلك الرجل إذا دخل البئر يطلب دلوًا لصار مستعملًا لما تعلّق به من سقوط الفرض [45ب] ولو كان كذلك لما أجزأته[228] طهارته، لأنّ الماء قد صار مستعملًا بأوّل جزء حصل به الطهارة، وقد اتّفقوا جميعًا أنّه متى تعلّق به حكم القربة بنيّة الاستعمال كان مستعملًا، فإذا سقط به فرض آخر فهو أحرى أن يكون مستعملًا، لأنّ علّة الاستعمال المانعة من التطهر به هي ما يتعلّق به من الحكم، إذ ليس هناك نجاسة حالّة فيه ولا جاور جسمًا نجسًا.

وأمّا الكلام في مسألة الماء المستعمل فقد بيّناه في مسائل الخلاف التي عملناها على الاستقصاء، ونذكر ههنا جملةً منه، فنقول: إنّ الدليل على أنّ الماء المستعمل لا يجوز الوضوء به ما حدّثونا به عن أبي داود في السنن. قال: حدّثنا مُسدّد، قال: حدّثنا أبو عُوانة عن داود بن عبد الله عن حُميد الحميري، قال: لقيتُ رجلًا صَحَب النبي عليه السلام أربع سنين كما صحبه أبو هريرة قال: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تغتسل[229] المرأة بفضل الرجل ويغتسل الرجل بفضل المرأة"[230]، فاحتمل قوله فضْل غَسل الرجل والمرأة ما يفضل بعد غرقهما من الإناء، ويحتمل ما يسيل من أعضائها. فلمّا روت عائشة رضي الله عنها أنّها كانت تغتسل ورسول الله من إناءٍ واحد وهما جنبان[231]، واجتمعت الأمّة على جواز غسل [46أ] المرأة بفضل غسل الرجل وهو ما يبقى في الإناء صحّ أنّ مراده عليه السلام بالخبر الذي رويناه منصرف إلى ما يسيل من العضو وحدثونا[232] في سنن أبي داود عن سعيد عن عاصم عن أبي حاجب عن الحكم بن عمرو أنّ النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يتوضّأ الرجل بفضل طهور المرأة[233].

قال أبو بكر: ودلالة هذا الخبر على امتناع جواز الوضوء بالماء المستعمل كدلالة الخبر الذي قدّمناه. وحجّة أخرى، وهو: ما سمعنا في كتاب الطحاوي عن ابن وهب قال: أخبرني عمرو بن الحرث عن بكَيْر بن عبد الله بن الأشج حدّثه أنّ أبا السائب مولى هشام بن زهرة حدّثه أنّه سمع أبا هريرة يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((لا يغتسلْ أحدكم في الماء الدائم وهو جنب))[234]، فنهى عن الاغتسال فيه كما منع البول فيه في خبر آخر[235]، فدلّ ذلك على أنّ الاغتسال فيه يمنع التطهّر به لولا ذلك لم يكن للنهي معنى أو لا يوجب في الماء حكمًا، وإنّما ذكرنا هذا الحديث الذي

---

[227] + أن، صحّ هامش.
[228] لما اجرته.
[229] أن يغتسل.
[230] سنن أبي داود، الطهارة، 40.
[231] صحيح البخاري، الغسل، 2، 9؛ صحيح مسلم، الحيض، 41 (319)، 44-46 (321).
[232] وحدتونا.
[233] سنن أبي داود، الطهارة، 40 بسند شعبة بدل سعيد.
[234] رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار، 14/1 رقم 15؛ والجصاص في أحكام القرآن، 92/1.
[235] صحيح البخاري، الوضوء، 68؛ صحيح مسلم، الطهارة، 95 (282).

أفرد فيه ذكر الاغتسال من الجنابة ليكون أقطع لشعب المخالف، لأنّهم ربّما قالوا في الأخبار التي جمع فيها بين البول والاغتسال: أنّه نهى عن الاغتسال فيه بعد البول، فأريناهم أنّه نهى عنه على الانفراد.

ويدلّ عليه ما روي [46ب] عن النبي صلى الله عليه وسلم أنّه قال: ((يا بني هاشم إنّ الله كره لكم غُسالة أيدي الناس فحين حرم عليهم الصدقة))[236] شبّهه بغسالة أيدي الناس، فدلّ ذلك على أنّ ما غسل به في الأعضاء فاستعماله محرّم للطهارة. وقال عمر رضي الله عنه: "لأسلم حين أكل من تمر الصدقة أرأيت لو توضّأ إنسان بماء أكنت شاربه"[237]، فجعل ذلك أصلًا ردّ إليه أكل تمر الصدقة لمن لا يستحقّه، لأنّه لو كان ممّن يستحقّها لما أنكره عليه. فدلّ ذلك على استفاضة تحريم الماء المستعمل عندهم، وعن النبي صلى الله عليه وسلم أنّه قال: ((لو توضّأ العبد فغسل وجهه خرجت ذنوبه من وجهه ...))[238] حتى ذكر سائر أعضاء الوضوء، وفي هذا دِلالة على أنّ الماء المستعمل لا يجوز الوضوء به لانتقال حكم الحدث الذي كان في الأعضاء إليه، فأشبه الماء الذي يُغسل به النجاسة أنّ حكم النجاسة ينتقل إلى الماء بطهارة المغسول.

باب صلاة العيدين

قال أبو بكر: اختلف السلف من الصدر الأوّل ومن بعدهم [47أ] من الناس في تكبيرات العيدين، فروى الثوري عن أبي إسحاق عن الحارث[239] عن علي عليه السلام أنّه كان يُكبّر يوم الفطر أي عشر تكبيرة يفتتح بتكبيرة واحدة، ثم يقرأ ثم يكبّر خمسًا يركع بإحديهن، ثم يقوم فيقرأ ثم يكبّر خمسًا يركع بإحديهن، وكان يكبّر في الأضحى خمس تكبيرات ثلاثًا في الأولى واثنتين في الثانية يكبّر في الأولى ثم يكبّر تكبيرتين ويركع بالثانية، فإذا قام إلى الثانية قرأ ثم يكبّر تكبيرتين يركع بالثانية، فذلك خمس تكبيرات ويبدأ فيهما بالقراءة[240]. وعن قتادة عن عكرمة عن ابن عباس قال: "من شاء كبّر سبعًا ومن شاء تسعًا" أي[241]: عشرة وثلاث عشرة[242]، وعن ابن عباس من وجه آخر: أنّه كان يكبّر في الأولى سبعًا وفي الثانية خمسًا، فمنهم من قال: يُعتدّ بتكبير الركوع من تكبيرات العيد[243]، ومنهم من يقول: قال سِوى تكبير الركوع[244]، وكان لا يفصل بين الفطر والأضحى ويبدأ فيهما جميعًا بالتكبير[245]، وعن عمر وعبد الله وأبي موسى الأشعري وحذيفة

---

[236] المعجم الكبير للطبراني، 287/20؛ تفسير ابن أبي حاتم، 1705/5.
[237] أحكام القرآن للجصاص، 211/5.
[238] مصنف عبد الرزاق، 51/1؛ مسند أحمد، 112/4، 348، 349.
[239] الحرث.
[240] مصنف ابن أبي شيبة، 215/4؛ شرح معاني الآثار للطحاوي، 346/4 إلّا أنّ في سند الطحاوي زهير بن معاوية بدل سفيان.
[241] واي.
[242] شرح معاني الآثار للطحاوي، 347/4.
[243] المعجم الكبير للطبراني، 294/10 مرفوعا، وفي مصنف ابن أبي شيبة، 215/4 موقوفا على ابن عباس رضي الله عنهما، ولكن قال: "وستا في الآخرة" بدل: "وفي الثانية خمسا"، وقال: "بتكبيرة الركعة" بدل: "بتكبيرة الركوع".
[244] السنن الكبرى للبيهقي، 287/3.
[245] السنن الكبرى للبيهقي، 299/3؛ معرفة السنن والآثار له، 85/5.

وابن الزبير خمسًا في الأولى وأربعًا في الثانية، يوالي[246] بين القرائتين، ويعتد[247] بتكبير الركوع[248]، [47ب] والافتتاح من تكبيرات العيد، فكانت التكبيرات الزوائد عندهم ستًّا: ثلاثًا في الأولى وثلاثًا في الآخرة. وعن جابر ومسروق وسعيد بن المسيّب أنّهم قالوا: عشر تكبيرات مع تكبيرة الصلاة وهو قول قتادة والحسن[249]، فأخذ أصحابنا في ذلك بما رُوي عن عمر وعبد الله ومن تابعهما لما يؤيّده من الأثر والنظر.

فأمّا الأثر: فما حدّثونا به عن الطحاوي قال: حدّثنا علي بن عبد الرحمن ويحيى بن عثمان قالا: حدّثنا عبد الله بن يوسف عن يحيى بن حمزة قال: حدّثنا الوضين بن عطاء أنّ القاسم أبا عبد الرحمن أخبره قال: أخبرني بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قال: صلّى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم عيد وكبّر أربعًا ثم أقبل علينا بوجهه حين[250] انصرف فقال: لا تسهوا أربع كتكبير الجنازة، وأشار بأصابعه وقبض إبهامه[251]، فلمّا حصله كبّر كتكبيرات الجنائز أربعًا علمنا أنّها أربع متواليات، فقد قامت الدلالة على الموالات بين القرائتين، فصحّ أنّ الأربع المتواليات في الركعة الأولى بعد الافتتاح وفي الثانية بعد القراءة.

وحدّثنا قال: حدّثنا محمد بن أحمد الخوارزمي قال: [48أ] حدثنا غسّان بن الربيع قال: حدّثني عبد الرحمن بن ثابت عن مكحول قال: حدثني أبو عائشة أنّ سعيد بن العاص دعا أبا موسى الأشعري وحذيفة بن اليمان فسألها: كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبّر في الفطر والأضحى، فقال أبو موسى: أربعًا كتكبيرات الجنائز، وصدّقه حذيفة[252]. وعن النعمان بن المنذر عن مكحول قال: أخبرني رسول الله حذيفة وأبي موسى عنهما أنّ رسول الله صلى الله عليه كان يكبّر للافتتاح خارجة من التكبيرات المذكورات في الحديثين اللذين قدّمنا[253].

فإن قال: روى عبد الله بن عبد الرحمن الثقفي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم كبّر في العيدين اثني عشر تكبيرة، سبعًا في الأولى وخمسًا في الآخرة سِوى تكبيرة الصلاة[254]. وعن ابن لهيعة عن أبي الأسود عن عروة عن أبي واقد الليثي وعائشة أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم صلّى بالناس يوم الفطر

---

246 توالي.
247 ويعيد.
248 مصنف ابن أبي شيبة، 214/4-215.
249 شرح معاني الآثار للطحاوي، 349/4.
250 احين.
251 شرح معاني الآثار للطحاوي، 345/4.
252 سنن أبي داود، الصلاة، 251؛ مسند أحمد، 416/4؛ السنن الكبرى للبيهقي، 289/3؛ معرفة السنن والآثار للبيهقي، 71/5؛ شرح معاني الآثار للطحاوي، 345/4.
253 السنن الكبرى للبيهقي، 289/3؛ معرفة السنن والآثار له أيضا، 70/5؛ شرح معاني الآثار للطحاوي، 346/4.
254 السنن الكبرى للبيهقي، 285/3؛ مصنف ابن أبي شيبة، 172/2؛ مصنف عبد الرزاق، 292/3؛ سنن الدارقطني، 383/2.

والأضحى فكبّر في الأولى سبعًا وفي الثانية خمسًا[255]. وعن الفرح بن فضالة عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم بمثله[256].

قيل له: أمّا عبد الله بن عبد الرحمن [48ب] فساقط الحديث عندهم لا يحتجّ بروايته. وأمّا ابن لهيعة عندهم فهو غير مقبول وهو مع ذلك مضطرب، لأنّه يرويه مرّة عن أبي الأسود عن عروة، ومرّة يحدّث عن خالد بن يزيد عن أبي شهاب، ومرّة عن جابر بن زيد عن عقيل عن ابن شهاب. وأمّا حديث ابن عمر فقد ذكر أنّ أصله موقوف عليه غير مرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم. وذكر الطحاوي أنّ حديث الوضين بن عطاء أولى من هذه الأحاديث كلّها من طريق الإسناد، على أنّه لو تعارضت الروايات في ذلك كان الذي يشهد له الأصول من ذلك أولى. فلمّا وجدنا تكبيرات العيد معفولًا[257] ابتداءها[258] في حال القيام في الصلاة أشبهت تكبيرات الجنازة، وهي أربع متوالية لما رُوي عن عبد الله بن مسعود أنّه قال في تكبيرات الجنازة: كلّ ذلك قد كان، يعني سبعًا وخمسًا وأربعًا، ورأيتهم أجمعوا على أربع تكبيرات، فأخبر باتّفاق الصحابة على أربع، وصحّ عن النبي صلى الله عليه وسلم أنّه كبّر على النجاشي وغيره أربعًا، فوجب أن يكون تكبيرات العيد مثلها لاتّفاقهما في أنّ كلّ واحد منهما مفعول في الصلاة في حال القيام.

قال أبو بكر: [49أ] وإنّما سوّى أصحابنا بين العيدين في التكبير، لأنّهما لا يختلفان في سائر أركان الصلاة وتساويا فيها، فكذلك يجب أن يتساويا في التكبير، وإنّما قال أصحابنا: إنّ تكبير الافتتاح والركوع معتدّ بهما من تكبيرات العبد من قِبل أنّه لما صحّ عندنا أنّها كتكبيرات الجنازة أربع متواليات وجب أن يعتدّ بتكبير الركوع، لأنّا لو لم يفعل ذلك لحصل ثلاث تكبيرات متوالية من تكبيرات العيد في الركعة الأولى والثانية، فمن حيث وجب أن يكون أربعًا متوالية من تكبيرات العيد صحّ أنّ تكبير الركوع والافتتاح معتدّ بها منها.

فإن قيل: فهذه العلّة توجب[259] أن تكون[260] تكبيرة الركوع في الركعة الأولى غير معتدّ بها من تكبيرات العيد، لأنّه لو اعتدّ بها لحصلت التكبيرات خمسًا، لأنّ تكبير الافتتاح معتدّ به منها.

قيل له: إنّما قلنا إذا كانت غير متوالية لم يعتد بها من تكبيرات العيد.

فصل

قال أبو بكر: وجه قول علي رضي الله عنه في البداية بالقراءة فيهما: إنّ القراءة أوجب من التكبير، والتكبير زيادة مسنونة، [49ب] فيجب أن يبدأ بأوجبهما ولا يغيّر القراءة عن موضعها. ووجه قول ابن عباس بالبداية بالتكبير فيهما

---

[255] سنن أبي داود، الصلاة، 251؛ السنن الكبرى للبيهقي، 286/3؛ سنن الدارقطني، 383/2، 387؛ مسند أحمد، 70/6.
[256] سنن الدارقطني، 388/2.
[257] معقولًا.
[258] ايتدآها.
[259] يوجب.
[260] أن يكون.

جميعًا: إنّ التكبير ذِكر مسنون مفعول في حال القيام فأشبه ذكر الاستفتاح أنّه يُبدأ به على القراءة وأشبه الاستعاذة أيضًا. وأمّا وجه قول ابن مسعود في الموالاة بين القراءتين: وهو مذهب أصحابنا، فلأنّا وجدنا الذكر المسنون في حال القيام نبدأ به في الركعة الأولى على القراءة ويؤخّر في الركعة الآخرة عنها. ألا ترى أنّ الاستفتاح مسنون في الركعة الأولى وهو يبدأ به على القراءة، وأنّ القنوت مسنون في الركعة الآخرة فكان مفعولًا بعد القراءة، فكذلك تكبيرات العيد لمشاركته الذكر المسنون فيما وصفنا.

مسألة

قال محمد: وإن حضر الرجل العيد مع الإمام وقد ركع الركعة الأولى ولم يرفع رأسه منها، فأراد الرجل أن يدخل معه في الصلاة فكبّر تكبيرة الافتتاح، والإمام راكع، فخاف الداخل معه في الصلاة إن كبّر تكبير العيد أن يرفع الإمام رأسه فتفوته[261] الركعة [50أ] الأولى، فإنّه إذا خاف ذلك كبّر تكبيرة الافتتاح قائمًا ثم ركع ثم كبّر وهو راكعٌ مع الإمام تكبير العيد الذي سبقه به الإمام.

قال أبو بكر: إنّما أمره بالركوع إذا خاف فوت الركعة من قِبل أنّه لو كبّر قائمًا فاتته الركعة، ووجب عليه قضاؤها مع التكبير، فكان لا يكون التكبير المعفول[262] معتدًّا به، فلا معنى لأمره به وترك الركعة. وأيضًا قول النبي صلى الله عليه وسلم: ((إنّما جعل الإمام ليؤتمّ به، فإذا ركع فاركعوا))[263]، وقال معاذ: ما كنت لأجدك على حال لا أتابعك عليها، فقال عليه السلام: ((سنّ لكم معاذ فكذلك فافعلوا)) [264]، فوجب من أجل ذلك أن يتابع الإمام في الركوع معتدًّا به[265]، وإنّما أمره بأن يكبّر في ركوعه، لأنّ حال الركوع هي حال تكبير العيد. والدليل على أنّ تكبير الركوع معتدّ به من تكبيرات العيد لما قد دلّلنا عليه وهي مفعولة في حال الانحطاط، فلذلك جاز فعله في حال الركوع.

فإن قيل: ليس حال الاستقرار في الركوع حال التكبير فينبغي ألّا يفعله فيها.

قيل له: حكمه حكم ما قبله، لأنّ جملته هو [50ب] الركوع، فإذا كان تكبير الانحطاط معتمدًّا به من تكبير العيد وكان حال الاستقرار في الركوع كحال الانحطاط وجب أن يُكبّر فيها. ووجه آخر، وهو: أنّ حال الركوع كحال القيام في باب صحّة إدراك الركعة بإدراكه، فكذلك ينبغي أن يكون كحال القيام في باب جواز تكبير العيد فيها.

قال أبو بكر: وهذا معنى حجاج محمد في الكتاب.

---

261 فيفوته.
262 المعقول.
263 سبق تخريجه.
264 سبق تخريجه.
265 معتدّ به.

فإن قال: ليس في حال الاستقرار موضعًا للتكبير، فلا يجوز أن يقضي فيها تكبير العيد كحال السجود.

قيل له: الفصل بينهما ما قدمناه.

فإن قال: كما لم يقضه بعد رفع رأسه من الركوع كذلك لا يقضيه في الركوع.

قيل له: إنّ حال الركوع حال ذكر كحال القيام، والتكبير ذكر فيجوز أن يقضيه فيها ولا يقضيه بعد الركوع، لأنّه ليس موضعًا للذكر.

فإن قيل: لما لم تجز[266] القراءة في حال الركوع علمنا أنّها ليس كحال القيام، لأنّ القراءة تجوز في حال القيام، فكذلك لا يقضي فيها التكبير كما لا يقضي فيها القراءة.

قال أبو بكر: لا يجوز اعتبار موضع التكبير بالقراءة، لأنّ تكبيرة الافتتاح مقيّد بها من تكبيرات [51أ] العيد، ولا تصحّ[267] القراءة في تلك الحال، وكذلك تكبير الركوع معتدّ به منها، ولا تصحّ[268] القراءة في حال الانحطاط، والمأموم يكبّر للعيد في حال القيام ولا يقرأ في تلك الحال، ولو قرأ لم يجزه عن فرضه.

فإن قال: لو أدركه في الركوع في الوتر لم يقنت في الركوع كذلك لا يكبّر للعيد.

قيل له: الفصل بينهما: ما وصفنا من أنّ تكبير الركوع لما كان معتدًّا به من تكبير العيد علمنا أنّ حال الركوع حال التكبير، ولم يجز هذا المعنى في القنوت. وأيضًا فإنّ حال الركوع حال التعظيم والتكبير تعظيم، فجاز أن يكبّر للمعنى الذي وصفنا، والقنوت دعاء وليس حال الركوع حال الدعاء.

فإن قيل: لو ركع وترك تكبير الركوع لم يقضه في حال الركوع، فتكبير العيد أولى ألّا تقضيه[269] فيه.

قيل له: الفصل بينهما: إنّ تكبير العيد يقضى إذا ترك في موضعه. ألا ترى أنّه لو بدأ بالقراءة وفرغ منها ثم ذكر قضى التكبير بالاتّفاق، ولم يثبت قضاء تكبير الركوع إذا تركه فصحّ بذلك ما وصفناه.

فإن قال: فلم صار تكبير العيد في حال الركوع أولى من التسبيح الذي هو سنّة الركوع.

الجواب: لأنّه أكّده بدلالة إنّ تارك تسبيح الركوع [51ب] لا يلزمه سجدتا السهو، وتارك تكبير العيد عليه سجدتا السهو عندهم، وأيضًا فإنّ التكبير مخصوص بهذه الصلاة، فيجب أن يكون أولى من التسبيح الذي يشترك فيه سائر الصلوات،

---

266 لم يجز.
267 ولا يصحّ.
268 ولا يصحّ.
269 الا تقضية.

وهذا كما قالوا: إنّ الطواف بالبيت للغرباء أفضل من الصلاة، لأنّهم لا يقدرون عليه في كلّ وقت مع ما يجمع الصلاة من الطاعات التي لا يجمعها الطواف.

قال أبو بكر: وروى عن أبي يوسف أنّه لا يكبّر في حال الركوع، وذهب إلى الوجوه التي سألنا عنها في المسألة.

قال محمد: فإن كبّر مع الإمام تكبيرتين، ثم إنّ الإمام رفع رأسه من الركوع، وقد بقي على الرجل الداخل معه في صلاته بعض تكبير العيد، فيرفع رأسه مع الإمام ولا يكبّر ما بقي من التكبير بعدما يرفع رأسه من الركوع ولا إذا سجد، وقد بطل عنه ما بقي من تكبير هذه الركعة.

قال أبو بكر: إذا رفع الإمام رأسه فقد اتّفقت حال القيام. ألا ترى أن يدركه في هذه الحال غير مدرك للركعة، فيقطع التكبير من أجل ذلك كما أنّه لو أدركه بدءًا في هذه الحال لم يكبر، لأنّ هذه حال فوات التكبير، والسنن إذا فاتت عن مواضعها لا تقضى[270] بدلالة أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قام في السنن من الظهر فسبّح به فلم يرجع. ووجه آخر، وهو: أنّ متابعة الإمام أولى [52أ] من قضاء الفائت لما بيّناه فيما سلف، فلا ينبغي له أن يخالف الإمام في الفعل لأجل قضاء الفائت.

فإن قيل: فإذا دخل مع الإمام وهو قائم وقد فرغ من التكبير السنن يكبّر وإن ركع الإمام.

قيل له: بل يكبّر عندنا ولا يركع حتى يفرغ من التكبيرات كلّها. والفصل بين هذا وبين مسألتنا: إذا رفع الإمام رأسه من الركوع أنّ مُدرك الإمام في الركوع يقضي الفائت، ومدركه في القيام قد أدرك حال التكبير وهو في القراءة كبّر واستفتح بـــ"سبحانك اللهم وبحمدك"، وكذلك من أدرك الإمام فهو بمنزلته لو أدركه في أوّل الصلاة. وأمّا مدرك الركوع فغير مدرك للقيام، وإنّما أدرك ما هو في حكم القيام من وجه، فجاز له أن يكبّر ما بقي حكم حال القيام، ويدلّك[271] على الفصل بينهما أنّه لو أدرك الإمام وهو راكع فوقف ولم يركع حتى رفع الإمام رأسه، وقد كان يمكنه أن يفعل معه الركوع فلم يفعل أنّه لا يعيد بالركعة، ولو أدركه قائمًا فلم يركع معه حتى رفع رأسه أنّه يركع ويعيد بالركعة.

مسألة

قال محمد: ولو أدرك الإمام في الركعة الأولى بعدما كبّر الإمام وهو في القراءة، وقد كبّر الإمام تكبير ابن عباس والرجل يرى تكبير ابن مسعود وأنّه يكبّر تكبيرات ابن مسعود، فإذا قام في الثانية كبّر تكبير الإمام.

---

[270] لا يقضى.
[271] وبذلك.

قال أبو بكر: [52ب] إنّما أمره أن يكبّر، لأنّه مدرك لحال التكبير، لأنّ حال القيام حال التكبير. ألا ترى أنّ تكبير الركوع مفعول بعد القيام وهو مقيّد به من تكبيرات العيد، فلمّا أدرك حال التكبير كبّر، وإنّما أمره أن يكبّر على رأيه ولا يتبع إمامه من قِبل أنّ التكبيرات فات موضعها فلا يلزمه اتّباع الإمام في الفائت.

فإن قيل: فكيف يجوز قضاء الفائت قبل فراغ الإمام، أرأيت إن قضى فائت الفعل قبل فراغ الإمام أجزءه.

قيل له: قضاء فائت الذكر خلف الإمام جائز ما أدرك حالًا يفعل فيها بوجهٍ ولا يجوز قضاء فائت الفعل. والدليل على ذلك: أنّ من انتهى للإمام وهو في القراءة، كبّر واستفتح بـ"سبحانك اللهم وبحمدك"، وكذلك من أدرك الإمام في التشهّد كبّر وقعد وابتدأ التشهّد من أوّله، وذلك كلّه فائتٌ، وكذلك من يرى القراءة خلف الإمام يقول: إذا انتهى إلى الإمام وقد فرغ من فاتحة الكتاب أنّه يكبّر ويقرأ فاتحة الكتاب، فثبت بذلك جواز قضاء فائت الذكر خلف الإمام. فأمّا فائت الفعل فلا خلاف أنّه لا يجوز قضاؤه قبل فراغ الإمام، ويدلّ ذلك أيضًا أنّ الرجل يدرك الإمام في الركوع فيكبّر ويركع، فقد قضى تكبيرًا فائتًا لم يدركه مع الإمام.

قال أبو بكر: وما استشهد به محمد [53أ] من المسائل في السهو والقنوت كلّه صحيح، وإنّما دلّ به على أنّ الفائت لا يلزم فيه اتّباع الإمام.

قال محمد: وإذا افتتح صلاة العيد مع الإمام وهو يرى تكبير ابن مسعود، فكبّر الإمام غير ذلك اتّبع الإمام حتى يكبّر الإمام تكبيرًا لم يكبّره أحد من الفقهاء، وجاء فيه بشيء ليس فيه خلاف، فلا يكبّر معه.

قال أبو بكر: الأصل في وجوب اتّباع الإمام في أفعال الصلاة وأذكارها الإمام دليل خصوصه منها: قول النبي صلى الله عليه وسلم: ((إنّما جعل الإمام ليؤتمّ به)) [272]، وقوله عليه السلام: ((لا تختلفوا على إمامكم)) [273]، وقوله: ((سنّ لكم معاذ فكذلك فافعلوا)) [274] يعني في اتّباع الإمام، فلزم بهذا الأصل اتّباع الإمام في كلّ فعلٍ أو ذِكر أمر المأمور به لعموم اللفظ. ويدلّ عليه أيضًا ما روى ابن عُيينة أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قام في الثانية فلم يجلس، فسبّح به فلم يجلس، فقام أصحابه ثم سجد سجدتي السهو[275]. فلمّا لم يُنكر على أصحابه قيامَهم معه، وترك الجلوس لأنفسهم صحّ بذلك لزوم اتّباع الإمام. ويدلّ عليه أيضًا اتّفاق المسلمين على أنّ من أدرك الإمام في الركعة الأخيرة من الصلاة لزمه القعود معه لأجل اتّباعه، لأنّه ليس من سنّة الصلاة القعود في الركعة الأولى منها. [53ب]

---

[272] سبق تخريجه.
[273] سبق تخريجه.
[274] سبق تخريجه.
[275] مصنف ابن أبي شيبة، 3/449-450؛ مستدرك الحاكم، 1/324.

فإن قيل: لو لزمه اتّباع الإمام في خلاف ما يعتقده للزمه اتّباعه لو قام الإمام إلى الخامسة من الظهر، فلمّا اتّفق الجميع على أنّه ليس عليه اتّباعه فيها بان بذلك فساد أصلك.

قيل له: إنّما يلزمه اتّباعه فيما تضمّنته التحريمة. فأمّا الخامسة فإنّها صلاة أخرى لم يتضمّنها تحريمة الصلاة الأولى، فلذلك لم يلزمه اتّباعه فيها. ومن الدليل على أنّ تكبير العيد مفعول على وجه الاتّباع: أنّ المأموم لا يجوز له أن يكبّر للعيد قبل إمامه، فدلّ ذلك على أنّه متبع له فيه، فلذلك لزم اتّباعه فيما يفعله.

ووجه آخر، وهو: إنّ السلف من الصدر الأول والخلفاء الراشدين منهم ومن بعدهم من التابعين قد اتّفقوا على أنّ كلّ ما قضى به قاضٍ من طريق الاجتهاد ثم رُفع إلى غيره، فرأى خلافه لم ينقضه، وكذلك لو رأى هو نفسه خلافه، من ذلك ما روي عن عمر رضي الله عنه أنّه رُفع إليه ميراث فيه إخوة لأمّ وإخوة لأب وأمّ المشرّكة، فحرَمهم[276] ولم يشركهم مع ولد الأمّ، ثم خُوصم إليه في هذه المسألة فشرّك بينهم، فقيل له: يا أمير المؤمنين اختُصم إليك عام أوّل فلم تشرّك وشرّكت العام، قال: "هذا على ما قضينا وذاك على ما قضينا"[277]، فلم ينقض حكمه الأوّل، وقد قضى أبو بكر رحمه الله بقضايا كان عمر فيها [54أ] خلافه فلم يفسخها حين وُلّي، وأمضى ذلك على ما قضاه، واستأنف الحكم فيما استقبل من أمره على رأيه من ذلك، إنّ رأي أبي بكر كان التسوية في العطاء، ثم وُلّي عمر فلم يفسخ ما أمضى ورأى التفضيل، ثم أراد التسوية أيضًا في المستأنف بعد ذلك، ثم احترم رضي الله عنه قبل أن يفعلها، وذلك أنّه قال: "لئنْ عِشتُ إلى قابل لأجعلنّ الناس بيّانًا واحدًا"[278]، وهذا شيءٌ لا خلاف فيه بين الفقهاء، فصحّ بهذا الأصل إنّ كلّما كان طريقة الاجتهاد وليس فيه [ما] يخالفه النصّ لزم فيه بين الفقهاء، فصحّ بهذا الأصل اتّباع الإمام.

فإن قيل: فهلّا أمرت المأموم باتّباع الإمام في القنوت في الفجر، إذ كان ذلك ممّا يسوغ فيه الاجتهاد.

قيل له: الفصل بينهما: أنّه ليس في واحد من التكبيرين نصٌّ يقطع به، فلم يبقَ لنا إليه طريق غير الاجتهاد. وأمّا القنوت فقد ثبت النصّ في تركه، لأنّهم لم يختلفوا أنّ النبي صلى الله عليه وسلم ترك القنوت بعد فعله، ولا يجوز لنا اتّباع الإمام في مخالفة المخصوص، وكذلك قال أصحابنا في قضاء القاضي بما فيه خلاف بين الفقهاء: أنّه متى كان فيه مخالفة النصّ أبطله من رُفع إليه إذا لم يكن ذلك من مذهبه. ووجه آخر، وهو: أنّ القنوت [54ب] لا يقع فيه اتّباع الإمام بدلالة أنّ له يقنت ويدعو[279] بما لا يدعو[280] به الإمام، وليس بمأخوذ عليه أن يفعله على مقدار ما يفعله الإمام، وفي ذلك دليل على أنّ القنوت لا يقع فيه اتّباع.

---

[276] فحرّمهم.
[277] سبق تخريجه.
[278] مصنف ابن أبي شيبة، 477/17؛ السنن الكبرى للبيهقي، 352/6.
[279] ويدعوا.
[280] لا يدعوا.

فإن قيل: فهلّا أمرته باتّباع الإمام في رفع اليدين في الركوع إذا كان طريقه الاجتهاد.

قيل له: قد ثبت عندنا النصّ في النهي عن رفع اليدين، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: ((كُفّوا أيديكم في الصلاة واسكنوا في الصلاة))[281]، وقوله عليه السلام: ((لا ترفع الأيدي إلّا في سبع مواطن))[282] وليس فيه رفع في تكبير الركوع.

فإن قيل: فقد رويتم في تكبير ابن مسعود نصًّا عن النبي صلى الله [عليه وسلم] فينبغي ألّا يتركه بمتابعة الإمام.

قيل له: قد عارضه أخبار أُخر توجب الحكم بخلافه.

فإن قال: فهلّا أمرته بترك الرفع في تكبيرات العيد متابعةً لإمامه، إذ ليس في أحدهما نصّ.

قيل له: قد ثبت النصّ عندنا في الرفع في تكبيرات العيد، وهو قوله عليه السلام: ((لا ترفع الأيدي إلّا في سبع مواطن منها تكبيرات العيد))[283]، وكان أبو الحسن يقول: لا ينهاه عن الرفع، بل هو مخيّر بين الرفع وتركه، وإنّما قال محمد: إنّ الإمام إذا جاء بتكبير لم يفعله أحدٌ من الفقهاء لم يتابعه المأموم من قِبل أنّه لا يجوز متابعة الإمام في مخالفة [55أ] الإجماع. ألا ترى أنّ قاضيًا لو قضى بقضيّة على رجلٍ خالف فيها الإجماع لم يلزمه قبولها ولا وجب عليه التزامها.

قال محمد: فإن لم يكن يسمع تكبير الإمام فكبّر الناس وأكثروا التكبير فليكبّر معهم ما كبّروا، وإن كثر ذلك، لأنّ هذا خطأ من الناس وزيادة منهم، وأن يُكبّر ما لم يجب عليه أحبّ إليّ من أن يترك ما أوجب عليه.

قال أبو بكر: قد بيّن[284] محمد هذه المسألة وأوضحها، وذلك أنّه قال: إنّ هذا الرجل وإن أتى على أكثر ما روي في التكبير فإنّه لم يستيقن بأنّه قد كبّر هذه التكبيرات بعدما كبّر الإمام، ويجوز أن يكون قد فعل بعضها قبل تكبير الإمام فلا يجزيه، ولا يسقط عنه ما لزمه من التكبير بالشكّ.

فإن قيل: فقد ألزمته ما أيقنتَ سقوطه عنه، فإن جاز أن تلزمه ما ليس عليه جاز لغيرك أن يُسقط عنه ما قد وجب عليه.

الجواب: أنّه قد يجوز أن يلزم الإنسان في بعض الأحوال زيادة فرض إذا لم يتوصّل إلى أداء الأصل إلّا بها نظير ذلك أنّ المفروض من غسل اليد إلى المرفق، ومعلوم أنّه لا يمكنه استيعاب ذلك إلّا بغسل بعض ما يجاوز المرفق، وإن لم يكن منه، وإذا اشتبهت على الرجل جهاتُ القبلة لزمه فرض الاجتهاد [55ب] والتحرّي، وقد يلزمه فرض استقاء الماء من البئر في المغارة أو شرائه لأجل الطهارة إذا لم يتوصّل إليه إلّا بهما، فقد يلزمه التيمّم والوضوء جميعًا في حال

---

[281] صحيح مسلم، الصلاة، 119 (430)؛ سنن أبي داود، الصلاة، 189؛ سنن النسائي، السهو، 5.

[282] المعجم الكبير للطبراني، 385/11؛ وجاء في مصنف ابن أبي شيبة 764/8 موقوفا على ابن عباس رضي الله عنهما.

[283] هو الأثر السابق المذكور في المصدرين، ولكن دون تكبيرات العيد، إلا ما وجدته في بعض مصادر الفقه الحنفي غير معزو إلى كتب الحديث.

[284] قد تبيّن.

واحدة، ونظائر ذلك في الأصول أكثر من أن تحصى[285]، وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم الشاكُّ في صلاته فلم يدرِ أثلاثًا صلّى أو أربعًا بأن يضيف إليها ركعةً أخرى، ولولا الشكّ لما جاز له الإضافة، فكذلك هذا السامع لتكبير الناس إذا لم يتيقّن بمصادفة نظيره تكبير الإمام لزمه التكبير أبدًا حتى يتيقّن بأداء ما لزمه من ذلك.

مسألة

قال محمد: وإذا افتتح الرجل صلاة العيد مع الإمام فنام خلفه ثم استيقظ بعد فراغ الإمام، والإمام [يرى] تكبير ابن عباس، والمأموم يرى تكبير ابن مسعود، أنّه[286] يكبّر تكبير ابن عباس ولا يقرأ شيئًا.

قال: وذلك أنّه تابع للإمام، لأنّه قد أدرك أوّل صلاته. ألا ترى أنّه لو استيقظ والإمام في الركعة الثانية لم يتبعه فيها حتى يقضي ما فاته، لأنّ من أدرك أوّل صلاة الإمام لزمه متابعته فيما أدركه فيه على الترتيب التي تضمّنته[287] التحريمة. والدليل على ذلك: أنّ الإمام لو سجد والمأموم بعد في القيام لم يلزم المأموم ترك الركوع، ومتابعة الإمام في السجود، بل يلزمه أن يبدأ [56أ] بالركوع ثم يسجد، ولو كان أدركه بدءًا في السجود لم يركع وتابعه فيه ثم يقضي.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا فاتته ركعة من صلاة العيد مع الإمام، وقد كبّر الإمام تكبير ابن مسعود ووالى بين القرائتين، والمأموم أيضًا يرى تكبير ابن مسعود، فلمّا سلّم الإمام نأمر[288] الرجل يقضي ما فاته يبدأ فيقرأ ثم يكبّر أربعًا يركع بالرابعة، لأنّها ثانية فيضع في بانيه كما يضع الإمام في بانيه.

قال أبو بكر: وكذلك قال في كتاب الصلاة، وقال في نوادر الصلاة في رواية أبي سليمان: إنّه يبدأ في الثانية بالتكبير.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن يقول: من مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه وأبي يوسف أنّ ما يصلّيه المسبوق بركعة مع الإمام هو آخر صلاته ما يقتضيه أوّل صلاته، وإنّ من قول محمد: إنّ ما يصلّيه مع الإمام هو آخر صلاة الإمام وأوّل صلاته هو.

قال: واحتجّ محمد بأنّه لا يصحّ للرجل دخول في آخر صلاة نفسه، فوجب أن يكون داخلًا في أوّل صلاته، فما يبني عليه من الأفعال حينئذ يكون أوّل صلاته. وكان أبو الحسن يجيب لأبي حنيفة عن ذلك بأنّ الدخول وإن وقع في أوّل صلاة نفسه، فإنّ ما يفعله بعد ذلك على جهة اتباع الإمام فهو آخر صلاته، [56ب] إذ كان آخر صلاة إمامه ولا يمتنع أن يقع الدخول بدءًا في أوّل الصلاة ثم يبني عليه آخرها. ألا ترى أنّ رجلًا لو نام خلف الإمام وقد أدرك أوّل صلاته ثم

---

[285] ان يحصى.
[286] وانّه.
[287] يضمّنته.
[288] فامر.

انتبه والإمام في الثانية فتبعه فيها أنّ صلاته تجزيه[289] ويقوم، فيقضي الركعة الأولى وهو مصلّي مع الإمام آخر صلاته نفسه، فلم يمنع دخوله في أوّل الصلاة من بناء آخرها عليه.

فإن قال المحتجّ لمحمد: فإذا أدرك مع الإمام ركعةً من المغرب ثم سلّم الإمام، فقام يقضي، أمر بالقعدة بعد ركعة، فلو كان ما يقضيه أوّل صلاته لم يؤمَر بالقعدة فيها، لأنّه ليس من سنّة الصلاة القعدة في الركعة الأولى منها.

قيل له: إنّ الركعة المقضيّة وإن كانت أوّل صلاته في الحكم فإنّها ثانيه في الفعل، فلذلك قعد فيها على أنّه لو لزم هذا أبا حنيفة للزم محمد أمثلة في المدرك للركعة الأخيرة من الوتر مع الإمام، إذا قنت فيها معه أنّه يعيد القنوت فيها يقضي، لأنّه آخر صلاته عنده، ولم يأت معه بالقنوت في موضعه، فلمّا لم يوجب عليه محمد القنوت فيما يقتضيه، ولم يقدح ذلك في أصله كذلك ما ذكره لا يلزم أبا حنيفة.

ومن الحجّة لأبي حنيفة أيضًا قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث معاذ حين ترك قضاء [57أ] الفائت واتبعه: ((سنّ لكم معاذ فكذلك فافعلوا))[290]، فثبت بذلك أنّ الذي صلّاه معاذ كان آخر صلاته، لأنّه ترك فعل أوّل الصلاة ولم يقعْه على حسب ما كانوا يفعلون. ألا ترى إلى قوله عليه السلام له: ((ما حملك على ما صنعتَ))[291]، ثم أمرهم بالاقتداء به. ودليل آخر، وهو قوله عليه السلام: ((ما أدركتم فصلّوا وما فاتكم فاقضوا)) [292]، وأمر بقضاء الفائت والفائت هو أوّل الصلاة فعلمنا أنّ المقضي أوّلها، وإنّ المفعول مع الإمام آخرها.

فإن قيل: فقد روي عنه في هذا الخبر: ((وما فاتكم فأتمّوا)) [293]، والإتمام أن يُعبّر به عن فعل آخر الصلاة.

قيل له: ليس الأمر كذلك، لأنّ الإتمام حقيقته استيفاء جميع آخر الصلاة وسواء دخل النقص في آخرها [أو] أوّلها، فإنّ ذلك يمنع تمامها، وإذا استوعب جميع أجزائها فقد أتمّها. ويدلّ على صحّة ذلك ما رُوي عن علي كرّم الله وجهه في قوله تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾[294] قال: "إنّما إتمامهما[295] أن تحرم[296] بهما من دويرة أهلك"[297]، فقد أطلق لفظ الإتمام على استيعاب أجزائها من جهة ابتداءها.

قال أبو بكر: فإذا كان من أصلهم في قضاء الفائت ما وصفنا رجعنا إلى مسألة الكتاب، فقلنا: قد بيّن لنا محمد من علّة [57ب] المسألة ما يُكتفى به عن غيره، وذلك أنّه قال: ينبغي له أن يختم بالتكبير، وبيان ذلك أنّه لما كان حكم التكبير

---

[289] يجزيه.
[290] سبق تخريجه.
[291] سبق تخريجه.
[292] سبق تخريجه.
[293] سبق تخريجه.
[294] البقرة، 196/2.
[295] مهما.
[296] ان يحرم.
[297] مصنف ابن أبي شيبة، 39/8؛ السنن الكبرى للبيهقي، 341/4، 30/5؛ مستدرك الحاكم، 276/2؛ مسند ابن الجعد، 279/1-280.

عندهم أن يختم به صلاة العيد، وهو ممّا يعاد في الصلاة أشبه بالتشهّد الذي يختم به الصلاة ويعاد فيها، فلو أنّ رجلًا أدرك الإمام في ركعة من الصلاة وقعد معه فيها، ثم قام يقضي لم يجد بدًّا من إعادته في آخر صلاته، ولم يعتبر ما فعله من القعدة مع إمامه، فكذلك هذا المدرك للركعة الواحدة من صلاة العيد، وإن كان قد فعل التكبير في الركعة الأولى بعد القراءة، فإنّه لا يعتبر ذلك ويختم صلاته بالتكبير وليس ذلك كالقنوت في الوتر إذا فعله المسبوق مع الإمام ثم قام يقضي أنّه لا يعيده، وإن كان القنوت ممّا يختم به الوتر من قِبل أنّه ليس ممّا يُعاد في الصلاة.

فالعلّة فيه اجتماع الوصفين جميعًا ولا يلزم القياس على وجود أحدهما، فلذلك فرّقوا بينه وبين القنوت. ووجه آخر، وهو: أنّا لو أمرناه بأن يبدأ[298] بالتكبير كان قد والى بين التكبيرتين، وليس هذا قول أحد، فلا يفعل القضاء على وجه يؤدّيه إلى مخالفة الإجماع.

قال أبو بكر: وإنّما روى في نوادر الصلاة أنّه يبدأ في الثانية بالتكبير، فهو أشبه بأصل [58ا] أبي حنيفة وأبي يوسف على ما قدّمنا من قِبل أنّ المقضي عندهما هو أوّل الصلاة، فينبغي له أن يفعله على سببه، فيجوز أن يقال: أنّ جواب الجامع وكتاب الصلاة قول محمد بناه على أصله، وجواب النوادر على مذهب أبي حنيفة وقد قلت: إنّ في الموالاة بين التكبيرين مخالفة الإجماع.

قيل له: قد يجوز أن يفعل في القضاء ما لا يجوز فعله ابتداء ولا يكون فيه مخالفة الإجماع. ألا ترى أنّه إذا أدرك الإمام في الركعة الأخيرة من المغرب قعد مع الإمام ثم يقوم فيقضي ويقعد في الركعة الأولى ممّا يقضيه ثم يقعد في آخر صلاته أيضًا، فقد جاز أن يقعد لأجل القضاء في كلّ ركعة من صلاته ولا يجوز مثله على وجه الابتداء، ونحن لا نعلم إجماعًا في القضاء، وإنّما الإجماع في فعله ابتداء أنّه لا يفعل على وجه الموالاة بين التكبيرين. فأمّا على وجه القضاء فلا يمنع على ما بيّناه.

مسألة

قال محمد: وإذا افتتح الإمام صلاة العيد، وهو يرى تكبير ابن مسعود فسها فبدأ بالقراءة ثم ذكر بعدما فرغ من فاتحة الكتاب وسورة فإنّه يكبّر تكبير ابن مسعود، ثم يركع[299] [58ب] ولا يعيد القراءة، فإذا قام في الثانية صنع فيها ما صنع ابن مسعود في الثانية وعليه سجدتا السهو.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك أنّه متى فرغ من القراءة أو التكبير على التمام فقدّم مؤخّرًا أو أخّر مقدّمًا سهوًا أو اجتهادًا فإنّه لا ينقض ما فعله، ومن فرغ منه على وجه العذر ومتى لم يفرغ منه على التمام حتى زال العذر فعل كلّ ذلك على

[298] بان نبدأ.
[299] ركع.

الترتيب وألغى ما سواه. والدليل على صحّة ذلك: إنّ من ترك سجدة من الركعة الأولى من صُلب[300] الصلاة أو من تلاوة حتى قام في الثانية وركع، ثم ذكرها في الركوع أنّه يقضيها أو استحبّ له إعادة الركوع، ولو رفع رأسه من الركوع، ثم ذكر فقضاها لم يؤمر بنقض الركوع، فكذلك ما وصفناه.

قال محمد: فإن ذكر التكبير بعدما قرأ فاتحة الكتاب أو بعضها فإنّه يكبّر ثم يعيد فاتحة الكتاب وسورة وذلك لما بيّناه.

مسألة

وإذا افتتح الإمام صلاة العيد وهو يرى تكبير ابن عباس فلما فرغ من التكبير وأتم الركعة قام في الثانية فرأى في الثانية [59أ] حين قام قول ابن مسعود هو الصواب، فإنّه لا ينبغي له أن يبدأ بالقراءة في الركعة الثانية كما يفعل ابن مسعود.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّناه من أنّ اجتهاده متى أدّاه إلى خلاف ما مضى لم يتعقّب الماضي بالنقض، واستأنف الأمر فيما يفعله بما أدّاه إليه اجتهاده.

قال محمد: وكذلك لو افتتح الصلاة وهو يرى تكبير ابن عباس فلمّا كبّر أربعًا أو خمسًا رأى أنّ تكبير ابن مسعود هو الصواب.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من استأنف ما يفعله في المستقبل بما رآه قبله.

قال محمد: ولو افتتح الصلاة وهو يرى تكبير ابن عباس، فكبّر ثم قرأ، فرأى وهو يقرأ أنّ تكبير عليّ عليه السلام هو الصواب ولا يعيد التكبير.

قال أبو بكر: وهذا أيضًا لما بيّنا من أنّه قد فرغ منه على تمام فلا ينقضه، ويستقبل الأمر في الثانية بما يراه.

قال محمد: ولو أنّ إمامًا افتتح الصلاة يوم العيد، وهو يرى قول ابن مسعود، فلمّا كبّر أربعًا وقرأ فاتحة الكتاب أو بعضها رأى أنّ الصواب قول ابن عباس يرجع إلى التكبير فكبّر تكبيرتين أخرتين[301] ثم أعاد[302] فاتحة الكتاب [59ب] وسورة، ثم رأى أنّ تكبير ابن عباس هو الصواب كبّر تكبيرتين آخرتين، ثم كبّر الثالثة فركع بها ومضى عليها ولم يعد القراءة، وذلك لما بيّنا من أنّ فراغه منها على تمام فلا ينقضها.

باب التكبير في أيّام التشريق في أدبار الصلوات

اختلف الصدر الأوّل في تكبير التشريق، فاتّفق عمر وعلي وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم أجمعين في الابتداء أنّه من صلاة الفجر يوم عرفة واختلفوا في القطع، فقال علي وعمر رضي الله عنهما في أحد قوليه: بعد صلاة العصر

---

[300] صلت.
[301] اخريين.
[302] يعيد.

من آخر أيّام التشريق، وهو قول أبي يوسف ومحمد، وعن عمر أنّه يقطع بعد الظهر، وقال ابن مسعود: يكبّر في صلاة العصر من يوم النحر ثم يقطع، وهو قول أبي حنيفة، واتّفق ابن عباس وابن عمر وزيد بن ثابت في الابتداء أنّه من صلاة الظهر يوم النحر، واختلفوا في القطع، فقال ابن عباس: إلى صلاة الظهر من آخر أيّام التشريق يكبّر في الظهر ثم يقطع، وقال ابن عمر: إلى صلاة الفجر من آخر أيّام [60أ] التشريق يكبّر في الفجر ثم يقطع، وقال زيد بن ثابت: إلى صلاة العصر من آخر أيّام التشريق.

قال أبو بكر: قد رُوي في ذلك أخبار مختلفة عن النبي صلى الله عليه وسلم بأسانيد ليست بالقويّة، وقد يجوز أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم قد فعل ذلك كلّه توسعةً على أمّته، وترفيهًا لهم بالتخيير بين هذه الأشياء. والأصل في إثبات المقادير من طريق المقاييس[303]، ومتى[304] لم يكن طريقه[305] الاجتهاد علمنا أنّه مأخوذ من طريق التوقيف، وإذا اختلف السلف من الصدر الأوّل كان ذلك عندنا على طريق التخيير، فمن ذهب إلى شيء منه كان موسّعًا عليه، وقد أشار عيسى بن أبان إلى مثل هذا المعنى فيما كان هذا سبيله: وإنّما يحتاج حينئذ إذا كان الأمر على ما وصفتُ إلى ترجيح بعض هذه الأقوال بشيء يغلب في النفس أنّه أظهرها وأولاها بالفصل في أكثر الرأي، ولا يمكن إقامة دليل عليه من طريق القياس، وهذا كما قلنا في سائر المقادير التي لا سبيل إلى معرفتها من طريق المقاييس، وإنّ سبيلها التوقيف والاجتهاد ونظير ما يكون طريقه[306] التوقيف. قال أصحابنا في مدّة الحيض ومقدار النفاس ومقدار [60ب] المهر في العقد ومقدار التشهّد: إنّه لما كان طريقه[307] التوقيف جعلوا قول الصحابي فيه وقطعه عليه توقيفًا، إذ لا جائز أن يقوله تخمينًا، ولا سبيل إليه إلّا من جهة التوقيف علمنا أنّه قاله سماعًا وتلقينًا، ونظير ما كان طريقه[308] الاجتهاد مقدار المتعة ومهر المثل وتقويم المستهلكات وأروش الجنايات التي لم يرد التوقيف بمقاديرها ووُكّلت إلى اجتهادنا، فلمّا لم يرد في تكبير التشريق توقيف يوجب القطع به، واختلفت[309] الأخبار فيه مع اختلاف السلف في مقداره، علمنا أنّ طريقة الاجتهاد وسبيل الحكم فيه بأغلب الرأي.

قال أبو بكر: وكان أبو الحسن يحتجّ لقول أبي حنيفة بأنّ الأكابر من الصحابة قد روي عنهم في أيّام المعلومات أنّها العَشر، ومنهم من جعلها يوم النحر ويومين بعده، وروي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنّه لما سئل عن الأيّام المعدودات، فقال: ((هي أيّام مِنى))[310]، واتّفقوا أنّ المعدودات ثلاثة أيّام بعد النحر، فقد حصل من اتّفاقهم أنّ يوم النحر من المعلومات، فثبت بذلك أنّ المعلومات مرادة بالتكبير لاتّفاق الجميع على أنّه يكبّر يوم النحر فلو [61أ] خُلّينا، وظاهر

---

303 المقايس.
304 + من.
305 طريقة.
306 طريقة.
307 طريقة.
308 طريقة.
309 واختلف.
310 سنن أبي داود، مناسك الحج، 69؛ سنن النسائي، مناسك الحج، 211؛ سنن الترمذي، الحج، 57 وغيرهم.

قوله تعالى: ﴿وَيَذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ فِي أَيَّامٍ مَّعْلُومَاتٍ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُم مِّن بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ﴾[311] لوجب التكبير في سائر الأيّام العشر، فلمّا اتفق الجميع على سقوطه فيما قبل يوم عرفة أخرجناه من الظاهر بالاتّفاق، وأوجبنا التكبير فيما عداه من أيّام العشر وهو يوم عرفة ويوم النحر، إذ هما من المعلومات، ولم تقم الدلالة على أنّ ما بعد ذلك من مراد بالتكبير فلم نوجبه.

فإن قيل: قوله: ﴿وَيَذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ فِي أَيَّامٍ مَّعْلُومَاتٍ﴾[312] لم يرد به تكبير التشريق، لأنّ الله تعالى قال: ﴿عَلَىٰ مَا رَزَقَهُم مِّن بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ﴾[313] وليست هذه صلة تكبير التشريق، لأنّه يفعل عقيب الصلاة لا على الأضاحي والهدايا، وما في الآية يقتضي التكبير على الأضاحي والهدايا.

قيل له: المراد بقوله والله أعلم ﴿عَلَىٰ مَا رَزَقَهُم﴾ "لما رزقهم" كما قال الله تعالى: ﴿كَذَٰلِكَ سَخَّرَهَا لَكُمْ لِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَىٰ مَا هَدَاكُمْ﴾[314] معناه: "لما هداكم"، وكما يقال: "أشكر الله على نعمه" يريد "لِنعمه"، فكأنّه أمرهم تعالى بالتكبير شكرًا له على نِعمه عليهم فيما جعل لهم من القربة في هذه أيام منى[315]، فهلّا أوجبت التكبير فيها بالظاهر.

قال أبو بكر: ليس المراد بالذكر المذكور في هذه الآية تكبير التشريق المفعول في أدبار الصلاة لما في سياق الآية من الدلالة عليه، وذلك لأنّه عطف عليه قوله: ﴿فَمَن تَعَجَّلَ فِي يَوْمَيْنِ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ وَمَن تَأَخَّرَ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ لِمَنِ اتَّقَىٰ﴾[316]، ومعلوم أنّ هذا الحكم لا يتعلّق عند الجميع بتكبير التشريق فاحتجنا إلى طلب الذكر الذي يتعلّق به هذا الحكم في الأصول، فوجدناه الذكر المفعول عند [61ب] الجمار، إنّ المراد هو الذكر الذي يتعلّق به المفعول عند الرميّ وأيّام مِنى، وانتفى أن يكون المراد به تكبيرات التشريق.

قال أبو بكر: وقد احتجّ بعض شيوخنا لأبي حنيفة بأنّه لما صحّ أنّ افتتاح التكبير في أوّل يوم يفتتح به فرض الحجّ، وهو يوم عرفة وجب أن تكون[317] خاتمته في أوّل يوم يمر فيه فرض الحجّ وهو يوم النحر.

---

311 الحج، 28/22.
312 الحج، 28/22.
313 الحج، 28/22.
314 الحج، 37/22.
315 الايام متى.
316 البقرة، 203/2.
317 ان يكون.

قال أبو بكر: قال علي بن الحسن الرازي: أصحّ هذه الأقاويل قول ابن عباس، واحتجّ لذلك بأنّ التكبير إنّما يجب في أيام المعدودات في الوقت الذي يقطع فيه التلبية، والتلبية إنّما تقطع[318] مع رمي الجمرة، وإنّما ترمي[319] جمرة العقبة بعد صلاة الغداة[320]، والتكبير إنّما يفعل بعد الصلاة، فأوّل صلاة بعد رمي الجمرة هي الظهر وهي التي يجب[321] فيها التكبير.

قال أبو بكر: وهذا ليس بدليل على ما ذكر، لأنّ مخالفيه لم يوافقوه على أنّ التكبير متعلّق بالرمي فيعتبر به، ويدلّ على فساده أنّ التكبير يجب على من لا رمي عليه في سائر[322] الأمصار، فعلمنا أنّ اعتبار الرمي في هذا الباب ساقط لا معنى له. وابن عباس يوافقهم أيضًا أنّه يكبّر في الظهر من آخر أيّام التشريق، وإن كان ممّن قد تعجّل في يومين فلم يتعلّق فعل التكبير بالرمي، لأنّه لو كان متعلّقًا به عنده كان يجب أن يسقط عمّن سقط عنه الرمي بالنفر.

فإن احتجّ يحتجّ لهذا القول بقول الله تعالى: ﴿فَإِذَا قَضَيْتُم مَّنَاسِكَكُمْ فَاذْكُرُوا اللَّهَ كَذِكْرِكُمْ آبَاءَكُمْ أَوْ أَشَدَّ ذِكْرًا﴾[323]، وقضاء المناسك بعد رمي [62ˈ] الجمرة وهو مسنون.

قيل: الظهر وكذلك المسنون من فعل طواف الزيارة أن يفعله في ذلك اليوم بعد الرمي فلمّا كان قضاء[324] المناسك في ذلك اليوم بعد صلاة الفجر وجب أن يفعل التكبير بعد الظهر، لأنّ هذا شرط الآية، ويستدلّ على صحّة ذلك أيضًا بقوله في نسق التلاوة: ﴿وَاذْكُرُوا اللَّهِ فِي أَيَّامٍ مَّعْدُودَاتٍ﴾[325]، فأوجب ذكرًا بعد قضاء المناسك في يوم النحر، ثم تلاه بذكر مفعول في أيام التشريق، فوجب أن يكون ابتداؤه يوم النحر وانتهاؤه آخر أيام التشريق.

الجواب: إن قوله تعالى: ﴿فَاذْكُرُوا اللَّهَ كَذِكْرِكُمْ آبَاءَكُمْ﴾[326] لم يرد به تكبير التشريق في دبر الصلاة، وذلك أنّه روي في التفسير أنّ العرب في الجاهلية كانوا إذا قضوا مناسكهم وقفوا بمِنى يذكرون مفاخر آبائهم ومآثرهم، فنهاهم الله تعالى عن ذلك وأيّد لهم منه ذكره تعالى، ومعلوم أنّهم لم يكونوا يفعلون وذلك في دبر الصلوات، لأنّهم لم يكونوا مصّلون وإنّما كانوا يفعلونه في محافلهم وعند اجتماعهم مع نظرائهم، فوجب أن يكون الذكر المحمول بدلًا من ذلك مفعولًا في تلك الحال، لأنّه لو تركه إلى وقت الصلاة لم يكن مفعولًا في موضعه ولا واقعًا موقعه.

فإن قيل: فليس هناك ذكر بعد رمي الجمار غير تكبير التشريق.

---

318 انّما يقطع.
319 وانّما يرمي.
320 وهي صلاة الفجر.
321 تجب.
322 صاير.
323 البقرة، 200/2.
324 إلى هنا كان قضا لم أتأكّد بأن هذه العبارة محذوفة أم لا.
325 البقرة، 203/2.
326 البقرة، 200/2.

قيل له: إنّما أراد الله تعالى به إبطال فعل الجاهلية وندبهم إلى فعل ضدّه من ذكر الله وهو مندوب إلى ذلك عندنا وليس على جهة الوجوب. [62ب] وأمّا قوله: ﴿وَاذْكُرُوا اللَّهِ فِي أَيَّامٍ مَّعْدُودَاتٍ﴾[327] فقد بيّنا في الفصل الأوّل أنّ المراد به غير تكبير التشريق وعلى أنّ ابن عباس لا يعتبر ذلك بوقت الرمي، لأنّه يقول: يكبّر في الظهر ثم يقطع والرمي إلى آخر النهار لمن لم ينفر، ولو كان مفعولًا عنده بالآية لوجب أن يفعله في العضو. وأمّا وجه قول أبي يوسف ومحمد: فقد احتجّ محمد لنفسه في الكتاب لأن يكبّر الرجل فيما لا يجب عليه أحبّ إليّ من أن يترك التكبير فيما يجب عليه، وكأنّه أخذ بالاحتياط، إذ لم يكن فيه سنّة توجب الاقتصار على الأقلّ، ولا وجه من طريق القياس يوجب إلحاقه بأصلٍ دون غيره.

فإن قيل: يلزمه على هذا الاعتلال الأخذ بالأكثر في تكبير العيد أيضًا احتياطًا.

قيل له: يجوز أن يفرّق بينهما من جهة السنّة الواردة في تكبير العيد على مذهب عبد الله كان عندهما أصحّ وأولى بالقبول[328] من غيرها، وأنّ الأخبار لـمّا تساوت وتعارضت في تكبير التشريق كان الأخذ بالاحتياط أولى. ويجوز أن يكون لما كان عندهما أنّ في مقدار تكبير صرفًا من النظر يوجب قياسه على أصل من الأصول دون غيره وهو تكبيرات الجنازة كان عندهما أولى، ومثل ذلك غير موجود في تكبير التشريق، إذ لا شبه له في الأصول وليس فيه خبر يقطع به، فصار طريقه[329] الاجتهاد وعليه الرأي، فكان الأخذ فيه بالاحتياط أولى.

فصل

[63ا]**قال أبو بكر**: ثم اختلف أصحابنا فيمن يجب عليه وكيف صفته، فقال أبو حنيفة: صفته أن يكون مفعولًا في وقته في مصر جامع، وعلى من يصلّي في جماعة من الرجال، ويسقط عمّن سواهم. وقال أبو يوسف ومحمد: صفته أن يكون مفعولًا في وقته، وعلى كلّ من صلّى صلاةً فرض كائنًا من كان. الحجّة لأبي حنيفة رحمه الله ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في بعض الأخبار وعن عليّ كرم الله وجهه: ((لا جُمعة ولا تشريق إلّا في مصر جامع))[330]، والتشريق اسم يقع على صلاة العيد ويقع على التكبير في أيام التشريق ويقع على الأضحية، فعموم اللفظ يقتضي نفي ذلك في غير مصرٍ. ويدلّ على أنّ التكبير مرادٌ بهذا القول ما روي في خبر آخر: ((لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا أضحى إلّا في مصر جامع))[331]، ومعلوم أنّه لم يرد بالتشريق في هذا الخبر الأضحية ولا صلاة العيد، لأنّه قد أفردهما بالذكر، فصحّ أنّ المراد به تكبير التشريق في هذا الخبر الأضحية ولا صلاة العيد، لأنّه قد أفردهما بالذكر، فصحّ أنّ المراد به تكبير التشريق.

---

[327] البقرة، 203/2.
[328] + قبول.
[329] طريقة.
[330] مصنف عبد الرزاق، 167/1-168، 301؛ مصنف ابن أبي شيبة، 45/4-47؛ السنن الكبرى للبيهقي، 179/3؛ معرفة السنن والآثار له، 319/4؛ شرح مشكل الآثار للطحاوي، 188/3-189.
[331] مصنف ابن أبي شيبة، 46/4.

فإن قيل: إنّ التشريق إنّما أخذ من تشريق اللحم في تلك الأيام بمِنى، ولا يتعلّق ذلك بالتكبير ولا مدخل له فيه، فكيف يصحّ دخوله في اللفظ؟

قيل له: معلوم أنّه لم يرد بالخبر تشريق اللحم، لأنّ تشريق اللحم جائز في كلّ موضع وفي كلّ وقت، فلا معنى لاعتبار تشريق اللحم، لأنّ تشريق اللحم [63ب] في ذلك، إذ ليس هو مراد بالخبر، وحصل اللفظ على معنى غير ما وُضع له في الأصل على قول هذا القائل، ثم حينئذ لا تكون[332] الصلاة والأضحية أولى باللفظ من التكبير، وقال أهل اللغة: إنّ أصل التشريق في اللغة إنّما هو الإظهار من ذلك قولهم: "شرقتْ الشمس" إذا طلعت و"أشرق" إذا أضأت، ومنه قول العباس بن عبد المطّلب في مدح النبي عليه السلام:

"وأنت لـمّا ولدت أشرقت الأرض وضأت بنورك الأفق"[333]

شبه ما ظهر من نور الإسلام بعد ظلمة الكفر بطلوع الشمس بعد ظلمة الليل، وكانت العرب في الجاهلية إذا وقفت بالمزدلفة يقول: "أشرق ثَبير كيما نُغير[334]"[335]، يريدون ظهور الشمس على جبل يسمّى ثبير، وسمّيت ناحية مطلع الشمس مَشرقًا لظهورها ابتداء فيها، وإذا كان كذلك فإنّ من جعله لتشريق اللحم، فإنّما أجزاه عليه، لأنّهم كانوا يبسطون لحوم الهدايا في الشمس في هذه الأيام، والأصل فيه ما وصفنا، وإذا كان كذلك ثم كان التكبير في هذه الأيام مظهرًا مشهورًا يُعلنه فاعله في أدبار صلاته جاز أن يسمّى تشريقًا، وكذلك صلاة العيد لما كانت مُظهرة لخروج الكافة لها واجتماعهم عليها جاز أن يسمّى تشريقًا.

فإن قيل: لو كان اسم التشريق واقعًا على ما ذكرت لأجل ظهوره للذمّ أن تسمّى صلاة الجمعة تشريقًا لظهورها وكذلك الحجّ والمناسك كلّها [64أ] لظهورها.

قيل له: إنّ الاشتقاق لا يُقاس، وإنّما يؤخذ أصول الأسماء وما اشتقّ منها تلقينًا من أهل اللغة، ثم لا يجوز لنا إطلاق تلك الأسماء على غير ما وردتْ فيه قياسًا عليها. ألا ترى أنّ اسم الحجّ في أصل اللغة هو القصد، ولذلك قال الشاعر[336]:

يـحُجّ مأمومةً في قَعرها لَجَفٌ

---

[332] لا يكون.
[333] مستدرك الحاكم، 327/3؛ المعجم الكبير للطبراني، 213/4.
[334] نغبر.
[335] لسان العرب، 82/2. والمراد بـ"ثبير" جبل بمكة، وهي أربعة أثبرة؛ ثبير غيناء، وثبير الأعرج، وثبير الأحدب، وثبير حراء (لسان العرب، 82/2).
[336] ابن منظور نسبه إلى عذار بن دُرّة (لسان العرب، 41/10).

يعني يقصد، فسُمّيت أفعال المناسك حجًّا لهذا المعنى، ثم لم يجز لنا إجراء[337] هذا الاسم على كلّ من قصد لشيء من الطاعات كالصلاة والصيام ونحوها فكذلك ما وصفنا، فلمّا صحّ بما وصفنا اختصاص فعل التكبير بالأمصار وجب أن يكون مخصوصًا بالجماعات ومن تلزمه[338] الجمعة كصلاة الجمعة، فلمّا لم تلزم[339] الجمعة غير أهل الأمصار وجب أن يكون مخصوصًا بالجماعات ومن تلزمه[340] الجمعة كصلاة الجمعة، فلمّا لم تلزم[341] الجمعة غير أهل الأمصار المقيمين وجب أن يكون ذلك حكم التكبير، والمعنى الجامع بينهما: أنّ كلّ واحد منهما مخصوص بالمصر.

فإن قيل: تجوز[342] الجمعة أيضًا في غير مصرٍ، واحتجّ بحديث أسعد بن زرارة أنّ النبي صلى الله عليه وسلم كان يوجهه من مكّة إلى المدينة[343]، فتجمّع إذا كان معه أربعون، وعن عمر أنّه كتب إلى أبي هريرة: "جمّعوا حيث ما كنتم"[344].

قيل له: ليس هذا موضع الكلام في صلاة الجمعة هل يصحّ [64ب] في غير مصرٍ أم لا فنستقصيه[345]، ولكنّا ﷺ عن هذا الفصل، فنقول أنّ ما روي في قصّة أسعد حديث واهٍ لا يحتجّ بمثله أهل المعرفة ولا يخفى سقوطه عليهم[346]. يدلّ على فساده أنّ فرض الجمعة إنّما نزل بالمدينة كذا روي أنّ سورة الجمعة نزلت بالمدينة لا يختلفون فيها[347]، وفي الحديث أنّ النبي صلى الله عليه وسلم كان يوجّهه إلى المدينة قبل أن يُهاجر، فكيف يحتجّ بمثله وفرض الجمعة لم يكن ثم نزل بعد، وأيضًا ليس في قوله: "كان يجمّع" أنّ النبي صلى الله عليه [وسلم] أمره بذلك أو علم فعله فأقرّه عليه ثبتت حجّة فعل الصحابي في زمن النبي صلى الله عليه وسلم إذا علّمه النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكره. وأمّا حديث عمر رضي الله عنه فإنّ أبا هريرة كان أميرًا على البحرين، فكان يخرج من عمله إلى عمل آخر له، فتدركه[348] الجمعة في عسكره في مصر، فكتب إلى عمر يسأله عن الجمعة، فكتب إليه عمر: "جمّعْ حيث كنتَ من عملك"، وقد كان النبي

---

[337] اجزا.
[338] ومن يلزمه.
[339] فلمّا لم يلزم.
[340] ومن يلزمه.
[341] فلمّا لم يلزم.
[342] يجوز.
[343] سنن أبي داود، الصلاة، 216؛ سنن ابن ماجه، إقامة الصلاة والسنة فيها، 78؛ مستدرك الحاكم، 187/3؛ صحيح ابن خزيمة، 112/3؛ صحيح ابن حبان، 477/15؛ مصنف ابن أبي شيبة، 517/19؛ الأوسط لابن المنذر، 30/4-31؛ المعجم الكبير للطبراني، 305/1؛ السنن الكبرى للبيهقي، 176/3. ولكني لم أجد فيها أنه كان يوجهه من مكة إلى المدينة.
[344] مصنف ابي أبي شيبة 48/4؛ الأوسط لابن المنذر 32/4.
[345] فيستقصيه.
[346] رواية أسعد بن زرارة رضي الله عنها السابقة من شروح لها عند ابن حجر، 290/7 وابن رجب الحنبلي، 63/8-64 والبغوي في شرح السنة، 220/4-221 في معرض كلامهم عن الجمعة وعددها يدل على خلاف ما قال، بل الظاهر أن رواتها خلا محمد بن إسحاق في درجة الرواة الثقات.
[347] صحيح البخاري، الجمعة، 38؛ صحيح مسلم، الجمعة، 38 (863).
[348] فيدركه.

صلى الله عليه وسلم يوجّه إلى المواضع الكثيرة الأهل من يجمّع بهم ولم يوجّه إلى القرى والمياه من يجمّع بهم، وهذا أظهر في النقل والعمل من أن يُحمل على أحد من أهل العلم.

ووجه آخر: يدلّ على أنّ تكبير التشريق مخصوص بالمصر أنّ التكبير لما كان مخصوصًا بوقت في أدبار الصلوات تسقط بفواته، ثم وجدنا الصلوات المخصوصة بالأوقات [65أ] التي تسقط بفواتها لا تلزم[349] إلّا أهل الأمصار والجماعات، مثل العيدين والجمعة وجب أن يكون التكبير كذلك، فلذلك لم تجب[350] عند أبي حنيفة على[351] المسافرين ولا النساء وإن صلّوا جماعة، ولم يلزم المنفرد وإن كان مقيمًا، ولا أهل السواد. وأمّا أبو يوسف ومحمد فذهبا إلى أنّه[352] التشريق المذكور في الخبر إنّما هو صلاة العيد، وهذا ذكر مسنون عقيب الفرض فأوجباه على كلّ مصلّي فرض.

مسألة

قال محمد: ولو نسي صلاة كانت وجبت عليه قبل أيام التكبير فذكرها في أيام التكبير وصلّاها جماعة لم يكن عليهم تكبير، وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم: ((من نام عن صلاة أو نسيها فليصلّها إذا ذكرها))[353]، وحكم الفائت مفعولًا على سببه. ألا ترى أنّ النبي صلى الله عليه وسلم لما فاتته صلاة الفجر حتى طلعت الشمس صلّى ركعتي الفجر قبلها ووصّاها على سائر سننها بالأذان والإقامة[354]. وكذلك قال أصحابنا فيمن فاتته العشاء حتى طلعت الشمس فصلّاها في جماعة: إنّ الإمام يجهر بالقراءة فيها ليقع قضاؤها على سننها، ولو نسي صلاة الظهر فصلّاها ليلًا جماعة لم يجهر بالقراءة فيها، فلمّا لم يكن التكبير مسنونًا عقيب الفائتة في مسألتنا [65ب] لم يلزمه التكبير فيها عند قضائها.

قال محمد: ولو نسي قوم صلاة في أيام التكبير قضوها بعد أيام التشريق في جماعة أو فُرادى لم يكن عليهم تكبير. والأصل في ذلك: أنّ السنن المخصوصة بأوقات تسقط بفوات أوقاتها، ودليل ذلك: رمي الجمار وصلاة العيدين وسجود السهو وترك القعدة في الدليرالا ألا ترى أنّ النبي صلى الله عليه وسلم تركها في الظهر فسبح به فلم يرجع[355].

فإن قيل: قد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم لما فاتته صلاة الفجر حتى طلعت الشمس صلى ركعتين من الفجر فقد قضاهما بعد فوات وقتهما[356].

---

[349] لا يلزم.
[350] لم يجب.
[351] + على، صحّ هامش.
[352] + انه، صحّ هامش.
[353] صحيح البخاري، مواقيت الصلاة، 37؛ صحيح مسلم، المساجد ومواضع الصلاة، 314-315.
[354] صحيح البخاري، مواقيت الصلاة، 35؛ صحيح مسلم، المساجد ومواضع الصلاة، 309.
[355] سنن أبي داود، الصلاة، 201؛ سنن الترمذي، الصلاة، 157؛ سنن الدارمي، الصلاة، 176؛ صحيح ابن خزيمة، 114/2-116؛ مستدرك الحاكم، 321/1-322؛ مسند أحمد، 247/4، 253/4 وغيرهم.
[356] صحيح ابن خزيمة، 214/1؛ سنن الدارقطني، 222/2؛ معرفة السنن والآثار للبيهقي، 236/2؛ مسند أحمد، 90/4.

قيل له: نحن نقضيهما أيضًا على هذا الوجه كما قضاهما النبي صلى الله عليه وسلم، لأنّ وقتهما لم يفت بعد، وذلك أنّ وقتهما أن يفعلا قبل صلاة الفجر، فهما مفعولتان في وقتهما في هذه الحال.

مسألة

قال محمد: ولو أنّهم نسوها وهي صلاة من صلاة أيام التكبير فلم يذكروها حتى دخلت أيام التكبير من قابل فذكروها وصلّوها جماعة أو فُرادى لم يكن عليهم تكبير، وذلك لما قدّمنا من فوات الوقت، وكما لو فاته رمي الجمار لم يرمه من العام القابل، وكما لو فاتته صلاة العيد لم يصلها من قابل.

قال محمد: ولو أنّهم نسوها وهي صلاة من صلوات أيام التشريق فذكروها من آخر أيام [66أ] التشريق وصلّوها جماعة كبّروا فيها.

قال أبو بكر: لم يفت وقت التكبير بتأخيره إلى آخر أيامه كما لا يفوت رمي الجمار بتأخيره إلى آخر أيامه، وكما لم يجعل تكبير العيد فائتًا للمأموم بإدراكه للإمام في القراءة والركوع، لأنّ هذه الأحوال يفعل فيها التكبير قائمًا آخره عن الوقت المستحبّ له إلى غيره كما يؤخّر الإنسان الصلاة عن الوقت المستحبّ له إلى غيره فلا يكون فائته. ألا ترى أنّ من صلّى عصر يومه عند اصفرار الشمس لم يفعل فائتة وإن كُره له تأخيرها إليه، وإنّ من صلّى العتمة بعد نصف الليل لم يفعلها فائتة مع كونه منهيًّا عن تأخيرها إليه.

مسألة

قال محمد: وإذا سهى الإمام فلم يكبّر حتى خرج من المسجد كان على من خلفه أن يكبّروا، وليس هذا بمنزلة سجدتي السهو.

قال أبو بكر: الفرق بينهما: ما بيّنه محمد من أنّ سجود السهو من الصلاة والتكبير ليس من الصلاة، وبيان ذلك أنّ من أصل أصحابنا جميعًا: أنّ سجود السهو يُفعل بناءً على التحريمة. ألا ترى أنّهم جميعًا يقولون: أنّه لو ضحك بعد سجود السهو قبل أن يسلّم وجب عليه الوضوء، وأنّ أبا حنيفة يقول: لو طلعت الشمس في هذه الحال فسدت صلاته، فهم وإن كانوا مختلفين في خروجه من الصلاة بالسلام فلم يختلفوا أنّه [66ب] إذا سجد فعله على حكم التحريمة وأنه في حكم الصلاة، واختلفوا فيه بعد السلام قبل أن يعود إلى السجود، فقال محمد وزفر: لا يخرجه السلام من الصلاة، وقال أبو حنيفة: يخرج من الصلاة بالسلام ثم يعود في حكمها بالعود إلى السجود. وكان أبو الحسن يحكي عن أبي يوسف: أنّ سلامه مُراعى فإن لم يعد في السجود كان خارجًا من الصلاة بالسلام، وإن عاد لم يكن السلام قطعًا، وإذا كان من أصلهم: أنّه متى عاد إلى السجود كان في حكم الصلاة وأنّه يفعله بناء على التحريمة وجب أن يسقط عنهم بسقوطه عن الإمام، لأنّ كلّ ما كان في حكم أفعال الصلاة يلزمهم اتّباع الإمام فيها. ألا ترى أنّ الإمام لو قام في الثنتيين من الظهر لزم

المأموم اتباعه والقيام معه. ويدلّ على أنّ السجود يفعل بناء على التحريمة أنّ السجود لا يجب إلّا لترك بعض سنن الصلاة فيقوم مقام النقص الداخل فيها، فينبغي أن يكون مفعولًا على حكم التحريمة.

وأمّا تكبير التشريق فليس هو مفعولًا بناءً على التحريمة، لأنّه ليس من الصلاة ولا من أسبابها، فلا يعتبر فعل الإمام فيما يلزم المأموم منه، والتكبير يشبه التلبية المندوب إليها للمُحرّم عقيب الصلاة أنّ اعتبار فعل الإمام ساقط فيها، ويشبه [67أ] أيضًا سجدة تلاها رجل فسمعها غيره أنّه يسجدها سواء سجدها التالي لها أو لم يسجدها.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ الإمام قام ساهيًا ولم يكبّر وذكر ذلك بعدما خرج من المسجد لم يكن عليه تكبير، فإن ذكر ذلك وهو في المسجد عاد إلى مكانه فكبّر، وذلك لأنّ هذا التكبير مسنون عقيب الصلاة، والخروج من المسجد يقطع حكم الحال التي عقيب الصلاة كما يقطع حكم الصلاة لغير المغنوف فسقط، وأمّا ما دام في المسجد فإنّ موضع التكبير باقٍ. ألا ترى أنّ من ظنّ أنّه قد أحدث فانصرف ولم يخرج من المسجد حتى ذكر رجع فبنى ولم يفسد صلاته، ولو ذكر أنّه لم يحدث بعد الخروج من المسجد فسدت صلاته.

مسألة

ولو أحدث وهو في مكانه بعدما سلّم قبل أن يتكلّم فإن كان أحدث متعمّدًا فلا تكبير عليه وإن أحدث غير متعمّدٍ كبّر في مكانه قبل أن يتوضّأ، وذلك لأنّ الحدث متعمّدًا يقطع حكم الحال كما يقطع حكم الصلاة وهو مثل الكلام فسقط التكبير، لأنّه يحصل غير مفعول عقيب الصلاة ولا في موضعه. وأمّا الحدث فإنّه لا يقطع حكم الحال كما لا يقطع حكم الصلاة، وإنّما أمره بأن يكبّر قبل أن يتوضّأ من قِبل أنّه غير مفعول في الصلاة ولا بناء [67ب] عليها، وإنّما يفعل خارج الصلاة عقيبها لا على وجه البناء، فلا يضرّه الحدث إذا لم يخرجه عن حكم الحال، وهذا يدلّ أيضًا على الفرق بين التكبير وسجود السهو، لأنّ سجود السهو لا يفعل في حال الحدث، لأنّه مفعول على وجه البناء على التحريمة.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ إمامًا يرى تكبير ابن مسعود فصلّى خلفه قوم يرون تكبير علي بن أبي طالب رضوان الله عليه بعض الصلوات التي لا يرى فيها الإمام التكبير، ويراه القوم فإنّهم يكبّرون خلفه وإن لم يكبّر الإمام، وذلك لما بيّنا من أنّ المأموم لا يفعله على وجه الاقتداء، إذ ليس هو من الصلاة ولا يفعل بناء عليها، وشبّهه محمد بسجدة تلاها رجل فإن سجد لها سجد القوم معه، يـأتمّون به فيها، وإن لم يسجدها سجدها القوم، وبمنزلة الإمام المحرم إذا ترك التلبية عقيب الصلاة فيفعلها المأمومون إذا كانوا محرِمين.

باب الصيام والاعتكاف

قال محمد: وإذا قال الرجل: "لله عليّ أن اعتكف شهرًا" ولم ينوِ شهرًا بعينه فله أن يعتكف أيّ شهر شاء، ولكن لا بدّ من أن تتابع بين اعتكافه ولا يفرّق.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ الشهر عبارة عن الليل والنهار لا يختصّ [68أ] بأحد الوقتين دون الآخر. ألا ترى أنّه لو حلف ألّا يكلّم[357] فلانًا شهرًا أنّ الوقتين جميعًا يدخلان في يمينه، ولا يصدّق في بينة النهار دون الليل، كذلك الاعتكاف يشتمل الوقتين، ولا تعمل[358] نيّةٌ في تخصيصه.

والمعنى الجامع بينهما: أنّ الاعتكاف يصحّ في الوقتين كما يصحّ ترك الكلام، وأنّه خصّ بالبيّنة ما ليس في اللفظ، إذ ليس في اللفظ ذكر الليالي وهو كقوله: "لا آكل[359]" أنّه عام في جميع الأكل، ولا تعمل[360] نيّة[361] في تخصيص طعام دون طعام، إذ ليس الطعام مذكورًا في اللفظ، ونيّة التخصيص إنّما تعمل[362] فيما كان موجودًا في لفظه، وليس هذا كقوله: "لا آكل[363] طعامًا" ونوى طعامًا دون طعامٍ فيصدّق فيما بينه وبين الله، لأنّه خصّ بالنيّة مذكورًا في اللفظ.

ووجه آخر: أنّ قوله "شهرًا" لما كان عبارة عن الليل والنهار، فأنّا متى علمنا[364] بينة في أحد الوقتين كان الباقي بعض الشهر، فلمّا لم تصح[365] العبارة بالشهر عن الباقي بعد التخصيص لم يعمل، لأنّه يؤدّي إلى إسقاط اللفظ، وإنّما ألزمنا شهرًا متتابعًا، لأنّ الاعتكاف يصحّ في جميع آخر الشهر، فأشبه من هذا الوجه ترك الكلام ونحوه، وانتظم الليل والنهار على وجه التتابع، وإنّما كان له أن يعتكف أيّ شهر شاء ولم يتناول النذر الشهر الذي يلي الإيجاب، وفارق اليمين في قوله: "والله لا أكلّمُك شهرًا"، فيكون من حين حلف من قبل الموجَب بالنذر [68ب] هو الاعتكاف، والشهر تقدير لهذه القربة وأخرجه مخرج النكرة، فلم يتناول "شهرًا" بعينه كقوله: "لله عليّ أن أعتق عبدًا" إنّ ذكر العبد لما كان تقديرًا للقربة التي أوجبها من العتق لم يتناول عبدًا بعينه، ولهذا المعنى أصل في الكتاب وهو قوله تعالى: ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾[366] في الظهار وفي القتل وقوله: ﴿وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ﴾[367] وسائر ما أوجب الله تعالى من الصيام مطلقًا غير مقيّد بوقت بعينه فلم يتناول وقتًا بعينه، بل كان على أيّ شهر شاء، فوجب على هذا الأصل اعتبار كلّ قربة مقدّرة غير مقيّدة بوقت ربّما ذكرنا من وقوعها على وقت غير معيّن، إذ كانت النذور محمولة على أصولها في الفروض. وأمّا

---

357 الّا تكلّم.
358 ولا يعمل.
359 لا أكلتُ.
360 ولا يعمل.
361 بينه.
362 يعمل.
363 لا أكلتُ.
364 اعلمنا.
365 لم يصح.
366 المجادلة، 4/58.
367 البقرة، 196/2.

اليمين على الكلام وما لا قربة فيه فله أصل آخر في تعلّقه بالوقت الذي يلي اليمين وهو قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾[368]، فكانت المدّة من حين حلف وكذلك الإجارات والآجال.

قال محمد: ولو قال: "لله عليّ أن أصوم شهرًا" ولم يبيّن شهرًا بعينه ولا متتابعًا ولا نيّة له، فإن شاء فرّق بين صومه وإن شاء وصل.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه معلوم وقوع اللفظ على الخصوص لاستحالة وقوع الصوم في الليالي فلم يقع الإيجاب متّصلًا متتابعًا فلم يجز لنا أن نزيد[369] فيه التتابع، لأنّ التتابع صفة زائدة لا يجوز إيجابها باللفظ، ويدلّ عليه بما أوجب الله تعالى من الصيام المطلق من غير شرط التتابع أنّه لا تتابع [69أ] فيه كقضاء رمضان وصيام ثلاثة أيام في الحجّ وسبعة إذا رجع[370]، وصوم جزاء الصوم فيه وجب بقاء الإيجاب في الأيام على التتابع.

فإن قيل[371]: إنّ الموجب لصوم شهرٍ لم يوجبه إلّا متفرّقًا فلا يلزم التتابع في اللفظ.

قيل له: ليس صوم رمضان متتابعًا عندنا، وإنّما هو صوم أيام معيّنة متجاورة. والدليل على ذلك: أنّ الصوم المتتابع متى فرّق فيه لزمه استئنافه كصيام شهرين متتابعين، وأنّه لو أفطر في رمضان يومًا لم يلزمه قضاء الشهر كلّه، فعلمنا أنّه ليس عليه في صوم رمضان شرط التتابع، وإنّما فيه تعيين أيام متجاورة والتتابع معنى آخر غير ذلك.

فإن قال: فقد أوجبت التتابع في صوم كفّارة اليمين مع الإطلاق وعدم شرط التتابع.

قيل له: إنّما أوجبناه بالتوقيف، لأنّ في قراءة عبد الله فصيام ثلاثة أيام متتابعات.

مسألة

وإذا قال: "لله عليّ اعتكاف شهر" فعليه اعتكاف شهر بصومه لا بدّ منه، لأنّ الاعتكاف لا يكون إلّا بصومٍ.

قال أبو بكر: الدليل على أنّ الاعتكاف لا يصحّ إلّا بصوم: إنّ الله ذكر الاعتكاف في الكتاب مُجملًا مفتقرًا إلى بيانٍ ولم يبيّن صفته لنا، فاحتجنا إلى بيان من غيره، فوجدنا النبي صلى الله عليه وسلم إذا وقع على وجه البيان فهو مراد بالآية، فصار كالموجود في لفظها، فثبت أنّه من شرط الاعتكاف كما لو كان موجودًا في لفظ الآية كان من شرائطه، ونظير

---

368 البقرة، 226/2.

369 ان تزيد.

370 قوله تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحِلَّهُ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِّن رَّأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ فَإِذَا أَمِنتُمْ فَمَن تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ تِلْكَ عَشَرَةٌ كَامِلَةٌ ذَٰلِكَ لِمَن لَّمْ يَكُنْ أَهْلُهُ حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾ (البقرة، 196/2)

371 قيل له.

ذلك: ما أوجبه الله من الفرض مجملًا في الكتاب، ثم كان [69ظ] فعل النبي صلى الله عليه وسلم فيها على وجه البيان موجبًا أنّه من أداء الله به كالصلاة والزكاة والحجّ[372].

فإن قيل: لفظ الاعتكاف في الكتاب ليس بمفصّل[373]، بل هو مبيّن المعنى ظاهر المراد، لأنّه اسم للُّبث في المكان، وذلك معنى معلوم غير محتاج إلى البيان، فلمّا قيّده بذكر المساجد علمنا أنّه هو الاعتكاف المراد باللفظ، ولا يفتقر مع ذلك إلى بيان غيره.

قيل له: إنّ الاعتكاف وإن كان[374] لبثًا في اللغة فإنّه قد أُريد به في الشرع معانٍ[375] ليست بداخله اللفظ من جهة الاسم ولا بمعقول به. ألا ترى أنّه لا يسمّى كلّ لابث في المسجد "معتكفًا"، وهذا كما قلنا في الحجّ: إنّه يقع في اللغة على القصد والزيارة، ثم وقع في الشرع على معانٍ أُخر لم تكن[376] معقولة في اللغة من جهة الاسم، وإذا لم يصح إطلاق لفظ الاعتكاف على كلّ لابث في المسجد إذ قد لبث في المسجد منتظرًا للصلاة أو لغريم له أو ملزومًا بدين فلا يسمّى معتكفًا في الشريعة، علمنا أنّ هناك معنى آخر من أجله صحّ له أن يكون معتكفًا، وذلك موكول إلى بيان الرسول صلى الله عليه وسلم، ثم لمّا وقع منه البيان بالصوم علمنا أنّه هو المراد إذا لم يشرط أحد فيه معنى غير الصوم.

فإن قيل: ما أنكرت أن يكون المعنى المضموم إليه هو النيّة دون غيره كما كان الصوم في اللغة الإمساك، ثم الذي فرّق بينه وبين الصوم الشرعي هو النيّة دون غيره كما كان الصوم في اللغة الإمساك[377]، فكذلك [70أ] الاعتكاف في اللغة هو اللبث، فإذا انضمّت النيّة إليه صار اعتكافًا شرعيًا.

قيل له: النيّة شرط فيه بالإجماع والصوم بفعل النبي صلى الله عليه وسلم، لأنّ كلّ ما فعله النبي صلى الله عليه وسلم فهو مراد بالآية لوقوع فعله على وجه البيان، وكون النيّة شرطًا فيه لا يمنع أن يكون غيرها شرطًا فيه أيضًا، وكذلك إن سألوا في انضمام ترك الجماع إليه أجبناهم[378] بمثل ذلك، ويقال لهم أيضًا: إنّ ترك الجماع ليس بقربة، والمعنى الذي يجعل اللبث قربةً ينبغي أن يكون قربة في نفسه، وعلى أن ترك الجماع ليس بمعنى مضموم إليه، وإنّما الجماع شيءٌ يحظره الاعتكاف، كما يحظر الإحرام الجنايات المحظورة فيه.

وقد استدلّ شيوخنا أيضًا بأنّ الاعتكاف لما كان لبثًا في المكان، ووجدنا اللبث في المكان لا يكون قربةً في نفسه إلّا بانضمام غيره إليه مثل الوقوف بعرفة ليس بقربةٍ إلّا بانضمام الإحرام إليه، فوجب ألّا يكون الاعتكاف قربة إلّا بانضمام

---

372 انظر: الموطأ، الاعتكاف، 2؛ سنن أبي داود، الصيام، 80؛ مصنف عبد الرزاق، 4/353-354؛ مستدرك الحاكم، 1438؛ السنن الكبرى للبيهقي، 4/318؛ شرح مشكل الآثار، 10/347 وغيرهم. وكل هذه الآثار موقوفة ومقطوعة.

373 بمحصّل.

374 + كان، صحّ هامش.

375 معاني.

376 لم يكن.

377 + ثم الذي فرّق بينه وبين الصوم الشرعي هو النيّة.

378 اجتباهم.

معنى آخر إليه هو قربة في نفسه لو تعرّى عنه، ولم يشرط فيه أحدٌ معنى يكون قربةً في نفسه إذا تعرّى عن غيره إلّا الصوم، فعلمنا أنّ الذي يجعله قربة لوجود قربة النيّة فيه وانضمامها إليه، وإن لم يكن الإمساك قربةً إذا تعرّى من النيّة، كذلك اللبث يجوز أن يصير قربةً لانضمام النيّة إليه، وإن لم يكن قربةً في نفسه عند تعرية منها من قِبل أنّا شرطنا أن يكون المضموم إليه قربة [70ب] في نفسه تعرّى عن غيره كالإحرام إذا تعرّى عن الوقوف بعرفة كان قربة في نفسه نحو إحرام العمرة.

وأمّا النيّة فليست قربة في نفسها إذا تعرّت عن غيرها، وإنّما هي تابعة للأفعال التي قد ثبت أنّها قربة في الأصول، فيحتاج إلى النيّة للفصل بين الفرض والنفل. ألا ترى أنّه ليس في الأصول نيّة هي قربة في نفسها غير متعلّقة بفعل وفي الأصول صوم واجب فعله دون الوقوف وهو نادر العمرة، وبهذا المعنى بعينه وقع الفصل بين ترك الجماع في كونه مضمونًا إلى اللبث وبين الصوم، لأنّ ترك الجماع في نفسه ليس بقربة إذا تعرّى عن غيره. ألا ترى أنّ من ترك الجماع ونواه لم يكن ذلك قربة، وإنّما ترك الجماع من موجب فروض أو أفعال أُخر غيره ولا حكم له في نفسه، فلا يجوز أن يصير الاعتكاف قربةً من أجله.

ودليل آخر، وهو: أنّا وجدنا النذور لا تصحّ إلّا بما له أصلٌ في الفروض كما لا يكون قربة إلّا بما له أصل في القرب. ألا ترى أنّ رجلًا لو قال: "لله عليّ المشيّ إلى المسجد" أو "أعود مريضًا" أو "أسلّم على إنسان" لم يلزمه بذلك فعل ما أوجبه على نفسه، لأنّ هذه الأشياء ليس لها أصل في الفروض، فلا تصير[379] واجبةً بالنذر، فلمّا وجدنا الاعتكاف يلزم بالنذر، ولم يكن للبث في المسجد أصل في الفروض علمنا أنّه إنّما لزم لما يتضمّن من الصوم الذي له أصلٌ في الفروض.

والدليل [71أ] على أنّ النذر لا يصحّ إلّا بما له أصل في الفرض أنّه لا خلاف أنّ النذر لا يصلح بما ليس له أصل في القرب مثل قوله: "لله عليّ أن أمشي إلى السوق" أو "أدخل هذه الدار" أو نحو ذلك من الأفعال التي ليست بقرب أنّها لا تلزمه بالنذر، لأنّه ليس لها أصل في القرب، فلا يصير ما ليس بقربة في الأصل قربة بالنذر، كذلك ما ليس له أصل في الفروض ينبغي ألّا[380] يصير واجبًا بالنذر.

فإن قيل: فقد تلزم[381] العمرة بالنذر، ولا أصل لها في الفروض عندك.

قيل له: أنّ العمرة هي الطواف والسعي ولهما أصل في الفروض وهو الحجّ.

فإن قيل: لما جاز الاعتكاف بالليل ولا صوم فيه علمنا أنّ الصوم ليس من شرطه.

---

379 فلا يصير.
380 اولا.
381 فقد يلزم.

قيل له: قد جاز بقاء الاعتكاف بالليل ولا صوم فيه مع خروجه من المسجد لحاجة الإنسان ولم يدخل على جوازه في غير المسجد، وإنّ الكون في المسجد ليس من شرائطه، وأيضًا يجوز أن يصير الاعتكاف بالليل قربة لصوم يتأخّر عنه كما كان في المسجد ليس من شراطه اللبث بمِنى قربة لرمي يفعله في اليوم الثاني، ولم يدل ذلك على أنّ اللبث بمنى قربة في نفسه لغير الرمي وأفعال الإحرام.

فإن قيل: لما جاز أن يعتكف في رمضان دلّ على أنّه لا يقتضي صومًا، لأنّه لو اقتضاه لم يثبت عنه صوم رمضان كما لو نذر صومًا لم يثبت عنه صوم رمضان.

قيل له: لم يقل: إنّ الاعتكاف عبارة عن إيجاب صوم حتى يلزمنا ذلك، [71ب] وعلى أنّه لو كان كذلك كان بمثابة من قال: "لله عليّ صوم رمضان" فلا نلزمه صوم غيره، وإنّما نقول: إنّ من شرائط الاعتكاف الصوم، ثم نبالي كان ذلك الإحرام نفلًا أو فرضًا، وكما نقول: إنّ من شرائط الصلاة الطهارة، ثم لا نبالي لأيّ شيء وقعت، وعلى أنّه لو قال: "لله عليّ اعتكاف شهر" لم ينب عنه رمضان، لأنّه لزمه صوم لأجل الاعتكاف، وإنّما يجيز ذلك في رمضان إذا لم يتعلّق بذمّته، وكان الإيجاب متعلّقًا بعينه أو دخل فيه من غير إيجاب تقدّمه.

فإن قيل: قد روى[382] عمر قال للنبي صلى الله عليه وسلم: "إنّي نذرتُ أعتكف ليلة في الجاهلية"، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: ((أوف بنذرك))[383]، فقد أمره بالوفاء به في ليلة مُفردة مع استحالة وقوع الصوم فيها.

قيل له: قد روي خبر آخر أنّه قال: "نذرت أن أعتكف يومًا"[384]، وفي خبر آخر أنّه قال: "نذرت أن أعتكف يومًا وليلة[385]"، فنحمل الأمر على أنّه سأله عن الأمرين جميعًا، فقال: "نذرت أن أعتكف يومًا وليلة"، فقال له: ((أوف بنذرك)) يعني في النهار الذي فيه الصوم، وجملة الأمر في هذا الخبر أنّه لا يخلو[386] من أحد وجهين: إمّا أن يثبت[387] اللفظان جميعًا على ما رُويا فيكون على ما بيّنا، إذ ليس أحد اللفظين أولى بالإثبات [72أ] من الآخر لتساويهما في النقل أو أن يبطلا جميعًا إن حُملا على التعارض، فلا يكون أحدهما أولى بالبطلان من الآخر، فيسقط حينئذ الاحتجاج به، ويصير بمنزلة ما لم يُروَ، ووجب علينا طلب الدليل على الحكم من غيره.

---

382 + ابن.

383 صحيح البخاري، الاعتكاف، 5، 15؛ صحيح مسلم، الأيمان، 27-28 (1656)؛ سنن أبي داود، النذور والأيمان، 25؛ سنن الترمذي، النذور والأيمان، 11؛ سنن الدارقطني، 183/3 وغيرهم.

384 صحيح مسلم، الأيمان، 27-28 (1656)؛ سنن الدارقطني، 186/3؛ السنن الكبرى للبيهقي، 338/6؛ مسند أبي عوانة، 18/4-19 وغيرهم.

385 لم أعثر على هذه الرواية.

386 لا يخلوا.

387 أن ثبت.

قال أبو بكر: وروى ابن سماعة عن أبي يوسف أنّه لو قال: "لله عليّ اعتكاف ليلة" وأراد اليوم لزمه، وإن لم تكن[388] له نيّة لم يلزمه، وليس فيه عن أبي حنيفة رواية على هذا التفصيل، فيحتمل أن يكون قول أبي حنيفة أيضًا إذا نوى اليوم كذلك، فإن كان كذلك فيحمل أن يكون عمر رضي الله عنه كان نوى ذلك وأخبر النبي صلى الله عليه وسلم فقال له: ((أوفِ بنذرك)) قول عمر: "نذرت أن أعتكف في الجاهلية" يحتمل وجهين: أحدهما: أن يكون نذر قبل إسلامه، فإن كان هذا أراد فإنّ ذلك النذر كان معصيةً، لأنّهم كانوا يعتكفون للأصنام، فقوله: ((أوفِ بنذرك)) لأجل نذره في حال الكفر فمنسوخ بقوله: ((لا نذر في معصية))[389]، ويحتمل أن يكون نذره كان في حال إسلامه إلّا أنّه[390] كان قبل فتح مكّة في حال ما كان أهلها على الجاهلية، فأشكل عليه حكمه إذا كان جائزًا سقوطه عنه لأجل تعذّر فِعله عليه في حال نذره، فأمره عليه السلام بالوفاء به إذا كان نذره صحيحًا على الوجه الذي تقدّم بيانه في الفصل المتقدّم.

فإن قيل: رُوى عن النبي صلى الله عليه وسلم [72ب] أنّه اعتكف العَشر الأوّل من شوّال[391]، ومعلوم أنّ أوّلها يوم الفطر ولا صوم فيه.

قيل له: يحتمل أن يريد به في العشر الأوّل من شوّال، فلا يستغرق الجميع ولا يدخل فيه يوم الفطر كما قال تعالى: ﴿الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَاتٌ﴾[392] معناه في أشهر معلومات، وإنّما هو يوم عرفة، لأنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((الحجّ عرفة))[393]، كذلك قوله: ((اعتكفْ العشر الأوّل))[394]، معناه في العشر الأوّل، ويكون دليله ما تقدّم ذكره من حجاج المسألة.

مسألة

قال محمد: وإذا قال: "لله عليّ أن أعتكف ليلة" فلا شيء عليه، وذلك لأنّ ليلة لا تكون[395] عبارة عن غيرها، ولا يكون غيرها تبعًا لها. ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿لَيْلَةُ الْقَدْرِ خَيْرٌ مِّنْ أَلْفِ شَهْرٍ﴾[396] ومعلوم أنّ اليوم لا يدخل فيها، وقال تعالى:

---

[388] وإن لم يكن.
[389] صحيح مسلم، النذر، 8 (1641)؛ سنن أبي داود، الأيمان والنذور، 18، 29؛ سنن الترمذي، الأيمان والنذور، 1؛ سنن النسائي، الأيمان والنذور، 41؛ وغيرهم.
[390] الانه.
[391] الموطأ، الاعتكاف، 4؛ صحيح البخاري، الاعتكاف، 7، 14؛ صحيح مسلم، الاعتكاف، 6 (1172)؛ سنن النسائي، المساجد، 18؛ الصوم 77 وغيرهم.
[392] البقرة، 197/2.
[393] سنن النسائي، مناسك الحج، 203، 211؛ سنن الترمذي، الحج، 57، التفسير 2، الحديث رقم 2975؛ سنن ابن ماجه، المناسك، 57؛ مسند أحمد، 309/4؛ مستدرك الحاكم، 463/1، 279/2؛ صحيح ابن خزيمة، 257/4؛ صحيح ابن حبان، 203/9 وغيرهم.
[394] مضى تخريج روايات العشر الأوّل من شوال. وأمّا العشر الأول من رمضان في صحيح البخاري، الأذان، 135؛ صحيح مسلم، الصيام، 215 (1167).
[395] لا يكون.
[396] القدر، 3/97.

﴿إِنَّا أَنزَلْنَاهُ فِي لَيْلَةِ الْقَدْرِ﴾[397] و﴿إِنَّا أَنزَلْنَاهُ فِي لَيْلَةٍ مُبَارَكَةٍ﴾[398] هو مقصور على سواد الليل، فلذلك لم يلزمه بالنذر لعدم الصوم فيه.

قال محمد: ولو قال: "لله عليّ أن أعتكف يومًا" لزمه ذلك يدخل المسجد قبل طلوع الفجر ويخرج بعد غروب الشمس، وذلك لأنّ اليوم عبارة عن ماض النهار لا يدخل منه غيره تبعًا له.

قال محمد: ولو قال: "لله عليّ أن أعتكف ليلتين أو يومين" لزمه ليلتان بيوميهما[399]، يدخل المسجد قبل غروب الشمس فيمكث ليلته ويومها وليلته الأخرى ويومها، وروى ابن سماعة وغيره عن أبي يوسف أنّ عليه يومين وليلة [73أ] يدخل المسجد قبل طلوع الفجر، ويبقى فيه ذلك اليوم والليلة واليوم الثاني، ويخرج بعد غروب الشمس من اليوم الثاني، وروي نحوه عن زفر. وقال زفر أيضًا: إذا قال: "لله عليّ أن أعتكف شهرًا" دخل فيه الليلة الأولى ويبتدئ بها، ففرّق بين أن يوجبه بذكر الأيام وبين إيجابه بلفظ الشهر.

قال: لأنّ الشهر عبارة عن الوقتين جميعًا من الأيام والليالي، والأيام ليست عبارة عن الليالي، وإنّما يدخل فيها ما يتخلّلها من الليالي على وجه التبع لاستحالة وجود يومين إلّا بأن يتخلّلها ليلة، والليلة الأولى لم يتنظمها اللفظ ولم يوجبها الحكم من جهة البيع، فلذلك اختلفا عنده.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّه متى ذكر جميعًا من الليالي أو الأيام دخله مثله من الآخر فيه، فإذا قال: "ثلاثين ليلةً" كانت عليه بأيامها، وكذلك إذا قال: "ثلاثين يومًا" كانت عليه بلياليها، وذلك معنى معقول في اللفظ.

والدليل عليه قوله تعالى: ﴿أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَ لَيَالٍ سَوِيًّا﴾[400]، وقال في آية أخرى: ﴿ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾[401]، والقصة واحدةٌ فعبّر تارّةً بذكر الأيام وتارّةً بذكر الليالي، فعلمنا أنّ إحدى العبارتين تفيد[402] ما تفيده[403] الأخرى. ألا ترى أنّه حين أراد التفرقة بين الوقتين في العدد لم يقتض على [73ب] إطلاق إحدى العبارتين دون تدان[404] الأخرى بعددها فقال: ﴿سَبْعَ لَيَالٍ[405] وَثَمَانِيَةَ أَيَّامٍ﴾[406]، لأنّه لو لم يفصّل كان المعقول سبعة أيام بعدد الليالي المذكورة، وقال تعالى: ﴿وَوَاعَدْنَا مُوسَىٰ ثَلَاثِينَ لَيْلَةً وَأَتْمَمْنَاهَا بِعَشْرٍ﴾[407]، ومعقول فيها الليالي بأيامها، وقال النبي صلى الله عليه وسلم: ((الشهر تسع

---

397 القدر، 1/97.
398 الدخان، 3/44.
399 بيوفيهما.
400 مريم، 10/19.
401 آل عمران، 41/3.
402 تفيده.
403 ما تفيده.
404 يدان.
405 + ليال، صحّ هامش.
406 الحاقة، 7/69.
407 الأعراف، 142/7.

وعشرون ليلة))[408]، وفي لفظ آخر: ((تسعة وعشرون يومًا))[409]، فعبّر تارّةً بالأيام وتارّة بالليالي. ويدلّ على ذلك أيضًا: أنّ جميع الأيام يستحيل وجوده إلّا ويتخلّلها الليالي، وكذلك يستحيل وجود جميع الليالي إلّا بتخلّل[410] الأيام، فعلمنا أنّ كلّ جميع من أحد الوقتين يقتضي بالوقت الآخر مثله، فلذلك قلنا: يجب أن يستوفي في[411] مسألتنا يومين بليلتيهما.

مسألة

ولو قال: "لله عليّ أن أعتكف ثلاثين ليلة" وقال: "نويت الليل دون النهار" فلا شيء عليه، وذلك أنّ اسم الليل لسواد الليل، وإنّما تدخل[412] الأيام فيه تبعًا لا من جهة اللفظ، بل من جهة الحكم، فإذا نوى حقيقة اللفظ عملت نيّته، وإذا لم تكن[413] له نيّة لزمه اعتكاف ثلاثين يومًا من جهة ما ذكرنا من دخول الوقت الآخر فيه على وجه التبع.

قال محمد: ولو قال: "لله عليّ أن أعتكف ثلاثين يومًا" وقال: "نويت النهار دون الليل" فهو كما قال، وإن شاء فرّق اعتكافه وإن شاء جمع، لأنّ قوله "يومًا" حقيقته لبياض النهار، ويدخل فيه الليل تبعًا من جهة [74أ] الحكم على الحدّ الذي وصفنا، فإذا نوى ما وضع اللفظ له حقيقة وأن يكون الحكم مقصورًا عليه دون غيره كان كما نوى، وليس هذا كقوله: "لله عليّ اعتكاف شهر"، لأنّ اسم الشهر لا يختصّ بأحد الوقتين دون الوقت الآخر، بل يشملهما ويقع عليهما وقوعًا واحدًا.

مسألة

قال محمد: ولو قال: "لله عليّ أن أعتكف شهر رمضان" فعليه أن يعتكف بالليل والنهار، فإن صامه ولم يعتكفه كان عليه قضاء اعتكافه، فيعتكف شهرًا مكانه متتابعًا ويصوم.

قال أبو بكر: وروي عن أبي يوسف في الإملاء أنّ الاعتكاف يسقط عنه إذا صام رمضان ولم يعتكفه. أمّا وجه قولهم في جواز صوم رمضان عن الاعتكاف الموجب فيه فهو ما قلنا: إنّ الاعتكاف لا يوجب الصوم وإنّما الصوم من شرائطه، فالصوم ضمّ إليه حالًا، وهذا كرجل قال: "لله عليّ المشي إلى مكّة لحجّة الإسلام"، فلا يلزمه إحرامٌ آخر، ومع ذلك لو لم يقل لحجّة الإسلام لزمه إحرام ولا ينوب عنه حجّة الإسلام، وكما يقول في الوقوف بعرفة: إنّه ليس بقربة إلّا بإحرام، ومع ذلك لا يوجب الإحرام بدلالة أنّ إحرام الفرض يصيّر قربةً، وأيضًا فإنّ العين متى عُلّق بها نذرًا أجزات

---

408 صحيح البخاري، الصوم، 11؛ مسلم، الصيام، 9 (1080).
409 الموطأ، الصيام، 1؛ سنن النسائي، الصيام، 15. وأما أكثر الروايات فليس فيها ذكر العدد "تسع وعشرون" دون المعدود، أي دون ذكر الليلة أو اليوم في صحيح البخاري، الصلاة، 18 وغيرها من الكتب والأبواب؛ مسلم، الصيام 6-7 (1080).
410 يتخلّل.
411 + في، صحّ هامش.
412 وانما يدخل.
413 واذا لم يكن.

عن نفسها وعنه بدلالة أنّ من حال الحول [74ظ] على ماله فوجبت فيه الزكاة، ثم نذر صدقته فتصدّق به عن النذر وعن الزكاة جميعًا.

وأمّا وجه قول محمد: إنّه إذا صام رمضان ولم يعتكفه كان عليه أن يعتكف شهرًا آخر مكانه يصوم فيه، فهو أنّه لما صام رمضان ولم يعتكفه بقي الاعتكاف في ذمّته عاريًا عن الوقت الموجَب فيه، فصار بمنزلة من قال: "لله عليّ أن أعتكف شهرًا"، فيلزمه ذلك بصومه، لأنّ فوات العين لا يمنع بقاء الاعتكاف، إذ قد يصحّ الاعتكاف في العين تارّةً وفي الذمّة أخرى.

فإن قيل: فهو لم يوجب على نفسه صومًا غير صوم رمضان فكيف ألزمتَه ذلك؟

قيل له: إن لم يلزم نفسه صومًا فإنّ صحّة لزوم الاعتكاف عنه متعلّقة بشهر رمضان فلا يسقط بفواته. ألا ترى أنّ من قال: "لله عليّ صوم رجب" ففاته صومه لم يسقط عنه.

قال محمد: فإنّ اعتكفه في رمضان قابل لم يجزه.

قال أبو بكر: لـمّا لم يضمّه في الأوّل حصل في ذمّته، ومن كان في ذمّته اعتكاف شهر لم ينُب عنه صوم رمضان، وليس كذلك إذا لم يفت رمضان الأوّل فيجزيه أن يقتضيه فيه من قِبل أنّه لم يحصّل بعد في ذمّته ما دام فعله في العين مقدورًا عليه. ونظير هذا: رجلٌ دخل مكّة بغير إحرام أنّ عليه أن يرجع فيحرم من الوقت، فإن أحرم في هذه السنة [75أ] بحجّة الإسلام أجزته ممّا لزمه بالدخول، لأنّه لم يحصل الإحرام في ذمّته ولو تحوّلت السنة لم يجزه حجّة الإسلام ممّا لزمته بالدخول، لأنّ تحوّل السنة أوجب حصول إحرام في ذمّته فلا ينوب عنه حجّة الإسلام.

قال محمد: ولو أنّه أفطر شهر رمضان الأوّل من[414] غير عذر وجب عليه قضاء باعتكاف متتابع، فإن قضاه باعتكاف متتابع أجزأه، لأنّ الصوم الذي أوجب فيه الاعتكاف باقٍ فيجزيه له أن يقضيه فيه، فهو بمنزلة من كان عليه قضاء رمضان فقال: "لله عليّ أن أعتكف فيما أقضيه من رمضان"، فلا يلزم صوم غيره، وقد استشهد محمد على ذلك بالرجل يقول: "لله عليّ أن أعتكف رجبًا" ثم أفطر فيه أنّه يجوز له قضاؤه باعتكافه، ومع ذلك إن اعتكف مكانه شهر رمضان لم يجزه.

قال أبو بكر: هذا استشهاد صحيح على المسألتين جميعًا. ووجه دلالته عليها: أنّ فوات صوم رجب يلزمه الصوم والاعتكاف في ذمّته، وكذلك فوات صوم رمضان يحصل الصوم والاعتكاف في ذمّته، فينبغي أن يستويا في باب القضاء على الوجه الذي بيّنه محمد.

---

414 + من، صحّ هامش.

مسألة

قال محمد: ولو قال: "لله عليّ أن اعتكف رجب" فاعتكف مكانه شهر ربيع أجزاه في قول أبي يوسف، وكذلك [75ب] الصلاة والصدقة، وقال محمد: تجزيه[415] الصدقة ولا يجزيه الصوم والصلاة.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن يحتجّ في ذلك باتّفاق الجميع على أنّ قربة الأوقات لا يتعلّق بها الإيجاب. ألا ترى أنّه لو قال: "لله عليّ صوم يوم عاشوراء" فلم يصمه أجزاه أن يصوم يومًا آخر مكانه، ومعلومٌ أنّ صوم عاشوراء أفضل من غيره لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنّه قال: ((صيام يوم عاشوراء كفّارة سنة))[416]، وكذلك صوم يوم عرفة أفضل من غيره ولو نذره ثم أفطر فيه قضى عنه يومًا مكانه، فلو كانت قربة الوقت يتعلّق بها الإيجاب لكان على ناذر صوم يوم عاشوراء ويوم عرفة إذا أفطر فيهما أن ينتظر قضاءهما في يوم عاشوراء أو في يوم عرفة من قابلٍ، فلمّا اتّفق الجميع على سقوط ذلك ثبت أنّ قربة الوقت لا يتعلّق به الإيجاب، وإذا صحّ ذلك صار ذكره الوقت وترك ذكره سواء في باب اللزوم، فصار فيما لزمه بمنزلة من قال: "لله عليّ صوم شهر" فيجوز له أن يصوم أيّ شهر شاء، وبمنزلة من قال: "لله عليّ أن أصوم في ثوب كذا" فصامه في ثوبٍ آخر أنّه يجزيه، لأنّ الإيجاب لا يتعلّق بثوب دون غيره كذلك لما لم يتعلّق الإيجاب بقربة الوقت صار ذكره الوقت كذكره الثوب، وكمن قال: "لله عليّ أن أصلّي في هذا [76أ] الثوب"، فصلّى في غيره، وكذلك الأماكن بهذه المثابة. ألا ترى إلى قول النبي صلى الله عليه وسلم: ((صلاة في مسجدي هذا أفضل من سبعين صلاة في غيره))[417]، ثم لو قال: "لله عليّ أن أصلّي في مسجد الرسول" جاز له أن يصلّي في غيره عند محمد، وقد روي أنّ رجلًا نذر أن يصلّي في بيت المقدس فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يصلّي بالمدينة[418].

فإن قال: تعليق النذور بالأماكن مخالف لتعلّقها بالأوقات، لأنّا لم نجد صلاةً تختصّ بمكان حتى لا يجوز أداؤها في غيره، وقد وجدنا الصوم والصلاة يختصّان بأوقات حتى لا يجوز أداؤهما في غيرهما كمن يصلّي أو يصوم قبل الوقت فلا يجزيه.

قيل له: الصلاة عندنا قد تختصّ بأماكن مخصوصة حتى لا يجوز فعلها في غيرها، كالصلاة بالمزدلفة لو صلّى الحاجّ المغرب في وقتها قبل أن يأتي مزدلفة لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد، فعلمنا أنّ هذا الفصل ساقط، وقد وجدنا قُربًا أخر

---

[415] يجزيه.

[416] صحيح مسلم، الصيام، 196-197 (1162)؛ سنن أبي داود، الصيام، 53؛ سنن الترمذي، الصوم، 48 وغيرهم.

[417] لم أعثر على أي رواية فيها تفضيل مسجده صلى الله عليه وسلم على غيره من المساجد سوى المسجد الحرام بسبعين صلاة. أما تفضيله بألف صلاة فمعروف في دواوين الحديث، منها: الموطأ، الصلاة، 128؛ صحيح البخاري، العمل في الصلاة، 1؛ صحيح مسلم، الحج، 505 (1394).

[418] سنن أبي داود، الأيمان والنذور، 19؛ مسند أحمد، 363/3، 373/5؛ المعجم الكبير للطبراني، 320/7؛ السنن الكبرى للبيهقي، 82/10 وغيرهم.

متعلّقة بأماكن لا يصحّ فعلها في غيرها كالوقوف بعرفة والطواف وغيرهما، على أنّ محمدًا وزفر وجميع من خالف في ذلك لا يخالف في نذر يوم عاشوراء أنّ غيره ينوب عنه وإن لم يكن مثله في فضيلته.

فإن قيل: فقد قالوا: إنّه إذا نذر صوم يوم الفطر [76ب] ثم صامه أجزاه عن النذر، ولم يجعلوا ذلك بمنزلة قوله: "لله عليّ أن أصوم يومًا" فلا يجزيه يوم الفطر عن نذره، فإذا جاز أن يتعلّق النذر بالعين إذا عيّنه، وفارق إطلاقه من غير تعيين من الوجه الذي وصفناه دلّ ذلك على أنّه لا يجوز تقديمه، لأنّه بمنزلة فعل الشيء قبل وقته.

قال أبو بكر: الجواب: إنّ هذا السؤال لا يعترض على استدلالنا بل هو مؤكّد له، وذلك لأنّا قلنا: إنّ تعيين الوقت لا يمنع صحّة حجّة الإيجاب في الحال، وأنّ الوقت وإن كان مخصوصًا بقربة ليس في غيره فغير مانع من لزوم الشيء له في الحال، وهذا الذي ذكره السائل يدلّ على ذلك أيضًا، لأنّ قربة الوقت لما لم يتعلّق بها الإيجاب، فكذلك كون الوقت منهيًّا عن الصوم فيه لا يمنع صحّة الإيجاب فهو قد جريا من هذا الوجه قرن. وأمّا الفرق بين النذر المطلق والمقيّد في امتناع جواز المطلق في يوم الفطر، وجواز أداء المقيّد فيه فغير قادح في المعنى الذي اتّفقا فيه وهو صحّة الإيجاب. ألا ترى أنّ من قولهم جميعًا: أن رجلًا لو قال: "لله عليّ أن أتصدّق بهذا الدرهم" أنّ النذر متعلّق بالعين حتى لو هلك الدرهم سقط النذر، ومع ذلك لو أدّى درهمًا آخر أجزى عنه فلم يمنع تعلّق النذر بالعين من هذا الوجه من جواز أداء غيره عنه، فكذلك تعلّق الإيجاب باليوم المعيّن لا يمنع جواز تقديمه، وحُكي عن أبي سعيد البرذعي أنّه [77أ] كان يحتجّ لقول أبي يوسف بأن هذا إيجابٌ مؤجّل فهو محسن في إسقاط الأجل.

قال أبو بكر: وهذا احتجاج صحيح، وبيانه: أنّ دخول الأجل فيه لا يمنع صحّة الإيجاب في الحال كما أنّ دخول الأجل في ثمن المبيع لا يمنع لزوم الثمن في الحال قبل حلول الأجل، لأنّ الثمن لو لم يلزم إلّا بعد الأجل لكان المشتري قد ملك على البائع السلعة في الحال من غير بدلٍ لزمه وهذا لا يجوز، لأنّ حكم عقود المعاوضات أن يحصُل[419] لكلّ واحد منهما الملك بإزاء ملك الآخر. وأيضًا لو كان لزومه متعلّقًا بحلول الأجل لبطل البيع، كما لو باعه على ألّا يلزمه الثمن في الحال، وإنّما يلزمه عند مجيء شهر بطل البيع. ويدلّ على أنّ البائع قد ملك على المشتري الثمن في الحال مع التأجيل: أنّه متى قبض الثمن اعتدّ بوقت الأجل في وجوب الزكاة، وإذا كان كذلك وجب أن يكون الأجل المذكور في النذر غير مانع جواز تقديمه كما أنّ المشتري إذا رضي بتعجيل الثمن، وإسقاط الأجل كان محسنًا في ذلك غير معنّف. ويدلّ على ذلك أيضًا أنّ عندهم من قال لامرأته: "أنت طالق غدًا" أنّه مُوقع في الحال لطلاق موصوف، وإنّ ذلك ليس بيمين عندهم، ولو قال: "إذا قدم زيدٌ فأنت طالق" كان حالفًا ولم يكن موقعًا، فكذلك يجوز أن يفرّق بين قوله: "لله عليّ صوم رجب" وبين قوله: "إذا قدم زيد [77ب] فللّه عليّ صوم رجب" في جواز تقديم أحدهما وامتناعه في الآخر.

[419] أن تحصُل.

قال أبو بكر: وللمسألة عندي وجه آخر على ما قاله أبو يوسف يوجب تصحيح مقالته، وذلك أنّ النذر لا يخلو[420] من أن يكون سببًا للوجوب المتعلّق بالوقت أو ليس سببًا له، فإن لم يكن سببًا فواجب ألّا يجزي تقديم الصدقة التي علّق وجوبها بالوقت قبل مجيئه، لأنّ من أصلهم جميعًا: أنّ تقديم الفروض والواجبات على أوقاتها لا يجوز إلّا عند وجود أسبابها، ولا يختلف في ذلك عندهم حكم ما كان من ذلك حقًّا في المال أو على النذر. ألا ترى أنّهم لا يجوّزون تقديم الزكاة قبل وجود النصاب لعدم سببها، وأنّ من جرح صيدًا أو رجلًا فكفّر بالرقبة التي هي حقّ في المال أو بالصيام الذي هو حقّ على البدن عند عدم الرقبة في القتل أنّ ذلك يجزيه لأجل وجود سببه، وكذلك يجوز تقديم الزكاة عندهم بعد وجود النصاب لأجل وجود السبب، فلم يختلف حكم ما هو حقّ في المال أو على البدن في أنّ كلّ واحد منهما لا يصحّ أداؤه إلّا بعد حضور وقته أو وجود سببه، فلمّا اتّفق الجميع على أنّ النذر سبب لجواز أداء الصدقة المتعلّقة بالوقت قبل مجيء وقتها علمنا أنّ النذر هو سبب الوجوب، فواجب على هذه القضيّة ألّا يختلف حكم ما كان من ذلك حقًّا في المال أو على البدن.

وأمّا ما احتجّ به محمد لنفسه من يشتبهه [78أ] نذر الصوم بصوم رمضان ونذر الصلاة بالصلاة المفروضة والصدقة بالزكاة، فغير قادح فيما وصفنا، لأنّا نقول: هلّا شبّهته بجواز صوم القتل قبل موت المجروح، وبجواز صوم جزاء الصيد قبل موت الصيد، وبجواز فعل صوم المتعة بعد إحرام العمرة قبل إحرام الحجّ لأجل وجود سببه. أو لا ترى أنّ اليمين لما لم يكن سببًا للوجوب لم يختلف حكم الصدقة والصيام عندهم جميعًا في امتناع جواز أدائها قبل الحنث في المسألة التي ذكرناها في الكتاب أنّه إذا قال: "إذا قدم فلان فللّه عليّ صدقة أو صوم" أنّه لا يجزيه تقديم شيء من ذلك على قدوم فلان، لأنّ اليمين ليست بسبب للوجوب عندهم جميعًا، وكذلك لا يجوز تقديم كفّارة اليمين بالله على الحنث عندهم، لأنّها ليست سببًا لوجوب الكفّارة، فكان أبو الحسن يقول في حِجاج محمد: إنّه يلزمه على اعتباره ألّا يجوز إيجاب صوم النذر إلّا في العين التي أوجبها الله فيها، فإذ قد جوّز ذلك ولم يمتنع إيجاب الله الصوم في تلك العين وجوبه في غيرها من جهة النذر، ويخالف في ذلك بين الأصل والفرع الذي هو موجَب بنذره في التعيين لزمه بتجويز المخالفة بينهما جواز تقديم النذر، وإن امتنع ذلك في العين الموجبة في الأصل.

قال: ويلزمه أيضًا قياسًا على تجويزه للنذر في غير العين تجويز إيجاب الحجّ إلى غير البيت، [78ب] وإلّا يمنع ذلك تخصيص الله إيّاه بالمكان لزمه بالنذر في غيره كما لم يمنع تخصيص رمضان بالصوم من إيجاب صوم في غيره، فإذا لم يجز ذلك في المكان مع جوازه في الصوم صحّ لنا امتناع قياس النذر على نظائرها في الأصول من الوجه الذي قاسه محمد.

قال أبو بكر: وهذا لا يلزمه عندي من قِبل أنّ له أن يقول: إنّي إنّما أقيس ما له نظير في الأصول. فأمّا القياس مع عدم النظير فساقط، وليس في الأصول حجّ إلى غير ذلك المكان ولا في غير ذلك الوقت المخصوص به، وقد وجدتُ في

[420] لا يخلوا.

الأصول صومًا يجب في غير رمضان مثل الكفّارات وجزاء الصيد وغيرها، فجاز إيجابه في غير رمضان ولم يجز إيجاب الحجّ إلى غير ذلك المكان، وله أن يقول أيضًا: إنّ القياس يسوغ عند وجود الخلاف. فأمّا مع حصول الإجماع والقياس ساقطٌ، وفي المحبتبي جميعًا إجماع أعني في امتناع نذر الحجّ إلى غير البيت وجواز الصوم في غير رمضان. وأمّا جواز النذر المضاف إلى وقت قبل مجيئه فمختلف فيه، فساغ لي القياس عند وقوع الخلاف.

وممّا يؤيَّد به حجّاج محمد: اتّفاق الجميع على أنّ النذور محمولة على أصولها في الفروض من ذلك أنّ من قال: "لله عليّ صلاة" كان أقلّ ما يلزمه ركعتان، لأنّ أقلّ فروض الصلاة ركعتان ويلزمه من السنن والطهارة وسائر شرائط الصلاة مثل ما يلزمه في الفروض، وقد قالوا: أنّه لو قال: "لله عليّ إطعام مساكين" أنّ عليه طعام عشرة مساكين، لأنّ هذا نذر فحملوه [79أ] على أصله في الفروض وهو اليمين، لِما رُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم: ((إنّ النذر يمين))[421]، وقال: ((لا نذر في معصيته، وكفّارته كفّارة يمين))[422]، فكذلك يجب أن نحمله في الوقت على أصله في الفروض، والله أعلم.

مسألة

قال محمد: ولو قال: "إذا قدم فلان فللّه عليّ أن أتصدّق بدرهم" فعجّل صدقته قبل أن تقدّم لم يجزه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه علّق الوجوب بشرط، فلمّا لم يوجد الشرط لم يجب.

فإن قيل: فهلّا جعلت اليمين سببًا للنذر، فجوّزت تقديم الصدقة على الشرط لوجود اليمين، وهلّا[423] جعلتم هذا مفارقًا للحلف بالله في امتناع جواز الكفّارة قبل الحنث، لأنّ من اعتلالكم هناك أنّ اليمين إنّما لم يكن سببًا، لأنّ الوجوب يتعلّق بالحنث واليمين الحنث، وهذا المعنى غير موجود ههنا في مسألة النذر من قِبل أنّ اليمين غير مانعة من قدوم، ولأنّ[424] فلا يمتنع أن يكون سببًا له، إذ قد تعلّق به من غير أن يكون مانعًا منه.

قيل له: ليس كلّ ما لم يمنع من شيء يكون سببًا له حتى يلزمنا ما ذكرت واليمين التي هي شرط، وجواب أبعد في كونه سببًا من الحلف بالله تعالى، وذلك أنّ هذا الرجل إنّما ألزم نفسه الحقّ بوجود الشرط، فكيف يجوز تعلّق الإيجاب عليه قبل وجوده[425]، وإذا تتعلّق به حكم الإيجاب إلّا بوجود شرطه لم يجز تقديمه على وقت وجوبه، ولما كان اليمين مع وجودها [79ب] لم يتعلّق الإيجاب بها إلّا بوجود فعل آخر وهو القدوم لم يجز أن يكون اليمين سببًا كما لم يكن النكاح سببًا للظهار حتى يجوز تقديم كفّارته لأجل وجود النكاح قبل أن يظاهر من قِبل أنّه يحتاج في وجوب الكفّارة إلى فعل

[421] مسند أحمد، 148/4؛ المعجم الكبير للطبراني، 313/17؛ مسند أبي يعلى، 283/3.
[422] ورد الجزء الأول منه مفردا في حديث ((لا نذر في معصية)) ومضى تخريجه، وكذا الجزء الثاني منه مفردا ومضى تخريجه.
[423] وهذا.
[424] لعلّ هنا يوجد سقط.
[425] وجوه.

آخر غير النكاح وهو لفظ الظهار، وكما لم يكن إحرام الحجّ سببًا لجواز أداء جزاء[426] الصيد، والمعنى في ذلك: أنّه لا يكتفى بوجود ذلك في إيجاب هذه الحقوق إلّا بوجود أفعال أُخر، وهذه إحدى عللنا أيضًا في اليمين بالله، لأنّه يحتاج إلى فعل آخر وهو الحنث.

ونظير مسألتنا أيضًا صوم السبعة الأيام للمتمتّع المشروطة بعد الرجوع، ولم يختلفوا في امتناع جواز أدائها قبل الوقت المشروط ذلك فيه مع وجود الإحرام الذي يصحّ معه صوم الثلاثة الأيام، لأنّه معقود بشرط كذلك كلّ نذرٍ معقود بشرط يجب أن يكون هذا حكمه.

فإن قيل: فقد جوّزتم صوم الثلاثة الأيام بعد إحرامه بالعمرة مع أنّ الشرط في الآية إنّما هو فعلها في الحجّ.

قيل له: قوله ﴿فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ﴾[427] ليس هو على جهة الشرط، وإنّما أكثر ما فيه أن يكون ذكر الوقت فيه لم يخرج مخرج الشرط، وإنّما هو مذكور في وقت ومثله في النذر يجوز عندنا تقديمه مثل أن يقول: "لله عليّ صوم يوم الجمعة" فصام يوم الخميس، وقد بيّنا ذلك فيما تقدّم، وأيضًا [80أ] فإنّ قوله: ﴿فِي الْحَجِّ﴾ لفظ مجمل محتمل لوجوه التأويل، لأنّه يجوز أن يريد في أشهر الحجّ، فيكون موقوفًا حينئذ على قيام الدليل في وقت جوازه.

فإن قيل: فالزكاة متعلّقة بعد وجود النصاب بالحول ولم يمنع وقوفها على وجود الحول من كون النصاب سببًا كذلك وقوف اليمين على وجود شرطها غير مانع من كونها سببًا لجواز أداء ما علّقه به.

قيل له: إنّ الزكاة إنّما تجب بالغنى وهو وجود النصاب والحول تَنْزِيلًا في أداء الواجب.

قال أبو بكر: وهذا على جواب من يطلق من أصحابنا أنّ الزكاة إنّما تجب بالغنى وهو وجود النصاب وجوبًا موسّعًا، وإن قلنا: لم يجب بعد وهو الصحيح عندنا من مذهبهم. فإنّ الجواب: إنّ الزكاة وإن لم تجب بعد بوجود النصاب فإنّ وجود النصاب هو سبب الوجوب ولم يبق في ذلك إلّا مرور الوقت وهو كائن لا محالة له، فإذا حال الحول كان الموجب لها هو النصاب دون الحول، إذ لم يبق بعد وجوده فعلٌ آخر من جهته يكون الوجوب موقوفًا عليه. وأمّا اليمين فليست بسببٍ، إذ لم يُكتفَ في وجوب الكفّارة بمرور الوقت دون وجود فعل آخر غيره.

مسألة

قال محمد: ولو قال: "لله عليّ أن أصوم متتابعًا" ولم ينوِ شهرًا بعينه فعليه أن يصوم شهرًا متتابعًا، فإن أفطر فيه يومًا استقبل [80ب] الشهر من أوّله[428] الأصل في صحّة النذر، وإن لم يعيّنه بوقت ولا شرط قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ

[426] اجزاء.
[427] البقرة، 196/2.
[428] لعلّ هنا يوجد سقط.

إِذَا عَاهَدتُّمْ﴾[429]، وقوله: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[430]، وقوله: ﴿يُوفُونَ بِالنَّذْرِ﴾[431]، وقوله: ﴿إِنِّي نَذَرْتُ لِلرَّحْمَٰنِ صَوْمًا﴾[432]، ووجدنا اسم النذر ينتظم الموجَب بالحال والمعلّق بالوقت والشرط. ألا ترى إلى قول عمر: "إنّي نذرت أن أعتكف ليلة في الجاهلية" فأفادنا هذا الخبر معنيين: أحدهما: إنّ اسم النذر يتناول المنذور فإن لم يعلّقه بشرط ولم يضفه إلى وقتٍ. والثاني: صحّة لزومه مع جهالة وقته، فوجب حينئذ بحقّ عموم الآي التي تلونا لزومه إذا كان النذر عهدًا. ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿وَمِنْهُم مَّنْ عَاهَدَ اللَّهَ لَئِنْ آتَانَا مِن فَضْلِهِ﴾[433] ولم يختلف المسلمون أنّ في هذه الآية تسمّى نذرًا، فوجب الوفاء به لدخوله تحت اللفظ سواء كان مطلقًا أو مقيّدًا، ولولا مكايدة بعض أهل الجهل في مثل ذلك لم يحتج إلى ذكره إذا كان أهل العلم لا يختلفون تسميته نذرًا رجعنا إلى بيان مسألة الكتاب، فقلنا: إذا أوجبه متتابعًا لزمه التتابع، وذلك أنّ التتابع زيادة صفة موجبة مع الصوم فيلزمه فيه، لأنّ فيه قربةً. ألا ترى إلى قوله: ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾[434] أنّه لو أتى به على غير صفة التتابع لم يجزه، فلمّا كان التتابع في الفرض صفة موجبة مع الصوم، ثم أوجبها بالنذر معه وجب أن يلزمه، لأنّ كلّ ماله أصلٌ في الفروض، فإنه يلزمه بالنذر. [81أ] ونظير ذلك: شرط الإيمان في الرقبة المنذورة في أنّه لا يجزيه حتى تأتي بها على الصفة المشروطة كما أنّ ما أوجبه الله تعالى من الرقبة مقيّدةً بصفة الإيمان لا يجوز وقوعها عن الكفّارة إلّا مع وجود الصفة.

مسألة

قال محمد: ولو قال: "لله عليّ صوم شهر متتابع" يعني رجبًا فعليه صومه، فإن أفطر فيه يومًا قضى ذلك اليوم وحده وليس عليه أن يستقبل صوم شهر.

قال أبو بكر: لما عيّنه صار كرمضان فيما تعلّق به من الإيجاب، فكما لو فطر يومًا من رمضان لم يلزمه قضاء جميعه كذلك فيما وصفنا.

فإن قيل: لا يصحّ ردّ صوم النذر على صوم رمضان قياسًا، لأنّ إفساد صوم رمضان قد يجب به كفّارة، وإفساد النذر لا يوجب كفّارة، فلا يصحّ قياس أحدهما على الآخر.

قيل له: أصلًا فهما من هذا القصّة لا يمنع الجمع بينهما من الجهة التي وصفنا، لأنّ القياس لا يكون زائدًا إلّا مع اختلاف المسألتين من وجوه، فلا يمنع ذلك ردّ أحدهما على الأخرى عند اتّفاقهما من وجه آخر، فرمضان إنّما كان مخصوصًا بإيجاب الكفّارة لحُرمة الشهر، وهذه الحرمة غير موجودة في النذر كما أنّها غير موجودة في قضاء رمضان، فلو أفسد

---

[429] النحل، 91/16.
[430] المائدة، 1/5.
[431] الإنسان، 7/76.
[432] مريم، 26/19.
[433] التوبة، 75/9.
[434] المجادلة، 4/58.

قضاء رمضان لم يلزمه كفّارة، وإن كان القضاء هو ذلك الفرض بعينه إلّا أنّه متى أفسده في وقت على الشرائط المعلومة لزمته الكفّارة، وإن كان [81ب] القضاء هو ذلك الفرض بعينه إلّا أنّه متى أفسده في وقت على الشرائط المعلومة لزمته الكفّارة، متى أفسده في غير ذلك الوقت لم تلزمه[435] كفّارة، فكذلك النذر إنّما خالف عين شهر رمضان في إيجاب الكفّارة من هذا الوجه، واختلافهما من هذا الوجه لا يمنع اتّفاقهما من الوجه الذي ذكرناه.

قال محمد: وإن كان أراد بقوله: "لله عليّ يمينًا" كفّر عن يمينه مع قضاء ذلك اليوم.

قال أبو بكر: روي عن أبي يوسف أنّه متى أراد باللفظ الإيجاب لم يصح إرادة اليمين فيه لاستحالة كون لفظة واحدة إيجابًا ويمينًا في حالة واحدة، وعند أبي حنيفة ومحمد يجوز أن يتناول لفظة[436] واحدة الأمرين جميعًا، وكأنّهما لم يجعلا ذلك كالمعنيين المختلفين اللذين متى أريد أحدهما انتفى الآخر، فلا يصحّ إرادتهما بلفظة[437] واحدة، وذلك لأنّ النذر من جنس اليمين. ألا ترى إلى قوله عليه السلام: ((النذر يمين))[438]، وقال في خبر آخر: ((لا نذر في معصية، وكفّارته كفّارة يمين)) [439]، ولأنّ ما يتعلّق بهما غير مختلف، فجاز أن ينطوي اللفظ على الأمرين جميعًا ويكونا مُرادين به.

مسألة

قال محمد: ولو قال: "لله عليّ صوم يوم" فأصبح من الغد لا ينوي صومًا فلم تزل الشمس حتى نواه من النذر لم يجزه حتى يعدم على ذلك من الليل، ولكن أحبّ لما أن يتمّ صومه فيجعله تطوّعًا [82أ] ولا يفطره، فإن أفطره فلا قضاء عليه.

وقال أبو بكر: الأصل في ذلك: إنّ الصوم على ثلاثة أضرب: صوم مستحقّ العين، وصوم في الذمّة، وصوم النفل. فالصوم المستحقّ العين صوم رمضان، ويجوز ترك النيّة فيه من الليل إذا نواه قبل الزوال وكذلك صوم التطوّع. وأمّا الصوم الذي في الذمّة فإنّه لا يجزيه إلّا أن ينويه من الليل. والحجّة لذلك ثلاثة أخبار قد رُويت عن النبي صلى الله عليه وسلم توجب تصحيح هذه الأقسام التي ذكرنا على الوجه الذي بيّنا منها: خبر عاشوراء أنّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم بعث فيه إلى أهل العوالي، فقال: ((من أكل فليمسكْ بقيّة يومه ومن لم يأكل فليصمْ))[440]، ففرّق في هذا الخبر بين الآكلين ومن لم يأكل وقال: ((من[441] أكل فليمسكْ)) ولم يجعله صائمًا، وأثبت الصوم للذين لم يأكلوا، فأفادنا بذلك جواز ترك النيّة فيه من الليل، إذ لو كان وجود النيّة فيه من الليل من شرائط صحّته لوجب أن يكون عدمها مانعًا منه كما أنّه لما كان ترك الأكل من شرائط صحّته كان وجوده مانعًا منها، وقد كان صوم يوم عاشوراء مستحقّ العين، لأنّ النبي صلى الله عليه وسلم أمرهم بصيامه كما في حديث عائشة رضي الله عنها: إنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر

---

435 لم يلزمه.
436 لفظ.
437 بلفظ.
438 سبق تخريجه.
439 سبق تخريجه.
440 صحيح البخاري، الصوم، 21، صحيح مسلم، الصيام، (1135) و(1136).
441 ومن.

بصوم يوم عاشوراء قبل أن يُفرض رمضان[442]، فلمّا فرض [82ظ] رمضان قال: "من شاء صام ومن شاء أفطر"، وقال ابن مسعود: "كنّا نصومه"، ثم ترك، فصحّ بذلك وجوبه وكان ذلك في يوم بعينه، فأفادنا حكم كلّ صوم مستحقّ العين في جواز ترك النيّة فيه من الليل.

فإن قيل: إنّما جاز ترك النيّة فيه من الليل، لأنّه كان صومًا مبتدأً في بعض النهار جاز ترك النيّة فلم تلزمهم[443] النيّة من الليل. وأمّا رمضان فقد تقدّم وجوب صومه علينا، فلا يجوز ترك النيّة فيه من الليل.

قيل له: لو كان وجود النيّة من الليل شرطًا في صحّة صومه لم يختلف فيه حكم الصوم المبتدأ وما تقدّم فرضه، فلمّا فرّق عليه السلام بين الآكلين وبين غيرهم، وجعل الأكل مانعًا من صحّته مع كون صومهم مبتدأ، ولم يجعل عدم النيّة مانعًا من صحّة صومهم علمنا أنّ عدم النيّة من الليل في الصوم المستحقّ عينه لا يمنع صحّته. ووجه طريق النظر: أنّه قد صحّ عندنا أنّ الذي يحتاج إليه من النيّة في صحّة صوم رمضان إنّما هو نيّة الصوم فحسب، ولا يحتاج إلى نيّة الفرض، وقد صحّ بالسنّة. والاتّفاق في الصوم الذي هذا حكمه جواز النيّة فيه بعد الفجر من ذلك صوم التطوّع قد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنّه كان يدخل إلى بعض نسائه فيقول: ((هل عندك شيء؟))، فتقول: لا، فيقول: ((فإنّي إذًا صائم))[444]، فيبتدئ الصوم في بعض النهار، وصوم التطوّع إنّما يحتاج في صحّة [83أ] إلى نيّة الصوم فحسب، ولا يحتاج إلى نيّته تطوّعًا، فوجب على هذا أن يكون صوم رمضان في هذا الوجه بمثابته لمشاركته له في المعنى الموجب لجواز ترك النيّة فيه من الليل.

فإن قيل: فقد نُسخ صوم عاشوراء فكيف يُستبدل به على صوم غيره؟

قيل له: إنّما نُسخ وجوبه ولم يُنسخ جميع ما تعلّق به من أحكامه كما نُسخت الصلاة إلى بيت المقدس ولم تنسخ جميع أركانها، فكذلك لم ينسخ ما أفادنا صوم يوم عاشوراء من جواز ترك النيّة في الصوم المستحقّ العين لأجل نسخ وجوبه.

وأمّا الصوم الذي في الذمّة، وإنّما لم يجز ترك النيّة فيه من الليل لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنّه قال: ((لا صيام لمن لم يُنيت الصيام من الليل))[445]، فحملنا ذلك على[446] الصوم الذي في الذمّة، فصار الصوم المستحقّ العين مخصوصًا منه بالدلالة، ولم تقم الدلالة على سقوط نيّة القضاء والنذر أو الوجه الذي يقع الصوم له فلم نُسقطها وأوجبناها من الليل.

وأمّا صوم التطوّع فإنّما جاز ترك النيّة فيه من الليل للخبر الذي رويناه وبالاتّفاق، وإنّما أجازوا النيّة فيما جاز ترك النيّة فيه من الليل قبل الزوال ولم يجيزوها بعد الزوال للخبر عن النبي صلى الله عليه وسلم الصائم بالخيار ما بينه وبين

---

[442] الموطأ، الصيام، 11؛ صحيح البخاري، الصوم، 1؛ صحيح مسلم، الصيام، (1125).
[443] فلم يلزمهم.
[444] صحيح مسلم، الصيام، (1154)؛ سنن النسائي، الصيام، 67؛ سنن الترمذي، الصوم، 35؛ سنن ابن ماجه، الصيام، 26 وغيرهم.
[445] سنن النسائي، الصيام، 68؛ سنن الدارمي، الصيام، 10؛ السنن الكبرى للبيهقي، 202/4.
[446] + على، صحّ هامش.

نصف النهار[447]، فكان هذا في التطوّع، ولأنّ صوم [83ب] التطوّع لما جاز ترك النيّة فيه من الليل إنّما صحّت له النيّة أداء فعلها قبل الزوال، وإذا نواه بعد الزوال لم يجزه وكذلك المستحقّ العين، وأيضًا إذا نوى قبل الزوال فقد وجدت النيّة في أكثر نهار الصوم، وإذا نوى بعد الزوال حصل في أقلّه، فصار الحكم الأكثر دون الأقلّ فجاز، وأيضًا فإنّ كلّ من أجاز ترك النيّة فيه من الليل وأوجبها بالنهار، فإنّما أجازوها قبل الزوال، فلمّا صحّ عندهم جواز تركها من الليل ووجوبها بالنهار وجب أن يكون جوازها مقصورًا على ما قبل الزوال، لأنّ إجازتها بعد الزوال لا خلاف في سقوطها.

مسألة

قال محمد: وإذا قال: "لله عليّ صوم غدٍ" فأصبح من الغد لا ينوي صومَه ثم ينويه عمّا عليه قبل الزوال أجزاه.

قال أبو بكر: لما علّق النذر بالعين تعلّق بها وصار كرمضان.

فإن قيل: فهذا يشهد لمحمد في امتناع جواز تقديمه، إذ قد جعلوه كلّهم بمنزلة رمضان في استحقاق عينه وجواز ترك النيّة من الليل فيه.

قيل له: هذا لا يوجب صحّة ما ذكرتَ من قبل[448] أنّه لو قال: "لله عليّ أن أتصدّق بهذا الدرهم" تعلّق الإيجاب به حتى إذا هلك سقط نذره، ومع ذلك لو تصدّق بغيره أجزى عنه، فلم يمنع تعلّق الإيجاب بعينه من جواز أداء غيره عنه مع بقائه كذلك [84أ] تعلّق الإيجاب باليوم المعيّن غير مانع من جواز تقديمه وأدائه قبل مجيء وقته.

قال محمد: ولو قال: "لله عليّ صوم غدٍ" ثم أصبح ينوي تطوّعًا أجزاه من النذر.

قال أبو بكر: وذلك لما وصفنا من تعلّق الإيجاب بالعين. ألا ترى أنّه لو تصدّق بالدرهم الذي نذر بعينه ينوي تطوّعًا أجزاه من نذره، ولو قال: "لله عليّ عتق هذا العبد" ثم أعتقه ينوي تطوّعًا أجزاه من النذر، فكذلك ما وصفنا.

مسألة

قال محمد: ولو قال: "لله عليّ أن أصوم رجب" ثم صام شهرين متتابعين أحدهما رجب عن ظهار أجزاه من الظهار وقضاء النذر في شهر آخر، ولو صام رمضان عن الظهار لم يجزه ولم يكن إلّا عن رمضان وعن الظهار[449] لم يجزه.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن يحتجّ في ذلك بأنّ الدخول في الصوم عندنا يلزمه[450] الصوم كما يلزمه النذر، وإذا كان كذلك واجتمع سببًا لوجوب في هذا اليوم ومع أحدهما نيّة كان الذي معه النيّة أولى بأن يصحّ له. وأيضًا فإنّ الصومين

---

[447] انظر: المعجم الكبير للطبراني، 244/8؛ السنن الكبرى للبيهقي، 277/4-278؛ وهو موقوف في مصنفي ابن أبي شيبة وعبد الرزاق على ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم.

[448] قيل.

[449] عن الظهار.

[450] يلزم.

من جنسٍ واحدٍ، لأنّهما جميعًا وجبا بقوله[451] فجاز له صرف الوقت إلى أيّهما شاء، وليس كذلك رمضان، لأنّه لم يجب بقوله فلا سبيل له إلى إسقاط عينه عمّا وجب له. [84ب]

[كتاب الزكاة]

باب زكاة الطعام

قال محمد: وإذا كان لرجل مئتا قفيز حنطة يساوي مئتي درهم للتجارة لا مال له غيرها فحال عليها الحول وهي يساوي ذلك، ثم نقصت في السعر قبل أن يؤدّي الزكاة حتى صارت تساوي مئة، فإنّ أبا حنيفة قال: إن أدّى من الطعام أدّى خمسة أقفزة وقيمتها درهمان ونصف، لأنّ ذلك ربع عُشر الطعام، وإن أدّى دراهم أدّى خمسة دراهم ربع عُشر قيمتها يوم حال الحول عليها. وقال أبو يوسف ومحمد: يؤدّي من الطعام ربع عشر ومن الفضة ربع عشر قيمته يوم يؤدّي.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك عند أبي حنيفة: إنّ الواجب بحلول الحول هو ربع عُشر الطعام أو قيمته على وجه التخيير، فوجب اعتبار القيمة يوم الوجوب ما دامت العين قائمة. والدليل على صحّة ما ذكرنا: إنّ الواجب لو كان من العين إلى أن ينقله إلى القيمة لوجب إذ لو كانت جاز به ألّا يطاها[452] حتى يؤدّي زكاتها لثبوت حقّ المساكين في عينها، ولو وجب أن تكون[453] زيادة القيمة في البدن بعد الحول قبل أداء الزكاة موجبةً للزكاة في العين بقِسطها، لأنّ الحقّ كان ثابتًا في العين، واستحقّ المساكين جزءًا منها فيجب أن تكون[454] زيادة البدن حادثة [85أ] في النصيبين كما لو كانا شريكين في الجارية، فلمّا اتّفق الجميع على إباحة وطء الجارية التي للتجارة لمالكها مع وجوب الزكاة فيها، وعلى أنّ الزيادة البدن لا توجب[455] زيادة الزكاة صحّ أنّ الواجب أحد شيئين: إمّا العين وإمّا القيمة، فإن أدّى القيمة قائمًا أدّى الواجب بالحول فوجب اعتبار قيمته يوم الحول، وإن أدّى من العين أدّى ربع عُشرها.

ودليل آخر، وهو: أنّه لما ثبت له الخيار في أداء أحد الشيئين: إمّا العين وإمّا القيمة فأيّهما أدّى من ذلك، فكأنّه هو الواجب لا غير، ونظير ذلك: من اشترى عبدًا على أنّ للبائع فيه الخيار أو المشتري، ثم أجاز البيع في الثلاثة: إنّ المشتري يصير عند الإجازة كأنّه كان مالكًا له بالعقد حتى أنّها لو كانت جارية فولدت في الثلاث دخل الولد في البيع كأنّه ملّكها بالعقد، وكذلك لو مرّ يوم الفطر في الثلاث، ثم أجاز البيع وجبت صدقته على المشتري وصار في الحكم كأنّه ملّكها بالعقد عند الإجارة، فكذلك صاحب المال متى اختار أداء القيمة كأنّها كانت هي الواجبة نحو قول الحول فوجب اعتبارها يومئذ، وكذلك إن اختار الأداء من العين صار كأنّ المؤدّى هو الواجب بالعقد، والمعنى الجامع بينه وبين ما ذكرنا: ثبوت الخيار له على الوجه الذي بيّنا.

---

451 يقوله.
452 الا بطاها.
453 أن يكون.
454 أن يكون.
455 لا يوجب.

فإن قيل: [85ب] لو كان الواجب أحد شيئين من قيمةٍ أو عين على وجه التخيير لوجب أن يكون هلاك العين موجبًا لتحصيل الحقّ في القيمة، لأنّ كلّ ما كان الإنسان فيه مخيّرًا من شيئين متى تعذّر عليه فعل أحدهما حصل الوجوب في الآخر مثل كفّارة اليمين إذا لم يقدر فيها على العتق والكسوة لزمه الإطعامُ وتعيّن وجوبه عليه، وكالشيء المضمون في يد قابضة على وجه الغصب أو السوم أو نحو ذلك من وجوه الضمانات أنّه متى هلك في يده حصل عليه وجوب القيمة، فلمّا وجدنا هلاك العين مُسقطًا للزكاة علمنا أنّ الواجب هو الطعام، وأنّه متى أعطى الدراهم قائمًا يعطيها على وجه البذل.

قال أبو بكر: لا يدلّ ما ذكره على أنّ الواجب هو الطعام دون القيمة. ألا ترى أنّ الواجب في خمس من الإبل شاة، وتبطل الشاة بهلاك الإبل، ولم يدل سقوطها بهلاك الإبل على أنّ الوجوب في العين دون الشاة، فكذلك سقوط الزكاة بهلاك الطعام غير دالٍّ على أنّه هو الواجب دون غيره. وممّا يدلّ على أنّ الواجب هو القيمة أو العين على وجه التخيير أنّ العين معتبرة بالقيمة في كمال النصاب، فإن حصل من قيمتها ما يكون نصابًا وجب وإلّا لم يجب، فهذا يدلّ على وجوب القيمة بالحول، وأنّ العين ليست بأولى منها فيما تعلّق بها [86أ] من الوجوب.

فإن قيل: إذا كان النصاب من القيمة والوجوب معتبر بها فهلّا جعلت نقصان القيمة من جهة السعر مُسقطًا للزكاة بقِسطه، لأنّ القيمة ناقصة والوجوب متعلّق بها.

قيل له: لأنّ الوجوب إنّما تعلّق بالقيمة بحؤول الحول مع بقاء العين، فما دامت العينُ باقية بكمالها لم ينقص من الزكاة شيء لبقاء العين التي تعلّقت الزكاة بقيمتها. وممّا يدلّ على أنّ الواجب أحدهما إمّا القيمة وإمّا العين اتّفاقهم جميعًا على ثبوت الخيار له في إخراج أيّهما شاء القيمة أو العين على حسب ما قد بيّنا.

فإن قيل: فهذا يوجب أن يكون خيار المكفّر عن يمينه بين أربعة أشياء، إذ كان له إعطاء القيمة.

قيل له: لا يمتنع ذلك كما لا يمنع ثبوت خياره في أن يُعطى أيّ أصناف الطعام شاء من شعير أو بُرٍّ أو تمرٍ.

قال أبو بكر: وأمّا ما احتجّ به محمد لنفسه ولأبي يوسف: فإنّ عمر رضي الله عنه أمر أنس بن مالك أن يأخذ من أموال المسلمين ربع العُشر ولم يذكر في ذلك دراهم، وأنّه كان يقال: يأخذ من صاحب الإبل ما وجب عليه ومن صاحب الغنم الغنم ومن صاحب البقر البقر[456]، فليس يدخل على قول أبي حنيفة، وذلك أنّ المصدّقين إنّما أمروا بأخذ الصدقات من أسير الوجوه على أرباب الأموال، وهذا كما جعلت الديّة [86ب] في الأصل من مئة الإبل، لأنّها كانت أكثر أموالهم وأوجدها في أيديهم، وأيسرها أداء عليهم، ثم جعلت على أهل الأمصار الدراهم والدنانير، لأنّ أدّاها من ذلك أيسرُ عليهم من أدائها من الإبل.

[456] انظر: مصنف عبد الرزاق، 88/4، 95/6؛ السنن الكبرى للبيهقي، 209/9-210؛ المعجم الأوسط للطبراني، 177/7-178.

واحتجّ محمد أيضًا بأنّ صاحب الطعام لو قال للعاشر: "خذْ من الطعام" فأبى العاشر إلّا أن يأخذ الدراهم كان قد ظلمه، فإنّ الجواب عن هذا أنّ العاشر ليس له أن يتخيّر على صاحب الطعام، وإنّما الخيار لصاحب المال، فإذا أراد العاشر أن يتخيّر عليه كان قد منعه حقّه وأبطل الخيار الذي له، فلذلك لم يكن له ذلك، ولو وجب أن يكون الطعام هو الواجب من أجل العاشر لو أراد أخذ الدراهم وأراد صاحب المال إعطاء الطعام كان قد ظلمه للزم محمد أمثلة في اختيار صاحب الطعام أداء الدراهم واختيار العاشر أخْذ الطعام، لأنّه لما لم يكن للعاشر أن يمتنع من أخذ القيمة دلّ على أنّ الواجب هو القيمة دون الطعام.

مسألة

قال محمد: لو كانت له مئتا قفيز حنطة يساوي مئتي درهم للتجارة ولا مال له غير هذا فحال عليها الحول وهي كذلك، ثم زادت في السعر حتى صارت تساوي[457] أربعمائة درهم، فإنّ قياس قول أبي حنيفة إن أدّى من الطعام أدّى خمسة أقفزة، وإن أدّى من الدراهم أدّى خمسة دراهم. وأمّا في قياس قول أبي يوسف وقول محمد: فإن أدّى من الطعام أدّى خمسة أقفزة، وإن أدّى من الدراهم أدّى عشرة دراهم قيمتها يوم يريد أن يؤدّي.

قال أبو بكر: [87أ] هذا بيّن على ما قدّمنا من أصل كلّ واحد منهم، وذلك أنّه لما لكان من أصل أبي حنيفة أنّ الواجب بالحول أخذ شيئين القيمة أو العين، وأنّه مهما أدّى من ذلك فكأنّه هو الواجب دون غيره وجب أن يؤدّي من الدراهم خمسة دراهم على قوله، لأنّ ذلك كانت قيمته يوم الحول. وأمّا على قولهما فالواجب هو الطعام، وإنّما يعطي القيمة على وجه البذل، فما لم يختر نقله إليها لم يعتبر القيمة، وإن أوجب اعتبار القيمة يوم يؤدي وكانت قيمته يوم الأداء عشرة دراهم وجب عليه أداء ذلك.

قال محمد محتجًّا لنفسه: أرأيت لو مرّ على العاشر أيّ شيء كان يأخذ منه ربع عشر طعامه أو قيمته يوم مرّ عليه، فكذلك عليه أن يؤدّي ذلك فيما بينه وبين الله.

قال أبو بكر: الجواب لأبي حنيفة أنّ العاشر ينبغي له أن يصدقه في قولهم.

فصل

قال محمد: ولو كان استهلك الطعام بعد الحول وقيمته مئتا درهم فطحنه وأكله، ثم زادت قيمته[458] في السعر أو نقصت فإنّ القول في ذلك كهو إذا كان قائمًا بعينه على خلاف[459] القولين، فيعتبر عند أبي حنيفة يوم الحول وعند أبي يوسف ومحمد يوم الأداء.

---

[457] يساوي.
[458] قيمة.
[459] اخلاف.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المستهلك في ذمّته وكأنّه قائم بعينه، لأنّ من استهلك لرجل طعامًا لزمه مثله في ذمّته فلا فرق بين قيامه بعينه [87ب] وبين بقائه في ذمّته.

مسألة

قال محمد: ولو حال على الطعام الحول وهو يساوي مئتي درهم ثم جاء به ما فسد، فصار يساوي مئة درهم أو كان طعامًا نديًّا فيبس، فصار تساوي[460] أربعمائة درهم، فأراد صاحبه أن يؤدّي زكاته، فإن زكّى من الطعام زكّى خمسة أقفزة، وإن زكّى دراهم زكّى قيمة الطعام إن كان نقص زكّاه ناقصًا، وإن كان زائدًا زكّاه خمسة دراهم ربع عُشر قيمته يوم حال الحول.

قال أبو بكر: وهذا قولهم جميعًا، وذلك لأنّ نقصان الطعام بالندوة بمنزلة هلاك بعضه، وهلاك بعضه يسقط الزكاة عندهم جميعًا بحسابه. وأمّا ارتفاع الندوة فإنّه زيادة حادثة بعد الحول، والزيادة الحادثة بعد الحول لا يتعلّق بها الوجوب للحول الماضي، ولا يشبه ذلك الزيادة في السعر ونقصانه عند أبي حنيفة، لأنّ نقصان السعر لم يذهب به شيء من الطعام، وإنّما هو فتور يحدثه الله تعالى في قلوب العباد ليس هو معنى حلّ في الطعام، وكذلك على قولهما الزيادة الحادثة بالجفاف بعد الحول لا اعتبار بها، لأنّها بمنزلة ما استفاده بعد الحول فلا يزكّيه للحول الماضي، ونظير الزيادة بالجفاف والنقصان بالندوة ما استشهدته محمد من ارتفاع بياض عين الجارية بعد الحول أو اعورارها بعد الحول.

مسألة

قال محمد: وإذا كان [88أ] للرجل مئتا قفيز حنطة يساوي مئتي درهم فحال عليها الحول وهي كذلك، فوجبت فيها الزكاة، فاستقرض أربعة أقفزة حنطة جيدة يساوي خمسة دراهم فأدّاها عنها، فإنّ ذلك لا يجزيه إلّا من مثل كيله.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لم يجعل في الأصل للمكيل والموزون قيمة من جنسه إلّا مثل كيله أو وزنه. والدليل على ذلك أنّ القيم إنّما تؤخذ من البياعات وعقود المعاوضات، ولا جائز أن يأخذ عن شيء من ذلك من جنسه، ولو استهلكه مستهلك لم يجزه أن يؤخذ منه أكثر منه، فلمّا جعلت قيمته في هذه الوجوه مثل مقدراه من جنسه لم تـجز[461] الأربعة الأقفزة إلّا عن مقدار كيلها.

فإن قيل: إذا كان من أصل أبي حنيفة أنّ الواجب هو القيمة أو الطعام وأيّهما أدّى كان هو الواجب دون غيره لا على وجه البدل[462]، فهلّا جوّز إعطاء أربعة أقفزة عن قيمة الخمسة الواجبة بالحول.

---

460 يساوي.
461 لم يـجز.
462 البذل.

قيل له: الأصل في ذلك: أنّه متى كان له خيار بين أحد شيئين في الأصل من المكيل أو الموزون فأدّى أحدهما كان واقعًا عن نفسه، ولم يقع عن صاحبه. ألا ترى أنّه لا يجوز أن يعطي في كفّارة اليمين نصف صاع شعير عن نصف صاع حنطة، وإن كانت قيمته مثل قيمته قائمًا لم يجز وقوعه عن القيمة، لأنّه هو الواجب أيضًا فيقع عن نفسه، ولا يجوز وقوعه عن أكثر من مقدار كيله.

فإن قيل: فإذا [88ب] أعطى ثوبًا واحدًا عشرة مساكين في كفّارة اليمين أجزاه عن الطعام إذا كانت قيمته مثل قيمة الطعام، فقد جاز إعطاء المنصوص بعضه عن بعض بالقيمة، فهلّا جاز إعطاء الحنطة عن القيمة في مسألتنا، وإن كان كلّ واحد منهما هو الواجب إذا أدّاه دون غيره.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ ما عدا المكيل والموزون وماله مثل جنسه فإنّه شيء ثبت في الذمّة، فإنّما الرجوع فيه إلى القيمة. ألا ترى أنّ من استهلك لرجل ثوبًا لزمته قيمته ولم يجب عليه مثله، وكذلك لو تزوّج امرأة على عبدٍ بغير عينه كان له أن يعطيها قيمته، فعلمت أنّ ثبوته من هذا الوجه في الذمّة تقتضي اعتبار القيمة، فلذلك وجب اعتبار قيمة الثوب في أدائه عن الكفّارة. وأمّا المكيل والموزون فإنّهما يثبتان في الذمّة ثبوتًا صحيحًا لا يقتضيان وجوب القيمة، فلا يصحّ أدائه عن غيره، بل يقع عن نفسه إذا كان الخيار في الأداء واجبًا بينه وبين غيره.

فإن قيل: فالثوب يثبت في الذمّة من جهة السلم وليس له أن يعطي القيمة.

قيل له: إنّ السلم عندنا بمنزلة العين. ألا ترى أنّه لا يجوز بيعه قبل قبضه، وأنّ الإقالة تصحّ[463] فيه مع هلاك رأس المال.

قال أبو بكر: وكان أبو الحسن يقول: يجوز عندي على أصلهم أن يؤدّي أربعة أقفزة في مسألتنا عن القيمة، قال: وذلك نظير ما قالوا في المكفّر عن يمينه إذا أعطى ثوبًا واحدًا، فإن أعطى عن الكسوة [89أ] لم يجزه إلّا عن واحد، وإن أعطى عن الطعام أجزاه إذا كان قيمته مثل الطعام.

قلتُ لأبي الحسن: فلو أعطى ثلث صاع بُرّ عن صاع شعير لم يجزه في صدقة الفطر وإن كانت قيمته مثل قيمته، فهلّا كان ما وصفنا مثله، قال: لا يُشبه صدقة الفطر ما ذكرنا من الزكاة وكفّارة اليمين، لأنّ صدقة الفطر موضوعة على قدر الكفاية. ألا ترى إلى قوله صلى الله عليه وسلم: ((أغنوهم عن المسألة في هذا اليوم))[464]، فمتى ما أدّاهم المنصوص عليه لم يجز له الاقتصار على ما دونه.

---

[463] يصحّ.

[464] سنن الدارقطني، 89/3؛ السنن الكبرى للبيهقي، 175/4؛ الكامل لابن عدي، 55/7؛ معرفة علوم الحديث، للحاكم ص 131.

قال: وهذا نظير الغداء والعشاء في كفّارة اليمين في باب ترك اعتبار القيمة، وإنّما هو موضوع على قدر الشبع والكفاية وليس حكمه حكم التمليكات المطلقة، فلذلك لم يقع عن أكثر من مقداره من المنصوص. وقال أيضًا: إنّا لو جعلنا الأربعة الأقفزة المؤدّاة عن الدراهم دون الطعام كنّا قد عيّنا الإيجاب فيها دون الطعام، وهذا معنى لم ينقصه[465] حؤول الحول في الإيجاب. ألا ترى أنّ من أعتق عبدًا بينه وبين آخر وهو موسر فلزمه نصف القيمة دراهم أو دنانير أنّه لا جائز له أن يصالحه على أكثر من نصف القيمة من واحد منهما، وإنّ ما أخذه منهما فكأنّه هو الواجب.

قال محمد: ولو أعطى عن الطعام أربعة أقفزة تمر تساوي[466] خمسة أقفزة من حنطة من ذلك الطعام أجزى عنه وكذلك في الشعير.

قال أبو بكر: وهذا صحيح على ما بيّنا من قبل [89ب] أنّ خمسة أقفزة من حنطة يجوز أن يكون قيمتها أربعة أقفزة من تمر كما جاز أن تباع بها وتعاوض عليها، لأنّا قد قلنا: إنّ القيمة مأخوذة من البياعات ومثل ذلك يجوز في البيوع.

فإن قيل: ينبغي ألّا يجزي عن أكثر من أربعة أقفزة كما لا يجزي في صدقة الفطر[467] أن يعطي نصف صاع شعير عن أكثر منه، وإن كانت قيمته مثل قيمة نصف صاع من بُرّ، لأنّه لما كان له أداء التمر كما يؤدّي هناك الشعير وكما يؤدّي القيمة من الزكاة، فكان الواجب عليه بحؤول الحول أحد ما وجب له الخيار فيه فيصير كأنّه هو الواجب، فلا يجزي عن أكثر من[468] مقدار كيله.

قيل له: ليس مقدار التمر منصوصًا عليه إذا أدّاه عن الحنطة، وإنّما يجب اعتباره حينئذ بالقيمة، وقيمته يجوز أن يكون مثل كيله أو أقلّ أو أكثر. وأمّا الشعير في صدقة الفطر فمنصوص عليه فيقع عن نفسه ولا يقع عن غيره.

باب زكاة المال

قال محمد: وإذا كان لرجل ألف درهم فحال عليه الحول ووجب فيها الزكاة، ثم اشترى بها عبدًا للتجارة يساوي تسعمائة وخمسين درهمًا فقبضه، ثم مات العبد قبل أن يؤدّي زكاته فلا زكاة عليه.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّه متى تصرّف في المال على وجه لا يسقط حكم الحول [90أ] من غير تعدٍّ فيه، فإنّه لا يضمن الزكاة. نظير ذلك: أنّ الألف التي قد وجبت الزكاة فيها قد تعلّق بها حكم الزكاة للحول الثاني، وإذا اشترى بها عبدًا للتجارة فحكم حول الألف قائم. ألا ترى أنّه لا يحتاج إلى استئناف حؤول الحول للعبد، ولو اشترى بها إبلًا سائمة أو عبدًا للخدمة ضمن الزكاة من قِبل أنّ حكم حؤول الألف لا يثبت للإبل، بل يحتاج أن يستأنف الإبل حولًا وعبدًا لخدمة لا يتعلّق به وجوبَ الزكاة أصلًا لا في حول ولا في نصاب، وإنّما كان هذا هكذا من قِبل أنّ حكم حؤول المال الأوّل،

---

[465] لم تنقصه.
[466] يساوي.
[467] + صدقة الفطر، صحّ هامش.
[468] + من، صحّ هامش.

ولما كان باقيًا في المال الثاني صار الثاني في الحكم كأنّه هو الأوّل، فمن حيث لم يوجب هلاك الأوّل ضمان الزكاة في ذمّته على أصلهم، فكذلك نقله إلى ما لا يقطع حكم الحول لا يوجب ضمان الزكاة في ذمّته. ألا ترى أنّ حقّ المساكين قائم في الثاني كهو في الأوّل. ألا ترى أنّ تصرّفه في المال من هذا الوجه يؤدّي إلى نماء المال وزيادته مع بقاء حكم الحول، فيزيد به حقّ المساكين المتعلّق بالحول، فأشبه من هذا الوجه المضارب أنّ تصرّفه في المال على وجه المضاربة لا يوجب عليه ضمانه.

وأمّا إذا نقله إلى عبد الخدمة أو إبل سائمة فإنّما يصرف فيه لنفسه وأسقط حقّ المساكين المتعلّق بالحول عنه، فأشبه المضارب إذا تصرّف في المال على وجه لا يؤدّي إلى الوجه الذي تضمّنته المضاربة مثل أن يشتري ابن ربّ المال أو أباه فيجوز عليه خاصّة [90ظ] دونه، إذ لا يصحّ بقاء ذلك على المضاربة، لأنّه لا يجوز بيعه لو كان على المضاربة، وكذلك لو اشترى به خمرًا أو حريرًا[469]، وإنّما المسألة مبنيّة على أنّ هلاك المال بعد الحول من غير تعدٍّ لا يوجب ضمان الزكاة، ونحن نبيّن بعد فراغنا من بيان صحّة هذه المسألة على أصلهم ما بيننا وبين المخالفين من أنّ هلاك المال بعد الحول يُسقط[470] الزكاة، فنقول على ما قدّمنا: إذا كان نقله المال الذي قد وجب فيه الزكاة إلى ما لا يسقط به حكم حول الأصل غير موجَب عليه ضمانها، قلنا في مسألتنا: إنّه إذا اشترى بها عبدًا يساوي تسعمائة وخمسين لم يضمن الخمسين المحطوط من قِبل أنّه تصرّف في المال من حيث جاز له ذلك غير متعدٍّ فيه، إذ كان هذا القدر من الحطّ قد يَسقط حكمه عمّن يملك التصرّف على الغير فلا يضمنه. ألا ترى أنّ الوصيّ والأب تجويز تصرّفهما على الصغير بمثل ذلك، فكذلك تصرّف ربّ المال على المساكين جائز في مثل هذا القدر.

والمعنى في ذلك كلّه: أنّ حَطّ[471] ما يدخل بين تقويم المقوّمين ساقط الحكم عمّن يملك التصرّف على من يُصرّف عليه، لأنّه لم يبِن[472] لنا أنّ هناك خطأ على الحقيقة، إذ قد يجوز أن يقومه[473] بعضهم بتسعمائة وخمسين وبعضهم بألف.

وقال أصحابنا في المريض إذا باع وحطّ ما يتغابن الناس في مثله وعليه دين يحيط بماله: إنّه لا يجوز هذا القدر من الحطّ عن الغرماء، ويجوز [91أ] بيعه بمثل القيمة سواء، وكذلك قالوا في العبد المأذون له في التجارة فإذا كان عليه دين وباع عبدًا له من المولى بأقلّ من قيمته بما يتغابن الناس في مثله: إنّه لا يجوز حطّه ولو باعه بمثل قيمته سواء جاز بيعه. وقال أبو حنيفة في المضارب: إذا اشترى من أبيه وأمّه أو ممّن لا يجوز له شهادته بمثل القيمة جاز على المضاربة، وكذلك في الوكيل بالشراء إذا اشترى من واحد من هؤلاء، ولو اشترى من واحد من هؤلاء وزاد في الثمن على القيمة مقدار ما يتغابن الناس لم يجز على المضاربة. وقال أبو يوسف ومحمد في المضارب والوكيل: يجوز شراؤه من هؤلاء

469 خرزًا.
470 يَسقط.
471 حُطّ.
472 لم يبْن.
473 أن يقويه.

بزيادة الثمن ممّا يتغابن الناس في مثله، ولو اشتريا ذلك من مكاتبيهما[474] بأكثر من القيمة ممّا يتغابن الناس فيه لم يجز عندهما أيضًا.

وقالوا جميعًا في ربّ المال إذا باع عبدًا من المضاربة بغير أمر المضارب: إنّ بيعه بالقيمة سواء جائز ولا يجوز بأقلّ، وإن كان ممّا يتغابن الناس فيه ففرّقوا بين هذه المسائل، ثم قال أبو حنيفة في الوكيل بالبيع والمضارب وشريك العيان والمعاوض: إنّ كلّ واحد من هؤلاء يبيع بما يتغابن الناس فيه وما لا يتغابن فيه، ولا يجوز شراؤهم إلّا بما يتغابن الناس فيه. وقالوا جميعًا في الوصيّ والأب: لا يتغابن الناس فيه من المهر، وقال في المكاتب والمأذون: يجوز أن يبيعا ويشتريا بما يتغابن الناس فيه، ففرّق بين الوكيل بالبيع وبين [91ب] الوكيل بالشراء ونحوه ممّن ذكرنا، ثم جمع بين شراء المكاتب وبيعه وكذلك المأذون. وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز بيع واحد من هؤلاء ولا شراؤه إلّا بما يتغابن الناس فيه إلّا في بيع المأذون من المولى وبيع المريض وشراء الوكيل من مكاتبه وعبده، فإنّه لا خلاف بينهم أنّه لا يجوز حطّ واحد من هؤلاء فيما يتغابن الناس فيه ويجوز بمثل القيمة سواء، وكذلك ربّ المال إذا باع عبدًا من المضاربة بغير من المضارب لا خلاف بينهم فيه أنّه لا يجوز إلّا بمثل القيمة سواء.

قال أبو بكر: والكلام في بيان وجوه هذه المسائل كلّها يطول[475] شرحه وتُخرجنا من الباب الذي نحن فيه، ولكنّا نقتصر منه على مقدار ما يتحصّل به الفرق بين مسألة الكتاب وبينها. فأمّا مسألة الكتاب فإنّها تشبه[476] بيع الأب والوصيّ من قِبل أنّهما يتصرّفان بالولاية على الصبيّ من جهة الحكم، وكذلك صاحب المال له الولاية في التصرّف في المال على المساكين من جهة الحكم كما للإمام ولاية عليهم في قبض حقوقهم، وإذا كان كذلك أشبه صاحب المال الأب والوصيّ، وكذلك الوكيل بالشراء إنّما يتصرّف من جهة الحكم في ثمن العبد المشترى، لأنّه لا معنى لاعتبار عموم الأمر في العبد، لأنّه ليس في ملك الآمر والثمن الذي يلزم الآمر غير ملفوظ به في الأمر، فلمّا لم يكن ما يلزم الآمر ملفوظًا به في الأمر وهو الثمن لم يصح اعتبار عمومه إن ليس بمذكور في لفظه، ولا يجوز [92أ] أن يعتبر أمره فيما وجد من لفظه في غير ملكه، وأمر[477] الإنسان إنّما[478] يعتبر في ملكه لا في ملك غيره، إذ لا يصحّ أمره في غير ملكه ولا ينفذ فيه. وأمّا الوكيل بالبيع فإنّه يتصرّف من جهة الآمر قد تعلّق تعيين ملك الآمر، فاعتبر عمومه، وكذلك المضارب والشريك.

وأمّا تزويج الأب الصغير والصغيرة فإنّه من أصل آخر غير ما ذكرنا، وذلك لأنّ الأب إنّما يتصرّف عليهما من جهة الاحتياط غير مُتّهم فيها على مجرى العادة، وليس المبتغي بعقد النكاح تحصيل الأعواض ولا طلب الأرباح

---

[474] مكاتبتهما.
[475] بطول.
[476] فانها يُشْبَه.
[477] وامن.
[478] ايما.

والمتاجرات[479]، وإنّما الغرض فيه وضعُها في منصِب حسن، ومن يحسن عشرتها ولا يشينها، فجائز أن يكون قد استوفى لها حظّها من هذا الوجه بما هو أنفع لها وأجدى عليها من كثرة المهر.

وأمّا تزويج أمَة الصغير فإنّه لا يجوز إلّا بما يُتغابن فيه من قِبل أنّه ليس فيه نفعٌ غير تحصيل العوض فأشبه البيع. وأمّا المكاتب والمأذون فحكمهما مخالف بجميع من قدّمنا من الأب والوصيّ وغيرهما، وذلك لأنّهما يتصرّفان على أنفسهما بزوال الحجر. ألا ترى أنّ المولى ليس بخصمٍ ولا يلزمه دين من ثمن ما اشترياه، فلمّا كانا كذلك وزال الحجر عنهما بالإذن والكتابة صارا من هذا الوجه كالحرّ.

وأمّا الفرق بين صاحب المال في جواز حطّه بما يتغابن الناس فيه وبين بيع المريض بمثل ذلك [92ب] إذا كان عليه دين، فهو: أنّ الغرماء لا حقّ لهم في مال الميّت في حال المرض حتى يقع الموت، فلم يقع تصرّف المريض عليهم وإنّما هو متصرّف على نفسه، إذ لم يكن حقّ الغرماء ثابتًا في ماله في حال بيعه فلهم أن يقولوا بعد حصول حقوقهم في ماله بالموت: نحن يمكننا استدراك هذا الحظ بأن يبيعه بمثل القيمة، فلهم أن يستردّوه ويبيعوه بمثل القيمة لاستيفاء ديونهم، وأيضًا فإنّه لا ولاية له على الغرماء وصاحب المال يلي على المساكين من الوجه الذي بيّنا، فلذلك افترقا.

فإن قيل: قد يُولّى على الغرماء أيضًا بأن يباع لهم ملك الميّت.

قيل له: ليس ذلك ولاية عليهم وإنّما هو ولاية على الميّت وتصرّف في ماله، وكذلك بيعُ ربّ المال عبدًا من المضاربة إنّما مُنع أن يحطّ مقدار ما يتغابن الناس فيه لهذه العلّة بعينها، وهي أن تصرّف ربّ المال لا يجوز على المضارب، وإنّما يجوز تصرّفه في مال نفسه ما لم يكن فيه إبطال حقّ المضارب، فكان للمضارب أن يقول: أنا استوفي منه مقدار القيمة، لأنّ في زيادة الثمن نفعًا لي فليس لك أن تحطّ عن القيمة شيئًا. وأمّا بيع المأذون من مولاه بأقلّ من قيمته بما يتغابن الناس فيه وعليه دين فإنّما لم يجز، لأنّ بيعه منه إنّما جاز لأجل الدين والغرماء لا يُولّى عليهم، فإذا ثبت للغرماء [93أ] استيفاء مقدار القيمة من ماله وكان جواز بيعه من المولى إنّما هو لأجل دينهم لم يجز للمأذون إسقاط شيء منه بعقد البيع، وليس كذلك بيع المأذون من غيره مع الدين فيجوز بما يتغابن الناس فيه، لأنّه ليس دين الغرماء هو المجوّز للبيع، لأنّه لو باع من غيره ولا دين عليه جاز بيعه ولا يجوز بيعه من مولاه إلّا أن يكون عليه دين، فلذلك افترقا.

وأمّا قول أبي حنيفة في المضارب والوكيل إذا اشتريا بمثل القيمة من أبيهما جاز على المضاربة: وأنّ حطّ ما يتغابن الناس فيه لم يجز، فلأنّه إنّما مُنع ذلك للتهمة باستيفاء البدل على كماله جاز.

مسألة

قال محمد: وإن باع العبد الذي يساوي ألفًا بخمسمائة ضمن زكاة الخمسمائة التي حابى فيها.

---

[479] والمتجاجرات.

قال أبو بكر: لأنّا قد تيقّنّا الحطّ، إذ لا يختلف المقوّمون في مثله، فقد قصد إلى الحطّ فصار بمنزلة الهبة فضمن زكاته.

فإن قيل: فإنّ الخمسمائة الثمن قد حصلت عوضًا عن جميع العبد، فهلّا أسقطت الضمان عنه لحصول العوض عن جميعه.

قيل له: إنّ الخمسمائة وإن كانت عوضًا عن جميع العبد فإنّ هناك حطيطة قائمة لم يحصل عنها عوض في المعنى فلزمه ضمانها. ألا ترى أنّ المريض إذا باع عبدًا يساوي ألفًا بخمسمائة [93ب] ولا مال له غيره أنّه لا يجوز إلّا من الثلث وإن حصلت الخمسمائة عوضًا عن جميع العبد، وكذلك الأب والوصيّ ولو باعا وحطّا هذا القدر لم يجز بيعهما وإن حصلت الخمسمائة عوضًا عن جميع العبد.

فإن قيل: فهلّا أسقطت عنه زكاة الخمسين التي لو حابا فيها لم يضمنها، وهو مقدار ما يختلف المقوّمون في مثله.

قيل له: لأنّا قد علمنا أنّه قد قصد الحطّ، فلا يصحّ له منه شيء كما قلنا في الأب إذا باع وحطّ مثل ذلك أنّه يضمن جميع الحطّ[480] ولا يسقط عنه المقدار الذي لو حابى فيه لم يضمن فكذلك ما وصفنا.

فصل

قال أبو بكر: الدليل على أنّ هلاك المال بعد الحول من غير تعدٍّ لا يوجَب ضمان الزكاة أنّا قد وجدنا وجوب الزكاة متعلّقًا بالحول مع النصاب لقوله عليه السلام: ((لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول))[481]، فعلّق وجوب الزكاة بالحول، ثم اتّفق الجميع على أنّ الحول لو حال على ماله فهلك المال بعد الحول في وقت لا يمكنه أداء الزكاة فيه، لأنّ المصدّق لم يأته أو لأنّ هلاك المال أعجله عن أدائها لم يضمن الزكاة، وكذلك إذا هلك بعد تراخي المدّة ينبغي ألّا يضمن، لأنّا وجدنا المضمومات لا تختلف[482] [في] الأداء وغيره. ألا ترى أنّ من غصب من رجل ثوبًا فاحترق في يده [94أ] وغصبه منه غاصب بعد تناوله، فعجز عن ردّه إلى صاحبه أنّ ضمانه لا يسقط عنه لأجل تعذّر ردّه، وكذلك لو قبضه على وجه السوم كان بهذه[483] المثابة.

فإن قيل: إنّما لم يضمن الزكاة بهلاك المال قبل إمكان الأداء إلّا أنّه غير متعدّي ولا مُفرط فيه، فهو كالمودع إذا طولب بالردّ فمضى ليردّه فهلك قبل إمكانه فلا يضمنه ولو أمكنه الردّ فلم يرد ضمن كذلك الزكاة. وأمّا الغاصب وقابض الثوب على وجه السوم فإنّه لم يقع القبض فيهما إلّا مضمونًا فلا تعدى فيه إمكان الأداء.

---

480 الحظّ.

481 ورد هذا الحديث مرفوعًا وموقوفًا في؛ سنن أبي داود، الزكاة، 4؛ سنن الترمذي، الزكاة، 10؛ سنن ابن ماجه، الزكاة، 5 وغيرهم، ورواه مالك في موطئه حكاية من فعل أبي بكر رضي الله عنه، الزكاة، 2؛ وتكلّم الزيلعي عن طرقه مرجّحًا أنّه موقوف، وكأن حاصل كلامه أن أعلى درجته أن يكون حسنًا. (نصب الراية للزيلعي، 328/2.)

482 لا يختلف.

483 هذه.

قيل له: أمّا تشبيهك إيّاه بالوديعة فهو تشبيه صحيحٌ، فثبت لنا حينئذ أنّ الزكاة في حال وجوبها غير مضمونة، وإنّما يضمنها بالتفريط، والتفريط لا يحصل بتأخير الأداء عندنا من قِبل أنّ له أن يؤخّره، لأنّ الأداء غير مأخوذ عليه في وقت مضيّق، بل هو موسّع عليه في أدائها متى شاء، فنظيره الوديعة إذا قال المودع: "إن شئت فردها إلى الآن وإن شئت بعد سنين أو متى شئتَ"، فلا يكون مفرطًا بتأخير الردّ.

فإن قيل: فإذا جاءه المصدّق وطالبه فلم يدفع حتى هلك المال هلّا ضمنته.

قيل له: لأنّ المطالبة بالأداء قد صحّت في الحال، فأشبه[484] الوديعة إذا طولب بردّها فلم يردها. [94ظ]

قال أبو بكر: كان أبو الحسن يقول: إنّه يضمن بتأخير الأداء بعد مطالبة المصدّق، وليس فيه رواية عن أصحابنا.

فإن قيل: ما قدّمتموه من الأصل غير لازم لمخالفيكم، لأنّهم يقولون: إنّ الزكاة لا تجب بحول الحول، وإنّما تجب بحول الحول ومجيء المصدّق وإمكان الأداء.

قيل له: هذا خلاف قول النبي صلى الله عليه وسلم: ((لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول))[485]، فشرط في وجوبها حول الحول ولم يشرط فيه مجيء المصدّق، وأيضًا فلو كان هكذا لوجب ألّا تجب الزكاة عليه إذا لم يجيء المصدّق سنين، وكذلك لو كان مالًا غائبًا فلم يصل إليه سنين إلّا تجب عليه الزكاة يعجزه عن الأداء، فلمّا اتّفق الجميع على وجوب الزكاة للسنين الماضية مع عدم مجيء المصدّق وتعذّر الأداء صحّ بذلك أنّ مجيء المصدّق وإمكان الأداء ليسا بعلّة في الوجوب، وعلى أنّ اعتبار مجيء المصدّق ساقط على أصل الشافعي، لأنّه لا يجوز دفعها إلى المساكين مع وجود المصدّق.

قال أبو بكر: ودليل آخر للمسألة[486]، وهو: أنّ الحقّ متعلّق بالعين وليس في الذمّة. والدليل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم في الذمّة ربع العُشر[487] وفي خمس وعشرين من الإبل بنت مخاض[488] وفيما سقت السماء العُشر[489]، فأوجب ذلك تعلّقه بالعين ونفى ثبوته في الذمّة [95أ] لامتناع ثبوته في العين والذمّة جميعًا في حالة واحدة، فلمّا أثبت صلى الله عليه وسلم الحقّ في العين انتفى ثبوته في الذمّة، وإذا صحّ ذلك لم يضمن إلّا بالتعدّي، ويكون ذلك بمنزلة رجلين بينهما مال في يديّ أحدهما فلا يضمنه الذي في يده إلّا بالتعدّي.

---

484 فاشتبه.
485 سبق تخريجه.
486 المسئلة.
487 لم أعثر على رواية فيها أخذ ربع العشر من أهل الذمة إلّا إذا تاجروا بأموالهم ففيها نصف العشر، وقد مر في حديث أنس بن مالك وإرسال عمر رضي الله عنهما إيّاه.
488 الموطأ، الزكاة، 11؛ صحيح البخاري، الزكاة، 38؛ سنن أبي داود، الزكاة، 4؛ سنن النسائي، الزكاة، 5، 10.
489 الموطأ، الزكاة، 19؛ صحيح البخاري، الزكاة، 55؛ صحيح مسلم، الزكاة، 7 (981).

فإن قيل: ثبوت الحقّ في العين لا يمنع الضمان، لأنّ حقّ المغصوب لم ينقطع عن الغصب، ولم يمنع بقاء حقّه في العين من وجوب ضمانه على الغاصب.

قيل له: لأنّ الغصب نفسَه قد تعلّق به ضمان بنفس القبض على معنى أنّه إن هلك ضمن، وقد اتّفقنا أنّ وجوب الزكاة في المال لا يوجب ضمانها على المالك وأنّه لا يضمنها إلّا بالتعدّي، وتأخير الأداء عندنا ليس بتعدٍّ. ويدلّ على أنّ الحقّ في العين قوله عليه السلام: ((ليس على المسلم في عبده ولا في فرسه صدقة))[490]، فنفى الصدقة عن عبد الخدمة وفرس الركوب، وهو يعني به زكاة المال، فعلمنا أنّها إذا وجبت وجبت فيه. ويدلّ عليه قوله تعالى: ﴿وَ[الَّذِينَ] فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ﴾[491]، فأثبت الحقّ في المال دون الذمّة.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا كانت له ألف درهم فحال عليها الحول، ثم أنّه وهبها لرجل وقبضها ذلك الرجل منه، ثم إنّ الواهب رجع فيها بقضاء [95ب] أو بغير قضاء، ثم قبضها من الموهب له فهلكت في يده فلا زكاة عليه فيها، لأنّها قد رجعت إلى حالها الأوّل.

قال أبو بكر: الأصل في هذه المسألة ونظائرها من مسائل الباب: أنّه متى تعدّى في المال فضمن الزكاة، ثم ارتفع التعدّي بعود الشيء إلى ملكه على حكم الأصل، وانفسخ الملك الذي به حصل التعدّي زال الضمان، وإنّما نعني بالتعدّي الفعل الذي به يضمن الزكاة فحصل في ذمّته، ومن أصلهم: أنّ الرجوع في الهبة جائز سواء وقع بقضاء أو بغير قضاء فإنّه يوجب عوده على ملك الأصل حتى قالوا: إنّ الواهب لو رجع في الهبة في مرض الموهوب له بغير قضاء ولا مال للموهوب له غيره إنّ الرجوع جائز في جميعها ولا يكون بمنزلة هبة مبتدأة، وقد روي عن محمد: أنّ ردّه الهبة إلى الواهب بغير قضاء بمنزلة هبة مبتدأة، وإنّها تكون[492] من الثلث إلّا أنّه مرجوع عنه، والحاصل من قولهم ما ذكرنا. وقال زفر: إذا رجع فيها بقضاء فهو فسخ كما قال أبو حنيفة، وإذا رجع بغير قضاء فهو هبة مبتدأة.

قال أبو بكر: والمعنى في ذلك عند أصحابنا غير زفر: إنّ فسخ الهبة إنّما يتناول هذه العين ولا يتعلّق بعين أخرى، فأشبه من هذا الوجه فسخ البيع بالعيب بقضاء أنّه لما تناول هذه العين القائمة [96أ] دون البدل أوجب عود الشيء إلى ملكه على الأصل، كذلك فسخ الهبة لما تعلّق بهذه العين في الأحوال كلّها وجب أن يستوي فيه حال القضاء وغير القضاء. والدليل على أنّ فسخ القاضي للبيع بالعيب إنّما يتناول هذه العين دون بدلها[493]، أنّ البدل[494] لو كان فائتًا لم يصح ذلك صحّة الفسخ، ولو اعتبرنا البدل لوجب ألّا يصحّ، لأنّ ابتداء الفسخ لا يصحّ في الهالك. والدليل على ذلك: أنّ العيب لو

---

[490] الموطأ، الزكاة، 23؛ صحيح البخاري، الزكاة، 46؛ صحيح مسلم، الزكاة، 8-9 (982).
[491] المعارج، 24/70.
[492] وانها يكون.
[493] بذلها.
[494] البذل.

وجد بالهالك لم يفسخ القاضي البيع ولا وجب الرجوع بأرش العيب، فصحّ بذلك أنّ فسخ القاضي للبيع بالعيب إنّما يتناول العين القائمة ولا يقع ذلك على وجه ابتداء التمليك والمعاوضة. ألا ترى أنّ من اشترى عبدًا[495] بجارية[496] ثم مات قبل القبض أنّ الجارية تعود إلى ملك بائعها لا على وجه التمليك والمعاوضة، فكذلك فسخ القاضي، وإذا صحّ ذلك كان فسخ الهبة بقضاء وبغير قضاء بهذه المثابة، إذ ليس هناك عوض تعلّق به الحكم، فوجب أن يعود الشيء على حكم ملك الأصل. وأمّا ردّ العبد بالعيب بعد القبض بغير قضاء فإنّ ذلك منهما يتناول البدلين، وذلك أنّ كلّ واحد منهما لزمه الحقّ بتراضيهما فصار ذلك كعقد مبتدأ فيما بينهما في حقّ الغير.

فإن قيل: فهذا قد يجوز فسخهما للبيع أيضًا مع [96ظ] هلاك أخذ البدلين كما قلت في قضاء القاضي فلا فرق بينهما.

قيل له: لعمري أنّ ذلك جائز لهما كما يجوز إقالتهما، ومعلومٌ أنّ إقالتهما لا تلزم غيرهما، بل يكون فسخًا فيما بينهما وبيعًا ثانيًا في حقّ غيرهما، فكذلك ردّه بالعيب بغير قضاء من حيث وقع بتراضيهما. وأمّا الهبة فليست عقدًا يصحّ فيه الإقالة، فلم يقع الردّ إلّا على وجه الفسخ، وأمّا نقض البيع فلا يقع أبدًا إلّا على وجه الفسخ، لأنّه معلوم أنّ القاضي ليس له أن يعقد عليها عقدًا مبتدأ ولا على واحد منهما، فعلمنا أنّ ردّه أبدًا لا يقع إلّا على وجه الفسخ، وقد بيّنا أنّه إنّما يتناول هذه العين القائمة فحسب، فوجب أن يكون ذلك حكم الرجوع في الهبة سواء وقع بقضاء أو بغير قضاء من قبل ما تعلّق من حكم الفسخ بهذه العين دون غيرها.

ومن الدليل على أنّ الرجوع في الهبة ليس بعقد مستأنف: وإن وقع بغير قضاء أنّا وجدنا الناس في الرجوع في الهبة على قولين: فمنهم من أبطله رأسًا ولم يُثبت للواهب فيها رجوعًا، ومنهم من أثبته، وكلّ من أثبته أجاز الرجوع في نصف دار مشاعٍ بغير قضاء وإن كان قد وهب له جملتها، فلو كان الرجوع كهبة مبتدأة لوجب ألّا يصحّ في نصف دار مشاعٍ [97أ] لقيام الدلالة عندنا على امتناع جواز هبة المشاع فيما يقسم. وكذلك لو أن رجلًا باع عبدًا من رجل فوهبه المشتري لرجلٍ، ثم رجع فيه بغير قضاء، ثم وجد به عيبًا كان له ردّه على بائعه بالعيب، يعود إليه على حكم الملك الأوّل، وإذا صحّ ما وصفنا من حكم الرجوع في الهبة وجب أن يرتفع التعدّي الموجب لضمان الزكاة بعوده إلى ملكه على الأصل كالمودَع إذا أودع غيره صار متعديًّا ضامنًا، فإن ردّه إلى يدٍ ارتفع التعدّي وارتفع الضمان بارتفاعه، فكذلك عود المال إلى يده على حكم الأوّل يُبرئه من الضمان.

مسألة

---

[495] عند.
[496] الجارية.

قال محمد: ولو كان اشترى بالألف التي وجب فيها الزكاة جارية للخدمة وقبضها ونقد[497] الثمن، وذلك بعدما حال الحول ووجب فيها الزكاة عليه، ثم إنّه وجد بالجارية عيبًا فردّها بقضاء قاضٍ أو بغير قضاء قاضٍ، فلمّا قبض الألف هلكت في يده فإنّ عليه الزكاة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ من أصلهم: أنّ الدراهم والدنانير لا يتعيّن ملكهما للبائع بالقصد وإن أشار إليهما، وكان للمشتري أن يعطي غيرهما ولا يمنع تعيينه إيّاها من وقوع العقد على مثلها في الذمّة، وإذا كان هذا أصلهم فقبض البائع الدراهم، ثم وجد المشتري بالجارية عيبًا فردّها، فإنّ الفسخ يقع [97ب] عليها في الذمّة فلا يستحقّ المشتري عين تلك الدراهم، وإنّما يستحقّ دراهم في ذمّته ومن ضمن الزكاة باستهلاك المال، ثم استفاد دراهم أُخر لم تسقط[498] عنه ضمان ما ضمن بما أفاد، فكذلك هذه الألف المقبوضة وإن كانت مأخوذة عن الألف التي قبضها البائع فإنّها لم تعد[499] إليه على حكم الملك الأوّل، لأنّ الفسخ لم يوجب ردّها بعينها، وإنّما رجعت إليه باختيار البائع الردّ فحصل في ملكه على حكم الاستئناف، فصار كالبائع لو وهبها له أو اشترى بها منه عبدًا، فلا تسقط[500] زكاته كما لو أنّها كانت هبةً فردّها الموهوب له عليه بهبة مبتدأة أو عن بيع لم يسقط الزكاة عن الواهب، وكان بمنزلة من استفاد ألفًا أخرى بعد ضمان الزكاة فلا يسقط عنه ضمانها بما أفاد.

وقال زفر في مسألتنا هذه: قد سقط ضمان الزكاة عن المشتري برجوع الألف إليه، وذلك أنّ من أصله إنّ المشتري يستحقّ بالفسخ عين الألف الثمن، وهو مع ذلك يوافقهم على أنّ البائع لم يملك عين تلك الدراهم على المشتري بعقد البيع، وإنّما يملك عليه ألفًا في ذمّته إلّا أنّه ذهب في الفسخ إلى أنّ البائع لما قبضها فقد تعيّنت، فلمّا وجب الفسخ استحقّ العين كالدراهم الموهوبة لما تعيّنت بالقبض صحّ الرجوع فيها بعينها، ولأنّ من أصلهم جميعًا: أنّ الدراهم وإن لم تتعيّن[501] بالعقد فإنّها [98أ] تتعيّن بالقبض. ألا ترى أنّ من غصب من رجل دراهم كان المغصوب مستحقًّا لعينها أبدًا، وكذلك لو دفع إليه ألف درهم مضاربة أو على وجه الوكالة تعيّنت المضاربة والوكالة بها حتى لو هلكت قبل الشراء بطلت المضاربة والوكالة، فكذلك ثمن البيع لمـّا تعيّن بالقبض وجب استحقاق عينه بالفسخ كالعروض وسائر الأعيان.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد: أنّ الفسخ إنّما يتناول ما وقع عليه العقد، فإذا وقع العقد على ما في الذمّة فكذلك الفسخ، فإذا تناول العقد العين فكذلك حكم الفسخ، فلمّا لم يمنع تعيينه الدراهم في البيوع وقوع العقد على دراهم في الذمّة، كذلك تعيينه بالقبض لا يمنع وقوع الفسخ على دراهم في الذمّة، لأنّه لا يجوز أن يملك بالفسخ ما لم يملكه بنفس العقد. ألا ترى أنّ من اشترى عبدًا لم يجز له أن يفسخ العقد على ثوبٍ. وأمّا عقد الهبة فإنّما يتعلّق

---

497 وبَعْد.
498 لم يسقط.
499 لم يعد.
500 فلا يسقط.
501 لم يتعيّن.

بالعين ولا يصحّ على دراهم في الذمّة، فكذلك فسخه يجب أن يكون متعلّقًا بالعين، فكذلك فارق الثمن الدراهم الموهوبة عندهم.

مسألة

قال محمد: ولو كان مكان الألف عرض من العروض للتجارة عليه ولو ردّه بغير قضاء قاضٍ فهلك في يده بعدما قبضه وجب عليه زكاة ذلك العرض للسنة الماضية.

قال أبو بكر: أمّا إذا أخذه بقضاء قاضٍ فإنّه لا يضمن الزكاة، لأنّه قد استحقّ بالفسخ عينه كما استحقّ عليه بالبيع عينه، [98ب] وعاد إليه على حكم الملك الأوّل فوجب أن تسقط[502] الزكاة لزوال المعنى الذي من أجله وجب تضمينه. وأمّا إذا أخذه يعني قضاءًا فإنّ الزكاة بحالها باقية عليه في ذمّته، لأنّه لم يعد إلى ملكه على حكم الأصل فيرتفع التعدّي به، وإنّما عاد إليه على حكم ملك مستأنف في حقّ الغير فصار كالإقالة وكالبيع المستقبل، ويدلّ على ذلك وجوب الشفعة فيها بالردّ لو كانت دارًا وامتناع الردّ على بائعه بعيبٍ يجده به.

والأصل في ذلك: أنّه متى عاد إليه المبيع بقبوله ورضاه كان كالبيع المستقبل في حقّ الغير، ومتى عاد إليه بغير قبوله عاد على حكم الأصل وانفسخ البيع الأوّل في حقّهما وحق الغير. والدليل على صحّة ذلك أنّ الموصى له لما دخل الشيء في ملكه بقبوله كان حكم ملكه حكم الملك المستقبل، فلا يردّ على بائع الميّت بالعيب وكذلك الموهوب له، لأنّه دخل في ملكه بقبوله، وإنّ الوارث يردّ على بائع الميّت بالعيب لدخول الشيء في ملكه بغير قبوله فلم يكن ملكه على وجه الاستئناف، بل كان على حكم ملك الميّت، فكذلك بائع الجارية لما عادت الجارية إليه بقبوله كان حكم ملكه حكم ملك مستقبل، ولمّا عادت إليه بغير قبوله بل بفسخ[503] القاضي لم يكن حكم ملكه حكم ملك الاستئناف.

مسألة

قال: ولو كان باع جارية عنده للخدمة بألف درهم وتقابضا فحال الحول عليها عنده، ثم وجد بالجارية عيبًا فردّها بقضاء أو بغير [99أ] قضاء، وأخذ الألف من البائع فعلى البائع زكاة الألف كلّها.

قال أبو بكر: من قِبل[504] أنّ المشتري لم يستحقّ عين الألف بالفسخ لما بيّنا فيما سلف، وإنّما لحقّ[505] البائع بالفسخ دين أدّى هذه الألف قضى عنه فلا تسقط[506] عنه الزكاة.

---

[502] ان يسقط.
[503] يفسخ.
[504] قيل.
[505] الحقّ.
[506] فلا يسقط.

فإن قيل: ينبغي أن تسقط[507] عنه الزكاة بمقدار ما لحق من الدين بعد الحول كما لو كان الدين موجودًا في الابتداء منع وجوب الزكاة.

قيل له: إنّ الدين إنّما منع وجوب الزكاة في المستقبل وكما أنّه لو هلك ماله بعد الحول سقطت الزكاة.

قيل له: إنّ الدين إنّما منع وجوب الزكاة في المستقبل من قِبل أنّ الملك المقبوض عن الدين محكوم للطالب فيه بحكم الملك عند القبض وجب أن يبتغي حكم ملك المطلوب عنه في باب الزكاة لاستحالة وجوب الزكاة لحول واحدٍ في مال واحد على اثنين، وهذا المعنى غير موجود في الدين اللّاحق بعد الحول من قِبل أنّ أكثر أحواله إذا قبضه أن يصير بمنزلة من ملكه عليه في حال وجوب دينه، وتمليك المال بعد وجوب لا يسقطها. وأمّا الفرق بين المستقبل والمستدبر فإنّه غير جائز إلحاق المستدبر بحكم المستقبل في باب الزكاة. والدليل على ذلك: أنّ من كانت له مئتا درهم فوجبت فيها الزكاة، ثم هلك منها مئة لم تسقط[508] عند زكاة الباقي في يده ولو لم يكن له في الابتداء إلّا مئة لم يجب عليه فيها زكاة، وفرّقوا بين هلاك المئة بعد وجوب الزكاة وبين هلاكها قبل الحول ووجوب الزكاة، [99ب] فكذلك حكم الدين اللاحق بعد الحول أو قبله في باب إيجاب الفرق بين المستقبل والمستدبر منه.

مسألة

قال محمد: ولو كان البائع باع الجارية التي عنده للخدمة لعرض من العروض تساوي[509] ألف درهم يريد به التجارة، فإن حال عليه الحول وجبت عليه زكاة التجارة وإن كان أصل ما اشترى به لغير التجارة.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ التجارة إنّما هي تصرّف لطلب النماء وقد وجد ذلك، ويشبه ذلك السفر أنّه الخروج مع نيّة السفر مقدار. أمّا فإذا وجد ذلك حصل له حكم السفر وما دام في المقرّ، وإنّما وجدت النيّة دون الفعل فلا يكون مسافرًا، كذلك جارية الخدمة ما دامت في يده لا يصير للتجارة وإن نواها حتى إذا باعها، ونوى التجارة صار بدلها للتجارة لوجود التجارة فيما ملّكه، لأنّ حقيقة التجارة هي التصرّف طلبًا للنماء وقد حصل فيجب أن يثبت حكم الزكاة فيه ولا يعتبر الأصل الذي كان عنده للخدمة، لأنّ الأصل: إنّما يجب فيه الزكاة من حيث لم يكن مرصدًا للنماء، والبدل المأخوذ عنه قد وجد فيه هذا المعنى مع الفعل فصار من أموال الزكاة.

مسألة

قال محمد: فإن لم يُزكِّ حتى وجد المشتري بالجارية عيبًا فردّها بقضاء قاضٍ فلا زكاة على البائع فيما كان في يده ولا فيما رجع إليه في المستقبل.

---

[507] ان يسقط.
[508] لم يسقط.
[509] يساوي.

قال أبو بكر: لـمّا فُسخ البيع الذي به حصل حكم التجارة في بدل الجارية عادت الجارية [100أ] إلى ملكه على حكم الأصل بدلالة أنّ له ردّها على بائعها بعيب إن وجده بها، وقد بيّنا ذلك فيما تقدّم، وإذا عادت إليه على حكم الأصل عادت للخدمة كما كانت. وأمّا العرض الذي قد وجبت فيه الزكاة في يده فقد استحقّ من يده بغير فعله فصار بمنزلة الهلاك فلذلك سقطت زكاته.

مسألة

قال: ولو كان قبل الجارية بغير قضاء قاض وجبت عليه الزكاة في ذلك العرض للسنّة الماضية، وذلك لأنّها لما عادت إليه بقبوله واستحقّ عليه العوض بردّه، واختياره صار بمنزلة البيع المستقبل في حقّ الغير وهم المساكين.

قال محمد: فإن كان قبل الجارية وهو يريد بها التجارة أو لا نيّة له في ذلك فهي على التجارة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه إذا كان الردّ بغير قضاء قاضٍ فهو بمنزلة البيع المستقبل فكأنّه باع العرض بجارية فيكون للتجارة ما لم ينو غيرها.

قال محمد: فإن مضى حول آخر زكّاها زكاة التجارة، وإن ماتت قبل أن يزكّي عن العرض الذي ردّ على صاحبه لم يجب عليه في ذلك العرض الزكاة، لأنّه غير متعدٍّ، لأنّه تصرّف فيها للتجارة، وقد بيّنا ذلك فيما سلف.

قال محمد: ولو كان أخذ الجارية وهو يريد أن تكون[510] للخدمة فعليه زكاة ذلك العرض إن هلكت الجارية التي قبض أو لم تهلك[511].

قال أبو بكر: وذلك لأنّه بمنزلة من حال الحول على ماله ووجبت فيه الزكاة، ثم اشترى [100ب] جاريةً للخدمة فيضمن الزكاة، وكذلك قال أبو يوسف ومحمد في رجل تزوّج امرأةً على ألف درهمٍ ودفعها إليها فحال الحول عليها عندها، ثم طلّقها قبل أن يدخل بها فردّت إليه نصفها: فعليها زكاة الألف كلّها.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّ الزوج لم يستحقّ عليها بالطلاق عين الألف، وإنّما استحقّ عليها نصف الألف في ذمّتها، ثم قضت بما في يدها دينًا لحقها بعد الحول، فلا تسقط[512] عنها زكاته كما أنّها لو استهلك متاعًا بعد الحول لم تسقط[513] عنها الزكاة بقضائها إيّاه في ضمان المتاع.

---

[510] ان يكون.
[511] لم يهلك.
[512] فلا يسقط.
[513] لم يسقط.

قال محمد: ولو كان تزوّجها على إبل أو غنم أو بقر سائمة فحال عليها الحول بعدما قبضها، ثم طلّقها قبل أن يدخل بها فإنّها تردّ نصفها ولا زكاة عليها إلّا فيما بقي، لأنّ عيّن ما وجبت فيه الزكاة قد استُحقّت بغير فعلها فصار كالهلاك وكالفسخ الواقع في العين بقضاء قاضٍ بعد الحول أنّه يُبطل الزكاة.

مسألة

قال محمد: ولو كانت الإبل أو البقر أو الغنم التي قبضت زادت في بدنها قبل الطلاق، ثم طلّقها قبل الدخول وجب عليها نصف قيمتها يوم قبضها وعليها الزكاة لجميع ما في يدها من السائمة.

قال أبو بكر: قال محمد في كتاب النكاح من الأصل: إنّ الزيادة في البدن تمنع رجوع الزوج في العين في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

قال محمد: الزيادة في البدن لا تمنع[514] [101أ] رجوع نصف العين إلى الزوج بالطلاق، وقد طعن علي بن الحسن الرازي في مسألة الجامع هذه، وقال: ينبغي ألّا تمنع[515] الزيادة في البدن الرجوع في العين بالطلاق وأن يكون مفارقةً للزيادة المنفصِلة كالولد ونحوه، لأنّهم قد فرّقوا بين الزيادة المتّصلة وبين الزيادة المنفصلة في الردّ بالعيب، فقالوا: إذا باع جارية بعبدٍ وتقابضا وزادت الجارية في بدنها، ثم وجد المشتري بالعبد عيبًا أنه يردّه ويأخذ الجارية بزيادتها ولو كانت ولدتْ في يديّ المشتري ردّ العبد وأخذ قيمتها، ففرّقوا في ذلك بين الزيادة المتّصلة والمنفصلة فينبغي أن يفرّقوا بينها فيما وصفنا.

قال أبو بكر: وكان أبو الحسن يفرّق بين مسألة النكاح ومسألة البيع التي استشهد بها الرازي في الزيادة المتّصلة بأنّ المرأة قبضت الإبل ولا حقّ لأحد فيها، فلمّا حدثت الزيادة في بدنها من غير حقّ قائم للزوج فيها وجب ألّا يستحقّها الزوج بالطلاق. وأمّا مسألة العيب فإنّ المشتري الجارية قبضها مع قيام حقّ الفسخ لبائعها لكون بدلها معيبًا فتعلّق حقّه بالزيادة كتعلّقه بها، إذ كانت الزيادة في البدن تابعة للأصل لا يجوز أن ينفرد عنه بحكم شخصين، ولأنّه عقد عليها والولد جزء من أجزائها وصفة من صفاتها وقد صار الآن عينًا، فلمّا استحقّه بالعقد صفة لم يجز الفسخ عليه عيبًا وليس كذلك الزيادة في البدن، لأنّها لم تنفرد عن حكم الأصل [101ب] وهي صفة صفاتها، فالحقّ الثابت في العين متعلّق بها.

فإن قيل: أليست الزيادة في البدن لو كانت في الهبة منعت رجوع الواهب فيها مع ثبوت حقّه في الرجوع في حال القبض.

قيل له: ليست الهبة من عقود المعاوضات في شيء من قِبل أنّ للموهوب له إبطال حقّ الواهب في الرجوع لا إلى بدلٍ ينتقل إليه بأن يبيعه، ويتصرّف فيه بسائر وجوه التصرّف المانعة من الرجوع. وأمّا المشتري للجارية فلا سبيل له إلى إبطال حقّ البائع، لأنّ العين متى فاتت استوفى حقّه من قيمة الجارية أو يرجع بحصّة العيب منها إن تعذّر ردّ المعِيب،

[514] لا يمنع.
[515] الا يمنع.

فلمّا كان كذلك كانت الزيادة مانعة من الرجوع وبطل حقّ الواهب فيها، إذ لم يملكه هذه الزيادة وقد يجوز أن يبطل حقّه بغير بدلٍ.

قال أبو بكر: وهذا الذي حكيناه عن أبي الحسن في الفصل بين النكاح والبيع فصل صحيحٌ يوجَب ما ذكره في هذا الموضع إلّا أنّ محمدًا قد قال في المأذون الكبير: إذا اشترى من رجل عبدًا بجارية وقبضها وزادت في بدنها خيرًا، ثم مات العبد قبل التسليم: إنّ تابع الجارية يأخذها زائدة، قال: وكذلك لو يوجد بالعبد عيبًا فردّه أخذ الجارية زائدة.

قال: ولو كانت ولدت في يديّ مشتريها ثم كان ما وصفنا أخذ بائعها [102أ] قيمتها في المسلم جميعًا، ولم يكن له سبيل على الجارية. ومعلوم أنّ مشتريها قد قبضها ولا حقّ للبائع فيها إذا كان العبد صحيحًا، ثم لم يفرّق بينه وبين أن يقبضها، وحقّ البائع قائم في الفسخ لأجل العيب في إيجاب الرجوع فيها بزيادتها.

قال أبو بكر: وهذا الذي ذكره محمد من التسوية بين المسلم في حال يثوب حقّ البائع في حال القبض وفي حال انتفائه مُبطل للفصل الذي ذكرنا بين النكاح والبيع.

فإن قيل: لا يبطله من قِبل أنّ حقّ البائع قائم في الجارية وإن لم يكن العبد معيبًا من أجل وجوب التسليم على بائع العبد، فلمّا تعلّق هذا الحقّ بالجارية وأنّه متى لم يَسلم له العبد أخذ الجارية وكان حقّه ثابتًا فيها، فيتعلّق ذلك الحقّ بزيادتها كما قلنا في العبد أنّه متى وجد معيبًا كان وجود العيب به موجبًا لبقاء حقّه في الجارية، لأنّه لم يسلم له الجزاء الفائت بالعيب.

قيل له: وكذلك حقّ الزوج قائم في الإبل التي سلّمها إلى المرأة، لأنّها متى ما منعت تسليم البُضع بالردّة ونحوها أو طلّقها قبل الدخول استحقّ جميعها أو نصفها فحقّه قائم فيها لأجل تقدّم تسليم بدلها، فلا فرق بينهما من هذا الوجه فصحّ حينئذ موضع طعن على الرازي على الوجه الذي ذكره.

قال أبو بكر: [102ب] وقد يجوز أن يفصّل بين النكاح والبيع في الزيادة المتّصلة بأنّ عقد النكاح لا يوجب ضمان البضع عليها. ألا ترى أنّها لو ماتت قبل الدخول ...[516] سلّم لها المهر، فأشبه النكاح من هذا الوجه الهبة أنّها لما كانت مقبوضة لا عن بدلٍ مضمون على الموهوب له كانت الزيادة المتّصلة قاطعةً لحقّ الرجوع، فكذلك المرأة لـمّا قبضت المهر لا عن بدل مضمون عليها وجب أن تكون[517] الزيادة المتّصلة مانعة من استحقاق العين عند ورود الطلاق قبل الدخول. وأمّا البيع فإنّه يوجَب ضمان المبيع، فحقٌّ تابع الجارية قائم فيها مع تسليمها لأجل ما تعلّق من ضمان بدلها على مشتريها، فثبت ذلك الحقّ في الزيادة المتّصلة أيضًا.

قال أبو بكر: وأصحّ الوجوه عندي في هذه المسائل: أنّه لا فرق بين الزيادة المتّصلة والمنفصلة على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف في النكاح والبيع جميعًا، وأنّ الذي ذكره محمد في المأذون الكبير إنّما هو قول نفسه دون قولهما، وذلك أنّ

---

[516] هنا فراغ.
[517] ان يكون.

أبا حنيفة وأبا يوسف قد قالا في الجارية إذا زادت في يديّ المشتري في بدنها أو ولدت ثم اختلفا في الثمن: إنّ القول قول المشتري، ويسقط التحالف وإذا كانت الزيادة المتّصلة مانعة من التحالف وكانت كالولد، وكذلك ينبغي [103أ] أن يكون حكمها في العيب في باب منع الردّ كالولد، فتكون[518] حينئذ مسألة الجامع على قولهما خاصّة، لأنّ محمدًا قد ذكر خلافه إيّاهما فيها في كتاب النكاح يستمرّ وجوه هذه المسائل على أصولهم ويسقط موضع الطعن فيها، وقد كان أبو الحسن يستدلّ بإسقاط أبي حنيفة التحالف لأجل زيادة البدن على أنّ مذهبه أنّ الزيادة في البدن تمنع[519] الردّ بالعيب كالولد على نحو ما ذكرنا.

قال أبو بكر: وقد حكي عن أبي يوسف أنّه كان يفرّق بين تقبيلها ابن زوجها وبين الطلاق إذا زادت الجارية في بدنها أو ولدت فقالت في تقبيلها ابن زوجها[520]: إنّ للزوج أخذها زائدة وولدها، وجعل ذلك قبيحًا للعقد من أصله كالرجل يشتري الجارية على أنّ البائع بالخيار ثلاثًا فتلف في يده أو تزيد في بدنها، ثم ينقض البائع البيع أنّه يأخذها ويأخذ ولدها، وأنّ الطلاق لما لم يوجب فسخ العقد من أصله اعتبر فيه حكم الزيادة على ما وصفنا.

مسألة

قال محمد: وكذلك لو أنّ الزوج لم يطلّقها ولكنّها قبّلت ابن زوجها بشهوة[521] فحرمت على زوجها، وإن كانت الإبل التي عندها والبقر والغنم لم يردد شيئًا ردّت ذلك كلّه على زوجها، ولم يكن عليها في شيء من ذلك زكاة، وإن كانت دراهم أو دنانير وجبت عليها زكاتها.

قال أبو بكر: إنّما سقطت عنها زكاة الإبل مع تقبيلها ابن زوجها، لأنّها استحقّت عليها من جهة الحكم [103ب] والاستحقاق يُسقط الزكاة على نحو ما بيّنا في الطلاق.

فإن قيل: فينبغي أن يضمن الزكاة، لأنّها هي المختارة للردّ، لأنّ الفرقة وقعت بفعلها، فتكون[522] مثل واجدة العيب فيختار ردّه أنّ ذلك غير مُسقط للزكاة.

قيل له: ليست هي مختارة للردّ، وإنّما استحقّ ذلك عليها من جهة الحكم من حيث استحقّ على الزوج البضع قبل الدخول، ويدلّ على أنّ التقبيل ليس هو الموجب للردّ، وأنّ الموجب له ورود استحقاق للبضع على الزوج قبل الدخول أنّه قد يؤخذ التقبيل، ولا يجب الردّ إذا لم يستحقّ به البضع عليه وهو أن تُقبّل ابن زوجها بعد الدخول، فلو كان التقبيل موجبًا للردّ لم يجز وجوده غير موجب له، إذ لا جائز أن يكون شيء موجبًا لحكم، ثم يوجد عاريًا من إيجابه من غير مانع، وقد يجب

---

[518] فيكون.
[519] يمنع.
[520] زوّجها.
[521] لشهوة.
[522] فيكون.

الردّ أيضًا من غير تقبيل منها وهو يقبّلها ابن الزوج قبل الدخول من غير رضاها ولا فعلها فيجب الردّ، فلمّا كان الأمر على ما وصفنا صحّ أنّ التقبيل ليس بعلّة في إيجاب الردّ فلم يلزمها ضمان الزكاة بالتقبيل. وجه آخر[523]، وهو: أنّ الزوج لم يملك بالتقبيل شيئًا، وإنّما يملك بقضاء القاضي له فكأنّه استحقّ عليها بغير فعلها فيكون حينئذ كالهلال[524].

فإن قيل: فإذا ردّته هي بعد التقبيل ينبغي أن يضمّنها الزكاة، لأنّها بفعلها ملّكته، فيكون حينئذ كهيئة [104أ] مبتدأة من جهتها.

قيل له: إنّما ملّكته بحقّ استحقّ عليها قبل التسليم فصار كالموهوب له إذا ردّ الهبة بغير قضاء قاضٍ فتسقط[525] عنه الزكاة.

مسألة

ولو أنّ رجلًا وهب لرجلٍ ألف درهم وقبضها الموهوب له فحال عليها الحول عنده، ثم إنّ الواهب رجع في هبته وقبضها بقضاء أو بغير قضاء فلا زكاة على الموهوب له في شيء من ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا فيما سلف من أنّ الرجوع في الهبة يوجب عود الشيء إلى ملك الواهب على حكم الأصل سواء كان بقضاء أو بغير قضاءٍ، فوجب أن تسقط[526] الزكاة ويصير من هذا الوجه بمنزلة الهلاك، لأنّ هذا الردّ لا حكم له في إيجاب الضمان. ألا ترى أنّ للواهب ردّه على بائعه بالعيب لعوده إليه على حكم الأصل.

فإن قيل: ما أنكرت ألّا تسقط زكاته عن الموهوب له إذا كان الردّ باختياره، وإن عاد إلى الواهب على حكم الأصل كما أنّه لو باع عبدًا يساوي ألفين بعبدٍ يساوي ألفًا وهما للتجارة، فحال الحول على مشتري إلّا دفع، ثم وجد به عيبًا أنّه متى ما ردّه بقضاء قاضٍ أو بغير قضاء قاض ضمن زكاة الألف الزائدة، وإن عاد الشيء إلى ملك بائعه على حكم الأصل، فكذلك الموهوب له ينبغي أن يضمن الزكاة وإن انفسخ العقد من أصله، إذ كان [104ب] هو المختار لردّه.

قال أبو بكر: الفصل بينهما: أنّ مشتري العبد هو الذي له الحقّ في الردّ ولم يكن الردّ مستحقًّا عليه، فلمّا ردّه لحقّ نفسه كان كمن تصرّف في ملك نفسه لحقّه، فضمن المحاباة سواء كان ذلك بقضاء أو بغير قضاء. وأمّا الموهوب له فقد كان الردّ مستحقًّا عليه للواهب على حكم الأصل، فأشبه من هذا الوجه مشتري الأوكس إذا وجد به عيبًا فردّه واجد الأرفع بقضاء أنّ زكاة الفصل يسقط عن مشتري الأرفع، لأنّه استحقّ عليه بحقّ لزمه.

---

[523] وجهة أخرى.

[524] هلال بن أميّة قذف امرأته، فنزلت آية اللعان، ثم نسخ الجلد في قذف الزوجات، ففرّق رسول الله صلى الله عليه وسلّم بينه وبين امرأته. وسيأتي تفصيل المسألة والروايات في كتاب النكاح.

[525] فسقط.

[526] ان يسقط.

مسألة

قال محمد: وإذا كان لرجل عبدٌ يساوي مئتي درهم للتجارة ولرجل آخر عبد يساوي ألف درهم للتجارة فمضى من الحول ستّة أشهر، ثم تبايعا وتقابضا فمضى من الحول ستّة أشهر ولا مال لو أخذ منهما غير ما وصفنا، ثم إنّ مشتري العبد الذي يساوي مئتي درهم وجده أعور فردّه على البائع بقضاء قاض أو بغير قضاء فلا زكاة على واحد منهما.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك عندهم: أنّ الزكاة[527] لا تجب إلّا بوجود النصاب في أوّل الحول وآخره، فحتى عُدِم في أحد الطرفين لم تجب الزكاة، فنقول على هذا الأصل: إنّ مشتري العبد الأوكس قد كان عنده في أوّل الحول عبد للتجارة يساوي ألف درهم[528] وفي آخره عبدٌ [105أ] يساوي مائة، لأنّه قد تبيّن أنّه كان اعورّ حين حال الحول وقيمته مائة درهم، فلم يوجد النصاب في طرفي الحول فلا يجب[529] عليه شيء. فأمّا مشتري الأرفع فإنّه[530] كان أوّل الحول في ملكه عبدٌ يساوي مائة درهم تبيّنا ذلك في الثاني، فإنّما وُجد تمام النصاب في أحد طرفي الحول فلا يجب عليه شيء أيضًا.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ المشتري الذي وجد العبد أعور لم يرده، والمسألة على حالها لم يجب على واحد منهما زكاة، وذلك لأنّ كلّ واحد منهما لم يوجد النصاب في ملكه في طرفي الحول.

قال محمد: فإن حال الحول على أنّ العبدين بعد وقوع الشراء أوجبت الزكاة على الذي قيمته ألف درهم. وأمّا مشتري العبد الآخر فلا زكاة عليه.

قال أبو بكر: قد بيّنا أنّ مشتر العبد الأوكس لم يكن في ملكه قد وقع الشراء لما أنّ حال الحول إلّا عبد قيمته مائة فلا زكاة عليه. وأمّا مشتري الأرفع وقد وُجد النصاب في ملكه حولًا تامًّا فتجب عليه الزكاة.

مسألة

قال محمد: فإن ردّ المشتري الذي وجد العبد [105ب] اعورّ بالعيب الذي وجد بعدما حال الحول منذ وقع الشراء قدّره بقضاء فلا زكاة على الذي ردّه، لأنّ العبد كان في يده لم يكن يساوي ما تجب[531] فيه الزكاة. وأمّا المأخوذ منه العبد الذي يساوي ألف درهم فلا زكاة عليه إلّا في قدر قيمة العبد الذي رجع إليه، فيزكّي مائة درهم قيمة العبد الذي رجع إليه

---

527 لزكاة.
528 + درهم، صحّ هامش.
529 فلا تجب.
530 فانها.
531 ما يجب.

فيؤدّي زكاته درهمين ونصفًا، وذلك لأنّ النصاب كان موجودًا في ملكه في طرفي الحول فوجبت[532] عليه الزكاة، ثم استحقّ عليه الفضل بعد الحول بغير فعله فصار مثل الهلاك وسقطت الزكاة بحسابه.

قال أبو بكر: وقد قال بعض أصحابنا ممّن كان ههنا ببغداد من المتأخّرين من أصحاب أبي سعيد البرذعي: إنّ جواب هذه المسألة وهم على أصولهم، قال: وذلك لأنّ الردّ بقضاء يوجب عود العبد إلى ملك المردود إليه على حكم الأصل حتى يصير كان العقد لم يكن على النحو الذي قلنا: نحن في جواز ردّه على بائعه بالعيب.

قال: وإذا كان ذلك كذلك فالذي ردّ عليه العبد الذي قيمته مئة كأنّه لم يكن قطّ في ملكه إلّا عند قيمته مائة، لأنّ البيع قد انتقض من أصله فينبغي ألّا يكون عليه زكاة في مقدار العبد الذي رجع إليه، قال: وقد قال محمد [106أ] في الكتاب: إنّ هذا بمنزلة الاستحقاق، قال: وإذا كان بمنزلة الاستحقاق فواجبٌ ألّا يكون عليه الزكاة، لأنّه لو كان في يده عبد للتجارة يساوي ألف درهم فحال الحول عليه، ثمّ استحقّ تسعة أعشاره لم يجب عليه في الباقي زكاة، لأنّا قد بيّنا أنّه لم يكن من أهل الزكاة بورود الاستحقاق، فكذلك الردّ بقضاء إذا كان بمنزلة الاستحقاق يصير بمنزلة من لم يكن في يده نصاب صحيح قد وجب فيه الزكاة، وإنّما انتقض الملك فيه بعد صحّته فلا يجوز أن يجعله بمنزلة من لم يملك قطّ. ألا ترى أنّ الرادّ لو كان هو مشتري الأرفع لضمن الزكاة مع انتقاض العقد، وعود كلّ واحد من العبدين لما بائعه على حكم الأصل، ولم يجعل بمنزلة من لم يملك قطّ العبد الأرفع ولا بمنزلة الاستحقاق، وكذلك المردود عليه الأرفع ينبغي على قوله أن يلزمه زكاة الأرفع، لأنّه بمنزلة من لم يبع وبمنزلة استحقاقه له من أوّل الحول، وكذلك الهبة إذا كان له ألف درهم فوهبها لرجل فحال الحول عليها في يديّ الموهوب له، ثم رجع فيها بقضاء أو بغير قضاء ينبغي أن يلزم الواهب زكاتها ويجعله بمنزلة من لم يهب.

فإن كان جواب مسألتنا يوجب طعنًا فيها فينبغي أن يطعن أيضًا في هذه المسائل، [106ب] لأنّ العقد قد انتقض من أصله، قال: وليس يجوز أن يجعل انتقاض البيع بعد وقوعه كالعقد الذي لم يقع ولا كالاستحقاق من جميع الوجوه. ألا ترى أنّ رجلًا لو قال لعبده: "إن دخلتَ الدار فأنت حرّ"، ثم باعه فدخل الدار في ملك المشتري، ثم ردّه المشتري عليه بعيبٍ وجده بقضاء أنّه يعود إلى ملك بائعه الحالف على حكم الأصل، ومع ذلك لا يعتق بالدخول الذي كان في ملك المشتري ولم يجعل في هذا الوجه بمنزلة من لم يبعْ، وكذلك لو أنّ رجلًا قال للمشتري: "إن كلّمتُ عبدًا لك فعبدي[533]"، ثم كلّم العبد لا يرفع عن المشتري، ثم وجد البائع ببدنه عيبًا فردّه أنّ الحنث لا يرفع عن الحالف يعود العبد إلى ملك البائع، ولا يجعل بمنزلة الاستحقاق ولا كمن لم يبع. ألا ترى أنّه لو استحقّ من يديّ المشتري وقد كلّمه الحالف لم يحنث، لأنّ المشتري لم يكن له ملك في العبد، ثم ورود فسخ البيع بعد الملك لا يجعله بمنزلة من لم يملك، وهذا الطاعن لم يطعن إلّا في هذه المسألة خاصّة ولم يطعن في باقي المسائل التي ذكرنا، وكان ينبغي أن يطعن فيها كلّها على هذه العلّة، فإن

[532] فوجب.
[533] يبدو هنا يوجد سقط.

كان قد عرف وجوه باقي المسائل فينبغي ألّا تشكل[534] عليه هذه المسألة وذكر أنّه يجوز [107أ] أن تكون[535] هذه المسألة استحسانًا، لأنّها يطّرد على الأصول، وليس الأمر على ما يوهم، بل هو قياس صحيحٌ ووجهها ما بيّنا.

مسألة

قال محمد: وإن كان قبِله بغير قضاء فهذا بمنزلة الإقالة والبيع المستقبل فعليه أن يزكّي جميع قيمة العبد الذي ردّ على صاحبه، وذلك ألف درهم لما بيّنا أنّ عود الشيء إلى ملكه بقبوله يُكسبه[536] حكم البيع المستقبل في حقّ الغير.

مسألة

قال محمد: ولو لم يكن بالعبد الذي قيمته مئتا درهم عيبٌ فتبايعا وتقابضا، وقد مضت ستّة أشهر مُذ يوم ملّكها العبدين، ثم مضت ستّة أشهر أخرى من يوم وقع المشتري، ثم أنّ العبد الذي قيمته ألف درهم وجد به مشتريه عيبًا ينقُصه الخُمس فردّه على صاحبه بقضاء أو بغير قضاء، وأخذ عبده فعلى الذي ردّ العبد أن يزكّي قيمة العبد المردود وذلك ثمانمائة درهم.

قال أبو بكر: لأنّ الرادّ هو المختار للفسخ لا بحقّ مستحقّ عليه فلزمته زكاته، وكان ردّه بمنزلة البيع ولا يشبه هذا ردّ الموهوب له الهبة بغير قضاءٍ في باب سقوط الزكاة عنه لما ذكرنا من أنّ الردّ كان مستحقًّا عليه لواهبه، ولم يحصل الردّ [107ب] باختياره دون مطالبة الواهب به، فلذلك افترقا. وأمّا المردود عليه فقد كان في يده عند الحول عبدٌ قيمته مئتا درهم، ثم استحقّ عليه لعبد قيمته ثمانمائة درهم، فإنّما ملك هذه الزيادة بعد الحول فهو كفائدة استفادها بعد الحول فلا يلزمه زكاتها.

مسألة

قال محمد: وإذا كان عنده عبدٌ للتجارة ولآخر عبد للتجارة كلّ واحد يساوي ألفًا فتبايعا وتقابضا، ولا ينويان التجارة ولا غيرها فهما للتجارة، وإن كان جميعًا للخدمة فتبايعا ولا نيّة لهما في التجارة فهما للخدمة، وإن كان واحدًا للخدمة آخر للتجارة فتبايعا وتقابضا ولا ينويان بذلك تجارة ولا غيرها، فالذي كان عبده للتجارة يكون الذي اشتراه للتجارة ويكون العبد الآخر للخدمة.

قال: ولو كان جميعًا للخدمة ونويا بالبيع التجارة فهما للتجارة مُذ يوم تبايعا، ولو كانا جميعًا للتجارة وتبايعا وهما ينويان الخدمة كانا للخدمة.

---

[534] الّا يشكل.
[535] ان يكون.
[536] يُكسيه.

قال أبو بكر: أمّا إذا لم يكن لهما نيّة فيما يأخذه كلّ واحد منهما فحُكمه حكم الأصل على ما ذكره محمد، وذلك لأن التاجر غير محتاج في كون ما في يده للتجارة إلى مُضامّة النيّة إليه في كلّ ما يشتريه، بل كلّ ما تصرّف فيه ممّا هو من تجارته فهو على التجارة إلّا أن ينقله عنها، وما ليس من التجارة [108أ] فتصرّفه فيه غير مُكسبٍ حكم التجارة إلّا بمُضامّة النيّة إليه. ألا ترى أنّ جميع ما يشتريه المضارب بمال المضاربة فهو على المضاربة وإن لم تحضره[537] نيّة عند كلّ شراء، وكذلك المسافر يكون على حكم السفر أبدًا وإن دخل مصرًا ما لم ينوِ الإقامة. ووجه آخر، وهو: إنّ حكم البدل أبدًا حكم المُبدل عنه إلّا أن يخالف بينهما بالنيّة.

فإن قيل: فلو اشترى عبدًا بألف ولم يكن له نيّة عند العقد في التجارة لم يكن العبد من مال الزكاة، وإن كانت الألف التي بدلها من أموال الزكاة فلم يكن حكم البدل حكم الأصل مع عدم النيّة.

قيل له: لا فرق بينهما، لأنّ الأصل الذي هو الدراهم لما كانت للتبعيّة كان بدلها أيضًا للسفر، وإنّما اختلفا في الوجوب من جهة أنّ كون الدراهم للتبعيّة لا يمنع وجوب الزكاة وكون العبد للتبعيّة يمنع وجوبها.

فإن قيل: فلو كانت الدراهم ممّا يتصرّف فيه للتجارة ثم اشترى بها عبدًا لا ينوي به التجارة لم يجب فيه الزكاة.

قيل له: لا تأثير لنيّة التجارة في الدراهم في باب وجوب الزكاة، فلذلك لم يختلف حكمها في أن يكون للتجارة أو غيرها إذا اشترى بها عبدًا لا ينوي به التجارة.

فصل

وإذا نوى أن يكون [108ب] عبد الخدمة للتجارة لم يكن للتجارة حتى يبيعه، وإذا نوي بعبدٍ للتجارة أن يكون للخدمة كان للخدمة. والفرق بينهما: أنّ التجارة فعل لا يصحّ[538] إلّا بانضمام النيّة إليه، فوجود النيّة مُعرى[539] من الفعل غير مُكسبه[540] حكم التجارة كالسفر لما كان فعلًا لم يحصل حكمه إلّا بوجود النيّة والفعل جميعًا. وأمّا كونه للخدمة فليس فيه معنى أكثر من ترك التجارة وهو تاركٌ لها حين نواه، فأشبه ذلك الإقامة التي هي ترك السفر في كونها واقعة بالنيّة دون الفعل.

مسألة

قال محمد: وإذا كان لأحدهما عبد يساوي ألف درهم للتجارة ولآخر عبد يساوي ألف درهم للخدمة فمضت ستّة أشهر، ثم إنّهما تبايعا وتقابضا وهما ينويان التجارة فمضت ستّة أشهر أخرى بعد ذلك، فعلى الذي كان عبده الأوّل للتجارة أن يزكّي قيمة العبد الذي في يديه، ولا زكاة على الآخر حتى يحول الحول منذ اشتراه، فإن وجد أحدهما بعبده عيبًا ينقصه

---

[537] وان لم يحضره.
[538] لا تصحّ.
[539] مُعرّى.
[540] غير مُكسِبه.

مئتي درهم فردّه بعدما مضت ستّة أشهر منذ يوم وقع الشراء، فقبضه صاحبه بقضاء قاضٍ فلا زكاة على الذي [109أ] كان عبده الأوّل للخدمة في شيء من ذلك، وعلى الآخر زكاة قيمة العبد الذي مضت ستّة أشهر وهو في يده إن كان هو الرادّ للعبد، وإن كان هو المردود عليه فعليه زكاة قيمة المردود، لأنّها أقلّ القيمتين.

قال أبو بكر: إذا فسخ البيع بقضاء عاد كلّ واحدٍ منهما إلى ملك بائعه على حكم الأصل، فمن كان عبده للخدمة عاد إليه للخدمة، [ومن] كان عبده للتجارة عاد إليه للتجارة لما بيّنا فيما سلف من الباب. وأمّا قوله: فإن كان الرادّ للعبد الذي كان عبده للتجارة فعليه زكاة قيمة ما ردّ، فلأنّه استفاد الزيادة التي في العبد المأخوذ بعد الحول فلا زكاة عليه، وإن كان هو المردود عليه فعليه قيمة المردود عليه، لأنّه أنقصهما قيمةً، وما كان في يده من الزيادة استحقّ عليه بغير فعله.

قال محمد: فإن كان الرادّ ردّه فقَبِله صاحبه منه بغير قضاء فعلى الذي كان عبده الأوّل للتجارة أن يزكّي قيمة العبد الذي أُخذ منه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ ما أُخذ منه أكثرهما قيمةً قد ردّه باختياره فصار بمنزلة البيع المستقبل والإقالة، فلا تسقط[541] عنه [109ب] زكاة ما حابى فيه.

قال محمد: فإن لبث كلّ واحد من العبدين عند صاحبه بعد نقض البيع ستّة أشهر أخرى فإن كان الردّ بقضاء فلا زكاة على الذي رجع إليه عبده الذي كان عبده للخدمة، لأنّه رجع إليه على الأصل الذي كان عليه ولو ردّه بغير قضاءٍ، فإن كان نوى حين قبله أن يأخذه للخدمة فكذلك أيضًا لا زكاة عليه، وإن كان أخذه للتجارة زكّاه، لأنّه قد كمُلَتْ له سنة مُذ يوم باعه عبده هذا للتجارة، وإن قبله ولم يكن له نيّة للتجارة ولا غيرها فإنّه يزكّيه زكاة التجارة، لأنّ قبوله بغير قضاء بمنزلة البيع المستقبل، قال: هذا بيّن[542] على ما ذكره محمد.

مسألة

قال أبو بكر: وأمّا زكاة عروض التجارة فأنّا لا نعلم فيها خلافًا بين فقهاء الأمصار إلّا ما روي عن مالك[543] أنّه إذا كان ممّن يبيع العروض بالعروض ولا يبيع لشيء من العين فلا زكاة عليه حتى يصير عينًا وإن كان يدبّره قوّمه وزكّاه. والحجّة في وجوب الزكاة في عروض التجارة: قول الله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾[544] الآية، فكانت هذه الآية مجملة مفتقرة إلى البيان، فكلّ مال ثبت دخوله في الآية من وجه فهو مراد بها، فيصحّ لنا حينئذ الاستدلال بظاهرها، فلمّا اتّفق الجميع على وجوب الزكاة فيها إذا كان يديّرها ويشتريها بالعين ويبيعها، علمنا أنّها مراده بالآية فوجب أن يدخل جميعها [110أ] في حكمها إلّا ما قام الدليل منها، وقد قامت الدلالة من جهة الاتّفاق سقوط الزكاة فيما لم يكن منها

---

[541] فلا يسقط.
[542] البيّن.
[543] ملك.
[544] التوبة، 103/9.

للتجارة، فوجب استعمال حكم الآية في جميع ما كان منها للتجارة استدلالًا بالعموم الذي ثبت أنّ هذا الجنس من المال مرادٌ به. ويدلّ عليه أيضًا قوله تعالى: ﴿أَنفِقُوا مِن طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ﴾[545] الآية، والمراد به الصدقة لما روي من حال نزول الآية، وهو أنّهم كانوا يأتون بأردئ التمر، فيعلّقونه في المسجد للصدقة فأنزل الله عز وجل هذه الآية[546]، وقد قال: ﴿وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنفِقُونَ وَلَسْتُم بِآخِذِيهِ إِلَّا أَن تُغْمِضُوا فِيهِ﴾[547] وهذا كقوله تعالى: ﴿وَأَنفِقُوا مِن مَّا رَزَقْنَاكُم مِّن قَبْلِ أَن يَأْتِيَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ﴾[548] الآية، فأخبر أنّ النفقة التي ابتدأ بذكرها صدقة، وإذا صحّ ذلك وجب بالعموم إيجاب الزكاة في كلّ مال كسبناه[549] إلّا ما قام الدليل، وليس بمرضيّ السند إلّا أنه[550] عليه، وقد روي عن سمرة بن جُندب عن النبي صلى الله عليه وسلم أنّه كان يأمر أن يُخرج الصدقة من الدقيق الذي يُعدّ للبيع[551]، وليس بمرضيّ السند إلّا أنّه روي عن عمر بإسناد صحيح أنّه قال لعمرو بن حِماس[552]: "أدِّ زكاة مالك"، فقال: والله مالي مالٌ إنّما أبيع الأدم والحفاف، فقال له عمر رضي الله عنه: "قوّمْه قيمته وأدِّ زكاته"[553]، وعن ابن عمر وابن عباس [110ب] وإبراهيم وجوب الزكاة في عروض التجارة[554]، ولم يُروَ عن أحد من السلف خلافه ثبتت حجّته. وأمّا وجهه من طريق النظر، فهو: اتّفاقنا جميعًا على أنّ ما اشتراه هذا[555] من العروض زكّاه إذا كان ممّا يدِيرُه، والمعنى فيه: أنّه مالٌ مُرَصّد النماء.

والدليل على ذلك: أنّه لو اشترى بالدراهم عبدًا للخدمة لم تجب[556] فيه الزكاة وإذا اشتراه للتجارة وجبت، فعلمنا أنّ المعنى الموجَب للزكاة هو كونه مرصّدًا للنماء لتعلّق حكم الوجوب بوجوده وارتفاعه بارتفاعه، فوجب أن يكون هذا حكم العروض المشتراة بعروض مثلها إذا أراد بها للتجارة للعلّة الموجبة للزكاة فيها إذا اشتراها بدراهم، وهو يُدِيرها ويعلم كساد سلعته على شرائطهم فيه.

---

[545] البقرة، 267/2.

[546] لم أجده بهذا اللفظ إلا عند الطحاوي في شرح معاني الآثار، 201/4؛ ولكنه وارد بقريب من معناه عند الحاكم في المستدرك، 285/2؛ وسنن الترمذي، التفسير، 2، الحديث رقم 2987.

[547] البقرة، 267/2.

[548] المنافقون، 10/63.

[549] كسيناه.

[550] يبدو هنا يوجد سقط.

[551] سنن الدارقطني، 40/3؛ المعجم الكبير للطبراني، 253/7، 257؛ وروى أبو داود في سننه عن أبي هريرة رضي الله عنه حديثًا قريبًا من معناه.

[552] لحماس بن عمرو.

[553] مصنف ابن أبي شيبة، 525/6-526؛ السنن الكبرى للبيهقي، 147/4؛ معرفة السنن والآثار للبيهقي، 148/6؛ سنن الدارقطني، 35/3؛ مسند الشافعي، 229/1-230.

[554] [554] السنن الكبرى للبيهقي، 147/4؛ مسند الشافعي، 229/1؛ مصنف ابن أبي شيبة، 526/6. وهي رواية منقولة عن ابن عمر رضي الله عنهما، إلّا أني لم أعثر على رواية عن ابن عباس رضي الله عنهما ولا عن إبراهيم رحمه الله.

[555] + هم

[556] لم يجب.

قال أبو بكر: وسمعت أبا الفرج المالكي، وقد سئل عن هذه المسألة واحتجّ فيها باتّفاق الجميع عن مخالفيه أنّه متى كان عنده عبد للخدمة، فنواه[557] للتجارة لم تجب[558] عليها الزكاة فيه، قال: فوجب على هذا ألّا يلزمه الزكاة، وإن باعه حتى يقبض ثمنه دراهم أو دنانير كما لم يكن لأوّل الحول حكم يحتسب به إلّا بنضوض ثمنه فيه.

فقيل له: فقد قلت: إنّه إذا نضّ ثمن بعضها زكّى سائرها بالقيمة، فأجاب بأنّ الزائد على النصاب مضاف إلى النصاب تابعٌ لحكمه، ولو انفرد عن النصاب لم يثبت حكمه كذلك إذا لم ينضّ[559] ثمن شيء من العروض.

[111أ][560] فلا زكاة فيها وإذا نض ثمن بعضها تبِعه سائرها.

قال أبو بكر: أمّا احتجاجه بعبد الخدمة إذا نوى به التجارة وانتفاء الزكاة عنه قبل بيعه فلا معنى له من قِبل أنّ المعنى الموجِب للزكاة فيما عدا الذهب والفضّة، إنّما هو كونه مرصودًا للنماء وطلب الربح، وهذا المعنى يتعلّق بالتجارة، فإذا كان الأصل للخدمة لم يصر للتجارة بالنيّة، ولم يخرج عمّا كان عليه من حال الخدمة، لأنّ التجارة فعل لا يحصل حكمها بوجود النيّة عاريةً من وجود فعلٍ ينضمّ إليه. والدليل على ذلك ما قدّمناه من حكم السفر أنّه لا يحصل إلّا بوجود الفعل مع النيّة، والكلام في أنّ هذا العبدَ قد حصل مرصّدًا للنماء والتجارة يُخرجُنا عن الكلام في المسألة، وعلى أنّه يجمع بين المسألتين بعلّة توجب الحكم فيهما. وأيضًا فإنّ اعتبار حكم البدل بالأصل في وجوب الزكاة ساقطٌ. والدليل على ذلك: أنّ من كان عنده عَرضٌ لغير التجارة لم يجب فيه الزكاة، فلو باعه بدراهم وجب عليه الزكاة في الدراهم إذا حال الحول عليها، فكذلك عبدُ الخدمة لا شيء فيه، فإن باعه بعَرَض آخر يريد به التجارة وجب فيه، وإن لم يكن واجبًا في بدله لو بقي عنده، وكما أنّه لو كان عنده دراهم فاشترى به عبدًا للخدمة [111ب] لم تجب عليه فيه الزكاة، ولم يكن حكمه حكم بدله، كذلك عبدُ الخدمة لا يجب فيه شيء.

فإذا نوى به التجارة وباعه وجب حينئذ في بدله إذا حال الحول عليه. وأمّا ما فرق به بين نضوّ شيءٍ من ثمنه فيزكي الجميع وبين ألّا ينضّ من ثمنه شيء، فلا يزكيه، [illegible]إيّاه بالزيادة على النصاب، فلا وَجْهَ له مِن قِبل أنّ الزيادة لا يثبت لها حكم إلّا بانضمامها إلى نصاب يتعلّق به حُكم الوجوب على الانفراد، ولو انضمّت إلى أقلّ من النصاب لم يكنْ لها حكمٌ، فكذلك يجب أن يقول إذا نضّ من ثمنها أقلّ من النصاب ألّا يزكّي شيئًا منها، كما أنّ الفائدةَ إذا انضمّت إلى أقلّ مِن النصاب لم يثبت حكمها.

---

[557] فنومه.
[558] لم يـجب.
[559] اذا لم نضّ.
[560] ما جاء من هنا إلى نهاية المجلد كان في بداية المجلد الثاني من النسخة الموجودة لدينا، وألحقناه ضمن موضع الزكاة حسب الجامع الكبير.

باب زكاة الإبل والبقر والغنم مع المال يُضم إليه

قال محمد: وإذا كان لرجل ألف درهم وأربعون من الغنم سائمة فحال على الغنم حول قبل أن يحول [على] الدراهم، فزكّى من ذلك شاة، ثم باع الغنم بألف درهم، ثم مضى شهر، فحال الحول على الدراهم الأولى، فإنّ أبا حنيفة قال: لا يضمّ ثمن الغنم إلى هذه الدراهم، ولكّنه يزكّى الألف، فإذا مضى حول آخر مُذ باع الغنم، وقبض الثمن، زكّى الثمن، ولا يضمّ إليه الألف الأخرى. الحجّة في ذلك: أنّه لما جُعل للسوائم حولٌ ونصاب لوجوب الصدقة علمنا أنّ موضوع زكاتها على [112أ] وجه الترفيه[561]، فإذا أدّى صدقتها، ثمّ باعها بدراهم لم يجز إيجاب الزكاة فيها إلّا بحول مستقبل لموافقتها السوائم في معنى اعتبار الحول والنصاب، وأنّ موضوع زكاتها على وجه الترفيه[562]، فلا يجوز أن يأخذها قبل الحول، لأنّ ذلك يؤدّي إلى إسقاط ما وضع عليه زكاتها من اعتبار الترفيه[563] لإيجابنا زكاته في الشيء وبدله في حول واحد، كما لم يجز ذلك في المال الواحد، كذلك لا يجوز في الشيء وبدله.

فإن قيل: ما الدليل على أنّه إذا لم يجز ذلك في المال الواحد لم يجز في الشيء وبدله؟

قيل له: من قِبل أنّه لما كان معلومًا في إيجاب هذا الضرب من الحقّ اعتبار الغِنى والحول لمّا اعتبَر فيه من النصاب، وهو لم يستحدث غِنى ببيعه[564] السائمة لم يجز إيجاب الزكاة في بدلها إلّا بحولٍ مستقبل، ولا فرق بين الأصل وبدله، إذ المعنى في امتناع إيجاب زكاتين في الأصل أنّ مقدار الذي حصل له به الغِنى لا يوجب زكاتين في حول واحد، فكذلك بيعه إيّاها لمّا لم يستحدث به عين لم يجُز إيجاب زكاة أخرى إلّا بحول ثانٍ. وممّا يَدُلّ على أنّ حكم الشيء حكم بدله في باب اعتبار الحول: أنّ الطالب الذي له الدين متى قبض دَينه مِن المطلوب بعد حول الحول وجبت عليه الزكاةُ، [112ب] وتصير[565] هذه[566] العين المقبوضة، وإن كانت بدلًا ممّا كان في الذمّة في حكم العين التي حال عليها في مِلكه، ومن أجل ذلك سقطت زكاته عن المطلوب، فلم يوجب زكاتين في الشيء وبدله في حول واحد. فكذلك بدل الغنم لا يجوز إيجاب زكاة الحول فيه بعد وُجوبها في الأصْل إلّا بحول مستقبلٍ.

فإن قيل: لمّا جاز إيجاب زكاتين في حول واحد على رجلين، وهو يزكّي غنمه بشاة، ثم يبيعها من رجلٍ، قد بقي عليه من حول غنمه يوم، فحال الحول على غنمه، فيضمّ الغنم المشتراة إليها ويزكيها، جاز إيجاب زكاتين في حول واحد في الشيء وبدله.

---

561 الترفية.
562 الترفية.
563 الترفية.
564 سعة
565 ويصير.
566 هذا.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ من أخذ بدل ماله لم يستحدث به غِنى لم يكن، وقد أوجبها عليه الصدقة مرّة بحصول هذا القدر من الغنى له، فلا جائز إيجابها في هذا الحول في بدله. وأمّا المشتري فإنّا لم نأخذ منه في هذا الحول زكاة بدلها، فجاز لذلك ضمّ المشتراة إلى غنمه.

ووجْه آخر: وهو أنّ حُكم الحول الأوّل قد زال بخروج الشيء عن مِلك مالكه، لأنّ الحول إنّما يُعتبر حُكمه مع بقاء الملك في الأصل أو في البدل، فلمّا زال الملك سقط اعتبار الحول، وفي مسألة الكتاب حكمه قائم في البدل في الحال كقيامه كان في الأصل حين أدّى زكاته، فلم يجز من أجل ذلك إيجاب زكاتين على رجل واحد في الشيء وبدله في حول واحد.

فإن قيل: لا يجوز اعتبار حول [113أ] الغنم في الدراهم الثمن من قِبل أنّ كلّ واحد منهما يُزكّي لحوله لا يضمّ إلى صاحبه بدلًا له، أنّ من كان له إبل أو غنم سائمة ،فباعها قبل الحول بدراهم استأنف بثمنها حولًا كاملًا، ولا يَكمل مع ذلك نصاب أحد المالين بالآخر.

قيل له: هذا السؤال ساقط من قِبل أنّه لو باعها بغنم مثلها أو إبل[567] مثلها قبل الحول استأنف ببدلها حولًا آخر، ولم يدل ذلك على جواز إيجاب زكاتين في حول واحد فيها وفي بدلها، وهذا السؤال يؤكّد ما قلنا ويصحّحه، وذلك أنّه لمـّا باعها كان حكم بدلها أضْعف من حكم الأصْل في وجوب الزكاة، ولو كان الأصل قائمًا وجبت فيه الزكاة لكمال حوله. ثم لمـّا صرفه إلى بدل مثله وجب استئناف حول كامل لبدله، فكان حكم البدل أضعف في إيجاب الزكاة من حكم الأصل، فإذا لم يجز إيجاب زكاتين في الأصل في حول واحد على رجل واحد، كذلك لا يجوز إيجابهما فيه وفي البدل في حول واحد. وأمّا الضمّ فليس من هذا في شيء من قِبل أنّ الضمّ إنّما يتعلّق حكمُه باتّفاق المالين من الوجه الذي تعلّق بهما وجوب الزكاة، فمتى ما اتّفقا في المعنى صارا كالمال الواحد، فوجبت الزكاة بحصول الغنى له بهذا القدر من المال، وقد بيّنا أنّ المعنى الذي يتعلّق به الإيجاب هو حصول الغنى، وبائع الغنم لم يستحدث غِنى بحصول بدلها، فلا يجوز إيجاب الزكاة [113ب] فيه إلّا بحول مستقبل.

فإن قيل: لو أنّ رجلًا كان له دراهم حال عليه الحول وجبت الزكاة، ثم اشترى بها إبلًا سائمة ضمن زكاتها، ولو اشترى بها مالًا للتجارة يضمنها، فعلمنا أنّ حُكم ثمن الغنم مخالف لحكمها، فلا يجوز اعتبار حول ثمنها بحولها.

قيل له: إنّ المعنى الموجِب لضمان الزكاة عندهم هو صرف المال إلى وجه لا يبقى معه حُكم حول المال، وذلك موجود في مشتري الغنم بالدراهم، لأنّ حولها غير حول الدراهم، وإذا صرفها في مال التجارة فحكم حول الأصل قائم فيه، فلذلك لم يضمنها. وأمّا إيجاب الزكاة فإنّما يتعلّق بمعنى آخر غير المعنى الذي يضمن به، وهو ما قدّمناه، فلا يجوز اعتبار أحدهما بالآخر من الوجه الذي ذكرت على أنّا لا ننكر أن يكون البدل قد يخالف الأصل في أحكام كثيرة إلّا أنّه لايجوز أن يختلفا من الوجه الذي ذكرنا لاتّفاقهما في النُكتة الموجِبة لاعتبار الحول.

---

[567] بل.

قال أبو بكر: وأمّا الطعام الذي يُؤدّى عُشْره، والعبد الذي يُؤدّى عنه صدقة الفطر، ثم يُباعان، فيُضمّ ثمنها إلى المال الذي عنده، فليس من الأصل الذي ذكرنا، لأنّ هذا الحقّ غير متعلّق بالحول. ألا ترى أنّه لو اشترى فَصيلًا[568] فعقد الجبّ[569] بعد الشراء بشهر وجب فيه العُشر، ولم يعبَّر فيه الحول. وكذلك لو ملّك عبدا قبل طلوع الفجر من يوم الفطر لزمَتْه صدقة الفطر [114أ] عنه، فلمّا سقط اعتبار الحول فيه جاز أن يزكّي بدله بحول المال الذي عنده، وكذلك لمّا سقط اعتبار النصاب عند أبي حنيفة في الخارج من الأرض، وفي صدقة الفطر سقط فيه اعتبار الحول، ولمّا لم يمنَع الدينُ وجوبَ العُشر في الخارج، وكذلك عبد الخدمة لو كان عليه دين يستغرق رقبته لم يمنع ذلك وُجوب صدقة الفطر فيه علمنا أنّه ليس موضوعها موضوع الترفيه على حسْب ما قدّمنا في موضوع الزكاة، فجاز من أجل ذلك إيجاب الزكاة في بدَله بعد أخْذ الحقّ الواجب. وذهب أبو يوسف ومحمد في ذلك إلى أنّ زكاة التجارة والسائمة مختلفتات، فلم يمنَع وجوب إحديهما في الأصل، والأخرى في بدَله في الحول، ويؤيّده ما ذكرناه من الأسئلة على أبي حنيفة في أضعاف المسألة.

مسألة

قال محمد: وإذا وُهب له مال ضمّه إلى أقرب المالين زكاةً في قول أبي حنيفة، وكذلك إن كسب[570] مالًا وغيرهما إذ باع شيئًا ممّا كان عنده لغير التجارة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لو لم يكن المال الآخر لوجب ضمّه إلى المال الذي قد قَرُب حَوله، فوجود مال غيره غير مانعٍ من ضمّه قال: وإن ربح في أحد المالين ضمّ الربح إلى رأس المال كان رأس المال أقرب الحول أو أبعدهما منه، وذلك لأنّ الربح تابع لرأس المال في سائر الأحوال، [114ب] ولا حُكم له بنفسه، فهو مثْل العَفو التابع للنصاب، إذ لا يصحّ إلّا بعد وجوده، ولا ينفرد عن حكمه، فلذلك لا يجوز انفراده بحكم ضمّه إلى غير أصله، ويُشبه أيضًا زيادة الحادثة في بدنها أنّ حكمها حُكم الأصل على جهة التبع، ولا ينفرد عن أصلها في وجوب الزكاة.

فإن قيل: المضارِب يزكّي حصّته من الربح، فقد ثبت للربح حُكم بنفسه في وجوب الزكاة.

فقيل[571] **له**: لا ننكر على المضارب إفراده بحكمه وإخراجه من حكم الأصل. ألا ترى أنّا نوجب على ربّ المال زكاة حصّة ربحه، وليس فيه إفراده بحكمه وإخراجه من حكم الأصل. ألا ترى أنّا نوجب على ربّ المال زكاة حصّة ربحه، وليس فيه إخراج حُكم الربح من حكم رأس المال. وكان أبو الحسن يستشهد على ذلك بثلاثة شهدوا بمالٍ أنّ الواحد متى

---

568 قصيلا.

569

570 ان كتب.

571 فان.

رجع لم يلزمه شيء، لأنّ الحكم ثابت بالشاهدين الباقيين فلم يجز إفراده الواحد بحكم دونهما، إذ الآخران[572] هما الأصل الذي يصحّ بهما الحكم.

مسألة

وأمّا الحجّة في وجوب ضمّ المستفاد إلى النصاب فهو ما اتّفقوا[573] عليه من وجوب ضمّ السخال إلى الأمّهات، والمعنى الجامع بينهما: أنّ كلّ واحد منهما زيادة مال في الحول على نصاب كامل. والدليل على أنّ العلّة في السخال ما ذكرنا: أنّ هذه الزيادة لو حدثت، [115أ] ولم يصادف في ملكه نصابًا لم يتعلّق بها حُكم في ماضي الحول. وكذلك لو حدثت على النصاب بعد الحول يزكّي للحول الماضي، ثم لمّا حدثت على نصاب في الحول ضُمّت إلى الأمّهات، فدلّ ذلك على صحّة هذا الاعتلال، وهو موجود في المستفاد، فوجب إجراء[574] حكمه عليه.

فإن قيل: إنّما ضُمّت السخال إلى الأمّهات، لأنّها منها فسرى الحقّ الذي يتعلّق بها فيها، كما يقول في سائر الحقوق الثابتة في الأمّهات إنّما يسري في الأولاد مثل التدبير والكتابة والاستيلاد والعتق.

قال أبو بكر: والجواب: أنّ هذا الاعتلال فاسدٌ من وُجوه:

- أحدها: أنّه موقوف الحكم على موضع الاتّفاق، فهي فاسدة لا معنى لها.
- ووجه آخر، وهو: أنّ الضرب من الاعتبار واستخراج العلل لو كان صحيحًا لم يَكن معارضًا لاعتلالنا من قِبل أنّ التعارض في العلل إنّما يقع إذا كانت كلّ واحدة من العلّتين غير ما فيه لِحُكم الأخرى. فأمّا إذا جاز اجتماع حكمِهما مع وجودهما، فإنّ ذلك ليس بمُعارضة، فلمّا كانت عِلّتنا توجب من الحكم ما أوجبته علّتهم وزادت عليها حكمًا في أشياء أُخر لم توجبه علّتهم لم يكن ذلك معارضة، لأنّ المعنيين لو صحّا لم يُدفع واحد منهما. ونظير ذلك يقول في الخبرين [115ب] إذا وردا بحكم واحد أحدهما مقصور على بعض الأشياء، والآخر أعمّ منه يوجب ذلك الحكم فيه وفي غيره أنّ الموجب لعموم الحكم مُستعمل مع الآخر، لأنّه لا يُنافيه ولا يُضادّه، فكذلك ما وصفنا.
- ووجه آخر يدلّ على فساد اعتلالهم، وهو: أنّ السخال لو كانت إنّما دخلت في حكم الأمّهات لأجل أنّها نماءٌ منها لوجب أن يكون دخولها في حكمها في حال اتّصالها بها عند وجوب الحقّ أولى، لأنّ سائر الحقوق التي تسري[575] من الأمّهات في الأولاد إنّما يشتري فيها إذا وجب الحقّ وهي مُتّصِلة بأمّهاتها، فلمّا اتّفق الجميع على أنّ الأمّهات لو ولدَت بعد الحول لم يسر الحقّ الواجب في الأمّهات والأولاد بأن يدلّك فساد هذا الاعتبار. ويدلّ

---

[572] الأخوان.
[573] ما انفضوا.
[574] اجزآ.
[575] التي تسري.

على فساده أيضًا أنّا وجدنا الحقوق التي تسري[576] من الأمّهات في الأولاد لا يشتري فيها إذا كانت الأولاد منفصلة منها في حال وجوب الحّق فيها كالتدبير والاستيلاد والكتابة ونحوها متى وجب شيء من هذه الحقوق في الأمّهات والأولاد بائنة منها لم يسرِ ذلك الحقّ في أولادها، فلمّا وجدنا هذا الحقّ إنّما يتعلّق وجوبُه بالحول، ثم وجدنا الأولاد قد تعلّق بها هذا الحقّ في حال وجوبه مع انفصالها منها علمنا أنّ الحقّ لم يجب في الأولاد [116أ] من حيث يسري فيها من جهة الأمّهات.

- ووجه آخر، وهو: أنّ من كان له عشرون ومئة شاة، فولدت واحدة قبل الحول وجبت فيها شاتان، فقد وجبت في الأمّهات لأجل الولد. فدلّ ذلك على فساد اعتبارهم من وجهين، أحدهما: أنّ الأمّ قد وجبت الزكاة فيها من أجل الولد وليست الأمّ من الولد، والثاني: أنّ الزكاة قد وجبت في سائر الأمّهات لأجل هذا الولد الذي ليس منهن، فعلمنا أنّ اعتبار من اعتبر في وجوب الزكاة في السخال، وضمّها إلى الأموال كونها منها ساقط.

فإن قيل: يجوز أن يفرّق بين الأولاد في ضمّها إلى الأمّهات وبين سائر الفوائد في ضمّها إلى النصاب كما فرّق أبو حنيفة[577] بين ربح المال وبين المستفاد من غير الذبح، وذلك أنّه قال[578]: إذا زكّى الغنم ثم باعها زكّى ثمنها بحول مستقبل، فإن ربح في الثمن ضمّ ربحه إليه دون الأصل الذي عنده من غيره، وإن كان المال الذي عنده أقرب إلى وجوب الزكاة من ثمن الغنم ضمّ الفائدة إلى قُربهما وجوبًا، ففرّق بين الربح وبين الفائدة كذلك يسوغ لنا الفرق بين ولد[579] الغنم، والفائدة من غيرها. [116ب]

الجواب: أنّ ولد الغنم حُكمه ثابت في نفسه. الدليل عليه: أنّ الأمّهات لو هلكْن إلّا واحدة، ثم حال الحول وجب الحقّ في الأولاد. وكذلك لو هلكت الأمّهات كلّهن بعد الحول كانت[580] زكاة الأولاد قائمةً بحصّتها، فبان بذلك أنّها لم تدخل في حكم الأمّهات على وجْه البيع. وأمّا الربح فلا حُكم له في نفسه، وإنّما هو تابع لرأس ماله في الأحوال كلّها. ألا ترى أنّ رأس المال المضاربة لو هلك كان الباقي هو رأس المال، ولم يبقَ للربح حُكم إلّا بعد حصول رأس المال، فصحّ بذلك أنّ حُكم الربح لا تتفرّد عن رأس المال، وأنّ الأولاد تتفرد عن الأمّهات، ولذلك اختلفا.

ودليل آخر للمسألة: وهو أنّا وجدنا الحول[581] والنصاب شيئين للزكاة لا تجب إلّا بهما، ومتى سقط أحدهما[582] سقط الآخر. ألا ترى أنّ الغنائم لمّا سقط فيها اعتبار النصاب سقط اعتبار الحول في إيجاب الخُمس، وكذلك خمس

---

[576] التي تسري.
[577] + كما فرّق أبو حنيفة، صحّ هامش.
[578] + وذلك أنّه قال، صحّ هامش.
[579] ولده.
[580] كان.
[581] + وجدنا الحول، صحّ هامش.
[582] + ومتى سقط أحدهما، صحّ هامش.

الرِكاز، فلمّا اتّفق الجميعُ على أنّ الفائدة لا تحتاج في وُجوب الحقّ فيها إلى نصاب، وكان نصاب الأصل نصابًا لها كذلك يجب أن يُستغنى عن الحول في نفسها، ويكون حول الأصل حولًا لها.

فإن قيل: لا يجوز اعتبار الحول بالنصاب، وذلك [117أ] أنّ كلّ جزء من المئتين يحتاج إلى حول في نفسه، ولا يحتاج إلى نصاب في نفسه، فقد أُحتيج إلى الحول في الموضع الذي يسقط فيه اعتبار النصاب.

قيل له: كُلّ جزءٍ من المئتين لا تجب فيه الزكاة بنفسه، بل بالنصاب والحول جميعًا، فلا فرق بين النصاب والحول، لأنّ كلّ جزء من المئتين لوجبت فيه الزكاة بنفسه لوجب لو انفرد أن تجب به الزكاة.

فإن قيل: إنّما يحتاج إلى النصاب ليحصل به الغنى وقد حصل، والحول لا يجب اعتباره لذلك، فالمعنى الموجِب لاعتبار الحول غير المعنى الموجب لاعتبار النصاب، فلا يجب سقوطه من حيث سقط النصاب.

قيل له: لما كان الغنى الذي حصل بالنصاب من جهة كثرة المال مُعتبرًا في الفائدة، وإن لم يكن في نفسها نصابًا، كذلك يجب اعتبار حوله، ولو جاز ألّا يعتبر حوله فيها لجاز ألّا يعتبر حصول معنى الكثرة في الأصل فيها حتى إذا كانت الفائدة أقلّ من النصاب لم يجب فيها شيء، وهذا خلاف الإجماع، فصحّ بذلك أنّ الفائدة لا حُكم لها في نفسها، وأنّها تابعة للنصاب في جميع الأحوال.

فإن قيل: قد اعتبر أبو حنيفة المقدار في موضع لم يعتبر فيه الحول.

قيل له: هذا غلطٌ من قِبل أنّا قلنا: [117ب] كلّ موضع سقط فيه اعتبار النصاب سقط فيه اعتبار الحول، لأنّ هذا المعنى موجود في الفائدة، فوجب اعتباره، ولا يلزمنا على ذلك أنّه متى وجب اعتبارُ النصاب وجب اعتبار الحول، لأنّ هذا عكس العلّة، ولأنّه لا يجوز أن يلزم على علّة السقوط الإيجاب، وعلى أنّا لو قُلنا: إنّهما يجريان مجرى واحد متى سقط أحدهما سقط الآخر، ومتى ثبت أحدهما ثبت الآخر لم يلزمنا عليه الزيادة على المئتين، وذلك لأنّا قلنا: إنّ النصاب والحول يجريان مجرى واحدًا في السقوط والوجوب، والأربعون الزيادة على المئتين ليست بنصابٍ، لأنّه لا يتعلّق بها حكمٌ لو انفردت، وإنّما النصاب ما يتعلّق به حُكم الوجوب إذا انفرد. فأمّا الأربعون فليست بنصابٍ حتى يجب اعتبار الحول من حيث اعتبرنا مقدارَها زائدةً على المئتين، ولأنّا لم نقُل: إنّ كلّ ما اعتُبر مقدارُه اعتُبر حوله بل ذكرنا مقدارًا يكون نصابًا.

فإن قيل: فقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول))[583]، وهذا عامٌ في المستفاد والأصل.

[583] سبق تخريجه.

قيل له: هذا خبر لا يصحّحه أهل النقل، ولو صحّ فإنّ الذي قال لنا ذلك هو الذي قال لنا: ليس فيما دون [118أ] خمس أواق زكاة، فلمّا كان قوله: ((ليس فينا دون خمس أواق زكاة))[584] مقصودًا على المال المنفرد دُون الفائدة، كذلك قوله: ((لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول))[585] مَصروفٌ إلى المال المنفرد دون الفائدة بالدلائل التي قدّمنا.

مسألة

قال محمد: وإذا كان لرجل أموالٌ من إبل وبقر وغنم سائمة ودراهم ودنانير وأموال للتجارة، وعليه دين يَستغرق بعض تلك الأموال، فإنّ أبا يوسف ومحمدًا قالا: الدين الذي عليه يحتسب في الدراهم والدنانير وكلّ مال للتجارة حتى يستغرقها، فإن بقي من الدين شيءٌ كان فيما بقي من الأموال.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ الدين إنّما يُجعل في أيسر الأموال قضاءًا منه من المطلوب. والدليل على ذلك: قول النبي صلى الله عليه وسلم: ((رحم الله عبدًا سهّل القضاء وسهّل الاقتضاء))[586]، وقال عليه السلام: ((خَيركم أحسنُكم قضاءًا))[587]، وإذا كان كذلك فمن كان له دراهم ودنانير وإبل سائمة ودار وخادم فإنّ القاضي لا يستوفي دينَه من الإبل والدار، ولا يأمره ببيعها ما دامت الدراهم والدنانير موجودةً في يده، لأنّ [118ب] فيه إلحاقُ الضرر فيه من غير فائدة للطالب، وإذا كان كذلك علمنا أنّ الدين ثابت في العين، فيَمنع وجوب الزكاة فيها وعرُوض التجارة بمنزلة العين من قِبل أنّها للتقليب والتصرّف والإخراج والسائمة للتنقية، فلم يجعل دينه في السائمة وجعل في العين والعروض، فإن فضل شيء كان في السائمة ولم يكن في الدار والخادم، لأنّ استيفاءه من السائمة أيْسر على المطلوب من استيفائه من الدار والخادم، لأنّه لا يستغني عن الدار والخادم، ويستغني[588] عن السائمة، ثم ينظر إلى أصناف السائمة وإلى الدين، فيجعَل في أقلّ الأصناف زكاةً، لأنّها لمـّا تساوت في ثبوت الدين فيها علمنا أنّه غِنى بأكثر الأصناف زكاةً فلا يسقط حقّ المساكين عنه، وجعلنا دينَه في أقلّها زكاةً، وعلى هذا الاعتبار إذا كان الدين يستغرق صنفين منها، ولا يستغرق الآخر مثل أن يكون له خمس وعشرون من الإبل وأربعون شاة وثلاثون بقرة، فإن جعلنا الدين في الإبل فضل عنها فنحتاج أن نجعل الفضل إمّا في الغنم أو البقر، وإن جعلنا الدين في البقر لم نفضل عنها فنجعل الدين حينئذ في البقر ويزكّي الإبل والغنم، لأنّهما أكثر زكاةً من البقر، ولو جعلنا الدين في الإبل والغنم سقطت [119أ] زكاة الصنفين.

مسألة

---

584 الموطأ، الزكاة، 1؛ صحيح البخاري، الزكاة، 56؛ صحيح مسلم، الزكاة، 1-6.

585 سبق تخريجه.

586 مسند أبي يعلى الموصلي، 205/6؛ و المعجم الأوسط للطبراني، 107/6، كلاهما بلفظ "التقاضي" بدل "الاقتضاء"، وهو جزء من حديث أصله في صحيح البخاري، البيوع، 16؛ وسنن ابن ماجه، التجارات، 28، كلاهما بلفظ قريب جدًا.

587 صحيح البخاري، الوكالة، 5، 6، الاستقراض، 4، 6، 7؛ صحيح مسلم، 118-122.

588 يستغني.

قال محمد: وإذا كان له ألف درهم وأربعون من الغنم سائمة فحال الحول على غنمه، فأدّى منها شاةً، ثم باع ما بقي منها بعبد للتجارة، ثم حال الحول على المال بعد ذلك بشهر، فلا زكاة عليه في العبد، ولا يضمّه إلى المال، وهذا على ما بيّنا أنّه متى زكّى الأصل زكاة الحول لم يزكّ بدله إلّا بحول مستقبل.

قال محمد: وإن لم يحل الحول على المال حتى نوى المشتري للعبد أن يكون للخدمة، فمكث على تلك النيّة يومًا، ثم باعه بألف درهم، ثم حال الحول على المال، فإنّه يضمّ الثمن إلى المال الأوّل، وذلك لما بيّنا من أنّ سقوط حكم الحول في أحد المالين يوجب ضمّ البدل، كما قلنا في عبد الخدمة وطعام الأرض إذا أخرج صدقتهما، ثم باعهما أنّه يضمّ ثمنهما إلى المال الذي عنده، لأنّ أصل الذي هذا بدله لم يتعلّق وجوب الحقّ فيه بالحول، فكذلك البدل لمـّا سقط حُكم الحول فيه بنيّته للخدمة، ثم باعه بدراهم، فهذه الدراهم إنّما هي بدل عن مال لم يتعلّق حكم الوجوب فيه بالحول، فصار كالمال المستفاد، فيضمُّه إلى الأصل.

مسألة

قال محمد: وإذا كان لرجل ثمانون من الغنم فحال عليها الحول، [119ب] فلم يزكّها حتى مات منها أربعون شاة وبقي أربعون، فأراد أن يزكّي ما بقي، فإنّه يزكيها شاة كاملةً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال زفر ومحمد: عليه نصف شاة. الأصل في ذلك عند أبي حنيفة: أنّ الشاة واجبة في أربعين منها، وهي النصاب دون العَفو. والدليل على ذلك: أنّ الشاة لا يخلو[589] من أن تكون واجبة في الثمانين على وجه الشِياع أو في أربعين منها غير متميّزة، والأربعون الآخر عَفو، ولا جائز أن يقال: إنّها واجبة في الثمانين على وجه الشياع، لأنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((في أربعين شاة شاة))[590]، وقول هذا القائل يوجِب[591] أن يكون في أربعين شاة نصف شاة، وهذا خلافُ ما أوجبه النبي صلى الله عليه وسلم لمعاذ حين بعثه إلى اليمن: ((لا تأخذ من الأوقاص شيئًا))[592]، فعلمنا أنّ المأخوذ من النصاب دون الوَقْص، فصحّ أنّ الوجوب فيه. وأيضًا في حديث أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جدّه في كتابه الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصدقة: ((إنّ الزيادة على المائتين ليس فيها شيء حتى بلغ أربعين))[593]، وقال في فرائض الإبل: ((في خَمس من الإبل شاة ثم ليس في [120أ] زيادة شيء حتى تبلغ عشرًا وليس فيما زاد على الأربعين من الغنم شيء حتى تبلغ مئة وإحدى وعشرين))[594]، فصحّ بذلك أنّ الواجب متعلّق بالنصاب دُون العَفو، وأيضًا لو كانت

---

589 يخلوا.

590 هذا جزء من حديث رواه الترمذي في سننه، الزكاة، 4؛ وسنن النسائي، الزكاة، 5، 10؛ وسنن ابن ماجه، الزكاة، 13؛ وسنن الدارمي، الزكاة، 4؛ ومسند أحمد، 35/3.

591 يوجَب.

592 مسند أحمد، 231/5، 230-231، 248؛ مصنف ابن أبي شيبة، 445/6، 131/20، 418/6، 132/20؛ السنن الكبرى للبيهقي، 166/4، 214، بألفاظ متقاربة تؤدي المعنى المقصود، إلّا أنّ لفظ بعضها عام في أموال الصدقة والآخر في البقر خاصة.

593 رواه ابن أبي شيبة في المصنف من قول عمر رضي الله عنه وعن الحسن ومكحول في زكاة الدراهم، إلّا أنّ كلام الشعبي خرج مخرج العام 389/6.

594 جزء من حديث في صحيح البخاري، الزكاة، 35، 37-38؛ وسنن أبي داود، الزكاة، 4؛ وسنن الترمذي، الزكاة، 4؛ واللفظ الذي ساقه المؤلف مختلف عنهم قليلًا.

الشاة واجبةً في التِماس على وجه الشياع لأدّى ذلك إلى إسقاط ما تعلّق بالنصاب من حقّ الوجوب لأجل العفو، لأنّ من كان له أربعون شاة فقد تعلّق حقّ الوجوب منها بشاة، فإذا استفاد قبل الحول أربعين أخرى، فلو صارت الشاة في التماس كُنّا قد أسقطنا من الشاة التي تعلّق وجوبُها بالنصاب نصفها، ومُحال أن يكون العفو سقطًا لفرض النصاب. ويدلّ على ذلك أيضًا أنّ وجوب الشاة إنّما تعلّق بوجود الأربعين، ويرتفع الوجوب بنُقصانها فعلت أنّها[595] واجبةٌ في أربعين دون غيرها، فلمّا صحّ ذلك لبطلان ما عداه صحّ أنّها واجبة في أربعين غير متميّزة، فحينئذ ما يهلك يهلك من غير الواجب، ويتعيّن الوجوب في الباقي كالرجل إذا قال لعبدين له: "أحدكما حرٌّ"، ثمّ مات أحدهما تعيّن العتق في الباقي، وكمن باع قفيزًا من صُبرة، فهلكت إلّا مقدار قفيز تعيّن الفقد منه[596]، كذلك ما وصفنا.

فإن قال المحتجّ لمحمد وزفر: اتّفق الجميع على أنّه لو لم يكن إلّا أربعون، فوجبت فيها شاة [120ب] زكاة، ثمّ هلك نصفها سقط نصف الشاة الواجبة، فكذلك إذا كانت ثمانين.

قيل له: قد بيّنا أنّ الشاة واجبة في النصاب في كلّ جزءٍ منه بقسْطه فما هلك هلك بزكاته، ولو كانت الشاة واجبةٌ في النصاب متميّزة عن أجزائه لوجب لو هلك تسع وثلاثون، وبقيت الواحدة أن تكون[597] الباقية هي الزكاة، كما قلنا في العَبدين: إذا قال لهما المولى: "أحدكما حرٌّ"، ثم مات أحدهما عُتِق الباقي إذا كانت الحرّية واقعة على واحد منهما لا عليهما على وجْه الشياع، فثبت بذلك أنّ الشاة واجبة في جميع أجزاء النصاب شائعة فيه. وأمّا إذا كان هناك نصاب وعفْو، فهي واجبة في النصاب دون العفو لما قدّمنا من الدلائل، فلذلك بقيت الشاة في النصاب بهلاك العفو.

فإن قال: قد نقضي[598] على أنّه لو كان له أربعون من الغنم، فحال عليها الحولُ، ثم اشترى أربعين أخرى، ثم خلّطها بالأولى، ثم هلكت أربعون أنّه حفظ نصف شاة، ويكون في الأربعين الباقية نصف شاة، فكذلك يجب أن يكون حُكمها في هلاك نصف الثمانين لـمّا كانت الشاة واجبة على ما ذكرتُ في أربعين منها غير متميّزة، ثم هلك أربعون أن يكون الهالك من العفو والنصاب، فيكون الهالك [121أ] من النصاب النصف، فيسقط نصف شاة.

قيل له: هذا غير واجب على ما قدّمنا من قِبل أنّه لو قال لعبدين له: "أحدكما حرٌّ"، ثم مات أحدهما حصلت الحرّية في الباقي لوقوع الحرّية في الأصل لا في عين، فكذلك حُكم الشاة الواجبة ابتداء لما وجبت لا في عين وجب أن يتحصّل الوجوب في الباقي بعد هلاك الأربعين. ولو أنّه قال لعبد له بعَينه: "أنت حرٌّ"، ثم اختلط بعبد آخر فلم يعرِف المعتَق بعَينه، ومات أحدهما لم يعتق من الباقي إلّا نصفه إذا مات المولى، ولم يُعرف المعتَق بعينه، وهذا نظير ما استشهد به المحتجّ لمحمد أنّ الأربعين التي وجبت فيها الزكاة إذا كانت بعينها في الأصل، ثم اختلطت بعد وجوب الحقّ بأربعين أخرى، فلم يعرف، ثم هلك نصفها، فيَسقط من الزكاة نصْفها. ودليل آخر: وهو أنّ العفْو لا يثبت حُكمه إلّا بعد حصول

---

595 أنّ.
596 فيه.
597 يكون.
598 قد انقضى ا.

النصاب، فأشبه ربح المضارب الذي لا يثبت له حُكم إلّا بعد حصول رأس المال، فلمّا اتّفق الجميع أنّ ما هلك من مال المضاربة يكون أبدًا هالكًا من الربح دُون رأس المال حتى ينتهي إلى رأس المال، كذلك ينبغي أن يكون الهالك أبدًا من العفو حتى يستغرقه وينتهي إلى النصاب.

واستشهد أبو الحسن أيضًا على ذلك لمسألة الشهود، وإذا كانوا ثلاثة، ثم رجع واحدٌ أنّه لا ضمان عليه، لأنّ الأصل [121ظ] الذي يقطعُ به الحكم هما الشاهدان، فلم يعتبر رجوع الثالث لبقاء الأصل، كذلك لا اعتبار بهلاك العفو لبقاء النصاب، وواجب أن يجعل الهالك من العفو كما جعلنا رجوع الشاهد واقفًا فيما عدا الأصل.

فإن قيل: فلو رجع اثنان، وبقي واحد كان ضمان نصف المال على الراجعين، فقد ثبت للزائد على الأصل حكم في باب الضمان، وأنت لا تثبت للعفو حكما بالهلاك.

قيل له: ليس في هلاك العفو والنصاب ضمان يلزم إنسانًا، فيعتبر فيه المعنى الذي اعتبرنا في ضمان الشهود، فكذلك افترقا من هذا الوجه، وهذا جواب أبي الحسن. وأمّا وجه قول محمد وزفر: فإنّ الشاة وجبت عندهما شائعةً في الثمانين، فسقط نصفها بهلاك النصف.

مسألة

قال محمد: وإذا كان لرجل مئة وإحدى وعشرون شاة حال عليها الحول، ثم هلكت كلّها الأربعون، فإنّ فيها من الزكاة شاة واحدة في قياس قولهما.

قال أبو بكر: قال أبو يوسف: الإملاء في الباقي أربعون جزءًا من مئة وإحدى وعشرين جزءًا من شاتين، ولم يحل خلافًا، وكان أبو الحسن يقول: إنّ هذا القول أصحّ من رواية الجامع على مذهب أبي حنيفة، لأنّ أبا حنيفة إنّما قال في الثمانين إذا هلك[599] منها أربعون أنّ الهالك من العفو، وليس من النصاب وجعله بمنزلة[600] ربح المضارب على ما تقدّم وضعنا له، فأمّا المئة والواحد والعشرون فليس فيها عفوٌ.

599

600

2

[1أ][601] لا شيء للزوج من المهر، لأنّه بمنزلة الهبة وبطلان[602] الجُعل لا يمنع وقوع الطلاق، لأنّه ليس من شرط صحّة الخلع استحقاق الجعل، وإنّما شرط معيّن القبول بدلًا له الخلع على الخمر والخنزير أنّ بطلان الجعل لا يوجب بطلان الطلاق، لأنّ صحّته إنّما يتعلّق بالقبول دون استحقاق، ولا ميراث للزوج من جهة الزوجيّة، لأنّه قد أبانها وقطع حقّه من ميراثها.

601 ما جاء من هنا إلى صفحة 10أ كان في أوّل صفحات المجلد الأوّل ألحقناه ضمن موضوعات النكاح حسب ترتيب الجامع الكبير.

602 [illegible]

فصل

قال محمد: ولو كان طلّقها على المهر الذي عليه تطليقة، ثم ماتت وهي في العدّة كان الطلاق غير بائن ويملك فيه الرجعة، فإذا ماتت في العدّة ورثها النصف بالزوجيّة والنصف الباقي بينهما نصفان بالتعصيب.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لمـّا بطل الجعل وكان الذي في لفظه صريح الطلاق وقع رجعيًّا، فإذا ماتت في العدّة فالزوجيّة قائمة، فيكون له نصف ميراثها بالزوجيّة، ثم الباقي بين أخيه وبينه نصفين بالتعصيب.

باب من نكاح العبد والخلع في ذلك والدين

قال محمد: وإذا أذن رجل لعبده في التجارة فلحقه دين ألف درهم، ثم إنّ المولى أمره أن يتزوّج على رقبته، فتزوّج أمة لرجل، فالنكاح جائز، ولا يسلم الرقبة لمولى الجارية، لأنّ على العبد دينًا، فليس للمولى أن يملك رقبة العبد أحدًا، ولكن العبد يُباع فيصرف في ذلك غرماء العبد بديونهم وهو ألف درهم، ومولى الأمة بمهرها وهو قيمة العبد فيقتسمون الثمن على ذلك.

قال أبو بكر: وإنّما جاز النكاح ولم يمنع الدين الذي عليه صحّة النكاح من قِبل أنّ الدين في الذمّة، وما في الذمّة لا يمنع صحّة النكاح. ألا ترى أنّ الدين على الحرّ المريض لا يمنع عقد نكاحه، وإنّما لم يسلم العبد [1ب] لمولى الجارية، لأنّ حقّ الغرماء يمنع المولى تمليكه. ألا ترى أنّه لا يجوز بيعه ولا هبته لأجل حقّ الغرماء، وإنّما صارت المرأة اسوه للغرماء[603] يباع العبد فيضرب الغرماء بدينهم والمرأة بمهرها، لأنّ البضع له قيمة في دخوله في ملك الزوج، بل لا يعرى فيه من بدلٍ، ولو اجتمعا على إسقاطه من العقد لم يسقط، وإذا كان كذلك وجب أن يكون أسوة الغرماء بمهرها. ويدلّ على ذلك أيضًا: أنّ الأب يزوّج[604] ابنه الصغير ويلزمه المهر، ولو لم يكن للبضع قيمة في دخوله في ملك الزوج كان بمنزلة إخراجه عن ملك الصغير مالًا بغير بدلٍ فلا يجوز، فلمّا صحّ ذلك علم أنّ للبضع قيمة في دخوله في ملكه، وكذلك لو أنّ مريضًا تزوّج امرأة بمهر مثلها في مرضه فإنّ ذلك من جميع المال، ولم يكن بمنزلة من بدل لها مالًا بغير بدلٍ، وليس يجب إذا لم يتقوّم من وجهٍ إلّا يتقوّم من جميع الوجوه من قِبل أنّ منافع الدار لا تتقوّم[605] على غير المستأجر، ومع ذلك فلو استأجر دارًا في مرضه صارت المنافع متقوّمة[606] عليه وكان المؤجر[607] أسوة الغرماء بالأجر.

فإن قيل: ينبغي ألّا تكون المرأة أسوة الغرماء بالمهر من قِبل أنّ البدل الذي حصل للزوج لا يثبت فيه حقّ الغرماء، فصار في حقّهم كأنّه ألزم نفسه مالًا من غير بدلٍ، فلا يثبت في حقّ الغرماء.

---

603 يبدو هنا يوجد سقط.
604 تزوّج.
605 لا يتقوّم.
606 مقوّمة.
607 المواجر.

قيل له: ليست صحّة وقوع المساواة بينه وبين الغرماء في الاستيفاء موقوفة على بدل يثبت للغرماء فيه الحقّ. ألا ترى أنّ العبد لو أقرّ بدينٍ لزمه ومأوى المقرّ له الغرماء في الاستيفاء الجهتين جميعًا، واعتبار النظر في التسوية بين حكمهما ساقط، إذ قد فرّقت الأصول بينهما، ومن أجل أنّه لا قيمة له في خروجه من ملك الزوج قد قال أصحابنا في الرجل يخلع بنته[608] الصغيرة بمهرها: أنّه لا يجوز عليها، وكذلك المريضة إذا اختلعت[609] بمهرها كان وصيّه.

فإن قيل: لو كان البضع قيمة في دخوله [2أ] في ملك الزوج لكان للمكاتب أن يتزوّج، لأنّه قد حصل لنفسه بالعقد ماله قيمة مثل الشراء.

قيل له: ليس في امتناع جواز نكاح المكاتب دون إذن المولى دليل على أنّ البضع لا قيمة له في دخوله في مال الزوج، لأنّه لو كان كذلك لما جاز نكاحه بإذن المولى أيضًا، لأنّ المكاتب ليس له أن يخرج شيئًا من ملكه بغير بدلٍ سوى أذن له المولى أو لم يأذن. ألا ترى أنّه لو وهب عبدًا من ماله لم يجز هبته وإن أذن له المولى فيها، وإنّما لم يجز للمكاتب التزوّج إلّا بإذن سيّده، لأنّ عقد الكتابة إنّما وقع على ما يستعان به في أداء كتابته وليس في التزويج هذا المعنى، فلذلك كان باقيًا فيه على حال الحجر، وإنّما جاز النكاح في مسألتنا، وإن لم يسلم الرقبة لمولى الجارية من قِبل أنّ الرقبة ممّا يصحّ دخولها في العقد ومعها للغرماء بمنزلة استحقاق[610] المهر صحّة النكاح كذلك ما وصفنا.

مسألة

قال محمد: وإذا أذن الرجل لعبده في التجارة فلحقه دين ألف درهم، ثم قتل العبد رجلًا عمدًا، فإنّ أولياء القتيل يقتلونه بصاحبهم، ويبطل الدين.

قال أبو بكر: دين الغرماء لا يمنع القصاص كما لا يمنعه ملك المولى وحقّ المرتهن والمستأجر.

قال محمد: فإن صالح المولى أولياء الدم من الدم على رقبة العبد، وهم لا يعلمون بالدين أو يعملون به فهو سواء، والغرماء أحقّ برقبة العبد من أولياء الدم، فيباع[611] العبد فيستوفي الغرماء دينهم، فإن بقي شيء فهو لأولياء الدم لا حقّ للمولى في شيء من ذلك، ولا ضمان على المولى في شيء من ذلك لأولياء الدم.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ أصحاب الجناية لا يزاحمون أصحاب الدين، لأنّ عبدًا لو قتل رجلًا خطأً وعليه دين، فدفع بالجناية بيعة[612] صاحب الدين، ولم يقع بينهما [2ب] مخاصمة[613]، وإنّما كان كذلك من قِبل أنّ الجناية تثبت في

---

608 بينه.
609 اذا اخلعت.
610 الاستحقاق.
611 يباع.
612 بيعه
613 مخاصه

الرقبة والدين يثبت في الذمّة، فالموضع الذي تثبت فيه الجناية غير الموضع الذي يثبت فيه الدين، والجناية تستحقّ[614] بها الرقبة إذا كانت خطأً، حتى يملكها وليّ الجناية والدين لا يستحقّ به الرقبة، ولو كانت الجناية عمدًا لا يستحقّ أولياء الجناية الرقبة بالقود ولم يمنع حقّ أولياء الدين من ذلك، وكذلك إذا اجتمع الدين والجناية دفعت الرقبة إلى أولياء الجناية، لأنّهم يستحقّون العين، ثم يقال لهم: "لم يجب لكم إلّا عبد معيب بالدين"، فيتبعه[615] دينه ويباع فيه فإذا صحّ هذا الأصل، ثم صالح المولى وليّ الجناية على الرقبة صارت الجناية كأنّها خطأً، لأنّ القود قد سقط وقد تحوّلت الجناية مالًا، فلم يسلم الرقبة لوليّ الجناية، بل يتبعها الدين، ويباع فيه على ما بيّنا في الجناية إذا كانت خطأً، واستحقاق الغرماء بيع العبد في دينهم لا يبطل الصلح، لأنّه يباع على ملك أولياء الجناية. وأيضًا فإنّ الدم إذا بطل لا يعود باستحقاق العبد كما أنّ رجلًا لو صالح من دم عمدٍ قتله على عبد فاستُحقّ لم يعد القصاص، لأنّ العفو من دم العمد لا يلحقه الفسخ كالطلاق والعتاق ونحوهما. وأيضًا فإنّ وليّ الجناية لم يجب له إلّا عبد معيب بالدين، فلا يبطل الصلح لأجل دين الغرماء إذا لم يستحقّه قطّ إلّا على هذا الوجه كما أنّا إذا دفعنا[616] العبد بالجناية، ومعه الدين لم يفسخ الدفع، لأنّ الدفع لم يجب إلّا مع مقارنة الدين إيّاه. وشيء آخر، وهو: أنّا[617] لو أبطلنا الصلح لأجل الدين وأعدنا القود لأدّى ذلك إلى إتلاف الرقبة بالقود، ولا حقّ للغرماء في ذلك ولا فائدة لهم فيه، فلم يجز أن يبطل لحقّ الغرماء ولا يبطل لأجل وليّ الدم أيضًا لما وصفنا في الفصل الأوّل.

ووجه آخر [3أ] في أنّ الغرماء أولى ببيعه[618] من الوليّ، وهو: أنّ الغرماء كانوا أولى به في ملك المولى الأوّل مع ثبات ملكه عليه، فكذلك يكونون أولى به في ملك الوليّ، لأنّ ملك الولي ليس بآكد من ملك المولى بدءًا وكما يكونون أحقّ من الوارث وإن ملّك.

فإن قيل: ما الفرق بين التزويج رقبته وبين الصلح من دم العمد، ومعلوم أنّ الدم له قيمة في دخوله في ملك القاتل بدلًا له أنّه يجوز صلحه في مرضه على الديّة.

قيل له: الفصل بينهما: ما قد بيّنا من أنّ وليّ الجناية لا يقع له مزاحمة مع الغرماء، كما قلنا في الجناية الخطأ: أنّه يدفع بها ثم يتبعه الدين، وكذلك الصلح من دم العمد لما سقط به القود وتحوّلت الجناية مالًا صحّ الدفع بها وتبعه الدين. وأمّا المهر فهو دين كسائر الديون يثبت في الذمّة، فلمّا كان كذلك وكان للبضع قيمة في دخوله في ملك الزوج جاز أن يشارك ببدله الغرماء فيه.

---

614 يستحق.
615 فتتبعه
616 فعنا.
617 انما.
618 يبعه

ووجه آخر، وهو: أنّ الصلح لما صار شبهة في سقوط القود لم يجز بعد ذلك أن يشارك ببدله[619] الغرماء، لأنّ الدم ممّا يصحّ إسقاطه بغير بدلٍ فهو كالخلع، والزوج لا يجوز أن يملك البضع بغير بدلٍ، فلذلك صار بدله بمنزلة سائر الديون وشارك الغرماء في استيفائه من الرقبة.

وفصل آخر، وهو: أنّ الزوج يملك البضع بالنكاح ولا يملك بالصلح من دم العمد شيئًا، وإنّما سقط به حقّ الطالب كما لا تملك المرأة بالخلع منها، وإنّما يسقط عنها حقّ الزوج.

فصل

قال محمد: فإن بقي من الثمن شيء بعد دين الغرماء كان للأولياء دون المولى.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهم قد ملكوه[620] بصلح وبيع على ملكهم، فما يبقى [3ب] من ثمنه يكون لهم مثل ما قلنا في جناية الخطأ إذا دفع بها. ألا ترى أنّ لهم أن يؤدّوا الدين يُمسكوا العبد.

فصل

قال محمد: ولا ضمان على المولى في شيء من ذلك.

قال أبو بكر: وذلك كالجناية الخطأ إذا دفعه المولى إلى أوليائها تبعه الدين، فلا يرجع الأولياء على المولى بشيء، وقد كان أبو الحسن يقول في هذا: أنّه بمنزلة من صالح عن رجل قبله دم عمد لرجلٍ على عبد لنفسه فاستحقّ العبد أنّه لا يرجع على المصالح بشيء، كذلك استحقاق الغرماء العبد بالدين غير ملزم المولى ضمانه.

فصل

قال محمد: فإن أبرأ الغرماء من دينهم قبل البيع أو بعد[621] استيفاء دينهم فالبراءة جائزة، ويكون العبد إن كان لم يُبع لأولياء الدم ولا شيء للمولى من ذلك، وإن كان قد بِيع فقيمته[622] لأولياء الدم لا حقّ للمولى في شيء من دم.

قال أبو بكر: قد تحوّل دينهم في الثمن ببيع العبد، لأنّه قام مقامه، فتصحّ[623] برائتهم كما كانت تصحّ لو لم يكونوا باعوه، فإذا أبرؤوا كان الثمن لوليّ الدم كما لو أبرؤوا قبل البيع كان العبد سالمًا له، ولأنّ الثمن حكمه أن يكون له لولا الدين،

---

619 ببذله.
620 قد ملكوها.
621 بعده.
622 قيمته.
623 فيصح.

لأنّه بِيع على ملكه، وهذا كما قلنا في الدفع بجناية الخطأ إذا بيع لأولياء الدين، ثم أبرأ الغرماء من الدين سلّم الثمن لوليّ الجناية.

مسألة

قال محمد: وإذا أذن الرجل لأمته في التزويج فتزوّجت عبدًا فالنكاح جائز، فإنّ خُلعها المولى على عبدٍ في يده، فالخلع جائز إن كان بإذن مولى العبد أو بغير إذنه إذا كان الزوج هو الذي خلعها.

قال أبو بكر: لا يحتاج في ذلك إلى إذن المولى، لأنّ الطلاق بيد العبد لا يملكه المولى منه، فيجوز إيقاعه بغير أمره، وما يحصل له من البدل فلا ضرر فيه على المولى، [4أ] بل له فيه الدفع[624]، فهو بمنزلة هبة وهبت للعبد فيجوز قبوله لها، وإنّما قلنا: إنّ الطلاق بيد العبد دون المولى من قِبل أنّه من حقوق النكاح كالوطء، وكما لو ارتدّ العبد بطل النكاح ولو ارتدّ المولى لم يبطل.

فإن قيل: المرأة تبين بالردّة ولا يملك الطلاق.

قيل له: فإذا كانت ردّة المرأة تُبينها وإن لم يملك الطلاق، ثم لم تكن[625] ردّة المولى موجِبة للبينونة فهو أولى بألّا يملك الطلاق، وثبت أنّه بمنزلة الأجنبيّ في ذلك.

فإن قيل: لما كان العقد إلى المولى كان حَلّه إليه.

قيل له: الأب يعقد على الصبيّ ولا يطلق.

فصل

قال محمد: فإن استحقّ العبد الذي خلعت الجارية عليه فالخلع ماضٍ ولا يردّ، ولا ضمان على المولى في شيء من ذلك، ولكن قيمة العبد المستحق في رقبة الأمة المخلوعة اتّبع[626] المولى الزوج في ذلك إلّا أن يؤدّيها مولى الأمة.

قال أبو بكر: إنّما لم يبطل الخلع بالاستحقاق لما بيّنا من أنّ الطلاق لا يلحقه الفسخ، وأنّه ليس من شرط صحّة وقوعه حصول العوض وأنّ شرطه القبول، فحسب، وإنّما لم يضمن المولى شيئًا من قِبل أنّ من خاطب بالخلع عن غيره لا يلحقه ضمان الجُعل إلّا أن يضمنه أو يضيفه إلى نفسه، وعقد المولى على أمته، وخطابه بالخلع عنها جائز عليها كما يجوز إقراره بالدين عليها، فقام المولى في ذلك مقامها، وصارت الجارية كأنّها خلعت نفسها على عبدٍ لمولاها، فأجاز

---

624 دفع.
625 لم يكن.
626 باعها

ذلك، ثم استحقّ العبد فلا يلحق المولى ضمانه، ويكون ضمانه في رقبة الأمة، وكذلك وكيل الحرّة إذا خلعها على عبد لها فاستحقّ لم يضمن الوكيل شيئًا، وكان ضمان قيمة العبد على الحرّة، فكذلك المولى إذا خاطب عن أمته، فلا يلزمه ضمان الجعل عند الاستحقاق، ولا يشبه هذا الأجنبيّ إذا خلع المرأة من زوجها على عبده فيقول له: "اخلعْ امرأتك على عبدي هذا"، فخلعها، [4ب] ثم يستحقّ العبد هذا يرجع الزوج فيه على الأجنبيّ بقيمة العبد، لأنّه خاطب عن نفسه والقبول متعلّق به، وليس هو مخاطبًا عن المرأة، فلذلك افترقا. ألا ترى أنّ الخلع قد صحّ بقوله: "اخلعْها على رقبة هذا العبد" وإن لم يضفها إلى نفسه، لأنّ قوله وخطابه كخطابها، ولو كان المولى غير مخاطب عنها لوجب ألّا يصّح الخلع إذا لم يضف الجُعل إلى نفسه حتى تقبل الأمة كالأجنبيّ لو تبرّع بالخلع عن المرأة على عبد في يده أو في ملكه ولم يضفه إلى نفسه أنّ الخلع موقوف على قبولها، فلمّا صحّ الخلع في مسألتنا بخطاب المولى دون قبولها ودون إضافته الجعل إلى نفسه ثبت أنّه إنّما صحّ، لأنّ خطابه كخطابها بإذن المولى، وإنّما كانت قيمة العبد المستحقّ في رقبة الأمة المخلوعة اتّبع[627] المولى الزوج فيه، لأنّ للمولى أن يعقد عليها كما له أن يقرّ عليها بدينٍ، فصارت كأنّها هي عقدت ذلك على نفسها وأجازه[628] المولى، ثم استحقّ العبد على ما بيّناه.

فصل

قال محمد: وإن كان على الأمة المخلوعة دين قبل الخلع فإنّ الأمة تُباع[629] فيُبدأ بأصحاب الدين يستوفون حقوقهم، فإن بقي من ثمنها شيء بعد ذلك أخذه مولى الزوج.

قال أبو بكر: وإنّما بُدأ بدين الغرماء لما بيّنا من أنّ خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له بدلًا له أنّ الأب لا يخلع بنته الصغيرة[630] من مالها، وأنّ المريض يكون خُلعه[631] كالهبة ويكون من الثلث. وأمّا ما يبقى بعد دين الغرماء فإنّما أخذه مولى الزوج، لأنّ قيمة العبد المستحقّ دين في رقبتها إلّا أنّ دين الغرماء أولى بالتبدئة كما يقول في دين الصحّة والإقرار بالدين في المرض أنّ دين الصحّة يُبدأ به، ثم يكون ما بقي لغرماء دين المرض.

فصل

قال محمد: [5أ] وإن لم يبقَ من ثمنها وفاء بقيمة العبد المستحقّ اتّبع مولى الزوج الأمة بما بقي من ثمن العبد المستحقّ إذا أعتقت.

---

627 بياعا

628 واجازة.

629 يُباع.

630 الصغير.

631 خلعها.

قال أبو بكر: هذا مثل أن يقرّ عليها مولاها بدينٍ فلا يصدّق على غرمائها في الحال فإذا أعتق لزمها، وكالعبد المحجور عليه إذا أقرّ بدين، ثم عتق فلزمه ذلك، لأنّ إقراره صحيح إلّا أنّ هناك ما هو أولى منه، فإذا سقط ذلك لزمه ما أقرّ به.

فصل

قال محمد: ولو كان مولى الأمة المخلوعة حين خلعها ضمن ما أدرك زوج مولاها من درك في العبد المخلوع عليه، والمسألة على حالها، فإنّ الأمة المخلوعة تُباع في دينها ولا يتّبعها زوجها ومولاه بشيء من قيمة المستحقّ، ولكنّهم يتبعون بذلك مولاها، لأنّه ضمن الدرك، وكذلك لو أعتقت[632] الأمة المخلوعة لم يتبعها بشيء من ضمان العبد المستحقّ.

قال أبو بكر: لما ضمن المولى الدرك استغنى بضمانه عن إلزام ذلك رقبتها. ألا ترى أنّه لو خلع امرأة أجنبيّة وضمن لم يحتج إلى قبولها ولزمه المال دونها، وليست هذه مثل المسألة الأولى من قِبل أنّه إذا لم يضمن وكانت الأمة ممّن يجوز عقده عليها علمنا أنّه إنّما قصد إلى أن يلزم ذلك رقبة الأمة، وصار العقد لها، فلذلك لزمها دونه. ألا ترى لما لو لم يجعله كذلك لما صحّ الخلع إلّا بقبولها، لأنّ المولى لم يضف الجعل إلى نفسه، ولكنّه لما جاز قبوله عليها صار قبوله كقبولها لو كان أذن لها في ذلك. وأمّا إذا ضمن فقد بين أنّه إنّما ألزم نفسه دونها.

فإن قيل: لو قال الأجنبيّ لرجلٍ: "اخلعْ امرأتك على عبدي هذا" كان عاقدًا على نفسه، فهلّا قلت مثله في المولى، وهلّا جعلت إضافة العبد إلى نفسه [5ب] كضمانه فيكون العقد له دون الأمة.

قيل له: لم بين محمد المسألة على أنّ المولى قال للزوج: "اخلعْها على عبدي هذا"، وإنّما قال: "اخلعْها على عبدٍ في يديه"، ولو قال الأجنبيّ مثله لم يلزمه ضمانه كذلك المولى.

قال محمد: وكذلك لو أنّ مولى[633] الأمة خلعها على رقبتها من زوجها ولم يضمن شيئًا كان الخلع جائزًا، فإن لم يكن على الأمة دين سلّمت لمولى الزوج، وإن كان عليها دين بيعت في الدين وبُدأ بدين أصحاب الدين، فإن بقي شيء كان لمولى الزوج، ثم تتبع الأمة بما بقي من قيمتها إذا أعتقت، ولا ضمان على الأمة في شيء من ذلك.

قال أبو بكر: هذا أيضًا على ما بيّنا من أنّ ذلك عقد عليها، فصارت كأنّها اختلعت برقبتها، فأجازه المولى فتكون[634] قيمة رقبتها دينًا عليها عند الاستحقاق إلّا أنّه يُبدأ بدين الغرماء لما بيّنا من أنّ البضع لا قيمة له في خروجه من ملك الزوج، فإذا بيعت للغرماء كانت قيمتها دينًا عليها بعد العتق، وذلك لأنّا قد فسخنا ملك مولى الزوج فيها فثبتت القيمة في رقبتها يستوفيها منها بعد العتق.

---

[632] له اعتقت.
[633] المولى.
[634] فيكون.

فصل

قال محمد: ولو أنّ مولى الأمة خلعها على رقبتها وضمن ما أدرك في ذلك من درك كان الضمان عليه، ولا ضمان على الجارية في شيء من ذلك قبل البيع ولا بعده.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّ الخلع لم يقع عنها، وإنّما وقع عن المولى.

فصل

قال محمد: فإن أبرأ غرماء المرأة من الدين سلّمت لمولى الزوج ولا حقّ لمولاها فيها إن ضمن الدرك أو لم يضمن.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ تسليم الرقبة ممكن كرجل خلع أجنبيّة على أمته [6أ] هذه فيُسلّمها إليه ما أمكن تسليمها.

مسألة

قال محمد: إذا أذن الزوج لعبده في التجارة وأذن رجل آخر لعبده في التجارة فلحق كلّ واحدٍ منهما دين كثير، ثم إنّ أحد العبدين فقأ عين صاحبه، فإنّه يقال لمولى الجاني ولغرمائه: "ادفعوا أو افدوا" فإن فدوا كانوا متطوّعين في فدائه إن كان المولى هو الذي فدى أو الغرماء، وإن دفعوه أتبعه بدينه فبيع فيه.

قال أبو بكر: إنّما خوطب المولى والغرماء جميعًا بالدفع أو الفداء من قِبل أنّ الملك للمولى فله تخليصه من الجناية بالفداء، ولا يبطل حقّه لأجل الدين كما لم يُبطل ملكه. وأمّا الغرماء فإنّ لهم حقّ الاكتساب أو مطالبة المولى بالبيع، ولو دفعه المولى دونهم لبطل حقوقهم في الكسب، فإن فدوا دون المولى فهم متطوّعون، لأنّهم أصلحوا الرقبة لأنفسهم كالمرتهن إذا فدى[635] يكون متطوّعًا، وكذلك المولى لو فدى[636] كان متطوّعًا، لأنّه أصلح به ملك نفسه، فإن دفع أتبعه الدين، وذلك لما وصفنا من أنّ الدين في الذمّة والجناية في الرقبة، فلا يقع بين الغرماء ووليّ الجناية شركة في الاستيفاء، فإذا دفع بالجناية التي أوجبت استحقاق الرقبة كان الدين باقيًا فيها كما كان وهو في ملك المولى، وأيضًا لم يجب لوليّ الجناية إلّا عبد معيب بالدين، فلا يجوز أن يستحقّ عبدًا غير معيب.

فصل

---

[635] اذا فُديَ.
[636] ولو فدى.

قال محمد: ويباع المدفوع في دين نفسه دون دين المفقؤة عينه، فإن بقي من ثمنه شيء قضى به دين المفقؤة عينه، ويباع المفقؤة عينه في دينه خاصة، وإن فضل من دين المفقؤة عينه شيء وكان دين الفاقيء أكثر من ثمنه لم يقبض به دين الفاقيء[637].

قال أبو بكر: إنّما بدأ[638] [6ب] الفاقيء[639] بدين المفقؤة عينه كنّا قد أوجبنا لهم الحقّ في عبد غير معيب بالدين، وهذا لم يستحقّوه بالجناية، وأيضًا فإنّ حقّ غرماء الفاقيء قد كان متعلّقًا برقبته قبل الدفع، وحقّ غرماء المفقؤة عينه إنّما يثبت فيها بعد الدفع، فوجب أن يكون حقّ غرماء الفاقيء أولى، لأنّ حقّهم أسبق وهو في نفس العين كالمرتهن يكون بعد الموت أحقّ بالرهن من سائر الغرماء، لأنّ حقّه قد كان متعلّقًا بالرقبة قبل الموت، وحقّ سائر الغرماء إنّما تعلّق في مال الميّت بالموت، وكذلك الرجل يموت ويترك عبدًا مدينًا، وعلى المولى دين، إنّ العبد يباع في دين نفسه، ويبدأ به على دين المولى لهذه العلّة بعينها، فإن فضل شيء من ثمن الفاقيء عن دينه كان غرماء المفقؤة عينه أولى به.

قال أبو بكر: أمّا على العلّة الأولى: فإنّ الفاقيء يقوم مقام العين إلّا أنّ غرمائه كانوا أولى به، فإذا سقط حقّهم فالباقي شيء [illegible] من العين، فكان غرماء المفقؤة عينه أولى به، وإنّما لم يكن الغرماء الفاقيء حقّ فيما فضل عن دين المفقؤة عينه، لأنّ غرماء الفاقيء لم يكن لهم قطّ حقّ في رقبة المفقؤة عينه، ولا قام المفقؤة عينه مقام شيء من الفاقيء، ولو لم يكن على المفقؤة عينه دين لما استحقّ غرماء الفاقيء شيئًا منه.

مسألة

قال محمد: وإذا أذن الرجل لعبده في التجارة فلحقه دين، وأذن رجل آخر لعبده في التجارة فلحقه دين كثير، ثم إنّ أحد العبدين فقأ عيني العبد الآخر، فإنّ مولى العبد الفاقيء وغرمائه بالخيار إن شاؤوا دفعوا وإن شاؤوا فدوا، فإن فدوا [7أ] وكان الذي فدى المولى فداه بقيمة المفقؤة عينه وأخذ المفقؤة عينه، وكان له وبيع العبد الفاقيء في دينه.

قال أبو بكر: وإنّما كان المفقؤة عينه لمولى الفاقي إذا ضمن قيمته، لأنّه لا يجوز أن يحصل لمولى المفقؤة عينه قيمة العبد ويبقى العبد في ملكه، لأنّ العبد مال يصحّ تمليكه، فلا يجوز أن يجتمع الشيء وبدله في ملكه.

فصل

قال محمد: فإن كان غرماء الفاقيء هم الذين فدوه فإنّهم يفدونه بقيمة العبد المفقؤة عيناه، ويأخذ من العبد المفقؤة عيناه فيكون لهم، ويبيعون العبد الفاقيء بدينهم فيبعونه فيه إلّا أن يفديه مولاه.

---

637 القافى.
638 بُدِيَ.
639 القافى.

قال أبو بكر: يصير المفقؤة عيناه لمن غرم بدله وهم الغرماء.

فصل

قال محمد: فإن اختار مولى العبد الفاقيء وغرماؤه دفعه فإنّه يدفع بالعبد المفقؤة عيناه، ويؤخذ المفقؤة عيناه، فيباع كلّ واحد منهما في دين نفسه.

قال أبو بكر: وإنّما يؤخذ المفقؤة عيناه إذا دفع الفاقيء، كما يؤخذ إذا فدى بالقيمة ويتبع كلّ واحد منهما بدينه لما بيّنا فيما تقدّم من أنّ الدفع بالجناية لا يبطل حقّ الغرماء في البيع.

فصل

قال محمد: فإن بيع العبد الفاقيء بألف درهم ودينه ألف درهم استوفى غرماؤه دينهم، وبيع المفقؤة عيناه في دينه، فاتبع[640] بمئة درهم استوفى غرماؤه تلك المئة، ثم يرجع غرماء المفقؤة عيناه في الألف التي بقيت من ثمن الفاقيء فيأخذ وليّ ذلك بدينهم في قول أبي يوسف. وأمّا في قول محمد: فإنّه يقوم المفقؤة عيناه صحيحًا فإن كانت قيمته ألفًا قوّمه أعمى وإن كانت قيمته مئة نظرت إلي فضل ما بينهما، وذلك [7ب] تسعة أعشار القيمة فجعله لغرماء المفقؤة[641] عيناه، وسلّم العُشر لمولى المفقؤة عيناه.

قال أبو بكر: وجه قول أبي يوسف: أنّ جميع ما جنى[642] من رقبة العبد فالغرماء أحقّ به، وهذا الذي حصل من ثمن الفاقيء شيء قد جنى من رقبة المفقؤة عيناه فغرماؤه أولى بجميعه، لأنّ الفاقيء قائم مقام المفقؤة عيناه، لأنّ دينهم ثابت في رقبة المفقؤة عيناه فلهم الاستيفاء ممّا جنى منها. ألا ترى أنّ لهم أن يستسعوه في دينهم وإن كان أضعاف قيمته. وأمّا محمد فإنّه ذهب إلى أنّ الفاقيء قد دفع بشيئين الرقبة والعين فقام مقامهما، وقد استوفى غرماء المفقؤة عيناه الرقبة مرّة، فلا يجوز أن يستوفوا بدله، فلا حقّ لهم فيما أصاب الرقبة من الفاقيء والمولى أحقّ به. وأمّا ما كان من الفاقيء بإزاء العين، فإنّهم لم يستوفوا منه شيئًا بعد فيأخذونه من بدل الفاقيء، ولأبي يوسف: أنّ الغرماء أبدًا يكونوا بما نجى من رقبة العبد وإن استوفوه مرّة. ألا ترى أنّ رجلًا لو أقرّ على عبده بدين ألفي درهم، ثم أعتقه وقيمته ألف درهم إنّ المولى يغرم قيمته ألف درهم ويسعى العبد في ألف درهم، فقد حصل للغرماء بدل الرقبة مرّتين تارّةً من جهة المولى وتارّةً من جهة العبد.

قال أبو بكر: وهذا نظير اختلافهما في مسألة الجامع الصغير، وهو رجل غصب عبدًا فقتل عبده رجلًا خطأ، ثم ردّه إلى المولى فقتل عبده رجلًا خطأ، فدفعه إلى أولياء الجنايتين نصفين، فإنّه يرجع على الغاصب بنصف قيمته، فقال أبو

---

640 فابيع.
641 الفقوة.
642 ما حبى.

يوسف: يأخذ وليّ الجناية الأولى هذا النصف [من] القيمة، لأنّه لا شيء قد جنى من نصف العبد الذي كان يستحقّه وليّ الجناية الأولى [8أ] فصاروا أحقّ به. وقال محمد: يرجع المغصوب على الغاصب بنصف القيمة فيسلّم له، ولا يدفعه إلى وليّ الجناية الأولى ما استحقّه وليّ الجناية الثانية من العبد، فقد سقط حقّ وليّ الجناية الأولى منه والنصف القيمة المأخوذ من الغصب إنّما هو بدل من النصف الذي يستحقّه وليّ الجناية الأولى فهو أخذ نصفه لحمًا ودمًا فلا يأخذ بدله ثانيًا. وأبو يوسف أجاز أن يأخذ بدل ذلك النصف إذا كان شيء قد جنى منه كما ذكرنا في العبد إذا أقرّ عليه المولى بدينٍ، ثم أعتقه.

مسألة

قال محمد: وإذا قتل العبد رجلًا خطأ ثم إنّه فقأ عيني أمة قيمتها ألف درهم، فإنّ مولى العبد يجبر في قول أبي حنيفة: إن شاء دفع العبد وإن شاء فداه، فإن فداه فداه من أولياء القتيل بالديّة وأخذ المفقؤة عيناها وأعطى مولاها قيمتها صحيحة، وليس له أن يفديه من مولى الأمة لغير ذلك. وأمّا قول أبي يوسف ومحمد: فإن شاء فعل ما وصفت لك وإن شاء أعطى مولاها ما نقصها العمى ولم يأخذها. قال الشيخ[643]: إنّما يفي بقوله وإن شاء ما نقصها العمى إذا اختار مولاها ذلك، وقد بيّن ذلك في غير هذا الموضع أعني أنّ الخيار لمولى المفقؤة عيناه إذا اختار مولى الفاقيء الفداء.

قال أبو بكر: ذهب أبو حنيفة في ذلك إلى أنّهم قد اتّفقوا أنّ أرش إحدى العينين نصف القيمة، فإذا العينان جميع القيمة فلا خيار للمولى في ذلك من قِبل أنّ الذي أوجبته الجناية أن يأخذ القيمة ويدفعها أو يمسكها ولا شيء له، ولأبي يوسف ومحمد: أنّ له أن يأخذ النقصان كما أنّ رجلًا لو خرق ثوب رجل حتى أتى على أكثره أنّ له أن يسلّم الثوب إليه إن شاء ويأخذ القيمة وإن شاء ضمنه لنقصان، ولأبي حنيفة: أنّ التحريق ليس بمقداره أرش مقدّر، [8ب] ولإحدى العينين أرش مقدّر وهو نصف القيمة بالاتّفاق، فوجب أن يكون لهما جميع القيمة، فموجَب الجناية إنّما هو جميع القيمة، وضمان جميعها يوجب تسليم الرقبة، فصار ذلك موجب الجناية، فلا سبيل له إلى غيره إلّا أن يختار أن يبرئ من الجناية، فله ذلك.

فصل

قال محمد: وإن اختار مولى العبد دفعه بالجنايتين جميعًا اقتسم أولياء المقتول ومولى الجارية العبد على أحد عشر سهمًا: عشرة أسهم من ذلك لأولياء المقتول وسهم لمولى الجارية، ويأخذ مولى العبد الجارية العمياء فيسلّم له في قول أبي يوسف: ولا يكون لأولياء المقتول فيها حقّ.

فصل

643 قال الشيخ أبو بكر

قال[644] **محمد**: يدفع الجارية العمياء إلى أولياء المقتول.

قال أبو بكر: ذهب أبو يوسف في هذا إلى[645] أنّ مقدار ما يستحقّه مولى الجارية من العبد يسقط الجناية الأولى، فلذلك ما استحقّه مولى الجارية في مسألتنا من العبد فسقط منه حقّ أولياء الحرّ عنه بدلًا له أنّه لو قتل رجلين أحدهما قتل الآخر أنّ ما يستحقّه وليّ الجناية الثانية من العبد يسقط حقّ أولياء الجناية الأولى منه. ألا ترى أنّ أولياء الجناية الثانية لو أبرؤوا لم يكن لأولياء الجناية الأولى إلّا نصف العبد، فقد بان أنّ ما يستحقّه أولياء الجناية الثانية يسقط منه حقّ أولياء الجناية الأولى، فكذلك ما استحقّه مولى الجارية في مسألتنا من القيمة يسقط منه حقّ أولياء الحرّ، وإذا كان كذلك لم يكن لأولياء الحرّ سبيل على الجارية العمياء، لأنّها موجودة عن الجزء الذي سقط حقّهم فيه من العبد، وكذلك لو أبرأ مولى الجارية من الجناية دفع إلى أولياء القتيل عشرة أسهم من أحد عشر سهمًا من العبد، ولم يكن لوليّ القتيل [9أ] في صحّة القبول[646] إلى إذنه، ولو كانت الهبة تنتقل[647] إلى المولى من جهة الواهب لما صحّت ألّا يقبل له[648]، فلمّا صحّت بقبول العبد دونه دلّ على أنّها ينتقل إلى العبد ومن جهته ينتقل إلى المولى، وكذلك المأذون له يصحّ شراؤه بقبوله ويقع للمولى من جهته.

فصل

قال محمد: ولو كان الزوج حرًّا وطلّقها تطليقة على رقبتها برضى[649] مولاها وقع الطلاق، ولم يكن له من رقبتها شيء، وكان الطلاق يملك فيه الرجعة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لفظ تصريح الطلاق وصريح الطلاق فيما دون الثلث لا يوجب البينونة إلّا أن يحصل عنه بدل، ومتى لم يحصل له بدل كان رجعيًّا.

مسألة

وإذا كان تحت الرجل الحرّ أمتان لرجل فدخل بهما، فخلعهما سيّدهما من زوجهما برقبة إحديهما بعينها، فإنّ الخلع واقع على التي لم يخلعها على رقبتها ويقسم رقبة التي خلعها عليها على المهرين اللذين تزوّج عليهما الزوج الأمتين، فما أصاب مهر الأمة التي لم يخلع على رقبتها فهي للزوج من رقبة الأخرى، وقد تمّ الخلع فيها. وأمّا الأمة الآخرى التي خلعت الأمتان على رقبتها فإنّ خُلعها باطلٌ ولا يقع عليها من الطلاق شيء.

---

644 وقال.
645 إلى [illegible]
646 قبول.
647 ينتقل.
648 [illegible]
649 يرضى.

قال أبو بكر: لما خلعهما على رقبة إحديهما فقد جعل بعض رقبة المخلوع عليها جعلًا لبُضعها وبعضها جعلًا لبضع الأخرى، وملكه لبعض إحديهما ألّا يبقى طلاقًا في الأخرى، فيصحّ خلعها ببعض رقبة المخلوع عليها. وأمّا البعض الذي جعله بدلًا من بُضعها فإنّ حصول ملك الزوج فيه يبقى طلاقها، فلذلك بطل الخلع فيها وصحّ [في] الأخرى، فوجب أن يقسم رقبة التي جعلها جعلًا [على] قيمة بضعيهما وقيمة البضع ما سمّى في العقد، فيقسم الرقبة على مهريهما، فما أصاب مهر التي جعلت جعلًا فهو الذي لم يصح الخلع فيه فيكون [9ظ] للمولى، وما أصاب مهر التي لم يجعل جُعلًا فهو للزوج، والتي جعلها جعلًا إنّما لم يقع عليها طلاق من جهة أنّه ملك بُضعها بدلًا عن بُضع الأخرى لا من جهة بطلان الخلع فيها، وإنّما لم يبطل خلع إحديهما لبطلان خلع الأخرى، لأنّ الخلع لا تبطله[650] الشروط. ألا ترى أنّ رجلًا لو قال لامرأتين له: "قد خلعتكما على ألف درهم" فقبلت إحديهما ولم تقبل الأخرى صحّ الخلع في التي قبلت ولم يبطل لأجل الأخرى وامتناع قبولها، لأنّ الشروط لا يفسده.

مسألة

ولو خلع المولى كلّ واحدة برقبة صاحبتها جميعًا معًا كان الطلاق واقعًا بغير جعلٍ.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لو صحّ الجعل انتفى الطلاق، وذلك أنّ ملك كلّ واحد منهما ينافي طلاقها، ولو صحّ الخلع لوقع ملكهما وطلاقهما معًا، وذلك يتنافى فصحّ الطلاق وبطل الجعل لما بيّنا في المسألة التي قبل هذه.

مسألة

وإذا كان للمرأة ابنا عمّ وهما وارثاها[651] لا وارث لها غيرهما، فتزوّجت إحديهما ودخل، ثم مرضت فاختلعت بمهرها من زوجها الذي لها عليه لا مال لها غيره، ثم ماتت في العدّة، فإنّ المهر يقسّم بين ابني العمّ نصفين، ولا يكون للزوج من المهر شيء.

قال أبو بكر: وإنّما بطل الجعل، لأنّه وارث من جهة النسب، والبضع لا قيمة له في خروجه من ملك الزوج، فصار ذلك وصيّة له كأنّها وهبت له المال بغير بدل. والدليل على أنّ البضع لا قيمة له في خروجه من ملك الزوج: أنّ المرأة إذا ارتدّت بغير دخول زوجها بها لم يغرم قيمة البضع له وإن كانت قد أسقطت حكم الاستباحة، وكذلك لو قبلها رجل لم يغرم للزوج قيمة ما أتلفه عليه من حقّ الاستباحة، وكذلك لو أنّ مريضًا طلّق امرأته لم يقوم البضع عليها، ولو كان له قيمة في خروجه من ملكه كان ينبغي أن يقوم عليها ويكون وصيّة كالهبة وغيرها، وإذا صحّ ذلك قلنا في مسألتنا...

---

[650] لا يبطله.
[651] وارثاهما.

[10أ][652] سبيل الجزء الذي كان ثبَت فيه حقّ مولى الجارية، فكذلك ما قام مقامَه لا سبيل له عليه، وهو لمولى العبد.

فإن قال قائل: فهذا يلزم أبا يوسف في مسألة الجامع الصغير الذي ذكرت، وفي مسألة دين الفاقئ والمفقؤة عيناه إلى قبل هذه من قِبل أنّ أبا يوسف قد أجاز هناك أن يأخذ وليّ الجناية الأولى ما جنى من النصف الذي قد استحقّه مرّة، وكذلك في مسألة الفاقئ قد أجاز أن يستوفي في دين المفقؤة عيناه من جميع الفاقئ، وإن كان غرماؤه قد استوفوا من شخص المفقؤة عينه.

قيل له: ليس هذا من ذلك في شيء من قِبل أنّ الجارية العمياء لم تجئ من العشرة الأجر التي استحقّوها من العبد، وإنّما جيئت[653] من الجزء الذي استحقّه مولى الجارية من العبد، فلذلك لم يكن لهم فيهما حقّ كما لا يكون لهم فيه حقّ لو أبرأ مولى الجارية من الجناية.

وأمّا في مسألة الجامع الصغير ومسألة دين المفقؤة عيناه وثبوته في الفاقئ، فإنّ ما جنى منه فإنّما هو شيء قد جنى عن جزء قد استحقّه وليّ الجناية الأولى وغرماء المفقؤة عيناه، فلذلك اختلفا. وأمّا محمد شبّه ذلك بعبد قتل رجلًا خطأ، ثم قطعت جارية يده، فدفعت باليد، واختار مولى العبد دفعه بالجناية أنّ الجارية تتبع العبد في الدفع، لأنّها قامت مقام يد العبد التي قد كان ثبت فيها حقّ أولياء جنايته، وكذلك هذه المسألة لمـّا استحقّ أولياء الجزء رقبة العبد، ثم قامت الجارية العمياء في الدفع مقام بعضه صاروا أولى بها.

قال أبو بكر: وهذا لا يلزم أبا يوسف من قِبل أنّ المسألة التي استشهد بها محمد لم يستحق فيها من العبد شيء، والجارية المدفوعة قائمة مقام يده، فصار الأوّلياء أحقّ بها.

وأمّا في مسألتنا فإنّ مولى الجارية قد استحقّ جزءًا من العبد، وقد سقط [10ب] حقّ أولياء الجزء من ذلك الجزء، والجارية العمياء قد [illegible] من ذلك الجزء الذي سقط حقّهم منه لا من العشرة الأجزاء التي استحقّوها من العبد، وقول أبي يوسف: أظهر في هذه المسألة من قِبل أنّ حياة ذلك الجزء بالجارية العمياء ليست بأكثر من بقائه مع براءة مولى الجارية منه، فلو أنّ مولى الجارية أبرأ العبد من الجناية لم يستحق أولياء الجزء ذلك من العبد، فكذلك ما جنى منه وقام مقامه لا يجوز أن يستحقّه، وهو لا يستحقّ الأصل لو كان باقيًا، وكان شيوخنا يقولون: إنّ قول أبي يوسف في هاتين المسألتين أقيس من قول محمد.

---

652 ما جاء من هنا إلى عنوان باب من النكاح والخلع كان ضمن موضوعات كتاب الزكاة في المجلد الثاني فألحقناه ضمن موضوعات النكاح حسب ترتيب الجامع الكبير.

653 [illegible]

باب من النكاح والخلع

قال أبو بكر: الأصل في هذا الباب: أنّ من أضيف إليه الجُعل فالقبول إليه إلّا أن تكون[654] المرأة هي المخاطبة، فيكون القبول إليها دُون من أضيف إليه الجعل، وذلك لأنّ إيقاع الطلاق بغير مال يصح من قِبل الزوج، فإذا شرط فيه مال فإنّما يحتاج فيه إلى القبول لصحّة الجعل، لأنّ الزوج لم يرضَ أن يوقع إلّا بمالٍ، فإذا أضاف المخاطب المال إلى نفسه، فقد التزم ضمانه، واستغنى[655] بذلك عن قبول المرأة.

وأمّا إذا كانت المرأة هي المخاطبة فلا اعتبار بقول من أضيف الجعل إليه من قِبل أنّ خطاب المرأة يلزمها الضمان، وإن لم تضف[656] الجعل إلى نفسها. ألا ترى أنّه لو قالت: "اخلعْني على ألفٍ" جاز الخلع عليها وإن لم تضمن[657]، فكذلك إذا قالت: "اخلعْني على عبد فلان"، فقد لزمها بالخلع ضمان العبد، فاستغنى بذلك عن قبول صاحب العبد إلّا أنّ حصول ملك العبد للزوج موقوف على إجازة مولاه، فإن أجازه ملك، وإلّا فعليها قيمته، وإذا صحّ ما وصفنا [11أ] رجعنا إلى مسائل الباب.

مسألة

قال محمد: وإذا قال رجل لرجل: "اخلعْ امرأتك على هذا العبد أو على هذه إلّا ألف درهم"، فخلعها على ذلك، فالقبول في ذلك إلى المرأة، فإن قبلت ذلك فقِبَلَها أن تسلم للزوج ما خلعها عليه، فإن استحقّ شيء من ذلك كان على المرأة قيمة ما استحقّ.

قال أبو بكر: إنّما كان القَبول إلى المرأة، لأنّه ليس ههنا من أضيف إليه الجُعل، فتصح تمليكَه من جهته، فكان القبول إليها، لأنّ طلاق العقد متعلّق على قبولها كما قلنا في قوله: "اخلعْني على ألف درهم"، لأنّ القبول إنّما يتعلّق معبرها عند خطاب غيرها إذا أُضيف الجُعل إليها، فيكون مستحقًّا من جهته، فيستغنى عن قبولها. فأمّا إذا أطلق العقد فالقبول إليها، لأنّ العقد مضاف إليها، وهي التي تملك به بُضعها، وأيضًا فإنّ المخاطب في الخلع بما كان معبّرًا لم يجز أن يلزمه الضمان إلّا بأن يلتزمه كقول الرجل: "بعْ عبدك من فلان بألف درهم"، فيكون القبول إلى فلان دون المخاطب.

مسألة

ولو أنّ رجلًا قال لرجلٍ: "اخلعْ امرأتك على عبدي هذا أو على داري أو على ألفي هذه"، فخلعها على ذلك، فالخلع واقع، ولا يلتفت في هذا إلى قبول المرأة.

---

654 يكون.
655 واستعينا.
656 وان لم يضف.
657 وان لم يضمن.

قال أبو بكر: لأنّ الرجل قد عقد على مال نفسه، وقد قلنا: إنّ القبول إنّما يحتاج إليه لأجل الجُعل، فإذا صح له الجعل من قبله استغنى به عن قبول غيره.

فإن قيل: أرأيت لو قال: "بعْ عبدك من فلان بألفي هذه أو بعبدي هذا" هل كان يقع البيع بقول المخاطب لأجل إضافته الثمن إلى نفسه؟

قيل له: لا يقع ذلك إلّا بقبول من يقع الشراء له، لأنّ العبد لا يدخل في ملكه إلّا بقبوله. ألا ترى أنّه لو قال له: "هبْ لفلان عبدك هذا" [11ظ]، ففعل لم تصح الهبة للموهوب له إلّا بقبوله، وليس كذلك البُضع، لأنّه يدخل في ملك المرأة بغير قبولها، فالقبول فيه إنّما يحتاج إليه لأجل الجُعل.

فإن قيل: ولِمَ جاز أن يضمن الأجنبيّ المخاطب له الجعل أو تملكه إيّاه بطلاق يوقعه الزوج على المرأة، وما أنكرت ألّا يجوز بدله لماله عن طلاقها ولا ضمانه إيّاه، لأنّه لا يحصل له به شيء، وإنّما يحصل الطلاق للمرأة، ففي ذلك كلّ المال بالباطل، قال الله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[658]، وليست هذه تجارة، لأنّه يحصل له بها بدل ما أعطاه.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: ما روى محمد بن مهاجر عن أبيه قال: حدّثنا أسماء بنت زيد قالت: دُعي رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إلى جنازة رجل من الأنصار، فلمّا وُضع السرير تقدّم[659] رسول الله صلى الله عليه وسلم ليصلّي عليه[660]، فالتفت، فقال: "أعلى صاحبكم دين؟"، قالوا: نعم يا رسول الله ديناران، قال: "صلّوا على صاحبكم"، فقال أبو قتادة: هما إليّ يا رسول الله، قال: فصلّى عليه، فأجاز النبي عليه السلام ضمانه بغير أمره، وإذا جاز ضمانه عنه وأداؤه بغير أمره جاز صلحُه بغير أمره[661]، ولم ينكره النبي صلى الله عليه وسلم، فصار ذلك أصلًا في جواز ضمان المال، وأدّي به عن الغير بغير أمره، وجواز صلحه عليه وإن لم يأمره، وإذا صحّ ذلك في المال ففي الطلاق أجوز. والمعنى الجامع بينهما: أنّ البراءة لا تحتاج في صحّتها إلى قبول المبرئ، لأنّه[662] يقع بغير قبوله، فكذلك الطلاق لما لم يحتج في صحّته إلى قبول المرأة أن يبذل غيرها المال لأجل وقوعه كما جاز أن يبذل المال لبراءة غيره، وإن لم يأمره به، ولا يعلم خلافًا أنّ رجلًا لو تطوّع عن رجل بأداء دينه عنه [12أ] بغير أمره جاز أداؤه، وكذلك لو صالحه على مال على أن يبرئ الذي عليه الأصل جاز ذلك أصلًا فيما وصفنا في الخلع.

---

658 النساء، 29/4.

659 يقدّم.

660 + ليصلّي عليه، صحّ هامش.

661 صحيح البخاري، الحوالات، 3، الكفالة، 3؛ مسند أحمد، 297/5، 304؛ سنن النسائي، الجنائز، 67؛ مصنف عبد الرزاق، 289/8. وهو عندهم عن سلمة بن الأكوع وجابر وأبي قتادة رضي الله عنهم، أما رواية أسماء بنت زيد فهي في المعجم الكبير للطبراني، 184/24؛ ومسند الشاميين له، 324/2؛ وشعب الإيمان للبيهقي، 375/7؛ وشرح مشكل الآثار، 332/10.

662 لا.

مسألة

قال محمد: لو قال: "اخلعْها على عبدي هذا أو داري هذه أو ألفي هذه"، فخلعها على ذلك، فالخلع واقع، وعلى المخاطب تسليم الدار، والعبد والمال إليه، فإن استحقّ شيء من ذلك كان عليه قيمة ما استحقّ أو مثله.

قال أبو بكر: خلع المرأة بالمال يصحّ بضَمان يلزم غيرها ولا يلزمها على ما بيّنا، فتصير إضافته الجعل إلى نفسه بمنزلة ضمانه، وقال في الوكيل في النكاح: إذا زوّجه على عبد نفسه أنه جائز، فإن استحقّ لم يضمنه، لأنّ عقد النكاح لا يعرى من ضمان يلزم الزوج، فمن أجل ذلك لم يكن ضامنًا للعبد، لأنّه يصير حينئذ بمنزلة من تطوّع بالأداء عن غيره بغير ضمانٍ، فإن استحقّ المؤدّى لم يرجع بشيء، وأمّا الخلع فإنّه لما كان قد يعرى[663] من ضمان يلزم المرأة، فهو لم يؤدّ عنها شيئًا، وإنّما أوقع الخلع على مال نفسه، فلزمه ضمانه من حيث تعلّق صحّة الخلع به من غير ضمان لزم غيره.

فإن قيل: فالمطوّع[664] بالصلح من مالٍ غيره على عبْد له إذا استحقّ لا يلزمه ضمانه، والصلح أيضًا يصحّ بغير ضمان يلزم المدّعى عليه كما يصحّ الخلع من غير ضمان يلزم المرأة، فينبغي أن يكونا سواء.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ الخلع لا ينفسخ باستحقاق البدل، فلمّا كان المعنى الموجِب تسليم البدل وهو العقد، فإنّما لم يكن هناك من يلزمه الضمان غير المخاطب لزمه ضمانه، وأمّا الصلح فإنّه ينتقض باستحقاق البدل، ويرجع المدّعي في دعواه، فلذلك لم يلزم المصالح ضمانه وأشبه النكاح من هذا الوجه، إذ كان هناك ضمان ثابت [12ب] على الزوج كذلك ههنا لما كانت الدعوى قائمة على المدّعى عليه عند الاستحقاق لم يلزمه الضمان، وأيضًا فإنّ الصلح شبه النكاح من وجه آخر، وهو أنّ إقرار المدّعي الصلح لا يخلو[665] من أن يكون واقعًا عن حقّ قد تعلّق ضمانه على المدّعى عليه، ويزعم أنّ المصالح متَبرع عنه بأدائه عنه، فمتى ما استحقّ يرجع إلى الأصل الذي كان له. وأمّا المخاطب في الخلع فليس هناك معنى تعلّق ضمانه على المرأة بوجهٍ، فيكون المخاطب مؤدّيًا عنها، فصار تعلّق القبول به موجبًا للضمان عليه، إذ قد اقتضى عقد الخلع ذلك، فإذا لم يلزم المرأة ضمانه لزمه.

مسألة

قال محمد: وإذا قالت المرأة لزوجها: "اخلعْني على دار فلانٍ أو على عبد فلان" فخلعها، فالخلع واقع، ولا يلتفت إلى قبول صاحب المال.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّ خطابها في العقد يستغنى به في إيجاب الضمان عليها من غير إضافة، فلا يتعلّق القبول على غيرها.

---

663 قد تعرى.

664 بالمتوع

665 لا يخلوا.

فصل

قال محمد: ولو كان الزوج هو الذي ابتدء المرأة فقال لها: "قد خلعتك على عبد فلان"، كان القبول إليها.

قال أبو بكر: وذلك لما وصفنا أيضًا من قِبل أنّ خطابها يوجب تعلّق القبول بها دون إضافته إلى غيرها. ألا ترى أنّه لو قال لها: "قد خلعتك على ألف درهم"، كان القبول إليها، ولا فرق بين أن يكون هي المبتدئ بالخطاب وبين أن يبتدئها الزوج به.

فصل

قال محمد: ولو خاطب الزوج صاحب العبد والمرأة حاضرة فقال له: "قد خلعت فلانة بعبدك هذا"، كان القبول إلى فلانٍ دون المرأة.

قال أبو بكر: لأنّها لما لم تكن هي المخاطبة كان القبول إلى من أضيف إليه الجُعل، ولا فرق بين أن يبتدئ الزوج الأجنبيّ بإضافة الجُعل إليه وخطابه، وبين أن يبتدئه الأجنبيّ بذلك، كما لا فرق بين أن تبتدئ[666] المرأة الزوج وبين أن يبتدئها [13أ] هو.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا خاطب الزوج فقال: "اخلعْ امرأتك على عبد فلان هذا"، فإنّ القبول إلى صاحب العبد، وكذلك هذا في الألف.

قال أبو بكر: وهذا أيضًا ما وصفنا.

مسألة

ولو أنّ رجلًا قال لرجل: "اخلعْ امرأتك على هذا العبد"، فالقبول إلى المرأة دون غيرها.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ هذا خلع مطلق لم يضف فيه الجُعل إلى أحد، وإطلاق الجعل يقتضي قبولها، لأنّه لم يضف إلى غيرها، والعقد في الأصل لها حتى يضاف جعله إلى غيرها، فيكون القبول إلى من أضيف الجعل على الوجه الذي بيّنا.

فصل

[666] يبتدي.

قال محمد: لو قالت المرأة: "اخلعْني على ألف درهم على أنّ فلانًا لها ضامن"، فخلعها واقعًا، فإن ضمن فلان المال أخذ الزوج بالمال أيّهما شاء، وإن أبى فلان أن يضمن أخذت المرأة بالمال حتى تؤديه.

قال أبو بكر: إضافتها الضمان إلى غيرها لا تخرجها من الضمان، فإنّما شرطت حينئذ ضمان الضمين ما قد لزمها بالعقد، فهو مثل شرط المشتري ضمان الغير للثمن، فيجوز إذا قبل، ولا يفسد الخلع بإباء الأجنبيّ الضمان، وليس كالبيع إذا أبى الكفيل أن يضمن، لأنّ الخلع لا يفسده الشروط والبيع يفسده، وأيضًا الخلع لا يلحقه الفسخ والبيع يلحقه.

مسألة

ولو أنّ أجنبيًّا قال للزوج: "اخلع امرأتك على ألف درهم على أنّ فلانًا لها ضامن"، ففعل الزوج كان القبول في هذا إلى الضمين دون المخاطب ودون المرأة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه أضاف المال إليه.

مسألة

قال محمد: وإذا وكّلت المرأة وكيلًا بأن يخعلها[667] من زوجها بألف درهم، فخلعها على ألف درهم، فالخلع واقع، والضمان على المرأة.

قال أبو بكر: الوكيل بالخلع معبّر [13ظ] لا يلزمه من حقوق العقد شيء، لأنّ البُضع لا يجوز أن ينتقل إليه، وكذلك الوكيل، ومنه ينتقل إلى الموكّل، فلذلك يلزمه ضمان الثمن.

فصل

قال محمد: فإن كان الوكيل قال للزوج: "اخلعْها على ألف درهم من مالي أو بألفي هذه أو بألف على أنّ ضامن لها"، فإنّ المال يلزم الوكيل دون المرأة، ويرجع به الوكيل على المرأة.

قال أبو بكر: إنّما لزم الضمانُ الوكيلَ دون المرأة من قِبل أنّ الخلع قد يصحّ بمال يلزمها تارةً بمال يلزم غيرها دونها تارةً، فإذا أمر به بالخُلع دخل تحت الأمر الوجهان جميعًا بعموم اللفظ الذي ينتظمهما، فإذا أضاف المال إلى نفسه لزمه دونها كما قلنا، إذا كان متبرّعًا، وإنّما رجع على المرأة لما وصفنا من أنّ الخلع على ضربين، خلع يلزم به المرأة الضمان وخلع يلزم به الضمان الوكيل دون المرأة، وقد دخل تحت الوكالة المعنيان جميعًا، فإذا ضمن الوكيل كان ذلك ضمانًا واقعًا بأمرها، فرجع به عليها.

[667] يجعلها.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا أمر رجلًا أن تزوّجه فزوّجه الوكيل على عبد للوكيل أو عرض من العروض للوكيل كان النكاح جائزًا، والعرض للمرأة، فإن لم تقبض المرأة العرض حتى هلك في يديّ الوكيل كان النكاح جائزًا، ولا ضمان على الوكيل في ذلك، ولكن المرأة ترجع على الزوج بقيمة ذلك العرض.

قال أبو بكر: ما دام العرض قائمًا في يد الوكيل لزمه تسليمه، لأنّه قد ملّكه المرأة بالعقد، فإن هلك لم يلزمه ضمانه، وذلك لأنّ عقد النكاح لا يعرى من ضمان يلزمه، وقام الوكيل في قبوله مقامه، فلا يجوز إلزامه الضمان بغير شرط كما إذا عقد بألف درهم مطلقة وقع العقد، ولزم الزوج الضمان دون الوكيل، وليس كذلك الوكيل بالخلع، وذلك لأنّ عقد الخلع قد يعرى[668] من ضمان يلزم المرأة، فإذا أضاف الوكيل المال إلى نفسه، [14أ] فإنّما صار القبول إليه من حيث إضافة إلى نفسه لا من حيث قام فيه مقام المرأة، لأنّه لو قام فيه مقامها ألزمها الضمان، فلمّا لم يلزم المرأة الضمان في حال إضافة الوكيل المال إلى نفسه علمت أنّ الخلع إنّما يصحّ بقبوله لا من حيث قام فيه مقامها.

وأمّا الوكيل بالنكاح فقبوله في الأحوال كلّها قائم مقام قبول الزوج بدلًا له لزوم الضمان الزوج في كلّ حال، فتعلّق صحّة العقد بقبوله من جهة الوكالة، فلم يلزم الضمان إلّا يشترط إذا كان العقد لغيره من حيث قام فيه مقامَ الغير، فالوكيل بالخلع إذا أضاف المال إلى نفسه لزمه الضمان من غير وكالة، فلا يحتاج في صحّة العقد إلى وكالة الغير، فصار ذلك غرورًا منه للزوج، إذ كانت العقود توجب الضمان على من تعلّقت به صحّتها، فمن صحّ العقد من جهته لزمه ضمانه. ألا ترى أنّا لو لم نلزمه الوكيل لبطل الخلع، لأنّ المرأة لم تقبله، فلمّا كان سقاط الضمان عنه مؤدّيًا إلى بطلان الخلع وإلى أن تكون صحّته متعلّقة بقبولها، ثم صحّ العقد يصحّ بغير قبول المرأة، ولا ضمانها، علمنا أنّ صحّته تعلّقت بما لزم الوكيل من الضمان.

فصل

قال محمد: ولو كان الوكيل زوّجها من ماله أو قال بألفه هذه كان النكاح جائزًا، والمال على الزوج، ولا يجبر الوكيل على دفع ماله إلى المرأة.

قال أبو بكر: لما وصفنا من أنّ صحّة العقد متعلّقة بالموكّل، ويقوم الوكيل فيه مقامه، فيصير قبوله قبولًا للوكيل، فلم تكن إضافة العقد إلى ألف من ماله مخرجًا للعقد من أن يكون واقعًا للزوج، فلم يلزمه ضمانه بالعقد ولا تسليمه، لأنّ الدراهم والدنانير لا تتعيّنان بالعقد، وإن أشير إليهما، فإذا لم تملكها [14ب] المرأة بالإشارة والتعيين، ولم يشرط الوكيل ضمانها على نفسه لم يلزمه شيء. ألا ترى أنّه لو كان عبدًا للوكيل، فمات في يده قبل القبض لم يلزم الوكيل الضمان، وإنّما

[668] قد تعرى.

أضافه إلى ملكه من قِبل أنّه قام فيه مقام الزوج، والعقد له دون الوكيل بدلالة ما وصفنا من أنّه لا يخلو[669] عقد النكاح من ضمان يلزم الزوج، وحمله النكتة في الفرق بين المسألتين أنّ عقد الخلع يصحّ، ويجب به المال من غير قبول المرأة ولا أمرها، فيجب حينئذ اعتبار حال العاقد على ما بيّنا، والنكاح لا يصحّ إلّا بإذن الزوج، ولا يعرى من لزمه ضمان المهر إيّاه، فلم يعتبر العاقد في لزوم الضمان إيّاه، ولم يلزمه ذلك إلّا بأن يشرط على نفسه.

فصل

قال محمد في مسألة هلاك عبد الوكيل في يده قبل قبضها: أنّ للمرأة أن ترجع[670] على الزوج بقيمة العبد.

قال أبو بكر: وذلك لما وصفنا من أنّ الزوج لا يصحّ له ملك البضع إلّا بضمان المهر، وليس كذلك الوكيل بالشراء في أنّ الأمر لا يلزمه الثمن للبائع تسليم السلعة، ولا يلزم الكيل في النكاح تسليم البُضْع، والوكيل بالبيع بعض الثمن، ولا يتسلّم الوكيل بالنكاح البُضع، ولا يصحّ انتقاله إليه، وإن كان وكيلًا من جهة المرأة لم تقبض المهر، فعلمنا أنّ الزوج إنّما يملك البُضع على المرأة، ولم يتعلّق شيء من حكمه بالوكيل، فلزمه الضمان لها، فلم يكن عقد الوكيل على عبده مسقِطًا لضمانه عن الزوج.

فصل

قال محمد: ولو كان الوكيل زوّجها بألف درهم على أنّه ضامن لها كان النكاح جائزًا، وأخذت المرأة بالألف أيّهما شاءت، فأيّهما أخذت بالألف لم يرجع على صاحبه بشيءٍ.

قال أبو بكر: لأنّه لما امتنع أن يملك الزوج البُضع بغير ضمان [15ا] البدل لزم الزوج ضمان المهر بالعقد، ولزم الوكيل الضمان بالشرط، وهو متبرّع بالضمان، لأنّه ضمن بغير أمره، وليس الوكيل في النكاح كالوكيل في الخلع، لأنّ الوكيل في الخلع قد يجوز أن يلزمه الضمان دونها، ويكون ذلك خلعًا صحيحًا، فإذا أمره به أمرًا مطلقًا دخل تحته الوجهان جميعًا فلزمه الضمان دونها لإضافته العقد إلى نفسه، ورجع به عليها لدخوله في الأمر، ولما لم يخل عقد النكاح من ضمان يلزم الزوج كان الوكيل متبرّعًا في ضمانه كضمان الأجنبيّ.

مسألة

قال محمد: وإذا خاطب الرجل كان الوكيل في دم عمد له فصالحه من ذلك على شيء، فهو بمنزلة الخلع في جميع ذلك في القبول وغيره.

---

[669] يخلوا.
[670] يرجع.

قال أبو بكر: لأنّ الدم قد يسقط عن القاتل بغير عوض يحصل للمولى، فهو مثل البضع في خروجه عن ملك الزوج.

باب من النكاح في نفي الولد وفي تزويج المكاتبة والأمة على المكاتبة

قال محمد: وإذا تزوّج الرجل امرأة فجاءت بولدٍ، فنفاه، ولاعن القاضي بينهما، وألزم الولد أمّه، فانقضت عدّتها، فتزوّجت زوجًا آخر، ثم إن الزوج الأوّل ادّعى الولد الذي نفاه، فإنّ الولد يلزم الزوج، ويضرب الحدّ.

قال أبو بكر: إنّما ضرب الزوج الحدّ بإكذابه على نفسه، لأنّه قد اعترف بأنّه كان قاذفًا كاذبًا في قذفه، فكما لو أكذب نفسه قبل اللعان حُدّ كذلك إذا أكذبها بعده، وكما يحدّ شهود الزنا إذا رجعوا عن الشهادة.

فإن قيل: ينبغي أن يمنع وقوع اللعان من إيجاب الحدّ بإكذابه نفسه، لأنّ اللعان في معنى الحدّ، ولا يجتمع عليه حدّان كما لو أكذب نفسه بدءًا [15ظ] سقط اللعان.

قيل له: إنّ وجوب الحدّ عليه بالإكذاب يسقط حكم اللعان، فلا يكون قد اجتمع عليه حدّان. ألا ترى أنّا نلزمه النسب الذي نفيناه عنه، فبان بذلك أنّ وقوع الحدّ به ينفي بقاء حكم اللعان، فلذلك جاز أن يحدّه، ولا يكون فيه اجتماع حدّين لما وصفنا، وإنّما يثبت النسب، لأنّ نفي النسب لا ينفي[671] ثبوته بعده. ألا ترى أنّ من قال لصبيّ في يده: "ليس هذا ابني"، ثمّ قال: "هو ابني" يثبت النسب، وذلك لأنّ قوله: "ليس هذا بابني" لم يوجب لأحد حقًّا، فلا ينفي صحّة دعوته، ومثله قد يجوز في الملك أيضًا، لأنّ رجلًا لو قال لعبد في يده: "ليس هذا لي"، ثم ادّعاه رجل، فقال الذي هو في يده: "هو لي" كان القول قوله، لأنّ قوله بدءًا: "ليس هذا لي" لم يثبت حقًّا لأحد، وكلّ إقرار لا يثبت به حقّ لإنسان، فهو ساقط، وإذا صحّ ذلك قلنا في مسألتنا: إنّ انتفاء[672] النسب منه اللعان لا ينفي[673] جواز تصديقه في دعوته، وأيضًا فإنّ ثبوت النسب حقّ عليه، فإذا أقرّ به على نفسه ثبت، وهذا الإخلاف فيه بعلمه.

فصل

قال محمد: فإن جاءت بولد عند هذا الزوج الثاني بعد ذلك، فنفاه لاعن القاضي بينهما، فإن كانت جاءت به لأقلّ من ستّة أشهر مُذ ادّعى الزوج الأوّل ابنه فإنّ الولد الثاني لا يستطيع نفيه، وإن كانت جاءت به لأكثر من ستّة أشهر بعدما ادّعى الزوج الأوّل، فإنّ الولد الثاني يلزم أمّه.

---

671 ينفيه

672 إيقا

673 لا يبقى.

قال أبو بكر: اللعان واجب بينهما في الوجهين جميعًا من قِبل أنّهما في هذه الحال من أهل الشهادة، وإذا كان الزوجان من أهل الشهادة في حال القذف وجب اللعان إلّا أنّ الولد الثاني حكمه معتبر في نفيه على الوجه الذي قال: فإن جاءت به لأقلّ من ستة أشهر مُذ ادّعى الزوج الأوّل الولد المنفي لم ينتفِ هذا الولد الثاني بلعان الزوج الثاني، [16أ] وذلك لأنّ العلوق كان في حال لو نفاه فيه لم ينتفِ، وليست إنّما يثبت بالعلوق، وإنّما لم يكن ينتفي في تلك الحال لو ولدته من قِبل أنّه لا يجب اللّعان إذا كان لها ولد منتفٍ من زوج آخر، لأنّ قاذفًا لو قذفها في هذه الحال لم يلزمه حدّ، لأنّها لما حكم بنفي نسب ولدها من الزوج، وأنّه لا نسب له من جهة الأب أشبهت من هذا الوجه الزانية التي لا نسب لولدها من صحّة الأب، فلم يجب على قاذفها الحدّ، وصار ذلك شبهة في سقوطه، فمتى كان العَلوق في حال لا يجب على قاذفها الحدّ لم ينتفِ الولد، لأنّ النسب إنّما يثبت بالعلوق، وإذا ثبت لم ينتفِ بعد ذلك كما أنّ الزوج لو أقرّ بالولد، ثمّ نفاه لاعن، ولم ينتفِ النسب، والمعنى في ذلك كلّه: أنّ النسب لا يلحقّه الفسخ بعد ثبوته كالطلاق والعتاق.

فإن قيل: فقل في اللعان مثله، لأنّه أضاف القذف إلى حال العلوق، وبتلك الحال معلوم أنّه لا يجب فيها اللعان لو قذفها فيها، وكما أنّ رجلًا لو قال لامرأة: "زنيت وأنت صبيّة"، اعتبرتْ حال الإضافة، ولم يوجب الحدّ.

قيل له: أمّا ثبوت نسب الولد المنفي فغير مانع من وجوب اللعان لا يتعلّق صحّته بنفي النسب، لأنّه قد يجب، وإن كان لم يكن لها ولد ينفى، فلمّا تتعلّق صحّة اللعان بنفي النسب لم يكن ثبوته نافيًا. ألا ترى أنّه لو أقرّ بالولد، ثمّ نفاه لاعن، ولم ينتف النسب. وأمّا حال الإضافة فلا اعتبار بها بعد أن يكون القذف صحيحًا، ولذلك قال أصحابنا: إذا قال لذميّ قد أسلم أو عبد أعتق: زنيت في حال الكفر وفي حال الرقّ وجب عليه الحدّ، ولم يعتبر حال الإضافة، وذلك لأنّه قاذف لهما في الحال، ولم يحصل قاذفًا في حال الإضافة. والدليل على أنّ صحّة القذف يتعلّق [16ب] بحال القول دون حال الإضافة اتّفاق الجميع على أنّ من قال لرجل: زنيت مذ أربعين سنة، والقاذف له عشرون سنة، أنّ هذا قذف صحيح، فلو كان القذف معتبرًا بحال الإضافة لوجب ألّا يكون هذا قاذفًا، لأنّه لم يكن موجودًا في حال الإضافة، فلا يصحّ أن يكون قاذفًا فيها، وفي ذلك دليل على أنّ صحّة القذف معتبرة بحال القول لا حال الإضافة بعد أن يكون القذف صحيحًا.

وأمّا إذا قال لها: "زنيت وأنت صغيرة" فهذا لم يقذفها بزنا لاستحالة وقوع الذي منها، وهي صغيرة، لأنّها وإن وطئت في تلك الحال، فإنّ ذلك لا يكون منها زنا، فلذلك لم يلزمه شيء إذا لم يكن قاذفًا لها بحال. وأمّا إذا جاءت به لستة أشهر بعدما ادّعى الزوج الأوّل الولد، فإنّه ينتفي[674] باللعان، لأنّ هذا من حمل حادث، وذلك لأنّ المرأة متى كانت مباحة الوطء، فإن كلّ ولد يجيء به بحمل تامّ، فإنّه يحكم بحدوثه بحمل حادث، لأنّ هذا تعيّن، وتقدمه على وقت الحمل تامٍّ مشكوك فيه، فلا يعتبره، ويجب اللعان حينئذ، وينبغي الولد، لأنّ القذف إن وقع في حال العلوق وجب اللعان.

مسألة

[674] فانه ينبغي.

قال محمد: وإذا تزوّج الحرّ مكاتبة بإذن سيّدها على جارية بعينها، فلم تقبضها[675] المكاتبة من الزوج حتى يطلّقها[676] الزوج على مائة درهم فالنكاح جائز، فإن لم تقبض المكاتبة الجارية من الزوج حتى طلّقها الزوج جميعًا في كلمة واحدة قبل أن يدخل بهما، فإنّ للمكاتبة نصف الجارية ورُبع مهرها، ويرجع إلى الزوج نصف الجارية، ويبطل عنه ثلاثة أرباع مهرها. [17أ]

قال أبو بكر: وإنّما وضْع المسألة على المكاتبة دون الحرّة ليصحّ تزويج الأمَة عليها، لأنّها لو كانت حرّة لم يصح تزويج الأمَة عليها، وإنّما جاز له أن يتزوّج الأمة قبل أن يسلّمها إلى المكاتبة، وهي مضمونة في يد الزوج بنفسها كضمان الغصب، فلمّا جاز للغاصب أن تزوّج الأمَة المغصوبة، كذلك للزوج أن يتزوّج هذه الأمَة، وإذا جاز تزويجها صار مهر الجارية مهر المكاتبة، لأنّه نماء منها بمنزلة ولدها وبمنزلة ثمره النخلة، فيدخل في العقد، وتصير[677] له حصّة إلّا أنّ حصّته غير مضمونة بالعقد كالولد سوى أنّه يدخل في العقد، وتصير[678] له حصّة غير مضمونة.

فإن قيل: ولِمَ قلتَ أنّ الولد وسائر ما نمى عنها داخل في العقد.

قيل له: من قِبل أنّ عقود المعاوضات يتضمن معنيين، إحديهما: إيجاب الملك لمن عقد له، والثاني: لزوم تسليمه إلى من ملكه إيّاه، وكلّ ما نمى عنها قبل خروجها من ضمانها داخل في العقد، لأنّ العقد كما أوجب الملك أوجب التسليم، فلمّا كان طرءان الملك عليها في يد البائع أو الزوج موجبًا للمشتري الملك في الولد الذي في بطنها، وكذلك لما تعلّق بها التسليم لأجْل العقد وَجب أن يكون داخلًا في العقد. ألا ترى أنّ الولد الموجود في بطنها يوم العقد داخل فيه كما دخل سائر أعضائها فيه كذلك ما تعلّق بها التسليم بشراء في الولد الحادث بعد العقد، فيوجب ذلك دخوله في العقد، إذ كان التسليم من أحكام العقد وموجبًا به.

ووجه آخر: وهو أنّه لما كان له حقّ الحبس[679] في البيع وسائر هذه العقود ليتسلّم البدل [17ب] وجب أن يسري ذلك الحقّ في النماء كالرهن، وإذا ثبت له حقّ الحبس[680] في النماء دخل في العقد، لأنّ الحبس[681] من حكم العقد الذي تعلّق على الأصل، فعلمنا بذلك دخوله، وأيضًا فإنّ الزوج لما أوجب للمرأة ملكها إيجابًا ليس له نقلها إلى غيره وجب أن يسري ذلك الحقّ في ولدها كما يسري التدبير والكتابة والولد في الولد من حيث كان حقًّا قد أثبته المولى في الرقبة بحيث لا سبيل له إلى نقله عنها، وكذلك هذا في البيع. وإذا صحّ هذا الأصل رجعنا إلى مسألة الكتاب، فقلنا: لما كان المهر بدل بُضْعها صار كجزء من أجزائها، وكأرش يدها وسائر ما ينموا عنها، فصار مهر المكاتبة إلّا أنّ الذي يجب اعتباره في

---

675 فلم تقتضها.
676 حتى يزوّجها.
677 ويصير.
678 ويصير.
679 الجنس.
680 الجنس.
681 الجنس.

حصوله مهر المكاتبة هو ما حصل مهر للجارية. والدليل على أنّ مهر المكاتبة من المائة هو ما يحصل مهرًا للجارية في العافية أنّ الجارية لو ارتدّت لبطل مهرها كلّه، ولو ثبت[682] منه شيء من أجل أنّه قد كان صار مهرا للمكاتبة، فثبت أنّ الذي يحصل من المائة مهر المكاتبة هو ما حصل مهرا للجارية، فوجب اعتبار ذلك، ولا يجوز أن يقال: إنّ ردّه الجارية لا يبطل من مهرها شيئًا من حيث صار مهرًا للمكاتبة، وإذا صحّ ذلك ثم طلّقها معًا، فقد علمنا أنّه لم يحصل من مهر الجارية إلّا خمسون درهمًا، فهذه الخمسون التي حصلت من مهر الجارية هي مهرٌ للمكاتبة في العاقبة، فلمّا حصل طلاقها قبل الدخول كان لها نصْف ذلك، وهو رُبع مهر الجارية.

فصل

قال محمد: ولو كان طلاق [18أ] المكاتبة قبل طلاق الجارية فسد نكاح الجارية بغير طلاق لو كان طلّق الجارية قبل المكاتبة، ثم طلّق المكاتبة بعدها.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لما طلق الجارية قبل المكاتبة حصل من مهرها خمسون درهمًا، فصار ذلك مهر المكاتبة، ثمّ طلّقها أيضًا قبل الدخول سقط نصفها، وصارت الجارية بين المكاتبة وبين الزوج نصفين، ويبطل مهر الجارية كلّه عن الزوج، لأنّ فساد نكاح الجارية جاء من قِبل المكاتبة حين طلّقها، فكان المكاتبة باعثْه نصف الجارية.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ طلاق المكاتبة لوجب عود نصف الجارية إلى الزوج، وملك الزوج لبعض الجارية يوجب فساد نكاحها، فلمّا تعلّق فساد نكاحها بالطلاق الذي هو موجب العقد، وكان عقد النكاح بهما جميعًا صارت المرأة كأنّها قد أوجبت ذلك للزوج، فكأنّها ملكتها إيّاه بعد النكاح، فيسقط مهر الجارية، لأنّ سبب فساد النكاح وهو التمليك كان من جهتها.

فإن قيل: فلو تزوّج امرأة على إبل سائمة، ودفعها إليها فجاء الحول عليها عندها، ثمّ طلّقها قبل الدخول، وقبّلت[683] زوجها بشهوة[684] سقط عنها زكاة ما رجع إلى الزوج، ولم يكن ذلك بمنزلة تمليك منها إيّاه في باب لزومها ضمان الزكاة.

قيل له: الفصْل بينهما: أنّ وجوب الزكاة لا يتعلّق بعقد النكاح، ولا بشيء من أسبابه، فمتى ما استحقّ عليها السائمة بغير فعلها، بل من جهة الحكم سقطت زكاتها كالموت. وأمّا فساد الأمة بورود الطلاق قبل الدخول أو بتقبيل المكاتبة ابن الزوج، فهي موجب [18ب] عقد نكاحها، وهي التي أوجبت العقد المتضمّن لذلك، فصارت من أجل ذلك كالمملكة إيّاه ذلك لفعلها العقد الذي يضمن ذلك، وليس كذلك الزكاة، لأنّ وجوبها وسقوطها لا يتعلّقان بشيء من أسباب النكاح. ويدلّ

---

[682] ولو ثبتت.
[683] + ان.
[684] لشهوة.

على صحّة الفصل بينهما: أنّ موت السائمة في يدها يسقط زكاتها عنها، وموت الأمَة المهر في يدها يحقّق[685] عليها ضمانها، وإن لم يكن ذلك بفعلها، فبان بذلك اختلاف أصليهما، وإنّه لا يجوز اعتبار أحدهما بالآخر[686].

فإن قيل: فقد قالوا: إنّ حرّة لو تزوّجت عبدًا بإذن المولى، ثمّ مات المولى، فورثت بعضه قبل الدخول أنّ مهرها يبطل، ولم يكن منها فعل في إفساد النكاح.

قيل له: ليس هذا ممّا نحن فيه في شيء، لأنّ في مسألتنا إنّما أبطلنا مهر الجارية من حيث كان السبب الموجب لفساد العقد متعلّقًا بفعلها، وليست هذه العلّة موجودة فيما ألزمت، وأفسدنا مع ذلك نكاحُها، وأبطلنا مهرها لمعنى آخر، وقد يجوز اتّفاق الحكم مع اختلاف العلل، فإنّما فسد النكاح ههنا بأن ملكت هي، وفي مسألة الكتاب فسد بأن ملكت هي عبده، وملكها هي حقّ لها، فإذا فسد النكاح بحقّها بطل مهرها.

فإن قيل: ينبغي ألّا يلحق به طلاقه في حال طلاق المكاتبة، لأنّ طلاق المكاتبة يوجب له ملك نصف الجارية، ولا يجوز أن يلحقها طلاقه في حال وجوب الملك له كما قلتم فيمن خلع امرأته، وهي أمة من مولاها على رقبتها أنّ الطلاق واقع، ولا يملكها، لأنّ وقوع الطلاق ينافيه الملك، وكذلك ينبغي أن يكون حصول ملكها في مسألتنا ينافي طلاقها، وكما قُلتم [19أ] في رجل خلع أمتين تحته على رقبة إحديهما أنّه لا يلحق المخلوعة على رقبتها طلاق، لأنّه يملك بعضها في حال وقوعه جعلًا لبضع الأخرى، وحصول الملك في بعضها يمنع وقوع طلاقه عليها، فهلّا منعتم وقوعَ طلاقه على الأمة من حيث حصلت في ملكه بطلاق المكاتبة.

قيل له: الفصْل بينهما: أنّ الزوج في مسألتنا إنّما يملك نِصفها بطلاق المكاتبة، فلمّا كان طلاق المكاتبة سببًا لملك نصفها وجب أن يقع الملك بعده ولا يقع معه، وطلاقها موقع مع طلاق المكاتبة، فقد سبق طلاقها حصول الملك فيها، فلذلك لم يمتنع وقوعه عليها.

وأمّا مسألة الخلع فإنّه لما حصل ملكها بدلًا عن الطلاق وجب وقوعُهما معًا في حالة واحدة لا يسبق واحد منهما صاحبه كما يحصل ملك المبيع والثمن المتتابعين[687] في حالة واحدة، وكذلك سائر عقود المعاوضات، وكذلك إذا خلعهما برقبة إحديهما، فقد أوقع طلاقهما بإزاء ملكه لإحديهما غير سابق واحد منهما للآخر، فامتنع من أجل ذلك وقوع الطلاق على المخلوعة على رقبتها بحصول ملك الزوج فيها في تلك الحال لا محالة من جهة حصول بعضها بدلًا عن بُضع الأخرى. وأيضًا فليس طلاق المكاتبة وخروج البُضع إليها موجبًا تملك الأمة للزوج لا محالة، بل قد يجوز أن يوجد، فيصير سببًا لاستحقاق ملك بُضع الأمة، ولا يوجبه في تلك الحال إلّا بمعنى الآخر[688]. ألا ترى أنّه لو طلّقها، وقد قبض الأمة خرج

---

685 تحقق.
686 بالاجر.
687 للمتتابعين.
688 الأجر.

البضع إليها، ولم يملك الزوج من الأمة شيئًا حتى يحكم له [19ب] ببعضها أو يردّه عليه، وليس كذلك سائر ما ذكرت من مسائل الخلع من قِبل أنّها عقود معاوضة، فإذا ملكت البضع من جهة الخلع وَجب لها ملك البدل في تلك الحال لا محالة، وإلّا خرج من أن يكون عقد معاوضة، فلذلك افترقا.

مسألة

قال محمد: وكان لمن يتزوّج الجارية حتى دفعها إلى المكاتبة، ثمّ إنّ المكاتبة زوّجتْه الجارية على مائة، ثمّ طلّقها جميعًا قبل أن يدخل بهما جميعًا في كلمة واحدة أو طلّق إحديهما قبل صاحبتها، فإنّ للزوج على المرأة نصف قيمة الجارية يوم دفعها إليها، ويسلّم الجارية كلّها للمكاتبة، ويغرم الزوج للمكاتبة نصف مهر الجارية، ولا سبيل للزوج على الجارية، ولا سبيل نكاح الأمة بطلان المكاتبة قبلها، لأنّ الزوج لا سبيل له على الجارية.

قال أبو بكر: لما قبضتها خرجت من ضمان الزوج أو انقطع حقّه عنها، وتمّ ملكها فيها، فلمّا زوّجتها إيّاه حصل مهرها زيادة منها في بدنها كولد ولدته، فيمنع حدوث هذه الزيادة في بدنها من عود بعضها إلى الزوج بالطلاق، وذلك لأنّها لا يخلو[689] من أن يردّ نصف الجارية دون ولدها ومهرها أو يردّ معها نصف مهرها ونصف ولدها، فلو ردَدْنا نصف الجارية إليه دون المهر والولد، حصل المهر والولد للمرأة بعقد قد وجبت فيه فسخ ملك بعض الجارية، فلا يجوز أن يبقى في يدها من نمائها بإزاء ما فسخ[690] العقد فيه، وذلك لأنّ هذا النماء، وإن لم يدخل في العقد، ولم يحصل له حصّة، فإنّه موجب بالعقد. والدليل على ذلك: أنّ المغرور يرجع [20أ] بقيمة الولد التي ضمنتها على البائع، فلولا أنّ البائع قد أوجب له بالعقد صحّة ملك الولد لما وجب الرجوع عليه بقيمته عند الاستحقاق، فصحّ بذلك أنّ الولد موجب بالعقد، وإن لم يدخل فيه، وإذا صحّ ذلك لم يجز أن تبقى[691] الزيادة في يدها، ولا في يديّ المشتري مع فسخ الملك في الأصل الذي عنه كانت الزيادة، ولا يجوز أيضًا أن نفسخ الملك في الزيادة الجارية في يدها، لأنّها لم يدخل في العقد، إذ كانت حادثة بعد انقطاع حقّ الزوج عنها، وخروجها من ضمانه مع تمام يخاص ملك المرأة، فلمّا بطل هذان الوجهان صحّ امتناع فسخ الملك في الجارية، وصارت بمنزلة الهالكة، وكان عليها أن يردّ نصف قيمتها يوم القبض.

مسألة

قال محمد: ولو كان أنّ الزوج تزوّج الجارية قبل أن يدفعها إلى المكاتبة، ودخل بها قبل أن يدفعها، ثمّ طلّقها جميعا ثلاثًا قبل أن يدخل بالمكاتبة، فإنّ الزوج بالخيار، إن شاء أخذ نصف الجارية، وبطل عنه نصف مهرها، ويسلّم للمكاتبة نصف

689 لا يخلوا.
690 بما فسخ.
691 ان يبقى.

الجارية ونصف مهرها، وإن شاء سلّم الجارية ونصف مهرها للمكاتبة، وغرمت المكاتبة نصف قيمة الجارية يوم دخل بها.

قال أبو بكر: لما تزوّجها قبل أن يدفعها إلى المكاتبة صار مهر الجارية مهر للمكاتبة، لأنّها نماءٌ حادث منها قبل القبض، والنماء الحادث قبل القبض في المهر يكون مهرًا مع الأصل على ما بيّنا، فلمّا وطئها الزوج صارت المرأةُ قابضة بوطئه لها، لأنّها هي الموجبة لذلك. ألا ترى أنّها لو زوّجتها من غيره فدخل بها زوجُها صارت قابضة لها. ألا ترى أنّ المشتري [20ب] إذا وطئ الجارية المشتراة صار قابضًا لها في الحكم، فكذلك إذا وطئها الزوج، وكان ذلك بعقد نكاح أوجبتْه المكاتبة له صار ذلك قبضًا منها، وإنّما كان الزوج بالخيار بين أحد نصف الجارية أو نصف قيمتها من قِبل أنّ الوطء بمنزلة إتلاف جزء منها. وقد بيّنا أنّ معنى الوطء حاصل لها من حيث كانت هي الموجبة له، والمستحقّة له، فصارت كأنّها قطعت يدها أو أمرت غيرها بذلك، فتصير[692] قابضةً لذلك. ألا ترى أنّ المشتري إذا وطئ الجارية ثم وجدتها عيبًا لم يمكّنه ردّها إلّا أن يرضى البائع يأخذها، وإذا كان ذلك كذلك كان الزوج بالخيار في أخذ نصفها أو نصف قيمتها يوم دخل بها، وذلك لأنّها صارت قابضةً بوطئها، فحصلت حينئذ في ضمانها.

فإن قيل: ولِمَ قلتَ بأن قطع اليد وأحداث العيب يوجبان قبضها، وهلّا أوجبت بهما قبض الجزء المتلف دون غيره منها.

قيل له: لما لزمها ضمان ذلك الجزء لا مُحالة، وصار باقي الجارية معيبًا به، فلو وجدتْ بها عيبًا كان عند الزوج لم يكن لها أن تردّها إليه معيبة لأجل ذلك العيب، فعلمت أنّها قد حصلت في ضمانها إذا لم يكن لها أن تردّها إليه بالعيب، لأنّا لو جوّزنا لها الردّ بالعيب لردّتْها معيبة بالعيب الذي أحدثتْه، ولا سبيل لها أن تردّها معيبة بعيب كان في يدها بعد قبضها، فصحّ لها حُكم القبض من هذا الوجه، وكان القياس عندهم أن تصير قابضة بنفس التزويج، لأنّه عيب حادث فيها بفعلها إلّا أنّهم استحسنوا، فلم يجعلوها قابضةً، لأنّ العقد لا يؤثّر في بدن الجارية [21أ] شيئًا، وليس هو بمعنى إتلاف جزء منها، فكان كإقراره عليها بدين وكنقصان الشعر، فلا يصير بذلك قابضًا لها، ولا يسقط في هذه المسألة بطلاق الأمة شيء من مهرها من قِبل أنّه قد دخل بها، وإنّما يسقط نصف مهرها بطلاق المكاتبة من حيث كان مهْر الأمَة مهرًا لها، ويكون له نصفه، لأنّه زيادة حادثة قبل القبض، وقبض الأمة بعد ذلك، وضمانها للنصف من قيمتها لا يمنع رجوع نصف مهرها إلى الزوج. ألا ترى أنّه لو تزوّج امرأة على جارية فولدت في يد الزوج، ثمّ قبضها، واستهلكها، ثمّ طلّقها قبل الدخول أنّها يضمن نصف قيمتها، ويرجع نصف الولد إلى الزوج، وكذلك فيما وصفنا.

فصل

قال محمد: وكذلك لو طلّق إحديهما قبل صاحبتها كان بهذه المنزلة.

---

[692] فيصير.

قال أبو بكر: وذلك لوجهين، أحدهما: أنّ نكاح الأمة لا يفسد بطلاق المكاتبة، لأنّه لا يملك منها شيئًا ما لم يقبض بدله. والوجه الآخر: أنّ فساد الأمة لا يبطل شيئًا من مهرها، لأنّه قد دخل بها.

فصل

قال محمد: ولو لم يتزوّج الجارية حتى دفعها إلى المكاتبة، ثم إنّ المكاتبة زوّجتها إيّاه بعد القبض على مائة درهم، ودخل بها الزوج، ثم طلّقهما جميعًا ثلاثًا في كلمة واحدة أو طلّق إحديهما قبل صاحبها فإنّ الجارية ومهرها للمرأة، وعلى المرأة نصف قيمة الجارية يوم قبضتْها. [21ظ]

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الزيادة حدثت بعد القبض، فيمنع الفسخ فيها على ما بيّنا.

فصل

قال محمد: ولو لم يتزوّج الجارية حتى دفعها إلى المكاتبة، ثمّ إنّ المكاتبة زوّجتْها إيّاه بعد القبض على مائة درهم، ودخل بها الزوج، ثمّ طلّقهما جميعًا ثلاثًا في كلمة واحدة أن يدخل بهما، فإنّ الزوج يأخذ من المرأة نصف الجارية، ويبطل ثلاثة أرباع مهرها، ويسلّم للمرأة نصف الجارية، وتأخذ منه ربع مهرها.

قال أبو بكر: لأنّ الزيادة حدثت[693] في يد الزوج، فصارت مهرًا، لأنّ الذي يحصل[694] مهر المكاتبة من هذه الزيادة هو ما يحصل في المتعقّب مهرًا للجارية على ما بيّنا. فإذا طلّقهما جميعًا فقد علمنا أنّ الحاصل من مهر الجارية النصف، فصار ذلك مهرًا للمكاتبة، وقد طلّقها قبل الدخول، فيبطل نصفه.

فصل

قال محمد: وكذلك لو طلّق الجارية قبل المكاتبة كان بهذه المنزلة.

قال أبو بكر: وذلك لما وصفنا من أنّ الذي حصل من مهر الجارية هو النصف، فيصير ذلك مهرًا للمكاتبة، ثمّ يسقط نصفه بطلاق المكاتبة، فيحصل لها ربع مهر الجارية.

فصل

قال محمد: وإذا طلّق المكاتبة قبل الجارية فالجارية زوّجته على حالها، لأنّه لم يجب له من رقبتها شيء حتى يقضي له به القاضي أو يدفعه المرأة إليه، لأنّ المكاتبة قد تمّ ملكها فيها بالقبض، وثبوت حقّ إزالة الملك بعد تمامه لا يوجب فسخه

---

693 جريتْ.
694 تحصل.

إلّا بحكم الحاكم أو يردّها إليه. والدليل عليه: أنّ ثبوت حقّ الشفيع لا يوجب فسخ ملك المشتري، وكذلك لو اشترى عبدًا بأمة، فقبض العبد، وماتت الأمة قبل القبض انفسخ البيع، [22أ] ولم ينفسخ ملكه في العبد لأجل وجود حقّ الردّ، وكما أنّ ثبوت الجناية في رقبة العبد الجاني لا يوجب زوال ملك المولى عنه.

وأمّا إذا لم يكن قبضته فإنّ طلاقه إيّاها يوجب عود نصفها إلى ملك الزوج من غير حكم القاضي ولا تراضٍ، وذلك لأنّ بقاءها في ضمان الزوج على حكم العقد يمنع تمام ملكها. ألا ترى أنّ النماء الحادث في تلك الحال داخل في مهرها، ويثبت للزوج نصفه عند الطلاق قبل الدخول، وإذا كان كذلك عاد نصفها إليه بنفس الطلاق. ألا ترى أنّه لو اشترى عبدًا فوجده معيبًا قبل القبض، فقال: "قد فسخت البيع" انفسخ بقوله، ولا يحتاج إلى فسخ القاضي، وكذلك لو اشترى عبد الجارية ولم يتاقبضا حتى مات أحدهما انفسخ البيع، والملك جميعًا في الباقي، وعاد إلى ملك بائعه، وإنّما كانت الأمة زوّجته على حالها بعد الطلاق مع ثبوت حقّه في إزالة ملك المكاتبة عن نصفها، وإعادته إلى ملكه من قِبل أنّ ثبوت حقّ الملك لا يدفع مستدبر النكاح، وإن منع مستقبله على ما بيّنا من أنّ حقّ النكاح، وهو العدّة لا يدفع مستدبر النكاح، ويمنع مستقبله، وأن حقّ الملك بمثابته.

فصل

قال محمد: فإن لم يأخذ من الجارية شيئًا، ولم يقبض له به حتى طلّق الجارية فطلاقه جائز، ويقضي له القاضي بنصف الجارية، ويبطل عنه ثلاثة أرباع مهرها.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لما طلّق المكاتبة أوّلًا سقط نصف مهر الجارية، وبقي من مهرها خمسون درهما، فلما طلّق الأمة بعد ذلك سقط نصف [illegible] ما بقي من مهرها، وهو خمسون، فثبت الرُبع، [22ب] وبطل الثلاثة الأرباع، وكان أبو الحسن يقول: ينبغي أن يكون هذا قول أبي يوسف ومحمد خاصّةً، وذلك أنّ ورود طلاقها أسقط نصف مهرها الذي كان في العقد وهو خمسون، فلا تكون قابضة في النصف الذي قد سقط بطلاق المكاتبة، ونصفه وهو خمسة وعشرون [من] الخمسين الباقية، فيبقى خمسة وعشرون، قال: وهذا على أصلهما في الرجل يتزوّج المرأة على مائة درهم، فوهبت له خمسين منها وقبضت خمسين، ثم طلّقها قبل الدخول أنّه يسقط بالطلاق نصف المقبوض ونصف الموهوب، لأنّ النصف الساقط شائع في النصفين، فيردّ نصف الخمسين المقبوضة، قال: فلذلك قلنا: ينبغي أن يكون جواب مسألة الكتاب على قولهما خاصّة من هذا الأصل.

فصل

قال محمد: وإن لم يطلّق الجارية حتى قضي له بنصفها بطل عنه المهر كلّه، لأنّ فساد النكاح جاء من قبلها، لأنّ رجوعها إلى الزوج بالطلاق من مُوجب عقد النكاح، والعقد كان بفعلهما، فكذلك موجبه فكان كبيعها منه على ما تقدّم وصفنا له.

فصل

قال محمد: ولو أنّ الرجل تزوّج الجارية بإذن المكاتبة على مائة درهم قبل أن يقبضها المكاتبة، ودخل بها الزوج، فولدت أولادًا، ثمّ طلّق المكاتبة قبل أن يدخل بها، فلا سبيل للزوج على الجارية ولا على ولدها ولا على مهرها، وذلك كلّه للمرأة، ومهر الجارية بين المكاتبة والزوج نصفين، وعلى المرأة نصفُ قيمة الجارية يوم جامعها الزوج، وإن كان دفع الجارية إليها قبل أن يطأها، ثم وطئها، فولدت كان عليها نصف قيمتها يوم دفعها ...[695] إليها. [23أ]

قال أبو بكر: لمـّا تزوّجها قبل القبض صار مهرها زيادة حادثة قبل القبض فدخلت في المهر، فلمّا دخل بها الزوج صارت قابضة لها على ما بينّا، فلمّا ولدت كان الولد حادثًا بعد القبض، فيمنع ردّها إليه بالطلاق، فلذلك لم يكنْ له عليها ولا على لاسكر، وذلك كلّه للمرأة، ومهر الجارية بين المكاتبة والزوج نصفين.

قال أبو بكر: لمـّا تزوّجها قبل القبض صار مهرها زيادة حادثة قبل القبض، فدخلت في المهر، فلمّا دخل بها الزوج صارت قابضةً لها على ما بينّا، فلمّا ولدت كان الولد حادثًا بعد القبض، فيَمنع ردّها إليه بالطلاق، فلذلك لم يكن له عليها ولا على ولدها سبيل على ما بيّنا، وصار ذلك كموتها في يده. وأمّا مهرها فهو[696] بينهما، لأنّ الفسخ فيه ممكن، وهو في ذمّة الزوج.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا تزوّج مكاتبه على جارية، ودفعها إليها، ثم طلّق المكاتبة قبل أن يدخل بها، فلم يقض[697] القاضي له بنصف الجارية، ولم تدفع ذلك إليه حتى تزوّج الزوج الجارية بإذن المكاتبة كان النكاح باطلًا.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّ حقّ الملك يمنع مستقبل النكاح كما يمنعه حقّ النكاح، وهو العدّة، والمعنى الجامع بينهما: أنّ الملك نفسه يمنع النكاح، ولا يصحّ اجتماعهما في حال كما لا يصحّ اجتماع النكاح لزوجين في حالٍ على امرأة. ثم كان حقّ النكاح يمنع المستقبل، ولا يدفع المستدبر، كذلك حقّ الملك، وعلى هذا المعنى يجري سائر ما ذكره محمد من مسائل الباب تركنا ذكرها اكتفاء على ما بيّنا. [23ب]

---

[695] غير مقروء.
[696] فو.
[697] فلم يقضي.

باب النكاح فيما ينقص من الصداق وما يزيد

قال محمد: وإذا تزوّج الرجل امرأةً على ثوب يساوي عشرة دراهم فلم يقبض منه حتى نقص السعر، فصار يساوي ثمانية دراهم، فلها الثوب ليس لها غير ذلك.

قال أبو بكر: إثبات العشرة[698] في عقد النكاح حقّ الله لا يجوز إسقاطها فيه، وقد أثبتها في العقد، فقد استوفى فيه ما كان من حقّ الله. وأمّا نقصان السعر فلا اعتبار به، لأنّ المعقود عليه قائمٌ بعينه بجميع أجزائه وأوصافه، ونقصانه من جهة السعر إنّما هو فتور يحدثه الله تعالى في القلوب، فلا يغير ذلك حكم المعقود عليه. والدليل على ذلك: أنّ رجلًا لو اشترى من رجل عبدًا، وقبضه فنقص في السعر، ثمّ وجد به عيبًا أن له أن يردّه لعيبه على بائعه، ولا يمنع نقصان السعر ردّه، ولو كان أصابه عيب في يديه لم يكن ردّه. وكذلك لو نقص سعره في يد البائع لم يكن للمشتري أن يردّه لأجل نقصان السعر، ولم يكن ذلك بمنزلة عيب يحدث له قبل القبض، وكذلك لو غصبه عبدًا فنقص السعر، وهو في يد الغاصب أخذه المغصوب منه، ولم يضمن الغاصب شيئًا.

فصل

قال محمد: ولو كان تزوّجها على عبد يساوي ثمانية دراهم فلم يقبضه حتى زاد السعر، فصار يساوي عشرة دراهم، فإنّها تأخذه[699]، وتأخذ معه درهمين تمام عشرة دراهم.

قال أبو بكر: وقال زفر: لها مهر مثلها، لأنّ التسمية الصحيحة لا يكون أقلّ من عشرة دراهم، فصار كتسمية الخمر والخنزير، فيكون لها مهر المثل.

قال أبو بكر: [24أ] الأصل في ذلك: أنّ ما دون العشرة هو ممّا يصحّ العقد عليها، وتكون تسمية مع غيره باتّفاق، وإنّما المانع من الاقتصار عليه أنّه لا يجوز لهما أن يحطّا عن العشرة، فإذا سمّيا دونها صار ذلك نسمّيه للعشرة من جهة الحكم كما أنّ سائر ما يتبعّض يكون إيجاب بعضها كإيجاب جميعها مثل قوله: "أنت طالق نصف تطليقة"، ونصف طالق، وجعلت عدّة الأمَة حيضتين، لأنّ الحيضة لا تتبعّض[700]، فكذلك العشرة لمّا لم تتبعّض في العقد صارت تسمية لبعضها تسمية لجميعها في الحكم، وليست تسمية أقلّ من عشرة كتسمية الخمر والخنزير وسائر ما لا يصحّ أن يكون مهرًا من قِبل أنّ ما دون العشرة يصح أن يكون مهرًا إذا سمّى معه غيره، ودخل في جملته والخمر والخنزير لا يصحّان مهرًا بوجهٍ لا على الانفراد ولا مع غيرها.

---

698 المراد بها عشرة دراهم، وهي أقل المهر عند الحنفية.
699 يأخذه.
700 لا يتبعض.

فإن قيل: قال الله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[701]، وأنتم قد أوجبتم لها في هذه المسألة إذا طلّق قبل الدخول نصف ما فرض وزيادة درهم، لأنّكم توجبون لها نصف الثوب ودرهمًا، وليس ذلك نصف ما فرض، لأنّه لم يكن في الفرض دراهم.

قيل له: إذا أعطيناها نصف الثوب، فقد وفّينا الآية حقّها، لأنّه نصف ما فرض، والدرهم ليس له ذكر في الفرض أوجبناه بدليل آخر، وأيضًا فإنّ تسمية لثوب قيمة ثمانية دراهم كتسمية إيّاه ودرهمين آخرين لما بيّنا أنّ العشرة لا تتبعّض[702] في العقد، وكما أنّ إيقاعه لنصف تطليقة إيقاع لتطليقة تامّة، وإن لم يكن بكمالها موجودةً [24ب] في لفظه، وإذا صحّ ما وصفنا صار كأنّه سمّي لها ثوبًا ودرهمين، فلا يسقط الدرهمان بزيادة السعر، وكما لو غصبه ثوبًا ودرهمين، ثمّ زادت قيمة الثوب لم يسقط عنه ضمان الدرهمين.

فإن قيل: هلّا خيّرت نقصان الثوب عن العشرة بزيادة السعر الحادثة قبل القبض كما خيّرت نقصان الأمَة المغصوبة بالولد، وإن كان الولادة قد أوجبت ضمان النقصان على الغاصب.

قيل له: من قِبل أنّ النقصان الحادث بالولادة إنّما حدوثه كان بالولد، والولدُ زيادة عين قائمة فجاز أن يقام مقامَ النقصان الذي حدث به، وليست زيادة السعر عينًا حادثة، فيخير[703] بها شيء، وأيضًا لم يحدث بزيادة السعر نقصان في المسمّى حتى يخير به كما حدث بالولد، فيسقط السؤال من هذا الوجه.

مسألة

وإذا تزوّجها على ثوب يساوي مائة درهم فلم يقبضه حتى عفن بغير فعله ولا فعل غير، فصار تساوي خمسة دراهم، فهو الخيار إن شاءت أخذت الثوب، ولا شيء لها غيره، وإن شاءت أخذت قيمته يوم تزوّجها عليه.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ الإتّباع لا يضمن بالعقود، ويضمن بالقبوض، وذلك لأنّها لا يصحّ إفرادها بالعقد، ويصحّ إفرادها بالقبض، فلمّا كان لها الخيار لعدم بعض أجزاء المعقود عليه، فاختارت أخذه بعينه لم يكن لها تضمين ما فات من أجزائه لما ذكرنا من أنّ الإتّباع لا يضمن بالعقود، وقد كان الثوب في يد الزوج على ضمان العقد. وكذلك قالوا في المبيع: إذا أصابه عيب في يد البائع أنّ المشتري بالخيار بين أخذه بجميع الثمن وبين فسخ البيع فيه لهذه [25أ] العلّة بعينها، وفارق نقصان السعر نقصان البدن، لأنّ العين المعقود عليها قائمة بجميع أجزائها مع نقصان السعر، وفي نقصان البدن فوات بعض أجزائها، فلذلك اختلفا.

---

701 البقرة، 237/2.
702 لا يتبعض.
703 فيخيره

مسألة

قال محمد: ولو تزوّجها على ثوب يساوي عشرة دراهم فلم يقبضه حتى صار يساوي عشرين درهمًا، ثم قبضتْه منه، فهلك في يدها بفعلها أو بغير فعلها، ثمّ طلّقها قبل الدخول، فإنّ عليها أن تردّ نصف قيمة الثوب يوم قبضتْه منه، وذلك عشرة دراهم.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ الثوب يصير في ضمانها بالقبض، وفي ضمان الزوج بالعقد، فتعتبر قيمته فيما يلزمها من ضمانه يوم القبض، فلمّا لزمها ردّ الثوب بعد حصوله في ضمانها، ثمّ تعذّر الردّ قامت القيمة مقامه.

فصل

قال محمد: ألا ترى أنّ السعر لو نقص قبل قبضها فصار يساوي عشرة دراهم، فقبضته، ثمّ طلّقها قبل الدخول، وقد هلك إنّما يضمن نصف قيمته يوم قبضت، وهو خمسة دراهم[704].

فإن قيل: قال الله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[705]، ونصف ما فرض كان خمسة دراهم، فلا يكون عليها أكثر منها.

قيل له: ليس المأخوذ من نصف قيمة الثوب هو المفروض، فالعشرة قائمة مقام نصف الثوب، وكان أبو الحسن يقول: هذا يشهد لأبي حنيفة على أبي يوسف ومحمد في قوله: إنّ الثوب هو المضمون على مستهلكه حتى يقضى بالقيمة.

مسألة

قال محمد: لو أنّ رجلًا تزوّج امرأةً على عبدٍ بعينه معروف، ثمّ مات العبد في يديّ الزوج، فاختلفا في قيمة العبد كان القول قول الزوج مع يمينه.

قال أبو بكر: [25ب] الأصل في هذه[706] المسائل: أنّهما متى اتّفقا على المعقود عليه بعينه، واختلفا في صفته أو قيمته كان القول قول الزوج، وسقط اعتبار مهر المثل، ومتى اختلفا في المعقود عليه وجب اعتبار مهر المثل على قول أبي حنيفة. أمّا إذا اتّفقا في صفته أو قيمته فإنّما كان القول قول الزوج، لأنّ المسمّى المتّفق عليه صار مضمونًا عليه بالعقد، وكلّ من حصل عليه ضمان بعقدٍ أو قبض، فالقول فيه قوله، وذلك لأنّ الاختلاف في صفة المسمّى بعينه أو قيمته لا يمنع صحّة التسمية. ألا ترى أنّه لو اشترى عبدًا، واختلفا في البراءة من العيب أنّ القول قول المشتري أنّه لم يبرء ولا يتخالفان، وكذلك لو ادّعى أنّه اشتراه على أنّه خبّاز أو كاتب أو نحو ذلك كان القول قول البائع، ولم يتخالفا، ولو كان

---

[704] درهم.
[705] البقرة، 237/2.
[706] هذا.

اختلافهما في العقد على هذا الوجه يمنع صحّة التسمية يوجب التخالف، وإذا صحّ اختلافهما في صفة المسمّى وقيمته لا يخرجه من أن يكون هو المسمّى بعينه كان القول قول الزوج فيما لزمه من ضمانه.

وأمّا إذا اختلفا في نفس المعقود عليه فإن قال الزوج: "تزوّجتك على عبدي الأسود"، وقالت المرأة: "على عبدك الأبيض"، وقد قاما، فإنّ القول قول المرأة إلى مهر مثلها في قول أبي حنيفة ومحمد، وذلك لأنّ الاختلاف في نفس المسمّى يمنع صحّة التسمية. ألا ترى أنّ مثله لو كان في البيع يمنع صحّة التسمية، وتحالفا وترادّ العدم[707] ما ادّعاه كلّ واحد منهما من التسمية، وعقد النكاح يوجب مهر المثل ما لم تكن هناك تسمية صحيحة. فلمّا كان موجَب العقد عند عدم صحّة التسمية موجودًا، وهو مهر المثل، [26أ] وكان الاختلاف يمنع صحّتها وجب اعتبار مهر المثل، إذ هو موجب العقد في هذه الحال. فإن كان مثل ما ادّعتْه فالقول قولها، لأنّها قد استحقّت هذا القدر بالعقد، وإن كان مهر المثل مثل ما ادّعى الزوج، فالقول قوله، لأنّ العقد لم يوجب لها غير ذلك، فلا يصدّق على دعوى الفضل، وإن كان مهر المثل بين الأوكس والأرفع، فلها مهر مثلها لا يصدّق الزوج على أن [illegible] عن موجب العقد، ولا يصدّق هي على الزيادة على مُوجبه.

فإن قيل: ينبغي أن يكون القول قوله، لأنّ الاختلاف في المسمّى لا يقدح في عقد النكاح، ولا يوجب فسخه، فيكون كالسلعة المستهلكة إذا اختلفا في ثمنها.

قيل له: الجواب عن هذا من ثلاثة أوجه:

- أحدها: أنّ عقد النكاح يوجب مهر المثل عند خلوة من التسمية، وعقد البيع لا يوجب القيمة عند خلوة من الثمن، لأنّه يكون فاسدًا لا يتعلّق به حكم بانفراده، فكذلك وجب اعتبار مهر المثل عند الاختلاف لبقاء العقد الموجب له.
- والوجه الثاني: أنّ البضع الذي المهر بدله قائم يصحّ أخذ العوض عنه. ألا ترى أنّه يصحّ أن يخالفها، والسلعة المستهلكة لا يصحّ نقلها إلى البائع بحال، فلذلك اختلفا.
- والوجه الثالث: أنّه لما كان للمرأة أن تمنع بُضعها ليستوفي المهر دلّ على ذلك على أنّه بمنزلة السلعة القائمة دون المستهلكة.

فإن قيل: على الوجه الأوّل فالبيع يوجب ضمان القيمة بالقبض عند خلوة من تسمية الثمن، فهلّا اعتبرت قيمة المبيع عند اختلافهما في الثمن.

---

707 [illegible]

قيل له: إنّما يجب ضمان قيمة المبيع بالقبض [26ب] لا بالعقد، فالعقد لا يوجب شيئًا عند خلوة من الثمن، فلا معنى لاعتبار قيمة لم يوجبها العقد، وهما إنّما اختلفا في العقد، وعقد النكاح هو الموجب لمهر المثل عند خلوة من التسمية، فلذلك وجب اعتباره عند الاختلاف.

فإن قال: هلّا كان كالخلع والصلح من دم العمد، والعتق على ما قال إذا اختلفا فيما وقع به العقد أنّ القول قول من لزمه البدل.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ الطلاق والعفو والعتق لا يوجب بدلًا عند خلوّها من ذكره، والنكاح يوجبه، فوجب عند الاختلاف اعتبار موجب عقده، وليس في هذه العقود[708] بدل يوجبه العقد، فيجب اعتباره.

وقال أبو يوسف: القول قول الزوج في ذلك كلّه إلّا أن يأتي بشيء مستنكر، فجعله من هذا الوجه كالسلعة المستهلكة إذا اختلفا في ثمنها، ثم ترك هذا الأصل، وقال: لا أصدّقه إذا جاء بشيء مستنكر، ولم يقل مثله في رواية الأصول في ثمن البيع إلّا أنّ هشامًا قد روى عن محمد عن أبي يوسف أنّهما إذا اختلفا في الثمن والسلعة مستهلكة أنّ القول قول المشتري [illegible] أن يأتي بشيء متفاوت، فلا يصدّق.

وقال مالك بن أنس: إذا اختلفا في المهر قبل الدخول تحالفا، وفسخ النكاح، وإذا دخل بها، ثم اختلفا فالقول قوله، وكذا قال في اختلافهما في البيع أنّهما يتحالفان، ويترادّان قبل القبض، وبعد القبض القول قول المشتري. أمّا قوله في النكاح: إنّه يفسخ بالتحالف، فلا معنى له من قِبل أنّ التحالف إنّما يسقط التسمية، لأنّ يمين كلّ واحد منهما يوجب براءة صاحبها فيما حلف عليه، فلا يثبت [27أ] هناك تسمية مع التحالف، وخلو عقد النكاح من التسمية لا يمنع صحّة العقد، لأنّه لو تزوّجها ولم يسم[709] شيئًا صحّ العقد، ووجب لها مهر المثل، وقد حكم الله بصحّة عقد النكاح مع عدم التسمية فيه بقوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ﴾[710]، فحكم سبحانه بصحّة الطلاق في عقد لا يسمّيه فيه، ومعلوم أنّ حكم الطلاق لا يثبت إلّا في النكاح الصحيح.

وأمّا في البيع فإنّ التحالف يوجب براءة كلّ واحد منهما من دعوى صاحبه، فلا يثبت تسمية، وعقد البيع متى يعرّى من التسمية فسد، فلذلك وجب الفسخ فيه، وفارق النكاح. وأمّا فرقه بين الاختلاف قبل القبض وبعده فلا معنى إذا كانت السلعة قائمة، والفسخ فيها ممكن، لأنّ المعنى في إيجاب التحالف في البيع أنّ كلّ واحد منهما غير مصدّق على صاحبه فيما ادّعاه لا يصدق المشتري على استحقاق السلعة على البائع بالثمن الذي يدّعيه، ولا البائع على ما يدّعي من استحقاق الثمن، فيجب التحالف حينئذ عند إمكان الفسخ، والقبض لا يمنع ذلك، فلا يسقط التحالف.

---

[708] الاخر.
[709] ولم يسمى.
[710] البقرة، 236/2.

قال أبو بكر: وقد يجب التحالف في النكاح عند اختلافهما في المهر على قول أبي حنيفة ومحمد في حال، وذلك لأنّ الاختلاف في المهر لا يخلو[711] من أحد ثلاثة أوجه:

- إمّا أن يكون ما ادّعته المرأة أكثر من مهر مثلها، ويقولها الزوج بمقدار مهر المثل، فيحلف الزوج وحده حينئذ بالله ما شرط لها ما ادّعتْ من الفضل، ولا يحلف هي على شيء، لأنّها هي المدّعية لدعواها خلاف الظاهر، [27ب] والزوج هو المدّعى عليه، لأنّ الظاهر معه.
- والوجه الثاني: أن يكون مهر مثلها أكثر ممّا ادّعت أو مثله، وادّعى الزوج أقلّ من مهر مثلها، فيحلف حينئذ المرأة بالله ما رضيت بما ادّعى الزوج لا يمين على الزوج، لأنّه هو المدّعي للنقصان عن مهر المثل، وذلك خلاف الظاهر الذي وجب لها.
- والوجه الثالث: أن يكون مهر مثلها أقلّ ممّا ادّعته المرأة، وأكثر ممّا ادّعاه الزوج، فيحلفان جميعًا، ولا يجب التحالف في النكاح إلّا في هذا الوجه الواحد، فحلف الزوج بالله ما شرط لها الأكثر ادّعت، وتحلف المرأة بالله ما رضيت بالأقلّ، وذلك لأنّ الواجب لها في هذه الحال مهر المثل لعدم صحّة التسمية مع الاختلاف، فادّعى كلّ واحد منهما خلاف الظاهر، لأنّ المرأة ادّعت أكثر ممّا أوجب لها بالعقد في الظاهر، وهو مهر المثل، وادّعى أقلّ من ذلك، فيتحالفان حينئذ، ويقضى لها المهر المثل.

مسألة

قال محمد: ولو كان يزوّجها على ثوب خزّ بعينه معروف، وتصادقا[712] عليه فهلك في يد الزوج، فقالت المرأة: كان الثوب عشرة أذرع، كلّ ذراع منها يساوي عشرة دراهم، وقال الزوج: كان ثمانية[713] أذرع، كلّ ذراع يساوي عشرة، فاتّفقا على قيمة الذراع، واختلفا في عددها، ومهر مثلها أكثر ممّا ادّعت، فالقول قول الزوج.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهما اتّفقا على الثوب في العقد[714] بعينه اختلفا في صفته، وما لحقّ الزوج من الضمان بهلاكه فالقول قول الزوج على ما بيّنا من اختلافهما في قيمة العبد الهالك بعد اتّفاقهما على عينه.

فإن قيل: هلّا جعلت هذا اختلافًا [28أ] في نفس المسمّى كما لو اختلفا في العبد الأسود والأبيض.

قيل له: لا يجب ذلك من قِبل أنّهما قد اتّفقا على عين الثوب، وإنّما اختلفا في صفته، لأنّ الذرع صفة في الثوب. ألا ترى أنّه لو اشترى ثوب خزّ بعينه، فقال المشتري: اشتريته على أنّه عشرة أذرع، وقال البائع: بعتكه على أنّه ثمانية[715] أذرع،

---

711 يخلوا.
712 وتصادفا.
713 ثمان.
714 العبد.
715 ثمان.

أنّ القول قول البائع، ولا يتحالفان. وكذلك لو اشترى ثوبا على أنّه عشرة أذرع، فوجده تسعًا، كان بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن[716]، وإن شاء ترك، ولو وجده أحد عشر كان كله له، فصارت الذراع كعين العبد وسائر صفاته في أنّ اختلافهما في ذرع الثوب الخزّ اختلافًا في نفس المسمّى، وإنّما كان اختلافًا في صفته، فلذلك كان القول قوله.

فإن قيل: فلو أسلم إلى رجل في ثوب، ثم اختلفا في نفس المعقود عليه، وفارق عين العبد وسائر الصفات.

قيل له: إنّما قلنا إنّ الذرع في الأعيان ليس هو المعقود عليه، وإنّما هو صفة فيها. وأمّا الذرع في السّلم وما في الذمّة فإنّه هو المعقود عليه نفسه من قِبل أنّ السّلم إنّما هو عقد على الصفة لا على العين، فصار اختلافهما في الصفة اختلافًا في نفس المعقود عليه. وكذلك لو اختلفا في جودة السّلم ورداءته تحالفا كما لو اختلفا في مقدار كيله أو وزنه تحالفا، لأنّ السّلم لما كان عقدًا على الصفة صار الاختلاف في الصفة اختلافًا في نفس المعقود عليه. وأمّا المعقود عليه من الأعيان فإنّما هو نفس العين، والصفة ليست معقودًا عليها [28ظ] إذا تعلّق العقد بالعين، فلذلك لم يجب التحالف فيه في البيع، وكان القول قول الزوج فيما لزمه من ضمانه بالهلاك في النكاح. وكذلك الوزن في جميع ما لا يتبعّض نحو إبريق فضّة أو طوق أو حلي مصبوغ هو بمنزلة الذراع في الثوب، لأنّ الوزن صفة لا يتعلّق العقد عليه، فصار مثل عين العبد. ألا ترى أنّه لا يجوز أن يبيع عشرة دراهم من هذا الإبريق ومن هذه[717] الحلية كما لا يجوز أن يبيع عين العبد، فلمّا لم يتعلّق العقد عليه لم يكن اختلافهما فيه اختلافًا في المعقود عليه.

مسألة

ولو تزوّجها على نُقرة فضّة بعينها معروفة، فضاعه في يده، فاختلفا في وزنها، فالقول قول المرأة إلى مهر مثلها، والقول قول الزوج في الفضل.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ العقد ههنا يتعلّق بالوزن لمثل، ولا تتبعّض[718] النقرة ممكن بغير ضرر، فقوله: "تزوّجتك على هذه النقرة" كما أنّ قوله: "على أنّه ألف درهم" كقولك: "على ألف درهم من هذه[719] النقرة" كما أنّ قوله: "بعتك هذا الطعام على أنّه قفيز[720] بمنزلة قوله: "بعتك" قفيزًا[721] من هذا الطعام، فصار اختلافهما في وزن النقرة اختلافًا في نفس المسمّى. ألا ترى أنّ النقرة لو وجدتْ زائدة لم يكن له منها إلّا ألف، وإنّها لو نقصتْ استحقّ تمام الألف، وليس كذلك الإبريق، لأنّه لو نقص أو زاد كان جميعه للمشتري إلّا أنّ له الخيار في النقصان.

---

716 الفن.
717 هذا.
718 ولا يتبعّض.
719 هذا.
720 فغير.
721 فغيرا.

فصل

قال محمد: ولو لم يختلفا في وزنها واتّفقا على أنّ وزنها مائة درهم، واختلفا في جودة الفضّة، فالقول قول الزوج في ذلك مع يمينه. [29أ]

قال أبو بكر: وذلك لأنّهما قد اتّفقا على عين النقرة أنّها كانت تسمية، واختلفا في الجودة، والجودة صفة في العين، وقد بيّنا أنّ اختلافهما في صفة العين ليس باختلاف في نفس المعقود عليه. ألا ترى أنّه لو اشترى كُرّ حنطة بعينه، فقال المشتري: "شرطت لي جيّدًا"، وقال البائع: "شرطت لك رديئًا"، أنّ القول قول البائع، ولا يتحالفان، ولو قال المشتري: "اشتريته بمائة درهم على أنّه كُرّ"، وقال البائع: "بعتكه على أنّه نصف الكُرّ"، أنّهما يتحالفان، ويتزادّان.

مسألة

قال محمد: ولو لم يتزوّجها على نقرة فضّة بعينها، ولكنّها ادّعتْ أنّه تزوّجها على مائة مثقال فضّة بيضاء، وقال الزوج: "تزوّجتها على مائة مثقال فضّة سوداء"، فالقول قول المرأة إلى مهر مثلها.

قال أبو بكر: اتّفقا أنّ العقد لم يتناول عينًا، وإنّما وقع على ما في الذمّة، فصار اختلافهما في الصفة اختلافًا في نفس المعقود عليه، لأنّه عقد على صفة، وهذا نظير اختلافهما في ذرع ثوب السلم.

مسألة

قال محمد: ولو تزوّجها على صُبرة من طعام بعينها، ثمّ اختلفا في كيلهما، فقال الزوج: "كان كُرًّا"، وقالت المرأة: "كُرَّين"، فالقول قول المرأة إلى مهر مثلها.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهما اختلفا في بعض المعقود عليه، لأنّ المقدار المذكور من الصُبرة يتعلّق عليها العقد. ألا ترى أنّ مثل هذا الاختلاف لو كان في البيع لا وجب التحالف والتزادّ، وهذا مثل اختلافهما في مقدار النقرة.

فصل

قال محمد: ولو اتّفقا على الكيل، واختلفا في الجودة كان القول قول الزوج. [29ب]

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من الاختلاف في صفة العين لا يوجب اختلافًا في نفس[722] المعقود عليه.

[722] النفس.

مسألة

قال محمد: وإذا تزوّج الرجل المرأة، ثمّ طلّقها قبل أن يدخل بها فاختلفا في المهر، فقالت المرأة: "تزوّجتني على مائة درهم"، ومهر مثلها أكثر من ذلك، وقال الزوج: "تزوّجتها على عشرة دراهم، ومتعتها عشرون درهمًا"، فلها عشرون درهمًا.

قال أبو بكر: لم يختلفوا[723] أنّه إذا طلّقها قبل الدخول، ثمّ اختلفا في المهر، أنّ القول قول الزوج، ويسقط اعتبار مهر المثل إلّا أنّ أبا حنيفة ومحمدًا اعتبرا منعتها في الطلاق قبل الدخول، فقالا: كما لا يصدّق على أن يتّفقهما في حال بقاء النكاح عن مهر مثلها كذلك لا يصدّق على أن ينقصها بعد الطلاق عن المتعة، وذلك أنّ العقد ما دام باقيًا، فلها مهر المثل ما لم يكن تثبت[724] التسمية، فوجب اعتباره من أجل ذلك، وإذا طلّق سقط اعتبار مهر المثل، لأنّ مهر المثل لا يثبت مع الطلاق قبل الدخول بحال، والطلاق قبل الدخول لوجب المتعة ما لم تثبت تسمية، فلمّا لم تثبت تسمية عند الاختلاف كان لها مقدار المتعة، ولم يُصدّق على أن ينقصها عنها.

وقال في الأصل: إذا قالت المرأة: "كان مهري ألفًا"، وقال الزوج: "خمسمائة"، فالقول قول الزوج إذا كان طلاقها قبل الدخول، وليس ذلك خلاف ما قاله في الخلع، لأنّها إذا كان مهر مثلها ألفًا لم تبلغ متعتها خمسمائة، فقد اعترف الزوج لها مع الطلاق قبل الدخول بأكثر من متعتها، ولم يردّ به أنّ القول قول الزوج، وإن كانت الخمسمائة أقلّ من متعتها. [ا30]

باب النكاح في الفرقة في المَجبوب والعِنين ونحوهما

قال محمد: وإذا زوّج الصبيّ والده امرأة بإذنها فلمّا وقع النكاح، فإذا الصبيّ مَجْبُوبٌ، فرافعتْه إلى القاضي، وأرادت إبطال النكاح، فإنّ القاضي لا ينتظر بالصبيّ أن يبلغ، ولكنّه يقيم عنه خصمًا، فإن جاء بحجّة تبطل حقّ المرأة من بيّنة يقيمها على رضا المرأة وعلمها، وإلّا فرّق بينهما.

قال أبو بكر: عقد النكاح يوجب للمرأة حقّ الوطء وعدمه فيه يوجب لها الخيار في الفسخ، والوطء معدوم في هذا النكاح، فلا معنى لانتظار البلوغ، إذ ليس هناك وطء يرجى بلوغه، فلذلك أقام عنه خصمًا، وقضى بالفرقة كما يقضى عليه بسائر الحقوق التي تلزمه اللآدمّيين.

فإن قيل: إنّ هذا حقّ من حقوق النكاح، فينبغي أن ينتظر به بلوغ الصبيّ، لأنّ حقوق النكاح لا تثبت[725] إلّا بين الزوجين.

---

[723] لم يختلفو.
[724] ما لم يكن يثبت.
[725] لا يثبت.

قيل له: إنّما يقوم الوليّ عنه من حيث يملك التصرّف عليه بالولاية كما يكون خصمًا عنه في سائر ما يدّعى عليه من الحقوق، ولم نجعله خصمًا عنه من حيث أثبتنا له حقوق النكاح. ألا ترى أنّ المجبوب إذا وكّل رجلًا بخصومة امرأته، فاختارت الفرقة، والزوج غائب قضى عليه القاضي بها لأجل حضور وكيله، ولم يكن في ذلك إثبات لحقوق عقد النكاح بين غير الزوجين.

فإن قيل: فالمرأة لا يثبت لها حقّ الجماع على الصغير بدليل[726] أنّه لا خيار لها في حال صغره لأجل عدم الوطء، فلا ينبغي أن يثبت لها خيار في حال الصِغر [30ب] وإن كان مجبوبًا.

قيل له: أمّا إذا لم يكن مجبوبًا فإنّ هناك وطءًا يُرجى وجوده في حال الكبر، فتعلّق حقّها بذلك الوطء، فلم يكن لها الخيار، لأنّ الوطء الذي أوجبه العقد لم يستحقّه إلّا بعد الكبر، وهو مرجُوّ منه كالمريض لا يجب لامرأته الخيار لأجل عدم الوطء في الحال، إذ كان موجودًا منه في الثاني، وأمّا إذا كان مجبوبًا فقد تيقّنا[727] عدمه في النكاح، فصار معيبًا بذلك، فكان لها الخيار لأجل العيب لا من حيث كان لها المطالبةُ بالوطء في الحال. وأمّا الصغر والمرض فليسا بعيبٍ في الزوج، فلم يجب لها الخيار، ونظير المجبوب رجل اشترى من رجلٍ عبدًا، فوجده أعور أنّ له الخيار في فسخ العقد لأجل العيب، فكذلك ما وصفنا.

مسألة

قال محمد: ولو كانت المرأة صغيرة، وزوّجها أبوها، والمسألة على حالها، فأراد الوالد أن يفرّق بينها وبين زوجها لم يكن له ذلك، ولم يفرّق بينهما حتى تبلغ الجارية، لأنّي لا أدري لعلّ الجارية ترضى[728] بزوجها.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لا يصحّ لها المطالبة بالوطء إلّا بعد البلوغ، وليس للأب المطالبة بالوطء، وذلك لأنّه لا يتعلّق به شيء من حقوق النكاح، فلمّا تعلّقت حقوق النكاح بها دون الأب لم يصح للأب المطالبة بالوطء، وانتظر بها البلوغ، وليس هذا كسائر الحقوق التي تثبت للآباء المطالبة بها مثل الردّ بالعيب والشفعة، لأنّ هذه الحقوق قد تثبت لغير من يقع له الملك، فجاز للأب المطالبة بالشفعة، وإن كان الملك للصغيرة. وأمّا المطالبة بالوطء فلا تثبت لغير من يقع له النكاح، فلذلك اختلفا.

فإن قيل: هلّا [31أ] قام الأب مقامها على وجه الوكالة لا من جهة ما يثبت لها بعقد النكاح كما تجوز وكالة امرأة العِنين في خصومة الزوج.

---

726 بدلاله

727 بنعما

728 يرضى.

قيل له: أمّا خصومة الأب على وجه الوكالة في ذلك، فلا يجوز أن تثبت[729] من قِبل أنّ الوكيل يثبت له حقّ القبض، ولا يصحّ مثله في مسألتنا للوكيل. وأمّا توكيل امرأة العنين فإنّما يجوز في الإحصار والتقرير. فأمّا إيقاع الفرقة فلا يثبت إلّا بحضورها.

فإن قيل: فقد كان للأب قبض المهر والنفقة، وذلك من حقوق النكاح.

قيل له: لأنّه من الحقوق التي يصحّ قبضها للوكيل، ويجوز فيها الانتقال، وكذلك لو سألوا عن تجويز أبي حنيفة ومحمد الوكالة بطلب دم العمْد أجبنا[730] بمثل ذلك، لأنّ دم العمد يصحّ فيه الانتقال، لأنّ الولي لو مات انتقل إلى وارثه. وأمّا الوطء فلا يصحّ فيه الانتقال، ولا يستوفيه غير من يثبت له.

فإن قيل: فقد جعلتم أبى الصغير المجبوب خصمًا عنه لامرأته إذا اختارت الفرقة، وإن لم يكن الوطء الذي يطالب به ممّا يصحّ فيه النقل.

قيل له: إنّما هذا حقّ على الصغير، وليس هو حقًّا له، وإنّما الأب يخاصم لإبطال حقّ المرأة وحجّتها، وإسقاطه عن الصغير إن أمكنه لا لغير ذلك، وإذا جعلناه خصمًا عن الصغير صار خصمًا لها في استيفاء الوطء والمطالبة به، وذلك حقّ لها يختص[731] بالنكاح، فلا يقوم غيرها مقامها على ما بيّنا.

وكان أبو الحسن يحتجّ في هذا بأنّ هذا الحقّ لا يثبت عندنا إلّا بالمطالبة، وليس الأب خصمًا [31ب] في أن يجعل ما ليس بحقّ لها حقًّا، فإذا لم توجد[732] منها مطالبة يثبت به الحقّ من أجل صغره لم يكن للأب أن يطالب. ويستدلّ على أنّ المطالبة بالوطء ليست حقًّا لها قبل الطلب امتناع وقوع البراءة منه مع إمكان صحّة وقوعه من الزوج، وامتناع أخذ العوض عنه. ألا ترى أنّ المهر والنفقة لما كانت حقوقًا ثابتة جازت البراءة منهما والمعارضة عليهما، والوطء لا يصحّ البراءة منه ولا أخذ العوض على تركه أو فعله، فإذا كان كذلك فالأب إنّما يطالبه بالحقوق الثابتة لها. فأمّا ما لم يثبت بعد حقًّا لها، فلا مطالبة له به. ألا ترى أنّ صبيًا لو زوّجه أخوه، والأب غائب عينه منقطعة، ثم قَدِم الأب، وبلغ الصبيّ مجنونًا لم يكن للوالد أن يفرّق بينه وبين امرأته، بخيار[733] البلوغ، لأنّ الصبيّ لم توجد[734] منه مطالبة، وهو حقّ لا يثبت عندنا إلّا بالمطالبة. وكذلك إنّ الصغيرة لا يفرّق بينهما وبين زوجها المجبوب لعدم المطالبة منها.

---

729 ان يثبت.
730 احنا
731 نحيض
732 فاذا لم يوجد.
733 نختارا
734 لم يوجد.

فإن قيل: لو لم يكن ذلك حقًّا لها لم تصح[735] براءتها من ذلك.

قيل له: إنّما لها مطالبتان إحديهما بالوطء، والأخرى بالفرقة، والمطالبة بالفرقة إنّما يثبت لها بعد ثبوت حقّها في المطالبة بالوطء، فأمّا المطالبة بالوطء، فلا تصح[736] براءتها، ويصحّ من المطالبة بالفرقة، فلذلك عمل رضاها بزوجها المجبوب إلّا أنّ ذلك عمل بعد ثبوت حقّها في الوطء بالبلوغ، وذلك معدوم من الصغيرة، فلا تثبت[737] للأب المطالبة بالفرقة لم يثبت لها بعد حقّ المطالبة بالوطء، وقال في الشفعة: إنّها تصير حقًّا بزوال ملك البائع وإن أوجبت بالطلب، لأنّ أحد الشفعاء [32أ] لو أبرى صحّة براءته قبل الطلب وللباقيين[738] جميع الدار.

فإن قيل: فقد قالوا: إنّ الأب المعتوهة التي لا يُرجى برءها أن يفرّق بينها وبين زوجها إذا كان زوجها مجبوبًا مع عدم المطالبة منها.

قيل له: هذا استحسان من قولهم، والقياس ألّا نفرّق[739] مثل أب الصبيّة غير المعتوهة، لأنّ الوطء لا يصير حقًّا إلّا بالمطالبة، فلا يفرق.

قيل: إن يثبت الحقّ، والأب لا يطالبه إلّا بما قد ثبت حقًّا للصغيرة. ووجْه الاستحسان: أنّ الطلب منها غير موجود في الحال، فلا يُرجى في الثاني، فاستحسنوا للأب أن يطلب، فيثبت هذا الحقّ لها ويطالبه، إذ كان في منعه من ذلك إبطال من الوطء من جميع الوجوه.

مسألة

قال محمد: ولو كانت المرأة كبيرة، والصبيّ غير مجبوب، فأرادت الفرقة، وللصبيّ والد لم يفرّق بينهما.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّ الصغر[740] ليس بعيب في الزوج، وهو مرجوّ منه الوطء في الثاني، فهو مثل المريض.

فإن قيل: الجماع مرجوّ من العِنين أيضًا بعد التأجيل ومع ذلك يفرّق.

قيل له: قد أيس بالتأجيل من وقوع الجماع منه في الظاهر، فقد حُكم عليه بأنّه معيب، ولم يقع ذلك بالصغَر والمرض.

مسألة

---

[735] لم يصح.
[736] فلا يصح.
[737] فلا يثبت.
[738] وللباقين.
[739] لا نفرق.
[740] الصغير.

قال محمد: ولو أنّ صبيًّا زوّجه وليّه صبيّة بإذن وليّها، وهو غير والدها، فأدركتْ قبل إدراك زوجها، فاختارت الفرقة، ورَفعت[741] أمرها إلى القاضي، فإنّ القاضي لا ينتظر به كبر الصبيّ، ولكنّه يجعل له خصمًا، ويفرّق بينهما إن لم يكن للصبيّ والد. وكذلك لو تزوّجت امرأة صبيًّا بغير إذن وليّها، والصبيّ غير كُفْوٍ لها، وزوّج الصبيّ وليّه [32ب] نكاحًا صحيحًا، ثمّ إنّ أولياء المرأة رفعوا أمرها إلى القاضي، وأرادوا[742] الفرقة، فإنّ القاضي يجعل للصبيّ خصمًا يخاصم عنه، ويفرّق بينهما، ولا ينظر به إدراك الصبيّ.

قال أبو بكر: ليس هناك معنى ينتظر بالبلوغ، وحقّ المرأة والأوّلياء ثابت[743] في الفرقة، فيفرّق، لأنّ ذلك حقّ على الصبيّ قد لزمه بمطالبة المرأة والأوّلياء، وإنّما قال: يجعل القاضي للصبيّ خصمًا من قِبل أنّ القضاء على الصبيّ لا يصحّ، لأنّه لا يكون خصمًا، والقضاء على غير خصم لا يجوز.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا زوّج ابنه وهو صغير امرأة كبيرة، وهما نصرانيّان، فأسلمت المرأة، ورفعت أمرها إلى القاضي، وأرادت الفرقة، وحضر والد الصبيّ، فإنّه لا يفرّق بينهما، ولا يجعل والد خصمًا في هذا، ولكنّه يُتأنّى بالصبيّ حتى يعقل الإسلام، فإذا عقل الإسلام أحضره وعُرض عليه الإسلام، فإن أسلم، وإلّا فُرّق.

قال أبو بكر: الفرقة لا تصير حقًّا لها إلّا بإباء[744] الزوج الإسلام، فلمّا لم يكن حقًّا لازمًا في الحال لم يكن الآن خصمًا. ألا ترى أنّ الكفر الموجود فيه مع إسلامها لا يوجب الفرقة إذا كانا كبيرين دون أن يُعرض عليه الإسلام فيأبى[745]، فلمّا كان العرض غير ممكن في الحال، وكان موجودًا في الثاني انتظر به حال صحّة إباءه الإسلام.

فإن قيل: أليس امرأة الحربيّ إذا أسلمتْ بانت[746] منه بمضي ثلاث حيض، وإن لم يقع منه إباء لتعدد[747] الفرض في الحال، وإن كان قد يُرجى بلوغه حالًا يمكن عرض الإسلام عليه معها.

قيل له: الفصْل بينهما: أنّ للصبيّ مدّة معلومة إذا بلغها أمكن عرض الإسلام عليه، وليس كذلك الحربيّ.

فإن قيل: فهلّا عرضت على أبيه الإسلام، فيكون أباءه [33أ] إباء للصبيّ.

---

741 ورُفعت.
742 وأراد.
743 بانت.
744 بانا
745 فبأى
746 باتت.
747 التعدد

قيل له: هذا حقّ لازم للصبيّ، فلا يجوز إلزامه الأب من أجله. ألا ترى أنّه ليس على الأب أن يغنيه إذا كان غير كفوّ لامرأته من جهة المال لئلّا يفرّق بينه وبينها، وليس عليه أن يقضي عنه المهر وسائر ما يلزمه من الحقوق، فكذلك ليس عليه أن يصيره مسلمًا بإسلامه.

فإن قيل: فلو كان الزوج مجنونًا فأسلمت هي عرضت على أبيه الإسلام، وجعلت أباءه أباءً للصبيّ.

قيل له: قد قال محمد في غير هذا الموضع: إنّه استحسان، وأنّ القياس ألّا يعرض على الأب الإسلام لأجل الابن المجنون. ووجه آخر: ذلك إنّ المجنون الذي لا يُرجى بُرءه[748] معتبر بذلك الحقّ، وليس له مدّة ينتهي إليها في جواز عرض الإسلام عليه، فقام الأب فيه مقامه كما ينفق عليه عند إعساره. ووجه آخر في الفرق بين الصبيّ والمجنون، وهو: أنّ امرأة المجنون إذا أسلمت لا يخلو[749] من أحد وجهين: إمّا أن تكون[750] مُخلّاة مع زوجها ليطأها، وهي مسألة، وهذا لا يجوز أو تكون ممنوعة منه، ويلزمه مع ذلك نفقتها وكسوتها وسُكناها، وذلك غير جائز أيضًا من قِبل أنّ الزوج متى منع المرأة لم تلزمه هذه الحقوق، فلمّا كان كذلك لم يجز إقرارها، وقد يمكننا أن نتوصّل[751] إلى إبقاء كلّ واحد منهما حقّه يعرض الإسلام على الأب، فلذلك لم يجز إقرارها عرضنا عليه الإسلام. وأمّا الصبيّ فإنّه لم يستحقّ على المرأة تسليم نفسها إليه ما دام صغيرًا، فانتظر به وقت استحقاق التسليم كالمرأة. وكان القياس أن يفرّق بينهما من غير عرض الإسلام على الأب، لأنّ ذلك ما يؤمر منه من جهة المجنون، ولا جائز أن يترك تحته مسلمة، وهو كافر. [33ظ]

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا نصرانيًّا تزوّج امرأةً نصرانيّة فاسلمت المرأة، وأرادت أن ترافع زوجها إلى القاضي، فوكّل الرجل بخصومتها، ثمّ غاب، فارتفعت المرأة والوكيل إلى القاضي، فإنّه لا يقضي بفرقتها حتى يحضر زوجها.

قال أبو بكر: لا يصحّ القضاء بالفرقة مع غيبة الزوج، لأنّ الذي يوجب الفرقة هو إباء الزوج الإسلام عند العرض، وإباء الوكيل لا يحكم به، لأنّه لا يعرض عليه الإسلام، فلذلك لم تصح[752] الوكالة فيه.

مسألة

748 بُرؤه.
749 لا يخلوا.
750 ان يكون.
751 يتوصل.
752 لم يصح.

ولو تزوّج امرأةً، وهو غير كفوّ لها، فخاصمه[753] أولياءها، فوكّل وكيلًا، وغاب فرّق القاضي بينهما. وكذلك لو تزوّج صبيّة زوّجها غير والدها، فأدركت، فاختارت نفسها، وأرادت خصومَة زوجها، فوكيل الزوج وكيلًا، وغاب، فإنّه يفرّق بينهما، وكذلك المجنون.

قال أبو بكر: لأنّ الفرقة حقّ قد وجب لها، وليست موقوفة على فعل من الزوج لا يقوم فيه الوكيل مقامه، فكان كالوكالة في سائر الحقوق حتى رافعتْه.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا معتوهًا لا تُرجى[754] صحّته زوّجه وليّه امرأة، فلم يصل إليها حتى رافعته، فإنّ القاضي يجعل له وكيلًا يخاصم عنه إن لم يكن له والدًا وجد أو وصّى، ثم يؤجّله سنة فإن وصل إليها، وإلّا فرّق بينهما.

قال أبو بكر: جنون الزوج لا يسقط حقّ المرأة في الوطء، فيؤجّل[755] كما يؤجّل[756] الصحيح، ويفرّق بينهما إذا لم يحصل إليها كالصحيح.

مسألة

ولو أنّ معتوهًا لا تُرجى[757] صحّة تزوّج امرأة، وأبواه نصرانيّان زوّجه أبوه، والمرأة نصرانيّة، فأسلمتْ، ثم رفعت أمرها إلى القاضي، فإنّ القاضي [34] يحضر والده إن كان حيًّا، ثمّ يقول له: إمّا أن تسلم[758]، فيكون ابنك مسلمًا بإسلامك، وإلّا فرّقنا بينهما.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا فيما سلف من أنّ الإسلام غير مرجوّ من المجنون، ولا يجوز أن تترك المسلمة تحته أبدًا، فكان القياس أن يفرّق بينهما في الحال لوقوع الإياس من إسلامه، وامتناع جواز تركها أبدًا تحته، ولكنّه استحسن عرض الإسلام على الأب، إذ يمكن أن يصير مسلمًا بإسلام الأب، فلذلك لم يفرّق لإمكان التوصّل إلى إسلامه من وجه، ولم يجعلها[759] بمنزلة امرأة الحربيّ إذا أسلمت في أنّها لا تبيّن منه حتى تحيض ثلاث حيض، وذلك لأنّ الإسلام هناك ممكن من جهة الزوج، والعرض غير ممكن، فأشبه المطلق امرأته طلاقًا رجعيًّا، إنّه إن راجع في مدّة ثلاث حيض لم تبن،

---

753 فخاصمتْه.
754 لا يُرجى.
755 فتوجّل.
756 توجّل.
757 لا يُرجى.
758 ان تُسلم.
759 ولم يجعله.

وإن لم يراجع بانت، فكذلك لما كان وقوع الإسلام ممكنًا من الزوج الحربيّ تعلّقت البينونة فيه بمضّي ثلاث حيض ما لم يسلم قبله.

فصل

وإن كان الوالدان قد ماتا جعل القاضي له خصمًا تخاصم عنه، ويفرّق بينهما.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ إسلامه ميؤس[760] منه من جهته وجهة غيره، فلمّا لم يمكن التوصل إلى بقيّة[761] النكاح بإسلامه في حال فرّقنا بينهما، لأنّه غير جائز تبقيّتها على نكاحه أبدًا، وهي مسلمة تحت كافر.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا تزوّج امرأةً، فقذفها، وهما حرّان مسلمان، فلاعنها، فلمّا فرغا من اللعان لم يفرّق الحاكم بينهما حتى صارت المرأة معتوهة لا تُرجى[762] صحّتها أو صار الرجل معتوهًا، فإنّه يفرّق بينهما.

قال أبو بكر: حكم اللعان لا يبطله الجنون. ألا ترى أنّه لو فرّق [34ب] بينهما باللعان، ثمّ جُنّ أحدهما لم يجز لهما أن يستقبلا عقد النكاح فيما بينهما بأن تزوّج المجنون وليّه، وإنّ أحد الزوجين إذا جُنّ، ثم أفاق، وقذفها وجب اللعان، ولم يكن الجنون العارض مانعًا من اللعان، وإذا كان هذا على ما وصفنا، وكان اللعان سببًا موجبًا للفرقة، وقد وقع، وصحّ وجب إلّا بمنع ما عرض من الجنون من إيقاعها، لأنّ الفرقة في اللعان حقّ الله تعالى. ألا ترى أنّهما لو تراضيا بعد اللعان على بقاء الزوجيّة لم يقرهما الحاكم[763] عليها، وفرّق بينهما، فإذا استوفيا حقوقهما باللعان، وبقي حقّ الله، وهو الفرقة وجب إلّا يمنع منها الجنون.

وكان أبو الحسن يحكي عن أبي يوسف أنّ اللعان شهادة، ومن قال: إنّ حاكمًا لو لاعن بين رجل وامرأته، فلم يفرّق بينهما حتى صُرف بحاكم آخر أنّ الحاكم[764] الثاني لا يفرّق أو يعيد اللعان كما أنّ شهودًا لو شهدوا على رجل عند حاكم بحقٍّ، ثمّ صُرف بحاكم قبل إنفاذ الحاكم بالشهادة أن الحاكم الثاني لا يحكم بها أو يعيدوا الشهادة قال: وقال محمد: اللعان جائز، فيفرّق الحاكم الثاني بلعانهما عند الأوّل، لأنّه كحدّ أمضاه الأوّل. واحتجّ لأبي يوسف بأنّ الله تعالى قد سمّاه شهادة بقوله: ﴿فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ﴾[765]. واحتجّ لمحمد بأنّه لا يجب إلّا عند العجز عن إقامة شهود الزنى، فهي كحدّ القاذف لوجوبه عند العجز عن إقامة الشهادة. وأيضًا فإنّ الحكم الأوّل في الزوجات والأجنبيّات كان الجلد عند القذف. ألا ترى إلى ما

---

760 مأيوس.
761 يعقبه
762 لا يُرجى.
763 الحاحكم.
764 الحاحكم.
765 النور، 6/24.

روي في حديث هلال بن أميّة حين قذف امرأته، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: ((ائتني بأربعة يشهدون وإلّا فحد[766] من ظهرك))[767]، وفي بعض الأخبار ألّا يجلد[768] [35أ] هلال بن أميّة، وتبطل شهادته في المسلمين، وقال هلال: "أرأنتم[769] لو أن رجلًا وجد مع امرأته رجلًا، فإن تكلّم جلدتموه، وإن قبل قتلتموه، وإن سكت سكت على غيظ"، فنزلت آية اللعان، ثم نسخ الجلد في قذف الزوجات، وأقيم مقامه اللعان[770]. فينبغي أن يكون اللعان حدًّا كما كان التراب حين أقيم مقام الماء في الطهارة كان طهورًا، وكالصوم الذي أقيم مقام أحد الأشياء الثلاثة في كفّارة اليمين، وكان كفّارة. فكذلك اللعان ينبغي أن يكون حدًّا من حيث أقيم مقامه، وأيضًا فقد روي في قصّة هلال بن أميّة حين فرّق رسول الله صلى الله عليه وسلّم بينه وبين امرأته أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((إن جاءت بالولد على صفة كيت وكيت فهو لهلال بن أميّة، وإن جاءت به لصفة كيت وكيت، فهو لشريك بن سمحاء[771]))، وهو الذي رماها به بالزنى، قال: "فجاءت به على الصفة المكروهة"، فقال النبي صلى الله عليه وسلم في بعض ألفاظ الحديث: ((لولا الحدّ لكان لي ولها شأن))، وفي بعضها: ((لولا الإيمان))، فسمّي اللعان حدًّا في هذا الموضع[772].

فإن قيل: فإذا كان اللعان شهادة فهلّا كان جنون أحدهما كردّة الشاهد قبل الحكم، فمنع من إنفاذه.

قيل له: إنّما يكون كجنون الشاهد بعد السماع، ولو أنّ شاهدين شهدَا، ثمّ جُنّا قبل إنفاذ الحكم لم يمنع جنونهما من إنفاذ الحكم بشهادتهما، فكذلك لا يمنع من إنفاذ الفرقة، وعلى أنّ أبا يوسف لا يجعلها شهادة محضّة في سائر أحكامه. ألا ترى أنّ واحدًا منهما لا يلزم صاحبه بقوله شيئًا، وإنّما يسقط به عن نفسه [35ب] الحقّ الذي لزمه بالقذف، وليس في الأصول أيضًا قبول شهادة الإنسان على نفسه[773]، والفسق والعميّ لا يمنعانه.

فإن قيل: لو جُنّ أحدهما قبل اللعان بطل اللعان، كذلك إذا جُنّ قبل الفرقة ينبغي أن يبطل الفرقة.

قيل له: كما أنّ جنون الشاهد يمنع ابتداء الشهادة منه في حال الجنون، ولا يمنع إنفاذ الحكم لها إذا تقدّم سماعها، فكذلك لا يمنع إيقاع الفرقة في حال الجنون، لأنّ المجنون ليس له كلام صحيح، ولا حكم لقوله.

---

766 فخذ.

767 صحيح البخاري، الشهادات، 21؛ صحيح مسلم، اللعان، 11 (1496)؛ سنن أبي داود، الطلاق، 27؛ سنن الترمذي، التفسير، 25؛ سنن النسائي، الطلاق، 38؛ سنن ابن ماجه، الطلاق، 27. وعند البخاري وأبي داود والترمذي بلفظ "البينة"، وعند النسائي "أربعة شهداء".

768 الآن يجلد.

769 ان انتم.

770 صحيح مسلم، اللعان، 10 (1495)؛ سنن أبي داود، الطلاق، 27؛ سنن ابن ماجه، الطلاق، 27؛ صحيح ابن حبان، الطلاق، 112/10 وغيرهم بألفاظ متقاربة جدًا.

771 لسريان بن سحا.

772 صحيح البخاري، التفسير، سورة النور، 3؛ سنن النسائي، الطلاق، 38؛ سنن أبي داود، الطلاق، 27؛ سنن ابن ماجه، الطلاق، 27.ولكن بلفظ "لولا ما مضى من كتاب الله" أو "لولا الأيمان"، أما لفظ "لولا الحد" فلم أجده.

773 لنفسه.

فصل

قال محمد: ولو أنّها زنت قبل أن يفرّق بينهما كانت امرأته على حالها.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ الذي يبطل حُكم اللعان في المستدبر كما يمنع منه في المستقبل، فإذا قطع زناها حكم اللعان لم يفرّق. ألا ترى أنّه لو فرّق بينهما، ثم زنت جاز له أن يتزوّجها، فصحّ بذلك ما وصفنا.

فصل

قال محمد: وكذلك لو صار أحدهما محدودًا في قذف لم يفرّق[774] بينهما.

قال أبو بكر:لأنّ حدّ القذف يدفع حكم اللعان. ألا ترى أنّها لو كانت في ابتداء على هذه الصفة لم[775] تلاعن. وكذلك لو فرّق بينهما لم صار أحدهما لهذه الصفة جاز له أن يتزوّجها.

قال أبو بكر: ولم يذكر محمد حضور خصم عن المعتوه في إيجاب الفرقة، وينبغي ألّا يفرّق إلّا بمحضر من خصم المعتوه كما لو شهد عليه شاهدان بمال، ثمّ جُنّ المشهود عليه قبل قضاء القاضي به أنّه لا يقضي به حتى يحضر خصم عن المجنون، وكما لا يحكم بالنكول إذا نكل، ثمّ جُنّ، وممّا يبيّن ذلك أنّ محمدًا قد قال: إنّ امرأة المعتوه إذا بلغت، واختارت الفرقة لم يفرّق بينهما إلّا بمحضر مِن خصْم عن المعتوه. [36أ] ويدلّ عليه أيضًا إنّ محمدًا قد قال في الباب: إنّهما إذا التقيا جميعًا، ثمّ وكّل أحدهم بالفرقة وكيلًا، وغاب أنّه يفرّق بينهما، فلم يحتجّ في وقت التفريق إلى[776] حضور خصم ما احتاج الغائب، وليس ذلك كالإقرار بالحقوق إذا غاب المقرّ بها أو جُنّ، فيُقضى عليه بغير خصمٍ، لأنّ الإقرار ثابت[777] الحكم بنفسه لا يحتاج في صحته إلى قضاء القاضي له، فلذلك لم يعتبر حضوره.

مسألة

قال أبو بكر: قال أصحابنا إلّا زفر: إنّ فرقة اللعان لا تقع إلّا بفرقة الحاكم، وقال زفر: تقع بالتقائهما، وقال الشافعي: تقع بلعان الزوج. والحُجّة لقول أصحابنا ما روى عبد الرزّاق عن ابن جريح عن الزهري عن سهل بن سعد أنّ النبي صلى الله عليه وسلم لمـّا لاعن بين العجلاني وامرأته قال العجلاني: "كذبتُ عليها إن أمسكتها هي طالق ثلاثًا"، قال سهل:

---

[774] ولم يفرق.
[775] + لا.
[776] الا.
[777] بات لها

ففارقها قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم يفارقها، فقال النبي عليه السلام: ((ذاكم التفريق بين كلّ متلاعنين))[778].

قال أبو بكر: ففي هذا الخبر ضروب من الدلالة على أنّ الفرقة لم تقع[779] بلعانهما أحدهما أنّ العجلاني لما قال: كذبتُ عليها إن أمسكتها هي طالق ثلاثًا أخبر بهذا القول أنّه ممسك لها قبل الفرقة، لأنّه محال أن يقول: "كذبت عليها إن أمسكتها إلّا وعنده أنّه ممسكها في تلك الحال، ثمّ أكد ذلك بقوله: "هي طالق ثلاثًا" أخبر بهذا القول إن ترك إمساكها كان بالطلاق، فلمّا لم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم اختاره بأنّه ممسك لها دلّ على بقاء الزوجية، إذ لا جائز أنّ نفي النبي صلى الله عليه وسلم أحدًا يسمعه يُخبر بإباحة فرج محظور، [36ب] وترك النكير عليه، ففي تركه[780] النكير عليه في خبره بأنّه ممسك لها تصديق منه له في خبره[781].

وممّا يدلّ عليه قول سهل: ففارقها قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بفراقها، ولو كانت الفرقة قد وقعت باللعان لم هو فارقها قبل أن أمر النبي صلى الله عليه وسلم. ويدلّ عليه أيضًا قوله صلى الله عليه وسلم: ((ذاكم التفريق بين المتلاعنين))[782]، ولو كانت الفرقة واقعة بنفس اللعان ما كان ذلك تفريقًا. ويدلّ عليه أيضًا: أنّ التفريق إنّما هو إيقاع الفرقة، ووقوعها باللعان لا يكون تفريقًا، وروى مالك[783] هذا الحديث عن الزهري بإسناده، وقال فيه ابن شهاب: "فكانت شبه المتلاعنين"، فعلم أنّ من سننهما التفريق على ما ورد به الخبر لا وقوع الفرقة بنفس اللعان، وقال يونس بن عبد الأولى: حدّثنا ابن وهب قال: حدّثني عياض بن عبد الله الفهري وغيره عن بن شهاب عن سهل بنحو ذلك، وقال: "فطلّقها ثلاث تطليقات عند رسول الله صلى الله عليه وسلم"، فأنفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم[784].

فزعم الشافعي أنّ الفرقة تقع[785] بلعان الزوج، وأنّ طلاقه لا يقع عليها بعد ذلك، فخالف نصّ هذا الخبر، وقد روى مالك[786] عن نافع عن ابن عُمر أنّ رجلًا لاعن امرأته في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم، ونفى ولدها، ففرّق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما، وألحقّ الولد بالأمّ[787]، وروي من وجوه مختلفة عن ابن عمر أنّ النبي صلى الله

---

778 هذا الحديث مر تخريجه، ولفظ "التفريق بين كل متلاعنين" هو في صحيح البخاري، الطلاق، 30؛ وصحيح مسلم اللعان، 11 (1496) وغيرهما وعند عبد الرزاق في مصنفه، إلا أني لم جده مرويا عند الرزاق بهذا السند الذي ساقه المؤلف.

779 لم يقع.

780 تركة.

781 مر تخريج الحديث، وعبارة: "فطلقها ثلاثا" هي في الموطأ، الطلاق، 13؛ وصحيح البخاري، الطلاق 29-30؛ وصحيح مسلم، اللعان، 1، 3 (1492) وغيرهما.

782 سبق تخريجه.

783 ملك.

784 مر تخريجه، وقول ابن شهاب: "فكانت سنة المتلاعنين" هو من ضمن بعض هذه الروايات المخرجة آنفا، في صحيحي البخاري ومسلم وغيرهما.

785 يقع.

786 ملك.

787 الموطأ، الطلاق، 13؛ وهو ضمن ما مر تخريجه من الروايات.

عليه وسلم دون[788] لعانهما، لأنّها لو كانت قد وقعت باللعان لما كان النبي صلى الله عليه وسلم مُفرّقًا[789]، ولا كان فعله تفريقًا، وفي ذلك دليل على صحّة ما ذكرنا.

فإن قيل: هذا كشهود شهدوا بطلاق امرأةٍ، فيحكم به [37أ] الحاكم، فيقال: فرّق الحاكم بينهما لا على معنى ابتداء إيجاب الفرقة، ولكن على معنى الحكم بفرقة ماضية.

قيل له: هذا ظاهر لفظ التفريق، وحقّيقته تقتضي[790] أن يكون بفعل النبي صلى الله عليه وسلم إذا أضيف إليه، وما ذكرته مجاز، ولا يُصرف اللفظ عن الظاهر والحقيقة إلى المجاز إلّا بدليلٍ. وممّا يدلّ من جهة النظر على ذلك أنّ اللعان لا يثبت حُكمه إلّا عند الحاكم. فكذلك ما يتعلّق به من الفرقة لا يقع إلّا بحُكم الحاكم كفرقة العِنّين لما تعلّقت بالتأجيل الذي تتعلّق[791] صحّته بحكم الحاكم لم يقع أو يوقعها الحاكم.

ووجه آخر، وهو: أنّ اللعان شهادة كذا سمّاه الله تعالى، ولا يثبت حكمه إلّا عند الحاكم كالشهادات لا يثبت حكمها إلّا عند الحاكم، ثمّ اتّفق الجميع على أنّ وجود لفظ الشهادة من الشهود لا يقع به الحكم بالحقّ المدّعى حتى يحكم الحاكم، كذلك ما يتعلّق باللعان من حُكم الفرقة لا يثبت إلّا بحكم الحاكم. ألا ترى أنّ المدّعي لو أقام شاهدين عند قاضٍ أنّه قد كان أقام شاهدين عند قاضٍ آخر على هذا الحقّ لم يستحقّ شيئًا حتى يشهدوا بحكم الحاكم له بالشهادة، وكذلك اللعان ما يتعلّق به من حُكم الفرقة لا ينفذ إلّا بحكم الحاكم لهذه العلّة بعينها، وهي أنّ النُكول لا حُكم له إلّا عند الحاكم.

فإن قيل: فلو حلف المدّعى عليه بريء من الخصومة، وإن لم يقل له الحاكم: "قد أبرأتك منها"، كذلك الفرقة تقع باللعان بغير حُكم حاكم، ومعلوم أيضًا إنّ اليمين لا يثبت لها حُكم إلّا عند الحاكم، واللعان مع ما[792] فيه من معنى الشهادة، [37ب] فهو يمين أيضًا، فليس يردّه إلى الشهادة أولى من ردّه إلى اليمين.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ اللعان أنّما يقع على القذف لا على الفرقة، فإذا التعنا برئا[793] من الحدّ من غير حكم الحاكم كما يبرأ المدّعى عليه باليمين من الخصومة في حقّ المدّعي، لأنّ الحلف عليه يقع، وبقي في اللعان حكم آخر سوى ما تحالفا عليه لا يقتضيه لفظ اللعان، وهو الفرقة بعده، فلا تقع[794] إلّا بالحاكم.

---

788 دينه

789 الموطأ، الطلاق، 13؛ وهو ضمن ما سبق تخريجه من الروايات.

790 يقتضي.

791 الذي يتعلّق.

792 معما.

793 التعنابنا

794 فلا يقع.

ووجه آخر، وهو: أنّ يمين المدّعى عليه لا يبرئه من الحقّ المدّعي. ألا ترى أنّ المدّعي لو أقام البيّنة بعد ذلك قبلت بيّنته، فبان بذلك أنّ يمينه لم يبرئه من الحقّ المدّعي، وإنّما سقطت الخصومة في الحال، فإنّ خصومته قائمة في إثبات الحقّ بالبيّنة، فقولك: إنّ اليمين يبرئه من الخصومة خطأ.

ووجه آخر في المسألة، وهو: أنّ اللعان ليس يقتضي الفرقة من جهة اللفظ ولا المعنى، لأنّه ليس بكناية عن الفرقة، لأنّ أكثر أحوالها أن تكون[795] زانية، ووقوع الزنا منها لا يثبتها لو علمت حقيقته، فلمّا لم يكن في لفظ اللعان إيجاب الفرقة لم يجز أن تقع به فرقة إلّا بمعنى بان. واتّفق الجميع على أنّه لم تقع[796] الفرقة بنفس اللعان كان الموجب لها حكم الحاكم.

فإن قيل: قلت[797] أنت في الإيلاء مثله أنّه لا يقع الفرقة فيه بمضيّ المدّة إلّا بمعنى حادث للعلّة التي وصفت.

قيل له: في لفظ الإيلاء ما يجوز أن يُكنى به عن البينونة، وقد بيّنا ذلك فيما سلف من أبواب الأيمان، وليس ذلك في لفظ اللعان، فلذلك اختلفا. ووجه آخر، وهو: أنّ الإيلاء لما ثبت حكمه بغير الحاكم وجب أن تكون الفرقة المتعلّقة به واقعة بغير الحاكم، ولما لم يثبت [38ا] للعان حكم إلّا بالحاكم وجب أن يكون ذلك حكم ما يتعلّق به من الفرقة.

فإن قيل: لما كان اللعان سببًا للفرقة موجبًا لها بدلالة أنّهما لو أرادا من القاضي ألّا يفرّق بينهما يلتفت القاضي إلى ذلك، وفرّق بينهما أشبه الرضاع وسائر أسباب التحريم الواردة على العقد، فتقع الفرقة عقيبها، كذلك اللعان.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ اللعان لا ينافي بقاء النكاح، وليس هو سببًا موجبًا للتحريم كسائر الأسباب التي ذكرت، لأنّه لو كان كذلك لوجب أن يوجبه إذا تلاعنا فيما[798] بينهما، ولم يحضر الحاكم كالرضاع وسائر الأسباب الموجبة للتحريم في أنّها لا يتعلّق إيجابها ما يوجب بحضرة الحاكم، فلمّا فارق اللعان سائر الأسباب التي ذكرنا من هذا الوجه، كذلك يفارقها في وقوع التحريم عقيبها، لأنّ الرضاع وما ذكرت من هذه الأسباب لو كان يوجب أن يكون حكمها حكمه، فأتى[799] موضع تقع[800] الفرقة فيه بالرضاع أو يقع بمثله الفرقة باللعان، فلمّا وجدنا بالرضاع قد يوجب الفرقة في حال لا يوجبها اللعان بطل أن يكون دليلًا على إيجاب الفرقة باللعان. وأيضًا فليس يجب أن تقع الفرقة عقيبه من حيث تعلّق به، لأنّ الردّة سبب للتحريم عندنا وعند مخالفنا، ثم زعم مخالفنا أنّ الفرقة لا تقع[801] بنفس الردّة دون انضمام معنى آخر إليها، وهو مضي ثلاث حيض، فلم يجعلها من حيث تعلّق بها التحريم موجبه للفرقة عقيبها، وأيضًا قد يصحّ عندنا بقاء

---

795 ان يكون.
796 انّه لم يقع.
797 فقل.
798 في.
799 فاتم
800 يقع.
801 لا يقع.

النكاح مع وقوع اللعان. ألا ترى أنّا نقول: إنّها لو زنتْ أو أقرّت بالزنا أقبل أن يفرّق بينهما أو حُدّ أحدهما في قذف بقيا[802] على نكاحهما. [38ب] فقولك: إنّه سبب موجِب للتحريم خطأ عندنا، وإنّما الموجب للتحريم هو تفريق الحاكم.

مسألة

قال محمد: ولو التعن الرجل، ولم تلتعن هي حتى صار الرجل معتوهًا، ولم يفرّق بينهما ولا يؤمر باللعان[803] ثم وكّل أو وكّلت بالفرقة وغاب، فإنّ للقاضي أن يفرّق بينهما.

قال أبو بكر: أمّا على أصل محمد فهو حدّ، ولا يصحّ لعان أحدهما مع كون الآخر معتوهًا، لأنّ اللعان لا يصحّ إلّا بحضورهما وحضور المعتوه كَلَا حضور، لأنّه لا يصحّ أن يكون خصمًا. ألا ترى أنّ أحدهما لو غاب لم يصح لعان الآخر. وكذلك المعتوه هو أبعد أمرًا من الغائب، ولا يقام عن المعتوه خصم كما لا يقبل وكالة الغائب في اللعان، وعلى قول أبي يوسف هو شهادة، فلا يسمع[804] إلّا على الخصم، والمعتوه ليس بخصمٍ. وأيضًا فإنّ الملاعن يحتاج أن يوجّه خطابه إلى صاحبه، والمعتوه لا يصحّ خطابه، لأنّه لا يعقل، فلا تصحّ[805] ملاعنته، وإذا لم يصح لعان أحدهما في حال جنون الآخر لم تجب الفرقة.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا مسلمًا تزوّج صبيّة مسلمةً زوّجها إيّاه أبوها، ثمّ إنّ أبويها جميعًا ارتدّا عن الإسلام، والجارية صغيرة على حالها لم تبن[806] من زوجها بردّة أبويها.

قال أبو بكر: قد احتجّ محمد للمسألة بأنّ الدار يوجب للصبيّ حُكم الإسلام كما يوجبه له الأبوان، فإذا حصل له الإسلام بالدار وبالأبوين لم ينتقل عنه بانتقال الأبوين عن الإسلام، لأنّ الإسلام متى ثبت له بسببين لم ينتقل عنه بارتفاع أحدهما، وإنّما ينتقل بارتفاعهما جميعًا، واستشهد [39أ] محمد رحمه الله على أنّ دار الإسلام تُثبت للصبيّ حُكم الإسلام أنّ الصبيّ إذا سبى من دار الحرب بغير أبويه ثبت له حُكم الإسلام بالدار، وكذا اللقيط في دار الإسلام مسلم بالدار، فقد صار للدار تأثير في إيجاب حُكم الإسلام للصبيّ، فلا ينتقل عنه بانتقال الأبوين عن الإسلام.

فإن قيل: فلو ولد لهما بعد الردّة ولد في دار الإسلام لم يكن الولد مسلمًا بالدار، فكان حكم الأبوين أغلب عليه من حُكم الدار، وكذلك ينبغي أن ينتقل عن حكم الإسلام بردّة الأبوين مع كونه في الدار.

---

802 نفيا

803 بعده فراغ، لذلك يحتمل من وجود سقط.

804 فلا يسمع.

805 فلا يصح.

806 يبن.

قيل له: إنّ كُفر الأبوين يمنع حُكم الإسلام بالدار على الانفراد. ألا ترى أنّ ولد النصرانيين يكون نصرانيًّا في دار الإسلام، ولم يصر مسلمًا لأجل الدار، لأنّ حكم الأبوين أكدّ من حكم الدار على الانفراد في الابتداء. فأمّا إذا لم يكن في دين الأبوين مخالفًا لحكم الدار فإنّه يثبت له الإسلام بالأبوين وبالدار جميعًا، ثم لا ينتقل عنه بردّهما كما لا ينتقل عن حُكم الإسلام بردّة أحد أبويه.

ووجه آخر للمسألة، وهو: أنّ الأبوين ما لم يلحقا بدار الحرب فحكم الإسلام باقٍ لهما، ولا ينقطع عنهما حكم الدار، ويدلّ عليه: أنّه لا يقسم مالهما، ولا تُسترق[807] المرأة، فلمّا بقي لهما حكم الإسلام لأجل بقائهما في الدار وَجب ألّا ينتقل البنت[808] أيضًا عن حكم الإسلام بالدار[809] لبقائهما على حكم الدار. ألا ترى إلى قوله عليه السلام: ((كلّ مولودٍ يولد على الفطرة فأبواه يهوّدانه وينصّرانه حتى يُعبر[810] عنه لسانه))[811]، فأثبت له حكم الإسلام بنفسه وأوجب النقل بهما، فإذا كانا باقيين على[812] [39ب] حكم الدار، فالصبيّة أولى بذلك، فلا تقع الفرقة بينها وبين زوجها، وكان أبو الحسن يحتجّ بذلك للمسألة.

مسألة

قال محمد: ولو كانا ارتدّا ولحقا بها إلى دار الحرب بانت من زوجها.

قال أبو بكر: أمّا على الوجه الأوّل: فإنّها قد خرجت من حكم دار الإسلام لحصولها في دار الحرب، فزال عنها حكم الإسلام من جهة الدار والأبوين جميعًا، فأوجب ذلك انتقالها إلى الردّة. وعلى الوجه الثاني: أنّ الأبوين لم يبقَ لهما من أحكام الإسلام شيء، فلمّا استقرّ لهما حكم الكفر والصبيّة معهما صارت إلى حكمهما وبانت من زوجها، وليس ذلك أن يلحقا هما[813] بدار الحرب ويتركا الصبيّة في دار الإسلام، فلا تلحق[814] الصبيّة بحكمهما من قِبل أنّ اختلاف الدارين بهما، وبها يمنع لحاقها بحكمهما، وإنّما جاز أن ينتقل إلى حُكم الأبوين بلحاقهما بها إلى دار الحرب مرّتين لقوله صلى الله عليه وسلم: ((كلّ مولودٍ يولد على الفطرة فأبواه يهوّدانه وينصّرانه))[815]، ومعناه: أنّ حكمه حكم الإسلام، وينقله أبواه عنه إلى الكفر، ولم يرد بذلك أنّه يصير مسلمًا، ثم ينتقل إلى الحكم لكن كفر الأبوين يمنع وقوع حكم الفطرة، فإذا

---

807 ولا يسترق.
808 الإستـ
809 بالدار
810 يُعرب.
811 الموطأ، جامع الجنائز، 646؛ صحيح البخاري، الجنائز، 79، 92، ومواضع أخرى. لكن لفظة "حتى يعبر عنه لسانه" أو ما قاربها فهي في صحيح مسلم، 23 (2658) إلخ.
812 + على.
813 ان يلحقهما.
814 يلحق.
815 سبق تخريجه.

كانت الصبيّة مسلمة بحكم الفطرة انتقلت عنها بالأبوين كما يمنع كفر الأبوين في الابتداء وقوع حكم الفطرة لها، والمعنى الجامع بينهما: أنّ الصبيّ لا إسلام له في نفسه، فاتبع غيره في حكم دينه.

فصل

قال محمد: ولو ماتت أمّها مسلمة في دار الإسلام أو بعدما ارتدّت، ولحق بالصبيّة أبوها مرتدًّا إلى دار الحرب لم تبن من زوجها. [40أ]

قال أبو بكر: وذلك لأنّ حكم الإسلام ثابت للأمّ، فلا ينقلها عنه أحدُ الأبوين، لأنّ النبي صلى الله عليه وسلم إنّما أوجب النقل بهما. ألا ترى أنّ النصرانيين إذا تمجّس أحدهما لم ينتقل الولد إلى المجوسيّة، لأنّهما لم يجمعا على نقله إليها، إذ كان للنصرانيّة بعض أحكام الإسلام من جواز المناكحة وأكل الذبيحة.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ مسلمًا تزوّج صبيّة نصرانيّة زوّجها إيّاه أبوها، والأبوان نصرانيّان، ثمّ إنّ الأب صار مجوسيًّا والأمّ على نصرانيّتها، قد ماتت وهي حيّة لم تبن من زوجها.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ أحد أبويها باقٍ على النصرانيّة، وله بعض أحكام الإسلام، فلا ينقلها عنه انتقال أحدهما إلى المجوسيّة.

فصل

قال محمد: ولو تمجّس أبواهما جميعًا، والجارية صبيّة على حالها بانتْ من زوجها.

قال أبو بكر: وذلك لأنّها لحقت بحُكم الأبوين لاجتماعهما على المجوسيّة، وذلك حكم ثبت لهما في دار الإسلام، ويقرّان عليه، فلمّا كان ذلك حكمًا يقرّان عليه في دار الإسلام لحقت الصبيّة بهما فيه، وليس ذلك كردّتهما إذا كانا مسلمين، لأنّ المرتدّ مجهول على حُكم الإسلام ما دام في دارنا. ألا ترى أنّه لا يُقرّ على ردّته ويرثه ورثته من المسلمين.

فصل

قال محمد: ولا مهرَ لها.

قال أبو بكر: لأنّ الفرقة جاءت من قِبلها حين حصلت مجوسيّة في الحكم، فصار ذلك كردّة المرأة المسلمة قبل الدخول.

فإن قيل: فلم لا يضمن[816] الأبوان نصف المهر للزوج، ويضمنه الزوج لها كالمرأة الكبيرة إذا ارتضعت الصغيرة [40ب] متعمّدة للفساد.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ الرضاع معنى مفعول فيها ومقصودة بذلك، وثبتت حرمته بينهما، فصارت جانيةً بذلك إذا تعمّدت الفساد كحافر البئر، فلذلك ضمنت. وأمّا التمجّس فإنّما هو معنى فَعَلَاه في أنفسهما، ثمّ لحق الصبيّ بهما من جهة الحكم.

مسألة

قال محمد: وإذا أدركت الصبيّة وهي مسلمة عاقلة، وأبواها مسلمان، ثمّ صارت معتوهة، فزوّجها أبوها، ثمّ ارتدّا ولحقا بها إلى دار الحرب لم تبن من زوجها.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه قد ثبت لها حكم الإسلام بنفسها واعتقادها، فلا ينقلها عنه أبواها أبدًا، ولا تصير كافرة إلّا باعتقاد يضاد الاعتقاد الذي فعَلته. وأيضًا فإنّ النبي صلى الله عليه وسلم أنّما ألحق الصبيّ بحكم الأبوين في الكفر ما لم يصر له إسلام بنفسه، لأنّه قال: ((حتى يُعرب لسانه))[817]، فإذا أعرب عنه لسانه خرج من حكمهما، ولم يلحق بهما.

مسألة

قال محمد: ولو تزوّج مسلم صبيّة لها أبوان نصرانيًّا فكبرتْ الصبيّة، وبلغتْ وهي لا تعقل[818] النصرانيّة ولا دينًا من الأديان، ولا تصفه[819] إلّا أنّها ليست بمعتوهة بانتْ من زوجها. وكذلك لو كانت مسلمة، فبلغت، وهي عاقلة إلّا أنّها تصف الإسلام، ولم تعرف[820] أنّها تبِين[821] من زوجها.

قال أبو بكر: لأنّ حكم الأبوين قد زال عنها بالبلوغ، وصار حكم الدين متعلّقًا باعتقادها، فإذا لم تعتقد النصرانيّة في تلك الحال لم تكن نصرانيّة، وكذلك إذا لم تعتقد الإسلام لم تكن مسلمةً، [41أ] فإذا أخرجت من أن تكون[822] كتابيّة أو مسلمة بانت من زوجها، لأنّ الذي يباح للمسلم[823] مناكحة نساء أهل الكتاب أو أهل الإسلام.

فصل

---

816 لا ضمن.
817 سبق تخريجه.
818 لا يعقل.
819 ولا يصفه.
820 ولم تعرفه.
821 تبيّن.
822 ان يكون.
823 المسلم.

قال محمد: ولو كانت اللتان بلغتا عقلتا قبل أن تبلغا صفة النصرانيّة والإسلام، فلم يصفا ذلك ، ولا غيره لم تبن واحدة منهما من زوجها، لأنّها على دين أبويها.

قال أبو بكر: بنى المسألة[824] الأولى على[825] أنّهما لم يعرفا شيئًا من الأديان بعد البلوغ، لا أنّهما سكتا[826] ولم يصفا، والمسألة[827] الثانية على أنّهما عرفتا ذلك قبل البلوغ، ولم تصفاه، وهما صغيرتان، فتكونان[828] على حكم الأبوين ما لم تبلغا، لأنّ البلوغ علم قد نصبه[829] الله لإثبات التكلّف ولزوم الأحكام. وقبل ذلك حكمها حُكم الأبوين، وهما وإن كانتا قد عقلنا الإسلام قبل البلوغ، فليستا مخاطبتين بإظهاره، فلا تصير كافرة تترك إظهاره إذا لم تكن مأمورة بالإظهار.

فصل

قال محمد: فإن وصفت المجوسيّة، ودانت بها وهي تعقل[830] ذلك، وإن لم تبلغ بانت من زوجها في قول أبي حنيفة ومحمد وفي قول أبي يوسف تكون مسلمة بإظهارها ذلك، ولا تكون[831] كافرة إذا ظهرت الكُفر قبل البلوغ.

قال أبو بكر: يكون الصبيّ مسلمًا بإسلام نفسه عندهم جميعًا إلّا زفر، فإنّه لا يثبت له حكم الإسلام بإظهار ذلك إذا كان أبواه كافران، ثم قال أبو حنيفة ومحمد: ارتداده ارتداد، وقال أبو يوسف: ارتداده ليس بارتدادٍ، [41ب] وإنّما كان إسلامه إسلامًا، لأنّ الأمّة نقلت أنّ علي بن أبي طالب عليه السلام أسلم وهو صغير، فأثبتوا له الإسلام في حال الصغر[832]، ولو لم يثبت له ذلك على الحقيقة ما كان لنقلهم ذلك من فعله معنى، وفي ذلك إثبات إسلام الصغير بإظهاره ذلك.

ووجه آخر، وهو: أنّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: ((كلّ مولودٍ يولد على الفطرة فأبواه يهوّدانه وينصّرانه حتى يُعبر[833] عنه لسانه))[834]، فإمّا شاكرًا وإمّا كفورًا، فعلّق حكم الإسلام بإعراب لسانه عنه، لأنّ البلوغ وإعراب لسانه عنه إنّما هو العبارة عما يعتقده بفعله، ولم يشترط البلوغ في ذلك، فصح إنّ حكم الإسلام متعلّق باعتقاده إذا صار له اعتقاد.

---

824 المسلمة.
825 علم.
826 سكتا
827 والمسلمة.
828 فيكون.
829 قد نصّته.
830 يعقل.
831 ولا يكون.
832 لم أعلم ما يدل على أن الأمة نقلت إسلام علي رضي الله عنه بأخبار مسندة يتفق عليها أهل الحديث والأخبار، ولكن الظاهر من كلام المحدثين وأصحاب السير أنه لا مطعن في كون علي رضي الله عنه أسلم صغيرا، فمنها قول ابن كثير: " أسلم علي قديما، وهو ابن سبع وقيل ابن ثمان، وقيل تسع، وقيل عشر، وقيل أحد عشر، وقيل اثني عشر، وقيل ثلاثة عشر، وقيل أربع عشرة، وقيل ابن خمس عشرة، أو ست عشرة سنة، قاله عبد الرزاق عن معمر عن قتادة عن الحسن، ... وقد ورد عن علي أنه قال: أنا أول من أسلم، ولا يصح إسناده إليه. وقد روي في هذا المعنى أحاديث أوردها ابن عساكر كثيرة منكرة لا يصح شيء منها". (البداية والنهاية 412/10)؛ ومنها أيضا قول ابن حجر في الإصابة: " أول الناس إسلاما في قول كثير من أهل العلم". (الإصابة 269/4)
833 يُعرب.
834 سبق تخريجه.

ووجه آخر، وهو: أنّه متى صار له اعتقاد، فإثبات إسلامه باعتقاده أولى من إثباته باعتقاد غيره، وإن لم يكن له اعتقاد صحيح. ألا ترى أنّ اعتقاد الأبوين ليس هو اعتقاد له، ومع ذلك قد ثبت له حكمُ الإسلام به، فباعتقاد نفسه أخرى أن يثبت له الإسلام، وذهب زفر في ذلك إلى ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: ((رُفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق، وعن الصبيّ حتى يبلغ))[835]، قال: فلا أثبت له حكم الاعتقاد إلّا بالبلوغ. واستدلّ على ذلك أيضًا باتّفاق الجميع على بُطلان طلاقه وعتقه وسائر عقوده. قال: فكذلك الإسلام والانفصال من ذلك أنّ حكم الإسلام مفارق لهذه الأحكام، لأنّ حكم الدين يثبت له بغيره ويتبعه فيه ولا [42أ] يتبع غيره في حكم الطلاق والعتاق وسائر العقود فلذلك اختلفا.

قال أبو بكر: وإذا صحّ ذلك وجب أن يكون كفره كفرًا أيضًا، لأنّه رفع ذلك الاعتقاد، فإذا ثبت له اعتقاد الإسلام بنفسه، فينبغي أن يثبت له حكم ضدّه إذا اعتقده، إذ كلاهما فعله، وليس أحد الفعلين بأولى بإثبات حكمه من ضدّه إذا فعله، وذهب أبو يوسف إلى أنّ إسلامه إسلام، لأنّه ينفعه كقبوله الهبة إذا وهبت له. وأمّا الكفر ففيه ضرر عليه، فلا يجوز عليه كما لا تجوز هبته وجميع ما يلحقّه الضرر من العقود.

والجواب عن ذلك: أنّهم قد اتّفقوا على أنّ حكم الكفر ثبت له بأبويه مع ما يلحقه من الضرر به، وإن لم يكن لحاقه بحكم أبويه في الكفر، والردّة إذا لحقا به إلى دار الحرب بمنزلة هبة ماله بل يثبت له حُكمها، كذلك يجوز أن يثبت ذلك له باعتقاد نفسه، بل ثبوته باعتقاد نفسه أخرى من ثبوته باعتقاد غيره.

باب نكاح ما يقام عليه البيّنة من المرأة والزوج الذي يفرّق بين المرأة وزوجها

قال محمد: وإذا ادّعى رجل نكاح امرأة فأنكرت ذلك، فأقام عليها شهودًا بأنّها امرأته، وأقامت المرأة شاهدين أنّه تزوّج أختها قبل الوقت الذي ادّعى فيه نكاحها، وأنّها امرأته على حالها، والزوج ينكر ذلك، فإنّ أبا حنيفة قال: أقضي على المرأة التي ادّعى الزوج نكاحها بالنكل إذا كانت الأخت الأخرى غائبة، ولا ألتفت إلى بيّنة المرأة الشاهدة. [42ب] وقال أبو يوسف ومحمد: لا أقضي بنكاح الغائبة ولا بنكاح الشاهدة، ولكنّي أقف الأمرين جميعًا، فإن حضرت الغائبة فأقامت البيّنة على ما ادّعى لها الشاهدة أخذت بينتها، وقضيتُ بأنّها امرأته وفرّقت بينه وبين التي ادّعى نكاحها. وإن حضرت الغائبة، وأنكرتْ ما يشهد لها به الشهود قبلت بينة الزوج على الشاهدة، وهو استحسان وليس بقياسٍ، والقياس قول أبي حنيفة.

[835] صحيح البخاري، الطلاق، 10 معلّقًا موقوفًا على علي رضي الله عنه؛ سنن النسائي، الطلاق، 21؛ سنن أبي داود، الحدود، 16؛ سنن الترمذي، الحدود، 1؛ سنن ابن ماجه، الطلاق، 15 وغيرهم بألفاظ مختلفة متقاربة تؤدي المعنى نفسه.

قال أبو بكر: وحكى علي بن الحسن الرازي عن أبي يوسف أنّه قال في الإملاء: أفسخ نكاح الحاضرة، ولا أحكم بنكاح الغائبة. وحكى بشر بن غياث[836] أنّه قال: أحكم بنكاح الغائبة وأفسخ نكاح الحاضرة.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّه لا يجوز القضاء على غائب ولا لغائب إلّا بخصمٍ حاضر عندهم جميعًا، وإثبات نكاح الغائبة لا يخلو[837] من أن يكون حقًّا لها أو عليها، لأنّها إن ادّعت كان حقًّا لها، وأنكرت فهو حقّ عليها، وأيّ الوجهين كان فالحاضرة غير خصم عنها، وذلك لأنّ الحاضر لا يكون خصمًا عن الغائب عندهم إذا لم يكن وكيلًا إلّا بأحد معانٍ:

إمّا أن يكون الحقّ الذي يثبت على الحاضر هو بعينه يثبت على الغائب، ولا يمكن القضاء على الحاضر إلّا بإثباته على الغائب، فيكون حينئذ الحاضر خصمًا عن الغائب، وما يثبت عليه يثبت على الغائب، وذلك نحو رجل ادّعى على رجل أنّه كفل له عن فلان بجميع ماله عليه، وأقرّ الكفيل بالكفالة، وأنكر المال، فأقام المدّعي البيّنة أنّ له على فلان الغائب ألف درهم، فإنّه يقضي به على الكفيل، وعلى المطلوب الغائب، وذلك لأنّ الذي يثبت [43أ] على الكفيل هو الذي يثبت بعينه على الغائب، ولا يمكن إثباته على الكفيل إلّا بإثباته على الغائب، فلذلك صار خصمًا. ونظير ذلك أيضًا رجل أقام البيّنة على دار في يديّ رجل أنّ الذي في يديه اشتراها من فلان الغائب، وأنّه شفعيها[838]، فتقبل بيّنته، ويقضي بالبيع على الغائب، وذلك لأنّ الحقّ الذي يدّعيه بالشراء وهو حقّ الشفعة يثبت على الغائب كثبوته على الحاضر بنفس الشراء، ولا سبيل إلى إثباته على الحاضر إلّا بإثباته على الغائب، فلذلك كان الحاضر خصمًا فيه. وكذلك رجل ادّعى دارًا في يديّ رجل أنّها له اشتراها من فلان الغائب، وأقام البيّنة قبلت بيّنته، وحكم بالشراء على الغائب، وذلك لأنّ الذي يدّعيه المدّعي من استحقاق ملك الذي في يديه لا يمكن إثباته إلّا باستحقاق ملك الغائب بالعقد الذي أثبته، فصار الحاضر خصمًا عن الغائب إذا كان ما يستحقّ عليه بعينه من ملك الدار هو بعينه يستحقّ على الغائب، ولا سبيل إلى استحقاقه على الغائب إلّا بالقضاء عليه، فصار القضاء على الحاضر قضاء على الغائب، فهذه المسائل التي يكون المستحقّ على الحاضر هو بعينه مُستحقًا على الغائب، ويكون الاستحقاق على الحاضر متعلّقًا بصحّة الاستحقاق على الغائب.

ووجه آخر ممّا يكون القضاء فيه على الحاضر قضاء على الغائب: وهو أن يكون الذي يدّعيه على الحاضر حقًّا متعلّقًا بمعنى يثبت على الغائب، ولا يمكنه إثباته إلّا بإثبات حقوقه وما يتعلّق به، فيكون الحاضر خصمًا عن الغائب في إثبات المعنى الذي تعلّق به هذا الحقّ إذا كان من حقوقه لا يعرى منه. ونظير ذلك [43ب] رجل قُتل، وله وليّان، فغاب أحدهما، وأقام الحاضر البيّنة أنّ الغائب قد عفى، وطلب بحصّته من الدّية، فتقبل بيّنته، ويقضى على الغائب بالعفو، لأنّ انتقال نصيبه إلى الدّية هو حقّ من حقوق عفو الآخر لا يُعرى منه، فلذلك كان خصمًا عنه. ونظيره أيضًا شاهدان شهدا على رجل بحقّ، فقال المشهود عليه: "هما عبدان"، فأقام المشهود له البيّنة أنّهما كانا عبدين لفلان أعتقهما، فتقبل بيّنته على الغائب بعتقهما، وذلك لأنّ الحرّية من حقوق الشهادة التي لا يُعرى منها، والمدّعي خصم في تصحيح شهادة شهوده،

---

836 انظر: أخبار أبي حنيفة وأصحابه للصيمري، ص 156.
837 لا يخلوا.
838 شفعتها.

فمن حيث لم يمكنه تصحيحُها إلّا بإثبات الحرّية على الغائب، وكانت من حقوقها كان المشهود عليه خصمًا عن الغائب في إثبات الحرّية للشاهدين عليه.

فإن قيل: فقد قال أبو حنيفة في العبد بين رجلين إذا أقام البيّنة على أحدهما: إنّ شريكه الغائب أعتقه أنّ بيّنته لا تقبل[839] في إثبات الحرّية، ولا يكون خصمًا عن الغائب في استحقاق يده وإثبات حقّ الحرّية فيه، ومعلوم أنّ من حقوق حرّية أحدهما حصول العبد في يد نفسه لا محالة كما قلنا، إنّ من حقّ عفو العافي انتقال نصيب الشريك مالًا.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ عتق أحد الشريكين وإن صار به العبد حرًّا في يد نفسه فإنّه يجوز أن يصير به في يد نفسه بمنزلة الكتابة ممّن حصل من جهته في يد نفسه. ألا ترى أنّ الشريك متى اختار الضمان صار العبد بمنزلة المكاتب للمعتق، وإن اختار السعاية كانت كتابته من جهة الذي يعتق، فصار في هذا الوجه بمنزلة إقامته البيّنة على أنّ أحدهما كاتبه، ولم يبين الشهود أيّهما هو المكاتبُ، [44أ] فلا تقبل[840] بيّنته. وأمّا عفو أحد الوليّين، فإنّه ينقل نصيب شريكه من الدم مالًا، ولا يختلف حكمه بوجهٍ، فلذلك قبلت بيّنته، وصار القائل خصمًا له في إثبات عفو الغائب، ونحن على هذا المعنى مسائل كثيرة كرهت إطالة الكتاب نذكرها، إذ كان ضبط ما وصفنا يغني عن إيرادها.

وأمّا إذا ادّعى حقًّا وأراد إثبات معنى ليس هذا الحقّ المدّعي من حقوقه ليتوصّل به إثبات الحقّ الذي يدّعيه، فإنّ الحاضر لا يكون فيه خصمًا عن الغائب، وإن لم يمكنه استحقاق ما يدّعيه إلّا بإثبات ذلك المعنى على غائب. ونظير ذلك ما قالوا في رجل اشترى جاريةً، ثم ادّعى أنّ لها زوجًا غائبًا أنّه لا تقبل بيّنته على ذلك، لأنّ الردّ بالعيب ليس من حقوق النكاح، وهو فإنّما يريد إثبات النكاح ليتوصّل به إلى حقّ له من حقوق النكاح، فلا يلتفت إلى بيّنته. ومسألة الكتاب من هذا القبيل، وذلك لأنّ هذه الحاضرة لا حقّ لها في نكاح الغائب، وإنّما يريد إثبات نكاح الغائبة ليتوصّل به إلى فساد نكاحها، وليس فساد نكاحها حقًّا من حقوق الغائبة، فلذلك لم يكن خصمًا. وأيضًا فإنّ إثبات نكاح الغائبة لا يوجب إفساد نكاح الحاضرة في جميع الأحوال، وذلك لأنّه قد يثبت نكاح الغائب، ثم يفارقها، فينكح الحاضرة ويصحّ نكاحها.

ومن هذا القسم أيضًا: رجل اشترى عبدًا بيعًا فاسدًا، وقبضه، ثم جاء البائع لفسخ البيع، فأقام المشتري البيّنة أنّه قد باعه من فلان الغائب، فلا تقبل من قِبل أنّ بطلان حقّ البائع في الفسخ ليس من حقوق شراء المشتري الثاني، ولا يثبت عليه شيء منه، فلم يكن خصمًا فيه. وكذلك لو أنّ رجلًا [44ب] اشترى دارًا فجاء رجل، وادّعى أنّه قد كان اشترى الدار التي جنبها قبل شراء هذا المشتري لهذا بشهر، وأراد أحدهما بالشفعة لم يقبل القاضي بيّنته على البائع، لأنّه ليس وجوب الشفعة في هذا الدار من حقوق شراء الدار الأخرى، ولا يثبت على البائع بعقده، وإنّما أراد أن يثبت حقًّا على الغائب من غير خصمٍ ليتوصّل به إلى إثبات حقّ له آخر غير متعلّق به، ولا يثبت على الغائب منه شيء، فلذلك لم تقبل البيّنة. وكذلك لو أنّ رجلًا أقام البيّنة على رجل أنّه فقأ عين عبد له، وهو غائب لم تقبل بيّنته، لأنّ الغائب له يد في نفسه ما لم

---

[839] لا يقبل.
[840] فلا يقبل.

يثبت رقيقًا لغيره، ولا سبيل له إلى استحقاق الأرش على الفاقيء إلّا باستحقاق رقّ الغائب، وليس الفاقيء خصمًا على الغائب إذا كان الذي يثبت على الغائب إنّما هو الرقّ، وما يريد إثباته على الفاقيء إنّما هو الجناية، وليست الجناية من حقوق ملكه، ولا ثبوت ملكه على الغائب ليتوصّل به إلى معنى آخر بيّنته على الحاضر لو لم يكن قود، وإنّما يريد إثبات ملكه على الغائب ليتوصّل به إلى معنى آخر بيّنته على الحاضر ليس من حقوقه، ولا يثبت عليه منه شيء، فلذلك لم تقبل بيّنته.

وقال أصحابنا في رجلٍ وَكّل رجلًا بإخراج امرأته أو عبده، فأقامت البيّنة المرأةُ على الطلاق والعبدُ على العتاق: فإنّه يسقط حقّ الوكيل في إخراجهما، ولا يقضى بالطلاق ولا بالعتاق ولا بالطلاق، ويوقف الأمر، وليس هذا من جنس ما وصفنا ولا من نظائر مسألة الكتاب، وذلك لأنّ المرأة والعبد يدّعيان عزل الوكيل وسقوط حقّه في الإخراج بالطلاق والعتق، [45أ] وقد يمكن إثبات ذلك من غير إثبات الطلاق والعتق. ألا ترى أنّ الموكّل لو عزله سقط حقّه فليس هذا من الحقوق التي يتعلّق العتق والطلاق حتى يُعرى منها، فيحتاج إلى الحكم بهما من حيث كان عزل الوكيل متعلّقًا بهما، فلذلك أسقطنا حقّ الوكيل، ولم يثبت العتق والطلاق على الغائب. ونظير ذلك: رجل ادّعى عبدًا في يديّ رجل فأقام الذي في يديه البيّنة أنّه لفلان الغائب أودعه إيّاه، فتقبل بيّنته في دفع خصومة المدّعي، ولا يثبت الملك للغائب، لأنّه يَستغني في إسقاط الخصومة بشهادتهم أنّ فلانًا أودعه من غير إثبات الملك له، فلذلك لم يحتج إلى إثبات ملك الغائب، وكذلك المرأة والعبد يدفعان خصومة الوكيل، وإن لم يحكم على الغائب بالعتق والطلاق. وأمّا المدّعية لنكاح أختها الغائبة[841]، فلم يدّع حقًّا في نكاح الأخت، لأنّ نكاح الأخت لاحقّ لها فيه، ولو ثبت أيضًا لم يكن باقيًا لنكاحها في جميع الأحوال، إذ قد يصحّ نكاحها بعد نكاح أختها، وليس فسخ نكاحها في نكاح أختها.

وفي مسألة الوكيل ما أثبت من طلاقها حقّ لها في نفس ما وكّل به من إخراجها، لأنّ فيه صرفه عن ذلك من جميع الوجوه، وذلك لأنّ صحّة الوكالة إذا كانت متعلّقة بصحّة بقاء النكاح والملك، وكانت المرأة والعبد خصمًا في إسقاط النكاح والملك عن أنفسهما كانا خصمًا في إسقاط الحقّ الذي تعلّق بهما، وليس نكاح الغائبة حقًّا في نكاح الحاضرة، فلهذا افترقا. وأمّا أبو يوسف ومحمد فإنّهما تركا القياس [45ب] في هذه المسألة واستحسنا احتياطًا للفرج، ولأنّ القاضي خصم في المنع من وطء حرام، فوقفا الأمر على ما بيّنا.

فصل

قال محمد: وكذلك لو أقامت الحاضرة بيّنة على إقرار الزوج بنكاح الغائبة، والزوج ينكر ذلك كان هذا والأوّل سواء على ما وصفنا لك في قولهم جميعًا.

[841] الغايب.

قال أبو بكر: لأنّ إقراره بنكاح الغائبة غير مانع من نكاح الحاضرة في جميع الأحوال، وإنّما الموجب بفساده هو بقاء النكاح بينهما في الحال.

فصل

قال محمد: فإن أقرّ الزوج في المسألتين جميعًا بأنّ الغائبة كانت امرأته سئل هل كان بينه وبينها فرقة، فإن أنكر فرّق بينه وبين الشاهدة، ولم يصدّقه على نكاح الغائبة إلّا أن تحضر، فيقرّ له بما أدّى.

قال أبو بكر: إقراره بنكاح الغائبة ليس بمانع جواز نكاح الحاضرة، وإنّما بقاء النكاح بينهما يمنعه، فلمّا لم يكن في إقراره تحريم نكاح الحاضرة من جميع الوجوه لم يفسد نكاح الحاضرة حتى يسأله، فإن أقرّ ببقاء نكاح الغائبة فرّقنا بينه وبين الحاضر لإقراره بفساد نكاحها.

فصل

قال محمد: وإن قال: "قد كانت امرأتي فطلّقتُها قبل أن أدّخل بها أو دخلت بها، فطلّقتُها، وانقضت العدّة"، وكذّبتْه الشاهدة فيما ادّعى من الطلاق وانقضاء العدّة، وأقام بيّنة على نكاح الشاهدة، فإنّ أبا يوسف ومحمدًا قالا في هذا: نقض على الشاهدة وإن لم تحضر[842] الغائبة.

قال أبو بكر: لأنّ إقراره بنكاح الغائبة لما لم يوجب تحريم الشاهدة من جميع الوجوه، وكان ذلك سببًا فيما بينه وبين الله صدق عليه كما [46أ] تصدق المرأة إذا قالت: "مات زوجي وانقضت عدّتي" في جواز نكاحها، ويصدّق الزوج في جواز نكاح الأخت وأربع سواها إذا قال: "طلّقتها قبل الدخول -أو بعد الدخول- وانقضت عدّتها".

فإن قيل: فهلّا وقع[843] الزوج إذا شهد الشهود على إقراره بنكاح الأخت الغائبة كما وقعته إذا أقرّ به بين يديّ القاضي.

قيل له: من قِبل أنّ شهادة الشهود على إقراره[844] بذلك لا تلزمه[845] حقًّا. ألا ترى أنّ الرجوع إلى قوله في طلاق الغائبة أو بقاء نكاحها، فلمّا لم يكن للحاضرة حقّ في هذه البيّنة لم تقبل. وأمّا إذا أقرّ فقد ثبت إقراره، ولا يحتاج في صحّته إلى حُكم الحاكم، فلذلك وقعناه على ما أقرّ به.

فصل

---

842 لم يحضر.
843 وقعت.
844 إقراه.
845 لا يلزمه.

قال محمد: وكذلك لو قدّمت الغائبة فكذّبته في الطلاق، وادّعت أنّها امرأته، فإنّ الطلاق واقع عليها على ما ادّعى، وعليها العدّة مُذ يوم أقرّ بالطلاق إن كان قد دخل بها والثانية امرأته لا يبطل[846] نكاحها.

قال أبو بكر: لما كان القول قول الزوج في الطلاق وانقضاء العدّة، لأنّ الطلاق إليه وهو يملكه، وكان جواز نكاح الأخت حقًّا فيما بينه وبين الله صدّق فيما كان من حقّه، ولا يصدّقه عليها في إبطال نفقة عدّتها، فتلزمه نفقتها إلى أن يقرّ بانقضاء العدّة كما أنّ رجلًا لو طلّق امرأته، وقال: "قد أخبرتني أنّ عدّتها قد انقضت أبحنا له[847] في الحكم تزويج أختها، ولم يصدق على إسقاط نفقتها إذا لم يصدّقه بانقضاء العدّة.

فصل

قال محمد: فإن جاءت بولدٍ ما بينها وبين سنتين مُذ يوم أقرّ الزوج بطلاقها [46ب] ثبت نسبه[848] من الزوج، وفرّق بينه وبين الحاضرة.

قال أبو بكر: ثبوت نسب ولدها يوجب الحكم بكونها مُعتدّة في تلك المدّة، لأنّ الوطء الذي كان منه العُلوق محكوم بأنّه كان في النكاح، وإذا كان ذلك كذلك فقد وقع الحكم بكونها معتدّة إلى أن تضع[849] ويستحيل إلّا أن تكون معتدّة في تلك المدّة مع ثبوت النسب، وليس كذلك الحيض، لأنّه لا يستحيل وجود الحيض بعد الطلاق، ولا تكون[850] عدّة، وهي أن تحيض بعد انقضاء العدّة، فلمّا كان للحيض وجهان: تارّةً يكون عدّة وتارّةً لا يكون عدّة، ولم تحض[851] بحكم الفراش صدّق الزوج فيما بينه وبين الله على صرفها إلى أحد الوجهين، وليس كذلك ثبوت النسب، لأنّه لا يجوز انتفاؤه من وجهٍ وثبوته من وجه آخر، فأوجب ذلك الحكم بثبوت الفراش في الأحوال كلّها، فانتفى بذلك نكاح أختها لاستحالة جواز نكاح أختها مع ثبوت حُكم فراشها منه.

أمّا من جهة بقاء النكاح أو وجود العدّة، وهذا كما قالوا في أحد التوأمين: إذا باعه المولى، وقد حملتهما الأمة في ملكه، فأعتقه المشتري، ثم ادّعى المولى الولد الذي عبده، فيفسخ عتاق المشتري، لأنّ ثبوت أحدهما شاهد على الآخر، ووجب الحكم بحريّته يوم العُلوق لاستحالة ثبوت نسب أحدهما منه دون الآخر، ولو كان باع الأمة أيضًا فأعتقها المشتري، ثمّ ادّعى البائع الولد الذي عنده لم يفسخ عتق المشتري في الأمّ، ولا يكون ثبوت نسب الولد شاهدًا على ثبوت الاستيلاد فيها إذا حصل فيها ما يمنع فسخ الملك، لأنّ ثبوت نسب الولد وكونه [47أ] حرّ الأصل قد ينفرد عن ثبوت الاستيلاد. ألا

---

[846] لا تبطل.
[847] احاله
[848] ثلث نبه
[849] أن يضع.
[850] ولا يكون.
[851] ولم تحيض.

ترى أنّ ولد المغرور ثابت النسب منه حرّ الأصل، ولا يوجب استيلاد في الأمّ، فالعدّة بالحيض تُشبه ثبوت نسب الولد في إيجاب الاستيلاد في الأمّ في المسألة التي ذكرنا في باب أنّ الحيض لا يكون موجبه للحكم بكونها معتدّة، ولا شاهدًا به لجواز انفرادها عن كونها عدّة.

وأمّا التوأمان فإنّه لما امتنع ثبوت نسب أحدهما دون الآخر كان شاهدًا على الآخر، وكذلك ثبوت نسب الولد في مسألتنا نسبة مسألة التوأمين على الوجه الذي وصفنا، ويدلّ أنّ الحكم بثبوت النسب حكم ببقاء الفراش من جميع الوجوه، وأنّه مخالف للحيض أنّ من خلا بامرأته، ثم قال: "لم أدخل بها" لم يكن له عليها رجْعَة مع كونها في العدّة، ولو كانت حاملًا كان له عليها رجعة لوقوع الحكم بأنّه منه على الوجه الذي وصفنا.

فصل

قال محمد: ولو أقامت الشاهدة البيّنة أنّه تزوّج أمَّها أو بنتها قبل الوقت الذي ادّعى فيه نكاحُها، ولم يقم له بيّنة على دخول منه بها، فإنّ هذا والأوّل سواء على الخلاف.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ نكاح الحاضرة لا ينتفي من هذه الجهة إلّا بثبوت نكاح الغائبة، وليس فسخ نكاح هذه حقًّا من حقوق نكاح الغائبة، فلم يكن خصمًا في إثباته على ما بيّنا في الأختين.

فإن قيل: هذه البيّنة تتضمّن[852] تحريم نكاحها، لأنّ العقد على ألّا يثبت[853] تحريم الأمّ، ولا يجوز وجوده عاريًا من إيجاب هذا الحكم.

قيل له: إنّ حقّها في ذلك إنّما هو فسخ نكاحها، [47ب] وذلك موقوف عندنا على صحّة نكاح إلّا ثبت، وليست هي خصمًا، فلا يجوز فسخه مع عدم ثبوته، وقد يجوز أن يوجَد مثل هذا القول الذي هو العقد من الزوج، فلا يمنع الحاضرة، وهو أن يكون فاسدًا، فإذا لم يمكننا الحكم بصحّة هذا القول لعدم الخصم في إثباته لم يفسد نكاح الحاضرة.

فصل

قال محمد: وكذلك لو أقامت البيّنة على إقراره بنكاح الأمّ ولم يقم البيّنة على الدخول.

قال أبو بكر: وهذا مثل قيام البيّنة على إقراره بنكاح الأخت، فلا يبطل نكاح الحاضرة، لأنّ نكاح الأمّ لا ينفي نكاح البنت من جميع الوجوه.

---

[852] يتضمّن.
[853] الّا ثبت.

فصل

قال محمد: ولو أقامت الحاضرة البيّنة على إقرار الزوج بنكاح البنت فرّق بينهما، ولم يقض بنكاح البنت.

قال أبو بكر: لأنّ قيام البيّنة على إقرار الزوج مثل إقراره به عند القاضي، وإقراره بنكاح البنت متضمّن تحريم الأمّ نكاح الحاضرة، فبطل نكاحها، ولا تشبه شهادتهم على أصل النكاح شهادتهم على إقراره، وإن كان كلّ واحد منهما قبولًا[854] من جهته في هذا الوجه، وذلك لأنّ العقد إنّما هو الإيجاب والقَبول، والشهادة واقعة على حكاية هذا القول، وقوله: "زوّجيني[855] نفسك" ليس بإقرارٍ منه بأنّه تزوّجها، وقبولها لم يثبت، إذ ليس ههنا خصم عنها، ولا يجوز إثبات التحريم إذا شهدوا بالعقد إلّا بثبات عقد صحيح، لأنّ العقد الفاسد لا يحرم شيئًا.

وأمّا إذا أقرّ هو فإنّا لا نحتاج إلى إثبات العقد في إيجاب التحريم، لأنّ حُكم إقرار الإنسان إن يثبت ما كان منه على نفسه، وينتفي ما كان منه على غيره، فجاز [48أ] أن يلزمه التحريم لقوله، وإن لم يثبت عقدًا على الغائبة. ألا ترى أنّ رجلًا لو أقرّ أنّ امرأته أخته، وثبت عليه أنّا نفرّق بينهما، ولا تثبت الأخوّة، ولو شهدت بذلك بيّنة لم يثبت التحريم[856] إلّا بثبوت النسب، وليست هذه المسألة كمسألة نكاح الأخت في أنّه لا فرق بين قيام البيّنة على العقد أو على الإقرار، لأنّ إقراره بنكاح الأخت لا يبقى نكاحها في جميع الأحوال، فلذلك لم نحكم فيه بالتحريم، وفي هذا نكاح البنت يبقى نكاح الأمّ، ويوجب تحريمًا مؤبّدًا فيها، فلذلك اختلفا.

فصل

قال محمد: ولو شهدت البيّنة أنّه تزوّج أمّها أو ابنتها، وجامعها فرّقنا بينهما، وأبطلنا بيّنته عليها، ولم يقض بنكاح الغائبة، وإنّما فرّقنا بينه وبين الشاهدة بشهادة الشهود على الجماع ليس على النكاح.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه ليس في إثبات الدخول إثبات حقّ الغائب، وإنّما فيه تحريم هذه، وهي خصم فيه، فلذلك ثبت التحريم، وليس ذلك كالعقد، لأنّ في إثبات العقد إثبات حقّ على الغائبة.

فإن قيل: وفي إثبات الدخول إثبات حقّ الغائبة، ولا يثبت الحقّ للغائبة إلّا بخصمٍ.

قيل له: لا نحكم للغائبة بالدخول، وإنّما نحكم به في فساد نكاح الحاضرة بشهادة الشهود بوطء يوجب تحريمًا مؤبّدًا، وليس ذلك كالعقد نفسه، لأنّ صورة العقد قد يصحّ وجودها غير موجبة للتحريم، وهو أن يكون فاسدًا، والوطء لا يختلف حكمه في حال الصحّة والفساد فيما يتعلّق به من التحريم، فيجوز أن يثبته في باب إيجاب التحريم، ولا يحتاج [48ب]

---

854 قولا.
855 زوّجتني.
856 + إلّا بثبوت التحريم.

فيه إلى إثباته للغائبة كما أنّ الذي في يديه الدار إذا أقام البيّنة أنّها لفلان الغائب أودعها[857] إيّاه دفع بذلك حضوره المدّعي، وإن لم يحكم بها ملكًا للغائب، وكذلك لو شهدوا مكان الدخول باللّمس بشهوة أو القُبلة لشهوة.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا تزوّج امرأةً، وأقرّ بعدما تزوّجها أنّ فلان بن فلان كان تزوّجها قبله، فقالت المرأة: "صدقتَ وهو زوجي على حالة، فلا نكاح بيني وبينك"، فقال الزوج المقرّ: "قد كان طلّقك قبل أن أتزوّجك، وانقضت عدّتك، فتزوّجتك بعد ذلك"، فأقرّوا بهذا كلّه عند القاضي، وفلان المقرّ له غائب، فإنّ القاضي لا يفرّق بين الشاهد وبين امرأته.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ كلّ متعاقدين دخلا في عقد، فدخولهما فيه اعتراف منهما بصحّته، وذلك لأنّ كلام العاقل المكلّف حكمه أن يكون محمولًا على الصحّة حتى يثبت غيرها، ولأنّهما إنّما يدخلان في العقد على أن يلتزما حقوقه، فصار ذلك إقرارًا منهما بلزوم حقوقه في هذا الوجه. ألا ترى أنّ رجلًا لو باع من رجل عبدًا، ثم قال: "كان العبد لغيري بعته بغير أمره" لم يصدّق على ذلك. وكذلك لو قال المشتري: "ذلك لم يصدّقْ عليه"، وكان دخولهما في العقد اعترفا بصحّته، ولهذا المعنى قالوا: إذا ادّعى أحدُ الزوجين أنّه تزوّجها في عدّة من زوج أو بغير شهود أنّه غير مصدّق عليه، لأنّ دخولهما في العقد اعتراف منهما بصحّته، فوجب على هذا في مسألتنا أن نجعل دخولهما في العقد اعترافًا منهما [49] بصحّته، فلا تصدّق المرأة به تزوّجها، وهي تحت زوجٍ، لأنّها تدّعي فساد النكاح، ودخولهما في العقد بدءًا إكذاب منها لنفسها في دعواها الفساد.

فصل

قال محمد: فإن جاء الغائب فأقرّ بالنكاح، وأنكر الطلاق بأنّها امرأته، وفرّقنا بينهما.

قال أبو بكر: إقرارهما بدءًا بأنّها كانت امرأة الأوّل إقرار صحيح يوجب إثبات الحقّ إذا صدّق، وإن لم نصدّقها على الفساد قبل مجيء الغائب، وذلك مثل رجل في يديه عبْد أقرّ به لغائب ثم لحاضر، فيصحّ إقراره للغائب، ويكون موقوفًا على تصديقه، ولا يمنع ذلك جواز إقراره لحاضر قبل مجيء الغائب. فإذا جاء الغائب فصدّق أخذناه من الثاني، وسلّمناه إليه، وكذلك مسألتنا يصحّ الإقرار فيها للغائب بالنكاح، ويكون موقوفًا على تصديقه، ولا يمنع ذلك الحكم بصحّة نكاحهما إلى أن يصدّق الغائب بنكاحه، فيبطل نكاح الثاني.

فصل

857 اودعها

قال محمد: فإن جاء الأوّل فأقرّ بالنكاح والطلاق وانقضاء العدّة، وأنكرت المرأة ذلك كلّه غير النكاح، فإنّ الطلاق يقع عليها من الأوّل حين أقرّ به عند القاضي، ويجب عليها العدّة مُذ يوم يفرّق بينهما وبين الآخر.

قال أبو بكر: وإنّما فسد نكاح الثاني، وإن أقرّ الأوّل بالطلاق أنّ إقرار الثاني قد صحّ الأوّل، فلمّا جاء وصدّق بالنكاح ثبت، وإقراره بالطلاق أنّما ظهر[858] في الحال، فلا يُصدّق على تقدّمه على تزويجها الثاني، فصار كأنّه طلّقها الآن. وليس ذلك مثل أن يقول: "قد كانت أختها تحتي، [49ب] فطلّقتها وتزوّجْت هذه بعدها"، ثم تجيء الأخت، فتصدقه[859] بالنكاح، وتُكذبه بالطلاق، فلا يفرّق بينه وبين التي تحته. والفصل بينهما: أنّ هذا الزوج قد كان مالكًا لطلاقها، فجعلناها طالقًا يوم أقرّ بذلك، وجاز عقده على أختها، وقوله: "قد كان لها زوج آخر وطلّقها" لا يوجب طلاقها، لأنّه لا يملك طلاق زوج آخر لها، ويُبيّن الفصل بينهما أنّا وإن لم نصدق الزوج في حقّ الأخت الغائبة على طلاق متقدّم، فإنّه لا جائز إعادة نكاحها إذا حضرت تكذيبها بالطلاق، ومع اعتراف الزوج بطلاقها متقدّمًا. وأمّا الزوج الغائب إذا جاء فصدّق بالنكاح والطلاق عاد بتصديق الغائب النكاح، ولم يعلم منه اعتراف قبله بالطلاق، فيطلّق في حال ما علم ذلك منه، وثبت أنّها زوّجَه، وقد حكمنا بالطلاق.

فصل

قال محمد: ولو كانت المرأة صدّقتهما جميعًا في جميع ما قالا من انقضاء العدّة، وغير ذلك كانت امرأة الآخر على حالها.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهم جميعًا مُعترفون بصحّة نكاحها، وليس هناك أحد يدّعي حقًّا من جهة الفساد، فحملنا أمرهما على الصحّة، لأنّهما فان في حقّ الله على ما اعترفا به من صحّة العَقد.

فإن قيل: هلّا أثبت النكاح في هذه المسألة بتصديق الغائب كما أثبته إذا أنكرت الطلاق.

قيل له: ليس ههنا مدّع للنكاح، فمعتدّة من أجله، وإذا لم تكن[860] إعادة النكاح حقًّا لأحد لم يعده، وفي المسألة الأولى المرأة مدّعية [50أ] لبقاء نكاح الأوّل، وذلك حقّ لها، فأعدناه لها.

فصل

---

858 انما ظهرت.
859 فصُدقه.
860 واذا لم يكن.

قال محمد: ولو أنّ الآخر أقرّ الأوّل أنّه كان تزوّجها قبله، وطلّقها بعدما دخل بها، وانقضتْ عدّتها، ثمّ تزوّجها بعد ذلك، فادّعى الأوّل أنّه تزوّجها ولم يُطلّقها، وأنكرت المرأة أن يكون الأوّل قد تزوّجها قطّ، فالمرأة امرأة الآخر.

قال أبو بكر: إذا أقرّ الرجل في امرأة تحته أنّ لها زوجًا غيره فسد النكاح بينه وبينها من أجل إقراره بأنّها محرّمة عليه من جهة إثبات النكاح بينها وبين المقرّ له، ومسألتنا ليست من هذا الباب من قِبل أنّ الزوج الثاني لم يعترف بتحريمها، لأنّه يعزم أنّه تزوّجها بعدما بانت من الأوّل، فلمّا جحدت المرأة أن يكون الأوّل زوجها بحالٍ لم يصدّق عليها، فلم تثبت للأوّل زوّجته، وبقيت امرأة الآخر على ما كانت عليه.

فصل

قال محمد: وكذلك لو كان زوجها الآخر أقرّ أنّه كان لها زوْج قبله، ولم يسمّه، فقالت المرأة: "صدقت ولم يطلّقني[861]، فلا نكاح بيني وبينك"، وقال الرجل: "قد كان طلّقك، وانقضت عدّتك[862]"، فالقول قوله، ولا يفرّق بينه وبينها.

قال أبو بكر: لأنّه لا يعترف بفساد نكاحها، ولا تُصدّق هي على الفساد.

فصل

قال محمد: فإن جاء رجل فادّعى أنّه زوجها، فصدّقتْه المرأة، وقالا جميعًا للزوج: "هذا الذي أقررت بنكاحه قبلَك"، فأنكر الزوج، فالقول قوله في ذلك، ولا يمين عليه في ذلك في قياس قول أبي حنيفة. وأمّا قول أبي يوسف ومحمد فإنّه يستحلف على ما ادّعيا من ذلك، فإن حلف [50ب] كانت امرأته، وإن نكل عن اليمين فرّق بينه وبينها، وكانت امرأة الأوّل.

قال أبو بكر: إنّما لم يصدّقا على ما ادّعيا من أنّ هذا هو الزوج المقرّ به من قِبل أنّ إقراره بدءًا لم يقع لإنسان بعينه، فلم يثبت حُكمه، إذ لا يصحّ الإقرار لغير عين، فصار إقراره هذا كلّا إقرار. وأيضًا فإنّ من أقرّ لإنسان مجهول فالقول قوله فيمن أقرّ له كما لو أقرّ بشيء مجهولٍ كان القول قوله فيما أقرّ به، وإنّما لم يستحلف[863] عند أبي حنيفة، لأنّ نكُوله يثبت النكاح بينها وبين الأوّل، وأبو حنيفة لا يحكم بالنكاح، لأنّه عنده بذل، وكلّما لا يصحّ بذله من جهة الحكم لا نأخذه بالنكول، وقد كان أبو الحسن قال مرّة: ينبغي أن يحلف على قول أبي حنيفة في هذه المسألة، لأنّ نكوله إنّما يثبت فسخ النكاح بينه وبينها، ويصحّ فسخ النكاح بينه وبينها، ويصحّ فسخ النكاح بالنكول، وإنّما لا يحلف أبو حنيفة إذا كان النكول موجبًا لإباحة البُضع وتمليكه، وكان يقول: "لا أعرف وجْه جواب الكتاب"، ثم رجع إلى أنّ جواب الكتاب هو الصحيح، لأنّ

[861] ولم تطلقني.
[862] عينك.
[863] لم يستحلق.

نكاح الثاني لا يثبت في هذه المسألة مع تصادق المرأة، والزوج الأوّل إلّا بنكول الثاني، فصار نكول الثاني هو المنيح لنفسها لبُضعها للزوج الأوّل. قال أبو الحسن: ويحلف بالله ما هي بزوجة[864] للغائب، وإن شاء الحاكم حلّفه بالله ما هذا الذي أقرّ له، لأنّ المعنى واحدٌ.

مسألة

قال محمد: وإذا تزوّج رجل امرأة على أبيها عتق الأب حتى يقع عقد النكاح.

قال أبو بكر: لأنّه جعل الأب بدلًا [51أ] للبُضع، فيملكه في حال مالك عليها البضع.

فصل

فقال محمد: فإن استحقّ رجل إيّاها فقضى القاضي له به، ثمّ إنّ زوجها اشتراه من الذي استحقّه، فأراد أن يدفعها إليه من مهرها، وأبت أن تـأخذ منه إلّا قيمته لم يكن لها ذلك، وليس لها إلّا الأب، وأنّهما أبى أجبر[865] عليها، وإنّما تكون عليها القيمة، إذ لم يقدر على أن يبطلها.

قال أبو بكر: إنّما كان عليه قيمته عند الاستحقاق من قِبل أنّه دخل في العقد، ويَقدر تسليمه لم يقدح في العقد الموجب للتسليم، فلمّا كان العقد الموجب لتسليمه قائمًا، ثم يقدر تسليم العين وجب تسليم القيمة، لأنّها تقوم مقام العين كما أن يقدر تسليم العبد المغصوب عند الإباق يوجب على الغاصب تسليم القيمة لبقاء الغصب الذي أوجب ردّ العين. والدليل على أنّ الاستحقاق لا يمنع صحّة التسمية في العقد. ألا ترى أنّ من باع عبدَ غيره بغير أمره وقف على إجازته، فإذا جاز ذلك في البيع فهو في النكاح أجود إلّا أنّه يفارق البيع من جهة أنّ المالك متى أخذ العبد، ولم يجز البيع انتقض، لأنّ عدم التسمية في البيع يمنع صحّة البيع، وفي النكاح لا يبطل العقد، لأنّ عدم تسمية المهر في العقد لا يقدح في العقد، فإذا كان العقد الموجب لتسليم ما صار تسمية فيه قائمًا أُمر بتسليم القيمة، وإذا صح ما وصفنا، ثم رجع الأب [51ب] إلى الزوج بوجه من الوجوه قبل القضاء بالقيمة أجيز على تسليمه مثل الغاصب إذا قدر على المغصوب قبل القضاء عليه بالقيمة.

قال محمد: ولا يعيّن[866] الأب حتى يسلم[867] لها إمّا أن يسلمه لها الزوج، وإمّا أن يقضي به لها القاضي.

فإن قيل: هلّا ملكته المرأة بحصول ملك الزوج له بعد الاستحقاق، إذ هو تسمية صحيحة يلزم تسليمه إليها.

---

[864] تزوّجه.
[865] أبى أجبر
[866] لعين
[867] تسلم.

قيل له: لما لم يملكه بالعقد لكونه في ملك غير الزوج، ولم يحدث ههنا بغير موجب[868] تمليكها إيّاه لم يمكنه إلّا بالقضاء. أو لا ترى أنّ الغاصب لا يملك العبد المغصوب بالإباق، وامتناع الرّد حتى يقضى عليه بالقيمة، كذلك المرأة إذا لم تمكنه بالعقد لم يكن بُدٌّ في إيجاب الملك لها من سبب يوجبه.

فصل

قال محمد: فإن أعتقه الزوج أو باعه أو كاتبه قبل أن يقضي لها به، وقبل أن يعطيه إيّاها فيما صنع[869] من ذلك، فهو جائز لها القيمة.

قال أبو بكر: قد بيّنا أنّ المرأة لما لم تملكه بالعقد، فهو ملك للزوج حتى يقضى به لها.

فإن قيل: إذا كانت المرأة قد استحقّت أن يقضى به لها، فهلّا أبطلت بصرف الزوج فيه مثل الشفيع الذي له أن يبطل تصرّف المشتري لثبوت حقّه في الدار في حال تصرّفه.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ حقّها ينتقل إلى البدل. ألا ترى أنّ الأب لو قتل فأخذت قيمته كان لها على الزوج القيمة، ولو لم يبطل تصرّف المشتري لأبطلت حقّ الشفيع إلى غير بدلٍ، لأنّ حقّه لا يثبت في البدل، وإنّما يثبت في العين فقط، ولا سبيل للمشتري إلى إبطال حقّه. ونظير مسألتنا: [52أ] الرجل يشتري عبدًا بجارية، فتقبضه، ولا يسلم الجارية حتى تموت أنّ البيع ينتقض، ويجب عليه ردّ العبد، فإن تصرّف فيه يبيع أو غيره جاز تصرّفه حتى يقضي القاضي بردّه أو يردّه هو على بائعه، لأنّ حقّه ينتقل إلى القيمة عند تعذّر ردّ العبد.

فصل

قال محمد: ولو أنّ الزوج قضي[870] عليه بقيمة الأب للمرأة حين استحقّه المستحقّ، ثم اشتراه الزوج بعد ذلك، فإن أراد أن يدفعه، فأبت ذلك، وأرادت أخذه، وأبى الزوج أن يعطيها إيّاه، فليس لها إلّا القيمة التي قضى لها بها في الوجهين.

قال أبو بكر: لأنّ قضاء القاضي لها بالقيمة يقطع حقّها عن الأب لامتناع اجتماع الشيء وبدله في ملكها. ألا ترى أنّه لو تزوّجها على عبد، فأبق من عند الزوج، فضمن القيمة أنّ حقّ المرأة ينقطع عنه، ولا يكون لها عليه سبيل إذا حضر كما أنّ الغاصب إذا ضمن القيمة، ثمّ قدّر على ردّ العين لم يكن للمغصوب أخذها.

---

[868] بغير يوجب.
[869] فيما ضيع.
[870] فقضي.

باب من نكاح المخاطَبة

قال محمد: وإذا تزوّج رجل رجلًا امرأةً بمَحضر من[871] الشهود بغير أمر من المرأة ولا من الرجل، فخطب الرجل عليهما جميعًا، فزوج كل واحد منهما صاحبه، فبلغهما، فرَضِيا بذلك، فالنكاح باطل لا يجوز في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: هو جائز.

قال أبو بكر: هذا القول إذا كان موقوفًا، فهو نصف عقد، والدليل على ذلك أنّه لو واجبه الزوج بالخطاب، فقال له: "قد زوّجتك فلانة" أنّ هذا القول [52ب] لما كان موقوفًا كان نصف عقد[872]، يقتضي[873] قبولًا منه في المجلس، فكذلك إذا لم يخاطبه كان نصف عقد، ونصف العقد لا يقف على ما بعد المجلس لما وصفنا من حال مواجهته إيّاه بالخطاب. ألا ترى أن كلّ واحد من الزوجين إذا خاطب صاحبه بمثل ذلك لم يقف على ما بعد المجلس، وبطل إذا قام أحدهما عن ذلك المجلس قبل القبول، فكذلك هذا في الأجنبيّ لما كان نصف عقد اقتضى قبولا من غيره في المجلس، لأنّه لا يجوز أن يقتضي قبولًا من جهته، لأنّ الإيجاب لا يقف على القبول الموجب، وإنّما يقتضي قبولًا من غيره. ألا ترى أنّه لا يقتضي قبولاً من نفسه، وصحّ أنّ نصف العقد فلا يحتاج إلى قبول نفسه، وإذا ثبت أنّه لا يقتضي قبولًا من غيره في المجلس، ثم لم يوجد ذلك بطل، ولا يشبه هذا عندهما العمّ إذا زوّج ابن أخيه بنت أخيه، والرجل إذا كان وكيلًا لهما فزوّجهما، وذلك أنّ هذا القول لا يحمل منه موقوفًا، لأنّه معبّر عنهما قائم مقامهما، فصار قوله: "زوّجت فلانًا فلانة" كقولهما جميعًا لو كانا حاضرين تلفّظا به، وإذا كان ذلك كذلك كان هذا القول جميع العقد لوقوعه صحيحًا غير مقتضٍ للقبول ولا موقوفًا.

وذهب أبو يوسف إلى أنّ قوله: "زوّجت فلانة فلانًا" هو العقد كلّه إذا كان وكيلًا فوجب إلّا يخرج من أن يكون عقدًا إذا فعله من ليس بوكيلٍ ولا ولي، ويكون موقوفًا على إجازتهما والانفصال لأبي حنيفة من هذا أنّ العقد ليس بموقوف، بل هو واقع صحيح، لأنّه لما كان إليه الإيجاب والقبول كان قوله [53أ] ذلك إيجابًا وقبولًا صحيحًا، فلم يفتقر العقد إلى قبول غيره. وأمّا الأجنبيّ فلمّا لم يكن إليه القبول اقتضى قبولًا من غيره في المجلس، فلذلك افترقا. وأيضًا يلزم أبا يوسف على هذا البيع، لأنّا قد وجدنا من يكون وليًّا في العقد لهما، فيقع بقوله وحده، ويكون ذلك جميع العقد، وهو الأب إذا اشترى من أحد الصغيرين للآخر، فيكون هذا القول منه هو العقد بكماله، لأنّه نافذ صحيح لا يقتضي قبولًا من غيره، ثمّ لو أنّ رجلًا أجنبيًّا قال: ذلك كان عندهم جميعًا نصف عقد يقتضي قبولًا من غيره، وكذلك هذا في النكاح.

فإن قيل: إنّما لم يجز لغير الأب أن يعقد ذلك، لأنّ ذلك يوجب ثبوت حقوق العقد له وعليه، ولا يصحّ أن يكون وكيلًا فيه من هذا الوجه.

---

871 + من.
872 عقدوا.
873 فتقضو.

قيل له: بل بطل من جهة أنّه بعض العقد، وأيضًا فهذه العلّة موجودة في الأب.

فصل

قال محمد: ولو كان المخاطب اثنين فزوّج أحدهما المرأة بغير أمرها، وزوّج الآخر الرجل بغير أمره، فبلغهما فرضيا[874] بذلك، فالنكاح جائز في قولهم جميعًا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ العقد هو الإيجاب والقبول، وقد وجدا من المخاطبين، فوقف على إجازة الزوجين.

فصل

والدليل على جواز النكاح الموقوف قول الله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ﴾[875]، وذلك خطاب لجميع الناس، والنكاح اسمٌ للعقد لا لملك البضع. ألا ترى أنّ الأب والوكيل قد يكون عاقدين على الزوجين على الحقيقة، ولا يملكان ما يجب عن العقد. والدليل على أنّهما [53ب] العاقدان في هذه الحال دون الزوجين أنّ الاستشهاد مأخوذ علينا في العقد، وإنّما يصحّ على قولهما دون قول من يقع له العقد، كذلك اقتضى عموم الآية جواز كلّ عقد عقده عاقد على الأيامى والعبيد والإماء.

فإن قيل: لو كان كذلك لوجب أن يجوز عقده على الأجنبيّ، وفي اتّفاق الجميع على أنّ عقد من ليس بوليّ غير ماضٍ من عقد عليه من هو لا دلالة على أنّ المراد به أولياء الصغار وموالي العبيد والإماء.

قيل له: ليس في الآية ذكر الجواز، وإنّما فيها أمر بالعقد، فنحن نُصحّح العقد بظاهر الآية، ثم نفاذه[876] على من عقد عليه موقوف على دلالة أخرى. وأيضًا فإنّ ظاهرها يقتضي الجواز والصحّة، فلمّا اتّفق الجميع على امتناع نفاذه فيمن لا يلي عليه بقي حكم العموم فيه من جهة الوقوف إلى أن يجيزه من عقد عليه. ومن جهة السنة ما روى المسيّب بن واضح قال حدّثنا بنان بن وهب عن يونس عن الزهري عن عُروة عن أمّ حبيب أنّ النجاشي زوّجها من النبي صلى الله عليه وسلم، فبلغ النبي عليه السلام، فأجاز النكاح[877].

فإن قيل: قد روي هذا الخبر معمر عن الزهري، ولم يذكر فيه إجازة النكاح[878].

---

874 فرضيا

875 النور، 32/24.

876 يعاده.

877 لم أعثر على هذه الرواية بهذا السند ولا على عبارة "أجاز النكاح" أو ما شابهها، ولكن أصل الحديث ورد بأسانيد مقاربة في سنن النسائي، النكاح، 66؛ وسنن أبي داود، النكاح، 29؛ وصحيح ابن حبان، 385/13-386 وغيرهم.

878 لم أعثر على هذه الرواية بهذا السند ولا على عبارة "أجاز النكاح" أو ما شابهها، ولكن أصل الحديث ورد بأسانيد مقاربة في سنن النسائي، النكاح، 66؛ سنن أبي داود، النكاح، 29؛ صحيح ابن حبان، 385/13-386 وغيرها.

قيل له: يونس ثبت حافظ، وقد أتى بهذه الزيادة، فهي مقبولة، ويدلّ عليه أيضًا ما روى جرير بن خازم عن أيّوب عن عكرمة عن ابن عبّاس أنّ رجلًا زوّج بنته، وهي بكر، وهي كارهة، فأتت النبي صلى الله عليه وسلم، فخيّرها[879]، فلمّا خيّرها بين الإجازة والفسخ صحّ أنّ العقد كان موقوفًا على إجازتها، وروى الوليد بن مسلم قال حدّثنا [54أ] بشّار بن عبد الرحمن عن يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة إنّ رجلًا على عهد النبي صلى الله عليه وسلم أنكح بنتًا له ثيبًا، فأتت النبي عليه السلام، فذكرت ذلك له، فقال لها: ((أكتب بهبته أن تزوّجك))، قالت: نعم، فجعل رسول الله أمرها بيدها، فردّته[880]، وهذا أيضًا يبيّن جواز وقوف النكاح لولا ذلك ما كان لقوله جعل أمرها بيدها معنى، لأنّ العقْد الفاسد لا يكون الأمر فيه بيدها.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا وكّل وكيلًا بأن يزوّجه[881] امرأة فوكّلت المرأة ذلك الوكيل أن يزوّجها[882]، فيزوّج ذلك الوكيل الرجل المرأة بمحضر من الشهود، وهو المخاطب لهما جميعًا، فالنكاح جائز.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ حقوق النكاح لا تتعلّق[883] بالوكيل. ألا ترى أنّه لا يلزمه تسليم البضع ولا تسلّم المهر، ولا تثبت له المطالبة بتسليم ذلك على الزوج والمرأة، فصار مُعبِّرًا كالرسول. ألا ترى أنّه يقول: "تزوّجتُ فلانة من فلان"، ولا يقول: "تزوّجت"، فلمّا كان كذلك جاز أن يكون معبّرًا عنهما جميعًا، وليس هذا كالبيع من قِبل أنّ حقوق عقد البيع يتعلّق بالمتعاقدين. ألا ترى أنّ الوكيلين في الصرف يتعلّق صحّة الصرف في مجلسهما الذي تعاقدا فيه دون حضور الموكّلين، وأنّ البائع يلزمه تسليم المبيع، وتثبت[884] له المطالبة بتسليم الثمن على المشتري، وإنّه يقول: "بعت واشتريت"، فيضيف العقد إلى نفسه، فلمّا كان كذلك وامتنع أن تثبت له حقوق على نفسه لم يصح أن يعقد لهما جميعًا، وأجازوا ذلك في الأب بالاتّفاق. [54ب] وأجازه أبو حنيفة في الوصيّ إذا اشترى من اليتيم إذا كان ذلك خيرًا لليتيم استحسانًا.

فإن قيل: فما يقول في الخلع ونظائره من الصلح من دم العمد والعتق على مال هل يجوز أن يلمّه وكيل واحد.

قيل له: قد ذكر محمد هذه المسألة في موضعين، فأجازه في أحدهما وإيّاه في الآخر، والصحيح أن يجوز وكيل واحد لهما جميعًا لما وصفنا من أنّ حقوق العقد لا يتعلّق بالوكيل في هذه العقود.

---

879 سبق تخريجه.

880 لم أجده بهذا السند، وأصله في الموطأ برواية يحيى بن يحيى الليثي، النكاح، 11؛ (وبرواية محمد بن الحسن الشيباني، النكاح، 5؛ صحيح البخاري، النكاح، 42، الحيل، 11؛ سنن النسائي، النكاح، 35؛ سنن أبي داود، النكاح، 26، وغيرهم، ولعل أقرب الألفاظ إلى الرواية التي ساقها المؤلف هي التي عند الدارمي، النكاح، 14.

881 تزوّجه.

882 تزوّجها.

883 لا يتعلّق.

884 ويثبت.

وقال زفر: لا يجوز أن يكون وكيل واحد لهما جميعًا في النكاح كما لا يجوز في البيع، وقد ثبت الفرق بينهما، ويلزم زفر ألّا يجيز تزويج الرجل ابن أخيه بنت أخيه بحالٍ، لأنّه لا يكون عاقدًا لهما جميعًا، وإن وكّل وكيلًا عن أحدهما كانت الوكالة من جهته، فكأنّه هو العاقد لهما، فيلزمه ألّا يجيز نكاحهما بحالٍ حتى يبلغا.

مسألة

ولو أنّ رجلًا وكّلتْه امرأة بأن تزوّجها فأشهد أنّه قد تزوّجها، فبلغها، فرضيت، فالنكاح باطل.

قال أبو بكر: لأنّ وكالتها إيّاه إنّما وقعت منها على غيره، لأنّها قالت له: "زوّجْني" ولم تقل: "تزوّجني"، وقولها: "زوّجني" لا يكون عبارة عن قولها: "تزوّجني"، لأنّه لا يصحّ أن يقال: "زوّج فلان فلانة"، ويراد به أنّه تزوّجها، ولا تزوّج فلان فلانة، فيراد به زوّجها غيره، فلمّا لم يصح أن يكون أحد اللفظين عبارة عن الآخر على الإطلاق ثبت أنّ الوكالة تناولت غيره.

فإن قيل: فقد يصحّ أن يقال:"زوّجها من نفسه".

قيل: إنّما يفعل ذلك عند التقييد، ولا يفهم من قولهم: "زوّج فلان فلانة" على الإطلاق أنّه زوّجها من نفسه، وإذا كان كذلك ولم يقف العقد على قبولها، [55أ] وصار كأنّه زوّجها من نفسه بغير أمرها، ولا يخاطب عنها، وفي قول أبي يوسف يقف على تقدّم من بيانه.

فصل

قال محمد: ولو قالت له: "زوّجْني من نفسك" فذهب، فزوّجها من نفسه جاز.

قال أبو بكر: لأنّه قد صار بهذه اللفظة معبّرًا عنها وعن نفسه، فصحّ العقد كأنّها كانت حاضرة، فقبلت.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا زوّج أمَته رجلًا برضاها بغير إذن الزوج، وخاطب على الزوج مخاطب بغير إذنه، فلم يرضَ[885] الزوج بإنكاح حتى أعتق المولى الأمة، فإنّ النكاح موقوف، وللأمة أن تنقض النكاح، وإن لم يحضر ذلك الزوج ما لم يرض الزوج بالنكاح.

[885] فلم يرضى.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ عقد النكاح ونظائره من العقود التي يلحقها الفسخ، ولا يتعلّق على الإحضار[886] لكلّ واحد ممن عقد عليه فسخه قبل تمامه، وذلك أنّ رجلًا لو قال لامرأته: "قد تزوّجتك بحضرة الشهود"، فله أن يرجع عن ذلك قبل قبولها، وكذلك هذا في البيع والكتابة ونحوهما. والأصل فيه: قول النبي صلى الله عليه وسلم: ((البائعان بالخيار ما لم يتفرّقا))[887]، وهو الرجل يقول لآخر: "قد بعتك عبدي هذا"، فيكون إليه القبول ما دام في ذلك المجلس، وللآخر أن يفسخه قبل أن يقبل، وإذا كان ذلك على ما وصفنا قلنا في مسألتنا: للأمة أن تفسخ[888] النكاح بعد العتق، لأنّ العقد لم يتم عليها بعد، ولم يملك عليها بضعها. وكذلك لو كانت حرّة فزوّجت نفسها رجلًا خاطب عنه مخاطب بغير أمره، فللمرأة أن تفسخه[889] قبل إجازة الزوج لما وصفنا.

فصل

قال محمد: فإن لم تنقضه حتى أجاز الزوج [55ب] النكاح، فالنكاح جائز، ولا خيار لها للعتق الذي كان من مولاها.

قال أبو بكر: رضا المرأة معتبر في ذلك من قِبل أنّ رضاها أنّما لا يعمل فيما بطل به حقّ مولاها. فأمّا في غير ذلك فهو جائز عليها، فلمّا جاز العقد عليها في مسألتنا برضاها، وهي حرّة لم يكن لها خيار. ألا ترى أنّها لو تزوّجت نفسها رجلًا بغير إذن مولاها، ثم أعتقها المولى جاز العقد عليها، ولم يحتج إلى رضاها بعد العتق.

فإن قيل: فلو زوّجها المولى برضاها فرضي[890] الزوج، ثم أعتقت لم يعمل رضاها في إبطال خيارها، فهلّا قلت في مسألتنا مثله.

قيل له: الفصل بينهما: أنّها متى صحّ عقد النكاح عليها في حال الرقّ، فلا عبرة برضاها من قِبل أنّ المعنى الموجِب لخيارها عند العتق هو أنّها ملكت بُضعها بعد صحّة النكاح، وإن شئت قلت: إنّ بدل البُضع حصل لغيرها، والمعنيان جميعًا موجودان مع رضاها. وأمّا في مسألتنا فإنّ النكاح جائز عليها وهي حرّة، وحصل بدل البضع لها، فلا خيار لها من أجل ذلك، والأمة في هذه المسألة مفارقة للصغيرة لا يتعلّق به حكم. ألا ترى أنّ رضاها لا يجوز فيما هي مالكتُه، ورضا الأمة جائز عليها إلّا أنّه لا يجوز فيما هو ملك لمولاها.

فصل

---

[886] الاحظار.

[887] الموطأ، البيوع، 38؛ صحيح البخاري، البيوع، 42؛ صحيح مسلم، البيوع، 43-45 (1531)، 47 (1532)؛ سنن النسائي، البيوع، 4، 9؛ سنن أبي داود، الإجارة، 53؛ سنن الترمذي، البيوع، 26؛ سنن ابن ماجه، التجارات، 17، وغيرهم.

[888] أن يفسخ.

[889] أن يفسخه.

[890] فيرضى.

قال محمد: ولو كان المولى زوّج أمته بغير رضاها، ثم أعتقها، والمسألة على حالها، ثم بلغ الزوج، فأجاز النكاح، فإنّ النكاح موقوف، ولا يجوز ألّا تجيزه الأمة المعتقة.

قال أبو بكر: لأنّها قد عتقت قبل تمام النكاح، ولم يوجد منها رضا به، فلا يلزمها إلّا برضاها كحُرّة زُوّجت بغير أمرها، فيكون العقد موقوفًا على إجازتها.

فصل

قال محمد: وكذلك [56أ] رجل تزوّج بنته وهي صغيرة رجلًا كبيرًا زوّجها إيّاه بغير إذنه، فلم يجز الزوج النكاح حتى بلغت الجارية، ثم أجاز الزوج النكاح بعد ذلك، فإنّ النكاح لا يجوز حتى تبلغ الجارية، فإذا بلغها فرضيت أو كانت بكرًا، فسكتت، فالنكاح جائز، ولو ردّت النكاح بعد البلوغ كان لها ذلك. ألا ترى أنّ رجلًا لو باع عبد أبيه، وهو صغير في عياله على أنّ الأب بالخيار ثلاثة أيام، فكبر الغلام في الثلاثة الأيام قبل أن يقبل الأب البيع أنّ البيع باطل، لأنّ الغلام حين كبر بطل بيع الأب عليه وإجازته، وكذلك الجارية حتى بلغت قبل أن يتمّ النكاح بطل النكاح إلّا أن تجيزه.

قال أبو بكر في الزيادات: في هذه المسألة لا يجوز البيع إلّا أن يجيزه الصغير بعد الكبر، فإن أجاز الصغير في الثلاثة الأيام أو بعدها جاز، وإلّا لم يجز. قال: وهذا بمنزلة رجل باع على رجل كبير عبدًا له بغير إذنه على أنّ البائع بالخيار ثلاثًا، فالبيع موقوف، فإن أجازه صاحبه جاز وإلّا لم يجز، ويحتمل أن يكون قول محمد الذي ذكره في الزيادات موافقًا لِما في الجامع، ويكون معنى قوله في الجامع البيع باطل أيْ لا يجوز إلّا بالإجازة، لأنّه قد قال بعد ذلك في مسألة النكاح: استشهد عليها بمسألة البيع أنّ النكاح باطل إلّا أن يجيزه بعد البلوغ.

وأمّا وجه قول محمد، فهو: الخيار لمـّا كان قائمًا للأب إلى وقت بلوغ الصبيّ، ثم بلغ الصبيّ، وملك التصرّف وجب أن يكون العقد موقوفًا عليه كمن بيع عليه عبده بغير أمره، وبطلان خيار الأب لا يوجب جواز البيع، لأنّه لو جاز لجاز في ملك غيره [56ب] مع زوال ولايته، وليس هذا كموت الأب في الثلث قبل بلوغ الابن، فيجوز البيع من قِبل أنّ موت الأب لا يزيل ولايته عن ملك الصغير. ألا ترى أنّ وصيّة تقوم مقامه فيه، وإنّما لم يملك الصغير التصرّف بموت الأب، ولم تزلْ[891] ولاية الأب عنه جاز البيع على الصغير بموت الأب كما يجوز لو كان بائعًا عند نفسه على شرطه خيار الثلاث، ثم مات في الثلاث.

فإن قيل: فلِمَ لا يكون[892] بانتقال الولاية إلى الصبيّ بالبلوغ قبل انتقال الملك إلى الورثة بموت البائع، فيبطل خياره، ولا يوجب ذلك، وقرّر العقد على إجازة الورثة.

---

[891] ولم يزلْ.
[892] لا كان.

قيل له: لأنّ بائع عند نفسه لما مات بطل خياره، وبطلان خياره يمنع انتقال الملك إلى الوارث، لأنّ الوارث إنّما يملك على الموروث ما هو في ملكه، فأمّا ما استحقّه عليه غيره، فلا ينتقل ملكه إليهم. وأمّا الصبيّ فليس ينتقل إليه بالبلوغ ملك لم يكن له، وإنّما يستفيد به ولاية، فلا يوجب بُطلان خيار الأب جواز بيع وقع في ملك الصغير مع زوال ولايته عنه، وبطلان تصرّفه في المال.

مسألة

قال محمد: إذا زوّج الرجل جارية له وهي بنت عشر سنين رجلًا، ولم تبلغ، فالنكاح جائز، فإن أعتقت الجارية قبل أن تبلغ، وهي تعقل الخيار، فاختارت نفسها، فخيارها باطل، لأنّ خيار لها حتى تبلغ، فإذا بلغت خيّرها الحاكم خيار العتق، ولم يخيرها [بعد] البلوغ.

قال أبو بكر: وإنّما لم يخيّرها في حال العقد من قِبل أنّه لا قول لها في تلك الحال. ألا ترى أنّه لا يجوز إقرارها ولا عقودها، ولا يصرفها في شيء من حقوقها.

فإن قيل: فقد قالوا أنّه لو أسلم زوجَها، وهي مجوسيّة [57أ] صغيرة تعقل الإسلام، فإن أسلمت، وإلّا فرّق بينهما، فقد أثبت لها خيارًا في ذلك الوقت.

قيل له: قد قالوا: إنّ هذا استحسان، وأنّ القياس ألّا يفرّق بينهما. ووجه ذلك أنّ الإسلام غيرها قد يكون إسلامًا لها، وهما الأبوان، وليس في الأصول أن يكون اختيار غيرها لها.

فإن قيل: فإن كان زوجها مجبوبًا، وهي مجنونة لا يُرجى بُرؤها، فللأب أن يفرّق بينهما، فجعلتم اختيار الأب اختيار له.

قيل له: لم يجعل خيار الأب ههنا خيارًا لها، لأنّ ذلك الخيار ليس هو خيار للأب، والأب إنّما يفعل الخيار عنها، فهو بمنزلة الوكيل لها فيه. وأمّا الإسلام الذي يفعله الأب لنفسه فهو إسلام لها، فلذلك افترقا، وصحّ أنّه ليس في الأصول خيار الأب يكون خيارًا لها.

قال أبو بكر: وإنّما جعل لها عند البلوغ خيار العتق دون خيار البلوغ من قِبل أنّ خيار البلوغ إنّما يثبت في الموضع الذي يتصرّف عليها في النكاح من لا يجوز تصرّفه عليها في المال، ويتعلّق ذلك بالعقد، وذلك معدوم في الأمة إذا زوّجت، وحدوث العتق بعد ذلك لا يوجب لها هذا الخيار، لأنّ ذلك معنى يتعلّق بالعقد ولا يجب بمعنى حادث، فينبغي أن يراعي حال العقد في إيجابه، فإن وجب به وإلّا لم يجب بعدُ. وأمّا خيار العتق فإنّما يجب بمعنى حادث على العقد وهو ملكها لبضعها، ويشبه من هذا الوجه خيار الـمُملَّكة أمرها، ولم يختلف في ذلك حُكم الأمة الصغيرة والكبيرة لوجود المعنى الذي لأجله يجب خيار العتق فيهما جميعًا إلّا أنّ الصغيرة لا قول لها في حال الصغر، فيكون ذلك لها عند البلوغ.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا زوّج عبده وهو صغيرٌ [57ب] امرأة حرّة كان النكاح جائزًا، فإن أعتقه فبلغ قبل أن يدخل بها، فأراد أن يختار نقض النكاح لم يكن له ذلك. وقيل له: "هي امرأتك فإن شئتَ فأمسكْ، فإن شئت تطلّقْ"، ولا يشبه هذا الغلام يزوّجه عمّه وهو صغيرٌ، فيكبر هذا له الخيار إن شاء فارق امرأته بغير طلاق، ولا مهر لها عليه إن كان لم يدخل بها.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ كلّ ما ملكه المولى من عبده لم يملكه من نفسه، وكلّ ما لم يملكه العبد من نفسه ملكه المولى عنه. وكلّ ما ملكه العبد من نفسه لم يملكه المولى عنه. فلمّا اتّفق المسلمون على أنّ العبد لا يملك تزويج نفسه بغير أمر مولاه، علمنا أنّ المولى يملكه من عبده، فإذا تصرّف المولى فيه فإنما تصرّف فيما يملكه، فلا يوجب عتقه له الخيار في فسخ النكاح، إذ كان هذا العقد واقعًا من مالك له على معنى أنّه قائم في العبد مقام العبد. وأمّا العمّ فإنّما يتصرّف على ابن أخيه من جهة الولاية على معنى أنّه يملك ما عقد عليه منه. ألا ترى أنّه لا يملك ذمّة الغلام الذي أثبت المهر فيها، وأنّ المولى يملك ذمّة عبده ورقبته، وإذا كان ذلك كذلك، ولم يكن للعمّ ولاية على الصغير في المال كان له الخيار عند البلوغ في أن يجيز على نفسه تصرّف من له ولاية له في الملك عليه، ولم يجب مثله في العبد إذا عتق لما بيّنا.

فإن قيل: يلزمك على هذا إلّا يوجب للأمة خيارًا إذا أعتقت من قِبل أنّ المولى، وإن كان مالكًا للعقد عليها يوم عقد كالعبد سواء.

قيل له: لا يجب ذلك من قِبل أنّ المولى، وإن كان مالكًا [58أ] لها في حال العقد فإنّ الزوج بعد العتق يريد أن يتناول بُضعها من غير بدل حصل لها، وليس المولى في هذه الحال بمالك للوطء الذي يستبيحه الزوج منها حتى يجوز تصرّفه فيه. وأمّا العبد فإنّ الذي عقد عليه النكاح هو المهر الذي لزمه، والمولى كان مالكًا للذمّة التي أثبت فيها المهر، ولم يحدث هناك معنى يتناول من جهته بعقد المولى وهو غيرُ مالكه. وأمّا الوطء الذي يتناوله فهو حقّ له عن المهر الذي ثبت في ذمّته، فلمّا حصل له بدل المهر الذي لزمه للغير، وهو ملك البضع لم يكن له خيار.

ووجه آخر، وهو: أنّ نكاح الأمَة وقع للمولى، لأنّه يستحقّ المهر لنفسه، ونكاح العبد وقع للعبد، لأنّه يملك به البضع، فلذلك وجب لها الخيار بالعتق حتى ملكتْ نفسها في إسقاط ما كان لغيرها من عقد النكاح عن نفسها، والعبد لمـّا كان مالكًا للبُضع في حال العتق، والرقّ لم يتغيّر حاله بالعتق، فلم يجب لها الخيار.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا زوّج ابنته، وهي[893] صغيرة بنت عشر سنين رجلًا، فلمّا وقع النكاح إذا الرجل مجبوب، فرفع الوالد الزوج إلى القاضي، فإنّ القاضي لا يفرّق بينهما حتى يبلغ.

قال أبو بكر: قد بيّنا هذه المسألة فيما سلف من هذا الكتاب على الاستثناء.

مسألة

وإذا كانت للرجل جارية وهي بنت عشر سنين، ولم تبلغ، وقبلت الكتابة، فالمكاتبة جائزة.

قال أبو بكر: إنّما جازت الكتابة كما يجوز الإذن لها في التجارة، إذ ليس تحتها إلّا ما تحت الإذن، وقد شرط لها [58ب] مع ذلك العتق وتمليك كسْبها، فهو أجوز.

فإن قيل: إنّ الكتابة تتضمّن[894] من جواز التصرّف ما لا يتضمّنه الإذن، فلم أجزتموها من حيث أجزتم الإذن، وهي مفارقة للإذن أيضًا من جهة أنّ الإذن لا يحتاج[895] فيه إلى قبول المأذون، والكتابة لا تصحّ[896] إلّا بقبول المكاتبة.

قيل له: إنّما افترقا من هذا الوجه، لأنّ نفس الإذن يجب به على المأذون حقوق للمولى، ولا على المولى له، والكتابة عقْد يقتضي إيجاب حقوق المكاتب على المولى وللمولى عليه. ألا ترى أنّه يلزمه السعاية ويبقى[897] في ذمّته، ويصير بها أحقّ برقبته وكسْبه من المولى، فلذلك لم يصح إلّا بقبول المكاتب، وليس كذلك المأذون، فلذلك افترقا من هذا الوجه.

ووجه آخر في جواز الكتابة، وهو: أنّ المولى قد كان له أن يأخذ كسْبَها من غير عوض يعطيها، فإذا شرط لها بأخذ كسْبها الحرّية كان أولى أن تجوز[898]، وصحّ قبولها لما لها فيه[899] من المنفعة من غير ضرر عليها كقبول الهبة ونحوها.

فصل

قال محمد: وإن زوّجها بغير إذنها لم يجز النكاح.

---

[893] وهو.
[894] يتضمّن.
[895] لا تحتاج.
[896] لا يصح.
[897] يبقا
[898] ان تجويز.
[899] فيها.

قال أبو بكر: لأنّها قد حصلت في يد نفسها بالكتابة، فلا يجوز تصرّفه عليها كما لا يجوز له تزويج المكاتبة الكبيرة إلّا برضاه، والمعنى فيها جميعًا أنّها في يد نفسها، وتصرّف المولى زائل عنها، فلا يجوز عقده عليها كما لا يجوز عقده، وتصرّفه في مالها بغير رضاها.

فصل

قال محمد: فإن لم ترد النكاح حتى أدّت، فعتقتْ، فالنكاح موقوف، وقد خرج الأمر من يدها، فإن أجازه المولى بعد العتق، [59أ] ولا وليّ لها أقرب منه، فالنكاح جائز عليها وإن لم يرض[900] بذلك، فلها الخيار إذا بلغتْ.

قال أبو بكر: قد كان عقد المولى موقوفًا على إجازتها، فلمّا عتقت صارتْ محجورًا عليها، لأنّها صغيرة، فملك المولى الإجازة، لأنّه وليّها فاحتيج[901] إلى إجازته، ولا يبطل النكاح بعتقها، لأنّه لم يحدث عليه ما يبطله، وإنّما احتيج إلى إجازة مجدّدةٍ من المولى من قِبل أنّ حقّها قائم مع انتقال الإجازة إلى المولى، فأشبه عبدًا تزوّج بغير إذن مولاه في التزويج، ثم أذن له مولاه في التزويج، فلا يجوز ذلك العقد حتى يجيزه العبد إجازة مستقبلة لبقاء الحقّ المولى في رقبة العبد مع الإذن له في التزويج. كذلك ما وصفنا لما كان حقّ المرأة قائمًا مع انتقال الإجازة إليه لم تـجز[902] الإجازة مستقبلة، ولا يشبه هذا الأمة إذا زوّجتْ نفسها بغير إذن المولى، ثم يعتق، فيجوز النكاح عليها، ولا يحتاج إلى إجازة مستقبلة من قِبل أنّ عقد الأمة جائز على نفسها، وإنّما لم ينفذ في حال الرقّ لأجل حقّ المولى، فلمّا سقط حقّه نفذ العقد مثل العبد المرهون إذا باعه الراهن، ثمّ قضى الدين، فيجوز العقد، وكذلك العبد المؤجر[903] إذا انقضت مدّة الإجارة قبل فسخ العقد.

فصل

قال محمد: فإذا بلغت بعد إجازة المولى النكاح كان لها خيار البلوغ .

قال أبو بكر: لأنّ العقد جاز عليها، وهي حرّة، فهو بمنزلة الصغيرة الحرّة يزوّجها[904] عمّها.

فصل

قال محمد: ولو كان زوّجها، وهي مكاتبة، فلم تـجز[905] النكاح [59ب] حتى عجزت، فالنكاح باطل، وإن أجازه المولى لم يجز.

---

900 لم يرضى.
901 فاحتج.
902 لم يـجز.
903 المواجر.
904 تزوّجها.
905 فلم يـجز.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ كلّ إباحة موقوفة وردتْ عليها إباحة صحيحة بطلت الموقوفة، ولم تـجز[906] أبدًا. وكذلك كلّ ملك موقوف ورد عليه ملك صحيح، فإنّه يرفعه ويبطله، فلا يلحقه بعد ذلك إجازة. والمعنى في ذلك: أنّه كما لا يجوز أن يرد على البُضع إباحتان لرجلين في حالة واحدة. وكذلك لا يجوز أن تبقى الإباحة الموقوفة مع ورود الإباحة الصحيحة عليها. وكذلك لما استحال وُرود الملك لرجلين في حال واحدة على شيء واحد أبطل حدوث الملك الموقوف. وإذا صحّ ذلك رجعنا إلى مسألتنا فقلنا: قد كان هناك إباحة موقوفة يعقد المولى عليها، فلمّا عجزت وردت على البضع إباحة صحيحة للمولى يبطل العقد كما لو باع عبده، ثمّ اشتراه بطل العقد الذي كان عقده للغير لورود الملك الصحيح على الملك الموقوف. وأمّا إذا أعتقت فلم يرد على البضع إباحة أخرى غير ما كانت موقوفة على العقد، ونظير ذلك ما قالوا في رجل تزوّج أمة رجل بغير أمره، ثم مات المولى، وورثه ابنان[907] أو بنت أنّ العقد الذي كان موقوفًا عليها لا يبطل، لأنّه لم يرد على بضعها إباحة صحيحة لغير من عقد عليه بدءًا. وكذلك لو كان مكان المكاتبة مكاتب صغير زوّجه مولاه بغير إذنه، ثم عجز أنّ العقد لا يَبطل، وللمولى بإجازته لم يحدث على العقد ما يبطله.

فإن قيل: فقد قالوا: إنّ رجلًا لو باع عبد غيره، وأعتقه آخر بغير أمره، فإنّ البيع والعتق جميعًا [60ا] موقوفان على إجازة المولى، ولا يمنع وقوف البيع.

قيل له: ليس ذلك إلزامًا على علّتنا من قِبل أنّه لم يرد على البيع الموقوف ملك صحيح، ولا عتق، فيبطله، وإنّما وقف عليه عتق، فلا يمنع ذلك بقاء البيع، وإنّما الذي يفسخ العقد الأوّل ممّا يرد عليه أن يحدث ملك صحيح أو عتق صحيح، فينفسخ ما تعلّق بالعقد من الملك. فأمّا ملك آخر موقوف أو غير موقوف يبطله، لأنّ شيئًا من ذلك لم يصح بعد، وليس بعضها أولى بالبطلان من بعض.

فصل

قال محمد: ولو أنّ هذه المكاتبة حين زوّجها مولاه، وهي صغيرة رضيت بالنكاح، ثم أدّت، فعتقت لم يكن لها خيار حتى تكبر[908]، فإذا بلغت فلها خيار العتق، وليس لها خيار البلوغ.

قال أبو بكر: وإنّما كان لها خيار العتق، لأنّ العقد تمّ عليها وهي أمة، ومتى تمّ العقد عليها وهي أمة، ثم أعتقت كان الخيار لها، وهي بمنزلة المكاتبة الكبيرة إذا تزوّجت بإذن مولاها، ثمّ أدّت فعتقت، فيكون لها خيار العتق.

---

[906] ولم يـجز.
[907] اثنان.
[908] يكبر.

وقال زفر: لا خيار لها، لأنّ بدل البُضع وإن كان لها، فإنّما صار لها بعقد الكتابة لا بعقد[909] النكاح، ومتى لم يحصل لها بدل البُضع بعقد النكاح، ثم عتقت كان لها الخيار، فلمّا كانت المكاتبة إنّما حصل لها المهر بعقد المكاتبة صار كالمولى تزوّج أمته وبأخذ مهرها، ثم يعتقها، ويهب لها مهرها، فلا يبطل ذلك خيارها، كذلك ما حصل لها بعقد الكتابة صار كأنّه ملك للمولى جعَله للمكاتبة، وإن لم يحصل للمولى فيه ملك على الحقيقة، [61أ] فإنّه في الحكم كأنّه مملوك من جهته. وهذا كما قالوا في رجل يقول لآخر: "هبْ لفلان ألف درهم من مالك على أنّي ضامن لها"، فوهب له المأمور المال، أنّ الألف الموهوب في الحكم كان الآمر ملكها، ثم وهبها للموهوب له، وإن لم يحصل له فيها ملك على الحقيقة. وكذلك لو قال لرجل: "اقضِ ديني الذي لفلان عليّ"، فقضاه حصل ذلك في الحكم ملكًا للآمر، ويملك صاحب الدين ما اقتضاه من جهة الآمر بحصول ضمانه على الآمر. وكذلك الوكيل بالشراء ينتقل الشيء إليه، ويملكه الآمر من جهته، وإن لم يكن بين ملك البائع، والآمر واسطة، وكان الرجل يتزوّج امرأة على عبد زيد، فيجيزه، فيخرج العبد من ملك المجير إلى ملك المرأة، ويحصل للزوج حكم الملك في العبد وإن لم يملكه حقيقة، فكذلك كسْب المكاتب في الحكم كأنّه ملك للمولى ملكه إيّاه، وإذا حصل لها المهر من جهة المولى بالكتابة لا يعقد النكاح كان لها الخيار. وأمّا امتناع جواز النكاح عليها إلّا برضاها، فغير موجب لما ذكر، لأنّه لو وجب اعتقاد ذلك لوجب اعتبار جوازه بإذن المولى في إيجاب الخيار لها، إذ لم يجز لها أن يعقد النكاح على نفسها بغير إذنه، فكانت في حكم الأمة، فيجب لها الخيار من أجل ذلك.

ووجه آخر في إيجاب الخيار للمكاتبة بالعتق، وهو: أنّها لم تملكْ المهر بعقد النكاح، لأنّ المكاتب ليس له ملك على الحقيقة بل هو موقوف، وإنّما ملكته بالعتق، فلمّا ملك عليها نصفها ملكًا صحيحًا، ولم يملك هي عليه بدله ملكًا صحيحًا كان لها الخيار، لأنّ المعنى [61ب] في إيجاب خيار المعتقة أنّها قد ملك عليها نصفها بعقد النكاح، ولم تملك[910] هي البدل.

باب من الوكالة والنقض من الوكيل قبل الإجازة

قال محمد: وإذا وكّل رجل رجلًا أن يزوّجه[911] امرأة فزوّجه امرأة بغير أمرها زوّجها أبوها، وهي بالغة لم يستأمرها، فلم تجز المرأة النكاح، ولم يبلغها حتى نقض الوكيل النكاح بغير محضر منها ولا من زوجها، فنقضه جائز، ولا يجوز هذا النكاح أبدًا.

قال أبو بكر: مسائل الباب على أربعة أوجه، منها:

- ما له أن ينقضه بالقول والعقل جميعًا،
- ومنها: ما ليس له أن ينقضه بالقول وبالفعل،

---

[909] يعقد.
[910] ولم يملك.
[911] تزوّجه.

- ومنها: ما له أن ينقضه بالقول ولا ينقضه بالفعل،
- ومنها: ما له أن ينقضه بالفعل ولا ينقضه بالقول.

فأمّا الذي نقضه بالقول والفعل جميعًا، فهو الوكيل في تزويج امرأة بغير عينها، فزوّجه بغير إذنها، فله أن ينقضه بالقول وله أن ينقضه بتزويجه أختها، وإنّما كان له أن ينقضها بالقول قبل تمامه من قِبل أنّ الزوج قد وكّله، فقام فيه مقامه، فكلّ ما للزوج أن يفعله فيه، فللوكيل فعله، إذ هو موكّل بإتمامه، فله أن يتمّه وله أن يمنع أيضًا من تتميمه، والفسخ يمنع الإتمام الذي هو موكّل به، فإذا كان موكّلًا به، فله أن يتمّه وله ألّا يتمّه. ألا ترى أنّ الوكيل بالشراء والبيع لما كان إليه تتميم العقد كان إليه فسخه قبل تمامه.

فإن قيل: إنّما كان للوكيل بالشراء فسخُه [62أ] قبل تمامه، لأنّ العقد وقع له، وعقد النكاح لم يقع للوكيل، فلا يكون له خيار الفسخ الواجب بالعقد، لأنّ ذلك من حقوق العقد، وحقوق العقد في النكاح لا يتعلّق بالوكيل.

قيل له: لو كانت العلّة ما ذكرت في الوكيل بالشراء لوجب أن يكون له الفسخ بالعيب بعدما قبضه الموكّل، لأنّ قبضه لم يجز من أن يكون حقوق العقد متعلّقة به، فلمّا لم يكن الفسخ في هذه الحال دلّ أنّ العلّة في الفسخ ليست ما ذكرت، وإنّ المعنى فيه أنّه من حيث كان موكّلًا بالعقد كان موكّلًا بتتميمه تارّةً وفسخه تارّةً، وإنّما كان له فسخه بغير مَحضر منها، لأنّ هذا الفسخ إنّما هو منع من تتميم العقد، فصار بمنزلة خيار القبول الذي تحته تتميم العقد له أو الامتناع من تتميمه، وقد يصحّ بغير محضر من الأجر ولا سماعه.

فصل

قال محمد: ولو أنّ الوكيل لم ينقض النكاح، ولكنّه زوّجه أختها بإذنها أو بغير إذنها خاطب عليها مخاطب انفسخ الأوّل.

قال أو بكر: لأنّه مأمور بهذا النكاح، ووقوعه يفسخ الأوّل، وله أن يفسخه، فصارت مخاطبته فسخًا له، ولا فرق بين قوله: "قد فسخت" وبين فعله ما لا يصحّ اجتماعه مع العقد الأوّل، وكما لو أنّ الزوج خاطب أختها في التزويج كان ذلك منه فسخًا للعقد الأوّل. كذلك خطاب الأوّل الوكيل إيّاها من حيث قام مقام الزوج في ذلك.

فصل

قال محمد: ولو أنّ الوكيل زوّجه امرأتين في عقده بعد الأولى إحديهما أخت الأولى لم ينفسخ نكاح الأوّلى.

قال أبو بكر: لأنّه غير مأمور بهذا العقد، لأنّ الوكالة لم تقتضي تزويج امرأتين، فصار [62ب] عقده وعقد الأجنبيّ أختها سواء في امتناع وقوع فسخ نكاح الأولى.

فإن قيل: إذا كان له أن يفسخ العقد الأوّل بقوله: "قد فسخت"، فهلّا كان ما فعله من ذلك فاسخًا له، إذ لا يصحّ بقاء الأوّل معه.

قيل له: إنّما الفسخ بقوله: "قد فسخت" من حيث كان موكّلًا به، وليس هو موكّلا بالعقد على الأجنبيّ، فصار كالأجنبيّ فيه، لأنّ هذا العقد ليس ممّا يصحّ وقوع الفسخ به، فلم يحصل هناك في إيجاب الفسخ غير النيّة، والنيّة على الانفراد لا تؤثّر[912] في الفسخ.

فإن قيل: هلّا كان كالرجل يبيع الجارية على أنّه بالخيار ثلاثًا، فيطأها أو يعرضها على بيع أنّ ذلك يكون اختيار أمته لفسخ البيع، فكذلك ينبغي أن يكون خطاب الوكيل للمرأتين إحديهما أخت الأولى فسخًا لنكاح الأولى. والمعنى الجامع بينهما: أنّ فعل الوكيل للمرأتين إحديهما أخت الأولى فسخًا لنكاح، والمعنى الجامع: أنّ فعل الوكيل لهذا العقد لا يجامعه بقاء العقد الأوّل كما إنْ وطئ البائع لا يجامعه بقاء العقد من[913] حيث كان وطئه فسخًا للعقد وجب في مسألة النكاح مثله.

قيل له: قولك: "إنّ العقد الثاني في مسألتنا لا يجامعه بقاء العقد" غلط من قِبل أنّ أجنبيًّا لو زوّجه بها بين المرأتين لوقف عقده عليهما، ولم ينفِ ذلك بقاء العقد الأوّل.

وأمّا الفصل بين وطء البائع[914] وبين خطاب الوكيل المرأتين، [الوجه الأوّل]: فهو ما بيّنا بدءًا من أنّ وكالة هذا الرجل مقصورة على حال مخصوصة متى تعدّاها كان والأجنبيّ سواء، فلمّا لم يملك الوكيل خطاب المرأتين بالوكالة كان كالأجنبيّ. وأمّا ملك الفسخ بالقول، وملك [63أ] تزويج الأخت على حباء لها[915] انفسخ به نكاح الأوّلى كما أنّ البائع لما كان مالكًا للوطء مع خياره كان وطئه مبقٍ لها[916] في ملكه. ونظير ذلك أيضًا: ما قالوا في الشفيع: إذا ترك الطلب أنّه لما كان مالكًا لذلك كان تركه للطلب تسليمًا كما لو قال: "قد سلّمت الشفعة" كان تسليمًا، ولو أنّه قال لرجلٍ أجنبيّ: "قد جعلت لك شفعة هذه الدار أو حملتها لك" لم يكن ذلك تسليمًا، لأنّه لا يملك نقل الشفعة، فلم يقع به تسليم الشفعة، وكذلك الوكيل لما لم يملك خطاب المرأتين بعقد الوكالة لم يبطل به العقد الأوّل.

الوجه الثاني: وهو ما ليس له فسخه بالقول ولا بالفعل، وهو الرجل يزوّج الرجل امرأة برضاها بغير رضا الزوج، ولا وكالة منه، ثم نقض النكاح قبل أن يبلغ الزوج، فنقضه باطل عند محمد، لأنّه قد يعلّق للزوج حقّ الإجازة من غير حقّ يلزم العاقد، فلا سبيل إلى إبطاله.

---

[912] لا يوثر.
[913] [illegible]
[914] وطي البيع.
[915] حيالها.
[916] مبقالها.

فإن قيل: إذا كان هو العاقد والموجب لذلك فهلّا كان له فسخه من حيث كان له ألّا يقبله ابتداء، والمنع من الإتمام في معنى القبول.

قيل له: لما تعلّق للغير حقّ في ذلك على ما وصفنا لم يكن له فسخه بغير أمر منه أو ما يجري مجراه، ولا يشبه هذا الرجل يبيع عبد غيره بغير أمره، فيكون للبائع فسخه قبل إجازة المالك، لأنّه يلزمه في ذلك حقوق البيع، فله الامتناع من إلزامها نفسه قبل تمامه.

قال أبو بكر: وقال أبو يوسف: له أن يفسخ النكاح قبل تمامه وإن لم يكن في الابتداء موكّلًا به.

فصل

قال محمد: ولو زوّجه أختها لم ينفسخ نكاح الأوّل أيضًا.

قال أبو بكر: من قِبل أنّه غير مأمور بما يوجب فسخ الأوّل، وإذا كان كذلك لم ينفسخ كما لو زوّجه الأجنبيّ [63ب] أختها لم ينفسخ العقد الأوّل، وكان للزوج أن يجيز أيّهما شاء.

فإن قيل: كيف يجوز أن يقف عليه نكاح أختين، وكيف يجوز وقوف ما لا تلحقه[917] إجازة؟

قيل له: إنّما وقف ما تلحقه الإجازة، وهو نكاح كلّ واحدة على حباء لها[918]، وليس وقوعُه على أن يلحقهما جميعًا الإجازة، وهذا غير ممتنع. ألا ترى أنّ رجلًا لو باع عنه رجل بغير أمره، وأعتقه آخر بغير أمره وقف عليه الأمران على أن يجيز أيّهما شاء مع استحالة اجتماعهما.

الوجه الثالث الذي له فسخه بالقول وليس له فسخه بالفعل، وهو: أن يوكّله بتزويج امرأة بعينها، فتزوّجه امرأة خاطب عنها رجل بغير أمرها، فهذا له أن يفسخ نكاحها بالقول من قِبل أنّه موكّل بالعقد، فله أن يمنع من تمامه على ما ذكرنا إذ كان موكّلًا له، وأمّا تزويجه أختها فغير موكّل به، فإذا فعل لم يقع به فسخ نكاح الأوّل.

فصل

قال محمد: ولو أنّ الوكيل جدد على الأولى نكاحها مستقبلًا بمخاطب عنها كان ذلك فسخًا لأوّل، وكان الباقي موقوفًا.

---

[917] ما لا يلحقه.
[918] حيالها.

قال أبو بكر: إنّما انفسخ الأوّل، لأنّه موكّل بالثاني. ألا ترى أنّ المرأة لو ردّت النكاح كان للوكيل أن يزوّجها إيّاه ثانيًا، فقد علمت أنّه موكّل بالعقد الثاني عليها، فإذا فعل، واستحال بقاء الأوّل مع وقوع الثاني صار الثاني فسخًا للأوّل.

فصل

الوجه الرابع ما له فسخه بالفعل وليس له فسخه بالقول، وهو: أن يزوّجه امرأة بغير أمره، ثم يوكّله الزوج بتزويج امرأة، فلو فسخ النكاح الأوّل بالقول لم ينفسخ، لأنّه غير موكّل به، فلا يثبت له حقّ الفسخ فيه من غير وكالة أو حيث له ذلك على ما بيّنا.

فإن قيل: ما انكرتْ أن يكون له فسخ ذلك النكاح من حيث [64أ] كان إليه إجازته.

قيل له: إنّما كان له إجازته استحسانًا، والقياس ألّا يجوز، وجه الاستحسان فيه: أنّ المبتغى من العقد حصول البضع ومعاني النكاح له، وقد يحصل ذلك له بالإجازة، فلذلك جاز، وهذا المعنى غير موجود في الفسخ، فلمّا زالت علّة الاستحسان في الفسخ حمل على القياس.

فصل

قال محمد: ولو زوّجه أختها بغير رضاها انفسخ نكاح الأولى.

قال أبو بكر: من قِبل أنّه موكّل بالتزويج الذي فعله، فإذا فعل ذلك ولم يجز أن يصحّ الأوّل معه كان فسخًا للأوّل، لأنّ خطابه لها خطاب الزوج، إذ هو مفعول بأمره، وهو قائم فيه مقامَه.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا زوّج[919] رجلًا امرأة بغير إذن واحد منهما، وخاطب عن المرأة أبوها بغير أمرها، ثم إنّهما جدّدا نكاحًا، فبلغ[920] الزوج والمرأة النكاحان جميعًا، فهما بالخيار إن شاءا أجاز الأوّل وإن شاءا أجاز الثاني.

قال أبو بكر: لأنّ العقد الأوّل لم ينفسخ، إذ لم يكونا وكيلين في الثاني.

فصل

---

[919] رفع.
[920] فبلغا.

قال محمد: ولو أنّ الرجل خاطبته المرأة بغير إذن الزوج، ثم جدّدا نكاحًا انفسخ الأوّل، لأنّ للمرأة أن تفسخ الأوّل، وخطابها في العقد الثاني فسخ الأوّل.

فصل

قال محمد: ولو وكّل رجلًا بأن يزوّجه[921] امرأةً على ألف درهم فزوّجها إيّاه على خمسين دينارًا بغير إذنها، ثم زوّجها إيّاه على ألف درهم بغير إذنها انفسخ الأوّل.

قال أبو بكر: لأنّه موكّل بالباقي، فإذا فعله وكان الأوّل لا يصحّ معه صار فسخًا له.

مسألة

قال محمد: وإذا وكّل رجلٌ رجلًا أن يزوّجه[922] امرأة، ووكّل آخر أن يزوّجه امرأةً، فزوّجه كلّ واحد منهما امرأة على حدّة زوّجها أبوها بغير أمرها، ووقع [64ب] النكاحان معًا، فبلغ إحديهما، فأجازت، وهما أختان من الرضاعة، فالنكاح باطل، قال: وكذلك لو كان أب إحدى الأختين زوّجها برضاها كان النكاح باطلًا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ خطاب الوكيلين في ذلك كخطاب الزوج، فكما لو أنّ الزوج خاطب الأختين بالعقد في حالة واحدة كان خطابه لكلّ واحدة فسخًا لعقد الأخرى، كذلك خطاب الوكيلين.

قال محمد: ألا ترى أنّه لو تزوّج حرّة وأمة في عقدٍ، الأمة برضا مولاها، والحرّة بغير رضاها، أنّ نكاح الأمة باطل لا يجوز أبدًا، وذلك لأنّه لا يصحّ نكاح الأمة مع وجود ما يوجب فسخه، وهو عقده على الحرّة.

فصل

قال محمد: ولو أنّ رجلين لم يوكّلا بنكاح زُوّجا رجلًا أختين في عقدتين متفرّقتين إلّا أنّ العقدتين وقعتا معًا برضا الأختين، وقد خاطب عن كلّ واحدة منهما مخاطب على حدّة، فبلغ الزوج، فأجاز نكاح إحديهما، فنكاحها جائز.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهما لم يكونا وكيلين، فلم يكن خطاب أحدهما لإحديهما فسخًا لنكاح الأخرى.

فصل

---

[921] تزوّجه.
[922] تزوّجه.

قال محمد: ولو أنّهما زوّجا الأختين رجلًا في عقدة واحدة، وخاطب عن الأختين رجلان كلّ واحد منهما عن إحديهما برضاهما، فالنكاح باطل.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهما وإن لم يكونا وكيلين بالعقد عليهما، ولا كان[923] كلامهما بمنزلة كلام الزوج حتى يوجب بعضه فسخ بعض، فإنّهما قد جمعاهما في عقدة واحدة، ولا يصحّ اجتماع الأختين في عقدة واحدة من وكيل ولا متبرّع ولا زوج، لأنّ اللفظة في نفسها فاسدة لا يثبت حكمها. [65أ]

فصل

قال محمد: ولو أنّ رجلًا قالت له أختان معًا كلّ واحدة على حدّة: "قد زوّجتك نفسي بألف درهم"، فخرج الكلام منهما جميعًا، فقال الزوج لإحديهما: "قد أجزت نكاحك"، فنكاحها جائز.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لم يثبت لكلّ واحدة منهما فسخ نكاح صاحبتها، ولم يجتمعا في عقدة، فيفسخ نكاح كلّ واحدة منهما نكاح صاحبتهما، فلذلك كان له أن يجيز أيّهما شاء.

فصل

قال محمد: ولو بدأ الزوج قبلهما فقال: "تزوّجتكما كلّ واحدة منكما بألف درهم"، فقالت إحداهما[924]: "قد رضيت، وأنت الأخرى إن ترضي"، فنكاحهما جميعًا باطل، لأنّ الزوج جمعهما[925] في عقدة، فصار نكاح كلّ واحدة منهما فسخًا لنكاح الأخرى.

فصل

قال محمد: ولو أنّ رجلًا له بنت كبيرة وأمة فقال الرجل: "قد زوّجتكما كلّ واحدة بألف درهم"، وقال: "ذلك بعد رضا البنت"، فقال الزوج: "قد قبلت نكاح الأمة" لم يجز أبدًا، وإن شاء بعد ذلك أجاز نكاح الحرّة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ نكاح الأمة والحرّة لا يجتمعان في عقدة واحدة كالأختين، فيبطل نكاح الأمة، ولا يبطل نكاح الحرّة من قِبل أنّ نكاح الأمة لا ينفي نكاح الحرّة بنفي نكاح الأمة.

مسألة

---

[923] كانا.
[924] إحديهما.
[925] جميعهما.

قال محمد: ولو أنّ رجلًا وكّل رجلين فوكّل كلّ واحد منهما أن يزوّجه[926] امرأة، فزوّجه أحدهما امرأة بغير إذنها، زوّجها أبوها، ثم زوّجها الآخر أختها بغير إذنها كان هذا ردّ النكاح الأوّل.

قال أبو بكر: هذا بيّناه فيما سلف، وهو من القسم الذي له فسخه بالفعل، ولا يفسخه بالقول.

مسألة

قال محمد: [65ب] زوّج رجلًا امرأة بغير إذنه، وخاطب عن المرأة مخاطب بغير إذنها، فوقع النكاح على ألف درهم، ثم إنهما أنكحاهما نكاحًا مستقبلًا بخمسين دينارًا، فبلغ المرأة، فأجازت النكاح الأوّل، وبلغ الرجل، فأجاز الآخر، ثمّ اجتمعا بعد ذلك على أحد النكاحين، فإن كانا أجمعا[927] على النكاح الأوّل جاز، وإن أجمعا على النكاح الآخر لم يجز.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ العقدين جميعًا يقعان على الإجازة كما لو باع رجل عبد غيره بغير أمره، وباعه آخر أيضًا بغير أمره أنّ كلّ واحد من العقدين موقوف على إجازة المالك، فكذلك ما وصفنا، والمملوك بالعقدين جميعًا بضع واحد، فكلّ واحد من العقدين لا يدفع الآخر، ولا يفسخه من جهة التحريم، لكن يدفعه من جهة أنّ الزوج لم يرضَ أن يلزمه إلّا أحد مالين، لأنّ كلّ واحد منهما موقوف عليه على هذا الوجه، فلذلك امتنع لزوم المالين جميعًا إيّاه لا من جهة امتناع وقوع العقدين جميعًا من حيث اجتماعهما محرّم، فمتى اختار أحدهما أحد العقدين بطل المال المذكور في العقد الآخر، لأنّه قد أبى أن يلزمه باختياره الآخر لا من حيث كان ملك البضع محظورًا بالمالين، لكن[928] من حيث كان ملك البضع معهودًا على أحد المالين، وليس ذلك مثل أن يقف عليه نكاح أختين، فيجيز نكاح إحديهما، فبطل نكاح الآخر لأجل تحريم اجتماع ملك البضعين، فهما مفترقان في هذه النكتة، وسيجيء بيان هذا المعنى في أضعاف المسائل. وإذا كان الأصل في ذلك ما وصفنا، ثم أجازت المرأة النكاح الأوّل، فقد تركت النكاح الآخر [66أ] وفسخته من حيث اختارت الأوّل وأعرضت عن الثاني، فلمّا أجاز الزوج النكاح الآخر بعد ذلك، فإنّما أجاز ما ليس بعقد، لأنّ الثاني قد بطل بإجازة المرأة العقد الأوّل، ولا ينفسخ العقد الأوّل بإجازة الزوج النكاح الآخر من قِبل أنّ إجازته لم تنصرف[929] إلى عقد موقوف ينفسخ به الأوّل، ولهما أن يجمعا على النكاح الأوّل بعد ذلك، لأنّه موقوف بحاله، وقد جاز من قبل المرأة.

فصل

قال محمد: ولو أنّ المرأة بدأت فأجازت النكاح الآخر كان النكاح هو النكاح الآخر، وبطل الأوّل أبدًا.

---

926 تزوّجه.
927 اجمعًا.
928 ليكن.
929 لم ينصرف.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّه لم يجز أن يملك البضع بالمالين، إذ لم يوجدا جميعًا في عقد واحد، وإنّما يملك بأحدهما كان اختيارها لأحدهما إعراضًا عن الآخر وتركا له، فلذلك بطل الآخر.

فصل

قال محمد: ولو كان الزوج هو الذي بدأ قبل المرأة فأجاز أحد النكاحين بطل الثاني أبدًا.

قال أبو بكر: وهو أيضًا على ما تقدّم.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ الرجل أجاز أحد النكاحين، وأجازت المرأة النكاح الآخر، وخرج الكلام منهما جميعًا معًا بالإجازة، ثم أراد بعد ذلك أن يجتمعا على أحد النكاحين، فليس لهما ذلك، وقد انفسخ النكاحان جميعًا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لما كان لكلّ واحدٍ منهما أن يفسخ كلّ واحد من العقدين على حاله[930]، ويجيز الآخر، وكانت إجازته لأحدهما بعينه خاصّة فسخًا للآخر صار الزوج فاسخًا بإجازته ما أجاز العقد الذي أجازته المرأة. وكذلك المرأة فسخت العقد الذي أجازه الزوج بإجازتهما ما أجازت.

فصل

قال محمد: ولو علم أنّ إجازة أحدهما [66ب] كانت قبل إجازة الآخر إلّا أنّه لا يدري أيّهما أجاز الأوّل، فإن تصادقا على أحد النكاحين واجتمعا عليه، وأجازاه وادّعيا أنّه أوّل، فهو جائز.

قال أبو بكر: صدقا في ذلك، لأنّه شيء من أمور الدين فيما بينهما وبين الله عزّ وجلّ، وليس فيه إبطال حقّ لأحد، ولم يظهر لنا خلاف ما ادّعياه، ولذلك صدقناهما.

فصل

قال محمد: ولو لم يدر أيّهما أجاز أوّلًا، وأرادا إجازة النكاحين لم يجز واحد منهما أبدًا حين يعلم الأوّل منهما لقوله بذلك، ونفى[931] الزوج والمرأة.

---

[930] حياله.

[931] ونهال

قال أبو بكر: وذلك أنّهما إذا لم يعلما الثاني منهما، وقد علم أنّ أحدهما قد انفسخ، فجاز أن يكون اجتماعهما واقعًا على المفسوخ، فلا يملك بضعها به، ولا جائز إثبات ملك البضع له بالشكّ.

فصل

قال: ولو أنّ المرأة أجازت النكاحين جميعًا معًا، ثم بلغ الزوج، فأجاز الأوّل منهما كان جائزًا، وكان عليه المهر الذي سمّى في النكاح الأوّل.

قال أبو بكر: إجازتهما النكاحين جميعًا لا يوجب فسخ واحد منهما من قِبل أنّ المملوك بالعقدين لما كان بضعًا واحدًا لم يتناف العقدان جميعًا عليه بالإجازة، وإنّما بيّنا في ثبوت المهرين، فمن حيث لم يكن تاركًا لأحد العقدين معرضًا عنه، بل كانت راضيةً لهما جميعًا، وكان معلومًا أنّها لا تستحقّ[932] المهرين جاز كلّ واحد منهما على حاله[933] من جهتها، ووقف على إجازة الزوج، فأيّهما رضي به فقد حصلت الإجازة منهما جميعًا إذا كان العقد عليهما موقوفًا عليه. والفرق بينهما: أنّ المملوك بكلّ واحد من العبدين على الأختين غير المملوك بالعقد الآخر، وملك بضع أحدهما ينافي العقد [67أ] على الأخرى.

وأمّا العقدان[934] الموقوفان على المرأة الواحدة، فإنّ المملوك بهما جميعًا بُضع واحد، فالمملوك بأحد العقدين ينافي المملوك بالعقد الآخر، لأنّ الشيء لا ينافي نفسه، فإنّما ينفسخ أحد العقدين إذا أجيز الآخر من حيث لم يجز لزوم المهرين، وفي التزام أحدهما ترك الآخر واشتغال عنه، فإذا أجازهما جميعًا فقد اشتغل بهما جميعًا، ولم يعرض عن واحد منهما فلم ينفسخ أحدهما، وبقي[935] كلّ واحد منهما موقوفًا على إجازة الزوج.

فصل

قال محمد: وكذلك لو أجاز الآخر كان نكاح الآخر هو الجائز، وعليه المهر الذي سمّى فيه.

قال أبو بكر: وهذا أيضًا على ما بيّناه.

قال محمد: ولو أجازهما الزوج جميعًا، وقد أجازتهما المرأة معًا كانت المرأة امرأته، وكان النكاح جائزًا، وكان على الزوج أيّ المهرين شاء يعطيه المرأة في فيأمر[936] قول أبي يوسف ومحمد.

---

[932] لا يستحقّ.
[933] حياله.
[934] العقدانّ.
[935] ويفرح
[936] فيفيامر

قال أبو بكر: قد بيّنا أنّ إجازتهما النكاحين لا يوجب فسخ أحدهما، فلمّا أجازهما جميعًا ملك بضعها بذلك. ومعلوم أنّه لا يلزمه إلّا أحد المهرين من قِبل أنّ هذين العقدين لهما حكمان: أحدهما فيما يتعلّق بالبضع، والآخر فيما يتعلّق بالمهرين، فهما في حكم العقدين في تعلّقهما بالعقدين بالمهرين، وفي حكم العقد لأجل المهرين، فلا يجوز أن يلزمه المهر أنّ جميعًا لاستحالة صحّة اجتماع العقدين عليهما في هذا الوجه، فلزمه أحدهما، وكان الخيار إلى الزوج في قول أبي يوسف ومحمد كمن تزوّج امرأة على ألف درهم أو خمسين دينارًا. وأمّا في قياس أبي حنيفة فإنّه يعتبر[937] مهر المثل حسب اعتباره في العقد على ألف أو خمسين [67ب] دينارًا. واستشهد محمد على هذه المسألة بمسألة وكيل المرأة ووكيل الزوج إذا عقد عقدين، ووجهُه ظاهر، ثم قال: وإذا كان أحد النكاحين قبل صاحبه، وتصادقوا أنّهم لا يعلمون أيّهما أوّل، فالنكاح جائز، وعليه نصف المهرين لها.

قال أبو بكر: لأنّا قد تبيّنا جواز أحد العقدين. أمّا الذي بالدنانير وأمّا الذي بالدراهم فعليه نصف كلّ واحد منهما، لأنّها تستحقّ[938] في حال الدنانير وفي حال الدراهم.

فصل

قال محمد: ولو ادّعت المرأة أنّ النكاح بالدنانير كان قبل النكاح الآخر، وادّعى الزوج أنّ النكاح بالدراهم قبل، فهذا كأنّهما اختلفا في أصل المهر.

قال أبو بكر: فيعتبر حينئذ مهر المثل على قول أبي حنيفة ومحمد وفي قول أبي يوسف القول قول الزوج على نحو ما قالوا في اختلافهما في المهر، وهذه المسائل التي فرعها[939] محمد في تقدّم أحد النكاحين إنّما هي في الوكيلين إذا زوّجا، لأنّ عقد الأوّل ينفذ، ولا يصحّ عقد الآخر. وأمّا في المسائل التي قبل مسألة الوكالة، فإنّ الأوّل والآخر سواء، وأيّهما أجيز، فهو الجائز دون الآخر.

مسألة

ولو أنّ رجلًا زوّج رجلًا امرأة بغير أمرها بألف درهم، وخاطب عن الرجل رجل بغير أمره، فوقع النكاح على ألف[940] درهم، ثم إنّ الرجلين جدّدا نكاحًا مستقبلًا على مائة دينار، فبلغ الزوج، فقال: "قد أجزتُ هذا أو هذا"، وقالت المرأة مثل ذلك، وخرج الكلام منهما معًا في حالة واحدة، فإنّ الزوج والمرأة لم يجيزا نكاحًا بعد، ولهما أن يجتمعا على أحد النكاحين أيّهما شاء، [68أ] وإن شاء فسخا ذلك كلّه.

---

937 فانه يعتدد.
938 يستحقّ.
939 التي فرغها.
940 على الباقي

قال أبو بكر: لأنّ الزوج لما قال مبتدئًا أو المرأة: "قد أجزت أحدهما"، وقال الآخر: "قد أجزت نكاحهما أحدهما"، فلم يحصل هناك بعد إجازة لأحد العقدين. وإنّما أوقع كلّ واحد منهما إجازة موقوفة، لأنّه أوقعها بلفظ التخيير[941]، فلم يوجب بها غير ما كان له قبل الإجازة، فلذلك لم ينفسخ بها واحد من العقدين، فإذا أجمعا على أحد العقدين كان هو الجائز منهما.

فإن قيل: أليس قوله: "أحدكما حرّ" أو قوله: "هذا أو هذا" يوجب له الخيار في إثبات الحرّية في أحدهما، ومع ذلك فليس له إخراجهما جميعًا من الحرّية وإبطاله عنهما.

قيل له: هذا أيضًا دلّ على صحّة ما ذكرنا، وذلك أنّ قوله: "هذا حرٌّ أو هذا حرٌّ" لم يوجب في أحدهما حرّية بعينها، وإنّما جعل إليه البيان فيها وجب أن يكون هذا حكمه في إجازة أحد العقدين، وإذا كان ذلك كذلك فقد كان له الخيار قبل ذلك في إجازة أحد العقدين، فهو لم يعدنا بهذا القول شيئًا في الإجازة، فبقي الأمر على ما كان عليه. وأمّا جواز إبطال العقدين بعد إجازة أحدهما بغير عينه، وامتناع ذلك في الحرّية، فلأنّ الحرّية لا يلحقها الفسخ، والنكاح يلحقه الفسخ، فلذلك اختلفا.

قال أبو بكر: وهذا قول أبي يوسف ومحمد، وأمّا قول أبي حنيفة فينبغي أن يجوز النكاح، ويعتبر مهر المثل كما لو تزوّجها على ألف درهم أو مائة دينار من قِبل أنّ قول الزوج: "قد أجزت أحدهما" إجازة لأحد العقدين بغير عينه، فينفسخ أحدهما بغير عينه، فإذا قالت المرأة: "أجزت أحدهما" انصرفت إجازتها إلى الجائز [68ظ] منهما دون المنفسخ الذي لا يجوز أن يلحقه إجازة بحال.

مسألة

قال محمد: ولو قال الزوج: "قد أجزتُ النكاحين جميعًا"، وقالت المرأة: "قد أجزت هذا أو هذا" أو قالت: "قد أجزت أحدهما"، ولم تسمّه كان هذا والأوّل سواء والنكاح[942] جائز، ويعطيها الزوج أيّ المهرين شاء في قياس قول أبي يوسف ومحمد.

قال أبو بكر: يعني محمد بقوله: هذا والأوّل سواء أنّ قوله: "أحدهما" وقوله: "هذا أو هذا" سواء، ولم يعن أنّ هذه والمسألة الأوّلى سواء، لأنّهما مختلفان في الجواب.

فصل

---

941 التجييز.
942 النكاح.

قال محمد: وكذلك لو قالت المرأة: "قد أجزت النكاحين جميعًا"، ثم قال الزوج بعد ذلك: "قد أجزت هذا أو هذا" أو قال: "قد أجزت أحدهما"، فالنكاح بينهما جائز إن ماتا توارثا، ويعطيها الزوج أيّ المهرين شاء في قياس قول أبي يوسف ومحمد. وأمّا في قياس قول أبي حنيفة فعلى اعتباره مهر مثلها.

قال أبو بكر: لما ابتدأ أحدهما أحد العقدين بغير عينه، ثم أجازهما الآخر معًا، فقد صح أحد العقدين لا محالة بحصول الإجازة منهما جميعًا، ثم القول في المهر على اختلاف كمن تزوّج امرأة على ألف درهم أو مائة دينار.

مسألة

قال محمد: وإن قال الزوج: "قد أجزت أحد النكاحين" أو قال: "قد أجزت هذا أو هذا" أو قالت المرأة بعد ذلك: "قد أجزت النكاح الذي أجازه الزوج"، فالنكاح جائز، ويعطيها الزوج أيّ المهرين شاء في قياس قول أبي يوسف وقولنا، وفي قياس قول أبي حنيفة على اعتبار مهر المثل.

قال أبو بكر: قد حصلت الإجازة منهما في النكاح الذي أجازه الزوج [69أ] بدءًا، فوجب أن يجوز أحد العقدين بغير عينه، ولزم فيه أحد على الاختلاف الذي ذكر.

فإن قيل: ينبغي ألّا يكون ذلك اجتماعًا منهما على واحد من العقدين، لأنّ قول الزوج: "قد أجزت أحدهما" لم يعد حكمًا، لأنّ هذا القول يوجب التخيير[943]، والخيار قد كان ثابتًا، فإذا لم يثبت له حُكم لم يعمل قولهما: "قد أجزت النكاح الذي أجازه الزوج".

قيل له: ليس الأمر كذلك من قِبل أنّ قوله: "قد أجزت أحدهما"، وإن اقتضى الخيار فإنّه لا يخلو[944] من أن تكون[945] الإجازة قد تعلّقت بواحدٍ منهما، وإن كان له الخيار فيه كما أنّ قوله: "أحدكما حرّ" لا محالة قد أوجب حرّية في أحدهما، وإن كان له الخيار في صرفها[946] إلى أيّهما شاء إلّا أنّهما يختلفان إذا قال الزوج: "أجزت أحدهما"، وقالت المرأة: "أجزت أحدهما" في قول أبي يوسف ومحمد من قِبل أنّ كلّ واحد من الإجازتين وقعت على خيار، وكان لهما أن يفسخا العقدين أو يجتمعا على أحدهما. وأمّا إذا حصل الاجتماع منهما بعد ذلك على أحدهما فحكم اللفظ الأوّل ثابت، فلذلك استعمل، ويدلّك على هذا أنّ أبا حنيفة يصرف الإجازة الثانية إذا وقعت على وجه التجييز إلى الجائز منهما.

فصل

---

[943] التجييز.
[944] لا يخلوا.
[945] ان يكون.
[946] ضرفها.

قال محمد: ولو أنّ الزوج قال: "أجزت أحدهما"، فقالت المرأة بعد ذلك: "أجزت أحدهما"، فهذا والأوّل سواء في قياس قول أبي حنيفة، والنكاح الذي أجازت المرأة هو النكاح الذي أجازه الزوج. وأمّا في قول محمد فإنّهما لم يجتمعا على شيء بعد، ولم يقع نكاح بعد حتى يجتمعا على النكاح [69ب] الذي أجازه الزوج قبل إجازة المرأة، فإذا قالت المرأة: "قد أجزت النكاح الذي أجازه الزوج" جاز، وإن لم يسمّ الزوج نكاحًا بعينه، فيعطيها الزوج أيّ المهرين شاء في قياس قول أبي يوسف وقولنا.

قال أبو بكر: بنى أبو حنيفة هذه المسألة على أصله في قول الرجل لعبده ولحائط: "أحدكما حرّ" أنّ الحرّية تنصرف إلى العبد لاستحالة وقوعها على الحائط، وكذلك لما استحال أن يلحقّ الإجازة العقد المفسوخ انصرفت إلى الباقي، وهو الذي أجازه[947] الزوج بدءًا. وأمّا على قولهما: فإنّه لا ينصرف إلى المجاز كما لا تنصرف[948] الحرّية إلى العبد في قوله ولحائط: "أحدكما حرّ". وأمّا في قول محمد فلم يقع نكاح بعد حتى يجمعا على النكاح الذي أجازه الزوج قبل إجازة المرأة، فإنّما معناه أنّ المرأة إذا أجازت ذلك النكاح جاز، ولم ينف بذلك جواز اجتماعهما على أحد النكاحين أنّهما ما لا بدّ قال في المسألة التي قبل هذه أنّ لهما أن يجتمعا على أيّ النكاحين شاءا يصير بعينه، لأنّ قول الزوج: "أجزت أحدهما" لم يبطل خياره في صرف الإجازة إلى أيّهما شاء، وكذلك قول المرأة فيكون لهما أن يجمعا على أحدهما بعينه بعد ذلك، وإذا أنّهما لم يجز حتى يقع الاجتماع منهما على ما أجازه الزوج مجملًا.

مسألة

قال محمد: وإذا زوّج الرجل عبد الرجل امرأتين في عقدة واحدة بغير إذن العبد وبغير إذن مولاه، ثم زوّجه ذلك الرجل امرأتين في عقدة بغير إذن العبد وبغير إذن مولاه، وذلك بإذن النسوة، [70أ] فأعتق المولى العبد، فبلغه النكاح، فإن أجاز نكاح الأوّليين فهو جائز، وإن أجاز نكاح الآخريين ولم يجز نكاح الأوّليين، فهذا جائز. وإن أجاز نكاح واحدة من الأوّليين وواحدة من الآخريين جائز أيضًا، وإن أجاز نكاح الأوّليين وواحدة من الآخريين جميعًا معًا بطل نكاح هؤلاء الثلاثة، فإن أراد بعد ذلك أن يجيز نكاح الثانية جاز نكاحها. وكذلك إن أجاز نكاح الأربع بطل نكاحهن كلّهن.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ كلّ عقد له يجيز، فإنّه يقف على الإجازة إذا أوقعه غير مالكه فيه وقف كلّ واحدة من هاتين العقدين على الانفراد على الإجازة. ألا ترى أنّ المولى لو أجاز إحدى العقدتين جازت. وكذلك إذا سقط حقّ المولى عن رقبة العبد صار كلّ واحد من العقدتين موقوفة على إجازته على حيالها، فله أن يجيز نكاح امرأتين منهنّ، وليس له إجازة ثلاث منهنّ إذا لم يقف ذلك في يديّ وقوعه على إجازة مجيز. ألا ترى أنّ المولى لو أجاز نكاح ثلاث منهنّ قبل العتق لم يجز، فكذلك لا يكون للعبد إجازة وامتناع جواز نكاح الفريقين غير مانع من وقوف[949] العقد بين كلّ واحدة على

---

[947] اجازة.
[948] لا ينصرف.
[949] قوف.

حالها[950] على الإجازة. ألا ترى أنّ رجلًا زوّج رجلًا امرأةً، وزوّجه آخر أختها أنّ نكاح كلّ واحدة موقوف على إجازة الزوج، ومع ذلك لا يجوز له إجازة نكاحهما، فكذلك ما وصفنا، وكما لو أعتق رجل عبد رجلٍ بغير أمره، وباعه آخر، فله أن يجيز كلّ واحد من العقدين على حالها[951]، ويستحيل اجتماعهما [70ظ] في الصحّة، فإذا صحّ ما وصفنا ثم أجاز العبد بعد العتق نكاح إحدى الأوّليين[952] وإحدى الآخريين جاز ما أجاز من ذلك، وبطل نكاح البواقي لما وصفنا من أنّ الموقوف عليه نكاح اثنتين منهن لا غير وليستا بأعيانهما، فله أن يجتاز أي بنتين منهن شاء.

فإن قيل: لم جاز له أن يختار[953] إحدى اللتين زوّجناه في عقدة واحدة، وهلّا كان كالبيع لو باع عبدين له من رجلٍ بغير أمره، ثمّ بلغ المولى، فأجاز بيع أحدهما لم يلزم المشتري لما فيه من تفريق الصفقة.

قيل له: الفرق بينهما: أنّ تفريق الصفقة في النكاح لا يمنع جوازه، لأنّ رجلًا لو قال لرجل: "قد زوّجتك أمتي هاتين" كان له أن يقبل نكاح إحديهما دون الأخرى، والمعنى في ذلك: أنّ عقد النكاح لا يُفسده الشروطُ لو تزوّجها على أن يطلّقهما بعد عشرة أيّام جاز العقد وبطل الشرط، وأكثر أحوال المرأة إذا جمعتهما صفقة واحدة أن يكون كلّ واحدة منهما مشروطة في عقد الأخرى، فلا يبطل العقد لعدم الشرط، وليس كذلك البيع، لأنّ الشروط الفاسدة تبطله، ويمنع جوازه، ومتى شرط فيه شرطًا جائزًا[954] لم يصح وقوعه إلّا مع صحّة شرطه.

وأمّا إذا أجاز نكاح الأوّليين من الآخريين فإنّما بطل نكاح هؤلاء الثلاث من قِبل أنّ الذي وقف عليه من ذلك كان نكاح بنتين منهن لأكثر منهما، فلمّا ضمّ إليهما ثالثة وكان العقد على كلّ واحدة منهنّ موقوفًا عليه صار فاسخًا لنكاحين كما لو زُوّج أختين في عقدتين بغير أمره [71أ] كان له أن يجيز نكاح كلّ واحدة منهما على حاله[955]، فإن أجاز نكاحهما جميعًا بطل عقدهما جميعًا، ولا يبطل نكاح الباقية، لأنّه لم يفعل فيهما ما يُوجب فسخ عقدها، وإن أجاز نكاح الأربع بطل نكاحهن جميعًا، لأنّ الذي وقف عليه من العقدتين أن يجيز كلّ واحدة على حاله[956] كما يجيز نكاح إحدى الأختين إذا كان عقدهما موقوفًا عليه، فإن أجاز نكاحهما بطل العقدان جميعًا.

فصل

قال محمد: ولو أنّ عبدًا زُوِّج ثلاث نسوة في عقدة، ثم أعتق لم يكن له أن يجيز نكاح شيء منهن، لأنّ أصل العقدة فاسد، فكذلك لو زوّج رجل رجلًا في عقدة بغير أمره أو خمسًا، فليس للزوج أن يجيز شيئًا منهن.

---

[950] حيالها.
[951] حيالها.
[952] الأليين.
[953] ان يجتاز.
[954] جائز.
[955] حياله.
[956] حياله.

قال أبو بكر: العقدة وقعت فاسدة، لأنّها لا مجيز لها، فبطلت، وهذا كرجل زوّج رجلًا امرأة تحته أربع نسوة أنّ هذه المنكوحة لا يقف عقدها على الزوج، وإن طلّق الزوج إحدى نسائه، لأنّه لم يكن له يجيز في حال وقوعه كما قلنا في الصبيّ إذا أعتق عبده ثم أجازه بعد البلوغ، فلا يجوز.

فإن قيل: فمن أصلكم: أنّ اجتماع المرأتين في الصفقة الواحدة في عقد النكاح لا يمنع جواز العقد في إحديهما دون الأخرى، فهلّا قلت مثله في مسألة الأختين إذا زوّجناه في عقدة بغير أمره، ويكون ذلك بمنزلهما لو زوّجناه في عقدتين.

قيل له: إنّما يجوز تفريق الصفقة في العقدة الصحيحة التي يصح وقوفها، فأمّا ما لا يصحّ وقوفه، فمجال قول القائل: هلّا أجزته في إحديهما، وقول القائل: قد زوّجت فلانًا هاتين الأختين عقدة فاسدة لا يصحّ وقوفها بحالٍ، فلذلك لم يجُز أن تلحقها[957] الإجازة. [71ب]

باب من النكاح بين العبد والأمة والخيار لها

قال محمد: وإذا زوّج رجل عبده جاريةً، ثم أعتقهما جميعًا، فلم تعلم الجارية أنّ لها خيار حتى مضى زمان، ثم علمت، فإنّه يجب لها خيار العتق إذا علمت أنّ لها الخيار ما دامت في مجلسها ذلك، فإن اختارت[958] نفسها في مجلسها بانت منه بغير طلاق، وإن قامت[959] قبل أن تختار فلا خيار لها.

قال أبو بكر: خيار العتق يشبه التمليك، وهو قول الرجل: "أمر امرأتي بيدها أو قد خيّرتها"، وذلك لقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم لبريرة: ((بضعك فاختاري))[960]، فتعلّق على المجلس الذي علمت فيه الخيار كما يتعلّق خيار التمليك بالمجلس الذي يعلم فيه بالخيار، وعلمها بالعتق ليس هو علمًا بالخيار، فلا اعتبار بعلمها بالعتق حتى تعلم مع ذلك بأن لها الخيار من قِبل أنّ العتق ليس بعبارة عن التخيير من جهة الحكم، فلمّا لم تعلم بخيارها[961] لم يثبت حكم التمليك، وليست هذه كالبكر الصغيرة إذا زوّجها عمّها، ولا ولي لها أولى منه، ثم بلغت، فعلمت بالنكاح، فإن سكتتْ مع العلم بالنكاح كان ذلك رضًا، وإن لم تعلم أنّ لها الخيار. وكذلك لو قال رجل لامرأته: "أمرك بيدك" كان خيارها متعلّقًا بالمجلس علمت بأنّ لها الخيار أو لم تعلم بعد أن تعلم بقول الزوج، والفصل بين هذا وبين المعتقة أنّه ليس في لفظ العتق ما يبنئ عن التخيير، [72أ] وإنّما يتعلّق به التخيير من جهة الحكم، فلا يكون علمها بالعتق علمنا بالخيار.

---

[957] ان يلحقها.
[958] فان اجازت.
[959] وان قلت.
[960] هذا اللفظ في سنن الدارقطني، 444/4. أما أصل الحديث فمشهور، وهو في الكتب الستة وفي موطأ مالك، الطلاق 10؛ وصحيح البخاري، العتق، 10؛ وصحيح مسلم، العتق، 9، 13 (1504)؛ وسنن النسائي، الطلاق، 30؛ وسنن أبي داود، الطلاق، 19؛ وسنن الترمذي، الرضاع، 7 وغيرهم.
[961]

وأمّا قول الزوج لامرأته: "أمرك بيدك"، فهذه اللفظة بعينها موضوعة للتخيير معتدّة له، فلا فرق بين قوله: "أمرك بيدك" و"اختاري" من جهة ما يفيد من التخيير، فكان ذلك علمًا بالخيار، فتعلّق على المجلس. وأمّا الصغيرة إذا بلغت وهي[962] بِكْر، وعلمت بالنكاح فسكتت، فإنّما بطل خيارها، وإن لم تعلم بالخيار من قِبل أنّ سكوتها مع العلم بالنكاح كقولها: "قد رضيت بزوجي لقول النبي صلى الله عليه وسلم" سكوتها إقرارُها، ومعلوم أنّها لو قالت بلسانها: "قد رضيتُ بزوجي لقول النبي صلى الله عليه وسلم" سكوتها إقرارها، بطل خيارها، وإن لم تعلم أنّ لها الخيار، وكذلك سكوتها إذا كان قائمًا مقام قولها: "قد رضيتْ بلسانها"، ولو كانت ثَيِّبًا لم يبطل خيارها حتى تعلم بالخيار، فترضى بلسانها كذا كان يحكي أبو الحسن، وقد رواه أيضًا الحسن بن زياد عن أبي حنيفة في المجرد[963]، وكذا أبو الحسن عن محمد أيضًا أنّ الأَمَة لو قالت: "قد أجزتُ زوجي بعد العتق" جاز ذلك عليها، وإن لم يعلم أنّ لها خيار العتق كما قلنا في الصغيرة إذا بلغت.

فأمّا إذا لم تتكلّم المعتقة، ولم يوجدْ منها ما يقوم مقام الكلام في الرضا بالزوج بقي حكم خيارها موقوفًا على حال العلم به، وحكى الكيساني[964] عن محمد أنّ المعتقة إذا اختارت نفسها قبل أن تعلم[965] أنّ لها خيار العتق أو وطئها الزوج، ثم علمت أنّ ذلك لا يبطل خيارها. واحتجّ في ذلك بأنّه لو قال: "أمرك بيدك"، ثم جامعها، ثم علمت بالقول أنّ لها الخيار.

قال أبو بكر: ومن [72ظ] الفصل بين خيار المعتقة وخيار الصغيرة: أنّ خيار المعتقة لما كان بمنزلة خيار التمليك من الوجه الذي ذكرنا لم يثبت إلّا بعد العلم به كما لا يثبت خيار التمليك إلّا بعد التمليك. وأمّا خيار الصغيرة فإنّه يتعلّق ثبوته بالبلوغ لا بشيء غيره، فلمّا وجد البلوغ مع علمها بالنكاح ثبت لها الخيار، فإن كانت بكرًا صار سكوتها بمنزلة قولها: "قد رضيتُ بزوجي"، فبطل خيارها، لأنّها اختارته[966] مع ثبوت الخيار لها، وإن كانت ثَيِّبًا فخيارُها أبدًا باقٍ، لأنّ سكوتها لا يبطله، وليس خيار البلوغ متعلّقًا بالمجلس. فإن وطأها زوجُها أو قالتْ: "قد رضيت" بطل خيارها أيضًا، لأنّها اختارته بعد ثبوت الخيار لها، وخيار العتق لما كان بمنزلة التمليك تعلّق وجوبه على المجلس الذي علمت فيه بالعتق، ومن أجل ذلك قال محمد: لي روايةُ الكيساني[967] لا يبطل خيارها بقولها: "قد اخترت زوجي" قبل العلم به، لأنّها اختارت نفسَها قبل ثبوت الخيار لها.

---

[962] وهو.
[963] كتاب لحسن بن زياد.
[964] الكيسائي.
[965] يعلم.
[966] اختاره.
[967] الكيسائي.

قال محمد: فإن لم يعلم أنّ لها الخيار حتى ارتدّا عن الإسلام ولحقا بدار الحرب، ثم رجعا مسلمَين جميعًا، ثم علمت أنّ لها الخيار، فهي بالخيار في مجلسها التي علمت فيه بالخيار. وكذلك لو علمتْ أنّ لها الخيار، وهي في دار الحرب قبل أن يرجعا إلينا مسلمين كان لها الخيار ما دامت في مجلسها.

قال أبو بكر: وإنّما لم يبطل خيارها بردّتها ولحاقها، لأنّ تراخي المدّة لا يبطل ما تعلّق لها من الخيار بالعلم كما لو قال: "أمرُ امرأتي بيدها" لم يكن تراخي المدّة بهما مُبطلًا بخيار لو ارتدّا ولحقا بالدار، ثم علمت بالأمر كان لها الخيار، [73أ] فكذلك ما وصفنا، وأيضًا لما كان هذا حقًّا لا سبيل للزوج إلى فسخه، وكان العقد الموجب له باقيًا وجب أن يكون خيارها باقيًا ما لم يحدث منها رضًا به، ولها أن تختار نفسها في دار الحرب أيضًا إذا علمت بالخيار، لأنّ لحاقهما بدار الحرب لم يبطل النكاح، ولا يمنع وقوع الفرقة إذا وجد سببها[968] الموجِب لها، ولا خلاف بين أصحابنا أنّه لو طلّقها ثلاثًا في دار الحرب وقع طلاقه.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ حربيّة تزوّجها حربيّ، ثم سُبِيا، فصارا مملوكين فهما على النكاح، فإن أعتقا بعد ذلك، فللزوجة خيار العتق.

قال أبو بكر: قد اختلف فقهاء الأمصار في الزوجين إذا سبيا، فقال أصحابنا: لا تقع[969] الفرقة، وقال بعضهم: تقع[970] الفرقة، والأصل في ذلك: أن السبي يمنع استئناف عقد النكاح بينهما، فإلّا يدفع عقدًا ماضيًا أولى، لأنّا قد وجدنا ما يمنع المستقبل، ولا يدفع المستدبر من النكاح مثل العدّة إذا طرأت على المتزوّجة[971] لا ندفع عقدَها، ويمنع ابتداء عقد عليها، ولم نر في الأصل معنى لا يمنع مستقبل النكاح، ويمنع مستدبره، فصار وجود السبي وعدمه سواء في أنّه لا يقدح في العقد.

فإن قيل: لو سبّى أحدهما دون الآخر وقعت الفرقة، وكذلك إذا سبيا معًا، والمعنى الجامع بينهما: حدوث الملك عليها.

قيل له: حدوث الملك ليس سبب للفرقة. والدليل عليه: اتّفاق الجميع على أنّ بيع الأمة لا يقْدح في نكاحها، وإن كان قد قال بعض السلف: فعلمنا أنّ حدوث الملك على أحد الزوجين لا يقدح في العقد، ولا خلاف بين الأمة أنّ بيع العبد لا يفسد [73ب] نكاحه، فعلمنا أنّ حدوث الملك لا تأثير له في إفساد النكاح، وإنّما المعنى المفسد للنكاح في سبي أحد الزوجين هو حصول اختلاف الدارين كإسلام أحدهما، لو أسلم وخرج، وكما لو خرج إلينا أحدهما وصار ذميًّا وقعت الفرقة بينهما

---

[968] سببها.
[969] لا يقع.
[970] يقع.
[971] المزوّجة.

لأجل اختلاف الدارين حسْب. فأمّا إذا سبيا معًا فلم تختلف بهما الداران، فلا يفسد النكاح إذا لم يحدث عليهما ما يوجب فساده. ألا ترى أنّهما لو خرجا إلينا ذمّيين لم يفسد النكاح بينهما.

فإن قيل: العلّة الموجِبة لفساد نكاحها هي حدوث الرقّ لا حدوث الملك.

قيل له: وما في حدوث الرقّ ممّا يوجَب فساد النكاح، وهو غير مانع ابتداء العقد، فلمّا كان ذلك كذلك صحّ أنّ حدوث الرقّ لا يقدح في النكاح كما لا يمنع ابتداءه.

قال أبو بكر: وقد ينازع أهل العلم معنى قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾[972]، فروي عن جماعة من السلف منهم أُبيّ بن كعب وجابر بن عبد الله وأنس بن مالك وابن عباس رضي الله عنهم أنّهم كانوا يقولون: "بيع الأمَة طلاقها"، واحتجّوا بظاهر الآية. وقال آخرون من السلف منهم عليّ وعمر وابن عمر وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهم: "إنّ بيع الأمة لا يبطل نكاحها"[973]، وروي عن أبي سعد أنّها نزلتْ في سبايا أوطاس[974]. وقد حكمت السنة ببقاء نكاح الأمة مع بيعها، لأنّ بريرة أشترِيتْ، وأعتقتْ، فخيّرها[975] رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولولا بقاء النكاح ما كان للتخيير معنى، فصح أنّ المراد بالآية المسبّيات.

فإن قيل: فإذا كان كذلك [74ا] فقد صرت محجوجًا بالآية، لأنّها لم يفرّق بين المسبية مع زوجها أو دونه.

قيل له: قد روى حمّاد قال أخبرنا الحجّاج عن سالم المكّي عن محمد بن علي قال: لما كان يوم أوطاس لحقت الرجال بالجبال، وأخذت النساء، فقال المسلمون: "كيف نصنع ولهنّ أزواج". فأنزل الله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾[976]، فأخبر في هذا الحديث أنّ الرجال لحقوا بالجبال، وإنّهم لم يسبوا مع النساء، فقد قال أبو سعيد الخدري أيضًا: إنّ الآية نزلت في سبى أوطاس[977]، فصح بذلك أنّ حكم الآية مقصور على ما وردت فيه، ولا يدخل غيره فيها إلّا بدلالة هذا قيام الدلالة على أنّ سبيها معًا لا يفسد النكاح، فلو لم يكن غيرها لجاز الاستدلال بها على أنّ حكم الآية مقصور على مَن سبيت بغير زوجٍ، وإذا صحّ أنّ سبيهما جميعًا لا يفسد النكاح وجب أن يكون لها خيار العتق إذا أعتقتْ، وكان أبو الحسن يحكي أنّ هذا قول محمد، وأنّ أبا يوسف قال[978]: لا خيار لها.

---

[972] النساء، 24/4.

[973] مصنف ابن أبي شيبة، 614/9-617؛ مصنف عبد الرزاق، 280/7-282.

[974] صحيح مسلم، الرضاع، 33-35 (1456)؛ سنن النسائي، النكاح، 59؛ سنن أبي داود، النكاح، 45؛ سنن الترمذي، النكاح، 36 وغيرهم.

[975] فخيّرها.

[976] النساء، 24/4.

[977] سبق تخريج الأثر، لكن عبارة "لحقت الرجال بالجبال" لم أعثر عليها إلا في أحكام القرآن للجصاص، 83/3، ولعلّ التهانوي نقلها عنه في كتابه إعلاء السنن، 108/11.

[978] قا.

قال: وقال من أصل محمد: إنّ خيار المعتقة إنّما وجب، لأنّها ملكت بُضعها، وليس هو معنى يتعلّق وجوبَها بالعقد، وإنّما هو خيار حادث يتعلّق ثبوته بملك البضع كخيار التمليك، فلا تختلف في ذلك حُكمها إذا وقع ابتداء العقد عليها، وهي حرّة أو أمَة إذا كان المعنى الموجِب للخيار موجودًا، وهو ملكها لبُضعها بالعتق. والدليل على أنّ الموجب لخيارها: هو ملكها لبُضعها أنّ العبد إذا أعتق لم يجب له خيار، لأنّه لم يملك بالعتق شيئًا. ألا ترى أنّ المولى في حال رقه لم يكن مالكًا لما يتعلّق به عقد النكاح من جهته، وقد كان المولى مالكًا [74ب] لبضع الأمة قبل عتقها، وهي إنّما ملكتْ بضعها بزوال ملك مولاها عن بُضعها، فبان بذلك صحّة ما وصفنا. وقال أبو يوسف: إنّ المعنى الموجب لخيار المعتقة هو أن يدلّ البُضع حصل لغيرها، فإذا كان هكذا، وكانت الحرّة لما تزوّجت استوفت ما اقتضاه العقد من بذل البُضع لنفسها وجب ألّا يكون لها الخيار.

مسألة

قال محمد: وكذلك لو أنّ حرّة مسلمة تزوّجها رَجل مسلم حرّ برضاها فارتدّا جميعًا، ولحقا بدار الحرب، ثم سبيا جميعًا مرتدّين، فأسلما جميعًا فهما على النكاح، والرجل حرّ لا سبيل عليه، والمرأة أمَة، وليس لمولاها أن يفرّق بينها وبين زوجها، فإن أعتقت فهي بالخيار، إن شاءت أقامت مع زوجها، وإن شاءت فارقتْه.

قال أبو بكر: قولهم في أنّ ارتدادهما معًا لا يوجب الفرقة استحسان، وكان القياس عندهم أن تقع[979] الفرقة لوجود السبب الموجِب للتحريم كردّة أحدهما. وجهة الاستحسان: ما رُوي أنّ أهل الردّة حين أسلموا لم يأمرهم أصحاب النبي باستئناف العقد بينهم وبين أزواجهم[980]. فعلمنا أنّ ردّة الزوجين معًا لا يُفسد النكاح.

فإن قيل: ومن أين لك أنّ الردّة منهم ومن نسائهم وقعت في حالة واحدة حتى يستدلّ به على ما ذكرت، بل ما انكرت أن تمنع في العادة وقوع الردّة منهم ومن نسائهم معًا في حالة واحدة، وإذا كان كذلك ولم يكن ذلك دليلًا على بقاء النكاح مع الردّة أحد الزوجين دون الآخر كذلك لا يدلّ على بقائه إذا ارتدّا معًا.

قيل له: إنّ هذا كما ذكرت من أنّهم لا يخلون من أن تتقدّم ردّة بعضَهم [75أ] على بعض، إلّا أنّ الأصْل أنّ كلّ سببين[981] لا يعلم تاريخهما، وتقدّم السابق منهما، فإنّه يسقط حُكم الوقت، ويصيران[982] كأنّهما وقعا معًا. والدليل على ذلك

---

[979] ان يقع.

[980] أما القول بأنه لم يُروَ أن الصحابة أمروا المرتدين بتجديد عقد النكاح فلعله ظاهر، أما القول بأنه روي أن الصحابة لم يأمروهم بذلك فيحتاج إلى رواية صريحة في هذا. والذي عثرت عليه أنه قول ورد في "النافع الكبير" لعبد الحي اللكنوي شرح "الجامع الصغير" لمحمد بن الحسن الشيباني (309/1): "ولنا إجماع الصحابة لما روي أن بني حنيفة ارتدوا ثم أسلموا ولم يأمرهم الصحابة أنهم يفرقون". ولمّا ذكره المرغيناني في الهداية بقوله: "ولنا ما روي أن بني حنيفة ارتدوا ثم أسلموا ولم تأمرهم الصحابة بتجديد الأنكحة" أعقبه الزيلعي في نصب الراية بقوله: "قلت: غريب ".

[981] يستدلا

[982] يصبران.

العرف[983]. والقوم يقع عليهم البيت معلوم في العادة أنّهم لم يموتوا معًا، وأنّه لا بدّ من أن يتقدّم موت بعضهم على بعض، ثم يسقط حكم التاريخ فيه، ويصيرون[984] كأنّهم ماتوا معًا، ولذلك قال أصحابنا في رجلين أقاما البيّنة على عبد في يديّ آخر كلّ واحد منهما أقاما على الشراء من الذي في يديه: إنّا نجعل العقدين كأنّهما وقعا معًا لعدم العمل بالتاريخ، وإذا صحّ ذلك جئنا إلى مسألتنا.

فقلنا: إنّ لحاقهما بالدار مرتدّين لم يفسد النكاح، ثم لما سبيا كان النكاح بحاله لما قدّمنا من بيانه فيما سلف إلّا أنّ الرجل لمـّا أسلم كان حرًّا، لأنّه لم يقبل منه إلّا الإسلام أو السيف، لأنّ كُلّ من لا يقرّ على كفره بحرّية أو رقّ، فإنّه متى أسلم كان حرًّا، إذ لو جاز أن يسترقّ بعد الإسلام لجاز استرقاقه في حال بقائه على الكفر، وكان ذلك يُوجَب إقراره على الردّة، وذلك خلاف الإجماع. وأمّا المرأة فإنّها أمة، لأنّها[985] لا تُقتل[986]، فصحّ استرقاقها كالحرّية، والمرتدّان بمنزلة مشركي العرب أنّ رجالهم لم يكن يجري عليهم رقّ، لأنّه لم يكن يقبل منهم إلّا الإسلام أو السيف[987]، واسترقّ النبي صلى الله عليه وسلم نسائهم[988].

وأمّا قول محمد: ليس لمولاها أن يفرّق بينهما، فمن قبل ما وصفنا من أنّ حدوث الملك عليها لا يقدح في النكاح كما لو بيعتْ[989] لم يفسد نكاحها. وأمّا قوله: فإن أعتقت فهي بالخيار إن شاءت أقامت مع زوجها وإن شاءت فارقته، فلأنّ ذلك معنى يتعلّق بملكها [75ظ] لبضعها، وقد وجد على ما قلنا.

قال أبو بكر: وهذا أيضًا قول محمد، وأمّا في قول أبي يوسف فلا خيار لها على ما تقدّم وصفنا له.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ أمة تزوّجها رجل بإذن مولاها فأعتقها، فلم يعلم بالخيار حتى ارتدّا عن الإسلام جميعًا معًا، ولحقا بدار الحرب، ثم أسرا جميعا معًا مرتدّين، فأسلما، فإنّ الزوج حرّ لا سبيل عليه، فإن علمت الزوجة أنّ لها الخيار بالعتق الأوّل، فأرادت أن يختار نفسها به، فليس لها ذلك.

---

983 العروة

984 يصبرون.

985 + لأنّها.

986 لا يُقتل.

987 لم يذكر المؤلف في هذا الموضع رواية محددة، ولكن بعض الروايات الصحيحة تذكرها بعض المصادر الحنفية مثل تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي وفتح القدير لابن الهمام 6/56-57 من قول النبي صلى الله عليه وسلم في مرض موته. ورد لفظ "أخرجوا المشركين من جزيرة العرب" في صحيح البخاري، أبواب الجزية والموادعة، 6؛ صحيح مسلم، الوصية، 20 (1637)، و"لأخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب حتى لا أدع إلا مسلما" مسلم، الجهاد والسير 63 (1767)؛ سنن أبي داود، الخراج والإمارة والفيء، 28؛ مسند أحمد، 29/1. وقول عائشة رضي الله عنها "آخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه و سلم أن قال: لا يترك بجزيرة العرب دينان" مسند أحمد، 274/6.

988 فيما سبق تخريجه من الروايات ما يتعلق بـ"سبي نسائهم"، ومنها أيضا في صحيح البخاري، الوكالة، 7، وعند غيره.

989 بيعوا

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المعنى الموجِب للخيار بدءًا كان ملكها، وقد ارتفع ذلك، لأنّ بُضعَها قد ملك عليها، وخرج عن ملكها، فلمّا زال المعنى الموجب لخيارها بطل خيارها. والدليل على ذلك: أنّ الشفيع إنّما يستحقّ الشفعة بالجوار قبل أخذ الدار بطلت الشفعة، فكذلك ما وصفنا.

ووجه آخر، وهو: أنّ الخيار بعد حدوث الرقّ لحصول[990] البضع لغيرها، وهو المولى، فليس لها أن توجب هذا الحقّ لغيرها كما أنّ الشفيع إنّما كان له أخذ الدار بالشفعة لنفسه، ولو أراد أخذها لغيره لم يكن له ذلك مع بقاء الجواز الذي استحقّ به الشفعة.

ووجه آخر، وهو: أنّ حدوث السبى عليها يبطل حقوقها، فلا يصحّ بقاء الخيار معه. ألا ترى أنّ الحربيّ إذا أدان مسلمًا دنيًّا، ثم سبى بطل دينه، فلذلك يبطل الخيار، وهو أضعف أمرًا من الدين، لأنّه يبطل بالقيام عن المجلس.

فإن قيل: إذا كان من أصْل محمد أنّ خيار العتق بمنزلة خيار التمليك، فهلّا أوجب لها مع الرق كما لو قال لها: "أمرك بيدك" لم يمنع الرقّ من ثبوت الخيار لها.

قيل له: [76أ] لأنّ الرقّ لا ينافي التخيير من جهة القول، وينافي بقاء السبب الموجب لخيار العتق، وهو ملك البضع، فلأجل انتفاء سببه بطل خيارها إذا كانت صحّته متعلّقة بوجود السبب، واتّفاقهما من جهة تعلّقهما على المجلس لا يمنع افتراقهما من جهة أخرى غيرها.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا وامرأته حرّين مسلمين، ولهما بنت صغيرة، فارتدّ الأب عن الإسلام، ولحق بدار الحرب، وخلّف امرأته وبنته في دار الإسلام، فزوّج الجارية عمّها وهو مسلم رجلًا مسلمًا، فالنكاح جائز، والجارية بالخيار إذا أدركت، لأنّ ولاية الأب عليها منقطعة في هذه الحال، فهو كالميّت كما أنّ أباها لو كان ذميًّا كان للعمّ المسلم تزويجها.

قال محمد: فإن لم يدرك حتى لحقت أمّها بها إلى دار الحرب، ولحق الزوج معها، ثم ارتدّت الأمّ والزوج معًا، فالنكاح جائز على حاله، ولا تفسده[991] ردّة الزوج.

قال أبو بكر: لأنّ حكم الردّة حصل لها في حال ردّة[992] الزوج، لأنّها صارت مرتدّة بردّة الأمّ لحصول أبويها في تلك الحال كافرين مع انقطاع حكم دار الإسلام عنها، وكانت ردّة الزوج في حال ردّة الأمّ، فلم تقع الفرقة لوقوع ردّتهما معًا.

---

990 لحصل.
991 ولا يفسده.
992 الردّة.

فصل

قال محمد: فإن سبيت الجارية وأبوها وأمّها والزوج جميعًا، والجارية صغيرة على حالها، فأسلموا معًا، فالزوج والأب حرّان لا سبيل عليهما، والجارية وأمّها مملوكتان.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المرتدّ لا يجوز استرقاقه لما بيّنا، ويجوز استرقاق المرتدّة.

فصل

قال محمد: وقد بطل خيار الصغيرة، [76ب] فصارت لا خيار لها، فإن أعتقت وهي صغيرة على حالها، ثم أدركت، فلها الخيار إذا علمت ما دامتْ في مجلسها، وليس لها خيار الصغير.

قال أبو بكر: خيار الصغيرة يتعلّق وُجوبه بالعقد، لأنّه عقد عليه من لا يجوز تصرّفه في المال، ولأجل ذلك قالوا: إنّ الصغير الذي زوّجه عمّه إذا بلغ، فاختار الفرقة قبل الدخول لم يكن عليه مهر، لأنّ ذلك واجبًا في نفس العقد، وحدوث الرقّ عليها يبطل ذلك، لأنّ الأمَة لا ملك لها، فبطل اعتبار تصرّف من تصرّف عليها في المال بعد النكاح من غير أن يملك الولاية في المال، لأنّها قد صارت بحيث لا مال لها، فلا معنى لاعتبار حُكم المال في إيجاب الخيار. وممّا يدلّ على أنّ خيار الصغيرة يجب بالعقد أنّه يجب لها من غير حدوث ملك لها بعد البلوغ، لأنّها قد كانت مالكة لبضعها، وإنّما لم يكن يجوز تصرّفها فيه لأجل أنّه لا قول لها. ألا ترى أنّ بدل البضع يجب لها، وليس كذلك الأمة، لأنّها لم تكن مالكة لبضعها، وإنّما حدث لها ملك البضع بالعتق، وإنّما كان لها خيار العتق بعد البلوغ إذا علمت بالخيار، لأنّها قد ملكت بُضعها بالعتق على الحرّ الذي بيّنا، وهذا ينبغي أن يكون قول محمد خاصّة. وفي قول أبي يوسف ينبغي ألّا يكون لها خيار، لأنّها قد استحقّت بدل البضع بالعقد.

مسألة في الأمة إذا أعتقت وهي تحت زوج

قال مالك والشافعي: لا خيار لها إذا كان زوجها حرًّا، ولها الخيار إذا كان عبدًا. وقال أصحابنا: لها الخيار سواء كان زوجها حرًّا أو عبدًا. والحجّة لقول أصحابنا ما روى [77أ] أبو معاوية[993] الضرير عن الأعمش عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة رضي الله عنها قالت: كان زوج بريرة حرًّا، فلمّا أعتقت خيّرها رسول الله صلى الله عليه وسلم، فاختارت نفسها، فقد أخبرت[994] في هذا أنّ النبي عليه السلام خيّرها وزوّجها جزء، وإنّها اختارت نفسها في حال حريّته[995]، فصار ذلك بيانًا لتاريخ حرّيته، وهي حال عتقها واختيارها.

---

[993] معاوية.
[994] أخبر.
[995] سنن الترمذي، الرضاع، 7؛ سنن النسائي، الطلاق، 30؛ مصنف عبد الرزاق، 254/7.

فإن قيل: فقد روى جرير بن الحميد عن هشام بن عُروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت: كان زوج بريرة عبدًا[996]، ولو كان حرًّا لم يجيزها رسول الله، فهذا ينافي الخبر الأوّل من بيان وقت حريّته في الخبر الأوّل، لأنّه يحتمل أن يريد أنّه كان حرًّا حين أعتقت، وإذا أمكن تصحّح اللفظين على هذا الوجه وجب حملهما على ذلك. ولا يمكن أن يقال: "إنّه كان حرًّا، ثم صار عبدًا"، لأنّ الرقّ لا يطرأ على الرجال الأحرار المسلمين، فلمّا لم يكن لتصحيح اللفظين على هذا الوجه وجب حملهما عليه. وأمّا ما ذكر في هذا الخبر من أنّه لو كان حرًّا لم يخيّرها رسول الله، فإنّه لم يعز فيه هذا القول إلى عائشة، ويحتمل أن يكون قائله عروة من دونه، إذ لا جائز لنا أن يعزيه[997] إليها مع احتمال أن يكون غيرها هو القائل به.

فإن قيل: يحتمل أن يكون الخبر الذي ذكر فيه حديثه أراد به بعد عتقها واختيارها نفسها، والخبر الذي ذكر فيه رقّه في حال عتقها، وهذا وجه يمكن الجمع فيه بين الخبرين، وإذا كان كذلك لم تكن[998] أنت بحملها على الوجه الذي ذكر [77ب] فيه بأولى منّا بحملها على ما ذكرنا.

قيل له: قد ذكرنا في خبرنا ما ينفي هذا التأويل ويسقط، وذلك أنّها قالت: كان زوج بريرة حرًّا، فلمّا عتقت خيّرها رسول الله، والفاء للتعقيب، فأخبرت أنّ عتقها كان بعد حريّته، فانتفى بذلك أن تكون[999] حريتّه كانت قد عتقها. وأيضًا فإنّ كلّ من نقل الرواية في حرّية زوج بريرة، فإنّما نقلها لإفادة الحكم في الأمة إذا أعتقت، وهي تحت حرٍّ أو عبدٍ، ولو حمل على ما ذكرت لزال، فائدته، ولم يكن لنقله معنى، لأنّه لا معنى لنقل عتق رجل من الناس لا يتعلّق بعتقه حكم، ولا يستفاد به معنى.

فإن قال على هذه القضيّة: لا معنى لتأويلك فيما تأوّلته على عائشة في قولها: "إنّ زوج بريرة عبدًا" في وقت من الزمن إذا كان ذلك الرقّ لم يتعلّق به حكم، ولم يستفد به معنى.

قيل له: جائز أن يكون لما قيل لها: إنّ بعضهم قد روى أنّ زوج بريرة كان عبدًا، وبعضهم قال: "إنّه كان حرًّا"، قالت لهم: إنّه قد كان عبدًا، ثم أعتق، فخيّرها رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهو حرٌّ، فأبانتْ عن التاريخ الذي من أجله اشتبه الحكم عليهم.

---

[996] صحيح مسلم، العتق، 13 (1504)؛ سنن النسائي، الطلاق، 30؛ سنن الترمذي، الرضاع، 7.

[997] يعزيها

[998] لم يكن.

[999] ان يكون.

فإن قيل: لما كان مغلوطًا[1000] أنّ كلّ من نقل حريّته أو رقّه إنّما قصد به[1001] إلى إفادة الحكم في المعتقة تحت الحرّ أو العبد اقتضى نقلهم ذلك إضافة منهم الرقّ أو الحرّية إلى حال عتقها، فحينئذ يتعارض الخبران، ويسقطان، فلم تثبت به[1002] حجّة لواحد من الفريقين على صاحبه بخبر عائشة لتعارض الرواية فيه، فرجعنا في ذلك إلى ما روى همام عن قتادة عن عكرمة عن ابن عباس [78أ] أنّ زوج بريرة كان عبدًا أسودًا[1003] يسمّى مغيثًا، فخيّرها النبي صلى الله عليه وسلم، وأمرها أن تعتدّ[1004]. وروى حمّاد وهشام عن خالد الحذّاء عن عكرمة عن ابن عبّاس أنّ مغيثًا كان عبدًا، فقال: "يا رسول الله اشفعْ إليها"، فقال رسول الله: ((يا بريرة اتّقي الله، فإنّه زوجك و[وأبو ولدك][1005])، فقال: يا رسول الله تأمرني بذلك؟ قال: ((إنّما أنا شافع))، قالت: "إن كنت شافعًا، فلا حاجة لي فيه"، فاختارت نفسها، وكان عبد الأوّل المغيرة من بني مخزوم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للعباس: ((ألا تعجب من حُبّ مغيث بريرة وبغضها إيّاه))[1006]، فأثبت في هذا الخبر أنّ زوجها كان عبدًا، وهذا الخبر لا معارض له، فصحّ به أنّه كان عبدًا حين أعتقت.

قيل له: أمّا قولك: إنّ أخبار عائشة متعارضة، لأنّ النقل يقتضي أن تكون[1007] الإضافة في الرقّ والحرّية راجعة إلى حال عتقها، فغلط من وجوه:

أحدها: أنّ حكم الأخبار متى وردتْ، وظاهرها التضاد والتنافي لا يجوز إلّا أن تحملها على اتّفاق والصحّة ممكن مع ذلك حملها على الاتّفاق، ولا جائز حملها على التضاد، وقد بيّنا وجْه حملها على الاتّفاق والصحّة، وهو أن تكون[1008] الإضافة واقعة إلى حالين.

ووجه آخر، وهو: أنّ الإضافة لو حصلت إلى حال واحدة وهي حال عتقها لكانت الحرّية أولى، وذلك أنّه يحتمل أن تكون[1009] قد علمت بدءًا كونه عبدًا، ثم أعتقت وهي تظن[1010] أنّه باقٍ على الرقّ، فأخبرتْ عنه على ما علمت به من جهة [78ب] الظاهر، ثم صحّ عندها أنّه قد كان أعتق قبل ذلك، وأنّه كان حرًّا عبد عتقها، فأخبرت بما صحّ عندها من ذلك، فتكون[1011] الحرّية أولى، ويخرج على هذا التأويل ما روي في خبرها أنّه لو كان حرًّا ما خيّرها رسول الله صلى الله عليه وسلم، وذلك لأنّها لو يعلم حينئذ بحدوث المعتق، ثم لما علمت بذلك وصحّ عندها كان ذلك أولى.

1000 مغلوطًا
1001 قصدته.
1002 فلم يثبت به.
1003 + أسود.
1004 سنن أبي داود، الطلاق، 19.
1005 وا[illegible] دلد
1006 "بُغضُ بريرةَ لمغيثٍ" ورد في صحيح البخاري، الطلاق، 16؛ وسنن النسائي، آداب القضاة، 28؛ وسنن أبي داود، الطلاق، 19 وغيرهم.
1007 ان يكون.
1008 ان يكون.
1009 ان يكون.
1010 يظن.
1011 فيكون.

ووجه آخر، وهو: أنّ الرقّ والحرّية متى أطلقا كانت الحرّية أولى، ولا يصير ذكر الرقّ معارضًا لقول من ذكر الحرّية. والدليل على ذلك: أنّ شاهدين لو شهدا على رجل أنّه عبد وشهد آخر أنّه حرّ، أنّ الحرّية أولى، ولا تصير بيّنة الرقّ معارضة لبيّنة الحرّية، وذلك لأنّ الحرّية يجوز طرءانها بأنّها على الرقّ، ولا يجوز طرءانها بأنّ الرقّ على الحرّية في الرجال المسلمين، فوجب على هذا أن يكون خبر من روي الحرّية أولى.

ووجه آخر، وهو: أنّه ليس في شيء من الأخبار إثبات رقّه في حال عتقها، لأنّ جميعها يحتمل أن يريد به رقًّا متقدّمًا لحال عتقها. وقد روي في بعض أخبار عائشة رضي الله عنها تاريخ حريّته بما لا يسوغ معه التأويل، وهو ما حدّثنا به أبو بكر المعروف بـ"ابن داسة" البصري، قال: حدّثنا أبو داود السجستاني، قال: حدثنا محمد بن كثير، قال: أخبرنا سفيان[1012] عن منصور عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة رضي الله عنها: إنّ زوج بريرة كان حرًّا حين أعتقت، وإنّها خُيِّرتْ، فقالت: "ما أحبّ أن يكون معه، وإنّ لي كذا وكذا"[1013].

قال أبو بكر: فقد نصّ في هذا الخبر على تاريخ عتقه، وأنّه كان متقدّمًا [79أ] لعتقها، وأنّ النبي صلى الله عليه وسلم مع ذلك خيّرها[1014].

فإن قيل: يحتمل في رواية الرقّ، لأنّ الأصل في الناس لما كان الحرّية، فجائز أن يكون أخبرت عمّا عليه حال الناس من الحرّية، ولم يعلم أنّه قد كان عبدًا، ثم لما علمت بذلك أخبرت به.

قيل له: إنّ بريرة كانت لعائشة، ويمتنع في العادة ألّا تعلم أنّ زوج مكاتبتها حرّ إلّا من جهة الظاهر، وفي امتناع ذلك سقوط هذا التأويل، ولا يمتنع مثله في اختيارها، فيخيّر على الأصل الذي عرفت حقيقته، ثم ثبتت عندها عتقه في وقت قبل وقت عتقها، فيخيّر به. وأمّا حديث ابن عباس فتأويله ما وصفنا في حديث عائشة الذي ذكرت فيه أنّه كان عبدًا، وهو أنّ ابن عباس قد كان عهد رقّه، ولم يعلم بحدوث العتق في وقت ما أعتقت بريرة، فأخبر عن المعهود الذي كان عنده من رقّه، وعلى هذا المعنى اختلفت الرواية في تزويج النبي صلى الله عليه وسلم ميمونة[1015]. فقال بعضهم: "تزوّجها"، وهو حرام، وكلا الفريقين قد صدقا، ولم يغلطا، وذلك لأنّ من قال: "تزوّجها"، وهو حلال، فإنّما أخبر عمّا كان عَهده من حال النبي صلى الله عليه وسلم، وأنّه كان حلالًا، فلم يعلم بحدوث الإحرام، فأخبر عمّا كان عنده من حاله، فصار كمن قال: "تزوّجها"، وهو عندي أنّه حلال، ولا يكون كاذبًا بهذا القول، ولا غالطًا، لأنّه كان عنده أنّه لم يكن أحرم كما قال الله تعالى حاكيًا عن بعض أنبيائه: ﴿قَالَ كَمْ لَبِثْتَ قَالَ لَبِثْتُ يَوْمًا أَوْ بَعْضَ يَوْمٍ﴾[1016]، ولم يكن كاذبًا فيما أجزته، لأنّه كان عبده أنه لبث هذا العدد من الزمان [79ب] كما قال النبي صلى الله عليه وسلم لذي اليدين حين قال

[1012] سفين.
[1013] سبق تخريجه.
[1014] سبق تخريجه.
[1015] انظر: الموطأ، الحج، 22؛ صحيح البخاري، الصيد، 12؛ المغازي، 43؛ صحيح مسلم، النكاح، 46-47 (1410)، 47-48 (1411)؛ سنن النسائي، مناسك الحج، 90؛ سنن أبي داود، المناسك، 38؛ سنن الترمذي، الحج، 32-24 وغيرها.
[1016] البقرة، 259/2.

له: ((أقصرت الصلاة أم ليست))، فقال: كلّ ذلك لم يكن، وصدق صلى الله عليه، لأنّه أراد أنّ كلّ ذلك لم يكن عندي، فلمّا علّق القول باعتقاده وما عنده كان صادقًا، فكذلك من قال: "إنّه تزوّجها"، وهو حلال، كأنّه قال: "لا أعلم إحرامًا أحدثه قبل التزويج"، ومن[1017] قال: "تزوّجها وهو حرام"، فقد أخبر عن حال حادثة علمها يقينًا، فكان أولى.

فإن قيل: في بعض أخبار[1018] ابن عبّاس أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال للعبّاس: ((ألا تعجب من حبّ هذا العبد بريرة وبغضها إيّاه))[1019]، فقد أخبر النبي صلى الله عليه وسلم أنّه كان عبدًا في حال عتقها، وكيف ما تصرّفت الحال في هذا الخبر، فإنّما خيّرها النبي صلى الله عليه وسلم، وهو عنده[1020] أنّه عبد، لأنّه لا يخلو[1021] من أن يكون عتق قبل ذلك، ولم يعلم النبي عليه السلام بعتقه، فخيّرها، لأنّه عبد، ولم يكن عتق بعد، فصح لها الخيار مع رقّه.

قيل له: إن صحّ هذا اللفظ فيحتمل أن يريد له الذي كان عبدًا، فأعتق، وذلك مساغ[1022] في اللغة موجود في اللسان. قال الله تعالى: ﴿وَآتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ﴾[1023]، معلوم أنّه أراد الذين كانوا يتامى، لأنّهم لا يؤتونها في حال الصغر. ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾[1024]، وقال تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾[1025]، وذلك لا يصح إلّا بعد الكبر، [80ا] وقال النبي صلى الله عليه وسلم: ((اليتيمة تُستأمر في نفسها))[1026]، وإنّما أراد من كانت يتيمة، فبلغت، فيقرب عهدها باليتيم أطلق عليها اسم اليتيمة، فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بلالًا حين أذّن قبل طلوع الفجر أن يرجع، فينادي: "ألا أنّ العبد تام[1027]"[1028]، وقد كان بلالًا أعتقه أبو بكر رضي الله عنه بمكّة قبل الهجرة[1029]، وإنّما أراد الذي كان عبدًا، وقال علي بن أبي طالب عليه السلام لشريح في بعض ما خاطبه به ما يقول: "أيّها[1030] العبد الأبظر"[1031]، وقد كان شريح حُرًّا وقاضيًا، وإنّما خاطبه بذلك، لأنّه قد جرى عليه رقّ في الجاهلية، وإذا كان إطلاق ذلك شائعًا في اللسان على ما وصفنا احتمل أن يكون قوله إن صحّ عنه إما تعجب من حبّ هذا العبد على هذا الوجه. والحجّة في ذلك من طريق النظر: ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في بعض

[1017] وومن.
[1018] الأخبار.
[1019] سبق تخريجه.
[1020] عبده.
[1021] لا يخلوا.
[1022] مساغ
[1023] النساء، 2/4.
[1024] النساء، 6/4.
[1025] النساء، 6/4.
[1026] الموطأ (برواية الليثي)، النكاح، 2؛ الموطأ (الشيباني)، النكاح، 12؛ صحيح البخاري، النكاح، 41 وغيره؛ صحيح مسلم، النكاح، 1419 وغيره؛ سنن النسائي، النكاح، 31؛ سنن أبي داود، النكاح، 26؛ سنن الترمذي، النكاح، 18 وغيرها.
[1027] ونام.
[1028] سبق تخريجه.
[1029] صحيح البخاري، فضائل الصحابة، 23.
[1030] إنّها.
[1031] السنن الكبرى للبيهقي، 393/6.

ألفاظ حديث بريرة[1032] أنّه قال لها: ((ملكت بُضعك، فاختاري))[1033]، فجعل العلّة الموجِبة لخيارها أنّها ملكتْ بُضعها، وهذا المعنى موجود في حال كون الزوج حُرًّا أو عبدًا، فوجب أن يكون لها الخيار في الحالين.

فإن قيل: فالصبيّة إذا زوّجها أبوها، ثمّ بلغت لا خيار لها، وإن ملكت بالبلوغ بُضعها، فعلم أنّ ملك البُضع ليس بعلّة في إيجاب الخيار.

قيل: إنّ الحرّة مالكة لبضعها قبل البلوغ وبعده إلّا أنّها لا تتصرّف[1034] فيه قبل البلوغ، لأنّه لا قول لها. ألا ترى أنّ بُضعها قبل البلوغ لا ملك لأحد عليه غيرها. وأمّا الأمة فإنّها لا تملك بضعها في حال [80ب] الرقّ، لأنّ مالكه هو المولى، فإذا زال ملك المولى عنه بالعتق مَلكتْه هي.

فإن قيل: لو كانت هذه علّة صحيحة لوجب أن يكون للعبد الخيار في فسخ نكاح قد عقد عليه في حال الرقّ إذا أعتق.

قيل له: لا يجب ذلك، لأنّ المعنى الذي يتعلّق به عقد النكاح من جهة العبد لا يملكه المولى قبل العتق، فلم يستفد العبد بالعتق ملكًا بمعنى يتعلّق به عقد النكاح ما لم يكن مالكُه قبله، فلذلك لم يجب له خيار.

فإن قال: فيجب على هذا أن يجب للوارث الخيار في فسخ نكاح عقده الموروث، وليس هو في حكم ملك مستقبل. ألا ترى أنّه يَدخل الشيء في ملكه بغير قبوله، وأنّه يردّ بالعيب على بائع الميّت، فصحّ أنّه إنّما يخلف الميّت في ملكه، ويقوم فيه مقامَه، فكأنّه ملك الميّت بعينه، فلذلك لم يكن له فسخ نكاحها، وإن حدث له ملك فيها.

فإن قيل: فالموصى له والمشتري يَحصل لهما الملك على جهة الاستئناف، فلا يقومان فيه مقام من ملكا من جهته، فينبغي أن يكون لهما الخيار في فسخ النكاح، لأنّهما قد ملكا بضعها على قضيّة اعتلالك.

قيل له: أمّا المشتري فيجب له الخيار إذا لم يعلم في حال العقد بأنّ لها زوجًا في ردّها إلى البائع، وفسخ البيع فيها، فقد جعلنا له ألّا يلتزم ذلك. وأمّا الموصى له فإنّما انتقل إليه ما كان يملكه الميّت. فلمّا لم يكن للميّت خيار في ملكه في فسخ النكاح كذلك إذا انتقل إلى غيره. وليست[1035] كذلك الأمة نفسها، لأنّها لا ينتقل لها ملك المولى. [81أ] وإنّما يملك بُضعها على وجه انتقال ما كان نفسها يملكه المولى إليها. وإذا قيّدنا علّتنا في الابتداء بهذا المعنى لم يلزم عليها شيء من ذلك بأن نقول أنّها ملكت بُضعها لا على جهة انتقال ما كان يملكه غيرها منها إليها، ويسقط بذلك جميع هذه الأسئلة، ولو

[1032] برير.
[1033] سبق تخريجه.
[1034] لا يتصرّف.
[1035] وليس.

قيّدناها أيضًا بأن يقول: ملكت بُضعَها بالعتق لم يلزم عليها شيء ممّا ذكَر، ويكون الدليل عليه إذا كانت تحت عبْد واتّفاق الجميع فيه.

وجواب آخر عن جميع ما سأل عنه السائل، وهو: إنّ النبي صلى الله عليه قال لها: ((ملكت بضعَك فاختاري))[1036]، فجعل العلّة الموجِبة لخيارها أنّها ملكت بُضعَ نفسها، ولا يلزم على ذلك العبد ولا الوارث والمشتري والموصى له من قِبل أنّهم ملكوا بضع غيرهم، ولا يلزم المعتل بعلّة أنّها ملكت بُضعها غيره. ألا ترى أنّا إذا قلنا: إنّه يجوز أكل مال زيد إذا أباحه[1037] لنا، لأنّه أباح ملكه لم يلزم على ذلك إباحة أكْل المال إذا أباحه غير مالكه. وأمّا العبد فإنّه لم يملك بضعًا بالعتق، لأنّ البُضع إنّما يكون للمرأة، ولا يقال: "إنّ للعبد بُضعًا"، ولا يَملك بُضعًا.

ودليل آخر، وهو: أنّ عقد النكاح لما كان عقد معاوضة، وكانت الأمة متى عتقت، فإنّما يُستباح بُضعَها بعقد حصل بدله لغيرها كان لها الخيار، لأنّ من حجّتَها أن يقول: "إنّي لا أسَلّم بُضعي إليك بغير بدل يحصل لي، فلمّا استحقّ بدله غيري كان[1038] لي الخيار". والدليل على صحّة ذلك: أنّ المرأة متى وجَدَت زوجها عِنّينًا [81ب] أو مجبوبًا كان لها الخيار لعدم استحقاق المهر، وحصوله لها استحقاقًا صحيحًا، وذلك أنّه إذا لم يصل إلى وطئها لم تستحقّ مهرها استحقاقًا صحيحًا، لأنّ من الناس من لا يوجب لها كمال المهر بالخلوة، ولو قضى به قاضٍ[1039] بعد حكمه، فإذا لم تستحقّ شيئًا من المهر، فهي أولى بأن يكون لها الخيار منه إذا كان الزوج عِنّينًا أو مَجبوبًا.

فإن قيل: ينبغي ألّا يوجب المكاتبة الخيار بالعتق، لأنّ المهر وهو بدل البضع حصل لها.

قيل له: ليس في ذلك نقض العلّة التي اعتللنا بها لإيجاب الخيار، لأنّ اتّفاق الحكمين مع اختلاف العلّتين غير ممتنع، ولا يوجب ذلك نقض العلّة، فإنّما جعلنا علّة وجوب الخيار أنّ البدل لم يحصل لها، وهذه علّة حادثة في معلولها لم يرد عليها ما يوجب نقصان، لأنّ نقضها أن يوجد[1040] حالًا لا تستحقّ فيها بدل البُضع، ولا يجب لها الخيار.فأمّا وجوب الخيار لعلّة أخرى فغير ممتنع. وأيضًا فإنّ المكاتب لم يحصل لها المهر بعقد النكاح، وإنّما حصل ذلك لها بعقد الكتابة، فأشبه ذلك مولى الأمة لو وهب المهر من غير جهة عقد النكاح. وممّا يدلّ على صحّة اعتبار هذا المعنى أعني عدم حصول البدل لها بعقد النكاح في إيجاب الخيار أنّ العقد لا يجبّ جزًّا وجب أن يكون لها الخيار.

1036 سبق تخريجه.
1037 اباحة.
1038 كا.
1039 قاضي.
1040 يوجب

فإن قيل: إنّما وجب لها الخيار إذا كان زوجها الزوج حاصل للعبد في حال الرقّ والعتق، وأنّ الأمة إذا كانت تحت عبد وجب لها الخيار باتّفاق الجميع، لأنّ المعقود عليه من جهة الزوج، وهو المهر غير حاصل لها بعقد النكاح، [82أ] فلمّا كان ذلك موجودًا في حال كون زوجها حرًّا وجب أن يكون لها الخيار.

فإن قيل: إنّما وجب لها الخيار، إذا كان زوجها[1041] عبدًا لأجْل عدم الكفاءة، وإذا كان حرًّا فهو كقولها.

قيل له: هذه علّة فاسدة من وجوه:

- أحدها: أنّ مخالفنا لا يعتبر الكفاءة.
- والثاني: أنّ من يعتبر الكفاءة إنّما يعتبرها في حال العقد، وزواله بعد العقد لا غيره به عند الجميع، فبطلت من هذه الوجوه. ألا ترى أنّه لو كان عنّينًا في الابتداء وجب لها الخيار، فإن وطئها ثمّ عنّ عنها أو جُبّ لم يجب لها الخيار كذلك الكفاءة.
- وجه آخر، وهو: أنّ هذه لو كانت علّة لم يدفع علّتنا، ولا يعارضه، لأنّ المعارضة أن يكون حكم كلّ واحدة من العلّتين رافعة لحكم الأخرى، وعلّة عدم الكفاءة لا يدفع أن يكون اعتبار حصول المهر بالعقد صحيحًا. وأيضًا فإنّ هذه العلّة مقصورة الحكم على موضع الاتّفاق، وما كان هذا سبيله من المعاني، فليس بعلّة في إيجاب الحكم.

فإن قال: أعلل المسألة في حال كون زوجها حرًّا بأن نقول: "إنّه كفو"، فلا يجب الخيار قياسًا على سائر الحرائر.

قيل له: وهذا أيضًا لا معنى له، لأنّه دعوى معرّاة من البرهان، وعلّتنا يشهد لها[1042] الإجماع في إيجاب الخيار لها إذا كان زوجُها عبدًا.

فإن قيل: روى القاسم[1043] بن محمد عن عائشة رضي الله عنها أنّها أرادت أن تعتق مملوكين لها زوجان، فسألت النبي صلى الله عليه وآله وسلم، فأمرها أن تبدأ[1044] بالرجل قبل المرأة[1045]، فلولا أنّ حريّته تُسقط[1046] خيارها ما كان لأمره بالبداية به فائدة، فدلّ أنّه إنّما أمرها بذلك لئلّا يجب لها الخيار في فسخ النكاح.

قيل له: وما في هذا[1047] الدليل على صحّة ما ادّعيت، وما الذي [82ب] يمنع النبي صلى الله عليه وسلم أن يأمرها بأن تفعل[1048] ما يوجب للأمة الخيار بالعتق.

[1041] زووجها.
[1042] له.
[1043] القسم.
[1044] ان يبدأ.
[1045] سنن ابن ماجه، العتق، 10؛ صحيح ابن حبان، 149/10؛ السنن الكبرى للبيهقي، 363/7.
[1046] يسقط.
[1047] هذان.
[1048] يفعل.

فإن قيل: لأنّه لو سقط هذا الوجه لم يبقَ إلّا للحديث فائدة بوجه.

قيل له: أفليس لو أعتقهما جميعًا معًا يسقط خيارها عندك، فإذا قال: "نعم"، وهو قوله.

قيل له: فينبغي ألّا يكون في الأمر بالبداية به فائدة، إذ كان عتقهما معًا، وعتق الزوج أوّلًا بمعنى سواء، ثمّ يقال له: ما أنكرت أن تكون فائدته ما أخبر الله به من تفضيل الرجال على النساء بقوله: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا[1049] مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾[1050]، فأمرها[1051] النبي صلى الله عليه وسلم إلى فعل يوافق حكم الله تعالى في تفضيل الرجال على النساء.

ووجه آخر، وهو: قوله: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[1052]، ثمّ قال: ﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾[1053]، فلأجل ما جعل الله لهم من ذلك أمرها النبي صلى الله عليه بأن يبدأ به ليجعل له ما جعل الله له من ذلك، وهو أن يتقدّمها بدرجة، وأيضًا تكون فائدته أن يعتقه قبلها، ثمّ يوجب لها الخيار ليفيد الحكم بإيجاب الخيار لها إذا كان زوجها حرًّا.

فإن قيل: ليس في الخبر أنّه أوجب لها الخيار بعد العتق.

قيل له: ليس فيه أنّه أعتقها، وإنّما فيه أنّها سألته، وقد يجوز ألّا يكون أعتقت، فإن كانت أعتقت ولم ينقل عتقها، فجائز أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم أوجب لها الخيار، ولم ينقل عتقها وجائز أن تكون أعتقت ولم يعلم النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم. [83أ]

باب من النكاح في اختلاف الصداق

قال محمد: وإذا تزوّج الرجل المرأة على ألف درهم حالة أو على ألف درهم إلى سنةٍ، فوقع النكاح على هذا، فإنّ قياس قول أبي حنيفة في هذا أن يُنظر إلى مهر مثلها، فإن كان ألف درهم أو أكثر كان مهرها ألف درهم حالةً، وإن كان[1054] مهر مثلها أقلّ من ألف كان مهرها ألف درهم إلى سنةٍ. وأمّا في قول أبي يوسف ومحمد في الوجهين جميعًا، فمهرها ألف درهم إلى سنةٍ.

قال أبو بكر: الألف الآجلة أنقص في المعنى من العاجلة، فصارت العاجلة كألف بيض والآجلة كألف سُود، فإذا كان ذلك كذلك وكان مهر المثل الواجب بالعقد حالًّا وجب اعتباره، فإن كان ألفًا أو أكثر كان لها الألف الحالة، لأنّه لا يجوز

[1049] اتفقوا.
[1050] النساء، 34/4.
[1051] قدرها
[1052] البقرة، 228/2.
[1053] البقرة، 228/2.
[1054] كا.

أن يستحقّ الزوج بُضعها بأقلّ من ذلك مع شرطه لها ألفًا حالةً، فوجب أن يستحقّه بأكثر البدلين في المعنى، ولا يكون لها ما زاد على الألف، لأنّها رضيت بألفٍ، وإن كان مهر مثلها أقلّ من ألف كان لها ألف إلى سنةٍ، لأنّ مهر مثلها أقلّ من أقلّهما، فيكون لها أقلّهما، إذْ ليس هناك فصل على مقدار قيمة بُضْعها، فليس فيه استحقاق البُضع بأقلّ من قيمته.

والأصل في ذلك عند أبي حنيفة: أنّ عقد النكاح يوجب مهر المثل عند خلوة عن التسمية، وتسمية ألف أو ألفين ليست بتسمية صحيحة كما لو قال: "قد يقبل هذا العبد بألف أو ألفين" لم يكن ذلك ثمنًا صحيحًا لجهالته، فكذلك [83ب] ما وصفنا، وإذا لم تصح[1055] هناك تسمية وجب مهر المثل بالعقد، فلذلك اعتبر أبو حنيفة مهر المثل بالعقد على الوجه الذي بينّا.

وجه آخر، وهو: أنّ الزوج يريد أن يملك عليها البُضع بالأقلّ، فلا يصدّق على استحقاقه بما تدّعيه[1056] المرأة، وفرّق بين هذا وبين الخلع والإقرار والوصيّة إذا جعلها على ألف أو أقرّ له بألف أو ألفين أو أوصى له على ذلك الوجه، فيجب الأقلّ، لأنّه ليس بإزائه بدل مستحقّ من جهة الآخر، وفي النكاح قد ملك بُضعها بقيمته، وهو مهر المثل، فحُكم مهر المثل من أجل ذلك.

مسألة

قال محمد: ولو تزوّجها على ألف درهم حالّةً أو على ألفي درهم نسيئةً، فوقع النكاح على هذا نظر إلى مهر المثل، فإن كان ألفي درهم أو أكثر كان لها في قياس قول أبي حنيفة أيّ المهرين شاء، إن شاءت كان لها ألفا درهم إلى سنةٍ، وإن شاءت ألف درهم حالّةً، وذلك إليها، وإن كان مهر مثلها أقلّ من ألف درهم كان ذلك إلى الزوج إن شاء جعل مهرها ألفي درهم إلى سنة، وإن شاء جعل ألفًا حالة يعطيها الزوج أيّ المهرين شاء، وإن كان مهر مثلها أكثر من ألف درهم وأقلّ من ألفين كان لها مهر مثلها حالًّا. وفي قول أبي يوسف ومحمد في هذه الوجوه كلّها، فإن كان ذلك إلى الزوج يُعطيها أيّ المهرين شاء، إن شاء جعل مهرها ألف درهم حالّة، وإن شاء جعل لها ألفي درهم إلى سنةٍ.

فأمّا وجه قول أبي حنيفة: فإنّه إذا كان مهر مثلها ألفي درهم أو أكثر، فقد وجب لها ألفان على ما قدّمنا حالّة، والنقص الذي فيها من جهة النَساء يجوز عليها، لأنّها قد رضيتْ به، فكان لها أن تختار[1057] ذلك، وإن شاءت اختارت الألف حالّةً، [84أ] لأنّ مهر مثلها أكثر من ألف، فقد وجب لها ذلك، وإن كان مهر مثلها أقلّ من ألف درهم فللزوج أن يعطيها أيّ المهرين شاء، لأنّ الألف لم يجب لها بالعقد وإنّما هو شيء جعله لها الزوج، فله أن يعطيه ما شاء من ذلك، إذ لم يكن بإزاء على الزيادة على مهر المثل من البُضع شيء، فصار ذلك كالخلع والإقرار والوصيّة على الوجه الذي بينّا، وإنّما

[1055] واذا لم يصح.
[1056] بما يدّعيه.
[1057] أن يختار.

لم يخيّرها أبو حنيفة بين أخذ ألف حالّةً أو نسيئةً، لأنّه لا معنى في ذلك إلّا ترك الزيادة التي في الحالة إلى النَساء، لأنّ هذا التخيير لا يتعلّق به حُكم في الأصول. ألا ترى أنّك لا تقول لمن وجب له على رجل ألف درهم حالّة إن شئت فخذْه عاجلًا، وإن شئت فأخّرْه فيه أو أبرئه[1058] منه، وليس كذلك الألف والألفان، لأنّ في الألفين السنة زيادة في المقدار ونقصان في المعنى، وفي الألف الحالة نقصان في المقدار وزيادة في المعنى، فصارا كألف درهم ومائة دينار، فصحّ التخيير بينهما لكلّ واحدة منهما في الموضع الذي يجب فيه له الخيار.

باب من إجازة النكاح بزيادة[1059] والصداق

قال محمد: وإذا تزوّجت الأمة بغير إذن مولاها رجلًا حرًّا بمائة درهم فقال الزوج للمولى: "أجزْ النكاح"، فقال المولى: "أجزته على أن تزيد لي في الصداق خمسون درهمًا"، فقال الزوج: "لا أرضى بذلك، ولا أريدك شيئًا"، فليس ما قال المولى[1060] بإجازة منه، فإن شاء المولى بعد ذلك أجاز النكاح، وإن شاء ردَّه. [84ب] وكذلك لو قال المولى: "لا أجيز النكاح إلا بزيادة خمسين درهمًا" أو قال: "لا أجيز النكاح حتى تزيد[1061] في خمسين درهمًا" لم يكن هذا بردّ من المولى للنكاح، وله بعد هذا أن يجيز النكاح الأوّل على الصداق الأوّل.

قال أبو بكر: قوله: "على أن تزيدني" أو "بزيادة خمسين" أو "حتى يزيد" في إجازة معلّقة بشرط غير موقعة في الحال. ألا ترى أنّ العتق المعلّق بالشرط غير موقع في الحال، وإذا كان كذلك كانت الإجازة موقوفة على قبول الزوج، لأنّ فيها زيادة مال لم يرضَ به الزوج في العقد.

فإن قيل: قد تمّ العقد ولزم الزوج الزيادة، وإن أبى كان العقد باقيًا بحاله للمولى أن يجيزه بما كان من المهر، وذلك أنّه لي ليس في إجازته العقد بالشرط المذكور فسخ للعقد. والأصل في ذلك: أنّ هذه الزيادة ملحقة بالعقد، ويستحيل أن يكون في إلحاق الزيادة بالعقد فسخ العقد، لأنّها لو أوجبت الفسخ لم يكن زيادة. ألا ترى أنّ من اشترى عبدًا بألف درهم، ثم زاده خمسمائة، فقبلها أنّ ذلك لا يوجب فسخ العقد الأوّل، لأنّه لو أوجب فسخه لوجب إذا وُجد به عيبًا فردّه ألّا يكون للبائع ردّه على بائعه بالعيب، لأنّ فسخ العقد بقوله بمنزلة بيع مستقبل في حقّ الغير، وسنبيّن صحّة ذلك إذا انتهينا إلى موضعه في البيوع إن شاء الله، وإذا صحّ ذلك ثمّ لم يصح الزيادة لأجل امتناع الزوج من قبولها بقي العقد الأوّل على ما كان عليه.

1058 ابره

1059 بزياد.

1060 ان

1061 يزيد.

فإن قيل: لم كان قوله تعالى: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾[1062]، موجبًا لكون الزوج شرطًا في رفع التحريم، ومنع أن يكون التحريم مطلقًا غير مقيّد بشرطٍ، وكذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم: [85أ] ((حتى تذوقي عُسَيْلَتَه ويذوق عسيلتك))[1063]، أوجب ذلك شرطًا في الإباحة، وكقول القائل: "لا تعطه[1064] المال حتى يحل الأجل، وحتى يفرغ من العمل"، فيكون معقولًا من ذلك كون ما ذكر شرطًا. وكذلك قوله: "إلّا بزيادة خمسين" كقول النبي صلى الله عليه وسلم: ((لا يقبل الله صلاة حائض إلّا بخمار))[1065] معقول منه الشرط، وقوله: ((لا صلاة إلّا بطهور))[1066]، وذلك أشهر في اللغة والعادة من أن يحتاج فيه إلى الإكثار.

مسألة

ولو قال: "لا أجيز النكاح، ولكن زدْني في الصداق خمسين" أو قال: "لا أجيزه وأجيزه إن زدتني خمسين" فقد أبطل المولى النكاح الأوّل، ولا يجوز أبدًا إلّا بتجديد نكاح.

قال أبو بكر: قد حصل فيه بدءًا ردّ النكاح الأوّل وفسخه بقوله: "لا أجيز النكاح"، ثم استأنف كلامًا آخر غير متعلّق بالأوّل، فانفسخ العقد وبطل، لأنّ قوله: "ولكن" استئناف كلام، وكذلك قوله: "وأجيزه". ألا ترى أنّ قوله عزّ وجلّ: ﴿فَلَمْ تَقْتُلُوهُمْ وَلَٰكِنَّ اللَّهَ قَتَلَهُمْ ۚ وَمَا رَمَيْتَ إِذْ رَمَيْتَ وَلَٰكِنَّ اللَّهَ رَمَىٰ﴾[1067]، أنّ قوله: استئناف كلام، وخبر ثانٍ بخبر معلّق بالأوّل. ألا ترى أنّه لو قال: "أنت طالق ولكنّ إن دخلت الدار فأنت طالق" أنّ الأوّل واقع في الحال، والثاني معلّق بالدخول. ألا ترى أنّه لو قال لها: "أنت طالق وأنت مريضة"، أنّها تطلّق في الحال، وليس المرض شرطًا فيه، فكذلك ما وصفنا لما كان قوله: "لا أجيز النكاح" لو سكت عليه كان فسخًا للعقد لم يكن ذكره لكلام آخر، واستئناف لمعنى غيره مانعًا من فسخ العقد على حسب ما أوجبه الأوّل.

مسألة

قال محمد: [85ب] ولو قال المولى: "لو أجزتُ النكاح على أن تزيدني خمسين درهمًا" فرضي الزوج بذلك جاز النكاح، والصداق خمسون ومائة.

[1062] البقرة، 230/2.
[1063] الموطأ، النكاح، 7؛ صحيح البخاري، الطلاق، 4 وغيره؛ صحيح مسلم، النكاح، 111 (1433)؛ سنن النسائي، النكاح، 43 إلخ.
[1064] لا يعطه.
[1065] سنن أبي داود، الصلاة، 85؛ سنن الترمذي، مواقيت الصلاة، 165؛ سنن ابن ماجه، الطهارة، 132 وغيرها.
[1066] لعل أقرب لفظ إليه هو الذي في سنن الدارقطني، 170/2؛ وأصله في صحيح البخاري، الوضوء، 2؛ وصحيح مسلم، الطهارة، 224؛ وسنن النسائي، الطهارة، 104؛ وسنن أبي داود، الطهارة، 31؛ وسنن الترمذي، الطهارة، 1 وغيرها بألفاظ تؤدي المعنى نفسه.
[1067] الأنفال، 17/8.

قال أبو الحسن: التي زادها المولى، وجعلها شرطًا في الإجازة زيادة ملحقة بالعقد لم تكن موجودة فيه، ولهما أن يلحقا بالعقد زيادة لم تكن[1068] موجودة فيه قبل الإجازة كما أنّ لهما أن يلحقانه زيادة بعد الإجازة.

فصل

قال محمد: فإن دخل بها الزوج أو مات عنها لزمَه خمسون ومائة جميع الصداق، وإن طلّقها قبل الدخول كان للمولى على الزوج نصف الصداق الأوّل، وذلك خمسون درهمًا، وهذا قياس قول أبي حنيفة، وهو قول محمد.

قال أبو بكر: الطلاق قبل الدخول إنّما يوجب لها استحقاق نصف ما سمّي في العقد لا غير. ألا ترى أنّه لو تزوّجها على مائة برضاء المولى، ثمّ زاده خمسون درهمًا في المهر، ثمّ طلّقها قبل الدخول أنّ للمولى نصف المسمّى في العقد، وتبطل الزيادة، فيصير كان لم يكن. والدليل على أنّ ما لم يكن مسمّى في العقد لا يجب مع الطلاق قبل الدخول: أنّ من تزوّج امرأة على غير مهر وجب لها مهر المثل بالعقد، فإن فرض لها القاضي مهر المثل، ثمّ طلّقها قبل الدخول بطل مهرُ المثل إذا لم يكن مسمّى في العقد. فكذلك كلّ تسمية لم تكن[1069] في أصل العقد، فإنّها لا تثبت مع ورود الطلاق قبل الدخول.

فإن قيل: لا يجوز أن يجعل وجوب مهر المثل بالعقد من غير تسمية أصلًا لما وصفت من قِبل أنّه لو تزوّجها على مهر مثلها، ثمّ طلّقها قبل الدخول وجب المتعة، [86أ] ولو كان وجوب مهر المثل بالعقد من غير تسمية أصلًا لما ذكرت لأوجب ذلك أن يكون متى سمّى لها في العقد مالًا معلومًا، ثم طلّقها قبل الدخول أن تبطل[1070] التسمية، ويرجع إلى المتعة كما بطل مهر المثل المسمّى في العقد.

قيل له: الفصل بينهما في التسمية: أنّ تسمية مهر المثل في العقد ليست تسميته صحيحة وجودُها وعدمها سواء، لأنّه ذكر ما يوجبه العقد، وإن لم يسمّ[1071] وذكره لما يوجبه العقد، والسكوت عنه بمنزلة، وليس كذلك تسمية مال معلوم، لأنّ العقد لا يوجبه إذا سكت عنه، فثبت حكمه بالتسمية، وسقط بالطلاق نصفه.

فإن قيل: ليست الزيادة قبل الإجازة كهي بعدها من قِبل أنّها إذا كانت قبل الإجازة، فلم يملك الزوج البُضع قطّ إلّا بها وبالزيادة، وإذا كانت بعد الإجازة فقد ملك البضع بالمسمّى في العقد، فجاز أن يخالف حكمه حكم الزيادة التي يملك بها البُضع.

[1068] لم يكن.
[1069] لم يكن.
[1070] ان يبطل.
[1071] لم يسمي.

قيل له: الإجازة إنّما لحقت العقد المتقدّم العاري من الزيادة، فوجب اعتبار العقد في صحّة التسمية فيه، ولم يجب اعتبار الإجازة. ألا ترى أنّ صحّة العقد معتبرة بشهادة موجودة فيه، ولا تعتبر صحتها بشهادة يوجد في حال الإجازة، فلذلك لم يختلف حكم الزيادة اللاحقة بالعقد قبل الإجازة وبعدها.

قال محمد: وأمّا في قياس قول أبي يوسف الأوّل: فإن طلّقها قبل الدخول فللمولى على الزوج نصف المائة والخمسين، وكان أبو يوسف يجعل الزيادة في الصداق بمنزلة الفريضة، ثم رجع عن ذلك إلى قول أبي حنيفة. [86ظ]

قال أبو بكر: وجه هذا القول: إنّه حصلت[1072] الزيادة لما لحقت العقد بمنزلتها لو كانت موجودة فيه بدلالة أنّها لو كانت في البيع لم ينفسخ بها شيء من العقد. فالجواب عن هذا: أنّها لو كانت بمنزلة الموجودة في العقد لو وجب إذا أراد المشتري في الثمن بعد العقد أن يأخذ الشفيع بالزيادة مع المسمّى في العقد، وقد اتّفقوا على أنّه يأخذ بما كان في العقد دون الزيادة.

فإن قيل: قال الله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ﴾[1073]، وقال: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[1074]. فإنّما أوجب لها نصف الفرض إذا كان هناك فرض، ولم يفرّق بين ما يفرض في العقد أو بعده، فواجب بحقّ العموم أنّه متى فرض لها، ثم طلّقها قبل الدخول أن يجعل لها نصف الفرض سواء كان في العقد أو بعده.

قيل له: قد قامت الدلالة على أنّ المراد به فرض في العقد لا بعده، وهي أنّ ما ليس بمسمّى في العقد، وإن صار بدلًا من البضع فإنّ الطلاق قبل الدخول يسقطه، وهو مهر المثل الواجب بالعقد، فاستدْللنا بذلك على أنّ المراد بالآية فرض مسمّى في العقد، وذلك لأنّ ما لم يكن موجودًا في العقد. فقد تعلّق بالعقد حُكم سقوطه بالطلاق قبل الدخول، فلا ينبغي موجب العقد بالتسمية بعده.

ووجه آخر، وهو: أنّ المسمّى بعد العقد بطل ما ألحقّ به، فلا يثبت له حُكم، لأنّ الملحق إنّما يثبت حُكمه مع سلامة العقد، [87أ] واستحال تفاوت[1075] مع بطلان العقد الذي ألحق به، ومتى طلّق قبل الدخول قد بطل العقد فبطل ما ألحق به.

قال محمد: ولو حضر أصل النكاح شهود، ولم يحضر هذا المنطق من المولى ورضاء الزوج شهود، فلا بأس بذلك والنكاح جائز، وإن حضر الشهود الإجازة ولم يحضروا عقد النكاح لم يجز النكاح.

[1072] حصل.
[1073] البقرة، 236/2.
[1074] البقرة، 237/2.
[1075] تفاوة.

قال أبو بكر: أمّا حضور الشهود في العقد دون[1076] غيره لما روي عن النبي صلى الله عليه أنّه قال: ((لا نكاح إلّا بشهود ولا نكاح إلّا بوليّ وشاهدين))[1077]، وإنّما شرط الشهود في العقد، لأنّ المراد باسم النكاح في هذا الموضع العقد، إذ كان اسم النكاح يتناول معنيين في اللغة: العقد والوطء، ومعلوم أنّه لم يرد به الوطء في هذا الموضع، فصحّ أنّه إنّما أراد العقد، والعقد إنّما هو الإيجاب والقبول، والإجازة لمست بعقد. ألا ترى أنّ من باع عبدًا على أنّه بالخيار، ثم أجازه لم يكن عاقدًا بالإجازة، وإنّما حصل عاقدًا بالإيجاب بدءًا مع قبول الآخر. ألا ترى أنّه لو مات لجاز العقد المتقدّم، ولو كانت الإجازة عقدًا وجب أن يبطل بالموت، لأنّ الموت ينفي صحّة العقد من جهته، وبذلك على صحّة هذا أنّ المجلس إنّما يعتبر في الإيجاب والقبول دون الإجازة، لأنّه لو اعتبر ذلك في الإجازة لما جازت إجازة البائع إلّا بمحضر من المشتري، وكذلك إجازة كلّ من وقف عليه عقد فغير معتبرة بحضور المجادلة، فصحّ بذلك أنّ الإجازة ليست بعقدٍ، وإنّما لم يكن عقدًا لم تعتبر صحّتها بالشهادة.

مسألة

[87ب] **قال محمد**: ولو أن رجلًا تزوّج أمة رجل على مائة بغير إذن المولى، فقال المولى: "قد أجزت النكاح على خمسين دينارًا"، فرضي الزوج بذلك فالنكاح جائز، وإن لم يحضر هذه المقالة شهود، فإن دخل بها أو مات عنها فالصداق خمسين دينارًا أو إن طلّقها قبل الدخول فلها المتعة إلّا في قول أبي يوسف الأوّل.

قال أبو بكر: لما تراضيا على خمسين دينارًا فقد أسقطا المائة، وأخرجاها من أن يكون مهرًا، ولهما أن يسقطاها، ولا يوجب سقوطها بطلان العقد، إذ ليست صحّة عقد لنكاح متعلقة بصحّة البدل، ثم ألحقا الخمسين دينارًا بالعقد، فصار بمنزلته لو تزوّجها على غير مهر، ثم فرض لها خمسين دينارًا مهرًا، فيستحقّها المولى إن دخل بها أو مات عنها، وإن طلّقها قبل الدخول وجبت المتعة على حسب ما تقدم من بيانه.

فإن قال قائل: فلو عقد على عبده عقد بيع بغير أمره على ألف درهم، ثم إن المالك قال للمشتري: "قد أجزت ذلك البيع بخمسين دينارًا لم يجزوا قبل، فكيف اختلف هذا والنكاح.

قيل له: إنّما اختلفا من جهة أنّ بطلان البدل في البيع يبطل البيع، وبطلان البدل في النكاح لا يبطله، لأنّه يصحّ بدءًا بغير تسمية البدل، ولا يصحّ البيع إلا ببدلٍ مسمّى في العقد.

مسألة

[1076] دو.

[1077] لم أجده بهذا اللفظ إلا جزءًا من حديث في صحيح ابن حبان، 386/9؛ وأصله في سنن الترمذي، النكاح، 14؛ وسنن أبي داود، النكاح، 24 وغيرها.

قال محمد: ولو أنّ رجلًا تزوّج أمة رجل بإذن مولاها على مائة درهم، ثم أعتقت فوجب لها الخيار، فقال لها الزوج: "لك على خمسون دينارًا على أن تختاريني"، ففعلت بطل خيارها، ولا شيء لها على الزوج من الخمسين التي أوجبها لها [88أ] على نفسه.

قال أبو بكر: البضع في ملكه قبل سقوط الخيار وبعده فلا يجوز أن يستحقّ عليه بذلك مالًا، لأنّه أخذ مال بالباطل، قال الله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا [1078] أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[1079]، ولذلك نظائر كثيرة في الأصول، منها:

- أن يصالح الشفيع المشتري على مال يأخذه منه على تسليم الشفعة، فلا يستحقّ المال عليه إذا سلّم، لأنّ الدار في ملك المشتري قبل التسليم وبعده.
- ومنها: البائع أو المشتري إذا كان له خيار في العقد فصالحه على مال على أن يختار البيع أو يفسخه فلا يجوز، إذ لا يملك به شيئًا، ولا يحصل له به حقّ. ألا ترى أنّ المشتري متى أجاز العقد فلو استحقّ الجعل المذكور على البائع لم يكن ذلك بدلًا في العقد، وإنّ بدل العقد إنّما هو المال المذكور فيه.

وقد قال محمد في كتاب الشفعة إذا صالح من الكفالة بالنفس على مال أنّ الكفالة تبطل ولا يستحقّ المال، وقال في كتاب الحوالة والكفالة: إنّ الكفالة باقية بحالها.

فإن قال قائل: فقد أجزتم الصلح على الإنكار على مال، ومعلوم أنّه لم يستحقّ عليه في الظاهر بدلًا، وكذلك لو افتدى ثمانية بعشرة درهم جاز عندكم، ولم يحصل له بالصلح شيء، لأنّه بريء الذمّة من حقّه قبل الصلح وبعده، فينبغي ألّا يجوز على قضيّتكم الصلح على الإنكار ولا اقتضاء اليمين.

قيل له: الجواب على هذا: أن افتداء[1080] اليمين والصلح على الإنكار بمثابة واحدة، وذلك لأنّ المصالح أنّما أخذ المال عن دعواه أنّ هناك مالًا متروكًا على المدّعى عليه، [88ب] فإنّما أعطيناه المال عن دعواه بدخول المدّعى عليه معه في الصلح، لأنّ كلّ متعاقدين دخلا في عقد بدخولهما فيه اعتراف منهما بصحّته وإنكاره بدءًا لما لم يمنع إقراره ثانيًا، كذلك لم يمنع ما تعلّق بدخوله في العقد من الاعتراف بصحّته، فصار بمنزلة من أنكر الحقّ، ثم أقرّ به فصالح عليه، فيجوز، فلذلك فارق هذا ما وصفنا من الحقوق التي قدّمنا. وإذا صحّ ذلك ثم صالحا على مال على أن تختاره فاختارته بطل خيارها في فسخ العقد، ولم يستحقّ شيئًا من المال، لأنّ الجعل إنّما بطل من جهة الحكم كرجل خلع امرأته على خمرٍ أو خنزير، وقبلت أنّ الطلاق واقع، ولا شيء له عليه، لأنّ بُطلان الجُعل كان من جهة الحكم لا من جهتها.

[1078] ولا تأكلوا.
[1079] النساء، 29/4.
[1080] اقتدا.

قال محمد: ولو قال لها: "قد زدتك خمسين درهمًا في صداقك على أن تختاريني" ففعلت، فهذا جائز، وليس لها خيار بعد ذلك منها، والخمسون الزيادة للمولى لا شيء لها منها.

قال أبو بكر: إنّما جازت الزيادة على شرط الاختيار من قِبل أنّها زيادة في عقد النكاح، وعقد النكاح لا تفسده[1081] الشروط، وكذلك المهر المذكور فيه، ولما كانت الزيادة مهرًا لم تفسدها[1082] الشروط، فإذا صحّت الزيادة لحقت العقد، وكانت للمولى دونها من قِبل أنّ ما كان في العقد من المهر استحقّه المولى، فكذلك الزيادة الملحقة به كأنّها كانت في أصل العقد، فيستحقّها المولى.

فإن قال قائل: ينبغي ألّا تصحّ الزيادة بعد خروج الأمة من ملك المولى بالعتق كما أنّ رجلًا [89أ] لو اشترى عبدًا فأعتقه أو باعه، ثم زاد البائع زيادة لم يصح لأجل خروجه من ملكه.

قيل له: إن ملك الزوج قائم عليها في استباحة بُضعها، فهو بمنزلة بقاء العبد في ملكه، وليس هو بمنزلة عتق العبد وبيعه، لأنّ ملك المشتري زائل عنه، فلذلك اختلفا. وقد استشهد محمد على أنّ الزيادة حكمها أن يكون للمولى بالمشتري إذا أراد وارث البائع في ثمن بيع قد باعه بعد موت البائع أنّ ذلك جائز، وتصير[1083] الزيادة مالًا للميّت تقضى منها ديونه، وتنفذ منها وصاياه.

قال أبو بكر: وهذا واضح، وإنّما أراد محمد أن يبيّن أن الزيادة متى لحقت العقد كانت بمنزلة الثمن المستحقّ بالعقد، فيكون لمن استحقّ الثمن.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا تزوّج أمة رجلٍ بغير إذنه على مائة درهم بغير شهود، فقال المولى: "قد أجزت ذلك النكاح بخمسين دينارًا"، ورضي بذلك الزوج، وحضر هذه المقالة شهود كان هذا باطلًا.

قال أبو بكر: قوله: "قد أجزت ذلك النكاح" إنّما إجازة وليس بعقدٍ، والأوّل عقد فاسد لا تلحقه[1084] إجازة، فلذلك بقي على الفساد، ولو حضر هذه المقالة شهود أيضًا لم يجز، لأنّ حضور الشهود في الإجازة ليس بشرطٍ فيها، ولا تحتاج[1085] الإجازة إليه.

[1081] لا يفسده.
[1082] لم يفسدها.
[1083] ويصير.
[1084] لا يلحقه.
[1085] ولا يحتاج.

قال محمد: ولو قال المولى: "قد جعلت ذلك النكاح نكاحًا بمائة درهم" أو قال: "الخمسين دينارًا"، وقبل الزوج ذلك جاز ذلك، وكان بمنزلة نكاح مستقبل إذا حضر هذه المقالة شهود، وإن لم يحضر أصل النكاح الأوّل [89ظ] شهود.

قال أبو بكر: قوله: "قد جعلت ذلك النكاح نكاحًا بخمسين دينارًا" عقد مستقبل لوجود لفظ نكاح مذكور فيه غير عائد على الأوّل، فلمّا كان ذلك عقدًا غير الأوّل وحضور الشهود جاز، إذ كان يقدّم العقد الفاسد غير مانع استئناف عقد صحيح.

فإن[1086] **قال قائل**: فهذا إنّما جعل ذلك النكاح نكاحًا فواجب أن يعتبر العقد الأوّل في صحّته أو فساده.

قيل له: مع[1087] ذلك النكاح نكاحًا آخر غيره قد حضره شهود فجاز، ولو لزم اعتبار العقد الأوّل مع ذكره لعقد ثانٍ لوجب لو عقدا بيعًا على ألف درهم، ثم قالا: قد جعلنا ذلك البيع بيعًا بمائة[1088] دينار أن يكون العقد الأوّل باقيًا وفي بطلان العقد الأوّل، وثبوت العقد الثاني دلالة على أن هذا القول يقتضي منه استئناف عقد غير الأوّل.

باب من نكاح المرأتين في عقدة الذي يكون أوله جائزًا ثم يفسد بعد ذلك

قال محمد: وإذا زوّج الرجل رجلًا بغير أمره صبيّتين في عقدة واحدة بغير إذن أبويهما خاطب عنهما مخاطب، ولا قرابة بينهما، فجاءت امرأة فأرضعتهما جميعًا فصارتا أختين من الرضاعة، ثم بلغ الزوج، فأجاز نكاح إحديهما بعينها وأجاز ذلك أبوها أيضًا، فنكاحهما باطل لا يجوز نكاح واحدة منهما أبدًا، وإن كان أصل العقدة جائز.

قال أبو بكر: الأصل [90أ] في ذلك: أنّ الرضاع الموجِب للتحريم يستوي حُكمه في المستقبل والمستدبر في باب إفساد العقد، والدليل على ذلك: أنّه إذا تزوّج صبيّتين نكاحًا صحيحًا ثم أرضعتهما امرأة بطل نكاحهما كما لو عقد عليهما في حالة واحدة، وهما أختان لم يصح عقده عليهما، فصحّ أن ورود الرضاع بعد العقد كوجوده في العقد[1089]، فصار بمنزلة من عقد له على أختين في عقدة واحدة[1090]، فيدفع العقد على كلّ واحدة منهما العقد على الأخرى، وهذا معنى اعتلال محمد، وكان أبو الحسن رحمه الله يعتبر[1091] في ذلك بأنّ العقد حصل بحيث لا مجيزَ له، وإذا خرج العقد من أن يكون مجيزًا[1092]. ألا ترى أنّه في الابتداء لو عقد على هذا الموصف لم يقف، لأنّه لا مجيز له، وعلى هذا المعنى مسألة الصغيرة والكبيرة[1093] إذا زوّجنا رجلًا في عقدة، ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة.

[1086] فا.
[1087] حَ
[1088] بمادية.
[1089] الحقد.
[1090] واحد.
[1091] لغرف
[1092] مجير.
[1093] والكبير.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا تزوّج أمتين في عقدة بغير إذن مولاهما فأعتق المولى إحديهما بعينها، ثم بلغ المولى النكاح، فأجاز نكاح الأمة لم يجز أبدًا.

قال أبو بكر: هذا صحيح على ما قدّمنا من اعتلال محمد، لأنّ العقد قد حصل قبل جوازه عقدًا على حرّة وأمة، فصار كان العقد وقع عليهما، ومتى اجتمع دفع عقد الحرّة عقد الأمة وأبطله.

ووجه آخر، وهو: أنّ عتق المولى إحديهما فسخ لنكاح الأخرى، لأنّ المولى لما كان [90ب] وليّ عقدهما، وإليه إجازتهما وفسْخهما، ثم فعل في العقد ما لا يجوز أن يجتمع معه بقاء العقد في الأمة صار فسخًا له في كالرجل يتزوّج أمة بغير إذنها وإذن مولاها، ثم يتزوّج حرّة قبل أن يجيز مولى الأمة، فيكون عقده على الحرّة فسخًا لنكاح الأمة، وإن كان بغير إذن الحرّة، لأنّه فعل ما لا يجوز أن يجتمع معه العقد على الأمة، وكالرجل تزوّج ابنه الصغير امرأة، ثم تزوّجه أختها قبل أن تبلغ المرأة، فيجيزه. وكذلك لو كان رجلًا زوّج رجلًا أمتين في عقدة بإذنهما ورضاهما ورضا مولاهما فأعتق المولى إحديهما، ثم بلغ الزوج، فأجاز نكاح الأمة منهما لا يجز أبدًا.

قال أبو بكر: وهذا على ما ذكرنا من أنّ المولى قد كان إليه الفسخ، لأنّ العقد لم يكن تامًا[1094]، فصار عتقه لإحديهما فسخًا لعقد الأخرى، لأنّ نكاح الأمة مع عتق الأمة الأخرى لا يجتمعان، فصار فسخًا له.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا زوّج رجلًا أمتين بغير أمر الزوج برضا المولى وبرضاهما جميعًا، ثم إنّ المولى أعتقهما جميعًا معًا، فأجاز الزوج نكاح إحديهما بعينها أو أجاز نكاحهما جميعًا معًا أو إحديهما بعد صاحبتهما، فلذلك كلّه جائزًا على ما أجاز الزوج.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لمـّا أعتقهما معًا فلم يحصل في عقد واحد نكاح حرّة وأمة، لأنّهما لم يكونا في العقد عند وقوعه وبعده الأمتين أو حرّتين، ونكاح الأمة [91أ] لا يدفع نكاح أمة أخرى غيرها، وكذلك نكاح الحرّة لا يدفع نكاح الحرّة، فلم يحصل هناك حال يوجب بطلان أحد النكاحين.

فإن قال قائل: يلزمك على العلّة التي ذكرتها من أنّ عتق المولى لإحديهما فسخ لنكاح الأخرى أن يبطل نكاحهما جميعًا.

1094 تمًا.

قيل له: إنّما قلنا: إنّ عتق المولى لإحديهما فسخ لنكاح الأخرى من حيث كان نكاح الحرّة باقيًا للعقد على الأمة، فلأجل حصولهما في العقد حرّة وأمة انفسخ نكاح الأمة. فأمّا إذا أعتقهما معًا فلم يحصلا على حال يدفع نكاح إحديهما نكاح الأخرى، لأنّ عتق كلّ واحدة منهما وجد في حال عتق الأخرى، فلذلك لم ينفسخ نكاحهما.

قال محمد: ولو أنّ المولى أعتقهما، فقال: "فلانة حرّة وفلانة" وصل كلامه أو أعتق إحديهما، وسكت، ثم أعتق الأخرى، فأجاز الزوج نكاحهما جميعًا معًا أو إحديهما قبل الآخر، فنكاح التي أعتق قبل صاحبتها جائز، ونكاح الأخرى فاسد.

قال أبو بكر: عتق المولى لإحديهما ليس بإجازة ولا فسخ، وإنّما تقع[1095] به الإجازة والفسخ من طريق الحكم، فإذا كان العقد برضاهما، ثم أعتق إحديهما صارت الإجازة للأمة، فجاز عليهما رضاها بدءًا، لأنّها ملكت نفسها بالعتق، فعمل رضاها المتقدّم في جواز العقد من جهتها، ويدلّك على أنّ النكاح جاز بعد العتق من جهتها أنّ المهر لها إذا رضي به الزوج، وإذا كان ذلك على ما وصفنا، ثم [91ب] لم يكن عتق إحديهما موقوفًا على عتق الأخرى، إذ لم يضمهما معنى ولم يجمعهما شرط وِفقًا على حكم ترتيب اللفظ، ومتى ورد لفظان من المتكلّم، وهذا سبيلهما لم يتوقّف أحدهما على الآخر، وحصل حكم كلّ واحد من الكلامين على حاله على حسب ترتيبها في اللفظ. والدليل على ذلك: أنّ من قال لامرأته قبل أن يدخل بها: "أنت طالق وطالق" أنّ كلّ واحد من اللفظين مُوقعٌ على حسب وجوده في اللفظ، فتبيّن بالأولى، ولم تقع الثانية لما وصفنا من أنّ كلّ واحد من اللفظين غير متعلّق بالآخر، ولا يصير ذلك بمنزلة قوله: "أنت طالق اثنتين"، فيقعان معًا، وإذا كان ذلك على ما وصفنا صار ذلك بمنزلة عتقه لإحديهما وسكوته، ثم عتقه الأخرى، فينفسخ نكاح المعتقة الثانية، وله أن يجيز نكاح الأولى، وليس هذا كمن وقف عليه نكاح أختين، فقال: "قد أجزت نكاح هذه وهذه"، فيبطل نكاحهما جميعًا، وصار بمنزلة قوله: "قد أجزت نكاحهما"، وذلك لأنّ جواز كلّ واحدة منهما لما كان دافعًا لنكاح الأخرى وقف اللفظ الأوّل على سكوته إذا كانت إجازة العقدين من جهته، وجواز كلّ واحد يدفع الآخر، فلمّا حصل السكوت على حال يوجب دفع كلّ واحد من النكاحين بالآخر انفسخا جميعًا من قِبل أنّ لفظ المتكلّم يقف على السكوت إذا قرن به ما يوجب دفعه وبُطلانه أو تعلّقه بمعنى يضمّهما. ألا ترى أنّه لو قال: "قد أجزت نكاحهما إن شاء الله" اعتبر حُكم لفظه بالسكوت عليه، ولم يجز أن ينقطع الاستثناء عمّا تقدّم من كلامه كذلك [92أ] إذا كان جواز نكاح الثانية دافعًا لنكاح الأولى اعتبرت إجازته لنكاح الثانية في إفساد نكاح الأولى، وليس كذلك عتق الأمتين على هذا الوجه، لأنّ عتق إحديهما لا يدفع عتق الأخرى، ولا يؤثّر فيه، فوقع كلّ واحد منهما على ما أوقع مرتّبًا كقوله لغير المدخول بها: "أنت طالق وطالق" أنّ كلّ واحد من الطلاقين غير موقوف الحكم على الآخر ولا مؤثر فيه، فأوقعنا كلّ واحد منهما على الترتيب. ألا ترى أنّه لو قرن باللفظ ما يجمعهما في معنى أو يدفعهما لم يقعا على الترتيب، وكانا مجموعين معًا في حالة واحدة مثل قوله: "أنت طالق وطالق إن شاء الله" أو "إن دخلت الدار" أنّ واحدًا منهما لا يقع مع الاستثناء ولا مع الشرط حتى يوجد، فإذا وجد وقعا معًا بإجازته لنكاح إحدى الأختين، وعطفه إجازة الأخرى عليها، فأشبه قوله: "أنت

[1095] وانما يقع.

طالق وطالق إن شاء الله" أو "ودخلت الدار"، لأنّ إجازة الثانية تدفع[1096] الأولى كما يدفع الاستثناء حكم الكلام، فوجب من أجل ذلك وقوف كلامه على السكوت حتى إذا سكت صار بمنزلة من أجازهما معًا. وليس ما تعلّق بالعتق من الإجازة كذلك لما بيّنّا من أنّ الإجازة يتعلّق به من طريق الحكم، فلم يعتبرها في اللفظ، وإنّما اعتبرنا حكم اللفظ في العتق، وعتق إحديهما غير متعلّق بعتق الأخرى ولا مؤثّر فيه، فلذلك كان الأمر فيه على ما بيّنا.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ النكاح في جميع هذه المسائل في عقدتين مختلفتين من مولين مختلفين كلّ امرأة في عقدة فصارتا أختين أو حرّة وأمة قبل أن يجيز الزوج، ثم بلغ الزوج، فأجاز نكاح إحديهما بعينها جاز نكاحها وبطل نكاح الأخرى.

قال أبو بكر: هذا الضرب من المسائل على ثلاثة أوجه:

- أحدها: أنّه إذا كانت العقدة [92ب] واحدة ثم حصلتا أختين فبطل نكاحهما، وكذلك إن حصلتا أمة وحرّة بطل نكاح الأمة سواء كان المولى أو الولي اثنين أو واحدًا.
- والثاني: أن يكون في عقدتين والإجازة إلى واحد، فهذا يبطل أيضًا إذا صارتا أختين أو حرّة وأمة قبل الإجازة فيبطل نكاح الأمة.
- والثالث، أن تكونا زوّجتا في عقدتين، والإجازة إلى اثنين، فيقف كلّ واحد من العقدين على إجازة الزوج، وإن حصلتا أختين أو حرّة وأمة، سيجيء[1097] بيان ذلك في أضعاف المسائل.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا له أمتان زوّجهما رجلًا في عقدتين متفرّقتين بغير إذن الزوج خوطب عنه بغير أمره، ثم إنّ المولى أعتق إحديهما قبل صاحبتها، فإنّه يبطل نكاح المعتقة أخيرًا، ولا يجوز أبدًا، فإن أجاز نكاح الأولى جاز، وإن أجاز نكاحهما جميعًا جاز نكاح المعتقة الأولى وبطل نكاح الآخرة، والعقدتان في هذا إذا كان المولى واحدًا والعقدة سواء.

قال أبو بكر: وذلك لما قدّمنا من أنّ الإجازة إذا كانت إلى واحدٍ استوى حُكم العقدة الواحدة والعقدتين، فمتى فعل في أحد العقدين ما لا يصحّ بقاء العقد الآخر معه صار فاسخًا للآخر، إذ كان له أن يفسخه، وصار ذلك بمنزلة قوله: "قد فسخت" على حسب ما تقدّم من خطاب الزوج لأخت الموقوف عليه نكاحها أو للحرّة مع وقوف نكاح الأمة عليه.

[1096] يدفع.
[1097] سنجي.

قال محمد: ولو كان الموليان اثنين لكلّ أمة مولى على حدّة، والمسألة على حالها، فإن أجاز الزوج نكاح إحديهما أيّتهما كانت فنكاحُها جائز، وإن أجاز نكاحهما جميعًا معًا جاز نكاح المعتقة الأولى، وبطل نكاح الآخرة، وكذلك لو أنّ جاريتين أجنبيّتين صغيرتين وليُّهما واحد، فهو مثل الأمتين إذا كان [93أ] مولاهما واحدًا إذا صارتا أختين قبل الإجازة لم يجز نكاح واحدة منهما أبدًا وإن كان الولي زوّجهما في عقدتين، وإن كان لكلّ واحدة وليٌّ على حدّة كان مثل الموليين، فإن أجاز الزوج نكاح إحديهما جاز، وذلك لأنّ الموليين إذا كانا اثنين فليس لواحد منهما فسخ عقد الأخرى لو فسخه بالقول، فكذلك لا ينفسخ بعتقه لأمته لا ولاية له في فسخه، وكذلك إذا صارتا أختين والوليان اثنين والعقدتان متفرّقتان. وأمّا إذا كان الولي واحدًا فإن الرضاع ومصيرهما إلى أن تكونا أختين يبطل العقد، ويستوي فيه العقدة الواحدة، والعقدتان كالأمتين إذا كان مولاهما واحدًا، ثم عتقت إحديهما دون الأخرى، وقد تزوّجتا في عقدتين أو في عقدة واحدة.

فإن قال قائل: إذا تزوّج الصغيرتين في عقدتين، والولي واحد ينبغي ألّا يفسد النكاح بأن يصير أختين، ولا يكون بمنزلة عتق إحدى الأمتين إذا كان المولى واحدًا، لأنّك إنّما أبطلت نكاح الأمة هناك، لأنّ المولى صار فاسخًا لنكاحها بعتق الأخرى بفعله ما لا يبقى معه نكاحُها، وهذا المعنى غير موجود في الصغيرتين إذا صارتا أختين قبل الإجازة والولي[1098] واحد.

قيل له: إنّهما وإن اختلفا من هذا الوجه فلم يختلفا من جهة أنّ الإجازة في العقدين إلى واحدٍ، فيصير حصول العقدين قبل الإجازة والولي واحد.

قيل له: إنّهما وإن اختلفا من هذا الوجه، فلم يختلفا من جهة أنّ الإجازة في العقدين إلى واحدٍ، فيصير حصول العقدين قبل الإجازة في أختين بمنزلة ذلك في العقد الواحد، وذلك لأنّ كون الإجازة إلى واحد بمنزلة العقدة والواحدة التي متى صارتا فيها أختين أو حرّة وأمة بطل العقد [93ب] عليهما إذا صارتا أختين، وبطل عقد الأمة إذا عتقت الأخرى، واختلافهما من الوجه الذي ذكرنا غير مانع الجمع بينهما من الوجه الذي ذكرنا بالمعنى الذي وصفنا، وهو أنّ الإجازة متى كانت إلى واحد فكأنّه عقدة واحدة كعتق إحدى الأمتين والمولى واحد.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا زوّج رجلًا أختين في عقدتين متفرّقتين بغير أمره فبلغه النكاح، فقال: "أجزت نكاح هذه وهذه"، فوصل كلامه لم يجز نكاح واحدة منهما أبدًا، وهذا وقوله: "قد أجزت نكاحهما" سواء.

[1098] الولي.

قال أبو بكر: وهذا على ما بيّنا من أنّ الإجازة لما كانت من جتهه في نكاحهما وقف كلامه على الثاني، فصارا كأنّهما واقعًا معًا، وليس كالعتق، لأنّ كلّ واحدٍ منهما موقع على حاله[1099] لا يتعلّق حكمه بعتق الأخرى، فوقعا على ما أوقع أحدهما متقدّم لصاحبه.

قال محمد: ولا يشبه هذا ما وصفت لك في المسألة الأولى من قول المولى هذه حرّة، لأنّ العتق إذا وقع كانت إجازة النكاح فيه من الأمتين بالعتق فهاتان إجازتان والإجازة ههنا واحد.

قال أبو بكر: وهذا هو معنى ما قدّمنا من أنّ عتق المولى ينقل الإجازة إليهما من طريق الحكم، ولا يكون المولى هو المجيز، بل المعتقة، فلم يعتبر حكم الإجازة في العتق، ووقع كلّ واحد من العتقين على حاله[1100]، وإنّ الإجازة لما كانت في العقدين جميعًا من جهة الزوج وقف كلامه على سكوته، فوقعت الإجازتان معًا، فلذلك لم يختلف حكم إجازته لهما معًا أو إحديهما بعد الأخرى بعد أن يكون الكلام موصولًا.

باب من الفرقة في المرض [94أ] الذي يتوارثان بعدما فارقها

قال محمد بن الحسن رحمه الله: وإذا تزوّج الحرّ الأمة فأعتقت وهي مريضة، فوهب لها مال وهي مريضة على حالها، ثم علمتْ أنّ لها الخيار، فاختارت[1101] نفسها في مرضها بذلك، ثم ماتت وهي في العدّة، فإن زوّجها يرثها. وكذلك الصغيرة إذا زوّجها عمّها فبلغت، واختارت[1102] نفسها بعد دخول الزوج بها، وفرّق القاضي بينهما في مرضها، ثم ماتت من مرضها ذلك وهي في العدّة، فإن زوّجها يرثها.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ طلاق المريض عندهم لا يحرم الزوجة ميراثها إذا مات وهي في العدّة، والمعنى في ذلك: أنّ الطلاق حقّ يملكه الزوج، فليس له إسقاط ما ثبت لها من الحقّ في ميراثه بمرضه بطلاقه إيّاها، فلذلك أنّ المعتقة والصغيرة إذا اختارتا[1103] أنفسهما في مرضهما لم يسقط حقّ الزوج من ميراثهما إذا كان حقّهما في نفس الفرقة لم يتعلّق بمعنى غيرها كما أنّ حقّ الزوج كان نفس الطلاق، فلم يحرمها الميراث مع بقاء العدّة.

فإن قال قائل: لمَ ألحقهما حكم الفرار؟ وهلّا جعلتهما كالمكرهة على ذلك، إذ لا سبيل لها إلى ترك اختيار الفرقة ألّا تترك[1104] حقّها كما قلت في القائل لامرأته في صحّته: "إنْ كلّمت إيّاك" أو "صلّيت الظهر فأنت طالق"، ففعلت ذلك في

[1099] حياله.
[1100] حياله.
[1101] فاجتازت.
[1102] واجتازت.
[1103] اجتازتا.
[1104] الّا بترك.

مرض الزوج أنّ ذلك لا يسقط حقّها من ميراثه، وجعلتموها كالمكرهَة على ذلك، لأنّ في امتناعها ممّا يوقع الطلاق ترك حقّها من كلام[1105] الأب وصلاة الظهر.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ حقّها إنّما ثبت بالخيار في نفس الفرقة لا غير، فلم يكن فيه كالمكرهة. ألا ترى أنّه لو قال لها في مرضه: "اختاري" [94ظ]، فاختارت نفسها لم يكن لها ميراث، لأنّ الحقّ في ذلك نفس الفرقة، فلم يكن فيه كالمكرهة. وأمّا قوله لها: "إن كلّمت إيّاك" أو "صلّيت الظهر فأنت طالق"، فإنّ حقّها في ذلك ليس هو نفس الفرقة، بل هو كلام الأب وفعل الظهر، فلذلك افترقا، وسنبيّن في آخر الباب.

مسألة

قال محمد: طلاق المريض وما بيننا[1106] فيها وبين المخالفين إن شاء الله.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ عِنّينًا أجّله القاضي سنةً فلم يصل إليها فانقضت السنة، وامرأته مريضة، فخيّرها القاضي، فاختارت نفسها في مرضها، ففرّق القاضي بينهما، ثم ماتت وهي في العدّة من مرضها، وكذلك الزوج يزعم[1107] أنّه قد كان دخل بها، ونظر إليها النساء فقلن: "هي بكرٌ"، فلا ميراث لزوجها منها.

قال أبو بكر: وذلك لوجهين:

- أحدهما: أنّ فرقة العِنين عندهم طلاق، والطلاق إنّما يقع من قِبل الزوج، ومُحال أن يستحقّ ميراثها مع وقوع البينونة قبل الموت من جهته.
- والوجه الآخر: أنّ الجماع حقّ لها، فإذا لم يمكنها المقام إلّا بترك حقّها صارت كالمكرهة.

قال محمد: وكذلك المجبوب.

قال أبو بكر: وذلك لما وصفا من الوجهين.

قال محمد: وكذلك لو أنّ رجلًا قذف امرأته، وهما صحيحان، ثم لاعنها وهي مريضة، ثم فرّق القاضي بينهما، ثم ماتت وهي في العدّة فلا ميراث بينهما.

[1105] كلاب.
[1106] ثمنا.
[1107] تزعم.

قال أبو بكر: وهذا يجري على العلّتين جميعًا، لأنّ اللعان طلاق عند أبي حنيفة ومحمد. وعلى الوجه الآخر أنّه لم يمكنها ترك الفرقة إلّا بترك حقّها في القذف. [95أ]

مسألة

قال أبو حنيفة رضي الله عنه: لو أنّ امرأة ارتدّت في مرضها فبانت من زوجها، ثم ماتت في مرضها وهي في العدّة، فإنّ زوجها[1108] يرثها وهو قول أبي يوسف ومحمد، وكذلك المرأة الحرّة، فتدعوا ابن زوجها إلى أن يجامعها، فيفعل، فتحرم على زوجها، فيموت وهي في العدّة، فإنّ زوجها[1109] يرثها.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الفرقة جاءت من قِبلها بعد وجوب حقّ الزوج في مالها على المعنى الذي يقدّم بيانه.

قال محمد: ولو كان الزوج هو المريض والمرأة صحيحة فكلّ فرقة جاءت من قِبله، فمات والمرأة في عدّة، فإنّها ترثه إلّا في خصلةٍ واحدة كلّ طلاق جعل الأمر فيه إليها، فاختارت فيه نفسها لم ترث، لأنّها هي التي فرّقت بينه وبينها.

قال أبو بكر: إذا كانت الفرقة من قِبل الزوج بغير رضاها فهو فارّ كالطلاق المبتدأ من جهته، وإذا كان باختيارها أو سواء لها الطلاق فقد زال حكم الفرار عن الزوج. ألا ترى أنّ الزوج لا يكون فارًّا بالخلع في المرض، لأنّها برضاها طلقت، فكذلك كلّ طلاق وقع عليها برضاها فإنّه يخرج الزوج من حكم الفرار.

مسألة

قال محمد: ولو كان آلى منها وهو صحيح، فمضت الأربعة الأشهر وهو مريض، فبانت بالإيلاء لم ترث.

قال أبو بكر: قد حصل منه الإيلاء وهو صحيح، فلم يكون فارًّا به، ومضيّ المدّة ليس من فعله، فلا اعتبار بحال مضيّها، وإنّما يعتبر حال الإيلاء، وهو بمنزلة قوله وهو صحيح: "إذا مضت أربعة أشهر، فأنت طالق"، فمضت المدّة، وهو مريض أنّه لا يكون فارًّا.

قال محمد: وإن كان أوّل الإيلاء [95ب] وهو مريض ورثت.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه صار فارًّا بالقول لوجود المريض في تلك الحال كالرجل يقول وهو مريض: "إذا مضت أربعة أشهر فأنت طالق"، وكقوله: "أنت طالق غدًا" أو "بعد ساعة"، ولا يختلف في ذلك حكم المدّة القصيرة والمديدة.

[1108] زوّجها.
[1109] زوّجها.

مسألة

قال محمد: وكلّ طلاق يحلف به على فعل تفعله امرأته ممّا لا بدّ لها منه أو ممّا هو حقّ لها يطلبه، فحلف بذلك في صحّةٍ أو مرضٍ، ففعلت الذي حلف به في مرض، فإنّها ترث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: إذا كانت اليمين في الصحّة لم ترث، وإذا كانت في المرض ورثت.

قال أبو بكر: وهذا نحو قوله: "إن كلّمت إيّاك وأقبضت دينك وصلّيت الظهر" . ووجه قولهما في ذلك: ما احتجّ به شيوخنا من أنّها لا تنفكّ[1110] من إحدى حالين: إما ألّا يفعل المحلوف عليه من كلام الأب واقتضاء الدين وصلاة الظهر ونحوها، فيكون تاركًا[1111] لهذه الحقوق التي لها فعلها، وإن يفعل ذلك فتطلق، فلمّا لم يمكنها أن يتخلّص من الطلاق إلّا بترك حقّها، وأنّ ذلك إنّما كان من جهة ما علّق به الزوج من طلاقها صار الزوج كالمكرِه لها على فعل ما يوجب الطلاق، إذ لا يمكنها التخلّص من الطلاق إلّا بترك حقّها، وحُكم فعل المكره يتعلّق بالمكرِه حتى يصير المكره كأنّه هو الفاعل له فيما يتعلّق به من الأحكام، فصار الزوج من هذا الوجه كأنّه هو المطلّق في هذه الحال، فلم تحرم الميراث.

فإن قال قائل: إنّ حكم الإكراه لا يتعلّق بمنع الحقوق من قِبل أنّ رجلًا [96أ] لو قال لرجل: "لا أقرّ لك بحقّك حتى تحطّ عني[1112] بعضه" ففعل كان حطّه جائزًا، ولم يكن كالمكره له على الحطّ. وكذلك لو قال: "لأستهلكنّ مالك الذي لك في يديّ" أو "لتبيعني عبدك"، فباعه ذلك لم يكن إكراهًا منه له على البيع، لأنّ حُكم الإكراه إنّما يتعلّق بما كان فيه وعبد في النفس يخاف منه تلفًا أو تلف بعض الأعضاء كالضرب والحبس والقيد ونحوها. فأمّا منع الحقوق، فلا يتعلّق به حكم الإكراه.

قال أبو بكر: الجواب عن هذا: أنّ هذا السؤال كان يلزم لو لم يكن محمد قد اعتبر هذا المعنى على الوجه الذي أنكر السائل، وذلك أنّه فرّق بين أن تعلّق الطلاق يفعل لها في المرض ممّا لها منه بدًّا وممّا لا بدّ لها منه، فقال: إذا قال لها في مرضه: "إن كلّمت إيّاك فأنت طالق"، فكلّمت إيّاها أنّها لا تحرم الميراث . ولو قال: "إذا كلّمت أجنبيًّا فأنت طالق"، فكلّمته حرُمت الميراث، فجعلها فيما لا بدّ لها منه كالمكره لها على ذلك. فنقل حكم فعلها إلى الزوج في إيقاع الطلاق ولم يحرم الميراث، ولم ينقل حكم فعلها إليه فيما لها منه بدّ، فجميع ما تفرّق به محمد بين هذين هو فرق أبي حنيفة رحمه الله فيما به فرق.

فإن قال قائل: متى وقع الطلاق في المرض بفعلها أو بفعل غيرها يجب أن ترثه سواء كانت اليمين في الصحّة أو في المرض، لأنّ الحالف يصير عند وجود الشرط كالمتكلّم بالجواب في ذلك الوقت، فينبغي إذا قال: "إن دخل فلان الدار

[1110] انّها لا ينفكّ.
[1111] تاركة.
[1112] عبدي بعضه

فأنت طالق"، فدخلها وهو مريض أنّه[1113] يرث، وإن كانت اليمين في الصحّة [96ظ] كأنّه قال لها: "عند دخول الدار أنت طالق".

قيل له: إنّا وإن كنّا نقول ذلك، فإنّ حكم الفرار[1114] لا بدّ من أن يعتبره بكلام الزوج، فإذا كان القول منه في الصحّة لم يكن فارًّا إذا لم يعقله بفعل ينتقل حُكمه إليه في حال المرض على حسب ما قدّمنا، ولا يجب أن نجعله في سائر الأحكام بمنزلة من تكلّم بالجواب عند وجود الشرط، لأنّه لو لزم ذلك لوجب ألّا يقع طلاقه إذا حنث[1115] بعد اليمين، فوجد شرطها، لأنّ الإيقاع لا يصحّ منه في هذه الحال، فقد علمت أنّ اعتبار حال القول واجب، وإنّما يقول: إنّ الحالف كالمتكلّم بالجواب عند وجود الشرط في باب وقوع الطلاق ولزومه.

فإن قال قائل: وإذا قال لها وهو صحيح: "إذا دخل زيدًا الدار فأنت طالق"، فدخلها زيد وهو مريض لمَ لا يكون فارًّا؟

قيل له: لأنّ الطلاق وقع بفعل زيد دون فعله ولم ينتقل حكم فعله إليه، إذ لم يكن هناك ما يجعله في حكم المكره كما قلنا في المرأة.

فإن قال قائل: فإذا قال: "إن كلّم زيد إيّاه أو صلّى الظهر فأنت طالق"، ثم كلّمه في مرضه أو صلّى الظهر في مرضه هلّا جعلته فارًّا.

قيل له: لأنّ زيدًا يفعل ذلك من غير ترك شيء من حقّه وليست المرأة كذلك، لأنّ الطلاق يقع عليها، ولا يمكنها أن ينقل منها إلّا بترك حقّها في كلام الأب وصلاة الظهر، فلذلك اختلفا. قال: وقال محمد: بهذا القول كلّه إلّا في خصلة واحدة كلّ فعل من امرأته حلف عليه في الصحّة، ففعلته امرأته في المرض ممّا لها منه بدّ وممّا لا بدّ لها منه، فإنّها لا ترث، لأنّ الطلاق كان من الزوج وهو صحيح.

قال أبو بكر: اعتبر محمد حال وجود [97أ] الطلاق في لفظ الزوج، فإذا كان في الصحّة لم نحصل له حكم الفرار بذلك القول أبدًا.

مسألة طلاق المريض

قال أبو بكر: اختلف أهل العلم في المريض يطلق امرأته ثلاثًا، ثم يموت عنها، فقالت طائفة من أهل المدينة: ترثه وإن انقضت عدّتها وتزوّجت، وقال آخرون منهم: ترثه وإن انقضت العدة ما لم تتزوّج[1116]. وقال أصحابنا: ترثه ما دامت

[1113] [illegible]
[1114] القرار.
[1115] [illegible]
[1116] ما لم يتزوّج.

في العدّة، فإن مات عنها بعد انقضاء عدتها لم ترثه. قال الشافعي رضي الله عنه: لا ترثه بحال. الحجّة في تصحيح مذهب أصحابنا وإفساد قول من أبطل ميراثها رأسًا أنّ هذه الحادثة قد كانت حديث في زمان الصحابة، وتكلّموا[1117] فيها ومن بعدهم من التابعين، فروي عن عمر وعليّ وعثمان وأبيّ بن كعب وعبد الرحمن بن عوف وشريح ومحمد بن سيرين والحسن وعطاء رضي الله عنهم أنّها ترث في العدّة[1118]، ولم يُرو عن أحد من نظرائهم خلافه، ومثل ذلك تثبت[1119] به الحجّة، لأنّ شرط الإجماع الذي لا يسع خلافه، وثبتت حجّته أن ينتشر[1120] القول في حُكم الحادثة عن مثل من ذكرنا قولهم من الصحابة من غير خلاف من أحد من نظرائهم عليهم.

فإن قال قائل: فقد روي عن ابن الزبير أنّها لا ترث إذا أبانها في المرض.

قيل له: لم يثبت عن ابن الزبير نفي ميراثها رأسًا، وإنّما حُكي عنه أنّه لما قيل له: إنّ عثمان بن [عفّان] أبٰى توريثها، فقال: "لو كنت أنا لم أورث المبتوتة"[1121]، وهذا يحتمل أن يريد به بعد انقضاء العدّة، وإذا احتمل ذلك لم يثبت عنه يفي ميراثها رأسًا، فلم يحصل منه خلاف لمن ذكرنا قوله من الأئمّة. [97ب]

ووجه آخر، وهو: أنّه لو قال قائل: إنّ مثل ابن الزبير ليس بخلاف على هؤلاء، وإنّما تثبت مخالفة غيرهم عليهم ممّن كان من نظرائهم. فأمّا من لم يوازهم في المحل في العلم لم يكن خلافًا عليهم كان قائلًا قولًا سديدًا.

فإن قال قائل: فقد طلّق عثمان امرأته، وهو محصورٌ، فورثها عليّ منه. وكذلك عبد الرحمن طلّق امرأته تماضر في مرضه، فورّثها عثمان منه[1122].

قيل له: أمّا عثمان فإنّما طلّقها وهو محصور غير مريض، فلا وجه لذكره في هذا الموضع، وإنّما ورثها عليّ منه من قِبل أنّه رأى حال الحصر أخوف من المرض، فجعله بمنزلة من قُدّم للقتل، فيطلّق امرأته أنّها ترثه، وعليّ أنّه ليس في طلاقه لها إيجاب منه بأنّه لا ميراث لها. وكذلك عبد الرحمن طلّق امرأته تماضر في مرضه، ولم يقل أنّها لا ترث، وإنّما طلّقها ليست قد ذكر في الخبر، وهو أنّه قال: "لا تسألني امرأة لي الطلاق إلّا طلقتها"، فسألتْه امرأته تماضر ذلك، فطلّقها، ولم يعرض فيها لحُكم الميراث في أنّها ترث أو لا ترث. ودليل آخر من جهة النظر، وهو: أنّ المرض يوجب للورثة حقًّا في مال المريض بدلالة أنّ هِبته وعتقه من الثلث، والطلاق لا يسقط الحقّ الذي قد ثبت له في ماله. ألا ترى أنّه لا يقطع حقّها في النفقة والسكنى، فكذلك لا يسقط الحقّ الذي ثبت لها بالمرض من الميراث.

[1117] ويكلّموا.
[1118] انظر: مصنف عبد الرزاق، 7/61-64؛ السنن الكبرى للبيهقي، 7/362؛ مصنف ابن أبي شيبة، 10/153-155.
[1119] يثبت.
[1120] يشترا
[1121] مصنف عبد الرزاق، 7/61-64؛ السنن الكبرى للبيهقي، 7/362؛ مصنف ابن أبي شيبة، 10/153-155.
[1122] نفس المراجع.

فإن قال قائل: فقد أسقطه إذا لم يكن مدخولًا بها أو انقضت عدّتها قبل موته.

قيل له: الجواب عن هذا من وجهين:

- أحدهما: أنّ الطلاق قبل الدخول وانقضاء العدّة [98أ] بعد الطلاق يسقط[1123] حقّها في ماله النفقة والسكنى. فكذلك يسقط حقّها من ميراثه.

والوجه الآخر: أنّ انقضاء العدّة وانقطاع الحقوق بالطلاق قبل الدخول ليس من فعْله، لأنّ الطلاق وإن وقع به بينونة قبل الدخول، فليس الطلاق هو الموجب لها، وإنّما أوجبها عند الطلاق عدم العدّة، وإذا كان كذلك سقط حقّها من ماله كما يسقط لو ماتت هي قبله، ثم مات الرجل، وذلك لأنّ الموت الذي يسقط حقّها من ماله لم يكن من فعله. وكذلك انقضاء العدّة ووقوع البينونة بالطلاق قبل الدخول لما لم يكونا من فعله حرمتْ الميراث كموتها قبله.

فإن قال قائل: لو تزوّج امرأة أخرى[1124] شاركتها في الميراث، وأسقط بعض حقّها الواجب كان لها بالمرض كذلك يجوز أن يسقط جميع حقّها بالطلاق، والمعنى الجامع بينهما: أنّ المرض لا يوجب حجرًا عليه في الطلاق كما لا يوجب حجرًا عليه في التزويج.

قيل له: هذا إلزام ساقط من قِبل أنّ جواز إسقاط بعض حقّها بالتزويج غير موجب جواز إسقاط جميع حقّها، لأنّ المريض تجوز هبته لبعض ماله، ولا يدلّ ذلك على جواز هبته في جميعه، وأيضًا كما لم يدلّ على جواز إخراجها من ميراثه.

ووجه آخر، وهو: أنّك متى أخرجتها من الميراث بالبينونة فإنّما أخرجتها منه بفعله، إذ كانت البينونة نفسها هي الـمُسقطة له لو سَقط. وأمّا تزويج امرأة أخرى أو إقرار بولدٍ فليس هو نفس ما يسقط حقّها، وإنّما يثبت النسب منه [98ب] أو النكاح، ثم يتعلّق به حكم الميراث، فلمّا كان ذلك أنّما يتعلّق به من جهة الحكم لا بنفس فعله جاز أن يثبت ذلك، ولا يدلّ ذلك على أنّ له قطعة بإيقاع البينونة، إذ كانت البينونة نفسها هي التي تخرج من الميراث. ألا ترى أنّ الزوجية قد ثبتت بينه وبين الثانية، ولا ترثه، فكذلك قد ثبت نسب الولد المدّعى، ولا يرثه، فعلمت أنّ ما يسقط من حقّها بذلك إنّما يتعلّق به من طريق الحكم، وليس كذلك البينونة، لأنّها عند مخالفنا لا يوجد إلّا موجبه لحرمان الميراث، فصارت هي نفسها الموجبة لذلك لواجَبْنا بها حرمان الميراث، وذلك فعْله، فلا يجوز له ذلك، وليس ما يتعلّق بالنسب من الحكم مثل ما يوجبه هو ابتداء. ألا ترى أنّه لو ادّعى أخت امرأة ابنه وهما توأمان، وصدقه ثبت النسب وفسد النكاح بين الابن وبين امرأته، لأنّ ذلك إنّما تعلّق بصحّة دعوته من طريق الحكم. فكذلك تزويج المرأة الأخرى والإقرار بالولد.

[1123] تسقط.

[1124] اجرني

فإن قال قائل: فلو كان له أخ فأقرّ في مرضه بابن وصدقه أو كان صبيّ صغير في يده، فادّعاه ثبت نسبه واستحقّ ميراثه دون الأخ، فقد جاز أن يخرج أخاه من ميراثه بعد ثبوت حقّه فيه بقوله ودعوته.

قيل له: لأنّه لما ثبت نسب الابن أوجب ذلك من طريق الحكم قطْع ميراث الأخ على حسب ما ذكرنا من دعواه أحد التوأمين في إفساد النكاح بين ابنه وبين امرأته.

وفصل آخر، وهو: أنّ الأخ لم يخرج من أن يكون من أهل الميراث بثبوت نسب الابن، وإنّما جاء من هو أولى منه، وليس كذلك [99أ] طلاق المرأة، لأنّك تخرجها من غير أن يقوم من هو أولى منها مقامًا.

فإن قال: فلو جاءت امرأته بولدٍ فنفاه في المرض، ولاعن القاضي بينهما، وألحقه بالأمّ حرمته الميراث بنفيه مع ثبوت حقّه بالمرض فيه.

قيل له: الجواب عن هذا من وجهين، أحدهما: أنّا لا نقول: إنّ النسب قد كان ثبت فانتفى باللعان، لأنّ النسب الثابت لا ينبغي أبدًا، لأنّه لا يلحقه الفسخ، بل كان أمر الولد بعد الولادة مراعًا، فلمّا نفاه القاضي منه باللعان علمنا أنّه لم يكن قطّ ثابت النسب منه، ولا يثبت له حقّ في ماله.

والوجه الآخر[1125]: أنّ إلحاق النسبة بالأمّ يقطع حقّه من ماله كما يقطعه انقضاء عدّة المرأة وموتها. ألا ترى أنّه لا يجب على الزوج نفقته بعد إلحاق نسبه بأمّه، فأشبه ذلك انقطاع حقّ المرأة من ماله.

فإن قيل: قال الله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ [مَا] تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾[1126]، وقال: ﴿وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ﴾[1127]، فإنّما أوجب الميراث للزوجة وهذه ليست بزوجة.

قيل له: لا يمتنع أن يريد الزوجة ومن في حكمها، كما قال: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا﴾[1128]، والمراد أو ما قام مقامه في رفع الزوجيّة، والشافعي يلاعنبين الزوج والمبتوتة إذا جاءت بولدٍ فنفاه، وقد قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾[1129] وليست هذه بزوجة.

[1125] الاخرى.
[1126] النساء، 12/4.
[1127] النساء، 12/4.
[1128] البقرة، 230/2.
[1129] النور، 6/24.

ووجه آخر، وهو: أنّ الحقّ ثبت وهي زوجة، وإنّما اختلفتا في قطع ما ثبت. وشيء آخر، وهو: أنّ السكنى والنفقة من حقوق الزوجية، فكما أنّ البينونة لم يدفعهما كذلك لا يقطع الميراث. [99ظ] آخر النكاح، يتلوه الدعوى، والحمد لله وحده، وصلواته على خير خلقه ومُظهر حقّه محمد النبي الأميّ وعلى آله الطاهرين وأصحابه المنتجبين.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الدعوى

باب من الدعوى والبيّنات

قال محمد بن الحسن رحمه الله: وإذا كانت للرجل جاريةً فحملت في ملكه، فباعها وهي حامل، فوضعت عند المشتري، فادّعى أبُ البائع ولدها وكذّبه المشتري وصدّقه البائع في ذلك، فالدعوة باطل.

قال أبو بكر: الدعوة على ثلاثة أوجه:

- دعوة استيلاد، وهي أن يكون ابتداء العلوق في ملك المدّعي للولد، وهي كأنّها حقّ فيما يبطل بها من حقّ الغير إذا صحّت،
- ودعوة الملك، وهي إذا كان الحبل في ملك غيره والولادة في ملكه ، وذلك عندهم كعتاق مَوقع في الحال،
- ودعوة أخرى، وهي دعوة تثبت للأب في ملك الابن أنّما يوجب نقل الجارية إليه إذا كانت في ملك الابن، فثبت الاستيلاد حينئذ بالنقل.

فإن قال قائل: إذا أثبت النسب، وهي في ملك الابن فواجب أن يكون الاستيلاد واقعًا في ملكه.

قيل له: لا يجب ذلك من قِبل أنّ الاستيلاد لا يثبت إلّا في ملك صحيح [100أ] يقع ابتداء العَلوق فيه. ألا ترى أنّ صحّة دعوة أحد الشريكين لا توجب[1130] ثبوت الاستيلاد في مِلك الشريك. فكذلك لا يجب إثبات استيلاد الأب في ملك الابن من حيث أثبتنا النسب، وإنّما يثبت الاستيلاد للأب مع زوال ملك الابن كما يثبت ملك المشتري مع زوال ملك البائع، فلمّا لم يجز أن يقال: ثبت ملك المشتري وهي في ملك البائع، وإن كان زوال ملك البائع هو الذي ثبت به الملك للمشتري. كذلك لا يقال: إنّ الاستيلاد يثبت في ملك الابن.

فإن قال قائل: لا يصحّ ثبوت الاستيلاد مع النقل، لأنّ الاستيلاد هو حقّ العتاق، وحقّ العتق لا يثبت معه النقل كما أنّ العتق لا يثبت معه النقل.

[1130] لا يوجب.

قيل له: ثبوت حقّ العتق من جهة المنقول إليه لا يمتنع وجوده مع النقل، وإنّما يمتنع ذلك إذا كان حقّ العتق ثابتًا في تلك الحال لمن انتقل من جهته لا لمن ينتقل إليه. ألا ترى أنّ أحد الشريكين إذا ادّعى الولد ثبت له الاستيلاد في نصيب الآخر مع النقل، وثبوت ذلك لا يمنع انتقاله إليه، وإذا صحّ ما وصفنا من انتفاء ثبوت الاستيلاد للأب في ملك الابن لم يجز لنا إبطال ملك المشتري، وردّها إلى ملك الابن من غير استيلاد ثابت فيه مع الردّ. ألا ترى أنّا نحتاج أن نردّها إلى ملك الابن غير أمّ ولد، ثم ينقلها إلى الأب، فيثبت حينئذ الاستيلاد في الثاني، ومتى لم يقع فسْخ ملك المشتري لاستيلاد حاصل في حال الفسخ لم يجب فسخه، ولا تشبه دعوة الأب دعوة البائع [100ب] نفسه من قِبل أنّ دعوة البائع دعوة استيلاد، ومتى ردَدْناها إليه رددناها أم ولد فيكون الاستيلاد ثابتًا فيها مع الفسخ بحقّ متقدّم للبيع، فلذلك فسخناه.

فإن قال قائل: أفليس لو تناسخها جماعة بالشراء، ثم ادّعى البائع الولد ثبت النسب منه، وإن كان فسخ البيع الأخير لا يوجب ردّها إلى ملك البائع الأوّل، ولم يمنع ذلك في فسخ البيوع كلّها، فهلّا فسختم ملك المشتري بدعوة أي البائع، وإن وجب ردّها إلى ملك البائع غير أمّ ولدٍ.

قيل له: لا فرق بين أن يشتريها واحد أو عشرة في وجوب فسخ البياعات كلّها، ورددها إلى ملك البائع الأوّل إذا ادّعى، لأنّ الاستيلاد يثبت في ملك [illegible] الواقعة بعده في حالةٍ واحدةٍ لا على معنى رجوعها إلى ملك كلّ واحد من الباعة ، فلم يختلف من أجل ذلك حال البائع الواحد والجماعة، وليس كذلك رجوعُه إلى الأب، لأنّه لا بدّ من ردّها إلى ملك الابن غير أم ولد، ثم إثبات الاستيلاد فيها من جهة الأب عند النقل.

وجه آخر[1131]، وهو: أنّ دعوة الأب أضعف من دعوة الملك، لأنّه لا مِلك له، وإنّما له شبهة، ومعلوم أنّ من اشترى جاريةً حاملًا فادّعى الولد تثبت دعوته لأجل الملك، فلو باعها بعد ذلك فولدت، ثم ادّعى لم تثبت دعوته لزوال الملك الذي تعلّقت الدعوة به. فكذلك الأب الذي ليس له ملك، وإنّما شبهة في ملك الابن، فمتى زال ملك الابن فقد زالت الشبهة، فهو أولى [101أ] بألّا يصدق من البائع نفسه إذا كانت دعوته دعوة ملك.

ووجه آخر، وهو: أنّ الأب إنّما تتعلّق[1132] صحّة دعوته بثبوت الولاية التي يستحقّها على الولد في حال الصغر والجنون، فإذا باع الجارية زالت الولاية لزوال ملك الابن، لأنّ ولايته إنّما تتعلّق صحّتها ببقاء ملك الابن، وإذا زالت الولاية لم تثبت الدعوة.

فصل

[1131] أخرى.
[1132] انّما يتعلّق.

قال محمد: ولو صدق المشتري وكذّبه البائع كانت الجارية أمّ ولد لأبى[1133] البائع، وابنها ابن لأبي البائع حرّ لا سبيل عليه، ولا بيرأ المشتري من الثمن، ولا شيء له على أبي[1134] البائع من قيمة الجارية ولا من قيمة ولدها.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ المشتري قد اعترف فيها بصحّة استيلاد من أبي[1135] البائع وبحرّية ولدها وثبوت نسب ولدها منه، فصدق على نفسه، وبعد إقراره إذ كانا في ملكه كما لو اشترى جاريةً وولدها، ثم قال: "هذه الجارية أمّ ولد لهذا الرجل الأجنبيّ، والولد ولده" كان كما قال في حقّه، ولم يصدّق على البائع في الرجوع بالثمن، لأنّ من حُكم إقرار الإنسان أن يجوز منه ما كان على نفسه ولا يجوز ما كان منه على غيره.

مسألة

قال محمد: وإذا كانت الجارية لرجل فولدت في ملكه ولدين في بطن واحدٍ، فباع أحد الولدين، ثم إنّ أبى البائع ادّعى الولدين جميعًا، وكذّبه المشتري والبائع، فإنّ الجارية أمّ ولد للمدّعي، ويغرم لابنه قيمتها، ولا عفو عليه في وطئه إيّاها، ويكون الابن الذي في يديّ البائع ابنًا للأب حرًّا بغير قيمة، ويكون الابن الذي اشتراه المشتري ابن الذي ادّعى الولدين، [101ب] ولا ينتقض البيع فيه، فيكون عبدًا للمشتري على حاله.

قال أبو بكر: لما كانت الأمة وأحد الوالدين في ملك الابن تثبت دعوة الأب كما لو لم تكن عدّة، وبيع أحدهما لا يمنع صحّة دعوته في الباقي في ملكه مع الأمّ، فلمّا صحّت الدعوة انتقلت الأمّ إليه وثبت نسبهما، وعتق الولد الذي في ملك الابن، ولم ينتقض البيع في الولد المبيع لما وصفنا في أن بعض البيع يوجب ردّه إلى ملك الأب غير حرّ، ثم نقله إليه، ولا يجوز فسخ البيع لأجل حرّية غير محكوم بها في تلك الحال. وعلى الوجه الآخر[1136] الذي قلنا: إنّ دعوة الملك أكدّ من دعوة الأب، لأنّ دعوة الأب تتعلّق[1137] بشبهة الملك، ودعوة الملك تتعلّق بالملك نفسه، فكما لا يصدق في دعوة الملك على فسخ البيع في المبيع منهما. كذلك لا يصدّق الأب إذا الشبهة أضعف حالًا من الملك الصحيح. ولو أنّ رجلًا اشترى جارية وولدين لها توأمين فباع أحدهما، ثم ادّعى الولدين ثبت نسبهما، ولم ينتقض البيع في المبيع منهما، فكذلك في دعوة الولد. وجهة أخرى: تبين وجه شبهة دعوة[1138] الأب بدعوة الملك، وهي أنّه لا يصير الولد حُرًّا بنفس الوطء، والدعوة إلّا بمعنى حادث بعدهما، وهو نقل الجارية إليه، فإذا لم تحصل[1139] له الحرّية إلّا بمعنى حادث غير الإعلاق صارت كالحرّية الموقعة.

1133 لاتى ال
1134 إتى ال
1135 اى ال
1136 الأخرى.
1137 يتعلّق.
1138 + دعوة، صح هامش.
1139 فاذا لم تحصل.

فإن قال قائل: وكيف يجوز أن يكون حمل واحد بعضه حرًّا وبعضه رقيقًا، ولما استحال ثبوت نسب بعض الحمل [102أ] دون بعض. كذلك تستحيل حرّية بعضه دون بعض، فمن حيث صار أحد الولدين شاهدًا على الحرّ في النسب وجب أن يصير شاهدًا عليه في الحرّية. وقد قالوا في أحد التوأمين: إذا أعتقه المشتري، ثم ادّعى البائع الباقي، وكان أصل العلوق في ملكه أنّه يصير شاهدًا على المعتق في فسخ عتقه وردّه إليه، فهلّا قلت مثله في دعوة الأب.

قيل له[1140]: لما ثبت بما وصفنا أنّ دعوة الأب في ملك الابن ليست دعوة استيلاد، وأنّها أضعف حالًا من دعوة الملك، وبمنزلة عتاق موقع، وإن لم يثبت به الولاء لم يمتنع ثبوت العتاق في أحدهما دون الآخر كما لو ابتدى إيقاع العتق في أحدهما دون الآخر صحّ، وليس كذلك النسب، إذ ليس في الأصول ثبوت نسب بعض الحمل دون بعض، وقد وجدنا في الأصول حرّية بعض الحمل دون بعض. ألا ترى أنّ المولى لو قال لأمته: "إذا حبلت بولدين فأحدهما حرّ" صحّ ذلك، وعتق أحدهما دون الآخر. وكذلك لو قال: "فالذكر منهما حرّ" كان كما قال. وأمّا البائع نفسه إذا ادّعى الولدين بعد عتق المشتري أحدهما، فإنّما فسخنا عتق المشتري من جهة أنّ دعوته كانت دعوة الاستيلاد لكون العلوق في ملكه، ودعوة الاستيلاد كأنّها حقّ فيما يبطل بها من حقّ الغير لما سنبيّنه فيما يأتي إن شاء الله. فلمّا كان كذلك ثبت نسب الولدين جميعًا، وفسخ عتق المشتري فيمن أعتقه منهما.

فإن قال قائل: إنّ دعوة الأب أيضًا في ملك الابن دعوة استيلاد بدلالة أنّه لا يثبت به ولاء [102ب] إذا استولد جارية ابنه، وكان حرّ الأصل.

قيل له: كونه حرّ الأصل لا يوجب أن تكون دعوته دعوة استيلاد، لأنّ ولد المغرور حرّ الأصل، ومع ذلك ليست دعوته دعوة استيلاد، وكيف تكون دعوة استيلاد مع كون الأمّ في ملك الغير، وعدم صحّة الاستيلاد فيها، وكيف يجوز أن تـجعل دعوة الأب دعوة الاستيلاد، ولا ملك له في الجارية.

ووجه آخر في امتناع نفاذ العتق في الولد المبيع: وهو ما قدّمنا بدءًا من أنّا نحتاج أن نردّه لو رددناه إلى ملك الابن، ولو رددناه إليه لعتق على ملكه بالقرابة قبل أن يعود إلى الأب، ولا يجوز نقض شراء المشتري بحرّية تحصل فيه بعض النقض من جهة الإيقاع، لأنّه لو جاز هذا لجاز أن يصدّق البائع أيضًا على دعوة ملك بعد البيع، وليس كذلك إذا ادّعاه البائع نفسه دعوة أي البائع استيلاد، لأنّا لا نردّه إليه عبدًا، فيعتق عليه، وإنّما نردّه حرًّا بحرّية الأصل المتعلّقة بصحّة الاستيلاد.

مسألة

[1140] + قيل له.

قال محمد: ولو كان البائع باع الجارية وأحد الولدين قبل دعوة أي البائع، ثم إنّه ادّعى الولدين جميعًا، وكذّبه المشتري والبائع، فإنّ الأب لا يصدق على بعض البيع في الجارية، ولكن يكون الولدان ولديه، ويأخذ الذي بقي في يد البائع بقيمته، فيكون حرًّا لا سبيل عليه، ويكون الذي بقي في يد المشتري عبدًا له على حاله لا ينقض البيع فيه، وهذا قول أبي يوسف، وفي قول محمد: الدعوة باطلة في هذه[1141] الوجوه، لأنّه لم يأخذ الأمّ بالقيمة، فإذا لم يأخذ الأمّ بالقيمة فبطلت دعوته.

قال أبو بكر: [103أ] كان أبو الحسن رحمه الله يحكي عن محمد بن سماعة: أنّ الذي يحصل من مذهب أبي يوسف أخبر أنّ الأب إذا ادّعى ولد جارية ابنه، وهي في ملك الابن أنّه يأخذ الولد بالقيمة، ولا يثبت له الاستيلاد في الأمّ وإن أمكن النقل، وشبهه بالمولى إذا ادّعى ولد جارية مكاتبة، وصدّقه المكاتب أنّه يثبت النسب من الولد لا يثبت الاستيلاد مع الأمّ، ويأخذ الولد بالقيمة. قال: ومعلوم أنّ شبهة المولى في مال مكاتبه أكدّ من شُبهة الأب في مال ابنه بدلالة جواز تزويجه جارية ابنه، وامتناع ذلك في جارية مكاتبه، ثم لما اتّفقوا على أنّ صحّة دعوته الولد جارية مكاتبه لا توجب استيلادًا في الأمّ، وأوجبت أخذ الولد بالقيمة، كذلك ينبغي أن يكون حاله في دعوته ولد جارية الابن. وكان أبو الحسن يذهب إلى أنّ هذه المسألة في قول أبي يوسف مبيّنة على هذا القول الذي رواه عنه ابن سماعة، فلذلك قال: يأخذ الولد بالقيمة، لأنّه لو كانت الأمّ باقية في ملكه كان بأخذ الولد بالقيمة دون الأمّ.

قال أبو بكر: ولا يجوز أن يكون جواب الكتاب في قول أبي يوسف مبيّنًا على الأصل بأخذ الجارية من يده، وتكون أم ولد له، ولو كان ذلك مبيّنًا على ما حكى ابن سماعة: لما أخذ الأمّ بحال، لأنّها لو كانت باقية في يد البائع لم يأخذها.

قال أبو بكر: ولكن وجه المسألة عندي على قوله ما بدأنا بذكره من أنّ دعوة الأب في الكتاب الابن، وليس بشيء ليست دعوة استيلاد، وأنّها في حكم دعوة الملك من الوجوه التي بيّنا. فلو أنّ رجلًا اشترى جاريةً [103ب] وولديها، ثم باعها، وأخذ ولديها، ثم ادّعى الذي عنده ثبت نسبه منه، ولم ينتقض البيع في الأمّ والولد المبيع، فكذلك الأب إذا ادّعى ولدها بعد بيعها.

وأمّا من أصل محمد: فإنّ دعوة الأب إذا ثبتت تصير في معنى دعوة الاستيلاد بدلالة أنّ الأمّ تنتقل، ويكون الولد حرّ الأصل، فمتى لم تثبت دعوته على هذا الوجه لم يصدّق، وإذا لم يكن نقل الأمّ لم تكن دعوته في معنى دعوة الاستيلاد فلم يصدق، ولو صحّت دعوة الأب بغير استيلاد يجري في الأمّ لكان لا فرق بين الابن والأجنبيّ، فلمّا امتنعت في الأجنبيّ وصارت في الابن علم أنّ ذلك لجريان الاستيلاد في الأمّ فتنقل بالقيمة، فإذا امتنع بطلت الدعوة، لأنّها لا تصير[1142] أمّ ولد فتصير كجارية الأجنبيّ. وأيضًا فإنّه لما كان حقّ الأب ثابتًا في ملك الابن، وشبهته في الجارية تعيبها، ومن أجلها صدق في الدعوة وجب ألّا تثبت الدعوة إذا لم ينقلها ولم يثبت ذلك الحقّ فيها. ولأبي يوسف: أنّ صحّة ثبوت نسب الولد ليست موقوفة على صحّة الاستيلاد في الأمّ كما قالوا في جارية المكاتب إذا صدق المولى بالدعوة ثبت نسب

[1141] هذا.

[1142] يصير.

الولد من غير ثبوت الاستيلاد في الأمّ. ولمحمد: أنّ المولى لا يُصدّق على دعوة ولد جارية المكاتب إلّا بتصديق المكاتب، فأشبه من هذا الوجه الأجنبي[1143]، فإذا صحّ ثبوت النسب بعلوقي في ملكه نقلناه إليه بالقيمة. وأمّا الأب فإنّه مصدّق على الدعوة بغير تصديق الابن، فأشبه المستولد في ملكه في باب اعتبار الاستيلاد [104أ] في الأمّ في جواز الدعوة. ولأبي يوسف: أنّه قد ثبتت الدعوة ويثبت النسب، ويكون الولد حرّ الأصل من غير استيلاد يثبت في الأمّ، وهو ولد المغرور، قال: فلا يجوز أن أعتبر صحّة ثبوت النسب بثبوت الاستيلاد.

فصل

قال محمد: ولو كان المشتري صدق والد البائع بما ادّعى، وكذبه البائع كانت الجارية أمّ ولد لأبي البائع، ويكون الولد في يديّ المشتري حرًّا بغير قيمة في قول أبي يوسف، والابن الذي في يديّ البائع حرًّا بالقيمة، وثبت نسب الولدين جميعًا.

قال أبو بكر: قد حكى محمد من قول أبي يوسف خلاف ما حكاه ابن سماعة في أخذ الأمّ، فثبت أنّ جواب أبي يوسف في المسألة غير مبنيّ على رواية ابن سماعة، وإنّما صارت أمّ ولد لأبي البائع لاعتراف الأجنبيّ، فيأخذها، وكذلك الولد يعتق عليه بإقراره بذلك ولا ينفسخ البيع، فهما لأنّا إنّما أمضينا إقرار المشتري على نفسه فيما اعترف به في ملكه، ولم يمضه على غيره. وأمّا الولد الذي في يد البائع، فإنّه يأخذه بالقيمة على حسب ما كان يأخذه لو لم يصدّقه المشتري، وذلك لأنّه قد انتقل إليه بالقيمة بنفس الدعوة قبل تصديق المشتري، فلا يصدّق المشتري على إسقاطها عنه.

وأمّا في قول محمد: فالجارية أمّ ولد لأبي البائع على الوجه الذي ذكرنا أيضًا، ويكون ابنها الذي في يد المشتري ابنه حرًّا بغير قيمته، ويثبت نسب الولدين جميعًا. وأمّا الولد الذي في يد البائع فإنّه يعتق بغير قيمة يقرّ ابنه من البائع، وثبوت نسبه من أبيه كرجل لأبيه [104ب] الشريك بأنّها ابنته وأنّها حرّة، لأنّه أبطل إقراره بذلك، وحكم بها أمّ ولد للآخر، فكذلك حكمنا بصحّة البيع فيها يبقى وجوب ضمان قيمتها للابن، وعلى هذا المعنى شواهد كثيرة من مسائلهم بطول الكتاب نذكرها.

مسألة

الدليل على جواز دعوة الأب ولد جارية ابنه قوله صلى الله عليه وسلم: ((أنت ومالك لأبيك))[1144]، فلم يحل المراد بقوله: "مالك لأبيك" من أحد وجهين: إمّا إضافة ملك الابن إليه على الحقيقة أو إثبات شبهة الملك له في ماله، فلمّا أجرى الله تعالى في مال الابن سهام المواريث مع الأب انتفى بذلك أن تكون هذه الإضافة إضافة ملك، وصحّ أنّه أراد إثبات[1145]

1143 الاختيار

1144 سنن ابن ماجه، التجارات، 64؛ صحيح ابن حبان، 10/74-75؛ مسند أحمد، 2/204، 214 وغيرها.

1145 ثبات.

شبهة الملك له، وإذا صحّ أنّ شبهة الملك فيها بما وصفت أجريت[1146] هذه الشبهة مجرى الملك في باب ثبوت النسب كما أنّ شبهة النكاح يجري مجرى النكاح الصحيح في باب ثبوت النسب، فوجب من أجل ذلك تصديقه على الدعوة.

ووجه آخر، وهو: أنّه لو قتلها لم يقتل به، ولو وطئها مع علمه بتحريمها عليه لم يُحدّ، وله حقّ مال ابنه في أن يأخذ عند الحاجة بلا بدل، ويبيعه فيأخذ ثمنه، وينفقه[1147] على[1148] نفسه، فلمّا ثبت له هذا الضرب من الحقوق أشبه من هذا الوجه الشريك في باب أنّه لا يحد إذا وطئ، ولا يقتل[1149] بها إذا قتل، فوجب أن يصدّق على الدعوة لأجل هذه الشبهة، لأنّها شبه ملك، فهي كالملك من الوجوه التي ذكرنا، كذلك ينبغي أن يكون في حكم الملك [105أ] في باب صحّة الدعوة.

فإن قال قائل: فهذه المعاني موجودة للمولى في ملك المكاتب، ولم يوجب ذلك تصديقه على دعوة ولد جاريته إلّا بتصديق المكاتب إيّاه، فكذلك لا يوجب تصديق الأب في الدعوة.

قيل له: لا يلزم ذلك إمّا على المعنى الأوّل: فلأنّه لم يوجد من النبي صلى الله عليه وسلم لفظ في ملك المكاتب يوجب للمولى إثبات الحقّ فيه، ولا إيجاب شبهة الملك.

وأمّا على الوجه الثاني: فلا يلزم أيضًا، لأنّا اعتللنا بالمعاني التي وصفنا مع جواز أخذ ماله عند الحاجة وبيعه بغير أمره، وذلك غير موجود في ملك المكاتب ألّا يأخذه ممّا في يده شيئًا بغير رضاه، فلو صدقناه على الدعوة كنّا قد جعلنا له فسخ ما عقده على نفسه لمكاتبه، وكلّ من عقد على نفسه عقدًا لغيره لزمه الوفاء به، فليس له سبيل إلى فسخه. وأمّا الأب فلم يعقد على نفسه في نفي تصديقه على ما في بدايته، فلذلك اختلفا.

فإن قال قائل: حقّ المولى في مال مكاتبه أثبت من حقّ الأب في مال الابن بدلالة أنه لا يجوز له أن يتزوّج جارية مكاتبه، ويجوز له نكاح جارية أبيه.

قيل له: لم يختلفا من هذا الوجه لتأكّد حقّ المولى على حقّ الأب، وإنّما اختلفا من جهة أنّ شبهة في ملك المكاتب لأجل ملك نفسه، فلذلك منع نكاحها، ولا شبهة له في نفس ملك المكاتب. ألا ترى أنّه لو أعتق فزال ملكه عن رقبة المكاتب زالت الشبهة التي بها تعلّق جواز الدعوة وثبوت النسب. وأمّا شبهة الأب فإنّها في نفس ملك الابن. [105ب] عبد وأخوه توأم له في يد آخر، فادّعى الأب الابن الذي في يد الأجنبيّ، وصدّقه، فيثبت نسب الولدين جميعًا، ويعتق الولد الذي في يد الابن بالقرابة، وكما يفسد النكاح بين الابن وامرأته إذا ادّعى الأب نسب أختها، وهي توأم لها، فصدّقته.

[1146] اجرت.
[1147] [illegible]
[1148] + على.
[1149] ولا يقبل.

قال أبو الحسن رحمه الله: والولد الذي يأخذه الأب من المشتري حرّ الأصل لاعتراف المشتري، والأب بذلك وتصديقنا إيّاهما على ذلك، ولا يكون الولد الذي في يديّ البائع حرّ الأصل، لأنّهما لا يصدّقان على البائع، ولم يذكر محمد هذا المعنى في الكتاب.

قال محمد: ولو كان البائع صدّق والده فيما ادّعى وكذّبه المشتري كان الولدان ابني والد البائع، وكان الابن الذي في يديّ البائع حرًّا بغير قيمة، ولا يصدّقان على فسخ البيع في الجارية وولدها.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ البائع لما كان مالكًا للولد الذي في يديه، واعترف فيه بالحرّية والنسب صدق على ذلك وصار حرًّا وثبت نسبه من الأب، وثبت نسب الولد الذي في يديّ المشتري، لأنّ الذي في يد البائع صار شاهدًا عليه لاستحالة ثبوت النسب بعض الحمل دون بعض، ولا يعتق الذي في يديّ المشتري، لأنّ أحد الولدين لا يصير شاهدًا على صاحبه في العتق في دعوة الأب لما بيّنا فيما سلف.

قال أبو بكر: وذكر عن أبي خازم أنّه كان يطعن في هذه المسألة، ويقول: ينبغي أن يضمن الأب قيمة الجارية للابن، لأنّه قد اعترف أنّها صارت أم ولده، وأنّ له عليه قيمتها، ثم إنّ الابن قد اعترف أنّه استهلك أمّ ولد ابنه بالبيع، فينبغي أن يضمن [106ا] في قول أبي يوسف ومحمد قيمتها أمّ ولدٍ له، ولا يضمن في قول أبي حنيفة، لأنّ أمّ الولد لا تضمن[1150] بالاستهلاك على هذا الوجه.

قال أبو بكر: يبعد عندي أن يكون أبو خازم رحمه الله في فقهه يطعن في المسألة بمثل هذا الظهور فساده على أصولهم، وذلك أنّ الذي لا يشكل على ذي فهم من قولهم أنّ رجلًا لو اشترى جاريةً من رجل، فجاءت بولد لأقلّ من ستة أشهر، وقد كان أصل الحبل عند البائع، فأعتق المشتري الأمّ، ثم ادّعى البائع الولد، وصدّقه المشتري أنّا لا نفسخ عنّا والمشتري فيها، ولا يحكم فيها بالاستيلاد، ولا يفسخ البيع فيها، ويرجع المشتري بحصّة الولد من الثمن خاصة دون حصة الأمّ، ولو كانت الغيرة التي ذكرها الطاعن صحيحةً لوجب أن يرجع المشتري بجميع الثمن لاتّفاقهما على أنّها كانت أمّ ولده، ثم يقوم المشتري قيمتها أمّ ولد على قول أبي يوسف ومحمد، ولا يغرمها عند أبي حنيفة، وبطلان ذلك غير خافٍ على من يعرف أصولهم. وأيضًا فأنّا قد حكمنا في مسألتنا ببطلان قول الأب، وصحّحنا البيع فيها، وأخرجناها من أن تكون [أمّ] ولد، وصحّحنا للابن ثمنها، فكيف نجوز أن يضمن له قيمتها وقد أخذ ثمنها، فيحصل له الثمن من جهة المشتري والأمة[1151] من جهة الأب، فهذا فاسد.

[1150] لا يضمن.

[1151] والصبه

وقد قال محمد في رجلين اشتريا جارية، فجاءت بولدٍ لستة أشهر، ثم ادّعى أحدهما الولد، والآخر الأمّ: أنّ الدعوة دعوة صاحب الولد، ويضمن نصف قيمة الجارية ونصف عقرها، فلم يبرئه من ضمان نصف قيمتها لشريكه مع اعتراف [106ب] النسب ووجوب المهر والعدّة لم يلزمنا أن نجعلها كالنكاح بعينه في جميع أحكامه.

ووجه آخر في جواز الاستيلاد وصحّة النقل إذا وقع الوطء على غير وجه عقد النكاح، وهو: أنّ الأب لما استحقّ ولاية النقل في حال الصغر لم تزل[1152] تلك الولاية بالبلوغ، لأنّها متعلّقة بالاستيلاد والنسب، وذلك ممّا لا ينفسخ، فكذلك الولاية التي استحقّها بلك وجب ألّا يلحقها الفسخ فوجب ألّا يلحقها، إذ كان له نقلها إلى نفسه بالبيع بمثل القيمة في حال الصغر أن ينقلها بالوطء الذي يتعلّق به ضمان القيمة، ويوجب ثبوت النسب، وإذا صحّ له نقلها إليه بالاستيلاد في حال الصغر وجب أن ينقلها في حال الكبر بمثل ذلك الوطء، لأنّ ذلك معنى استحقّه بالولاية ولا يلحقها الفسخ.

ومعنى آخر، وهو: أنّه إذا صحّ له ذلك في حال الصغر وجب أن تكون ولايته باقية من هذا الوجه بعد البلوغ، لأنّ كلّ من أوجب جواز النقل بالاستيلاد في حال الصغر أوجبه بعد البلوغ.

فإن قال قائل: فما الفرق بينه وبين دعوة ولد أمّه المكاتب إذا صدّقه المكاتب؟ فقلت: أنّه لا ينقلها، ويغرم قيمة الولد.

قيل له: الفصل بينهما من وجهين، أحدهما: أنّا لو نقلناها إليه دخلت قيمة الولد في قيمة الأمّ، ومعلوم أنّ الدعوة إنّما صحّت بتصديق المكاتب، فيصير ناقلًا للولد إليه بغير بدلٍ، ولا يجوز للمكاتب أن ينقل ملكه إلى المولى ولا إلى غيره بغير بدلٍ.

والوجه الآخر: أنّ الاستيلاد [107أ] تتعلّق[1153] به حرّية، ولا يجوز للمكاتب نقل الملك إلى الحرّية ببدلٍ. ألا ترى أنّه لا يعتق على مال.

فإن قال قائل: لو أعتق شريك المكاتب عبدًا بينهما كان للمكاتب تضمينه ونقل نصيبه إلى الحرّية ببدلٍ، لأنّه متى ضمّنه انتقل ملكه إليه، وخرج إلى الحرّية لا محالة.

قيل له: لأنّ نصيب المكاتب قد صار بحالٍ لا يمكن أن يخرج من ملكه إلّا إلى الحرّية، وحصل ذلك فيه بغير فعله، وفي مسألتنا لم يلزمه الإخراج إلى الحرّية بدعوة المولى، بل كانت صحّتها موقوفة على تصديقه، فصار هو بتصديقه مخرجًا لها إلى الحرّية.

فإن قال قائل: فقد خرج الولد إلى الحرّية بتصديقه، فهلّا أخرت خروج الأمّ إليه على هذا الوجه.

[1152] لم يزل.
[1153] يتعلق.

قيل له: إنّ الولد يكون حرّ الأصل إذا صدّقه، ولا يصير فيه بمنزلة من أخرج ملكه إلى الحرّية. وأمّا أمّ الولد فنقلنا إليه يوجب نقل الملك إلى الحرّية، لأنّها لا تخرج بذلك من أن تكون أمة له قد أخرجها إلى الحرّية.

فإن قال: فالمكاتب إذا ادّعى ولد جاريته صارت أمّ ولد له، فقد أخرجها إلى الحرّية بقوله.

قيل له: قولك أنّه أخرجها إلى الحرّية بدعوته غلط من قِبل أنّها لا يثبت لها حقّ العتاق إلّا بعد عتق المكاتب. فأمّا قبل ذلك فليس لها حقّ الحرّية وإن لم يجز له بيعها.

فإن قال: يجوز للمكاتب أن يكاتب عبده، فيعتق بالأداء، وفي ذلك إخراج له إلى العتق له لم يخرج إلى الحرّية بعقد الكتابة. ألا ترى أنّه قد يعجز، فيصير رقيقًا كما كان في مسألتنا تصديقه مخرج لها إلى الحرّية لا محالة، فهو نظير العتق على مال وأيضًا فإن ملك، [107ب] لأنّه لا يملك رقبة الابن كما يملك رقبة المكاتب، فعلمت أنّ شبهته تعلّقت بنفس الجارية، فلذلك كان أولى بالتصديق على الدعوة من المولى في ملك المكاتب.

دليل آخر في جواز تصديق الأب على الدعوة دون المولى، وهو: أنّ الأب له ولاية التصرّف على ابنه في حال صغره، وبتلك الولاية صحّت دعوته، لأنّها لا تنفسخ بالبلوغ إذا كان النسب لا يلحقه الفسخ. وكذلك الولاية التي تعلّقت باستلحاق نسب ولد جاريته لا يلحقها الفسخ ببلوغه، فصارت[1154] دعوته بعد بلوغه كهي قبل بلوغه، وقبل البلوغ مصدّق فيها للولاية، وهي باقية من هذا الوجه، فلذلك لم يرجع فيه إلى تصديق الأب. وأمّا المولى، فلم تثبت له قطّ ولاية في ملك المكاتب، ولا يصدّق فيما في يده، فلذلك لم يصدّق على دعوة ولد جاريته إلّا بأن يُصدّقه.

فإن قال قائل: فقد كان المولى قبل الكتابة أولى بالعبد وما في يده من العبد نفسه، وعلى قضيتك ينبغي أن تكون[1155] تلك الولاية قائمة بعد الكتابة في باب استلحاق نسب ولد جاريته، إذ كانت هذه الولاية ممّا لا يلحقه الفسخ.

قيل له: لم يكن للعبد قبل الكتابة ملك، فيستحقّ المولى الولاية عليه فيه حسب اعتبارنا، ولأنّه الأب في ملك ابنه، وإنّما ثبت للعبد الملك دون المولى بالكتابة، ولم يثبت للمولى قطّ تصرّف ولا وِلاية في هذا الملك، فلم يصدّق، وملك الصبيّ بعد البلوغ هو الملك الذي كان له قبل البلوغ، وقد كان ثبت للأب التصرّف فيه، [108أ] فلم يزل ذلك التصرّف بالبلوغ لما وصفنا، فلذلك صدّق على الدعوة، وانفصل حكمه عن حكم ملك المكاتب لما بيّنا، واالله أعلم.

قال أبو بكر: وأمّا وجه ثبوت الاستيلاد في الأمّ بصحّة الدعوة في الولد، فهو أنّه لما كان له شبهة الملك في مال ابنه على الوجه الذي بيّنا من إضافة النبي صلى الله عليه وسلم ملكه إليه على الإطلاق، وكانت شبهة الملك كهو نفسه فيما يتعلّق به من حكم النسب صار كالشريك إذا ادّعى ولد جارية بينهما في باب ثبوت الاستيلاد فيها، ونقلها إليه.

[1154] فصار.
[1155] ان يكون.

فإن قال قائل: لو كان كالشريك لم يختلف حكمه في ثبوت نسب ولدها منه من جهة النكاح أو الوطء على غير وجه العقد، فلمّا لم يثبت فيها الاستيلاد إذا وطئها على وجه النكاح. كذلك إذا وطئ على غير وجه العقد، وكما أنّ الشريك لا يختلف حكمه في أن يطأ ويستولد في ملك غيره، ثم ملك بضعها في باب ثبوت استيلاده منها، واختلف ذلك في الأب، فلم يثبت فيها استيلاد إذا لم يكن ابتداء العلوق في ملك الابن صحّ أنّها ليست بمنزلة الجارية بين الرجلين.

قيل له: اختلافهما من الوجوه التي ذكرت لا يمنع اتفاقهما من الوجه الذي ذكرنا، ولم نقل نحن أنّها في ملك الابن حتى يلزمنا عليه ما ذكرت. وإنّما قلنا: أنّ له شبهة ملك، وشبهة الملك حكمها حكم الملك من الوجه الذي ذكرنا، ولا يجب أن يكون حكمها حكم الملك من جميع الوجوه. ألا ترى أنّا إذا قلنا: إنّ شبهة النكاح تجري[1156] مجرى النكاح في باب ثبوت [108ظ] المكاتب فيه باقٍ بعد الكتابة كهو قبلها، فلذلك جازت كتابته.

فإن قال: ليس لو باع المكاتب عبده من أيّ العبد، وهو حرّ جاز ذلك، وفيه نقل الملك إلى الحرّية.

قيل له: قد يبيع من أبيه فيبقى على ملكه، ولا يعتق مثل أن يشترط لأيّ العبد الخيار، وفي مسألتنا يعتق لا محالة.

فإن قال قائل: فما الفرق بين أن يستولد جارية الابن على وجْه الغصب وبين أن يطأها على وجه النكاح بغير أمر الابن في إيجاب النقل في أحد الوجهين وامتناعه في الآخر؟

قيل له: لأنّه إذا وطئها على وجه الغصب فقد تعلّق بذلك ضمان القيمة، فقد قصدته إلى نقلها إلى نفسه، لأنّ حصول ضمان القيمة يوجب التمليك. ألا ترى أنّ الغاصب متى ضمن القيمة ملك، فلمّا وجد سبب النقل انتقلت بالولاية التي له في النقل على الوجه الذي ذكرنا. وأمّا الوطء على وجه النكاح، وإن كان فاسدًا لوقوعه بغير إذن الابن فليس هو سببًا للنقل في الأصول بوجه من الوجوه، فلذلك لم ينتقل الملك به.

فصل

قال أبو بكر: وقال أصحابنا: إذا ضمن قيمة الجارية بالاستيلاد لم يضمن عقرها، وذلك لأنّ الوطء الذي كان عنه إعلاق قد صار مبنيًّا لإيجاب ضمان النفس، فدخل أرش ما دونها فيه إذ كان ذلك كلّه من جنس واحد.

فإن قال قائل: فالوطء كان من قِبل الإعلاق، والاستيلاد إنّما حصل بعد الإعلاق، فلم يحصل ضمان النفس إلّا بعد وجوب العقد، فينبغي إذ كان هذا هكذا ألّا يدخل ضمان العقد في ضمان القيمة.

[1156] يجري.

قيل له: لو كان[1157] [109أ] هذا الاعتبار صحيحًا لوجب أن يكون من قطع يد رجل خطأً، فسرت[1158] إلى النفس ألّا يدخل ضمان اليد في ضمان النفس، لأنّه حصل بعده، فلمّا لم يجب ذلك في القطع إذا سرى إلى النفس سقط بذلك الاعتبار الذي ذكرت، ووجب أنّ الوطء لما كان سببًا للإعلاق الذي تعلّق به حكم الاستيلاد، ووجوب النقل أن يدخل حكمه في ضمان القيمة كما دخل حُكم القطع في ضمان النفس.

فإن قال قائل: فالشريك إذا استولد الجارية لزمه ضمان نصف العقر مع ضمان نصف القيمة، ولم يوجب ضمان نصف القيمة دخول ضمان العقر فيه وإن صار سببًا للنقل. فكذلك يجب أن يكون حكم استيلاد الأب لجارية الابن.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ نصيب شريكه لا ينتقل إليه بنفس الدعوة والاستيلاد، لأنّه لا ملك له فيه ولا شبهة ملك، وإنّما يثبت الاستيلاد بدءًا في نصيبه بالوطء، ويجب عليه نصف العقر، ثم يسرى ما يثبت من حقّ الاسيلاد في نصيبه في نصيب شريكه، فليس الموجب لنقل نصيب شريكه إليه الوطء الواقع فيه، بل الموجب له هو الاستيلاد الحاصل في نصيبه، ثم سرايته من[1159] نصيب شريكه، فلذلك لم يسقط عنه ما لزمه من نصف العقر بوطئه. وأمّا وطئه لجارية ابنه، فهو بعينه الموجب لنقلها إليه، وإذا صار الوطء سببًا لضمان الأصل سقط العقر على النحو الذي بيّنا في القطع إذا آل إلى النفس.

مسألة

قال محمد: وإذا كان للرجل جارية فحبلت في ملكه، [109ب] ولذلك الرجل والد، ولوالده ولد، فوضعت الجارية، فادّعاه الجدّ، فدعوته باطل.

قال أبو بكر: صحّة دعوة الولد لولد جارية الابن تتعلّق بصحّة ولايته عليه، والجدّ لا ولاية له على ابن ابنه في حال حياة ابنه. ألا ترى أنّ الابن لو كان صغيرًا أو مجنونًا كان الأب أولى بالولاية عليه، والتصرّف في حقوقه من الجدّ، وقد بيّنا أنّ تصديقه على الدعوة متعلّق بصحّة الولاية.

فإن قال قائل: فالأب لا ولاية له على ابنه الكبير.

قيل له: ولايته قائمة في صحّة الدعوة، واستيلاد جاريته كقيامها كانت في حال صغره، وإن زالت ولايته في البيع والتصرّف لما بيّنا فيما سلف أيضًا من أنّ هذه الولاية حُكمها بعد البلوغ كهي قبله. ولو كان الابن صغيرًا كان الأب هو المستحقّ للولاية عليه دون الجدّ، كذلك إذا كان كبيرًا، لأنّه لا اعتبار في صحّة الدعوة ببلوغ الابن، إذ لا يحتاج فيها إلى تصديقه.

[1157] + لو كان.
[1158] فسيرت.
[1159] في.

فصل

قال محمد: فإن كان الولد نصرانيًّا والجدّ والولد مسلمان، فادّعى الجدّ ولد جارية ابن الابن، فدعوته جائزة.

قال أبو بكر: وإنّما جازت دعوته لثبوت ولايته. ألا ترى أنّ ابن الابن لو كان صغيرًا لا يستحقّ الجدّ الولاية عليه دون الأب، فالأب في هذا الوجه بمنزلة الميّت.

قال أبو بكر: وكان أبو عمرو الطبري يقول: إنّ قياس قول أبي يوسف ومحمد في هذه المسألة ألّا تجوز دعوة الجدّ، لأنّه عندهما بمنزلة الأخ في باب الميراث.

قال أبو بكر: وهذا [110أ] ليس بسديد[1160] عندي، ولا خلاف بين أصحابنا في أنّ الجدّ بمنزلة الأب في الدعوة إذا كان الأب ميّتًا أو ممّن لا ولاية له على الابن، ولا يعتبرون في ذلك الميراث، وإنّما يعتبرون الولاية في التصرّف لو كان ابن الابن صغيرًا. ألا ترى أنّهما وإن جعلاه كالأخ في باب الميراث، وأنّهم لا يختلفون أنّه يفارق الأخ في باب الولاية في التصرّف، وإنّه يقوم مقام الأب في ذلك إذا كان الأب ميّتًا، فصحّ بذلك ما وصفنا. وقد روي عن محمد في النوادر: أنّ الجدّ إذا زوّج الصغيرة أنّه لا خيار لها إذا بلغت، فجعله كالأب.

قال محمد: وكذلك لو كان الوالد مكاتبًا أو عبدًا، والجدّ والابن حرّان مسلمان.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّ الجدّ يستحقّ الولاية عليه في هذه الحال لو كان صغيرًا دون الأب.

مسألة

قال محمد: فإن كان الوالد حرًّا مسلمًا فارتدّ عن الإسلام، فادّعى الجدّ ولد جارية ابن الابن، فدعوته موقوفة في قياس قول أبي حنيفة. فإن قيل: جازت دعوته، وإن أسلم بطلت دعوته، وفي قول أبي يوسف ومحمد دعوته باطلة.

قال أبو بكر: هذا صحيح على أصل أبي حنيفة من قِبل أنّه يجعل ولاية المرتدّ موقوفة، فإن أسلم جاز تصرّفه وصحّت ولايته، وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت ولايته وتصرّفه، فيجعل من أجل ذلك دعوة الجدّ موقوفة أيضًا. ألا ترى أنّ الابن لو كان صغيرًا فارتدّ الأب كان تصرّفه في مال ابنه موقوفًا على الوجه الذي ذكرنا، وهو أيضًا صحيح على أصل أبي يوسف ومحمد، لأنّهما يجعلان المرتدّ بمنزلة المسلم [110ب] في تصرّفه وولايته على ابنه. ووجه قولهما في ذلك: أنّه لا يثبت له حكم الدين الذي انتقل إليه، وهو غير مقرّ عليه، فكان حكمه في ذلك حكم المسلمين.

فإن قال قائل: لو كان حكم المرتدّ حكم المسلم في التصرّف لوجب أن يساوي المسلم في دعوته ولد جارية بينهما، فلمّا جعلوا المسلم أولى بالدعوة صحّ أنّ المرتدّ خارج عن أحكامنا ولاء، لأنّه دعوة للمرتدّ، بل لتأكّد حال المسلم في ذلك.

[1160] تسديد.

ألا ترى أنّ مسلمًا وذميًّا لو ادّعيا ولد جارية بينهما كان المسلم أولاهما بالدعوة، ولا يمنع ذلك ثبوت ولاية الذمّي على ولده، وكذلك لو كانت بين حرّ ومكاتب كان الحرّ أولى بالدعوة، لأنّ المكاتب خارج عن أحكام الإسلام. وكذلك لو ادّعاه ذمّي حرّ ومكاتب كان الذمّي أولى وإن لم يكن معه إسلام، فكلّ ما ذكرنا يبطل استدلال من استدلّ بجواز دعوة الشريك المسلم دون الشريك المرتدّ على أنّ المرتدّ خارج من حكم الإسلام، وإنّه لا ولاية له على ولده، فصحّ بذلك أنّ ارتداده لا يبطل دعوته على قول أبي يوسف ومحمد، ولا يوجب جواز دعوة الجدّ في حياته.

مسألة

قال محمد: ولو كان الوالد والجدّ والابن أحرار مسلمين، وللابن جارية، فحملت، والوالد حيّ، ثم مات الوالد، فوضعت بعد موته بيوم أو وضعت قبل موته، ثم مات، فادّعى[1161] الجدّ ولد الجارية، فدعوته باطل، ولا تجوز دعوة الجدّ حتى تجيء الجارية ولد الستة أشهر بعد موت الوالد.

قال أبو بكر: وذلك أنّ ثبات النسب يستند[1162] [111ا] إلى حال العلوق، فيحتاج أن يعتبرها في صحّة الدعوة، فإن كان له ولاية فيها تثبت وإن لم تكن له في تلك الحال، ولأنّه لم يوجب حدوث ولايته بعد العلوق تصديقه في دعوته.

قال أبو بكر: وقد استشهد محمد على ذلك بأنّ الابن لو اشترى الجارية فولدت عنده بشهر، ثم ادّعى الأب الولد أنّه لا يصدّق على الدعوة.

قال أبو بكر: وهذا استشهاد صحيح، وقد بيّن بهذا وجوب اعتبار الولاية في حال العلوق.

مسألة

قال محمد: ولو كان الوالد نصرانيًّا والجدّ والولد حرّين مسلمين، فحملت الجارية، فلم تضع حتى أسلم الوالد، فوضعت بعد إسلامه، فادّعاه الجدّ بعد إسلام الوالد، فدعوته باطل. وكذلك لو كان الوالد مكاتبًا فادّعى بعتق قبل دعوى الجدّ.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لا ولاية له في حال الدعوة، لأنّ الابن لو كان صغيرًا في هذه الحال لم يكن عليه الجدّ، فلم يصدّق على الدعوة من قِبل أنّ النسب لا يصحّ ثبوته في حال دون حال، وثبوت النسب في هذه المسألة متعلّق بالولاية، فلا يثبت أو تكون الولاية قائمة من وقت العلوق إلى وقت الدعوة، ومتى انقطعت فيما بينهما لم تثبت الدعوة لعدم الولاية فيما بين العلوق والدعوة، وبها تتعلّق[1163] صحّة الدعوة.

[1161] فالدعى.
[1162] يستبد.
[1163] يتعلّق.

فإن قال قائل: فإذا لم يصدّق الأب على الدعوة في هذه المسألة فهلّا صدقت الجدّ، لأنّ الأب قد صار في هذه الحال في حكم مَن لا ولاية له في باب بطلان دعوته.

قيل له: المعنى الذي أبطل دعوة الأب [111ب] فيها هو بعينه أوجب بطلان دعوة الجدّ، وذلك لأنّ الأب إنّما لم تثبت دعوته لأجل عدم ولايته في حال العلوق، وولاية الجدّ زائلة في حال الدعوة، فيجب ألّا تثبت[1164] لوجوب اعتبار بقاء الولاية من وقت العلوق إلى وقت الدعوة، ولو جازت دعوة الجدّ في هذه الحال لكان الأب أولى بالدعوة، فلمّا لم تجز دعوة الأب علمنا أنّه يجب اعتبار بها الولاية في الحمل كلّه. وممّا يدلّ وجوب اعتبار بقاء الولاية في الحمل كلّه، وإلى وقت الدعوة أنّا متى صدّقناه على العدّة لدعوة، فإنّما يثبت النسب منه عن الدعوة بالعلوق المتقدّم، فواجب أن تكون ولايته موجودة في جميع هذه المدّة كما يصير حافر البئر جانبًا عند الوقوع بالحفر المتقدّم، وكما يصير الجارح قاتلًا عند الموت بالجراحة المتقدّمة، وهذا كما قال أبو حنيفة رحمة الله عليه في الرجل يقول لعبده: "أنت حرّ قبل موت فلان بشهرٍ" أن ملكه ينبغي أن يكون موجودًا فيه في شرط وقوع العتاق في الشهر كلّه، لأنّه يعتق عند موت فلان قبل ذلك بشهر، فلو أنّه خرج من ملكه في بعض الشهر، ثم عاد إليه، ثم مات فلان لتمام الشهر لم يعتق.

فإن قال قائل: هلّا جعلت الجدّ في هذه الحال كالبائع إذا ادّعى ولد الجارية المبيعة، وقد جاءت به لأقلّ من ستة أشهر، في أنّه مصدّق على الدعوة، وإن لم يكن له فيها ملك في الحال فاعتبرت كون العلوق في الملك دون الدعوة.

قيل له: الفصل بينهما: ما قدّمنا في أول الباب وهو، أنّ دعوة البائع دعوة استيلاد لكون العلوق في ملكه، [112أ] وليس كذلك دعوة الأب والجدّ جواز دعوتهما متعلّق بالولاية، إذ لا ملك لهما في الجارية.

قال محمد: ولو كان الوالد مكاتبًا، وله ابن حرّ، وله جارية حامل، فإذا المكاتب، فعتق، ثم الجارية وضعت بعد ذلك بشهر، فادّعاه الولد، فدعوته باطل.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لم تكن له ولاية في حال العلوق.

مسألة

قال محمد: وإذا كانت للرجل جارية فحملت في ملكه، فباعها وهي حامل، وقبضها المشتري، ثم اشتراها البائع أو ردّت عليه بعينها[1165] بقضاء قاضٍ أو بغير قضاء قاضٍ أو بخيار شرط أو خيار رؤية أو كان البيع فاسدًا، وقد قبضها المشتري فردّها على البائع، ثم إنّها ولدت في يد البائع لأقلّ من ستة أشهر منذ يوم باعها، فادّعاه أب البائع لم تجز دعوته.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من اعتبار بقاء الولاية من وقت العلوق إلى وقت الدعوة، وقد انقطعت بزوال ملك الابن.

[1164] ان لا يثبت.

[1165] لعيب فيه

ووجه آخر، وهو: أنّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم إنّما قال: ((أنت ومالك لأبيك))[1166]، فلم يقل: "أنت ومالك، ومال كان ذلك لأبيك"، فإنّما أثبت شبهة الملك مع بقاء ملك الابن فيها، فإذا زال الملك زالت الشبهة، وبطل جواز الدعوة.

فإن قال قائل: فلو قال لعبده: "إن دخلت الدار فأنت حرّ"، ثم باعه، ثم اشتراه كانت اليمين بحالها، ولم يبطلها زوال الملك. فكذلك لا يبطل دعوة الأب بزوال الملك.

قيل له: لأنّ اليمين قد يصحّ قبل الملك بأن يقول: "إن اشتريتك فدخلت الدار فأنت حرّ"، فلا تصحّ[1167] دعوة الأب مع عدم ملك الابن بحال.

وفصل آخر، وهو: أنّ الحنث لا يختلف وقوعه في الملك وبعد الملك، لأنّه لو دخلها [112ب] بعد زوال الملك حنث وانحلّت اليمين، وإنّما يختلف حكم الحنث فيما يقع به من العتاق فإنّما اعتبرنا الملك في وقوعه حسب، فإن صادف ملكًا وقع، وإن لم يصادف ملكًا لم يقع. وأمّا دعوة الأب بعد زوال ملك الابن فلا حكم لها بوجهٍ، فلذلك اختلفا.

مسألة

قال محمد: وإذا كان للرجل جارية حامل حملت في ملكه، وللرجل والد معتوه، وله جد حرّ مسلم، فجاءت الجارية بولد، فادّعاه الجد، فدعوته جائزة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الجدّ هو المستحقّ للولاية على ابن الابن لو كان صغيرًا أو مجنونًا دون الأب، وكان الأب كالميّت في هذا الوجه، فمن أجل ذلك جازت دعوته.

قال محمد: ولو أنّ الجدّ لم يدّع الولد حتى أفاق المعتوه فادّعى الجدّ الولد فدعوته باطلة.

قال أبو بكر: من قِبل أنّه لا ولاية له في هذه الحال.

قال محمد: ولو أنّ الجدّ لم يدّع الولد حتى أفاق المعتوه فادّعاه الوالد المعتوه بعد إفاقته[1168]، وقد حملت به قبل إفاقته[1169]، فالقياس أنّ دعواه باطل، وفي الاستحقاق دعوته جائزة.

قال أبو بكر: وجه القياس: أنّ بقاء الولاية من وقت العلوق إلى وقت الدعوة معتبر، ولم تكن للمعتوه ولاية في حال العلوق، ولأجل ذلك أجزنا دعوة الجدّ، وكان الواجب على هذا القياس ألّا تجوز دعوته بعد ذلك على ما مرّ من نظائر ذلك، ولكنّه أجاز دعوته استحسانًا، ووجه ذلك: أنّا أنّما أبطلنا تصرّف المعتوه في حال العته، لأنّه لا قول له، فهو بمنزلة

[1166] سبق تخريجه.
[1167] فلا يصح.
[1168] اقامته.
[1169] اقامته.

الساكت. ألا ترى أنّ سائر وجوه الموالات قائمة بينهما كالميراث ونحوه، فإذا كان بطلان تصرّفه لبُطلان حكم كلامه، ثم ادّعى بعد إفاقته استحسن إجازة دعوته. [113أ]

باب الدعوى والبيّنات

قال محمد: وإذا ادّعى رجل في يديّ رجل دارًا أو ثوبًا، فأقام البيّنة أنّه له، وقال الذي في يديه الدار: "إنها لفلان الغائب أودعنيها" أو "غصبتها منه" أو "أجرنيها" أو "وُهِبتها"[1170]، فإنّه لا يدفع الخصومة عن نفسه بدعواه، وإن أقام البيّنة على ذلك فلا خصومة بينهما حتى يحضر صاحب الدار.

قال أبو بكر: وذكر عن أبي ليلى أنّه لا يدفع الخصومة عن نفسه، وإن أقام البيّنة.

وقال ابن شبرمة: يدفع الخصومة عن نفسه بدعواه.

قال أبو بكر: هذه المسألة ونظائرها مبنيّة على قول أصحابنا في امتناع جواز القضاء على الغائب، ونحن نبيّن وجه المسألة على هذا الأصل، ثم ندلّ على صحّة المذهب في امتناع جواز القضاء على الغائب، فنقول: إنّ الخصومة حقّ لزم الذي في يده الشيء للمدّعي في الظاهر. والدليل على ذلك أنّه متى سأل القاضي إحضاره للخصومة أعدى عليه القاضي، وحال بينه وبين تصرّفه وأشغاله، فدلّ ذلك على أنّ الخصومة حقّ قد لزمه، وكل من لزمه حقّ للغير، فلا سبيل إلى إسقاطه عن نفسه بقوله. ألا ترى أنّ من أقرّ لرجل بدين، وادّعى البراءة منه أو القضاء لم يصدّق عليه إلّا ببيّنة، فالذي في يده الشيء إذا ادّعى وديعة من جهة الغائب، فإنّما يريد أن يسقط عن نفسه خصومة المدّعي. ألا ترى أنّ المدّعي لو أقرّ بأنّه وديعة في يده لغيره لم تكن بينهما خصومة.

فإن قال قائل: وكيف صار تصديق المدّعي إيّاه بالوديعة مسقطًا لخصومة.

قيل له: من قِبل أنّه قد اعترف أنّ الذي في يده لا يجوز إقراره في الشيء، وكلّ من لا يجوز إقراره في شيء، ولم يقمه [113ب] مالكه مقام نفسه في الخصومة لم يكن خصمًا فيه. ألا ترى أنّا لو جعلناه خصمًا مع تصديق المدّعي له بذلك كنّا نحتاج أن نجعله خصمًا عن الغائب لا عن نفسه، لأنّه لم يدّعى عليه شيء، فيكون خصمًا عن نفسه، فكيف يجوز أن نـجعله خصمًا عن الغائب من غير توكيل منه له، ولو جاز هذا جاز أن يكون إنسان أجنبيّ خصمًا عنه، فلمّا بطل هذا صحّ أنّ المدّعي لا يكون خصمًا للمودع ومن في معناه ممّن لا يجوز إقراره في الشيء، ولا إقامة صاحبه[1171] مقام نفسه في خصومته.

[1170] هبته.

[1171] + هذا صحّ أنّ المدّعي لا يكون خصمًا للمودع ومن في معناه ممّن لا يجوز إقراره في الشيء ولا إقامة صاحبه، صحّ هامش. + صاحبه.

فإن قال قائل: هلّا قضيتم على الغائب مع إقامة الذي في يديه البيّنة على الوديعة، كما لو أقام المقذوف البيّنة أنّه حرّ أعتقه فلان قضى بعتقه على الغائب.

قيل له: لأنّ الحدّ[1172] حقّ يدّعيه على القاذف، وهو خصم فيما يدّعى عليه، ونظيره أن يقيم المدّعي بيّنة أنّ الذي في يديه غصَبه[1173] أباه، فيكون خصمًا.

فإن قال قائل: فهلّا دفع الخصومة عن نفسه بإقراره أنّ ما في يده لفلان، لأنّ ظاهر الحال يقتضي جواز إقرار من في يده شيء به لغيره، وإذا ثبت الملك للغائب بإقراره لم يكن خصمًا عنه.

قيل له: إنّ حكم الملك لا يثبت للغائب إلّا بتصديقه. والدليل عليه: أنّه [إن] أقرّ به بعد ذلك لحاضر قبل حضور الغائب أُمِرَ بتسليمه إليه حتى يحضر الغائب، ويصدّق، فيردّ عليه حينئذ، وإذا كان ذلك لم يجز لنا إسقاط خصومة المدّعي بإقراره له للغائب كما لم يسقط حقّ المقرّ له الثاني في إيجاب تسليمه إليه، وإنّما كان هذا هكذا من قِبل أنّ الإنسان لا سبيل له إلى إدخال شيء في ملك غيره إلّا برضاه وتصديقه.

قال أبو بكر: وإنّما قلنا أنّه يدفع الخصومة عن نفسه بإقامته البيّنة، [114أ] فقبلنا بيّنته على ذلك، ويجبُ هذه البيّنة معنيان، أحدهما: إثبات الملك لفلان، والآخر: إخراج الذي الشيء في يده من أن يكون خصمًا للمدّعي، وليس هذا الخصم في إثبات الملك للغائب، لأنّه غير موكّل به، وهو خصم في إثبات أنّ الشيء وصل إليه من يد غيره، وإنّ غيره هو الخصم فيه دونه، لأنّه به يسقط الخصومة عنه كالمطلوب إذا أقام البيّنة أنّه أحال المدّعي بدينه على فلان الغائب، فيدفع بذلك مطالبة الطالب عن نفسه، لأنّه أحاله بذلك على رجل معروف، كذلك هذا لمـّا أحاله على خصم غيره بالخصومة قبلت بيّنته على ذلك.

وكان أبو الحسن رحمه الله يقول: يجوز ألّا يكون في ذلك إثبات اليد للغائب أيضًا، وإنّما يثبت أنّ هذه اليد المشاهدة ليست للمدّعى عليه، لأنّا نكتفي بهذا القدر في دفع الخصومة دون إثبات اليد للغائب. ويدلّ على أنّ ذلك من أصلهم، أنّ محمدًا قد قال: أنّه لو كان تُرابًا، فقدم الغائب، وجحد أن يكون دفعه إليه لم يكلف نقله.

قال محمد: فإن أقام الذي في يديه البيّنة على إقرار المدّعي أنّها لفلان، ولم يردّ الشهود على هذا شيئًا، وقال الذي هي في يديه: "فلان أودعنيها" أو "غصبتها منه" أو "أجَّرَنِيها" دفع الخصومة عن نفسه.

قال أبو بكر: من قِبل إنّ إقراره ذلك قد يضمن أنّ إقرار الذي في يده بها باطل لوصولها إلى يده من جهة غيره، فسقطت خصومته.

[1172] الجد.
[1173] غصَبها.

قال محمد: وكذلك لو شهدوا أنّ فلانًا دفعها إليه دفع الخصومة.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ فلانًا لو جاء فادّعى الملك لنفسه حكم له به بهذه البيّنة، فقد أحاله الذي في يده على خصم في الظاهر، فلذلك لم يكن الذي في يده خصمًا، وأيضًا فأنّا لا نحتاج في إسقاط الخصومة إلى إثبات الملك للغائب، لأنّ الذي في يده [114ب] لو أقام البيّنة على الملك لم يثبت الملك له، فإنّما الذي يُحتاج إليه في إسقاط الخصومة إثبات وصوله إلى يده من يد غيره، وإنّه ليس بخصم فيه.

مسألة

قال محمد: ولو قال الذي في يديه: "أودعنيها رجل"، ولم يسمّه، وشهد شهدان أنّ فلانًا أودعه، وهما لا يعرفانه إلّا بوجهه، دفع الخصومة عن نفسه في قول أبي حنيفة. وقال محمد: لا يدفع الخصومة بذلك حتى ينسب الشاهدان الدافع نسبًا[1174] يُعرف به. وقال أبو يوسف: هذا على ما يقع عند القاضي، فإن اتّهم قضى، وإلّا لم يقض وإن سمّى ونسب. وإن قالا: "لا نعرف وجهه إن رأيناه" لم يدفع الخصومة عن نفسه عندهم جميعًا، وإن كان الشيء في يديه الدار سمّاه فقال: "أودعنيها فلان".

قال أبو بكر: أمّا إذا قالا: "دفعها إليه رجل لا نعرفه بوجهه إن رأيناه"، فإنّه لا يدفع الخصومة عن نفسه في قولهم جميعًا، من قِبل أنّ هذه ليست بشهادة، لأنّه لا يستحقّ بها شيء، ولا يثبت لها حكم في الأصول. وأيضًا فإنّ قولهم: "دفعها إليه رجل لا يعرف وجهه" بمنزلة قولهم: "دفعها رجل لم يُر وجهه[1175] أو كان مغطّى الوجه"، وإذا كان كذلك احتمل أن يكون الدافع هو المدّعي عن نفسه، فلا يدفع الخصومة عن نفسه. وأمّا إذا قالوا: "دفعها إليه رجل يعرف وجهه"، ولم يسمّوه، فإنّه يدفع الخصومة عن نفسه بذلك عند أبي حنيفة، من قِبل أنّ الغائب قد يستحقّ الملك بمثل هذه الشهادة لو خصم. ألا ترى أنّه لو حضر فشهدوا أنّه لهذا الرجل، ولم ينسبوه كانت هذه شهادة صحيحة يستحقّ بها الملك، [115أ] فإذا أحالوه على خصم يجوز أن يثبت له الملك بمثل هذه الشهادة دفع الخصومة عن نفسه، وليس ذلك كقولهم: "لا نعرف وجهه"، لأنّ هذه الشهادة لا يستحقّ بها أحد شيئًا.

فإن قال قائل: فلو شهدوا على وكالة من غائب لم يثبت حتى يذكروه باسمه ونسبه، وإن قالوا: "نعرفه بوجهه" لم يكن لهذه المعرفة حكم في إثبات الوكالة.

قيل له: الفصل بينهما: إنّ في إثبات الوكالة قضاء على الغائب، ولا يجوز القضاء عليه إلّا بالوصف الذي ذكرتُ. وأمّا مسألتنا فليس فيها قضاء على أحد، وإنّما فيها دفع خصومة المدّعي عمّن الشيء في يده، فلذلك لم تضر[1176] جهالة المشهود له في ذلك. وقال محمد: لا أقبل هذه الشهادة على الغائب بالدين أو الوكالة وكتاب القاضي إلى القاضي وكالشهادة

1174 منسبًا

1175 يُرَ وجهه

1176 لم يضر.

على أرض بعينها، فمن حيث لم تقبل الشهادة في ذلك إلّا أن يشهدوا بحدودها حتى تحصل[1177] معلومة. كذلك لا يجوز أن تكون[1178] حيلة من الذي في يده الدار بأن يسلّمها إلى رجل، ثم يتسلمها منه بحضرة الشهود، ويغيب الدافع حتى إذا ادّعى عليه دفع الخصومة عن نفسه بمثل ذلك، فإذا اتّهم المدّعى عليه بمثل ذلك لم يدفع الخصومة عن نفسه، وهو ضرب من الاجتهاد.

مسألة

قال محمد: ولو قال الذي في يديه: "أودعنيها فلان"، وقال الشهود: "أودعها إياه رجل لا يعرفه" لم ينتفع بشهادتهم.

قال أبو بكر: وذلك لِمَا بيّنا من أنّ مثل هذه الشهادة، ولا يستحقّ بها شيء في الأصول، ولا يتعلّق بها حُكم، ولأنّه جائز أن يكون الدافع هو المدّعي.

قال محمد: ولو شهد الشهود أنّ فلانًا أودعه [115ب] إيّاه، وقال الذي هو في يديه: "أودعنيه رجل لا أعرفه" لم يقبل ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهم شهدوا بخلاف ما ادّعى، أولا ترى[1179] أنّا لو أثبتنا فلانًا خصمًا للمدّعي كنّا قد أحلنا خصومته على غير من ادّعى، لأنّه إنّما ادّعى رجلًا مجهولًا.

مسألة

قال محمد: ولو أقرّ المدّعي أنّ رجلًا دفعها إلى هذا الذي هو في يديه أو شهدت الشهود على إقراره بذلك لم تكن بينهما خصومة.

قال: وذلك لأنّ إقرار المدّعي جائز عن نفسه، وقد اعترف أنّ هذا ليس بخصمٍ، لأنّه إقرار غيره دفعه إليه، وليس ذلك كالبيّنة على الدفع من إنسان مجهول من وجهين:

أحدهما: أنّه جائز أن يكون الدافع هو المدّعي.

والثاني: أنّ الشهادة لا يثبت حكمها إلّا بقضاء القاضي، ولا يجوز للقاضي أن يحكم بشهادة علم مجهول.

وأمّا الإقرار فيثبت حكمه بنفسه على المقرّ خاصّة دون غير، فيلزمه حكم إقراره، ولا يحتاج في صحّته إلى قضاء القاضي، وأيضًا فالمقرّ إذا قال: دفعه إليه رجلٌ، فقد اعترف الدافع غيره.

مسألة

[1177] يحصل.
[1178] ان يكون.
[1179] ولا ترى.

قال محمد: وإذا ادّعى المدّعي الذي في يده غصبًا أو إجارةً أو رهنًا أو وديعةً وصلتْ إليه من جهته كان خصمًا له، ولا ينتفع الذي في يديه بإقامته البيّنة أنّ الغائب أودعه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه ادّعى الغصب، وما ذكر على الذي في يديه وغيره لا يكون خصمًا فيما يدّعى عليه، فلذلك جعله خصمًا.

قال محمد: فإن قضى بها للمدّعي، ثم حضر الغائب فجاء بالبيّنة أنّ الدار داره قضى له بها على المدّعي الذي أخذها.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الاستحقاق والقضاء إنّما [116أ] توجّه على ما كان في يده خاصّة، لأنّ الحقّ ادّعى عليه دون غيره، ولم يكن هو خصْمًا عن الغائب، لأنّه لم يوكّله به.

قال محمد: وكذلك لو لم يُقِمْ الذي كانت الدار في يديه البيّنة أنّ هذا دفعها إليه، وأقام المدّعي البيّنة أنّها داره غصبها منه الذي في يديه، فقضى بها له، ثم جاء الذي ادّعى، الذي كانت الدار في يديه، أنّه دفعها إليه، فأقام البيّنة أنّها داره دفعها إلى الذي كانت في يديه، فإنّ القاضي يقضي له بها.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّ القضاء كان توجّه للمدّعي على الذي كانت في يديه دون غيره.

قال محمد: وكذلك لو كان المدّعي لم يقم البيّنة أن الذي كانت في يديه أخذها منه، ولكنّه أقام البيّنة أنها داره، وقال الذي هي في يديه: "هي دار فلان أودعنيها"، ولا يأتي[1180] على ذلك بيّنته، فكذّبه المدّعي، وقضى له بها، ثم جاء الغائب، فأقام البيّنة أنّ الدار داره، وأنكر أن يكون أودعها الذي كانت في يديه، فإنّه يقبل بيّنته.

قال أبو بكر: وهذا أيضًا على ما تقدّم من أنّ القضاء توجّه على من في يده دون الغائب.

مسألة في القضاء على الغائب

قال أبو بكر: قال أصحابنا: لا يجوز القضاء على الغائب إلّا أن يكون عنه خصم حاضر. وقال الشافعي رحمه الله: يجوز القضاء على الغائب، وإن لم يحضر عنه خصم. والحجّة لقول أصحابنا: ما روى حمّاد بن سلمة عن سماك بن حرب عن حَنَش عن علي عليه السلام أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال له: ((لا تقْض لأحد الخصْمين حتى تسمع من الآخر))[1181].

قال أبو بكر: [116ب] فعموم هذا القول يمنع القضاء على الغائب، لأنّه لم يسمع منه.

[1180] ولا يأت.

[1181] سنن الترمذي، الأحكام، 5؛ سنن أبي داود، القضاء، 6؛ مسند أحمد، 96/1، 111، 149. وقيل: ليس فيه حماد بن سلمة، وإنما هو عن زائدة. وحسنه ابن حجر في فتح الباري في كتاب الأحكام، باب القضاء على الغائب من صحيح البخاري.

فإن قال قائل: قد روى هذا الخبر شريك عن سمّاك، وقال فيه: ((إذا جلس بين يديك الخصمان، فلا تقض لأحدهما حتى تسمع من الآخر))[1182]، فإنّما منع القضاء له. قيل: السماع من الخصم إذا كان حاضرًا.

قيل له: إطلاق اللفظ الأوّل يوجب زيادة حكم، فنستعمله على إطلاقه، ويفسد الثاني غير نافٍ له، لأنّه لا يمتنع أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم قد قال له الأمرين جميعًا، وليس في أحد اللفظين ما ينافي حكم الآخر، فحتمل[1183] على التضاد، وإنّما ورد أحد اللفظين عامًّا، والآخر خاصًّا في بعض ما ورد فيه العموم، وهما حكم واحد فيهما جميعًا إلّا أنّ أحد اللفظين أعمّ من الآخر، ثم لو لم يكن إلّا الخبر الذي فيه ذكر حضور الخصمين لكانت دلالة قائمة في نفي القضاء على الغائب، وذلك لأنّ المعنى الذي من أجله منع النبي صلى الله عليه وسلم القضاء له حتى يسمع من الآخر هو أنّه يجوز أن يكون في سماعه منه حجّة له يُدْلي بها إسقاطَ بيّنة المدّعي، وهذا المعنى موجود في الغائب، إذ جائز أن يكون إذا حضر يُدْلي بحجّة يبطل بها بيّنة المدّعي، وإذا كان المعنى الذي من أجله منع النبي صلى الله عليه وسلم القضاء للمدّعي عند حضور الخصم هو ما ذكرنا، وكان بعينه موجودًا في الغائب، وجب أجزاؤه فيه واستعمال حكمه.

فإن قال قائل: لو كان هذا اعتبارًا صحيحًا لأوجب ألّا يقضي على الغائب، وإن حضر عنه خصم من وكيل أو غيره لإمكان أن يدلي الغائب إذا حضر بحجّةٍ [117ا] يبطل بها بيّنة المدّعي، فمن حيث لم يلزم اعتبار ذلك في حال حضور وكيله، كذلك إذا لم يحضر عنه خصم لم يجب اعتباره.

قيل له: إنّما الغير[1184] في ذلك في حال حضور من يجوز أن يدلي بحجّة، سواء كان الغائب أو من يقوم مقامه، ولا غيره بعد ذلك بحضور الغائب. ألا ترى أنّ المدّعى عليه متى حضر لم يُقضَ[1185] عليه حتى يسمع منه، فإذا سمع منه، ولم تكن له حجّة يُدلي بها في دفع المدّعي قضى عليه، ولم ينتظر به إدلاؤه بحجّة في وقت ثان[1186]، وإن كان ذلك ممكنًا فيه. كذلك إذا حضر خصم قضى عليه، واتبع به الغائب بحضور من يمكنه أن يدلى بحجة إن كانت، ولم يعتبر جواز ذلك بحضور الغائب، كما يقضى على وكيل الغائب وعلى الغائب نفسه لو كان حاضرًا، ولم يقف الحكم لجواز دلاءه[1187] بحجة في الثاني يدفع بها دعوى المقضي له.

فإن قال قائل: لمـّا جاز القضاء على بعض الغائبين جاز على جميعهم.

قيل له: لا يجب ذلك، لأنّ القضاء قد يجوز لبعض الغائبين، ولا يجوز لجميعهم. ألا ترى أنّ أخذ الورثة إذا أقام البيّنة على دَيْن الميّت أو عبد الميّت في يد غيرهم أن الملك يثبت لجميعهم، ولم يدلّ ذلك على جواز القضاء للغائب من غير

[1182] هذا الحديث هو الحديث السابق بألفاظ مختلفة.
[1183] فيحتمل.
[1184] الغيره.
[1185] لم يقضى.
[1186] ثاني.
[1187] دلايله.

خصم حاضر يخاصم عنه. ولو أنّ دارًا في يديّ رجل أقام رجل البيّنة أنّها داره اشتراها من فلان الغائب قضينا له بشراء الدار من الغائب، وقضينا للغائب بالثمن عليه، ولم يدل ذلك على جواز القضاء للغائب بغير خصم. فكذلك جواز القضاء على الغائب [117ب] لأجل حضور خصم يدلّ على جوازه عليه بغير خصمٍ.

مسألة

قال محمد: وإذا كان العبد في يديّ رجل، فأقام العبد البيّنة أنّه عبد الذي في يديه، وأنّه أعتقه، وأقام الذي العبد في يديه البيّنة أنّه عبد فلان أودعه إيّاه، فإن القاضي يقضي بعتقه، ويقضي بأنّه عبد الذي كان في يديه.

قال أبو بكر: وهذا على ما بيّنا من أنّ حقًّا يدّعى عليه لا يكون غيره خصمًا فيه.

قال محمد: فإن حضر المستودِع، فادّعى العبد، وأقام البيّنة لم يلتفت إلى بيّنته.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ العتق إذا أُثبت بخصم صار قضاءًا على جميع الناس من قِبل أنّه لا يبقى معه ملك، فصار إثباته نفْيًا لإملاك جميع الناس، فلا يصحّ بعد ذلك الحكم فيه بالملك، إذ لم يبقَ في العبد ملك يحكم به الإنسان.

فإن قال قائل: ليس في حكمنا بعتق الأمَة نفي لحدوث الملك فيها، لأنّه قد يجوز فيها الردّة والسبْي، فينبغي ألّا يكون الحكم بعتقها قضاء على جميع الناس.

قيل له: الملك الذي نفاه العتق لا يجوز حدوثه بعد ذلك واستحقاقه لأحد، ومعلوم أنّ الشهادة بالملك المطلق لا يقتضي حدوث الردة ورقّ مستقبل غير الأوّل، فلذلك لم يجز استحقاق الملك فيها بإطلاق الشهادة بالملك.

فإن قال قائل: فإذا حكم بالملك لواحد انتفى سائر إملاك الناس لاستحالة ثبوت الملك فيه لاثنين لكلّ واحد منهما في جميعه، ثم لم يوجب ذلك أن يكون القضاء بالملك لواحد قضاءًا على جميع الناس.

قيل له: لأنّه ليس في إثبات الملك لإنسان نفي لملك غيره، لأنّه[1188] لا يمتنع أمثال ذلك إلى غيره، [118أ] فلذلك لم يكن فيه نفي لإملاكهم، وفي إثبات العتق نفي لكلّ ملك لإستحالة انتقال الملك المحكوم ببطلانه إلى غيره.

فإن قال: فإنّا إذا أحكمنا بالملك لوحد، فثبوت الملك لغيره إنّما يكون بمعنى حادث لا يعلمه، فينبغي على هذا ألّا يستحقّ على المحكوم له دون بيان وجْه استحداثه.

قيل له: لا يحتاج إلى ذلك، لأنّا قد بيّنا أنه ليس في إثبات الملك لواحد نفي لملك غيره للمعنى الذي وصفنا، فلم يكن ذلك قضاء على غير من وقعت الشهادة عليه، فجاز أن يستحقّه غيره عليه ببيّنة مطلقة على الملك، كما يستحقّه ببيّنة لو أقامها على انتقال ذلك الملك إليه، وليس ذلك كالأمة المقضي بعتقها في أنّه لا يقبل الشهادة فيها على الملك، فلم يجز القضاء

1188 لأنه

بها إلّا بوجودها في لفظ الشهود. وأمّا انتقال الملك في المملوك من واحد إلى واحد، فليس فيه أكثر من الحكم بالملك لواحد، ثم به بعينه بعد ذلك لآخر، فلذلك اختلفا.

ووجه آخر في الفصل بين القضاء بالعتق والقضاء بالملك: وهو أنّ العتق حق الله تعالى، فإذا ثبت بخصمٍ صار قضاء على جميع الناس من حيث كان الواحد من الناس خصمًا فيه عن الباقيين، وكذلك الطلاق الثلاث هو بهذه المنزلة. أمّا الملك فهو حقّ لآدمي، فلا يكون الواحد منهم خصمًا عن سائر الناس.

ووجه آخر: وهو أنّ الحرّية يصحّ إثباتها من جهة الحقيقة، ولا سبيل إلى إثبات الإملاك من جهة الحقيقة، وإنّما سبيل إثباتها الظاهر، فكلّما حكمنا به لواحد، فجائز في الحقيقة ألّا يكون ملكًا، وإذا كان ذلك على ما وصفنا لم يكن في حكمنا بالملك لزيد ما ينفي الحكم [118ب] لعمرو بيّنته بقيمتها، لأنّه يتبيّن بها أنّ ذلك الملك الذي وقع الحكم به في الظاهر لزيد لم يكن من جهة الحقيقة، فجاز الحكم به لعمرو، وليس كذلك الحرّية، لأنّها يمكن إثباتها من طريق الحقيقة، وإذا ثبتت بيّنته يُنفى[1189] بها كلّ ملك، فلم تقبل بعد ذلك بيّنة على إثبات ملك فيه.

قال أبو بكر: وقد كان أبو الحسن رحمه الله يقول: ليس في الحكم للخارج بالملك المطلق إثبات لملكه على الحقيقة، وإنّما فيه الحكم بنفي ملك الذي في يده، والحكم بتسليمه إلى المدّعي، وذلك لأنّه لو وجب الحكم بالملك للخارج على الحقيقة لما صحّ ذلك له حتى يشهدوا له بجهة الملك. ألا ترى أن المدّعي لو ادّعى شراءه من جهة من في يده، فاحتجْنا إلى إثبات الملك له على الذي في يده لم يقبل البيّنة دون أن يبيّن جهة الملك، وفي ذلك دليل على أنّ الشهادة بإطلاق الملك لا يوجب الحكم له باستحقاقه على الحقيقة، فلذلك لم يمنع قبول بيّنة غيره في استحقاقه بعد ذلك. وأمّا الحرّية، فليس القضاء فيها ينفي ملك الذي في يديه، فحسب دون إثباتها على الحقيقة، فلذلك انتفى معها كلّ ملك، وبالله التوفيق.

قال أبو بكر: والقضاء بالتدبير مثل القضاء بالعتق قد ذكره في أضعاف المسألة، وذلك لأنّه وإن لم يكن فيه نفي ملك الذي في يديه في الحال، ففيه نفي انتقال الرقّ، وحدوثه لغير من ثبت عليه التدبير، فأشبه من هذا الوجه العتق.

فإن قال قائل: الحكم بالتدبير لا يمنع من انتقال الملك فيه قاضيًا لو قضى بجواز بيع المدبّر نفذ قضاؤه وملكه المشتري.

قيل له: الشهادة [119أ] بإطلاق الملك لا يتضمّن حدوث قضاء القاضي بذلك، فلم يجز القضاء به من أجل ذلك، وهذا نظير ما ذكرنا في جواب عتق الأمة، وحدوث الملك فيها من جهة الردّة والسبي، والجواب فيه كهو فيها.

قال محمد: ألا ترى أنّه لو أقام البيّنة على الذي في يديه أنّه اشتراه منه بألف درهم، ونفذه الثمن، وأقام الذي هو في يديه البيّنة أنّه عبد فلان أودعه إيّاه قضى القاضي بالبيع، ولم يلتفت إلى بيّنة الذي هو في يديه.

1189 أرسفي

قال: وكذلك لو أقام المدّعي البيّنة على هبة من الذي هو في يديه أو على إجازة أو رهن أو صدقة، وأقام بيّنة في الصدقة والهبة والرهن وعلى القبض لم يلتفت إلى بيّنة الذي هو في يديه.

قال أبو بكر: قد قال في باب بعد هذا أنّ المدّعي لو أقام البيّنة على الشراء والقبض لم يكن الذي في يديه خصمًا إذا أقام البيّنة على وديعة من جهة الغائب. ففرّق بين البيع إذا ذكر فيه القبض وبين الهبة والصدقة والرهن إذا ذكر فيها القبض. ووجه الفرق بينهما: أن يدّعي الشراء من جهة، وهو في يده إذا لم يقرّ بالقبض مدّعٍ[1190] لحقوق قد لزمت المدّعى عليه من التسليم والضمان ونحوهما من الحقوق التي يوجبها[1191] العقد له، فتقبل[1192] بيّنته عليه لمـّا يدّعي به من حقوق البيع على من في يده، وإذا اعترف بالقبض فقد اعترف باستيفاء تلك الحقوق، وإنّما يدّعي الآن الملك، فحسب، ولا يحتاج حينئذ أن يحكم فيه بالشراء. والدليل على ذلك: أنّه لو ادّعى أنه اشترى منه، وشهد الشهود أنّه اشتراه، وقبض الثمن كانت هذه شهادة صحيحة، ولا يحتاج فيها إلى الحكم بالثمن، لأنّا لو احتجنا إلى الحكم بالثمن لما صحّت الشهادة إلّا على ثمن معلوم. فدلّ ذلك على أنّ البيع [119ب] المقبوض لا يحتاج فيه إلى الحكم به، وإنّما يحتاج القاضي أن يحكم فيه بالملك للمدّعي، فحسب، فمن أجل ذلك سقطت خصومة المدّعي في ذلك إذا أقام الذي في يديه البيّنة على الوديعة. وأمّا الهبة والصدقة والرهن، فلا يثبت الحقّ فيها إلّا بالقبض، ولا يتعلّق الحقّ فيها بالعقد، فلذلك صار المدّعي خصمًا في إثباتها على الذي في يديه مع القبض، وصارت الهبة ونظائرها مع القبض كالبيع الذي لا قبض فيه في كون الذي في يديه خصمًا للمدّعي، إذ كان الحقّ يتعلّق في الهبة بالقبض كما لا يتعلّق في البيع بالعقد، فلذلك اختلف حكم ذكر القبض في البيع والهبة من الوجه الذي بيّنا.

مسألة

قال محمد: ولو لم يُقم العبد البيّنة في مسألة العتاق أنّ الذي في يديه أعتقه، ولكنّه أقام البيّنة أنّه عبد فلان، وأنّه أعتقه، وأقام الذي هو في يديه البيّنة أنّ فلانًا ذلك أو غيره أودعه[1193] إيّاه أو أجّره أو رهنه، فإنّ القاضي يقف[1194] العبد، ولا يقضي بعتقه، ويحول بينه وبين الذي هو في يديه حتى يحضر صاحبه، ويستوثق من العبد بكفيل ثقة حتى يحضر مولاه، فإذا حضر قيل للعبد: "أعدْ بيّنتك عليه"، وهذا استحسان، وكان القياس ألّا يحول بينه وبين الذي في يديه. وجه القياس: أنّ الذي في يده ليس بخصمٍ في عتق يُدّعى على الغائب، كما أنّ أجنبيًّا آخر ليس بخصم عنه، وكما لو ادّعى الشراء من جهة الغائب لم يكن الذي في يديه خصمًا عنه في إثبات الشراء عليه إذا أقام هو البيّنة على الوديعة. ووجه الاستحسان: أنّ العبد يدّعي أنّه قد صار في يد نفسه بالعتاقة، [120أ] والمودع خصم في إزالة يده إذا ادّعى عليه ذلك، فلمّا كانت بيّنته لو سمعت أزالت يد المودع أزلنا يده لمـّا تضمّنته البيّنة، وإن لم يحكم بالعتاق كما يحكم بسقوط خصومة المدّعي

[1190] مدّعي.
[1191] التي توجبها.
[1192] فيقبل.
[1193] ودّعه.
[1194] تقف.

ببيّنة الذي في يده الوديعة، وإن لم يحكم بالملك للغائب، وكما يحكم بالمهر على المرتد إذا أقامت امرأته البيّنة عليه بالنكاح والدخول، وإن لم يحكم بالنكاح. وهذا كما قالوا في الرجل يوكّل الرجل بإخراج امرأته أو عبده، فتقيم المرأة البيّنة على الطلاق، والعبد على العتق أنّا نقف الآمر ويسقط حقّ الوكيل في القبض عن إثبات العتاق والطلاق، فلم يجب من حيث حكمنا بسقوط حقّه في ذلك أن يحكم بالعتق والطلاق، وهذا نحو ما قالوا في الرجل يبيع الجارية، فتلد عند المشتري بعد يوم، فأعتق المشتري الأمّ، ثم ادّعى البائع الولد، أنّا نحكم عليه بردّ الولد وثبوت النسب من البائع، ولا يُفسخ عتق المشتري في الأمّ، لأنّ ثبوت نسب الولد ليس متعلّقًا بصحّة الاستيلاد في الأمّ. ألا ترى أنّ ولد المغرور ثابت النسب منه، ولا يوجب استيلادًا في الأمّ، ولذلك نظائر كثيرة من أصولهم. وكذلك يجوز أن يحكم بإزالة يد الذي في يده من غير أن يحكم بالعتق على الغائب.

ووجه آخر، وهو: أنّ العتق متى ثبت صار على جميع الناس، فلمّا أقام العبد البيّنة على معنى لو ثبت كان قضاء على الذي في يديه قبلت بيّنته في إزالة يده، ولم يجعله خصمًا عن الغائب في إزالة ملكه وإثبات العتاق عليه. وفارق هذا دعوى المدّعي للملك، لأنّ القضاء بالملك ليس بقضاء على جميع الناس.

مسألة

[120ب] **قال محمد**: ولو أنّ عبدًا في يد رجل أقرّ لرجل أنّه عبد فلان أودعه إيّاه أو أجره، وقال العبد: "كنتُ عبد فلانٍ، فأعتقَني"، فلم يقم بيّنة لم يلتفت إلى قوله، وكذلك قال: "كنت عبد الفلان الرجل آخر أعتقني".

قال أبو بكر: من قِبل أنّه قد اعترف بالرقّ وثبوت اليد عليه، وادّعى زوالها، فلا يصدّق.

قال محمد: ولو قال: "أنا حرّ الأصل لم أملك قطّ" كان القول قوله.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الأصل في الناس الحرّية، وأنّ كلّ أحد في يد نفسه حتى يثبت الرقّ، فإذا ادّعى الظاهر فالقول قوله، وعلى مدّعي استحقاق اليد البيّنة على دعواه.

قال محمد: فإن أقام الذي هو في يديه البيّنة أنّه عبد فلان أودعه إيّاه قضيت به عبدًا لفلان، ودفعته إليه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المودع خصم في ردّ الوديعة إلى يده، فلا يمكنه إثبات اليد لنفسه إلّا بإثبات الملك للغائب، ولذلك صار خصْمًا عنه في إثبات الملك له، وليس ذلك كإقامة الذي في يده البيّنة على إثبات الوديعة من جهة الغائب في إسقاط خصومة المدّعي من غير إثبات الملك للغائب من قِبل أنّ الذي يحتاج إليه في ذلك إثبات أنّه ليس بخصم عنه، وأنّ هذه اليد وصلت إليه من جهة غيره، فلمّا لم يفتقر في دفع الخصومة إثبات الملك للغائب لم يكن خصمًا في إثبات الملك.

وأمّا مسألتنا فإنّ الأصل لما كان في الناس الحرّية، وكان الظاهر أنّ المدّعى عليه الرقّ في يد نفسه حتى يثبت الرقّ عليه صار المودع خصمًا في إثبات الرقّ الغائب إذ صحّة يده موقوفة على ذلك. والدليل [121أ] على أنّ المودع لا

يصل إلى إثبات يده إلّا بتثبيت الملك للغائب: أنّا متى أثبتْنا يد المودع فأنّما نجعلها يدًا للغائب، والغائب نفسه لو كان حاضرًا، ويده ظاهرة في العبد، فقال العبد: "أنا حرّ الأصل" لم يستحقّ بذلك اليد دون إقامة البيّنة على إثبات الملك لنفسه، فعلمنا أنّه لا سبيل له إلى إثبات يده دون إثبات الملك. ونظير ذلك عبد في يديّ رجل أقام آخر البيّنة أنّه عبد فلان الغائب أودعه إيّاه أو غصبه منه أو أجره إيّاه أو استعاره منه أنّ بيّنته مقبولة في إثبات الملك للغائب، لأنّ المدّعي خصم في إثبات اليد لنفسه من هذه الوجوه، ولا يصل إلى ذلك إلا بإثبات الملك للغائب، وكان خصمًا فيه، وكما لو ادّعى دارًا في يديّ رجل أنّها له اشتراها من فلان الغائب قضينا له بالشراء من جهة الغائب، إذ لا سبيل إلى إثبات ملكه إلّا من الوجه الذي ادّعاه، فيقضى بالبيع على الغائب. وكذلك لو أنّ رجلًا أقام البيّنة على رجل في يده دار أنّ فلان الغائب باعها منه، وأنّه [له] شفعتها، وجحد الذي هو في يده، فإنه يقضى بملك الدار للغائب، وبأنّه قد باعها من الذي هو في يديه، ونظائر ذلك في الأصول أكثر[1195] من أن تُحصى.

قال محمد: فإن أقام الذي العبد في يده البيّنة أنّ فلانًا أودعه إيّاه، ولم يشهدوا أنّه لم يلتفت إلى هذه الشهادة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهم شهدوا باليد، فحسب، ولا يسقط ذلك دعوى العبد، لأنّا لو شاهدنا اليد لكان القول قول العبد أنّه حرّ الأصل. [121ب]

قال محمد: وإن أقام الذي في يديه البيّنة أنه عبد فلان أودعه إيّاه، وأقام العبد البيّنة أنّه حرّ الأصل، فإنّه يحال بينه وبينه، ويستوثق من العبد بكفيل[1196] ثقة، فإذا حضر الغائب، وأعاد العبد البيّنة على الحرّية، وإلّا فهو رقيق.

قال أبو بكر: قد بيّنا أنّ الذي العبد في يديه خصم في إثبات الملك للغائب، فإذا أثبت ملك الغائب صار كعبد في يديّ رجل يدّعي أنّه عبد فلان أودعه إيّاه، وأقام البيّنة، وأقام العبد البيّنة أنّ مولاه أعتقه، فنقف الأمر، ويحول بينه وبينه حتى يحضر الغائب.

فإن قال القائل: فلِمَ أُثبت الملك للغائب مع إقامة العبد البيّنة على الحرّية.

قيل له: لأنّ العبد لم يدّع الحرّية على الذي في يديه، فيكون خصمًا فيها، وقد أثبت الذي في يديه أنّه في يده على جهة الوديعة، وأنّه ليس بخصمٍ عن الغائب في استحقاق ملكه عليه، فلذلك لم يكن خصمًا في إثبات الحرّية، وثبت الملك للغائب من حيث كان خصمًا في إثبات اليد لنفسه، ولا يصل إليه إلّا بإثبات الملك للغائب.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا في يده عبد فأقرّ أنّه عبد فلان أودعه إيّاه، وأقام رجل البيّنة أنّه عبده اشتراه من الذي هو في يده بألف درهم، ونقده الثمن، وأقام الذي هو في يديه البيّنة على ما ادّعى من الوديعة أو لم يُقم، فلم يقض القاضي بشهادة

[1195] كثير.
[1196] تكفيل.

شهود المشتري حين حضر الغائب الذي كان أودع العبد الذي هو في يديه، فإنّ القاضي يدفع العبد إلى الذي كان أودعه، ويقضي على ربّ العبد [122أ] بشهادة الشهود، ولا يُكلّف المشتري إعادتهم.

قال أبو بكر: إنّما أُمر بدفع العبد إلى الغائب الذي حضر من قِبل أنّه لم يقع به الحكم للمشتري بعد، وظاهر اليد يوجب جواز إقراره فيه ما لم يبطل به حقًّا للغير، وإذا كان كذلك وجب تسليم العبد إلى المودع، ويقضي بالعبد للمشتري، ولا يكلّفه إعادة البيّنة من قِبل أنّه قد تعلّق له حقّ الحكم بسماع القاضي من شهوده، فلمّا تعلّق له هذا الحقّ على الذي كان في يده لم يبطل بإقراره للمودع، ويصير الغائب حينئذ بمنزلة الوكيل الذي كان في يده في جواز القضاء عليه بالسماع المتقدّم، فإذا قضى به المشتري كان قضاء على الذي كان في يده. وهذا مثل أن يقرّ بعبده لزيد الغائب، فيتعلّق له التصديق، ثم يقرّ به لعمرو الحاضر، فيأمره بتسليمه إليه، فإذا جاء الغائب فصدّقه بإقراره له أخذه، فكذلك ثبوت حقّ المشتري بسماع البيّنة غير مانع تسليمه إلى المقرّ له، ثم إذا ثبتت[1197] الشهادة قُضي به للمشتري.

فصل

قال محمد: فإن أقام ربّ العبد البيّنة أنّه عبده أودعه الذي كان في يديه أو أقام البيّنة أنّه عبده قضى له بالعبد، وبطلت بيّنة المشتري.

قال أبو بكر: ذكر محمد بن سماعة في مكاتباته أنّه كتب إلى محمد بن الحسن يسأله عن هذه المسألة وغير مسألة بعدها في رجلين أقام كلّ واحد منهما شاهدًا على عبد في يديّ رجل أنّه عبده، فلم يتمّ الشهادة حتى أقرّ الذي العبد في يديه لأحدهما، فإنّه يدفع العبد إلى المقرّ له، فإن أقام كلّ واحد منهما شاهدًا آخر قضى به بينهما نصفين.

قال: وكذلك إن أقام المقرّ له شاهدين مستقبلين، فإنّه يُقضى به بينهما نصفين. [122ب] وكذلك في مسألة العمّ وابن الأخ، وهي في باب بعد هذا قال ابن سماعة: فكتبت إلى محمد بن الحسن أنّ المسألتين يجب أن يكونا سواء، وألّا نختلف[1198] الجواب فيهما، وقد فرّقت بينهما في الجواب، فكتب إلى محمد بن الحسن أنّ الجواب فيهما واحد، وإنّه يجب أن يُقضى بالعبد بينهما نصفين في المسألتين جميعًا.

قال أبو بكر: فأمّا وجه ما قاله ههنا، فهو أنّ بيّنة المشتري إنّما سُمعت على الذي كان في يديه، وبيّنة الغائب سُمعت على المشتري من قِبل أنّ الذي كان في يديه قد أقرّ به للغائب، فلا تكون[1199] بيّنة الغائب مسموعة عليه، وإنّما يكون على المشتري، فصار أوْلى به من المشتري.

[1197] اذا ثبت.
[1198] وان لا نختلف.
[1199] فلا يكون.

ووجه ما حكاه ابن سماعة عن محمد، وهو الصواب، أنّ العبد كأنّه في يديّ الذي كان في يديه، وكأنّ الغائب وكيل له، لأنّا لو لم نجعل العبد كأنّه باقٍ في يد من كان في يده لوجب أن يُقضى بجميع العبد للمشتري، لأنّ من أقام البيّنة على شيء في يده أنّه له، وأقام آخر البيّنة أنّه له اشتراه من آخر، فالخارج أولى، ولم تُقبل[1200] بيّنة الذي الشيء في يده. فنحن لو جعلنا الغائب بمنزلة من أقام البيّنة على شيء في يديه لوجب ألّا يُقضى له بشيء، ومتى أبطلنا بيّنة المشتري حصل الغائب بمنزلة من أقام البيّنة على شيء في يده، فلا يقع بها القضاء على المشتري كرجل ادّعى عبدًا في يديّ رجل أنّه اشتراه[1201] من زيد، وأقام الذي العبد في يديه [123أ] البيّنة أنّه له أنّ هذه البيّنة لا حكم لها، ووجودها وعدمها سواء[1202]. فكذلك متى أبطلنا بينة المشتري في مسألتنا لم يجز أن يصير مقضيًّا عليه إذا كانت بيّنته غير محكوم بها، وليس الشيء في يده أيضًا، فيصير حينئذ هو ورجل من عرض الناس سواء، وذلك لأنّ القضاء لا يتوجّه على الإنسان إلّا بأحد معنيين: إمّا لأنّ الشيء في يده فيستحقّ عليه أو في يد غيره، فيستحقّه هو مع خارج آخر بينهما نصفين، ويصير كلّ واحد منهما مقضيًّا عليه بالنصف الذي قضى به لصاحبه، ولمّا خلا المشتري في مسألتنا من هذين الوجهين صحّ أنّ القضاء لا يتوجّه عليه ببيّنة الغائب. فكذلك وجب أن يُقضى بالعبد بينهما نصفين حتى يصيرا كرجلين أقاما البيّنة على عبدٍ في يد غيرهما.

فإن قال قائل: فهلّا أبطلت بيّنة المقرّ له الذي هو في يده لكون العبد في يده في حال قيام بيّنته، كما لو كان العبد بدءًا في يده لم يلتفت إلى بيّنته.

قيل له: إنّما لا تقبل[1203] بيّنة الذي هو في يده إذا وقع سماع بيّنة الخارج عليه، وتعلّق الحكم بها عليه، فلمّا لم يسمع بيّنة الخارج عليه، وإنّما سمعت على غيره، وكان حكم ذلك السماع قائمًا مع حصوله في يده، جاز[1204] قبول بيّنته، وصار بمنزلة لو أقامها مع المشتري على من كان في يده، لأنّ المشتري يريد إخراج ما في يده بيّنة[1205] سمعت على غيره، وإذا جاز أن يجعل العبد في الحكم كأنّه في يد من كان في يده في باب جواز القضاء بالسماع الواقع عليه جاز أن يجعله في الحكم كأنّه باقٍ[1206] في يده في باب جواز سماع بيّنة الغائب، فإذا قبلت بيّنته مع بيّنة المشتري الذي سمعت [123ب] على من كان في يده قضى به بينهما نصفين، وصار كلّ واحد منهما مقضيًّا عليه بنصف العبد لصاحبه. ألا ترى أنّ رجلين لو ادّعيا دارًا في يديّ رجلٍ أنّ واحدًا منهما ليس بخصم لصاحبه في قبول البيّنة عليه، وإنّما هما خصمان لمن

[1200] ولم يقبل.

[1201] + من آخر فالخارج أولى ولم يقبل بيّنة الذي الشيء في يده فنحن لو جعلنا الغائب بمنزلة من أقام البيّنة على شيء في يديه لوجب ألّا يُقضى له بشيء ومتى أبطلنا بيّنة المشتري حصل الغائب بمنزلة من أقام البيّنة على شيء في يده فلا يقع بها القضاء على المشتري كرجل ادّعى عبدًا في يديّ رجل أنّه اشتراه.

[1202] سواه.

[1203] انّما لا يقبل.

[1204] خار.

[1205] بيّنته.

[1206] باقي.

الشيء في يده، ومتى قُضي ببيّنتهما قضى بها بينهما نصفين، فكذلك في مسألتنا إذا وقع الحكم بالبيّنتين، وإن لم تكن البيّنة مسموعة على الذي هو في يديه قضى بالعبد بينهما نصفين.

قال محمد: إلّا أن يعيد المشتري البيّنة أيضًا عليه أنّه كان عبد الذي كان في يديه اشتراه منه بألف درهم، ونقده الثمن، فإن أعادهم قبل أن يقضي القاضي بيّنة[1207] الذي في يديه قضينا به له، ولا ينتفع ربّ العبد بيّنته.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ بيّنة[1208] غيره عليه.

فصل

قال محمد: ولو أنّ المشتري أقام شاهدًا واحدًا على المشتري، ومولى العبد غائب، ثم حضر، فإنّ القاضي يدفع العبد إليه، ويقول للمشتري: "أقمْ شاهدًا آخر على الشراء"، فإن أقام على الشراء شاهدًا آخر قضى بشهادة الشاهدين على ربّ العبد، ولا يُبطل شهادة الشاهد الأوّل على الشراء إذا حضر ربّ العبد، لأنّ ربّ العبد والذي كان العبد في يديه لا يصدّقان على إبطال شهادة الشاهد.

قال أبو بكر: وإنّما صار ربّ العبد خصمًا في سماع الشاهد الآخر عليه، لأنّ العبد في يديه، وكلّ من في يده شيء فهو خصم للمدّعي. فإذا سمعنا الشاهد الآخر على المقرّ له كان سماعًا على الذي كان العبد في يديه، والمقرّ له بمعنى الوكيل له في سماعها عليه، لأنّ الذي في يديه لا يخرج من الخصومة بدفع[1209] العبد إليه لأجل ما تقدّم [124أ] من السّماع عليه، فإذا لم يخرج منها، وكان قد اعترف بأنّه للمدفوع إليه كان ذلك اعترافًا بأنّه خصم في سماع الشاهد الآخر عليه، فصار كأنّه وكّله بخصومته من أجل إقراره بأنّه خصم، مع كونه هو غير خارج من الخصومة، فإذا سمع من الشاهد الثاني على المقرّ له، وقضى به كان ذلك قضاء على الذي كان العبد في يديه.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا ادّعى عبدًا في يديّ رجل، وأقام البيّنة أنّه عبده، وادّعى الذي في يده أنّ فلانًا أودعه إيّاه لم يُلتفت إلى ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لِمَا بيّنا فيما سلف من أنّ الخصومة حقّ قد لزمه، فلا سبيل له إلى إسقاطها عن نفسه لقوله.

1207 بيّنته

1208 بيّنته

1209 يدفع.

قال محمد: فإن سمع القاضي من شهود المدّعي أو من شاهد واحد، فلم يقض بشيء حتى حضر ربّ العبد، فإن القاضي يقضي بشهادة الشهود على مولى العبد الذي حضر، ولا يكلّف المدّعي إعادة البيّنة من قِبل أنّه قد تعلّق له الحقّ على الذي كان في يديه بسماع شهوده عليه، فلا يبطل بإقراره به لغيره.

قال محمد: فإن أقام الغائب البيّنة أنّه عبده أودعه الذي كان في يديه، فإنّه يقال للمدّعي: "أعدْ البيّنة حتى يشهدوا على ربّ العبد، وإلّا فلا شيء لك".

قال أبو بكر: وهذه المسألة التي ذكرنا أن ابن سماعة كاتبه فيها سواء، وينبغي أن يكون بينهما نصفين على ما تقدّم من بيانه.

قال أبو بكر: ووجْه رواية الكتاب: أنّ بيّنة المدّعي سُمعت على الذي كان في يديه، وبيّنة الغائب سُمعت على المدّعي، فجعل بيّنة الغائب أولى.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ القاضي سمع البيّنة على الذي العبد في يديه، فلم يقض[1210] بشهادتهم حتى أقام الذي العبد في يديه البيّنة أنّ فلانًا دفعه إليه، [124ب] فإنّ القاضي يُبطل شهادة شهود المدّعي.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه قد أحال بالخصومة على غيره، وأسقطها عن نفسه قبل القضاء بها عليه.

قال محمد: فإن لم يقم الذي العبد في يديه البيّنة على ذلك حتى قضى بشهادة شهود المدّعي، ثم أقام الذي كان في يديه البيّنة أن فلانًا دفعه إليه، فإن القضاء ماضٍ.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ القاضي قد جعله خصمًا، وتوجّه القضاء عليه بالبيّنة، فلا يفسخ قضاؤه[1211]، ولا يبطل ملك المدّعي المحكوم به ببيّنته، إذ ليس الذي كان في يده خصمًا في إثبات ملك الغائب في العبد، وإنّما هو خصم في إسقاط الخصومة عن نفسه، وقد حصل خصمًا، ثم لا يجوز لنا فسخ ملك المدّعي لا لملك بيّنة[1212] لغيره.

فإن قال قائل: من أصلهم: أنّ كلّ بيّنتين[1213] لو اجتمعتا كانت كانت إحداهما[1214] أولى، فإنّهما متى تفرّقتا[1215] كان حكمهما في حال التفرّق كهو في حال الاجتماع. من ذلك أنّ رجلًا لو أقام البيّنة على عبد في يديّ رجل أنّه له، وأقام الذي في يديه البيّنة أنّه عبده وُلد عنده أنّه يُقضى به للذي هو في يديه. وكذلك لو لم يقم الذي في يديه البيّنة حتى قضى

1210 فلم يقضى.
1211 قضاه
1212 بيّنته.
1213 بيّنتين
1214 إحديهما.
1215 يفرّقنا.

به للخارج، ثم أقام الذي كان العبد في يديه البيّنة أنّه عبده ولد عنده قُضِي به له، وفسخ القضاء للمدّعي. وكذلك لو أنّ الذي في يديه ادّعى الشراء من جهة الخارج، فتقدّمت بيّنته أو تأخّرت كان أولى، فواجب على هذا إذا قضى به للمدّعي، ثم أقام الذي في يديه البيّنة على الوديعة أن يفسخ قضاؤه للمدّعي، ويردّ إلى الذي كان في يده، لأنّه لو أقام هذه البيّنة في حال قيام بيّنة المدّعي قبل القضاء بها له كان أولى. [125أ]

قيل له: الفصل بينهما: أنّ هذه البيّنة لا تزاحم بيّنة المدّعي في الملك المقضي به له، لأنّها لا يثبت ملكًا لأحد. وأمّا بيّنة النتاج والشراء فإنّا نحكم بها بملك هو أولى من ملك المدّعي، فلذلك كانت أولى.

قال محمد: ولو حضر ربّ العبد، فأقام البيّنة أنّه عبده قضى به له.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ القضاء بالملك للمدّعي إنّما توجّه على الذي كان في يده خاصة دون الغائب، فلم يمنع ذلك قبول بيّنة الغائب.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا في يديه عبد ادّعاه رجلان كلّ واحد منهما يقيم البيّنة أنّه عبده أودعه الذي هو في يديه، والذي هو في يديه يجحد ذلك أو لا يقرّ ولا ينكر، فسمع القاضي من الشهود، فلم يقضِ بشهادتهم حتى أقرّ الذي هو في يده أنّه عبد أحدهما أودعه إيّاه، فإنّ القاضي يدفعه إلى ذلك الرجل، وسأل[1216] عن البيّنتين، فإذا عُدّلوا قضى به بينهما نصفين.

قال أبو بكر: قد بيّنا أن كلّ واحد منهما قد ثبت له حقّ القضاء بالسماع من شاهده إذا تمّت شهادته، فلا يُبطله إقرار الذي الشيء في يده لأحدهما ولا حصوله في يديّ المقرّ له.

فإن قال القائل: هلّا خرج الذي العبد في يديه من أن يكون خصمًا لخروج الشيء عن يده.

قيل له: لا يجب ذلك، لأنّا أخرجناه عن يده بقوله، فصار المقرّ له كالوكيل له، لأنّه غير مقبول القول في إسقاط حقّ الغير.

فإن قال قائل: فهلّا حكمت بإبطال بيّنة الذي لم يقر له من حيث حكمت بإخراجه إلى يد المقرّ له بقول المقرّ.

قيل له: ليس في حكمنا بإخراجه من يد المقرّ حكم بإبطال بيّنة الآخر، لأنّ الحاكم إنّما حكم بهذا الإقرار على معنى [125ب] أنّ تلك البيّنة المسموعة لم تصح[1217] بعد، فإذا زكيت حكم بإبطال ذلك الإقرار، لأنّ سماعهما كانت متقدمة له، والتزكية ليست معنى حادثًا فيهم، وإنّما إخبار عن كونهم غد ولا يوم الشهادة، فإذا صحّت تلك البيّنة حكم بها وإبطال

1216 يشاءا
1217 لم يصح.

الإقرار. ألا ترى أنّ رجلًا لو أقرّ بعبد لزيد الغائب، ثم أقرّ به لحاضر حكم بالدفع إلى الحاضر على معنى أنّ ذلك الإقرار لم يثبت بعد، فإذا جاء الغائب وصُدِّق حكم بإبطال الإقرار الثاني وربّ العبد إلى الأوّل.

فإن قال: فهلّا حكمت بإسقاط بيّنة المقر له بحصول الشيء في يده بإقرار الذي كان في يده، كما قلتم في رجل ادّعى عبدًا في يدي رجل، فأنكر الذي هو في يديه، فأقام المدّعي شاهدين، فلم يُزكّيا حتى أقرّ الذي هو في يديه أنّه للمدّعي أنّه يدفع العبد إليه، وتسقط البيّنة، وإن زكّيت بعد.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ سماع بيّنة كلّ واحد منهما قد تعلّق به حقّ القضاء لكلّ واحد منهما على صاحبه بنصف العبد إذا زُكّيت البيّنة، فلأجل ذلك نفينا[1218] الخصومة بينهما، ولم يبطل حقّ المقرّ له في القضاء على صاحبه بإقرار المقرّ. وأمّا في المسألة التي سألت، ولم يبقَ هناك حقّ يوجب وقوف البيّنة من أجله.

فصل

قال محمد: ولو أقام كلّ واحد منهما شاهدًا على دعواه، ثم أقرّ الذي العبد في يديه أنّه لأحدهما، فإنّ القاضي يدفعه إلى المقرّ له، ويقال للآخر: "أقمْ شاهدًا آخر على حقّك"، فإنْ أقام شاهدًا آخر على حقّه قضى له بالعبد، ولا تبطل شهادة شاهده الأوّل أقرّ به الذي كان العبد في يدي.

قال أبو بكر: وهذا بيّن على ما مضى.

قال محمد: فإن لم يقضِ بشهادة شهوده حتى [126أ] قال المقرّ له: "أنا أقيم البيّنة أنّ العبد عبدي"، فجاء بشاهدٍ آخر على المدّعي قضي بالعبد بينهما نصفين.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّ هذا في الحكم كأنّه باقٍ في يد الذي كان في يديه، فهو أولى، ولا تقبل بيّنة الذي هو في يديه.

قال محمد: فإن قال المدّعي: قد مات شاهدي الأوّل أو غاب الذي كان شهد على المقرّ.

قيل له: هاتِ شاهدًا آخر، فأقمْه على المقرّ له، ويقضى لك بالعبد كلّه إلّا أن يقيم المقرّ له شاهدًا آخر مع شاهده[1219] الأوّل، فيكون بينكما أو يقيم شاهدين مستقبلين، فيكون بينكما.

قال أبو بكر: وهذه المسألة هي التي كاتب فيها ابن سماعة محمدًا، فقال: ينبغي في مسألة المدّعي للشراء إذا حضر الغائب، فأقام البيّنة بعدما قامت بيّنة المشتري على الذي كان في يديه أن يكون بينهما نصفين مثل ما قال ههنا، وإن أعاد المقرّ له شاهدين مستقبلين من قِبل أنّ بيّنة المقرّ له إنّما صحّ سماعها لما تعلّق للمدّعي من الحقّ بيّنته التي أقامها على

[1218] نعما

[1219] شاهدة.

المقرّ، ولولا ذلك لم تُقبل[1220] بيّنة المقرّ له، لأنّ الشيء في يده، فوجب أن يستوي حال استئنافه البيّنة واقتصاره على الأوّل، وقد بيّنا هذه المسألة فيما تقدّم، وتعتبر هذه المسألة[1221] بأن ينظر، فإذا كان المدّعي الذي لم يقر له سمعت شهادة شهوده أو بعضهم على الذي كان في يده، فهو بينهما نصفين إذا أقام المقر له شاهدين أنّه له سواء سُمعت شهادة شهود المقرّ له على الذي كان في يديه أو على المدّعي أو بعضهم على الذي في يديه، وبعضهم على المدّعي. فإن أقام المدّعي شاهدين مستقبلين على المقرّ، فهو أبدًا أولى، لأنّ سماع بيّنته قد حصل على الذي في [126ب] يديه، فلا يسمع من بيّنته.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ عبدًا في يديّ رجل أقام رجلان عليه البيّنة كلّ واحد منهما أنّه عبده أودعه إيّاه، والذي العبد في يديه ينكر ولا يقرّ، فزُكِّيت البيّنتان، فقضي بينهما نصفين، ثم أقام أحدهما على صاحبه البيّنة أنّ العبد عبده لم ينتفع بذلك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ كلّ واحد منهما قد صار مقضيًّا عليه لصاحبه بنصف العبد، وذلك لأنّ بيّنة كلّ واحد منهما قد أوجبت استحقاق جميع العبد لصاحبها، فما قضينا به لصاحبه منه، فهو في التأويل كأنّه استحقّه، ثم استحقّه صاحبه عليه، فلا يلتفت إلى بيّنته فيما وقع به القضاء.

قال محمد: ولو كان أحدهما أقام البيّنة على دعواه، وأقام الآخر شاهدًا أو شاهدين، فلم تُزكّ بيّنته أو لم يأت ببيّنة، فقضى بها[1222] بالعبد لصاحب البيّنة العادلة، ثم أنّ الآخر جاء ببيّنة عادلة على أنّ العبد عبده، فإنّه يقضى له بالعبد للمقضي له الأوّل.

قال أبو بكر: وذلك أنّه أنّما قُضي بالعبد للمقضي له الأوّل على الذي كان في يده دون المدّعي الآخر، لأنّ المدّعي الآخر لم يكن له يد، ولا بيّنته يستحقّ بها شيئًا من العبد، فهو وسائر الناس سواء في أنّ القضاء لم يتوجّه عليهم.

قال أبو بكر: وإنّما لم يكتفِ القاضي من المدّعي الآخر بالبيّنة التي كان أقامها، فلم تُزكّ[1223] حتى أقامها يعيدها من قِبل أنّ السماع الأوّل وقع على الذي كان في بيّنته[1224] مقدار[1225] ما يستحقّه، ولا يجوز أن يستحقّ ملك العبد من جهة من قد[1226] استحقّه عليه غيره.

فصل

[1220] لم يقبل.
[1221] + بل.
[1222] به.
[1223] فلم تزكا.
[1224] بينه.
[1225] مقدا.
[1226] + قد، صحّ هامش.

قال محمد: ولو أقام [127أ] أحدهما البيّنة، فلم تزكّ[1227] البيّنة، ولم يقم الآخر حتى أقرّ به الذي هو في يديه أنه عبد الذي لم يقم البيّنة أودعه إيّاه، فإن القاضي يقضي به للمقرّ له، ويدفعه إليه، ويجعله خصْمًا لصاحب البيّنة، ولا يكلّف صاحب البيّنة إعادة البيّنة.

قال أبو بكر: وذلك لما وصفنا من أنّه غير مصدّق على إسقاط ما تعلّق من الحقّ لصاحب البيّنة بسماعها.

قال محمد: فإن قضى القاضي ببيّنة صاحب البيّنة بعد ذلك، وأخذ العبد صاحب البيّنة، ثم إنّ المقر له أقام البيّنة أنه عبده أودعه الذي كان في يديه أو أقام البيّنة أنّه عبده أخذه من المقضي له الأوّل، وكان أولى به منه.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّ سماع البيّنة لمـّا وقع على الذي كان في يديه كان القضاء واقعًا عليه دون غيره، وأنّ المقرّ له وإن حصل العبد في يده فإنّه في الحكم كوكيل المقر في القضاء.

قال محمد: وكذلك لو لم يكن المقضي له الأوّل قُضي له بالعبد حتى أقام المقرّ له البيّنة أنّ العبد عبده قُضي بالعبد للمقرّ له وإن كان في يديه، على الذي أقام البيّنة على الذي كان في يديه، لأنّ شهود المقرّ له شهدوا على المدّعي، وشهود المدّعي شهدوا على الذي كان العبد في يديه.

قال أبو بكر: وهذا موضع الغلط الذي كاتبه فيه ابن سماعة على ما تقدّم من بيانه، وينبغي أن يكون نصفين، وقد قال: ذلك في المسألة الأجنبي وابن الأخ، وهي[1228] دار في يديّ رجل ادّعاها ابن أخيه وأجنبي، فأقام الأجنبيّ بيّنة، ولم يقم ابن الأخ حتى مات العمّ، وهو وارثه، فصارت الدار في يده، ثم أقام على المدّعي البيّنة أنّها داره ورثها عن أبيه، فقال في جوابها: يُقضى بها[1229] [127ب] بينهما نصفين إلّا أن يعيد الأجنبي البيّنة على ابن الأخ.

فصل

قال محمد في مسألتنا: فإن لم يقضِ القاضي حتى أعاد المدّعي شهوده على المقرّ له قضيت له بشهادة شهوده على المقرّ له، وأبطلت شهادة شهود المقرّ له عليه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ بيّنة المدّعي قد سمعت على المقرّ له فلم يلتفت[1230] إلى بيّنته، لأنّ الشيء في يده.

مسألة

[1227] فلم يزك.
[1228] وهو.
[1229] بقضائهما (بقضايها)
[1230] فلمّا يلتفت.

قال محمد: ولو أنّ رجلًا في يديه عبد أقام رجل عليه البيّنة أنّه عبده اشتراه منه بألف درهم، وهو يملكه، ونقده الثمن، وقال الذي هو في يديه: "هو عبد فلان استودعنيه"، فلم يقض[1231] القاضي بشهادة الشهود حتى حضر[1232] المودّع، فإنّ القاضي يدفع العبد إليه، فيكون خصمًا، ولا يكلّف المدّعي إعادة البيّنة فإن زكّيت البيّنة، فقضى بشهادتهم، وأخذ العبد، فدفعه إلى المشتري، ثم إنّ المودع أقام البيّنة أنّه عبده، فإنّه يقضي له به، فإن أقام المشتري البيّنة على دعواه للشراء بعد ذلك لم يلتفت إليه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ القضاء بدءًا توجّه للمدّعي على الذي كان في يده دون المقرّ له.

قال محمد: ولو لم يكن القاضي قضى بالبيّنة الأولى على الشراء حتى أعادهم المشتري على المودع، فقضى بشهادتهم، ثم أقام المودع البيّنة على ما ادّعى من الملك والوديعة، فإنّه لا يلتفت إلى ذلك من قِبل أنّ السماع قد وقع عليه، والشيء في يده، فلا تقبل بيّنته.

قال محمد: ولو شهد شاهد بالشراء على الذي كان العبد في يده وشاهد على المقرّ له، فقضى له بالعبد، ثم أقام المقرّ له البيّنة على ما ادّعى من الملك، [128أ] فإنّه يقضي له بالعبد، ويردّ القضاء الأوّل لصاحب الشراء.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المقرّ له لم يسمع عليه شاهدان، فلم يضمن خصمًا عليه.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا ادّعى عبدًا في يديّ رجل، وقدمه في ذلك إلى القاضي، فأنكر الذي العبد في يديه أن يكون العبد للمدّعي، فدعى القاضي المدّعي بشهوده، فلمّا أقام[1233] الذي في يديه العبدُ [البيّنة أنّه اشترى] العبدَ من رجلٍ بألف درهم، ونقده[1234] الثمن، وقبضه المشتري، ثم أودعه البائع، وغاب المشتري، فلمّا أعاده المدّعي إلى القاضي ليقيم عليه البيّنة أقام الذي هو في يديه العبد البيّنة على ما منع، فإنّ القاضي يقضي بشهادة شهود المدّعي على الذي العبد في يديه وعلى الغائب.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المدّعى عليه قد اعترف أنّه قد كان خصمًا فيه قبل البيع عليه، لأنّ المدّعي ليس يتعلّق عليه شيء من حقوق البيع، وإنّما يُدّعى عليه سقوط خصومته، وليس إسقاط الخصومة من حقوق البيع ولا متعلّق به، فلذلك لم تسقط[1235] الخصومة، إذ لم يثبت البيع، وليس ذلك كدعواه بدءًا الوديعةَ من جهة الغائب، وإقامة البيّنة عليه من قِبل أنّه

1231 فلم يقضى.
1232 حضر
1233 قاما.
1234 ونقده
1235 لم يسقط.

لم يمكن منه اعتراف قبل ذلك بحقّ المدّعي في الخصومة، وفي مسألتنا قد اعترف بلزوم الخصومة إيّاه، وادّعى إسقاطها بالبيع الذي ادّعاه، ولا سبيل إلى إثباته، فحصل خصمًا.

فإن قال قائل: إذا لم يصل إلى إسقاط الخصومة إلّا بالبيع، فهلّا أثبت البيع، وقضيت به على الغائب.

قيل له: قد بيّنا فيما سلف أنّ القضاء لا يصحّ على الغائب إلّا من أحد وجهين: [128ب]

إمّا أن يكون المقضي به على الحاضر هو بعينه المقضي به على الغائب، فيصير قضاء عليه أو أن يكون من حقوقه ومتعلّقًا به، فيتضمّن القضاء به على الحاضر إيجاب القضاء على الغائب. فأمّا إذا خلا من هذين الوجهين، فغير جائز الحكم بالقضاء على الغائب على أصولنا.

ووجه آخر، وهو: أنّ الخصومة لا تسقط عن المدّعى عليه ببيعه من فلان ما لم يُسلّمه إليه، ولا خصْم ههنا في إثبات القبض، لأنّ القبض أنّما يجوز إثباته[1236] بعد الشراء. فأمّا ما لم يثبت الشراء فإثبات القبض لا معنى له، فإذا لم يكن خصمًا في إثبات الشراء من حيث لم يسقط به الخصومة عنه لم يكن خصمًا في إثبات القبض.

قال أبو بكر: ومن أصحابنا من يحتجّ في ذلك بأنّ الخصومة من حقّ قد لزمه بدءًا، فلا سبيل له إلى إسقاطه عن نفسه ببيعه، وهذا لا معنى له، بل المعنى فيه ما ذكرنا من أنّ الخصومة لا تسقط[1237] عنه إلّا بالبيع، ولا سبيل إلى إثبات البيع، فإذا الخصومة باقية، ويدّل على أنّ العلّة فيه ما ذكرنا أنّهم قد قالوا: إنّ المدّعي لو اعترف بما ذكره المدّعى عليه من البيع والإيداع[1238] لم تكن[1239] بينهما خصومة، فصحّ أنّ العلّة فيه ما وصفنا.

قال محمد: فإن قضى بالعبد للمدّعي ثم جاء المشتري بعد ذلك، وأقام البيّنة على الشراء لم يلتفت إلى ذلك.

قال أبو بكر: من قِبل إنّه يريد إثبات انتقال ملك الحاضر إليه، وقد استحقّ ملك الحاضر، فيصير ذلك استحقاقًا يملك مدّعي الشراء من جهته بذلك على هذا أنّ المشتري يرجع بالثمن على البائع، ولو لم يكن ذلك قضاء على الغائب [129أ] لما وجب له الرجوع بالثمن، وإذا ثبت أنّه قضى عليه لم يلتفت إلى بيّنته إذا حضر.

قال محمد: ولو أنّ القاضي لم يقضِ بشهادة شهود المدّعي على البائع حتى حضر المشتري، فإنّ القاضي يدفع العبد إليه، وقضى عليه بشهادة الشهود الذين شهدوا على البائع، فإذا قضى رجع بالثمن على البائع لاعتراف الذي في يديه له، وهو

1236 إثباته
1237 يسقط.
1238 والابداع.
1239 لم يكن.

مالك في الظاهر إلى أن يقع الحكم بالاستحقاق، وقضى عليه بالشهادة التي سمعت على البائع، لأنّها قد سمعت على خصم، فلا يبطل ما تعلّق بالسماع من الحقّ بإقرار الذي في يده لغيره.

قال محمد: فإن صدّقه المدّعي بما منع فلا خصومة بينهما.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الظاهر أنّ العبد ملك للبائع، لأنّه في يده، فإذا أقرّ المدّعي بالبيع والقبض، فقد أقرّ بسقوط الخصومة، لأنّه قد صار ملكًا للمشتري في الظاهر، فالخصم هو المشتري. ألا ترى أنّ القاضي لو علم بالبيع والإيداع[1240] سقطت خصومة المدّعي، لأنّه قد صار ملكًا لغيره في الظاهر، فكذلك إذا أقرّ بذلك المدّعي.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا في يديه عبد أقام عليه رجل البيّنة أنّه عبده، وأقام الذي في يده العبد البيّنة أنّه باعه من فلان، ولم يقبض منه العبد، فإنّ الذي في يديه خصم، ولا يلتفت إلى بيّنة البائع.

قال أبو بكر: وذلك لما وصفنا من لزومه حقّ الخصومة، وادّعى به سقوطه بالبيع، ولا سبيل إلى إثبات البيع لعدم الخصم، ولا فرق بين القبض وغير القبض في ذلك، والله أعلم. [129ب]

باب من الدعوى والبينات

قال محمد: وإذا ادّعى رجل دارًا في يديّ رجل أنّه اشتراها من فلان، وهو يملكها، وجحد ذلك الذي في يديه الدار، وهو عند البائع، وأقام المدّعي البيّنة أنّها داره، ولم يشهدوا على الشراء، فإنّ الشهادة باطلة[1241]. وكذلك لو ادّعى الميراث من قِبل أبيه، ثم أقام البيّنة أنّها له، فهو باطل.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ الشهادة بإطلاق الملك توجب استحقاق الأصل. والدليل على ذلك: أنّ الباعة يتراجعون بالأثمان بعضهم على بعضٍ، فلمّا أقام البيّنة على ما يوجب له استحقاق الأصل، وادّعى هو ملكًا حادثًا من قِبل من ذكر أنّه انتقل إليه خالفت الدعوى الشهادة، فبطلت، لأنّا لو حكمنا له بملك غير حادث، لأنّ الشهادة اقتضت ذلك، ولا جائز لنا إسقاط ما تقتضيه الشهادة، وهو فإنّما ادّعى ملكًا حادثًا، فخالفت دعواه موجَب الشهادة فبطلت.

قال محمد: وكذلك لو ادّعى أنّه اشتراها من فلان، فسأله القاضي البيّنة، فجاء بشاهدين، فشهد أنّ فلانًا ذلك وهبها له، وقبضها منه، وهو يملكها، فالشهادة باطل[1242].

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الحكم بالشهادة يوجب[1243] الهبة، وادّعى هو الشراء، فبقي حكم موجَب الشهادة، فبطل.

[1240] والابداع.
[1241] باطل.
[1242] باطل.
[1243] توجب.

فإن قال قائل: أليس لو ادّعى أنّه اشتراها من أبيه، ثم أقام البيّنة أنّ أباه مات، وتركها ميراثًا له قبلتْ بيّنته.

قيل له: من قِبل أنّ الشراء إذا انفسخ حصل الملك له بالميراث، وبطلان الشراء لا يوجب له الملك بالهبة، فلذلك اختلفا. [130أ]

قال محمد: إلّا أن يقول: "اشتريتها منه، فجحدني"، ثم وهبها إلى بعد ذلك، ويأتي بالبيّنة على الهبة والقبض، فتقبل الشهادة.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ الشهادات محمولة على الصحّة، والجواز ما لم يكن في لفظ المدّعي إكذابها، فإذا قال المدّعي: "جحدني الشراء، ثم وهبها لي بعد ذلك"، فذلك ممكن أن يكون على ما قال، فإذا وجدنا للشهادة مخرجًا صحيحًا لم يحكم بتكذيبها.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا في يديه دار فادّعاها رجل أنّها له، والذي الدار في يديه يجحد ذلك، فأقام عليه شاهدين أنّها له، فقضى القاضي بها له، فأقرّ المقضي له أنّها دار فلان لا حقّ له فيها، وصدّقه في ذلك فلان، فقال المقضي عليه: "قد أكذب شاهديه حين ذكر أنها لفلان"، فإن القاضي يقضي بالدار للمقرّ له، ولا سبيل للمقضي عليه على المقضي له ولا على المقرّ له.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه جائز أن يكون المقرّ له ملكه من جهة المقضي له بعدما قضى له به، فلا يكون فيه إكذابٌ لشهوده.

فإن قال قائل: فما يقول: لو أقرّ بدين[1244] القاضي حين[1245] قضى له بالدار أنّها ليست له، وهي لفلان، وقد علم القاضي أنّه لم يقع بينهما بيع ولا هبة ولا سبب يوجب له الملك[1246] من جهته بعد القضاء هل يكون ذلك إكذابا؟

قيل له: لا يكون إكذابًا، لأنّه يحتمل أن يكون باعه من المقرّ له قِبل أن يحكم به القاضي له على أنّه فيه بالخيار، فلم يزل ملكه عنه، وكان الشهود صادقين فيما شهدوا له به، ثم انقضى وقت الخيار في ذلك المجلس، فانتقل إلى المقرّ له، وإذا كان للإقرار[1247] والشهادة [130ب] وجه صحيح يمكن حملها عليه لم تبطل به الشهادة، ولم يفسخ به قضاء القاضي.

قال محمد: ولو قال: "هذه الدار دار فلان، ولم تكن[1248] لي قطّ"، وصدّقه بذلك المقرّ له أخذها المقضي عليه.

1244 بدين له

1245 حين

1246 بالملك.

1247 + للإقرار، صحّ هامش.

1248 ولم يكن.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المقرّ والمقرّ له جميعًا قد اعترفا بأنّ الشهود كانوا كذّبةً فيما شهدوا به، وإنّ الحكم بشهادتهما كان باطلًا، وهما مصدّقان على أنفسهما فيما تضمنه اعترافهما، فلذلك ردّت الدار إلى يد من كانت في يده.

قال محمد: فإن قال المقرّ له: "إلّا أنّه وهبها لي بعد القضاء" أو "باعها منّي"، فإنّ الدار للمقرّ له، والمقرّ ضامن لقيمة الدار للمقضي عليه.

قال أبو بكر: قد ثبت إقراره للمقرّ له بدءًا، ولم يكن من المقرّ له ما يبطله، فصحّت الدار له، لأنّه لم يعترف ببطلان القضاء، وكذّب الشهود، ثم المقرّ قد اعترف بأنّ القضاء كان باطلًا، فيضمن قوله ذلك وجوب ردّ الدار إلى المقضي عليه لو لم يكن أقرّ بها لغيره. فلمّا أتلفها بإقراره لغيره ضمن قيمتها.

فإن قال قائل: فهلّا منع قوله: "بدءًا ما كانت لي قطّ" من صحّة إقراره للمقرّ له، إذ هو مكذِّب فيه لشهوده قبل إقراره.

قيل له: من قِبل أنّ الكلام إنّما يثبت حكمه بآخره، وإذا كان كذلك لم يحصل منه إكذاب للشهود إلّا مع صحّة إقراره لفلان، فيسلّم إليه، ولا يصدّق في حقّ المقرّ له بأنّها لم يكن له قط، ويدلّ على حكم الكلام يتعلّق على الفراغ منه، وإنّ إقراره بها لفلان، وإن وقع بيعه ما يدفعه من إكذابه لبيّنة [131ا] لا يمنع صحّته أنّه لو قال لزيد: "عليّ ألف درهم ولعَمرو" لم يمنع اعترافه بها لزيد بدءًا من صحّة إقراره لعمرو معه، ولو كان سكت على قوله: "لزيد عليّ ألف درهم" لاستحقّها كلّها.

قال محمد: ولو لم يقضِ[1249] القاضي بشهادة الشهود حتى أقرّ المدّعي أنّ الدار دار فلان، فصدّقه بذلك فلان، فشهادة الشهود باطلة إلّا أن يقول المقرّ: "هذه دار فلان بعتها إياه بعد شهادة الشهود"، ويصل ذلك بإقراره، فيحكم له بالدار، وإن أقرّ بذلك إقرارًا مُنقطعًا لم يحكم بشهادة شهوده.

قال أبو بكر: لا يجوز القضاء له بالملك مع إقراره في حال القضاء بنفيه، ولا يخلو[1250] الحاكم من أن يحكم بها للمقرّ أو للمقرّ له، ولا يجوز الحكم بها للمقر، لأنّه ناوٍ في حال القضاء لِمَا يريد القاضي أن يقضي به، ولا يحكم بها للمقرّ له، لأنّ الشهود لم يشهدوا به له.

فإن قال قائل: جائز أن يكون الدار قد صارت للمقرّ له من جهة المقرّ، فلا يُبقِي ذلك صحّة القضاء له كما قلت إذا أقرّ بذلك بعد القضاء. **قيل له**: الفصل بينهما: أنّه لا يجوز القضاء بالاحتمال، وكذلك لا يجوز بعد وقوعه فسخه بالاحتمال.

فإن قال قائل: فهلّا جعلت إقراره بها لفلان تمليكًا منه له قبل القضاء، فيكون بمنزلة قوله: "هي لفلان ملكتها إيّاه موصولًا بكلامه".

[1249] لم يقضى.
[1250] ولا يخلوا.

قيل له: إنّ الإقرار ليس بتمليك مبتدءً ولا إقرارًا[1251] أيضًا يملك الأصل، بل يفيد أنّ الملك له لا على معنى أنّه له من جهته، ولو كان الإقرار تمليكًا من جهة المقرّ لِمَا جاز إقرار المريض إلّا من الثلث، ولو أوجب الحكم [131ب] بملك الأصل لوجب الرجوع بالثمن على البائع إذا أقرّ به المشتري لغيره كالبيّنة لو قامت لوجب أن يبطل به عتق الذي هو في يديه، فلمّا لم يوجب استحقاق ملك الأصل.

قال محمد: ولو قال قبل الحكم: "ليست لي، ولكنّها لفلان، لأنّي بعتها منه بعد شهادة الشهود"، وقال ذلك موصولًا بكلامه، فإنّه يقضى له بالدار.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ حُكم الكلام إنّما يتعلّق بالسكوت عليه، فلمّا لم يحصل منه اعتراف بالدار لفلان إلّا من جهته لم يمنع ذلك الحكم بشهادة شهوده. ألا ترى أنّ شاهدين لو شهد الرجل أنّ هذه الدار التي في يديّ هذا الرجل له باعها من فلان أنّ القاضي يقضي له بذلك، ولا ينفي بيعه من فلان، والحكم بها للمشتري قبولَ الشهادة. فكذلك ما ذكرنا من حصول ملك الدار للمقرّ له على الوجه الذي أقرّ به المقرّ لا ينفي ما شهدت به الشهود.

فإن قال قائل: إنّما جاز قبول بيّنة البائع في المسألة التي استشهدت بها من قِبل أنّ البيّنة قد شهدت بالبيع أيضًا، وفي مسألتنا إنّما شهدت الشهود له بالملك، وهو الذي ادّعى البيع من غير بيّنة قامت به.

قيل له: إنّما أردنا أن نبيّن أنّ ذكر البيع لا يمنع الحكم له بالملك بشهادة شهوده له بإطلاق الملك، وبذلك على هذا أنّه لو باع الدار من رجل بين يديّ القاضي بعد شهادة شهوده، وحصل ملكها للمشتري لم يمنع ذلك من إمضاء الحكم بتلك الشهادة.

فإن قال: فكيف يصحّ الحكم بها للبائع [132أ] بشهادة شهود يشهدون له بالملك، وهو غير مالك لها في الحال، وإنّما هي ملك للمشتري.

قيل له: إنّ الملك وإن كان قد حصل للمشتري فإنّ القاضي يقضي للبائع بالملك في المعنى، ويقضي للمشتري بالملك من جهته، فلا يوجب ذلك ردّ الشهادة، لأنّ صحّة البيع من جهته متعلّقة بصحّة الملك له، فليس في الحكم بالبيع نفي لصحّة ملكه، ولا إبطال بشهادة شهوده.

قال أبو بكر: وأمّا إذا سكت بعد قوله: "إنّها ليست لي"، ثم قال بعد ذلك: "وهبتها لفلان" أو "بعتها منه" لم يلتفت إلى ذلك، ولم يحكم بشهادة شهوده من قِبل أنّ حكم إقراره قد ثبت بدءًا نافيًا لقبول شهادة شهوده، فلا يصحّ بعد ذلك بقوله: "إنّي بعتها".

[1251] ولا اقرار.

فإن قال قائل: هلّا قبلت قوله إذا فُسِّر بعد السكوت، وجعلت إقراره غير نافٍ للشهادة كما لو ادّعى هبة من قِبل مَن في يده الدار، وأقام البيّنة على الشراء من جهته، وقال: "جحدني الهبة، فاشتريته منه" قُبل تفسيره، ولم يجعل دعواه الهبة بدءًا إكذابًا لشهادة[1252] شهود المشتري.

قيل له: الفصل بينهما: أنّه مدّعي لملك الشيء مِن جهة مَن في يده في الحالين جميعًا، فإن لم يصح له من أحد الوجهين صحّ له من الجهة الأخرى لقيام البيّنة عليه، وقبلنا تفسيره، إذ ليس فيه نفي لدعواه الملك من جهته. وأمّا في مسألتنا فإنّه لم يدَّع الملك، وإنّما أراد إثبات الملك في الأصل لنفسه، وقد اعترف بما يمنع قبول شهادة شهوده، فلم يجز قبولها بعد ذلك.

مسألة

قال محمد: ولو أقام البيّنة على دار في يديّ رجل أنّها دار ابنه، مات وتركها ميراثًا له، فقضى [132ب] القاضي بها له، ثم جاء رجل، فادّعى أنّ الدار داره اشتراها من فلان الميّت أبـي المقضي له بها في حياته بألف درهم، وصدّقه بذلك المقضي له، فإنّ الدار تردّ[1253] على الذي كانت في يده، ويُفسخ القضاء فيها، ويقال للمدّعي للشراء: "أقمْ البيّنة أنّها كانت لفلان، وأنّك اشتريتها منه".

قال أبو بكر: قد أجمع مدّعي الشراء والوارث المقضي له بأنّه لم يجز فيها ميراث، وأنّ الحكم بالشهادة كان باطلًا، فصدّقا على أنفسهما، وبطل القضاء في حقهما، فيردّ الدار على من كانت في يده.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا في يديه دار، فأقرّا بها لهذا الرجل لا حقّ له فيها، فقال المقرّ له: ما كانت لي قطّ، ولكنّها لفلان، وصدّقه فلان بذلك، فهي لفلان المقرّ له. فإن قال الذي الدار في يديه: لا حقّ لواحد منكما، لأنّ الذي أقررت له قد جحد أن تكون الدار له لم يُلتفت إلى قوله، وتكون الدار للمقرّ له الآخر.

قال أبو بكر: لم يحصل من المقرّ الثاني ردّ إقرار الأوّل إلّا مع إقراره للآخر، وذلك لأنّ حكم الكلام إذا كان موصولًا أن يتعلّق حُكمه بآخره، وكأنّ جميعه وقع معًا. والدليل على ذلك أنّه لو قال: "هذا العبد لزيد ولعمرو" لكان لهما، ولم يجز أن يقال: إنّه لما اعترف به لزيد بدءًا وجب ألّا يصحّ إدخال عمرو معه، بل صار كقوله: "هذا العبد لهذين"، فكذلك إقرار الثاني لمـّا حصل مع ردّ إقرار الأوّل لم يثبت الردّ لصحّة إقراره للثاني، وإنّما صار إقراره للثاني أولى من ردّ إقرار الأوّل، وإن حصلا معًا ملكًا له من قِبل أنّ العبد لمـّا حصل ملكًا له في الظاهر جائز التصرّف فيه صحّ [133أ]

[1252] بالشهادة.

[1253] يرد.

إقراره به للآخر، ولم يثبت الردّ، لأنّ الردّ ليس بتصرّف فيه في العبد، وإنّما معناه: أنّ إقرار الأوّل لم يصح لي، وهذا القول لا يصحّ منه مع إقراره به لفلان.

فإن قيل: والإقرار لفلان لا يصحّ منه مع ردّ إقرار الأوّل، فقد قلنا: إنّه ليس بتصرّف من جهته، فلذلك لم يثبت حكمه، وكان حكم إقراره للثاني أولى. وأيضًا فالأوّل معترف أنّه ليس له، وكذلك الثاني، وكان المقرّ له الآخر أولى.

قال أبو بكر: ولا يشبه هذه[1254] البيّنة من قِبل أنّ المقرّ الأوّل والثاني معترفان أنّها ليست لهما، فيقبل إقرارهما على أنفسهما في حقّ المقرّ له الثاني، فثبت إقراره له ولم يبطل، وليس كذلك البيّنة، لأنّ المقضي عليه لم يعترف بأنّها ليست له، بل قد كان يدّعيها لنفسه، فهو قد أكذب[1255] شهوده، وكذلك المقرّ له الثاني معترف ببطلان تلك الشهادة.

قال محمد: ولو أنّ المقرّ له الأوّل قال: "لم تكن هذه الدار لي قطّ"، وسكت، ثم قال بعد ذلك: "هي لفلان" لم يصدّق، وكانت الدار للذي هي في يديه.

قال أبو بكر: لما سكت على قوله: "لم تكن[1256] لي قطّ" عادت الدار إلى ملك المقرّ الأوّل، فلا يُصدّق بعد ذلك على إخراجها عن ملكه وإقراره بها لغيره، ولا يشبه الكلام الموصول في هذا المقطوع. ألا ترى أنّ رجلًا لو قال لفلان: "عليّ ألف درهم من ثمن متاع باعنيه[1257]"، فقال الآخر: "ما كان لي عليك ألف درهم من ثمن متاع، ولكن لي عليك قرضًا" أخذها منه، ولو قال: "ما كان لي عليك ألف درهم قط من ثمن متاع"، وسكت، ثم ادّعى القرض بعد ذلك لم يصدّقْ، وكان المقرّ بدءًا ممّا أقرّ له به، وذلك لأنّ الكلام الموصول إنّما أوجب نفي الجهة، ولم يوجب نفي أصل المال، والكلام [133ب] المقطوع أوجب نفي الأصل، فلذلك اختلفا.

فإن قال قائل: لِمَ لم يكن[1258] قوله: "ولكن لي عليك ألف" قرض[1259] استئنافًا، وإن كان موصولًا بكلامه كما قالوا في الأمَة: "إذا تزوّجت على مئة درهم بغير إذن مولاها"، فقيل للمولى: "أجز النكاح"، فقال: "لا أجيزه، ولكن أجيزه بمئة وخمسين"، أنّ ذلك مُبطِل للعقد الأوّل وقوله: "ولكنّي أجيزه" استئناف كلام.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ النكاح لم يحصُل جائزًا بقوله: "ولكنّي أجيزه بمئة وخمسين"، وقد حصل الكلام الأوّل نفْيًا للإجازة، وفي مسألتنا قوله: "ولكن لي عليك ألف قرضًا[1260]" إذا بطل الألف من جهة البيع أثبتناه قرضًا، ولم يثبت هناك نكاح بمئة وخمسين. وفرق آخر: وهو أنّه لا يمكنه ادّعاء القرض إلّا على هذا الوجه، فيجوز أن يقول: "ما لي

[1254] هذا.
[1255] فقد أكذب.
[1256] لم يكن.
[1257] باعيته (**باعيته**)
[1258] لا كان.
[1259] فرض.
[1260] قرض.

عليك من ثمن بيع"، لأنّها قرض، ولا يحتمل في النكاح حمله على هذا الوجه، لأنّه لا يصحّ أن يقول: "لا أجيزه بمئة، لأنّي أجيزه بمئة وخمسين"، فلذلك اختلفا، وأيضًا فإن قوله: "ما كان لي عليك ألف من ثمن بيع" إنّما هو نفي لجهة واستئناف لجهة أخرى، فلم يتضمن ذلك نفي أصل المال، إذ لم يسكت عليه.

مسألة

قال محمد: وإذا كانت الدار في يديّ رجل، فادّعى[1261] آخر أنّها داره ورثها عن أبيه، وأقام البيّنة أنّ أباه مات في هذه الدار، وأقام البيّنة أنّها كانت دار أبيه مات فيها، ولم يشهدوا أنّه مات، وتركها ميراثًا، فإن الشهادة باطلة[1262].

قال أبو بكر: موته في الدار لا يُثبت له به يدًا[1263] فيها، لأنّه ليس بتصرّف في الدار، وما لم يكن تصرّفًا فيها لم يثبت له بها يدٌ. وأيضًا فكونه في الدار حيًّا لا يوجب له اليد، فكونه ميّتًا فيها أحرى[1264] ألّا يثبت به يد. [134أ] ألا ترى أنّ من دخل دارًا إنسان لا تصير[1265] الدار في يده، وإذا كان كذلك لم يستحق المدّعي بهذه الشهادة شيئًا، وبذلك على أنّ دخوله دارًا لا يوجب له فيها يدًا أنّ من أوجب ضمان الدُور بالغصب لا يجعله غاصبًا بدخولها بغير أمر مالكه ما لم يمنع مالكه منها، فصحّ بذلك أن كونه في الدار لا يثبت له به يد.

قال أبو بكر: وأمّا قولهم: "كانت لأبيه مات فيها"، فإنّه لا يستحقّ به الملك أيضًا من قِبل أنّ قولهم: "كانت لأبيه" مجرّدًا من قولهم: "مات فيها" لا يستحقّ به شيئًا، لأنّا قد علمنا زوال ذلك الملك، فلا يجوز الحكم به مع العلم بزواله حتى يثبتوا إلى من انتقل، فيثبت الملك من جهته لمن انتقل إليه.

فإن قال قائل: فلو شهدوا لحيّ أنها كانت داره استحقّها، وإن لم يقولوا أنّه مالكها في الحال، لأنّه متى ثبت له الملك في وقت، فذلك الملك ثابت أبدًا حتى يعلم زواله. كذلك ينبغي أن يثبت الملك للميّت بقولهم: "كانت له"، ثم إذا لم يستحقّه عليه غيره انتقل إلى وارثه.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ الوارث محتاج أن يثبت ملك نفسه في الحال بشهادة الشهود. فأمّا إثبات ملكٍ كان لأبيه قد عُلم زواله، فليس يجوز الحكم به، ولا يستحقّ الوارث به شيئًا. ألا ترى أنّهم لو شهدوا لحيّ أنّها كانت له، وقالوا مع ذلك: "نعلم أنّها ليست له في الحال" لم يستحقّ بهذه الشهادة شيئًا، فكذلك شهادتهم بأنّها كانت للأب مع علمنا بزوال ملك الأب لا يستحق بها شيئًا، إذ لم يثبتوا للوارث ملكا في الحال.

[1261] فادّاعا.
[1262] باطل.
[1263] يد.
[1264] أخرى.
[1265] لا يصير.

فإن قال: أفليس شهدوا أنّ أباه مات [134ب] وهي في يديه، حكم بها ملكًا له، وإن لم يشهدوا أنّه مالكها في الحال، وقد علمنا زوال ملك الأب في هذه أيضًا.

قيل له: نظير هذا أن يشهدوا أنّها كانت لأبيه إلى أن مات، ومات أبوه، وهو مالكها. ألا ترى أنّهم لو شهدوا أنّها كانت في يديّ لم يحكم له بشيء، لأنّ يدًا كانت لأبيه أو ملكًا كان له زائل في الحال لا يجوز الحكم به، ويدلّك على هذا أنّ أصحابنا قالوا: لو شهدوا أنّها كانت في يديّ هذا الحيّ لم يستحق اليد بذلك، لأنّا قد علمنا زوال تلك اليد، فلا يجوز الحكم بها بشهادة الشهود مع العلم بزوالها. كذلك إذا قالوا: كانت لأبيه قد علمنا زوال ذلك الملك، فلا جائز الحكم به مع العلم بزواله فيما يشهد لذلك أيضًا قولهم في اختلاف المستأجر والمؤجّر[1266] مع انقطاع ماء الرجاء أنّ القول قول المستأجر لظهور انقطاعه في الحال، وبطل اعتبار حكم التسليم الأوّل. كذلك العلم بزوال الملك الذي شهدت به البيّنة يمنع الحكم به، ونظير الحيّ جريان ماء الرجاء وقت الاختلاف في بقاء حكم التسليم الأوّل. كذلك الحيّ إذا قالوا: "إنّها كانت له"، فذلك الملك حكمه قائم أبدًا حتى يعلم زواله. وأمّا إذا شهدوا أنّ أباه مات، وهو يملكها، فهذه شهادة بزوالها إلى الورثة، وإن لم يصرفوا به كما أنّهم لو شهدوا لرجل على إجزائه باعه هذه الدار، وهو يملكها، كانت بمدّة الشهادة شهادة بزوال الملك إلى المشتري.

قال أبو بكر: وينبغي على قول أبي يوسف أن يثبت ملك الدار للميّت بشهادتهم أنّها كانت له، ويكلّف الوارث إقامة البيّنة على عدد الورثة على ما قاله في كتاب الدعوى.

مسألة

[135أ] **قال محمد**: ولو شهدوا أن أباه مات، والدار في يديه أو شهدوا أنّه مات، وهو[1267] ساكن فيها، فإنه يقضي بها له.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الموت جهة ينتقل بها الملك كما أنّ البيع جهة ينتقل بها الملك، فلو شهدوا بالبيع والتسليم كانت شهادة بالملك كذلك إذا شهدوا بالموت واليد. والمعنى في ذلك كلّه: أنّ الأملاك لا سبيل إلى إثباتها إلّا من طريق ظاهرِ التصرّف، فإذا وجدنا تصرّفًا وجهه[1268] ينتقل به[1269] الملك حكَمنا بالملك.

قال محمد: ولو شهدوا أنّه مات، وهو لابس هذا القميص حكم به له.

قال أبو بكر: اللُّبس يدٌ وتصرّف في الثوب. ألا ترى أنّ من لبس ثوب غيره ضمنه لحصوله في يده.

قال محمد: ولو قالوا: مات وهو قاعد على هذا البساط لم يستحقّ بهذا شيئًا.

[1266] والمواجر.
[1267] وهي.
[1268] وجهةً.
[1269] بها.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لا يصير في يده بقعوده عليه. ألا ترى من دخل دار إنسان، فقعد على بساطه لم يصرف في يده.

قال محمد: ولو شهدوا أنّ أباه مات وهو قاعد على هذا الفراش أو على هذا البساط أو قالوا: "نائم على هذا البساط" لم يستحق الوارث شيئًا، لأنّ القعود على البساط والنوم[1270] عليه لا يوجب له اليد لما وصفنا. ألا ترى أنّ من دخل دار إنسان، فقعد على بساط فيها[1271]، ثم تنازعا البساط كان صاحب الدار أولى باليد من الجالس عليه، وكذلك لو كان نائمًا عليه.

قال محمد: ولو قالوا: يشهد أنّه مات، وهو راكب هذه الدّابة وحامل لهذا الثوب أو لهذا المتاع قضى به للوارث.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الركوبَ [135ب] والحمل تصرّف يثبت به اليد للراكب والحامل. ألا ترى أنّ من ركب دابّة غيره أو حمل متاعه ضمنه.

مسألة

قال محمد: ولو شهدوا أنّه مات، وهذا الثوب موضوع على رأسه، ولم يشهدوا أنّه كان حامله لم يستحق شيئًا.

قال أبو بكر: من قِبل أنّهم لم يثبتوا له فيه تصرّفًا ولا يدًا، إذ قد يضعه غيره على رأسه، فلا يكون هو حاملًا له.

قال محمد: أرأيت لو أنّ أحدهما جالس على بساط، والآخر متعلّق به، وكلاهما يدّعيه ألم يكن بينهما نصفين، وإنّما صار بينهما نصفين بدعواهما أنّه لهما لا بغير ذلك.

فإن قال قائل: لو لم يكن قد حصلت أيديهما عليه ما حُكِم به بينهما نصفين، كما قالوا في دار ادّعى رجلان كلّ واحد منهما أنّها في يديه أنّا لا نجعلها في يديّ واحد منهما، وإن لم تكن[1272] الدار في يد غيرهما، ويُطالب كلّ واحد منهما بالبيّنة على ما يدّعي.

قال أبو بكر: فصل أبو الحسن رحمه الله بينهما بأن قال: إنّ اليد على الدار لا تكون[1273] مشاهدة، وجائز كونها في يد غيرهما وإن لم يعلمها في الحال، وليس كذلك البساط، لأنّا قد علمنا حين رأيناه في الطريق أنّه ليس في يد أحد، إذ كانت اليد تثبت عليه من طريق المشاهدة، وإذا كان ذلك كذلك حصل في أيديهما لعلمنا بأنّه لا يد عليه لغيرهما، ولم يحصل لنا العلم في الدار بعدم يد غيرهما عليهما.

[1270] واليوم.
[1271] + فيها.
[1272] وان لم يكن.
[1273] لا يكون.

قال محمد: ولو أنّ دارًا في يديّ رجل قال لآخر: "كنتُ أمس ساكنًا في هذه الدار وكان[1274] ثوبًا"، فقال: "كنتُ أمس حاملًا لهذا الثوب على عاتقك" كان كلّ أحقّ به من الذي في يديه، ولو قال: "كنت أمس جالسًا [136أ] في هذه الدار" أو "نائمًا على هذا البساط" أو "قائمًا على هذه الوسادة" لم يستحق المقرّ له بهذا شيئًا.

قال أبو بكر: أراد محمد إيضاح ما تقدّم في الفرق بين هذه المسائل.

باب من الدعوى والبيّنات والإقرار في ذلك

قال محمد: وإذا كانت الدار في يديّ رجل يدّعي أنّها داره، فأقام رجل البيّنة أنّها داره، ورثها عن أبيه فلان لا وارث له غيره، وأقام أخو الذي الدار في يديه البيّنة أنّها دار أبيه فلان مات، وتركها ميراثًا له ولأخيه هذا الذي الدار في يديه لا وارث له غيرهما، والذي في يديه يجحد ذلك، ويدّعي أنّها داره، فإنّ القاضي يقضي للذي أقام البيّنة أنّها داره ورثها عن أبيه خاصّة، ولا وارث له غيره بثلاثة أرباع الدار، ويقضي للآخر الذي أقام البيّنة أنّها دار أبيه ورثها هو وأخوه هذا بربع الدار، ويبطل حقّ الذي الدار في يديه، ولا يحصل له شيئًا.

قال أبو بكر: الأخ الخارج خصم أبيه في إثبات الميراث، فصار كأنّ الميّت حضر مع الأجنبيّ، وأقاما البيّنة على الدار، فيقع في التقدير الحكم بنصفها للميّت والنصف للأجنبيّ، ثم النصف المحكوم به للميّت يستحقّ الخارج منه الربع والذي في يديه الربع، والربع المحكوم به للذي في يديه من جهة الميّت يكون الأجنبيّ أولى به، فيحصل له ثلاثة أرباع الدار.

فإن قال قائل: فما الفرق بين هذا وبين أن يُقضى بالدار للأجنبيّ، ثم أقام الأخ البيّنة، فيُقضى له بالنصف.

قيل له: كما أنّ الرجلين [136ب] لو أقاما البيّنة على الملك قُضي به بينهما نصفين، ولو قضي لأحدهما أولًا، ثم أقام الآخر قضي به كلّه للآخر.

قال أبو بكر: وكان أبو الحسن يقول: من الناس من يظنّ أنّ هذه محمولة على مسألة الدعوى في دار ينازعها رجلان ادّعى أحدهما جميعًا والآخر نصفها، وأقاما بيّنة، فهو بينهما على ثلاثة أرباع والربع، لأنّ صاحب النصف لا ينازع إلّا في النصف، فقد سلّم نصفها لصاحب الجميع، والنصف المتنازع بينهما نصفين، وهذا قول أبي حنيفة. وفي قول أبي يوسف ومحمد أثلاثًا.

قال: وليست هذه من مسألة الدعوى في شيء، وهذا الجواب قولهم جميعًا، والفرق بينها وبين مسألة الدعوى: أنّ صاحب النصف في الدعوى ليس يدّعي أكثر من النصف، وفي هذه يدّعي الأخ الخارج جميعًا للميّت، وإنّما يحكم لكلّ واحد منهما بالنصف للمزاحمة، فلذلك[1275] اختلفا.

[1274] يبدو هنا يوجد سقط، تقديره "لابسًا" أو "حاملًا ثوبًا".
[1275] فذلك.

قال أبو بكر: وروى ابن سماعة في نوادره عن محمد في هذه المسألة أنّ رجلًا لو أقام البيّنة بعد ذلك على دَين الميّت يستغرق نصف الدار، ولا مال للميّت غير ذلك قضيتُ[1276] بنصف الدار للميّت إذا ثبت دين الغريم ببيّنته على الميّت بمحضر من وارثه، فيؤخذ من الأجنبيّ ربع الدار من الثلاثة الأرباع التي كان قضي بها له. والربع الذي في يديّ الابن حتى يصير للأجنبيّ نصف الدار، وللميّت نصف الدار، ولا أسألهم إعادة البيّنة على ما للميّت من هذه الدار من قِبل أنّ البيّنة شهدوا بمحضر من خصم على ما استحقّ به الميّت نصف الدار، وإنّما منعني من أن أقضي له عند ذلك بنصف الدار، لأنّ الذي كان يصل إليه نصف ذلك النصف أكذب البيّنة، فلمّا جاء من يستحقّ ذلك النصف [137أ] غير من أكذب لم يلتفت إلى إكذابه، لأنّه لا يستحقّه بوجه.

قال محمد: فإن لم يأتِ للميّت غريم حتّى صار الشهود الذين شهدوا بالدار محدودين في قذف أجنبيّ رجعوا عن شهادتهم، فلم يُقضَ بشهادتهم حتّى رجعوا عنها أو صاروا محدودين في قذفٍ، فلا يُقضى بها.

قال محمد: وليس للذي الدار في يده أن يدخل مع أخيه في الربع الذي صار له.

قال أبو بكر: لأنّه لمـّا أنكر الميراث واعترف بأنّه لا يستحقّ منها شيئًا من جهة الميراث، ثم حكمنا بنَصيبه للآخر بطل حقّه من الدار كرجلين ورثا ألفي درهم عن أبيهما، فاقتسماها نصفين، ثم أقرّ أحدهما بألفٍ[1277] لرجل، ثم أراد مشاركة أخيه فيما حصل له، فإنّه ليس له ذلك، لأنّه[1278] أبطل حقّ نفسه بإقراره، فصُدّق على نفسه، ولم يُصدّق على أخيه، فكذلك الذي في يده الدار لما أنكر أن يستحقّ بالميراث رُبع الدار صُدّق في حقّ نفسه، فقضى به للأجنبيّ، ولم يصدّق في حقّ أخيه، فلم يدخل معه. وأيضًا فإنّ القاضي قد قضى في التقدير للذي في يده بالربع من جهة الميّت، ثم استحقّه الخارج الأجنبيّ، فلا يبقى له شيء يشارك به أخاه.

قال محمد: فإن أقرّ الذي الدار في يديه بالميراث من جهة أبيه بعدما سمع القاضي من شهود أخيه، فهذا والأوّل سواء.

قال أبو بكر: وذلك لما وصفنا من أنّ أحد الورثة خصم عن الباقيين[1279] في إثبات ملك الميّت وفي الاستحقاق عليه، وكون التزكية في يد بعضهم كهي في يد جميعهم، فلمّا أقام الخارجان البيّنة على من في يده الدار، وسمع منهما[1280] تعلّق لكلّ واحد منهما على الذي في يده بالسماع حقّ الحكم له بنصيبه من تركة الميّت إذا زُكّيت [137ب] البيّنة، فالذي في يديه إذا أقرّ بما ادّعى أخوه بعد إنكاره، فإنّما أراد إبطال حقّ أخيه، ولا سبيل له إلى ذلك، فصار كأنّه لم يقر.

[1276] قضيتْ.
[1277] بالفه.
[1278] + لأنّه.
[1279] لما تعرف ما تعلق
[1280] منها.

قال أبو بكر: وهذا كما من في إقرار المدّعى عليه لأحد المدّعيين بعدما سمع من شهودهما أنّ إقراره لا يؤثّر في إبطال بيّنة المقرّ له.

قال محمد: ولو كان أقرّ بهذا قبل أن يسمع القاضي من شهودهما قضى بالدار كلّها للرجل الأجنبيّ، وبطل حقّ الوارثين.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ الذي في يديه صار خصمًا عن الميّت، فإذا صار خصمًا عنه وقع القضاء على الميّت، فلا يجوز أن يستحقّ الوارث الآخر شيئًا من جهة الميّت فيما قد استحقّ عليه.

مسألة

قال محمد: ولو أقام الأجنبيّ البيّنة على الذي هو في يديه، وهو يدّعي أنّها له، فقضى القاضي للأجنبيّ، ثم أقام الأخ البيّنة على الميراث من جهة[1281] أبيه، فإنّ القاضي يقضي له بنصف الدار على الأجنبيّ الذي هي في يديه.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ بيّنة الأجنبيّ لم يُحكم بها على الميّت، وإنّما حكم بها على الذي كانت الدار في يديه، فلمّا جاء الأخ، فأقام البيّنة، وهو يدّعي ميراث نصف الدار لم يحكم له بأكثر ممّا يدّعي، فحكم له بنصف الدار، ولا يشركه أخوه في هذا النصف من قِبل أنّ النصف المتروك في يد الأجنبيّ هو نصيبه خاصّة، فلمّا استحقّ الأجنبيّ نصيبه لم يجز أن يشارك أخاه فيما أخذ.

قال محمد: وكذلك لو كان الذي الدار في يديه أقرّ أنّها ميراث عن أبيه بعد سماعه من بيّنة الخارج، فهو مثل هذا.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ السماع وقع عليه، وليس بخصمٍ عن الميّت حينئذ، وإذا وقع السماع على هذا الوجه لم يبطل بإقراره [138أ] لما فيه من إبطال حقّ الأخ في قبول بيّنته على الخارج. وأيضًا فإنّ السماع وقع بدءًا على أن يكون القضاء عليه خاصّة، فلا يصدّق على تحويل القضاء إلى الميّت كما لو أنّ رجلًا ادّعى دارًا في يديّ رجل، وأقام البيّنة أنّها له وادعًا الذي في يديه أنّها لغائب، ثم قدم الغائب، فجَعلت في يده لم يبطل حقّ المدّعي، لأنّه إنّما تعلّق له بالسماع حقّ القضاء على الذي كان في يديه، فلا يصدّق على تحويل القضاء عنه إلى الغائب.

قال محمد: ولو كان الذي الدار في يديه أقرّ قبل السماع من شهود المدّعي أنّها ميراث من قِبل أبيه، والمسألة على حالها لم يقبل القاضي بيّنة الأخ بعد ذلك على الميراث، لأنّ الذي كانت في يديه قد كان خصمًا عن الميّت، فصار ذلك قضاء على جميع الورثة.

مسألة

[1281] + ان.

قال محمد: وإذا كانت الدار بين ثلاثة نفر غير مقسومة فمات أحدهم، فأقام رجل البيّنة أنّه أخو الميّت، ووارثه لا يعلمون وارثًا غيره، فقضى له القاضي بنصيب الميّت، وأدخله معهم في الدار، ثم جاء رجل، فادّعى أنّه ابن الميّت، فكذّبه الأخ، وصدّقه الشريكان في الدار، فأراد أن يدخل معهما في نصيبهما لم يكن له ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه يريد استحقاق الملك من جهة الميّت، وقد قضى القاضي بنصيب الميّت للأخ، فلا شيء للذي ادّعى أنّه ابن وإن صدّقه الشريكان. ألا ترى أنّ من غصب من رجل ثوبًا، فهلك في يده، فضمنه المغصوب منه قيمته، ثمّ إنّ رجلًا استحقّه بيّنته أنّ له أن يضمن الغاصب قيمته، ويرجع [138ب] الغاصب على المغصوب الأوّل بما دفع إليه، وإن كان مقرًّا بأنّ الثوب له هو[1282] المستحقّ، فيبطل في استحقاقه من قِبل أنّ القاضي قد حكم به للمستحقّ بيّنته، كذلك إذا وقع الحكم من القاضي بنصيب الميّت للأخ لم يأخذ الابن شيئًا بتصديق الشريكين. ألا ترى أنّ رجلًا لو أقام البيّنة أنّه اشترى نصيب الميّت منه في حياته، ونقده الثمن، فقضى القاضي له به، ثم أقرّ الشريكان بابنٍ وكَّدنا[1283] شهود المشتري أنّ الابن لا يدخل معهما فيما في أيديهما. والمعنى في ذلك كلّه: أنّ اعتراف الشريكين إنّما حصل في ذلك الغير، وإقرار الإنسان غير جائز في ملك غيره.

قال محمد: ولو كان الوارث دخل في نصيب الميّت بغير قضاء قاضٍ[1284]، فادّعى أنّه له ورثة عن أخيه فلان، ولم تكن له بيّنة إلّا أنّه في يديه وتركه القاضي في يده، ثم جاء رجل، فادّعى أنّه ابن الميّت، ولم تكن للابن بيّنة على دعواه، وقد أقرّ الشريكان أنّه ابن الميّت لا وارث له غيره، فإنّه لا يقضى له بشيء ممّا في يد الأخ، ويدخل مع الشريكين، فيأخذ منهما ثلث ما في أيديهما.

قال أبو بكر: الأخ لم يستحق نصيب الميّت، ولم يحكم له فيه بالملك، وإنّما دخل معهما، فحصل في يده ثلث الدار مشاعًا، فكأنّه غاصب غصب ثلث الدار مشاعًا في حقّ الابن أثلاثًا. ألا ترى أنّه لو عرّف ثلث الدار حتى غلب عليه دخله كان باقي الدار بين الشريكين والابن أثلاثًا.

مسألة

قال محمد: فإن قسموا[1285] الدار في المسألة الأولى التي أقام فيها الأخ البيّنة، فصار في يديّ كلّ واحد منهم ثلث الدار، فإنّ الابن يأخذ [139أ] من كلّ أحد من الشريكين ثلث ما صار له.

قال أبو بكر: كلّ قسمة وقعت على القيمة، فهي في معنى البيع عندهم، فيصير ما يحصل لكلّ واحد منهم من الدار ثلثه ممّا كان له، وثلثاه أخذه من صاحبيه بما سلّمه إليهما من نصيبه. ويدلّ على أنّ القسمة الواقعة على القيمة بمعنى البيع

[1282] وان.
[1283] وكدنا
[1284] قاضي.
[1285] فان اقسموا.

أنّ من كان له نصف دار، فقاسم شريكه ليس يكاد يتّفق أن يحصل له نصفها سواء، بل يحصل له أقلّ من النصف تارّةً، وتارّةً أكثر على حسب قيمة الموضع. ويدلّ عليه من أصولهم: أنّ من اشترى نصف دار، ثم قاسم البائع لم يجز له أن يبيع النصف الذي حصل له بالقسمة مرابحةً على ما اشترى.

فإن قال قائل: فلو اشترى نصف دار، ثم قاسم البائع، ثم جاء الشفيع أخذه مقسومًا إن شاء، ولم يكن النصف الحاصل له بالقسمة بمنزلة ما اشترى نصفه بنصف نصيبه.

قيل له: هذا لا يُخرج القسمة من أن تكون في حكم البيع من الوجه الذي ذكرنا. وأمّا المعنى في أخذ الشفيع فهو أنّه لو فسخ القسمة لاحتجنا إلى إعادتها، ولا معنى لفسخها وإعادتها، فلذلك له سبيل إلى فسخها.

قال أبو بكر: وأمّا قسمة المكيل والموزون فهي تميّز الحقوق، وليس فيها معنى البيع. ألا ترى أنّ القسمة تقع[1286] فيهما على الآخر إلّا على القيم. ألا ترى أنّ واحدًا منهما لا يحصل له المقدار الذي كان له في الأصل إن كان قفيزًا فقفيز، وإن كان أقلّ من ذلك أو أكثر حصل له مقدار ما كان له بدءًا قبل القسمة، ولأجل ذلك أجازوا بيع نصيبه بعد القسمة مُرابحةً. ويدلّ على ذلك: أنّ التفاضل لا يجوز فيها، ويجوز فيما تقع[1287] القسمة فيه على القيم. وإذا صحّ [139ب] ما وصفنا في الفضل بين المكيل والموزون وغيرهما قلنا في مسألتنا: إنّ قسمة الدار واقعة على القيمة، ففيها معنى البيع قد اعترف الشريكان كلّ واحد منهما أنّ ثلث ما في يده ممّا كان للميّت أخذه بأن سلّم بإزائه إلى الأخ ثلث ما كان له، فصار كرجل أقرّ بعبْد في يد زيد لعمرو، ثم اشتراه، فسلّمه إليه. وأمّا قبل قسمتها فإنّما لم يدخل الابن مع الشريكين، لأنّه قد قضى بنصيب الميّت للأخ، وكلّ واحد منهم في يده ثلث مشاع، وهو الذي كان له في الأصل، فهو كمقرّ بعبد زيد لعمرو لا يلزمه تسليم شيء، فإن ملكه سلّمه إليه، وليس ذلك مثل دخول الأخ في الثلث مشاعًا بغير استحقاق، فيدخل الابن مع الشريكين من قبل أنّ الأخ غير محكوم له بشيء من الدار، وهو كالغاصب في إقرارهما، فلا يكون الغصب من نصيب الابن دونهما.

قال محمد: ولو كان ذلك شيئًا من المكيل والموزون، فقسموه[1288]، وأخذ كلّ واحد منهم ثلثه لم يشركهما الابن إذا استحقّ الأخ نصيبه بالبيّنة.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّ قسمة المكيل والموزون تُـمَيِّز الحقوق، وفي غيرهما في معنى البيع، فكان الذي حصل له بالقسمة من المكيل والموزون هو حقّه الذي كان له قبل القسمة، وإنّما مسبره[1289] بالقسمة.

مسألة

[1286] يقع.
[1287] يقع.
[1288] فاقسموه.
[1289] مسيره (مسبره)

قال محمد: وإذا مات الرجل فترك موالي ثلاثة وترك دارًا، ولا وارث له غيرهم، فأخذوها بينهم أثلاثًا، ثم مات منهم رجل، فأقام رجل البيّنة أنّه أخوه لأبيه وأمّه لا وارث له غيره، فقضي له بنصيبه، ودفع إليه غير مقسوم، فباعه من رجل، ودفعه إليه، فأودعه المشتري [140أ] رجلًا، وغاب، فجاء رجل، فأقام البيّنة أنّه ابن الميّت الآخر ووارثه لا وارث له غيره، وصدّقه بذلك الشريكان، والقاضي الذي اختصم إليه غير القاضي الذي قضى للأخ بالميراث، فإنّه يقضي بنسب الابن، ويجعله الوارث دون الأخ، ولا يقضي في النصيب الذي باعه الأخ من الدار بشيء حتى يحضر المشتري، ولا يقضي على الشريكين بشيء ممّا في أيديهما، فإذا حضر المشتري أخذ النصيب الذي اشترى، فردّ على ابن الميّت.

قال أبو بكر: وكان أبو الحسن يقول: المسألة مبنية على أنّه قد علم الشراء والوديعة.

قال أبو بكر: وإنّما لم يقضِ للابن بشيء ممّا في يد المودع من قِبل أنّ المودع ليس بخصم له في الملك، والأخ ملكه[1290] زائل عن الدار في الحال في الظاهر، فلذلك لم يحكم بشيء، وإنّما قضي بنسب الابن، لأنّ الأخ خصْم في ذلك، وإن لم يحكم له بأخذ النصيب في الحال، لأنّه إنّما يصير خصْمًا له في النسب بدعواه للحقّ، وإن لم يثبت بعد. ألا ترى أنّه لو ادّعى أنّه وكيل فلان بما له قبله صار خصمًا له في إثبات الوكالة عليه، وإن لم يثبت الحقّ بعد، وإنّما شرط أنّ القاضي الذي اختصم إليه في ذلك غير القاضي الأوّل الذي قضى للأخ بالميراث من قِبل أنه لو كان هو القاضي الأوّل لنقص[1291] فضله، وأخذ نصيب الأخ من الذي في يده، ودفعه إلى الابن، لأنّه لمـّا ثبت نسبه تبيّن أنّ حكمه للأخ كان خطأ، وأنّ الأخ غاصب في أخذه، فصار إلى يد المودع من يد ظالمة لا حقّ فيها، فيأخذه. وأمّا إذا اختصموا[1292] إلى حاكم آخر، فإنّ الثاني لم يثبت عنده أنّه حكم بالميراث للأخ، [140ب] وهناك ابن، لا يُفسخ حكم الأوّل، ولا يصحّ أن يثبت عنده حُكم الحاكم الأوّل للأخ بنصيب الميّت إلّا بحضور المشتري، فالحاكم الثاني لا يدري كيف جرت القصّة، وقد علِم الشراء والوديعة، ولا يدري كيف كان أمره في الابتداء، فإذا حضر المشتري أخذ نصيبه، فدفعه إلى الابن، لأنّ القاضي وقد قضى به للابن، وهذا على أن المشتري لمـّا حضر أقرّ بالشراء من الأخ، وأنّه كان ميراثًا له من الميّت، فقد تبيّن القاضي حينئذ بطلان شرائه، فيردّه إلى مستحقّه.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا مات، وترك ميراثًا، وترك ثلاثة أعبُد قيمتهم سواء، لا مال له غيرهم، وترك ابنًا له، وهو وارثه لا وارث له غيره، فأقام رجل البيّنة[1293] أوصى له بعبده سالم لعبد بعيبه، وقال الوارث: "لم يوصِ الميّت لهذا

[1290] فملكه.
[1291] لنقض.
[1292] اختصتموا.
[1293] هنا يبدو يوجد سقط.

بشيء، ولكنّه أوصى بعبده هذا لآخر[1294]"، وادّعى ذلك الرجل الآخر، فإنّ القاضي يقضي للذي أقام البيّنة بالعبد الذي أقام عليه[1295] البيّنة، ولا يجعل للمقرّ له شيئًا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الوارث إنّما أقرّ به له من جهة الوصيّة، وإنّما تصحّ[1296] له الوصيّة من الثلث، ولا جائز أن يحصل للموصى له الثلث إلّا مع حصول الثلثين للوارث، فلمّا استحقّ الثلث غير المقرّ له بقضاء قاضٍ وجب أن يحصل الثلثان كاملًا للوارث. وهذا كرجل اشترى عبدًا بثمن مسمّى أنّ الثمن إنّما يُستحقّ عليه بحصول العبد له، فإن استُحِقّ العبد ردّ البائع الثمن على المشتري، ولا ينفعه إقرار المشتري بأنّ العبد له، وإنّ بيّنة الاستحقاق [141أ] كاذبة. كذلك استحقاق الثلث الذي كان يستحقّه المقرّ له يمنع تسليم شيء من نصيب الوارث من الثلثين إلى المقرّ له. وممّا يدلّ له على أنّ حصول ملك الثلث للموصى له موقوف على حصول ملك الثلثين للوارث أنّه لو أوصى بعبْد بعينه من ماله لرجل، وهو يخرج من الثلث، فلم يسلّم الوارث العبدَ إلى الموصى له حتى هلك المال كُلّه غير العبد عاد الوارث، فأخذ ثلثي ذلك العبد، وإن كان العبد قد صار للموصى له بالوصيّة. فكذلك الوارث إن[1297] اعترف بصحّة ملك العبد للموصى له، فإنّما يسلِم له ذلك بأن يسلّم العبد الآخر للوارث، وإنّما وقع الإقرار على هذا الشرط، ولمـّا استحقّ له ذلك العبد، وهو الثلث لم يأخذ المقرّ له شيئًا.

فإن قال قائل: هلّا كان إقرار الوارث بالوصيّة للموصى له كأخذ الاثنين إذا أقرّ بأخ. وحجّة الآخر: أنه يقاسمه ما في يده نصفين كذلك الموصى له ينبغي أن يأخذ نصف العبد الباقي، ويصير الأوّل الذي أقام البيّنة كالغاصب كما قلت في إقرار أحد الوارثين بأخٍ.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ الوصيّة يصحّ ورود الفسخ عليها بعد صحّتها. ألا ترى أنّ رجلًا لو أوصى[1298] لرجلٍ بخدمة عبده، ثم إنّ الموصى له صالح أحد الورثة على درهم على أن يبرأ[1299] من الوصيّة جاز، وبطلت الوصيّة، وعاد العبد على ملكهم كأنّه لم تكن[1300] فيه وصيّة. وكذلك لو أوصى لرجلٍ، ومات، فقد صحّت الوصيّة من جهة الميّت، ثم ينفسخ بردّ الموصى له، فصارت الوصيّة مشبهة[1301] للبيع دون الميراث، لأنّ البيع قد ينفسخ أيضًا [141ب] بعد ثبوته. وأمّا الميراث فإنّه لا يجوز ورود الفسخ عليه أبدًا، فلمّا كان ذلك كذلك اعتبرنا ما تضمّنه إقرار الوارث بالوصيّة.

[1294] الاخر.
[1295] + عليه، صحّ هامش.
[1296] وانما يصحّ.
[1297] وان.
[1298] لو اصى.
[1299] أن تبرأ.
[1300] لم يكن.
[1301] مشتبهة.

فقلنا: إنّ إقراره واقع على شرط سلامة الثلثين له على حسْب ما بيّنا، ويدلّ على أنّ الوصيّة بالبيع أشبه منها بالميراث أنّ الوصيّة لا تصحّ[1302] إلّا بقبوله كالبيع، والميراث يصحّ بغير قبوله.

مسألة

قال محمد: فإن قضى القاضي للذي أقام البيّنة بعبده، وقبضه، ثم إنّ الوارث اشتراه من الموصى له بالعبد الذي أقرّ أنّ الميّت أوصى به للآخر، فالشراء جائز، ويأخذ الوارث العبد الذي اشتراه، وتسليم البيع فيما بينهما، ويغرم الوارث قيمة العبد الذي باع للموصى له الذي أقرّ له.

قال أبو بكر: وإنّما جاز الشراء، لأنّ الوارث مالك في الظاهر لما في يده جائز التصرّف فيه. ألا ترى أنّه لو باعه من غير الموصى له الأوّل جاز، وإنّما غرم الوارث قيمة الذي سلّم لمن أقرّ له بالوصيّة من قِبل أنّ الثلث الذي استحقّ قد رجع إليه، وفي اعترافه أنّ الموصى له الذي أقام البيّنة لم يملكه قط، فإذا رجع إليه استحقّ المقرّ له[1303] بالوصيّة العبد الموصى به له، فلمّا سلّمه إليه مع إقراره بصحّة الوصيّة فيه للمقرّ له ضمنه له كمن سلّم ملك غيره إلى آخره، وهذا مثل شراء المشتري العبد المستحقّ بعد الاستحقاق، فيمنعه ذلك من الرجوع بالثمن على البائع، ويصحّ البيع فيما بينهما، ولا ينقض البيع في العبد المقرّ به، لأنّه إنّما وجب على المقرّ تسليم العبد الذي أقرّ به بعد رجوع العبد المستحقّ إليه، فهو وإن كان مقرًّا بفساد البيع من حيث [142أ] يقول: باع المستحقّ ما لا يملك، لأنّه على ملك الموصى له، فقوله مقبول على نفسه فيما تضمّنه إقراره من لزومه ضمان قيمته له للمقرّ له، وغير مقبول على المستحقّ، لأنّه يريد به فسخ البيع الصحيح في الظاهر في حق المستحقّ، فهو كبائع أقرّ بالعبد المبيع لآخر، فيضمن له القيمة، ولا يصدّق على فسخ البيع.

فإن قال قائل: فمتى ملك المقرّ له ذلك العبد الذي سلّمه الوارث إلى الموصى له بعبْده الذي أخذه منه.

قيل له: لم يملكه على الحقيقة، وإنّما حكمنا له بحكم الملك في التأويل يوم عاد إليه العبد الذي كان أخذه الموصى له، فضمن قيمته يومئذ، لأنّه غير جائز أن يقال: "ملكه قبل أن عاد إليه العبد الأوّل"، لأنّه لا يجوز أن يملكه ما دام العبد الأوّل مستحَقًّا بالوصيّة. فدلّ ذلك على أنّ المقرّ له إنّما حصل له حكم الملك في العبد المقرّ به يوم عاد العبد الأوّل إلى الوارث.

قال محمد: ولو أنّ الوارث اشترى منه ذلك العبد بألف درهم سلّم العبد الآخر إلى المقرّ له.

[1302] لا يصحّ.

[1303] + قد رجع إليه وفي اعترافه أنّ الموصى له الذي أقام البيّنة لم يملكه قط فإذا رجع إليه استحقّ المقرّ له، صحّ هامش.
+ المقر له.

قال أبو بكر: لأنّه معترف بأنّ استحقاق الأوّل كان باطلًا، وإنّ الراجع إليه باقٍ على ملكه على ما كان عليه، فلزمه تسليم الموصى به إلى المقرّ له، وهذا بمنزلة رجوع العبد المستحقّ إلى المشتري قبل أن يقضى له بالثمن على البائع، فيسقط رجوعه على البائع بالثمن.

قال محمد: وكذلك لو رجع إلى الوارث بميراث من الموصى له أو بهبةٍ أو بصدقةٍ لزمه تسليم العبد المقرّ به إلى المقرّ له بالوصيّة.

قال أبو بكر: وهذا كالمشتري إذا ورث العبد المستحقّ أو وُهب له، فيمنع [142ب] ذلك من رجوعه بالثمن على البائع، لأنّه يقال له: "قد عاد إليك في اعترافك على ما كان عليه".

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا مات، وترك عبدًا لا مال له غيره، فأقرّ الوارث أن الميّت أوصى بهذا العبد لفلان، وأنّه أجاز الوصيّة بعد موت الميّت، وقيمة العبد ألف درهم، فأقام رجل البيّنة أنّ له على الميّت دَين، فباع القاضي بها، فقال الوارث: "شهدت شهود صاحب الدين بالزور"، ولم يكن له على الميّت دين، فباع القاضي العبد في الدين بألف درهم، وقضاها الغريم، ثم إنّ الوارث اشترى العبد أو وهب له أو تصدّق به عليه أو ورثه من المشتري أو أوصى[1304] به له، وهو يخرج من ثلثه، فأراد الموصى له الأوّل أخذه منه بإقراره له بالوصيّة لم يكن له ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ بيع القاضي جائز في العبد، لأنّه تصرّف من حيث جاز له التصرّف، وتصرّف القاضي في مال الميّت جائز على هذا الوجه، فلمّا باعه بطل حقّ الموصى له من العبد، ويُحوَّل في الثمن، كما أنّه لو قبِل العبد تحوّل حقّه في القيمة، ولا يشبه هذا مسألة الاستحقاق. ألا ترى أنّ القاضي لو وجد الشهود عبيدًا في هذه المسألة لم ينتقض بيع القاضي، ولم يعد حقّ المقرّ له في العبد، ولو وجد شهود الاستحقاق عبيدًا لحكم المقرّ له بالعبد الذي في يد الوارث، لأنّ حكمه بالاستحقاق ليس فيه نقل للحقّ عن عينه.

فإن قال قائل: كيف يصحّ بيع القاضي في الدين، وقد تبيّن له لا دين.

قيل له: لأنّه قد يجوز بيعه على الكبير في حال غيبته لأجل حفظ المال للميّت، وله أن يقيم وصيًّا للميّت، [143أ] وإن لم يُوصَ أو يُقم[1305] وصيًّا مع وصيّ الميّت على حسْب ما يرى فيه من الاحتياط للميّت، فعلمنا أنّ تصرّفه على الميّت جائز على وجه الاحتياط، فإذا باع من حيث له أن يبيع في الظاهر لم يتعقّب عقده بالفسخ، وأيضًا لمـّا[1306] كان للقاضي بيع مال الميّت في حال غيبة الوارث، لأنّ الوارث ممنوع منه لا تصل[1307] إليه يده. كذلك إذا كان عليه دين في الظاهر،

1304 أو أوصى به

1305 يقيم.

1306 فلمّا.

1307 لا يصل.

فالوارث ممنوع من التركة، فهو كالغائب الذي لا تصل[1308] يده إلى التركة، فيجوز بيع القاضي، وليس البيع مثل القضاء بالوصيّة، وتسليمه إلى الموصى له من قِبل أنّ القاضي لا يجوز تصرّفه على الميّت بأن يتبدأ بتمليك ماله وتسليمه إلى الغير، ويجوز تصرّفه عليه بالبيع في أحوال كثيرة، فلمّا استحقّ الولاية عليه في البيع، ولم يستحقّها في التمليك، ثم باع نفذ[1309] بيعه.

فإن قال قائل: من أصل أبي حنيفة: أنّ القاضي إذا قضى بالملك بجهة ملك كالبيع والهبة والوصيّة ملك الموصى له والمحكوم له بالبيع والهبة بقضاء القاضي، وإن لم يكن هناك عقد في الحقيقة، فينبغي أن يكون حكمه للأوّل بالوصيّة يوصّى لتمليكه، وإنّه متى عاد إلى الوارث، فإنّما يعود إليه على حكم ملك مستقبَل.

قيل له: لم يحكِ محمد المسألة عن أبي حنيفة في الكتاب، وإنّما هي[1310] على أصله، والله أعلم.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ الغريم مات فورثه وارث الميّت الأوّل، فإن ورثه تلك الألف أو غيرها من الفروض كان للموصى له أن يأخذ من ذلك الميراث ثمن العبد الذي باعه [143ب] به القاضي.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ حقّ الموصى له لمّا تحوّل في الثمن على ما اعترف به الوارث، فقد زعم أنّ الغريم أخذ حقّ الموصى له، وأنّه صار دينًا عليه، فالموصى له أحقّ به من الوارث في إقراره حتى يستوفي دينه.

قال محمد: وكذلك لو أوصى له بشيءٍ من ماله، ولم يرثه كان المقرّ له أحقّ بما أخذه حتى يستوفي ثمن العبد، لأنّه زعم أنّ هذا دين له عليه، ولا وصيّة له إلّا بعد قضاء الدين.

قال محمد: ولو أنّ القاضي قال للغريم: "قد جعلته لك بدينك"، فهذا مثل البيع.

قال أبو بكر: لأنّه تمليك العبد بيدك، فهو بيع.

قال محمد: ولو وهب له الغريم الألف بعينها دفعها إلى الموصى له لاعترافه بأنّها غير حقّه، ولو وهب له ألفًا غيرها لم يسلّمها إليه.

قال أبو بكر: لأنّ الدين لا يمنع صحّة الهبة كما يمنع الوصيّة والميراث، فإن وهب تلك الألف أخذها الموصى له، لأنّ حقّه قد تحوّل إلى الثمن ببيع القاضي، لأنّ بيعَه كان جائزًا، فصار في إقرار الوارث تمليك للثمن، فإذا وصل إليه بعينه

1308 لا يصل.

1309 فقد

1310 بياط

سلّمه إلى المقرّ له. وهذا نظير رجل أقرّ أنّ فلانًا غصب من فلان ألف درهم، ثم إنّ المقرّ عليه بالغصب[1311] وهب للمقرّ ألف درهم، فإن وهب له ألفًا غيرها لم يكن عليه تسليمها إلى المقرّ له، ولو مات المقرّ عليه بالغصب، فورثه المقرّ ألفًا أو أوصى بها سواء كانت المغصوبة أو غيرها، فإنّه يسلّمها إلى المقرّ له، فكذلك ما ذكرنا.

مسألة

قال محمد: ولو جعله القاضي صلحًا من ماله، فقال: هذا صلح لك من مالك، [144أ] ثم اشتراه الوارث أخذه الموصى له.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ عقْد الصلح لا يوجب ضمانًا على الذي عليه المال فيما وقع الصلح عنه، لأنّ حقيقة الصلح إنّما هي البراءة والترك، ولذلك قالوا: إنّ رجلًا لو ادّعى على رجل ألف درهم، فصالحه منها على عبْد، ثم تصادقا أنّه لم يكن عليه شيء أنّ الصلح باطل، لأنّ عقد الصلح لم يوجب على المدّعى عليه ضمان الألف، وإنّما صالحه على العبد على أنّ أبرأه منه إن كان[1312] له عليه شيء، فلمّا تبين أنّه لم يكن هناك شيء بطل الصلح، ولذلك قالوا: إنّ أحد الشريكين لو صالح من نصيبه من الدين على ثوب، ثم جاء الشريك الآخر أنّ القابض بالخيار إن شاء أعطاه نصف الثوب، لأنّ نصيبه من الدين لم يصر[1313] مضمونًا عليه بالعقد حتى يكون قابضًا له، وإن شاء جعله مضمونًا على نفسه، وأعطاه نصف نصيبه من الدين، وليس الشراء كذلك عندهم، لأنّ عقد الشراء يوجب ضمان كلّ واحد من البدلين على صاحبه. ألا ترى أنّه لو ادّعى عليه ألفًا، فاشترى بها منه عبدًا، ثم تصادقا أنّه لم يكن عليه شيء أنّه يغرم له ألفًا، ولا ينتقض البيع. وكذلك أحد الشريكين لو اشترى بنصيبه ثوبًا، ثم جاء الشريك الآخر ضمن له المشتري نصف نصيبه من الدين، لأنّ الثمن صار مضمونًا عليه بعقد البيع، ثم صار قصاصًا بما عليه، فصار كأنّه قبض نصيبه من الدين بعينه.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا مات، وترك ثلاثة أعبد قيمتهم سواء، فشهدت الشهود أنّ الميّت أوصى بهذا العبد لفلان، وجحد ذلك الوارث، [144ب] وأقرّ أنّه أوصى بهذا العبد الآخر لفلان، فلم يقضِ القاضي بشهادة الشهود حتّى أعتق الموصى له الذي أقرّ له الوارث عبده، ثم زكّى الشهود الموصى له الآخر، فإنّ القاضي يقضي للموصى له الذي شهدت له الشهود بعبده، ويقضي على المقرّ له للوارث بقيمة العبد الذي أعتق.

قال أبو بكر: وهذا صحيح على الأصل الذي قدّمنا من أنّ صحّة الوصيّة بالثلث موقوفة على إسلامه، [و]الثلثين للوارث، كما أنّ صحّة استحقاق البائع الثمن موقوفة على سلامة المبيع للمشتري، فأشبه المقرّ له في مسألتنا رجلًا اشترى جاريةً بعبْد، وقبضها، فأعتقها، ثم استُحِقّ العبد أنّ عتقه جائز لا يُبطله الاستحقاق، فكذلك إقرار الوارث لما أوجب ملك العبد،

[1311] بالغضب.
[1312] + إن كان.
[1313] لم يضر.

فإنّما أوجبه على شرط سلامة الثلثين له إلّا أنّ ورود الاستحقاق بعد ذلك على العبد الآخر لا ينفي جواز عتقه، لأنّه كان مالكًا له في حال إقراره بالملك له، فنفذ عتقه فيه كما ينفذ عتق المشتري في الجارية، ولا يبطله ورود الاستحقاق على العبد بعه عتقه، ويغرم المقرّ له قيمة العبد المعتق للوارث ليسلّم له الثلثان، لأنّ الثلث قد استحقّه غيره كما يغرم مشتري قيمتها إذا استحقّ العبد، وقد أعتقها.

قال محمد: ولو لم يعتقه حتى قضى القاضي بالوصيّة لصاحب الشهود، وأبطل وصيّة المقرّ له، ثم أعتق المقرّ له العبد بعد ذلك، فعتقه باطل.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ القاضي قد فسخ ملك المقرّ له في العبد الذي أقرّ له به، فصار [145أ] كعتق مشتري الجارية بعد استحقاق العبد، فلا يجوز عتقه.

قال محمد: فإن اشترى الوارث العبد من المشهود له بالوصيّة أو ورثه صاحب العبد الذي في يديّ الوارث الذي أقرّ به للموصى له المقرّ له، ولا يعتق بذلك العتق الأوّل إلّا أن يحدث عتقًا.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ من أعتق عبدًا وعتق غيره جائز فيه لم يقف ذلك العتق على المعتِق، ولم ينفذ عليه أبدًا إلّا في موضع واحد استحسن فيه أبو حنيفة وأبو يوسف، وليس هذا موضع ذكره. ألا ترى أنّه لو أعتق عبدَ غيره، ثم ملكه لم ينفذ ذلك العتق فيه.

ووجه آخر، وهو: أنّه قد حصل بعد عتقه للوارث فيه ملك، فانفسخ العتق الذي أوقعه لاستحالة بقاء العتق الموقف مع ورود ملك الغير عليه، فلمّا بطل ذلك العتق، ثم ملكه لم يعد حُكمه، وليس هذا كالعبد يعتقه الوارث، وعلى الميّت دين كثير، ثم يبرأ الغرماء من الدين، فيجوز عتق الوارث الذي كان أوقعه من قِبل أنّه لم يحدث فيما بين ملك الميّت وعتق الوارث ملك آخر. وأيضًا فإنّه لم يكن يجوز فيه عتق واحد من الناس في ذلك الوقت إنّما كان موقوفًا على إملاكهم.

فإن قال قائل: فقد قال محمد في كتاب العتاق عن أبي حنيفة: إنّ رجلًا مرتدًّا لو أعتق عبدًا، ثم لحق بدار الحرب، فقُسِم ماله بين ورثته، ثم رجع، فوجد العبد بعينه أنّ عتقه ذلك جائز، فقد أجاز ذلك العتق مع ورود ملك الوارث عليه بعده.

قيل له: هذا لا يلزم على مسألتنا من قِبل أنّ الوارث لا يحدث له الملك على [145ب] جهة الاستقبال، لأنّه أما يخلف الميّت في ملكه. ألا ترى أنّه لو كانت عبدًا من ميراث المرتدّ، ثم جاء المرتدّ مسلمًا قبل أن يؤدي كتابته، أن كتابته تصير[1314] له، ويكون كأنّه كاتَبَه[1315] بأمره في ملكه، فلذلك نفذ عتقه الذي كان موقوفًا بعد رجوعه.

[1314] يصير.
[1315] كاتبة.

فإن قال قائل: على الوجه الأوّل قد قلتم أنّه لو اشترى من رجل أحد هذين العبدين بألف درهم على أنّه بالخيار في أن يأخذ أيُّهما شاء، وقبضهما، ثم أعتق البائع أحدهما بعينه أن عتقه موقوف، فإنْ ردّه المشتري إليه عُتِق عليه، ومعلوم أنّ عتق المشتري قد كان جائزًا فيه لو أعتقه، فقد وقفتم عتق البائع مع جواز عتق المشتري فيه.

قيل له: لم يجز عتق المشتري في الذي أعتقه البائع، لأنّه ملك، ولكن لأجل أنّ له الخيار في الملك، فإذا أعتقه صار مختارًا له، فيصير كأنّه اختار البائع، ثم عتق، وأمّا عتْق البائع فإنّما وقف، لأنّ المشتري متى ردّ [المبيع] أنّ ملك البائع لم يزل عنه، فمن حيث كان الملك موقوفًا وقف عتقه أيضًا.

مسألة

قال محمد: وإذا كان لرجلٍ ثلاثة بنين وجاريةً له قد ولدت منه، وقد مات ولدها، قتلته[1316] عمدًا، فهي حرّة، ولا سعاية عليها، ولولده أن يقتلوها به.

قال أبو بكر: إنّما لم نلزمها السعاية، وإن كانت قاتلةً من قِبل أنّها ليست بمالٍ. ألا ترى أنّها تعتق من جميع المال إذا لم تكن قاتلة، وأنّ دين الميّت لا يوجب سعايةً، وإنّما كان لولده أن يقتلوها به [146أ] من قِبل أنّ كونها ملكًا للمولى في حال القتل لا يمنع وجوب القَود، لأنّ عبدًا لو قتل مولاه قتل به.

قال محمد: فإن أقرّ واحد منهم أنّه كان لها منه ابن، ومات بعد موت الأب، وصدّقته الجارية بذلك أو كذّبته، فلا شيء له عليها، ويسعى في ثلثي قيمتها للاثنين الباقيين، وإن صدّقته الآخر سعتْ في ثلثي قيمتها للاثنين المنكرين، والثلث الباقي يُقسم بينها وبين المقرّ له على ستة وعشرين سهْمًا، فما أصاب ثلاثة أسهم من ذلك، فإنّه يطرح عنها ممّا عليها، وما أصاب ثلاثة وعشرين سهمًا من ذلك أخذه الابن المقرّ منها.

قال أبو بكر: إنّما سقط القود بإقرار المقرّ منهم بابن للميّت منها من قِبل أنّ ولد القاتل إذا ورث شيئًا من الدمّ سقط القود، لأنّه ليس له أن يقتدّ من والديه، كما لو قتله لم يقد به. فالمقرّ الذي هو شريك لهم في القود في مسألتنا مُعترِف بأنّ لا قودَ عليها، فيتحوّل الدم مالًا، فإن كذّبت المقرّ فلا شيء له، لأنّ القِواد قولها في أنّ الدم لم يتحوّل مالًا، والمقرّ يدّعي أنّ القود قد سقط، وقد تحوّل مالًا، فيجب إقراره معنيان، أحدهما: على نفسه، وهو سقوط القود، فهو جائز عليه، والآخر: على غيره، وهو دعواه المال، فهو غير مصدّق فيه. ألا ترى أنّ دم عمْد بين رجلين لو شهد أحدهما على صاحبه أنّه قد عفى، وكذّبه القاتل أنّه لا شيء للمقرّ بالعفو على صاحبه، وصار كان العفو واقع من جهته. فكذلك ما وصفنا وسعت للجاحدين في ثلثي قيمتها من قِبل أنّ القود [146ب] قد سقط بإقرار المقرّ بأنّه عفى عن نصيبه، فيتحوّل نصيب الآخرين مالًا كدم عمْد بين رجلين ثلثه ادّعى أحدهم على صاحبه أنّهما قد عفَوا، وجحدا ذلك، فلا شيء للمقرّ، ولهما ثلثا الديّة.

[1316] فقتلته.

وأمّا إذا صدّقت المقرّ فأنّها تسعى للجاحدين في ثلثي قيمتها أيضًا على ما بيّنا من قِبل أنّ المقرّ والجارية لا يصدّقان على أنّه كان للميّت ابن رابع في حقّ الآخرين، فلا بدّ من أن يسلّم لهما من ميراث الميّت الثلثان، ولا يقضى لهما من ميراث الأخ المقرّ به الميّت بشيء، لأنّهما جحداه، وهو غير معروف، فلم يقع في تركة الميّت الثاني استحقاق لهما في شيء من ماله، وإنّما حصل لهما في شيء من ماله، وإنّما حصل لهما ثلثا القيمة بميراثهما من أبيهما خاصّة.

وأمّا الثلث الباقي الذي هو نصيب المقرّ فإنّه يقسم بينه وبين الجارية على ستّة وعشرين سهمًا، لأنّ المقرّ زعم أنّ قيمة الجارية بينهم أرباعًا لكلّ ابن ثلاثة أسهم من اثني عشر سهمًا، والجاحدان يقولان لكلّ ابن ربعه[1317]، وهو كذلك في حقّهما، فتسعى الجارية لهما في ثلاثة أسهم، ويقال للمقرّ: إنّ الثلث الباقي حكمه أن يكون بينك وبين الأخ المقرّ به الميّت نصفان لكلّ واحد منكما سهمان، لأنّ في اعترافك أنّ الجاحدين ظلما بسهمين، فيدخل ضرره عليكما جميعًا. ألا ترى أنّ رجلًا لو مات، وترك ثلاثة بنين، فأقرّ[1318] أحدهم بابن آخر للميّت، وجحده الباقيين[1319] أنّ الجاحدين يأخذان ثلثي التركة، والثلث الذي يحصل في يد المقرّ بينه وبين المقرّ به نصفان، فيحصل ضرر ما جحده الأخوان داخلًا عليهما جميعًا، [147أ] وإذا كان كذلك فالجارية والمقرّ معترفان بابن الابن الميّت مات عن سهمين، وترك أمًّا وثلاثة إخوة، فلها السدس، وما بقي وهو خمسة أسداس بين الإخوة الثلاثة لا يستقيم بينهم، فيحصل نصيب الميّت أولا شبه، لأنّ فيه السدس، ثم ينكسر على ثلاثةٍ، فيضربه في ثلاثةٍ، فيصير ثمانية عشر، وإن شئت قلتَ: نصيب الميّت ثلاثة في اعترافهما، لأنّ أصل المال كان اثني عشر لكلّ واحد ثلاثة، ويحتاج أن يقسمه على ستّة لا يستقيم، فيضرب ستّة في ثلاثة يصير ثمانية عشر للأمّ السدس ثلاثة، ولكلّ أخ خمسة، فإذا كان نصيب الميّت ثمانية عشر فنصيب الابن المقرّ أيضًا ثمانية عشر، فله ثمانية عشر ميراثًا من أبيه، وخمسة أسهم ميراثًا من أخيه، فذلك ثلاثة وعشرون، وللأمّ ثلاثة أسهم ميراثها من أبيها من ثلث القيمة، فيقسم ثلث القيمة بينهما على ستّة وعشرين ما أصاب ثلاثة وعشرين يؤدّيه إلى المقرّ، وتسقط ثلاثة، وهي نصيبها.

قال أبو بكر: وإنّما احتجنا إلى هذا التقدير ليتبيّن ما يضمّنه إقرار المقرّ ممّا يُضرب به الأمّ في الثلث، لأنّ كلّ مُقرّ، فإنّه تعامل حال الرقّ من قِبل أنّها تحوّلتْ مالًا بعد الحريّة في حال يجوز أن يثبت للورثة عليها دين، وإنّما وجبت القيمة دون الديّة، لأنّ أصل جنايتها كان في حال الرقّ، وجناية الرقيق لا يوجب أكثر من القيمة.

مسألة

[1317] اربعة.
[1318] قاقرّ.
[1319] الباقين.

قال محمد: لو كان البنون أربعة معروفين فمات أحدهم بعد موت السيّد، وهو معروف، فأقرّ أحد البنين الثلاثة أنّ الجارية أمّ ولد الميّت الآخر، وأنّ هذا الغلام [147ب] ابنه، فإن جحدت الجارية ذلك بطل حقّ المقرّ، وللاثنين الباقيين ثلثا القيمة عليها.

قال أبو بكر: وهذا على أنّ الابن المعروف الميّت ليس له وارث غير الإخوة، وإنّما كان عليها ثلثا القيمة للجاحدين من قِبل أنّ الدّم في الظاهر كان بينهم أرباعًا، فلمّا مات أحدهم، ولا وارث له في الظاهر غير هؤلاء الثلاثة صار نصيب الميّت لهم، فصار الدم بينهم أثلاثًا، فحصل للجاحدين ثلثا القيمة، لأنّ المقرّ لا يُصدّق على إسقاط ما وجب لهما من ذلك.

قال محمد: فإن أقرّت هي بذلك والغلام الذي أقرّ أنّه ابن أبيها، فإنّ القاضي يقضي بثلثي القيمة للاثنين الجاحدين، ويقضي للابن المقرّ برُبع القيمة، ويقضي للجارية والغلام بنصف سدس القيمة بينهما على ستة أسهم، فما أصاب سهمًا من ذلك بطل عنها، وما أصاب خمسة أسهم من ذلك الديّة[1320] إلى الغلام.

قال أبو بكر: إنّما سلّم ثلثا القيمة للاثنين الجاحدين، لأنّ نصف المال معلوم أنّه لهما بميراثهما عن المقتول، وسُدسٌ بميراثهما عن الابن الميّت في الظاهر، لأنّا لا نصدّق المقرّ على إسقاط حقّهما بإقراره بالأمّ والابن، وإنّما سعتْ للابن المقرّ في ربع القيمة، لأنّ ذلك ميراث له من أبيه، ولم يدخل عليه في ذلك ظلم، فيسعى له فيه، فإذا سعَت في ذلك بقي من قيمتها نصف السدس يكون مقسومًا بينهما وبين الغلام المقرّ به على ستّة للجارية منه السدس سهمٌ، وللابن خمسة أسهم.

فإن قال قائل: فقد أقرّت الجارية أنّ الجاحدين أخذا منها فضل سُدس القيمة [148أ] بغير حقّ، وأنّهما ظلماها بذلك، فهَلّا جعلت ذلك كأنّهما غصباها شيئًا من مالها، فلا يسقط ذلك عنها السعاية للابن المقرّ به في حصّته من السدس الذي أخذاه.

قيل له: لأنّ القاضي قضى لهما بذلك، ولم يقبل قولها أنّ الميّت الثاني كان ابنها، فصار كالاستحقاق بالبيّنة، فإذا استحقّاه بقضاء قاضٍ لم يغرمه مرّة أخرى.

فإن قال قائل: فلِمَ ضربت لها في المسألة الأولى في الثلث كلّه مع الابن، وجعلت ضرر ما أخذه الجاحدان داخلًا عليها وعلى المقرّ، وفي هذه المسألة ضربت لها في النصف السدس.

قيل له: لأنّ الظلم في المسألة الأولى على إقرار الابن وقع في ميراث الأب، فما حصل من ميراث الأب تضاربوا فيه، ودخل ضرر ما جحده الآخر أنّ عليهما جميعًا. وفي المسألة الثانية وقع الظلم على ما تضمّنه إقرار المقرّ في ميراث الأخ خاصّة. وإمّا ميراث الأب فلم يقع فيه ظلم، فلذلك سلّم للمقرّ الربع كاملًا من ميراث الأب، ولم يبقَ ما ظلم الجاحدان في ميراث الأخ السدس إلّا نصف السدس، فلذلك ضربت فيه الجارية مع الغلام المقرّ به.

[1320] ادّية (اَدْيَة)

قال أبو بكر: وهذا على ما تقدّم من مسائل أوّل الباب فيما استحقّ بقضاء القاضي أنّ الابن المقرّ به لا يشارك الشركاء، كذلك ما استحقّه الابن المقرّ من ميراث الأب لا يشاركه فيه الجارية والابن المقرّ به [148ب] ولو أقرّ.

قال محمد: ولو لم يقر الغلام المقرّ به أنّه ابن الميّت، والمسألة على حالها، وقد صدّقته الجارية أنّ الابن الميّت ابنها، فلذلك النصف السدس الباقي بين الجارية والابن المقرّ على ثمانية، ثلاثة من ذلك للجارية على حسب ما اعتبرناه في المسألة الأولى، وجعلنا نصيب كلّ ابن ثلاثة عشر.

قال أبو بكر: ذكر علي بن موسى أنّه سأل علي بن الحسن الرازي عن هذا الحرف، قال: فقلتُ: "كيف نعطي الأخ المقرّ ميراثًا من أخيه، وهو يزعم أنّ له ابنًا"، قال: فقال: بنى محمد المسألة على أنّ الابن لما جحد رجع الأخ عن إقراره بالابن الجاحد، وثبت على أنّ الجارية أمّ الابن لمـّا جحد.

قال أبو بكر: وهو كرجلين ورثا أباهما، ثم أقرّ أحدهما بابنٍ آخر، وجحد المقرّ به، فلا يبطل ميراثه في شيء من النصف في يده.

فإن قال قائل: لما كان من مذهب أبي حنيفة أنّ رجلًا أقرّ بعبدٍ[1321] في يده أنّه ابن غيره، ثم ادّعاه لنفسه أنّه لا يصدّق أبدًا سواء جحد المقرّ له بالنسب أم أقرّ به، وكان المعنى في ذلك عبده أنّه أقرّ بمعنى لا يلحقه الفسخ بالجحود والردّ وهو النسب، فيضمن إقراره بدءًا أنّ ردّ المقرّ له لإقراره لا يوجب فسخه إذا كان النسب لا يلحقه الفسخ، فهلّا قلتَ مثله في إقراره ببعض المال للجاحدين من جهة الميراث أنّه لا يرجع إليه بجحوده ذلك الابن من قِبل أنّه معترف أنّ جحوده لم يوجَب فسْخ إقراره.

قيل له: لم يُحكم بفسخ إقراره بالنسب، وإنّما حكمنا بفسخ إقراره بالمال، وملك المال لا يجوز أن يلحقه الفسخ، [149أ] وإن كان النسبُ لا يلحقه الفسخ كرجل في يده مال أقرّ به لغيره، فأنكر المقرّ له، فيعود المال إلى ملكه على ما كان، فكذلك الميراث المقرّ به لغيره إذا جحده المقرّ له قد عاد إلى ملك المقرّ على حاله كأنّه لم يقر به له.

باب من دعوة الرجلين الولد من الجارية يكون بين رجلين

قال محمد: وإذا اشترى الرجلان الجارية، وقبضاها، فولدت عندهما ولدًا لستة أشهر، فصاعدًا، فادّعى أحد الرجلين الجارية أنّها ابنته، وادّعى الآخر ولدها أنّه ابنه، وكانت الدعوى منهما معًا، فإنّ الدعوة دعوة الذي ادّعى الولد الذي ولد في ملكهما، فيكون ابنه، وتكون[1322] الجارية أمّ ولد له، ويضمن نصف قيمتهما ونصف عُقرها لشريكه[1323].

1321 بضع
1322 ويكون.
1323 لشريكة.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ الدعوة على وجهين: دعوة استيلاد ودعوة الملك، ودعوة الاستيلاد كأنّها حقّ فيما يبطل بها من حقّ الغير، ودعوة الملك كالعتاق الموقع، ودعوة الاستيلاد يستند صحّتها إلى حال العَلوق، فيثبت بها النسب يومئذ، وفي دعوة الملك يثبت النسب يوم الدعوة، وإذا كان ذلك كذلك صارت دعوة الاستيلاد في مسألتنا متقدّمة لدعوة الملك، فلذلك كانت أولى. ومعنى دعوة الاستيلاد: أن يكون ابتداء العلوق في ملك المدّعي، ودعوة الملك أن لا يكون ابتداء العلوق في ملكه، وإنّما يكون الولد يوم الدعوة في ملكه، وبذلك على صحّة ما ذكرنا من وجوب الحكم بصحّة دعوة [149ب] الاستيلاد يوم العلوق أنّه لو باع جاريةً قد حبلت عنده، فولدت عند المشتري لأقلّ من ستة أشهر، فادّعاه ثبت النسب، ونُقض البيع لتقدم العَلوق له. وكذلك لو أنّ مريضًا استولد جاريةً في مرضه كان ولدها حرّ الأصل، وعُتقت من جميع المال، ولو اشترى عبدًا، فادّعاه كان عتقه وصيّة من الثلث، ولو باع عبدًا وُلد في ملك غيره، ثم ادّعاه لم يُصدّق على الدعوة. وأبينُ من ذلك كلّه جارية بين رجلين حَملت في ملكهما، ثم ادّعى أحدهما ولدها لزمه نصف قيمتها ونصف عُقرها، ولم يلزمه من قيمة الولد شيء، لأنّا قد نقلناها إليه في الحكم يوم العلوق، ولم يكن للولد قيمة يومئذ، فدخل ضمان قيمة الولد في ضمان قيمتها، ولو اشترياها، وهي حاملٌ، فولدت، ثم ادّعى أحدهما ولدها ضمن قيمتها، وكان الولد بمنزلة عبْد بين رجلين أعتقه أحدهما، فلمّا كان هذا على ما وصفنا كان مدّعي الولد أوْلى بالدعوة لكون العلوق في ملكه، فإذا ثبتت دعوته انتقلت الجارية إليه يوم العلوق، فصارت أمّ ولد له، فلم تصح[1324] دعوة الآخر فيها، وضمن قيمتها، لأنّا قد نقلناها[1325] إليه، وجعلناها أمّ ولد له، وأبطلنا دعوة الآخر فيها.

فإن [قال] قائل: فإنّ شريكه قد أبرأه من نصف القيمة باعترافه أنّها حرّة قد عتقت عليه بالشراء قبل الدعوة.

قيل له: إنّ القيمة قد وجبت على ما بيّنا في الحكم قبل اعترافه بذلك، لأنّها وجبت يوم العلوق، فلا يسقط عنه بدعوته. ألا ترى أنّه لو باع عبدًا ثم زعم [150أ] أنّه ابنه لم ينتقض[1326] البيع ولم يسقط الثمن، لأنّه اعترف به بعد وجوب الثمن، وأيضًا فإنّ الحاكم قد حكم ببطلان دعوته حين حكم بها أمّ ولدٍ للآخر، فلا يسقط القيمة بإقرار قد حكم بإبطاله. ألا ترى أنّ رجلًا لو أقام البيّنة على رجل أنّه باعه عبده بجاريته هذه، وأنكر ذلك بائع العبد، فقضى القاضي عليه بالبيع أنّه يملك الجارية، وإن كان معترِفًا أنّها في ملك بائعه لم ينتقل إليه من قِبل أنّ القاضي قد حكم ببُطلان قوله، وقضى عليه بالبيع، فكذلك ما وصفنا.

قال محمد: ولو ولدت الجارية لأقلّ من ستة أشهر منذ اشترياها، والمسألة بحالها، فإنّ الولد ابن الذي ادّعاه، والأمّ بنت مدّعيها.

[1324] فلم يصح.
[1325] قد تقلناها.
[1326] لم ينتقض.

قال أبو بكر: دعوة كلّ واحد منهما إلّا أنّ دعوة ملك، إذ لم يكن أصل العَلوق فيما ادّعياه في ملكهما، فقد تساويا فيها، وإذا تساويا في الدعوة وجب أن يتساويا في ثبوت النسب منهما جميعًا.

قال محمد: ولا ضمان على مدّعي الولد.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الشريك معترف بأنّ الولد ابن ابنته، وأنّه حرّ الأصل، وقد حكمنا له بالنسب، ولم يفسخ إقراره بذلك، فلم يجب له ضمانه.

قال محمد: ولا شيء عليه من عُقر الجارية أيضًا من قِبل أنّ الوطء لم يكن في ملكهما.

قال محمد: ولا ضمان على مدّعي الجارية لمدّعي الولد في قول أبي حنيفة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لو لم يدعها لصارتْ أمّ ولد للآخر، فلمّا ادّعاها أوجب ذلك عِتاقها، ولا يضمن أمّ الولد بالعتق في قول أبي حنيفة. والحجّة في ذلك أنّ أمّ الولد تحصل بالعتاق [150ب] في يد نفسها، وأمّ الولد لا تضمن[1327] بالأيدي. والدليل على ذلك: أنّها متى حصلتْ بموت مولاها في يد نفسها لم يضمن نفسها للغرماء ولا للورثة، ولذلك قال أبو حنيفة: إنّها لا يضمن بالغصب والبيع. ووجه آخر: وهو أنّ أمّ الولد لم يبقَ في رقبتها للمولى مال، وإنّما بقي له فيها المنافع فحسب. والدليل على ذلك: أنّه لا يجب للورثة ولا لغرماء المولى عليها مال بالموت، فصحّ أنّه لم يبق للمولى في رقبتها مالٌ، وإنّما بقي له في رقبتها المنافع، فكأنّ المعتق إنّما أتلف تلك المنافع التي كانت للمولى في رقبتها عليها، فلا يضمنها، لأنّ المنافع لا تُضمن[1328] بالإتلاف.

فإن قال قائل: فلو قتلها رجل ضمن قيمتها، ولو لم يكن قد بقي في رقبتها مال ما ضمن قاتلها.

قيل له: الحرّ يضمن بالقتل، ولا يدلّ ضمانه على أنّه مال، والمغرور يضمن قيمة الأولاد، ولا يدلّ على أنّهم مال.

فإن قال قائل: فقد قال أبو حنيفة في أمّ الولد: إذا غرّتْ رجلًا وزوّجتْه نفسها على أنّها حرّة، ثم تبيّن أنّها أمة، وقد ولدت له أنّ الواطئ يغرم قيمة الولد للمولى، وإن كان لم يعتق عليه لصار ابن أمّ ولد بمنزلة أمة إلّا أنّه لمـّا منعه أن يصير ابن أمّ ولد ضمن قيمته، وفارق هذا عنده عتق أحد الشريكين لأمّ ولد بينهما، فهلّا قلت مثله في مسألتنا من قِبل أنّ مدّعي الأمّ منعها أن يصير أمّ ولد لشريكه، ولم يحصل فيها استيلاد متقدّم، ثم ورد عليها عتق من جهته، فيسقط ضمانه لشريكه.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ هذه [151أ] الجارية قد كانت ملكًا لهما جميعًا، ثم أخرجها مدّعيها من ملك شريكه بالدعوة، ولو بقي ذلك الملك كانت أمّ ولد لمدّعي الولد، فهذا إنّما حصل عتقه في نصيب قد ثبت منه ملك شريكه، وتعلّق به حُكم الاستيلاد بالدعوة. وأمّا ولد المغرور، فلم يحصل قطّ في ملك مولى أم الولد، لأنّه حرّ الأصل، فإنّما ضمنه المغرور،

[1327] لا يضمن.
[1328] لا يضمن.

لأنّه منع دخوله في ملكه، فلذلك اختلفا، والله أعلم. وأمّا في قول أبي يوسف ومحمد [إن] كان موسرًا ضمن نصف قيمتها، وإلّا سعتْ في نصف قيمتها أمّ ولد لشريكه.

قال أبو بكر: وهذا على قولهما في أمّ ولد بين رجلين أعتقها أحدهما.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلين اشتريا جاريةً فولدت في ملكهما ابنةً[1329] لستة أشهر فصاعدًا، ثم كبرت البنت، فولدت ابنةً[1330]، ثم ادّعى أحد الشريكين البنت الأولى والآخر البنت الصغرى، وخرج الكلام بالدعوة منهما جميعًا معًا، والجدّة حيّة أو قد قامت، فإنّ البنت الصغرى ابنة[1331] الذي ادّعاها ولا ضمان عليه فيها، والبنت العليا ابنة[1332] الذي ادّعاها، وهو ضامن لنصف قيمة الجدّة ونصف عقرها لشريكه، ويضمن مدّعي الصغرى للبنت الكبرى نصف العقر.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن رحمه الله يقول: إنّ القياس ألّا يثبت نسب الصغرى من مدّعيها، لأنّ نسب الكبرى يثبت يوم العلوق، فتصير[1333] حرّة الأصل يومئذ، فعلّقت بالصغرى، وهي كذلك، فلا يثبت نسب ولدها من مدّعيه، ويثبت النسب منه استحسانًا، [151ب] لأنّ دعوة مدّعي الكبرى وإن كانت دعواه استيلاد فإنّا لم نحكم لها بحريّة الأصل إلّا بدعوة المدّعي، وقد كانت ملكًا لهما في الظاهر إلى إن ادّعى، فلا يكون أضعف حالًا في جواز الدعوة من المغرور الذي لا ملك له في الجارية منه، وقد صدق على الدعوة لما كانت في الظاهر ملكًا له، فكذلك مدّعي الصغرى لما صادفت دعوة أمة بينهما في الظاهر نفذتْ صحّته وصحتْ.

فإن قال قائل: فهلّا أبطلت دعوة مدّعي الصغرى من حيث لم يثبت له استيلاد في الأمّ.

قيل له: عدم ثبوت الاستيلاد في الأمّ لا يمنع صحّة الدعوة. والدليل على ذلك: أنّ المغرور مصدَّق على الدعوة مع عدم ثبوت الاستيلاد في الأمّ. ولو أنّ مدبّرة بين رجلين جاءت بولدٍ، فادّعاه أحدهما صُدّق على الدعوة، ولم يثبت له استيلادٌ في جميع الجارية. وأمّا وجوب ضمان نصف العُقر على مدّعي الصغرى، فمن جهة أنّه وطأ في الظاهر أمة له نصفها، فوجب عليه نصف العقر ونصف القيمة، فلمّا ادّعى الشريك الكبرى أبرأه من نصف القيمة، وذكر أنّه لا عقر له، وإنّما العقر للجارية، فيجوز إقراره في ماله، ولا يجوز أن يزيد على شريكه ضمان نصف العقر بدعوته. وذكر أبو الحسن رحمه الله أنّه قد ذكر في موضع آخر أنّ عليه العقر كاملًا.

[1329] ابنتا.
[1330] ابنتا.
[1331] ابنت.
[1332] ابنت.
[1333] فيصير.

قال أبو بكر: ذهب إلى أنّ الحكم قد وقع بكونها حرّة وقت وطء مدّعي الصغرى، لأنّ دعوة مدّعي الكبرى أيضًا دعوة استيلاد، [152أ] وهي كأنّها حقّ فيما يبطل به من حقّ الغير لما بيّناه فيما تقدّم في أوّل الباب.

قال أبو بكر: وهذا مثل جارية بين رجلين جاءت بولدين في بطنين مختلفين، فادّعى أحدهما الأكبر، والآخر أصغر، والدعوة منهما جميعًا معًا أنّ مدّعي الأصغر يضمن قيمته لشريكه. وكان القياس ألّا يصدّق على الدعوة لما وصفنا، ويضمن أيضًا نصف العقر في إحدى[1334] الروايتين، وفي الرواية الأخرى العقر كاملًا.

قال أبو بكر: وإنّما ضمن مدّعي الكبرى في مسألتنا نصف قيمة الجدّة، ونصف عقرها من قِبل أنّها صارت أمّ ولدٍ له بالعلوق بدعوته، فعليه نصف عقرها للوطء ونصف قيمتها، لأنّا قد نقلنا إليه نصيب شريكه منها بالاستيلاد.

قال محمد: وإن كانت الحرّة قد قبلت قبل الدعوة فأخذا القيمة بينهما نصفين، والمسألة على حالها، فإنّ البنت الصغرى ابنة الذي ادّعاها، ولا يضمن شيئًا من قيمتها، ويضمن نصف عقر البنت الكبيرة للبنت الكبيرة، وتكون[1335] البنت الكبيرة ابنة الذي ادّعاها، ولا يضمن من قيمتها شيئًا في قول أبي حنيفة.

قال أبو بكر: لما أخذ قيمة الجدّة بينهما نصفين لم يصدّق مدّعي الكبرى على تحويل ما صار من قيمة الجدّة لشريكه إلى نفسه، ولا على فسخ ما أوجبته الجناية لهما، فلذلك كان الأمر على ما وصفنا. وأيضًا فلا معنى لإيجاب ضمان نصف قيمة الجدّة [152ب] على مدّعي الكبرى لشريكه، وردّ نصف القيمة التي أخذها الشريك من الأجنبيّ، لأنّ من وجب[1336] له على إنسان مال، ووجب للآخر عليه مثله صار قصاصًا.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلين اشتريا جاريةً فولدت بنتًا[1337] لأقلّ من ستة أشهر منذ يوم اشترياها، ثم كبرت ابنتها، فولدت ابنتا، ثم ادّعى[1338] أحدهما البنت الكبرى، وادّعى الآخر البنت الصغرى، والدعوة منهما جميعًا معًا، والجدة حيّة أو قد قَبِلت، فإنّ الدعوة دعوة الذي ادّعى البنت الصغرى، وهي ابنته، وأمّها أمّ ولدٍ له نصف قيمة الكبرى أمّ البنت الصغرى لشريكه ونصف عقرها، ولا تـجوز دعوة الشريك في البنت الكبرى.

قال أبو بكر: دعوة مدّعي الصغرى دعوة استيلاد لكون العَلوق في ملكه، ودعوة مدّعي الكبرى دعوة ملك، لأنّ أصل العلوق لم يكن عنده فكانت دعوة الاستيلاد، ودعوة[1339] مدّعي الصغرى أولى، وصارت الكبرى أمّ ولد له، وضمن

[1334] أحد.
[1335] ويكون.
[1336] موجب.
[1337] ثنتا
[1338] ادّعاها.
[1339] وهي دعوة.

قيمتها لمدّعي الكبرى، وإن كان مدّعيها مُعترفًا بأنّها حرّة لما بيّنا في مسألة أوّل الباب، ويضمن نصف عقرها لاعترافه بأنّه وطأها، وهي بينهما.

قال محمد: فإن كانت الجدّة حيّة كانت أمّ ولد لمدّعي الكبرى، وضمن نصف قيمتها لشريكه موسرًا كان معسرًا.

قال أبو بكر: لأنّه قد اعترف فيها بالاستيلاد، وهي بينهما، فثبت الاستيلاد، [153أ] وإن لم يثبت نسب ولدها كجارية بين رجلين لا ولد لها ادّعى أحدهما أنّها أمّ ولده، فيعمل اعترافه بذلك في فوت[1340] حقّ الاستيلاد لها، وإنّما انتقل نصيب شريكه إليه، لأنّ الاستيلاد لا يتبعّض عند[1341] أبي حنيفة أيضًا فيما يمكن فيه النقل، لأنّ الاستيلاد فراشٌ، والفراش لا يتبعض[1342] حتى يكون بعضُها فراشًا وبعضها غير فراش، فلذلك كان الأمر فيه على ما وصفنا.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلين اشتريا جاريةً فولدت عندهما أقلّ من ستة أشهر، فادّعى أحدهما الولد، فهو ضامن ليقف قيمة الأمّ يوم ادّعى موسرًا كان أو معسرًا. وأمّا الولد فإنّه كعبْد بين رجلين أعتقه أحدهما على الخلاف الذي بينهم فيه.

قال أبو بكر: إنّما لزمه ضمان قيمة الأمّ في حال الإعسار واليسار من قِبل أنّا قد نقلنا نصيب شريكه إليه، وملكناه إيّاه، وهي في ملكه، ومن نقلنا إليه ملك الغير لزمه بدله في حال الإعسار واليسار، ولذلك نظائر كثيرة في الأصول، منها: أنّ المُضطر إلى أكْل مال غيره يلزمه بدله، ولا يختلف بدله فيه حكم اليسار والإعسار. ولو أنّ رجلًا غصب من رجل ساحةً، فأدخلها في سفينة أو في بناية لزمته قيمتها[1343]، ولم يختلف حكمه أو يكون موسرًا أو معسرًا. وكذلك من غصب عبدًا، فأبق من عنده لزمه قيمته، ولا يختلف حكمه في حال الإعسار واليسار. فكذلك أمّ الولد لما نقلنا نصيب الشريك منها إليه، وملكه باقٍ عليها [153ب] وجب أن يضمنه، وخالف أبو حنيفة بين عتق أحد الشريكين وبين استيلاده لما وصفنا من أنّ الاستيلاد فراش، والفراش لا يتبعّض فيما يمكن فيه النقل، لأنّه لا يجوز أن يكون بعضها فراشًا وبعضها غير فراش، فإذا صار نصيبه بالدعوة فراشًا وجب أن يثبت هذا الحكم في نصيب صاحبه إذا أمكن نقله إليه، وكذلك حُكم كلّ ما يتبعّض. ألا ترى أنّ من طلّق نصف امرأته طلّقت كلّها، وإذا عفى الوليّ عن بعض الدم كان عفوًا عن جميعه، ولذلك نظائر كثيرة.

فإن قال قائل: فقد قالوا جميعًا في مدبّرة بين رجلين جاءت بولدٍ، فادّعى أحدهما أن المدّعي منها يكون أمّ ولد، ونصيب الآخر مدبّر، فقد بعض الاستيلاد فيها، ففرّق بينه وبين الطلاق ودم العبد ونحوهما ممّا لا يتبعّض استيلاده لا يثبت.

[1340] موت (مونث)
[1341] + عند.
[1342] يسقط حتى
[1343] قيمته.

قيل له: من قِبل أنّه لا سبيل إلى نقل نصيب الآخر، وإذا لم ينتقل استحال ثبوت الاستيلاد فيه، لأنّ استيلاده لا يثبت في ملك غيره، وذلك[1344] على الفضل بين ما يمكن نقله وما لا يمكن نقله وتمليكه أنّ من غصب من رجل عبدًا، فضمِن قيمته لأجل إباق العبد أنّه يملكه بضمان القيمة، ولو كان مدبّرًا لم يملكه بضمان القيمة، لأنّه لا سبيل إلى نقله.

قال أبو بكر: وأمّا الولد فإنّما صار كعبْد بين رجلين أعتقه أحدهما من قِبل أنّ نصيب المدّعي منه إنّما عتق بالدعوة لا بالعلوق، فصارت [154أ] الدعوة كعتق موقع في الحال، وهذا معنى صحيح يـجري عليه مسائل كثيرة من مسائلهم.

باب من الدعوى والبينات الذي يكون بعضها أولى من بعض والغصب وغيره

قال محمد: وإذا كانت الدار في يديّ رجلين، فأقام كلّ واحد منهما البيّنة أنّها له، وأقام رجل أجنبيّ البيّنة أنّها له، فإنّ للأجنبيّ نصفها، ولكلّ واحد من اللذين في أيديهما ربعُها.

قال أبو بكر: الأصل في هذا الباب: أنّ بيّنة الإنسان غير مقبولة على ما في يده، وهي مقبولة على ما في يد غيره. وأصل آخر، وهو: أنّ الخارجين إذا أقاما البيّنة على الملك كانت الدار بينهما نصفين، وإنّ أحدهما إذا أقام البيّنة على الملك، وإنّ صاحبه الخارج معه غصبه إيّاه فهو أولى من الغاصب.

مسألة

قال أبو بكر: واختلف فقهاء الأمصار في بيّنة الخارج، والذي في يديه أنّهما أولى، فقال أصحابنا: إنّ الخارج أولى ما لم يقم الذي في يديه البيّنة على النتاج، فإن أقامها على النتاج أو على ما في معنى النتاج، وهو أولى.

وقال مالك والشافعي: بيّنة الذي في يديه أولى أبدًا. ومن الناس من يقول: إنّ بيّنة الخارج أولى في النتاج أيضًا. فأمّا الحجّة لقول أصحابنا: فهي ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنّه قال: ((البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعى عليه))[1345]، والذي خصّه النبي صلى الله عليه وسلم باليمين، فوجدنا الجميع متّفقين على أنّهما إذا تقدّما إلى الحاكم [154ب] أعني الخارج[1346] والمدّعى عليه طالب الحاكم الخارج بالبيّنة، فإن لم تكن[1347] بيّنة طالب الذي في يده الشيء باليمين، فصحّ أنّ مراده عليه السّلام بالمدّعي المذكور في الخبر هو الخارج الذي يدّعي خلاف الظاهر، وإنّ المدّعى عليه الذي خصّه باليمين هو الذي معه الظاهر، وهو مَن الشيء في يده. فلمّا صحّ لنا بما وصفنا معنى مُراده عليه السلام وجب بذلك ألّا تُزال البيّنة عن موضعها كما لا تُزال اليمين عن موضعها. وقد اتّفق الجميع على أنّ الخارج لو قال: ابتداءً أنا أحلف، واستحقّ لم يُلتفت إليها.

[1344] وبذلك.
[1345] أصله في صحيح البخاري، الرهن، 6؛ سنن الترمذي، الأحكام، 12؛ صحيح ابن حبان، 477/11 وغيرهم.
[1346] بالخارج.
[1347] فان لم يكن.

ووجه آخر، وهو: أنّه لما ثبت عندنا معنى مراد النبي صلى الله عليه وسلم بقوله: ((البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعى عليه))[1348] على الوجه الذي بيّنا، فقد صحّ أنّ الذي يطالب به المدّعي إنّما هو تحقيق دعواه[1349] بالبيّنة، وإنّ الذي يطالب به المدّعى عليه إنّما هو تحقيق إنكاره باليمين، فلا يجوز أن يطالب المدّعى عليه بتحقيق دعواه بالبيّنة كما لا يُطالب المدّعي بتحقيق إنكاره اليمين.

فإن قال قائل: فهذا يلزمك في النتاج.

قيل له: لا يلزم لك من وجوه:

أحدها: إنّ حكمَ النبي صلى الله عليه وسلم بالبيّنة واليمين ورد في الخارج والمدّعى عليه، وأحدهما: يدّعي الظاهر، والآخر خلاف الظاهر، فجعل النبي صلى الله عليه وسلم البيّنة على مدّعي خلاف الظاهر واليمين من معه الظاهر. وأمّا إذا تداعيا النتاج فليس مع أحدهما ظاهر فيه من قِبل أنّ ظهور اليد في الحال لا يوجب كون النتاج [155أ] في يده، ولمـّا لم يكن المعنى الذي ينازعاه من النتاج ظاهر الواحد منهما لم يدخل في ظاهر الخبر، وكان حُكمه موقوفًا على دليل آخر من غيره، فلمّا ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم في النتاج أنّه قضى به لصاحب اليد حكمنا به، ولم نعترض بأحد الخبرين[1350] من على الآخر، بل استعمالنا هما على ما وردا فيه، وبيّنا[1351] بذلك أنّ خبر النتاج وارد في غير ما ورد فيه البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعى عليه. وأيضًا الخارج ليس بمدّعى عليه من وجه، فإذا هو المدّعي، فالبيّنة عليه خاصة.

ووجه آخر، وهو: أنّ النبي صلى الله عليه وسلم لما قال: ((البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعى عليه)) [1352] أوجب ذلك ألّا يقبل بيّنة الرجل على ما يُستحلف عليه، وإنّ بيّنته إنّما تُقبل[1353] على ما[1354] لا يستحلف عليه. ألا ترى أنّ الخارج إنّما جعلت البيّنة عليه، لأنّ اليمين ليست عليه، وإنّما هي[1355] على غيره، فوجب من أجل ذلك أنّ كلّ من استحلف على شيء لم تقبل[1356] بيّنته على المعنى الذي يقع اليمين عليه، فلمّا لم يجب استحلاف في يديه على نفي النتاج من الخارج، وإنّما يستحلف على نفي ملك الخارج إذا لم تكن لواحد منهما بيّنة جاز قبول بيّنته على النتاج وإن كان الشيء في يده، إذ قبلنا بيّنته على معنى لا يقع عليه اليمين جاز قبول بيّنته، وصار ذلك بمنزلته لو ادّعى شراء من جهة الخارج، لأنّه لا يستحلف على دعواه الشراء من جهته، فقبلت بيّنته عليه. وأمّا إذا قامت بيّنته على ملك المطلق، فهذا هو المعنى الذي

[1348] سبق تخريجه.
[1349] داعواه.
[1350] الخبر.
[1351] وبَسا
[1352] سبق تخريجه.
[1353] انّما يُقبل.
[1354] + ما.
[1355] هو.
[1356] لم يقبل.

يستحلف [155ب] عليه إذا لم يكن للخارج بيّنة، فلا جائز قبول بيّنته عليه، لأنّ النبي صلى الله عليه وسلم حين أوجب عليه اليمين دون البيّنة، فقد نفى قبول بيّنته فيما يحلف فيه.

ووجه آخر، وهو: أنّ قوله عليه السلام: ((البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر))[1357] عموم في إيجاب هذين الحكمين على ما اقتضاه ظاهر اللفظ، فلا جائز نقل واحد منهما عن جهته إلّا بدليل يقوم عليه، فإذا ورد خبر آخر في قبول بيّنة النتاج، وإن كان الشيء في يده خصّصناه من تلك الجملة، ونفى حكم العموم فيما عدا النتاج حتى يكون مستعملين لهما، ولو قبلنا بيّنة المدّعى عليه في كلّ حال كان فيه ترك قوله: ((البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعى عليه))[1358] في كلّ حال، ورفع حكمه من سائر الوجوه، فلذلك جمعنا بينهما على الوجه الذي ذكرنا.

ودليل آخر للمسألة، وهو: أنّ بيّنة الخارج توجب استحقاق ما ظهر للمدّعى عليه من دلالة اليد والتصرّف على الملك، ولم يمنع ظهور دلالة ملكه من استحقاقه بيّنته الخارج. كذلك بيّنته إذا قامت، فإنّما ترجع في إثبات ملكه إلى ما ظهر من دلالة تصرّفه، إذ لا سبيل إلى إثبات الإملاك إلّا من هذه الجهة، فوجب ألّا يُمنع [من] قيام بيّنته من هذا الوجه من استحقاق بيّنته الخارج، وألّا تعارض بيّنته بيّنة الخارج كما لم تكن مشاهدة اليد والتصرّف الموجبين للملك معارضة لبيّنته. وهذا المعنى بعينه هو الذي يقع به الفصل بين النتاج وغيره من قِبل أنّ النتاج ليس [156أ] بمعنى مشاهد في حال قيام البيّنة كمشاهدة اليد في حال قيامها، فلذلك جاز قبول بيّنة الخارج، ولم تقبل بيّنة الملك على الإطلاق.

ودليل آخر، وهو: أنّ الذي في يديه الشيء لا يدّعي على الخارج شيئًا، ويدلّك عليه أنّا متى قبلنا بيّنته لم يستحق على الخارج شيئًا بيّنته، لأنّ الخارج لم يكن له يدٌ ولا ملك في الظاهر، فإنّما يبقى الشيء على ما كان عليه قبل إقامته البيّنة، وكل بيّنة لا يستحقّ بها شيئًا على غيره، فهي ساقطة من وجهين، أحدهما: أنّه ليس بمدّعٍ[1359]، والنبي صلى الله عليه وسلم أنّما قبل بيّنة المدّعي. والثاني: أنّه[1360] لا يُعيد شيئًا أكثر ممّا كان عليه حاله، ويدلّ أنّه غير مدّعٍ[1361] على الخارج شيئًا أنّه ليس له أن يستحلف المدّعي إذا لم تكن له بيّنة، ولو كان مدّعيًا لكان له استحلاف الخارج، لأنّ الخارج يصير مدّعى عليه إذا كان هو مدّعيًا. ألا ترى أنّ دعوى الذي في يده أنّ الشيء لي، وليس للخارج لا يلزم الخارج حضورًا عند القاضي للخصومة واليمين. ولو قال: "لي بيّنة تشهد[1362] لي بالملك، وهذا الخارج ينكره ولا يفي لي به، فأحضِره أنّها القاضي حتى يسمع بيّنتي عليه في إثبات الملك لي" لم يلتفت القاضي إلى ذلك. وأنّ الخارج متى ادّعى مثل ذلك على الذي الشيء في يده أحضره القاضي لخصومته وقَبِل بيّنته عليه، واستحلفه له إن لم يكن له بيّنة، فصحّ بجميع ما وصفنا أنّ الذي في يده الشيء ليس مدّعيًا، وأنّ الخارج ليس مدّعًى عليه. فحصل لنا من ذلك معنيان، أحدهما: معرفة

[1357] ولعلّ أقرب لفظ إلى المؤلف هو الذي في سنن الدارقطني 114/4.
[1358] سبق تخريجه.
[1359] لمدّعي.
[1360] أنها.
[1361] مدّعيٍ.
[1362] يشهد.

المدّعي والمدّعى عليه، ووجوب الحكم حينئذ [156ب] بقوله: ((البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعى عليه)). والمعنى الآخر: إنّ بيّنة الذي في يديه غير مقبولة بحال كما لم يقبّلها إذا لم يكن الخارج البيّنة، وكما لا يقبلها إذا لم يحضر الخارج، فيدّعي.

وممّا يدلّ على لزوم الحكم للذي الشيء في يده بعد إقامته البيّنة كلزومه قبلها: أنّ الذي الشيء في يده لو قال: "لا أطالب بالبيّنة التي أقمتها"، وهي كاذبة لم تخرج من الخصومة، وكان الحكم قائمًا عليه، ولو قال المدّعي: "بيّنتي كاذبة" لبَرِأ[1363] من الحكم، وسقطت الخصومة، فصحّ بذلك أنّ بيّنة المدّعى عليه لا يسقط عنه ما كان ثبت عليه من لزوم الحكم إيّاه بيّنة الخارج، فإن ألزمونا على هذا النتاج.

قيل له: قد بيّنا أنّ في النتاج زيادة معنى لا يقبضها الظاهر مثل الشراء، فلذلك قبلنا بيّنته عليه. ألا ترى أنّ بيّنة الخارج إنّما توجب استحقاق الملك له، ولا ينفي ذلك بيعه من الذي في يده، فكذلك لا ينفي كون النتاج في يد الذي في يده، فإذا لم يقض بيّنةُ الخارج نفي النتاج كما لا يقتضي[1364] نفي الشراء، واقتضت نفي ملك الذي في يده على الإطلاق قبلنا بيّنة الذي في يده على النتاج.

ووجه آخر في الفرق بين النتاج والملك المطلق، وهو: أنّ النتاج معنى مشاهد تقع[1365] الشهادة فيه على الحقيقة لا من جهة الظاهر، والملك غير مشاهد، وإنّما تقع[1366] الشهادة عليه من جهة الظاهر، وقد بيّنا أنّ بيّنة الخارج توجب[1367] استحقاق ظاهر ملك المدّعى عليه، [157أ] فكانت اليد في النتاج دلالة على صدْق البيّنة. وأيضًا في النتاج يدّعي كلّ واحدٍ منهما حُدوث الملك له من جهة الولادة، فلمّا وقع التدّاعي[1368] في ابتداء الملك فيه من جهة واحدة أشبها المشتريين إذا ادّعيا الشراء من جهة رجل واحد، ومع أحدهما يدٌ، فيكون صاحب اليد أولى.

مسألة

قال أبو بكر: واختلف الفقهاء في رجلين ادّعيا شيئًا في يد غيرهما، وأقاما بيّنة. فقال أصحابنا: يُقضى به بينهما نصفين، واختلف قول الشافعي فيه، فبعضهم يحكي عنه القرعة، وبعضهم أنّه يوقف الأمر، ولا يقضى به لواحد منهما. الحجّة لقول أصحابنا: ما روى هُمام عن قتادة عن سعيد بن أبي بردة عن أبيه عن جدّه أبي موسى الأشعري أنّ رجلين ادّعيا

1363 [illegible]
1364 [illegible]
1365 يقع.
1366 وانّما يقع.
1367 يوجب.
1368 التدّعي.

بعيرًا على عهد النبي صلى الله عليه وسلم، فبعث كل واحد منهما شاهدين، فقسّمه النبي صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين[1369].

فإن قال قائل: ليس في هذا الخبر دليل على موضع الخلاف من وجوه:

- أحدها: أنّه لم يذكر أنّ الشيء كان في أيديهما أو في يد غيرهما.
- والثاني: أنّه لم يذكر أنّه قضى بالبيّنة بينهما، ويحتمل أن يكون الشيء كان في أيديهما، فتركه على ما كان عليه.

قيل له: لـمّا ذَكر الشاهدين، وإنّ النبي صلى الله عليه وسلم قضى به عند قيام البيّنة، فقد عُلم أنّ القضاء وقع بها كما أنّه لما روي أن ماعزًا أقرّ بالزنا، فرجمه النبي صلى الله عليه وسلم علم أنّه قضى عليه بالرجم لأجل الزنا[1370]، وإنّه لما خيّر بريرة حين أعتقت[1371] [157ب] عُلم أنّ الخيار لأجل العتق، وكما أنّه لما قطع مبارق الجحفة[1372] علمنا أنّ القطع كان لأجل السرقة، ولو لم يكن كذلك ما كان لنقلت[1373] البيّنة في الخبر معنى، ولكان يصير ذكر البيّنة تلبيسًا على السامع، إذ لم يحكم النبي صلى الله عليه وسلم بها، وإنّما حكم بغيرها، ثم يُنقل ما لم يحكم بها، ويُترك ذكر اليد التي حكم بها.

ووجه آخر: وهو أنّ قتادة قد روى عن جلاس عن أبي رافع عن أبي هريرة، أن رجلين اختصما في متاع إلى النبي صلى الله عليه وسلم ليس لواحد منهما بيّنة، فقال النبي صلى الله عليه: ((أشبهها على اليمين ما كان أحبًّا ذلك أو كرهًا))[1374]، فذكر في هذا الخبر اليمين، إذ لم تكن بينهما بيّنة، ولو كان في الخبر الأوّل الشيء في أيديهما، وقضى به بينهما بدعواهما لأوْجب اليمين كما أوجبها في هذا، فلمّا لم يوجب اليمين علمنا أنّ القضاء وقع بالبيّنة. وأيضًا فإن كان الشيء في أيديهما، ثمّ أقاما البيّنة، فقد قَبِل النبي صلى الله عليه وسلم بيّنتهما، وصحّ أنّه إذا كان في يد غيرهما كانت البيّنتين مقبولتين، لأنّ أحدًا لا يفرق بينة إذا كان في أيديهما أو في يد غيرهما في باب أنّه متى أقاما البيّنة قبلت بيّنتاهما في الحالين أو تردّا في الحالين جميعًا، فلمّا صحّ في أحد الحالين قبولهما كانت الأخرى مثلها.

فإن قال قائل: قد روى هذا الحديث سعيد بن أبي عروة عن قتادة بإسناده. وقال فيه: وليست لواحدٍ[1375] منهما بيّنة، فجعله النبي صلى الله عليه وسلم بينهما[1376].

[1369] لم أعثر عليه باللفظ الذي ذكرها المؤلف، وأصله في سنن أبي داود، القضاء، 22؛ صحيح ابن حبان، 457/11؛ والدارقطني في سننه، 378/5 وغيرها.

[1370] صحيح البخاري، الحدود، 28؛ صحيح مسلم، الحدود، 17 (1692)؛ سنن أبي داود، الحدود، 6، 24؛ سنن الترمذي، الحدود، 4 إلخ.

[1371] سبق تخرجه.

[1372] لم أعثر عليه.

[1373] لنقل.

[1374] سنن أبي داود، القضاء، 22؛ سنن ابن ماجه، الأحكام، 20؛ مسند أحمد، 489/2 وغيرها.

[1375] لوحد.

[1376] سنن النسائي، آداب القضاة، 35؛ سنن ابن ماجه، الأحكام، 11 وغيرهم.

قيل له: قول [157ب] من قال: "ليست لواحد منهما بيّنة لا يعارض رواية من أثبتها، لأنّ المثبِت أولى من الباقي". ودليل آخر: وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم: ((البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعى عليه)) [1377]، والخارجان جميعًا مدّعيان، فوجب قبول بيّنتهما بعموم الخبر، وإذا وجب قبولهما، ولم يمكن الحكم بالجميع لهذا، وبالجميع لهذا صحّ أنّه بينهما نصفين.

فإن قال قائل: لا يجوز قبول البيّنتين مع وقوع العلم بكذب أيّهما لاستحالة كون الشيء الواحد ملكًا لهذا كلّه ولهذا كلّه.

قيل له: لسنا نعلم أنّ إحديهما كاذبة، وجائز أن يكونا صادقين، لأنّهما يشهدان بالملك من طريق الظاهر، ولا سبيل لهما إلى إثبات حقيقة الملك، إذ لا يتواصلان إليه أبدًا، فكان مرجوع كلّ واحدة من البيّنتين في شهادته إلى ما ظهر لهما من التصرّف الدّال على الملك، وقد تشهد[1378] هذه البيّنة أحد الرجلين يتصرّف فيه تصرّف الملّاك، وتشهد[1379] الأخرى الآخر يتصرّف فيه في وقت آخر تصرّف الملاك. ألا ترى أنّ العبد إذا كان بين رجلين أنّهما يتابيان فيه على الخدمة، فجائز أن تشاهد[1380] إحدى البيّنتين أحد الموليين في يوم خدمته يتصرّف فيه تصرّف الملّاك، وتشاهد البيّنة الأخرى في يومه، فتسع[1381] حينئذ كلّ واحد منهما الشهادة لصاحبها بالملك على الوجه الذي بيّنا، ولا تكون[1382] واحدة منهما كاذبة، لأنّهما أخبرانا[1383] عمّا عندهما، كما أنّ قول النبي صلى الله عليه وسلم لذي اليدين كلّ ذلك [158أ] لم يكن صُدّق، لأنّه كذا كان عنده، وكما أنّ قول النبي صلى الله عليه وسلم الذي حكى الله عنه أنّه قال: ﴿لَبِثْتُ يَوْمًا أَوْ بَعْضَ يَوْمٍ﴾ [1384] صِدقًا، لأنّه أخبر عمّا كان عنده.

ووجه آخر، وهو: أنّه إذا لم يعلم الكاذب منهما بعينه يجوز أن يسقط حكمه، كما أنّ أحد الزوجين كاذب عند قذفه لها وجحودها لذلك، وعِلْمنا بذلك لا يُبطل اللعان، ولو عرفناه بعينه سقط. دليل آخر، وهو: أنّ البيّنة لما كانت سببًا للاستحقاق، ولو انفردت كلّ واحدة أوجبت الاستحقاق لصاحبها، ووجب إذا اجتمعتا أن يتساويا في الاستحقاق إذا لم يبن لنا كذب إحديهما. والدليل على صحّة هذا الأصل أنّ رجلًا لو أوصى لرجلين لكلّ واحد منهما بثُلث ماله، ولم يجز الورثة، أنّ الثلث بينهما نصفين، ولو انفرد كلّ واحد منهما لاستحقّ الثلث. وكذلك لو مات وترك ألفًا، وعليه دين ألفان لرجلين أنّا نقضي به بينهما نصفين لتساويهما في السبب الموجِب للاستحقاق. وكذلك مسائل القول توجب المضاربة لكلّ واحد من أصحاب السّهام بسهمه، والمعنى في جميع ذلك وجود السبب الموجِب للاستحقاق لكلّ واحد منهم.

[1377] سبق تخريجه.
[1378] وقد يشهد.
[1379] ويشهد.
[1380] ان يشاهد.
[1381] فيسع.
[1382] ولا يكون.
[1383] أخبرنا.
[1384] البقرة، 259/2.

فإن قال قائل: فقد قالوا: أنّه لو شهد شاهدان أنّه قتل أباه يوم النحر بالكوفة، وشهد آخران لآخر أنه قتل أباه يوم النحر بمكّة أنّ الشهادة باطل، ولا يُحكم بواحدة منهما، [158ب] وإن كان كلّ واحدة من البنتين شهدتا لو انفردت لأوجبت الحكم بما شهدت به.

قيل له: الفرق بينهما: أنّ هاتين البنتين شهدتا على معاينة القتل وحقيقته، ويستحيل كون الرجل في يوم واحد بالكوفة وبمكّة، ومثله لا يشتبه على أحد، فعُلم[1385] أنّ إحديهما قد تعمّدت الكذب، فلذلك أبطلناهما، لأنّا لو حكمنا بهما لحكمنا بشهادة من شعبا كذبه، وليس كذلك الشهادة بإطلاق الملك لمـّا تقدّم من بيانه فيما سلف في صدْر المسألة.

فصل

قال أبو بكر: فإذا[1386] بيّنا وجه المسألتين اللتين عليهما بنى الباب، فلنبيّن فروع الباب عليهما، فنقول: إنّ الأجنبيّ والأكبر قد أقاما البيّنة على النصف الذي في يد الأصغر، فهو بينهما، فيحصل للأجنبيّ ربع الدار، وللأكبر الربع، ولا شيء للأصغر من ذلك النصف الذي في يد الأكبر، فنصفه للأصغر، ونصفه للأجنبيّ، فلذلك قال محمد: إنّ للأجنبيّ نصف الدّار ولكلّ واحد من الداخلين الربع.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ الأجنبيّ أقام البيّنة أنّها داره اغتصبها إيّاه أحد الداخلين اللذين الدار في أيديهما الدار، وهو هذا بعينه، وأقام كلّ واحد من الرجلين اللذين الدار في أيديهما البيّنة أنّها داره، فإنّ للرجل الأجنبيّ ثلاثة أرباع الدار، وللذي لم يقم عليه الأجنبيّ البيّنة بالغصب ربع الدار. [159أ]

قال أبو بكر: وذلك لأنّا نجعل الأصغر هو الذي أقيم عليه البيّنة بالغصب، فنقول: إنّ النصف الذي في يد الأصغر قد أقام عليه الأكبر البيّنة، والأجنبيّ البيّنة أنّ الأصغر غصبه إيّاه، فالأجنبّي أولى، وإنّما صار أولى بذلك، لأنّ من أصلهم: أنّ دارًا في يديّ رجلٍ لو أقام عليه رجلان البيّنة أحدهما أنّها له، والآخر أنّها له غصبها إيّاه المدّعي معه، إذ هو أودعها إيّاه أنّ الذي أقام البيّنة على صاحبه بالغصب أو الوديعة أولى، وإنّه لا شيء للذي أقيم عليه البيّنة بالغصب.

قال أبو بكر: وكان أبو الحسن رحمه الله يقول: من أصحابنا من اعتلّ في ذلك بأنّ الدار في التقدير تكون[1387] بينهما نصفين. ثم إنّ مدّعي[1388] الغصب قد أقام البيّنة على صاحبه بذلك، فيستحقّه عليه.

قال أبو الحسن: وهذا التقدير خطأ على أصل أصحابنا، لأنّهم قالوا: لو أنّ دارًا في يديّ رجل ادّعاها ثلاثة، فأقام أحدهم البيّنة أنّ الدار داره غصبها إيّاه أحد المدّعيين بعينه، وأقام كلّ واحد من الباقيين البيّنة أنّ الدّار داره، أنّه نحكم بها نصفين

1385 فعَلم.
1386 فاذ.
1387 يكون.
1388 + مدّعي، صحّ هامش.

بين الذي أقام البيّنة على الغصب، والمدّعي الآخر الذي لم يقم عليه البيّنة بالغصب، ولو كان التقدير الذي ذكره هذا القائل صحيحًا لاستحقّ الذي أقام البيّنة على الغصب في هذه المسألة ثلثيّ الدار، لأنّ كلّ واحد منهم يستحقّ ببيّنته الثلث، ويستحقّ الذي أقام البيّنة على الغصب عليه ما حكم له به، فيحصل له الثلثان.

قال أبو الحسن: [159ب] والمعنى عندنا في كون الذي أقام البيّنة على الغصب أولى من الذي أقيم عليه البيّنة بذلك أنّ بيّنة الغصب تمنع صحّة الملك الذي أقيم عليه البيّنة بالغصب، وتسقط[1389] بيّنته، وذلك لأنّ[1390] شهود الملك إنّما يرجعون في شهادتهم بالملك إلى ظاهر ما يشهدونه من اليد والتصرّف، وبيّنة الغصب تبيّن أنّ تلك اليد وذلك التصرّف كانا يد غصْب وتصرّفًا بغير حقّ، فلمّا أثبتت[1391] هذه البيّنة معنى خلاف الظاهر الذي أثبتته وبيّنته[1392]، والآخر كان أولى، لأنّ بيّنة مدّعي خلاف الظاهر أولى، وإنّما سمعت بيّنته على إسقاط بيّنة الآخر، وإن لم يكن في يده شيء، لأنّه لولا بيّنته لا يستحقّ بعض الدار التي في يد المدّعى عليه، فقبلتْ بيّنته على نفي استحقاقه، ويقع القضاء عليه كما يقع القضاء على الميّت بحضور الوارث، وعلى جماعة الوارثة بحضور بعضهم.

مسألة

قال محمد: ولو أقام الأجنبيّ على الأكبر بالغصب، والأكبر على الأجنبيّ بمثله، وأقام الأصغر البيّنة أنّ الدار داره، فإنّ للأجنبيّ النصف، وللذي في أيديهما النصف.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الأكبر، والخارج تنازعا ما في يد الأصغر، وكلّ واحد منهما قدّم[1393] البيّنة على صاحبه بالغصب، فقد تساويا في ذلك، فهو بينهما. ثمّ إنّ الأصغر والأجنبيّ أقاما البيّنة على ما في يديّ الأكبر، ولم [يقم] واحد منهما [البيّنة] على صاحبه بالغصب، فقد تساوتْ حجّتاهما، [160أ] فهو بينهما نصفين، وإقامة الأجنبيّ البيّنة على الأكبر بالغصب في النّصف الذي في يده لا يجعله أولى من الأصغر، لأنّه لم يقم على الأصغر بذلك، وإنّما أقامه على غيره.

مسألة

قال محمد: ولو كان الأجنبيّ أقام البيّنة أنّ الدار داره اغتصبها الأكبر، وأقام الأكبر البيّنة أنّ الدار[1394] داره اغتصبها إيّاه الأصغر، وأقام الأصغر البيّنة أنّ الدار داره اغتصبها إيّاه الأجنبيّ، فإنّه يحكم بما في يديّ الأصغر للأجنبيّ، ويحكم بما في يديّ الأكبر للأصغر، ويخرج بغير شيء.

[1389] ويسقط.
[1390] لا.
[1391] فلمّا ثبت.
[1392] وبيّنة.
[1393] قدام.
[1394] دار.

قال أبو بكر: وذلك أنّ الأكبر والأجنبيّ تدّاعيا ما في يديّ الأصغر، وقد قامتْ بيّنة الأجنبيّ على الأكبر بغصْبه، فهو أوْلى بهذا النصف منه. ثم إنّ الأصغر والأجنبيّ أقاما البيّنة على ما في يديّ الأكبر، والأصغر قد أقام البيّنة على الأجنبيّ بالغصب، فهو أولى بما في يديّ الأكبر، فيحصل للأجنبيّ النصف الذي في يديّ الأصغر، ويحصل للأصغر النصف الذي في يديّ الأكبر، ويخرج الأكبر بغير شيء.

مسألة

قال محمد: ولو أقام الأجنبيّ البيّنة على الأكبر بالغصب، والأكبر على الأجنبيّ بمثل ذلك، وأقام الأصغر على الأجنبيّ بمثل ذلك حكم بما في يديّ الأصغر بين الأكبر والأجنبيّ نصفين بينهما، لأنّهما قد تساويا في استحقاقه. ثم الأصغر والأجنبيّ قد أقاما البيّنة على ما في يديّ الأكبر والأصغر أقام البيّنة على الأجنبيّ بالغصب، فهو أولى بما في يد الأكبر، فيكون للأصغر النصف، [160ب] والنصف الباقي بين الأكبر والأجنبيّ نصفين.

مسألة

قال محمد: ولو كان اللذان الدار في أيديهما كلّ واحد منهما أقام البيّنة على صاحبه بالغصب، وأقام الأجنبيّ البيّنة أنّ الدار داره اغتصبها إيّاه الرجلان اللذان الدار في أيديهما، فالنصف للخارج، والنصف الذي في يديهما.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الأجنبيّ والأكبر لمـّا تدّاعيا[1395] ما في يد الأصغر، فليس في بيّنة الأكبر ما يسقط بيّنة الأجنبيّ، لأنّه لم يقم البيّنة على الأجنبيّ بالغصب، فاستوتْ حجّتاهما، وكذلك حال الأصغر مع الأجنبيّ فيما في يديّ الأكبر.

قال أبو بكر: وتقدير المسألة أنّ الأجنبيّ أقام البيّنة على كلّ واحد منهما بغصب نصف الدّار الذي في يده، دون أن يكون ذلك النصف بعضُه ممّا في يده، وبعضه في يد صاحبه من قِبل أنّ من أقام البيّنة على رجلين في أيديهما دار أنّهما غصباه إيّاها، فإنّما أثبت على كلّ واحد غصب النصف الذي في يده دون ما في يد صاحبه، فلذلك الجواب فيها على ما وصفنا.

باب ما يكون الرجل خصمًا من النسب وما لا يكون فيه خصْمًا

قال أبو بكر: الأصل في هذا الباب: أن يعتبر السبب الذي يدّعيه، فإن كان ممّا لو اعترفا به ثبت باعترافهما، فإنّ مدّعيه يكون خصمًا [161أ] فيه سواء ادّعى به حقًّا غير السبب أو لم يدّعِ، وإن كان السبب الذي يدّعيه لو اعترفا به لم يثبت فإنّه على وجهين، فإن كان إذا ثبت يكون سببًا بينهما إلّا بإثباته على غائب، فإنّه يكون خصمًا، وإن لم يدع حقًّا، وإن كان لا يثبت بينهما إلّا بإثباته على غائب. ثم ثبوته بينهما فإنّه لا يكون خصمًا إلّا أن يدّعي به حقًّا غيره.

قال محمد بن[1396] **الحسن**: وإذا ادّعى رجلٌ على رجل أنّه أخوه لأبيه وأمّه، فجحد ذلك، فقدّمه إلى القاضي، وأراد أن يقيم عليه البيّنة بذلك، فإن كان يدّعي قبله ميراثًا أو حقًّا فهو خصْم.

[1395] لما يداعيا.

[1396] ابن.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لا يُتوصّل إلى إثبات الحقّ المدّعى إلّا بإثبات النسب على الغير، فصار المدّعى عليه خصْمًا في إثبات النسب على الغائب، ولذلك نظائر كثيرة في الأصول، منها: الرجل يكفل عن رجل بجميع ماله عليه، فيقيم المدّعي البيّنة أنّ له على المكفول عنه ألف درهم، وهو غائب، فيصير الكفيل خصمًا عنه، فيثبت المال على الكفيل والمكفول عنه الغائب. ومنها: الرجل يقذف الرجل، فيدّعي القاذف أنّ المقذوف عبْد، فيقيم المقذوف[1397] البيّنة أنّه كان عبدًا لفلان، وأنّه أعتقه، فتقبل بيّنته، ويقضى بعتقه على الغائب، ويصير القاذف خصْمًا عنه في ذلك، وأشباه ذلك من المسائل بطُول الكتاب بذكرها.

قال محمد: وإن لم يدّع قِبَله حقًّا لم يكن خصْمًا.

قال أبو بكر: هذا [161ب] من القِسم الذي ذكرنا أنّه لا يكون فيه خصمًا إلّا أن يدّعي حقًّا، وذلك لأنّ[1398] النسب لا يثبت بينهما حتى يثبت أوّلًا من غيرهما، وهما الأبوان، وليس هو خصمًا في إثبات النسب على الغير، وذلك لأنّ النسب الذي يثبت فيما بينهما وبين الغائب ليس هو بعينه الذي يثبت بينهما، لأنّ الذي بينهما الأخوّة وما بينهما وبين الغائب الأبوّة.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا ادّعى على رجل أنّه ابنه أو أبوه أو ادّعى على امرأة أنّها زوجته أو ادّعت المرأة على الرجل أنّه زوجها أو ادّعى[1399] رجل على رجل أنّه كان عبدًا له، وأنّه أعتقه، وهو مولاه، وأنكر المدّعى عليه ذلك، فأقام المدّعي البيّنة على ما ادّعى[1400]، فإنّه خصْم، وإن لم يدّع حقًّا، وتقبل[1401] بيّنته.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهما لو اعترفا به، ويصادقا عليه ثبت ذلك بينهما، وإنّما صار خصْمًا فيما لو اعترفا به لصحّ من قِبل أنّ ما يجوز اعترافهما به لا يكون فيه حقّ على الغير، لأنّ اعترافهما على الغير لا يجوز، فمن حيث صحّ اعترافهما على أنّه لا حقّ فيه لغيرهما، وليس كذلك دعواه الأخوة أو أنّه عمّه أو نحو ذلك، لأنّ اعترافهما به لا يجوز، ويحتاج في إثباته إلى إثبات النسب من غيرهما، وليس الحاضر بخصم عن الغائب ما لم يدعْ به حقًّا.

قال محمد: ولو أنّ صبيًّا صغيرًا في يديّ رجل لا يعبّر الصبي عن نفسه، فزعم الرجل الذي هو في يديه أنّه اِلْتَقَطه، فأقامت [162أ] امرأة حرّة الأصل بيّنة أنّه أخوها جعلته أخاها.

[1397] المقذوب.
[1398] لا.
[1399] دّعا.
[1400] ما دّعا.
[1401] ويقبل.

قال أبو بكر: لأنّها تدّعي[1402] حقّ الإمساك والحضانة، وذلك حقّ لها، كما يكون خصْمًا للأمّ، ألا ترى أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال للأمّ: ((أنت أحقّ به))[1403].

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا من العرب هلك، وله ابن فادّعى رجل أنّه كان عبدًا لابنه، وأنّه أعتقه، وأنكر ذلك الابن جعلته خصْمًا، وقضيت بإثبات الولاء ولا نسبة لهذا[1404] النسب. فكذلك لو كان العبد المعتَق مات، وترك ابنًا وابنتا، فادّعى ابن العربي أنّ أباه أعتق أبا هذا الابن أمّ هذه البنت، وأنّهما مولياه، فجحدت ذلك البنت أو الابن، فإنّي أقبل البيّنة في هذا وأجعله خصْمًا، ولا يشبه هذين الوجهين ما قبلهما.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن رحمه الله يحتجّ في الفرق بين أن يدّعي أنّه مولى أبيه أو ابن مولاه، وبين أن يدّعي أنّه ابن أبيه من جهة أنّ الولاء الذي يثبت له من جهة عتق أبيه لا يختلف، لأنّ المعنى فيه أنّ التعصيب[1405]، فحسب، ولا يتغيّر بذلك حال الذي يثبت له ذلك بأن يكون هو المعتق أو أبوه. ألا ترى أنّ ابن المولى يكون مولى كما أنّ المعتق مولى، والمعنى فيهما جميعًا التعصيب، فإذا كان الذي يدّعيه المدّعي هو إثبات التعصيب بينه وبين المدّعى عليه، ولا يتعلّق به معنى على الأب المعتِق، وإن كنّا متى حكمنا به صار الأب مولى وجب أن يكون خصْمًا، [162ب] وهذا كما قلنا في الأمّ أنّها تكون[1406] خصمًا في دعواها نسب[1407] الابن، وإن كان النسب متى ثبت صار ابن زوجها الذي هي فراش له، لأنّ الحقّ يثبت بينها، وليس ذلك كدعواه أنّه ابن أبيها، لأنّها حينئذ إذا ثبت النسب يصير جدّه، والذي يثبت بين أبيها وبين المدّعى عليها هو الأبوّة، فهي تريد[1408] أن يثبت بينهما نسبًا ليتوصّل به إلى إثبات نسب آخر غيره منها، وليس كذلك الولاء، لأنّ الثابت من الأدنى والأبعد ثابت على وجه واحد، فلذلك اختلفا.

ووجه آخر، وهو: أنّ ابن المعتق بدت الولاء، فيقوم مقام ابنه، لأنّ الوارث يخلف الميّت في ملكه، ويصير كأنّه هو المعتِق، فوجب أن يكون خصْمًا كما يدّعي انتقال ملك العبد، والدار إليه من جهة ابنه الميّت.

قال أبو بكر: وسألتُ أبا عبد الله ابن أبي موسى الضرير[1409] عن الفرق بين هاتين المسألتين، فحكى لي عن بعض شيوخه: لا أدري ذكر أباه[1410] أو أبا خازم أنّه احتجّ في الفرق بينهما أنّ ابن المولى في الحكم كأنّه هو المعتِق نفسه إذا ثبت له الولاء من جهة الأب. ألا ترى أنّ رجلًا لو مات، وترك ابنين وعبدًا معتقًا أنّ الولاء لهما، فإن مات أحد الابنين،

[1402] يدّعي.
[1403] سنن أبي داود، الطلاق، 35؛ السنن الكبرى للبيهقي، 7/8؛ مسند أحمد، 182/2 وغيرها.
[1404] هذا
[1405] التغصيب.
[1406] يكون.
[1407] بسبب.
[1408] يريدا
[1409] انظر: أخبار أبي حنيفة وأصحابه للصيمري، ص 163.
[1410] أي أبو موسى الضرير.

وترك خمسة بنين، ومات الآخر، وترك واحدًا أنّ الولاء بينهم لكلّ واحد منهم سدسه، ولا يكون لورثة كلّ واحد من الابنين نصف الولاء، وإن كان الولاء بينهما في حال الحياة نصفين، بل كلّ واحد من بني الابن كأنّه [163أ] هو المعتِق نفسه، وإذا كان كذلك صار خصمًا فيه، وإن لم يدع به حقًّا غيره، وليس كذلك النسب.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ امرأة ادّعت أنّ رجلًا ابنها، وهو يجحد أو ادّعى الرجل أنّه أمّه[1411]، وهي تجحد، فأقام البيّنة كان خصمًا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ ثبوت النسب بينهما لا يتعلّق بإثباته على الغير.

فإن قال قائل: لـمّا كانت الأمّ لو صدقت بالنسب لم يثبت لما فيه من حمل النسب على الغير وجب ألّا يصير واحد منهما خصمًا لصاحبه.

قيل له: ليست العلّة في إبطال التصديق أنّ فيه حمل النسب على الغير، فحسب دون معاني أُخر ليس هذا موضع ذكرها، وإذا كان كذلك لم يجب أن يخرجه من أن يكون خصمًا، لأنّه قد يثبت النسب منها من غير ثبوته من أب.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ امراة ادّعت على رجل أنّه ابن أبيها، والرجل يجحد ذلك، فإن لم يدع قبله حقًّا لم يكن خصمًا من قِبل أنّ ثبوت نسبه منها متعلّق بثبوته من أبيها، وليس ههنا خصْم عن الأب في إثبات النسب عليه، وليست كذلك إذا ادّعت النسب من نفسها من قِبل أنّ ثبوت النسب منها ليس متعلّقًا بثبوته من زوج، إذ قد يتعرّى ثبوت النسب منها من ثبوته من زوجٍ.

باب ما يكون الرجل به خصمًا وما يدفع به الخصومة ممّا يذكر أنّه[1412] لغيره

[163ب] **قال محمد**: وإذا ادّعى الرجل دارًا في يديّ غيره، وأقام البيّنة أنّها له، وأقام الذي في يديه البيّنة أنّها دار فلان أودعها أباه، فإنّه لا خصومة بينهما.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه قد أحال المدّعي على خصم معروف على ما تقدّم من بيانه فيما سلف من الأبواب.

قال محمد: وكذلك لو أقام الذي في يديه البيّنة أنّها دار فلان غصبها أباه أو كانت دابّة، فأقام البيّنة أنّه سرقها من فلان أو أخذها منه أو ضلّتْ منه، فوجدها، فإنّه تسقط[1413] الخصومة بذلك كلّه.

1411 أمّها.
1412 انّها.
1413 فانه يسقط.

قال أبو بكر: وذلك لما قلنا أنّه قد أحاله بالخصومة على غيره.

قال محمد: وكذلك لو أقام الذي في يديه البيّنة أنّ فلانًا أودعها أبـاه، ولم يشهدوا أنّها لفلان، فإنّه يدفع الخصومة عن نفسه بذلك.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّ الذي نحتاج إليه في دفع الخصومة وصوله إلى يده من جهة فلان وإحالته به على خصم معروف، لأنّه تبيّن[1414] بذلك أنّه ليس بخصم، فلذلك لم نحتج فيه إلى إثبات الملك.

قال محمد: ولو أقام الذي في يديه البيّنة أنّها دابّة فلان، وهو أودعنيها أو قال: "غصبتها منه"، ولم يشهد الشهود على شيء من ذلك إلّا أنّهم قالوا: "نشهد أنّها لفلان"، فإنّ الذي في يده خصم للمدّعي.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الذي في يديه ليس بخصم في إثبات ملك الغائب، فإقامته البيّنة على ذلك، وتركها سواء، فحصل من ذلك قوله: "أُودِعْتُها فلان"، فلا يدفع الخصومة عن نفسه.

مسألة

قال محمد: ولو قال [164أ] المدّعي: "كانت دابة فلان فاشتريتها منه بألف درهم"، وقال الذي هي في يديه: "فلان ادّعيت أنّه باعك أودعيتها أو سرقتُها منه"، ولم يُقم على مقالته بيّنة لم تكن بينهما خصومة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّها جميعًا قد اعترفا بالملك لفلان، وأنّها وصلت إلى يده من جهته، ففي اعتراف المدّعي أنّ الذي في يده ليس بخصم، لأنّ الإنسان إنّما يكون خصمًا فيما يجوز إقراره فيه أو يقوم فيه مقام من يجوز إقراره، والغاصب والمستأجر والمودع ومن أشبههم لا يجوز إقرارهم في ذلك، ولا يوجب نكولهم الحكم به للمدّعي، فلذلك لم يكن خصمًا للخارج.

قال محمد: ولو أقام الذي في يديه البيّنة أن المدّعي أقرّ أنّها لفلان، وقال الذي في يديه: "فلان أودعنيها" لم تكن بينهما خصومة.

قال أبو بكر: لأنّه لو أقرّ بين يديّ القاضي بذلك بطلت خصومته، فكذلك إذا قامت البيّنة على إقراره.

مسألة

قال محمد: وإذا كانت الدابّة في يديّ رجل، فأقام رجل البيّنة أنّها دابّته غُصبت منه أو سُرقت منه أو ضلّت منه، وأقام الذي في يديه البيّنة أنّ فلانًا أودعها إيّاه، فإنّه يسقط الخصومة عن نفسه إلّا في حضانة واحدة إذا أقام المدّعي البيّنة أنّها دابة سرقت منه. فإنّ أبا حنيفة قال:"يقضى بها للمدّعي.

[1414] نبيّن.

وقال محمد: السرقة وغيرها ممّا ذكرنا سواء، ولا خصومة بينهما.

قال أبو بكر: قد بيّنا أنّ الذي في يديه الشيء إنّما يدفع الخصومة عن نفسه إذا أحال [164ب] المدّعي على خصم معروف، والسارق ليس بخصم عندهم فيما سرقه. ألا ترى أنّه متى غصبه منه غاصبٌ لم يكن خصمًا في ردّه إلى يده، وكذلك لو سرق منه سارق آخر لم يُقطع، لأنّه ليس بخصم، وإذا كان ذلك كذلك، ثم أقام المدّعي البيّنة أنّها سُرقت منه كأنّه قد أثبت أنّ اليد التي منها وصلت إلى يد الذي في يده ليست يدًا صحيحةً، ولا يثبت بها المحال عليه ذلك خصمًا، إذ أُخرجت عن يده إذا لم يعلم ههنا يد أخرى غير يد السارق الذي قامت عليه البيّنة، ويد الذي في يده، وليس كذلك الغصب ونحوه، لأنّ الغاصب خصْم في المغصوب إذا غصبه غاصب آخر أو سرق منه سارق. ألا ترى أنّه يقطع السارق منه. وكان أبو الحسن يحكي عن محمد روايتين في السارق أنّه هل يكون خصمًا في ردّ[1415] المسروق إلى يده إذا غُصب منه، إحديهما أنّه خصْم، والأخرى أنّه ليس بخصم في ذلك، ولا يردّه إلى يده إلّا أنّهم لا يختلف قولهم في أنّ السارق لا يقطع السارق منه.

ووجه آخر، وهو: أنّ الأيدي في الأصول على وجهين: يد ضمان كالغصب والبيع الفاسد والرهن ونحوها، ويد أمانة كالوديعة والمضاربة ونحوها، ويد السارق خارجة من هذين الوجهين. ألا ترى أنّه لا يضمن بالاستهلاك إذا قطع فيه، وليس هو أمين، لأنّه يقبضه بإذن مالكه، بل هو متعدٍّ[1416] فيه، وإذا كان ذلك كذلك صحّ أنّ يده ليست بيد صحيحة، [165أ] وإذا لم يثبت للذي وصل الشيء من يده إلى المدّعى عليه يد صحيحة، فكأنّه لم يحله على يد أخرى غيرها، فصار الذي في يده خصمًا.

فإن قال قائل: أفليس لو أقام الذي في يديه البيّنة أنّه سرقه من فلان الغائب دفع الخصومة عن نفسه، فهلّا دفعها مع إقامة المدّعي أنّها سرقتْ منه.

قيل له: لأنّ سرقته لا تُخرجه[1417] من أن تكون اليد التي وصل الشيء من جهتها إليه يدًا صحيحة، فقد بيّن أنّه ليس بخصم فيها، وأحاله على خصم معروف. وأمّا وجه قول محمد: أن يكون ذهب إلى ما روي عنه في أنّ السارق أخذه من يد الغاصب منه، وأنّه خصم فيه، فلذلك دفع الذي في يده عن نفسه الخصومة.

مسألة

قال محمد: وإذا كانت الدار في يديّ رجل فأقام رجل البيّنة أنّها داره اشتراها من الذي هي في يديه بألف درهم، وقبضها منه، ونقده الثمن، وأقام الذي هي في يديه البيّنة أنّ فلانًا أودعها إيّاه، فلا خصومة بينهما حتى يحضر المستودع.

[1415] ردّق.
[1416] متعدي.
[1417] لا يخرجه.

قال أبو بكر: إذا ادّعى الشراء والقبض من جهة من هي في يده فقد اعترف باستيفاء حقوق العقد، وأنّه لم يبقَ له عليه منها شيء، فحاصل ما يشهد به البيّنة إذا كان الأمر على ما وصفنا أنّ الدار للمدّعي، وقد أقام البيّنة الذي في يده على الوديعة من جهة الغائب، فدفع الخصومة. والدليل على أنّ الشهادة بالبيع والقبض لا توجب[1418] الحكم بالعقد، وإنّما توجب الحكم بالملك، فحسب، [165ب] إنّهم لو شهدوا أنّه اشترى هذه الدار، ونقده الثمن كانت الشهادة مقبولة، وإن لم يُثبتوا منه مقدار الثمن، ولو كان العقد محكومًا به صحّ أو يُثبتوا مقدار الثمن فيه العقد محكومًا به، إذ لا يصحّ الحكم بالعقد بثمن مجهولٍ فثبت بذلك أنّ الشهادة على الشراء والقبض لا يقتضي إثبات العقد. ويدلّ على ذلك أيضًا ما قالوا في رجل في يديه عبد أقام رجل عليه البيّنة: أنّه باعه منه بألف درهم، وأقام آخر أنّه باعه من الذي في يده بمئة دينار أنّا نقضي بالثمنين جميعًا، ولو وجب الحكم بالعقد لما جاز القضاء لهما بجميع الثمنين، فصحّ أنّ القضاء إنّما يقع لهما بالثمنين دون الحكم بتمليك العبد له من جهتهما. ألا ترى أنّ العبد لو كان في يد البائعين، فاحتجّا إلى الحكم بالعقدين جعلنا للمشتري الخيار في أن يأخذ العبد بنصف الثمن الذي ادّعى هذا ونصف الثمن الذي ادعّى الآخر.

قال محمد: ولو أقام المشتري البيّنة أنّها داره اشتراها من الذي هي في يديه بألف درهم، ونقده الثمن، ولم يشهدوا أنّه قبض الدار، وأقام الذي في يديه البيّنة أنّ فلانًا أودعها إيّاه، فإنّه يقضي بالشراء للمدّعي، ولا يسقط الخصومة عن الذي في يديه بيّنته.

قال أبو بكر: من قِبل أنّها إذا لم تكن[1419] مقبوضة، فهو يدّعي بالعقد تسليمها إليه، لأنّه من حقوق العقد، وذلك حقّ يُدّعى عليه، فلا يكون غيره خصمًا فيه إلّا بالوكالة من جهته [166أ] أو ما يكون في معنى الوكالة، ولم يثبت أنّ الغائب وكّله، ولا هو في معنى الوكيل، ولو كان وكيلًا أيضًا لم يسقط الخصومة عنه.

قال محمد: ولو أنّ المشتري ادّعى الشراء والقبض، وصدّقه البائع بذلك، وقال: "أودعنيها فلان"، وأقام البيّنة أسقط الخصومة عن نفسه.

قال أبو بكر: لأنّه لم يعترف بالملك للمدّعي إلّا موصولًا بدعوى الوديعة، فإذا أقام عليه البيّنة قُبلت بيّنته على ما ادّعى، إذ ليس فيما أقام عليه البيّنة نقض لمـّا اعترف به، إذ كان اللفظان جميعًا موصلين، فكأنّهما وقعا معًا، ولسنا نتيقّن أنّ يد المودِع غاصبة، لأنّه يصحّ أن يكون إجازة للغائب، والملك للمدّعي، فإذا لم يمتنع ثبوت يد الغائب مع ملك المدّعي لم يحكم بإزالتها، ودفع الذي في يده الخصومة عن نفسه بها.

قال محمد: وكذلك دارٌ في يديّ رجل ادّعاها رجل آخر فأقرّ الذي في يديه أنّها كانت للمدّعي، وقال فلان: "أودعنيها"، وأقام بيّنته، فإنّي لا أقضي فيها بشيء حتى يحضر المستودع.

[1418] لا يوجب.
[1419] لم يكن.

قال أبو بكر: لأنّ الظاهر أنّ الذي في يده مالك لها، وهو جائز الإقرار فيها، فلمّا أقرّ بها للمدّعي، ولم تثبت الوديعة من جهة الغائب أمر بتسليمها إلى المدّعي بإقراره.

قال محمد: وكذلك لو بدأ بالوديعة فقال: "أودعنيها فلان"، وهي لهذا المدّعي، ولم يقم بيّنة على الوديعة، فإنّ القاضي يدفعها إلى المدّعي، فإذا جاء المقرّ له بالوديعة أخذها [166ب] من المدّعي حتى يأتي المدّعي ببيّنة على حقّه.

قال أبو بكر: إقراره يدًا[1420] بأنّها للغائب لا يمنع جواز إقراره للحاضر، لأنّا لا نُجوز لنا إبطال حقّ الحاضر لإقرار لا نعلم ثباته، لأنّ المقرّ له الأوّل لو حضر، فأنكر بطل إقراره، وإذا كان كذلك جاز إقراره للحاضر بعدما أقرّ أنّ الغائب أودعها إيّاه، فيُسلم إليه، إذ لم يُقم بيّنة على الوديعة، فإذا جاء الغائب أخذها من المدّعي من قِبل أنّ إقراره قد سبق له، وثبت له به حقّ التصديق قبْل إقراره للثاني، فكان أولى به من أجل ذلك.

قال محمد: ولو أنّ المدّعي صدق الذي الدار في يديه بالوديعة لم تكن بينهما خصومة، ولم يكن له على الدار سبيل حتى يحضر المستودع.

قال أبو بكر: لأنّ المدّعي قد اعترف بوصولها إليه من يد غيره، وإنّه ليس بخصمٍ فيها.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ القاضي علم أنّها لرجل فصارتْ بعد في يد آخر، فخاصمه الذي كانت الدار له إلى القاضي، فقال الذي الدار في يديه: "أودعنيها فلان"، وأقام بيّنة، فلا خصومة بينها.

قال أبو بكر: وذلك لما وصفنا من أنّ كون ملك الدار للمدّعي غير مانع أن يستحقّ اليد فيها غيره بضروب من الحقوق كالإجارة والعارية والرهن ونحوها[1421].

قال محمد: وكذلك لو عَلِم القاضي أنّ الغائب أودعها هذا الرجل لم يأخذها من يديه حتى يحضر الغائب.

قال أبو بكر: وهذا بَيِنٌ على ما قدّمناه من قِبل أنّ علم القاضي بوصولها إليه من يد غيره كالبيّنة لو قامت بذلك، وكإقرار[1422] المدّعي لو أقرّ[1423] به.

قال محمد: [167أ] ولو علم القاضي أنّ الغائب غصبها من الذي كانت له، ودفعها إلى هذا أخذها القاضي، فدفعها إلى الذي علم أنّها كانت له، ولم يلتفت إلى بيّنته إذا علم القاضي بأيّ وجه أخذها الغائب من الذي كانت الدار في يديه، فإن

[1420] يد.
[1421] ونحوهما.
[1422] وكافران.
[1423] الواقر.

كان وجه لا يستحقّ به الغائب شيئًا أخذها من الذي هي في يديه، فيدفعها إلى الذي هي له، وإذا لم يعلم القاضي بأيّ وجه وصلت إلى الغائب لم يحصل بين صاحبها وبين هذا خصومة حتى يحضر الغائب.

قال أبو بكر: إذا علم القاضي أنّها يد ظالمة أزالها، وجعل صاحبها أولى بها، وإذا لم يعلم حمل الأمر فيه على الصحّة، فلم يجعلها للمدّعي حتى يحضر الغائب.

قال أبو بكر: وهذا الذي ذكره هو قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وأمّا في قول محمد الآخر فيما حكى عنه ابن سماعة، فإنّ القاضي لا يقضي بعلمه، ولا يقبل فيه قوله وحده قال: "ولم يكن ذلك لأحد بعد النبي صلى الله عليه وآله وسلم الذي قد علم صدقه يقينًا"، وإنّه "لا ينطق عن الهوى إن هو إلّا وحيٌ يوحى"[1424]، وقد أمُن فيه الخطأ والزلل وكلّ من سواه، فجائز عليه الخطأ والزلل والكذب، فلا يقبل قوله وحده.

فأمّا أبو حنيفة وأبو يوسف فإنّهما يقبلان قول القاضي في ذلك، ويجيزان له أن يحكم فيه إذا علمه بعدما ولي القضاء، ما خلا الحدود التي هي حقّ لله تعالى خالصًا لا حقّ لآدمي فيها. والدليل على صحّة هذا الأصل اتّفاق المسلمين على جواز الاقتصار على قاضٍ واحد، ولو لم يكن قوله مقبولًا فيه مع أنّه حقّ [167ب] لا تسقطه[1425] الشبهة لوجب ألّا يجوز فيه قضاء الواحد كما لا يجوز الحكم فيه بشاهد واحد، فدلّ ذلك على وجوب التزام حكمه، وقَبولُ قوله. وأمّا الحدود فهي ممّا تسقطها[1426] الشبهة، وقد ورد فيها. ألا ترى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنّه قال في امرأة هلال[1427] بن أميّة: "إن جاءت به على صفة كيت وكيت فهو[1428] لهلال، وإن جاءت به على صفة كيت وكيت وهو[1429] لشريك بن سحماء"، فجاءت به على الصفة المكروهة[1430]، ولم يُحدّها[1431] النبي صلى الله عليه وسلم، فدلّ ذلك على أنّ القاضي لا يقضي بعلمه في الحدود. وروي نحوه عن أبي بكر وعمر وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهم وغيرهم من الصحابة من غير خلاف من أحد منهم عليهم[1432]، فصار ذلك أصلا فيما وصفنا. ومن الدليل على ذلك أيضًا اتّفاق الجميع أنّ القاضي إذا حكم في حادثة مختلف فيها ببعض الأقاويل، وقال: "هذا رأيي[1433]" قُبل قوله فيه، وجائز أن يكون رأيه خلاف ذلك، وأنّه متى كان رأيه غير ما قضى به كان حُكمه منسوخًا، ثم كان مصدّقًا على أنّ هذا رأيه في إمضاء

[1424] العبارة مأخوذة من قوله تعالى: ﴿وَمَا يَنطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ، إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾ (النجم، 53/3-4).
[1425] لا يسقطه.
[1426] مما يسقطها.
[1427] هلا.
[1428] فهي.
[1429] وهي.
[1430] سبق تخريجه.
[1431] نُحدها.
[1432] صحيح البخاري، الشهادات، 21؛ صحيح مسلم، اللعان، 11 (1496)؛ سنن أبي داود، الطلاق، 27؛ سنن الترمذي، التفسير، 25؛ سنن النسائي، الطلاق، 38؛ سنن ابن ماجه، الطلاق، 27.
[1433] رأي.

حكمه، فثبت بذلك وجوب قَبول قوله فيما يحكيه من طريق الحكم. ووجه آخر، وهو: اتّفاق الفقهاء على إجازة الحكم بالسجلّات، ولم يقبل قوله لِما نَفذ سجله، وفي جواز ذلك دليل على قبول قوله.

باب ما لا يكون الرجل فيه خصمًا فيما يدّعي فيه الخصومة والوكالة من الذي يقرّ المدّعي [168أ] **أنّها كانت له**

قال محمد: وإذا كانت الدار في يديّ رجل، فأقام رجل البيّنة أنّه اشتراها من عبد الله بألف درهم، ونقده الثمن، وقال الذي في يديه الدار: "أودعنيها عبد الله الذي يدّي الشراء من قبله"، فإنّه لا خصومة بينهما، فقد اتّفقا على أنّ عبد الله قد كانت له يدٌ في هذه الدار، ويد الذي هي في يديه مشاهدة، ولا نعلم أنّ يدًا أخرى توسّطت بين أيديهما، فالظاهر أنّها وصلتْ إلى من في يده من جهة عبد الله، فلذلك لم يكن بينهما خصومة، وصار إقرار المدّعي بذلك كإقراره بوصوله من يد عبد الله.

قال محمد: فإن قال المدّعي: "حلّف الذي في يده الدار أنّ فلانًا أودعها إيّاه كما قال" فإنّ القاضي يحلّفه البتّة بالله لقد أودعها إيّاه فلان كما قال، فإن حلف فلا خصومة بينهما.

قال أبو بكر: إنّما حلف على ذلك، لأنّ الخصومة حقّ للمدّعي يدّعيها عليه، ولو نكل عن اليمين لزمتْه الخصومة، ألا ترى أنّه لو قال: "أودعني غير عبد الله" صار خصمًا.

فإن قال قائل: "فلِمَ حلّفته على ذلك"، وهو إنّما صار غير خصْم بقول المدّعي أنّي[1434] اشتريتها من فلان، ولو ادّعاها لنفسه من غير ذكْر شراء من جهة الغائب كان خصمًا، فإنّما سقطت الخصومة بينهما بقول المدّعي.

قيل له: هذا المعنى لا يمنع إخلافه على ما وصفنا. ألا ترى أنّ رجلًا لو قال لرجل: "أخذت منك ألف درهم وديعة، وقد رددْتها إليك" فقال المودع: [168ب] "أخذتها وديعة، ولم تردّها" أنّ القول قول الذي في يده وديعةٌ، ويحلف بالله لقد ردّها، وإن كان الشيء أنّما صار أمانة في يده بقول المالك. ألا ترى أنّه لو قال: "غصبتَها" كان القول قوله، ثم لم يمنع ذلك اختلاف المودع بالله لقد ردّها، فكذلك ما ذكرنا.

قال محمد: فإن قال حين أراد القاضي أن يحلفه: "ما أودعنيها ولكني غصبتها منه" جعله القاضي خصمًا، لأنّه قد نقض إقراره الأوّل بالثاني والثاني بالأوّل.

قال محمد: فإن نكل عن اليمين جعله القاضي خصمًا، وقضى بشهادة شهود المدّعي على الشراء.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ نكوله بمنزلة قوله: "لم يودعني"، فيصير خصمًا.

[1434] ان.

قال محمد: فإن قضى بذلك، ثم قدِم[1435] عبد الله فادّعى أنّه كان أودعها الذي كانت في يديه، وأراد أن يردّ عليه الدار يُعيد المشتري بيّنته[1436] عليه بالشراء، فإنّ القاضي ينفذ القضاء عليه بالشراء، ولا يكلف المدّعي إعادة البيّنة عليه بالشراء.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المدّعي لمـّا أقرّ بالملك بديا لعبد الله لم يُمكنه استحقاقه على الذي في يده إلّا بإثبات الشراء على عبد الله، فصار من أجْل ذلك الذي في يده خصمًا عنه في إثبات الشراء عليه على ما سلف من بيان نظائره.

مسألة

قال محمد: فإن قال الذي في يديه: "أودعنيها عمرو[1437] وكيل عبد الله"، والمسألة بحالها كان خصمًا للمدّعي.

قال أبو بكر: من قِبل أنّه لم يدع وصولها إلى يده من جهة عبد الله، ولم يثبت الدفع من جهة وكيله أيضًا، وظاهر اليد توجب الخصومة إلّا أن يثبت وصولها إلى يده من جهة غيره، ويكون ذلك [169أ] الغير خصمًا معروفًا، وقول الذي في يديه هذا بمنزلته لو قال: "دفعتها إليّ رجلٌ من الناس"، لأنّ عَمْرًا لم يثبت أنّه وكيل عبد الله، ولا أنّها وصلت إليه من يد عمرٍو.

قال محمد: فإن أقام بيّنة أنّ عبد الله دفعها إلى عمرو، ولا يدري دفعها عمرو إلى هذا الذي في يده أم لا، وقال الذي هي في يده دفعها إليّ عمرو لم يدفع الخصومة عن نفسه.

قال أبو بكر: من قِبل أنّه ليس بخصمٍ في تثبيت دفع عبد الله إلى عمرو، لأنّه إنّما يكون خصمًا في تثبيت دفع من ادّعى ذلك من جهته. فأمّا إثبات الدفع إلى إنسان لم يثبت له الدفع من جهته، فلا معنى له، ولا يصير خصمًا فيه.

فإن قال قائل: هلّا جعلتم ههنا أيضًا القول قول من هي في يديه مع يمينه له صادقهما على قيام المِلك لعبد الله كما قلتم في المسألة التي قبلها.

قيل له: لأنّ الذي في يده الدار قد ادّعاها خصمًا غير عبد الله، وادّعى وكالة من جهة عبد الله لا يعلمها، وليس في إثباتها خصْم حاضر، ويدُلّك على هذا أنّ رجلًا لو كان في يديه دار، فقال: "أودعنيها عمرو وكيل عبد الله"، فجاء عبد الله نفسه يريد أخذها من يدي المقرّ لم يكن خصمًا في قبضها حتى يحضر عمرو، فلمّا كان كذلك صار بمنزلة دعواه الدفع من جهة رجل غير عبد الله، فلا يقبل قوله فيه إلا ببيّنة.

[1435] قدّم.
[1436] بيّنة.
[1437] + الشراء عليه على ما سلف من بيان نظائره مسألة قال محمد فإن قال الذي في يديه أودعنيها عمرو، صحّ هامش.
+ عمرو.

وكان أبو الحسن رحمه الله يقول: لو كان معروفًا أنّه وكيله، ثم قال: "هذا [169ب] وصل[1438] إليّ من جهته" دفع الخصومة، لأنّ يد الوكيل يدٌ للموكّل، فكأنّه ادّعى وصولها من يد الله.

قال محمد: فإن قال الذي الدار في يديه: استخلف المدّعي ما دفعها إلى عمرو، فإنّ القاضي يحلّف المدّعي على علمِه ما يعلم دفعُها إليه، فإن حلف فهو خصْم، وإن نكل عن اليمين فلا خصومة بينهما.

قال أبو بكر: يستحلف المدّعي على ذلك، لأنّ في نكوله إسقاط الخصومة كالإقرار.

قال محمد: ولو أنّ الذي الدار في يديه أقام البيّنة أنّ عمرو أودعها إيّاه، وقالوا: "لا يدري من دفعها إلى عمرو"، وقال الذي هي في يديه الدار: "دفعها إليه عبد الله"، فلا خصومة بينهما حتى يحضر عمرو.

قال أبو بكر: لأنّه قد أثبت وصولها إليه من يد غيره، وأنّه ليس بخصْم فيها، بل أحاله على خصم معروف، فلذلك دفع الخصومة عن نفسه.

قال محمد: ولا يمين على الذي الدار في يديه في شيء من ذلك.

قال أبو بكر: لأنّه مدّع[1439] قد أقام[1440] البيّنة، ولا يمين عليه مع البيّنة.

باب ممّا يكون خصمًا ممّا لو هلك في يديه

قال محمد: وإذا كان العبد في يديّ رجل فمات في يديه، فأقام رجل آخر البيّنة أنّه عبده، وأقام الذي كان العبد في يديه البيّنة أنّ فلانًا أودعه إيّاه أو أنّه غصبه من فلان، فإنّ القاضي يقضي ببيّنة المدّعي، ويقضي على الذي كان [170أ] في يديه بقيمة العبد للمدّعي، ولا يدفع الخصومة عن نفسه لِما أقام من البيّنة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المدّعي يدّعي مالًا في ذمّته الذي كان العبد في يديه، وهو القيمة، ومن ادّعى مالًا في ذمّة إنسان، فهو خصم له فيه، ولا يحتاج في إثبات القيمة عليه إلى إثبات مِلك العبد له، إذ كانت القيمة مدّعاة عليه، وهذا مثل دعواه لبيع العبد منه، فلا يدفع الخصومة عن نفسه بإقامته البيّنة أنّ غيره أودعه أباه، لأنّ الثمن المدّعى عليه هو الخصم فيه، ولا يسقط خصومته عنه.

قال محمد: فإن حضر الغائب، فأقرّ أنّه كان في يديّ الذي كان في يديه وديعة من جهته أو إجازة أو أنكر ذلك، فقامت عليه بيّنة رجع عليه بتلك القيمة.

[1438] وصلت.
[1439] مدّعي.
[1440] قد قام.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ القبض وقع للمودِع والمؤجّر[1441]، وهو الذي أدخله فيه، فيرجع عليه بما لحقه من الضمان به، لأنّه ضمان غارٍّ[1442] له حين دفعه إليه على أن يمسكه له بغير ضمان يلحقه من جهته، فصار بمنزلته لو قال: "خذْه على ألّا ضمان عليك فيه، وإن كلّما لحقك من ضمانه فأنا لك ضامنٌ".

قال محمد: وإن كان غصبًا في يديه أو عارية لم يرجع على الغائب بشيء.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الغاصب والمستعير قبضا لأنفسهما من غير نفع حاصل للمغصوب منه [170ب] والمعير، وكلّ من قبض لنفسه شيئًا فضمانه عليه دون غيره. ألا ترى أنّه لو كان هبة، فضمنها الموهوب له لم يرجع به على الواهب، لأنّ الموهوب له قبض لنفسه من غير نفع فيه للواهب، والرهن كالوديعة والإجارة، لأنّه ليس بمضمون على الحقيقة بنفسه، وإنّما يسقط الدين بهلاكه. ألا ترى أنّه لو ارتهن عبدًا بكُرّ حنطة سلّم، فهلك في يديه صار مستوفيًا للكرّ، ولو كان الواجب بالهلاك قيمة العبد دراهم أو دنانير لما صار قصاصًا بالسلم.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ العبد أبق من يديّ الذي كان في يديه، فأقام المدّعي البيّنة أنّه عبده، وأراد أن يضمن الذي كان العبد في يديه قيمته، وأقام الذي كان العبد في يديه البيّنة أنّ فلانًا أودعه أو غصبه إيّاه، فإنّ القاضي يقضي للمدّعي بالقيمة على الذي كان العبد في يديه، فإن قضى بذلك، ثم حضر العبد، فإن كان أودعه إيّاه، فلا كان العبد لفلان، وضمّنه الذي كان العبد في يديه القيمة.

قال أبو بكر: إنّما يملك العبد من حصل عليه الضمان، وحاصل الضمان في الوديعة والرهن والإجارة على الدافع، فلذلك ملكه. والدليل على أن الملك يحصل لمن حصل عليه الضمان: أنّ العبد المشترى يملكه الموكّل دون الوكيل، وإن كان الوكيل صار ضامنًا للثمن من قِبل أنّ حاصل [171أ] الضمان على الموكّل، فحصل ملك العبد له، فصار ذلك أصلًا في نظائر من المسائل. وإنّ الضمان متى تعلّق على تبيين[1443]، فإن ملك المضمون يحصل لمن حصل عليه الضمان.

قال محمد: ولو كان غصبًا كان العبد للذي كان في يديه لا حقّ لفلان الغائب فيه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الضمان حصل على الغاصب الذي كان في يديه دون المغصوب منه.

فإن قال قائل: فهلّا أمرته بردّه إليه لاعترافه أنّه كان غصبه منه كما لو أقرّ به له سلّمه إليه، وإن كان قد ضمن القيمة للمُستحقّ.

[1441] والمواجر.
[1442] عارًّا.
[1443] بين فاز

قيل له: لا يجب ذلك من قِبل أنّ إقراره بالغصب ليس إقرارا له بالملك إلّا من جهة الظاهر، فمتى استحقّه غيره ببيّنة بطل إقراره، وهو مثل إقراره بالشراء منه، أنّا نقول: إنّ إقرار بالملك من جهة الظاهر، فلو أنّه أقرّ بذلك، ثم اِستُحقّ العبد فاشتراه من المستحِقّ لم يلزمه تسليمه إلى البائع، وبطل بالاستحقاق ما تضمّنه شراؤه من الإقرار.

مسألة

قال محمد: ولو ذهبت عنه في يديه قام رجل البيّنة أنّه عبده، وأراد أخذ العبد، وأن يضمن[1444] الذي في يديه العبد نصف القيمة بذهاب العين في يديه، وأقام الذي في يديه البيّنة على الوديعة من جهة الغائب لم تكن[1445] بينهما خصومة في العبد ولا في أرش العين، لأنّه لا يجوز إثبات العين له إلّا بإثبات الأصل لاستحالة صحّة الملك فيها دون الأصل، وإذا كان كذلك ثم لم يستحق الأصل لم يكن له أرش العين.

مسألة

قال محمد: [171ب] ولو كان مكان العبد جارية[1446] فولدت، ثم ماتت، فأقام المدّعي البيّنة أنّ الجارية جاريته، وأنّها ولدت الولد في ملكه، وأقام الذي كانت الجارية في يديه البيّنة أنّ الجارية أودعها إيّاه فلان قبل أن تلد، ثم ولدت عنده، فإنّ القاضي يقضي بقيمة الجارية للمدّعي على الذي كانت الجارية في يديه، ولا يقضي في الولد بشيءٍ.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه يدّعي في ذمّته قيمة الجارية، وليست صحّة ثبوت قيمة الأمّ متعلّقة بثبوت ملك العبد[1447]، لأنّه ليس يمتنع أن يستحقّ الأمّ إنسان، والولد غيره، وإذا كان ذلك كذلك وجب أن يقضي عليه بقيمة الجارية. وأمّا الولد فقد ثبت أنّه وديعة في يده، وقد أحاله على خصمٍ، فدفع الخصومة عن نفسه بذلك.

فإن قال قائل: غير جائز الحكم له بالقيمة أو يحكم له بملك الجارية، فكيف جاز الحكم له بالقيمة عليه، وهو غير خصم له في إثبات ملك الجارية.

قيل له: إذا كانت الجارية ميّتة لم يحتج إلى الحكم بالملك. ألا ترى أنّه لو أقام البيّنة أنّها جاريته باعها منه، وهي قائمة في يده حكمنا عليه للبائع بالثمن، وإن لم يحكم له بالملك.

مسألة

[1444] وأن تضمّن.
[1445] لم يكن.
[1446] جارجة.
[1447] العبد

قال محمد: ولو قبلها عند رجل فدفع بها على حالها، فإن أراد المدّعي أخذ العبد لم تكن[1448] بينهما خصومة حتى يحضر الغائب، وإن أراد تضمين الذي كانت الجارية في يده القيمة، فهو خصم أو يقضي له بالقيمة، فإذا حضر فلان الغائب فأقرّ بالوديعة أخذ العبد، وضمنه الذي كانت الجارية في يده القيمة التي ضمن. [172أ]

قال أبو بكر: وذلك لأنّ العبد المدفوع قائم مقامها فإذا أراد أخذه، فليس يدّعي في ذمّة المدّعى عليه شيئًا، وكان الخصم فيه المودّع الغائب، وإذا أراد أخذ القيمة، فهو مدّع مالًا في ذمّته، فكان خصمًا له فيه على ما بيّنا.

قال أبو بكر: وإنّما كان المودع خصمًا لمولى القاتل في أخذه منه من قِبل أنّه كان خصم[1449] في ردّها إلى يده، إذ غصبها منه غاصب. فكذلك يكون خصمًا في أخذ العبد القاتل أو أخذ قيمتها.

فإن قال قائل: فلو وكّل رجلًا بقبض جارية فقتلت في يد الغاصب أو ماتت لم يكن للوكيل قبض قيمتها.

قيل له: لأنّه أمره بقبض العين، وقبض العين لا يقتضي[1450] تمليكًا، وإذا وجبت القيمة كانت في قبضها تمليك للذي عليه القيمة ما في ذمّته بالمقبوض، ومعلوم أنّ الوكيل إنّما يتصرّف من جهة الآمر، وليس يقتضي الأمر بقبض العين تمليكًا، فلذلك لم يكن له قبض القيمة. وأمّا المودع فإنّه يستردّ الجارية إلى يده لا من جهة الآمر، بل من جهة الحكم، فلذلك كان له قبض ما يقوم مقامها.

قال محمد: ولو أنّ الجارية لم يقتلها العبد ولكنّه قطع يدها، فدفع باليد، والمسألة على حالها، فلا خصومة بينهما.

قال أبو بكر: وذلك لما وصفنا من أنّ حكم اليد لا ينفرد عن الأصل، وليس الذي في يديه خصمًا في إثبات ملك الرقبة.

باب ما يكون[1451] الرجل فيه خصمًا لأنّه أقرّ أنّ الأصل كان له

[172ب]**قال محمد**: وإذا كانت الدار في يديّ رجل فقال: "كانت هذه داري، فوهبتُها لفلان، وقبضها منّي، ثم أودعنيها"، وأقام على ذلك كلّه البيّنة، وأقام رجل البيّنة أنّها داره، فإنّ القاضي يجعل الذي الدار في يديه خصمًا، ويقضي عليه وعلى الغائب.

قال أبو بكر: لمـّا أقرّ الذي في يديه أنّها كانت له، فقد اعترف بأنّه كان خصمًا فيها لمن يدّعيها، ثم ادّعى سقوط الخصومة بالهبة والإيداع، وذلك ممّا لا نعلمه، فلا تسقط[1452] الخصومة عنه، إذ ليس يجوز القضاء على الغائب بالهبة، وقد بيّنا ذلك فيما سلف.

[1448] لم يكن.
[1449] خصمًا.
[1450] لا يقضى.
[1451] ممّا يكون.
[1452] فلا يسقط.

قال محمد: فإن جاء الغائب فصدّق الذي كانت الدار في يديه بما قال لم ينفعه تصديقه.

قال أبو بكر: من قِبل أنّه يريد أن يستحقّها من جهة الذي كانت في يده، وقد استحقّت على من كانت في يده، فكيف يصحّ لمن ادّعى استحقاقها من جهته.

مسألة

قال محمد: ولو أقرّ الخصم بما ادّعاه الذي في يديه لم تكن[1453] بينهما خصومة.

قال أبو بكر: من قِبل أنّه قد اعترف بأنّ اليد لغيره، لأنّ هبة الذي في يديه جائزة في الظاهر إلى أن يستحقّ، فلمّا اعترف بما توجب إسقاط الخصومة لم يكن خصمًا.

قال محمد: وكذلك لو علم القاضي بما قال الذي في يديه لم تكن[1454] بينهما خصومة.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ من كان في يده شيء فتصرّفه فيه جائز في الظاهر حتى يقع الاستحقاق، فخرج الذي في يديه بذلك من الخصومة، لأنّ اليد والملك في الظاهر الآن لغيره.

مسألة [173] **ما يكون فيه خصمًا بالإقرار بغير مُعاينة القبض**

قال محمد: وإذا كانت الدار في يديّ رجل فادّعاها آخر، وأقام البيّنة أنّها داره، وأقام الذي هي في يديه شاهدين، فقالا: نشهد أنّ فلان بن فلان أشهدنا أنّ الدار التي في يديّ هذا داره، وأنّه أسكنها هذا الذي في يديه، ولم نره[1455] دفع الدار إليه إلّا أنّا قد علمنا أنّ الدار كانت في يديّ هذا الذي هي في يديه يومئذ، فلا خصومة بينهما.

قال أبو بكر: من قِبل أنّهما أضافا إقرار[1456] الذي في يديه إلى حال يصحّ فيها إقراره للغائب بها مع تصديق الغائب له بما أقرّ به له.

قال محمد: وكذلك لو قال الشاهدان: "لا ندري في يد من كانت يومئذ إلّا أنّ فلانًا أشهدنا بما أخبرناك، ونحن نعلم أنّها اليوم في يديّ هذا الذي في يديه اليوم"، فلا خصومة بينهما أيضًا حتى يحضر الغائب.

قال أبو بكر: من قِبل أنّهما قد شهدا باليد والإقرار، ولا يجوز أن نجعل ذلك يدًا حادثة كما أنّهم إذا شهدوا بالملك لم يجعله ملكًا حادثًا، وإذا كان ذلك كذلك، وقد صحّ إقراره لفلان مع صحّة اليد، وثبوتها وقع الخصومة عن نفسه.

[1453] لم يكن.
[1454] لم يكن.
[1455] ولم يره.
[1456] اقران.

قال محمد: فإن قال الشاهدان: أشهدنا فلان بهذا يومئذ، ونحن نعلم أنّ الدّار لم تكن[1457] في يده ولا في يد هذا الساكن، ولكنها كانت في يد فلان إنسان آخر لم يدفع الخصومة عن نفسه، لأنّها لا تصير[1458] في يده بقوله إذا لم يكن هناك يد ثـابتة عليه، ولا يثبت وصولها [173ب] من جهته إليه، فإذا كان ذلك كذلك لم يكن الإشهاد بأنّها داره أسكنها إيّاه إشهادًا صحيحًا لكونها في يد ثالث، ولا يجوز إقرار الإنسان فيما لا مِلك له فيه ولا يد.

قال محمد: فإن قال الشهود كانت في يد هذا الذي في يديه، وقال المدّعي: "أنا أقيم البيّنة أنّها كانت في يد غيره لرجل آخر ليس بالغائب ولا الساكن" لم تقبل[1459] بيّنته.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ هذه ليست بشهادة، ألا ترى أنّه لو أراد بذلك إثبات يد نفسه لم يُلتفت إليه. وأيضًا فإنّ يد الحاضر يد مشاهدة ظاهرة، وقد جُعلت في الحكم كأنّها كانت موجودةً يوم الإشهاد على ما مرّ، فلا نزيلها بيد كانت، وهي زائلة. ألا ترى أنّ الشهود لو شهدوا أنّ هذه الدار كانت في يد زيد أمس، وهو يدّعي لم يستحق بما شاء، وأيضًا فإنّ المدّعي ليس بخصْم في إثبات يد لرجل لا يدّعيها، فبطلت الشهادة على ذلك.

باب ممّا يقضي فيه القاضي بالبيّنة والإقرار وما لا يقضي به في العبد والدابّة

قال محمد: وإذا ادّعى رجل أنّه فقأ عين عبْد له قيمته ألف درهم فأنكر ذلك المدّعى عليه، والمدّعي يقرّ أنّ العبد حيّ، فأقام المدّعي بيّنة على دعواه، فإنّ القاضي لا يقضي على المدّعى عليه بأرش العين إلّا بمحضر من العبد.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ العين تابعة للشخص في الملك واليد كلّ من ثبت له ملك أو يدٌ في [174أ] الأصل تبعيّة العين، ولا يجوز أن ينفرد بحكم دونه، فيكون في ملك إنسان أو في يده دون الشخص، وإذا كان ذلك كذلك، وكان الغائب ممّن له يد في نفسه، لأنّ بني آدم في أيدي أنفسهم حتى يثبت عليهم يد لغيرهم وجب ألّا تقبل[1460] بيّنة المدّعي إذا أراد أن يثبت أنّ الغائب عبد، لأنّه ليس ههنا خصْم حاضر يثبت الرقّ عليه، وليس الحقّ الذي يدّعيه على الحاضر أيضًا هو الذي يريد إثباته على الغائب، فصار ذلك كالعلم بأنّ ما في يد الحاضر وديعة لفلان الغائب، فلا يكون المدّعي خصمًا فيه.

فإن قال قائل: هلّا كان ذلك كدعواه الاستهلاك عليه في العبد الوديعة أو الغصب أو الشراء منه، فيكون خصمًا.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ العين لا يثبت عليها يدٌ على الانفراد دون الأصل. وأمّا إذا ادّعى عليه استهلاك العبد نفسه، وأقام عليه البيّنة، فإنّما قضى له بالقيمة، فحسب، ولم يتعلّق الحكم بمعنى غيره، لأنّا لا نحتاج أن يُحكم له بملك العبد، إذ

[1457] لم يكن.
[1458] لا يصير.
[1459] لم يقبل.
[1460] الا يقبل.

كان مُستهلكًا. وأمّا العين فإنّها تابعة للشخص، فيحتاج أن يثبت له ملك الشخص حتى يستحقّ أرش العين، ولا خصم حاضر في إثبات ملك الشخص، فلذلك اختلفا.

قال محمد: ولو أنّ المدّعي أقام البيّنة أنه فقأ عين بِرذَوْن[1461] له يساوي ألفًا قُبلت بيّنته على ذلك، وإن لم يكن البرذون حاضرًا.

قال أبو بكر: من قِبل أنّه[1462] ادّعى مالًا في ذمّته بفقء العين، وليس للبرذون يد في نفسه، فجاز القضاء [174ب] عليه بالأرش، إذ لم يثبت أنّها في يد غير المدّعي، وليس ذلك كالعبد، لأنّ بني آدم لهم يد في أنفسهم حتى يثبت لغيرهم فيهم يدٌ.

قال محمد: فإن حضر رجل في يده البرذون، وقال البرذون: "برذوني" لم يُلتفت إلى ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الظاهر إنّما يدفع به دعوى المدّعي، ولا يستحقّ به على الغير حقّ. ألا ترى أنّ دارًا لو وجد فيها قتيل، فأنكرت العاقلة أن يكون للذي هي في يده كان القول قولهم، ولم يلزمهم الديّة لظهور اليد حتى تقوم البيّنة أنّها له. وكذلك لو أنّ رجلًا في يده دار بيعت دار إلى جنبها أنّ الذي في يديه لا يأخذها بالشفعة حتى يقيم البيّنة أنّها له. والمعنى فيه ما ذكرنا من أنّ الظاهر إنّما يدفع به الدعوى، ولا يستحقّ به على الغير، ولذلك نظائر كثيرة في الأصول، منها قولهم: إنّ الإنسان حرّ في كلّ شيء إلّا في الشهادة والحدود والقصاص والعَقل، وهو مبنيّ على هذا الأصل، فتأمّله تجده[1463] صحيحًا إن شاء الله تعالى.

قال محمد: لا يلتفت إلى قوله حتى يقيم البيّنة أنّ البرذون برذونه، وأنّ المدّعى عليه فقأ عينه وهو يومئذ له.

قال أبو بكر: إذا أقام البيّنة استحقّ ملك البرذون فاستحقّ الأرش، لأنّ البيّنة يستحقّ بها على الغير.

قال محمد: فإن جاء بالبيّنة على هذا أو أقام المدّعي الذي أخذ أرش العين البيّنة أنّ البرذون برذونه، وأنّ هذا المدّعى عليه فقأ عينه، وهو له كانت ببيّنة أولى من بيّنة الذي البرذون. [175أ]

قال محمد: ولو أنّ المدّعي أقام البيّنة أنّها داره، وقال: "قد كانت في يديّ فلان، فلا أدري دفعها إلى هذا أم لا"، وقال: "هذا دفعها إلى فلان"، فلا خصومة بينهما.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ المدّعي قد أقرّ بيد فلان، ويد الذي في يده مشاهدةٌ، ولا يعلم أنّ يد أخرى توسطتهما، فالظاهر أنّ الأمر على ما قال الذي في يديه.

[1461] الخيل ما كان من غير نتاج العرب. (ابن منظور، لسان العرب، 370/1)
[1462] + أنه.
[1463] بحدّه.

مسألة

قال محمد: وإذا اختصم الرجلان إلى القاضي في دار في يدي رجل يدّعيها أحدهما، فقال القاضي للمدّعي: "هاتِ البيّنة"، فقاما من عند القاضي، فمكثا زمانًا، ثم إنّهما تقدّما إلى القاضي، فأقام المدّعي البيّنة أنّه وهبها لفلان بعدما قاما من عند القاضي، وقبضها فلان، وأودعها إيّاه، فإنّ الذي في يديه خصْم.

قال أبو بكر: من قِبل أنّه لا يجوز القضاء على الغائب بالهبة لما بيّنا، فلم يحصل هناك خصم غيره.

قال محمد: ولو علم القاضي بذلك أو أقرّ به المدّعي أو جحد، وقامت بيّنة على إقراره به لم تكن[1464] بينهما خصومة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه كان مالكًا في الظاهر جائز التصرّف فيما في يده، وإنّما أراد محمد بإعادة هذه المسألة أن يبيّن أنّ إقرار المدّعي، فبذلك[1465] يبطل الخصومة، وأنّ فعل المدّعى عليه ولك يدفع[1466] خصومة المدّعي، وإن كانا قد تخاصما قبل ذلك فيه، لأنّ المدّعي لم يتعلّق له بنفس خصومته، وحقّ القضاء على المدّعى عليه.

قال محمد: [175ب] وإن كان المدّعي أقام على الذي الدار في يديه أوّل ما يقدّم إلى القاضي شاهدًا واحدًا، ثم كان بعد ذلك ما ذكرت كان بمنزلة من لم يُقم شاهدًا في جميع ما وصفتُ لك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ شهادة الشاهد الواحد لا تُوجب له القضاء، فلا يبطل تصرّف الذي في يديه إذ لم يثبت للمدّعي من البيّنة ما توجب به القضاء.

فإن قال قائل: فإنّ إقامة الشاهد الواحد يتعلّق له بها حقّ، فوجب ألّا تسقط[1467] خصومته كما قلتم أنّ رجلًا لو ادّعى دارًا، وأقام شاهدًا واحدًا، وأقرّ الذي كان في يده الدار بها للغائب، ثم قدِم الغائب، فأخذ الدار، أنّه يكون كالوكيل للذي كان في يده. وكذلك لو كان المدّعي أقام شاهدين، وتصير[1468] كأنّها باقية في يد من كانت في يده. فكذلك مسألتنا ينبغي أن تستوي[1469] فيها شهادة الواحد وشهادة الاثنين.

قيل له: أمّا في مسألتنا فإنّ الذي يسقط[1470] خصومة المدّعي جواز التصرّف من كان في يده، وشهادة شاهد واحد لا تمنع[1471] جواز تصرّفه، لأنّه لا يتعلّق بها وجوب الاستحقاق، وإذا شهد اثنان وجب الاستحقاق عند التزكية بتلك الشهادة،

[1464] لم يكن.
[1465] فذلك.
[1466] يتبع
[1467] يَسْقط
[1468] ويصير.
[1469] أن يستوي.
[1470] تسقط.
[1471] لا يمنع.

فأبطل ذلك تصرّفه. وأمّا في مسألة الإقرار للغائب فإنّه وإن لم يجب القضاء به فإنّه يزيد تكلّفه إعادة شهادة الشاهد الأوّل، فلا يصدّق عليه من هذا الوجه لا من جهة وجوب الاستحقاق به.

باب ما يكون الرجل [176أ] عليه للأجنبيّ

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا في يديه دارًا ادّعاها[1472] ابن أخيه أنّها داره ورثها عن أبيه، وادّعى رجل أجنبيّ أنّها داره، فأقام الرجل الأجنبيّ شاهدين على العم بذلك، ولم يقم ابن الأخ شاهدين حتى مات العمّ، فصارت في يديّ ابن الأخ، ثم أقام ابن الأخ شاهدين أنّها دار ابنه مات وتركها ميراثًا له. فإنّ القاضي يقبل البيّنة من ابن الأخ على الأجنبيّ، فإن زُكّيت البيّنتان جميعًا قضى بها بينهما نصفين.

قال أبو بكر: قد ذكر في باب قبْل هذا في عبد في يديّ رجل أقرّ أنّه عبد فلان أودعه إيّاه[1473]، وأقام رجل البيّنة أنّه عبده اشتراه من الذي هو في يديه بألف درهم، ونقده الثمن، وأقام الذي في يديه البيّنة على ما ادّعاه من الوديعة، فلم يقضِ القاضي بشهادة شهود المشتري حتى حضر الغائب الذي كان أودع العبد الذي هو في يديه، فإنّ القاضي يدفع العبد إلى الذي كان أودعه، ويقضي على ربّ العبد بشهادة الشهود.

قال محمد: فإن أقام ربّ العبد البيّنة أنّه عبده قضى له بالعبد، ويطلب بيّنة المشتري.

قال أبو بكر: فخالف بين جواب هاتين المسألتين، وهما في المعنى واحد، وهي المسألة التي كاتبه فيها ابن سماعة، وسامه الجمع بين حكْمَيْهما[1474]، فأجاب بأنّهما سواء، وأنّه ينبغي أن يكون [176ب] بينهما نصفين. وسأله أيضًا عن مسألة أخرى في الباب المتقدّم في معنى هذه، وقد قضى به بينهما نصفين، وهي أن يقيم كلّ واحد منهما شاهدًا واحدًا، ثم أقرّ الذي في يديه لأحدهما، ثم أقام المقرّ له شاهدين مستقبلين أنّه بينهما نصفين. فأجاب محمّد بأنّهما سواء لا فرق بينهما. وذكر علي بن موسى القمّي[1475] رحمه الله أنّ بين المسألتين فرقًا أعني إذا أقام المدّعي شاهدين، ثم أقام المقرّ له شاهدين بعد الإقرار أو أن يقيم كلّ واحد منهم شاهدًا، ثم أعاد المقرّ له شاهدين، وهو أنّ المقرّ له إذا كان قد أقام شاهدًا قبل الإقرار، ثم أقام شاهدين بعد الإقرار، فقد كان يجزءه[1476] أحدهما في إتمام الشهادة. والثالث تبرّع، فجعلنا شاهديه الآخرين إتمامًا للشهادة، فلذلك كان بينهما، وإذا لم يكن المقرّ له أقام أحدًا من الشهود، ثم أقام بعد الإقرار، فواجب أن يكون أولى، لأنّ الشهادة قامت على شريكه، وبيّنة الشريك أنّما سمعت على المقرّ له.

1472 دّعاها.
1473 إيّا.
1474 حكَميهما.
1475 انظر: أخبار أبي حنيفة وأصحابه، ص 159.
1476 يجزيه

فإن قال[1477] **قائل**: فقد قال محمد في الذي يُقرّ له: إذا أقام على المقرّ شاهدًا، ثم شاهدًا على المقرّ له، وأقام صاحبه مثل ذلك أنّ العبد بينهما نصفين، ولو أقام الذي لم يقرّ له قبل الإقرار شاهدًا وبعده شاهدين كان أولى بالعبد من المقرّ له، فلم يجعل الشاهدين المستقبلين تتميمًا للشاهد الأوّل، فصحّ بذلك ما ذكره ابن سماعة عن محمد، قال عليّ: يقال له شهود [177أ] في يده، وقضى له البرذون.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الدّعوى حصلت الآن في ملك البرذون من الخارج والذي في يديه، فالخارج أولى بالملك لما بيّنا فيما سلف.

قال محمد: ولو أنّ المدّعى عليه أقرّ أنّه فقأ عين العبد، وأنّه عبْد لهذا المدّعي، والعبد غائب قضى القاضي عليه بأرش العين لهذا المدّعي بإقراره حتّى يحضر العبد، فينكر.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ إقرار الإنسان إنّما يجوز على نفسه، فلا يحتاج في صحّته إلى إثبات ملك العبد له، وليس كذلك البيّنة، لأنّ البيّنة يتوجّه القضاء بها على الغائب لو سُمعت، ولم يحضر عنه خصْم، فيقضى عليه، فلذلك اختلفا.

باب من الشهادات في الميراث الذي قضى به للذي هو في يديه

قال محمد: وإذا كانت الدار في يديّ رجل، فادّعاها رجلان أحدهما ابن أخي الدار في يديه ووارثه، لا وارث له غيره، وأقام كلّ واحد من الرجلين شاهدين أنّ الدار دار أبيه مات، وتركها ميراثًا لا يعلمون له وارثًا غيره، فسمع القاضي من بيّنتهم، ولم يقض بالشهادة حتى مات العمّ الذي الدار في يديه، فصارت في يديّ ابن أخيه، ولم يوصِ إلى أحد، ثم زكّيت البيّنتان جميعًا، فإنّ القاضي يقضي بالدار بين الأخ وبين الرجل الأجنبيّ نصفين، ولا يبطل حقّ ابن الأخ إن صارت الدّار في يديه. [177ب]

قال أبو بكر: هذا الباب نظير الباب الذي تقدّم في إقرار المدّعى عليه لأحد المدّعيين بعد السّماع من بيّنتهما، وتجري[1478] مسائله على ذلك المعنى، وقد بيّناه فيما سلف بما يستغنى به عن الإعادة.

فإن قال قائل: إنّ هذا غير مشبه لما تقدّم في الإقرار من قِبل أنّه إذا حصل في يده بالإقرار، فالمعنى فيه: أنّا لا نصدّق المقرّ في إبطال بيّنة أحدهما، وما قد تعلّق من الحقّ بسماعها، فصار المقرّ له كالوكيل له، وتوجّه به القضاء عليه. وأمّا في الميراث فإنّما حصل في يده من جهة الحكم، فيجب أن تبطل[1479] بيّنته.

[1477] + قال.
[1478] ويجري.
[1479] أن يبطل.

قيل له: أنّهما[1480] وإن اختلفا من هذا الوجه فإنّ المعنى المانع من بُطلان بيّنته بحصول الدار في يده في مسألة الإقرار هو ما تعلّق له من الحقّ لسماع بيّنته إذ الحكم يقع به لا يغيره. ألا ترى أنّ الشهود لو غابوا بعد ذلك أو ماتوا لم يمنع ذلك من الحكم بشهادتهم. وإذا كان ذلك كذلك لم يبطل هذا الحقّ الذي تعلّق بحصول الشيء في يده على أيّ وجه حصل لوجود المعنى المانع من بطلانه، وهو تعلّق الحقّ له بسماعها على المدّعي الآخر معه.

قال محمد: فإن قضى القاضي بالدّار بينهما نصفين فأقام الرجل الأجنبيّ على ابن الأخ شاهدين بأنّ الدار دار أبيه مات، وتركها ميراثًا له، وأراد أحد ما صار لابن الأخ من الدار لم يكن له ذلك.

قال أبو بكر: لأنّ القاضي لما قضى بها [178أ] بينهما نصفين، فقد صار كلّ واحد منهما مقضيًّا لصاحبه عليه بالنصف، فلا تقبل[1481] بيّنته في استحقاق ما وقع الاستحقاق به عليه.

قال محمد: ولو أنّ القاضي زكّى شهود الرجل الأجنبيّ، ولم ترك شهود ابن الأخ، فقضى بالدار للرجل الأجنبيّ ثم أنّ شهود ابن الأخ زكّوا بعد ذلك، فإنّ القاضي يمضي القضاء للرجل الأجنبيّ، ويبطل شهود ابن الأخ.

قال أبو بكر: لما زكّى شهود الأجنبيّ قبل شهود ابن الأخ، فقد وجب القضاء بها للأجنبيّ، لأنّه لا يجوز لنا التوقّف عن القضاء له مع التزكية شهوده لأجل شهود لم تثبت تزكيتهم عند الحاكم لابن الأخ، ثمّ إذا قضى بها للأجنبيّ بطل بذلك شهادة شهود ابن الأخ، لأنّها لو كانت باقيةً في الحكم لِمَا[1482] صحّ القضاء بها للأجنبيّ.

قال محمد: فإن أعادهم ابن الأخ على الرجل الأجنبيّ مرّةً أخرى فشهدوا أنّ الدار دار أبيه مات، وتركها ميراثًا له لا يعلمون له وارثًا غيره قضيت بالدار لابن الأخ وأخذتها[1483] من الأجنبيّ.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ القضاء ببيّنة[1484] الأجنبيّ إنّما يؤخذ بدءًا على الذي كانت في يديه، لأنّ السّماع وقع عليه، ولم يحصل لابن الأخ [178ب] إلّا الدعوى في تلك الحال، فحسب، لأنّ بيّنته قد أُبطلت، فلا يتوجّه القضاء عليه.

قال محمد: فإن قال الرجل الأجنبيّ بعد ذلك: "أنا أجيء بالبيّنة أنّ الدار دار والدي مات، وتركها ميراثًا لا يعلمون له وارثًا غيري لم أقبل منه البيّنة".

قال أبو بكر: من قِبل أنّ القضاء قد توجّه لابن الأخ على الأجنبيّ، واستحقّ عليه، فلا تُقبل[1485] بعد ذلك بيّنته فيه.

[1480] نهما.
[1481] فلا يقبل.
[1482] لـمّا.
[1483] واحدتها.
[1484] بيّنته
[1485] فلا يقبل.

قال محمد: ولو أنّ الشهود حين شهدوا على العمّ في حياته لابن الأخ وللرجل الأجنبيّ لم يزكَّ[1486] أحد منهم حتى مات العمّ، فصارت الدار في يديّ ابن الأخ، فزكّوا شهود ابن الأخ، ولم يعرف شهود الرجل الأجنبيّ، فإنّ القاضي يقضي بالدار لابن الأخ.

قال أبو بكر: لأنّ السماع لمـّا حصل على الذي كانت في يده لم يمنع حصولها في يده القضاء له على ما بيّنا، فإذا قضى بها له بطلت بيّنة الأجنبيّ كما لو كانت الدار في يد العمّ، وهو حيّ، فزكيت شهود ابن الأخ دون الأجنبيّ.

قال محمد: فإن أعاد الرجل الأجنبيّ البيّنة على ابن الأخ بما شهدوا به على العمّ أخذ الدار ابن الأخ.

قال أبو بكر: لأنّ ابن الأخ إنّما استحقّ الدّار على العمّ دون الأجنبيّ لم تصح بيّنته، ولم يكن الشيء في يده، فإذا لم يتوجّه القضاء على الأجنبيّ قبلت بيّنته على ابن الأخ، لأنّ الدار في يده.

قال محمد: فإن قال ابن الأخ: "أنا أعيد شهودي عليه" لم نلتفت إلى ذلك.

قال أبو بكر: لأنّ القضاء قد توجّه [179أ] [على][1487] المقرّ له لو جعلناهم مستقبلين مع إقامته الشاهد الأوّل لم يقبل، لأنّه لا تُقبل[1488] بيّنة الذي في يده. فأمّا المدّعي الآخر فإنّه إن شاء قال: "أنا أقيم بيّنة مستقبلة"، فتقبل منه، ويستأنف الخصومة، فيجوز لأنّ الشيء ليس في يده.

قال علي: فإن قال قائل: فقد قال محمد في مسألة ابن الأخ في الجامع مثل ما قال ابن سماعة.

قال أبو بكر: يعني مسألتنا هذه. قال: يقال له: يجوز أن يفرّق بينهما من جهة أنّ ابن الأخ قائم مقام العمّ، لأنّه وارثه، فصار كالعمّ لو كان حيًّا، والشيء في يده. وأمّا المقرّ له فلم يقم مقام المقرّ، لأنّ المقرّ قد خرجت الدار عن يده بإقراره، والعمّ لم تخرج[1489] الدّار عن يده بموته، لأنّ يد الوارث يد له، فإذا أقام ابن الأخ شاهدين مستقبلين، ولم يكن قد تقدّم له شاهد قبلت بيّنته، وكان بينهما نصفين.

قال أبو بكر: والصحيح ما قاله ابن سماعة، لأنّ محمدًا قد قال في المسألة: ابن الأخ أنّه إذا أقام البيّنة في حياة العمّ، وأقام الأجنبيّ بعد موته أنّ الأجنبيّ أولى، وكان الأمر على ما قاله علي بن موسى بأنّ الأخ لمـّا كان وارثًا كانت يد الميّت

[1486] لم يزكّي.
[1487] على.
[1488] لا يقبل.
[1489] لم يخرج.

كأنّها باقية، و[لو] لم تعتبر[1490] يد ابن الأخ لنفسه أوجب[1491] ألّا يصير الأجنبيّ أولى، بل كان يكون بينها نصفين كما لو كان العمّ حيًّا، والمسألة بحالها كان بينهما نصفين.

قال محمد: ولو أنّ ابن الأخ لم يقم البيّنة على شيءٍ حتى قضى القاضي [179ب] بالدار للرجل الأجنبيّ، ثم إنّ ابن الأخ أقام البيّنة على الأجنبيّ، فإنّه يُقضى له بجميع الدار.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ استحقاق الأجنبيّ وقع على العمّ دون غيره، ثم أقام ابن الأخ البيّنة، فاستحقّها على الأجنبيّ.

قال محمد: ولو أقام ابن الأخ البيّنة في حياة العمّ، ثم أقام الأجنبيّ البيّنة بعد موت العمّ، فإنّه يأخذها من ابن الأخ، ويبطل بيّنة ابن الأخ.

قال أبو بكر: لأنّ بيّنة ابن الأخ سمعت على العمّ، وبيّنة الأجنبي سمعت على ابن الأخ، والدار في يديه، فاستحقّها.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ كلّ واحد منهما أقام شاهدًا واحدًا على العمّ، ثم مات العمّ، فأقام كلّ واحدٍ منهما شاهدًا آخر، فإنّه يُقضى بالدار بينهما نصفين.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّ كلّ واحد منهما قد تعلّق له حقّ بالسّماع من شاهده، فلا يبطله موت العمّ.

قال محمد: فإن قضى بالدار بينهما نصفين، ثم قال أحدهما بعد ذلك: "أنا أعيد على صاحبي البيّنة بحقّي" لم يقبل منه.

قال أبو بكر: من قِبل أنّه لمـّا قضى بالدار بينهما نصفين، فقد قضى بذلك السّماع الواقع على العمّ لكلّ واحد على صاحبه، فلا تُقبل[1492] بعد ذلك بيّنته على ما بيّنا فيما تقدّم.

قال محمد: ولو أنّهما لم يقيما بعد موت العمّ شاهدًا واحدًا، ولكنّهما أقاما شاهدين مستقبلين، فإنّ القاضي يقضي بالدار للرجل الأجنبيّ، ويبطل بيّنة ابن الأخ.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ بيّنة الأجنبيّ سمعت على ابن الأخ، والشيء في يده [180أ] ولا تُقبل[1493] بيّنة ابن الأخ على الأجنبيّ، لأنّ الشيء في يده.

[1490] ولم يعتبر.
[1491] لوجب.
[1492] فلا يقبل.
[1493] ولا يقبل.

قال محمد: ولو كان كلّ واحد منهما أقام شاهدًا واحدًا على العمّ، فلمّا مات أقام[1494] الأجنبيّ شاهدًا آخر، فزكّى شاهداه، فقضى له بالدار، ثمّ جاء ابن الأخ بشاهد آخر على حقّه، فإنّه لا يُلتفت إلى ذلك، لأنّا حين قضينا للأجنبيّ، فقد أبطلنا السماع الذي وقع من أحد[1495] شاهدي لابن[1496] الأخ، فلا يستحقّ ابن الأخ به شيئًا حتى يعيد شاهدين، فتقع[1497] الشهادة على الأجنبيّ، ويستحقّها عليه.

باب الرجل يُقضى ببعضه عبدٌ ولا يُقضى ببعض وهو يدّعي أنّه حرّ كيف هو في خيانته وشهادته

قال محمد: وإذا ادّعى رجل رقبة رجل، وزعم أنّه عبد له، وقال المدّعى عليه: ذلك بآخر الأصل، فالقول قوله.

قال أبو بكر: الأصل في الناس الحرّية، والرقّ طارئ، والحكم بالأصل واجب حتى يُعلم حدوث الرقّ. والدليل على أنّ الأصل في الناس الحريّة، وأنّها هي الظاهر من حالهم حتى يثبت الرقّ أنّ اللقيط حرّ، فإذا كان كذلك فالظاهر أنّ المدّعى عليه حرّ في يد نفسه، والمدّعي يدّعي استحقاق يده عليه بالرقّ، فلا يصدّق بغير بيّنة.

قال محمد: فإن أقام المدّعي البيّنة أنّ نصف العبد له، ولم يشهدوا على النصف الباقي فإنّه يُقضى له بنصفه، ويكون له، ويقف النصف الباقي، فلا يُقضى فيه برقّ ولا عتق. [180ب]

قال أبو بكر: لما استحقّ المدّعي الملك نصفه ببيّنة خرج المدّعى عليه من أن يكون حرّ الأصل، لأنّ حريّة الأصل لا تتبعّض[1498]، وإنّما قلنا: حرّية الأصل لا تتبعّض[1499]، لأنّها بقاء على الأصل، ولا جائز كون بعضه باقيًا على الأصل وبعضه رقيقًا. ألا ترى أنّه لا يجوز للإمام استرقاق أنصاف السبي ويبقيه أنصافهم[1500] على حرّية الأصل. وأيضًا فإنّ معنى حرّية الأصل: أنّه لم يملك قطّ، فإذا ثبت ملك بعضه فقد انتفى المعنى الذي به تثبت[1501] حرّية الأصل، وإذا كان الأمر على هذا، ثم حكم الحاكم بنصفه رقيقًا كان ذلك حكمًا منه بأنّه ليس حرّ الأصل، ثم لا يحكم في النصف الآخر بحرّية ولا رقّ، لأنّه لا حاجة بنا إلى الحكم فيه برقّ أو حرّية، إذ جائز أن يكون نصْفه رقيقًا، والنصف الآخر حرًّا أو رقيقًا على مذهب أبي حنيفة، وإذا جاز فيه الأمران جميعًا لم يحكم فيه بشيء.

فإن قال قائل: فينبغي أن يحكم فيه بالرقّ على مذهب أبي يوسف ومحمد، لأنّ من أصلهما: أنّه لا يجوز اجتماع الرّق والحرّية في رقبة واحدة.

[1494] + أقام.
[1495] واحد.
[1496] لبن.
[1497] فيقع.
[1498] لا يتبعّض.
[1499] لا يتبعّض.
[1500] [illegible] وسقته انصافهم
[1501] يثبت.

قيل له: لا يجوز أن نحكم بالرّق لا لمستحقٍّ، وإذا لم يثبتْ الرقّ في النّصف الآخر، لأنّه لا مستحقّ له وجب أن يقف حُكمه، فلا يقضى فيه بشيء.

قال محمد: فإن جنى جنايةً فقتل رجلًا خطأ، فإن الرجل يسأل عن القاتل أحرٌّ هو أو عبد، فقال[1502]: إنّه عبْد قتل للرجل الذي قُضي له بنصفه، أدفع النصف [181أ] الذي قُضي لك به أو افده بنصف الديّة، ويوقف النصف الباقي، فلا يقضى فيه بشيء حتى يُعلم ما حاله.

قال أبو بكر: إنّما أمر بالدّفع والفداء في النصف الذي للمستحقّ إذا صدّقه، ولي المجنى عليه بأنّه عبْد من قِبل أنّه قد ثبت ملكه فيه، وهو جائز التصرّف فيه في الظاهر. ألا ترى أنّه لو باعه جاز بيعه، فكذلك يخاطب فيه بالدفع أو الفداء، وإنّما لم يقض في النصف الآخر بشيء، لأنّه لا مستحقّ له معروف.

قال محمد: فإن قال وليّ المقتول: "هو حرّ" لم يقض له بشيء، ويوقف الجناية حتى يأتي بالبيّنة على أنّه حرّ.

قال أبو بكر: لأنّه يدّعي الديّة على العاقلة، وقد أبرأ القاتل منها، فبراءته جائزة ودعواه غير مقبولة إلّا ببيّنة.

قال محمد: ولو فقأت عين المقضي بنصفه رقيقًا أو جُنّى عليه فيما دون النفس قضى لمولاه الذي قُضي له بنصفه بنصف الجناية، ووُقِف[1503] نصف الجناية حتى ينظر ما حال العبد.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّ النصف محكوم برقّه لمستحقّ معروف، فيستحقّ أرشه، والنصف الآخر موقوف ليس له مستحقّ معروف، فيقف حصّته من الأرش.

قال محمد: ولا تُقبل[1504] له شهادة وحده حدّ العبيد.

قال أبو بكر: لأنّه محكوم برقّ بعضه، وكلّ شخص ثبت فيه رقّ، فحكمه حُكم العبيد في الشهادة والحدود.

آخرُ الدعوى، والحمد لله ربّ العالمين، وصلى الله على محمد النبيّ الأمّي وآله وأصحابه وسلم تسليمًا كثيرًا. [181ب]

بسم الله الرحمن الرحيم

[1502] فاقال.
[1503] واقف.
[1504] ولا يقبل.

كتاب الإقرار

باب الإقرار بالشركة

قال محمد: وإذا كان الكيس في يديّ رجلين، وفيه ألف درهم فأقرّ أحدهما لرجل أجنبيّ بنصفه، ولم يرد على هذا، وأنكر الآخر الذي في يده نصف الكيس، فإنّ الذي أقرّ بنصفه للأجنبيّ يقاسم الأجنبيّ ما في يديه على ثلاثة أسهم: سهمان للأجنبيّ وسهمٌ للمقرّ.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ إقراره يضمن أنّ له رُبع الكيس وكذلك لصاحبه، وأنّ للأجنبيّ نصفه، فلو صدّقه صاحبه لأحد رُبع الكيس والباقي بينهما على ثلاثة، فلمّا أنكر صحّ إقراره على نفسه خاصّة، فيكون نصف الكيس الذي في يده بينه[1505] وبين الأجنبيّ أثلاثًا، لأنّه يقول: "لما كذبني صاحبي"، فقد ظلمنا بربْع الكيس، فلزمنا جميعًا، والباقي مقسوم على حسب ما وقع الإقرار به في الأصل، والذّاهب من حقّنا جميعًا مثل أن يُصدّقني، فيأخذ ربعُه، ثم يتلف ربع آخر، فيذهب من حقّنا، ويكون الباقي أثلاثًا، وكإحدى البنتين إذا أقرّت بأخٍ فقد اعترفت له بمثلي ما لها، فكلّ جزءٍ وصل إليها فعل ذلك، [182أ] ونحن على قياس ابن أبي ليلى في قوله في أخوين أقرّ أحدهما بثالث، فجعل نصيب المقرّ أثلاثًا أن يكون نصيب المقرّ بينه بين المقرّ له نصفين، لأنّه يقول: "أقررت لك بنصف الكيس نصف ذلك في يد صاحبي"، وهو الربع، فلمّا أنْكر الرّبع الذي في يده كان ظلمه عليك خاصة، وما بقي فبيننا نصفين، لأنّي أقررت لك بربع الكيس ممّا في يديّ، ولنفسي بمثله.

قال أبو بكر: وهذا اعتبار فاسد، لأنّه لو جاز له أن يقول ذلك لجاز للمقرّ له أن يقول للمقرّ: "ربعك الذي ادّعيته نصفه في يد صاحبك، فإذا أنكر دخل عليك الظلم في ثمن الكيس نصف نصيبك، وإلّا فمن جعل ما أقررت به لي في موضعين، وما ادّعيته لنفسك ممّا في يدك خاصّة".

مسألة

قال محمد: ولو قال المقرّ للأجنبيّ: "الكيس بيني وبينك نصفين" أو قال: "لك نصفه ولي نصفه"، قاسمُه ما في يديه نصفين.

قال أبو بكر: لمـّا قال: "الكيس بيني وبينك نصفين" أو "لي نصفه ولك نصفه"، فقد اعترف له بنصفه، فلو صدّقه صاحبه لأخْذ الكيس بينهما، وخرج المصدّق بغير شيء، فلمّا كذبه لزمه إقراره في نصيبه خاصّة وعلى نفسه، فيأخذ صاحبه المكذوب نصفه والباقي بينهما نصفين، لأنّه المكذب[1506] في إقراره غاصب لما في يده، فهو كرجل في يده كيس أقرّ أنّه بينه وبين فلان نصفين، ثم غصب غاصب نصفه أنّ الباقي بينهما نصفين، وهذا كأخوين [182ب] أقرّ أحدهما بثالث،

[1505] بيّنه.
[1506] المكذوب.

وكذّبه الآخر، فيكون ما في يد المقرّ بينه وبين المقرّ به نصفين. والمعنى في ذلك كلّه: أنّه أقرّ له بالشركة على المساواة، فما يحصل من المال في يده فهو بينهما نصفين، وليست هذه كالمسألة الأولى، لأنّه لم يحصل فيها إقراره بالشركة على جهة المساواة، وإنّما ادّعى فيها لنفسه ربع المال، وأقرّ للمقرّ له بالنصف، فلذلك كان الجواب فيها على ما وصفنا.

مسألة

قال محمد: وإذا كانت ألف درهم في يديّ رجلين فأقرّ أحدهما أنّها بينه وبين فلان نصفين، وأقرّ الرجل الآخر أنّها بينه وبين فلان ذلك بعينه[1507] لفلان من ذلك الثلث وله الثلثان، فصدّق فلان صاحب النصف، وكذّب صاحب الثلثين بما ادّعى، فإن المقرّ له يأخذ من صاحب الثلثين خُمس ما في يديه، فيضمه إلى ما في يديّ المقرّ بالنصف، فيقسمانه نصفين.

قال أبو بكر: الوجه في ذلك أن نبدانا، فلهما إقرارًا، لأنّه أسهل مأخذًا، فيقول المقرّ بالثلث: "أقررت لك بثلث المال موضعين نصفه معي ونصفه مع صاحبي"، فالكيس ستة أقررت لك بسهمين ولي بأربعة، وسهم ممّا أقررت لك به هو مع صاحبي، وقد صدّقني في ذلك وزاد، فسقط عنّي غرمه، فيضرب ممّا في يديّ بسهْم، وأضرب أنا بأربعة، فيصير بيننا على خمسة، فقد علمت أنّ القسمة في الابتداء كانت على ستة، ثم حصلتْ في المتعقّب على خمسة، فنأخذ منه خُمس ما في يد، ثم نضمّه إلى ما [183أ] في يد المقرّ بالنصف، وفي يده خمسة، فإذا ضمّ إليه هذا الواحد صار ستة، فيكون بينهما نصفين لكلّ واحد ثلاثة، فجميع ما أخذ المقرّ له خمس ما في يد المقرّ له بالثلث، وخمس ما في يد المقرّ بالنصف. وإنّما ضممنا السهم الذي أخذه إلى ما في يد المقرّ بالنصف، لأنّه صاحب النصف يقول: "أقررت لك بنصف جميع الكيس ولي بنصفه، وصدّقتني فيه، وكلّ جزء منه بيننا نصفين".

قال أبو بكر: وإن أردت نحملها بغير ضمّ قلت: يأخذ المقرّ له خُمس ما في يد المقرّ بالثلث على ما بيّنا، ثم نجيء إلى المقرّ بالنصف، فنقول له: في يديك خمسة وفي يديّ واحد، فخذْ ممّا في يدك من الخمسة واحدًا مثل ما في يديّ، فيبقى في يدك أربعة، فيكون بيننا نصفين، وذلك خمسًا ما في يده.

قال أبو بكر: وإن شئت بدأت بصاحب النصف فقلت: إنّ المقرّ بالنصف، قال: أقررت لك بثلاثة من ستة ولنفسي بثلاثة، وقد صدّقني المقرّ بالثلث من هذه الثلاثة بسهمين زعم أنّ أحدهما في يده والآخر في يديّ، فسقط عنّي السهم الذي اعترف به ممّا في يده، فبقي للمقرّ له سهمان ممّا أقررتُ له به، ولي ثلاثة، فأُقاسمه ما في يديّ على خمسة، فيأخذ منّي خمسي ما في يديّ، ثم يجيء المقرّ له بالنصف إلى صاحب الثلث، فنقول له: أقررت لي بالثلث، وزعمت أنّه متى حصل في يديّ شيء ممّا دخل في إقرارك وجب أن يحصل لك مثلاه، وفي يدك [183ب] خمسة[1508]، وهو نصف الكيس، وفي يديّ سهمان، أحدهما ممّا أقرّ به صاحبي والآخر ممّا أقررت به، فالذي أقررت به سهم واحد والسهم الآخر أنّما لزمك

1507 بعينه

1508 [illegible]

بإقرارك. ألا ترى أنّ إقرارك له لو كان مثل إقراري لما أخذت منه إلّا سهمًا واحدًا، فصحّ بذلك أنّ الذي دخل في إقراري من هذين السهمين أنّما هو أحدهما، فالذي أقررت به من ذلك ينبغي أن يحصل لي مثلاه سهمان، فيقرّ لهما، فيبقى في يده ثلاثة ليس في يد المقرّ له بإزائها شيء، فتكون[1509] هذه الثلاثة بينهما للمقرّ له الثلث وللمقرّ الثلثان، فيأخذ منه واحدًا من النصف الذي في يده وهو خمسة، فيكون الحاصل ممّا أخذه خُمس ما في يده.

مسألة

قال محمد: وإذا كان الكيس في يديّ رجلين وفيه ألف درهم فأقرّ أحدهما أنّ لفلان ثلثه، وله ثلثاه، وأقرّ الآخر له بمثل ذلك، وقال فلان: "الكيس كلّه لي"، فإنّ الوجه في ذلك أن يقول: إنّ الأصغر يقول له: "أقررت لك بثلث الكيس في موضعين سهمين من ستة أحدهما في يديّ بيننا على خمسة"، وكذلك يقول له الآخر.

مسألة

قال محمد: ولو قال أحدهما: "لفلان الثلث ولي الثلثان"، وقال الآخر: "لفلان الثلثان ولي الثلث"، وقال فلان: "الكيس كلّه لي".

قال أبو بكر: فإنّا نقول في ذلك أنّ المقرّ بالثلث يقول: "أقررت لك من ثلاثة ولي بسهمين وسهمك في موضعين، فينكسر، فيضعفه يصير ستة أقررت [184أ] لك بسهمين ولي بأربعة، والسهمان اللذان أقررت لك بهما في موضعين أحدهما في يديّ، والآخر في يد صاحبي، وقد صدّقني، فيسقط غير غرمه، فيضرب فيما في يديّ بسهْم وأنا بأربعة، فيكون ما في يديّ بيننا على خمسة: لك واحد ولي أربعة، فيأخذ سهمًا، ويضمّه إلى ما في يد الآخر وهو خمسة، فيصير ستة، فيكون بينهما أثلاثًا للمقرّ له الثلثان أربعة، وللمقرّ سهمان، فيكون حاصل ما أخذه من يده ثلاثة أخماس ما في يده، وإن شاء لم يضمّه، وقال له المقرّ بالثلثين: أوجب إقراري أنّه متى حصل في يدك شيء حصل لي مثل نصفه، وقد حصل في يدك سهم، فآخذ[1510] لنفسي نصف سهم بقي في يديّ أربعة ونصف: لك ثلثاها ثلاثة ولي ثلثها سهم ونصف، فيكون حاصل ما يأخذه منه ثلاثة أخماس ما في يده. وإن شئت بدأت بأكثرهما إقرارًا، وهو صاحب الثلثين، فيقول له: أقررت بأربعة من ستّة صدقني صاحبي في سهمين إلّا أنّه زعم أنّ واحدًا منهما في يديّ، وواحدًا في يده، فسقط عنّي غرم السهم الذي أقرّ أنّه في يده بقي له ممّا أقررت به ثلاثة، وأقررت لنفسي بسهمين، فاضرب بهما، فيحصل ما في يديّ بيننا على خمسة: لي سهمان وله ثلاثة، فيأخذها، ويجيء إلى ما في يد صاحب الثلث، فيقول له: أقررت لي بسهمين في موضعين يحمل عنك صاحبك أحدهما حين صدّقك فيه، وزاد عليك [184ب] بقي لي سهم في يدك ولك أربعة، لأنّك أقررت لنفسك بأربعة من ستة ولي بسهمين، فيكون ما في يده بينهما على خمسة، فيحصل له خمسي[1511] ما في يده، وإن شاء المقرّ له

[1509] فيكون.
[1510] فاخذا.
[1511] خمسين

قال للمقرّ بالثلث: أنّي قد أخذت من صاحبك ثلاثة من خمسة إلّا أنّ سهمين منها ممّا لم يدخل في إقرارك، وإنّما دخل في إقرارك سهم واحد. ألا ترى أنّه لو أقرّ بمثل ممّا أقررت به كنت آخذ منه سهمًا واحدًا من خمسة، فيحسب السهم الواحد ممّا دخل في إقرارك فتأخذ أنت بإزائها مثليه، لأنّه متى حصل لي واحد ممّا أقررت به حصل لك سهمان، فيبقى في يدك ثلاثة هي بيننا أثلاثًا في إقرارك، فيأخذ منه سهمان آخر[1512] ممّا في يده، وهو خُمس ما في يده.

مسألة

قال محمد: وإذا كان الكيس في يديّ ثلاثة يقرّ، فأقرّ أحدهم أنّ لأحد الباقيين ثلاثة أرباع هذا الكيس، وله أربعة، وأقرّ آخر أنّ للمقرّ له خمسة أسداس، وله سدسه، وقال المقرّ له: الكيس كلّه لي، فإنّه يأخذ ممّا في يديّ [الذي] أقرّ له بثلاثة أرباع المال خُمسي ما في يده، ويأخذ ممّا في يديّ الذي أقرّ له بخمسة أسداس المال ثلاثة أخماس ما في يديه، فيكون ذلك للمقرّ له مع الثلث الذي في يديه.

قال أبو بكر: الوجه في تقدير هذه المسألة أنّا نجعل الكيس كلّه في يديّ المقرّين نصفين أقرّ أحدهما له بثلاثة أرباع الكيس، والآخر بخمسة أسداسه، وأقلّ مال له رُبع وسُدس اثنا عشر، فنجعل [185ا] في يديّ كلّ واحد منهما اثني عشر، وهو نصف الكيس، فالمقرّ بثلاثة أرباع أقرّ له بثمانية عشر، ولنفسه بستة، وصدّقه شريكه في نصف ما أقرّ به وهو تسعة، فسقط عنه عزمها بقي من إقراره تسعة يضرب بها المقرّ له، ويضرب لنفسه بستة، فيُقسم ما في يده على خمسة عشر، فيدفع إلى المقرّ له تسعة من خمسة عشر ممّا في يده وممّا ضممناه، وذلك ثلاثة أخماس ما في يده، ثم يقول المقرّ بـالـخمسة الأسداس: أقررت لك بعشرين ولنفسي بأربعة، فصدّقني صاحبي في تسعة، وبقي من إقراري لك أحد عشر، وللمقرّ أربعة، فيقسم ما في يده على خمسة عشر، فيدفع إليه أحد عشر من خمسة.

وقال أبو بكر: فإذا[1513] قد تبيّن كيف ينقسم ما في يديّ كلّ واحد منهما مع ما ضمّ إليه من نصيب المقرّ له، فالواجب أن تبيّن الحاصل له ممّا في أيديهما، فنقول[1514]: لما كان الكيس في أيديهم أثلاثًا وكان ينقسم ما في يديّ كلّ واحد من المقرّين أخماسًا احتجنا إلى شيء له خُمس وثُلث، وهو خمسة عشر، ونحتاج أيضًا أن يكون للثلث الذي في يديّ المقرّ له نصف لأقلّ[1515] نضمّه إليهما نصفين، فيُضرب خمسة عشر في اثنين، فذلك ثلاثون في يد كلّ واحد منهم عشرة، فنأخذ العشر التي في يد المقرّ له، فنضمّها إلى ما في أيديهما، فيصير في يديّ كلّ واحد [185ب] من المقرّين خمسة عشر، فيجيء[1516] المقرّ له إلى المقرّ بثلاثة أرباع، فيقول: ضممت إلى ما في يدك خمسة، وقد كان ما في يدك بيني وبينك على أن تضرب أنت بستة وأنا بتسعة، فالآن أخذ ما ضممته إلى يدك وهو خمسة، يبقى لي من التسعة أربعة ما ضرب بها، وتضرب

[1512] واحدًا.
[1513] فاذ.
[1514] فيقول.
[1515] لا بل.
[1516] فنجيء.

أنت بستة، فنحصل لي ممّا كان في يدك يوم أقررت خُمساه، ويبقى في يدك ثلاثة أخماسه، ثم نجيء إلى المقرّ بـالـخمسة الأسداس، فنقول: جميع ما حصل في يدك كان بيننا على خمسة عشر على أن يكون لي أحد عشر ولك أربعة، فادفعْ الآن ممّا في يدك الخمسة التي ضممتها يبقى لي ستة ولك أربعة، فيكون ما في يدك بينها على عشرة لي ثلاثة أخماسها ولك خُمساها، فجميع ما يحصل له ممّا كان في يده أخماسه.

ووجه آخر: بغير ضمّ، وهو أن تجعل الكيس كلّه اثني عشر، لأنّه لها رُبعًا وسُدسًا، فيقول المقرّ بثلاثة أرباعه: أقررت لك بتسعة صدّقني صاحبي فيما في يده منها، وهو النصف بقي لك أربعة ونصف، وأقررت لك بتسعة لنفسي بثلاثة، فذلك سبعة ونصف، وثلث الكيس سبعة في يدك، وفيه ثلث ما أقررت به لك، فلا يضاربني به، فيسقط من سهام المقرّ له ثلث سبعة ونصف وهو سهمان، ونصف يبقى له سهمان، وللمقرّ ثلثه، فذلك خمسة، فنأخذ خمسي ما معه، ويقول الأكبر: أقررت لك بعشرة من اثني عشر، وصدّقني صاحبي في تسعة، فسقط عنّي نصفها أربعة [186أ] ونصف يبقى لك خمسة ونصف، ولي سهمان وهو السدس، وثبت ما أقررت به معك، فلا نضرب به فيسقط ثلث سبعة ونصف من سهام المقرّ له تبقى خمسة أسهم، ثلاثة منها للمقرّ له، وذلك ثلاثة أخماس ما في يده.

ووجه آخر، وهو: أن يقول: إنّ الكيس كان في أيديهم أثلاثًا، والكيس اثنا عشر لما وصفنا في يديّ كلّ واحد أربعة، فقال زيد لمحمد: لك ثلاثة أرباع هذا الكيس تسعة، ولي رُبعه ثلاثة، وأربعة من هذه التسعة في يدك وخمسة منها ليست في يدك، فلمّا كانت في يدك من التسعة أربعة سقط عنّي محاصتك في هذه الأربعة، وإذا كان في يديك أربعة، فلا بدّ من أن يكون في يديّ ثلث ما في يدك، لأنّ المال بيني وبينك على أربعة: لك ثلاثة ولي واحدٌ، فإذا كان في يدك شيء فينبغي أن يكون في يديّ مثل ثلثه، فيأخذ زيد وهو المقرّ بثلاثة أرباع من الأربعة التي في يده مثل ثلث الأربعة التي في يديّ محمّد، وذلك سهمٌ وثلث، فقد استوى زيد ومحمد المقرّ له في هذه الأربعة في الثلاثة الأرباع والربع، فيقول محمد لزيد: تساوينا في الأربعة التي في يديّ، لأنّك قد أخذت لنفسك ممّا في يدك مثل ثلثها، وبقي في يدك اثنان، وثلثان من الأربعة التي في يدك ليس في يديّ بإزائها شيء، فأعطني حقّي منها، فيقول زيد: أعطيك حصل منها علي على ما صدّقني عليه عمرو، وهو المقرّ بخمسة أسداس، وكنتُ [186ب] أقررت لك بتسعة من اثني عشر من الكيس في يدك منها أربعة، وقد فرغنا منها فيما يجب لي ولك، وبقي من إقراري خمسة من تسعة نصفها في يديّ سهمان ونصف، ونصفها في يد عمرو، فسقط عن زيد نصف تلك الخمسة وهو سهمان ونصف، ويقول زيد: أنا أقررت لنفسي بثلاثة، فقد أخذت منها سهمًا وثلثًا، فبقي لي إلى تمام حقّي سهم وثلثا سهم، فاضربْ بذلك وتعرف أنت يا محمد بنصف الخمسة التي أقررت أنا وعمرو لك بها، وذلك سهمان ونصف، فتكون[1517] القسمة بيني وبينك على ذلك، فاجعلْ كلّ سهم ستّة، فيضرب محمّد بسهمين ونصف، وذلك خمسة عشر، ويضرب زيد بسهم وثلثي سهم وذلك عشرة، فيصير خمسة وعشرين، فما أصاب خمسة عشر من ذلك فهو لمحمد، وما أصاب عشرة فهو لزيد، والذي بقي في يديّ زيد من الأربعة بعد أخذه منها سهمًا

[1517] فيكون.

وثلثا سهمان وثلثا سهم، فنحتاج أن نقسم[1518] السهمين وثلثي سهم على خمسة وعشرين، فما أصاب خمسة عشر فهو لمحمّد، وما أصاب عشرة فهو لزيد، فاجعلْ السهمين والثلثين كلّ سهم خمسة عشر، فيصير سهمان وثلثان أربعين كلّ خمسة عشر سهم فسهمان ثلاثون وثلثا سهم عشرة، فذلك أربعون لمحمّد من ذلك ثلاثة أخماسه أربعة وعشرون، وذلك سهم وثلاثة أخماس سهم، لأنّه خمسة عشر سهم وتسعة ثلاثة أخماس سهم، فجميع ما يأخذ محمد ممّا في يديّ زيد من الأربعة التي [187ا] كانت في يده سهم وثلاثة أخماس، وذلك من أربعة خمسا، لأنّ خُمسي أربعة ثمانية أخماس، وثمانية أخماس هو سهم وثلاثة أخماس هو سهم وثلاثة أخماس وهو خمسا ما كان في يديّ زيد.

وكذلك قلنا في العمل بالضمّ. ثم يجيء إلى ما في يديّ عمرو على غير ضمّ، فيقول عمرو وهو المقرّ بخمسة أسداس لمحمد وهو المقرّ له: قد أقررت لك من الكيس بعشرة من اثني عشر ولنفسي بسهمين، لأنّي أقررت لك بخمسة أسداس الكيس ولي السدس[1519]، ففي يدك من الكيس الأربعة الأصليّة التي كانت في يدك قبل إقراري لك وقد أخذت من زيد سهمًا وثلاثة أخماس سهم، فصار في يدك خمسة أسهم وثلاثة أخماس، وقد علمت أنّ في إقراري ألّا يكون في يدك شيء إلّا كان لي مثل خمسة. فإذا كان في يديّ واحد كان في يدك خمسة أضعافه، وفي يدك يا محمد خمسة أسهم وثلاثة أخماس سهم، فينبغي أن يكون مثل خمس ذلك، فاجعلْ كلّ سهم من الخمسة إلّا سهمٌ والثلاثة الأخماس خمسة وعشرون، فيكون الخمسة مائة وخمسة وعشرين وثلاثة أخماس خمسة وعشرون خمسة عشر، فذلك مائة والأربعون[1520] سهمًا كلّ سهْم خمسة وعشرون، فخُمس ذلك ثمانية وعشرون سهمًا، وفي يديّ عمرو أربعة أسهم كلّ سهم خمسة وعشرون، فذلك مائة سهم، فينبغي أن يأخذ عمرو ممّا في يديه [187ب] من المائة سهم ثمانية وعشرين سهمًا حتى يتساويا في خمسة أسداس وسدس، فيبقى في يديّ عمرو اثنان وسبعون ليس في يديّ محمّد بإزائها شيءٌ، فيقول محمّد لعمرو: قد تساوينا في الخمسة الأسداس والسدس وفصل في يدك اثنان وسبعون، فيكون بيننا على ستة لك سدسها اثنا عشر ولي خمسة أسداسها ستون، فيأخذ محمد ممّا كان في يديّ عمرو ستين سهمًا من مائة سهم، وذلك ثلاثة أخماس ما كان في يده، وهو الذي قلناه في العمل بالضمّ.

قال أبو بكر: وإن شئت بدأت بالذي أقرّ بخمسة أسداس، فقلت: إن المقرّ بالخمسة الأسداس أقرّ أنّ من هذه الخمسة أسداس[1521] أربعة أسهم في يدي المقرّ له، وستّة منها ليست في يده، فيقول: إذا كان في يدك أربعة فلا بُدّ من أن آخذ ممّا في يدّي مثل خُمس هذه الأربعة، فآخذ ممّا في يديّ أربعة أخماس سهم، فقد تساويا فيما في أيديهما. ثم يقول المقرّ: بقي في يديّ ثلاثة أسهم وخُمس سهم وليس في يدك، وقد أخذت بإزائها أربعة أخماس سهم، وفصلتك بالإقرار على صاحبي بسهم، وأخذ من اثني عشر، لأنّه أقرّ لك بتسعة، وأقررتُ لك بعشرة، فخذْ منّي هذا السهم، فإذا دفع إليه هذا السهم من الثلاثة والخُمس التي في يده بقي في يده سهمان وخمس، فيقول: وآخذ أنا لنفسي بإزاء ما أخذت منّي من هذا السهم الذي

[1518] أن يقسم.
[1519] السدسه.
[1520] ولربعون.
[1521] + فقلت إن المقرّ بالخمسة الأسداس أقرّ أن من هذه الخمسة أسداس.

لقررتُ لك به مثل خمسة، فيأخذ من السهمين، والخمس الباقي في يده خمس سهم، فيبقى في يده [188أ] سهمان، فقد استوت القيمة في خمسة من العشرة التي كان أقرّ له بها، ثم يقول المقرّ له: قد تساوينا فأخذت مثل خمس ما في يديّ، وهو الأربعة الأولى، والسهم الزائد فمثل خمس ذلك سهم، فيصير في يديّ المقرّ بالخمسة الأسداس أربعة أخماس سهم الأوّل الذي بإزاء الأربعة، والخمس الذي بإزاء السهم الزائد الذي وصفنا أمْره، ويبقى في يده سهمان، فيقول المقرّ له: قد بقيت لي خمسة، وقد مضى القول في الخمسة، فيأخذ المقرّ بثلاثة أرباع بإزاء السهم المنفرد ثلاثة أسهم، لأنّه لا يأخذ المقرّ له شيئًا إلّا كان للمقرّ بثلاثة أرباع أسهم ثلثا مثل ثلثه، فيبقى ممّا أقرّ له المقرّ بالخمسة الأسداس، والمقرّ بثلاثة أرباع أربعة أسهم، وثلثا سهم فنصف ذلك، وهو سهمان وثلث على المقرّ بالخمسة الأسداس وسهمان وثلث على المقرّ بثلاثة أرباع، فيضرب المقرّ له بسهمين وثلث، وذلك سبعة كلّ سهم ثلاثة، ويضرب المقرّ لنفسه بما بقي من تمام السدس، والسدس سهمان من اثني عشر، فقد أخذ أحد السهمين وبقي له سهم، فيضرب المقرّ بسهم وهو ثلاثة، فتكون[1522] القسمة بينهما على عشرة للمقرّ له سبعة أعشار، وللمقرّ ثلاثة أعشار، فيقسمان السهمين الباقيين في يديّ المقرّ بالخمسة الأسداس سهمًا للمقرّ له أربعة عشر عُشرًا وهو سهم وخُمسًا سهم، وللمقرّ ثلاثة أخماس سهم، فاجمعْ ما أخذ المقرّ له من المقرّ بالسدس لنفسه [188ب] هذه أخذ منه أوّلًا سهمًا واحدًا وهو السهم المنفرد، وأخذ منه سهمًا وخمس سهم، فجميع ما أخذ منه سهمان وخمس سهم، وذلك ثلاثة أخماس ما في يديه، لأنّه كان أيده أربعة، فثلاثة أخماسها اثنا عشر خمسًا وذلك سهمان وخُمسان، فقد عاد القول في ذلك إلى ما قلناه في العمل بالضمّ.

مسألة

قال محمد: وإذا كان الكيس في يديّ ثلاثة نفر، وفيه ألف درهم فأقرّ أحدهم أنّ لفلان ثلثه ولي ثلثاه، وقال آخر: بل لفلان نصفه ولي نصفه، وقال الآخر: بل لفلان ثلثاه ولي ثلثه، وقال فلان: الكيس كلّه لي، فإنّه يأخذ مما في يديّ الذي أقرّ له بالثلث سبع ما في يديه، فيجمع إلى ما في أيديهما، فيجعل في يد كلّ واحد، ثم يأخذ ثلث ما حصل[1523] في يديّ المقرّ بالنصف ممّا كان في يده، وممّا ضمّ إليه من نصف السبع، ويأخذ ممّا في يديّ المقرّ بالثلثين خمسة أتساع ما كان في يده، وممّا ضمّ إليه من نصف السبع الذي أخذ.

قال أبو بكر: فنبدأنا فلهم إقرارًا وهو صاحب الثلث، فيقال له: أقررت بأنّ ثلث الكيس لهذا، وأنّ هذا الثلاث في ثلاثة مواضع في يدك ويد صاحبك، فيجعل المال تسعة لذكر الثلث وثلث الثلث زعم المقرّ بالثلث أنّ للمقرّ له ثلثه سهمان منها في يديّ الآخرين قد صدّقاه فيها، فيسقط عنه عزمهما، وبقي للمقرّ له سهم في يده وله ستّة وهو ثلثا المال، فيأخذ سبع ما في يده، ويضمّه إلى ما في يديّ الآخرين، فيصير أنّ كرجلين في أيديهما كيس أقرّ أحدهما لرجل بنصفه، وأقرّ الآخر[1524]

[1522] فيكون.
[1523] + مما في يديّ الذي أقرّ له بالثلث سبع ما في يديه فيجمع إلى ما في أيديهما فيجعل في يد كلّ واحد ثم يأخذ ثلث ما حصل، صحّ هامش. + ثلث ما حصل.
[1524] الأقر.

بثلثه، فنجيء إلى صاحب النصف، فيقول: أفلا مررت لك ما تبيّن من أربعة أحدهما في [189أ] يديّ الآخر في يد صاحبي، وقد صدّقني فيه، فسقط غير غرمه، فيكون ما في يديّ بيننا على ثلاثة: لي سهمان ولك سهم، فيأخذ سهمًا من ثلثه ممّا في يده وممّا ضمّه، فإن شاء ضمّه إلى ما في يديّ صاحب الثلثين، واقتسماه على ثلاثة، وإن شاء لم يضم، وأخذ منه خمسة أتساع ما في يده، وذلك أنّه يجيء إلى ما في يديّ صاحب الثلثين، فيجعل ما في يده أربعة كما جعلنا ما في يد صاحب النصف أربعة، فيقول له صاحب الثلثين: أقررت لك بسهمين وثلثين من أربعة ولنفسي بسهم وثلث، فقد صدّقني صاحبي في سهم منه سقط عنّي غرمه بقي لك سهمٌ وثلثا سهم ولي سهم وثلث، فبسطناه بأن جعلنا كلّ سهْم ثلاثة، فصار ما في يديّ بيننا على تسعة لك منها خمسة وهو سهم وثلثا سهم ولي أربعة وهو سهم وثلث سهم. فإذا[1525] قد بيّنا انقسام ما في أيديهم، ووقفنا على كيفيّة السهام فيه، فلنبسط الآن سهامهم ونصحّحها، فنقول: أوّلًا يأخذ المقرّ له من المقرّ بالثلث سبع ما في يده، فيجب أن يكون في يد كلّ واحد منهم سبعة، فيصير المال كلّه واحدًا وعشرين، فأخذنا من المقرّ بالثلث واحدًا، واحتجنا إلى ضمه إلى يديّ الباقيين، فانكسرْ في الأنصاف، فاضربْ أصل المال وهو واحد وعشرون في اثنين صار اثنين وأربعين في يديّ كلّ واحد منهم أربعة عشر أخذنا من المقرّ بالثلث سهمين، فأضفناهما إلى ما في يد الآخرين، فصار في يديّ كلّ واحد منهما خمسة عشر، [189ب] فيجيء المقرّ له إلى صاحب النّصف، فيأخذ منه خمسة أسهم، وهو ثلث ما في يده على ما بيّنا، فإن شاء أضافه إلى ما في يديّ المقرّ بالثلثين، وفي يده خمسة عشر، فيصير جميع ما في يده عشرين يقاسمه على الثلثين والثلث، فانكسرت الفريضة في الأثلاث، فاضربْ المال في ثلاثة، فيصير مائة وستة وعشرين في يد كلّ واحد منهم اثنان وأربعون، فيأخذ من المقرّ بالثلث السبع وهو ستة يضمه إلى ما في يد الآخرين يحصل في يد كلّ واحد خمسة وأربعين يأخذ من صاحب النصف ثلث ما في يده خمسة عشر، فيضمّه إلى ما في يد صاحب الثلثين يصير جميع ذلك ستّين، فيأخذ ثلثيهما أربعين، ويبقى في يده عشرون، وإن شاء لم يضم الخمسة إلى ما في يده، وأخذ منه خمسة أتساع ما في يده على ما بيّنا، وقد علمنا أنّ التسعة مع الخمسة عشر التي في يد صاحب الثلثين يتّفقان بالأثلاث، فيضرب ثلاث تسعة وهو ثلثه في أصل المال وهو اثنان وأربعون، فيصير جميع المال مائة وستة وعشرين في يد صاحب النصف خمسة وأربعون يأخذ منه المقرّ له خمسة عشر. والحاصل في يد المقرّ له خمسة أتساعها وهو خمسة وعشرون، ويبقى في يده عشرون، فجميع ما يحصل للمقرّ له أربعون سهمًا من مائة وستة وعشرين سهمًا، وما حصل في يد المقرّ بالثلث ستة وثلاثون وفي يد المقرّ بالنصف ثلاثون وفي يد المقرّ بالثلثين عشرون.

فإن قال قائل: لم رددت السبع إلى ما في يديّ المقرّين الباقيين نصفين.

قيل له: [190أ] لأنّه إذا أراد أن يأخذ ما أقرّ به لم يأخذه إلّا على حسب ما يضمّه إقراره، والإقرار بما وقع بالمشاع فيما في يده وفيما في يد شريكه، فنردّ ما أخذه عليهما.

[1525] فاذ.

ووجه آخر بغير ضمّ: وهو أن يقول: في يديّ كلّ واحد اثنان وأربعون على ما أدّانا إليه الحساب، فيأخذ[1526] المقرّ له من المقرّ بالثلث ستّة أسهم على ما بيّنا، ثم نجيء إلى المقرّ بالنصف، فيقول له المقرّ بالنصف: في يدك ستة، وفي يديّ اثنان وأربعون، وكان إقراري لك أنّك لا تأخذ شيئًا إلّا كان لي مثله، فأخذ ممّا في يديّ ستة حتى يتساوى، فيبقى في يده ستة وثلاثون سهمًا ليس بإزائها في يد المقرّ له شيء إلّا أنّ نصف ما أقرّ به له المقرّ بالنّصف قد نحمله عند المقرّ بالثلثين، فتحتاج أن تضرب فيما في يده بواحدٍ والمقرّ بالنصف بسهمين، فيكون بينهما على ثلاثة على ما قدّرناه فيما سلف، فوجب أن تكون[1527] هذه الستة والثلاثون بينهما على ثلاثة للمقرّ له الثلث وللمقرّ بالنصف الثلثان، فجميع ما يأخذه المقرّ له من المقرّ بالنصف اثنا عشر سهمًا من اثنين وأربعين سهمًا، وذلك سبعًا ما في يده وهو الذي أدلنا إليه العمل بالضمّ، فيحصل في يد المقرّ له إلى المقرّ بالثلثين، فيقول له: كانت القسمة بيني وبينك على أنّي لا آخذ شيئًا إلّا كان لك مثل نصْفه، لأنّك أقررت أنّ لي اثنين ولك واحدًا، فينبغي أن يأخذ المقرّ بالثلثين تسعة وهو نصف الثمانية عشر التي حصلت في يد المقرّ له، ويبقى في يده ثلاثة وثلاثون سهمًا وليس بإزائها في يد المقرّ له [190ب] مني، فيقول: القسمة بين المقرّ له وبين المقرّ بالثلثين على ثلاثة وثلاثون، الثلثان من ذلك للمقرّ له والثلث للمقرّ، فيدفع إليه المقرّ من ذلك اثنين وعشرين سهمًا، ويأخذ لنفسه أحد عشر، فجميع ما أخذ المقرّ له من المقرّ بالثلثين اثنين وعشرين سهمًا من اثنين وأربعين ممّا كان في يده وهو ثلاثة أسباع ما في يده وثلثا سُبعه، فقد أدّاك القول إلى ما قاله في الكتاب بالضمّ.

مسألة

قال محمد: وإذا كان الكيس في يديّ رجلين فيه ألف درهم فأقرّ أحدهما، فقال: لفلان ثلثه ولي ثلثاه، وقال الآخر: لفلان ثلثاه ولي ثلثه، فقال فلان: ذلك لهما جميعًا صدّقتما، فإنّه يأخذ من الذي أقرّ له بالثلثين[1528] ثلاثة أخماس ما في يده، فيضمّه إلى ما في يديّ الذي أقرّ له بالثلث، فيقتسمانه على ثلاثة أسهم للأجنبيّ الثلث وللشريك الثلثان.

قال أبو بكر: ينبغي أن نبدأ في ذلك بأكثرهما إقرارًا، لأنّا إن بدأنا بأقلّهما أدّى إلى أنّه خطأ، لأنّه لما صدّقهما كان مقرًّا لصاحب الثلث بشيء ممّا يأخذه من صاحب الثلثين، وذلك تسع ما يأخذه منه، فلو بدأنا بأقلّهما لكان قد أخذ منه سهمًا مع اعترافه بأنّه يحتاج أن يردّ عليه تسع ما يأخذه من الآجر، وإذا بدأنا بأكثرهما إقرارًا لم يقع فيه خطأ، فيقول له: أقررت لك بالثلثين أربعة من ستة نصفين نصف مع صاحبي، وهو سهمان صدّقني في سهم منهما، فسقط عنّي بقي لك ثلاثة ولي سهمان، فعلمت أنّ له [191أ] ثلاثة أخماس ما في يده ثلاثة أسهم يضمّها إلى ما في يد المقرّ بالثلث وهو خمسة، فيصير جميع ذلك ثمانية أسهم للمقرّ من ذلك خمسة أسهم وثلث ثلثاها وللمقرّ له سهمان وثلثان، وقد كان أخذ من المقرّ بالثلثين ثلاثة أسهم كاملة، وأخذ الآن سهمين وثلثين علمتُ أنّه قد أقرّ للمقرّ بالثلث ممّا يأخذه من صاحب الثلثين بثلث سهم، وذلك تُسع ما أخذه من المقرّ بالثلثين، ولو بدأنا بصاحب الثلث لأدّى إلى أن يأخذ منه المقرّ له خُمس ما في يده مع

[1526] فنأخذ.
[1527] ان يكون.
[1528] بالثلاثين.

اعترافه بأنّه يحتاج أن يردّ عليه، لأنّه يبدأ، فيقول: أقررتُ لك بالثلث في موضعين سهمٌ منه صدّقني صاحبي فيه، وبقي لك سهْم ولي أربعة، فيأخذ منه سهمًا من خمسة ومن صاحب الثلثين بثلاثة أخماس ما في يده على ما مرّ، فيحصل له أربعة أسهم مع اعترافه بأنّه يحتاج أن يردّ إلى صاحب الثلث بعض ما أخذ من صاحب الثلثين.

مسألة

قال محمد: وإذا كان الكيس في يديّ رجل وفيه ألف درهم فأقرّ أنّه بينه وبين فلان نصفين، فدفع النصف إلى فلان، ثم أقرّ أنّه بينه وبين رجل آخر نصفين، فإن كان دفع بقضاء قاضٍ أخذ منه الآخر نصف ما في يديه، وإن كان دفع بغير قضاء قاضٍ دفع النصف الذي في يديه كلّه إلى المقرّ له الآخر.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ الضمان لا يلحق بالقول في مال الغير، وإنّما يلحق [191ب] وأخذ ثلاثة أسهم، وقد دفع إلى الثاني أربعة نقصًا، فلا ضمان عليه في السهم الزائد، ويدخل نقصه عليهم جميعًا أثلاثًا، فيبقى للمقرّ له سهمان وثلثا سهم، فلذلك قال: يدفع إليه ما في يده وهو سهمان، ويغرم له مثل ثلث السهمين وهو ثلثا سهم، وإن شئت قلت: أنّ النصف المدفوع بغير قضاء كأنّه في يده وهو ستة وفي يده سهمان، فلذلك ثمانية فيما بينهم أثلاثًا، ولا يعتدّ بالثلث الذي دفع بقضاء، فوجب لكلّ واحد ثلث ثمانية أسهم وهو سهمان وثلثا سهم.

مسألة

قال محمد: فإن تصادق[1529] الأوّل والآخر فيما بينهما وكذبا بالثاني، وكذّب الثاني بهما أخذ الآخر من المقرّ نصف ما في يده، فيضمّه إلى ما في يدي الآخر، فيقسمه الأوّل والآخر نصفين في قياس قول يعقوب على ما قال في الإقرار بالوارث. وأمّا في قول محمد فإنّ المقرّ له الثالث يأخذ من المقرّ الذي كان الكيس في يديه ثلث ما بقي في يديه، فيضمّه إلى ما يديّ المقرّ له الأوّل الذي أخذ نصف المال، وصدّق بهذا الثالث، فيقسّمانه نصفين.

قال أبو بكر: مسألة الإقرار بالوارث التي شبّه محمد هذه المسألة بها هي رجل مات وترك ابنين، فأخذ كلّ واحد منهما نصف المال، ثم أقرّ أحدهما بأخوين، وصدّقه المعروف في أحدهما، فإنّ من قول أبي يوسف فيها أنّ المقرّ يدفع إلى المنفق[1530] عليه رُبع ما في يديه.

وقال محمد: يدفع إليه خُمس ما في يديه [192أ] والباقي بينه وبين المكذوب به نصفين، فالمقرّ في مسألة الكيس[1531] الابن المقرّ بالأخوين، والمدفوع إليه نصْف المال بمنزلة الابن المعروف والمجحود بمنزلة الابن في مسألة الإقرار

[1529] فان يصادق.
[1530] المتفق.
[1531] يبدو هنا يوجد سقط.

بالوارث، والمنفق[1532] عليه بمنزلة المتّفق عليه فيها، فقاس كلّ واحد منهما قوله في هذه المسألة على قوله في مسألة الفرائض. فوجه قول أبي يوسف في مسألة الفرائض: هو أنّ كلّ واحد منهما في يده نصف المال، فالمقرّ يزعم أنّ كلّ جزء من المال فهو بينهم أرباعًا، وفي يده نصف المال، فينبغي أن يكون رُبعه للمتّفق عليه، والباقي بينه وبين المكذّب به نصفين، وإن شئت قلت: في يد المقرّ أربعة من ثمانية، وقد زعم أنّ للمنفق[1533] عليه سهمين أحدهما في يده، وهو رُبعه والآخر في يد الآخر، وقد صدّقه فيأخذ من يده رُبع ما فيها، ثم ما يبقى بينه وبين الذي يفرد به نصفين.

وقال محمد: بل يقول: أنّ المقرّ زعم أنّه يجب أن يضرب هو في هذا النصف بربع المال وهو سهمان لنفسه، ويضرب للذي يفرد به أيضًا بربع المال وهو سهمان، ويضرب للمنفق[1534] بثمن المال واحد، لأنّه أقرّ له بربع المال في موضعين، وقد صدّقه صاحبه فيه، فلا يضرب به معه، وإنّما يضرب بسهم واحد فيصير ما في يديّ المقرّ سهم على خمسة.

قال أبو بكر: فإذ قد تبيّن وجه قولهما في مسألة الفرائض وأصلهما فيها. فالواجب أن نبيّن[1535] كيفية بناء مسألة الجامع على مسألة الفرائض على القولين [192ب] نقول: لما كان من قول أبي يوسف في مسألة الفرائض أنّ المنفق[1536] عليه بأخذ ربع ما في يد المقرّ وهو واحد من أربعة عزلنا نصيب المنفق[1537] عليه بقي في يده ثلاثة أسهم عزلنا للثاني الذي يفرد به سهمين ربع المال، لأنّه قد أخذ ربْع المال وزيادة إلّا أنّه لا يضرب له إلّا بربْع المال، فيعزل السهمين اللذين له، فيبقى في يديّ المقرّ سهم يضمّ إليه السهم الذي عزلناه للمنفق[1538] عليه، فيكون ما في يده بينهما نصفين.

وأمّا وجه قول محمد في جواب مسألة الجامع على جوابه في مسألة الفرائض، فهو: أنّه لما ضرب للمقرّ بسهمين وللمجحود بسهمين وللمنفق[1539] عليه بسهمٍ عزلنا في مسألتنا سهم المتّفق عليه بقي أربعة بين المقرّ والذي يفرد به وهو المجحود نصفين، فيعزل المجحود بسهميه، ويبقى للمقرّ سهمان، فنردّ الآن ما جعلناه للمتّفق عليه وهو سهم إلى ما في يديّ المقرّ وهو سهمان يكون ثلثه للمنفق[1540] عليه واحد وهو الثلث، وللمقرّ اثنان وهو الثلثان.

قال أبو بكر: اختلف شيوخنا المتقدّمون في تصحيح هذه المسألة وبناءها على مسألة الفرائض بعد اتّفاقهم على صحّة القولين في مسألة الفرائض أعني قول أبي يوسف على الوجه الذي ذكرناه وقول محمد على ما بيّنا، فزعم علي

[1532] والمتفق.
[1533] للمتفق.
[1534] للمتفق.
[1535] ان تبيّن.
[1536] المتفق.
[1537] المتفق.
[1538] للمتفق.
[1539] وللمتفق.
[1540] للمتفق.

الرازي[1541] والـخصّاف[1542] وأبو خازم[1543] أنّ الذي رواه محمد من قول أبي يوسف، وقياسه على مسألة الفرائض [193أ] هو الصحيح. وأمّا رواه من قول نفسه فهو خطأ، وينبغي في قوله أنّ يدفع إلى المتّفق عليه خُمسي ما في يده هذا إذا كان الدفع إلى الأوّل بغير قضاء من قِبل أنّ المقرّ يقول للثالث: أي لو أقررت لكما جميعًا معًا، فصدّقني الأوّل فيك كان ينبغي أن تأخذ أنت خمس ما في يديّ، لأنّي أقررت لك بالربع نصفه في يديّ ونصفه في يد الأوّل، فاضربْ لك ثمن المال، ولنفسي ربع المال ولشريكي مربع المال، فيصير ما في يديّ على خمسة، فيصحّ لك من ذلك خمس ما في يديّ. وأمّا الثاني فإنّه يضمّني ربع جميع المال، لأنّه يقول: دفعت إلى الأوّل بغير قضاء، فأنت له ضامن، فإذا أخذ ربع المال، وهو سهمان ونصف، وأخذت أنت سهمًا بقي لي سهم ونصف، فما أخذ الثاني من الفضل على الربع، فلا ضمان عليّ فيه، فيكون ما في يديّ على حقّي وحقّك، فيكون ذلك على خمسة.

وأمّا في قول أبي يوسف فإنّ المقرّ يقول للمقرّ له الثالث أنّه: لو صدّقني الأوّل بكما لدفعت إليك ربع ما في يديّ سهم، وقد أخذ الثاني ربع جميع المال، ويبقى لي سهم، فلا ضمان عليّ فيما أخذ الثاني من الفضل، فاقسمْ ما بقي في يد على الحقّين، فيكون بينهما نصفين، فهذا الذي رواه محمد من قول أبي يوسف هو الصحيح، وما رواه من قول نفسه على قياس قوله في مسألة[1544] الفرائض خطأ.

قال أبو بكر: وحكى لي أبو عمرو الطبري[1545] [193ب] عن أبي سعيد البرذعي[1546] أنّ أبا عليّ الدقّاق[1547] كان يقول: إنّ الصحيح هو قول محمد الذي رواه في الكتاب عن نفسه، وإنّ الذي رواه عن أبي يوسف خطأ، وإنّ الصحيح من قول أبي يوسف: أن يدفع إليه خُمسي ما في يديه قال: وروى مثل هذا محمد بن سمّاعة عن محمد. قال أبو سعيد: والصحيح ما قاله أبو علي. قال: واحتجّ أبو سعيد في ذلك بأنّ من مذهب محمد في مسألة الفرائض أنّ المنفق[1548] عليه بأخذ من المقرّ خُمس ما في يديه، لأنّه يقول: أقررتُ لك برُبع المال في موضعين ولنفسي بربع المال ولشريكي بربع المال، فما أقررت به لك قد صدّقني شريكي في نصفه بقي لك من إقراري ثمن المال، ولي الربع ولشريكي الربع، فتكون[1549] القسمة على خمسة، فأعزل الذي يفرد به المقرّ بسهمين، ويبقى له سهمان وللمنفق[1550] عليه سهم، فيكون ما في يده بينهما على ثلاثة، قال: وهذا صحيح من قول محمد على أصله. وقال أبو يوسف: يأخذ المقرّ له ربع ما في يديّ المقرّ على ما تقدّم من بيانه، قال: وقد اتّفقوا في كيس في يديّ رجل أقرّ بنصفه لآخر، ودفعه إليه بقضاء. ثم قال: الكيس بيني

[1541] انظر: أخبار أبي حنيفة وأصحابه للصيمري، ص 158.
[1542] انظر: أخبار أبي حنيفة وأصحابه للصيمري، ص 158.
[1543] انظر: أخبار أبي حنيفة وأصحابه للصيمري، ص 159.
[1544] المسألة.
[1545] انظر: أخبار أبي حنيفة وأصحابه للصيمري، ص 163.
[1546] اليرذعي. انظر: أخبار أبي حنيفة وأصحابه للصيمري، ص 159-160.
[1547] انظر: أخبار أبي حنيفة وأصحابه للصيمري، ص 159.
[1548] المتفق.
[1549] فيكون.
[1550] وللمتفق.

وبين الأوّل، وهذا الثاني أثلاثًا فإنّه يدفع إليه نصف ما في يديه فإن دفع إليه ذلك نقصًا، ثم قال: الكيس بيني وبين الأوّل والثاني، وهذا الثالث أرباعًا، وصدّق الأوّل بالثالث وحده، وكذب الأوّل بالثالث والثاني، فإنّ الثالث يأخذ ممّا في يد المقرّ [194أ] ثلث ما في يده، فيضمّه إلى ما في يديّ الأوّل، فيُقسمان ذلك نصفين، قال: وقد اتّفق الكلّ من شيوخنا الذين طعنوا في مسألة الباب على صحّة جواب هذه المسألة على قول محمد.[1551]

ووجه آخر: ذلك أن المقرّ الثالث بربع المال ممّا في يديه ويد شريكه فيسقط عنه من إقراره نصفه، ويبقى له ثمن وله الربع، فيأخذ ثلث ما في يده من قِبل أنّه لو أقرّ بهما جميعًا، فصدّقه الأوّل قبل أن يدفع كان لك الخُمس ولي الخُمسان وللآخر خمسان، وإنّما أقرّ للثاني بعد أن ثبت إقراره للأوّل، فلم يكن عليه فيه ضمان، لأنّه الحاكم[1552] أخرجه عن يده، فيقاسمه ما في يده على ثلاثة على ما وصفنا. وأمّا قول أبي يوسف: فيعطيه خُمس ما في يده، وقد اتّفق هؤلاء الشيوخ جميعًا على صحّة هذه المسألة أيضًا من قول أبي يوسف، قالوا: ووجه ذلك أن يقول المقرّ للثالث: لو أقررت بكما جميعًا، فصدّقني الأوّل كان لك الربع ممّا في يديّ، فيبقى في يديّ ثلاثة أرباع النصف بيني وبين الشريك نصفين، فلمّا أقررت[1553] بالأوّل[1554] وإقراري بالثاني موجود، وما أخذه من الفضل لا ضمان على فيه من إقراري أنّ لي سهمًا ونصفًا ولك سهم، فاقسمْ ما في يديّ على خمسة لي ثلاثة، قال اثنان. فإذا ثبت ذلك من قول أبي يوسف قلنا في مسألتنا: إن المقرّ له الثالث يقول الثاني: كاذب في دعواه ولي رُبع ما في يد المقرّ، [194ب] وللثاني ربع ونصف على ما اقتضاه إقرار المقرّ، وكذلك للمقرّ ربع ونصف، فلا ضمان على المقرّ فيما أخذ الثاني من الفضل نقصًا، فيكون ما في يديّ المقرّ على خمسة خمساه للثالث وثلاثة أخماسه للمقرّ.

قال أبو سعيد: وأمّا ما ذكره علي الرازي والخصاف وأبو خازم فيما قدّمنا ذكره من أنّ الثاني يحتجّ بها على المقرّ، فيقول: لي ربع جميع المال، فلا ينبغي للثالث أن يتعلّق بهذا القول، ولا يحتجّ به من قِبل أنّ في إقرار الثالث أنّ الصواب ما عمله المقرّ، ويقول: للثاني خُمس ما في يد المقرّ ولي خمسة وللثاني الخُمسين، وإقراره على نفسه عامل، ولا ينبغي أن يحتجّ عليّ بحجّة ظالم، فلمّا كان الأمر على ما وصفنا كان للمقرّ الخُمسين وللثالث الخُمس، ولا ضمان على المقرّ فيما أخذ الثاني، فيكون ما في يده على الحقّين، فيأخذ المقرّ له ثلث ما في يده على قول محمد، وهذه رواية الكتاب التي رواها محمد عن نفسه.

قال أبو بكر: وذكر علي بن موسى القمّي أنّ أبا يوسف ومحمد جميعًا لم يعتبرا مسألة الكيس بمسألة إقرار الوارث، قال: ولكلّ واحد من المذهبين في مسألة الكيس وجه حسن على غير سبيل الإقرار في الفرائض. فأمّا وجه مذهب أبي يوسف في قوله: إنّ المقرّ يدفع إلى المقرّ به الثالث نصف ما في يده. وأمّا ابتداءه محمد بتفسيره ولم يبيّن آخره فهو أنّه قال: إنّ

[1551] + جواب هذه المسألة.
[1552] الحاحكم.
[1553] أقرتك.
[1554] الأوّل.

المقرّ يقول: كان النصف الذي بقي في يديّ يجب أن يكون مقسومًا بيني وبين الثالث بي والثالث أثلاثًا، [195أ] فظلمنا الثاني، فأخذ أكثر من حقّه نقصًا، فوجب أن أقاسمك ما بقي في يديّ نصفين، ولم يبيّن محمد لمَ وجب أن يكون النصف الباقي بين هؤلاء أثلاثًا، ولم يذكر النصف الأوّل. قال: ومعنى ذلك عندي أنّ المقرّ يقول: إنّما كان يجب للأوّل ربع المال، ففي يده ربع المال وفي يديّ نصف المال، فكان ينبغي أنّ القسم النصف الذي في يديّ بيني وبين الثاني والثالث أثلاثًا، وكان يجب على الأوّل أن يردّ الفضل الذي في يده علينا أثلاثًا، فالأوّل مقرّ أنّ حقّ المقرّ به الآخر من النصف الثاني في يديّ قائم بغير ذلك حُكم النصف الآخر بين المقرّ والمقرّ به الآخر، فهذا وجه قوله إنّ المقرّ به الآخر كان يأخذ من المقرّ ثلث ما في يده لو لم يكن الثاني أخذ ما أخذ من الفضل بقضاء قاضٍ، فلمّا أخذه بقضاء قاضٍ سقط سهمه، فبقي سهمُ المقرّ والمقرّ به الآخر، فعلى السهمين يقتسمان ما بقي في يديّ المقرّ.

وأمّا محمد فإنّ وجه مذهبه في قوله: إنّ المقرّ له المتّفق عليه يأخذ من المقرّ ثلث ما في يده، فمن قِبل أنّ المقرّ يقول: يجب أن أقسم أنا والأوّل والآخر ثلثي المال بيننا أثلاثًا، وسقط سهمه من السهمين، قال المقرّ: فإذا اقتسمنا ثلثي المال بيننا أثلاثًا كان للآخر سدس، وثلث السدس[1555] من ذلك في النصف الذي في يد الأوّل وهو مقرّ له به وثلث سدس من السدس الذي بقي في يديّ، فيُعطيه ذلك وهو ثلث ما بقي في يده، قال علي بن موسى: فهذا وجه [195ب] مذهبهما عندي، والله أعلم.

قال محمد: ولو كان دفع الأوّل النصف بغير قضاء، ودفع الثلث إلى الثاني بغير قضاء، وقد صدّق الأوّل بالثلث وكذبا جميعًا بالثاني، فإنّ الثالث يأخذ من المقرّ ثمن جميع المال، فيضمّه إلى ما في يديّ الأوّل فيقسمانه نصفين. قال أبو سعيد البرذعي: وهذا ينبغي أن يكون قول أبي يوسف خاصّة، وينبغي على قول محمد أن يأخذ ثلاثة أخماس ما في يده من قِبل أنّه يقول: لي عشر جميع المال، فيحتاج إلى مال له خمس وسدس، وهو ثلاثون في يد الأوّل خمسة عشر، ودفع إلى الثاني عشرة بقي في يده خمسة، فيضمن للثالث عشر جميع المال وهو خُمس النصف وذلك ثلثه في يده خمسة فذلك ثلاثة أخماسه.

باب من الإقرار أيضًا

قال محمد: وإذا أقرّ الرجل للرجل فقال: قد أخذتُ منك ألفي درهم ألفًا وديعة وألفًا غصبًا، فضاعت الوديعةُ، وهذه الألف هي الغصب، فقال ربّ المال: الغصب الذي ضاع، وهذه الألف الوديعة، فالقول في ذلك ربّ المال، ويأخذ منه هذه الألف، ويغرم القابض ألف درهم.

قال أبو بكر: لما اختلفا في الألف القائمة أغصب هي أم وديعة؟ قلنا له: سلّمها إليه، لأنّك مُعترف بأنّها له، واختلافكما في الوجه الذي به صارت الألف في يدك لا يمنع صحّة الاعتراف فيها بالملك له، فإذا أخذها سقط [196أ] اعتبارها،

[1555] + السدس.

لأنّها قد حصلت ما في يد مالكها، وصارت كان يده لم تزل عنها. ألا ترى أنّها على أيّ وجه حصلت في يد المقرّ له، فقد انتقض القبض فيها، وسقط اعتبار ضمانها كالبيع يفسخ، ويردّ المبيع والثمن، فيصير كأنّه لم يكن، وإذا كان الأمر على ما وصفنا فحاصل الاختلاف في الألف الهالكة، فقال المقرّ: آخذ الوديعة، وقال المقرّ له: أخذتها غصبًا، والأخذ فعل يوجب[1556] الضمان إلّا أن يُبرئه صاحبه منه، فضمّنها الإقرار[1557] بحصول المعنى الموجِب لضمانها، ولم يصدّق فيما ادّعاه من البراءة بدعواه الإذن في القبض. وأيضًا فقد اعترف المقرّ بدءًا بما يوجب[1558] ضمان الألفين جميعًا، لأنّه أقرّ بالأخذ، فلو قال ربُّ المال: غصبتُهما جميعًا كان القول قوله، فإذا أبرأه من ضمان أخذهما فالقول قوله فيما أبرأه منه.

فإن قال قائل: إذا كانا متّفقين على أنّ أخذهما كان وديعة فهلّا جعلت القول قول الآخذ في الباقي، إذ كلّ من حصل في يده شيء لغيره، فالقول فيه قوله.

قيل له: لأنّه قد اعترف بدءًا بما يوجب ضمان الألفين، فالقول قول من وقعت البراءة من جهته كما أنّه لو كان له عليه مالان دراهم ودنانير، فاتّفقا على أنّه قد أبرأ من أخذهما أنّا نرجع إلى قول الطالب فيما أبرأه منهما.

مسألة

قال محمد: ولو قال: "أودعني ألفًا وغصبتك ألفًا"، والمسألة على حالها، فالقول قول المقرّ.

قال أبو بكر: [196ب] ويملك على ما بيّنا من أنّ المردود قد سقط حكمه، وحصل الاختلاف في الهالك، فقال القابض: "أودعتني"، فهلك، وقال المالك: "غصبتني"، فالقول قول المقرّ، ولمّا صارت الهالكة هي الوديعة صارت المردودة هي الغصب من جهة الحكم كأخذ التوأمين إذا ثبت نسبه من البائع يحيل في ملكه صار شاهدًا على فسخ العتاق في المبيع. وأيضًا فإنّ إقراره لم يلزمه إلّا ضمان أحدهما، فالقول قوله في المضمون منهما. ألا ترى أنّه لو قال: "غصبتُ من فلان عبدًا"، ثم قال: "هو هذا" كان القول قوله.

مسألة

قال محمد: وإذا استأجر الرجل من الرجل دابّتين إحديهما إلى الحيرة بدرهم والأخرى إلى القادسيّة بدرهمين، فحمل عليهما جميعًا إلى القادسيّة، فنفقت إحديهما بالقادسية، فقال ربّ الدابّتين: نفقتُ الدابة التي كريتُك إلى الحيرة فأنت ضامن، وقال المستأجر: "نفقت التي أكريتني إلى القادسية"، فالقول قول ربّ الدابّتين، ويضمنه ربّ الدابّتين قيمة الدابة التي نفقت.

[1556] توجب.
[1557] الإقراره.
[1558] توجب.

قال أبو بكر: وذلك لأنّها نقول للمستأجر ردّ الدابّة الباقية على صاحبها، ثم يحصل الاختلاف منكما في الهالكة، فالمستأجر يقول: أكريتنيها إلى القادسية، وقال المؤجّر[1559] إلى الحياة، وقد حمل عليها، وظاهر الحمل يوجب الضمان إلّا أن يؤخذ من ربّ الدابّة إذن في ذلك، ولا يصدّق على الإذن.

باب من الإقرار [197أ] في المرض لوارث أو غيره

قال محمد: وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم حالّة قرضًا فباعه الغريم عبدًا بألف درهم إلى سنةٍ، وقبض منه العبد، ثم مرض المستقرض، وعليه دين كثير في صحّته يحيط بماله كلّه، فحلّ دينه على المشتري والمستقرض مريض، فصار مال كلّ واحد منهما قصاصًا بما عليه، ثم مات المستقرض، وليس له تركة، وفاء بدينه، فأراد الغرماء أن يشاركوا المشتري في الثمن الذي اقتضاه بدينه فلهم ذلك، وليس للمشتري أن يمنع منه.

قال أبو بكر: الأصل في هذا الباب: أنّ من حصل له الدين أخيرًا فهو القاضي، ومن حصل عليه أخيرًا فهو المقتضي، وذلك لأنّه حقيقة الاقتضاء أن يحصل عليه ضمان ألف بعد دينه الذي كان له، فيقع قصاصًا بدينه. ألا ترى أنّه لو اقتضى عينًا عن الدين كان ذلك حُكمه، لأنّه يملك المقبوض بضمان مثله في ذمّته، ثم يصير قصاصًا بما له عليه، وإذا كانت حقيقة الاقتضاء للعين ما وصفنا وجب اعتبار ذلك في وقوعه دينًا، فمن وجب له الدين أخيرًا كان قاضيًا دينه، ومن وجب له أوّلًا كان مقتضيًا. وأيضًا فإنّه لا وقت لصاحب الدين الأوّل من حين وجب دينه إلّا ويصحّ كونه مُقتضيًا، وقد كان وقت بعد الأداء به لا يصحّ أن يكون فيه قاضيًا، وذلك قبل أن يصير عليه، وكذا الآخر لا وقت إلّا ويصحّ أن يكون قاضيًا بدينه الذي أدّى به [197ب] وعليه، ولا يصحّ كونه مقتضيًا للدين الأوّل عليه ولما يجب بعد ذلك، وإذا كان الأمر على هذا وجب أن يكون الدين الثاني قضاء ممّن وجب له واقتضاء ممّن وجب عليه، وإذا صحّ ذلك ثم لم يكن للمريض أن يقضي بعض غرمائه دون بعض كان المشتري أسوة الغرماء بما اقتضاه من دينه بالقصاص، لأنّه مقتص من المريض.

والدليل على أنّه ليس للمريض أن يقضي بعض الغرماء دون بعض: أنّ حقّ الغرماء يتعلّق بما له في مرضه. ألا ترى أنّه لا تجوز هبته في المرض لأجل حقّهم، فصارت حال المرض كحال الموت من الوجه الذي وصفنا، فكما لم يكن لبعض غرماء الميّت أن يقتضي دينه دون سائرهم، كذلك في حال المرض. والأصل في أنّ حال المرض كحال الموت ما رُوي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنّه قضى في رجل أعتق ستة أعْبد له عند موته أنّ عتقهم من الثالث[1560]،

[1559] المواجر.

[1560] سنن أبي داود، العتق، 10؛ سنن الترمذي، الأحكام، 27؛ صحيح ابن حبان، 159/10 وغيرها.

وقال لسعيد حين قال: أتصدّق بمالي، فقال: لا، فقال: النصف، فقال: لا، فقال: ((الثلث، والثلث كثير))[1561]، فجعل صدقته في المرض بمنزلة صدقته بعد موته، فصحّ بذلك أنّ حال المرض كحال الموت فيما وصفنا.

مسألة

قال محمد: ولو كان باع أوّلًا إلى أجل ثم استقرض منه ألف درهم، ومرض، فحلّ الدين وصار قصاصًا، فأراد الغرماء مشاركة المشتري فيما وقع به القصاص لم يكن لهم ذلك.

قال أبو بكر: المريض في هذا الوجه مقتض، لأنّه الدين وجب عليه [198أ] أخيرا[1562]، فحصل مقتضِيًا على الوجه الذي بيّنا، وللمريض أن يقتضى دينه [في قول][1563] محمد. ألا ترى أنّه لو أقرضه في مرضه تلك الألف بعدما حصل الدين صارت قصاصًا بما عليه، فصار كأنّه قضاه حقّه، فكذلك الوجه الأوّل. ومسألة الشريكين معتبرة بهذا المعنى أيضًا، وذلك أنّ الشريك إذا صار مقتضيًا ثبت لشريكه حقّ الشركة، وإذا صار قاضيًا لم يثبت له حقّ الشركة.

مسألة

قال محمد: وإذا أودع الرجل أباه ألف درهم في مرض الأب أو في صحّته بمعاينة الشهود، فلمّا حضر الأب الموت أقرّ أنّه استهلك الألف الوديعة، ثمّ مات، فإنّ للابن أن يأخذ الألف من مال الأب دون الورثة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه الأب لو لم يعترف بالاستهلاك لكانت الوديعة دينًا في ماله إذا لم يَعرف بعينها، فإن يؤكّده إقراره باستهلاكها في مرضه لم يبطله، فلذلك صارت الوديعة دينًا في ماله.

مسألة

قال محمد: ولو أنّه جحدها أو أقرّ باستهلاكها في مرضه، ثم قال بعد ذلك: قد ضاعت منّي أو قد رددتها على صاحبها، وحلف على ذلك لم يُصدّق كانت الوديعة دينًا في ماله.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه قد نقض قوله الأوّل بالثاني والثاني بالأوّل، فبطل القولان جميعًا، فصار كأنّه لم يقل شيئًا، ولم يعرف الوديعة بعينها فصارت دينًا.

[1561] الموطأ، الوصية، 3؛ صحيح البخاري، الوصايا، 3 وغيرها؛ صحيح مسلم، الوصية، 5(1628) وغيرها؛ سنن النسائي، الوصايا، 3؛ سنن أبي داود، الوصايا، 2؛ سنن الترمذي، الجنائز، 6 وغيرها.

[1562] آخِرًا.

[1563] يوجد هنا فراغ.

فإن قال قائل: لو لم يكن أقرّ بالاستهلاك بدءًا، ثم قال: قد ضاعت [198ب] كان بدءًا ولم يصر دينًا في ماله، فقد ألزمته الضمان للوارث بقوله في مرضه، فإذا كان هكذا فهلّا قبلت قوله إذا قال بدءًا: قد هلكت، ثم قال: استهلكتها، فيضمنها للوارث.

قيل له: إنّا لم نلزمه الضمان بقوله للوارث، وإنّما أبطلت أحد قوليه بالآخر، فحصل في معنى من لم يقرّ من حيث ظهر كذبه في أحد قوليه. وأمّا إذا أقرّ بدءًا بالردّ فأنّه قد برئ منها، لأنّه لم يبنْ لنا بطلان قوله، فإذا أقرّ بعد ذلك بالاستهلاك أو نكل عن اليمين لم يلزمه شيء في ميراثه لما فيه من بذل المال للوارث، لأنّه النكول بذلٌ.

فصل

قال أبو بكر: وإنّما قلنا أنّ الوديعة إذا لم يعرف بعينها صارت دينًا في مال الميّت من قِبل أنّا لما لم نعلم هلاكها وجب الحكم ببقائها، فيصير حينئذ موروثة على الميّت محكومًا لها بحكم ماله يقضى منها ديونه وينفذ منها وصاياه، وإذا ملكناها الميّت لزمه البدل، إذ لا جائز لأحد أن يتملّك مال الغير بغير إذنه إلّا ببدلٍ، فلذلك لزم ضمانها في مال الميت.

ووجه آخر، وهو: أنّا لا نعلم خلافًا أنّ المودع متى ضيّع الوديعة، ووضعها في غير حرز أنّه ضامن، وهو متى ترك البيان حتى مات، فقد ضيّعها وصارت بمنزلة ما وضعه في غير حرز حتى ضاع، فيضمنه.

فإن قال قائل: لا يكون مضيعًا لحفظها ولا تاركًا لحرزها بتركه البيان، لأنّه وارثه يقوم مقامه فيها كما يقوم مقامه في أملاكه وسائر حقوقه. [199أ]

قيل له: المودع إنّما ائتمن الميّت في التصديق ولم يؤتمن الوارث فلا بدّ أن يقوم مقامه، وليس يجب من حيث صدقنا المودع أن يصدق وارثه. ألا ترى أنّ[1564] الرجل مصدّق على إقراره بابن، ولو مات لم يقم ابنه مقامه في تصديقه بأخ من أبيه. ألا ترى أنّ الوصي[1565] يقوم مقام الميّت في التصرف، وكذلك الوكيل يقوم مقام الموكّل وأبيهما لا يقوم مقامها. ووجه آخر، وهو: إنّه لو طولب بردّ الوديعة في حال الحياة يسكت ولم يقل شيئًا لزمه ضمانها وموته أكثر من سكوته، فهو أولى بالضمان.

مسألة

[1564] + أنّ.

[1565] + الرجل مصدق على إقراره بابن ولو مات لم يقم ابنه مقامه في تصديقه بأخ من أبيه ألا ترى أنّ الوصيّ، صحّ الهامش.
+ ألا ترى أن الوصيّ.

قال محمد: ولو أنّه قال: قد هلكت منّي[1566] أو قد دفعتها إلى صاحبها فأراد استخلافه على ذلك، فأقرّ بعد ذلك أنه استهلكها أو نكل عن اليمين، فضمنه القاضي الوديعة، ثم مات من ذلك المرض، فإنّ الوديعة لا تلزمه[1567] في ماله.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن رحمه الله يحتجّ[1568] في ذلك بأنّه لما ادّعى الردّ وكان مصدّقًا فيه، إذ كان بيّنا[1569]، فقد خرجت الوديعة من يده في الحكم، وبرئ[1570] منها، وصارت مردودة ، فإذا صحّ أنّ الوديعة قد رجعت إلى يد مودعها في الحكم يقول المريض: لم يبقَ هناك معنى يلزمه به الضمان إلّا إقراره للوارث، وغير جائز أن يلحقه الضمان للوارث بإقراره في المرض.

فإن قال قائل: كيف يجوز أن يجعل الوديعة في الحكم خارجة عن يده قبل الحلف، ومعلوم أنّه إنّما حصل القول فيه قوله مع يمينه، فإذا لم يحلف فالواجب ألّا تصير[1571] الوديعة بمعنى ما هو خارج عن يده.

قيل له: البراءة قد حصلت بقوله قبل اليمين ولو لم يكن [199ب] قد برئ منها بقوله: "قد رددت" ما برئ منها باليمين، لأنّه اليمين إنّما هي لإسقاط الخصومة لا البراءة من الضمان، وكذلك الأيمان في الأصول كلّها إنّما هي لإسقاط الخصومة فقط. ألا ترى أنّ الرجل إذا ادّعى على الرجل ألف درهم حلفنا المدّعى عليه، ولم يكن عليه ضمان يبرأ باليمين منه، وإنّما هي لإسقاط الخصومة، فكذلك أمر الوديعة، ويدلّك على حصول البراءة بقوله: "قد رددت قبل اليمين" أنّه لو صالحه بعد ذلك إنّما هي لإسقاط الخصومة.

قال أبو بكر: والأصل في أنّ من كان أمينًا في شيء فالقول قوله، فيه قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ﴾[1572]، ﴿وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا﴾[1573]، فلمّا وعظه الله تعالى في البخس دلّ على أنّ القول قوله فيه، لأنّه لو لم يقبل قوله ما كان للوعظ فيما لا يمكنه فعله، ولا يصدّق عليه إذا فعله وجْه.

فصل

قال أبو بكر: الدليل على أنّ إقرار المريض غير جائز للوارث: أنّ المرض يوجب حجرًا عليه في حقّ الوارث. والدليل على ذلك: أنّ المريض مالك لثلث ماله يضعه حيث شاء، وقال النبي صلى الله عليه وسلم في حديث أبي هريرة: ((إنّ الله تعالى جعل لكم ثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم))[1574]، فجعل له التصرّف في ثلث المال، ثم كان

[1566] متى.
[1567] لا يلزمه.
[1568] نحتج.
[1569] ابينا.
[1570] وبرئت
[1571] ان لا يصير.
[1572] البقرة، 283/2.
[1573] البقرة، 282/2.
[1574] سنن ابن ماجه، الوصايا، 5؛ الدارقطني، 263/5؛ السنن الكبرى للبيهقي، 263/5.

ممنوعًا في صرف ما يملكه من ذلك إلى وارثه، فصحّ أنّه محجور عليه في حقّه أنّ معنى الحجر امتناع جواز تصرّف الإنسان فيما يملكه.

قال أبو بكر: وعلى هذا المعنى تستمرّ[1575] مسائل أبي حنيفة رضوان الله عليه في بيعه من الوارث في المرض بمثل القيمة أنّه لا يجوز، [200أ] لأنّه محجور عليه في حقّه، فصار كبيع الصبي والمجنون بمثل القيمة.

فإن قال قائل: لا يدلّ ما ذكرت من امتناع جواز وضع ما يُملكه من الثلث في الوارث[1576] على أنّه محجور عليه في حقّه، والدليل على ذلك: أنه ممنوع من وضع الثلثين اللذين هما حقّ الوارث وغيره، ولو يوجب ذلك حجرًا عليه فيهما يمنع جواز إقراره للأجنبيّ.

قيل له: إنّما هما ملك غيره وحقّه، وامتناع جواز تصرّف الإنسان في ملك غيره لا يجعله محجورًا عليه، لأنّه لو كان كذلك لم يبقَ في الدنيا إنسان إلّا وهو محجور عليه، لأنّه لا يجوز تصرّفه في ملك غيره، وإنّما امتناع جواز تصرّف الإنسان في ملك نفسه دليل على حجره، وهذه صورة حاله في الثلث الذي يملكه. ودليل آخر للمسألة، وهو: أنّ تصرّف المريض جائز في الثلث فيما بينه وبين الأجنبيّ، فإذا أقرّ له بدينٍ جاز في الثلث لا محالة، فاستحقّه من جهة الدين، فيخرج من أن يكون مالًا للميّت، وبقي ما له الثلثان الباقيان كأنّه لم يكن غيرهما، لأنّ الثلث المستحقّ بالدين كأنّه لم يكن ماله، فيجوز إقراره في ثلث الباقي أيضًا، فيستحقّه أيضًا بالدين، ثم يجوز إقراره في ثلث الباقي حتى يستغرق جميع ماله، فجاز من ذلك إقراره للأجنبيّ بجميع المال. وأمّا الوارث فإنّه لا يجوز للمريض تمليكه الثلث الذي يجوز تصرّفه[1577]، فلم ينفذ إقراره فيه ولم يستحق به في شيء، فلذلك لم يجز إقراره، لأنّه لو صحّ أخذه بقوله، ولا يجوز [200ب] أن يجعل بعض ماله في مرضه لوارثه، فلذلك اختلفا، والله أعلم.

باب من الإقرار باستيفاء المال من الوارث أو من كفيل الوارث في المرض أو أبرأه بغير قبض

قال محمد بن الحسن رحمه الله: وإذا كان لرجل ألف درهم وأحد ورثته كفيل بها أو كان الدين على أحد الورثة ورجل أجنبيّ كفيل بذلك المال بأمر الوارث أو بغير أمره، وهذا كلّه في صحّة من ربّ المال، فلمّا حضره الموت أقرّ أنّه قد استوفى جميع المال من الأجنبيّ، فإنّه لا يُصدّق على شيء من ذلك.

قال أبو بكر: وذلك أنّ أصل المال إن كان على الأجنبيّ فإنّ الوارث يبرأ بالاستيفاء من الأجنبيّ، وإن كان أصله على الوارث برئ أيضًا. وقد بيّنا أنّ المريض محجور عليه في حكم الوارث، فلذلك لم يجز إقراره بذلك.

[1575] يستمرّ.
[1576] الواث.
[1577] تصرّفيه.

فإن قال قائل: ليس الإقرار بالاستيفاء بمنزلة الإقرار بالمال، وذلك أنّ المريض إذا كان عليه دين في الصحّة غير ممنوع من الإقرار بدين آخر لغير غرماء الصحّة، ولو أقرّ باستيفاء دين له في الصحّة جاز إقراره، ولم يكن محجورًا عليه في الإقرار بالاستيفاء من حيث كان محجورًا عليه في الإقرار بالدين.

قيل: إنّما صدّق على استيفاء الدين الذي له في الصحّة مع كون الدين عليه في الصحّة من قِبل أنّه مُسلّط على ذلك، ولم يثبت لغرمائه حقّ فيه إلّا وقد تقدّم لمن عليه الدين حقّ جواز الإقرار بالاستيفاء، فلذلك صدق على الاستيفاء، وفارق ذلك ابتداء الإقرار له بالدين، [201أ] لأنّا لو جوّزنا له ذلك لكان فيه الأضرار بالغرماء فيما ثبت ...[1578] منه، فلأجل حقّ الغرماء منعناه الإقرار بالدين المبتدأ ولم نمنعه[1579] الإقرار بالاستيفاء. وأمّا إقراره باستفاء دين الوارث، فقد قلنا: إنّه إنّما منع منه لأجل الحجر لا لأجل حقّ الغير فيه. ألا ترى أنّ الثلث الذي لا حقّ للغير فيه لا يجوز له تمليكه للوارث.

ووجه آخر، وهو: أنّ دين الصحّة لا يمنع جواز إقراره بالدين لغير غرماء الصحة، وإنّما يبدأ بهم على غرماء المرض، لأنّ إقراره بدين غرماء المرض باطل. ألا ترى أنّ ما بقي بعد دين غرماء الصحّة يأخذه غرماء المرض، فلمّا كان دين غرماء الصحّة غير مانع صحّة إقراره بدينٍ في المرض جاز إقراره باستيفاء دين الصحّة، أولا ترى أنّا لا نجيز إقراره باستيفاء ما أدانه في المرض لأجل حقّ غرماء الصحّة، لأنّ حقّهم قد كان ثبت فيه. وأمّا الإقرار للوارث فإنّه لا يجوز بالاستيفاء كما لا يجوز بدين مبتدأ على وجهٍ. والدليل على ذلك: أنّ ورثة الميّت أحقّ بالمال من المقرّ له الوارث، ولا يصحّ إقراره إلّا بإجازة الورثة، فلمّا كان إقراره موقوفًا على إجازة الورثة دلّ على أنّه غير ثابت كالبيع الموقوف على إجازة مالكه أو المرتهن أو المستأجر أنّ وقوفه على هذا الوجه يمنع صحّته، فلمّا لم يجز إقراره للوارث بدينٍ مبتدأ على وجه كذلك لا يجوز إقراره له بالاستيفاء، لأنّه لو صحّ لصار المقبوض مضمونًا عليه فلم يبرأ الغريم بذلك حصل ذلك المال المقبوض دينًا عليه [201ب] ...[1580] من ماله، وذلك موجِب لجواز إقراره له بالدين، وقد صحّ عندنا بطلان إقراره له بالدين، فلذلك بطل إقراره بالاستيفاء.

فإن قال قائل: فإذا كان الأجنبيّ هو صاحب الأصل هلّا جوّزت إقراره، وإن كان فيه براءة للوارث كما قلتم لو أقرّ بعبدٍ في يديه لأجنبيّ وهو مريض، فأقرّ الأجنبيّ أنّه لم يمكن له قطّ، وإنّما هو لوارث المقرّ أنّ الإقرار له صحيح.

قيل له: هما معترفان من قِبل أنّ الوارث في مسألتنا ملك من جهة الميّت وفيما سألت من جهة المقرّ له.

قال محمد: ولو أبرأ[1581] الأجنبيّ بغير قبض وكان الأجنبيّ هو الكفيل جاز.

[1578] غير مقروء.
[1579] ولم يمنعه.
[1580] غير مقروء.
[1581] إن أبرأ

قال أبو بكر: لأنّه لا يبرأ الوارث به، وإذا لم ينتفع الوارث بإقراره جاز.

قال محمد: ويكون من الثلث.

قال أبو بكر: لأنّه براءة بغير قبضٍ فهي وصيّة.

قال[1582] **محمد**: وإذا كان الوارث هو الكفيل فأبرأ الذي عليه الأصل وهو الأجنبيّ لم تجز[1583] براءته.

قال أبو بكر: لأنّ براءته توجب براءة الوارث لاستحالة بقاء المال على الكفيل مع براءة صاحب الأصل.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ الكفيل أحال المريض بها في مرضه على أنّ أبرأه منها، وصاحب الأصل هو الوارث جازت الحوالة في الثلث إذا لم يرضَ الورثة بها.

وقال أبو بكر: وذلك لأنّه في الحوالة براءة ذمّة الكفيل بغير قبض، فلم تجز[1584] إلّا من الثلث، وأصل المال باقٍ على الوارث.

فإن قال قائل: ينبغي [202أ] أن تجوز الحوالة من جميع المال، لأنّه قد اعتاض غرماء في ذمّة الكفيل ما في ذمّة المحتال عليه، فهو مثل بيع ألف بألف.

قيل له: الفرق بين البيع والحوالة: أنّ في الحوالة براءة ذمّة الكفيل بغير قبض، وليس المال الذي يثبت في ذمّة المحال عليه ثانيًا على وجه البدل، وإنّما هو تحويل المال الذي كان في ذمّة المحيل إلى ذمّة المحال عليه، ففيه إبراء المحيل ممّا في ذمّته بغير قبضٍ، فلذلك لم يجز إلّا من الثلث. وأمّا بيع ألف بألف أو بيع عبد بمثل قيمته فغير مشبه لما وصفنا، لأنّ الورثة لا حقّ لهم في أعيان التركة. ألا ترى أنّ المريض لو وهب لرجل عبدًا أو أعتقه، وهو يخرج من الثلث جاز ذلك، ولم يجز فسخ الهبة في الثلثين ولا استسعاء العبد في ثلثي قيمته لأجل حقّ الورثة في العين، بل كان تصرّفه جائزًا في جميعه، فثبت بذلك أنّه لا حقّ لهم في عين التركة، فجاز له أن ينقل عين الألف إلى ألف أخرى يقبضها، فتقوم[1585] مقامها أو يبيع عبدًا، فيقبض ثمنه، لأنّه ما ملكه بدل عما أعطى وقائم مقامٍ، وليس الألف التي يثبت في ذمّة المحال عليه بدلًا ممّا كان له على المحيل، فلذلك اختلفا.

فإن قال قائل: فقد أجازوا للأب أن يحتال لمال الصغير إذا كان ذلك خيرًا، فجعلوه كبيع ألف بألف.

[1582] + قال.
[1583] لم يجز.
[1584] فلم يجز.
[1585] فيقوم.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ تصرّف الأب على الابن الصغير جائز، وتصرّف المريض غير جائز على الورثة، فلذلك لم تجز[1586] الحوالة في حقّهم، وأيضًا فإنّ المريض [202ب] تصرّف[1587] على نفسه، فلا ينفذ على الورثة إلّا على الوجه الذي وصفنا من المعاوضة.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ المريض لم يُبرأ الكفيل ولم يحتل بما عليه، ولكنّه أقرّ أنّ هذه الألف درهم التي في يده وديعة الكفيل عنده، وصدّقه بذلك الكفيل، ثم مات، فإن المريض لا يصدق على ذلك.

قال أبو بكر: لأنّه لو صدّق في ذلك لكان الميّت إذا مات يدر ما فعلت الوديعة كانت دينًا في ماله، وكان الذي عليه الدين أولى بما عليه حتى يقبض ماله على الميّت، فلمّا تعلّق بالإقرار بالوديعة حقّ الاستيفاء لم يجز، لأنّ في الاستيفاء براءة للوارث، ولو كانت قائمة بعينها أخذت قصاصًا فصارت استيفاء، وإقراره غير جائز فيه منفعة للوارث وبراءة له.

قال محمد: وكذلك لو أقرّ بمائة دينار في يديه أنّها وديعة للكفيل عنده[1588] أو بجارية في يديه وديعة للكفيل أو غصبًا، ثم مات والجارية قائمة بعيها أو لا ندر[1589] ما فعلت أو كان حال الدنانير كذلك الورثة يجحدون، فإقرار[1590] المريض بذلك باطل.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ الجارية والدنانير إذا لم يعلم ما حالها بعد موت المريض صارت قيمتها والدنانير دينًا عليه، فيكون الذي عليه الدين أولى بما عليه حتى يُردّ عليه ما أقرّ المريض بقبضه، فصار ما على الوارث من هذا المال يبطل فيه حقّ الورثة، ويصير الكفيل المقرّ له أحقّ به كما لو قضى فيه المال كان أحقّ بما على الوارث، [203أ] فلمّا تعلّق بالإقرار حقّ الاستيفاء من هذا الوجه لم يثبت لما قال فيه من إثبات حقّ الوارث، وقد بيّنا أنّه لا يجوز إقراره للوارث.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا[1591] كاتب[1592] عبدًا له في مرضه ولا مال له غيره على ألف درهم وقيمته ألف درهم، ثم أقرّ في مرضه أنّه قد استوفى المكاتبة جاز إقراره من الثلث ويعتق الغلام، ويسعى في ثلثي قيمته.

[1586] لم يجز.

[1587] مرفوع

[1588] عبده.

[1589] ندراه

[1590] فاقرّ أنّ.

[1591] + فيه من إثبات حق الوارث وقد بيّنا أنه لا يجوز إقراره للوارث مسألة قال محمد ولو أنّ، صحّ الهامش.

+ قال محمد ولو أنّ رجلًا.

[1592] كانت.

قال أبو بكر: إنّما عتق العبد لأنّ إقراره بالاستيفاء يتضمّن عتقه، وعتقه جائز فيه، وإنّما كان من الثلث من قِبل أنّ الورثة قد ثبت لهم حقّ في رقبة العبد بالمرض، فوقعت الكتابة بعد ثبوت حقّهم فيه، والإقرار بالاستيفاء فيه عتق، والعتق وصيّة فكان من الثلث. ألا ترى أنّا لو صدّقناه صار بمنزلة عبد أعتقه في مرضه، إذ لم يحصل بدله للورثة، وليس هذا كالكتابة في الصحّة، فيقرّ باستيفائها في المرض، فيجوز من جميع المال من قِبل أنّ الورثة لم يثبت لهم حقّ في الرقبة بالمرض. ألا ترى أنّه لو مات لم يرثوه الرقبة، وإنّما يثبت للورثة حقّ، والمكاتب في يد نفسه وللمولى عليه مال، فصارت كدين على حرّ، فيصدّق على استيفائه، ولا يشبه أيضًا بيع العبد في المرض، والإقرار بالاستيفاء من قِبل أنّ المبيع قد خرج عن ملكه بالبيع، ويحول حقّ الورثة في الثمن، وهو غير محجور عليه في نقْل حقّهم من الرقبة إلى الثمن، فصدّق على الاستيفاء، إذ ليس فيه إسقاط حقّ الورثة عن عين قد كان ثبت حقّ الورثة فيها بالمرض في الإقرار بالاستيفاء عتقها وإخراجها [203ب] عن ملكه بغير بدلٍ حصل للورثة، فكان ذلك وصيّة من الثلث كعتقه في الحال لو ابتدأه.

قال محمد: وكذلك لو أقرّ بجارية في يديه أنّها وديعة لهذا المكاتب عنده أودعها إيّاه بعد الكتابة لم يصدّق فيها إلّا في قدر الثلث.

قال أبو بكر: وذلك لما تعلّق بإقراره من حقّ الاستيفاء على الوجه الذي بيّناه فيما سلف أيضًا.

باب من الإقرار في المرض باستيفاء الدين والمكاتبة

قال محمد: وإذا كانت الرجل عبدًا له في صحّته على ألف درهم، وكان له على رجلٍ ألف درهم قرضًا أو من ثمن بيْع، وليس له مال غيره، ثم مرض صاحب المال وعليه دين كثير، فأقرّ أنّه قد استوفى المكاتبة أو من الغريم ما عليه، فإنّه مصدّق على ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المكاتب والغريم قد ثبت لهما في الصحّة حقّ التصديق بالإبقاء، فلم يصر المريض محجورًا عليه فيما ثبت لهما من الحقّ في الصحّة. والدليل على ذلك: أنّ وكيلًا لو باع عبدًا ثبت له حقوق العقد فيما بينه وبين المشتري فإن مات الموكّل، وكذلك لو عزل له الموكّل لم ينعزل في حقّ المشتري، لأنّ ذلك شيء قد ثبت له بالعقد في حال كان جائز التصرّف فيها على نفسه. فكذلك الغريم والمكاتب سابقٌ للمرض، فلم يتعلّق حقّ الغرماء إلّا وهو دين قد ثبت فيه حقّ المكاتب والغريم، وليس ذلك مثل إقراره بدينٍ مبتدأ، [204أ] وعليه دين في الصحّة، فيكون أصحاب دين الصحّة أولى من قِبل أنّ ذلك حقّ مبتدأ أوجبه له بعد ثبوت حقّ غرماء الصحّة في الاستيفاء من جميع ماله، فلم يكن له إسقاط بعض حقوقهم بإيجابه لغيرهم، وليس أيضًا كإقراره باستيفاء دين له على الوارث في المرض من قِبل أنّه يصير محجورًا عليه فيما بينه وبين الوارث من الحقّ في المرض، وليس كذلك في الأجنبيّ يدلّك على هذا أنّ الأجنبيّ يكون أحقّ بما ترك بعد استيفاء دين الصحّة من الورثة، والوارث المقرّ له لا يثبت دينه إلّا بإجازة الورثة، والورثة أحقّ بماله منه.

قال محمد: فإن لم يقر بالاستيفاء، ولكنّه أقرّ أن في يديه ألفًا مثل الألف الدين وديعة عنده للمكاتب أو الغريم، فإنّه يصدّق على ذلك.

قال أبو بكر: الأصل في هذه المسائل: أنّه مصدّق فيما يحصل به استيفاء غير مصدّق على غيره، لأنّ الحقّ الذي ثبت للغريم في الصحّة هو تصديق المقرّ على الاستيفاء لا غير، فمتى يضمن إقراره الاستيفاء صدق، وإذا لم يتضمن ذلك وكان فيه إثبات حقّ له في ماله أو إثبات ملك له لم يصدّق، وإذا كان ذلك على ما وصفنا فلو لم يصدّقه في مسألتنا على إقراره لثبتت الوديعة دينًا في ماله، وصار قصاصًا بماله عليه، لأنّ دين الصحّة لا يمنع ثبوت إقراره بالدين لهذا وإن كان دين الصحّة أولى، فإذا ثبتت الوديعة دينًا في ماله صارت قصاصًا وحصل بها الاستيفاء، وقد بيّنا أنّه مصدّق على الاستيفاء. [204ب]

مسألة

قال محمد: ولو أقرّ بألف درهم في يديه للغريم أو للمكاتب، وهي أجود من دراهمه صدق أيضًا، وصار مستوفيًا.

قال أبو بكر: لأنّ ذلك لما كان يحصل به الاستيفاء على وجْه صدق عليه، وإن لم يكن له استيفاء الجياد عمّا هو أنقص منه، ولم يصدقه على الجودة التي أراد إثباتها للغريم، لأنّا إنّما نصدقه[1593] على الاستيفاء، ولا نصدقه[1594] على إثبات حقّ الغريم من غير هذا الوجه، فهو في ذلك كالمقرّ باستيفاء ألف ومائة، فيصدق على الألف، لأنّه فيه استيفاء ولا يصدق على المائة لما فيه من إثبات حقّ له في ماله في المرض مع ثبوت دين الصحّة.

قال محمد: ولو كانت الدراهم التي أقرّ بها أنقص من دراهمه لم يصدقه.

قال أبو بكر: من قِبل أنّه لا يحصل بها استيفاء الدراهم التي له. ألا ترى أنّا لو علمنا قبضه لها لم يقع بها استيفاء وردت على الغريم، وأخذ منه الجياد، لأنّ فيه إبطال حقّ سائر الغرماء عن الجودة الثانية على الغريم، فلا يحصل بإقراره استيفاء، فصرفناه إلى ما اقتضاه ظاهر لفظه من وديعة لا استيفاء فيها، ثم لم يصدقه على الوديعة مع دين الصحّة.

قال محمد: وكذلك لو أقرّ بمائة دينار في يده وديعة للغريم، ثم مات أو بجارية وهي في يديه قائمة بعينها، ولا يدري ما فعلت، فإقراره باطل.

قال أبو بكر: لأنّ قبض ذلك لا يجوز أن يحصل به الاستيفاء إلّا على وجْه الشراء وهو غير مصدّق إلّا في الاستيفاء، وبذلك على أنّ هذا ليس باستيفاء أنّه لا يجب [205أ] قيمته في الحال، وتفسير ما ذكر لا يصحّ أن يكون استيفاء، فإنّ

[1593] يصدقه.
[1594] يصدقه.

حوالة أن يكون كالغاصب في أن يصير مضمونًا، ولا تجب قيمته ما دام قائمًا بعينه، فلا يكون مستوفيًا به. وكذلك الجارية إذا انفقت من يديّ الغاصب لم تجب قيمتها إلّا بعد الحكم، فلا يقع بها استيفاء.

فإن قال قائل: فقد امتنع ردّ ما اعترف به من الوديعة هذا يوجب كونها مضمونة عليه، فهلا جعلته مستوفيًا بها.

قيل له: إنّما امتنع ردّه بفعل، لأنّه المرض لم يوجب حجرًا عليه في الإقرار بالوديعة والدين، بل ما عليه من دين الصحّة أوجب ذلك، لأنّه لولا الدين لصحّ إقراره بذلك، وذلك واقع بفعله، فهو كإقراره باستهلاك مال لغيره، وعليه دين في الصحّة.

مسألة

قال محمد: ولو قال: قد أخذت من غريمي هذا ألف درهم بهرجة قضاء بحقّي أو أخذت هذه الجارية شراء بحقّي، ثم مات، وذلك قائم في يده أو لا يدري ما صنع، فإن صدقه المكاتب أو غريمه بما قال من ذلك فهو مصدّق والغريم بريء.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الجارية والدنانير والبهرجة يحصل بهما استيفاء إذا قبضها على جهة الاستيفاء، وقيمتها مثل الدين. ألا ترى أنّه لو باعه الجارية والدنانير بالدين أو قضاه البهرجة وقع الاستيفاء بذلك، فلم يخرج إقراره عن معنى الاستيفاء، ويصدّق في البهرجة أيضًا، لأنّه قد يقع استيفاء الجياد بها، ولا يشبه [205ب] هذا إقراره بأنّها وديعة، لأنّه ليس يقع قبض الوديعة على وجْه الاستيفاء، فإذا لم يحصل بها استيفاء لكون الدين أجود ممّا قبض أو لأنّه المقبوض غير الدين لم يبقَ إلّا الإقرار بالوديعة وهو غير مصدّق على ذلك. أمّا مسألتنا فإنّ إقرار فيها وقع بالاستيفاء فلو أبطلناه لم يتوجّهه أخرى بحمله عليها، فاقتصرنا به على الاستيفاء وصدق، لأنّ له الاستيفاء، وقد يستوفى بالبهرجة الجياد إلّا أنّا لا نصدقه[1595] على حطّ أجوده، فيردّ البهرجة، ويأخذ جيادًا بدلها.

قال محمد: وإن كذبه الغريم، والمكاتب بما أقرّ به من البيع والاستيفاء، وقالا: "دينه علينا، وما أقرّ به فهو لنا"، ولم يكن فيه بيع ولا قضاء فأنّ الدين عليهما على حاله، وجميع ما أقرّ به لهما من ذلك لغرمائه بالحصص، ولا حقّ لهما في ذلك، لأنّهما لما كذباه في الاستيفاء فقد أبطلا حقّهما الذي كنّا نصدّق المريض فيه، فإذا بطل إقراره من جهة الاستيفاء لم يبقَ إلّا جهة الإقرار بمال لغيره في يده، وهو غير مصدّق على ذلك مع دين الصحّة، فلذلك كان غرماؤه الصحّة أولى به.

مسألة

قال محمد: ولو صدّقاه والذي قبض دراهم بهرجة أو جارية أقلّ قيمة من الدين، فالدراهم البهرجة يردّ على الغريم والمكاتب، ويؤخذ منهما دراهم مثل ما له عليها.

[1595] انا لا نصدق.

قال أبو بكر: وذلك لأنّا أنّما نصدّقهما على الاستيفاء ولا نصدّقهما[1596] على حطّ الجودة وإسقاط حقّ الغرماء عنها، فلذلك رددنا البهرجة، [206أ] وأخذنا الجياد ليستوفي الجودة. وأمّا الجارية فإن شاء المكاتب والغريم ردّا معها من الدراهم التي عليها تمام ما عليها مع قيمة الجارية، لأنّه الزيادة جائزة فيها، وإن شاء أخذ الجارية وأعطيا ما عليهما، لأنّه في ثمن الجارية محاباة للغريم، فهو بمنزلة من اشترى جارية في مرضه، وحابا فيها، فيجيز فيها البائع، ولأنّه دخل في عقدها على أن يقع بها استيفاء، فإذا لم يقع بها استيفاء فله المضي على ذلك ودفع الفضل، وله فسخه وأداء ما عليه، وكان أبو الحسن رحمه الله يقول: إنّ الفضل المؤدّى يصير كزيادة في العقد.

باب إقرار المريض باستيفاء الدين وإبراء الجراحات والبيوع في الصحة والمرض وعليه دين يحيط بجميع

قال أبو بكر: الأصل في هذا الباب: أنّ كلّ مال وجب في المرض من ضمان الجنايات فهو على وجهين:

- فما كان بدله مالًا، فإنّه غير مصدّق على استيفائه،
- وما لم يكن بدله مالًا، فهو مصدّق على استيفائه،
- وكلّ مال وجب له في الصحّة فهو مصدّق على استيفائه[1597].

وجميع ما ذكرنا من ذلك فالمسألة على أنّ عليه دينًا في الصحّة يحيط بماله. وإنّما قلنا: إنّه مصدّق على استيفاء دين الصحّة، لأنّ حقّ الغرماء إنّما ثبت فيه بالمرض، وحقّ الغريم سابق لحقّهم في جواز تصديق المريض على استيفائه، فلم يكن ثبوت حقّ غرماء الصحّة [206ب] ...[1598] من تصديقه، إذ لم يثبت حقّهم إلّا وحقّ الغريم ثابت في التصديق، فقلنا على هذا: إن كلّما لم يكن بدلًا عن مال فهو مصدّق على استيفائه اعتبارًا بدين الصحّة. والمعنى الجامع بينهما: أنّ حقّ غرماء الصحّة لم يثبت فيه إلّا وهو دين، ولم يثبت حقّهم في بدله عينًا، فلذلك كان على ما ذكرنا فإذا قطعت يد المريض عمدًا، فصالح على مالٍ أو خطأ أو كانت امرأة فتزوّجت في مرضها، فإنّ هؤلاء مصدّقون على الاستيفاء مع دين الصحّة.

وأمّا ما وجب من ضمان الجنايات فإنّما صدق على استيفائه، لأنّه غير مأخوذ على وجْه البدل والمعاوضة بذلك على هذا أنّ الحرّ لا يجوز أن يؤخذ عن رقبته بدل، ويلزم قابلَه الديّة، وإنّ ضمانها يلزم العاقلة، والإبدال وما كان وجوبه على جهة الأعواض لا يتحمّله العاقلة، وإذا كان هذا على ما صفنا أجرينا الجنايات على العبيد مجراها في الأحرار، لأنّ الضمان الواجب عنها ليس هو على وجه العوض، وليس كذلك ما يجب من ضمان الأموال على غير وجه الجنايات مثل غصْب العبد وإحراق الثوب ونحوهما، لأنّ هذه الضمانات إذا وجبت فإنّما تثبت[1599] على طريق الأعواض بذلك على هذا أنّ المأذون لو أقرّ به لزمه، ولا يلزمه ضمان الجنايات بإقراره. وكذلك أحد المتفاوضين يلزم شريكه ما أقرّ به

[1596] ولا يصدقهما.
[1597] + وكلّ مال وجب له في الصحة فهو مصدّق على استيفائه.
[1598] غير مقروء.
[1599] فانما ثبت.

من ذلك، ولا يلزم شريكه ضمان الجنايات التي يفعلها هو، وإذا صحّ ما وصفنا في أنّ ضمان الجنايات ليس وجوبَها[1600] [207أ] على جهة الأعواض صار كدين مبتدأ وجب عمّا ليس بمالٍ، فصدق على غرماء الصحّة في استيفائه، لأنّه في معنى ما لم يثبت فيه حقّ غرماء الصحّة إلّا وهو دين. وأمّا ما كان بدلًا عن مالٍ فإنّ المريض لا يصدق على استيفائه، إذ صار دينًا في المرض من قِبل أنّ حقّ غرماء الصحّة قد ثبت بالمرض في العتق، فإذا صار دينًا لم يصدق على إسقاط حقّ غرماء الصحّة عنها إقراره باستيفائه كما لا يصدّق لو أقرّ به لغيره.

مسألة

قال محمد: وإذا مرض الرجل وعليه دين كثير في الصحّة، فيقطع رجل يده عمدًا، فصالحه من ذلك على ألف درهم، ثم أقرّ باستيفائها، ثم مات وليس له مال غيرها، فهو مصدق على قبضها.

قال أبو بكر: وذلك لما وصفنا في أنّ هذا ضمان وجب عمّا ليس بمالٍ، فلم يثبت حقّ غرماء الصحّة فيه إلّا وهو دين، فصار كدين الصحّة إذا أقرّ باستيفائه.

قال محمد: ولو أقرّ رجل أنّه قتل عبدًا لرجل في مرضه خطأ أو قطع يده، فأقرّ المريض باستيفائه، وعليه دين في الصحّة جاز إقراره.

قال أبو بكر: وذلك لما وصفنا من أنّ هذا وإن كان ضمانًا عمّا هو مال فوجوبه من جهة الجنايات، فلذلك صدق على استيفائه على الوجه الذي بيّنا، ولا يشبه هذا إحراق الثوب.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا تزوّج امرأة فأقرّت في مرضها أنّها قد استوفت منه مهرها، وقد طلّقها قبل أن يدخل بها، ثم ماتت، [207ب] وعليها[1601] دين كثير في صحّتها، ولم يدع الألف درهم، وهو المهر الذي أقرّت باستيفائه، ولا يعلم ذلك إلّا بقولها فهي مصدّقة على ذلك. فإن قال الزوج: "أنا أضرب مع الغرماء بنصف المهر"، لأنّها قد أقرّت باستيفاء جميع المهر لم يكن له ذلك.

قال أبو بكر: صدقت على الاستيفاء، لأنّ المهر بدل عمّا ليس بمال، وما ليس بمال لا يثبت فيه حقّ الغرماء، فلمّا لم يكن لهم حقّ في بدل الدين، ولم يثبت حقّهم في المهر إلّا وهو دين صار كدين الصحّة، ولا نصدّقها[1602] مع ذلك على إيجاب نصف المهر للزوج، فلذلك لم يضرب مع الغرماء.

[1600] وجوبَه.

[1601] عليها.

[1602] ولا يصدّقها.

قال محمد: وكذلك لو دخل بها وقد تزوّجها في مرضها، فأقرّت له باستيفاء المهر، ثم طلّقها، فانقضت عدّتها قبل أن يموت، فإنّه كذلك من قِبل أنّ العدّة إذا انقضت فقد ارتفعت التهمة، فصدّقت على الاستيفاء.

قال محمد: ولو ماتت بعد إقرارها بذلك، وهي في العدّة، فقد طلّقها طلاقًا بائنًا، فأقرّت له باستيفاء المهر، فأصحاب دين الصحّة أولى بما لها حتى يستوفوا حقوقهم، فإذا استوفوها نظر إلى ما بقي من مالها، فجعل للزوج الأقلّ ممّا أقرّت باستيفائه وممّا نصيبه من الميراث.

قال أبو بكر: وإنّما كان دين الصحّة أولى في هذا الوجه من قِبل أنّه لولا طلاق[1603] إيّاها في المرض لبطل إقرارها، لأنّها وارثها. ألا ترى أنّ الفرقة لو جاءت من قبلها لما قطعت ميراثه، فعلمتَ أنّ فعله هو الموجب لتصحيح إقرارها ببطلان [208أ] الإرث، فإنّهم في ذلك إذ لا يأمن أن يكون قصد إلى تجويز إقرار بالاستيفاء، فكان حكم الميراث فإنّما في حقّ غرماء الصحّة كما يبقى للزوج حكم الميراث إذا كانت الفرقة من قِبلها وماتت في العدّة، وإنّما اعتبر بعد قضاء دين الصحّة الأقلّ من الميراث، وممّا أقرّت باستيفائه لما وصفنا من قيام حال التهمة. ألا ترى أنّه لو طلّقها وهي مريضة، فأقرّت له بدين أو أوصتْ له بوصيّة، ثم ماتت أنّه يكون لها الأقلّ من الميراث ومن الدين أو الوصيّة. فإذا استوفى الغرماء دينهم رجع الزوج في مال المرأة بالأقلّ ممّا أقرّت باستيفائه ومن الميراث، لأنّ الزوج يقول: "هي قد أقرّت بالاستيفاء ولم يسلّم لي ما أقرّتْ به من الاستيفاء، وقد أوفيتها مرة أخرى وأدّيته إلى الغرماء، وما أخذته فهو مضمون عليها"، فأحتاج أن أرجع عليها به، فلذلك صار ذلك بمنزلة إقراره لها بدينٍ. وسمعت أبا عمرو الطبري يذكر عن أبي سعيد البرذعي أنّه كان يحتجّ في أنّها غير مصدّقة على الاستيفاء إذا ماتت وهي في العدّة أنّ دين الزوج الذي أقرّت به مشبّة بالميراث بدلًا له أنّه يجب الأقلّ منه ومن الميراث، فوجب أن يكون دين الصحّة أولى منه كما أنّه أولى من الميراث.

قال أبو بكر: وأمّا إذا انقضت العدّة فقد بطل اعتبار[1604] الميراث، فصار كالأجنبيّة التي يجب لها دين في المرض لا بدلًا عن مالٍ، فيصدق على استيفائه.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا غصب رجلًا في مرضه عبدًا، [208ب] وعلى المريض المغصوب دين في الصحّة، فمات العبد في يديّ الغاصب، وقضي عليه بالقيمة، فأقرّ المريض باستيفائها لم يصدق على ذلك.

[1603] طلاقه.
[1604] اعتبا.

قال أبو بكر: وذلك لما وصفنا من أنّ حقّ غرماء الصحّة قد كان ثبت في العبد بالمرض، وكذلك يثبت في بدله ولا يصدّق المريض على استيفائه وإسقاط حقّ الغرماء عنه.

قال محمد: ولو كان الغاصب غصبًا لعبد في صحّة المغصوب، ثم مرض المغصوب والعبد قائم بعينه، فآبق بعد ذلك أو مات، فقضى عليه القاضي بالقيمة، فأقرّ المريض باستيفائها صدق، ولم يكن لأصحاب دين الصحّة شيء إلّا أن يظهر العبد الآبق، فإن ظهر لم يصدق المريض على ما أقرّ به. وقيل للغاصب: "ادفعْ القيمة مرّة أخرى أو رد العبد"، فيكون بين الغرماء.

قال أبو بكر: إذا لم يظهر العبد فهي مصدّقة[1605]، لأنّ الضمان الحاصل عليه بعد الآباق كان في الصحّة. ألا ترى أنّ قيمة يعتبر يومئذ لا يوم الآباق، ومتى كان سبب الضمان في حال الصحّة كان مصدّقًا على الاستيفاء. ألا ترى أنّ ضمان الدرك في الصحّة إذا لحقه ذلك في المرض كان المضمون له أسوة الغرماء لتقدّم سببه، وكذلك حافر البئر في الصحّة إذا وقع فيها دابّة في المرض بمنزلة دين الصحّة، فكذلك هذه القيمة لما كان سبب ضمانها في حال الصحّة كان كدين ثبت له في الصحّة، فصدّق على استيفائها. ألا ترى أنّ الغاصب لو باع [209أ] المريض مصدّقًا في الزيادة التي زادت على قيمة العبد، فأقول للمشتري: "[أنت] بالخيار فإن شئت فأدِّ ألف درهم قدر قيمة العبد وسلم لك العبد، وإن شئت فانقضْ البيع ويكون الغرماء أحقّ بالعبد منك".

قال أبو بكر: وكذلك اختلافهم في المريض إذا باع عبدًا يساوي ألفًا بالعتق إلى أجل فإنّ أبا يوسف يقول له: أدّ[1606] ثلثي الألفين حالًا، ومحمد يقول: ثلثي الألف، وكذلك هذا في كتابه عبد قيمته ألف على ألفين هو على هذا الاختلاف.

قال أبو بكر: الحجّة لأبي حنيفة وأبي يوسف: أنّ جميع الألفين بدلٌ من العبد، فكما لا يصدّق في استيفاء مقدار قيمته كذلك لا يصدّق في الزيادة، إذ ليس بعضه بأولى من بعضٍ، وهما جميعًا بدل عن العبد، وكان أبو الحسن يقول: يلزم محمدًا أن يقول لو أنّ المريض باع نصف العبد بألف درهم، ثم باع النصف الآخر بأقلّ أو أكثر أنّه جائز، وأنّه إن أقرّ بالاستيفاء صدق، وهذا ما لا يصحّ القول به. وذهب محمد إلى أنّ الألف الزيادة على القيمة لم تصر[1607] مالًا له إلّا بالبيع، فلم يثبت حقّ الغرماء فيه إلّا وهو دين فصار كالمهر، والصلح[1608] في الخلع والصلح من دم العمد ونحوه، فوجب أن يكون مصدّقًا على الاستيفاء كما صدق فيما وصفنا.

[1605] مصدّق.
[1606] ادّى.
[1607] لم يصر.
[1608] والحصل.

قال أبو بكر: وهذا غير لازم لأبي حنيفة وأبي يوسف من قِبَل أنّ المهر ونظائره لم يحصل بدلًا عن مال قد ثبت فيه حق الغرماء، والألف الزيادة على القيمة بدل عن العبد مع الألف الأخرى، ولا جائز أن يقال: إن بعض الثمن بدل عن العبد دون بعض، وإذا كان كذلك [209ظ] الألف[1609] حكمها[1610] حكم مقدار القيمة.

قال أبو بكر: وإنّما وجب للمشتري الخيار في القولين جميعًا، لأنّه لم يبرأ بالثمن الأوّل الذي أقرّ المريض باستيفائه وهو مطالب الآن بإيفاء ثمن آخر، فكان له أن يقول: إنّي إنّما بايعته على أنّه مصدّق في استيفاء الثمن، لأنّ ذلك من حقوقي التي أوجبها العقد، فإذا لم يصدّقوه على ذلك وطلبتموني بثمن آخر صار ذلك عيبًا في العقد، فلي الخيار في فسخه.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا في يديه عبد فقال له رجل مريض وعليه دين في الصحّة يحيط بماله: "قد كان هذا العبد الذي في يديك لي، فبعته منك في صحّتي بألف درهم، وقبضتَه منّي، واستوفيت منك الثمن"، وقال الذي العبد في يديه: "صدقت"، ثم مات المريض، فإنّ المريض لا يصدّق على ذلك، وقيل للمشتري: "انقدْ الثمن أو انقض البيع"، وكذلك لو كان العبد مات في يديّ المشتري بعدما مرض البائع، والمسألة على حالها.

قال أبو بكر: وإنّما لم يصدّق المريض على استيفاء الثمن، لأنّهما قد اعترفا بملك العبد للمريض، وادّعيا تقدّم بيع فيه، وذلك لا يعلمه، فيصير كأنّه باعه في الحال. ألا ترى أنّه لو قال: "قد كنت أعتقت عبدي هذا في صحّتي" أو "وهبت هذا العبد لزيد في صحّتي" لم يصدّق على ذلك، وكان حكمه حكم من أعتقه في الحال أو وهب في المرض. وكذلك لو قال: "طلقت امرأتي منذ سنة، وانقضت عدّتها لم يصدق"، وكان مطلقًا في الحال في الحكم. وكذلك إذا مات العبد في يديّ المشتري بعد مرض البائع، لأنّهما قد اعترفا أنّه كان حيًّا في مرضه، واعترافهما بذلك [210أ] يثبت حقّ الغرماء فيه ما لم يثبت البيع، ولا يثبت البيع إلّا ببيّنةٍ ...[1611] إذا مات العبد في يديّ المشتري بعد مرض البائع، لأنّهما قد اعترفا، وإنّما كان للمشتري الخيار، لأنّ من حجّته أن يقول: إنّي أنّما بعتُه على أن يصحّ لي إقراره بالاستيفاء، فلمّا لم يصدّقوه صار ذلك عيبًا لحق العقد فلي فسخه.

قال محمد: ولو كان العبد قد مات في يديّ المشتري أو في يديّ البائع، ثم مرض البائع، ثم أقرّ بما وصفت لك، فأقرّ المشتري بقبض العبد وأقرّ البائع بقبض الثمن في الصحّة أو في المرض كان مصدّقًا على غرماء الصحّة.

1609 نفذ

1610 حكمه.

1611 غير مقروء.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ العبد لمـّا مات في الصحّة فلم يثبت للغرماء حقّ في عيبه، وإنّما ثبت حقّهم في ثمنه وهو دين، فصدّق على استيفائه.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا باع عبدًا في صحّته، وقبضه المشتري وذلك معروف، ثمّ مرض البائع وعليه دين كثير يحيط بماله، فأقرّ المريض أنّه قد استوفى الثمن، فهو مصدّق على غرماء الصحّة، فإن مات المريض فوجد المشتري بالعبد عيبًا فردّه بقضاء قاضٍ كان غرماء الصحّة أحقّ منه بمال الميّت حتى يستوفوا دينهم إلّا العبد الذي ردّه صاحبه، فإنّه إن قال للقاضي حين ردّه: لا أدفعه حتى أستوفـي مالي عليه، وباعه القاضي في ماله، فإن كان فيه نقصان عن حقّه لم يرجع في مال الميّت بشيءٍ حتى يستوفي غرماء الصحّة، فإن بقي شيء بعد ذلك استوفى ما بقي له منه.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ المريض مصدّق على الاستيفاء [210ظ] في هذه المسألة، ونظائرها غير مصدّق على إيجاب حقّ في ماله مع غرماء الصحّة، فإذا ردّ المشتري العبد بالعيب فليس له مشاركة غرماء الصحّة في سائر مال المريض، لأنّا لو أوجبنا[1612] له مخاصمتهم[1613] أوجبنا ذلك بقول المريض، وليس له ذلك كما لا يجوز إقراره بدينٍ لغيرهم.

فإن قال قائل: هلّا كان هذا كالمريض إذا قال في عبد باعه في الصحّة، في مرضه، فكان دين الإقالة مثل دين الصحّة.

قيل له: إن كان العبد الذي وقعت الإقالة فيه بالدين الثمن لا يعلم إلّا بإقرار[1614] المريض، فهذه مثل مسألتنا. والجواب فيها كالجواب في المسألة، وإن كان معروفًا ففي جميع التركة، وكذلك في مسألتنا إن كان العقد وقبض الثمن معلومًا من غير جهة إقراره فهو أسوة الغرماء بالثمن في سائر التركة. وإنّما قلنا: إنّ له حبس العبد حتى يستوفى الثمن، لأنّ العبد حصل مضمونًا في يده بالثمن الذي قبضه البائع، فلمّا انتقض البيع، وكان ذلك الثمن المقبوض مضمونًا بهذا العبد كان له حبسه به مثل البائع إذا باع العبد فله حبسه حتى يقبض الثمن، وكذلك المرتهن له حبس الرهن حتى يستوفي الدين.

قال محمد: فإن ردّه عليهم وقبضوه بيع، واشترى هو وسائر الغرماء في ثمنه خاصّة، والغرماء أحقّ بسائر مال الميّت سوى الثمن منه.

[1612] لو اجبنا.
[1613] مخاصمهم.
[1614] بالاقرار.

قال أبو بكر: وذلك أنّه لمـّا أخرجه عن يده استوى هو وسائر الغرماء فيه. ألا ترى البائع له حبس السلعة حتى يستوفي الثمن، فإن مات المشتري فرضي بتسليمه إلى الورثة بيع، واستوى هو وسائر غرماء الميّت في ثمنه، وكذلك المرتهن إذا ردّ الرهن [211أ] بعد موت الراهن.

مسألة

قال محمد: وإذا باع الرجل عبدًا له في صحّته وقبض المشتري العبد، ثم مرض البائع وعليه دين كثير يحيط بماله، فأقرّ المريض أنّه قد كان أبرأه في صحّته من كلّ قليل أو كثير كان له قبله، ثم مات المريض، فإنّه لا يصدّق على ذلك، وغرم المشتري المال كلّه، وإن لم يكن عليه دين صدق على ذلك من الثلث.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ إقرار الإنسان لا يجوز فيما لا يملكه وهو جائز فيما يملكه ما لم يبطل به حقًّا للغير، والمريض في حال مرضه لا يملك البراءة وعليه دين، فلم يجز إقراره، لأنّه أقرّ بما لا يملكه. ألا ترى أنّه لو قال: كنت أعتقت هذا العبد في صحّتي، وعليه دين لم يصدّق في إسقاط السعاية عن العبد بإضافته العتق إلى حال الصحّة، وصار كالمعتق له في الحال، كذلك هو كالمبرئ في الحال. وأيضًا فإنّ حقّ الغرماء ثابت في دين المريض، والغريم أولى به منه إلّا أنّ للمريض فيه حقّ القبض كالوكيل بالبيع أنّ حقّ القبض له، والموكّل أولى به إذا قبضه، فكما جاز إقرار الوكيل بالاستيفاء جاز إقرار المريض، وكما لم يـجز[1615] براءة الوكيل على الموكّل كذلك لا تجوز براءة المريض.

قال محمد: وكذلك لو قال في مرضه[1616]: قد وهبت لهذا الرجل عبدًا في صحّتي قيمته ألف درهم، وقبضه مني ومات في يده، وصدّقه الموهوب له به أو قال: غصبته في صحّتي، فمات في يده، فأبرأته منه، فصدّقه بذلك الغاصب، فإنّه لا يصدّق، وغرم قيمته مرة أخرى.

قال أبو بكر: وذلك لما وصفنا من أنّه غير مصدّق في إضافته ذلك [211ب] إلى مال الصحّة. ألا ترى أنّه لو قال لامرأته: كنت طلّقتك في صحّتي ثلاثًا، وانقضت عدّتك أنّه لا يصدّق على ذلك، وورثته كان ذلك بمنزلة طلاق موقع في الحال.

فإن قال قائل: صدقته إذا كان العبد ميّتًا كما لو أقرّ باستيفاء ثمن عبد ميّت يبيعه في صحّته، وليس العبد حيًّا في الحال كان مصدّقًا.

قيل له: الفصل بينهما أنه أقرّ بما يوجبه العقد للمشتري وهو الاستيفاء. ألا ترى أنّ الوكيل والوصيّ يجوز إقرارهما باستيفاء الثمن وإن أنكره الموكّل، لأنّه ذلك حقّ أوجبه لهما العقد، وليس كذلك. ألا ترى أنّ العقد لا يوجب ذلك لهما،

[1615] لم يـجز.
[1616] ضمه.

فكذلك المريض عقد المداينة يوجب له الاستيفاء، ولا يوجب له البراءة، وجواز الإقرار بالاستيفاء لا يدلّ على جواز إقراره بالبراءة كما أنّ جواز إقرار الوصيّ والوكيل بالاستيفاء غير دالٍّ على جواز إقرارهما بالبراءة على الموكّل.

باب الإقرار الذي يقرّ به للوارث فيقرّ به الوارث لغيره

قال محمد: وإذا أقرّ الرجل في مرضه لأحد من ورثته بعبْدٍ له، ولا مال له غيره، فقال ذلك الوارث: ليس هو لي، وإنّما هو لفلان لرجل أجنبيّ، ثم مات المريض، فإنّ العبد للأجنبيّ، ويضمن الوارث المقرّ له قيمة العبد، فيكون بين الورثة.

قال أبو بكر: إقرار المريض جائز للوارث وغيره ما دام حيًّا، وكذلك هبته وسائر تصرّفه، وإنّما يُنقضى بورود الموت ما لا يجوز من تصرّفه، وذلك لأنّ المرض لا يوجب زوال ملكه. ألا ترى أنّ عتقه وبيعه [212أ] سائر تصرّفه جائز فيه، ولولا أنّه مالك ما جاز شيء من مالك، فوجب أنّ لكون هذا هكذا أن يملك المقرّ له أيضًا بإقراره له به.

فإن قال قائل: فإنّ الوارث قد ردّ إقراره بقوله: "ليس هو لي وإنّما هو لفلان".

قيل له: لم يثبت الردّ إلّا مع ثبوت الإقرار لفلان، فلا يصدّق على إبطال حقّ المقرّ له بردّه، لأنّ الأمرين جميعًا حصلا فيه في حال واحدة، فما كان منه على نفسه حكم به عليه وما كان على غيره لم يثبت.

فإن قال قائل: إنّ المرض الذي يتّصل به الموت يوجب حقًّا للورثة في ماله بدلًا، له أنّه يبطل تصرّفه في أكثر من الثلث ولو كان العبد المقرّ به للوارث، فإنّما بعينه لنقض ملكه فيه.

قيل له: أجل إلّا أنّ ثبوت حقّ الورثة فيه لا يمنع جواز تصرّفه، إذ كان مالكًا. ألا ترى أنّ ثبوت حقّ البائع في فسخ البيع الفاسد لا يمنع جواز تصرّف المشتري، وكذلك لو اشترى عبدًا بجاريةٍ، وقبضه، ثم ماتت الجارية كان لبائع العبد حقّ فسخ ملك المشتري فيه، ولا يمنع ذلك تصرّفه، وكذلك الواهب له الرجوع ولا يمنع ذلك تصرّف الموهوب له.

فإن قال قائل: فهلّا أبطلت تصرفه إذا حصل الموت لحقّ الورثة كما يفسخ الشفيع تصرّف المشتري.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ حقّ الشفيع لا ينتقل إلى البدل، وحقّ الورثة في مسألتنا ينتقل إلى البدل، وليس حقّ الورثة في أعيان التركة. ألا ترى أنّه لو باع في المرض عبدًا بمثل قيمته من أجنبيّ أو أوصى بذلك جاز، ولم يكن للورثة إبطاله. [212ب] فأشبه[1617] البيع الفاسد في باب جواز انتقاله إلى البدل، فلذلك اختلفا من هذا الوجه، وإنّما ضمن الوارث قيمة العبد، لأنّه أتلفه حيث ملكه بإقراره. ألا ترى أنّه لو وهب لوارثه عبدًا في مرضه فأعتقه الوارث، ثم مات الواهب ضمن الوارث قيمته، فيكون ميراثًا عن الميّت.

1617 د: سه

قال محمد: ولو أقرّ به الوارث المقرّ له لوارث آخر سلّمه، وضمن قيمته بدفع عنه حصّته وحصّة الذي صار العبد له.

قال أبو بكر: أراد أن يبيّن بهذا أنّ المقرّ له الثاني لم يملكه من جهة الميّت، وإنّه إنّما ملّكه من جهة المقرّ له الأوّل، لأنّه لو ملك من جهة الميّت لردّ إلى الورثة، وإنّما دفع حصّته، لأنّه يقول: إذا لم تجوّزوا[1618] لي إقرار الميّت وضمنتموني، فلي أن أضاربكم بحصّتي، فلا معنى لتضمينكم إيّاي قيمة حصّتي، وقد وجب لي أخذها منكم لو أخذتموها منّي، ويدفع عنه أيضًا حصّة المقرّ له الآخر، لأنّه قد صدّقه بأنّ العبد لم يورث عن الميّت. واستشهد محمّد على ذلك بهبة العبد للوارث ثم هبة الوارث لوارث آخر، وقال فيه: إلّا أنّه يدفع عنه حصّته خاصّة من القيمة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه الموهوب له الأوّل مُعترف أنّ الثاني ملك من جهته ولم يملكه من جهة الميّت، فلم يسقط عنه ضمان حصّته للميّت. ألا ترى أنّ من اشترى عبدًا، وقبضه، ثم وهبه للبائع لم يسقط عنه الثمن.

قال محمد: ولو أنّ رجلًا وهب لبعض ورثته عبدًا في مرضه، وقبضه، فأقرّ الموهوب له أنّ الميّت [213أ] قد أقرّ قبل أن يهبه أنّ هذا العبد لهذا الوارث الآخر أو أنّه وهبه الوارث الآخر قبله، وصدّقه الثاني بما قال، وأخذ منه العبد، ثم مات، فإنّ العبد يؤخذ من الوارث المقرّ له، فيكون ميراثًا بين الورثة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهم قد تصادقوا على أنّ الثاني ملكه من جهة الميّت، فاعترفوا[1619] جميعًا فيه بوجوب الفسخ، فيفسخ الملك فيه، ويردّ إلى الورثة.

قال محمد: وكذلك لو كان المقرّ له الآخر غير وارث، وعلى الميّت دين في الصحّة يحيط بماله أخذه الغرماء أيضًا، فباعوه في دينهم، وإن كان العبد مات في يد المقرّ له الثاني كان الغرماء بالخيار إن شاؤوا ضمنوا الموهوب له، وإن شاؤوا ضمنوا المقرّ له الآخر قيمة العبد، فإنّهم ضمنوا لم يرجع على صاحبه بشيءٍ.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الدين يمنع صحّة إقراره وهبته للعبد، فيأخذه الغرماء. فإن كان قد هلك ضمنوا أيّهما شاؤوا من قِبل أنّهم يقولون للأوّل: "أنت أتلفته بتسليمك له إلى الثاني"، والثاني أتلفه بقبضه.

قال محمد: ولو كان المقرّ له الآخر حين أقرّ له الأوّل بما أقرّ به قال: "العبد عبدي، ولست أعرف شيئًا ممّا يقول"، فإنّ العبد له لا سبيل عليه من ضمان ولا غيره، والموهوب له ضامن لقيمته للغرماء.

قال أبو بكر: تحت إقرار الموهوب له معنيان، أحدهما: إقراره للثاني، والآخر: بطلان هبة المريض له، فلا يقبل إقراره في حقّ غيره ويقبل في نفسه، فيصير القول قول المقرّ له الثاني [213ب] يملكه[1620] من جهة إقراره، ولا يصدّق

[1618] لم يجوزوا.
[1619] فاعترفا.
[1620] يملكه

الموهوب له أنّ المقرّ له ملك من جهة الميّت، فلذلك ضمن هو دون المقرّ له، وإكذابه في الجهة لا يبطل إقراره له بالملك. ألا ترى أنّ رجلًا في يديه عبدٌ لو قال لرجل: "هذا العبد لك، لأنّك اشتريته من فلان"، فقال المقرّ له: "هي لي، وما اشتريته" كان القول قوله، ولا يكون ذلك ردًّا لإقرار المقرّ فكذلك ما وصفنا، وليست هذه كالمسألة الأولى، لأنّهما قد اعترفا في المسألة الأولى أنّ الثاني ملك من جهة إقرار الميّت، وأنّ الهبة كانت باطلًا، فكان للغرماء تضمين الموهوب له بقبضه وتسليمه إلى الثاني، وتضمنوا الثاني بقبضه، وأيّهما ضمن لم يرجع على صاحبه بشيء.

فإن قال قائل: فلم قلت أنّ واحدًا منهم لا يرجع على صاحبه بما ضمن في المسألة الأولى.

قيل له: من قِبل أنّ الأوّل إذا ضمن، فإنّما ضمناه بإتلافه إيّاه بإقراره وتسليمه إلى الثاني، لأنّه لولا إقرار الأوّل له لما ملك، فضمن من هذا الوجه، فليس له أن يرجع بما ضمن على الثاني، لأنّ الثاني في الظاهر ملكه من جهته، فكيف يجوز أن يرجع عليه به.

فإن قال قائل: فإنّ الثاني قد صدّقه أنّه لم يملكه من جهة الميّت، وإنّه إنّما ملك من جهة الميّت.

قيل له: إقراره بذلك لا يوجب له الرجوع عليه، لأنّه بمنزلة من قال لرجل: قد أخذ منك فلان الدين الذي له عليّ ظلمًا، وترك مطالبتي به، فلا يوجب له ذلك الرجوع به عليه، إذ لم يكن المؤدّي ضامنًا عنه بأمره. وأمّا الثاني فإنّه [214ا] لا يرجع على الأوّل، لأنّه معترف أنّه مِلكه، فكيف يرجع على الأوّل ...[1621] ملكه.

فإن قال قائل: لم لا كانا كالغاصب الأوّل من الثاني أنّ الأوّل متى ضمن رجع به على الثاني.

قيل له: من قِبل أنّ الغاصب الأوّل قد كان أن يضمن الثاني، قيل له: إن يضمنه الأوّل، والموهوب له لم يكن له تضمين المقرّ له قبل أن يضمنه[1622] الغرماء، وهو بعد الضمان مُعترف أنّه ضُمّن ظلمًا، وإنّه لا رجوع له على المقرّ له. وأيضًا فإن الغاصب الأوّل إذا ضمن حصل له حُكم الملك في المغصوب، فمن أجل ذلك كان له تضمين الثاني قيمته. وأمّا الموهوب له إذا ضمنه الغرماء، فإنّه لا يحصل له حُكم الملك في العبد، فلذلك له تضمين الثاني.

مسألة

قال محمد: ولو كان الميّت أقر به للوارث فلم يقبضه الوارث حتى أقرّ الوارث أنّ الميّت قد أقرّ به لهذا الوارث الآخر قبله، وصدّقه الآخر وقبضه، فمات في يده، فإنّ الآخر يضمن فيه قيمة العبد للغرماء إن كان عليه دين، وللورثة إن لم يكن عليه دين يدفع عنه حصّته خاصة، وإن شاؤوا ضمنوا الأوّل على ما وصفنا، ولا يختلف في ذلك حكم القبض وغير

[1621] يبدو هنا يوجد سقط.
[1622] ان تضمنه.

القبض، لأنّ الإقرار ليس بهبة من المقرّ، فيحتاج في صحّته إلى قبضٍ، وإذا كان كذلك فقد ثبت ملكه الأوّل، ثم استهلكه بإقراره للثاني، فتحت إقرار المقرّ له الأوّل معنيان، أحدهما: ردّ إقرار الميّت، لأنّه زعم أنّه باطل لتقدّم إقراره به لغيره، فلا يقبل هذا الردّ في حقّ المقرّ له الثاني، إذ لم يحصل منه [214ب] الردّ إلّا مع ثبوت إقراره للثاني. والمعنى الآخر: دعواه ألّا ضمان للورثة والغرماء عليه، لأنّ إقرار الميّت له باطل، ولم يملكه الوارث الآخر من جهته، ووافقه الثاني عليه، فإقرار كلّ واحد منهما مقبول على نفسه غير مقبول على غيره، فيجعله كأنّه ملك من جهة الميّت، ثم ملّكه الثاني في حقّ الورثة، وكذلك الثاني يصدّق على نفسه في حقّ الورثة في أنّه ملكه من جهة الميّت، وذلك يتضمن إقرارًا منه بوجوب الضمان عليه.

باب من الإقرار بالمال الذي يكون قصاصًا وما لا يكون

قال محمد: وإذا أقرّ الرجل فقال: هذه الألف درهم التي في يديّ لك عندي وديعة، فقال المقرّ له: ليست هذه بوديعة، ولكن لي عليك ألف درهم قرضًا أو من ثمن بيع، فقال المقرّ بعد ذلك: ليس لك عليّ دين، وهذه الألف ليست بوديعة لك، فأراد المقرّ له أخذها قضاءًا ممّا ادّعى من الدين لم يكن له ذلك.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ إقرار المقرّ ثابت للمقرّ له ما لم يردّه، فإذا ردّه بطل وسقط حكمه، ولا ينفع المقرّ له بعد ذلك رجوعه إلى التّصديق، وإنّما كان هذا هكذا من قِبل أنّ الإقرار يثبت حقًّا للمقرّ له، فإذا كذّبه فيه وزعم أنّ الإقرار باطل صدّق على نفسه فيما اعترف به من سقوط حُكم إقراره كما أنّ المشهود له إذا أكذب شاهده بطلت شهادته، ولم ينفعه بعد ذلك رجوعه إلى تصديقه.

فإن قيل: فلو ادّعى عليه أنّه باعه عبده فجحد [215أ] المشتري ذلك، ثم رجع إلى تصديقه كان له أن يأخذه.

قيل له: إنّما يأخذه ما دام البائع مدّعيًا للبيع. فإن قال له البائع: صدقت في جحودك، ولم يكن بيننا بيع، لم يكن له أن يأخذه، وإذا كان البائع مقيمًا على دعوى البيع، فإن البيع لم ينفسخ بجحود المشتري، لأنّ البيع عقد فيه بدل لا يصحّ إلّا بهما، فكذلك لا ينفسخ إلّا بهما، وإذا ثبت ما وصفنا من أصل الإقرار وجحود المقرّ له قلنا في مسألتنا: إنّ المقرّ له الوديعة أسقط بذلك إقراره بالعين وفسخه، وادّعى دينًا في ذمّته، فلا يصدّق فيه.

قال محمد: ولو قال المقرّ: لك عليّ ألف درهم قرض فقال المقرّ له: ليس لي عليك ألف درهم قرض، ولكن لي عليك ألف درهم من ثمن بيع قد قبضته، فقال المقرّ: ما لك عليّ شيء، فقال المقرّ له: آخذ ما أقررت لي به قصاصًا ممّا ادّعيت، فذلك له.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المقرّ له لم ينفِ ثبوت المال في ذمّة المقرّ، وإنّما نفى الجهة، ونفيه للجهة لا يبرئه ممّا قد اتّفقا عليه من ثبوت المال في ذمّته. ألا ترى أنّ رجلًا لو كان في يديه عبد، فقال لرجل: غصبتك هذا العبد، فقال المقرّ له: ما غصبته، ولكنّي أودعتكه كان له أن يأخذ لاتّفاقهما على العين وإن اختلفا في الجهة، فكذلك الدين.

فإن قال قائل: لمـّا قال في الدين: مالي عليك هذه الألف من ثمن بيع فقد أبرأه من تلك الألف، وإنّما ادّعى عليه ألفًا أخرى لم يقرّ له بها، فينبغي ألّا يستحق شيئًا.

قيل له: لو وجب ذلك لوجب أن يكون [215ظ] في ادّعائه الوديعة مبرئًا له من العبد الذي أقرّ أنّه غصبه، وأن يكون مدّعيًا عبدًا آخر، ولوجب أن يكون لو قال: غصبتُه وعليه قميص وإزار، وقال الآخر: غصبته ولا قميص عليه أن يكون مدّعيًا خلاف ما أقرّ به.

فإن قال: الفرق بينهما: أنّهما قد اتّفقا على هذا العبد الواحد ولم يتّفقا في الدين على ألف واحدة.

قيل له: فينبغي على هذا القول أن يقول: لو أقرّ فقال لك: عليّ ألف درهم، فقال: نعم لي عليك ألف درهم ألّا يكون موافقًا له على الألف المقرّ بها حتى يقول: نعم، لي عليك هذه الألف التي أقررتَ بها، وإذا كان الأمرُ على ما وصفنا من صحّة الإقرار مع ترك الإشارة إلى تلك العين ثبت أنّ اختلافهما في جهة ثبوت الدين في مسألتنا لا يوجب اختلافًا في نفس المقرّ له.

فإن قال قائل: إنّ الأعيان في الغصوب لا تملك بالبراءة، فلذلك وجب أن يكون مبرئًا له من الدين بقوله: لم تقضني[1623] ألفًا، فيبطل إقراره، ولا يبطل ملكه عن العبد بإبرائه من الغصب، فلذلك لم يبطل إقراره بدعواه الوديعة.

قيل له: هذا خطأ، لأنّه قد يبطل الإقرار بغصب الغير بالردّ، لأنّه لو قال: غصبتك هذا العبد، فقال المقرّ له: لم تغصبني، وسكت، ثم أراد أخذه لم يكن له ذلك كما أنّه إذا قال لك: عليّ ألف درهم، فقال المقرّ له: ما لي عليك ألف درهم برئ، ثم لما لم يكن قوله: "ما غصبته ولكنّي أودعتكه" ردًّا لإقراره وجب ألّا يكون قوله: "ما غصبتني ألفًا، ولكنّها قرض" ردًّا لإقراره، وإنّما لا يملك العين التي قد صحّ ملكها [216أ] للمشتري بالبراءة. فأمّا ردّ الإقرار فلا يختلف فيه العين والدين.

مسألة

قال محمد: ولو قال المقرّ: هذه الألف التي في يديّ غصْب غصبتُها منك، وقال المقرّ له: "ما غصبتني هذه الألف ولكن لي عليك ألف درهم من ثمن بيع قد قبضتَه منّي"، فقال المقرّ: "ما لك عليّ شيءٌ، ولا هذه الألف لك"، فإنّ المقرّ له يأخذ المقرّ بألف درهم، وليس له أن يأخذ تلك الألف التي أقرّ بها بعينها.

[1623] لم تقضيني.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المقرّ اعترف له بشيئين بضمان عين فنفى المقرّ له ملك العين، ولم ينف الضمان، ونفيه لملك العين لا يكون نفيًا للضمان الذي اتّفقا عليه، وإنّما لم يكن للمقرّ له أخذ تلك الألف بعينها من قِبل أنّه قد أبرأ المقرّ منها.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ المقرّ قال: هذه الألف التي[1624] لك عندي وديعة، فقال المقرّ له: ما هي عندك لي وديعة ولكنّي أقرضتكها قرضًا، فقال المقرّ: ما هي عندك لك وديعةً ولا قرضًا، فإنّ المقرّ له يأخذها بعينها من المقرّ.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهما معترفان بوصولها إلى يد المقرّ من جهته المقرّ له، فالقول قول المقرّ له في الوجه الذي به خرج من عنده، لأنّ كلّ من خرج من عنده شيء فالقول قوله على أيّ وجْه خرج إلّا أنّه مع ذلك لا يصدّق في إيجاب الضمان على غيره، فالمقرّ له يدعي للضمان، فلا يصدّق عليه ويأخذها بعينها.

فإن قال قائل: فإنّ المقرّ له قد أبرأه من العين حين ادّعى القرض وادّعى الضمان، ولم يعترف المقرّ بالضمان، فينبغي أن يبطل العين [216ظ] ولا يأخذ[1625] شيئًا.

قيل له: إنّ المقرّ له لم ينفِ وصولها إلى يد المقرّ من جهته، فإذا لم يصحّ القرض من حيث لم يصدّقه على الضمان وجب أن يأخذ العين كما لو قال: بعتكه، فلم يصدّقه المقرّ أخذ المقرّ له عبده، لأنّه ادّعى تمليكه على عوضٍ، فإذا لم يسلّم له العوض رجع في العين وكذلك القرض.

باب من الإقرار أيضًا

قال محمد: وإذا قال رجلٌ لرجلٍ: لي عليك ألف درهم، فقال الآخر: الحقّ أو قال: اليقين أو قال: الصدق كان هذا إقرارًا.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ ما كان ظاهره جوابًا من المدّعى عليه فهو إقرار، وذلك أنّ دعوى المدّعي يقتضي جوابًا من المدّعى عليه، فإذا أتى المدّعى عليه بلفظ ظاهره أنّه جواب حمل على ذلك إلّا أن يزيله العُرف عن معنى الجواب ويخرجه عن باب التصديق، وإنّما قلنا: إنّ ما كان جوابًا فهو إقرارٌ من قِبل أنّ حُكم الجواب أن ينطوي على المعنى الذي صار الكلام جوابًا عنه. ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿قَدْ[1626] وَجَدْنَا مَا وَعَدَنَا رَبُّنَا حَقًّا فَهَلْ وَجَدتُّم مَّا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُوا نَعَمْ﴾[1627]، فعقل بقولهم: "نعم" الإقرار بجميع ما صار ذلك جوابًا عنه، ولو أنّ رجلًا قال لرجل: قد بعتك عبدي هذا بألف درهم، فقال: "قد اشتريت" يصحّ العقد بينهما، وكان بمنزلة قوله "قد اشتريته بما ذكرت من الثمن من

[1624] + في.
[1625] يعتقد
[1626] قالوا.
[1627] الأعراف، 44/7.

قبل" أنّ هذا القول اقتضى جوابًا من المخاطب [217أ] فلمّا خرج كلامَه مخرج الجواب حمل عليه، ولم يجعل كلامًا مبتدأً، فتبطل[1628] فائدته، ويزول معناه، وإذا ثبت ما وصفنا قلنا في قول المدّعى عليه الحقّ أو اليقين أو الصدق أنّه خارج مَخرج الجواب، فصار كأنّه قال: قلت الحقّ أو اليقين أو الصدق.

قال محمد: وكذلك لو قال: "حقًّا" أو "يقينا" أو قال: "صدقًا" كان إقرارًا.

قال أبو بكر: وذلك لمـّا وصفنا من خروجه مخرج الجواب فصار كقوله: قلت حقًّا أو يقينًا أو صدقًا.

قال محمد: وكذلك لو قال: "الحقّ الحقّ" أو "اليقين اليقين" أو "الصدق والصدق" أو قال: "حقًّا حقًّا" أو "يقينًا يقينًا" أو "صدقًا صدقًا" كان مثل ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه خرج مخرج الجواب. ألا ترى لا يستقيم أن ينفرد بنفسه، ولا يفيد معنى إذا أفرد عن غيره، وتكرار اللفظ فيه تأكيد له كقول الله تعالى: ﴿أَوْلَىٰ لَكَ فَأَوْلَىٰ ۝ ثُمَّ أَوْلَىٰ لَكَ فَأَوْلَىٰ﴾[1629]، وكما قال الشاعر[1630]:

هلّا سألت جموع كندة يوم ولّوا أين أينا

قال محمد: وكذلك لو قال: "الحقّ اليقين" أو "الحقّ الصدق" أو "الحقّ البرّ" أو "البرّ الحقّ" أو "البرّ الصدق" أو "الصدق البرّ" كان إقرارًا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ هذه الألفاظ مستعملة في الجواب وإيجاب التصديق على وجه. ألا ترى أنّه قد يقال: صدقت وبررت.

قال محمد: ولو قال: "الحقّ حقّ" أو "اليقين يقين" أو "الصدق صدقٌ" [217ب] لم يكن هذا إقرارًا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ ظاهر ذلك أنّه كلام مبتدأ، لأنّه مبتدأ[1631] وخبر، فهي جملة مستأنفة مكتفية بنفسها عن كونها جوابًا، وإذا استغنى اللفظ بنفسه في إيجاب الفائدة دون أن يكون جوابًا، فظاهره أنّه كلامٌ مبتدأ ليس بجواب. ألا ترى أنّهم قالوا: لو أنّ رجلًا قيل له: "إنّك تغتسل الليلة في هذه الدار من جنابةٍ"، فقال: "إن اغتسلت الليلة في هذه الدار فعبدي حُرّ"، ثم قال: عنيت من الجنابة وأردت به الجواب لم يُصدّق، لأنّه أنبأ[1632] بكلام ظاهره[1633] أنّه ابتدأ، ولو قال: "إن

1628 فيبطل.
1629 القيامة، 75/34-35.
1630 البيت لعبيد بن الأبرص (ت 600 مـ/25 ق هـ) (ديوان عبيد بن الأبرص، تحقيق حسين نصار، شركة ومطبعة البابي الحلبي، مصر، 1957م.؟)
1631 ابتدأ.
1632 أنبأ.
1633 ظاهرة.

فعلت فعبدي حرّ" كان جوابًا، وكان على الغسل من الجنابة، لأنّه لم يأت بلفظ يدلّ على الاستئناف في الظاهر. وكذلك لو قال له رجل: "اقعدْ فتغدِّ عندي"، فقال: "إن تغدّيت اليوم فعبدي حرّ" لم يكن جوابًا، وكان يمينًا مبتدأة، ولو قال: "إن تغدّيت أو أفعلت فعبدي حرّ" كان جوابًا، فكذلك ما وصفنا.

مسألة

قال محمد: ولو قال: "لي عليك ألف درهم"، فقال مجيبًا له: "البرّ" أو قال: "البرّ البرّ" لم يكن شيء من ذلك إقرارًا.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ لفظ "البرّ" غير مستعمل على الانفراد في إيجاب التصديق، فلم يكن ظاهره أنّه جواب عن كلام مخاطبه، فلم يحصل به تصديق للمدّعي.

قال محمد: ولو قال: "لي عليك ألف درهم"، فقال: "البرّ الصلاح" لم يكن إقرارًا.

قال أبو بكر: لأنّ هذه الألفاظ لا تستعمل[1634] بانفرادها في إيجاب التصديق في العرف والعادة.

قال محمد: وكذلك لو قال: "الحقّ الصلاح" أو "الصلاح [218ا] الحقّ" أو "الصدق لصلاح" أو "الصلاح الصدق" لم يكن شيء من ذلك إقرارًا.

قال أبو بكر: لأنّ "الصلاح" لا يكاد يطلق في الاستعمال إلّا في الأفعال دون الأقوال. ألا ترى أنّك تقول: "فلان يفعل الصلاح" و"يأتي الصلاح" و"هو من أهل الصلاح"، فيراد به الفعل، ولا يقال: فلان يقول: "الصلاح"، ولا يقال: "إنّ فلانًا صالح" إذا قال: "صلاحًا"، ويقال: "هو صلح" إذا فعل الصلاح، وإذا كان كذلك، ثم قرن الصلاح إلى الحقّ حصل الحقّ المبدوء يذكره هو الصلاح الذي بنى به، فلم يكن إقرارًا، وإن كان الحقّ لو انفرد كان إقرارًا، لأنّه وصله بما أخرجه عن حكم الإقرار كما لو قال: "الحقّ إن شاء الله" لم يكن إقرارًا، لأنّه قرن به ما أخرجه عن باب الجواب والإقرار، فكذلك ذكره للصلاح بعد الحقّ يخرجه من أن يكون إقرارًا.

فإن قال قائل: لما كان قوله: "الحقّ" إقرارًا، ثم قرن إليه "الصلاح" وجب أن يكون بمعنى الرجوع عن الإقرار فلا يقبل.

قيل له: ليس كذلك من قِبل أنّ الكلام يعتبر حكمه بآخره، فإذا حصل كلامه على أنّ ذلك الحقّ هو الصلاح، و"الصلاح" ليس بجوابٍ، فكذلك "الحقّ" الذي فسّره بـ"الصلاح". ألا ترى أنّه لو قال لفلان: "عليّ ألف درهم" لزمه ألف درهم. ولو قال موصولًا به، ولفلان كان بينهما نصفين، واعتبر حُكم كلامه بآخره ولم يقبل أنّه رجع عن بعض ما أقرّ به. ألا

[1634] لا يستعمل.

ترى إلى قول الله تعالى: ﴿فَوَيْلٌ لِّلْمُصَلِّينَ، الَّذِينَ هُمْ عَن صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ﴾[1635] لا جائز لأحدٍ أن يجعل الحكم لقوله: ﴿فَوَيْلٌ لِّلْمُصَلِّينَ﴾[1636] دون [218ب] ما أقرّ به من حالهم.

فإن قال قائل: أليس لو قال: "البرّ" لم يكن ذلك إقرارًا، وإذا قال: "الحقّ البرّ" كان إقرارًا، وذكره "البرّ" مع "الحقّ" لم يخرجه من كونه إقرارًا، فكذلك ذكر "الصلاح" مع "الحقّ" لا يخرجه عن معنى الإقرار.

قيل له: الفصل بينهما: أنّه قد يصحّ أن يعبر بـ"البرّ" عن الجواب في حال على وجه البيع، وهو أن يقول: "صدقت وبررتَ" أو يقول: "بررت في قولك"، فلمّا صلح البرّ للجواب في حالٍ، ثم قرنه إلى ما هو جواب في الظاهر لم يخرجه عن بابه ولم يزل معناه، وليس كذلك "الصلاح"، لأنّه لا يصلح أن يكون جوابًا بحالٍ. ألا ترى أنّه لو ادّعى عليه ألف درهم فقال: "صلحت" لم يكن جوابًا، وكذلك لا يقال: "صدقت وصلحت"، فلمّا لم يستعمل لفظ "الصلاح" في إيجاب التصديق بحال أزال حُكم اللفظ الذي هو جواب بنفسه عن ظاهره، ولما كان لفظ "البرّ" قد يُستعمل في إيجاب التصديق من وجه لم يزل حُكم لفظ الجواب عن حقيقته، ومعناه، فلذلك اختلفا، والله أعلم.

باب من الإقرار بالبيع في فساد أو غير فساد

قال محمد: وإذا كان لرجل غلامٌ ولآخر جارية فشهد كلّ واحد منهما على صاحبه أنّه أعتق مملوكه وهو يكذبه، ثم إنّ كلّ واحدٍ منهما اشترى مملوك صاحبه بمملوكه، فإنّ كلّ واحد منهما يعتق من مال الذي اشتراه قبضا أو لم يقبضا، ويضمن كلّ واحدٍ [219أ] منهما لصاحبه قيمة المملوك الذي اشتراه.

قال أبو بكر: لما لم يصدق واحد منهما على صاحبه في عتق[1637] مملوكه كان كلّ واحدٍ منهما باقيًا على ملك مالكه، فجاز عقدهما عليهما، وخرج كلّ واحد منهما من ملك بائعه إلى مشتريه، لأنّ كلّ واحد منهما مالك لما باع في الظاهر، فيجب أن يملكه المشتري أيضًا في الظاهر، وإذا حصل لكلّ واحدٍ منهما ملك ما اشتراه عتق عليه لاعترافه بأنّه حرّ. ألا ترى أنّ من اشترى عبدًا، ثمّ أقرّ أنّ البائع كان أعتقه لم يُصدّق على البائع وعتق عليه.

فإن قال قائل: إنّ كلّ واحد منهما إنّما أقرّ بالعتق، والعبد في ملك غيره، وأقرّ أنّ الإنسان غير جائز في ملك غيره، فينبغي ألّا ينفذ عليه إذا ملكه، لأنّه كان باطلًا في حال وقوعه.

قيل له: نحن لم نجز[1638] إقراره في ملك غيره، وإنّما أجزناه عليه في ملكه، وإن لم يكن مالكًا وقت الإقرار كما لو قال: "هذه المرأة أختي من الرضاعة" منعناه من تزويجها وإن لم يكن مالكًا لها في حال الإقرار كما لو تزوّجها، ثم أقرّ بأنّها

[1635] الماعون، 107/4-5.
[1636] الماعون، 107/5.
[1637] أعتق.
[1638] لم يجز.

أخته فسخنا النكاح بينهما، وكما لو قال في شاة مذبوحة[1639]: "هذه ميتة"، ثم اشتراها منعناه من أكلها، وكذلك لو أقرّ أنّ العبد الذي في يديّ زيد لعمرو، ثمّ مات زيد، فورثه أمر بتسليمه إليه، وكذلك لو قال: "لفلان على زيدٍ ألف درهم"، ثم مات زيد، فورثه المقرّ كان المقرّ له أولى بماله من المقرّ حتى يستوفى دينه.

فإن قال قائل: فهما معترفان أيّهما اشتريا عبْد الحرّ، [219ب] فلم أنفذت[1640] عتق كلّ واحد منهما فيما اشتراه مع اعترافهما بأنّ واحدًا منهما لم يحصل له ملك بالشراء.

قيل له: إنّهما غير مُصدّقين على ذلك في إبطال الحريّة عن العبد، لأنّ حكم إقرار الإنسان يجوز عليه ما كان منه على نفسه ولا يجوز على غيره. ألا ترى أنّه لو اشترى دارَ العبد، ثمّ يصادقا أنّ العبد كان حرًّا لم يبطل ذلك حقّ الشفيع، ولم يكن تصادقهما على ذلك مسقِطًا لحقّ غيرهما، فكذلك ما وصفنا، ولذلك عتق كلّ واحد منهما على مشتريه قبل القبض، لأنّا لم نجعل البيع فاسدًا في حقّ العبد، بل جعلناه صحيحًا وأمضينا عتقه فيه.

فإن قال قائل: فإنّ العبد والجارية جميعًا معترفان بالحريّة ومصدّقان لهما على بُطلان العقد.

قيل له: لا يجيزه في ذلك بتصديقهما، لأنّ العتق لا يبطل بردّهما، ولا يحتاج في صحّته إلى قبولهما، فلذلك نفذ عتقهما، وأيضًا فإنّا لو اعتبرنا ما تضمنه[1641] إقرارهما من فساد العقد وبطلانه بالحريّة التي اعترفا بها، فلم يصحّح بيعًا بينهما من أجل ذلك لوجب أن يردّهما رقيقين إلى ملك مواليهما، ولا جائز فسخ بيع لأجل حريّة لا يحكم بها إذا فسخناه، وإنّما ضمن كلّ واحد منهما لصاحبه قيمة مملوكه من قِبل أنّهما معترفان بفساد البيع، فيلزمهما في أنفسهما ما اعترفا به. ألا ترى أنّهما لو لم يكونا أقرّا بالعتق، ولكن كلّ واحدة منهما أعتق ما اشترى، ثم اتّفقا أنّه قد كان شرط عليه في الجارية ألّا يبيع ولا يهب [220أ] أنّه يضمن قيمتها، وكذلك مشتري العبد يضمن قيمته، فكذلك ما وصفنا.

قال محمد: ولو لم يقرّا بالعتق، ولكن كلّ واحد منهما شهد على صاحبه أنّ المملوك الذي في يديه لفلان، وكذّبه المشهود عليه، ثم تبايعا المملوكين، فالبيع جائز قبضا أو لم يقبضا، ولم يأخذ المقرّ له بالجارية الجارية من الذي اشتراها، ويأخذ المقرّ له بالغلام الغلام من الذي اشتراه، ولا يضمن واحد منهما لصاحبه شيئًا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ العقد لما أوجب التمليك في الظاهر، ولم يحصل بينهما إقرار بأنّ العقد لم يقع، وإنّما ملكه المقرّ له ملكًا بعد وقوع البيع لم يرجع على صاحبه بشيء كمن اشترى عبدًا، ثم أقرّ به لغيره لاستحقاق وقوع العقد فيه، وأخذ

[1639] مذتوجه.

[1640] نهم أبعدت

[1641] ما يضمّنه.

المقرّ له العبد بإقراره ليس باستحقاق، والعقد الواقع لا يبطل انتصادفهما على بطلانه أو بورُود الاستحقاق عليه، فلمّا يردّ استحقاق في مسألتنا كان العقد باقيًا بحاله، ولم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ أحدهما شهد على صاحبه أنّه قد دبّر مملوكه، وشهد الآخر على هذا أنّ العبد الذي في يده لفلان، ثم تبايعا المملوكين، فإنّ المقرّ بالتدبير يكون الذي اشتراه مدبّرًا من ماله، فإذا مات الذي باعه عتق، والمقرّ لفلان يجب عليه تسليم المملوك إلى المقرّ له، ولا يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء.

قال أبو بكر: وإنّما جاز البيع لما وصفنا من أنّ كلّ واحد منهما قبل البيع مالك لما في يده جائز التصرّف [220ب] فيه في[1642] الظاهر على ما بيّنا، ولا يغرم واحد منهما لصاحبه شيئًا، لأنّهما لم يجمعا على فساد البيع، وإنّما أقرّ أحدهما بالتدبير في مملوك صاحبه، والآخر لم يقرّ في مملوكه لمثل ذلك، فلذلك لم يرجع عليه بشيء. ألا ترى أنّ من شهد على رجل أنّه دبّر مملوكه، ثم اشتراه منه ولم يرجع عليه بشيء، وصار المملوك مدبّرًا في ملك المشتري.

قال أبو بكر: وهذه المسائل التي مرّت على ثلاثة أقسام الأولى أجمعا فيها [على] فساد البيع، والقسم الثاني أجمعا فيه على جواز البيع، وفي هذه الآخرة أن على أحدها الفساد ولم يصدقه الآخر.

مسألة

قال محمد: ولو شهد كلّ واحد منهما على صاحبه أنّه كان[1643] مملوكه، ثم إنّهما تبايعا المملوكين، ثم ارتفعا إلى القاضي، وطلب الغلامان الكتابة، فأقرّ المشتريان بما وصفت لك، فإنّ القاضي يسأل الغلامين البيّنة على مكاتبتهما، فإن لم تكن[1644] لهما بيّنة حلف كلّ واحد من المتبايعين للعبد الذي باعه بالله ما كاتبه، فإذا حلفا على ذلك جاز البيع، وفسخت الكتابة، وصار كلّ واحد من العبدين عبد الذي اشتراه غير مكاتب.

قال أبو بكر: المشتري لا تلزمه[1645] الكتابة في ملكه بإقراره بالكتابة في ملك الغير. ألا ترى أنّه لا يعتق بأدائها إليه، فلم يجز أن يجعله مكاتبًا في ملكه، إذ لا تصحّ[1646] الكتابة إلّا بوجوب صحّة الأداء إلى مولى معلوم ولم يثبت، ههنا مولى يؤدي إليه الكتابة، فبطلت.

1642 [illegible]
1643 كانت.
1644 فان لم يكن.
1645 لا يلزمه.
1646 لا يصحّ.

فإن قال قائل: فهما معترفان بفساد البيع لإقرارهما جميعًا [221أ] في كلّ واحد من العبدين بالكتابة، فهلّا فسختْ البيع من أجل ذلك.

قيل له: لأنّا لو فسخناه ورددنا كلّ واحد من العبدين إلى ملك بائعه لم يكن مكاتبًا في ملكه، ولا جائز فسخ البيع لأجل كتابة لا تثبت[1647] على البائع، وليس إقرارهما بالكتابة كإقرارهما[1648] بالعتق، لأنّ العتق ينفذ في ملكه، وليست صحّته موقوفة على معنى لا يثبت في ملك المقرّ. وأمّا الكتابة فإنّها يلحقها الفسخ، وصحّتها موقوفة على الأداء إلى مولى معلوم، فلمّا لم يثبت إليه الأداء ولا إلى الأوّل لم يصح بها الكتابة بلا أداء فبطلت.

فإن قال قائل: هلّا ألزمت المشتري ما تضمّنه إقراره بأنّ العبد إذا جاء بمال الكتابة، وخلا بينه وبين البائع عتق.

قيل له: إنّما تصحّ[1649] التخلية لمن لزمه القبض، فأمّا البائع فلم يلزمه القبض، فلا يجوز أن يجعل تخلية العبد بين المولى الأوّل وبين مال الكتابة قبضًا، وهو فلم يلزمه القبض فلم يثبت للتخلية بينه وبين المال حكم.

مسألة

قال محمد: ولو كان أحد المشتريين قال لصاحبه قبل الشراء: "إنّك قد رددت عبدك"، وقال الآخر لصاحبه: "إنّك قد كاتبت عبدك على ألف درهمٍ، ثم إنّ كلّ واحدٍ منهما اشترى عبد صاحبه بعبده، فإنّ الذي أقرّ بالتدبير يكون العبد الذي اشتراه مدبّرًا من ماله، فإذا مات الذي باعه إيّاه عتق. وأمّا الآخر فإنّ العبد عبده، ولا يكون مكاتبًا، ولا يبطل فيه البيع.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الكتابة لما بطلت [221ب] لما وصفنا حصل إقرار أحدهما بالتدبير فحسب، فيجوز البيع فيهما، ولا يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء.

قال أبو بكر: ولم يذكر محمد الاستحلاف، ولا بدّ من استحلاف البائع على الكتابة إذا طلب ذلك العبد، فإذا حلفا كان الجواب على ما مرّ من جواز البيع، وإن نكل عن اليمين فسخ البيع في المكاتب، وردّ إلى صاحبه مكاتبًا، وقد ذكر محمد اليمين في المسألة الأولى فلم يعُدّ ذكرها اكتفاء بما تقدّم.

[1647] لا يثبت.
[1648] كاقراهما.
[1649] انما يصحّ.

باب من الإقرار بالعيب الذي يُردّ به والذي لا يُردّ به

قال محمد: وإذا قال لرجل لجاريته: "يا سارقة" أو "يا آبقة" أو "يا زانية" أو "يا مجنونة"، ثم باعها من رجل، وقبضها المشتري، فوجدها سارقةً أو آبقة أو مجنونة أو زانية، وأنكر البائع أن يكون ذلك عنده، فالقول قوله، ولا يكون قوله الأوّل إقرارًا بالعيب.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ ذلك كان منه على وجه النداء، وقد يُطلق مثل ذلك في العُرف، ولا يُراد به التحقيق ولا الوصف، وإنّما يراد به اللقب، وإذا احتمل اللفظ الإقرار واحتمل اللقب والمجاز لم يكن إقرار من قِبل أنّ الإقرار لا يثبت بالاحتمال. ألا ترى أنّهم قد يقولون للأسود: "كافور" وللحبشي: "أبو البيضاء"، ولا يريدون به تحقيق الوصف.

قال محمد: وكذلك لو قال: "هذه السارقة الخبيثة فعلت كذا" أو "هذه الزانية" أو "المجنونة فعلتْ كذا" لم يكن إقرارًا.

قال أبو بكر: [222أ] لأنّ ذلك خرج مخرج الشتيمة ولا يراد به التحقيق. ألا ترى أنّه يقول: "هذا الكلب فعل كذا وهذا الحمار فعل كذا"، ولا يراد به تحقيق ذلك، وإنّما يراد به الشتيمة.

قال محمد: ولو قال: "هذه السارقة" أو "هذه الزانية" أو "المجنونة" لم يرد على ذلك كان هذا إقرارًا، وكذلك لو قال: "هذه سارقة" أو "آبقة" أو "زانية" أو "مجنونة" من قِبل أنّه لم يكن حال يدلّ على الشتم، فحصل قوله على وجه التبرّي من العيب، والإخبار بأنّها معيبة، فلمّا لم يكن للفظ وجهًا غير الإقرار انصرف إليه، وليس كذلك قوله: "هذه السارقة فعلت كذا" فتصل[1650] الصفة بفعل، لأنّه حينئذ ظاهره الشتم.

فإن قال قائل: لا فرق في القذف بين أن يقول: "هذه الزانية" فيسكت عليه وبين أن يصله بقوله: "فعلت كذا" وفي الغضب والرضا والبذاء، فيُجلب في هذه الوجوه كلّها، فهلّا جعلت قوله في هذه الوجوه أيضًا إقرارًا.

قيل له: إنّما استوت حالة القذف في هذه الوجوه، لأنّ المقذوف بريء ممّا قد قذفه به في الظاهر، فعلى أيّ وجه حصل الوصف منه بذلك وجب الحدّ، لأنّه حقّ للمقذوف، فليس يتعلّق حدّ القذف بكونه صادقًا، لأنّه لو كان صادقًا على الحقيقة لما وجب الحدّ. وأمّا صحّة الإقرار فيتعلّق بإثبات المعنى له حقيقة، فإذا لم يكن ظاهره التحقيق لم يكن إقرارًا فكذلك اختلفا. وأيضًا فإنّه قد يجوز أن يذكره في الجارية ويريد به البراءة من العيب [222ب] فإذا كان ظاهرة ذلك كان إقرارًا، واحتمال ذلك معدوم في قوله ذلك للأجنبيّة فلم يكن له وجه إلّا القذف.

[1650] فيصل.

باب من إقرار الوارث بالعتق بعد موت الميّت ثم يموت يعفو من إقراره

قال محمد: وإذا ترك الرجل ثلاثة أعبد قيمة كلّ واحد منهم ثلاثمائة لا مال له غيرهم، وترك ابنًا لا وارث له غيره، فقال الوارث: أعتقَ والدي هذا في مرضه وهذا، ثمّ مات، فإنّه يعتق من كلّ واحدٍ منهم ثلثه، ويسعى في ثلثي قيمته.

قال أبو بكر: وذلك أنّ الكلام لما كان كلّه موصولًا معطوفًا بعضه على بعض بحرف الجمع، وهي الواو صار بمنزلة قوله "أعتقهم أبي في مرضه"، فيسعى كلّ واحدٍ في ثلثي قيمته. ألا ترى أنّه لو قال: "لفلان عليّ ألف درهم" ولفلان كانت الألف بينهما نصفين، وصار هذا بمنزلة قوله: "لهذين عليّ ألف درهم"، ولا يشبه هذا قوله لامرأته وهي غير مدخول بها "أنت طالق وطالق"، فيقع الأولى دون الثانية من قِبل أنّ كلّ واحدة من التطليقات موقعة على حيالها على جهة الابتداء غير معلّقة بعضها ببعض فوقعن على حسب وجودهن في لفظه. وأمّا الإقرار فإنّه يستبدّ جميعه إلى حالة واحدة، لأنّه إخبار فكأنّه قال: "أعتقهم معًا" وكقوله: "لهذين على ألف درهم". [223أ] ألا ترى أنّه متى أقرّ لهم معًا كانت لهم رقبة واحدة وصيّة، ولو انفرد إقراره لأحدهم استحقّ الثلث كلّه كما لو أفرد واحدًا بإقراره بألف درهم استحقّ جميعها، ثم إذا دخل غيره معه استحقّاها نصفين، فيتعلّق بعضه ببعضٍ، ويختلف حُكمه إذا جمع وإذا فرق. وأمّا التطليقات فإنّها لا يؤثّر بعضها في بعض اجتمعن أو تفرّقن، فلذلك لم يقف حكم الأولى على الثانية.

قال محمد: فإن مات واحد منهم قبل أن يؤدّي شيئًا فإنّ الباقيين يسعى كلّ واحد منهما في ثلاثة أرباع قيمته.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه اعترف لهم بالثلث، فيحصل جميع[1651] التركة تسعة لكلّ واحد منهم واحد من رقبته ويسعى في سهمين، فلمّا مات واحد منهم صار مستوفيًا لوصيّته، لأنّه قد مات وقد عتق منه سهم ولم يؤدّ من السعاية شيئًا، فبقي من الوصيّة سهمان للعبدين الباقيين، وبقي حصّة الوارث ستة أسهم، فيكون ذلك ثمانية أسهم: ستة منها للورثة وسهمان وصية العبدين، فحصل لكلّ واحد منهما رُبع رقبته ويسعى في ثلاثة أرباعها، لأنّ كلّ رقبة الآن حصل أربعة لصاحبها فيها سهم واحد وصيّة وثلاثة للورثة، وقد دخل على الوارث أيضًا ضرر بموت الميّت منهما، لأنّه كان يستحقّ رقبتين قبل الموت، وإنّما يحصل له الآن رقبة ونصف وهو ستة من ثمانية، وإنّما تعتبر[1652] السهام اعتبارًا. فأمّا [223ب] الضرر[1653] فقد زعم الجميع بموت الميّت منهم، وإنّما لم يجعل للعبدين ثلث ما بقي من المال بعد موت أحدهم، لأنّ الميّت قد استوفى وصيّة، ولم يؤدّ شيئًا من السعاية، فسعايته باقية لم يحصل للورثة منها شيء. فلو جعلنا للباقيين[1654] سهمين من ستة من الرقبتين، وقد استوفى الميّت سهمًا، ولم يبقَ من مال الميّت إلّا ستة لحصلت الوصيّة ثلاثة أسهم، وحصل للورثة أربعة أسهم من الرقبتين الباقيتين، فكانت تكون الوصيّة أكثر من الثلث وهذا لا يجوز، لأنّه لا يجوز أن

[1651] جمع.
[1652] وانما تعبرت.
[1653] [illegible]
[1654] للباقين.

يحصل من الوصيّة شيء وقد حصل للورثة مثله[1655] كما لا يجوز أن يستحقّ البائع الثمن إلّا مع حصول المبيع للمشتري، وكذلك هذا في غير العتق لو أنّ رجلًا له على رجل ألف درهم دين وله ألفا درهم عين، فأوصى للذي عليه الدين بما له عليه، ثمّ مات، فهلكت الألفان العين قبل أن يقبضهما الورثة أنّه لا يسلّم للموصى له إلّا ثلث ما عليه، ولذلك نظائر كثيرة. وإذا كان ذلك كذلك وجب في مسألتنا أن يكون تواء السعاية عليهم جميعًا، ويحصّ واحدًا منهم بضررها دون الباقيين.

قال محمد: وإن مات اثنان سعى الباقي في ستة أسباع قيمته.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الثاني أيضًا مات، وقد استوفى وصيّته من العتق، ولم يؤدّ شيئًا من السعاية، فيضرب الوارث في رقبة الباقي بستة، ويضرب هو بواحدٍ، فيكون على سبعة، وقد استوفى الميّتان سهمين، فيحصل [224ا] جميع الوصيّة ثلث مال الميّت.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ الوارث قال: "أعتق والدي هذا في مرضه"، ثم سكت، ثم قال: "أعتق والدي هذا في مرضه لعبد آخر"، ثم سكت، ثم قال: "أعتق والدي هذا في مرضه للباقي منهم"، فإنّ الأوّل يعتق كلّه ونصف الثاني وثلث الثالث.

قال أبو بكر: والأصل في ذلك: أنّ ما تضمّنه إقرار الإنسان من الحقّ، فما كان منه على نفسه فهو جائز، وما كان منه على غيره فهو باطل، فلمّا بدأ بالأكثر فقال: "أعتق والدي هذا في مرضه"، فقد أقرّ له بالثلث كلّه فيعتق، وأقرّ للثاني بنصف الثلث، لأنّه أقرّ له بعد إقراره للأوّل، فيضمن إقراره للثاني أنّ الثلث بينه وبين[1656] الأوّل فلا يقبل رجوعه عن نصف ما أقرّ به للأوّل، ويقبل فيما لزمه به للثاني، وفي إقراره للثالث أنّ الثلث بينهم أثلاثًا فلا يُصدّق على الأوّلين، ويُصدّق على نفسه في أنّ الثالث قد استحقّ ثلث رقبته.

قال محمد: فإن مات الأوّل سعى الثاني على حاله في نصف قيمته والثالث في ثلثي قيمته، لأنّ كلّ واحدٍ منهما إنّما تعامل الوارث على حسب اعترافه له، فيقول: إنّ الأوّل لو كان باقيًا لم يسع[1657] في شيء، لأنّك أنت المتلف لسعايته بإقرارك له بدءًا دوننا فإذا كان كذلك كان موت الأوّل وحياته سواء، لأنّ ثلثي رقبته كأنّه في يدك، لأنّك أتلفته.

قال محمد: ولو مات الأوسط ولم يمت الأوّل ولم يسع[1658] في شيء، وكان [224ب] بقي من[1659] رقبته ثمانية وسبعون درهمًا وأربعة أسباع درهم ويسعى فيما بقي.

[1655] مثلاه.
[1656] + وبين.
[1657] لم يسعى.
[1658] ولم يسعى.
[1659] [illegible]

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لو قال: "أعتقهم جميعًا في كلمة واحدة"، ثم مات اثنان كان رقبة الثاني على سبعة للوارث ستة أسباعها وسُبعها وصيّة للعبد، فكذلك الثالث تعامل بحسب ذلك، فيحتاج أن ينظركم الباقي من مال الميّت، فنقول: إنّا جعلنا كلّ رقبة ثلاثة، وما استهلكه الوارث بإقراره فكأنّه حاصل في يده، فكان الواجب على ما تضمّنه إقراره للأصغر أن يكون الثلث بينهم أثلاثًا لكلّ واحدٍ سهم، فقد استهلك الوارث من رقبة الأكبر سهمين ومن رقبة الأوسط سُدس رقبة وهو نصف سهم، فكان ذلك قائم من مال الميّت وذلك خمسة أسداس رقبة وهو مئتان وخمسون، وقد بقيت رقبة الأصغر وهي ثلاثمائة فذلك خمسمائة وخمسون، لأنّ النصف الهالك من رقبة الأوسط ممّا لم يستهلكه الوارث كأنّه لم يكن، إذ لم يكن مضمونًا على الوارث، وقد استوفى الأوّل سهمًا وكذلك الأوسط، وبقي من الوصيّة سهم واحدٌ وللوارث ستة، فما بقي من المال فهو بين الباقي وبين الوارث على هذا، فيسقط عنه من رقبته سبع وخمسمائة وخمسين، وذلك ثمانية وسبعون درهمًا وأربعة أسباع درهم، ويسعى في الباقي من قيمة رقبته.

قال محمد: وكذلك لو مات الأوّل والأوسط كان بهذه المنزلة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الأوّل [225ا] لا سعاية عليه، ولم يبقَ في رقبته إلّا ما حصل في ضمان الوارث للثالث، فلذلك كان موته وحياته سواء.

قال محمد: ولو مات الآخر وحده سعى الأوسط في نصف قيمته على ما كان، ولم يسع الأوّل في شيء.

قال أبو بكر: موت الآخر لا يؤثّر في حقّ الأوّلين، لأنّ ما عتق منه إنّما عتق بإقراره بعد استحقاق الأوّل جميع رقبته وللثاني نصف رقبته، فلذلك لم يتغيّر حُكمها بموت الآخر.

باب من الإقرار يدّعي الرجل أنّ بعض عبيده ولده في حياته وصحّته أو في مرضه

قال محمد: وإذا كان للرجل عبد ولعبده ابن ولابن عبده اثنان ولدا في بطنين مختلفين، وكلّهم يولد[1660] لمثل المولى، فقال في حياته وصحّته: "أحد هؤلاء ولدي"، ومات قبل أن يبيّن، وأنّه يعتق رُبع الأوّل وثلث الثاني، ويعتق من الأسفلين من كلّ واحدٍ منهما ثلاثة أرباعه.

فصل

قال أبو بكر: الأوّل رابع أربعة، فيعتق ربعه[1661]، والثاني ثالث ثلاثة فيعتق ثلثه، لأنّه حال[1662] العتق حالة واحدة على ذكره في الجامع، وأمّا الأصغران فإنّ أحدهما حرّ لا محالة، والآخر يعتق في حال ولا يعتق في أخرى فيعتق نصفه،

[1660] يلد.
[1661] + ربعه.
[1662] حالي.

فلمّا لم يُعرف الحرّ منهما ولا الذي نصفه حرّ كانت رقبة ونصف بينهما لكلّ واحدٍ منهما ثلاثة أرباع رقبة، ويسعى في الربع.

قال محمد: فإن كان المولى قال ذلك في المرض قسم الثلث [225ب] بينهم على هذا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ كلّ واحد منهم مستحقّ لهذا القدر من الحرّية بالقول الذي كان من المولى فيضرب به في الثلث.

قال أبو بكر: وقد يضمن هذا القول من المولى معنيين: النسب والحرّية، والنسب لا يثبت إلّا في معلوم، والحرّية تصحّ في غير معلوم، فلذلك استعملنا الأحوال في إيجاب الحرّية ولم نستعملها في النسب، ولأنّ النسب لا يتبعّض والحرّية تتبعّض[1663].

مسألة

قال محمد: ولو كان لرجل عبد، ولعبده ابنان، ولكلّ واحدٍ من الاثنين ابن، فقال المولى في صحّته: "أحدُ هؤلاء ولدي"، ثم مات قبل أن يبيّن[1664]، فإنّ الأكبر يعتق خمسة، وأمّا الأكبر يعتق من كلّ واحدٍ منهما أربعة، والأصغران يعتق من كلّ واحدٍ منهما ثلثاه.

قال أبو بكر: أمّا الأكبر فإنّما يعتق إن كان هو الابن، ويرقّ في أربعة أحوالٍ، لأنّ معه أربعة من العبيد سواه، فلذلك عتق خمسه. وأمّا ابناه فإن كلّ واحدٍ منهما يعتق بنفسه وبأبيه فهاتان حالة واحدة ويرق بابنه وبأخيه وبابن أخيه، فيرق في ثلاثة أحوال ويعتق في حال، فكلّ واحدٍ منهما ربع رقبته.

فصل

وأمّا الأصغران فأحدهما حرّ لا محالة، وأمّا الآخر فإنّه يعتق بنفسه وبابنه وبجدّه، فهذه أحوال العتق حالة واحدة، ويرقّ بعمّه وبابن عمّه، فله حالا رقّ وحال عتق، فعتق ثلثه فصار له ولأخيه رقبة وثلث بينهما نصفين.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا له عبد، ولعبده ابنان، ولكلّ واحد من الابنين ابن، ولكلّ واحد من ابن [226أ] الابن ابن كانوا سبعة، فقال المولى في حياته وصحّته: "أحد هؤلاء ابني"، ثم مات.

1663 يتبعّض.

1664 ابين فاذا

قال أبو بكر: العبد الأكبر يعتق إن كان هو الابن، ويرق في ستة أحوال، لأنّ معه ستة أعبد، فيعتق سبعة. وأمّا ابناه فكلّ واحد منهما يعتق بنفسه وبابنه، ويرقّ في خمسة أحوال، لأنّ معه خمسة أعبد سواه وسوى أبيه فحالا عتقه حال واحدة فعتق سدسَه. وأمّا ابنا الابنين فكلّ واحدٍ منهما يعتق بنفسه وبابنه وبجدّه فهذه ثلاثة أحوال حالة واحدة، ويرقّ في أربعة أحوال فيعتق خمسة. وأمّا الأسفلان فإنّ أحدهما حرّ لا محالة، ويعتق الآخر بنفسه وبابنه وبجدّه وبابن جدّه، فهذه أربعة أحوال واحدة، ويرق بعمّ أبيه وبعمّه وبالآخر الذي معه، فهذه أربعة أحوال يعتق رُبع رقبته فيكون له، والآخر الذي معه رقبة وربع رقبة بينهما نصفين لكلّ واحدٍ منهما خمسة أثمان رقبة، وذلك لأنّ الرقبة ثمانية والربع سهمان، فلذلك عشرة بينهما نصفين كلّ واحد خمسة أثمان رقبته ويسعى في ثلاثة أثمانها.

باب من الإقرار في القضاء في البيع الذي يُردّ به والذي لا يُردّ

قال محمد: وإذا اشترى الرجل جارية بيعًا فاسدًا، وقبضها، فحضر البائع يريد[1665] أحدها منه، فأقرّ المشتري أنّه وهب الجارية لفلان وقبضها منه، [226ب] ثم أودعه إيّاها، وقال البائع: لم يهبها، وفلان غائب، فإنّ القاضي يقضي للبائع بالجارية.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ حقّ البائع ثابت في النقض حتى يثبت ما يمنع منه، فلمّا أقرّ المشتري للغائب، وقد يجوز أن يكذّبه الغائب، فلا يثبت إقراره لم يبطل حقّ البائع، فرددناها إلى البائع من غير إبطال لحقّ الغائب، فإن حضر الغائب، فصدّق بالهبة أخذها من البائع، لأنّ المشتري قد كان جائز التصرّف فيها قبل النقض، فإذا صدقه الموهوب له تثبت الهبة، وصحّت قبل النقض، فبطل حقّ البائع فيه، إذ كان للمشتري إبطال حقّه قبل الفسخ، لأنّه سلّطه عليه. وكذلك لو كان مكان المشترى شراء فاسدًا رجلًا دفع إلى رجل جارية وكّله ببيعها، والجارية في يديه، فقال الوكيل: "قد بعتُها من فلان الغائب"، وأنكر الآمر، فالجواب فيه على ما ذكرنا، والعلّة فيه ما وصفنا. وكذلك العبد المأسور إذا اشتراه رجلٌ مسلم منهم بألف درهم، وأخرجه إلى دار الإسلام، فحضر مولاه الأوّل، وأراد أخذه بالثمن، فقال المشتري: "قد وهبته لفلان الغائب وقبضه منّي، ثم أودعنيه"، وكذّبه بذلك مولاه الأوّل، فإنّ القاضي يقضي لمولاه الأوّل بالعبد بالثمن، ولا يلتفت إلى بيّنته، لأنّه لم يحضر خصْمه يقبل عليه البيّنة. وإذا حضر الغائب فادّعى الهبة ردّ عليه العبد، وأخذه مولاه الأوّل بالقيمة، والمعنى فيه ما وصفنا.

مسألة

ولو اشترى رجل دارًا، ولها شفيعٌ، [227أ] فأراد الشفيع أخذها بالشفعة، فقال المشتري: "وهبتُها لفلان الغائب"، وأقام بيّنة لم يلتفت إلى بيّنته، وقضى للشفيع بها، فإن حضر الموهوب له فأراد أخذها لم يكن له ذلك.

1665 يزيد

قال أبو بكر: لم يقبل القاضي بيّنته، لأنّه لم يحضر عن الغائب خصم تثبت الهبة، وإذا حضر الموهوب له بعدما قضى بها للشفيع لم يأخذها، لأنّ القاضي قد نقض الهبة وفسخها حين قضى بها للشفيع. ألا ترى أنّ الموهوب له لو كان حاضرًا نقض هبته وقضى بها للشفيع، فكيف يحكم له في حال لو حكمنا لوجب نقضَه، ولا يشبه هذا ما تقدّم من المسائل، لأنّ الهبة لو كانت صحّت فيها بدءًا، وعلمناها، وحضر الموهوب له لم ينقضها لحقّ البائع ومولى المأسور والآمر، فلذلك اختلفا. وكذلك لو أنّ رجلًا أذن لعبده في التجارة فادّعى رجل عليه دينًا يحيط بقيمته، فأنكر مولاه ذلك، وحجر عليه، وأنكر ذلك العبد، وارتفعوا إلى القاضي، وادّعى مولى العبد أنّه باعه من فلان الغائب، ثم قبضه وأودعه إيّاه أو قال: "وهبتُه له وقبضتُه"، وأنكر ذلك المدّعي للدين، وأقام البيّنة على دينه، فإنّ القاضي يقضي على العبد بالدين، ويبيعه فيه. فإن باعه، ثم جاء الغائب، فادّعى ما قال المولى، وأقام البيّنة على ذلك لم يلتفت إليه، والقضاء والبيع ماضيان.

قال أبو بكر: وهذا مثل مسألة الشفيع، لأنّ البيع والهبة لو صحّا من المولى كان للغرماء نقضهما، فإذا حكم الحاكم بالبيع للغرماء كان ذلك حكمًا بفسخ البيع والهبة. [227ب]

قال محمد: ولو كان صاحب الدّين حين قضى له القاضي بالدّين لم يرد بيعه، وسأل القاضي أن يستسعيه له في الدين، فإنّ القاضي يفعل ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الغرماء يثبت حقّهم في الكسب كما يثبت في الثمن. ألا ترى أنّهم أولى بكسْبه من المولى فلذلك كان لهم أن يستسعوا.

قال محمد: فإن فعل يعني استسعاه للغرماء، ثم قدم الغائب فادّعى البيع، فإنّ القاضي ينفذ له البيع، فإن كان بقي من الدين شيء أمره أن ينفذه وإلا باعه للغريم فيما بقي إن أراد ذلك الغريم، وإن استسعاه حتى يستوفي ذلك كان ذلك كلّه له، ولم يكن فسخًا للبيع ولا للهبة.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن رحمه الله يقول: إنّ هذا حرف ملتبس يعني بقاء البيع مع استسعاء الغريم للعبد، لأنّ من أصلهم أنّ الغريم إذا سلّم البيع فليس له أن يستسعيه في ملك المشتري، ولا تقع[1666] السعاية إلّا في ملك الأوّل، فكان ينبغي أن يكون اختياره للسعاية نقضًا للبيع، وكان أبو الحسن يحتجّ لوجه جواب الكتاب بأنّه إنّما لم يكن فسخًا، لأنّه لم يحدث هناك ملك آخر، ولا معنى يوجب زوال ملك المشتري، إذ السعاية لا تنافي ملكه، فلذلك لم يجعله فسخًا، قال: "وهذا أقربُ ما فيه عندي[1667]".

مسألة

[1666] ولا يقع.
[1667] عبدي.

قال محمد: ولو أنّ رجلًا في يديه عبدًا ادّعى رجل أنه قتل وليًّا له خطأ، فقال الذي هو في يديه: "ما هو لي أودعنيه فلان، وهو له"، فإن أقام على هذا بيّنة سقطت عنه الخصومة، لأنّه قد بيّن أنّه ليس بخصمٍ، وأحاله [228أ] بالمخاطبة بالدفع، والفداء على الخصم.

قال محمد: فإن لم يقم الذي في يديه العبد البيّنة على الوديعة فإنّه خصم، ويقضى على العبد بالجناية، ويقال للذي في يديه: "ادفعْه" أو "افده"، فإن دفعه، ثمّ حضر المقرّ له، فإن شاء سلّم الدفع، وإن شاء فداه وأخذه العبد من وليّ الجناية.

قال أبو بكر: إذا حضر فصدّق المقرّ بالملك فله أن يفسخ الدفع ويفدي، لأنّه إقرار الذي العبد في يديه قد ثبت له مثل الدفع، فثبت له الحقّ في عينه قبل ثبوت حقّ وليّ الجناية في العين، فإذا أخذ العبد بإقرار المتقدّم للدفع حصل دفع المقرّ لملك المقرّ له بغير أمره، وليس حكمنا على الذي كان في يديه بالدفع أو الفداء مُبطلًا لإقراره به لفلان، بل هو محقّق له، لأنّه لا يخاطب بالدفع أو الفداء إلّا مالكًا في الظاهر، فصحّ أنّ إقراره واقع في ملكه فلذلك لزم.

فإن قال قائل: لِمَ لا كان هذا كإقراره بأنّه وديعة للغائب؟

قيل له: الفصل بينهما: أنّ الحكم بالملك للمستحقّ الخارج حُكم بأنّ الذي في يديه غير مالك، فحصل إقراره في ملك غيره، فبطل، وحكمه عليه بالدفع أو الفداء حكم في الظاهر بأنّ الملك له، وإذا كان الملك له في الظاهر جاز إقراره فيه، وكان للمقرّ له فسخُ الدفع بذلك الإقرار لتقدّم حقّه، وإنّ فداه الذي في يده فهو متطوّع، لأنّ في إقراره أنّه عبد للغائب، وأنّه قد أعبد غيره، ولم يكن واجبًا عليه، فلذلك كان متطوّعًا.

مسألة

قال محمد: [228ب] ولو أنّ رجلًا قتل عبدًا خطأً فلم يعلم المولى بالجناية حتى أقرّ أنّه باعه من فلان بعد أن وقعت الجناية، وجحد وليّ الجناية البيع، والمقرّ له بالبيع غائب، فخيّره[1668] القاضي بين الدفع والفداء، فدفعه، ثم حضر المشتري، فطلب عبده أخذه، وغرم المولى الأوّل قيمته، وإن كان الأوّل فداه فهو متطوّع، ولا يكون حكمه بالدفع حكمًا نقض البيع الذي أقرّ به مولى العبد للغائب.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ ثبوت حقّ الغائب يمنع الدفع، وحقّ وليّ الجناية لا يمنع من التصرّف ولا يبطله، لأنّه لو باعه مع علمه بالجناية أو أعتقه لم يكن للأولياء نقض ذلك، فلمّا لم يوجب حقّ وليّ الجناية إبطال حقّ الغائب متى صحّ الإقرار، ثم صحّ الإقرار بتصديق الغائب كان أولى، لأنّ حقّه بعد الدفع.

مسألة

[1668] فجبره.

قال محمد: ولو أنّ رجلًا اشترى من رجل جاريةً بيعًا فاسدًا، وقبضها، فجاء البائع يريد أخذها، فقال المشتري: قد وهبتها لفلان الغائب، وقبضها منّي أو بعتها منّي، ثم أودعنيها، ثم أعتقها بعدما أودعنيها أو يردّها أو وطأها، فولدت منه أو كاتبها، وجحد ذلك البائع، فلا سبيل للبائع في شيء من هذه الوجوه، ويقال للبائع: "خذْ القيمة من المشتري إلّا في المكاتبة خاصة"، فإنّه يأخذ الجارية، فيكون في يديه حتى يحضر الموهوب له.

قال أبو بكر: أمّا في الكتابة فإنّه يأخذها، لأنّ الكتابة يلحقها الفسخ، ولم يثبت بإقرار المشتري. ألا ترى أنّ الغائب لو جاء فكذّبه في جميع ما قال لم تثبت الكتابة، وصار ذلك عجزًا، لأنّه [229أ] لا يقدر على الأداء، فليست الكتابة ثابتة على كلّ حالٍ، ولا الفسخ فيها ممتنعًا، فلم يكن إقراره بها مُسقطًا لحقّ البائع كما لم يمنع إقراره بالهبة من ردّها إليه. وأمّا العتق والتدبير والاستيلاد فإنّه يسقط حقّ البائع في الفسخ من قِبل أنّه قد اعترف فيها بعتقٍ أو تدبيرٍ أو استيلادٍ من مالك يمنع الفسخ، وأقرّ بذلك فيها، وهو مالك في الظاهر، فصار كإقرار المشتري يعتق من بائعه، فينفذ العتق فيها لكونه مالكًا في الحال، ولا تبطله إضافته له إلى غيره. وأمّا الغائب إذا قدم فلا يخلو أمره من أحد ثلاثة أوجه: إمّا أن يصدّق بالهبة والعتق جميعًا، فيعتق من ماله، وإمّا يكذّبه بالهبة والعتق، فيعتق من مال المشتري، وإمّا أن يصدّقه بالهبة، ويكذّبه بالعتق، فيأخذها، ولم ينفذ العتق فيها، لأنّ إقراره بالهبة للغائب متقدّم لإقراره بالعتق، فإذا صحّت الهبة للغائب بإقراره صار المقرّ مقرًّا بالعتق في ملك غيره، فلا ينفذ إقراره.

باب الرجل يُقرّ بالرقّ وقد أعتق عبدًا له بجحد ما قال

قال محمد: وإذا كان الرجل لا يعرف حرٌّ هو أم عبد فاشترى عبدًا، فأعتقه، ثم أقرّ الذي أعتق العبد أنّه عبد لفلان، وصدّقه فلان بذلك، والعبد المعتَق يجحد ذلك، وللمقرّ بالرقّ ابن كبير حرّ يجحد ما قال، فمات العبد المعتق، وترك مالًا، فإنّ ماله كلّه لمولى الذي أعتقه إذا لم يكن له [229ب] عصبة، فإن ترك ابنة[1669] أيضًا كان لها النصف الباقي للمولى الذي أقرّ له بالرقّ.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ المقرّ مصدّق على نفسه فيما تضمّنه إقراره غير مصدّق على غيره في إبطال حقّه، فلمّا كان المقرّ لو لم يكن أقرّ بالرقّ كان الميراث له، وقد اعترف هو به لمولاه أخذه مولاه، ولا يصدّق في إبطال العتق عن المعتَق، لأنّ عتقه قد نفذ في الظاهر، فلا سبيل له إلى فسْخه بقوله، ويصدّق في أكسابه وجميع ما حصل في يده أنّه للمقرّ له. ألا ترى أنّ رجلًا لو قال: العبد الذي في يديّ زيد لعمرو، فمات زيد، وورثه المقرّ سلّمناه إلى عمرو. فكذلك ما حصل للمقرّ بالرقّ من جهة معتقه، فهو معترف به لمولاه الذي أقرّ له بالرقّ فسلّمه إليه.

قال محمد: ولو لم يمت المعتِق، ولكنّه جنى جناية سعى فيها، ولا تعقلها العاقلة.

1669 .اسا

قال أبو بكر: لأنّه لا عاقلة له بحصول الحكم في الظاهر برقّ[1670] مولاه الذي أعتقه، ومن لا عاقلة له فجنايته في ماله. ألا ترى أنّ جناية الذمّي في ماله لهذه العلّة، ولا يعقل منه بيت المال، لأنّه قد حُكم بأنّ له معتقًا له ولاؤه، وكان أبو الحسن يقول: يلزمه أرش جناية الحرّ بالغًا ما بلغ، لأنّه معترِفٌ أنّه حرٌّ، وقال: المعنى قول محمد يسعى فيها يعني إذا لم يكن له مال، فإن كان له مال ففي ماله.

مسألة

قال محمد: ولو جُنّـى عليه لم يكن فيها إلّا ما في الجناية على المملوك.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ مولاه لما لم يعلم [230أ] حريّته بدءًا، إذ لو عرفناها لم يصدّقه بأنّه عبد لغيره فلمّا حكم عبدًا لغيره لم يكن العتق الواقع منه محكومًا به عتقًا صحيحًا، فلذلك فيه أرش المملوك.

فإن قال قائل: أفليس قد حكمت به حرًّا في إلزامه الديّة في ماله، وتركت اعتبار قيمته في جنايته، فكذلك يجب أن يكون حكمُه في الجناية عليه.

قيل له: إنّما جعلنا جنايته جناية حرّ لاعترافه بذلك فألزمناه حُكم اعترافه. وأمّا في حقّ الغير فلا جائز أن يصدّقه عليه لأجل حريّة حكمنا بها في الظاهر، لأنّ الظاهر لا يستحقّ به على الغير، فلذلك لم يوجب فصل ما بين القيمة إلى الديّة بالظاهر، ولم يوجب القصاص فيما دون النفس في العمد.

فإن قال: يلزمك ألّا يورث المعتق من أخيه الحرّ المعروف كما لم يجعل له فضل ما بين القيمة إلى الديّة.

قيل له: إنّما قلنا: إنّ ظاهر لا يستحقّ به على غيره، والميّت قد زال ملكه بالموت، وإنّما يستحقّ ميراثه هذا المعتَق أو غيره ومن يأخذه على هذا الوجه، فغير مستحقّ على الميّت بل قائم فيه مقامه.

فإن قال: قد استحقَقْت بالظاهر على بيت المال، لأنّه كان يستحقّه.

قيل له: لم يثبت لبيت المال شيء، فيستحقّه، ولو جعلناه لبيت المال كنّا إنّما نزيله عن المعتق بقول المولى المقرّ [له] بالرقّ.

قال محمد: ولو أنّ المولى الذي أقرّ له أعتق المقرّ بالرقّ، ثمّ مات العبد الذي أعتقه أوّل مرّة كان جميع ما ترك للمولى [230ب] الذي عتق المقرّ بالرقّ إذا لم يكن له وارث غير المولى.

[1670] برق.

قال أبو بكر: من قِبل أنّه يزعم أنّه عبد مولاه الذي أعتقه، وأنّه أولى بما لزمته.

قال محمد: ولو أنّ العبد المقرّ بالرقّ مات، ثم مات بعد ذلك العبد المعتق الأوّل كان ميراثه لابن العبد المقرّ.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ إقرار المقرّ إنّما يصحّ في الشيء إذا أثبت حقًّا له، فإذا لم يثبت حقًّا له لم يصح إقراره فيه. ألا ترى أنّ رجلًا لو أقرّ أنّ هذا العبد الذي في يديّ زيد لعمرو، ثم ورث المقرّ العبد أمر بتسليمه إليه، لأنّ العبد قد حصل في يده، وملكه ولو أنّ المقرّ مات، ثم مات زيد، فورثه ابن المقرّ، لأنّه ابن أخيه لم يؤمر بتسليمه إلى عمرو من قِبل أنّ ابن المقرّ لم يحصل له ذلك من جهة أبيه، وإنّما حصل له من جهة زيد، فلمّا لم يثبت قبل حقًّا لأبيه لم يثبت إقراره فيه. وكذلك العبد المقرّ لمـّا مات، وترك ابنًا، فابنه إنّما ورث المعتق، ولم يرثه العبد المقرّ، ولم يحصل له ماله بوجه، فلم يستحقّه الابن من جهته، فلذلك لم يؤمر بتسليمه إليه.

باب من إقرار الميّت بالشراء في الدار من أحد الورثة ومن غريب في مرضه ولها شفيع

قال محمد: وإذا كانت الدار في يديّ رجل، وله ثلاثة بنين، فحضره الموت، فقال: "اشتريت هذه الدار من ابن هذا ومن هذا الغريب بألف درهم وقبضتها[1671] منهما، ولم أدفع إليهما الثمن"، فصدّقاه بذلك، ثم مات، وللدار شفيع، وأنكر الابنان الباقيان ذلك، فإنّ الشفيع يأخذ [231أ] الثلث الذي هو حصّة الابن المقرّ له بالبيع إن شاء بثلث الثمن، فإن اختار أخذه اشترك في الثمن الوارث المقرّ له والأجنبيّ في سائر ما ورثه الابن المقرّ له بالبيع حتّى يستوفيا تمام ألف درهم.

قال أبو بكر: لما أقرّ بشراء الدار من وارث ومن أجنبيّ، فقد أقرّ لهما بالثمن دينًا عليه، فلم يصحّ إقراره، لأنّه لوارثه في مرضه، ولا يصحّ إقراره للأجنبيّ أيضًا، لأنّه وقع متضمّنًا للشركة كذا يقتضي، فلمّا لم يجد سبيلًا إلى تصحيح الإقرار للأجنبيّ إلّا بصحّته للوارث، ولم يصح للوارث بطل، ولا يجوز تصحيحه للأجنبيّ عاريًا من الشركة، لأنّا متى فعلنا ذلك فقد أجزنا عليه إقرارًا لم يوجد منه. ألا ترى أنّ شاهدين لو شهدا أنّ لهما ولهذا الرجل على هذا ألف درهم أنّ شهادتهما للأجنبيّ باطل، لأنّها لو صحّت لاستحقّا جزاء منه، ولا سبيل إلى تصحيحها للأجنبيّ دونهما. فكذلك الإقرار فإذا لم يصح إقراره في حقّ سائر الورثة أخذ المقرّ له ثلث الدار بالميراث، وقد اعترف فيه بحقّ الشفيع، فيأخذه إن شاء، وقد اعترف للأجنبيّ ولنفسه بألف درهم دين في مال الميّت، وصدّقه الأجنبيّ، فيستوفيانه ممّا حصل في يده من الميراث.

قال محمد: فإن أنكر الغريب الأجنبيّ أن يكون الوارث شريكًا له، وقال: إنّما بعتُ أنا نصف الدار من الميّت فقط، وصدّق الابن أباه، فإن هذا والأوّل سواء في قياس قول [231ب] أبي حنيفة وأبي يوسف، والإقرار باطل، والدار بينهم أثلاثًا، ويأخذ الشفيع ثلث الدار الذي أصاب الابن المقرّ له بالبيع، وهذا والمسألة الأولى سواء.

[1671] فبضتها.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الإقرار في الأصل وقع فاسدًا لما تضمّنه من إيجاب الشركة بينه وبين الوارث، فلا يصحّحه إكذاب الغريب له بالشركة.

فإن قال قائل: لم يصح إقراره بإنكار الأجنبيّ الشركة كما أنّ رجلًا لو ادّعى أنّه اشترى هذه الدار من الذي هو في يديه، ثم أقام البيّنة على الهبة لم تقبل[1672] بيّنته.

فإن قال: جحدني الشراء، فاستوهبتهما منه قبلت بيّنته، فهلّا كان جحوده لدين الوارث مصحّحًا لحقّه.

قيل له: لأنّه لما قال: وهبة لي بعد الشراء، فقد ألغى الدعوى الأولى، وأتى بدعوى ثانية، والغريب في الإقرار إنّما يريد أن يأخذ المال بذلك الإقرار الموجب للشركة، ولا يدّعي استحقاقًا بغيره. وكذلك أن سأل عن البيع إلى العطاء إذا أسقط المشتري الأجل جاز البيع بإسقاطه الأجل، فهلّا جاز الإقرار بجحود الأجنبيّ الشركة.

قيل له: لأنّه البيع في الأصل كان صحيحًا، والأجل كان شرطًا ملحقًا به فاسدًا، فلمّا زال الشرط حصل العقد صحيحًا على ما تضمّنه اللفظ لولا الشرط. وأمّا الإقرار فلم يحصل قطّ إلّا على وجه الفساد، والشريك الأجنبيّ لا يُمكنه نفي الشركة فلذلك لم يصحّ. وأمّا قول محمد فإن أقرّه للأجنبيّ جائزٌ إذا [232أ] أنكر الشركة فيكون للأجنبيّ نصف الثمن دينًا في مال الميّت، ويأخذ الشفيع ثلثيّ الدار بثلثيّ الثمن أو يدع.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لما جاز الإقرار للغريب حصل للشفيع النصف بإقرار الميّت. والنصف الثاني بين البنين أثلاثًا للمقرّ له الثلث من ذلك، وهو سدس جميع الدار، فيضمّه إلى النصف، فيأخذ الثلثين. وذهب محمد في تصحيحه[1673] الإقرار للأجنبيّ بجحوده الشركة أنّ إقرار الإنسان جائز على غيره، فقد اعترف المريض لكلّ واحد منهما بخمسمائة الثمن، فيُصدّقه في دين الأجنبيّ، ولا يصدّقه في إيجاب الشركة بينه وبين الوارث، لأنّ ذلك حقّ على الأجنبيّ يريد إثباته بقوله، ولا يقبل قوله على غيره في إثبات حقّ الشركة، فلم يحصل في إقراره للأجنبيّ فساد، فصحّ ذلك له.

والجواب عن ذلك لأبي حنيفة: أنّ الأجنبيّ ما استحقّ بإقرار قطّ إلّا دينًا فيه شركة، فهو كإقراره بثمن على وصْف مثل أن يقرّ بأنّه دنانير أو فلوس، فلا يثبت إلّا ما أقرّ به، ولو كان الأمر على ما قال محمد لوجب إذا أقرّ لأحد بنين، فلم يعلم بصادقهما حتى مات، ومات المقرّ لا يجب حقّ الشركة بينهما حتى يعلم بصادقهما، لأنّ إقراره غير جائز على كلّ واحدة منهما في إيجاب الشركة، فثبت أنّ الشركة واجبة بنفس الإقرار، فلا يبطلها جحود أحدهما لها. ألا ترى أنّهما لو اصطلحا على إسقاط الشركة في ثمن عبد هما فيه شريكان [232ب] باعاه صفقة واحدة لم يعمل اصطلاحهما على ذلك في إبطال الشركة.

[1672] لم يتقبل.
[1673] نصحيحه.

قال محمد: ولو صدّق الابن الأجنبيّ بذلك، وقال: إنّما أقرّ لي الميّت بباطل، فإنّ الإقرار في قياس قول أبي حنيفة باطل أيضًا، ويقال للشفيع: "خذْ سدس الدار بسدس الثمن أو دعْ"، فإن أخذ ذلك أو لم يأخذه رجع الرجل الغريب فيما صار للابن المقرّ له من الميراث بخمسمائة درهم دينًا.

قال أبو بكر: الابن أيضًا لا يصحّ إقرار المريض لوقوعه فاسدًا في الأصل على مذهب أبي حنيفة على ما بيّنا إلّا أنّ الابن زعم أنّ أباه إنّما اشترى نصف دار مشاع، وإنّه إنّما حصل في يده من ذلك النصف ثلثه، وهو سدس جميع الدار، فيسلّمه إلى الشفيع، وقد أقرّ للأجنبيّ بخمسمائة دينًا في حال الميّت، فيبدأ به على ميراثه. وأمّا في قول محمد: فإن الشفيع يأخذ نصف الدار بنصف الثمن، لأنّ المريض يصدق في إقراره للأجنبيّ بشراء نصفها منه. وأمّا نصيب الابن فلا حقّ للشفيع فيه، لأنّ الابن لم يقرّ فيه ببيع، ولم يصح إقرار الميّت فيه.

باب من إقرار المرأة بالرقّ وهي تحت زوج يجحد ما قالت

قال محمد: وإذا تزوّجت المرأة رجلًا ولا يدرا أمة أو حرّة، فالنكاح جائز.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ كلّ متعاقدين دخلا في عقدٍ، فدخولهما فيه اعتراف منهما بجوازه، فأجزنا عليهما العقد بدخولهما فيه، إذ لم يبّن لنا فساده، ولأنّ أمور المسلمين محمولة على الصحّة حتى يتبيّن غيرها.

قال محمد: فإن ولدت منه أولادًا، ثم أقرت[1674] أنّها [233أ] أمة لرجلٍ، وصدّقها ذلك الرجل وكذبها الزوج، فإنّ أبا يوسف قال: ...[1675] ذلك هي أمة للمقرّ له، ولا يصدّق على إبطال النكاح.

قال أبو بكر: لأنّ إقرار الإنسان جائز على نفسه وغير جائز على غيره، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾[1676]، فلذلك لم يصدّق على إبطال حقّ الزوج في عقد نكاحها.

قال محمد: والولد الذين ولدتهم قبل الإقرار بالرقّ أحرار لا سبيل عليهم، وما ولدت من ولد لأقلّ من ستة أشهر فصاعدًا، فهم عبيد للمقرّ له في قول أبي يوسف، وفي قول محمد: الأولاد كلّهم أحرار لا سبيل عليهم.

قال أبو بكر: وجه قول أبي يوسف أنّ الأولاد بما يعتقون بحريّة موجودة في الأمّ في حال العلوق، فإذا علقت بهم وهي رقيقة لم يعتق الأولاد. ألا ترى أنّه لو قال لها: "ما في بطنك حرّ" أنّه إنّما يعتق من كان موجودًا في حال القول في بطنها، ومن حملت به بعد ذلك لا يعتق، لأنّ الأمّ رقيقة، فكذلك إذا كانت الأمة رقيقة فمن حملت به من الأولاد فهو رقيق، وأيضًا فليس في الأولاد الذين حملت بهم بعد الإقرار حريّة موقعة ولا معلّقة بشرط، فيكون في إقرارها بالرقّ

1674 إقرّت.
1675 هنا فراغ.
1676 الأنعام، 164/6.

إبطالًا لها وما لم يوجد بعد من الأولاد، وقد يجوز وجوده ويجوز ألّا يوجد، فليس إقرارها معتبرًا فيه، لأنّ الإقرار أنّما يصير سببًا فيه، وما كان الإقرار سببًا فيه فهي في الحقيقة لم تبطل[1677] بإقرارها سببًا، ولا يجوز أن يبطل الإقرار لأجل ما يصير سببًا فيه. ألا ترى أنّا لا نقبل شهادة النساء في الحدود، ونقبل شهادتهن في الأحصان وإن لم يثبت [233ᵛ] ...[1678] إلّا بوجوده، لأنّ الشهادة فيه كانت سببًا ولم تكن[1679] هي الموجِبة للرجم، فكذلك ما وصفنا. ألا ترى أنّ رجلين لو شهدا على رجل أنّه إقرار هذا الرجل ابنه، والأب ينكر، والابن يدّعي، فقضى القاضي بالنسب، ثم مات المشهود عليه، فورثه الابن، ثم رجعوا عن الشهادة أنّهم لا يضمنون لأخي الميّت شيئًا من الميراث، لأنّهم لم يستحقّوا بشهادتهم ميراثًا على الحقيقة وإن كان شبيه بشهادتهم، فثبت أنّ حكم النسب مخالف لحكم ما يؤول إليه. فكذلك إقرارها إذا صار سببًا في رقّ الأولاد لم يعتبر حكمه، واعتبر حالها في وقت الحمل، فإن كانت رقيقةً كان ولدها رقيقًا وإن كانت حرّة كان ولدها حرًّا.

ووجه قول محمد أنّه أنّما وقع عقد النكاح بينهما على أنّه يستحقّ وطء حرّة في الظاهر، لأنّ الظاهر في الناس الحريّة، فقد استحقّ حريّة الأولاد بالوطء الذي استحقّه بالعقد، فلا يصدّق على دفع ذلك، لأنّه لا يصل إلى حريّة أولاده المستحقّة بالوطء الذي أوجبه له العقد إلّا بالامتناع من الوطء المستحقّ بالعقد، وما استحقّه بالعقد من ذلك ثابت له، فلا يُصدّق على ما يُبطله.

فإن قال قائل: إنّما يتعلّق ثبوت نسب الولد منه بالفراش لا بالوطء، فلا تأثير لترك الوطء في ذلك.

قيل له: أجل إلّا أنّه مع ذلك لا يجوز أن يحمل[1680] أمر ولدها إلّا على وجه الصحّة، وأنّها جاءت به منه، ولا يجوز حمل أمرها في ذلك على أنّها جاءت به من الطريق.

قال محمد: فإن أعتقها المقرّ له بعدما قضى القاضي بأنّها أمة، فهي حرّة، وليس لها أن تختار نفسها.

قال أبو بكر: [234ᴵ] لأنّا لو جعلنا لها الخيار كان ذلك ثابتًا بقولها وإقرارها بالرقّ، [لأنّه] هو الموجِب للخيار عند العتق، فلذلك لم يصدّق عليه.

مسألة

[1677] لم يبطل.
[1678] غير مقروء.
[1679] ولم يكن.
[1680] أن تـحمل.

قال محمد: ولو أنّ الزوج آلى منها وهي أمة على حالها فمضى شهر، ثم أقرّت بالرقّ، فإنّ أبا يوسف ومحمدًا قالا في ذلك إيلائها شهران.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الزوج يمكنه الفيء في باقي الشهرين، فلم يكن في ذلك إبطال شيءٍ من حصّة.

قال محمد: ولو علم بإقرارها بالرقّ أو لم يعلم، فهو سواء إذا أقرّت بالرقّ، وقد بقي من إيلاء الأمة شيء، فإيلاؤها إيلاء أمة.

قال أبو بكر: وقال في الزيادات: ولو أقرّت بالرقّ والزوج لا يعلم بإقرارها فطلّقها اثنين، فهو يملك الرجعة، لأنّه لم يعلم بذلك، وهي بمنزلة الحرّة في جميع حالها فيما بينها وبين زوجها من الطلاق والعدّة والإيلاء حتى يعلم الزوج بإقرارها.

قال أبو بكر: فهذا يُوجب أن يكون إيلاؤها إيلاء حرّة في مسألة الجامع حتّى يعلم الزوج بإقرارها.

قال محمد: ولو أقرّت بالرقّ بعد مضيّ الشهرين كان إيلاؤها إيلاء حرّة.

قال أبو بكر: من قِبل أنّها لا تصدّق[1681] على إيجاب البينونة في الحال بقولها، وقطع حقّ الزوج عنها في الفيء إليها، وكذلك الاعتبار في العدّة في الطلاق الرجعي.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ زوج هذه الجارية آلى منها فمضى شهر، ثم آلى منها مرّة أخرى، فمضى شهر آخر، ثم أقرّت بالرقّ، فإنّ الإيلاء الأوّل إيلاء حرّة، والإيلاء الثاني إيلاء أمة.

قال أبو بكر: لأنّه لا يمكنه الفيء في الإيلاء الأوّل أن جعلناه إيلاء أمة، ويمكن ذلك في الثاني.

قال محمد: [234ظ] وكذلك لو أنّ زوجها آلى منها، ثم قال: "إذا مضى شهران فوالله لا أقربك"، فمضى شهر، ثم أقرّتْ بالرقّ، فإنّ ذلك بمنزلة أن يؤلي منها بعد شهرين، ثم يقرّ بالرقّ، فإيلاؤها الأوّل إيلاء حرّة، وإيلاؤها الثاني إيلاء أمة لما وصفنا.

مسألة

[1681] يصدّق.

قال محمد: ولو قالها: "إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق اثنتين"، فأقرّت بالرقّ قبل مجيء رأس الشهر، فإنّ طلاقها ثلاث.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّه متى أمكنه الرجوع فيما عقد من الطلاق، فأقرّت بالرقّ، ولم يرجع فيه، فطلاقها اثنتان، ومتى لم يمكنه الرجوع فيما عقد من الطلاق فهي ثلاث لا تتغيّر[1682]، والطلاق المعقود بمجيء رأس الشهر لا يمكن الرجوع فيه، فلا يُصدّق المرأة على البينونة، وكذلك إذا جعل أمر امرأته بيد رجل في تطليقتين، ولو قال لرجل: "طلّقْ امرأتي تطليقتين"، فأقرّت بالرقّ، ثم طلّق الرجل، فإنّها تبين بها لا تحل[1683] له إلّا بعد زوج.

قال أبو بكر: وهذا إذا علم الزوج بإقرارها بالرقّ، فلم ينه المأمور وإن لم يعلم فطلاقها ثلاث قد بيّنه محمد في غير هذا الموضع.

مسألة

قال محمد: ولو قال الزوج لامرأته: "إذا دخلتِ الدار فأنت طالق اثنتين" أو قال لها: "إذا كلّمتِ أباك فأنت طالق اثنتين" أو قال: "إذا صلّيتِ الظهر"، فأقرّت بالرقّ، ثم فعلت الذي حلف عليه الزوج من ذلك، فأنّ طلاقها ثلاث، ولا تبين بالثنتين.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ الزوج لا يمكنه الرجوع في اليمين، فلا يُصدّق المرأة على قطع الزوجية بثنتين.

قال محمد: ولو كان قال: "إذا [235ا] دخلتُ أنا الدار فأنت طالق اثنتين" أو قال لها: "إذا صلّيتُ أنا الظهر فأنت طالق اثنتين" فإنّ ذلك وقوله: "إن دخلت الدار" سواء من قِبل أنّ الطلاق وقع بفعله، وقد كان يمكنه ألّا يفعل المحلوف عليه، ولا يختلف في ذلك حكم الدخول والصلاة ونحوها. ألا ترى أنّه لو قال: "إذا صليتُ أنا الظهر" أو "دخلتُ أنا الدار فأنت طالق"، ففعل ذلك، وهو مريض إنّه فارّ في الوجهين جميعًا.

مسألة

وإذا تزوّج الرجل المرأة التي لا يعرف لها نسب، ثم أقرّت أنّها ابنة هذا الرجل، والرجل جدّ الزوج أو أبوه، وصدّقها بذلك الأب أو الجدّ، وكذّبها الزوج، فإقرارها جائز، ويفرّق بينها وبين زوجها.

قال أبو بكر: ثبوت النسب بينها بإقرارهما كهو لو ثبت بالبيّنة فيما يتعلّق به من الحكم، لأنّه لا سبيل لنا إلى إثبات النسب من الرجل إلّا من جهة قوله، وكان ما لا يتوصّل إلى إثباته إلّا من جهته وبإقراره، فقوله فيه كالبيّنة كالحيض الذي لا

[1682] لا يتغيّر.
[1683] يحل.

يعلم إلّا من جهة المرأة، فجعلنا قولها كالبيّنة في انقضاء العدّة ونحوه وإذا كان كذلك، ثم ثبت النسب بينهما بطل نكاح الابن، لأنّه ليس يجوز أن يجامع ثبوت النسب من الأب بقاء نكاح الابن عليها، وليس ذلك كبقاء النكاح مع إقرارها بالرقّ ذلك، لأنّه قد يجوز أن يجامع الرقّ بقاء النكاح فلم يصر الحكم برقّها نافيًا لنكاحها من جميع الوجوه، فلذلك اختلفا.

ولها بين المسألتين نظائر كثيرة من أصولهم منها: إنّ من باع جاريةً فولدت عند المشتري [235ب] لأقلّ من ستة أشهر، فادّعى البائع الولد أنّه مصدّق على ذلك، فإن كانا توأمين فأعتق المشتري أحدهما وأعتق الأمّ أيضًا، ثم ادّعى[1684] البائع الولد الباقي فسخ عتق المشتري في الولد ولم يفسخ في الأمّ، لأنّه يستحيل ثبوت نسب أحد التوأمين على وجه الاستيلاد دون الآخر، فصار أحدهما شاهدًا على الآخر، ولم يفسخ عتق المشتري في الأمّ، لأنّه غير ممتنع في الأصول ثبوت حريّة الأصل للولد دون ثبوت الاستيلاد في الأمّ. ألا ترى أنّ ولد المغرور حرّ الأصل والأمّ غير أمّ ولدٍ. وقد قالوا أيضًا في أحد التوأمين: إذا مات وترك مالًا، ثم ادّعى رجل آخر، وصدّقه ثبت النسب منه ومن الميّت، ولا يدخل الأب مع ورثته في الميراث من قِبل أنّ ثبوت النسب قد ينفرد عن الميراث. ألا ترى أنّ النسب قد يكون ثابتًا مع عدم الميراث بأن يكون كافرًا أو قاتلًا أو عبدًا، ولا ينفرد ثبوت نسبها من الأب من إفساد النكاح بينهما وبين الابن، فلذلك صار ثبوته شاهدًا على فسخه.

باب من الإقرار في المرض للمرأة بالدين الذي لها الأقلّ منه ومن الميراث

قال محمد: ولو أنّ رجلًا حضره الموت، وله امرأتان وأخٌ لأب وأمّ، فسألتُه إحديهما في مرضه أن يطلّقها ثلاثًا، ففعل، ثم أقرّ لها بدينٍ مائة درهم غير المهر، وقد استوفت مهرها بعد انقضاء عدّتها، ولم يترك إلّا أربعين درهمًا، فإنّ المرأة تأخذ[1685] الدراهم كلّها بدينها، وإن كانت العدّة لم تنقضي حتى مات أخذت المرأة المقرّ لها بالدين [236أ] خمسة دراهم[1686]، وأخذت المرأة الأخرى خمسة دراهم، وأخذ الأخ ثلاثين درهمًا.

قال أبو بكر: هذا الباب مبنيّ على ما سلف في الأبواب المتقدّمة في أنّها متى صارت غير وارثة لا بقولها، وقد أقرّ لها بدين[1687] في مرضه، وهناك دين في الصحّة، وأقرّ أنّ الرجل أجنبيّ في المرض ويكون فيما دينها أولى من الوصيّة، لأنّها لمّا خرجت من أن يكون وارثة زالت التهمة. ألا ترى أنّها لا يجوز أن تكون[1688] وارثة بعد انقضاء عدّتها ولو كانت في العدّة. وقد سألته أن يطلّقها ثلاثًا في مرضه، فلها الأقلّ ممّا كان نصيبها من الميراث لو لم يكن طلق، وممّا أقرّ لها به بعد خروج الثلث بالوصيّة من قِبل أنّا لو أعطيناها فضل ما بين الميراث والإقرار كانت إنّما تستحقّه[1689] بقولها

1684 المدّعى له.
1685 يأخذ.
1686 درهم.
1687 بذين.
1688 يكون.
1689 يستحقّه.

سهم على ذلك، ولا يصدّق ويعتبر كونها غير وارثة بقولها أو يعتبر قولها أن ينظر، فمتى كانت الفرقة الواقعة لو لم يكن بمسألتها كانت وارثة، ثم خرجت من الميراث بمسألتها علمت أنّها خرجت من الميراث بقولها، ومتى كانت الفرقة الواقعة بمسألتها لو أوقعها الزوج بغير مسألتها لم يكن لها ميراث علمت أنّ الفرقة لم تقع[1690] بقولها، فلم يكن هناك شيء ثبت لها، فيكون قاطعة له بإرادتها، وإذا كان ذلك كذلك صحّ لها الإقرار بالدين والوصيّة، وهو مثل أن يطلّقها قبل الدخول بمسألتها أو يطلقها بمسألتها بعد الدخول، وانقضت عدّتها، وما يأخذه من ذلك إذا مات، وهي في العدّة، فهو دين في حقّها، وميراث [236ب] في حقّ[1691] غيرها، لأنّها غير مصدّقة على إسقاط حقّ الغير، فلذلك بدأنا بالوصيّة قبل دينها[1692] واعتبرنا دينها بميراثها بعد الوصيّة، وإذا صحّ ما وصفنا من أصول الباب قلنا في مسألتنا أنّها لو لم تسأله[1693] الطلاق لكانت وارثة، لأنّه مات وهي في العدّة، فعلمت أنّها قطعت الميراث بسؤالها، وتوصّلت بذلك إلى تصحيح الإقرار لها بالدين، فاعتبرنا دينها بالميراث، وميراثها من الأربعين خمسة درهم، فأعطيناها ذلك.

قال محمد: ولو كان لم يترك أربعين درهمًا، ولكنّه ترك ثوبًا يساوي أربعين درهمًا لم يترك مالًا غيره، ومات وهي في العدّة، فإنّ للمرأة التي لم تطلّق[1694] ثمن الثوب، ويباع ثمن الثوب بخمسة درهم، فيعطى ذلك المرأة المقرّ لها بالدين ولا يكون للمرأة المقرّ لها بالدين ثمن الثوب.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّ ما يعطى من ذلك فهو دين في حقّها، فهي معترفة أنّها لا تستحق من الثوب شيئًا، فيباع ذلك لها، ولا يزاد على نصيبها من الميراث، لأنّه ميراث في حقّ غيرها.

قال محمد: ولو أنّ رجلًا حضره الموت، وله امرأة وأخ، فسألته المرأة أن يطلّقها ثلاثًا في مرضه، ففعل، ثم أقرّ لها بدين مائة درهم من غير صداقها، وقد كانت استوفت صداقها، ثمّ أوصى لرجل بثلث ماله، ثمّ مات قبل أن تنقضي[1695] عدّتها، وترك ستين درهمًا، فإنّ للموصى له عشرين درهمًا، وتأخذ المرأة رُبع ما بقي وهو عشرة.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا ولو كان مكان السبْق درهمًا ثوبًا يساوي ذلك كان للموصى له ثلث الثوب، ويباع [237أ] لها قدر العشرة منه.

1690 لم يقع.
1691 [illegible]
1692 ديتها.
1693 يسئله.
1694 يطلق.
1695 ينقضي.

قال محمد: وإذا طلّق الرجل امرأته ثلاثًا في مرة بأمرها، ثم أقرّ لها بدينٍ من غير صداقها، وأقرّ لرجل أجنبيّ بدينٍ، وأوصى لرجلٍ بثلث ماله، وترك أخاه، ثم مات الرجل بعدما انقضت عدّة المرأة، فإنّ المرأة تحاص الغريم الأجنبيّ فيما ترك الميّت حتى يستوفيا دينهما، فإن بقي شيء بعد دينها أخذ الموصى له ثلث ذلك، وكان ما بقي للأخ.

قال أبو بكر: وذلك لأنّها خرجت من أن تكون[1696] وارثة لا بقولها، فصحّ لها الإقرار ولم يعتبر بالميراث.

قال محمد: وإن مات الرجل قبل أن تنقضي عدّة المرأة برئ بدين الأجنبيّ، فإذا استوفى دينه أعطى صاحب الوصيّة ثلث ما بقي بعد دين الأجنبيّ، ثم ينظر إلى رُبع ما بقي وإلى دين المرأة فأعطيت[1697] قبلهما.

قال أبو بكر: وذلك لأنّها خرجت من أن تكون وارثة بقولها، فحمل أمرها[1698] على الاعتبار الذي وصفنا.

باب من الإقرار بالبيع من البائع والآمر والمأمور يجحد ذلك

قال محمد: وإذا أمر الرجل الرجل أن يشتري له جارية فلان بألف درهم، فاشتراها المأمور من البائع، وقبضها أو لم يقبضها حتى قال المشتري: "اشتريتها بألف وخمسمائة"، وقال البائع: "بعتكما بألف درهم"، ولم يقبض الثمن، وقال الآمر: "اشتراها المشتري بألف درهم"، فالقول قول البائع والآمر.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ القول قول البائع في الثمن قبل قبضه لقول النبي صلى الله عليه وسلم: [237ب] ((إذا اختلف البائعان فالقول قول البائع أو يتراوان))[1699]، ولأنّه يملك البراءة، فإذا نفى الفضل الذي أقرّ به المشتري سقط، ولم يثبت حكمه وكان الباقي هو الثمن، وإذا ثبت ذلك وكان الوكيل في مسألتنا يدّعي الخلاف، وإنّ الجارية قد لزمته، فإنّ القول قول البائع، ولم يصدّق الوكيل على فسخ الوكالة.

قال محمد: فإذا أراد المشتري اختلاف البائع فليس له ذلك.

قال أبو بكر: من قِبل أن يوكّله عنه لا يوجب له حقًّا، وكلّ يمين لا يستحقّ بالنكول عنها حقًّا، فلا معنى لها. ألا ترى أنّ البائع لو أقرّ بعد ذلك أنّ الثمن ألف وخمسمائة لم يلتفت إلى قوله، ولم يتغيّر الحكم بإقراره، فيكون له أضعف من الإقرار.

قال أبو بكر: ولما صار القول قوله بلا يمين صار كالشاهدين اللذين يُقبل قولهما بلا يمين، فوجب الحكم يكون الثمن ألفًا.

فإن قال قائل: هلّا كان له اختلاف البائع فإذا نكل ضمنه القيمة، لأنّه يكون معترفًا باستهلاك الجارية عليه.

[1696] ان يكون.
[1697] فاعطيط
[1698] أمر بها.
[1699] سنن أبي داود، الإجارة، 74؛ سنن الترمذي، البيوع، 43؛ سنن ابن ماجه، التجارات، 19 وغيرهم بألفاظ تؤول إلى معنى واحد.

قيل له: أمّا قبل القبض فلا يجب ذلك من قِبل أنّه لم يأخذ منه شيئًا وينتقض البيع بينهما، وإن كان أقرّ بعد القبض فلم يأخذ منه شيئًا فيضمن.

قال محمد: وإذا أراد المشتري استحلاف[1700] الآمر كان له ذلك.

قال أبو بكر: من قِبل أنّه يدّعي ملك جارية هي في الظاهر للآمر ولو أقرّ بها أو نكل فيها عن اليمين سلّمها إليه، فلمّا كان له في اليمين حقّ حلف عليه على العلم، لأنّها يمين على فعل الغير، واليمين على فعل الغير تكون[1701] على العلم، والدليل عليه: [238أ] ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في حديث القسامة أنّه قال: ((يحلف منهم خمسون رجلًا بالله ما قتلنا ولا علمنا قاتلًا))[1702]، فما كان منه من فعلهم حلف على الثبات وعلى فعل الغير على العلم. وأيضًا روى أبو داود السجستاني حدّثنا محمود بن خلد قال: حدثنا القوبائي قال: حدثنا الحرب بن سليمان قال: حدثني كردوس عن الأشعث بن قيس أنّ رجلًا من كندة ورجلًا من حضرموت اختصما إلى النبيّ صلى الله عليه وسلم في أرض باليمن، فقال الحضرميّ: يا رسول الله أرضي اغتصبتها أبو هذا وهي في يده. قال: هل لك بيّنة؟ قال: لا، ولكن أحلفه والله ما يعلم أنّها أرضي اغتصبتها أبوه، فتهيّأ الكنديّ لليمين وساق الحديث[1703].

قال أبو بكر: فقال الحضرميّ للنبي صلى الله عليه وسلم: "أحلفه والله ما يعلم أنّها أرضي اغتصبتها أبوه"، وذلك يمين على فعل الغير، فلم ينكر النبيّ صلى الله عليه وسلم إحلافه إيّاه على العلم، فثبت أنّها إذا كانت على فعل الغير فهي على العلم.

قال محمد: فإن حلف أخذ الآمر الجارية، وأعطى الآمر الثمن البائع.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المشتري لم يعرف[1704] بالعقد الذي اتّفقا عليه، فلا تلزمه[1705] الخصومة فيه، فيكون اتّفاق البائع والآمر كعقد عقداه فيما بينهما وقت الاتّفاق. ألا ترى أنّ العقد الذي أثبتناه بينهما خلاف العقد الذي ادّعاه المشتري، فإذا لم يثبت [238ب] العقد الذي ادّعاه، واعترف به لم يجز أن يلزمه عهده عقدًا آخر لم يعترف به.

فإن قال قائل: فإن جعلت القول قول البائع، وأبطلت قول المشتري، فهلّا كان ذلك حُكمًا على المشتري بالشراء على ما ادّعاه البائع.

[1700] استخلاف.
[1701] يكون.
[1702] ورد بألفاظ مختلفة تدخل تحت معنى واحد، فمنها ما رواه مسلم، القسامة، 2 (1669)؛ سنن النسائي، القسامة، 4؛ سنن أبي داود، الديات، 8؛ سنن ابن ماجه، الديات، 28؛ مصنف ابن أبي شيبة، 14/272-273؛ والبيهقي في السنن الكبرى، 8/205-213؛ وغيرها.
[1703] صحيح مسلم، الإيمان، 223 (139)؛ سنن أبي داود، الأيمان والنذور، 2؛ سنن الترمذي، الأحكام، 13؛ مسند أحمد، 5/212 وغيرها.
[1704] لو يعرف.
[1705] فلا يلزمه.

قيل له: إنّا إنّما جعلنا القول قول البائع في ألّا يطالب بأكثر من ألف، ولا يصدّقه مع ذلك في إلزامه عهدة البيع المشتري من غير اعتراف منه به كما يجعل القول الأمين في براءة نفسه، ولا يصدّق على غيره في إيجاب الضمان عليه إذا ادّعى أنّه قد سلّمه أمر آمر بتسليمه إليه، وهو جاحد.

فإن قال: فإن المشتري يقرّ بأنّ عليه ألف درهم للبائع وزيادة لم يصدّقه فيها، فلا ينبغي أن يبطل إقراره بمقدار الألف، لأنّ حُكم لزوم الثمن لا يختلف فيما بينه وبين البائع سواء اشتراها لنفسه أو لغيره.

قيل له: إنّ المشتري إنّما زعم أنّه التزم حقوق عقدٍ عقده لنفسه، ولا يعترف بأنّه التزم حقوق عقدٍ عقده لغيره، فلا يجوز إلزامه ما لم يعترف به بقول البائع والآمر.

فإن قال: فإنّ البائع معترِفٌ أنّه لا ثمن له على الآمر، لأنّ الثمن يلزم الوكيل والعاقد دون الآمر على أصلنا، فلم أوجبت عليه الثمن.

قيل له: لما وصفنا من أن اتّفاقهما في هذه الحال صار كعقد بينهما، لأنّ من حجّة البائع أن يقول: لا يجوز لأحد أن يستحقّ على الجارية إلّا بالثمن، والآمر أيضًا مقرّ أنّه لا يستحقّها إلّا بالثمن، فلمّا خرج الوكيل [239أ] من العُهدة صار كالرسول، فلزمت العُهدة الآمر.

قال محمد: فإن أبى أن يحلف يعني الآمر صارت الجارية للمشتري، ويقال للمشتري: أدّ إلى البائع ألف درهم، ويقال للبائع: إن شئت فصدّقه وخذْ منه الخمسمائة الباقية التي أقرّ بها لك، وإن شئت فدعْ.

قال أبو بكر: لما حكمنا بالجارية للمشتري بنكول الآمر كان للبائع تضمينه الثمن، والرجوع إلى تصديقه في أخذ الخمسمائة الفاضلة، لأنّ المشتري معترِف ببقاء العقد بينهما، وأنّ جحود البائع للعقد الذي ادّعاه لم يفسخه، لأنّ عقد البيع لا ينفسخ بقول أحدهما كما لا ينعقد بأحدهما. ألا ترى أنّ رجلًا لو ادّعى على رجل أنّه اشترى منه جاريته هذه بألف درهم، فأنكر ذلك البائع، ثمّ أقام المشتري عليه البيّنة بالبيع أنّه يحكم عليه بالبيع، ويحكم له بالألف الثمن على المشتري، ولا يكون جحوده للبيع براءة له من الثمن. وكذلك لو استحلفه فنكل عن اليمين، وحكم عليه بالبيع، وله بالثمن.

وقد قالوا: إنّ رجلًا لو باع من رجل جاريةً بألف درهم، ولم يسلّمها حتى أنكر المشتري، ولم يكن للبائع بيّنة، فحلف المشتري على دعواه أنّهم قالوا: إنّما يسع البائع أن يطأها إذا عدم على ترك خصومته. أفلا ترى أنّ جحود المشتري ويمينه لم يوجب نقض البيع، لأنّ البائع لو أقام عليه البيّنة بعد ذلك بالشراء قبلت بيّنته، وحكم له بذلك، فثبت بذلك [239ب] ما صفنا، وليس ذلك مثل مَن أقرّ لرجل بخمسمائة، فجحد، ثم ادّعى، فلا يصدّق بعد الجحود على الدعوى،

لأنّ اعترافه بدءًا لم يكن من جهة عقد تكون[1706] صحّته موقوفة على بقائه، فلذلك صحّ ردّه له، ولم يكن له بعد ذلك الرجوع إلى تصديقه.

قال أبو بكر: وكان أبو الحسن رحمه الله يقول: وللبائع مع ذلك الخيار في تضمين الآمر الثمن أو المشتري، لأنّه يقول له: قد اعترفت أنّ عهدة الثمن عليك، فنكولك عن اليمين للمشتري غير مقبول عليّ في إسقاط ما لزمك من العهدة.

قال محمد: وكذلك لو أنّ المشتري قال: اشتريتها بمائة دينار، وقال البائع: بعتكها بألف درهم كما قال الآمر، فإن الآمر يأخذ الجارية، ويؤدّي إلى البائع ألف درهم، ولا يمين على البائع، وعلى الآمر اليمين على علمه.

قال أبو بكر: وهذا أيضًا على ما بيّنا.

قال محمد: فإن لم يحلف الآمر أخذ المشتري الجارية من الآمر بغير شيء.

قال أبو بكر: لأنّه قد اعترف أنّه اشتراها لنفسه بمائة دينار، فصدّق على نفسه.

قال محمد: وكذلك لو قال المشتري: لم أشترها[1707] بشيء، وقال البائع: بعتُها منك بألف درهم، وأقرّ بذلك الآمر، فإن للبائع أن يستحلف المشتري على ما ادّعى من ذلك.

قال أبو بكر: لأنّه يدّعي عليه العهدة وضمان الثمن.

قال محمد: وإن نكل المشتري عن اليمين لزمه الثمن للبائع، ورجع به المشتري على الآمر، وأخذ الآمر الجارية.

قال أبو بكر: [240أ] وذلك لما وصفنا من أنّ جحود أحدهما للعقد لا يفسخه ولا يمنع ...[1708] إلى تصديقه.

قال محمد: ولو كان البائع في هذه الوجوه كلّها أقرّ باستيفاء الثمن، ثم قال بعد ذلك: كان الثمن ألف درهم، وصدّقه الآمر، وقال المشتري: كان الثمن ألفًا وخمسمائة، فالقول قول المشتري مع يمينه للآمر على ما ادّعى، فإن حلف سلّمت الجارية له، وإن نكل[1709] عن اليمين أخذها الآمر.

[1706] يكون.
[1707] لم اشتراها.
[1708] غير مقروء.
[1709] وارتكل.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ البائع إذا قبض الثمن لم يبقَ له شيء من حقوق العقد، فلم يلتفت إلى قوله، لأنّ العبد في الظاهر قد انتقل إلى الوكيل بالبيع، وإنّما ينتقل إلى الآمر بالضمان، فهو الآن مقرّ في عبد غيره، والقول قول المشتري أنّه اشتراه لنفسه.

مسألة

قال محمد: ولو أمره أن يشتري له أخاه بألف درهم فاشتراه، ثم اختلفا، فقال: اشتريته بألف وخمسمائة، وقال البائع والآمر: اشتريته بألف، فإنّ العبد قد عتق على الآمر بالقرابة حين أقرّ البائع بذلك، فإن أراد المشتري أخذ العبد لم يحلف الآمر.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ إقراره له بالعقد بعد عتقه باطل، فلا معنى لليمين فيه.

قال محمد: وإن قال المشتري: أنا أريد أخذ القيمة منك، لأنّه قد أعتق عليك، فله إخلافه على ذلك، فإن أبى اليمين ضمنه القيمة، ويكون الثمن للبائع على الآمر، والقياس ألّا يدفع الثمن من القيمة التي يؤدّيها إليه، وفي الاستحسان يدفعه من القيمة.

قال أبو بكر: وجه القياس: إنّا أنما ألزمناه القيمة بإقراره [240ب] والثمن إنّما ألزمه للبائع بحصول ملك العبد له بالشراء، وكان الواجب ألّا يدفع الثمن من القيمة التي قد اعترف بها له. ووجه الاستحسان: أنّ الآمر يقول له: كأنّني في المعنى إنّما ملكته من جهتك لما لزمني من القيمة لك وأنت، فلو حصل لك العبد ما كنت تستحقّه على بائعه إلّا بالثمن الذي أقررت به، وأنا قد أدّيت ذلك الثمن إلى البائع، فلمّا استحقّقته أنت عليّ قمت أنا في ذلك الثمن مقام البائع نفسه كشاهدين شهدا على رجل أنّه كاتب[1710] عبده على ألف درهم إلى سنةٍ، والمولى يجحد، فحُكم القاضي بها رجعا عن شهادتهما أنّ للمولى يضمنها قيمة العبد حالًّا، ثمّ يقومان مقام المولى في الرجوع على العبد بالكتابة إلى أجلها بما حصل عليهما من الضمان.

قال محمد: ولو كان البائع أقرّ بقبض الثمن قبل اختلافهم في الثمن، ثم اختلفوا في الثمن على ما وصفتُ لك، فالعبد للمشتري، والقول قوله مع يمينه، ولا يعتق العبد.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ إقراره يقبض الثمن يسقط اعتبار قوله على ما تقدّم بيانه.

[1710] كانت.

قال محمد: ولو أنّ الآمر أمر المشتري يشتري له أخاه، ولم يسمّ له ثمنًا، فاشتراه، وأقرّ البائع بقبض الثمن، فقال المشتري: اشتريته بمائة دينار، وقال البائع: بعتُه بألف درهم، وصدقه الآمر، فالعبد حرّ لا سبيل عليه، والقول قول الآمر مع يمينه.

قال أبو بكر: [241أ] قد اعترفوا جميعًا بالعبد للآمر، لأنّهم لم يختلفوا أنّ المشتري لم يخالف، وإنّما يدّعي مائة دينار، والآمر يقرّ بألف، فالقول قوله، والمأمور مصدّق للآمر فيما لزمه.

قال محمد: وكذلك لو أنّ البائع صدّق المشتري كان هذا والأوّل سواء، وكان الثمن على ما قال الآمر.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ العبد قد حصل ملكه للآمر بحيث يتعذّر فيه الفسخ بحصول العتاق فيه، فلذلك كان الآمر على ما قال في الثمن الذي لزمه.

قال محمد: ولو أنّ البائع لم يكن أقرّ بقبض الثمن قبل اختلافهم في الثمن، فقال البائع: بعتها بألف درهم، فصدّقه بذلك المشتري. وقال الآمر: اشتراه المشتري بخمسين دينارًا، فإنّ المشتري يأخذ من الآمر ما أقرّ به مع يمينه على ما ادّعى المشتري، ويأخذ البائع من المشتري الثمن الذي أقرّ أنّه اشتراه به.

قال أبو بكر: قد بيّنا وجْه جعلنا القول قول الآمر فيما لزمه. ثمّ إنّ المشتري قد اعترف للبائع بالألف التي ادّعاها ثمنًا للعبد الذي اشتراه للآمر، وصدّقه بذلك المشتري، فلزمه ذلك له باعترافه.

قال محمد: وإن قال البائع: بعته بألف درهمٍ، وصدّقه بذلك الآمر وكذّبه بذلك المشتري، وحلف، فإنّ الآمر يؤدّي الثمن إلى البائع، وتكون[1711] العهدة على البائع للآمر، ولا يكون للبائع على المشتري شيء من الثمن.

قال أبو بكر: لم يعترف المشتري بالشراء، فالقول قوله، ولا يُصدّق البائع، والآمر على إلزامه ضمان الثمن [241ب] ...[1712] العقد، فإذا لم يثبت عليه ضمان الثمن، وقد نقلنا ملك عبد البائع إلى الآمر بإقرارهما صار ذلك كعقد تعاقداه فيما بينهما، فيكون[1713] حقوق العقد ثابتة بينهما.

باب من الإقرار الذي يختلف فيه المنطق وهو جائز

قال محمد: وإذا كان في يديّ رجل عبد ذكر أنّه عبده ورثه عن أبيه، فادّعى رجل آخر أنّه عبده، فسأله القاضي البيّنة، فأقام شهدان[1714] الذي في يده العبد أقرّ أنّه عبده، وأقام شاهدًا آخر أنّ الذي في يديه العبد أقرّ أنّه اشتراه منه بألف درهم.

[1711] ويكون.
[1712] غير مقروء.
[1713] فيكون.
[1714] شهدان.

فإن قال المشهود له: قد أقرّ بما قال الشاهدان، ولكنّي لم أبعْه بشيء أخذ العبد منه، وكان هذا إقرارًا من الذي في يديه أنّ العبد للمدّعي. قال: وكذلك لو شهد أحدهما على إقراره بأنّه وهبه له، وشهد الآخر على إقراره بالشراء منه، وقال هو: لم أبعْه، ولم أهبه كان له أن يأخذه.

قال أبو بكر: ليس الغرض من هذه الشهادة إثبات العقد، وإنّما الغرض منها ما تضمّنته من إقرار الذي في يديه بالعبد الخارج، وقد اتّفق الشاهدان على هذا المعنى فهمًا، وإن اختلفا في الوجه الذي به حصل إقراره، فلم يختلفا في إثبات إقراره بالملك للخارج، لأنّ الإقرار بالهبة من جهته إقرار بأنّ الملك كان له، وكذلك الإقرار بالشراء إقرار بأنّ الملك كان له، فلذلك ثبت إقراره. والدليل على أنّ دخوله معه في عقد الشراء [242أ] والهبة إقرار له بالملك في الظاهر أنّه متى اشتراه منه ...[1715] الثمن، وإن قال بعد ذلك: هو لغيرك بعتنيه بغير أمره لم يصدّق على ذلك لتقدّم إقراره له به، ولو أقام البيّنة على ذلك لم تقبل[1716] بيّنته، لأنّه أقامها على ما قد اعترف بخلافه.

فإن قال قائل: فقد يجوز أن يشتريه وهو لغيره، فينبغي ألّا يكون دخوله معه في عقد الشراء إقرارًا.

قيل له: وإذا أقرّ له تصريح الإقرار فقال: هو لك جائز أن يكون كاذبًا في مقالته، وجواز ذلك عليه لم يمنع صحّة إقراره، فكذلك الشراء منه يوجب الإقرار له بالملك في الظاهر، وإن كان جائزًا أن يكون لغيره.

قال أبو بكر: وليس ما تضمّنه الشراء من الإقرار كصريحة، وذلك لأنّ ما تضمّنه العقد من ذلك إنّما هو إقرار في الظاهر ما لم يرد عليه استحقاق، وإن استحقّه غيره بيّنته بطل إقراره. ألا ترى أنّه لو اشترى منه عبدًا فاستحقّه رجل بيّنته، وفسخ البيع، ثم ملّكه المشتري بعد ذلك لا يؤمر بتسليمه إلى بائعه وبطل بالاستحقاق حكم ما تضمّنه عقد الشراء من إقراره، وإنّه لو كان أقرّ له تصريح الإقرار، فقال: هذا العبد لك، فاشتراه، ثم استحقّ، ثم ملكه سلمه إلى البائع.

مسألة

قال محمد: ولو كان الذي العبد في يديه أقرّ عند القاضي أنّ العبد للمدّعي، وادّعى أنّه وصله به، [242ب] فسأله القاضي البيّنة، فجاء بشاهدٍ، فشهد أنّ المدّعي الذي ليس العبد في يديه أقرّ أنّه يصدّق بهذا العبد على الذي هو في يديه، وقبضه، وشهد آخر أنّه أقرّ أنّه وهبه للذي هو في يديه، وقبضه، فإنّ شهادتهما باطل.

قال أبو بكر: قد اعترف للمدّعي بالملك، وادّعى انتقاله إليه، ولا بدّ إذا ادّعى ذلك من إثبات الجهة التي بها زال ملكه، ولم يجتمع على حقّه يستحقّ بها زوال الملك شاهدان، فلم تثبت واحدة من الجهتين اللتين شهدا عليه، وليس ذلك كشهادة

[1715] غير مقروء.
[1716] لم يُقبل.

أحدهما بالفارسية والآخر بالعربية. وأمّا الهبة والصدقة فهما عقدان مختلفان في موضوعهما. ألا ترى أنّ الهبة للأجنبيّ يثبت معها حقّ الرجوع ولا يثبت في الصدقة.

مسألة

قال محمد: ولو شهد أحدهما أنّ المدّعي أقرّ بأنّه باعه من الذي هو في يديه، وقبض الثمن، وشهد الآخر أنّه باعه من الذي العبد في يديه بألف درهم، وقبض الثمن، والذي العبد في يديه يقول: اشتريته منه بألف درهم، ونقدته الثمن، فالعبد للذي هو في يديه، والشهادة جائزة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّا لو أبطلنا الشهادة كنّا إنّما نبطلها من جهة أنّهما لم يثبتا ثمنًا في العقد، لأنّ رجلًا لو ادّعى شراء عبدٍ من رجلٍ، فشهد له شاهد أنّه اشتراه من الذي هو في يديه، وشهد الآخر أنّه اشتراه منه بألف درهم لم يحكم لهذه الشهادة، لأنّهما إذا لم يشهدا بقبض الثمن فلا بدّ من الحكم بالثمن وبالعقد، ولا يجوز إثبات العقد بثمن مجهول، ولا قبول الشهادة [243أ] على ثمن مجهول، فلم يصح الحكم بالثمن من أجل ذلك، وإذا لم يعيّن الحكم بالثمن مع افتقار العقد إليه لم يثبت العقد. وأمّا إذا كان الثمن مقبوضًا فلا حاجة بنا إلى الحكم به، إذ ليس إثباته حقًّا لأحدٍ، وإذا لم يمكن مقبوضًا فهو دين في ذمّة المشتري يحتاج إلى الحكم به للبائع، ولا يصحّ أن يحكم عليه بدين مجهول، وإذا قبض لم يحتج إلى الحكم به لما وصفنا ولا تعتبر[1717] تسمية أحدهما وترك الآخر إيّاها، لأنّه لم يظهر لنا اختلاف الشاهدين فيما شهدا به، والشهادة محمولة على الصحّة حتى يثبت غيرها، وجائز مع ذلك أن يكونا متّفقين، فلم يجز لنا إبطال شهادتهما.

مسألة

ولو شهدا جميعًا أنّ المدّعي أقرّ أنّه باعه من الذي هو في يديه، وقبض الثمن، والذي في يديه العبد يقول: "اشتريته منه بألف درهم"، فالعبد للذي هو في يديه، والشهادة جائزة.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّ الثمن المقبوض لا يحتاج إلى إثباته بالشهادة، فلم تضره[1718] جهالته، ولم يذكر المدّعي للبيع ثمنًا يحالف به الشهود، فحملنا الأمر[1719] على الصحّة.

قال محمد: ولو شهد أحدهما أنّ المدّعي أقرّ أنّه باعه من الذي هو في يديه بألف درهم، وقبض الثمن، وشهد الآخر أنّ المدّعي أقرّ أنّه باعه من الذي هو في يديه بمائة دينار، وقبض الثمن، والذي في يديه العبد يقول: "اشتريته ونقدته

[1717] ولا يعتبر.
[1718] فلم يضره.
[1719] إلا من.

الثمن"، فإنّ هذا لا يجوز إلّا أن يأتي [243ظ] الذي العبد في يديه بشاهدٍ آخر يشهد له على مثل ما شهد به أحد شاهدين، ويدّعي شهادتهما، فإن فعل ذلك قُضي له بالعبد، وإلّا أخذ المدّعي العبد منه.

قال أبو بكر: هذه الشهادة تبطل[1720] من وجهين، أحدهما: إنّ كلّ واحدٍ منهما شهد بعقد خلاف العقد الذي شهد به صاحبه لما ظهر من اختلافهما في لفظ الشهادة على ما وقع به العقد، وكلّ واحد من العاقدين[1721] لا يثبت إلّا بشاهدين، ونحن وإن لم نحتجّ إلى إثبات الثمن المقبوض فإنّا نحتاج إلى أن نحكم له بالعبد من جهة الشراء، ولم يثبت الشراء بالشهادة التي وصفنا. والوجه الآخر: أنّ مدّعي الشراء متى ادّعى إحدى الشهادتين صار مُكذبًا لشهادة الآخر، فلم يجز الحكم بها.

قال محمد: وكذلك لو شهد أحدهما بالشراء والآخر بالهبة، والذي في يديه يدّعي وصول العبد إليه من جهته، فالشهادة باطل لما وصفنا.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ عبدًا في يديّ رجل يزعم أنّه ورثه عن أبيه، فادّعى رجل أنّه عبده، وأقام شاهدين، فشهد أحدهما أنّ الذي في يديه العبد أقرّ أنّه عبد المدّعي لا حقّ له فيه، وشهد الآخر أنّ الذي في يديه العبد أقرّ أنّه عبد المدّعي أودعه إيّاه، فإنّي أقضي به للمدّعي.

قال أبو بكر: قد اتّفق الشاهدان على إقرار الذي في يديه بملك العبد للمدّعي، فاستحقّه.

قال محمد: وكذلك لو شهد أحدهما أنّ الذي في يديه العبد أقرّ أنّ المدّعي أودعه إيّاه، وشهد الآخر أنّه أقرّ أنّه غصبه من المدّعي، فإنّي أقضي به أيضًا للمدّعي. وكذلك لو شهد أحدهما بإقراره [244أ] بالرهن، وشهد الآخر بإقراره بالوديعة قضيت به للمدّعي.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الوديعة والعارية والرهن تصرف[1722] من فاعلها كالشراء، فإذا أقرّ بذلك من جهته كان ذلك إقرارًا له بالملك في الظاهر كما كان إقراره بالشراء منه إقرارًا له بالملك في الظاهر، واختلاف الشاهدين في جهتي الوديعة والرهن ونحوه، ولا يقدح في شهادتهما من قِبل أنّا لا نريد إثبات ذلك بشهادتهما، وإنّما نريد إثبات الإقرار، فحسب، والغصب أيضًا بهذه المثابة، لأنّ من رأيناه يغصب من رجل شيئًا أمرناه بردّه إليه، وحكمنا للمغصوب بالملك.

[1720] يبطل.
[1721] العقدين.
[1722] يصرف.

قال محمد: ولو شهد أحد الشاهدين أنّ الذي العبد في يديه أقرّ أنّه عبد المدّعي، وشهد الآخر أنّ الذي العبد في يديه أقرّ أنّ المدّعي دفعه إليه، فإنّ هذا باطل.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الدفع ليس بجهة ملك في الظاهر، إذ قد يدفع إليه ما هو في ملك المدفوع إليه، وكان الدافع عاميًا بإمساكه، وليس كذلك الوديعة والعارية والرهن والغصب، لأنّه لا يودعه ملكه ولا يعيره[1723] ولا يغصبه[1724] ولا يرهنه[1725]، فصار من أجل ذلك إقرارًا له بالملك، فإذا لم يكن الإقرار بالدفع إقرارًا بجهة ملك لم يجز لنا أن نجعله إقرارًا بالملك.

فإن قال قائل: أليس لو شهدا جميعًا على إقراره بأنّه دفعه إليه أمر بردّه إليه.

قيل له: أجل، لأنّ الدفع وإن لم يكن فيه جهة ملك ففيه إثبات إقراره بأنّ الشيء كان في يده، فصار ذلك كإقراره عند القاضي بذلك فيؤمر بردّه إليه، ولـمّا إذا شهد أحدهما على إقراره [244ظ] ...[1726] ونحوه، والآخر على إقراره بالدفع، فإنّ أحدهما شهد بجهة ملك والآخر باليد، فلم يثبت واحد منهما.

فإن قال قائل: الغاصب قد يصحّ منه الإيداع[1727]، فليس في إقراره بالوديعة إقرار بالملك. والدليل على أنّ الغاصب يصحّ منه الإيداع[1728]: أنّ الشيء متى هلك في يد المودع، ثم ضمّنه المستحقّ رجع به على الدافع، وهو غاصب، فلولا أنّه كان مودعًا على الحقيقة ما وجب له الرجوع عليه عند الضمان، وإذا ثبت ذلك لم يكن في إقراره بالوديعة إقرارًا بالملك.

قيل له: والبيع قد يكون من غير مالك، ثم لم يمتنع ذلك أن يكون إقرارًا بالشراء منه إقرارًا له بالملك. وأيضًا فإنّ ظاهر الوديعة أنّها من مالك، وليس في الرجوع عند الاستحقاق، دليل على أنّه يكون وديعة من غير مالك، لأنّه إنّما كان له الرجوع، لأنّه غرّه بذكره للوديعة وإن لم تكن هناك وديعة على الحقيقة. والدليل على ذلك: أنّ الرجل إذا باع جاريةً فاستحقّت، وقد ولدت أولادًا، إنّ الأولاد يعتقون وإن لم يكن هناك في الحقيقة ملك يوجب عتقهم، ولكنّه لما كان مغرورًا بالعقد لدخوله فيه على هذه الجهة حكم له من هذا الوجه بحكم العقد الصحيح. فكذلك المودع لما كان مغرورًا حكم له بحكم الوديعة في باب الرجوع بالضمان لأجل الغرور.

[1723] ولا بغيره.
[1724] ولا بغصبه.
[1725] ولا برهنه.
[1726] [illegible]
[1727] الإبداع.
[1728] الإبداع.

باب إقرار المكاتب لمولاه بالدين والأجنبيّ وما يلزمه من الدين لهما في مرض المكاتب وصحّته

قال محمد: وإذا أقرّ المكاتب لمولاه بألف درهم دينًا في صحّته، [245أ] وقد كان المولى كاتبه على ألف درهم، وأقرّ لرجلٍ أجنبيّ بألف درهم في صحّته، ثم إنّ المكاتب مرض وفي يديه ألف درهم ففصلها المولى من المكاتبة، ثم مات المكاتب، وليس له مال غيرها، فإنّ الألف يُقسّم بين المولى والأجنبيّ أثلاثًا للمولى ثلثاها وللأجنبيّ ثلثها.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لما قضاها عن الكتابة صحّت قضاء عنها، وعتق المكاتب ومرضه لا يمنع صحّة القضاء كما لا يمنع التمليك. ألا ترى أنّ الحرّ المريض إذا وهب في مرضه كانت هبته جائزة، وملكه الموهوب له وإن تعلّق بها حقّ النقض بالموت. فكذلك دين الأجنبيّ لا يمنع صحّة القضاء على الوجه الذي قضى، وورود الاستحقاق عليه بالموت لا يدفع حكم القضاء، ولا يبطله. ألا ترى أنّه لو غصب ألفًا فأدّاها إلى المولى عتق به، وورود[1729] الاستحقاق لا يدفع العتق، وكذلك وجوب نقض القضاء في بعض الألف وفي جميعه لا يمنع صحّة القضاء، وإنّما قلنا: إنّ المكاتب يعتق بأداء الألف، وإنّ استحقاقها لا يدفع العتق من قِبل أنّه قد برئت ذمّته من مال الكتابة وإن لم يملك المولى الألف المقبوضة، وذلك لأنّ المولى قد ملكه ما في ذمّته على عقد موقوف، فملكها كما أنّ رجلًا اشترى عبدا لجارية غيره، وقبضه أنّه يملكه بالقبض، ويجوز عتقه فيه وورود الاستحقاق على الجارية لا يدفع عتقه، والمعنى الذي من أجله ملك العبد أنّ المولى قد سلّطه على قبضه على وجه العقد، فلمّا حصل عليه ضمانه عن عقد فيه [245ب] ...[1730] ملكه كما يملكه بالبيع الفاسد.

ووجه آخر، وهو: أنّ الكتابة بقيودها معنيان: معنى شرط اليمين ومعنى المعاوضة. والدليل على أنّ فيها معنى المعاوضة أنّه إذا مات، وترك وفاء أُديت[1731] كتابته، وعتق، ولو كان يعتق بالشرط دون اعتبار معنى المعاوضة في عقده لبطل بالموت كما يبطل اليمين المحضة، وهو قوله: "إن دخلت الدار فأنت حرّ"، فثبت بذلك أنّ فيها معنى المعاوضة. والدليل على أنّ فيها معنى اليمين أنّه لو كاتبه على مائة رطل خمر، فأدّاها عتق لوجود الشرط وإن لم يكن هناك شيء في ذمّة المكاتب بملكه بالأداء. فكذلك إذا أدّى المكاتب إلى المولى ألفًا مغصوبة فإنّما يعتق من جهة وجود الشرط وإن لم يملك المولى الألف، وإذا ثبت ما وصفنا من عتق المكاتب بالأداء، ثم مات، فقد صار مال الكتابة، وما أقرّ به للمولى من الدين دينًا صحيحًا، فصارت عليه ألفان للمولى وألف للأجنبيّ، وهو قد قضى المولى الألف التي كانت في يده، وليس للمريض أن يقضي بعض الغرماء دون بعض، فلذلك وجب قسمتها بينهما على مقدار دينهما.

فإن قال قائل: ينبغي أن يكون الأجنبيّ أولى بها من المولى كما لو مات المكاتب قبل أن يقضيها كان الأجنبيّ أحقّ بها من المولى.

[1729] ورود.
[1730] غير مقروء.
[1731] أديتْ.

قيل له: لأنّه إذا مات قبل القضاء فقد يجوز أن يلحقه العجز، فيسقط عنه دين المولى، ودين الأجنبيّ لا يسقط بحالٍ، فلذلك كان أولى من المولى. وأمّا إذا قضاها المولى فقد عتق، وصار مال الكتابة [246أ] وما للمولى عليه دينًا صحيحًا لا يجوز سقوطه بحال كدين الأجنبيّ سواء، فلذلك يخاصمه[1732] فيه.

قال محمد: ولو أنّ المكاتب لم يقضها المولى من الكتابة، ولكن قضاها إيّاه من الألف الدين الذي عليه، ثم مات، ولم يدع مالًا غيرها، فإنّ الرجل الأجنبيّ أحقّ بها من المولى، ويبطل دين المولى ومكاتبته.

قال أبو بكر: وذلك لأنّا لما قضاه من الدين جعلناه عمّا قضاها، ولم يصرفه عن الوجه الذي أوجبه له، لأنّ كلّ من ملك غيره شيئًا فالقول قوله في الوجه الذي ملّكه إيّاه، وإذا كان كذلك وقع القضاء من الدين وقع القضاء من الدين، وبقي مال الكتابة عليه، ثمّ قد مات عاجزًا، فبطل دين المولى وكتابته، فكان الأجنبيّ أحقّ بالألف كلّها.

فإن قال قائل: هلّا جعلت الألف المقضية عن الكتابة حتى يصحّ القضاء.

قيل له: لا يجوز لنا فسخ القضاء عمّا أوجبه، وصرفه إلى ما لم يوجبه له. ألا ترى أنّ رجلًا لو كان لرجل عليه ألف درهم من ثمن عبد لم يقتضه وألف من كفالة عن رجل، فقضاه ألفًا، وقال: هو من ثمن العبد كان كما قال، وله أن يقبض العبد ولو قال من الكفالة كان عن الكفالة، وله أن يرجع على المكفول عنه إذا كان بأمره، ولم يجز لنا صرف القضاء عن الوجه الذي أوقعه، وأيضًا فإنّ أكثر أحواله أن تكون[1733] الألف المقضية نصفين، ولو صار كذلك أيضًا مات المكاتب عاجزًا، فلم نحل المكاتب في الوجهين من أن يموت عاجزًا، وإذا صار كذلك كان دين الأجنبيّ أولى. [246ب]

مسألة

قال محمد: ولو كان المكاتب ترك ابنًا له ولد في مكاتبته، فإنّ الرجل الأجنبيّ أحقّ بهذه الألف من المولى، فإن كان المكاتب قد قضاها أباه من الدين قبل أن يموت، وقد ترك ابنًا يسعى في مكاتبته، فإنّ الرجل الأجنبيّ هو أحقّ بها من المولى، ويبيع المولى ابنه بالمكاتبة وبالدين الذي له عليه، فيأخذه به.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الولد يقوم مقام الأب في أداء الكتابة يجوز أن يلحق فيها عجز، فيبطل، ويبطل دين المولى أيضًا. فلمّا كان ذلك جائزًا فيه مع بقاء الولد كان الأجنبيّ أولى به، وصار ذلك كدين للمكاتب مؤجل على إنسان أنّ الأجنبيّ أولى بالمال الحاضر من المولى، لأنّ دينه أكدّ من دين المولى، لأنّه يثبت قبل العجز وبعده دين[1734] المولى لا يثبت مع العجز. ألا ترى أنّ المريض إذا كان عليه دين في الصحّة، فأقرّ بدينٍ في المرض أنّ غرماء الصحّة أولى لتأكّد حقّهم.

1732 يخاصما

1733 ان يكون.

1734 دين.

فإن قال قائل: هلّا كان قيام الولد مقامه في السعاية لحياة المكاتب وبقائه، فيجوز قضاؤه للمولى دون الأجنبيّ.

قيل له: لا يجب ذلك، لأنّ الولد لا يلزمه السعاية في حياة الأب، وفي لزوم السعاية للولد دلالة على أنّه قد زال حكم حياة الأب، وثبت اعتبار حكم موته فيما عليه من الدين. ألا ترى أنّه يحل علي الديون المؤجّلة بالموت، وأيضًا فإنّ سعاية الولد ليست على معنى أنّ العقد كان عليه، وإنّما انتقل إليه ذلك من جهة المكاتب على وجه ما سرى إليه من حقّ الكتابة، وثبت له الحقّ [247أ] في أداء السعاية ليعتق به، وإذا كان ذلك إنّما ثبت للولد لأجل حقّه الذي قد ثبت له من جهة السراية لم يختلف حال الأب في ديونه، وما يجب البداية به منها.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا كاتب[1735] عبدًا له على ألف درهم في صحّة المكاتب، وأقرضه رجل أجنبيّ ألف درهم في صحّته، ثم إنّ المكاتب مرض، فأقرضه مولاه ألف درهم في مرضه، فقبضها منه بمعاينة الشهود، فسرقت من المكاتب، وفي يد المكاتب ألف درهم، فقضاها المولى من الألف القرض، ثم مات المكاتب من مرضه ذلك، وليس له مال غير الألف التي قضاها المولى، فإنّ المولى أحقّ بها من الرجل الأجنبيّ.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الغرماء قد حصل لهم بدل ما أخذه المولى في المرض، فصار مثل المريض إذا اشترى عبدًا في مرضه، وقبضه، وقضى البائع ثمنه، وعليه دين في الصحّة، فيصحّ قضاؤه وليس للغرماء مشاركته.

قال أبو بكر: وكان أبو الحسن رحمه الله يقول: إنّ المكاتب لم يقبض الألف القرض إلّا وحقّ المولى ثابت فيه، لأنّ عقود المعاوضات توجب للمالك حقًّا فيما ملّكه ببدلٍ. ألا ترى أنّ من باع من المريض عبدًا واقتضى ثمنه، ولم يشاركه غرماء الصحّة، لأنّه لم يقع تمليكه إلّا متضمّنًا لثبوت حقّه، وإذا صحّ ذلك، ثم كان القرض تمليكًا بألف مثله وجب أن يثبت حقّ المقرض فيه بعينه، فإذا لم يملكه المريض إلّا وملّكه متضمّن لثبوت حقّ المقرض فيه [247ب] في الحال وجب[1736] أن يكون أحقّ بالقضاء من سائر الغرماء.

فإن قال قائل: فإنّ الحقّ الذي يثبت للبائع في السلعة المبيعة هو حقّ الحبس[1737] الذي يوجبه العقد حتى يستوفي الثمن، وهذا المعنى معدوم في القرض.

قيل له: هذا الحقّ كأنّه ثابت للمقرّض في المعنى. ألا ترى أنّ من باع دينًا على رجل منه أنّه يثبت له حقّ الحبس[1738] في المعنى، ويسقط بحصول القبض بدلالة أنّه لو كان عبدًا مغصوبًا في يديه لحصل مقبوضًا عقيب العقد، ولم يحل مع

[1735] كانت.

[1736] [illegible]

[1737] الجنس.

[1738] الجنس.

ذلك من أن يكون قد ثبت له حقّ الحبس[1739]، ثم سقط في الثاني، لأنّ ذلك حقًّا يوجبه العقد، فلا جائز وجوده غير موجب له فوجب أن يكون القرض متضمّنًا لهذا المعنى، ويصير حينئذ كقضاء المريض ثمن عبد اشتراه في المرض، وأيضًا فإنّ المقرض في المرض إنّما ملكه المال يستحقّ بدله حالًا، فلا جائز إبطال حقّه في استحقاق بدله، لأنّ فيه حجرًا على المقرض دون المريض، ولا يجوز الحجر على المقرض.

فإن قال قائل: فهذا المعنى موجود في فرض لصحّة، ولم يوجب له أن يكون أحقّ بما قضى في المرض من سائر الغرماء.

قيل له: ليس الأمر كذلك، لأنّه إذا أقرضه في الصحّة، ثم مرض، فقد طرأت حال أخرى ليست من فعل المقروض، فأوجب ذلك المساواة بينه وبين الغرماء لتساويهما في الحال. وأمّا إذا أقرض في المرض فإنّ المال قد كان ملكًا له مع كون المستقرض مريضًا، وكان أحقّ به من كلّ أحدٍ، فإنّما ملكه في مرضه ليستحقّ بدله، فلا جائز منعه من ذلك، لأنّه غير محجور عليه، وأقلّ أحواله أن يردّ [248ا] عليه ماله الذي ملّكه إيّاه، وحدوث المرض بعد القرض الموت، لأنّ ذلك حال أخرى ليست من فعله، فلذلك وجبت الساواة بينه وبين الغرماء.

مسألة

قال محمد: ولو كان للمكاتب دين على مولاه في الصحّة فلمّا حضره الموت قال: "قد استوفيت مالي على مولاي"، وعليه دين في الصحّة، ثم مات، ولم يدع مالًا لم يصدّق على ذلك، وكان على مولاه الدين على حاله يؤخذ منه، فيقضي منه الغرماء.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ ما يقتضيه يصير مضمونًا عليه بمثله دينًا في الذمّة، ثم يصير قصاصًا، فإذا كان كذلك فإقراره باقتضاء الدين بمنزلة إقراره بالدين، فإذا مات عاجزًا بطل دين المولى، لأنّه لا يجوز أن يثبت له على عبده دين، فإذا بطل الدين الذي أقرّ به للمولى لم يصر قصاصًا بالدين الذي على المولى، فلذلك كان دينه باقيًا على المولى، فيأخذه الغرماء بينهم.

مسألة

وإذا كاتب[1740] الرجل عبده على ألف درهم، ثم إنّ المكاتب أقرّ في مرضه لرجل أجنبيّ بألف درهم، ثم مات، ولم يترك إلّا ألف درهم، فالرجل الأجنبيّ أحقّ بالألف من المولى.

[1739] الجنس.
[1740] كانت.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّ دينه أكدّ من دين المولى، لأنّه دين المولى لا يثبت بعد العجز، ودين الأجنبيّ يثبت قبل العجز وبعده.

مسألة

وإذا كاتب[1741] الرجل عبدًا له على ألف درهم، ثم مرض المكاتب، فأقرّ [248ب] ...[1742] يفرض ألف درهم، وأقرّ لرجل أجنبيّ بقرض ألف درهم أو بدأ بالأجنبيّ، ثم ما بالمولى، ثم مات المكاتب، وترك ألفي درهم، فإنّ الأجنبيّ يبدأ به، فيستوفي ألف درهم دينه، ويستوفي المولى الألف الأخرى من الكتابة، ويعتق المكاتب، وتبطل[1743] الألف التي بقيت للمولى إن لم يكن ترك فضلًا على ألفي درهم.

قال أبو بكر: وإنّما بدأنا بدين الأجنبيّ، لأنّه أكدّ على ما سلف من بيانه.

فإن قال: فإذا "الـ" الأمر في العاقبة إلى عتق المكاتب وصحّة دين المولى وكتابته، فهلا جعلته أسوة الغريم بدينه، وقسّمت مال المكاتب بين المولى والأجنبيّ على الثلثين والثلث، لأنّ دينه وكتابته ألفان.

قيل له: لا يجوز ذلك، لأنّ المكاتب لم يعتق إلّا بعد أداء الكتابة، ولم يؤدّ[1744] الكتابة إلّا بعد الموت، فلم يصح دين المولى إلّا بعد الموت، فلذلك لم يكن أسوة الغريم، وليس ذلك كأدائه الكتابة في المرض، وعليه دين، لأنّ العتق قد حصل هناك من الموت بصحّة الأداء، فمات حرًّا على الحقيقة، فلذلك كان المولى أسوة الغرماء.

مسألة

قال محمد: وكذلك لو كان في يديّ المكاتب حين مرض مائة دينار فأقرّ بأنّها وديعة للمولى عنده، ثم أقرّ لأجنبيّ بدين ألف درهم، ثم مات، وترك ألف درهم، فالمائة الدينار التي أقرّ له بها، فإنّ الأجنبيّ يبدأ فيستوفي ألف درهم دينه، وتبقى[1745] المائة دينار، فيستوفي منها المكاتبة، ويعتق المكاتب، وما بقي من المائة الدينار فهو للمولى.

[1741] كانت.
[1742] غير مقروء.
[1743] ويبطل.
[1744] يودّا.
[1745] ويبقى.

قال أبو بكر: وإنّما كانت الكتابة [249ا] أولى من الوديعة التي أقرّ بها أيضًا من قِبل أنّا لو بدأنا بالوديعة مات عاجزًا فتبطل[1746] الوديعة أيضًا، لأنّ إقرار العبد لمولاه باطل إذ هو مستحقّ لما في يده من غير جهة إقراره، فإذا كان مؤدّيًا إلى إبطاله بدأنا بالكتابة فأدّيناها، ثمّ يكون له ما بقي.

قال محمد: فإن كان المولى من ورثة المكاتب فإقرار المكاتب للمولى بالمائة الدينار الوديعة باطل، ويستوفي المولى من المائة الدينار الألف التي كاتبه عليها وما بقي، فهو ميراث.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ ما يبقى من المائة بعد أداء الكتابة مقرّ به للمولى، ولا يجوز الإقرار للوارث في المرض، فلذلك كان ميراثًا، وإذا كان للمكاتب ورثة غير المولى، وليس المولى من ورثته صحّ إقراره له بما بقي من المائة الدينار، لأنّه قد عتق، والمولى في هذه الحال منه كالأجنبيّ.

مسألة

قال محمد: وإذا كاتب[1747] الرجل عبده على ألف درهم وأقرضه ألفًا في صحّته، ثم مات المكاتب، وترك ألف درهم، وله ولد أحرارٌ من امرأة حرّة، فإنّ القاضي يقضي بالألف للمولى من المكاتبة، ويجعله حرًّا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّا لو جعلناه من القرض[1748] أو من القرض[1749] والكتابة مات عاجزًا، فبطل الدينان جميعًا، وذلك يؤدّي إلى بطلان القضاء، فلا معنى للحُكم بقضاء يؤول في العاقبة إلى بطلانه، فلذلك جعلناه من الكتابة.

قال محمد: فإن قال المولى: "اجعلْ الألف التي ترك من القرض والمكاتبة" لم يلتفت [249ب] إلى ...[1750]، لأنّه إن جعله منهما أو من الدين مات عاجزًا، فبطل دينه أيضًا.

قال محمد: فلو ترك أكثر من ألف درهم أخذ الفضل المولى أيضًا حتى يستثني في الألف التي أقرضه، فإن بقي شيءٌ بعد ذلك كان ميراثًا لورثته.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المكاتب قد عتق، فصحّ القرض عليه كدين الأجنبيّ.

مسألة

1746 فيبطل.
1747 كانت.
1748 الفرض.
1749 الفرض.
1750 غير مقروء.

قال محمد: وإذا كاتب[1751] الرجل عبده على ألف درهم، فمرض المكاتب وله ابنان حُرّان هما وارثاه، فأقرّ لأحدهما بدين ألف درهم، وأقرّ للمولى بدين ألف درهم، ثم مات المكاتب، وترك ألفي درهم، فإنّ المولى أحقّ بها بين الألفين يستوفي ألفًا من المكاتبة وما بقي، فهو له من دينه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ أحد الدينين[1752] ثابت لا محالة إمّا دين المولى وإمّا دين الوارث، لأنّه لا يخلو[1753] من أن يموت حرًّا أو عبدًا، فإن مات عاجزًا عبدًا صحّ إقراره للابن، وإن مات حرًّا صحّ إقراره للمولى فقر لنا الألف درهم من ماله للدين، لأنّه مبدى به على الكتابة، وتثبت ألف يستوفيها المولى من الكتابة، فيموت حرًّا، ويستحقّ المولى الألف الأخرى، ولا شيء للابن، لأنّه حصل وارثًا، ولا يجوز إقرار المريض لوارثه.

قال محمد: وإن كان المكاتب ترك أقلّ من ألفي درهم بدأنا بالوارث المقرّ له، فأعطيناه دينه وهو الألف فيها بقي فهو للمولى.

قال أبو بكر: ذلك لأنّا عزلنا للدين ألف درهم لما وصفنا من ثبوت أحد الدينين[1754] لا محالة، فتبقى[1755] الكتابة لا وفاء لها فيما له، فيموت عاجزًا، ويكون المولى وارثه، [250أ] فبطل إقراره له صحّ للابن، فيأخذ الابن ألفًا ويأخذ المولى الباقي، لأنّه مال عبده.

باب ما يجوز من الشهادات وما يُبطل منها بالبراءة

قال محمد: وإذا أقرّ الرجل أنّ هذا العبد كان لفلان، ثمّ أقام البيّنة أنّه اشتراه منه بألف درهم، ولم يوقت البيّنة وقتًا، وفلان يجحد البيع، فالشهادة جائزة، ويقضي له بالثمن، وكذلك إذا أقرّ بين يديّ القاضي أنّ هذا العبد لفلان، ثمّ مكث مدّة، ثمّ أقام البيّنة أنّه اشتراه منه قبلت بيّنته. فإن قال الشهود: لا ندري كان الشراء قبل أو بعد إذا ادّعى المشتري أنّه كان بعد، وإذا كان كذلك لم يجز إبطال الشراء لأجل إقراره له بالملك، وكيف يكون إقراره له بالملك مانعًا من قبول بيّنته على الشراء، وهو إنّما يصحّ له الشراء بصحّة الملك للبائع، وترك البيّنة لذكر التوقيت لا يمنع صحّة شهادتهم من قِبل أنّا إذا لم نعرف وقت الشراء حكمنا به وقت سماع البيّنة، فيحصل الشراء بعد الإقرار.

قال محمد: ولو قال: "هذا العبد لفلان"، ثمّ أقام البيّنة أنّه اشتراه منه قبل الإقرار عند القاضي لم تقبل[1756] بيّنته.

[1751] كانت.
[1752] الدينين ثابت.
[1753] لا يخلوا.
[1754] الديتين.
[1755] فيبقى.
[1756] لم يقبل.

قال أبو بكر: من قِبل أنّه قد اعترف بدءًا بالملك لفلان في حال [250ˇ] شهدت[1757] بيّنته فيها بالملك له، وذلك إكذاب لبيّنته، وصار ذلك مثل إقامته البيّنة على الشراء من فلان، ثمّ إقراره بعد ذلك بالملك له، فيبطل بيّنته.

فإن قال قائل: فهو إذا قال: أنّه كان لفلان، ثمّ أقام البيّنة على الشراء ينبغي ألّا يقبل بيّنته من قِبل أنّه إذا أقرّ له بالملك، فحكم ذلك الإقرار أبدًا قائم، فيصير كأنّ البيّنة شهدت في حال هو مقرّ فيها بالملك له.

قيل له: قوله: "كان لفلان" ليس يمنع زوال ملكه بعد ذلك، وإنّما يثبت حكم إقراره وينفيه من جهة الحكم، فإذا أقام البيّنة على الشراء قبلنا بيّنته إذا لم يوجد[1758] منه إكذاب[1759] لها. ألا ترى أنّ شاهدين لو شهدا أنّ فلانًا أقرض فلانًا ألف درهم، فحكم الحاكم عليه بالألف، فدفعها إلى المحكوم له، ثم أقام المحكوم عليه البيّنة أنّ فلانًا ذلك قد كان أبرأه قبل ذلك، وحكم بإكذابهم، لأنّهم لم يشهدوا أنّ المال عليه في هذا الوقت، وإنّما شهدوا أنّه كان أقرضه من جهة الحكم القضاء بالمال حتى تثبت[1760] البراءة منه. ألا ترى أنّهم لو شهدوا أنّ لفلان عليه ألف درهم، فحكم الحاكم عليه يدفع المال، فدفع، ثم أقام المحكوم عليه البيّنة أنّه قد كان أبرأه من كلّ حقّ قبل ذلك أنّ الشهود يضمنون[1761]، ويصير ذلك حكمًا بتكذيبهم. فكذلك إذا أقرّ أنّه كان لفلان لم يمنع ذلك قبول بيّنته وإن كان حكم إقراره قائمًا عليه من الوجه الذي وصفنا.

مسألة

قال محمد: ولو قال: "هذا العبد لفلان اشتريته منه أمس"، وأقام على ذلك بيّنة قبلت ذلك منه، وقضيت له بشهادة الشهود، [251أ] لأنّه ليس في ظاهر لفظه إكذاب لإحتمال أن يريد كان لفلان واشتريته منه. ألا ترى أنّك تقول: "هذه دار زيد باعها من فلان" بمعنى أنّها كانت لزيد، وإذا كان هذا القول محتملًا لما وصفنا لم تبطل بيّنته إذا كان حكمها أن تحمِل على الصحّة حتى يظهر منه إكذابها، ولا تبطل[1762] البيّنة احتمال الإكذاب. ألا ترى أنّ الشهود لو قالوا: "هذا العبد لفلان باعه من فلان" كانت هذه شهادة صحيحة، ولم تكن[1763] متناقضة.

مسألة

1757 شهدوا
1758 نوجد.
1759 كذاب.
1760 حتى يثبت.
1761 تضمنون.
1762 ولا يبطل.
1763 ولم يكن.

قال محمد: ولو قال عند القاضي: هذا العبد لفلان، ثم مكث شهرًا، ثم أقام البيّنة على الشراء من فلان، ولم يوقّت الشهود وقتًا، وقالوا: "لا ندري[1764] كان الشراء قبل الإقرار أو بعده"، وادّعى المشتري أنّه كان بعد الإقرار، وأنكر البائع الشراء، فإنّ القاضي يقضي له بالشراء.

قال أبو بكر: وذلك لما تقدّم من أنّ القاضي يحكم بالشراء في الحال إذا لم يكن في لفظ الشهود تاريخ.

قال محمد: ولو أقرّ عند القاضي أنّ هذا العبد لفلان لا حقّ له فيه، ثم مكث حينًا، ثم أقام البيّنة أنّه اشتراه من فلان بألف درهم، وفلان يجحد ذلك، فإنّ القاضي يسأل الشهود الشهود متى كان الشراء، فإنْ وقّتوا وقتًا بعد إقرار المشتري بأنّه لا حقّ له فيه قضى له بالشراء، وإن قالوا: "لا ندري متى كان الشراء" لم يقض له بشيءٍ.

قال أبو بكر: بنــى محمد هذه المسألة على أصل متّفق عليه بين أهل العلم، وأخرجها عن معاني ما تقدّم، وهو أنّ من أبرأ رجلًا من كلّ حقّ له قبله، ثم أقام البيّنة على حقّ له [251ظ] أنّه أقرّ به[1765] لا حقّ له قبله، ثم أقام البيّنة على حقّ له على المبرئ أنّ بيّنته غير مقبولة حتى يثبتوا أنّه حادث بعد البراءة، ومتى ما اتّهمها لم يحكم بشيءٍ، وجعل ما شهدت به البيّنة داخلًا تحت البراءة، وإذا كان ذلك كذلك فقوله: "هذا العبد لفلان لا حقّ لي فيه" أبرأ له، فلا تقبل بيّنته على الشراء إلّا بتاريخ متأخّر عن البراءة. فحمل محمد هذه المسألة على الأصل الذي بيّنا من البراءة، فبنــى المسائل المتقدّمة على أصل آخر أيضًا متّفق عليه، وهو أنّه لا خلاف أنّه لو ادّعى بين يديّ القاضي أنّه اشترى هذا العبد من فلان، ثم أقام البيّنة على شراء لا تاريخ[1766] له أنّ بيّنته مقبولة، وإن كان دعواه الشراء اعترافًا منه بالملك له فردّ كلّ واحد من الفروع إلى أصولها التي هي أشبه بها.

قال محمد: ولو أنّ رجلًا أقرّ فقال: جميع ما في يده، فدعى عبدًا ممّا في يديه أنّه ملّكه بعد إقراره، وقال المدّعي: "كان هذا العبد في يديك يوم أقررت"، فالقول قول المدّعى عليه، والعبد عبده.

قال أبو بكر: وهذا المعنى مبنيّ على أصل آخر، وهو أنّا لا ندخل في إقرار المقرّ إلّا ما تيقّنّا دخوله فيه، ولا نلزمه الإقرار بالشكّ، فإذا لم نعلم كونه في يده وقت الإقرار لم يلزمه، وهو أيضًا في البراءة أنّها مُسقِطة لكلّ حقّ إلّا ما علم حدوثه بعدها ومتى شككْنا في حقّ أنّه حادث أو غير حادث، فهو داخل فيها، وذلك لأنّ البراءة من الحقوق يصحّ[1767] على العموم، والإقرار بجميع الحقوق ولا يصحّ على العموم. ألا ترى أنّه لو قال لفلان: عليّ كلّ حقّ لم نلزمه بذلك سائر الحقوق، ولو قال: قد أبرأت [252أ] فلانًا من كلّ حقّ صحّت البراءة منه على ما اقتضاه لفظه.

[1764] لا تدري.
[1765] [illegible]
[1766] ريخ.
[1767] يصحّ.

مسألة

قال محمد: وإذا شهد شاهدان على عبد لرجل أنّ مولاه أعتقه فردّ القاضي شهادتهما لتهمة، ثم إنّ المولى وكّل أحدهما ببيع العبد، فباعه من صاحبه الذي شهد معه بألف درهم، فالبيع جائز والعبد حرّ بعدما وقعت عقدة البيع وولاؤه موقوف.

قال أبو بكر: وإنّما جاز البيع، لأنّ العبد ملك لما ملكه في الظاهر ولم تثبت شهادتهما في عتقه ولو فسخنا الأجل الحرّية لعاد عبدًا ملك الآمر ولا جائز فسخ البيع بمعنى لا يثبت إذا فسخناه.

قال محمد: والمشتري فدى من الثمن في قول أبي حنيفة ومحمد، ويضمُن البائع الثمن للآمر.

قال أبو بكر: هذا مبنيّ على اختلافهم في الوكيل بالبيع إذا أبرأ من الثمن، فقال أبو حنيفة ومحمد: تجوز[1768] براءته، ويضمن. قال أبو يوسف: لا تـجوز براءته استحسانًا، وإذا كان ذلك من أصلهم فالبائع مُعترف بأنّه لا ثمن له على المشتري، فإقراره جائز فيما بينه وبين المشتري، ولا يجوز على الآمر فيُضمن له الثمن، لأنّه أتلفه بإقراره كما لو أبرأ منه بعد صحّة البيع.

قال محمد وقال أبو يوسف: إنّ الثمن للآمر على المشتري بقضائه له عليه.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن يقول: أنّ من قول أبي يوسف: أنّ الآمر هو الذي يقبض الثمن من المشتري دون البائع، لأنّ البائع والمشتري قد يصادقا أنّه لم يكن بينهما عقْد، ولم يجب له قطّ عليه ثمن، ولا يكون ذلك منزلة [252ظ] أبرأ لوكيل المشتري من الثمن، فلا يبرأ، ويكون الثمن باقيًا عليه من قِبل أنّ براءته لما بطلت نفى الثمن كما كان عليه كالعبد والمكاتب إذا أبرأ من الثمن.

قال أبو بكر: وظاهر قول محمد في الكتاب يوجب ذلك أيضًا، لأنّه نفى الثمن. قال: إنّ قول أبي يوسف الثمن للآمر على المشتري يُقضى له به عليه، ولا يُطلق ذلك في إبراء الوكيل، وقد نصّ أبو يوسف على هذا المعنى في مسألة آخر الكتاب.

قال محمد: ولو أنّ الوكيل لم يبع العبد من صاحبه الذي شهد معه، ولكنّه باعه من رجل آخر بألف درهم، فالبيع جائز، ولا يعتق العبد ويأخذ البائع الثمن، فيدفعه إلى الآمر.

قال أبو بكر: من قِبل أنّا قد أبطلنا قول البائع وإقراره بحرّية العبد حين جعلناه للمشتري يتصرّف فيه تصرّف الملاك، فلمّا وقع الحكم ببطلان قوله نفي الثمن له عليه على حسب ما أوجبه العقد في الظاهر.

[1768] يـجوز.

فإن قال قائل: فالبائع معترف أنّه لا ثمن له عليه، فهلّا أبرأت المشتري.

قيل له: لأنّ المشتري حين أنكر دعوى البائع الحرّية فقد ردّ البراءة ﷺ سقطت.

قال محمد: ولو صدّقه المشتري بما شهد به من العتق بعدما نقد الثمن، فإنّ الثمن للآمر لا سبيل للمشتري عليه أو كان البائع دفعه إلى الآمر أو لم يدفعه، ويعتق العبد، ويضمن البائع للمشتري مثل الثمن الذي قبض منه في ماله.

قال أبو بكر: قد حصل ملك عين الثمن للآمر، فلا يصدّق المشتري على فسخ ملكه فيه. ألا ترى أنّ البائع لو قبض الثمن، ثم وهبه للمشتري لم تـجز هبته في العين، وإن كان لو وهبه قبل القبض [253أ] جاز على قول أبي حنيفة ومحمد إلّا أنّ البائع في مسألتنا يغرم لمشتري مثل ما قبض لاعترافه بأنّه قبض ما ليس له قبضه وتصديق المشتري إيّاه على ذلك، ويعتق العبد لإقرار المشتري به، وأيضًا فإنّا إذا أعتقنا العبد فلم نحكم ببطلان قول البائع في دعواه العتق، فغرم الثمن له حين حكمنا بتصديقه في نفاذ الحرّية في العبد.

قال محمد: ولو أنّ المشتري صدق البائع بما شهد به من العتق قبل نقد الثمن بطل الثمن عن المشتري، وغرمه البائع للآمر في قول أبي حنيفة ومحمد، وفي قول أبي يوسف الثمن للآمر على المشتري على حاله وهو الذي يقبضه منه، وليس للبائع أن يقبضه منه، لأنّه يزعم أنّه لا شيء له عليه.

قال أبو بكر: وهذا بين على ما قدّمنا من أموالهم.

فإن قال قائل: أليس من أصل أبي يوسف أنّ البائع إذا أبرأ[1769] المشتري من الثمن لم تجز[1770] براءته، وكان القبض إليه مع ذلك، فهلّا بقاء له القبض في مسألتنا، ولم ينقل القبض إلى الآمر.

قيل له: من قِبل أنّ البائع إذا اعترف بصحّة البيع فقد اعترف بملك الثمن لغيره، وأنّ براءته فيه غير جائزة، فلذلك لم يبطل قبضه. وأمّا إذا لم يعترف بصحّة البيع وادّعى حرّية العبد وصدّقه المشتري فيه، فقد تصادقا أنّه لم يجب له قطّ ثمن على المشتري، فلذلك لم يثبت له القبض، وانتقل القبض إلى الآمر، لأنّه مالك للثمن، ولا يصدّق واحد منهما على إسقاطه على مذهبه آخر الإقرار، والحمد لله وحده والصلاة على آله الطاهرين. [253ب]

بسم الله الرحمن الرحيم

[1769] + أبرأ.
[1770] لم يـجز.

كتاب الشهادات

باب الشهادة التي تبطل بعد قضاء القاضي

قال محمد: وإذا شهد شاهدان على رجل أنّه قتل وليّ هذا الرجل خطأ، وإنّهم عاتبوا ذلك، فقضى القاضي على العاقلة بالديّة، فقبضها الوليّ، ثم جاء المشهود بقتيله[1771] حيًّا، فإنّ العاقلة بالخيار إن شاؤوا ضمّنوا الوليّ الديّة التي أخذ، وإن شاؤوا ضمّنوها الشاهدين، فإن ضمّنوها الشاهدين رجعا بها على الوليّ، وإن ضمّنوها الوليّ لم يرجع على الشاهدين.

قال أبو بكر: لمـّا جاء المشهود بقتله حيًّا تبيّنًا كذب الشهود وبطلان شهادتهم، فقد أخذ الوليّ ما لم يكن له أخذه، وكان[1772] ذلك الشهادة الشهود، فللعاقلة تضمين الوليّ، لأنّه هو القابض، وقد بان أنّه لم يكن له قبضها، ولهم أن يضمنوا الشاهدين، لأنّهما أوجبا بشهادتهما تسليم الديّة إليه، فصار كأنّهما قبضا الديّة، وسلّماها إلى الوليّ، فإذا ضمن الوليّ يرجع على الشاهدين، لأنّه قد أخذ عوض ما ضمن، فلا يجوز له أن يرجع ببذل ما ملكه على غيره. ألا ترى أنّ الديّة التي أخذها أتلفها على ملكه، وللشاهدين إذا ضمنا الرجوع على الوليّ، لأنّ العاقلة إذا ضمّنت الشاهدين انتقل ما كان لها إليهما فملكا ذلك المضمون، لأنّه لا جائز بقاؤه على ملك العاقلة مع أخذها البدل، فإذا ملكه الشاهدان رجعا به على القابض كالغاصب [254أ] إذا غصب منه، فمات في يديّ الثاني، وضمن الأوّل القيمة، فله الرجوع على الثاني، لأنّه ملك العبد بالضمان.

فإن قال قائل: إذا صار الشاهدان في الحكم كأنّهما قبضا الديّة، فسلّمها إلى الوليّ، فالواجب ألّا يرجعا بما ضمنا عليه كما لو أنّ الغاصب وهب العبد المغصوب لرجل، ثم ضمن القيمة لم يرجع على الموهوب له بشيء.

قيل: إنّهما وإن كانا في الحكم كما[1773] وصفنا، فإنّهما لم يُسلّماها إليه بغير بدلٍ، وإنّما سلّماها إليه على أن يقتضيها بدلًا من النفس التي أتلفتْ عليه، فإذا بان الثاني أنّه لم يستحقّها وجب عليه ضمان ما قبض، ولا يجوز أن يملكها بغير بدلٍ، إذ كانت في الابتداء مقبوضة على وجه البدل، وإذا وجب الضمان ولم يجز أن يضمنها للعاقلة، لأنّهم قد أخذوها من الشهود وجب أن يضمنها للشهود.

مسألة

قال محمد: وإن كانا شهدا بعمد فقَتله الوليّ، ثم جاء المشهود بقتله حيًّا، فلا قول على الشاهدين ولا على القاتل، وورثة المقتول بالخيار إن شاؤوا ضمنوا القاتل الديّة، وإن شاؤوا ضمنوا الشاهدين، فإن ضمنوا القاتل لم يرجع على الشاهدين

[1771] بقتله (بقتله)
[1772] يبدو هنا يوجد سقط.
[1773] كمن.

بشيء، وإن ضمّنوا الشاهدين لم يرجعا على القاتل بشيء أيضًا في قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف ومحمد يرجع الشاهدان[1774] بما ضمنا على القاتل.

قال أبو بكر: لم يجب على الشهود القود، لأنّهم إنّما صاروا سببًا في القتل كحافر البئر وواضع الحجر في الطريق.

فإن قال قائل: هلّا كانا لمكرهين على القتل، لأنّ القاضي لا يجوز له [254ب] بعد شهادتهما[1775] التوقّف على إمضاء القود وإيجاب القتل على المشهود عليه، فيكونان كمن أكره رجلًا على قتل رجل، وكما أوجبتم عليهما الضمان، وجعلتموهما بمنزلة المكرِه، ويسقطه عن الفاعل هو الوعيد بالقتل. فأمّا القاضي فلم يلحقه هذا المعنى، وإنّما كان لو تخلف[1776] عن إمضاء القود مع صحّة الشهادة في الظاهر يكون عاصيًا لله تعالى مستحقًّا لعقابه، وعند الله تعالى لا يكون إكراهًا، وإذا كان كذلك لم يجز أن ينتقل حُكم القتل إلى المشهود حسب انتقاله إلى المكروه.

وأمّا وجوب الضمان عليهما بكسبهما[1777] حكم الإكراه من قِبل أنّ الضمان لحقهما بفعلهما للسبب المؤدّي إلى القتل، ولا يجب القود بالأسباب، ويجب الضمان كحافر البئر ونحوه. وأمّا الوليّ فلا يجب عليه القود أيضًا، لأنّه قَتل بحكم الحاكم، ولأنّه لم يثبت أيضًا أنّه تعمّد القتل مع العلم بكون المشهود بقتله حيًّا، لأنّه يجوز أن يكون إنّما ادّعى القتل لمـّا أخبره الشاهدان، ثم قتل وهو يظنّ أنّ له أن يقتل، فسقط القود عنه للشبهة ولا يسقط ضمان المال، لأنّه لا تسقطه[1778] الشبهة. وأمّا وجه قول أبي حنيفة في أنّ الشاهدين إذا ضمنا لم يرجعا على المولى بشيء، فهو: أنّهما إنّما أوجبا للولي القود، واستوفاه الوليّ بشهادتهما، وما استوفاه الوليّ من القتل ليس بمال ولا يجوز أن ينتقل القود بالضمان، [255أ] فلذلك لم يرجعا على الوليّ بشيء.

فإن قال قائل: فإنّ الواجب عمّا أوجباه المال، فهلّا جعلت لهما الرجوع بالمال لوجوبه عليهما وعلى الوليّ.

قيل له: إنّما يرجعان بما سلَّما إلى الوليّ بشهادتهما، وهما لم يوجبا للولي مالًا، وإنّما أوجبا القود، وما أوجباه لم يملكاه بالضمان فلم يرجعا به، وقد يجوز أن تضمناهما المال، وإن كان الذي أوجباه لغيرهما ليس بمال كما لو شهدا على رجل بطلاق امرأته قبل الدخول، وهو يجحد أن الذي بضمانه هو المال والذي أوجباه للمرأة هو البُضع. فكذلك في مسألتنا يجوز أن يضمنا المال وإن كان الذي أوجباه للمشهود له هو الدم، وممّا يدلّ على أنّ الذي أوجبه الشاهدان هو القتل لا

[1774] لشاهدان.
[1775] شهاتهما.
[1776] لو يحلف.
[1777] يكسبهما.
[1778] لا يسقطه.

غير، وإن كان قد تجوّز[1779] انتقاله إلى المال في الثاني أنّ شهادة النساء مع الرجال غير مقبولة فيما يوجب القود، فثبت أنّ الاعتبار في إيجاب ما يوجبه الشهود بما [هو] لفظ الشهادة دون ما يؤول إليه حكمه في الثاني لما يعرض من الأحوال.

ووجه قول أبي يوسف ومحمد: إنّ وليّ المقتول لمّا كان له الخيار بين تضمين الشهود أو القاتل المشهود له، ثم ضمّن الشهود رجعوا به على القاتل كما لو شهدوا بالخطأ، والانفصال لأبي حنيفة من ذلك أنّهما في الخطأ لم يوجبا له غير المال، فرجعا به، إذ ملكاه بالضمان في العمد لم يوجبا مالًا، وإنّما أوجبا له الدم، وذلك لا يملكانّه بالضمان.

قال أبو بكر: وكان أبو الحسن رحمه الله يقول: إنّ اختلافهم في هذه المسألة [255ب] نظير اختلافهم في الصلح على أكثر من قيمة العبد المغصوب المستهلك أنّهما يُبطلان الفضل، ويعتبران ما حصلت عليه المطالبة به، ولم يدّعيا النسب الموجب للضمان وهو تناول العبد، وأبو حنيفة يجيز الصلح على أكثر من القيمة، لأنّه اعتبر ما وقع الغصب فيه، ووجب به الضمان، فجعل الصلح واقفًا عنه دون غيره، فكذلك اعتبر أبو حنيفة في مسألة الباب ما أوجبه الشاهدان بشهادتهما وهو القتل، ثم لم يعتبر ما آل إليه الحكم في الثاني من وجوب الضمان. وأبو يوسف ومحمد اعتبرا ما حصل عليه الحكم في الثاني من الضمان، فجعلا كأنّهما لم يوجبا غير المال شيئًا، فأوجبا للشهود الرجوع بما ضمنا.

قال أبو بكر: وليس ذكره لمسألة الغصب وتشبيهه مسألتنا بها على جهة أنّه جعل إحديهما أصلًا للأخرى أو حكمها، لكنّه ذكر اعتبار كلّ واحد منهم في الوجهين: السبب أو ما صار إليه حكمه.

مسألة

قال محمد: وإن كان الشاهدان [شهدا] على إقرار القاتل بالقتل، والقاتل يجحد ذلك، والذي شهد أنّه عمدًا وخطأً، ثم جاء المشهود بقتله حيًّا، فلا شيء على الشاهدين، ولكن الوليّ ضامن للديّة في الخطأ والعمد للمقتضى عليه إن كان حيًّا ولورثته إن كان ميتًا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لم يظهر لتأكيدها، ولم يرجعا عن شهادتهما جائز أن يكون المشهود عليه أقرّ بالقتل وإن لم [256أ] يكن له حقيقة.

مسألة

قال محمد: وكذلك لو أنّ شاهدين [شهدا] على شهادة شاهدين على رجل أنّه قتل وليّ فلان بن فلان خطأ، فقضى القاضي بالديّة على عاقلة القاتل لولي المقتول، وقبضها، ثم جاء المشهود بقتله حيًّا، فلا ضمان على الشهود الذين شهدوا عند القاضي، ويضمن الوليّ ما أخذ، فيردّه إلى العاقلة.

[1779] قد يجوز.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه جائز أن يكونا صادقين في نقل شهادة الأوّلين، وأن يكون الأوّلان هما الكاذبين، وإذا كان كذلك لم يجب عليهما ضمان.

قال محمد: ولو حضر الشاهدان المشهود على شهادتهما فقالا: لم يشهد هذين[1780] على شهادتنا بشيء لم يلتفت إلى قولهما، ولم يضمنا شيئًا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهما غير مصدّقين على الآخرين.

قال محمد: فإن قالا: قد أشهدناهما[1781] على شهادتنا، ونحن نعلم أنّا كاذبان، فإنّ قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف أنّه لا ضمان عليهما.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ قول[1782] الأوّلين لم يوجب حُكمًا حتى يشهد بقتله[1783] الآخران، فإنّما تعلّق قطع الحكم بقول الآخرين دونهما، وإنّما يضمن عند الرجوع الشهود الذين يقطع الحكم بشهادتهما، فلمّا كان قطع الحكم واقعًا بقول الآخرين لم يضمن الأوّلان شيئًا. ألا ترى أنّ شهادة الأوّلين قد كانت موجودةً غير موجبة حكمًا، فهما كرجل قال لآخر: "اقتلْ فلانًا أو اغصبْه"، ففعل، فالضمان على الفاعل دون الآمر.

قال أبو بكر: وهذا صحيح على أصل أبي حنيفة. ألا ترى أنّه يوجب الضمان [256ب] [على المزكّيين][1784] إذا وجد شهود الزنا عبيدًا أو كفّارًا، لأنّ قول الشهود لم يصر شهادة إلّا بالتزكية، فلمّا صار قول الشهود شهادة بالتزكية جعل الضمان على المزكّيين[1785]، كذلك قول الأوّلين صار شهادة عند الحاكم بنقل الآخرين فوجب[1786] ألّا يضمن الأوّلان شيئًا، لأنّ قولهما لم يثبت بأنفسهما، ولم يوجب قطع الحكم على من شهد عليه إلّا بقول غيرهما. وأمّا أبو يوسف فأنّه فرّق بين الشاهدين على شهادة الأوّلين وبين المزكّيين، لأنّ قول الآخرين شهادة، فيتعلّق حكم الضمان بها إذا رجعوا، وليس قول المزكّيين شهادة، فلم يتعلّق به الضمان.

وقال محمد: يضمن الأوّلان الديّة إذا رجعا، لأنّ الحكم إنّما وقع عند شهادة الآخرين بقول الأوّلين، فإذا كانت شهادة الأوّلين هي المحكوم بها إذا كانا هما اللذان شهدا على الحقّ، ومعاينة القتل وجب أن يضمنا بالرجوع.

مسألة

[1780] هاذين.
[1781] أشهدتاهما.
[1782] القول.
[1783] يسبه بقله.
[1784] كان محذوفًا.
[1785] المزكين.
[1786] وجب.

قال محمد: ولو أنّ شاهدين شهدا على رجل أنّه تزوّج امرأةً على ألف درهم، وهو يُنكر ذلك، والمرأة تدّعي[1787]، فقضى القاضي بشهادتهما، ودفع المهر إلى المرأة، فلم يدخل بها حتى علم أنّ الزوج أبوها من الرضاعة، فإنّ القاضي يُبطل النكاح، وتردّ المرأة المهر على الزوج، ولا ضمان على الشاهدين.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لم يظهر لنا كذبهما فيما شهدا به، إذ جائز أن يكونا قد عقدا في الظاهر على ما شهدت به الشهود، فلذلك لم يضمنا. ألا ترى أنّهما إنّما شهدا على إقراره بذلك [257أ] ولم يرجعا عمّا شهدا به، ولم يظهر لنا كذبهما فيه، وعلى هذا المعنى مسألة الشراء والخلع اللتين ذكرهما محمد.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ شاهدين شهدا أنّ فلانًا أقرض فلانًا ألف درهم عامًا أو لا، والمدّعى عليه يجحد ذلك، فقضى القاضي بشهادتهما، ودفع المال إلى المدّعي، ثم أقام البيّنة المدّعى عليه أنّ المدّعي أبرأه قبل شهادتهما بيوم من كلّ قليل أو كثير يدّعيه، فإنّ القاضي يقضي بالبراءة وبردّ المدّعي المال على المدّعى عليه، ولا يضمن الشاهدين شيئًا.

قال أبو بكر: لأنّه لم يظهر في الثاني بطلان ما شهدا به، لأنّ قضاء المال لا يبقى كون القرض[1788] في الوقت الذي أثبته الشهود فيه، وأضافوه إليه، فلم يكن الحكم بالقضاء حكمًا بإبطال ما وقعت الشهادة عليه.

قال محمد: ولو شهد أنّ له عليه ألف درهم، فقضى القاضي بشهادتهما، ودفع المال إلى المدّعي لمـّا أقام[1789]، ثم أقام المدّعى عليه شاهدين على البراءة، فإنّ له أن يضمن الشاهدين إن شاء[1790] وإن شاء رجع على المدّعي، فإن رجع على المدّعي لم يرجع المدّعي على الشاهدين، وإن ضمن الشاهدين رجعا على المدّعي.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ الحكم بالبراءة قبل ذلك ينفي ثبوت الدين عليه في وقت الشهادة، فإذا قد وقع الحكم من الحاكم ببطلان ما شهدا به، فصار كمُحْي المشهود بقتله حيًّا، ونظائره من المسائل، وبذلك على الفرق بين المسألتين أنّه سعة[1791] أن يحلف ما له عليه شيء إذا كان قد أبرأه قبل ذلك، ولا يجوز له أن يحلف ما أقرضه، [257ب] وإن كان قد برئ منه.

باب من الدين والشهادة عليه

قال محمد: وإذا كان لرجلين على رجل ألف درهم، وهما فيها شريكان، فضمن أحدهما حصّة صاحبه عن الغريم، فالضمان باطل، وإن أدّاه على هذا الضمان رجع به.

[1787] يدّعي.
[1788] الفرض.
[1789] لم اقام.
[1790] إن شاؤوا.
[1791] يسعه.

قال أبو بكر: لا يخلو[1792] الحكم بصحّة ضمانه من أحد وجهين: إمّا أن يصحّ الضمان، فيقطع حقّه عن المضمون، فيكون فيه قسمة الدين لا يصحّ، لأنّ القسمة إنّما هي إقرار الحقوق وتمييزها، وتمييزها في الذمّة، وإقراره لا يصحّ إلّا بالقبض والتعيين. والدليل على ذلك: أنّ حنطة بين رجلين لو اقتسماها، ورضي كلّ واحد منهما أن يأخذ نصفًا أشار إليه، ثم لم يتقابضا حتى هلك أحد[1793] النصفين أنّه يكون هالكًا من مالهما، والباقي بينهما، لأنّ القسمة لا تثمن إلّا بالقبض، وقبض ما في الذمّة غير ممكن، فلا يصحّ من أجل ذلك قسمته، وإذا لم ينقطع حقّ الضامن عن المضمون لما وصفنا، فواجب أن يكون متى أدّى شيئًا عن الضمان أن يثبت له حقّ الاسترجاع في نصفه، فإذا بطل الضمان في النصف بقي النصف الآخر كأنّه هو المضمون وحده لا غير، فيثبت حقّه في نصفه أيضًا، وكذلك كلّ جزء يبقى منه هذا حكمه حتى يستغرق جميع المؤدّى، فلا يبقى في يده شيء، فلمّا لم يحل الضمان من أحد هذين الوجهين أعني من قسمة الدين أو استحقاق [258أ] جميع المؤدّى عن الضمان لم يصح الضمان إذا لم يصح به أدّى.

قال محمد: وإن قضاه المال أن يرجع فيه فيأخذه.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ الضمان إن كان فاسدًا ولم يلزمه به القضاء ومن قضى شيئًا ليس عليه على أنّه عليه، فله أن يرجع فيه.

قال محمد: ولو لم يكن ضمن لصاحبه شيئًا، ولكنّه قضى شريكه نصيبه من غير ضمان صحّ القضاء، وإن برأ ما على الغريم لم يرجع على شريكه بشيءٍ.

قال أبو بكر: إنّما صحّ القضاء، لأنّ القضاء يقتضي صحّة تسليم المقضي، وقطع حقّه عنه بالقبض، فلمّا كان كذلك صحّ[1794] القضاء، ولم يكن له أن يأخذ منه شيئًا ممّا قضاه. ألا ترى أنّ القاضي لو كان أجنبيًّا أو كان الغريم، فتسلم الآخر منه لم يكن له مع التسليم حقّ الشركة، فكذلك إذا قضى هو فقد وجد التسليم مقارنًا للقبض، فلم يثبت له حقّ الشركة فيه لوجود ما يوجب البراءة منه وإسقاطه في حال القبض.

فإن قال قائل: فإذا صحّت براءة الشريك من القاضي من الحقّ الواجب له ممّا قضاه حتى لا يكون له الرجوع في نصفه إذا نوى نصيبه على الغريم، فهلّا جعلت ضمان أحد الشريكين لنصف الآخر أبرأه من حقّه في الخمسمئة التي ضمنها فيصحّ الضمان، ولا يكون له حقّ الشركة فيما يقضيه على هذا الضمان.

[1792] لا يخلوا.
[1793] إخدا
[1794] اصحّ.

قيل له: من قِبل أنّ البراءة من الحقوق لا تصحّ[1795] إلّا على أحد وجهين: إمّا أن يكون بعد وجوب الحقّ أو في العقد الموجب له ...[1796] البراءة من الحقّ بعد وجوبه [258ب] هو الذي يبرأ من العيب بعد الشراء، والبراءة الواقعة في نفس العقد هو الذي يبرأ من العيب في عقد البيع، فيجوز، ومتى حلّت البراءة من أحد هذين الوجهين فهي باطلة. ألا ترى أنّه لو قال له: أبرأتك من كلّ حقّ يجب لي قِبَلك أو من ثمن العبد الذي أبرئه منك لم يصح، وإذا صحّ ما قلنا، فلو جعلنا ضمان الشريك براءة لشريكه من حقّه في الخمسمائة المضمونة كان ذلك براءة من الحقّ، ولأنّ الحقّ موجودٌ معه، فلمّا لم يجز وقوع البراءة على هذه الجهة بطل الضمان.

ووجه آخر، وهو: أنّ الحقّ أنّما يعتبر حكمه مع بقاء ما يوجب الشركة، فما دام المال قائمًا لهما لم تصح[1797] البراءة، وضمانه لنصيب صاحبه لا يمنع بقاء ماليهما على الغريم، وليس كذلك القبض، لأنّ أحدهما إذا قبض نصيبه فقد سقط دينه، وبقي دين الآخر بحاله، وإنّما تعتبر[1798] قسمة الدين من الوجه الذي ذكرنا مع بقاء الحقّين. فأمّا إذا سقط حقّ أحدهما فجائز أن ينفرد حقّ الآخر خاليًا من حقّ الغير. ألا ترى أنّ أحدهما لو برئ الغريم من الدين سقط حقّه، وبقي دين الآخر لا شركة لأحد فيه، فكذلك هذا في قضاء أحدهما.

فإن قال قائل: فهلّا جعلت له الرجوع بنصف ما قضى إذا نوى ما على الغريم كما لو قضاه الغريم أو أجنبيّ، فسلم كان له الرجوع بنصفه إذا نوى نصيبه على الغريم.

قيل له: لا يجب ذلك من قِبل أنّ القاضي إذا كان شريكًا لم يقع للقابض القبض إلّا مقارنًا لتسليم الدافع له ما اقتضاه إيّاه، فلم يثبت له [259أ] في حقّ الشركة، لأنّه يستحيل أن يثبت له حقّ الشركة مع وجود ما ينافيه. وأمّا إذا كان الغريم أو أجنبيًّا فقد ثبت للشريك حقّ الشركة، ثم سلّمه بعد ذلك على شرط سلامة النصف الآخر له، فمتى ما لم يسلم له[1799] ما على الشريك عاد حقّه الواجب له بقبض الشريك، كما أنّ الطالب إنّما يحتال بالمال على المحال عليه، ويبرئ المحيل على شرط سلامة ما نقله إلى ذمّة المحتال عليه، فمتى لم يسلم له ذلك عاد الدين في ذمّة المحيل.

قال محمد: وليس الضمان كالقضاء، لأنّ ضمان الكتابة لا يصحّ، ويصحّ قضاؤها من الأجنبيّ بغير ضمان.

مسألة

قال محمد: وإذا كان لرجلين على رجل ألف درهم، وهما فيها شريكان، والدراهم غلّة، فقبض أحدهما نصيبه بهرجة أو نقد بيت المال، فأراد صاحبه أن يرجع عليه بنصف ما أخذ، فقال القابض: "أنا أعطيك منك دراهمك" أو قال الشريك

[1795] لا يصحّ.
[1796] هنا فراغ كبير، يبدو يوجد سقط.
[1797] لم يصح.
[1798] وانما يعتبر.
[1799] + على.

الذي لم يقبض شيئًا: "أنا أرجع عليك بمثل دراهمي، وأسلّم لك ما قبضت وأنا ذلك القابض"، فللشريك الذي لم يقبض أن يرجع عليه، فيأخذ نصف ما أخذ إن كان ذلك أجود من دراهمه أو أردء، وليس للقابض أن يمنعه أخذ نصف المقبوض ما دام قائمًا في يده.

قال أبو بكر: المقبوض هو نصيب القابض أن يمنعه إلّا أنّ الآخر فيه حق الشركة. والدليل على أنّ المقبوض هو نصيبه: أنّه متى طالب به أجازه[1800] القاضي عليه[1801]. ومعلومٌ [259ب] أنّه لا يجيزه على دفع نصيب غيره إليه. ويدلّ عليه أيضًا: أنّ أحدهما إذا صالح من نصيبه على ثوب جاز، ولو كان من نصيبه، ونصيب صاحبه لوجب ألّا يجوز الصلح في جميعه إذا لم يجزه شريكه، ومعلوم أنّ عقد الصلح إنّما يتعلّق بالدين، ولا يوجب ضمان غيره، وأيضًا كان [إذا] المقبوض من نصيبها لوجب ألّا يجوز له قبضه إلّا وقد صار وكيلًا لصاحبه في قبضه، ولو كان كذلك لما ضمنه لهلاكه في يده. وفي وجوب ضمانه عليه دليل على أنّه ليس بوكيل ولا في حكم الوكيل، فبان أنّه استحقّ القبض لنفسه، فلذلك كان المقبوض نصيبه خاصّة، وأيضًا فإنّ المقبوض كان ملكًا للدافع، فملكه القابض، فينبغي أن يملكه على حسب ما وقع تمليكه فيه من جهة مالكه، ومعلوم أنّ مالكه يقبضه على أن يكون بينهما، وإنّما ملّكه على أن يكون نصيبه خاصّة، فينبغي أن يملكه.

قال أبو بكر: ويقول: إنّ المقبوض وإن كان نصيبه فإنّ لصاحبه فيه حقّ الشركة، لأنّه ليس هو شيئًا غير الذي[1802]، بل هو في الحكم كأنّه هو الدين بعينه، وإن كان أجود منه أو أردء بدلًا له جواز قبضه عن ثمن الصرف ورأس مال السلم، فلمّا حصل للمقبوض حكم الدين نفسه من هذا الوجه كان له حقّ الشركة فيه بعينه، وأيضًا فلو لم يجعل له الحقّ في نفس المقبوض حكم الدين نفسه من هذا الوجه كان له حقّ الشركة على هذا الوجه، فصار لهذا المقبوض حكمان [260أ] هو في حقّ القابض كأنّه نصيبه حتى صار مالكًا بجميعه جائز التصرّف فيه، وفي حقّ الآخر كأنّه هو الذي نفسه في باب إيجاب حقّ الشركة له في عينه.

قال محمد: فإن قضاها شريكه رجلًا من دين كان له عليه أو وهبها لرجل، وقبضها، فأراد الشريك الذي لم يقبض أن يرجع بنصفها على الموهوب له أو على الذي قبضها، فليس له ذلك، ولكنّه يرجع على شريكه بمثل نصف ما قبض.

قال أبو بكر: قد بيّنا أنّ المقبوض ملك للقابض، وللآخر فيه حقّ الشركة، فهو كالمشتري شراء فاسدًا أنّ الذي يقبضه من المبيع ملك له، وللبائع فيه حقّ الفسخ، وكالموهوب له أنّه مالك للهبة، وللواهب فيه حقّ الفسخ، والمعنى الجامع بينه وبين البيع الفاسد والهبة: أنّ الملك حصل له في المقبوض بتسليط من الدافع كما وقع ذلك في البيع والهبة بتسليط من البائع والواهب.

[1800] اجيزه.
[1801] + عليه، صحّ هامش.
[1802] يبدو هنا يوجد سقط.

وجه آخر، وهو: إن وقع في سهمه عبد قد أسره المشركون من رجل من المسلمين كان مالكًا له، ولمولاه الأوّل أخذه بالقيمة، فإن تصرّف فيه الذي وقع في قسمة جاز تصرّفه، ولم يكن للمولى الأوّل فسخه، فكذلك ما وصفنا، والمعنى الجامع بينهما: أنّ حقّ المولى لا يثبت في العبد المأسور إلّا بقبض المسلمين له، وحيازتهم إيّاه في دار الإسلام كما لا يثبت حقّ الشريك في المقبوض إلّا بقبضه[1803]، فلمّا لم يكن للشريك أيضًا إبطال تصرّف القابض[1804] [260ب] في المقبوض، وقد يمكن أن يجمع بين مسألتنا وبين البيع الفاسد والهبة بهذا المعنى بعينه، لأنّ البيع الفاسد إنّما ملك بالقبض وكذلك الهبة، كما يملك مال أهل الحرب، وما غلبوا عليه بالقبض والحيازة، وكذلك الشريك إنّما تعلّق ملكه في المقبوض بالقبض.

فإن قال قائل: هلّا كان حقّه كحقّ الشفيع في إبطال تصرّف المشتري في الدار المشتراة، وذلك لأنّ الشريك لم يكن منه تسليط للقابض في التصرّف في المقبوض، كما لم يكن من الشفيع تسليط في التصرّف في المقبوض، فوجب أن يتساويا في إبطال التصرّف.

قيل له: الدليل على فساد هذا الاعتلال: أنّ مولى المأسور لم يكن منه تسليطه في قسمة الإمام عنده ولا في بيع المشتري من أهل الحرب، ولم يكن عدم تسليطه مانعًا من جواز تصرّف الإمام والمشتري من أهل الحرب، فبان بذلك فساد هذه العلّة، وإنّما المعنى عندنا في الشفيع وثبوت حقّه في إبطاله تصرّف المشتري أنّ للشفيع إبطال شراء[1805] المشتري. ألا ترى أنّه إذا أخذ الدار من يد البائع انتقض البيع، وليس للشريك إبطال قبض الشريك القابض بحالٍ، فكان حقّ الشفيع أكدّ من حقّ الشريك لما وصفنا.

فإن قال قائل: فإنّ للشريك الذي لم يقبض إبطال قبض القابض في نصف المقبوض، لأنّه إذا أخذ منه نصف ما قبض رجعا بعد ذلك جميعًا على الغريم، فلولا أن قضبه قد انتقض في نصف المقبوض، لما كان [261أ] إذا جاز بيعه وهبته وسائر وجوه التمليك، فالعتق أحرى أن يكون، لأنّه أكدّ من سائر ما وصفت. وأيضًا فإنّ أحدًا لم يفرّق بين البيع والهبة والعتق في ذلك كلّ من أجاز البيع أجاز العتق، وكلّ من لم يجز البيع لم يجز العتق، فلمّا صحّ عندنا جواز بيعه وهبته بما وصفنا وجب أن يجوز عتقه.

قال أبو بكر: وإنّما قلنا أنّه يرجع على القابض بمثل نصف المقبوض إذا نصف فيه، ولا يرجع بمثل ديّتها من قِبل أنّ المقبوض بعينه هو الذي صار مضمونًا على القابض. ألا ترى أنّ حقّ الشركة ثبت له فيه بعينه، فإذا استهلكه رجع عليه، وقد استشهد محمد لهذه المسألة بأنّ رجلًا لو ادّعى على رجل أنّ له عليه ألف درهم فقضاها إيّاه، ثم أقرّ المدّعي

[1803] بقضه.
[1804] القابض.
[1805] الشرى.

أنّه لم يكن على المدّعى عليه شيء أنّه يأخذ الألف بعينها، وإن أبى ذلك القابض فإن استهلكه القابض بهبة أو نقضًا لم يكن لصاحبه عليه سبيل، ويأخذ من المدّعي مثله.

قال محمد: فهذا ملك فاسد ولا ينقض فيه التصرّف، فكيف ينقض في الملك الصحيح.

فإن قال قائل: لم ملك المدّعي الألف المقبوضة مع تصادقهما أنّه لم يجز هناك دين.

قيل له: يملكها عندنا لجهتين، إحديهما: أنّ الرجل إذا كان له على رجل ألف درهم [261ب] فقضاه الغريم ألفًا، فإنّ الألف المقبوضة يحصل في ضمان القابض للدافع، فإذا حصلت في ضمانه ملكها بضمان مثلها، ثم يصير ذلك المثل قصاصًا لما كان له على المطلوب، فإنّما يقع القضاء على هذا المعنى عند أصحابنا، ولولا ذلك لما ملك القابض الألف إذا لم يكن هناك دين دخل تحت العقد، فيملك به، وكان يكون حينئذ بمنزلة من اشترى عبدًا بحرّ فلا يملك العبد، لأنّ الحرّ لا يدخل تحت العقد، فصحّ بذلك أنّ معنى الاقتضاء على مذهبهم إنّما يحصل على الوجه الذي وصفنا.

فإن قال قائل: فلِم جعلت هذا ملكًا فاسدًا، وهو إنّما ملكه بألف في الذمّة.

قيل له: من قِبل أنّه شَرَط أن يملك الدافع بحذاء ملك القابض ما كان في ذمّته، فإذا لم يملك الدافع ما شرط أن يملكه به صار ملكًا فاسدًا كمن اشترى عبد[1806] بجارية[1807] فاستحقّت أنّه يملك العبد بالقبض. والجهة الأخرى: أنّ القابض قد سمّى للمقبوض بدلًا، وإن لم يكن هناك دين يملك به، فينبغي أن يملك المقبوض لأجل تسمية البدل، وإن لم يكن له حقيقة كما لو اشترى عبدًا بهذه الحنطة التي في هذا الجوالق، فإذا ليس فيه شيء أنّه يملك العبد إذا قبضه مِلكًا فاسدًا، وصار كالمملوك[1808] له بالقيمة. ولذلك قال أصحابنا: إنّه لو قال: "قد بعتك هذا العبد" يعني [بغير] ثمن أو "نعطيك[1809] هذا العبد"، وسكت أنّه يملكه إذا قبضه ملكًا فاسدًا، لأنّ قوله: "بعتك" يقتضي البدل، وقوله: "بعتُك بغير ثمن" إنّما هو كقوله: "بعتك بالقيمة"، فكذلك حكم الألف المقضيّة في حصول الملك فيها.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ أحدُ [262أ] الشريكين اقتضى نصيبه أجود من دراهمه، فسَلّم ذلك له صاحبه لم يكن له أن يرجِع عليه بشيء ما دام الغريم حيًّا. فإن نوى ما على الغريم كان له أن يرجع عليه بمثل نصف ما أخذ ليس له غير ذلك وإن كانت الدراهم قائمة بعينها.

[1806] عند.
[1807] الجارية.
[1808] كالمملك.
[1809] يعطيك.

قال أبو بكر: إنّما كان له أن يرجع على القابض إذا لم يسلّم له ما على الغريم حيًّا لما قدّمنا من أنّ تسليمه إنّما وقع على شرط سلامة ما على الغريم له، لأنّ حقّ الشركة لم ينقطع بعد، لأنّ قِسمة الدين لا تصحّ[1810]، فمتى لم يسلم له ما على الغريم كان له أن يرجع على القابض، وإنّما رجع بمثل نصف المقبوض دون العين من قِبل أنّ حقّه قد سقط من العين بتسليمه إيّاها إليه، ولم يحدث بما يوجب عود حقّه فيها.

فإن قال قائل: فهو إنّما أسقط حقّه من العين على شرط سلامة ما على الغريم له، فمتى لم يسلّم له ما على الغريم عاد حقّه في العين.

قيل له: ومن سلّم الثمن إلى البائع فإنّما سلّمها على شرط سلامة المبيع، فلو وجد بالبيع عيبًا فردّه لم يكن له الرجوع في العين مع عدم الشرط، وإنّما يرجع بمثله فكذلك ما وصفنا.

فإن قيل: هلّا كان كالصلح من العيب على ثوب، فهلك قبل القبض أو استُحِقّ أنّ الخصومة تعود[1811] في العيب على ما كانت قبل الصلح.

قيل له: الفصل بينهما: أنّه متى لم يحصل له الثوب المصالح عليه، فلو لم يعُد في الخصومة في العيب سقط حقّه لا إلى بدلٍ، وفي مسألتنا يعود حقّه إلى الذمّة، فيرجع بمثل نصف المقبوض، وأيضًا فإنّ الثوب [262ب] [بدل من] العيب، وعوض عنه، فعاد حقّه في المبدل عنه عند استحقاق البدل، وليس المال المأخوذ من الغريم بدلًا عن الحقّ الذي كان له في العين المقبوضة، فلم يكن له الرجوع في العين بعد سقوط حقّه عنها.

قال محمد: ألا ترى أنّ رجلًا لو اشترى من رجل عبدًا بألف درهم غلة، فنقده دراهم أجود من دراهمه أو أردء، فلم يقبض العبد حتى مات في يد البائع لم يكن للمشتري أن يأخذ من البائع إلّا مثل ما أعطاه، ولا يجبر البائع على ردّ العين من قِبل أنّ البائع قبضه، ولا حقّ لأحد فيه، فإذا انتقض البيع عاد الثمن الذي كان في العقد، فرجع به.

قال أبو بكر: شبّه محمد سقوط حقّ الشريك من العين بقبض البائع الثمن الذي لا حقّ له فيه لأحد، وإنّ وجوب الرجوع بالثمن لا يثبت للمشتري حقًّا في العين كذلك ثبوت حقّ رجوع الشريك بتواء ما على الغريم لا يثبت له حقًّا في العين كذلك.

قال أبو بكر: وإنّما قالوا: إنّ موت العبد في يد البائع لا يوجب للمشتري حقّ الرجوع في العين من قِبل أنّ العين لم تملك[1812] بالعقد، وإنّما مُلِكت بالقبض، فلا يجوز أن ينتقض الملك فيها بفسخ عقْد لم تملك[1813] به، لأنّ فسخ الملك إنّما

[1810] لا يصحّ.
[1811] يعود.
[1812] لم يملك.
[1813] لم يملك.

يجب بانفساخ السبب الذي به يملك، وإنّما قالوا: إنّه يرجع بمثل المقبوض، لأنّ الزيادة التي فيه ليست شيئًا غير الثمن. ألا ترى أنّه يجوز قبض الجيّد عن الرديء في رأس مال السلم وثمن الصرف، فلذلك كان له الرجوع بمثله.

قال أبو بكر: الدراهم المقبوضة على وجه الثمن في البيع الصحيح بمنزلة قبض القرض سواء، لأنّها قبضت مضمونة، [وليس] [263أ] للقابض الرجوع عليه بشيء، وكان الذي يرجع بالباقي هو الذي لم يقبض.

قيل له: الدليل على أنّ ذلك القبض، لأنّه لا ينتقض أنّه لو كان صالح من نصيبه على خمسين دينارًا، فجاء الشريك، فأخذ نصفها لم ينتقض الصلح في شيء ممّا صالح عليه، ولو انتقض قبضه في شيء من المقبوض لوجب أن ينتقض من الصلح بمقداره. ألا ترى أنّ أجنبيًّا لو استحقّ بعض هذه الدنانير وأخذه بعد الافتراق انتقض الصلح في مقدار ما أخذ، وفي ذلك دليل على صحّة ما ذكرنا. وفصل آخر بين تصرّف الشريك[1814] وتصرّف المشتري في حقّ الشفيع، وهو: أنّ حقّ الشفيع يثبت بالعقد قبل دخوله في ملك المشتري. ألا ترى أنّه إنّما يجب بخروجه عن مالك البائع، لأنّه لو اشترى دارًا على أنّه بالخيار ثلاثًا كان للشفيع فيها شفعة، وإن لم يدخل في ملك المشتري بالعقد على قول أبي حنيفة، فلمّا كان حقّه سابقًا لملك المشتري كان له بعض تصرّف المشتري، إذ لم يكن منه تسليط مع ما تقدّم من حقّه. وأمّا الشريك الذي لم يقبض فلم يثبت حقّه في المقبوض إلّا بعد ملك القابض للمقبوض، فلم يكن له إبطال تصرّفه كما ليس لوليّ الجناية إبطال تصرّف مولى العبد الجاني فيه لتقدّم ملك المولى على وليّ الجناية، ولا تلزم[1815] عليه الهبة أيضًا، لأنّ حقّ الواهب في الرجوع إنّما يثبت بعد ثبات ملك الموهوب له، لأنّه قد وجد منه تسليط في التصرّف، وكذلك العبد المأسور، لأنّ حقّ المولى يثبت في فسخ ملكه بعد استقراره كالرجوع في الهبة.

ووجه آخر في الفصل بين حقّ الشفيع [263ب] وحقّ الشريك، وهو: أنّا متى أبطلنا حقّ الشفيع وأجزنا هبة المشتري وسائر تصرّفه لم يرجع الشفيع من حقّه إلى بدل، وكذلك العبد الجاني إذا تصرّف فيه المولى جاز تصرّفه مع إبطال حقّ ولي الجناية عن عينه، لأنّه لا يرجع منه إلى أرش الجناية، وكذلك المريض يقرّ لوارثه بعبد أو بهبة له، ثم يموت، فينصرف الوارث فيه قبل نقض الهبة جاز تصرّفه، لأنّا نرجع منه إلى بدل يضمنه، وهو القيمة، وكذلك الشريك إذا أبطلنا حقّه من العين رجع إلى ضمان المثل.

فإن قال قائل: فإنّ الواهب لا يرجع إلى بدل من الهبة إذا أحدث تصرّف الموهوب له، فالواجب ألّا يجيز تصرّفه.

قيل له: إنّما سقط حقّه لوقوع التسليط منه على التصرّف فيه بغير بدلٍ، لأنّ الهبة لا تقتضي[1816] عوضًا ولا ضمانًا.

[1814] + وأخذه بعد الافتراق انتقض الصلح في مقدار ما أخذ وفي ذلك دليل على صحّة ما ذكرنا وفصل آخر بين تصرّف الشريك، صحّ هامش.
+ تصرّف الشريك.
[1815] ولا يلزم.
[1816] لا يقتضي.

فإن قيل: فالمولى إذا باع العبد المأذون وعليه دين، كان للغرماء فسخ بيعه مع رجوعهم إلى البدل الذي هو الثمن لو جاز البيع.

قيل له: لأنّ لهم أن يستسعوه حتى لا يبقى شيء من دَينهم، فليس لهم وليّ أن يمنعهم من السعاية.

فإن قال: لو كانت هذه الصورة[1817] صحيحة لما جاز تصرّف مشتري العبد المأسور فيه لأجل أنّ حقّ المولى لا يرجع منه إلى بدل تضمّنه المشتري.

قيل له: لأنّه يأخذه من ملك الثاني أيضًا، فلم يبطل حقّه من العين ببيع المشتري[1818] وهبته وسائر وجوه التمليك فيه.

فإن قيل: فلا يجوز عتقه لما فيه من إبطال حقّ المولى الأوّل من العين لا إلى بدل.

قيل له: [264أ] وما ثبت في الذمّة من جهة السلم لا يجوز إلّا مؤجّلًا، فلذلك أجازوا ثبوتها في الذمّة مؤجّله، ومتى أسقط الأجل لم يجز لخروجها عن معنى السلم، وهي إنّما أجيزت في الذمّة على جهة السلم.

فإن قال قائل: أليس قد يجوز أن يتزوّج امرأة على ثياب بغير عينها من صنف معلوم وإن لم يشرط الأجل.

قيل له: فلا جرم أنّها لا تكون[1819] دينًا صحيحًا. ألا ترى أنّه تقبل[1820] منه قيمتها، وأجبرت على قبضها، فدلّ أنّها ليست دينًا صحيحًا عند خلوّها من الأجل.

قال أبو بكر: فإذا ثبت ما وصفنا من حكم الثياب إذا شرطت في الذمّة.

قلنا: إنّه متى اشترى بثياب موصوفة، فجعل الثياب ثمنًا، فهذا العقد له حكمان: حكم السلم وحكم البيع، فما كان من حصّة[1821] الثياب فحكمه حكم السلم في أنّه لا يجوز إلّا مؤجّلًا، ولا يجوز التصرّف فيه قبل القبض، وإنّ الإقالة تصحّ[1822] مع كونها في الذمّة وعدم البدل كما يصحّ في السلم، وما كان جنبه البدل وهو العبد، فحُكمه حكم المبيع، فيجوز الافتراق عنه قبل القبض، ولا يفسد العقد بترك قبضه في المجلس.

فإن قال قائل: فما الفرق بين[1823] هذا وبين السلم؟

1817 الصبرة (الصبرة)
1818 المشترو.
1819 لا يكون.
1820 انه يقبل.
1821 حِصّة
1822 يصحّ.
1823 + بين.

قيل له: قد قال أصحابنا في السلم أيضًا: إذا كان رأس المال عينًا أنّ القياس أن يجوز أن يفترقا عن المجلس من غير قبض إلّا أنّهم تركوا القياس، فأوجبوا القبض في المجلس، وجعلوه شرطًا في بقاء العقد، لأنّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان[1824] [264ب] ورخّص في السلم[1825]، ولفظ السلم يقتضي تعجيل رأس المال وتأخير المسلم فيه، فمتى ترك تعجيل رأس المال في المجلس كان بمثابة التأجيل في العقد، لأنّ لفظ السلم ينتظم هذين المعنين، فمتى أجّل أحدهما[1826] حصل بيع ما ليس عند الإيسان[1827]، وخرج من أن يكون سلمًا. وأمّا إذا قال: "اشتريت العبد منك بثياب موصوفة"، فقد حصلت[1828] الثياب ثمنًا للعبد، لأنّ الباء صحبتها والباء إنّما تصحب الأثمان، والعبد مبيع، فلذلك لم يحتج إلى قبضه في المجلس.

قال محمد: فإن قبض الثياب، ثم مات العبد في يديّ المشتري، ثم تقايلا البيع جازت الإقالة. فإن قال الذي قبض الثياب التي قبضت: "ولا أعطيه الثياب بعينها[1829]" لم يكن له ذلك، فكان عليه أن يردّ الثياب بعينها، وكذلك كلّ ما يُكال ولا يوزن ولا يباع عددًا.

قال أبو بكر: وذلك لما وصفنا من أنّ ما كان من جنبه الثياب، فهو كالسلم، فإذا انفسخ العقد استحقّه بعينه.

قال أبو بكر: ولاستحقاق عين الثياب. وجه آخر: غير ما في الحنطة إذا كانت سلمًا، وهو أنّا لو لم نُوجب ردّ الثياب لم نـجد بُدًّا من إيجاب ردّ القيمة، لأنّه لا مثل لها من جنسها، ولا يجوز أخذ القيمة مع إمكان ردّ العين، لأنّ العين أعدل من القيمة. وقد قالوا في الثياب: إذا كانت مهرًا بغير عينها[1830]، ثم قبضها، ثم طلّقها قبل الدخول، وهي قائمة بعينها في يدها أنّه يأخذ نصفها بعينها لهذه العلّة، وفرّقوا بينها وبين الحنطة إذا كانت بغير عينها، ثم قبضتها، ثم دفع[1831] [265أ] بمثلها عن سبب صحيح لا حقّ لأحد فيه، فكما يجب على المستقرض ردّ مثل المقبوض دون العين، كذلك يجب على البائع ردّ مثل المقبوض في جودته أو رداءته، ولا سبيل للدافع على عينها، وكذلك المرأة إذا قبضت صداقها، ثم ارتدّت قبل الدخول، فلا سبيل للزوج على العين إذا كانت دراهم أو دنانير، لأنّها قبضتها بسبب صحيح، فصارت كالقرض سواء.

مسألة

1824 بالإيسان.

1825 كلام الزيلعي في نصب الراية يفيد أنّ هذا كلام مؤلف من حديثين ولم يرد حديث بهذا اللفظ، أمّا الروايات الناهية عن بيع ما ليس عند الإنسان فروي في سنن النسائي، البيوع، 60؛ وسنن أبي داود، الإجارة، 70؛ وسنن الترمذي، البيوع، 19 وغيره. وأمّا "أنّ النبي صلى الله عليه وسلم رخّص في السلم" فورد ما قد يدل على معناه في صحيح البخاري، السلم، 2؛ وصحيح مسلم، المساقاة، 127 (1604) وغيرهما.

1826 بأحدهما.

1827 الايسان.

1828 فقد حصل.

1829 بعيبها.

1830 عيبها.

1831 وقع.

قال محمد: ولو أنّ رجلين أسلما إلى رجل مئة درهم في كُرّ حنطة، فاقتضى أحدهما حصّته أجود ممّا كان لهما عليه كان لشريكه أن يأخذ منه نصف ما أخذ.

قال أبو بكر: وهذا على ما بيّنا في سائر الديون، وهو في السلم أبين، لأنّ المقبوض عن السلم لا يجوز أن يكون مأخوذًا على وجه البدل، لأنّه لا يجوز التصرّف في السلم قبل القبض ولا أخذ البدل عنه، فصار المقبوض كأنّه نفس ما أسلم فيه.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا أسلم إلى رجل عبدًا في كُرّ حنطة فأعطاه طعامًا أجود من طعامه الذي شرط له أو مثله، ثم إنّهما تقايلا البيع، والعبد قائم بعينه في يديّ المسلَم إليه، فإنّ على ربّ السلم أن يردّ الذي قبض بعينه، وكذلك لو وجد بالعبد عيبًا فردّه بقضاء قاضٍ، فإنّ القابض للطعام يجبر[1832] على دفع الطعام نفسه، ولو هلك في يده كان عليه طعام مثله.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المقبوض عن السلم في الحكم كأنّه هو المعقود عليه بعينه. ألا ترى أنّ الإقالة يصحّ فيها[1833] هلاك [265ب] رأس المال، فوجب أن تتعلّق الإقالة بعينه اشتراه بعبدٍ، ثم تقايلا.

فإن قال قائل: فلو وجد بالكُرّ المقبوض عن السلم عيبًا فردّه لم ينتقض العقد، فلو كان في معنى العين لوجب انتقاض العقد بردّه.

قيل له: إنّما لم ينتقض العقد بردّه، لأنّ هناك ذمّة تَخلُف العينَ في بقاء السلم فيها، لأنّ العقد في الابتداء وقع على طعام في الذمّة، فمتى نقض القبض في المقبوض عاد ما حصل في ذمّته بالعقد، فلذلك لم ينتقض العقد، ولا يمنع ذلك كونه بمعنى العين من الوجه الذي ذكرنا. وممّا يدلّ على أنّ السلم في حكم العتق: أنّه لا يجوز التصرّف فيه قبل القبض، ولا أخذ البدل عنه كما لا يجوز في الأعيان.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا اشترى من رجل عبدًا بكرّ من طعام وسط إلى أجل أو حالّ فأعطاه العبد، وقبض الطعام، فأعطاه أجود ممّا شرط له، ثم إنّ المشتري قايله البيع، فالإقالة جائزة بكرّ من طعام مثل الطعام الذي شرط في أصل البيع، وليس له على ما قبض سبيل، وكذلك لو ردّ عليه العبد بعد القبض بعيبٍ بغير قضاء قاضٍ.

1832 [illegible]

1833 فيه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الإقالة توجب عقد ما كان في العقد من البدل، وهي مشبِهَة للبيع من هذا الوجه. ألا ترى أنّها لا تصحّ[1834] إلّا بتراضيهما، وكذلك الردّ بغير قضاء، وإذا كان كذلك اعتبر عَوْد ما كان في العقد من الثمن، ولم يأخذ المقبوض، لأنّه لم يملك بالعقد، وإنّما ملك بالقبض، [266أ] فلا ينفسخ الملك فيه بفسخ العقد، وليس هذا كالمقبوض عن السلم، لأنّ السلم في معنى العين من الوجه الذي ذكرنا. ألا ترى أنّ الإقالة تصحّ مع هلاك رأس المال لأجل بقائه، ولا يصحّ ذلك في الأثمان، فلذلك اختلفا في استحقاق عين المقبوض عن السلم بالفسخ وامتناع ذلك في الثمن.

قال محمد: ولو ردّه بعيب بقضاء قاضٍ بعد القبض أو بغير قضاء قاضٍ قبل القبض رجع عليه بمثل الطعام الذي قبض منه، ولم يجبر[1835] البائع على أن يعطيه إيّاه بعينه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ القاضي إنّما يوقع الفسخ في العين التي اختصما فيها، ولا يعرض لبدلها، فإذا لم يجز من الحاكم حكم في البدل المقبوض وجب عليه ردّ مثله، وليس ذلك مثل الرد بغير قضاء، ومثل الإقالة من قِبل أنّ الإقالة فسخ في البدلين، كذلك[1836] الردّ بالعيب بغير قضاء، فهو كالبيع من هذا الوجه، ويعود إليه من أجل ذلك على حكم عقد مستقبل حتى لا يردّ على بائعه بالعيب، ويجب للشفيع فيه الشفعة بالردّ إن كان عقارًا. والأصل في ذلك: أنّه عاد إليه [ما] ليس له، وما عاد إليه من هذا الوجه فهو كالبيع بذلك على صحّة ذلك أنّ الموصى له لا يدخل الشيء في ملكه إلّا بعتق له، ثم يكون ملكه ملكًا مستقبلًا حتى لا يردّ على بائع الميّت بالعيب.

وأمّا الردّ بقضاء قاضٍ بعد القبض أو بغير قضاء قبل القبض فإنّه ليس له حكم البيع بوجه. ألا ترى أنّه يدخل في ملكه بغير قبوله لم يكن حكم ملكه حكم الاستئناف، [266ب] بل كأنّه ملك الميّت، وذلك ردّ على بائع الميّت بالعيب، وإذا كان كذلك ثم انتقض الملك في العبد وجب عليه ردّ مثل ما قبض دون ما كان في العقد، ولا يستحقّ غير المقبوض، لأنّه ملكه بضمان مثله في ذمّته، وكان ضمانًا صحيحًا في حال القبض، فلذلك لم يستحق العين.

فإن قال قائل: إنّ الإقالة وإن أحدث شَبَهًا من البيع فهو فيما بينهما فسخ، فواجب أن يكون بمنزلة الردّ بقضاء قاضٍ في حقّهما.

قيل له: إنّها وإن كانت فسخًا فإنّها[1837] فسْخ في البدلين جميعًا لما وصفنا من تعلّقها على الإيجاب والقبول، وإذا تناولت البدلين وجب عَوْد ما كان في العقد، فلم يعتبر المقبوض.

مسألة

[1834] لا يصحّ.
[1835] ولم يجيز.
[1836] وكذلك.
[1837] مانها.

قال محمد: وإذا اشترى الرجل من الرجل عبدًا بعشرة أثواب يهوديّة بطول معلوم وعرض معلوم ودفعة معلومة وأجل معلوم كان جائزًا، فإن لم يقبض المشتري العبد حتى تفرّقا[1838]، ثم يفسد البيع، وإن أراد أن يبيع الثياب قبل القبض لم يكن له ذلك.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن رحمه الله يقول: إنّ القياس عند أصحابنا ألّا يجوز البيع بثياب في الذمّة حالًا ولا أجلًا، لأنّها ليست ممّا يصحّ ثبوتها في الذمّة دينًا صحيحًا في القرض والغصوب، وإنّما يجب ردّ قيمتها عند صدد[1839] ردّ أعيانها، فلمّا كان كذلك كان القياس على ذلك ألّا يثبت في الذمّة في البيع إلّا أنّه لمّا اتّفقت الأمّة على جواز ثبوتها في الذمّة على شرائط السلم، وأجازوه على هذا الوجه [267أ] الطلاق قبل الدخول أنّه لا يستحقّ العين، وإنّما يستحقّ مثل نصف كما قلنا في ثمن المبيع: إذا وقع الفسخ فيه بقضاء قاضٍ أو بهُلك المبيع قبل القبض.

مسألة

قال محمد: وإذا ادّعى رجلٌ على رجل خمسمائة درهم فأنكر ذلك المدّعى عليه، فشهد للمدّعي شاهدان، أحدُهما قال: "أشهد أنّه أقرّ عندي أنّ لهذا الرجل عليه خمسمائة درهم"، وقال الآخر: "أشهد أنّه أقرّ عندي أنّ لي ولهذا الرجل عليه ألف درهم"، فشهادة هذا الشاهد باطل، فإنّ الشاهد [قال]: "إنّه لم يكن لي عليه شيء، ولكنه أقرّ عندي بهذا"، وصدّقه الشهود به، فالشهادة أيضًا باطل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: أمّا أنا فأرى شهادته جائزة، وأقضي للمدّعي بخمسمائة درهم على المدّعى عليه، لأنّ الشاهد إذا زعم أنّه لا حقّ له، فليس يجر إلى نفسه نعيمًا[1840] ولا يدفع عنها تغريمًا[1841].

قال أبو بكر: هذا على الأصل الذي بيّنا في أثواب الإقرار أنّ الإقرار في الأصل وقع فاسدًا، فلا يصحّحه إبراء الشاهد له من المال على أصلهما، وهو على أصل محمد على ما وصفنا أيضًا في الإقرار لوارث ولأجنبيّ.

باب من الشهادة على الشهادة

قال محمد: وإذا قال الرجلان لرجلين نشهد: "أنّا سمعنا فلانًا يقرّ لفلان بألف درهم، فاشهدا علينا بذلك"، ثم غاب الشاهدان [267ب] ... فشهد هذان الشاهدان بما وصفت لك، فإنّ القاضي لا يقضي بشهادتهما.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ الشهادة على ضربين:

1838 يفرقا.
1839 يصدد
1840 نعنما
1841 سغرمًا

1- شهادة بالحقّ نفسه بمعاينة من الشاهدين.

2- وشهادة على شهادة، والشهادة على الشهادة لا تصحّ[1842] إلّا بإشهاد الأوّلين وتحميلها الآخرين.

وأمّا الشهادة على المعاينة فهي[1843] على وجهين:

أحدهما: على معنى يلزم المشهود عليه الحقّ، فلهما أن يشهدانه وإن لم يؤمر بذلك، ولم يُحملا إيّاه كرجلين سمعا حاكمًا في موضع يجوز حكمه فيه يقول لرجلٍ: "قد حكمت عليك لهذا الرجل بألف درهم"، فيجوز لهما أن يشهدا على ذلك وإن لم يأمرها الحاكم به، لأنّ حُكم الحاكم يلزمه المال كما يلزمه الإقرار.

والوجه الآخر: أن يسمعا حاكمًا في غير بلده يقول: "قد حكمت على هذا"، فلا يوجب سماعهما ذلك حكما، ولا يتعلّق به حقّ، وكذلك إذا سمعا رجلين يقولان: "نشهد أنّ لفلان على فلان ألف درهم" لم يجز لهما أن يشهدا بذلك لأجل سماعهما من الأوّلين[1844]، لأنّ شهادة الأوّلين لا يلزم بها حقّ في ذمّة المشهود عليه إلّا أن يحكم بها الحاكم. ألا ترى أنّهما لو رجعا عن الشهادة بعدما شهدا لم يلزمهما الحاكم شيئًا، ولم يقطع بشهادتهما حقًّا.

قال أبو بكر: فإذا كان الأصل في الشهادات ما وصفنا كان القياس ألّا تصحّ[1845] الشهادة على الشهادة إن كانت [268ا] الشهادة الأولى ليست بحقّ على أحد، ولا يلزم بها حقّ بمجرّدها كما لو سمعنا حاكمًا في غير بلده أو معزولًا بخبر أنّه حكم به لفلان على فلان، ويدلّك على أنّ الشهادة عند الأوّلين ليست عليهما أنّهما لا يتوجّه عليهما الخصومة من أجلها، ولا إقامة الشهادة بما عندهما من الشهادة إذا جحداها، وإذا كان[1846] كذلك، فالواجب على هذا القياس ألّا يصحّ إشهادهما على ما عندهما من ذلك، إلّا أنّهم تركوا القياس في موضع قد اتّفقوا الناس على جوازه، وهو الإشهاد على وجه التحمّل والوكالة، فمتى كان إشهادهما للآخرين على هذا الوجه صحّ، وإذا خرج عن هذا المعنى بطل، وعاد الآخر إلى وجه القياس، فإذا صحّ ما وصفنا قلنا في قول الشاهدين: "يشهد لنا سمعنا فلانًا يقرّ بألف درهم لفلان"، فاشهدا علينا بذلك أنّ ذلك لا يوجب حكمًا، ولا يصحّ به إشهاد، وذلك أنّ الشهادة على شهادتهما ليست عليهما، لأنّ الشهادة عليهما إنّما تكون[1847] بأن تقع[1848] على حقّ عليهما، وقد بيّنا أنّ الشهادة ليست حقًّا عليهما، فلذلك لم يصح به إشهاد.

قال محمد: وكذلك لو قالا[1849]: فاشهدا أنا نشهد عليه بذلك لم يكن ذلك شيئًا.

[1842] لا يصحّ.
[1843] فهو.
[1844] الأوليين.
[1845] الا يصح.
[1846] كا.
[1847] انّما يكون.
[1848] بان يقع.
[1849] لو قال.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ هذا ليس بتحميل لهما إيّاها، ولا توكيل في أدائها أمراهما بأن يشهدا أنّهما يشهدان بذلك، فلو أنّ الشاهدي الفرع جاءا إلى القاضي لم يكن لأدائهما الشهادة على هذا الوجه حُكم. [268ظ] ألا ترى أنّهما لو قالا: "نشهد أنّ الأوّلين يشهدان بذلك"، قال لهما القاضي: "فقولكما لا معنى له حتى يحضر الأوّلان فيشهدا".

قال محمد: أو كذلك لو قال الأوّلان: "نشهد أنّ فلانًا أشهدنا، وأقرّ عندنا، فاشهدا علينا أنّا نشهد بذلك إذا حضرا عند القاضي" هذا معنى اللفظ وموجِبه.

قال محمد: ولو قالا: نشهد أنّ فلانًا أشهدنا أنّ لفلان عليه ألف درهم، فاشهدا على شهادتنا بذلك، فشهد الآخران بهذا عند القاضي فإن هذا جائز.

قال أبو بكر: هذا هو الإشهاد الواقع على وجه الوكالة والتحميل[1850]، وهو موضع الاتّفاق في جوازه.

قال محمد: وكذلك لو قالا: "نشهد أنّ لفلان على فلان ألف درهم، فاشهدا على شهادتنا عليه بذلك" كان هذا جائزًا.

قال أبو بكر: هذا والأوّل سواء في المعنى، لأنّ الشهادة على الإقرار تصحّ[1851] وإن لم يقل المقرّ: "اشهدْ عليّ بذلك".

قال محمد: ولو قالا: "نشهد أنّ لفلان على فلان ألف درهم، واشهدا عليه بذلك" لم يلتفت إلى ذلك.

قال أبو بكر: لأنّهما لا يسعهما أن يشهدا بذلك، وهما لا يعلمانه.

قال محمد: وكذلك لو قال: "فاشهدا[1852] بما شهدنا به أو اشهدا علينا بما أشهدنا كما به" أو قالا: "فاشهدا أنّ شهادتنا عليه بذلك" أو قالا: "اشهدا بشهادتنا هذه عليه"، فهذا كلّه باطل حتى يقولا: "فاشهدا على شهادتنا".

قال أبو بكر: قولهما: "فاشهدا[1853] بما شهدنا به" [269أ] لا يجيز لهما ذلك، لأنّهما يشهدان بالحقّ، والآخران لا يجوز لهما ذلك، وقوله: "علينا" قد بيّنا أنّه لا حُكم له، وكذلك قوله: "فاشهدا بشهادتنا"، لأنّه لا يجوز لهما أن يشهدا بشهادتهما، لأنّ[1854] شهادتهما على نفس الحقّ، والآخران لا يجوز لهما ذلك، وكذلك قولهما: "فاشهدا بشهادتنا" لاحتماله أن يكون بمثل شهادتنا.

مسألة

[1850] وتحميل.
[1851] يصحّ.
[1852] + بما شهدا.
[1853] فاشهدنا.
[1854] لا.

قال محمد: ولو سمع رجلان رجلًا يقول لفلان: "عليّ ألف درهم" وسعهما[1855] أن يشهدا عليه وإن لم يشهدهما.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ هذا حقّ قد لزمه بإقراره كما يشهدان بالقتل والغصب على ما بيّنا، وكذلك إذا سمعا قاضيًا يقول في بلده: "قد قضيت على فلان بألف درهم".

مسألة

قال محمد: وإذا قال الرجلان لرجلين: "نشهد[1856] أنّ لفلان على فلان ألف درهم فشهدا[1857] على شهادتنا[1858]"، لأنّهما لم يشهدا هما بذلك.

قال أبو بكر: قد بيّنا أنّ الإشهاد على الشهادة لا يصحّ إلّا على جهة الوكالة لا تحميل[1859] الشهادة، ومن وكّل رجلًا كانت الوكالة مقصورة على المأمور دون من سمعه معه، فكذلك حكم الإشهاد.

باب من الشهادة في الجناية والدعوى والاختلاف من الورثة في ذلك

قال محمد: وإذا قتل الرجل، وله ابنان لا وارث له غيرهما فأقام أحدهما بيّنة أنّ صاحبه قتله عمدًا، وأقام الآخر البيّنة [269ظ] أنّ رجلًا أجنبيًّا قتله عمدًا، وحضروا جميعًا إلى القاضي، فإنّ على المشهود عليه لأخيه نصف الديّة.

وقال أبو يوسف ومحمد: الابن المدّعى على أخيه أولى بالدعوى، والبيّنة بيّنته، والميراث له دون أخيه، وله القود على أخيه إن شاء قتله وإن شاء عفى عنه.

قال أبو بكر: ذهب أبو حنيفة في ذلك إلى أنّ كلّ واحد من الاثنين وارث وخصم على الميّت في الظاهر، فليست بيّنة أحدهما بما ادّعى بها من القتل بأولى من بيّنة الآخر، فوجب أن تقبل[1860] بيّنة كلّ واحد منهما في حقّه خاصّة دون حقّ أخيه الذي أقام بيّنة على آخر، ويبطل القود حينئذ، وتحصل المنازعة في الديّة، فتصير[1861] الديّة التي هي بدل النفس كأنّه قال: تنازعاه، وأقاما إليه البيّنة، ومعلوم أنّه لا يجوز الحكم بأكثر من ديّة، فيحكم للمشهود عليه من الاثنين على الأجنبيّ بنصف الديّة، ويحكم للأخ المدّعي على أخيه بنصف الديّة. ألا ترى أنّ كلّ واحد من الاثنين لو أقام البيّنة على رجل على حدّة استحقّ عليه نصف الديّة عندهم جميعًا، فكذلك ما وصفنا.

[1855] وسعها (وسعها)
[1856] يشهد.
[1857] فاشهدا.
[1858] شهادتهما.
[1859] ولا تحميل.
[1860] ان يقبل.
[1861] فيصير.

فإن قال قائل: إنّما كان كذلك في دعواهما على أجنبيين من قِبل أنّ كلّ واحد منهما يدّعي لنفسه نصف الديّة، وفي مسألتنا الأخ المدّعي على أخيه يدّعي جميع الديّة عليه عند سقوط القود، والمشهود عليه يدّعي على الأجنبيّ نصف الديّة، فهلّا حكمت لكلّ واحد منهما بما قامت عليه بيّنته.

قيل له: من قِبل أنّه لا جائز أخذ أكثر [270أ] من الديّة في نفس واحدة، ولو جاز ذلك لجاز أخذ عَشر ديّات إذا اقتضت الدعاوى ذلك إذا كَثُر البنون، وذلك معلوم بطلانه، فكيف يجوز الحكم بما قد علم بُطلانه، وإذا كان كذلك وجب أن يحكم للأخ على الأجنبيّ بنصف الديّة، وعليه لأخيه بنصف الديّة.

وأمّا أبو يوسف ومحمد فوجه قولهما: إنّ الذي أقام البيّنة على أخيه قد أخرج أخاه من أن يكون خصمًا ووارثًا، فبطلت بيّنته على الأجنبيّ، وصحّت بيّنة أخيه عليه قد أخرج كرجلين ادّعيا دارًا في يديّ رجل أقام أحدهما البيّنة أنّها داره غصبها منه صاحبه المدّعي معه، وأقام الآخر البيّنة على الملك والغصب على الذي في يديه، فتكون[1862] بيّنة الذي أثبت الغصب على صاحبه أولى، لأنّه أثبت أنّ الملك الذي الملك الذي به يدّعي الاستحقاق لم يكن ملكًا في الحقيقة، وإنّما كان غصبًا في يديه من جهته في إثبات القتل، فبطلت بيّنته.

قال أبو بكر: والانفصال لأبي حنيفة أنّه قد يجوز غصب الدار من واحد بعد آخر، فيجوز أن يكون الذي في يده غاصبًا من المدّعي الذي ادّعى ذلك عليه، ويكون مدّعيها غاصبًا أيضًا من الشريك، فتكون[1863] البيّنتان جميعًا صحيحتين. وأمّا القتل فيستحيل وقوعه مرّتين، فإذا أثبت الأخ المشهود عليه [270ب] على الأجنبيّ انتفى إثباته عليه ببيّنة أخيه، فبطل استحقاق الدم[1864] عليه من هذا الوجه، وحصلت البيّنتان فيما يوجب أنّه[1865] من الاستحقاق مقتصِرًا بهما على المال فحسب. وأمّا قولهما: أنّه قد أخرج أخاه من الميراث والخصومة، فإنّما يكون ذلك كذلك إذا لم يثبت مع كونهما وارثين في الظاهر وجب حينئذ أن تعتبر[1866] دعوى المال.

مسألة

قال محمد: فإن أقام كلّ واحد منهما على صاحبه البيّنة أنّه قتل أباه عمدًا أو خطأً، فإنّ قياس أبي حنيفة في هذا أن يضمن كلّ واحد منهما لصاحبه البيّنة نصف الديّة إن كان عمدًا ففي ماله، وإن كان خطأ فعلى عاقلته، والميراث بينهما نصفين.

1862 فيكون.
1863 فيكون.
1864 الذمّ.
1865 **بوجهأنه**
1866 ان يعتبر.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ القود لما لم يجب لما قدّمنا ذكره حصل التنازع في الديّة، فصار كرجلين تنازعا مالًا، فأقام كلّ واحد منهما البيّنة عليه، فيكون بينهما نصفين.

فإن قال قائل: فهلّا جعل أبو حنيفة البيّنتين تهاترا، وكما لو أقام المدّعي والمدّعى عليه كلّ واحد منهما البيّنة على صاحبه بالشراء منه تهاترا.

قيل له: الفرق بينهما: أنّ شراء كلّ واحد منهما من صاحبه أو الإقرار في حالة واحدة لا يثبت حكمه بحالٍ، وقد يصحّ القتل منهما لرجل واحد في حالة واحدة، فلذلك اختلفا. وأمّا في قول أبي يوسف ومحمد: فالبيّنتان[1867] باطل ولا ديّة ولا قصاص لواحد منهما على صاحبه، والميراث بينهما نصفين.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ كلّ واحدة من البيّنتين تُسقط صاحبتها [271أ] وتضادّها، لأنّها تُخرج الآخر من الخصومة، والميراث فيها ...[1868] بطلها.

مسألة

قال محمد: ولو كانت الورثة ثلاثة بنين اسم واحد عبد الله والآخر زيد والآخر عمرو، فأقام عبد الله على زيد وزيد على عمرو وعمرو على عبد الله، فإنّ قياس قول أبي حنيفة: أنّ لكلّ واحد ممّن أقام البيّنة على صاحبه ثلث الديّة، والميراث بينهما أثلاثًا. وفي قول أبي يوسف ومحمد: لكلّ واحد منهم على صاحبه نصف الديّة.

قال أبو بكر: أمّا وجه قول أبي حنيفة فظاهر على ما تقدّم، لأنّ التنازع كأنّه حصل في ديّة موضوعة أقام كلّ واحد البيّنة أنّ له نصفها، فيكون بينهم أثلاثًا.

وأمّا قول أبي يوسف ومحمد: فالبيّنات مقبولةٌ، لأنّها غير متهاترة، إذ كان التهاتر إنّما هو أن يقيم كلّ واحد البيّنة على من أقام عليه البيّنة بذلك. فأمّا إذا أقام واحد منهم على أحدهم وأقام هو على غيره، فليس في ذلك تـهاتر، وكلّ واحد قد أقام على صاحبه بأنّ له ولأخيه الآخر جميع الديّة، وأخوه قد أبرأه من نصيبه، فحكم له بنصيبه، وهو النصف. وقد طعن بعض شيوخنا في هذه المسألة على قولهما لإيجابهما في نفس واحدة دية ونصفها، وحُكي عن أبي سعيد البرذعي أنّه كان يقول: هذا صحيح، لأنّ التنازع الآن إنّما وقع في المال، فادّعى كلّ واحد منهم على صاحبه نصف الديّة ببيّنته، فيحكم له بذلك، ولا يعتبر السبب، وإيجاب الحكم بالقتل [271ب] من جميع الوجوه، لأنّه لو وجب ذلك لكان كلّ واحد منهم قاتلًا، وهذا يؤدّي إلى ألّا يستحقّ واحد منهم شيئًا لكونه قاتلًا خارجًا من الخصومة، وذلك يوجب بُطلان بيّنته، فلمّا

[1867] فالبيّنتا.
[1868] هنا فراغ.

كانت البيّنة مقبولة[1869] حُكم لكلّ واحد منهم بما ادّعى على من أقام البيّنة عليه، فيغرم له قيمته، فإن أقرّ به لغيره غرم أيضًا قيمته، وكذلك إن أقرّ به لآخر.

فإن قال قائل: إنّما حكم عليه بإقراره، والبيّنة خلاف الإقرار، فلا يوجَب بها أكثر من ديّة.

قيل له: وكذلك في مسألتنا لـمّا أقرّ الأوّل أنّ الأصغر وارث، وأقرّ الأصغر أيضًا أنّ الأوسط وارث وأقرّ الأوسط وارث، وأقرّ الأوسط للأوّل بمثل ذلك ثبت بإقرار كلّ واحد من ثبت عليه القتل أنّ الذي أقام عليه البيّنة وارث، فجاء اعتبار حُكمه في إثبات نصف الديّة له عليه. ألا ترى أنّ رجلًا لو قُتل فجاء ثلاثة نفر إلى ثلاثة نفر، فأقام كلّ واحد منهم على كلّ واحد من هؤلاء بيّنة أنّه ابن المقتول، وأنّ هذا الذي أقام عليه البيّنة قتله أنّه يقضى[1870] لكلّ واحد منهم بثلث الديّة، فلو قال أحد الشهود عليه لأحدهم: "هذا صادق"، والوارث هذا دون الآخرين وجبت عليه في ماله ديّة كاملة، وحكم لكلّ واحد من الآخرين على من أقاما عليه البيّنة بثلث الديّة. وأمّا الميراث فهو بينهم أثلاثًا في قولهما أيضًا، لأنّه مُستحقّ بالنسب، والنسب معروف لا يحتاج في إثباته إلى بيّنة، فصار بينهم أثلاثًا.

مسألة

قال محمد: ولو أقام عبد الله البيّنة على زيد وعمرو، وأنّهما قتلاه [272أ] عمدًا أو خطأ، وأقاما عليه البيّنة بمثل ذلك، فإنّه يقضى لعبد الله على زيد وعمرو بنصف الديّة، ولعمرو وزيد على عبد الله بنصف الديّة في قول أبي حنيفة.

قال أبو بكر: لو انفردت بيّنة عبد الله عليهما استحقّ جميع الدم، ولو انفردت بيّنتهما[1871] استحقّا عليه جميع الدم، فصارت[1872] بيّنتهما[1873] نصفين لكلّ واحد من الفريقين نصف الدم. وأمّا في قول أبي يوسف ومحمد: فالبيّنات باطلة، والميراث بينهم أثلاثًا، وذلك لأنّ كلّ واحد من الفريقين قد أخرج صاحبه من أن يكون خصمًا فيها ترت بيّنتاهما وسقطتا.

مسألة

ولو أقام زيد على عمرو، وأقام عمرو على زيد، ولم يقيما على عبد الله بشيء من هذا، فإنّ عبد الله يُسأل فإن ادّعى إحدى الشهادتين، فإنّ قياس قول أبي حنيفة في ذلك: أنّ على الذي ادّعى عليه عبد الله ثلاثة أرباع الديّة نصفها لعبد الله، ورُبعها للآخر، وللذي ادّعى عليه عبد الله القتل على صاحبه رُبع الديّة، والميراث بينهم لعبد الله نصفه، ولكلّ

[1869] مقتولة.
[1870] **نقصا**
[1871] بينهما.
[1872] فصار.
[1873] بينهما.

واحد من الآخرين رُبعه، ثم يدخل الذي أنكر عبد الله أن يكون قتل أباه، فيجمع ما ورث هو وعبد الله وجميع ما صار إليهما من الديّة، فيكون بينهما قياس قول أبي حنيفة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ عبد الله لـمّا صدّق إحدى الشهادتين صارت تلك الشهادة له فكأنّه هو أقامها، لأنّ الدم يثبت للميّت، وأحد الورثة خصم في إثباته لجماعتهم، فوجب على ذلك أن يثبت [272ب] لعبد الله ما ادّعى على أخيه من نصف الديّة لنفسه، والنصف الآخر قد أقام كلّ واحد من الباقيين على صاحبه البيّنة به، فكان بينهما نصفين لكلّ واحد منهما على صاحبه الربع، ثم يُقسم ما في يديّ عبد الله، والذي صدّقه نصفين له صادفهما على ذلك، وإن شئت قلت: أنّ الأكبر لمـّا أقام البيّنة على زيد، فقد زعم زيد أنّ نصف الديّة ونصف الميراث له، ونصفهما لعبد الله، وحين أقام زيد عليه فقد زعم مثل ذلك، فقد أثبت كلّ واحد منهما لعبد الله نصف الديّة ونصف الميراث ببيّنته[1874]، إذ كان أحد الورثة خصمًا في إثباته بجماعتهم، فلمّا استحقّ عبد الله نصف الديّة على من ادّعى عليه، بقي نصف الديّة قد تنازعاه وتساويا في استحقاقه، فكان لكلّ واحد منهما رُبع الديّة على صاحبه، وكذلك الميراث، ثم يُجمع ما في يديّ عبد الله إلى ما في يديّ من صدّقه، فيكون بينهما.

فإن قال قائل: هلّا جعلت الميراث بينهم أثلاثًا، إذ لم يكن ثبوته لهم من جهة الشهادة، وإنّما يُستحقّ به بالنسب، وهو معروف، فيستحقّ به أثلاثًا.

قيل له: من قِبل أنّهما قد اتّفقا أنّ لعبد الله نصف الميراث فيقرّ له[1875]، وبقي نصفه بينهما نصفين. وأمّا قول أبي يوسف ومحمد: فإنّ القود على الذي ادّعى عليه عبد الله، لأنّهم متّفقون على أنّ عبد الله خصم، وقد قامت له البيّنة، فأخرجت الذي ادّعى عليه القتل من أن يكون خصمًا، فسقطت بيّنته، وثبت القود عليه. [273أ]

قال محمد: فإن قال عبد الله: "لم يقتله واحد منكما" كان لكلّ واحد منهما على صاحبه رُبع الديّة، ولا شيء لعبد الله، والميراث بينهم أثلاثًا، لأنّ عبد لله قد أبرأهما ممّا ثبت له بيّنته كلّ واحد منهما على صاحبه، والميراث بينهم أثلاثًا، لأنّ كلّ واحد منهما قد أقرّ لعبد الله بالنصف، وعبد الله يقول: "لي الثلث"، فردّ الإقرار، فحصل بينهم على النسب. وأمّا في قول أبي يوسف ومحمد: فإنّ عبد الله لمـّا جحد سقط حُكمه، وصار الآخران كلّ واحد منهما يقيم البيّنة على صاحبه بالقتل فيها ترت البيّنتان، وسقطتا.

قال محمد: ولو قال عبد الله: "قد قتلتما جميعًا" فلا شيء لعبد الله عليهما من القود والديّة.

[1874] بيّنته.
[1875] + له.

وقال أبو بكر: وذلك لأنّه قد أكذب البيّنتين، فلم يثبت له على واحد منهما شيء، ولكلّ واحد من الآخرين على صاحبه ربع الديّة، لأنّ التنازع وقع منهما في النصف الذي لم يعترفا به لعبد الله، وأقاما عليه البيّنة، فاستحقّاه نصفين. وأمّا الميراث فلعبد الله نصفه، ولهما النصف من قِبل أنّ كلّ واحد منهما قد اعترف له بالنصف، فيسلّم ذلك إليه، والنصف الباقي قد تنازعاه، فهو بينهما نصفين. وأمّا في قول أبي يوسف ومحمد: فالبيّنتان باطل، والميراث بينهم أثلاثًا.

قال أبو بكر: وجه سقوط البيّنتين ظاهر على أصلهما، وأمّا الميراث فإنّما جعلاه أثلاثًا من قِبل أنّ كلّ واحد منهما وإن كان معترفًا لعبد الله بنصفه، فإنّه يزعم أنّه مساوٍ له فيه، وأنّه لا يجوز [273ب] أن يحصل لعبد الله شيء من الميراث إلّا ويحصل له مثله، فلذلك جعلاه أثلاثًا.

مسألة

قال محمد: ولو كان المقتول ترك ابنًا وأخًا فأقام الآخر البيّنة أنّ الابن قتله، وأقام الابن البيّنة أنّ الأخ قتله، فالبيّنة بيّنة الابن من قِبل أنّ الابن هو الخصم عن الميّت في الظاهر دون الأخ، فلا بيّنة للأخ، إذ لم يثبت أنّه خصم. ألا ترى أنّ رجلًا لو مات، وترك ابنًا وأخًا، فادّعى الأخ أنّه مات مسلمًا، وادّعاه الابن أنّه مات ذمّيًا أنّ القول قول الابن، ولو كان معه ابن آخر [أنّ] القول قول المدّعي الإسلام منهما.

قال أبو بكر: ومسألة الأخ والابن شاهدةٌ لأبي حنيفة عليهما، لأنّهما قد قبلا[1876] بيّنة الابن على الأخ مع تضادّ البيّنتين لأجل أنّ الابن خصْم في الميراث دونه، فإذا كانا ابنين فهما جميعًا خصم فيه، فوجب أن تقبل[1877] بيّنة كلّ واحد منهما في قسطه من الديّة والميراث.

قال محمد: ولو كانا ابنين، فأقام كلّ واحد منهما البيّنة على صاحبه، وادّعى الأخ بيّنة أحدهما، فإنّه لا يلتفت إلى تصديق الأخ، وكذلك لو صدق الابنين جميعًا.

قال أبو بكر: من قِبل أنّه ليس بخصمٍ، فلا قول له في ذلك، ولأنّه إن ادّعى بيّنة أحدهما فقد أقرّ أنّه وارث دونه، وأنّه ليس بخصم، وإن ادّعى البيّنتين فقد أكذبهما، فلا شيء له في الأحوال كلّها.

قال محمد: ولو أقام الأخ البيّنة أنّ الابنين قتلاه جميعًا، فإنّ قول أبي يوسف في هذا، [274أ] وقول محمد أنّ البيّنة بيّنة الأخ، والميراث له دون الابنين، ويقتل الأخ الابنين إن كان عمدًا، وإن كان خطأ فعلى عاقلة الابنين الديّة للأخ، ولابن بان من ذلك شيئًا.

[1876] قد قتلا.
[1877] ان يقبل.

قال أبو بكر: وجه هذا القول أنّ الأخ قد أخرجهما من الخصومة والميراث ببيّنته[1878] لم[1879] تعارضها[1880] بيّنة أخرى غيرها، فثبت القتل عليهما، واستحقّه الأخ دونهما. ولم يذكر محمد قول أبي حنيفة في هذه المسألة، ويحتمل أن تكون بيّنة الأخ في قياس قوله "باطل"، لأنّ بيّنة كلّ واحد منهما مقبولة على صاحبه في نصيبه.

مسألة

قال محمد: ولو كانوا ثلاثة بنين، فأقام اثنان منهم البيّنة على الباقي أنّه قتل أباهما خطأ أو عمدًا، وأقام الباقي البيّنة أنّ رجلًا أجنبيًّا قتل أباهم عمدًا أو خطأ، فإنّ على الابن ثلثي الديّة لأخويه، وللأخ المدّعى عليه على الأجنبيّ ثلث الديّة في قول أبي حنيفة. وأمّا في قول أبي يوسف ومحمد: فالبيّنة بيّنة الابنين.

قال أبو بكر: هذا بين ما تقدّم من بيان القولين.

قال محمد: فإن ادّعى الأكبر على الأوسط، وأقام البيّنة، وادّعى الأوسط على الأصغر، وأقام البيّنة، وادّعى الأصغر على الأجنبيّ، وأقام البيّنة، فإنّ قياس قول أبي حنيفة أنّ لكلّ واحد أقام البيّنة على صاحبه ثلث الديّة.

قال أبو بكر: هذا بيّن على أصل أبي حنيفة، لأنّه لـمّا لم يجز القضاء بأكثر من ديّة في النفس، ثم أقاموا البيّنة على ما وصفنا [274ب] استحقّ الأصغر على الأجنبيّ ثلث الديّة ببيّنته بقي ثلثا الديّة، فقُضي لكلّ واحد من الآخرين بالثلث على من قامت عليه بيّنته. وأمّا في قول أبي يوسف ومحمد فللأكبر على الأوسط نصف الديّة، وللأوسط على الأصغر نصف الديّة، ولا شيء للأصغر، والميراث بين الأكبر والأوسط نصفين. وذهبا في ذلك إلى أنّ الأصغر قد قامت عليه بيّنة الأوسط بالقتل، وهو لم يُقمها على واحد[1881] منهما، فخرج الميراث كما لو كانا ابنين، فأقام أحدهما على صاحبه، وأقام الآخر على الأجنبيّ على أصلهما، فلذلك كان الجواب فيها على ما وصفنا.

فإن قال قائل: ينبغي على قولهما أن تُقبل بيّنة الأصغر على الأجنبيّ أيضًا كما قبلت[1882] بيّنة كلّ واحد منهما على صاحبه، وإن كان فيها إخراج من أقيم عليه البيّنة من الولاية والخصومة، وقد قالا أيضًا في أوّل الباب: إنّ المسألة لو كانت بحالها، وأقام الأصغر البيّنة على الأكبر أنّ لكلّ واحد على صاحبه نصف الديّة، فالواجب أن يكون هذه مثلها.

قيل له: الفرق بينهما: أنّهم متساوون[1883] في هذه المسألة التي ألزمتْ، لأنّ كلّ واحد منهم قد أُقيم عليه البيّنة بالقتل، فلم يكن واحد منهم أحقّ بالحكم له من الآخر، ولم يجز إبطال البيّنات إذ لم يكن بإزاء واحدة منها ما يُضادّها ويبطلها، فلذلك

[1878] بيّنته.
[1879] + لم.
[1880] يعارضها.
[1881] واحدة.
[1882] قيل.
[1883] متساؤون.

حكم ببيّنة كلّ واحد على من أقامها عليه بنصف الديّة. [275أ] وأمّا في هذه المسألة فإنّ الأصغر لمـّا أقيم عليه البيّنة بالقتل لم يقم هو على واحد منهما بمثل ذلك، فخرج هو من الميراث ببيّنة الأوسط، ولم يخرج هو واحدًا منهما، فيكون قد ساواهما، فلذلك كانا أوْلى منه بالديّة والميراث.

فإن قال[1884] **قائل**[1885]: فالواجب أن تبطل[1886] بيّنة الأوسط أيضًا على قولهما كابنين أقام أحدهما على صاحبه وصاحبه على الأجنبيّ، فيكون الذي أقام البيّنة على أخيه أوْلى بالميراث والديّة، وتبطل[1887] بيّنة الذي أقامها على الأجنبيّ، كذلك الأوسط قد أقام عليه الأكبر البيّنة بالقتل، وهو فلم يقم على الأكبر بيّنة بذلك، وإنّما أقامها على الأصغر، فيصير بمنزلة من أقامها على الأجنبيّ فيبطل بيّنته، ويخرج من الميراث والخصومة.

قيل له: لا يجب ذلك من قِبل أنّ الأصغر في مسألتنا قد أكذب بيّنة الأكبر، وزعم أنّ الأوسط لم يقتل أباهم، وأنّه وارث معه، فلمّا أقرّ بذلك قبل إقراره على نفسه، ولم تبطل[1888] بيّنة الأوسط عليه، لأنّه زعم أنّ الأوسط خصْم، وقد أثبته قاتلًا، فبطلت بيّنته على الأجنبيّ. ألا ترى أنّ الأكبر يزعم أنّ الأصغر وارث، والأصغر يقول: "إنّ الأوسط وارث، فكيف يجوز إبطال بيّنة الأوسط"، فحصل الآن أنّ الأوسط مع الأصغر كأخوين لا ثالث لهما أقام أحدهما البيّنة على صاحبه، وأقام صاحبه على الأجنبيّ، فتقبل[1889] بيّنته على صاحبه، وتبطل[1890] بيّنة صاحبه [275ب] على الأجنبيّ.

فإن قال قائل: هلّا جعلت بيّنة الأكبر أولى لاتّفاقهم جميعًا على أنّه وليّ.

قيل له: من قِبل أنّ الأكبر أثبت الدمّ لنفسه والأصغر على الأوسط، وقد أبرأ الأصغر الأوسط بدعواه على الأجنبيّ، فلذلك لم يجز إثبات القتل على الأوسط إلّا في حقّ الأكبر. فإن قتل فلمَ أخرجنا الأصغر من الميراث مع إثباته القتل على الأجنبيّ، وهلّا كان الأصغر بمنزلة الأوسط، لأنّ الأوسط قد قامت عليه بيّنة الأكبر بالقتل كما قامت بيّنة الأصغر على الأجنبيّ، فمن حيث لم يحرم الأوسط الميراث وجب ألّا يحرمه الأصغر.

قيل له: من قِبل أنّه غير جائز للأصغر أن يحتجّ بيّنة الأكبر على الأوسط في إخراجه من الميراث، لأنّه قد أكذبها، فسقط حُكمها في حقّه، وحصل الأوسط مع الأصغر كالأخوين أقام أحدهما البيّنة على صاحبه، وأقام صاحبه على أجنبيّ، فيكون الذي أقامها على صاحبه أولى بالميراث، وخرج الآخر منه.

[1884] + قال.
[1885] قال ئل.
[1886] ان يبطل.
[1887] ويبطل.
[1888] ولم يبطل.
[1889] فيقبل.
[1890] ويبطل.

باب الشهادة على النصرانيّ بعد موته في الدَين للمسلم والنصرانيّ

قال محمد: وإذا مات النصرانيّ، وترك مئة درهم لم يترك مالًا غيرها فأقام رجل مسلم شاهدين نصرانيين عليه بمئة درهم، وأقام مسلم ونصراني شاهدين نصرانيين بمئة درهم، وهما [276أ] فيها شريكان وجاؤوا جميعًا إلى القاضي، فإنّ القاضي يقضي بثلثي[1891] المئة التي تركها النصرانيّ بين المسلم الذي لا شركة بينه وبين النصرانيّ، ويقضي بثلث المئة التي تركها النصرانيّ بين المسلم والنصرانيّ الشريكين.

قال أبو بكر: الأصل في هذا الباب: أنّ شهادة النصرانيّ غير مقبولة فيما يضرّ بالمسلم، وهي مقبولة على النصرانيّ، وليس يمنع قبول الشهادة من وجْه وردّها من وجه، كما نقبل[1892] شهادة النساء مع الرجال في السرقة في إثبات المال، ولا يقبلها في إيجاب القطع، وإذا صحّ ذلك نظرنا في هاتين الشهادتين، فقبلنا منهما ما كان للمسلمين بعضها على بعض، ورددْنا منها ما كان للكافر على المسلم، وذلك لأنّا لو لم نقبل شهادة المسلم الشريك لأجل أنّها على المسلم الآخر لوجب ألّا نقبل[1893] أيضًا شهادة المسلم المنفرد، لأنّها على المسلم الشريك، فلمّا تساويا في ذلك قبلناهما جميعًا، فقد أقام المسلم المنفرد بيّنة من أهل الذمّة على مئة، وأقامها المسلم الشريك على خمسين، فصارت المئة التي هي مال الميّت بينهما أثلاثًا، ثم ما يأخذه المسلم الشريك، وهو ثلث المئة هو معترف بأنّ للنصرانيّ معه حقّ الشركة، فيقاسمه نصفين.

فإن قال قائل: فقد قبلت شهادة أهل الذمّة في محاصّة المسلم حين قسمت المئة [276ب] بينهما ببيّنتهما.

قيل له: أجل، لأنّه ليس في إيجاب المحاصّة بينهما من هذا الوجه ضرر عليهما، وإنّما كان يلحقهما الضرر لو لم نقبل[1894] الشهادتين، ونحن إنّما لا نقبل[1895] شهادة النصرانيّ فيما يضرّ بالمسلم، فأمّا ما لا يضرّ به، فإنّا نقبلها. ألا ترى أنّك لو أبطلت المحاصّة في ذلك بطل الدين رأسًا، ففي إيجاب المحاصّة نفع لهما.

مسألة

قال محمد: ولو أقام نصرانيّ بيّنة من النصرانيّ أنّ له على الميّت مئة درهم، وأقام النصرانيّ والمسلم الشريكان بيّنة من النصرانيّ بمئة درهم، فإنّ المئة تقسّم[1896] بينهم أثلاثًا.

[1891] بثلي.
[1892] يقبل.
[1893] ان لا يقبل.
[1894] لم يقبل.
[1895] لا يقبل.
[1896] يقسّم.

قال أبو بكر: وهذا على ما تقدّم من بيانه، وذلك لأنّا نفرد السلم بحقّه وهو خمسون فيأخذه، ألّا يجوز أن تزاحم[1897] بيّنته بيّنة النصرانيّ، وبقيت خمسون قد أقام نصرانيّ على المئة، ونصرانيّ آخر على خمسين قبلناها لصاحب المئة، وثلثها لصاحب الخمسين، ثم يضمّ صاحب الخمسين ما أخذه، وهو ثلثها ستّة عشر، وثلثان إلى ما في يد شريكه المسلم وهو خمسون، فيقسمانه نصفين، فيحصل لكلّ واحد منهم ثلث المئة.

قال محمد: وإن كان شهود الشريكين مسلمين وشهود النصرانيّ المنفرد نصارى، والمسألة على حالها كأنّ هذا والأوّل سواء.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ المسلم في الحالين يأخذ جميع حقّه وهو خمسون، وما بقي من مال الميّت [277ظ] بين النصرانيّين أثلاثًا على ما بيّنا، ولا يكون النصرانيّ الشريك، وإن كان شهود مسلمين أوْلى به من النصرانيّ الذي شهوده نصارى، لأنّ شهادة النصرانيّ مقبولة على الذمّي. ألا ترى أنّ نصرانيين لو ادّعيا دارًا في يديّ رجل ذمّي، وأقام أحدهما بيّنة المسلمين، والآخر بيّنته[1898] نصارى، أنّهما يستحقّانها نصفين، فكذلك ما وصفنا.

قال محمد: فإن كان شهود الشريكين نصارى وشهود النصرانيّ المنفرد.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ شهود المنفرد لـمّا كانوا مسلمين قُبلوا على المسلم والنصرانيّ الشريكين، وكلا الفريقين قد أقام البيّنة على مئة، فهي بينهما نصفين.

مسألة

قال محمد: وإذا مات النصرانيّ، وترك ابنين نصرانيين ومئتي درهم فأسلم أحدهما، ثم إنّ مسلمًا أقام على الميّت شاهدين نصرانيين[1899] بمئة درهم، فإنّه يأخذ المئة كلّها من نصيب الابن النصرانيّ، ولا يدخل الابن النصرانيّ مع أخيه المسلم.

قال أبو بكر: بيّنة الغريم مقبولة على الميّت والابن النصرانيّ، لأنّهما كافران، وإذا ثبت الدين كان الغريم أحقّ بجميع ما في يديّ الوارث حتى يستوفي دينه، فلذلك استحقّ جميع ما في يد الابن النصرانيّ، ولا يأخذ من المسلم شيئًا، لأنّ بيّنة النصرانيّ غير مقبولة فيما يضرّ بالمسلم، فهي في حقّ المسلم كأنّها لم تقم[1900]، ولو جعلنا للابن النصرانيّ أن يدخل مع أخيه المسلم لكانت البيّنة مقبولة على المسلم، وذلك غير جائز.

مسألة

[1897] ان يزاحم.
[1898] بيّنة.
[1899] نصرانيين.
[1900] لم يقم.

قال أبو بكر: أجاز أصحابنا [277ظ] شهادة أهل الذمّة بعضهم على بعض، وأتاه غيرهم، والحجّة لقول أصحابنا قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ -إلى قوله- أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾[1901]، فاختلف السلف في تأويل قوله ﴿من غيركم﴾، فقال قائلون: "من غير أهل قبلتكم[1902]"، وقال آخرون: "من غير أهل ملّتكم"، وهذا أولى بمعنى الآية، لأنّ حكم الكناية أن يرجع إلى مزكور مظهر[1903]، فلمّا كان الخطاب في ابتدائه متوجّهًا إليهم بذكر الإيمان، ولم يتوجّه إليهم بذكر المسألة وجب أن يكون قوله ﴿من غيركم﴾ معناه: "من غيركم أيّها المؤمنون"، فإذا كان ذلك كذلك تضمّنت هذه الآية جواز شهادة أهل الذمّة على المسلمين فيما وردتْ فيه، فلمّا اتّفق الجميع من فقهاء الأمصار على امتناع جوازها على أهل الإيمان بقي حكمها في غير المسلمين، لأنّ الآية من حيث أفادت إجازتها على المسلمين، فقد أفادتنا أيضًا إجازتها على الكفّار، إذ كلّ شهادة جازت على مسلم، فهي على كافر أجوز، فلمّا تضمّنت الآية معنيين، أحدهما: إجازة شهادة أهل الذمّة على المسلمين، والآخر: على أهل الكفر، ثبت[1904] نسخ أحدهما بقي حكمها في الباقي.

فإن قال قائل: إنّما الآية واردة في الوصيّة في السفر، فما الدليل على جوازها في غير هذه الحال؟

قيل له: لم يختلف فقهاء الأمصار في أنّ شهادة أهل الذمّة إذا جازت على أهل الذمّة في الوصيّة في السفر، فهي [278أ] جائزة عليهم في غيرها، ولمـّا صحّ بمضمون الآية جوازها عليهم في غيرها، ولمـّا صحّ بمضمون الآية جوازها عليهم في الوصيّة في السفر وجب مثله في غيرها. ودليل آخر: وهو ما روى مخالد عن الشعبي عن جابر أنّ اليهود جاؤوا[1905] إلى النبي صلى الله عليه وسلم بيهوديّ قد زنى، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: ((إئتوني بأربعة منكم يشهدون))[1906]، فشهد أربعة، فرجمه النبي صلى الله عليه وسلم، وقد روي هذا الحديث بلفظ آخر، فقيل فيه: إنّ النبي صلى الله عليه وسلم قبِل شهادة أهل الذمّة بعضهم على بعض.

ووجه آخر، وهو: أنّ الشهادة لما كانت أمانة كالوصيّة، ثم جازت وصيّة الذمّي إلى الذمّي، كذلك تجوز[1907] شهادة بعضهم على بعض. والمعنى الجامع بينهما: أنّ كلّ واحد منهما أمانة لا يجوز إثباته لغير العدول. ألا ترى أنّ الوصيّ

[1901] ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُم مُّصِيبَةُ الْمَوْتِ ۚ تَحْبِسُونَهُمَا مِن بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ ۙ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَّمِنَ الْآثِمِينَ﴾ (المائدة، 106/5)

[1902] فيملتكم

[1903] سيكون مظهرا

[1904] يثبت.

[1905] جاؤا

[1906] الموطأ، الحدود، 1؛ صحيح البخاري، المناقب، 26؛ صحيح مسلم، الحدود، 26 (1699)؛ وغيرها دون قوله: "ائتوني بأربعة..." سنن الدارقطني، 299/5-300، وصرّح بأنّها زيادة تفرّد بها مجالد عن الشعبي وبأنّه ليس بالقوي. وساق الرواية الطحاوي بسنده إلى مجالد عن الشعبي في شرح مشكل الآثار، 435/11-436.

[1907] يجوز.

إذا كان فاسقًا غير آمين أخرجه القاضي من الوصية، وأنّ المسلم لا يجوز له أن يوصّي إلى الذمّي، ومع ذلك فقد جازت[1908] وصيّة بعضهم إلى بعض.

فإن قال قائل: قال الله تعالى: ﴿إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا﴾[1909]، وقال: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾[1910]، والكافر فاسق غير مرضى.

قيل له: أمّا قوله: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾[1911] فإنّما هو خطاب للمؤمنين، ولا يدخل الكفّار فيه إلّا بدليل. ألا ترى أنّ ابتداء الخطاب فيهم، قال الله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم﴾[1912]. وأمّا قوله: ﴿إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا﴾[1913] إنّما هو مقصود على الفسق الذي لا يتدين به صاحبه دون ما يتدين به. [278ظ] والدليل على ذلك: إنّ شهادة أهل الأهواء مقبولة، وكونهم فسّاقًا لم يمنع قبول شهادتهم، إذ كان فسقهم من جهة التديّن والاعتقاد، فكذلك أهل الذمّة وإن كانوا فسّاقًا فإنّ فسقهم غير مانعٍ قبول شهادة بعضهم على بعض، ويدلّك على أنّ فسقهم لا يمنع صحّة إئتمانهم على الأمانات ما وصفنا من جواز وصيّة بعضهم على بعض، وامتناع ذلك في الفُسّاق الذين لا يتديّنون بفسقهم، ويدلّ عليه أيضًا قوله تعالى: ﴿وَمِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِن تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ﴾[1914] فأثبت له الأمانة في هذه الحال مع كونه فاسقًا من جهة الكفر.

باب من الشهادات ما يجوز فيه وما لا يجوز في المواريث وغيرها

قال أبو بكر: الأصل في هذا الباب: أنّ شهادة الجارّ إلى نفسه بها مغْنمًا والدافع عنها مغرمًا غير جائزة. وأصل آخر، وهو: أنّ كلّ من كان في يده شيء مضمون بنفسه لم تقبل[1915] شهادته وإن كان مضمونًا بغيره، فهو على وجهين: فما كان ضمانًا على وجه البدل لم تجز[1916] فيه شهادته[1917]، وإن كان مضمونًا بغيره، فهو على وجهين: فما كان ضمانًا على وجه البدل لم تجز[1918] فيه شهادته كالبيع ونحوه، وما لم يكن ضمانه على وجه البدل فشهادته فيه مقبولة.

[1908] فقد جاز.
[1909] الحجرات، 6/49.
[1910] البقرة، 282/2.
[1911] البقرة، 282/2.
[1912] ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَن يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَن تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِن تَفْعَلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ (البقرة، 282/2)
[1913] الحجرات، 6/49.
[1914] آل عمران، 75/3.
[1915] لم يقبل.
[1916] لم يجز.
[1917] + إلي.
[1918] لم يجز.

قال محمد: وإذا أودع الرجل الرجلين مالًا أو عرَضًا من العروض فجاء مدّع[1919] يدّعي الوديعة، فشهد المودِعان له فشهادتهما جائزة.

قال [279أ] **أبو بكر**: وذلك لأنّهما لم يجرّا إلى أنفسهما بشهادتهما غُنمًا ولا دفعًا بها عنها[1920] غُرمًا. ألا ترى أنّه ليس عليهما حقّ بكون[1921] الوديعة في أيديهما يبرئان منه أنفسهما.

فإن قال قائل: ما أنكرت أنّ المودع لـمّا كان يلزمه الضمان بإقراره به لغيره على مذهب محمد ألّا تقبل[1922] شهادتهما فيه، لأنّها متى صحّت بطل الضمان الذي لزمهما بالإقرار.

قيل له: لم يكن هناك ضمان حاصل عليهما قبل الشهادة، فيبرئان منه أنفسهما، وإنّما يريد إيجابه بالشهادة نفسها، والشهادة متى صحّت أوجبت الاستحقاق نـافٍ لضمانهما للمودع.

فإن قال قائل: هلّا كان دخولهما في حفظ الوديعة له اعترافًا منهما بأنّها له، فلا تقبل[1923] بعد ذلك شهادتهما لغيره.

قيل له: لم يتقدّم منهما إقرار بأنّه أودعهما، وإنّما قبضاها، وليس في القبض إقرار بملك الدافع.

فإن قال: فهلّا بطلت شهادتهما لزمها الردّ إلى من قبضا منه، فيريدان إسقاطه عن أنفسهما للدافع بشهادتهما.

قيل له: لم يلزمها ردّ شيء، وإنّما عليهما أن يدفعا أيديهما عن الوديعة إذا طالب بها المودِع حتى يأخذها.

قال محمد: ولو كان المودّعان شهدا للمودع على إقرار المدّعي له، والمسألة على حالها، وقد قامت البيّنة للمدّعي على المودع فشهادتهما باطل.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ الشيء قد حصل مضمونًا في أيديهما للمُستحقّ في الظاهر، فهما يريدان [279ب] إبراء[1924] أنفسهما من ضمانه بشهادتهما به للمودع، فهو كالغاصبين إذا شهدا به لغير المغصوب.

قال محمد: فإن كانا قد ردّا الوديعة على المودع، ثم شهدا بهذا جازت شهادتهما.

1919 مدّعي.
1920 غنمًا.
1921 يكون.
1922 ان لا يقبل.
1923 لا يقبل.
1924 بـ[illegible]

قال أبو بكر: لم يبقَ هناك معنى يمنع قبول الشهادة، لأنّها وإن كانت مضمونة في الظاهر للمستحقّ، فإنّ ذلك الضمان قد ارتفع بالردّ إلى من قبضا منه.

مسألة

قال محمد: ولو شهد المرتهنان[1925] لمدّعي جازت شهادتهما.

قال أبو بكر: ليس لهما في الشهادة نفع[1926]، بل فيهما إبطال حقّهما من الوثيقة التي كانت في أيديهما، لأنّ الرهن حقّ لهما وليس عليهما. ألا ترى أنّ لهما أن ينقضا الرهن بغير رضا الراهن، ولو كان ذلك حقًّا عليهما لَـمَا كان لهما إسقاطه عن أنفسهما بغير رضا من له الحقّ. ألا ترى أنّه لمـّا كان حقًّا لهما قد استحقّاه على الراهن لم يكن للراهن إبطاله بغير رضاهما. ويدلّ على ذلك أيضًا أنّ صحّة الدين ليست متعلّقة بصحّة الرهن. ألا ترى أنّ الدين قد كان ثابتًا قبل الرهن، وأنّ الرهن لو استحقّ لم يبطل الدين، ولا يشبه هذا المشتريين يشهدان بما اشتريا لغير البائع، فلا تقبل[1927] شهادتهما، لأنّ استحقاق المبيع يُبطل الثمن، فهما شاهدان لأنفسهما بإبطال البدل الذي لزمهما، واستحقاق الرهن لا يبطل الدين.

ووجه آخر، وهو: أنّ رقبة الرهن غير مضمونة بنفسها، فكانت كالوديعة، وإنّما يسقط الدين بهلاكها [280أ] فحسب.

فإن قيل: فقد حصلت مضمونة على وجه، وما الفرق بين ضمانها بنفسها أو بغيرها؟

قيل له: من قِبل أنّ الضمان إنّما يمنع قبول الشهادة إذا كان في نفس الرقبة، لأنّهما يريدان إبطال نفس المضمون، وإذا لم تكن[1928] الرقبة مضمونة لم يمنع قبولهما كالوديعة.

قال محمد: ولو أنكر المرتهنان[1929] ما ادّعى، فشهد الراهنان للمدّعي بدعواه لم تجز[1930] شهادتهما على المرتهنين.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ في جوازها فسخ الرهن، ولا سبيل لهما إلى ذلك، ولكن يضمن الراهنان قيمة الرهن للمدّعي لاعترافهما بالغصب، وامتناع الردّ كالعبد المغصوب إذا أبق.

مسألة

[1925] المرتهيان.
[1926] يقع.
[1927] لا يقبل.
[1928] واذا لم يكن.
[1929] المرتهيان.
[1930] لم يـجز.

قال محمد: ولو أنّ رجلين غصبا من رجل عبدًا قامت بذلك عليهما بيّنة أو أقرّ به عند القاضي، فادّعى العبد رجل، فشهد له الغاصبان، فشهادتهما باطل.

قال أبو بكر: لأنّ فيها براءة أنفسهما من الضمان الثابت عليهما للمغصوب. ألا ترى أنّ المدّعي لو استحقّ العبد ببيّنة[1931] برء الغاصبان من ضمانه للمغصوب الأوّل.

قال محمد: ولو شهد الغاصبان للمدّعي بعدما ردّا الغصب على المغصوب منه جازت شهادتهما.

قال أبو بكر: إنّهما قد برءا من الضمان بالردّ، فصارا كسائر الناس في قبول الشهادة.

قال محمد: ولو مات العبد في أيديهما، فضمّنهما المغصوب منه قيمته، وقبضها، ثم شهدا للمدّعي فشهادتهما باطلة[1932].

قال أبو بكر: [280ب] وذلك من قِبل أنّ المغصوب منه قد ملك القيمة بالقبض، فلو صحّت الشهادة كان لهما أن يرجعا فيما ملك، فيأخذانه أو مثله[1933] إن كان المغصوب قد أتلفه، لأنّ من أصلنا: أنّ مَن غصب مِن رجل عبدًا، فأدّى إليه القيمة بموت العبد، ثم استحقّ العبد، فضمن للمستحقّ أنّ له أن يرجع على المغصوب ما أعطاه من القيمة، فإذا كانا يبيّنان[1934] بشهادتهما دينًا لأنفسهما أو يستحقّان على المغصوب ما ملكه عليهما بطلت الشهادة. وأيضًا فإنّ القيمة المأخوذة لما حصلت بدلًا من العبد صار كالشراء، ولو أنّ رجلين اشتريا عبدًا، ثم شهدا به لمدّعي لم تقبل[1935] شهادتهما، كذلك الغصب إذا ضمنا فيه القيمة.

قال محمد: وكذلك القرض وكلّ دين فشهادتهما في ذلك كلّه باطل وإن لم يدفعا.

قال أبو بكر: وذلك لمعنيين، أحدهما: أنّهما قد ملكا القرض بألف عليهما في ذمّتهما وفي شهادتهما إسقاطه، والأخوان ذلك في معنى البيع، فلا تقبل[1936] فيه شهادتهما.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلين اشتريا من رجلٍ جاريةً بيعًا فاسدًا، وقبضاها منه، فلم ينقض القاضي البيع حتى شهدا أنّ الجارية لهذا الرجل الذي ادّعاها، فشهادتهما باطل.

1931 **بِبَيِّنَة**
1932 باطل.
1933 بمثله.
1934 **يَبَّنان**
1935 لم يقبل.
1936 فلا يقبل.

قال أبو بكر: وذلك لوجهين، أحدهما: أنّ البيع الفاسد إذا اتّصل به القبض ملك به كالبيع الصحيح، فمن حيث لم تقبل[1937] شهادتهما في البيع الصحيح كذلك في الفاسد. [281ا] والوجه الآخر: أنّ الشيء يحصل في يده مضمونًا بنفسه كالغصب.

قال محمد: ويلزمهما[1938] ما أقرّا[1939] به على أنفسهما، ويأخذ الجارية المقرّ له.

قال أبو بكر: لأنّها ملكهما، وتصرّفهما جائز عليهما، فلذلك جائز إقرارهما بها للمقرّ له.

قال محمد: ولو كان القاضي نقض البيع أو نقضا هما ذلك بمَحضر من البائع ورضاه، فلم يقبض البائع الجارية منهما حتّى شهدا بالجارية للمدّعي على البائع فشهادتهما باطل.

قال أبو بكر: لأنّ الملك وإن كان قد ارتفع بالنقض فالضمان قائمٌ كالغصب.

قال محمد: ولو كانا دفعا الجارية إلى البائع، ثم شهدا للمدّعي جازت شهادتهما.

قال أبو بكر: لأنّ الضمان قد ارتفع مع الملك جميعًا كالجارية المغصوبة إذا ردّت، ثم شهدا.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلين ارتهنا[1940] من رجل[1941] جارية قيمتها ألف درهم بألف درهم، وقبضاها، فماتت في أيديهما، ثم ادّعاها مدّعي، فشهد له المرتهنان[1942] أنّها للمدّعي كانت شهادتهما على الراهن باطل[1943]، وضمنا قيمتها للمدّعي بإقرارهما أنّها له.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهما قد استوفيا، فهلاكها ديّتهما، فيزيدان أنّ إبطال ما اقتضيا من الدين، والرجوع به على الراهن، فلا تقبل[1944] شهادتهما.

مسألة

[1937] لم يقبل.
[1938] ويلزمها.
[1939] ما أقرّ.
[1940] ارتهبا.
[1941] + رجل.
[1942] المرتهيان.
[1943] باطلا.
[1944] فلا يقبل.

قال محمد: وإذا اشترى الرجل من الرجل جاريةً بألف درهم شراءً صحيحًا، فتقابضا، ثم تقايلا البيع أو ردّها المشتري بعيبٍ بغير قضاء قاضٍ [281ب] بعدما قبضها، وقبلها منه البائع، ثم شهد المشتري، ورجل آخر أنّ الجارية لهذا الرجل لرجل ادّعاها، فشهادة المشتري باطل إن كان البائع قبضها من المشتري أو لم يقبض.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الإقالة والردّ بالعيب بغير قضاء بمنزلة البيع. ألا ترى أنّها تعود[1945] إلى ملك البائع بقبوله، فالمشتري بعد الإقالة كالبائع إذا شهد بالمبيع لرجل بعد المبيع لرجل بعد البيع، فلا تقبل[1946] شهادته. ألا ترى أنّ المشتري إذا ردّ[1947] الدار إلى البائع بعيب بغير قضاء أنّ للشفيع أخذها بالشفعة بالردّ، وأنّه ليس للبائع ردّها على تابعها بالعيب، فصار ذلك في حقّ الغير كالبيع المستقبل، فكذلك ينبغي أن يكون في حكم الشهادة كالبيع.

فإن قال قائل: لمَ جعلت الردّ بالعيب بغير قضاء بمنزلة بيع مستقبل، ولم يجعل أخذ الشفيع الدار من المشتري بغير قضاء بمنزلة بيع مستقبل في حقّ الغير، حتى لو كان معه شفيع آخر قد سلّم الشفعة لم يجعل له أحدهما ويأخذ[1948] الشفيع الآخر بغير قضاء.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ حقّ المشتري في العيب ليس هو عين الثمن ولا عين العبد، وإنّما حقّه استدراك الجزء الفائت الذي هو حصّة العيب من الثمن، فلمّا لم يكن حقّه نفس المردود، ثم ردّه بغير قضاء كان ذلك بمنزلة عقد مستقبل في حقّ الغير. وأمّا الشفيع فإنّما حقّه في نفس الدار المبيعَة لا في سواها، فإذا أخذه بغير قضاء [282أ] فإنّما أخذ حقّه الذي كان له فأشبهت مسألة الشفيع العبد إذا أسره العدو، فاشترى منهم رجل وأخرجه إلينا، ثم أخذه مولاه بالثمن بغير قضاء أنّ ذلك لا يكون بمنزلة عقد مستقبل.

قال محمد: ولو كان الردّ لعيب بقضاء قاضٍ أو قبل القبض بغير قضاء أو بخيار[1949] رؤية أو بخيار[1950] شرط بغير قضاء جازت شهادة المشتري قبض بائع الجارية أو لم يقبضها إذا كانت الشهادة بعد النقض، ويقضي له بالثمن على البائع.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الشيء عاد إلى ملك البائع بغير قبوله، فلم يتعلّق بالردّ حُكم البيع. ألا ترى أنّ البائع ردّه على بائعه، وأنّ المبيع لو كانت دارًا لم يجب للشفيع فيها شفعة بالردّ، وإنّما لم يتعلّق بها حكم البيع ولم تكن مضمونة في يديّ المشتري بنفسها، وإنّما كانت مضمونة بالثمن فصارت[1951] كالرهن.

[1945] يعود.
[1946] فلا يقبل.
[1947] اردّ.
[1948] ياخذ.
[1949] ـحتار.
[1950] ـحتار.
[1951] صار.

مسألة

قال محمد: ولو إنّ رجلًا اشترى جارية بعبدٍ، وتقابضا، فوجد المشتري الجارية بها عيبًا، فقضى القاضي بردّها، فله أن يمنعها حتى يأخذ العبد، فإن شهد المشتري وآخر بعد النقض أنّها لهذا المدّعي، فشهادتهما باطل.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الردّ وإن كان نقضًا فإنّها مضمونة في يديّ المشتري بقيمتها، فصارت كالمغصوبة.

قال محمد: ولو دفعها إلى البائع، ثم شهد هو وآخر أنّها[1952] للمدّعي جازت الشهادة، لأنّه [282ب] قد برئ من ضمانها بالردّ كالجارية المغصوبة إذا ردّها.

قال محمد: ولو مات العبد قبل نقض البيع، ثم نقض البيع نقضًا، ثم شهد هو وآخر أنّها للمدّعي جازت شهادتهما.

قال أبو بكر: وذلك لأنّها مضمونة في هذه الحال بغيرها. ألا ترى أنّها لو ماتت لم يضمن المشتري قيمتها، وإنّما ينتقض الردّ، ويرجع بنقصان العيب، فصارت في هذه الحال بمنزلة الرهن على الوجه الذي بيّنا.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا مات، وله على رجُلين ألف درهم فشهدا أنّ هذا الرجل ابنه ووارثه لا يعلمون له وارثًا غيره، وشهد رجلان آخران لا دين لهما على الميّت أنّ هذا الرجل أخوه لأبيه وأمّه ووارثه لا يعلمون له وارثًا غيره[1953] قضيت بشهادة الغريمين للابن، وجعلته ابنه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لا يقع لهما في هذه الشهادة أو لا يختلف حالهما في دفع الدين إلى هذا المشهود له أو إلى غيره.

فإن قال قائل: إنّهما يقيمان لأنفسهما خصمًا يبرءا أن يدفعه إليه، فلهما فيه يقع من هذا الوجه.

قيل له: إنّهما لو دفعاه إلى القاضي برءا، فإذا أمرهما بدفعه إلى المشهود له لم يكن لهما فيه نفع.

قال محمد: ولو بدا شهود الأخ فقضى بشهادتهم، ثم شهداهما للابن لم تجز[1954] شهادتهما.

قال أبو بكر: [283أ] وذلك أنّ الدين قد صار للأخ عليهما وفي صحّة شهادتهما إسقاط ما ثبت له عليهما.

[1952] ـها.
[1953] + وشهد رجلان آخران لا دين لهما على الميّت أنّ هذا الرجل أخوه لأبيه وأمّه ووارثه لا يعلمون له وارثًا غيره.
[1954] لم يجز.

قال محمد: ولو كان مكان الدين عبدًا غصْبا في أيديهما للميّت قائم بعينه أبطلت شهادتهما أيضًا أن شهدا قبل أن يدفعاه[1955] إلى الأخ.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الضمان قد حصل للأخ، فصار كأنّهما غصباه منه، ولا تجوز شهادة الغاصب للمدّعي على ما بيّنا.

قال محمد: فإن دفعاه إلى الأخ بقضاء قاضٍ، ثم شهدا بعد ذلك، فشهادتهم جائزة.

قال أبو بكر: هذا على ما بيّنا في العبد المغصوب إذا ردّ إلى المغصوب منه، ثم شهد الغاصب لغيره، فتجوز[1956] شهادته، لأنّه قد برئ من ضمانه.

قال محمد: ولو كان العبد وديعة فشهد المستودعان لرجل أنّه ابن الميّت بعدما دفعاه إلى الأخ بقضاء قاضٍ أو لم يدفعا ذلك فشهادتهما جائزة.

قال أبو بكر: هذا على ما بيّنا من شهادة المودِعين للمدّعي.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا كان له على رجلين ألف درهم فشهدا أنّ فلانًا توفي، وأوصى إلى فلان وقبِل فلان وصيّته، فإن أقرّ فلان بذلك، وطلب أن يمضي له الوصية، فشهادة الغريمين جائزة وإن أنكر ذلك الورثة.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن يقول: إنّ القياس عندهم ألّا تجوز شهادة الغريمين الذين[1957] لهما على الميّت دين أو للميّت عليهما دين، وشهادة الوارث والموصى لهما في إثبات الوصيّة، لأنّ فيها نفعًا لهما إلّا أنّ أصحابنا استحبّوا في قبول شهادة من ذكرنا على الوصيّة إذا عُرف موت [283ب] الموصي، وادّعى ذلك الوصيّ، ولا تقبل[1958] شهادتهم على الموت إذا كان الدين لهما على الميّت أو كانا وارثين أو موصًا لهما. فأمّا إذا كان الدين عليهما فالشهادة على الموت مقبولة. وجه القياس: أنّهما بيّنتان لأنفسهما خصمًا عن الميّت، فكما لا تجوز شهادتهما لوكالة رجل من جهة الطالب كذلك الوصيّة كان القياس أن تكون[1959] شهادتهما فيها كهي بالوكالة. وجه الاستحسان: أنّ للقاضي أو يقيم وصيًّا من غير بيّنة، وإن أبى ذلك الورثة إذا كان على الميّت دين، فإذا كان له أن ينصب وصيًّا بغير شهادة كانت إقامته بيّنة عدول

[1955] أن ندفعاه.
[1956] فيجوز.
[1957] اللذّين.
[1958] ولا يقبل.
[1959] ان يكون.

أولى، فإن أبى ذلك الوصيّ لم يقبل شهادتهما كما لو أنّا أن نقوم وصيًّا لم يجبره[1960] القاضي عليه، وإنّما يقبل شهادتهما فيما كان للقاضي أن يفعله بغير شهادة الغريمين على إثبات وكالة الغائب، لأنّه ليس للقاضي أن ينصب وكيلًا عن الغائب في تقاضي دينه.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلين شهدا أنّ فلانًا توفي، وترك هذا، وهو أخوه لأبيه وأمه ووارثه لا يعلمون له وارثًا غيره، فقضى القاضي بشهادتهما، ثم شهد الآخر أنّه ابنه ووارثه لا يعلمون له وارثًا غيره، وهما عدلان لم تجز شهادتهما للابن وغرماء له ما قبضه الأخ من الميراث.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهما قد أكذبا أنفسهما في الشهادة الثانية بالأولى وفي الأولى بالثانية، فتضمّنت الشهادة الثانية معنيين، أحدهما: الرجوع عن الشهادة الأولى، والثاني: [284أ] إثبات النسب والميراث للابن، فرجوعهما جائز على أنفسهما، وشهادتهما بالنسب والميراث غير جائزة، لأنّه قد حصل منهما قبل ذلك إكذاب لهما حين شهد للأخ بالميراث. وجهة أخرى: وهي أنّهما يريدان نقض ما شهدا به بدءًا، ولا تقبل شهادة الإنسان في نقض قوله الذي وقع الحكم به.

قال محمد: ولو أنّهما شهدا بعدما قضى القاضي للأخ بالميراث أنّ هذا الرجل الآخر أخوه أيضًا لأبيه وأمّه ووارثه مع الأوّل لا يعلمون له وارثًا غيرهما قضيت بالميراث بينهما نصفين، وردّ الأخ الأوّل على الآخر نصف ما قبض، ولم أُضمِّن الشاهدين شيئًا.

قال أبو بكر: قول الشاهدين للأوّل: "أنّه أخوه ووارثه" محكوم به، وقولهما: "لا نعلم له وارثًا غيره" غير محكوم به. والدليل على ذلك: أنّهما لو لم يقولا: "لا نعلم له وارثًا غيره" تلوّم القاضي، ثم دفع إليه جميع المال، فلمّا كان يستحقّ المال وإن لم يقولا: "لا نعلم له وارثًا غيره" علمت أنّ قولهما ذلك غير محكوم به. وإنّما فائدته أنّه يسقط عن القاضي التلوم، والمسألة عن وارث غيره، وأيضًا فإنّ قولهما: "لا نعلم" ليس بشهادة، والثاني أنّها لو كانت شهادة على النفي، والشهادة على النفي غير مقبولة، وإذا كان الأمر على [ما] وصفنا لم يحصل من شهادتهما بدءًا للأخ الأول أكثر من أنّه [284ب] أخوه ووارثه، وكونه أخًا له ووارثًا غير مانع أن يكون له أخ آخر ووارث. ألا ترى أنّه يصحّ جميعهما في الشهادة بأن يقولا: "هذا أخوه ووارثه"، وهذا أيضًا أخوه ووارثه، فلمّا كان ذلك كذلك لم تنفِ[1961] إحدى الشهادتين الأخرى، وصحّتا جميعًا كأنّهما وقعتا معًا. وقولهما: "لا نعلم في وقت الشهادة للأوّل" لا يمنع أن يعلماه بعد ذلك.

[1960] لم يجيزه.
[1961] لم ينفِ.

فإن قال قائل: حين قضى القاضي للأوّل بشهادتهما أنّه أخ ووارثٌ، فقد حكم له بجميع المال بشهادتهما، فتصير[1962] شهادتهما للثاني رجوعًا عن بعض ما شهدا به للأوّل.

قيل له: هما لم يقولا ذلك، وإنّما استحقّ الأوّل المال من جهة الحكم. ألا ترى أنّ الآخرين لو كانا غير الأوّلين لم يضمن الأوّلان شيئًا للآخرين، لأنّه لم ينتقض من شهادتهما شيء، إذ لم يظهر لنا كذبهما.

قال محمد: ولو شهد للابن رجلان آخران غير اللذين شهدا للأخ بعدما دفع القاضي المال إلى الأخ، فإن كان الأخ قد استهلك الميراث، فالابن بالخيار إن شاء ضمن الشاهدين الأوّلين وإن شاء ضمن الأخ، فإن ضمن الشاهدين رجعا على الأخ، وإن ضمن الأخ لم يرجع على الشاهدين.

قال أبو بكر: هذا على ما تقدّم بيانه من شهادتهما بالقتل إذا جاء المشهود بقتله حيًّا، وقد أخذ الولي[1963] الديّة أو شهدا عليه بالمال، فدفع بقضاء قاضٍ، ثم أقام المشهود عليه البيّنة أنّه قد كان أبرأه قبل ذلك من كلّ قليل [285أ] أو كثير، فيكون المشهود عليه بالخيار على الوجه الذي بيّنا.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا مات، وترك ابن عمّه، وهو وارثه لا وارث له غيره، وترك ابنتين صغيرتين وُلدتا في ملكه، فأعتق ابن العمّ الغلامين، فشهد بعد العتق أنّ إحدى الجاريتين الصغيرتين بنت الميّت، فإنّ قياس قول أبي حنيفة في ذلك أنّ الشهادة باطل. وأمّا في قول أبي يوسف ومحمد: فالشهادة جائزة.

قال أبو بكر: لو صحّت الشهادة صار الميراث بين البنت وابن العمّ نصفين، فكان عتق ابن العمّ نافذًا في نصف الغلامين، ويكونان حينئذ بمنزلة المكاتب على مذهب أبي حنيفة حتى يعتقا أو يؤدّيا السعاية، وشهادة المكاتب غير جائزة، فمن حيث يريد إثبات النسب يبطل، ومن حيث تبطل[1964] الشهادة يبطل النسب، فلم يثبت على أصل أبي حنيفة. وأمّا في قول أبي يوسف ومحمد: فإنّ المعتَق بعضه حرّ في جميع أحكامه، لأنّ العتق عندهما لا يتبعّض في الشخص الواحد، وما عليه من السعاية بمنزلة دين على حرّ.

قال محمد: فإن سمع القاضي شهادتهما يعني على قول أبي يوسف ومحمد، فلم يقض بها حتى شهدا للأخرى بمثل ذلك، فإنّ القاضي يقضي بشهادتهما، ويجعلهما ابنتي الميّت، فإن كان ابن العمّ موسرًا ضمنته ثلثي قيمة العبدين، وإن كان معْسرًا [285ب] يوم أعتق [illegible] في ثلثي قيمتهما للبنتين.

[1962] فتصير.
[1963] الوالي.
[1964] يبطل.

قال أبو بكر: هذا بين على أصلهما، لأنّه إذا صحّت الشهادة صارتا كابنتين معروفتين.

قال محمد: فإن كان العبدان المعتقان[1965] شهدت[1966] إحدى[1967] البنتين، فقضى القاضي بشهادتهما، وجعلها ابنةً للميّت، ثم إنّهما شهدا للجارية الباقية بمثل ذلك، فإن كان ابن العمّ موسرًا فهذا والوجه[1968] الأوّل سواء.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لا يقع لهما في هذه الشهادة.

قال محمد: فإن كان معسرًا فأقرّت بذلك أختها، فهذا الوجه الأول سواء.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الأخت إذا أقرّت بأنّ جميع ما يأخذ أنّه منهما هو بينهما، فإنّما نقلا بعض الضمان الواجب للأولى إلى الثانية بإقرارها دون الشهادة، فلذلك جازت الشهادة إذ لاحظ لهما فيه.

قال محمد: وإن جحدت ذلك أختها وابن العمّ معسر فشهادتهما باطل.

قال أبو بكر: لأنّهما قد لزمها نصف القيمة للأولى فيما يريدان أن ينقلا ضمان سُدس القيمة الذي وجب لها إلى الثانية، وذلك غير جائز كما قلنا في الغصب ونظائره.

قال محمد: وكذلك لو كانا دفعا نصف القيمة إلى البنت الأولى بقضاء قاضٍ أو بغير قضاء قاض، ثم شهدا بما ذكرتُ فشهادتهما باطل.

قال أبو بكر: لأنّهما يريدان نقل ملك بعض ما ملّكا الأولى بشهادتهما إلى الثانية.

قال محمد: ولا يكون الثانية ابنةً بشهادتهما، ولا يضمنان لها شيئًا، لأنّها أمة فإن كانت حرّة ضمنا لها السدس من قيمتهما، ولم يجعلها القاضي ابنة الميّت [286أ] بشهادتهما.

قال أبو بكر: يضمنان السدس الذي بقي عليهما للبنتين بإقرارهما، لأنّهما زعما أنّ البنتين عليهما ضمان ثلثي القيمة، وقد استحقّت الأولى نصف القيمة من جهة الحكم، فإنّه قد بقي عليهما[1969] السدس، فتأخذه[1970] الثانية.

قال محمد: ولو شهدا أنّ الأخرى أخت الميّت بعدما قضى القاضي للأولى، فشهادتهما باطل في قولهم جميعًا.

[1965] المعتقا.
[1966] شهد.
[1967] الإحدى.
[1968] الوجه.
[1969] عليهم.
[1970] فيأخذه.

قال أبو بكر: لأنّها لو صحّت يخرج ابن[1971] العمّ من أن يكون وارثًا، وبطل العتق، وبطلان العتق يوجب بطلان الشهادة، وإن بطلت الشهادة لم يثبت النسب.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا مات، وترك أخاه لأبيه وأمه فقضى القاضي بأنّه وارثه لا وارث له غيره بشهادة شهود شهدوا عنده بذلك، وكان للميّت على رجل ألف درهم، فوهبها الأخ للغريم أو أبرأه منها، ثم شهد الغريم ورجل آخر أنّ هذا الرجل ابن الميّت ووارثه لا يعلمون له وارثًا غيره فشهادتهما جائزة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لا نفع لهما في هذه الشهادة، بل هي علمُها، لأنّ البراءة تبطل[1972] ويلزمها المال للابن.

قال محمد: وكذلك لو كان الميراث جارية فوهبها لرجل، وقبضها أو تصدّق بها عليه، ثم شهد الموهوب له ورجل آخر بنسب الابن جازت الشهادة.

قال أبو بكر: وهذا مثل الدين، وليس هذا كالبيع، لأنّه لا ضمان فيه فهو مثل الوديعة.

قال محمد: ولو كانت الهبة على عوض أو الصدقة على عوض، [286ب] ثم شهد الموهوب له والمتصدّق بما ذكرت لك كانت شهادته باطلًا، ولكان[1973] المشهود له يأخذ منه ما وهبه له.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الهبة على عوض بمنزلة البيع إذا قبضت. ألا ترى أنّها لا تكون[1974] مضمونة عليه، ويجب للشفيع فيها الشفعة لو كان عقارًا، فلم تجز شهادتهما كما لا تجوز في البيع أنّه مضمون على المشتري بنفسه، فلا تجوز شهادته به للمدّعي، وأيضًا فإنّ فيها إبطال البدل الذي ملّك غيره، ولا تقبل شهادته في فسخ ما ملكه غيره.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا مات، وترك ثلاثة بنين ودارًا فغاب اثنان، فادّعى الرجل الدار أنّها له، فقال الابن الذي الدار في يديه: "كانت هذه الدار لفلان والدها، فمات، وتركها ميراثًا لي ولإخواني، فقبض كلّ واحد منّا نصيبه من الدار، ثم أودعاني نصيبهما وغابا"، ولا يُعلم شيء ممّا ذكر إلّا بقوله، فقال المدّعي: "قد كانت الدار في يد أبيهم مات، وهي في

[1971] من.
[1972] يبطل.
[1973] ولكن.
[1974] لا يكون.

يديه، فأخذ كلّ واحد من الابنين ثلثها غير مقسُوم، فكان في يديه، ثم أودعا هذا الابن الشاهد الثلثين وغابا، ولي البيّنة على أنّ الدار داري"، فإنّ القاضي يقبل بيّنته ويحكم له بالدار.

قال أبو بكر: إنّما كان الابن الحاضر خصمًا للمدّعي في قبول البيّنة على استحقاق الدار من قِبل أنّ الوارث خصم فيما في يده عن الميّت. ألا ترى أنّه يردّ بالعيب على بائع الميّت كما كان يردّ الميّت ولو كان ملكه ملكًا مستأنفًا[1975] ما كان له ذلك، فثبت بذلك أنّ يده كيد الميّت نفسه، وإذا كان خصمًا عن الميّت [287أ] حصل الاستحقاق على الميّت، وما يستحقّ على الميّت مستحقّ على جميع الورثة، لأنّ الورثة إنّما يستحقّون الميراث من جهة الميّت، فإذا استحقّ الملك على الميّت لم يكن لهم ميراث.

قال محمد: فإن أقام البيّنة، وحكم له، ثم حضر الغائبان فجحدا حقّ المدّعي، وأقرّا أنّ الثلثين صار لهما من قِبل أبيهما، فالقضاء نافذ عليهما، ولا يُكلّف المدّعي إعادة البيّنة.

قال أبو بكر: وذلك لما وصفنا أنّ الحاضر لما كان خصمًا عن الميّت، ووقع الاستحقاق عليه لم يجز أن يثبت للغائبين ميراث فيما قد استحقّ على الميّت. ألا ترى أنّ رجلًا لو ادّعى دارًا في يديّ رجل، وأقام بيّنته أنّه اشتراها من الذي في يديه فلم يُقضَ له بها حتّى أقام رجل البيّنة أنّها له قضى بها له، ثم زكّيت بيّنة المشتري أنّه لا يستحق شيئًا، لأنّه يدّعي ملك الدار من جهة من قد وقع الاستحقاق عليه.

فإن قال قائل: قد اعترف المدّعي أنّ نصيب الغائبين وديعة في يد الحاضر، فهلّا كان كاعتراف المدّعي أنّ الدين في يديه باعه من رجل وأودعه إيّاه المشتري، فلا تكون بينهما خصومة فيه.

قيل له: من قِبل أنّ الابن الحاضر خصم في نصيبه لا محالة عن الميّت مع اعتراف المدّعي بأنّ نصيب الغائبين وديعة في يده، وإذا ثبت خصمًا عن الميّت في نصيبه، ونصيب الغائبين أيضًا باقٍ على حكم الميّت وقع القضاء على الميّت، وأمّا المشتري فلم يحضر عنه خصم يتوجّه به القضاء [287ب] عليه، فلذلك لم يقضِ له بشيء.

قال محمد: وإن ادّعى الابنان أنّ الثلثين كان لهما من غير ميراث الأب، وقالا: أشتريناهما أو ورثناهما من إنسان آخر، ولم نعلم ذلك إلّا بقولهما ردّ عليهما الثلثان. وقيل للمدّعي: "خذ[1976] البيّنة عليهما، وإلّا فلا حقّ لك في الثلثين".

1975 مسانفا

1976 لحدا

قال أبو بكر: لأنّ المدّعي لما اعترف أنّ الثلثين في يد الحاضر من جهة الغائبين، فإنّ الغائبان أنّها لنا من غير جهة ميراثك باليد [فالقول][1977] قولهما، ولا يُصدّق[1978] المدّعي، والابن الحاضر على أنّه صار إليهما من جهة الميّت، وأن يجعل الحاضر خصمًا عنهما، فلذلك ردّا عليهما إذا حضرا.

قال محمد: ولو كان الثلثان في يديّ غير الابن الحاضر، فأقرّ المودع بمثل ما أقرّ به الابن الحاضر، وأقرّ المدّعي بما وصفنا لم يقض القاضي للمدّعي بشيء في نصيب الغائبين حتى يحضر أو قضى له بنصيب الابن الحاضر، فإذا حضر الغائبان فأقرّ أنّ الدار ميراث من أبيهما أو لم يقرّا كلّف المدّعي إعادة البيّنة عليهما، ولم يقض عليهما بالشهادة الأولى.

قال أبو بكر: وذلك المودع[1979] ليس بخصم عن الميّت ولا عن الغائب، ولا يتوجّه القضاء على الغائب دون حضور خصْم، وليس ذلك كإيداعهما نصيبهما الابن الحاضر من قِبل أنّ الحاضر خصْم عن الميّت، وجميع الدار في يده، فصحّ القضاء عليه وعلى الميّت، فلذلك اختلفا.

قال محمد: ألا ترى أنّ الدار كلّها لو كانت في يد غير الوارث، فأقرّ الذي هي في يديه بالوديعة من جهة الغائبين، وأنّها ميراث من الوالد[1980] الميّت، وصدّقهما بذلك الابن الحاضر، وأقرّ المدّعي بما وصفتْ لك من وصولها [288أ] إلى الورثة من قِبل أبيهم وديعة للغائبين لهذا الرجل الأجنبيّ أنّ الابن الحاضر والمستودع يكونان خصْمًا للمدّعي حتى الابنان الغائبان، فكذلك إذا كان بعضها في يديّ رجل غير الابن الحاضر لم يكن الابن الحاضر بخصم إلّا فيما في يديه خاصّة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الوارث إذا لم يكن في يده شيء لم يكن خصْمًا فيما في يد غيره، وقد يجوز الغائبان، فيزعمان أنّ الشيء لهما من غير جهة الميراث، فكيف يجعل الحاضر خصمًا فيما في يد غيرهما، ولو أراد الحاضر التصرّف في شيء من الدار لم يجز تصرّفه فيها، ولو أقرّ بها لرجل لم يصحّ إقراره، لأنّها وصلت إلى الذي في يده من جهة غيره.

مسألة

قال محمد: ولو كانت الدار في يديّ وارثين من الثلاثة، والوارث الآخر غائب فأقرّ الوارثان بأنّها دار أبيهم مات وتركها ميراثًا بينهما وبين أخيهما الغائب لا وارث له غيرهم، وأرادوا القسمة، فإنّ أبا حنيفة قال: لا أقسّم شيئًا من العقار حتى تقوم[1981] البيّنة أنّ الميّت مات، وترك ذلك ميراثًا بينهم لا يعلمون له وارثًا غيرهم، فإن قامت البيّنة على ذلك قسّمت،

[1977] فالقول.
[1978] ولا تصدّق.
[1979] المودّع.
[1980] الولد.
[1981] يقوم.

وإلّا لم أُقسّمه، وإن كان الذي وقع ذلك وارثًا واحدًا، وجاء بالبيّنة على ذلك لم يقسّمه حتى يحضر الوارثان، فقال: إن كان الذي يريد الوارثان قِسمته شيئًا غير العقار من دراهم ودنانير أو غنم أو إبل أو بقر قسْمتَه بإقرارهما[1982]، وعزلت نصيب الغائب، فإن حضر فأقرّ أنّ ذلك كان ميراثًا فالقسمَة جائزة، [288ب] وإن أنكر أن يكون ذلك ميراثًا رددْت القسمة، وإن كان الذي دفع ذلك وارثًا واحدًا لم أقسّمْه على حال.

قال أبو بكر: إنّما لم يقسّم أبو حنيفة العقار في الميراث إلّا بعد قيام البيّنة من قِبل أنّ في ذلك تصرّفًا على الميّت، لأنّ بقاءه على الحال الأولى قبل القسمة بقاء على حكم ملك الميّت. ألا ترى أنّه يردّ بالعيب على بائع الميّت، وبعد القسمة ينتقل عن حكم ملك الميّت كالبيع، والعقار محفوظ بنفسه لا يحتاج إلى حفظه بنقله إلى الثمن، فلذلك لم يقسّم إلّا ببيّنة تقوم[1983] على ذلك، لأنّ القضاء على أحدٍ لا يجوز إلّا ببيّنته[1984] ميّتًا كان أو حيًّا، وليس ذلك مثل عين العقار، لأنّه قد يجوز أن يتصرّف القاضي فيه على الغائب بالبيع على جهة الحفظ. والقياس فيهما سواء إلّا أنّه استحسن في العروض لما وصفنا. ألا ترى أنّ في قسمتها حظًّا للميّت، لأنّها عليها التواء، فيجعلها القاضي مضمونة عليهم بالقسمة، فيصير محفوظًا بذلك للميّت إن ظهر دين أو وصيّة، وليس كذلك العقار، لأنّه محفوظ في نفسه، ولأنّه لا يصير مضمونًا عليهم بالقسمة، لأنّه لا يرى ضمان العقار بالقبض. ألا ترى أنّ للوصيّ بيع العروض على الورثة الكبار الغُيَّب ولا يبيع العقار عليهم. وكذلك وصيّ الأمّ والعمّ والأخ ونحوهم يبيع العروض ولا يبيع العقار، والفرق بينهما ما وصفنا. وأمّا إذا حضر وارث واحد فإنّه لا يقسّم، وإن قامت البيّنة في شيء من هذه الوجوه، وذلك لأنّ فيه قضاء على الغائبين بغير خصْم حاضر عنهما، وليس ذلك [289أ] كحضور[1985] الوارثين من قبل أنّ كل واحد الحاضرين يصير في معنى الخصم عن الغائب في جواز القسمة عليه، ولأنّ الإنسان لا يقاسم نفسه وإنّما يقاسم غيره، فإذا لم يحضر ابنان حتى تقع[1986] القسمة بينهما لم يصحّ[1987] القسمة.

قال محمد: ولو دفعه الوارثان وهو في أيديهما وفي يديّ رجل أجنبيّ، فقال الأجنبيّ: "أودعني فلان الوارث ثلثه، وغاب"، وصدَّق بذلك الوارثان الحاضران، وأرادوا القسمة، فإنّ القاضي لا يُقسّمه حتى يحضر الغائب.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لا تـجوز القسمة فيما في يد المودع، لأنّ فيه أنّ الديّة عن بعض ما فيها، ولا يجوز ذلك.

قال محمد: ولو أقاما البيّنة أيضًا على ذلك لم يقسّمه القاضي حتى يحضر الغائب.

[1982] باقراهما.
[1983] يقوم.
[1984] ببيّنه
[1985] كحظور.
[1986] يقع.
[1987] لم يصح.

قال أبو بكر: وذلك لما وصفنا من أنّه لا يجوز له إزالة يد المودع، لأنّ فيه قضاء على الغائب من غير حضور خصم، وليس ذلك مثل أن يكون الجميع في يد الحاضرين من قِبل أنّهما خصمان عن الميّت، فجاز للقاضي أن يقسم إذ ليس فيه قضاء على غيرهما. ألا ترى أنّ المدّعي للدار يستحقّها على الغائب أيضًا إذا كانت[1988] في أيديهما، ولا يستحقّ نصيب الغائب لو كانت وديعةً في يد غيرهما.

قال محمد: أرأيت لو كان الدار كلّها أو الإبل والبقر والغنم في يديّ أجنبيّ يزعم أنّ الغائب أودعها إيّاه، وصدقه بذلك الورثان الحاضران، وأرادوا القسمة، وأقام البيّنة على الميراث والموت، وعدد الورثة أكنت أقسّم دارًا ليست في أيديهما بينهما، لستُ أقسّم [289ظ] من ذلك شيئًا إلّا أن يكون ذلك في أيديهما، فإن كان ذلك في أيديهما قسّمته على ما وصفت لك، لأنّ كلّ واحد منهما خصم فيما في يده نُـجَوز قوله فيه، لأنّهما يزعمان أنّ أصله من قِبل الوالد، فإذا كان أصله من قِبل الوالد قسمته إذا كان في أيديهما إلّا أنّ أبا حنيفة قال: لا أقسّم العقار إذا كان في أيديهما إلّا ببيّنة كما وصفت لك، وأقسّم ما سوى ذلك بقولهما. وقال أبو يوسف ومحمد: أقسّم العقار وغيره بقولهما، واشهدْ أنّي إنّما قسّمتُه بإقرارهما، وأنّ الغائب على حجّته.

باب من اختلاف الشهادات

قال محمد: وإذا كان للرجل على الرجل ألف درهم، والغريم مقرّ بها فادّعى الغريم أنّه قد أوفاها صاحبها، وصاحب المال يجحد ذلك، فشهد للغريم شاهدان، فشهد أحدهما أنّ صاحب الحقّ أقرّ أنّه استوفى الألف من الغريم، وشهد الآخر أنّ صاحب الحقّ أبرأ الغريم من المال، فقد اختلفت شهادتهما في ذلك، ولا تقبل[1989] حتى يشهدا على أمر واحد.

قال أبو بكر: الأصل في هذا الباب: أنّ شهادة الشاهدين حكمها أن تكون مطابقة للدعوى في المعنى المشهود به دون اللفظ، وشهادة كلّ واحد من الشاهدين ينبغي أن تطابق[1990] شهادة الآخر[1991] في اللفظ الذي لا يوجب اختلاف المعنى.

وأصل آخر، وهو: أنّ لفظ الشاهد لا يجوز إسقاطُه، والحكم بغيره، وإنّما وجب أن تطابق[1992] الشهادة دعوى المدّعي في المعنى الذي وقعت الشهادة عليه، لأنّهما إذا شهدا بمعنى غير [290أ] المعنى الذي ادّعاه المدّعي لم يستحق بشهادتهما شيئًا، لأنّهما لم يشهدا بالمعنى المدّعى، وإنّما شهدا بمعنى غيره، فلا يثبت المعنى المدّعى بالدعوى دون الشهادة، ولا يثبت أيضًا المعنى المشهود به من غير مدّعى، وإنّما لم تُعتبر[1993] مطابقة الشهادة للدعوى في اللفظ إذا وافقتها في

[1988] اذا كان.
[1989] ولا يقبل.
[1990] ان يطابق.
[1991] الأخرى.
[1992] ان يطابق.
[1993] وانّما لم يَعتبر.

المعنى. وإنّما قلنا: إنّ شهادة كلّ واحد من الشاهدين ينبغي أن تطابق[1994] شهادة الآخر في لفظ لا يوجب اختلاف المعنى من قِبل أنّه إذا اختلفا في المعنى، فكلّ واحد من المعنيين لا يثبت إلّا بشهادة شاهدين. وأمّا إذا اختلفا في لفظ لا يوجب[1995] اختلاف المعنى، فإنّ اختلافهما من هذا الوجه لا يغيّر الحكم. ألا ترى أنّ أحدهما لو شهد بالعربيّة والآخر بالفارسية جازت شهادتهما، وقال النبي صلى الله عليه وسلم: ((أنزل القرآن على سبعة أحرف كلّها كاف وإنّما هو كقول أحدكم هلمّ)) ويقال: فبيّن عليه السلام أنّ اختلاف اللفظ لا يوجب اختلاف المقروء[1996].

قال أبو بكر: فيقول في مسألة الكتاب على الأصول التي قدّمنا أنّ الاستيفاء براءة بقبض، وليس في ظاهر الإبراء قبض، فلمّا شهد أحدهما بقبضٍ والآخر ببراءة ليس في ظاهرها قبض لم يجُز الحكم بالقبض، لأنّ الشاهدين لم يتّفقا عليه، وشهادة أحدهما لا يثبت بها قبض، ولا يجوز أيضًا الحكم بالبراءة من غير استيفاء، لأنّ فيه إسقاط لفظ الشاهد الذي شهد بالاستيفاء، كما أنّ أحدهما لو شهد بالهبة في عبدٍ، والآخر بالصدقة لم يثبت واحد من المعنيين، ولا يجوز أن يقال: ينبغي أن يثبت [290ب] بتمليك، ولا يثبت الرجوع لما ذكر فيه من الصدقة، ولا أن يحكم بالرجوع لما ذكر فيه من الهبة، بل تبطل[1997] الشهادة من أصلها كذلك ما وصفنا.

فإن قال قائل: لما كان شاهدًا بالبراءة فقد اتّفقنا على البراءة، فينبغي أن يحكم ببراءة بغير قبضٍ.

قيل له: لا يجوز ذلك كنّا قد أسقطنا لفظ الشاهد الذي شهد بالاستيفاء، وغير جائز إسقاط لفظه وإثبات معنى غيره. ألا ترى أنّ البراءة إذا كانت بقبض فإنّها توجب ضمان المقبوض على القابض، وإذا كانت بغير قبضٍ لم توجب[1998] ضمانًا، فكيف يجوز لنا أن نحكم ببراءة لا ضمان فيها مع وجود الضمان صريحًا في لفظ الشهادة، وليس ذلك كشهادة أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة، والمدّعي يدّعي ألفًا، فيثبت الألف من قِبل أنّهما قد اتّفقا على الألف من جهة اللفظ، فلم يسقط اللفظ فيما وقع الحكم به، ولأنّ هذه الألف المقضيّ لا يختلف حكمها بأن يكون معها خمسمائة أخرى أو لا يكون معها.

فإن قال: فقد اتّفقا في مسألتنا أيضًا على البراءة كما اتّفقا على الألف، فهلّا حكمت بالألف.

قيل له: لما وصفنا من أنّ حُكم الألف المقضي بها لا يختلف في حال انفرادها عن الخمسمائة أو انضمامها إليها، والبراءة يختلف حُكمها في حال ونزعها بقبض أو غير قبض. ألا ترى أنّا لا نحكم بالألف في الموضع الذي يختلف حكمها إذا

[1994] ان يطابق.
[1995] + لا يوجب.
[1996] الموطأ، الصلاة، 133؛ صحيح البخاري، الخصومات، 4؛ صحيح مسلم، صلاة المسافرين، 270 (18)؛ سنن النسائي، الافتتاح، 37؛ سنن أبي داود، الصلاة، 357؛ سنن الترمذي، القراءات، 11 وغيرهم دون "كلها كاف..." فممن روى بعضها أو كلّها الطبراني في المعجم الكبير، 150/20؛ وابن أبي شيبة في مصفنه، 505/15.
[1997] يبطل.
[1998] لم يوجب.

انضمّت [291أ] الخمسمائة إليها، وانفردت عنها مثل أن يدّعي بيعا[1999] بألف وخمسمائة، فشهد أحدهما بالألف والآخر بألف وخمسمائة أنّا لا نحكم بالألف، لأنّ الألف يختلف حكمها في العقد إذا كان معها خمسمائة، وإذا انفردت عنها، وأيضًا فإنّهما وإن اتّفقا على البراءة من جهة المعنى فلم يبقَ[2000] عليها من جهة اللفظ الذي هو عبارة عنها في الحالين، ولفظ الشهود معتبر في الشهادة. ألا ترى أنّ أبا حنيفة يقول: لو شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم يُقبل مع اتّفاقهما في المعنى. ألا ترى أنّهما لو قالا: نعلم أنّ له عليه ألف درهم لم تقبل شهادتهما، فدلّ ذلك على اعتبار اللفظ في الشهادة.

فإن قال قائل: فلو ادّعى البراءة فشهد له شاهد بالهبة والآخر بالبراءة قُبلت، وإن اختلفا في اللفظ من حيث اتّفقا في المعنى.

قيل له: من قِبل أنّ إحدى اللفظين تغير بـها عن الأخرى.

فإن قال: مطابقة الدعوى للشهادة معتبرة، ومع ذلك فلو ادّعى الاستيفاء فشهد شاهدان بالبراءة جازت شهادتهما مع مخالفة[2001] لفظ الشهود لدعوى المدّعي، فهلّا جاز مثله في لفظ الشاهدين.

قيل له: إنّ الذي يحتاج إليه في هذا الباب هو مطابقة معنى الشهادة لمعنى الدعوى على ما بيّنا، ولا يحتاج أن يكون لفظ الدعوى مواطئًا للفظ الشهادة. ألا ترى أنّه لو ادّعى ألفين، وشهد له شاهدان بألف جازت شهادتهما لاتّفاقهما في المعنى، ولأنّ الشهود [291ب] يحتاجون أن يأتوا بلفظ الشهادة، والمدّعي يحتاج أن يقول: "أدّعي".

فإن قال قائل: فلو شهد رجل وامرأتان بالسرقة حكم بالمال ولم يحكم بالقطع، فقد أسقطت ما في لفظ الشاهد من ذكْر السرقة، ثم لم يمنعك ذلك من المال، وهي شهادة واحدة حكمت ببعضها دون بعض.

قيل له: لم أسقط شيئًا من لفظ الشهود، ولكنّي حكمت بسرقة لا قطع فيها، وليس كلّ سرقة يجب فيها القطع، فليس في ذلك نفي لما أصلنا.

قال محمد: ولو كان شاهد البراءة شهد أنّ صاحب الحقّ أقرّ أنّ الغريم بريء إليه منها كانت شهادتهما جميعًا جائزة، فكانا قد اجتمعا على الاستيفاء.

1999 **سعا**

2000 فلم يبقى.

2001 مخالفط.

قال أبو بكر: ذلك لأنّ شهادة على أنّه برئ إليه منها شهادة بالاستيفاء، لأنّهما أضافا البراءة إلى فعل الغريم، والبراءة التي تقع بفعل الغريم لا تكون[2002] الاستيفاء. ألا ترى أنّ الطالب إذا أقرّ أنّ الكفيل برئ إليه منه كان إقرارًا باستيفائه، ورجع الكفيل به على المكفول عنه.

قال محمد: ولو ادّعى الغريم البراءة فشهد له شاهد أنّ صاحب الحقّ أبرأه، وشهد له آخر أنّ صاحب الحقّ وهب له الحقّ أو تصدّق به عليه أو يحله إيّاه أو حلله منه فشهادتهما جائزة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ هذه الألفاظ وإن كانت مختلفة فإنّ ما تحتها معنى واحد، وهو البراءة، وبذلك على هذا أنّ من سمع البراءة هبة الدين يجوز له أن يعبّر بالبراءة، لأنّ براءة صاحب الأصل تمليك، إذ لا يسقط الدين عن ذمّته إلّا وقد ملك [292ا] أن يطابق لفظ أحد الشاهدين لفظ الشاهد الآخر فيما يؤدّي إلى اختلاف المعنى بجهة، فلمّا اختلفا من جهة أنّ أحدهما شهد بهبة والآخر بصدقة اعتبر اختلافهما على ما بيّنا، ولم يوجب ذلك اعتبار اختلاف الدعوى للفظ الشهادة إذا اقتضاه[2003] في المعنى، ولو كان هذا الطعن صحيحًا لوجب أن يطعن أيضًا في المسألة التي يقول فيها: إذا ادّعى الغريم الهبة، وشهد أحدهما بالهبة والآخر بالصدقة، لأنّ ذلك كلّه عبارة عن البراءة، والطاعن لم يطعن[2004] إلّا في المسألة التي وصفنا دون غيرها، ويلزمه في المسألة الأخرى مثله، والقول في المسألتين واحد من قِبل أنّهما مختلفان في العقدين اللذين شهدا به، فإذا ادّعى الغريم الهبة فقد ادّعى البراءة بعقد الهبة، وقد شهد له أحد الشاهدين بالبراءة بعقد الصدقة، وهو غير العقد الذي ادّعى الغريم البراءة به.

مسألة

قال محمد: ولو ادّعى الغريم الإيفاء فشهد له شاهدان على صاحب الحقّ أنّه أبرأه من دينه، فشهادتهما جائزة.

قال أبو بكر: قد اتّفق الشاهدان على البراءة، والغريم يدّعي ذلك أيضًا، ويدّعي زيادة معنى لم يخالفه فيها الشاهدان، لأنّه جائز أن تكون[2005] البراءة واقعة بالاستيفاء، فإذا لم يكن في ظاهر لفظهما ما يوجب مخالفة الدعوى فثبتت[2006] الشهادة وحكم بها البراءة بغير استيفاء.

فإن قال قائل: كيف لا يكونان مخالفين للغريم في دعواه، وقد حكمت ببراءة بغير قبض، والغريم يدّعي القبض.

[2002] لا يكون.
[2003] اداوافضته
[2004] فلم يطعن.
[2005] ان يكون.
[2006] فثبت.

قيل له: إنّما لم يحكم بالقبض، لأنّه لا يجوز الحكم بالاحتمال دون أن يكون المحكوم به موجودًا [292ب] في لفظ الشهود. وأمّا البراءة فهي موجودة في شهادتهما، وهي بعض ما ادّعاه الغريم، فحكم بها، وحكمنا ببعض الدعوى لا ينفي صحّة الشهادة. ألا ترى أنّ رجلًا لو ادّعى على رجل ألفي درهم، فشهد له شهدان بألف درهم أنّ شهادتهما جائزة، لأنّهما شهدا ببعض ما ادّعى، وليس في دعوى المدّعي ما يكذبهما، فكذلك ما وصفنا لـمّا لم يكن في ظاهر لفظهما مخالفة المدّعي، وكان محتمِلًا أن تكون[2007] البراءة التي شهدا بها براءة باستيفاء حَكَمنا بالبراءة ولم نبطل[2008] الشهادة. وممّا يدلّك على أنّا لم نحكم بالقبض، وإن حكمنا بالبراءة أنّ الكفيل لا يرجع بالمال على صاحب الأصل إذا شهدا له بالبراءة، وقد ادّعى الإيفاء، لأنّ إثبات براءته بقبض من حقّ الشهود، فلا يحكم به أو يوجد مصرّحًا في لفظ الشهادة، ولا يكون المدّعي مع ذلك مكذّبًا لهم بدعواه براءة باستيفاء، لأنّا وإن حكمنا ببراءة بغير استيفاء فقد يحتمل أن تكون البراءة المشهود بها من جهة الاستيفاء، فلا يكون تكذيبًا، فحملنا الشهادة عند الإبهام على الصحّة، ولم نُثبت تكذيبًا بالاحتمال.

قال محمد: ولو شهدا على الهبة أو على صدقة أو على التحلّي والعطيّة أو أنّه أحلّ المال كانت شهادتهما باطلة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهما شهدا بغير ما ادّعى والخلاف ظاهر في لفظهما، وليس ذلك كشهادتهما على البراءة، لأنّ البراءة قد تكون[2009] من جهة الاستيفاء، فليس في ظاهر لفظهما ما يوجب الخلاف، والهبة لا تكون[2010] من جهة الاستيفاء، وكذلك نظائرها [293أ] ما فيها فأشبهت شهادة أحدهما بالفارسية والآخر بالعربية. ألا ترى أنّه يقال: أبرأه بالهبة والصدقة والتحليل[2011]، فيكون لفظ البراءة عامًا ينتظم هذه الوجوه. وقد قال الله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ﴾[2012]، فسمّى البراءة من القصاص "صدقة".

قال محمد: ولو شهد أحدهما أنّه أقرّ بالاستيفاء، والغريم يدّعي الاستيفاء، وشهد الآخر أنّه حلّله منه أو أحلّه له أو وهبه له أو تصدّق به عليه كانت شهادتهما مختلفة، ولا تـجوز شهادتهما بإبطال المال.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المال لـمّا كان ثابتًا في الأصل، ولم يشهد شاهدان على البراءة من وجه واحد نفى المال على أصله، وإنّما لم نُثبت الشهادة، لأنّ أحدهما شهد ببراءة باستيفاء، وشهد الآخر ببراءة بغير قبض، فلم نثبت البراءة من واحد من الوجهين على ما قدّمنا. وأيضًا فسامع[2013] مع الإقرار بالاستيفاء لا يجوز له أن يُعبِر بأنّه وهب دينه ولا تصدق

[2007] ان يكون.
[2008] ولم يبطل.
[2009] قد يكون.
[2010] لا يكون.
[2011] والتحليحل (والتحليحل)
[2012] المائدة، 45/5.
[2013] فسا

به ولا أحله، وعلى أنّ لفظ الإحلال أضعف من البراءة، لأنّ الإحلال إنّما هو إباحة. ألا ترى أنّه إذا قال له: "قد أحلّلت لك طعامي" لم يكن ذلك تمليكًا، وكان إباحة، فإذا كان كذلك لم تصح[2014] الشهادة.

قال محمد: ولو ادّعى الغريم الهبة فشهد له أحدهما بالبراءة والآخر بالهبة أو التحلّي أو العطيّة أو أنّه حلّله من ذلك أو أنّه أحلّه له كانت الشهادة جائزة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الشهادة مطابقة بعضها لبعض، [293ب] وكذلك هي مطابقة لدعوى المدّعي[2015]. ألا ترى أنّه يقال: "أبرأه بالهبة"، وكذلك حلّله وأحلّه، فالهبة والبراءة عبارتان عن معنى واحد في الدين.

قال محمد: ولو ادّعى الغريم الهبة فشهد له أحدهما بالصدقة والآخر بالهبة لم يجز من قِبل أنّ عقد الصدقة مخالف لعقد الهبة في الأصل، وذلك لأنّ عقد الصدقة لا يثبت معه رجوع ويثبت ذلك في عقد الهبة، فهما مختلفان في الأصل في موضوعهما، وليس ذلك مثل أن يدّعي الغريم البراءة، فشهد له شاهد بها والآخر بالهبة أو بالصدقة تارّةً وبالهبة تارّةً يقال: "وهب له حقّه ويصدق عليه بحقّه في العرف"، ولا يعبّر عن الهبة بالصدقة ولا عن الصدقة بالهبة، وليس يجب أن يتّفقا من حيث كانا يملكان[2016]، لأنّ البيع أيضًا تمليك، وهو مخالف لهما.

قال أبو بكر: وذكر عن أبي خازم أنّ هذا فاسد، وينبغي أن تقبل شهادتهما، لأنّه قد زعم أنّه إذا ادّعى البراءة فشهد له بالبراءة وشاهد بالصدقة فشهادتهما جائزة، فجعل الهبة مثل البراءة والبراءة مثل الهبة، فكيف تفسد[2017] الشهادة إذا ادّعى الهبة، فشهد له بها شاهد وشاهد له آخر بالصدقة، والهبة والبراءة سواء، فينبغي ألّا تفسد[2018] الشهادة إذا أضاف أحد الشاهدين الصدقة إلى البراءة.

قال أبو بكر: والجواب عن هذا الطعن أنّ شهادتهما وإن طابقت الدعوى من جهة المعنى إذا شهد أحدهما بالهبة، والغريم يدّعي البراءة أو شهد بالصدقة فإنّه يحتاج مع ذلك، [294أ] فلذلك لم تصح[2019] الشهادة، لأنّها حصلت بغير الدعوى، ويدلّك على هذا أنّه يكتب في [البراءة] أنّه قد برئ منه براءة قبض واستيفاء، ولا يجوز أن يكتب هبة قبض ولا صدقة قبض، فبان بذلك أنّ الشهادة بالهبة ونحوها غير مطابقة لدعوى مدّعي الاستيفاء.

قال محمد: ولو شهد أنّه حلّله منه جازت شهادتهما.

[2014] لم يصح.
[2015] المدعوى.
[2016] يملكين.
[2017] يفسد.
[2018] ان لا يفسد.
[2019] لم يصح.

قال أبو بكر: ظاهر التحليل في معنى البراءة أو آكد منها في دلالته على الاستيفاء، لأنّ معنى التحليل هو نقضه، وقلّ الغريم ذمّته منه، وإن كان يحتمل البراءة بغير استيفاء فصار ذلك كالشهادة بالبراءة.

قال محمد: ولو ادّعى الغريم الهبة أو الصدقة أو أنّه أحلّه له، فشهد له شاهدان بالاستيفاء لم يجز شهادتهما.

قال أبو بكر: وذلك لظهور التكذيب في لفظ الدعوى للشهادة، إذ الهبة ونظائرها لا يجوز أن يحصل بها استيفاء إبراء، وأيضًا فلا يجوز الحكم بالبراءة من غير قبض مُعَمًّا في لفظ الشهود من الاستيفاء، إذ لا جائز إسقاط لفظ الشاهد، ولأنّ البراءة الواقعة بالاستيفاء مخالفة للتي تقع بغير استيفاء، فلا يجوز الحكم ببراءة بالاستيفاء، لأنّ الشهود لم يشهدوا به، وليس هذا مثل أن يدّعي الغريم الإيفاء، ويشهد الشاهدان بالبراءة، فيحكم ببراءة من غير استيفاء من قِبل أنّه ليس فيه إسقاط شيء من الشهادة، وإنّما فيه الحكم ببعض الدعوى، ولا يمتنع جواز الحكم [294ب] ببعض[2020] الدعوى، لأنّ الدعوى لا يثبت بها شيء، فيعتبر صحّة جميعها، وإنّما يثبت بالشهادة، فإذا لم يكن في ظاهر الدعوى ما يوجب إكذاب الشهود جاز الحكم، ولا يمتنع جواز الحكم بها على الوجه الذي بيّنا. يتلوه قال محمد: ولو ادّعى الغريم أنّه أبرأه وحلّله.

الحمد لله ربّ العالمين والصلاة والسلام على خير خلقه ومُظهر حقّه محمد النبي الأميّ وعلى آله الطاهرين وأصحابه المنتجبين، وفرغ من كتابته يوم الأحد في عشر آخر شعبان من شهور سنة تسع وخمسين وخمسمائة، اللهمّ اغفرْ لصاحبه ولكاتبه ولمن نظر فيه ولجميع المسلمين والمسلمات والمؤمنين والمؤمنات برحمتك يا أرحم الراحمين.

2020

4

[1أ] أو نقْص، فلمّا جاءت الزيادة والنقصان عليه في الكيل الثاني لم يتعيّن الطعام إلّا به، فإذا كاله المشتري تعيّن، وصار كأنّه اشتراه مجازفةً لسقوط الكيل فيه، وتعلّق العقد به بعينه. وأمّا قبل الكيل فتصادقهما على أنّه قفيز لا يعني شيئًا، لأنّ الكيل لا يسقط بتصادقهما على ذلك، وما استشهد به محمد من المسائل يوضّح عن هذا المعنى ويبيّنه.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا قال لرجل: "بعْني من كُرّك هذا قفيزًا بدرهم" فباعه، ثم كال له منها قفيزًا، فعزله في ناحية، ولم يدفعه إلى المشتري حتى أصاب الطعام كلّه القفيز وغيره ما فتدى، فزاده على كلّ قفيز رُبعًا، فإنّ للبائع أن يعطي المشتري قفيزًا من أيّ الطعامين شاء، وللمشتري الخيار في البيع.

قال أبو بكر: لا يشبه هذا بيع قفيز واحد إذا كاله فوجده كذلك، وذلك لأنّ الكيل في قفيز من الصُبرة لا يوجب تعيين البيع في المكيل دون غيره. ألا ترى أنّه لو هلك لا لمكيل لم يبطل البيع، وأخذ من الباقي قفيزًا، فقد دلّ هذا على أنّ كيله لا يوجب تعيينه، وإن كان جائزًا للمشتري قبضه بذلك الكيل وبيعه. وأمّا إذا أشار إلى قفيز واحد بعينه ليس معه غيره، فكاله فإنّ الكيل قد سقط فيه، وصار كأنّه اشتراه مجازفة، ولو هلك بطل البيع، فلذلك اختلفا.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا اشترى من رجل قفيز حنطة بقفيز حنطة، وهما [1ب] بأعيانهما، فكال كلّ واحد منهما طعامه بمحضر من صاحبه، فكان قفيزًا تامًّا، فلم يتقابضا حتى أصاب أحدهما ماء فابتلّ، فصار قفيزًا وربعًا، فإنّ صاحب الطعام الآخر بالخيار إن شاء أخذ هذا القفيز والربع بطعامه وإن شاء نقض البيع، ولا يفسد البيع لزيادة الطعام.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ ملك كلّ واحد منهما قد تعيّن بدءًا على المساواة، والزيادة الحادثة كانت على ملكه، فصار كالنخل إذا اشتراه بثمن فالثمن[2021] قبل القبض مثله. وكالجارية إذا اشتراها بمائة درهم، فلم يقبضها حتى وطأها أجنبيّ يشبهه، فغرم عَقرها مائتي درهم أنّ المشتري يأخذهما، ولا ينتقض البيع.

قال محمد: ولو لم يتكايلا حتى أصاب أحد الطعامين ماء فزاد، فصاحب الطعام اليابس بالخيار إن شاء أخذ من الطعام الرطب قفيزًا بقفيزه وإن شاء نقض البيع في قول أبي حنيفة، وأمّا في قول محمد فالبيع باطل.

قال أبو بكر: العقد لم يوجب تعيين ملك المشتري في الطعام لما بيّنا من أنّه لو زاد أو نقص كان للزيادة والنقصان حكم، فإذا أراد أن يكتاله فإنّما يتعين ملكه بالكيل، ويجوز ابتداء التمليك على هذا الوجه عند أبي حنيفة. وأمّا على أصل محمد فإنّه لا يجوز بيع قفيز حنطة رطبة بقفيز حنطة يابسة، فلذلك لا يجوز أن يعيّن ملكه في القفيز الرطب بالبائس.

فإن قال قائل: إذا كان من أصلهم: أنّ من باع قفيزًا من صبرة، فإنّما يتناول البيع قفيزًا منه بغير عينه، ومتى أوفاه قفيزًا منها فهو الذي وقع عليه البيع بعينه. [2أ] ولا يجوز أن يقال: إنّه بدل عمّا وقع عليه العقد، بل يكون هو المعقود عليه بعينه كالسلم إذا قبضه المسلم من[2022] المسلم إليه، فكأنّه في الحكم هو المعقود عليه لا بدلًا عن المعقود عليه، وإذا كان

2021 فاثمن.

2022 + المسلم من، صحّ هامش.

ذلك كذلك فواجب أن يكون متى أوفاه قفيزًا طعامًا نديًا فهو المعقود عليه، فلا يبطل البيع لما أصابه من الماء على مذهب محمد، لأنّه في المعنى كأنّه قد ملكه بالعقد مثل أن يشتري قفيزًا بعينه، ثم يصيبه الماء قبل القبض.

قيل له: إنّ الأمر وإن كان على ما ذكرت فلا بدّ من اعتبار الحال فيه، لأنّ ملكه يتعيّن في الحال، فهو مثل السلم في هذا الوجه هو[2023] أنّ المسلم إنّما يملك الطعام في حال القبض، فوجب اعتبار الحال. ألا ترى أنّه إذا قال لعبدين له:"أحدكما حرّ"، ثم عيّن العتق في واحد، فهو المعتَق بعينه بدءًا، ومع ذلك فلا بدّ من اعتبار الحال فيما يلزم من أحكام العبيد والأحرار أو لا ترى أنّ رجلًا لو قطع أيديهما، ثم عيّن المولى العتق في أحدهما أنّ القاطع إنّما يلزمه أرش يد العبد فيهما، ولم يجز أن يقال: أنّ العتق إذا حصل فكأنّه كان معتقًا يومئذ في حكم الجاني حتى يلزمه أرش الحرّ، فكذلك القفيز من الصبرة وإن كان لا يتعيّن عند العقد ملك المشتري فما هو [illegible] قفيز بعينه ولكنّه يصير[2024] عند القبض حتى كأنّه هو المعقود عليه بعينه، فلا بدّ من اعتبار الحال إذا كان ملك المشتري إنّما يتعيّن فيه في الحال.

قال محمد: ولو اشترى قفيزًا من صبرة يابسة بقفيزين غير يابس، فكال البائع قفيزًا من الصبرة، وعزله ناحية، ثم أصاب القفيز وما بقي [2ب] من الصبرة [illegible] بطل البيع في قول محمد.

قال أبو بكر: لأنّ الطعام المعزول لم يتعيّن بالكيل، وإنّما يتعيّن ملك المشتري فيه في حال القبض، لأنّ المعزول لو هلك لم يبطل البيع، وكان [illegible][2025] قفيزًا من الباقي، وإذا كان كذلك لم يجز أن يملك طعامًا نديًا بيابس على أصل محمد.

مسألة[2026]

قال محمد: وإذا اشترى الرجل من الرجل قفيزًا من رطب بقفيز رطب، وتكايلا، وتقابضا، فهو جائز في قولهم، وإن كانا إذا جفا فصارا تمرًا كان أحدهما أكثر نقصانًا من الآخر لم يفسد البيع، قال: ولا يشبه هذا بيع رطب بالتمر، لأنّ[2027] هذا لا يجوز عند أبي يوسف ومحمد، ويجوز في قول أبي حنيفة.

قال أبو بكر: الدليل على جواز بيع الرطب بالتمر أنّهما لا يخلوان من أن يكونا جنسًا واحدًا أو جنسين، فإن كانا جنسًا واحدًا فالمساواة موجودة في الحال، فيجوز، وإن كانا جنسين فهو أولى بالجواز. وأيضًا قد اتّفق المسلمون على جواز بيع[2028] التمر الحديث بالعتيق إذا تساويا في الحال، وإن اختلفا في النقصان في المتعقّب، فوجب أن يكون الرطب بالتمر مثله لتساويهما في الحال، وألّا يعتبر النقصان في الثاني كما لم يعتبر في التمر الحديث بالتمر العتيق.

[2023] + هو، صحّ هامش.
[2024] + لا يتعيّن عند العقد ملك المشتري فما هو ... قفيز بعينه ولكنّه يصير، صحّ هامش.
[2025] + له أن يحال، صحّ هامش.
[2026] + مسألة، صحّ هامش.
[2027] + لأنّ، صحّ هامش.
[2028] + بيع، صحّ هامش.

فإن قال قائل: لمّا لم يجز الدقيق بالحنطة وإن تساويا في الكيل، لأنّ الحنطة إذا طُحنت زادت كذلك لا يجوز الرطب بالتمر لهذه العلّة، وهو النقصان الذي يحصل في الثاني عند الجفاف.

قيل له: هذا فاسد لوجوده في التمر الحديث بالعتيق مع جواز البيع فيه. وأيضًا فإنّ نقصان الدقيق [3أ] عن الحنطة موجود في الحال، لأنّ الطحن لا يحدث في الدقيق نقصًا، ولا في الحنطة زيادة في أجزائها، فالنقصان فيهما حاصل في الحال، فلذلك لم يجز. وأمّا الرطب بالتمر فليس في أحدهما نقصان عن صاحبه في الحال، وإنّما يحصل النقصان إذا جفّ في الثاني. وأمّا المساواة فهي موجودة في الحال، لأنّ الرطوبة التي في الرطب هي من أجزائها، ثم في ذهابها ذهاب أجزاء من الرطب بعد حصول المساواة بينه وبين التمر، فلذلك لم يعتبر حاله في الثاني.

فإن قال قائل: لا يشبه التمر الحديث بالعتيق الرطب بالتمر، لأنّ النقصان في[2029] الحديث عن العتيق في الثاني نقصان يسير، وذلك معفوّ عنه كما عُفي عمّا يقع من النقصان بالتراب والتبن اللذين يكونان في الحنطة، وكما أنّ الكرّ بالكرّ قد يقع في أحدهما نقصان عن الآخر في الكيل، ولا اعتبار به، فكذلك نقصان التمر الحديث عن العتيق. فأمّا نقصان الرطب عن التمر في حال الجفاف، فنقصان كثير، فوجب اعتباره في الحال، وكما عفي في البياعات عن الجهالة اليسيرة وجب أن[2030] ينتفي عنها الجهالة الكثيرة.

قيل له: إنّ نقصان الحديث عن العتيق نقصان متحصّل قد تيقّناه، فلو كان اعتبار الحال الثانية واجبًا في العقد لوجب ألّا يختلف حكم اليسير والكثير إذا كان متيقّنًا كما لا يجوز أن يبيع ألف كرٍّ[2031] بألف كرّ إلّا قفيزًا، فلم يختلف ذلك وبيعه ألف كرّ بألفي كرّ، لأنّ ذلك زيادة متحصّلة، فلو كان النقصان الحادث في الثاني معتبرًا وجب ألّا يختلف حكم قليلة وكثيرة [3ب] كما بيّنا. وأمّا التراب والتبن وما يكون بين الكيلين فإنّه معفو عنه، لأنّه ليس يتحصّل في إحدى الجانبين[2032] دون الأخرى، بل كلّ ما جاز وجوده في أحدهما جاز في الآخر مثله، فلم يتحصّل هناك نقصان في إحدى الجانبين، فلذلك جاز.

فإن قال قائل: روى عبد الله بن يزيد مولى الأسودين سفيان أنّ زيدًا أبا عياش أخبره أنّه سأل سعيدًا عن السلب بالبيضاء، فقال سعد: شهدتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الرطب بالتمر، فقال: ((انتقص إذا جفّ))، فقالوا: نعم، قال: ((فلا إذًا وكرهه))[2033].

[2029] + في، صحّ هامش.
[2030] + وجب أن، صحّ هامش.
[2031] + ألف كر، صحّ هامش.
[2032] الجنبين.
[2033] الموطأ، البيوع 12؛ سنن النسائي، البيوع، 36؛ سنن أبي داود، البيوع، 18؛ سنن الترمذي، البيوع، 14؛ مصنف ابن أبي شيبة، 649/10؛ صحيح ابن حبان، 372/11.

قيل له: هذا الحديث لا يصحّ الاحتجاج به لفساد سنده، وذلك أنّ زيدًا أبا عيّاش لا يُعرف ولم يرو، وحدّثنا غيره، وليس ممّن حمل عنه أهل العلم، ثم لو صحّ سنده، واستقامت طريقته كان اضطراب ألفاظه موجبًا لفساده. فأمّا اضطراب لفظه فمن جهة ما رواه معاوية بن سلام عن يحيى بن أبي كثير عن عبد الله بن يزيد أنّ زيدًا أبا عياش أخبره عن سعد بن أبي وقاص أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر نسيئة[2034]، وقد روى محمد بن الحرث عن بكير بن عبد الله أنّه حدّثه عن عمران أبي أنس أنّ مولى لبني مخزوم حدّثه أنّه سأل سعيدًا عن الرجل يسلف الرطب بالتمر إلى أجل، فقال سعد: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن هذا[2035].

قال أبو بكر: فهذا هو أصل الحديث للزيادة التي فيه، وقد رواها الثقات، فواجب الجمع بينه وبين الحديث الذي قبله[2036]، ويحمل معناه عليه على إلحاق الزيادة [4أ] حتى يصحا[2037] جميعًا.

فإن قال قائل: لا يمكن الجمع بينهما بوجهٍ، لأنّ في الحديث الأوّل انتقص الرطب إذا جفّ، وذلك لا يكون في النَساء.

قيل له: لا يخلو[2038] ما روي من قوله: ((انتقص الرطب إذا جفّ))[2039] من أحد وجهين، إمّا أن يزيد به الاستفهام، وهذا محال، لأنّ النبي صلى الله عليه وسلم كان يعلم ذلك بالمشاهدة، فلا يجوز أن يستفهم حاله أو أن يزيد به التفرّق على العلّة التي من أجلها يمنع البيع، فإن كان كذلك فإنّ الحديث ينقص عن العتيق إذا جفّ، وقد جاز باتّفاق الأمّة، فعلمنا أنّه لم يخرج مخرج التعليل، إذ لا جائز أن يطلق النبي[2040] عليه السلام لفظًا على التعليل، ثم يوجد ذلك المعنى عاريًا من إيجاب الحكم، فلمّا بطل الوجهان جميعًا سقط حكمه، ووجب الرجوع إلى حكم الخبر المطلق الذي فيه ذكر النَساء، وحمله عليه على الوجه الذي بيّنا.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا باع قفيزًا من حنطة رطبَة بقفيز من حنطة رطبة، ولا يُدرى إذا جفّ كم يكون نقصانها أيكون سواء أومختلفًا، فالبيع باطل حتى يعلم أنّها إذا يبسا كانا سواء.

[2034] سبق تخريجه دون لفظة "نسيئة" فرواها أبو داود في سننه، البيوع 18؛ والدارقطني في سننه 471/3؛ والبيهقي في السنن الكبرى 294/5؛ والطبراني في مسند الشاميين 100/4.

[2035] سبق تخريجه.

[2036] معرفة السنن والآثار للبيهقي، 63/8؛ شرح معاني الآثار للطحاوي، 6/4.

[2037] نصَحَا.

[2038] لا يخلوا.

[2039] الموطأ، البيوع، 12؛ سنن النسائي، البيوع، 36؛ سنن أبي داود، البيوع، 18؛ سنن الترمذي، البيوع، 14؛ مصنف ابن أبي شيبة، 649/10؛ صحيح ابن حبان، 372/11.

[2040] + النبي، صحّ هامش.

قال أبو بكر: وهذا على قول محمد، وأمّا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف فهو جائز، لأنّهما يجيزان بيع الحنطة الرطبة باليابسة، ولا خلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف فيما كان من هذا الجنس من المسائل إلّا في الرطب بالتمر، فإنّ أبا يوسف لا يجيزه اتباعًا للأثر [4ب] وما عدا ذلك، فإنّ قوله فيه مثل قول أبي يوسف.

وأمّا محمد فإنّه يجيز بيع الرطب بالرطب، ولا يجيز بيع الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة، وذلك لأنّ محمدًا اعتبر بقاء الاسم وزواله في الثاني، فلمّا كان الرطب إذا جفّ زال عنه اسم الرطب جاز مثله، ولما كان جفاف الحنطة غير مزيل للاسم لم يجز بيعهما في الحال متساويين إذا لم يعلم تساويهما في حال الجفاف، والعنب بالعنب جائز متساويًا[2041] في الحال وإن اختلفا في الثاني، لأنّهما في حال الاختلاف والتفاضل الاسم الأوّل زائل عنهما، وإنّما وجب اعتبار بقاء الاسم عليه وزواله عنه في حال الجفاف كما وجب اعتبار الزيت الذي في الزيتون إذا كان الزيت معقودًا عليه في الحال مثل أن يشتري زيتًا بزيتونٍ، فيجوز الاعتبار، ولو اشترى زيتونًا بزيتونٍ سقط اعتبار ما يخرج منهما من الزيت، إذ لم يكن هناك زيت معقود عليه، فلا اعتبار بما يحصل من زيته في الثاني، وكذلك التمر إذا كان معقودًا عليه في الحال في إحدى الجنس وجب اعتباره في حال الجفاف، وإذا لم يكن معقودًا عليه في الحال لم يجب اعتبار ما يصير إليه حاله[2042] في الثاني، إذ ليس العقد واقعًا عليه في الحال، فعلى هذا المعنى بنى محمد هذه المسائل، والله أعلم.

مسألة

قال محمد: وإذا اشترى الرجل من الرجل كرًّا من حنطة يكون كيله أربعين قفيزًا، ثم إنّ المشتري ولّاه رجلًا بما اشتراه به، فكاله البائع للمشتري، فوجده يزيد قفيزًا، فإن كان ممّا يزيد بين الكيلين فهو للبائع الثاني.

قال أبو بكر: وقد بيّنا [5أ] هذه المسألة ونظائرها فيما سلف من هذا الكتاب.

مسألة

قال محمد: وإذا اشترى الرجل من الرجل كرّ حنطة يكون أربعين قفيزًا بمائة درهم، وكاله، وتقابضا، فأصاب الطعام ماء من ماء المطر، فزاد الطعام حتى صار خمسين قفيزًا، وأفسد الطعام الماء، فأراد أن يبيعه مرابحةً أو يولّيه، فله ذلك، فللمشتري الثاني أربعون قفيزًا، وسُلّمت العشرة الأقفزة للبائع الثاني، فيكون طيبةً له لا يتصدّق بشيء.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ التولية والمرابحة وقعتا على ما سمّي في العقد الأوّل، وهو الكرّ، فإذا أوفاه كرًّا كما عقد عليه بالشراء الأوّل استحقّ الثمن عليه، وكذلك لو كان الطعام رطبًا، فيبس، ونقص، فإن شاء أخذه بحصّته من الثمن وإن شاء ردّ[2043] من قِبل أنّ العقد تناول كرًّا، فما نقص منه حُطّ عنه من الثمن بحسابه.

[2041] متساوي.
[2042] حالة.
[2043] وإن شارك.

قال محمد: ولو كان البائع الثاني كاله للمشتري الآخر قبل أن يصيبه الماء، فكان أربعين قفيزًا لا يزيد شيئًا، فلم يقبضه المشتري الآخر حتى أصابه ماء، فزاد، فصار خمسين قفيزًا، وأفسده الماء، فالمشتري الآخر بالخيار إن شاء أخذه كلّه بالثمن وإن شاء ترك، وكذلك لو كان رطبًا، فكاله أربعين قفيزًا، ثم يبس لم يحط عنه من الثمن شيء.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لما كاله للمشتري تعيّن بالكيل، فصار كأنّه اشترى مجازفةً. ألا ترى أنّه لو هلك بطل البيع، فلذلك كانت الزيادة على ملك المشتري الآخر، فكان ذلك كلّه له.

فإن قال قائل: [5ب] فإذا لم يكله حتى أصابه الماء لم جعلت له أن يأخذ من الطعام أربعين قفيزًا لا يديك شيئًا، فلم يقبضه المشتري الآخر حتى أصابه ماء، فزاد خمسين قفيزًا، وأفسده الماء، فالمشتري الآخر بالخيار إن شاء أخذه حتى أصابه كلّه بالثمن وإن شاء ترك، وكذلك لو كان رطبًا فكان له أربعين قفيزًا، ثم يبس لم يحط عنه من الثمن شيء.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لما كاله للمشتري تعيّن بالكيل، فصار كأنّه اشتراه مجازفةً. ألا ترى أنّه لو هلك بطل البيع فلذلك كانت الزيادة على ملك المشتري الآخر، فكان ذلك كلّه له.

فإن قال قائل: فإذا لم يكله حتى أصابه الماء لم جعلت له أن يأخذ من الطعام أربعين قفيزًا، ومعلومٌ أنّ ما يقبضه أقلّ من أربعين قفيزًا، لأنّ الزيادة من الماء.

قيل له: سبيل الكيل في هذا الوجه سبيل الشراء، ولو اشترى أربعين قفيزًا من هذا الطعام النديّ جاز البيع، وإنّما صار الكيل في هذا كالشراء، لأنّ ملكه بتعيّن بالكيل كما يملك بالشراء، ولذلك قال محمد: إنّه إذا اشترى قفيزًا من صُبرة بقفيزٍ عنده، ثم أصاب الصبرة ماء، فنديت أنّ البيع باطل، لأنّه يحتاج إلى تعيين ملكه بالكيل، فيصير بمنزلة من اشترى طعامًا نديًا بطعام يابس، وهذا غير جائز عنده، فكذلك ما وصفنا.

مسألة

قال محمد: وإذا باع الرجل من الرجل طعامًا على أنّه كرّ يكون أربعين قفيزًا بمائة درهم، وكاله له، وتقابضا، ثم تقابلا البيع، [6أ] فكال الطعام، فوجده ينقص قفيزًا، وتصادقا أنّ ذلك من نقصان الكيل أو زيادته أو من ندوّة أصابته وجفاف، فإنّ جميع الطعام للبائع، والإقالة واقعة على هذا الطعام ناقصًا أو زائدًا، ولا يحطّ عنه الثمن شيء لأجل النقصان، ولا يشبه الإقالة في هذا التولية.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ التولية والمرابحة بيعٌ مستقبل وعقد مستأنف على الكرّ المشترى، فلا بدّ من اعتبار الكيل فيه. فأمّا الإقالة فإنّما هي نقصٌ للبيع الأوّل، فلا اعتبار فيها بالزيادة والنقصان، لأنّه إن كان زائدًا فلا يجوز أن يبقى في يديّ المشتري ما قد انتقض البيع فيه، وإن كان ناقصًا فلا يجوز أن يحطّ عنه في نقض بيع ثمن شيءٌ لم يكن موجودًا فيه، فلذلك فارقت الإقالة التولية والمرابحة، والله أعلم. واستشهد محمد على الإقالة بردّه بالعيب بقضاء قاضٍ أو بغير قضاء.

قال أبو بكر: وهو استشهاد صحيح، لأنّ الإقالة فسخٌ فيما بينهما، فهو في حكمها كالردّ بالعيب بقضاء قاضٍ[2044].

باب البيع في زيادته بالولد وغيره وما يقسم عليه بالثمن

قال محمد: وإذا اشترى الرجل من الرجل جاريةً بألف درهم حالة تساوي ألفًا، فقبضها المشتري بغير أمر البائع، فولدت عنده ولدًا يساوي مائة درهم، ثم زادت قيمته حتى صار يساوي ألفًا، ثم حضر البائع، فأراد أخذ الجارية وولدها حتى يعطيه المشتري الثمن، فله ذلك[2045]، [6ب] فقد سلّم القبض للمشتري، وليس للبائع عليهما سبيلٌ.

قال أبو بكر: إنّما كان له أخذها وولدها من قِبل أنّ الولادة لا تقطع حقّه في ردّها إلى يده، وذلك الحقّ قائم في الولد، لأنّ ثبوته في رقبة الأمّ كان متقدّمًا للولادة كالأمة المرهونة إذا ولدت ثبت للمرتهن حقّ الحبس في الولد، وليس يمتنع ثبوت حقّ الردّ في الولد وإن لم يقع عليه قبض كما[2046] يأخذ ولد المغصوبة من يد الغاصب وإن لم يقع عليه قبض.

قال محمد: فإن لم يأخذهما منه حتى أعطاه المشتري الثمن، فقد سلّما القبض للمشتري، وليس للبائع عليهما سبيل.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ القبض قديم بانقطاع حقّ البائع في فسخه، وقد كان القبض في الابتداء قبض بيع إلّا أنّه قد كان للبائع فيه حقّ الفسخ، وثبوت حقّه في الفسخ لا يخرجه عن أن يكون قبضًا صحيحًا. والدليل على ذلك: أنّها لو ماتت في يد المشتري قبل نقد الثمن ماتت بالثمن، فدلّ ذلك على أنّ ذلك القبض قبضٌ للبيع، فإذا نقده الثمن انقطعت حقوق البائع عنها وعن ولدها، وصار الولد مولودًا في ملك المشتري وفي يده.

قال محمد: فإن وجد المشتري بالجارية عيبًا فأراد ردّها، فليس له ذلك، ويرجع بحصّة العيب[2047].

قال أبو بكر: قد بيّنا أنّ القبض في الابتداء كان صحيحًا للمشتري[2048] إلّا أنّه كان للبائع فيه حقّ الفسخ لأجل نقد الثمن، فإذا نقد الثمن تمّ القبض، وصارت كجارية ولدت في يد المشتري، وقد قبضها بعد نقد الثمن، فيمنع ذلك ردّها [7أ] بالعيب، ولا يكون للولد حصّة في البيع، لأنّ الحصّة إنّما ثبت في البيع بأحد وجهين: إمّا بأن يدخل في العقد أو في القبض، فإذا خلا من ذلك لم يكن له حصّة.

قال محمد: فإن لم يكن المشتري [2049] ألف درهم، وقيمة الأمّ ألف درهم، ثم أنّ المشتري نقد الثمن، وأخذ الجارية ولدها، وقد زادت قيمة ولدها حتى صارت ألفي درهم، فأخذ الأمّ وولدها، وقيمة ولدها يوم أخذها ألفا درهم، ثم وجد

[2044] قاضي.
[2045] + فله ذلك، صحّ هامش.
[2046] بعده كأن علامة اللحق، والعبارة على الجنب غير مقروء.
[2047] + العيب، صحّ هامش.
[2048] + للمشتري، صحّ هامش.
[2049] + نقد الثمن ....

بالأمّ عيبًا كان قبل البيع، فله أن يردّها به ويقسّم الثمن على قيمة الأمّ يوم وقع البيع وعلى قيمة الولد يوم قبضه المشتري من البائع، فيصير حصّة الولد من الثمن الثلثين، فردُّ الأمّ بالثلث.

قال أبو بكر في ذلك: لأنّ القبض الأوّل قد انتقض باسترجاعه الجارية، فصارت كأنّها ولدته في يد البائع في جميع أحكامه.

قال محمد: ولو كانت الولادة نقصتها مائة درهم وقيمة الولد خمسون درهمًا، فأخذهما البائع من المشتري على هذا، فمات الولد في يد البائع، فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الجارية وأعطى البائع جميع الثمن وإن شاء ردّ البيع، فإن ردّ البيع رفع عن المشتري من الثمن تسعة أعشار ونصف عشرة، وكان عليه نصف عشر الثمن.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه قد انجبر من نقصان الولادة بالولد مقدار خمسين درهمًا، وبقى خمسون درهمًا وهي نصف عشر الجارية، فيلزمه ذلك القدر.

قال محمد: ولو ماتت الأمّ في يد البائع، وبقي الولد كان المشتري بالخيار إن شاء أخذ الولد وإن شاء تركه، فإن أخذه أدّى جزئين من أحد وعشرين جزءًا من الثمن، وإن تركه فلم يأخذه أدّى جزئين من واحد وعشرين جزءًا من الثمن. [ب7]

قال أبو بكر: كان أبو الحسن يقول: قد جعل محمد للولد حصّة عند الفسخ، وفي ذلك دليل على أنّ الولد حصّة في يد البائع إلّا أنّه إذا مات وجهت حصّته إلى الأمّ، وإذا فسخ العقد فيه، وهو قائم، وقد ثبتت حصّته، وهذا يدلّ على أنّ حصّته قد كانت ثابتةً قبل الفسخ لولا ذلك لم يثبت له في الفسخ حصّة. وإنّما كانت القسمة على أحد وعشرين من قِبل أنّ قيمة الولد خمسون وقيمة الأمّ ألف، فيُجعل الألف عشرين جزءًا والخمسون جزءًا واحد، فيُقسم جُملة الثمن على واحد وعشرين، فيكون حصّته جزءًا من أحد وعشرين، وما بقي من النقصان الذي لم يقع له جبر جزء من أحد وعشرين أيضًا من جميع الثمن، لأنّ النقصان الباقي خمسون درهمًا، فإن أخذ الولد لزمه جزءان من أحد وعشرين جزء منه بالولد، وجزء منه النقصان الذي لم يقع له جبر.

قال محمد: وإن ماتت الجارية والولد جميعًا في يديّ البائع رجع البائع على المشتري بنصف عُشر الثمن.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الذي حصل مضمونًا على المشتري من نقصان الولادة خمسون درهمًا، وذلك نصف عُشر الجارية والولد قد مات قبل القبض، فسقط حكمه من البيع، وصار كان لم يكن في جزء وجه من البيع، وحصل على المشتري ضمان نصف عشرها بما حدث في يده من نقصان الولادة الذي لم يقع عنه جبر.

قال محمد: ولو كان البائع قبض الولد من المشتري حين قبضه، وقيمته خمسون، ونقصان الولادة مائة، فقبض البائع الأمّ والولد من المشتري حتى يعطيه الثمن، فلم يعطِه الثمن حتى صار الولد يساوي خمسمائة في يد البائع، ثم قبضهما المشتري منه، ونقده الثمن، فوجد بالأمّ عيبًا، فإنّه يردّها بتسعة عشر جزءًا من ثلاثين جزءًا من الثمن، [8أ] وإن لم يجد العيب بالأمّ، ولكنّه وجد بالولد، وله أن يردّ الولد بالعيب، ولو كان ذلك العيب عيبًا كان بالولد يوم ولد، وحدث ذلك في يديّ المشتري قبل أن يأخذه البائع أو حدث في يديّ البائع قبل أن يقبضه من المشتري، فذلك سواء، فله أن يردّه بذلك العيب، فإن ردّه بذلك العيب رجع عليه بثلث الثمن، وإن وجد بهما جميعًا عيبًا رجع على البائع من الثمن الذي قبض منه بتسعة وعشرين جزءًا من الثمن.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن يقول: إنّما لم يجبر نقصان الولد بالزيادة الحادثة في يد البائع من قِبل أنّه لما ردّ الولد إلى يده رجل في البيع، وإن لم يكن له حصّة مضمونة، ولما قبض البائع الولد والجارية، فقد حصل على المشتري ضمان النقصان الذي لم يقع له جبر من الولد، وهو نصف عشر الجارية، ثم زيادة قيمة الولد في يد البائع لا يجبر به باقي نقصان الولادة. ألا ترى أنّ رجلًا لو غصب من رجل جاريةً فولدت عنده، فنقصتها الولادة مائة درهم وقيمة الولد خمسون، فأخذها المغصوب منه وولدها، ثم اشتراها الغاصب وولدها، فزادت قيمة الولد في يد الغاصب بعد الشراء أنّ هذه الزيادة لا يجبر بها نقصان الولادة، وكذلك هذا في البيع الفاسد لو ولدت في يد المشتري، فأخذهما البائع، وليس في الولد وفاء بالنقصان، ثم إنّ المشتري اشترى الولد شراء مستقبلًا صحيحًا فزادت[2050] قيمته في يده هلّا اعتبار بهذه الزيادة في جبر نقصان ولادتها، وإذا كان ذلك كذلك فالولد ما دام في يد المشتري فهو غير داخل في البيع، فيجبر به نقصان الولادة وبما يزيد من قيمته إلى أن يأخذه البائع، فإذا ردّه البائع إلى يد مدخل في البيع فسقط اعتبار زيادة قيمة الولد [8ب] فيما يجبر[2051] به من نقصان الولادة لما وصفنا.

قال: ولا يشبه هذا أن يحدث بعينها بياض في يديّ الغاصب، ثم يردّها إلى المغصوب منه، فيرتفع البياض عنها ههنا يسقط ضمان البياض عن الغاصب، لأنّ ارتفاع ذلك العيب الحادث في يديّ الغاصب بعينه، وزيادة في نفس الحقّ به العيب، فيسقط عنه الضمان، وليس كذلك الولد، لأنّ الزيادة الحادثة بالولادة ليست زيادة في نفس ما لحق العيب من أجله.

قال أبو بكر: فإذا قبضهما المشتري إنّما وجبت قسمة الثمن على قيمتها يوم وقع البيع وعلى قيمة الولد يوم قبضه، لأنّه كولد ولدته في يد البائع. ألا ترى أنّه إنّما دخل في البيع برجوعه إلى يد البائع، وإنّما لم يختلف حكم العيب الموجود بالولد أن يكون في يد المشتري أو في يد البائع في باب أنّ المشتري ردّه به من قِبل أنّ الولد لم يكن مضمونًا على المشتري في يديّ حدوثه في يديه، ولا كان داخلًا في البيع. ألا ترى أنّه لو مات لم يضمنه، وإذا كان هكذا فهو إنّما دخل

[2050] في ادت.
[2051] فيما يجيز.

في البيع معيبًا كان له أن يردّه، وكذلك إذا حدث في يد البائع، لأنّه حدث فيه قبل القبض، فله الخيار فيه إذا كان قد قبضه. وأمّا الجارية فما حدث بها من عيب في يديّ المشتري في القبض الأوّل، فليس له أن يردّها به، لأنّ الجارية كانت مضمونة عنده بالثمن لو ماتت[2052] به.

قال محمد: ولو ردّ الجارية والولد إلى البائع، فمات الولد في يده كان للمشتري الخيار في فسخ البيع في الجارية لأجل موت الولد.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن [9أ] يقول: لأنّه لما ردّ الولد، فإنّما رضي بأن يأخذها إذا أخذها مع الولد، فإذا مات الولد كان له الخيار في الفسخ. ألا ترى أنّ قاتلًا لو قتل الولد في يد المشتري مغرم قيمته، فردّها المشتري مع الأمّ، فاستهلكه البائع أنّ المشتري بالخيار إن شاء أخذها وإن شاء ترك.

فإن قال قائل: هلّا كان هذا مثل موت ولد الشاة إذا ولد به في يد البائع، فلا يكون للمشتري حاب من أجله إذا لم يحدث في الشاة نقصان كذلك في مسألتنا لما لم يكن نقصان الولادة الحادث بالولد مضمونًا على المشتري وجب أن يكون قبل موت ولد الشاة المولود في يد البائع قد ردّ المولود في يد البائع.

قيل له: من قِبل أنّ المشتري قد ردّ على البائع ما يجبر[2053] به النقصان، وهو الولد، فإذا عدمه كان له الخيار. وأمّا ولادة الشاة فلم يوجب نقصانًا قطّ، فلذلك لم يثبت له خيارًا في الردّ.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا اشترى من رجل عبدًا بألف درهم فلم ينقده الثمن حتى قبضه بغير إذن البائع، فاعورّ عبده، ثم أخذه البائع من المشتري حتى يعطيه الثمن، ثم وجد بها عيبًا أنّ له أن يردّها، وكذلك لو ولدت في يدي المشتري، فأخذها البائع وولدها، ثم مات ولدها في يد البائع كان له أن يتركها بموت ولدها.

قال أبو بكر: والمعنى في ذلك: أنّ البائع لما أخذ العبد أعور، فقد رضي بتفريق الصفقة على نفسه في العبد، فليس له أن يلزمه المشتري بالعيب الذي كان به يوم البيع، فإن نقض المشتري البيع لزمه نصف الثمن من قِبل أنّ العين الذاهبة في يده نصفه. [9ب]

قال أبو الحسن: ونظيره أيضًا أن تلد الجارية في يد البائع، ورضي المشتري بأخذها مع الولد، ثم يموت الولد، فإنّ له الخيار في نقض البيع.

[2052] + ماتت.

[2053] ما يخير.

قال أبو الحسن: وكذلك عندي لو وجد بالولد عيبًا إذا كان مولودًا في يد البائع، فله أن يردّه، وذلك لأنّه إنّما رضي بأخذ الجارية ناقصة لأجل الولد الذي معه، فإذا وجده ناقصًا، فله الخيار في فسخ البيع، وكذلك إذا استرجعها وولدها، ثم قبضها المشتري ولدها، فله ردّ الولد بالعيب، لأنّ خيار المشتري لما بطل في الردّ من أجل الولادة صار مثل ولادتها في يد البائع، ورضي بأخذها وولدها مع نقصان الولادة، فيكون له الخيار في الردّ بالعيب يجده بالولد.

قال محمد: وإذا قبض الجارية بغير أمر البائع قبل نقد الثمن فولدت في يده، ثم أخذهما البائع، ثم وجد بالولد عيبًا كان عند المشتري لم يكن للمشتري أن يفسخ البيع بعيب الولد، لأنّه كان عنده، ولكنّه مخيّر على أخذهما، فإن أخذهما ولا يعلم بالعيب، ثم وجد بالولد عيبًا كان عند المشتري قبل قبض البائع منه، فله أن يردّه بذلك العيب يقسم الثمن على قيمة الأمّ يوم العقد وقيمة الولد يوم قبضه المشتري ليس به عيب، فيرجع بحصّة الولد من الثمن.

مسألة

قال محمد: ولو اشترى من رجل جاريةً، وقبضها بغير أمر البائع قبل نقد الثمن، فولدت في يده، فأخذ البائع الأمّ ولم يأخذ الولد، ثم نقده الثمن، وقبض الجارية، ثم وجد بالجارية عيبًا، فله أن يردّها، ويقسم الثمن على قيمة الأمّ يوم وقع البيع وعلى قيمة الولد يوم قبض البائع [10أ] الجارية من المشتري، فيردّها بحصّتها من الثمن.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن يقول: لما قبض الجارية من المشتري، فقد نقض قبضه فيها، ورضي بتفريق الصفقة عليها دون ولدها، فصار للولد حصّة يومئذ، وذلك لأنّه لو لم يكن للولد حصّة لمنع من قبضها دون الولد كما أنّه لو كان قد نقده الثمن كلّه، وقبضها، فولدت في يده منع من فسخ البيع في الجارية حين لم يكن للولد حصّة، فلمّا ل يمنع ههنا من قبض الجارية لثبوت حقّ البائع في حبسها حتى يقبض الثمن صار نقض القبض في الجارية موجبًا للحصّة في الولد. وأيضًا إذا كان قد نقد الثمن كلّه، وقبضها المشتري، فولدت في يده، فإنّ الولادة كانت في حال انقطاع حقوق البائع عن الجارية، فلم يدخل الولد في الحصّة. وأمّا إذا لم ينقد الثمن، فحال الولد مراعى، فإن تمّ القبض في الأمّ بأن ينقد البائع الثمن، فهو كذلك أيضًا، وإذا لم ينقد الثمن حتى نقض البائع القبض في الجارية ثبت للولد حصّة في العقد.

قال محمد: ولو وجد بالولد عيبًا لم يكن له أن يردّه.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ الولد لم يكن قطّ في ضمان البائع، فلا يستطيع أن يردّه إليه مضمونًا، وأيضًا فلم يقبضه من يده، فكيف يردّ إلى يده ما لم يقبضه منه، وإنّما اعتبر قيمة الأمّ يوم العقد وقيمة الولد يوم نقض القبض في الأمّ، ولا يعتبر قيمته يوم قبضها المشتري القبض الثاني من قِبل أنّ الولد إنّما يثبت [10ب] حصّته يوم نقض القبض في الأمّ. ألا ترى أنّه لو لم ينقض القبض لم يكن للولد حصّة، فلذلك اعتبرت قيمته يومئذ، فأشبه في هذا الوجه الولد المولود في يد البائع أنّه إنّما يصير له حصّة يوم القبض، لأنّه لو لم يتم القبض فيه لم يكن له حصّةً، فاعتبرت قيمته عند السبب الذي حصلت له به الحصّة.

قال محمد: فإن اعتبرت قيمته يوم نقض القبض في الأمّ صحيحًا، وردّت الأمّ بالحصّة، ثم وجد بالولد أصبعًا زائدة ينقص قيمته، فإنّه يقوم معيبًا يوم نقض القبض في الأمّ وتقوّم[2054] الأمّ يوم العقد، فيرجع المشتري على البائع بالفضل.

قال: ولا يشبه هذا أن يقبض البائع الولد مع الأمّ، ثم يقبضها المشتري، فيجد بالأمّ عيبًا، فردّها بالحصّة، ثم اطّلع على عيبٍ بالولد كان قبل القبض ههنا لا ينقص شيئًا من حصّة الولد، ويكون القسمة صحيحة على قيمته يوم قبض وقيمة الأمّ يوم العقد.

قال أبو بكر: قال أبو الحسن: لمـّا لم يقبض البائع الولد لم يدخل قطّ في ضمانه، فإنّما يقوم على ما يوجد عليه في الحال ناقصًا، وأمّا إذا قبضهما البائع، ثم قبضهما المشتري، فقد دخل الولد في البيع بحصوله في يد البائع، وصارت له حصّةً من الثمن بالقبض. والدليل على أنّه حين حصل في يد البائع صارت له حصّة، ودخل في البيع، أنّ الأمّ لو ماتت في يده، ثم زاده في البيع زيادة صحّت الزيادة لبقاء الولد وبقاء حصّته من الثمن، ولو مات الولد بعد ذلك بطلت الزيادة وحصّة الولد من الثمن، وإذا كان هذا هكذا صارت [11أ] الأمّ، والولد في يد البائع كجاريتين اشتراهما رجل، وقبضهما، ثم وجد بهما عيبًا، فأراد ردّ إحديهما، فإنّه يقوم كلّ واحدة منهما صحيحة لا عيب بها، ويردّ أيّتهما شاء بحصّتها من الثمن. وأمّا الولد الذي لم يحصل قطّ في يد البائع، فلم يدخل في العقد، ولم يكن له حصّة في يده، فإنّما يقسم الثمن على ما وجدت عليه قيمته يوم نقض القبض في الأمّ وعلى قيمة الأمّ.

قال محمد: فإن علم المشتري بعيب الولد الذي أخذه البائع، وقبضه مع الأمّ قسم الثمن على قيمته معيبًا.

قال أبو بكر: إذا لم يعلم بالعيب فقد دخل في العقد على الصحّة من قِبل أنّ كلّ جزء منه، فقد دخل تحت العقد، فيصير له حصّة على هذا الوجه. وأمّا إذا علم فإنّ الجزء الذاهب لم يدخل في العقد، فلا يقوم عليه. والدليل على ذلك: أنّه لو مات عنده، ثم اطّلع على عيبٍ لو يعلم به المشتري رجع بحصّته من الثمن، ولو كان علم بالعيب حين اشترى العبد أو حين قبض الولد، ثم مات في يده لم يرجع بشيء، فدلّ ذلك على أنّ العقد يتناول كلّ جزء من المبيع على الصحّة إذا لم يعلم بالعيب، وأنّه إذا علم بالعيب فإنّما تناول في العقد هذه الأجزاء الباقية دون الذاهبة.

قال محمد: ولو قبض المشتري الجارية بغير أمر البائع، ثم قبض البائع الولد من المشتري، ولم يقبض الأمّ، فنقده المشتري الثمن، وقبض الولد، ثم وجد الجارية عيبًا، فإنّه لا يستطيع ردّها بما أخذت فيها من نقصان الولادة، [11ب] ولكنّه يرجع بنقصان العيب. فإن قال البائع: "أنا أقبلها بنقصان الولادة" كان له ذلك.

قال أبو بكر: فإن قال قائل: كيف منع نقصان الولادة في هذه المسألة ردّها بالعيب، وقد استوفى البائع ما جبر به النقصان، وهو الولد، فإذا كان النقصان قد أجبر بالولد، فهلّا جعلت للمشتري ردّها بالعيب.

[2054] ويقوم.

قيل له: إنّ النقصان وإن انجبر[2055] بالولد فإنّ ذلك لا يبطل حقّ البائع في الامتناع من قبولها لأصل نقصان الولادة إذا كان الذي جبر به النقصان هو غير الجزء الذاهب من الجارية، وإنّما وقع جبر[2056] النقصان بالولد لا من جهة عود ذلك الجزء الذاهب منها، بل بمعنى آخر، فلذلك كان للبايع ألّا يقبلها. ألا ترى أنّ الولادة لو كانت في يد البائع، وكان في الولد وفاء النقصان[2057] ذلك لا يبطل خيار المشتري في فسخ البيع لأجل نقصان الولادة. وإن كان النقصان مجبورًا بالولد، ولم يجعل وجود الولد الذي فيه وفاء بالنقصان كارتفاع النقصان في باب إبطال خيار المشتري في الردّ من أجله. وكذلك لو أنّ رجلًا اشترى عبدًا، فقطعت يده في يد البائع، وأخذ البائع أرشها كان للمشتري الخيار في أخذ العبد والأرش، وإن كان الأرش قائمًا مقام اليد ولم يجز أن يجعل بقاء الأرش كبقاء اليد في باب سقوط اختيار المشتري، وكذلك حكم البائع مع المشتري فيما حدث من نقصان الولادة، وإن كان البائع قد استوفى [12أ] حصّة النقصان. قال: ولو وجد بالولد عيبًا كان له أن يردّه بحصّته.

باب اختلاف البائع والمشتري في هلاك ما اشترى قبل القبض

قال محمد: واذا اشترى الرجل من الرجل جاريةً بألف درهمٍ حالة، فلم ينقده الثمن حتى ماتت، فأقام البائع البيّنة أنّ المشتري قبضها، فماتت في يده، وأقام المشتري البيّنة أنّها ماتت في يد البائع، فإنّ البيّنة بيّنة البائع، وعلى المشتري الثمن.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ بيّنة البائع أثبتت تسليمًا وضمانًا نفاهما بيّنة المشتري. ألا ترى أنّ رجلًا لو غصب من رجل عبدًا، فأقام الغاصب البيّنة على الردّ، وأقام المغصوب منه البيّنة أنّه مات قبل أن يردّه أنّ بيّنة الغاصب أولى، لأنّه أثبت بها تسليمًا نفاه المغصوب منه، فكذلك ما وصفنا.

قال محمد: وكذلك لو أقام البائع البيّنة أنّ المشتري قتلها في يد البائع، وأقام المشتري أنّ البائع قتلها، فالبيّنة بيّنة البائع، والمشتري ضامن للثمن.

قال أبو بكر: وهذا أيضًا لما بيّناه من العلّة.

قال محمد: ولو وقّتت[2058] البيّنتان وقتًا، فكان وقت المشتري أقدم، فبيّنته أولى.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ بيّنة المشتري قد أثبت قتلًا بالتاريخ الأوّل أولى، ويبطل الآخر.

[2055] وان انجير.
[2056] خبر.
[2057] نقصاان.
[2058] ولو وقّيت.

فإن قال قائل: فهلّا جعلت بيّنة المشتري أولى أيضًا وإن لم يوقّتا لما يدّعي من نقض البيع.

قيل له: لأنّهما إذا لم يوقّتا فالذي يدّعى تسليم المبيع أولى، [12ب] إذ ليس هناك ما يمنع قبول بيّنته، ولا يصحّ أن يحكم بيّنة المشتري دون أن يجعل تاريخها أقدم من تاريخ بيّنة البائع وقبله، ولا يجوز الحكم بتاريخ لم يشهد به الشهود، ثم وجدنا لبيّنة البائع رُجحانًا على بيّنة المشتري بإثباتها تسليم ما باع وتصحيح ضمانه على المشتري، والمشتري فليس يدّعي على البائع ضمانًا، وإنّما يزعم أنّ العبد لم يدخل ضمانه، فبيّنة البائع أولى إذا تساويا، ولم يقم لأحدهما بيّنة على تقديم أحد الوقتين[2059]. وأمّا إذا وقّتا فلا بدّ من اعتبار التوقيت لما فيه من حقّ المشتري، فإذا ثبت القتل بالوقت الأوّل انتفى في الوقت الثاني، فلذلك صارت بينته أولى.

فإن قال قائل: فإذا كان البائع بالخيار، وقبضه المشتري، فأقام أحدهما بيّنةً بعد مضيّ الثلث أنّ العبد مات في الثلث، وأقام الآخر البيّنة أنّه مات بعد الثلث أليس جعلت بيّنة من أقامها على الموت بعد الثلث أوْلى وإن كان وقت الآخر أقدم مع ادّعاءه[2060] به حقًّا، وهو نقض البيع.

قيل له: لا يشبه هذه مسألتنا من قِبل أنّه لما مضى الثلث، والعبد ميّت، فقد لزمته القيمة في الظاهر، فلا يصدّق على انتقالها إلى ضمان الثمن، فإذا أقاما جميعًا البيّنة فالمبيت لضمان القيمة لا معنى لبيّنته، لأنّ ضمان القيمة قد كان ثابتًا بالقبض وبموت العبد، فكانت بيّنة من ادّعى انتقاله من ضمان القيمة إلى ضمان الثمن أولى. وأمّا مسألتنا فإنه لم نلزم المشتري فيها ضمان قيمة، ولا ثمن في الظاهر، [13أ] لأنّ العبد كان في يديّ البائع، وادّعى دخوله في ضمان المشتري، ولم يثبت بعد عليه ضمان في الظاهر يدّعى الآخر انتقاله، وكلاهما قد أقام البيّنة، فكانت بيّنة المشتري على الوقت الأوّل أولى لاستحالة وقوعه بالوقت الثاني بعد ثبوته بالوقت الأوّل.

قال محمد: ولو أنّهما تصادقا أنّ المشتري قد قبض الجارية بغير أمر البائع أو بأمره، فأقام المشتري البيّنة أنّ البائع قبلها بعد قبضه إيّاها، وأقام البائع البيّنة أنّ المشتري قبلها بعد قبضه إيّاها، فالبيّنة بيّنة المشتري في الوجهين جميعًا، ولا يلتفت إلى بيّنة البائع.

قال أبو بكر: قد حصلت الجارية مضمونة على المشتري بالثمن حين قبضها، ولا حقّ للبائع بعد ذلك في قبول[2061] المشتري إيّاها، لأنّ الثمن قد لزمه، فلا يلزمه بالقتل شيء آخر، فلم يلتفت إلى بيّنة البائع. وأمّا بيّنة المشتري ففيها إيجاب ضمان القيمة على البائع إن كان قبضها بأمره، وإن كان قبضها بغير أمره فقتله لها نقض للبيع، فكانت بيّنته أوْلى في الحالين جميعًا.

[2059] القتلين.
[2060] ادعابه.
[2061] قبل.

مسألة

قال محمد: وإذا اشترى الرجل من الرجل جارية بألف درهم فلم يقبضها حتى ولدت ولدًا، ثم إنّها قتلت ولدها أو قتلها ولدها، فإنّ المشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي منهما بجميع الثمن وإن شاء ترك، فإن أخذه، ثم وجد به عيبًا ردّه بجميع الثمن. وكذلك إذا اشترى عبدين صفقةً واحدةً، فلم يقبضهما حتى قتل أحدهما صاحبه، فالجواب فيه كذلك.

قال أبو بكر: وجه المسألة: أنّ أحدهما لما قتل صاحبه في يديّ البائع ثبتت [13ب] جنايته في رقبته، وإن كانا جميعًا في ملك المشتري لتعلّق حقّ البائع. ألا ترى أنّه لو كان عبدًا واحدًا، فقتله عبد للمشتري آخر، أنّ جنايته ثبتت في رقبته لتعلّق حقّ البائع. فكذلك إذا كانا جميعًا مبيعين ثبتت جناية أحدهما على صاحبه، وإذا صحّ ذلك، ولنا لو فسخنا البيع في المقتول، وأثبتناه في رقبة القاتل لوجب على المشتري دفعه أو فداه، فلو دفعه قام مقام المقتول، ثم لا يكون له أن يردّه، لأنّه ليس له تفريق الصفقة على البائع بأن يفسخ البيع في أحدهما ولا يفسخه في الآخر. ألا ترى أنّ عبدًا آخر لرجل أجنبيّ لو قتل أحدهما، فدفع به كان للمشتري الخيار في فسخ البيع لتغيّر السلعة في يد البائع، ولو أراد مع ذلك فسخ البيع في المقتول دون الباقي لم يكن له ذلك، وإذا كان هذا على ما وصفنا فقد آل الأمر في المتعقّب إلى إثبات المقتول في رقبة القاتل ودخوله فيها، فيقوم القاتل مقام المقتول ومقام نفسه، فيصير جميع ثمن المقتول في القاتل.

فإن قال قائل: هلّا جعلت للمشتري الخيار في قبض الباقي، ودفعه بالمقتول أو فداءه.

قيل له: لو جعلنا له الخيار في الفداء، ففداه لحصلت قيمة المقتول في يد البائع قائمة مقام المقتول، وإذا حصل هناك قيمة لم يوجب القتل انتقاض البيع وهلاك العبد على ملك البائع، بل يقال للمشتري: "إن شئت فخذْ هذه القيمة مع العبد الآخر وإن شئت فاتركْهما"، ولا يكون له تفريق الصفقة [14أ] على البائع في أن يأخذ القاتل ويفسخ البيع في المقتول، وإذا لم يكن له فسخ البيع في أحدهما دون الآخر، فاختيار أحد القيمة لم يكن العبد هالكًا على ملك البائع، بل يكون هالكًا على ملك المشتري، فيبطل جناية عبده عليه، وهذا يؤدّي إلى إبطال الفداء، لأنّه يحصل في الحقيقة فداء عبد يوجب ذلك الفداء إبطاله، وكلّ شيء أثبتنا به حكمًا، وكان في ثبات الحكم رفع ما أثبتنا به الحكم بدءًا، فإنّه لا يثبت من أصله، لأنّا من حيث نريد إثباته نحتاج أن ننقضه، فإذا لم يصحّ ذلك لم يصح الفداء[2062] حصل ثمن المقتول للقاتل أيضًا على ما بيّناه في أوّل المسألة.

فإن قال قائل: فيحصل من هذا الاعتبار إثبات جناية ملك الرجل على ملكه، وهذا غير موجود في الأصول.

[2062] + ذلك لم يصح الفدا، صحّ هامش.
+ الفدا.

قيل له: هذا غير ممتنع إذا كان العبد في ضمان غيره. ألا ترى أنّ من قول أبي حنيفة أنّ رجلًا لو غصب من رجل عبدًا، فجنى العبد على مال للمغصوب أنّ حكم هذه الجناية ثابت على الغاصب، وإن كانت جناية ملكه على ملكه. فكذلك العبدان لما كان أوفى ضمان البائع جاز أن يثبت حكم جناية أحدهما على صاحبه.

قال أبو بكر: وقال أصحابنا في رجل رهن رجلًا جارية بألف درهم، وهي تساوي[2063] ألف درهم، فولدت ولدًا يساوي ألفًا أنّ الولد قتل الأمّ، فإنّه يفي[2064] بنصف الدين، وإن قتلته الأمّ كانت رهنًا بجمع المال، فجعل قتل[2065] أحدهما صاحبه كموته، وفرّق بينه وبين مسألة البيع، وإن كان الذي ينقسم في الرهن عليهما كما ينقسم الثمن في البيع.[14ب]

ووجه الفرق: أنّ ولد المرهونة لا يصحّ دفعه بجنايته على الأمّ، لأنّه لو دفع لقام مقامها وصار ملكه للراهن في الحالين، فلا يكون للدفع وجه، وولد المبيعة لو دفع بها، وقد انتقض البيع لكان ملكًا للبائع، فلمّا صحّ للدفع ههنا وجه ثبت حكم الجناية، واعتبر فيها ما وصفنا. ألا ترى أنّ الجارية المرهونة لو فقأت عين نفسها، وفيها فصل عن الدين كان ذلك، وذهابها من السماء بمنزلة واحدة في الحكم، ويذهب من الدين بقسطها. فكذلك جنايتها على الولد بمنزلة موت الولد من غير جناية، ولا يذهب به من الدين شيء، لأنّه لم يكن في أصل الرهن.

ووجه آخر في الفصل بين الرهن والبيع، وهو: أنّ جناية الرهن مضمونة على المرتهن. ألا ترى أنّ العبد المرهون إذا دفع بالجناية بطل دين المرتهن، وليست جناية المبيع مضمونة على البائع. ألا ترى أنّ المشتري لو قبضه، ودفعه بالجناية لم يرجع على البائع بشيء، فلمّا كان كذلك لم تثبت جناية أحد العبدين على الآخر في الرهن إذا كان حاصل ضمانها على المرتهن، وصار كرجل له عبدان جنى أحدهما على صاحبه، فلا يثبت حكم جنايته، ويصير كأنّه مات حتف أنفه.

باب اختلاف البائع والمشتري كلّ واحد منهما يدّعي خلاف ما يدّعي صاحبه

قال محمد: وإذا كان لرجل طيْلسان وقميص وللآخر خفّان [15أ] وقلنسوة، فأقام صاحب الخفّين البيّنة أنّه باع خفّيه من صاحبه بالطيلسان والقميص، وأقام الآخر البيّنة أنّه باعه القميص بالخفين والقلنسوة، فإنّ نصف الخفّين بالطيلسان ونصف القميص بيع بالقلنسوة ونصف الخفين بنصف القميص.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ رجلًا لو كان في يده عبدًا أقام[2066] البيّنة أنّه باعه بجارية فلان هذه، وقال صاحب الجارية: "بل اشتريته هذه"، وأقام البيّنة أنّ البيّنة بيّنة الذي خرج العبد من عنده، لأنّهما قد اتّفقا على أنّ العبد مبيع، واختلفا فيما خرج من عند مشتري العبد، فبائع العبد يقيم البيّنة على جاريةٍ لم يقر بها مشتري العبد، وأنّه قد استحقّها

[2063] وهو يساوي.
[2064] فانه ينفا.
[2065] قبل.
[2066] قام.

عليه، فبيّنته أولى من بيّنة مشتري العبد، لأنّهما متّفقان على العبد مقرّان به، فلا معنى لبيّنة[2067] من أقامها على ما أقرّ أنّه، وبيّنة بائع العبد ثبتت استحقاق الجارية على المشتري، والمشتري قد اعترف له بجاريةٍ، وأقام عليها البيّنة، فلا معنى لهذه البيّنة، لأنّه أقامها على ما اعترف به، وادّعاه لنفسه، وبائع العبد أقام البيّنة على إقراره بالجارية، وهو مُنكر لها، فكانت بائع العبد أولى.

فإذا كان الأصل في ذلك ما وصفنا قلنا في مسألتنا: قد اتّفقا على القميص أنّه قد خرج من ملك صاحبه، واتّفقا أيضًا على خروج الخفّين من ملك الآخر ادّعى صاحب الخفّين أنّه استحقّ الطيلسان بنصف الخفّين، وصاحبه منكر، فنحكم له بالطيلسان بنصف الخفّين بنصف القميص، [15ب] فمتى وجد بشيء منها[2068] عيبًا ردّه بما أثبتناه من بدله.

باب الزيادة في البيع من غير المشتري

قال محمد: وإذا ساوم الرجل الرجل بدارٍ له فأعطاه المشتري بها ألف درهم، فأبى صاحب الدار أن يبيعها، فقال له رجل آخر: "بعْه إيّاها بألف درهم على أنّي ضامن لك خمسمائة درهم سوى هذه الألف"، فرضي البائع بذلك، وباعه الدار بألف درهمٍ، ولم يشرط شيئًا[2069]، فإنّ البيع جائز بألف درهم للمشتري، والخمسمائة باطل لا يوجد بها واحد منهما.

قال أبو بكر: قال أبو الحسن: لا يصحّ الضمان إلّا بأحد وجهين: إمّا بأن يملك بدل المضمون أو يكون ما ضمن ثابتًا في ذمّة الغير، وإذا كان ذلك كذلك فالخمسمائة التي ضمنها لم يصر بدلًا من العبد، ولا كانت واجبةً على أحدٍ، فلم يصح ضمانها، وصار في معنى من قال لرجل: "إن دخلت الدار فلك عليّ خمسمائة درهم"، فلا يلزمه بذلك شيء، وليس للبائع أيضًا خيار في نقض البيع إذا لم يسلم له ما ضمن له من قِبل أنّه عاقد المشتري عقْد ثبات من غير شرط بينه وبينه، فلا يثبت له خيار لأجل شرط لم يشرطه المشتري له.

قال محمد: ولو كان الكفيل قال: "بعْه على أنّي ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف"، فباعه على ذلك جاز البيع والدار تبع للمشتري بألف درهم، وعلى الكفيل خمسمائة من الثمن زيادة من عبده.

قال أبو الحسن: إذا قال: "أضمنْ لك من الثمن"، فقد جعل الخمسمائة ثمنًا للعبد، وإذا حصلت ثمنًا له [16أ] صحّ ضمانها على الضامن، لأنّ المشتري قد ملك بإزائه من العبد. قال: ولا نعلم خلافًا بين الفقهاء أنّ رجلًا إذا ادّعى مالًا في يديّ رجل، فأنكر المدّعى عليه أو لم ينكر، فصالحه رجل أجنبيّ من دعواه على مالٍ ضمنه له أو دفعه إليه على أنّ إبراء المدّعى عليه من الدعوى أنّ ذلك جائز إذا كان المدّعى عليه يملك ما في يديه بحذاء ما أعطاه المصالح، وإذا كان ذلك جائزًا، فكذلك يصحّ العقد للمشتري بالألف، ويلزم الضامن خمسمائة لصحّة ملك المشتري في العبد بمقدار خمسمائة.

[2067] لبيبه.
[2068] ثمنها.
[2069] + على أنّي ضامن لك خمسمائة درهم سوى هذه الألف فرضي البائع بذلك وباعه الدار بألف درهمٍ ولم يشرط شيئًا، صحّ هامش.
+ ولم يشرط شيئًا.

فإن قال قائل: كيف يصحّ أن يعقد على إنسان بغير أمره، ويملك بدل شيء ضمنه الضامن من غير حصول ضمانه على المشتري، ولو قال رجل لرجل: "بعْ عبدك هذا من زيد على أنّي ضامن لثمنه وعلى ألّا يثبت في ذمّته ضمان الثمن" لم يجز ذلك فما أنكرت ألّا يجوز ضمان الخمسمائة التي زادها الأجنبيّ في الثمن، لأنّ المشتري يملك بحذاءها من العبد من غير أمر منه للضمين بالشراء ومن غير حصول ضمانه عليه.

قال أبو بكر: التزم أبو الحسن هذا السؤال، وزعم أنّ الكفيل لو خاطب البائع فقال: "بعْه من فلان على ألّا يلزمه شيء من الثمن، ويكون الثمن على الكفيل" أنّ ذلك جائز، وإن لم يعرف فيه الرواية.

فإن قال قائل: إذا كان لزوم المشتري تسليم الثمن بالعقد من حقوق العقد فما أنكرتْ أنّ هذه الخمسمائة لما لم يلزم ذمّة المشتري، [16ب] وشرط لزومها ذمّة الضامن ألّا يصحّ ذلك، لأنّ فيه نفي ما يوجبه العقد كمن اشترى عبدًا على ألّا تسليم على البائع وعلى أنّ تسليمه على رجلٍ أجنبيّ، فلمّا لم يجز ذلك بإجماع، إذ كان تسليم العبد من موجَب العقد الذي لا يقرا منه. فكذلك تسليم الثمن بهذه المثابة لا يجوز نقله عن ذمّة المشتري في العقد.

قيل له: لا يشبه تسليم الثمن تسليم العبد نفسه، والدليل على ذلك: أنّه لو أبرأ بعد العقد من الثمن صحّت براءته، وسقط الثمن عن ذمّته، ولو أبرأه بعد العقد من تسليم العبد المبيع لم يصح براءته، ولم يسقط عنه ما أوجبه العقد من ذلك غير ممتنع أن يخلو[2070] ذمّة المشتري من لزوم الثمن في حال العقد وإن لم يصح سقوط تسليم العبد عن البائع في حال العقد.

قال أبو بكر: وهذا الذي ذكره أبو الحسن من الفرق بين تسليم العبد وتسليم الثمن لا يوجب عندي الفرق بينهما من الوجه الذي سأل عنه السائل، وذلك لأنّ امتناع تعرّي ذمّة المشتري من لزوم الثمن في حال العقد كامتناع سقوط تسليم المبيع، وذلك لأنّ من أصلهم: أنّ المشتري يلزمه تسليم الثمن بالعقد، ولو شرط ثمنًا لا يمكنه تسليمه بطل العقد مثل أن يشتري بالألف في ذمّة زيد، وإذا كان كذلك لم يجز تعرّي ذمّة المشتري في حال العقد من لزوم الثمن وتسليمه، وإن جاز بعد ذلك إسقاطه، أو لا ترى أيضًا أنّهم قد قالوا: أنّه لو اشترى عبدًا بفلوسٍ، ثم كسدت [17أ] قبل القبض بطل العقد. وكذلك نصرانيّ اشترى من نصرانيّ عبدًا بخمرٍ بغير عينها موصوفة، ثم أسلما بطل العقد لتعذّر تسليم الثمن على العاقد، فلم يختلف في ذلك حكم الثمن والمبيع.

فإن قال قائل: فقد يخلو[2071] من ذمّة العاقد من لزوم تسليم الثمن، ويلزم غيره مثل أن يوكّل صبيًّا أو محجورًا عليه بشراء عبد، فلا يلزمهما الثمن ويلزم الموكّل.

[2070] أن يخلوا.
[2071] فقد يخلوا.

قيل له: كما لا يلزمهما تسليم الثمن لا يلزمهما لو كانا بائعين تسليم المبيع، فلم يختلف في ذلك حكم الثمن والمبيع والصبيّ والمحجور في هذا الموضع ليسا تعاقدين، وإنّما هما معبّران[2072] عن الغريم كالرسول.

قال أبو بكر: ويبعد عندي ما التزمه أبو الحسن عليهم من أنّ الضمير لو خاطب البائع فقال: "بعْ عبدك من فلأنّ على ألّا ثمن عليه، وهو عليّ" أنّ ذلك جائز. وأمّا ما ذكره من أنّ الأجنبيّ إذا صالح ملك المدّعى عليه بما بذله الأجنبيّ، فليس كذلك عندهم، لأنّ ابن سماعة قد روي عنه أنّه متى قامت البيّنة على أنّ الدار للمدّعي أو أقرّ بها المدّعى عليه صارت الدار للمصالح بما بذل من المال. وكذلك روى محمد عنهم في كتاب نوادر الصلح.

قال أبو بكر: ولكن وجه المسألة عندي: أنّ الخمسمائة التي ضمنها الضامن إنّما هي زيادة في عقده، فقد عقده غيره، وليست على جهة ابتداء العقد من جهته، وكما لو زاده بعد صحّة البيع وضمنه جاز كذلك إذا زاد في حال العقد لا فرق بينهما، [17ب] وعلى هذا المعنى فرغ محمد مسائل الباب، والله أعلم.

قال محمد: فإن نقد المشتري الألف، وأراد أخذ الدار قبل نقد الكفيل الخمسمائة كان له ذلك.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ المشتري قد ملّك العبد بالعقد، والعقد فلم يوجب في ذمّته غير الألف، فليس له حبسه لأجل ما لم يشرطه على المشتري، ولم يعاقده عليه، وله أن يقول: "أنّ ذلك كان شرطًا فيما بينك وبين الكفيل، فلا يوجب لك منع حقّي والوفاء بشرطي الذي شرطت لي".

فإن قال قائل: ما أنكرت أن يكون للبائع أن يقول: "لما كان من حقّي ألّا يخرج العبد من ملكي إلّا بألف وخمسمائة لأجل ضمان الكفيل الخمسمائة، وإن لم يضمنها المشتري، فكذلك من حقّي ألّا أسلمه إلّا بعد قبض الألف والخمسمائة".

قيل له: لا يجب ذلك من قِبل أنّه إنّما لم يخرج من ملكه إلّا بألف وخمسمائة، لأنّه لم يكن قد ثبت للمشتري في العبد حقّ فلمّا أوجب له البائع، فلذلك العبد لأجل ضمان الكفيل لم يكن في ذلك إبطال لحقّ إنسان، ولم يصر المشتري ضمان الكفيل. وأمّا إذا تمّ العقد وصحّ فيما بينهما، فإنّ من حقّه قبض العبد إذا نقد الألف، فلا يبطل ضمان الكفيل حقّه. وأيضًا لما لم يتوجّه له المطالبة بالخمسمائة على المشتري لم يكن له حبس العبد بها كما لو كانت خمسمائة من الثمن مؤجّلة كان له قبض العبد إذا أدّى الألف، فكذلك لما لم يكن له مطالبة المشتري في الحال بالخمسمائة لم يكن له حبسه بها.

قال محمد: [18أ] فإن أخذها المشتري بالألف، ونقد الكفيل الخمسمائة، ثم أراد أن يبيعها مرابحةً، فإنّه يبيعها مرابحةً على الألف.

[2072] مغيّران.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الدار لم تحصل على المشتري إلّا بالألف، والمشتري فإنّما يبيعها مرابحةً على ما تحصَّل عليه من ثمنها، وكذلك الشفيع يأخذها بألف، لأنّه يأخذ ملك المشتري بما حصل عليه من الثمن، والمشتري فإنّما حصل له ملك الدار بالألف.

قال محمد: ولو أقاله المشتري البيع أو ردّها عليه بعيب بقضاء قاضٍ وبغير قضاء قاضٍ رجع الكفيل على البائع بالخمسمائة التي أدّاها إليه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الإقالة والردّ بالعيب بغير قضاء إنّما هو فسخ فيما بينهما، وإن كان بيعًا في حقّ غيرهما، ففي اعتراف البائع أنّ البيع قد انفسخ من الأصل في حكمهما، فيجب عليه ردّ الخمسمائة، لأنّها كانت ثمنًا للعبد، فإذا انفسخ من الأصل العقد في العبد ورجع إلى ملكه بالفسخ انفسخ في جميع ثمنه أيضًا، لأنّه لا يجوز أن ينفسخ العقد في بعض الثمن دون بعض.

قال أبو بكر: قال علي الرازي: وهذا الذي ذكره في الإقالة جواب محمد، وأمّا في قول أبي يوسف فإنّ الإقالة والردّ بالعيب بغير قضاء قاضٍ بمنزلة بيع مستقبل، فلا يرجع الزائد على البائع بما أعطاه وإن كان الردّ بقضاء قاضٍ رجع في القولين جميعًا.

قال أبو بكر: وقد بيّن محمد في الكتاب أنّه قول أبي حنيفة ومحمد، ولم يذكر قول أبي يوسف، وينبغي أن يكون [18ب] قوله كما قال علي الرازي.

قال محمد: ولو كان المشتري أمر الكفيل بالضمان، والمسألة على حالها، فليس للبائع أن يطالب المشتري بجميع الثمن، وإنّما يطالبه بالألف، ويطالب الكفيل بالخمسمائة، ثم يرجع الكفيل بما أدّى على المشتري.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن يقول: الكفيل ههنا بمنزلة الوكيل بالشراء في حصّة الخمسمائة، لأنّ هذه الزيادة ثمن واقع في أصل العقد، فيصير الكفيل كأنّه اشترى منه بحصّة الخمسمائة، فلا يلزم ضمانها الموكّل للبائع كما أنّه لو اشترى له جميع الدار بأمره كان الثمن على الوكيل دون الآمر.

قال محمد: فإن أراد المشتري أن يأخذ الدار بعد نقده الألف، ومنعه البائع حتى يستوفي في الخمسمائة من الكفيل، فللبائع ذلك من قِبل أنّ الألف والخمسمائة قد حصل ضمانها على المشتري، فليس له قبض الدار دون أن يقبض البائع جميع الثمن، وهو مثل الموكّل إذا أراد قبض الدار قبل أن يقبض البائع الثمن من الوكيل، فليس له ذلك.

قال محمد: ويبيعها المشتري في هذه المسألة مرابحةً على ألف وخمسمائة، وبذلك يأخذها الشفيع.

قال أبو بكر: لأنّها حصلت عليه بذلك.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا اشترى من رجل دارًا بألف درهم فقبضها أو لم يقبضها حتى زاده رجل أجنبيّ في الثمن خمسمائة بأمر المشتري أو بغير أمره، فإن كان المشتري أمر الأجنبيّ بذلك فهو جائز، وإن لم يأمره به فهو موقوف إن أجازه [19أ] جاز، وإلّا بطل، فإن أجازه المشتري لم يكن على الزائد شيء، وكانت الزيادة على المشتري، وإن ضمنها الكفيل فضمانه جائز، فإن كان بأمر المشتري رجع عليه ولم يكن للبائع على المشتري سبيل، وإن كان بغير أمر المشتري لم يرجع الزائد ولا البائع على المشتري بشيء، وكانت الزيادة على الكفيل.

قال أبو بكر: إذا ردّه بغير أمر المشتري ولم يضمنها لم يلزمه شيء من قِبل أنّ الزيادة عندنا يلحق العقد، ولا ينفسخ بها شيء منه. ومعلوم أنّ الزيادة غير العاقد في حال العقد لا يلزمه شيئًا، فكذلك حكمها بعد العقد. ألا ترى أنّه لو قال في حال العقد: "بعْه بألف على أن أعطيك خمسمائة من الثمن"، ولم يضمنها لم يلزمه شيء، فكذلك بعد العقد وإنّما كانت موقوفة على إجازة المشتري من قِبل أنّ كلّما ملك الإنسان إيقاعه ابتداء من العقود، فإنّه متى ما عقده غيره بغير أمره وقف على إجازته، فإذا أجازه صار بمنزلة العقد الواقع بدءًا بأمره، فلذلك وقف على إجازته. وإنّما لم يلزمه الضمان من قِبل أنّه لو أمره بدءًا بالزيادة في أدائها[2073] إيّاه لزمت الزيادة الآمر دون الوكيل إذا لم يضمنها، وإنّما كان ذلك كذلك من قبل الزيادة لا ينفسخ بها شيء من العقد، وإنّما يلحق العقد لا على معنى الفسخ على ما بيّنا فيما سلف، فلو ألزمناها الزائد لحلّ فيها محلّ الوكيل بالشراء في أنّ الضمان يلزمه وإن لم يشرط، ولو حلّ فيه محلّه كان ذلك موجبًا لفسخ العقد في حصّة الزيادة وتمليكه [19ب] الزائد، وانتقاله إلى المشتري من جهة الزائد، لأنّ هذا هو حكم الوكيل بالشراء الذي يلزمه ضمان الثمن بالعقد، وقد صحّ من أصلنا: أنّ الزيادة لا ينفسخ بها شيء من العقد، فصار الزائد فيه كالمعبّر عن المشتري إذا كان بأمره وكالرسول في العقد، فلا يلزمه الضمان.

قال محمد: فإن كان الرجل الأجنبيّ الذي زاد البائع خمسمائة زاده على أنّه لها ضامن أو قال: "أزيدك خمسمائة من مالي أو على أنّها عليّ"، فرضي البائع بذلك، فالزيادة جائزة، وهي لازمة للرجل الذي زادها، فإن كان زادها بأمر المشتري رجع بها على المشتري، وليس للبائع على المشتري منها شيء.

قال أبو بكر: إذا أمره بالضمان فضمنها، فقد صحّت الزيادة في ذمّة الزائد، فاستغنينا بها على إلزامها ذمّة المشتري. وإنّما ألزمناها المشتري إذا لم يضمنها الوكيل، لأنّ الزائد لما لم يلحقه الضمان بنفس القول، ولم نجد بُدًّا من إثباتها مضمونة على الشأن إذا كانت بأمر المشتري ألزمناها المشتري، فإذا ضمنها الزائد استغنى عن ثبوتها في ذمّة المشتري لثبوتها على الزائد، وهذا بمنزلة الوكيل في الخلع إذا ضمن لم يلزم المرأة شيء، وإن لم يضمن لزمها دونه. وكذلك الوكيل بالصلح من دم العمد، وجميع ما لا يلزم الوكيل المال فيه بنفس العقد إلّا بضمان، فإنّه متى ضمن لم يلزم الموكّل

[2073] أدّاها.

للعاقد شيء إلّا في النكاح، فإنّ ضمان الوكيل لا يمنع ثبوت المهر للمرأة في ذمّة الزوج من قِبل أنّه لا يجوز له أن يملك البضع من غير بدلٍ يحصل عليه، فلذلك فارق غيره [20أ] من العقود التي وصفنا.

قال محمد: فإن نقدها الذي زادها البائع، ثم وجد المشتري بالدار عيبًا، فردّها بقضاء قاض أو بغير قضاء قاضٍ أو بإقالة من المشتري للبائع رجع المشتري على البائع بالألف التي نقده، رجع الرجل الذي زاد بالخمسمائة.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّ فسخ العقد يتناول جميع الثمن، فلا يجوز أن يبقى في يده شيء من الثمن مع وقوع الفسخ في جميع المبيع.

قال محمد: فإن حضر الشفيع بعد الزيادة فإنّه يأخذها بالثمن الأوّل، وإن أراد المشتري بيعها مرابحةً باعها بالثمن مع الزيادة إن كانت الزيادة بأمره.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ الشفيع قد ثبت له الحقّ بنفس العقد بالثمن الذي كان فيه، ولا سبيل للمشتري ولا غيره إلى إبطال حقّ الشفيع الذي استحقّه بالعقد. وأمّا المرابحة فإنه لم يثبت للمشتري الثاني في العقد الأوّل حقّ، وإنّما يثبت حقّه بإيجاب المشتري له، وإذا كان هذا هكذا وكانت الزيادة لاحقة بالعقد، فالدار حاصلة للمشتري في حال ما يريد إيجابها للمشتري الثاني بالألف وخمسمائة، فيبيعها على ذلك. ألا ترى أنّه لو باعها، ثم اشتراها بأكثر من الثمن الأوّل باعها مرابحةً على الثمن الثاني، وليس كذلك الشفيع، أو لا ترى أنّها لو كانت ثيابًا، فاتّفق عليها في الحمولة والقصارة باعها مرابحةً على ذلك، فقد جاز أن يلحق بالثمن ما لم يكن في العقد، ويبيعه مرابحةً عليه.

قال محمد: [20ب] فإن جاء الشفيع فأخذ الدار من المشتري أو من البائع ردّ البائع الخمسمائة على الزائد.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الشفيع قد نقص ملك المشتري، والزيادة فإنّما وقعت من الزائد على أن يكون ثمنًا بملك المشتري، فله أن يأخذ الزيادة إذ لم يحصل الملك له.

وقد قال محمد: إنّ المشتري لو كان هو الذي زاده بعدما قبض الدار، ثم أخذها الشفيع أنّ الزيادة يرجع إلى المشتري، وإذا كان هذا حكم الزيادة إذا أرادها المشتري، ثم أخذها الشفيع فزيادة الأجنبيّ أولى أن يرجع إليه بأخذ الشفيع.

قال أبو بكر: وإنّما كان الزائد هو الذي يرجع بالزيادة دون المشتري إذا زادها بأمره، وضمنها، ولم يكن بمنزلة من اشترى عبدًا، وأمر رجلًا بأن ينقد البائع عنه الثمن أو يضمنه، فنقد، ثم هلك المبيع قبل القبض، فيكون المشتري هو الذي يرجع بالثمن دون الدافع، وكذلك في النكاح إذا ضمن الوكيل المهر بإذن الزوج، ونقدها إيّاه، ثم أريدت، فيكون الزوج هو الذي يرجع عليها دون الضمين، ويكون المال للضمين على الزوج، والفصل بينهما، وبين الزيادة في البيع أنّ الزيادة بمنزلة الخلع، ولو أنّ امرأة أمرت رجلًا بأن يخلعها من زوجها بمال، فخلعها، وضمن المال كان الضمان على الوكيل دون المرأة، ويرجع الوكيل على المرأة، ولم يكن للزوج على المرأة شيء. فكذلك ما وصفنا لما كان الضمان في مسألة

الزيادة على الوكيل إذا ضمنه دون الآمر كان الذي يرجع به عند النقض هو الوكيل، لأنّه لم يجب للبائع على المشتري قطّ ضمان الزيادة، [21أ] فيرجع بها عليه كما لم يجب للزوج على المرأة. وأمّا مسألة النكاح والآمر بالقضاء فإنّ الضمان قد لزم الزوج والآمر بدءًا، فإذا قضى غيره عنه بأمره ملك المقضي عنه ذلك المال لما وجب للقاضي عليه فكان هو الذي هو يرجع به.

باب القصاص في السلم

قال محمد: وإذا أسلم الرجل إلى الرجل مائة درهم في كُرّ حنطة، ثم إن المُسلم إليه اشترى من الذي الذي أسلم كرًّا من طعام مثل الكرّ السلم بمائتي درهم إلى أجَل، فلمّا قبض المسلم إليه الكرّ قضاه الذي أسلم إليه في الطعام قبل أن ينقده ثمنه، فإنّ ذلك لا يجوز.

قال أبو بكر: قال أبو الحسن: الكرّ المقبوض سلمًا هو المعقود عليه في الحكم، وليس مقبوضًا على معنى البدل عمّا ثبت في ذمّته بعقد السلم، وذلك لأنّه قد نهى عن بيع السلم قبل القبض، فلو كان المقبوض بدلًا عن السلم كان بيعًا، وكان ذلك موجَبًا لبطلان القضاء، فدلّ على ذلك على أنّ المقبوض عن السلم هو المعقود عليه سلمًا في الحكم لا على معنى البدل عنه، وإذا ثبت هذا الأصل، ثم قضى المسلم إليه الكرّ الذي اشتراه صار كمن اشترى من رجل كرًّا بمائتي درهم، ثم باعه منه بمائة درهم قبل نقد الثمن، وهذا لا يجوز لخبر عائشة رضي الله عنها في جوابها للمرأة التي سألتها، فقالت: "إنّي بعت من زيد بن أرقم خادمًا بثمانمائة إلى العطاء، [21ب] ثم اشتريتها بستّمائة"، فقالت: "أبلغي زيد بن أرقم أنّ الله تعالى قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إن لم يتب"[2074]، ومثل هذا الوعيد لا يجوز إطلاقه إلّا في مخالفة المنصوص بعينه، لأنّ ما ساغ فيه الاجتهاد لا يستحقّ فاعله الوعيد، فثبت بذلك أنّها أخبرت بالوعيد من جهة النص.

فإن قال قائل: خبر عائشة رضي الله عنها لا يمنع قضاء الكرّ عن السلم في مسألتنا، لأنّه ورد في النهي عن بيعه بعدما اشتراه قبل نقد الثمن بأقلّ منه، وهذا الذي قضاه عن السلم، فإنّما قضاه عن عقد متقدّم لقصد البائع.

قيل له: لما كان المبيع[2075] بالعقد هو الملك على أنّ النهي انصرف إليه، ومعلوم أنّ الملك إنّما وقع له عند القضاء، وقبل ذلك إنّما كان حقًّا يطالبه به ولم يكن ملكًا، فإذا حصل له الملك، وهو الذي يوجه إليه النهي لم يجز قضاؤه، واستوى الحكم في تقدّم عقد البائع وتأخّره، إذ كان الاعتبار فيه بالملك لما وصفنا.

قال محمد: فإن قبض المسلم الكرّ قضاء آمر سلمه، واستهلكه وجب عليه كرّ مثله للمسلم إليه.

[2074] السنن الكبرى للبيهقي، 330/5؛ سنن الدارقطني، 184/8-185.
[2075] كان المبيعا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ القضاء وقع فاسدًا فوجب بعضه بطعام مثله يردّه، مثل من اشترى كرّ حنطة شراء فاسدًا، واستهلكه، فيضمن مثله.

قال محمد: فإن قضى القاضي عليه بطعام مثله، ثم اصطلحا على أن يكون قصاصًا من الكرّ السلم لم يكن قصاصًا.

قال أبو بكر: المضمون هو الكرّ المقبوض عن السلم، فلو جاز أن يكون الكرّ المقضي به عليه قصاصًا بعد الاستهلاك [22أ] لكان قصاصًا بالقبض المتقدّم، لأنّه لم يحدث عليه ضمان الهلاك والقبض الأوّل، فلا يجوز أن يقع به قصاص السلم. ألا ترى أنّ المسلم إليه إنّما يملك المقضي به بالقبض، وإنّه ما دام في ذمّته، فإنّما هو حقّ وقضاء القاضي به لم يحدث ضمانًا لم يكن لزمه بالقبض، فلذلك لم يجز أن يكون قصاصًا.

قال أبو بكر: وكان أبو الحسن يقول: إنّ الضمانات التي يـجب بالقبوض ليست يثبت على معنى الأبدال عن المقبوض، بل يكون نفس الثابت في الذمّة كأنّه عين ما قبضه. والدليل على صحّة ذلك الفرض: أنّ ضمانه لما كان ثابتًا بالقبض لم يكن ما ثبت في ذمّته من ذلك على معنى البدل، بل كأنّه نفس المقبوض في الحكم، لأنّه لو ثبت في ذمّته على معنى البدل عن المقبوض لما صحّ القرض لامتناع جواز ملك جهم، فثبت بذلك أنّ الثابت في ذمّته بالقرض كأنّه عين المقبوض، وليس هو بدلًا عنه.

قال محمد: فإذا قبض المسلم إليه الكرّ الذي قُضي به له على المسلم، ثم قضاه إيّاه من الكرّ الذي ثبت له عليه جاز ذلك.

قال أبو بكر: قال أبو الحسن: إنّ الثابت بالقبض من الضمان وإن كان في معنى المقبوض في الحكم، فإنّ ما يقبضه عنه في معنى البدل هذا سبيل ما يقبض عمّا في الذمّة ممّا يجوز التصرّف فيه قبل القبض مثل القرض والغصب والبيع الفاسد إذا قبض، وسائر المضمونات بالقبوض ممّا يجوز التصرف فيه قبل القبض، وإنّما كان كذلك، لأنّ هذا المقبوض عمّا في الذمّة أنّما ملكه [22ب] قابضه في الحال، ولم يكن مالكًا له بما ثبت له في ذمّة القابض بدءًا، وإذا كان كذلك فمن حيث جاز له التصرّف فيما حصل له في ذمّة القابض، وكان المقبوض إنّما حصل ملكه فيه في الحال جاز بدلًا عمّا كان له في ذمّته.

وقد قال محمد: إنّ من قضى رجلًا ألف درهم له عليه من جهة قرض أو بيع أنّ هذا المقبوض ليس هو ما كان ثابتًا له في ذّمة الغريم، وإنّما ملكه بضمان مثله لما قبضه، فصار ما حصل في ضمانه بقبض هذه العين قصاصًا بما له عليه.

قال أبو الحسن: وأمّا ما لا يجوز التصرّف فيه قبل القبض، فإنّ المقبوض عنه في الحكم كأنّه نفس ما كان في الذمّة، وليس مقبوضًا على معنى البدل، وذلك نحو السلم ورأس مال السلم وثمن الصرف، وإنّما لم يكن بدلًا، لأنّه لا يجوز التصرّف فيه قبل القبض، وإذا ثبت أنّ الكرّ المقبوض عن الكرّ الذي استهلكه المسلم مقبوض على معنى البدل عنه، وليس في الحكم كأنّه هو بعينه جاز أن يقبضه منه قضاء عن الكرّ السلم بمنزلة كرّ اشتراه منه بمتاع أو غيره، فقضاه إيّاه عن السلم بعدما قبضه، فيصحّ القضاء به.

قال محمد: ولو لم يستهلك المسلم الكرّ، ولكن حدث عنده به عيب، وهو قائم بعينه، فإنّ المسلم إليه بالخيار إن شاء ضمنه كرًّا مثله صحيحًا، وإن شاء أخذه بعينه، فإن ضمنه كرًّا مثله صحيحًا، ثم أراد أن يجعلا ذلك الكرّ قصاصًا لم يجز ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّ القاضي [23أ] إنّما يقضي عليه بما حصل عليه ضمانه بالقبض، ولا يحدث ضمانًا لم يكن، وإذا كان ذلك كذلك ولم يجز أن يقع القصاص بالقبض الأوّل عن السلم عند وقوعه، فكذلك قضاء القاضي له بما أوجبه عليه القبض من الضمان لا يجوز له أن يجعله قصاصًا، إذ ليس ههنا ضمان غير ما حصل عليه بالقبض بدءًا.

قال محمد: فإن قبض المسلم إليها الكرّ الذي قضى له به، ثم قضاه الذي أسلم بعدما قبضه من الكرّ السلم كان جائزًا، لأنّ هذا غير الكرّ الذي اشتراه.

قال أبو بكر: وهذا أيضًا على ما بيّنا من أنّ المقبوض بدلٌ عمّا كان في الذمّة.

قال محمد: ولو اختار المسلم إليه أخذ كرّه بعينه فلم يقبضه من المسلم حتى اصطلحا على أن جعلاه قصاصًا من الكرّ السلم كان ذلك جائزًا للعيب الذي دخل فيه.

قال أبو بكر: قال أبو الحسن: قد بيّنا أنّ المسلم قبض الكرّ على ملك فاسد، فإذا اختار المسلم إليه أخذه بعينه، فقد انتقض ملك المسلم فيه، وبطل الضمان الذي حصل عليه بالقبض لانتقاض ملكه فيه، فكان لهما أن يجعلاه قصاصًا، لأنّ ذلك إيجاب ضمان آخر في هذه الحال غير الضمان الأوّل، لأنّ الضمان الأوّل قد بطل.

قال أبو الحسن: ونظير ما ذكرنا من بطلان الضمان الأوّل رجل غصب من رجل عبدًا، فعيبه، ثم اشتراه منه بجاريةٍ، فقد بطل ضمان الغصب بحصول ملك العبد للغاصب، فكذلك لما رجع الكرّ إلى ملك المسلم انتقض الضمان الذي حصل عليه بالقبض، فكان هما أن يجعلاه قصاصًا، لأنّه قد صار معيبًا [23ب] ولو قضاه ابتداء وهو معيب صحّ قضاء عن السلم. فكذلك إذا بطل حكم القبض الأوّل، وصار الكرّ بحال يجوز أن يجعل ابتداء قضاء عن السلم كان قصاصًا إذا تراضيا عليه.

قال أبو الحسن: وإنّما يهلك إذا هلك قبل القصاص على الضمان الأوّل، لأنّ الضمان الأوّل يعود بالهلاك، وإن كان قد بطل قبل ذلك، ونظير ذلك أن تموت الجارية التي هي بدل العبد المغصوب قبل أن يقبضها بائع العبد، فيعود الضمان الأوّل في العبد بعد بطلانه وسقوطه. فكذلك يعود في مسألتنا بهلاك الكرّ الضمان الأوّل.

فإن قال قائل: ما أنكرت أن يكون الملك الأوّل وإن كان منتقصًا، فإنّ ذلك غير مانع من قيام حكم القبض الأوّل والقبض جميعًا بعد العقد، ومتى انفرد أحدهما عن الآخر لم يصر قصاصًا أو لم يجز أن يجعلاه قصاصًا. والدليل على ذلك: أنّ رجلًا لو غصب من رجلٍ كرّ حنطة، وجعله في بيته[2076]، ثم أسلم إلى المغصوب منه عبدًا في كرّ من حنطة مثل الكرّ

[2076] بينه.

المغصوب، ثم أراد أن يجعلا الكرّ المغصوب قصاصًا بالسلم لم يكن قصاصًا لعدم القبض بعد العقد، وإن وجد الملك إذ كانت صحّة القضاء في السلم متعلّقة بقبض وملك يحصلان للمسلم بعد العقد.

قال أبو الحسن: ولو أنّ الغاصب قبض الكرّ المغصوب بعد العقد عن السلم جاز قبضه عنه إذا كان قد حلّ السلم، لأنّ هذا القبض الأوّل، ويصحّ عمّا هو مقبوض له الآن، وكذلك الكرّ الذي قضاه، فلم يصحّ قضاؤه به، ثم التقيا، فيقضى الملك فيه، وإيجاده إلى ملك المسلم إليه، فإنّه جائز لهما أن يجعلاه قصاصًا مستقبلًا، [24أ] وليس يقع القضاء حينئذ بالقبض الأوّل. ألا ترى أنّ من غصب من رجل عبدًا، ثم اشتراه من المغصوب أن تفايده عليه بعد وقوع العقد في معنى القبض، وإن لم يكن القبض المتقدّم للعقد قبض بيع، فلذلك ما وصفنا.

قال محمد: فإن أبى أحدهما المسلم أو المسَلم إليه أن يجعله قصاصًا لم يصر قصاصًا.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن يقول: من أصل أصحابنا: أنّ كلّ من ملك غيره شيئًا، ثم كان لأحدهما فسخه من غير رضا الآخر، فإنّه يعود إلى مالكه على حكم الملك الأوّل إذا صحّ الفسخ، وذلك كما قالوا في المشتري: إذا وجد بالسلعة عيبًا قبل القبض أو يكون له فيها خيار الرؤية أو خيار الشرط فسخ العقد بذلك، فإنّه يعود إلى مالكه على حكم الملك المتقدّم، ويصير ما عرض من الملك في الوسط كأنّه لم يكن، وإذا كان هذا أصلًا صحيحًا.

قلنا في مسألتنا: لو جاز لأحدهما أن يجعله قصاصًا كان في ذلك فسخٌ لاختيار المسلم إليه أخذ الكرّ معيبًا وموجبًا لعوده إلى الضمان الأوّل، وهذا يمنع كونه قصاصًا، لأنّا قد بيّنا أنّ الضمان الذي حصل بالقبض الأوّل لا يصحّ أن يقع به قصاص، وإذا لم يقع القصاص إلّا باتّفاقهما كان في ذلك إيجاب ضمان آخر غير الأوّل. ألا ترى أنّه إذا وجد بالعبد عيبًا بعد القبض أنّه ليس له فسخه بقوله، فإن قبله منه صاحبه صار ذلك كبيع مستقبل، ولم يعد العبد إليه على حكم الملك الأوّل.

ووجه آخر، وهو: أنّه لا يجوز أن يحصل عليه ضمانًا آخر في الكرّ يفعل أحدهما دون الآخر، وإذا اجتمعا على أن يجعلاه قصاصًا فقد أخذنا ضمانًا [24ب] لم يكن، فهو الضمان الذي به حصل الكرّ قصاصًا، وذلك مثل العبد المغصوب إذا اتّفقا على أن نقلا ضمان الغصب إلى ضمان البيع صحّ ذلك باتّفاقهما، ولو أراد أحدهما إيجاب ذلك دون صاحبه لم يكن له ذلك.

قال محمد: ولو أنّ المسلم إليه أخذ الكرّ معيبًا من الذي أسلم، ثم إنّ المسلم غصَبه من المسلم إليه بعد ذلك، ورضي أن يكون قصاصًا كان قصاصًا، ولم يلتفت إلى رضاء المسلم إليه في ذلك.

قال أبو الحسن: لما رجع الكرّ إلى يد المسلم إليه أن يقع حكم الضمان الأوّل بواحدة، فإذا غصبه حصل عليه الكرّ بضمان ثانٍ[2077] غير الأوّل، فيجوز أن يجعله قصاصًا وإن لم يرض الآخر، لأنّ هذا لا يجوز أن يكون عائدًا إليه على الضمان الأوّل الذي لم يجز أن يقع به القضاء.

قال محمد: ولو كان المسلم غصب المسلم إليه الكرّ الذي اشتراه منه ابتداءً أو أراد أن يجعله قصاصًا لم يكن له ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لما وصفنا من أنّه يصير مشتريًا له بأقلّ ممّا باعه به قبل نقد الثمن.

قال محمد: ولو حدث بالكرّ الذي في يديّ المسلم عيب، فلم يصطلحا على أن يجعلاه قصاصًا حتى هلك الكرّ في يديّ المسلم، ثم أراد أن يجعلاه قصاصًا لم يصر قصاصًا.

قال أبو بكر: من قِبل أنّه هلك على حكم القبض الأوّل، ووجب عليه ضمانه لأجله، فلا يجوز أن يصير قصاصًا. ألا ترى أنّه هلك في يده على ملك فاسد، وهو حكم ما أوجبه القبض الأوّل.

قال محمد: ولو أنّ الكرّ الذي اشتراه المسلم إليه من الذي أسلم اغتصبه من المسلم إليه رجل أجنبيّ، فلمّا حال به المسلم إليه صاحب السلم بكرّه [25ا] على الغاصب، والكرّ قائم بعينه في يد الغاصب أو كان الكرّ وديعة في يديّ الرجل الأجنبيّ، فأحاله به عليه، فالحوالة باطلة لا يلزم الرجل الأجنبيّ من الحوالة شيء.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ الحوالة تعلّقت بالكرّ المقبوض بعينه، وهو إذا قبضه لا يجوز أن يصير قصاصًا بالسلم، فلذلك لم يصحّ الحوالة.

قال محمد: ولو كان الكرّ دخله عيبٌ عند الرجل الأجنبيّ قبل الحوالة، ثم إنّ صاحب السلم أحال[2078] به على الرجل الأجنبيّ، ورضي به بعينه ذلك، فهو جائز.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الحوالة وقعت والكرّ بحالٍ يجوز أن يصير قصاصًا بالسلم إذا قبضه.

قال محمد: ولو هلك الكرّ الذي احتال به عليه قبل أن يقبضه الطالب، فإن كان وديعة بطلت الحوالة كالبيع إذا تعلّقت صحّته بغير العبد، فإذا هلك العبد قبل القبض بطل البيع.

قال محمد: وإن كان غصبًا كان على الغاصب كرّ مثله بعينه يأخذه صاحب السلم.

[2077] ثاني.
[2078] اجيال.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ الحوالة قد صحّت عليه، وهو ضامن له عند الهلاك، فلا يبطل الحوالة بهلاك العين، لأنّ هناك ذمّة يـخلف العين في الضمان.

قال محمد: ولو كان الغاصب استهلك الكرّ الذي غصب قبل أن يحدث به عيبٌ، ثم إنّ المسلم إليه أحال الذي أسلم بكرّه السلم على الغاصب بذلك الكرّ الذي استهلكه كان جائزًا، وقضي للمسلم على الغاصب بالكرّ، فإذا قبضه من الغاصب كان قصاصًا بكرّه[2079] السلم.

قال أبو بكر: وذلك بما ذكرنا من أنّ الذي [25ب] يقبضه من الغاصب بدل عمّا كان ثبت في ذمّته باستهلاك الكرّ في يديّ الغاصب، ثم هلك بعد ذلك كانت الحوالة باطلًا، ورجع صاحب السلم بكرّه على المسَلم إليه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الحوالة لم يصح لبقاء الكرّ ولزوم تسليمه بعينه لو صحّت الحوالة، فلمّا لم يصح أن يكون عينه قصاصًا بالسلم لم يصح الحوالة فيه.

قال محمد: ولو كان الكرّ الذي غصبه المسلم من المسلم إليه أو اقتضاه هو الذي كان باعه من المسلم إليه على ما وصفنا، فحدث به عيبٌ عنده، فلم يصطلحا على أن يجعلاه قصاصًا حتى طحنه الذي أسلم، ثم اصطلحا على أن يجعلاه قصاصًا، وبه العيب، وقالا: قد كان لنا أن يجعله قصاصًا قبل الطحن للعيب الحادث فيه، فنحن نجعله قصاصًا الآن لم يكن ذلك لهما.

قال أبو بكر: وهذا صحيح على ما قدّمنا، وذلك لأنّه لما طحنه امتنع بعض الضمان الأوّل فيه، ولا يصحّ نقض الملك في الدقيق، فلمّا كان كذلك لم يجز أن يجعلاه قصاصًا، لأنّهما لو جعلاه قصاصًا لم يكن قصاصًا إلّا بالضمان الأوّل الذي حصل عليه بالقبض بدءًا، وقد بيّنا أنّ ذلك الضمان لا يجوز أن يحصل به القضاء، فلذلك لم يصح أن يجعلاه قصاصًا بعد الطحن.

باب ما يكون عيبًا في البيع وما لا يكون عيبًا

قال محمد: ولو أنّ رجلًا [26أ] قال لرجل: "إنّ عبدي هذا آبق، فاشترِه منّي"، فقال الآخر: "بكَم تبيعني؟"، فقال: "بألف"، فاشتراه منه بألف، ثم وجده آبقًا، فأراد أن يردّه عليه بالإباق، فليس للمشتري ردّه عليه بالإباق.

قال أبو بكر: والأصل في هذا الباب: أنّه متى شرط في العقد البراءة من إباق مضاف إليه كان ذلك إقرارًا من المشتري بإباقه مثل أن يشتريه على أنّه بريء من إباقه، فدخوله معه في العقد على ما شرط عليه من الإباق المضاف إلى العبد إقرار من المشتري بكونه أيضًا، فلا يكون له أن يردّه، ولمن يشتريه منه أن يردّه عليه بهذا الإقرار. وأمّا قوله: "أنّ هذا آبق فاشتره"، فإنّه إعلام من البائع إيّاه أنّه كذلك، ويبرأ من عيبه بذلك، وليس في ذلك إقرار من المشتري بكونه آبقًا،

[2079] يُكره.

ولو قال البائع الأوّل للمشتري في عقد البيع: "قد بعتك عبدي هذا بألف درهم على أنّه آبق، وعلى أنّي بريء من إباقه"، فقال المشتري الأوّل: "قد اشتريته"، فقبضه، فباعه من المشتري الآخر، ثم وجده آبقًا، فله أن يردّه على المشتري الأوّل، ويحتجّ عليه بما كان بينه وبين البائع.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ البائع شرط الإباق في العقد، وأضافه إلى العبد، فلمّا دخل المشتري معه في ذلك العقد صار ذلك قبولًا لما شرطه البائع، وإقرارًا منه بوجود العيب.

قال أبو الحسن: وهو كرجل اشترى ثوبًا على أنّه هرويّ[2080]، ثم جاء بعد ذلك، فقال: "لم أجده [26ظ] هرويًّا"، وقال البائع: "بل كان هرويًّا"، وهو عين هذا الثوب أنّ القول قول البائع، لأنّ دخوله مع البائع في العقد الذي شرط عليه أنّه هرويّ إقرار منه بأنّه هرويّ.

فإن قال قائل: فلو اشترى عبدًا على أنّه خبّاز أو كاتب، ثم قال: "وجدتُه غير خبّاز ولا كاتب" كان القول قوله، ولم يكن دخوله معه في العقد على هذا الشرط إقرارًا منه بأنّه خبّاز أو كاتب، فهلّا كان كذلك دخوله في العقد على أنّه آبق.

قيل له: إنّ المشتري وإن كان شرط على البائع الخبز والكتابة فإنّ ذلك إقرار منهما جميعًا على أنّ الخبز والكتابة داخلان في العقد، وإنّهما زيادة مشروطة فيه يلزم البائع تسليمها إلى المشتري، وإنّما صار القول قول المشتري في أنّه لم يجده كذلك، لأنّ إقراره بدخول الخبز والكتابة في العقد لا يوجب أن يكون التسليم قد حصل فيهما. ألا ترى أنّه لو اشترى حنطة على أنّها كرّا به قد شرط على البائع في العقد تسليم كرّ، ولا يكون ذلك إقرارًا من المشتري بتسليم الكرّ كاملًا، ولا بأنّ هذه الحنطة كرّ تام على ما شرط تسليمه في العقد، فلم يختلف حال المشتري في شرط الخبز والكتابة أو شرط الإباق أنّ جميع ذلك داخل في العقد من حيث كان مشروطًا فيه إلّا أنّ الخبز والكتابة لما كانا زيادة مشروطة في المبيع كان القول قول المشتري في أنّه لم يسلّمها مثل من اشترى عبدين، ثم قال: "قبضت أحدهما، [27أ] ولم أقبض الآخر" أنّ القول فيما قبض منهما. وأمّا الإباق فليس بزيادة مشروطة في المبيع، وإنّما هو اعتراف بوقوع البيع على[2081] عند هذه صفته، فلذلك كان للمشتري الثاني أن يردّه عليه، إذ كان دخوله معه في العقد على ما شرط البائع من الإباق، وإضافة إليه جوابًا له عن جميع ما تكلّم به من ذلك.

قال محمد: ولو قال البائع الأوّل للمشتري الأوّل: "قد بعتُه منك بألف درهم على أنّي بريء من الإباق"، فقال المشتري: "قد اشتريته"، فباعه بعد ذلك، فأراد المشتري الآخر ردّه بالإباق، فليس له أن يحتجّ على المشتري الأوّل بما كان بينه وبين البائع من ذلك.

[2080] نسبة إلى "هراة"، وهي بلد في خراسان. (https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/هروي/)

[2081] يبدو هنا يوجد سقطًا.

قال أبو بكر: لأنّه لم يصف الإباق إلى العبد، وإذا لم يكن مضافًا إليه لم يكن صفة فيه، فلم يكن ذلك اعترافًا منه بوصوف الإباق فيه.

فإن قال قائل: قد يقوم الألف واللّام مقام الكتابة عندكم، ولذلك قلتم: إنّه لو حلف، فقال: "إن مسّ رأسي هذا أحد فعبدي حرّ" أو قال: "إن مسّ هذا الرأس أحد فعبدي حرّ" أيّهما سواء، وإنّه خارج من الغير على غيره في مسّ الرأس، فكان المفهوم بقوله: "رأسي" هو المفهوم بقوله: "هذا الرأس"، فقامت الألف واللّام مقام الكتابة. ويدلّ على ذلك أيضًا قوله تعالى: ﴿وَنَهَى النَّفْسَ عَنِ الْهَوَى﴾[2082] معناه عن هواها، وإذا كان الأمر على هذا وجب أن يكون قوله: "على أنّي [27ب] بريء من الإباق" بمنزلة قوله: "على أنّي بريء إباقه".

قيل له: أمّا مسألة اليمين فلأنّه قد أشار فيها إلى الرأس، فالمعقود بكلّ واحد من الكلامين شيء واحد لا يدخل غيره فيه، وكذلك قوله: ﴿وَنَهَى النَّفْسَ عَنِ الْهَوَى﴾ لا يحتمل غير هواها لاستحالة أن ينهى عن هوى غيره. وأيضًا فمعلوم من قوله تعالى: ﴿وَنَهَى النَّفْسَ عَنِ الْهَوَى﴾ الموجود، لأنّ الموجود لا ينهى عنه، وإنّما تناول النهي هوى مستقبلًا لم يقع بعد، وليس كذلك الإباق، لأنّه لا يفهم بقوله: "بريء من الإباق" ما يفهم بقوله: "من إباقه"، لأنّ قوله: "من إباقه" لا يجوز أن يكون إضافة إلى العبد، ويتضمّن ذلك وجوده فيه لاستحالة إضافة ما ليس بموجود، وليس من صفته إليه. وأمّا قوله: "من الإباق" فلا يفهم به إباق العبد ولا وجوده فيه، لأنّه ليس فيه إضافة ولا إشارة، فلم يكن إدخال الألف واللام فيه كشرط الإباق المضاف إليه. ألا ترى أنّهم قد فرّقوا بين قوله: "إن دخل داري هذه أحد فعبدي حرّ" وبين قوله: "إن دخل هذه الدار أحد"، ولم يقيموا الألف واللام في هذا الموضع مقام الكناية، إذ ليس المفهوم بأحدهما هو المفهوم بالآخر، ولا ما دلّ عليه أحدهما هو الذي دلّ عليه الآخر، فكذلك ما ذكرنا من الفرق بين قوله: "من الإباق" وقوله: "من إباقه".

باب من البيع في العيب وغيره [28أ] وما يكون إقالة وما لا يكون

قال محمد: وإذا اشترى رجل من رجل عبدًا وقبضه، وباعه من رجل فجحد المشتري الثاني البيع، فرفعه البائع إلى القاضي، وحلّفه، وعزم المشتري الأوّل على ترك خصومته، ثم وجد بالعبد عيبًا فأراد ردّه على البائع الأوّل، فقال البائع الأوّل: "إنّك أقررت ببيعه، فليس لك ردّه عليّ"، فإنّ المشتري الأوّل ردّه على البائع الأوّل، ولا يكون إقراره ذلك مانعًا من الردّ.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن يقول: لما جحد المشتري الثاني البيع، وحلفه القاضي عليه، فقد فسخ البيع من جهة المشتري الثاني، ووقف على خيار المشتري الأوّل في عزمه على ترك الخصومة، فإذا فعل ذلك انفسخ العقد فيما بينهما من قِبل أنّ القاضي هو الذي جعل ذلك له، ويحكمه ما وجب له الخيار، فصار كفسخه البيع بعيب.

[2082] النازعات، 40/79.

فإن قال قائل: فيفعلهما أوجب القاضي فسخ البيع، فلِمَ عاد إليه على حكم الأوّل حتى كان له خصومة بائعه.

قيل له: إذا لم يقع الفسخ إلّا بفعل القاضي فهو فسخ صحيح، وإن كان فعلهما هو الذي ألزم القاضي الفسخ. ألا ترى أنّ المشتري الأوّل لو نكل[2083] عن اليمين أو أقرّ بالعيب بين يديّ القاضي، فردّ عليه بذلك أنّ له أن تخاصم بائعه في الردّ، وإن كان الموجب للفسخ إقراره أو نكوله ومطالبة [28ب] الآخر بالردّ، فكذلك فسخ القاضي في مسألتنا. وإن كان الموجب له فعلهما، فإنّ ذلك غير مانع من خصومة المشتري بائعه. ألا ترى أنّ امرأة العِنّين إذا رفعت زوجها إلى القاضي طالبته[2084] بالفرقة بعد التأجيل أنّ القاضي يفسخ العقد فيما بينهما إذا اختارت هي نفسها، وكان فسخ القاضي صحيحًا، وإن كان متعلّقًا بمطالبتهما واختيارها عند عجز الزوج عن الوصول إليها، فكذلك ما وصفنا. واحتجّ أيضًا في ذلك بأنّ المشتري لما حلف وعزم البائع على ترك الخصومة لم يثبت هناك بيع، والعبد في ملك البائع، فلذلك كان له الردّ.

فإن قال قائل في إقرار البائع: إنّ البيع كان واقعًا فيما بينه وبين المشتري، فلم كان له ردّه على بائعه من غير فسخ القاضي العقد فيما بينهما.

قيل له: إنّ البائع وإن ادّعى ذلك فإنّ العبد في ملكه، ولم يثبت بقوله بيع، وعدم فسخ القاضي البيع لا يمنع الرّد بالعيب. ألا ترى أنّه إذا وجد بالعبد عيبًا قبل القبض، ففسخ العقد بغير قضاء قاضٍ أنّ له أن يردّه على بائعه بالعيب وإن وقع الفسخ بغير قضاء قاضٍ.

فإن قال قائل: لما كان في إقرار البائع أنّ الفسخ واقع بفعلهما جميعًا، وهو جحود المشتري وعزم البائع على ترك الخصومة صار ذلك كالإقالة فيما بينهما، فلا يكون له ردّه بالعيب.

قيل له: لم يثبت هناك بيع بقول البائع، وقد حكم في الظاهر ببقاء العبد على ملكه على ما كان عليه، [29أ] فكان له أن يردّه على أنّ عزم البائع على ترك الخصومة لا يكون إقالة من قِبل أنّ الإقالة لا يصحّ إلّا بإيجاب وقبول في المجلس، وليس عزم البائع على ترك الخصومة في إيجاب الفسخ موقوفًا على المجلس، فثبت بذلك أنّ ذلك ليس بإقالة ولا بيع مستقبل.

فإن قال قائل: فلو كانت هذه دارًا، وادّعى البائع البيع وأنكر المشتري، وحلف، وعزم البائع على ترك الخصومة كان للشفيع أخذها بالشفعة، فقد صدقته على نفسه في إيجاب الشفعة له وإن لم يثبت هناك بيع.

قيل له: لأنّ المعنى الموجِب للشفعة خروجها عن ملك البائع، وفسخ العقد بعد ذلك لا يبطلها. ألا ترى أنّ المشتري لو وجد بالدار عيبًا، فردّها بقضاء قاضٍ قبل أن يجيء الشفيع، ثم جاء الشفيع كان له أخذها بالبيع الأوّل، فدلّ ذلك على أنّ

[2083] وكل.
[2084] بطالبته.

الحقّ الثابت للشفيع بالعقد لا ينفسخ بفسخ العقد. وأمّا حقّ الردّ بالعيب فثابت مع وقوع البيع لا يبطله ذلك. ألا ترى أنّ البيع لو فسخ بقضاء قاضٍ كان له ردّه بالعيب على بائعه.

قال محمد: ولو أنّهما أقرّا بالبيع بألف درهم، ثم تصادقا بعد ذلك أنّ البيع الأوّل كان يلجئه، فردّه القاضي عليه بذلك، ثم أراد ردّه على بائعه بالعيب كان له ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ القاضي إنّما ينقض البيع فيما بينهما على الوجه الذي اعترفا بوجوب نقضه وفساده.

فإن قال قائل: فلِمَ لا تحمل [29ب] قولهما الثاني على الكذب، ويصحّ البيع الأوّل فيما بينهما، ويمنع البائع من خصومة بائعه لما اعترف به بدءًا من صحّة العقد.

قيل له: اعترافهما بدءًا بصحّة العقد غير مانع من الردّ. ألا ترى أنّه لو وجد به عيبًا بعد صحّة البيع، فردّ عليه بقضاء قاضٍ أنّ ذلك لا يمنع خصومته في الردّ، وإذا كان ذلك كذلك، ثم اعترفا بعد إقرارهما بالبيع الأوّل أنّه كان على سبيل التخلية لم يجز لنا أن نحمل قولهما ذلك على الكذب، لأنّا لم نستيقن صحّة البيع الأوّل، فوجب فسخ البيع من الوجه الذي اعترفا بوجوب فسخه.

قال أبو الحسن: وليس ذلك مثل إقراره بأنه طلّق امرأته ثلاثًا، ثم تصادق هو والمرأة على أنّ إقراره ذلك كان كذبًا وباطلًا، فلا يصدّقهما القاضي على ذلك، ويحكم بالطلاق، لأنّ الطلاق لا يلحقه الفسخ بعد وقوعه ولا سبيل إلى دفعه، فلا يصدّقان على إبطال الطلاق الثابت في الظاهر.

وأمّا البيع فقد يلحقه الفسخ بعد صحّته بالعيب وغيره، وإذا كان ذلك كذلك كانا مصدّقين على الوجه الذي منه وجب الفسخ، وعلى هذا المعنى يجري مسائل الباب متى ما أقرّا بالعقد، ثم اعترفا في البيع بمعنى يوجب لأحدهما فسخه عند قاضٍ أو غير قاض، فإنّ القاضي يفسخه فيما بينهما على الوجه الذي وجب إقراره به[2085]. وكذلك للمشتري الأوّل أن تخاصم بائعه في الردّ بالعيب. ومتى ابتدأ إيجاب خيار للمشتري [30أ] لم يكن واجبًا بالعقد، فوجب الفسخ من أجله، فإنّه لا يثبت للمشتري الأوّل خصومة مع بائعه، وذلك مثل أن يجعل أحدهما لصاحبه الخيار في الفسخ بعد صحّة العقد أو إقالة فيه، فإنّ هذا ليس بواجب خيارًا في نفس العقد باعترافهما، فيصير ذلك كبيع مستقبل في حقّ الغير، ولم يكن للمشتري الأوّل ردّه على بائعه بالعيب.

مسألة

[2085] اقرابه.

قال محمد: ولو أنّ رجلًا اشترى من رجل عبدًا بألف درهم، وتقابضا، ثم باعه المشتري من آخر بألف درهم، وتقابضا، فأقرّ المشتري الأوّل والمشتري الآخر بالشراء الذي كان بينهما عند القاضي، ثم جحدا ذلك عند القاضي، وقالا للقاضي: "لم نقر بهذا عندك"، فإنّ القاضي يجعل جحودهما للبيع مناقضةً منهما له، ويردّ العبد على المشتري الأوّل، وليس للمشتري الأوّل ردّه على بائعه بعيب إن وجد به.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهما لما جحد البيع فقد اتّفقا على أنّ الشيء في ملك البائع، وأنّ الثمن في ملك المشتري، وهما يملكان ذلك، فصار ذلك فسخًا بينهما، فلمّا وقع الفسخ بقولهما صار كالإقالة.

فإن قال قائل: جحودهما البيع كذب منهما، فكيف فسخت به البيع الأوّل.

قيل له: لأنّا لم نستيقن بالبيع الأوّل، وجائز أن يكون جحودهما صدقًا، وإقرارهما بدءًا به كذبًا، وهما الآن الموجبان ردّ العبد إلى ملك الأوّل بقولهما، فصار ذلك كالإقالة.

قال محمد: ألا ترى أنّه لو اشترى من رجل عبدًا بألف درهم، وتقابضا، ثم وجد [30ب] به عيبًا فأراد ردّه، فأقام البائع البيّنة أنّ المشتري أقرّ أنّه باعه لم يكن له أن يردّه على بائعه بعيب[2086] أبدًا، وإن كان ذلك العيب عند البائع، ولو أقام البيّنة أنّه باعه من فلان بألف درهم، وفلان حاضر، وهو يجحد، والمشتري الأوّل كان جحودهما هذا بمنزلة الإقالة، ولم يكن للمشتري الأوّل أن يردّه على بائعه بعيب أبدًا، ولا يرجع عليه بنقصانه.

قال أبو الحسن: أمّا إذا أقام البائع البيّنة على إقرار المشتري بأنّه باعه، فإنّما لم يكن له أن يردّه على بائعه، لأنّ من شأن الإقرار أن يلزم المقرّ ما كان منه على نفسه، ولا يلزم ما كان منه على غيره، وإذا قالا جميعًا، وهما حاضران أعني المشتري الأوّل والثاني: "لم يكن بيننا بيع"، وقد أقام البائع الأوّل البيّنة على بيع المشتري الأوّل من الثاني، فإنّ هذا يكون إقالة فيما بينهما، لأنّ بيع المشتري قد ثبت ببيّنة البائع الأوّل، فجحودهما يوجب[2087] رجوع العبد إلى ملك المشتري الأوّل على وجه الإقالة، ونقض البيع من غير فسخ حاكم كذلك، فلذلك لم يكن له ردّه على بائعه، وإنّما كان البائع الأوّل خصمًا في إثبات بيع المشتري إذا كان المشتري الثاني حاضرًا من قِبل أنّ له فيه حقًّا، وهو منع الردّ بالعيب.

قال أبو بكر: ومسائل الشفعة معتبرة بمسائل الردّ بالعيب، فكلّما لم يمنع ردّ المشتري الأوّل على بائعه وخصومته معه فيه، فإنّه لا يوجب للشفيع شفعةً بالقول الثاني، وما بطل معه خصومة المشتري [31أ] الأوّل بائعه في الردّ، فإنّه يوجب للشفيع الشفعة كالإقالة ونحوها، فعلى هذين الحرفين تجري هذه المسائل.

[2086] بغيب.
[2087] توجب.

باب البيع الفاسد الذي ينقض

قال محمد: وإذا اشترى الرجل من الرجل جاريةً بيعًا فاسدًا بألف درهم، وقبضها، فأراد البائع نقض البيع فيها، وأخذها، فقال المشتري: "قد بعتها من فلان الغائب"، وأقام على ذلك بيّنةً أو لم يقم، فإنّه يقال للبائع: "إن شئتَ فصدّقْه بذلك وخذْ قيمتها، وإن شئتَ فخذْ الجارية".

قال أبو بكر: حقّ النقض قائم للبائع فيها ما لم يكن من المشتري تصرّف بمنع النقض، فإذا قال المشتري: "بعتها من فلان"، فإنّ الملك لا يثبت لفلان إلّا بتصديقه، فلمّا لم يوجد منه تصديق له لم يبطل حقّ البائع في النقض. ألا ترى أنّه لو قال لجارية[2088] في يده: "هي لزيد الغائب"، ثم قال: "هي لعمرو الحاضر"، فصدّقه عمرو بذلك أنّه يدفعها إلى الحاضر، وما تعلّق من حقّ الغائب في التصديق لم يمنع دفعها إلى الحاضر. كذلك مسألتنا لا ينقطع فيها حقّ البائع في النقض بإقراره بها للغائب حتى يوجد منه تصديق له. وأيضًا فلو أنّ هذا المشتري باع الجارية على أنّه بالخيار، ثم جاء البائع كان له أن ينقض البيع، وما تعلّق للمشتري الثاني من الحقّ الذي يملك به عند بطلان الخيار لا يسقط حقّ البائع الأوّل في النقض. فكذلك المقرّ له وإن كان قد تعلّق له حقّ [31ظ] بإقرار المشتري، فإنّ ذلك لا يمنع ثبوت حقّ البائع في النقض.

قال محمد: فإن حضر المقرّ له فصدّق المشتري بما قال أخذ الجارية من البائع.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لو كان حاضرًا في يديّ ما أقرّ بها المشتري له، فصدّقه بذلك أخذ الجارية، وكان ذلك أولى بها من البائع. وكذلك إذا حضر، وصدّق المشتري صار أولى بها من البائع، لأنّ الحقّ وإن كان قائمًا للبائع في النقض، فإنّ للمشتري إبطال هذا الحقّ قبل وقوع النقض.

قال محمد: ولو كان المشتري أقام البيّنة على البيع من فلان الغائب لم تُقبل بيّنته، وأخذ البائع الجارية.

قال أبو بكر: من قِبل أنّا لو قبلنا البيّنة لم يثبت بها على البائع شيئًا من حقوق البيع الذي شهدت به البيّنة، وإنّما يصحّ القضاء على الغايب عندنا إذا كان الحقّ الذي يثبت على الغائب هو نفسه يثبت على الحاضر أو يتعلّق به، فيكون من حقوقه. فأمّا إذا خلا من ذلك لا يجوز القضاء على الغائب على ما بيّناه فيما سلف من هذا الكتاب.

باب من البيوع التي يختلف[2089] فيها في الثمن

قال محمد: وإذا اشترى الرجل من الرجل عبدين صفقةً واحدة أو صفقتين مختلفتين: أحدهما بألف حالّة، والآخر بألف إلى سنة، فوجد بأحدهما عيبًا فردّه على البائع بالعيب، ثم اختلفا، فقال البائع: "رددت على العبد الذي كان بالألف إلى

[2088] بجارية.
[2089] تختلف.

سنة، وبقي في يدك العبد الذي كان بألف حالّة"، وقال المشتري: [32أ] "رددتُ عليك العبد الذي كان بألف حالّة، وبقي العبد الذي كان بألف إلى سنة"، فالقول في ذلك قول البائع مع يمينه، ويلزم المشتري ألف حالّة بالعبد الذي بقي في يده مستهلكًا كان أو قائمًا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ البيع قد انتقض في العبد المردود بالعيب، ورجع إلى ملك بائعه، فلا معنى لاختلافهما في ثمنه، فلا اعتبار به، وبقي الاختلاف في العبد الباقي في يديّ المشتري. فقال البائع: "بعتُه بألف حالّة"، والمشتري يقول: "اشتريته بألف إلى أجل"، فالقول قول البائع مع يمينه، ولا يصدّق المشتري على الأجل، وذلك لأنّ الأجل حقّ للمطلوب يثبت في مال الطالب، ومن ادّعى حقًّا لنفسه في مال الغير لم يقبل دعواه إلّا ببيّنة. ألا ترى أنّه لو أقرّ بدارٍ في يده لزيد، وقال الآخر: هي لي لم يصدّق، لأنّ الإجارة إذا صحّت كانت حقًّا ثابتًا في مال الغير، فلا يصدّق عليها.

قال محمد: ولو لم يختلفا في الأجل بعد ردّ أحد العبدين، ولكنّهما اختلفا في ثمن العبد الباقي في يديّ المشتري، فقال المشتري: "اشتريتهما جميعًا بألف درهم ومائة دينار ثمن هذا ألف درهم وثمن المردود مائة دينار"، وقال البائع: "بل كان ثمن المردود ألف درهم وثمن الباقي في يدك مائة دينار"، وقد كان البائع قبض الثمنين جميعًا، فإن كان العبدان قد هلكا فالقول قول المشتري مع يمينه في العبد الذي هلك في يده.

قال أبو بكر: وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف، لأنّهما لا يريان التحالف والتراد[2090] مع هلاك السلعة. وفي قول محمد يتحالفان [32ب] ويترادّ أنّ البيع في الذي هلك في يده، ويردّ المشتري قيمة الهالك.

قال محمد: ولو كان العبدان قائمين بأعيانهما تحالفا[2091] وترادّ البيع في العبد الذي في يديّ المشتري، ولا يشبه هذا اختلافهما في الأصل.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ التحالف[2092] عندنا والتراد إنّما يجب عند الاختلاف في نفس المعقود عليه. فأمّا ما لم يكن من العقد وإنّما هو شرط مُلحق به، فلا يجب التحالف[2093] والتراد من أجله، وذلك لأنّ العقد قد يحصل صحيحًا مع سقوط الأجل، فلا يؤثر سقوطه في العقد، وكذلك شرط الخيار والعيب كل ذلك قد يسقط عن العقد، فلا يؤثّر فيه. وأمّا الثمن والمبيع فهو الذي لا يصحّ عقد البيع إلّا بتسميتهما. فاختلافهما في ذلك هو الذي يجب التحالف والتراد من أجله، لأنّ وقوع عقد البيع بهما يتعلّق لا بغيرهما.

2090 التراد.
2091 تخالفا.
2092 التخالف.
2093 التخالف.

قال محمد: ولو كان المشتري اشترى العبدين بمائة درهم صفقة واحدةً، فمات أحدهما في يدي المشتري، [ثم] وجد المشتري بالباقي عيبًا، فردّه، فاختلفا في قيمة الهالك في يد المشتري، فالقول[2094] قول البائع في قيمة الذي هلك في يد المشتري مع يمينه، والبيّنة أيضًا بيّنته إن أقام بينةً.

قال أبو بكر: إنّما كان القول قول البائع، لأنّ جميع الثمن قد لزم المشتري، ثم اختلفا فيما سقط عنه بردّ االمردود، فالقول قول البائع في مقدار ما سقط، ولا يشبه اختلافهما في ثمن الباقي إذا كان لكلّ واحد منهما ثمن على حدة من قِبل أنّ الاختلاف[2095] في الثمن هو اختلاف في فضل العقد. ألا ترى أنّهما اختلفا في اللفظ الذي وقع به العقد، وليس [33أ] كذلك اختلافهما في قيمة المردود، لأنّ ذلك ليس باختلاف في نفس العقد إنّما هو اختلاف فيما ينقسم الثمن عليه من الحصّة، فلا يوجب ذلك التحالف والتراد. وأمّا إذا أقاما البيّنة فإن البيّنة بيّنة البائع، أيضًا لأنّها شهدت زيادة قيمة الهالك في يديّ المشتري، وإن شهدت عليه ضمان قيمة هي أكثر من قيمة الآخر الذي نقض فيه البيع. وأمّا بيّنة المشتري وإن شهدت على زيادة قيمة العبد المردود فإنّه لم يثبت بها ضمانًا على البائع لنفسه ولا بيعًا فيه، لأنّ العقد المردود قد نقض البيع فيه، وخرج من العقد كأنّه لم يكن فلا اعتبار ببيّنة المشتري في زيادة قيمته ولا نقصانها. وأمّا العبد الميّت في يد المشتري فإنّ البائع أقام بيّنة على زيادة قيمة عبد قد حصل في ضمان المشتري، والمشتري يقول: "الذي حصل في ضماني يقتضيه ألف درهم"، والبائع يدّعي ألفين، ويقيم البيّنة عليه، فبيّنته أولى.

فإن قال قائل: فإنّ بيّنة المشتري يثبت زيادة قيمة المردود زيادة سقوط الثمن.

قيل له: لم يشهد البيّنة بسقوط الثمن، فلا اعتبار بذلك، وإذا لم يعتبر سقوط الثمن في ذلك وسقط اعتبار زيادة القيمة في المردود، لأنّه لم يرجع إلى البائع مضمونًا صحّ أنّ بيّنة البائع أولى لما أثبت من ضمان الميّت في يده.

قال محمد: ولو قال البائع: "كان ثمنهما واحدًا وكان ألفي درهم"، وقال المشتري: "كان ثمن الهالك خمسمائة درهم وثمن المردود [33ب] ألف درهم وخمسمائة"، فالقول أيضًا قول المشتري في الثمن مع يمينه، ويأخذ المشتري من البائع ألف وخمسمائة درهم.

قال أبو بكر: لما اتّفقا على الثمن أنّه جملة واحدة[2096] ألف درهم وادّعى المشتري تسمية خمسمائة للهالك في يده كان هذا اختلافًا في نفس العقد. ألا ترى أنّهما اختلفا في لفظ العقد، فقال المشتري: "سمّيت للهالك خمسمائة"، وقال البائع: "لم أسمّ له شيئًا، وإنّما ثمنه حصّته من الألفين"، فلذلك اختلاف في نفس العقد، فالقول قول المشتري في ذلك مع يمينه.

[2094] + ثم وجد المشتري بالباقي عيبًا فردّه فاختلفا في قيمة الهالك في يد المشتري فالقول، صحّ هامش.
+ فالقول.
[2095] اختلاف.
[2096] واخده.

قال أبو خازم: وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وفي قول محمد يتحالفان ويترادّان البيع على أصله في إيجاب التحالف مع هلاك السلعة.

قال أبو بكر: وليس هذه كالمسألة الأوّلى، لأنّهما قد اتّفقا هناك على لفظ العقد واختلفا في قيمة العبد، وليس الاختلاف في القيمة كالاختلاف في لفظ العقد. ألا ترى أنّ الاختلاف في القيمة لا يوجب التحالف إذا كان العبدان قائمان والاختلاف في الثمن يوجبه.

باب من البيوع التي يقع فيها الاختلاف في الثمن بين البائع والمشتري في القروض[2097] والديون

قال محمد: وإذا اشترى الرجل من الرجل جاريةً، وقبضها، فماتت في يده، فاختلفا في ثمنها، فقال المشتري: "اشتريتُها بألف ردهم وبهذا الوصيف"، وقال البائع: "بعتكها بألفي [34أ] درهم"، ولا بيّنة بينهما، فإنّ الجارية تقسم[2098] على ألف درهم وعلى قيمة الوصيف، فإن كانت قيمة الوصيف خمسمائة كان القول قول المشتري في ثلثي الجارية الميّتة بألف درهم، ولا يُلتفت إلى قول البائع في ذلك. وأمّا ثلث الجارية حصّة الوصيف فإنّ البائع يحلف بالله ما باعه الجارية بألف درهم وبالوصيف، فإن حلف قيل للمشتري: "احلفْ بالله ما اشتريت الجارية بألفي درهم كما ادّعى البائع"، فإن حلف غرم المشتري للبائع ثلث قيمة الجارية مع الألف درهم التي أقرّ أنّها ثمن ثلثي الجارية، فيكون على المشتري ألف درهم وثلث قيمة الجارية. وإن اختلفا في قيمة الجارية كان القول قول المشتري مع يمينه بالله على ذلك.

قال أبو بكر: الأصل في هذا الباب: أنّ القول قول المشتري في الثمن عند هلاك المبيع في يده، فإن اعترف بثمن في الذمّة لم يجب التحالف في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، لأنّ الفسخ لا يصحّ على الثمن، وإن اعترف بعين وجب التحالف وفسخ البيع في حصّة العين، لأنّ الفسخ يصحّ فيها واعتبر ذلك بالفسخ بالعيب.

أنت تعلم أنّ من اشترى جارية بألف درهم، وماتت في يده، ثم اطّلع عيب بها لم يمكنه فسخ البيع فيها، وبقاء الثمن لا يوجب جواز الفسخ، لأنّ الفسخ لا يصحّ عليه، ولو كان اشتراها بعبد فقبضها، وماتت في يده، ثم اطلع بائعها على عيب بالعبد كان له فسخ البيع، فكذلك يجب التحالف [34ب] في حصّة العين الباقية في مسألتنا، ولا يجب في حصّة الثمن، فما لاقى الثمن من الجارية، فالقول قول المشتري فيه، وما لاقى الوصيف تحالفا فيه، وترادّا، ويكون القول قول المشتري في ثلث قيمة الجارية كما لو ردّ الوصيف بعيب كان القول قوله.

قال أبو الحسن: أوجب محمد التحالف في ذلك على جميع الثمن وفسخ البيع في النقض. قال: ففيه دلالة على صحّة ما يقوله في العبدين إذا اشتراهما، ومات أحدهما، ثم اختلفا في الثمن، واختار البائع أن يأخذ الحي، ولا يأخذ من قيمة الميت شيئًا، ولا من ثمنه. وفي[2099] قول أبي حنيفة أنّهما يتحالفان على جميع الثمن، ولا يتحالفان على الحصّة، وذلك لأنّه قد

[2097] الفروض.
[2098] يقسم.
[2099] في.

جعل القول قول المشتري في ثمن ثلثي الجارية في مسألتنا، ثم حلفه مع ذلك على جميع الثمن، ولم يحلفه على حصّة الوصيف خاصّة. وكذلك حلف البائع على جميع ما ادّعى المشتري، ولم يحلفه على الحصّة.

قال: ولا يجوز غير ذلك من قِبل أنّ التحالف إنّما يقع على ما يدّعيه كلّ واحد منهما من لفظ العقد والحصّة، فليست ملفوظًا بها في العقد، فيقع التحالف عليها.

قال محمد: ولو كان البائع قال للمشتري: "بعتُك جاريتي هذه بألف درهم وبوصيفك هذا"، وقال المشتري: "اشتريتها بألف درهم"، وماتت الجارية في يدي المشتري، فالقول قول المشتري مع يمينه لا يلزمه الألف على ما أقرّ به.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ ما خرج من جهة البائع، وهو الجارية قد هلكت لا يمكن الفسخ فيها، والمشتري لم يعترف إلّا بثمن في الذمّة لا يصحّ [35أ] الفسخ عليه، فلم يجب التحالف، وليست هذه كالمسألة الأوّلى، لأنّ المشتري هناك هو المدّعي لبيع الوصيف، وهو قائم يمكن الفسخ فيه، فلم يكن بد من إحلاف البائع عليه. وفي مسألتنا البائع هو الذي يدّعي شراء الوصيف، فإذا حلف المشتري ما اشتراه به وإنّما اشتراه بألف، فقد وفّى البائع حقّه ممّا يقتضيه دعواه من اليمين.

قال محمد: ولو قال المشتري: "اشتريتُها بمائة دينار، وهذا الوصيف"، وقال البائع: "بعتُكها بألفي درهم"، والمسألة على حالها، فسُمّيت الجارية على مائة دينار وعلى قيمة الوصيف من الجارية، فما أصاب المائة دينار من الجارية، فالقول فيه قول المشتري مع يمينه، وما أصاب الوصيف من الجارية غرم المشتري قيمة ذلك مع المائة دينار.

قال أبو بكر: وهذا على ما ذكره في المسألة الأولى من إيجاب التحالف بينهما، وفسَخ البيع في العرض القائم الذي ادّعى المشتري شراء الجارية به وبالثمن.

قال محمد: ولو كان المشتري أقرّ أنّه اشترى الجارية بألف درهم ومائة دينار، وادّعى البائع ألفي درهم، وقد ماتت الجارية في يديّ المشتري كان القول قول المشتري في ذلك كلّه مع يمينه. وكذلك هذا في جميع الأيمان إذا اختلفا فيها على هذا الوجه.

قال أبو بكر: وقد بيّنا الفرق بينهما وبين الأعيان القائمة بما فيه كفاية، وممّا نبيّن ذلك أيضًا: أنّهما لو اتّفقا على أنّ البيع كان بالوصيف والمائة دينار [35ب] ثم تقايلا[2100] في حصّة الوصيف صحّت الإقالة فيه. وكذلك لو وجد بالوصيف عيبًا جاز له فسخ البيع في الجارية بحصّة الوصيف، فكلّ موضع يصحّ فيه الفسخ من جهة الإقالة والعيب جاز فسخه بالتحالف إذا ادّعاه المشتري.

[2100] تقابلا.

فإن قال قائل: فهذا المعنى موجود في دعوى البائع البيع بالمائة دينار والوصيف، وصحّ ذلك جعلت القول قول المشتري.

قيل له: قد بيّنا الفرق بينهما بما وصفنا من أنّ البائع إذا كان هو المدّعي للوصيف قد حلّفنا المشتري على دعواه، والمشتري ليس يدّعي على البائع شيئًا أكثر ممّا أقرّ به من الجارية، فلا معنى لإحلافه. ووجه آخر: وهو أنّ المشتري إذا كان هو المدّعي لبيع الوصيف، فإنّه هو المُملك لبدل الجارية، فالقول قوله فيما خرج من عنده بدلًا عن الجارية، فإن كانت عينًا يمكن الفسخ عليها تحالفا وترادّا فيها، وإن كان دينًا لا يمكن الفسخ عليه كان القول قوله. وأمّا البائع فلا قول له بوجهٍ، لأنّهما متّفقان على ما خرج من عنده، فالبائع مدّعٍ[2101] على المشتري، فالقول قول المشتري.

باب من البيوع التي فيها اختلاف فيما يجب للبائع على المشتري

قال محمد: وإذا اشترى الرجل من الرجل عبدًا بألف درهم، فمكث أيّامًا، [36أ] والعبد في يد البائع، ثم إنّ العبد وُجد أقْطع اليد، فقال البائع للمشتري: "قطعتْ أيّها المشتري يده قبل أن أبيعكه[2102]، فلي عليك نصف القيمة، وعليك ثمن العبد أيضًا ألف درهم، ولا خيار لك فيه"، وقال المشتري: "قطعتَ أنت أيّها البائع يده بعد الشراء، فأنا بالخيار إن شئتُ أخذتُه بخمسمائة نصف الثمن، وإن شئت تركته [على] بيّنة بينهما"، فكلّ واحد منهما يدّعي على صاحبه، فيحلف كلّ واحد منهما على دعوى صاحبه، والذي يبدأ به في اليمين البائع، لأنّه يزعم أنّه باعه العبد أقطع، فإن حلفا قيل للمشتري: "إن شئتَ فخذْ العبد بألف درهم، وإن شئت فدعْ".

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ العبد إذا وجد أقطع بعد البيع فالظاهر أنّ اليد لم يدخل تحت العقد، لأنّها معدومة في الحال، ولم يعترف البائع أيضًا بجناية منه في العبد، فلا يصدّق المشتري على إسقاط نصف الثمن، ولا يصدّق البائع أيضًا على إيجاب نصف القيمة على المشتري وإبطال خياره في أخذ العبد، فحلّفنا كلّ واحد منهما على دعوى صاحبه، فإذا حلفا حصل العبد بعد ذلك كأنّه اشترى، فوُجد أقطع، فله الخيار بين أخذه وتركه، ولهذا المعنى قال: أنّه يبدأ باليمين البائع، وذلك أنّ اليد لما كانت معدومة في الحال، وادّعى المشتري أنّها قد دخلت في البيع تبعًا للنفس لوجودها زعم في تلك الحال [36ب] فهو مدّعي، والبائع مدّعى عليه، فهو الذي يبدأ باليمين.

فإن قال قائل: إذا كان العقد موجبًا لتسليم العبد صحيحًا، ثم عدمت اليد منه، فهلّا بدأ[2103] المشتري باليمين، إذ كان ظاهر العقد يوجب الصحّة، وهو موافق لدعواه، والبائع يزعم أنّها لم يدخل فيه، فهو مدّعٍ[2104] بخلاف الظاهر.

[2101] مدعي.
[2102] ان ابتعكه.
[2103] بدأت.
[2104] مدعي.

قيل له: إنّما كان يكون الظاهر ما ذكرت أو كانت اليد موجودة. فأمّا مع عدم اليد فهذا الاعتبار خطأ، بل الظاهر في هذه الحال أنّ العقد لم يقع عليها، ولم يدخل فيه تبعًا، والمشتري مدّعٍ[2105] لدخولها فيه، فالذي يبدأ به في اليمين البائع.

قال محمد: فإن أقام أحدهما البيّنة، ولم يقم الآخر أخذت ببيّنة الذي قامت بيّنته، ولم يستحلف مع بيّنته على شيء.

قال أبو بكر: لأنّه إن كان المشتري فإنّه مدّعٍ[2106] لسقوط نصف الثمن، فيُقبل بيّنته عليه، وإن كان البائع فهو مدّعٍ[2107] لضمان نصف القيمة على المشتري، فيُقبل بيّنته عليه.

قال محمد: وإن أقام كلّ واحد منهما البيّنة على ما ادّعى فالبيّنة بيّنة المشتري.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المشتري أثبت اليد داخله في البيع، وأنّ الألف الثمن بدل الشخص واليد جمعيًا، والبائع يزعم أنّه بدلٌ للشخص دون اليد، فبيّنة المشتري أولى مثل رجل أقام البيّنة أنّه اشترى من هذا الرجل هذه الجارية، وهذا العبد بألف درهم، وأقام البائع البيّنة أنّه باعه الجارية وجدها [37أ] بألف درهم، فبيّنة مدّعي العبد مع الجارية أولى، لأنّه يزعم أنّه قد استحقّها مع الجارية بألف درهم. فكذلك المشتري في مسألتنا لما أثبت استحقاق اليد بالبيع في مسألتنا وجب أن يكون بيّنته أولى.

فإن قال: هلّا جعلت بيّنة البائع أولى، إذ كان تاريخه متقدّمًا لتاريخ بيّنة المشتري، والقطع شيء ثبت بالتاريخ الأوّل استحال ثبوته بالتاريخ الثاني كما قلتم فيمن اشترى جارية، فأقام البائع البيّنة أنّ المشتري قبضها، فماتت في يده، وأقام المشتري البيّنة أنّها ماتت في يد البائع قبل أن يقبضها، ووقتت[2108] البيّنتان وقتًا، فكان وقت المشتري أقدم أنّ بيّنته أولى من بيّنة البائع، لأنّ الموت إذا ثبت بالوقت الأوّل استحال ثبوته بالوقت الثاني، ولو لم يوقّتا كانت بيّنة البائع أولى، فأثبتم حكم الوقت المتقدم إذا وقتا، ونفيتم به ما ادّعاه البائع، وأقام عليه البيّنة من حصوله في ضمان المشتري.

قيل له: إنّما كان يجب هذا الاعتبار في القطع لو وقّتا للقطع وقتًا. فأمّا إذا لم يوقّتا فهي مثل مسألة الموت إذا لم يوقّتا له، فيكون بيّنة البائع أولى، لأنّه أثبت على المشتري قبضًا بنفيه. وكذلك مسألتنا قد أثبت المشتري دخول اليد في البيع، والبائع يجحده، فكانت بيّنته أولى، إذ ليس في واحدة من البيّنتين تاريخ القطع.[37ب]

مسألة

[2105] مدعي.
[2106] مدعي.
[2107] مدعي.
[2108] ووقيت.

قال محمد: ولو كان فقأ عين فتصادقا جميعًا أنّ البائع هو الذي فقأ العين، فقال البائع: "فقأت العين قبل البيع، فأنت بالخيار إن شئتَ فخذْه بألف درهم، وإن شئتَ فاتركْ"، وقال المشتري: "فقأتها بعد البيع"، ولا بيّنة بينهما، فالقول قول المشتري مع يمينه، ويأخذ العبد بخمسمائة إن شاء في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

قال أبو بكر: العبد في الحال في ملك المشتري، والعين تابعة للشخص بملكها من يملكه، فلمّا اعترف البائع بفقء العين، فالظاهر أنّه تناولها من ملك المشتري. ألا ترى أنّ من فقأ عين عبد رجل، ثم قال: "فقأتها قبل أن ملكته"، وقال المولى: "فقأتها في ملكي" أنّ القول قول المولى، لأنّه إذا كان مالكًا للعبد فهو المستحقّ بما يجب عن أبعاضه وأتباعه من الأرش وغيره، ولا يصدّق الجاني على صرفه عنه إلى غيره، فكذلك البائع.

قال محمد: وإن قامت لأحدهما بيّنة قُبلت بيّنته.

قال أبو بكر: إن كان هو البائع فإنّه يسقط الضمان الذي قد لزمه في الظاهر عن نفسه، وإن كان هو المشتري فقد أثبت دخول العين في البيع.

قال محمد: وإن أقام كلّ واحد منهما بيّنة فالبيّنة بيّنة المشتري.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ بيّنة المشتري شهدت على دخول العين في البيع، وبيّنة البائع ينفي ذلك، فبيّنة[2109] الإثبات أولى من بيّنة النفي، وحملنا القول قول المشتري لا ينفي أن يكون بيّنتها أولى من قبل [38أ] أنّ الوجه الذي منه قبلنا بيّنته غير الوجه الذي جعلنا فيه القول قوله، لأنّا إنّما جعلنا القول قوله، لأنّ البائع أقرّ بأخذ عين عبْد هو ملك للمشتري في الحال، والعين تابعة للشخص ولمن له ملك الأصل في الظاهر، فلذلك لم يصدّقه، وجعلنا بيّنته أولى لإثباته دخول العين في البيع ووقوع العقد عليها، فلذلك جاز قبولها.

قال محمد: ولو تصادقا أنّ المشتري هو فقأ العين، فقال البائع: "فقأتها قبل الشراء، ولي عليك نصف القيم"، وقال المشتري: "فقأتها بعد الشراء"، فالقول قول المشتري.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من كون العبد في الحال في ملكه، والعين تابعةٌ للشخص، فصار القول قوله.

قال محمد: فإن أقام أحدهما البيّنة أخذت ببيّنته.

قال أبو بكر: وهذا أيضًا على ما بيّنا.

قال محمد: وإن أقام كلّ واحد منهما البيّنة على ما ادّعى[2110]، فالبيّنة بيّنة البائع.

[2109] فبينته.
[2110] مادّعا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المشتري لم يثبت بيّنته حقًّا على البائع، والبائع أثبت بيّنته ضمان نصف قيمة على المشتري، فكانت بيّنة البائع أولى. **قال أبو بكر**: قال أبو الحسن: قد قال محمد في غير هذا الموضع: إنّ البيّنة بيّنة المشتري. قال: وهذا أصحّ لما نبيّنه إن شاء الله.

قال محمد: ألا ترى أنّ رجلًا لو كان له عبدان أحدهما مقتول والآخر حيّ، فقال رجل: "اشتريتهما منك بألف درهم، فقبلتُ[2111] هذا بعد [38ظ] الشراء، فقد لزماني بألف درهم"، وقال البائع: "يقبل الحيّ بألف درهم، وقبلت هذا الآخر"، وليست بينهما بيّنة، فإنّ القاتل يضمن قيمة المقتول في ماله، ويتحالفان ويترادّان.

قال أبو بكر: جعل القول قول البائع، لأنّ المشتري أقرّ بإتلاف عبد هو في الظاهر للبائع، وادّعى أنّه كان انتقل ملكه إليه بالشراء، فكان القول قول البائع، وليس هذا كإفراده بفقء عين العبد المشترى، لأنّه اعترف يتناول عين أصلها في الحال له، وهي تابعة له، وليس أحد العبدين تابعًا للآخر، فلذلك افترقا.

قال محمد: وإن أقاما جميعًا البيّنة، فالبيّنة بيّنة المشتري.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه أثبت لنفسه انتقال ملك المقتول إليه من جهة الشراء قبل القتل، والبائع يدّعي القيمة، وينفي ملكه إيّاه قبل القبض، فالبيّنة بيّنة المشتري، وليس هذا مثل نفي العين من قِبل أنّه ليس يدّعي هناك حقًّا على البائع في الحال غير لزوم العبد، وهو قد لزمه بقول البائع.

فإن قيل: فإذا لم يتصادقا أنّ المشتري هو الفاقئ للعين، وادّعى كلّ واحد منهما على صاحبه الفقء، وأقاما البيّنة لم لا جعلت بيّنة البائع أولى إذا المشتري ليس يثبت بها حقًّا.

قيل له: أنّ المشتري يدّعي هناك إسقاط نصف الثمن بفقء البائع العين بعد دخول العين في البيع، والبائع يدّعي أنّ البدل للواجب عن العين هو القيمة، فالبيّنة بينة المشتري.

فإن قال: فهلّا جعلت بيّنة المشتري أولى إذا تصادقا أنّه فقأ العين، لأنّه قد أثبت العين داخلة في البيع كأنّه [39أ] أقام البيّنة أنّه اشتراها مع الأصل كما قلت ذلك في العبدين إذا أقام المشتري البيّنة أنّه اشتراها، ثم قتل أحدهما.

قيل له: لا يشبه العبدين في هذا العبد الواحد، وذلك لأنّه إنّما جاز قبول البيّنة في العبدين، لأنّه يجوز أن يفرده بالعقد والعين، فلا يجوز إفرادها بالعقد، فلم يجز أن يجعل بيّنته أولى فيما لا يصحّ إفراده بالعقد.

فإن قال قائل: فإذا ادّعى كلّ واحد منهما على صاحبه أنّه هو الذي فقأ العين، وأقاما البيّنة هلّا اعتبرتْ هذا المعنى فيه، وجعلت بيّنة البائع أولى إذ العين لا يصحّ إفرادها بالعقد.

[2111] فقُبلت.

قيل له: إنّما قبلنا بيّنة المشتري ههنا، وجعلناها أولى، لأنّه أقامها على إسقاط نصف الثمن عنه، وليس سقوط نصف الثمن متعلّقًا بوجود العين في حال العقد. ألا ترى أنّه لو وجد العبد المشترى أعور لم يسقط من الثمن شيء، وكذلك لو كان صحيحًا، فذهبت عينه قبل القبض لم يسقط من الثمن شيء. فدلّ ذلك على أنّ سقوط الثمن أو ثبوته ليس متعلّقًا بعدم العين، ولا بوجدها[2112]، وإذا كان ذلك كذلك لم يفتقر في إسقاط الثمن إلى إثبات العين داخلة في العقد، فإنّما قبلنا البّينة على سقوط نصف الثمن، ولم يثبت بذلك دخول عين في البيع، إذ ذلك ممتنع لاستحالة إفرادها بالعقد.

قال أبو بكر: وقال أبو الحسن: قال محمد في الإملاء في المسألة التي تصادقا فيها: أنّ المشتري هو الذي فقأ العين إذا أقاما بيّنةً [39ظ] فالبيّنة بيّنة المشتري أيضًا. قال: لأنّ المشتري أقام البيّنة أنّ العين ممّا وقع عليه الشراء مع الأصل، فالبيّنة بيّنته.

قال أبو الحسن: وعلى هذا يصحّ استشهاد محمد في الكتاب بالعبدين إذا قتل المشتري أحدهما ثم قال: "قتلته بعد الشراء"، وقال البائع: "قتله قبل الشراء"، وأقاما البيّنة بيّنة المشتري.

قال أبو بكر: وربّما وجد في بعض النسخ في المسألة التي قال فيها تصادقا: إنّ البائع هو الذي فقأ العين، وقال المشتري: "ففأته بعد الشراء، فقد سقط نصف الثمن"، وقال البائع: "ففأته قبل المشتري" أنّ القول قول المشتري، ويأخذه بنصف الثمن في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

قال أبو الحسن: والصواب ما في النسخ الصحاح، وهو أن يكون في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

قال أبو الحسن: وقال محمد في الإملاء في هذه المسألة: إنّ القول قول المشتري في قول أبي يوسف، وهو قياس قول أبي حنيفة.

وقال محمد: القول قول البائع، والمشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء ترك.

قال أبو الحسن: وهذا هو الصواب من قول محمد، وهذا الخلاف إنّما جاء من اختلافهم فيمن قطع يدُ رجل، فقال: "قطعتها، وأنت حربيّ"، وقال المقطوعة يده: "قطعتها بعدما أسلمتُ" أنّ القول قول المقطوعة يده في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي قول محمد القول قول القاطع.

مسألة

[2112] ولا يوجدها.

قال محمد: ولو أنّ رجلًا اشترى من رجل عبدًا فلم يقبضه المشتري حتى فقأ رجل عينه، فقال البائع: "فقأ عينه قبل الشراء"، [40أ] وقال المشتري فقأ عينه بعد الشراء، فالقول قول المشتري مع يمينه. وإن قال الفاقئ: "أنا فقأتها قبل الشراء" لم يلتفت إلى قوله، وهذا قول أبي يوسف وقولنا وهو قياس قول أبي حنيفة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ العبد في الحال ملك للمشتري فما حصل من أتباعه وأبعاضه، فهو له حتى يثبت أنّه لغيره، ولا يصدّق الفاقئ أنّه لغيره.

قال محمد: فإن أقاما البيّنة على ما ادّعيا فالبيّنة بيّنة المشتري.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه ادّعى دخول العين في العقد، فكانت بيّنته أولى.

قال محمد: ولو أقاما البيّنة كلّ واحد منهما على رجل على حدّة فبيّنة المشتري أولى.

قال أبو بكر: لا فرق بين أن يدّعيا الفقء كلّ واحد على رجل وبين أن يدّعياه على رجل واحد، والمعنى فيهما أنّ المشتري يدّعي دخول العين في العقد، وأقام عليه البيّنة، فكان أولى.

باب

قال محمد: ولو أنّ رجلًا أسلم إلى رجل عشرة دراهم[2113] في عشرة أقفزة حنطة، ودفعها إلى المسلم إليه على أنّ البائع بالخيار ثلاثًا أو على أنّ المشتري بالخيار، فالسلم فاسد، فإن أبطل صاحب الخيار خياره قبل أن يفترقا، فالسلم جائز إن كانت الدراهم قائمة بعينها في يديّ المسلم إليه، وإن كان قد استهلكها المسلم إليه قبل أن يفترقا فالسلم باطل، وقبل أن يبطل صاحب الخيار خياره فأبطل صاحب الخيار خياره بعد ذلك قبل أن يفترقا فالسلم باطل لا يجوز أبدًا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الدراهم [40ب] هلكت قبل أن يملك المسلم السلم، فلا يجوز أن يملكه بعد ذلك بدين، لأنّه لا يجوز تمليك دين بدين قد حصل عنه افتراق قبل القبض.

باب من القبض في البيع بالعيب

قال محمد: وإذا اشترى الرجل من الرجل ثوبًا بعشرة دراهم فلم يتقابضا حتى أحدث المشتري فيه عيبًا ينقصه، فهذا قبض من المشتري للثوب، فإن ضاع الثوب بعد ذلك، ولم يمنعه البائع المشتري بعد النقصان ضاع من مال المشتري، ولزمه جميع الثمن.

قال أبو بكر: إنّما صار إحداثه العيب فيه قبضًا منه له من قِبل أنّه قد استوفى الجزء المتلف بالعيب، وليس له تفريق الصفقة في الثوب الواحد، والفسخ غير ممكن في بعضه دون بعضٍ، فصار قبضه لذلك الجزء قبضًا لجميعه. ألا ترى

[2113] درهم.

أنّه لو حدث به عيبٌ آخر بعد إحداث المشتري ما أحدث من العيب لم يكن له أن يردّه عليه بذلك، لأنّ في ذلك تفريق الصفقة على البائع وإتمام البيع في بعض المبيع دون بعض، ولو جاز أن يردّه بالعيب الحادث في يديّ البائع بعد إحداث المشتري العيب فيه لجاز أن يردّه عليه بعد القبض، وقد حدث به عيب عند المشتري. فلمّا لم يجز أن يردّه عليه بعد القبض مع حدوث العيب عنده كذلك قبل القبض لا يجوز أن يردّه عليه مع إحداث المشتري العيب فيه، لأنّ للبائع أن يقول: "قد خرج الثوب من ملكي صحيحًا، فليس لك أن تردّ عليّ معيبًا". وأيضًا فإنّ إحداث العيب بالمبيع [41أ] يحصل المبيع كلّه معيبًا به، وإذا كان كذلك لم يقدر على ردّه معيبًا.

فإن قال قائل: إذا ردّ حصّة العيب من الثمن جبر ذلك نقص المبيع، فيصير كأنّه ردّه صحيحًا.

قيل له: ما يردّه من حصّة العيب لا يزيل العيب عن المبيع، بل هو معيبٌ كلّه مع ذلك العيب. فلمّا لم يجز ذلك بعد القبض لم يجز قبله، وإذا لم يقدر على ردّه صار كالمقبوض في الحكم في باب امتناع ردّه بالعيب الثاني، فوجب أن يملك من مال المشتري.

قال محمد: وللبائع أن يمنعه بعد ذلك من قبضه حتى ينقده الثمن.

قال أبو بكر: لأنّ ذلك بمنزلة قبضه له بغير إذنه قبل نقده الثمن.

قال محمد: فإن منعه البائع بعد ذلك ثمّ هلك هلك من مال البائع، ووجب على المشتري حصّة النقصان من الثمن.

قال أبو بكر: لأنّ البائع قد رضي بتفريق الصفقة، وإن يردّه عليه معيبًا حين منع العبد، وانتقض قبض المشتري فيه، فهو مثل البائع إذا رضي بأن يقبله بالعيب الحادث عند المشتري.

قال محمد: ولو أنّ الثوب كان في يديّ البائع حين أحدث فيه المشتري العيب أو كان في حجره أو كانت دابّة، فكان مُمسكها أو كان الثوب على عاتق البائع أو كان في كفّه، فلم يمنعه ذلك بعد ذلك حتى استهلكه مستهلك أو هلك، فإنّه يهلك من مال المشتري، ويجب عليه جميع الثمن وكينونته[2114] في يده وفي بدنه سواء.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه قد خرج من ضمان البائع بما فعله المشتري، فلا يعود [41ب] إلى ضمانه إلّا بفعل لا يجوز له فعله بعد البيع كاللُّبس والركوب وما أشبهه، لأنّه باقٍ على الإمساك الذي حصل معه في ضمان المشتري.

[2114] وكينوبته.

قال محمد: ولو أنّ رجلًا باع رجلاً قميصًا، والبائع لابسه فلم ينقده المشتري الثمن حتى أحدث فيه المشتري عيبًا ينقصه، فلم يمنعه البائع إيّاه بعد ذلك حتى هلك، فإنّه يهلك من مال البائع، ويرجع البائع على المشتري بحصّة النقصان من الثمن. وكذلك لو كانت دابّة، فكان البائع راكبها إن كان خاتمًا، فكان[2115] البائع لابسه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ هذه أفعال توجب الضمان على فاعليها، فيعود بها الشيء إلى ضمان البائع.

قال محمد: وكلّ شيء كان للبائع أن يفعله مثل اللبس والركوب، فهذا غصْب منه، وهو منع في البيع الذي لم يقبض.

فإن قال قائل: فقد كان للبائع المنع بعد البيع، ولو منعه المشتري بعد إحداث العيب عاد إلى ضمانه، وإن كان له فعله فيه قبل إحداث المشتري العيب فيه.

قيل له: أنّ منع البائع ممّا يوجبه العقد وسائر الأفعال الأخر ليست من موجَب العقد، فما أوجبه العقد لا يصير به غاصبًا له ولا مضمونًا عليه به غير الضمان الأوّل، ويصير مضمونًا عليه بغيره من الأفعال التي ذكرنا ضمانًا آخر غير ضمان البيع. والدليل على ذلك: [42أ] أنّ للوكيل بالبيع أن يمنع المشتري المبيع حتى يقبض الثمن، ولو هلك بعد ذلك، ثم تضمنه غير ضمان البيع، وإنّما يسقط عن المشتري الثمن، فحسب، ولا يلزم الوكيل ضمانه، لأنّ ذلك ممّا يوجبه له العقد، ولو كان الوكيل قبل العبد حصل مضمونًا عليه ضمانًا آخر غير ضمان البيع. ألا ترى أنّ المشتري بالخيار إن شاء ضمن الوكيل قيمته وأجاز البيع، وإن شاء فسخه.

قال أبو الحسن: وقد روي عن محمد في مسألة الوكيل: إذا قتل العبد قبل القبض أنّ البيع ينتقض، قال أبو الحسن: والأوّل أصحّ. وإذا كان هذا هكذا ثبت بذلك أنّ المنع لا يوجب ضمانًا غير ما أوجبه العقد، وإنّ القتل يحصل به ضمان آخر على الوكيل غير ضمان البيع، فلذلك صار البائع مستردًّا للعبد إلى يده إذ لم يكن له فعله، ويصير مستردًّا أيضًا بالمنع، لأنّ ذلك ممّا أوجبه العقد، وإن كان للبائع فعله.

باب من الشراء والبيع في القبض بغير أمر البائع

قال محمد: وإذا اشترى الرجل من الرجل جاريةً بألف درهم حالةً فلم ينقده الثمن حتى قبضها بغير من البائع، وباعها من رجل بمائة دينار، وتقابضا، فغاب المشتري الأوّل، وأراد البائع خصومة المشتري الثاني ليردّها إلى يده، فإن أقرّ المشتري الثاني بذلك ردّها [42ب] إلى يده، وإن لم يقرّ بذلك لم يكن بينهما خصومة حتى يحضر الأوّل.

قال أبو بكر: وإنّما لم يكن بينهما خصومة إذا لم يقرّ من قِبل أنّ ثبوت حقّ البائع في الحبس[2116] إنّما هو حقّ فيما بين البائع والمشتري الأوّل، ولا يثبت على الثاني منه شيء، ومتى جعلناه خصمًا له حصل خصمًا في نقض بيع فيما بينه

[2115] فقال.
[2116] الجنس.

وبين بائعه ليتوصّل البائع الأوّل إلى حقّ له غير ثابت على الثاني، ولا هو من حقوقه، وهذا لا يجوز على ما بيّنا فيما سلف ممّا يجوز فيه القضاء على الغائب، وليس هذا مثل الشفيع إذا جاء، والدار في يديّ المشتري، والبائع غائب، فيكون خصمًا في إثبات الشراء عليه وعلى الغائب من قِبل أنّ الشفعة من حقوق البيع، وهو يتوجّه عليهما جميعًا. ألا ترى أنّه إن وجدها في يد البائع أو في يد المشتري أخذها، فصار كلّ واحد منهما خصمًا فيه إذا حضر، وليس كذلك حال المشتري الثاني مع البائع[2117] الأوّل فيما قبض بغير أمره. ألا ترى أنّ قبض المشتري الأوّل للعبد لم يوجب للبائع على المشتري الثاني حقًّا، وإنّما ثبت حقّه على الأوّل حتى يردّه إلى يده، فلمّا باعه وقبضه الثاني، وغاب الأوّل، فلو جعلناه خصمًا لكان خصمًا في نقض بيع ليتوصّل به إلى حقّ له آخر على المشتري الأوّل، وهذا لا يجوز.

فإن قال قائل: هلّا أبطلت حقّ البائع الأوّل في الفسخ إذا باعه المشتري، وإذا كان لو لم يبعه كان له أخذه ونقض القبض فيه كما قلتم في البيع الفاسد إذا تصرّف فيه المشتري.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ البيع الفاسد قد وجد فيه تسليط من بائعه للمشتري على التصرّف، وأمّا [43أ] البائع فلم يقع منه تسليط للمشتري في التصرّف، فلذلك كان حقّه قائمًا مع التصرّف الذي يلحقه النقض.

قال محمد: فإن أقرّ المشتري الآخر بما ادّعى البائع ردّه عليه.

قال أبو بكر: وذلك أنّ إقراره جائز على نفسه، فيحكم عليه بما تضمنه إقراره.

قال محمد: فإن حضروا جميعًا فلم ينقده المشتري الأوّل الثمن حتى ردّه القاضي إلى البائع قد انفسخ البيع الذي كان بين المشتري الأوّل والثاني.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ القاضي قد نقض قبض المشتري، وردّه إلى يد البائع، ولا يصحّ البيع مع بقاء يد البائع عليه، لأنّه يحصل بيع ما لم يقبض، فلذلك انتقض شراء المشتري الثاني.

فإن قال[2118] **قائل**: هلّا جعلت شراء المشتري الآخر موقوفًا حتى إذا قبضه المشتري الأوّل بعد نقد الثمن كان للمشتري الثاني أخذه كما قال محمد في رجل اشترى من رجل عبدًا، فلم يقبضه حتى استحقّه مستحقّ ببيّنة، وأخذه، فقال المشتري للبائع: "إنّه مُبطل في استحقاقه، فإنّ هذا عبده قد كنتَ اشتريتَه منه، ثم بعتَنيه"، وصدّقه البائع بذلك، وقال البائع: "أنا أقيم البيّنة على ذلك" أنّ البيع لا ينتقض فيما بين البائع والمشتري إلّا أن يطلب المشتري فسخه لما تعذّر من تسليمه، وإنّ البائع أن يلزمه المشتري إذا أقام البيّنة على ما ادّعى[2119] قبل فسخ المشتري البيع.

[2117] + أخذها فصار كلّ واحد منهما خصمًا فيه إذا حضر وليس كذلك حال المشتري الثاني مع البائع، صحّ هامش.
+ مع البائع.
[2118] فاقال.
[2119] مادّعا.

قيل له: لا يشبه هذا ما ذكرته من الاستحقاق من قِبل أنّ المشتري معترفٌ [43ب] في مسألة الاستحقاق أنّ المستحقّ لم يستحقه بحقٍّ، وأن بيع بائعه صحيح وإنّ هناك بيّنة يبطل استحقاقه ويثبت البيع الأوّل. وفي مسألتنا قد استحقّه البائع الأوّل، ويردّه إلى يده بحقّ لا يمكن فسخه بوجه من الوجوه، فلذلك الفسخ شراء الثاني، ولم يكن موقوفًا.

قال محمد: فإذا نقد المشتري الأوّل بعد ذلك البائع الأوّل الثمن، وأخذ الجارية سلّمت له، ولم يكن للمشتري الآخر عليها سبيل.

قال أبو بكر: وقد بيّنا ذلك.

قال محمد: وكذلك لو ماتت الجارية في يديّ المشتري الآخر كان للبائع الأوّل أن يضمنه قيمتها، فيكون في يده حتى يوفيه المشتري الأوّل الثمن.

قال أبو بكر: وإنّما كان له أن يضمنه القيمة كما كان له أن يأخذ الجارية بعينها لو كانت قائمةً، والقيمة يقوم مقامها، لأنّها بدلٌ منها، فإذا أخذ القيمة فكأنّه قد أخذها فينتقض البيع الثاني، ولا ينتقض البيع الأوّل ما دامت القيمة قائمة في يده من قِبل أنّ القيمة قائمة مقام المبيع. ألا ترى أنّ أجنبيًّا لو قتلها في يد البائع، فأخذ قيمتها قامت مقامها، ولم ينتقض البيع.

قال محمد: فإن قضى القاضي للبائع الأوّل بالقيمة، فأخذها، فهلكت عنده انفسخ البيعان جميعًا، ورجع المشتري الآخر على المشتري الأوّل [44أ] الثمن الذي أعطاه، فلم يكن عليه غير ذلك من ضمان قيمته ولا غيرها.

قال أبو بكر: وإنّما انتقض البيع بهلاك القيمة في يد البائع، لأنّها قائمة مقام الجارية، فهلاكها كهلاك الجارية لو كانت في يده، فينتقض البيعان جميعًا.

قال محمد: ولا خيار للمشتري الأوّل في فسخ البيع لأجل تغيّر السلعة من العين إلى القيمة من قِبل أنّها تعترف[2120] في ضمانه، فلا يجوز إثبات الخيار له لأجل عيب حادث في ضمانه.

قال محمد: ويتصدّق المشتري الأوّل إذا قبض القيمة بما زاد منها على الثمن.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المبيع قد عاد إلى ضمان البائع، وانتقض القبض الأوّل، فحصل الربح في ضمان غيره.

فإن قال قائل: إنّ الربح حصل وهو في ضمان المشتري، لأنّ القيمة وجبت حينئذ.

[2120] انها يعترف.

قيل له: إنّه وإن كان كذلك فإنّه قد عاد إلى ضمان البائع، والمشتري إنّما قبضها الأرش ضمان البائع بعد انتقاض قبضه الأوّل. ألا ترى أنّ بيعه من المشتري الثاني قد بطل لأجل رجوعها إلى يد البائع الأوّل وانتقاض قبض المشتري، فكذلك الربح في المعنى كأنّه حصل في ضمان البائع.

قال أبو خازم: ولو كان المشتري الثاني وطأ الجارية فولدت منه ولدًا قيمته مثل قيمة الأمّ، ثم ماتت الجارية وبقي الولد، فإنّ للبائع أن يأخذ من المشتري الثاني قيمة الجارية يوم قبضها [44ب] وقيمة الولد، ثم يرجع المشتري الثاني على المشتري الأوّل بالثمن وبقيمة الولد، ولا يرجع عليه بقيمة الأمّ، فإذا أعطى المشتري البائع الثمن قبض منه القيمتين فسلمتا له[2121]، ولم يكن للمشتري الثاني أن يأخذ منها شيئًا. قال: ولو كان البائع هو الذي باع الجارية قبل أن يقبضها منه المشتري الأوّل، وقبضها الثاني منه، وهو لا يعلم بشراء الأوّل، فولدت منه ولدًا، ثم حضر المشتري الأوّل فهو بالخيار: فإن اختار أخذ الجارية فله ذلك، فيأخذها وعقرها بحصّته من الثمن، وتسقط من المشتري حصّة الولد من الثمن، لأنّه لو رجع على المشتري الثاني بقيمة الولد رجع المشتري الثاني على البائع بذلك، ولا يجوز أن يضمن البائع قيمة ما باع، فيقسم الثمن على قيمة الأمة يوم الشراء وقيمة الولد يوم قبضها المشتري، وعلى العقر، فما أصاب الولد بطل عن المشتري، ويدفع حصّة ما بقي من الثمن إلى البائع، ويأخذ الجارية والعقر.

باب اختلاف البائع والمشتري بالثمن

قال محمد: وإذا اشترى الرجل من الرجل عبدًا بألف درهم، وقبضه، ووهب البائع عبدًا له آخر من المشتري، وقبضه فمات أحدهما، فجاء المشتري بردّ الباقي بعيب، فقال البائع: "لم أبعك هذا العبد إنّما بعتك [45أ] العبد الميّت، وهذا الذي وهبت لك"، وقال المشتري: "هذا الذي اشتريت منك، والميت هو الذي وهبتَ لي"، فالقول قول البائع.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ كلّ من ملك غيره شيئًا فالقول قوله فيه على أيّ وجه ملّكه. ألا ترى أنّه لو باع عبدًا فجاء المشتري بردّه بعيبٍ، فقال البائع: "لم أبعك هذا العبد إنّما بعتك غيره" أنّ القول قوله، فكذلك إذا قال: "لم أبعك هذا العبد، وإنّما وهبته"، فالقول قوله.

قال محمد: ولو لم يجد المشتري بالعبد عيبًا، ولكن البائع أراد الرجوع في هبته، فقال المشتري: "هذا العبد الذي بعتني ووهبت لي الذي مات"، فإنّ البائع يرجع في هذا أو جعل هذا هو الهبة، وللمشتري أن يأخذ الثمن بعدما يحلف البائع على دعوى صاحبه، ويحلف المشتري على دعوى البائع، ويضمن المشتري قيمة الميّت للبائع.

قال أبو بكر: العبد الباقي بمنزلة عبد في يديّ رجل قال له رجل: "وهبتُ لك هذا العبد"، وقال الذي في يديه: "بعتنيه"، فالقول قول الذي خرج من عنده لما بيّنا، ويرجع فيه ويرجع المشتري عليه بالثمن أيضًا من قِبل أنّ الثمن خرج من

[2121] فسامتا له.

جهته، فالقول قوله أيضًا فيما خرج من عنده على أيّ وجه خرج. وإنّما ضمن المشتري قيمة الميّت من قِبل أنّ البائع يزعم أنّه قبضه مضمونًا، والمشتري يجحد، فلا يُصدّق المشتري على إسقاط ما حصل عليه من الضمان بالقبض.

فإن قال قائل: إنّ المشتري لم يقرّ [45ب] في الميّت بما يوجب ضمانه، لأنّ بالهبة غير مضمونة على الموهوب له، فلِمَ لا يكون[2122] ذلك كإقراره بالوديعة، ويدّعي المالك الأوّل البيع أنّه لا يضمن، وإن هلك في يده.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ يد المودع يد المالك الذي أودعه، ولا يكون خصمًا لمن يدّعيه إذا ثبت الوديعة، وكذلك العارية بهذه المنزلة، فلذلك لم تضمّنه، إذ ليس في إقراره ما يوجب عليه ضمانه، وقد أقرّ المالك بالإذن له في القبض، ولا حكم ليده في باب إثبات الخصومة بينه وبين من ادّعى ذلك الشيء لنفسه. وأمّا الهبة فإنّ الموهوب له يكون خصمًا لمن يدّعيها، ولا يدفع الخصومة عن نفسه بكونه هبةً في يده، وإذا كان ذلك كذلك ثبتت مفارقة العارية والوديعة للهبة فيما ذكرنا.

فإن قال: فالغاصب أيضًا ليس بخصمٍ فيما في يده لمن يدّعيه إذا ثبت أنّه في يده غصْب لغيره، ولم يدل زوال الخصومة عنه في ذلك على زوال الضمان.

قيل له: إنّ الغاصب قد لزمه الضمان بالتناول بإقراره، وليس في مسألة العارية والوديعة إقرار بحصول ضمان، فلذلك اعتبر فيها المعنى الذي وصفنا. وأيضًا فإنّ المشتري زعم أنّه قبضه ملكًا لنفسه بلا بدل، وقال البائع: "قبضته ملكًا ببدل"، فالقول قول البائع، لأنّ المشتري غير مصدّق، وعلى إزالة ملك البائع إلى نفسه بغير بدل، فوجب أن يكون مضمونًا عليه كما أنّهما لو اختلفا في الثمن كان مضمونًا في يده، وكذلك المقبوض على [46أ] جهة السوم والبيع الفاسد، والمعنى في ذلك كلّه أنّه قبضه ملكًا لنفسه، وادّعى البائع استحقاق بدله.

فإن قال قائل: فإنّ الموهوب له حصل قبضه بإذن البائع، فهو كالعارية، فلا يضمنه وإن كان ممسكًا لنفسه.

قيل له: إنّ الموهوب له إذا قبض فليس هو قابضًا للمالك الأوّل، بل قبضه على أنّه ملك لنفسه، وما بعده من الإمساك فغير واقع بإذن الواهب، لأنّه مُمسك له على الملك، ومحال أن يمسك نفسه لغيره، والمستعير مُمسك بإذن المعير لبقاء ملكه فيه.

مسألة

قال محمد: ولو كان المشتري اشترى أحد العبدين بألف درهم والآخر بمائة دينار، وتقابضا، فمات أحد العبدين، وجاء المشتري بردّ الباقي بعيبٍ فاختلفا في ثمنه، فإنّ المشتري يردّه بعيبه، والقول قوله في ثمنه مع يمينه، والقول قوله في ثمن العبد الميّت، وإنّما كان القول قوله في ثمن الميّت، لأنّ الاختلاف في ثمن الهالك لا يوجب التحالف والترادّ في

[2122] لا كان.

الميّت في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وهذا الجواب هو قولهما دون محمد، لأنّ محمدًا يرى التحالف والترادّ في الميّت. وأمّا العبد الحيّ فإنّه يردّه بالعيب، ولا يجب فيه التحالف، لأنّه قد وجب نقض البيع من غير وجه الاختلاف، فيفسخ القاضي البيع فيه، ولا يعرض لثمنه، لأنّ صحّة الفسخ لا يتعلّق بكون الثمن معلومًا. ألا ترى أنّه [46ب] قد يصحّ على قيمة مجهولة وعلى الحصّة، فإذا وقع الفسخ في هذا المعيب اختلفا فيما قبضه البائع من الألف هل قبضه ثمنًا للمعيب أو للآخر، فالقول قول المشتري في الوجه الذي خرج من عنده.

قال محمد: ولو لم يمت واحد من العبدين والمسألة على حالها ردّ المشتري العبد المعيب بالثمن الذي ادّعى، وتحالفا وترادّ البيع في الباقي.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّ العبد الذي وجب ردّه بالعيب لا يجب فيه التحالف، فصار القول قول المشتري فيه، وحصل اختلافهما في العبد الآخر، فالبائع يدّعي ثمنًا غير ما أقرّ به المشتري، فيتحالفان.

فإن قال قائل: فلم جعلتَ القول قول المشتري في العبد المردود بالعيب، ومن أصلكم: أنّ من اشترى عبدين بألف درهم فمات أحدهما، ثم جاء بردّ الباقي بعيب أنّ القول في حصّته من الثمن قول البائع.

قيل له: ولا يشبه هذه مسألتنا، وذلك لأنّهما قد اتّفقا فيما ألزمتَ أنّ المردود داخل في جملة الألف التي هي ثمن لهما جميعًا، وإنّما كان اختلافهما في قيمة الهالك، وما نصيب الباقي من الحصّة، فلم يصدّق المشتري على إسقاط ما قد ثبت في ذمّته إلّا بتصديق البائع إيّاه. وأمّا مسألتنا فثمناهما مختلفان لا يدخل أحدهما في جملة الآخر، فاعتُبر حكم كلّ واحد منهما في نفسه على حياله دون صاحبه.

باب من البيع بين الاثنين [47أ] يكون الثمن بينهما فإذا هلك أحدهما كان للآخر

قال محمد في رجل له أرض بيضاء ولآخر فيها نخل بغير أرض أمر صاحب النخل صاحب الأرض ببيع النخل مع أرضه، فباع ذلك كلّه صاحب الأرض بألف درهمٍ، وقيمة الأرض بغير نخل خمسمائة درهم، وقيمة النخل بغير أرض خمسمائة، فالبيع جائز، والثمن بينهما نصفين.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الثمن ثمن لهما جميعًا، فأخذ النخل بقسطه منه، وكذلك الأرض.

قال محمد: فإن لم يقبض المشتري الأرض حتى أصاب النخل آفةٌ من غرق أو حرق لم يفعله أحدٌ، فذهب النخل كلّه، فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الأرض بجميع الثمن، وهو ألف درهم، وإن شاء ترك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ النخل دخل في العقد على وجه البيع للأرض، فما دام باقيًا فحصّته من الثمن قائمة. فإذا ذهب من غير فعل أحد رجعت حصّتها إلى حصّة الأرض، لأنّ هذا سبيل الإتباع في سائر البياعات. ألا ترى أنّ الثمن بدل عن جميع العبد بأبعاضه وأتباعه، وأنّه متى اعورّ في يد البائع رجعت حصّة العين إلى الأصل، ولم يسقط من الثمن

شيء، فكذلك حكم النخل في هذا الوجه. وكذلك لو اشترى دارًا مبنيّةً بألف درهم كان الثمن ثمنًا للعرصَة والبناء، فإن ذهب البناء بغير فعل آدميّ رجعت حصّته من الثمن إلى العرصة، فكذلك يعود حصّة النخل إلى الأرض من حيث [47ب] كان تبعًا لها. والدليل على أنّ النخل تبع للأرض أنّه يدخل في العقد على الأرض من غير شرط كما يدخل عين العبد في البيع من غير شرط، وكما يدخل بناء الدار في العقد من غير شرط.

قال محمد: فإن اختار أخذ الأرض، ولا نخل فيها كان الثمن كلّه، وهو ألف درهم لصاحب الأرض، ولا حقّ لصاحب النخل فيه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الألف قد صار ثمنًا للأرض دون النخل، لأنّ النخل قد بطل البيع فيه بهلاكه قبل القبض، وإذا صارت الألف ثمنًا للأرض كان يستحقّه[2123] من كان يملكها قبل البيع.

قال محمد: وكذلك لو ذهب نصف النخل، وبقي نصفه، ثم اختار المشتري أخذ ذلك بجميع الثمن أخذ صاحب النخل حصّة ما بقي من النخل من الثمن، وهو ربع الثمن، وكان ثمن ما ذهب من النخل، وهو ربع الثمن لصاحب الأرض.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الثمن انقسم عليهما في العقد نصفين، فلمّا ذهب نصف النخل سقط نصف حصّته، ورجع إلى الأرض، وقال الحسن بن زياد: ينبغي أن يكون لصاحب النخل ثلث الثمن، لأنّ ما ذهب كأنّه لم يكن،كولدين للجارية مات أحدهما أنّ الثمن ينقسم على قيمة الباقي وقيمة الجارية. كذلك ينبغي أن ينقسم الثمن على الباقي من النخل والأرض.

قال أبو بكر: وليس النخل في هذا الباب كالولد الذي لم يكن موجودًا في العقد، وذلك [48أ] أنّ النخل قد أخذ بقسطه من الثمن في العقد، فلا ينفسخ تلك القسمة بهلاك بعضه، وولد الجارية لم يكن له حصّة في العقد، فإنّما يثبت حكمه عند القبض. ألا ترى أنّ الثمن ينقسم على قيمة النخل يوم العقد وعلى قيمة الولد يوم القبض، فلذلك اختلفا.

مسألة

قال محمد: ولو اشترى الأرض والنخل بألف درهم، فلم يقبضها من البائع حتى أثمر النخل ثمرة تساوي خمسمائة درهم مثل قيمة النخل، فأخذ المشتري ذلك كلّه ولم يهلك منه شيء، فإنّ الثمن يقسم بين صاحب النخل وصاحب الأرض على ثلاثة أسهم، الثلثان من ذلك لصاحب النخل والثلث لصاحب الأرض.

قال أبو بكر: قال أبو الحسن: وهذا ينبغي أن يكون قول محمد، وفي قول أبي يوسف: إنّ الثمرة زيادة في النخل دون الأرض.

[2123] ان يستحقّه.

قال أبو بكر: قد ذكر محمد الخلاف فيها في كتاب البيوع على ما قال أبو الحسن، وإنّ الثمرة في قوله زيادة فيهما، وفي قول أبي يوسف: هي زيادة في النخل خاصّة، وقال أبو خازم: جواب الكتاب قول محمد، وفي قول أبي يوسف لصاحب الأرض نصف الثمن ولصاحب النخل النصف، لأنّه يجعل الثمرة زيادةً في النخل دون الأرض. قال أبو خازم: وفي قياس هذا القول أنّ لو ذهب النخل أن يأخذ المشتري الأرض بنصف الثمن، لأنّ الثمرة لما لم يكن زيادة في الأرض، بل كانت زيادة في النخل دونها، فكأنّ كلّ واحد منهما مشترٍ[2124] على حدته. [48ب]

قال محمد: ولو أنّ البائع حين باع النخل والأرض، قال للمشتري: "أبيعك[2125] هذه الأرض والنخل الذي فيها بألف درهم كلّ واحد بخمسمائة"، والنخل لرجل والأرض لرجل، فالبيع جائز. فإن أصابت النخل آفة فذهب كلّه، فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الأرض بخمسمائة، وإن شاء ترك، فإن أخذها كانت الخمسمائة للبائع، ولا حقّ لصاحب النخل فيها.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لما سمّى لكلّ واحد ثمنًا خرج من أن يكون النخل تبعًا، لأنّ من حكم التبع ألّا ينفرد بثمن دون الأصل، وأنّ الثمن ينقسم على قدر قيمتهما، ومتى سمّى لكلّ واحد ثمنًا لم يجز أن ينقص ثمن كلّ واحد منهما عمّا سمّى، ولا يزيد عليه قَلّت القيمة أو كثرت، فصار له حكم نفسه، ولم يكن تبعًا. ألا ترى أنّه قد يجوز إفراده بالبيع دون الأرض، ولا يكون تبعًا، فكذلك لما سمّى له على الانفراد ثمنًا صار كأنّه أفرده بالبيع، فلم يكن تبعًا للأرض.

قال محمد: ولو لم يهلك النخل، ولكنّه أثمر ثمرةً تساوي خمسمائة درهم فأخذ المشتري ذلك كلّه، فإنّ الأرض بخمسمائة، والنخل والثمر بخمسمائة.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّ النخل كأنّه أفرد بالعقد دون الأرض فدخلت الثمرة في ثمنه، وهذا الاختلاف بينهم فيه.

قال محمد: ولو كان النخل والأرض لآخر فباعا الأرض والنخل بثمن واحد كان الجواب فيه كما وصفنا، وإن سمّيا [49أ] لكلّ واحد ثمنًا كان مثله إذا كان البائع واحدًا وسمّى لكلّ واحد ثمنًا.

باب من القبض في البيع والتقايل في ذلك

قال محمد: وإذا اشترى الرجل من الرجل عبدًا بكرٍّ حنطة بعينه، وتقابضا، فمات العبد، ثم إنّ الرجلين تقايل البيع، فالإقالة جائزة، ويرجع عليه صاحب العبد بقيمة العبد.

قال أبو بكر: الأصل في هذا الباب: أنّ كلّ عقد أمكن فسْخه بالعيب جاز فسخه بالإقالة، وكلّ ما يمكن الفسخُ فيه بالعيب لم يصحّ الإقالة فيه إلّا السلم خاصّة. وكان القياس ألّا تجوز الإقالة في السلم إذا كان رأس المال قد هلك أو كان دراهم أو دنانير، لأنّ فسخه بالعيب غير ممكن. ألا ترى أنّه لو قبض المسلم، ثم ردّه بعيب لم ينفسخ العقد، لأنّ هناك بعد فسخ

[2124] مشترا.
[2125] ابتعك.

القبض ما يرجع إليه في بقاء العقد، وهو ما ثبت في ذمّته بالعقد إلّا أنّه لما كان المقبوض عن السلم كأنّه المعقود عليه بعينه لا على معنى البدل عنه صار كالشيء المشترى بعينه، فجازت الإقالة فيه، وإذا كان ذلك على ما وصفنا قلنا في مسألتنا: أنّ العبد وإن كان هالكًا فإنّ الفسخ بالعيب ممكن لو وحده بالكرّ، فجازت الإقالة فيه.

قال محمد: ولو كان اشترى العبد بكرّ حنطة بغير عينه وسط فتقابضا، وهلك [49ب] العبد في يديّ المشتري، والكرّ قائم بعينه، ثم تقايلا لم يجز الإقالة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الفسخ بالعيب متعذّر، لأنّ الكرّ ثمن لو ردّه بعيب لم ينفسخ العقد، لأنّه يعود في ذمّته الثمن الذي كان في العقد، فلا ينفسخ العقد بردّه، فلمّا كان كذلك لم يصح الإقالة كرجل اشترى عبدًا بألف درهم، وتقابضا، وهلك العبد، ثم تقايلا البيع فلا يجوز.

قال محمد: ولو كان مكان الدراهم نقرة فضّة، وتقابضا، ثم هلك العبد، ثم تقابلا جازت الإقالة.

قال أبو بكر: لأنّ الفسخ بالعيب ممكن لو وجده بالنقرة، فردّها انفسخ البيع.

قال محمد: ويردّ النقرة، ويأخذ قيمة العبد من الدنانير.

قال أبو بكر: لأنّ الإقالة إذا كان العبد هالكًا واقعة على القيمة، فلا يجوز أن يملك دراهم بدراهم أكثر منها.

مسألة

قال محمد: وإذا اشترى عبدًا بجاريةٍ، وتقابضا، ثم تقايلا، ثم هلك أحد العرضين قبل القبض بعد الإقالة، فالذي لم يهلك ما في يديه يسلم ما في يديه لصاحبه، ويقوم قيمة العرض الذي هلك في يده.

قال أبو بكر: اعتبر ما نظرا على الإقالة قبل القبض فيها بابتدائها، فإن كان ابتداء الإقالة جائزًا مع ما[2126] طرأ عليها كذلك لا يبطلها بحدوثه عليها قبل القبض، وإن لم يصح الابتداء بطلت الإقالة قلنا على هذا في مسألتنا: أنّ ابتداء الإقالة جائز مع هلاك أحد العرضين، فكذلك هلاك أحدهما قبل القبض لا يبطل الإقالة.

قال محمد: ولو هلكا جميعًا قبل القبض انتقضت [50أ] الإقالة كلّها، ولا خيار لواحد منهما في ذلك.

قال محمد: ولو اشترى عبدًا بألف درهم، وتقابضا، ثم تقايلا، ثم هلك العبد قبل القبض في الإقالة، فالإقالة باطلة.

قال أبو بكر: لأنّهما لو ابتدءاها[2127] في هذه الحال لم يصحّ.

[2126] معما.

[2127] لو ابتداناها.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا اشترى من رجل عبدًا بنقرة فضّة بعينها، وفيها ألف درهم، وقيمة العبد ألفا درهم، فتقابضا، ثم تقايلا، ثم هلك العبد قبل القبض، فالذي في يده النقرة يأخذ قيمة العبد ودراهم أو دنانير، ويتصدّق بالفضل على النقرة إن كان أحد القيمة دراهم.

قال أبو بكر: وهذا كرجل اشترى من رجل عبدًا بألف درهمٍ قيمته ألفا درهم، فقطع رجل يده في يد البائع، فاختار المشتري اتباع الجاني، فإنّه إن أخذ الأرش دراهم تصدّق بالفضل، وإن كانت دنانير لم يتصدّق بشيء، والمعنى فيه: أنّه زيادة حصلت، وهو في ضمان غيره كذلك مسألتنا بما حصلت الزيادة، وهو في ضمان غيره تصدّق بالفضل. وأمّا الدنانير فلا فضل فيها، لأنّه يجوز التفاضل منها وبين الدراهم، فلم يحصل هناك ربح، وفي الدراهم قد حصل الربح، لأنّ الربح هو الذي يحصل له بسبب البيع من غير أن يكون بإزاءه بدل.

آخر كتاب البيوع، والحمد لله وحده، والصلاة والسلام على خير خلقه محمد النبي وعلى آله الطيّبين الطاهرين.[50ب]

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الرهن

قال محمد: وإذا رهن الرجل عبدًا لرجل عبدًا بألف درهم، وقبض المرتهن الرهن، ثم إنّ الراهن باع الرهن من رجل بألف درهم، فالبيع باطل إلّا أن يجيزه المرتهن، فإن لم يجز المرتهن، ولم يبطله القاضي حتى باعه الراهن أيضًا من رجل آخر بألفي درهم، فأجاز المرتهن البيع الثاني، فإنّ البيع الثاني جائز، والبيع الأوّل باطل، والثمن للمرتهن يستوفي منه حقّه، وما بقي فللراهن.

قال أبو بكر: الأصل في هذا الباب: أنّ الراهن ليس له إبطال حقّ المرتهن في الحبس، فإذا عقد عليه عقدًا كان عقده موقوفًا على إجازة المرتهِن في الحبس[2128]، فإن أبطله بطل، وإن أجازه نظر فيما أجازه، فإن كان عقدًا له فيه حقٌّ جاز وكان أحقّ من الراهن بالعوض حتى يستوفي دينه، وإن كان ما أجازه عقدًا لا يثبت له فيه حقّ خرج العبد من الراهن لرضاه بذلك، وجاز تصرّف الراهن، وإذا كان ذلك على ما وصفنا، ثم أجاز المرتهن البيع الثاني، فإنّ مذهب محمد أنّه أولى بثمن المبيع إذا أجازه من الراهن، وإذا كان كذلك فله في كلّ واحد من البيعين حقّ، فأيّهما أجازه جاز، لأنّ الثمن يكون رهنًا في يده إن توى على المشتري توى من ماله بعد إجازة البيع، وإذا كان له في كلّ واحد من البيعين حقّ، فأيّهما أجازه جاز.

[2128] الجنس.

قال أبو بكر: قال أبو خازم: وهذا قول محمد. وأمّا [51أ] في قول أبي يوسف: فلا حقّ للمرتهن في ثمن الرهن بعد الإجازة إلّا أن يشترط أن يكون الثمن رهنًا.

قال: فإن أجاز البيع الأوّل أو الثاني، واشترط رجوع الثمن إلى الراهن جاز البيع الذي أجازه المرتهن، وإن لم يشترط ذلك، ثم أجاز، فإن أجاز الأوّل فينبغي في قول أبي يوسف أن يجوز ولا يكون الثمن في الرهن، وإن أجاز الثاني فينبغي ألّا يجوز الثاني والأوّل، لأنّ إجازته للثاني إذا لم يشترط فيه أن يكون الثمن رهنًا لا يكون فيها إبطال للرهن، لأنّه لم يخرج الرهن عن يده، ولم يجز البيع الثاني فيه، فالإجازة باطل، والرهن عليه حاله.

قال أبو خازم: ولو كان الراهن دفع الرهن إلى المشتري الثاني، ثم أجاز المرتهن البيع الثاني كان في قياس قوله: ألّا يجوز البيع الثاني، ويجوز البيع الأوّل، لأنّ المرتهن فسخ الرهن بالإجازة حيث كان في يد الراهن، فجاز البيع الأوّل، وبطل الثاني، لأنّ كلّ واحد من البيعين لو جاز لبطل به الرهن في قياس قوله.

قال أبو بكر: وممّا يحتجّ به لأبي يوسف في أنّ إجازته للبيع لا يوجِب له في قياس قوله[2129]: "حقّ الرهن في الثمن [لا يكون] إلّا بالشرط"، أنّ العبد يخرج بالبيع من الرهن عندهم، والثمن فهو مال آخر غيره، فلا يصير رهنًا إلّا بالشرط.

فإن قال قائل: لو قتل العبد في يديّ المرتهن، فأُخِذت قيمته كانت رهنًا، وإن كانت القيمة غير العين.

قيل له: لأنّ العبد لم يخرج بالقتل من الرهن، وبالبيع يخرج. ألا ترى أنّه لو رهنه عبدًا [51ب] قيمته ألف درهم، فنقص في السعر، ثم قُتل وقيمته مائة أنّ الدين كلّه يبطل عن الراهن، ويستوفي المرتهن المائة قضاءًا من دينه. ولو بِيع بإذن الراهن كان الثمن رهنًا يستوفيه، وما بقي من الدين فهو باقٍ في ذمّة الراهن.

قال أبو بكر: ومن الحجّة لقول محمد: أنّ حقّ المرتهن يثبت في الثمن كثبوته في العين. والدليل على ذلك: أنّ المرتهن بعد الموت أحقّ بثمنه من سائر الغرماء، فثبت بذلك حقّ الحبس[2130] من جهة الرهن، يوجب ثبوته في الثمن. والجواب عن هذا الفصل لأبي يوسف: أنّه لم يستحقّ الثمن بعد الموت لأجل أنّه رهن، لأنّه لو لم يكن رهنًا لبِيع له في دينه حتى يستوفيه من ثمنه. وإنّما الرهن يوجب أن يكون أحقّ به من سائر الغرماء. فأمّا ثبوت الحقّ في الثمن بعد الموت فإنّ ذلك يثبت لكلّ غريمٍ إلّا أنّ المرتهن يُبدأ به عليهم.

قال محمد: ولو كان الراهن باعه أوّلًا من رجل بألف درهم، فلم يجزه المرتهن، ولم ينقض القاضي البيع حتى رهنه الراهن عند رجل آخر بألف درهم له عليه، فأجاز المرتهن، ولم ينقض القاضي البيع حتى رهنه الراهن عند رجل آخر بألف درهم له عليه، فأجاز المرتهن الرهن، ودفع الراهن الرهن إلى المرتهن الثاني، فإنّ الرهن الثاني لو صحّ، وقد

[2129] الناسخ شطب عليه، ولكن يبدو من إثباته.
[2130] الجنس.

رضي بإخراج العبد من يده، وفي ذلك إسقاط حقّه، وفي سقوط حقّه عن الرهن جواز البيع. ألا ترى أنّه لو أدّى الدين، وقلّ الرهن جاز البيع لسقوط حقّ [52أ] المرتهن، ولا يكون المرتهن أخذ الثمن رهنًا من قِبل أنّ البيع لم يجز بإجازته، وإنّما جاز بخروج الرهن عن يده وبطلان حقّه عنه.

قال محمد: وكذلك لو كان الراهن أخّر العبد بعد البيع، فأجازها المرتهن جاز البيع الأوّل، وانتقضت الإجازة.

قال أبو خازم: وهذا وهمٌ إلّا أن يكون أراد أنّ الراهن سلّمه إلى المستأجر، ثم أجاز المرتهن الإجازة، لأنّ إجازة المرتهن للإجازة إذا كان الرهن في يده لا يكون نقضًا للرهن، وإنّما ينتقض الرهن بأن يقبضه الراهن برضا المرتهن. ألا ترى أنّ المرتهن لو قال: "قد نقضت الرهن"، ثم رجع عن ذلك كان له أن يحبسه إذا لم يكن قد سلّمه إلى الراهن، فإجازته للإجارة والرهن في يده كقوله: "قد نقضت الرهن"، فلا ينتقض.

قال أبو بكر: وإنّما لم يكن للمرتهن حقّ في الإجازة من قبل أنّ الرهن مقبوض لاستيفاء الدين، وحقّ الاستيفاء يتعلّق بمعنيين: إمّا بأداء المال أو بالبيع، ألا ترى أنّه يباع له بعد الموت. وأمّا الأجرة فلا يوجب له عقدُ الرهن حقًّا فيها، ألا ترى أنّه لا يؤجّر[2131] لأجل الدين، ويباع لأجل. وأيضًا فإنّ الأجرة ليست بدلًا عن الرقبة، وإنّما هي بدل عن المنافع، ولا حقّ للمرتهن في منافعه، وكذلك لا يستحقّ بدلها. [52ب] وأمّا الثمن فهو بدل من الرقبة، وحقّ المرتهن ثابت في رقبته من جهة الجنس، فثبت في بدلها.

قال محمد: وكذلك لو وهب الراهن الرهن بعد البيع، فأجاز المرتهن الهبة، ودفعها إلى الموهوب له جاز البيع الأوّل، وانتقضت الهبة، ويكون الثمن في هذه الوجوه كلّها للراهن ليس للمرتهن منه شيء.

قال أبو بكر: لأنّ المرتهن لمّا لم يكن له حقّ في الهبة، فإجازته لها إنّما هو إخراج للرهن من يده، وفسخ للعقد فيه، فيجوز البيع، ولا يأخذ المرتهن الثمن، لأنّ البيع لم يجز بإجازته إنّما جاز بمناقضة الراهن الرهن وإسقاط حقّه منه.

باب من الرهن أيضًا

قال محمد: وإذا رهن الرجل عبدًا لرجل جاريةً بألف درهم يساوي ألفًا، فولدت ولدًا يساوي خمسمائة، فقتلهما[2132] جميعًا عبدٌ يساوي ألفًا، فدفع بهما، ثم ذهبت عينه، وجاء الراهن افتكّه[2133]، فإنّه افتكّه[2134] بأربعة أسباع الألف.

قال أبو بكر: الأصل في هذا الباب: أنّه يجب اعتبار قيمة الرهن يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكاك، فيقسم الدين على ذلك. والأصل فيما يدفع بالرهن من العبد الجاني أن يكون مقسومًا على قيمة الرهن وعلى قيمة الولد يوم الجناية، فما لاقى

[2131] لا يواجر.
[2132] فقبلهما.
[2133] بعتكه.
[2134] فانه بعتكه.

الأمّ قام مقامها، وما لاقى [53أ] الولد قام مقامه وكلّ بعضٍ دخل في الولد، فإنّه لا يسقط به من الدين شيء، والدين يكون مقسومًا على قيمة الولد ناقصًا، وعلى قيمة الأمّ يوم العقد، وذلك لأنّ هلاكه لا يوجب سقوط شيء من الدين، فكذلك هلاك بعضه. وإذا كان الأمر على ما وصفنا رجعنا إلى مسألتنا فقلنا: إنّ العبد لكان مدفوع بالأمّ والولد على الثلثين والثلث، لأنّ قيمة الأمّ ألف وقيمة الولد خمسمائة، وقد بيّنا أنّ الدفع يقع على مقدار قيمتهما يوم الجناية، فكانت حصّة الأمّ من العبد ستمائة وستة وستين وثلثين، وصفة الولد ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، فلمّا ذهبت عينه ذهب من الولد نصفه، فلم يسقط به من الدين شيء لما بيّنا، وبقي من العبد حصّة الولد مائة وستة وستون وثلثان، فكأنّ الولد لم يكن قيمته إلّا ذلك، لأنّا قد بيّنا أنّه إنّما يعتبر قيمته يوم الفكاك، ويعتبر قيمة الأمّ يوم الرهن، وهي ألفٌ، فيكون الدين مقسومًا على ذلك، فالألف ستّة أسهم، والمائة والستة والستون والثلثان سهم واحد، فيُقسم جملة الدين على سبعةٍ، ستةُ أسباعه حصّةُ الأمّ، وسبعه حصّة الولد، فلمّا ذهبت عين العبد ذهب منه ممّا قام مقام الأمّ نصفه، وذلك ثلاثة من سبعة من جملة الدين، ويبقى [53ب] من حصّة الأمّ من الدين ثلاثة أسهم، وسهم واحد حصّة الولد، فذلك أربعة أسباع الدين، فلذلك قال: "بعتُكَهُ بأربعة أسباع الألف".

مسألة

قال محمد: وإذا كان رهن الرجل عند الرجل جارية بألف درهم تساوي[2135] ألف درهم، فولدت ولدًا يساوي ألفًا، ثم قتلت الأمَّ جاريةٌ تساوي[2136] مائة، فدفعت بها فإنّ الرهن على حاله.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ القاتلة قائمة مقام الأمّ قلّتْ قيمتها أو كثرت، ولا يسقط شيء من الدين لنقصان قيمة القاتلة عن قيمة الأصل، هذا أصلهم في ذلك، وخالفهم فيه زفر، فقال: "يسقط من الدين بمقدار ما نقص من قيمة القاتلة عن قيمة الأصل"، وشبّهَه بالقاتل لو كان حرًّا، فغرم قيمتها، وقد نقصت السعر حتى صارت يساوي مائة درهم، إنّ المرتهن يستوفي هذه المائة، ويبطل باقي دينه. وفرّق أصحابنا بين أن يغرم القيمة دراهم وبين أن يدفع بها القاتل. والفرق بينهما: أنّ المدفوع قد يمكن استيفاء الدين منه بحالٍ. ألا ترى أنّه قد يجوز أن يزيد قيمته أو يشتريه مشترٍ بالألف كلّها، وإذا كان كذلك وكان المدفوع قائمًا مقام الأصل صار نقصان قيمته عن قيمة الأصل كنقصان السعر، ونقصان السعر لا يذهب به من الدين شيء. وأمّا إذا [54أ] غرم قيمتها دراهم، فمعلوم أنّه لا يمكن أن يستوفي من مائة أكثر منها، فصار ما عداها ما بينهما وبين قيمة المقتولة تاويًا من الأصل، فذهب به من الدين.

قال محمد: فإن ولدت هذه الجارية ولدًا يساوي ألفًا، ثم اعورّت الجارية ذهب من الدين جزء من أربعة وأربعين جزءًا من جميع المال.

[2135] يساوي.
[2136] يساوي.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ ولد الجارية الأولى لما كانت قيمته مثل قيمة أمّه انقسم[2137] التي تساوي[2138] مائة الأمّ، فدفعت بها قامت مقامها انقسم الدين فيهما نصفين، فلمّا قتلت الجارية التي تساوي[2139] مائة الأمّ، فدفعت بها قامت مقامها، فصار ما في الأمّ فيها، وهو خمسمائة، فلمّا ولدت ولدًا يساوي ألفًا انقسمت تلك الخمسمائة فيها، وفي ولدها على أحد عشر، وذلك لأنّا نُراعي حالها مع ولد الأولى كأنّها أمة المقتولة، وفيها خمسمائة، ويعتبر قيمة ولدها هي يوم الفكاك، وقيمتها هي يوم دخلت في الرهن، وليس ولدها، وإن كانت هي قد قامت مقام الأولى بمنزلة ولد الأولى، ولا يدخل مع الأولى، وإنّما يدخل مع أمّها، لأنّه بعضها، وتابعٌ لها، وليس هي نقصًا للأولى، فلا يكون حاله حال ولد الأولى، وإذا كان ذلك كذلك وجب أن ينقسم الخمسمائة من الدين التي فيها وفي ولدها على أحد عشر، لأنّ قيمة الولد ألف، وهي عشرة، وقيمة الأمّ [54ب] مائة، وهو واحد، فإذا كانت الخمسمائة التي في المدفوعة أحد عشر وجب أن يكون الخمسمائة التي في الولد الأوّل أحد عشر أيضًا، فيكون الدين كلّه اثنين وعشرين سهمًا في الأمّ القاتلة من ذلك جزء من اثنين وعشرين جزءًا من جميع الدين. فلمّا اعورّت ذهب نصف ما فيها من الدين، وهو نصف جزء، فيضعف الاثنين والعشرين لئلّا يقع فيه كسرٌ، فصار ذلك كلّه أربعة وأربعين سهمًا، سهمان من ذلك في الأمّ بما ذهبت عينه بطل نصف السهمين، وهو جزء واحد من أربعة وأربعين جزءًا من جميع الدين.

قال أبو خازم: وأمّا أبو يوسف فيجعل الولدين جميعًا كولدي المرهونة، ويجعل المدفوعة تقوم[2140] مقامها، فيقسم الدين على ثلاثةٍ، ثلثٌ في المدفوعة، وفي كلّ واحد من الولدين الثلث، فلمّا اعورّت ذهبت بعورها من الدين السدس.

وأمّا في قياس قول زفر: فينبغي أن يكون في المدفوعة قبل أن تلد نصف عُشر الدين، لأنّ الأصليّة كان فيها نصف الدين، وفي ولدها مثل ذلك، فلمّا دفعت بها أمَة[2141] تساوي[2142] مائة، وقد كانت تساوي[2143] ألفًا، ذهب من الأصليّة تسعة أعشارها، وبقي فيها العشر من نصف الدين، وفي ولدها نصف الدين، فلمّا ولدت المدفوعة ولدًا انقسم ما فيها من الدين على قيمة ولدها يوم بيعت، وعلى قيمتها يوم دفعت، فما أصابها من ذلك بطل نصفه بالعور [55أ] وافتداء الراهن ما بقي من الرهن بما بقي من الدين.

قال محمد: فإن قتلهم جميعًا عند قيمته ألف درهم، فدفع بهم، فذهبت عينه، ولم يكن الأمّ ذهبت عينها قبل جناية العبد عليها، فإنّ الألف الدين يقسم على ستة وعشرين سهمًا، فيرفع من ذلك خمسة أسهم من ستة وعشرين سهمًا، وذلك حصّة ما بقي ممّا دفع بالولد الأوّل من العبد، فيرجع به المرتهن على الراهن، ويبقى من الألف أحد وعشرين جزءًا من ستة وعشرين جزءًا من حصّة الأمّ الآخرة وولدها من العبد، فيقسم الواحد والعشرون جزءًا على سبعة أسهم وعُشرُ سهمٍ،

[2137] + الأولى لما كانت قيمته مثل قيمة أمّه انقسم، صحّ هامش.
[2138] يساوي.
[2139] يساوي.
[2140] يقوم.
[2141] امّة.
[2142] يساوي.
[2143] يساوي.

فما أصاب خمسة أسهم من ذلك، وهو حصّة الولد الآخر، فهو ثابت على الراهن يؤدّيه إلى المرتهن، وما أصاب سهمين وعُشرًا فهو حصّة الأمّ المدفوعة بالأمّ الأولى، وقد ذهب نصف ذلك بذهاب عين العبد، فيذهب من الرهن نصف ما أصاب هذين السهمين، والعشر من الواحد وعشرين سهمًا، ويؤدّي ما يفي.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ العبد قبل الاعورار دفع منه جزءًا من أحد وعشرين جزءًا بالمدفوعة، وعشرة أجزاء منه بولد المدفوعة، وعشرة بولد الأصلية، لأنّه جنـى على ثلاثة أشخاص قيمة أحدهم ألف والثاني ألف والثالث مائة، فكانت القسمة على قدر القِيَم، فلمّا اعورّ بعد الدفع ذهب ممّا قام منه مقام ولد الأصليّة خمسة أجزاء، وبقيت خمسة أجزاء، فيقسم الدين على قيمة الأمّ الأصليّة [55ب] يوم ذهبت، وهي إحدى وعشرون، لأنّ قيمتها كانت يومئذ ألفًا، وقد جعلنا الألف بدءًا أحد وعشرين، وعلى ما يقوم مقام ولدها من العبد، وذلك خمسة أجزاء، فما أصاب خمسة أجزاء من ستة وعشرين جزءًا من الدين، فهو فيما يقوم من العبد مقام ولد المرهونة الأصليّة، وما أصاب أحد وعشرين فهو في المرهونة الأصليّة، ثم يحول إلى المدفوعة، فيقسم على قيمتها يوم دفعت وعلى ما يقوم مقام ولدها يوم الفكاك، وذلك خمسة أجزاء من أحد وعشرين من ألف، وقيمة المدفوعة جزءان وعُشر، لأنّ قيمتها عُشرُ ألفٍ فيما يحول من الأصليّة إلى المدفوعة، وهو أحد وعشرون جزءًا من ستة وعشرين جزءًا من الدين يقسم على سبعة وعُشر، فما أصاب خمسة أسهم من ذلك، ففيما يقوم من العبد مقام ولد المدفوعة، وما أصاب جزئين وعُشر فهو في ولد المدفوعة، ثم يحول إلى ما يقوم مقامها من العبد، ثم يبطل نصفه بالعور، ويقبل الراهن العبد الأعور بما بقي من الدين بعد الذي يطرح منه على ما فسّرنا.

قال أبو بكر: قال أبو خازم: وأمّا على قول أبي يوسف ينبغي أن يدفع العبد بالأشخاص الثلاثة، فيقوم جزء منه مقام المرهونة الأصليّة، وعشرة أجزاء يقوم مقام ولد المرهونة الأصليّة، وعشرة يقوم مقام ولد المدفوعة، ثم يبطل نصف ذلك بالعور، تبقى عشرة أجزاء من الولدين، ويذهب عشرة، ولا فرق عنده بين ولد الأصليّة وولد المدفوعة، ففي قياس قوله: يقسم الدين على أحد وثلاثين، فما أصاب [56أ] عشرة من ذلك كان فيما يقوم مقام الولدين من العبد، وما بقي من الدين بعد ذلك يذهب نصفه بعور الجزء الذي قام مقام المرهونة، يفتك[2144] الراهن الرهن بما بقي.

مسألة

قال محمد: وإذا رهن الرجل عند الرجل جارية تساوي[2145] خمسمائة درهم يدها، فدفعت بها، ثُم[2146] ثَّم ولدت كلّ واحدة من الجاريتين ولدًا يساوي خمسمائة، ثم إنّ عبدًا قتل الأربعة جميعًا، وهو يساوي ألفًا، فدفع بهم، ثم ذهبت عين العبد، فإنّ الراهن يفتك[2147] العبد بسبعة وعشرين جزءًا من خمسة وأربعين جزءًا من جميع الألف.

[2144] بعتك.
[2145] يساوي.
[2146] ثَم.
[2147] بعتك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الولد الأوّل كانت حصّته بعد ذهاب عين العبد مائة وخمسة وعشرين، لأنّ العبد دفع بهم أرباعًا بكلّ واحد منهم مائتين وخمسين منه، فلمّا ذهبت عينه ذهب نصف ما قام مقام كلّ واحد منهم، فبقي من الولد الأوّل مائة وخمسة وعشرون، فكأنّ قيمته لم يكن إلّا ذلك، ويُنظر إلى قيمة الأمّ الأوّل يوم دخلت في الرهن، وهي ألف، وما حصل من قيمة ولدها، وهو مائة وخمسة وعشرون، فيقسم الدين عليها، فيصيب الولد من ذلك التُّسع، لأنّا جعلنا الألف ثمانية والمائة والخمسة والعشرين واحدًا، وبقيت حصّة الأمّ ثمانية أتساع، نصفها في الأمّ ونصفها في القاطعة، فما أصاب القاطعة فمقسوم فيها، وفي ولدها مائة وخمسة وعشرون، وحصّة الأمّ خمسمائة، لأنّها كذا كانت [56ب] قيمتها يوم دخلت في الرهن، فتكون[2148] هذه الأربعة الأتساع التي فيها مقسومة على خمسة، فيأخذ مالًا له خُمس وتُسع، وهو خمسة وأربعون، فهذا هو جميع الدين من ذلك حصّة الولد الأوّل خمسة، ويبقى أربعون حصّة الأمّ منها عشرون، وحصّة القاطعة عشرون، والعشرون التي في القاطعة مقسومة عليها وعلى ولدها، حصّة ولدها من ذلك الخمس وهو أربعة، يبقى حصّة الأمّ ستة عشر، وحصّة الأمّ الأصليّة عشرون، فذلك ستة وثلاثون، لمّا اعورّ العبد ذهب نصف ذلك، وهو ثمانية عشر، وبقي ثمانية عشر نصف إليه حصّة الولدين، وهو خمسة للولد الأوّل وأربعة للولد الثاني، فيكون جميع ذلك سبعة وعشرين سهمًا من خمسة وأربعين سهمًا من جميع الدين.

فإن قال قائل: فلمَ لا جعلت القاطعة بمنزلة ولدٍ للأولى، لأنّها بدل عن بعضها.

قيل له: لأنّها قائمة مقام اليد باقية، ألا ترى أنّها لو كانت منيعة، فقطعت جارية يدها، فدُفعت بها أنّ حصّة القاطعة من الثمن نصفه قلّت قيمتها أو كثرت، ولو كانت ولدت في يد البائع قسم الثمن على قيمتها وقيمة ولدها، فكذلك هذا في الرهن.

مسألة

قال محمد: وإذا رهن الرجل عند الرجل جارية بيضاء إحدى العينين وقيمتها ألف بألف، فابيضّت عينها الصحيحة، فصارت عمياء تساوي[2149] مائتي درهم، فقد ذهب أربعة أخماس الدين، فإن ذهب [57أ] البياض عن العين التي كانت في الأصل بيضاء لم يرجع ممّا بطل من الدين قليلٌ ولا كثير.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ هذه زيادة البدن لا يصحّ عقد الرهن عليها على الانفراد، ولم يكن في أصل الرهن، فلا حكم لها، لأنّ الرهن إنّما يتعلّق حكمه بالشيء من أحد وجهين:

- إمّا أن يعقد عليه في الأصل، فيدخل فيه بجميع أبعاضه وأتباعه.

[2148] فيكون.
[2149] يساوي.

- أو أن يكون زيادة منفصلة عن الأصل يصحّ العقد عليها على الإنفراد لو قصد إليه، فيدخل فيه. فأمّا زيادة البدن بعد حصول الرهن فلا يتعلّق بها حكم.

قال محمد: فإن ضرب رجل عينها هذه، فعاد بياضها على حالة غرم ما نقصها، وهو ثمانمائة درهم من قيمتها، والقيمة ألف، فصارت العين كولدٍ ولدته قيمته ثمانمائة درهم، فيكون حصّة الأمّ خمسة أتساع الدين.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ قيمة الأمّ كانت ألف درهمٍ يوم الرهن، والأرش ثمانمائة، فالأمّ خمسة، والأرش أربعة، فيقسم الدين الذي فيها على ذلك، فلمّا ضرب رجل عين الأمّ التي كانت صحيحةً في الأصل نقصها أربعة أخماسها، فيبطل ممّا فيها من الدين أربعة أخماسه، ويبقى واحد فيها وأربعة في الأرش، فيفتكهما[2150] الراهن بخمسة أتساع الدين.

قال محمد: فإن كان الذي ضرب عينها، فعاد بياضها عبدًا يساوي ألف درهم، فدفع به كان بمنزلة ولد ولدتْه يساوي ألف درهم، فإن أراد الراهن فكهما[2151] افتكهما ثلاثة أخماس الدين.

قال أبو بكر: [57ظ] من قِبل أنّ الدين انفسخ فيهما نصفين، وذهب بذهاب عينها أربعة أخماس ما فيها، فيجعل كلّ واحد منهما خمسة ذهب ممّا في الأمّ من الدين أربعة أجزاء، وبقي جزء واحد، وخمسة أجزاء باقية في العبد المدفوع، فذلك ستة أجزاء من عشرة أجزاء، وهو ثلاثة أخماس جميع الدين.

مسألة

قال محمد: وإذا رهن الرجل عند الرجل جارية تساوي ألف درهم بألف درهم، وهي بيضاء إحدى العينين، فذهب البياض، فصارت تساوي ألفين[2152]، ثم إنّ العين التي لم يكن بيضاء ابيضّت، فصارت تساوي ألفًا، فإنّه لا ينظر إلى ذهاب البياض عن العين التي كانت في الأصل بيضاء، ويُنظر إلى ما نقصها بياض العين الأخرى الذي ذهبت لو كانت العين البيضاء على حالها، فإن كان ذلك نقصها لو كانت العين التي كانت في الأصل بيضاء على حالها، فإن كان نقصها أربعة أخماس القيمة ذهب أربعة أخماس الدين.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّ زيادة البدن لا يتعلّق بها حكم الرهن، فإذا كان كذلك صارت كأنّها بيضاء العين على حالها، لأنّ ارتفاع البياض زيادة في البدن حادثة، فلا يُعتدّ بها، فلذلك كان الأمر فيه على ما وصفنا. وإذا ضرب تلك العين ضاربٌ فغرم أرشها صار ذلك كولد ولدته، لأنّ تلك الزيادة قد انفصلت، فثبت حكمها، ودخلت في الرهن، إذ لا يمتنع إفرادها بالعقد.

مسألة

[2150] فبعتكهما.

[2151] بعتكهما.

[2152] + ألف درهم بألف درهم وهي بيضاء إحدى العينين فذهب البياض فصارت تساوي ألفين، صحّ هامش.
+ ألفين.

قال محمد: وإذا رهن الرجل عند الرجل جارية قيمتها ألف درهم بألف درهم، فولدت ولدًا يساوي ألفًا، ثم أنّ جاريةً قيمتها مائة درهم قتلت الأمّ، فدفعت بها، ثم إنّ المدفوعة [58أ] ولدت ولدًا يساوي ألفًا، فقتلت الولدين والمدفوعة جارية تساوي[2153] ألفًا، ثم ولدت ولدًا يساوي ألفًا بعدما دفعت بالجناية، ثم ماتت المدفوعة، وبقي ولدها، وجاء الراهن يفتك[2154] هذا الولد، فإنّ الألف الذي يُقسم على أحد وثلاثين سهمًا، فما أصاب عشرة أسهم من ذلك فهي حصّة الولد الأوّل من هذا الولد الحيّ، فيؤدّيه الراهن إلى المرتهن من الألف الدين، ثم يقسم الواحد والعشرين سهمًا التي بقيت من الألف على اثني عشر سهمًا وعُشر سهم، فما أصاب عشرة أسهم من ذلك فهي حصّة الولد الثاني من هذا الولد، فإنّه على الراهن أيضًا يؤدّيه إلى المرتهن، ثم ينظر إلى حصّة هذين السهمين، والعُشر من الواحد والعشرين سهمًا، فيُبطل نصفه عن الراهن، ويؤدّي النصف الآخر.

قال أبو بكر: الوجه في تقدير هذه المسألة أن يقول: إنّ الدين، وهو الألف انقسم بدءًا في المقتولة الأولى وولدها نصفين، فصارت حصّة الأمّ خمسمائة، وحصّة الولد خمسمائة على شرط السلامة، فلمّا قتلت الأمّ جاريةً قيمتها مائة درهم، وولدت ولدًا قيمتها ألف قاما جميعًا مقام المقتولة الأصليّة، فانقسم نصف الدين الذي كان فيها على المدفوعة وعلى قيمة ولدها على شرط السلامة، وذلك أحد عشر، لأنّ قيمة الأمّ مائة وقيمة الولد ألف، فلمّا قتلهما وولد المقتولة الأصليّة، وقيمته ألف جارية تساوي ألفًا، فقد قتلت ثلاثة أشخاص قيمتهم ألفان ومائة، وذلك أحد وعشرون سهمًا، [58ب] فدفع شخصها بهم، فصارت هي وقيمتها ألف درهم في معاملة الجناية على أحد وعشرين سهمًا، فلمّا ولدت ولدًا يساوي ألفًا صارت تبعًا للأمّ، وقيمته مثل قيمة الأمّ، فجعلناه أيضًا أحد وعشرين سهمًا، فقد دفع من القاتلة الأخيرة بولد المقتولة الأولى عشرة أسهم، وبالمدفوعة سهم، وبولدها عشرة أسهم، وكذلك ولد القاتلة، فلمّا ماتت القاتلة صار ما دُفع سهمًا بالأولاد كأنّه لم يكن، وصار ما دفع منها بالأصل أو ما قام مقام الأصل ذهب بذهابه من الدين بقسطه، فبدأنا بمعاملة المقتولة الأولى وولدها، لأنّها الأصل.

قلنا: فحصّة ولد القاتلة الثانية من الولد المقتولة الأولى عشرة أسهم، وحصّة أمّه وما دفع ناسيًا بها أحد عشر سهمًا، فكأنّ الزيادة لم يكن قطّ إلّا ما لاقاه، لأنّ الولد يراعى يوم الفكاك، وحصّة الأم أحد وعشرون كأنّه الألف، لأنّ يراعى يوم الرهن، فصار أحد وثلاثين سهمًا، فيفتك[2155] حصّة ولد المقتولة الأصليّة من هذا الولد الباقي بعشرة أسهم من أحد وثلاثين سهمًا، فهذه هي القسمة الأولى التي بين المقتولة الأصليّة وولدها. ثم جئنا إلى قسمة ثانيةٍ بين المدفوعة الأولى وولدها، فقلنا: كان الذي دفع من القاتلة الثانية بها سهم، وبولدها عشرة، فكذلك قسمة ولد القاتلة الثانية فيما حصّتها، لأنّ سهمًا كان بها، وعشرة بولدها، فالذي دفع [59أ] من القاتلة بولد كأنّه لم يكن، لأنّها قد ماتت، والذي دفع منها بالمدفوعة يذهب من الدين بحسابه، وكانت حصّة المدفوعة من القاتلة سهم أو من ولدها سهم، فذلك سهمان من أحد وعشرين،

[2153] يساوي.
[2154] بعتك.
[2155] فبعتك.

فكأنّ المائة كلّها التي هي عشرة الآلاف[2156] موجودة، وإن كان ما دفع به أقلّ، لأنّه يُراعى قيمتها يوم صارت رهنًا، وهو يوم الدفع، فإذا كانت حصّة ولد المدفوعة من الباقي عشرة من أحد وعشرين، فحصّة أمّه عُشر الألف، وهو سهمان وعشر سهم، فصار اثني عشر سهمًا وعشر، فيفتك[2157] حصّة ولد المدفوعة بعشرة أسهم من اثني عشر سهمًا وعشر التي هي أحد وعشرون من أحد وثلاثين من الولد الباقي، وبقي سهمان وعشر حصّة المدفوعة بطل من ذلك النصف بموت القاتلة، وبقي سهم ونصف عُشر سهم من اثني عشر، وعُشر التي هي أحد وعشرون من أحد وثلاثين التي هي حصّة الأمّ الأولى، فبيّنا إنّ الذي بطل من الدين سهم ونصف عُشر من اثني عشر وعُشر التي هي أحد وعشرون التي هي حصّة الأمّ الأصليّة من أحد وثلاثين الذي هو جميع الدين.

باب من الرهن بين الشركاء الذي يرجع بعضهم على بعض

قال محمد: وإذا كان لرجل على رجلٍ ألف درهم، وله على رجل آخر مائة دينار قيمتها ألف وخمسمائة درهم، فرهناه بذلك عبدًا بينهما نصفين [59ب] رهنًا واحدًا بجميع حقّه، فمات العبد في يديه، وقيمته ألفا درهم، فإنّ العبد يذهب من الدنانير بثمانين دينارًا، ويذهب من الدراهم بثمانمائة درهم، ويرجع بالباقي عليهما، ويرجع الغريم الذي كان عليه الدراهم على الغريم الذي كان عليه الدنانير بأربعين دينارًا، ويرجع الذي كان عليه الدنانير على الذي كان عليه الدراهم بأربعمائة درهم.

قال أبو بكر: لمّا كانت قيمة العبد من جملة الدين مقدار أربعة أخماسه وجب أن يصير المرتهن مستوفيًا بهلاك الرهن لأربعة أخماس حقّه، وذلك من الدنانير ثمانون دينارًا، ومن الدراهم ثمانمائة درهم، ويرجع على كلّ واحد منهما بخُمس حقّه، ثم قد علمنا أنّه استوفى ذلك من عبد بينهما نصفين، فاستوفى من صاحب الدنانير ثمانين دينارًا نصفها من نصيبه من العبد، ونصفها من نصيب صاحبه، فيرجع عليه صاحبه بذلك، وهو أربعون دينارًا، واستوفى من الآخر ثمانمائة درهم، نصفها من نصيبه من العبد، ونصفها من نصيب صاحبه، فيرجع صاحبه عليه بذلك، وذلك أربعمائة درهم.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا كان له على رجل ألف درهم وخمسمائة درهم، وكان له على آخر ألف درهم، وكان على آخر خمسمائة درهم، فوهبوه بذلك عبدًا بينهم أثلاثًا رهنًا واحدًا، وقبضه، وقيمته ألفا درهم، فهلك في يده، فإنّه يهلك بألفي درهم.

قال أبو بكر: قد علمتَ أنّ مقدار قيمة الرهن من الدين مثل ثلثيه، فيصير [60أ] مستوفيًا بهلاكه ثلثي دينه من كلّ واحد منهم، ويرجع على كلّ واحد منهم بثلث دينه، فهذا فيما بينهم وبين المرتهن. ثم نجيء إلى معاملة ما بينهم بعضهم مع

[2156] الألف.
[2157] فبعتك.

بعض، فنقول: إنّ صاحب الألف والخمسمائة قد يسقط من دينه ألف درهم استوفى ثلثها من نصيبه، وثلثيها من نصيب صاحبيه، [و]قد[2158] علمت أنّه[2159] استوفى كلّ واحد ثلاثة أتساع الألف، واستوفى صاحب الألف ثلثي الألف، وذلك ستة أتساع الألف ثلثها من نصيبه، وهو التُّسعان، وثلثاها من نصيب صاحبيه من نصيب كلّ واحد منهما تسعان، واستوفى صاحب الخمسمائة ثلثي الخمسمائة، وذلك ثلاثة أتساع الألف تُسع من نصيبه وتسعان من نصيب صاحبيه، فقد استوفى من نصيب كلّ واحد منهما التسع، فقد بانَ لنا الآن أنّ صاحب الألف والخمسمائة استوفى من نصيب صاحب الألف ثلاثة أتساع الألف، واستوفى صاحب الألف من نصيبه تُسعي الألف، فيصير ذلك قصاصًا بتُسعين من الثلاثة الأتساع التي استوفاها صاحب الألف والخمسمائة من نصيبه، ويبقى له عليه تسع الألف، فيرجع به عليه.

ثم قد علمتَ أنّ صاحب الألف والخمسمائة استوفى من نصيب صاحب الخمسمائة ثلاثة أتساع الألف، وصاحب الخمسمائة استوفى من نصيبه تُسعًا، فيقع به القصاص، ويبقى له عليه تُسعا الألف، ثم قد استوفى صاحب الألف تُسعي الألف من نصيب صاحب [60ˇ] الخمسمائة، وصاحب الخمسمائة استوفى من نصيبه تُسعًا واحدًا، فيقع قصاصًا، ويبقى له عليه تسع واحد، فيرجع به عليه.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا كان له على رجل خمسون دينارًا قيمتها خمسمائة درهم، وكان له على رجل آخر خمسمائة درهم، فرهناه بها عبدًا بينهما نصفين يساوي ألفًا، فقبضه، فمات في يده بطل الدين عنهما، ويرجع صاحب الدراهم على صاحب الدنانير بخمسة وعشرين دينارًا، ويرجع صاحب الدنانير على صاحب الدراهم ثمانين وخمسين درهمًا، ولا يهلك نصيب كلّ واحد منهما من العبد بالدين الذي عليه خاصّة دون صاحبه، لأنّ نصيب كلّ واحد منهما رهن بجميع الدين.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لو كان نصيب كلّ واحد منهما رهنًا بدينه خاصّة دون دين صاحبه لحصل رهنًا مَشاعًا، ولا يجوز الرهن المشاع عندهم. ألا ترى أنّه لو كان لرجل واحد فرهنه عند رجل على أنّ نصفه بخمسمائة، ونصف الآخر بخمسمائة لم يصح الرهن، فكذلك إذا كان لرجلين فغير جائز لواحد منهما أن يرهن نصيبه دون نصيب صاحبه. وأمّا وجه الرجوع من بعضهم على بعض فهو على ما بيّنا، وهو أنّ صاحب الدراهم أوفى المرتهن خمسمائة نصفها من نصيبه ونصفها من نصيب صاحبه، فما قضى به دينه من نصيب صاحب غرمه له، وكذلك صاحبه فيما قضاه من ماله.

[2158] قد.

[2159] + أنه.

باب من الرهن الذي [61أ] يبطل فلا يكون خصمًا

قال محمد: وإذا ادّعى رجل على رجل ألف درهم قرضًا، فجحدها المدّعى عليه، ثم صالح المدّعي من ذلك على خمسمائة درهم، وأعطى المدّعى عليه بذلك رهنًا يساوي خمسمائة، فضاع عنده، ثم تصادقا أنّه لم يكن عليه شيء، فإنّ على الذي هلك الرهن في يديه أن يردّ على الآخر خمسمائة درهم.

قال أبو بكر: الأصل في هذا الباب: أنّه متى قبض الرهن عن مال مضمون في الظاهر كان الرهن مضمونًا، وإن تبيّن في الثاني أنّ المال لم يكن مضمونًا بدءًا. والدليل على أنّه يكون مضمونًا: إذا قبضه عن مال مضمون في الظاهر، وإن لم يكن هناك في الحقيقة مالًا مضمونًا[2160] أنّ رجلًا لو ادّعى على رجل ألف درهم، فأنكر المدّعى عليه بذلك، ثم صالحه على خمسمائة درهم، وقبضها، وهلكت عنده، ثم تصادقا أنّه لم يكن له عليه شيء أنّ الخمسمائة المقبوضة يكون مضمونة على قابضها إذ كانت مقبوضةً على دين مضمون في الظاهر، وإن لم يكن هناك ضمان في الحقيقة. ألا ترى أنّ ما قبضه عن بيع فاسد أو عن سوم يكون مضمونًا، وإن لم يكن هناك بيع صحيح.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا أودع رجلًا ألف درهم، فزعم المستودِع أنّ المال قد ضاع عنده أو زعم أنّه قد دفعه إلى صاحبه، فلم يقرّ به صاحبه، ثم اصطلحا من المال على خمسمائة درهم، فأخذ ربّ المال بالمال رهنًا من المستودع فضاع عنده، ثم تصادقا أنّ الوديعة هلك أو قبضها صاحبها، فليس على المرتهن ضمان في الرهن في قياس قول أبي يوسف. وأمّا في قول [61ب] محمد: فإنّ الراهن يرجع على المرتهن بخمسمائة درهم.

قال أبو بكر: من أصل أبي يوسف: أنّ الصلح باطلٌ على هذا الوجه، ولم يلزم المصالح به شيء، فكان قبض الرهن عنده على غير مال مضمون في الظاهر، فلم يكن مضمونًا. وجه قوله في بطلان الصلح: أنّه لمّا قال: "قد هلكت الوديعة"، فقد برئ بقوله، ولم يدّع المودّع علمه استهلاكًا أو ضمانًا، فيقع الصلح عن دعواه، فصار قوله في ذلك كالبيّنة إذا قامت على الهلاك. ألا ترى أنّه لو مات بعد ذلك لم يكن الوديعة دينًا في ميزانه، وإنّه لو لم يكن قال هذا القول، ولم يعرف الوديعة بعينها كانت الوديعة دينًا في ماله إذا مات.

فإن قال قائل: أليس لو ادّعى عليه دينًا، وهو جاحد له، ثم صالح جاز صلحه، وإن كان بريئًا من دينه في الظاهر.

قيل له: لا يشبه هذا الوديعة من قِبل أنّ السبب الذي يقع عنه الصلح قد وقعت البراءة منه، وهو الوديعة. وأمّا ابتداء دعوى المال فلم يكن هناك سبب حكم بوقوع البراءة من أجله، فكان الصلح مجهولًا فيه على الصحّة.

[2160] مال مضمون.

وقال محمد: الصلح جائز، لأنّ دخوله معه في الصلح اعترافٌ منه بجوازه، فيحمل أمره على الصحّة، ولا يحمله على الفساد ما لم يظهر لنا ما يوجب ذلك الصلح على الإنكار.

قال أبو بكر: وكان أبو الحسن يقول: يُحتجّ[2161] لمحمد أنّ المودِع لم يبرأ بقوله: "قد هلكت الوديعة" إلّا بعد أن يحلف. والدليل على ذلك: أنّ المودِع لو كان عدلًا ثقةً عند المودع، فأراد يمينه، فنكل عنها، وسعه أن يأخذ منه قيمة الوديعة، فلو كان قوله: [62ٰ] يوجب براءته ما وسعه أن يأخذ منه شيئًا عند النكول.

فإن قال قائل: ما أنكرت أن يكون الرهن مضمونًا على أيّ وجه قبضه عن مال مضمون أو غير مضمون، كما أنّ المبيع أبدًا يكون مضمونًا على المشتري بالقبض سواء كان هناك بيع صحيح أو سوم.

قيل له: لا يشبه الرهن البيع، لأنّ[2162] ضمان المبيع على المشتري هو ضمان نفسه بقيمته، فلا اعتبار بوجود البدل فيه في باب صحّة الضمان بالقبض، وضمان الرهن هو ضمان غيره، فإذا لم يكن هناك مالًا[2163] يكون مضمونًا به في الظاهر لم يكن مضمونًا، وإذا أخذه على مال مضمون في الظاهر كان مضمونًا بذلك المال.

فإن قال قائل: فلو قبض الرهن على أن يقرضه كان مضمونًا، وإن لم يكن هناك ضمان في الحال في الظاهر ولا في الباطن.

قيل له: من قِبل أنّ أخذه على شرط ضمان صحيح فكان مضمونًا كما يأخذ المبيع على وجه السوم، فيكون مضمونًا.

مسألة

قال محمد: ولو اشترى من رجل عبدًا بألف درهم، وقبضه، وأعطى بالألف رهنًا يساوي ألفًا، فهلك الرهن عند المرتهن، ثم قامت البيّنة أنّ العبد حرّ[2164]، واستُحِقّ ضمن المرتهن الرهن.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه قبضه على مال مضمون في الظاهر.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا استأجر نائحة أو معيّنة بأجرٍ معلومٍ، وأعطاها بالأجر رهنًا لم يكن مضمونًا.

قال أبو بكر: لأنّه قبضه عن مال غير مضمون في الظاهر، وهو قابض له بأمره، فلم يضمنه.

مسألة

[2161] يحتجا.
[2162] لا.
[2163] مال.
[2164] حرًّا.

قال محمد: ولو أنّ رجلًا دفع إلى رجل ألف درهم مضاربةً أو وديعةً، [62ب] فادّعى صاحب المال أنّ المضارب أو المستودِع استهلك المال، فلم يصدّقه المضارب أو المستودع، ولم يكذبه حتى صالحه من المال على خمسمائة درهم، وأعطاه بها رهنًا يساوي خمسمائة، فضاع الرهن، ثم تصادقا أنّ المضاربة والوديعة قد هلكتا، فإنّ الراهن يرجع على المرتهن بخمسمائة، ولا يشبه هذا الوجه الأوّل إذا صالحه، ولم يذكر هلاكًا، فالصلح جائزٌ، والرهن المأخوذ عنه مضمون، لأنّ المال مضمون في الظاهر بصحّة الصلح.

قال أبو بكر: هذا الاختلاف بينهما فيه، لأنّ المودِع لم يَبرأ ممّا ادّعاه ربّ المال، لأنّه لم يقل: "إنّها هلكت". ألا ترى أنّه لو مات قبل التصديق أو التكذيب كانت الوديعة دينًا في ماله، فالظاهر أنّ الوديعة قائمة في يده حتى يقرّ بالهلاك، فلذلك جاز الصلح.

قال محمد: وإن ادّعى المستودع أو المضارب هلاكًا قبل الصلح، وادّعى ربّ المال أنّ المضارب أو المستودع استهلك المال قبل الصلح، ثم صالحه، فالصلح باطلٌ في قول أبي يوسف الأوّل، وضمِن في القول الآخر وقولنا.

قال أبو بكر: جملة مسائل الباب من هذا الجنس ينقسم ثلاثة أقسام:

- أحدها: أن يدّعي المستودع هلاكًا، ولم يقرّ به المودع، فهي على الخلاف يجوز الصلح فيها في قول محمد، ولا يجوز في قول أبي يوسف.
- والثاني: أن يدّعي المودع الاستهلاك أو ربّ المال، ولم يصدّقه المستودع أو المضارب ولم يكذّبه، فيجوز الصلح في قولهم من قِبل أنّ المضارب لم يدّع الهلاك، ولم يبرأ من المال.
- والثالث: أن يدّعي المضارب الهلاك [63أ] قبل الصلح، ويدّعي ربّ المال الاستهلاك، فلا يجوز الصلح في قول أبي يوسف الأوّل، ثم رجع، فقال: يجوز، وهو قول محمد.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ مسلمًا اشترى من مسلمٍ خمرًا بدرهم واحدٍ منه رهنًا بدرهم يساوي درهمًا، فهلك الرهن لم يضمن، وكذلك الخنزير.

قال أبو بكر: وهذا على ما بيّنا.

قال محمد: ولو أنّ رجلًا مسلمًا اشترى من مسلم خلًّا بدرهم، وأعطاه بالدرهم رهنًا قيمته مثل الدرهم، فهلك في يده، ثم على أنّ الخلّ خمر ضمن للمرتهن درهمًا، فكذلك الشاة المذبوحة إذا وجدها ميّتةً، والعبد المبيع إذا وجده حرًّا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه قبض الرهن عن مال مضمون في الظاهر، فكان مضمونًا على ما تقدّم من بيانه.

باب من الرهن الذي يضمن المرهون فيه قيمته أو جميع الدين

قال محمد: وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم، فرهنه بها عبدًا يساوي ألف درهم، فنقص العبد في السعر حتى صار يساوي خمسمائة درهم، ثم إنّ الراهن أعتق العبد، وهو معسر، فإنّ العبد يسعى في قيمته يوم أعتقه، وهو خمسمائة درهم، فيؤدّيها إلى صاحب الدين، ويرجع بها على مولاه الذي أعتقه، ويضمن المولى لصاحب الدين خمسمائة أخرى.

قال أبو بكر: أحد أصول هذا الباب: أنّ نقصان السعر في الرهن لا يسقط به شيءٌ [63ب] من الدين، لأنّ المقبوض لم يذهب منه شيء، وهو قائم بحاله، وقد يوجد نقصان السعر مع زيادة المرهون في بدنه. ومن الدليل على ذلك: أنّ المبيع لو نقص في السعر في يد البائع لم يحدث للمشتري خيارٌ في نقض البيع، ولو كان نقصًا في البدن كان له الخيار.

وأصل آخر: وهو أنّ كون الرهن مضمونًا بنقض الدين لا يوجب للراهن فكاكه بذلك النقص إذا كان مرهونًا بجميعه، لأنّ في فكاكه بالنقض منع المرتهن ممّا ثبت له من حقّ الحبس[2165] بالعقد.

وأصل آخر: وهو أنّ عتق المولى للعبد يلزمه القيمة بالغة ما بلغت إذا كان موسرًا، لأنّه مستهلك، ولا يلزم العبد إذا كان المولى معسرًا إلّا الأقل من قيمته يوم العتق، وممّا ضاربه به مضمونًا على المرتهن بالقبض.

وإذا كان الأصل في مسائل الباب ما وصفنا قلنا في مسألتنا: أنّ المولى لمّا أعتق العبد كان حكمه أن يضمن قيمته، فلمّا كان معسرًا لا يقدر على أدائها وجب على العبد السعاية للغرماء في قيمته، وإنّما لزم العبد ذلك من قِبل أنّ حقّ الغريم متعلّق برقبته، فكان مثل العبد المعتَق في المرض، وعلى المولى دين أنّه إن كان للمولى مال يؤدّى منه دينه، ويخرج العبد من ثلثه لم يسع العبد في شيء، وإن لم يكن له مال غيره سعى في قيمته لأجل ما تعلّق من حقّ الغرماء برقبته في المرض.

فإن قال قائل: هلّا كان هذا كالعبد المدين[2166] إذا أعتقه المولى أنّ للغرماء أن يرجعوا عليه إن شاؤوا موسرًا كان المولى أو معسرًا.

قيل له: لأنّ الرهن لم يوجب ثبوت الدين في ذمّة العبد، وإنّما تعلّق لهم به حقّ الاستيفاء فقط، فكان [64أ] كالعبد المعتَق[2167] في المرض. وأمّا العبد المدين فقد كان الدين ثابتًا في ذمّته دون ذمّة المولى، وإنّما لزم المولى قيمته حين أعتقه لاستهلاكه إيّاه عليهم، ومنعهم الثمن الذي كانوا يأخذونه بالبيع، وإنّما كان للعبد الرجوع على المولى بما أدّى، لأنّ ذلك ضمان لزمه عنه من جهة الحكم، فثبت له الرجوع عليه. والدليل على صحّة ذلك: أنّ الوارث إذا أدّى دين الميّت من ماله رجع به في مال الميّت، وإن لم يأمره أحد بالضمان غير أنّه لما كان له أن يؤدّي ذلك من جهة الحكم وجب له

[2165] الجنس.
[2166] المديّن.
[2167] للعتق.

الرجوع عليه، فكذلك ما وصفنا، وإنّما غرم العبد خمسمائة درهم، لأنّه إنّما يغرم بدل الرقبة التي حصلت له، وفيها حقّ المرتهن، ولا يغرم ما كان مضمونًا به، لأنّ هذا حكم فيما بين الراهن والمرتهن لا يلزم العبد منه شيء. ألا ترى أنّ غاصبًا لو غصبه، فأتلفه لم يغرم إلّا قيمته خمسمائة درهم، وإن كان مضمونًا بألف درهم.

قال أبو خازم: ومن قول أبي يوسف الآخر لا يكون للمرتهن إلّا ما أخذ من السعاية، ويبطل الفضل من دينه عن الراهن، وكذلك لو نقصت فيه قيمة العبد، فقتله رجل، فغرم خمسمائة أخذها المرتهن، فضامن حقّه، وبطل الفضل، ولو كان السيّد قتل العبد حين نقص في السعر غرم للمرتهن خمسمائة درهم، وكانت رهنًا في يده، وله أن يقبضها من ماله، ويبطل الفضل في قول أبي يوسف.

قال: وفي قول محمد بن الحسن لا يبطل الفضل إذا قتل الراهن العبد، ويبطل إذا قتله أجنبيّ، لأنّ الراهن إذا قتل العبد [64ب] أو أعتقه، فقد أخرجه عن الرهن، فيكون عليه الدين. ألا ترى أنّه لو أخذه من يد المرتهن بغير أمره، وقيمته خمسمائة من نقصان السعر أنّ للمرتهن أن يرجع عليه بدينه.

قال محمد: ولو أنّ العبد الرهن لم ينقص في السعر، ولكنّه قتله عبد يساوي مائة درهم، فدفع مكانه، فإنّه يكون رهنًا بجميع المال لا يفتكه[2168] إلّا بجميع المال، وإن هلك هلك بجميع المال.

قال أبو بكر: وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي قول محمد: للراهن أن يسلّمه للمرتهن بدينه، وإن شاء افتكّه بجميع الدين، وجعله كالعبد المغصوب إذا قتله عبد في يد الغاصب، فدفع مكانه أنّ للمغصوب الخيار في أخذه أو تضمينه قيمة المقتول، وفرّق أبو حنيفة بينهما من جهة أنّ قبْض الرهن لم يوجب له تسليم المرهون، وهو قائم بعينه بدينه، فكذلك ما قام مقامه، وليس كذلك المغصوب، لأنّ العبد المغصوب قد تعلّق الغاصب فيه حكم التمليك بتضمين القيمة، وهذا معنى أوجبه القبض، فله أن يضمنه. وأمّا الرهن فلم يتعلّق به حكم تمليك المرتهن، فليس له أن يملكه ما قام مقامه. وفي قياس قول زفر: يفتك العبد المدفوع بعشر الدين، ويبطل الباقي.

قال محمد: فإن أعتقه الراهن، وهو معسر سعى الغلام في قيمته مائة درهم لصاحب المال، لا يسعى غير ذلك، ويرجع بها العبد على المولى، ويرجع صاحب المال على المولى بالتسعمائة الباقية.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ نقصان [65أ] قيمة المدفوع عن قيمة المقتول كنقصان السعر في قيمة الرهن لو كان باقيًا، فإذا أعتقه الراهن، وهو معسر سعى الغلام في القيمة، وهو مائة درهم، لأنّها هي قيمة الرقبة التي حصلت له، ورجع صاحب المال على المولى بالتسعمائة كما لو كان العبد الأوّل باقيًا، وقد نقصت قيمته في السعر حتى صارت يساوي مائة درهم،

[2168] لا بعتكه.

فأخذه المولى كان للمرتهن أن يرجع عليه بجميع الدين، ولم يكن لنقصان السعر حكم، فكذلك نقصان قيمة المدفوع عن قيمة المقتول لما كان بمنزلة نقصان السعر كان الأمر فيه على ما وصفنا.

مسألة

قال محمد: وإذا كان لرجل على رجل ألفا درهم، فرهنه بها أمةً تساوي ألف درهم، فزادت في يديها أو في السعر حتى صارت تساوي ألفين، فإنّ المولى لا يفتكها إلّا بجميع المال، ولو هلكت هلكت بألف درهم، وإذا أعتقها المولى، وهو معسر سعت في ألف درهم لا يسعى في غيرها.

قال أبو بكر: وذلك أنّ المقدار المضمون منه كان ألف درهم، فلا يسعى في أكثر من المضمون إذ المعنى الذي تعلّق له به حقّ الاستيفاء هو المضمون منه، وإذا كان كذلك لم يلزمه السعاية في أكثر من المضمون.

فإن قال قائل: أليس لو قتله قاتل، فغرم قيمته ألفي درهم كان المرتهن أحقّ بهما بحبسهما بدينه، فقد ثبت للمرتهن الحقّ في الألف الزائدة على المضمون، فهلّا كان له أن يستسعيَ العبد فيها لما تعلّق له من حقّ الحبس[2169].

قيل له: لا يشبه ضمان الغاصب [65ب] في ذلك ضمان العبد بالعتق، وذلك لأنّ الغاصب إنّما لزمه ألفا درهم، لأنّه استهلك عبدًا هذه قيمته، ثم لمّا كانت هذه القيمة بدلًا عن العبد المرهون ثبت للمرتهن فيه حقّ الاستيفاء كما كان ثابتًا في الأصل، وإذا كان ذلك كذلك كان له حبس[2170] الألفين إلى أن يستوفي الدين. وأمّا العبد نفسه فلم يلزمه ضمان يعتق المولى، وإنّما لزمته السعاية لأجل حقّ المرتهن في الاستيفاء، وحقّ المرتهن ثبت بدءًا في الألف، لأنّ ذلك كانت قيمة، فلا اعتبار بالزيادة الحاصلة، وثبوت حقّ الحبس[2171] في الألفين إلى أن يستوفي لا يوجب ضمان الزيادة إذا لم يكن حقّ الاستيفاء متعلّقًا به في أصل الرهن. ألا ترى أنّ المبيع محبوس في يد البايع لاستيفاء الثمن، فلو أعتقه المشتري، وهو معسر لم يلزم العبد سعاية لأجل ثبوت حق الحبس[2172].

فإن قال قائل: أفليس لو أعتقه المولى، وقيمته ألفان، والدين إلى أجلٍ، غرم المولى ألفين، وإن كان المضمون منه ألف درهم، فقد ضمنته الألف الزائدة لأجل حقّ الحبس[2173]، فهلّا ضمنت ذلك العبد أيضًا.

قيل له: لا يشبه المولى العبد في هذا الوجه، وذلك أنّ المولى لو كان موسرًا لَحِقَه ضمان العبد المعتَق، ولم يلزم العبد شيء، فلم يجب أن يعتبر لزوم ضمان العبد ضمان المولى.

[2169] الجنس.
[2170] جنس.
[2171] الجنس.
[2172] الجنس.
[2173] الجنس.

قال محمد: ولو لم يرد قيمتها، ولكنّها ولدت ولدًا يساوي ألفًا، فأعتقهما المولى جميعًا، وهو معسر سعيا في ألف درهم [66أ] لم يسعيا في غيرها.

قال أبو بكر: وذلك بيّناه زيادة البدن.

قال محمد: وكذلك لو قتلهما عبد يساوي ألفي درهم، فدفع بها، فأعتقه المولى سعى في ألف درهم.

قال أبو بكر: وهذا أيضًا كزيادة البدن.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا رهن رجلًا عبدًا يساوي ألفًا بألفين، فزاد الغلام حتى صار يساوي ألفين، ثم دبّره المول،ى وهو معسرٌ، فإنّ العبد يسعى في جميع الدين.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه كان مرهونًا بألفين، وقد ثبت للمرتهن فيه حقّ الحبس[2174] إلى أن يستوفيهما، ولم يخرج العبد بالتدبير عن ملك المولى، وإنّما منع بالتدبير البيع، واستيفاء الدين من ثمنه، فكان له أن يستسعيه في الألفين إن هو مالٌ للمولى قد ثبت له فيه حقّ الاستيفاء.

قال محمد: فإن لم يسع العبد في شيء حتى أعتقه المولى بعد التدبير، وهو معسر سعى في جميع الدين أيضًا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ العبد حصلت له رقبة قيمتها ألفان، وقد ثبت للمرتهن قبل ذلك حقّ استيفائهما منها، فلم يسقطها عنه العتق.

قال محمد: ولو لم يرد قيمته حتى دبّره سعى في جميع الدين أيضًا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه مرهون بالألفين، فقد تعلّق حقّ الغرماء بالسعاية فيهما، لأنّها مال للمولى. ألا ترى أنّه لو كان عبدًا غير مدبّر، فبيع بألفين استوفاهما [66ب] المرتهن، لأنّه مال للمولى داخل في الرهن، فلذلك سعى فيهما.

قال محمد: فإن أعتقه المولى بعد ذلك، وهو معسر سعى في قيمته ألف درهم لا يسعى في أكثر من ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لم يحصل له بالعتق إلّا رقبة قيمتها ألف مضمونة بألف.

قال محمد: فإن زادت قيمته بعد التدبير حتى صارت ألفين، ثم أعتقه المولى سعى في ألفين.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه قد حصلت له رقبة قيمتها ألفان فيها حقّ استيفاء الألفين.

[2174] الجنس.

فإن قال قائل: فلو لم يدبّره المولى بدءًا، ولكن أعتقه بعدما صارت قيمته ألفين، لم يسعَ[2175] إلّا في ألف درهم، وهو ما كان مضمونًا به، فهلّا كان ذلك حكمه بعد التدبير.

قيل له: الفرق بينهما: أنّ العبد قد لزمته السعاية في ألفين بالتدبير، وقد ثبت ذلك حقًّا للغريم في الاستيفاء، فلمّا أعتقه بعد التدبير، وقيمته ألفان حصل للعبد رقبة قد ثبت فيها حقّ استيفاء الألفين، وهي قيمتها، فضمن ألفين.

قال محمد: ولو لم ترد قيمته شيئًا حتى سعى في ألف، وبقيت ألف، ثم أعتقه المولى، وهو معسر سعى في قيمته.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الألف استوفاها من سعاية هي مال للمولى، ثم أعتقه، وفي رقبته حقّ استيفاء ألف، وذلك قيمته، فسعى فيها.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ عبد الرجل أقرّ عليه مولاه باستهلاك ألف درهم، [67أ] وقيمته[2176] ألف درهم، والعبد ينكر ذلك، ثم إنّ العبد نقص في السعر حتى صار يساوي مائة درهم، ثم أعتقه مولاه لم يسع العبد إلّا[2177] في مائة درهم مقدار قيمته يوم أعتقه.

قال أبو بكر: هذا على ما بيّنا من مسائل الرهن إلّا في وجهين: أحدهما: إنّ العبد لا يرجع على مولاه بما سعى فيه، لأنّ الدين على العبد ليس على المولى فيه شيء، ويستوي فيه يسار المولى وإعساره، وإنّما كان ذلك كذلك من قِبل أنّ إقرار المولى إنّما يجوز في ملكه، ولا يجوز في ملك غيره، فالذي يملكه المولى من العبد قيمته مائة درهم، فلمّا أعتقه لزمه مقدار ما أقرّ به المولى في ملكه، وهي المائة، لأنّ الرقبة قد حصلت له.

قال محمد: ولو كان أقرّ عليه بألف درهم، وقيمته مائة درهم، ثم زادت قيمته حتى بلغت ألف درهم، ثم أعتقه سعى الغلام في قيمته يوم أعتق.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لمـّا زادت قيمته بعد إقرار المولى في الزيادة، لأنّها في ملكه، وإن لم يكن موجودة يوم الإقرار كمن أقرّ بعبدٍ لزيد في ملك غيره، ثم ملكه، فينفذ إقراره فيه، فكذلك ما وصفنا. وكذلك هذا في المسألة الثانية إذا قتله عبد، فدفع به، وقيمته مائة درهم أو ألف درهم، فهو على هذه العبرة. [67ب]

[2175] لم يسعى.
[2176] وقيمة.
[2177] إلى.

باب من الرهن وغيره يباع بوكالة القاضي

قال محمد: وإذا استعار الرجل من الرجل جاريةً ليرهنها من رجل بألف درهم له عليه، فأعارها إيّاه، فرهنها منه، ثم إنّ المستعير هلك، ولم يدع مالًا، فأراد الغريم أن يبيع الجارية حتى يستوفي حقّه بموت صاحبه، فإنّ القاضي لا يبيع الرهن في دين المرتهن حتى يفتكّها المعير صاحب الجارية.

قال أبو بكر: الأصل في هذا الباب: أنّ بيع الرهن لا يجوز إلّا بتسليط المالك عليه، فلمّا لم يكن من المعير إذن في بيع الرهن، وهو المالك لم يكن للمرتهن بيعه لأجل موت المستعير. ألا ترى أنّ المستعير لو أراد بيعه في حياته لم يكن له ذلك، فالمرتهن أحرى ألّا يجوز ذلك له بموت المستعير.

قال محمد: فإن قال صاحب الجارية: "أنا ابتعتها، وأوفيته الثمن، وأنّا للمرتهن أن يبيع حتى يستوفي حقّه"، فإنّ القاضي ينظر في ذلك، فإن كان في الرهن وفاء بحقّ المرتهن أو كان في ذلك فصلٌ عن حقّه باع الرهن، فإن فاء المرتهن حقّه، وأخذ ما بقي المعير صاحب الجارية، وإن لم يكن في الجارية وفاء بحقّ المرتهن لم يجيز المرتهن على بيعها حتى يُوَفّى حقّه.

قال أبو بكر: إذا لم يكن فيه وفاء بالدين لم يجيز المرتهن على البيع، لأنّ المرتهن قد ثبت له حقّ استيفاء الدين [68أ] من الجارية، وقد يجوز أن تريد الجارية مستوفى منها جميع دينه، فكان له حقّ الحبس[2178] حتى يُوفّى دينه.

فإن قال قائل: لم لا كان للمرتهن بيع الجارية بعد موت الراهن من حيث أوجب المعير ذلك له، كما أنّ الراهن لو كان هو المالك، فمات كان للغريم أن يبيعه في الدين.

قيل له: أنّ عقد الرهن لا يوجب البيع. ألا ترى أنّه ليس له بيعه في حياة الراهن مع صحّة الرهن، وإنّما كان له أن يبيعه بعد موت الراهن لزوال ملكه بالموت وثبوت حقّ الغرماء في البيع واستيفاء الدين من التركة، فكان المرتهن أحقّ بأن يباع له في سائر الغرماء. وأمّا إذا كان المعير حيًّا، فالمالك حيّ باقٍ، ولم يتعلّق لأحد حقّ البيع في ماله، فهو كحياة الراهن إذا كان هو المالك، ولا يكون للمرتهن بيعه. وأمّا إذا كان في الرهن وما يدين المرتهن، وأراد المعير بيعه، فله ذلك، لأنّ حقّ الغريم إنّما هو في استيفاء دينه، فإذا أمكنه الوصول إليه بالبيع لم يكن له أن يمتنع منه.

قال محمد: ولو لم يمت الراهن، ومات المعير صاحب الجارية، وعليه دينٌ، والمستعير حاضر، فإنّ القاضي ينظر في ذلك، فإن كان الراهن موسرًا أخذ منه الدين، وردّ الجارية على المعير، فسعت في الدين إن كان عليه دين.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ استيفاء الدين من الراهن ممكن فلا سبيل إلى بيع الجارية.

[2178] الجنس.

قال محمد: [68ب] وإن كان الراهن معسرًا كانت الجارية رهنًا في يد المرتهن على حالها، فإن أراد غرماء المعير، وورثته أخذ الجارية لم يكن لهم ذلك حتى يؤدّوا الدين الذي للمرتهن على الراهن.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المعير لم يكن له ذلك في حياته، فغرماؤه وورثته أحرى أن لا يكون لهم ذلك.

قال محمد: فإن اجتمع غرماء المعير وورثته على بيع الجارية حتى يوفّوا المرتهن حقّه، فإن كان في الجارية وفاء لحقّ المرتهن سعت الجارية، فيستوفي المرتهن حقّه، وكان ما بقي لغرماء المعير، ولو كان فيها وفاء فأراد غرماء المعير أو أراد ذلك ورثة المعير، وأيّ ذلك الغرماء بيع الجارية. وأبى ذلك الغرماء لم تُبع[2179] الجارية حتى يجتمعوا جميعًا، وكذلك لو مات المعير والمستعير جميعًا كان ذلك بمنزلة موت المعير في جميع ما وصفتُ لك.

قال أبو بكر: وإنّما شرط في البيع رضاء الورثة وغرماء المعير جميعًا من قِبل أنّ للغرماء أن يقولوا: "نترك الرهن في يديّ المرتهن حتى يؤدّي الراهن دينه، ثم نأخذه، فنبيعه في ديننا"، والورثة أيضًا يقومون في ذلك مقام المعير، لأنّ الدين الذي يباع العبد من أجله ليس هو دين المعير، وإنّما هو دين الراهن، فكما أنّ المعير لو كان حيًّا كان له أن يمنع بيع العبد، فكذلك ورثته.

قال أبو بكر: قال أبو خازم: قوله: "أنّه لا يباع العبد حتى يجتمع غرماء المعير وورثته" إذا كان فيه وفاء بالدين إنّما يريد به إذا لم يف ثمن العبد بدين المرتهن ودين المعير، [69أ] فمتى كان الثمن أقلّ من الدينين لم يبع العبد حتى يجتمعوا كلّهم على بيعه من قِبل أنّه لو بيع لكان ثمنه من تركة المعير، وليس للوارث أن يدفع شيئًا من تركة الميّت إلى المرتهن، وعلى المعير دين، ولو أراد الغريم أن يباع العبد للمرتهن، وقال: "آخذ الفضل، وإن كان أقلّ من حقّي"، فللوارث منعه من ذلك، لأنّ الغريم يريد أن يقضي من مال المعير دينًا ليس عليه، فللوارث أن يمنع منه. وأمّا إذا وفّى ثمن العبد بالدينين، فأراد الوارث بيعه ليقضي الدينين، فله ذلك، وليس للغرماء أن يمنعوه، لأنّه يوفّيهم حقّهم على الكمال.

قال أبو بكر: وإنّما كان للمعير أن يرجع على المستعير بما استوفاه للمرتهن من عنده، لأنّه قضى دينه من ماله بأمره، وذلك بمنزلة قوله: "ائذَنْ لي في قضاء ديني من مالك أو أقرضْني [من] عندك لأقضي به ديني، وائذَنْ لي في شراء جارية زيد يفيدك لنفسي"، فيجب عليه بدله في هذه الوجوه كلّها، فكذلك إذا استوفى المرتهن دينه من مال المعير رجع به على المستعير.

[2179] لم يبع.

باب من الرهن والجناية عليه

قال محمد: ولو أنّ رجلًا قطع يد جارية رجلٍ قيمتها ألف درهم، فصارت قيمتها خمسمائة، ثم إنّ المولى رهن الجارية بخمسمائة، فماتت في يديّ المرتهن من قطع اليد، [69ب] فإنّ الرهن بما فيه، ويرجع الراهن على القاطع بنصف قيمة الجارية في ماله حالًّا، وذلك خمسمائة درهم.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المرتهن قبضها مضمونة، فلمّا هلكت هلكت بالضمان، وسقط دين المرتهن، وموتها من الجناية لا يسقط ضمانها عن المرتهن، وذلك لأنّ هلاك الرهن لمـّا كان يوجب سقوط الدين بإزائه صار كالبيع الذي يحصل للبائع به بدل المبيع، فلمّا كان البيع بُرأَه من الجناية كذلك الراهن بمثابته.

فإن قال قائل: إنّما سقط حكم السراية بالبيع لزوال ملك البائع وانتقاله إلى المشتري، والرهن لا يزيل ملك الراهن، فمن أين اشتبها.

قيل له: وجه اشتباهها أنّ المبيع بإزائه ثمن، وكذلك الرهن بإزائه دين يسقط بهلاكه، فلمّا اشتبها من هذا الوجه وجب الجمع بينهما في الحكم من الوجه الذي ذكرنا. والدليل على أنّ المعنى في إسقاط حكم السراية ليس له إزالة الملك دون ما ذكرنا أنّ هذه الجارية لو غصبها غاصب، فماتت في يده من الجناية كان ضامنًا لها، وكان حصول ضمانها على الغاصب بالغصب مسقِطًا لحكم السراية، وإنْ لم يملكها الغاصب بالقبض.

قال محمد: ولو أنّ الجارية لم تمت من القطع في يد المرتهن حتى ولدت ولدًا يساوي خمسمائة درهم، ثم ماتت، وبقي ولدها، فإنّ ولدها يبقى بنصف الخمسمائة الدين، وتذهب[2180] الأمّ بنصف الخمسمائة، ويرجع الراهن على القاطع [70أ] بأرش اليد، وذلك خمسمائة، ويرجع عليه أيضًا ثمانين وخمسين درهمًا، فيدفعها إلى المرتهن، فيكون رهنًا مع الولد.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الدين انقسم فيها وفي ولدها نصفين، فبقي فيها منه مائتان وخمسون، وهلكت بها، وهلك بُضعها بغير ضمان كأنّه كان وديعةً في يده، لأنّه لم يسقط بهلاكه من الدين شيء، فيرجع به على الجاني، لأنّ إيداع العبد المجني عليه لا يسقط حكم السراية، وحصّة الأمانة فيها كالوديعة، وحصّة الضمان وهو النصف يسقط حكم السراية فيه عن الجاني، وكذلك ما رجع به على الجاني من حصّة الأمانة يكون المرتهن أولى بحبسه[2181]، لأنّه بدل عمّا قد ثبت له

[2180] ويذهب.
[2181] بحبسه.

فيه حقّ الحبس[2182]. ألا ترى أنّه لو قتلها قاتل كان المرتهن أولى بحبس[2183] قيمتها المضمون منها، والأمانة لثبوت[2184] حقّ الحبس[2185] له في الأصل.

قال محمد: فإن هلكت المائتان والخمسون التي قبض المرتهن فإنّها تهلك بغير شيء.

قال أبو بكر: وذلك لأنّها أمانة في يده كما كان الأصل المأخوذ عنه ذلك أمانة.

قال محمد: ويبقى الولد رهنًا بمائتين وخمسين درهمًا على حاله.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ موت الجارية لم يغيّر حكم الولد عمّا انقسم عليه من الدين.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن يحكي عن محمد أنّه قال في موضع آخر: إذا بقي الولد وماتت الأمّ رجع على الجاني بسبعمائة وخمسين درهمًا [70ب] خمسمائة منها حصّة اليد، ومائتان وخمسون حصّة النفس، ويكون خمسمائة من ذلك على عاقلة الجاني من قِبل أنّ المائتين والخمسين التي وجب الرجوع بها ممّا هلك في يد المرتهن وجب ضمانها من جهة النفس، فيكون على العاقلة، وما عداها من اليد وهو نصفها مائتان وخمسون أيضًا على العاقلة. ألا ترى أنّ رجلًا لو قطع يد عبد رجل وجب عليه أرشها في ماله، فإن سرتْ إلى النفس وجبت النفس كلّها على العاقلة، فكذلك ما عدا النفس من اليد يجب أن يكون على العاقلة في مسألتنا.

قال محمد: فإن هلك الولد بعد ذلك غرم المرتهن المائتين والخمسين التي قبض، فيردّها على الراهن، ويردّها الراهن على القاطع.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الولد بها مات صار كأنْ لم يكن، فهلكت الأمّ بالدين كلّه، وقد بيّنا أنّ حصول الاستيفاء منها يسقط حكم السراية، فصار في الحكم كان الاستيفاء كان حاصلًا بموت الأمّ، وإن لم يحكم به إلّا عند موت الولد، وهذا كما يقول في رجل حفر بئرًا في طريق المسلمين، ثم مات، وترك عبدًا لا مال له غيره، فأعتق الوارث العبد، ثم وقعت في البئر دابّة، فماتت أنّ على الوارث قيمة العبد، وصار الميّت جانيًا عند الوقوع بالحفر المتقدّم، فكان الجناية كانت موجودة في الحكم يوم أتلف الوارث العبد بالعتق، فلزمه ضمان قيمته، وكذلك [71أ] الولد لمـّا مات صار المرتهن مستوفيًا لدينه من الأمّ، فسقط حكم السراية بمقدار ما حصل به الاستيفاء.

[2182] الجنس.
[2183] بجنس.
[2184] + لثبوت.
[2185] الجنس.

فإن قال قائل: أليس من أصلكم: أنّ الراهن لو زاد المرتهن في الرهن بعد موت الأمّ، والولد باقٍ[2186] أنّ الزيادة جائزة، فإن مات الولد، ثم هلكت الزيادة لم يضمنها، وصار كأنّه قبضها في الابتداء على وجه الأمانة، فهلّا قلتم في المائتين والخمسين التي قبضها المرتهن، فهلكت في يده أنّها أمانة لا يضمنها كما لم يضمن الزيادة بعد هلاك الولد.

قيل له: الفصل بينهما: أنّه أخذ هذه المائتين والخمسين مضمونة للعاقلة، لأنّه أخذها على أنّها أرش الجناية لا على جهة ما يأخذ المرتهن الزيادة من الراهن فإذا أخذها مضمونة للعاقلة، إذ لم يكن بينه وبينهم عقد رهن وجب أن يضمنها لهم، لأنّ الرهن إنّما هو حكم فيما بين الراهن والمرتهن لا يتعلّق من حكم الجاني بشيء. وأمّا الزيادة فإنّه قبضها على شرط سلامة الولد رهنًا، لأنّ الولد حكمه مراعًا، فكذلك ما دخل عليه من الزيادة، فحكمه مراعًا، فإذا خرج الولد من الرهن لم يضمن الزيادة. آخر الرهن..

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشركة

[71ب] **قال محمد**: وإذا اشترك الرجلان أحدهما بألف درهم والآخر بمائة دينار، والمائة دينار قيمتها ألف وخمسمائة درهم، فاشتركا في ذلك شركة غار على أن يشتريا ويبيعا، فما رزق الله تعالى من شيء فهو بينهما على قدر رؤوس أموالهما، فالشركة جائز.

قال أبو بكر: هذه شركة العنان، وهي جائزة من قِبل أنّ الوكالة يصحّ على هذا الوجه. ألا ترى أنه يجوز أن يقول: "اشترِ بألف درهم من مالك عبدًا على أن يكون بيني وبينك"، فإذا جازت الوكالة على هذا الوجه جاز انعقاد الشركة بينهما عليه.

قال محمد: فإن هلك أحد المالين قبل أن يشتري به شيئًا، فإنّما هلك من مال صاحبه.

قال أبو بكر: لأنّه باقٍ على ملكه، ولم يدخل في ضمان صاحبه بعقد الشركة عليه، فيلزمه ضمانه عند الهلاك. ألا ترى أنّه لو قال له: "اشترِ بهذه الألف من مالك عبدًا على أن يكون بيني وبينك" لم يصر الألف في ضمان الآمر، ولا شيء منها، وإن هلك قبل الشراء هلك من مال صاحبه.

قال محمد: وإذا هلك أحد المالين قبل الشراء انتقضت الشركة، فإن اشترى الباقي بماله بعد ذلك شيئًا فإنّما اشترى لنفسه، وكذلك إن اشترى صاحبه فإنّما اشترى لنفسه، وإن بعدها ضمنها.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ الدراهم والدنانير تتعيّن في الشركة، وكان أبو الحسن رحمه الله يحتجّ في ذلك [72أ] بأنّ شركة العنان لمّا كانت عقدًا من العقود، وكانت الدراهم والدنانير يتعيّن بالعقود، وإذا شرطت إعنانها عند أصحابنا

[2186] باقي.

وجب أن يتعيّن فيه. قال: والدليل على أنّ الشركة عقد أنّ كلّ واحد منهما يثبت له على صاحبه حقّ من استحقاق الربح فيها بربح في المال وضمان ما يشتريه. قال: والشركة والبيع سواء في أنّ الدراهم يتعيّن فيهما إلّا أنّها يفارق البيع من جهة أنّ البيع يوجب ضمان الثمن في الذمّة مع التعيين، فلم يبطل البيع بهلاك العين، لأنّ الضمان يخلفها وعقد الشركة لمـّا لم يوجب الضمان لم يبقَ بعد هلاك العين ما يبقى فيه عقد الشركة.

فإن قال قائل: فهلّا كانت كالوكالة، وذلك أنّ رجلًا لو وكّل رجلًا بأن يشتري له عبدًا بهذه الألف، فهلكت الألف قبل أن يقبضها الوكيل لم يبطل الوكالة، والشركة هي في معنى الوكالة أيضًا، لأنّها توجب على واحد منهما ضمانًا بعقد الوكالة كالشركة سواء، فهلّا سويت بينهما في ذلك.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ الشركة عقد يوجب لكلّ واحد منهما على صاحبه حقوقًا، وليست الوكالة بعقد، وإنّما هي إطلاق وإباحة.

فإن قيل: الوكيل أيضًا ثبت له حقّ بالوكالة بأن لا يضمن بالتصرّف [72ب] فيما وَكّل به.

قيل له: هذا لا يوجب أن يكون الوكالة عقدًا، لأنّ من أباح لإنسان استهلاك ماله أو أكله كان قد أثبت له التصرّف بغير ضمان يلحقه، ولم يوجب ذلك أن يكون الإباحة عقدًا، فكذلك الوكالة وإن أثبتت للوكيل حقًّا من هذا الوجه فإنّ ذلك لا يوجب أن يكون الوكالة عقدًا.

فإن قال قائل: فلو قبض الوكيل المال، فهلك في يده بطلت الوكالة، وإن لم يكن عقدًا، فقد عيّنت المال في الوكالة عند القبض، فهلّا عيّنته قبل القبض.

قيل له: لأنّ الأموال قد يتعيّن بالقبوض. ألا ترى أنّ من غصب من رجل دراهم، ثم باعه بها عبدًا تعيّنت الدراهم التي في يده بالبيع، ويصير ثمنًا بحصول القبض فيها، وكذلك هي في الغصوب والودائع ونحوها.

فإن قال قائل: أليست[2187] الشركة مفتقرة في صحّتها إلى نفس الدراهم، لأنّها قد يصحّ من غير تعيينها. والدليل على ذلك شركة الوجوه عقد آخر غير هذه الشركة. ألا ترى أنّه لا يصحّ فيها تفضيل أحدهما على صاحبه في الربح وفي هذه قد يصحّ، وإذا كان كلّ واحد منهما عقدًا خلاف صاحبه لم يجز لنا نقل العقد الذي عقداه فيما بينهما إلى عقد آخر لم يعقداه. ألا ترى أنّهما إذا تعاقدا عقد بيع فلم يصحّ لم يجز لنا أن يجعله عقد هبة.

قال أبو بكر: وأصل آخر يجب اعتباره في الباب، وهو: أنّهما إذا أخرجا مالين، أحدهما ألف درهم، والآخر مائة دينار، [73أ] فإنّهما يملكان السلعة التي يشتريانها على الشركة على مقدار قيمة المالين يوم يقع الشراء، ولا يعتبر قيمتهما يوم وقع عقد الشركة من قِبل أنّ المالك إنّما يقع بالشراء، فيملكان السلعة على قدر ماليهما، لأنّ كلّ واحد من المالين كان

[2187] ليست.

على ملك صاحبه إلى أن وقع الشراء، وإنّما يعتبر في القسمة قيمة الدنانير والدراهم يوم القسمة، لأنّ كلّ واحد منهما ماله ثابت في مال الشركة يستوفيه منه لو كان جنس ماله موجودًا، وليس ضمانه في ذمّة أحد، فيعتبر يوم الضمان.

وأصل آخر، وهو: أنّ ما اشترياه معًا بالمالين، فإنّ ما حصل لأحدهما بشراءه لنفسه لا يكون الآخر وكيلًا له في شراءه مثل أن يشتريا جميعًا غلامًا بالمالين صفقة واحدةً، فإنّ كلّ واحد منهما يكون مشتريًا لنصف العبد بمال نفسه، لأنّه إذا صحّ فعله للشراء لم يصحّ أن يكون الآخر وكيلًا له فيما يولّي هو شراؤه لنفسه، وإذا كان كذلك لم يجب لواحد منهما الرجوع على صاحبه.

مسألة

قال محمد: فإن لم يهلك واحد من المالين حتى اشترى صاحب الألف درهم جاريةً بألف درهم، ونقد المال، وقبض الجارية، ثم إنّ الدنانير هلكت، فإنّها تهلك من مال صاحبها. وأمّا الجارية فهي بينهما على شركتهما.

قال أبو بكر: ملك كلّ واحد منهما قائم في المال الذي أخرجه، والشركة معقودة عليهما على أنّ كلّ ما يشتريه فهو بينهما على قدر رأس ماليهما، فلمّا اشترى صاحب الألف بالألف جاريةً [73ظ] ملكاها على الخمسين، والثلاثة الأخماس، لأنّ ذلك مقدار رأس ماليهما، فلمّا هلكت الدنانير هلكت على ملك صاحبها لما بيّنا من أنّ كلّ واحد من المالين باقٍ على ملك صاحبه، وهلاك الدنانير لا ينقض عقد الشركة في الجارية، لأنّ الملك وقع فيها لكلّ واحد منهما على عقد الشركة، فما دامت باقية، فعقد الشركة فيها صحيح.

قال محمد: والجارية بينهما على شركتهما أيّهما[2188] باعها فبيعه جائز، فإن ربحا أو وُضعا فيها وضيعة اقتسما الثمن على خمسة أسهم ثلاثة أخماس ذلك لصاحب الدنانير، وخُمساه لصاحب الدراهم، ويرجع صاحب الدراهم على صاحب الدنانير بثلاثة أخماس الثمن، وذلك ستمائة درهم.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه كان وكيلًا له في الشراء بدراهمه كرجل قال لرجل: "اشتر هذه الجارية بألف درهم من مالك على أن يكون ثلاثة أخماسها لي وخمساها لك"، ففعل، فتكون[2189] الجارية بينهما على ذلك، ويرجع المشتري على الآمر بحصّته من الثمن، ويقتسمان الثمن لصاحب الدنانير ثلاثة أخماسه ولصاحب الدراهم خمساه، لأنّه بدل جارية هي بينهما على ذلك.

قال محمد: وكذلك لو هلكت الجارية رجع صاحب الدراهم على صاحب الدنانير بحصّته من الثمن، وذلك لأنّها لم يكن في ضمانه، وكان بمنزلة الوكيل في الشراء على ما بيّنا، فيرجع بما ثبت له عليه في ذمّته بالعقد.

[2188] انّهما.
[2189] فيكون.

مسألة

قال محمد: [74أ] وإذا كانت المسألة بحالها، واشترى صاحب الألف جارية بالألف، وقبضها، ونقد الثمن، ثم اشترى صاحب الدنانير بالدنانير غلامًا، وقبضه ونقد الدنانير، فهلك الغلام والجارية، فإنّهما يهلكان من مالهما، ويرجع صاحب الدنانير على صاحب الدراهم بخمسي الدنانير، ويرجع صاحب الدراهم على صاحب الدنانير بثلاثة أخماس الألف.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ ذلك قد ثبت لكلّ واحد منهما على صاحبه بعقد الشراء، وهلاك المالين بعد ذلك لا يسقط عن ذمّة واحد منهما ما ثبت لصاحبه عليه.

قال محمد: وإن لم يشترِ واحد منهما حتى يهلك أحد المالين فيما اشتراه بعد ذلك أحدهما، فإنّما اشترى لنفسه.

قال أبو بكر: لما بيّنا من أنّ الشركة انعقدت على عين المال، فمتى هلك المال لم يبقَ هناك معنى يتعلّق عليه صحّة الشركة، فبطلت، وذلك مثل مال المضاربة إذا هلك فيبطل المضاربة، وما يشتريه المضارب بعد ذلك فهو مُشترٍ له لنفسه.

فإن قال قائل: إذا كانت الشركة عنها وكالة، ثم بطلت[2190] الشركة بهلاك المال، فهلّا بقيت الوكالة على حالها، وجعلتها بمنزلة من قال لآخر: "اشترِ لي بألفك هذا عبدًا بيني وبينك".

قيل له: إنّه لم يوكّله وكالة مفرَدةً عن الشركة، وإنّما كانت وكالة معلّقة بالشركة كالمضاربة، فلمّا لم يكن هلاك مال المضاربة [74ب] منفيًا لحكم التوكيل الذي تعلّق بالمال، كذلك هلاك مال الشركة لا يبقى معه حكم الوكالة. ألا ترى أنّ الوكالة المفردة على الشركة لا يجوز فيها تصرّف الوكيل فيما اشترى، ولا يثبت له فيه ربح ولا حقّ ولا الوكالة المتعلّقة بالشركة يثبت معها ربح وتصرّف في المشترى، فبان بذلك أنّ الوكالة التي توجبها الشركة هي غير الوكالة المنفردة عنها.

فإن قال: أليس لو تفاوضا ومالهما سواء، ثم زاد مال أحدهما بطلت المفاوضة[2191]، ولم يوجب[2192] بطلانها إبطال شركة العنان، وإن كانت شركة العنان غير المفاوضة، والحقّ الذي ثبت[2193] لكلّ واحد منهما فيها خلاف ما يثبت في الأخرى.

قيل له: لأنّه لم يخرج عن حكم الشركة بزيادة ماله، لأنّ الربح وسائر حقوق الشركة قائمة بينهما، فالوكالة التي تعلّقت بالمفاوضة قائمة، وإنّما بطلت المساواة في الشركة بزيادة المال، فلذلك صارت شركة عنان.

[2190] نطلت.
[2191] المفاضة.
[2192] ولم توجب.
[2193] ثبتت.

مسألة

قال محمد: ولو كان الشريكان اشتريا بالمالين جميعًا غلامًا صفقة، فقضاه، ونقدا المال جميعًا، ثم هلك الغلام في أيديهما، فإنّه يهلك من مالهما جميعًا، ولا يرجع واحد منهما على صاحبه شيء، ولا يشبه[2194] شراءهما [75أ] صفقة واحدة شراءهما بنصفين، لأنّهما إذا اشتريا صفقةً واحدةً فإنّما اشترى كلّ واحد منهما حصّته بماله كلّه خاصّة.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن يحتجّ في ذلك بأنّه لما كان ثلاثة أخماس العبد مشترًا بالدنانير وخُمساه مشترًا بالدراهم، وكان الحاصل لصاحب الدنانير ثلاثة أخماسه بمقدار حصّته من المال لم يجز لنا أن نوقع قسمتين في نصف مُشاع من العبد، بل يحصل ابتداء العقد من كلّ واحد منهما على ماله دون مال صاحبه هذا إذا اشترياه صفقة واحدة. وأمّا إذا تقدّم شراء أحدهما فإن الشراء قد وقع فيه مُشاعًا على المالين، ووجب للمشتري الرجوع على الآخر، فلا يتغيّر حكمه بشراء الآخر، ويقع شراء الآخر أيضًا بعد ذلك على المالين، فيحصل لكلّ واحد منهما بكلّ واحد من العقدين ملك لم يكن حصل له بالعقد الآخر، وفي الصفقة الواحدة ليس يحصل لواحد منهما من الملك إلّا بمقدار جميع ماله، فيكون مشتريًا بمال نفسه لنفسه، ولا يرجع على شريكه.

فإن قال قائل: هلّا جعلت كلّ واحد منهما مشتريًا لنصف العبد بنصف المالين.

قيل له: لأنّ عاقبته تؤول إلى أن يكون لكلّ واحد منهما من الحصّة في العبد بمقدار جميع ماله، [75ب] فلمّا كان كلّ واحد منهما عاقدًا على جميع ماله جعلنا ملك كلّ واحد منهما في العبد حاصلًا له بشراءه دون شراء صاحبه، لأنّك لو جعلت كلّ واحد مشتريًا للنصف، ثم جعلت بعض ما اشتراه لصاحبه حصل آخر الأمر القسمة على ما ذكرناه، ولا حاجة بنا إلى إيجاب قسمتين في المشاع، بل الأولى أن يكون كلّ واحد منهما مشتريًا بمال نفسه دون صاحبه. وأيضًا فلمّا عقدا جميعًا على المالين في صفقة واحدة فلان يجعله وليّ الشراء بمال نفسه أوْلى من أن يجعله مشتريًا ببعض ماله، ويجعل الآخر وكيلًا له في بقيّة المال، لأنّ ما يتولّاه الإنسان من العقد في مال نفسه لا يجوز أن يكون غيره وكيلًا له فيه بعينه.

مسألة

قال محمد: ولو اشتركا شركة معاوضة أحدهما بألف درهم والآخر بمائة دينار قيمتها ألف درهم، فإن كانت قيمتها سواء فالشركة جائزة، وإن نقصت قيمة أحدهما لم يكن الشركة مفاوضةً.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المفاوضة إنّما هو المساواة، قال الشاعر[2195]:

[2194] ولا تشبه.
[2195] ديوان أبي الأسود الدؤلي.

لا يَصْلُحُ[2196] النَّاسُ فَوضى لا سَراةَ لَهُمْ ولا سَراةَ إذَا جُهَّالُهمْ سَادُوا

فإذا كان كذلك لم يصحّ عقد المفاوضة إلّا أن يتساويا فيما يتعقّد عليه الشركة، وهو المال والتصرّف جميعًا. [76أ]

وقد قيل: إنّ المفاوضة في هذا الموضع معناه التفويض يعني أنّ كلّ واحد قد فوّض أمره إلى صاحبه في التجارة، وأقامه مقام نفسه في التصرّف والضمان والخصومة ونحوها.

قال محمد: فإن اشتركا، وقيمتهما سواء، ثم لم يشتريا حتى زادت قيمةُ الدنانير فقد انتقضت المفاوضة.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّ المفاوضة يقتضي المساواة، وقد زالت قبل الشراء، فكيف يجوز الشراء على المساواة، ورأس المالين غير متساوية. ألا ترى أنّ أحد المالين لو هلك قبل الشراء انتقضت الشركة، وكذلك زيادة أحدهما ينقضي المفاوضة.

قال محمد: ولو كانت أُشتريت الجارية بالدنانير والدراهم على حالها في يد صاحبها فإنّ القياس في هذا أنّ المفاوضة منتقضة، لأنّ الجارية قد صارت بينهما نصفين، والدراهم لصاحبها خاصّة لو هلكت هلكت من مال صاحبها، ولكنّي أستحسنُ أن أجعلهما على المفاوضة على حالها، وأجعل ما اشتريا بالدراهم بينهما نصفين أيضًا.

قال أبو بكر: وجه القياس: ما ذكره محمد من أنّ الجارية بينهما نصفين والدراهم باقية على ملك صاحبها، وصاحبه قد نقد الدنانير في ثمن الجارية، فصار مال أحدهما أكثر من مال الآخر، فيصير كان أحدهما ورث مالًا.

فإن قال قائل: فإنّ لصاحبه عليه حصّته من ثمن الجارية دينًا عليه، فهما متساويان في الملك. [76ب]

قيل له: لا اعتبار بما لصاحبه عليه، لأنّ ذاك دين، وليس يقين، ولا يصحّ عقد المفاوضة ابتداء على الدين، فكذلك لا اعتبار بالدين في مساواة صاحبه فيه. ألا ترى أنّ أحدهما لو ورث دينًا، ثم يفسد المفاوضة حتى يقبض. وجهه الاستحسان، لأنّ عقد المفاوضة والشركة يقتضي التصرّف على الإطلاق بالدنانير على الانفراد وبالدراهم على الانفراد، فلو أفسدنا المفاوضة بالشراء بأحد المالين قبل الآخر كنّا قد نقضنا ما يقتضيه عقد الشركة من التصرّف، وأيضًا فإنّ الناس لا يعقدون بعقد الشركة إيقاع الشراء بالمالين معًا، ولو كلّفوا ذلك شقّ عليهم، وعسى أن يلحق به الضرر في الشراء، فلذلك سقط حكمه، ولم يبطل به المفاوضة.

قال محمد: فإن زادت الدنانير بعدما اشترى بها لم يفسد المفاوضة.

[2196] يصلِح.

قال أبو بكر: لأنّ الدنانير قد خرجت من المفاوضة، وحصلت المفاوضة التي كانت معقودة على الدنانير في الجارية، فلمّا لم يوجب زيادة الدنانير زيادة نصيب أحدهما في الجارية وجب ألّا يُفسد المفاوضة.

قال محمد: وكذلك لو اشتريا بالمالين ثم زاد أحدهما لم يبطل المفاوضة.

قال أبو بكر: وذلك لما وصفنا من أنّ المفاوضة قد حصلت في العين التي بينهما، والدراهم والدنانير قد خرجا [77أ] من المفاوضة. ألا ترى أنّ أحدهما لو اشترى بها شيئًا قبل أن ينقدها البائع لم يقع الشراء على المفاوضة، وكان مشتريًا لنفسه.

مسألة

قال محمد: وإذا اشترك الرجلان شركة عنان، أحدهما بألف درهم والآخر بمائة دينار، وقيمة الدنانير ألف وخمسمائة، فاشتركا على أنّ الربح بينهما نصفين، والوضيعة على المال، فالشركة جائزة.

قال أبو بكر: قد شرط صاحب الدنانير لصاحب الدراهم من نصيبه من الربح السدس، وذلك جائز أن يستحقّه الآخر بعمله كما يستحقّه المضارب.

فإن قال قائل: إذا كان مستحقًّا بالعمل فهو بمنزلة الآخرة، والشريك لا يستحقّ الأجر بعمله فيما هما شريكان فيه، فينبغي ألّا يجوز له استحقاق الربح في مسألتنا، إذ هو شريك في المال كما قال زفر.

قيل له: ليس الربح المستحقّ بالعمل في ذلك على وجه الأجرة، لأنّه لو كان كذلك لا يستحقّه ربح أو لم يربح، ولكان ينبغي ألّا يستحقّ المضارب شيئًا من ربح المال بعد أن حصل شيء من الربح، لأنّه صار شريكًا، فلمّا اتّفقت الأمّة على جواز استحقاق المضارب الربح مع حصول الشركة بزيادة الربح دلّ ذلك على فساد هذا السؤال.

قال محمد: فإن لم يشتريا شيئًا حتى نقصت الدنانير فصارت تساوي ألف درهم، ثم اشتريا بالدنانير جارية، وهلكت الدراهم، فإنّ الدراهم يهلك من مال صاحبها [77ب] والجارية التي اشترياها بالدنانير بينهما نصفين.

قال أبو بكر: إنّما هلكت الدراهم من مال صاحبها، لأنّها كانت على ملكه، وقد بيّنا ذلك فيما تقدّم. وأمّا الجارية فإنّها بينهما نصفين، لأنّا قد بيّنا أنّ الملك يقع لهما يوم الشراء على قدر قيمة رأس المال، ورأس ماليهما كانا سواء، فلذلك كانت الجارية بينهما نصفين.

قال محمد: فإن لم يتضع الدنانير حتى اشتريا بها، ثم اتّضعت بعد ذلك، فصارت تساوي ألفًا، وهلكت الدراهم، فإنّ الدراهم يهلك من مال صاحبها، والجارية بينهما ثلاثة أخماسها لصاحب الدنانير، وخُمساها لصاحب الدراهم، ويرجع صاحب الدنانير على شريكه بخُمسي الدنانير.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ رأس ماليهما وقت الشراء كان مختلفًا، فوقع الملك على قدر قيمة رأس المالين على ما بيّنا. واتّضاع الدنانير لا ينقض الملك في الجارية، لأنّ الشركة قد تعلّقت بعين الجارية. ألا ترى أنّها لو هلكت بطلت الشركة، وإن كانت الدنانير قائمة بعينها لم ينقدها البائع، وهي على ما بيّنا من خروج تلك الدنانير من الشركة.

مسألة

قال محمد: وإذا اشترك الرجلان شركة عنان، أحدهما بألف درهم، والآخر بمائة دينار قيمتها ألف وخمسمائة درهم، فاشتركا على أنّ الربح بينهما نصفين، والوصفة على المال، فاشتريا بالدنانير جاريةً وبالدراهم غلامًا، ثم باعا ذلك كلّه [78أ] بألفي درهم، فإنّ الألفين بينهما على خمسة أسهم ثلاثة أخماسها لصاحب الدنانير، وذلك ألف درهم، ومائتا درهم وخمساها لصاحب الدراهم، وذلك ثمانمائة درهم، ويرجع صاحب الدراهم على صاحب الدنانير بأربعمائة درهم، فيكون في يديه ألف ومائتي[2197] درهم منها رأس ماله، وبقيت سبعمائة درهم، ويرجع صاحب الدنانير على شريكه بخمسين دينارًا، فيستوفيها من رأس ماله، ويبقى من رأس ماله خمسون دينارًا، وقد صار في يديه من الدراهم ألف درهم، ومائتا درهم يستوفي منها تمام رأس ماله خمسين دينارًا، ويستوفي صاحب الدراهم من السبعمائة خمسين دينارًا، ولا يبقى من الربح قليل ولا كثير، لأنّ السبعمائة درهم أقلّ من خمسين دينارًا، ويكون ما بقي من الربح الذي في يد صاحب الدنانير بينهما سهمًا نصفان، فيكون لصاحب الدنانير رأس ماله مائة دينار الذي في يد صاحب الدنانير، ويبقى من حصّته ثلاثمائة درهم وخمسون درهمًا، فيصير بينهما نصفين. وأمّا صاحب الدراهم المائة[2198] لا ربح له في حصّته، ولم يستوف[2199] رأس ماله من حصّته، لأنّه قد وضع في حصّته، وربح صاحب الدنانير في حصّته.

قال أبو خازم: [78ب] جواب المسألة صحيح إلى قوله لصاحب الدنانير ثلاثة أخماس الألفين ألف ومائتا درهم، وخمساها لصاحب الدراهم، وذلك ثمانمائة درهم، وما ذكره بعد ذلك من رجوع صاحب الدنانير على صاحب الدراهم، ورجوع صاحب الدراهم على صاحب الدنانير فاسد لا يصحّ. قال: وسألت زيدًا العمي[2200] عن ذلك، فقال: أوْهم محمد، فجعل عجزُ مسألة على صدر أخرى.

قال أبو بكر: وحكي عن عيسى بن أبان أنّه سأل محمدًا عن هذه المسألة، فقال: هذا الجواب ليس بجواب هذه المسألة، وأخطأ الكاتب فيها. قال عيسى: والجواب الصحيح أنّه يرجع صاحب الدنانير على صاحب الدراهم بأربعين دينارًا، ويرجع صاحب الدراهم على صاحب الدنانير بستمائة درهم، فيصير في يديّ صاحب الدراهم ألف وأربعمائة درهم يدفع من ذلك ستمائة درهم قيمة الأربعين دينارًا التي أغرم لصاحب الدنانير، فيبقى في يده ثمانمائة، فقد خسر مائتي درهم، لأنّه لا ربح لهم حتى يؤدّوا جميع ما لزمهم من الغرم، وحصل في يديّ صاحب الدنانير ألف ومائتا درهم من

[2197] ومائتا.
[2198] مائة.
[2199] ولم يستوفي.
[2200] يدا العمى. أبو الحواري زيد بن الحواري العمي البصري، قاضي هراة (انظر: تهذيب التهذيب لابن الحجر العسقلاني)

الثمن، وأربعون دينارًا قبضها من شريكه، فدفع[2201] من الألف والمائتين ستمائة درهم التي أدّاها إلى شريكه، فيبقى في يديه ستمائة درهم قيمتها أربعون دينارًا أو أربعون دينارًا [79أ] أخذها من شريكه، فيحصل عليه خسران عشرين دينارًا.

مسألة

قال محمد: ولو كانا اشتريا بالمالين جميعًا جارية وغلامًا صفقة واحدةً، ثم باعا ذلك بألفي درهم اقتسما الألفين على خمسة أسهم: ثلاثة أخماسها لصاحب الدنانير، وخمساها لصاحب الدراهم، ولا يرجع واحد منها على صاحبه بشيء.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا فيما تقدّم من أنّ كلّ واحد منهما إنّما اشترى بمال نفسه دون مال صاحبه.

قال محمد: ولو كانا باعا الجارية والعبد بثلاثة آلاف[2202] درهم أخذ صاحب الألف من ذلك رأس ماله، وأخذ صاحب الدنانير رأس ماله مائة دينار، وما بقي فهو بينهما نصفين.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الشركة لم ينقطع بشرائهما بالمالين معًا، فإذا كان كذلك استوفا كلّ واحد منهما من جملة المال رأس ماله، وما بقي من الربح فهو بينهما على ما اشترطا.

مسألة

قال محمد: وإذا اشترك الرجلان شركة عنان بألف درهم ومائة دينار قيمتها ألف درهم على أنّ الربح بينهما نصفين، والوضيعة على المال، فاشتريا بالدراهم جاريةً وبالدنانير غلامًا، ثم زادت قيمة الدنانير حتى صارت يساوي ألف وخمسمائة درهم، ثم باعا الجارية والغلام بثلاثة آلاف[2203] درهم، وأراد القسمة، فإنّ المال يقتسمانه نصفين حصّة الدراهم ألف وخمسمائة، وحصّة الدنانير ألف وخمسمائة، [79ب] فيستوفي صاحب الدراهم نصف رأس ماله من حصّة الدراهم، وذلك خمسمائة، فبقي بعد ذلك ألف درهم لصاحب الدنانير من ذلك خمسمائة، وقد كان لصاحب الدراهم على صاحب الدنانير خمسمائة دينار عليه، فيأخذ ذلك قصاصًا من حقّه، ويكون الخمسمائة التي بقيت بين الشريكين نصفين، وحصّة الدنانير ألف وخمسمائة يستوفي منها صاحب الدنانير نصف رأس ماله، وذلك خمسون دينارًا قيمتها سبعمائة وخمسون درهمًا، ويرجع على صاحبه بخمسين دينارًا قيمتها سبعمائة وخمسون، فيستوفيها ممّا في يده، ولا يبقى في يده من الربح شيء.

قال أبو بكر: وإنّما كان كذلك من قبل أنّ العبد والجارية كانا بينهما نصفين، وزيادة قيمة الدنانير لم يوجب زيادة الملك في الجارية لو أخذ منهما، لأنّه لا يجوز انتقال ملك غيره إليه من غير عقد ولا سبب يوجب الملك، وإذا كان ذلك كذلك،

[2201] فادفع.
[2202] آلاف.
[2203] آلاف.

ثم باعا الجارية والغلام بثلاثة آلاف[2204] درهم وجب أن يكون الثمن بينهما نصفين، ثم ينظر إلى مال كلّ واحد منهما من رأس ماله، فيستوفيه ممّا في يده، وكذلك يستوفي ماله من الدين على صاحبه، فإن بقي في يده ربح بعد ذلك كان بينهما، وإنّما كان لصاحب الدنانير استيفاء الدنانير بقيمتها يوم القِسمة، لأنّ له في المال مائة دينار في هذه الحال، فيستوفيها إن كان [80أ] هناك دنانير، وإن لم يكن فيها دنانير أخذ قيمتها. ألا ترى أنّ له أن يبيع الدراهم بمائة دينار حتى يستوفيها، وكذلك المضارب إن كان رأس المال دنانير، وفي يده دراهم اعتبرنا قيمة الدنانير يوم القسمة زائدة كانت أو ناقصةً.

مسألة

قال محمد: وإذا اشترك الرجلان أحدهما مائة دينار قيمتها ألف درهم، والآخر بألف درهم شركة عنان على أنّ ما رزق الله تعالى في ذلك فهو بينهما نصفين، فاشتريا بالدنانير والدراهم عبدًا، فهو بينهما نصفين.

قال أبو بكر: لأنّ المالين متساويان على ما بّينا.

قال محمد: فإن باعا العبد بألفي درهم، وقد نقصت قيمة الدنانير حتى صارت قيمتها ثمانمائة درهم، فإنّ لصاحب الدراهم رأس ماله ألف درهم يستوفيها من نصف ثمن العبد، ويستوفي صاحب الدنانير ثمانمائة من نصف ثمن العبد، وبقي مائتا درهم ربحًا في نصيبه، فهو بينهما نصفين، ولم يصير في نصيب صاحب الدراهم من الربح شيء.

قال أبو بكر: وقع الثمن لهما نصفين، لأنّ ملكهما كان في العبد نصفين، فاستحقّا ثمنه نصفين، ثم يستوفي كلّ واحد منهما رأس ماله ممّا في يده، فيحصل في نصيب صاحب الدنانير مائتي درهم، ولا يحصل في نصيب الآخر شيء على ما قال محمد.

مسألة

قال محمد: وإذا دفع الرجل إلى الرجل مائة دينار [80ب] قيمتها ألف وخمسمائة درهم على أن يشتري بها المدفوعة إليه وبألف من ماله، ويبيع على أنّ ما رزق الله تعالى في ذلك من شيء، فهو بينهما نصفين، فهو جائز.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الدافع قد شرط للعامل بعض ربح ماله، وهو السدس، لأنّ الربح كان حكمه أن يكون أخماساً إذا قسم على رؤوس الأموال، فيكون للمدفوع إليه خُمسان قد شرط له الدافع خمسين ونصفًا، وهذه الزيادة شرطها له من نصيبه، وذلك سدس ربح ماله، لأنّ ربح ماله ثلاثة أخماس، فقد شرط له نصف الخمس من الجميع، وذلك سدس ربح ماله.

[2204] آلاف.

قال محمد: فإن لم يشتر بالدنانير شيئًا حتى نقصت قيمتها، فصارت تساوي[2205] ألف درهم، فاشترى بها وبألف من ماله جارية، فباعها بربح ألف درهم كان قد ربح في كلّ واحد خمسمائة، وكانت الخمسمائة التي ربح صاحب الدراهم لصاحب الدراهم خاصّة، والخمسمائة الأخرى التي ربح في الدنانير فهو بين صاحب الدراهم: لصاحب الدنانير خمسة أسداسها، وسدسها لصاحب الدراهم.

قال أبو بكر: وذلك لما وصفنا من أنّه قد شرط للعامل من نصيبه سدس الربح، فلمّا اشترى الجارية بألف وبالدنانير وقع لهما ملك الجارية نصفين، لأنّ قيمة الدنانير مثل الدراهم، فلمّا باعها بربح ألف درهم كان نصف جميع الثمن لصاحب الدراهم، [81أ] وذلك ألف درهم وخمسمائة درهم، لأنّه بدل ملكه، ولا ربح للدافع فيه، لأنّه شرط عليه أن يكون للعامل حصّة ماله من الربح، وبعض ربح نصيب شريكه، ونصف الثمن حصّة نصف الجارية التي اشترى بالدنانير، وهو فيه بمنزلة المضارب يستوفي ربّ المال منها دنانيره، ويبقى خمسمائة درهم ربحًا منها للعامل السدس، وللدافع خمسة أسداس، وإنّما لم يكن للدافع ربح في حّصة الدراهم من قِبل أنّ الدراهم لم ينعقد عليها الشركة، وإنّما قوله: "اشترِ بها وبألف من مالك" إذن في خلطة بماله لا غير، لأنّ الألف لم يكن حاضرة، فينعقد عليها الشركة، وليست هذه كالمسائل المتقدّمة من قِبل أنّ الشركة انعقدت هناك على مالين فإنّهما حصل فيه ربح، فهو بينهما على الشرط، وإنّما اعتبرنا الربح يوم الشركة، لأنّه لم يستحق بالعقد، فوجب اعتباره يوم وقع عقد الشركة، ولا يعتبر زيادة المال ولا نقصانه.

قال محمد: ولو كان المضارب باع ما اشترى بألف درهم، فلم يربح فيه شيئًا، وباع ما اشترى بالدنانير، فربح فيه خمسمائة، فإنّ ربح بينهما لصاحب الدنانير خمسة أسداس الربح، وللآخر سدسه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه مضارب في الدنانير بربح السدس، وعامل بمال لنفسه لا حقّ للآخر فيه، فما ربح في ماله فهو له خاصّة، وما ربح في مال [81ب] الدافع، فله السدس.

قال محمد: ولو كانت الدنانير نقصت قيمتها قبل الشراء العبد حتى صارت تساوي[2206] ثمانمائة درهم، فاشترى بها المضارب وبالألف التي من ماله عبدًا، فإنّ خمسة أتساع العبد للمضارب صاحب الدراهم، وأربعة أتساع العبد لربّ الدنانير.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّهما يملكان العبد على مقدار ما خرج من جهة كلّ واحد منهما من الثمن.

قال محمد: فإن بيع العبد بربح ألف درهم استوفى كلّ واحد منهما رأس ماله، وما بقي من الربح أحد صاحب الدراهم خمسة أتساعه حصّة رأس ماله، ويبقى أربعة أتساع الربح، فهو بينهما للمضارب سدسه، ولصاحب الدنانير خمسة أسداسه.

[2205] يساوي.
[2206] يساوي.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ جملة الثمن مع الربح حصل بدلًا من العبد، فما لاقى الثمن الأوّل من الدراهم، فهو لصاحبها لا حقّ لصاحب الدنانير فيه، وذلك رأس ماله وخمسة أتساع الربح، لأنّه حصّة الألف وأربعة أتساع الثمن بربحه حصّة الدنانير، فيعزل منها رأس المال، وهو الدنانير، وما بقي فعلى الشرط الذي كان في عقد الشركة، وكذلك إن زادت قيمة الدنانير فهو مثل ذلك إلّا أنّه يعتبر قيمة الدنانير فيما يستوفيه صاحبها يوم القسمة، فإن بقي شيء بعد ذلك كان ربحًا على ما بيّنا.

مسألة

قال محمد: وإذا دفع الرجل إلى الرجل مائة دينار مضاربةً، [82أ] وقيمتها يومئذٍ ألف درهم على أن يعمل بها وبألف من ماله على ما رزق الله عزّ وجلّ في ذلك من شيء، فهو بينهما نصفين، فذلك جائز، فإن لم يشتر المضارب حتى زادت قيمة الدنانير، فصارت قيمتها ألف وخمسمائة، ثم اشتريا[2207] بالمالين جاريةً، فإنّ الجارية بين المضارب وبين صاحب الدنانير على خمسة أسهم: ثلاثة أخماسها لصاحب الدنانير، وخُمساها لصاحب الدراهم، فإن باعها المضارب بربح ألف درهم استوفى كلّ واحد منهما رأس ماله، وما بقي من الربح فلصاحب الدنانير ثلاثة أخماسه، وللمضارب خُمسا الربح، وهو أربعمائة درهم، ولا شيء للمضارب من ربح الدنانير.

قال أبو بكر: لما شرط الربح نصفين، وقد كان المالان، لأنّ متساويين في عقد الشركة، فقد علمنا أنّه شرط لكلّ واحد منهما ربح ماله دون ربح مال صاحبه، فإنّما دفع إليه المال بضاعة على أن يكون جميع ربحه لصاحبه إلّا أنّه أذن له في خلط ماله بماله، وإنّما كانت الجارية على خمسة من قبل أنّ الدنانير صارت قيمتها ألف وخمسمائة، فوقع الملك لهما على مقدار المالين، فكذلك الثمن الثاني وقع ملكهما فيه على خمسة، لأنّه بدل جارية هي بينهما على خمسة.

قال محمد: ولو أنّ الدنانير إنّما زادت قيمتها بعدما اشترى بها وبألف من ماله عبدًا، فصارت تساوي[2208] ألفًا وخمسمائة، ثم إنّ المضارب باع العبد [82ب] بثلاثة آلاف[2209] درهم، فإنّ المضارب يأخذ نصف المال، فيستوفي من ذلك رأس ماله، وما بقي كان ربحًا له، ويكون لصاحب الدنانير نصف المال ألف وخمسمائة، فيكون في ذلك وفاء برأس ماله.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ العبد كان بينهما نصفين، فكذلك يقع ثمنه لهما نصفين، ثم يستوفي كل واحد رأس ماله من النصف الذي هو ثمن نصيبه بقيمته يوم القسمة، فإن بقي شيء كان ربحًا، وإن لم يبقَ شيء فلا ربح له.

[2207] اشترا.
[2208] يساوي.
[2209] آلاف.

قال محمد: ولو كان المضارب باع العبد مرابحةً على رأس المال من الدنانير والدراهم، فباعه بربحٍ ألف درهم استوفى المضارب رأس ماله ألف درهم، واستوفى صاحب الدنانير دنانيره مائة دينار، وكان ما بقي من الربح ألف درهم بينهما على خمسة، ثلاثة أخماسها لصاحب الدنانير، وخُمساه لصاحب الدراهم، ولا يشبه بيع المساومة في هذا بيع المرابحة.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ الثمن يستحقّ في بيع المساومة على قدر قيمة المبيع، وفي المرابحة على قدر رأس ماله، وذلك لو أنّ عبدًا بين رجلين اشترى: أحدهما نصيبه بمائة درهم، واشترى الآخر نصيبه بمائتي درهم، ثم باعه مساومة بأربعمائة كان الثمن بينهما نصفين، لأنّ الملك كان لهما في العبد نصفين، ولو باعاه مرابحةً بأربعمائة درهم كان ثلث الثمن الذي اشترى نصيبه بمائة، وثلثاه للذي اشترى نصيبه بمائتين، وذلك لأنّ الربح لا يكون إلّا بعد حصول [83أ] رأس المال، فلذلك اعتبر في المرابحة رأس المالين وفي مساواة بيع الملك.

قال محمد: ولو دفع إليه مائة دينار قيمتها ألف درهم على أن يعمل بها وبألف وخمسمائة من ماله على أنّ الربح بينهما نصفين، فاشترى المضارب بالمالين غلامًا، فباعه بربح ألف درهم، فإنّ كلّ واحد منهما يستوفي رأس ماله، وما بقي من الربح فهو بينهما للمضارب ثلاثة أخماسه، ولصاحب الدنانير خُمساه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الدافع شرط لنفسه ربح دنانيره وبعض ربح مال المضارب، وهذا شرط فاسد من قِبل أنّ الربح لا يستحقّ في ذلك إلّا بالمال والعمل، والدافع لا مال له ولا عمل في الألف الدرهم. فلمّا اشترى بالمالين عبدًا وقع الملك لهما على قدر المالين، ثم لمّا باعاه استحقّا الثمن على قدر الملكين.

قال محمد: فإن لم يشتر[2210] المضارب العبد حتى بلغت قيمة الدنانير ألفًا وخمسمائة، ثم اشترى العبد بالمالين، فباعه بربح ألف درهم، فإنّ المضارب يأخذ رأس ماله ونصف الربح، ويأخذ صاحب الدنانير رأس ماله ونصف الربح.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ ملك العبد وقع لهما نصفين بالشراء يساوي قيمة الدنانير مع الدراهم، ثم لمّا باعه مرابحةً كان الثمن الثاني مستحقًّا على قدر رأس المالين، فيستوفي كلّ واحد رأس ماله وحصّته من الربح.

قال محمد: فإن لم يبعه مرابحةً، [83ب] ولكن باعه مساومة بثلاثة آلاف[2211] أو أكثر كان الثمن بينهما نصفين.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ عقد المرابحة بيع الأثمان على ما بيّنا، وقيمة الثمنين في هذه الحال سواء، فاستحقّا الثمن الثاني نصفين.

[2210] فان لم يشتري.
[2211] آلاف.

قال أبو بكر: وجواب هذه المسألة: والمسألة الأولى سواء، وإنّما يختلف تقديرها في قسمة الثمن الثاني على المِلكين أو رأس المالين، ففي أحد الوجهين ينقسم على الملكين، وفي الوجه الآخر على رأس المالين، وهما متساويان في الثمن، وفي الملك فيتّفق الجواب.

قال محمد: ولو كانت الدنانير نقصت قيمتها بعد شراء العبد حتى رجعت إلى ألف درهم، ثم بيع العبد مساومة بثلاثة آلاف[2212] درهم كان الثمن بينهما نصفين.

قال أبو بكر: لأنّ الثمن في هذه الحال مستحقّ بالملك، وهما متساويان فيه، فاستحقّا الثمن نصفين.

قال محمد: ولو باعه مرابحةً على الثمن بربح ألف درهم استوفى كلّ واحد رأس ماله، فكان ما بقي من الربح بينهما على خمسة أسهم: لصاحب الدراهم ثلاثة أخماس الربح، ولصاحب الدنانير الخمسان.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الربح لما كان يبيع رؤوس الأموال، ورؤوس أموالهما على الخمسين والثلاثة الأخماس وجب أن يستحقّا الثمن الثاني كذلك.

باب شركة الرجلين بينهما الجارية أو الدار فيغرم ذلك رجل

قال محمد: وإذا كانت الجارية بين رجلين فغصبها رجل، فباعها من رجل آخر، وهو لا يعلم بغصبه إيّاها، فوطأها المشتري، فولدت أولادًا، ثم إنّ المغصوبين [84أ] أقاما البيّنة على الجارية، فإنّ القاضي يقضي لهما بالجارية بينهما نصفين، ويقضي لهما بالعقد بينهما نصفين، ويقضي لهما بقيمة الولد يوم يختصمان بينهما نصفين. فإن قضى لهما بذلك، فقبضا الجارية، ولم يقبضا العَقر ولا قيمة الولد حتى غاب أحدهما، فقبض الشاهد منهما نصف قيمة الولد ونصف العقر، ثم حضر الغائب، فهو بالخيار إن شاء أخذ من شريكه نصف ما أخذ شريكه من المشتري، ثم يرجعان على المشتري بنصف قيمة الولد ونصف العقر، فيقسمانه نصفين، وإن شاء الغائب رجع على المشتري بنصف قيمة الولد ونصف العقر، وسلّم لشريكه ما أخذ.

قال أبو بكر: الأصل في هذا الباب: أنّ كلّ دين كانا فيه شريكين فقبض أحدهما نصيبه، فللذي لم يقتض الخيار في إتباع الغريم بنصيبه أو مشاركة شريكه فيما قبض، وقد بيّنا ذلك فيما سلف من هذا الكتاب، والذي يجب أنّ بيّنته في هذا الموضع إنّ الولد لا يثبت له قيمة إلّا يوم الخصومة، فإذا قضى لهما بقيمة الولد معًا صارا شريكين فيما كرجلين باعا من رجل عبدًا هما في صفقة واحدة، فيكونان شريكين في ثمنه كما كانا شريكين في العبد، لأنّ الثمن بدل عنه، واستحقّاه جميعًا نصفين. والمعنى الجامع بينهما: أنّ الضمان حصل لهما في حال واحدة بدلًا عمّا كانا شريكين فيه كما حصل ضمان الثمن لهما بدلًا عمّا كانا شريكين فيه في حال واحدة.

[2212] آلاف.

فإن قال قائل: هما لم يكونا شريكين في الولد، لأنّه حرّ الأصل.

قيل له: هما قد استحقّا الولد في التأويل، والمشتري كالمانع له عند الخصومة بالحريّة [84ب] التي حصلت فيه بثبات نسبته منه، ولولا ذلك ما وجب لهما ضمان القيمة على المشتري، وإذا كان كذلك صار الولد في المعنى كأنّه حصل للمشتري من جهتهما على الوجه الذي بيّنا إلّا أنّه مع ذلك القيمة إلّا عند الخصومة وقضاء القاضي بها، وذلك لأنّ الولد لو مات قبل الخصومة والمطالبة بقيمته لم يضمن المشتري شيئًا من قيمته، وذلك لأنّ حكم المنع إنّما يحصل عند المطالبة. ألا ترى أنّ الغاصب لا يضمن ولد المغصوبة لحدوثه في يده حتى يطالب بردّه، فيمنع، فيضمن حينئذ بالمنع، وحكم المنع لا يحصل إلّا بعد المطالبة بالردّ، فكذلك ولد المغرور.

قال محمد: ولو أنّ المغصوبين حضرًا جميعًا، فأقاما البيّنة على الجارية، وقضى لهما القاضي بها، ثم غابا قبل أن يقضي لهما القاضي بالعَقر وقيمة الولد، ثم حضر أحدهما، فإنّ القاضي يدفع إليه نصف الجارية، ويترك النصف الباقي في يد المشتري، ويقضي له بنصف العقر ونصف قيمة الولد، فإن حضر الشريك الآخر، وقد غاب المشتري، فإنّ للشريك الآخر الذي حضر أن يأخذ نصف ما أخذ شريكه من الجارية والعقر، وليس له على ما أخذ من قيمة الولد سبيل. فإن أخذ ذلك، ثم حضر المشتري رجعا جميعًا على المشتري بنصف الجارية الذي بقي في يده وبنصف العقر، فيقتسمانه نصفين، ويرجع الشريك الذي كان غائبًا على المشتري بنصف قيمة الولد، ولا شركة بينهما في قيمة الولد.

قال أبو بكر: أمّا العَقر [85أ] فقد استحقّاه على وجه الشركة، لأنّ الوطء بمنزلة إتلاف جزء منها، والعقر بدل من الجزء الفائت كأنه شجّها، فيكون أرش الشجّة بينهما، وكما لو استهلك الجارية كانت قيمتها بينهما على الشركة. وأمّا قيمة الولد فإنّما يثبت بالمطالبة وقضاء القاضي بها، فقد قضى القاضي للحاضر بنصف قيمة الولد، وليس للغائب ضمان ثابت، فلمّا حضر قضى له بنصفها أيضًا، فلمّا افترق حال وجوب الضمان كان كعبد بين رجلين، باع أحدهما نصيبه من رجل، ثم باع الآخر نصيبه من ذلك الرجل، فلا يكونان شريكين في ثمنه.

مسألة

قال محمد: وإذا اشترى[2213] الرجل من الرجل جاريةً فوطأها، فولدت منه أولادًا، ثم ماتت الجارية في يديّ المشتري، ثم إنّ الرجلين أقاما البيّنة أنّ الجارية جاريتهما[2214]، فقضى لهما القاضي بالجارية، فلم يقوّمها حتى غاب أحدهما وحضر الآخر، فإنّ القاضي يقضي له بنصف قيمة الجارية إن شاء على البائع وإن شاء على المشتري، فإن رجع بذلك على البائع سلّم نصف الثمن للبائع، وإن رجع بنصف القيمة على المشتري رجع المشتري بنصف الثمن على البائع، وكان للمستحقّ في الوجهين جميعًا أن يرجع على المشتري بنصف العقر ونصف قيمة الولد يوم يختصمون.

[2213] شترى.
[2214] جازيتهما.

قال أبو بكر: قال عيسى بن أبان: ينبغي أن يكون المستحقّ متى اختار ضمان البائع، فجاز البيع في نصيبه ألّا يرجع على المشتري بحصّته من العقر من قِبل أنّه يصير مُمَلَّكًا له يوم الغصب بالقيمة، [85ب] وإذا تقدّم حكم التمليك الوطء لم يكن له الرجوع بالعقر، ويدلّ على ذلك: أن تضمّنه البائع يوجب جواز البيع فيها من جهة البائع وإن كانت ميّتةً، لأنّه يصير مملّكًا لها بالقيمة يوم الغصب.

قال أبو بكر: وكان أبو الحسن يقول: إنّما ذكره عيسى غير مُسقط لضمان العقر، وإن اختار المستحقّ تضمين البائع من قِبل أنّ حكم التمليك ليس يتعلّق بيوم الغصب من جميع الوجوه، وإن تعلّق به من وجه وإنّما يملك بضمان القيمة الآن عند التضمين بالغصب. فحكم الملك إنّما ثبت له في الحال، فلا يجوز أن يجعله كأنّه لم يزل كان مالكًا منذ غصب.

وقد قال محمد في إحدى الروايتين: إنّها لو كانت ولدت من غير المشتري فضمن المستحقّ البائع القيمة كان له أن يأخذ لولد، ولو قال في رواية أخرى: أنّه لا يأخذه، وكان للمشتري، ويدلّ على أن يقدّم الغصب لا يمنع ضمان العقر، وإن ضمنه قيمتها بالغصب، وأنّه لا يجب اعتبار حال الغصب دون حال الضمان أنّ رجلًا لو حفر بئرًا في طريق المسلمين، ثم مات، وترك عبدًا، فأعتقه الوارث، ثم وقع في البئر دابّة قيمتها مثل قيمة العبد أنّ عتق الوارث نافذ، ويضمن قيمة العبد، فصار في باب الضمان كأنّ الدين كان ثابتًا يوم أتلف الميراث، وفي جواز العتق كأنّه حدث الآن، فكذلك لا يمتنع أن يحكم في باب جواز البيع كأنّه كان مالكًا منذ غصب، وفي ضمان العقر كأنّه ملّكها في الحال، ولذلك نظائر كثيرة يتعلّق الحكم فيها بالطرفين، ولا يجوز اعتبار [86أ] أحدهما دون الآخر.

فإن قال قائل: فقد قالوا: إنّ المريض لو وهب جاريةً في مرضه، ولا مال له غيرها، فوطأها المرهونة له، ثم نقضت الوصيّة في ثلثيها أنّه لا عقر عليه.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن يجيب عن هذا بأنّ الموهوب له وقع وطئه في ملكه، ثم ورد عليه النقض من بعد، وفي مسألتنا وقع الوطء في ملك المغصوب منه، فلذلك ضمن العَقر فيها.

قال أبو بكر: وأحسبه قال: إنّ في إحدى الروايتين أنّ عليه العَقر فيما نقض فيه الهبة.

قال محمد: فإذا قضى له بذلك، فلم يقبضه حتى حضر الشريك الآخر، فإنّ القاضي يقضي له أيضًا بنصف قيمة الجارية وبنصف عقرها وبنصف قيمة ولدها يوم يختصمون، ويخيّره في حصّته من قيمة الجارية في البائع والمشتري كما خيّر الأوّل، فإن اختارا جميعًا البائع والمشتري لم يأخذ واحد منهما بعد هذا شيئًا إلّا شركةً فيه صاحبه.

قال أبو بكر: يعني في قيمة الأمّ.

قال محمد: وإن اختار أحدهما البائع، واختار الآخر المشتري لم يشترك أحدهما صاحبه فيما قبض من قيمة الجارية.

قال أبو بكر: لأنّه بمنزلة بيع أحدهما نصيبه من رجل وبيع الآخر نصيبه من آخر، فلا يقع بينهما شركة في الثمن.

قال محمد: وما قبض واحد منهما من العقر في الوجهين جميعًا، فإنّما يقبضه من المشتر،ي ولا ضمان على البائع فيه، فأيّهما أخذ من المشتري شيئًا من العقر كان لصاحبه أن يشركه فيه. [86ب]

قال أبو بكر: وذلك لما وصفنا من أنّ العقر بمنزلة أرش الشجّة.

قال محمد: ولا يشترك أحدهما صاحبه في قيمة الولد.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه قد يفرّق الضمان فيها، وكلّ واحد منهما إنّما ثبت له حصّته من القيمة يوم القضاء. ألا ترى أنّ قيمة الولد لو كانت ألف درهم يوم قضى للأوّل، وكانت خمسمائة درهم يوم خاصم الثاني أنّه نقضًا للأوّل بنصف الألف وللثاني بنصف الخمسمائة. فكيف يجوز وقوع الشركة فيما كان هذا حكمه، وكذلك لو مات الولد بعدما قضى للأوّل قبل أن يحضر الآخر لم يقض للآخر بشيء.

مسألة

قال محمد: وإذا اشترى الرجل دارًا، وقبضها، فبنى فيها، ثم استحقّ رجل نصفها، فإنّه يؤمر المشتري بنقض بنائه، فإن لم ينقضه حتى استحقّ الآخر النصف الباقي، فإنّه يؤمر بنقض البناء، ثم المشتري بالخيار إن شاء أخذ بناءه منقوصًا[2215]، وإن شاء رجع على البائع بقيمة البناء مبنيًّا وسلّم له النقص، فإن كان المشتري اثنين والبائع واحد فاستحقّت الدار، وقد بيّناها، فلهما الرجوع على البائع بقيمة البناء، فإن قضى لهما معًا اشترى في قيمة البناء التي يأخذ أنّها من البائع، وأن تفرّق الضمان لم يكن بينهما فيها شركة.

قال أبو بكر: البناء مثل ولد المغرور، لأنّ صاحب البناء لا يحصل له ضمان على الغار إلّا باختياره، وإلّا فهو باقٍ على ملكه إلى وقت الاختيار كما لا يجب ضمان ولد المغرور إلّا عند [87أ] الخصومة، والولد باق، فهما سواء في هذا الوجه لا فرق بينهما.

قال محمد: وهو بمنزلة بناء بينهما باعاه، فإن باعاه صفقة اشتركا في ثمنه، وإن تفرّقت الصفقة في النصيبين لم يشتركا.

مسألة

قال محمد: وإذا قتل المكاتب رجلًا خطأ، وله ولدان، فحضر أحدهما وغاب الآخر، فقدّمه الحاضر إلى القاضي، وأقام عليه البيّنة، فإنّ القاضي يقضي بالدم كلّه للولدين جميعًا، ويقضي لهما عليه بالقيمة، وأيّهما قبض شيئًا شركة صاحبه.

قال أبو بكر: إنّما قضى بالدم والقيمة لحضور أحدهما من قِبل أنّ أحد الورثة خصم عن جميعهم فيما يثبته للميّت. ألا ترى أنّه خصم عن الميّت فيما ثبتت عليه من الدين وغيره، والقيمة الواجبة إنّما يثبت للميّت تُنفذ منها وصاياه، ويُقضى

[2215] متقوصا.

منها ديونه، فلذلك قضي بالدم وبجميع القيمة على المكاتب، فقد وجبت القيمة للميّت بدلًا عن النفس في حال واحدة، وهي موروثة عن الميّت، فهي كدين تركه الميّت، فما قبض أحد الورثة منه شركة الآخر فيه، ثم الخيار في إتباع المكاتب والشريك على ما تقدّم من بيانه في مسائل كثيرة كرهت إعادتها خوف[2216] الإطالة.

قال محمد: فإن كان القاضي قضى بالدم وأحدهما غائب، وقضى للحاضر منهما بنصف القيمة ولم يقض للغائب بشيء من القيمة، فقبض الحاضر نصف القيمة، ثم حضر الغائب، فليس له أن يشارك الآخر، ولكنّه يبيع المكاتب [87ب] بنصف القيمة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ القضاء بالدم وإن صحّ للمقتول فإنّه إنّما قضى بالجناية، ولا يتحوّل مالًا في الذمّة إلّا بقضاء القاضي. ألا ترى أنّهم قالوا: إنّ ديّة الخطأ يلزم العاقلة في ثلاث سنين منذ يوم وقع القضاء بها. ألا ترى أنّ المكاتب لو عجز قبل القضاء خوطب مولاه بالدفع أو الفداء كجناية العبيد، ولو عجز بعد القضاء كان دينًا في عنقه يباع فيه، وإذا كان كذلك ثم قضى لأحدهما بنصف القيمة، فنصيب الآخر باقٍ على حاله جناية كما كانت، فقد استحقّ الأوّل نصف القيمة من غير ثبوت حقّ الشركة فيه لأحد، فإذا قضى بنصيب الآخر مالًا لم يثبت له بذلك حقّ الشركة فيما قبض الأوّل، لأنّ الضمان قد يفرّق مثل عبدين رجلين باع كلّ واحد منهما نصيبه في صفقتين. وأمّا إذا قضى بالقيمة لهما جميعًا معًا فإنّه بمنزلة عبد بينهما باعاه صفقةً واحدةً.

مسألة

قال محمد: وإذا قتل المكاتب رجلين خطأ لكلّ واحد منهما وليّ، فقضى لهما بالقيمة في حال واحدة أو في حالين، فإنّه لا يشترك واحد منهما صاحبه فيما قبض.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهما لم يكونا شريكين في الدم الذي القيمة بدل منه، فهم[2217] كعبدين كلّ واحد لرجل قال أحدهما لرجل: "قد بعتك عبدي"، وقال له الآخر: "قد بعتك عبدي في حال واحدة"، فقال: "قتلت"، فيصحّ العقد، ولا يشتركان.

فإن قال قائل: هلّا كان ذلك [88أ] كقولهما: "قد بعناك هذين العبدين، فيشتركان[2218] في الثمن".

قيل له: من قِبل أنّهما إذا قالا: "قد بعناك هذين العبدين" فذلك صفقة واحدة، وليس للمشتري القبول في أحدهما دون الآخر، إذا كان كذلك فهما أوجبا الثمن على وجه الشركة. ألا ترى أنّ كلّ واحد منهما قد عقد على عبده وعبد صاحبه، وذكرهما في العقد، ويدلّك على أنّه لا شركة بينهما في الدم، أنّ القتل لو كان عمدًا فعفى أحدهما كان العقد باقيًا للآخر،

[2216] حق.
[2217] فهو.
[2218] فنشتركان.

ولو كانا شريكين في الدم أوجب أن يسقط القود بعفو أحدهما. ألا ترى أنّ المقتول لو كان واحدًا وله وليّان فعفى أحدهما سقط القود، لأنّهما شريكان في الدم.

مسألة

قال محمد: وإذا قتل العبد رجلًا خطأ، وله وليّان، فغاب أحدهما وبقي الآخر، فأقام البيّنة، فإنّ القاضي يقضي له بالدم كلّه في رقبة العبد، ويقال للمولى: "ادفعْه أو افدِهْ"، فإن اختار دفع نصيب هذا أو فداه فهذا اختيار منه لدفع جميع العبد، وبجميع الفداء إن اختيار الفداء، فأيّهما اختار، وقبض الحاضر حصّته كان للغائب إذا حضر أن يشركه.

قال أبو بكر: إنّما كان اختياره للدفع في نصيب أحدهما أو الفداء اختيار للجميع من قِبل أنّ ما يأخذانه من ذلك ثبت للميّت بدلًا له أنّه يقضى منه ديونه، وينفذ منه وصاياه، فكما لو كان المولى واحدًا فاختار [88ب] أن يدفع إليه نصف العبد، ويفدي نصفه لم يكن له ذلك كذلك إذا كان اثنين، وإنّما كان كذلك، لأنّه إذا اختار حبس النصف من العبد فقد اختار الإمساك، ومتى اختار إمساكه لزمته الديّة كما لو باعه أو أعتقه، وإنّما كانا شريكين فيما يقبضه أحدهما من العبد أو الديّة من قِبل أنّ دفعه لنصيب أحدهما لما كان اختيار الدفع الجميع صار القضاء لأحدهما بنصيبه من العبد قضاء بنصيب الآخر، إذ لا جائز أن يتفرّق حكمهما في الدفع أو الفداء، فلذلك اشتركا فيه، وفارق المكاتب من هذا الوجه في القضاء بنصف القيمة لأحدهما دون الآخر، لأنّه لا يمتنع أن يثبت لأحدهما نصف القيمة دينًا في ذمّته، ويكون نصيب الآخر جناية باقيةً في رقبته متى عجز خوطب فيها بالدفع أو الفداء، لأنّهما إنّما يريدان أن ينقلا الدم مالًا بالقضاء، فالدم كعبد بينهما إذا نقلاه إلى بدل غيره بالبيع.

قال محمد: ولو كان العبد قتل رجلين، فحضر وليّ أحد القتيلين كان له أن يطالب بنصيبه من الجناية في العبد، فإن اختار المولى دفع نصفه أو فداه، فقضى له بذلك، ثم حضر الآخر، فإنّ المولى يخيّر أيضًا في نصيب الآخر، ولا يثبت بينهما شركة بوجهٍ.

قال أبو بكر: لما لم يكونا شريكين في الدم كان للمولى أن يختار في أحدهما الدفع في الآخر الفداء، ثم لا يشتركان في شيء ممّا يقبضان، لأنّ كلّ واحد منهما ثبت دينه بسبب غير سبب الآخر. ألا ترى أنّهما لم يكونا [89أ] شريكين في الأصل، وقد تفرّق أيضًا ضمانهما في العبد. ألا ترى أنّه لو كانت الجناية عمدًا، فعفى أحد وليّ المقتولين كان للآخر أن يقتله، فكذلك يجوز أن يختار في أحدهما الدفع وفي الآخر الفداء، ولو كان المقتول واحدًا له وليّان كان عفو أحدهما مُسقطًا للقود، فكما لم يجز أن يثبت لأحدهما القود وللآخر المال، وكذلك لا يجوز أن يختار في نصيب أحدهما الدفع وفي نصيب الآخر الفداء، والمعنى الجامع بينهما: شركتهما في الدم، فوجب ألّا يختلف حكمهما فيما يجب لهما.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ مدبّرًا قتل رجلًا له وليّان أو قتل رجلين، فقضى القاضي لأحدهما بنصف القيمة كان للآخر أن يشركه فيما قبض، ولا يشبه المكاتب في هذا.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ جنايات المدبّر وإن كثرت فالواجب عنها قيمة واحدة قبل القضاء وبعده لا يجب على المولى أكثر منها، فإذا جنى جناية فغرم المولى قيمته، فكلّ جناية يحدث بعد ذلك فهي ثابتة، فإنّما هي ثابتة في تلك القيمة، فلذلك استوى حكم جنايته في إيجاب الشركة لأصحاب الجنايات قبل القضاء أو بعده اشتركوا في الدم أو انفردوا، وليس كذلك المكاتب، لأنّه لو قضى عليه بالقيمة لوليّ الجناية الأولى، ثم جنٰى جناية أخرى كانت عليه قيمة أخرى، ولو عجز قبل أن يقضى بالجناية الثانية كانت الأولى دينًا في عنقه، وخوطب [89ظ] في الثانية بالدفع أو الفداء، وهذا لا يجيء في المدبّر، فلذلك اختلف حكم جنايتهما من الوجه الذي ذكرنا.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ عبدًا قتل رجلًا عمدًا، وله وليّان، فصالح المولى أحدهما على ألف درهم، وقبضها، ثم حضر الآخر لم يكن له شركة فيما قبض الأوّل، وقيل للمولى: "ادفعْ نصف العبد إليه أو افدْه بنصف الديّة".

قال أبو بكر: وذلك لأنّ نصيب المصالح يحوّل بالصلح مالًا، ولم يتحوّل نصيب الآخر مالًا وإن سقط القود، وإنّما ثبت له حقّ مخاطبة المولى فيه بالدفع أو الفداء، فقد ثبت ضمان للمصالح قبل أن ثبت للآخر، ومتى تفرّق الضمان الواجب عن الدم لم يكن بينهما شركة. وأيضًا فإنّ الضمان قد ثبت للأوّل بعقد الصلح، ولم يثبت للثاني مال ولا حقّ في تلك الحال، ولكنّه لما سقط القود في نصيب المصالح سقط في الثاني في نصيب الآخر، فلو كان الثاني ممّن قد ثبت له حقّ في المال بعقد الأوّل كان إنّما يثبت في الحال الثانية منه كما يقول في جارية بين رجلين استولدها أحدهما: إنّ حقّ الاستيلاد يثبت في نصيب الواطئ، ثم ينقل نصيب شريكه إليه، فيثبت في النصف الآخر الاستيلاد في الثاني لا في الحال التي ثبت في نصيبه، وإذا كان هذا هكذى فقد ثبت للأوّل المال قبل ثبوته للثاني، فلم يكن بينهما شركة.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا اشترى من رجل عبدًا [90أ] بألف درهم، وكفل عنه كفيل بأمره، وأدّى الكفيل الثمن إلى البائع، ثم استحقّ العبد، فإن لم يكن المشتري قد أدّى المال إلى الكفيل، فلا سبيل له على البائع حتى يحضر الكفيل، فيكون بالخيار إن شاء أخذ ماله من البائع، وإن شاء أخذه من المشتري، فإن أخذه من البائع لم يرجع البائع[2219] على المشتري، وإن أخذه من المشتري رجع المشتري على البائع.

[2219] + لم يرجع البائع، صح هامش.

قال أبو بكر: لما ورد الاستحقاق علمنا أنّ الكفيل أدّى المال، وليس عليه، فملكه القابض ملكًا فاسدًا، ولم ينقطع حقّ الكفيل عنه، لأنّه أدّاه على ضمان عبده أنه صحيح، فلمّا تبيّن أنّ الضمان كان فاسدًا، وأنّه أدّى ما لم يكن عليه ملكه القابض ملكًا فاسدًا، فكان حقّ الكفيل قائمًا في الرجوع كمن باع عبدًا بيعًا فاسدًا، وقبضه المشتري، فيملكه، وللبائع حقّ النقض، والكفيل أن يرجع على المشتري من قِبل أنّه دفعه بأمره، وكلّ من دفع مالًا بأمر غيره، فله الرجوع به عليه سواء كان القابض له مستحقًّا له أو غير مستحقٍّ.

فإن قال قائل: هلّا قلت: إنّ الدفع حين وقع بأمر المشتري صار المشتري في حكم القابض له، فلا يكون للكفيل على البائع سبيل.

قيل له: كما لو دفعه إلى المشتري، ودفعه المشتري إلى البائع لم يكن للكفيل على البائع سبيل.

قيل له: من قِبل أنّ المشتري لم يملك هذه الألف قطّ، ولم يسقط بها عن ذمّته دين، وإذا كان ذلك كذلك لم يجز أن يصير كالقابض [90ظ] لها في انقطاع حقّ الكفيل عنها. وأمّا إذا دفعها إلى المشتري فقد صحّ القرض فيما بينهما، ثم تصرّف فيه المشتري، فجاز تصرّفه، فلذلك لم يكن للدافع على البائع سبيل.

فإن قال: إذا كان من أصلهم: أنّ المأمور بالدفع إذا دفع المال إلى الغريم في حكم المالك له، والقابض لما دفعه حتى لو بطل المال عن الآمر بعد ذلك بوجه من الوجوه رجع المال المدفوع إلى الآمر دون الدافع، فقد صار الآمر في هذا الوجه في معنى القابض، فينبغي أن يكون الضمان عليه للكفيل دون البائع.

قيل له: هذا اعتبار صحيح إذا كان الضمان أو الدافع صحيحًا، وسقط به دين ذمّة الغريم الآمر. فأمّا إذا كان القبض فاسدًا، ولم يملكه القابض ملكًا صحيحًا، ولم يسقط به دين عن الآمر، فإنّ الآمر فيه على ما وصفنا، وإنّما لم يكن للمشتري أن يرجع على البائع حتى يختار الكفيل ضمانه، لأنّ ضمان المال لم يحصل عليه إلّا باختيار الكفيل ضمانه لما ذكرنا من تعلّق حقّ الكفيل في تضمين البائع، فلا يجوز أن يملك الألف على المشتري وعلى البائع جميعًا، وإنّما هناك ضمان متعلّق على كلّ واحد منهما، فأيّهما اختار نصيبه لم يكن له بعد ذلك تضمين الآخر كما أنّ المغصوب منه إذا اختار تضمين الغاصب الثاني والأوّل لم يكن له بعد ذلك تضمين الآخر.

فإن قال قائل: فللغاصب الأوّل تضمين الثاني قبل أن تضمنه الأوّل، فلِم لا كان للمشتري تضمين البائع قبل أن تضمنه الكفيل.

قيل له: لأنّ البائع لم يقبض من المشتري شيئًا، فيضمنه، [91أ] والغاصب الثاني قد حصل عليه الضمان للأوّل بما تناوله من يده، فلذلك كان له تضمينه قبل حضور المولى كما كان له أخذ الغصب بعينه إذا وجده في يده.

قال أبو بكر: فإذا ضمن الكفيل المشتري ما دفع رجع المشتري به على البائع، لأنّه ملك الألف التي في ذمّة البائع بالضمان.

قال محمد: فكذلك لو وُجد العبد حرًّا أو مدبّرًا كان الجواب فيه كذلك.

قال أبو بكر: لأنّه لم يكن في ذمّة المشتري شيء، فكان الضمان فاسدًا.

قال محمد: ولو كان المشتري أمر رجلًا أن ينقد عنه الثمن بغير كفالة كان ذلك بمنزلة الكفالة في جميع ما وصفتُ لك.

قال أبو بكر: لأنّ الأمر بالأداء يوجب الرجوع على الآمر على حسب ما توجبه الكفالة، فلا فرق بينهما.

قال محمد: ولو لم يُستحقّ العبد، ولكن مات قبل القبض، فللمشتري أن يقبض الثمن من البائع، وليس للكفيل ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الكفيل أدّى المال على ضمان صحيح، وسقط به ما في ذمّة المشتري للبائع، وملكه الكفيل ملكًا صحيحًا بالأداء، فلمّا انتقض البيع رجع المشتري بذلك على البائع كأنّه أقرضه المشتري، فقضى به المشتري دينًا عليه.

قال محمد: وكذلك لو فسخ المشتري البيع بخيار شرط أو رؤية أو عيب كان بمنزلة ذلك.

قال أبو بكر: لأنّ العقد كان صحيحًا، فكذلك الكفالة.

قال محمد: وإن كان الكفيل في جميع ذلك كفل عن المشتري [91ظ] بغير أمره كان الذي يرجع على البائع بالثمن هو الكفيل دون المشتري إلّا أن يردّه المشتري بعد القبض بغير قضاء، فإنّ الثمن للمشتري في هذا الوجه دون الكفيل، لأنّه بمنزلة البيع المستقبل.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن يقول: إنّ المشتري لم يملك عليه في هذه المسألة دين بحذاء ما سقط عنه بقضاء الكفيل، فلم يملك هو أيضًا الألف المدفوعة، وإنّما سقط عنه ما كان عليه، فحسب، فإذا انتقض البيع رجع الكفيل على البائع بما دفع.

قال محمد: ولو نقده بغير كفالة بغير أمر المشتري كان كذلك أيضًا.

قال أبو بكر: للعلّة التي ذكرناها في الكفالة بغير أمره.

قال محمد: ولو كان كفل بأمر المشتري من أنّ الكفيل صالح البائع من الدراهم على خمسين دينارًا كان للكفيل أن يرجع على المشتري بالدراهم، وليس له أن يرجع بالدنانير.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الضمان كان صحيحًا، فيرجع بالمضمون والمضمون كان الدراهم.

قال محمد: فإن استحقّ العبد، والكفيل غائب، فليس للمشتري على البائع سبيل، فإذا حضر الكفيل اتبع البائع بالدنانير، ولم يكن له على المشتري سبيل، وكذلك لو كان الكفيل باع البائع بالدراهم دنانير كان البيع في ذلك، والصلح سواء.

قال أبو بكر: وإنّما لم يكن للكفيل على المشتري شيء من قِبل أنّ الضمان كان باطلًا، إذ لم يكن على المشتري ثمن، وإنّما رجع عليه إذا قضاه دراهم بالأمر بالدفع، وفي مسألتنا لم يدفع [92أ] إليه المأمور يدفعه، فلم يبق للرجوع وجه، واستوى حكم البيع، والصلح في هذا الوجه، لأنّه في الوجهين جميعًا لم يدفع المأمور بدفعه، ولم يكن هناك ضمان يرجع به.

فإن قال قائل: ينبغي أن يرجع في البيع، لأنّه يصير بمنزلة دفع الدراهم، إذ قد حصل عليه بالبيع ألف مضمونة في ذمّته.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن يقول: إنّ الدين إذا أشير إليه في العقد تعلّق العقد عليه بعينه، وصار حكمه حكم الأعيان المعقود عليها. ألا ترى أنّه لو باعه عبدًا بدين له عليه، وهو مجهول عندهما إنّ البيع جائز، ولو اعتبر ثبوت ضمان مثله في ذمّته لما صحّ العقد، لأنّ البيع لا يصحّ إلّا على ثمن معلوم إذا كان في الذّمة، فدلّ ذلك على أنّ حكم المشار إليه حكم من الدين حكم الأعيان التي يتعلّق العقد عليها إذا اشترى إليها.

فإن قال قائل: فقد قالوا: أنّه لو ادّعى عليه ألف درهم، فباعها منه بمائة دينار، ثم تصادقا في المجلس أنّه لم يكن له عليه شيء أنّه يلزمه ألف مثلها، فقد دلّ هذا على أنّ الدين، وإن أشير إليه بعينه لم يمنع ذلك من وقوع العقد على مثله في الذمّة، وإذا كان كذلك وجب أن يصير الكفيل بمعنى القاضي لغير الدراهم لما ثبت في ذمّته بالعقد.

قيل له: إنّما يصحّ هذا الإعتبار إذا كان هناك شيء للبائع في ذمّة الكفيل، فيصحّ العقد عليه أو لم يكن في ذمّته يدفع إليه ألفًا مثلها. فأمّا والكفيل لم يسقط عنه بالبيع شيء كان في ذمّته، ولم يدفع مع ذلك [92ب] ما أمر بدفعه من الدراهم، فليس له الرجوع على المشتري بوجهٍ، ولم يختلف حكم البيع والصلح في هذا. وأيضًا فإن ثبت له بعقد البيع ألف في ذمّته فقد سقط بالافتراق قبل قبض الألف، فحصل القضاء بالدنانير في الوجوه كلّها، وهو لم يأمره بذلك، فلم يكن له الرجوع بها على المشتري.

قال محمد: ولو لم يستحق العبد، ولكنّه مات قبل القبض، وقد باع الكفيل البائع بالدراهم خمسين دينارًا، فللمشتري أن يرجع على البائع، فيأخذ منه ألف درهم، ولا سبيل للكفيل على البائع بالدراهم خمسين دينارًا، فللمشتري أن يرجع على البائع، فيأخذ منه ألف درهم، ولا سبيل للكفيل على البائع، ولكنّه يرجع على المشتري، فيأخذ منه ألف درهم.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الضمان كان صحيحًا، وقد صار الكفيل بالبيع قاضيًا للألف، فيملكها على المشتري كما لو قضى الألف بعينها.

قال محمد: ولو كان الكفيل صالح البائع على خمسين دينارًا، ودفعها إليه، ثم مات العبد قبل القبض، فالبائع بالخيار إن شاء أمسك الدنانير، وأعطى الدراهم، وإن شاء أعطى الدنانير، فإن اختار أعطى الدراهم فالذي يقبض الدراهم من البائع هو المشتري، ولا سبيل للكفيل على البائع، ولكنّه يرجع على المشتري بدراهمه، وإن اختار البائع ردّ الدنانير، فالذي يقبضها الكفيل ولا سبيل للكفيل على المشتري.

قال أبو بكر: إنّما كان للبائع الخيار [93أ] من قِبل أنّ عقد الصلح لا يوجب ضمانًا على المصالح فيما خرج من عنده، فلم يصر الألف مضمونة على البائع للكفيل، فلم يكن للكفيل أن يجعلها مضمونة، فللبائع أن يقول: "إنا أردّ ما قبضتُ"، وليس على ضمان غيره، وله أن يقول: "أنا أجعل الألف مضمونة على نفسي"، لأنّا إنّما لم نجعلها مضمونة بحقّه، فإذا رضي هو نجعلها مضمونة ردّ الألف، وإذا اختار ردّ الألف صحّ الضمان للكفيل على المشتري، وصار ذلك بمنزلة بيع الدنانير بالدراهم، وإن قال: "لا أجعل الألف مضمونة على نفسي"، واختار ردّ الدنانير، فالكفيل لو رجع على المشتري لرجع بالمدفوع، وهو لم يأمره بدفع الدنانير، فيكون الكفيل هو الذي يرجع.

فإن قال قائل: لم كان للبائع أن يبطل عن المشتري ما قد حصل عليه للكفيل من ضمان الدراهم، وقد ملك الكفيل ذلك المال على المشتري ملكًا صحيحًا.

قيل له: إنّه وإن كان كذلك فإنّ هذا حقّ للبائع قد ثبت له بعقد الصلح، ولا يجبر[2220] على إسقاط حقّه بأن يجعل ما ليس بمضمون عليه مضمونًا لأجل المشتري.

فإن قال قائل: فلم كان له أن يجعله مضمونًا على نفسه، وفي ذلك إسقاط حقّ الكفيل في الرجوع بالدنانير.

قيل له: من قِبل أنّ الكفيل قد سلّم له الدنانير برضاه عن الدراهم، فليس له عليها سبيل، وإنّما الخيار فيه للقابض لما وصفنا.

قال محمد: ولو كان الكفيل كفل بغير أمر المشتري في جميع ذلك لم يكن للمشتري [93ب] على البائع سبيل، ولكنّ الكفيل يرجع على البائع بالثمن إن كان باعه به دنانير، وإن كان صالحه فالبائع بالخيار إن شاء ردّ الدنانير وإن شاء الدراهم.

قال أبو بكر: وهذا على ما بيّناه في المسألة التي قبلها.

قال محمد: ولو كان الذي أعطاه البائع الدنانير أعطاه بغير كفالة ولا أمر من المشتري، فإن كان باعه بالثمن دنانير فالبيع باطل إن مات العبد أو لم يمت، ويرجع الكفيل على البائع بدنانيره.

[2220] ولا يحير.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه باعه دينًا في ذمّة الغير، وقد بيّنا وجه ذلك فيما تقدّم، وكذلك لو صالحه على أن يكون الدراهم لدافع الدنانير، لأنّه لا يجوز له تمليك ما في ذمّة الغير، لأنّه لا يقدر على تسليمه.

قال محمد: ولو صالحه على خمسين دينارًا، ولم يُسمّ شيئًا كان الصلح جائزًا.

قال أبو بكر: لأنّ الصلح في هذا الوجه لا يقتضي تمليك المال غير من هو عليه، لأنّه إنّما يقع على وجه براءة المشتري، وذلك جائز.

مسألة

قال محمد: وإذا اشترى عبدًا بألف درهم جيادٍ، وكفل عنه رجل بأمره، ثم أدّى الكفيل إلى البائع ألف درهم بهْرجة يجاوز بها البائع، فللكفيل أن يرجع على المشتري بألف جياد.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه إنّما يجب له الرجوع بضمان صحيح، والمضمون ألف جياد، فيرجع بها. ألا ترى أنّ الكفيل قد ملك الألف الجياد التي كانت في ذمّة المشتري بالألف البهرجة التي أعطاها البائع.

فإن قال قائل: فإنّ الكفيل لم يستحق الرجوع على المشتري بالمال [94] إلّا بعد الأداء، فهلّا رجع بالمدفوع دون المضمون.

قيل له: قد ثبت ذلك له بعقد الضمان، وإن تأخّر الرجوع على المشتري به الأداء كما أنّ المال المؤجّل متأخّر الأداء، ولا يبقى تأخّر الأداء وجوبه في الحال.

قال محمد: فإن لم يرجع بها حتى استحقّ العبد فليس للمشتري على البائع سبيل، والكفيل بالخيار إن شاء أخذ من البائع ألف درهم بهرجة، وإن شاء أخذ من المشتري ألف درهم بهرجة، فإن أخذها من المشتري رجع بها المشتري على البائع.

قال أبو بكر: لما كان الضمان فاسدًا لم ينقطع حقّه عن المدفوع بعينه على ما بيّناه فيما تقدّم من هذا الباب، وكان له الرجوع إن شاء على المشتري بالأمر بالدفع، فيرجع بالمدفوع إذا لم يكن هناك مضمون.

فإن قال قائل: فلم كان له الرجوع إن شاء على المشتري، وإنّما يرجع عليه إذا رجع بالمدفوع، وما دفعه من البهرجة لم يكن من المشتري أمر بدفعه، فيكون بمنزلة دفعه الدنانير عن الدراهم، فلا يرجع عليه بشيء إذا بان فساد الضمان.

قيل له: إنّ البهرجة حكمها حكم الجياد إلّا أنّها معّينة. ألا ترى أنّه يجوز أخذها عن الجياد في ثمن الصرف ورأس مال السلم، وليس كذلك الدنانير. ألا ترى أنّه لا يجوز قبضها عن الدراهم في ثمن الصرف ورأس مال السلم.

قال محمد: ولو كان الكفيل أعطى البائع دراهم خيرًا ممّا كفل به لم يرجع على المشتري إلّا بما كفل به عنه.

قال أبو بكر: لأنّه متطوّع بالجودة، فليس له أن يلزمها المشتري.

قال محمد: [94ب] فإن استحقّ العبد فالكفيل بالخيار إن شاء أخذ مثل الدراهم التي نقد من البائع، وإن شاء أخذ من المشتري مثل ما أمره أن يكفل به عنه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الضمان كان فاسدًا، فكان له الرجوع على البائع بمثل ما أعطى، لأنّ تلك الجودة تابعة للأصل لا ينفرد حكمها عنه، فإذا كان له أن يرجع في الأصل فله الرجوع بالجودة التي هي تابعة له، وإن شاء ضمن المشتري مثل ما أمره به، لأنّه قد دفع مثل ما أمره بالدفع، وهو متطوّع بالجودة، فليس له الرجوع بها عليه.

قال محمد: ولو كان نقده الدراهم بهرجةً فجعلنا له الرجوع على المشتري بالجياد، فلم يقتضها من المشتري حتى مات العبد، فإنّه لا سبيل للكفيل على البائع، ولكنّه يرجع على المشتري بألف بهرجة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ البائع قد حُطّ عن الكفيل الجودة التي في الثمن، وملك المشتري ما كان في ذمّته للبائع، وهي الجياد، فلمّا انتقض البيع بطل ما كان للبائع في ذمّته، ووجب للكفيل الرجوع عليه بمثل ما أعطى. ألا ترى أنّ البائع لو وهب المال كلّه للكفيل كان للكفيل أن يرجع به على المشتري، فإن مات العبد قبل القبض لم يكن للكفيل أن يرجع على المشتري بشيء، لأنّه قد بطل عنه ما كان للبائع عليه، وهو إنّما حصلت له الهبة من جهة البائع، وكذلك حصلت له الجودة في مسألتنا من جهته، فما دام الثمن باقيًا فله الرجوع عليه، وإذا بطل الثمن بطلت الهبة، فلم يرجع عليه الكفيل إلّا بمثل ما أعطى.[95أ]

قال محمد: ولو كان الكفيل نقد البائع دراهم أجود ممّا كفل به عنه لم يرجع على المشتري إلّا بما أمره أن يكفل به عنه.

قال أبو بكر: لأنّه متطوّع في الجودة فليس له أن يلزمها المشتري.

قال محمد: فإن مات العبد في يد البائع فللمشتري أن يرجع على البائع بمثل ما أعطاه الكفيل، ويرجع الكفيل على المشتري بمثل الثمن.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المشتري قد ملك تلك الدراهم المقضيّة بصحّة ضمانها للكفيل، وإذا ملّكها رجع بها، والجودة التي فيها تابعة للأصل، فمن حيث ملك الأصل ملك الجودة التي فيه.

قال محمد: ألا ترى أنّ رجلًا لو أمر رجلًا أن يعطي فلانًا عشرة دراهم غَلّة يكون قرضًا للآمر على القابض، ويكون قرضًا للمُعطي على الآمر كان ذلك جائزًا، فإن أعطاه المأمور دراهم أجود منها كان للمعطي على الآمر مثل ما أمره

بإعطائه، ويرجع الآمر على القابض بمثل الدراهم التي أعطاه المأمور، وكان المأمور متطوّعًا في الفصل، فكذلك الوجه الأول[2221].

قال محمد: ولو كان المشتري أمره بدفع ألف درهم بغير ضمان، فإنّما يرجع بالمدفوع لا غير.

قال أبو بكر: لا يثبت[2222] له الضمان على المشتري بالدفع، فيعتبر المدفوع دون غيره.

قال محمد: فإن استحقّ العبد كان للدافع الرجوع على القابض.

قال أبو بكر: وقد بيّنا ذلك فيما سلف.

قال محمد: [95ب] وإن مات العبد قبل القبض رجع الدافع على الآمر بما نقد إن كان دون ما أمره، وإن كان رجع بمثل ما أمره ولا يرجع بالجودة، ويرجع المشتري على البائع في الوجهين بمثل ما قبض.

قال أبو بكر: وهذا واضحٌ على ما بيّناه.

باب المفاوضة

قال محمد: وإذا اشترك الرجلان شركة مفاوضة، ثم إنّ أحدهما أمر رجلًا أن يشتري لهما عبدًا بألف درهم، ولم يدفع إليه الثمن، فتناقضا المفاوضة، وفاوض كلّ واحد منهما رجلًا آخر على حدّة، ثم إنّ الوكيل اشترى العبد، وهو يعلم بمناقضتهما المفاوضة أو لا يعلم، فإنّ الشراء جائز، وهو لازم للمُفاوض الذي أمره خاصّة، ولا يكون لشريكه الأوّل، ولا لشريكه الآخر من العبد شيءٌ، وللوكيل أن يأخذ ثمن العبد من المفاوَض الذي أمره بالشراء، ومن شريكه الآخر ولا يأخذ الشريك الأوّل من الثمن.

قال أبو بكر: إنّما كان المشتري وكيلًا للمفاوَض الآمر دون شريكه، وإنّما كان يكون له أن يرجع على شريكه بالثمن إذا اشترى بما تضمّنته المفاوضة من الضمان عن شريكه، فإذا كانت صحّة الضمان متعلّقةً ببقاء المفاوضة، فمتى بطلت المفاوضة زال الضمان عمّا يقع من التصرّف بعد الفرقة، فلذلك لم يلزم المفاوَض الأوّل للوكيل ثمن ما اشتراه بعد الفرقة. [96أ] ألا ترى أنّ الوكيل لو اشترى العبد قبل الفرقة حصل ملكَه للمتفاوضين جميعًا، وإذا اشتراه بعد الفرقة ملكه المفاوض الآمر دون الآخر، لأنّ حصول الملك له فيما يشتريه كان متعلّقًا بالمفاوضة. فلمّا بطلت المفاوضة لم يملك شيئًا من العبد بتصرّف الوكيل، فكذلك حال الضمان، وإنّما لزم الضمان المفاوض الثاني، وإن لم يملك من العبد شيئًا من قِبل أنّه كفيل عنه فيما يلزمه في التجارات، فلزمه ذلك بالكفالة، وإن لم يملك شيئًا من العبد، وإنّما لم يملك من

[2221] الاولى.
[2222] لا ثبت.

قِبل أنّ الوكالة بالشراء كانت متقدّمةً بمفاوضته، وإنّما هذا بمنزلة رجل قال لآخر: "ما بايعتُ فلانًا به من شيء فهو عليّ"، فإذا بايعه لزمه الثمن، وإن لم يملك من العبد شيئًا.

قال محمد: فإن أدّى الآمر الثمن من مال بينه وبين شريكه الآخر رجع شريكه الآخر بنصف الثمن في حصّة المفاوض الآمر، وإن أدّاه من ماله خاصّة لم يرجع على شريكه بشيء.

قال أبو بكر: إذا أدّاه من مال بينهما رجع شريكه عليه بحصّته من قِبل أنّ الشريك لم يملك من العبد شيئًا، وإنّما كان ضمينًا، فما أدّى من ماله رجع به عليه.

قال محمد: وإن أدّاه شريكه الآخر من ماله خاصّة رجع به كلّه على المفاوض الآمر.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه بمنزلة رجل كفّل عن رجل بأمره بمال، فأدّاه، فيرجع به عليه، واستشهد محمد على جواز لزوم الضمان للمفاوَض الآخر، وإن لم يملك من العبد شيئًا بأنّ أحد المتفاوضين لو اشترى لرجل [96ب] عبدًا بأمره أنّه يلزم المفاوض الآخر ثمنه للبائع وإن لم يملك من العبد شيئًا.

قال محمد: ولأحد المتفاوضين أن يرجع بالثمن على الآمر في هذه المسألة قبل أن يؤدّيه إلى البائع إذا قبضا[2223] العبد أو قبضه أحدهما، والذي يلي الشراء، والآخر سواء، ولشريكه أن يقبض العبد من البائع إذا نقده الثمن كما للمشتري أن يقبضه.

قال أبو بكر: كلّ واحدٍ من المتفاوضَين كفيل عن صاحبه ووكيل له فيما يدخل تحت المفاوضة، فللذي لم يكن الشراء أن يطالب الآمر بالثمن كما يطالبه الذي وليّ الشراء، ويرجع به عليه قبل الأداء، لأنّ ذلك من حكم الوكيل بالشراء هذا إذا قبض العبد، وليس الوكيل في هذا كالكفيل، لأنّ الوكيل قد ثبت له الثمن على الآمر حسب ثبوته للبائع عليه، لأنّ العبد ينتقل إليه ومن جهته ينتقل إلى الموكّل، والكفيل إنّما يرجع على المكفول عنه إذا أدّى، وله أن يطالبه بالأداء إذا طالبه الطالب بالملك، وذلك لأنّ الكفالة إنّما هي سبب يملك المال عليه بالأداء، فلا يرجع إلّا بعد الأداء، لأنّ معناه: إن ملّكني المال الذي للطالب على بمثله نملكه على في ذمّتي، فما لم يملك المطلوب المال في ذمّته لم يملك الكفيل عليه مثله.

مسألة

قال محمد: وإذا تفاوض الرجلان، ثم إنّ أحدهما دفع إلى رجل كُرّ حنطة وسطًا، [97أ] وأمره أن يشتري به عبدًا، ثم إنّ الوكيل اشترى له عبدًا بكرّ حنطة وسط بغير عيْنه[2224]، وهو مثل كرّ الآمر، فالشراء جائز.

[2223] اذا اقبضا.

[2224] عيّنه.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن يحتجّ في جواز شراء الوكيل بكر بغير عينه[2225]، وإن كانت الوكالة متغيّبة في الكرّ المقبوض بأنّ فائدة التعيين في الوكالة أن يكون في يديّ الوكيل وقائمًا يلزمه للبائع، ويعيّنه من هذا الوجه لا يمنع عقده على الموكّل بثمن في الذمّة. والدليل على ذلك: أنّه لو دفع إليه دراهم يشتري بها عبدًا تعيّنت الدراهم في الوكالة بالقبض حتى لو هلكت بطلت الوكالة، ثم قد جاز له مع ذلك أن يشتري بدراهم في ذمّته، ولو قال له: "لا تشترِ إلّا بهذه الألف" كان له أن يشتري بألف في الذمّة.

فإن قال قائل: إنّما جاز ذلك في الدراهم، لأنّه لو عيّنها في عقد الشراء لم يمنع تعيينها من ثبوت مثلها في الذمّة، فلذلك لم يكن مخالفًا في الشراء بألف في الذمّة.

قيل له: قد كان يمكنه أن يسلم الدراهم إلى البائع قبل عقد الشراء، ثم يشتري بها، فيتعيّن الدراهم بنفس العقد، ولا يلزم الآمر شيء غيرها، ثم مع إمكان ذلك لم يشرط عليه في صحّة العقد على الآمر تعيّن الدراهم على الوجه الذي قلنا، فبان بذلك صحّة ما ذكرنا.

قال محمد: فإن كان الوكيل اشترى العبد بعدما تناقضا المفاوضة، وفاوض كلّ واحد منهما رجلًا آخر، فإن كان الوكيل علم بمناقضتهما، [97ب] فقد بطلت وكالته في حصّته الذي لم يأمر كرجل دفع إلى رجل كرّ حنطة ليشتري به عبدًا، ثم ينهاه، ويعلم الوكيل بالنهي، فينعزل عن الوكالة، ويبطل تصرّفه بعد ذلك على الآمر.

قال محمد: ولو كان بمناقضتهما[2226] فالعبد بين الشريكين الأوّلين نصفين.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ صحّة الوكالة كانت متعلّقة بالعين المقبوضة التي هي ملكٌ لهما جميعًا. ألا ترى أنّها لو هلكت قبل الشراء بطلت الوكالة، ولا يجوز أن يبطل وكالته في حصّة الذي لم يأمر بالفرقة حتى يعلم له لما يلحقه من الضمان بالتصرّف بعد الافتراق كما أنّ الموكِّل إذا عزل الوكيل عن الوكالة لم ينعزل إلّا بعد العلم، وإن كان هذا كذا فالوكالة قائمة في الكرّ المقبوض من المتفاوضين حتى يعلم بالفرقة.

قال أبو بكر: قال أبو خازم: ألا ترى أنّ رجلًا لو دفع إلى رجل ألف درهم، وأمره أن يقضيه غريمه، ثم إنّ الآمر قضى الغريم المال، والوكيل لا يعلم، فدفع الوكيل المال إلى الغريم أنّه لا يضمن، ولو كان علم بقضاء الآمر، فدفعه ضمن، لأنّه ما لم يعلم، فهو على التسليط الأوّل، فكذلك المتفاوضان إذا افترقا فأمرهما بمنزلة الألف درهم بين رجلين أمر أحدهما صاحبه أن يأمر رجلًا أن يشتري لهما بها عبدًا، فأمر المأمور رجلًا بذلك، ودفع إليه المال، ثم اشترى الوكيل العبد، ثم ضاعت الألف في يده، فله أن يرجع بها على الآمر خاصّة، ويرجع الآمر على شريكه [98أ] بالنصف، ولا يرجع المشتري على الذي لم يأمر، وإن كان قد اشترى له نصف العبد، لأنّه لم يسلط على الشراء، ولو أنّ الذي لم يأمر

[2225] عيّنه.
[2226] لم بمناقضتهما.

الوكيل بها الوكيل عن الشراء بألفه، فاشترى الرجل بعد النهي كان الشراء للآمر خاصّة، فإن نقد الوكيل الألف ضمن حصّة الذي لم يأمر، وكذلك المفاوضة. قال أبو خازم: ففرّق محمد في هذا الكتاب بين علم الوكيل بتناقضهما المفاوضة وبين غير علمه في هذه المسألة. وكذلك قال في إملائه.

وقال في كتاب الوكالة: إذا دفع إليه الدراهم، ثم افترقا، فسواء علم الوكيل أو لم يعلم دفع الدراهم أو لم يدفع، فذلك سواء، والشراء للآمر خاصّة، ولا يكون للذي ناقض شيئًا من العبد في الوجهين جميعًا. فإن نقد الوكيل الدراهم بعد الشراء فللذي ناقض تضمنته حصّته منها، ويكون العبد للآمر، ويلزمه الثمن. قال عيسى بن أبان: والذي قاله في الجامع والإملاء هو الصحيح، قال أبو خازم: وكذلك هو عندي.

مسألة

قال محمد: فإن هلك الكرّ قبل أن ينقد كان له أن يرجع بالكرّ على المفاوَض الذي أمره بالشراء وعلى شريكه الآخر، وليس له أن يرجع بشيء من ذلك على المفاوَض الأوّل الذي لم يأمره وعلى شريكه الآخر.

قال أبو بكر: إذا هلك الكرّ قبل التسليم صار بمنزلة الشراء بالدراهم في الرجوع على الحدّ الذي بيّنا.

قال محمد: فإذا أخذ [98ب] المفاوض الآمر بالكرّ أو أخذ بذلك شريكه الآخر، فإن أدّاه الآمر أو شريكه من طعام له خاصّة لم يدخل في المعاوضة رجع به كلّه على شريكه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الآمر قد لزمه أداء الجميع من جهة الشراء، والآخر لزمه من جهة الضمان، فما أدّاه من ماله رجع به على الآمر.

قال محمد: وللمفاوض الآمر ولشريكه الآخر أن يرجعا[2227] على المفاوض الأوّل الذي لم يأمر بالشراء، وعلى شريكه الآخر بنصف[2228] الثمن، فإن شاء أخذ أنّه المفاوض الأوّل، وإن شاء أخذ[2229] به شريكه الآخر، ولشريك المفاوض الآمر أن يرجع بذلك على أيّهما شاء كما يكون للأوّل.

قال أبو بكر: إنّما كان يلزمه الضمان للوكيل ببقاء الشركة، فإذا زالت[2230] الشركة لم يلزمه له الضمان إلّا أنّه بما وقع له نصف ملك العبد كان للمفاوض الأوّل أن يرجع عليه بنصف الثمن بمنزلة رجل أمر رجلًا أن يأمر رجلًا بأن يشتري نصف عبد، فاشترى الوكيل الثاني، فيرجع به الوكيل الأوّل على الآمر. وإنّما كان للمفاوض الآخر أن يرجع بما أدّى

[2227] ان يرجع.
[2228] ننصْف.
[2229] اخدا.
[2230] فإذ زالت.

على المفاوض الأوّل، وإن لم يكن بينهما مفاوضة ولا عقد يليه من قِبل أنّه وكيل للمفاوض الآمر فيما ثبت له من الحقوق من جهة التجارات.

قال محمد: فإن أدّاه [99أ] المفاوض الأوّل الذي لم يأمره من طعام له خاصّة لم يرجع على شريكه بشيء.

قال أبو بكر: لأنّ ملك نصف العبد حصل له خاصّة دون شريكه لتقدّم الوكالة على شركتهما.

قال محمد: وإن أدّاه من طعام بينهما رجع عليه شريكه بنصفه، وإن أدّاه شريكه من طعام له خاصّة رجع به كلّه عليه.

قال أبو بكر: كلّ ما يؤدّي من مال الشريك الآخر فإنّه يرجع به على المفاوض الأوّل، لأنّه لم يملك بحذاء ما أدّى عنه شيئًا.

باب رجوع أحد الشريكين على صاحبه بحصّته ممّا قبض

قال محمد: وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم، فأمر الغريم رجلين أن يردّنا عنه الألف إلى صاحبه المال فأدّيا جميعًا معًا من مالين متفرّقين لهما، ثم قبض أحدهما من الآمر شيئًا لم يشركه الآخر فيه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهما لم يكونا شريكين في المدفوع، ومعلوم أنّ الضمان إنّما ثبت لهما على الآمر بالدفع، فهو مثل أن يقرضاه ألف درهم معًا كلّ واحد خمسمائة على حدّة، فلا يكونان شريكين يقبضه أحدهما، فكذلك ما وصفنا.

فإن قال قائل: هلّا كان بمنزلة رجلين باعا عبدين لهما من رجل [99ب] صفقة واحدة لكلّ واحد منهما عبد على حدّة، فيكونان شريكين في ثمنهما وإن لم يكونا شريكين في العبدين.

قيل له: الفرق بينهما: أنّ ملك كلّ واحد منهما وإن كان مُثبتا[2231] لملك صاحبه، فإنّهما استحقّ الثمن بالعقد جملة في صفقة واحدة، ولم يتمّ الصفقة إلّا إنّهما فلمّا كان تمام الصفقة بفعلهما، ولو قبل المشتري العقد في عبد أحدهما دون الآخر لم يصحّ علمنا أنّهما قد استحقّا كلّ جزء من الثمن بينهما، فلذلك اشتركا فيما قبضه أحدهما. وأمّا في مسألتنا فلم يثبت الضمان إلّا بالتسليم، ولم يكن هناك سببٌ ينتظم تسليم نصيب كلّ واحد منهما بمعنى يجمعهما في حكم صار كرجلين باع كلّ واحد منهما عبده على حدّة من رجل واحد إلّا أنّ البيع منهما وقع معًا، فلا يوجب وقوع العقد منهما معًا اشتراكًا في الثمن.

ووجه آخر، وهو: أنّ مسألة العبدين التي سأل عنها السائل كلّ واحد منهما عاقدا على ملكه وملك غيره، فوجب الثمن لهما بالشركة، وفي مسألتنا كلّ واحد دافع نفسه دون نصيب صاحبه، فلم يكن بينهما شركة.

[2231] مثابتا.

قال محمد: فإن أدّياه من مال مختلط بينهما فكلّ ما قبضه أحدهما من الآمر، فللآخر أن يشركه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الضمان وجب لهما بالدفع، وقد كانا شريكين في المدفوع حين دفعا، فهو مثل أن يقرضاه ألفًا هما فيه شريكان، فيشتركان في المقبوض كما كانا شريكين في المدفوع.

قال محمد: ولو أمرهما بأن يضمنا عنه ألف درهم فضمناها، ثم قبضاه من مال بينهما أو مفترقين[2232] [100أ] فليسا شريكين فيما يقبضه أحدهما في قول أبي يوسف ومحمد الآخر، وفي قول محمد الأوّل: هما شريكان فيما يقبضانه من الآمر إن كانا قضياه من مال بينهما.

قال أبو بكر: وجه قول أبي يوسف ومحمد الآخر: أنّ الضمان ثبت عليهما بعقد الكفالة، وثبت لهما على الآمر مثله. ألا ترى أنّهما لو صارفاه عليه بعد الكفالة قبل الآخر أجاز إلّا أنّه ليس لهما الرجوع عليه قبل الأداء، ولا يبقى ذلك صحّة الضمان كما مؤجّل لا يمنع دخول الأجل عليه من صحّة ضمانه في الحال، وإذا كان هذا هكذا علمت أنّهما عند الرجوع إنّما يرجعان بالمضمون، فيجب مراعاة حال الضمان، فلمّا لم يكونا شريكين في الضمان لم يشتركا فيما حصل لكلّ واحد منهما من جهة الآمر.

مسألة

قال محمد: وإذا أمر الرجل الرجلين أن يشتريا له جارية بألف درهم، فاشترياها له بألف درهم، ونقدا الثمن من مال هما فيه شريكان أو من مال لا شركة بينهما فيه، ثم قبض أحدهما حصّته من الآمر، فليس للآخر أن يشركه فيه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الضمان الذي لحق الآمر بعقدهما أكدّ من ضمان الكفالة. ألا ترى أنّهما يرجعان عليه مثل الأداء، وفي الكفالة لا يرجعان إلّا بعد الأداء، فقد ملكا على الآمر المال ملكًا صحيحًا بغير شركة، فلا يعتبر حال الأداء فيه.

فإن قال قائل: هلّا جعلتهما شريكين من حيث لم يجب لهما الضمان إلّا بانتقال ملك الجارية من جهتهما إلى الآمر في صفقة واحدة، لأنّه لم ينتقل إليه بقبول أحدهما دون قبول الآخر معه العقد. [100ب]

قيل له: لأنّهما إنّما يرجعان على الآمر من جهة الضمان لا من جهة عقد البيع، وهو كعبد واحد بين رجلين باعاه من رجل، وعقد كلّ واحد منهما على نصيبه بثمن في حال واحدة، فكذلك مسألتنا لما كان إيجاب الرجوع من طريق الضمان لا من جهة عقد الشراء صار كالكفالة التي تقدّم ذكرها. وأمّا امتناع وقوع الملك بقبول أحدهما دون الآخر، فلأنّ ذلك معنى معتبر في نفس العقد، وقد بيّنا أنّهما يرجعان بالضمان لا بالعقد.

مسألة

[2232] مغترفين.

قال محمد: ولو أنّ رجلين باعا من رجل عبدًا بينهما بألف درهم كانا شريكين في ثمنه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لم يجب ههنا جزء من الثمن إلّا على طريق الشركة. ألا ترى أنّهما لو باعاه بألف درهم وخمسين دينارًا كانت الدراهم والدنانير جميعًا بينهما نصفين، فدلّ ذلك على ثبوت الشركة. وأيضًا فقد صار كلّ واحد عاقدًا على جميع العبد من حيث سمّاه في العقد.

قال محمد: ولو سمّى كلّ واحد منهما لحصّته خمسمائة درهم لم يكونا شريكين في الثمن.

قال أبو بكر: لأنّهما لمـّا سمّيا لكلّ واحد من النصفين خرجا من أن يكونا شريكين في الثمن. ألا ترى أنّه لو باع هذا نصيبه بخمسمائة وهذا نصيبه بخمسين دينارًا لم يكونا شريكين، وكان لكلّ واحد منهما عبد، فإن باعاه معًا بألف درهم كانا شريكين في الثمن، وإن [101أ] سمّيا لكلّ واحد ثمنًا لم يكونا شريكين.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّ الثمن إذا أجمل صار كلّ جزء منه ثمنًا للعبدين فصارا فيه شريكين، وإذا سمّي لكلّ واحد ثمنًا لم يكن لواحد منهما ثمن غير ما سمّى فلم يكونا شريكين. ألا ترى أنّه لو سمّى لأحدهما خمسمائة درهم وللآخر خمسين دينارًا كان لكلّ واحد منهما ما سمّى لا غير.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ دارًا بين رجلين أجّراها من رجل ستّمائة[2233] درهم فلم يسكن المستأجر الدار، ولم يقبضها حتى نقد لأحدهما حصّة خمسين درهمًا كانا لشريكه المؤاجر معه أن يرجع على القابض بنصف ما أخذ.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهما ملكاه المنافع صفقة واحدة، وهي على ملكهما، فصار كعبد لهما باعاه صفقة واحدة بثمن واحد، فما قبض أحدهما شريكه الآخر فيه. ألا ترى أنّه لو شرط التعجيل في الابتداء كان ما قبضه أحدهما بينهما، وهو مثل أن يبيعاه عبدًا لهما صفقةً واحدة بألف درهم إلى سنة، ثم عجّل لأحدهما حصّته قبل الآخر، فللآخر أن يشاركه فيما قبض.

مسألة

قال محمد: وإذا شهد شاهدان على رجل أنّه كانت عنده، وقيمته ألف درهم على ألفي درهم إلى سنةٍ، والمولى يجحد فالعبد يدّعي، يقضي[2234] القاضي بذلك، ثم رجعا عن الشهادة، والمولى بالخيار إن شاء ضمنها ألفًا حالّة، ورجعاهما على العبد بألفي درهم إلى سنة، ولا يعتق المكاتب إلّا بالأداء، ولا يكونان [101ب] شريكين فيه، وإن شاء أخذ المال من المكاتب إلى أجله.

[2233] سته بمائة.
[2234] يُقضا.

قال أبو بكر: إنّما لم يكونا شريكين فيما يقبضانه من المكاتب من قِبل أنّهما لا يملكان المكاتب بالضمان، لأنّه ليس ممّا يصحّ نقل الملك فيه. ألا ترى أنّ موت المولى لا يوجب نقل الملك فيه إلى الورثة، وإذا كان كذلك فإنّما يملكان المال الذي على المكاتب بما غرما للمولى. ألا ترى أنّ من غصب من رجل مدبّرًا فآبق من عنده، وضمن قيمته لم يملكه بالضمان، فكذلك المكاتب لما لم يملكاه بالضمان، وإنّما يملكا المال الذي عليه، ولم يكن هنا كسبب يوجب الشركة وجب ألّا يشتركا، وليس وجوب المال لهما في حال واحدة سببًا لإيجاب الشركة.

قال أبو بكر: وإنّما صحّ رجوعهما عن المكاتب، لأنّهما ملكا بما على المكاتب بالضمان وفاء ما فيه مقام المولى كما أنّ الغاصب الأوّل يملك ما في ذمّة الغاصب الثاني بما ملّكه عليه الغاصب الأوّل. وإنّما عتق المكاتب بأدائه إليهما من قِبل أنّه ليس من شرط عتقه أن يكون المولى هو القابض للمال دون غيره. ألا ترى أنّ المولى هو القابض لو وكّلهما[2235] بقبض ما على المكاتب صحّ ذلك، وعتق بأدائها إليهما. ألا ترى أنّ المولى لو مات صحّ أداؤه إلى الوارث، وعتق به.

قال محمد: ولو أدّيا القيمة إلى المولى من مال بينهما لم يشتركا أيضًا فيما يقبضانه[2236] من المكاتب.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهما قد كان لهما الرجوع على المكاتب قبل أن يؤدّيا إلى المولى شيئًا، فصارا كالوكيلين بالشراء على ما بيّنا. [102أ]

قال محمد: فإن عجز المكاتب بعدما قبض المولى من الشاهدين القيمة، وقد أدّى المكاتب بعض الكتابة إلى الشاهدين، فإنّ المولى يردّ على الشاهدين ما قبض، ويأخذ منهما ما أخذا من المكاتب.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الكتابة لما بطلت[2237] عاد العبد إلى يد المولى عبدًا غير مكاتب، فاستحال أن يستحقّ على الشاهدين بدل ما هو في يده، فوجب عليه ردّ ما قبض منهما، ويردّ هذان ما قبضا من المكاتب، لأنّهما ملكا ما على المكاتب بالضمان، وقد بطل الضمان عنهما، فذاك ملكهما عن مال الكتابة، فلذلك ردّه إلى المولى، لأنّه مال عنده.

قال محمد: وكذلك لو شهدا أنّه باع عبده بألفي درهم إلى سنة من هذا المشتري، والمشتري يدّعي، والبائع يجحد، ثم رجعا، فإنّ للمولى أن تضمّنها ألف درهم، ويرجعان على المشتري بألفي درهم.

قال أبو بكر: ولا يملكان العبد ههنا أيضًا بالضمان، لأنّه في غير ملك من ضمنا له، وإنّما يملكان الألفين، لأنّهما في ملك البائع الذي ضمنا له الألف، فقاما فيه مقامه، وهذا ومسألة الكتابة سواء، فمتى نقض البيع بعيب بقضاء قاضٍ، وقد قبض البائع من الشاهدين القيمة، فإنّه يردّها عليهما، ويرجع المشتري عليهما بما قبضا من الثمن للعلّة التي وصفناها في المكاتب.

[2235] وكلّهما.
[2236] فيما يقتضانه.
[2237] لما يطلب.

مسألة

قال محمد: وإذا غصب رجلان من رجل عبدًا قيمته ألف درهم، فزادت قيمته في أيديهما حتى صارت ألفين، ثم إنّ رجلًا غصبه منهما [102ب] فمات في يده، فضمن المولى الغاصبين الأوّلين قيمته ألف درهم، فإنّ لهما أن يرجعا على الثاني بألفين، واشتركان فيما يقبضه كلّ واحد منهما.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهما يملكان العبد بالضمان بينهما نصفين، ويكون حكم الغاصب الثاني معهما كرجل غصب من رجلين عبدًا، فمات في يده، فيلزمه القيمة لهما، ويشتركان فيها.

فإن قال قائل: ما أنكرت ألّا يشتركا في القيمة التي يقبضاها من الثاني، لأنّ الضمان قد حصل لهما عليه قبل الملك كما قلت في الكفالة.

قيل له: أنّ الضمان الذي كان قبل الملك لم يكن ضمانًا يملكان به القيمة، لأنّ المولى يملك[2238] العبد بالضمان صار ما يقبضانه بعد ذلك لهما لا حقّ للغير فيه، وملكهما متقدّم لملك المالك، لأنّ ملكهما في العبد يستبد إلى حال غصبهما. ألا ترى أنّهما لو باعاه، فهلك في يديّ المشتري، ثم ضمّنهما المولى القيمة جاز البيع في العبد، وصار كأنّهما باعاه، وهما مالكان.

قال محمد: ويتصدّقان بفضل القيمة عمّا غرماه.

قال أبو بكر: لأنّه ربح حصل لهما من وجه محظور[2239]، وقد بيّنا أصل ذلك فيما تقدّم. وقد استشهد محمد على وقوع الملك لهما بالغصب إذا ضمنا القيمة إنّ العبد لو آبق من يدهما، ثم ضمنا القيمة، ثم رجع العبد أنّه يكون لهما دون المولى، وإنّه ليس بمنزلة المكاتب، لأنّه لا يجوز [103أ] نقل الملك فيه.

مسألة

قال محمد: ولو اغتصب رجلان عبدًا فباعاه من رجل، وقبضه المشتري، فمات في يده، ثم إنّ المولى أخذ الغاصبين، فضمّنهما القيمة جاز البيع، وكانا شريكين فيما يقتضيان من المشتري.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهما باعاه من رجل صفقة واحدةً، فيستحقّان الثمن نصفين.

قال محمد: ولو لقي المولى أحدهما فضمّنه نصف القيمة، ثم لقي الآخر أيضًا قبل قبض الأوّل الثمن، فضمّنه نصف القيمة، ثم قبض أحدهما شيئًا من ثمن العبد، فإنّ للآخر أن يشتركه فيه.

[2238] فملكا.

[2239] محضور.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه إذا أجاز البيع استحقّا الثمن بالعقد الذي وقع منهما صفقةً واحدة، ولا يلتفت في هذا إلى وقوع الإجازة معًا أو متفرّقة من قِبل أنّ العقد يوقف على أنّه متى لحقته الإجازة استحقّ الثمن نصفين.

فإن قال قائل: تمليك أحدهما المشتري متأخّر عن تمليك الآخر، لأنّ الذي ضمن أخيرًا لم يملك العبد إلّا بعد التضمين، ولم يملك المشتري أيضًا إلّا بعدما صحّ تضمينه، وذلك واقع بعد ملك المشتري بحصّة الغاصب الآخر.

قيل له: إنّما يجب أن يعتبر في ذلك العقد الموقوف وما تضمّنه من الحكم، فإذا جاز ذلك العقد صار كأنّه وقع ابتداء منهما في حال واحدة.

قال محمد: ولو أنّ الغاصب الذي ضمن أولًا قبض نصف الثمن، ثم ضمن الغاصب [103ب] الآخر لم يشتركه الآخر فيما قبض.

قال أبو بكر: من قِبل أنّه لما قبض الأوّل نصيبه، فإنّما كان قابضًا لثمن ما باع دون ما لم يبع، وثبت للآخر الثمن على المشتري، وليس هناك دين لغيره، فلم يقع بينهما شركة.

قال محمد: فإن قبضا جميعًا الثمن على ما وصفتُ لك، ثم إنّ الأوّل وجد الدراهم التي قبض ستّوقة أو رصاصًا ردّها على المشتري، وكان بالخيار إن شاء اتبع صاحبه بنصف ما قبض، ثم رجعا على المشتري بنصف الثمن.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الستّوقة والرصاص لا يقع بهما قضاء، فكأنّه لم يقبض شيئًا حتى قبض الآخر، فيشتركان فيما قبض.

قال محمد: فإن وجد القابض الأوّل دراهمه بَهْرَجَة أو زيوفًا ردّها على المشتري، وأخذ منه، فكأنّها جيادًا، ولا سبيل على القابض الآخر.

قال أبو بكر: لأنّ القضاء يقع[2240] بالزيوف والبهرجة على ما بيّنا في غير موضع من هذا الكتاب، وإذا كان كذلك فقد قبض الآخر نصيبه، ولا حقّ لأحد فيه كما قبض الأوّل، ولا حقّ للآخر فيه.

مسألة

قال محمد: وإذا كان العبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه ونصيب صاحبه بغير إذنه من رجل، ودفعه إلى المشتري، ثم أجاز شريكه البيع، فإنّه جائز، وما يقبضه من ذلك فهو لهما جميعًا، وكذلك لو كان البائع قبض نصيب نفسه قبل أن يجيز شريكه البيع في حصّته، ثم أجاز شريكه [104أ] البيع كان له أن يشاركه فيما قبض.

[2240] تقع.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لما ولي بيع النصيبين ثبت له حقّ القبض بالعقد في النصفين جميعًا، وإنّ كلّ ما يقبضه فهو بينهما إلّا أنّه إذا لم يجز شريكه البيع، وقد قبض البائع نصف الثمن، فقد وجب عليه ردّ نصف ما قبض على المشتري، وهو النصف الذي لم يجز شريكه فيه البيع، ويجب له الرجوع على المشتري أيضًا بنصف حصّة نفسه إذا ردّ نصف هذا المقبوض، فلا معنى لردّه إليه ورجوعه عليه، فيُسلّم له حينئذ هذا النصف المقبوض خاصّة، وإذا أجاز شريكه البيع حصل المقبوض بينهما، ولا فرق بين إجازته قبل قبض الثمن أو بعده، لأنّه يصير وكيلًا في نصيبه، فيجوز قبضه فيما قبضه له.

قال محمد: ولو كان العبد بين رجلين، فغصب رجل حصّة أحدهما، ثم إنّ الغاصب والشريك الآخر باعا العبد من رجل، وقبض منهما، فالبيع جائز في نصيب الشريك البائع، ولا يجوز في نصيب الآخر، فإن لم يقبض الشريك البائع نصيبه من الثمن حتى أجاز الآخر البيع، فهو جائز، وما قبضه أحد البائعين من الثمن شركة فيه صاحبه، ولا شركة فيه لأحد.

قال أبو بكر: لا يشبه أن يلي البيع معه غيره أن يلي هو العقد في النصفين جميعًا من قِبل أنّهما إذا كانا بائعين لم يثبت لواحد منهما حقّ القبض إلّا في النصف الذي يولي بيعه فيما قبضه الأوّل قبل الإجازة، فقد صحّ له فيه القبض من غير حقّ لأحد فيه، وإجازة [104ب] الشريك الآخر بعد ذلك لا يثبت له فيه حقًّا على ما بيّنا في المسألة المتقدّمة. ألا ترى أنّه قد صحّ قبضه قبل أن يقبض يثبت نصيب الآخر دينًا على المشتري، فلذلك لم يقع فيه شركة. وأمّا إذا كان هو الذي وليّ العقد في النصفين، فحقّ القبض ثابت في جميع الثمن، فكلّ ما يقبضه فهو بينهما، وما ذكره محمد من مسألة البائعين إذا كانا بالخيار فأجاز أحدهما قبض، ثم جاء[2241] الآخر يبين هذا.

أوّل الوصايا

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الوصايا

باب ما يكون خصمًا من صاحب الوصيّة والغريم والورثة وما لا يكون خصمًا

قال محمد: وإذا مات الرجل، وترك وارثًا واحدًا، وترك ثلاثة ألف درهم، فأقام رجل البيّنة أنّ الميّت أوصى له بثلث ماله، فقضى له القاضي به، وقسم له حقّه، ودفعه إليه، ثم إنّ الوارث غاب، فأقام رجل على الموصى له البيّنة أنّ الميّت أوصى بثلث ماله، وهو يجحد، فإنّ القاضي يجعله خصمًا للموصى له الثاني، ويقبل بيّنته عليه، ويدفع إليه نصف ما في يده. [105أ]

[2241] اجا.

قال أبو بكر: وإنّما كان خصمًا له من قِبل أنّه يدّعي استحقاق بعض ما في يده، لأنّ الوصيّة إنّما يثبت في عين المال، ولو هلك المال قبل استيفاء الوصيّة بطلت، وإذا كانت الوصيّة متعلّقة بالمال، وكان الثاني مدّعيًا لاستحقاق نصف ما في يد الأوّل صار خصمًا له فيه، وإذا ثبتت الخصومة بينهما في إثبات الوصيّة، فقضى له القاضي بها صار ذلك قضاء على الميّت، لأنّه لا يمكن القضاء عليه إلّا بأن يُقضى به على الميّت، وإذا صحّت الوصيّة من جهة الميّت صار ذلك استحقاقًا على الوارث.

قال محمد: فإن لم يكن عند الموصى له الأوّل شيء، فإنّ له أن يرجع على الوارث، فيأخذ منه خمُس ما في يده.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لم يـجز قسمة القاضي على الثاني، لأنّ القاضي لا يقسم على الغائب وصيّته، فصار ما أخذه الموصى له الأوّل كأنّه شيء هالك من جميع المال، فيشتركان فيما بيد[2242] الوارث، فيقتسمانه على خمسة من قِبل أنّ المال كان[2243] بينهم على ستّة، أربعةٌ للوارث، ولكلّ واحد من الموصى لهما سهمٌ، فصار كلّ جزء من المال مقسومًا بين الوارث، وأخذ الموصى لهما على خمسة أسهم، أربعةٌ منها للوارث، وسهمٌ للموصى له، ثم يرجعان على الموصى له الأوّل بنصف الثلث، فما خرج فهو بينهما على خمسة.

قال محمد: ولو غاب الموصى له الأوّل، [105ب] وحضر الوارث والموصى له، فأقام البيّنة على الوارث بالوصيّة، فقضى له القاضي بالوصيّة كان القضاء عليه قضاء على الموصى له الأوّل.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الوارث خصم للموصى له في إثبات وصيّته، فإذا ثبت وصيّته صار قضاء على الموصى له الغائب في استحقاق نصف ما في يده، إذ لا يمكن القضاء على الوارث بذلك إلّا مع صحّة القضاء على الموصى له الأوّل.

قال محمد: ولو كان القاضي قضى للموصى له الأوّل بالوصيّة، فلم يقتضها حتى غاب الوارث، فأقام الموصى له الآخر البيّنة على الموصى له الأوّل أنّ الميّت أوصى له بالثلث، فإن كان أقام البيّنة عند القاضي الأوّل فإنّه يقبل بيّنته على ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه قد علم أنّه خصمه فيما يريد استحقاقه عليه من نصف ما استحقّه من الوصيّة، لأنّ الذي في يد الوارث الغائب من وصيّته هو ملكه، فلذلك كان خصمًا فيه.

قال محمد: ولو كان القاضي الثاني غير الأوّل لم يكن خصمًا له.

[2242] يد.
[2243] كا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لم يثبت عند القاضي الثاني أنّ هذا موصى له، وأنّه خصم لمدّعي الوصيّة، ولا يصدّقه القاضي إن أقرّ بذلك، لأنّه لا يجوز أنّ بيّنته خصمًا على الميّت والوارث الغائب بقوله. ألا ترى أنّه لو قبل البيّنة، وجعله خصمًا وقع الاستحقاق على الميّت، والوارث الغائب بقوله من غير أن يأخذ من يد هذا الحاضر [106أ] شيئًا في الحال.

قال محمد: ولو قضى القاضي للأوّل بالثلث، ودفعه إليه، فخاصمه الموصى له الآخر، وأقام البيّنة على وصيّته، فجحد الموصى له الأوّل أن يكون أخذ من مال الميّت شيئًا أو أن يكون أوصى له بشيء، وادّعى أنّ المال الذي في يده مال ورثة عن أبيه أو قال: "وديعة لإنسان عندي"، واختصما إلى قاضٍ غير الأوّل، فإنّه يكون خصمًا للثاني في ذلك، ويقبل بيّنته عليه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه يدّعي غير ما في يده، فهو كرجل ادّعى مالًا في يديّ رجل يزعم أنّه له، وأقام المدّعي البيّنة أنّه مال أوصى له به فلان، فيكون خصمًا له في ذلك، ويقضى عليه بما في يده، ويكون قضاء على ورثة الميّت أيضًا واستحقاقًا للوصيّة عليهم، إذ لا يمكنه إثبات المال لنفسه وصيّة إلّا باستحقاقه على الورثة.

قال محمد: ولو ادّعى الموصى له الأوّل إنّ الميّت أودعه هذا المال الذي في يديه أو أنّه أخذه من بينه بعد موته غصبًا منه، فإنّ القاضي لا يجعل بينه وبين الموصى له خصومةً حتى يحضر وارث الميّت.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه إقرار المال وصل إليه من يد الميّت، والموصى له الثاني يدّعي استحقاقه من جهة الميّت، فلا خصومة بينهما فيه كرجل ادّعى عبدًا في يديّ رجل أنّه اشتراه من فلان، وقال الذي في يديه: "أودعنيه فلان الذي يدّعي الشراء من قبله"، فلا خصومة بينهما فيه [106ب] فكذلك ما وصفنا.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا مات، وترك وارثًا وترك مالًا، فأقام رجل البيّنة على الميّت أنّ له عليه ألف درهم، فقضى له القاضي بذلك، ودفع إليه، ثم غاب الوارث، فأقام رجل آخر البيّنة أنّ له على الميّت ألف درهم، وأحضر الغريم الذي قبض حقّه، فإنّه لا يكون خصمًا له.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه ليست صحّة ثبوت الدين متعلّقة بعين المال، وإنّما يثبت في الذمّة، ثم يستوفى من العين بعد[2244] الموت. ألا ترى أنّه لا يملك مال الميّت بدينه، وإنّ المال لو هلك كان دينه باقيًا، وإذا كان كذلك احتجّا في إثبات حقّه في الاستيفاء من المال إلى إثباته أوّلًا في ذمّة الميّت، ثم نقله إلى المال، وليس هناك خصم حاضر عن الميّت، فيُسمع عليه البيّنة في إثبات الدين على الميّت، والغريم ليس بخصم عن الميّت فيما يدّعى عليه، ولا يشبه الدين الوصيّة في هذا الوجه

[2244] بد.

من قِبل أنّ الوصيّة يتعلّق صحّتها بالمال، ولا يثبت في الذمّة، فكلّ من ادّعى شيئًا من المال في يد الموصى له من جهة الوصيّة، فهو خصمٌ له فيه لدعواه الشركة في غير ما قبضه.

فإن قال قائل: هلّا جعلتَ الغريم القابض خصمًا للثاني لدعواه استحقاق بعض ما في يده كما كان الموصى له الأوّل خصمًا للثاني حين ادّعى استحقاق بعض ما في يده.

قيل له: الفصل بينهما: إنّا نحتاج إلى إثبات الدين في الذمّة، [107أ] ثم نقله إلى المال بعد الموت، وليس هناك خصم في إثبات المال على الميّت، وهذا نظير ما ذكرنا من دعوى المشتري أنّ للجارية زوجًا غائبًا، وأقام بيّنة، فلا يكون خصمًا في ذلك، لأنّه يريد إثبات الزوجية ليتوصّل بها إلى فسخ البيع، وليس فسخ البيع من حقوق النكاح، ولا حكمه مقصورًا عليه، فلم يكن خصمًا فيه كذلك لما كان ثبوت المال في الذمّة قد يعرٰى عن انتقاله إلى العين بأن يقضيه قبل الموت، فلا ينتقل إلى التركة وجب ألّا يكون الغريم خصمًا عن الميّت في سماع البيّنة عليه. وأمّا الوصيّة فمن حيث كانت صحّتها مقصورة على العين حتى أنّ هلاك العين يبطلها صار الموصى له الأوّل خصمًا عن الثاني في الوجه الذي ذكرنا.

قال محمد: ولو كان الغريم الآخر خاصم الوارث، والغريم الأوّل غائب، فقضى القاضي بالدين، ثم حضر الغريم الأوّل، وقد يؤتى ما قبض الوارث، فإنّ الثاني يأخذ من الأوّل نصف ما قبض من الدين، ثم يتبعان الوارث بما بقي من دينها.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الوارث خصْم عن الميّت، فثبت المال بحضوره على الميّت، وليس لأحد الغريمين أن يقتضي دينه دون الآخر.

قال محمد: ولو كان الأوّل موصى له بالثلث، وقد قبض نصيبه، والثاني غريم لم يكن بينهما خصومة.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّ الغريم لا يستحقّ عين المال ببيّنته، وإنّما يستحقّه على الميّت، ثم يثبت له حقّ الاستيفاء من التركة، [107ب] والموصى له ليس بخصم عن الميّت في إثبات الدين عليه.

قال محمد: ولو أنّ رجلًا أقام البيّنة أنّ الميّت أوصى له بهذه الجارية بعينها، وهي ثلث مال الميّت، فقضى القاضي بها له، ودفعها إليه، ثم غاب الوارث، فأقام رجل البيّنة أنّ الميّت أوصى له بتلك الجارية بعينها، وأنّه رجع عن وصيّته للأوّل، فإن شهدوا بالرجوع قضى بها للثاني، وإن لم يشهدوا بالرجوع قضى بها بينهما نصفين.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه ادّعى استحقاق عين ما في يديه، وهو خصم فيما يدّعى من استحقاق ملكه.

قال محمد: ولو كان الوارث هو الذي حضر، وغاب الموصى له الأوّل لم يكن الوارث خصمًا للموصى له الآخر.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لا يستحقّ بها على الوارث شيئًا. ألا ترى أنّه لو كان في يد الوارث مال آخر من تركة الميّت لم يستحقّ شيئًا منه، فإذا لم يدَع شيئًا يستحقّه على الوارث لم يكن خصمًا له.

فإن قال قائل: هلّا كان الوارث خصمًا عن الميّت فيما يتوجّه الاستحقاق عليه أيضًا، فإذا لم يستحق عليه شيء لم يكن خصمًا لمدّعي الوصيّة، وذلك لأنّ الوصيّة إنّما هي حقّ للميّت، وليست حقًّا عليه، فإذا لم يدّع الموصى له استحقاقًا على الوارث ولا على الميّت لم يكن الوارث خصمًا له.

قال محمد: ولو أنّ الموصى له الأوّل لم يقبض الجارية حتى حضر الثاني، فخاصم الوارث والجارية في يده، فإن خاصمه إلى القاضي الذي قضى بذلك لم يجعله خصمًا، [108أ] وإن خاصمه إلى غيره جعله خصمًا، وقضى عليه، وكان ذلك قضاء على الموصى له الأوّل إن شهدوا بالوصيّة، وإن شهدوا بالرجوع لم يقض بالرجوع.

قال أبو بكر: إذا خصمه إلى القاضي الذي قضى للأوّل بالوصيّة فقد علم هذا القاضي أنّ الجارية في يده للغير، وإنّه ليس بخصم له كما لو كانت وديعة في يد غيره لم يكن المودع خصمًا للموصى له الثاني في إثبات وصيّته، وعلم القاضي بذلك أثبت من البيّنة لو قامت أنّها وديعة لغيره. وأمّا إذا ارتفعا إلى قاضٍ آخر فإنّه لا يعلم أنّها ملك لغير الوارث، فيقضي بالوصيّة، لأنّها في الظاهر ملكٌ للوارث، ولا يصدّق الوارث على إسقاط الخصومة عن نفسه بدعواه أنّها لغيره كما لا يُصدّق المدّعى عليه أنّ الشيء وديعة في يده لغيره، وبجعله[2245] خصمًا للموصى له الثاني ثبت استحقاق وصيّته من جهة الميّت، وإذا استحقّها من جهة الميّت صار ذلك قضاء على الموصى له الأوّل.

فإن قال قائل: فلو أنّ رجلًا ادّعى جاريةً في يديّ رجل أنّها له، وأقام بيّنة، وقال الذي في يديه: "هي وديعة لفلان الغائب"، فلم يصدّقه القاضي، وجعله خصمًا، وقضى للمدّعي باستحقاقها، ثم قدم الغائب، فصدّق بالوديعة أنّ القضاء لا يتوجّه عليه بالبيّنة التي سمعتْ على المودع، بل كان القضاء في مسألتنا واقعًا على من كانت في يديه دون الغائب، فهلّا جعلتَ القضاء في مسألتنا واقفًا على الوارث دون الموصى له الأوّل، إذ كان الوارث في معنى المودع. [108ب]

قيل له: الفصل بينهما: أنّ الموصى له الثاني قد استحقّها على الميّت بإقامته البيّنة على استحقاق الوصيّة من جهته وكون الوارث خصمًا عنه، وإذا كان ذلك كذلك صار ذلك قضاء على جميع من يدّعي استحقاقها من جهة الميّت بالوصيّة. ونظير ذلك دعوى المدّعي الشراء من جهة زيد، وقول الذي في يديه: "هو في يديّ وديعة لعمرو الغائب"، ولم يكن له بيّنة، فقضى القاضي بالشراء للمدّعي على زيد قِدم عمرو، فأقام بيّنةً على الشراء من زيد أيضًا أنّه لا يقضي له به على المشتري الأوّل، لأنّه ادّعى استحقاقًا من جهة من استحقّ المدّعي أوّلًا عليه. وأمّا دعوى المدّعي الملك مطلقًا، فلم يتعلّق باستحقاق على غير من في يده، فلذلك لم ينفذ القضاء ببيّنته على غيره.

قال أبو بكر: وإنّما لم يقض بالرجوع مع حضور الوارث حتى يحضر الموصى له الأوّل من قِبل أنّ الوارث ليس بخصم له في إثبات الرجوع عليه، وكيف يكون خصمًا، ولو كان هناك وصيّة ثابتة للأوّل قبل ذلك لما كان الوارث خصمًا له، والرجوع لا يثبت إلّا بعد الوصيّة للأوّل، وفي إثبات وصيّة الأوّل إسقاط الخصومة. وأيضًا فليست صحّة وصيّته متعلّقة

[2245] ويجعله.

بالرجوع عن الوصيّة الأولى. ألا ترى أنّ الوصيّة بها كلّها ثابتة له، وإن لم يرجع عن الأولى بدلًا له أنّ الموصى له الأوّل لو ردّ الوصيّة، ولم يقبلها كانت كلّها للثاني، وإذا لم يكن صحّة وصيّته متعلّقةً بالرجوع عن وصيّة الأوّل، وكان الرجوع عن الوصيّة إنّما [109أ] هو معنى يتوجّه على الموصى له الأوّل دون الوارث لم يكن الوارث خصمًا عنه فيه على ما بيّنا في الجارية إذا ادّعى المشتري أنّ لها زوجًا غائبًا.

قال محمد: ولو كان الأوّل موصى له بالثلث، وادّعى الثاني الرجوع عن وصيّة الأوّل، والوصيّة لنفسه بالثلث، وأقام البيّنة، فإن حضر الموصى له الأوّل قُضي بالرجوع وبالوصيّة للثاني. وإن حضر الوارث، وغاب الموصى له الأوّل قضى بالوصيّة، ولم يقضِ بالرجوع حتى يحضر الموصى له الأوّل.

قال أبو بكر: لا فرق بين الوصيّة بشيء بعينه والوصيّة بالثلث مرسلًا[2246].

قال محمد: ولو كانت وصيّة الأوّل بعبد بعينه، ووصيّة الآخر بمائة درهم، والعبد يخرج من الثلث، فإنّ الموصى له الأوّل لا يكون خصمًا للثاني، ويكون الوارث خصمًا له.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه ليس يدّعي ممّا في يد الموصى له شيئًا، وقد بيّنا أنّ الموصى له لا يكون خصمًا عن الميّت إلّا فيما يستحّق من يده، والوارث خصم في ذلك، وكان قضاء على الموصى له الأوّل من قِبل أنّ استحقاق الوصيّة[2247] قد صحّ من جهة الميّت لكون الوارث خصمًا عنه فيما يستحقّ من يده، فصار قضاء على الموصى له الأوّل.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا مات، وله على رجل ألف درهم قرض أو غصب في يده، فأقام رجل البيّنة أنّ الميّت أوصى له بهذه الألف التي عليه، والرجل مقرّ بالمال إلّا أنّه يقول: "لا أدري مات فلان أو لم يمت"، فإنّه لا يكون خصمًا في ذلك، ويقال للموصى له: "أحضرْ بعض الورثة حتى تخاصمه[2248] أو وصّانا[2249] إن كان له". [109ب]

قال أبو بكر: وذلك لأنّهما معترفان بأنّ الشراء وصل إلى يد من جهة الغائب، وادّعى الموصى له انتقاله إليه، فالذي هو عليه غير خصم له في الظاهر لاعترافهما أنّ الملك قد كان لغيره، وهذا مثل دعواه شراء العبد الغصب من الميّت، فلا يكون الغاصب خصمًا في ذلك. ألا ترى أنّه لو ادّعى شراءه من جهة المغصوب، وهو حرّ لم يكن خصمًا، فكذلك إذا كان ادّعى أنّه ميّت.

[2246] مرسله.
[2247] وصيّة.
[2248] حتى يخاصمه.
[2249] وصيًّا.

قال محمد: ولو أنّ الذي قبله المال جحده أو قال: "وهبه لي فلان الغائب، ولم يمت"، فأقام الموصى له البيّنة أنّه مات، وأوصى له بالمال الذي له قبله، وهو ألف درهم، وغاب الوارث، فإنّ الذي قبله المال خصْم له.

قال أبو بكر: وهذا مثل أن يدّعي الذي في يده الملك لنفسه، والمدّعي يدّعي الشراء من جهة الغائب، فيكون الذي في يديه خصمًا، ويقضى بالشراء على الغائب.

قال محمد: ويقضى للموصى له بثلث ذلك المال.

قال أبو بكر: لأنّه لم يثبت للميّت بمال غيره، فلا يُعطى الموصى له أكثر من ثلث هذه الألف التي تيقّن ملكها للميّت.

قال محمد: فإن أقام الموصى له البيّنة أنّ للميّت ألفي درهم سوى ذلك، وأنّه مات، فترك من الورثة ابنه لا يعلم له وارثًا غيره، وأنّ الابن قد استوفى الألفين، فإنّ القاضي يقضي بالألف كلّها للموصى له، ويأمر الذي هي قبله أن يدفعها إلى الموصى له، ويكون ذلك قضاء على الابن باستيفاء الألفين.

قال أبو بكر: إنّما كان الموصى له خصمًا في إثبات استيفاء العين على الابن من قِبل أنّه يدّعي به استحقاق وجميع ما على الحاضر، وهو لا يمكنه إثبات ذلك [110ا] عليه إلّا بإثبات استيفاء الألفين على الابن، فصار ذلك قضاء على الغائب، وفي استحقاق جميع الألف على من في يده استحقاق له بعينه على الوارث الغائب، فصار خصمًا عنه كمن ادّعى شراء عبد في يديّ رجل من جهة فلان الغائب، والذي في يديه يدّعيه لنفسه، فيُقضى بالشراء له من قِبل فلان الغائب، ويستحقّ عليه به ما في يده، ويكون القضاء عليه قضاء على الغائب.

قال محمد: ولو أنّ الموصى له أقام البيّنة على دين ألف درهم، ولم يقم بيّنةً على وصيّة، والمسألة على حالها لم يكن الذي قبله المال خصمًا في ذلك حتى يحضر الوارث أو وصيّ إن كان له.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ دعواه لم يتعلّق بنفس ما في يده، وإنّما يريد إثبات الدَين في ذمّة الميّت، وأخذ ما في يد هذا بما يثبت له عليه قصاصًا، وهذا لا يصحّ إثباته إلّا بحضور خصم عن الميّت، وهذا الحاضر ليس بخصم عنه.

قال محمد: فإن أقام الغريم البيّنة أنّهم لا يعلمون أنّ الميّت ترك وارثًا قالوا: "إنّما كان رجلًا من أهل الأرض أسلم، ولم يُوال أحدًا"، فإنّ القاضي يجعل للميّت وصيًّا يخاصم[2250] عنه، فإذا ثبت الدين قضى به عليه، وأخذ المال من الذي قبله المال، فدفعه إلى الغريم.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ القاضي منصوبٌ لإيصال ذوي الحقوق إلى حقوقهم، ويستوفي ما ثبت على الأموات من الحقوق أوّلهم، فإذا قامت البيّنة أنّهم لا يعلمون له وارثًا لزم القاضي أن ينصب عنه خصمًا ليوصَل الغريم إلى حقّه إذ لا يمكنه

[2250] تخاصم.

إيصاله إلى حقّه إلّا من هذا الوجه. وأمّا إذا لم يقولوا: "لا يعلم له وارثًا"، فإنّه [110ب] جائز أن يكون له وارث هو خصم عن الميّت، فيقال له: "اطلبْ خصمك حتى يقضى لك به عليه". وأيضًا فإنّه إذا كان هناك وارث فهو الخصم، فلا يجوز القضاء عليه إلّا بحضوره أو حضور خصم عنه، وإذا لم يكن هناك وارث، فليس هناك خصم يتوجّه القضاء عليه، فلزم القاضي إيصال الغريم إلى حقّه، إذ ليس فيه قضاء على أخذ غير الميّت، والقاضي يقوم عن الميّت في استيفاء ماله من الحقوق وما عليه.

قال محمد: ولو كان الغريم لم يقم البيّنة على دَين، ولكن أقام البيّنة على أنّ فلانًا مات، وأوصى له بالألف التي قِبل فلان، ولا مال له غيرها، وقالت البيّنة: "لا نعلم له وارثًا"، والذي قِبله المال مُقرّ بالمال، فإنّ المال للموصى له.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن يقول: من أصل أصحابنا: أن ما يأخذه الموصى له ممّا زاد على الثلث إذا لم يكن للميّت وارث، فإنّما يأخذه على جهة الميراث، وهو بمنزلة رجل أقرّ عند موته، ولا وارث له أنّ هذا أخوه، فيدفع إليه بعد موته جميع ماله، ولا يثبت النسب بينهما، فكذلك إذا أوصى له بجميع ماله، فحكم ما يأخذه حكم[2251] ما يأخذه الأخ المقرّ به، فلذلك صار الذي المال في يده خصمًا له في إثبات موت الموصى له، لأنّه زعم أنّه خصم عن الميّت، وقد حلفه في ماله، وقام مقامه، فيكون خصمًا له كما لو ادّعى أنّه ابنه، ووارثه كان خصمًا له.

قال أبو بكر: وأيضًا فلمّا صحّت له الوصيّة بجميع المال صار كالوارث، فيقوم مقام الميّت [111أ] ويخلفه في ماله، فصار خصمًا في إثبات الموت واستحقاق المال من هذا الوجه. وقد استشهد محمد على ذلك بأنّهم لو شهدوا أنّه أقرّ أنّ هذا أخوه في حياته، ولا يعلمون له وارثًا غيره كان خصمًا، وكذلك لو قالوا: "أسلم على يد هذا، ووالاه"، وهذا يدلّ على صحّة ما قاله أبو الحسن رحمه الله.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا غاب، وله على رجل ألف درهم أو له قبله ألف درهم غصب أو وديعة قائمة بعينها، فأقام رجل البيّنة أنّ صاحب المال توفّي، وأوصى إليه بكلّ قليل أو كثير له، والذي قبله المال مقرّ أو جاحد، فإنّ القاضي يقضي بأنّه وصيّ.

قال أبو بكر: وإنّما كان خصمًا له في إثبات الوصيّة إليه من قِبل أنّه قد قام مقام الميّت في ذلك، فهو مثل ادّعاءه الوكالة في حياته. ألا ترى أنّه لو أقام البيّنة على وكالة من جهة الغائب يقبض المال كان خصمًا، لأنّه أثبت أنّه أقامه مقام نفسه. ألا ترى أنّه إذا ادّعى أنّه وارثه قُبلت بيّنته، لأنّه أثبت أنّه قام مقامه، وخلفه في ماله.

[2251] + حكم.

قال محمد: فإن قضى القاضي بأنّه وصيّ، ودفع إليه الذي قبله المال بأمر القاضي، ثم جاء صاحب المال حيًّا، وقد هلك المال في يديّ الوصيّ، فلا ضمان له على الشاهدين في شيء من ذلك، وصاحب المال في الغصب بالخيار إن شاء ضمن الغاصب، [111ب] وإن شاء ضمن الوصيّ، فإن ضمن الغاصب رجع به على الوصيّ، وإن ضمن الوصيّ لم يرجع على الغاصب. وأمّا في الوديعة فلا ضمان على الذي كان في يده، ولكنّه يُضمِّن الوصيّ، وأمّا في الدين فلا ضمان لصاحب المال على الوصيّ، ولكنّه يُضمِّن الغريم، ويرجع به الغريم على الوصيّ.

قال أبو بكر: إنّما لم يكن له تضمين الشاهدين من قِبل أنّهما لم يوجبا للوصيّ المال حقًّا، وإنّما أثبتنا له يدًا هي في الظاهر يد للميّت، وهذا لا يوجب عليهما الضمان.

فإن قال قائل: فهما أزالا اليد بشهادتهما، فهلّا ضمّنتهما إزالتهما اليد الأولى، وأنّ يد المودع إذا كانت يدًا للمودع، ثم أزالاهما كانا بمنزلة من أزال يد إنسان عن ماله، فيضمنه.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن يقول في ذلك: إنّ اليد الثانية التي أثبتاها أثبتاها أيضًا للغائب، فأقاما الوصيّ فيها مقامه في الحفظ من غير إيجاب منهما لأحد فيه حقًّا، فلذلك لم يضمنا، وإنّما كان له أن يضمن الوصيّ، لأنّه قبض ماله بغير إذنه، فيضمنه كالغاصب إذا غصب من المودع أو من غاصب آخر، وإنّما لم يبرأ الغاصب بأخذ الوصيّ المال منه بأمر القاضي من قِبل أنّه قد تبيّن أنّ حكم القاضي بالدفع كان حطًّا، فكان للمحكوم عليه أن يرجع به على المحكوم له كشاهدين شهدا على رجل بمال لرجل، فقضى القاضي به له، وأمره بالتسليم، فسلّم، ثم وجد المشهود عبيدًا، [112أ] فكان للمحكوم عليه أن يرجع به على المحكوم له، فلذلك لم يبرأ الغاصب بدفعه المال إلى الوصيّ، وإذا ضمن المال الغاصب رجع به على الوصيّ، لأنّه قد ملّكه بالضمان، وقد بان أنّ الموصي أخذ ما ليس له، فقام فيه مقام المالك، ورجع به عليه. وأمّا المودع فإنّما لم يضمن، لأنّ القاضي هو الذي أخرجه من يده، وما أخذ من يد المودع بغير فعله لا يضمنه كغاصب لو غصبه من يده، فلا يضمنه المودَع، ولا يضمن الحاكم شيئًا، وأن تبيّن[2252] خطأه[2253] في حكمه من قِبل أنّه أخذه على وجه الحكم، والحاكم لا يضمن ما تصرّف فيه من جهة الحكم، لأنّه أمين ولو لحقه فيه الضمان لما نفذ حكمه، لأنّه كان يكون حينئذ خصمًا فيه لنفسه، وما صار فيه الحاكم خصمًا لنفسه لم يجز فيه حكمه، ولمـّا إذا كان ما قبضه الوصيّ دينًا فإنّ الغريم لا يبرأ به، وليس له أن يضمن الوصيّ، وذلك لأنّ أمر الحاكم لما كان باطلًا كان دين الغاصب باقيًا بحاله، فالوصيّ إنّما قبض مال الغريم، ولم يقبض شيئًا من مال الغاصب، فلا ضمان للغاصب عليه، ولكنّ الغريم يرجع على الوصيّ بما قبض، لأنّه قبض ماله من حيث لم يكن له قبضه.

[2252] وأن نبيّن.
[2253] خطاؤه.

قال محمد: وإن كان الذي اقتضاه الوصيّ في يده لم يهلك، فإن شاء صاحب المال أجاز قبضه وأخذه منه وبرئ الغريم، فإن أجاز قبضه فلم يأخذه منه حتى ضاع، فلا شيء على الوصيّ ولا على الغريم، لأنّه حين أجاز قبضه كان بمنزلة أمره إيّاه بالقبض.

قال أبو بكر: [112ب] وإنّما كان له أن يجيز قبضه إذا كان ما قبض قائمًا في يده من قِبل أنّ الوصيّ ملك الذي عليه الدين ما كان عليه بما قبض، فيلحقه الإجازة إذا كان قائمًا كما يلحق سائر العقود التي يقف على المعقود لهم.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن يقول: وقد روي عن أبي حنيفة أنّه لا يجوز، ولا يلحقه الإجازة، ويكون الدين في ذمّة الغريم كما كان، وإنّما لم يكن له أن يجيز إذا هلك المقبوض من قِبل أنّ ما تعلّقت به الإجازة فقد هلك، وهو المقبوض، فكان بمنزلة هلاك المبيع الذي قد وقف العقد فيه على إجازة مالكه. وأيضًا فإنّه متى هلك من قبل الإجازة هلك على ملك الغريم، وصحّ ضمانه على القابض له فلو جعلنا له أن يجيز جعلنا له إسقاط ضمان قد وجب للغير، وليس له إبطال حقّ الغير. ولا يشبه هذا رجلًا باع عبد رجل، وقبض ثمنه، وهلك الثمن في يده، ثم يجيز المالك البيع[2254]، فيجوز، ويكون الثمن هالكًا على ملكه، لأنّ البيع يتعلّق الإجازة فيه بالعقد، فما دام المبيع المعقود عليه، فإنّما لحقتْه الإجازة، وليست صحّة العقد متعلّقة بقيام الثمن. ألا ترى أنّ الثمن لو استحقّ من يده كان البيع بحاله، وإذا كان ذلك كذلك كان له أن يجيز العقد، ومتى صحّ العقد صار بمنزلة الوكيل فيما قبضه متقدّمًا، ويكون هالكًا على ملك المجيز.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ الرجل لم يأت حيًّا، ولكنّه كان قد مات، وجاء وارثه، ووجد الشاهدان عبدين، [113أ] والمسألة على حالها، فإن كان المال الذي قبضه غصبًا أو وديعةً أو دينًا فلا ضمان عليه، وقد برئ منه، وللوارث أن يضمن الوصيّ ما قبض من جميع هذه الوجوه.

قال أبو بكر: وإنّما برئ الغريم من قِبل أنّ القاضي له أخذ مال الميّت ليحفظه عليه إذا كان الوارث غائبًا، فلمّا أمره بدفعه إلى الوصيّ فكان القاضي قبضه، ثم سلّمه إلى الوصيّ على أنّه وصيّ للميّت، فلمّا ثبتنا أنّه لم يكن وصيًّا ضمن ما قبضه، وكان القاضي مخطئًا في دفعه إليه إلّا أنّه لا يضمن القاضي ما أخطأ فيه من جهة الحكم.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا كان له ألف درهم وديعة أو غصبًا بعينها، فأقام رجل البيّنة أنّ صاحب المال مات، وأنّه أخوه ووارثه لا يعلمون له وارثًا غيره، فإنّ القاضي يقضي بشهادتهم، ويدفع المال إلى الأخ.

[2254] المبيع.

قال أبو بكر: لأنّه يزعم أنّه خصم في ذلك قد قام مقام الميّت فيه، وأقام البيّنة على ذلك. ألا ترى أنّه لو أقام البيّنة أنّ فلانًا وكيله بقبضه كان خصمًا في ذلك، ويثبت الوكالة، لأنّه أثبت أنّه قائم فيه مقامه، فكذلك الوارث إذ كان يقوم مقام الميّت.

قال محمد: فإن قضى بذلك، ودفع المال إليه، ثم جاء الرجل حيًّا، فهو بالخيار إن شاء ضمن الذي كان في يديه إن كان غصبًا، وإن شاء ضمن الشاهدين، وإن شاء ضمن[2255] الأخ.

قال أبو بكر: له تضمين الغاصب من قِبل أنّ أمر القاضي بالدفع كان خطأ، [113ᵛ] فالضمان باقٍ على الغاصب، وصار الأخ كما غصب ثاني، وله تضمين الأخ، لأنّه قبض ما لم يكن له قبضه كغاصب ثاني، وإن شاء ضمن الشاهدين، لأنّهما أوجبا إخراج المال عن يد من كان في يده إلى الأخ على وجه الملك، فضمناه، ولا تشبه[2256] هذه المسألة الأولى في ضمان الشاهدين، لأنّهما أخرجاه في المسألة الأولى لا على جهة إثبات حقّ فيه للوصيّ، بل على أنّ الوصيّ حافظ للميّت لا ملك له فيه، وفي هذه المسألة أخرجاه على أنّه ملك للأخ، فلذلك اختلفا.

قال محمد: وأمّا الوديعة فلا ضمان فيها على المودع.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ القاضي هو الذي أخرجه عن يده، فهو كغاصب ثاني.

قال محمد: ولو لم يأت صاحب المال حيًّا، ولكن رجلًا أقام البيّنة أنّه ابن الميّت ووارثه لا يعلمون له وارثًا غيره، فإنّه بالخيار إن شاء ضمن الشاهدين وإن شاء ضمن الأخ، ومن كان عنده مال الميّت من غاصب أو غريم أو مودع فقد برئ بدفعه إليه.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّ القاضي قبض أموال الأموات لحفظها عليهم وعلى ورثتهم، فصحّ قبضه للمال، وإنّما كان للابن تضمين الشاهدين، لأنّهما أخرجا المال من يده إلى الأخ على وجه الملك، وقد تبيّن بطلان شهادتهما أنّه وارث، لأنّ الأخ ليس بوارث مع الابن، وإن شاء ضمن الأخ، لأنّه قبض ملك غيره بغير أمره.

قال محمد: ولو لم يقم [114ᴵ] بيّنة على أنّه ابنه، ولكن قامت البيّنة أنّ هذا الرجل الآخر أخوه لأبيه[2257] وأمّه، فإنّ القاضي يقضي بنسبه[2258]، ويجعل له نصف ما أخذ الأخ الأوّل، ولا ضمان على الشاهدين.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهما لم يكذبا في قولهما أنّ الأوّل أخوه ووارثه، لأنّ ثبوت نسب أخ آخر لا يُخرجه من أن يكون أخًا ووارثًا.

[2255] + ضمن، صحّ هامش.
[2256] ولا يشبه.
[2257] لابنه.
[2258] نسبه.

فإن قال قائل: هلّا ضمنتها بقولهما لا يعلم له وارثًا غيره.

قيل له: لأنّ هذا القول منهما غير محكوم به، لأنّه نفي، وأيضًا فلو أنّهما لم يقولا ذلك نظر القاضي في ذلك، وتلوّم، فإن لم يثبت له وارث غيره دفع المال إليه، وإن لم يثبت أنّه ليس له وارث غيره بشهادة الشهود، فثبت بذلك أنّ هذا المعنى ليس محكومًا به، والذي ثبت بشهادتهما هو قولهما أنّه وارث، وكون أخ آخر معه لم يخرجه من أن يكون وارثًا، فلم يكن في الشهادة الثانية إبطالٌ للشهادة الأولى.

مسألة

قال محمد: لو أنّ رجلًا كان له على رجل ألف درهم دينًا أو كانت في يده غصبًا أو وديعةً أو وصلت إلى الذي هي في يديه من قِبل أبيه أوصى بها إليه، فكانت في يديه لهذا الرجل، فغاب صاحب المال، وجاء رجل، فادّعى أنّ صاحب المال مات، وأوصى بهذه الألف التي له قبل هذا الرجل، ولا بيّنة له، وصدّقه الذي قبله المال بما قال[2259]، والوارث غائبٌ أو لا يُدرى أنّه وارث أم لا، فإنّ القاضي لا يقضي له بشيء ممّا أقرّ به.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه غير مصدّق على الغائب، وقد اتّفقا [114ب] على ثبوت الملك للغائب ووصوله إلى يد هذا من جهته. والذي في يديه ليس بخصم فيه، فلا يلتفتُ إلى إقراره، لأنّه لو أقرّ على غيره.

قال محمد: فإن قال المدّعي: "أنّ الميّت لم يدع وارثًا"، وصدّقه بذلك الذي في يده المال، فإنّ القاضي ينظر في ذلك، فإن جاء وارث أو مدّعٍ[2260]، وإلّا قضى بالمال للموصى له.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه إذا لم يكن له وارث، فالموصى له بمنزلة الوارث، ويأخذ المال على جهة ما يأخذه الوارث، فيؤمر بدفعه إليه كما يؤمر بدفعه إلى الوارث لو أقرّ به. وأمّا إذا كان للميّت وارث فإنّ الوارث هو الخصم فيه عن الميّت دون الموصى له. ألا ترى أنّه لو أقام البيّنة على الذي المال في يده أنّ الميّت أوصى له به، والذي في يده المال مقرّ به للميّت لم يكن خصمًا، ولم يقبل منه البيّنة، لأنّهما متّفقان على أنّ الملك لغيره، فإذا كانت الوصيّة له لا يوجب له الخصومة إذا كان هناك وارثٌ لم يخرج الشيء من يده بإقراره، لأنّ إقراره لا يثبت معنى أكثر ممّا يثبته البيّنة إذا قامت على صحّة الوصيّة، فإذا لم يستحقّ ما في يده بالبيّنة، فبالإقرار أحرى[2261] ألّا يستحقّ[2262].

فإن قال قائل: فإذا لم يكن وارث ورثه ثبت المال، فينبغي ألّا يدفعه إليه بإقراره كما لا يدفعه إذا كان له وارث.

[2259] انما قال.
[2260] مدعي.
[2261] اخرى.
[2262] لا يستحقّ.

قيل له: لأنّ الموصى له أولى بالمال من بيت المال لو كان الأمر حقًّا على ما اعترفا به، وليس الموصى له بأولى من الوارث لو يثبت وصيّته، فلذلك اختلفا. [115أ]

قال محمد: وإن كان غاصبًا فهو بالخيار إن شاء ضمن الغاصب، وإن شاء ضمن القابض.

قال أبو بكر: يضمن الغاصب بالغصب، ويضمن القابض بالقبض، لأنّه قبض ماله بغير إذنه.

قال محمد: وإن كان وديعةً في يده، فإنّ قياس قول أبي يوسف في هذا أنّه لا ضمان عليه، والضمان على القابض، وفي قول محمد وهو ضامن، فإن شاء ضمن المستودع، لأنّه استهلكه بإقراره، وإن شاء ضمن القابض.

قال أبو بكر: وجه قول أبي يوسف في هذا: أنّ القاضي هو الذي أخرجه من يده ودفعه إلى المدّعي، ولم يخرج هو بإقراره من يد صاحب المال شيئًا. ألا ترى أنّ رجلًا لو كان في يده عبد أقرّ أنّه لفلان، فأمره القاضي بدفعه إليه، ثم أقرّ به بعد ذلك لغيره لم يضمن للثاني شيئًا، لأنّه لم يخرج بإقراره شيئًا من يده، وإنّما أخرجه القاضي من يده، فكذلك ما وصفنا.

ووجه قول محمد: أنّه لما كان مستحفظًا للمال بالإبداع، وقد التزم حفظه بقبوله الوديعة، فلمّا أقرّ به لغير المودع ضيّع حفظه، ومتى ضيّع المودع الحفظ ضمنه، وبذلك على أنّه مضيّع للحفظ أنّه قد عرّضه للإتلاف بإقراره.

قال محمد: فإن كان الذي في يده المال كان وصل إليه من قِبل ابنه أوصى به إليه، فلا ضمان عليه في ذلك في قول أبي يوسف ومحمد جميعًا، والضمان على القابض.

قال أبو بكر: أمّا على مذهب أبي يوسف فهو واضحٌ [115ب] على المعنى الذي بيّنا. وأمّا على قول محمد: فلأنّه لم يعقد على نفسه حفظه لهذا، وإنّما استحفظه أبوه، فلمّا لم يكن مستحفظًا له لم يضمنه بتضيّع حفظه بإقراره، وفرّق محمد بينهما وبين المسألة الأولى من قِبل أنّه قد كان التزم حفظه لهذا الذي جاء حيًّا، ثم ضيّعه.

فإن قال قائل: فهو قد التزم حفظه للميّت في هذه المسألة، ثم ضيّعه عليه إقراره، فهلّا ضمنته إيّاه.

قيل له: لأنّ الميّت لا يضمن له شيء، وإنّما يضمن للحّي، فإذا لم يستحفظه الحيّ لم يلحقه الضمان له بإقراره.

قال محمد: ولو لم يجيء صاحب المال حيًّا، ولكن حضر وارث له، فأقام البيّنة أنّه أخوه لأبيه وأمه لا وارث غيره، وجحد الوصيّة، والمسألة بحالها، فلا ضمان على الذي كان قبله المال في شيء من هذه الوجوه كلّها، والضمان على القابض.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الغائب لما كان ميتًا جاز أمر القاضي بدفعه، لأنّ له قبضه وحفظه على الميّت وعلى وارثه، فبرئ الذي كان في يده، ولا يضمن عند محمد الوديعة في هذه المسألة بإقراره، لأنّه لم يكن حافظًا للوارث، فيضمن بالإقرار على ما بيّنا، ويضمن القابض، لأنّه غير مصدّق على الوصيّة، وقد تبيّن أنه أخذ ما ليس له أخذه.

مسألة

ولو أنّ الذي في يديه المال أقرّ أنّ هذا أخو فلان الغائب، وأنّ فلانًا مات، وقال: "لا أدري هذا وارثه أم لا"، فإنّ القاضي لا يقضي له بشيء حتى يقيم البيّنة أنّه وارثه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ قوله: "هذا أخوه" ليس هو إقرارًا بأنّه وارثه من قِبل أنّه [116أ] قد يكون أخاه، ولا يرثه[2263]. ألا ترى أنّ البيّنة لو قامت أنّ هذا أخوه لم يستحقّ شيئًا.

قال محمد: فإن أقرّ الذي في يديه المال أنّه وارثه، لا وارث له غيره قضى القاضي له بالمال بعدما يتأنّى، وينظر ذلك.

قال أبو بكر: لأنّه قد اعترف أنّه خلفه في ملكه، وقام فيه مقامه. ألا ترى أنّ الأخ لو أقام البيّنة على مثل ذلك كلّه استحقّ المال.

قال محمد: فإن قضى بالمال، ثم جاء صاحب المال حيًّا، فهو بمنزلة الموصى له فيما وصفتُ لك من الضمان في ذلك كلّه.

قال أبو بكر: لأنّه قد تبيّن أنّ صاحب المال كان حيًّا لا يجوز تصرّف واحد عليه.

قال محمد: فإن لم يجئ صاحب المال حيًّا، ولكنّه جاء رجل، فأقام البيّنة أنّه ابنه لا وارث له غيره، فهو أيضًا بمنزلة ما وصفتُ لك في الموصى له في جميع ذلك.

قال أبو بكر: لأنّه لما ثبت موته جاز تصرّف القاضي عليه في قبض المال إلّا أنّ القابض لم يكن له قبضه، فيضمنه.

قال محمد: ولو أقرّ الذي في يديه المال أنّ الميّت قد مات، وأنّ هذا ابنه، وقال: "له ابن آخر"، فقال له الوراث: "ليس له ابن غيري"، فإنّ القاضي ينظر في ذلك ويتأنّى فيه، فإن حضر وارثًا آخر[2264]، وإلّا دفع المال كلّه إليه بكفيل ثقة، فإن جاء وارث غيره لم يكن له على الذي كان له المال قبله ضمان، وكان الضمان على قابض المال وكفيله.

قال أبو بكر: إقراره بأنّه ابنه إقرارٌ له باستحقاق المال كما لو شهدت البيّنة إلّا أنّ القاضي يتأنّى كما يتأنّى فيه لو قامت البيّنة، ولا ضمان على الذي قبله المال إذا جاء وارث آخر، لأنّ أمر القاضي كان جائزًا في قبض مال الميّت، فبرئ

[2263] ولا ترثه.
[2264] خر.

الذي المال قبله، [116ب] وإنّما دفعه إليه بكفيل ثقة احتياطًا للغائب، لأنّ الحاضر لم يستحقّه بيّنته، وإنّما دفعه إليه بإقرار من في يده.

قال محمد: ولو أنّ رجلًا ادّعى أنّ له على صاحب المال ألف درهم، وأنّه قد مات، وأنّ له قبل ذلك الرجل هذا المال، وصدّقه بذلك الذي قبله المال، فإنّ القاضي لا يلتفت إلى شيء من ذلك، ولا يقضي بينهما بشيء حتى يحضر وارث الميّت.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الموت يوجب[2265] إزالة ملك الميّت إلى الوارث، والذي في يده المال غير مصدّق على أنّ للمدّعي مالًا على الميّت.

قال محمد: فإن أقرّ الغريم والمدّعي أنّه لا وارث للميّت، فإنّ القاضي ينظر في ذلك ويتأنّى، ولا يجعل وصيًّا، فإن تطاوَل جعل القاضي للميّت وصيًّا، فقبض المال من الذي قبله المال، ثم يقال لمدّعي المال على الميّت: "أقمْ البيّنة على حقّك"، فإن أقامها قضي له بحقّه.

قال أبو بكر: ويتأنّى القاضي، وينظر إذا قالا: "لا وراث للميّت"، لأنّهما معترفان أنّ ليس هناك خصْم يستحقّ المال، فيحتاط القاضي في النظر في ذلك ويتأنّى فيه، ثم ينصب وصيًّا للميّت إذا لم يظهر وارث، لأنّ القاضي منصوب لإيصال ذوي الحقوق إلى حقوقهم، فإذا غلب في ظنّه أنّه ليس هناك وارث نصب للميت وصيًّا لحقّ الغريم ليسمع بيّنته عليه، لأنّ البيّنات لا يسمع إلّا على خصم، فإن ثبت دينه قضاه من مال الميّت.

قال محمد: فإن فعل القاضي ذلك، ثم جاء صاحب المال حيًّا، فإنّ القاضي يردّ ذلك القضاء كلّه فإن كان المال مستهلكًا، فإن كان دينًا ضمنه الذي هو [117أ] عليه وإن كان غصبًا، فإن شاء ضمن الغاصب، وإن شاء القابض، وإن كان وديعة فلا ضمان على المستودع في قول أبي يوسف، وفي قول محمد له أن يضمنه كالغاصب.

قال أبو بكر: وهذا على ما بيّناه في المسائل المتقدّمة.

قال محمد: ولو لم يجيء صاحب المال حيًّا، ولكنّه حضر وارثه، فجحد دين الغريم، فجميع ما صنع القاضي من ذلك جائز عليه، ولا يُكلّف المدّعي للدين أن يعيد البيّنة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ القاضي تصرّف من حيث يجوز له التصرّف. ألا ترى أنّه لو علم أنّ له وارثًا في الابتداء، وادّعى رجل على الميّت دينًا نصب القاضي له وصيًّا قبل حضور الوارث، وسمع من بيّنته، وقضاه حقّه من مال الميّت.

مسألة

[2265] توجب.

قال محمد: وإذا كان لرجل ألف درهم قبل رجل دين أو وديعة بعينها أو غصب أو وصلت إليه من قبل أبيه أوصى بها إليه، فغاب صاحب المال، فجاء رجل ادّعى أنّ صاحب المال توفّي، وأنّه أوصى إليه، فصدّقه بذلك الذي في يديه المال، فإنّ القاضي لا يُصدّقه على شيء من ذلك غير المال الدين، فإنّه يدفع إليه الدين، ويجعل ذلك قضاء على الغريم خاصّةً، ولا يأخذ منه كفيلًا بما دفع إليه، ثم رجع محمد عن هذا، فقال: لا يقبض الوصيّ دينًا، ولا غيره، قال: ولا يشبه الوصيّ الوكيل في الدين.

قال أبو بكر: وجه قوله الأوّل: أنّه جعله بمنزلة الوكيل إذا صدّقه الذي قبله المال فيؤمر [117ب] بدفعه إليه، لأنّه إنّما يدفع مال نفسه، ومتى جاء صاحب المال فكذب بالوكالة كان ماله باقيًا في ذمّته كذلك هذا في الوصيّة إليه. وأمّا وجه قول الآخر في فَرْقه بين الوكيل والوصيّ، فهو: أنّه متى دفعه إليه على الوجه الذي اعترف به الذي عليه الدين بأمر القاضي برئ الغريم، لأنّ القاضي أن يقبض أموال الموتى، ولا جائز أن يبرئ الغريم من دين الميّت إلّا ببيّنة يشهد على الوصيّة، وليس كذلك الوكيل إذا صدّقه الغريم، لأنّ القاضي لا يقضي ببراءة الغريم بدفعه المال إلى الوكيل، لأنّه لا يجوز تصرّفه في مال الحيّ الغائب، ولا إدخال يده فيه.

فإن قال قائل: فلو أقرّ الغريم أنّ الميّت أوصى به للمدّعي، ولا وارث له غيره أمره بدفعه إليه، ومعلوم أنّ ذلك يوجب براءة الغريم من دين الميّت، فما الفرق بينه وبين الوصيّة إليه.

قيل له: لأنّ الحاكم إذا حكم بقوله ودفعه إلى الموصى له فليس هذا قبضًا للميّت بل هو قبضٌ للوصى له على وجه الملك، ولا يبرئه الحاكم بهذا الدفع، ولو دفعه إلى الموصى له بقوله، ثم تبيّن أنّه لم يكن موصى له رجع عليه. وأمّا الموصى له إليه فإن قبضه لو صحّ كان يكون قبضًا للميّت، فلذلك اختلفا.

قال محمد: ولو أنّ الذي قبله المال حضر القاضي فأخبره أنّ هذا المال لرجل مات، ولم يدَع وارثًا، فإنّ القاضي يتأنّى في ذلك، ولا يعجل[2266]، ويأخذ منه كفيلًا بنفسه على قدر ما يرى ويستحسن، فإن حضر وارث أو موصى له، وإلّا أخذ منه القاضي المال، فجعله في بيت المال دينًا كان أو غصبًا [118أ] أو وديعةً أو غير ذلك.

قال أبو بكر: قد أخبر هذا الرجل القاضي أنّ هذا مال قد ثبت فيه حقّ جماعة المسلمين في أن يجعل في بيت مالهم، وقد اعترف مع ذلك أنّه كان لغيره، فينبغي للقاضي أن يحتاط للغائب بألّا يعجل[2267] بأخذ ماله حتى ينظر ويتأنّى، فإن غلب على ظنّه أنّه ميّت، ولم يظهر للمال طالب أخذه وديعة في بيت المال، وإنّما أخذ من الذي قبله المال كفيلًا، لأنّه قد

[2266] ولا تعجل.
[2267] بان تعجَّل.

اعترف أنّه مال للميّت في يده، فينبغي أن يحتاط له بأخذ كفيل بنفسه يحضره[2268] متى ما رأى القاضي أخذ المال وحفظه أو دفعه في بيت مال المسلمين.

قال محمد: فإن قسّم بين المسلمين، ثم جاء صاحب المال حيًّا، فإن كان غصبًا في يد الذي قبله المال فهو بالخيار إن شاء ضمنه، وإن شاء أخذ مثل ماله من بيت مال المسلمين، وإن ضمن الغاصب رجع به في بيت مال المسلمين، وإن كان دينًا ضمن الغريم، ورجع في بيت المال، وإن كان وديعةً فلا ضمان عليه في قول أبي يوسف، ويُضمن في قول محمد كالغاصب.

قال أبو بكر: أقرّ أنّ الذي المال في يديه به ليثبت المال كإقراره به للوارث، والعلّة في وجوه المسألة ما بيّناه في إقراره لوارث.

باب من الوصايا أيضًا

قال محمد: وإذا مات الرجل، وترك ثلاثة أعبد، فثمنهم سواء لا مال له غيرهم، وترك ابنًا واحدًا لا وارث له [118ب] غيره، فادّعى أحدهم أنّ الميّت أعتقه في مرضه، وأراد استحلاف الابن، فاستحلفه[2269] القاضي بالله لما يعلم الميّت أعتقه في مرضه، فنكل عن اليمين، فإنّ القاضي يقضي بعتقه، ويجعله حرًّا، ولا سعاية عليه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ نكوله يدلّ منه لعتقه على الوجه الذي ادّعى العبد، وهو يخرج من ثلثه، فيعتق بغير سعاية.

قال محمد: فإن قضى القاضي بعتقه، ثم حضر أحد العبدين الباقيين، فادّعى مثل ذلك، فجحد الوارث، فاستحلفه القاضي، فنكل عن اليمين، فإنّ القاضي يقضي بعتقه، ويجعل عليه أن يسعى في جميع قيمته. وكذلك لو ادّعى الآخر مثل ذلك، فنكل الوارث عن اليمين أعتقه القاضي، وجعل عليه السِعٰى[k1] في قيمته.

قال أبو بكر: ووجه ذلك: أنّ الأوّل قد استحقّ الثلث من جهة الحكم، وحصلت الوصيّة فيه، فلا جائز أن يثبت للثاني وصيّة مع حكم الحاكم بالوصيّة للأوّل، إذ كان سبيل حُكم الحاكم أن ينفذ على جميع من يتضمّن قضاؤه الحكم عليه غائبًا كان المحكوم عليه أو حاضرًا.

فإن قال قائل: فلو أقرّ بعتق الأوّل ثم بعتق الثاني كان للثاني نصف رقبة بغير سعاية، وسعى في نصف قيمته، فما الفصل بين النكول والإقرار.

[2268] بحضره.
[2269] فاستخلفه.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ الجحود قائم مع النكول، ولم يقع منه إقرار بعتقه، فلذلك سعى في جميع قيمته بعد استحقاق الأوّل الثلث كلّه. وأمّا في الإقرار فقد كان أثبت الحقّ للأوّل بإقراره [119أ] قبل إثباته لهذا، وزال حكم الجحود معه، فلذلك صار للآخر نصف رقبته بغير سعاية كما لو قال: "أعتق أبي هذا"، وهذا[2270] كان الثلث بينهما نصفين. وأيضًا فإنّ النكول يوجب[2271] الاستحقاق من جهة الحكم، فأشبه الاستحقاق بالبيّنة. وأمّا الإقرار فليس يحتاج في صحّته إلى حكم الحاكم، وإذا كان كذلك لزمه كلّ واحد من الإقرارين حسب ما تضمّنه. ألا ترى أنّ الوكيل بالبيع إذا ردّ عليه العبد بالعيب بنكوله لزم الأمر، ولو ردّ عليه بإقراره لم يلزم الآمر.

قال محمد: ولو أنّ العبد الأوّل لم يرفع الوارث إلى القاضي، ولكنّهما رضيا بحَكَمٍ حكماه بينهما، فلم يكن للعبد بيّنة على ما ادّعاه، فاستحلف الحكم الوارث، فنكل عن اليمين بعدما جحد ذلك، فإنّ الحكم يقضي بعتقه بغير سعاية، فإن دفعه العبد الثاني إلى رجل حكماه، ونكل له عن اليمين، فقضاء الحكم بعتقه، فالعبد حرّ ولا سعاية عليه. وكذلك الثالث لو رفعه إلى حكم حكّماه، فنكل عن اليمين، فقضى بعتقه، فهو حرّ ولا سعاية عليه.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ حكم الحكم الذي رضيا به يجري مجرى الصلح من قِبل أنّه لا ينفذ حكمه على غيرهما، وإذا كان كذلك فحكم الحكم في حقّ الثاني كَلَا حُكم[2272]، لأنّه لا ينفذ عليه، فيعتق بلا سعاية. وكذلك حُكم الحكم الثاني في حقّ العبد الثالث كلا حكم، فيعتق الثالث بنكوله، ولا سعاية عليه، لأنّ الأوّلين عبدان [119ب] في حقّه. وكذلك الأوّل عبد في حقّ الثاني، وليس حكم الحَكَم في هذا الوجه كالإقرار من قِبل أنّ جحوده لعتق الأوّل قائم مع حكمه، وذلك يقع الثاني والثالث. ألا ترى أنّه لو أقرّ بأنّ أباه أعتق الأوّل في مرضه، ثم جحد عتقه، ثم أقرّ بعتق الثاني عتق الثاني كلّه، لأنّ جحوده لعتقه إقرارٌ له باستحقاق جميع الثلث.

قال محمد: وكذلك لو نكل العبد الأوّل عتق عند الحكم، فقضى بعتقه، ثم خاصمه الثاني إلى القاضي، فنكل له عن اليمين، فإنّ القاضي يقضي بعتقه سعاية. وكذلك إن خاصمه العبد الباقي إلى القاضي، فجحد دعواه، فاستحلفه، فنكل عن اليمين، فإنّ القاضي [له] أن يعتقه، ولا يجعل عليه السعاية.

قال أبو بكر: وهذا الحرف فيه نظر، لأنّه ينبغي أن يعتق الثالث، ويسعى في قيمته من قِبل أنّ الثاني قد استحقّ رقبته بقضاء القاضي. وقد قال قبل هذا: أنّ الأوّل لو نكل له عند القاضي، ثم نكل الثاني، وسعى في قيمته.

قال محمد: ولو أنّ العبد خاصم مولاه إلى قاضٍ، فنكل عن اليمين، فأعتقه القاضي، ثم إنّ العبدين الباقيين جاءهم مولاه إلى حكم رضي به، فنكل عن اليمين فإنّ الحَكَم يقضي بعتقه، ويقضي عليه أن يسعى في قيمته. وكذلك إن خاصمه العبد

[2270] + وهذا، صحّ هامش.
[2271] توجب.
[2272] كُلّا حكم.

الآخر إلى حكم رضي به، فنكل عن اليمين، فإنّه يقضي بعتقه، ويجعل عليه أن يسعى في قيمته، فإن رفع ذلك إلى القاضي بعد ذلك أمضاه.

قال أبو بكر: لمّا استحقّ الأوّل الثلث بقضاء قاضٍ وجبت السعاية على الباقيين [120أ] على ما تقدّم من المسائل.

فإن قال قائل: إذا استحقّ الأوّل الثلث بقضاء القاضي فلِمَ قبلتَ دعوى الثاني والثالث للعتق وجعلته خصمًا؟

قيل له: استحقاق الأوّل للثلث لا يسقط دعوى العتاق. والدليل على ذلك أنّ رجلًا لو مات، وعليه دين محيط بماله، وادّعى العبد عتقًا من مولاه في مرضه، وأقام البيّنة أنّ الحاكم يسمع منه، ويعتقه بسعاية يلزمه، لأنّ العتق لا يلحقه الفسخ بعد وقوعه.

مسألة

قال محمد: وإذا ترك الرجل عبدين يخرجان من الثلث فأوصى بأحدهما لفلان، ثم مات، وترك وارثين، فإنّه يعطي الوارثين أيّ العبدين شاء.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ هذا حقّ قد لزمهما في الميراث، فالبيان فيه إليهما كما كان إلى الميّت في حياته.

قال محمد: فإن قال أحد الوارثين: "قد جعلت له هذا من وصيّته"، وقال الآخر: "قد جعلتُ له هذا من وصيّته"، ثم التفتَ إلى ذلك، ولم يكن له واحدٌ من العبدين، وأجبرا[2273] على أن يُجمعا على واحد منهما.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لما كان مأخوذًا من ميراثها لم يجز فيه قولُ أحدهما دون الآخر، لأنّ قول واحد منهما لا ينفذ في ميراث صاحبه، فيحتاج أن يجمعا جميعًا على واحد بعينه.

قال محمد: فإن أعتق الموصى له العبدين جميعًا فإنّ الوارثين يقال لهما: "أعطياه[2274] أيّهما شئتما"، فإن اجتمعا على أن أعطياه أحدهما عتق، وكان [120ب] ولاؤه له.

قال أبو بكر: قد علمنا أنّ الموصى له كان مالكًا لأحدهما، فنفذ عتقه فيما ملّكه منهما إلّا أنّه كان تعيّن عينه، فلمّا عيّنا له الوصيّة في هذا كان هو الموصى به، فعتق. ألا ترى أنّ الموصى له يحصل له هذا العبد بعينه ملكًا من جهة الميّت بالوصيّة، وإذا كان ملكه متقدّمًا للعتق صحّ عتقه.

[2273] واجيّزا.
[2274] اعطاه.

فإن قال قائل: ما أنكرتُ أن يكون الموصى له إنّما ملك هذا العبد من جهة الورثة إذا لم يحصل له إلّا باختيارهما، وإذا كان ملكه موقوفًا على اختيارهما فواجب أن يكونا جميعًا على ملك الورثة إلى وقت الاختيار للتعيين، ثم حينئذ يملك العين من جهة الوارث.

قيل له: هذا غلط من قِبل أنّ عقد الوصيّة لا يخلو[2275] من أن يكون ثبت قبل الموت أو بعده، وإن ثبت قبل الموت فالواجب أن يبطل بورود ملك الورثة عليه، وإن كان ثبت بعد حصول الملك للوارث فالوصيّة غير جائزة في ملك الورثة، فهذا يوجب بطلان الوصيّة من جميع الوجوه. فلمّا صحّت الوصيّة مع تخيير الورثة في التعيين علمنا أنّ الموصى له مالك لأحدهما، فينفذ عتقه فيه إلّا أنّ الاختيار في التعيين إلى الورثة كما لو أنّ رجلًا اشترى من رجل أحد هذين العبدين على أن يأخذ أيّهما شاء بألف درهم، وقبضهما، فأعتقهما البائع والمشتري أنّ الخيار للمشتري في بيان المشترى منهما، فإذا ثبت رددْنا العبد الباقي إلى البائع، وأعتقناه عليه، [121أ] فكذلك ما وصفنا.

قال محمد: ولو أنّ الموصى له أعتق أحدهما بعينه، ثم إنّ الوارثين بعد ذلك أجمعا على أن أعطياه الذي أعتق، فإنّ العبد الذي أجمعا عليه للموصى له، ولا يعتق.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ عتق هذا العبد بعينه قد كان تعلّق جوازه على غير الموصى له، ومتى تعلّق جواز العتق على غير المعتق لم يصحّ وقوعه من جهة المعتق، فلمّا كان للوارثين اتّفقا هذا العبد بعينه من جهتهما ويعينا الوصيّة في الآخر لم ينفذ عتق الموصى له فيه.

فإن قال قائل: فلو اشترى عبدين على أن يأخذ أيّهما شاء بألف درهم، ويردّ الآخر، وقبضهما، ثم أعتق البائع أحدهما بعينه، وردّه إليه المشتري جاز عتقه فيه، وإن كان عتق المشتري جائزًا فيه لو أعتقه.

قيل له: هذا مفارق لما ذكرنا من أمر الموصى له، وذلك أنّ المشتري لم يكن مالكًا لواحد من العبدين في حال عتق البائع على مذهب أبي حنيفة، لأنّ المشتري كان بالخيار، وأحدهما على ملك البائع على ما كان عليه، فلمّا ردّه المشتري علمنا أنّه كان باقيًا في ملكه على ما كان عليه، فنفذ عتقه فيه. وأمّا الموصى له فإن ملكه إنّما يحدث بالوصيّة ابتداءً على الميّت، فلم يجز عتقه فيما يجوز فيه عتق الوارث بعينه لو أعتقه، فلذلك اختلفت المسألتان.

مسألة

[2275] يخلوا.

قال محمد: ولو أنّ الميّت أوصى بعتق أحد العبدين، فقال أحد الوارثين: "قد اخترتُ أن يكون هذا الذي أُعتقه عن الميّت"، وقال الآخر: "قد اخترتُ [121ب] أن يكون هذا العبد الآخر هو الذي أعتقه عن الميّت"، فإنّ القاضي يجبرهما[2276] على أن يجتمعا على واحد، وهو قولهما باطل.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّ ذلك مستحقّ من ميراثهما، فلا يجوز قول أحدهما فيه حتى يجتمعا على واحد، فصار هذا القول لغوًا منهما، ويقال لهما: "اجتمعا على واحد".

قال محمد: ولو قال أحدهما: "قد أعتقتُ هذا الميّت قبل أن يجتمعا عليه"، وقال الآخر بعد ذلك: "قد أعتقتُ هذا الآخر عن الميّت"، فإنّ الآخر يكون حرًّا عن الميّت، والأوّل حرّ عن الوارث بمنزلة عبد بين رجلين أعتقه أحدهما.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الأوّل لما قال: "هو حرّ عن الميّت" عتق، ولم يقع عتقه عن الميّت، لأنّ صاحبه لم يوافقه عليه، فجاز عتقه عليه عن نفسه، فلمّا صحّ عتقه عن نفسه بطلت الوصيّة فيه، وتعيّنت في الآخر إذا لم يبقَ هناك من يجوز أن يستحقّ الوصيّة غيره، فصار كأنّ الميّت أوصى بعتقه بعينه، فيجوز عتق أحد الورثة فيه عن الميّت.

فإن قال قائل: وكيف جاز عتق الأوّل عن نفسه، وذلك العبد قد يجوز أن يكون هو الموصى بعتقه[2277] أو غيره، فإن كان هو الموصى بعتقه[2278] جاز عتقه فيه عن الميّت، لأنّ من أوصى بعتق عبد بعينه، فأعتقه أحد الورثة جاز عتقه عن الميّت، وإن لم يكن هو الموصى بعتقه[2279] فهو ملك له ولشريكه، فيجوز عتقه أيضًا في نصيبه، فالعتق نافذ فيه في الحالين جميعًا فإذا لم يجز عن الميّت، لأنّ الآخر لم يوافقه عليه جاز عن نفسه، ولم يبطل عتقه.

فإن قال قائل: ولِمَ قلتَ [122أ] أنّه إذا حصلت الوصيّة بالعتق في عين جاز لأحد الورثة إنفاذها؟

قيل له: لأنّ العتق ليس بتمليك، وإنّما هو إسقاط الملك، فلأحد الورثة إنفاذه كرجل قال لرجلين: "أعتقا عبدي أو طلّقا امرأتي"، فلكلّ واحد منهما أن يعتق أو يطلِّق.

قال محمد: ولو قال كلّ واحد من الوارثين لواحد من العبدين بعينه: "أعتقتك عن الميّت"، وقالا ذلك جميعًا معًا أجبرهما[2280] القاضي على أن يجتمعا على أحد العبدين، فيجعلانه حرًّا عن الميّت، وإذا اجتمعا على أحدهما صار حرًّا عن الميّت، وعتق الباقي عن الذي أعتقه كعبد بين رجلين أعتقه أحدهما.

[2276] يجيزهما.
[2277] يعتقه.
[2278] يعتقه.
[2279] يعتقه.
[2280] اجيزهما.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن يقول: يجوز أن يكون أراد عتقًا مستأنفًا يجمعان عليه عن الميّت، ويحتمل أن يريد بقوله: "صار حرًّا عن الميّت" أنّ العتق عن الميّت كان موقوفًا، فأجازه عنه، وكلا الوجهين محتمل، هذا الذي كان يقوله أبو الحسن قديمًا في هذه المسألة، ثم قال بعد ذلك: أيّهما قد عتقا جميعًا بالقول الأوّل الذي كان من الوارثين لا صحا له إلّا أنّ الوصيّة لم يتحصّل بعد في واحد منهما بعينه، فيجبران[2281] على بيان عتق الوصيّة. ألا ترى أنّ أحد الوارثين لو قال لأحد العبدين: "أنت حرّ عن الميّت" أنّه يعتق لا محالة، فإن أعتق الآخر العبد الآخر بعد ذلك عن الميّت أيضًا عتق عبد الثاني عن الميّت، فكيف ما تصرّفت الحال فعتقهما نافذ فيهما وإن وقع معًا.

قال محمد: فإن لم يعتقا العبدين ولكنّهما [122ب] أجمعا على أن يكون هذا العبد هو المعتق عن الميّت، ثم أرادا[2282] قبل أن يعتقاه أن يجعلا الآخر المعتق عن الميّت لم يكن لهم ذلك، والذي أجمعا عليه الأوّل هو الذي يعتق عن الميّت.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهما لما خلفا الميّت في بيان العتق، ثم عيّنا الوصيّة فيه صار كأن الميّت هو الذي عيّن فيه الوصيّة، فلا يجوز لهما صرفها عنه، وليس إجماعهما جميعًا على أن يجعلا العتق في أحدهما كاختيار أحدهما ذلك، لأنّهما ذلك جميعًا قائمين مقام الميّت، ولا يقوم أحدهما دون الآخر مقامه في ذلك، فلذلك لم يعتبر قوله وحده. ألا ترى أنّهما جميعًا خلفا الميّت في ملكه، وإنّ أحدهما لم يخلفه في جميعه، فكذلك في تعيين الوصيّة بالعتق.

قال محمد: فإن أعتقه أحدهما بعد ذلك عن الميّت جاز عتقه.

قال أبو بكر: لمّا تعيّنت الوصيّة فيه جاز لأحدهما إنفاذها كما لو وكّل رجلين بعتق عبد جاز لأحدهما عتقه.

قال محمد: وكذلك لو أجمعا أن يعتقاه عن الميّت، ثم إنّ الوصيّ أعتقه عن الميّت، وليس بوارث، عتق[2283] عن الميّت.

قال أبو بكر: لأنّ الوصيّة لمّا تعيّنت فيه سقط حقّ الورثة عنه، وللوصيّ[2284] أن ينفذ وصيّة الميّت بغير أمر الورثة.

قال محمد: ولو أعتقه الوصيّ قبل أن يجمع عليه الورثة لم يعتق.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ البيان [123أ] في تعيين الوصيّة إليهم، لأنّه مستحقّ من ميراثهم، وإنّما ينفذ فعل الوصيّ في إنفاذ الوصيّة بعدما يتحصّل الوصيّة فيه، وينقطع حقّ الورثة عنه.

فإن قال قائل: إذا كان الوصيّ يخلف الميّت، ويقوم مقامه، فهلّا كان إليه تعيين الوصيّة كما كان إلى الورثة.

[2281] فيجيزان.
[2282] اراد.
[2283] عبق.
[2284] والوصى.

قيل له: إنّ الوصيّ إنّما يخلف الميّت في التصرّف في حقوقه، ولا يخلفه في ملكه، ولا في التصرّف في ملك الورثة، وحقّ الميّت لم يتحصّل بعد في عين، فيتصرّف الوصيّ فيه، ولو جعلنا الخيار فيه إلى الوصيّ كنّا قد جوّزنا تصرّفه في غير حقّ الميّت وفي حقّ الورثة، وذلك لا يجوز.

قال محمد: فإن أجمعا عليه بعد عتق الوصيّ لم يعتق الوصيّ حتى يعتقه الوصيّ أو أحد الورثة عتقًا مستقبلًا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ عتق الوصيّ حينئذ كلَا عتق، لأنّ الوصيّة لم يكن تعيّنت، فلمّا تعيّنت الوصيّة لم ينفذ ذلك العتق، لأنّه تصرّف في حال لم يملك التصرّف فيها كرجل أعتق عبد غيره، ثم أمر بعتقه، فلا ينفذ العتق فيه.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا أوصى بعتق عبدٍ له يخرج من ثلثه، ثم مات، وأوصى إلى رجل، وترك وارثًا، والموصى له يعتقه أخو الوارث لأمّه أو أخو الوصيّ، فإنّ العبد لا يعتق بالقرابة حتى يعتقوه عن الميّت، فإن أعتقه الوارث أو الوصيّ عن الميّت جاز عتقه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ العبد قد ثبت له حقّ العتاق، فيمنع [123ب] ذلك انتقل ملكه إلى الوارث، وهذا العتق أكدّ من العتق المتعلّق بالكتابة، لأنّ الكتابة يبطل بعجزه، وهذا لا يبطل بردّه، فلمّا كان هذا الموصى بعتقه أكدّ أمرًا من المكاتب في باب استحقاق العتاق، ثم كاتب الكتابة مانعة من نقل ملك المكاتب إلى وارث المولى، فكذلك الوصيّة بالعتق، وإذا[2285] أعتقه الوارث أو الوصيّ نفذ عتقه عن الميّت، لأنّ كلّ واحد منهما خصم عن الميّت.

قال محمد: ولو قال الوصيّ بعد عتقه: "إن دخلت الدار فأنت حرّ" أو "أنت حرّ غدًا"، فدخل الدار أو جاء غدٌ لم يعتق.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الوصيّ إنّما يتصرّف من جهة الآمر، فمتى خالف الأمر لم ينفذ تصرّفه، كرجل قال لرجل: "أعتقْ عبدي"، فقال له الوكيل: "أنت حرّ إن دخلت الدار" أو "إذا[2286] جاء غد" لم يكن لهذا القول حُكم، لأنّه إنّما أمر بالإيقاع لا بعقد اليمين، فإذا لم يوقع عتقًا بتاتًا لم ينفذ قوله.

قال محمد: ولو كان الوارث هو الذي قال له: "إن دخلت الدار فأنت حرّ" أو قال له: "أنت حرّ غدًا"، فهو كما قال: "إن دخل الدار" أو "جاء غدٌ" عتق عن الميّت.

قال أبو بكر: الوارث ليس يتصرّف من جهة الآمر، وإنّما يتصرّف في ذلك من جهة أنّه خلف الميّت فيه، وقام فيه مقامه، فجاز عتقه على حسب ما يجوز عتق المالك موقعًا في الحال ومعلّقًا بشرط. وأيضًا فإنّما يجوز عتق الوارث من جهة ما

[2285] + وإذا.
[2286] إذ.

لزم من الحقّ [124أ] في الميراث، فيجوز عتقه على سبيل ما يجوز في ملكه، فلذلك جاز إذ علّقه بشرط[2287]. وأمّا الوصيّ فمفارق له لما وصفنا من أن تصرّفه من جهة الآمر، وهو إنّما[2288] أمر بالإيقاع لا بعقد[2289] اليمين.

فإن قال قائل: فإن تصرّفه من جهة الأمر لا يمنع دخول المعنيين جميعًا من الإيقاع واليمين فيه من قِبل أنّ كلاهما عتق.

قيل له: لاستحالة اجتماعهما في حالة واحدة بأن يكون مَوقِعًا في الحال ومعلّقًا بشرط. فلمّا امتنع[2290] ذلك استحال دخولهما تحت الأمر.

فإن قال: فهلّا دخلا جميعًا على وجه الإفراد بأن يفعل أيّهما شاء منفردًا.

قيل له: لأنّ ذلك يقتضي التخيير، وليس ذلك في اللفظ، فإذا لم يملك العتق إلّا على أحد وجهين، وقد ملك الإيقاع انتفى دخول اليمين فيه.

قال محمد: وكذلك لو قال الوارث للعبد: "أنت حرّ بعد مولى" لم يكن مدبّرًا، ولكنّه إن مات عتق عن الميّت الأوّل.

قال أبو بكر: كما يعتق بقوله: "إذا دخلت الدار فأنت حرّ" لا فرق بينهما، ولا يكون مدبّرًا، لأنّ العتق الذي علّقه بالموت ليس هو واقعًا من جهته إنّما يقع من جهة الميّت، ويكون الولاء له دون الوارث.

فإن قال قائل: فكيف ينفذ ذلك العتق بعد موت الوارث.

قيل له: لا اعتبار في ذلك بموت الوارث ولا بحياته، لأنّ العتق ليس يقع من جهته، وإنّما يقع من جهة الميّت [124ب] كأنّ الميّت أمره بهذا القول، فينفذ عند دخول شرطه.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا زوّج ابنة عبده برضاها كان جائزًا فإن أوصى بعبده ذلك لرجل، ثم مات، وترك ابنته وعمّه، والعبد يخرج من الثلث، فالنكاح جائز لا يفسد بموت المولى.

[2287] لشرط.
[2288] فانّما.
[2289] لا يُعقّد.
[2290] فامّا امتنع.

قال أبو بكر: وذلك لأنّها لا تملكه[2291]، لأنّ الله تعالى جعل الميراث بعد الوصيّة بقوله: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾[2292]، فلا يملك الورثة ما أوصى به ممّا يجوز وصيّته فيه، وهو الثلث.

قال محمد: وكذلك لو كان العبد الموصى به ذا رحم يحرم من الموصى له، ثم يعتق حتى يقبل الوصيّة، فإن قبِلها عتق عليه، وإن ردّها فسد نكاح البنت.

قال أبو بكر: العبد قد خرج من ملك الميّت، ولم يدخل في ملك الموصى له، بل هو موقوفٌ من قِبل أنّه لا يجوز إدخال العبد في ملكه بغير قبوله، فلذلك لم يعتق عليه.

فإن قال قائل: هلّا كان الموصى له مالكًا بموت الميّت كالبائع إذا شرط الخيار للمشتري أنّه يدخل في ملك المشتري في قول أبي يوسف ومحمد، وثبوت الخيار له لا يمنع وقوع ملكه.

قيل له: من قِبل أنّ المشتري هو العاقد والقابل للعقد، فلمّا انقطعت حقوق البائع بعقدٍ عقده المشتري، وقبْله حصل العبد في ملكه، ولمـّا لم يقبل الموصى له الوصيّة ولم يقع منه إيجابٌ لها لم يجز أن يدخله في ملكه [125أ] من غير قبوله وفعله.

قال محمد: ولو لم يكن للميّت مال غيره فسد نكاح البنت.

قال أبو بكر: وذلك لأنّها قد ملكت بعضه، ولا يبقى عقد نكاح مع ملك اليمين.

قال محمد: ولو أنّ الميّت لم يدع مالًا غيره، وأوصى بعتقه لم يفسد نكاحها.

قال أبو بكر: وذلك أنّ الوصيّة بالعتق قد صحّت للعبد، ولا يجوز أن يملكه مع ثبوت حقّ العتق له من غير ثبوت الفسخ فيه، فصار كالمكاتب، لأنّ صحّة الوصيّة له بالعتق يمنع ثبوت يد الغير[2293] عليه كما يمنع الكتابة ثبوت يد الغير عليه.

فإن قال قائل: فإذا أوصـى به لرجل وهو جميع ماله لم أدخلتْه في ملك[2294] الورثة، وقد يجوز أن يجيزوا له الوصيّة، فيخرج من ملك الورثة إلى ملك الموصى له.

قيل له: لأنّ الوصيّة إذا كانت موقوفة على إجازتهم فالواجب أن لا يمنع ما لهم من حقّ الإجازة من وقوع الملك لهم، وليس ملكهم ملكًا مستأنفًا، فيمنع حصوله لهم من إجازة الوصيّة، لأنّهم يملكونه على حكم ملك الميّت، فإذا أجازوها من

[2291] لا يملكه.
[2292] النساء، 12/4.
[2293] الغبر.
[2294] ملكه.

ملكهم كان حكمه ما خرج من ملك الميّت إلى الموصى له. ألا ترى أنّ جارية لو زوّجت نفسها بغير أمر مولاها، ثم أعتقها المولى جاز النكاح عليها إذا لم يحدث عليها ملك مستأنف، وإنّما سقط حقّ المولى عنها، فجاز النكاح، فكذلك إذا أجازوا الوصيّة، ولم يحدث هناك ملك مستقيل وجب أن يجوز.

قال محمد: ولو لم يعتق العبد [125ب] حتى قَبِله رجل كانت عليه قيمته بين الابنة[2295] والعمّ نصفين، وبطلت الوصيّة، ولا يفسد نكاح البنت، وعليها عدّة المتوفّى عنها زوجها.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ وصيّة الميّت إنّما بطلت بموت العبد، وتلك الحال ينقطع الزوجية، فلا يكون لبطلان الوصيّة تأثير في إفساد النكاح إذا قد فسد بغيره.

قال محمد: ولا يشبه هذا المكاتب إذا كان زوّج الابنة[2296] فمات بعد موت المولى عاجزًا أو قتل، فلم يكن في قيمته وفاء بالكتابة، فيفسد النكاح، وعلى المرأة إن كان دخل بها ثلاث حيض، وإن لم يدخل بها فلا عدّة عليها.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المكاتب عند فوات أداء الكتابة يحصل عاجزًا في آخر جزء من أجزاء حياته كما لو أدّيت كتابته حصل حرًّا[2297] في تلك الحال، وإذا كان ذلك كذلك فسد النكاح فيما بينهما في تلك الحال، وهي قبل الموت، لأنّها ملكته قبل الموت، وليس كذلك العبد الموصى بعتقه من قِبل أنّ الوصيّة إنّما بطلت بعد موته، وفي تلك الحال حصلت القيمة للورثة، وقد انقطع النكاح فيما بينهما، فلذلك لم يفسد النكاح بينهما في حال الحياة.

مسألة

قال محمد: ولو كان أوصى بعتق العبد ولم تكن[2298] الابنة[2299] أخذت مهرها، فلها أن تبيعه في مهرها.

قال أبو بكر: وذلك لأنّها لم تملك[2300] منه شيئًا لما تعلّق له من حقّ المعتق، فكان دينها عليه باقيًا بحاله، فيباع في دينه، لأنّه أولى من وصيّة الميّت. [126أ]

قال محمد: فإن باعته في مهرها لم يفسد نكاحها.

[2295] الابنت.
[2296] الابنت.
[2297] جزًا.
[2298] ولم يكن.
[2299] الابنت.
[2300] لم يملك.

قال أبو بكر: لأنّ الوصيّة إنّما بطلت بحصول البيع وصحّته، ولم يحصل البيع إلّا وهو في غير ملكها، فلم يحصل ملكها فيه بوجه، فلذلك لم يفسد النكاح.

قال محمد: وكذلك لو كان الدين على المولى فبيع فيه لم يفسد نكاحهما، وكذلك لو جنٰى جنايةً فدفع بها.

قال أبو بكر: والمعنى في ذلك كلّه ما وصفنا من أنّ الوصيّة بطلت، وهو في ملك الغير فلم تملك[2301] الابنة[2302] منه شيئًا.

قال محمد: ولو أوصى به لرجل وليس له مال غيره، ثم مات المولى، وعلى العبد دين كثير يحيط بقيمته فسد نكاح الابنة[2303].

قال أبو بكر: وذلك لأنّ دين العبد لا يمنع الميراث، لأنّ الله تعالى قال: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصٰى بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾[2304]، ومعلومٌ أنّه أراد أو دين عليه كما كانت الوصيّة مضافةً إليه، وما على العبد ليس على المولى، فلا يمنع انتقال ملكه إلى الوارث، والوصيّة بالرقبة لا يمنع الميراث فيما لم يخرج من الثلث، فملكت الابنة[2305] بعضه[2306]، وفسد نكاحها.

قال محمد: ولو كان الدين على الميّت، وهو يحيط بقيمته لم يفسد النكاح، وإن كان أقلّ من قيمته فسد النكاح.

قال أبو بكر: الدين المحيط بالتركة يمنع الميراث لقول الله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصٰى بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾[2307]، فجعل الميراث بعد الدين. وأمّا إذا كان أقلّ من التركة [126ظ] فإنّه لا يمنع الميراث لاتّفاق الجميع من فقهاء الأمصار على أنّ الكفن مُبدى به على الدين، وأنّ وجوب الكفن في ماله لا يمنع وقوع ملك لورثته، لأنّه أقلّ من التركة، كذلك سبيل الدين إذا كان أقلّ من التركة، فلذلك فسد النكاح، لأنّها ملكت بعضه، ولم يفسد إذا كان محيطًا بالتركة، لأنّها لم تملك[2308] منه شيئًا.

مسألة

قال محمد: وإذا ترك الرجل ثلاثة أعبد فثمنهم سواء، لا مال له غيرهم، فقال الوارث لأحدهم: "لم يعتقك الميّت"، ثم قال: "بلٰى قد أعتقك[2309]"، ثم قال للثاني والثالث مثل ذلك، فإنّهم يعتقون جميعًا، ولا يسعون في شيء.

[2301] فلم يملك.
[2302] الابنت.
[2303] الابنت.
[2304] النساء، 12/4.
[2305] الابنت.
[2306] بعضها.
[2307] النساء، 12/4.
[2308] لم يملك.
[2309] أعتقتك.

قال أبو بكر: قوله بدءًا: "لم يعتقك الميّت" لا يُبقي صحّة إقراره بالعتق بعد ذلك، لأنّ جحود الإنسان لحقّ الغير لا يمنع صحّة إقراره إلّا أنّ جحوده لعتقه بدءًا ينفع غيره، فلمّا قال للأوّل: "بلٰى قد أعتقك[2310] الميّت" فقد اعترف بعتقه من غير سعاية، لأنّه زعم أنّ الثلث كلّه له، إذ لم يكن هناك وصيّة غيره، فلمّا قال ذلك للثاني عتق الثاني أيضًا بلا سعاية، لأنّ جحوده الأوّل حجّة عليه للثاني في استحقاق رقبته بالعتق وإسقاط السعاية عنه، وإقراره بعد ذلك للأوّل بالعتق لا يرفع حكم الجحود فيما يحتجّ به الثاني، لأنّ إقرار الإنسان غير جائز على غيره، وهو جائز على نفسه، فكان الأوّل باقٍ على الرقّ في حقّ الثاني، وكذلك هذا الاعتبار في عتق الثالث.

فإن قال قائل: فهلّا كان النكول بعد الجحود [127أ] كالإقرار بعده، فيستحقّ كلّ واحد منهم بالنكول بعد الجحود رقبته بلا سعاية.

قيل له: لأنّ النكول لا يرفع الجحود، بل الجحود قائم معه، والإقرار يبطل الجحود، فلمّا أقرّ للثاني بطل جحوده لعتقه، وكان جحوده للأوّل حجّة عليه للثاني. وأمّا نكوله بعد الجحود فلا يرفع حكم الجحود، لأنّه ألزم ذلك من جهة الحكم لا لمعنى فعله أوجب بطلان جحوده، فإذا استحقّ الأوّل من جهة الحكم فغير جائز للثاني استحقاقه، فلذلك سعى في قيمته.

قال محمد: ولو قال لهم جميعًا: "لم يعتقكم الميّت"، ثم قال بعد ذلك: "بلٰى قد أعتقكم[2311] جميعًا"، فإنّ القياس أن يعتقوا جميعًا، ولا يسعى أحدٌ منهم في شيء، ولكنّي أستحسن أن أعتقهم جميعًا، ويسعى كلّ واحد منهم في ثلثي قيمته.

قال أبو بكر: كان القياس أن يكون بمنزلة المسألة التي قبلها، لأنّه قد أقرّ بعتق كلّ واحد منهم بعد جحوده. وجه الاستحسان: الجحود لما وقع [عليهم] جميعًا معًا لم يكن واحد منهم بأولى بأن يحتجّ به على صاحبه من أن يحتجّ صاحبه به عليه، فلمّا تساووا في الاحتجاج بالجحود من بعضهم عل بعض سقط حكمه، وصار كأنّه قال: " أعتقكم[2312] الميّت في مرضه"، فيعتق من كلّ واحد ثلاثة، وسعى في ثلثي قيمته.

قال محمد: وكذلك لو بدأ فقال: "أعتقكم الميّت جميعًا"، قال بعد ذلك: "لم يعتق واحدًا منكم"، فالجواب فيه كذلك [127ب] على القياس والاستحسان.

قال أبو بكر: ووجهه ما بيّنا في المسألة التي قبلها.

قال محمد: ولو قال: "أعتقكم الميّت جميعًا"، ثم قال بعد ذلك: "لم يعتق هذا منكم"، فإنّ الذي أنكر عتقه يسعى في ثلثي قيمته، ويسعى الآخر أنّ كلّ واحد منهما في نصف قيمته.

[2310] أعتقتك.
[2311] أعتقتكم.
[2312] أعتقتكم.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لما قال: "أعتقكم الميّت" كأنّ حكم الميّت كان حكم كلّ واحد منهم أن يسعى في ثلثي قيمته، فلمّا قال: "لم يعتق هذا" صدق على نفسه في حقّ الآخرين، فينبغي أن يكون الثلث لهما، وهو رقبة واحدة، ويسعيان في رقبة بينهما نصفين، وذلك لأنّه جحده مع الإقرار يعتق الأوّلين، فصار المجحود عبدًا[2313] في حقّ الأوّلين.

قال محمد: فإن قال بعد ذلك: "لم يعتق هذا الثاني أيضًا" عتق الثالث.

قال أبو بكر: لأنّ في جحوده إقرار على نفسه، فإنّ الثلث كلّه للثالث، لأنّ الثاني زُعم عبدًا أيضًا، فكان كذلك في حقّه، فلذلك عتق الثالث كلّه بلا سعاية.

فإن قال قائل: فلِمَ لا ينفع جحوده للثاني الأوّل أيضًا؟

قيل له: لأنّه جحده، والأوّل مجحوده، فلم ينفع الأوّل جحوده، وسقط حكمه في حقّه كما قلنا: إذا جحدهم معًا أنّ حكم الجحود ساقط، لأنّ كلّ واحد منهم حصل مجحودًا في حال جحود عتق من الذي أنكر عتقه ثلثه، وسعى في ثلثي قيمته، وعتق من الباقيين من كلّ واحد نصفه، وسعى في نصف قيمته.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ جحود الأوّل ينفع الآخرين على ما بيّنا، [128أ] فيكون الثلث للآخرين بينهما نصفين، ويسعى كلّ واحد منهما في نصف قيمته.

قال محمد: ولو أنكر عتقهم جميعًا واحدًا بعد واحد، ثم قال: "قد أعتقكم جميعًا"، فإنّهم يعتقون، ويسعى كلّ واحد في ثلثي قيمته.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهم قد حصلوا مجحودين قبل إقراره بعتق واحد منهم، فلمّا أقرّ بعتقهم لم يكن لواحد منهم أن يحتجّ على صاحبه بجحوده إلّا ولصاحبه أن يحتجّ عليه بمثله، فلمّا كان كذلك سقط حكم الجحود، وصار كأنّه قال: "أعتقكم الميّت" بلا جحود متقدّم، ولا فرق بين تفريق الجحود وجمعه في حال واحدة إذا كان قبل الإقرار بالعتق، لأنّ الجحود إذا يكن معه إقرار بالعتق فليس فيه حقّ لأحد، فسقط حكمه.

قال محمد: ولو أنكرهم جميعًا واحدًا بعد واحد، ثم أقرّ لأحدهم أنّ الميّت قد أعتقه، ثم أقرّ للآخر بعدما قطع كلامه، ثم أقرّ للثالث بعدما قطع كلامه عتق الأوّل ونصف الثاني وثلث الثالث.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لمـّا أقرّ للأوّل فقد اعترف له باستحقاق الثلث كاملًا، فعتق كلّه، فلمّا أقرّ للثاني فقد زعم أنّ الثلث بين الأوّل والثاني نصفين، فلا يُصدّق على الأوّل في إيجاب السعاية عليه، ولكن للثاني نصف رقبته، ويسعى [128ب]

[2313] اعبدا.

في نصفها، ولمـّا أقرّ للثالث وقد تقدّم إقراره للأوّلين في فسخ ما قد استحقّاه بدءًا بإقراره. وأمّا الجحود فلا اعتبار به، لأنّهم قد حصلوا مجحودين قبل الإقرار بالعتق، فسقط حكمه على ما بيّنا.

قال محمد: ولو أقرّ بالعتق على ما وصفنا، ثم أنكر عتق أحدهم، ثم قطع الكلام، ثم أنكر عتق الآخر، ثم قطع الكلام، ثم أنكر عتق الآخر، عتق العبد المقرّ بعتقه الأوّل كلّه.

قال أبو بكر: لأنّه قد استحقّ عتق جميع رقبته بدءًا، فلا يبطله بعد ذلك جحوده.

قال محمد: فإن كان الذي أنكر عتقه قبلهم جميعًا هو الثاني لم يرد على نصف رقبته شيئًا، وسعى في نصف قيمته.

قال أبو بكر: لأنّ إنكاره لعتقه لا يبطل شيئًا من عتقه، ولا سبيل له إلى ذلك.

قال محمد: فإن ثنّا بالإنكار للثالث عتق نصفه، ويسعى في نصف قيمته.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ جحوده للثاني متقدّم لجحوده للثالث، فقد زعم بجحوده الثاني أنّ الثلث بين الأوّل والثالث نصفين، وذلك ينفع الثالث، فيسلّم له نصف رقبته، ويسعى في الباقي.

قال محمد: وإن كان ثنّا بالذي أعتقه قبلهم جميعًا، والثلث بالإنكار للثالث عتق الثلث كلّه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه قد جحد الأوّلين قبل جحود الثالث، وفي ذلك اعتراف منه بحصول جميع رقبة [129أ] الثالث له، فجاز ذلك على نفسه.

قال محمد: فإن كان بدأ بالثالث فأنكر عتقه، ثم ثنّا بالثاني، ثم ثلث بالأوّل لم يرد الثالث على ثلث قيمته شيئًا، وسعى في ثلثي قيمته، ولم يرد الثاني على نصف قيمته، وسعى في نصف قيمته.

قال أبو بكر: إنّما لم يرد الثالث على ثلث قيمته، لأنّه جحده قبل جحود الأوّلين، فلم ينفعه بعد ذلك جحود الأوّلين، ولم يستحقّ شيئًا بجحودهما، ولم يرد الثاني أيضًا على نصف قيمته، لأنّ جحوده كان متقدّمًا لجحود الأوّل، فليس له أن يحتجّ بجحود الأوّل.

قال محمد: وإن كان بدأ بالإنكار بالثالث، ثم ثنّا بالأوّل، ثم ثلث بالثاني، فإنّ الثاني يعتق كلّه، ويسعى الثالث في ثلثي قيمته على حاله.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه جحد الأوّل والثالث قبل جحوده الثاني، فنفعه جحودهما، وصارا عبدين في حقّه، فاستحقّ الثلث كلّه. وأمّا الثالث فلا يراد شيئًا من قِبل أنّه لم يجحد الآخرين إلّا بعد جحوده، فلم ينفعه جحودهما.

قال محمد: وإن كان بدا بإنكار عتق الأوّل، ثم ثنّا بالثاني ثم ثلث عتقوا جميعًا، ولا يسعون في شيء.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ إنكاره للأوّل لم يرتفع شيئًا من عتق الأوّل، وأوجب عتق الثاني، لأنّا إنّما كنّا أعتقنا نصف الثاني لإقراره بعتقه بعد عتق الأوّل، فزعم أنّ الثلث بينهما، فلمّا أنكر عتق الأوّل فقد زعم أنّ العتق كلّه للثاني، [129ب] وأنّه حطّ للأوّل فيه، فعتق الثاني كلّه، فلمّا نفى عتق الثاني أيضًا بعد نفي الأوّل فقد زعم أنّ الأوّلين عبدان، والثلث كلّه ينبغي أن يستحقّه الثالث، فعتق الثالث كلّه من هذا الوجه.

باب من الوصايا بثلث ماله لمواليه

قال محمد: وإذا أوصى الرجل بثلث ماله لمواليه، وله موالي أعتقهم وموالي أعتقوه، فإنّ أبا يوسف ومحمد قالا في ذلك: الوصيّة باطل حتى تبيّن لأيّ الفريقين أوصى.

قال أبو بكر: اسم "المولى" قد تناول معنيين متضادّين، لأنّ أحدهما يكون منعِمًا والآخر منعَمًا عليه، وإذا انتظم اللفظ هذين الوجهين لم يجز أن يردهما إذ كانت إرادة كلّ واحد منهما ينفي دخول الآخر في اللفظ، فلمّا كان ذلك حكم اللفظ بطلت الوصيّة، لأنّهم لا يجوز أن يستحقّوها جميعًا، وليس أحد الفريقين بأولى بها من الآخر، فبطلت الوصيّة.

فإن قال قائل: فلو أوصى لإخوة فلان، وله أخوة متفرّقين صحّت الوصيّة لهم جميعًا، ولم يبطل الأجل وقوع اللفظ على معنيين مختلفين.

قيل له: من قِبل أنّ اسم "الإخوة" لا ينتظم معنيين متضادّين، بل إنّما يقع على معنى واحد، وهو النسب الذي يتّصل به إلى والديه، وهذا المعنى هو المقصود بالوصيّة، فصحّت الوصيّة [130أ] لهم جميعًا.

فإن قال قائل: هلّا صرفت الوصيّة إلى أكدّ ممّا حالًا في الولاء، وهم مواليه الذين أعتقوه كما لو أوصى بثلث ماله لمواليه، وله موالي أعتقهم ومولى موالاه، أنّ الثلث للمُعتقين دون مولى الموالاة.

قيل له: إنّ محمدًا قد قال: إنّ القياس أن يكون مولى الموالاة ومولى العتاقة سواء إلّا أنّه جعل مولى العتاقة أولى استحسانًا، وإذا سلّمنا أنّ القياس ما قلت فقد سقط السؤال.

فإن قال: فما الوجه الذي أوجب مولى العتاقة أولى.

قيل له: هو أنّ الولاء الصحيح هو الذي يثبت بالعتق دون غيره، وولاء الموالاة إنّما يستحقّ به الميراث على وجه الوصيّة، وقد يصحّ فسخه والانتقال عنه، فلمّا كانت لولاء العتق هذه المزيّة كان أولى من ولاء الموالاة. وأمّا الذين[2314] أعتقهم والذين أعتقوه، فليس لأحد الوجهين مزيّة على الآخر. ألا ترى أنّه لا يصحّ فسخه ولا الانتقال عنه، فلذلك اختلفا.

قال محمد: ولو كان الموصي رجلًا من العرب، له موالي أعتقهم، فقال: "ثلث مالي لموالي"، فالثلث لمواليه الذين أعتقهم ولأولادهم[2315] من الرجال والنساء، ولا يكون لموالي مواليه من ذلك شيء.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ مواليه الذين أعتقهم هم مواليه على الحقيقة، وكذلك أولادهم، لأنّهم لا ولاء لهم من غيره، وإذا كان كذلك تثبت الوصيّة لهم، وموالي مواليه ليسوا مواليه على الحقيقة، [130ب] وأنّما يسمّون موالي على جهة المجاز. والدليل على ذلك: أنّه قد يصحّ نفي ولائهم عنه بأن يقال: "ليس هؤلاء موالي فلان"، وإنّما هم موالي غيره، وما كان حقيقة من الأسماء، فإنّه لا يصحّ نفيها، وإذا كان ذلك كذلك كان مواليه الذين أعتقهم أولى بالوصيّة. وأيضًا فإنّ مولاه على الحقيقة هو الذي أنعم عليه بالعتق، ومولى مولاه لم ينعم عليه بالعتق، وإنّما أنعم عليه غيره فعلمنا أنّه مولى لمعتقه حقيقة، وإنّما ينسب إلى الأوّل مجازًا لا حقيقة.

فإن قال: فما الذي يمنع إدخالهم جميعًا في الوصيّة وإن كان لأحدهما يتناوله الاسم حقيقةً والآخر مجازًا.

قيل له: لأنّ اللفظة إذا حصلت على الحقيقة انتفت أن يكون مجازًا لاستحالة أن يكون لفظة واحدة مجازًا حقيقة في حال واحدة، لأنّ الحقيقة هو اللفظ المستعمل في موضعه، والمجاز هو المعدول به عن جهته غير مستعمل في موضعه، ولا جائز حصول هاتين الصفتين لاسم واحد، فلذلك انتفى أن يكون مجازًا حقيقة.

فإن قال قائل: فقد قال أبو يوسف ومحمد: لو قال: "إن شربتُ من الفرات أبدًا فعبدي حرّ"، فكرع في النهر أو شربه بإناء حنث، وأحد المعنيين مجاز والآخر حقيقة، فقد جعلا اللفظ على المعنيين.

قيل له: لأنّ أخذ الماء من الفم ليس هو الشرب سواء كان كرعًا أو بإناء. ألا ترى أنّه لو مجّه ولم يبلعه لم يكن شاربًا، فاللفظ [131أ] مجاز في الوجهين جميعًا لا حقيقة، وإنّما الحقيقة حصول الماء في جوفه من حلقه. ألا ترى أنّ إنسانًا لو صبّه[2316] في حلقه من حيث لم يتناوله بفمه كان شاربًا.

فإن قال قائل: فهلّا حملتَ اللفظ في وصيّته لمواليه على الأمرين للمولى الأعلى والأسفل جميعًا كما لو قال: "والله لا كلّمتُ موالي فلان" دخل الفريقان جميعًا في اليمين.

[2314] الدّين.
[2315] ولاودهم.
[2316] صيّه.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ اليمين إنّما يتناولهم بنفي الكلام، والنفي قد يدخل تحته معنيان متضادّان. وأمّا الإثبات فلا يصحّ دخول المعنيين المتضادّين فيه، فلمّا كانت الوصيّة إثباتًا انتفى دخول المعنيين في اللفظ، ولمـّا كانت اليمين نفيًا جاز دخول الأمرين فيها، وأيضًا فإنّ اليمين يصحّ على المجهول. ألا ترى أنّه لو قال: "والله لا كلّمتُ أحدًا من الناس" كانت اليمين صحيحةً، والوصيّة لا يصحّ في مثله، لأنّه لو قال: "قد أوصيتُ لواحد من الناس" لم يصحّ وصيّته، فلم يجب أن يصحّ الوصيّة في المولى من حيث صحّحنا اليمين.

فإن قال قائل: فلم دخل أولاد مواليه في وصيّته لمواليه مع الموالي أنفسهم، وهلّا كان ذلك كالوصيّة لأولاد فلان، فلا يدخل فيها أولاد أولاده إذا كان أولاده الأدنين أحياء.

قيل له: من قِبل أنّ أولاد مواليه هم مواليه على الحقيقة، لأنّه لا ولاء لهم من غيره، ولا جائز نفي ولائهم عنه بحالٍ، وأولاد أولاده لهم [131ب] أب غير الجدّ ينسبون إليه على وجه الحقيقة، وإنّما ينسبون إلى الجدّ باسم الولادة مجازًا. ألا ترى أنّه قد يجوز أن ينفي ذلك عنهم، فيقول ليس هؤلاء أولاد فلان يعني الجدّ، فهم في ذلك بمنزلة موالي المولى.

قال محمد: ولو لم يكن له الأولاد مواليه وموالي مواليه كان أولاد مواليه أولى بالوصيّة.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّ أولاد مواليه على الحقيقة وموالي مواليه هم موالي غيره، وإنّما يُنسبون إليه بالولاء على وجه المجاز.

قال محمد: ولو ترك من مواليه ابنين فصاعدًا أو موالي مواليه كان الثلث لذلك الابنين فصاعدًا خاصّة دون موالي مواليه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الابنين يطلق عليهما اسم الجمع في اللغة. قال الله تعالى: ﴿هٰذَانِ خَصْمَانِ اخْتَصَمُوا فِي رَبِّهِمْ﴾[2317]، وإذا كان ذلك كذلك صحّت لهم الوصيّة، ولم يكن لموالي مواليه شيء.

فإن قال قائل: هلّا اعتبرت ثلاثة منهم، إذ كان[2318] أقلّ ما يتناوله اسم الجمع الصحيح ثلاثة.

قيل له: من قِبل أنّ الاثنين لما يتناولهما اسم الجمع في حال، ونحن قد ندخل في الوصيّة بالاستدلال وكأنّ هذان مرادين بالوصيّة وجب أن يكونا هم الموصى لهم دون غيرهم، وأنّهم مستحقّون للثلث.

قال محمد: ولو ترك واحدًا من [132أ] مواليه، وموالي مواليه كان لهذا الواحد نصف الثلث، والباقي يردّ إلى الورثة.

[2317] الحج، 19/22.
[2318] اذا كان.

قال أبو بكر: لأنّ اللفظة قد حصلت لمواليه الذين يسمّون بهذا الاسم على الحقيقة، وهي تتناول[2319] اثنين منهم، فإذا لم يكن منهم إلّا واحد أخذ نصفه، وردّ الباقي في الورثة، لأنّ موالي مواليه لم يدخلوا فيه لما وصفنا من أنّ اللفظ إذا حصل معناه على الحقيقة انتفى دخول المجاز فيه.

قال محمد: وهذا بمنزلة قوله "أوصيتُ بثلث مالي لولد فلان"، فهو لولده لصُلبه ما بقي منهم أحد، فإذا ماتوا كلّهم كان الثلث لولد ولده.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا كان له موالي أعتقهم مواليه، وليس له موالي أعتقهم ولا أولادهم، وله موالي ابن له أعتقهم ابنه، ثم مات ابنه، فورث الأب ولاءهم، فأوصى بثلثه لمواليه، فإنّ الثلث ماله لموالي مواليه المعتقين، وليس لموالي ابنه من ذلك شيءٌ.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ موالي ابنه ليس هم مواليه بوجه، وإنّما يرثهم من جهة أنّه عصبة مولاهم، وهو الابن لا من جهة أنّهم مواليه. ألا ترى أنّ الابن لو كان مولى لبني أسد، والأب مولى لتميم أنّ من أعتقه الابن مولى بني أسد دون بني تميم، وكذلك من أعتقه الأب هو مولى بني تميم دون بني أسد، فدلّ ذلك أنّ موالي[2320] الابن ليسوا موالي للأب.

قال محمد: ألا ترى [132ب] أنّ الميراث للأب في هذه الحال، وهو مولى بني أسد، فدلّ ذلك على أنّ استحقاق الميراث لا يوجب أن يكونوا مواليه.

قال أبو الحسن: وقد قال محمد: لو لم يكن للموصى موالي أعتقهم، ولا موالي موالي، وأوصى بثلث ماله لمواليه ولابنه موالي أعتقهم لم يكن لهؤلاء وصيّة، لأنّهم ليسوا مواليه.

مسألة

قال محمد: ولو قال: ثلث مالي [للذين] أسلموا على يديه، ووالوه، وليس له موالي غيرهم كان الثلث لهم، وكانوا مواليه، فإن كان له موالي أعتقهم وأولاد موالي أو موالي موالٍ كان الثلث لهؤلاء دون الموالي الذين أسلموا على يديه، ووالوه. ألا ترى أنّه لا يرث هؤلاء مع ذوي الأرحام، وأنّ موالي العتاقة أولى من ذوي الأرحام، مولى العتاقة بمنزلة النسب، فلذلك كان أولى بالوصيّة من مولى الموالاة.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن يقول: قول محمد كان ينبغي في القياس أن يكون الموالي الذين أسلموا على يديه، ووالوه مثل الموالي الذين أعتقهم يعني في أنّهم يكونون أولى بالوصيّة من مولى مواليه، فيحجبون موالي الموالي كما يحجبهم

[2319] يتناول.
[2320] مولى.

الموالي، ولم يعن بذلك أن يكونوا جميعًا أعني مولى الموالاة ومولى العتاقة داخلين في الوصيّة، لأنّ ذلك ولا لاثنين من جهتين مختلفين لا يجوز دخولهما تحت لفظة واحدة في حال واحدة، وكان قال قبل ذلك: أنّه عنى أن يكونوا مثل مواليه الذين أعتقهم، [133أ] فيبطل الوصيّة على ما بيّنا في المولى الأعلى والأسفل. ووجه القياس: أنّ اسم "الولاء" من جهة الموصي قد سلّمهم جميعًا كالمولى الأعلى والأسفل.

وأمّا وجه الاستحسان في جعله مولى العتاقة ومولى المولى أولى من مولى الموالاة: أنّ ولاء العتق أكدّ من ولاء الموالاة[2321] من قِبل أنّه يصحّ الانتقال عن ولاء الموالاة، ولا يصحّ عن ولاء العتاقة، فجعله لذلك أولى بظاهر الاسم. وأيضًا فإنّ ولاء العتق أولى من ذوي الأرحام، وولاء[2322] الموالاة بعد ذوي الأرحام، فكان ولا العتق أكدّ وأولى بظاهر الإسم، وأيضًا فإنّ ولاء الموالاة ليس مولى صحيح، لأنّ النبي صلي الله عليه وآله وسلم قال: ((الولاء لحُمة كلُحمة النسب))[2323]، والنسب لا يجوز عليه النقل، وإنّما يستحقّ الميراث إذا لم يكن هناك وارث بالعقد الذي عقده له مثل الوصيّة بجميع المال إذا لم يكن له وارث، وكالذي يقرّ بأخٍ ولا وارث له، فيأخذ الميراث، ولا يثبت النسب، وكذلك ولاء الموالاة ليس بولاء صحيح، وإنّما يأخذ الميراث بالعقد. ألا ترى أنّه لو لم يقل له: "على أن ترثني" لم يرثه[2324].

قال أبو الحسن: ورأيت عن أبي يوسف في مسألة تاريخها سنة سبعين، فإن كان له موالي عتاقة، وموالي أسلموا على يديه، ووالوه، فهم شركاء في الوصيّة.

مسألة

قال محمد: ولو أوصى بثلث ماله لموالي في فلان الفخذ يحصون، ولهم موالي وموالي موالي، وموالي أسلموا عن أيديهم، [133ب] ووالُوهم، فالثلث لمولى العتاقة، وموالي موالي العتاقة الأسفل والأعلى في ذلك سواء، وليس لموالي الموالاة من ذلك شيءٌ.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لما نسبهم إلى العجز علمنا أنّ الوصيّة وجبت لمن ينسب إليه من جهة الولاء، ولم يعتبر في ذلك وقوع العتق من جهة من نسب إليه، لأنّا لو اعتبرنا ذلك لم يعط إلّا من أعتقه فلان المنسوب إليه القبيلة، وذلك يبطل معنى الوصيّة، وإذا كان كذلك صار موالي في فلان مثل النسب لهم، فكلّ من وقع عليه الإسم دخل فيه، ولم يدخل مولى الموالاة مع هؤلاء لما وصفنا من تأكّد حال، ولا العتاق على ولاء الموالاة.

[2321] المولاة.
[2322] ولا.
[2323] المستدرك للحاكم، 341/4؛ صحيح ابن حبان، 326/11؛ السنن الكبرى للبيهقي، 240/6.
[2324] لم ترثه.

قال محمد: فإن لم يكن الفخذ موالي عتاقة، وكان لها موالي الموالاة كان الثلث لموالي الموالاة، لأنّهم موالي من وجه إلّا أنّ موالي العتاقة، وكان لها أولى لما وصفنا، فإذا لم يكن موالي عتاقة استحقّه مولى الموالاة، إذ كان اسم الولاء يتناولهم بحال.

قال محمد: ولو قال: "أوصيت بثلث مالي لموالي"، وله مدبّرون وأمّهات أولاد، ثم مات مدبّروه يخرجون من الثلث لم يدخل مدبّروه وأمّهات أولاده في الوصيّة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهم عتقوا بعد الموت، ولم يكونوا مواليه في حال الموت، لأنّ ولاءهم حادث بعد ذلك، فلم يدخلوا في الوصيّة.

قال أبو بكر: وكان أبو الحسن يحكي عن أبي يوسف: أنّ المدبّرين وأمّهات الأولاد يدخلون في الوصيّة للموالي. [134] قال: لأنّ الولاء قد ثبت منهم في حال الحياة. ألا ترى أنّ مدبّرًا بين اثنين لو أعتقه أحدهما عتق كلّه على مذهبه، وكان الولاء بينهما نصفين، وكذلك هو عند أبي حنيفة لو ضمنه شريكه لم ينتقل الولاء إليه.

قال أبو الحسن: وهذا غير موجب لما ذكر من قِبل أنّ ذلك الولاء لا يستحقّ به شيءٌ، فلم يثبت حكمه إلّا بعد العتاق، والعتاق حصل بعد الموت، فلم يصحّ لهم الوصيّة بالولاء الحادث بعد صحّتها.

قال محمد: ولو كان قال لعبد: "إن لم أضربك فأنت حرّ"، فمات قبل أن يضربه، عتق قبل موته، ودخل في الوصيّة، لأنّه من مواليه الذين أعتقهم في حياته.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ عتقه حصل في آخر جزء من أجزاء حياته عند فوات شرطالبر فهو متقدّم لحال ثبوت الوصيّة، فلذلك استحقّها.

باب الرجل يوصي عند موته لبني فلان

قال محمد: وإذا أوصى الرجل فقال: "ثلث مالي لبني فلان لفقرائهم دون أغنيائهم"، وبنو فلان أولئك قبيلة لا تحصى، ولا يحصى فقراؤهم، فالوصيّة جائزة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ هذه الوصيّة حقّ لله تعالى، فلا يضرّ فيها جهالة الموصى لهم من الفقراء. ألا ترى أنّ الصداقات لما كانت حقًّا لله تعالى جاز ثبوتها الفقراء بغير أغنيائهم[2325]، فكذلك الوصيّة.

[2325] أغنايهم.

فإن قال قائل: لما كان مستحقّوها آدميّين وجب أن يصير حقًّا لهم، [134ب] فلا يصحّ إلّا لمعلومين بأعيانهم كما أنّ سائر حقوق الآدميين لا يثبت إلّا لأعيان[2326].

قيل له: اعتبار حقّ الآدميّ ساقطٌ فيما كان من ذلك حقًّا لله تعالى سقط في الصدقات.

قال محمد: فإن أعطى للوصيّ الوصيّة كلّها فقيرًا وأخذ أجزاه ذلك في قول أبي يوسف، ولا يجزئه في قول محمد إلّا أن يعطى اثنين فصاعدًا.

قال أبو بكر: ذهب أبو يوسف في هذا لما كانت خارجةً مخرج القُرَب لقوم بغير أعيانهم أشبهت الصدقات التي أوجبها الله تعالى في أموالنا لقوم بغير أعيانهم، ولم يعتبر الجمع فيها بالإتّفاق، فكذلك الوصيّة للفقراء. وأيضًا فلو وجب اعتبار العدد في ذلك أبطلت الوصيّة، لأنّ عددهم لا يحصٰى، فلمّا صحّت الوصيّة مع سقوط العدد ثبت جواز إعطائها الواحد فصاعدًا. وفرّق محمد بين الوصيّة والصدقات التي أوجبها الله تعالى في أموالنا بأن قال: إنّهم متّفقون على أنّ الصنف المذكور في الوصيّة معتبرٌ لا يجوز صرفها عنهم إلى غيرهم. ألا ترى أنّه لو أوصى لليتامٰى لم يعط غيرهم من الفقراء، فلمّا كان الصنف[2327] المذكور في الوصيّة معتبرًا، وكانت الوصيّة مقصورة عليهم دون غيرهم وجب اعتبار لفظ الوصيّة فيما تضمّنه من الجمع المذكورين فيه، ولما اتّفقوا في أنّ له[2328] الصدقات، أنّ له أن يجعلها في صنف واحد منهم، وإن كان لفظ الآية منتظمًا لسائر الأصناف سقط اعتبار الجمع فيها [135أ] كما سقط اعتبار الأصناف المذكورة فيها. ألا ترى أنّه لو قال في الوصيّة: "أوصيت لليتامى وابن السبيل" لم يجز أن يحرم أحد الصنفين، ويُعطى الآخر كلّه.

قال محمد: ويدخل في الوصيّة موالي العتاقة وموالي الموالاة وموالي الموالي والخلفاء.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ هذه الوصيّة لما كانت خارجةً مخرج القُرَب اعتبر فيها من له نسبة إليه بوجهٍ، وسقط فيها اعتبار حقيقة الاسم. ألا ترى أنّه يجوز أن يُعطى بعضهم دون بعض، فهذا يدلّ على أنّ المقصد في هذه الوصيّة إخراجها على وجه القربة إلى من ينسب إلى فلان المذكور في الوصيّة بالنسبة إليه. ألا ترى أنّه لو كان الاعتبار فيها حقيقة الاسم لوجب أن يستحقّها جميع من نقله الاسم، فصحّ بذلك أنّ الاعتبار فيها إخراجها على وجه القربة إلى من ينسب إلى فلان يأتي وجه نسب إليه.

فإن قال قائل: إذا لم يجز صرفها عن جمعهم فقد دلّ ذلك على وجوب اعتبار الاسم، فالواجب ألّا يستحقّها إلّا من يتناوله الاسم حقيقة، ولا يدخل فيها من يتناوله الاسم على طريق المجاز، لأنّ ذلك استعمال حكم الكلمة على وجه الحقيقة والمجاز، وذلك ممتنع عندكم.

[2326] الأعيان.
[2327] الصيف.
[2328] انّه.

قيل له: امتناع جواز صرفها عن جمعهم غير دالّ على فساد ما ذكرنا. ألا ترى أنّ رجلًا لو قال: "لله عليّ أن أتصدّق بهذا الدرهم" تعيّن النذر فيه حتى لو هلك [135ب] بطل النذر، ولم يخرجه ذلك من تعلّق حكم القربة بإخراجه أو إخراج مثله، فيجزيه، فكذلك اعتبار الوصيّة في الصنف[2329] المذكور دون غيرهم لا يمنع اعتبار حكم الاسم في إعطاء كلّ من دخل فيه بوجه مولى كان أو خليفًا أو ضميمًا، وقد روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلّم أنه قال: ((مولى القوم وحليفهم منهم، ويقولون لمولى تميم تميمي ولمولى قريش قريشيّ))[2330]، فلم يختلف حكم الإطلاق في الضميم والمولى، وحكم الوصيّة محمول على الاسم من طريق الإطلاق على أيّ وجه ليست إليه، وليس في ذلك استعمال الحقيقة والمجاز في اللفظ الواحد من قِبل أنّ هذا الاسم إنّما يتناول الضميم منهم على طريق المجاز، لأنّه ليس بابن فلان المنسوب إليه الفقراء في الوصيّة، وإنّما بينه وبينه آباء كثيرون، وهو كقولك: "بنو آدم"، فنحن منسوبون إليه بالبنوّة على طريق المجاز لا على الحقيقة، لأنّ الحقيقة إنّما يتناول ابن الصلب دون الابن، وكذلك قوله لفقراء "بني فلان" إذا كانوا قبيلة، فإنّما تناولهم الاسم على طريق المجاز للضميم والمولى والخليف، ولم يدخل فيه الحقيقة، لأنّه لو تناول الحقيقة، وكان لفلان بنون لصلبه لما دخل فيه إلّا بنوه لصلبه دون غيرهم.

قال محمد: ولو أوصى بثلث ماله لفقراء بني فلان، وهم بنوا أبٍ لهم موالي، وليسوا بقبيلة ولا فخذ، كان الثلث لفقرائهم من القرب خاصّة دون المولى، ولا يشبه [136أ] هذا الوجه الأوّل.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الفظ تناول ههنا حقيقة المعنى، وهم بنوه لصلبه، لأنّه إذا لم يكن فلان المنسوب إليه ذلك قبيلة، فإنّ مواليه لا ينسبون إليه بلفظ البنوّة، وإنّما نسب الموالي بلفظ البنوّة إلى القبيلة والفخذ. فأمّا رجل ليس بقبيلة، فليس يقع نسبة مواليه إليه بلفظ البنوّة. ألا ترى أنّك لا تقول للعبد المعتق: "أنّ هذا من بني فلان"، ويريد به مولاه الذي أعتقه ويقول إذا نسبه إلى القبيلة: "هذا من بني تميم ومن قريش".

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا أوصى بثلث ماله ليتامى بني فلان، وكان بنو فلان أولئك الذين يحصٰى أيتامهم، والثلث كلّه لجميع اليتامى من مات أبوه، ولم يبلغ الحنث، يدخل في ذلك الأغنياء منهم والفقراء، فإن كان يتامى بني فلان لا يحصون، فالثلث للفقراء من أيتامهم، ولا يدخل الأغنياء فيهم، ويجزئ أن يعطى واحدًا منهم في قول أبي يوسف، وفي قول محمد لا يجزئه إلّا أن يعطي اثنين فصاعدًا.

[2329] الصيف.

[2330] مسند أحمد، 340/4؛ مصنف ابن أبي شيبة، 480/13-481.

قال أبو بكر: حقيقة اسم اليتيم إنّما يتناول الصغير الذي فَقَد أباه، والدليل على ذلك: ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلّم أنّه قال: ((لا يُتْمَ بعد حُلم))[2331]، فقد نفى اسم "اليتيم" عنه بعد البلوغ، ولو كان الاسم يجوز أن يتناوله في ذلك الحال على وجه الحقيقة لما جاز نفيه عنه، لأنّ أسماء الحقائق لا ينفي عن مسمّياتها [136ظ] بحال، وقد بيّنا ذلك فيما سلف من هذا الكتاب في غير موضع منه.

فإن قال قائل: فإنّ المرأة المفردة التي لا زوج لها تسمّى "يتيمةً" في لغة العرب، والدليل عليه قول الشاعر[2332]:

إنّ القُبُورَ يَنْكِحُ الأيَامٰى النِّسْوَةَ الأَرَامِلِ اليَتَامٰى

فقال أهل اللغة: أراد المفردات من النساء، ويدلّ عليه أنّه جعل الاسم للنسوة الأرامل، ولا يكنّ كذلك إلّا كبارًا، وقال الله تعالى: ﴿وَآتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ﴾[2333]، وقال: ﴿فَإِذَا[2334] دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾[2335]، ومعلومٌ أنّ ذلك لا يكون إلّا في حال الكبر، وقال النبي صلى الله عليه وسلّم: ((اليتيمة تستأمر في نفسها))[2336]، فسمّاها يتيمةً في حال ما أوجب استئمارها، ومعلوم أنّه لا يُستأمر إلّا بالغة.

قيل له: قد بيّنا أنّ حقيقة الاسم إنّما يتناول من ذكرنا، وقد يجوز أن يكون الشاعر أطلق اسم اليُتم على الكبار على وجه المجاز، ولو كان هذا القول معتبرًا لوجب أن يستحقّ الوصيّة المرأة الكبيرة التي لها أبٌ إذا لم يكن لها زوج، لأنّ العرب سمّت المفردة عن الزوج "يتيمة"، ولم يسمّوها يتيمة لأجل إنفرادها عن الأب، وهذا غير معقول في العرف من لفظ اليتيم، والوصايا محمولة على المتعارف المشهور من الأسماء بين الناس. وأمّا قول الله تعالى: ﴿وَآتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ﴾[2337] فإنّما أراد البالغ القريب العهد [137أ] باليتيم، والله أعلم، كما قال النبي صلى الله عليه وسلّم لبلال: ((ألا إنّ العبد تامّ))[2338]، وكان في ذلك الوقت حرًّا، وكذلك قوله عليه السلام: ((تُستأمر[2339] اليتيمة))[2340] معناه التي كانت يتيمة.

فإن قال قائل: فما معنى تخصيصه اليتيمة، ومن كانت يتيمة أو لم يكن سواء في هذا المعنى بعد البلوغ.

[2331] سنن أبي داود، الوصايا، 9؛ السنن الكبرى للبيهقي، 57/6؛ مسند البزار (البحر الزخار)، 350/12؛ مسند الطيالسي، 322/3؛ مصنف عبد الرزاق، 416/6؛ المعجم الكبير للطبراني، 14/4.

[2332] البيت لأبي عمر غلام ثعلب عن ثعلب عن ابن الأعرابي.

[2333] النساء، 2/4.

[2334] وإذا.

[2335] النساء، 6/4.

[2336] سبق تخريجه.

[2337] النساء، 2/4.

[2338] سنن أبي داود، النكاح، 41؛ وقال عنه الترمذي إنه غير محفوظ، أبواب مواقيت الصلاة، 37؛ سنن الدارقطني، 457/1 إلخ.

[2339] تستامن.

[2340] سبق تخريجه.

قيل له: وجه الفائدة فيه: أنّه أراد ﷺ أنّ اليتيمة التي قد كان لوليّها الذي هو غير الأب إن تزوّجها في حال صغرها، فاستئمارها[2341] واجب بعد البلوغ بكرًا كان أو ثيّبًا، وأنّ أمر وليّها قد زال عنها بالبلوغ، واستفدنا بهذا القول بطلان قول من قال: "أنّ للأب تزويج البكر البالغ بغير إذنها". وأمّا وجه قولهم: أنّهم إن كانوا لا يخصّون فالوصيّة للفقراء منهم دون الأغنياء، فهو أنّ اسم اليُتم يفيد معنى الحاجة والضعف، ومخرج الوصيّة لهم مخرج القرب، فلا يبطلها حوالة المسمّين لهم كما قال: "قد أوصيتُ للفقراء" جازت الوصيّة.

مسألة

قال محمد: ولو أوصى بثلث ماله لأرامل[2342] بني فلان، والأرامل يخصّون أو لا يخصّون، فالوصيّة جائزة في كلي الوجهين، والأرامل في ذلك النساء خاصّة دون الرجال، والأرامل من النساء كلّ امرأة قد بلغت مبلغ النساء قد كان لها زوج، فمات عنها زوجها بعدما بلغت أو فارقها دخل بها أو لم يدخل بها، وهي محتاجة، فهذه الأرملة. فإن كنّ تحصين قسْم الثلث بينهنّ [137ب] بالسويّة، وإن كنّ لا يحصين أعطى الوصيّ من قدر عليه منهنّ فأنّه أفضل، وإن أعطى بعضهن دون بعض أجزاه. وأمّا سِوى ما وصفتُ لك من النساء فليست بأرملة. الأرملة عندنا المرأة البالغة[2343] التي قد أرملت من زوجها ومالها، ولا يكون[2344] الجارية التي لم يبلغ[2345] مبلغ النساء أرملة، وهي يتيمة.

قال أبو بكر: طريق معرفة هذه الأسماء اللغة، وفي اللغة أنّ اسم الأرملة يتناول [من] هذه صفتها من النساء، وظاهره يفيد الفقر والحاجة مثل اليتيم، فإن كنّ تحصين فالوصيّة لهنّ كلّهن كاليتامى، وإن كنّ لا تحصين فهي للفقراء منهنّ، لأنّ مخرج الوصيّة لهنّ مخرج القرب، فلا يبطلها ما وجدنا لها وجهًا صحيحًا، وليس ذلك كالوصيّة للموالي والحلفاء ونحوهم، فلا يصحّ الوصيّة إلّا لأعيان يخصّون، لأنّ هذا الاسم لا يفيد الفقر والحاجة، فلم تخرج الوصيّة لهم مخرج القرب، وإذا لم يكن الوصيّة مخرجها مخرج القرب لم يصح لغير عين.

فإن قال قائل: فقد يطلق اسم الأرامل على الرجال، وقد روى الشعبي أنّه سئل عن رجل أوصى لأرامل بني فلان هل يدخل فيها الرجال؟ فقال: "نعم"[2346]، أمَا سمعتَ قول الشاعر[2347]:

كُلّ الأرَامِل قد قضيتْ حَاجَتها فَمنْ لِحاجَة هذا الأرَامِل الذّكرُ

[2341] فاستتمارها.
[2342] لا زايل.
[2343] بالغة.
[2344] ولا يكون.
[2345] لم يبلغ.
[2346] مصنف عبد الرزاق، 91/9؛ مصنف ابن أبي شيبة، 148/16.
[2347] ديوان أبي خرزة جرير بن عطية.

قيل له: أنّ الاسم تناول الرجال، فإنّما يتناولهم بالتقييد ولا يتناولهم بالإطلاق. ألا ترى أنّ الشاعر لم يقصّر على ذكر الأرامل شيء حتى [138أ] قيّده، فقال: هذا الأرمل الذكر، وألفاظ الوصايا محمولة على المعتادة من المعاني في الإطلاق دون الشاذّ الذي لا يعقل إلّا بتقييدٍ.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلاً أوصى بثلث ماله لأتامى بني فلان، فإن كانوا أتامى بني فلان لا يخصّون، فالوصيّة باطلة، لأنّه[2348] يدخل فيها الفقيرة والغنيّة، وإن كان أتامى بني فلان يخصّون بالوصيّة جائزة، ولا يدخل الرجال في الأتامى، والأتامى كلّ امرأة قد خولعت بنكاح أو محولا أو نكاح فاسد، ولا زوج لها، بلغت مبلغ النساء أو لم تبلغ غنيّة كانت أو فقيرة، فهذه الأيّم، ومن كان على خلاف ذلك فليست بأيّم ولا يكون البكر، إنّما بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلّم أنّه قال: ((الأيّم أحقّ بنفسها من وليّها، والبكر تُستأذن في نفسها، وأذنها صُماتها))[2349]، فقد جعل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلّم الأيّم غير البكر، ولا تكون[2350] المرأة أيّمًا ولها زوج، بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنّه قال حين هاجر إلى المدينة: "يا معشر قريش من أحبّ منكم أن تأيم منه امرأته فليلحقني"[2351]، والأيّم من النساء مثل الأعزب من الرجال إلّا أن الأيّم في النساء. وذهب محمد إلى أنّه يفيد مع ذلك أن يكون قد خولعت، واسم الأيّم يتناول الرجال والنساء في اللغة. [138ب] ألا ترى قول الشاعر[2352]:

فإن تنْكِحي أنكِحْ وَإنْ تتأيّمي[2353] يَدَا[2354] الدهْر مَا لمْ تنكِحِي أتأيّمُ

إلّا أنّ اللفظ في العُرف والعادة مُنصرِف إلى النساء دون الرجال، فلذلك حمل لفظ الوصيّة عليه.

قال أبو بكر: وكان أبو الحسن ينكر أن يكون من شرط الأيّم من النساء أن يكون قد خولعت، وأنّ أهل اللغة على أنّ اسم الأيّم واقع على كلّ امرأة لا زوج لها بكرًا كانت أو ثيّبًا وعلى كلّ رجل لا امرأة له، وكان يستشهد على ذلك بقول علماء أهل اللغة وبأبيات من الشعر منها قول الشاعر[2355]:

إنّ القُبور تنكح الأَتَامَى النسوة الأرامِل اليتَامى

[2348] لانهن.
[2349] الموطأ (برواية الليثي)، النكاح، 2؛ الموطأ (الشيباني)، النكاح، 12؛ صحيح البخاري، النكاح، 41 وغيره؛ صحيح مسلم، النكاح، 1419 وغيره؛ سنن النسائي، النكاح، 31؛ سنن أبي داود، النكاح، 26؛ سنن الترمذي، النكاح/ 18 إلخ.
[2350] ولا يكون.
[2351] تاريخ دمشق لابن عساكر، 44/51-52؛ أسد الغابة لابن الأثير، 3/649-650.
[2352] ابن منظور نسبه إلى ابن بري (لسان العرب، 1/290).
[2353] وانْ تنايّمي.
[2354] بد.
[2355] البيت لأبي عمر غلام ثعلب عن ثعلب عن ابن الأعرابي.

ومعلوم أنّه لم يرد به الثيّبات دون الأبكار، ويقول[2356] النابغة:

وكم مِن أسِير في الجديد مكبل ومِن بطَلٍ غادرْتُه عند معْطِفي

وكم[2357] أيّم قد أنكحتْها رماحُنا وأخرى على عمّ[2358] وخالٍ تلهَفُ[2359]

ومعلوم أنّه لم يرد الافتخار بسبي الثيّبات منهن دون الأبكار، والبيت الذي قدّمناه قبل ذلك، وهو قوله[2360]:

يَدَا[2361] الدهْر مَا لمْ تنكِحِي أتأيّمُ

قال أبو الحسن: وما استشهد به محمد من قول النبي صلى الله عليه وسلم: ((الأيّم أحقّ بنفسها من وليّها، والبكر تستأمر [139أ] في نفسها))[2362]، وأنّه فرّق بين الأيّم والبكر، فليس فيه دلالة على أنّ اسم الأيّم لا يتناول البكر، وذلك لأنّ النبي صلى الله عليه وسلّم إنّما استأنف ذكر البكر لما خصّها به من الحكم الذي لا يشاركها فيه الثيّب، وهذا يدلّ على أنّه لم يدخل في اللفظ الأوّل كما قال الله تعالى: ﴿الر تِلْكَ آيَاتُ الْكِتَابِ وَقُرْآنٍ مُّبِينٍ﴾[2363]، والقرآن هو الكتاب إلّا أنّه استأنف ذكره لـمّا أراد وصفه بالبيان.

قال: وعلى أنّ النبي صلى الله عليه وسلّم لو أراد بقوله: ((الأيّم أحقّ بنفسها من وليّها)) الموطوءات منهنّ دون غيرهنّ لما دلّ ذلك على أنّ البكر غير داخل في الاسم، لأنّ أكثر ما فيه تخصيصٌ بعضهنّ بالذكر دون بعض. ألا ترى أنّه لو قال: "الأيّم القرشيّة أحقّ بنفسها من وليّها" لما دلّ ذلك على أنّ غير القرشيّة لا يسمّى أيّمًا، فكذلك تخصيصه للأيّم الموطوءة بالحكم دون غيرها[2364] دالّ على أنّ الاسم لا يتناول غيرها.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا أوصى لكلّ ثيّب من بني فلان فإن كنّ لا يحصين[2365] فالوصيّة لهنّ باطل، وإن كنّ يحصين[2366] فالوصيّة لهنّ جائزة، والثيّب كلّ من خولعت بحلال أو حرام لها زوج أو لا زوج لها بلغت مبلغ النساء أو لم تبلغ غنيّة أو فقيرة ومن سوى ذلك، فليس ثيّب.

[2356] وبقول.
[2357] ومن.
[2358] عمرو.
[2359] البيت لسُليك بن السلكة.
[2360] البيت لأبي عمر غلام ثعلب عن ثعلب عن ابن الأعرابي.
[2361] بد.
[2362] سبق تخريجه.
[2363] الحجر، 1/15.
[2364] غير.
[2365] فان كنّ تخصين.
[2366] وان كنّ تخصين.

قال أبو بكر: اسم الثيّب لا يفيد الحاجة، فلم يصحّ الوصيّة فيه إلّا لعين وما ذكره من الشرائط فهو معروف [139ب] في اللسان.

قال محمد: ولو أوصى بثلث ماله لكلّ بكر من بني فلان لم يدخل في ذلك إلّا النساء الأبكار، فإن كنّ يحصين[2367] فالوصيّة جائزة، وإن لم يحصين[2368] فالوصيّة باطل، والبكر كلّ امرأة لم يجامع بنكاح ولا غيره، وإن كان لها زوج فإن ذهبت العُذرة من غير الجماع من حيض أو وَثْبَة فلها الوصيّة، وهي بكر لا يخرج من الوصيّة بذهاب العُذرة صغيرة كانت أو كبيرة لها زوج أو لم يكن. إنّما البكر كلّ امرأة لم يبتكرها رجل، والابتكار الجماع.

قال أبو بكر: ومعنى البكر أنّها باقية على حالها الأولى لم يجامع، لأنّ بكرة الشيء أوّله، ومنه: بُكرة اليوم، والباكورة: أوّل ما يجيء من الفواكه، فإذا وطئت فقد خرجت من حدّ البكارة، لأنّها غير باقية على حالها الأولى من عدم الجماع، وكان أبو الحسن يقول: هو الذي ذكره محمد من معاني هذه الأسماء لا أعرف جواب أبي حنيفة رحمه الله فيها.

باب من الوصيّة بالخدمة والغلة والثمرة والسكنى

قال محمد: وإذا مات الرجل، وترك عبدًا واحدًا فأوصى لرجل بخدمة سنة وأوصى لآخر بخدمة سنتين، فأبى[2369] الورثة أن يجيزوا الوصيّة، فإنّ خدمة العبد يقسم على تسعة أيّام يخدم الورثة ستّة أيام، والموصى لهما بثلاثة أيّام لصاحب السنة يوم، ولصاحب السنتين [140أ] يومان حتى تمضي تسع سنين.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ هذه وصيّة مطلقة غير مقيّدة بوقت معين، والعبد فقير ممكن قسمته، وإنّما يمكن استيفاء خدمته على الأيام بالمهاباة[2370]، فوجب كلّ واحد من الورثة والموصى لهما حقّه، فيكون القسمة فيه على ما ذكرنا.

فإن قال قائل: هلّا جعلت وصيّتهما في سنتين منذ يوم مات الموصى، وصحّت لهما الوصيّة كما لو أجّر داره سنتين كان الوقت منذ يوم عقد الإجارة.

قيل له: من قِبل أنّ عقد الإجارة يفسده الجهالات، فلو جعلناه سنة مجهولة لبطلت الوصيّة [لا] تصحّ مع الجهالة. ألا ترى أنّ الوصيّة جائزة بغلّة البستان سنة وعلى التأبيد، فلمّا ذكر في اللفظ دليل بتعيين الوقت[2371] وإمكان إنفاذ وصيّة الميّت على الكمال أنفذناها. وممّا يدلّ على أنّ الوصيّة المطلقة لا يقتضي وقتًا معينًا أنّه لو أوصى لرجل بخدمة عبده

[2367] فان كنّ تخصين.
[2368] وان لم تخصين.
[2369] فاتا.
[2370] المهاباة هي ...
[2371] + البستان سنة وعلى التأبيد فلمّا ذكر في اللفظ دليل بتعيين الوقت، صحّ هامش.

سنة، والموصى له غائب، ثم قدم بعد سنة أنّه يستوفيها سنة منذ يوم قبل الوصيّة، ولو كانت على سنة بعينها لبطلت بمضي[2372] السنة.

قال محمد: ولو كان العبد يخرج من الثلث، والمسألة على حالها قسمت خدمة العبد على ثلاثة أيّام للموصى له بخدمة سنتين يومين وللموصى له بخدمة السنة يومًا.

قال أبو بكر: وهذا على ما تقدّم في المسألة الأولى، وينبغي أن نستوفنا الوصيّة في ثلاث سنين.

مسألة

قال محمد: ولو أوصى لرجل بخدمة العبد سنة[2373] سبعين ومائة، [140ب] ولآخر بخدمته سنتين[2374] سنة[2375] إحدى وسبعين ومائة، ولا مال له غيره، فإن خدمته يقسم سنة سبعين ومائة على ستّة، فيخدم الورثة أربعة أيّام، والموصى لهما كلّ واحد منهما يومًا، فإذا مضتْ سنة سبعين ومائة بطلت وصيّة صاحب السنة، ثم يقسم خدمته إحدى وسبعين ومائة على ثلاثة أسهم: سهمٌ لصاحب وصيّة خدمة السنتين، وسهمان للورثة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ هذه وصيّة بالخدمة في وقت معيّن، فلا يستحقّها في غيره. ألا ترى أنّ الوقت لو مضى قبل أن يخدم لبطلت الوصيّة، فثبت بذلك أنّه لا يجوز إثبات الوصيّة في غير الوقت المعيّن إذا عيّنت الخدمة فيه، لأنّ المنافع المستحقّة في أوقات بأعيانها لا يجوز أن يستحقّها في غيرها. ألا ترى أنّ رجلًا لو أجّر داره من رجل سنةً، ثم مضت السنة قبل أن يسلّمها إليه أنّه لا يستحقّ تسليمها في السنة الثانية، لأنّ العقد أوجب له منافع سنة بعيْنها، فلا يجوز أن يستحقّها في غيرها، وإذا كان كذلك فقد تنازع الجميع[2376] في سنة سبعين الورثة والموصى لهما، فيقسم السنة بينهم على ستّة: للورثة أربعة، وللموصى لهما يومان، ولا يجوز أن تثبت له وصيّة في غيرها.

قال محمد: فإن كان العبد يخرج من الثلث كانت خدمة السنة الأولى منها نصفين، وخدمة السنة الثانية لصاحب السنتين يخدمه السنة الثانية، لأنّه لا منازع له فيها.

[2372] تمضي.
[2373] + سنة، صحّ هامش.
[2374] سبعين.
[2375] وسنة.
[2376] الجمع.

قال محمد: [141أ] فإن يستأجر[2377] الموصى لهما والورثة في جميع هذه المسائل فأيّهم[2378] يبدأ به العبد في الخدمة إذا قسمت الخدمة بينهما أقرع القاضي بينهم، فأيّهم أصابته القرعة بُدأ به، ثم بُدأ بالثاني، وإن شاء القاضي بدأ بأيّهم أحبّ ولم يقرع.

قال أبو بكر: القرعة ههنا تطيّبًا لنفوسهم لئلّا يسبق ظنّ بعضهم أن غيره قد أوثر عليه، وليست هي على معنى إلزام حكم لهم بها، لأنّهم لو اصطلحوا على ما أخرجته القرعة جاز بغير قرعة، وإنّما كان للقاضي أن يبدأ أيّهم شاء بغير قرعة من قِبل أنّه ليس لواحد منهم مزيّة على صاحبه في استحقاق التبدئة به، ولا بدّ من فصل الحكم، فله أن يبدأ بأيّهم شاء.

فإن قال قائل: ما ينكر ألّا يجوز في أمرهم غير القرعة لما روي أنّ النبي صلى الله عليه وسلّم كان إذا أراد سفرًا أقرع بين نسائه، فأيّتهن خرجت قرعتها أخرجها[2379].

قيل له: ليس فعل النبي صلى الله عليه وسلم إذا وقع يبتدأ على الإيجاب، فيستدلّ به على إيجاب القرعة. وأيضًا فإنّ النبي صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك تطيّبًا لنفوسهنّ، وقد كان له أن يخرج أيّتهن شاء من غير قرعة، لأنّهن لم يستحققن عليه القسم في السفر. ألا ترى أنّه قد كان له ألّا يخرج واحدة منهنّ، فدلّ ذلك على أنّ إقراعه كان على الوجه الذي ذكرنا.

مسألة

قال محمد: وإذا مات الرجل، وترك دارًا لا مال له غيرها فأوصى لرجل بسكناها سنةً، ولآخر [141ب] بسكناها سنتين، ولا مال له غيرها، فأتى الورثة أن يجيزوا، فإنّ الدار يقسم، فيُعطى ثلثاها الورثة، ثم يقسم الثلث، فيُعطى كلّ واحد من الموصى لهما السدس، فيَسكنه[2380]، فإذا مضت السنة فقد استكمل صاحب وصيّة السنة، وردّ السدس على صاحب السنتين، فيسكن ثلث الدار، ولا يشبه هذا الوصيّة بالخدمة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الدار يمكن قسمتها، فيقسم حتى يسكن كلّ واحد في نصيبه، فيبطل وصيّة صاحب السنة بمضيّ السنة، ويبطل وصيّة صاحب السنتين بمضيهما، ولا يعوّض واحد منهما ممّا لم يستوفيه من وصيّته من قِبل أنّ ما وقعت المزاحمة فيه بالقسمة، فقد استحقّ كلّ واحد منهما على صاحبه مقدار ما منع صاحبه منه بالمزاحمة. ألا ترى أنّه لو أوصى بعبدٍ له لعشرة أنفس واحدًا[2381] بعد واحدًا[2382] أنّه يكون بينهم بالسويّة، ولم يفوّض واحد منهم ممّا استحقّه عليه

[2377] فان تستاجر.
[2378] فانّهم.
[2379] صحيح البخاري، الهبة، 15؛ صحيح مسلم، فضائل الصحابة، 88؛ مسند أحمد، 196/6 وغيرها؛ سنن ابن ماجه، النكاح، 47.
[2380] فيُسكنه.
[2381] واحد.
[2382] واحد.

أصحابه وكلّ ما يقسم من ذلك، فإنّ المزاحمة يقع فيه، ويستحقّ بعضهم على بعض، وما لا يقع فيه القسمة لم يقع فيه مزاحمة، لأنّ كلّ واحد يمكنه استيفاء وصيّة من غير مزاحمة، فلا ينقص نصيب واحد منهم. ألا ترى أنّ الوصيّة بخدمة العبد إنّما وجبت في الأصل على جهة استيفائها على الأيّام، وقد يمكن استيفاؤها كاملة على المهاباة[2383]، فيكون بمنزلة من قال: "قد أوصيت لهذا بيوم ولهذا بيومين".

قال محمد: وكذلك الوصيّة [142أ] بثمرة النخل وغلّة البستان.

قال أبو بكر: لأنّ قسمتها ممكنة، فيبطل وصيّة كلّ واحد في مقدار ما استحقّه عليه صاحبه.

مسألة

قال محمد: وإذا أوصى لرجل بثلث ماله، ثم قال: "قد أشركتُ فلانًا معه في الثلث" أو قال: "أدخلتُ فلانًا في الثلث معه"، فذلك سواء، والثلث بينهما نصفين إن أجازت الورثة أو لم تجز.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه جعل الثاني شريك الأوّل في الثلث الذي أوصى له به، فيستحقّانه نصفين، وليس لهما فيما عدا الثلث شيءٌ.

قال محمد: ولو قال بعد ذلك: "قد أدخلت فلانًا معهما في الثلث"، ثم قال بعد ذلك: "ابدؤوا بالأوّل، فالأوّل من أصحاب الوصيّة"، فلا يُعطوا الثاني بوصيّته حتى يستكمل الأوّل وصيّته، ولا يعطوا الثالث شيئًا حتى يستكمل الثاني وصيّته، ثم مات، فالثلث بين الموصى لهم أثلاثًا لكلّ واحد ثلث الثلث إن أجازت[2384] الورثة أو لم يجز.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه قد أثبت لهم الشركة بدءًا في الثلث بإدخال الآخرين مع الأوّل، وصحّة الوصيّة لهم على هذا الوجه توجب تساويهم فيها. فإذا قال: "ابدؤوا بفلان ثم بفلان" فليس ذلك برجوع عن الوصيّة، وإنّما هو مستورة، والشركة قائمة بينهم على ما أوجبها قبل ذلك، وصحّة الشركة توجب استيفاء الوصيّة، فإذا قال: "ابدؤوا بفلان [142ب] ثم بفلان مع صحّة الشركة بينه وبين الآخرين" لم يكن لهذا القول معنى، لأنّ ثبوت الشركة تبعيّة.

فإن قال قائل: فلم لا جعلته رجوعًا عن الوصيّة للثاني والثالث.

قيل له: لأنّه لم يرجع عمّا أوجبه لهما. ألا ترى أنّه لو قال: "أعطوا الأوّل ثم الثاني ثم الثالث"، فلم يخرجهما من الوصيّة، وإذا كانت الوصيّة الأوّل صحيحة لم يكن هذا القول رجوعًا منه، وسقط وجوب التبدئة بأحدهم على صاحبه.

[2383] المهاياة.
[2384] ان جازت.

باب الوصايا التي يرجع في بعضها

قال محمد: وإذا قال الرجل: "قد أوصيت بثلث مالي لفلان وفلان وفلان، لفلان منه مائة درهم، ولفلان خمسون درهمًا"، فكان ماله مائة، فالثلث بين صاحب المائة وصاحب الخمسين أثلاثًا: الثلثان من ذلك لصاحب المائة، والثلث لصاحب الخمسين، وليس للرجل الباقي منه شيءٌ.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لما سمّى للأوّلين صار ذلك رجوعًا عن وصيّة الثالث إلّا في الباقي بعد وصيّتهما. والدليل على ذلك: أنّه لو فضل الثلث عن المائة والخمسين كان الفضل له قلّ أو كثر، فصار كرجل قال: "لفلان مائة ولفلان خمسون وباقي الثلث لفلان"، فلا يكون للآخر إلّا ما بقي بعد التسمية، وإن لم يبق شيء فلا شيء له.

قال محمد: فإن كان ثلثه ثلثمائة فلصاحب المائة مائة، ولصاحب [143أ] الخمسين خمسون، وما بقي من الثلث فللثالث، وهو مائة وخمسون.

قال أبو بكر: وهذا على ما بيّنا.

قال محمد: ولو قال: "ثلث مالي لفلان وفلان، لفلان منه مائة ولفلان خمسون"، فكان ثلثه ثلثمائة، ولصاحب المائة مائة، ولصاحب الخمسين خمسون، وما بقي من الثلث فبينهما نصفين.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لما سمّى لكلّ واحد منهما رجع في المقدار المسمّى من الثلث عمّا أوجبه لفظ الوصيّة بدءًا، فاستحقّوه بالتسمية، والباقي بينهما نصفين على ما أوجبه إطلاق لفظ الوصيّة بدءًا، لأنّ الرجوع لم يقع فيه.

فإن قال قائل: هلّا جعلت التسمية لهما رجوعًا عمّا عداها، فلا يستحقّان من الثلث شيئًا غير المسمّى كما لم يشركهما مع الثالث في الفاضل عن المسمّى.

قيل له: لأنّه إذا كان هناك ثالث فمعلومٌ أنّه قد جعل الباقي له، فكأنّه لفظ به، فقال: "لفلان مائة ولفلان خمسون ولفلان ما بقي"، فلا يكون للأوّلين شركة مع الثالث. وأمّا إذا لم يكن هناك ثالث ولا من يستحقّ الباقي غيرهما استحقّا الباقي بلفظ الوصيّة المطلقة، وهذا نظير ما احتججنا به على ابن عبّاس في إعطائه الأمّ الثلث كاملًا مع الزوج والأب[2385]، فقلنا: إنّ الله تعالى[قال]: ﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾[2386]، فلو اقتصر على قوله: ﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ﴾ لكان الواجب أن يكون المال بينهما نصفين، فلمّا قال: ﴿فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ عقل بذلك أنّ للأب الثلثين، فكان في ذلك بيان أنّ المال بينهما على الثلثين [143ب] والثلث، وليس ذلك بنسخ لما أوجبته لآية بدءًا، بل هو بيان عن المراد باللفظ الأوّل، فإذا كان هناك زوج فاستحقّ النصف، فالواجب أن يكون الباقي على ما أوجبته الآية بدءًا، وهو الثلثان والثلث، وهذا كما قالوا في رجل دفع

[2385] سنن الدارمي، الطهارة 79؛ السنن الكبرى للبيهقي، 28/6؛ مصنف ابن أبي شيبة، 217/16-218.
[2386] النساء، 11/4.

إلى رجل مالًا مضاربة على أنّه إذا ربح[2387] فللمضارب ثلثه، أن الباقي لربّ المال، لأنّه كالمنصوص عليه، وإن لم يكن في اللفظ إذا كان الربح[2388] مستحقًّا بالمال تابع له، فإذا سمّى للمضارب الثلث عقل أنّ الباقي لصاحب المال.

فإن قال قائل: فقد قالوا في هذه المسألة: أنّ القياس أن يكون المضاربة فاسدة، لأنّ نصيب ربّ المال من الربح غير معلوم.

قيل له: إنّما قالوا ذلك، لأنّه لم يكن هناك لفظٌ يوجب الشركة. ألا ترى أنّه لم يقل على أنّ الربح بيننا، لك منه الثلث، ولو قال ذلك لكان معلومًا أنّ الثلثين له قياسًا وما ذكره الله تعالى، فإنّما أوجبه بلفظ الشركة، وهو قوله: ﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾[2389]، وكذلك قوله: "أوصيتُ لفلان وفلان"، فإنّ هذا اللفظ يوجب[2390] الشركة، فإذا قال: "لفلان كذا ولفلان كذا" فقد بيّن المراد بقوله "لفلان وفلان"، فكان[2391] المسمّى مُجرى على حكم التسمية، والباقي مستحقًّا به بلفظ الشركة.

مسألة

قال محمد: ولو قال: "ثلث مالي لعبد الله وعمرو وزيد، لعمرو منه مائة"، فإذا الثلث مائة درهم فالمائة درهم كلّها لعمرو، وليس للباقي شيء.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه جعل لهما الباقي بعد المائة على ما بيّناه. [144أ]

قال محمد: وإن كان الثلث مائة وخمسين كانت المائة من ذلك لعمرو، وما بقي فهو بين عبد الله وزيد نصفين.

قال أبو بكر: وذلك لما وصفنا من أنّه إذا كان هناك غير المسمّى له فقد بيّن أنّ الباقي بعد المسمّى له. ألا ترى أنّه لو قال: "قد أوصيت لفلان بثلث مالي"، ثم قال: "الثلث الذي أوصيت به لفلان فقد أوصيت بنصفه لفلان" إنّ الثلث بينهما نصفين، فكانت وصيّته الثانية رجوعًا عن نصف الوصيّة الأولى.

قال محمد: ولو قال: "الثلث الذي أوصيتُ به لفلان وقد أوصيت لفلان" لم يكن هذا رجوعًا، وكان الثلث بينهما، الثلثان من ذلك للأوّل، والثلث للآخر.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن يقول: الفرق بينهما: إنّ ألفاء تدخل في الكلام على معنى التفسير. ألا ترى أنّه لو قال: "الدراهم التي أعطيتك فهو ألف" أو قال: "هو ألف" كان معنى اللفظين سواء، وكان ذلك تفسيرًا للدراهم عند أهل اللغة.

2387 إن تاريخ: انّ تاريخ.
2388 التاريخ.
2389 النساء، 11/4.
2390 توجب.
2391 فكا.

وقد قال أصحابنا: لو أنّ رجلًا قال لرجل: "قد بعتُك عبدي هذا بألف درهم"، فقال: "فهو حرّ" أنّ هذا قبول للبيع، ولو قال: "وهو حرّ" لم يكن قبولًا، وإذا كان كذلك ثم ذكر الوصيّة الأولى، وقال: "فقد أوصيت بنصفه لفلان"، فقد بيّن أنّه ليس للأوّل منه إلّا النصف، فصار رجوعًا عن نصف الوصيّة. وأمّا الواو فإنّما هي للاستئناف في مثل هذا الموضع، ولا يكون على معنى التفسير، فصار كأنّه قال: "أوصيتُ لفلان بالثلث وأوصيت لفلان [144ب] بنصف الثلث"، فيكون الثلث بينهما أثلاثًا، وكذا قال محمد في ذلك: إذا قال الثلث الذي أوصيت به لفلان فقد أوصيتُ به لفلان أنّه رجوع عن الوصيّة للأوّل، ولو قال: "وقد أوصيتُ به لفلان" كان بينهما نصفين، ولم يكن رجوعًا.

باب من الوصايا بالنفقة

قال محمد: وإذا أوصى الرجل عند موته بأن ينفق على فلان خمسة دراهم[2392] كلّ شهر ما عاش، وأوصى الآخر بثلث ماله، فإن أجاز ذلك الورثة قُسم المال كلّه على ستّة أسهم، فكان لصاحب الثلث سدس المال بينهم، وأوقفت خمسة أسداس المال، فأنفق على صاحب النفقة خمسة دراهم[2393] كلّ شهر ما عاش، فإن مات قبل أن يستكمل خمسة أسداس المال نظر إلى ما بقي، فأعطى صاحب الثلث تمام الثلث جميع المال ممّا بقي، وردّ الباقي على الورثة، وإن لم يجز الورثة الوصيّة قسم الثلث نصفين، فأخذ الموصى له بالثلث نصف الثلث، ووقف نصف الثلث، فأنفق على الرجل الآخر خمسة دراهم[2394] كلّ شهر ما عاش، فإن مات وقد بقي ممّا وقفت شيء ردّ ذلك على الموصى له بالثلث. وفي قول أبي يوسف ومحمد: إن أجاز الورثة قُسم المال على أربعة للموصى له بالثلث الربع، والباقي يوقف على الآخر، وإن لم تجز الورثة [145أ] قسّم الثلث على أربعة، فيكون للموصى له بالثلث ربع الثلث.

قال أبو بكر: الموصى له بالنفقة كالموصى له بجميع المال من قِبل أنّه قد يجوز أن تستغرق[2395] وصيّته جميع المال، فيوقف عليه، لأنّ من أصل أبي حنيفة: أنّ رجلًا لو أوصى لرجل بجميع المال، فأجازت الورثة، فالمال بينهما على ستّة، لأنّ الثلثين يسلّمان لصاحب الجميع، والثلث قد تنازعاه جميعًا، فهو بينهما نصفين، وإن لم يجز الورثة فالثلث بينهما نصفين. وفي قول أبي يوسف ومحمد: يضرب كلّ واحد بجميع وصيّته في جميع المال إن أجازوا، وفي الثلث إن لم يجيزوا. ووجه قول أبي حنيفة: أنّ الموصى له لا يجوز أن يضرب بما لم يستحقّه من نصيب الورثة، وكلّ من ضارب غيره بشيء فإنّما يضرب بما قد صحّ له.

فأمّا ما لم يصح له فلا يجوز أن يضرب به، وبهذا المعنى فرّق بين الوصايا وبين القول في الفرائض، لأنّ التسمية هناك صحيحة لكلّ واحد، فضرب بها، وفي مسألتنا التسمية لم يصح بعد، لأنّ[2396] صحّة الوصيّة موقوفة على إجازة الورثة،

[2392] درهم.
[2393] درهم.
[2394] درهم.
[2395] أن يستعرف.
[2396] + لأنّ.

وإذا أجازته وهناك منازع لم يحصل له المسمّى، فلذلك اعتبر فيها ما وصفنا، وكذلك أصحاب الديون يضربون بديونهم، لأنّها كانت صحيحة في ذمّة الميّت، فيضاربون[2397] بها على مقاديرها.

وقال أبو حنيفة: إذا أقام الخارجان البيّنة أحدهما على النصف والآخر على الجميع أنّ النصف مسلّم لصاحب الجميع، والباقي بينهما نصفين كما قال في الوصيّة، وذلك [145ب] لأنّ التثنية لا توجب استحقاق الشيء إلّا بحكم الحاكم، ومعلوم أنّه لم يحصل له ما قامت به بيّنته، وقال: إذا أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بسدس ماله، فلم يجز الورثة إلى الثلث بينهما أثلاثًا كلّ واحد منهما بما سمّى له، لأنّها تسمية صحيحة كالقول في الفرائض، ولم يختلفوا في عبد قتل رجلًا، وفقأ عين آخر أنّه يدفع أثلاثًا، وذلك لأنّ أحدهما في رقبته النفس كاملة وللآخر العين، فضرب كلّ واحد في العبد بما صحّ ثبوته في رقبته.

والنكتة في هذه المسائل على مذهب أبي حنيفة معنى واحد، وهو أنّ كلّ من صحّ له شيء ضرب به، ومن لم يصح له التسمية لم يضرب بها، وكان الأمر فيه على ما وصفنا. وكان أبو الحسن يحكي عن أبي يوسف أنّه يوقف على صاحب النفقة من المال بقدر ما يُعلم أنّ مثله لا يعيش أكثر من ذلك. قال: لأنّ الوصيّة إذا كانت بالنفقة فلا يجوز أن يوقف عليه ما لا يجب نفقته عليه.

قال أبو الحسن: والقول الأوّل أصحّ عندي من ذلك، لأنّه جائز أن يهلك بعض المال، ويفنى الباقي قبل أن يستوفي الموصى له وصيّته بالنفقة، فلذلك وجب أن يُوقف عليه جميع المال.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بخمسة دراهم كلّ شهر ينفق عليه ما عاش من ثلثه كان هذا [146أ] في قولهما سواء، فإن أجازت الورثة أخذ صاحب الثلث المال، ووقف لصاحب النفقة ثلث المال، وأنفق عليه كلّ شهر خمسة دراهم[2398].

قال أبو بكر: هذا بمنزلة رجل أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بثلث ماله، فإذا أجازت الورثة أخذ كلّ واحد منهم ثلث المال كاملًا.

قال محمد: وإن لم يجز الورثة فالثلث نصفين في قولهم جميعًا يوقف السدس على صاحب النفقة، والسدس للآخر.

قال أبو بكر: وهذا بيّن على ما ذكرنا.

[2397] فيضاربوا.

[2398] درهم.

قال محمد: فإن مات صاحب النفقة قبل أن يستوفي السدس ردّ ما بقي على صاحب الثلث.

قال أبو بكر: لأنّ النقص إنّما دخل عليه بمزاحمة صاحب النفقة، فمتى سقط حقّ صاحب النفقة وسقطت مزاحمته استوفى ما بقي من الثلث.

مسألة

قال محمد: ولو أوصى لرجل بثلث ماله، وأوصى لفلان وفلان بعشرة دراهم كلّ شهر ينفق عليهما ما عاشا، فأبى الورثة أن يجيزوا، فالثلث نصفين، نصفه للموصى له بالثلث، ونصفه يوقف للرجلين في قول أبي حنيفة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ وصيّة صاحبي النفقة وصيّة واحدة، فلا يضرب لهما مع صاحب الثلث إلّا الثلث، لأنّ من قول أبي حنيفة أنّه لا يضرب لصاحب الجميع بأكثر من الثلث، وإذا كان كذلك وكانت هذه وصيّة واحدة لهما كان الثلث [146ب] نصفين.

فإن قال قائل: هلّا جعلت كلّ واحد من صاحبي النفقة كأنّه موصى له بجميع المال، فيكون الثلث بينهم أثلاثًا كما لو أفرد كلّ واحد من صاحبي النفقة بخمسة دراهم[2399] كان الثلث بينهم أثلاثًا.

قيل له: لا يشبه جمعهما[2400] في وصيّة واحدة إفراد كلّ واحد منهما بوصيّته، لأنّه إذا جمعهما فإنّ الذي أوصى لهما به مال واحد. ألا ترى أنّه لو قال: "قد أوصيت لفلان وفلان بألف درهم" كانت الوصيّة لهما جميعًا ألفًا واحدة، وإذا فرّق الوصيّة فكلّ واحد منهما موصى له بمال غير مال صاحبه. ألا ترى أنّه لو قال: "قد أوصيت لفلان بألف درهم، ولفلان بألف درهم" كان لكلّ واحد منهما ألف درهم، وكان ما أوصى به لكلّ واحد منهما غير ما أوصى به لصاحبه.

فإن قال: هلّا كان الموصى لهما بنفقة عشرة دراهم كلّ شهر كان كلّ واحد منهما موصى له بنصف المال، فيضاربان صاحب الثلث على ذلك كما لو قال: "أوصيت لفلان وفلان بألف درهم" كانت وصيّة كلّ واحد خمسمائة يضارب صاحب الثلث بها.

قيل له: هما مختلفان من هذا الوجه من قِبل أنّ كلّ واحد من الموصى له بالنفقة يستحقّ أن يوقف عليه جميع المال، قلّت النفقة أو كثرتْ، فلذلك صار كلّ واحد منهما موصى له بجميع المال. وأمّا الموصى لهما بألف فإنّ كلّ واحد لا يستحقّ إلّا خمسمائة، ولا يزاد عليها إلّا أنّ ما ضربا به مع [147أ] صاحب الثلث هي الألف المسمّاة لهما، وكذلك ما يضرب به لصاحبي النفقة مال واحد يضاربان به صاحب الثلث، فيكون الثلث نصفين.

[2399] درهم.
[2400] جميعهما.

قال محمد: فإن مات أحد صاحبي النفقة رجع نصيبه إلى صاحبه، ولا يرجع إلى صاحب الثلث منه بشيء.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الذي ضايقه في وصيّته هو صاحبه الموصى له معه بالنفقة. ألا ترى أنّه لو لم يكن معه صاحبه لأخذ نصف الثلث كاملًا، فعلمنا أنّ النقص الذي دخل عليه عن نصف الثلث إنّما دخل بمزاحمة صاحبه، فإذا سقط حقّ صاحبه أخذ ما كان يستحقّه لولا صاحبه.

فإن قال قائل: أليس لو أوصى بثلث ماله لفلان وفلان، ثم مات أحدهما قبل الموصي رجع نصيبه إلى الورثة دون الموصى له الآخر، فهلّا رددْت نصيب الميّت منهما في مسألتنا إلى الورثة.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ كلّ واحد من الموصى له بالنفقة يستحقّ وقف جميع المال عليه إذا أجازت الورثة أو ما نصيبه من المال إذا لم يجزه، وإذا كانت الوصيّة واقعة لكلّ واحد منهما بما وصفنا، ولم يكن المقصد فيها إيقاع الشركة بينهم على عدد الموصى لهم، وإنّما المقصد في ذلك وقف المال عليهم. ألا ترى أنّه لو أوصى أن يُوقف داره على عشرة مساكين أنّ ذلك لا يكون وصيّة على جهة رجوع نصيب كلّ واحد منهم إلى الورثة بالموت، بل على أنّ ما بقي منهم كانت له السكنى. وأمّا قوله: "أوصيت [147ب] لفلان وفلان بثلث مالي"، فإنّه لم يوجب لكلّ واحد منهم إلّا نصف الثلث، فلا يستحقّ الباقي بموت الآخر أكثر في وصيّته.

ونظير مسألتنا: أن يوصي الرجل بالثلث ولآخر بالثلث، ثم يموت أحدهما قبل موت الموصي، فيكون للباقي منهما جميع الثلث، لأنّ كلّ واحد قد كان استحقّ الثلث كاملًا، وإنّما كان يبعض نصيبه بالمزاحمة، فإذا لم يزاحمه أحد استحقّ جميع الثلث كذلك صاحبا النفقة لما استحقّ كلّ واحد وقف جميع الثلث أو ما نصيبه منه وجب أن يرجع نصيب من مات منهما إلى صاحبه. وأمّا أبو يوسف ومحمد فإنّهما يوقفان لصاحب النفقة ثلاثة أرباع الثلث، لأنّهما يضربان لصاحبي النفقة بجميع المال، ويضربان لصاحب الثلث بالثلث، فيكون بينهما على ذلك.

قال محمد: ولو أنّ الميّت قال: "قد أوصيتُ لفلان بثلث مالي، وأوصيت بأن ينفق على فلان خمسة دراهم[2401] كلّ شهر ما عاش، وأوصيت بأن ينفق على فلان خمسة دراهم[2402]"، فلم يجز الورثة، فإنّ الثلث يقسم بينهم على ثلاثة للموصى له بالثلث ثلث الثلث، ويوقف على كلّ واحد من صاحبي النفقة ثلث الثلث.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ وصيّة صاحبي النفقة وصيّتان متفرّقتان، فيضرب كلّ واحد منهم على الانفراد بوصيّته مع صاحب الثلث، فيكون الثلث بينهم أثلاثًا، وليس ذلك مثل قوله: "أوصيت لهما بعشرة دراهم[2403]"، لأنّ هذه وصيّة واحدة، [148أ] فلا يضاربان صاحب الثلث إلّا بوصيّة واحدة.

[2401] درهم.
[2402] درهم.
[2403] درهم.

قال محمد: فإن مات أحدهما قبل أن يستكمل ثلث الثلث كان نصف الباقي للموصى له بالنفقة، ونصفه للموصى له بالثلث.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ كلّ واحد من الوصيّتين قد ضرب بها صاحبها مع صاحب الثلث، فزاحماه جميعًا فيما يبقى ينبغي أن يرجع نصفه إليه، ونصفه إلى الآخر، وفي قول أبي يوسف ومحمد كذلك إلّا أنّهما[2404] يضربان[2405] لكلّ واحد من صاحبي النفقة بثلثه، ولصاحب الثلث بواحد، فيكون لصاحب الثلث سبع الثلث.

قال محمد: ولو قال: "أوصيت بأن ينفق على فلان خمسة دراهم[2406] كلّ شهر ما عاش، وأوصيت لفلان وفلان بأن ينفق عليهما عشرة دراهم[2407] كلّ شهر ما عاشا" لكلّ واحد خمسة دراهم[2408] أو لم يقل لكلّ واحد خمسة دراهم[2409]، فإن أجازت الورثة قُسّم المال نصفين، فكان نصفه للذي أفرده، والنصف الآخر للذين جمعهما.

قال أبو بكر: وهذا على ما مضى من أنّ إدخالهما في العشرة توجب أن يكون ذلك وصيّة واحدة وصاحب الخمسة له وصيّة أخرى، فيكون المال نصفين.

قال محمد: فإن مات الذي أفرده قبل أن يستكمل النصف ردّ ما بقي على هذين، وإن مات أحد الباقيين رُدّ بقيّة نصيبه على شريكه، ولا يردّ على الذي أفرده.

قال أبو بكر: وهذا أيضًا على ما تقدّم من بيانه. [148ب]

قال محمد: وإن لم يجز الورثة اقتسموا الثلث نصفين: نصفٌ للذي أفرده ونصف للباقين، وهو قولهم جميعًا.

قال أبو بكر: وهذا أيضًا واضح على ما بيّنا من أصله، ولم يختلفوا في هذه، لأنّ الوصيّة لهذين كأنّها بجميع المال، وكذلك للمفرَد.

قال محمد: ولو أوصى لرجل بأن ينفق عليه خمسة دراهم[2410] كلّ شهر، ولآخر أيضًا بأن ينفق عليه خمسة كلّ شهر، ولآخر بأن ينفق عليه خمسة كلّ شهر، فالثلث بينهم أثلاثًا إن لم يجيزوا، وإن أجازوا فالمال بينهما أثلاثًا يوقف على كلّ واحد منهم الثلث.

قال أبو بكر: لأنّ كلّ واحد منهم وصيّته مفردة عن وصيّة صاحبته، فضرب كلّ واحد بوصيّته.

[2404] الّانهما.
[2405] بضربان.
[2406] درهم.
[2407] درهم.
[2408] درهم.
[2409] درهم.
[2410] درهم.

مسألة

قال محمد: ولو قال: "قد أوصيت أن ينفق على فلان كلّ شهر أربعة الدرهم ما عاش من ثلث مالي، وأوصيت لفلان وفلان أن ينفق عليهما عشرة الدراهم[2411] كلّ شهر ما عاشا من ثلث مالي"، فإن أجازت الورثة أوقف لصاحب الأربعة ثلث جميع المال، ولصاحبي العشرة ثلث جميع المال، وإن لم يجز الورثة قسّم الثلث نصفين: نصف لصاحب الأربعة، ونصف لصاحبي العشرة يوقف عليهم.

قال أبو بكر: لا فرق بين الوصيّة بنفقة أربعة دراهم[2412] كلّ شهر أو خمسة، لأنّ صاحب الأربعة يستحقّ وقف جميع الثلث عليه، وكذلك صاحب الخمسة، فيصير كأنّه أوصى لهذا بالثلث ولهذا بالثلث. [149أ]

مسألة

قال محمد: ولو أوصى فقال: "قد أوصيت بثلثي لفلان يوقف عليه منه كلّ شهر ما عاش أربعة دراهم[2413]، وقد أوصيت بثلثي لفلان وفلان ينفق عليهما كلّ شهر ما عاشا عشرة دراهم[2414] لكلّ واحد خمسة"، فإن أجازت الورثة أخذ صاحب الأربعة ثلث المال، وأخذ صاحب العشرة ثلث المال ملكًا لهم إن شاؤوا أنفقوا وإن شاؤوا لم ينفقوا، وكذلك لو قال للآخرين: "ينفق على أحدهما خمسة والآخر أربعة"، فهو مثل هذا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ قوله: "أوصيتُ لفلان بثلث مالي وصيّة يوجب له تمليك الثلث"، فإذا قال: "ينفق عليه منه كذا"، فليس هذا برجوع عن الوصيّة الأوّل، وإنّما هي مشورة كرجل قال لرجل: "أوصيت لك بثلث مالي، فأنفقْه على نفسك، وحُجّ به" وما جرى مجرى ذلك، فله أن يقبل مشورته.

باب من الوصايا التي يكون رجوعًا والتي لا يكون رجوعًا

قال محمد: ولو أنّ رجلًا أوصى لرجل بثلث ماله، ثم قال بعد ذلك: "اشهدوا أنّي لم أوصِ[2415] لفلان بشيء" لم يكن هذا رجوعًا عن وصيّته.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ هذا القول كذب منه، فلا يبطل به وصيّته، لأنّ الكذب لا يتعلّق به حكم إبطال الوصيّة، لأنّا لو أبطلنا به وصيّته لم يكن كذبًا، لأنّه يكون بمنزلة قوله: "رجعتُ عن وصيّتي"، ومعلوم [149ب] أنّ ظاهر اللفظ الكذب.

2411 الدرهم.
2412 درهم.
2413 درهم.
2414 درهم.
2415 لم أوصي.

وقد قال في كتاب الوصايا: إذا أوصى لرجل بعبدٍ، فقيل له بعد ذلك: أوصيت لفلان بعبدك، فقال: لا، فهذا رجوع، وكان أبو الحسن رحمه الله يقول: لا فرق بينهما عندي، وينبغي أن يكون رجوعًا.

قال محمد: ولو أوصى بالثلث، ثم قال: "كلّ وصيّة أوصيتُ بها لفلان" فهو باطل، فهذا رجوع منه في الوصيّة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ قوله: "فهو[2416] باطل" يحتمل وجهين: يحتمل الكذب ويحتمل أنّه[2417] باطل، لأنّي قد أبطلتها.

قال محمد: ولو قال: "كلّ وصيّة أوصيت بها لفلان فهي حرامٌ" أو قال: "فهي زورٌ"، فليس هذا برجوعٍ.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الوصيّة لا يكون حرامًا ولا زورًا من جهته، وقد يكون باطلًا من جهة. ألا ترى أنّه لا يقال: "وصيّة حرامٌ وزور"، لأنّه حرّمها، ويقال: "وصيّة باطلة"، لأنّه أبطلها.

مسألة

قال محمد: ولو قال: "كلّ وصيّة أوصيتُ بها لفلان فهي لفلان وارثي" كانت الوصيّة لفلان وارثه إن أجازت الورثة، وإن لم يجز لم يكن للموصى له الأوّل شيء، وكان ميراثًا للورثة.

قال أبو بكر: قوله: "فهي لفلان" رجوع عن وصيّة الأوّل، وإيجابٌ لها للثاني من قِبل أنّه قد قصد إلى غير ما أوصى به، فجعله للثاني، وليس ذلك كقوله: "وهو لفلان"، لأنّ الواو للجمع، فكأنّه قال: "هو لهما"، وليس هو مثل أن يُوصي بالثلث لرجل، ثم يوصي بالثلث الآخر من قِبل أنّ الموصى به للأوّل [150أ] ليس هو بعينه ما أوصى به للثاني. ألا ترى أنّ الورثة لو أجازت لأحد كلّ واحد منهما ثلث المال كاملًا فقد علمتُ أنّ الموصى به للثاني ليس هو غير ما أوصى به للأوّل.

فإن قال قائل: فلو أوصى لرجل بعبد، ثم أوصى به لآخر كان العبد بينهما نصفين، ولم يبطل وصيّة الأوّل لأجل أنّه أوصى به للثاني.

قيل له: لا فرق بين الثلث والعبد، لأنّه لو قال: "العبد الذي أوصيتُ به لفلان فقد أوصيت به لفلان" كان رجوعًا، لأنّه ذكر تلك الوصيّة بعينها، ثم أوجبها للثاني لا على وجه إدخاله مع الأوّل، بل على جهة الإستئناف، فلذلك بطلت وصيّة الأوّل، ولذلك قال: إذا قال العبد الذي أوصيتُ به لفلان: "قد أوصيت به لفلان" كان رجوعًا، لأنّ ذلك استئناف وصيّة للثاني مع ذكر وصيّة للثاني مع ذكر وصيّة الأوّل، فكان وجهه الرجوع. وأمّا إذا لم يذكر وصيّة الأوّل عند وصيّة الثاني فقال: "قد أوصيتُ لفلان بعبدي"، فهذا يحتمل أنّ مُريد به إدخاله معه في الوصيّة، لأنّه لم يذكر الوصيّة الأولى، فيكون ظاهرة القصد منه إلى إيجابه للثاني بعينه، فلم يحمله على الرجوع، وجعلنا الثاني شريكًا له فيه، وإنّما كان ميراثًا إذا لم

[2416] فهي.
[2417] انّها.

يجز الورثة الوصيّة للوارث في مسألتنا من قِبل أنّ الرجوع عن وصيّة الأوّل قد صحّ بصحّة وقوعها للوارث، فلم يجز أن يعود إلى الأوّل بألّا يجيزها الورثة للثاني، إذ كان [150ب] هذا القول منه انتظم معنيين رجوعًا عن الأوّل وإيجابًا للثاني.

قال محمد: ولو قال: "أوصيتُ لفلان بثلث مالي"، ثم قال: "الوصيّة التي أوصيتُ بها لفلان فهي لعمرو بن فلان، فإذا عمرو قد كان حيًّا يوم قال هذا القول، ولكنّه مات قبل موت الموصي، فالوصيّة ميراثٌ للورثة. قال: وذلك لأنّها قد صحّت لعمرو، إذ كان حيًّا يوم قال الموصي ذلك.

قال محمد: ولو كان عمرو قد مات قبل أن يقول الموصي ذلك فالوصيّة لفلان الأوّل نافذة، ولا يكون ذلك رجوعًا.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن يقول: قد أوصيت بتلك الوصيّة لفلان ليس بلفظ رجوع، وإنّما يجعله رجوعًا من جهة الحكم إذا صحّت الوصيّة لفلان لاستحالة بقاء الأولى مع صحّتها للثاني، وإذا كان هذا هكذا، ولم يكن عمرو يوم قال الموصي ذلك حيًّا ممّن يصحّ له الوصيّة لم يكن ذلك رجوعًا.

فإن قال قائل: فإنّ قول الموصى: "قد أوصيتُ بتلك الوصيّة لفلان" يتضمّن الرجوع، فهلّا جعلته رجوعًا صحّت الوصيّة لفلان الثاني أم لم يصح.

قيل له: لأنّه إنّما يتضمّن الرجوع إذا صحّت للثاني، فإذا لم يصح للثاني لم يكن رجوعًا لعدم المعنى الموجِب للرجوع.

فإن قال: فلو اشترى عبدًا على أنّه بالخيار ثلاثًا، ثم عرضه على بيع سقط خياره، ولزمه البيع، وإن لم يكن عرضه على البيع عبارةً عن إجازة العقد، ولم يصح العقد لفلان الذي عرضه عليه، فكذلك ما أنكرت [151أ] أن يبطل وصيّة الأولى وإن لم يصح الثاني.

قيل له: لا يشبه الوصايا البيوع من قِبل أنّه لا يصحّ بيع عبده من زيد ومن عمرو جميعًا أحدهما بعد الآخر، وإنّما يصحّ لأحدهما ولو أوصى لرجل بثلث ماله، ثم أوصى الآخر أيضًا بثلث ماله، كان الثلث بينهما نصفين، فلم يبطل وصيّة الأولى بالثانية، فبان بذلك مفارقة البيع للوصيّة من الوجه الذي بيّنا.

قال محمد: ولو قال: "كلّ وصيّة أوصيتُ بها لفلان فهي لعقب عمرو"، وعمرو حيّ، ثم مات عمرو قبل موت الموصي، ولعمرو عقب، فالوصيّة لهم نافذة، وقد رجع عن وصيّته لفلان، وإن مات الموصي قبل موت عمرو، ثم مات عمرو، فالوصيّة لفلان، ولا يكون لعَقب عمرٍو وصيّة، وإن مات عمرو ثم مات عقبه قبل موت الموصي، ثم مات الموصي بعد ذلك، فالوصيّة ميراث لورثة الموصي، وقد رجع عن وصيّته لفلان.

قال أبو بكر: لا يكون عقب عمرو إلّا بعد موته، فإذا مات الموصي، وعمرو حيّ، فمحال أن يكون لعمرو عقب، وهو حيّ بعد الموت، فلم يوجد لعمرو عقب قبل موت الموصي، فهو مثل قوله: "ما أوصيتُ به لفلان فهو لفلان"، وإذا مات

فلان قد مات قبل هذا القول، فلا يكون رجوعًا، فكذلك عقب عمرو إنّما يعتبرون بموت الموصي، وقد مات عمرو قبل ذلك، فالوصيّة لعقبه صحيحة، وإن كان عمرو حيًّا يوم مات الموصي لم يصح الوصيّة الثانية، لأنّ العقب لم يكن موجودًا، فإذا مات عمرو، ثم مات وصيّته من قِبل أنّ موت عمرو قبل موت الموصي يصحّح الوصيّة [151ب] لعقبه، فإذا صحّت لهم الوصيّة جاز رجوعًا عن الوصيّة الأولى.

باب العبد الموصى به يباع لأصحاب الدين ثم يخرج للميّت مالٌ

قال محمد: وإذا أوصى الرجل للرجل بعبد له يساوي ألف درهم، وله على الناس دينٌ كثير عشرة آلاف[2418] درهم، وليس له مال غير العبد، ثم مات، وعليه دينٌ ألفي درهم، فقال غرماؤه: "نحن نبيع العبد في ديننا، ولا ننتظر[2419] دينُه الغائب"، فذلك لهم، ويبيعه القاضي في دينهم، فإن باعه القاضي بألف وخمسين درهم، وقضى ذلك الغرماء، ثم خرجت العشرة ألف أعطى الغرماء تمام دينهم، وأعطى الموصى له مثل ثمن العبد ألف وخمسمائة، ولا يلتفت إلى قيمته، وما بقي فهو للورثة.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن رحمه الله يقول: أنّ الموصى له قد ملك العبد بموت الموصي، وإن كان على الميّت دين من قِبل أنّ العبد يخرج من الثلث، فلا يجوز أن يبطل وصيّته لأجل الدين، لأنّ الدين القليل لا يمنع ملك الموصى له في العبد كما لا يمنع الوارث ملك الميراث، وإذا كان ذلك كذلك فقد بيع العبد على ملك الموصى له إلّا أنّ الدين يُبدأ به على الوصيّة كما لا يبدأ به على الميراث هو إن كان العبد في ملك الورثة، فلمّا قضى بثمن عبده دين الميّت وجب له الرجوع به على في ماله.

قال محمد: فإن كان القاضي باعه بتسعمائة وخمسين درهمًا فقضاها [152أ] الغرماء، ثم خرج الدين أخذ الموصى له تسعمائة وخمسين درهمًا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه بيع على ملكه على ما وصفنا، فكان حكمه أن يكون الثمن له لولا أنّ الدين أولى من الوصيّة، فيأخذ من مال الميّت مقدار ما قضى به دينه.

فإن قال قائل: هلّا أبطلت الوصيّة بالبيع، إذ قد استحقّت عليه العينُ، وبطل حقّه منها.

قيل له: لا يجوز إبطال الوصيّة مع خروجها من الثلث. ألا ترى أنّ الغرماء لو أبرؤوا من دينهم بعد البيع استحقّ الثمن أو لا ترى أنّه لو قُتل، ولم يكن دين، فأخذت قيمته كانت للموصى له، وقامت مقام العين، فكذلك الثمن، فإذا قضى به دين الميّت رجع به في مال الميّت.

[2418] ألف.

[2419] ولا ينتظر.

باب الوصيّة التي تقع لأقلّ ممّا سمّى

قال محمد: وإذا أوصى الرجل فقال: "فقد أوصيتُ بثلث مالي لبني عمرو بن حمّاد، وهم سبعة بنين"، فإذا البنون خمسة فالثلث كلّه لهم.

قال أبو بكر: قد صحّت الوصيّة لهم بقوله: "لبني عمر بن حمّاد"، وقوله: "وهم سبعة" غلطٌ في التفسير، والغلط في التفسير لا يبطل ما قد صحّ لهم من الوصيّة. وأيضًا فإنّ الذين زادهم في عددهم غير موجودين، فلم يبطل بذكرهم شيء من وصيّة الأوّلين. ألا ترى أنّه لو قال: "قد أوصيتُ بثلث مالي لزيد وخالد"، وخالد ميّت يومئذ، إن الثلث كلّه لزيد.

قال محمد: ولو قال: "قد أوصيت لابني فلان [152ب] بثلث مالي" فإذا فلان ليس له غير ابن واحد، فله نصفه الثلث، وذلك لأنّ قوله: "لابني فلان" إيجاب وصيّة لاثنين، لكلّ واحد النصف، فلا يستحقّ أحدهما أكثر من ذلك سواء كان الآخر حيًّا أو ميّتًا، وليس هذا كقوله: "أوصيتُ لعمرو بن حمّاد ابني فلان"، فإذًا ليس له إلّا ابن واحد، فيكون الثلث كلّه للحيّ منهما، وذلك لأنّ قوله: "أوصيتُ لعمرو وصيّة صحيحة له" أو سكت عليه استحقّ جميع الثلث، وحمّاد مدخل عليه، فإذا لم يكن حمّاد ممّن يصحّ إدخاله عليه بصحّة الوصيّة إلّا لاثنين، فلا يكون لأحدهما إلّا النصف. ويدلّ على الفضل بينهما أن قوله: "لابني فلان"لفظ يقتضي الشركة، ولا يجوز أن يكون لواحد. وقوله: "لعمرو وحمّاد" اسمان كلّ واحد منهما منفرد قد أدخل بينهما الواو، وهي الاستئناف، فهما لفظان لكلّ واحد منهما حكمه، والأولى لفظة واحدة لا يحتمل غير الشركة، فلذلك اختلفا.

فإن قال قائل: فلو قال: "قد أوصيت لزيد وعمرو بثلث مالي"، وهما حيّان، ثم مات أحدهما قبل موت الموصَى كان للباقي نصف الثلث.

قيل له: أجل من قِبل أنّ الوصيّة قد صحّت لهما لكونهما حيين ممّن يصحّ لهما الوصيّة، فلمّا صحّت الوصيّة لهما لم يكن لكلّ واحد منهما إلّا نصف الثلث مات الآخر قبل موت الموصي أو عاش. وأمّا إذا لم يكن لفلان إلّا ابنًا واحدًا، وقد سمّى هو ابنين، فلم يكن [153أ] هناك من صحّت له الوصيّة غير هذا الموجود منهما، فلم يبطل من وصيّته شيء.

مسألة

قال محمد: ولو قال: "قد أوصيت لبني فلان، وهم خمسة، ولفلان بن فلان بثلث مالي"، فإذا بنو[2420] فلان ثلاثة فإنّ للبنين ثلاثة أرباع الثلث، ولفلان بن فلان ربع الثلث.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من سقوط اعتبار غلطه[2421] في التفسير، وإن الاعتبار بمن وجد من بني فلان دون من سمّى.

[2420] بنوا.
[2421] غلظه.

قال محمد: ولو قال: "أوصيت لبني فلان وهم ثلاثة بثلث مالي" فإذا ولد فلان خمسة، فالثلث لثلاثة منهم يعطيه الورثة ثلاثة منهم أيّ ثلاثة شاؤوا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ قوله: "بنو فلان" يحتمل جميعهم إذا كان عمومًا ويحتمل بعضهم إذا أراد الخصوص، ويكون العبارة عنهم عبارة صحيحة. فإذا قال: "وهم ثلاثة" فذلك بيان لمن أراده بالوصيّة منهم، فلم يجز أن يُعطى أكثر منهم، والخيار إلى الورثة كقوله: "وصّيتُ لأحد هذين الرجلين بثلث مالي"، فالخيار إلى الورثة في إعطاء مَن شاؤوا منهما، وليس ذلك كقوله: "أوصيت لبني فلان وهم خمسة"، فإذا هم ثلاثة من قِبل أنّ الخمسة المسمّين لا يجوز أن يكون[2422] عبارة عن الموجودين منهم وهم الثلاثة، فكان ذلك غلطًا في التفسير، فلم يبطل به حكم اللفظة الأولى، وهو قوله: "أوصيت لبني فلان".

فإن قال قائل: ولِمَ جعلت الخيار إلى الورثة إذا أوصى لأحد رجلين.

قيل له: لأنّهم [153ب] يقومون مقام الميّت ويخلفونه في ملكه، فلمّا كا ذلك شيئًا مستحقًّا من ميراثهم كان الخيار إليهم في إعطائهم أيّهم شاؤوا.

فإن قيل: فإذا قال لعبدين له: "أحدكما حرّ" ثم ما قبل البيان هلّا جعلتَ الخيار للورثة في البيان كما قلت في الوصيّة.

قيل له: الوصيّة لأحد هذين الرجلين يشبه قوله: "أعتقوا أحد عبدي هذين"، لأنّه لا يصحّ لهم إلّا بعد الموت. وأمّا قوله: "أحدكما حرّ" فقد عتق به أحدهما لا محالة في الحياة، فلم يشبه ما وصفتُ.

باب من الوصايا التي يوقت[2423] لها الموصي فيعجل أو يكون إلى أجلها

قال محمد: وإذا أوصى الرجل فقال: "ثلث مالي لفلان ينفق عليه منه كلّ شهر مائة درهم"، ثم مات، فإن الثلث لفلان يدفع إليه حين يموت الموصي يصنع به ما بدا له.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ قوله: "ثلث مالي لفلان" وصيّة له صحيحة توجب له الملك عند الموت. وقوله: "ينفق عليه منه كذا" ليس برجوع عن وصيّته التي أوجبها له، فإنّما هي مشورة منه عليه بذلك، ومشورته وأمره في ملك غيره غير جائز، وليس ذلك بتفسير للكلام الأوّل، حكم التفسير ألّا يقتضي الجملة التي صار تفسيرًا لها، وفي استعمال أمره على هذا الوجه نقض لها اقتضاه لفظه [154أ] إطلاق الوصيّة.

[2422] + أن يكون، صحّ هامش.
[2423] يوقف.

قال محمد: ولو قال: "قد أوصيت بأن يعطي فلان من ثلثي كلّ سنة مئة درهم"، فإنّ الثلث يوقف لصاحب الوصيّة فيعطي كلّ سنة مئة درهم، فإن مات الموصى له قبل أن يستكمل الثلث ردّ ما بقي من الثلث على ورثة الموصي.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ لفظ الوصيّة لم يوجب له غير ذلك، فأعطى على حسب ما أوصيه اللفظ.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا أوصى فقال: "قد أوصيت بثلثي في الحجّ يحجّ عنّي منه كلّ سنة حجّةً بمائتي درهم"، فإنّه يحجّ عنه به كلّه في سنة واحدة. وكذلك لو قال: "أوصيت بثلثي في المساكين" يتصدّق منه كلّ سنة بمائة درهم، فإنّهم يتصدّقون به في أوّل سنة، وكذلك إذا قال: "يعتق عنّي كلّ سنة نسمة بمائتي درهم".

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الثلث في هذه المسألة قد استحقّ على الورثة في الوجوه المذكورة لا يجوز رجوعه إليهم، فلا حقّ لأحدٍ في تأخيره، وما ليس بحقّ لأحد من الآجال، وغير جائز إثباته، وأيضًا فإنّ هذه الوصيّة حقّ لله تعالى خارجة مخرج القرب، وإنّما القربة في إنفاذها وتعجيلها ولا قربة في تأخيرها إلى الأوقات المذكورة، فسقط حكم الوقت فيها، ولا يشبه هذا الوصيّة بالنفقة على رجل كلّ سنة منه مائة درهم، لأنّ الأجل الذي ذكره الموصي [154ب] في وصيّته للورثة فيه حقّ، وهو أن يموت الموصى له قبل استكمال الثلث، فيرجع البقيّة إلى الورثة، فلمّا كان في التأجيل حقّ للورثة ثبت حكمه، ولما لم يكن في التأجيل حقّ للورثة في مسألتنا لم يثبت حكمه.

باب ما يُصدّق فيه الوصيّ إذا قال "أنفقتُه" على اليتيم

قال محمد: وإذا قال الوصيّ لليتيم بعدما كبر: "قد أنفقتُ عليك ما ترك أبوك"، وذلك مثل نفقة مثله في تلك المدّة، فهو مصدّق في ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه أمين فيه، وهو يملك التصرّف في المال من هذا الوجه، فكان مصدّقًا على التصرّف فيما ائتمن فيه فيما لا بدّ للصبيّ منه، وهو كالمودع إذا قال: "رددتُ الوديعة إليك"، فيُصدّق، لأنّه أمين، وكالوكيل بالشراء إذا قال: "اشتريت العبد الذي أمرتني بما أعطيتني من المال، وسلّمتُ الثمن، وقبضت العبد، فهلك في يديّ"، فيكون القول قوله في ألّا يلحقه ضمان.

فإن قال قائل: ولو قال المودع: "أمرتني بتسليمها إلى فلان، ففعلتُ" لم يصدّق، وضمن وإن كان أمينًا، فهلّا كان الوصيّ مثله.

قيل له: لأنّه لم يكن مأمورًا بالتصرّف من الوجه الذي ذكر، وظاهر تسليمه إلى غيره يلزمه الضمان، ويجعله غاصبًا، ودعواه الإذن كدعوى البراءة [155أ] من الضمان الذي لحقه بالفعل، فلا يصدّق، وأمّا الموصي فجائز له التصرّف في

المال بالإتّفاق على الصبيّ، فهو كالمودع إذا صدّقه الدافع بأنّه أمره بتسليمها إلى فلان، وقال لم يسلّمها، فالقول قول المودع في أنّه قد سلّمها إلى فلان في براءة نفسه، وإن لم يصدّقه على فلان في تسليمها إليه.

قال محمد: وكذلك لو قال الوصيّ: "قد كان أبوك ترك رقيقًا، فأنفقتُه عليهم، فماتوا" كان مصدّقًا.

قال أبو بكر: لا فرق بين نفقة الرقيق ونفقة اليتيم، لأنّ في إنفاقه عليهم حفظًا لمال[2424] الصبيّ، وفي ترك الإنفاق عليهم تلف ماله، فكان مصدّقًا فيه، وكذلك لو قال: "اشتريتُ لك رقيقًا، وأنت صغير، فأنفقته عليهم" كان مصدّقًا لما وصفنا، وكذلك لو قال: "اشتريتُ لك هذا الغلام الذي في يد هذا الرجل، ودفعت إليه الثمن، وقبضتُه، وأنفقت عليه مالك"، وأنكر ذلك[2425] الصبيّ والذي العبد في يديه، فإنّ الوصيّ مصدّق فيما ادّعاه على إنفاقه على الغلام الذي اشتراه، ولا يضمّن[2426] شيئًا بإنكار الذي في يديه الغلام للبيع.

قال أبو بكر: لأنّه ادّعى إنفاقه من وجه يملك التصرّف فيه كما ذكرنا في الوكيل.

مسألة

قال محمد: ولو قال الوصيّ: "إنّ عبدك هذا الذي تركه أبوك أبق، فجاء به من ميسرة ثلاثة أيّام، وأعطيته جُعله أربعين درهمًا"، ولا يعلم ذلك إلّا بقوله [155ب] فهو مصدّق أيضًا في قول أبي يوسف.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ في العمل الذي استحقّ عليه الجُعل حفظًا للعبد، وللوصيّ[2427] أن يعطي الجعل على ذلك، فهو كدعواه استئجار هذا الرجل بأن تعيّن درهمًا لحفظه، وذلك أجر[2428] مثله على استئجاره[2429] لردّه من موضع، فيصدّق عليه، لأنّه[2430] أعطى الجعل، وله أن يعطيه.

قال محمد: لا يصدّق في جعل الآبق.

قال أبو بكر: وذهب في ذلك إلى أنْ جعل الآبق لازم في رقبة العبد مثل الدين. ألا ترى أنّ العبد لو مات قبل تسليمه إليه سقط الجعل، وإذا كان كذلك فهو إنّما أقرّ على العبد بدين، وزعم أنّه قضاه، فلا يصدّق على ذلك. ألا ترى أنّه لو قال: "لزم عبدك هذا دين، فقضيته"، وهو مثل قيمته لم يصدّق، لأنّه لم يتولّ ذلك، ولم يلزم بتصرّفه.

[2424] المال.
[2425] لك.
[2426] تضمّن.
[2427] والوصيّ.
[2428] اخر.
[2429] وعلى استجارة.
[2430] لأن.

قال محمد: ولا يشبه هذا الشراء. ألا ترى أنّ الوصيّ لو جاء بالعبد إلى القاضي، فقال: "إنّ هذا كان آبقًا"، فردّه هذا الرجل، وقد استحقّ أربعين درهمًا جُعله، ولم يكن له على ذلك بيّنة أنّ القاضي لا يأمره بدفع الجعل من مال اليتيم. ولو قال: "اشتريت غلامًا لليتيم من هذا الرجل، وقبضتُه" أمره القاضي بدفع الثمن إليه، فكذلك إذا أقرّ بعد كبر الغلام.

مسألة

قال محمد: ولو قال الوصيّ: "مات أبوه منذ عشر سنين، وأعطيت خراج أرضه لكلّ سنة مائة ردهم"، وقال الغلام: "مات أبي منذ سنتين"، فالوصيّ مصدّق في ذلك في قول أبي يوسف.

قال أبو بكر: [156أ] وذلك لأنّ خراج الأرض لازمٌ في رقبة الأرض، وسبيله سبيل ما يحصل من يدك منافع الدار، والأجرة التي تجب بعقد الإجارة بدلًا عن منافعها، فكما أنّه لو أقرّ بأنّه أعطى ذلك في أجرة الدار والأرض كان مصدّقًا كذلك، ويصدّق في الخراج.

وقال محمد: لا يُصدّق.

قال أبو بكر: وذهب في ذلك إلى أنّه ليس إيجابه بتصرّف الوصيّ، فإذا لم يكن وجوبه متعلّقًا بتصرّف الوصيّ فيه لم يصدّق على دفعه. ألا ترى أنّه لو أقرّ على عبد الصغير بجناية، وأنّه دفعه بها أو فداه لم يصدّق على ذلك في قولهم جميعًا، فكذلك لا يصدّق في الخراج إذا لم يكن وجوبه متعلّقًا بتصرّفه.

قال محمد: فإن أقام الوصيّ بيّنةً على أنّ أباه مات منذ عشر سنين صدق على ما أعطى من الخراج.

قال أبو بكر: لأنّه دين قد علم وجوبه، فالقول قوله أنّه قضاه، لأنّ له أن يقضيه، وإنّما لا يصدّقه محمد إذا لم يعلم وجوبه للسنتين التي ذكرها. **قال محمد**: فإن اختصما، وفي الأرض ما قد غلب عليها لا يستطاع معه الزرع، فقال الوصيّ: "مات أبوك منذ عشر سنين، فأدّيت خراجها لتلك السنين"، وقال الوارث: "مات أبي منذ عشرين، ولم يزل هذا الماء في هذه الأرض، ولم يجب فيها خراج"، فالقول قول الوصيّ في قول أبي يوسف، وقال محمد: هو ضامن، ولا يصدّق، ولو اختصما يوم اختصما، والأرض يصلح [156ب] للزرع، ولا ماء فيها، فالقول قولهما جميعًا قول الوصيّ مع يمينه.

قال أبو بكر: اعتبر محمد الحال في تصديق الوصيّ، فإن كانت الأرض ممّا يجب خراجها لإمكان زراعتها حصل القول قول الوصيّ، وإن لم يمكن[2431] زراعتها لغلبة الماء حصل القول قول الصبيّ. وهذا نظير مسألة الإجارة إذا اختصما عند مضيّ مدّة الإجارة، وقد انقطع ماء الرحى وهو[2432] جاري، وكإباق العبد أو مرضه عند مضي مدّة الإجارة.

[2431] وان لم يكن.
[2432] أهو.

قال محمد: ولو أنّ الوصيّ قال لليتيم: "إنّك قد استهلكتَ مالًا لرجل، وأنت صغير، وقضيت ذلك الرجل عنك ذلك المال"، وكذّبه اليتيم، وقال: "لم أستهلك لأحد مالًا"، فالقول قول اليتيم، والوصيّ ضامن، ولا يصدّق إلّا أن يقيم بيّنةً على ما ادّعى من استهلاك المال، فإن أقام بيّنة صُدق على ما أعطى من المال مع يمينه في قول أبي يوسف ومحمد.

قال أبو بكر: لا يصدّق الوصيّ على اليتيم فيما ادّعى عليه من استهلاك المال وإلزامه دينًا لا يُعلم. ألا ترى أنّ الأب نفسه لو أقرّ على الصغير بذلك لم يصدّق، فالوصيّ الذي ملك جواز التصرّف من جهة الأب أحرى[2433] ألّا يجوز إقراره عليه بالدين، وليس ذلك كإقراره بشراء العبد، لأنّ ذلك إقرار من جهة قد ملك التصرّف فيها، فكان مصدّقًا على شرائه، لأنّه لو اشتراه في حال الصغر لزم الصغير.

قال محمد: ولو كان لليتيم أخٌ لأمّه أعمى زَمِنٌ لا مال له، ولليتيم مال كثير فقال الوصيّ بعدما كبر اليتيم: "إنّ أخاك هذا الأعمى [157أ] رافعني[2434] إلى القاضي، ففرض عليك في مالك لأخيك خمسة دراهم[2435] كلّ شهر، فأدّيتُ إليه ذلك لعشر سنين"، وقد مضت السنون، وكذّبه بذلك اليتيم، فالقول قول اليتيم مع يمينه، وعلى الوصيّ البيّنة على ما ادّعى من فرض القاضي في قول أبي يوسف ومحمد.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ ذلك لا يثبت بتصرّف الوصيّ، وليس فيه أيضًا حقّ لليتيم، ولا حفظ لماله، فلم يصدّق في قولهما، وهو بمنزلة إقراره عليه باستهلاك مال أو نحوه أو بأنّه كان لفلان على أبيه دين فقضيتُه.

فإن قال قائل: فهلّا كان ذلك في قول أبي يوسف مثل إقراره بأداء الخراج.

قيل له: من قِبل أنّ له أن يزرع الأرض، ويؤدّي خراجها، فلمّا كان له التصرّف في منافع الأرض على هذا الوجه، وكان الخراج بدلًا من تلك المنافع كان مصدّقًا عليه، وليس له أن يفرض عليه نفقة أخيه، ولا يتصرّف في إيجابها بوجه، فلذلك اختلفا.

قال محمد: ولو قال: "إنّ عبدك هذا أبق إلى الشام، فاستأجرتُ رجلًا بمائة درهم حتى جاء به من الشام، وأعطيته الأجرة"، وأنكر ذلك اليتيم، فالقول قول الوصيّ في قولهم جميعًا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الاستئجار عقد من الوصيّ في مال اليتيم، وهو يملك هذا العقد، وله أن يلزمه الدين من هذا الوجه، فكان مصدّقًا عليه كاستئجار الدابة وشراء الطعام والكسوة.

[2433] اخرى.
[2434] رافعتى.
[2435] درهم.

قال محمد: ولو قال الوصيّ في ذلك كلّه: "أدّيت ذلك من مالي [157ب] لأرجع به عليك أيّها الوارث، فأنا أريد أن آخذه من مالك" لم يصدّق على شيء من ذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد إلّا ببيّنة على ما ادّعى من ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الأمين إنّما يكون مصدّقًا فيما ائتمن فيه في براءة نفسه غير مصدّق في إيجاب الضمان على غيره. ألا ترى أنّ المودع لو قال: "أمرتني بدفعها إلى زيد، ففعلتُ"، وأقرّ المودع بالأمر، وقام[2436] بدفعها صُدّق المودع في براءة نفسه، ولم يصدّق في إيجاب الضمان على غيره، وكذلك لو أنّ رجلًا أمر رجلًا بأن يشتري له عبدًا بألف درهم، فقال: "اشتريت، ومات عندي"، وأراد أن يرجع عليه لم يصدّق، ولو كان دفع إليه الألف، فقال: "اشتريته، ومات عندي، وسلّمت الثمن" كان القول قوله في براءة نفسه، فكذلك ما أوصفنا.

باب الرجل يوصي أن يحجّ عنه

قال محمد: وإذا قدم الرجل من خراسان بلدة من البلدان لتجارة أقرب إلى مكّة من بلده أو أبعد، فحضره الموت، فأوصى بحجّة، وله مال كثير، ثم مات، ولم يبيّن من أين يحجّ عنه، فإنّه يحجّ عنه من بلده الذي فيه بمنزله، ولا يحجّ من حيث أوصى ولا من حيث مات.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ ظاهر أحوال الناس أنّهم يتوجّه عليهم فرض الحجّ من أوطانهم. ألا ترى أنّ التمتّع إنّما يبطل بعودة إلى وطنه [158أ] قبل الحجّ، ولو عاد إلى غير وطنه بعد العمرة لم يبطل تمتّعه، فدلّ ذلك على أنّ حكم لزوم الحجّ متوجّه إلى بلده، والإنسان وإن كان قد يلزمه الحجّ بأن يستفيد مالًا في غير وطنه فإنّ ذلك شاذّ، لأنّ الظاهر من أمور الناس كونهم في بلدانهم دون أن يكونوا غرباء في غير بلادهم، ويدلّ على ذلك ما روي عن علي وعبد الله رضي الله عنهما قوله: ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾[2437] "إتمامها أن تحرم بهما من دويرة أهلك"[2438].

ودليل آخر، وهو: أنّ الحجّ لا يلزم إلّا مَن ملّك زادًا وراحلة يحمله من بلده ويردّه إلى بلده، فلو جاز أن يحجّ عنه من موضع أقرب إلى مكّة من بلده لكان وجوب الحجّ عليه بعد موته مخالفًا لوجوبه عليه في حال حياته، وكان الفقير الذي يموت وله مائة درهم يلزمه الحجّ بعد موته، ولا يلزمه في حياته إلّا أن يملك ألف درهم إن كان ذلك مبلغ زادِه وراحلته، ولا جائز أن يجب على الرجل بعد موته حجّ لم يلزمه في حال حياته.

فإن قال قائل: هلّا اعتبرت في هذا أقرب المواقيت إلى مكّة، فيحجّ عنه من هناك إذا كان الحكم يتعلّق به دون غيره في منع مجاوزته من أراد الحجّ إلّا محرمًا.

[2436] وقال.

[2437] البقرة، 196/2.

[2438] مصنف ابن أبي شيبة، 39/8؛ مستدرك الحاكم، 276/2؛ السنن الكبرى للبيهقي، 341/4.

قيل له: لو وجب هذا الإعتبار لوجب أن يعتبر الحرم، فيحجّ عنه منه، لأنّه ميقات من كان بمكّة، وهو يريد الحجّ، ولا جائز له أن يخرج من الحرم، فيحرم، فلمّا لم يكن ذلك وقتًا للحجّ عن الميّت مع وجود العلّة التي نصبتها في الإحرام [158ب] عن المواقيت بأنّ بذلك فساد اعتلالك.

فإن قال قائل: اعتبار المواقيت أولى من قِبل أنّ الحكم يتعلّق به في منع دخوله مكّة بغير إحرام، وتجاوزته الوقت كذلك.

قيل له: قد يجوز لمن يريد ﷺ أن يصير إلى بستان بن عامر[2439] بغير إحرام، وإلى أبعد من ذلك الموضع ما لم يدخل الحرم، فينبغي أن يعتبر في الحجّ عن الميّت آخر الحل، لأنّه هو الموضع الذي لا يجوز لمن وراء الميقات أن يجوّزه إلّا محرمًا، فلمّا لم يعتبر ذلك دلّ على فساد اعتبار الوقت، ووجب اعتبار بلد الميّت.

قال محمد: ولو أنّه قدم الكوفة يريد الحجّ فحضره الموت، فأوصى أن يحجّ عنه، حجّ عنه من الكوفة، ولا يشبه قدومه للحجّ قدومه للتجارة، وهما في القياس سواء ينبغي أن يحجّ عنه في الوجهين جميعًا من بلده الذي بها منزله.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن يقول: إنّ هذا قول أبي يوسف ومحمد، وإنّ القياس الذي ذكره هو قول أبي حنيفة كما قال: إذا أحجّوا رجلًا عن الميّت، فمات في بعض الطريق أنّه يحجّ عنه آخر منزله. قال: ولا فرق بين أن يخرج هو أو يخرج بعد موته غيره، فيموت في بعض الطريق. ووجه قول أبي حنيفة: أنّ الكوفة لا اعتبار بها في بطلان تمتّعه بالرجوع إليها إذا لم يكن وطنه، فكذلك موته هناك لا اعتبار في سقوط فرض الحجّ من منزله على الحدّ الذي بيّنا، وأيضًا فإنّ النفقة التي أنفقها الميّت لم يحصل بها حجّ، فلم يقع موقع [159أ] نفقة الحجّ، فوجب أن يستأنف له حجّة من منزله، وصار الميّت كأنّه قدمها للتجارة، إذ لم يحصل بتلك النفقة حجّة. وأمّا وجه الاستحسان: وهو قول أبي يوسف ومحمد، فإنّ تلك النفقة قد خرجت لجهة الحجّ، وصارت فوته، فاحتسب بها ممّا لزمه بدءًا، وحجّ عنه من الموضع الذي بلغه.

مسألة

ولو أنّ رجلًا من أهل خراسان أوصى بأن يحجّ عنه، فأحجّ الوصيّ عنه رجلًا إن حجّ الوصيّ معه، فلمّا قدم الكوفة مات الحاج عن الميّت، فإنّ القياس أن يحجّ عن الميّت من بلده الذي كان به وطنه. وأمّا في الاستحسان فالوصيّ يحجّ عنه من حيث مات الذي حجّ عن الميّت، كأنّ الميّت هو نفسه قدم يريد الحجّ ومات.

قال أبو بكر: وهذا أيضًا على الخلاف، والعلّة فيه ما وصفنا في المسألة التي قبلها.

قال محمد: ولو دفع الوصيّ نفقةً إلى رجل يحجّ عن الميّت، وقال له الوصيّ: "إن حضرك الموت أو مرضت مرضًا يخاف الموت فأحجّ رجلاً من ذلك المكان بما بقي من النفقة معك"، ففعل، فالقياس: ألّا يجزيء، وفي الاستحسان يجزيء.

[2439] بستان ابن عامر هو موضع قريب من الجحفة. (يعقوت الحموي، معجم البلدان، 611/1)

قال أبو بكر: الحاجّ صار[2440] وكيلًا للوصيّ في دفع الحجّة إلى من رأى، فيجوز أن يفعل ذلك على قول أبي يوسف ومحمد، وفي قول أبي حنيفة يحجّ عنه من منزله.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا أوصى بحجّة، وثلثه لا يبلغ من حيث أوصى أحجّ الوصيّ عنه [159ب] من حيث بلغ، فإن أحجّ الوصيّ من الربذة[2441]، ورجع بفضل[2442] نفقة يبلغ من الثعلبيّة[2443] ضمن الوصيّ النفقة، ويحجّ عنه من الثعلبيّة، وإن كان إنّما رجع بفضل[2444] زاد[2445] وكسوة ونحوها من دراهم يسيرة ممّا يبقى من نفقة الحجّ لم يضمن وردّ الفضل على الورثة وأجزأت الحجّة.

قال أبو بكر: متى أمكننا إنفاذ وصيّة الميّت من غير مخالفة لما أوصى به وجب عليه إنفاذها، ولم يجز لنا إبطالها، فإذا لم يبلغ الثلث الحجّة من بلده أمضيناها من حيث يبلغ.

فإن قال قائل: فهلّا كان ذلك مثل ما أوصى بشراء نسمة بمائة درهم، وهي ثلثه، فيهلك منها درهم أنّها لا يشترى بالباقي، وإذا كان بإطلاق اللفظ يوجب الحجّ من منزله، فكأنّه قد لفظ به، فإذا لم يبلغ وجب أن يبطل الوصيّة.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ النسمة لا يجوز أن يشتري بأقلّ ممّا سمّى ولا بأكثر كما أنّ من وكّل بشراء نسمة بمائة درهم لم يجز شراؤها على الأمر بالأقلّ منها ولا بأكثر. وأمّا الحجّ فليس القصد فيه إنفاق جميع المال المسمّى فيه، وإنّما القصد فيه حصول الحجّ من ماله. ألا ترى أنّه إذا أوصى بحجّة بمائة درهم أنّه معلوم أنّ المائة كلّها لا يستوفيها الحجّة، لأنّه لا بدّ من أن يبقى من المائة شيء من فضل نفقة أو كسوة، فثبت بذلك أنّه لا اعتبار في صحّة الوصيّة أنّها[2446] بقاء المسمّى من المال، فوجب [160أ] حمل وصيّته، إذ كان الأمر كذلك على الصحّة وعلى الوجه الذي لا يبطل به الحجّة.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا أوصى بأن يعتق عليه بثلثه نسمة[2447]، فقال له قائل: "إنّ ثلثك لا يبلغ نسمة"، قال: "فأعينوا به في الرقاب"، وكان الثلث لا يبلغ نسمة[2448]، فإنّه يُعان به في الرقاب كما قال: يُعطى المكاتبون في رقابهم.

[2440] صا.

[2441] الربذة هي من قرى المدينة على ثلاثة أيام قريبة من ذات عرق على طريق الحجاز إذا رحلت من فيد تريد مكة، وبهذا الموضع قبر أبي ذر الغفاري. (الحموي، معجم البلدان،24/2)

[2442] يفصل.

[2443] الثعلبية هي من منازل طريق مكة من الكوفة. (الحموي، معجم البلدان،3/14-15)

[2444] يفصل.

[2445] زادًا.

[2446] نها.

[2447] نسيمه.

[2448] نسيمه.

قال أبو بكر: قوله: "يعان به في الرقاب" يقتضي أن يُعطى من يستعين به في ترك رقبته من الرقّ، وهذه صفة المكاتب، وقد روي في قوله تعالى: ﴿وَفِي الرِّقَابِ﴾[2449] أنّه أراد به المكاتب، وقد روى طلحة بن مصرف عن عبد الرحمن بن عَوْسَجة عن البراء بن عازب قال: جاء أعرابيّ إلى النبي صلى الله عليه وسلّم، فقال: يا رسول الله، علّمْني عملًا يدخلني الجنّة، قال: ((لئن كنت أقفرت الخطبة لقد أعرضت المسألة عتق النسمة وفكّ الرقبة))، قال: أولسنا واحدًا؟ قال: ((لا، عتق الرقبة أن يفرد بعتقها وفكّ الرقبة أن يعيّن في ثمنها))[2450].

قال أبو بكر: وهذا يدلّ على أنّ قوله: "أعينوا به في الرقاب" يوجب[2451] صدقة إلى المكاتبين، لأنّه لا يستعين به في ثمن الرقبة التي يفكّها من الرقّ.

قال أبو بكر: وكان أبو الحسن يحكي عن أبي يوسف أنّه إن أعطى فقيرًا يشتري به ذا رحم يحرم منه أجزأه، لأنّ المعونة قد حصلت به في فكّ الرقبة من الرقّ.

قال محمد: وكذلك إن قالوا: "حجّوا عنّي بثلثي حجّة من الكوفة". فقيل له: إنّ ثلثك لا يبلغ [160ب] حجّة من الكوفة، قال: "فأعينوا به في الحجّ"، فلم يبلغ ثلثه حجّة من الكوفة، فإنّ القياس في هذا أنّه باطل، ولكنّي أستحسن أن أعيّن به أهل الحاجة في الحجّ، ولا أعيّن به عينًا.

قال أبو بكر: وجه القياس: أنّ قوله: "أعينوا به في الحجّ" ينتظم الفقير والغنيّ، والوصيّة إذا حصلت للفريقين، وهم لا يحصون[2452] بطلت كقوله: "أوصيت لبني تميم"، وجهة الاستحسان: أنّ الحجّ لما كان قربة دلّ ظاهر اللفظ على أنّه أراد صرف الدراهم التي لم يبلغ حجّته إلى وجه غيرها من القرب، وهو معونة المحتاجين منهم، ولا يجيء القياس والاستحسان في قوله: "أعينوا به في الرقاب" من قِبل أنّه لا ينتظم الغني والفقير، إذ كان المكاتب لا يكون غنيًّا أبدًا.

باب من الوصايا في إجازة الوارث وصيّة أبيه في مرضه

قال محمد: وإذا كان للرجل ثلاثة آلاف[2453] درهم لا مال له غيرها، فأوصى بألفين منها، ثم مات، فليس له إلّا وارث واحدٌ، فحضر وارثه الموت، فأجاز وصيّة أبيه، ثم مات، وليس له مال غير ما ترك[2454] الميّت أبوه الأوّل، فإنّ لأصحاب وصيّة أبيه ألف درهم ثلث مال الميّت الأوّل بغير إجازة، ولهم أيضًا ثلثا ألف إجازة الميّت الآخر.

[2449] البقرة، 177/2؛ التوبة، 60/9.
[2450] مستدرك الحاكم، 218/2؛ صحيح ابن حبان، 97/2-98؛ مسند أحمد، 299/4 إلخ.
[2451] توجب.
[2452] لا يخصون.
[2453] ألف.
[2454] بما ترك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الوارث إنّما ملك من مال الميّت الأوّل الثلثين، ولم يملك الثلث [161أ] الذي فيه الوصيّة، فلمّا مرض وأجاز وصيّة أبيه فأنت تعلم أنّ ماله ألفا درهم، أخرج ألفًا منها بالإجازة الموصى له، فكانت إجازته بمنزلة وصيّة من جهته، فيجوز من ثلثه، وذلك ثلثا ألف درهم، فيحصل للموصى له ألف درهم وثلثا ألف.

قال محمد: ولو كان الميّت الآخر أوصى بعد إجازة وصيّة أبيه بثلث ماله، ثم مات كان لأصحاب وصيّة الوالد ألف درهم وثلثا ألف درهم بينهم وبين أصحاب وصيّة الميّت الآخر بالحصص.

قال أبو بكر: على قول أبي حنيفة ينبغي أن يكون ثلثا الألف بينهم وبين أصحاب وصيّة الآخر نصفين، لأنّ إجازته وصيّة أبيه لما كانت بمنزلة وصيّة مبتدأه من جهته صار بمنزلة رجل له ألفا درهم أوصى لرجل بألف منها بعينها، ولآخر بثلث ماله، فيكون الثلث بينهما نصفين. وفي قول أبي يوسف ومحمد ينبغي أن يضرب صاحب وصيّة الأب بالألف، وصاحب وصيّته بثلثي ألف درهم، فيكون ثلثا ألف درهم بينهما على خمسة، وذلك لأنّهما وصيّتان من الميّت الثاني.

قال محمد: ولو كان فيما ترك الميّت الآخر عبدًا وأمةً قيمته ثلث مال الآخر، فأعتقه في مرضه، وقد أجاز وصيّة أبيه قبل ذلك في مرضه بنكت وصيّة أبيه من ثلث مال أبيه، ثم أجيز عتق الميّت الآخر من ثلثه، وبطلت إجازته لوصيّة أبيه.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّ إجازته لوصيّة أبيه في مرضه وصيّة من جهته، والعتق في المرض أولى [161ب] من الوصيّة بالثلث. والدليل على ذلك: أنّا لو ساوينا بينه وبين سائر الوصايا لاستحقّ العبد حرًّا من العتق، وعتق بعضه يوجب إخراج جميعه إلى الحريّة، فلمّا كان وقوعه يوجب للعبد حقًّا في استحقاق جميع رقبته بالحريّة أشبه الدين الذي هو حقّ لازم في مال الميّت، يؤخذ الوارث بإخراجه، فلمّا كان الدين أولى من الوصيّة بالثلث وجب أن يكون أن يكون العتق أولى منه، إذ كان مُشبهًا للدين من الوجه الذي ذكرنا.

ووجه آخر، وهو: أنّ العتق لا يلحقه الفسخ، وسائر الوصايا يلحقها الفسخ. ألا ترى أنّه لو لحقه دين بعد العتق لم يبطل العتق، وبطل سائر الوصايا، فلمّا كان ذلك كذلك ووجدنا في الأصول أنّه متى اجتمع ما يلحقه الفسخ كان الذي لا يلحقه الفسخ أولى بالثبات، والذي يلحقه الفسخ أولى بالبطلان، وجب أن يكون العتق أولى من سائر الوصايا التي وصفنا. ألا ترى أنّ رجلًا لو أعتق عبد غيره، وباعه آخر، ثم أجازهما كان العتق أولى من البيع لما وصفنا.

قال محمد: ولو أجاز وصيّة أبيه في مرضه، ثم أقرّ بدين كان الدين أولى من الإجازة.

قال أبو بكر: كرجل وهب ماله في مرضه، ثم أقرّ بدين فيكون الدين أولى.

مسألة

قال محمد: ولو كانت الإجازة منه في الصحّة كانت الإجازة أولى من الدين ومن العتق ومن وصيّته.

قال أبو بكر: بمنزلة رجل وهب ماله في صحّته، [162أ] ثم أقرّ بدين فلا يبطل هبته.

قال محمد: فإن أجاز وصيّة أبيه في صحّته، ثم أقرّ على أبيه بدين يدين بالإجازة، فإن بقي شيء كان لأصحاب الدين، فإن لم يف[2455] ما بقي بالدين ضمن لأصحاب الدين مثل ما أجاز.

قال أبو بكر: لأنّه اعترف أنّه أتلف مال أبيه بإجازته وتمليكه مع ثبوت دين أبيه فيه، فضمن من أجل ذلك، ولا يصدّق على فسخ ملك الموصى له.

قال محمد: ولو أجاز في المرض، ثم أقرّ على والده بدين في مرضه يدين بدين الوالد.

قال أبو بكر: لأنّه بمنزلة هبته في مرضه ثم إقراره بالدين، لأنّ الإجازة[2456] كانت تمليكًا من جهته، وهبة المريض موقوفة على حال الموت، لأنّها وصيّة. ألا ترى أنّها من الثلث، فإذا أقرّ بدين بعد ذلك صار كمن أوصى، ثم أقرّ بدين، فيكون الدين أولى من الوصيّة.

قال محمد: ولو أجاز وصيّة أبيه في مرضه، ثم أقرّ على والده بدين في مرضه، ثم أقرّ على نفسه بدين في مرضه يُديّن بدين والده، فإن بقي وفاء يُديّن بدينه، فإن بقي شيء بعد ذلك أجزت إجازته بوصيّة والده من ثلثه.

قال أبو بكر: لمّا أقرّ على والده بدين في مرضه فقد اعترف بثبوت حقّ غرماء والده في العبد، وكان ذلك أولى من إجازته لما بيّنا من أنّ تمليك ماله في المرض موقوفٌ، وأنّه وصيّة لوجوب اعتباره من الثلث، فلمّا أقرّ بدين على نفسه كان الوجه أن يبدأ بدين والده من قِبل أنّه اعترف بحقّ الغرماء في عين المال في ذمّته [162ب] كرجل أقرّ في مرضه بوديعة ثم بدين، فيكون صاحب الوديعة أولى. وأيضًا فإنّ دين والده يثبت في ماله، ويمنعه الميراث إذا أحاط به ودينه لا يبقى ملكه، فكان دين أبيه أولى.

قال محمد: وإن أجاز وصيّة والده في مرضه، ثم أقرّ على نفسه بدين في مرضه، وأقرّ على والده بدين في مرضه، ثم مات ولم يدَع مالًا غير مال والده يدين بوصيّة والده من ثلثه، ثم يحاص أصحاب دينه ودين أبيه فيما بقي، فإن بقي شيء جاز ما أجاز من وصيّة الوالد من ثلثه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ إقراره بدين نفسه أوجب للغرماء تعلّق في حقّ ماله حتى لا يجوز من أجلهم هبته ووصيّته إلّا أنّ ذلك الحقّ يتعيّن في المال بعد موته، وما دام حيًّا فهو في ذمّته، ويكون من أجل تعلّق حقّ الغرماء موقوف التصرّف فيه، فإذا أقرّ بعد ذلك بدين أبيه فقد اعترف بحقّ في عين المال لغرماء أبيه، فصار كإقراره في المرض بدين ثم بوديعة قبيحًا صار فيه، وإن شئت جعلته كإقراره بدين على نفسه، ثم بدين آخر على نفسه قبيحًا صار فيه.

[2455] يفى.
[2456] اجازة.

قال محمد: ولو ادّعى رجل على والده دينًا، وادّعى صاحب الإجازةِ الإجازةَ، فصدّقهما جميعًا معًا كان الدين قبل الإجازة، ولم يضمن لأصحاب الإجازة شيئًا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الإجازة لا يثبت مع الدين كما لا يثبت البيع مع العتق، فلو باع رجل عبد رجل بغير أمره، وأعتقه آخر، فأجازهما كان العتق أولى. وأيضًا فإنّ دين الميّت يثبت حقّ [163أ] الغريم، والوصيّة فيما عدا الثلث لا توجب للموصى له ملكًا ولا حقًّا، فإذا صدّقهما فإجازته تمليك مبتدأ، وإقراره بالدين اعتراف[2457] بثبوت حقّ متقدّم فكان أولى.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا أعتق عبدًا له في مرضه، ثم مات وترك وارثًا، ثم إنّ وارثه حضره الموت، وله عبد قيمته مثل قيمة عبد والده، لا مال له غيره، فأجاز وصيّة والده وأعتق عبده، ثم مات ولم يدع مالًا غير ممّا يدين[2458] بثلث عبد الأوّل، فأعتق، ثم جمع ثلثا العبد الأوّل إلى الآخر، ثم أخرج ثلث ذلك، فاقتسمه العبدان على خمسة أسهم خمسًا ذلك للعبد الأوّل، وثلاثة أخماسه للعبد الآخر.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الوصيّتين جميعًا من طريق العتق الموقع، فينفذ وصيّة الأوّل من الثلث، فيجعل العبد ثلاثة، عتق منه واحدٌ، وبقي من وصيّته سهمان، ووصية الآخر جميع رقبته، وهو ثلاثة، فيكون ثلث الباقي من العبدين بينهما على خمسة للأوّل سهمان، وللثاني ثلثه.

فإن قال قائل: هلّا جعلت عتق العبد الآخر أولى ممّا بقي من وصيّة الأوّل، إذ كان الأوّل قد استحقّ العتق قبل الإجازة، وإنّما عملت الإجازة في إسقاط السعاية، فهي وصيّة من الثاني بالسعاية والوصيّة بالعتق، فتساويا فيها. ألا ترى أنّه لو أعتق عبدًا له في مرضه قيمته أكثر من ثلثه، وأوصى بوصايا[2459] غير ذلك، فأجازه الورثة ذلك كلّه أنّه يبدأ بثلث مال الميّت، فيجعل للعبد، ثم يجعل له باقي رقبته بالإجازة مقدّمًا [163ب] على سائر الوصايا.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا حضره الموت، وله ألفا درهم، ولا مال له غيرهما، فأوصى الرجل بأخذيهما، وأوصى لرجل آخر بالأخرى، ثم مات، فأجاز وارثه الوصيّين أحدهما قبل الأخرى في مرضه، ثم مات كان ثلث الألفين بينهما نصفين، ثم ينظر إلى ثلث ما بقي، فيكون أيضًا بينهما نصفين، وما بقي فلورثة الآخر.

[2457] اعترف.
[2458] مما بدين.
[2459] يوضانا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ إجازته لوصيّة أبيه بمنزلة وصيّة مبتدأة من جهته، والوصيّة في المرض أمرها مراعى[2460]، ولا يعتبر فيها التقديم والتأخير. ألا ترى أنّه لو وهب له عبدًا في مرضه، وهو ثلث ماله، ثم أوصى لآخر بعبد آخر أو وهبه له أنّهما يقتسمان الثلث على مقدار وصيّتهما، ولم يسلّم العبد الأوّل كلّه للموهوب له. وكذلك لو قال: "قد أوصيتُ بهذا العبد لفلان" فقبل، ثم قال: "وقد أوصيت به لفلان أنّه يكون بينهما نصفين"، فكذلك الإجازة للأوّل لا يوجب أن يكون أولى بها من الثاني، إذ كان حكم ملكه الذي وقع له بالإجازة مراعى[2461] كالهبة في المرض.

قال محمد: ولو كان الوارث أجاز وصيّة أحدهما في صحّته، ثم أجاز الآخر كان للذي أجاز له أوّلًا أوْلى.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه ملك المال بالإجازة ملكًا صحيحًا غير مراعى. ألا ترى أنّ من وهب ماله في صحّته لم يكن ذلك مراعًا، وإذا كان كذلك انفسخت وصيّة الآخر، إذ لا يمكن المجيز فسخ ما أجازه للأوّل.

فإن قال قائل: ما أنكرت أن يكون إجازة [164أ] الوارث لما كانت إنّما هي إسقاط حقّه من المال، لا تمليكًا من جهته، بل التمليك يقع بها من جهة الميّت متى صحّت الإجازة من جهته، ومتى أسقط حقّه من الوصيّتين، فواجب أن يقع الملك للموصى لهما من جهة الميّت، ولا يكون الأوّل أولى بها من الآخر كما قلت في الراهن إذا أجّر العبد من رجل، وقد كان باعه من آخر قبل ذلك، فأجاز المرتهن الإجارة أنّ البيع أولى لسقوط حقّ المرتهن من الرهن، فيجوز حينئذ لفرقا الراهن على حسب ما كان يجوز لو لم يكن رهنًا.

قيل له: إنّ الوصيّة وإن كانت مملوكة من جهة الميّت فقد كان فسخ إحدى الوصيّتين وإجازة الأخرى، ولا فرق بين أن يفسخها بالقول أو بفعل يوجب فسخها، ويكون دلالة عليه، وإجازته لإحديهما بدءًا قصدٌ منه إلى فسخ الأخرى، لأنّه قصد إلى تمليكه المال، ولا يصحّ وقوع ملك الآخر فيه مع حصول ملك المجاز له، فلذلك انفسخت الآخرى. وأمّا المرتهن فليس له أن يفسخ عقد الرهن[2462] ولا ينفسخ بقوله، وإنّما يفسخه الحاكم إذا لم يرضَ المستأجر، والمشتري إلى وقت الفكاك، فلذلك اختلفا.

مسألة

قال محمد: ولو أوصى رجل بأكثر من ثلثه، فورثه رجل، ثم مات قبل أن يجيز، وقد أوصى أيضًا بأكثر من ثلثه، فورثه آخر، ثم أجاز هذا الآخر في مرضه الوصيّتين جميعًا، فإنّ أصحاب وصيّة الأوّل يأخذون ثلث ما ترك الميّت الأوّل، ثم يجمع ما بقي، فيُقسم بين أصحاب الوصيّتين على ما بقي لهم ممّا أجاز لهم الوارث [164ب] الآخر، فإن كان الموصى الأوّل أوصى بألف بعينها، وهي جميع ماله لرجل، ثم مات، فورثه[2463] رجل له ألف درهم، فأوصى بها وبالأولى لرجل

[2460] مراعًا.
[2461] مراعًا.
[2462] الرهن.
[2463] فورثة.

آخر، ثم مات، فورثه رجل آخر، فحضره الموت، ولا مال له، فأجاز الوصيّتين جميعًا، فإنّ للموصى له الأوّل ثلث الألف الأولى، وللموصى له الآخر تُسعا الألف الأولى وثلث الألف الأخيرة، ثم يجمع ما بقي من الألفين، فيخرج ثلثه، فيضرب فيه الأوّل بأربعة أتساع الألف، والثاني بأربعة أتساع الألف الأولى، وبثلثي الألف الأخيرة في قول أبي يوسف ومحمد. وفي قياس قول أبي حنيفة يضرب الأوّل بتسع الألف، ويضرب فيه الآخر بثلاثة أتساع الألف وثلث تسع الألف.

قال أبو بكر: ووجه ذلك: أنّ الأوّل وصيّته ألف درهم، وهي تسعة قد أخذ منها الثلث ثلاثة، بقي ستة ثلثه، وهو تُسعان وثلث الألف الآخر، وهو ثلثه للموصى له الثاني، لأنّه ثلث مال الميّت الثاني، ثم يجمع ما بقي الألفين، وهو أربعة من الألف الأولى وستّة من الألف الآخرة، فذلك عشرة أسهم، وهو ألف وتسع ألف، فيخرج ثلثه، لأنّ ذلك جميع مال الميّت الآخر، فيضرب فيه الأولى بأربعة أتساع الألف الأولى، لأنّ ذلك هو الباقي من وصيّته، لأنّه أوصى له بألف بعينها، وذلك تسعة، فقد أخذ منها ثلثه، وهي ستّة أخذ الموصى له الثاني منهما سهمين، واستحقّهما بوصيّته، فهو شيء كأنّه هلك من جملة الألف، فلا يضرب بهما، لأنّ وصيّته كانت بالألف بعينها، فما ذهب منها بطلت وصيّته فيه، فيبقى من وصيّته في الألف الأولى أربعة أسهم من تسعة، فيضرب [165أ] في ثلث مال الميّت الآخر.

وأمّا الموصى له الثاني فقد أوصى تلك الأربعة الأتساع الباقية من الألف الأولى كما أوصى بها للأوّل قد أوصى له أيضًا بما بقي من الألف الآخرة، وذلك ثلثاها وهي ستّة أسهم، فحمله ما يضرب به عشرة أسهم أربعة من الألف الأولى وستّة من الألف الآخرة، وذلك ألف، وتسع ألف، ويضرب الأوّل بأربعة أسهم من تسعة، فيكون ثلث الباقي من المال بينهما على سبعة، للأوّل منه سبعاه، وللثاني خمسة أسباعه، وهذا قول أبي يوسف ومحمد، لأنّهما يضربان للموصى له بجميع وصيّته وإن زادت على الثلث.

وأمّا في قول أبي حنيفة فيضرب الأوّل بتسعي الألف من قبل أنّ الستّة الأتساع الباقية من الألف الأولى لما أخذ الثاني منها سهمين بقيت أربعة هي وصيّة لهما في عين، فهو بينهما نصفين هكذا مذهب أبي حنيفة في الوصيّة بالأعيان. ألا ترى أنّه لو وصّى بعبده هذا لفلان، وأوصى به أيضًا لرجل آخر، وأوصى بوصايا كثيرة يزيد على الثلث أنّ كلّ واحد من الموصى لهما بالعبد لا يُضارب أصحاب الوصايا إلّا بنصف العبد على مذهبه. فكذلك لا يُضرب في مسألتنا إلّا بنصف الأتساع الباقية، لأنّها موصى بها لهما جميعًا يُضرب فيه الآخر بثلاثة أتساع الألف وبثلث تسع الألف، وذلك لأنّا لما جعلنا كلّ ألف تسعة استوفى في الموصى له الأوّل ثلثه من الألف الأولى، واستوفى منهما الثاني سهمين بقيت أربعة، واستوفى الثاني أيضًا من الألف الثانية ثلاثة بقيت منها ستّة، فمال الثاني إنّما هو [165ب] عشرة أتساع، فلا يضرب عند أبي حنيفة الثاني إلّا بثلث مال الميّت الآخر، وذلك ثلث العشرة الأتساع، وهو ثلاثة أتساع الألف وثلث تسع الألف.

باب من الوصايا التي تجب للموصى له فيها قيمة العبد

قال محمد: وإذا أوصى الرجل لرجل بغلام يخرج من ثلثه، فمات الموصى، فقطع رجل يد الغلام خطأً قبل أن يقبل الموصى له الوصيّة، ثم قبل الموصى له الوصيّة بعد موت الغلام من قطع اليد أو قبل[2464] موته سواء، ويكون على القاتل قيمة العبد على عاقلته للموصى له، ولا شيء للورثة من ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ القطع وقع، والعبد موقوف على الموصى له فيما حصل من قيمته، فهو له، وذلك مثل المشتري إذا كان بالخيار، فجنى على العبد جناية، فله أن يجيز البيع، ويأخذ الأرش.

مسألة

قال محمد: ولو أوصى لرجل بغلام يخرج من ثلثه، فقطع رجل يد الغلام خطأ قبل موت الموصى، ثم مات الموصى، ثم مات الغلام من قطع اليد قبل أن يقبل الموصى له الوصيّة، ثم قبل الموصى له الوصيّة بعد موت العبد، فإنّ أرش اليد يكون للورثة، ويكون قيمة العبد مقطوع اليد للموصى له إن قبل، ولا يكون له من أرش اليد شيء، وإن لم يقبل كانت قيمة العبد كلّها للورثة، ولا يبطل من قيمة العبد شيء في الوجهين جميعًا.

قال أبو بكر: وإنّما كان أرش اليد للورثة، لأنّها قطعت في حياة الموصي قبل أن يصحّ للموصى له وصيّته، لأنّ الوصيّة إنّما يصحّ بالموت، فلمّا وُجد الموت [166أ] واليد مقطوعة لم يكن له منها شيء. ألا ترى أنّ العبد نفسه لو قبل في حياة الموصي بطلت وصيّته فيه، فكذلك اليد، وإنّما كان للموصى له قيمة العبد، وإن وقعت الجناية في غير ملكه من قِبل أنّ القيمة وجبت، والعبد موقوف الحكم لم يدخل في ملك الموصى له قيمة العبد، وإن وقعت الجناية في غير ملكه من قِبل أنّ القيمة وجبت، والعبد موقوف الحكم لم يدخل في ملك الموصى له، فكان موقوفًا على ملك الميّت وملك الموصى له. ألا ترى أنّ الموصى له لو ردّ الوصيّة لقضيت ديون الميّت من القيمة، وأنفذ منها وصاياه، فلمّا كان موقوفًا عليه وعلى الموصى له لم يبطل عن الجاني حكم السراية، لأنّ الملك الذي وقعت فيه الجناية كأنّه باقٍ، وزوال ملك الميّت بالموت لا توجب بطلان السراية. والدليل عليه: ما لا يعلم فيه خلافًا أنّ رجلًا لو قطع يد عبد رجل، فمات المولى، ثم مات العبد من القطع، أنّ القيمة واجبة للورثة، ولم يبطل حكم السراية لأجل زوال ملك المولى بالموت. فكذلك في مسألتنا لما حدثت[2465] السراية، والعبد موقوف على حكم ملك الميّت، والموصى له على ما وصفنا كان حكم السراية ثابتًا، وكانت القيمة للموصى له إذا قبل الوصيّة.

قال محمد: ولو لم يكن للميّت مال غير العبد فأجازت الورثة للموصى له الوصيّة كان هذا والأوّل سواء.

قال أبو بكر: لأنّ وصيّته قد صحّت في العبد المقطوع بإجازتهم، فاستحقّ القيمة.

[2464] قتل.

[2465] لما جدبت.

قال محمد: وإن لم يجيزوا كان للورثة أرش اليد وثلث قيمة النفس، وللموصى له ثلثا قيمة النفس. [166ب]

قال أبو بكر: لأنّ الورثة قد حصل لهم أرش اليد، وهو نصف القيمة، وبقي العبد المقطوع، وهو النصف الباقي، فيكون له ثلث جميع المال، وهو ثلثا العبد والمقطوع.

مسألة

قال محمد: وإذا أوصى الرجل لرجل بغلام يخرج من ثلثه، فقطع رجل يد الغلام في حياة الموصي، ثم مات الموصى له الوصيّة، ثم مات العبد من القطع، فعلى القاطع أرش اليد للورثة، وليس عليه من قيمة النفس شيء، وإن لم يقبل الموصى له الوصيّة كانت قيمة العبد للورثة على القاتل.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الملك قد صحّ للموصى له قبل موت العبد، فسقط حكم السراية كرجل قطع يد عبد رجل، ثم باعه المولى أو وهبه أنّ حكم الجناية يسقط[2466]، لأنّه لا يجوز أن يثبت للمشتري حكم السراية، ولم يثبت له حقّ نفس الجناية. ألا ترى أنّ مرتدًا لو قُطع يده، ثم أسلم، ثم مات من القطع لم يكن على القاطع شيء، لأنّ حكم الجناية لم يثبت، فلم يثبت حكم السراية، ولا يشبه هذه المسألة الأولى من قِبل أنّ السراية حدثت، والعبد موقوف لم يحصل بعد في ملك الموصى له. ألا ترى أنّ الموصى له لو لم يقبل الوصيّة كان العبد باقيًا على مِلك الميّت، وإذا لم يقبل الموصى له الوصيّة فالقيمة عليه للورثة، لأنّه لم يحدث هناك ملك يأتي بعد الجناية، لأنّ الورثة إنّما يخلفون الميّت في ملكه.

قال محمد: وإن لم يكن للميّت مال غير العبد فأجازت الورثة الوصيّة كان هذا والأوّل سواء.

قال أبو بكر: لأنّ الموصى له قد ملك جميع العبد، فبطل حكم السراية فيه. [167أ]

قال محمد: فإن لم يجيزوا الوصيّة وقد قبل الموصى له الوصيّة قبل موت العبد بعدما مات[2467] الموصى، فإنّ للورثة أرش يد العبد وثلث قيمة النفس، إن كان خطأ فعلى العاقلة من ذلك ثلث أرش اليد وثلث قيمة النفس، وفي مال القاتل ثلثا أرش اليد. وإن كان عمدًا فذلك كلّه في مال القاتل فلا شيء للموصى له، ويبطل ثلثا قيمة العبد أقطع.

قال أبو بكر: ما حصل من ذلك للموصى له، وهو ثلثا العبد أقطع يبطل حكم السراية فيه لما بيّنا، وإنّما كان للورثة أرش يد العبد وثلث قيمة العبد أقطع، وهو سدس الجميع، فيحصل لهم ثلثا مال الميّت من قِبل أنّ أرش اليد قد كان وجب بالقطع في حياته لا حقّ لأحد فيه غير الورثة، وثلثا العبد أقطع لم يجز الوصيّة فيه، فبقي على حكم ملك الميّت، لأنّ الورثة استحقّوه، فثبت حكم السراية فيه، وإنّما كان على العاقلة من ذلك ثلث أرش اليد وثلث قيمة النفس، لأنّ الجزء من النفس وإن قلّ فإنّ العاقلة يحمله، وما بان أنّه من اليد أيضًا يحمله العاقلة. ألا ترى أنّ رجلًا لو قطعت يد عبده، ثم باع بصفة،

[2466] تسقط.
[2467] فات.

ثم مات من القطع أنّ على الجاني أرش اليد ونصف قيمة النفس ممّا بقي، ويكون على العاقلة من ذلك نصف قيمة النفس أو قطع أرش ونصف أرش اليد، فيدخل ما كان يحدّ النفس من اليد في النفس، ويلزم العاقلة. [167ب]

باب بيع الوصيّ وأمين القاضي

قال محمد: وإذا أوصى الرجل عند موته إلى رجل، وأمره أن يشتري له نسمة بثلث ماله، ويعتقها عنه، ثم مات الرجل، وترك تسعمائة، فاشترى الوصيّ نسمة[2468] بثلاثمائة درهم بأمر القاضي أو بغير أمره، فأعتقها عن الميّت، ثم أنّ الميّت لحقه دين ستّمائة، فإنّ الغريم يأخذ الستّمائة درهم من العين، ويكون العبد المعتق حرًّا عن الوصيّ، ويضمن الوصيّ الثمن كاملًا، فيأخذ الورثة منه مائتي درهم، ويشتري الوصيّ بالمائة نسمة أخرى، فيعتقها عن الميّت.

قال أبو بكر: صحّة الوصيّة موقوفة على سلامة المال للميّت، فإذا استحقّ مال الميّت بالدين بطلت الوصيّة في المقدار المستحقّ به، ولا فرق في ذلك بين دين كان موجودًا عند الموت[2469] وبين دين لحق بعد الموت. والدليل على ذلك: إنّ الدين الذي يلحق بعد الموت يكون مأخوذًا من الميراث كما أنّ الدين الموجود عند الموت مأخوذ من الميراث. ألا ترى أنّه لو ترك عبدًا فأعتقه الوارث، ثم لحق الميّت دين أنّ الوارث يغرم القيمة، كذلك في مسألتنا عتق الوصيّ النسمة موقوف على سلامة المال وبقائه على حكم الميراث، فإذا لحق دين بطلت الوصيّة، وصار الوصيّ مشتريًا للنسمة لنفسه ومعتقًا لها من ماله، فلذلك غرم ثمنها.

قال محمد: ولو لم[2470] له [168أ] وصيّ، فاشتراها القاضي أو أمينه، وأعتقها، ثم لحقه دين ستّمائة درهم لم يضمن المشتري شيئًا، ولم يجز العتق.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ القاضي لا يلحقه الضمان فيما يتصرّف فيه للمسلمين على جهة الاجتهاد والحكم، لأنّه لو لحقه ضمان صار خصمًا فيه، فكان ذلك يمنع جواز حكمه، وإذا كان ذلك فالقاضي لم يلزمه ضمان الثمن، وإنما لزم الثمن مال الميّت، فحصل المشتري له في الوجوه كلّها، ولم يجز العتق، لأنّ الدين الذي لحق يمنع جواز عتقه كما لو كان الدين موجودًا عند الموت لما جاز عتقه. فأمين القاضي في ذلك كهو نفسه، لأنّه قائم مقام القاضي، فلو لحقه ضمان لرجع به على القاضي، وقد بيّنا أنّ القاضي لا يجوز أن يلحقه ضمان في ذلك. وممّا يدلّ على الفرق بين القاضي والوصيّ: إنّ الوصيّ لو لم يعتق النسمة حتى لحق الميّت الدين كان الوصيّ مشتريًا لها لنفسه، ولو كان القاضي لا يمنع اشتراها، ولم يعتقها حتى لحق الدين كان الشراء واقعًا للميّت لا للقاضي.

[2468] نسيمه.
[2469] + الموت.
[2470] يبدو هنا يوجد سقط.

فإن قال قائل: لحاق الضمان القاضي لا يمنع جواز حكمه كما أنّ الشاهد قد يلحقه الضمان بالرجوع عن الشهادة، ولم يمنع ذلك جواز شهادته، ولم يوجب كونه خصمًا فيها.

قيل له: إنّ الشهادة ليست معنى يوجب[2471] الضمان بنفسها، ولو كانت الشهادة توجب الضمان لكان خصمًا فيها، وإنّما الموجب للضمان معنى آخر غير الشهادة، فلذلك جازت. وأمّا الشراء فإنّه يوجب[2472] الضمان بنفسه، فلو لحق القاضي به ضمان به [168ب] لما جاز حكمه فيه، لأنّه حينئذ يكون خصمًا، والوصيّ الذي يقيمه القاضي للميّت بمنزلة وصيّ الميّت، لأنّ القاضي لم يقمه مقام نفسه، وإنّما أقامه مقام الميّت.

باب من الوصايا التي يكون بعضها رجوعًا وبعضها غير رجوع

قال محمد: وإذا أوصى الرجل فقال: "قد أوصيت بهذه الألف لفلان وفلان، لفلان منها مائة"، ثم مات، وهو يخرج من ثلثه، فالذي سمّى المائة مائة، وما بقي وهو تسعمائة للآخر، ولو هلك منها خمسمائة وبقي خمسمائة كان الباقي بينهما على عشرة. وكذلك لو قال: "لفلان منها مائة، ولفلان ما بقي" كان كذلك أيضًا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لمـّا قال: "هي لفلان وفلان" قد سمّى لهما جميعًا، فلمّا فسّر فقال: "لفلان مائة" صار ذلك بيانًا للمسمّى، فكأنّه قال: "لفلان مائة ولفلان سبعمائة"، فما هلك هلك من وصيّتهما من الباقي بينهما على قدر ما أوصى لهما.

قال محمد: ولو أوصى مع ذلك بألف أخرى من ماله لآخر، ولم يهلك شيء اقتسموا الثلث نصفين، فيأخذ صاحب الألف منها خمسمائة، وأخذ هذا خمسمائة عشرها لصاحب المائة وتسعة أعشار لصاحب التسعمائة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ كلّ واحد منهما يضرب بالثلث بوصيّته، فيكون بينهما على ما ذكرنا. ويدلّ على أنّ قوله: "إنّ لفلان [169أ] منها مائة" ليس فيه رجوع في الثلث بوصيّته، فيكون بينهما على ما ذكرنا. ويدلّ على أنّ قوله: "إنّ لفلان منها مائة" ليس فيه رجوع عن شيء ممّا أوصى به، وإنّه تفسير له قول الله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾[2473]، ولو قال رجل لامرأته: "أنت طالق ثنتين" كان قوله: "ثنتين" تفسيرًا، ولو لم يكن تفسيرًا لوجب إيقاع الثلاث، التطليقة الأولى والثنتين.

قال محمد: ولو قال: "هذه الألف لفلان منها مائة ولفلان ما بقي"، وهي تـخرج من ثلثه، ثم هلك خمسمائة منها أخذ صاحب المائة مائة كاملةً، والباقي للآخر.

[2471] فانه توجب.
[2472] فانه توجب.
[2473] النساء، 11/4.

قال أبو بكر: وذلك أنّ صاحب ما بقي لم يسمّ له شيء، وإنّما أوصى له بما يبقى بعد استيفاء هذه المائة، فما دام هناك ما يمكن استيفاء المائة منه استوفيت لصاحبها، والباقي للآخر. ألا ترى أنّه لم يجعل بينهما شركةً فيها، وإنّه لو لم يبق بعد المائة شيء لم يستحق الآخر شيئًا، فعلمنا أنّهما ليسا شريكين فيها، وليست هذه كالأولى، لأنّه قال في الأولى بدءًا: "أوصيت بها لفلان وفلان"، وهذا اللفظ يوجب[2474] الشركة.

قال محمد: ولو أوصى مع ذلك لآخر بألف أخرى من ماله أو بثلث بالألف بعينها، وثلث ماله ألف درهم، لم يكن لصاحب ما بقي شيء، ويُقسم الثلث على أحد عشر بين صاحب الألف وبين صاحب المائة.

قال أبو بكر: [169ب] وذلك لأنّ صاحب ما بقي ليست له تسمية، إنّما هي ما بقي من الألف[2475] بعد إنفاذ الوصايا، فإذا استغرقت الوصايا الألف لم يكن له شيء.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا قال: "ثلث مالي لفلان وفلان، لفلان منه مائة درهم"، وثلثه يوم أوصى ألف درهم، وهلك نصف المال بعد موته حتى صار خمسمائة درهم، فإنّ لصاحب المائة مائة كاملة، ولصاحب الثلث أربعمائة. وكذلك لو قال: "ولفلان ما بقي"، والمسألة على حالها.

قال أبو بكر: هذا وقوله: "أوصيتُ لهما بهذه الألف لفلان منها مائة" سواء إلّا في وجه واحد، وهو: أنّ ما بقي من الثلث بعد المائة لم يكن معلومًا في حال الوصيّة، لأنّه قد يزيد وينقص، فلذلك أوفى صاحب المائة بعد هلاك نصف المال مائة كاملة، وأعطى الآخر ما بقي. ألا ترى أنّ ثلثه لو كان يوم أوصى ألف درهم ويوم مات خمسمائة أعطى صاحب المائة مائة كاملة. وأمّا إذا قال: "قد أوصيتُ لهما بألف لفلان منها مائة" فكأنّه قال: "ولفلان تسعمائة"، فيكون الباقي بعد الهلاك بينهما على عشرة.

مسألة

قال محمد: ولو قال: "قد أوصيتُ لفلان من ثلث مالي بمائة درهم ولفلان ما بقي"، وثلثه ألف، فهلك نصفه بعد موته، فصار ثلثه خمسمائة، فلصاحب المائة مائة كاملة، والأربعمائة لصاحب ما بقي، ولو لم يهلك من المال شيء، وأوصى بثلثه لإنسان آخر أيضًا كان الثلث [170أ] بين صاحب المائة وصاحب الثلث على أحد عشر، وبطلت وصيّة صاحب ما بقي.

[2474] توجب.
[2475] الألف.

قال أبو بكر: وذلك لما وصفنا من أنّ صاحب المائة ما بقي ليس له تسمية، وإنّما له ما بقي، فإذا استغرق أصحاب التسمية الثلث بوصاياهم لم يكن لصاحب ما بقي شيء معهما، وليس ذلك كقوله: "مالي لفلان وفلان لفلان منه مائة"، ويوصي لآخر بالثلث، فيضارب صاحب ما بقي بعد المائة مع الآخرين من قبل أنّه قد جعله شريكًا في الحال حين قال: "لفلان وفلان".

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا ترك ثلاثة آلاف[2476] ردهم، كلّ ألف في كيس على حدّة، فقال: "قد أوصيتُ لهذا بما بقي من هذه الألف لألف بعينها"، ثم مات، وله الألف كلّها وصيّة.

قال أبو بكر: لأنّ وصيّته صحيحة بالألف، ولم يُستحقّ منها شيء، ودخول من ههنا للتمييز كأنّه بيّن بها أنّ الموصى به دراهم ليس غيرها كما يقول: "ثوبٌ من قُطْن، وخاتم من حديد"، فهو للتمييز لا للتبعيض[2477].

قال محمد: ولو قال: "قد أوصيت له بما بقي من هذه الألف"، ثم نظر إلى ألف أخرى، فقال: "قد أوصيت لفلان بهذه الألف"، ثم مات، كانت هذه الألف وصيّة لصاحبها، وليس للذي أوصى له بما بقي من تلك الألف شيء.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه إنّما جعل وصيّته فيما بقي، فإذا استحقّ الثلث غيره بوصيّته لم يبق له شيء، ولا يضاربه أيضًا [170ظ] بشيء، لأنّه لم يثبت عندنا أنّه أوصى له ممّا فوق الثلث بشيء، إذ جعل وصيّته في الباقي، فكأنّه قال: "بقيت هذه الألف من الثلث، فقد أوصيت له بها".

مسألة

قال محمد: ولو قال: "قد أوصيت لفلان وفلان بهذه الألف، لفلان منها ستّمائة ولفلان سبعمائة" كانت الألف بينهما على ثلاثة عشر، وذلك لأنّه لمـّا تقدّر استيفاء التسميتين جميعًا من ألف واحدة صرفنا تسميته إلى وجه تصحّ، وهي المضاربة بها، وهذا مثل عَوْل الفرائض.

قال محمد: ولو قال: "أوصيت لفلان وفلان بهذه الألف، لفلان منها ألف" كانت الألف كلّها لفلان.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ قوله: "لفلان وفلان بهذه الألف" لفظ مجمل، فلمّا فسّره بما ذكر لم يبق للأوّل شيء، وإن شئت قلت: إنّ اللفظ الأوّل يوجب[2478] الشركة والثاني ينفيها، فصار رجوعًا عن الوصيّة للآخر.

[2476] ألف.
[2477] لا لتبعيض.
[2478] توجب.

قال محمد: ولو قال: "لفلان منها ألف ولفلان منها ألف"، فيسمّاها نصفين.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه ساوى بينهما في التسمية، ومعلوم أنّه لم يرد تمليك الألف كلّها لهذا ولهذا لاستحالة ذلك، فعلمنا أنّه أراد المضاربة فيها بالتسمية، ولم يجز أن يخرج أحدهما من الوصيّة، إذ ليس واحد منهما أوْلى بالإخراج من الآخر، ولا جائز أن يخرجهما مع ما يقتضيه تفسيره من إيجاب المال لهما. [171أ]

قال محمد: ألا ترى أنّه لو قال: "أوصيت لفلان وفلان بثلث مالي، لفلان منها ألف ولفلان منها ألفان"، فكان الثلث ألف درهم اقتسما ذلك على ثلاثة أسهم، فكذلك هذا.

قال أبو بكر: وهذا نبيّن ما قلنا من قِبل أنّه لمـّا سمّى لكلّ واحد منهما شيئًا معلومًا علمنا أنّه أوجبه لهما على سبيل التضارب.

قال محمد: ولو قال: "قد أوصيت لفلان وفلان بهذه الألف، لفلان منها ألف ولفلان الآخر من الألف التي أوصيتُ بها لفلان ألف درهم" كانت الألف كلّها لفلان الآخر.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه قصد في هذا الموضع إلى عين الألف الموصى بها للأوّل، ولا يشبه هذا إطلاقه اسم الألف من غير تعيين. ألا ترى أنّه لو قال: "قد أوصيت بثلثي لفلان وفلان، لفلان ألف درهم ولفلان من تلك الألف ألف درهم"، فكان ثلاثة آلاف[2479] درهم، كانت الألف كلّها للآخر.

باب ما يجوز لليتيم أن يفعله إذا أُذن له في التجارة

قال محمد: وإذا مات الرجل، وأوصى إلى رجل، وترك ابنًا صغيرًا ابن عشر سنين يفعل[2480] الشراء والبيع، فأذن له وصيّه في التجارة فهو جائز.

قال أبو بكر: وذلك لقول الله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ [171ب] حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾[2481]، والابتلاء لا يكون إلّا بالإذن له في التصرّف لاستبراء حاله في معرفة الشراء والبيع وحفظ المال، ومعلوم أنّ ذلك قبل البلوغ، لأنّه قال: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾، و"حتى" للغاية، فعلمنا أنّه قد يذهب إلى ابتلائه قبل بلوغه، ولأنّ اليتيم اسمٌ يتناول الصغير الذي لم يبلغ لقول النبي صلى الله عليه وسلم: ((لا يُتْم بعد الحُلم))[2482].

قال محمد: ويجوز شراؤه بعد الإذن وبيعه وإقراره.

[2479] ألف.
[2480] بفعل.
[2481] النساء، 6/4.
[2482] سنن أبي داود، الوصايا، 9؛ السنن الكبرى للبيهقي، 57/6؛ مسند البزار (البحر الزخار)، 350/12؛ مسند الطيالسي، 322/3؛ مصنف عبد الرزاق، 416/6؛ المعجم الكبير للطبراني، 14/4.

قال أبو بكر: لمـّا جاز شراؤه جاز إقراره، لأنّه إذا ملك العقد ملك الإقرار به، إذ كلّ مَن ملّك شيئًا جاز إقراره فيه، فإذا أقرّ بثمن مبيع اشتراه جاز إقراره. وكذلك لو أقرّ بعبد تركه أبوه أنّه لغيره كما لو أقرّ أنّه باعه من المقرّ له، وقبض ثمنه جاز إقراره.

قال محمد: ولو اشترى شيئًا فباعه من الوصيّ أو أقرّ للوصيّ بشيء لم يجز بيعه ولا إقراره في قول أبي يوسف ومحمد.

قال أبو بكر: لأنّ الإذن وقع من جهته، فلم يصح له ذلك إلّا بقوله، فصار كشرائه مال اليتيم من نفسه، فلا يجوز على قولهما كان خيرًا لليتيم أو لم يكن.

قال محمد: وكذلك لو كان وصيًّا ليتيمين فأذن لهما في التجارة، فباعا منه أو اشتريا لم يجز ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لما وصفنا.

قال محمد: وكذلك لو باع أحد اليتيمين [172أ] من صاحبه أو اشترى.

قال أبو بكر: وهذا كلّه معناه واحد، وهو إنّ الإذن إذا كان من جهة واحدة[2483] لم يجز عقد أحدهما مع الآخر كما لا يجوز عقد الوصيّ نفسه لو اشترى ن أحدهما للآخر.

قال محمد: ولو كان اليتيمان لكلّ واحد منهما وصيّ أوصى إليه أبوه، فأذن وصيّ كلّ واحد له في التجارة، فباع أحدهما من صاحبه شيئًا أو اشترى فهو جائز. وكذلك إنّ إقراره بدين أو وديعة في قولهم جميعًا.

قال أبو بكر: لأنّ كلّ واحد منهما إنّما جاز تصرّفه بإذن وصيّه[2484] دون إذن وصيّ الآخر فهو كشراء أحد الوصيّين من الآخر مالًا لليتيم الذي في حجره، فيجوز. وأمّا في قول أبي حنيفة: فللوصيّ أن يشتري من مال اليتيم لنفسه إذا كان خيرًا لليتيم.

قال أبو بكر: ويعني بقوله: "خيرًا لليتيم" أنّه يشتريه بأكثر من قيمته، وقد بيّن ذلك في مواضع. وجه قوله في ذلك: قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾[2485]، فقد أباح التصرّف فيه ﴿بالتي هي أحسن﴾، فاقتضى عموم ذلك جواز شرائه من ماله إذا كان خيرًا له. وأمّا إذا كان مثل القيمة فلم يوجد شرط الآية، فهو باقٍ[2486] على الخطر.

فإن قال قائل: فقد جاز للأب أن يشتري من مال اليتيم بمثل القيمة كما يبيع من غيره، ويجوز أيضًا [172ب] بأقلّ قيمته بما يتغابن الناس فيه، فما الفرق بينه وبين الوصيّ؟

[2483] واحد.
[2484] وصيّة.
[2485] الأنعام، 152/6.
[2486] باقي.

قيل له: الأب مخصوص في جواز بيعه من نفسه، والمعنى فيه: أنّه استحقّ الولاية على الصبيّ بنفسه، لأنّا سبقنا لها إليه من جهة غيره، وليست هذه المزيّة لمن سِواه، فلم يكن منهما في شرائه مال الابن لنفسه كما ليس ثمنهم في بيعه من غيره. وأمّا الوصيّ فكان القياس عند أبي حنيفة فيه أن يكون كسائر الناس إلّا أنّه استحسن إجازةً سواه لما وصفنا، والله أعلم بالصواب.

آخر كتاب الوصايا، والحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على خير خلقه ومُظهر حقّه محمد النبي الأميّ وعلى آله الطاهرين.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب المكاتبة

باب من المكاتبة والوصيّة في ذلك

قال محمد: وإذا كاتب الرجل أمته وهي حاملٌ على ألف درهم، وشرط عليها على أنّ ما في بطنها من ولد فهو له ليس في المكاتبة، [173أ] فإنّ المكاتبة فاسدة، فإن أدّت المال قبل الولادة أو بعد الولادة عتقتْ وعتق ولدها، وسعت في فضل قيمتها إن زادت على المكاتبة.

قال أبو بكر: إنّما فسدت الكتابة من قِبل أنّ عقد الكتابة عليها يقتضي دخول ولدها فيه، فلا يجوز استثناء الولد منها، وأوجب ذلك فساد الكتابة من قِبل أنّه لا يجوز إثبات الكتابة فيها، وأوجب ذلك فساد الكتابة من قِبل أنّه لا يجوز إثبات الكتابة فيها دون ولدها، ولا يجوز أن يبطل شرطه ويجيز الكتابة، لأنّ المولى لم[2487] يرضَ بذلك فبطلت الكتابة، إذ كانت ممّا يلحقه الفسخ، وإذا لم يصح الشرط فسدت الكتابة.

فإن قال قائل: فهلّا أبطلت الشرط وأجزت الكتابة عليها وعلى ولدها، كما لو شرط عليها ألّا يخرج من الكوفة جازت الكتابة، وبطل الشرط.

قيل له: من قِبل أنّ المولى شرط بقاء الولد على ملكه غير داخل في الكتابة، وله في هذا نفع، فلا جائز إبطال شرطه، وإذا ثبت الشرط وامتنع جواز الكتابة عليها دون ولدها بطلت الكتابة. وأمّا شرطه "ألّا يخرج من الكوفة" فليس هو معنى معلّق عليه الكتابة، ولا ينفع المولى ذلك، وهي إذا صارت في يد نفسها بالكتابة كان له الخروج من الكوفة، فلذلك اختلفا [173ب] وإنّما عتق الولد بعتق الأمّ من قِبل أنّ الكتابة الفاسدة إذا انضم إليها الأداء عتق به المكاتب، فدخل الولد في الكتابة الفاسدة من جهة الحكم كما يدخل في الصحيحة، وعتق بعتقها كما يعتق بالكتابة الصحيحة إذا وقع فيها الأداء.

[2487] لمن.

قال محمد: وكذلك لو أوصى بها لرجل، وأوصى بما في بطنها لآخر فكاتبها صاحب الرقبة، واشترط في المكاتبة على رقبتها دون ما في بطنها، فالمكاتبة فاسدة على ما وصفنا لك.

قال أبو بكر: والمعنى في هذه ما ذكرنا في الأولى.

قال محمد: ولو لم يشترط ذلك كانت المكاتبة جائزة إن أجازها صاحب الوصيّة، لأنّ الولد قد دخل في ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لم[2488] يشرط في العقد ما يفسده، والعقد على الأمّ عقد الولد، فلذلك جازت الكتابة.

مسألة

قال محمد: وإذا تزوّج الرجل المرأة على جارية حامل أنّ ما في بطنها للزوج، فالنكاح جائز على رقبة الجارية وعلى ما في بطنها، والشرط باطل.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ العقد قد صحّ على الجارية لا محالة، لأنّ العقد الموجب لتسليمها صحيح لا يُفسده فساد البدل، فلمّا صحّ العقد عليها وكانت صحّة العقد فيها موجبة لدخول الولد معها وجب أن يدخل الولد فيه. وكذلك الخلع والصلح من دم العمد، وليس[2489] كذلك الكتابة لمعنيين، أحدهما: أنّها قد [174ا] يلحقها الفسخ لأجل فساد البدل[2490] والنكاح والخلع والصلح من دم العمد يصحّ مع فساد البدل ومع عدمها أيضًا.

والمعنى الآخر: أنّ عقد النكاح ونظائره يصحّ على الجهالات التي لا يصحّ معها عقد الكتابة. ألا ترى أنّ عقد النكاح يصحّ بمهر المثل، وقد أوجب النبي صلى الله عليه وسلم في الديّة مائة من الإبل[2491]، وأوجب في الجنين غُرّة عبد أو أمة، والخلع كذلك، فلمّا كان ذلك كذلك لم يفسده الشروط الفاسدة، ولمـّا لم يجز في الكتابة من الجهالة ما يجوز في هذه العقود اعتبر فيها حكم الشروط التي لها حظّ في العقد، فلم يجز مع استثناء الولد.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا وهب لرجل جاريةً حاملًا على أنّ ما في بطنها للواهب، وقبض ذلك الموهوب له، فالهبة جائزة، والشرط باطل. وكذلك لو اشترط خدمة الجارية في جميع ما وصفتُ لك فذلك بمنزلة اشتراط الولد.

[2488] لو.
[2489] ولبن.
[2490] المراد: فساد البدل في البيع.
[2491] سنن ابن ماجه، القسامة 4؛ النسائي، الديات، 12؛ سنن أبي داود، الديات، 18 ؛ مصنف ابن أبي شيبة، 32/14.

قال أبو بكر: الأصل في أنّ عقد الهبة لا يفسده الشروط: ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم في إجازته العُمْرى وإبطالة الشروط، وهو الرجل يهب للرجل دارًا على أنّها له عُمره، فإذا مات رجع إليه، فأبطل النبي صلى الله عليه وسلم ذلك، وجعلها ميراثًا لورثة الموهوب له[2492]، فصار ذلك أصلًا في أنّ الهبة لا يفسدها الشروط.

مسألة

قال محمد: وإذا أوصى الرجل لرجل بجارية على أنّ ما في بطنها للورثة [174ب] على فرائض الله، ثم مات الموصي، ثم وضعت الجارية بعد ذلك، فإنّ أبا يوسف ومحمدًا قالا في هذه الوصيّة: "جائزة" كما أوصى، والولد للورثة كما اشترط، وروى ذلك أبو يوسف عن أبي حنيفة.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ الوصيّة تصحّ في المجاهيل، ويتعلّق على الأخطار، وفي الأشياء المعدومة التي يجوز أن يؤخذ. ألا ترى أنّه لو أوصى بثلث ماله كان جائزًا، وثلث ماله الذي يصحّ في الوصيّة معتبر بحال الموت، وقد يجوز أن يزيد وينقص على ما كان في حال الوصيّة، ويجوز الوصيّة بثمرة البستان على التأبيد، وإذا كان ذلك كذلك صحّ إفراد الأمّ بالوصيّة دون الولد أو الولد دون الأمّ، وليس كذلك النكاح وسائر العقود من نظائره، فلذلك فارقت الوصيّة من هذا الوجه.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا أوصى بجارية لرجل إلّا خدمتها أو غلّتها، فإنّه أوصى بأن يردّ ذلك على الورثة، فيكون بينهم على فرائض الله، ثم مات، فإنّ الجارية وخدمتها وغلّتها للموصى له برقبتها ليس للورثة في ذلك شيء.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن يقول: يحتجّ في ذلك بأنّ الموصي إذا شرط خدمتها للورثة فكأنّه شرطها لنفسه، لأنّ ما يثبت للورثة ميراثًا عنه، فهو ثابت له، ومنه ينتقل إليهم، ويصير ملكهم فيه كملك الميّت نفسه، وإذا كان هذا هكذا، فلو رجعت الخدمة إلى الموصي، ثم مات الموصي لم يجز أن ينتقل إليهم الخدمة دون الأصل، وليس كذلك [175أ] الولد، لأنّه قد يجوز أن ينتقل عن ملك الميّت إلى الورثة دون الأصل، فلذلك اختلفا. وكذلك لو أوصى بجاريته لرجل وبخدمتها لآخر، ثم مات صاحب الخدمة رجعت الخدمة إلى الموصى له بالرقبة، ولم يرثها ورثة الموصى له بالخدمة، ولم يرجع أيضًا إلى ورثة الموصي لما ذكرنا. ولو أوصى بولدها لرجل آخر، ثم مات الموصى له بالرقبة كان الولد لورثته، ولم يرجع إلى الموصى له بالرقبة، ولو ردّ الموصى له بالولد الوصيّة قبل أن يموت كان الولد لورثة الموصى ليس لصاحب رقبة الجارية شيء.

مسألة

[2492] انظر: سنن النسائي، العمرى، 3؛ سنن ابن ماجه، الهبات، 3؛ مسند أحمد، 250/1، 8/5، 13.

قال محمد: وإذا أوصى رجل لرجل بجارية، ولآخر بما في بطنها فكاتبها الموصى له برقبتها، فولدت، ثم ماتت، وتركت وفاءً بكتابتها، فإنّ صاحب الوصيّة بالولد الكتابة، ثم أدّيت المكاتبة بعد ذلك ممّا تركت أو هلكت المال قبل أن يؤدّى المكاتبة، فإنّ إجازة صاحب الولد في الوجهين جميعًا باطل، ويأخذ صاحب الولد الولد، فيكون عبدًا له.

قال أبو بكر: وإنّما لم يعتق الولد من قِبل أنّ الإجازة لم يلحقه بعد موت الأمّ من قِبل أنّ الأمّ نفسها ليست ممّن يلحقها الإجازة في هذه الحال لو كان العقد عليها موقوفًا. فكذلك الولد لما كان حكمه موقوفًا في الكتابة بالأمّ لم يجز أن يلحقه الإجازة بالأمّ.

فإن قال قائل: هلّا لحقته الإجازة لصحّة بقاء الكتابة في الأمّ.

قيل له: لأنّ الكتابة وإن كانت صحيحةً على الأمّ فإنّها موقوفة في الولد [175ب] ولا جائز إجازتها في هذه الحال والأمّ ميّتة ليست ممّن يلحقها الإجازة في نفسها لو كانت كتابتها موقوفة.

قال محمد: ولو كانت لم تمت حتى ولدت ولدًا آخر في بطن آخر، ثم ماتت المكاتبة في الولد الأوّل.

قال أبو بكر: وذلك لما ذكرنا من أنّ الأمّ ليست ممّن يلحقها إجازة لو كانت كتابتها موقوفة، فكذلك ولدها الداخل في كتابتها لا جائز أن يلحقه الإجازة بتلك الكتابة. وأمّا الولد الثاني فإنّها حبلت وهي مكاتبة، فصار مكاتبًا معها.

قال محمد: ألا ترى أنّ رجلًا لو كاتب أمةَ رجلٍ بغير إذنه، وهي حامل، فوضعت، ثم ماتت، فأجاز صاحب الجارية المكاتبة لم يجز الكتابة بعد موت الجارية، فكذلك ما ذكرنا.

قال أبو بكر: هذا الاستشهاد يدلّ على أنّه اعتبر المعنى الذي ذكرنا في المسألة.

مسألة

قال محمد: وإذا أوصى الرجل لرجل بجارية وزوْجها، وأوصى لآخر بما في بطنها، فكاتبها الموصى له بالجارية وزوجها مكاتبة واحدة، وجعل نجومهما واحدة، وكفل كلّ واحد منهما عن صاحبه، فمات الزوج، وترك دينًا كثيرًا، ثم ولدت الجارية بعد ذلك، فأجاز صاحب الولد، فإجازة لولد جائزة.

قال أبو بكر: وذلك أنّ الأمّ باقية، والولد إنّما يدخل في كتابتها دون كتابة الأب. ألا ترى أنّ كسبه للأمّ دون الأب. ألا ترى أنّه يعتق بعتقها ويرقّ برقّها، وإذا كان ذلك كذلك ثم كانت الأمّ حيّة يجوز [176أ] أن يلحق كتابتها الإجازة لو كانت الإجازة لو كانت موقوفةً عليها، كذلك يجوز أن يلحق كتابة الولد الإجازة.

قال محمد: فإن خرج مال الزوج بعد ذلك أدّى منه المكاتبة، وكان ما بقي متى أتى الورثة الزوج، وترثه امرأته، ويحاسب بما أدّى الزوج من المكاتبة، ولا يرث الابن من أبيه شيئًا.

قال أبو بكر: أمّا الأمّ فقد صحّت كتابته مع الزوج تعتق بعتقه، فإذا حكمنا بعتقه قبل الموت بلا فصل لأجل أداء المال ورثته. وأمّا الابن فإنّ الأب مات، وهو عبد بعد لم يدخل في الكتابة.

قال محمد: ولو كان مولى الولد أجاز المكاتبة قبل أن يموت الزوج ورث الابن منه.

قال أبو بكر: لأنّه قد صار مكاتبًا معه قبل موته كأنّهم كانوا لواحد، فولدته في الكتابة، فيرث أباه.

باب المكاتبة

قال محمد: وإذا كاتب الرجل عبده على نفسه وعلى عبد له غائبٌ بغير إذن الغائب، فإنّ المكاتبة جائزة لازمةٌ للحاضر، ولا يلزم الغائب من الكتابة شيء، وعلى العبد الذي وليّ الكتابة جميع المكاتبة، وإن أدّاها عتقًا جميعًا.

قال أبو بكر: شرط صحّة الكتابة ثبوته في رقٍّ، وإنّما يحتاج فيها إلى القبول لأجل المال، فإذا قبلها الحاضر فقد وجد شرط لزومها، وهو القبول وثبوتها في رقّ [176ب] لا يلتفت إلى رضاء الغائب من قِبل أنّ للمولى عتقه شاء أو أبى، فلمّا قبلها من يصحّ قبوله ويجوز ثبوت مال الكتابة عليه سقط قول الغائب، وهذا كما قالوا في رجل خاطب رجلًا بخلع امرأته، وضمن المال أنّه جائز، ولا يعتبر رضاء المرأة من قِبل أنّ الطلاق لا يحتاج في صحّته إلى قبول المرأة، وإنّما يحتاج إلى القبول لأجل المال. فإذا قبله من ألزم نفسه المال استغنينا بذلك عن قبولها، وصحّ لزوم المال، فكذلك ما وصفنا.

قال أبو بكر: وقد قال في غير هذا الموضع: إنّ القياس ألّا يجوز كتابته على الغائب، ووجه القياس: أنّه شرط على نفسه ما لا يحصل به عتق نفسه وعتق غيره، فصار كالمتطوّع بالضمان عن غيره، ولا يجوز ضمان المكاتب، ولا عن المكاتب بكتابته. ووجه الاستحسان في جوازها: أنّ عتق الحاضر مشروطٌ في أداء المال، فكأنّه كاتبه وحده على هذا المال، وزاده المولى مع ذلك عتق الغائب، فيجوز، إذ لو أقرّا عقد الكتابة على رقبته خاصّة بهذا المال صحّ العقد، ولزمه ضمان المال. وكذا قالوا في رجل كاتب عبدين له مكاتبة واحدة على أنّ كلّ واحد منهما كفيل عن صاحبه، إنّ القياس أن يكون باطلًا، ولكنّهم استحسنوا إجازته. ووجه القياس والاستحسان في هذه هو ما ذكرناه في الأوّل.

قال محمد: فإن أراد المولى أن يأخذ العبد الذي لم يقبل المكاتبة بشيء من المال [177أ] لم يكن له ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لم يقبل الكتابة ولم يخاطب بها، وليس للمولى أن يلزمه مالًا من غير رضاه وقبوله، فلمّا لم يعقد هو ذلك على نفسه لم يكن للمولى إلزامه. ألا ترى أنّ المولى لو أعتقه بغير مال، ثم أراد أن يلزمه المال لم يكن له ذلك.

قال محمد: فإن وهب المولى المكاتبة للعبد الذي وليها عُتِقَا جميعًا، ولم يرجع على صاحبه بشيء.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه قد ملك ما في ذمّته بالهبة كما يملكه بالأداء. ألا ترى أنّ الكفيل إذا وهب له المال رجع به على المكفول عنه، وكان عين له الأداء.

قال محمد: وإن وهب المولى المكاتبة للعبد الآخر فهبته باطلة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه ليس في ذمّته منها شيء، وإنّما هي على العبد الآخر، فلمّا لم يصح الهبة لم يعتق واحد منهما، لأنّ هبة الكتابة ليست بعتق ولا كتابة عنه، وإنّما يعتق بالهبة إذا ملك بها مال الكتابة، فيصير كالأداء.

قال محمد: ولو أعتق العبد الغائب عتق، وبطلت حصّته من المكاتبة، وكان على العبد الذي وليّ المكاتبة حصّته منها لا يعتق حتى يؤدّيها.

قال أبو بكر: وإنّما سقطت عنه حصّة الآخر من قِبل أنّه شرط الألف بدلًا عن عتقه وعتق غيره. فإذا أعتق العبد فاستحقّ رقبته من غير جهة الكتابة، وسقطت حصّتها عن الآخر.

قال محمد: وإن أعتق العبد الذي وليّ المكاتبة عتق، وبطلت عنه المكاتبة، [177ب] فلم يلزمه منها شيء، فإن أدّى العبد الغائب حصّته من الكتابة حالًّا وإلّا رُدّ في الرقّ، ولا يُلتفت في هذا إلى أجل المكاتبة، ولا يعتق هذا العبد بعتق صاحبه.

قال أبو بكر: عتقه للذي ولي الكتابة لا يوجب عتق الآخر من قِبل أنّ المكاتبين اللذين كاتبهما واحدة عتق أحدهما لا يوجب عتق الآخر هذا إذا وليا جميعًا الكتابة، فكذلك إذا وليها أحدهما فهو أولى ألّا يعتق، والمعنى فيه أن عتق أحدهما أنّما يسقط حصّته من مال الكتابة، وحصّة الآخر باقية لما وصفنا من أنّ مال[2493] الكتابة بدلٌ عن رقبتين، فإذا استوفيا عتق أحدهما بالإيقاع خرج من الكتابة، وبقيت حصّة الآخر، وإذا كان ذلك كذلك سقطت حصّة المعتق، وبقيت حصّة الآخر. فيقال له: إمّا أن تؤدّيها[2494] حالًّا، وإلّا رددت في الرقّ.

قال أبو بكر: وهذا استحسان، وكان القياس أن يردّ في الرقّ، ولا يعتق بالأداء من قِبل أنّه ليس عليه شيء من الكتابة، وقد بطلت عن الذي وليها، وإذا سقط الأداء في مال الكتابة بطلت الكتابة. ووجه الاستحسان في قبول أدائه منه حالًّا، وعتقه به أنّه قد تعلّق له حقّ العتاق على المولى بأداء المال، وقد رضي المولى بذلك، وصحّ عليه ذلك بقبول العبد الأوّل، فليس للمولى الامتناع منه.

فإن قال قائل: فهلّا جعلت حصّته من المال عليه إلى أجله [178أ] كما حصلت له أداء، ولأنّ المولى كما رضي بالعتق بأداء المال فقد رضي بأن يكون المال مؤجّلًا[2495].

قيل له: من قِبل أنّ الأجل إنمّا شرط للأوّل فلا يجوز انتقاله إلى غيره بانتقال الأداء إليه، ونظير ذلك: الشفيع إذا أخذ الدار من المشتري، والثمن مؤجّل، فإنّه يأخذها بثمن حالٍّ، ولا ينتقل إليه الأجل، وإن انتقل إليه أداء المال إلى البائع، ولا يشبه هذا أيضًا المكاتبين إذا كوتبا كتابةً واحدة برضاهما وقبولهما، ثم يعتق المولى أحدهما، فيكون للآخر أن يسعى

[2493] المال.
[2494] ان يؤدّيها.
[2495] الموجلًا.

في حصّته مؤجّلًا على ما كان ثابتًا في الأصل، وذلك لأنّ المال قد كان ثابتًا قبل العتق على هذا الباقي مؤجّلًا، ولم ينتقل الأجل إليه من جهة الآخر. فلذلك كان ما عليه بعد العتق مؤجّلًا.

فإن قال قائل: فلو كاتبهما كتابةً واحدة برضاهما، ثم أعتق المولى أحدهما لم يسقط عنه حصّة الذي لم يعتق، وإن كان حرًّا فقد جاز بقاء مال الكتابة عليه مع الحرية إذا كان ضمانها في حال الرقّ، فهلّا بقيت حصّة الآخر عليه بعد الحريّة لتقدّم ضمانها.

قيل له: إنّما جاز بقاء الضمان عليه بعد الحريّة إذا عقد الكتابة، لأنّ الضمان قد صحّ عليه عن صاحبه في حال الكتابة، وقد كان المال ثابتًا على صاحبه، فلمّا عتق لم تسقط الضمان عنه كما لم يسقط عن صاحبه. وأمّا في مسألتنا فليس على الذي لم يعتق ضمان صاحبه بعتقه من أجل سقوط الكتابة عمّن لزمه[2496] [178ب] ثابت بعد عتق الآخر، فلا جائز بقاء الضمان عليه، وهو حرّ من غير ثبوته على صاحبه.

فإن قال: فلم لا يعتق صاحبه بعتقه من أجل سقوط الكتابة عمن لزمه ضمانها كما لو أبرأه من الكتابة عتق هو وصاحبه.

قيل له: لا يشبه هذا البراءة من جميع الكتابة من قِبل أنّه إذا أبرأه[2497] منها صار ذلك في معنى الأداء، لأنّه لم يبق هناك من مال الكتابة شيءٌ، فيكون عتق أحدهما موقوفًا عليه. وأمّا إذا أعتق أحدهما فإنّ الذي سقط بالعتق من المال هو حصّة المعتق خاصّة من دون صاحبه، وإنّما لم يطالب بحصّة صاحبه، لأنّه سقط عنه من جهة الحكم على ما بيّنا، فكان القياس أن يبطل الكتابة في الباقي، ويردّ في الرقّ، ولكنّا أمرناه بأن يؤدّيها حالًّا، لأنّه قد تعلّق له حقّ العتق بالأداء، ولا سبيل للمولى إلى إبطاله، فلذلك نفينا كتابته.

مسألة

قال محمد: ولو كاتب عبدًا له على نفسه وعلى ابن له صغير على ألف درهم، فكبر الابن كانت حاله في جميع أمره بمنزلة كتابته على الأجنبيّ، لأنّه لا ولاية له عليه إلّا في خصلة واحدة إذا مات الأب وبقي الابن، استحسن أبو يوسف ومحمد أن يسعى في مكاتبته على نحوهما. وكذلك لو أعتق المولى الأب سعى الغلام في حصّته من المكاتبة على نحوهما.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المكاتب قد نثبت له التصرّف على أبيه لو اشتراه دخل معه في الكتابة، فلمّا رضي المولى بأن يكاتبه عليه جاز تصرّف الأب عليه من هذا [179أ] الوجه، وصار كالابن المشترٰى في باب صحّة الكتابة عليه، فإذا

[2496] عبارة "صاحبه بعتقه من أجل سقوط الكتابة عمّن لزمه" محذوفة بـ"لا إلى" في النسخة، ولكننا أدخلناها في المتن ليستقيم المعنى.
[2497] اذ البراة.

أعتق الأب سعى الابن في الكتابة على نحوهما كما أنّه لو كان كبيرًا معه، وقبل الكتابة سعى بعد عتق الأب في كتابته على النجوم.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا حرًّا [كاتب] على عبد له غائب بغير إذنه على ألف درهم فالمكاتبة موقوفة، فإن بلغ العبد الغائب فأجاز فهي مكاتبة جائزة، وإن لم يبلغه حتى أدّى الرجل الحرّ المكاتبة كلّها فإنّ العبد المكاتب حرّ لا سبيل عليه.

قال أبو بكر: وإنّما لم يجز كتابة الحرّ على العبد بغير إذنه من قِبل أنّ من شأن مال الكتابة ألّا يثبت إلّا في الرقّ، فلا يجوز ثبوته على الحرّ.

فإن قال قائل: هلّا أجزتها عليه إذا ضمنها، وإن لم يقبل العبد، كما أجزت حلفه بغير أمر المرأة إذا ضمن، إذ كان الخلع والعتاق قد يقعان من المولى بغير قبول أحدٍ، وإنّما يحتاج إلى القبول لأجل المال على الأجنبيّ جازت الكتابة.

قيل له: الفصل بينهما: ما وصفنا من أنّ شرط الكتابة ثبوتها في رقّ. ألا ترى أنّ حرًّا لو كفل عن المكاتب بكتابته للمولى لم يجز ذلك، وليس كذلك الخلع، فلذلك لم يثبت ابتداء على الحرّ وكانت موقوفةً على العبد. وأيضًا فإنّ ضامن المال في الخلع إنّما لزمه المال لأجل وقوع الطلاق في الحال بحذاء المال، وعقد الكتابة لا يقع به عتاق بحذاء ما أثبت [179ب] من الحرّ من المال، فلذلك لم يجز لكون العبد باقيًا مع ذلك على ملك المولى ولم يخرج عن ملكه بالكتابة. ونظير الخلع في مسألتنا أن يقول له: "أعتقْ عبدك عنّي على ألف درهم" أو يقول: "عتقه على هذه الألف"، ويدفع الألف إليه، فيعتقه المولى، فيجوز، ويكون المال الذي حصل للمولى قد حصل بحذائه عتاق للعبد.

قال محمد: فإن دفع الحرّ المال إلى المولى في مسألتنا هذه عتق العبد.

قال أبو بكر: لأجل حصول المال للمولى ووجود شرط العتاق، ويكون ذلك كقوله: "أعتقْ عبدك على هذه الألف"، ودفعها إليه، فيعتق العبد، فإن دفعه على غير ضمان لم يرجع فيه كما لا يرجع فيه إذا أعتقه على هذه الألف ويدفعها إليه، لأنّ العبد قد خرج من ملك المولى بالعتق.

قال محمد: وإن أدّاها على ضمان رجع فيها.

قال أبو بكر: لأنّه أدّاها على ضمان فاسد، وكلّ من أدّى مالًا إلى غيره على ضمان فاسد فله أن يرجع فيه مثل العبد المقبوض على ملك فاسد، فللبائع أن يرجع فيه، فيأخذه فإن استهلكه المشتري أخذ قيمته، وكذلك ما يقبضه عن ضمان فاسد.

قال محمد: ولو كان الرجل الحرّ أدّى إلى المولى من المكاتبة نصفها أو ثلثها بضمان أو غير ضمان فله أن يرجع فيما أدّى.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الكتابة لم يتمّ ولم يحصل للعبد عتاق بها، فلم يجز أن يستحقّ مال الأجنبيّ من غير حصول ما شرط المال بدلًا منه.

قال محمد: فإن بلغ [180أ] المكاتبة قبل أن يسترجع الحرّ ما أدّى، فأجازها لم يكن للحرّ أن يرجع فيما أدّاه على غير ضمان، وإن كان أدّاه على ضمان فله أن يرجع فيه، وكانت المكاتبة كلّها على العبد.

قال أبو بكر: إذا أدّاها على غير ضمان، ثم جازت الكتابة صار كرجل تطوّع غير المكاتب بأداء بعض كتابته، فيجوز، ولا يرجع فيه. وأمّا إذا أدّاها على ضمان فقد بيّنا ذلك كان ضمانًا فاسدًا، فيرجع فيه كما أنّ رجلًا لو ضمن عن مكاتب كتابته، ثم أدّاها رجع فيها، لأنّه أدّاها على ضمان فاسد.

قال محمد: وكذلك لو كان الرجل الحرّ كاتب على أنّ له صغير كان بمنزلة هذا في جميع ما وصفتُ لك، ولا يجوز المكاتبة على الغلام حتى يعقل، فيجيزها.

قال أبو بكر: لا فرق بين الأب وبين الأجنبيّ من قِبل أنّ الحرّ لا ولاية له على ولده إذا كان عبدًا فلا يجوز قبوله الكتابة عليه، ولكنّها يكون موقوفة حتى يعقل الغلام فيجيز.

فإن قال قائل: فكيف جاز وقوف الكتابة الواقعة عليه في حال الصغر على حال عقله، ومعلوم أنّها حين عقدت لم يكن لها مُجيز، وكلّ عقد لا مجيز له في حال وقوعه، فإنّه لا يقف كما قالوا في الأب: إذا أعتق عبد ابنه الصغير، ثم بلغ الابن، فأجازه لم يجز.

قيل له: إنّ الكتابة على الصغير قد يجوز في حال وهو إذا كان أبوه عبدًا فكاتبه على نفسه وعلى أبيه، وقد يدخل الصغير في كتابة الأب والأمّ، فلأجل ذلك جاز وقوف عقد الكتابة حتى يعقل، فيجيز، [180ب] وإنّما لم يعتبر حال البلوغ[2498]، لأنّ من أصلهم: أنّ من كان[2499] عبدًا له يعقل الشراء والبيع أنّ الكتابة جائزة قبل البلوغ كما يجوز له الإذن في التجارة، فيكون كسبه للمولى، فإذا شرط للوليّ بعض كسبه وجعله بذلك في يد نفسه ففي ذلك حظّ للغلام، فجاز.

مسألة

[2498] البلووغ.
[2499] كانت.

قال محمد: ولو أنّ رجلًا كاتب عبدًا له برضاه، فأدّى المكاتبة عنه غيره، فإن أدّاها بضمان أو بغير ضمان لم يرجع فيه، وإن كان أدّاها بضمان بإذن العبد فالكفيل بالخيار إن شاء أخذ ما أدّى من السيّد، ورجع به السيّد على العبد، وإن شاء الكفيل أخذه من العبد، وسلّم ذلك للمولى.

قال أبو بكر: لأنّ أمر المكاتب غيره بالأداء وبالضمان أمر صحيح كأمر الحرّ لا فرق بينهما، لأنّ أكثر أحواله أن يصير في معنى المستقرض، وللمكاتب أن يستقرض.

قال محمد: فإن كان أدّى نصف الكتابة بغير ضمان، ثم عجز العبد لم يكن للمؤدّي أن يرجع على المولى بما أدّى إليه من الكتابة.

قال أبو بكر: من قِبل أن أدّاه كان صحيحًا عن العبد، والعبد نفسه لو كان أدّى شيئًا من الكتابة إلى المولى، ثم عجز لم يكن له أن يرجع على المولى بما أدّى إليه، ولا يشبه هذا رجلًا اشترى عبدًا، ونقد آخر عن المشتري الثمن متطوّعًا، ثم مات العبد قبل القبض، فيكون للمؤدّي أن يرجع على البائع بما دفع[2500] إليه، لأنّ الأداء وقع ههنا عن المشتري، والمشتري نفسه لو كان نقد الثمن، ثم مات العبد قبل القبض رجع على البائع بما نقد، فكذلك [181أ] المتطوّع عنه بالأداء هذه سبيله.

فإن قال قائل: إنّما يرجع العبد بعد العجز بما أدّى، لأنّه لو رجع به لكان المرجوع به ملكًا للمولى، ولا مضي للرجوع، والمتطوّع إذا رجع كان المرجوع به ملكًا له، فينبغي أن يصحّ رجوعه.

قيل له: على أيّ وجه سقط الرجوع، فهو دليل على أنّ المتطوّع لا يرجع فيما أدّى، لأنّ الأداء وقع عن المكاتب في الحالين. وأيضًا لو جاز أن ينفسخ قضاء المكاتب الكتابة بعجزه لوجب أن يكون لو أدّاه من دين استدانه، ثم عجز أن يرجع على المولى بما أدّاه إليه، فيؤدّيه في دينه.

مسألة

قال محمد: قال أبو حنيفة: ولو أنّ عبدًا بين رجلين كاتب أحدهما نصيبه بإذن شريكه على ألف درهم، وأذن له في قبض المكاتبة، فاكتسب العبد خمسمائة درهم، فنصفها للمكاتب ونصفها للمولى الذي لم يكاتبه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ من أصل أبي حنيفة: أنّ الكتابة يتبعّض كما يتبعّض العتاق، فيصيب الذي كاتب مكاتب، ونصيب الآخر عنه غير المكاتب، فنصف كسبه للذي لم يكاتب، وهو ما لاقى نصيبه.

[2500] فما دفع.

قال محمد: فإن لم يأخذ المولى الذي لم يكاتبه منها شيئًا حتى أدّاها إلى المولى الذي كاتبه جاز الأداء، ولم يكن للذي لم يكاتب أن يرجع على شريكه بشيء.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه قد كان أذن له في الأداء من حصّة نصيبه من الكسب، فهو كرجل أمر رجلًا بأن يؤدّي منه من غلّة عبده، فيجوز له الأداء [181ب] ما لم يشبهه عنه.

قال محمد: فإن عجز العبد بعد ذلك عن المكاتبة، والمال في يديّ المولى، وقد استهلكه سلّم له، ولم يرجع عليه شريكه بشيء.

قال أبو بكر: وهذا على ما تقدّم بيانه من أداء الأجنبيّ بعض مال الكتابة متطوّعًا، ثم عجز المكاتب.

قال محمد: ولو أنّ المولى الذي لم يكاتب أَذِن لصاحبه في المكاتبة والقبض، فقبض خمسمائة درهم من المكاتبة، ثم إنّ المولى الذي لم يكاتب، ونهاه بعد ذلك عن القبض، فقبض الخمسمائة الباقية من العبد، ويرجع المولى الذي لم يكاتبه على شريكه بنصف الخمسمائة الآخرة، ولم يرجع عليه من الأوّل بشيء.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ ما أدّاه قبل النهي فقد صحّ الأداء فيه لوقوعه بإذن شريكه. وما أدّاه بعد النهي فإنّ لشريكه أن يرجع بنصفه عليه، ونصيبه من العبد حرّ في كل ذلك حال من قِبل أنّه بمنزلة المكاتب إذا أدّى كتابته من مال المغصوب فيعتق به، ويرجع المغصوب عليه بما قبض من ماله.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ عبدًا بين رجلين لا مال لهما غيره مرض أحدهما، فأراد الآخر أن يكاتب نصيبه منه، فأذن له المريض أن يكاتبه وأن يقبض مكاتبته فكاتب[2501] الصحيح نصيبه منه على ألفي درهم، فاكتسب العبد ألفي درهم، وأدّاها إلى الذي كاتب منه[2502] يعتق نصيب الذي كاتب، ويسعى العبد لوارثه في نصف قيمته في قياس قول أبي حنيفة، وليس لورثة المريض أن يرجعوا عليه بما قبضه من كسب العبد، ولو كان العبد اكتسبها قبل أن يأذن له [182أ] في قبض الكتابة كان للورثة أن يأخذوا منه ما زاد على الثلث.

قال أبو بكر: جعل محمد إذنه فيما اكتسبه قبل الإذن في الكتابة وصيّة بمنزلة أدائه هو في مرضه كتابة عبد غيره متطوّعًا، فيكون ذلك وصيّة، وما أدّاه ممّا اكتسبه بعد الإذن، ثم يعتد به من مال الميّت، ولم يجعله من الثلث، وكان أبو الحسن رحمه الله يقول: لا أعرف وجه الفرق بين المسألتين، والواجب أن يكون ما قضاه وصيّة في الحالين سواء كان ممّا اكتسبه بعد الإذن أو قبله.

[2501] فكانت.
[2502] مائة.

قال أبو بكر: واستشهد محمد على ذلك في الكتاب بالرجل يقول لعبده في مرضه: "إذا أدّيت إليّ ألفًا فأنت حرّ"، فأدّاه من مال اكتسبه بعد هذا القول عتق أنّه لا يعتد بما أدّاه من مال المريض، وإن كان كسب عبده وأنّه لو أدّاه من مال كان اكتسبه قبل هذا القول عتق، وكان عليه ألف أخرى، وهذا استشهاد صحيح، لأنّه لما ثبت له حقّ الأداء لم يعتد بما اكتسبه بعد ثبوت حقّ الأداء منه من مال المريض في باب الرجوع على العبد بمثله، وما اكتسبه قبل ثبوت حقّ الأداء كان معتدًّا به من مال المريض، فكذلك لما أثبت له حقّ الأداء بالإذن كان ما اكتسبه بعد ذلك غير معتدٍّ به من مال المريض، وما اكتسبه قبل ثبوت حقّ الأداء كان معتدًّا به من مال المريض كسائر أمواله، فاعتبر من الثلث إلّا أنّه مع ذلك قد يحوز أن يفترقا من جهة أنّ المال المكتسب بعد قوله: "إذا أدّيت إليّ ألف درهم فأنت حرّ" ليس للمولى أخذه من غير جهة [182ب] عقد العتق، والمال الذي أذن له في أدائه عن كتابته قد كان للمولى أن ينهاه عن القضاء، ويأخذه لنفسه.

قال محمد: ولو أنّ المولى الذي لم يكاتب إذن لصاحبه في المكاتبة والقبض، فكاتب ولم يقبض حتى مات المولى الذي أذن له، فليس للورثة أن يردّوا الكتابة، ولكن لهم أن يمنعوه القضاء من نصيبهم من الكسب.

قال أبو بكر: أمّا الكتابة فلا سبيل لهم إلى فسخها، لأنّها قد صحّت بإذن المريض، وكما لم يكن للمريض أن يفسخها بعد الإذن فيها، فورثته أحرى[2503] ألّا يكون لهم فسخًا. وأمّا الإذن في الأداء فقد انقطع بالموت فلهم أن يمنعوه الأداء من نصيبهم.

فإن قال قائل: لا يجوز أن يجعل انقطاع حقّ المريض في فسخ الكتابة بعد الإذن فيها دليلًا على انقطاع حقّ الورثة في فسخها، وذلك لأنّ المريض لو تصدّق بماله في مرضه على رجل لم يكن له الرجوع فيها، وإذا مات كان لورثته أن يفسخوا الصدقة في ثلثي ماله.

قيل له: لأنّه تصرّف في حقّ الورثة، فكان لهم فسخه وإن لم يتصرّف في مسألتنا في حقّ الورثة، لأنّ الكتابة واقعة في غير ملك المريض، وإنّما للمريض فيها حقّ الفسخ كما يجب له الشفعة في مرضه، والردّ بالعيب ويجوز ذلك من الحقوق، فيسقطها، ويبرئ منها، فيجوز ذلك على الورثة، لأنّ هذه حقوق ليست بأموال يثبت فيها حقّ الورثة، فلذلك اختلفا.

قال محمد: وأمّا قول أبي يوسف وقولنا: فإذا أذن لشريكه [183أ] أن يكاتب نصفه، ففعل ذلك فهو مكاتب كلّه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ من أصلهما: أنّ الكتابة لا يتبعّض كما لا يتبعّض العتاق، فلو أعتق حرًّا منه أو أذن لشريكه في عتق نصيبه كان إذنًا في غير نصيب نفسه كذلك إذا أذن له في كتابة نصيبه. تم كتاب المكاتبة، يتلوه كتاب الشفعة.

بسم الله الرحمن الرحيم

[2503] اخرى.

[كتاب الشفعة]

باب تسليم الشفعة

قال محمد: وإذا اشترى الرجل دارًا بألف درهم لرجل، وقبضها، وطلب الشفيع الشفعة، ثم قال: "سلّمت في شفعة هذه الدار أو قد سلّمت لك شفعة هذه الدار"، فهذا تسليم منه للشفعة.

قال أبو بكر: أمّا قوله: "سلّمت شفعة هذه الدار" فإنّه تسليم منه واقع لكلّ من كان له حقّ في تسليمها، وإذا قال له: "سلّمت لك به شفعة هذه الدار" فذلك تسليم منه له خاصّة، وتسليمها له إبطالٌ للشفعة، لأنّ حقوق البيع ثبتت للمشتري، وإن اشتراها لغيره فيصحّ تسليمها له. وأيضًا فإنّ الخصومة قد تعلّقت له على من هي في يده، فإذا سلّمها لمن تعلّقت الخصومة له كان تسليمًا صحيحًا. [183ب] ويدلّ على ذلك أنّ الوكيل بالخصومة في أخذ الشفعة لو سلّمها صحّ تسليمه. وكذلك لو وكّل المشتري رجلًا لخصومة الشفيع فسلّمها الشفيع للوكيل جاز تسليمه، فثبت بذلك أنّه متى سلّم الشفعة من له الخصومة فيها كان تسليمها صحيحًا.

قال محمد: وإن كان المشتري قد قبض الدار من البائع، فقال الشفيع بعد ذلك للبائع: "قد سلّمتُ لك أيّها البائع شفعة هذه الدار"، فيسلّمه أيضًا جائز، أستحسنُ ذلك وأَدَع القياس فيه.

قال أبو بكر: وجه القياس: أنّه ليس بينه وبين من ليست الدار في يده خصومة في أخذ الدار ولا دفع الثمن، فصار ذلك كتسليمها للأجنبيّ الذي بينه وبينه خصومة، فلا يبطل الشفعة بذلك، لأنّ ذلك إنّما هي نقل الشفعة إلى من ليست له، ولا يجوز نقل الشفعة ولا يكون تسليمها. ألا ترى أنّه لو قال للأجنبيّ: "قد ملّكتك شفعة هذه الدار، وقد نقلتُ إليك شفعتها أو بعتكها" لم يصح نقلها، ولم يكن تسليمًا، فإنّما هي كان كذلك من قِبل أنّ الشفعة حقّ للشفيع يتوجّه على من هو خصمٌ له فيها وتسليمها إنّما هو إبطال لذلك الحقّ وإسقاطٌ له، وليس في نقلها إلى غيره إسقاط للحقّ عن المشتري أو من هو خصمٌ له فيها. ألا ترى أنّ رجلًا لو كان له قِبَل رجل دمَ عمدٍ فقال الأجنبيّ: "قد تعلّقت إليك هذا الدم أو ملكتكه فاقتله" أنّ ذلك لا يكون عفوًا. وكذلك [184أ] لو كان له عليه دين فقال الأجنبيّ: "قد ملّكتك هذا الدين أو وهبته لك" أنّ ذلك لا يكون أبدًا للذي هو عليه، فكذلك الشفعة. وجه الاستحسان: أنّ حقّ الشفيع متعلّق على البائع مع قبض المشتري للدار. والدليل عليه: أنّ المشتري لو وجد بها عيبًا فردّها على البائع، ثم جاء الشفيع كان له أخذها من يد البائع، وكان خصمه فيها، فثبت[2504] بذلك أنّ حقّه ثَمَّ ينقطع عن البائع، فإذا سلّمها له صحّ تسليمه، لأنّه أسقط حقًّا عليه كتسليمها للمشتري، وأيضًا فإنّ حقّ الشفيع قد كان تعلّق على البائع بالعقد. ألا ترى أنّه لو جاء والدار في يده أخذها منه، فجاز تسليمها له لما بيّنه عليه العقد بدءًا.

[2504] فثبتت.

قال محمد: وكذلك لو كان المشتري قبضها ودفعها إلى الآمر، فقال الشفيع بعدما قبضها الآمر: "قد سلّمتُ لك أيّها المشتري شفعة هذه الدار"، فتسليمه جائز.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ قبض المشتري والآمر سواء، وقد كان يصحّ تسليمها وهي في يديّ المشتري، ومعلوم أنّ قبض المشتري كان قبضًا للآمر، فإذا قبضها الآمر لم يتجدّد ههنا قبض غير قبض الأوّل في حقّ البيع، فيصحّ تسليمها، وصار كأنّه سلّمها وهي في يديّ المشتري. وأيضًا فإنّ حقّ جواز التسليم قد كان تعلّق للمشتري بدءًا، فلا يبطله أخذ الآمر للدار منه كما قلنا في البائع إذا سلّمها له الشفيع والدار في يديّ المشتري، وأيضًا فإنّ حقّ الشفيع لم ينقطع [184ب] عن المشتري من قِبل أنّ الآمر لو وجد بها عيبًا كان الذي[2505] يخاصم في الردّ هو المشتري، فلو قبضها المشتري من الآمر ليردّها بالعيب، ثم جاء الشفيع كان له أن يأخذها منه، وإذا كان حقّه متعلّقًا على المشتري جاز تسليمه له.

قال محمد: وإذا كان الآمر قد قبضها لم يكن للشفيع أن يأخذها إلّا من الآمر.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ العقد يوجب[2506] للآمر قبض الدار إذا سلّم الثمن إلى المشتري كما يوجبه[2507] للمشتري إذا نقد البائع الثمن، فلو جاء الشفيع والدار في يديّ المشتري لم يكن له أن يقول: "أنا أردّها إلى يد البائع وآخذها منه"، لأنّ حقّ الأخذ قد كان ثبت لي قبل قبض المشتري كذلك الآمر إذا قبضها من المشتري.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا أجنبيًّا طلب إلى الشفيع أن يسلّم الشفعة للآمر، فقال: "قد سلّمتُها لك أو وهبتها لك أو أعرضت لك عنها" استحسنتُ أن أجعل هذا تسليمًا منه للآمر، ولو قال الشفيع قولًا مستقبلًا لرجل :"قد سلّمتُ لك شفعة هذه الدار أو وهبت لك ذلك أو بعتُه منك" لم يكن هذا تسليمًا للشفعة، وكان الآخر على شفعته بطلبه[2508] الأوّل.

قال أبو بكر: إذا خاطبه الأجنبيّ في تسليمها فقال: "قد سلّمتُها لك" فإنّ هذا كلام مَخرجه مخرج الجواب، فيكون سؤال الأجنبيّ مُضمرًا فيه، ومعلوم أنّ الأجنبيّ سأله تسليمها للآمر، فصار [185أ] كأنّه قال: "سلّمتُها لأجلك". والدليل على أنّ الجواب ينطوي على المعنى الذي وقع الجواب عنه قول الله تعالى: ﴿فَهَلْ وَجَدْتُمْ مَا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُوا نَعَمْ﴾[2509]، ومُعقِل بذلك ما يعقل بقوله لو قال: "نعم وجدنا ما وعدنا ربّنا حقًّا". ولو قال رجل لآخر: "قد بعتك هذا العبد بألف درهم"، فقال: "قد قبلتُ" صحّ البيع فيما بينهما، وصار كقوله: "قبلتُه بالألف التي ذكرتَ"، لأنّ هذا القول منه خارج مخرج الجواب، فكذلك قوله: "قد سلّمتُها لك" عقيب مسألة الأجنبيّ لما كان جوابًا صار كأنّه قال: "قد سلّمتُها له من

[2505] الدين.
[2506] توجب.
[2507] كما توجبه.
[2508] بطلته.
[2509] الأعراف، 44/7.

أجلك"، وليس كذلك حكم الكلام المبتدأ. ألا ترى أنّ قول القائل: "نعم"، وقوله: "قد قبلت" إذا كان مبتدأً لا يفيد حكمًا، وإذا كان جوابًا انطوى تحته ما صار جوابًا عنه. فكذلك إذا قال ابتداءًا: "قد سلّمتُ لك شفعة هذه الدار" فهذا تمليك منه إيّاه الشفعة، ولا يصحّ تمليك الشفعة لما بيّناه فيما سلف، فبطل حكم القول وكانت الشفعة بحالها.

وممّا يبيّن الفرقَ[2510] بين الكلام المبتدأ وما يخرج على سبب أو حال أنّ رجلًا لو قال لرجل: "تغدّ عندي اليوم"، فقال: "إن تغدّيتُ فعبدي حرّ" أنّ اليمين على ذلك الغداء[2511] الذي دعاه إليه بعينه، وإن تغدّى في نيّته في ذلك اليوم لم يحنث، ولو قال الحالف ابتداءًا: "إن تغدّيتُ فعبدي حرّ" كانت اليمين عامّةً على غداء.

قال محمد: ولو قال أنّ رجلًا أجنبيًّا صالحه من شفعته على دراهم كان هذا منه تسليمًا للشفعة، ولم يكن له [185ب] من المال شيء.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه صالحه على أن يسلّم الشفعة للمشتري، ولم يقع الصلح على جهة نقل الشفعة إلى الـمُصالِح، وإذا كان كذلك صار ذلك كصلح المشتري إيّاه على أن يسلّم الشفعة، فيكون تسليمًا للشفعة، ولا يستحقّ من المال شيئًا، وإنّما لم يجز أخذ المال على أن يسلّم الشفعة من قِبل أنّ المشتري لم يملك به شيئًا. ألا ترى أنّ ملكه في الدار قبل تسليم الشفعة وبعده باقٍ على وجه واحد، فلم يجز له أخذ المال عنه، وهذا نظير المخيّرة إذا صالحها زوجها على مالٍ على أن تختاره، فيصحّ اختيارها، ولا يصحّ أخذ المال من قِبل أن الزوج لم يملك باختيارها إيّاه شيئًا.

فإن قال قائل: فقد جاز أخذ المال عن الطلاق وإن لم يُملِّك المرأة به شيئًا، لأنّ البُضع في ملكها قبل الطلاق وبعده.

قيل له: ليس كذلك من قِبل أنّ الطلاق يُملِّكها التصرّف في بُضعها، عقد استفادت بذلك معنى لم يكن ملكه قبل الطلاق. وأمّا المشتري فليس يستفيد بالتسليم معنى لم يكن له، لأنّ تصرّفه جائز في الدار، وإنّما يكون للشفيع بعضه إذا تصرّف، فلمّا لم يَمْلك بذلك معنى لم يصح عنه أخذ المال، وإنّما كان تسليمًا للشفعة، وإن لم يحصل له العوض المشروط من قِبل أنّ المشتري قد قَبِل التسليم على العوض المذكور، فصحّ تسليمها، وإنّما بطل المال من جهة [186أ] الحكم، وبطلان العوض من جهة الحكم لا يمنع وقوع التسليم كرجل خلع امرأته على خمر، وقبلت، أنّ الطلاق واقع، ولا تستحقّ شيئًا من العوض، ولا يبطل الطلاق من حيث بطل العوض، لأنّ بطلانه كان من جهة الحكم، فلم يمنع ذلك وقوع الطلاق، فكذلك ما وصفنا.

فإن قال: فلو أجيز بأنّ الدار بيعت بألف درهم، فسلّم الشفعة، ثم تبيّن أنّها بيعت بخمسمائة كان له أن يأخذها بالشفعة لعدم المعنى الذي من أجله سلّم، وهو البيع بألف درهم، فواجب على هذا أنّه متى لم يصح له العوض المشروط ألّا يبطل شفعته.

[2510] وممّا تبيّن الفرقُ.
[2511] الغذا.

قيل له: الفصل بينهما: أنّه[2512] إذا سلّمها على عوض فقد رضي بإسقاط حقّه منها وتسليمها، وإنّما بطل العوض من جهة الحكم، فلا يمنع ذلك بطلانها على ما بيّنا. وأمّا إذا أجيز[2513] ببيع بألف درهم، فسلّمها، فإنّما سلّم شفعة عقد بألف، وذلك حقّ لم يجب له قطّ، ولم يسلّم الشفعة الواجبة له بعقد بخمسمائة، فلذلك لم يكن تسليمًا.

قال محمد: ولو قال الشفيع للأجنبيّ: "قد سلّمتها لك بالمال على أن يكون الشفعة لك لم يجب المال، ولم يكن ذلك تسليمًا.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ شرط نقلها إلى الـمُصالِح بالمال، ولم يسلّمها على جهة إبراء المشتري منها، فلمّا لم يصح النقل بقي حقّه في الشفعة على المشتري على ما كان.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا [186ب] باع من رجل عبد الرجل بغير أمر صاحب العبد، واشتراه المشتري لغيره، فقال ربّ العبد للبائع: "قد سلّمت لك بيعك" أو قال للمشتري: "قد سلّمت لك شِرَاك" كان ذلك تسليمًا للبيع.

قال أبو بكر: لأنّ تسليم البيع يُبطل حقّه في النقض، ومخاطبته للبائع لا يمنع صحّة التسليم، لأنّ البيع واقعٌ للبائع، وبه يتعلّق حقوقه، وكذلك المشتري، وإن كان وكيلًا فإنّ حقوق العقد يتعلّق به دون غيره، فلذلك صحّ التسليم لهما.

قال محمد: ولو قال: "قد سلّمت هذا الشراء لفلان، رجل آخر غيرهما" كان تسليمه باطلًا، والعقد على حاله.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ البيع لم يكن واقعًا للأجنبيّ، فيسلّمه له، وإنّما معنى هذا القول أي: قد نقلت العقد إليك، ولا يصحّ نقل عقد عقده رجل إلى غيره، فلمّا لم يصح نقله بقي العقد على حاله، كما قلنا في الشفعة.

قال محمد: ولو كان فلان فلان طلب إليه أن يسلّم الشراء للمشتري، فقال: "قد سلّمتُ ذلك لك" كان ذلك تسليمًا للشراء استحسانًا.

قال أبو بكر: كأنّه [قال]: "قد سلّمته له من أجلك"، كما بيّنا فيما تقدّم في الشفعة.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا باع دارًا له من رجل بألف درهم لرجل أمره بذلك، فقبض الأمر الدار أو لم يقبض، فقال الشفيع بعد الطلب: "قد سلّمت لك بيعك هذه الدار" أو قال للمشتري: "قد سلّمت لك شراءك هذه الدار" كان هذا تسليمًا منه للشفعة.

[2512] + أنّه.
[2513] اذ اجيز.

قال أبو بكر: لأنّ البيع [187أ] لم يسلّم للمشتري بعد من جهة الشفيع، ولا بيع البائع أيضًا سُلِّم على حسب ما أوجبه المشتري. فإذا قال لواحد منهما: "قد سلّمت لك بيعك" أو قال: "شراءك" كان هذا تسليمًا للشفعة.

قال محمد: وإذا قال للأجنبيّ: "قد سلّمتُ لك شراء هذه الدار" لم يكن تسليمًا.

قال أبو بكر: لأنّ ذلك نقل للشفعة إليه، ولا يصحّ نقل الشفعة، ولم يبرأ[2514] منها من وجبت قِبَله، فبقيت الشفعة كما كانت على ما تقدّم من بيانه.

قال محمد: ولو قال للمشتري: "قد سلّمت إليك الشفعة خاصّة دون الآمر أو دون من سواك" كان هذا أيضًا تسليمًا للشفعة للآمر.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المشتري هو العاقد، وحقّ الشفعة متعلّق به، فصحّ تسليمها له، وكان تسليمًا للآمر. ألا ترى أنّه لو سلّم الشفعة للبائع، والدار في يده كان تسليمًا للمشتري، وكذلك لو سلّمها للبائع، والدار في يدي المشتري.

قال محمد: لو قال: "إن كنت اشتريتها لنفسك فقد سلمتُ لك الشفعة" لم يكن هذا تسليمًا، وكذلك لو قال للبائع: "إن كنت بعتَها من فلان لنفسه قد سلّمت الشفعة" لم يكن ذلك تسليمًا إلّا أن يكون فلان اشتراها لنفسه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه سلّمها على أن يحصل به الملك للمشتري، فإذا لم يصح له الملك بالتسليم. ألا ترى أنّه لو قيل له: إنّ فلانًا اشترى هذه الدار فسلّم الشفعة، ثم تبيّن أنّ غيره اشتراها أنّ ذلك لا يكون تسليمًا للشفعة.

مسألة

[187ب] **قال محمد**: ولو أنّ رجلًا اشترى من رجل دارًا، ولها شفيع فأراد أخذها بالشفعة، فقال المشتري: "بعتُها من فلان، وخرجت من يديّ" لم يصدّقه القاضي بذلك، فإن أقام على ذلك بيّنته لم يسمع من بيّنته، وكذلك لو قال: "وهبتُها من فلان، وقبضها، ثم أودعتُها[2515]"، وأقام بيّنةً لم يسمع.

قال أبو بكر: لأنّ فيه قضاء على الغائب من غير أن يتعلّق ذلك الحقّ بعينه أو شيء من حقوقه على الشفيع، وقد بيّنا معنى هذه المسألة ونظائره فيما سلف.

قال محمد: فإن قضى القاضي للشفيع بالشفعة، ثم حضر الموهوب له، فادّعى الهبة، وأقام عليها البيّنة لم يلتفت إلى ذلك، وكان قضاؤه للشفيع نقضًا للهبة.

[2514] لم يبر.
[2515] اودعيها.

قال أبو بكر: إن كانت الهبة صحيحة لكان للشفيع نقضها، فإذا قضاها للشفيع فقد نقض الهبة من حيث له النقض، فبطلت، وصحّت الدار للشفيع. وأيضًا فإن حكمنا بالهبة للموهوب له وجب نقضها في حال ما نحكم به له، ولا جائز الحكم بها مع وجود نقضها. ألا ترى أنّ المرأة من نخ لو أقامت البيّنة أنّ هذا الرجل تزوّجها على ألف درهم، ودخل بها، أنّا نحكم لها بالمهر، ولا نحكم بالنكاح، لأنّا من حيث نحكم لها بالنكاح يجب نقضه في الحال.

قال محمد: ولو أقرّ الشفيع أنّ الأمر كما قال المشتري قبل أن يقضي له القاضي بالشفعة، لم يقضِ له حتى يحضر الموهوب له.

قال أبو بكر: من قِبل أنّا نأخذ بإقراره في أنّه ليس بينهما خصومةٌ، لأنّ [188أ] إقرار الإنسان جائز[2516] على نفسه، ولا يقع به قضاء على غيره.

باب من الشفعة أيضًا

قال محمد: وإذا ادّعى رجل شُفعة في دار في يديّ رجل، وذكر البائع أنّها داره باعها من الذي هو في يديه بألف درهم، فصدّقه بذلك الشفيع، وقال الذي هي في يديه الدار: "داري ورثتُها عن أبي"، فأقام الشفيع البيّنة أنّ الدار كانت لأبي البائع مات، وتركها ميراثًا للبائع، ولم يقم البيّنة على البيع، فإنّ القاضي يقول للمشتري: "إن شئت فصدّق الشفيع بالشراء، وادفعْ إليه الدار، وخذْ الثمن، ويكون عليك العُهدة للشفيع"، فإن أبـى أخذ الشفيع الدار وأعطى البائع الثمن، وكانت العُهدة على البائع، ويقال للبائع: "رُدّ الثمن الذي قبضت على المشتري".

قال أبو بكر: إنّما كان الشفيع خصمًا في إثبات الملك للبائع، لأنّه به يتوصّل إلى إثبات حقّه في الشفعة. ألا ترى أنّ من أقام بيّنةً على دار في يديّ رجل أنّها له اشتراها من زيد الغائب أنّ بيّنته مقبولة، لأنّه به يتوصّل إلى إثبات ملكه الذي يستحقّه على من في يديه، فإذا ثبت ملك الدار للبائع، وقد اعترف فيها بحقّ الشفيع كان للشفيع أخذَها[2517]، ولم يَبطل صفة بإنكار المشتري إلّا أنّه [188ب] لما لم يقم البيّنة على الشراء لم يُصدّقا على المشتري في إلزامه الخصومة والعهدة، ولكنّه يُقال: "رُدّ إلى البائع"، لأنّه قد استحقّها حتى يأخذها الشفيع منه بإقراره، ويكون عُهدته عليه، لأنّه هو الذي يأخذ منه الثمن، ومنه يقبض الدار.

فإن قال قائل: فلم كان للذي في يديه أن يرجع إلى تصديق الشفيع بعد جحوده البيع، وهلّا كان كرجل أقرّ[2518] له رجل بألف درهم، فردّ إقراره، ثم ادّعاها، فلا يُصدّق، ويكون ردّه لإقراره مانعًا من تصديقه بعد.

[2516] جايزير.
[2517] اخذُها.
[2518] اخر.

قيل له: لا يشبه جحود العقد ردّ الإقرار من قِبل أنّ البراءة من الدين يقع بغير قبول المـُبرَئ[2519] منه، والعقد لا ينفسخ بقول أحد العاقدين حتى يتراضيا أو يفسخه الحاكم، فلذلك للذي هي في يديه الرجوع إلى تصديق البائع.

قال محمد: وكذلك لو ادّعى الشفيع الشراء، وأقرّ الذي في يديه بالهبة. قيل للذي في يديه: "إن شئت فصدّق الشفيع بالشراء، وأعطه الدار، وخذْ منه الثمن، وإن شئت فردّ الدار إلى البائع حتى يأخذها الشفيع".

قال أبو بكر: وذلك لأنّ [الذي] الدين في يديه قد أقرّ بملك الدار للبائع، وادّعى الهبة، فالقول قول البائع في الوجه الذي به خرجت من ملكه، ولا يُصدّق الذي في يديه على الهبة، فيكون حينئذ تقرير المسألة على ما تقدّم من بيانها في المسألة الأولى.

باب من الشفعة أيضًا

[189ا] وخصومته وغير خصومته في ذلك سواء، لأنّه لا يحصل له ملك الدار بالخصومة، إنّما يحصل ذلك بقضاء القاضي.

قال محمد: فإن أخذها الشفيع الأوّل بالشفعة، ثم ردّها بعيب بعد القبض بغير قضاء قاضٍ، فإن للغائب إذا حضر فقبضها بالبيع الأوّل بنصف الثمن، وإن شاء أخذ جميعها بنقض البيع.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الردّ بغير قضاء بمنزلة بيع مستقبل في حقّ ثالث. ألا ترى أنّه لا يتمّ إلّا بتراضيهما، وقد بيّنا ذلك في غير موضع، فصار كأنّه أخذها، ثم باعها من المشتري، فيكون حقّ الشفيع قائمًا في العقدين.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ دارًا بين رجلين لها جارٌ باع أحدهما نفسه من رجل.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ القاضي قد أبطل حقّ الخارجين قضى بها للشريك كما يبطل حقّ أحد الشريكين في النصف الذي استحقّه بالشفعة مع الشريك.

قال محمد: ولو سلّم الشريك الشفعة قبل أن يُقضى بها له، ثم حضر الجار كان له أن يأخذ ذلك كلّه بالشفعة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ كون الشريك مع الجار لا يبطل شفعة الجار، بل يكون الشفعة ثابتة لكلّ واحد منهما إلّا أنّ الشريك أَوْلى بها إذا حضر، فما لم يحضر الشريك فللجار أخذها كما أنّ الإقرار بدءًا للغائب لا يمنع صحّة الإقرار

[2519] المـُبرّا.

للحاضر، وأخذ المقرّ به حتى إذا حضر الغائب كان أَولى به من الثاني، وكما أنّ إقرار المشتري شراء فاسدًا بالبيع من غائب لا يمنع حقّ البائع في الفسخ إلى أن يحضر الغائب. [189ب]

قال أبو بكر: وكان أبو الحسن يروي عن أبي يوسف أنّه كان يقول: ليس للجار[2520] شفعة مع الشريك، وإنّ الشريك لو سلّمها قبل القضاء لم يكن للجار[2521] أخذها.

باب من الشفعة إذا سلّم بعض الشفعاء بعض حقّه أو دخل الشفيع في بعض البيع

قال محمد: وإذا اشترى الرجل دارًا، وقبضها، ولها ثلاثة شفعاء فأخذها أحدهم بالشفعة من المشتري، ثم حضر أحد الشفيعين الباقيين، فصالح الشفيع الذي أخذ الدار من المشتري على أن تأخذ ثلث الدار، ويسلّم للشفيع الذي أخذ الدار من المشتري الثلثين، فهذا جائز. فإن قدم الشفيع الآخر قُسّم ما في أيديهما على ثمانية عشر سهمًا للشفيع الذي سلّم الثلثين أربعة أسهم، وللشفيعين الآخرين لكلّ واحد منهما سبعة أسهم.

قال أبو بكر: لما سلّم الثاني للأوّل الثلثين فقد سلّم من حقّه الثلث، لأن حقّه كان النصف، فسلّم السدس من النصف فهو ثلثه، فإذا حضروا جميعًا سلّمنا للآخرين ثلث الدار، وذلك ستّة من ثمانية عشر، ويبقى عشر سهمًا قد تساووا فيها، فهي بينهم أثلاثًا لكلّ واحد أربعة أسهم، فيحصل للذي سلّم بعض شفعته أربعة، ولكلّ واحد من الآخرين أيضًا أربعة من هذه الاثني عشر مضمومة إلى الستّة الأخرى بينهما، وذلك كلّه أربعة عشر سهمًا نصفين لكلّ واحد منهما سبعة.

فإن قال قائل: فهو إنّما سلّم بعض [190أ] شفعته، فلِمَ جعلت ما سلّمه منها لهما.

قيل له: لأنّا لو جعلناه للأوّل خاصّة كان فيه نقل الشفعة، ولا يصحّ نقل الشفعة إلى غيره، وإنّما يصحّ تسليمها والبراءة منها، فما وقع فيه التسليم حاصل للباقيين.

قال محمد: فإن كان لها شفيع رابع فقَدِم، وقد أخذوا الدار على ما وصفتُ لك، ثم أراد أن يأخذ بالشفعة كان للذي سلّم الثلثين ثلاثة أسهم، وما بقي بين الثلاثة الباقيين لكلّ واحد خمسة أسهم.

قال أبو بكر: وذلك لأنّك لما عزلت الثلث الذي سلّمه، وبطل حقّه منه بقي اثنا عشر سهمًا بين أربعة، أصابه منها ثلثه، ويضمّ الباقي، وهو تسعة إلى الستة، فذلك خمسة عشر بينهم أثلاثًا.

قال محمد: ولو كان الشفيع الرابع حين قدِم لم يلق من الشفعاء إلّا الذي سلّم الثلثين، وفي يده أربعة أسهم من ثمانية عشر سهمًا، فأراد أن يأخذ منه بحصّته ممّا في يده، فإنّ ما في يديّ الشفيع الذي سلّم الثلثين يقسّم بينه وبين هذا الشفيع الرابع نصفين.

[2520] للخار.
[2521] للجاز.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الأربعة التي في يده من الثلثين اللذين قد تساووا فيهما، فيُقسمانها نصفين.

قال محمد: فإن لقيا بعد ذلك أحد الشفيعين الآخرين فأراد أن يرجعا عليه جمع ما في أيديهم جميعًا، ثم يُقسم على أحد عشر سهمًا للشفيع الذي سلّم الثلثين سهمان وثلثا سهم، وما بقي فهو بين الباقيين نصفين.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه كان في يديّ الذي سلّم الثلثين أربعة حين جاء الرابع، فأخذ نصفها، ثم لقيا الآخر، وفي يده سبعة، وأربعة منها من الثلثين اللذين قد تساووا [190ب] فيها، وهي أربعة من الإثنى عشر التي اقتسموها ثلاثًا، فيضمّ تلك الأربعة إلى الأربعة التي كانت في يديّ الذي سلّم، فأخذ الرابع نصفها صار ذلك كلّه ثمانية أسهم للذي سلّم من ذلك ثلثها، لأنّهم متساوون فيها، وذلك اثنان وثلثان، فيأخذ ذلك منها، ثم يضمّ ما بقي بعد ذلك إلى الثلاثة التي أخذها الذي لقياه من الستّة التي وقع فيها التسليم، فيكون بينه وبين الرابع نصفين.

مسألة

قال محمد: وإذا كانت الدار لها ثلاثة شفعاء فاشتراها اثنان من الشفعاء صفقة واحدة على أنّ لأحدهما السدس، وللآخر خمسة أسداس، فهذا جائز، وليس لواحد منهما على صاحبه شفعة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ شريكه إنّما صحّ له ملك نصيبه بقبول الآخر، فصار كالبائع، فيبطل شفعته في مقدار ما حصل لشريكه.

قال محمد: فإن حضر الشفيع الثالث فأراد أن يأخذ نصيبه من الدار، فإنّها تُقسم على ثمانية عشر سهمًا للشفيع الذي اشترى سدس الدار سهمان من ثمانية عشر سهمًا، وما بقي فهو بين الشفيعين الآخرين نصفين.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ عقد البيع كان يوجب لهما ملك البيع نصفين بحقّ الشفعة، فكان يكون للذي سلّم نصف الدار ولو لم يُسلّم، فلمّا رضي بالسدس فقد سَلم ثلثي حقّه، وذلك اثنا عشر من ثمانية عشر، وبقيت ستّة أسهم بينهم على ثلاثة له من ذلك سهمان، والباقي بين الآخرين نصفين.

قال محمد: [191أ] وإن أخذ الشفيع الآخر الذي أخذ السدس، ولم يلق الآخر قاسمه ما في يديه نصفين.

قال أبو بكر: لأنّ ما في يده هو ممّا لم يقع فيه تسليم، وهما متساويان، فيه فيقتسمانه نصفين، ثم يرجعان على الآخر حتى يقتسموا الدار على ثمانية عشر سهمًا، للذي اشترى السدس سهمان، وما بقي فهو بين الآخرين نصفين على ما بيّنا.

مسألة

قال محمد: وإذا اشترى الرجل دارًا، ولها شفيعان فحضر أحدهما، وصالح المشتري على أن أخذ منه نصف الدار، وسلّم له النصف، ثم حضر الشفيع الآخر، فإنه يأخذ النصف الذي في يديّ المشتري كلّه، فيسلّم له، ويأخذ نصف ما في يديّ الآخر.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الأوّل لو سلّم جميع الشفعة كان للآخر أخذ الدار كلّها، فكذلك يأخذ النصف للذي سلّم، ثم تساويا في النصف الباقي، فهو بينهما نصفين، وكذلك إن لقي الشفيع أخذ نصف ما في يده، ثم يأخذ من المشتري ما بقي في يده.

مسألة

قال محمد: وإذا اشترى الرجل دارًا، وهو شفيعها، ولها شفعاء سواه فلقيه أحد الشفعاء، فصالحه على أن يسلّم له ثلث الدار على أن يكون هو وأصحابه في الثلثين سواء، وتراضيا بذلك، فهو جائز، وهذا والأوّل سواء، ويكون الثلثين بين الشفعاء جميعًا، ومن الشفيع الذي سلّم بالسويّة غير المصالح.

قال أبو بكر: كان معنى المسألة: أنّه صالح الذي جاء على أن يسلِّم له ثلث الدار [191ب] على أن يكون الثلثين بين المشتري وبين الشفعاء الآخرين بالسويّة من غير أن يكون للذي جاء فيه حقّ، فيكون حينئذ قد سلَّم ثلث حقّه، لأنّه كان له النصف، فأخذ الثلث، ويكون تقدير المسألة على ما تقدّم من بيانه في المسائل المتقدّمة.

باب من الشفعة على أن يضمن فلان الثمن

قال محمد: وإذا اشترى الرجل من الرجل دارًا بألف درهم على أن ضمن فلان الثمن، وهو شفيعها، وهو حاضر، فرضي بالضمان، فالشراء جائز، وضمان الثمن للشفيع لازم ولا شفعة له.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ صحّة البيع تعلّقت بضمان الشفيع، لأنّه لو لم يقبل الضمان لم يصح البيع، فصار كالبائع إذا اشترط خيار الشفيع، فأجاز البيع، فيبطل ذلك شفعته، لأنّ البيع به تمّ، وهو كالشفيع إذا باع فلا يكون له شفعة. والمعنى في ذلك كلّه: أن من عقد على نفسه عقدًا فلا سبيل له إلى فسخه وإبطاله عن نفسه، فلو جعلنا للبائع الشفعة لكان له أن يأخذها من يديّ نفسه قبل تسليمها إلى المشتري، وفي ذلك فسْخ ما ألزمه نفسه من تصحيح[2522] العقد بدخوله فيه، وكذلك لو جعلنا لضامن الثمن أخذها بالشفعة لكان له أخْذها من يديّ البائع وفسْخ. [192أ]

قال محمد: وإذا اشترى الرجل دارًا، وشفيعها رجلان، وأحدهما غائب، فللآخر أن يأخذها كلّها بالشفعة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ حقّ كلّ واحد منهما ثابت في أخذ الجميع. ألا ترى أنّه لو لم يكن غيره لا يستحقّ أخذ الجميع، فصار كرجل قتل رجلين، واحد منهما وليّ، فلأحدهما إذا حضر أن يقتله، ولا ينتظر مجيء الآخر، فكذلك ما وصفنا،

[2522] من يصحّح.

وإنّما يأخذ بها نصفين إذا حضرا لأجل المزاحمة لاستحالة أخْذ كلّ واحد منهما الجميع، وقد قالوا فيما هو أكدّ من الشفعة: أنّ الحاضر يثبت حقّه ما لم يحضر الغائب، نحو رجل أقرّ لرجل غائب بعبدٍ في يديه، ثم أقرّ به لحاضر أنّه يدفعه إلى الحاضر، فإذا قدم الغائب فصدّقه في إقراره أخذه من يديّ المقرّ له الثاني. فكذلك لو باع عبدًا بيعًا فاسدًا، وقبضه المشتري، ثم جاء البائع يريد فسخ البيع، فأقرّ المشتري أنّه باعه من رجل غائب أنّ للبائع أن يأخذه، ويفسخ البيع فيه، فإذا حضر المقرّ له فصدّقه بما قال المشتري أخْذه من يده، فهذه حقوق أكدّ من حقّ الشفعة يستحقّها الحاضر حتى يقدم الغائب، فالشفعة بذلك أوْلى.

فإن قال قائل: هلّا كانت الشفعة كدم عمدٍ بين رجلين أنّ أحدهما لا يستوفيه حتى يحضر الغائب.

قيل له: لأنّ دم العمد وجب لهما على وجه الشركة. ألا ترى أنّ أحدهما لو عفى كان للآخر نصف الديّة، [192ب] ولم تجب الشفعة لهما على وجه الشركة. ألا ترى أنّ أحدهما لو سلّم الشفعة كان للآخر أخذ جميعها.

قال محمد: فإن قضى له القاضي بها كلّها بالشفعة فلم يقبضها حتى رأى بها عيبًا، فردّها بقضاء قاض أو بغير قضاء، ثم قدم الغائب، فأراد أن يأخذها كلّها بالشفعة، فليس له أن يأخذ نصفها.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ القاضي قد أبطل شفعة الغائب في نصف ما قضى به للحاضر. ألا ترى أنّهما لو جاءا معًا فأخذاها نصفين، ثم ردّ أحدهما نصيبه بعيبٍ بقضاء قاضٍ لم يكن للآخر أن يأخذه.

فإن قال قائل: هلّا جعلت فسْخه للبيع بقضاء قاض رافعًا لحكم الحاكم له بما حكم به، كما جعلته رافعًا لحكم البيع الواقع فيما بين المشتري والبائع في باب جواز ردّه على بائعه بعيبٍ إن وجده به.

قيل له: لا يشتبهان من قِبل أنّ المانع من الردّ بالعيب كان البيع، فإذا فسخ البيع صار كأن لم يكن، فكان له أن يردّه على بائعه. وأمّا أخْذ الشفيع الدار بالشفعة فإنّما كان لأجل حقّه الثابت له بالعقد لأجل الجوار، وقضاء القاضي بالردّ لم يبطل ذلك المعنى، فلم يبطل الحكم الذي حكم به في سقوط حقّ شريكه عن ذلك النصف، فلذلك لم يكن لشريكه أن يأخذه.

قال محمد: ولو كان الشفيع الأوّل ما رأى العيب بعد الخصومة سلَّم الشفعة، ولم يأخذها، ثم حضر الجار الآخر، فإنّ له أن يأخذ الدار كلّها بالشفعة أو يدع ليس له ذلك.

قال أبو بكر: من قِبل أنّه لم يحكم للحاضر بشيء من الدار، [193أ] وكذلك الآمر إذا ادّعى الخيار، وأنكر البائع والمشتري، فالقول قول البائع والمشتري، ولا يصدّق الآمر.

قال أبو بكر: حكى أبو الحسن رحمه الله أنّ من قول أبي حنيفة: إنّ القول قول البائع في هذه المسألة، لأنّ الشفيع والمشتري يريدان استحقاق الدار، وإزالة ملكه بقولهما، فلا يقبل قولهما عليه، وإنّ من قول محمد: إنّ القول قول من يبقى الخيار في الوجهين جميعًا، لأنّ البيع قد وقع مطلقًا، والخيار شرط مُلحق به لا يعلم وجوده، فلا يُصدّق واحد منهما

عليه إلّا ببيّنة. وإنّ من قول أبي يوسف أنّهما إن كانا في المجلس أعني البائع والمشتري، فالقول قول البائع في الخيار، وإن كانا قد افترقا فالقول قول من ينفي الخيار. قال: وذهب في اعتباره في المجلس في تصديق مدّعي الخيار أنّهما بعد على حال مُرافَضة البيع، فلم يثبت بعد بينهما بيع بتات، ولم يبن لنا أنّ الشيء قد استحقّ على البائع، فالقول قول مدّعي الخيار، وإذا تفرّقا فظاهره موجب لإتمامه، فلا يصدّق على إثبات الخيار فيه.

قال أبو بكر: وجه جواب الكتاب في أنّ العاقدين إذا اختلفا في الخيار فالقول قول من ينفي الخيار، ويدّعي البيع البتات. وإنّ الشفيع إذا ادّعى البتات، وادّعيا الخيار هما فالقول قولهما، هو أنّه ليس أحد العاقدين بأوْلى بالتصديق على صاحبه من صاحبه عليه، وإذا تساويا في ذلك، وكان ظهور العقد يُوجب البتات [193ب] وإلزام الحقوق ووقوع الملك، وإنّ ذلك إنّما ينبغي شرط الخيار، ولم يعلم ذلك وجَب أن يكون دخولهما في العقد اعترافًا منهما بجوازه ولزوم الحقوق المتعلّقة به. وأمّا إذا اختلفا هما والشفيع، فإنّ العقد لم يتم بقول الشفيع حتى يعتبر قوله فيه. ومعلوم أنّ العقد صحّ بقول العاقد، فالقول[2523] قولهما في الوجه الذي وقع عليه العقد، والآمر مع العاقدين كالشفيع لهذه العلّة بعينها.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا اشترى من رجل دارًا، وقبضها، فأخذها الشفيع بالشفعة بقضاء أو بغير قضاء قاض، فبناها، ثم استحقّها رجل رجع الشفيع على المشتري بالثمن، ولم يرجع عليه بقيمة البناء. وكذلك إذا اقتسموا دارًا بينهم، ثم بنى أحدهم في نصيبه، ثم استحقّ ما أصابه لم يرجع بقيمة البناء على شركائه.

قال أبو بكر: قد بيّنا ذلك في الباب الذي قبل هذا، إلّا أنّ محمدًا قد ذكر ههنا أنّ أخذ الشفيع بقضاء وغير قضاء سواء في أنّه لا يرجع بقيمة البناء، ولم يجعل أخذه إيّاها بغير قضاء بمنزلة شراء مستقبل.

فإن قال قائل: هلّا كان أخذه بغير قضاء كشراء مستقبل كما أنّ ردّ العبد بالعيب على بائعه بغير قضاء بمنزلة بيع مستقبل في حقّ ثالث، ولذلك لم يكن له ردّه على بائعه.

قيل له: لأنّ علّة بطلان الردّ بالعيب على بائعه [194أ] البيع فيما بينه وبين المشتري، وفي ذلك إسقاط ضمان الثمن الذي التزمه، فلم يكن له شفعة من أجل ذلك.

قال محمد: وكذلك لو ضمن الشفيع الدرك للمشتري فلا شفعة له.

[2523] فو القول.

قال أبو بكر: لأنّه قد ألزم نفسه أحد معنيين بضمان الدرك، إمّا تسليم الدار وردّ الثمن، فلمّا دخل تحت ضمانه تسليم الدار لم يكن له إسقاط ذلك عن نفسه بأخذه إيّاها بالشفعة. وأيضًا فلو جعلنا له[2524] الشفعة كان له أخذها من يد البائع، وفسخ البيع فيما بينه وبين المشتري، وفي ذلك إسقاط ضمان الدرك للمشتري عن نفسه.

قال محمد: وكذلك لو شرط البائع خيار[2525] الشفيع ثلاثة أيّام، فأمضى الشفيع البيع فلا شفعة له.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ بإجازته خرج من ملك البائع، فصار كالوكيل بالبيع.

مسألة

قال محمد: ولو شرط المشتري خيار الشفيع ثلاثة أيّام، فللشفيع أن يأخذ بالشفعة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ العقد قد تمّ من قِبل البائع، وهو موقوف على خيار المشتري والشفيع، وهو قائم مقام للمشتري في الإجازة أو الفسخ، فكما أنّ شراء المشتري لا يبطل شفعته كذلك من قام مقامه، وإنّما لم يبطل الشراء شفعة المشتري من قِبل أنّه شفيعٌ، وليس في بقاء شفعته نقض لما أوجبه. ألا ترى أنّه ليس في أخذه بالشفعة نقض للعقد الذي عقده. وأمّا البائع فلو كان له الشفعة لكان فيه نقض بما أوجبه من العقد. ألا ترى أنّه إذا أخذها من يد نفسه بنقض العقد [194ب] بينه وبين المشتري لعدم التسليم الذي يتعلّق به حجّة العقد.

فإن قيل: فإذا أخذها من يد المشتري لم ينقض البيع، فهلّا جعلت له أخذها بالشفعة من يده.

قيل له: إذا لم يجب له الشفعة بالعقد لم يجب بالقبض، لأنّ القبض لا ينتقل به الملك، وإنّما ينتقل بالعقد.

فإن قال: فإذا كان له الخيار من جهة المشتري، فأجازه ينبغي ألّا يجب له الشفعة، لأنّ في أخذها بالشفعة من يديّ البائع فسخ لما أجازه، ولا يكون إجازته بمنزلة إجازة المشتري نفسه في بقاء الشفعة، لأنّ قبول المشتري وإجازته لا ينفسخ بأخذها بالشفعة، وأخذ الذي له الخيار من قبل المشتري بالشفعة من يد البائع يوجب فسخ، فينبغي ألّا يكون له أخذه.

قيل له: إنّ الذي له الخيار من قِبل المشتري إذا أخذها بالشفعة من يد البائع فليس في ذلك إبطال إجازته من قِبل أنّه لو كان كذلك لوجب أن يبقى حينئذ عقد البيع على ما كان عليه قبل إجازته، فيعود يبقى فيه خيار المشتري، فلمَا لم يكن كذلك وإنّما انفسخ بأخذها من يد البائع العقد، وهو لم يعقد، ولم يوجب البيع للمشتري لم يمتنع جواز فسخه من جهته بأخذه بالشفعة.

[2524] فلو جعلناه.
[2525] جاز.

قال أبو بكر: هذا جواب أبي الحسن رحمه الله عن هذا السؤال، وفيه وجه آخر، وهو: أنّ خيار المشتري لا يمنع خروج الشيء من ملك البائع، والشفعة إنّما يـجب [195أ] بخروج الدار من ملك البائع، وشرط المشتري الخيار للشفيع يوجب له الخيار، فقد وجب للشفيع الشفعة بخروجه من ملك البائع، ثم توكيل المشتري الشفيع بالإجازة أو الفسخ لا يؤثر في شفعته، إذ ليست صحّة الشفعة متعلّقة بدخولها في ملك المشتري.

باب من الشفعة التي يكون للمشتري فيها ما لا يكون للشفيع

قال محمد: وإذا اشترى الرجل من الرجل دارًا فردّها[2526] المشتري قبل الشراء، فلا خيار له فيها، فإن كان له فيها شفيع ولم يردّها بأخذها من البائع فقد انتقض البيع فيما بين المشتري والبائع، وصار البيع للشفيع، وللشفيع خيار الرؤية، وكذلك لو أخذها الشفيع من المشتري بعدما قبضها.

قال أبو بكر: الشفيع إن أخذ الدار بمنزلة المشتري فيما يثبت له، وعليه من حقوق العقد. ألا ترى أنّه يثبت له حقّ الردّ بالعيب كما يثبت للمشتري. والمعنى في ذلك: أنّ المشتري إنّما وجب له خيار الرؤية لجهالة المبيع، ويجب له حقّ الردّ بالعيب، لأنّه بدل الثمن عن جميع أجزاء الدار، فإذا وجدها ناقصةً كان له ردّها، وهذان المعنيان موجودان في الشفيع، فكان له أن يردّ، وإنّما كانت عُهدة الشفيع على البائع إذا أخذها من يده، وعلى المشتري [195ب] إذا أخذها من يده من قِبل أنّه إذا أخذها من يد البائع انتقض شراء المشتري، وصار الشفيع يملكها من جهة البائع كأنّه باعها منه، فيكون عُهدته عليه. ألا ترى أنّه يسلّم الثمن إليه. وأمّا إذا أخذها من يد المشتري فإنّ شراء المشتري لا ينتقض، لأنّ التسليم قد صحّ له من جهة البائع، فإنّما حصل له إلّا أنّ الملك من جهة المشتري، فصار كأنّه اشتراها منه، فيدفع إليه الثمن، ويكون عُهدته عليه. وإذا ردّ الشفيع الدار إلى البائع بخيار الرؤية، فليس للبائع أن يلزمها المشتري، لأنّ البيع قد نقض بحقّ كالعبد إذا أبق من يد البائع ففسخ المشتري البيع، فليس للبائع إذا حضر العبد أن يلزمه المشتري.

قال محمد: ولو أبرأ المشتري البائع من كلّ عيب عند[2527] عقده البيع، ثم أخذها الشفيع، فله أن يردّها بالعيب على من أخذها منه.

قال أبو بكر: لأنّ رضاء المشتري بالعيب لا يلزم الشفيع العيب كما لا يلزمه مشتريًا آخر لو اشتراها منه.

مسألة

[2526] فردّ لها.
[2527] عبد.

قال محمد: ولو أنّ رجلًا اشترى من رجل دارًا، وقبضها أو لم يقبضها حتى حضر الشفيع، فأخذها، وبنٰـى فيها بناء، ثم استحقّت الدار، فإنّ الشفيع يرجع بالثمن على من أخذها منه، ولا يرجع بقيمة البناء على واحد، ولكنّه يهدم بناءه، فينقله حيث أحبّ.

قال أبو بكر: إنّما لم يكن الشفيع مغرورًا في الرجوع بقيمة البناء على من عُهدته عليه من قِبل أنّه هو الذي أدخل نفسه في ذلك من غير أن يوجبه [196أ] له البائع ولا المشتري، وإنّما أوجب البائع الملك للمشتري دون الشفيع.

فإن قال قائل: فالبائع هو الموجَب[2528] للعقد الذي ثبت فيه حقّ الشفيع، فصار ذلك كإيجابه العقد للشفيع، فينبغي أن يكون غارًّا له به مثل البائع إذا باع على أنّ المشتري بالخيار ثلاثًا أنّه يكون غارًّا بذلك إذا أجازه المشتري، وإن لم يملك إلّا بالإجازة.

قيل له: لا يشبه الشفيع المشتري من قِبل أنّ البائع قد قصد إلى إيجاب الملك للمشتري بمعاقدته إيّاه، ولم يقصد إلى إيجابه للشفيع، فلم يكن غارًّا له. وكذلك المشتري لم يقصد إلى إيجاب الملك للشفيع، وإنّما أدخل الشفيع نفسه فيه، فلا يكون غارًّا له. وكذلك مسألة المدبّرة إذا اشتراها العدوّ فوقعتْ [في] سهم رجل من المسلمين، ثم أخذها مولاها الأوّل بالقيمة، فوطأها، فولدت منه أولادًا، ثم أقام رجل البيّنة أنّها جاريته[2529] دبّرها قبل أن باشرها العدوّ، فردّت عليه، وضمن الواطئ قيمة أولادها، والعقد للمستحقّ، فإنّه يرجع على الذي وقعت في سهمه بالقيمة التي أخذها، ولا يرجع عليه بشيء من قيمة الولد، لأنّه هو الذي ألزم نفسه ذلك، وإجباره من غير قصد من الذي وقعت في سهمه إلى إيجاب الملك له، فلذلك لم يكن غارًّا. وكذلك لو قالوا في القسمة في الدار الواحدة: إذا بنٰى أحدهما في نصيبه، ثم استحقّ لم يرجع على شريكه بقيمة البناء، لأنّ القسمة [196ب] كانت مستحقّة على شريكه بحقّ الملك يجبر[2530] عليها شاء أم أبـٰى، فلم يكن غارًّا.

باب من الشفعة أيضًا

قال محمد: وإذا اشترى الرجل من الرجل دارًا بألف درهم، وتقابضا فحضر الشفيع، وأراد أخذها بالشفعة، فأقرّ المشتري والبائع بالبيع، وادّعيا أنّه كان في البيع خيار للبائع، ولم ينقض، وأنكر الشفيع الخيار، فالقول قول المشتري والبائع.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهما العاقدان، وبهما وجب البيع، والقول قولهما في الوجه الذي وقع عليه العقد وفي صفته. ألا ترى أنّهما لو قالا: "كان الثمن دنانير"، وقال الشفيع: "كان دراهم" أنّ القول قولهما. ووجه آخر، وهو: أنّ حقّ الشفيع لا يثبت بوقوع العقد على [أنّ الخيار للبائع]، لأنّ العقد واقع مع خيار البائع، ولا يجب له الشفعة، وإذا كان كذلك فالشفيع يدّعي بثبوت حقّ الأخذ، وهما يجحدانه[2531]، فالقول قولهما في أنّ لا حقّ للشفيع عليهما.

[2528] الموجبٌ.
[2529] جازيته.
[2530] يجيز.
[2531] وهما يجحدا به.

قال محمد: وكذلك لو غاب البائع كان القول قول المشتري في خيار البائع، ولا يأخذها الشفيع.

قال أبو بكر: وهذا على العلّة التي بيّنا.

قال محمد: ولو أقرّ المشتري أنّه لم يكن في البيع خيار فالقول قول المشتري والشفيع، وكذلك لو ادّعى المشتري الخيار، وأنكر البائع والشفيع، لزم المشتري، وأخذها الشفيع.

قال أبو بكر: [197أ] بعدما أخرجه من ملكه هو زوال ملك الأوّل بفعله وعوده إليه يعني قضاء لم يوجب عوده على حكم الملك، فلذلك لم يكن له ردّه، إذ كان عائدًا إليه على حكم ملك مستقبل. وأمّا علّة الغرور فهي[2532] إيجاب الملك له من غير سبب يوجب له استحقاقه، ومتى ملكه بسبب أوجب له ذلك فإنّه لا يكون مغرورًا، وليس دخوله في ملكه على وجه الاستئناف عليه الغرور، لأنّ القاضي إذا قضى للشفيع ملكه الشفيع أو البائع من غرور الشفيع هو أنّه استحقّ ذلك عليهما بعقد لم يوجباه له، وذلك موجودٌ في حال أخذه بقضاء أو غير قضاء. ألا ترى أنّ القسمة سواء وقعت بقضاء أو بغير قضاء أنّه لا يقع بها غرور، لأنّ ذلك مستحقّ بسبب متقدّم من غير قصد منهم بذلك إلى إيجاب الملك له ابتداءً. وأمّا في الدارين إذا اقتسماها فهذا بمنزلة الشراء في حكم الغرور في قول أبي حنيفة، لأنّه ترى قسمة الدور بعضها في بعض، ويقسم كلّ واحد على حالها له، ولو كان القاضي رأى ذلك لم يكن منهما مغرور، لأنّ كلّ واحد منهما وقع له نصيبه بحكم حاكم من غير إيجاب منه لشريكه ذلك.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا اشترى دارًا بعبدٍ، وأوجب[2533] الشفيع الشفعة بقيمة العبد فوجد البائع العبد أعور، فرضي بأخذه، ثم جاء الشفيع، فإنّه يأخذ الدار من البائع بقيمة العبد صحيحًا.

قال أبو بكر: لأنّ العقد [197ب] وقع على عبد صحيح غير معيب، ووجب للشفيع أخذها بذلك بالعقد، فلا يحطّ عنه شيء لرضا البائع بأخذه معيبًا. ألا ترى أنّ للمشتري أن يبيع العبد الذي وجده أعور مرابحة، ولا يبرّؤ وإن كان العقد وقع على عبد غير معيب. وكذلك لو اشتراها بألف جياد، ونقد ألفًا بهرجة يجاوز بها البائع، فإنّ للشفيع أخذها[2534] بألف جياد، لأنّ العقد وقع على ذلك، والشفيع إنّما يثبت له حقّ الأخذ بما كان في العقد. وأيضًا فإنّ العيب ليس بمضمون عليه، فلا يحطّ عنه حصّته. والدليل على ذلك: أنّه لو رضي بالعود، ثم وجد به عيبًا فردّه رجع بجميع الثمن، فلو كان مقدار ما يخصّ العيب من النقصان حطيطة بما كان له أن يرجع بجميع الثمن.

[2532] فهو.
[2533] ووجب.
[2534] يأخذها.

باب من الشفعة وقسمتها بين الشفعاء

قال محمد: وإذا اشترى الرجل دارًا بألف درهم، ولها ثلاثة شفعاء جيران فحضر شفيعان، وأخذ الدار من المشتري بقضاء أو بغير قضاء، فإنّهما يأخذانها نصفين، فإن أخذاها ثم حضر شفيع ثالث، ووجه أحدهما فإنّه يأخذ من الحاضر نصف ما في يده.

قال أبو بكر: لأنّهما متساويان في الحقّ فيما حصل في يد واحد منهم، فحكمه أن يساوي فيه صاحبه.

قال محمد: [198أ] فإن قبض ذلك منه فغاب، وحضر الغائب كان للشفيع الأوّل أن يرجع على شريكه، فيأخذ منه رُبع ما في يده.

قال أبو بكر: لأنّ في يده سهمين من ثمانية، وفي يد الذي حضر أربعة، فذلك ستّة أثمان ينبغي أن يكون بينهما نصفين، فيكون لكلّ واحد منهما ثلاثة أثمان، وفي يده سهمان، فيرجع عليه بسهم واحد، وهو ربع ما في يده.

قال محمد: فإن غاب أحدهما، وحضر الشفيع الذي أخذ الربع كان له أن يأخذ من الذي في يده ثلاثة أثمان الدار نصف الثُمن.

قال أبو بكر: لأنّ في يد الذي حضر سهمين من ثمانية وفي يد الآخر ثلاثة، فذلك خمسة أثمان ينبغي أن يكون بينهما نصفين لكلّ واحد ثُمنان ونصفه، فيأخذ منه نصف ثمن، لأنّ في يده ثمنين.

قال محمد: فإن حضر الغائب بعد ذلك تراجعوا حتى يصير في يد كّل واحد ثلث الدار.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهم متساوون فيها، فهي بينهم أثلاثًا.

مسألة

قال محمد: وإذا كان للدار ثلاثة شفعاء فاشتراها اثنان منهم، وقبضاها، ثم غاب أحدهما، وجاء الشفيع الآخر، فإنّه يأخذ نصف ما في يدي الحاضر.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهما متساويان في استحقاق شفعة النصف الذي في يده، فوجب أن يكون بينهما نصفين.

فإن قال قائل: لم لا يأخذ ثلثي ما في يده إذا كان للذي لم يشتر شفعة في جميع الدار وللذي اشترى النصف حقّه في نصف الدار، [198ب] وهو ما اشتراه، وليس له حقّ الشفعة فيما اشترى شريكه، فينبغي أن يضرب الذي لم يشتر فيما في يده بالجميع والذي في يده بالنصف، فيكون بينهما أثلاثًا.

قيل له: من قِبل أنّه ليس له أن يضرب فيما في يد الحاضر بما في يد الغائب، وإنّما يضرب فيه بما في يده، وهو النصف، ويضرب الذي في يده بالنصف أيضًا، فيكون بينهما نصفين.

فإن قال قائل: فلو حال الشفيع الذي لم يشتروهما حاضر إن أخذ من كلّ واحد منهما ثلث ما في يده، ولم يكن له أن يأخذ نصف ما في يده في حال حضور الآخر، فهلّا قلت مثله في حال عيبه أحدهما.

قيل له: هذا أيضًا إنّما وجب للمعنى الذي وصفنا، وهو إيجاب المساواة بينهم، فإذا كانا حاضرين فأخذ من كلّ واحد منهما ثلث ما في يده، فيحصل له ثلث الدار، ويبقى في يد كلّ واحد الثلث، فيكونون متساويين فيه. وكذلك إذا حضر أحدهما فإنّه يقع المساواة بينهما بأن يكون ما في يده بينهما نصفين.

قال أبو بكر: وكان أبو الحسن يحكي عن محمد أنّه اعتلّ في ذلك بأنّ خيار البائع إذا لم ينقطع إلّا بقبول المشتريين صار كلّ واحد منهما كأنّه بائع للنصف الذي حصل لشريكه، فيبطل شفعته في ذلك النصف.

قال أبو بكر: وهذا يوجب أن يكون الشفيع الآخر إذا جاء والمشتريان حاضران أن يقول لكلّ واحد منهما: "إنّك قد سلّمت نصف الشفعة، فلا حقّ لك فيه، والنصف الباقي بيننا نصفين"، فيأخذ من كلّ واحد ربع جميع الدار، [199أ] فيحصل له النصف، ولهما جميعًا النصف.

قال أبو بكر: والذي يستمرّ عليه مسائل الباب إيجاب الشفعة في الجميع لكلّ واحد من الشفيعين المشتريين، وألّا يكون شراؤه معه تسليمًا للشفعة في الجميع لكلّ واحد من الشفيعين المشتريين، وألّا يكون شراؤه معه تسليمًا للشفعة في النصف الذي اشتراه شريكه، وعلى هذا المعنى بنى محمد مسائل الباب، وقد بيّنه بعد ذلك، فيقول على هذا الاعتبار: إنّ الشفيع الآخر إذا لقي أحدهما قال له: "لي شفعة في الجميع، وكذلك أنت فما في يدك بيننا نصفان"، وكذلك إذا حضر قالوا: "قد تساوينا في استحقاق شفعة جميع الدار فهي بيننا أثلاثًا".

قال محمد: فإن أخذ الذي حضر نصف ما في يد الحاضر بقضاء أو بغير قضاء، ثم حضر الشفيع الذي في يده النصف، فسلّم الذي أخذ الربع النصف الذي في يده كان تسليمه جائزًا على نفسه، ولم يكن له من الدار غير الربع الذي أخذ، ورجع الذي أخذ منه الربع بنصف[2535] على شريكه الذي سلّم له النصف، فأخذ منه ربع ما في يده حتى يصير في يد كلّ واحد منهما ثلاثة أثمان الدار.

[2535] نصف.

قال أبو بكر: لما سلّم الشفيع الأجنبي النصف الذي في يد الذي حضر صحّ تسليمه، وبطل حقّه منه، ولم يبطل حقّه فيما قبض، لأنّ تسليم الشفعة لأحد[2536] الشفعاء لا يبطل حقّه فيما له عند الباقيين، وإذا كان كذلك سلّم له الربع الذي أخذه، وبقي ثلاثة أرباع ليس لها شفيعٌ [199ب] غيرهما، فحكمها أن يكون بينهما نصفين لكلّ واحد منهما ثلاثة أثمانها.

قال أبو بكر: وقد بيّن محمد بهذه المسألة أنّ حقّ الشفعة قائم لكلّ واحد من المشتريين فيما اشتراه شريكه، وأنّ شراؤه معه ليس بتسليم للشفعة في نصيبه. ألا ترى أنّه قد جعل له أن يرجع في بعض ما في يده إذا سلّم الأجنبيّ له الشفعة في النصف الذي اشتراه.

قال محمد: ولو كان الذي أخذ الربع لم يسلّم للذي في يده النصف الشفعة، ولكن الذي أخذ منه الربع هو الذي سلّم للذي في يده النصف، فيأخذ منه ربع ما في يده.

قال أبو بكر: لأنّ المشتري الذي أخذ منه الربع بما سلّم الشفعة لشريكه في النصف الذي في يده لم يبق له حقّ إلّا في الربع الذي في يده، وبقي ثلاثة أرباع الدار بين الشفيعين الآخرين، فيرجع الشفيع الأجنبيّ على المشتري الآخر بربع ما في يده حتى يحصل في كل واحد ثلاثة أثمان الدار، ويتساويا فيما بقي لهما من الدار.

قال محمد: ولو أنّ الشفيعين اشتريا الدار من البائع بألف درهم، وقبضاها، ثم حضر الشفيع الآخر، والشفيعان المشتريان حاضران كان له أن يأخذ من كلّ واحد ثلث ما في يده.

قال أبو بكر: وذلك لما وصفنا من أنّهم متساوون في استحقاقها بالشفعة، فوجب أن يكون بينهم أثلاثًا.

قال محمد: فإن سلّم أحدهما النصف الذي في يده أخذ من الآخر ثلث ما في يده، وهو السدس في جميع الدار، ورجع الذي أخذ منه السدس على شريكه بنصف سدس [200أ] جميع الدار، لأنّ الشفيع حين سلّم لأحد الشفيعين النصف الذي في يده لم يكن له من الشفعة إلّا في نصف الدار، وكان لكلّ واحد من الباقيين الشفعة في جميع الدار، فيقسم النصف الذي في يديّ الشفيع الذي لم يسلّم له على ثلاثة أسهم على جميع الدار، وعلى النصف فيحصل له ثلث[2537] ذلك النصف.

قال أبو بكر: قد بيّن محمد أنّ كلّ واحد من المشتريين له الشفعة في جميع الدار، ولعلّ الذي حكاه أبو الحسن ممّا قدّمناه قولًا مرجوعًا عنه بما ذكره ههنا.

قال محمد: ولو كان المشتريان غير الشفعاء، ثم حضر الشفعاء الثلاثة فقال أحدهم قبل أن يأخذوا شيئًا من الدار: "قد سلّمت شفعي في نصف الدار" كان ذلك تسليمًا منه بجميع الدار.

[2536] لاخد.
[2537] الثلث.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الدار في يديّ المشتريين، ولا يمكنه تفريق الصفقة عليهما بأن يأخذ بعض ما في يد كلّ واحد منهما، فلمّا صحّ التسليم في النصف، وامتنع أخذ الباقي لما فيه من تفريق الصفقة على المشتري صار تسليمًا للكلّ. ألا ترى أنّا لو لم نجعله تسليمًا للجميع لكان له أن يأخذ من كلّ واحد من المشتريين نصف ما اشتراه، وفي ذلك تفريق الصفقة عليه فلم يجز.

قال محمد: فكذلك لو سلّم لأحدهما دون صاحبه كان تسليمًا منه لهما جميعًا.

قال أبو بكر: يعني أنّ الشفيع الثالث سلّمها لأحد الشفيعين الباقيين، وإنّما كان تسليمًا منه لهما جميعًا من قِبل أنّا لو جوّزنا تسليمه [200ب] لأحدهما دون الآخر في النصف لكان له أن يأخذ النصف الباقي بالشفعة، وفيه تفريق الصفقة على المشتري، فلم يجز.

فإن قال قائل: فهو إنّما سلّم شفعته لأحدهما، وذلك نقل للشفعة إليه، فإذا لم يصح النقل بقيت شفعته على حالها.

قيل له: ليست المسألة على ما ظننت، وإنّما هي أنّه سلّم نصف الشفعة لأحد الشفيعين الباقيين، وذلك إنّما هو على وجه البراءة وإسقاط حقّه من مزاحمته فيما يأخذه، لا على جهة نقل الشفعة إليه، لأنّ الآخر له حقّ الشفعة أيضًا يستحقّها لنفسه دون نقل الذي سلّمها إليه، وإذا كان كذلك فلا وجه للمسألة إلّا تسليم نصف الشفعة، وتخصيصه أحدهما بالتسليم دون الآخر لا يمنع وقوع التسليم في جميعها. ألا ترى أنّه لو سلّم الشفعة للبائع كان تسليمًا للمشتري، وكذلك لو سلّمها للمشتري أو الوكيل دون الآمر.

قال محمد: ولو كان المشتري غير الشفيعين فأخذ الشفيعان الدار منه بالشفعة كان هذا وشراء الشفيعين سواء في جميع ما وصفت لك، ولا يشبه تسليمه لأحدهما بعدما يأخذان الدار نصفين تسليمه لأحدهما قبل الآخر.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهما إذا لم يأخذا فحقّ كلّ واحد منهما ثابت في أخذ الجميع. ألا ترى أنّ أخذ الآخر جميعها فليس له تفريق الصفقة عليهما. وأمّا إذا أخذها [201أ] بالشفعة نصفين فقد بطل حقّ واحد فيما قضى به لصاحبه. ألا ترى أنّ صاحبه لو ردّ نصيبه بعدما قضى له به بعيب بقضاء قاضٍ أو بخيار رؤية لم يكن للآخر أن يأخذه، لأنّ قضاء القاضي له بالنصف مُبطِل لشفعة صاحبه فيه، فصار كمشتريين اشتريا دارًا، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما دون الآخر. وأمّا إذا لم يأخذا فحقّ كلّ واحد منهما ثابت في الجميع، فكلّ واحد منهما على حياله، كمشتري اشترى دارًا فيسلم الشفيع شفعة نصفها، فيكون تسليمًا لجميعها. وأيضًا فإذا لم يأخذا حتى سلّم النصف فإنّ النصف يكون بين نصيب المشتريين جميعًا، فلو لم يكن تسليمًا للجميع كان له أن يأخذ نصيب كلّ واحد منهما.

فإن قال قائل: فالمشتريان إذا كانا شفيعين، ثم جاء ثالث فسلّم لأحدهما كان له أخذ نصيب الآخر، وإن كان لكلّ واحد من المشتريين شفعة في الجميع.

قيل له: إنّ حقّ كلّ واحد منهما، وإن كان ثابتًا في شفعة الجميع فإن ملّكهما في الدار متفرّق، فله أن يأخذ نصيب أحدهما دون الآخر كما قلنا في المشتريين اللذين ليسا بشفيعين.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا باع نصف دار له من رجل فجاء شفيع النصف، وهو جارٌ، فأخذ النصف بالشفعة بقضاء أو بغير قضاء، ثم قاسم شريكه في الدار، فأخذ كلّ واحد منهما منزلًا في الدار على حدّة بقضاء أو بغير قضاء، ثم حصّه شفيع بطريق هو أحقّ من الجار، فإنّه يأخذ الذي صار للجار بالشفعة، [201ب] وليس له أن ينقص القسمة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ البائع لـمّا أوجب الملك للمشتري فقد أوجب له حقّ القسمة بالملك، وثبت مثل ذلك الحقّ للشفيع، فإذا قاسم، ثم جاء شفيع أَوْلى لم يكن له أن ينقص القسمة كما لو قاسم المشتري البائع، ثم جاء الشفيع لم يكن له أن ينقص القسمة، وإنّما لم يكن له نقص ذلك من قِبل أنّ ذلك موجَب بحقّ العقد الموجِب للملك كما أوجب القبض. فلمّا لم يكن للشفيع أن ينقص قبض[2538] المشتري، كذلك ليس له أن ينقض قسمته، إذ كلّ واحد منهما موجَبٌ بالعقد.

قال محمد: ولو اشترى دارًا، ولها ثلاثة شفعاء فأخذها اثنان بالشفعة، واقتسماها نصفين بقضاء أو بغير قضاء، فأخذ كلّ واحد منهما منزلًا على حدّة، ثم حضر الشفيع الثالث، فله أن ينقض القسمةَ.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ القسمة لو جازت عليه لحصل نصيبه في نصيبين متفرّقين، وفي ذلك ضرر عليه، فله أن ينقض القسمة حتى يحصل نصيبه مجموعًا في موضع من الدار. ألا ترى أنّه لا يجوز ابتداء القسمة على هذا الوجه، فلذلك لم نجزها[2539] عليه، وليس ذلك كالمسألة الأولى، لأنّا لو نقضنا القسمة فيها لاحْتجنا إلى إعادتها على الوجه الذي قد وقعت، ولا معنى لنقض قسمة يجب إعادتها، فلذلك اختلفا.

قال محمد: ولو اقتسم الشفيعان الدار كما وصفنا لك واحد كلّ واحد منزلًا على حدّة، ثم غاب أحدهما، وحضر الشفيع الذي لم يأخذ شيئًا، فقدّم هذا الحاضر إلى الحاكم، فإنّ القاضي يعطيه [202أ] ربع المنزل الذي في يد هذا الشفيع الحاضر حتى يقدُم الغائب، فإذا قدم نقض القسمة، واستقبلوا قسمة جميع الدار أثلاثًا.

قال أبو بكر: وإنّما كان هذا هكذا من قِبل أنّ ما يقع القسمة على القيمة، فكلّ من حصل له شيء بالقسمة، فإنّما ملك نقضه على وجه البدل، والنقض الآخر بحقّ الملك الذي كان له فيه، فتعيّن القسمة. وإذا اقتسما وغاب أحدهما وحضر الشفيع الثالث، وفي يد الحاضر نصف الدار فإنّ نصف هذا النصف ممّا استحقّه بالشفعة، والنصف الآخر بالقسمة. فما حصل

[2538] فبض.
[2539] لم يجبزها.

له من ذلك بالقسمة فلا سبيل للشفيع الثالث عليه، وما حصل له بحقّ الشفعة فهما متساويان فيه، وهو بينهما نصفين، فلذلك قال: "يأخذ منه ربع ما في يده".

باب من المحاباة في الشفعة للوارث والتولية والمرابحة

قال محمد: وإذا باع الرجل دارًا له في صحّته من رجل بثلاثة آلاف[2540] درهم، وذلك قيمتها، وقبضها المشتري، ونقد البائع الثمن، وأحد ورثة البائع الشفيع، فأخذ الدار من المشتري بالشفعة، ثم إنّ البائع حضره الموت، فحَطّ[2541] عن المشتري من الثمن ألف درهم، ثم مات، ولا مال له غير الثلاثة آلاف الثمن الذي أخذه من المشتري، فإنّ الحَطّ[2542] باطل إلّا أن يجيز ذلك الورثة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الحطّ [202ظ] يلحق العقد، والعقد وقع لهما جميعًا، وصحّة وقوع الحط عن المشتري يوجب وقوعه عن الشفيع في المرض، لأنّه وارث ولا وصيّة لوارث[2543] إلّا أن يجيزه الورثة.

فإن قال قائل: هلّا أجزت الحطّ عن المشتري دون الشفيع، إذ ليس هو بوارث.

قيل له: لأنّ الشفيع إنّما يأخذها من المشتري بما يحصل عليه من الثمن، ولا يجوز أخذه بأقلّ من ذلك ولا بأكثر، لأنّه يأخذه بالعقد، والحطّ يلحق العقد حتى يصير العقد كأنّه وقع على ما بقي من الثمن بعد الحطّ، فلا يجوز أن يأخذه الشفيع بأكثر من ذلك.

قال محمد: ولو أنّ الوارث لم يكن شفيعًا للدار، ولكنّه طلب إلى المشتري أن يولّيها إيّاه بالثمن، ففعل أو باعها منه من الحرّ، ثم حطّ عن المشتري ألف درهم عند الموت، فذلك جائز، ويحطّ المشتري عن الوارث مثل ما حَطّ[2544] عنه البائع في التولية، ويحّط في المرابحة مع ذلك حصّته من الربح.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الحطّ لَحِق العقد الأوّل، ولم يكن للوارث حقّ في العقد الأوّل حين وقع، فلذلك جاز الحطّ عن المشتري، وإذا صحّ الحطّ عنه وقع عن المُوَلّى والذي اشترى مرابحة مثله.

قال محمد: ألا ترى أنّ المريض لو باع الدار من رجل بثلاثة آلاف[2545] درهم، ثم حَطّ عنه في مرضه ألف درهم، ثم ولّى المشتري الدار وارث البائع بألفي الدرهم كان ذلك جائزًا.

2540 ألف.
2541 فحُطّ.
2542 الحُطّ.
2543 أصل هذه العبارة قول النبي ﷺ: ((لا وصيّة لوارث)) (سبق تخريجه.)
2544 ما حُطّ.
2545 ألف.

قال أبو بكر: وهذا [203أ] نبيّن الفرق بينهما، لأنّ الحطّ لَحِق عقدًا لم يكن للوارث فيه حقّ عند وقوعه، ولم يوجبه له البائع. وأمّا الشفيع فقد كان حقّه ثابتًا بالعقد، والبائع أوجبه له بعقده، فما لحق العقد من الحطّ فهو واقع للشفيع كوقوعه للمشتري، فلذلك لم يصح. ألا ترى أنّه لو كان له على رجل ألف درهم، والوارث كفيل بها جائزًا المطلوب منها براءته، إلّا أنّ في براءته براءة الوارث[2546] الكفيل،كذلك الحطّ في مسألتنا.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا باع دارًا بألفي درهم يساوي ثلاثة آلاف[2547] درهم، ولا مال له غيرها في مرضه، وأحد ورثته شفعتها لم يكن للوارث شفعة إن أجاز ذلك الورثة أو لم يجيزوا، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد.

قال أبو بكر: إنّما لم يكن للشفيع الشفعة من قِبل أنّ هذا العقد فيه وصيّة بالثلث، والشفيع وارث لا وصيّة له، فلا يخلوا الشفيع حينئذ من أن يأخذها بالثمن المذكور في العقد فيه، وفيه وصيّة، فلا يجوز أن يأخذها بمثل القيمة، والعقد لم يقع عليه، فلا يجوز أن يأخذها بعقد آخر، فبطلت شفعته من جميع الوجوه.

قال أبو بكر: وقال في كتاب الوصايا: إنّ للوارث الشفيع بأخذها بالقيمة، ولم يبيّن[2548] فصل القيمة لمن يكون.

قال أبو بكر: وكان شيوخنا يقولون: إنّ الصحيح ما في الجامع وألّا شفعة للشفيع فيها، لأنّه إنّما يثبت له حقّ الأخذ بالثمن الذي [203ب] كان في العقد، ولا يمكنه أخذه به، وبطلت شفعته، والأخذ بالقيمة فيه ثبات عقد لم يكن، ولا يجوز ذلك، وإنّما لم يصح له أخذ الدار، وإن أجازت[2549] لورثة[2550] من قِبل أنّ مقدار الثلث ليس بموقوف على إجازتهم، لأنّه جائز للأجنبيّ، فقد تمّ العقد للمشتري بغير إجازة الورثة، ولم يجب للشفيع فيها حقّ الأخذ، فلذلك لم يكن لإجازة[2551] الورثة في ذلك مدخل. وأيضًا لو جعلناه موقوفًا على إجازة الورثة لم يجب شفعة من قِبل أنّ البيع إذا كان موقوفًا على إجازتهم بطل حقّهم في الشفعة. ألا ترى أنّ من باع دارًا، وشرط فيه خيار الشفيع فأجازه أنّه يَبطل شفعته. فكذلك مسألتنا لو اعتبرنا في إيجاب الشفعة إجازة الورثة، وكانت إجازتهم مُبطلة للشفعة لم تجب الشفعة من أصلها، وليس البيع كالحطّ عن المشتري، لأنّ البيع قد يحصل من غير شفعة واجبة للشفيع فيه، ولا يجوز وقوع الحطّ عن المشتري دون الشفيع بحال، فلذلك بطل الحطّ عن المشتري من أجل بطلانه عن الشفيع.

[2546] الواث.
[2547] ألف.
[2548] ولم تبيّن.
[2549] وان جازت.
[2550] للورثه.
[2551] الإجازة.

قال محمد: ولو باعها بمثل قيمتها، والوارث شفيعها لم يكن للوارث شفعة إن أجاز ذلك الورثة أو لم يجيزوا في قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف ومحمد الوارث يأخذها بالشفعة.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ البيع نفسه وصيّته عند أبي حنيفة. والدليل على ذلك: أنّه يضرب به مع أصحاب الوصايا، وإن كان بمثل القيمة، وإن كان البيع في نفسه وصيّةً، وقد منع النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلّم الوصيّة للوارث[2552] وجب [204أ] ألّا يجوز بيعه من الوارث.

ووجه آخر، وهو: أنّ المريض محجور عليه في حقّ الوارث. والدليل على ذلك: أنّ الثلث الذي يملكه ولا حقّ للورثة فيه لا يجوز له وضعُه في الوارث، فدلّ ذلك على أنّ المرض يوجب حجرًا عليه في حقّ الوارث، لأنّ ضرورة الحجر ألّا يجوز تصرّف الإنسان فيما يملكه ممّا لا حقّ لأحد فيه كالصبيّ والمجنون. وإذا كان كذلك وجب ألّا يجوز بيعه من الوارث في المرض سواء كان بمثل القيمة أو بأقلّ أو بأكثر كما لا يجوز بيع الصبيّ والمجنون.

وأمّا وجه قول أبي يوسف ومحمد: فهو أنّ الورثة لا حقّ لهم في أعيان التركة[2553]، وإنّما حقّهم في القيمة لا في العين. الدليل على ذلك: أنّه لو لم يملك إلّا عبدًا واحدًا فباعه في مرضه بمثل قيمته أو أوصى ببيعه بذلك لم يكن للورثة أن يمنعوا من ذلك، ويقولوا: "حقّنا قائم في ثلثي العين، فلا يـجوز وصيّته فيها"، فثبت بذلك أنّ حقّ الورثة في القيمة لا في عين التركة، فإذا استوفى مثل قيمته لم يكن للورثة اعتراض فيما عداها، وإذا كان كذلك ثبت حقّ الشفعة للوارث فيما اشتراه الأجنبيّ بمثل القيمة. وفي قول أبي حنيفة بما كان العقد نفسه وصيّة وإن لم يكن فيه محاباة وصحّ للأجنبيّ، لم يجز للوارث فيما اشتراه، ولم يقف على الإجازة، لأنّ العقد صحيحٌ، وإنّما يقف على الإجازة بما لم يصح بعد.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا باع من أحد ورثته في مرضه دارًا له، ولا مال له [204ب] غيرها بألفي درهم قيمتها ثلاثة آلاف[2554] درهم أو باعها إيّاه بمثل قيمتها بثلاثة آلاف[2555] درهم، وشفيعها غير وارث، فإنّ أبا حنيفة قال: لا شفعة فيها للشفيع، والبيع من الوارث باطل إلّا أن يجيز ذلك الورثة، فإن أجازه[2556] الورثة فالبيع جائز بالثمن الذي باعها به، ويأخذها الشفيع بالشفعة إن أحب ذلك. وأمّا في [قول] أبي يوسف ومحمد: فالبيع جائز بمثل قيمتها للوارث في الوجهين جميعًا، فإن أحب الشفيع أخذها بمثل قيمتها في الوجهين جميعًا، وإن شاء ترك إلّا أن يجيز الورثة البيع بالمحاباة، فيجوز ذلك للوارث، ويأخذها الشفيع بما أجازت الورثة.

[2552] قال النبي ﷺ: ((لا وصيّة لوارث)) (سنن النسائي، الوصايا، 5؛ سنن أبي داود، الوصايا، 6؛ سنن ابن ماجه، الوصايا، 6؛ مسند أحمد، 267/5؛ سنن الدارقطني، 267/5.)

[2553] البركة.

[2554] ألف.

[2555] ألف.

[2556] فانّ اجازة.

قال أبو بكر: لـمّا كان من أصل أبي حنيفة: أنّ البيع نفسه وصيّة، وإن كان بمثل القيمة لم يصح بيعه من الوارث بالمحاباة، ولم يكن للمشتري أن يقول: "أنا آخذها بمثل القيمة"، لأنّه وصيّة أيضًا، فلمّا لم يكن لجواز البيع وجه للشفيع فيها الشفعة. وأمّا في قول أبي يوسف ومحمد: فإنّ البيع بمثلٍ بما لم يكن وصيّة كان للوارث أن يقول: "أنا أعطي تمام القيمة وآخذ الدار"، فلمّا ثبت هذا الحقّ للمشتري [ثبت] للوارث، ووقف على قبوله، وانقطع حقّ الورثة في الفسخ إلّا أن يرضٰى المشتري، ووجب[2557] للشفيع فيها الشفعة بما كان للوارث أخذها به، وهو جميع القيمة، وليس للشفيع أخذها بالثمن الذي كان في العقد، لأنّ ذلك لم يصح للمشتري، فكيف يثبت للشفيع حقّ الأخذ بثمن لم يثبت للمشتري.

مسألة

قال محمد: وإذا باع الرجل دارًا له في صحّته، وقيمتها ثلاثة آلاف[2558] درهم [205أ] من رجل ثلاثة آلاف[2559] درهم، وتقابضا، وشفيعها أحد ورثة البائع، ثم أنّ البائع حضره الموت، فحُطّ عن المشتري ألف درهم من الثمن، ولم يكن الشفيع علم بالشراء، ولم يأخذها، ثم مات البائع، فإنّ الحطّ موقوف، فإن سلم الشفيع الشفعة جاز الحطّ للمشتري من الثلث، وإن أخذه الشفيع بالشفعة بطل الحَطّ[2560].

قال أبو بكر: لأنّ الشفيع إذا سلم الشفعة فالحطّ واقع للمشتري دونه، وإذا أخذها فالحطّ واقع له كما هو واقعٌ للمشتري، وذلك وصيّة، فلا يجوز للوارث.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا باع من رجل دارًا بكُرّ حنطة بعينه ومائة درهم، وتقابضا، ثم أخذها الشفيع بكُرّ مثله ومائة، ثم إنّ البائع حطّ عن المشتري المائة درهم من الثمن، فذلك جائز، ويحطّها المشتري عن الشفيع.

قال أبو بكر: وذلك لما وصفنا من أنّ الحطّ يلحق العقد، وحقّ الشفيع ثابت في العقد بما حصل فيه من الثمن، والذي حصل فيه هو الباقي بعد الحطّ.

قال محمد: وإن وجد البائع بالكرّ الذي قبض من المشتري عيبًا ردّه، وأخذ من المشتري مثل الكرّ الذي قبض من الشفيع، ولا يسأل له على عين الكرّ الذي قبضه المشتري من الشفيع، لكنّه يَرجِع عليه بكرّ مثله.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ ردّه الكرّ يوجب نقض البيع في حصّته من الدار إلّا أنّ نقض البيع فيها من هذا الوجه لا يوجَب للبائع أخذ الدار، لأنّه لو أخذها من الشفيع احتاج [205ب] أن يردّها إليه بحقّ الشفعة بكرّ مثل الكرّ الذي كان في العقد،

[2557] وجب.
[2558] ألف.
[2559] ألف.
[2560] الحُطّ.

فلمّا لم يستحق البائع في [illegible] صحّة البيع وانتقاضه إلا كرًّا مثل الذي وقع عليه العقد وجب أن يرجع على المشتري عند الردّ الكرّ بكرّ مثل الكرّ الذي قبضه المشتري من الشفيع، ولا يرجع عليه بقيمة الدار لما وصفنا من أنّ بعض البيع في الدار لا يوجب للبائع أخذ قيمتها من الشفيع. وإنّما لم يكن له أن يأخذ الكرّ الذي قبضه المشتري من الشفيع بعينه[2561]، لأنّ المشتري إنّما ملّكه بالقبض لا بالعقد، ونقض العقد في الدار لا يوجب له استحقاق عين الكرّ، لأنّه لا يملكها به، فينتقض الملك فيه بانتقاض العقد. ألا ترى أنّ رجلًا لو اشترى من رجل عبدً بكرّ حنطة وسطًا[2562] في ذمّته، وسلّمه إليه، ثم مات العبد قبل القبض أنّه لا يستحقّ على قابض الكرّ ردّ عينه، بل عليه أن يردّ كرًّا مثله، وكذلك ما وصفنا.

قال محمد: ولو كان المشتري ولّـى الدار رجلًا، ثم حطّ البائع الأوّل عن المشتري الأوّل المائة الدرهم من الثمن، ثم وجد البائع الأوّل بالكرّ الذي قبض عينًا، فإنّ الحطّ جائز ويحطّها المشتري الأوّل عن الثاني، ويردّ البائع الأوّل الكرّ على المشتري الأوّل، ويأخذ[2563] منه قيمة الدار.

قال أبو بكر: وذلك من قِبل أنّ البيع انتقض، وردّ الدار غير ممكن يغرم قيمتها. ألا ترى أنّ الدار لو كانت باقية في ملك المشتري الأوّل أخذها البائع بعينها فإذا تعذّر ردّ العين ردّ قيمتها، وليست هذه مثل مسألة الشفعة [206ا] من قِبل أنّ الدار له كانت باقيةً في يديّ البائع، وقد انتقض البيع أو في يد المشتري، ثم حضر الشفيع كان أولى[2564] بها من البائع والمشتري المذكور في العقد، فلمّا لم يستحق البائع عين الدار إذا كان هناك شفيع، وإنّما كان مُستحقّ على الشفيع الثمن كان ذلك كذلك حكمه إذا انتقض البيع بعد أخذ الشفيع إيّاها. واحتجّ محمد في الفرق[2565] بين المسألتين بأنّ هاتين صفقتان مختلفتان، وأنّ الشفعة صفقة واحدة.

قال أبو بكر: وهذا هو المعنى الذي ذكرنا من قِبل أنّ حقّ الشفيع ثابتٌ في الصفقة، فصار أوْلى بها مع نقض البيع تمامه، فلم يستحق البائع في الحالين إلّا الثمن المذكور فيها، وفي مسألة التولية لم يكن للمشتري الثاني حقّ في العقد الأوّل. ألا ترى أنّه إنّما وجب له ذلك بإيجاب مبتدأ من قبل المشتري، فلم يستحقّ على البائع الأوّل شيئًا، فمن حقّ البائع الأوّل أن يقول: "لو كانت الدار باقيةً في ملك المشتري الأوّل كنتُ أنا أوْلى بها فإذا تعذّر ردّها فلي عليه قيمتها".

[2561] بعيبه.
[2562] وسط.
[2563] واخذ.
[2564] كالاوْلى.
[2565] القرق.

باب ما تبطل به الشفعة وما لا تبطل

قال محمد: وإذا اشترى الرجل دارًا، ولها شفيعان جاران فقال المشتري لأحدهما: "إنّك أمرتني بشراء هذه الدار لك بألف درهم، فاشتريتُها لك [206ب] بذلك"، وصدّقه بذلك المقرّ له، وقال الشفيع الآخر: "لم يأمره بذلك، وقد أبطلت شفعتك بإقرارك هذا"، فإنّ للدار يكون بين الشفيعين نصفين، ولا تَبطل شفعته بإقراره أنّه أمر[2566] المشتري بشرائها له.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ كلّ من أقرّ بشيء فإنّما يلزمه بإقراره ما تضمّنه الإقرار، ومعلوم أنّ ما أقرّ به لو كان حقًّا لم يبطل ذلك شفعته، فكذلك إذا أقرّ به لم يبطل شفعته.

فإن قال قائل: الظاهر أنّ المشتري اشتراها لنفسه، وملّكها[2567] بالشراء، فلمّا أقرّ بها للشفيع من الوجه الذي ذكر هلّا جعلت ذلك تمليكًا مبتدأ من جهته، إذ لم يعلم إلّا بقولهما، فيبطل بذلك شفعته.

قيل له: لأنّه لا يجوز أن يلزمه إلّا ما تضمّنه إقراره، وليس في إقراره بذلك ما يبطل شفعته، فلذلك لم تبطل. وأيضًا فإنّ الآمر أحقّ بصفقة البيع من المشتري، وكذلك هو أحقّ بنصف البيع من الشفيع الآخر، فسواء أخذها بالشفعة أو بإقرار المشتري، لأنّ حقّه قائم في الحالين جميعًا.

فإن قال قائل: ليس من أصل أصحابنا أنّ رجلًا لو اشترى دارًا، ولها شفيعٌ فسلم الشفيع الشفعة بذلك العقد، ثم أقّر المشتري أنّه اشترى هذه الدار لفلان لرجل آخر، فأراد الشفيع أن يأخذها بالشفعة بإقراره كان له ذلك، وكان إقراره بالشراء له بمنزلة بيع منه مستأنف، ولم يصَدّق المشتري على إبطال شفعة الشفيع.

قيل له: أجل، والفرق بينهما: أنّهما في مسألة الكتاب شفيعان جميعًا [207أ] للدار، فلو ثبت الأمر بالشراء كانت الدار بينهما نصفين، وإن لم يثبت كانت بينهما أيضًا فلم يحل في الحالين جميعًا من مزاحمة الشفيع الآخر في أخذ الدار. وأمّا الأجنبيّ فلم يكن له حقّ في الإبتداء، ولا يصدّقهما على ما ادّعيا من المشتري، وجعلناه بمنزلة عقد مستقبل بينهما.

قال محمد: فإن قال الشفيع الآخر: "حلف الشفيع الذي ادّعى الآمر على ما ادّعى من الآمر"، فإنّه لا يستحلفه على ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لو نكل عن اليمين لم يوجب نُكوله حكمًا ولا معنىً لإحلافه على معنى لم يتعلّق بنكوله حكم. ألا ترى أنّ الشفيع لو أقرّ عند القاضي بعدما قضى له بها أنّه لم يكن أمره بالشراء لم يبطل ذلك شفعته، فلذلك لم يستحلف عليه.

مسألة

[2566] امِن.
[2567] وملّكها.

قال محمد: وإذا اشترى الرجل دارًا، ولها شفيعان فقال المشتري لأحدهما: "هذه دارك ما ملكتها أنا ولا البائع الذي باعنيها[2568]"، فقال الشفيع المقرّ له: "صدقتَ"، وكذبه بذلك الشفيع الآخر، فإنّ القاضي يبطل شفعة المقرّ له، ويجعل الدار للشفيع الآخر لشفعته.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه اعترف بأنّه لم يكن هناك عقد بيع، وأنّه لا شفعة له فيها، فجاز إقراره على نفسه، وبطلت شفعته.

قال محمد: وكذلك إذا قال المشتري لأحد الشفيعين: "قد كنت اشتريتَها قبلي من البائع"، وصدّقه الشفيع بذلك، ولم يعلم ذلك إلّا بقولهما، فإنّ شفعته تبطل.

قال أبو بكر: وذلك لاعترافه أنّه لم يجب له شفعة بهذا البيع لزعمه [207ب] أنّ ذلك ليس بعقد صحيح. قال: وكذلك لو أقرّ بهبةٍ من البائع، والقبض للشفيع.

باب ما لا يكون[2569] الرجل خصمًا من إقامة البيّنة على الشفعة

قال محمد: وإذا كانت الدار في يديّ رجل فأقام البيّنة أنّ فلانًا أودعها إيّاه، وأقام المدّعي البيّنة أنّ الدار في يديه اشتراها من رجل آخر بألف درهم، وأنّه شفيعها بداره هذه التي إلى جانبها، فإنّ الذي في يديه الدار خصم للمدّعي، ويقضى للمدّعي بالشفعة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المدّعي قد أثبته خصمًا بإقامة البيّنة عليه بالشراء، ولا يدفع الذي في يديه الدار الخصومة عن نفسه ببيّنته، لأنّه لم يحل المدّعي على خصم فيما ادّعاه لأنْ يجيز المدّعى عليه لا يكون خصمًا في شفعة ادّعيت عليه. ألا ترى أنّ الغائب لو حضر بما صحّت عليه هذه الدعوى، وهذا مثل أن يقيم المدّعي البيّنة أنّه اشتراها من الذي في يديه، ويقيم الذي في يديه البيّنة أنّ فلانًا أودعها إيّاه، فلا يدفع الذي في يديه الخصومة عن نفسه، لأنّه لم يحل المدّعي على خصم فيما ادّعى، لأنّ غيره لا يكون خصمًا فيما ادّعى عليه من الشراء.

قال محمد: ولو أقرّ الذي هي في يديه أنّه اشتراها من فلان، وقبضها، وأنّ هذا شفيعها، ولم يكن للمدّعي بيّنة على ذلك، فإنّ القاضي يقول للمشتري: "ادفعْها إليه بإقرارك"، فإن جاء البائع فصدّقه سلّمت له الشفعة، [208أ] وإن كذّبه به أخذ داره.

قال أبو بكر: كلّ من كان في يده شيء فالظاهر أنّه مالكه جائز الإقرار فيه، فلمّا أقرّ فيما في يده بحقّ الشفيع جاز له ذلك عليه، وأمر بتسليمه إليه.

[2568] باعتها.
[2569] ما يكون.

فإن قال قائل: قد اعترفا جميعًا أعني الشفيع والمشتري بأنّ الدار قد كانت ملكًا للبائع، فلم صدّقتهما في أخذ الدار بالبيع الذي اعترفا على البائع.

قيل له: لأنّ إقراره بدءًا للغائب لا يمنع إقراره بحقّ الشفيع الحاضر إلى أن يحضر لغائب، فيصدّق أو يُكذّب كما أنّ الرجل لو أقرّ لرجل غائب بدار في يده، ثم أقرّ بها لحاضر أمر بتسليمها إليه حتى يحضر الغائب، فإن صدّقه في إقراره له أخذها من يد الثاني، وإن كذّبه سلّمت للثاني، فكذلك ما وصفنا، وقد تقدّم نظائر هذه المسألة مواضع من هذا الكتاب.

قال محمد: ولو قال المشتري: "إنّي وهبتُها لفلان بعدما اشتريتَها وقبضها منّي، ثم أودعنيها"، وأقام على ذلك بيّنةً، فإنّ القاضي لا يلتفت إلى هذا ويقضي بالشفعة، فكذلك لو ادّعى صدقةً وبيعًا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه يريد إثبات هبة أو بيع على غائب ليتوصّل به إلى دفع خصومة الشفيع، ومعلومٌ أنّ ذلك العقد لو ثبت لم يثبت على الشفيع منه شيء ولا دفع خصومته من حقوق العقد، فلم يثبت العقد، وكانت الخصومة بينهما في أخذها بالشفعة.

قال محمد: ولو أقرّ الشفيع بما ادّعاه المشتري أو قامت البيّنة على إقراره أو علم بذلك القاضي لم يكن بينهما خصومة.

قال أبو بكر: [208ب] لأنّه اعترف أنّ الشيء في يده ملك لغيره، وأنّه ليس بخصم عنه في فسخ ملكه، فصدّق في ذلك على نفسه، وليس فيه قضاء على الغائب، وليس كذلك قيام البيّنة على البيع والهبة، لأنّه لا يمكن إسقاط الخصومة إلّا بإثبات البيع والهبة على الغائب، وذلك لا يجوز لعدم حضور خصم عنه.

قال محمد: لو كانت الدار في يديّ غير المشتري فأقام الشفيع البيّنة أنّ المشتري اشتراها من فلان بألف درهم، وقبضها المشتري، ونقد فلانًا الثمن، وقال الذي في يديه: "أودعنيها فلان"، وسمّى إنسانًا غير البائع، وأقام على ذلك البيّنة لم يكن بينهما خصومةً حتى يحضر الغائب.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الشفيع لم يدّع حقّ الشفعة قبل من هي في يده، وإنّما ادّعاه على غيره، وقد أحاله الذي في يده على خصم معروف، وبيّن بيّنته أنّه ليس بخصم فيها فقُبلت بيّنته عليه، وسقطت عنه الخصومة.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا اشترى دارًا، وقبضها، ثم وهبها لرجل، وقبضها الموهوبة له، وغاب المشتري والبائع، وحضر الشفيع، فخاصم الموهوب له، فإنّ أبا يوسف قال: أجعلُه خصمًا وأقضي له بالشفعة وأبطلُ الهبة وأستوثقُ من الثمن، وكذلك لو باعها المشتري من آخر فوجدها الشفيع في يد الثاني، فإن شاء أخذها بالبيع الأوّل وإن شاء بالبيع الثاني، فإن أخذها بالبيع الثاني فعُهدته على المشتري الثاني، وإن أخذها بالبيع الأوّل انتقض البيع الثاني، واستوثق القاضي من الثمن، ويقول المشتري الآخر: "أبيعُ [209أ] المشتري الأوّل بما أعطيتُه من الثمن".

وقال محمد: ليس بين الشفيع والموهوب له والمتصدّق عليه خصومة، وكذلك البيع إذا أراد أخْذها بالشراء الأوّل فلا خصومة بينهما.

قال أبو بكر: وقول أبي يوسف في ذلك مثل قول محمد. ووجه قولهما في ذلك: أنّ الشفيع لا يجوز له أخذها من ملك الموهوبة له، وإنّما يحتاج إلى فسخ الهبة، وردّها إلى ملك المشتري، ثم أخذها من ملكه، والمشتري ليس بحاضر، فيفسخ عليه الهبة، ويردّ إلى ملكه، فلذلك لم يكن له أخذها، ولا يكون الموهوب له خصمًا له في فسخ الملك، لأنّ حقّه غير ثابت على الموهوب له، ولا في ملكه. وأيضًا فإنّ الشفيع إذا فسخ ملك الموهوب له بقي الشيء في يده كالوديعة ملكًا للمشتري، ولا يختلفون أنّ الشفيع لا يأخذها من يد من أودعها المشتري حتى يحضر المشتري، فإذا كان فسخ الهبة يمنع أخذها لم يكن خصمًا في فسخها. وأمّا أبو يوسف فإنّه ذهب في ذلك إلى أنّ هذا بمنزلة من ادّعى دارًا في يديّ رجل، وأقام الذي في يديه البيّنة أنّ فلانًا الغائب وهبها له، فلا يلتفت إلى بيّنته، ويقبل بيّنة المدّعي للملك والانفصال، لأبي حنيفة ومحمد من ذلك أنّ المدّعي للملك إذا أقام البيّنة استحقّ الموهوب له والواهب جميعًا، وبيّن ذلك أنّ الواهب وهب ما لا يملك، فلم يصح هبته.

وأمّا ثبوت حقّ الشفعة في مسألتنا فغير مانع صحّة ملك المشتري وجواز هبته، وإنّما يريد [209ب] فسخها وردّها إلى ملك المشتري، وأخذها منه، وذلك لا يمكن إلّا بحضوره، فلذلك لم يكن خصمًا.

قال محمد: ولو قال الذي في يديه: "أودعنيها فلان المشتري" أو "غصبها إيّاه" أو "أجّرنيها" أو "أعارنيها[2570]"، ولم يكن له على هذا بيّنةً، فلا خصومة بينهما حتى يحضر المشتري.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الشفيع قد صدّقه أنّ الشيء وصل إليه من جهة المشتري، وأنّه ليس بخصم له فيه، وليس هذا عند أبي يوسف كالهبة، لأنّ الموهوب له مالك، فهو خصْم ليس يدّعيها كذلك يكون خصمًا عنده للشفيع.

قال محمد: وإن قال الذي هي في يديه: "هي لي" لم يكن للذي ذكرتَ أنّه باعها، فهو خصمٌ في قياس قول أبي يوسف. فإذا أقام الشفيع البيّنة أنّ المشتري اشتراها من البائع وهو يملكها، وقبضها منه أخذها بالشفعة، واستوثق القاضي من الثمن، إمّا أن يأخذه فيضعه على يديّ عدْل، وإمّا أن يضمنه إيّاه.

وقال محمد: أمّا أنا فلستُ أرى بينهما خصومةً حتى يحضر المشتري فيجتمع الشفيع والمشتري والذي في يديه الدار، فخاصمهما، وأقضي له بالشفعة وأدفع الثمن إلى المشتري، ويكون عليه العُهدة.

قال أبو بكر: وجه قول أبي يوسف ما بيّناه، وهو أنّه لو كان مكان الشفيع رجلًا ادّعاها شراها من غائب، وأقام البيّنة قُبلت بيّنته، واستحقّها على الذي في يده، وكان ذلك قضاء على الغائب بالشراء. وفرّق محمد بينهما من جهة أنّ المدّعي

[2570] اغارنيها.

للشراء أقام البيّنة على إثبات الملك لنفسه، فصار ذلك [210أ] استحقاقًا على الذي في يديه وعلى الغائب. وأمّا الشفيع فليس يدّعي بإثبات حقّ الشفعة استحقاق ملك المشتري، لأنّ ثبوت حقّ الشفعة لا ينفي صحّة ملك المشتري. ألا ترى أنّه إنّما يريد[2571] أن يثبت بهذا الحقّ وجوب القضاء له بالملك على المشتري، وذلك لا يجوز إلّا بعد حضور المشتري. ألا ترى أنّه متى قضى له بالشفعة عليه، ونقل ملك الدار إليه كان ذلك بمنزلة بيع المشتري من الشفيع في حال النقل، ولا جائز لنا أن نبتدئ عقد بيع أو ما في معنى العقد على المشتري مع غيبته. وأمّا المدّعي للشراء فليس يريد نقل الملك إلى نفسه في حال قيام البيّنة، وإنّما يثبتها شراء متقدّمًا سابقًا، فلذلك اختلفا.

باب بيع الشفيع بعض داره

قال محمد: وإذا باع الرجل دارًا، ولها شفيعٌ بدار له، فباع الشفيع من داره بعضها أو ثلثها أو ربعها أو جزء[2572] منها غير مقسوم، وهو يعلم بالشراء أو لا يعلم، فإنّه على شفعته في الدار الأولى.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ ما بقي من الدار يستحقّ به الشفعة لو وقع البيع وهو يملك منها هذا القدر فلا يكون بيعه لبعضها مُبطِلًا لشفعته.

قال محمد: ولو باع نصفها مقسومًا أو ثلثها فإن كان باع ما يلي الدار التي بيعت حتى لم يبقَ في ملكه شيءٌ يلازقها [210ب] فلا شفعة للشفيع.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ جوازه الذي به كان يستحقّ الشفعة قد بطل، فبطلت شفعته. ألا ترى أنّها لو بيعت وملكَه في الدار على هذه الصفة لم يجب له شفعةً.

قال محمد: وإن بقي في ملكه النصف الذي لا يُلازق الدار المبيعة لم يبطل شفعته.

قال أبو بكر: لأنّ الحقّ أنّ الذي به استحقّ الشفعة باقٍ، وعلى هذه العبرة مسألة الطريق إذا وجبت الشفعة بشركتها، ثم اقتسماها فإن بقي له جواز من ناحية من النواحي استحقّ الشفعة إلّا أن يكون هناك شريكٌ في الطريق غيره، فيكون أوْلى، وينبغي أن يَعتبر ما يؤول إليه الحال بالبيع وهو على ما صار إليه أمره، فإن وجبت الشفعة بابتداء العقد بقيت شفعته، وإن لم يجب بطلت شفعته.

باب الشفعة في الشراء من مال المضاربة

قال محمد: وإذا دفع الرجل لرجل[2573] ألفي درهم مضاربةً فاشترى المضارب بإحدى الألفين دارًا، وقبضها، ثم أنّه اشترى بالألف الأخرى دارًا، وقبضها، والمضارب شفيعها بالدار الأولى، وهو أيضًا شفعتها بدارٍ له ورثها، وربّ المال

[2571] انّما يريد.
[2572] جرى.
[2573] الرجل.

شفيعها بدار له ورثها، فأراد أن يأخذ بالشفعة، فإنّ ربّ المال يأخذ ثلث الدار له خاصّة بدار الميراث، ويأخذ المضارب ثلث الدار له خاصّة بداره الميراث، ويبقى ثلث الدار على المضاربة. [211أ]

قال أبو بكر: هؤلاء كثلاثة شفعاء من قِبل أنّ جواز كلّ واحد منهم توجب أخذ الدار بالشفعة على غير الوجه الذي يوجبه[2574] الآخر، ولغير من يوجبه فصار جِوار دار للمضاربة كجوار إنسان أجنبيّ، فلذلك أخذها أثلاثًا. ألا ترى أنّ ما يأخذه المضارب بدار المضاربة يكون على المضاربة لا سبيل لربّ المال عليه، وإنّ ما يأخذه لنفسه بدار الميراث يحصل له خاصّة، ولا يكون على المضاربة، وإنّ ما يأخذه ربّ المال يحصل له حاجبه لا حقّ لأحد فيه، ولذلك ثبت حقوقهم في أخذها بالشفعة على هذا الوجه.

قال محمد: ولو كان للدار الثانية شفيعٌ أجنبيّ فأرادوا جميعًا أخذها بالشفعة، فإنّ للأجنبيّ أن يأخذ ثلث الدار كاملًا، ويبقى ثلثاها، فيأخذ ربّ المال من هذين الثلثين على المضاربة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ من صحّة الأجنبيّ أن يقول: "ليس ههنا إلّا شفيعان، فلا يزاحمني[2575] فيها أكثر من اثنين"، وذلك لأنّ ما يأخذه على المضاربة فهو لا يخلو[2576] من أن يكون لربّ المال أوّلهما، والمضاربة حقّ فيما بينهما لا حكم لها فيما يعامل به الأجنبيّ، لأنّ عقدهما لا يجوز على غيرهما، فلذلك لم يكن حصّة المضاربة كأنّها حقّ ثالث في حكم الأجنبيّ.

فإن قال قائل: فهلّا أبطلت مزاحمة المضارب ربّ المال من جهتين كما أبطلتها في حقّ الأجنبيّ.

قيل له: لا يجب ذلك من قِبل أنّ ربّ المال قد أوجبت له هذا الحقّ، وجعله بمنزلة الأجنبيّ [211ب] في ذلك، فلذلك زاحمه فيها، فيجوز عليه ما ألزمه نفسه من ذلك، ولا يجوز على غيره.

باب من الشفعة في الصلح من العيب

قال محمد: وإذا اشترى الرجل من الرجل جاريةً بألف دينار وتقابضا، فطعن المشتري بعيب ببعض الجارية العُشر من القيمة، فأقرّ به البائع أنّه دلسه[2577] أو جحده، وكان عيبًا يحدث مثله أو لا يحدث، فصالحه المشتري من العيب على دار، وقبضها، فللشفيع الشفعة.

2574 بوجهها

2575 فلا مزاحمني.

2576 لا يخلوا.

2577 دلسة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الدار مشتراة بحصّة العيب من الثمن، لأنّهما قد جعلا تلك الحصّة مالًا بعقد[2578] الصلح. والدليل على أنّ الحصّة قد صارت مالًا بالصلح، أنّه لو وجد بالجارية بعد ذلك عيبًا آخر، وردّها بحصّتها من الثمن، ولم يردّها لجميع الثمن.

قال أبو بكر: قلتُ لأبي الحسن: ما أنكرت أنّ الحصّة لما لم تكن حاصلةً للمشتري مع قيام الجارية وإمكان ردّها، وأنّه إنّما كان له حقّ الخصومة في ذلك، ولم يكن له الرجوع عليه بحصّة العيب من الثمن ألّا يجب للشفيع شفعة في الدار المأخوذة عنه، لأنّه لم يأخذها ببدل هو مال. فقال أبو الحسن: قد أجاب محمد في النوادر بذلك، وقال: لا شفعة للشفيع فيها، واحتجّ بهذا المعنى بعينه، وقال: إنّ الصلح لم يقع عن مال، لأنّ المشتري إنّما كان له حقّ الخصومة في الردّ، ولم يكن له الرجوع بأرش العيب، واستدلّ على ذلك أيضًا بما ذكره ههنا من أنّه لو وجد بالدار عيبًا فردّها [212ا] رجع في الخصومة في العيب، ولم يرجع بالحصّة. قال أبو الحسن: وهذا أبين الوجهين عندي، والله أعلم.

قال محمد: فإن أراد المشتري أن يبيع واحدًا منهما مُرابحة دون صاحبه لم يكن له ذلك.

قال أبو بكر: لأنّ حصّة كلّ واحد منهما من الثمن إنّما يعرف بالحزر والظنّ، وله أن يبيعها جميعًا مرابحة، لأنّ جملة الثمن معلومة، وذلك كرجل اشترى دارًا وجارية بألف دينار فيبيعهما جميعًا مرابحةً، ولا يبيع أحدهما على الإنفراد مرابحةً.

قال محمد: فإن وجد بالدار عيبًا فردّها على البائع بقضاء قاض، فأراد الشفيع أن يأخذها بالشفعة، فليس له ذلك، ويصير الدار للبائع ويعود المشتري على حجّته في العيب.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الصلح قد انتقض من أصله، وبطلت الحصّة. ألا ترى أنّ المشتري يعود في الخصومة ولا يرجع بالحصّة، وإذا بطلت الحصّة بانتقاض الصلح لم يكن للشفيع أخذُها، إذ ليس هناك بدلٌ يأخذ به الشفيع الدار، وليس ذلك كالمشتري إذا ردّ الدار بعيب بقضاء قاض، فلا يَبطل حقّ الشفيع من قِبل أنّ المشتري ههنا يرجع بالثمن الذي هو مالٌ، ولم يخرج ذلك الثمن بانتقاض العقد من أن يكون مالًا، فلذلك لم يبطل حقّ الشفيع، وفي مسألتنا يعود في الخصومة ولا يرجع بمالٍ.

فإن قال قائل: إنّ المشتري هو المختار للردّ، فلِم أجزتَ ذلك على الشفيع في إبطال شفعته.

قيل له: من قِبل أنّه [212ب] لا يجوز أن يلزمه دارًا مبيعة لأجل ما يُبطل بالردّ من حقّ الشفيع.

قال محمد: وللمشتري أن يبيع الجارية مرابحة على ألف دينار.

[2578] يعقد.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الثمن كلّه ثمن للجارية كما كان ثمنًا لها قبل الصلح، لأنّ انتقاض الصلح أوجب عَود الآمر على ما كان عليه قبل الصلح.

قال محمد: وإن كان المشتري ردّ الدار على البائع بعيب بغير قضاء قاضٍ، وناقضه[2579] الصلح فيها أو أقاله[2580] الصلح في الدار إقالةً بغير عيب، ثم جاء الشفيع قبل أن يقبضها البائع من المشتري، فله أن يأخذها من المشتري بحصّة عيب الجارية من الثمن الأوّل، وهو عُشر الثمن الأوّل مائة دينار. فإن أخذها الشفيع بذلك من المشتري سلّمت الدار للشفيع، وباعها مرابحةً على مائة دينار، وكانت المائة دينار التي أخذها المشتري له مكان العيب، وليس له أن يردّ الجارية بهذا العيب على البائع، ولا يبيع الجارية على ما بقي من الثمن.

قال أبو بكر: ردّه عليه بغير قضاء قاض بمنزلة بيع مستقبل في حقّ الشفيع، فإذا وجدها في يد المشتري أخذها كما لو وجدها في يد بائعها قبل قبض المشتري أخذها منه بالثمن، وإن أخذها من المشتري انتقض الفسخ الذي كان بينه وبين البائع، كما أنّ الشفيع إذا أخذ الدار من يد البائع انتقض البيع بينه وبين المشتري، ويأخذ الثمن من الشفيع. كذلك في مسألتنا بما أخذها من يد المشتري انتقض فسخه، وعاد الصلح صحيحًا كما كان، فيأخذ المشتري المائة دينار من [213] الشفيع مكان العيب كأنّه باع الدار منه، فلا يرجع على البائع بشيء من حصّة العيب. وإنّما كان للشفيع بيع الدار مرابحة بمائة دينار من قِبل أنّه بذلك ملّكها، وكان له بيعها مرابحة عليها. وأمّا المشتري فلا يبيع الجارية مرابحة بما بقي من الثمن من قِبل أنّ حصّتها من الثمن لا يعرف إلّا بالحزر والظنّ، وحصول الدار للشفيع بمائة دينار لا يوجَب أن يكون ثمن الجارية تسعمائة دينار، كما أنّه لو اشترى دارًا وجارية بألف دينار، ثم باع الدار بمائة دينار كان للمشتري الدار بيعها مرابحةً على المائة، ولم يكن للذي اشتراهما جميعًا مع الجارية مرابحة على تسعمائة، لأنّ ما يحصل من حصّتها لا يعلم إلا بالحزر والظنّ.

قال محمد: فإن وجد المشتري بالجارية عيبًا آخر فأقام البيّنة أنّ العبدين جميعًا كانا عند البائع ردّ الجارية على البائع، وأخذ منه تسعمائة دينار، وكذلك لو استحقّت الجارية أخذ من البائع تسعمائة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ حصّتها من الثمن قد حصلت تسعمائة دينار، فيردّها بها كما لو اشتراهما، ثم استحقّت.

قال محمد: ولو أنّ الشفيع لم يكن أخذ الدار من المشتري حتى أقال البائع الصلح فيها، وردّها بالعيب بغير قضاء قاض، وقبضها البائع، ثم حضر الشفيع، فله أن يأخذها من البائع بمائة دينار، ويبيعها مرابحة على ذلك، ويرجع المشتري على البائع بحجّته في العيب الذي[2581] بالجارية، وللمشتري أن يبيع الجارية مرابحة على ألف دينار الثمن كلّه.

[2579] وناقضة.
[2580] اقالة.
[2581] للذي.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الفسخ قد تّم فيما بينهما بقبض البائع الدار، [213ب] فأخذ الشفيع لها من يد البائع لا ينقض الفسخ كما أنّ أخذ الشفيع الدار من المشتري في غير هذه المسألة لا ينقض[2582] البيع فيما بين المشتري والبائع، فلذلك رجع المشتري في الخصومة في العيب.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا اشترى من رجل دارًا بمائة دينار، وقبض المشتري الدار، ودفع الثمن، ثم وجد المشتري بالدار عيبًا ينقصها العُشر، فأقام على ذلك البيّنة أو كان عيبًا لا يحدث مثله، فصالح البائع من العيب على جارية، وقبضها، ثم حضر الشفيع، فإنّه يأخذ الدار بتسعين دينارًا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الحصّة قد صارت عن الثمن، وقد أخذ بها جاريةً، فصار كأنّه اشتراها بمائة دينار.

قال محمد: فإن استحقّت الجارية أو ردّها بعيب بقضاء قاض أو ردّها بخيار شرط كان في الصلح أو بخيار رؤية، فالشفيع بالخيار إن شاء أعطى المشتري عشرة دنانير أخرى حتى يستوفي منه تمام مائة دينار، وإن شاء ردّ الدار على المشتري.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الذي حصل عليه بدلًا من ثمن الدار كان تسعين دينارًا، فلمّا زاد الثمن بردّ المشتري الجارية، ورجعت حصّتها إلى الدار كان له الخيار، وهذا مثل المريض إذا باع دارًا وصايا فيها أكثر من الثلث، فلم يجزه الورثة، فيكون للمشتري الخيار لأجل ما لزمه من زيادة الثمن.

قال محمد: فإن ردّ الشفيع الدار على المشتري بغير قضاء قاض فلا سبيل له على البائع في هذا العيب ولا في غيره.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ هذا بمنزلة شراء مستقبل فيما بينهما، لأنّها عادت إليه بقبوله.

قال محمد: وإن ردّها بقضاء قاض على المشتري رجع المشتري [214أ] على حجّته في العيب فيما بينه وبين البائع.

قال أبو بكر: يردّ الشفيع الدار إلى المشتري لأجل زيادة الثمن كالردّ بعيب لو وجده بها، لأنّ الزيادة التي تلزمه[2583] بمنزلة عيب لحِق العقد، فمتى ردّها بقضاء قاضٍ عادت إلى ملك المشتري على ما كانت عليه، فله ردّها على البائع، ومتى ردّها بغير قضاء قاض صار كعقد مستقبل فيما بينهما، وعادت إليه بملك جديد كما يقول في الردّ بالعيب.

قال محمد: ولو أنّ الشفيع قبض الدار على شفعته الأولى بتسعين دينارًا، ثم إنّ المشتري وجد عيبًا بالجارية التي صالح عليها من العيب الذي كان في الدار، فردّ الجارية على البائع بقضاء قاض ببيّنة قامت على العيب أو بإباء يمين كانت

[2582] لا ينتقض.
[2583] بلزمه.

من البائع في العيب، فهذا والاستحقاق سواء، والشفيع أيضًا بالخيار إن شاء ردّ الدار، وإن شاء ردّ عشرة دنانير على المشتري، وسلّمت له الدار.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ القاضي فسخ ملكه في الجارية من جهة الحكم، فصار كردّ المشتري على البائع بعيب ببيّنة أو بإباء يمين أنّ ذلك لما وقع الفسخ فيه من طريق الحكم كان له ردّه على بائعه، فكذلك يلزم في حّق الشفيع أن يكون قد عادت إلى ملك البائع على ملك الأصل.

قال محمد: وإن كان المشتري ردّ الجارية على البائع بعيب بإقرار البائع بالعيب فإن أقرّ الشفيع بأنّ العيب كان عند البائع، فهذا والأوّل سواء. وإن قال الشفيع: لم يكن العيب عند البائع لم يكن للمشتري بيّنة، فأراد أن يستحلف الشفيع، فإنّه يستحلفه على علمه بالله ما يعلم العيب كان عند البائع، فإن حلف لم يحلقه[2584] شيءٌ. [214ب] وإن نكل عن اليمين لزمته عشرة دنانير إلّا أن يرّد الدار على المشتري، وهذا إذا كان العيب الذي ردّت به الجارية يحدث مثله.

قال أبو بكر: بناء المسألة على مسألة الردّ بالعيب بإقرار البائع له أن يخاصم بائعه في الردّ، وكما قالوا في الوكيل: بالبيع إذا ردّ عليه المبيع بالبيّنة أو بإباء يمين أنّه يلزم الآمر، وإن ردّ عليه بإقراره بالعيب لم يلزم الآمر هذا الردّ، ولكنّ للوكيل أن يخاصمه في الردّ عليه، فكذلك هذا في حكم المشتري والشفيع. والمعنى في ذلك كلّه أنّ إقرار أحد لا ينفذ على غيره، وإنّما ينفذ على نفسه خاصّة إلّا أنّ الردّ لما كان من جهة الحكم، وإن كان بإقرار كان له خصومته فيه. وقد بيّنا الفرق بين الردّ بالنكول والإقرار في مواضع. والنكتة التي فرّقتْ بينهما هي: أنّ النكول لا يلزم به الحقّ بنفسه دون حكم الحاكم، فأشبه البيّنة التي لا يثبت حكمها إلّا بقضاء القاضي. وأمّا الإقرار فثبوت الحقّ غير موقوف على حكم الحاكم، فلذلك لم يلزم حكمه غيره.

قال محمد: ولو أنّ المشتري ردّ الجارية على البائع بعيب بغير قضاء قاض لم يكن للمشتري على الشفيع سبيل.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ هذا بمنزلة عقد مستقبل في حقّ الشفيع.

قال محمد: ولا يكون للمشتري على البائع أيضًا من الثمن شيءٌ.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ ردّه الجارية بغير قضاء قاضٍ وإن كان بيعًا في حقّ غيرهما فهو فسخ في حقّهما، فإذا فسخ الصلح فيها وقد خرجت الدار من ملك المشتري لم يرجع بحصّة العيب كمن اشترى دارًا، فأخذها الشفيع بالشفعة من يديّ المشتري أو باعها المشتري، ثم اطّلع على عيب بها [215أ] كان عند البائع، فلا يكون له على البائع شيء لأجل العيب.

[2584] لم يحلقه.

قال محمد: فإن وجد الشفيع بالدار عيبًا غير ذلك العيب فردّها بقضاء قاضٍ على المشتري كان المشتري على حجّته في الوجهين ممّا بينه وبين البائع.

قال أبو بكر: هو بمنزلة من اشترى دارًا فباعها، ثم اطّلع على عيب، فليس له على البائع شيء، فإن ردّت عليه الدار بالعيب كان له ردّها على البائع، ومسألة الثوب الذي استشهد بها محمد هي على هذا المعنى الذي وصفنا.

آخـــــــــــــــر الشفعة.. والحمد لله وحده، والصلاة والسلام على خير خلقه ومُظهر حقّه محمد النبي الأميّ وعلى آله الطاهرين وأصحابه المنتجبين..

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الوكالة

باب من الوكالة

قال محمد: وإذا دفع الرجل إلى الرجل ألف درهم، وأمره أن يشتري له بها جاريةً فاشترى له بها جاريةً، ثم وجد الدرهم زيوفًا أو بهرجة أو ستُّوقة أو أبى البائع أن يقبلها، فضاعت في يده قبل أن يردّها على الآمر، فإنّها تضيّع من مال الآمر، ورجع المشتري على الآمر بألف درهم جياد، فيدفعها إلى البائع.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الدراهم كانت في يده [215ب] على جهة الأمانة، لأنّه قبضها على ذلك، فهي باقية على ما وقع القبض[2585] فيها ابتداء، إذ لم يحدث هناك حالٌ يوجب ضمانها.

فإن قال قائل: هلّا جعلتها مضمونة بحصول الشراء وثبوت ضمان الثمن على الآمر للمشتري كما أنّه لو قبضها بعد الشراء من الآمر كانت مضمونة[2586] عليه.

قيل له: من قِبل أنّ المشتري يستحقّ ملكها بالقبض، فيصير مضمونة، وليس وقوع العقد موجِبًا لضمانها، وإن ثبت له عليه مثل ما يثبت في ضمانه بالعقد للبائع. ألا ترى أنّ قبضه للجارية من البائع لا يوجب كونها مضمونة عليه لأجل ما ثبت له من ثمنها على الآمر، بل يكون قبضه واقعًا له، ويكون أمينًا فيها حتى يحدث فيها ما يوجب ضمانه، وهو حبسه[2587] إيّاها عنه بالثمن، فكذلك الثمن بما قبضه ابتداء على وجه الأمانة لم يتحوّل مضمونًا بالعقد حتى يحدث فيه ما يوجب الضمان، وليس كذلك إذا قبض الثمن بعد العقد من قِبل أنّ القبض في هذه الحال لم يقع إلّا مضمونًا، لأنّه أقبضا به ما أثبت له عليه من الثمن، فلذلك اختلفا.

[2585] الفيض.
[2586] مضونه.
[2587] وَجلسُه

قال محمد: ولو كان البائع قد قبض الألف من الوكيل فوجدها زيوفًا، فردّها على المشتري، فهلكت في يده قبل أن يردّها على الآمر، فإنّها تهلك[2588] من مال المشتري.

قال أبو بكر: وذلك لأنّها قد صارت مضمونةً عليه بالتسليم، لأنّه سلّمها لقضاء دين عليه، فهو كالوديعة إذا استأذن المودَع مالكها في قضاء دينه بها فسلّمها، ثم رُدّت عليه [216أ] بعيب أو بغيره أنّه لا يَبرأ[2589] من ضمانها، فكذلك الوكيل بما قضى بالمال الذي كان في يده ما كان عليه من الدين للبائع حصل مضمونًا عليه، ولا يبرأ من الضمان برجوعه إلى يده. ألا ترى أنّ المودِع لو باع الوديعة من المودَع، وهو عبد بجارية، ثم هلكت الجارية قبل القبض أنّ ملكه ينتقض في الوديعة، ولا يعود إلى حكم الوديعة بعد ذلك، ويكون مضمونًا في يده حتى يردّه إلى صاحبه.

قال محمد: ولو وجد البائع الدراهم ستّوقةً أو رصاصًا فردّها على المشتري، فهلكت في يده لم يكن على المشتري ضمان، وهلكت الدراهم من مال الآمر، ويرجع المشتري على الآمر بألف درهم جياد، فيدفعها إلى البائع.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لم يحصل بها قضاء عمّا كان للبائع في ذمّته من الدين، وقد سلّمها إليه بأمر الآمر، فصارت بمنزلة وديعة أمره المودع بتسليمها إلى رجل، وأخذها منه متى شاء، فسلّمها، ثم أخذها، فهلكت في يده، فلا ضمان عليه فيها.

فإن قال قائل: هلّا جعلتها مضمونةً عليه بالدفع، إذ كان البائع قبضها للمشتري، لأنّها لو كانت جيادًا لصار المشتري مستوفيًا بها ماله على الآمر، فيصير البائع حينئذ كالقابض للمشتري، ومن قبض شيئًا على وجه الاقتضاء كان مضمونًا عليه، وإن لم يقع به اقتضاء.

قيل له: من قِبل أنّ قبض البائع واقع لنفسه على وجه الاقتضاء، ولذلك[2590] [216ب] يكون هذه الدراهم مضمونة عليه وإن لم يقع بها قضاء. وأمّا المشتري فلم يحصل له عليها قبض، فلم يقع له بها استيفاء، فيكون القبض واقعًا له فلمّا يجري من هذين المعنيين، ثم استرجعها لم يكن مضمونةً عليه.

مسألة

قال محمد: فإن قبض المشتري من الآمر ألف درهم فلم يدفعها إلى البائع حتى ضاعت في يده، فإنّها تضيع[2591] من مال المشتري، وعلى المشتري ألفٌ للبائع.

[2588] فانّها يهلك.
[2589] لا يُبرأ.
[2590] + ولذلك.
[2591] فانّها يضيع.

قال أبو بكر: وذلك[2592] لأنّ المشتري قبضها قضاءًا ممّا له على الآمر بحصول ملك الجارية له، فإذا قبضها لنفسه هلكت في ضمانه، ولا يشبه هذا المضارب إذا هلك المالُ في يده بعد الشراء رجع بثمن ما اشترى على ربّ المال، ثم يهلك ما قبض في يده، فيكون له الرجوع به على ربّ المال، وذلك لأنّ ما يقبضه المضارب من ثمن الجارية يكون مقبوضًا على المضاربة. ألا ترى أنّه يصير رأس مال لربّ المال، وأنّه يتصرّف[2593] فيه [كما] في سائر مال المضاربة. وأمّا الوكيل فإنّه يقبضه لنفسه اقتضاءً ممّا ثبت له عليه، لأنّ الوكالة قد انتقضت.

مسألة

قال محمد: وإذا دفع الرجل إلى الرجل جاريةً، وأمره أن يبيعها له فقال المأمور بعدما قبضها: "قد بعتُها من فلان بألف درهم، وقبضتُ الثمن، ودفعته إليك" أو "ضاع منّي قبل أن أدفعه إليك"، وصدّقه فلانٌ بذلك، وكذّبه ربّ الجارية في ذلك كلّه، فإنّ القول قول المأمور، والجارية للمشتري، ولا ثمن عليه.

قال أبو بكر: [217أ] وذلك لأنّ الوكيل أمين[2594] في ذلك مسلّطٌ عليه، وقد ملك ذلك من جهة الآمر، وكلّ من ملك شيئًا فأقرّ فيه جاز إقراره، لأنّ إقرار الإنسان جائز فيما يملك، فلمّا ملك الوكيل التصرّف من هذا الوجه جاز إقراره فيه. ويدلّك على ذلك أنّه ملك لهذا الضرب من التصرّف أنّه لو عقده في الحال جاز على الآمر، وإن أجاز عقده جاز إقراره به، وهو أمينٌ في قبض الثمن، فصدّق فيه على الآمر.

قال محمد: فإن وجد المشتري بالجارية عيبًا فردّها على المأمور أخذ المشتري من المأمور الثمن كاملًا، ولا يرجع به المأمور على الآمر.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه كان مصدّقًا في براءة نفسه وبراءة المشتري. فأمّا في إيجاب ضمان الثمن على الآمر فلا. ألا ترى أنّ رجلًا لو أودع رجلًا عبدًا، ثم أمره بتسليمه إلى زيدٍ، فقال: "قد سلّمتُ" كان القول قوله في براءة نفسه، ولم يُصدّق في إيجاب الضمان على زيد، فكذلك ما وصفنا.

قال محمد: ولكنّ القاضي يبيع الجارية، فيعطي المشتري الثمن، فإن فضل من ثمنها شيء كان للآمر، وإن نقص الثمن لم يرجع على الآمر.

قال أبو بكر: وإنّما بيعت الجارية للوكيل في الثمن الذي زعم أنّه قبضه من قِبل أنّه لما كان مصدّقًا في بيع الجارية، ثم فسخ البيع فيها، فلو أقرّ الآمر بالبيع لزمه ردّ الثمن، فلمّا سقط عنه المطالبة بالثمن، لأنّه غير مصدّق عليه، وكان الدين ثابتًا عليه فيما يقتضيه حكم صار الموكّل في معنى [217ب] الميّت، فمتى حصل في يد الغرماء للميّت كان للحاكم أن

[2592] ولذلك.
[2593] وانّه ينصرف.
[2594] أمنين.

يبيعه ويقضي الدين، ولذلك قال أصحابنا: أنّ من باع جاريةً وقبض الثمن وغاب غيبةً منقطعة بعدما نقض القاضي البيع بالعيب إنّ القاضي يتبعها على البائع، وإن لم يكن قد قبضها البائع بعد نقض البيع، ويوفي المشتري الثمن لتعذّر مطالبة البائع في هذه الحال، فكذلك ما وصفنا. وأيضًا فإنّ الوكيل لما قبض الجارية، ثم امتنع ردّها على الآمر بقوله صار حابسًا لها، وعند أبي يوسف أنّ حبس الوكيل إيّاها يجعلها بمنزلة الرهن، وعند محمد بمنزلة البيع، فمتى لم يقدر على مطالبة الآمر باع القاضي له الجارية كما يبيع في الرهن، والبيع قبل القبض إذا مات الراهن والمشتري.

فإن قال قائل: إنّما قالوا: ذلك في الوكيل بالشراء إذا حبس المشترى عن الآمر لقبض الثمن، وهذا وكيل بالبيع ليس له حبس الجارية.

قيل له: أنّ الوكيل بالبيع إذا ردّ عليه المبيع فله أن يحبسه لقبض الثمن من الآمر كما كان للمشتري حبسه عنه لقبض الثمن، وعلى أنّه يصير مضمونًا عليه بالحبس في جميع الوجوه سواء كان له الحبس أو لم يكن، وإنّما يختلف حكم ضمان المحبوس إذا كان له الحبس أو حبسه من غير أن يكون له حقّ الحبس. فأمّا في تعلّق الضمان به فلا يختلفان. وأمّا قوله: "إنّه فضل عن ثمنها" شيء كان للآمر، فلمّا كان له ذلك من قِبل أنّه ثمن جاريته، وإن نقص [218أ] كان الآمر على هذا صار كمن عقد على دراهم في ذمّته، وشرط على مشتريها قبضها من غيره، فيجب على هذا ألّا يجوز، لأنّه شرط شرطًا لا يوجبه العقد.

قيل له: أحسب الآمر كما ذكرت، لأنّ من باع دراهم في ذمّته وشرط على الغير تسليمها أيضًا لم يبطل ذلك العقد. ألا ترى أنّه لو شرط ضمانها للمشتري على كفيل حاضر لم يفسد ذلك العقد فشرط تسليمه على المودع أخرى ألّا يقدح فيه، وليس كذلك مثل المسألة الأولى، لأنّه عقد فيها على دين في ذمّة الغير، وذلك ممّا لا يصحّ العقد عليه، فصار كالعقد على الآبق وسائر ما لا يمكن تسليمه نحو الطير في الهواء.

فإن قال قائل: فإذا كان بيع الدين في ذمّة الغير مثل بيع الآبق فهلّا أجزته إذا سلّمه إليه قبل الفسخ كما أجزتَ بيع الآبق إذا أحضره قبل الفسخ وسلّمه إليه.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن يقول: أنّه لو أحضر الدراهم قبل الفُرقة، وأعطاه عمّا أحال به عليه كان جائزًا أيضًا عندي في ذلك.

قال محمد: ولو لم يكن الدراهم الجياد وديعة، ولكنّها كانت غصبًا فأحاله عليه بها جاز ذلك، وكان مثل الوديعة إذا كان الغصب قائمًا بعينه في يديه.

قال أبو بكر: لا فرقَ بين الغصب والوديعة في ذلك لإمكان تسليم المعقود عليه في الوجهين جميعًا. ألا ترى أنّ ذلك لا يختلف في العروض إذا كانت قائمةً بأعيانها وديعةً أو غصبًا بعد أن يكون الغاصب مقرًّا بها غيرُ مانع تسليمها.

قال محمد: ولو كانت الدراهم غصبًا ليست قائمةً بعينها كان هذا والدين سواء.

قال أبو بكر: لأنّ الدراهم قد صارت [218ب] دينًا في الذمّة، وقد بيّنا أنّ ما في ذمّة الغير[2595] لا يصحّ العقد عليه.

مسألة

قال محمد: وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم جياد نقد ثبت المال، وكان لرجل على صاحب البهرجة المال ألف درهم بهرجة، فصالح صاحب الدراهم الجياد الذي عليه الجياد من الدين الذي عليه على ألف درهم بهرجة على أن يحيل بها عليه صاحب البهرجة إلى سنة، وتراضوا جميعًا، فهذا جائز.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ صلحه من الجياد على البهرجة حطّ[2596] للجودة، وليس ببيع، وشرط مع ذلك حواليه على صاحب الجياد إلى سنة، فجاز، ولم يفسده الشرط، لأنّ البراءة لا يفسدها الشروط، ومثل هذا لا يجوز في البيع، لأنّ رجلًا لو باع من رجل عبدًا بألف درهم على أنّ محيل بها غريمًا له على المشتري لم يجز البيع على هذا الشرط، ويجوز في الحطّ[2597] والبراءة، لأنّ البراءة من المجاهيل جائزة، فلا يفسدها الشروط، فالبيع لما لم يصلح في المجاهيل عملت الشروط في إفسادها. ألا ترى أنّ النكاح بما جاز على بدل مجهول لم يفسده الشروط، كذلك الخلع والصلح من دم العمد.

مسألة

قال محمد: ولو كان لرجل على رجل ألف درهم بهرجةً، وكان على صاحب البهرجة ألف درهم نقد ثبت المال جياد، فأحاله بدراهمه الجياد على الذي عليه الدراهم البهرحة التي له عليه، وتراضوا على هذا جميعًا، فهذا جائز، وللمحتال على المحتال عليه دراهم بهرجة.

قال أبو بكر: وذلك للعلّة التي وصفنا، وهي أنّه حطّ عنه الجودة وشرط فيه الحوالة [219أ] فيجوز، لأنّ الحطّ واقع في الحال، والحوالة شرط فيه.

قال محمد: فإن مات ولم يدَع مالًا رجعت الدراهم على الذي كان عليه الأصل بهرجة.

قال أبو بكر: هذا يبيّن[2598] أنّ حطّ الجودة قد حصل في الحال، وأنّه غير معلّق على خطر، لأنّه لو كان كذلك كان ينبغي أن يكون متى لم يسلّم له مال الحوالة أن يعود عليه بالدراهم الجياد.

2595 العين لا
2596 حظّ.
2597 الحظّ.
2598 نبيّن.

قال محمد: ولو قال: "أصالحك من دراهمك الجياد التي يدل على ألف درهم بهرجة، على أن أحيلك بها على غرِمي هذا على أن يعطيك بها البهرجة التي لي عليه"، وتراضوا جميعًا بذلك فهو جائز إن افترقوا قبل القبض أو لم يفترقوا.

قال أبو بكر: وهذه مثل الأولى، لأنّه حطّ، وجعل الحوالة شرطًا فيه، فيجوز.

قال محمد: وكذلك لو قال: "على أن أحيلك بها إلى سنةٍ" كان جائزًا.

قال أبو بكر: لما وصفنا أنّ الحطّ والبراءة لا يفسدها الشروط.

مسألة

قال محمد: ولو كان لرجل على رجل ألف درهم، وللذي عليه الدراهم على رجل آخر مائة دينار فأحال صاحب الدنانير غريمة على الذي عليه الدنانير بدراهمه على أن يعطيه بها الدنانير التي عليه أو على أن يعطيه بها دراهمه من الدنانير التي عليه، والحوالة على هذا باطل، لأنّه صرف بدينٍ.

قال أبو بكر: هذا بيع الدنانير التي للمحيل في ذمّة المحال عليه من المحال بدراهمه، وقد بيّنا فيما سلف من الباب أنّ ذلك غير جائز.

قال محمد: ولو كانت الدنانير وديعة [219ب] عند المحتال عليه فأحاله عليه بدراهمه على أن يعطيه بها الدنانير التي له عنده، وتراضوا على هذا، فالحوالة جائزة. فإن أعطاه قبل أن يُفارق المحيل المحتال فهو جائز، وإن افترقا بطلت الحوالة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه عقد على مال بعينه في يد غيره، فيجوز العقد عليه إلّا أنّ الافتراق قبل القبض يبطله، لأنّه صرف. والغصب مثل الوديعة لهذه العلّة بعينها.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا احتال على رجل بألف درهم على أن يعطيها إيّاه من ثمن داره هذه أو من ثمن عبده هذا كانت الحوالة جائزة، ولا يجبر[2599] المحتال عليه على بيع دراه ولا عبده ولا على إعطاء المحيل ماله حتى يبيع داره وعبده، فإن باع داره وعبده بألف درهم أجبر[2600] على [أن] يعطيه ماله منهما.

[2599] ولا يجيز.
[2600] اجيز.

قال أبو بكر: هذه حوالة صحيحة على حسب ما شرطاها، ولا يبطلها شرطهما الأداء فيها من ثمن العبد، لأنّ عقود الضمانات يتعلّق[2601] على الأخطار والمجاهيل. ألا ترى أنّ ضمان[2602] الدرك جائز باتّفاق الفقهاء، وهو معلّق على خطر.

فإن قال قائل: ما ينكر أن يكون الحوالة مخالفة للكفالة في جواز تعلّقها على الأخطار من قِبل أنّ الحوالة بمنزلة البيع، لأنّه أبرأه ممّا في ذمّته بشرط سلامة ما على المحال عليه له.

قيل له: أنّ الحوالة وإن كانت على ما ذكرت فإنّ ذلك غير مانع جواز الجهالة فيها، وتعلّقها على الأخطار حسب جوازها في الكفالة، لأنّ البراءة قد يصحّ من غير شرط بدلٍ ولا تحصيل عوض للمشتري [220أ] فيها مع البراءة ضمان المحال عليه للمال، والضمان يتعلّق على الأخطار حسب جوازها في الكفالة، لأنّ البراءة قد يصحّ من غير شرط بدل ولا تحصيل عوض للمشتري، وفيها مع البراءة ضمان المحال عليه للمال، والضمان يتعلّق على الأخطار، ويصحّ مع الجهالات، وإنّما لم يجبر[2603] على بيع داره وعبده من قِبل أنّ هذه حوالة صحيحة على حسب ما أوقعاها، والذي اقتضاه عقد الحوالة من ذلك إنّما هو ضمان ثمن الدار والعبد، فإذا حصل الثمن أجبر[2604] على تسليمه إليه بالحوالة، ولا يجبره[2605] على البيع، لأنّ عقد الحوالة لم يقبض البيع، وليس البيع من الضمان في شيء، وإنّما يتناول الضمان الثمن إذا حصل.

فإن قيل: هلّا خيّرته[2606] على بيع الدار والعبد، إذ به يتوصّل إلى صحّة الأداء.

قيل له: لأنّه لم يضمن ما يتوصّل به إلى صحّة الأداء إلّا بعد صحّة الحوالة، وهو لم يضمن[2607] فعل الشرط الذي يتعلّق به صحّة الحوالة، وإنّما علّق الحوالة على شرط هو مخيّر في فعله وتركه.

قال محمد: ولو احتال عليه على أن يعطيه دراهمه من ثمن دار المحيل أو من ثمن عبده كانت الحوالة باطلة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لا يملك ثمن دار المحيل، ولا يمكنه تسليمه إليه بوجه، فلم يصح الحوالة على ذلك.

قال محمد: فإن كان المحيل أمره بالحوالة وأمره بالبيع لم يجبر[2608] المحتال عليه على بيع ذلك.

[2601] + يتعلّق.
[2602] ضما.
[2603] لم يجيز.
[2604] اجيز.
[2605] ولا يجيزه.
[2606] اخيّرته.
[2607] فلم يضمن.
[2608] لم يجيز.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه وكّله بالبيع، وللوكيل بالبيع أن يمتنع من البيع.

قال محمد: ولو باع ذلك بألف درهم بمثل حقّ المحتال عليه أو بأكثر من ذلك أو أقلّ أجبر[2609] المحتال عليه على أن يعطيه [220ب] حقّه من ثمن ما باع.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه إذا حصل الثمن في يده صار بمنزلة من له وديعة عند رجل فأحال رجلًا على المودَع بالوديعة، فليس للمودع أن يمتنع من تسليمها إليه.

قال محمد: فإن نقص حقّه من ثمن ما باع ممّا ضمن لم يلحقه من ذلك الضمان شيء.

قال أبو بكر: كما لا يلحق المودِع ضمان فضل الدين إذا أحيل عليه بالوديعة.

باب ما يجوز من البراءة في الدين وما لا يجوز بالوكالة[2610]

قال محمد: وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم فسأله أن يبرئه منها، فوكّل صاحب الدين الذي عليه الدين أن يبرئ نفسه من الدين، ففعل، فإنّ ذلك جائز. وكذلك لو قال له: "حلّلْ نفسك من الدين"، ولو قال له الذي عليه الدين: "ابرأْ ممّا عليّ" أو "حلّلني منه" أو "هبْه لي"، فقال: ذلك إليك" فأبرأ نفسه أو حلّلها أو وهب ذلك لنفسه، فهذا جائز كلّه، لأنّه يكون وكيلًا في نفسه وقيمًا عليه، ويكون وكيلًا في غيره.

قال أبو بكر: يصحّ أن يكون المطلوب وكيلًا للطالب في إبراء نفسه وتمليكه الدين[2611] الذي عليه كما يجوز أن يكون وكيلًا لغيره في تمليك نفسه الأعيان. ألا ترى أنّه لو أوصى إلى رجل بثلثه يجعله حيث شاء أو نصفه حيث أحبّ كاله أن يجعله لنفسه.

فإن قال قائل: كيف يجوز أن يكون وكيلًا للطالب في تمليك نفسه، ولو وكّله ببيع عبده من نفسه لم يجز.

قيل له: الفرق بينهما: أنّ براءة صاحب الأصل وإن كان فيها تمليك فإنّه لا يتعلّق بها حقوق، ولا يلزم بها عُهدة، لأنّها شبَه من هذا الوجه [221أ] الطلاق والعتاق من حيث لم يتعلّق بهما حقوق، فجاز تمليكهما من يقع ذلك له، ويقعان بإيقاعه. وممّا يدلّ على جواز وكالته في إبراء نفسه أنّه لو قال للغريم: "ادفعْ ما لي عليك إلى زيد" أو "اشتر لي به عبدَ زيد، وادفعْه إليه" كان ذلك جائزًا، وكان وكيلًا للطالب في دفع عليه إلى زيد، فيكون وكيلًا بالقبض والغريم وكيلًا بالدفع. فدلّ ذلك على صحّة توكيله في إبراء نفسه.

[2609] اجيز.

[2610] هذا الباب وما يليه إلى نهاية كتاب الوكالة كان مندرجًا تحت كتاب الإجارة لخطأ في الترتيب من قبل غير المؤلف. وذلك تم ترتيبه بناءًا على ترتيب الجامع الكبير.

[2611] الذين.

قال أبو بكر: وكان أبو الحسن يقول: وله أن يبرئ نفسه في المجلس وبعد المجلس، ويدلّ عليه قول محمد بعد هذه المسألة حين ذكر تمليك الطلاق والعتاق للمرأة والعبد. فقال: ولا يشبه الطلاق والعتاق ما سواهما، ولم يجز الطلاق والعتاق، لأنّا جعلناهما وكيلين في ذلك، ولكن أجزناه، لأنّه طلاقٌ جعل في يده وعتاق جعل في يديّ العبد. ألا ترى أنّهما لو قاما من مجلسهما قبل أن يفعلا شيئًا ممّا جعل إليهما أو أخذا في عمل غير ذلك بطل، ولو كانت بوكالة لم تبطل.

قال أبو بكر: قول محمد حين جعل المطلوب الذي جعل إليه الإبراء وكيلًا، وفرّقه بينه وبين الطلاق والعتاق المحفولين[2612] إلى المرأة والعبد في أنّ لم يجعلهما وكيلين دليل على ما قال أبو الحسن: إنّ أمره[2613] إيّاه بإبراء نفسه وكالة توجب له فعله في المجلس وبعده. وكان أبو الحسن يحتجّ في الفرق بينهما بأنّ البراءة لما كان سبيلها سبيل سائر التمليكات لردّها تأثير في فسخها جرت مجرى سائر عقود التمليكات [221ب] فإذا وكّله بذلك صار ذلك له في المجلس، وبعده كالوكالة بالبيع والهبة. ألا ترى أنّ الغريم لو ردّ البراءة بعد وقوعها لعاد المال في ذمّته، فاشبهت البراءة من جهته ما يلحقها الفسخ سائر عقود التمليكات. وأمّا العتق والطلاق: فلمّا لم يجز أن يلحقهما الفسخ بعد وقوعهما، ولم يكن فيهما تمليكٌ صار بمنزلة قوله: "أنتِ طالقٌ إن شئت وأنتَ حرٌّ إن شئت"، فيتعلّق على المجلس.

فإن قال قائل: فقد يجوز أن يوكّل غيره بالطلاق، فيكون على المجلس، وإن لم يكن فيهما تمليك ولا يصحّ فسخهما بعد وقوعهما، فهلّا جعلتَ المرأة والعبد وكيلين للرجل، وإن لم يكونا وكيلين لأنفسهما فيكون ذلك على المجلس وغيره.

قيل له: لأنّه إذا وكّل الغير بذلك فقد أقامه مقام نفسه، فلذلك كان له المجلس وغيره، وإذا وكّل المرأة لم يكن وكيلًا في نفسها، وليس من قِبل الزوج أيضًا تمليكٌ، فيعتبر توكيله، فلذلك اختلفا.

ووجه آخر في الفصل بين البراءة وبين الطلاق والعتاق في تعلّقهما على المجلس: أنّ[2614] البراءة على المجلس وغيره إذا جعلها إلى الغريم، وهو أنّ الطلاق والعتاق يتعلّقان على الشروط، ويصير قوله: "أنت طالقٌ إن شئت" تمليكًا منه لها، ويكون على المجلس. فكذلك قوله: "طلّقي نفسك" تمليكٌ، فيتعلّق على المجلس. وكذلك العتاق وليس كذلك البراءة، لأنّها لا يتعلّق بالشروط، فجاز أن يكون وكيلًا للطالب فيها، وإن لم يكن وكيلًا لنفسه، لأنّك متى حملتَها على معنى الشرط [222أ] بطلتْ. ألا ترى أنّه لو قال: "قد أبرأتك إن دخلت الدار" لم يصح، ولو قال: "أنت طالق إن دخلت الدار" تعلّق بالشرط، فلمّا كان للطلاق والعتاق وجْه يحمل عليه على جهة التمليك من غير وكالة حملناهما عليه، وتعلّقا على المجلس، وفارق البراءة في ذلك. ألا ترى أنّ قوله لها: "طلّقي نفسك إن شئت" ليس بوكالة منه في الطلاق، فكذلك إذا لم يقل ذلك، لأنّ ذلك من ألفاظ تمليك الطلاق، فكذلك العتق.

2612 المجعولين
2613 امرأة.
2614 وانّ.

قال محمد: ولو أنّ رجلًا أمر عبده أن يُكاتب نفسه، فكاتبها كان ذلك باطلًا.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن رحمه الله يحتجّ في ذلك بأنّ الكتابة يُحتاج في صحّتها إلى إيجاب وقبول، ولا يصحّ أن يكون العبد موجبًا فائدةً[2615] لنفسه.

فإن قال قائل: فقد يجوز في النكاح أن يعقد الإنسان لنفسه بوكالة من المرأة، وكان المعنى فيه: أنّه ليس فيه عُهدة ولا ضمان على الوكيل، فهلّا جوّزتَ مثله في الكتابة.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ النكاح قد يُكتفى فيه بإيجاب أحدهما وإن لم يكن من الآخر قبول، وذلك لأنّه لو قال لامرأة: "زوجيني[2616] نفسك" فقالت: "قد فعلت" وقع النكاح وإن لم يقل الزوج بعد ذلك "قد قبلتُ". ولو قال العبد للمولى: "كاتبْني" فقال: "قد فعلتُ" لم يقع الكتابة حتى يقبل العبد، فلمّا اكتفى في النكاح بالسؤال دون القبول بعد إيجاب المرأة، ولم يجز في الكتابة جاز أن يكون لواحد وكيلًا في النكاح للرجل والمرأة جميعًا. فإذا قال: "قد زوّجتُ" فلا بدّ من فلان وقع النكاح [222ب] ولم يجز في الكتابة، لأنّه إذا قال: "قد كاتبتُ عبد فلان على ألف درهم" وهو وكيل للعبد والمولى في ذلك، فلا بدّ من القبول، ولا يصحّ[2617] قبول الإنسان فيما يُوجَبه وموقعه من العقد.

فإن قال قائل: فإنّ هبة الأعيان لا يصحّ إلّا بقبول، وقد قال في الباب: أنّه لو وكّله بأن يهب جاريته[2618] من نفسه، فوهبها جاز.

قيل له: ليس يختلف العين، والدين في ذلك من قِبل أنّ الهبة لا يتعلّق بها حقوق لبعض على بعض، وليس كذلك الكتابة، لأنّ عقد الكتابة يثبت به للعبد حقّ على المولى، ويصير به أحقّ بكسبه وما في يده منه، ولا يجوز تصرّف المولى عليه من مال الكتابة دينًا، وعقد الهبة لا يوجب حقًّا على أحد.

قال محمد: ولو أنّ رجلًا كان له عبد عليه دين فوكّل الغريم المولى بأن يبرئ عبده جاز ذلك. ألا ترى أنّه لو وكّله بأن يهب جاريةً له لعبد له ففعل، ووهبها له جازت الهبة وإن لم يكن على العبد دين، ولو وكّله بأن يهبها لنفسه فوهبها لنفسه، وقبضها جاز ذلك أيضًا.

قال أبو بكر: إذا جازت هبته من نفسه فمن عنده أجوز.

قال محمد: ولو أنّ رجلاً في يديه طعام وديعة لرجل فقال له المستودَع: "حللني منه"، فقال: "ذلك إليك"، فأكل منه المستودع شيئًا لم يضمن.

[2615] فايدًا.
[2616] زوجْني.
[2617] ولا يضحّ.
[2618] جازيته.

قال أبو بكر: "حللني منه" بمنزلة قوله: "أبحْ أكله لي".

قال محمد: وليس هذا بتمليك.

قال أبو بكر: لأنّ لفظ التحليل موضوع للإباحة، وليس في الإباحة [223أ] تمليك. ألا ترى أنّ ماء دجلة وصيد البرّ مباح لنا، وليس ذلك بتمليكٍ.

باب من الوكالة في البيوع ممّا يضمن وممّا لا يضمن

قال محمد: وإذا وكّل الرجل رجلًا أن يبيع له عبدًا بألف درهم، وقيمة العبد ألف درهم أو خمسمائة فباعه الوكيل بألف درهم إلى العطاء، وسلّمه إلى المشتري، فمات في يده، فإنّ على المشتري قيمته يقبضها البائع ويدفعها إلى الآمر، وليس للآمر أخذ القيمة من المشتري إلّا بوكالة من البائع، ولا ضمان على البائع في ذلك.

قال أبو بكر: الوكالة بالبيع ينتظم الصحيح والفاسد لشمول الاسم لهما، فإذا عقد عقدًا فاسدًا لم يكن مخالف للآمر فيما أمره به، فلا يضمن، وإن كان الواجب على المشتري قيمة هي أولى من الثمن الذي سمّاه في عقد الوكالة. ألا ترى أنّه لو باعه على أنّ البائع بالخيار ثلاثً،ا وسلّمه إلى المشتري، فمات في يده ضمن قيمته، ولم يكن البائع مخالفًا فكذلك ما وصفنا.

فإن قال قائل: مسألة الباب مخالفة لمسألة خيار البائع، لأنّ البائع إذا كان بالخيار فالعبد يعد على ملك الآمر، فلم يخرجه عن ملكه بغير ما أمره به. وأمّا تسليمه إليه على بيعه إلى العطاء فإنّه يوجَب للمشتري ملكه بقيمة هي أولى من الثمن، فصار مخالفًا في التمليك.

قيل له: إنّه[2619] [223ب] لم يملكه بالقبض دون العقد، لأنّه لو قبضه من غير عقد لم يملكه، فلمّا كان ملّكه إنّما وقع في التمليك عند القبض لأجل العقد، ولم يكن الوكيل مخالفًا في العقد لم يضمنه.

فإن قال: فلم أخرجته من الخلاف بتسمية لم يثبت حكمها، وهلّا أسقطتَها، إذ لم يتعلّق بها حكم.

قيل له: لا بدّ من اعتبار التسمية فيما بينه وبين الآمر، وإن كان العقدُ فاسدًا كما[2620] وصفنا من أنّ الآمر بالبيع ينتظم الفاسد والصحيح، فيجب اعتباره في موافقة الآمر في أمره، فإن وافقه في لفظ العقد صار كأنّه مأمور بهذا العقد، وإن خالفه فيما أمره به صار كأنّه باعه بغير أمره، وإنّما كان قبض القيمة إلى البائع، لأنّ حقوق العقد يتعلّق بالمتعاقدين، ولا فرق بين الصحيح والفاسد في ذلك، فلمّا كان قبض الثمن إليه إذا كان البيع صحيحًا وجب أن يكون ذلك حكمه في حال الفساد، لأنّ ضمان القيمة في حال الفساد إنّما تعلّق بالعقد، فهي كالثمن في العقد الصحيح.

[2619] + انه.

[2620] ما.

قال محمد: ولو أمره ببيعه بألف درهم فباعه بخمسمائة إلى العطاء، وقيمتُه ألفا درهم أو خمسمائة درهم، ودفعه إلى المشتري، فمات في يده، فالآمر بالخيار إن شاء ضمن المشتري قيمة عبده إلى العطاء، وإن شاء ضمّنها البائع.

قال أبو بكر: العقد بخمسمائة لم يدخل تحت الآمر وإن كان فاسدًا، فصار كأنّه باعه بغير أمره، فإذا سلّمه إلى المشتري كان الآمر [224أ] يختار[2621] في تضمين أيّهما شاء. أمّا البائع فلأنّه سلّمه بغير أمره، وأمّا المشتري فلأنّه قبضه بغير أمره.

فإن قال قائل: لم جعلته مخالفًا، والقيمة أكثر من الثمن، وقد زاده خيرًا.

قيل له: لم يردّه خيرًا[2622] من حيث سمّى خمسمائة، لأنّ فساد البيع لم يتعلّق بالتسمية، وإنّما فسد لشرطه إلى العطاء، وشرطه إلى العطاء ممّا قد دخل تحت العقد إذا سمّى فيه ما أمر به من الثمن في عقد الوكالة، فإذا سمّى أقلّ من ذلك فقد خالف الآمر في لفظ العقد، والوكيل إنّما يتصّرف من جهة الآمر، فإذا خالف أمر الآمر صار بائعًا له بالوكالة، فيضمن بالتسليم، ويجب حينئذ القيمة للآمر لا من جهة العقد لكن من جهة الغصب.

قال محمد: ولو لم يمت العبد في هذه المسألة في يديّ المشتري، ولكن المشتري أعتقه فعتقه باطل.

قال أبو بكر: وذلك لأنّا قد بيّنا أنّه قبضه على وجه الغصب، ولا يجوز عتق الغاصب.

قال محمد: ولو كان الآمر أمره بشراء عبدٍ بألف درهم فاشتراه بألف إلى العطاء، وقيمته أكثر من ألف، فمات في يديّ المشتري، فإنّ على المشتري قيمته، ويرجع بها على الآمر.

قال أبو بكر: وهذا على ما بيّناه في البيع، لأنّه لم يخالف الآمر في لفظه.

قال محمد: ولو أعتقه الآمر جاز عتقه.

قال أبو بكر: لأنّ قبض المشتري وقع للآمر كما يقع له لو كان البيع صحيحًا، لأنّ الصحيح والفاسد جميعًا قد دخلا تحت الآمر، فجاز عتقه كرجل اشترى عبدًا شراء فاسدًا، وقبضه، [224ب] ثم أعتقه.

قال محمد: وإذا كان الوكيل اشتراه بألف درهم وعشرة دراهم[2623]، وقبضه، ومات في يده فهو ضامن لقيمته، ولا يرجع على الآمر بشيء، ولا يجوز عتق الآمر فيه.

2621 يختار

2622 خيرًا.

2623 درهم.

قال أبو بكر: لأنّه خالفه الآمر في لفظ الشراء، فصار مشتريًا لنفسه، فإن أعتقه المشتري جاز عتقه، وعلى هذا المعنى مسألة أمره ببيع العبد إلى أوّل عطاءٍ، فباعه إلى العطاء الثاني أو باعه بأجلٍ دون العطاء الأوّل.

مسألة

قال محمد ولو أنّ رجلًا أمر رجلًا مسلمًا أن يبيع له عبدًا بألف درهم فباعه الوكيل بألف درهم ومائة رطلٍ من خمر بغير عينها كان البيع باطلًا، ولا يكون الوكيل مخالفًا، فإن سلّمه إلى المشتري ضمن المشتري قيمته بأخذها البائع فيسلّمها إلى الآمر.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لم يخالف في لفظ الآمر، بل قد أبى به، وزاد عليه، فصار كأنّه باعه بألف درهم ومائة درهم، وفساد العقد لا يجعله مخالفًا لما بيّنا من أنّ الآمر بالعقد ينتظم الصحيح والفاسد.

قال محمد: ولو باعه بألف درهم ومائة رطلٍ خمر بعينها فدفع العبد إلى المشتري، فمات في يده، فالآمر في قياس قول أبي حنيفة بالخيار إن شاء ضمن المشتري جميع القيمة، وإن شاء ضمن البائع، فإن اختار ضمان البائع قسّم العبد على ألف درهم وعلى قيمة الخمر، فما أصاب الألف من العبد لم يكن على البائع فيه ضمان، وما أصاب حصّة الخمر ضمنها البائع. وأمّا في قول أبي يوسف ومحمد: فإن شاء ضمن البائع جميع القيمة، [225ا] وكذلك لو باعه بألف درهم وخنزير في قياس قولهما كان على ما وصفتُ لك.

قال أبو بكر: فرقٌ بين أن يكون الزيادة على الألف خمرًا بعينها أو بغير عينها، وذلك لأنّ تسمية الألف اقتضت بيعًا بألف هي ثمن، ولم يدخل تحت الوكالة عقد المشتري، فإذا سمّى مع الألف خمرًا بغير عينها فالخمر أيضًا ثمن غير مشتراه، فلم يكن مخالفًا كما لو باعه بألف درهم ومائة درهمٍ لم يكن مخالفًا، لأنّه بائع للعبد بثمنٍ وغير مشترٍ به شيئًا. وأمّا إذا كانت الخمر بعينها فقد صار مخالفًا، لأنّه في حصّتها من قِبل أنّه مشترٍ لها، لأنّ الأعيان لا يكون أثمانًا، فيضمن القدر الذي خالف فيه، ولا يكون مخالفًا في حصّة الألف على قول أبي حنيفة من قِبل أنّ من أصله: أن من وكّل ببيع عبدٍ، فباع بعضه لم يكن مخالفًا. وأمّا في قول أبي يوسف ومحمد: فهو مخالف في الجميع، لأنّ من أصلها أنّ من أمر ببيع عبدٍ فباع بعضه لم يجز بيعه، وكان مخالفًا، فإنّما جاء الخلاف بينهم من هذا الأصل في مسألتنا.

قال أبو بكر: وكان أبو الحسن يحكي عن ابن[2624] سماعة أنّه روى عن محمد في رجل قال لرجل: "مع عبدي هذا بألف درهم"، فباع نصفه بألف درهم أنّ البيع جائز، لأنّه قد حصل له الألف الذي أراده من بعض العبد، وكان أبو الحسن يقول: إنّي كنت أطعَن في مسألة الجامع على ما رواه ابن[2625] سماعة، لأنّه لم يجز بيع بعض العبد بالألف، وجعَله مخالفًا فيه في قول أبي يوسف ومحمد.

[2624] بن.

[2625] بن.

قال أبو الحسن: إلّا أنّه بان لي الفصل [225ب] بينهما من جهة أنّ بائع بعض العبد مخالفٌ للآمر فيما أمره على قولهما، فلا يزول الخلاف إلّا بحصول الألف للآمر، فلمّا حصل له الألف وبعض العبد زال الخلاف، لأنّه قد زاده خيرًا. وأمّا مسألة الكتاب فالخلاف قائم فيها من الوكيل، لأنّ البيع فاسدٌ فلم يحصل للآمر الثمن الذي طلبه بالعبد، فلذلك ضمن.

قال محمد: ولو باع ذلك بألف درهم وميّتة أو دمٍ أو شيء لا قيمة له عند[2626] أهل الذمّة بعينه أو بغير عينه، وقبضه المشتري فمات في يده، فلا ضمان في هذا على البائع والمشتري ضامن للقيمة، ويرجع بها عليه البائع، فيدفعها إلى الآمر.

قال أبو بكر: إنّما لم يضمن البائع شيئًا، لأنّ هذه الأشياء التي زادها على الألف ليست بمالٍ في وجهٍ ولا قيمة لها عند أهل الذمّة، فلم يكن لها حصّة من الثمن، وحصل العبد كلّه مبيعًا بالألف بيعًا فاسدًا، فلم يكن مخالفًا فيه، ولم يضمن كأنّه باعه بألف درهم، وشرط فيه شرطًا فاسدًا، فلا يكون بذلك مخالفًا في حصّة الألف من الطعام في قولهم جميعًا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لا ضرر في تبعيض الطعام، وجائز للوكيل بيع بعضه دون بعض في قولهم.

قال أبو بكر: وما ذكر محمد في مسائل الوكالة بالخلع والعتق والنكاح على شيء مسمّى، فخالف فيه محمول على المعاني التي وصفنا في البيع من خالف لفظ الآمر صار كأنّه عقده بغير أمره.

مسألة

قال محمد: وإذا أمر رجل رجلًا أن يبيع عبده من نفسه بألف درهم فباعه من نفسه بألف درهم إلى العطاء أو إلى الدنانير، وقبل ذلك العبد، فذلك جائز [226أ] الألف عليه إلى الأجل، وهذا لا يشبه البيوع في هذا الوجه، والذي يلي قبض الألف لمولى دون الوكيل.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ هذه وكالة بالعتق على مال، والعتق على المال يصحّ[2627] إلى الآجال المجهولة، كما يجوز والنكاح والصلح من دم العمد. والعلّة في ذلك: أنّ هذه المعاني التي اعتاض عنها ليست بمالٍ، فيجوز فيها من الجهالة ما لا يجوز في البيوع، وقد بيّنا ذلك فيما سلف من هذا الكتاب، وجعل قبض المال فيه إلى المولى دون الوكيل، لأنّ الوكيل في ذلك بمنزلة المعير[2628] كالوكيل بالنكاح والخلع والصلح من دم العمد. والمعنى في ذلك كلّه: أنّ هذه الأشياء لا يجوز أن يملك من جهة الوكيل، ولا ينتقل إليه، فصار كالرسول الذي لا يتعلّق شيء من أحكام العقد. والفرق بينهما وبين البيع: أنّ المبيع يجوز أن يملك من جهة الوكيل، والوكيل بالشراء ينتقل إليه العبد المشترى، ومن جهته ينتقل إلى الموكّل، وذلك غير موجود في العتق ونظايره.

2626 عنده

2627 تصحّ.

2628

مسألة

قال محمد ولو أنّ العبد قال لرجل: "اشترِ لي نفسي من مولاي بألف درهم إلى العطاء، وقيمته ألف درهم أو خمسمائة درهم"، فاشتراه الوكيل من مولاه بألف درهم إلى العطاء، وبيّن الوكيل للمولى أنّه يشتري العبد لنفسه، فالعبد حرّ حين وقعتْ عقدة البيع، والمشتري ضامن لقيمة العبد بالغًا ما بلغت للمولى، ويرجع بها المشتري على العبد، فيأخذها منه، ولا سبيل للمولى على العبد في أخذ المال منه، ولا يشبه هذا الوجه الأوّل، لأنّ هذا شراء من المشتري يلزمه فيه الثمن للبائع، ولو كان الشراء صحيحًا لم يلزم العبد، فهو بمنزلة الشراء لنفسه، والأوّل عتق على مال، والأجل فيه إلى العطاء جائز.

قال أبو بكر: [226ظ] وقال في كتاب الوكالة في هذه المسألة إذا بيّن أنّه يشتريه لنفسه أنّه يعتق، والمال على العبد دون الوكيل، وذكرها في الوكالة في مواضع أُخر، فقال فيها مثل ما في الجامع، وقد أخرجها عيسى بن أبان في الخطأ. فأمّا جواب الجامع فإنّه أجراه مجرى الشراء في جميع أحكامه، وإن بيّن أنّه يشتريه للعبد. ووجه ذلك: أنّ العبد لما كان ممّا يجوز انتقال الملك فيه، ثم عقد عليه بلفظ الشراء وجب أن يُجرى حكمه عليه، لأنّه عقد عليه بلفظ الشراء، وهو ممّا يصحّ فيه عقد الشراء، ويجوز نقل الملك فيه. وبهذا المعنى فارق النكاح والخلع والصلح من دم العمد، وذلك لأنّ هذه الأشياء ممّا لا يصحّ نقل الملك فيها.

وكان أبو الحسن يقول: أنّ العتق إذا كان بلفظ الشراء فهو في الحكم منتقل إلى الوكيل، ومنه ينتقل إلى الموكّل الذي هو العبد وإن كان معتقًا على ملك المولى، لأنّ الوكيل لا يملك ما ينتقل إليه بالوكالة، فلمّا لم يحصل لغير المولى ملك عليه، وقد صار حرًّا وجب أن يكون حرًّا على ملكه.

فإن قال قائل: فكيف يصير العبد في يد نفسه بالعقد الفاسد والمشترى شراء فاسدًا لا يملك العبد إلّا بأن يقبضه بإذن البائع.

قيل له: من قِبل أنّ المعقود عليه هو العتق، وقد أوقعه المولى، وهو مالك، فنفذ عتقه وإن كان هناك شرطٌ فاسد. وأمّا وجه رواية كتاب الوكالة فظاهر، لأنّ العتق لما لم يجز نقله إلى الوكيل ولم يصح أن يملك من جهته صار بمنزلة النكاح والخلع والصلح من دم العمد. وإنّما احتاج أن يبيّن أنّه يشتريه لنفسه ليصحّ توكيله له بذلك، لأنّ العبد لا يصحّ توكيله ولا أمره إلّا بإذن المولى، [227أ] فالمولى إذا عاقد المأمور على ذلك، وقد بيّن أنّه يشتريه لنفسه، فهو مخيّره[2629] للوكالة، فيصير المأمور حينئذ مشتريًا للعبد نفسه، فيلزمه أحكام الشراء على حسب لزومها سائر المشترى كالوجه الذي بيّنا.

2629 ومُخيّره

قال محمد: ولو لم يبيّن المشتري أنّه يشتري العبد لنفسه فإن قبضه المشتري كان عبدًا له، وإن أعتقه بعد عتقه فيه وضمن قيمته.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه إذا لم يبيّن أنّه يشتريه لنفسه لم يصح وكالة العبد في ذلك، فوقع الشراء للمشتري، لأنّ توكيل العبد بذلك لا يجوز إلّا بإذن المولى، فوقع الشراء للعاقد، لأنّه لا يقف.

مسألة

قال محمد: ولو كان هذا مدبّرًا أمر الوكيل بشراء نفسه له من سيّده، ففعل، وبيّن أنّه يشتريه لنفسه، وشرَط المالَ إلى العطاء، فهو جائز على ما شرط.

قال أبو بكر: لأنّ المدبّر لا يجوز أن يملك، ولا ينتقل إليه بوجه، فلم يكن للعقد وجه غير العتق على مال، ولم يكن بمنزلة الشراء، لأنّه لا يقع عليه عقد شراء.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا أمر عبد الرجل أن يشتري له نفسه من مولاه بألف درهم، فقال العبد: "نعم"، ثم جاء العبد إلى المولى، فقال له: "بعْني نفسي بألف درهم"، فقال المولى: "قد فعلت"، وقبل العبد، فالعبد حرّ، وهو مولى لمولاه، والمال على العبد، ولا يرجع به على الآمر.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لا يكون وكيلًا إلّا بإذن المولى، وظاهر هذا العقد أنّه عتق على مال، فعتق العقد بالمال المذكور.

قال محمد: ولو بيّن لمولاه فقال: "بعني نفسي لفلان بألف درهم" ففعل، فهذا جائز، والعبد للآمر، والثمن في رقبة العبد المشترى، ويرجع به [227ب] على الآمر، فيؤخذ به.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لما بيّن للمولى، ثم عاقده المولى على ذلك، فقد رضي بوكالته، فصحّ شراؤه بنفسه للآمر.

قال محمد: فإن وجد الآمر بالعبد عيبًا قد علّمه العبد أنّه به لم يكن له أن يردّه.

قال أبو بكر: لأنّ رضا الوكيل بالعيب في حال العقد يلزم الآمر.

قال محمد: وإن كان العيب في موضع لم يعلم به العبد فالذي يخاصم في الردّ به هو العبد، فإن ثبت أنّه كان عند البائع فسخ العقد.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ حقوق العقد إنّما يثبت بين المتعاقدين، وهما العبد والمولى.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ العبد كان اشترى نفسه من البائع بألف درهم فأراد البائع أن يمسكه حتى يُعطيه الثمن، فليس له ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ العبد له في نفسه، وإن كان المولى أحقّ به منه بنفسه كما نقول في المؤجّر والمستأجر: إنّ لكلّ واحد منهما يدًا في الدار وإن كانت يد المستأجر أولى، فإذا ارتفعت يد المستأجر كانت يد المؤجّر باقيةً بحاله، فكذلك هذا لما ارتفعت يد المولى صار العبد في يد نفسه، وإنّما صار إيقاع العقد على هذا الوجه رضًا منه بالتسليم، كما قلنا في الوديعة: إذا اشتراها المستودع وقبضها أنّه ليس للبائع أن يستردّها إلى يده لقبض الثمن.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ العبد اشترى نفسه من مولاه بألف درهم إلى العطاء، وقد كان أمره بألف فإنّه لا يكون مخالفًا، فإن مات بعد العقد مات من مال الآمر، ولزمته قيمته بالغة ما بلغت.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا [228أ] من أنّ العبد في يد نفسه، فصار قابضًا لنفسه عقيب العقد.

قال محمد: فإن استعمله المولى في نقض عمله فهذا نقض منه للبيع، فإن مات العبد من ذلك مات من مال البائع، وبرأ الآمر من قيمته.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه صار مسترجعًا باستخدامه إيّاه.

فإن [قال] قائل: لم جعلته مسترجعًا له باستخدامه، والعبد في تلك الحال في يد نفسه.

قيل له: لأنّ للمولى فسخ قبضه، ويردّه إلى يده، لأنّ العقد فاسدٌ، ويد الملك أولى من يده هو في نفسه، وليست هذه كالأولى، لأنّ العقد كان صحيحًا، وزال بملك المولى، وحصل في يد الآمر، لأنّ يد العبد فهو الوكيل يد للآمر، فصار كوديعة في يد الوكيل اشتراها لغيره، وهي بحضرته، فيصير قابضًا له عقيب العقد، وليس للبائع ردّها إلى يده.

قال محمد: ولو أنّ العبد حالف فاشترى نفسه من مولاه بألف درهم، وقد كان الآمر أمره أن يشتري له نفسه بألف درهم إلى العطاء، فإنّه يعتق ويلزم المال العبد، لأنّ المال لزم العبد حين حالف وعتق، لأنّه لم يعقد للآمر لمخالفته لآمره، فإذا لم يثبت العقد للآمر من جهة الوكالة وقد باعه المولى نفسه صار مشتريًا لها لنفسه وعتق، لأنّه ملك نفسه بالعقد.

باب الوكالة ما يكون خصمًا وما لا يكون

قال محمد: وإذا وكّل رجل رجلين بقبضٍ دين له على رجل، وغاب الموكّل، وغاب أحد الوكيلين فجاء الوكيل الباقي [228ب] بالغريم إلى القاضي، فأقرّ الغريم بالدين وجحد الوكالة، فإنّ القاضي يسأل الوكيل البيّنة، فإن أقام البيّنة أنّ صاحب المال وكّله وفلانًا يقبض المال، فإنّ القاضي يقضي بوكالتهما جميعًا، فإن حضر الوكيل الغائب ولم يكلّف إعادة البيّنة على الوكالة ولا يقبضان إلّا جميعًا.

قال أبو بكر: لما كان من أصلهم أنّ الوكيلين بالقبض إنّما يقبضان جميعًا، ولا يقبض أحدهما دون الآخر، فلم يكن الحاضر أن يتوصّل إلى قبض المال إلّا بصحّة وكالة الآخر صار خصمًا عنه في إثباتها. ألا ترى أنّه لا يمكنهما أن يخاصماه بين يديّ القاضي في حال واحدة، لأنّه إذا تكلّم أحدهما احتاج الآخر أن يسكت، ولو تكلّما معًا لم يُفهم عنهما. وأمّا القبض فقد يصحّ وقوعه منهما معًا وفيه معنى التمليك، لأنّهما يملكانه ما كان في ذمّته بما يقبضانه، فصار كوكالتهما بالبيع، فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد به دون صاحبه.

قال محمد: ولو كان الوكيل الحاضر أقام البيّنة أنّ صاحب المال وكّله ووكّل فلانًا بخصومة فلان، وأجاز ما صنع كلّ واحد منهما على حدّة، فإنّ القاضي يقضي وكالة الوكيل الحاضر، ويأمر الغريم بدفع المال إلى الوكيل الحاضر، ولا يكون ذلك قضاء بوكالة الغائب، وإذا حضر لم يقبض إلّا أن يعيد البيّنة على الغريم بوكالته.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ هاتين وكالتين متفرّقتان يمكن فيها إثبات وكالة الحاضر دون الغائب، فلم يكن الحاضر خصمًا في إثباتها للغائب.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا مات وترك ورثة، وله دين على الناس وعليه دين، فادّعى رجل أنّه أوصى إليه وإلى فلان [229أ] الغائب، وجحد ذلك ورثة الميّت والغرماء، فأقام الوصيّ الحاضر البيّنة على ما ادّعى رجل أنّه أوصى من ذلك، فإنّ القاضي يقضي بأنّ الرجلين وصيّان جميعًا الغائب والحاضر، ولم يكلّف الغائب إعادة البيّنة إذا حضر.

قال أبو بكر: وكان أبو الحسن يقول: أنّ هذا قول أبي حنيفة ومحمد، لأنّهما لا يجيزان[2630] تصرّف أحد الوصيّين دون الآخر إلّا في أشياء مخصوصة. وأمّا في قياس قول أبي يوسف: فإنّه ينبغي أن يكلّف إعادة البيّنة، لأنّ الحاضر يثبت له التصرّف دون الآخر.

قال محمد: فإن قدِم الغائب فأنكر أن يكون وصيًّا جعل القاضي الحاضر وصيًّا، وأدخل معه رجلًا مكان الغائب، وإن شاء جعله وصيًّا للميّت وحده يفعل أفضل ذلك في نفسه للميّت وللورثة والغرماء.

قال أبو بكر: حكمه خروج[2631] الغائب من الوصيّة عند جحوده لا يمنع صحّة القضاء بوصيّته بالبيّنة التي أقامها الحاضر عليها، لأنّه قد تصحّ الوصيّة إليه من جهة الميّت، ثم يبطل بردّه إيّاها، فإذا جحد ولم يشهد الشهود على قبوله، وإن شهدوا[2632] على قول الميّت دون قبوله بطلت الوصيّة إليه بجحوده، وكان ذلك منه ردًّا لها وللحاكم أن يجعل مكانه وصيًّا

2630 لا يجيزان

2631 يخرج

2632 وانّما شهدوا.

آخر، لأنّ الميّت حصل الأمر إلى ابنين[2633]، وله أن يقتصر على الباقي في التصرّف من قِبل أنّ الحاكم قائم مقام الميّت يتصرّف عليه على وجه الاحتياط، فإذا رأى الاقتصار عليه جاز كما كان للميّت بدءًا أن يقتضي بالوصيّة دون الآخر.

فإن قال قائل: لم أجزت للحاكم أن يقتصر بالوصيّة على الحاضر وحده، والميّت [229ب] لم يرض بذلك.

قيل له: إذا مات الموصي فللحاكم أن يتصرّف عليه من جهة الولاية على وجه الاحتياط، ولا يلتفت فيه إلى رضا الميّت ولا إلى إباءه. والدليل على ذلك: أنّه لو مات وقد ترك ورثه صغارًا، وقال: "لا أريد أن يكون لي وصيّ" أنّ للحاكم أن يجعل له وصيًّا يقوم بأمره، فكذلك ما وصفنا له أن يجعله وصيًّا وحده، وإن رأى أنّ الاحتياط أن يضمّ معه غيره فعل، وكذلك إذا أوصى إلى رجلين ثم مات أحدهما فله أن يقيم مقام الميّت آخر، وإن شاء اقتصر على الباقي.

باب من الوكالة في البيع الذي يأمر الوكيل أن يزيد من عنده

قال محمد: وإذا أمر الرجلُ الرجلَ أن يشتري له جاريةً بألف درهم، ودفع الألف إليه، وأمره إن رأى أن يزيد من عنده شيئًا زاد ما بينه وبين خمسمائة درهم، ففعل، فاشترى المأمور جاريةً، فقال المأمور: "اشتريتها بألف وخمسمائة الألف التي أعطيتني، وزدتُ عليها من عندي خمسمائة كما أمرتني"، وقال الآمر: "ما اشتريتها إلّا بالألف التي أعطيتك خاصّة وما زدتَ عليها شيئًا"، فإنّ كلّ واحد منهما يحلف على دعوى صاحبه، والذي يُبدأ به في اليمين المشتري، فيحلف المشتري البتّة، ويحلف الآمر على علمه، فأيّهما نكل عن اليمين لزمه ما ادّعى صاحبه، وإن حلفا جميعًا صارت الجارية بينهما أثلاثًا: ثلثيّ الجارية للآمر بألفه التي أعطاها وثلثها للمشتري بخمسمائة التي [230أ] زعم أنّه نقده فيها.

قال أبو بكر: الآمر يدّعي استحقاق الجارية بالألف المقبوضة، والمشتري يدّعي أنّ ثلثها انتقل إليه بخمسمائة يثبت له عليه، وأنّ ثلثيها بالألف المقبوضة، فلا يصدّق واحد منهما على ما ادّعاه عليه صاحبه، فيكون القول قول الوكيل في أنّه اشتراها بالألف وخمسمائة فيما يلزمه من حقّ نفسه، ولا يُصدّق على إلزام الخمسمائة الآمر، فيحلفه[2634] حينئذ على ما جعلنا فيه القول قوله، والقول قول الآمر في أنّ الخمسمائة لم يلزمه، فيحلف على ذلك أيضًا، فإذا تحالفا حصلت حصّة الخمسمائة من الجارية، وهو الثلث للوكيل، وصارت حصّة الألف، وهو الثلثان للآمر.

فإن قال قائل: فهذا يوجب ألّا يلزم الثلثان الآمر، لأنّه يصير بذلك مخالفًا، إذ من أصلهم: أنّ من وكّل رجلًا يشتري عبدًا فاشترى نصفه أنّه لا يلزم الآمر.

قيل له: لأنّهما قد اتّفقا على أنّ الوكيل لم يخالف في العقد، فاعتبرنا ما تضمّنه اتّفاقهما عليه من ذلك، ولم يجعله مخالفًا، وإنّما بدأنا باليمين المشتري، وهو الوكيل، لأنّ المشتري فيما بينه وبين الآمر بمنزلة البائع، فالآمر يقول: "ملكتُ الجارية كلّها بألف درهم"، والمشتري يقول: "إنّما ملكت ثلثي الجارية بألف درهم"، فصار كاختلاف البائع والمشتري في المبيع

2633 لابنين

2634 يحلفه

والثمن، فمن قول أبي يوسف الأوّل: إنّه يُبدأ باليمين البائع، فيحتمل أن يكون هذا على القول الذي كان لأبي يوسف في اختلاف المتتابعين يحلف على البتات، والآمر يحلف على العلم، ويمين البتات أكدّ منها على العلم، فوجب أن يكون هو المندوبة فيها. [230ب]

وذكر أبو الحسن رحمه الله أنّه وجد الرواية عن محمد: أنّ الذي يبدأ به في اليمين الآمر، وأنّ ذلك أصحّ على أصولهم، لأنّ من قولهم في التابعين إذا اختلفا أن الذي يُبدأ به في اليمين المشتري، لأنّه هو المستحقّ عليه التسليم بدءًا، وإذا كان ذلك كذلك فقد حلّ الآمر محل المشتري في مسألة التابعين أن يكون هو المندوبة في اليمين، إذ كان تسليم الثمن مستحقًّا عليه قبل استحقاق تسليم المبيع على الوكيل.

فإن قال قائل: هلّا صدَقت الوكيل على ما ادّعى من[2635] الشراء، إذ كان مأمورًا به مسلّطًا عليه كمن وكّل رجلًا يشتري عبد بألف درهم، فقال: "قد اشتريت هذا العبد بعينه بألف درهم"، وصدّقه البائع وكذّبه الآمر به يصدق على ذلك، وإن كان فيه إلزام الثمن الآمر.

قيل له: إنّه وإن كان مسلّطًا على ذلك فإنّ ذلك لا يوجب تصديقه على إلزام ذمّة الآمر دينًا لنفسه. ألا ترى أنّه لو قال: "اقض فلانًا عنّي ألف درهم"، فقال: "قد فعلتُ" لم يُصدّق على ذلك إذا كذّبه الآمر فيه وإن كان مسلّطًا عليه. وأمّا الوكيل إذا قال: "قد اشتريت هذا العبد بألف درهم"، وصدّقه البائع فإنّما لزم ذلك الآمر بالثمن المذكور، لأنّ ذلك صار كعقد مبتدأ فيما بينهما في الحال، فصدّقا عليه لاعترافهما به.

باب الوكالة في البيع يقرّ الوكيل فيها على الآمر

قال محمد: ولو أنّ رجلًا [231أ] وكّل رجلًا ببيع عبد له بألف درهم فباعه، وقبض المشتري العبد، فأقرّ البائع أنّ الآمر قد قبض الثمن، وجحد ذلك الآمر، فإنّ المشتري بريء من الثمن، ويستحلف البائع على ما ادّعى من ذلك على الآمر، فإن حلف برئ من الثمن، ولم يلزمه للآمر شيء، وإن أبى أن يحلف ضمن الثمن للآمر. وكذلك لو أقرّ على الآمر بغصب ألف درهم من المشتري بعد البيع أو بالقرض كان بهذه المنزلة.

قال أبو بكر: الأصل في هذا الباب: أنّ إقرار الوكيل ببراءة المشتري من جهة يوجبها العقد له جائز على الآمر، وأنّ إقراره ببرائته من وجه لا يوجبه له العقد غير جائز على الآمر. ونظير ما ذكرنا من البراءة التي توجبها العقد إقراره بقبض الثمن، لأنّ العقد يوجب له القبض والبراءة. وكذلك يوجب العقد براءته بقبض الآمر، فجائز إقراره عليه بالقبض في صحّة وقوع البراءة للمشتري، ولا يضمن شيئًا كما لو أقرّ بأنّه هو الذي قبض، والقبضُ والاستقراض بهذه المثابة، لأنّه اقتضاء في الحقيقة، وذلك من موجَب العقد.

[2635] + من.

قال محمد: ولو أقرّ البائع أنّ الآمر كان استقرض من المشتري قبل وقوع البيع ألف درهم، وقبضها أو غصبها إيّاه، ثم وقع البيع بألف درهم بعد ذلك، فصار قصاصًا، فإنّ المشتري بريء من الثمن، والبائع ضامن الثمن للآمر.

قال أبو بكر: هذا من القسم الذي لا يوجبه العقد للوكيل. ألا ترى أنّ الوكيل لو كان استقرض من المشتري ألفًا قبل البيع أو غصب، ثم باعه العبد، فصارت الألف المغصوبة [231ب] قصاصًا بالثمن أنّه يضمن ذلك للآمر، لأنّ هذا الذي وقع به القصاص لم يوجبه له عقد الوكالة، فإذا أضاف ذلك إلى الآمر ضمنه، لأنّ عقد الوكالة لا يوجب له هذا الضرب من القبض ووقوعِ القصاص به، فصار بذلك مبرئًا للمشتري من الثمن، فضمنه.

قال محمد: وكذلك لو أنّ البائع أقرّ أنّ الآمر جرح[2636] المشتري جرحًا[2637] يبلغ أرشه ألف درهم عمدًا لا قصاص فيه، وإنّما المال حال عليه أو كان للمشتري[2638] امرأة، فأقرّ البائع بأنّ الآمر قد تزوّجها على الثمن، فدخل بها، وأقرّت المرأة بذلك، وأنكر الآمر أو أقرّ أنّ الآمر استأجر المشتري بألف درهم يعمل له، فصار المال قصاصًا بالأجر، فالبائع ضامن للثمن مع يمين الآمر على ما ادّعا عليه البائع في ذلك كلّه.

قال أبو بكر: وسواء في هذه المسائل كان ذلك من قِبل البيع أو بعده، لأنّ الوكيل لو فعل ذلك بنفسه فصار الثمن قصاصًا به ضمن الوكيل ذلك للآمر، لأنّ هذا الضرب من القبض لا يُوجبه له عقد الوكالة، فإذا برئ المشتري بإقرار الوكيل على الآمر من هذا الوجه ضمنه للآمر لوقوع البراءة بمعنى لم يوجبها عقد الوكالة، وإنّما حلف الوكيل للآمر إذا ادّعى قبض الآمر الثمن بعد البيع لماله من الحقّ في إيجاب تضمينه بالنكول، لأنّه يصير حينئذ معترفًا باستهلاك الثمن عليه. وإنّما حلف الوكيل فيما صدق فيه على الآمر على البتات دون العلم، وإن كانت اليمين على فعل الغير من قبل، لأنّه [232أ] زعم ذلك، وتيقّنه، فيحلف عليه على البتات. وأيضًا فإنّ الآمر يدّعي عليه استهلاك الثمن بقوله، فصارت يمينه على معنى يُدّعى عليه من الضمان بفعله، فحلف من أجل ذلك على البتات.

فإن قال قائل: فقد قال في مسألة الباب الذي قبل هذا: أنّ الآمر إذا زعم أنّه اشتراها بألف، وقال المشتري "بألف وخمسمائة" أنّ الآمر يحلف بالله ما يعلم المشتري اشتراها بألف وخمسمائة، فما الفصل بين المسألتين؟

قيل له: الفصل بينهما: أنّ الآمر ليس يدّعي في مسألتنا على الحقيقة بأنّه اشتراها بألف درهم، وإنّما هو باقٍ للخمسمائة الزيادة، ويقول: "لا أعلمه أشتري بذلك"، فلذلك حلف على العلم، وأيضًا فإنّ المشتري ليس يدّعي على الآمر ضمانًا بفعل فعله، فيحلفه على البتات. وفي مسألتنا الآمر يدّعي على الوكيل إتلاف الثمن عليه بقوله، فلذا اختلفا. وأمّا المسائل

[2636] خرج.
[2637] خرجًا.
[2638] المشتري.

التي لم يصدّق فيها على الآمر، فإنّ البائع يحلف فيها للوكيل من قِبل أنّ الضمان قد لحق الوكيل على المشتري بحصول براءة المشتري بقول الوكيل، ونكول الآمر يبرئه من الضمان، فلذلك حلف عليه.

قال محمد: ولا يمين على المشتري في شيء من ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ إقرار الوكيل جائز في براءة المشتري. ألا ترى أنّه لو أبرأه من غير قبض صحّت براءته، ولم يكن بين الآمر والمشتري خصومةً في الثمن، فكذلك إذا برئ باعتراف المشتري من الوجوه التي وصفنا، وهذه المسائل كلّها مبنيّة على قول أبي حنيفة [232ب] ومحمد. وأمّا في قول أبي يوسف: فكلّ موضع يلحق الوكيل فيه الضمان عند أبي حنيفة لأجل براءة المشتري باعترافه، فإنّ المال عند أبي يوسف باقٍ بحاله ولا ضمان على الوكيل فيه، لأنّ براءته لم يصح عند أبي يوسف أيضًا كما قال أبو حنيفة، وإنّما كان ذلك كذلك، لأن من أصل أبي يوسف: أنّ براءة الوكيل المشتري من الثمن لا يجوز، وجعل علم وقوع البراءة بقوله ما لحقه من الضمان في قول من يجيز براءته، والله أعلم.

باب من الوكالة في الشراء

قال محمد: وإذا أمر الرجل الرجل أن يشتري له جاريةً بألف درهم فاشتراها له، فلم يقبضها من البائع، ولم ينقد الثمن حتى أعطى الآمر المشتري الثمن لينقده، فاستهلكه المشتري، ثم حضروا جميعًا عند القاضي، فقال البائع: "لا أعطي الجارية حتى آخذ الثمن"، فذلك له، ويأخذ المشتري بذلك، فإن كان المشتري مُعسر فلا سبيل للبائع على الآمر.

قال أبو بكر: للبائع حبس الجارية بالثمن، لأنّ العقد يوجب[2639] ذلك له، ويؤمر المشتري بتسليم الثمن قبل قبض الجارية بعد أن تكون[2640] الجارية حاضرة يقدر[2641] البائع على تسليمها من قِبل أنّ من حقّ البائع أن يقول للمشتري: "عيّن لي ملك اليمن كما تعيّن لك ملك الجارية"، ولا يتعيّن للبائع ملك الثمن إلّا بالقبض. وقال أصحابنا: إذا اشترى عرضًا بعرض بعينه أجبرا[2642] على التسليم معًا، [233أ] لأنّ واحدًا منهما ليس بتقدّم التسليم أولى من الآخر كما ملكا جميعًا العرضين معًا كذلك يجب أن يكون تسليمهما معًا، لأنّ العقد كما يوجب الملك يوجب التسليم. وإنّما لم يكن للبائع سبيل على الآمر من قِبل أنّ حقوق العقد إنّما يثبت بين المتعاقدين، والآمر لم يُعاقد. والدليل على أنّ حقوق العقد تثبت بين المتعاقدين دون من يقع له الملك بالعقد: جواز صرف الوكيلين واعتبار القبض منهما في مجلسهما دون الوكيلين، فصحّ بذلك أنّ حقوق العقد يثبت بين المتعاقدين، ولمّا كان لزوم الثمن والمطالبة به من حقوق العقد وجب أن يلزم العاقد دون الآمر وألّا يكون بين الآمر والبائع خصومة.

[2639] توجب.
[2640] ان تُكُول.
[2641] بقدر.
[2642] اجبرا

قال محمد: فإن أراد الآمر أخذ الجارية من البائع لم يكن له ذلك حتى ينعقد الثمن، فإن نقده الثمن ثانيةً أخذ الجارية، ورجع على المأمور المشتري بالثمن الذي أعطاه.

قال أبو بكر: إنّما لم يكن للآمر قبض الجارية حتى ينقد البائع الثمن لما بيّنا من أنّ للبائع حقّ حبْس الجارية حتى يستوفي الثمن، والثمن الذي قبضه المشتري من الآمر لم يحصل للبائع استيفاء، وإذا نقده الثمن فله قبض الجارية، لأنّها ملّكه، والمشتري متى قبضها فإنّما يقبضها له، فلذلك كان له قبضها إذا نقده الثمن، وإذا نقد الآمر الثمن لم يكن متطوّعًا في ذلك، وكان له الرجوع به على المشتري، لأنّ المشتري قد استهلك الثمن المقبوض، وقد أسقط الآمر بأداء الثمن رجوع المأمور عليه لو لم يكن قد أدّى الثمن. والدليل [233ب] على أنّه متى أسقط بإزائه ما وجب به الرجوع عليه لم يكن متبرّعًا أنّ رجلًا لو أحال رجلًا بألف درهم له عليه، ثم إنّ المحيل أدّى المال لم يكن متبرّعًا، لأنّه أسقط بأدائه رجوع المحال عليه بالمال لو أدّاه عنه.

قال محمد: فإن أبى الآمر أن ينقد الثمن فإنّه تُباع الجارية، وتوفّى البائعُ الثمن، فإن فضل شيء كان للآمر وإن نقص لم يرجع على الآمر بشيء، وكان ذلك على المشتري، ويرجع الآمر على المشتري بما أخذ البائع من ثمن الجارية فاقتضاه من حقّه في قول أبي يوسف ومحمد. وأمّا في قياس قول أبي حنيفة: فليس ينبغي للقاضي أن يبيع الجارية، والمشتري والآمر حاضران إلّا يرضى من البائع والآمر، فإذا رضيا باعها، وإلّا لم يبعه.ا

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ الحجر على الحرّ البالغ المكلّف لا يجوز في قول أبي حنيفة، فلا يباع عليه ماله إذا كان حاضرًا إلّا بإذنه، ومن أصل أبي يوسف ومحمد: أنّ الحجر على الحرّ جائز لأسبابٍ تُوجبه كالدين والسعاية[2643] ونحوهما، فعلى قول أبي يوسف ومحمد أنّه لما كان من حقّ البائع استيفاء لا يمنع الثمن من رقبة الجارية عند تعذّر استيفائه من المشتري بالإعسار وجب أن يباع له، فيستوفي الثمن من ذلك وثبوت ملك الآمر فيها لا يمنع بيعها للبائع من قِبل أنّ من حجّة البائع: أن يقول: "إنّما يسلّم لك ملك الجارية لسلامة الثمن الذي في ذمّة المشتري لي، فإذا لم تسلّم لي الثمن لم تستحق أنت الجارية، وكان لي حقّ استيفاء الثمن ببيعها". وأمّا على قول أبي حنيفة فإنّ إعسار المشتري لا يوجب للبائع حقّ استيفاء الثمن منها بالبيع. [234أ] ألا ترى أنّه لو كان اشتراها لنفسه لم يبع عليه عند الإعسار، لأنّ في ذلك حجرًا على الحرّ، وليس ذلك من مذهبه، فكذلك إذا اشتراها لغيره.

قال محمد: ولو أنّ المشتري قبض الجارية، ونقد الثمن، ثم وجد المشتري بالجارية عيبًا، والآمر غائبٌ، فأراد المشتري ردّها بالعيب كان له ذلك.

[2643] والسيعه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الردّ بالعيب من حقوق العقد، وقبضه إيّاها أيضاً من حقوق العقد، فلمّا كانت في يده بحقّ العقد، وكان الردّ بالعيب من حقوقه وجب أن يكون له ردّها به كما لو وجد به عيبًا قبل القبض كان له أن يردّه، وكما يردّها بخيار الرؤية وخيار الشرط. والمعنى في ذلك كلّه: أنّه من حقوق العقد، والجارية باقية في يده على حكم العقد.

فإن قال قائل: فلو قبضها الآمر ثم[2644] اطّلع على عيب لم يكن للوكيل ردّها بأمره مع كون الردّ من حقوق العقد.

قيل له: الفصل بينهما: أنّه قد ثبت عليها يد أخرى بغير حكم العقد، وهو يد الآمر، فلا يجوز له إزالتها إلّا بإذنه، لأنّ ذلك لم يوجبه له العقد ولا هو من حقوقه. وأمّا ما دامت في يده فأنّها باقيه فيها على حكم العق،د لأنّ العقد هو الموجب له هذه اليد.

قال محمد: فإن قال البائع: "قد رضي الآمر بالعيب" لم يصدّق إلّا أن يقيم البيّنة على ذلك، فإن لم يكن له بيّنة فأراد استحلاف المشتري على علمه على رضا الآمر لم يكن له ذلك.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن رحمه الله يحتجّ في ذلك بأنّ المشتري خصم عن نفسه في ذلك لما ثبت له من حقوق العقد، ولو ادّعى البائع رضا المشتري حلّفناه على البتات، فلا يجوز أن يكون مع ذلك خصمًا عن غيره، فيحلف على العلم. ألا ترى[2645] [234ب] أنّه لو ادّعى دينًا على رجل لم يجز أن يكون فيما يُدّعى عليه من ذلك خصمًا عن غيره لكونه فيه خصمًا نفسه، فلمّا كان ذلك معدومًا في الأصول لم يجز أبنائه[2646] في مسألتنا.

فإن قال قائل: إذا كان ذلك حقًّا للبائع، وفي ثبوته سقوط حقّ المشتري في الردّ فهلّا حلّفته، وجعلته خصمًا فيه.

قيل له: لا يجوز ذلك لما وصفنا[2647] فيه من كونه خصمًا فيه عن نفسه، وأنّ ثبوت ذلك يمنع كونه خصمًا فيه عن غيره.

فإن قال قائل: فقد حكم النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم في القسامة بأن يحلّفوا "ما قتلنا ولا علمنا قاتلًا"[2648]، فجمع فيها اليمين على العلم وعلى البتات جميعًا.

قيل له: لم يثبت هذه اليمين في الأصل إلّا كذلك، ولا يجوز إنفراد أحد المعنيين فيها عن الآخر، فلا يجوز أن يقاس عليه ما يجوز أن ينفرد فيه اليمين على البتات عن اليمين على العلم.

فإن قال: قد يكون الكفيل خصمًا عن المكفول عنه إذا ادّعى عليه أنّه كفيل بما للطالب عليه، ويكون مع ذلك خصمًا عن نفسه، فقد جاز أن يكون الواحد خصمًا عن المكفول عنه في باب الاستحلاف، وإنّما هو خصم عن نفسه، ويحلف فيه

[2644] + ثم.
[2645] + ألا ترى.
[2646] أبنائه
[2647] + قيل له لا يجوز ذلك لما وصفنا.
[2648] سبق تخريجه.

على البتات. فأمّا في باب ثبوت المال على المطلوب بقيام البيّنة على الكفيل فإنّه يكون خصمًا، لأنّ البيّنة في هذا الباب مخالفة لليمين. ألا ترى أنّ وكيل المطلوب بالخصومة لا يحلف على الحقّ، ويقبل البيّنة عليه، فيكون قضاء على الموكّل، وكذلك الوصيّ يقبل البيّنة عليه في حقّ يُدّعى عليه الصغير ولا يحلّف، ونحن نقبل أيضًا البيّنة على المشتري في دعوى البائع [235أ] وإنّما[2649] الآمر ولا يحلّفه عليه، وأخرى وهي أنّ الآمر لو حضر لم يكن خصمًا للبائع، ولم يجب إحلافه، فكذلك لا يكون المشتري خصمًا عنه في ذلك، وليس كذلك المكفول عنه، لأنّه خصم في ذلك لو حضر حلف عليه.

فإن قال قائل: أليس الوارث يحلف على العلم إذا ادّعى البائع رضا الميّت بالعيب، ويحلف على البتات لو ادّعى رضاءه.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن رحمه الله يقول: ليس الوارث عندنا خصمًا عن نفسه فيما يدّعى على الميّت، وإنّما هو خصم عن الميّت ويحلّفه في ماله، وليس الوارث كالوكيل، لأنّ الوكيل خصم عن نفسه لم يثبت الخصومة له من جهة غيره. ألا ترى أنّه ملك حقوق العقد بمُعاقدته لا من جهة الآمر. ألا ترى أنّ الآمر ليس بخصم في ذلك. وأمّا الوارث فلم يثبت له الخصومة بنفسه، وإنّما هو خصم عن غيره.

قال محمد: فإن ردّ القاضي الجارية بذلك العيب، ثم قَدِم الآمر فادّعى الرضا بالعيب، فأراد أخذ الجارية، فإنّ للبائع[2650] أن يدفعها إليه. وقال قد نقض القاضي البيع، فإنّ القاضي لا يلتفت إلى ذلك النقض، ويردّ الجارية على الآمر. فإن كان المشتري أخذ الثمن من البائع فهلك عنده هلك من مال المشتري، ويردّ المشتري على الآمر الثمن من ماله، ويدفع الآمر الثمن من ماله إلى البائع ويقبض منه الجارية، فإن وجد بها عيبًا آخر كان الخصم في ذلك الآمر، ولا خصومة بين المشتري وبين البائع في هذه الجارية في عيب ولا غيره.

قال [235ب] **أبو بكر**: الآمر مصدّق على ما أقرّ به من الرضا بالعيب، لأنّه لو كان حاضرًا في الابتداء فرضي به لم يكن للمشتري ردّه، وما كان ثبت للمشتري من حقّ الفسخ قبل مجيء الآمر وتصديقه بذلك البائع لا يمنع تصديق آمر في الرضا بالعيب من قِبل أنّ فسخه ذلك وقع موقوفًا على إقرار الآمر أو إنكاره فيما ادّعاه البائع من الرضا بالعيب. فإذا جاء الآمر فأقرّ بالرضا كان مصدّقًا عليه، وصار ذلك كإقراره بدءًا بالرضا قبل وقوع الفسخ.

ونظير ذلك: رجل أقرّ بعبد في يده لزيد الغائب، ثم أقرّ لعمرو وهو حاضر، فيؤمر بدفعه إلى عمرو، ويكون إقراره لعمرو موقوفًا على تصديق الغائب بإقراره له أو تكذيبه، فإن جاء فصدق المقرّ بإقراره به له أخذه من يد عمرو، وإن كذّبه سلّم لعمرو، وصحّ له إقرار المقرّ. فكذلك حكم الآمر فيما وقف عليه من فسخ المشتري العقد في اعتبار تصديقه وتكذيبه، فإذا أخذ العبد على حكم العقد الأوّل فمن حقّ المشتري أن يقول للبائع: "لا سبيل لك على قبض الثمن منّي بالعقد الأوّل، وقد استوفيته منّي مرّةً، فلا جائز لك أن تستوفيه[2651] مرّةً أخرى"، فيأخذ البائع الثمن من الآمر، وقد كان

2649 وإنما

2650 البايع.

2651 ان يستوفيه.

المشتري أخذ الثمن مضمونًا للبائع، فمن حجّة الآمر أن يقول: "لما أخذ البائع منّي الثمن انتقل الثمن الذي كان للبائع مضمونًا على المشتري إليّ"، فيأخذه منه كما أنّ الغاصب الأوّل متى ضمن ملك ما في ذمّة [236ا] الغاصب الثاني، وينتقل ملك ما كان للمغصوب إليه، ولذلك نظائر كثيرة في الأصول منها: أنّ شاهدين لو شهدا على رجل أنّه باع عبده من زيد بألف درهم إلى سنة ثبت المال للبائع على المشتري إلى أجله، فإن رجع الشاهدان عن الشهادة كان للبائع أن يضمنهما قيمة العبد حالّة، فإن ضمنها ذلك رجعا بالألف على المشتري إلى أجله، وملكا بالضمان ما كان يملكه البائع من الثمن قبل الرجوع. وأيضًا فإنّ المشتري كان له الفسخ ما لم يلزم غيره بذلك حقًّا، فإذا أراد العبد وأخذ الثمن لم يصح فسخه على الآمر إذا اعترف الآمر بالرضا به فكان للآمر أن يأخذ العبد، ويكون الثمن مضمونًا في يد المشتري إذا لم يُصدّقه على الآمر في أنّه قبضه له، وهلك في يده على ملكه، وكما لم يصدّق المشتري على الآمر كذلك لا يصدّق الآمر، والبائع عليه في إثبات حقوق العقد بين البائع وبينه إن وجد به عيبًا آخر، ولا في إلزامه ردّ الثمن إلى البائع، فرجع الآمر عليه بالثمن الذي هلك في يده لتضمين البائع إيّاه الثمن.

فإن قال قائل: إذا كان في اعتراف البائع الفسخ وقع بغير حقّ، ولذلك ثبت حقّ الآمر في تصديقه عليه وأخذ الجارية، فهلّا منعت[2652] البائع من الرجوع بالثمن على الآمر بما قد تضمّنه إقراره من وقوع الفسخ بغير حقّ.

قيل له: إنّ إقرار البائع وإن تضمّن هذا المعنى فإنّ الحاكم قد استحقّ الثمن عليه، ومتى استحقّ [236ب] الثمن عليه، ثم أمرناه بتسليم الجارية إلى الآمر، فلا بدّ من أن يستحقّ عليه ثمنها، لأنّ من حجّته أن يقول للآمر: "أنت معترِف أنّه لا يجوز أن يسلّم لك الجارية إلّا لسلامة الثمن لي". ألا ترى أنّ رجلًا لو اشترى من رجل عبدًا فاستحقّ من يده، فاعترف المشتري ببطلان الاستحقاق وصحّة الملك للبائع أنّ ذلك لا يمنعه من الرجوع بالثمن عليه لوقوع الاستحقاق من الحاكم عليه في الظاهر، فكذلك اعتراف البائع بوقوع الفسخ بغير حقّ لا يمنع رجوعه على الآمر بالثمن، إذ كان ما في يده من الثمن قد استحقّ عليه.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ المشتري أنكر رضا الآمر بالعيب، والآمر غائب، فردّه القاضي على البائع بذلك العيب، ثم إنّ المشتري أقرّ بما ادّعى البائع من رضا الآمر بعد فسخ البيع، فإنّ البائع بالخيار إن شاء صدّقه وردّ البيع على حاله، وإن شاء كذّبه، وكانت الجارية جارية البائع.

قال أبو بكر: لما أنكر المشتري دعوى البائع رضا الآمر كان القول قول المشتري في ذلك على ما بيّنا، وأبطلنا دعوى البائع فيما بينه وبين المشتري، فلمّا فسخ البيع ثم أقرّ المشتري برضا الآمر لم يكن له ردّه بإقرار البائع بدءًا بذلك من قِبل أنّا قد حكمنا ببطلان دعواه وإقراره في حقّ المشتري، فلمّا صدّقه المشتري في دعواه بعد وقوع فسخ البيع كان ذلك

[2652] بيعت.

موقوفًا على تصديق البائع إيّاه، فإن صدّقه كان ذلك إقرار المقرّ مستقبلًا، ويكون كعقد مستأنف فيما بينهما، ونظير ذلك: رجل أقرّ لرجل بعبد في يده، فأنكر [237أ] المقرّ له ذلك، فيبطل بذلك إقرار المقرّ، فإن رجع المقرّ له بعد ذلك إلى تصديقه لم ينفعه ذلك، فإن أقرّ له المقرّ بعد ذلك كان ذلك إقرارًا مستقبلًا، فلذلك المشتري لما أنكر دعوى البائع بدءًا بطلت دعواه بما وقع من الفسخ، فإذا أقرّ له المشتري بما ادّعاه بعد ذلك لم يثبت إقراره، وكان ذلك إقرارًا له مستقبلًا، فإن صدّقه البائع عليه صار كبيع مُبتدأ فيما بينهما.

قال محمد: فإن قدِم الآمر بعد ذلك فأنكر أن يكون رضي بالعيب، فإنّ الجارية للمشتري، وعليه الثمن للآمر، وهذا بمنزلة شراء مستقبل من المشتري لنفسه.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّناه أيضًا.

قال محمد: ولو كان البائع حين أقرّ المشتري برضا الآمر لم يصدّقه بذلك كان العبد في يده على حاله، فإن جاء الآمر فادّعى[2653] الرضا له بالجارية، فأخذها المشتري، ودفعها إلى الآمر، وكان الثمن للبائع على المشتري إن كان قبضه منه، وإن وجد به عيبًا آخر كان المشتري هو الخصم في ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ دعوى البائع رضا الآمر قد كانت موقوفةً على تصديق الآمر على ما بيّنا، ثم قد أقرّ المشتري بعد ذلك بالرضا فصدّق على نفسه فيما اعترف به من بقاء حقوق العقد بينه وبين البائع.

مسألة

قال محمد: وإذا أمر رجل رجلًا أن يشتري له جاريةً بألف درهم فاشتراها له، ونقد الثمن من مال الآمر، فماتت الجارية في يديّ المشتري، ثم أنّ رجلًا استحقّها، فالمستحقّ بالخيار إن شاء ضمن المشتري قيمة الجارية، وإن شاء ضمن البائع القيمة، فإن أراد أن يضمن الآمر ذلك لم يكن له ذلك.

قال أبو بكر: [237ب] الوكيل يستحقّ القبض، ويملكه بالعقد لا من جهة الآمر، وذلك لأنّ القبض من حقوق العقد، وحقوق العقد إنّما يثبت بين المتعاقدين، فلمّا ملك القبض بالعقد لا بالوكالة وقع القبض لنفسه، فضمنه دون الآمر، ويدلّ على ذلك: أنّ له حبس السلعة في يده حتى يستوفي الثمن من الآمر، وإذا كان ذلك كذلك ضمن الوكيل للمستحقّ دون الآمر، وممّا تبيّن ذلك: أنّ السلعة ينتقل إلى الوكيل بالعقد دون الآمر، والآمر إنّما يملكها بالضمان من جهة الوكيل، فهذا دليل على أنّ قبضَ الوكيل واقع لنفسه إذا كان هو العاقد، وإنّما لم يكن للمستحقّ تضمين الآمر من قِبل أنّه إنّما أمر بالعقد، والعقد لا يلزمه ضمانًا للمستحقّ. ألا ترى أنّ رجلًا لو اشترى من رجل عبدًا فلم يقبضه حتى أبق، ثم استحقّه مستحقّ أنّ المشتري لا يضمن شيئًا.

[2653] فالادّعا.

فإن قال قائل: فإنّ الوكيل بالبيع قابض للثمن لنفسه، لأنّ حقوق العقد يثبت له، ولو نهاه الآمر عن القبض لم يعمل نهيه، ومع ذلك فإذا استحقّت الجارية وهلك الثمن في يده رجع به على الآمر.

قيل له: لا يشبه الوكالة بالبيع في هذا الوجه الوكالة بالشراء من قِبل أنّ الموكّل بالبيع ليس يملك الثمن من جهة الوكيل، إنّما يملكه من جهة المشتري، لأنّه بدل سلعته، وإذا كان ذلك كذلك كان قبضه واقعًا للآمر، فلذلك حصل عليه ضمانه، ويدلّك على هذا أنّ الوكيل بالشراء لو خالف لزمته السلعة بالعقد دون الآمر، ولو خالف الوكيل بالبيع لم يلزمه السلعة، ولم يجز العقد، وإذا كان الآمر [238أ] على ما وصفنا لم يختلف في ذلك حكم البيع الصحيح والفاسد فيما يكون فيه قابضًا لنفسه أو لغيره كما لا يختلف حكم العقد الصحيح والفاسد في باب لزومه الآمر وحصول ملكه فيه.

قال محمد: وكذلك لو أقرّ بشراء جارية بعينها كان بهذه المنزلة في جميع ما وصفتُ لك.

قال أبو بكر: وذلك لوجود المعنى الذي ذكرناه فيها إذا كانت الجارية المأمور بشرائها بغير عينها.

مسألة

قال محمد: فإن ضمن المستحقّ المشتري قيمة الجارية فأخذها منه من ماله رجع المشتري على البائع، فأخذ منه الثمن، فدفعه إلى الآمر إن كان نقده البائع من مال الآمر.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ البائع قبض الثمن مضمونًا للمشتري دون الآمر. ألا ترى أنّها لو لم يستحق ولكنّه ردّها بعيب كان الذي[2654] يرجع على البائع بالثمن هو المشتري دون الآمر، فكذلك إذا استحقّت.

قال محمد: فإن أراد المشتري أن يأخذ الآمر بالقيمة التي ضمّنه المستحقّ لم يكن له ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّ الموكّل إنّما أمر بالعقد، ولا يجوز أن يلحقه ضمان بالعقد للمستحقّ، والقبض وقع من المشتري لنفسه على الجهة التي بيّنا، فلا يجب به ضمان على غيره.

قال محمد: ألا ترى أنّ المشتري ليس له أن يضمن البائع الذي غرّه القيمة التي ضمّنه المستحقّ.

قال أبو بكر: وهذا معنى صحيح يوجب[2655] ما قال، وذلك لأنّ إيجاب العقد للمشتري من جهة البائع لما لم يوجب عليه ضمان [238ب] القيمة عند الاستحقاق، فالآمر بالعقد أولى ألّا يوجب، إذ ليس الأمر تأكّد في باب الغرور والرجوع بالضمان من العقد.

2654 كالذي.
2655 توجب.

قال محمد: ولو أنّ المستحقّ ضمن البائع قيمة الجارية ثم البيع، وسلّم الثمن للبائع إن كان قبضه.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ الغاصب متى ضمن قيمة المغصوب، وكان الشيء المغصوب ممّا يصحّ تمليكه ملّكه الغاصب، فضمان القيمة. والدليل على صحّة ذلك: اتّفاق الجميع على أنّ المغصوب يملك القيمة، ويتصرّف فيها تصرّف الملاك إذا قضى له بها، ولا جائز اجتماع الشيء وبدله في مال واحد فيما تمليكه، فمن حيث ملك المغصوب منه القيمة المحكوم بها له وجب أن يزول ملكه عن يدٍ لها لئلّا يحصل الشيء، وبدله في ملك واحد فيما يصحّ تمليكه، إذ ليس في الأصول نظير لذلك.

فإن قال قائل: فلو غصبه مدبّرًا فأبق من يده، وضمن قيمته للمغصوب ملك المغصوب ذلك القيمة، ولم يزل ملكه عن المدبّر، فقد حصل في ملكه الشيء وبدله.

قيل له: وله قيدنا علينا بدءًا بما يسقط هذا السؤال، لأنّا قلنا: أنّه ليس في الأصول اجتماع الشيء وبدله في ملك واحد فيما يصحّ تمليكه، وذلك غير موجود في المدبّر من قِبل أنّه لا يصحّ تمليكه عندنا، فأشبه ضمانه من هذا الوجه ضمان الأحرار الذي لا يصحّ تمليكهم، وأشبه ضمان ما يصحّ تمليكه ضمان المبيع الذي إذا ملك [239أ] على المشتري الثمن ملك على البائع المبيع.

قال أبو بكر: وإذا كان الآمر في إيجاب التمليك بضمان القيمة على ما وصفنا اعتبرنا حال وجوب الضمان في إيجاب الملك، فقلنا: إنّ البائع لما ضمن القيمة للمستحقّ بالغصب، وكان الغصب متقدّمًا لعقد البيع صار كأنّه باع بما يملك، فصحّ بيعه، وذلك لأنّ حُكم الملك وإن لم يحصل له في المضمون إلّا عند الحكم بالتضمين، فإنّ ذلك لما تعلّق بسبب متقدّم للعقد أوجب له الملكُ بالسبب، فصار كالبائع بما يملك. والدليل على ذلك: أنّ من حفر بئرًا في طريق المسلمين، ثم مات وترك عبدًا فأعتقه الوارث، ثم وقع في البئر دابّة قيمته مثل قيمة العبد إنّ الوارث يضمن قيمة العبد، وصار بمنزلته لو استهلك العبد، والدين موجود لتعلّقه بالسبب المتقدّم للموت، وهو الحفر، ولذلك نظائر كثيرة في الأصول.

قال محمد: ولو أنّ الجارية لم تمت[2656] في يديّ المشتري، ولكنّها أبقت من يده فضمّن المستحقّ المشتري القيمة، ثم ظهرت الجارية كانت للمشتري بضمان القيمة، ورجع المشتري على البائع بالثمن، فأعطاه الآمر إن كان نقده من ماله.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ ضمان القيمة بما حصل على المشتري ملك الجارية بضمان القيمة من جهة المستحق وحصول ملكه لها من جهة المستحق وحصول ملكه لها من جهة المستحقّ يوجب فسخ العقد الذي كان بينه وبين البائع كما أنّ المستحقّ لو حلفه من باعه من المشتري بعد الاستحقاق بيعًا مستقبلًا انتقض البيع الذي كان [239ب] بينه وبين البائع، فكذلك إذا ملكها بضمان القيمة من جهة المستحقّ.

[2656] لم يمت.

قال محمد: وهذا يبيّن لك أنّ المشتري لا يرجع على الآمر بما ضمن.

قال أبو بكر: وبيان ذلك أنّ المشتري لو كان له الرجوع على الآمر بما ضمن ما ملك المشتري الجارية بالضمان، لأنّ حاصل الضمان على الآمر دونه كما أنّ رجلًا لو غصب من رجل عبدًا فأودعه رجلًا، فأبق من عنده، ثم ضمن المغصوب المودع قيمته أنّ العبد متى رجع كان ملكًا للغاصب دون المودع، لأنّ حاصل الضمان عليه. ألا ترى أنّ المودع يرجع على الغاصب بما ضمن، فلمّا حصل ملك العبد للمشتري بالضمان في مسألتنا علمت أنّ لا ضمان فيه على الآمر.

قال محمد: ولو كان الآمر هو الذي وليّ الشراء فاشترى الجارية من البائع بألف درهم، ونقده الثمن، ووكّل رجلًا بقبض الجارية، فقبضها، فماتت في يده، ثم استحقّها مستحقّ، فهو الخيار إن شاء ضمن البائع القيمة، وإن شاء ضمنها المشتري رجع على البائع بالثمن الذي أعطاه، وإن ضمن الوكيل القابض رجع على المشتري بالقيمة التي ضمن، ورجع المشتري بالثمن على البائع.

قال أبو بكر: كان له تضمين بالغصب أو تضمين الوكيل بالقبض أو تضمين المشتري، لأنّ قبض الوكيل وقع للمشتري ولم يقع لنفسه، لأنّه لم يستحقّ القبض إلّا بالآمر، ولم يستحقّه بالعقد. ألا ترى أنّ للآمر أن ينهاه عن القبض قبل أن يقبضها، فلمّا كان كذلك صار المشتري بمنزلة من قبض الجارية، ثم أودعها رجلًا، فللمستحقّ تضمين المشتري إن شاء، وإن شاء ضمن المودع، [240أ] فإن ضمن المودع رجع بالضمان على المشتري، فكذلك ما وصفنا، وذكر محمد من الفرق بينهما وبين أن يكون الوكيل هو المشتري بأنّ الوكيل بالشراء إذا قبض له حبس السلعة حتى يقبض الثمن. فدلّ على أنّه قابض لنفسه والوكيل بالقبض إذا لم يكن مشتريًا لا حقّ له في هذا القبض، فإنّما يقبض للآمر.

قال أبو بكر: وهذا معنى صحيح يوجب الفرق وبينهما من الوجه الذي ذكره.

باب من الوكالة والوصيّة في البيع ما يُصدّق فيه الوصيّ وأمين القاضي

قال محمد: وإذا دفع رجل إلى رجل عبدًا وأمره يبيعه، فادّعى أنّه قد باعه من فلان، وقبض منه الثمن، فهلك عنده أو دفعه إلى الآمر، وكذّبه الآمر بذلك كلّه، فإنّ الوكيل مصدّق في البيع، وقبض الثمن، ولا ضمان عليه ولا على المشتري في شيء من الثمن.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه مسلّطٌ على البيع، وقبض الثمن قد ملكه الآمر ذلك بالتوكيل، فقيل: قوله فيه، لأنّ إقرار الإنسان جائز فيما يملكه، فلمّا كان الوكيل يملك العقد، وقبض الثمن وجب أن يكون مصدّقًا فيه.

قال محمد: فإن وجد المشتري بالعبد عيبًا فردّه على البائع بقضاء قاضٍ، فإنّ البائع يضمن الثمن للمشتري من ماله، ولا يرجع به على الآمر.

قال أبو بكر: إنّما ضمن المشتري الثمن من ماله، لأنّه قد اعترف بقبضه ولزومه له بانتقاض البيع، لأنّه قبضه في زعمه مضمونًا للمشتري، وإنّما لم يكن له الرجوع على [240ب] الآمر به، لأنّه إنّما كان مصدّقًا فيما وكّل به وسلّط عليه من حقوق البيع. فأمّا أن يلزم الآمر دينًا لم يقرّ به، فإنّه غير مصدّق عليه. ألا ترى أنّه لو قال لرجل: "ادفعْ وديعتي التي لي عندك إلى زيد"، فقال المودَع: "قد سلّمتها إليه" برئ بقوله، ولم يصدّق على زيد في إيجاب الضمان عليه إذا كان جاحدًا لقبضها. وكذلك لو قال الرجل: "أقرضْ فلانًا عنّي ألف درهم على أن يكون لك عليّ"، فقال المأمور بعد ذلك: "أقرضته" لم يُصدّق على إلزام الآمر دينًا، وإن كان مسلّطًا على ذلك.

قال محمد: ويبيع القاضي العبد، فيُوفّى المشتري الثمن الذي أدّاه إلى البائع، فإن نقص الثمن الآخر عن الثمن الأوّل شيئًا كان ذلك على البائع، ولا يرجع به على أحد، وإن كان في الثمن الآخر فضل عن الثمن الأوّل، كان ذلك للآمر.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه قد لزم الوكيل البائع ردّ جميع الثمن إلى المشتري، ولم يصدّقه في قبضه على الآمر لما بيّنا، فلم يرجع به عليه. وإنّما بيعُ العبد للمشتري من قِبل أنّ المشتري قد كان له بعد القبض أن يحبس العبد حتى يقبض الثمن من البائع، فلمّا تعلّق له حقّ استيفاء الثمن من رقبة العبد، ثم ضمن البائع له الثمن انتقل الحقّ الذي للمشتري في استيفاء الثمن من رقبته إلى البائع.

فإن قال قائل: إذا كان البائع معترفًا برجوع العبد إلى ملك الآمر بالنقض ولزوم الثمن إيّاه للمشتري فلم صدقته على الآمر في بيع عبده لما لزمه من الثمن للمشتري، وهلّا صدقته على نفسه، ولم يصدّقه على الآمر في ذلك كما لم يصدّقه في إلزام الآمر دينًا بنقض البيع.

قيل له: الفصل بينهما: ما بيّنا [241أ] وهو انتقال الحقّ الذي ثبت للمشتري في استيفاء الثمن من الرقبة إلى البائع، وذلك غير موجود في إلزام الآمر الثمن بالنقص[2657]، وإنّما وجب ردّ فضل الثمن الثاني إلى الآمر من قِبل أنّ البائع معترف أنّه ثمن عبده، وأنّه هو المستحقّ له دونه.

قال محمد: ولو كان مولى العبد باع العبد من رجل بألف درهم فدفع العبد إلى المشتري، ووكّل رجلًا بقبض الثمن، فقال الرجل: "قبضته[2658] فضاع" أو "دفعته إلى الآمر وجحد الآمر ذلك"، فالقول قول الوكيل مع يمينه، وهو يبرئ[2659] المشتري من الثمن.

[2657] بالنقض.
[2658] فضته
[2659] بري.

قال أبو بكر: وذلك للعلّة التي وصفناها في الوكيل إذا ولي العقد، وهي أنّه مُسلّط على القبض قد ملكه بالأمر، وكلّ من ملك شيئًا جاز إقراره فيه، وأيضًا فهو مؤتمن[2660] في ذلك، فصار كالمودع إذا قال: "رددتُ الوديعة".

قال محمد: فإن وجد المشتري بالعبد عيبًا فأراد ردّه على البائع لم يكن له أن يرجع على البائع بثمن العبد، ولا على الوكيل الذي قبض له الثمن.

قال أبو بكر: وذلك لما وصفنا من أنّه أمين مصدّق فيما وكّل به من براءة المشتري غير مصدّق في إيجاب الضمان على غيره، ولا يلزم الوكيل في هذا الوجه ضمان من قِبل أنّه لم يلي العقد.

قال محمد: ويُباع العبد، فيوفّى المشتري الثمن، فإن فضل شيء كان للبائع، وإن لم يف لم يكن على البائع شيء.

قال أبو بكر: في ذلك لأنّه لما امتنع مطالبة الوكيل والآمر بالثمن لما وصفنا، وتعلّق للمشتري حقّ استيفاء الثمن من العبد بالردّ بالعيب، لأنّه قد كان له حبسه بعد الردّ حتى يستوفي الثمن صار [241ظ] كرجل باع عبدًا، ولم يقبض ثمنه، ولم يسلّم العبد حتى غاب المشتري غيبةً منقطعةً قبل نقد الثمن، فإنّ القاضي يبيع العبد للبائع، ويوفيه الثمن. وكذلك لو مات المشتري معسرًا والعبد في يد البائع بيعَ العبد، فأوفى البائع الثمن.

قال محمد: ولو أنّ رجلًا مات، وأوصى إلى رجل، وترك عبدًا، وورثه صغارًا فباع الوصيّ العبد، وأقرّ أنّه قبض الثمن، فضاع عنده أو أنفقه على الورثة، وأنكروا البيع وقبض الثمن أو أقرّوا البيع وأنكروا قبض الثمن، فإنّ البيع جائز، والمشتري والوصيّ بريئان من الثمن.

قال أبو بكر: وهذا على ما وصفنا من أنّه مُسلّط على البيع، وقبض الثمن مالك لذلك، فصدّق فيه.

قال محمد: فإن وجد المشتري بالعبد عيبًا فردّه على الوصيّ بقضاء قاضٍ، فإنّ الوصيّ ضامن للثمن في ماله، ولا يرجع على الورثة ولا في مال الميّت بشيء، ويبيع القاضي العبد، فيوفّي الوصيّ من ثمنه مثل الثمن الذي أعطى المشتري، فإن بقي بعد ذلك شيء كان للورثة.

قال أبو بكر: وهذا على ما بيّنا في الوكيل، وإنّه مصدّق في براءة المشتري غير مصدّق في إيجاب الضمان على غيره.

قال محمد: ولو كان الآمر قد أقرّ ببيع الوكيل، وقبض الثمن، وأنكر أن يكون ضاع من الوكيل أو أقرّت الورثة بالبيع، وقبض الثمن، وأنكروا أن يكون ضاع أو أنفقه عليهم، ثم إنّ المشتري وجد في هذه الوجوه كلّها بالعبد عيبًا فردّه، فإنّه يرجع على ربّ العبد بالثمن، ويدفع العبد إليه في هذه الوجوه كلّها. [242أ]

2660 فهو كما لو

قال أبو بكر: وذلك لأنّ قبض الوكيل قبض له، ويحصل به ملكه في العين، ويصير مضمونًا عليه، فلم يختلف في ذلك حكم قبضه بيده أو قبض الوكيل له، ولو أنّه قبضه بنفسه صار مضمونًا عليه، فكذلك إذا أقرّ بقبض الوكيل فقد اعترف ببراءة المشتري وحصول الثمن في ضمانه وملكه، فمتى فسخ البيع بالعيب لزمه ضمان الثمن باعترافه بحصول الثمن في ضمانه بقبض الوكيل.

مسألة

قال محمد: وإذا مات الرجل وترك عبدًا لا مال له غيره، وقيمة العبد ألف درهم، وترك ابناءً[2661] كثيرًا، ولم يوصِ[2662] إلى أحد، فادّعى رجلٌ على الميّت دينًا ألف درهم، وأقام عليه بيّنةً عند القاضي، فقضى القاضي بدينه على الميّت، وبعث أمينًا من أمنائه، فأمره أن يبيع العبد وأن يعطي ثمنه الغريم فجاء آمين القاضي برجل إلى القاضي، فذكر الأمين أنّه باع العبد من هذا بألف درهم، ودفع العبد إليه وقبض الثمن، فدفعه إلى الغريم، وجحد ذلك الغريم، فإنّ الأمين مُصدّق على ما قال في براءة المشتري، والعبد للمشتري، ولا يمين عليه في ذلك.

قال أبو بكر: وهذا أيضًا على ما بيّناه في الوكيل بالبيع إذا أقرّ بالبيع وقبض الثمن، وإنّما يحلف المشتري من قِبل أنّ الذي ثبت له حقّ قبض الثمن، وهو الأمين قد أقرّ باستيفائه، فبرئت ذمة المشتري منه.

قال محمد: فإن جاء رجل فأقام البيّنة على الميّت بدين ألف درهم، فقضى القاضي بها له على الميّت، فأراد أن يرجع على الغريم الذي زعم الأمين أنّه قبض الثمن بنصف الثمن لم يكن له ذلك. [242ب]

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الأمين إنّما كان مصدّقًا في براءة المشتري، وغير مصدّق في إلزام الغريم ضمانًا لغيره بقوله.

قال محمد: وكذلك لو كان الغريم الأوّل أقرّ بالبيع، وقبض الأمين الثمن، وجحد أن يكون قبض من الأمين شيئًا فهو بهذه المنزلة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ يد الأمين ليست يدًا للغريم. ألا ترى أنّه لا يصير به مستوفيًا لدينه، ولم يتعيّن ملكه في المقبوض بقبضه، فلم يكن للغريم الثاني أن يشاركه فيما لم يستوفيه.

فإن قال قائل: إنّ قبض الأمين مضمون على الغريم بدلًا له أنّ العبد لو استحقّ، وقد هلك الثمن في يديّ الغريم كاللمشتري الرجوع بالثمن على الغريم، فقد صار قبضه مضمونًا عليه، وحصل قبضًا له من هذا الوجه، فهلّا جعلته مضمونًا عليه بقبض الأمين، ويشاركه الغريم الثاني فيه.

2661 وترابناء

2662 ولم يوصي.

قيل له: إنّ رجوع المشتري على الغريم عند استحقاق العبد حكم فيما بين الغريم والمشتري، وإنّما يثبت هذا الحكم بينهما، لأنّ البيع وقع له، فلزمه ضمان الثمن الذي قبضه الأمين ووقوع الاستيفاء والقصاص بالدين له على الميّت حكم فيما بين الميّت والغريم، ولا يبرأ الميّت من الدين دون أن يحصل الثمن مضمونًا على الغريم للميّت، ولا يصير مضمونًا عليه للميّت إلّا بقبضه وتناوله ووقوع القصاص به، فلمّا لم يقع بقبض الأمين قصاص من دين الميّت لم يكن للغريم الآخر أن يرجع عليه بشيء.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ الغريم الآخر لم يقم بيّنةً على دين له على الميّت، ولكن المشتري وجد بالعبد [243أ] عيبًا، فأراد ردّه، فإنّ الخصم فيه الغريم الأوّل إن أقرّ بالبيع وقبض الأمين الثمن، ولا خصومة بين الأمين والمشتري.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ يمين القاضي لا يضمن عهدة ما باع، وقد بيّنا ذلك فيما سلف من هذا الكتاب، وإنّما يلزم ذلك من وقع البيع له.

فإن قال قائل: وكيف يجوز أن يلحق الضمان من باع له ولا يلزم من وليّ العقد؟

قيل له: قد يجوز ذلك إذا لم يكن البائع ممّن يلحقه ضمان في هذا. ألا ترى أنّ رجلًا لو أمر صبيًّا بشراء عبدٍ فاشتراه أو يبيعه، فباعه أنّ الصبيّ لا يلزمه العهدة ولا ضمان الثمن، وأنّ ذلك إنّما يلزم الآمر دونه، لأنّ العقد وقع له، وصار الصبيّ كالسفير والمعبِّر في العقد، فكذلك أمين القاضي لما باع الغريم صار كأنّه معبِّر عنه فيما يلزم به من العهدة والضمان، وهذا أيضًا إنّما هو حكم فيما بين المشتري والغريم، وإن لم يقع بقبض الأمين قصاصٌ بالدين.

مسألة

قال محمد: فإن أقام المشتري البيّنة إنّ العيب كان بهذا العبد حين باعه، فقضى القاضي بردّ العبد ونقض البيع، فإن كان الغريم أقرّ ببيع الأمين الثمن، وأنكر أن يكون قد قبض من الأمين شيئًا ضمن الغريم الثمن للمشتري من ماله، وباع القاضي العبد الثاني[2663]، فأوفى الغريم الثمن الذي كان نقد، فإن كان في ثمن العبد الثاني فضل عن الأوّل دفع ذلك إلى الغريم قضى من دينه الأوّل.

قال أبو بكر: إقرار الغريم بقبض الأمين الثمن يلزمه ضمانه عند فسخ البيع [243ب] بالعيب لما بيّناه في غير هذا الموضع، وهذا الإقرار لا يسقط دينه، لأنّ قبض الأمين لا يسقط به دين الغريم، وإن لحقه ضمانه عند فسخ البيع بالعيب والاستحقاق، فلذلك أخذ ما فضل الثمن الثاني عن الأوّل.

[2663] الثانية.

قال محمد: وإن كان فيه نقصان لم يكن على أخذ شيء من ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الثمن لزمه المشتري، وكان له أن يستوفي ما لزمه للمشتري من العبد كما قلنا في الوكيل إذا أقرّ بقبض الآمر الثمن، ثم ردّ عليه العبد بعيب.

قال محمد: فإن خرج للميّت مال استوفى الغريم دينه الأوّل، ولم يكن له أن يرجع في مال الميّت بشيء، فما بقي له ممّا أدّى إلى المشتري الأوّل إلّا أن يقرّ الوارث بمثل ما أقرّ به الغريم من بيع الأمين وقبضه الثمن، فإن أقرّ بذلك رجع الغريم بالفضل الذي بقي له ممّا أدّى إلى المشتري في مال الميّت، وما بقي فهو للوارث.

قال أبو بكر: وإنّما كان له الرجوع بدينه فيما ظهر من مال الميّت لما ذكرنا من بقاء دينه على حاله، وإنّما لم يكن الرجوع بما غرم للمشتري، لأنّه غير مصدّق على الوارث فيما أقرّ به من قبض الأمين الثمن، فإذا صدّقه الوارث كان له أن يرجع بالفضل الذي بقي ممّا أدّاه إلى المشتري، وذلك لاعتراف الوارث بحصول قبض الأمين للميّت ولزوم ضمانه في ماله إذا انتقض البيع بالاستحقاق أو الردّ بالعيب، والغريم فقد لزمه ضمان ذلك للمشتري من طريق الحكم، فصار كالكفيل عنه بأمره، وهو كالآمر أيضًا إذا أقرّ بقبض الوكيل الثمن.

مسألة

قال محمد: ولو أنكر الغريم بيع الأمين وقبضه الثمن أو أقرّ بالبيع، وأنكر قبضه الثمن، [244أ] وقد وجد المشتري بالعبد عيبًا، فإنّ القاضي يجعل للمشتري خصمًا يخاصمه في العيب، ولا خصومة بين المشتري والغريم.

قال أبو بكر: أمّا الأمين فإنّما لم يكن خصمًا للمشتري من قِبل أنّه لا يلزمه حقوق العقد لما قد تقدّم من بيانه. وأمّا الغريم فإنّه لم يقر بقبض الثمن، فلم يلزمه ضمانه فيما بينه وبين المشتري، فمن أجل ذلك لم يكن خصمًا له في العيب.

فإن قال قائل: هلّا جعلته خصمًا في الفسخ من حيث وقع العقد له وإن لم يقر بقبض الثمن.

قيل له: إنّما يكون الخصم في ذلك من يستحقّ عليه الثمن بالفسخ ويطالب به، فإذا[2664] لم يحصل الثمن مضمونًا على الغريم لم يكن خصمًا في ذلك. وأيضًا فإنّ الخصومة في العيب إنّما هي مطالبة بما قبض من الثمن بحذاء الجزء الفائت من العبد بالعيب، فإذا[2665] لم يكن هناك ثمن مضمون على الغريم لم يكن له مطالبته.

[2664] فاذ.

[2665] فاذ.

قال محمد: فإن أقام المشتري بينه على العيب أنّه لم يبن[2666] له ردّه بعيبه، ونقض القاضي البيع، ثم أمر ببيع العبد، وأوفى المشتري الثمن الذي كان الأمين أقرّ بقبضه، فإن كان في الثمن الآخر فضل على الثمن الأوّل أعطاه الغريم من دينه، وإن كان فيه نقصان لم يكن على الغريم، ولا على الوارث من ذلك شيء.

قال أبو بكر: لما لم يعترف الغريم بقبض الأمين الثمن لم يصير الثمن مضمونًا عليه، والأمين غير مصدّق على إلزامه ضمان الثمن عند الفسخ بما أقرّ به من قبض الثمن كما لم يصدّق الوكيل على الآمر في نظائر ذلك فيما تقدّم.

قال محمد: فإن [244ﻅ] خرج للميّت قال بعد ذلك ضرب فيه الغريم الأوّل بدينه كلّه حتى يستوفيه، فإن بقي بعد ذلك شيء فأراد المشتري أن يأخذ من ذلك بقيّة حقّه لم يكن له ذلك، إلّا أن يكون الوارث أقرّ ببيع الأمين، وقبضه الثمن، فإن أقرّ بذلك رجع المشتري فيما كان للوارث من المال بما بقي من دينه.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّ الأمين غير مصدّق في إلزام الضمان مال الميّت فيما أقرّ به من قبض الثمن، فإذا أقرّ الوارث بقبض الأمين الثمن فقد اعترف بأنّ الثمن قد حصل مضمونًا على الميّت بقبض الأمين، وأنّ ذلك دين للمشتري في ماله عند الفسخ، ولا ميراث له إلّا بعد أداء الدين، فلذلك رجع به عليه في ميراثه.

قال محمد: ولا خصومة بين المشتري وبين الغريم في شيء من العبد.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الغريم لم يلزمه شيء من حقوق العقد، ولم يلحقه ضمان الثمن يقول الأمين: فلم يكن خصمًا، ولا فرق بين الغريم في ذلك وبين سائر الناس في أنّه لا يكون خصمًا للمشتري.

قال محمد: والاستحقاق في هذه المسائل كالردّ بالعيب فيما يلحق به الغريم من ضمان الثمن للمشتري إذا قبض الأمين الثمن أو لم يقبض، وكذلك أمين القاضي إذا باع للصغير عبدًا وأقرّ بقبض الثمن، ثم كبر الصغير، ووجد المشتري بالعبد عيبًا بأنه يجري مجرى الغريم في ذلك[2667].

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الاستحقاق يوجب فسخ العقد كما يوجب[2668] العيب، وما يقبضه الأمين من الثمن يكون مضمونًا على الغريم، ولا يصدّق عليه إذا جحد قبضه كما لا يصدّق في العيب. وكذلك إذا باع الأمين عبد الصغير فإنّه غير مصدّق عليه [245أ] إذا كبُر[2669] وجحد في إيجاب ضمان الثمن في ماله للمشتري.

مسألة

2666 انه ولم يبن

2667 + إذا باع للصغير عبدًا وأقرّ بقبض الثمن ثم كبر الصغير ووجد المشتري بالعبد عيبًا بأنه يجري مجرى الغريم في ذلك، صحّ هامش.

2668 توجب.

2669 اذا كبّر.

قال محمد: ولو كان القاضي هو الذي كان باع العبد للغريم، وأشهد شاهدين، وهو قاضٍ[2670] أنّه باع العبد من فلان بألف درهم، ودفع العبد، وقبض الثمن، فدفعه إلى الغريم، فأنكر الغريم ذلك كلّه، ثم إنّ القاضي عُزل أو مات فاختصموا إلى قاضٍ آخر، وجاء رجل فأقام البيّنة على ألف درهم دينًا له على الميّت، وجاء الشاهدان، فشهدا بمقالة القاضي الأوّل، والغريم الأوّل ينكر ذلك كلّه، فإنّ هذا القاضي يقضي بدين الغريم الآخر على الميّت، ويقضي على الغريم الأوّل بأن يدفع الغريم الآخر نصف الثمن الذي قبض.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ قول القاضي مقبول فيما كان من طريق الحكم، فلمّا أشهد القاضي على قبض الثمن صار ذلك كقيام البيّنة على قبضه أو كإقرار الغريم بقبضه.

قال محمد: ولو أنّ الغريم الثاني لم يقم له بيّنة على دين له، ولكن المشتري وجد بالعبد عيبًا، فإن خصمه في ذلك الغريم، فلذلك كان هو الخصم فيه.

قال محمد: فإن أقام المشتري البيّنة على العيب فردّ القاضي العبد بالعيب، فإنّ الغريم يضمن الثمن للمشتري من ماله، ويباع العبد حتى يستوفي منه الغريم الثمن الذي غرم، فإن كان في الثمن وفاء وفضل كان الفضل للوارث، وإن كان في ذلك نقصان لم يكن على الوارث شيءٌ من ذلك، فإن خرج للميّت مال غير ذلك أخذ الغريم ذلك النقصان الذي ضمن.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ ذلك النقصان لزمه للمشتري من أجل البيع، فكان له الرجوع به عليه [245ب] كما يرجع الوكيل على الآمر بما غرمه من الثمن، فمتى وجدنا للميّت مالًا قضيناه دينه من مال الميّت. ألا ترى أنّ الوكيل إذا ردّ عليه العبد بالعيب بعد قبض الثمن وهلاكه أنّه يبيع العبد، فيستوفي الثمن، فإن كان في الثمن نقصان عن الأوّل رجع به في مال الآمر إذا كان ميّتًا.

باب ضمان الوكيل في البيع ونقده الثمن بغير ضمان

قال محمد: وإذا أمر رجل رجلًا أن يبيع عبدًا له بألف درهم، وضمن الوكيل الثمن للآمر فضمانه باطل.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ من حكم الوكيل إذا باع أن يكون أمينًا فيما يقبضه من الثمن، وهذا القبض أوجبه له عقد البيع لا يمكن الآمر عزله عنه، فواجب على هذا ألّا ينبغي مُوجب القبض الذي ثبت له بالعقد من كونه أمينًا فيه، وإن يبطل الضمان كما لو شرط ضمان الوديعة كان شرطه باطلًا إذا كان من حكم الوديعة أن يكون أمانةً في يد مودعها. وقد قال أصحابنا في الوكيل بقبض الدين للآمر: إنّ الضمان صحيح، وينعزل عن الوكالة بالضمان لاستحالة بقاء الوكالة مع صحّة الضمان، فلمّا لم يكن له عزله في مسألتنا عن القبض، لأنّ ذلك وجب له بالعقد، ولم يملكه من جهة الآمر. ألا ترى أنّ الآمر بالبيع ليس له قبض الثمن من المشتري إلّا برضا المشتري بدفعه إليه. ألا ترى أنّ المودع إذا أخرج الوديعة عن يده إلى غيره ضمنها، فإن ردّها إلى يده برئ من ضمانها لقيام الآمر الأوّل [246أ] بإمساكها، فكذلك لما

[2670] قاضي.

كان العقد الموجب له القبض، فأمّا في مسألتنا وكان في ذلك باقيًا بصحّة الضمان لم يجز ثبوت الضمان مع وجود ما بيّنا[2671] فيه.

مسألة

قال محمد: وكذلك لو أنّ الآمر احتال على الوكيل البائع بالثمن على أن أبرئ منه المشتري كانت الحوالة باطلة، والمال على حاله على المشتري.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الحوالة يقتضي تحويل المال من ذمّة المشتري إلى ذمّة الوكيل، ولا يجوز أن يكون الثمن في ذمّة الوكيل، لأنّ حقّ القبض الذي ثبت له بالعقد لم يسقط، ولا يجوز أن يكون قابضًا عن نفسه.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ الوكيل صالح الآمر من ماله الذي له على المشتري على جارية الوكيل بعينها جاز الصلح وبرئ المشتري، وكانت الجارية للآمر.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الآمر أن يبرئ من غير عوض يأخذه، فإذا برأه على جارية أخذها من الوكيل جازت براءته، وكانت الجارية له، والوكيل متطوّع في ذلك كما لو صالحه أجنبيّ على جارية له جاز ذلك، إذ ليس في ذلك تحليل الدين للمصالح، وإنّما فيه براءة المشتري وسقوط الدين من ذمّته لا غير، فأشبه من هذا الوجه الرجل يخاطب رجلًا بخلع امرأته على جارية للمخاطب، فيجوز ذلك إذا حلفها الزوج، ويستحقّ ملك الجارية على المخاطب، وكذلك الصلح من دم العمد.

فإن قال قائل: هلّا كان ذلك تمليكًا منه الدين للمشتري من أجل ما أخذ من العوض كما كان [246ب] صلح المكفول عنه الكفيل على عوض تمليكًا منه الدين للكفيل، وإن كان لو أبرأه من الدين من غير عوض[2672] لم يكن ذلك تمليكًا.

قيل له: إذا احتمل هذا العقد تمليك الدين، واحتمل إسقاطه من غير تمليك، وكان في حمله على التمليك فساد العقد، ولم يكن في البراءة فساده حملناه على البراءة دون التمليك، لأنّ من حكم عقود المسلمين حملها على الصحّة دون الفساد حتى يظهر في لفظها ما يوجب الفساد، ويمنع حملها على الصحّة.

فإن قال قائل: فهلّا أبطلت صلحه على جارية هي ملكه كما أبطلت ضمانه.

[2671] ما بنا.

[2672] عُيرض.

قيل له: لأنّ صلحه إيّاه على جارية بمنزلة قضاءه[2673] الثمن بغير ضمان، فيكون متطوّعًا، وليس يمتنع جواز ضمان قضاء ما لا يصحّ ضمانه. ألا ترى أنّ ضمان الكتابة للمولى عن المكاتب غير جائز، وإن كان قضاها جائز لغير ضمان، وكذلك الشريكان في الدين لا يجوز ضمان أحدهما النصيب شريكه، ويجوز قضاؤه إيّاه بغير ضمان، فكذلك الوكيل يصحّ قضاؤه للثمن وإن لم يصح ضمانه.

قال محمد: ولو أنّ الوكيل صالح الآمر على جارية له على أن يكون الثمن للوكيل لم يجز ذلك، وكذلك لو باعها إيّاه بيعًا لم يجز.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الوكيل ليس في ذمّته شيء للآمر، فهو كرجل باع من رجل جارية بدين ليس في ذمّة المشتري، فلا يجوز البيع.

فإن قال قائل: فينبغي ألّا يجوز [247أ] صلحه على جارية الوكيل أيضًا، لأنّ الآمر لا دين له على المشتري بدلالة أنّه ليس له مطالبته به وإن المشتري، وإنّ المشتري يسعه[2674] أن يحلف ما للآمر عليه شيء.

قيل له: إنّ الآمر وإن لم يملك مطالبة المشتري بتسليم الدين إليه فإنّ ما يقتضيه الوكيل من الثمن، فإنّما يستحقّ ملكه الآمر دون غيره، وإنّما لم يكن له مطالبة المشتري بالثمن من قِبل أنّ من حقّ المشتري أن يقول: "إنّما يلزمني تسليم الثمن لمن عاقدته دون غيره"، فلأجل حقّ المشتري ما لم يكن للآمر المطالبة بالثمن لا لحقّ الوكيل. والدليل على ذلك أنّ المشتري لو رضي بتسليم الثمن إلى الآمر لم يكن للوكيل منعه من ذلك، وإذا كان ذلك كذلك جاز صلح الوكيل عمّا كان يستحقّه الآمر ممّا يقبضه الوكيل.

قال محمد: ولو أحال البائع الآمر على المشتري بالثمن، ورضي بذلك المشتري، فإنّ الحوالة باطلة، ولكنّها وكالة، وليس للمشتري أن يمتنع من دفعه إلى الآمر ولا البائع.

قال أبو بكر: إنّما لم يصح الحوالة من قِبل أنّه لا شيء للآمر على الوكيل، فيحيله به، وإنّما حقيقة الحوالة هي تحويل المال من ذمّة إلى أخرى، ولم يكن في ذمّة الوكيل شيءٌ يحيله به إلى ذمّة غيرها، ولكنّه يكون وكيلًا للبائع في قبض الثمن، لأنّه قد سلّطه على قبضه، وليس للمشتري أن يمتنع من دفع الثمن إلى وكيل البائع كما أنّه ليس له أن يمتنع من دفعه إلى البائع، لأنّ وكيله قائم مقامه.

فإن قال قائل: هلّا كان له أن يمتنع من دفعه إلى وكيله، إذ كان من حقّه [247ب] أن يقبضه البائع كما منعت جواز وكالة الحاضر بالخصومة إلّا برضا الخصم في قول أبي حنيفة.

2673 قضاءه

2674 لسعه

قيل له: الفصل بينهما: أنّ حكم القبض لا يختلف في كونه من البائع أو من وكيله، فلم يكن للمشتري حقّ في عين مَن يقبضه، إذ لا يقع له في ذلك. وأمّا الخصومة فإنّها تختلف[2675] في كونها من الخصم أو من وكيله، لأنّ بعضهم قد يكون أقوم بالخصومة وأعرف مواضع الحجاج فيها وإلزام الخصيم من بعض. ويدلّ عليه قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم: ((أيّكم يختصمون إليّ ولعلّ بعضكم أن يكون الحق بحجّته من بعض، وكان للخصم حقّ في أن يخاصمه خصمه دون غيره))[2676]، فأشبه هذا من هذا الوجه الحوالة بالدين في أنّها لا يجوز إلّا برضا الطالب، لأنّ الدين يختلف في كونه في الذمم، إذ كان بعض الذمم قد يكون أملأ من بعض، فكان للطالب حقّ في كون الدين في ذمّة هذا الغريم دون غيره، فلم يكن للغريم إحالته بالدين على غيره إلّا برضاه، فكذلك حال الخصومة.

قال محمد: فإنّ بها البائع المشتري بعد ذلك من دفع الثمن إلى الآمر كان له أن يمتنع من دفعه إليه.

قال أبو بكر: لأنّ الآمر لما كان وكيلًا للبائع في قبض الثمن على الوجه الذي بيّنا، ولم يكن يملك القبض إلّا بأمر الوكيل كان له عزله عن الوكالة متى شاء، فيعود الآمر إلى ما كان عليه قبل التوكيل.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا أمر رجلًا يبيع عبده، ودفعه إليه، وأمره ألّا يدفع العبد بعد وقوع البيع [248أ] حتى يقبض الثمن، فباعه بألف درهم، ودفعه إلى المشتري قبل قبض الثمن، فيؤثر الثمن على المشتري، فالبيع جائز، ولا ضمان على البائع في قول محمد. وقال أبو يوسف: إذا أمره بالبيع ونهاه أن يدفعه حتى يقبض الثمن فليس له أن يدفعه، فإن دفعه ردّ على البائع حتى يأخذ الثمن، فإن مات في يديّ المشتري البيع، وللآمر أن يضمن البائع الثمن، ويرجع به البائع على المشتري ضمان في قيمة ولا ثمن.

قال أبو بكر: وجه قول محمد: إنّ عقد البيع توجب للوكيل حقّ التسليم إلى المشتري، فلم يعمل نهيه مع وجود ما يقتضي جواز تسليمه. ألا ترى أنّ رجلًا لو اشترى من رجل عبدًا، وهو وديعة عنده أنّ التسليم لا يحصل بنفس العقد، وأنّه متى رجع إلى موضع الوديعة فحصل محلًّا بينه وبينها صار قابضًا لها قبض بيعٍ، ولو نهاه البائع عن قبضه عن البيع حتى يقبض الثمن فقبضه قبل أن يأخذ البائع من يده كان قبضه واقعًا عن البيع كأنّه قبضه بإذنه لبقاء الآمر الأوّل بإمساكه، فسقط حكم نهيه مع وجود ما يوجب له إمساكه وقبضه، فكذلك مسألتنا بما كان عقد البيع يجيز له تسليمه إلى المشتري، وكان العقد الموجب لذلك قائمًا لم يثبت حكم النهي.

[2675] فانها يحتلف.

[2676] الموطأ، الأقضية، 1؛ صحيح البخاري، الشهادات، 28؛ صحيح مسلم، الأقضية، 4 (1713)؛ سنن النسائي، آداب القضاة، 13؛ سنن الترمذي، الأحكام، 13 وغيرها.

فإن قال قائل: أليست[2677] الوكالة إذا كانت مطلقةً أجازت له بيعه بنسيئة[2678] وبعد، ولو قيّدها في الابتداء فقال: "لا تبعْه إلّا نقدًا" لم يكن له بيعه نسيئة وعمل نهيه فيه، فما أنكرت مثله في نهيه عن التسليم بعد البيع حتى يقبض الثمن.

قيل له: من قِبل أنّ بيعه [248ب] بالنقد وبالنسيئة صفة في تعيين العقد، وليس ذلك معنى توجيه الوكالة، إلّا من جهة وجودها مطلقةً، فإذا قيّدنا بالنقد كانت خاصّة فلم يكن له إن نقدوها[2679]، لأنّ الوكيل إنّما يتصرّف في العقد من جهة الآمر، فمتى خالف الآمر في تعيين العقد لم ينفذ عقده، لأنّه بمنزلة من عقد على مال غيره بغير أمره. وأمّا تسليم البيع فليس يتصرّف فيه الوكيل من جهة الآمر. ألا ترى أنّ الموكّل لو نهاه بعد البيع عن التسليم لم يعمل نهيه، لأنّه ملك التسليم بالعقد لا بالأمر، فإذا كان العقد الموجب له جواز التسليم فإنّما لم يعمل نهيه في نفيه. وأيضًا فإنّ الجنس إنّما وجب له بالبيع، فهو بتسليمه لم يستهلك على الآمر شيئًا، وإنّما أبطل الجنس وليس الجنس بمالٍ، فيضمن، ولم يحصل منه خلاف في العقد، فيضمن.

فإن قال قائل: ولِمَ قلتَ: إنّ إبطال الجنس لا يوجب الضمان.

قيل له: لأنّ إبطال الجنس لو كان موجبًا للضمان لضمن الوكيل إذا سلّمه قبل قبض الثمن مع عدم النهي عن التسليم، لأنّ المعنى الموجِب للضمان لا يختلف حكمه في إيجاب الضمان به بوجود النهي أو عدمه. ألا ترى أنّ من سلّم مال غيره إلى آخر بغير أمره قيمته سواء نهاه عن الدفع أو لم ينهه. وأمّا وجه قول أبي يوسف فهو: أنّ البائع حبس العبد بعد البيع لقبض الثمن، فلم يكن قبض العبد قبل تسليم الثمن مستحقًّا على البائع للمشتري، فلمّا لم يكن ذلك مستحقًّا على البائع للمشتري بالعقد عمل نهي الآمر فيه، فإذا سلّمه إلى المشتري قبل قبض الثمن [249أ] فقد أخرج عن يده عبدًا قد ثبت للآمر فيه الثمن بتسليمه كما أنّه لو قبض الثمن، ثم سلّمه إلى غيره بغير أمره ضمنه له، وليس على المشتري ضمان للآمر، لأنّ المشتري قبض ملكه، ولا يلزمه به غير الثمن، ولا خصومة بينه وبين الآمر، لأنّه لم يلي العقد. ولأبي يوسف أيضًا أنّ الآمر بما كان له حقّ في حبسه لاستيفاء الثمن، ثم أبطل الوكيل ذلك عليه بتسليمه إليه ضمنه مثل الرهن إذا غصبه غاصب فللمرتهن أن يضمنه لمّا أبطل عليه من حقّ الحبس لاستيفاء، فلمّا كان ذلك حقًّا قد يصحّ ثبوته، ويتعلّق به الضمان على من أبطله وجب أن يثبت ذلك للآمر بالنهي، ومتى أبطله البائع عليه لحقَه به الضمان.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ الآمر قال له قبل البيع: "لا تبعه[2680] حتى تقبض الثمن"، فباعه قبل قبض الثمن، فإنّ البيع باطل.

2677 السْتَ.
2678 بنسيّة
2679 يُغذروهَا
2680 لا بيعه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه خالف في نفس العقد، لأنّه أمره ألّا يبيعه[2681] إلّا بثمن مقبوض يتعيّن بالعقد، فإذا باعه بثمن غير مقبوض لم يحصل بيعه على الوجه المأمور به، فصار متصرّفًا في العقد بغير أمره، فلم ينفذ عقده مثل أن يأمره ببيعه بدراهم صحاح[2682]، فيبيعه بالغلّة أو بأمره يبيعه بالنقد، فيبيعه بالنسيئة.

فإن قال قائل: ما ذكرت من تعيين الثمن بالعقد لا يوجب خلافًا من الوكيل فيما وقع الأمر به من قِبل أنّ كون الثمن مقبوضًا قبل العقد لا يوجب تعلّق العقد به بعينه، لأنّ العقد إنّما يقع على مثله في ذمّته، وإن شرط عينه، ثم يصير المقبوض قصاصًا بما في ذّمته، وإنّما تعيّن[2683] ملكه فيه في الثاني لا في العقد، وإذا كان ذلك معنى يحصل [249ب] بعد العقد لا فيه وجب ألّا يصير الوكيل مخالفًا بتركه.

قيل له: إنّ العقد يتناول نفس المقبوض المشار إليه في كونه ثمنًا، وإن كان في التأويل كان العقد واقع على ألف في الذمّة على معنى أنّ هذه العين متى استُحقّت لم يبطل البيع، ورجع عليه بما في الذمّة، وذلك لا يخرج العين المقبوضة من أن يكون معقودًا عليها بعينها، وكذا كان بقوله أبو الحسن رحمه الله في تعيين الدراهم بالعقد، وقد بيّنا ذلك فيما سلف، فإذا لم يفعل ذلك صار مخالفًا فلم يجز بيعه. وأيضًا فإنّ هذه المسألة قد يصحّ على قول من يقول: إنّ الدراهم لا يتعيّن بالعقد إذا أشار إليها، وليست بمقبوضة، ولا يلزمه مع ذلك بقي تعيينها[2684] إذا عقد عليها، وهي مقبوضة من قِبل أنّها إذا كانت مقبوضةً، وأشار إليها، فقد نفى إيجاب مثلها في ذمّته مع بقاء العين، لأنّه شرط ملكها بالعقد وهي مقبوضة، فلو أثبتنا ضمان مثلها في الذمّة لاحتجنا إلى إسقاطه من حيث أردنا إثباته، لأنّ حصول ملكه عليها يبقى ثبوت مثلها في الذمّة. ألا ترى أنّه لو عقد على دراهم في الذمّة، ثم قضاها إيّاها أنّ حصول ملكه على المقضي بمنع بقاء الدين في الذمّة، وليس كذلك حكمها إذا لم يكن مقبوضة من قِبل أنّها لا تملك[2685] عقيب العقد، وإذا لم يملك بالعقد كان الثمن باقيًا في الذمّة، فلمّا اختلف حكم المقبوض من الثمن، وغير المقبوض في حال العقد عمل نهيه فيه، ولم يجز للوكيل إيقاع العقد فيه على غيره.

مسألة

قال محمد: [250أ] ولو أمره بأن يبيع عبده، وهو في يد الآمر، فباعه، ثم أراد أن يدفعه إلى المشتري قبل قبض الثمن، فلك أمر منعه من ذلك إن كان نهاه أو لم ينهه.

2681 ان لا يبـه (الا يبيه)
2682 صحّاح.
2683 معيّن.
2684 في تعيينها
2685 انها لا يملك.

قال أبو بكر: هذا مثل العبد إذا كان في يديّ البائع فليس للمشتري قبضه حتى ينقد الثمن، ولو كان في يديّ المشتري، وقد باعه، وهو وديعة في يديه[2686] عمل نهيه، فإن قبضه قبل أن يأخذ البائع منه جاز قبضه، ولم يكن للبائع أخذه بعد ذلك، فكذلك مسألتنا إذا كان العقد في يد الآمر فله منع البائع من قبضه، وإذا كان في يد البائع فليس له منعه، ولم يعمل نهيه.

قال محمد: ولو باعه بألف درهم نسيئة شهرًا، والعبد في يديّ الآمر جاز بيعه، وأخذ العبد من يد الآمر، وليس للآمر منعه من ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المشتري قد استحقّ على البائع تسليم العبد إليه بالعقد من غير أن يكون عليه تسليم الثمن في الحال، فهكذا البائع يستحقّ على الآمر التسليم كما استحقّ عليه ذلك.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا دفع إلى رجل عبدًا أو أمره يبيعه، ونهاه أن يدفعه بعد البيع حتى يقبض الثمن، فباعه المأمور، فلم يقبضه المشتري حتى أخذ الآمر العبد، فأراد المأمور أن يدفعه قبل قبض الثمن، فلك[2687] أمر أن يمنعه.

قال أبو بكر: وهذا مثل الوديعة إذا قبضها البائع من بيت المشتري قبل رجوع المشتري إلى بيته، وقبضها.

فإن قال قائل: فإنّ محمدًا قد قال في الباب: إنّ العبد لو كان وديعة عند الوكيل فأمره ببيعه، فباعه، ثم رجع المشتري [250ظ]الوكيل، فقبضه، فأراد الآمر أخذه منه حتى يقبض الثمن أنّه ليس له ذلك، لأنّ الوكيل حين قبضه فقد حصلت يده عليه بعد العقد بأمر الآمر، فهلّا منعت الآمر من أخذه في مسألتنا، وإن كان قد نهاه إذ النهي غير عامل عند محمد.

قيل له: إنّما صحّ قبضه في الوديعة، ولم يعمل نهيه بعد ذلك، ولم يكن له أخذه منه بعد قبض الوكيل من قِبل أنّ الآمر الأوّل بالقبض على وجه الوديعة قائم، فسقط حكم نهيه، وأخذه بعد ذلك كأنّه قال له بعد البيع: "اقبضْه وديعة عندك"، فقبضه، فلا يكون وديعةً للآمر، لأنّ الملك للمشتري، فلذلك لم يكن له أخذه منه كأنّه سلّمه إليه على حكم البيع، فلا يكون له الرجوع فيه. وأمّا في مسألتنا فإنّما حصل قبضه بدءًا على وجه الوكالة، وقد كان نهاه عن تسليمه، فلذلك كان للآمر أخذه بعد البيع، ولم يكن في مسألة الوديعة نهي مع التسليم، فلذلك اختلفا.

قال محمد: ولو أنّ الآمر لم يأخذ العبد حتى باعه، ثم اختلف الآمر والمأمور، فقال الآمر: "أنا آخذ العبد حتى يقبض الثمن"، وقال المأمور: "أنا أسلّم العبد إلى المشتري"، فإنّ للمأمور أن يسلم العبد ويمنع الآمر من الأخذ في قول محمد.

2686 نسخة

2687 فيملك

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الوكيل استحقّ جواز التسليم بهذه اليد التي له على العبد، فما دامت يده تلك موجودة فلا سبيل للآمر إلى نهيه. وأمّا في قول أبي يوسف: فنهيه صحيح على ما بيّنا من أصله، وإذا صحّ الذي لم يكن للبائع تسليمه إلى المشتري، وكان للآمر أخذه [251أ] حيث وجده، فإن تعذّر ردّه ضمن البائع الثمن للآمر على ما تقدّم من بيانه.

قال محمد: ولو كان ذلك المتاع في بيت المأمور فأخذه الآمر من بيته، ثم إنّ المأمور أخذه بعد ذلك من بيت الآمر، وأراد دفعه إلى المشتري قبل أن يقبض الثمن، وأبى الآمر ذلك، فذلك إلى الآمر.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الآمر بما أخذه، فكأنّه لم يكن قطّ في يد المأمور التي بها كان يستحقّ التسليم، فلم يكن له بعد ذلك إلى إبطال حقّ الآمر سبيل، لأنّه حين اتّخذه فكأنّه لم يكن قطّ في يد المأمور[2688].

مسألة

قال محمد: وإذا أمر الرجل الرجل أن يبيع له عبدًا، ولم يأمره بقبضه، ولم ينهه عن ملك، فباعه الوكيل من رجل، فلم يقبض الثمن حتى أخذ الوكيل العبد من منزل الآمر ليدفعه إلى المشتري، فلم يدفعه إلى المشتري. والدليل على ذلك: أنّ المشتري لو جاء بالثمن إلى القاضي لأجبر القاضي البائع على إحضار العبد وتسليمه إليه لقبض الثمن، ولو لم يحضره كان للحاكم أن يحبسه، فدلّ ذلك أنّ التسليم مستحقّ على الآمر، فلا ضمان على البائع في قبضه.

قال محمد: فإن كان البائع حين أخذ العبد دفعه إلى المشتري، ولم ينقد الثمن، ثم جاء الآمر كان له أن يفسخ ذلك، ويردّه إلى الحالة التي كانت في يده حتى ينفذ المشتري البائع الثمن، ثم يدفع العبد إلى البائع حتى يسلّمه إلى المشتري بعد قبض الثمن.

قال أبو بكر: وهذا مثل قبض المشتري العبد من يد البائع بغير أمره أنّ للبائع فسخ قبضه متى قدر عليه ذلك، لأنّ يد الآمر قد كانت ثابتةً على العبد بعد العقد، وليس لأحد إزالتها إلّا برضاه.

قال محمد: ولو مات العبد في يديّ المشتري حين أخذه البائع بغير أمر[2689] الآمر، وسلّمه [251ب] إليه لم يكن للآمر على المشتري ولا على البائع ضمان، ولكن الآمر يبيع المأمور بالثمن ويبيع المأمور المشتري به.

قال أبو بكر: وذلك كالمشتري إذا قبض المبيع بغير أمر البائع قبل نقد الثمن، وهلك في يده فلا يلحقه في هذا ضمان غير ضمان الثمن، ولا ضمان على البائع في ذلك، لأنّ له حقّ القبض والتسليم. ألا ترى أنّ له أن يقبضه ويسلّمه إلى المشتري

[2688] + التي بها كان يستحقّ التسليم فلم يكن له بعد ذلك إلى إبطال حقّ الآمر سبيل لأنّه حين اتّخذه فكأنّه لم يكن قطّ في يد المأمور، صحّ هامش.

[2689] أمره.

ويقبض الثمن، فإذا كان له حقّ القبض قبل قبض الثمن لم يضمن بتسليمه إلى المشتري ما لم يكن هناك نهي، وهذا لا خلاف فيه بينهم، وإنّما موضع الخلاف إذا نهاه عن التسليم والعبد في يد المأمور.

قال محمد: ولو كان العبد في يد الآمر فأمره ببيعه، ونهاه عن قبضه حتى يقبض الثمن فقبضه الوكيل قبل البيع، فمات في يده، فإنّه ضامن لقيمته.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه منهيّ عن قبضه وإزالة يد الآمر عنه، فإذا أزال يده عنه ضمن قيمته كالأجنبيّ.

قال محمد: فإن لم يمت حتى باعه[2690] فالبيع جائز.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه مأمور بالبيع، وقبضه إيّاه بغير إذنه لم يبطل الوكالة بالبيع، لأنّ الضمان لا ينافي التوكيل بالبيع. ألا ترى أنّه لو دفع إليه دابّة، وأمره ببيعها فركبها الوكيل صار ضامنًا لها بالركوب، ويجوز مع ذلك بيعه لها في تلك الحال، فبان بذلك إنّ كونه مضمونًا عليه لا تبقى حجّة وكالته ببيعه.

قال محمد: فإن باعه فمات في يده قبل تسليمه إلى المشتري، فإنّ عليه قيمته، فإن شاء المشتري أخذها.

قال أبو بكر: بيعه إيّاه لم يخرجه من ضمانه. [252أ] ألا ترى أنّ من باع عبدًا له في يد غاصبه، وهو مقرّ به أنّ بيعه جائز، وإنّ جواز بيعه لم ينف بقاء ضمانه على غاصبه كذلك جواز بيع الوكيل لا يبقى بقاؤه في ضمانه، لأنّ من حصل في يده شيئًا[2691] مضمونًا لغيره[2692] لم يبرأ من ضمانه إلّا بالردّ أو بإبراء المالك له، وإنّما لم يبطل البيع بهلاكه، لأنّ هناك قيمة في ذمّة الوكيل، فإنّه مقام العين كما لو غصبه غاصبٌ قبل القبض، فهلك في يده ضمن قيمته، ولم يبطل البيع، لأنّ هذه القيمة قائمة مقام العين عن حالها، وتغير المبيع عمّا كان[2693] عليه قبل القبض لا يبطل العقد.

فإن قال قائل: حصول ضمانه على الوكيل البائع مفارق لحصول ضمانه على الأجنبيّ، لأنّ البائع لا يجوز أن يصير المبيع في ذمّته، وقد يصحّ بقاء البيع على قيمة في ذمّة غير البائع. والدليل على ذلك: أنّ المالك إذا باع ثم قتل العبد المبيع انتقض البيع، ولم يجز أن يضمن قيمته، إذ كان هو البائع، فكذلك الوكيل.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ القيمة باقية في ذمّته، ولو كان لزومها من جهة العقد لوجب سقوطها بانتقاض العقد. وأمّا المالك فإنّما كان يلزمه القيمة لو ألزمناها إيّاه من جهة البيع، لأنّ البيع متى انتقض لم يلزمه قيمة، ولا جائز عقد البيع

2690 باعه
2691 شى.
2692 لغبره.
2693 المبيع عما كان

على القيمة، فلذلك اختلفا، وإنّما كان للمشتري الخيار في فسخ البيع أو أخذ القيمة من قِبل أنّ السلعة قد تغيّرت عن حالها التي كانت عليها قبل القبض كالأجنبيّ إذا قبله، فضمن القيمة.

قال محمد: فإن قبضه المشتري من البائع فمات في يده لم يكن [252ب] على البائع ولا على المشتري ضمان، ويرجع البائع على المشتري بالثمن، فيدفعه إلى الآمر في قول محمد، ويضمن البائع الثمن للآمر في قول أبي يوسف.

قال أبو بكر: لمـّا سلّمه البائع إلى المشتري برئ من ضمان القيمة كالمشتري إذا قبض العبد من يد الغاصب، فيبرأ الغاصب من ضمان العبد، لأنّه قبضه على حكم الشراء وموجب العقد، ولا يضمن البائع الثمن على قول محمد أيضًا، لأنّ النهي عن التسليم لا تأثير له في تضمين الثمن، وإنّما النهي عن قبضه من يد الآمر هو العامل في تضمين القيمة، وقد سقط ضمان القيمة بما وصفنا، فلم يبقَ إلّا حكم النهي في منع التسليم إلى المشتري، وهذا النهي لا حكم له على أصل محمد، فلذلك لم يضمن البائع شيئًا. وأمّا أبو يوسف فإنّه لما كان من أصله: أنّ النهي عامل في منع التسليم ضمنه الثمن على ما تقدّم من بيانه.

قال محمد: فإن لم يمت العبد في يديّ المشتري حتى حضر الآمر فأراد أخذ العبد حتى يستوفي البائع الثمن، فإنّ العبد يردّ إلى حاله في يد الآمر حتى يحضر المشتري الثمن، فإذا حضره أمر الآمر أن يدفع العبد إلى البائع حتى يقبض البائع الثمن من المشتري، ويسلّم العبدَ إليه.

قال أبو بكر: وهذا مثل قبض المشتري العبدَ من يد البائع بغير أمره، فللبائع أخذ منه وحبسه حتى يقبض الثمن كذلك حكم الأمر في هذا هو على ما وصفنا، وهذا قولهم جميعًا إذا كان العبد قائمًا بعينه في يد المشتري، وإنّما الخلاف في الضمان بعد هلاك العبد.

قال محمد: فإن أخذه البائع من يد الآمر بغير أمره فهلك في يده انتقض البيع، ولم يكن على البائع ضمان. [253أ]

قال أبو بكر: يعني محمد إنّ البائع قبضه في هذه المسألة بعدما عاد إلى يد الآمر، ووجه ذلك: أنّ الآمر لما عاد العبد إلى يده برئ البائع ممّا كان لحقه من ضمان قيمته بالقبض الذي كان قبل البيع والقبض الثاني إنّما حصل بعد البيع، ولا ضمان على البائع في قبضه إيّاه بعد العقد على حسب ما بيّناه.

مسألة

قال محمد: ولو أمره بأن يبيع عبدًا له، ودفعه إليه ونهاه أن يقبض الثمن إلّا ببيّنة فباع العبد وقبض الثمن بغير بيّنة، فالبيع جائز، ولا يضمن الثمن أن برئ في يد البائع، وكذلك لو قال: لا يقبض الثمن إلّا بمحضر من فلان.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لم يملك قبض الثمن من جهة الآمر، وإنّما ملكه بالعقد. ألا ترى أنّ الآمر ليس له ينهاه عن قبضه بعد العقد، وإنّه لو قبضه بعد نهيه لم يضمنه، وجاز قبضه، فلمّا كان العقد الموجب له قبض الثمن قائمًا وجب أن يجوز له قبضه، ولم يعمل نهي الآمر في قبضه يعني بيّنة.

قال محمد: ولو قال له: "لا تبعْه إلّا بمحضر من شاهدين أو بمحضر من فلان"، فباعه بغير محضر من الذي أمره، فبيعه باطل.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه ملك التصرّف في العقد من جهة الآمر، فعمل شرط الآمر في عقده على الوجه الذي أمره به، لأنّ له به أن يوكّله وكالةً مطلقة، فلمّا قيّد البيع بالصفة المذكورة فيه عمل تقييده، وشرطه على ما بيّنا، ولا فرق بين أن يبتدئ الوكالة التقييد المذكور فيها وبين أن يوكّله وكالة مطلقة، ثم يقيّدها بما ذكر، لأنّه لو نهاه بعد الوكالة المطلقة عمل نهيه كذلك يعمل تخصيصه.

قال محمد: ولو كان الذي [253ب] ولِي البيع ربّ العبد، فأمره بقبض الثمن من المشتري، وأمره ألّا يقبضه إلّا ببيّنة، فقبضه بغير بيّنة لم يجز قبضه على الآمر، وكان الثمن على المشتري على حاله.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ هذا الوكيل إنّما يتصرّف في قبض الثمن من جهة الآمر، فصارت هذه وكالة مخصوصة مقصورة على صفة، فلم يجز له قبضه على غير الوجه المأمور به، ويدلّك على أنّه ملك التصرّف في القبض من جهة الآمر في هذه المسألة أنّ الآمر لو نهاه عن قبضه بعد الأمر عمل نهيه، ولم يكن له بعد ذلك قبضه.

باب الرجل يشتري العبد لغيره فيجد به[2694] العيب فيأمره الآمر بردّه

قال محمد: وإذا وكّل الرجل رجلًا يشتري له جاريةً بألف درهم، ودفع إليه المال فاشترى له، وتقابضا، ثم وجد المشتري بها عيبًا، فله أن يردّها بالعيب وإن لم يحضر الآمر.

قال أبو بكر: وذلك لأنّها باقية في يده على الوكالة، وقبضه إيّاها لم يقطع حقّ الوكالة، والدليل على صحّة ذلك: أنّ الآمر لو وجد بها عيبًا كان الوكيل هو الخصم في الردّ دونه، فلمّا كانت في يده على حكم الوكالة، ولم يكن في ردّها إبطال حقّ آخر غير ما تعلّق بالوكالة كان له الردّ كما وجد بها عيبًا قبل القبض كان له فسخ البيع فيها بغير أمر الآمر، وكما لو كان له فيه خيار الرؤية أو خيار الشرط كان له فسخ العقد بغير محضر من الآمر، والمعنى في ذلك كلّه: كونها في يده على حكم الوكالة.

قال محمد: ولو كان الآمر قبض الجارية [254أ] من المشتري لم يكن للمشتري أن يردّها بالعيب إلّا بأمر الآمر.

[2694] فيحدثه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ أخذ المولى الجارية من يده حجر عليه في الوكالة بالردّ، وله أن يحجر عليه في ذلك كمولى المأذون له في التجارة إذا أخذ مالًا في يد المأذون صار ذلك حجرًا في ذلك المال بعينه، وكذلك ما وصفنا.

وفصل آخر بين المسألتين، وهو: أنّ يد المأمور موجبة بعقد البيع، لأنّ عقد البيع يوجب على البائع تسليمها إلى المشتري في إثبات يده فيها، فلمّا كانت هذه اليد موجبة بالعقد[2695] ومن حقوقه، وكانت وكالته واقعة في التصرّف في العقد، وكان فسخ هذه اليد الموجبَة بالعقد عند وجود العيب من حقوق الوكالة وجب أن يكون له فسخه. وأمّا إذا قبضها الآمر فقد حصلت هناك يد أخرى لم يوجبها العقد ولم يتعلّق صحّتها بالوكالة، ولا في فسخها فسخ بما اقتضاه العقد احتجنا في فسخها إلى رضا الآمر. ألا ترى أنّ قبض المشتري هو الموجب بالعقد لا قبض الآمر. ألا ترى أنّ هلاكها بعد قبض المشتري لا يقدح في العقد وإن لم يقبضها الآمر، وإنّ هلاكها قبل قبض المشتري يبطل العقد.

قال محمد: فإن لم يقبض الآمر الجارية حتى وجد بها المشتري عيبًا فأمره الآمر بردّها بالعيب، فرضي المشتري بالعيب، وأبرأ منه البائع، فالآمر بالخيار إن شاء أخذ الجارية، ولا شيء غيرها، وإن شاء ألزمها المشتري بالعيب، وأخذ الآمر من المشتري الثمن، وكانت الجارية للمشتري.

قال أبو بكر: أبرأ المشتري البائع من العيب جائز فيما بينهما، لأنّ هو الخصم فيه. ألا ترى أنّ أبا حنيفة ومحمدًا يجيزان إبراء الوكيل بالبيع المشتري من الثمن، لأنّه يملك حقّ المطالبة من غير جهة الآمر، بل من جهة العقد، [254ب] فكذلك البراءة من العيب، ثم يجوز هذه البراءة على نفسه دون الآمر كما يجوز برائته من الثمن على نفسه دون الآمر إذا كان وكيلًا بالبيع، ويكون الآمر بالخيار في مسألتنا إن شاء أخذ الجارية، ولا شيء له غيرها، لأنّ له أن يرضي بها معيبة، وإن شاء ألزمها المشتري من قِبل أنّه لما كان له ألّا يلزم نفسه براءة المشتري، ولم يمكنه ألّا يلتزمها إلّا بنقض الملك فيما بينه وبين الوكيل كان له إلزامها الوكيل، ولأنّ الوكيل بالشراء إنّما تنتقل[2696] الجارية إليه من جهة البائع ومن جهة تنتقل[2697] إلى الآمر بالضمان، فصار الوكيل في معنى البائع من الآمر في هذا الوجه.

قال أبو بكر: هذه المسألة لا خلاف فيها أعني في جواز براءة الوكيل من العيب، وكذا كان يقول أبو الحسن رحمه الله. والفرق بينهما وبين إبرائه من الثمن: أنّ حصّة العيب ليست بمالٍ، وإنّما الردّ بالعيب حقّ أوجبه له العقد، فجاز ذلك عليه.

فإن قيل: فهلّا أجزتَه على الآمر كما لو أبرأ من العيب قبل القبض جاز عليه.

[2695] + بعقد البيع لأنّ عقد البيع يوجب على البائع تسليمها إلى المشتري في إثبات يده فيها فلمّا كانت هذه اليد موجبة بالعقد، صحّ هامش.
+ بالعقد.
[2696] ينتقل.
[2697] ينتقل.

قيل له: لأنّ حصّة العيب وإن لم يكن مالًا في الحال فإنّها قد تصير[2698] مالًا عند تعذّر الردّ بالموت ونحوه، فلمّا تعلّق به حكم الحصّة من هذا الوجه لم يـجز برائته على الآمر. وأمّا قبل القبض فإنّه لم يتعلّق بوجود العيب حكم الحصّة من وجهٍ. ألا ترى أنّه لو مات لم يـحصل للعيب حصّة، وانتقض البيع فأشبه الخيار الواجب في الردّ بالعيب قبل القبض خيار الشرط وخيار الرؤية، فلذلك خيار على الآمر.

فإن قال قائل: فهلّا أجزت برائته على الآمر كما جاز إبطاله لخيار الرؤية وخيار الشرط عليه.

قيل له: أمّا بطلان خيار بطلان خيار الرؤية فإنّه من حقوق القبض من حقّ المشتري. ألا ترى أنّه لو قبضه بعد الرؤية بطل خياره، ولا يتعلّق به حكم المال، [255أ] فمن حيث ملك القبض ملك الرضا بالمبيع عند الرؤية، إذ كان بطلان خياره من حقوق القبض الذي ملّكه بالعق،د وليس كذلك الرضا بالعيب، لأنّه ليس من حقوق القبض، بل هو حقوق العقد، ويتعلّق به حكم الحصّة بعد القبض، فلذلك اختلفا. وأمّا خيار الشرط فإنّما أوجب له الفسخ على الآمر، لأنّه استثناء لنفسه بالشرط لزوم أحكام العقد إلّا برضاه، فأشبه خيار القبول. وأيضًا فإنّ بقاء خيار الرؤية يمنع تمام العقد، لأنّه لا يتمّ إلّا بإبطاله، فلمّا كان الرضا به بعد الرؤية من إتمام العقد، وكان موكّلًا بإتمامه وجب أن يكون موكّلًا بإبطال خيار الرؤية وخيار العيب قبل القبض وخيار الشرط، وليس كذلك خيار العيب بعد القبض، لأنّ بقاؤه لا يمنع تمام العقد، ويدلّك على صحّة ذلك أنّ من اشترى عبدين، وله فيهما خيار الشرط أو الرؤية أو خيار العيب قبل القبض أنّه ليس له أخذ أحدهما دون الآخر، ولو قبضهما، ثم وجد بهما أو بأحدهما عيبًا كان له أن يردّ أحدهما دون الآخر.

قال محمد: فإن رضي المشتري بالعيب فلم يجيز الآمر أخذ الجارية، ولا إلزامها المشتري حتى ماتت الجارية، فإنّها تموت[2699] من مال الآمر، ويرجع الآمر على المشتري بحصّة العيب.

قال أبو بكر: أمره إيّاه بالرّد ليس بتمليك منه للمشتري إيّاها. ألا ترى أنّه بعد أمره إيّاه بالردّ ورضا المشتري بالعيب قد كان له الخيار في أخذها أو إلزامهما إيّاه، فقد علمت أنّ رضا المشتري بالعيب بعد أمر الآمر إيّاه بالردّ لم يدخلها في ملك المشتري، وإذا ماتت على ملك الآمر لم يلزم المشتري ضمانها من قِبل أنّها باقيةٌ [255ب] في يده على وجه الوكالة، وهو أمين فيها، وإنّما رجع الآمر عليه بعد الموت بحصّة العيب، لأنّ العيب قد صارت حصّته مالًا بالموت، فصار المشتري مبرئًا لذلك الجزء[2700] من المال، فيضمنه للآمر مثل الوكيل بالبيع إذا أبرأ من الثمن.

قال محمد: ولو اعورّت الجارية عند المشتري بعدما أبرأ البائع من العيب فإنّ الجارية يلزم الآمر، وليس له فيها خيار، ويرجع الآمر على المشتري بحصّة العيب الذي أبرأ منه من الثمن.

[2698] فانها قد يصير.

[2699] تموت

[2700] الجزم

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الجارية لما كانت باقيةً في يد المشتري على حكم الأمانة بعد رضاه بالعيب على الحدّ الذي وصفنا لم يختلف حكمها في كونها في يد الآمر أو في يد المشتري، إذ كانت يد المشتري يدًا للآمر، ومعلومٌ أنّها لو كانت في يد الآمر فرضي المشتري بالعيب، ثم اعورّت قبل أن يلزمها إيّاه الآمر لم يكن للآمر إلزامها المشتري معيبة بعيب كان في يد الآمر كما أنّ المشتري ليس له ردّها على البائع بعيب كان في يد البائع مع حدوث عيبٍ بها في المشترى، وإنّما ضمن المشتري حّصة العيب قد صارت حصّته مالًا بحدوث العور كما قلنا في الموت، فكان له ألّا يلتزمه،ا ويردّ حصّة العيب كما أنّ للبائع أن يردّ حصّة العيب، ولا يأخذها إذا اعورّت في يد المشتري.

قال محمد: ولو كان الآمر ألزمها المشتري بدءًا، وأخذ منه الثمن، ثم أنّ المشتري وجد بالجارية عيبًا آخر كان عند البائع لم يستطع أن يردّ الجارية على البائع ولا على الآمر بذلك العيب، ولا يرجع على واحدٍ منهما بحصّته.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المشتري إنّما حصل له الملك الجارية من جهة الآمر لا من جهة البائع إلّا أنّه لم يملكها من جهة [256أ] الآمر على جهة المبادلة. ألا ترى أنّه حين ألزمها إيّاه لم يثبت بالردّ الثمن على المشتري بدلًا من الجارية، وإنّما سقط عن الآمر ثمنها كما يسقط الثمن عن المشتري إذا ردّ الجارية بعيبٍ. ألا ترى أنّ البائع متى ردّت عليه الجارية بالعيب أنّه يسقط عن المشتري الثمن لا على معنى كونه عوضًا ملكه عن العقد، فكذلك ما وصفنا، فإن كان الآمر قد نقد الثمن رجع به على المشتري، لأنّه هو المانع من رجوعه إليه، وردّه عليه بإبرائه البائع من العيب، فضمنه من هذا الوجه لا على معنى أنّه استحقّ عليه بدلًا من العبد، وإذا صحّ ذلك لم يرجع على الآمر بحصّة العيب، إذ ليس هناك بدلٌ يرجع به على ما بيّنا، وإنّما لم يكن للمشتري رجوع على البائع أيضًا، لأنّ ملك الجارية حصل له من جهة الآمر لا من جهة البائع، فلمّا حدث بين الملك الذي أوجبه البائع بالعقد للآمر وبين حالِ الردّ ملك آخر لم يوجبه البائع بالعقد لم يكن له ردّها عليه، ولا يرجع أيضًا بحصّة العيب كرجل اشتري جاريةً، وباعها من غيره، ثم وهبها له المشتري الثاني فلا يردّها المشتري الأوّل على البائع الأوّل، ولا يرجع بالحصّة أيضًا.

قال محمد: ولو وجد بها عيبًا حدث عند المشتري قبل إلزام الآمر إيّاه، فإنّ المشتري يردّها على الآمر.

قال أبو بكر: لأنّ كونها في يد المشتري قبل إلزام الآمر إيّاه وكونها في يد الآمر سواء على ما بيّنا، وقد بيّنا أنّ حدوث العيب بها في يد الآمر يمنع إلزامها المشتري، فلمّا ألزمها إيّاه الآمر بيّنا في الثاني أنّ إلزامه كان خطأ، فلذلك فسخنا ملكه، ورددناها إلى الآمر، وليس كذلك العيب الذي كان [256ب] عند البائع من قِبل أنّه قد وجب ردّها بالعيبين جميعًا على البائع، فلمّا منع ذلك المشتري جاز للآمر إلزامها إيّاه.

فإن قال قائل: فقد جعلتَ للمشتري ردّها على الآمر بالعيب الذي غيره كان عند البائع.

قيل له: ليس في ثبوت الحقّ الردّ للمشتري بالعيب الذي حدث في ملك الآمر ما يوجب أن يكون ذلك كان بمنزلة الشراء منه، وإنّما وجب له الردّ من قِبل أنّا بيّنا[2701] أنّه كان خطأ إلزام الآمر إيّاه الجارية بعد حدوث العيب بها عنده. ألا ترى أنّ من باع من رجلٍ عبدًا فوجد به المشتري عيبًا، فردّه على البائع، ثم اطّلعنا على عيب كان حدث عند المشتري أنّا نجعل للبائع الخيار في ردّه إليه، وليس في ثبوت حقّ الردّ له ما يكسب هذا الردّ حكم البيع، لأنّ الردّ بالعيب بقضاء قاضٍ لا يكون أبدًا في حكم البيع، لكن لما تبيّن[2702] في الثاني أنّه لم يكن له حقّ الردّ لأجل ما حدث من العيب عنده جعلنا للبائع أن يردّه عليه، ولا يقبله بالعيب الحادث عنده.

باب ما يكون وكالة في الطلاق وما لا يكون

قال محمد: وإذا قال الرجل للرجل: "أمرُ امرأتي بيدك" فطلّقها الرجل في مجلسه طُلقتْ تطليقةً بائنةً إلّا أن ينوي الزوج ثلاثًا، فيكون ثلاثًا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ [257أ] قوله: "أمْر امرأتي بيدك كلّه" جامعةً محتملةً للواحد وللثلاث، فعلمت بيّنة في إرادة ما أراد منهما، ويكون ذلك على المجلس، لأنّ ذلك لفظ تمليك، وألفاظ التمليك يتعلّق حكمها على المجلس، كقول الرجل لآخر: "قد بعتُك عبدي هذا بألف درهم" أنّه يقف على قَبول المشتري في المجلس لقول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: ((البائعان[2703] بالخيار ما لم يتفرّقا))[2704]، فصار ذلك أصلًا في تعلّق حكم ألفاظ[2705] التمليك على المجلس دون غيره، فهذا حكم ما كان تمليكًا في تعلّقه على المجلس. فأمّا الوكالات فإنّها على المجلس وغيره.

قال محمد: وكذلك لو قال له: "طلّقها فأمْرها بيدك" كان هذا والأوّل سواء إن طلّقها في المجلس كان الطلاق بائنًا، وإن طلّقها بعد القيام من المجلس لم تقع عليها طلاقه.

قال أبو بكر: لو قال له: "طلّقْها" واقتضى عليه كان ذلك وكالة مطلقةً على المجلس وغيره، فلمّا قال: "فأمْرها بيدك" بيّن ذلك أنّ قوله "طلّقْها" ليس بتوكيل، وإنّه تمليك، والأصل في ذلك: أنّه متى أمرنا مرّتين، فإن صلح أن يكون الثاني مُبتدأ فهو أمر ثان[2706] يثبت حكمه على حياله، ويكون معتبرًا في نفسه غير متعلّق بما قبله، وإن لم يصلح اللفظ الثاني أن يكون ابتداء فهو تأكيد للأمر الأوّل. فقوله "فأمرك بيدك" لا يصلح أن يكون ابتداء، لأنّه لا يصلح ابتداء "فأمرك بيدك"، وإذا كان كذلك صار تفسيرًا لقوله: "طلّقْها" تمليكًا فكان حكمها مقصورًا على المجلس دون ما سواه، وذلك لأنّ

[2701] ابيّنا.
[2702] بين.
[2703] البيعان.
[2704] سبق تخريجه.
[2705] ألفاظا.
[2706] ثاني.

حكم الكلام يتعلّق بالتفسير. ألا ترى أنّه لو قال لها: "أنت طالق ثلاثًا" [257ظ] تعلّق حكمه بالثلاث المذكورة فيه على وجه التفسير دون قوله: "أنت طالق".

قال محمد: ولو قال لرجل: "طلّق امرأتي" فقد جعلتُ ذلك إليك، فطلّقها الرجل في مجلسه ذلك كانت طالقًا تطليقةً يملك الرجعة، وإن قام من ذلك المجلس قبل أن يطلّقها لم يقع طلاقه عليها، وكذلك لو قال: "قد جعلتُ إليك طلاق امرأتي" فطلّقها كان هذا والأوّل سواء.

قال أبو بكر: قوله: "قد جعلت ذلك إليك" من ألفاظ التمليك إلّا أنّه تمليك تصريح اللفظ، وإذا وقع التمليك باللفظ الصريح كان طلاقًا رجعيًّا، وليس ذلك كقوله: "طلّقْها فأمْرك بيدك" في كونه بائنًا من قِبل أنّ قوله: "جعلتُ ذلك إليك" إنّما هو راجعٌ إلى ذلك الطلاق وكناية عنه. ألا ترى أنّ قوله: "ذلك" لا بدّ من أن يكون كنايةً عن مذكور متقدّم، وليس هناك مذكور غير الطلاق المبتدأ بذكره، فلذلك كان رجعيًّا. وأمّا قوله: "فأمرُك بيدك" فإنّ لفظ الأمر يقتضي البينونة إذا طلّقتْ، وليس بكناية عن قوله: "طلّقْها"، وإنّما هو تفسير وإيجاب زيادة البينونة به مع التمليك كقوله: "أنت طالق بائن" فيقع بائنًا على ما قال.

قال محمد: وكذلك لو قال: "قد جعلتُ إليك طلاق امرأتي" فطلّقها كان هذا والأوّل سواء.

قال أبو بكر: هذا أبين من المسألة الأولى في إيقاع الرجعي به دون البائن.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا قال لرجلٍ: "طلّقْ بـامرأتي فأبنها[2707]" فطلّقها الرجل في مجلسها أو بعدما يقوم منه كانت طالقًا تطليقةً بائنة. فكذلك لو قال له: "أبن[2708] امرأتي" [258أ] فطلّقها كان هذا والأوّل سواء.

قال أبو بكر: هذه وكالة مطلقة، وليس بتمليك، لأنّ اللفظ لم يخرج مخرج التمليك وهو بائن، لأنّه قد بيّنه بقوله: "فأبنها[2709]" إن كان ابتداء بقوله: "طلّقْها". وأمّا إذا ابتداء بقوله: "أبن[2710] امرأتي" فإنّ هذا من ألفاظ البينونة، وقوله: "فطلّقْها" لا يصلح أن يكون كلامًا مبتدأ لدخول الفاء عليه، فرجع إلى ما قبله، وصار ذلك مَشُورةً منه عليه بإيقاع ما وكّله به من البينونة.

2707 فاينها (فاينها).
2708 اين.
2709 فاينها.
2710 اين.

فإن قال قائل: هلّا علّقت الحكم في البينونة والرجعي بالتفسير، فإذا كان قوله: "فطلّقْها" تفسيرًا لقوله: "أبن[2711] امرأتي"، فواجبٌ أن يكون رجعنا كما أنّه إذا قال: "طلّقْ امرأتي فأمْرها بيدك" كان بائنًا، لأنّ التفسير يقتضي البينونة، فتعَلّق الحكم به دون غيره.

قيل له: لأنّ قوله: "فطلّقْها" إنّما هو مشورة منه عليه في إيقاع ما جعل إليه، وقوله: "فأمْرها بيدك" إنّما هو تفسير ليس بمشورة، فلذلك يُطلق الحكم به دون ما قبله.

فإن قال قائل: فإذا قال: "طلّقْ امرأتي فأبنها[2712]" ينبغي ألّا يقع به بينونة، لأنّ قوله: "فأبنها[2713]" مشورة فلا تغيّر حكم ما قبله.

قيل له: الفصل بينهما: أنّه متى ابتدأ بلفظ البينونة ثم عطف عليه لفظ المشورة بالتصريح لم يتغيّر حكم ما قبله، لأنّ لفظ البينونة إذا اجتمع مع لفظ الصريح كان بائنًا كقوله: "أنت طالق بائن" أو "أنت بائن بتطليقة" ونحو ذلك، وإذا ابتدأ بلفظ الصريح، ثم عطف عليه بالبينونة كان ذلك زيادةً ملحقة باللفظ الصريح، فأوجب البينونة من أجل ذلك، ولذلك قالوا: إنّه لو قال: "أمْر امرأتي بيدك فطلّقْها"، أنّ ذلك تمليكٌ يقتضي البينونة، لأنّ قوله: "فطلّقها" لا يغيّر حكم الأمر المتقدّم [258ظ] في كونه بائنًا، وتعلّق الحكم بقوله: "أمْرك بيدك" لا غير، ولم يختلف حكم تقدّم الأمر في ذلك وتأخّره لما اقتضاه من البينونة.

ووجه آخر في إيجاب التسوية بين قوله: "أمْرها بيدك فطلّقْها" وبين قوله: "طلّقْها وأمْرها بيدك"، وهو: أنّ قوله: "أمْرها بيدك" جملة هي أعمّ من قوله: "طلّقْها"، لأنّ قوله: "أمْرها بيدك" فيه طلاق وتمليك، وقوله: "طلّقْها" توكيل بالطلاق ولا تمليك فيه، فلم يختلف فيه حكم التقديم والتأخير بعد أن يكون عطْفه عليها بالفاء، وصار الاعتبار في ذلك بقوله: "أمْرها بيدك"، وصار قوله: "فطلّقْها" تفسير البعض ما تضمّنته الجملة، وكان العامل هو قوله: "أمْرها بيدك".

قال محمد: ولو قال: "طلّقْ امرأتي، وقد جعلتُ أمْرها بيدك" فإن طلّقها قبل أن يقوم من مجلسه طَلُقت تطليقتين، وإن قام الرجل من مجلسه قبل أن يطلّقها، ثم طلّقها بعد ذلك طَلُقت واحدة بقوله: "طلّقْها".

قال أبو بكر: لما عطف الثاني على الأوّل بالواو، وثبت حكم كلّ واحد من اللفظين على حياله، ولم يتعلّق حكم أحدهما بالآخر، لأنّ الواو إذا دخلت عليه أخرجتْه من أن يكون تفسيرًا، وإنّما يوجب الاستئناف، وإذا كان ذلك كذلك اشتمل هذان اللفظان على الوكالة والتمليك، ومن حكم الوكالة أن يكون مطلقةً، ومن حكم التمليك أن يكون مقصورًا على

[2711] اين.
[2712] فاينها.
[2713] فاينها.

المجلس، فطلّقها[2714] ثنتين[2715] في المجلس، فقد أبى[2716] بموجب اللفظين من الإيقاع، فوقعا، وإذا أقام من المجلس بطل ما جعل إليه من الطلاق على وجه التمليك، وبقي حكم الوكالة على حالها.

قال محمد: وكذلك [259أ] لو قال: "أمْرها بيدك وطلّقْها" كان هذا والأوّل سواء.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا أنّ الواو توجب الاستئناف، ويخرج الثاني من أن يكون تفسيرًا أو مشُورةً.

قال محمد: ولو كان قال: "طلّقْها وأبنها[2717]" فطلّقها في مجلسه أو بعدما يقوم كانت طالقًا تطليقتين بائنيتين، فكذلك، وكذلك لو قال: "طلّقْها وأبنها[2718]".

قال أبو بكر: وذلك لأنّ كلّ واحد من اللفظين وكالة مفردة إحديهما بطلاق بلا بينونة والأخرى ببينونة، وليس في واحد منهما تمليكٌ. آخر الوكالة..

[كتاب الحوالة والكفالة]

باب الحوالة[2719]

قال محمد: وإذا كان للرجل على الرجل مئة درهم ولامرأة[2720] على الذي له الدين مئة درهم، فأحالها على الغريم بدينها على أن تأخذ ذلك من الدين الذي على الغريم، فالحوالة جائزة، وغريم المرأة بريء من دينها.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن رحمه الله يقول: إذا أحالها بالمال على غريمه فكأن في المعنى هناك العين ألف مضمونة على المحال عليه بالحوالة، وألف مُشترط منها الأداء، وذلك لأنّ الحوالة إذا كانت إنّما هي تحويل ما في ذمّة المحيل إلى ذمّة المحتال عليه، فمتى تحوّلت الألف بالحوالة صارت مضمونة على المحال عليه، وليست هذه الألف [259ب] هي ما للمحيل على المحال عليه، وإنّما تحوّل ما كان على المحيل إلى ذمّة المحال عليه، وأمره المحيل أن يؤدّي ما عليه غرماء حقّ له إلى ذمّته، واعتبر ذلك بألفين ألف غصبٌ وألف وديعة أمره أن يدفع الألف الوديعة عن الغصب، وإذا كان الأصل في ذلك ما وصفنا، فمتى قضى المحتال عليه ألف الحوالة ملك ما كان في ذمّته للمحيل، فحصلت الألف المضمونة مِلكًا له، وهي له على المحيل مضمونة بالأمر، وقد أمره المحيل أن يقبض ما حصل على المحيل مضمونًا

[2714] فاطلقها.
[2715] [illegible]
[2716] [illegible]
[2717] واينها.
[2718] واينها.
[2719] هذا الباب كان مندرجًا تحت كتاب الإجارة لخطأ في الترتيب من قبل غير المؤلف. وذلك تم ترتيبه بناءًا على ترتيب الجامع الكبير.
[2720] ولامرأة

للمحتال عليه من الدين الذي له عليه، وإذا كان الأمر على ما وصفنا قلنا: متى ملك المحال عليه ما حصل في ذمّته بالحوالة سقط دين المحيل عن ذمّته، وملكه المحال عليه بملكه الألف الحوالة بالأداء، وبما يقوم مقام الأداء من التمليك.

قال أبو بكر: وإنّما برأ المحيل من دين المرأة بالحوالة إنّما هي تحويل المال من ذمّة المحيل إلى ذمّة المحال عليه، ولا جائز أن يكون محولًا عن ذمّته وباقيًا فيها، فلمّا امتنع ذلك صحّ وقوع براءة المحيل بنفس الحوالة. وممّا يدلّ على براءة المحيل قول النبي صلى الله عليه وسلم: ((من أحيل على مليءٍ فليبع))[2721]، ولو لم يقع البراءة بالحوالة لم يكن لشرط الملاء في الحوالة معنى، فلمّا شرط الملاء في الحوالة على أنّها توجب براءة صاحب الأصل.

فإن قال قائل: كيف يجوز ضمان المحال عليه للمال مع براءة صاحب الأصل مع قولكم: "إنّ براءة صاحب الأصل توجب براءة الكفيل".

قيل له: ليست الحوالة من الكفالة في شيء من قِبل أنّ الكفالة إنّما هي مال ثابت على الغير في ذمّته، [260أ] فلا يصحّ بقاء الضمان إلّا مع بقاء المال على صاحب الأصل. ألا ترى أنّ من ضمن عن غيره ما ليس عليه لم يصح ضمان مال ثابت على الغير في ذمّته، فلا يصحّ بقاء الضمان إلّا مع بقاء المال على صاحب الأصل. ألا ترى أنّ من ضمن عن غيره ما ليس عليه لم يصح ضمانه، وإذا كان ذلك كذلك كانت براءة صاحب الأصل موجبه لبراءة الكفيل. وأمّا الحوالة فإنّما هي تحويل المال من ذمّة إلى ذمّة، فهي مشبِهَة في هذا الوجه لِـمَن كان له على آخر دين، فاشترى به منه عبدًا، فحوّل الحقّ الذي كان له في الذمّة إلى العين التي هو العبد، فيوجب ذلك برائته من الدين، فكذلك ما وصفنا.

قال أبو بكر: وقال زفر بن الهذيل: لا يبرأ من صاحب الأصل بالحوالة كما لا يبرأ بالكفالة، واحتجّ في ذلك بما وصفنا، والكلام عليه ما بيّنا.

قال محمد: فإن وهبت المرأة دينها للمحتال عليه أو قضاها المال الذي احتالت به عليه سلمت له المئة الدرهم التي كانت للمحيل عليه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الهبة عقد تمليك، والمحال عليه إذا ملك ما كان في ذمّته للمحال برئ من دين المحيل. والدليل على ذلك: أنّه إذا قضى المال ملك ما في ذمّته، وبرئ من دين المحيل، فكذلك الهبة لما كانت موجبة للتمليك صارت في معنى القضاء في باب إيجابها للملك.

قال محمد: ولو لم يهب المال له، ولم يقبضه منه، ولكنّها أبرأته عن غير قبض برأ المحتال عليه والمحيل من دين المرأة، وكان للمحيل على المحتال عليه مئة درهم دينه الذي كان له عليه.

[2721] صحيح ابن حبان، الحجر، باب الحوالة؛ مسند أحمد، 463/2؛ مصنف ابن أبي شيبة، 443/11؛ مسند أبي عوانة، 348/3؛ مسند الشاميين للطبراني، 188/3.

قال أبو بكر: البراءة ليست بعقد التمليك، وإنّما هي إسقاط حقّ. والدليل على ذلك: [260ب] أنّ من غصب من رجل عبدًا فأبرأه المغصوب منه من العبد أنّه لا يملك العبد بالبراءة، وإنّما يسقط بها ما كان تعلّق له من الضمان بالغصب، ولو وهبه له فضيلة[2722] ملكه، فثبت بذلك أنّ عقد الهبة يقتضي التمليك من طريق اللفظ، وإنّ البراءة لا يقتضيه، وإنّما هي إسقاط حقّ. ويدلّ على ذلك أيضًا: أنّ هبة المال للكفيل يوجب براءة صاحب الأصل من دينه، ولا يوجب للكفيل الرجوع به عليه.

قال أبو بكر: هذا الذي وصفنا من أنّ البراءة لا يقتضي التمليك، فإنّما هو فيمن كان ضامنًا عن الغير. فأمّا براءة صاحب الأصل فإنّما هو يوجب التمليك أعني في غير الحوالة، وقد بيّنا ذلك في هذا الموضع.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ المرأة التي احتالت بدينها لم يهبه للمحال عليه، ولم يبرئه منه، ولكنّها أخّرتْه به سنة كان التأخير جائزًا، ولم يكن للمحيل أن يرجع على المحتال عليه بشيء من ماله.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ دخول الأجل على الدين لا يسقطه ولا يبرئه منه.

قال محمد: فإن أبرأته المرأة بعد ذلك من دينها بعدما أخّرته به جازت البراءة، ورجع المحيل على المحال عليه بدينه الذي كان عليه حالًّا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ التأجيل إنّما دخل على حقّ المحيل[2723] الذي له في ذمّة المحال عليه، فلمّا سقط حقّه بالبراءة عاد الدين الذي كان للمحيل عليه على الأصل الذي كان عليه، ولم يدخل الأجل على الدين الذي كان للمحيل، فيكون دينه مؤجّلًا بعد البراءة، لأنّا قد بيّنا أنّ المحال عليه كان عليه العين ألف من جهة الحوالة، والألف الدين الذي كان للمحيل، فيكون دينه مؤجّلًا بعد البراءة، لأنّا قد بيّنا [261أ] أنّ المحال عليه كان عليه ألفين، ألف من جهة الحوالة، والألف الدين الذي قد أمر باقتضائه عمّا يجب له بقضاء الحوالة على المحيل، ودخول الأجل على أحد المالين لا يجعل الآخر مؤجّلًا، فلذلك كان الأمر فيه على ما وصفنا.

قال محمد: ولو أنّ المحيل قضى المرأة دينها عن المحال عليه بعدما أخّرته سنةً فليس بمتطوّع في القضاء، والقضاء جائز، ويرجع المحيل على المحتال عليه بدينه الذي كان عليه حالًّا.

قال أبو بكر: إنّما لم يكن متطوّعًا في القضاء من قِبل أنّ المال لم يخرج عن ضمانه بالحوالة. ألا ترى أنّه إذا نوى ما على المحال عليه رجع بماله على المحيل، فبان ذلك أنّ المال لم يخرج من ضمانه بالحوالة، وإذا كان كذلك فهو لم يبر

2722 فضيلة

2723 المحال.

من دين المرأة براءة صحيحة، ولم يحصل المال المحال به في ضمان المرأة، فكان مؤدّيًا عن نفسه في الحقيقة، فبقي ما على الغريم على حاله للمحيل. وأيضًا فإنّ حاصل أداء المحال عليه المال إلى المرأة لو أدّاه إليها إنّما يقع عن المحيل، فإذا كان المحال عليه متى أدّى كان أداؤه واقعًا من مال المحيل، ثم إذا المحيل لم يكن متطوّعًا في الأداء. ألا ترى أنّ صاحب الأصل إذا أدّى عن الكفيل لم يكن متطوّعًا، بل كان مؤدّيًا عن نفسه، ولم يكن للكفيل أن يرجع عليه بشيء.

فإن قال قائل: إذا كان الأداء مستحَقًّا[2724] على المحيل من وجهٍ دون وجهٍ وفي غير دون غيرها، فأدّى عن غير ما استحقّ عليه فيه هلّا كان متطوّعًا.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن رحمه الله يجيب عن هذا بأنّ كون الأداء واقعًا عن غير العين التي فيها الحقّ لا يجعله متبرّعًا بالأداء بدلالة [261ظ] أنّ من له مئتي درهم حال عليها الحول، فالحقّ ثابت عليه في ألفين، وهو النصاب حتى لو هلك سقط عنه، وليس بمستحقّ عليه الحقّ في غيرها، ثم مع ذلك لو أدّى غير[2725] تلك الألفين لم يكن متطوّعًا، بل كان مُسقطًا قرضًا عليه، فسقط بذلك قول القائل إنّ وجوب الأداء من غير دون غيرها يمنع وقوع الأداء عنها إذا نوى به عن غير ألفين المستحقّ منها الأداء.

ووجه آخر، وهو: أنّ من قبض ألفًا على ملك فاسد فحقّ صاحبها قائم في أخذ عينها، ثم لو أدّى عنها ألفًا أخرى غيرها كان مقضيًّا لدينه، فسقط عنه ما لزمه ردّه من ألفين المقبوضة، فكذلك ما وصفنا.

قال أبو بكر: وإنّما رجع المحيل على المحال عليه بدينه حالًّا من قِبل أنّا قد بيّنا أنّ الأجل إنّما دخل مال الحوالة، وهو في المعنى غير الدين الذي على المحال عليه للطالب، وقد سقط المال الموصل بأداء المحيل، فبقي دينه على المحال عليه حالًّا كما كان.

قال محمد: وكذلك لو قضاها المحيل بهرجةً وكان الذي على المحال عليه جيادًا، فإنّ المحيل يرجع على المحال عليه بالجياد التي كانت له عليه، ولا يرجع بالبهرجة.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا أيضًا من أنّ المحيل إنّما قضى المرأة ما كان عليه عن نفسه، ولم يقضها عن المحال عليه، فإذا سقط دين المرأة بقي دين المحيل على الغريم على ما كان عليه.

قال محمد: ولو أنّ المرأة أخّرت المحال عليه بدينها سنةً، ثم مات المحيل، وعليه تسعمائة درهم دين سوى دين المرأة، وليس له مال غير الدين الذي كان له على المحال [262أ] عليه، فإنّ المئة يُقسم على عشرة أسهم، فيأخذ الغرماء أصحاب

[2724] مستَحِقًّا.

[2725]

التسعمائة من المحال عليه تسعين درهمًا حاله، ويكون للمرأة على المحتال عليه عشرة دراهم[2726] إلى أجلها، وكذلك الكفالة في هذا هي مثل الحوالة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المال الذي على المحال عليه للمحيل لم يخرج بالحوالة عن ضمان المحيل، ولم يحصل للمحال يد مضمونة عليه، فلمّا لم يحصل في ضمان المحال وكان لو توى من مال المحيل لم ينقطع حقّ الغرماء عنه، ولا يشبه هذا الرهن في كون المرتهن بعد موت الراهن به من سائر الغرماء من قِبل أنّ المرتهن قد حصلت له يد مضمونة على الرهن صار من أجلها أولى به من سائر الغرماء، ولو هلك هلك في ضمانه، وصار به مستوفيًا لدينه، فلمّا كان ذلك كذلك صار أولى به من سائر الغرماء، ولما لم يحصل للمحال يد مضمونة على مال الحوالة لم يختلف هو وسائر الغرماء بعد الموت في استحقاقه.

فإن قال قائل: فإذا كان المحيل لو أراد إبطال هذا الحقّ، وأخذ الدين لم يكن له ذلك فهلّا منعت بطلانه، وجعلت المحال أولى به من سائر الغرماء كما قلتم في رجل وكّل آخر ببيع عبدٍ، فباعه أنّ قبض الثمن حقّ للوكيل، ولو عزله عن قبض الثمن لم ينعزل، ولهذه العلّة قلتم: إنّه لو مات لم ينعزل الوكيل عن قبض الثمن.

قيل له: من قِبل أنّ المحيل هو الموجب لهذا الحقّ للمحال، ولم يحصل بذلك للمحال يد مضمونة عليه تختصّ[2727] به دون سائر الناس، فهو ما دام حيًّا لا سبيل له إلى إبطال ما أوجبه له، فإذا مات استوى هو وسائر الغرماء. ألا ترى أنّ من [262ب] عليه دين في الصحّة فمرض أنّ المرض يوجب للغرماء حقًّا في ماله، حتى لو أقرّ بدين[2728] في المرض لم يصدّق فيه على غرماء الصحّة، ومع ذلك فلو اشتدّ أنّ في مرضه دينًا ببيّنة[2729] اشترك غرماء الصحّة والمرض في ماله، ولم يكن لغرماء الصحّة مزيّة في الاختصاص بمال الميّت من أجل تقدّم حقّهم على حقّ من أدائه في المرض. فكذلك تقدّم ثبوت حقّ المحال في الدين الذي على الغريم لا يوجب له اختصاصًا باستيفائه عند الموت دون سائر الغرماء، إذ لم يكن هناك معنى غير تقدّم ثبوت الحقّ. وأمّا قبض الوكيل بالبيع الثمن فإنّه أملكه بنفسه لا من جهة الموكّل، وليس الموكّل هو الموجب ذلك له، فلذلك كان مالكًا للقبض بعد موت الموكّل كما ملّكه في حال الحياة، وفي مسألة الحوالة الموجب للحقّ للمحال في الدين هو المحيل. فأمّا ملك هذا الحقّ من جهته، وقد ساواه سائر الغرماء في ذلك من هذا الوجه، وإنّما له حقّ التقدّم، وليس لتقدّم ثبوت الحقّ مزيّة في الاختصاص بالاستيفاء بعد الموت لما وصفنا، فلذلك اختلفا، والله أعلم.

مسألة

[2726] درهم.

[2727] يحتض (يحتض به)

[2728] بذين.

[2729] [illegible]

قال محمد: وإذا كان لرجل على رجلٍ مئة درهمٍ بهرجةً، وللذي عليه الدين على رجل آخر مئة درهم بعد ثبت المال، فأحال الذي عليه الدراهم البهرجة صاحب الدراهم على الذي عليه الدراهم الجياد بدراهم جياد نقد ثبت المال مكان دراهمه البهرجة على أن يأخذها من الدراهم الجياد التي عليه على أن يأخذها بدراهمه [263أ] البهرجة، والمحتال عليه غائب، فبلغه، فأجاز، فهذه الحوالة باطل وإن كان حاضرًا، فرضي بذلك، فهو جائز إذا قبضها قبل افتراق المحيل والمحال، ولا ينظر فيه إلى فرقة المحتال عليه.

قال أبو بكر: لم يوجب عقد المداينة للمحتال الجياد، وإنّما كان له دراهمٌ بهرجة، فلا يمكنه أخذ الجياد عن البهرجة إلّا من جهة البيع، فصار كرجل اشترى من رجل عشرة دراهم[2730] بهرجةً بعشرة جياد على أن يحيله بالجياد على فلان، فإن كان حاضرًا وقبل الحوالة فهو جائز، وإن كان غائبًا لم يجز، وإنّما جاز إذا كان حاضرًا كما جاز شرط الكفالة به وشرطُ الرهن إذا كان بعينه، وقبضه، وهذا استحسان من قولهم.

والقياس ألّا يجوز، وقد بيّنا ذلك في مواضع غير هذا، وإنّما احتاج أن يكون قبول الحوالة في مجلس العقد من حيث تعلّقت به صحّة العقد، فصار كقبول العقد نفسه في باب تعلّقه على المجلس إذا كان ذلك على ما وصفنا وجب اعتبار مجلس المحيل والمحال دون المحال عليه، لأنّ عقد الصرف واقع فيما بينهما دون المحال عليه، فإن قبضه المحال في مجلسهما تمّ العقد.

قال محمد: ولو افترق المحيل وصاحب الدراهم قبل القبض انتقضت الحوالة، وعادت الدراهم البهرجة على المحيل كما كانت عليه.

قال أبو بكر: لأنّ عقد الصرف واقع بين المحيل وصاحب الدراهم البهرجة على المحيل[2731]، فلمّا افترقا قبل القبض بطل العقد، وفي بطلان العقد بطلان الحوالة من قِبل أنّ صحّة الحوالة من قبل تتعلّق بصحّة بقاء دين [263ب] المحال. ألا ترى أنّ المحال لو أبرأ المحتال عليه من الدين بطلت الحوالة، وعاد دين المحيل كما كان على المحال عليه.

قال محمد: فإن قضى المحال الدراهم الجياد على الحوالة الأولى برئ ممّا كان للمحيل عليه، وللمحيل أن يرجع على المحتال فيأخذها منه.

قال أبو بكر: وإنّما برئ بدفعها، وإن كانت الحوالة فاسدة من قِبل أنّها قد تضمّنت الأمر له بدفعه، فإذا وقع إليه ماله عليه بأمره برئ من دينه، وصار المحيل كأنّه قبضه وسلّمه إلى المحال بعد انتقاض عقد الصرف.

[2730] درهم.

[2731] على الأصل: [illegible]

فإن قال قائل: فهو إنّما كان مأمورًا بدفعه إليه على وجه الحوالة، وإذا قضاها بعد بطلان الحوالة لم يحصل دفعه على الوجه المأمور به، فيجب ألّا يبرأ من دين المحيل.

قيل له: إنّما برئ من حيث قضاه بأمره، وكون الحوالة فاسدة لا يخرجه من أن يكون مأمورًا بالقضاء. ألا ترى أنّ من قبض مالًا على مضاربة فاسدة لم يخرج فسادها من جواز تصرّفه فيها على حسب تصرّفه لو كانت صحيحة، وكذلك من قبض مالًا على ملك فاسد، فإنّ فساده لا يمنعه جواز تصرّفه فيه على حسب ما يتصرف في الصحيح.

قال محمد: وللمحيل أن يرجع على المحتال بالدراهم الجياد التي قبضها.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المحيل صار في المعنى كأنّه قبض الدراهم الجياد من المحال عليه بعد انتقاض عقد التصرّف، فسلّمها إلى المحال على حكم العقد، فهذا إنّما ملكه إيّاها ملكًا فاسدًا بمنزلة من قضى ثمن [264أ] الصرف بعد الافتراق، فيرجع به عليه.

مسألة

قال محمد: وإذا كان لرجل[2732] على الرجل مئة درهم حالّة، ولرجل آخر على صاحب الدين مئة درهم حالّة، فأحاله بها على غريمه إلى سنةٍ على أن يعطيها إيّاه من المئة التي عليه، فهذا جائز، والحوالة إلى السنة كما أحاله عليه.

قال أبو بكر: هذا تأجيل من المحال عليه في مال الحوالة، وقد بيّنا أنّ المال الذي لزمه بالحوالة غير المال الذي عليه للمحيل، وأنّ حكمه أن يصير قصاصًا بالأداء بمال المحيل.

قال محمد: فإن أبرأ المحتال عليه من دينه قبل السنة كان للمحيل أن يرجع بماله حالًا على المحال عليه.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّ التأجيل داخل على مال الحوالة دون ما على المحال عليه للمحيل، فإذا سقط مال الحوالة بالبراءة بقي مال المحيل عليه كما كان قبل الحوالة.

قال محمد: وذلك لأنّه لم يؤخّره بماله إنّما أخّره بما ضمن عنه، فإذا برأ ممّا ضمن بغير قبض رجع صاحب المال بماله على المحال عليه حالًا.

قال أبو بكر: قد بيّن محمد هذا أنّ مال الحوالة غير ما للمحيل على المحال عليه، وهي النكتة التي عليها بناء الباب.

مسألة

[2732] لرجل.

قال محمد: وإذا كان لرجل على رجل مئة درهم[2733] وكفل بها عنه رجلٌ على أن يأخذ صاحب المال بماله أيّهما شاء، ثم إنّ الكفيل أحال صاحب المال بماله على رجل، ولم يذكر في الحوالة برائته، ولا براءة له الذي عليه الأصل، فإنّ صاحب الأصل والكفيل بريئان من المال.

قال أبو بكر: إذا أنّهم الحوالة برآء جميعًا من قِبل[2734] أنّه أحاله بالمال، والمال مالٌ واحد ما في ذمّة الكفيل منه هو ما في ذمّة [264ب] المحال عليه، فإذا أحال بالمال على الإبهام برآء[2735] جميعًا إذا لم يخص بالبراءة واحدًا دون آخر، وذلك لأنّ المال الذي عليهما لما كان مالًا واحدًا[2736]، ثم حوله إلى ذمّة المحال عليه أوجب بذلك براءتهما جميعًا.

قال محمد: ولو أنّ الكفيل أحال صاحب المال بماله على هذا الرجل على أنّ براءة لم يبر صاحب الأصل من قِبل أنّه شرط براءة الكفيل خاصّة، ولم يشرط براءة صاحب الأصل ولا تحويل المال الذي في ذمّته إلى ذمّة المحال عليه، وليس في براءة الكفيل ما يوجب براءة صاحب الأصل إذا لم يكن صحّة بقاء المال على صاحب الأصل متعلّقة ببقائه على الكفيل. ألا ترى أنّ المال قد كان ثابتًا على صاحب الأصل ولا كفيل به، فكذلك سقوطه من الكفيل في المستقبل لا يقدح فيما على صاحب الأصل.

فإن قال قائل: فإذا كانت الحوالة المُبهَمة يقتضي براءة الكفيل، ولم يمنع براءته براءة صاحب الأصل معه، فلِمَ فرّقت[2737] من تصريحه بإبرائه وبين ما تضمّنته الحوالة من إبرائه.

قيل له: من قِبل أنّه إذا أبهم الحوالة فقد أوجب ذلك تحويل جملة المال إلى ذمّة المحال عليه، وذلك يوجب براءة الكفيل والمطلوب، إذ كان ما عليهما مالًا واحدًا، فإذا شرط تحويل المال إلى ذمّة المحال عليه برآء جميعًا، وإذا شرط براءة الكفيل فإنّما شرط سقوط الضمان الذي ضمّنه له بالقول، وقد دلّلنا على أنّ سقوط ضمانه غير موجب براءة صاحب الأصل.

قال محمد: وكذلك إذا قال أجنبيّ للطالب: "أحيل بهذا المال على برء المطلوب والكفيل جميعًا"، ولو شرط براءة الكفيل [265أ] برئ هو دون صاحب الأصل، وكذلك لو صالح الكفيل الطالب من المال على خمسمائة برئ المطلوب والكفيل من خمسمائة، ولو صالحه على خمسمائة على أن أبرأه من المال برئ الكفيل خاصّة من خمسمائة، وكان المال كلّه باقيًا على المطلوب.

2733 + هذا أنّ مال الحوالة غير ما للمحيل على المحال عليه وهي النكتة التي عليها بناء الباب مسألة قال محمد وإذا كان لرجل على رجل مئة درهم ، صحّ هامش.
+ وإذا كان لرجل على رجل مئة درهم.

2734 [illegible]

2735 [illegible]

2736 واحد.

2737 فلمْ فرقْت ([illegible])

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّ الصلح وقع مطلقًا عن جملة المال، فأوجب ذلك[2738] براءتهما جميعًا، إذ كان ما عليهما مالًا واحدًا، وإذا خصّ الكفيل بالبراءة وقد بيّن أنّه أسقط الخمسمائة ممّا ضمن بالكفالة، فلذلك برئ خاصّةً دون [صاحب الأصل]، إذ ليس في وقوع البراءة من الكفالة إيجاب براءة صاحب الأصل على الوجه الذي بيّنا.

قال أبو بكر: وكان أبو الحسن رحمه الله يقول: من أصلهم أنّ براءة الكفيل ليست بتمليك، وأنّ براءة الذي عليه الأصل تمليكٌ بمنزلة الهبة. قال: وإنّما لم يكن براءة الكفيل تمليكًا لما بيّنا من أنّ الذي عليه الأصل لا يبرأ من دين الطالب بسقوط الضمان الكفالة لما بيّنا. قال: وإنّما كانت براءة الذي عليه الأصل تمليكًا من قِبل أنّ المال لم يثبت عليه بضمان عن غيره، وإنّما ثبت عليه بوجه آخر من وجوه المداينات من نحو بيع أو قرض، فإذا أبرأه منه ملكه، لأنّه حصل له ذلك بدلًا عمّا كان ملكه بالعوض.

مسألة

قال محمد: وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم بعد ثبت المال، وكان على صاحب المال ألف درهم بهرجةً لرجل آخر فأحال الذي عليه البهرجة بدراهمه البهرجة على الذي عليه الدراهم الجياد [265ᵛ] على أن يعطيه دراهم بهرجة مثل دراهمه على أن يكون الدراهم الجياد للمحال عليه بما يعطي من الدارهم البهرجة فالحوالة على هذا باطل، ولا شيء على المحتال عليه، ويرجع المحتال بدراهمه على المحيل، ويرجع المحيل بدراهمه الجياد على المحتال عليه حاضرًا، فقبل الحوالة أو أن يكون غائبًا في أنّ الحوالة[2739] فاسدة في الوجهين جميعًا، وذلك لأنّ الذي عليه الجياد قد شرط أن يأخذ لنفسه الجياد التي عليه بالبهرجة التي يعطيها، فهذا بيعٌ فيما بينهما، بينه وبين المحيل، وقد شرط عليه في العقد أن يحيل عليه في العقد بالبهرجة بعض غرمائه، فصار كرجل باع من رجل عبدًا بألف درهم على أن يحيل بها على المشتري بعض غرماء البائع، وذلك يوجب فساد العقد، لأنّه شرط لا يوجبه العقد، ولا يشبه هذا شرطهما أحاله البائع على غريم المشتري هذا يجوز استحسانًا، لأنّ ذلك تأكيد للثمن وبويعه[2740] منه، فصار كشرطه الرهن، وكأنّه إذا كان هذا هكذا شرطَ ضربًا من الثمن دون ضرب.

قال أبو بكر: هذا الذي ذكره أبو الحسن رحمه الله صحيح، وقد ذكر محمد في آخر المسألة، ولجهة الفساد أيضًا عندي معنى آخر، وهو: أنّ ذلك لا يخلو[2741] من أحد معنيين: إمّا أن يكون، لأنّه أحاله بالبهرجة على أن يعطيه البهرجة عن الجياد، فهو حطّ[2742] معلّق على شرط، والحطّ[2743] لا يتعلّق على الشروط والإحضار[2744]، فكأنّه قال: "إذا أعطيته بهرجة

[2738] + فأوجب ذلك.
[2739] + أو أن يكون غائباً في أن الحوالة.
[2740] **بويعه**
[2741] لا يخلوا (لا يخلوا)
[2742] حظّ.
[2743] الحظّ.
[2744] والأحظار.

فقد أبرأتك [266أ] من الجودة"، وهذا لا يجوز، كما لا يجوز أن يقول: "إذا دخلت الدار برئ من الجودة" أو أن يكون في معنى بيع الجياد التي عليه بما يعطي من البهرجة، فكأنّه قال: "إذا أعطيته البهرجة فقد ملكتك الجياد"، وهذا غير جائز أيضًا.

فإن قال قائل: هلّا جعلته حطًّا[2745] من المحيل الجودة عن المحال عليه، ثم أحالته المحال بالبهرجة عليه.

قيل له: هو حطّ[2746] للجودة لعمري عنه إلّا أنّه ليس هو حطًّا[2747] مطلقًا، وإنّما هو معلّق على شرط، لأنّه لم يشرط براءة المحال عليه من الجياد إلّا بعد حصول البهرجة للمحال الذي هو الطالب، ويدلّك على أنّ البراءة من الجودة لم يقع بنفس الحوالة أنّ المحال لو أبرأ المحال عليه من المال لرجع المحيل على المحال عليه بالجياد.

فإن قال: فقد برئ المحال عليه من دين المحيل بنفس الحوالة، فإذا حصلت له البراءة بنفس الحوالة، فواجبٌ أن يكون حطًّا[2748] للجودة.

قيل له: أنّ هذه البراءة لم يوجب تحصيل الجودة للمحال عليه، إذ كانت موقوفةً على سلامةٍ للمحال. ألا ترى أنّ صاحب الأصل قد برئ أيضًا من دين المحال، وبراءته موقوفة على سلامة المال للمحال، فإن لم يسلَم له المال عاد الدين في ذمّته، فكذلك مسألتنا لم يوجب الحوالة فيها براءة المحال عليه من الجودة إلّا على هذا الوجه، فلذلك كان الأمر فيه على ما وصفنا. وكان أبو الحسن بحيث[2749] عن هذا[2750] السؤال فيما اعتلّ به للمسألة في جعله تبعًا بمثل ما ذكرنا من اعتبار الحطّ[2751] على الوجه الذي ذكرنا، وحكى أبو خازم عن الحسن بن زياد أنّه روي عنهم في هذه المسألة غيرها[2752].

قال محمد: [266ب] وزعم أنّ الحوالة صحيحة في الأصل، ولا يبطلها افتراق واحد منهم، لأنّ ذلك لا يجري مجرى الصرف وعقد البيع، ولكنّ المعنى فيها أنّ الدراهم الجياد لما كانت للمحيل أن يضمن، ويدفع ما ضمن منها، فليس ذلك بضمان يلزمه، ولكنّه شرط جائز على صاحب الدراهم في الدراهم. ألا ترى أنّ رجلًا لو كان له عند رجل وديعةً فأحال عليه رجلًا بألف درهم على أن يعطيه إيّاها من الوديعة أنّ المحال عليه لا يلزمه الضمان في ذمّته، ولكن يجوز له دفع الوديعة إلى غريم المحيل بالشرط الذي شرطه المحيل على نفسه، فجاز عليه، ولو أراد المحيل بعد الحوالة أن يأخذ الألف من المودع، وقال: "لم يلزمك الضمان، فردّ عليّ مالي لم يلزمه ذلك"، لأنّ له أن يقول: "لي أنْ أمتعك المال

2745 حظًّا.
2746 حظ.
2747 حظا.
2748 حظًّا.
2749 [illegible]
2750 هذه.
2751 الحظ.
2752 [illegible]

بالشرط الذي ألزمته نفسك المحتال". قال: ولا فرق عنده في هذه الرواية بين أن يكون المال مضمونًا أو مودعًا، لأنّه يقبضه بالشرط الذي[2753] لا بالضمان.

قال محمد: ولو أنّ المحال عليه أعطى المحتال دراهمه البهرجة على هذه الحوالة رجع بها المحال عليه على المحيل، وكانت للمحيل على المحال عليه دراهمه الجياد على حالها، وإن شاء المحتال عليه رجع على المحتال بما أعطاه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه قضاه المال على حوالة فاسدة فهو كمن قضى رجلًا مالًا عن بيع فاسد، فله أن يرجع به عليه، وإن شاء رجع به على المحيل، لأنّه يأمره دفعه إليه، ولم يصح للمحيل قبض دينه، لأنّ دراهمه الجياد باقيةً عليه، فيرجع الغريم على المحيل بالبهرجة [267أ] ويرجع المحيل بالجياد.

قال محمد: ولو لم يكن الأمر على هذا، ولكن المحيل صالح المحتال عليه من الدراهم التي عليه على ألف درهم بهرجة على أن يحيل بها عليه هذا المحتال بدراهمه البهرجة، وتراضوا على هذا كان جائزًا يكون للمحتال على المحتال عليه دراهم بهرجةً، وقد برئ المحتال عليه من دراهم المحيل، وصارت عليه مكانها ألف درهم بهرجة للمحتال.

قال أبو بكر: وإنّما جاز ذلك، لأنّ الصلح والبراءة قد صحّا فيما بين المحيل والمحال عليه، فصار ذلك حطيطة واقعة في الحال، فجازت الحوالة به، وشرطهما في ذلك إحالة الغريم عليه لا يبطل الحطيطة، لأنّ البراءة لا يفسدها الشروط، وعلى مال قاله أبو الحسن: إنّه لـمّا ذكر الصلح كان حطًّا[2754] ولم يكن بيعًا، فصحّ ولم يفسده الشرط، وليس ذلك عنده كالمسألة الأولى، لأنّه لم يذكر فيها الصلح، وإنّما شرط تمليكه الجياد بالبهرجة على شرط الحوالة، فلذلك افترقا.

قال محمد: فإن مات المحيل وعليه دين، ولم يدع مالًا غير الألف درهم التي على المحال عليه أخذ من المحتال عليه ألف درهم بهرجةً، فقُسمت بين غرماء المحيل يضرب الغرماء بدينهم فيها، ويضرب المحتال عليه في ذلك بألف درهم بهرجةً، لأنّ صلح المحيل المحتال عليه على ألف درهمٍ بهرجةً حطّ منه، ولا يشبه هذا الوجه الأوّل، لأنّ الأوّل بمنزلة البيع، وهذا حطّ.

قال أبو بكر: قد بيّن محمد أنّ المعنى الفارق بَيْن[2755] المسألتين هو ما حكيناه عن أبي الحسن. ووجه ما فرق به محمد بينهما ظاهر، لأنّ[2756] [267ب] الصلح عندهم يقتضي الإبراء والإسقاط، وليس موضوعًا للتمليك والبيع، وإذا قال: "على أن يكون الجياد لك بالبهرجة التي يعطيها" فهذا بيع، فوجب حمله على أحكامه في باب جوازه وفساده.

2753 الذي
2754 حظًا.
2755 بين المسألتين
2756 + لأنّ.

قال أبو بكر: وعلى هذا المعنى يجري نظائر ذلك من مسائل الباب متى أدخل الشرط على البراءة والحطّ[2757] لم يفسد، ومتى أدخله على البيع فسد.

مسألة

قال محمد: وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم بهرجةً، وكان للذي عليه المال ألف درهم نقدًا ثبت المال على رجل آخر، فأحال الذي عليه الدراهم البهرجة صاحب الدراهم البهرجة على الذي عليه الدراهم الجياد بدراهمه البهرجة "على أن تعطيها[2758] إيّاه من دراهمي الجياد التي لي عليك"، وتراضوا على هذا جميعًا، فالحوالة على هذا باطلٌ، ويرجع المحتال بدراهمه البهرجة على المحيل.

قال أبو بكر: وإنّما لم يجز ذلك، لأنّه بيع ما في ذمّة المحال عليه من المحال، فهو بائعٌ لدَين في ذمّة غير مشتريه، وذلك غير جائز بمنزلة رجل اشترى عبدًا بدين له في ذمّة غير البائع، وإنّما لم يجز ذلك، لأنّ المشتري غير قادر على تسليم ما في ذمّة غير مشتريه، وذلك غير جائز بمنزلة رجل اشترى عبدًا بدين له في ذمّة غير البائع، وإنّما لم يجز ذلك، لأنّ المشتري غير قادر على تسليم ما في ذمّة غيره، فصار كبيع العبد الآبق، وليس بيع الدين إذا كان في ذمّة الغير كبيع العين إذا كانت في يد غيره، وهو مقرّ به لبائعه، لأنّ كونه في يد غيره لا يمنعه التسليم إذا كان مقرًّا به، وكون الدين في ذمّة الغير [268أ] يوجب تعذّر تسليمه على البائع، فلذلك اختلفا، وإذا كان المعنى فيه ما وصفنا لم يصح الحوالة، لأنّ صحّتها تعلّقت بصحّة عقد البيع، والبيع لم يصح فبطلت الحوالة، ويرجع الأمر إلى ما كان عليه بدءًا.

قال محمد: وكذلك لو قال: "أحيله عليك بدراهمه البهرجة على أن يعطيه الدراهم الجياد التي عليك"، وتراضوا على هذا، فالحوالة باطلة.

قال أبو بكر: وهذا أيضًا للمعنى الذي وصفنا.

قال محمد: ولو لم يكن الجياد دينًا على المحتال عليه، ولكنّها كانت وديعةً عنده للمحيل، فقال المحيل للمحتال عليه: "قد أحلتُه عليك بدراهمه البهرجة على أن تعطيها إيّاه من دراهمي الجياد التي لي عندك"، فتراضوا على هذا، فالحوالة جائزة إن قبض المحتال الدراهم الجياد قبل أن يفترقوا، وإن فارق المحيل المحتال قبل أن يقبض الدراهم الجياد الوديعة من المحتال عليه فالحوالة باطل، وعاد الأمر إلى ما كان عليه قبل الحوالة.

قال أبو بكر: هذا بيع دراهم بعينها بدراهم كانت في ذمّته، وليس في ذمّته[2759] وليس في شرطه الحوالة ما يوجب فساد العقد من قِبل أنّه شرط ما يوجبه العقد من التسليم مثل رجل له دراهم وديعة عند رجل بدراهم مثلها على أن يقبضها

[2757] الحظ.
[2758] ان يعطيها.
[2759] مّته.

المشتري لها من الذي هي في يده، فيجوز ذلك كما يجوز في بيع سائر الأعيان. ألا ترى أنّ من باع من رجل عبدًا هو وديعة له عند غيره، وشرطَ على المشتري أن يقبضه من يد المودع لم يفسد ذلك العقد.

فإن قال قائل: إنّ الدراهم لا يتعيّن بالعقد وإن أشار إليها بعينها، وإذا[268ب] كان أو غيره، ولا يشبه هذا المهر والجناية، لأنّ العبد هو الخصم في هذه المسألة، والخصم هو المولى في المهر والجناية.

قال أبو بكر: هذا فصل صحيح بين المسألتين، وأيضًا فإنّ المال الذي أودعه العبد أو أدّاه[2760] قد يجوز وديعة عنده لغير المولى، وإذا كان هذا هكذا لم يستحقّه المولى، إذ لم يثبت أنّه له وجائز أن يكون لغيره. وأمّا المهر والجناية فلا جائز أن يستحقّه غير المولى.

فإن قال قائل: فإذا كان الغائب عبده فالظاهر أنّ ما في يده للمولى. ألا ترى أنّ العبد نفسه لو حضر وزعم أنّه لغير المولى لم يصّدقْ، فكيف يمنع المولى أخذ المال لجواز كونه لغيره، وذلك الغير لو حضر والعبد معه فأقرّ العبد له بالمال لم يُصدّق.

قيل له: إنّما يجب ما يضمنه إقرار المقرّ بذلك، ولم يتضمّن إقراره بذلك حقًّا للمولى لجواز أن يكون لغيره، فلمّا لم يكن في اعترافه ما يوجب له الملك لم يؤمر بدفع المال إليه، ولم يصدّقا على أنّ الغائب عبده. وأيضًا فإنّ الخصم في الوديعة هو العبد دون المولى خصمًا فيما أقرّ به لم يدفع إليه المال.

قال محمد: ولو كان الذي في يده المال أقرّ أنّ[2761] هذا المال مال هذا الرجل غصبه منه عبده فلان فدفعه إليه، وصدّقه إليه بذلك صاحب المال لم يكن له على المال سبيلٌ حتى يحضر العبد.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ العبد هو الخصم فيما دفعه إليه، وهو مُعترف بأنّه هو الدافع، فلم يُصدّق على الغائب في دفع العين إليه.

قال محمد: وكذلك لو كان المال [269أ] على المقرّ من ثمن هذه الجارية، وأنّه اشتراها من العبد، وأراد المولى أخذ الثمن لم يكن له ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه قد اعترف أنّ الجارية بعينها وصلت إليه من يد الغائب، فلا يُصدّق فيها على المشتري ولا على أنّ الغائب عبده. وأيضًا لو ثبت الشراء لم يكن للمولى قبض الثمن، وإنّما كان يكون البائع هو الخصم في قبضه دون مالكها.

2760 أداه

2761 اقرار.

قال محمد: ولو كان من قرض أو مال اغتصبه فاستهلكه، فأقرّ الذي عليه المال أنّه مال هذا الرجل اغتصبه منه عبده الغائب، فأقرضه هذا أو قال: "أودعنيه، فاستهلكته" أو "اغتصبته فاستهلكته"، فإنّ القاضي تضمّنه ذلك للمولى.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه ليس فيه إبطال حقّ الغائب، لأنّ المال مع ذلك ثابتٌ في ذمّته للغائب إن حضر فجحد الرقّ، وهو قد اعترف به للمولى، وأنّه الخصم فيه مُصدّق على نفسه، وأمر بتسليم ما أقرّ به إليه، ولا يشبه هذا ثمن الجارية ولا المال القائم[2762] بعينه، لأنّ ثمن الجارية إنّما يثبت للعاقد دون من ملك المبيع في الأصل، والمال العين هو في الظاهر ملك الغائب، فلا يُصدّق المقرّ على تسليمه إلى الحاضر.

قال محمد: فإن قدم الغائب فأنكر أن يكون عبدًا لهذا، فإنّ القاضي يضمن المقرّ مثل هذا المال للغائب، وتسليم ما أخذ المقرّ له من المال للمقرّ له. فأمّا المهر والجناية فإذا قدِم الغائب فأنكر الرقّ ضمن الزوج للجارية مهرًا آخر، ورجع على الذي أخذ المهر بما أخذ منه، فكذلك [269ب] الأرش.

قال أبو بكر: والفرق بينهما: أنّ الدين الذي سلّمه إلى المولى إذا لم يكن من جهة الجناية والمهر فهو ماله، فيلزمه تسليم مثله إلى الغائب، ولا يرجع على المولى به إذا جحد الغائب الرقّ، لأنّه قد كان اعترف للمولى بأنّه استهلك ماله، فلزمه الضمان له باستهلاكه، ووجب للعبد أيضًا يقبضه منه على وجه القرض أو الغصب، وإذا كان ذلك كذلك فقد حصل منه إقرارٌ أنّ للمولى وللعبد جميعًا، فيضمن لهما جميعًا، ولا يكون أخذ العبد ذلك منه استحقاقًا لما أخذه المولى، لأنّ العبد إنّما أخذ ذلك منه بإقراره له بذلك، والإقرار لا يثبت به استحقاق على المولى. وأمّا الأرش والمهر فلا يجوز أن يستحقّه، ولا يكون الخصم فيه إلّا المولى، فإذا استحقّه الغائب لم يجز أن يستحقّه المولى أيضًا، فوجب له الرجوع على المولى بما أخذ منه من ذلك.

قال محمد: ولو قال الزوج والذي قبله المال بعد تصادقهم[2763] في جميع ذلك: ما أدرى الغائب عبد لك أم لا، فأقام المدّعي البيّنة أنّ الغائب عبده، وأراد أخذ المال والمهر والجناية، فإنّ القاضي لا يلتفت إلى بيّنته، ولا يأخذ من المدّعى عليه شيئًا من هذا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المقرّ له قد اعترف أنّ المال وصل إلى يد المقرّ من جهة غيره، ويزعم أنّه عبده، فلا يصدّق، ولا يكون خصمًا في إثبات رقّ العبد من قِبل أنّ الرقّ معنى آخر غير ما يدّعيه من المال.

فإن قال قائل: [270أ] فهلّا كان خصمًا في أنّ ذلك أرش العبد.

قيل له: لأنّ هذا الأرش لا يثبت فيه الرقّ، فلم يجز أن يكون خصمًا في إثبات الرقّ لأجل الأرش.

2762 القائم

2763 بصادقهم.

قال محمد: فإن لم يكن لبيّنته وأراد استحلاف المدّعى عليه على ما ادّعى من ملك الغائب فإنّ القاضي لا يستحلفه على ملك الغائب، ولكنّه يستحلفه على المهر بالله ما قِبله هذا الذي يدّعي، وكذلك الجناية.

قال أبو بكر: قال أبو الحسن: وإنّما كان هذا هكذا من قِبل أنّه لو أقرّ بملك الغائب أو نكل عن اليمين فيه لم يثبت الملك بنكوله وإقراره، ولو أقرّ بملك المال للمولى ثبت ذلك، وكذلك لو نكل عن اليمين فإنّه يجوز أن يحلف على ما لو نكل عن اليمين فيه حكم به عليه.

قال محمد: ولا يستحلفه على شيء من المال الذي قبله إلّا في خصلتين إن ادّعى أنّ عبده أخذ ماله هذا، فأقرضه هذا الرجل، وقال الذي في يديه المال: "قد أقرضني هذا المال، وما أدري أعبده هو أم لا"، فإنّ القاضي يحلفه بالله ما هذا المال ماله، وإن كان مال استهلكه فقال المولى: "اغتصبه منّي العبد، فأخذه هذا منه، فاستهلكه"، فأنّي أستحلفه بالله ماله قبله هذا المال الذي يدّعي.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ إقراره بملك المال له في ذلك يلزمه الضمان للمولى، وأخذه إيّاه من العبد لا ينفي وجوب ضمانه للمولى إذا كان الملك له فله أن يستحلفه على ذلك.

قال محمد: ولو أنّ الذي في يده المال قال[2764]: "هذا المال الذي في يديّ مالك اغتصبته[2765] من عبدك أو أودعنيه عبدك، وإنّما هو لك، لأنّ المال [270ب] مال عبدك"، فقال المقرّ له: "المال مالي، ولم يقبضه من عبدي"، فإنّ القاضي يكلّف المقرّ البيّنة على ما ادّعى من ذلك، فإن أقام بيّنةً وإلّا دفع المال إلى هذا المقرّ له.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه قد اعترف بدءًا بملك المال للمقرّ له، فلا يصدّق على وصوله إلى يده من جهة عبده، فإن أقام على ذلك البيّنة دفع خصومة المولى، لأنّه قد أثبت وصوله إلى يده من جهة غيره، وإنّ الدافع هو الخصم فيه دون المولى.

قال محمد: فإن حضر الغائب فادّعى المال ولم يكن له عليه بيّنة، وجحد أن يكون عبدًا للمدّعي، فإنّ القاضي يقضي للمقرّ له بمثل المال الذي أقرّ أنّه غصبه منه في قول أبي يوسف ومحمد.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه قد اعترف بوجوب الضمان لكلّ واحد منهما كرجل أقرّ بمال في يده أنّه غصبه من رجلٍ، وأنّ ذلك الرجل غصبه من آخر، فجاء أحدهما وضمّنه، فللآخر إذا حضر تضمينه أيضًا.

قال محمد: وأمّا في الوديعة فإنّ قياس قول أبي يوسف أنّه لا يضمَن للمستودع شيئًا.

[2764] فانّ.
[2765] اغتصبه.

قال محمد: وأمّا أنا فأراه ضامنًا، لأنّه أتلف الوديعة بإقراره أنّها لهذا الرجل.

قال أبو بكر: وجه قول أبي يوسف: أنّ المودع شاهد فيما أقرّ به للحاضر، والقاضي هو الذي أخرجه من يده، فلا يضمن هو بإقراره شيئًا، لأنّ إقراره لم يزل يده عنها.

فإن قال قائل: فإنّ إقراره هو الموجب على الحاكم إخراج الوديعة من يده، فهلّا جعلته بذلك مُتلفًا لها.

قيل له: لا يجوز اعتبار هذا الوجه في إيجاب تضمينه، وذلك أنّهم متّفقون أنّ رجلًا لو كان [271أ] في يده عبد فقال: هذا لزيد، فدفعه القاضي إليه، ثم أقرّ به لعمرو أنّه لا يضمن لعمرو شيئًا إذا لم يعترف بأنّه وديعة للثاني، وإن كان القاضي قد أخرجه عن يده بإقراره. وأمّا وجه قول محمد: فإنّه لما كان عليه حفظ الوديعة، ثم أقرّ بها لغير المودع، فقد ضيّع الحفظ الذي التزمه للمودع، فإقراره أنّها لهذا الرجل، فإنّما ضمن بتضييع حفظها. وأمّا إذا لم يكن وديعةً فلم يلتزم حفظها، فلم يضمنها بإقراره.

قال محمد: ولو كان الذي في يديه المال بدأ فقال: "المال أدعينه عبدك فلان وهو مالك أو غصبته من عبدك وهو مالك، لأنّ العبد عبدك، فماله لك"، فقال فلان: "هو عبدي كما قلتَ[2766]، وهذا المال مالي لم يأخذه من فلان"، فإنّ القاضي يكلّف المقرّ البيّنة على ما ادّعى من الغصب والوديعة، فإن أقام البينة فلا خصومة بينهما حتى يحضر الغائب، وإن لم يقم البيّنة أخذ المال، فدفعه إلى المدّعي بعدما يحلف المدّعي عليه[2767] بالله ما يعلم فلان أودعه هذا المال، ولا يعلمه غصبه[2768] منه.

قال أبو بكر: إذا أقام البيّنة أنّه وصل إليه من يد غيره فقد أحال المقرّ له على خصم معروف، فيسقط الخصومة بينهما، وإذا لم يقم بيّنة أخذه المقرّ له بإقراره أنّه ماله، ولم يقبل دعواه أنّه وصل إليه من يد غيره، ويحلف المقرّ له، لأنّ في نكوله عن اليمين سقوط التسليم عن المقرّ فيما أقرّ به له، لأنّ النكول بمنزلة الإقرار، ولو أقرّ للمدّعي أنّه وصل إليه من يد غيره لم يكن له أخذه، وإنّما حلف على العلم، لأنّها يمين على فعل الغير، وقد بيّنا فيما سلف من هذا الكتاب أنّ اليمين على فعل [271ب] الغير على العلم.

قال محمد: فإن حضر الغائب فأنكر أن يكون عبدًا للمدّعي، فله أن يأخذ المال من المدّعي بغير بيّنة، ثم يقال للمدّعي: "أقمْ البيّنة على حقّ إن كان لك"، ولا يضمن المقرّ للمدّعي من المال شيئًا.

قال أبو بكر: إنّما كان للغائب إذا حضر أخذ المال من المدّعي بغير بيّنة، لأنّه قد كان ثبت المال له بدءًا بإقراره أنّه أخذه منه، ولم يبطل حكم ذلك الإقرار بإقراره به للمدّعي كرجل أقرّ بعبدٍ في يده لغائب، ثم أقرّ به لحاضر، فيُسلّمه إليه، فإن

[2766] كما قلتُ.
[2767] على عليه.
[2768] غضبه.

حضر الغائب فصدّقه بإقراره له أخذه من الثاني، وإنّما لم يضمن المقرّ للمدّعي شيئًا من قِبل أنّه لم يعترف أنّه أخذه منه ولا التزم حفظه، فيكون مضيعًا له بإقراره به للغائب، وهذا قولهم جميعًا.

قال محمد: ولو لم يكن المقرّ أقرّ على ما وصفت لك، ولكنّه قال: "هذا المال مال عبدك فلان[2769] غصبته منه أو أودعنيه"، وقال المدّعي: "فلانٌ عبدي كما ذكرت، وهذا مالي لم تأخذه[2770] منه" لم يكن له على المال سبيل حتى يحضر الغائب إلّا أن يقيم البيّنة أنّ المال ماله أو يأبى الآخر اليمين فيأخذ منه.

قال أبو بكر: إنّما لم يكن له على المال سبيلٌ، لأنّه لم يعترِف للحاضر بالمال، وإنّما قال: "هو مال عبدك وصل إليّ من جهته"، وليس في إقراره بأنّه مال عبده إقرار بالمال له، لأنّ الغائب لم يثبت أنّه عبده، وقد يكون في يد عبده من المال ما لا يستحقّه، فلم يتضمّن هذا الإقرار له ملكًا للمال، فإن أقام المدّعي البيّنة على ملك المال [272ا] أو أبى الذي في يده اليمين استحقّه المدّعي، لأنّ إقرار الذي في يده جائز فيه، وهو خصم له في إثباته ما لم يحضر الغائب.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا تزوّج امرأةً على مئة درهم أو قطع يد رجل أو غصبه ألف درهم أو استودعه ألف درهم أو كانت قرضًا أو ثمن بيع، فجاء رجل، فادّعى أنّ تلك المرأة أمته وأنّ الرجل عبده، وأنّه قد مات، وصدّقه بذلك كلّه الذي قبَله المال، فإنّ القاضي يقضي بذلك كلّه للمدّعي، ويدفع إليه المال ورأس الجناية والمهر.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المقرّ قد اعترف أنّه لا مستحقّ له غير المدّعي، فيقضي عليه بتسليمه إليه.

قال محمد: فإن قال المقرّ: "إنّ [على] العبد دينًا يحيط بماله" لم يلتفت إلى ذلك، وقضى عليه بدفع المهر وأرش الجناية وجميع المال.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ موت الدافع لما قطع خصومته فيما أخذه منه، ولم يبقَ هناك مستحقّ له غير المولى المدّعي في إقرار المقرّ، فقد استحقّ أخذ المال، ولا يصدّق المقرّ على ما ادّعى[2771] من الدين على العبد.

قال محمد: وإن أنكر الذي قبله المال جميع ما ادّعى المدّعي فأقام المدّعي البيّنة على جميع ما ادّعى وعلى الموت، فإنّ القاضي يقبل ذلك منه، ويقضي بأنّ الميّت عبده أو أمته، ويقضي له بالمهر والجناية والمال، ولا يشبه الموت ما سواه، لأنّ المدّعي إذا أقام البيّنة على الموت فقد ادّعى أنّه هو الوارث، وهو خصم عن الميّت.

[2769] فلأنّ.
[2770] لم تاخذْ.
[2771] دّعا.

قال أبو بكر: هذا المعنى الذي ذكره محمد في الفرق بين المسألتين واضح وله نظائر [272ب] من مسائلهم. ألا ترى أنّ رجلًا لو ادّعى عبدًا في يديّ رجل أنّه اشتراه من فلان الغائب، وقال الذي في يده: "أودعنيه فلان الذي ذكرت أنّك اشتريته منه" أنّه لا خصومة بينهما حتى يحضر المقرّ له، ولو ادّعى أنّ فلانًا المودع مات وأنّه أخوه لأبيه وأمّه، ووارثه لا وارث له غيره أنّ القاضي يقبل بيّنته، ويقضي بنسيئة، ويدفع إليه المال، لأنّه أثبت أنّه خلفه في ملكه، وقام فيه مقامه، وقد بيّنا ذلك فيما سلف من هذا الكتاب.

مسألة

قال محمد: وإذا كان المال في يديّ رجل فجاء رجل، فادّعى أنّ المال الذي في يديه ماله أخذه منه عبد الذي المال في يديه، فدفعه إلى هذا الذي في يديه المال، وقال الذي في يديه المال: "صدق كان هذا المال لهذا الرجل، فدفعه إلى عبدي فلان، فأودعنيه، وأنا أتخوّف أن يجحد فلانٌ أن يكون عبدًا لي، فيأخذ منّي المال"، فإنّ القاضي لا يلتفت إلى شيء من هذا، ويقضي لصاحب المال بالمال.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ كلّ واحد فإنّما تعامل فيما أقرّ به ما تضمّنه إقراره وما اشتمل عليه اعترافه، فلمّا اعترف المقرّ بأنّ الدافع عبده، وأنّه ليس بخصم له فيما دفعه إليه، إذ لا جائز كون العبد خصمًا لمولاه فيما دفعه إليه من مال غيره، وأنّه قد لزمه دفعه إلى هذا المدّعي أمر بدفعه إليه.

قال محمد: فإن قضى له بالمال فأخذه، ثم حضر العبد، فأنكر أن يكون عبدًا لهذا الرجل، [273أ] وطلب ماله، فله أن يأخذه من الذي قضى له به القاضي.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه قد اعترف بوصوله إلى يد من أخذه منه من جهته، فيؤمر بردّه إليه.

قال محمد: فإن كان هذا قد استهلكه، ولم يقدر عليه فله أن يضمنه الذي كان في يده، لأنّه بلغه بإقراره للمدّعي.

قال أبو بكر: قال أبو الحسن رحمه الله: وهذا عندي[2772] قول محمد ولا ضمان عليه عبدي في قول أبي يوسف على ما مرّ في أوّل الباب.

قال محمد: ولو قال: "هذا المال أودعنيه عبدي فلان، ولا أدري أهو لك أو ليس لك"، فصدّقه المدّعي أنّ عبده أودعه إيّاه، وأقام البيّنة أنّه ماله، فإنّ القاضي يقضي به له ويدفعه إليه.

[2772] عبدي.

قال أبو بكر: وإنّما قبلت بيّنته، لأنّ الذي في يده معترف أنّ المودع عبده، وأنّه ليس بخصم له فيما دفعه إليه، وأنّه هو الخصم في ذلك، فألزمناه من ذلك ما تضمّنه اعترافه من ثبوت الخصومة بينه وبين المدّعي في إثبات ملكه، وقبلت بيّنته عليه.

قال محمد: فإن حضر الغائب فأنكر أن يكون عبدًا له أخذ ماله، وقيل[2773] للمدّعي: "أعدْ بيّنتك عليه، وإلّا فلا حقّ لك".

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المولى الذي المال في يده لم يكن خصمًا عن الغائب، وإنّما كان خصمًا عن نفسه، لأنّه زعم أنّ عبده أودعه، وهو الخصم فيما حصل في يده من جهة العبد، وإذا كان ذلك كذلك لم يحصل خصمًا عن العبد، فإذا جاء العبد فأنكر الرقّ، فله أخذ المال من المدّعي من قِبل أنّه قد اعترف أنّه وصل إلى يديّ المولى من جهته، [273ب] وأنّ المولى لم يكن خصمًا عن العبد، فيؤمر بردّه إليه، ويقال له: "أعدْ بيّنتك الآن، وإلّا فلا حقّ لك"، وليس ذلك كمالٍ في يديّ رجل زعم أنّه وديعة من قبل فلان الغائب، فادّعاه رجلٌ، وصدّقه بالوديعة، فلا يقبل بيّنته على أنّه ماله، ولا يكون بينه وبين الذي في يديه خصومة من قِبل أنّهما معترفان أنّ الذي أودعه المال خصْم له معروفٌ، وإنّ الذي في يده ليس بخصمٍ، وفي مسألتنا المولى هو الخصم فيما في يده عن نفسه باعترافهما.

قال محمد: وإن قال الذي المال في يديه: "هو مالك أودعينه فلانٌ، وليس فلانٌ لي بعبد"، وقال المدّعي: "أودعك هذا المال فلان، وهو عبدك"، وأقام بيّنة على ذلك، فإنّ القاضي لا يلتفت إلى بيّنته.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المدّعي معترف بوصول المال إلى يد هذا من جهة غيره، وأنّه ليس بخصم فيه، ولم يعترف الذي في يده أنّه خصمه، بل أحاله على خصم معروف قد اعترف به المدّعي، ولا يقبل بيّنته على رقّ العبد من قِبل أنّه ليس بخصمٍ في ذلك، وإنّما يريد إثبات الرقّ ليتوصّل به إلى معنى آخر وهو الخصومة، فلا يكون خصمًا في إثبات الرقّ على الغائب.

قال محمد: وإذا أقام[2774] المدّعي البيّنة أنّ الغائب الذي أودع هذا الرجل عبد هذا الذي في يده المال، وأنّه قد مات، فإنّ القاضي يجعل هذا الذي في يده المال خصمًا، ويقضي له بالمال.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الموت يبطل أن يكون للغائب خصمًا فيما يدّعى قبله، وينتقل [274أ] لخصومة عنه إلى غيره، فإذا ادّعى أنّ هذا المولى هو خصمه لكون الغائب عبدًا له قُبلت بيّنته عليه، ولا يشبه هذا أن يكون العبد حيًّا، لأنّه إذا كان حيًّا فالذي في يديه المال يزعم أنّه خصم نفسه فيما يدّعى قبله.

[2773] وقبل.
[2774] واذا قام.

فإن قال قائل: فإذا ثبت أنّه عبده كان المولى خصمه، وإن كان حيًّا فهلّا قبلت بيّنته على الرقّ لما فيه من إثبات المولى خصمًا له.

قيل له: إذا كان العبد حيًّا فإنّه قد يكون خصمًا عن نفسه إذا كان المال في يده وإن كان عبدًا، وإذا كان كذلك فقد أحاله المولى على خصم قد اعترفا أنّه يجوز أن يكون خصمًا بوجهٍ في حال فلا خصومة بينهما، إذ قد اعترفا أنّ المال وصل إليه من جهته. وأمّا إذا كان ميّتًا فإنّه لا يصحّ أن يكون خصمًا بوجه، فلذلك صار خصمًا له في إثبات رقّه لإثبات الخصومة بينه وبين الذي في يده. ألا ترى أنّهما لو اتّفقا أنّ الغائب ليس بعبدٍ، وأنّه أودعه، وهو غائب حيّ لم يكن بينهما خصومةً، ولو ادّعى المدّعي أنّ الغائب قد مات، وأنّ هذا وارثه قُبلت بيّنته على ذلك، لأنّه قد خرج من أن يكون خصمًا، وقد أثبت المدّعي هذا الذي المال في يديه خصمًا له، فلذلك قُبلت بيّنته.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا وهب لعبد رجل جاريةً، وقبضها العبد، ثم أراد الواهب أن يرجع في الهبة، والمولى غائب، فله أن يرجع في الهبة، وإذا كان العبد مأذونًا في[2775] [274ب] التجارة، وإن كان محجورًا عليه فليس له أن يرجع في الهبة حتى يحضر المولى.

قال أبو بكر: إذا كان العبد مأذونًا له في التجارة فهو خصم فيما في يده جائز التصرّف فيه حتى يقبضه المولى منه، وإذا كان ذلك كذلك كان خصمًا للواهب في الرجوع فيه ما لم يقبضه المولى من يده، فإذا قبضه المولى منه لم يكن العبد خصمًا في الرجوع كما لا يجوز بيعه وتصرّفه فيه. وأمّا إذا كان العبد محجورًا عليه فليس للواهب الرجوع فيه من قِبل أنّه ليس بخصم فيما في يده، والخصم في ذلك هو المولى، فلا يجوز الرجوع فيه إلّا بمحضر منه. ألا ترى أنّه لا يجوز بيعه ولا تصرّفه فيه.

قال محمد: فإن قال العبد: "أنا محجورٌ عليّ"، وقال الواهب: "أنت مأذون لك" فالقول قول الواهب من قِبل أنّ الهبة توجب له حقّ الرجوع، فلا يصدّق العبد على إبطاله بقوله "أنا محجور عليّ".

فإن قال قائل: الأصل في العبد الحجر حتى يثبت الإذن فالظاهر معه.

قيل له: إنّما يعتبر الظاهر في دفع ما يُدّعى قبله. فأمّا في إبطال حقّ ثابت للغير فغير معتبر.

قال محمد: فإن أقام العبد البيّنة أنّه محجور عليه لم يقبل بيّنته على ذلك من قِبل أنّه ليس في إثبات الحجر حقّ لأحد، فلا يقبل بيّنته عليه.

[2775] + في.

فإن قال قائل: فهلّا كان كالمودع إذا أقام البيّنة أنّه أودعه غيره، إذ كان العبد محيلًا للواهب على خصم، وهو [275أ] المولى كما أحال المودع المدّعي على خصم.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ المودع أقام بيّنةً على حقّ للغائب بدفع الخصومة عن نفسه، وإن لم يحكم بذلك الحقّ على الغائب، وليست بيّنة الحجر شاهده على حقّ الإنسان، فلذلك لم يقبل بيّنته، ونظير إثبات الحجر ببيّنته في هذا الوجه الوكيل في الخصومة إذا أقام بيّنةً أنّ الموكّل قد عزله وأنكر ذلك المدّعي، فلا يقبل بيّنة الوكيل على العزل، إذ ليس فيه حقّ لإنسان، فكذلك البيّنة على الحجر.

قال محمد: ولو أقام العبد البيّنة على إقرار الواهب بأنّ الموهوب له عبدٌ محجور عليه أو أقرّ بذلك الواهب عند القاضي لم يكن له أن يرجع في الهبة حتى يحضر المولى.

قال أبو بكر: لأنّ إقرار الواهب جائز على نفسه في كونه محجورًا عليه وإسقاط خصومته في الرجوع.

قال محمد: ولو قال العبد: "استحلف الواهب ما أنا محجور عليّ، فإنّي أستحلفه بالله ما يعلمه محجورًا عليه"، فإن حلف رجع في الهبة، وإن لم يحلف لم يكن له أن يرجع في الهبة حتى يحضر المولى.

قال أبو بكر: لما جاز إقراره بكونه محجورًا عليه في إسقاط حقّه في الرجوع حلف عليه، وكان خصمًا فيه.

قال محمد: ولو أنّ المولى هو الذي حضر، وغاب العبد، والهبة في يد العبد فأراد الواهب أن يرجع فيها، وخاصم فيها المولى لم يكن المولى بخصم له في شيء من هذا حتى يحضر العبد.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ العبد قد يكون خصمًا فيما في يده في حالٍ، [275ب] فلم يكن المولى خصمًا فيه.

قال محمد: فإن كانت الهبة في يديّ المولى، والعبد هو الغائب فقال الواهب: "وهبتُ هذه الجارية لعبدك فلان، فدفعها إليك"، وغاب، وصدّقه بذلك المولى، فأراد الواهب أن يرجع، فله أن يرجع في الهبة، ولا يلتفت إلى غيبة العبد.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المولى قد صار خصمًا بإقراره أنّه وهبه للعبد، وقبضه هو منه.

قال محمد: ولو قال المولى: "أودعني هذه الجارية عبدي فلان، وما أدري وهبتَها له أم لا"، وقال الواهب: "أودعكها عبدك، وأنا وهبتُها له"، وأقام البيّنة على الهبة جعلت المولى خصمًا، وقضيت[2776] عليه بالهبة.

قال أبو بكر: وإنّما قبلت بيّنته، لأنّه أثبت بها حقّ الرجوع فيما في يد المولى لما اعترف أنّه قبضه من عبده.

2776 **قصب**

قال محمد: فإن قبضها الواهب فزادت في بدنها عنده أو ماتت، ثم قدِم الغائب، فجحد أن يكون عبدًا للذي كانت الهبة في يده، فإنّ القاضي يردّ الهبة إلى الموهوب له إن كانت قائمةً بعينها في يديّ الواهب، وإن زادت خيرًا ولا يكون للواهب أن يرجع فيها.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه رجع فيها وليس له حق الرجوع، إذ لم يكن الموهوب له حاضرًا وهو الخصم في ذلك، إذ جحد أن يكون عبدًا للذي كانت في يده، ولا يكون للواهب أن يرجع فيها، لأنّ الأوّل لم يكن له حقّ الرجوع، وقد زادت الهبة في بدنها خيرًا، والزيادة تمنع الرجوع في الهبة، لأنّ عقد الهبة لم يقع عليها، فلا يصحّ [276أ] الرجوع في الزيادة، ولا يمكنه الرجوع في الأصل دون الزيادة، فامتنع الرجوع فيها رأسًا.

قال محمد: وإن كانت ماتت في يده فهو ضامن لقيمتها، وإن شاء ضمّن الغائب الهبة المستودَع، فإن ضمنها المستودع لم يرجع بالقيمة على الواهب.

قال أبو بكر: وإنّما كان له تضمين المستودع من قِبل أنّه ضيعها بإقراره أنّ عبده أودعه. وكان أبو الحسن رحمه الله يقول: إنّ هذا عندي قول محمد خاصّة على ما تقدّم من بيانه.

قال أبو بكر: إذا ضمن المستودع لم يرجع على الواهب من قِبل أنّه معترف أنّ المودع كان عبده، وقد ثبت بالبيّنة أنّه كان هبة له من الواهب، ففي زعمه أنّ رجوعه كان صحيحًا، وأنّه لا ضمان عليه فيه، وأنّ العبد ظالم في تضمينه إيّاه.

فإن قال قائل: أنّ المستودع وإن كان معترفًا بذلك، فإنّ العبد قد استحقّ نفسه، وقضى القاضي بأنّه حرّ وأنّه مستحقّ للقيمة، فهلّا كان مثل المشتري إذا أقرّ بملك السلعة للبائع، ثم استحقّت أنّ إقراره لا يبطل رجوعه بالثمن.

قيل له: إنّ المشتري لم يجب له الرجوع على البائع من حيث لم يثبت السلعة للبائع، وإنّما يرجع، لأنّها لم تسلم[2777] له سواء كانت للبائع أو لم يكن. وأمّا المستودع فإنّه معترف أنّ الموهوب له عبده، وأنّه ظالمٌ في أخذه القيمة منه أو من الواهب، فلا رجوع له على الواهب بما ضمنه. ألا ترى [276ب] أنّ رجلًا لو كان له في يديّ رجل وديعةً فجاء رجل، وزعم أنّ الغائب وكّله بقبضها، فصدّقه المستودع بذلك، ودفعها إليه، ثم حضر المودع، فأنكر الوكالة أنّه يضمّنها[2778] المستودع، ولا يكون للمستودع الرجوع على الوكيل، لأنّه يزعم أنّ المودع ظالم في تضمينه إيّاه، وأنّه قد استوفى في حقّه بقبض الوكيل له الوديعة. وأمّا إذا ضمّن الواهب فإنّه لا يرجع على المستودع، لأنّه زعم أنّ العبد أخذ ما ليس له أخذه، وليس بينه وبين المستودع سببٌ يوجب له الرجوع عليه.

[2777] لانّها لم يسلم.
[2778] انه تضمّنها.

قال محمد: وإن كان الذي في يديه الجارية قال: "استودعنيها فلان، وما هو لي بعبد، وقد علمت أنّك وهبتها له"، فأقام الواهب البيّنة أنّه عبده، فإنّ القاضي [لا] يقضي بينهما بشيء حتى يحضر الغائب.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه ليس هناك خصم في إثبات رقّ الغائب عليه، والبيّنة لا يسمع إلّا على خصم.

قال محمد: فإن قال الواهبُ: "ليست لي بيّنة، ولكن أستحلف المستودع ما هو عبده"، فإنّ القاضي يستحلفه على ذلك، فإن حلف لم يكن للواهب على الهبة سبيل حتى يحضر الغائب، وإن لم يحلف قضى عليه بالرجوع، فلذلك كان خصمًا في استحلافه، إذ كان نكوله عن اليمين يجعله خصمًا في الرجوع، لأنّه نمى[2779] له الإقرار، وليس يمتنع أن يكون خصمًا في الاستحلاف، وإن لم يكن خصمًا في سماع البيّنة عليه، لأنّ علّة [277أ] الاستحلاف هو جواز الإقرار ووجوب الحكم بالنكول إذا نكل، ومتى أقرّ أو نكل كان الحكم متوجّهًا عليه دون غيره، فلذلك استحلف فيما ذكرنا. وأمّا البيّنة فإنّها توجب[2780] الحكم على الغائب إذا صحّت وقضي بها، فيحتاج إلى حضور خصم[2781] عن الغائب، وليس المولى خصمًا عن الغائب في إثبات الرقّ عليه.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ الواهب صدق الذي في يديه الجارية أنّ الغائب أودعها إيّاه، وقال الذي هو في يديه الهبة: "إنّ[2782] فلانًا قد مات"، والذي في يديه الهبة يجحد موته أيضًا، فإنّ القاضي يقضي للواهب بالرجوع في الهبة، ويرجع[2783] إلى الواهب، ولا يشبه الموت في هذا غيره، لأنّه إذا أقام البيّنة على الموت فقد أقام البيّنة أنّ هذا هو الخصم.

قال أبو بكر: قد بيّنا ذلك فيما سلف من هذا الباب، وأنّه قد أثبت أنّه لا خصم هناك غيره كالوارث في مسألة الوديعة.

قال محمد: ولو لم يقم البيّنة على الموت، ولكنّه أقام البيّنة أنّ الغائب كان عبدًا لهذا الذي الجارية في يديه، وأنّه باعه من فلان بألف درهم، وقبضه فلان منه، فإنّ القاضي لا يلتفت إلى هذه البيّنة، ولا يقضي له بالرجوع في الهبة حتى يحضر الغائب.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لا يخرج بما أقام عليه البيّنة على الشراء من الغائب، وهو وديعة في يد حاضر لم يُقبل بيّنته، ولم يكن الحاضر [277ب] خصمًا، ولو أقام المدّعي البيّنة أنّ الغائب المودع قد مات، وأنّه وارثه كان المودع خصمًا في ذلك.

2779 نمى له
2780 توجب له
2781 خضم.
2782 وانّ.
2783 يترجع

قال محمد: ولو لم يقم البيّنة على البيع، ولكنّه أقامها على إقرار الذي الهبة في يديه أنّ الغائب عبده، فإنّ القاضي يجعل الذي الهبة في يديه خصمًا، ويقضي للواهب بالرجوع فيها.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ قيام البيّنة على إقراره كإقراره عند القاضي، لأنّ البيّنة تنقل[2784] إقراره، ولو أقرّ عند القاضي بذلك كان خصمًا في الرجوع، فكذلك إذا أقامت[2785] عليه البيّنة بإقراره.

قال محمد: ولو أقام البيّنة على إقرار الذي الهبة في يديه بأنّه قد باع الغائب من فلان، ولم يقم البيّنة على إقراره أنّ العبد عبده، فإنّ القاضي لا يجعله خصمًا، لأنّه قد يبيع عند غيره، ولكنّه يقف على الأمر حتى يحضر الغائب.

قال أبو بكر: ليس[2786] في إقراره بأنّه باعه من فلان إقرار بأنّ العبد له، إذ قد يبيع عند غيره، وإذا لم يحصل منه إقرارٌ بأنّ العبد له لم يكن خصمًا له في الرجوع، والله أعلم بالصواب.

باب الكفالة بالصرف[2787]

قال محمد: ولو أنّ رجلًا اشترى من رجل عشرة دراهم[2788] بدنانير، ودفع إليه الدنانير، ولم يقبض العشرة حتى كفل بالعشرة عن الغريم رجل بأمره أو بغير أمره فالكفالة جائزة، فإن قبضها قبل أن يفترق البيعان فذلك جائز، وإن افترق البيعان قبل القبض فالبيع باطلٌ، ويردّ الذي قبض الدينار على الذي قبضه منه، ولا ضمان على الكفيل في الدينار.

قال أبو بكر: إنّما اعتبر افتراق البيعين دون الكفيل من قِبل أنّ حقوق العقد إنّما يثبت بين المتعاقدين، والكفيل ليس بعاقد، فلا عبرة[2789] بفراقه. ألا ترى أنّ الضمان لم يلحقه بالعقد، وإنّما لحقه بمعنى آخر، ولا يضمن الكفيل الدنانير بانتقاض العقد من قِبل أنّه إنّما ضمن الدراهم التي هي ثمن الدينار، ولم يضمن الدينار. ألا ترى أنّ ضامن الثمن لا يضمن المبيع بانتقاض العقد وسقوط الثمن.

قال محمد: فإن لم يفترقوا حتى أبرأهما المشتري من العشرة التي وجبت عليهما [278أ] فالكفيل بريء منها قَبِل البراءة أو لم يقبلها. وأمّا الغريم الذي كانت عليه العشرة فإن قَبِل البراءة انتقض البيع وردّ الدينار، وإن أبى أن يقبل البراءة أدّى[2790] العشرة وسلم البيع.

قال أبو بكر: ليس في براءة الكفيل إسقاط حقّ أخذ غير المبرِئ، وليست براءته أيضًا تمليكًا، فيبطلها الردّ على ما بيّنا فيما سلف، وإذا كان ذلك حكم براءة الكفيل صحّت قَبِلها الكفيل أو لم يقبل. وأمّا براءة مشتري الدينار ففيها فسخ عقد

2784 بِقَبُولِهِ
2785 اذا قامت.
2786 ليست.
2787 كان مندرجًا ضمن أبواب الوكالة.
2788 درهم.
2789 فلا غيره.
2790 اذا.

الصرف بينهما، وذلك لا يصحّ إلّا بالقبول. ألا ترى أنّه لو أقاله كانت موقوفة على قبوله، وإنّما كان في براءته فسخ العقد، فلا فرق بين قوله: "قد أبرأتك من الثمن" وبين قوله: "قد فسخت عقد الصرف بيني وبينك".

فإن قال قائل: أليست البراءة إذا أقرّت بأنّها أثبت أي زوّجها[2791] وهي غير معروفة النسب، وصدّقها بذلك الأب ثبت النسب، وفسد عقد النكاح فيما بينهما وبين زوجها، ولم يمنع ما في ذلك من إسقاط حقّ الزوج من جواز تصديقها عليه، فهلّا كانت البراءة مثله، وإن أدّت إلى فسخ العقد الذي فيه حقّ الغير.

قيل له: إنّما جاز ذلك من قِبل أنّ النسب لا يلحقه الفسخ بعد ثبوته، فلمّا لم ينفسخ النسب ولم يجز أن ينفرد ثباته[2792] عن إفساد النكاح، فسد النكاح لثبوت ما لا يعرى[2793] ثبوته من إفساده. ألا ترى أنّ الراهن إذا أعتق عبد المرهون جاز عتقه، وخرج العبد من الرهن، ولو أراد إخراجه من الرهن ببيع أو غيره ممّا يلحقه الفسخ لم يجز ذلك. وكذلك لو أراد [278ظ] البائع فسخ العقد في المبيع قبل القبض لم يمكنه ذلك بقوله، ولو قَبِله انفسخ البيع، لأنّ ذلك معنى لا يمكن دفعه وإبطاله، فبان بذلك مفارقة ما يلحقه الفسخ من ذلك لِما لا يلحقه، واختلاف حكميهما من الوجه الذي ذكرنا. وأمّا البراءة فلمّا كانت ممّا يلحقه الفسخ بطلت حين لم يقبلها المبرئ[2794] لأجل ما فيها من إسقاط حقّ الغير.

فإن قال قائل: كيف يكون براءة صاحب الأصل تمليكًا، وهي قبل القبول منه له مثل الميراث.

فإن قال قائل: فإنّ الوارث ليس يملك على الميت على وجه الاستئناف إنّما يجعله في ملكه.

قيل له: فقد حصل في الأصول ملكٌ ما بغير قبول، فلا ينبغي أن ينكره، وأيضًا فإنّ الصيد يملك بالأخذ من غير قبول ولا عقد، وكذلك يملك على أهل الحرب أموالهم بالغلبة بغير قبول ولا عقد.

مسألة

قال محمد: ولو لم يكفل له ولكن الغريم الذي عليه العشرة أحال بها صاحبها على رجل حاضرٍ على أن أبرأه منها فالحوالة جائزة، فإن أعطاه المحتال عليه الدراهم قبل أن يفترق البيعان فذلك جائز، وإن لم يُعطه حتى افترقا انتقض البيع، وبرئ المحتال عليه من الحوالة.

قال أبو بكر: إنّما جازت الحوالة مع ما فيها من براءة صاحب الأصل في الحال من ثمن الصرف من قبل أنّ ترك قبض ثمن الصرف غير مُفسد للعقد ما داما في مجلس العقد، وليست براءته في هذه الحال بأكثر من ترك قبضِه في هذا القدر [279أ] من المدّة، وليس ذلك كالبراءة المطلقة على غير وجه الحوالة، لأنّ في البراءة المطلقة إسقاط القبض رأسًا في

2791 بانها اثبت اي زوجها

2792 ثبانه (ثبانه)

2793 يعرى

2794 المبرا

المجلس وبعده، وفي افتراقهما عن المجلس قبل القبض إفساد للعقد، فلذلك اختلفا. فإن افترق البيعان قبل أن يقبض المال من المحال عليه بطل العقد، لأنّهما قد افترقا عن غير قبض، وإذا انتقض العقد برئ المحال عليه من الحوالة من قِبل أنّه إنّما ضمن ثمن الصرف، وقد سقط بانتقاض العقد مثل أن يحيله بثمن المبيع، فيهلك المبيع قبل القبض، فيبطل الحوالة.

قال محمد: وإن لم يفترقوا حتى أبرأ المحتال عليه من العشرة فالبراءة جائزة، وقد انتقض البيع قبل ذلك المحتال عليه والمحيل أو لم يقبلا.

قال أبو بكر: إنّما جازت براءته وإن تضمّنت فسخ العقد، ولم يحتج فيها إلى قبول المحيل من قِبل أنّ الضمان الذي بين المحتال والمحال عليه لم يثبت من جهة عقد الصرف، وإنّما ثبت عليه بعقد الحوالة، وإذا كان هذا هكذا لم يمتنع صحّة براءته إذ لم يكن براءة المحال عليه هو براءة المحيل بعينه. ألا ترى أنّ المحيل قد برئ بنفس الحوالة، وإذا صحّت براءته انفسخ العقد من جهة الحكم.

فإن قال قائل: ما أنكرت ألّا يجوز براءته إلّا برضاء المحيل من حيث كان فيها فسخ العقد عليه، كما لم يجز براءة أحد المتعاقدين من ثمن الصرف لهذه العلّة بعينها.

قيل له: لأنّ العاقد نفسه إذا كان هو المبرئ فإنّما أبرأه [279ظ] من ضمان ثمن الصرف، وفي سقوط ضمان ثمن الصرف بغير قبض بطلان العقد، فصار كقوله: "قد فسخت العقد". وأمّا براءة المحال للمحال عليه فليس فيه إسقاط لضمان ثمن الصرف، إذ لم يكن ما ثبت على المحال عليه من جهة عقد الصرف. وإنّما يتعلّق فسخ العقد به من جهة الحكم، وليس سبيل ما يتعلّق بذلك من جهة الحكم سبيل ما يتعلّق به بعينه، ويوجبه هو ابتداءً. ألا ترى أنّ رجلًا لو اشترى من رجل عبدًا به عيبٌ لا يعلمه أنّ له حقّ الردّ بالعيب، فإن باعه المشتري وهو لا يعلم بالعيب بطل حكم العيب في باب الردّ وفي الرجوع بالحصّة، فإن ردّه المشتري الثاني عليه بالعيب بقضاء قاضٍ جاز ذلك له، وإن تعلّق به ثبوت حقٍّ على البائع في ثبوت حكم العيب عليه، لأنّ ذلك إنّما يتعلّق به من جهة الحكم، فبان بذلك ما وصفنا.

ووجه آخر للمسألة: وهو أنّ إبراء المحيل ليس يحتاج في صحّته إلى قبول المحال عليه، فلمّا أحاله العاقد على غيره فقد رضي بما تضمّنته الحوالة من جواز البراءة ووقوع الفسخ بها، فلذلك انفسخ عقد بإبراء المحال المحال عليه.

مسألة

قال محمد: ولو كان المحتال احتال على المحتال عليه بغير أمر الذي عليه الدراهم فالحوالة جائزة إن أعطاه قبل افتراق البيعين.

قال أبو بكر: وإنّما جازت الحوالة بغير رضاء المطلوب لما ذكرنا أنّه ليس فيها إبطال حقّ الغير، إذ كان ترك القبض في مقدار المجلس غير قادح في العقد، فصار في هذا الوجه كالحوالة بأثمان سائر البياعات [280أ] بغير رضاء

المطلوب. والمعنى في جميع ذلك: أنّ البراءة قد يصحّ بغير قبول المبرئ، وإنّما يحتاج في الحوالة إلى قبول المحال عليه لما فيها من ضمانه للمال.

قال محمد: فإن أبرأ صاحب الدراهم المحتال عليه من الدراهم فهو بريء، فإن رضي بذلك الذي عليه العشرة انتقض البيع، وإن لم يرضَ بذلك أدّى العشرة وسلّم الدنانير، وسلم البيع فيما بينهما.

قال أبو بكر: هذا الجواب يصحّح الوجه الثاني الذي ذكرناه، لأنّه لما كانت الحوالة بغير أمره فلم يرضَ بما تضمّنته البراءة من الحوالة في فسخ العقد لم ينفسخ العقد ببراءته، ولمـّا رضي في المسألة الأولى بالحوالة فقد رضي بما تضمّنته الحوالة في الفسخ بالبراءة.

قال أبو بكر: وهذا الجواب قادح في العلّة الأولى من قِبل أنّه إذا كانت في جواز البراءة ووقوع الفسخ بها هي أنّ ضمان الحوالة لم يثبت على المحال عليه من جهة عقد الصرف، وهي موجودة في مسألتنا، فواجب أن يكون حكمها حكم الأولى في جواز فسخ العقد بغير قبول المطلوب لمـَا تضمّنه الحوالة من ذلك، والعلّة الثانية هي الصحيحة عندي في ذلك.

مسألة

قال محمد: وإذا كان لرجل على رجلٍ ألف درهم جيادٍ نقْد ثبت المال فقال له صاحب المال: "أعطِني بها ألف درهم بهرجة"، فأعطاه، فهذا جائز، وقد صارت الدراهم الجياد التي للغريم له بما أعطاه، وكذلك لو قال: "اقتضِ[2795] بها ألف درهم بهرجة" ففعل ذلك، وكذلك لو قال: "أعطِ غريمي هذا عنّي منها ألف درهم بهرجة"، ففعل [280ظ] أو قال: "اقضه منها عنّي ألف درهم بهرجة"، ففعل، فهذا جائز، ولا يشبه هذا الحوالة.

قال: ألا ترى أنّي لو اشتريت من رجل ألف درهم بهرجة بألف جياد، فلم يفترق حتى أمرته أن يقضي البهرجة التي اشتريت منه غريمي هذا، فقضاه كان هذا جائزًا، وله عليّ ألف جياد يأخذها[2796] منّي ما لم يفترق. ولو اشتريت منه ألف درهم بهرجة بألف جياد على أن أحيل بها غريمي هذا عليه ويضمنها له[2797]، فكان هذا في أصل البيع كان هذا باطلًا.

قال أبو بكر: وإنّما كان هذا على ما ذكر محمد من الفرق بين المسألتين من قِبل أنّ المأمور بالدفع وكيل للآمر كأنّه هو الدافع. وأمّا الحوالة فليست كذلك، لأنّ المشتري إذا أحيل عليه بدينٍ لإنسان فالذي تضمّنه المشتري للمحتال غير الثمن، لأنّ مال المحال لم يثبت ثمنًا، وإذا كان كذلك فقد شرط البائع على المشتري في البيع أن يضمن للمحال مالًا غير الثمن يؤدّيه إليه من الثمن، وهذا شرط لا يوجبه العقد، وليس هو صفة في الثمن، فبطل العقد، وأجازوا إذا شرط أن يحيله

[2795] اقتضى.
[2796] باخذها.
[2797] وتضمّنها له.

المشتري على رجل حاضر قبل الحوالة استحسانًا، لأنّ المحال به هو الثمن، وهو الذي ضمنه المحال عليه، فلمّا صار صفة في الثمن صحّ العقد، ولم يبطل بالشرط، وقد بيّنا ذلك في مواضع.

باب البراءة من الكفالة[2798]

قال محمد: [281أ] ولو أنّ رجلًا حضره الموت، وابنه كفيل بنفس رجل له عليه مال كثيرٌ، فأبرأ المريض ابنه من الكفالة بالنفس، ثم مات من مرضه، فالبراءة جائزة وإن كان وارثًا.

قال أبو بكر: الكفالة بالنفس حقّ ليس بمال وليس في البراءة منها وصيّة للكفيل. والدليل على ذلك: أنّ كثرة الدين عليه لا يمنع من البراءة منها، وكذلك لو لم يكن له مال جازت البراءة من الكفالة بالنفس، ولم يكن من الثلث، فثبت بذلك صحّة ما ذكرنا. وممّا يدلّ على ذلك أنّ من طلّق امرأته وهو مريض قبل الدخول أنّ طلاقها صحيحٌ، ويسقط به حقّه عن بُضعها، ولم يكن للورثة حقّ فيما حصل لها من بُضعها. وكذلك وليّ القتيل إذا عفى عن دم عمْد في مرضه جاز عفوه، ولم يكن للورثة ولا للغرماء إبطاله. والمعنى في ذلك كلّه: أنّه حقّ ليس بمال.

فإن قال قائل: فلو باع عبده في مرضه بمثل قيمته من أجنبيّ صار ذلك، وكذلك لو أوصى ببيعه منه بمثل قيمته، ومع ذلك لو باعه من أبيه بمثل قيمته، ومع ذلك لو باعه من أبيه بمثل قيمته في مرضه لم يجز ذلك عند أبي جنيفة وكان ذلك وصيّةً منه له، فكذلك ما أنكرت ألّا يدلّ[2799] جواز إبرائه الأجنبيّ من الكفالة بالنفس على جواز إبرائه منها إذا كان وارثًا.

قيل له: لا يشبه هذا بيع العبد، لأنّه مال للميّت، فلا يجوز أن يجعله للوارث بقيمته ولا غيرها، لأنّ البيع وصيّة، ويجوز للأجنبيّ بما حصل للورثة من البدل وإن كان وصيّة، لأنّ الورثة لا حقّ لهم في أعيان التركة. وأمّا الكفالة بالنفس والطلاق والعفو من دم العمد فليست بوصيّة، [281ب] لأنّها ليست بمال، والوصايا إنّما يتعلّق حكمها بالمال لا غير، ويدلّ على أنّ الوصايا متعلّق حكمها بالمال لا غير قول الله تعالى: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾[2800]، ومعلوم أنّ الدين مقدّم على الوصيّة كما أنّ الوصيّة مبدأ بها على الميراث، فما لا يثبت فيه حقّ الغرماء علمت أنّه ليس بمالٍ، لأنّه لو كان مالًا لثبت حقّ الغرماء فيه، وإذا لم يثبت فيه حقّ الغرماء سقط اعتبار الوصيّة فيه.

ويدلّ عليه حديث عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم: ((ما حقّ امرئٍ مسلم يثبت لثلثين، وماله مال يوصى فيه وإلّا وصيّته مكتوبة عنده))[2801]، وحديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم: ((أنّ الله تعالى جعل لكم ثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم))[2802]، وقال النبي صلى الله عليه وسلم لسعد بن أبي وقّاص حين قال: "أوصيني

[2798] كان مندرجًا ضمن أبواب الوكالة.
[2799] ان لا بدل.
[2800] النساء، 12/4.
[2801] صحيح البخاري، الوصايا، 1؛ سنن ابن ماجه، الوصايا، 2؛ مسند أحمد، 34/2، 127 وغيرها.
[2802] سبق تخريجه.

بمالي كلّه"، قال: لا، قال: النصف؟ قال: لا، قال: فالثلث؟ قال: ((الثلث والثلث كثير أنك أن تدع ورثتك أغنياء خير لكم من أن تدعهم عالّة يتكفّفون الناس))[2803]، فأخبر أنّه منع من الوصيّة بأكثر من الثلث ليحصل ماله للورثة، فيستغنون عن الناس، فما لا يستغني به الورثة من هذه الحقوق فليس في إسقاطه معنى الوصيّة، فجاز عليهم، والله أعلم.

مسألة

قال محمد: ولو كان أحد ورثته كفّل له بنفس رجل على أن يوافي به يوم كذا وكذا في المسجد الأعظم، فإن لم يفعل فعليه[2804] المال الذي عليه، وهو ألف درهم، فلم يأت ذلك اليوم حتى مرض المكفول [282أ] له، فأبرأ الكفيل من الكفالة بالنفس والمال، ثم مات المكفول له في مرضه ذلك، فالكفيل بريء من الكفالة، وليس للورثة أن يأخذوه بكفالته بنفس الرجل حتى يجيء به.

قال أبو بكر: وإنّما جازت البراءة من الكفالة بالنفس من قِبل أنّها كانت حقًّا ليس بمالٍ على ما بيّنا، ولم يكن المال ثابتًا وقت البراءة من الكفالة بالنفس، وإنّما كانت كفالة بالنفس وبالإحضار، وله يُبرئه من ذلك لما بيّنا.

قال محمد: فإن لم يواف به المسجد الأعظم في اليوم الذي شرط عليه فعليه[2805] الذي عليه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ ضمان المال بتركه إحضاره يومئذ قد تقدّم سببه، وتعلّق عليه وجوبه بترك مُوافاته، ولا يجوز له إبراء وارثه من المال، فلذلك لزمه المال إذا لم يُوافه به في اليوم الذي وقته.

قال محمد: وهذا بمنزلة رجلٍ قال لرجل: "إن مات فلان ولم يوفد[2806] حقّك فهو عليّ"، وهو ألف درهم، فمات المكفول له، فإن أعطى المكفول به وارث المكفول له المال قبل موته برئ الكفيل، وإن مات المكفول به قبل أن يُعطى ورثة المكفول له المال فالكفيل ضامن للمال وإن كان المكفول له قد أبرأه[2807].

قال محمد: وكذلك لو كان الكفيل غير وارث وعلى المكفول له دين يحيط بماله كلّه فإن لم يكن عليه دين جازت البراءة من الثلث.

قال أبو بكر: وهذا واضح على الأصل الذي قدّمنا.

مسألة

[2803] سبق تخريجه.
[2804] فغلبه (فغلبه[1])
[2805] فغلبه.
[2806] يوفاخ
[2807] ابراثُه.

قال محمد: ولو أنّ ثلاثة نفرٍ كانت لهم على رجل ثلاثة آلاف[2808] درهم لكلّ رجل منهم عليه [282ب] ألف درهم، وليسوا شركاء في شيء من ذلك، فمات الغريم، فشهد اثنان[2809] منهم لصاحبهما على رجل أنّه كفل بنفس الغريم، فشهادتهما جائزة، ولو كانوا شركاء في المال لم يجز شهادتهما.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهما شهدا له بإحضاره، ولا حقّ لهما في ذلك.

فإن قال قائل: لهما نفع في إحضاره.

قيل له: إنّه وإن حصل لهما نفع بإحضاره، فإنّه لم يجب الحقّ لهما على الكفيل، وإنّما وجب لغيرهما، فلا يبطل ذلك شهادتهما. ألا ترى أنّ القاضي يجوز له أن يحضر خصمًا لمدّعٍ[2810]، وإن كان للقاضي دين على المدّعى عليه ومع ذلك لا يجوز له أن يحضره بنفسه. وأمّا إذا كانوا شركاء فإنّما لم تجز الشهادة من قِبل أنّ الكفالة بالنفس إنّما يثبت لأجل المال لازم لا حقّ له على آخر لم يصح الكفالة له بنفسه، فلمّا كان المال لهم جميعًا صارت الكفالة كأنّها لهم جميعًا. ألا ترى أنّ كلّما يثبت[2811] للمكفول له من المال كانا شريكين له فيه، فصار من أجل ذلك شاهدين لأنفسهما، فبطلت شهادتهما. آخر الكفالة..

أبواب الصلح

بسم الله الرحمن الرحيم

[كتاب الصلح]

باب الصلح والغرمة في ذلك

قال محمد: وإذا ادّعى رجل على رجل ألف درهم فجحدها إيّاه أو لم يقرّ ولم ينكر، ثم صالحه [283أ] المدّعى عليه من ذلك على جارية، ودفعها إليه، فوطأها المدّعي، فولدت ولدًا، ثم استحقّها رجل، فضمن المدّعي قيمة الولد والعَقر، فإنّه لا يرجع على المدّعى عليه بقيمة الولد، ولكن المدّعي يعود في دعواه.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّه متى ملك الدافع المدفوع إليه الجارية على عوض فإنّه لا يكون غارًا له، ويكون الآخذ مغرورًا، ومتى ملّكها إيّاه لا عن عوض، فإنّه لا يكون غارًا له في باب الرجوع عليه بقيمة الولد. وإنّما قلنا: ذلك من قبل أنّه إذا ملكها إيّاه على عوضٍ فالجارية مضمونة على الدافع بالبدل. فإذا كان العقد يوجب ضمانها عليه كان ما لحِق

2808 ألف.
2809 ابيان (شَهِدَا بَانْ)
2810 لمدّعي.
2811 شَتْ

القابض من ضمان نسبتها، فهو عليه لكون الأصل مضمونًا عليه. وأمّا إذا ملّكها إيّاه بغير عوضٍ فإنّها غير مضمونة عليه له بالعقد كالهبة ونحوها، فلا يرجع القابض عليه بما لحقه من الضمان من أجلها، لأنّ الأصل لم يصر مضمونًا عليه لا لعقد، فما لحِق به من الضمان أحرٰى ألّا يضمنه.

والأصل في رجوع المغرور بقيمة الولد على الغار: اتّفاق الصحابة، وذلك أنّهم اتّفقوا في الرجل يشتري الجارية، فيستولدها، ثم يستحقّها مستحقّ أنّ المشتري يضمن للمستحقّ قيمة الولد والعقر، ثم يرجع المشتري على البائع بضمان الولد إلّا أنّهم اختلفوا[2812] في كيفيّة ضمان الولد، فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "بعْك الجارية كالجارية والغلام بغلام"[2813] يعني أنّ الولد إن كان جاريةً غرم المشتري للمستحقّ جارية مثلها، ثم يرجع به على البائع، وقال علي بن أبي طالب كرّم الله وجهه: [283ظ] "يغرم المشتري قيمة الولد للمستحِقّ، ثم يرجع بها على البائع"[2814]، فكان قول عليّ رضي الله عنه أصحّ عند أصحابنا من قِبل أنّهم لما جعلوا المشتري كالمانع للولد في باب ما لزموه من ضمانه، وكان مَن استهلك لرجل جاريةً أو غلامًا لزمته قيمته دون جارية أو غلام مثله لِما رُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم فيمن أعتق شركاء له في عبد وهو موسرٌ أنّه يغرم لشريكه قيمة نصيبه[2815]، ولم يوجب عليه ضمان المِثل، وصار ذلك أصلًا في الحيوان ونحوه ممّا ليس بمكيل ولا موزون، ويتفاوت جنسه، إنّما يجب قيمةٌ دون مثله من جنسه، وإذا صحّ ذلك وكان الاتّفاق واقعًا من الصحابة على وجوب لزوم البائع ضمان الولد للمغرور جعلنا كلّ ما كان في معنى البيع من العقود التي فيها أعواضٌ مضمونة بمثابته وفي حكمه، ولمـّا لم يكن الواهب غارًّا للموهوب له في باب لزومه ضمان قيمة الولد له عند الاستحقاق صار ذلك أصلًا في كلّ عقد لا عوض فيه، [و]في[2816] الظاهر أنّ الذي كان التمليك من جهته لا يغرم قيمة الولد عند الاستحقاق.

وإذا ثبت ما وصفنا من الأصل الذي عليه مبنى مسائل الباب، ثم صالح المدّعى عليه المدّعي على جارية من غير إقرار، ولم يكن هناك عوضٌ مضمون قد حصل للمدّعى عليه من جهة المدّعي، إذ لا جائز أن يكون دعوى المدّعي للعوض مثبتًا له، وكان قوله: "صالحني" عندنا كقوله: "أبرئني من الدعوى والخصومة"، لم يحصل بذلك حكم الغرور في لزومه ضمان الولد، وصار في معنى التمليك على جهة عقد الهبة الذي لا عوض فيه. [284أ] ألا ترى أنّ المدّعى لو كانت دارًا في يديّ المدّعى عليه فصالحه منها على ألف درهم من غير إقرار لم يكن للشفيع فيها شفعة، لأنّه لم يقر بها للمدّعي، وليس دخوله معه في عقد الصلح اعترافًا منه تمليكها للمدّعي، إذ قد يصحّ الصلح عن الدعوى وعن اليمين.

[2812] اختلفو.

[2813] لم أعثر عليه إلّا قولًا منسوبًا إلى عمر وعلي رضي الله عنهما في بعض مصادر الفقه الحنفي، كالمبسوط للسرخسي، 83/4، والعناية شرح الهداية للمرغيناني، كتاب الحج، فصل اعلم أن صيد البر محرم على المحرم.

[2814] لم أعثر عليه إلّا في مصدر من مصادر الشيعة منسوبًا إلى علي رضي الله عنه، وهو "تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة" لمحمد بن الحسن الحر العاملي 592/14.

[2815] صحيح البخاري، العتق، 4؛ صحيح مسلم، الأيمان، 50 (1501)؛ سنن أبي داود، العتق، 4؛ سنن ابن حبان، 157/10.

[2816] في.

فإن قال قائل: هلّا جعلت المدّعي مغرورًا في باب الرجوع بقيمة الولد المدّعى عليه، وإن لم يحصل هناك عِوض عن الجارية كما جعلته مغرورًا في باب جزية الولد وثبوت النسب منه، وإن لم يحصل منها عوض للمدّعى عليه في الظاهر.

قيل له: لا يجب ذلك من قِبل أنّ العلّة الموجِبة لثبوت النسب وجزية الولد هي وجود الاستيلاد على وجه الملك، وإن لم يكن هناك ملك على الحقيقة. ألا ترى أنّ رجلًا لو زُفّت إليه غير امرأته، وقيل له: "إنّها امرأتك"، فاستولدها على ذلك، ثم تبيّن أنّها ليست بامرأته أنّ نسب الولد ثابتٌ منه، وإن كانت الموطوءة أمَة كان ولده منها حرّ الأصل، وغرم العقد وقيمة الولد، ولا يرجع على الذي أدخلها عليه شيء. فبان بذلك أنّ علّة ثبوت النسب وكون الولد حرّ الأصل هي وجود الاستيلاد على وجه الملك. وأمّا علّة الرجوع بضمان الولد فهي إيجابه الملك له على عوض حاصل له في الظاهر قياسًا على البيع الذي اتّفقت الصحابة عليه.

قال محمد: وكذلك لو أنّ رجلًا ادّعى دم عمْد على رجلٍ فجحد الرجل ذلك، ثم صالحه من الدعوى[2817] على جارية، فقبضها المدّعي للدم، والمسألة على حالها. [284ب] فالجواب فيها كما وصفنا، ويرجع المدّعي للدم في دعواه، فإن أقام البيّنة على دم العمد أو أبَى المدّعى عليه اليمين ضمن المدّعى عليه قيمة الجارية وقيمة ولدها، وإن لم يكن للمدّعي بيّنة على ما ادّعى من الدم، وحلف المدّعى عليه على ما ادّعى عليه من ذلك لم يرجع المدّعي بقيمة ولدها.

قال أبو بكر: ما إذا أقام المدّعي البيّنة أو أبى المدّعى عليه اليمين فقد حصل له بذْل الجارية، فصار غارًّا له بالعقد، وقد استُحِقّت الجارية، فيضمن قيمتها كما يضمن الزوج قيمة الجارية المهر إذا استُحِقّت، وكما يضمن في الخلع ونحوه من العقود التي لا ينفسخ باستحقاق البدل، فمتى ما حصل للمدّعى عليه بدل في الظاهر ضمن قيمة الجارية دون الولد.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا في يديه جاريةٌ فادّعاها رجل، فجحده ذلك، ثم صالحه منها على جارية، ودفعها إليه، فوطئ كلّ واحد منهما الجارية التي في يديه، فولدت منه، ثم إنّ إحدى الجاريتين استُحِقّت، فإنّ المُستحِقّ يأخذها وعَقرها وقيمة ولدها، ولا يرجع واحد منهما [بـ]الجارية[2818] على صاحبه من قيمة الولد بقليل ولا كثير.

قال أبو بكر: أمّا المدّعى عليه فلم يكن غارًّا لما تقدّم من بيانه. وأمّا المدّعي فلا يكون غارًّا للمدّعى عليه من قِبل أنّ المدّعى عليه قد أنكر أن يكون الجارية وصلت إليه من جهته، فقد أبرأه من الرجوع بضمان الولد كرجل[2819] أقرّ لرجل باستهلاك [285أ] عبد، فأنكر المقرّ له ذلك، فيكون ذلك إبراء له ممّا أقرّ له به.

2817 المدّعَاه

2818 الجارية.

2819 كررجل.

قال محمد: فإن كانت الجارية المستحَقّة هي التي أخذ المدّعي رجع المدّعي على دعواه، فإن أقام بيّنةً على ذلك أو أبى المدّعى عليه اليمين كان غارًا للمدّعي بالجارية التي سلّمها إليه، ويرجع المدّعي على المدّعى عليه بقيمة الولد وبقيمة الجارية المدّعاة، لأنّ المدّعى عليه قد استولدها.

قال محمد: ولو لم يستحقّ الجارية التي أخذ المدّعي، ولكن استُحِقّت الجارية التي في يديّ المدّعى عليه قد استولدها، والمسألة على حالها، فإنّ المدّعى عليه يرجع على المدّعي بقيمة الجارية التي دفع إليه، ولا يرجع المدّعى عليه على المدّعي من قيمة ولد الجارية بشيء.

قال أبو بكر: إنّما رجع عليه بقيمة الجارية التي قبضها، لأنّه قبضها على ملك فاسد لما ظهر لنا في الثاني أنّه كان مُبطلًا في دعواه الجارية التي كانت في يديّ المدّعى عليه، فاستُحِقّت من يده كمن اشترى جاريةً بجارية، وقبضها، واستولدها، ثم استُحِقّت الجارية التي باعها، فيغرم قيمة ما قبض، ولم يُرجع عليه من قيمة الذي ولدتْه الجارية المستحَقّة بشيء من قِبل أنّه زعم أنّ الجارية كانت له، وأنّه لم يملكها من جهة المدّعي، ولا حصلتْ له على وجه البدل عن الجارية التي سلّمها إلى المدّعي، وفي ذلك اعترافٌ منه بأنّه ليس له على المدّعي قيمة الولد.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا في يديه جارية فادّعاها رجل، فجحده ذلك، [285ب] ثم إنّ الذي في يديه الجارية صالح المدّعي على أن يسلّم المدّعى عليه للمدّعي الجارية التي في يديه على أن يأخذ منه المدّعى عليه جاريةً أخرى، فتقابضا، واستولد كلّ واحد منهما الجارية التي قبض من صاحبه، ثم استُحِقّت إحديهما، فإنّ المستحِقّ يأخذها ويأخذ عُقرها، ويرجع الذي استُحِقّت منه الجارية على صاحبه بقيمة الجارية التي أخذت منه وبقيمة ولده التي ضمنه المستحقّ، ولا يشبه هذا الوجه الأوّل.

قال أبو بكر: قال أبو الحسن رحمه الله: لـمّا كان الظاهر أنّ كلّ واحد منهما ملك لما كانت في يديه، ثم تعاقدا عليهما، وسلّم كلّ واحد منهما إلى صاحبه الجارية التي في يده، فقد حصل كلّ واحد مشتريًا للجارية التي قبضها بالتي سلّمها إلى صاحبه، وصار كلّ واحدة منهما مضمونةً على من سلّمها بعقد الصلح، فكان كلّ واحد منهما مغرورًا، وكان صاحبه غارًّا له بها.

فإن قال قائل: فإنّ المدّعي معترِف أنّه لم يملك الجارية التي قبضها من جهة صاحبه، وأنّه لا ضمان له عليه في الولد.

قيل له: إنّه وإن كان كذلك فإن[2820] الجارية قد كانت ملكًا في الظاهر لمن هي في يده، وإذا كان ذلك كذلك فقد حصل له ملكها بالجارية التي سلّمها إليه، وفي وقوع هذا الحكم إبطال لقوله: "أنّي لا أملكها من جهته"، فلذلك جاز له الرجوع عليه بضمان الولد، وصار عازًّا به.

فإن قال قائل: إنّ الظاهر لا يستحقّ به حقّ على الغير، وإنّما يدفع به الدعوى، فلِمَ حصلت [و]كلّ[2821] واحد منهما [286أ] غارًّا لصاحبه بما كان ثبت له في الظاهر من ثبوت يده على الجارية.

قيل له: إنّما أثبتنا الغرور بالعقد لا بالظاهر، وإذا كان كذلك جاز أن يكون غارًّا بالعقد على جارية قد ثبت ملكها في الظاهر لمن هي في يده. ألا ترى أنّ عقد البيع يوجب[2822] الغرور، وإن لم يثبت لواحدٍ منهما ملك إلّا من جهة الظاهر، ويمين ذلك أنّهما لو كان بنيا[2823] دارين، والمسألة على حالها، كان الشفيع كلّ واحدة منهما أخذها بقيمة الآخر.

قال أبو بكر: وذكر محمد مسألة الصلح على دار، وبناءها في باب الغرور، ولا رجوع بقيمة البناء على ما تقدّم من المسائل في الرجوع بقيمة الولد، وهي صحيحة على تلك الأصول، لأنّ المشتري يكون مغرورًا في البناء كما يكون مغرورًا في الاستيلاد، والغرور يوجب الرجوع بقيمة البناء كإجابة الرجوع بقيمة الولد، فلا فصل بينهما من هذا الوجه، فكلّ موضع يجب فيه الرجوع بقيمة الولد. وكذلك يجب الرجوع بقيمة البناء إذا كان المصالح عليه دارًا، وقد بناها المشتري، وما لا يوجَب الرجوع بقيمة الولد لم يوجب الرجوع بقيمة البناء. وذكر مسألة المشتري دارًا شراءً فاسدًا إذا بناها أنّ حقّ البائع ينقطع بالبناء في قول أبي حنيفة، ولا ينقطع في قول أبي يوسف ومحمد. والحجّة لأبي حنيفة: إنّ البائع قد سلّط المشتري على البناء كما سلّطه على البيع وسائر وجوه التصرّف، فلمّا لم ينقض سائر وجوه تصرّفه من نحو البيع والهبة والصدقة، [286ب] كذلك لا يجوز نقض بنائه لوقوعه بتسليط من البائع إذا كان فيه إلحاق ضرر به مع وجود التسليط من مالكِه على تصرّفه.

وذهب أبو يوسف ومحمد إلى أنّ البناء تبعٌ للعَرصة، فلا يصير مستهلكة به. ألا ترى أنّ الغاصب إذا بنى في أرض غيره أُمر بدفع بنائه، ولم يضر الأرضَ مستهلكُه وإن كثرت قيمته، فكذلك المشتري لها شراءً فاسدًا.

قال أبو بكر: وأبو حنيفة لم يقطع حقّ البائع في الفسخ، لأجل أنّ العَرصة صارت مستهلكة بالبناء لكن من جهة وقوعه بتسليط البائع، وفي بعضه ضرر عليه وإتلاف ماله، فلذلك لم ينقضه. ألا ترى أنّ المعير إذا أعار أرضَه سنةً ليبنيَ فيها، ثم أراد إخراجه قبل الوقت أنّه لم يؤمر بردّ قيمة بنائه، لأنّه ليس له أن يُلحق به ضررًا مع وجود التسليط من جهته في البناء في المدّة المذكورة، فكذلك ما وصفنا.

2820 فانكا
2821 كل.
2822 توجب.
2823 لو كان بنا.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا اشترى من رجل جاريةً بألف درهم، وقبضها، فأعتقها، فتزوّجها رجل، ولم يخبره أنّها حرّة ولا أمة، فوطئها، فولدت أولادًا، ثم استحقّها رجل، فإنّ على أبي الولد قيمة الولد، والعقر للمستحِقّ، لأنّ هذا غرورٌ، وإن لم يقل للذي تزوّجها أنّها حرّة إن أعلم أنّ الشراء والعتق كانا، وأقام على ذلك بيّنة، ولا يرجع أب الولد بالقيمة التي غرم على أحد.

قال أبو بكر: لأنّ شراء الأوّل وعتاقه إقرارًا منه بالملك، وإذا حصل العتق في الملك صارت الجارية حرّة في الظاهر، فلذلك كان الرجل [287أ] مغرورًا، وكان ولده حرّ الأصل، وإنّما لم يرجع بقيمة الولد على أحد من قِبل أنّ ضمان الغرور كضمان الكفالة، وإنّما يلزم ذلك العاقدون غيره إذا كان العقد يقتضي التمليك، وفيه عِوض أو شرط الحرّية في العقد. فأمّا العقد الذي فيه عوض، وهو يقتضي التمليك فكعقد البيع ونحوه، فيصير نفس العقد غرورًا. وأمّا العقد الذي يحتاج فيه إلى شرط الحرّية في إيجاب الضمان به بالغرور فقد عقَد النكاح. ولو أنّ رجلًا زوّج رجلًا امرأةً، وأخبره أنّها حرّة لم يلحقه ضمان قيمة الولد عند الاستحقاق، ولو زوّجها إيّاه على أنّها حرّة، ثم استحقّها رجل، وقد ولدت للزوج، فضمن قيمة الولد للمستحِقّ، كان له أن يرجع على الزوج بقيمة الولد، وذلك لأنّ إخباره[2824] بأنّها حرّة لا يجوز أن يلحق به ضمان. ألا ترى أنّه لو أخبره أنّها حرّة ولم يزوّجها[2825] إيّاه، وزوّجها غيره أنّ المخبِر لا يلحقه ضمان بهذا[2826] القول، فكذلك إذا زوّجها هو.

وأمّا إذا زوّجها إيّاه على أنّها حرّة فإنّه قد أوجب له بالعقد حرّية الولد، وما أوجبه له بالعقد فقد يُضمن تصحيحه، فصار ذلك كقوله: "قد ضمنت لك الدرك فيما يلحقك به من الضمان".

فإن قال قائل: ولِمَ يثبت على المزوّج حكم الغرور في النكاح مع شرط الحرّية في العقد، والمزوّج لا يتعلّق به شيء من حقوق عقد النكاح إذا عقد لغيره.

قيل له: لم يلزمه الضمان بالعقد، وإنّما ألزمناه بشرط حرّية الولد للزوج، وليس ذلك من العقد في شيء. ألا ترى أنّه لو عقد [287ب] ولم يشرط أنّها حرّة لم يلزمه الضمان بالعقد، وإنّما ألزمناه بشرطه حرّية الولد للزوج، وليس ذلك من العقد في شيء. ألا ترى أنّه لو عقد ولم يشرط أنّها حرّة لم يلزمه الضمان، ولا خلاف بين الفقهاء في إلزام المزوّج الضمان إذا زوّجها على أنّها حرّة، وقد رُوي ذلك عن عمر وعلي رضي الله عنهما[2827].

مسألة

[2824] اختاره.
[2825] ولم تزوّجها.
[2826] بهذه.
[2827] لم أعثر على رواية صريحة، إلّا أنّه ورد ما قد يدلّ على المعنى المقصود في مصنف ابن أبي شيبة، 85/11؛ ومصنف عبد الرزاق، 277/7، 278، 280.

قال محمد: ولو أنّ رجلًا اشترى جاريةً فوطأها، فولدت منه، ثم أعتقها، وتزوّجها، فوطأها، فولدت ولدًا آخر، ثم استحقّها رجل، فإنّه يأخذها ويأخذ قيمة الولدين جميعًا من الوالد[2828]، ويأخذ منه عَقرًا[2829] واحدًا، ويرجع أبُ الولد على البائع بقيمة الولد الأوّل، ولا يرجع عليه بقيمة الولد الآخر.

قال أبو بكر: إنّما ضمن للمستحِقّ عَقرًا[2830] واحدًا من قِبل أنّ عتقه لم ينفذ فيها لمـا ظهر في الثاني أنّها كانت ملكًا لغيره، فصار كأنّه لم يعتقها، ووطأها مرارًا، فلا يلزمه إلّا عُقر واحد. ألا ترى أنّ من وطئ على وجه النكاح الفاسد مرارًا لم يلزمه إلّا عقر واحد.

فإن قال قائل: هلّا أوجبت عليه عقرين لوقوع الوطء منه على وجهين مختلفين، تارّةً من جهة الملك وتارّةً من جهة النكاح، كما أنّه لو تزوّج امرأةً نكاحًا فاسدًا فوطأها، ثم فارقها، وتزوّجها ثانيًا نكاحًا فاسدًا، فوطأها أنّه يلزمه مهران، وإن لم يقع طلاقه من قِبل أنّه وطأها على حكم عقدين مختلفين، كذلك قد وطئ المشتري الجارية تارةً على وجه الملك وتارةً على وجه النكاح، فواجبٌ أن يلزمه [288ا] مهران.

قيل له: لا يشتبهان من قِبل أنّ من طلّق امرأةً قد تزوّجها نكاحًا فاسدًا عمل طلاقه إيّاها في إيقاع الفُرقة وفسْخ النكاح، وإن لم يقع موقع الطلاق في نقصان العدد. ألا ترى أنّه لو وطأها بعد الطلاق وجب عليه الحدّ، وإنّ العدّة إنّما يلزمه من يوم طلّق، وإذا كان ذلك كذلك ثبت للعقد الثاني حُكم على حالة في باب وجوب العقد بالوطء المعقول فيه.

وأمّا في مسألتنا فلم يكن له حكم النيّة، فكان وجوده وعدمه سواء في انتفاء وجوب عقر ثاني بالوطء الواقع بعده على وجه النكاح. ألا ترى أنّ المستحقّ معترف أنّه ليس عليه إلّا عُقر واحد، لأنّ ملكه كان قائمًا فيها في الحالين جميعًا، وإنّما رجع على البائع بقيمة الولد الأوّل، لأنّ البائع قد غرّه في ذلك الملك في الظاهر، وأوجب له الوطء والاستيلاد فيه من غير ضمان يلحقه، فما لحقه به من الضمان رجع عليه على المعنى الذي ذكرناه من أنّ ضمان ذلك كضمان الدرك الذي يلحق بالبيع، فما لحِق بذلك العقد من ضمان الولد كان لازمًا له، وإنّما لم يرجع عليه بقيمة الولد الآخر، لأنّه لم يقع الوطء والاستيلاد فيه على جهة الملك الذي أوجبه له البائع، والمشتري معترفٌ[2831] أنّ ذلك الملك لو كان صحيحًا لم يكن يبيح له الوطء بعد العتاق فلم يجز أن يلحقه ضمانُ الولد بذلك الملك، وهو فلم يوجب عقد النكاح، ولم يغرّه منه، فلذلك لم يرجع عليه بقيمة الولد المستولد على فراش النكاح.

[2828] الولد.
[2829] عُقرًا.
[2830] عُقرًا.
[2831] معترفًا.

باب الصلح في الساحة التي لا يُدرأ والبيع في ذلك

قال محمد: [288ب] وإذا اختلف رجلان في ساحة كلّ واحد منهما يدّعي أنّها له وفي يديه، فإنّ القاضي لا يقضي بها لواحد منهما ولا أنّها في يديه إلا ببيّنةٍ.

قال أبو بكر: لم يُصدَّق واحد منهما على دعواه لقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم في حديث ابن عباس رضي الله عنه: ((لو يعطي[2832] الناس بدعواهم[2833] لادّعى رجال[2834] أموال قومٍ ودماءهم ما قوم[2835] ولكن[2836] البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعى عليه))[2837]، فلمّا تنازعا في دعوى الملك واليد لم يُصدّق واحدٌ منهما على دعواه إلّا ببّينة.

قال محمد: فإن اصطلحا على أن يسلّمها أحدهما لصاحبه على أن أعطاه عبدًا، وقبض المصالح العبد، وبنى الآخر الساحة دارًا، ثم استُحِقّ العبد من يديّ المصالِح أو وجد حرًّا، فإنّ الصلح ينتقض، فيعود المصالحان على دعواهما.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه سلّم الخصومة، وأبرأ منها على شرط سلامة العبد له، فلمّا سلّم له[2838] العبد عاد في الخصومة.

فإن قال قائل: فلمَ جاز الصلح، ولم يَثبت لواحد منهما يدٌ في الساحة ولا ملك.

قيل له: لأنّ[2839] عقود المسلمين محمولة على الصحّة عندنا حتى يظهر الفساد فيها، وجائز عندنا وقوع الصلح على البراءة من الخصومة، وإن لم يثبت هناك حقّ في الظاهر، وإذا كان كذلك وجب إجازةً عقد الصلح في مسألتنا.

قال محمد: فإن قال الذي قبض العبد: "انقض البناء حتى يعود الأمر على حالة الأولى ولا يسكنها"، فإنّ القاضي لا يفعل ذلك، ويقول له: "أحضرْ بيّنة على حقّ إن كان لك"، لأنّ هذا الحقّ لم يثبت لك بعد. ألا ترى أنّهما لو لم يصطلحا فيه، ولكن [289أ] أحدهما بنى، وصاحبه لا يعلم لم يحل بينه وبين ذلك إلّا أن يستحقّ الآخر شيئًا، فكذلك هذا.

قال أبو بكر: ليس في دخولهما في عقد الصلح اعترافٌ ممّن أخذ الساحة بالملك فيها لصاحبه، إذ كانت حقيقة الصلح أنّه إبراء وإسقاطٌ، وقد يكون البراءة من الخصومة، ويكون تمليكًا إذا صحّ الملك للمدعي، فإذا احتمل أن يكون الصلح أنه إبراء وإسقاطٌ، وقد يكون البراءة من الخصومة دون تمليك الشيء المدّعى بما أخذه المدّعي لم يجز لنا حمله على الإقرار، إذ لا يجوز إثباتُ إقرار أحد بلفظ يحتمل غيره، ويدلّك على هذا: أنّ حقّ الشفعة لا يجب في الساحة التي أخذها.

[2832] لو أعطى.
[2833] بدعاويهم.
[2834] قوم.
[2835] وما قوم وأموالهم.
[2836] والكن.
[2837] صحيح البخاري، التفسير، 3؛ صحيح مسلم، الأقضية، 1 (1711)؛ مسند أبي عوانة، 55/4؛ السنن الكبرى للبيهقي، 331/5.
[2838] فلمّا لم له (لم له)
[2839] لا.

فإن قال قائل: فلو صالحه على دار أخرى، وقبضها المدّعي وجب للشفيع فيها الشفعة، فقد جعلته بمنزلة البيع.

قيل له: إنّما أوجبنا حقّ الشفعة في الدار التي قبضها المدّعي من قِبل اعترافه بأنّه ملّكها ببدل، فأخّرنا إقراره على نفسه على حسب ما تضمّنه من إيجاب حقّ الشفيع فيها، ولم يجز إقراره على المدّعى عليه، لأنّ كلّ أحد فإنّما يوجد بما يوجبه عليه اعترافه، ولا يلزم غيره إقراره، وإذا كان ذلك كذلك ولم يكن لصاحبه فيما بنى فيه الآخر ملك، ولا بدّ لم يُمنع من التصرّف فيه لدعوى الغير، إذ لا فرق في ذلك بين المصالح وبين مدّعي آخر لا حقّ له فيه ولا ملك.

مسألة

قال محمد: ولو لم يصطلحا على ذلك، واختلفا فيه على ما وصفنا، ثم اشترى أحدهما ذلك من صاحبه بعبد، وقبض المشتري العبد، وبنى الآخر [289ظ] الساحة وسكنها، ثم استُحِقّ العبد أو وُجِد حرًّا، فإنّ الشراء[2840] منتقض، ويجبر[2841] الذي بنى على نقض بنائه، ويخرج من الساحة، وينهى أن يعرض فيها لصاحبه، ونقضي[2842] عليه بأنّه لا حقّ له فيها، ولا يقضي بها القاضي للآخر، ولا يحول بينها وبينه.

قال أبو بكر: من أصلهم: أنّ دخوله معه في عقد الشراء اعتراف منه بملك الساحة له من جهة الحكم ما لم يردّه عليه استحقاق، وذلك لأنّ عقد الشراء يوجَب التمليك، فالمشتري مقرٌّ بأنّه قد ملّكها من جهة المدّعي، وليس الشراء كالصلح، لأنّ الصلح قد يقع على وجه البراءة من الخصومة على جهة افتداء اليمين، فلمّا احتمل ذلك لم يجز لنا أن يجعله تمليكًا، وعقد الشراء لا يحتمل إلّا وجهًا واحدًا، وهو جهة التمليك، فلذلك شراؤه منه اعترافًا منه بالملك له، ويجب للشفيع به الشفعة فيما اشتراه إذا كان عقارًا.

فإن قال قائل: إذا كان الشراء إقرارًا من المشتري بالتمليك فلم جعلته تمليكًا من جهة البائع، وجائز كونه وكيلًا لغيره.

قيل له: إذا كان الشراء إقرارًا بالتمليك، ولم يثبت هناك ملك لغير البائع وجب أن يكون التمليك واقعًا من جهته، وأيضًا فلو قال المشتري بعد الشراء: "إنّ هذه الدار التي يبعيها لفلان كنت وكيلًا في بيعها" لم يلتفت إلى قوله، ولم يُصدّق عليه، وكان القول قول البائع في أنّها كانت ملكَه، فقد صحّ أنّ الشراء منه إقرارًا بوقوع الملك له من جهته، وإنّه كان مالكًا له، وإذا صحّ ذلك ثم استحقّ البدل الذي به صحّ تمليكه وجب نقض ملك البائع فيها.

[2840] شراء.
[2841] ويجيز.
[2842] ونقضا.

فإن قال قائل: [290أ] وُرود الاستحقاق على العبد الذي هو الثمن غير مانعٍ وقوعَ الملك للمشتري في الساحة على وجه الفساد، وإذا ملَكها[2843] مِلكًا فاسدًا، وبنى فيها وجَب أن يغرم قيمتها، ولا يجبر[2844] على نقض البناء كما قال أبو حنيفة: فيمن اشترى دارًا شراء فاسدًا، فبنى فيها أنّ حقّ البائع ينقطع في الفسخ.

قيل له: يشبه أن يكون جواب المسألة على أصل محمد، وهو سديد على أصله.

قال أبو بكر: وأمّا قوله: "ونقضي[2845] على المشتري بأنّه لا حقّ فيها"، ولا يقضي بها القاضي للآخر، ولا يحول بينها وبينه، فمن قبل أنّ المشتري قد اعترف بالملك لصاحبه، فسقط حقّه منها، ولا يقضي بها للآخر، فلا يحول بينها وبينه، ثم قَبِل أنّ المشتري قد اعترف بالملك لصاحبه، فسقط حقّه منها، ولا يقضي به للآخر أيضًا من قبل أنّ المقرّ، وهو المشتري، لم يكن له ملك في الساحة حتى يصحّ إقراره بالملك له، وإنّما يجوز إقراره على نفسه في أنّه لا حقّ فيها، فإمّا إن ثبتت به الملك لغيره فلا. ولا فرق بين إقراره وإقرار أجنبيّ بذلك إذ لا ملك، ولا يدَ[2846] لواحد منهما، وإنّما لم يحل بينها وبينه من قِبل أنّه لا منازِع له فيها ولا خصم، وإذا خلا الشيء من أن يكون له خصْم لم يُحل بينه وبين من أدخل يده فيه.

مسألة

قال محمد: وإذا ثلاثة في ساحة كلّ واحد منهم يدّعي أنّها له وفي يده، ولا يعلم ذلك إلّا بقولهم، فصالح أحدهما صاحبه على عبد دفعه إليه على أن يسلِّم له الساحة، فإنّ القاضي لا يقضي بالساحة لأحد، وينقض الصلح، ويردّ [290ب] العبد على صاحبه إن أراد ذلك.

قال أبو بكر: إنّما لم يصح الصلح من قِبل أنّه شرط على المصالح تسليم الساحة له، ومنازعة الآخر له فيها مانعةٌ من صحّة التسليم، فلم يصح الصلح، وإنّما كانت منازعة صاحبه إيّاه فيها مانعة من التسليم من قِبل أنّه ليس لواحد منهم فيها يد، ولا ملك في الظاهر، ولا جائز أن يسلّمها لأحدهم مع منازعة الآخر له فيه إذ ليس واحد منهم بأولى باليد فيها من آخر.

قال محمد: ولو كان أحدهما اشتراها من صاحبه بعبد، والمسألة على حالها، فإنّ القاضي ينقُض الشراء إن أراد ذلك المشتري للساحة، ويردّ العبد، ويجعل البائع الساحة، والرجل الآخر على دعواهما فيها، ويبطل حقّ المشتري له.

قال أبو بكر: وهذا أيضًا لمـّا بيّنا في الصلح من قِبل أنّ عقد الشراء يتضمّن التسليم، ومتى عدم التسليم فيه رأسًا بطل العقد، فلمّا كان صاحبه مانعًا من التسليم صار كرجل اشترى من رجل دارًا، وهناك ما يمنع التسليم، فيكون للمشتري

[2843] واذا ملّكها.
[2844] ولا يجيز.
[2845] ونقضا.
[2846] يدٌ.

الخيار في نقض البيع لتعذّر التسليم فيه، وله أن يقول: "لا أنقض البيع حتى يمكن التسليم بحجّة يقيمها البائع أو أقيمها على سقوط دعوى المنازع فيها"، ويبطل حقّ المشتري في الساحة إن اختار نقض الشراء، لأنّه قد اعترف بالملك له حين اشتراها.

مسألة

قال محمد: ولو كان الدين اختلفوا[2847] رجلين فصالح أحدهما على عبد أو اشتراها منه بعبد، فالصلح والبيع جائزان، وليس للذي أخذ الساحة أن ينقض ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ كلّ متعاقدين دخلا [291أ] في عقد، فدخولهما فيه اعتراف منهما بجوازه، فليس لواحد منهما نقضه إلّا بسبب يوجب ذلك له.

قال محمد: فإن لم يبنِ[2848] حتى جاء من يخاصمه في ذلك، ويزعم أنّها له لم يقضي القاضي لواحد منهما بالساحة، ويردّ العبد على صاحبه الذي أخذه منه إن أراد ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه إذا لم يحدّث فيها ما يثبت له فيها اليد اشترك[2849] هو وسائر الناس فيها، في أنّه لا يد لواحد منهم عليها، ومتى باعه[2850] فيها منازع كلّف هذا المشتري أو المصالح إقامة البيّنة على أنّها في يده، فلمّا كان ذلك كذلك، ثم خاصمه فيها آخر من قِبل أن يحدثَ فيها ما يوجَب له اليد كان له أن يرجع على المصالح أو البائع بما أخذ منه لعدم تسليم ما شرط عليهما تسليمه بدلًا عمّا قبضاه.

قال محمد: فإن نقض ذلك، وأخذ عبده، ثم إنّ المأخوذ منه العبد استحقّ الساحة ببيّنة قامت له على ذلك[2851]، فأراد الذي أخذ العبد أن يأخذ الساحة ويردّ عليه العبد، فليس له ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ القاضي قد نقض العقد بحقٍّ لأجل تعذّر تسليم ما وقع عليه العقد[2852]، ومتى تعذّر تسليم المبيع حدث للمشتري خيار في نقض العقد سواء كان المبيع مِلكًا للبائع على الحقيقة أو لم يكن. ألا ترى أنّ من اشترى عبدًا، فأبق من يد البائع قبل القبض أنّ للمشتري الخيار في فسخ العقد، فإن فسخه، ثم حضر العبد لم يكن للبائع أن يلزمه، ولا للمشتري أن يأخذه بالعقد الأوّل، وكونه ملكًا للبائع لم يمنع صحّة الفسخ فيه عند تعذّر تسليمه، [291ب] فكذلك ما وصفنا.

2847 اختلفو.
2848 لم يبنِ
2849 اشترى.
2850 ناعه (باعه)
2851 + على ذلك.
2852 العقود

قال محمد: ولو لم يخاصم الذي صالحه على العبد، واشترى الساحة آخرُ حتى بنى وسكن، ثم خاصمه في ذلك رجل كان الصلح والشراء جائزين حتى يستحقّ ذلك الرجل المدّعي حقًّا.

قال أبو بكر: لمـّا بنى فيها المشتري صحّت يده عليها، وتمّ التسليم له من جهة البائع، وصار بذلك أولى بها من الخارج المنازع، فلمّا صحّ له التسليم من جهة البائع والمصالح لم يكن له خيار في فسخ العقد لدعوى مدّعي لها. آخر الصلح..

وأوّل الإجارات

بسم الله الرحمن الرحيم

[كتاب الإجارة]

أوّل الإجارات

باب الإجارة في حملان الشيء بشيء منه واستحلاف المكترٰى له

قال محمد: وإذا دفع الرجل إلى رجل كُرّ حنطةٍ يحمله إلى بغداد بنصف الكرّ فحمله، فهلك الطعام في نصف الطريق أو بعدما بلغ بغداد، فلا ضمان عليه في الكرّ، وله إن كان بلغ بغداد[2853] أجرّ مثله لا يجاوز به قيمة نصف الكرّ، وإن كان بلغ نصف الطريق فله أجر مثله لا يجاوز به رُبع قيمة الكرّ، ولا يضمن من الكرّ شيئًا في قياس قول أبي حنيفة. [292ٱ]

قال أبو بكر: إنّما لم يـجز الإجازة على ذلك من قِبل أنّها لو صّحت يملك جزءًا من الكرّ بأوّل جزء من الحمل، فيصير شريكًا فيه، ويكون حينئذ حاملًا طعامًا هو فيه شريكه، ولا يجوز له أن يستحقّ الآخر على طعام فيه شريكٌ، وهذا معنى ما روي عن النبي صلى الله عليه أنّه نهى عن قفيز الطحّان[2854]، وفي حديث رافع بن خُديج أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال له في أرض كان تزارع عليها: ((لا يستأجرها بشيء منها))[2855]، فصار ذلك أجلًا في فساد الإجازة فيما هو شريكٌ فيه، فلمّا فسدت الإجارة من هذا الوجه، وقد شرط حمل الجميع على الإجازة لم يملك شيئًا من الطعام بالحمل، فلم يضمنه، إذ كان من أصل أبي حنيفة أنّ الأجير[2856] المشترك لا يضمن ما استُؤجر عليه، فصار الطعام أمانة في يده للمستأجر، فهلك على ملكه، وضمن للأجير أجر مثله، لأنّه قد أوفاه عمله على عقد فاسد.

2853 بَغْدَاذَ

2854 السنن الكبرى للبيهقي، 339/5؛ مسند أبي يعلى، 301/2؛ سنن الدارقطني، 468/3.

2855 لم أعثر عليها.

2856 الأخير.

فإن قال قائل: هلّا جعلته مالكًا لجزء من الطعام بأوّل جزء من الحمل ملكًا فاسدًا، لأنّه قد شرط أن يكون له نصف الطعام أجرًا لحمله، فمن حمل جزءًا من الطعام ملك بإزائه جزءًا منه ملكًا فاسدًا، لأنّه في يده، فيصير قابضًا له كمن اشترى شيئًا شراءً فاسداً وهو في يده، فيملكه عقيب العقد.

قيل له: لا يجوز ذلك من قِبل أنّ الدفع وقع بدءًا على سبيل حمل الجميع للمستأجر، ولم يشترط قبض بعضه على وجه الأجرة وبعضه على سبيل الإجارة، وإنّما شرط أن يكون الحمل في الجميع واقعًا للمستأجر، ثم يملك نصف الطعام أجرًا له على حمله، فلمّا كان ذلك كذلك حصل قبض جميع الطعام [292ب] على حكم الإجارة، وبقي في يده على حكم ما قبض عليه بدءًا، وصار حاملًا للمستأجر، فكان له أجر مثله، ولم يملك شيئًا من الطعام، فلم يحصل مضمونًا عليه.

قال محمد: ألا ترى أنّه لو هلك في يديه قبل أن يحمله لم يضمن، فكذلك بعد الحمل.

قال أبو بكر: بيّن محمد بذلك أنّ الدفع في الابتداء لم يقع مضمونًا، فلا يتغيّر حكمه بالحمل.

قال أبو خازم: ويجب أن يضمن عند أبي يوسف ومحمد، وصاحب الطعام بالخيار إن شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي هلك فيه وأعطاه الأجر بحسابه، وإن شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي حمله منه ولا أجر له كالصناع يهلك الثوب في يده بعد الصنع، فصاحبه بالخيار على هذا الوجه.

مسألة

قال محمد: ولو استأجره على أن يحمل له نصفه إلى بغداد بنصفه الباقي، ودفعه إليه كلّه فحمله، فهلك منه في نصف الطريق أو بعدما بلغ بغداد[2857] فهو ضامن لنصف الكرّ بطعام مثله ولا أجر له، وكذلك لو لم يهلك أخذه صاحبه كلّه منه ولا أجر له، وكذلك لو هلك في يديه قبل أن يحمله كان ضامنًا.

قال أبو بكر: المقصود عليه عقد الإجارة من ذلك هو نصف الطعام، والنصف الباقي مقبوض على وجه الأجرة، فصار قابضًا له لنفسه، وملّكه بالقبض ملكًا فاسدًا أو ضاربه شريكًا للمستأجر فيه، فلم يكن له فيه أجر البتّة، وكان عليه ضمان ما أخذه لنفسه، وهو النصف. وأمّا النصف الآخر المقبوض على وجه [293أ] الإجارة والحمل المستأجر، فإنّه قبضه على وجه الإقامة، فلم يضمنه، لأنّ من أصل أبي حنيفة: إنّ الأجير المشترك لا يضمن ما يقبضه على وجه الإجارة.

وذكر أبو خازم: أنّ النصف الذي قبضه على وجه الإجارة لا خلاف بين أصحابنا في أنّه غير مضمون على الأجير من قِبل أنّه لما لم يستحق الأجر على حمله البتّة لم يصر مضمونًا عليه في قول أبي يوسف ومحمد أيضًا، وصار كالمقبوض على وجه الوديعة ونحوها.

2857 بَغْدَاد

باب من الإجارة أيضًا

قال محمد: وإذا وكّل رجل رجلًا أن يستأجر له دارًا بعينها من رجل بمائة درهم هذه السنة، فاستأجرها منه له، وقبض الوكيل الدار من المؤجّر[2858]، فأراد الآمر أخذها من الوكيل، فأبى الوكيل أن يعطيها إيّاه حتى انقضت السنة، فإن الأجر للمؤجّر كالمستأجر، ويرجع به على الآمر، ولا يبطل الأجر عن الآمر بمنع الوكيل إيّاه الدار، فكذلك الوكيل استأجرها بمائة درهم إلى سنة.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن رحمه الله يقول: إنّما وجب الأجر على المستأجر للمؤجّر من قِبل أنّه قد صحّ قبض الدار وتسليمها من قبله على وجه الإجارة، لأنّ هذا القبض موجب بعقد الإجارة. ألا ترى أنّ الآمر لو نهى الوكيل عن القبض وأراد هو قبضها من المؤجّر دون الوكيل لم يكن له ذلك، وكان للوكيل أن يقبض، فثبت [293ظ] بذلك إنّ هذا القبض هو القبض الموجَب لعقد الإجارة، فاستحقّ لذلك المؤجّر عليه الآخر، فاستحقّ المستأجر أيضًا بذلك القبض الأجر على الآمر فإن كان قد منعها إيّاه، لأنّ القبض وقع له، ولا يصير المستأجر بمنعها إيّاه غاصبًا للدار لما قد دلّلنا عليه من أنّ هذا القبض موجَب له بعقد الإجارة، فلمّا لم يصر بالمنع غاصبًا للدار، وكان القبض واقعًا للآمر استحقّ المستأجر أيضًا عليه الأجرة.

فإن قال قائل: هلّا كان مثل المشتري إذا منع الآمر العبد بغير حقّ فيضمنه.

قيل له: لا فرق بينهما من الوجه الذي ذكرنا فيما وقع فيه من القبض على وجه العقد، وذلك أنّه ليس للبيع إلّا قبض واحد، وهو أوّل إمساك، فلمّا قبضه صار ذلك قبضًا للآمر، لأنّ العقد قد أوجبه له، ونظير ذلك ما يأتي من الإمساك في المستقبل إلى إنقضاء مدّة الإجارة، لأنّها يحتاج في صحّتها إلى بقاء القبض الأوّل يستحقّ به عليه الأجر، فكان جميع أوقات الإمساك في استقبال مدّة الإجارة نظير أوّل جزء من الإمساك المستأجر إلى انقضاء مدّة الإجارة واقعًا للآمر وجب أن يكون ما استأنف من إمساك المستأجر إلى انقضاء مدّة الإجارة واقعًا للآمر، إذ كان ذلك من شرط صحّة استحقاق الأجر به. ألا ترى أنّ غاصبًا لو غصبه بعد القبض الأوّل أو كان عبدًا فهلك في يده سقط عنه من الأجر بحساب ما زالت يدُه [294أ] عنه في المدّة، وليس كذلك البيع في بقاء[2859] يده عليه في القبض الأوّل، لأنّ ما استقبل من أوقات الإمساك في البيع ليس هو واقعًا على وجه البيع ولا موجبًا به. ألا ترى أنّ موت العبد بعد القبض لا يقدح في عقد البيع، فلذلك كان الآمر فيه على ما وصفنا.

فإن قال قائل: لو كان ذلك القبض واقعًا للآمر وكان بقاء[2860] يده عليه بأمره لكان له أن يمنعه الآمر.

2858 للمؤاجر

2859 نقا.

2860 نقا.

قيل له: إنّما لم يكن له أن يمنعها الآمر من قِبل أنّ قبضَه أيضًا للآمر. ألا ترى أنّ المؤجّر لو رضي بتسليمها إلى الآمر، وقبضها الآمر منه لم يكن للمستأجر أن يمنع منه فدلّ ذلك على أنّه يقبضه للآمر، فلم يكن له منعه إلّا أنّه، وإن منعه فإنّ منعه لا يغيّر حكم القبض عمّا وقع له، وأوجبه العقد، ولم يسقط الأجر عن الآمر لمنع المستأجر إيّاه الدار إذا كان القبض في الحكم واقعًا له على الإجارة مع المنع. ألا ترى أنّه لو سلّمها إليه ثم أخذ الآمر، فحبسه، ومنعه السكنى لوجب على الآمر الأجر لوقوع قبض الدار له على وجه الإجارة[2861] وإن لم ينتفع بالسكنى، فكذلك ما وصفنا، لأنّه في المعنى كغاصب السكنى، ولا ضمان في غصب السكنى.

قال محمد: ولو كان رجل أجنبيّ غصب الدار من المستأجر أو من الآمر فلم يدفعها إليهما حتى انقضت السنة لم يكن عليهما أجر.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ القبض الموجب بعقد الإجارة قد وجد ارتفع بغصب الأجنبيّ، فسقط الأجر، لأنّ شرط صحّة استحقاق الأجر دوام القبض الموجَب بالعقد إلى انقضاء مدّته.

قال محمد: وكذلك لو كان الآمر [294ب] قبض الدار، ثم إنّ المستأجر عدى[2862] عليه فأخرجه منها، وسكنها حتى انقضت السنة، فالأجر كامل على المستأجر، ويرجع به على الآمر.

قال أبو بكر: لا فرق بين منعه الآمر منها بدءًا وبين منعه إيّاه منها بعد تسليمها إليه كما لا فرق في الغصب بين منع الغاصب المستأجر من القبض بدءًا وبين إخراجه إيّاها من يده بعد قبضها، فلما لم يسقط الأجر عن الآمر بدءًا يمنعه الوكيل كذلك إذا أخرجها من يده بعد تسليمه إيّاه[2863]. ألا ترى أنّ الأجر واجب في الحالين جميعًا للمؤجّر، وكان قبض الإجارة موجود في الحالين.

قال محمد: ولو انهدمت الدار من سكنى المستأجر أيضًا لم يكن عليه ضمان.

قال أبو بكر: لأنّه ليس بغاصب للدار إذا كان هذا القبض هو الذي به يستحقّ الأجر على المؤجّر، وإنّما غصب الآمر السكنى مع وقوع القبض له، وضمان على غاصب السكنى.

مسألة

قال محمد: ولو كان الوكيل استأجر الدار من المؤجّر سنة على أن يُعجل الأجر له قبل السكنى كان جائزًا عليه وعلى الآمر.

[2861] + مع المنع ألا ترى أنّه لو سلّمها إليه ثم أخذ الآمر فحبسه ومنعه السكنى لوجب على الآمر الأجر لوقوع قبض الدار له على وجه الإجارة، صحّ هامش.

[2862] عَداء

[2863] إيّا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الوكالة وقعت مُطلقة دخل تحتها الإجارة لشرط تعجيل الأجر، والإجارة المبهَمة من غير شرط التعجيل، فإنّهما عقد جاز على الآمر كالبيع بالنقد والنسيئة.

قال محمد: فإن قبض الوكيل الدار ودفع الأجر أو لم يدفعه حتى حضر الآمر فأبى المستأجر أن يدفع إليه الدار حتى يعطيه الأجر، فذلك له فإن منعه ذلك حتى ينقضي السنة، فالأجر على المستأجر، ولا يرجع به على الآمر [295أ] كان النقصان على المأمور، لأنّا لم نصدّقه على الآمر في الرجوع عليه.

قال محمد: ولو كان الآمر قد أقرّ بالبيع، وإنّما المأمور قد قبض الثمن، وأنكر أن يكون المأمور دفع إليه الثمن، ثم وجد المشتري بالجارية عيبًا فردّها، فإنّه يأخذ الثمن من المأمور، ويرجع به المأمور[2864] على الآمر، وتكون[2865] الجارية للآمر.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه قد أقرّ بقبض المأمور الثمن، وقبض المأمور قبض للآمر. ألا ترى أنّه لو هلك بعد قبض المأمور هلك من مال الآمر، فصار كأنّه قد أقرّ بقبض الثمن.

وكان أبو الحسن يقول: لو أقرّ الآمر بالبيع، وأنكر قبض المأمور الثمن كان مثل المسألة الأولى، ولم يُصدّق المأمور على الرجوع على الآمر بالثمن إذا ردّت الجارية عليه.

مسألة

قال محمد: وإذا أمر الرجل الرجلَ أن يبيع له جاريةً بعينها بألف درهم، ولم يدفعها إلى المأمور فقال المأمور: "قد بعتُها من هذا الرجل بألف درهم، وقبضت الثمن، فضاع"، فقال المشتري: "صدقْتَ"، وكذّبه الآمر، فإنّ هذا لا يجوز على الآمر.

قال أبو بكر: قد بيّنا فيما تقدّم أنّ الأمين إنّما يصدّق في براءة نفسه، ولا يصدّق في إسقاط حقّ غيره، والمأمور في مسألتنا يريد أن يزيل[2866] يد الآمر عن الجارية، وهو لم يرض[2867] بأن تزال يده عنها إلّا بعد قبض الثمن، فلا يُصدّق المأمور على إزالتها وإبطالها دون حصول قبض الثمن.

فإن قال قائل: إذا كان الآمر قد سلّط المأمور على قبض الثمن به يستحقّ عليه إزالة[2868] يده فهلّا صدقته على ذلك إذا أقرّ بقبض الثمن.

[2864] + ويرجع به المأمور.
[2865] ويكون.
[2866] انّ الز (إنّ الذي)
[2867] فلم يرض.
[2868] انّ الذ (أنّ الذي)

قيل له: لما بيّنا من إنّ المأمور إنّما يُصدّق في براءة نفسه [295ظ] فأمّا أن يأخذ شيئًا من يد غيره بقوله فهو غير مصَدّق عليه، ولذلك قالوا: إنّه إذا وكّله بشراء جاريةٍ بألف درهم، فقال: "قد اشتريتُها، وقبضتها، وهلكتْ في يديّ" أنّه غير مصَدّق على الآمر في الرجوع عليه بالثمن، ولو كان الآمر قد دفع إليه المال كان مصَدّقًا في ذلك.

قال محمد: ويقال للمشتري: "إن شئتَ فادفعْ ألفًا أخرى، وخذْ الجارية، وإن شئت فانقضْ البيع".

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المأمور الذي عاقده قد أقرّ بقبض الثمن، وذلك يوجب براءته منه، فله أن يقول: "إنّي لم أُعاقده على أن يلزمني الثمن مرّتين". ألا ترى أنّ المريض إذا باع عبدًا في مرضه، وعليه دين كثير، فأقرّ بقبض الثمن أنّه غير مصَدّق على ذلك، ويكون المشتري بالخيار في فسخ البيع، لأنّ من حقّه أن يقول: "أني إنّما عاقدتُه على أن يجوز إقراره بقبض الثمن، فإذا لم يصدّقوه على ذلك فهذا عيبٌ لحقّ العبد، فلي الخيار في فسخه". وكذلك إذا باع المريض وحابا في البيع بأكثر من الثلث كان المشتري الخيار في فسخ البيع لما يلزمه من زيادة الثمن. وكذلك العبد إذا لحقه دين في يديّ البائع فللمشتري الخيار في بعض البيع. وكذلك لو أسِر ففداه البائع بألف درهم. قيل للمشتري: "إن شئتَ فخذْه بألفين، وإن شئت فانقضْ البيع"، وإنّما وجب له الخيار في جميع هذه المسائل لما لزمه من زيادة الثمن الذي عاقد عليه البائع بدءًا.

قال محمد: فإن اختار دفع ألف أخرى دفعها، وأخذها ربّ الجارية، ودفع الجارية إلى المشتري، ويرجع المشتري على المأمور بألف درهم فيأخذها من ماله. [296أ]

قال أبو بكر: لأنّ المأمور قد أقرّ بقبض الثمن، وقد صار الثمن، فهو الذي قبضه الآمر، فيغرم المأمور ما أقرّ بقبضه، لأنّه لم يحصل ما قبضه ثمنًا.

مسألة

قال محمد: وإن كانت الجارية بين رجلين فوكّل أحدهما صاحبه ببيعها، فباعها من رجل بألف درهم، فأقرّ الشريك الذي لم يبع أنّ البائع قد قبض الثمن من المشتري، وأنكر ذلك البائع، وادّعاه المشتري، فإنّ المشتري يبرأ من نصف الثمن، وهو حصّة المقرّ الذي لم يبع، ويأخذ البائع نصف الثمن من المشتري.

قيل له: ويحلف البائع لشريكه بالله ما قبض ما ادّعى.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لمـّا أقرّ بقبض البائع الثمن فقد زعم أنّ المشتري قد برئ من جميع الثمن، فجعلناه مبرئًا له من حصّة نفسه، لأنّ براءته جائزة فيها، ولم يصدّقه قد علم شريكه، لأنّ براءته غير جائزة في نصيب شريكه فيما قبض[2869]

[2869] فما قبض.

شريكه من شيء لم يشركه فيه المقرّ من قِبل أنّه قد أقرّ ببراءة المشتري باستيفاء شريكه، وقد زعم أنّ ما يقبضه الشريك الآن لا حقّ له فيه، لأنّه لا شيء له على الغريم في زعمه.

قال محمد: ولو لم يقرّ الذي لم يبع بذلك، ولكن أقرّ شريكه الذي باع إنّ الذي لم يبع قد قبض جميع الثمن، وأنكر ذلك شريكه الذي لم يبع، فإنّ المشتري يبرأ من نصف الثمن بإقرار البائع أنّ شريكه قد قبض، ويرجع البائع على المشتري بالنصف الباقي، فيكون بينهما نصفين.

قال أبو بكر: إنّما برئ المشتري من نصف الثمن من قِبل أنّ المقرّ البائع زعم أنّ شريكه قد قبض جميع الثمن، فلم يبرئ المشتري بما دفع إليه إلّا من حصّته [296ب] خاصّة، وأنّه لم يبرئ من حصّة البائع، فله أن يرجع عليه بهذا النصف، فإذا رجع عليه بذلك شارَكه صاحبه فيه من قِبل أنّه فيه لا يُصدّق عليه في إسقاط حقّه عن المقبوض، ولا يضمن البائع بإقراره شيئًا لشريكه، ولا يكون كالمشتري للمشتري من نصف الثمن من قِبل أنّه أقرّ على غيره بالقبض، وكلّ من أقرّ ببراءة يقبض، فإنّه لا يضمن، لأنّه لم يعترف باستهلاكه بإبرائه، وإنّما أقّر على غيره بقبضه، وليست هذه كالمسألة الأولى[2870] في إيجاب الشركة فيما يقرّ من قِبل أنّ المقرّ له في المسألة الأولى أقرّ بأنّ البائع قبض جميع الثمن، وله أن يقبض، وإنّ المشتري قد برئ من جميعه. وفي هذه المسألة إنّما أقرّ البائع بقبض من لم يكن البيع، وإن قبضه إنّما يبرأ من حصّته خاصّة دون حصّة البائع، فلذلك بقي نصف الثمن بينهما على الشركة.

قال محمد: ويستحلفه شريكَه بالله لقد قبض ما ذكر، فإن حلف برئ، وإن نكل عن اليمين لزمه ما بقي من حقّ صاحبه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه إذا نكل عن اليمين صار كالمعترف بأنّ شريكه لم يقبض، وإنّ الاستهلاك حصل بقوله، فلذلك ضمنه إذا نكل عن اليمين.

قال محمد: وكذلك لو أنّ رجلًا أمر رجلًا أن يبيع له عبدًا فباعه، ثم أقرّ المأمور أنّ الآمر قد قبض الثمن من المشتري كان المشتري بريء من الثمن بإقرار المأمور أنّ الآمر قد قبض.

قال أبو بكر: لأنّه يملك القبض، وأقرّ به من وجهٍ لا يكون به مستهلكًا، فيبرأ المشتري، ولا يلزمه ضمانٌ. [297أ]

قال محمد: ويستحلفه للآمر على ما أقرّ به من ذلك، فإن حلف برأ، وإن نكل عن اليمين لزمه ما استهلك من ذلك بإقراره.

قال أبو بكر: وهذا واضح على ما قدّمنا.

[2870] الأوّل.

باب من الإجارة والاختلاف فيها بين الاثنين[2871]

قال محمد: وإذا استأجر رجلان من رجل دابّةً من الريّ إلى الكوفة ليركباها بأجر مسمّى ونقداه[2872] الكراء، فلمّا انتهيا[2873] بها إلى الكوفة قال: "أحدهما اكتريناها من الريّ إلى مكّة ذاهبًا وجائيًا[2874]"، وقال الآخر: "اكتريناها من الريّ إلى الكوفة ذاهبًا أو جائيًا"، ورفعوا أمرهم إلى القاضي، ولم يكن لهما بيّنة على ما ادّعيا، فإنّ القاضي يقضي في أيديهما للذي أقرّ له بها، ولا يقضي بها في أيديهما للذي أقرّ له بها، ولا يقضي فيها بإجارة، ولا يصدّقهما على ما ادّعيا من ذلك، ويمنع كلّ واحد منهما من الذهاب بها إلى الموضع الذي يدّعي حتى يحضر صاحبها.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ الحاكم إنّما يقضي بما يصحّ عنده من الدعوى المدّعيين، ولا يحكم لأحدٍ بدعواه دون البيّنة، فلمّا اعترف[2875] هذان بملك الدابّة للمؤجّر[2876]، وأنّها وصلتْ إليهما من جهته حكم عليها بإقرارهما بأنّ الدابّة لغيرهما ولم يصدقهما على الإجارة، لأنّه لم يقم عليها بيّنة، ولم يصح عند الحاكم صحّة دعواهما فيها، وهما مختلفان، فمنع كلّ واحدٍ منهما من إخراجهما إلى الموضع الذي ادّعى، لأنّ اليد ثابتة لهما وفي إخراج أحدهما إيّاها إلى الموضع الذي ادّعى إزالة يد الآجر عنه [297ب] بدعواه، ولا يجوز ذلك، ولا ينتزعها من أيديهما، لأنّها في يد محفوظة، ولا يجوز للحاكم إزالة أيدي الناس عمّا فيها إلّا بخصمٍ مستحقّ إزالتها.

قال محمد: إلّا أن يجمعا على أمرٍ فيدعهما وما أجمعا عليه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الدابّة في أيديهما وبقولهما أثبتنا الملك للغائب، وما لم يحضر الغائب فيصدّقهما على الإقرار لم يمنع جواز تصرّفهما. ألا ترى أنّهما لو أقرّا بها بعد ذلك لآخر حاضر أمرهما القاضي بتسليمها إليه، ولم يمنع إقرارهما بدءًا للغائب من صحّة إقرارهما لحاضر غيره حتى يجيء الغائب، فيصدّق، فيكون أولى بها من أجل ذلك خلاهما الحاكم وما أجمعا عليه.

قال محمد: فإن أراد من القاضي أن يأمرهما بالنفقة عليها أو أن يأمرهما ببيعها فإنّ القاضي لا يفرض[2877] في شيء من هذا، ولا يأمرهما فيها بشيءٍ.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لم يثبت عند القاضي أنّها للغائب، فلا يأمرهما بالنفقة، لأنّها تصير دينًا عليه إذا كانت بأمر القاضي، ولا يبيعها أيضًا، لأنّ فيه بيعًا على غائب بقولهما، ولا يجوز ذلك.

[2871] كان هذا الباب مندرجًا ضمن أبواب كتاب الجنايات.

[2872] ونَقَذاه

[2873] فلما انتهنا (اتَّنَهَنَا)

[2874] وحايبا

[2875] عترف.

[2876] للمواجر.

[2877] لا يقرض.

قال محمد: فإن أقاما البيّنة على ما ادّعيا من الكراء فإنّ القاضي يقف[2878] الدابّة في أيديهما، ولا يأمر واحدًا منهما أن يركبها إلى المكان الذي شهدت عليه شهوده، ولكنّه يأمرهما بالنفقة عليها على ما يرى، ويستحسن إن رجا أن يقدّم صاحبها فإن لم يرج ذلك أمرها ببيعها، ووقف الثمن في أيديهما كما كانت الدابّة في أيديهما.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن رحمه الله يقول: ليس قبول القاضي لهذه البيّنة على وجه [298أ] الحكم على الغائب، وإنّما هو على جهة التوصّل إلى حفظ مال الغائب والاحتياط له في ذلك. وقد روى ابن سماعة عن محمد في نوادره: أنّ رجلًا لو مات في سفرٍ في موضع لا يقدر فيه على حاكم، وخافوا على ماله التواء[2879] أنّ لأهل رفقته أن يبيعوا ماله ويحفظوا ثمنه في مال رجلٍ، ثم سألوا عنه محمدًا، فقال: لو لم يفعلوا ذلك لم يكونوا فقهاء.

واحتجّ أبو الحسن رحمه الله في جواز ذلك لهم بأنّ القاضي قائم مقام جماعة المسلمين في اتّصال الناس إلى حقوقهم وحفظ أموالهم، لأنّ ذلك شيء قد لزم الناس بعضهم لبعضٍ إلّا أنّ الإمام[2880] والقاضي قد قاما مقام الكافة في ذلك، فإذا لم يقدر على القاضي كان على كلّ واحدٍ أن يفعل ذلك، وإذا كان الأمر على هذا ثم أقاما البيّنة في مسألتنا على ملك الغائب احتاط القاضي له في حفظ ماله كما أنّهما لو أقاما البيّنة على لقطة[2881] في أيديهما أو وديعة جاز للقاضي أن يأمرهما بالنفقة عليها أو ببيعها على حسب ما يرى[2882] لما في ذلك من حفظ مال المسلم.

قال محمد: فإن أقاما البيّنة أنّهما قد أوفيا صاحبها الكراء وأراد[2883] أخذ ما بقي لهما من الثمن فإنّ القاضي لا يقضي لهما بذلك، ولكنّه يجعل الثمن في أيديهما كما كانت الدابّة في أيديهما.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ في قبول البيّنة على إبقاء الكراء قضاء على الغائب من غير خصم حاضر.

قال محمد: فإن أقاما مع ذلك البيّنة أنّ صاحبها قد مات، والمسألة على حالها، فإنّ القاضي يأمرها ببيعها، ثم يعطيهما ما أقاما [298ب] عليه البيّنة من فصل الكراء، ويأخذ منهما ما بقي، فيضعه على يديّ عدل ثقة [من] ورثة الميّت، ولا يشبه موت صاحب الدابّة في إعطائهما بقيّة الكراء [في] حياته.

2878 يقف
2879 الموا
2880 الإمام
2881 لقطه
2882 نرى
2883 وأرادا

قال أبو بكر: وذلك لأنّه ما دام حيًّا فلا وِلاية للقاضي عليه، ولم يجيز خصم عنه، فيقبل عنه البيّنة، وإذا مات صار للقاضي عليه ولاية في ماله كالصغير، وكان أبو الحسن رحمه الله يقول: إنّ القاضي يقيم عنه خصمًا يسمع عليه بيّنتهما[2884].

قال محمد: وإن سأل القاضي في جميع ما وصفتُ لك من هذه لم يفرض لهما في شيء من أمر الدابّة.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن يقول: إنّ القاضي وإن كان يلزمه حفظ مال الميّت ويلي عليه فإنّ له ألّا يعرض لذلك إذا وجد المال في يد محفوظة، ولا يخرجه منها.

قال محمد: ولو تصادقا أنّهما اكترياها من بغدادٍ[2885] إلى الكوفة ذاهبًا وجائيًا يركبانها ثم أراد أحدهما المقامَ بالكوفة، ورفعا أمرهما إلى القاضي، فإنّ القاضي لا يفرض[2886] لهما في شيء من ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لا يجوز أن يصدّقهما على ما ادّعيا من الإجارة على ما قدّمنا من بيان ذلك.

قال محمد: فإن أقاما البيّنة وتصادقا فإن شاء القاضي أكرى الدابّة كلّها من الذي يريد الرجعة إلى بغداد وإن شاء أكرى نصفها من آخر، فركبانها جميعًا إلى بغداد وإن شاء لم يعرض لشيء من هذا وهذا أفضل، وهو في سعة إن شاء الله إن لم يفعله. [299أ]

قال أبو بكر: إذا قامت البيّنة كان له أن يتوصّل إلى حفظ مال الغائب وحفظ منافعه بإكرائه إن شاء من الذي يريد الرجوع وإن شاء من غيره ويقوم في ذلك مقام صاحبه على حسب ما بيّنا فيما تقدّم وإن شاء لم يعرض له، لأنّها في يد محفوظة قد لزم الذي في يده حفظها.

باب من الإجارة والشراء الذي يتصدّق صاحبها بالفضل[2887]

قال محمد: ولو أنّ رجلًا اشترى من رجل طعامًا في نخل أو بُسرًا أخضر فخلا البائع بينه وبينه، فتركه المشتري في النخل بغير إذن البائع حتى بلغ، فإنّه يتصدّق بالفضل الذي زاد من نخل البائع.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن رحمه الله يقول: إنّما لم يكن له تركه في نخل البائع بغير إذنه لما في ذلك من الانتفاع بملك غيره، ولا جائز لأحدٍ أن ينتفع بملك الغير إلّا بإذنه، وإنّما أمره بأن تصدّق بالفضل، وإن كانت الزيادة حادثة بعد حصوله

2884 بيّنتهما.

2885 بغداد

2886 لا يقرض.

2887 كان هذا الباب مندرجًا ضمن أبواب كتاب الجنايات.

في ضمانه ووقوع قبضه عليه بالغلبة من قِبل أنّها حصلت له من وجهٍ محظورٍ، إذ لم يكن نتاج له تركه في نخل البائع بغير إذنه.

قال محمد: ولو أذن له البائع في تركه[2888] في نخلة فتركه لم يصدّق بالفضل.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الزيادة حصلت في ضمانه من وجه نتاج.

مسألة

قال محمد: ولو كان اشترى البُسر بعدما احمرّ [299ظ] أو اصفرّ وانتهى عُظمه فتركه في النخل بغير إذن صاحبه حتى يُرطب فزادت قيمته لم يتصدّق بشيء.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن يقول: إذا احمرّ البُسر أو اصفرّ لم يزد بعد ذلك تفاوة في النخل في جزء، وإنّما يحدث فيه النضج والترطيب، وذلك يوجب نقصانًا في نفسه، فلمّا لم يحصل فيه زيادة من النخل لم يتصدّق بشيء.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا اشترى من رجل طلع نخل لم يبلغ في نخل فاستأجر النخل من البائع ليتركه شهرًا أو أكثر، فإنّ ذلك لا يجوز.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ فيه عقدًا على أجزاء معدومة شرطها في البيع، فلم يجز ذلك لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة قبل بدوّ صلاحها، وقال: ((إن أبت أن منع الله الثمرة ثم يستحيل أحدكم مال أخيه))[2889]، فمنع صلى الله عليه [وسلم][2890] العقد على الثمر على شرط تركها في النخل، لأنّه لا خلاف بين الفقهاء أنّه إذا اشتراها وشرط قطعها في الحال أنّ البيع جائز، فعلمنا إنّما تناول شرط الترك. وكان أبو الحسن رحمه الله يحتجّ في ذلك بأنّ تسليم الموضع الذي فيه الطَّلع لا يصحّ على الانفراد لما استأجره له ولا يمكن الانتفاع به، فلمّا لم يصح تسليمه لما استأجره له على الانفراد بوجهٍ لم يصح الإجارة عليه. ويدلّ على ذلك: أنّه لو قطع الطلع ثم استأجر ذلك الموضع لم يصح الإجارة عليه، لأنّه ليس ممّا يمكن الانتفاع به، [300أ] فإذا بطلت جهة الإجارة لم يبقَ إلّا شراء ما يحدث من البُسر، وذلك فاسد.

فإن قال قائل: إذا كان الطلع متّصِلًا بالنخل فالانتفاع به ممكن ويصحّ تسليمه له.

[2888] تركة.

[2889] الموطأ، البيوع، 8؛ صحيح البخاري، الزكاة، 57، 87؛ صحيح مسلم، البيوع، 49 (1534)، 16 (1555)؛ سنن أبي داود، البيوع، 23؛ سنن الترمذي، البيوع، 15؛ السنن الكبرى للبيهقي، 300/5 وغيرهم.

[2890] من المحققة.

قيل له: إنّما يجب اعتبار حال ما استؤجر، فإن كان ممّا يصحّ تسليمه في نفسه صحّت الإجارة عليه، وإن لم يصح تسليمَه في نفسه لما استؤجر عليه لم يصح الإجارة، وإيصال الطلع به لا يوجب جواز الإجارة والطلع[2891]، لأنّ ذلك غير مخرج له من تعذّر تسليمه لما استؤجر عليه على انفراد من غير اتّصال، فوجب ذلك ألّا يصحّ عقد الإجارة عليه.

قال محمد: فإن تركه في النخل وأعطاه الأجر فإنّه يسترجع منه الأجر وتطيب للمشتري[2892] الزيادة التي زادت من النخل.

قال أبو بكر: إنّما لم يجب عليه أجر المثل، لأنّ هذه منفعة لا يصحّ دخولها تحت عقد الإجارة بوجهٍ، فلم يكن لها قيمة بالعقد، لأنّ وجود العقد فيها وعدمه سواء، فلمّا لم يلزمه الأجر إذا انتفع بها على غير وجه العقد، كذلك إذا انتفع بها على جهة عقد لم يثبت حكمه، وإنّما لم يجب عليه أن يتصدّق بالفضل، لأنّه لمـَا لم يصح دخول هذه المنافع تحت العقد بوجه لما بيّنا لم يملك المستأجر تلك المنافع بالإجارة، وإنّما تصرّف فيها واستباحها بإذن مالكها لا عن عقدٍ، فلمّا انتفع بها مع الإذن فيها لم يتصدّق بشيء كأنّه أذن له في تركه في النخل بغير أجرٍ.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا [300ب] اشترى من رجل فصيلًا[2893] على أن يقطعه من يومه كان جائزًا، فإن خلا البائع بينه[2894] فلم يقطعه حتى استأجر المشتري الأرض من البائع أشهرًا معلومة كان ذلك جائزًا.

قال أبو بكر: إنّما جاز عقد الإجارة على ذلك من قِبل أنّه ليس فيه شراء المعدوم من الفصيل[2895]، والأرض في نفسها ممّا يصحّ تسليمه، والانتفاع به على الإنفراد من غير أن يكون فيها فصيل[2896]، فصار ذلك كاستجارة الأرض شهرًا ليضع فيها متاعه.

فإن قال قائل: ينبغي ألّا يجوز، إذ كانت الزيادة في الفصيل[2897] حاصلة ببقائه في الأرض كزيادة الطلع في النخل.

قيل له: ليس كذلك من قِبل أنّه ليس نماء[2898] الزرع من نفس الأرض، ولا يستحيل أجزاء الأرض زرعًا كما يستحيل أجزاء النخل بُسرًا.

2891 وإيصال الطلع
2892 وتطيب للمشتري
2893 قصيلًا.
2894 بينه
2895 القصيل.
2896 قصيل.
2897 القصيل.
2898 نما

قال محمد: ولو كان المشتري استأجر الأرض من البائع وقتًا غير معلوم كانت الإجارة فاسدة، وكان على المشتري أجر مثل الأرض، وتصدّق المشتري بالزيادة على الثمن الذي اشتراه به وأجر مثل الأرض الذي غرم.

قال أبو بكر: وإنّما لزمه أجر المثل الأجر، لأنّه استوفى المنافع على عقدٍ فاسد لجهالة المدّة فيه، كمن استأجر دارًا بغير مدّة معلومة ولا أجر معلوم، فيلزمه أجر المثل إذا استوفى المنافع. وأمّا وجه الصدقة بالزيادة فإنّ أبا الحسن رحمه الله كان يحتجّ فيه بأنّ هذا قد ملك المنافع ملكًا فاسدًا كمن اشترى فاسدًا، فربح فيه، فيتصدّق بالربح، ولا يشبه هذه المسألة الأولى، لأنّه تصرّف [301أ] في المسألة الأولى في المنافع بإذن المالك من غير وجه العقد على ما تقدّم من بيانه.

قال أبو الحسن رحمة الله: ولا يشبه ذلك الدراهم والدنانير إذا ملكها ملكًا فاسدًا فربح فيها فلا يتصدّق بربحها من قِبل أنّ البائع لا يستحقّ عين الدراهم بالعقد، وإن أشار إليها وعيّنها ولا يشبه هذا الغصب. قال: وقال أبو حنيفة في الغاصب إذا اشترى بالدراهم المغصوبة وربح فيها: أنّه ثلاثة أوجه:

- إن اشترى بالدراهم المغصوبة بعينها وسلّم غيرها لم يتصدّق بالربح،
- كذلك إن اشترى بغيرها وسلّمها لم يتصدّق بالربح،
- وإن اشترى[2899] بها بعينها وسلّمها تصدّق بالربح، وذلك لأنّ العقد لما تناول المشار إليه من الدراهم ثم دفعها بغير إذن مالكها فقد حصل له الربح من وجه محظور فتصدّق به.

وليس كذلك إذا ملك الدراهم ملكًا فاسدًا فاشترى بها وباع من قِبل أنّ الدفع وقع ههنا بأذن المالك وتسليطه، ومن أجل ذلك انقطع حقّه عنها إذا ملكها غيره، وجاز تصرّفَه فيها. ألا ترى أنّ المكره على البيع لما لم يكن منه تسليط للمشتري في التصرّف كان له نقض تصرّفه، وأنّ البائع بيعًا فاسدًا لا ينقض تصرّف المشتري لوجود التسليط منه له في التصرّف.

وإذا كان الأمر على ما وصفنا من اعتبار تسليط المالك ثبت أنّ تصرّف مالك الدراهم ملكًا فاسدًا إنّما جاز بإذن من ملكه من جهته، كمن أذن لرجل في أن يقضي دينه من ماله، فلا يتصدّق بشيء، وكذلك الذي ربح [301ب] في الدراهم التي ملّكها على وجه الفساد لم يجب عليه أن يتصدّق بشيءٍ، لأنّ العقد لم يُوجَب للبائع استحقاق عين الدراهم ثم القضاء[2900] وقع فيها بإذن مالكها، فكان حكمها ما وصفنا. وأمّا العبد الذي يملكه ملكًا فاسدًا فإنّما وجب عليه أن يتصدّق تركه، لأنّ مشتريه استحقّ عينه بالعقد وحصل له ربحه من وجه محظور، فلذلك افترقا، والله أعلم. فكانت المنافع المملوكة على وجه العقد في مسألتنا بمنزلة العبد المشترى شراءًا فاسدًا. وذكر محمد مسائل في تصرّف مالك الدراهم ملكًا فاسدًا فيها وربحها، وأنّ الربح طيّب له بحقّ الربا وغيره من وجوه الفساد، ووجه ذلك ما قدّمنا.

2899 وإن اشتراها

2900 العصا

آخر الإجارة، والحمد لله ربّ العالمين والصلاة والسلام على خير خلقه ومُظهر حقّه محمد النبي الأميّ وعلى آله الطاهرين وأصحابه المنتجبين.

أبواب المضاربة

بسم الله الرحمن الرحيم

[كتاب المضاربة]

باب المضاربة التي يزيد فيها المضارب[2901] في الثمن من عنده

قال محمد: وإذا دفع الرجل إلى الرجل ألف درهم مضاربةً بالنصف فاشترى بها المضارب جاريةً يساوي ألفي درهم، ثم إنّ[2902] [302أ] المضارب زاد البائع في الثمن مائة درهم، فالزيادة جائزة، وهي لازمة للمضارب في ماله ولا حصّة لها من الجارية.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ المضارب ليس له أن يستدين على المضاربة إلّا بإذن ربّ المال، وذلك لأنّ في الاستدانة عليها زيادة في رأس ماله، لأنّ الدين الذي يلزم ربّ المال يصير رأس مال المضاربة، وإذا كان كذلك لم يجز الاستدانة عليه إلّا بإذنه، لأنّه ليس له أن يحصل رأس ماله في المضاربة ألفي درهم، وهو قائم[2903] رضي بألف درهم يصرفها من ماله في المضاربة، وإذا كان ذلك على ما وصفنا صارت زيادته في البيع كزيادة أجنبيّ لا يوجب للجارية حصّة منها، ولا تباع الجارية مرابحةً عليها، فكذلك زيادة المضارب، إذ كان كالأجنبيّ في حكمها.

قال محمد: فإن باعها مرابحةً أو مساومةً بألفي درهم استوفى ربّ المال رأس ماله ألف درهم، وكان ما بقي بينهما نصفين ولا يكون لزيادة المضارب حصّة من الجارية.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الربح إنّما يتبع رأس المال، والزيادة ليست برأس مال في حقّ المشتري الثاني، لأنّها لم يحصل ضمانها عليه.

قال محمد: ولو كان اشترى الجارية بدءًا بألف درهم، ومائة درهم لكانت حصّة الجارية من المائة للمضارب خاصة دون ربّ المال، ولا يكون في المضاربة، وكذلك إذا زادها بعد ذلك لم يلزم ربّ المال ولا يصير[2904] لها حصّة من الجارية، لأنّا لو جعلنا لها حصّةً منها لخرجتْ تلك الحصّة من ملك ربّ المال، ويصير له، وليس له أن يخرج شيئًا من

2901 المضاب.
2902 + ثم إن.
2903 قائمً (قايمًا)
2904 [illegible]

ملك ربّ المال [302ب] إلى نفسه. ألا ترى أنّه لو اشترى جاريةً من المضاربة لنفسه من نفسه لم يجز ذلك ولم يخرج من ملك ربّ المال، فثبت بذلك أنّه لا سبيل إلى إخراج حصّة المائة من الجاية من ملك ربّ المال إليه، وإذا كان ذلك كذلك ثبت أنّه لا حصّة للمائة من الجارية، وإذا لم يكن لها [حصّة] من الجارية لم يبعها مرابحةً على ما لم يملكها به.

فإن قال قائل: أليس لو كان المشتري اشتراها لنفسه ثم زاد البائع في الثمن زيادة كان له أن يبيعها مرابحةً على الأصل والزيادة جميعًا، وإن لم يملك بحذاء الزيادة شيئًا من الجارية بحذاء المائة، وصحّت الزيادة ثمنًا له عندنا، ولزمته الزيادة في ماله بدلًا من ملك الجارية، فلذلك جاز له أن يبيعه مرابحةً عليها.

فإن قال قائل: فإذا لم يملك المضارب ولا ربّ المال من الجارية بالزيادة شيئًا فكيف صحّت للبائع من غير عِوض حصل عنها لأحد؟

قيل له: قد يجوز زيادة الأجنبيّ إذا ضمنها ولم يحصل له بها العوض ولم يمنع عدم حصول عوضها له من جواز زيادته، ومع ذلك لا يبيع الجارية مرابحة عليها، وأيضًا فإنّ حقوق العقد إنّما يثبت بين المتعاقدين، فجازت الزيادة من المضارب، إذ كان هو العاقد وإن لم يضمنها. ألا ترى أنّ ربّ المال ليس يقع المِلك من جهة الشراء وإنّما يملك بالضمان، وإذا كان كذلك جازت الزيادة من جهة المضارب من حيث كان عاقدًا ولم يعتبر حصول العوض ولا غيره، لأنّ من حجّة البائع أن يقول: "أنا آخذ المضارب [303أ] بالزيادة"، إذ كان هو العاقد، وليس على من ألّا يملك بهذه الزيادة شيء. ألا ترى أنّ المشتري لو باع العبد ثم زاد البائع جازت وإن لم يحصل للمشتري بها عوض في قول أبي حنيفة، وكذا الإمام[2905] إذا اشترى عبدًا لخدمة[2906] الكعبة جاز، واستحقّ البائع الثمن، وإن لم يحصل ملك العبد لأحد فالبائع في هذه العقود كلّها إنّما يأخذ الثمن الذي عقد عليه، والزيادة التي ألزمها المضارب نفسه وليس عليه من أن يملك غيره عوض ذلك أو لا يملك شيء.

باب زكاة المضاربة

قال محمد: وإذا دفع الرجل إلى الرجل ألف درهم مضاربةً فاشترى بها المضارب جاريةً تساوي ألفين، فحال الحول على الجارية وهي تساوي ألفين، ولا مال لربّ المال ولا للمضارب غير ذلك، فإنّ على ربّ المال زكاة ثلاثة أرباع قيمة الجارية وعلى المضارب الربع.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ رأس المال والربح قد حصلا جميعًا في هذه الجارية، فملك المضارب حصّته من الربح، وكان في ملك ربّ المال رأس ماله وحصّته من الربح فزكّى كلّ واحدٍ منهما بمقدار ملكه.

2905 وكذا الإمام

2906 عبدًا لخدمة

قال محمد: ولو كان المضارب اشترى بالألف جاريتين تساوي كلّ واحدة منهما ألف درهم فحال الحول على ذلك، فإنّ على ربّ المال أن يزّكي ثلاثة أرباع قيمة الجاريتين، وليس على المضارب زكاة فيهما.

قال أبو بكر: [303ب] لم يتحصّل الربح ورأس المال في إحديهما، وكلّ واحدة منهما يجوز أن يكون رأس المال، ويكون الربح في الأخرى، وإذا أمكن ذلك لم يتحصّل ربح المضارب في واحدة منهما بعينها فلم يملك منهما شيئًا. ألا ترى أنّ إحديهما لو هلكت كانت الأخرى هي رأس المال، ولذلك منعوا جواز عتق المضارب لإحديهما بعينها أوّلهما. وأمّا ربّ المال فإنّه مالكٌ لثلاثة[2907] أرباعهما، لأنّه إنّما يستحقّ الربح لأجل ماله لا بالشرط، وإذا كان كذلك فليس يجوز أن يستحقّه على نفسه حتى يبطل ربحه لأجل ما ثبت من حقّ استيفاء رأس ماله من أيّ العبدين أمكن استيفاؤه.

فإن قال قائل: لا يخلو[2908] ربّ المال من أن يكون مالكًهما جميعًا أو لثلاثة[2909] أرباعهما، فإن كان يملكها فواجبٌ عليه زكاتهما جميعًا، وإن كان يملك ثلاثة أرباعهما فواجبٌ أن يملك المضارب الربع، لأنّ المانع ربّ المال من ملك الربع ربح المضارب.

قيل له: قد قال محمد في المسألة: إنّ ربّ المال يملكها جميعًا، وأنّ المضارب لا يملك شيئًا إلّا أنّه قد يجوز ألّا تجب الزكاة فيما يملكه الإنسان لأسباب يمنع ذلك مثل أن يكون مالكًا لهما جميعًا[2910]، ويكون عليه دين، فيمنع كون الدين عليه من وجوب الزكاة والدين لا يمنع الملك، وكذلك ربّ المال وإن كان مالكًا لهما جميعًا فإنّ للمضارب حقّ الربح في رُبعهما، وثبوت الحقّ في ماله يمنع الزكاة، ومعلومٌ أنّ حقّ [304أ] المضارب في حصّته من الربح أكدّ من حقّ الغريم في مال المطلوب، فلأجل ذلك منع وجوب الزكاة الربع على ربّ المال. وأمّا ثلاثة أرباعهما فلا حقّ لأحد فيها فوجبت عليه زكاتها.

قال محمد: ولو كانت الجاريتين[2911] صدقة الفطر ما كان على واحد منهما من صدقة الفطر شيء، لأنّ ربّ المال وإن كان يملكها جميعًا فليس يصل إليه إذا وقعت القسمة إلّا ثلاثة أباعها، ولو كانت الجاريتان لغير التجارة لم يجب عليهما صدقة الفطر.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن رحمه الله يقول: هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف دون قول محمد على ما قاله في الأصول اللهم[2912] إلّا أن يكون قد رجع محمد عن قوله في إيجاب صدقة الفطر في العبيد يكونون بين الرجلين.

2907 للثلثه.
2908 لا يخلوا.
2909 لِثُلثة
2910 مالكا لهما جميعًا
2911 لجاريتين صد
2912 اللهم

مسألة

قال محمد: وإذا دفع الرجل ألف درهم مضاربةً فاشترى بها جاريةً تساوي ألفين، فمضت من الحول ستة أشهر، وهي يساوي ألفين، ثم نقصت من عيب أو سفر حتى صارت تساوي ألفًا، ثم حال الحول وقيمتها ألفان، فعلى ربّ المال زكاة ثلاثة أرباع الجارية، وليس على المضارِب من الزكاة شيء.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ حصّة ربح المضارب من الجارية قد بطلت برجوع قيمتها إلى الألف التي هي رأس المال، فصار كمن له خمسمائة في أوّل الحول، ثم يهلك، ثم يحول الحول، وقد استفاد مالًا فلا يجب عليه الزكاة للحول الماضي، ويثبت حكم ابتداء الحول في زكاة حصّته من الربح منذ صارت حصّته من الربح مقدار النصاب. وأمّا ربّ المال فإن حكم حوله [304ب] لم يبطل بالنقصان من قِبل أنّ ملكه لم يبطل عمّا تعلّق به حكم الحول من رأس المال، فلذلك رحبت عليه زكاة ثلاثة أرباعها.

قال محمد: وإن كانت الجارية حين نقصت من سفر أو عيب صارت تساوي ألف درهم ومائة درهم فحال الحول، وهي تساوي ألفين، فعلى المضارب زكاة ربع قيمتها يوم حال الحول.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ حكم الحول باقٍ ما بقي جزء من النصاب الذي تعلّق به حكم الحول كرجل له مائتا درهم في أوّل الحول، فهلكت كلّها إلّا درهم في الحول، ثم حال الحول، وعنده تمام النصاب فيلزمه الزكاة، لأنّ حكم الحول لا يسقط بنقصان المال في الحول عن النصاب ما دام حرّمته[2913] باقيًا، وقد بيّنا صحّة هذه المسألة في أبواب الزكاة من هذا الكتاب. فلمّا كان كذلك وقد كان صار للمضارب من الجارية خمسمائة، ثم رجع نصيبه إلى خمسين، ثم حال الحول وحرمته خمسمائة لزمته الزكاة على التقدير الذي بيّنا.

مسألة

قال محمد: وإذا دفع الرجل إلى الرجل ألف درهم مضاربةً بالنصف، فاشترى بها جاريةً تساوي ألفين، فحال الحول عليها، فباعها بألفي درهم، وقبض من الثمن ألف درهم، وتوى الباقي، فالذي قبض هو رأس المال، وعلى ربّ المال زكاته وليس على المضارب زكاة، فإن خرج بعد ذلك شيء زكّى المضارب نصفه وربّ المال نصفه في قول أبي يوسف ومحمد. وأمّا في قياس قول أبي حنيفة: فلا زكاة فيما خرج حتى يبلغ ثمانين درهمًا، فإن خرج ثمانون درهمًا [305أ] وكان ذلك بدرهمين.

قال أبو بكر: إنّما كان الخارج أوّلًا من رأس المال من قِبل أنّ الربح لا يحصل حكمه إلّا بعد حصول رأس المال، لأنّه زيادة عليه، ومجال حصول الزيادة قبل حصول الأصل، لأنّ الزيادة على أصلٍ، فما لم يحصل الأصل لم يثبت الزيادة.

2913 | حرمته

وأمّا الخارج بعد ذلك فإنّ أبا حنيفة من أصله: أنّ رجلًا لو كان له على رجل دين قد وجبت فيه الزكاة على النصاب، واعتبار مقدار الأربعين فيها. وأمّا من أصل أبي يوسف ومحمد: فإنّ الحقّ يجب في الزيادة قليلًا كان أو كثيرًا، فكذلك حكم المقبوض.

مسألة

قال محمد: وإذا دفع الرجل إلى الرجل ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى بها طعامًا يساوي ألفين وهو عشرة أكرارٍ، فاشترى حملة واحدة أو اشترى كلّ خمسة أكرار بخمسمائة، والطعام متفرّق أو مجتمِعٌ، فحال الحول على الطعام وهو يساوي ألفين، فعلى رب المال زكاة ثلاثة أرباعه وعلى المضارب ربعه، وكذلك كلّ ما يُكال أو يُوزن أو يُعدّ إذا كان من صنف واحد.

قال أبو بكر: ما يُكال أو يُوزن أو يُعدّ من الصنف الواحد كالعبد الواحد يثبت للمضارب فيه حصّة من الربح كما يثبت في العبد الواحد. ألا ترى أنّه لو اشترى كُرّ حنطة فوجد به عيبًا بعد القبض أنّه بالخيار إن شاء رضي به كلّه وإن شاء ردّ جميعه، وإنّه ليس له أن يردّ بعضه دون بعضٍ كما قالوا في العبد الواحد، وأيضًا فليس في تبعيضه وافي، إذ كلّ [305ب] جزء منه فائدة ولا معنى، فصار كالشيء الواحد. ألا ترى أنّهم قالوا فيمن قال: "أوّل عبد اشتراه فهو حرّ" أنّه إن اشترى عبدًا ونصفًا حنث، وإن قال: "أوّل كرّ أشتريه فهو صدقة" فاشترى كرًّا ونصفًا أنّه لا يحنث، لأنّ هذا كالشيء الواحد، وإن نصف كرّ إذا عزلته ثم ضمّمته إلى أيّ النصفين يثبت[2914] من الباقي كان كرًّا، فكذلك هذا فيما وصفنا.

قال محمد: والصنفان المختلفان من المكيل والموزون وغيرهما بمنزلة الجاريتين.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ حكم كلّ واحد من الأصناف قائم برأسه ومنفرد بحكمه كالجاريتين.

قال محمد: وإذا دفع الرجل إلى الرجل ألف درهم مضاربةً بالنصف فاشترى بها مائة شاة يساوي ألفي درهم أو بقرًا يساوي ألفي درهم، فاشترى ذلك متفرّقًا أو مجتمعًا، فحال الحول على ذلك، وهي تساوي[2915] ألفي درهم، فعلى ربّ المال زكاة ثلاثة أرباع ذلك وعلى المضارب زكاة الربع، ولو كان اشترى بالألف المضاربة إبلًا وبقرًا، الإبل يساوي ألف درهم والبقر ألفًا، فحال الحول على ذلك كان على ربّ المال زكاة ثلاثة أرباع ذلك وليس على المضارب من ذلك شيء.

قال محمد: ولا يشبه الإبل إذا كانت وحدها والغنم إذا كانت وحدها الرقيق، لأنّ هذا ممّا يقسم والرقيق ممّا لا يقسم. ألا ترى أنّ رجلين لو كان لهما ثلاثون شياه بينهما نصفين فحال الحول على ذلك كان عليهما زكاة الثمانين، لو كان لها

2914 رشيت

2915 وهي يساوي.

عشرة أعبد لغير التجارة لم يكن عليهما زكاة الفطر، [306أ] لأنّ الرقيق لا يُقسمون والإبل والبقر والغنم يقسم، فلذلك اختلفا.

قال أبو بكر: جعل محمد الإبل أو البقر أو الغنم إذا كانت وحدها كالصنف الواحد من المكيل أو الموزون، والعلّة الجامعة بينهما: إنّ ذلك ممّا يقسم بعضه في بعضٍ، وإذا كانا صنفين اعتبر كلّ واحدٍ على حاله في اعتبار ربح المضارب فيه.

فإن قال قائل: لو وجد بالإبل عيبًا بعد القبض كان له أن يردّ بعضه دون بعض فواجب أن يكون حكمها حُكم، وقد قلت قبل ذلك في الحنطة: إنّها لما كانت بمنزلة العبد الواحد في باب الردّ بالعيب[2916] ثبت فيها ربح المضارب، فواجب أن يقول في الإبل والصنف الواحد من الغنم والبقر: إنّ ربح المضارب لا يثبت فيها من قِبل أنّه لو وجد ببعضها عيبًا كان له أن يردّ المعيب دون غيره كالعبيد.

قيل له: أمّا اعتلالنا في الجمع بين الحنطة والعبد الواحد فصحيح، وهو جاري في كلّ ما كان هذا وصفه. وأمّا الصنف الواحد من الحيوان فإنّه قد يجوز أن يكون حكمه حكم ما وصفنا من المكيل والموزون إذا كان من صنف واحد لعلّة أخرى، ولا يكون في ذلك بعض للعلّة الأولى، والعلّة التي جمعتُهما في هذا الوجه، هي: أنّ بعضها يقسم في بعض كما يقسم المكيل والموزون. وأمّا ما يكره محمد في إسقاط صدقة الفطر عن العبيد بين الرجلين فقد بيّنا أنّه قول أبي حنيفة وأبي يوسف دون قول محمد على ما ذكره في الأصل. وأمّا قوله: "أنّ العبد لا يقسمون" فإنّه قول أبي حنيفة خاصّة [306ب] دون قول أبي يوسف ومحمد، لأنّهما يريان[2917] قسمتهم، وكان أبو الحسن يقول: إنّهما وإن كان يريان[2918] قسمة الرقيق فإنّهما قد فرّقا بينه وبين سائر الحيوان من جهة أخرى، وهي أنّهم قالوا جميعًا فيمن أوصى لرجل بثلث ثلاثة أعبد فمات أحدهم: أنّ له ثلث الباقيين، ولو أوصى له بثلث ثلاث شياه فماتت واحدة أعطى ثلث ثلاث شياه من الشاتين الباقيتين إن كان يخرج من الثلث قال: فقد يحتمل أن يكون جواب الكتاب في الفرق بين العبد وسائر الحيوان قول أبي يوسف ومحمد أيضًا على حسب[2919] ما فرّقوا بينهما في الوصايا.

باب مكاتبة المضارب

قال محمد: وإذا دفع الرجل إلى الرجل ألف درهمٍ مضاربةً بالنصف فاشترى بها المضارب عبدًا يساوي ألفي درهم وكاتبه على ألفي درهم، فالمكاتبة لا يجوز في جميع العبد، ولربّ المال أن ينقض الكتابة.

[2916] + الرد بالعيب.
[2917] لأنهما بريان.
[2918] وان كان بريان.
[2919] حَيْث

قال أبو بكر: لم يـجز مكاتبته في جميع العبد من قِبل أنّه إنّما يملك الربع منه، وهو حصّته من الربح، ومن كاتب عبد غيره لم يصح كتابته، وكانت موقوفة على إجازة مالكه، ويـجوز كتابته لنصيب نفسه إلّا أنّ لربّ المال نقضها، لأنّها تؤدّي[2920] إلى العتق، ويوجب إتلاف ملك ربّ المال، فكان له الحقّ في نقضها.

قال محمد: فإن لم ينقض المكاتبة حتى اكتسب ألفي درهم فأدّاها إلى المضارب عتق المكاتب، [307أ] وأخذ ربّ المال ثلاثة أرباع هذه الألفي درهم، فكانت له وكان للمضارب الربع وهو خمسمائة درهم، فإن كان المضارب موسرًا ضمّنه لربّ المال نصف ثلاثة أرباع قيمة العبد، وإن كان معسرًا سعى العبد في نصف ثلاثة أرباع قيمته لربّ المال، وذلك سبعمائة وخمسين درهمًا حتى يصير في يديّ ربّ المال ألفي ومائتي وخمسين درهمًا.

قال أبو بكر: وإذا ينقض ربّ المال الكتابة حتى أدّاها المكاتب فإنّه معلوم أنّ الألفين كسب لجميع الشخص، ورُبع شخصه مكاتب وثلاثة أرباعه عبد لربّ المال، فالكسب الذي بحذاء ثلاثة أرباع العبد هو على المضاربة وهو ثلاثة أرباعه، وربع الكسب وهو ما بان الربع من المكاتب هو مالٌ للمكاتب لا ملك لربّ المال فيه، لأنّ الربع الذي وقعت الكتابة فيه خارج من المضاربة في هذه الحال، فلا يكون كسب هذا الربع على المضاربة، فسلم ذلك الربع للمضارب من مال الكتابة، ولم يحصل على المضاربة ولا معتدا به منها، وبقي من الكسب ألف وخمسمائة درهم على المضاربة يستوفي ربّ المال منها ألف درهمٍ رأس ماله بقيت خمسمائة درهم وبقي العبد وقيمته ألفان، فذلك جميع ما حصل من ربح المضاربة قد أخذ المضارب لنفسه ربع العبد لحمًا ودمًا بعتقه إيّاه، فصار ضامنًا له، فواجب أن يحصل لربّ المال مثله من المال، فيقول ربّ المال: "أنا أستوفي هذه الخمسمائة الباقية"، وقد جرى فيه العتق من قِبل المضارب، فلربّ المال تضمينه إيّاه إن كان موسرًا، لأنّه [307ب] قد أتلفه عليه بالعتق كعبدين رجلين أعتق أحدهما بعض نصيبه، وإن كان معسرًا سعى العبد في ذلك فقد حصل، لأنّ في يد ربّ المال من الربح تارّةً خمسمائة وتارّةً نصف ثلاث أرباع العبد، وقيمته سبعمائة وخمسون، وذلك نصف جميع الربح، لأنّ الربح كلّه إنّما كان العبد كلّه، وقيمته ألفان وخمسمائة من كسب المكاتب نصف ذلك ألف ومائتان خمسون.

قال محمد: ولو أنّ المكاتب لم يوف ألفي درهم إلى المضارب حتى مات المكاتب وترك ألفي درهم، فإنّ المكاتب مات عبدًا، فلا ضمان على المضارب فيه، والمضاربة هي ألفا درهم التي تركها المكاتب فيستوفي ربّ المال رأس ماله ألف درهم وبقيتْ ألف درهم بين ربّ المال والمضارب نصفين.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ جميع ما يؤخذ من ماله فإنّما يقع أداء الكتابة من ربعه وهو هذا[2921] الربع الذي هو نصيب المضارب، ووقعت الكتابة، وربع الكسب خمسمائة، فلا يحصل العتق بأدائها، لأنّ شرط الكتابة ألّا يعتق العبد إلّا بأداء جميعها، وليس ذلك كأداء المكاتب الألفين في حال حياته من قِبل أنّ ذلك الربع يعتق بالأداء، وإن لم يسلّم للمضارب

[2920] لأنها يؤدّي.

[2921] هذا.

الألفان جميعًا من الكتابة كاستحقاق مال الكتابة بعد أدائه أنّه لا يؤثّر في العتق الحاصل بها، وإذا مات قبل الأداء فإنّه لا يجوز لنا أن يؤدّي كتابته من مال المضاربة، لأنّه ليس بمالٍ للمكاتب.

قال محمد: وكذلك لو ترك المكاتب [308أ] أكثر من ألفين إلى سبعة ألف درهم فإن ترك المكاتب ثمانية ألف درهم مات حرًّا فيستوفي المضارب المكاتبة ألفي درهم، فيعتق المكاتب ويضمن ثلاثة أرباع قيمته لربّ المال ألف درهم وخمسمائة درهم، ويبقى من كسب المكاتب الذي كسب ثلاثة أرباع، وذلك ستة ألف درهم بين المضارب وبين ربّ المال نصفين، فيصير في يديّ ربّ المال أربعة ألف وخمسمائة ألف منها رأس ماله وثلاثة ألف وخمسمائة ربح، ويصير للمضارب منها ثلاثة ألف درهم وخمسمائة.

قال أبو بكر: إذا ترك المكاتب ثمانية ألف درهم فقد علمنا أنّ في ربع الكسب الذي هو مالٌ للمكاتب وفاء بالكتابة، فيأخذ المضارب رُبع الكسب وهو ألفان، فيعتق ربع العبد، ويضمن المضارب لربّ المال ثلاثة أرباع قيمته وهو ألف وخمسمائة من قِبل أنّه لا يعتق بالكتابة إلّا الربع، ولا يمكن نقل نصف الثلاثة الأرباع إلى المضارب بعد الموت، فإذا كان كذلك مات الثلاثة الأرباع على ملك ربّ المال فيضمنه له[2922] ربّ المال[2923] المضارب، ويبقى ستة ألف درهم نصفه للمضارب ونصفه لربّ المال.

قال أبو بكر: وغرامة المضارب لثلاثة أرباع قيمة العبد على حسب ما بيّنا في المسألة المتقدّمة ألف منها رأس ماله وخمسمائة ربح بإزاء ما استوفاه المضارب من ربع العبد بعتقه إيّاه، ثم باقي المال وهو الستة الألف ربح بينهما نصفين.

قال أبو بكر: ونعملها على وجه آخر، فنقول بـأخذ ربّ المال [308ب] من الستة[2924] الألف ألف درهم رأس ماله، وبـأخذ خمسمائة كما أخذ المضارب من المكاتب لحمًا ودمًا، لأنّ قيمة الربع الذي أعتقه بالكتابة خمسمائة بقي من المال أربعة ألف وخمسمائة، وثلاثة أرباع قيمة العبد ألف وخمسمائة، فيكون بينهما نصفين، فيضمن المضارب ثلاثة أثمان القيمة، ولربّ المال ألّا يسلّم نصيبه من الكسب حتى يأخذ ثلاثة أثمان القيمة، فيأخذه ممّا في يده قصاصًا.

فإن قال قائل: لم جاز أن يعطي المضارب من الكسب ألفي درهم، وإنّما يحصل للعبد بذلك عتق الربع، وإنّما كانت الكتابة على أن يعتق جميع العبد بألفي درهم، فكيف يستحقّ للربع ألفي درهم.

قيل له: من قِبل أنّ شرط عتق ذلك الربع إذا جمع المال، لأنّه لا جائز أن يعتق جزء من المكاتب إلّا بأداء جميع الكتابة، وليس عقدة الكتابة على نصيب غيره مع نصيبه بمانع من أن يكون شرطًا لعتق أداء جميعها. ألا ترى أنّه لو قال لعبده: "قد كاتبتك" وعند فلان عليّ ألف درهم فأدّى الألف عتق، ولم يعتق إلّا بأداء جميعها، وليس للعبد أن يقول: "إنّما يستحقّ

2922 فيضمنه له

2923 رب المال

2924 السنة.

عليّ من مال الكتابة حصّتي[2925] دون حصّة الآخر"، وكذلك لو أنّ رجلًا كاتب عبده الحاضر على نفسه وعلى عبد له آخر غائب على ألف درهم أنّه لا يعتق الحاضر إلّا بإذن الجميع، فكذلك ما وصفنا لما كان شرط عتق الربع أداء جميع الكتابة المشروط لجميع الرقبة لم يجز لنا أن نعتقه[2926] بأداء النقص[2927]، وإذا كان شرط عتق ذلك الربع أداء جميع الكتابة، فلو لم يأخذ من ماله بعد موته جميعها [309أ] لمات رقيقًا وبطلت كتابته مع إمكان عتقه بأدائها من ماله وجب أن يؤدّيها ليعتق ذلك كما يؤدّيها لو كانت عبده على نفسه وعلى غائب على ألف درهم فمات الحاضر وترك مالًا وفاءً بالكتابة، فيؤدّيه عن كتابته، ويعتق هو والغائب به.

قال محمد: ولو ترك المكاتب تسعة ألف درهم والمسألة على حالها عزل عن التسعة الألف ثلاثة أرباعها ستة ألف وسبعمائة وخمسون، فكانت هذه المضاربة، وأخذ المضارب من مع السبعة ألف الباقي الألفي درهم المكاتبة التي كانت العبد عليها، ويعتق العبد، فيضمن ثلاثة أرباعه لربّ المال وذلك ألف وخمسمائة، فيكون مستوفيًا لرأس ماله، وحصّته من الربح من قيمة العبد، ويقتسمان ثلاثة أرباع الكسب الذي عزل بينهما نصفين، ويبقى مائتان وخمسون من ربع الكسب. فأمّا في قول أبي حنيفة: فإنّ المضارب يرجع بهذه المائتين والخمسين، فيكون له قضاءًا ممّا غرم[2928] من قيمة العبد. وأمّا في قول أبي يوسف ومحمد: فيكون المائتان والخمسون ميراثًا لورثة المكاتب إن كان له وارث حرّ، وإلّا فهو للمضارب، لأنّه عتق من قبله، فصار وارثًا.

قال أبو بكر: عزل عن كسب المكاتب ألفين ومائتين وخمسين درهمًا، لأنّه رُبع كسبه الذي بحذاء الربع المكاتب، ويبقى ستة ألف وسبعمائة وخمسين، ويضمن المضارب ثلاثة أرباع قيمة العبد ألفًا وخمسمائة، فيستوفي منها ألف درهم رأس ماله وخمسمائة من الربح بحذاء ما استوفاه [309ب] المضارب باستهلاكه ربع العبد يبقى بعد ذلك ثلاثة أرباع كسب العبد وهو ستة ألف وسبعمائة وخمسون، فيكون بينهما نصفين، لأنّه ربح كلّه. فأمّا في قول أبي حنيفة: فإنّ المضارب يرجع مائتين وخمسين في ربع كسب العبد الذي بحذاء الربع المعتق، لأنّ من أصله: أنّ المعتق يرجع بما ضمن على العبد، ولما كان من أصل أبي يوسف ومحمد: أنّ المعتق لا يرجع بما ضمن على العبد جاز ما فضل من ذلك الربع عن مقدار مال الكتابة لورثة العبد، فإن لم يكن له وارث غير المضارب كان ذلك كلّه له من قِبل أنّ العبد قد عتق كلّه من جهته على قولهما بعتق الربع، لأنّ العتاق لا ينتقض عندهما.

ولو كان المكاتب ترك عشرة ألف أو أحد عشر ألفًا إلى أربعة عشر ألفًا فهو على هذا الاعتبار فيقول: إذا ترك اثني عشر ألفًا يعزل ربع مال المكاتب وهو ثلاثة ألف، لأنّه بحذاء الربع الذي وقعت الكتابة فيه، لأنّ ذلك الربع خارج من المضاربة بالكتابة، فيعزله ويؤدّي منه الكتابة ألفي درهم وبقي بعد ذلك تسعة ألف درهم يَقسم بينهما على ما بيّنا، ويأخذ ربّ المال

[2925] حِصْني.
[2926] ان يعتقه.
[2927] النقض.
[2928] غرَم

من المضارب قيمة ثلاثة أرباع العبد وهو ألف وخمسمائة، وما بقي من المال وهو تسعة ألف درهم بينهما نصفين، والألف التي بقيت من الربع الذي عزلناه مالًا للمكاتب هو للمضارب من قِبل أنّه قد غرم[2929] قيمة ثلاثة أرباع العبد لربّ المال بعتقه الربع، وما يغرمه [310أ] من ذلك سبيله أن يرجع به على العبد في قول أبي حنيفة، فلذلك كان أحقّ به من ورثة المكاتب على ما بيّنا من أصله، فإن ترك المكاتب خمسة عشر ألفًا عزلنا ربعها وهو ثلاثة ألف وخمسمائة فأدّينا كتابته ألفي درهم، ويبقى ألف وخمسمائة يرجع فيها المضارب بما غرمه من قيمة الثلاثة الأرباع على حسب ما تقدّم من بيانه فيستوفيه في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد هو ميراث لورثة المكاتب.

مسألة

قال محمد: وإذا دفع الرجل إلى الرجل ألف درهمٍ مضاربةً بالنصف فاشترى بها عبدًا يساوي ألف درهم فكاتبه على ألفي درهم، فزادت قيمة المكاتب حتى بلغت ألفي درهم واكتسب ألفي درهم، فأدّاها إلى المضارب، فالكسب والعبد مضاربة كلّه يستوفي من ذلك ربّ المال رأس ماله، وما بقي فهو بينهما نصفين، ولا يعتق المكاتب بأداء المكاتبة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الكتابة وقعت وليس له ملكٌ في العبد، وزيادة القيمة بعد ذلك لا يصحّح الكتابة كرجل كاتب عبد رجل بغير أمره، ثم ملكه فلا ينفذ تلك الكتابة في ملكه.

قال محمد: ولو كاتبه وهو يساوي ألفي درهم فكاتبه على ألفي درهم، ثم نقضت قيمة العبد حتى صار يساوي ألف درهم، ثم أدّى المكاتب ألفي درهم، فأنّه يعتق ويستوفي ربّ المال رأس ماله ألف درهم، ويبقى ألف درهم، فخمسمائة منها من المضاربة وخمسمائة للمضارب حصّة نصيبه من المكاتب، ويحاسب [310ب] المضارب ثلاثة أرباع قيمة المكاتب يوم أدّى وذلك سبعمائة وخمسون وربع قيمته يوم كُوتب وذلك خمسمائة، فيكون مضاربةً كلّها من قيمة العبد وذلك ألف ومائتا وخمسون ومن المكاتبة التي أدّى ألف وخمسمائة، فجميع المضاربة ألفا درهم وسبعمائة وخمسون يستوفي من ذلك ربّ المال رأس ماله ألف درهم، فيبقى ألف درهم وسبعمائة وخمسون، فنصفها لربّ المال يستوفيها من المال ألفين[2930] ونصفها للمضارب يحاسَب بما استهلك من العبد، فيأخذ ربّ المال من الألفين المكاتبة ألفًا وثمانمائة وخمسة وسبعين، وما بقي فهو للمضارب.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ للمضارب حالين في هذه المسألة في باب الضمان: حال في وقت الكتابة وحال[2931] في وقت الأداء، فما استهلك بالكتابة ضمن قيمته يومئذ، وما استهلك بالعتق ضمن القيمة فيه يوم العتق، فاعتبره بذلك، وإنّما كان ذلك كذلك من قِبل أنّ الربع الذي وقعت الكتابة فيه قد خرج بها من المضاربة وحصل في ضمان المضارب وصار

[2929] [illegible]

[2930] [illegible]

[2931] ومال.

مستهلكًا بكتابته، لأنّ كتابته كانت صحيحةً فيه، وإنّما كان لشريكه فيه حقّ النقض، لأنّ من أصل أصحابنا: أنّ عبدًا بين رجلين لو كانت أحدهما نصيبه صحّت كتاتبه فيه وللآخر فيها حقّ النقض، ولو أنّه فسخها بقوله لم ينفسخ حتى يفسخها القاضي، فإذا كان هذا حُكم الكتابة [311أ] الواقعة في الربع الذي هو ربح المضاربة فقد صار مستهلكًا له يومئذ بالكتابة، لأنّ فيها رأس ماله وحصّته من الربح، فلم يكن المضارب مستهلكًا لها بالكتابة، فلمّا عتق العبد بالأداء صار[2932] المضارب مستهلكًا لها بالعتق، فغرم قيمتها يومئذ وهي ناقصة، وإذا كان الأمر في ذلك على ما وصفنا فقد علمنا أنّ الألفين اللذين أدّاهما المكاتب رُبعهما خارج عن المضاربة وذلك خمسمائة وألف، وخمسمائة منها على المضاربة، وهي من مال المضاربة أيضًا ما يحصل في ضمان المضارب وذلك ألف ومائتان وخمسون، سبعمائة وخمسون منها ما لزمه بالعتق من قيمة الثلاثة الأرباع وخمسمائة ضمان الربع الذي استهلكه بالكتابة فذلك ألفان وسبعمائة وخمسون يأخذ ربّ المال رأس ماله ألف درهم، ويبقى ألف درهم، وسبعمائة وخمسون يأخذ منها نصفها أيضًا، لأنّ ذلك هو الذي حصل من الربح وذلك ثمانمائة وخمسة وسبعون من الألفين الكتابة، لأنّ ذلك مال عين، ويحصل نصيب المضارب فيما عليه.

قال أبو بكر: ذكر محمد بعد ذلك فروع هذه المسألة في نقصان القيمة بعد الكتابة أو زيادتها، وقد مات المكاتب وترك مالًا فاعتبر في الموضع الذي يعتق بالأداء بعد الموت قيمة الربع يوم كاتب وقيمة الثلاثة الأرباع يوم الموت، وذلك لأنّه يصير محكومًا بعتقه يومئذ. ألا ترى أنّه إذا أدّيت كتابته عتق قبل [311ب] الموت فلا فصل في الحكم، إذ لا جائز وقوع العتق على ميّت، فلذلك اعتبر قيمته يوم الموت. آخر المضاربة..

بسم الله الرحمن الرحيم

[كتاب الجنايات]

باب الجنايات

قال محمد: وإذا كان لرجل مدبّر فجنى جنايةً، ثم أنّ المجني عليه خاصم في ذلك المولى في جنايته بعد زمانٍ، فاختلفا في قيمة المدبّر يوم جنى، وقد تصادقا أنّ الجناية [312أ] كانت قبل ذلك بزمان، فقال المجني عليه: كانت قيمته يومئذ ألفي درهم، وقال المولى: "كانت قيمته يومئذخمسمائة، ولا يُدرى ما كانت قيمته يومئذٍ إلّا أنّ قيمته يوم اختصما ألف درهم، فإنّ قول أبي يوسف الأوّل أن يستحلفَ كلّ واحد منهما على دعوى صاحبه، ويجعل عليه وهو قول أبي يوسف الآخر.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ المولى يلزمه قيمة المدبّر يوم الجناية، وذلك لأنّه حصل مانعًا يومئذٍ بالتدبير المتقدّم، لأنّه يمتنع أن يثبتَ حكمُ المنع قبل ثبوت الجناية، إذ لا حقّ هناك لأحد في رقبته، فيكون مانعًا له منه، وإذا كان كذلك

2932 بصارف

وجب اعتبار قيمته يوم حصل حكم المنع، وهو وقت الجناية كعبد جنى، ثم دبّره مولاه، وهو لا يعلم بالجناية، فيلزمه قيمته يوم منع الدفع.

فإن قال قائل: لم يوجد من المولى منع بعد الجناية، لأنّ التدبير كان متقدّمًا لها، وإذا لم يحصل مانعًا بالتدبير، ولم يكن منه فعل بعد الجناية، فيكون مانعًا له، فينبغي لا يلزمه شيء.

قيل له: فواجب على هذا ألّا يلزم المدبّر أيضًا، لأنّ رقبته ليست ممّا يثبت فيه الجناية، إذ لا يصحّ فيها المخاطبة بالدفع أو الفداء، وذلك يوجب انهدار[2933] حكم الجناية، وقد اتّفق الفقهاء على ثبوت حكم الجناية، وإن لم يكن منه فعل بعدها ليست متقدّم لها كحافر البئر يلزمه حكم الجناية عند الوقوع بالحفر المتقدّم.[312ظ]

فإن قال قائل: فهلّا أثبتَ الجناية في رقبته وأوجبت عليه السعاية فيها كالمكاتب إذا جنى.

قيل له: الأصل في ذلك: أنّ الجنايات إنّما يثبت في الرقاب، ثم ينتقل إلى المال. ألا ترى أنّها إذا كانت عمدًا استحقّ بها الرقبة وإذا كان كذلك، وحصل المنع بالتدبير عند وقوع الجناية، ولم يكن للمدبّر كسب يملكه تثبت جنايته فيه وجب أن يكون على المولى. وأمّا المكاتب فإنّه يملك كسْبه وهو أولى به من مولاه، فكان كالحرّ في ثبوت جنايته في ماله. وأيضًا فإنّ جناية المكاتب تثبت في رقبته، لأنّه يُرجى رفع رقبته بالجناية بعد العجز، ولمّا كان ذلك ميؤسًا[2934] من المدبّر لاستحالة وقوع دفعه وجب أن يكون المنع حاصلًا من جهة المولى من كلّ وجهٍ فحصلت جنايته عليه.

فإن قال قائل: فما أوجبتْ عليه السعاية في جنايته كما يسعى في دينه.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ الدين يثبت في الذمّة وحصول المنع بعد ثبوته لا يسقطه، والجناية تثبت في الرقبة وحصول المنع بسقطها من الرقبة. والدليل على ذلك: أنّ عبدًا لو جنى جنايةً، ثم أعتقه المولى سقطت الجناية من رقبته بحصول منع تسليم الرقبة فيها من جهة المولى، ولو كان عليه دين فأعتقه المولى لم يبطل الدين عن ذمّته، فلمّا كان المولى مانعًا من الدفع في مسألتنا، وكان أولى به وبكسبه لزمته جنايته كما لو دبّره بعد الجناية، وهو لا يعلم بها.

قال أبو بكر: [313أ] فإذا[2935] قد ثبت اعتبار قيمته يوم الجناية، ثم اختلفا في قيمته يومئذٍ على ما وصفنا، فكان قول أبي يوسف الأوّل إنّهما يتحالفان، لأنّ كلّ واحد منهما يجوز أن ينكل، فيرجع إلى تصديق صاحبه، فلكلّ واحد منهما حقّ في استحلاف الآخر، فإذا تحالفا سقط قول كلّ واحد منهما في القيمة، فاعتبرتْ على ما هو عليه في الحال. وأيضًا فإن كلّ واحد منهما يدّعي على صاحبه خلاف الظاهر، فيتحالفا من أجل ذلك. وأمّا وجه قوله الآخر، وهو قول محمد فهو: إنّ

2933 لانعدار.
2934 مايوسًا (مَايُوسًا)
2935 فاذْ.

القيمة قد يجوز عليها الزيادة والنقصان، وليست هي متعلّقةً بالرقبة في الحال، فيعتبر قيمته، فصار بمنزلة من استهلك لرجل مالًا فلزمه في ذمّته، فالقول قوله فيه إذا لم يكن المال قائمًا بعينه.

فإن قال قائل: فلو أنّ رجلًا غصب رجلًا عبدًا فأبق من عنده، وضمناه القيمة بقوله: "خمسمائة"، ثم ظهر العبد وقيمته ألف درهم، فقال الغاصب: "زادت قيمته بعدما ضمّنته" لم يصدّقه على الزيادة، وجعلت للمغصوب منه الخيار في أخذه، فهلّا اعتبرت مثله في قيمة المدبّر.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ القيمة متعلّقة بنفس المغصوب، ولم يملك عليه بنفس الغصب. ألا ترى أنّ الغصب لو كان معذورًا على ردّه لم يلزم الغاصب قيمته، فلمّا لم يسقط اعتبار العين، لأنّ القيمة لم يحصل بنفس الغصب في ذمّته[2936] ثبوتًا صحيحًا، وكانت مراعاة موقوفة على تعذّر ردّ العين لم يسقط [313ب] اعتبار العين حيث وجدناها في اعتبار قيمتها في الحال. وأمّا المدبّر فلم يتعلّق الجناية قطّ برقبته، وإنّما لزمتْ في ذمّة المولى، فلمّا سقط اعتبار العين في تعلّق الجناية بها صار كالشيء المستهلك، فيكون القول قول من لزمه الضمان في مقدار القيمة.

فإن قال قائل: فلو أنّ رجلًا اشترى دارًا، ثم جاء شفعتها وقد نقض البناء فاختلف الشفيع والمشتري في قيمة البناء والأرض قوّمت الأرض قوم يختصون، ولم يلتفت إلي قول واحدٍ منهما، وكان القول قول المشتري مع يمينه في البناء، فهلّا قوّمت المدبّر يوم الخصومة كما قوّمت الأرض يومئذٍ.

قيل له: الفصل بينهما: ما ذكرنا من سقوط اعتبار المدبّر، إذ ليست القيمة متعلّقةً برقبته. وأمّا الشفيع فإنّه يأخذ الأرض فيصير مضمونة عليه يومئذٍ، فكانت الحصّة حاصلة لها يومئذ، فاعتبرنا قيمتها يوم الخصومة لتعلّقها بها من الوجه الذي ذكرنا.

مسألة

قال محمد: وإذا قتل المدبّر رجلًا خطأً، وقيمته ألف درهم فدفع المولى المدبّر قيمته إلى أولياء القتيل بغير قضاء قاضٍ، ثم أنّ المدبّر قتل آخر خطأً، فإنّ وليّ القتيل الآخر بالخيار في قول أبي حنيفة إن شاء ضمن المولى نصف قيمة المدبّر، ورجع بها المولى على وليّ الجناية الأولى، وإن شاء أخذه من وليّ الجناية الأولى [314أ] فأيّهما اختار ضمانه لم يكن له على الآخر ضمان.

قال أبو بكر: لا يلزم المولى أكثر من قيمة واحدة وإن كثرت الجنايات، وذلك لأنّ المنع لما كان حاصلًا يوم الجناية بالتدبير المتقدّم صار ذلك كعبدٍ جنى جنايات كثيرة، ثم دبّره مولاه، وهو لا يعلم بشيء منها، فيلزمه قيمة واحدة لأولياء الجنايات ويشتركون فيها، فكذلك إذا تقدّم التدبير ثم جنى. وأمّا وجه قول أبي حنيفة في أنّ للثاني تضمين المولى نصيبه

[2936] مّته.

من القيمة إذا دفعها إلى الأوّل بغير قضاء، فهو أنّ ضمان القيمة لما تعلّق بالسبب المتقدّم وهو التدبير، ومن أجله شارك الثاني الأوّل فيها صارت الجنايتان كأنّهما وجدتا معًا في حالة واحدة، ثم دفع المولى القيمة كلّها إلى أحدهما، فيكون لوليّ الجناية الأخرى الرجوع على المولى بحصّته من القيمة.

وأمّا إذا دفع الحاكم إليه القيمة فإنّ المولى لا يضمن شيئًا للثاني من قِبل أنّ الحاكم سبيله أن يكون[2937] على الأموات وينصرف عليهم، فلمّا قبض القيمة صحّ قبضه من المولى إلّا أنّه لما دفع نصفَه إلى من لا يستحقّ الدفع إليه كان مخطئًا في ذلك، ولا يلحقه بذلك ضمان، لأنّ الحاكم لا يضمن ما أخطأ فيه من طريق الحكم، ولكن وليّ الثاني يرجع على الأوّل بنصيبه من القيمة، ويدلّك[2938] على الفصل بين دفعه إليه بقضاء قاضٍ أو بغير قضاء قاضٍ أنّ رجلًا لو مات وعليه دين ألف درهم، وترك ألف درهم لا مال[2939] له غيرها، [314ب] فدفعها الوارث إلى الغريم، ثم ظهر دين آخر أنّ الوارث إن كان دفعها بغير قضاء ضمن، وإن كان دفعها بقضاء قاضٍ لم يضمن، فكذلك ما وصفنا. فإذا كان للثاني تضمين المولى نصف القيمة فضمّنه إيّاه رجع المولى بذلك على الأوّل من قِبل أنّه يقول له: "ليس لك حقّ إلّا في نصف القيمة، لأنّ الثاني قد زاحمك، فأسقط حقّك في نصف القيمة كما أنّ الجنايتين لو وقعتا معًا وأخذت جميع القيمة ردّت على نصفها".

قال محمد: فإن أخذ نصف القيمة من أحدهما بقضاء قاضٍ، ثم إنّ المدبّر جنى جناية أخرى فقتل رجلًا خطأ، فوليّ القتيل بالخيار إن شاء أخذ المولى سدس[2940] القيمة، وإن شاء أخذ وليّ الجناية الأولى سدس[2941] القيمة، ويرجع على وليّ الجناية الثانية بسدس القيمة، ولا خيار له فيه، وذلك لأنّ القيمة وجبت أثلاثًا: فالثلث الذي للثالث نصفه في يديّ الأوّل، ونصفه في يديّ الثاني، فما كان في يديّ الثاني فإنّه مأخوذ بقضاء قاضٍ، فلا ضمان فيه على المولى، وما كان منها في يديّ الأوّل فله أن يضمنه المولى لدفعه إليه بغير قضاء قاضٍ.

قال أبو بكر: وإنّما يعني بقوله: "ولا خيار له فيه السدس الذي له في يد الثاني"، لأنّه أخذه بقضاء قاضٍ.

قال محمد: فإن أخذ هذا الثالث الذي وجب له بغير[2942] قضاء قاضٍ، ثم إنّ المدبّر قتل رجلًا خطأ فإنّ وليّ القتيل بالخيار إن شاء ضمن المولى نصف [315أ] لأصحاب الدين منها أربعة أخماسها ولصاحب الجناية خُمسها.

2937 يكن.
2938 وبذلك
2939 مالك.
2940 لسدس.
2941 بسدس.
2942 يغير.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ نصف القيمة قد وجب للثاني على الأوّل دينًا في ذمّته وذلك خمسمائة درهم، فلمّا مات ثبت ذلك له في ماله وعليه ألفا درهم، فصارت الألف التي تركها بينهما على خمسة.

قال محمد: فإن اقتسموا تلك الألف بقضاء قاضٍ، ثم وقع في البئر ثالثٌ فإنّ وليّ الجناية الثالثة يتبع وليّ الجناية الوسطى، فيُقاسمه ما أخذ نصفين، ثم يرجعان على أصحاب الدين، فيأخذان منهم تمام رُبع الألف إلى الخمس الذي في أيديهما.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهما شريكان فيما وجب لهما بالجناية، فلذلك قال: يرجع الثالث على الأوسط، فيُقاسمه ما في يده نصفين، ثم قد علمنا أنّ القيمة بينهما وبين الأوّل وهو الميّت أثلاثًا، فكان حصّتهما من القيمة بستمائة وستة وستين وثلثين، فذلك دينهما في مال الميّت في الأصل وللغرماء ألفين، فوجبت قسمة مال الميّت بينهما وبين الغرماء على أربعة لهما الربع من ذلك، وقد استوفى الثاني الخمس، فيأخذان من الغرماء تمام ربع الألف.

قال محمد: فإن لم يلق وليّ الجناية الآخرة صاحبه، ولكنّه لقي أحد الغرماء وله ألف درهم على وليّ الجناية الأولى فإنّه يقاسمه ما في يديه على أربعة أسهم.

قال أبو بكر: وإنّما وجبت قسمة ما في يده [315ب] على أربعة من قِبل أنّ للغريم ألف درهم، ولوليّ الجناية الآخرة ثلاثمائة وثلاثة وثلاثين وثلث، فيتضاربان فيما في يده على ذلك.

قال محمد: فإن لقي صاحب الألف الغريم الآخر وله ألف درهم جمع ما في أيديهما جميعًا فاقتسماه نصفين.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهما متساويان فيما لهما على الميّت.

قال محمد: فإن لقي صاحب الجناية أحدهما صاحب اقتُسما ما في أيديهما نصفين.

قال أبو بكر: لأنّهما متساويان في الحقّ شريكان فيه.

قال محمد: فإن التقوا بعد ذلك جميعًا اقتسموا ما في أيديهم على ثمانية أسهم لصاحبي الجناية لكلّ واحد منهما ثمن، وللغريمان لكلّ واحد منهما ثلاثة أثمان.

قال أبو بكر: وذلك لما وصفنا.

مسألة

قال محمد: وإذا حفر المدبّر بئرًا في طريق المسلمين فوقع فيها رجل، فمات، وقيمة المدبّر يوم حفر ألف درهم، فإنّ على المولى قيمته ألف درهم.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الجناية إنّما حصلت بالحفر وإن لزم الضمان بها يوم الوقوع. ألا ترى أنّ الحافر لو كان ميّتًا فوقع فيها دابّة لزمه الضمان في ماله، فكان صاحب الدابّة أسوة عن غرمائه كأنّ الجناية كانت موجودةً يوم الموت، فلمّا كانت الجناية إنّما حصلت بالحفر وجب أن يكون على المولى قيمته يومئذٍ.

قال محمد: فإن دفع منها خمسمائة [316أ] إلى وليّ الجناية بغير قضاء قاضٍ، ثم وهب وليّ الجناية الذي قبض والذي بقي لمولى المدبّر، ثم وقع في البئر رجل آخر، فمات، فإنّ وليّ الجناية الثانية بالخيار إن شاء رجع على المولى بنصف قيمة المدبّر، وإن شاء رجع على المولى بربع قيمة المدبّر، ورجع على وليّ الجناية الأولى بربع قيمة المدبّر.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الثاني وجب له نصف القيمة في النصفين في النصف المدفوع والنصف الذي لم يدفع، وضمان ما لم يدفع فهو على المولى، وما دفع بغير قضاء فله أن يضمنه المولى أيضًا، فلذلك كان له تضمين المولى نصف القيمة وإن شاء وليّ الجناية الأولى.

قال محمد: وإن كان المولى دفع نصف قيمة المدبّر بقضاء قاضٍ، ثم وهب وليّ الجناية ما قبض وما بقي للمولى، ثم وقع في البئر رجل آخر، فمات، فإنّ وليّ الجناية الثانية يأخذ من المولى ربع القيمة، ومن وليّ الجناية الأولى ربع القيمة لا خيار له في ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الثاني وجب له نصف القيمة في النصفين، ولا ضمان على المولى فيما دفع بقضاء، وضمن ما وجب فيما لم يدفع.

مسألة

قال محمد: وإذا دبّر الرجل عبده فجنى جنايةً، ودفع القيمة بغير قضاء قاضٍ، ثم كاتب المولى المدبّر، فجنى جنايةً، فقضى عليه القاضي بالقيمة، فلم يدفعها حتى جنى جنايةً أخرى، ثم مات، ولم يدع إلّا مائة درهم، ومكاتبته ألف درهم، فإنّ المائة [316ب] التي ترك لوليّ الجناية الثانية، ووليّ الجناية الآخرة بالخيار في قياس قول أبي حنيفة إن شاء ضمن المولى نصف القيمة، وإن شاء ضمن وليّ الجناية الأولى التي كانت قبل المكاتبة نصف القيمة، فإن ضمن المولى رجع على وليّ الجناية الآخرة لم يرجع على المولى بشيء، وهذا قول أبي حنيفة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الجناية الأولى كانت على المولى، والجناية الثانية كانت على المكاتب في ماله، لأنّه جناها في حال الكتابة، فما قضى بها صارت دينًا عليه في ذمّته، فلمّا جنى الثالثة كأنّها وقعت في حال التدبير، فكانت في القيمة التي أعطاها المولى الأوّل بغير قضاء، فكان له تضمين المولى حصّته منها على ما مرّ من قول أبي حنيفة. وأمّا الجناية الثانية فقد صارت دينًا بقضاء القاضي بها، فصار كمكاتب جنى جناية فقضى بها، ثم جنى أخرى، فلم يقض بها، ومات عاجزًا، فيكون وليّ الجناية المقضيّ بها أوْلى بما ترك، ويبطل الجناية التي لم يقض بها إلّا أنّه إذا كان مدبّرًا لزمت التي لم يقض بها المولى، فلذلك الأمر فيه على ما وصفنا.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ مدبّرةً ولدت ولدًا، ثم جنتْ جنايةً تأتي[2943] على قيمتها، وقيمة المدبّرة ثلاثمائة درهم وقيمة ولدها ثلاثمائة درهم، ثم مات المولى ولم يدع مالًا غيرهما، فإنّ للغرماء [317أ] إيجاب[2944] الجناية أن يستسعوا المدبّرة وولدها في جميع قيمة المدبّر، فإن أدّتها المدبّرة رجعت بسدس قيمتها على الولد، فكان للولد سدس قيمته، ويسعى الولد للورثة في ثلثي قيمته، وكذلك إن كان الذي سعى في القيمة للغرماء الولد رجع على الأمّ بسدس قيمته، وكان لها سدس قيمتها، ويسعى في ثلثي قيمتها للورثة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ عتق المدبّر وصيّة، ولا وصيّة إلّا بعد قضاء الدين، وللغرماء أن يتعجّلوا حقّهم من سعاية أيّهما شاء، ولأنّ الدين يُقضى من أروح تركات الميّت، فإن تعجّلوه من سعاية المدبّرة بقي الولد وقيمته ثلاثمائة للورثة ثلثاها وذلك مائتان وبقيت مائةٌ، فوصيّته ووصيّة أمّه إنّما هي فيها لكلّ واحد منهما خمسون، فللمدبّرة خمسون درهمًا وصيّة في رقبة الولد، لأنّ سعاية رقبتها قد استوفاها الغرماء، فيرجع بذلك على الولد خمسون أيضًا، وذلك سدس قيمته، ويسعى للورثة في مائتي درهم، وذلك ثلثا قيمته.

مسألة

قال محمد في عبد بين رجلين قتل رجلًا خطأ مدبّرة أحد سيّديه[2945]: وهو لا يعلم بالجناية، ثم جنى أخرى، والذي دبّر موسر، فإنّ شريكَه بالخيار في قول أبي حنيفة إن شاء ضمنه، وإن شاء دبر كما دبّر، وإن شاء استسعى، وإن شاء تركه على حاله.

قال أبو بكر: إذا دبّر أحد الشريكين نصيبه [317ب] من العبد وهو موسرٌ، فلشريكه خمس خياراتٍ في قول أبي حنيفة إن شاء ضمنه، وإن شاء دبّر نصيبه، وإن شاء استسعى، وإن شاء أعتق، وإن شاء تركه على حاله. والكلام في بيان وجوه الخيارات خارج عن معنى الباب، فالواجب أن يتكلّم فيما كان فيها من حكم الجناية.

قال محمد: فإن ضمنه نصف قيمة العبد دفع هذا النصف إلى وليّ الجناية الأولى، ورجع وليّ الجناية الأولى على الذي دبّر بنصف قيمة المدبّر، ويكون على الذي دبّر جميع قيمة المدبّر لوليّ الجناية الثانية.

قال أبو بكر: إنّما دفع الذي لم يدبّر ما أخذ من نصف القيمة إلى وليّ الجناية الأولى من قِبل أنّ ذلك شيءٌ قد جنى[2946] من عبد قد كانت جنايته ثابته له في رقبته كعبد قتل رجلًا خطأ، ثم قتله رجل، فأخذ المولى قيمته، فيجب عليه دفعها إلى

2943 باقية
2944 وجاب
2945 بسدوبه
2946 رجبي من

أولياء الجناية، لأنّه شيء جنى من العبد، فكذلك حكم نصف القيمة الذي أخذه الذي لم يدبّر من الذي دبّر، ثم يرجع وليّ الجناية الأولى على الذي دبّر بنصف قيمة المدبّر غير مدبّر.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الجناية عليه قد كانت قبل التدبير بمنزلة عبد جنى جنايةً، ثم دبّره مولاه وهو لا يعلم بالجناية، فيلزمه قيمته صحيحًا غير مدبّر لأولياء الجناية، وإنّما كان على الذي دبّر قيمة المدبّر لوليّ الجناية الثانية من قِبل أنّ الجناية عليه كانت [318أ] بعد التدبير، وقد انتقل نصيب شريكه إليه بالضمان الذي حصل عليه بالتدبير، فصار جميعه في ملكه، فكان بمنزلة مدبّر لرجل جنى على رجل، فيلزم المولى جميع قيمته لوليّ الجناية.

قال محمد: وإن اختار الشريك في العبد استسعى العبد في نصف القيمة سعى فيه، فاقتسمه أولياء الجنايتين نصفين فرجعا على الذي دبّر بقيمته نصفها لوليّ الجناية الأولى غير مدبّر ونصفها لوليّ الجناية الآخرة مدبّرًا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ نصيب الذي لم يدبّر باقٍ على ما كان عليه من الرقّ لم ينتقل عن ملكه إلى ملك الشريك الذي دبّر، فكان ما جنى من هذا النصف بين وليّ الجنايتين نصفين ليساوي حالهما في استحقاقه، وإنّما رجعا على الذي دبّر بقيمته، فيكون نصفها لوليّ الجناية الأولى غير مدبّر من قِبل أنّ الجناية عليه كانت قبل التدبير، فنصفها لولي الجناية الآخرة مدبّرًا، لأنّ الجناية عليه كانت بعد التدبير.

قال محمد: وإن دبّر الشريك مع صاحبه أو اختار ترك العبد على حالة بينهما نصفين ضمن نصف قيمته بين صاحبي الجنايتين نصفين يؤدّيها من ماله، وهو على قياس قول أبي حنيفة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ نصيبه من العبد باقٍ على ملكه، فصار ممنوعًا من دفعه بفعل غيره، فلا يلزمه فيه أكثر من ضمان نصف قيمته.

مسألة

قال محمد: وإذا كان لرجل عبد يساوي ألف درهم فشجّه رجل [318ب] موضحة، ثم دبّره سيّده، ثم عاد الشاج فشجّه موضحة أخرى، ثم كاتبه سيّده، ثم عاد الشاجّ فشجّه موضحة أخرى، ثم أدّى المكاتبة فعتق، ثم عاد الشاجّ فشجّه موضحة أخرى، فمات العبد من ذلك كلّه.

قال أبو بكر: على القاتل نصف عُشر قيمة العبد صحيحًا بالشجّة الأولى، لأنّ في موضحة العبد نصف عُشر قيمته كما أنّ ذلك مقدار موضحة الحرّ من ديّته، وكما أنّ في قطع يده نصف قيمته كما في يد الحرّ نصف ديّته، فوجب على القاتل نصف عُشر قيمة العبد صحيحًا بالشجّة الأولى، وما يقضيه تلك الشجّة إلى أن كاتبه السيّد من قِبل أنّ ملكه كان باقيًا فيه، وهو كان حقّ المستحقّ لأرش جنايته إلى وقت الكتابة، ثم قد بطل بعد الكتابة ما حدث من تلك الشجّة، وذلك لأنّ الذي يستحقّ أرش الجناية بعد الكتابة هو العبد دون المولى، فصار ذلك بمنزلة زوال ملكه ببيع أو هبةٍ أو غيرهما. ألا ترى

أنّ من جرح عبدَ رجلٍ ثم كاتبه السيّد أنّ ما حدث بعد الكتابة من سريان الجناية حكمه هدّد، وهو شيء[2947]، ويرفع عن القاتل أيضًا فيما حدث من الشجّة الأولى نقصان التدبير، لأنّ ما حدث بنقصان التدبير تلف من غير جنايته، وهو شيء قد استوفاه المولى لنفسه.

قال محمد: وأمّا الشجّة التي كانت بعد التدبير فإنّ الشاج يغرم فيها نصف عُشر قيمته مدبّرًا مشوجًا الشجّة الأولى، وما نقصتْه الشجّة الثانية [319أ] إلى أن كاتبه المولى، ثم قد بطل ما حدث من هذه الشجّة بعد الكتابة.

قال محمد: وأمّا الشجّة التي شجّها إيّاه وهو مكاتب، فإنّه يغرم لها نصف عُشر قيمته مكاتبًا مدبّرًا مشوجًا شجّتين بنقصاهما، ويضمن ما نقصتْه الشجّة إلى أن أدّى فعتق.

قال أبو بكر: ذكر ابن سماعة أنّه سأل محمدًا عن ذلك قال: فقلتُ له: ينبغي أن يضمن ما نقصته الشجّة بعد العتق أيضًا إلى أن مات، فقال: كذا ينبغي أن يكون.

قال أبو بكر: وأمّا الذي سمعت في وجه جواب الكتاب وقوله: "يضمن ما نقصته الشجّة إلى أن أدّى فعتق" فهو أنّه إذا عتق، فصار حرًّا دخل ما حدث بعد ذلك من النقصان في النفس، وأنّه إنّما اختلف حكم حال الرقّ وحال الحريّة، لأنّ العبد في هذا الوجه مثل المال يغرم في الجناية عليه نقصان ما حدث عنها، ويجب اعتبارها إذا اختلفت أحوالها.

قال محمد: ثم يَغرم ثلث قيمته مشوجًا أربع شجّاج بنقصانها، فيكون ذلك على العاقلة لورثة المكاتب، ولا يغرم للشجّة التي كانت بعد العتق إن شاء من قِبل أنّها قد دخلت في النفس.

قال أبو بكر: وإنّما غرم ثلث النفس من قِبل أنّ النفس تلفت من أربع شجّاج هي ثلاث في الحكم، لأنّ الجنايتين الأوْليين تثبت[2948] للمولى، فصارتا كجنايةٍ واحدة لاتّفاق[2949] حكمهما، والنفس إذا تلفت فإنّما ينقسم على أحكام الجنايات لا على إعدادها. والدليل على ذلك: أنّ [319ب] من جرح رجلًا عشر جراحاتٍ وجرحَه آخر جراحةً واحدة، فتلفت النفس منها كلّها أنّ الديّة عليهما نصفين، لأنّه لم يختلف حكم الجراحات الكثيرة في أنفسها، وإذا كان هذا على ما وصفنا واستوى حكم الجنايتين الأوليين صارتا كجناية واحدة، ثم الجناية الثالثة حكمها ثابتٌ بانفرادها، لأنّها وجبت للمكاتب في الرقّ، والجناية الرابعة كانت في حال الحريّة فكانت مخالفةً للتي كانت في حال الكتابة. ألا ترى أنّه يجب في إحديهما ديّة وفي الأخرى قيمة، فبيّنتان جميعًا، فذلك ثلاث جنايات مات منها كلّها فعليه ثلث قيمته مشجوجًا أربع جراحات على العاقلة، وهو ما تلف بالجناية التي كانت في حال الكتابة، ويكون على عاقلته أيضًا ثلث ديّته لورثة المكاتب، ولا يبطل العتق

2947 وهو شيء

2948 الأوْليين سقطت

2949 لاتّفقاق.

حقّ المكاتب في النفس بالجراحة التي كانت في حال الكتابة من قِبل أنّ العتق لم يخرجه من أن يكون أرش الجناية له، فلمّا كانت الحالان واحدًا في أنّ الأرش فيهما للمكاتب لم يسقط حكم السراية.

مسألة

وإذا كان للرجل عبدٌ يساوي ألفًا فشجّ رجلًا موضحة، ثم دبّره مولاه، فشجّ الرجل أيضًا موضحة، ثم كاتبه، فشجّ ذلك الرجل أيضًا موضحة، ثم أدّى، فعتق، ثم شجّه موضحة أخرى، ثم إن اجتنى شجّ ذلك الرجل أيضًا موضحة، فمات المشوج من ذلك كلّه، وقد كان المولى يعلم بجنايات عبده، [320أ] فإنّ على الأجنبيّ نصف ديّة[2950] الرجل على عاقلته.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الرجل مات من جراحته ومن أربع جراحات العبد كلّها كجراحة واحدة في حكم الأجنبيّ، فلذلك كان على الأجنبيّ نصف النفس. وأمّا النصف الآخر فإنّه مات من فعل العبد بأربع جراحات، وقد اختلف أحكام الأربع في حكم المولى، لأنّ الجراحة الأولى كانت وهو عبدٌ لزمه، وفيها الدفع أو الفداء أو الجراحة الثانية وقعت وهو مدبّر لازمة للمولى، والجراحة الثالثة وقعت وهو مكاتب يلزمه في ماله الأقلّ من القيمة ومن أرش الجراحة، والجراحة الرابعة وقعت وهو حرٌّ يلزم عاقلته، فلمّا اختلف أحكام هذه الجراحات انقسم نصف النفس عليها، فكان على المولى ربع[2951] هذا النصف من النفس، وهو ثمنُها في ماله بالشجّة الأولى، لأنّه صار مختارًا فيها للأرش بتدبيره إيّاه بعد العلم بالجناية، وعليه أيضًا بالشجّة الثانية الأقلّ من قيمته مدبّرًا ومن ثمن الديّة كمدبّرٍ جنى على رجلٍ، فيلزم بجنايته المولى الأقلّ من أرش الجناية ومن القيمة، وعلى المكاتب الأقلّ من قيمته ومن ثمن الديّة بالشجّة الثالثة، وعلى العاقلة ثمن الديّة بالشجّة الرابعة.

مسألة

قال محمد: ولو كان السيّد لم يدبّر العبد، والمسألة على حالها فإنّ على الرجل الأجنبيّ نصف الديّة على عاقلته وعلى السيّد سدس الديّة بالشجّيتين أوليتين[2952]، لأنّها كانتا في حال واحدة، وعلى المكاتب الأقلّ من قيمته [320ب] ومن سدس الديّة، وعلى عاقلة المكاتب بالشجّة الرابعة سدس الديّة.

قال أبو بكر: لما لم يختلف حكم الشجّيتين الأوليتين من العبد صارتا كالشجّة الواحدة في حقّ المولى، ولما اختلفت الأخريان في حكمهما ثبت حكم كلّ واحدة منهما على حيالها، فلذلك انقسم النصف الذي تلف من النفس بجناية العبد أثلاثًا.

[2950] الدية.

[2951] الجميع

[2952] أوليتين

مسألة

قال محمد: وإذا كان لرجل عبد فأمر رجلًا أن يضربه سوطًا فضربه سوطين، وضربه المولى سوطًا وضربه رجل آخر سوطًا فمات من ذلك كلّه، فإنّ السوط الأوّل هدرٌ، وعلى المأمور أرش السوط الثاني مضروبًا سوطًا، والسوط الثاني الذي ضربه المولى هدرٌ، وعلى الرجل الأجنبيّ أرش السوط الرابع مضروبًا ثلاثة أسواطٍ، وعلى الرجل الأجنبيّ أيضًا مع ذلك ثُلث قيمة العبد مضروبًا أربعة أسواطٍ، فيكون ذلك الثلث وأرش السوط جميعًا على عاقلته، ويكون على المأمور مع السوط الذي غرم سدس قيمة العبد مضروبًا أربعة أسواطٍ، فيكون ذلك وأرش السوط على عاقلته، ويبطل ما سوى ذلك.

قال أبو بكر: وإنّما كان على الأجنبيّ ثلث قيمته مضروبًا أربعة أسواطٍ، لأنّ العبد مات من ثلاث جنايات في الحكم، لأنّ سوطي المأمور كسوطٍ واحد فيما تنقسم عليه النفس في حقّ الأجنبيّ، فمات من جنايته وجناية المولى والأجنبيّ، فعلى الأجنبيّ أرش سوطه [321أ] الذي ضربه مضروبًا ثلاثة أسواطٍ لا تفرّد بإتلاف ذلك الجزء من العبد لم يشاركه فيه غيره، ووجب عليه مع ذلك ثلث قيمته مضروبًا أربعة أسواط، لأنّه لا يجوز أن يضمن ما قد تلف قبل تلف النفس بضرب غيره وبما قد غرِم من نقصانه، ويكون ذلك مع أرش السوط على عاقلته، لأنّها قد صارت نفسًا، فصار نقصان السوط جزءًا من النفس، ووجب على المأمور أرش السوط الثاني، لأنّه أتلف به جزءًا من العبد لم يشاركه غيره فيه، وعليه مع ذلك سدس قيمته مضروبًا أربعة أسواط على العاقلة، وذلك لأنّه أتلف ثلث النفس بسوطين: أحدهما بإذن المولى فهو هدر، والآخر غير مأمور به فهو ثابت، فلزمه نصف الثلث وهو السدس. وأمّا سوط المولى فإنّه تلف به ثلث النفس فهو هدر لا يجب ضمانه على أحدٍ.

قال محمد: وإن كان المأمور ضربه ثلاثة أسواط والمسألة على حالها، فإنّ السوط الأوّل هدر، ويغرم المأمور السوطين الثاني والثالث مضروبًا سوطًا، ويغرم الأجنبيّ أرش السوط الرابع مضروبًا أربعة أسواطٍ، ويكون على الأجنبيّ أرش السوط الرابع مضروبًا أربعة أسواطٍ، ويكون على الأجنبيّ ثلث قيمة العبد مضروبًا خمسة أسواط، ويكون على المأموريين[2953] قيمة العبد مضروبًا خمسة أسواط.

قال أبو بكر: لا يختلف هذه [321ب] المسألة الأولى في حكم ضمان النفس، وإنّما تختلف فيما يغرم من ضمان الأسواط، وما يحطّ عن الأجنبيّ بالنقصان الحاصل بالأسواط التي ضربها غيره.

مسألة

2953 المأمورين

قال محمد: وإذا كان العبد بين رجلين فقال أحدهما لصاحبه: "اضربْه سوطًا، فإن زدتَ فهو حرٌّ"، فضربه ثلاثة أسواط فمات من ذلك، والآمر موسرٌ أو معسر، فإنّ أرش السوط الأوّل هدر، وعلى الضارب نصف أرش السوط الثاني مضروبًا سوطًا في ماله لشريكه، ولا يكون على عاقلته.

قال أبو بكر: وإنّما كان ذلك في ماله من قِبل أنّ الجناية على العبد فيما دون النفس لا يحملها العاقلة إلّا أن يدخل في النفس، وهذه لم تدخل[2954] في النفس، لأنّ حكم سرايتها قد بطل بالعتق.

قال محمد: وعلى المعتِق إن كان موسرًا للضارب نصف قيمة العبد مضروبًا سوطين.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ العتق وقع من قبله فأفسد به[2955] نصيب الضارب، ولم يقع العتق من قِبل الضارب وإن كان شرطُ وقوعه وجود ضربه. ألا ترى أنّ رجلًا لو قال لرجلٍ: "إن ضربتَ عبدي فهو حرٌّ" فضربه، فعتق أنّه لا يغرم قيمته للمولى، لأنّه هو المعتق فكذلك هذا.

قال محمد: ويكون على الضارب أرش السوط الثالث مضروبًا سوطين، ونصف قيمته مضروبًا ثلاثة أسواط على عاقلته في ثلاث سنين، فإذا قبضها أولياء العبد استوفى المولى من ذلك ما أدّى إلى الضارب بالعتق، وكان ما بقي ميراثًا [322أ] ورثة[2956] العبد.

قال أبو بكر: لما ضمن لشريكه نصف قيمته انتقل نصيبه إليه، وذلك لأنّ العبد لمـّا مات بطل خيار الشريك في السعاية، فحصل الضمان على المعتق بلا خيار للضارب، فانتقل نصيبه إليه ووجب للمعتق الرجوع بما ضمن على العبد فيستسعيه فيه، ولا يعتق هذا النصف إلّا بأداء السعاية فصار كالمكاتب له، فثبت حكم جناية الضارب في هذا النصف بعد العتق، لأنّه ضربه السوط الثالث وهو مكاتبٌ، فصار على الضارب أرش السوط الثالث مضروبًا بسوطين بمنزلة من ضرب مكاتبه، وعليه نصف قيمته مضروبًا ثلاثة أسواطٍ، وذلك لأنّ العبد مات من ثلاثة أسواط: اثنان منها في حال الرقّ، فحكمهما واحد في انقسام النفس عليهما، وسوط بعد العتق، فكان له حكم على الانفراد، لأنّه وجب أرشه للعبد، فكان العبد مات من جنايتين، فكان على الضارب نصف قيمته، فيكون ذلك مع أرش السوط الثالث على عاقلته لأولياء العبد قبضوه استوفى المعتق ما أدّى إلى الضارب بالعتق، لأنّه قد كان وجب له أن يستسعى العبد فيه على مذهب أبي حنيفة، فكانت السعاية بمنزلة مال الكتابة إذا مات المكاتب وترك مالًا، فيستوفي ذلك من ماله، وما بقى بعد ذلك فهو لورثته.

قال محمد: وإن كان المعتِق معسرًا فلا ضمان عليه في العتق، ويكون [322ب] على الضارب مثل ما عليه في السوطين الأوّلين إذا كان المعتِق موسرًا. وأمّا السوط الثالث فإنّ على الضارب أرشه مضروبًا سوطين ونصف قيمته مضروبًا

2954 لم يدخل.
2955 فافسدتْه.
2956 [illegible]

ثلاثة أسواطٍ، فيجمع ذلك كلّه، فيكون عليه نصفه في ماله ونصفه على العاقلة في ثلاث سنين يستوفي من ذلك كلّه نصف قيمة العبد مضروبًا سوطين بالعتق، وما بقي فإن كان للعبد ورثة فذلك لهم، وإلّا فنصفَه للمعتق ونصفه لأقرب الناس من الضارب من العصبة، وهذا قياس قول أبي حنيفة.

قال أبو بكر: وإنّما وجب على الضارب أرش السوط الثالث مضروبًا سوطين، لأنّه قد وجب له على العبد السعاية في نصف قيمته، فيضعه بمنزلة مكاتب له، والنصف الآخر حرّ فيلزمه أرش السوط الثالث للعبد ولزمه أيضًا نصف قيمته، لأنّ العبد مات من جنايتين قد سقط عنه حكم إحديهما، وهذا النصف القيمة نصفه على العاقلة وهو ما لاقى النصف الحرّ. وأمّا النصف الذي هو باقي على ملكِه وله فيه السعاية فهو بمنزلة مكاتبه[2957]، ولا يغرم العاقلة جناية المولى على مكاتبه[2958] من قِبل أنّ للمكاتب حكمين: حكم فيما بينه وبين سيّده فهو فيه كالأجنبيّ، لأنّه لا يجوز يصرفه عليه وله جناية، وحكمه فيما بينه وبين الأجنبيّ حكم عبده. ألا ترى أنّ أرش ما يجنى عليه أرش العبيد ولا يرث، ولا يجوز هبته ولا إخراج ماله بغير عوض لأجل المولى، فصار [323أ] في هذا الوجه بمنزلة العبد، فمن حجّة العاقلة أن يقول: إنّه فيما بيننا وبينه في حكم العبد، ولا يجوز أن يغرم جنايتك على عبدك"، فإذا أخذ نصف القيمة استوفى المولى من ذلك كلّه نصف قيمته مضروبًا سوطين، وهو الذي وجبت له من السعاية ولا يرث شيئًا، لأنّه قاتل.

مسألة

وإذا كان العبد بين رجلين فأمر أحدهما صاحبه أن يضربه سوطًا فضربه، ثم إنّ الضارب ضربه آخر بغير أمر شريكه، ثم أعتقه الضارب وهو موسرٌ، ثم ضربه السوط الثاني لشريكه مضروبًا سوطًا في ماله، ويغرم لشريكه إن كان مرسرًا نصف قيمة العبد بالعتق، ويكون على الضارب أرش السوط الثالث مضروبًا سوطين، ويكون عليه نصف قيمته مضروبًا ثلاثة أسواط، فيجمع ذلك كلّه، فيكون في ماله في ثلاث سنين، ولا يغرم العاقلة منه شيئًا، فيستوفي المعتق من ذلك نصف القيمة التي أدّى إلى شريكه بالعتق، وما بقي فهو لورثة العبد ولا يرث هو منه شيئًا.

قال أبو بكر: وإنّما لزمه نصف قيمته لما ذكرنا من أنّ ما ضربه من الأسواط قبل العتق أحدهما هدر، والباقي من الجنايات كجناية واحدة وضربه بعد العتق سوطًا، فكأنّه مات من جنايتين إحديهما هدر، فكان عليه نصف قيمته في ماله من قِبل أنّ نصيب شريكه انتقل إليه بالضمان، ووجب [323ب] له الرجوع على العبد بالسعاية، فصار مثل مكاتبه[2959]، وجناية المولى على مكاتبة لا يغرمها العاقلة، وليست هذه كالمسألة الأولى، لأنّه في المسألة[2960] الأولى لما ضمن المعتق انتقل نصيب الضارب إليه فصار كالمكاتب، وليس يمتنع لزومَ العاقلة ما يجبر على مكاتب غيره في النفس.

[2957] مكاتبة.
[2958] مكاتبة.
[2959] مكاتبة.
[2960] مسئلة.

قال محمد: ولو كان المعتق معسرًا والمسألة على حالها غرم الضارب أرش السوط الثاني مضروبًا سوطًا في ماله لشريكه، وغرم أرش السوط الثالث مضروبًا سوطين ونصف قيمته مضروبًا ثلاثة أسواط فيجمع ذلك كلّه، فيكون على العاقلة في ثلاث سنين، فإذا خرج المال استوفى المولى الذي لم يعتق نصف قيمته مضروبًا سوطين، وما بقي فنصفه إن لم يكن للعبد وارث للذي لم يعتق، والنصف الثاني لأقرب الناس من المعتِق من العصبة[2961].

قال أبو بكر: أمّا تقدير ما لزم بالجناية فعلى ما يغرم. وأمّا لزومه للعاقلة فلأنّ نصيب شريكه باقٍ على ملكه ونصيبه قد عتق، فكان ما لزمه بالجناية كجنايته على مكاتب غيره، ويستوفى الذي لم يعتق من مال العبد مقدار السعاية ونصف ميراثه له أيضًا، لأنّ له النصف ولاية، والنصف الباقي لأقرب الناس من المعتِق، لأنّه لا يرث، إذ هو قاتل فيرثه أقرب العصبات منه.

مسألة

قال محمد: وإذا كان عبد بين رجلين أمر أحدهما صاحبه أن يضربه[2962] سوطًا، وقال: "إن زدتَ فهو حرّ" فضربه ثلاثةً [324أ] وضربه الآمر سوطًا فضربه رجل أجنبيّ سوطًا فمات[2963] من ذلك كلّه، فإنّ السوط الأوّل هدر، ويغرم المأمور نصف أرش السوط الثاني مضروبًا سوطًا في ماله لشريكه، ويغرم المأمور أيضًا إن كان المعتق موسرًا أرش السوط الثالث مضروبًا سوطين وسدس قيمته مضروبًا خمسة أسواطٍ على عاقلته.

قال أبو بكر: إنّما كان أرش السوط الأوّل هدر، لأنّه ضربه وهو بينهما بإذن شريكه، وإنّما لزم المأمور نصف أرش السوط الثاني مضروبًا سوطًا في ماله لشريكه، لأنّه ضربه بغير أمره وهو بينهما، ثم قد عتق العبد، فإذا كان المعتق موسرًا فعليه ضمان نصف قيمته مضروبًا سوطين، لأنّ السعاية والعتق من قِبل الذي لم يعتق فائتٌ، وإذا أوجب عليه ضمانه انتقل نصيب شريكه إليه، وله أن يرجع عليه بما ضمن فيكون كمكاتب له، ثم ضربه المأمور سوطًا ثالثًا فعليه أرشه مضروبًا سوطين مثل من ضرب مكاتب غيره سوطًا، ثم لما ضربه الآمر سوطًا كان عليه أرشُه مضروبًا ثلاثة أسواط، ثم ضربه الأجنبي سوطًا فلزمه أرشه مضروبًا أربعة أسواط، ثم قد مات العبد من ذلك كلّه وهو جناية ثلاثة أنفس، فينقسم النفس أثلاثًا قد تلف بجناية كلّ واحد الثلث، فعلى [324ب] الآمر ثلث قيمته مضروبًا خمسة أسواط مع أرش سوط الذي غرمه وذلك في ماله، لأنّه بمنزلة مكاتبه، لأنّ نصفه قد عتق من جهته والنصف انتقل إليه بالضمان، ووجب له فيه السعاية، فكان بمنزلة مكاتبه، وعلى الأجنبيّ ثلث قيمته مضروبًا خمسة أسواط على عاقلته مع ما عليه من أرش السوط الرابع. وأمّا المأمور فإنّه ضربه ثلاثه أسواط فكان مثلها الثلث النفس بثلاث جنايات واحدة منها هدر وثنتان يلزمه ضمانها، فالثنتان اللّتان يلزمه ضمانهما كواحدة، فينقسم هذا الثلث نصفين يبطل عنه نصفه ويبقى نصفه

2961 المَعصبه

2962 تضربه (تضربه)

2963 + فمات.

وهو سدس قيمته على عاقلته[2964] مع أرش السوط يجمع ذلك كلّه، فيأخذ العتق منه نصف قيمته مضروبًا سوطين، وما بقي فلورثته، فإن لم يكن له وارث فلأقرب الناس من المعتِق من العصبة، لأنّه قاتل لا يرث[2965].

قال محمد: فإن كان الآمر معسرًا والمسألة على حالها فإنّ على المأمور نصف أرش السوط الثاني في ماله لشريكه حالًّا، وعليه أرش السوط الثالث مضروبًا سوطين وسدس القيمة مضروبًا خمسة أسواط، فيجمع أرش السوط الثالث وسدس القيمة، فيكون نصف ذلك على عاقلته[2966] ونصفه في ماله في ثلاث سنين، لأنّ نصفه له ما دام يسعى له فما غرم من قبل ذلك النصف [325أ] كان عليه في ماله، ويغرم المولى الآمر أرش السوط الرابع مضروبًا ثلاثة أسواطٍ، وثلث قيمته مضروبًا خمسة أسواط، فيكون ذلك كلّه على العاقلة، ويغرم الجاني أرش السوط الخامس مضروبًا أربعة أسواط، وثلث قيمته مضروبًا خمسة أسواط، فيكون ذلك كلّه على عاقلته في ثلاث سنين للعبد، فيستوفي المولى المأمور من ذلك نصف قيمته بالسعاية مضروبًا سوطين، وما بقي فلورثة العبد، ولا يرثه المولیان، لأنّهما قاتلان.

قال أبو بكر: السوط الأوّل هدر، لأنّه ضربه بأمره وهو بينهما، وعلى المأمور نصف أرش السوط الثاني، لأنّه ضربه بغير أمره وهو بينهما، ثم عتق نصف العبد، وليس ضمانه على أحدٍ، فوجب للمأمور أن يستسعيه في نصف قيمته، فنصف العبد باقٍ على ملكه قد وجبت عليه السعاية فيه، فهو بمنزلة مكاتبه، فلمّا ضربه السوط الثالث لزمه أرشه مضروبًا سوطين، ثم ضربه الآمر سوطًا، فعليه أرشه مضروبًا ثلاثة أسواطٍ، وعلى الأجنبيّ أرش سوطه مضروبًا أربعة أسواطٍ، ثم قد مات العبد من ذلك كلّه، فهو عليهم أثلاثًا، فعلى الآمر ثلث قيمته مضروبًا خمسة أسواط مع ما غرم من أرش السوط على عاقلته، وعلى الأجنبيّ ثلث قيمته مضروبًا خمسة أسواط، وأرش سوطه الذي غرم على عاقلته. وأمّا المأمور فإنّ الثلث الذي[2967] تلف من جنايته نصفه هدر يبقى سدس [325ب] القيمة يلزمه نصفه في ماله، وهو ما لاقى نصيبه الذي صار له حكم مكاتبه، والنصف الآخر الذي لاقى النصف الذي هو حرّ من جهة شريكه على عاقلته، لأنّه لم يعتق من قِبله، وإنّما عتق من قِبل شريكه يجمع ذلك كلّه، فيستوفي الذي لم يعتق نصف قيمته مضروبًا سوطين، وما بقي فلورثته إن كان له ورثة وإن لم يكن له ورثه فلأقرب عصبة مولاه.

مسألة

قال محمد: وإذا كان لرجل عبد فشجّ رجلاً موضحة، ثم باعه سيّده وهو يعلم بالجناية، فشجّ ذلك الرجل عند المشتري شجّةً أخرى، ثم اشتراه الأوّل فشجّه أخرى عبده وشجّه رجل آخر[2968] أخرى فمات المشجوج من ذلك[2969] كلّه، فإنّ على عاقلة الأجنبيّ نصف الديّة في ثلاث سنين، وعلى المولى البائع الأوّل سدس الديّة بالجناية الأولى، وعلى البائع

2964 عَاقِلَتِهِ.
2965 أصله الرواية التي رويت في سنن الترمذي، الفرائض، 17؛ سنن ابن ماجه، الفرائض، 8؛ سنن الدارقطني، 170/5.
2966 قلته.
2967 + الذي.
2968 + آخر، صح هامش.
2969 + من ذلك.

الثاني إن كان يعلم بالجناية سدس الديّة أيضًا، وإن كان لا يعلم فعليه الأقلّ من القيمة ومن سدس الديّة، ويُقال للمشتري الآخر وهو البائع الأوّل: "ادفعْ العبد إلى وليّ المقتول" أو "افدْه بسدس الديّة".

قال أبو بكر: إنّما كان على عاقلة الأجنبيّ نصف الديّة في ثلاث سنين من قِبل أنّ النفس تلفت من جناية رجلين، فينقسم على رؤوسهما[2970] ولا ينقسم على عدد الجراحات. وأمّا النصف الآخر من النفس فقد تلف من ثلث جراحات في ملك البائع الأوّل [326أ] لها ثلاثة أحكام، لأنّ الجراحة الأولى قد صار المولى مختارًا لها، والثانية قد كانت في ملك المشتري، فإن كان عالمًا بها حين باعه من البائع فقد صار مختارًا لها، وإن لم يكن عالمًا بها فعليه الأقلّ من قيمته ومن أرش الجراحة، والثالثة في رقبة العبد يقال للبائع الأوّل: "ادفعْه بها" أو "افدْه"، فإذا كان كذلك انقسم نصف النفس اثلاثًا، فعليه ثلث هذا النصف من الديّة وهو سدسها، لأنّه صار مختارًا للجراحة الأولى، وعلى البائع الثاني إن كان لا يعلم فعليه الأقلّ من القيمة ومن سدس الديّة، ويقال للبائع الأوّل[2971]: "ادفعْ العبد إلى وليّ المقتول" أو "افده[2972] بسدس الديّة".

قال محمد: ولو كان البائع الأوّل لم يكن باع العبد كلّه، ولكن باع نصفَه بعدما شجّ فجنى العبد بعد ذلك، فشجّ الرجل المشجوج شجّةً أخرى، ثم اشترى البائع الأوّل من المشتري النصف الذي كان باعه، ثم شجّ عنده شجّة أخرى فمات من ذلك ومن جناية الأجنبيّ، فإنّ على عاقلة الأجنبيّ نصف ديّة الرجل المقتول في ثلاث سنين.

قال أبو بكر: وذلك لما وصفنا من أنّه مات من جناية رجلين فينقسم النفس عليهما نصفين. وأمّا النصف الآخر من النفس فأنّه أتلفه جميع العبد، فتلف بكل جزءٍ نصف من العبد ربع النفس، فالنصف الذي دان فيه البيع قد تلف به ربع النفس من ثلاث [326ب] جنايات لها ثلاث أحكام، فيلزمه بالجراحة الأولى ثلث ربع الديّة وذلك نصف سدسها، لأنّه صار مختارًا لها بالبيع، ويلزم المشتري بالجراحة الثانية نصف سدس الديّة إن كان عالمًا بها، وإن لم يعلم بها فالأولى من نصف القيمة ومن نصف سدس الديّة، ونصف سدس الديّة في رقبة العبد. وأمّا النصف الذي لم يدُر فيه البيع فقد تلف به ربع النفس من ثلاث جراحات لها حكمان من قِبل أنّه مختار للجناية الأولى يتبعه النصف الآخر[2973] والأخريان في رقبة العبد، فانقسم ربع النفس نصفين، نصف الربع قد صار مختارًا له، فيلزمه ثمن الديّة لذلك، وقد كنّا ألزمناه نصف السدس الديّة بالنصف الآخر، فذلك سدس الديّة، ولزم أيضًا رقبة العبد في هذا النصف ثمن الديّة إمّا أن يدفعه أو يفديه، وقد كان لزم في النصف الآخر نصف سدس الديّة فذلك سدس الديّة، وربع سدس الديّة في رقبة العبد، يقال له: "ادفعْه أو افدْه بها"، ونصف سدس الديّة على المشتري إن كان علم بالجناية، وإن لم يكن علم فعليه الأقلّ من نصف القيمة ومن نصف سدس الديّة.

[2970] رؤسهما.
[2971] الأولى.
[2972] أفذه
[2973] الأجر.

مسألة

وإذا كان العبد بين رجلين فشجّ رجلًا موضحة، ثم إنّ أحدهما باع نصف نصيبه من صاحبه وهو يعلم بالجناية، ثم عاد فشجّ الرجل موضحة أخرى، ثم إنّ المشتري ردّ ذلك الربع على البائع [327أ] الأوّل وهو يعلم بالجناية، ثم إنّ العبد شجّ الرجل أيضًا موضحة أخرى، ثم إنّ رجلًا أجنبيًّا شجّ الرجل موضحة أخرى، فمات الرجل من ذلك كلّه، فإنّ على الأجنبيّ نصف الديّة على عاقلته في ثلاث سنين.

قال أبو بكر: وذلك لما وصفنا من أنّ جميع النفس أحدها إثبات، فانقسمت على عدد رؤوس[2974] القاتلين، فقد تلف بجناية الأجنبيّ نصفها، فكان ذلك على عاقلته، والنصف الآخر قد تلف بجناية العبد، فكلّ نصف من العبد قد أتلف ربع النفس، فالربع الذي دار فيه البيع قد تلف به ثمن النفس بثلاث جراحات مختلفة الأحكام، فانقسم الثمن أثلاثًا، فلزم البائع ثلث ثمن الديّة، ولزم المشتري ثلث ثمن الديّة، وحصل ثلث ثمن الديّة في رقبة العبد. وأمّا الربع الذي لم يدر فيه البيع فقد تلف به ثمن النفس بثلاث جراحات لها حكمان من قِبل أنّ المولى قد صار مختارًا للأولى منها والثانية والثالثة في رقبة العبد، فانقسم ثمن النفس نصفين، فلزم البائع نصف ثمن الديّة، وقد كان لزمه أيضًا ثلث الثمن، فذلك خمسة أسداس ثمن الديّة، وفي رقبة العبد خمسة أسداس ثمن الديّة، وعلى المشتري ثلث ثمن الديّة باختياره ردّ الربع إلى البائع. وأمّا حصّة المشتري من العبد وهو النصف، فقد تلف به ربع النفس بثلاث جراحات لها حكمان، لأنّه [327ب] مختار للأولى والثانية والثالثة في رقبة العبد، فانقسم الربع نصفين لزمه من ذلك نصف الربع الديّة وهو الثمن، وثمن الديّة في نصيبه يقال له: "ادفعْه أو افدْه بذلك".

مسألة

قال محمد: وإذا كان العبد بين رجلين فشجّ رجلًا موضحة، فباع أحدهما نصيبه يعني من شريكه وهو يعلم بذلك، ثم شجّ العبد أيضًا الرجل موضحة أخرى وهو عند المشتري، ثم إنّ المشتري ردّ النصف الذي اشترى على البائع بعيبٍ وهو يعلم بالجناية، فشجّ العبد الرجل موضحة أخرى، فمات الرجل من ذلك كلّه.

قال أبو بكر: قد تلف الرجل بثلاث جراحات، فالنصف الذي دار فيه البيعُ قد أخذ نصف النفس بثلث جراحات لها ثلاثة أحكام إحديهن في ملكه البائع قد لزمه فيها سدس الديّة، لأنّه صار مختارًا ببيعه، والثانية في ملك المشتري وصار مختارًا أيضًا بالردّ بالعيب، فلزمه فيها سدس الديّة، والثالثة في ملك البائع بعدما عاد إليه ذلك النصف ففيه سدس الديّة، يقال للبائع: "ادفعْه أو افده به"، فهذا حكم النصف الذي دار فيه البيع. وأمّا النصف الذي لم يدُر فيه البيع فقد أخذ نصف النفس بثلاث جراحات لها حكمان: الأولى والثانية حكمهما واحد الذي اشتراه بالعيب، ثم لم يصر مختارًا لها، لأنّه صار مختارًا له بردّه النصف [328أ] الذي اشتراه بالعيب، لأنّ عبدًا لو جنى في ملك رجل فباع بعضَه صار مختارًا للجناية، فلزمه

[2974] رؤس.

لهما ربع الديّة. وأمّا الثالثة فهي مخالفة لهما، لأنّ المشتري لم يصر مختارًا لها فهي في نصف العبد الذي في ملكه، وذلك ربع الديّة يقال له: "ادفعْه أو افدِه".

مسألة

قال محمد: وإذا كان عبدٌ بين رجلين شجّ أحدهما موضحةً، ثم إنّ الآخر باع نصف نصيبه من المشجوج وهو يعلم، ثم عاد، فشجّ المشجوج شجّة، ثم إنّه ردّ ذلك النصف إلى صاحبه بعيبٍ وهو يعلم، ثم إن العبد شجّ رجلًا أجنبيًّا، وشجّ أيضًا المولى شجّة أخرى، فمات الرجلان من الجنايتين جميعًا.

قال أبو بكر: وجه التقدير في ذلك أن يقول: كلّ نصف من العبد قد أخذ نصف نفس المولى ونصف نفس الأجنبيّ، فالربع الذي باع البائع قد أخذ ربع نفس المولى بثلاث جراحاتٍ لها أحكام مختلفة، فانقسم ربع النفس أثلاثًا، فلزم البائع نصف سدس الديّة وبطل نصف سدس الديّة، لأنّه لاقاه وهو في ملك المشتري المجني عليه، ونصف سدس الديّة في رقبة العبد. وأمّا الربع الذي لم يدر فيه البيعُ فقد أخذ ربع النفس بثلاث جراحات لها حكمان، فانقسم ذلك الربع نصفين، فلزم البائع ثمن الديّة، وفي نصيبه من رقبة ثمن الديّة، فجميع ما لزمه سدس الديّة وربع سدس الديّة، وفي رقبة العبد [328ب] من نصيبه سدس الديّة وربع سدس الديّة، وبطل نصف سدس الديّة وهو حصّة ما كان منه في ملك المشتري، وقد أخذ أيضًا نصيب البائع كلّه نصف نفس الأجنبيّ فهو في رقبة العبد، لأنّه تلف بجنايةٍ كانت بعد البيع وبعدما ردّ عليه نصيبه، فيقال له: "ادفعْ هذا النصف إلى وليّ الأجنبيّ"، وولّى المولى الآخر يضرب فيه الأجنبيّ بنصف الديّة، وولّى المولى الآخر بسدس الديّة، فيكون بينهما على سبعة عشر سهمًا: لوليّ الأجنبيّ اثنا عشر ولوليّ المولى الآخر خمسة، وإن فداه فداه من كلّ واحد منهما بحصّته من الديّة، وذلك لأنّا جعلنا الديّة كلّها أربعة وعشرين سهمًا، وجعلنا نصف الديّة اثني عشر سهمًا وهو ما ضرب به الأجنبيّ في نصيب البائع، فضرب وليّ المولى المقتول بخمسة أسهم من قِبل أنّا قد بيّنا أنّ له في نصيب البائع سدس الديّة وربع سدسه من الديّة، وذلك خمسة من أربعة وعشرين من الديّة، فلذلك ضرب فيه بخمسة أسهم، فحصلت قسمة ذلك النصف بينهما على سبعة عشر سهمًا. وأمّا نصيب المولى المجني عليه فإنّه يخاطب فيه ورثته بدفعه إلى وليّ الأجنبيّ أو فداءه[2975] بنصف الديّة، ويبطل جناية العبد عليه في ذلك النصف، لأنّ جناية العبد عليه في ذلك النصف، لأنّ جناية العبد لا يثبت على مولاه.

قال أبو بكر: وقال أبو خازم: ما ذكره محمد في الفداء [329أ] فهو صحيح. وأمّا الدفع فينبغي أن يدفع كلّ ربع على حدّة، فأمّا الربع الذي لم يدُر فيه البيع، فقد أخذ ربع نفس الأجنبيّ وللشريك فيه ثمن الديّة، فينبغي أن يكون بينهما على ثلاثة، وأمّا الربع الذي دار فيه البيع فللشريك فيه نصف سدس الديّة وللأجنبيّ ربع الديّة، فيدفع إليهما على أربعة.

[2975] فدابه (افدابه)

مسألة

قال محمد: وإذا كان العبد بين رجلين فجنى على أحدهما جناية، ثم إنّ الذي جنى عليه كاتبه، ثم جنى عليه جنايةً أخرى، ثم إنّ الثاني كاتبه، ثم جنى عليه جناية أخرى فمات من ذلك كلّه، فإنّ على المكاتب الثاني الأقلّ من نصف قيمة العبد ومن ربع الديّة، وعلى المكاتب أن يسعى في الأقلّ من جميع قيمته ومن نصف الديّة، وقد بطل ربع النفس بجناية نصف العبد على سيّده قبل أن يكاتبه.

قال أبو بكر: الوجه في ذلك أنّ النصف الذي للمشجوج قد جنى عليه ثلاث جنايات في ثلاثة أحوال الأوّل منها: وهو عبد غير مكاتب والثانية والثالثة جناهما وهو مكاتب له، وهما في الحكم كجناية واحدة، فقد أتلف هذا النصف من العبد نصف نفس المشجوج في حالين في كلّ حال الربع، فبطلت الأولى، إذ هو عبده ويثبت الثانية، لأنّه جناها وهو مكاتب، فلزمه بها ربع النفس، فيقال للمكاتب: "ابتع[2976] في الأقلّ من قيمتك ومن ربع الديّة"، فقد فرغنا من نصيب المشجوج، [329ب] ثم جئنا إلى نصيب الشريك فقد جنى ذلك النصف أيضًا ثلاث جنايات أتلف بها نصف نفسه، ولهذه الجنايات الثلث حكمان، لأنّ إحديهنّ وهي الجناية الأولى وقعت وهو عبد والثانية والثالثة وهو مكاتب، فهاتان حالة واحدة، فكان نصف النفس قد تلف بجنايتين الأولى[2977] والثانية، فذهب نصف ذلك النصف، وهو ربع النفس بالجناية الأولى، فيغرم الشريك الحيّ بذلك الأقلّ من نصف قيمة المكاتب وهي ربع الديّة، لأنّه كان له نصف العبد، وقد كاتبه وهو لا يعلم بالجناية. وأمّا ربع النفس الذي تلف بالجنايتين بعد الكتابة فهما كجناية واحدة ذهب بها ربع النفس، فهو على المكاتب في نفسه، فيسعى في الأقلّ ومن ربع الديّة.

مسألة

وإذا كان العبد بين رجلين فجنى على رجلٍ أجنبيّ جنايةً، فكاتبه أحدهما وهو يعلم بالجناية، ثم جنى على ذلك الرجل جنايةً أخرى، فكاتبه المولى الآخر وهو يعلم بالجناية، ثم جنى على ذلك الرجل جنايةً أخرى، فمات من ذلك كلّه، فإنّ على المولى الأوّل ربع الديّة وعلى المولى المكاتب الثاني الأقلّ من نصف القيمة وربع الديّة، وعلى المكاتب أن يسعى في الأقلّ من قيمته ومن نصف الديّة.

قال أبو بكر: وجه ذلك أن يقول للذي كاتبه: "أوّل مرّة قد كان لك نصف هذا العبد"، وقد أتلف نصف نفسٍ بثلاث جناياتٍ لهنّ حكمان: إحديهنّ وهي الجناية الأولى [330أ] وهو[2978] عبد والأخريان وهو مكاتب، فكأنّهما جناية واحدة، فقد أتلف بالجناية الأولى وهو عبد ربع النفس وهو عبد، فلمّا كاتبه[2979] وأنتَ تعلم بالجناية صِرتَ مختارًا للديّة فلزمك ربع الديّة.

2976 اسعَ.
2977 الأول.
2978 هُوَ.
2979 فلمّا كاتبته.

وأمّا الربع الذي تلف بالجنايتين في حال الكتابة فعلى المكاتب أن يسعى في الأقلّ من نصف قيمته ومن ربع الديّة، لأنّ نصفَه جنى على هذا الربع، ثم يجيء إلى الشريك الذي كاتبه أخيرًا فيقول له: كان ذلك نصف عبد أتلف نصف نفس بثلاث جنايات: الأولى منها والثانية قبل أن يكاتبه والثالثة بعد أن كاتبه[2980]، فالأولى والثانية كأنّهما جناية واحدة، إذ كانتا جميعًا قبل الكتابة، فتلف بالأولى والثانية ربع نفس لم يكن يمكنك دفعه لما قد جرى فيه من الكتابة من جهة شريكك، فيغرم الأوّل من نصف قيمته ومن ربع الديّة، وتلف الربع الآخر بجناية المكاتب وهو مكاتب كلّه، فيسعى في الأقلّ من نصف قيمته ومن ربع الديّة، فحمله ما يسعى فيه المكاتب الأقلّ من قيمته ومن نصف الديّة.

قال محمد: وإن كانت المكاتبة من المولِيين جميعًا وهما لا يعلمان بالجناية، فإنّ على المولِيين الأقلّ من القيمة ومن نصف الديّة، وعلى المكاتب الأقلّ من جميع القيمة ومن نصف الديّة.

قال أبو بكر: ما كنّا ألزمنا المولى الأوّل في حال العلم [330ظ] في المسألة الأولى من الديّة فإنّا نلزمه في هذه الأقلّ من ربع الديّة ومن نصف القيمة، وذلك لأنّ هذا حكم الجناية إذا كاتبه وهو غير عالمٍ بها، وتقدّرنا في المسألة على ما بيّنا.

قال محمد: فإن عجز المكاتب عن مكاتبة المولى الأوّل قبل أن يُقضى عليه بشيء فإنّ على المولى الأوّل الأقلّ من نصف القيمة ومن نصف الديّة، وعلى المولى الذي كاتب أخيرًا لأقل من نصف القيمة ومن ربع الديّة، وعلى المكاتب الأقلّ من نصف القيمة ومن ربع الديّة.

قال أبو بكر: وذلك أنّا نقول للذي كاتب أوّلًا قد أتلف هذا العبد نفسًا فالنصف الذي لك قد أتلف نصفها بثلاث جنايات هنّ في حكم جنايتين كما وصفنا فيما سلف، فلمّا تلف بالجناية الأولى ربع النفس لزمك بها الأقلّ من نصف القيمة ومن ربع الديّة، لأنّك لا تعلم بها حين كاتبتَه. فأمّا نصيب المولى الثاني فإنّه قد أتلف نصف نفس بثلاث جنايات لهنّ حكمان، لأنّ الأولى والثانية كانت قبل أن يُكاتب نصيبه فكأنّهما جنايةً واحدةً. وأمّا الجناية الثالثة فإنّها كانت بعد الكتابة الأولى والثانية في حكم جناية واحدة وقد تلف بهما ربع النفس، فلم يَقدر فيه على الدفع والفداء، فلزمك الأقلّ من نصف القيمة ومن ربع الديّة، وتلف بالجناية الثالثة ربع النفس وهو مكاتب، [331أ] فلزم المكاتب بها الأقلّ من نصف قيمته ومن ربع الديّة.

قال محمد: فإن كانا كاتباه وهما يعلمان بالجناية، ثم إنّ المكاتب عجز عن المكاتبة الأولى قبل أن يُقضى عليه بشيء، فإنّ على المولى الأوّل ربع الديّة بالجناية الثانية والثالثة، وعلى المولى الآخر الأقلّ من نصف القيمة ومن ربع الديّة، وعلى المكاتب أن يسعى في الأقلّ من نصف قيمته ومن ربع الديّة.

قال أبو بكر: وجه ذلك أن يقول للذي كاتب أوّلًا: قد أتلف هذا العبد نفسًا، فالنصف الذي لك قد أتلف نصف نفس بثلاث جنايات هنّ في الحكم جنايتان كما وصفنا، فلمّا تلف بالجناية الأولى ربع نفس، فكاتبته صرتَ مختارًا للديّة، لأنّك كنتَ قادرًا على دفعه قبل الكتابة، فلزمك ربع الديّة. وأمّا الجناية الثانية والثالثة فتلف بها ربع النفس، ولم يقض على المكاتب

[2980] ان كاتبته.

حتى عجز وعاد عبدًا لك غير مكاتب فلا يتهيّأ[2981] لك دفعه، فهذا الربع وإن كان قد عجز عن الكتابة في نصيبك فإنّ نصيب شريكك مكاتب ولكن يغرم الأقلّ من نصف القيمة ومن ربع الديّة. ألا ترى أنّ مدبّرًا لو كاتبه مولاه فجنى جنايةً في حال الكتابة، ثم عجز قبل أن يقضي عليه بها أنّه يلزمه الأقلّ من قيمته ومن أرش الجناية، فكذلك سبيل [331ظ] نصيبه حين عجز ونصيب شريكه باقٍ على كتابته، ثم يقول للمولى الثاني: نصف عبدك قد أتلف نصف نفس بثلاث جنايات في حالتين الجناية الأولى والثانية قبل أن يكاتب نصيبك، فكأنّهما جناية واحدة، والجناية الثالثة بعد أن كاتبت فالأولى والثانية تلف بهما ربع نفس، فلم يقدر على دفعه بذلك للكتابة التي جرت من صاحبك، فيغرم الأقلّ من نصف قيمته ومن ربع الديّة، وتلف بالجناية الثالثة ربع نفس وهو مكاتب لم يعجز من حصّتك، فيسعى المكاتب في الأقلّ من نصف قيمته ومن ربع الديّة.

مسألة

قال محمد: وإذا كانت لرجل جاريةً فكاتبها، فولدت ولدًا، فكبر ولدها، فأقرّت عليه بجنايةٍ وكذبها في ذلك، فإقرارها باطل عليه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّها لا يملك رقبة الولد، ولا يجوز إقرار الإنسان فيما لا يملك.

قال محمد: فإن أقرّت بعد ذلك بدين عليه أيضًا فأنكر الدين، فإقرارها عليه باطل.

قال أبو بكر: وهذا أيضًا لما وصفنا.

قال محمد: فإن اكتسب الولد مالًا بعد الإقرار بالدين، والجناية أخذته الأمّ، وأتبعه صاحب أصحاب الدين الذي أقرّت لهم الأمّ، فأخذوه منها.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ المكاتبة أولى بكسْب أولادها منه يملكه، ويؤدّي [332أ] كتابتها منه، فلمّا حصل لها ملك الكسب نفذ إقرارها منه ولم يخاص أصحاب الجناية الدين من قِبل أنّ جناية المكاتب يثبت في رقبته كما تثبت جناية العبد الذي ليس بمكاتبٍ في رقبته ولا يثبت في كسبه ولا يصير جناية المكاتب دينًا إلّا بأحد ثلاثة أشياء: إمّا بأن يقضي[2982] القاضي عليه بالأقلّ من أرش الجناية ومن القيمة، فيجعله دينًا عليه، فيحول حينئذ الجناية من الرقبة إلى الذمّة أو أن يعتق المكاتب أو أن يموت غير عاجز وإذا كان ذلك كذلك، ثم كسب ولدها كان أصحاب الدين أولى به، لأنّ الدين يثبت في الكسب، والجناية ما دامت في الرقبة لم يتحوّل إلى الذمّة لم يثبت في الكسب. ألا ترى أنّ المولى لو أقرّ على عبده بجناية ودين، ثم مات العبد وترك مالًا أنّ الجناية يبطل والغرماء أحقّ بالكسب، فكذلك ما وصفنا.

[2981] بتهنا

[2982] يقضَى.

قال محمد: ولو اكتسب الولد مالًا فلمْ تأخذه الأمّ حتى مات، فإنّ المال يقسّم بين أصحاب الدين وبين أصحاب الجناية بالحِصص يضرب فيها أصحاب الجناية بالأقلّ من أرش الجناية ومن قيمة الولد، ويضرب فيها أصحاب الدين بدينهم.

قال أبو بكر: لما مات الولد صارت جنايته دينًا من قِبل أنّ بقاء على الكتابة يمنع كون الولد عاجزًا، فلمّا كان كذلك صارت جنايته دينًا، وقد كان إقرارها سابقًا لإقرارها [332ب] بالدين، فتساويا في استحقاق الكسب.

قال محمد: ألا ترى أنّ الجناية والدين جميعًا لو كانا معروفين، ثم مات، وترك وفاء أو لا وفاءً[2983] فيه، اشتركوا جميعًا أصحاب الدين وأصحاب الجناية، لأنّه مات غير عاجز، فكذلك إقرار الأمّ على ولدها.

قال محمد: ولو كاتب أقرّت عليه بالدين قبل الجناية، ثم أقرّت عليه بالجناية، ثم مات وقد ترك مالًا فيه وفاء أو لا وفاء فيه بُدِئ[2984] بالدين، ثم الجناية.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ إقرارها بالدين كان سابقًا لإقرارها بالجناية، فاستحقّ الغرماء الكسب قبل ثبوت حقّ أولياء الجناية.

فإن قال قائل: فهلّا كان أولياء الجناية أولى به إذا بدأت بالإقرار بالجناية.

قيل له: من قِبل أنّ الإقرار بالجناية لم يوجب ثبوت حقّ أوليائها في الكسب في حال الحياة وأوجب ثبوت حقّ الغرماء فيه، فلمّا مات وثبت الحقّ فيه بالإقرار المتقدّم صارت كأنّها أقرّت بدينين معًا.

قال محمد: وكذلك أقرّت عليه بدينٍ آخر ولم يقر بجنايةٍ، ثم مات وترك ألفًا بُدِئ[2985]بالدين الأوّل، فإن بقي شيء كان لأصحاب الدين الآخر، فإن بقي شيء كان للمكاتبة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ حقّ أصحاب الدين الأوّل قد ثبت قبل ثبوت حقّ أصحاب الدين الثاني فكانوا أولى كالوارث إذا أقرّ على الميّت بدين ثم بدين، فيكون أصحاب الدين الأوّل [333أ] أولى بمال الميّت حتى يستوفوا، ثم ما يبقى لأصحاب الدين الثاني. والمعنى الجامع بينهما: أنّ المكاتبة إنّما يحصل لها ملك الكسب من جهة ولدها كما يملك الوارث من جهة الميّت، فلمّا كان إقراره بدءًا بالدين مانعًا من ثبوت الإقرار للثاني في حقّ الغرماء وجب أن يكون كذلك حكم المكاتبة فيما أقرّت به، وكذلك إذا أقرّ على عبده بدين ثم بدين، فأصحاب الدين الأوّل أولى بالكسب لهذه العلّة بعينها.

فإن قال قائل: هلّا كان هذا كإقرار المريض بدين في مرضه ثم بدين أنّهما يتحاصّان في ماله.

2983 وفاء ولا وفاء.
2984 يُدّي.
2985 يُدّي.

قيل له: إنّما يشبه إقرار المريض من هذه المسألة إقرار الولد نفسه وإقرار العبد المأذون على نفسه، لأنّ كلّ واحد منهما إقراره على نفسه. وأمّا إقرار المكاتبة على ولدها وإقرار المولى على العبد، فهو نظير إقرار الوارث، لأنّ كلّ واحد من هؤلاء مقرّ على غيره، وإنّما نفذ إقراره فيما ملكه من جهة غيره فزعم أنّ الغريم أولى به، فلذلك اعتبر بغُرم الإقرار.

مسألة

قال محمد: وإذا كاتب الرجل أمةً فولدت ولدًا في مكاتبتها، فكبر ولدها، ثم مات، وقد ترك ألف درهم، فأقرّت عليه بجنايةٍ، ثم بدينٍ، فأنّه يُبدأ بالجناية، فيُقضى فيما ترك بالأقلّ من أرش الجناية ومن قيمة الولد، فإن بقي شيء كان لأصحاب الدين وكذلك لو أقرّت بالدين، ثم بالجناية بُدِئ[2986] بالدين.

قال أبو بكر: وهذا صحيح على ما قدّمنا [333ب] من قِبل أنّ الجناية يصير دينًا بالموت، فصارت كأنّها أقرّت بدين ثم بدينٍ، فيُبدأ بالأوّل، فالأوّل كالوارث إذا أقرّ على الميّت بدينٍ له ثم بدين فيُبدأ بالأوّل.

مسألة

قال محمد: وإذا كاتب الرجل أمته فولدت ولدًا فأقرّت على ولدها بالجناية، ثم أقرّت عليه بدينٍ بعد ذلك وهو يكذّبها، ثم اكتسب الولد ألف درهم بعد ذلك، ثم أدّت المكاتبة فعتقا جميعًا، فإنّ الألف لأصحاب الدين، فإن بقي شيء منها فهو للمكاتبة ولا شيء لأصحاب الجناية، لأنّ الجناية إنّما صارت مالًا بعد العتق، فلا يلحق المال الذي كان قبل العتق.

قال أبو بكر: قد ذكرنا فيما سلف أنّ جناية المكاتب يصير مالًا بالعتق، وإذا كان ذلك كذلك فالجناية كانت في رقبة الولد إلى أن عتق صار دينًا عليه في حال العتق، فلا يثبت في الكسب الذي كان له قبله، لأنّ ذلك الكسب صار للأمّ قبل ثبوت الدين فيه، فلذلك كانت المكاتبة أولى بناء في الكسب بعد قضاء الدين.

قال محمد: وكذلك لو كانت الجناية والدين معروفين ببيّنة قامت بذلك، والمسألة على حالها لم يكن لأصحاب الجناية شيء من الكسب، ولكن يبيعون الولد بالأقلّ من قيمته ومن أرش الجناية.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا ويتبع[2987] أصحاب الجناية الولد بمنزلة مكاتب جنى جنايةً، ثم عتق، واستشهد محمد [334أ] على ذلك بالعبد المأذون لو اكتسب مالًا، ثم أعتقه سيّدُه والمال في يده، ثم لحقه دين أنّه لا يثبت في ذلك المال، فكذلك جناية ولد المكاتبة لمّا صارت دينًا، ثم بعد العتق وجبت ألّا يثبت في الكسب الذي كان اكتسبه قبله.

2986 يُدّي.

2987 ويتبعا.

باب من الجنايات أيضًا

قال محمد: وإذا قطع رجل يد رجل عمدًا، ويد القاطع صحيحة، فوثب المقطوعة يده على القاطع فقطِع إصبعا من أصابعه، ثم إنّ الذي قطع اليد قطع يد رجل آخر صحيحة، فالمقطوعة يده الآخر بالخيار إن شاء قطع مع صاحبه، وإن شاء أخذ ديّة يده.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ اعتبار المساواة واجب في القصاص فيما دون النفس في الاستيفاء وفي الإيجاب، فلو أنّ رجلًا أشل اليد قطع يدًا صحيحة كان المقطوعة يده بالخيار إن شاء قطع يده بيده، وإن شاء أخذ ديّة يده، ولو أنّ رجلًا صحيح اليد قطع يد رجل شلّا لم يجب عليه القصاص فيها، ولا يعلم في ذلك بين الفقهاء خلافًا، وإذا كان ذلك كذلك للمقطوعة يده أخيرًا الخيار في قطع يد القاطع انقصّ من يده.

قال محمد: فإن قطع المقطوعة يده الآخر إصبعا من أصابع القاطع فقد بطل خياره. [334ب]

قال أبو بكر: لما كان قطع يده الصحيحة يوجب[2988] له استيفاء أمثل، ثم إذا عدمت المماثلة في العضو كان له أن يعدل عنه إلى أخذ الديّة لأجل النقص أشبه ذلك الرجل يشتري عبدًا بثمن مسمّى، فيجده معيبًا، فيكون له الخيار في فسخ البيع واسترجاع الثمن، إذ كان عقد البيع يوجب له الصحّة، فلمّا عدمها كان له الخيار في الرجوع إلى الثمن، ثم إذا رضي به معيبًا لم يكن له بعد ذلك سبيل إلى فسخ البيع، كذلك إذا رضي المقطوعة يده بأخذ يد القاطع معيبة لم يكن له خيار بعد ذلك في الرجوع إلى البدل للمقطوعة يده الأوّل ألفين وخمسمائة نصف ديّة يده، ويضمن للمقطوعة يده الآخر ثلاثة أثمان ديّة يده.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: أنّ من قطع يد رجلين اليمنى منهما أو اليسرى فإنّهما إذا اجتمعا قطعا جميعًا يده، وكان لهما ديّة يد بينهما، وذلك لأنّ ما تناوله كلّ واحد منهما من نصف اليد يصير مضمونًا على الجاني للمجني عليه الآخر. ألا ترى أنّ أحدهما إذا قطع يد القاطع، ثم جاء المقطوعة يده الآخر كان له على الجاني ديّة يده، فكانت اليد التي أخذها الأوّل مضمونة على الجاني، لأنّه قضى بها حقًّا كان عليه، فكان بها حاصلة له إلّا أنّه تعذّر استيفاء القصاص، فوجب للآخر [335أ] ديّة يده، وإذا كان ذلك كذلك قلنا: إذا اجتمعا قطعا يده، فكلّ واحد منهما إنّما تناول نصف ديّة يده.

وإذا كان هذا على ما وصفنا قلنا في مسألتنا: إنّ الثاني لمّا قطع إصبعا من أصابع القاطع فقد رضي باستيفاء القصاص، فبطل خياره في الملك كما أنّ من اشترى عبدًا فوجده معيبًا، ثم جنى عليه بطل خياره في الردّ، فلمّا جعلنا لهما القصاص بعد ذلك فقطعاها كان للأوّل نصف ديّة اليد في مال الجاني في سنتين ثلثاه في السنة الأولى وثلثه في السنة الثانية، وذلك لأنّ الجاني قطع يد الأوّل ويده صحيحة، فثبت حقّ الأوّل في خمس أصابع، وقد أخذ إصبعا واحدًا، ثم قطع هو وصاحبه ثلاث أصابع فأخذ إصبعا ونصفًا، فقد استوفى إصبعين ونصفًا وهو نصف حقّه، فبقي له نصف حقّه وقطع يد الثاني وفي

[2988] توجب.

يده أربع أصابع، فكان للثاني الخيار في استيفاء هذه الأربع أصابع لجميع حقّه، فلمّا قطع إصبعًا استوفى ربع حقّه، ثم قطع مع صاحبه ثلاث أصابع فكان جميع ما استوفى إصبعين ونصفًا من أربع أصابع من حقّه فذلك خمسة أثمان حقّه، وبقي من حقّه ثلاثة أثمانه، فذلك يستوفيه من ديّة اليد وذلك ألف وثمانمائة وخمسة وسبعون درهمًا، وإنّما ثلثا ذلك في السنة الأولى وثلثه في السنة الثانية [335ب] من قِبل أنّ ذلك وجب من جملة ديّة اليد، وديّة اليد إنّما يجب في سنتين فما وجب من جملتها فذلك حكمه، وكذلك كلّ جزء من ديّة النفس إذا وجب من جملتها وجب في ثلاث سنين. ألا ترى أنّ عشرة لو قتلوا رجلًا كان على كلّ واحد منهم عُشر الديّة في ثلاث سنين.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا قطع يد رجل ويده صحيحة فقطع المقطوعة يده إصبعًا من أصابع القاطع، ثم قطع القاطع يد رجل آخر، فقطع المقطوعة يده الثاني إصبعًا من أصابع القاطع، ثم إنّ قاطِع اليدين قطع يد رجل آخر فقطع المقطوعة يده إصبعًا من أصابع القاطع، ثم اجتمعوا جميعًا عند القاضي، فلا خيار لأحدٍ منهم في أخذ الديّة، ويقطع ما بقي من اليد لهم جميعًا.

قال أبو بكر: يقطعون جميعًا يده وفيها إصبعان، فيكون الأوّل مستوفيًا بقطعه الإصبع، وإنّما قطع مع صاحبيه ثلث حقّه، ويرجع على القاطع بثلثي حقّه وذلك ثلثا ديّة اليد، وذلك لأنّه استوفى مرّة إصبعا ومرّة ثلثي إصبع وذلك ثلاث الأصابع الخمس. وأمّا الثاني فإنّه كان له أربع أصابع فقطع تارّةً إصبعا وهي ربع حقّه، وتارّةً ثلثي إصبع وهو ثلثا ربع حقّه، وذلك خمسة من اثني عشر وهو سدسان ونصف سدس، ويرجع [336أ] بثلاثة أسداس ونصف سدس ديّة اليد. وأمّا الثالث فإنّ حقّه كان ثلاث أصابع فاستوفى بقطعه الإصبع ثلث حقّه واحد مع صاحبيه ثلثي إصبع وهو ثلثا ثلث حقّه وذلك تسعا[2989] حقّه والإصبع ثلاثة أتساع حقّه، فجميع ما استوفى من حقّه خمسة أتساع، وبقي من حقّه أربعة أتساعه، فيرجع بذلك من ديّة اليد، فيكون ما غرم القاطع من ذلك لهم عليه في سنتين في السنة الأولى ثلثا ذلك وفي السنة الثانية الباقي، لأنّ ذلك وجب لكلّ واحد منهم من جملة ديّة اليد يجب على العاقلة في سنتين الثلثا منها في السنة الأولى والثلث في السنة الثانية، فكذلك حكم جزءٍ منها.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا قطع يد رجل آخر عمدًا فقطع أحدهما يد القاطع من المرفق، ثم اجتمعوا جميعًا عند القاضي، فإنّ القاضي يبطل إحدى اليدين المقطوعين، ويجعل على قاطع اليدين ديّة يد بينهما نصفين في سنتين على ما وصفتُ

2989 تِسْعًا

لك والذي قطع يده من المرفق، وإن شاء ضمنه ديّة يده وحكومة في الذراع إلى المرفق، فيكون ذلك في سنتين في السنة الأولى ثلث الديّة، وما بقي في السنة الثانية إلّا أن يزيد ذلك على ثلثي الديّة، فيكون الزيادة في السنة الثالثة.

قال أبو بكر: لما قطع الجاني يديّ هذين الرجلين [336ب] وجب لهما عليه القصاص في يده، وديّة يد بينهما نصفين، فلمّا قطع أحد المقطوعين يد القاطع من المرفق، فكان متعدّيًا في قطعها، ولم يكن بذلك مستوفيًا لشيء من حقّه، وكان قطعه وقطع أجنبيّ في ذلك سواء من قِبل أنّه وضع السكّين في غير موضعه فصار أخذ الغير حّقه، فلمّا تناول يده على وجه التعدّي من غير استيفاء القصاص صار كرجلٍ وجب له قتل رجل قصاص في يده، فجاء رجل فقطع يد الجاني عمدًا، فيسقط بذلك حقّ من كان وجب له القصاص كذلك هذا فيما وصفنا بما تناول يده على وجه التعدّي، ولم يكن مستوفيًا لحقه به[2990] سقط حقّ المقطوعين من القصاص، وبقي حقّهما في الديّة التي قد كانت وجبت لهما مع القصاص.

فإن قال قائل: هلّا جعلته مستوفيًا لحقّه، وإن وضع السكّين في غير موضعه كما يكون مستوفيًا لو قطع أصابعه الخمس من دون الزند مع وضعه السكّين في غير موضعه.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ واضع السكّين على المرفق وضعها على جزء لم يستحق إتلافه بقطع اليد على وجه القصاص. وأمّا وضع السكّين على الأصابع فإنّه وضعها في موضع قد كان له إتلافه بقطع اليد، وإن كان مُسيئًا في فعله ذلك كما لو وجب له قبله القصاص في النفس، فأحرقه بالنار كان مسيئًا في ذلك، ومع ذلك يكون مستوفيًا لحقّه.[337أ]

قال أبو بكر: وإذا ثبت أنّه غير مستوف[2991] لحقّه فيما وصفنا، وأنّه بمنزلة أجنبيّ لو قطعها صار كرجل مقطوع اليد من الزند قطع يد رجل من المرفق، فيكون للمقطوعة يده من المرفق الخيار إن شاء قطع ذراع القاطع من المرفق، وإن شاء أخذ ديّة يده وحكومة في الذراع، وذلك لأنّ ذراع القاطع أنقص من ذراع المقطوعة يده من المرفق الخيار إن شاء قطع ذراع القاطع من المرفق، فصار كمن قطع يدًا صحيحة ويده شلّاء، فلصاحب الصحيحة الخيار في قطع الشلّاء أو الديّة.

فإن قال قائل: فلمَ جعلت للمقطوعة يده من المرفق القصاص في ذراع القاطع، ومن أصلكم لو أنّ رجلًا مقطوع اليد من الزند قطع ذراع رجل مقطوع اليد من المرفق لم يجب له القصاص في الذراع.

قيل له: الفرق بينهما: أنّ ذراع هذا الرجل في مسألتنا قطعت وهي موصولة بالكفّ وهي في الحقيقة أزيد[2992] من الذراع التي لا كفّ عليها، فصار كرجل أشل اليد قطع يد رجل صحيحة فيكون للمقطوعة يده أن يقتصّ منه. وأمّا إذا قطع ذراعًا بغير كفّ وذراع القاطع أيضًا بغير كفّ فإنّما لم يجب القصاص من قِبل أنّ المساواة بين الذراعين لا يُعرف إلّا

2990 + لحقه به، صح هامش.

2991 مستوفي.

2992 أزند.

من طريق الاجتهاد بحكومة عدلٍ، فلمّا كان أرش كلّ واحد منهما إنّما يثبت اجتهادًا وكان اعتبار المساواة [337ب] مأخوذًا علينا فيما دون النفس، وكان ذلك غير معلوم عندنا إلّا اجتهادًا لم يجب القصاص. ألا ترى أنّه قد يجوز أن يحكم واحدٌ في ذراع هذا بألف درهمٍ، ويحكم الآخر في ذراع الآخر بأقلّ من ألفٍ أو أكثر. وأمّا إذا كانت ذراع مع كفّ فنحن نعلم حقيقةً أنّ هذه الذراع المتّصلة بالكفّ أفضل في هذه الحال من ذراع القاطع التي لا كفّ عليها، فلذلك أوجبنا له القصاص.

فإن قال قائل: فهلّا قطعت يد عبدٍ بيد حرٍّ، إذ كانت أنقص منها كما قطعت اليد الشلّاء ، والذراع التي لا كفّ عليها بالذراع المتّصلة بالكفّ.

قيل له: ليس يد العبد من هذا الباب في شيء، وذلك لأنّ نُقصان يد العبد إنّما هو من جهة الحكم، فكان بمنزلة نقصان الشمال عن اليمين، فمن حيث لم يجز أخذ الشمال باليمين وإن كانت أنقص منها، كذلك لا يؤخذ يد العبد بيد الحرّ وإن كانت أنقص منها، ولهذا المعنى لم يجب للقصاص بين الرجال والنساء فيما دون النفس، وليس كذلك اليد الشلّاء وما في معناها، لأنّ الشلل نقص حال في نفس العضو وضعف حاصل فيه فهو بمنزلة يد المريض.

فإن قال: فهلّا أوجبت على القاطع الثاني في ديّة المقطوع اليد من المرفق وجعلت له بعد ذلك الخيار في قطع ذراع القاطع، إذ ليست الذراع داخلة في حكم اليد ولا تابعة لها في الجنايات [338أ] وكما لو أنّه قطع يد رجل من المرفق خطأً وجبت عليه ديّة اليد وحكومة في الذراع.

قيل له: لا اعتبار في القصاص بكثرة ما أتلف من الأجزاء ولا قلته[2993]، وإنّما الذي نعتبر في وجوب استيفاء القصاص أن يخرج مثل جراحته، ويضع السكّين على الموضع الذي وضعه منه، لأنّ الله تعالى قال: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾[2994]، ولم يخصّص جرحًا من جرح، فكلّ من جريح[2995] الموضع الذي جرح[2996] منه فقد استوفى حقّه.

قال محمد: وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: لو أنّ رجلًا قطع إصبع رجل فقطع المقطوعة إصبعه يد قاطع الإصبع وإن شاء أخذ ديّة كاملة.

قال أبو بكر: وهذا على ما بيّنا من أنّه وضع السكّين في موضع لم يستحق إتلافه بالقصاص، فهو في حكم فعله ذلك بمنزلة الأجنبيّ على الوصف الذي تقدّم ذكره.

2993 ولا قلته

2994 المائدة، 45/5.

2995 بكل من جرحه

2996 جرح (ح)

قال محمد: ولو أنّ رجلًا شجّ عبدًا لرجل موضحة فمرض من ذلك، ثم إنّ رجلًا غصب العبد، فمات في يده من تلك الجناية، فصاحب العبد بالخيار إن شاء ضمن الجاني أرش جنايته وما نقصته الجناية إلى يوم غصبه الغاصب.

قال أبو بكر: قال أبو الحسن: حصول العبد في ضمان الغاصب لا يسقط عن الجاني حكم السراية ولا يبرئه من ضمان الجناية، وذلك لأنّه باقٍ على ملك المولى لم يزل ملكَه عنه بحصوله في يد الغاصب.

فإن قال قائل: هلّا أسقطتَ [338ب] عن الجاني حكم السراية بحصوله في ضمان الغاصب، إذ كان الضمان في هذا الموضع سببًا للتمليك كما أنّه لو باعه منه سقط حكم السراية عن الجاني.

قيل له: إنّما سقط حكم السراية بالبيع لحصول الملك للمشتري وزوال ملك البائع. وأمّا حصوله في ضمان الغاصب فإنّه لم يزل ملك المغصوب عنه إلّا بقضاء القاضي عليه بالقيمة وبالتراضي عليها، وما لم يقع ذلك لم يحصل الملك. ألا ترى أنّ الضمان قد يحصل للمولى على الغاصب الأوّل على الانفراد وعلى الغاصب الثاني على الإنفراد، فإن ضمن الثاني ملكه دون الأوّل، وإن ضمن الأوّل ملكه من جهته دون الثاني، فقد علمت أنّ كونه مضمونًا عليه لا يحصل به حكم الملك إلّا أن يتّصل به قضاء القاضي أو التراضي عليه. وإذا كان ذلك ما وصفنا وكان حكم السراية قائمًا على الجاني مع الغصب كان للمولى تضمين على عاقلته القيمة، لأنّه قابل وإن شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب، لأنّه تناول ماله بغير أمره فحدث له عليه ضمان القيمة بغصبه إيّاه، وضمن الجاني أرش جراحته وما نقصته الجناية إلى يوم غصبه الغاصب.

قال أبو بكر: ويكون ما يضمّنه[2997] الجاني في هذا الوجه في ماله دون عاقلته من قِبل أنّ العاقلة لا يتحمّل الجناية على العبد فيما دون النفس.

قال محمد: فإن ضمن عاقلة الجاني قيمة العبد صحيحًا [339أ] رجعت عاقلة الجاني على الغاصب بقيمة العبد يوم غصبه فكاتب لهم.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المولى لما كان له تضمين العاقلة إن شاء أو تضمين الغاصب، ثم عدل إلى تضمين العاقلة انتقل الذي كان للمولى في تضمين الغاصب إليهم كما أنّه إذا اختار تضمين الغاصب الأوّل انتقل ما كان له من الحقّ في تضمين الغاصب الثاني إليه.

فإن قال قائل: لم كان له تضمين الجاني أرش الجراحة والنقصان، ويضمن مع ذلك الغاصب قيمته يوم غصبه، وهلّا كان اختياره لا يباع الجاني أبرأ للغاصب كما أنّه إذا اختار إتّباع الغاصب الأوّل لم يكن له تضمين الثاني بعد ذلك.

[2997] ما تضمّنه.

قيل له: من قِبل أنّ الباقي بعد الجراحة وما حدث من النقص عنها قد حصل مضمونًا عليه بالغصب، فله أن يعدل عن تضمينه إليه كما يعدل عن تضمين الغاصب الثاني إلى الأوّل أو من الأوّل إلى الثاني. وأمّا مقدار نقصان الجراحة فلم يحصل ضمانها على غير الجاني ولا على عاقلتهم بشيء.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ ما حدث من السراية لم يدفع الضمان عن الغاصب. ألا ترى أنّ الجناية لو كانت من المولى ثم غصبه غاصب فمات في يده من الجناية لم يبطل الضمان عن الغاصب بالسراية، وإذا كان كذلك لم يجز للغاصب أن يرجع على الجاني بضمان الجناية مع كونه مضمونًا عليه في حال التلف.

قال محمد: والبيع على شرط خيارٍ [339ب] البائع بمنزلة الغصب إذا مات في يديّ المشتري من الجناية.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ خيار البائع يمنع زوال ملكه ويجعله في يد المشتري مضمونًا بالقيمة فهو كالغصب من هذا الوجه.

قال محمد: ولو باعه بيعًا فاسدًا من غير خيار، وقبضه المشتري فمات في يده من الجناية، فإنّ الجاني يبرأ بقبض المشتري فمات في يده من الجناية من السراية.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه ملّكه بالقبض وزوال ملكه يسقط حكم السراية. ألا ترى أنّه لو باعه بيعًا صحيحًا سقط حكم السراية.

قال محمد: ولو أنّ المولى رهن العبد بدين مثل قيمته فمات في يده، والمسألة على حالها كان المرتهن مستوفيًا لدَينه بموت العبد، ويرجع المولى على الجاني بأرش جنايته وما نقصته إلى يوم رهن لا شيء له غير ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لما صار مستوفيًا له[2998] صار المولى كالقابض لما وقع به الاستيفاء فهو كالغصب إذا اختار المولى تضمين الغاصب، فلا يرجع على الجاني بما ضمّنه إيّاه، وإنّما يرجع عليه بما لم يضمنه إيّاه.

قال محمد: ولو كانت قيمة العبد ألفين فرهنه بألف، ومات من الجناية، فإنّ الدين قد بطل، ولا ضمان للمرتهن على الجاني.

قال أبو بكر: للمرتهن على الجاني سبيل لما بيّنا من أنّ السراية لم يدفع الضمان كما قلنا في الغصب.

قال محمد: ويرجع مولى العبد على الجاني بأرش الموضحة وما نقصته الجناية إلى يوم رهنه، فنصف قيمة العبد ناقصًا يوم رهن، [340أ] فيرجع بذلك كلّه مولى العبد على عاقلة الجاني في ثلاث سنين إلّا نصف الموضحة، ويقضى بها إلى

[2998] به.

أنْ رهنه فإنّ ذلك في ماله لا تعقله[2999] العاقلة، وذلك أنّ ذلك النصف يلاقي النصف من النفس الذي حصل ضمانه على المرتهن وصار به مستوفيًا لدَينه، فلمّا لم يلزم حصّة النفس منها العاقلة لم يلزمها ما دون النفس، لأنّ ما دون النفس من العبيد لا يفعله العاقلة. وأمّا الباقي فإنّه على العاقلة، لأنّه من جملة النفس تعقله[3000] العاقلة، وإنّما ضمن العاقلة في هذه المسألة نصف النفس من قِبل أنّ نصف العبد كان أمانة في يديّ المرتهن لم يذهب به من دَينه شيء، فكان ضمانه على الجاني كالوديعة.

مسألة

قال محمد: وإذا فقأ رجل عين رجل اليمنى وعين الفاقيء بيضاء فالمفقوءة عنه بالخيار إن شاء فقأ عين الفاقيء البيضاء إن كان يستطاع فيها القصاص، وإن شاء أخذ أرش عينه نصف الديّة، وهذا إذا كان يستطاع فيها القصاص.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن يقول: إنّما عنى بالبيضاء التي نورُها باقٍ إلّا أنّ هناك حائل بينه وبين الإدراك، فإذا كان كذلك صارت كاليد الشلّاء، فيجب فيها القصاص إلّا أن يختار الأرش للعيب الذي في العضو على ما بيّنا.

قال محمد: فإن لم يقتصّ من الفاقيء حتى فقئتْ عينه البيضاء فقد بطل حقّ المفقوءة عينه الأوّل، لأنّ الواجب كان القصاص حتى يحكم [340ب] الحاكم بالمال أو يبرأ عليه، وهذا كالمشتري إذا وجد بالعبد عيبًا فيكون له الخيار في الردّ، ولا يصير حصّة العيب مالًا إلّا بالتراضي أو بقضاء القاضي.

فإن قال قائل: فأوجب له الأرش بفوات العضو وسقوط القصاص كما جعلتَ حصّة العيب مالًا بهلاك المبيع في يديّ المشتري.

قيل له: لا فرق بينهما من هذا الوجه من قِبل أنّ خيار المجني عليه كان في ترك القصاص والرجوع إلى بدل اليد وهو الدية، فإذا فاتت اليد من الوجه الذي ذكرنا لم يرجع إلى البدل كما أنّ السلعة إذا تلفت[3001] في يديّ المشتري لم يمكنه الرجوع بالثمن. وأمّا الرجوع بحصّة العيب عند فوات السلعة وامتناع الرجوع على الجاني بقضاء ما بين العضوين فيمن جهة الآخر[3002] غير الوجه الذي به جمعنا بينهما.

قال محمد: فإن اختار المجني عليه المال من غير قضاء قاضٍ ولا رضا الجاني لم يكن ذلك شيئًا، وكان القصاص واجبًا، فإن فقأ إنسان العين البيضاء بعد ذلك بطل حقّه، لأنّ القصاص كان باقيًا.

[2999] لا يفعله.
[3000] يفعله.
[3001] تلغت
[3002] الاجزء

قال أبو بكر: وإنّما كان هذا هكذا من قِبل أنّ الواجب للمجنى عليه هو القصاص، وله تركه إلى المال بالعيب كالمشتري إذا وجد العبد معيبًا بعد القبض، فله ردّه، ولا ينتقض البيع بقوله: قد رددت حتى يحكم به الحاكم أو يوافقت عليه [341أ] صاحبه، فكذلك ما وصفنا.

فإن قال قائل: فإذا قال: قد أبطلت القصاص وأخذت المال هلّا جعلت ذلك شبهة في سقوط القصاص.

قيل له: لأنّه إنّما ترك القصاص على شرط المال فإذا لم يُسلّم له المال فالقصاص بحاله.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا قطع يد رجل اليمنى ويد القاطع شلّاء فلم يختصما حتى برأت اليد الشلّاء، وذهب ما كان بها من الشلل، فالمجني علي القصاص فإن أراد أخذ الديّة لم يكن له ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الواجب كان له القصاص على ما بيّنا، وإنّما كان له العُدول عنه إلى الديّة لوجود العيب، فليس له أخذها مع ارتفاعه كالمشتري إذا وجد العبد معيبًا، فله فسخ البيع فيه لأجل وجود العيب، فإن ارتفع العيب بطل خياره في الردّ.

قال محمد: ولو اختصموا قبل برء[3003] اليد فقضى القاضي بالأرش لاختيار المجني عليه ذلك، ثم برئت اليد لم يتحوّل قصاصًا أبدًا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه قد سقط القصاص بقضاء القاضي البيع لأجل العيب، ثم يرتفع العيب فلا يعود البيع.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا قلع ثنيّة رجل، وسنّ القالع سوداء[3004] فلم يجز شيئًا حتى وقعت الثنيّة السوداء ونبت مكانها ثنيّة صحيحةً، فقد بطل حقّ المقلوعة سنّه، وليس له أن يقتصّ من الثنية [341ب] الثانية، ولا شيء له من الأرش.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ القصاص وجب له في الأوّل، وهذه النابتة غير الأولى، وقد سقط حقّه بسقوط الأولى.

فإن قال قائل: أفليس المقلوعة ثنيّة أوّلًا لو نبتت[3005] ثنيّته لم يكن له أن يقتصّ من القالع، وكان كذلك بمنزلة الجراحة إذا اندملت وذهب أثرها، فهلّا جعلت الثنيّة الثانية في مسألتنا كالأولى[3006] نفسها، فيكون له القصاص فيها.

3003 ما برء

3004 شوداء

3005 لو بينت (بنبتت)

3006 كالأولية

قيل له: إنّ ما ذكرت من سقوط القصاص عن القاطع نبات[3007] سنّ ثنيّة المقلوع لا يخرجها من أن يكون الثانية غير الأولى، وإنّما بطل القصاص إذا نبتت[3008]، لأنّ المقلوعة ثنيّته قد صار مستوفيًا لها من جهة فلا جائز له استيفاؤها القالع ثانية[3009]. وقد قال أبو حنيفة: لو أنّه شجّه موضحة فذهب الشعر، ثم اندملت وعاد الشعر والجلد كما كانا أنّه لا للمجني عليه، فكذلك ههنا.

قال محمد: ولو كان القالع بدءًا مقلوع الثنيّة، ثم نبتت له ثنيّة، فللمقلوع الأرش لا شيء له غير ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الجناية لم يوجب قصاصًا في الابتداء وإنّما أوجبت المال فحسب.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا سرق ويده اليمنى شلّا فلم يُقطع حتى برأت قُطع.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الشلل في اليمنى لا يمنع[3010] وجوب القطع فيها، إذ كان الشلل عيبًا فيها ونفس العضو باقٍ يناي[3011] فيه القطع.

قال محمد: ولو أنّ اليد اليمنى [342أ] كانت صحيحةً والشمال شلّاء فسرق، فلم يُرفع إلى الحاكم حتى برأت الشمال، فرفع إلى القاضي، واليدان جميعًا صحيحتان فإنّ القاضي يقطع يده، ولا يُبطل ذلك عنه الشلل الذي كان بالشمال.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن رحمه الله يقول: إنّ القطع يجب[3012] في اليمنى بالسرقة، وإنّما سقط في حال القطع مقطوع اليسار أو شلّاء بما يلحقه من الضرر الذي لم يستحق بالسرقة مثل أن يسرق وهو مريض، فلا يُقطع لما يخاف عليه من زيادة الضرر التي لم يستحق بالسرقة، ولا يكون المرض مع ذلك مُسقطًا للقطع رأسًا كذلك سبيل اليسرى إذا كانت شلّا لا يسقط القطع في اليمنى رأسًا غير أنّه إذا رفع إلى الأمام وهي شلّاء لم يقطع اليمنى، وإذا رفع وقد برأت اليسرى فهو مثل أن يرفع وقد برأ من مرضه فيقطع لذلك.

قال محمد: ولو أنّ السارق رفع واليسرى شلّا فضمنه القاضي السرقة ودرأ القطع، ثم برأت اليسرى لم يقطع بتلك السرقة أبدًا.

[3007] بنيات (بنيات)
[3008] ست
[3009] نانية.
[3010] منع
[3011] يناي
[3012] تجب.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ القاضي قد ضمنه وحصول الضمان ينفى[3013] القطع رأسًا.

باب من الجنايات في قطع يد رجلين

قال محمد: وإذا قطع رجل يد رجلين من كلّ واحد منهما اليمنى فقطع أحدهما [342ب] إصبعه الإبهام، ثم إنّ رجلًا أجنبيًّا قطع أصابعه الأربع التواقي، ثم إنّ المقطوعة يده الذي لم يقطع الإصبع فقطع الكفّ ولا إصبع فيها، ثم اجتمعوا جميعًا، فإنّ القاضي يقضي على قاطع اليدين بخمسة ألف درهم للمقطوعة أيديهما للذي قطع الإصبع من ذلك أربعة ألف درهم، وللذي قُطع الكفّ بغير أصابع ألف درهم.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ قاطِع الإصبع خُمس حقّه بقطعه الإصبع وبقي أربعة أخماس حقّه، ثم لمّا قطع الأجنبيّ أربع أصابع صارت كأنّها قائمة في حقّهما ولو قطعاها بعد ذلك معًا كانا مُستوفيين للأربع الأصابع، فلمّا قطع الآخر الكفّ وحده صار مستوفيًا لأربع أصابع، فاستوفى بذلك أربعة أخماس حقّه وبقي له الخمس، واستوفى الأوّل خُمس حقّه وبقي أربعة أخماسه.

مسألة

قال محمد: ولو كان أحد المقطوعة أيديهما قطع إصبعًا من يد القاطع، ثم قطع رجل أجنبيّ الأصابع الأربع، ثم قطع المقطوعة أيديهما الكفّ بغير أصابع، فإن قاطع اليدين يغرم خمسة ألف درهم، ثلاثة ألف درهم منها للذي لم يقطع الإصبع وألفي درهم منها للذي قَطع الإصبع.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الأوّل استوفى بالإصبع التي قطعها خُمس حقّه، ثم قطع مع صاحبه [343أ] أربع أصابع فاستوفى خمُسي حقّه، فقد حصل له ثلاثة أخماس حقّه واستوفى في الآخر أصبعين وذلك خُمسا حقّه، فلذلك كانت ديّة اليد بينهما على ما ذكر.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا قطع يمين رجُلين فقطع رجل أجنبيّ إصبعًا من أصابع القاطع، ثم قطع أحد المقطوعة أيديهما أصبعًا من أصابع القاطع، ثم عاد الأجنبيّ فقطع أصبعًا من أصابع القاطع، ثم إنّ المقطوعة يده الذي لم يقطع شيئًا من الأصابع قطع كفّ قاطع اليدين وفيها إصبعان، فإنّ القاضي يغرم[3014] قاطع الثاني خمسة ألف درهم للمقطوعة أيديهما، فيكون رُبعهما للذي قطع الكفّ بالإصبعين، وثلاثة أرباعها للذي قطع الإصبع منها، ويكون أرش الإصبع الأولى الإصبع الثانية اللتين قطعهما الأجنبيّ لقاطع اليدين.

[3013] يبقى.

[3014] يغرم.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المقطوع الأوّل قطع إصبعًا أخرى وفي اليد أربع أصابع، فاستوفى بذلك ربع حقّه، لأنّ الذي قطع الأجنبيّ كأنّه ذهب من السماء في حقّ المقطوعين، فلمّا عاد الأجنبيّ فقطع إصبعًا أخرى صارت هذه الإصبع كأنّها قائمة، والإصبع الأولى التي قطعها الأجنبيّ كأنّها قائمة في الحكم أيضًا إلّا أنّ المقطوع الأوّل قد حصل مستوفيًا لربع اليد، فلا ينتقض ما حكمنا عليه باستيفائه بقطع الأجنبيّ إصبعًا أخرى، فحصل على المقطوع الثاني استيفاء ما بقي من اليد بعد [343ب] الربع الذي استوفاه المقطوع الأوّل وذلك ثلاثة أرباع اليد. ألا ترى أنّ أجنبيًّا لو قطع الأصابع كلّها، ثم جاء أحد المقطوعين فقطع الكفّ كان مستوفيًا بذلك لجميع حقّه، وكان للآخر ديّة اليد كاملة، ولا يشبه قطع الإصبع الواحدة والإصبعين قطعُ الكفّ بالإصبع أو الإصبعين، لأنّ ما قطعه الثاني من الكفّ بأنّ الأصابع المقطوعة محسوبٌ عليه إلّا بمقدار ما تناوله الأوّل.

قال محمد: ولو لم يقطع الكفّ بالإصبعين أحد المقطوعة أيديهما، ولكنّهما قطعا الكفّ بالأصبعين فإنّ القاضي يقضي لهما على قاطع اليدين بخمسة ألف، ثلاثة أثمانها للذي قطع الإصبع منها وخمسة أثمانها للآخر.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الأوّل استوفى ربع حقّه بقطعه الإصبع على ما بيّنا وذلك سهمان من ثمانية، وقد بيّنا أنّ باقي اليد بعد استيفائه الربع كأنّه باقٍ وذلك ستة من ثمانية استوفياها بقطعهما الكفّ نصفين كلّ واحد منهما استوفى ثلاثة ، فقد استوفى قاطع الإصبع مرّة سهمين ومرّة ثلاثة فذلك خمسة أثمان اليد، وبقي من جهة ثلاثة أثمان اليد، واستوفى الآخر ثلاثة أسهم وبقي من حقّه خمسة، فلذلك كانت ديّة اليد بينهما على ما بيّنا.

باب جناية المكاتب

قال محمد: وإذا كاتب الرجل عبده وقيمته مائة درهم على خمسمائة درهم فقتل رجلًا خطأ، فقضى عليه بقيمة مائة درهم، [344أ] ثم قتل آخر خطأ فلم يقض عليه بشيء حتى قتل المكاتب، فغرم قاتله قيمته مائة، ولم يدع المكاتب مالًا غيرها، فإنّ هذه المائة لصاحب الجناية المقضي بها.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الجناية الأولى قد صارت دينًا عليه في ذمّته بالقضاء، وثبت ذلك في كسبه وفي قيمة رقبته، والجناية الثانية لم يتحوّل مالًا، فكان الدين الثابت في حياته أولى.

فإن قال قائل: أليس الحرّ إذا حفر بئرًا، ثم مات وعليه دين في الصحّة، ثم وقع في البئر دابّة اشترك الجميع في ميراث الميّت، فهلّا كانت الجناية المقضي بها سواء في استحقاق مال المكاتب، لأنّ الثانية يتحوّل مالًا بموت المكاتب إذا لم يمت عاجزًا.

قيل له: أمّا في مسألتنا فقد مات عبدًا عاجزًا، فصاحب الدين[3015] أولى بكسبه من الجناية، وكذلك لو لم يمت عاجزًا فصاحب الدين في الحياة يبدأ به على صاحب الجناية. والفرق بينه وبين حافر البئر: أنّ ما يجب على الحرّ بحفر البئر هو مال في جميع الوجوه وجناية العبد لا يوجب مالًا، وإنّما هي في وقبته لوجب الدفع أو الفداء، فلمّا كان كذلك ولم يتحوّل مالًا إلّا بعد الموت كان الدين الثابت في حال الحياة أولى.

قال محمد: فإن كان المكاتب ترك مع هذه المائة خمسين درهمًا اكتسبها قبل الجنايتين أو بعدهما أخذ الخمسين صاحب الجناية المقضي بها، وأخذ من المائة التي غرمها قاتل المكاتب أيضًا خمسين درهمًا، وبقي خمسون درهمًا [344ب] فكانت لصاحبه الجناية التي لم يقض بها.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ هذه الخمسين التي تركها المكاتب من كسبه فصاحب الجناية المقضي بها أولى بها فيستوفيها من ديّته، وبقيت له خمسون درهمًا يستوفيها من قيمة المكاتب، وبقيت خمسون درهمًا من قيمة المكاتب فهي لصاحب الجناية التي لم يقض بها من قِبل أنّها بذل رقبته، وصاحب الجناية يثبت له الحقّ في بذل الرقبة وإن كان عبدًا عاجزًا. ألا ترى أنّ عبدًا لو جنى جناية، ثم قتل ثبت حقّ وليّ الجناية في القيمة كما كان ثابتًا في الرقبة.

فإن قال قائل: فإذا كان حقّ وليّ الجناية ثابتًا في القيمة كثبوته في الرقبة فلمَ بدأت بصاحب الدين مع استوائهما في ثبوت حقّهما في القيمة.

قيل له: لأنّ الرقبة لو كانت قائمةً يمكن دفعُها لدفعناها إلى أولياء الجناية وتبعها الدين فاستحقّها أصحاب الدين عليهم، فكانوا أولى بها من أولياء الجناية، فكذلك قيمة الرقبة.

قال محمد: ولو كان المكاتب مات موتًا وترك خمسين ومائة درهم، والمسألة على حالها أخذ صاحب الجناية المقضي بها مائة درهم، وبقيت خمسون درهمًا فهي للمولى ولا حقّ لصاحب الجناية التي لم يقض له بها فيها.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الجناية كانت في رقبته، فلمّا مات عاجزًا بطلت كعبدٍ جنى جنايةً ولحقه دينٌ، ثم مات وترك مالًا من كسبه، فيكون أصحاب الدين أولى بكسبه حتى يستوفوا دينهم، فإن بقي شيءٌ كان للمولى [345أ] ولم يكن لأصحاب الجناية شيء، لأنّ جناية العبد لا يثبت في كسبه.

قال محمد: ولو أنّ المكاتب قطع رجل يده بعد الجنايتين، ثم مات المكاتب من غير ذلك وترك مائة درهم، والمسألة على حالها، فإنّ صاحب الجناية المقضي بها بأخذ المائة التي ترك المكاتب، ويأخذ صاحب الجناية التي لم يقض بها أرش اليد وهو خمسون ثبت حقّ صاحب جناية الأخرى فيها، لأنّها بدل من اليد التي قد ثبت حقّه فيها.

3015 الجناية

قال محمد: ولو كان المكاتب ترك ستّين درهمًا، والمسالة على حالها أخذ الستّين درهمًا التي ترك صاحب الجناية المقضي بها، ثم ينظر إلى الخمسين أرش يدُ المكاتب، فاستوفى منها صاحب الجناية بقيّة حقّه وذلك أربعون درهمًا، وبقيت عشرة دراهم[3016] فهي لصاحب الجناية التي لم يقض بها.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ هذه العشرة من أرش اليد، فثبتت فيه حقّ صاحب الجناية التي لم يقض بها.

قال محمد: ولو كان المكاتب جنى جنايةً واحدة فلم يقض بها وقيمته مائة درهم، ثم مات وترك مائة درهم، ومكاتبته خمسمائة، فلا شيء لصاحب الجناية.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه مات عبدًا عاجزًا فبطلت جنايته، إذ لم يحصل عن رقبته بدلٌ.

قال محمد: ولو كان المكاتب ترك هذه المائة درهم من جنايةٍ في بدنه فإن كانت تلك الجناية أصيب بها في بدنه قبل الجناية التي جناها، فذلك كلّه للمولى.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه مات [345ب] عاجزًا ولم يكن ثبت حقّ أولياء الجناية فيما تلف من رقبته قبل الجناية، فكذلك لا يثبت في بدله.

قال محمد: وإن كان الأرش وجب بجنايةٍ حديث عليه بعد جنايته التي جنى فإنّ ذلك الأرش الذي كان في يديه من ذلك لصاحب جنايته.

قال أبو بكر: لأنّ الحرّ الذي حصل لهذا الأرش بدلًا منه قد كان ثبت فيه حقّ صاحب الجناية، فكذلك يثبت في بدله.

باب عتق العبدين اللذين يكون الجناية من أحدهما أو منهما

قال محمد: وإذا قال الرجل لعبديه: "أحدكما حرّ"، ثم إنّ أحدهما قتل رجلًا خطأ، فإنّ القاضي يجبر المولى على أن يوقع العتق على أحد عبديه، فإن أوقعه على الجاني عتق وكان على المولى الديّة كاملة، وإن أوقع العتق على الآخر عتق، وقيل للمولى: "ادفعْ العبد الآخر أو افده بالديّة".

قال أبو بكر: وكان أبو الحسن رحمه الله يحتجّ في ذلك بأنّه كان يمكنه دفع الجاني وصرف الحرّية إلى الآخر الذي لا يلزمه بعتقه شيء، فلمّا أوقع العتق على الجاني مع إمكان عتق الآخر بغير شيء يلزمه صار مختارًا.

قال أبو الحسن: وهذا بمنزلة إيقاع مستقبل في هذا الوجه وإن كان إنّما أوقع العتق المتقدّم من قِبل أنّ ذلك [346أ] لم يحصل في حال الإيقاع في هذا بعينه، وإنّما ابتدأ إيقاعه الآن إلى هذا.

[3016] درهم.

قال أبو بكر: قلتُ لأبي الحسن: ما أنكرت أنّه لما كان موقعًا للعتق المتقدّم للجناية أنّه لا يصير به مختارًا كما أنّ من اشترى عبدًا على أنّه بالخيار ثلاثًا، فجنى في الثلث في يد البائع، ثم اختار المشتري نقض البيع لم يكن مختارًا وإن كان العبد عاد إلى ملك البائع بنقضه لأجل تقدّم سببه[3017] وهو الخيار، فكذلك ما ينكر ألّا يكون مختارًا بإيقاعه ذلك المعتق على هذا العبد لتقدّمه على الجناية.

قال أبو الحسن: إنّما لم يكن مختارًا بالردّ فيما ذكرت من قِبل أنّ العبد رجع إلى ملك البائع على الأصل، ولم يكن ذلك تمليكًا مبتدأ من المشتري. وأمّا مسألتنا فإنّ فيها ابتداء إيقاع في هذا الجاني مع إمكانه الخلاص من الديّة بأن يعتق الآخر فصار مختارًا لعتق الجاني.

فإن قال قائل: أليس لو كان الخيار للبائع فجنى العبد في يديّ المشتري جنايةً، ثم أجاز البائع البيع لم يصر مختارًا، وإن كان التمليكُ إنّما يقع منه في الحال.

قيل له: من قِبل أنّ البائع إذا اختار البيع خرج عن ملكه بالعقد الأوّل، وليس ذلك بتمليك مبتدأ في الحال، والدليل على ذلك: أنّ البائع لو مات يملك المشتري العبد بالعقد، ولم يكن من البائع تمليك بالموت، وكذلك [346ب] لو مضت الثلاث، وليس كذلك العتق. ألا ترى أنّ موت المولى لا يوجب تعيين العتق في أحدهما ولا مضيّ الوقت[3018]، وقد كان يمكنه صرفه إلى غيره، فلذلك صار مختارًا.

قال محمد: ولو كان كلّ واحد منهما قتل رجلًا خطأ بعد قول المولى لعبديه: "أحدكما حرّ"، ثم أوقع المولى ذلك العتق على أحدهما عتق، ولزمته قيمته لوليّ الجناية.

قال أبو بكر: قال أبو الحسن: وإنّما لم يكن مختارًا من قِبل أنّه لا مخلص له من إيقاعه على أحد الجانبين، ولا فائدة للمولى في أن يلزمه المال لهذا أو للآخر حتى يقال: أنّه قد اختار لزومَ المال لهذا دون الآخر، فلمّا كان كذلك لم يلزمه غير القيمة ولم يكن مختارًا للديّة.

قال محمد: ولو قال المولى: "أحدكما حرّ" ثم قتل أحدهما رجلًا خطأ، ثم مات الموت المولى قبل أن يبين، وقد علم بالجناية فإنّه يعتق من كلّ واحد منهما نصفه ويسعى في نصف قيمته، ويغرم المولى قيمة العبد لأولياء الجناية دينًا في ماله.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ العتق لم يحصل في الجاني في هذه المسألة باختيار المولى عتقه، وإنّما عتق نصفه من جهة الحكم لا باختياره، فلذلك لم يكن مختارًا للديّة.

3017 **سببه**

3018 + الوقت.

قال محمد: ولو أنّ كلّ واحد من العبدين جنى جنايةً والمسألة على حالها سعى كلّ واحد من العبدين في نصف قيمته وكان في مال المولى قيمة [347أ] العبدين جميعًا لوليّ كلّ جناية قيمة العبد الذي جنى على صاحبه.

قال أبو بكر: لم يكن مختارًا للديّة في هذه المسألة أيضًا لِما وصفنا في المسألة التي قبلها.

قال محمد: لو جنى أحدهما جنايةً ثم قال المولى: "أحدكما حرّ" ثم مات قبل أن يبيّن[3019]، وذلك في الصحّة عتق من كلّ واحد نصفه، ويكون في مال المولى قيمة الجاني لوليّ الجناية يؤخذ ذلك من جميع المال، ثم يُنظر إلى فصل ما بين القيمة إلى الديّة، فيكون ذلك دينًا على المولى في ثلث ماله.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ العتق كان بعد الجناية، فصار به مختارًا إلّا أنّ اختياره للديّة إنّما حصل في آخر جزء من أجزاء الحياة، لأنّه ترك البيان إلى حال الموت، فحصل العتقُ فيهما عند الموت، وكان مقدار القيمة ممّا قد لزمه لا مَخلصَ له منه، والفاصل عنه صار مختارًا له، فكان ذلك وصيّة منه، لأنّه يفعله لزم.

قال محمد: ولو كان العبدان جنى كلّ واحد منهما، ثم قال المولى: "أحدكما حرّ"، ومات قبل البيان عتق من كلّ واحد نصفه، وعلى المولى ديّة كاملة في ماله بين وليي[3020] الجنايتين نصفين، ونصف قيمة كلّ واحد منهما لوليّ جنايته، ثم يُنظر إلى فصل ما بين القيمة إلى الديّة، فيكون ذلك كلّه أيضًا على المولى من الثلث.

قال أبو بكر: لما أعتق أحدهما في الصحّة بعد الجناية فقد لزمته الديّة، وهي بين وليّ الجناية نصفين [347ب] لتساويهما في استحقاقها، ولزمته قيمة للآجر[3021] الذي لم يحصل العتق فيه بنفس الإيقاع، فيكون عليه نصف قيمة كلّ واحد منهما لوليّ جنايته أيضًا، ثم ينظر إلى فصل ما بين القيمة والديّة، فيكون ذلك في ماله من الثلث بين وليي الجنايتين، وذلك لأنّا قد نهى منفيًّا لزومه قيمة أخرى بحصول العتق في كلّ واحد منهما بعد الموت. وأمّا فصل ما بين القيمة إلى الدية: فإنّ ذلك شيء لزمه باختياره لتركه البيان إلى أن مات فيلزمه ذلك من الثلث، لأنّ لزومَه تعلّق بفعله في آخر أجزاء حياته.

قال محمد: ولو قتل أحدهما رجلًا خطأ في صحّة المولى فقال: "أحدكما حرّ"، وهو يعلم بالجناية، ثم قتل الآخر رجلًا خطأ، وذلك كلّه في صحّة المولى، ثم مات المولى قبل أن تبيّن فإنّ العبدين يعتق من كلّ واحدٍ منهما نصفه، ويسعى في نصف قيمته ويكون على المولى دين في ماله قيمة العبدين جميعًا لوليّ الجنايتين، ثم يُنظر إلى فصل ما بين قيمة العبد الذي جنى قبل العتق وإلى الديّة، فيكون ذلك كلّه على المولى في ثلث ماله لوليّ الجناية الأولى.

[3019] ان تبيّن.
[3020] وليين.
[3021] للاجرا

قال أبو بكر: وذلك لأنّه مختارٌ لجناية العبد الأوّل لحصول العتق في آخر أجزاء حياته أو كان[3022] عتقه إيّاه بعد جنايته، فيلزمه القيمة لا محالة وفصل ما بين القيمة إلى الديّة لزمه في آخر أجزاء حياته، فكان ذلك وصيّة من الثلث. وأمّا [348أ] العبد الآخر فإنّه لم يكن مختارًا فيه بوجهٍ من قِبل أنّ جنايته كانت بعد العتق وحصل العتق فيه بالموت فلم يَلزم فيه غير القيمة.

قال محمد: ولو أنّ المولى أوقع العتق على الآخر فعليه القيمة ولا يكون مختارًا.

قال أبو بكر: لأنّ عتقه كان قبل الجناية، وهو لا يمكنه أن يتخلّص من عتقه ولزوم الديّة إيّاه إلّا بالتزام جناية الآخر، فلذلك لم يكن مختارًا فيها للديّة.

باب القتيل يوجد في المحلّة أو في المسجد أو في دُور لقوم شتّى

قال محمد: وإذا كانت الدار لأحد عشر رجلًا، عشرة منهم من بكر بن وائل ورجل منهم من قيس فوُجد في الدار قتيلًا[3023]، فالديّة عليهم على أحد عشر جزءًا منها على بكر بن وائل عشرة أجزاء وعلى قيس جزء على عواقل أرباب الدور[3024].

قال أبو بكر: كان أبو الحسن رحمه الله يقول: وجود القتيل في الدار بمنزلة قتل المباشرة من صاحبهما بيده في حكم ما يلزم به، واستدلّ على ذلك بأنّ المكاتب يلزمه القيمة إذا وجد قتيل في داره، وكان في هذا المعنى بمنزلة من باشر القتل بيده، وكذلك لو اعترف رجل يوجد قتيلٌ في داره لزمته الديّة في ماله كما يلزمه لو أقرّ بقتله خطأ، وإذا كان هذا هكذا كانت الديّة على أرباب الدار على عدد الملّاك كما لو قتلوه بأيديهم.

قال محمد: ولو أنّ ثلاثة قبائل اختطّوا جميعًا مسجدًا واحدًا أو محلّة واحدة كانت الديّة على عدد القبائل، ولا يكون على عدد الرؤوس[3025]. [348ب]

قال أبو بكر: قال أبو الحسن رحمه الله: القبائل التي اختطتها[3026] بمنزلة العاقلة لها، فكانت بمنزلة رجل قتل قتيلًا وله ثلاث عواقل، فيكون الديّة عليهم أثلاثًا.

3022 فكان ذلك

3023 قتيل.

3024 المراد بها أصحاب البيوت وليس السكّان الذين استأجروا البيوت. (أشكر لهذه المعلومة شكري أوزن)

3025 الرؤس.

3026 اجبطتها

قال محمد: ولو اختطّ ثلاث قبائل محلّة بينهم ثم إنّ رجلًا اشترى دُور إحدى القبائل كلّها فإنّه يقوم في ذلك مقام البائع، فإذا وُجد في المحلّة قتيل كانت الديّة أثلاثًا على عاقلة الرجل المشتري ثلث الديّة، وعلى عاقلة القبيلتين الباقيتين ثلثا الديّة على كلّ قبيلة ثلث الديّة.

قال أبو الحسن: وذلك لأنّ القبيلتين الباقيتين لم يكونا يعقلان عن الباعة لو كانوا أحياء، وكان العقل لازمًا لعاقلتهم دونها لو وُجد قتيل، فكذلك المشتري بهذه المنزلة يقوم الباعة في ذلك.

قال محمد: ولو كان الذي اشترى دُور تلك القبيلة رجل من إحدى القبيلتين الباقيتين، ثم وُجد في المحلّة قتيل كانت الديّة نصفين على كلّ قبيلة النصف.

قال أبو الحسن: لأنّها صارت كان المشتري اختطّها مع القبيلة الأخرى فيكون الفعل عليهما نصفين.

قال محمد: ولو أنّ رجلًا اشترى دُور قبيلتين من تلك القبائل والرجل من غير تلك القبائل، ثم وُجد في المحلّة قتيل فكانت الديّة نصفها على القبيلة الباقية ونصفها على الرجل المشتري.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المشتري صار بمنزلة اختطّ مع القبيلة الباقية فيكون العقل نصفين.

قال محمد: ولو أنّ رجلًا من غير تلك القبائل [349أ] اشترى تلك الدُور كلّها حتى لم يبق منهم أحد، ثم باع دورًا من تلك الدور من قوم من قبائل شتّى، ثم وُجد في المحلّة قتيل كانت الديّة على عاقلة المشتري الأوّل ما دامت له من تلك الدور شتّى.

قال أبو الحسن في ذلك: قد ثبت العقل كلّه على المشتري بحصول ملك الجميع له، فلا ينتقل عنه إلى غيره ما دام عقله باقيًا. قال: وذلك لأنّ العقل[3027] معنى لا يتبعّض. ألا ترى أنّ رجلًا من قريش لقد تزوّج أمة رجل فأولدها كان ولده رقيقًا فإن أعتقه مواليه كانت عاقلته عاقلة أبيه ولم يعقل عنه مولى أمة شيئًا[3028]، فدلّ ذلك على أنّ العقل لا يتبعّض وأنّه لا يجوز أن يعقل عن إنسان واحدٍ عاقلتان، فكذلك لا يعقل المشتري الثاني مع ثبوت العقل على المشتري الأوّل.

قال محمد: وإذا ردّ المشتري الأوّل بعض الدور بعيب بغير قضاء قاضٍ أو ناقلة فالعقل على المشتري وإن كان الردّ بقضاء قاضٍ فالديّة على عاقلة المشتري وعلى القبيلة المردود إليهم نصفين.

3027 العقل

3028 لم أعثر على هذه الرواية إلّا روايات قريبة من معناها في السنن الكبرى للبيهقي، 280/10، 349؛ ومصنف ابن أبي شيبة، 259/4، 245/9؛ ومصنف عبد الرزاق، 36/9.

قال أبو بكر: الردّ بغير قضاء قاضٍ والإقالة بمنزلة بيع مستقبل في حقّ الغير ، فصاروا حينئذ كالمشتريين من المشتري الأوّل، [k1]فالديّة على عاقلة المشتري وعلى القبيلة المردود إليهم نصفين[3029]. وأمّا الردّ بقضاء قاضٍ فإنّه فسخ من جميع الوجوه ويعيد المبيع إلى ملك البائع على حكم ملك [349ب] الأصل، فيصير كان البيع لم يكن.

باب من السرقة

قال محمد: وإذا سرق الرجل من الرجل ألف درهم فلم يرفعه إلى القاضي حتى[3030] ردّها إليه، ثم رفعه إلى القاضي، وأقام البيّنة على السرقة، فإنّ أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمد قالوا: يستحسن ألّا يقطعه.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن رحمه الله يقول: كان القياس أن يُقطع السارق إذا رفع بعد ردّ السرقة، لأنّ القطع حقّ لله تعالى مثل سائر الحدود، وكان يجب ألّا يسقطه ردّ المال إلّا أنّهم استحسنوا في درء القطع، إذ كان وجوبه لأجل المال، وقد سقطت الخصومة فيه.

قال محمد: ولو كان السارق ولم يدفعها إليه ولكنّه دفعها ابنه أو أخيه أو عمّه أو خاله فإن كان أحدٌ من هؤلاء في عيال المسروق منه، فدفعها السارق إليه استحسنّا أيضًا ألّا يقطع، وإن دفعها إلى أحدٍ من هؤلاء، وليس في عيال المسروق منه قُطعت يد السارق.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ من كان في عياله[3031] فيَده كيد صاحبه من وجهٍ. ألا ترى أنّ المودَع بدفع الوديعة إلى عياله فلا يُضمن، فلمّا صارت يد العيال في هذا الموضع كيد من هو في عياله صار ذلك شبهه في سقوط القطع.

قال محمد: ولا أبرئه من ضمان السرقة حتى يصل ذلك إلى المسروق منه.

قال أبو بكر: [350أ] وذلك لأنّ القطع إذا سقط فإنّما تضمّن[3032] السرقة بالأخذ المتقدّم، فصار كالغاصب إذا ردّ السرقة إلى عيال المسروق منه فلا يُبرأ من ضمانه حتى يصل إلى صاحبه. والدليل على ذلك هناك ضمان قد حصل عليه في ذمّته، وليس من هو في عياله وكيلًا في إبراء ذمّته. ألا ترى أنّه لو قضى دينًا عليه عيال الغريم لم يبرأ، وليس ذلك كالعارية إذا ردّها إلى عيال ربها، فيكون بمنزلة ردّها إلى صاحبها، وذلك لأنّه ليس هناك ضمان ويدُ المعير كيد عياله، فإذا حصلت في يده لم يكن على المستعير شيء، إذ قد حصلت يده عليه وليس كذلك المضمون، لأنّ ذمّته لا يجوز أن

3029 + قال أبو بكر الردّ بغير قضاء قاض والإقالة بمنزلة بيع مستقبل في حق الغير الأوّل.

3030 حتى

3031 عباله (عبالٰه)

3032 فانما يضمن.

يُبرأ إلّا بقبضه أو قبض وكيله، وقد جرى العرف في العادة في العارية أنّها تردّ[3033] إلى عيال صاحبها، فصار عياله كأنّه وكيل بقبضها.

قال محمد: ألا ترى لو أنّ رجلًا يقبض دين له على رجل فوكّل الوكيل بقبض ذلك إنسانًا في عيال الوكيل، فقبض ذلك الإنسان الدين أنّ الغريم يبرأ وإن لم يصل ذلك إلى الوكيل وجعله بمنزلة الوكيل.

قال محمد: ولو دفع السارق السرقة إلى والد المسروق منه أو إلى والدته أو إلى جدّه أو جدّته قبل أن يرفعه المسروق منه إلى السلطان، وليس أحدٌ في عيال المسروق منه استحسنتْ في هذا أيضًا ألّا أقطعه، [350ظ] لأنّ الوالد بمنزلته. ألا ترى أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ((أنت ومالك لأبيك))[3034]، فإذا دفعه إلى الأب فكأنّه دفعه إلى المسروق فيذر[3035] القطع.

قال أبو بكر: لمـّا أضاف نفسه وماله إلى أبيه صار ذلك شبهة في سقوط القطع.

قال محمد: ولو دفعه إلى إنسان في عيال الولد قطع.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لا شبهة لعيال الوالد في مال المسروق منه، وإنّما أسقطنا القطع في دفعه إلى الوالد بإطلاق إضافة نفسه وملّكه إليه، وذلك معدوم في عيال الولد.

قال محمد: ولو دفع السرقة إلى مكاتب المسروق منه لم يُقطع.

قال أبو بكر: لأنّه عبده وفي ملكه، وإضافته إليه حقيقةً، فهو أكدّ من إضافة الابن وماله إلى الأب.

قال محمد: وكذلك لو سرق من بعض العيال فدفعه إلى الذي يعولهم لم يُقطع أيضًا.

قال أبو بكر: لأنّه إذا كانت يد العيال كيد من يعوله ولو ردّ إليه السرقة لم يقطع فمتى حصل في يد من يعول فكأنّه قد حصل في يد العيال من هذا الوجه فلا يُقطع. وكان أبو الحسن رحمه الله يقول: يجيء[3036] على هذا القول أنّ بعض الناس لو أودع شيئًا فدفعه إلى من يعوله لم يضمن كما أنّه لو دفعه عياله لم يضمن.

3033 انّها يردّ.
3034 سنن ابن ماجه، التجارات، 64؛ صحيح ابن حبان، 10/74-75؛ مسند أحمد، 2/204، 214 وغيرها.
3035 فيذرا
3036 يجئ

باب السير

[351أ] **قال محمد**: وإذا أسر العدوّ عبدًا من رجل من المسلمين فأحرزوه، فاشتراه رجل من المسلمين غير مولاه، فأخرجه من أرض الحرب، فليس لمولاه أن يأخذ منه إلّا بالثمن.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ من أصلهم: أنّ العدوّ إذا غاب على شيء من أموالنا وأحرزوه في دار الحرب ملكه، ثم إذا غنمه المسلمون فإن وجده صاحبه قبل القسمة أخذه بغير شيء، وإن وجده بعد القسمة أخذ القيمة، وقد روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلّم نحو ذلك في حديث تميم بن طرفة عن جابر بن سَمُرَة وبعضهم يرسله[3037]، ولا يذكر فيه جابر، وروي نحوه عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وجماعة من الصحابة. وإذا كان ذلك أصلهم فاشتراه رجل من المسلمين فلمولاه الأوّل أن يأخذه بالثمن كما جعل النبي صلى الله عليه وسلم لصاحبه أخذه بالقيمة[3038]، لأنّه كما حصل في قسم من وقع له.

قال محمد: فإن لم يأخذه فأسره[3039] العدوّ ثانيةً فاشتراه رجل من المسلمين، فأخرجه إلى دار الإسلام، فالمشتري الأوّل بالخيار إن شاء أخذه بالخمسمائة التي اشتراه بها الآخر وإن شاء تركه، فإن أخذه بخمسمائة فمولاه الأوّل بالخيار إن شاء أخذه بألف وخمسمائة وإن شاء تركه، وليس للمولى الأوّل أن يأخذه من يديّ المشتري الثاني.

قال أبو بكر: إنّما لم يكن للمولى الأوّل سبيل عليه في ملك المشتري وإبطال حكم ملك الأوّل، فالحقّ له في أخذه دون غيره، [351ب] ولو جاز للمولى الأوّل أخذه من يديّ المشتري وإبطال حكم ملك الأوّل لجاز أن يأخذه ممّن وقع في قسمة بغير شيء وتبطل القسمة، فلمّا لم يكن له إلى ذلك سبيل علم أنّ الحقّ يثبت لمن أخذ من ملكه.

قال محمد: ولو أنّ المشتري بدءًا وهبه من رجل، ثم جاء المولى فإنّه يأخذه من الموهوب له بقيمته يوم وقعت، وكذلك لو جنى في يديّ المشتري فدفعه بالجناية أخذه المولى من وليّ الجناية بالقيمة.

قال أبو بكر: وذلك حقّ المولى لا يمنع جواز تصرّف المشتري فيه، وليس للمولى نقض تصرّفه كما ليس له أن ينقض القسمة إذا وقعت عليه ويأخذه بغير شيء، وليس للمشتري أيضًا أن يبطل حقّ المولى، فإذا كان كذلك كان له أخذه من الموهوب له فيه مقام الواهب إلّا أنّه يأخذه منه بالقيمة، لأنّه حصل في ملكه بغير بدلٍ، ولا سبيل إلى أخذه منه بغير بدلٍ، فإنّما يأخذه بالقيمة، إذ لم يكن هناك بدل غيرها، وليس ذلك مثل أن يأسره أهل الحرب من يديّ المشتري فيشتريه منهم آخر، فلا يكون للمولى الأوّل عليه سبيل حتى يأخذه المشتري الأوّل، لأنّ المشتري في هذه المسألة أولى بأخذه حتى يردّه إلى ملكه، فلا حقّ للمولى الأوّل فيه حتى يأخذه المشتري الأوّل. وأيضًا فإنّ المشتري الثاني لم يملكه من جهة المشتري الأوّل، وإنّما ملّكه من جهة أهل الحرب، فكان من أسر من ملكه أولى به. وأمّا في مسألة الهبة [352أ] فإنّ

3037 برسله.

3038 انظر: مراسيل أبي داود، 400؛ المعجم الكبير للطبراني، 204/2؛ سنن الدارقطني، 114/4.

3039 اسره.

الموهوب له مَلكه من جهة المشتري فثبت حقّه فيه، إذ كان ذلك بتصرّفٍ منه، وكذلك إذا دفعه بجناية جناها المشتري، فكانت خطأ، فإنّ المولى يأخذه بالأرش، لأنّه بمنزلة البيع وإن كانت عمدًا أخذه بالقيمة، لأنّ دم العمد ليس بمالٍ فهو بمنزلة الهبة. وأمّا إذا دفعه بجناية العبد فإنّه يأخذه بقيمته من قِبل أنّ جناية العبد إنّما أوجبت دفع الرقبة ولم يجب بها مال، فلمّا لم يستحق أخذ العبد عن مال واجب يصير العبدُ بدلًا منه كان بمنزلة الهبة فأخذه بقيمته.

قال محمد: ولو جنى العبد في يديّ المشتري فلم يدفعه المشتري بالجناية حتى حضر المولى، فأنّه يأخذه إن شاء بالثمن ودفعه بالجناية.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المولى إذا أخذه عاد إليه على حكم الملك الأوّل، والجناية في رقبته، فصارت الجناية كأنّها كانت في ملكه فيخاطب فيه بالدفع أو الفداء.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ عبدًا أسره العدوّ فوهبوه لرجل من المسلمين وقبضه، وقيمته يومئذ ألف درهم، فمولاه بالخيار إن شاء أخذه بقيمة العبد يومَ قبضه بالهبة وإن شاء ترك.

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّه حصل في يده بغير بدلٍ، ولا يجوز للمولى أخذه منه بغير بدلٍ فيأخذه القيمة. ألا ترى أنّه لو وقع في الغنيمة فصار في الخُمس، فأعطاه الإمام رجلًا ثم جاء مولاه أنّه يأخذه منه بالقيمة، لأنّه حصل له بغير بدلٍ. [352ظ]

قال محمد: فإن قطع رجل يد العبد فأخذ الموهوب له أرشها، ثم أراد المولى أخذ العبد، فلا سبيل له على أرش اليد، ولكنّه بالخيار إن شاء أخذ العبد بجميع قيمته يومَ وقعت الهبة وإن شاء ترك.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن يحتجّ فيه بأنّ المشتري لو تصرّف فيه جاز تصرّفه قبل أخذ المولى له، ولم يكن للمولى فسخ تصرّفه لما تقدّم من بيانه، فليس له أن يحطّ عنه حصّة اليد، وليس هذا كالشفيع إذا جاء وقد هدم المشتري بعضَ الدار، فيسقط عنه حصّة المهدوم من الثمن من قِبل أنّ حقّ الشفيع يفسخ به تصرّف المشتري، فلذلك اختلفا.

قال محمد: ولو فقأ رجل عينه فدفعه الموهوب له وأخذ قيمته، ثم حضر مولاه الأوّل، فإن شاء أخذه من الجاني بالقيمة التي دفعها إلى الموهوب له وإن شاء ترك في قياس قول أبي يوسف ومحمد. وفيها قول آخر: إن شاء المولى أخذه بقيمته أعمى يومَ قبضه الجاني وإن شاء ترك، وهو قول أبي حنيفة.

قال أبو بكر: قال أبو الحسن: لما كان من أصل أبي حنيفة: أنّ الواجب بهذه الجناية هو القيمة للعينين، وأنّ الجاني إنّما يأخذ الرقبة بعد إعطاء القيمة تبعًا للعينين، لأنّ القيمة هي أرش العينين بدلًا له أنّه لو أمسك العبد لم يستحق للعينين شيئًا، وإنّما يستحقّ لهما الأرش إذا أعطى النفس، فيصير تابعةً لهما، وإذا كان كذلك لم يحصل بحذاء النفس من القيمة شيء،

فكأنّه وهبها له، فيأخذه بقيمته أعمى، وذلك قيمة يوم ملّكه وليّ الجناية. وأمّا في قول أبي يوسف ومحمد: [353أ] فإنّ القيمة مأخوذة عن النفس والعينين جميعًا إلّا أنّهما يسقطان عنه حصّة النفس إذا أمسكه المولى ويجعلان له أخذ النفس، وإذا أصاب النفس شيء من القيمة صارت العينيان تبعًا لها، فكأنّه أخذ القيمة كلّها بدلًا عن العبد، فلا يسقط عنه للعينين شيء، لأنّهما تبع لها كما أنّه لو باعه ففقأ عينيه أو ففأهما غيره أخذه المولى بالثمن، ولم يسقط عنه للعينين شيء.

قال محمد: ولو كان مكان العبد جارية في يديّ الموهوب له فولدت ولدًا، فقتل الولد رجل فأخذ المولى قيمة[3040] الولد، ثم حضر مولى الجارية، فلا سبيل له على قيمة الولد، ويأخذ الجارية بقيمتها يومَ وقعت الهبة.

قال أبو بكر: لا يحطّ عنه للولد شيء كما لا يحطّ لليد إذا قُطعت فأخذ أرشها على ما بيّنا.

قال محمد: ولو كانت الجارية هي التي قتلت وبقي ولدها أو ماتت وبقي ولدها، ثم جاء مولى الجارية يريد أخذ الولد، فهو بالخيار إن شاء أخذ الولد بحصّته من قيمة الأمّ يوم وقعت الهبة وإن شاء ترك، فإن أراد أخذ الولد قسُمتْ قيمة الأمّ على قيمتها يوم وقعت الهبة وعلى قيمة الولد يوم يريد المولى أخذه، ثم يأخذه المولى بحصّته من القيمة، وهو قول محمد. وقال أبو يوسف بعد ذلك بـأخذ الولد بجميع قيمة الأمّ أو يدع.

احتجّ أبو الحسن لقول محمد بأنّ الولد بعض الأمّ وهو تابع لها، وقد تعلّق [353ب] للمولى فيه حقّ الاسترجاع بنفس الولادة كما كان متعلّقًا بالأمّ، فلمّا سرى في ذلك الحقّ في الولد وكان حرًّا منها، ثم عدمت الأمّ أخذه بالحصّة، لأنّه لا جائز له أن يأخذه بجميع قيمة الأمّ، لأنّا لو فعلنا ذلك كنّا قد جعلناها تبعًا لولدها، وليس في الأصول أنّ الأمّ تبع الولد، وإنّما اعتبرت قيمة الولد في القِسمة يوم الأخذ، لأنّ حكمه إنّما ثبت في الحال في ثبوت الحصّة، فصار كولد المغرور وولد المغصوب إذا طولب بردّه فمنع، وقال أبو يوسف بـأخذ الولد بجميع قيمة الأمّ، لأنّه جزء منها، وما بقي منها جزءٌ، فإنّه يأخذه بجميع القيمة، ولم يلتفت إلى ما ذهب منها.

قال أبو بكر: قال ابن سماعة في نوادره[3041]: سمعت محمد بن الحسن قال: جارية سباها أهل الحرب، فدخل رجل بأمان، فاشتراها منهم وأخرجها.

قال محمد: فهذا عندي بمنزلة شراء الدار يجب للشفيع فيها الشفعة، فكذلك مولى هذه الأمة إذا علمها فله الخيار إن شاء أخذها بالثمن وإن شاء ترك كالشفيع إذا علم بالشراء. قال: ويبطل حقّه في الأمة إذا لم يأخذها عند العلم بذلك كما يبطل حقّه في شفعة[3042] الدار. قال: وإن علم فأشهدْ على المشتري أنّه يأخذها كان له ذلك ما بينه وبين شهر، هذا قول محمد في الشفعة وفي هذه الأمة، وخالف أبا حنيفة وأبا يوسف في الأمة.

3040 نسمة

3041 لو ادره (لوادره)

3042 شفعة

قال محمد: فإن باعها المشتري [354أ] من آخر فالمولى بالخيار إن شاء أخذها بالثمن الأوّل وإن شاء [أخذ] بالآخر كما يكون له في الشفعة. قال: وإن قطع يدها الذي اشتراها أوجبا عليها جناية غير ذلك أوجبا عليها إنسان عنده، ثم أراد مولاها أن يأخذها، فإنّي أحطّ عنه من الثمن بقدر الجناية، فكذلك لو ولدت فباع ولدها، فأعتق أو قتله إنسان، فأخذ قيمته، فإنّي أقسم الثمن عليها وعلى ولدها بأخذ الأمّ بما أصابها من الثمن، وكذلك إن ماتت هي وبقي ولدها فأنّه يأخذه بحصّته من الثمن. قال: وفي قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف لو ولدت خمسة أولاد فأعتقهم[3043]، ثم قطع رجل يد الأمّ وفقأ عينها، فأخذ أرش ذلك، ثم جاء مولاها لم يأخذها بجميع الثمن. قال: فهذا فسْخ، وهو عندي على ما وصفتُ لك.

قال محمد: وإن كانت جارية فوطئها[3044] مشتريها، ثم جاء مولاها يريد أخذها بجميع الثمن، لأنّ هذا لم ينقصها إن كانت ثيّبًا، وإن كانت بكرًا سقط عنه حصّة النقصان. قال: ولو زوّجها المشتري فوطئها الزوج وهي ثيّب[3045] أخذها مولاها بجميع الثمن، لأنّه لم ينقصها وإن كانت بكرًا فهو على ما وصفتُ لك.

قال أبو بكر: وهذه المسائل التي رواها ابن سماعة على خلاف قوله في الجامع حين جعل المولى الأوّل بمنزلة الشفيع، والفصل بينه وبين الشفيع ظاهر على ما بيّنا، لأنّ المولى لو كان له أن يفسخ بيع المشتري لجاز له أن يفسخ القسمة إذا صار في قسم رجلٍ [354ب] فيأخذه بغير شيء، فلمّا لم يكن له ذلك علمنا أنّ ثبوت حقّ المولى لا يمنع جواز تصرّف المشتري أنّه مخالفٌ للشفيع.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا اشترى من رجلٍ عبدًا بألف درهم حالّةً، فلم يقبضْه المشتري حتى أسره العدوّ، فاشتراه رجل منهم بخمسمائة، ثم حضروا جميعًا عند القاضي، فالبائع بالخيار إن شاء أخذه بخمسمائة، ثم قيل للمشتري: "خذْه من البائع بالثمنين جميعًا ألف وخمسمائة أو دعْ".

قال أبو بكر: وإنّما خوطب البائع بذلك من قِبل أنّه قد كان له أحقّ بإمساك العبد من المشتري، فإذا أخذه قيل للمشتري: "خذْه بالثمنين جميعًا"، لأنّ ذلك ضمان قد لحق البائع في ذلك فهو كجناية[3046] جناها العبد، فيكون المشتري بالخيار إن شاء أخذه وتبعته الجناية وإن شاء ترك، لأنّ ذلك عيبٌ لحقه قبل القبض.

فإن قال قائل: فلو أنّ البائع فدى العبد من الجناية كان متطوّعًا، فهلّا جعلتَه متطوعًا في فدائه في الأسر.

3043 أولاهما فأعتقهم

3044 فوطئها

3045 ثبت (ثيّب)

3046 كخيانة.

قيل له: الفرق بينهما: إنّ الجناية يلزم رقبة العبد يدفع بها، فهو كعيب لحقه في يده فأزاله[3047] البائع، وليس كذلك الفداء في الأسر من قِبل أنّه لم يكن هناك معنى لازم في رقبة العبد.

قال محمد: فإن قال البائع: "لا حاجة لي فيه"، قيل للمشتري: "إن شئت فخذْه بخمسمائة، وأدِّ إلى البائع ألف درهم الثمن الأوّل وإن شئت فدعْ".

قال أبو بكر: لأنّه أسر من ملكه، فله أن يأخذه، فيعود على الملك الأوّل، فيلزمه من أجل ذلك الثمن للبائع. [355أ]

قال محمد: فإن كان الثمن على المشتري إلى سنةٍ ثم أسره العدوّ، فاشتراه رجل بخمسمائة، فإنّ المشتري أولى أن يأخذه وليس للبائع أن يأخذه.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ المشتري كان أولى بإمساكه قبل الأسر من البائع، فلم يكن للبائع منعُه منه، فيأخذه المشتري بخمسمائة من المشتري من أهل الحرب.

قال أبو الحسن: ويؤدّي إلى البائع ألفًا الثمن الذي اشتراه به، لأنّه قد رضي بأخذه مع الغرامة التي لحقت، فصار ذلك كعيب حدث به قبل القبض، فرضي المشتري بأخذه.

مسألة

قال محمد: وإذا أسر الرجل من أهل الحرب ومعه أربع نسوة له فسد نكاحهنّ كلّهنّ.

قال أبو الحسن: لأنّ النكاح حصل في ثنتين منهنّ وهما مجهولتان، لأنّه لا يجوز أن يبقى له عقد نكاح على أربع نسوة، ومتى حصل النكاح في مجهولة بطل.

فإن قال قائل: فلو أنّ رجلًا حرًّا له أربع نسوة، قال: "ثنتان منكنّ طالقان ثلاثًا" بطل نكاح ثنتين بغير أعيانهما، ولا يوجَب ذلك بطلان نكاح الأربع.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ الطلاق إذا أوقعه على امرأة بغير عيّنها حصل في ذمّته إلى أن يوقعه في ثنتين منهنّ، وليس يمتنع إقراره على أربع نسوة إلى وقت الإيقاع. وأمّا العبد فلا يجوز إقراره على أربع نسوة ففسد عقد الجميع بنفس الخروج إلى دار الإسلام وحصول الرقّ فيه، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف. [355ب]

وقال محمد: وهو بالخيار يختار منهنّ اثنتين، ويبطل نكاح البواقي.

[3047] فازالة.

قال أبو بكر: هذا على أصل محمد سديد، لأنّه يقول: من أسلم وعنده خمس نسوة اختار منهنّ أربعًا. وأمّا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف فإنّه إن كان تزوّجهنّ في عقدة واحدة فرّق بينه وبينهنّ جميعًا، وإن تزوّجهنّ في عقود[3048] متفرّقة جاز نكاح الأربع الأوائل وبطل نكاح الخامسة. والمعنى في ذلك عند أبي حنيفة: أنّ العقد على خمس نسوة وإقرارهنّ تحته لا يختلف فيه حكم الابتداء أو البقاء في امتناع جوازه ووقوعه، فأشبه نكاح ذوات المحارم في حال الشرك أنّه لما لم يختلف فيها حكم الابتداء والبقاء فرّق بينه وبينها بعد الإسلام.

قال محمد: ولو أسر معه اثنتان وبقيت اثنتان في دار الحرب فسد نكاح اللتين في دار الحرب ولم يفسد نكاح اللتين معه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ فصوله إلى دار الإسلام يوجَب الفرقة بينه وبين امرأته الباقية في دار الحرب لأجل اختلاف الدارين، فلم يحصل فيه الرقّ وعنده أربع نسوة، فلذلك لم يفسد نكاح اللتين خرجتا معه.

قال محمد: ولو كان معه اختار فأسرتا معه جميعًا، فإن كان تزوّجهما جميعًا في عقدة واحدة فنكاحهما جميعًا فاسدٌ، وإن تزوّج إحديهما [356أ] قبل الأخرى فنكاح الأولى منهما جائز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: يختار أيّتهما شاء في الوجهين جميعًا.

قال أبو بكر: نكاح الثانية وقع فاسدًا في الأصل، وإن كان مقرًّا عليه كنكاح ذات المحرم، فلا يصحّحه الإسلام لما وصفنا من أنّه لا يختلف فيه حكم الابتداء والبقاء في باب الفساد، فلذلك كان الأمر فيه على ما وصفنا.

مسألة

قال محمد: وإذا أسر العدوّ عبدًا لرجل فاشتراه رجل من المسلمين بألف درهم، ثم إنّ المشركين أسروه الثانية فاشتراه رجل من المسلمين بخمسمائة درهم، فحضر مولاه الأوّل والمشتري الآخر، فقضى القاضي للمولى الأوّل أن يأخذه من المشتري الآخر بالثمن الآخر، فأخذه بذلك، والقاضي يعلم شراء[3049] الأوّل أو لا يعلم، ثم حضر المشتري الأوّل، فهذا خطأ من القاضي ينبغي أن يردّ العبد على المشتري الآخر فيأخذه المشتري الأوّل بالثمن الآخر، ثم يقال للمولى الأوّل: "خذْه بالثمنين جميعًا من المشتري الأوّل أو دعْ".

قال أبو بكر: وذلك لما بيّنا من أنّه لا حقّ للمولى الأوّل في ملك المشتري الثاني، وإنّما الحقّ فيه للمشتري الأوّل، فإذا قضى القاضي به للمولى الأوّل فهذا خطأ منه.

فإن قال قائل: فإنّ هذا ممّا يسوغ فيه الاجتهاد فلِمَ فسختْ قضاء القاضي؟

[3048] عقد.

[3049] لشرى (لِشرىٰ)

قيل له: لم يضع محمد المسألة على أنّ القاضي جهل[3050] الحكم به، فقضى به للأوّل. [356ب]

قال محمد: ولو كان المشتري الآخر دفعه إلى المولى الأوّل بالثمن الآخر بغير قضاء قاضٍ فهو بمنزلة البيع المستقبل، فإن حضر المشتري كان له أن يأخذه من المولى الأوّل بالثمن الأوّل كغير[3051] الذي أخذه به من المشتري الآخر إن شاء، فإن أخذه بذلك فالمولى الأوّل بالخيار إن شاء أخذه من المشتري الأوّل بالثمنين جميعًا وإن شاء تركه، وكذلك لو باعه من المولى الأوّل بيعًا مستقبلًا.

قال أبو بكر: لأنّ دفعه إليه بغير قضاء بمنزلة عقد مستقبل، إذ لم يكن مستحقًّا لأخذه منه، ثم لا فرق بين المولى الأوّل إذا اشتراه من المشتري الآخر وبين الأجنبيّ لو فعل ذلك، وكذلك الهبة للمولى الأوّل هو بمنزلة الهبة للأجنبيّ.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا اشترى عبدًا قد أسره أهل الحرب، فاعورّ عنده، ثم حضر المولى فأخذه بالثمن، ثم اطّلع عل العيب فله أن يردّه. قال: وذلك لأنّه أخذه بالبدل وهو الثمن فصار كالشفيع.

قال محمد: فإن حدث عيب عند المولى ثم اطّلع على العيب الذي كان عند المشتري فله أن يرجع على المشتري بحصّة العور من الثمن، وكذلك لو كان العور بعدما أسر العبد قبل أن يشتريه المشتري.

قال أبو بكر: هذا كالشفيع إذا اطّلع على عيبٍ بالدار، وقد حدث به عيبٌ عنده، فله أن يرجع بحصّة العيب.

فإن قال قائل: ينبغي ألّا يرجع بحصّة العيب، لأنّه لو علم بالعيب [357أ] قبل أن يأخذه لم يكن له أن يحطّ من الثمن شيئًا للعيب.

قيل له: وكذلك الشفيع لو علم بالعيب قبل أخذها لم يكن له أن يحطّ حصّة العيب من الثمن، ثم إذا اطّلع عليه، وقد تعذّر الردّ رجع بالحصّة، وكذلك المشتري لو وجد بالعبد عيبًا قبل القبض لم يكن له أن يحطّ حصّة العيب من الثمن، ولو قبضه وحدث به عيب عنده، ثم اطّلع على عيبٍ يرجع بحصّته من الثمن.

قال محمد: ولو كان العور عند المولى قبل أن يؤسر ولم يعلم بذلك المولى الأوّل فأخذه بالثمن، ولا يعلم بالعور ثم علم فليس له أن يردّه.

قال أبو بكر: من قِبل أنّ الحرّ الذي لم يوجد من ملك المولى الأوّل بالأسر فليس يجوز أن يضمنه المشتري ببيعه منه، فلذلك لم يرجع به.

3050 جهل
3051 كغير

قال محمد: ولو كان المشتري إنّما وهب له العدوّ ولم يشتره فاعورّ عند الموهوب له، ثم حضر المولى الأوّل ولم يعلم بالعور، فأخذه بقيمته صحيحًا، ثم علم بالعور، فله بالخيار إن شاء ردّه بالقيمة وإن شاء أخذه ولم يرجع على الموهوب له بنقصان العيب.

قال أبو بكر: المولى أخذه بالبدل وهو القيمة، فهو كأخذه بالثمن لو كان الذي في يده اشتراه وكالشفيع على ما بيّنا.

قال محمد: فإن حدث به عيب آخر عنده ثم علم بالعور رجع عليه بفضل ما بين قيمته صحيحًا إلى قيمته أعور.

قال محمد: ولو كان العور عند المولى الأوّل [357ᵛ] قبل أن يؤسر ولم يعلم بالعور فأخذه المولى بقيمته صحيحًا من الموهوب له، ثم علم بالعور، فإنّه لا يستطيع ردّه ولكنّه يرجع عليه بنقصان العور.

قال أبو بكر: قد بيّنا أنّ الحرّ الذي لم يوسر من ملك المولى لا يجوز أن يكون له حصّة من البدل الذي هو الثمن أو القيمة، وإذا كان كذلك فإنّما هذا خطأ في التقويم، فرجع عليه بالنقصان.

مسألة

قال محمد: وإذا اشترى الرجل من الرجل عبدًا وقبضه فأسره العدوّ، فاشتراه رجلٌ منهم بألف درهم، فأخذه منه المشتري الأوّل بالثمن الآخر بقضاء قاضٍ أو بغير قضاء قاضٍ، ثم وجد به عيبًا كان عند البائع فإنّ له أن يردّه بعيبه، لأنّه أخذه على الملك الأوّل، وكذلك لو جنى جنايةً في ملك الأوّل خوطب بعد الأخذ فيه بالدفع أو الفداء، وكذلك لو كان عليه دين.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ حقّ المولى إنّما هو في إعادته إلى الملك الذي كان له، فإذا أخذه وانتقض ملك الثاني عاد إليه على[3052] ما كان كأنّه لم يتحلّله ملك آخر غيره، وإنّما لم يختلف حكمه في أخذه بقضاء أو بغير قضاء من قِبل أنّ ذلك وجب له في نفس الملك بحقّ ملكه المتقدّم كالرجوع في الهبة وكالشفيع إذا أخذ الدار بالشفعة، وليس ذلك كالردّ بالعيب، فيختلف حكمه في وقوعه بقضاء القاضي وغير قضاء القاضي في حقّ الغير من قِبل أنّه ليس حقّ المشتري إذا وجد بالعبد عيبًا فأراد ردّه في نفس البدل، وإنّما حقّه [358ᵗ] في الجزء الفائت من العبد المشتري في أنّه لم يسلّم له، فكان له الرجوع ببدله من أجله، وإنّما المولى فحقّه في نفس العبد المأسور لأجل ملكه المتقدّم في الدار التي بها استحقّ الشفعة.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ عبدًا قيمته ألف درهم فرُهِن عند رجل بألف درهم، فأسره العدوّ، فاشتراه رجل منهم بألف درهم، ثم حضر الراهن والمرتهن، فإنّ المرتهن يقال له: "خذْ العبد بالثمن واصلحْ رهنك"، فإن أخذه كان رهنًا على حاله وإن

[3052] + على.

أبى أخذه الراهن وسلّم له، وإن غاب المرتهن فأخذه الراهن بالثمن، ثم حضر المرتهن، قيل له: "إن شئتَ فأدِّ الثمن إلى الراهن وخذْ العبد، ويكون رهنًا على حاله، وإلّا فلا شيء لك من دين ولا غيره".

قال أبو الحسن: جاز للراهن أخذه لأجل ملكه وجاز للمرتهن أيضًا أخذه لأجل حقّه في إمساك الرهن إلّا أن حاصل ضمانه على المرتهن، لأنّه مضمون[3053] عليه، فما لحق في ذلك من ضمان فهو عليه خاصّة، فلذلك قيل له: "إن أردت أخْذ العبد فاضمنْ للراهن ما ضمنه وإن لم تأخذه[3054] بطل دينك"، لأنّ العبد كان مضمونًا في يدك، فلم تردّه إلى الراهن على حسب ما قبضته.

فإن قال قائل: هلّا كان المرتهن مثل البائع إذا أسر العبد من يده، ثم أخذه أنّه لا يحصل ضمانه عليه، وإذا أخذه المشتري غرم الثمن الذي أدّاه البائع إلى المشتري من أهل الحرب.

قيل له: من قِبل أنّ ما لحق من الضمان بالأسر بمنزلة عيب لحق العبد، [358ظ] فلو أصاب العبدَ عيبٌ عند البائع كان المشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك، وكذلك قلنا له: إذا افتداه[3055] البائع وإنّما ألزمنا[3056] المشتري ضمان الفداء باختياره ذلك، وكذلك هو في الرهن إلّا أن ما حدث بالرهن من العيب في يديّ المرتهن ذهب به من الدين بقسطه. ألا ترى أنّه لو اعورّ في يديّ المرتهن ذهب نصف قيمته، ولو اعورّ في يديّ البائع لم يسقط من الثمن شيء، فكذلك الضمان الذي لحق بالأسر هو بمنزلة شيء فائت[3057] من الرهن، فيذهب به من الدين بحصّته[3058]. ووجه آخر، وهو: أنّ هلاك العبد في يد البائع يوجب نقض البيع وبطلان الثمن، وهلاك الرهن في يد المرتهن لا ينتقض به الرهن ولا يبطل به الدين، بل يصير مستوفيًا، فلذلك افترقا.

قال محمد: ولو كان العبد قيمته ألفان يوم رهن، والدين ألف درهم، واشتراه رجل من العدوّ بألف درهم، ثم حضر الراهن والمرتهن فإنّهما يأخذانه ويؤدّي كلّ واحد منهما خمسمائة، ويعود رهنًا على حاله.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ نصفه مضمون ونصفه أمانة، فحصّة المضمون على المرتهن وحصّة الأمانة على الراهن.

قال محمد: فإن أبى المرتهن أن يفديه وفداه الراهن أخذه المرتهن وكان رهنًا في يده بنصف حقّه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ ضمان نصفه عليه، وليس الراهن متطوّعًا فيما فداه به، فمن أجل ذلك سقط من الدين بقسطه.

[3053] + مضمون.
[3054] يأخذه.
[3055] اذا فداه.
[3056] وانما لزمنا.
[3057] فاتت.
[3058] حسّته (الدين حسّته ﷺ)

قال محمد: وإن أبى الراهن أن يفديه وفداه المرتهن بألف كان رهنًا على حاله وكان[3059] [359أ] المرتهن متطوّعًا في الفداء.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ ضمان حصّة المضمون من الرهن عليه خاصّة، وحصّة الأمانة مثل وديعة في يده فهو متطوّع في فدائه.

قال محمد: ولو غاب الراهن ففداه المرتهن ثم حضر الراهن بنصف الفداء في قياس قول أبي حنيفة. وأمّا في قول أبي يوسف ومحمد: فإنّه لا يرجع على الراهن بشيءٍ من الفداء وهو متطوّع في فدائه، ويكون رهنًا له بجميع دينه.

قال أبو بكر: احتجّ أبو الحسن فيه بأنّه لما يمكنه قبض المضمون من الرهن إلّا بالفداء لم يكن متطوّعًا.

قال أبو بكر: ونظير هذا قول أبي حنيفة في الرجلين يشتريان عبدًا، ثم يغيب أحدهما، فللآخر أن يقبضه ويؤدّي جميع الثمن، ولا يكون متطوّعًا في قضاء الثمن إذا لم يتوصّل إلى أحد نصيبه من العبد إلّا بأداء جميع الثمن، ولو كان المشتري الآخر حاضرًا فأدّى أحدهما جميع الثمن كان متطوّعًا في حصّة صاحبه كذلك إذا كان الراهن حاضرًا، ففداه المرتهن كان متطوّعًا، وإذا كان غائبًا لم يكن متطوّعًا في حصّة الأمانة.

فإن قال قائل: إنّ هذا أدّى ما ليس عليه فهو متطوّع.

قيل له: لو كانت هذه العلّة صحيحة لوجب أن يكون المعير متطوّعًا في أداء الدين عن الذي استعار[3060] عبده، فرهنه بإذنه، وقد اتّفق الجميع أنّه ليس بمتطوّع، وأوجب أن يكون الوارث متطوّعًا بأداء دين الميّت، لأنّه أدّى ما ليس عليه، وقد اتّفق الجميع أنّ للوارث يؤدّي دين الميّت، ويرجع به في التركة، وإن لم يكن الدين عليه فدلّ ذلك على انتقاض هذا الاعتلال[359ب]

باب من الاختلاف في الغصب ممّا يدّعي فيه صاحب العبد ويخالفه فيه الغاصب

قال محمد: وإذا كان للرجل عبد معروفٌ يعرف أنّه له فغصبه منه رجل، فباعه الغاصب من رجل بخمسمائة درهم إلى سنةٍ، فقال المولى للغاصب: "بعتك عبدي بألف درهم حالّةً، وقبضتَه منّي، فبعته لنفسك"، وقال الغاصب: "لم أشترِ منك شيئًا، ولكنّك أمرتني ببيعه، ففعلتُ ذلك ودفعته إليك[3061]"، والعبد قائم بعينه في يديّ المشتري، فإنّ العبد يكون للمشتري[3062] الآخر، ولا سبيل لأحد عليه، ولا ضمان لصاحب العبد على البائع الآخر، ولكن يحلف البائع الآخر بالله لصاحب العبد ما اشتراه كما ذكر، فإن حلف برئ، وإن نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحب العبد.

[3059] + وكان
[3060] لِيَسْتَعَارَه
[3061] إليه.
[3062] للمشتر.

قال أبو بكر[3063]: هذا الباب فيما[3064] تقدّم في البيوع في المسألة التي أملاها محمد إلّا أنّه قد ذكر فيه مسائل لم يذكرها هناك، فاعتبر به لذلك. فأمّا وجه جواز البيع فلأنّ المالك قد اعترف وبجوازه، وأنّه لا سبيل له على العبد، لأنّه زعم أنّ البائع باعه وهو مالك جائز التصرّف فيه، وزعم البائع أنّه باعه من مالكه، وإنّ عقده جائز، والمشتري أيضًا يعترف بصحّة البيع، فقد حصل من اتّفاق الجميع جواز البيع بالثمن المذكور فيه، وإنّما لم يضمن البائع شيئًا لصاحب العبد من قِبل أنّ المالك لو قال: "هو عبدي لم أبعك إيّاه ولم آمرك ببيعه" كان القول قوله وأخذ العبد، فلمّا اعترف بصحّة البيع صار هو القاطع لحقّ نفسه في أخذه واسترجاعه، فلمّا كان العبد إنّما صار مستهلكًا من جهته [360أ] لم يكن له أن يضمن غيره ما استهلكه. وأيضًا فإنّ عقد البائع كان موقوفًا على إجازته في الظاهر، فلمّا اعترف بجوازه صار ذلك كالإجازة منه له، فلم يجز له تضمين البائع في عقدٍ جاز بإجازته، وإنّما حلف البائع له، لأنّه ادّعى عليه ألف درهم ثمن العبد، فيحلف عليه.

قال محمد: ولو كان العبد مات في يديّ المشتري قبل هذا القول، ثم اختلفا فيه على ما وصفنا، فإنّه يحلِّف كلّ واحد من صاحب العبد، والبائع على دعوى صاحبه يُبدأ بالبائع في اليمين، فإن نكل عن اليمين لزمه الثمن، وإن حلف قيل لصاحب العبد: "احلفْ ما أمرته بالبيع كما قال"، فإن نكل عن اليمين برئ البائع من العبد، وكان الثمن الذي على المشتري الآخر لصاحب العبد بأخذه البائع فيدفعه إليه، وإن حلف صاحب العبد ضمن البائع قيمة العبد له، وكان الثمن الذي على المشتري للبائع.

قال أبو بكر: إنّما وجب التحالف على ما ذكر في هذه المسألة من قِبل أنّ المالك لو أراد أخذه لم يُمكنه ذلك لهلاك العبد وفواته، وكذلك لا يجوز أن يلحق العقد إجازة من قبله، لأنّ من باع عبد غيره بغير أمره ثم مات فأجاز المالك البيع لم يجز، وإذا كان ذلك كذلك حصل ضمانه على البائع بالهلاك، وهو يدّعي البراءة منه بالتوكيل بالبيع، والمالك يدّعي الثمن، فحلف كلّ واحد منهما على دعوى صاحبه إلّا أنّ البائع هو الذي يبدأ باليمين، لأنّ نكوله يلزمه الثمن ويسقط اليمين عن المالك، ولو بدأنا بالمالك لم يلزمه بالنكول تسليم شيء، فلذلك كان البائع أولى بالبداية باليمين. ألا ترى [360ب] أنّ البائع والمشتري إذا اختلفا في الثمن كان المبدوء باليمين هو المشتري، لأنّ نكوله يلزمه تسليم الثمن في الحال، ونكول البائع لا يلزمه تسليم المبيع إلّا بعد قبض الثمن، فكذلك ما وصفنا.

قال محمد: ولو أنّ الغاصب وهبه لرجلٍ وقبضه الموهوب له، وهو معروف أنّه للمغصوب، ثم قال صاحب العبد للواهب: "بعتكه بألف درهم، فقبضته ووهبته وسلّمته"، وقال الواهب: "أنت أمرتني أن أهبه، فوهبته"، والعبد قائم بعينه، فالهبة جائزة، ولا ضمان على الواهب.

3063 + قال أبو بكر.

3064 ﻣﺎ

قال أبو بكر: وذلك لما وصفنا من علّتي المسألة:

- إحديهما: أنّه استهلكه بدعواه البيع وإقراره بصحّة الهبة، وما حصل مستهلكًا بقوله فليس له تضمينه غيره.
- والثانية: أنّ ذلك بمنزلة إجازة منه للهبة.

قال محمد: ولو كان العبد قد هلك في يديّ الموهوب له قبل هذا القول من صاحب العبد ومن الواهب، ثم قالا ذلك، كان لصاحب العبد أن يضمن الواهب قيمته بعدما يحلف كلّ واحد منهما على دعوى صاحبه على ما وصفتُ لك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ هلاك العبد في يده قد أوجب ضمانه عليه، ولم يكن من المالك ما يوجب براءته منه ولا استهلاكًا للعبد، فكان له تضمينه.

قال محمد: وكذلك لو أعتقه الغاصب أو دبّره، والمسألة بحالها فإن كان قائمًا فلا ضمان عليه، وإن كان مستهلكًا فهو ضامن، ويتحالفان على ما وصفنا.

قال أبو بكر: والعلّة في هذه كهي فيما تقدّم.

قال محمد: ولو كان الغاصب ضرب العبد فقتله، فقال لصاحب العبد: "أنت أمرتني بذلك"، [361أ] وقال صاحب[3065] العبد: "لم آمرك بذلك، ولكنّي بعته منك بألف درهم، فضربته وقتلته"، فعلى الغاصب قيمة العبد بعدما يتحالفان على ما وصفتُ لك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الضمان قد حصل قبل اعتراف المالك بالبيع، ودعواه البيع بعد ذلك لا يُبرئه من الضمان.

قال محمد: ولو كان الغاصب كاتب[3066] العبد على ألف درهم إلى سنةٍ فقال ربّ العبد: "بعته منك بعدما غصبتني بألف درهم، فكاتبته على ألف درهمٍ إلى سنةٍ لنفسك"، وقال الغاصب: "أمرتني بالكتابة"، فلا ضمان على الغاصب بعدما يحلف كلّ واحدٍ منهما على دعوى صاحبه، ويحلف صاحب العبد للمكاتب بالله ما أمر فلانًا بمكاتبته، فإن نكل عن اليمين كان العبد مكاتبًا له، وإن حلف ردّ المكاتب في الرقّ.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه إذا لم يثبت ما ادّعاه المولى من البيع ولا ما ادّعاه الغاصب من الآمر بالكتابة انفسخت الكتابة، لأنّها لا تصحّ[3067] إلّا بصحّة الأداء إلى مولى معروف، لأنّ العتق به يحصل، فإذا لم يثبت هناك من صحّة الكتابة من جهته حتى يكون الأداء إليه لم يثبت الكتابة، وليس ذلك كالبيع، لأنّ الثمن في الحالين يثبت للبائع، وفي الكتابة لا يثبت للوكيل حقّ القبض بعقد الكتابة.

[3065] لصاحب.
[3066] كانت.
[3067] لأنّها لا يصحّ.

قال محمد: ولو كان العبد لا يُعرف أنّه للمقرّ له فباعه الغاصب أو وهبه، وقبضه الموهوب له أو أعتقه أو دبّره أو كاتبه، وأقرّ المشتري والموهوب له والمكاتب والمعتق والمدبّر بأنّه للمقرّ له، فهذا والمعروف سواء فيما وصفنا.

قال أبو بكر[3068]: [361ب] إنّما لزم المستأجر الأجر للمؤجّر[3069] لحصول التسليم منه وبقائها في يده إلى انقضاء مدّة الإجارة، ولم يجب على الآمر الأجر، لأنّ المستأجر حبسها عنه بحقٍّ، فصار حبسه مضمونًا عليه بالأجر كالمشتري إذا حبس السلعة لقبض الثمن من الآمر، فيصير في يده مضمونًا بالثمن.

فإن قال قائل: فقد فرّقتم بينه وبين المشتري إذا منعها إيّاه بغير حقٍّ من جهة أنّ القبض الواقع للبيع هو القبض الأوّل، وما يأتي بعد ذلك فليس واقعًا للبيع، وأين جميع ما يحصل من الإمساك في استقبال مدّة الإجارة فهلّا اعتبر، ثم ذلك أيضًا في منعه لها بحقٍّ، إذ لم يخرجه ذلك من أن يكون هو القبض المستحقّ في مدّة الأجارة.

قيل له: لم يخرج القبض في الحالين جميعًا من وقوعه على وجه الإجارة، فكذلك البيع لم يخرج العبد فيه عن حكم القبض الأوّل، لأنّ هذا الحبس أوجبه العقد، وهو باقٍ على حكم القبض الأوّل، لأنّه لو لم يكن كذلك لصار مضمونًا في يده بنفسه. ألا ترى أنّه لو منعه بغير حقٍّ لصار مضمونًا في يده بقيمته، فلمّا لم يتغيّر حال القبض الأوّل في أنّه غير مضمون بنفسه ثبت أنّه باقٍ في يده على حكم قبض البيع إلّا أنّ الثمن يسقط بهلاكه إذا منعه بحقٍّ، وكذلك الدار هي في يد المستأجر على حكم قبض الإجارة، إلّا أنّ المنع لما وقع بحقّ وبما أوجبه له العقد سقط عن الآمر الأجر في مقدار ما حصل فيه المنع على ما بيّنا في منع الوكيل العبد من الأمر بحقّ. [362أ]

أبواب متفرّقة

بسم الله الرحمن الرحيم

باب من السلم في الرطب

قال محمد: وإذا أسلم الرجل إلى الرجل دراهم في قفيز من رطب سلمًا صحيحًا، ثم أعطاه مكان الرطب قفيزًا من تمرٍ، ويجاوز به عنه الذي أسلم، فذلك جائز في قياس قول أبي حنيفة، وكذلك لو كان السلم قفيز تمر فأعطاه قفيز رطب ورضي به جاز في قياس قول أبي حنيفة. وأمّا في قول أبي يوسف ومحمد: وإن كان أسلم إليه في قفيز من رطب فأعطاه مكانه قفيزًا من تمر فإنّ ذلك لا يجوز.

[3068] + قال أبو بكر.
[3069] للمواجر.

قال أبو بكر: لما كان من أصل أبي حنيفة: جواز بيع التمر بالرطب مِثلًا بمثل جاز قضاء أحدهما عن الآخر، لأنّه ممّا عنده بمنزلة التمر الحديث والعتيق. وأمّا في قول أبي يوسف ومحمد فلمّا كان من أصلهما أنّ بَيع أحدهما بالآخر غير جائز كذلك لم يجز القضاء به. ألا ترى أنّه لا يجوز أن يقضي عن كرّ أقلّ منه ولا أكثر كما لا يجوز بيعه.

قال محمد: وكذلك لو كان السلم قفيزًا من تمرٍ [362ب] فأعطاه مكانه قفيزًا من رطبٍ، وقال له: "خذْ هذا القفيز قضاءًا من حقّك" أو "قضاء لحقّك" أو قال: "جذّه من حقّك" فإنّ هذا كلّه باطل.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ النقصان الحاصل في الرطب في الثاني لما كان معتبرًا عندهما، وكان ذلك عندهما كالنقصان الموجود في الحال لم يجز أن يُقضى الرطب عن التمر كما لا يجوز أن يُقضى عن كرّ أقلّ من كرّ، لأنّ القضاء في هذا الوجه بمنزلة البيع.

قال محمد: ولو قال له: "خذْ هذا القفيز الرطب صلحًا من حقّك" أو قال له: "خذْه قضاءًا من حقّك على أنّي بريءٌ ممّا كان لك قبلي" كان جائزًا إذا كان الرطب أقلّ قيمة من التمر كما أصف لك تنظر كَمْ ينقص[3070] الرطب إذا جفّ فإن كان لا يُدرى كَمْ ينقص الرطب إذا جفّ نظر الذي يستيقن أنّه ينقص[3071] كم هو، فنحن نعلم أنّه إذا جفّ بقي ثلاثة أرباع فينظر إلى قدر كيلها من السلم، وذلك ثلاثة أرباع السلم، فينظر كم قيمة ثلاثة أرباع السلم، فإن كانت مثل قيمة هذا القفيز أو أكثر قيمة فالصلح جائز، وإن كانت قيمة الرطب أكثر فالصلح فاسدٌ مردودٌ.

قال أبو بكر: قد بيّنا أنّه إذا وقع على وجه القضاء لم يجز، لأنّ القضاء لا يجوز فيه إلّا ما يجوز في البيع، إذ هو تمليك ما في ذمّته بالمقبوض لا على جهة إسقاطه ولا البراءة منه، فمن أجل ذلك لم يجز قضاء الرطب عن التمر ولا قضاء التمر عن الرطب. وأمّا إعطاء الرطب عن التمر [363أ] على وجه الصلح والبراءة، فهو على الاعتبار الذي وصفت، وذلك لأنّ النقصان الحاصل في الثاني لما كان معتبرًا في الحال عندهما، وصار ذلك كوجوده الآن صار كمن صالح من قفيز تمر على ثلاثة أرباع قفيز، فواجبٌ حينئذ أن يعتبِر قيمة المأخوذ، فإن كان مثل قيمة ثلاثة أرباع الدين جاز الصلح، وكان مقتضيًا لنقص حقّه ومبريئًا لبعضه، لأنّ عقود المداينة قد أوجب له اقتضاء الثلاثة الأرباع التمر المقبوض، فصار المتروك مبرئًا منه، والبراءة من السلم جائزة.

وأمّا إذا كانت قيمة ثلاثة أرباع القفيز التمر وهو ما يحصل من الرطب بعد الجفاف أكثر من قيمة ثلاثة أرباع قفيز من التمر الدين فاتت بعلم هذه الجودة التي في المقبوض لم يستحقها بعقد المداينة، فلم يحصل له ملكها إلّا من جهة عقد البيع وتمليك السلم بالمقبوض، ولا جائز تمليك التمر بأقلّ منه من جنسه. ألا ترى أنّ رجلًا لو كان له على رجل ألف درهم سود فصالحه منها على خمسمائة بيضٍ لم يجز صلحه، لأنّه لم يستحق أخْذ البيض بعقد المداينة، وإنّما ملّكه بعقد الصلح

[3070] تنقص.
[3071] تنقص.

وذلك تمليك بمنزلة البيع، ولو كان صالحه من ألف سود على خمسمائة سود جاز ذلك، لأنّ الخمسمائة السود كانت مستحقّة بعقد المداينة فلم يملكها بعقد الصلح، وإنّما هي مقبوضة عن خمسمائة ممّا كان في ذمّته والخمسمائة الأخرى مبرئًا منها فجاز من أجل ذلك، فكذلك ما وصفنا، ويدلّك على أنّه بمنزلة البيع أنّه لو جاز الصلح [363ب] على ما هو أكثر من قيمة السلم إذا كان وزنُه أقلّ أنّه لو وجد به عيبًا فزدْه رجع في قفيز تامّ فعلمتُ أنّه بمنزلة البيع، فلا يجوز إلّا على ما يجوز عليه عقد البيع.

وأمّا إذا أعطاه قفيز رَطب على أنّه قضاء من حقّه من التمر فإنّ ذلك لا يجوز، لأنّه قد قيل: "لا تأخذ إلّا سلمك أو رأس مالك"، فهو إذا أخذه على جهة استيفاء وهو لا يدري كَمْ هو منه لم يجز. ألا ترى أنّه لو صاحب من ثوب سلم جيّد على ثوب رديّ على أن يردّ عليه درهمًا من رأس المال لم يجز ذلك، لأنّ حصّة الدراهم قد وقعت فيه إقالة، فلا يدري كم الباقي من السلم، كذلك مسألتنا بما حصل المقبوض من السلم مجهولًا كان الباقي أيضًا مجهولًا فلم يجز ذلك، والله أعلم.

قال محمد: ولو كان السلم قفيز حنطة فأعطاه مكانه قفيزًا من حنطة مقلوّة كان هذا باطلًا في جميع هذه الوجوه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، لأنّ الحنطة المقلوّة صنف غير الحنطة التي تقلى، فلا يجوز أن يأخذ إلّا سلمه أو رأس ماله.

قال أبو بكر: القلي يحدث فيها زيادة ليست منها، وتلك الزيادة لها قيمة، فيصير بمنزلة من أخذ من الحنطة غيرها في السلم، وذلك لا يجوز، وليس كذلك الرطب والتمر، لأنّ الرطوبة التي في الرطب ليست معنى غير التمر، واستشهد محمد على ذلك بأنّ من غصب حنطة فقلاها لم يكن لصاحبها عليها سبيل كما أنّه لو طحنها أو جعلها سويقًا [364أ] انقطع حقّ صاحبها عن العين.

قال محمد: وكذلك لو كان السلم بُسرًا أحمر أو أصفر فأعطاه مكانه بُسرًا مطبوخًا لم يجز كالحنطة المقلوّة والحنطة المطبوخة مثل المقلوّة سواه، وأمّا الحنطة التي قد أنقعت حتى انتفخت فهو بمنزلة الرطب والتمر.

قال أبو بكر: ويجوز اقتضاء الحنطة الرطبة عن اليابسة واليابسة عن الرطبة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ولا يجوز في قول محمد، وافق أبو يوسف محمدًا في الرطب بالتمر وخالفه في الحنطة الرطبة باليابسة، والقياس عنده فيهما واحدٌ إلّا أنّه ترك القياس في الرطب بالتمر للأثر.

باب من الدراهم التي خلطها صِفرٌ

قال محمد: وإذا كانت الدراهم ثلثاها صفر وثلثها فضّة لا يقدر على أن يخلص الفضّة من الصفر، ولا يُدرى إذا حصلت الفضّة من الصفر انتقاء الصفر أم يحترق، فيذهب أنّه لا بأس بأن يباع هذه الدراهم بمثل وزنها أو بأكثر من وزنها من الدراهم الفضّة الجياد، لأنّ هذه بمنزلة الفلوس، لأنّ الصفر هو الغالب عليها وإن بِيع درهم ثلثاه صُفر وثلثه فضّة بأقلّ من وزنه من الفضّة البيضاء، فإن كانت الفضّة أكثر ممّا فيه من الفضّة فهو [364ب] جائز أيضًا، وإن كانت مثل ما فيه

من الفضّة أو أقلّ فلا خير فيه، لأنّ الصفر يبقى بغير شيء، وإن كان لا يُدرى ما فيه من الفضّة أكثر أو ما اشتراه به من الفضّة فالبيع فاسدٌ حتى يعلم إنّ ما أعطى من الفضّة أكثر.

قال أبو بكر: جعل الحكم في ذلك للأغلب وهو الصفر، ولم يسقط مع ذلك اعتبار الفضّة التي فيه، لأنّها يخلص من الصفر فهو مثل أن يبيع صفرًا وفضّة غير مخلوطين وكمن يبيع دارًا فيها صفائح ذهب، فلا بدّ من اعتبارها أو باعها بجنسها[3072]، ووجه اعتبار الغلبة في ذلك اتّفاق الفقهاء على جواز أخذ الدراهم الرديئة عن الجياد في ثمن الصرف ورأس مال السلم، والمعنى فيه غلبة[3073] الفضّة، فسقط فيه حكم الأقلّ، ولو كان حكمه باقيًا لما جاز قضاؤه عن السلم، وكذلك يجوز اقتضاء السود عن البيض في ذلك، لأنّ الغالب دون ما خالطها.

قال محمد: وإذا كانت الدراهم نصفها فضّة ونصفها صُفر بيعت بمثل وزنها من الفضّة البيضاء أو بأكثر أو بأقلّ، فإن كانت الفضّة هي الغالبة فلا بأس بأن يُباع بمثل وزنها من الفضّة البيضاء ولا يباع بأكثر من ذلك، فإن كان ليس واحد منهما غالبًا لصاحبه فلا بأس بأن يباع بمثل وزنها من الفضّة البيضاء وبأكثر من وزنها من الفضّة وبأقلّ من وزنها من الفضّة بعد أن يعلم أنّ ما يعطى أكثر ممّا فيها من الفضّة، وإن لم يعلم هي أقلّ أو أكثر فلا خير فيه، [365ا] وكذلك إذا كان مثلها أو أقلّ.

قال أبو بكر: قول محمد في هذه المسألة: فإن كانت الفضّة هي الغالبة مع قوله: "إنّهما نصفان"، معناه: أنّ الفضّة هي الغالبة في النظر حتى لا يكاد تفرّق بينهما ومن الجياد وفي الظاهر كما ترى الدراهم الزيوف وقد يكون من الفضّة ما يغمر ما خالطها من الغشّ لجودتها، فتصير[3074] هي الغالبة عليه، فما كان هذا وصفه فهو بمنزلة الدراهم الجياد وبمنزلة الدراهم التي أكثرها فضّة وأقلّها صفر. وأمّا إذا لم يكن واحد منهما غالبًا لصاحبه فحكم كلّ واحد منهما قائمٌ بنفسه كصفر وفضّةٍ غير مخلوطين بيعًا جميعًا بدراهم، فيجوز على الاعتبار الذي ذكره.

قال محمد: فإن كانت الدراهم ثلثاها فضّة وثلثها صفر أو خمسة أسداسها فضّة وسدسها صفر لم يجز بيعها بالفضّة البيضاء إلّا مِثلًا بمثل، لأنّ هذا بمنزلة الفضّة السوداء والحمراء.

قال أبو بكر: إذا كان الأكثر فضّة صارت بمنزلة الدراهم السوداء فلا يجوز بيعها بالبيض إلّا مِثلًا بمثل، وذلك لأنّ الحكم للغالب وهو الفضّة، فصارت كان جميعها فضّة.

3072 [illegible]

3073 عليه.

3074 فيصير.

فإن قال قائل: فهلّا اعتبرتَ القليل من الصفر الذي في الفضّة[3075] وإن كانت الفضّة هي الغالبة فأجزت بيعها بفضّة أكثر منها، يكون الفضّة منها بمثلها من الفضّة الثمن، والفضل بالصفر كما اعتبرت القليل من الفضّة التي فيها إذا كان الصفر هو الغالب.

قيل له: الفصل بينهما: أنّ الصفر إذا سيك مع الفضّة احترق الصفر وبقي الفضّة، فإذا لم يكن للصفر حكم الغلبة [365ب] ولا كان مثلها فينفرد عن الفضّة وصار مستهلكًا في الفضّة حتى كانت الفضّة هي الغالبة عليه سقط حكمها رأسًا، وصارت الدراهم حينئذ كالفضّة السوداء. ووجه آخر، وهو: أنّ الصفر قد يخرج عن حال الوزن إلى غيره وعن غير الوزن إلى الوزن، والفضّة لا يخرج عن حدّ الوزن بحالٍ ولا يكون أبدًا إلّا موزونةً، فلمّا كان من حكم الصفر جواز الانتقال عليه إلى غير الوزن جاز أن ينتقل إلى حكم الفضّة عليه، ولمـّا لم يجز انتقال الفضّة عن حالها فيما ذكرنا لم يسقط حكمها بوجهٍ وإن كانت قليلة.

مسألة

قال محمد: وإن كانت الدراهم ثلثاها صفر وثلثها فضّة فاستقرض رجل منها دراهم عددًا بغير وزنٍ، فإن كان يجوز بينهم في الشراء والبيع بغير وزن فلا بأس بأن يستقرضها بغير وزن، ويقبض مثلها بغير وزن وإن كان بعضها أقلّ من بعض بمنزلة الفلوس، وإن كانت لا يجوز بينهم في الشراء والبيع إلّا بوزن فلا ينبغي له أن يستقرضها إلّا بوزن، فيأخذها بوزن ويعطي مثلها بوزن.

قال أبو بكر: إذا جرت المعاملة بها وزنًا لم يستقرض إلّا وزنًا وإذا جرت عددًا جاز استقراضها عددًا كالفلوس، وذلك لأنّ الواجب في القرض[3076] استيفاء المثل، فإذا كانت موزونةً في التعامل ولم يزنها لم يعلم ما يحصل له به الاستيفاء من مثلها، وكذلك إذا كانت معدودةً. ألا ترى أنّها إذا كانت موزونةً فاستوفاها عددًا جاز أن يكون وزنها أكثر من وزنها ما عليه، ولا يجوز ذلك [366أ] له، لأنّه قرض جزء منفعة.

قال محمد: وإذا كانت الدراهم نصفها فضّة ونصفها صفر فاستقرض منها عددًا، فلا يجوز هذا لا ينبغي لهذا أن يستقرض إلّا وزنًا، لأنّ هذا على أحد وجهين:

- إمّا أن يكون الفضّة هي الغالبة فيكون بمنزلة الدراهم لا يستقرض إلّا وزنًا،
- وإمّا ألّا يكون واحد من الصنفين غالبًا على صاحبه فليس ينبغي للفضّة من ذلك أن يستقرض ولا نقصًا إلّا بوزنٍ. فأمّا أن يكون الصفر في هذا الوجه غالبًا فليس يكون هذا أو الفضّة مثله.

[3075] الضه (الفّه)
[3076] الفرض.

قال أبو بكر: إذا كانت الفضّة هي الغالبة ومعناه: ما وصفنا من ظهور الفضّة عليه حتى يُرى كأنّها فضّة، فإذا كان كذلك فهو بمنزلة الفضّة لما قد تقدّم من بيانه فلا يستقرض إلّا وزنًا أو لا يكون واحد منهما غالبًا لصاحبه، فينفرد كلّ واحدٍ منهما بحكمه ولا يصير تابعًا لصاحبه، فإذا انفردت الفضّة بنفسها ولم يصر تابعة لغيرها لم يستقرض إلّا وزنًا، وليس ذلك كالبيع. ألا ترى أنّه لا يجوز أن يستقرض قِطعة فضّة وقطعة صفر لا يعلم وزنهما، ويجوز أن يبيعهما جميعًا بفضّة بعد أن يعلم أنّ الثمن من الفضّة أكثر من الفضّة التي مع الصفر، لأنّ المأخوذ علينا في القرض استيفاء المثل، ولا يجوز أن يقرضه فضّةً مجهولة ولا صفرًا مجهول الوزن، لأنّه لا يُدرى حينئذ ما الذي يجب استيفاؤه.

مسألة

قال محمد: ولو كانت الدراهم ثلثاها فضّةً وثلثها صفر كانت بمنزلة الدراهم الزيوف فلا يستقرض إلّا وزنًا ولا عَدًّا [366ظ] إلّا وزنًا ولا خير فيه عددًا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّها في حكم الدراهم الجياد. ألا ترى أنّه يجوز أن يقتضى عن الجياد في رأس مال السلم وثمن الصرف.

قال محمد: فإن كانت الدراهم ثلثاها صفر وثلثها فضّة فتبايعوا بها عددًا بغير وزن، وليس أصلها عندهم الوزن، فلا بأس بها، وهي بمنزلة الفلوس.

قال أبو بكر: وذلك لغلبة الصفر عليها فكانت كالفلوس.

قال محمد: وإن كان أصلها الوزن فتبايعوا بها عددًا، فلا خير في ذلك إلّا أن يقول: "أشترى منك بهذه الدراهم بأعيانها هذا الثوب عددًا على غير وزن"، فإذا قال هذا فهو جائز.

قال أبو بكر: إذا كان أصلها الوزن فقد تخالف العدد الوزن، فيحصل الثمن مجهولًا فلا يجوز، وإذا كانت بعينها جاز كأنّه اشترى بها مجازفةً فيجوز وإن لم يذكر الوزن كما يشتري بدراهم بأعيانها جزافًا.

قال محمد: فإن كان ابتاع بها بغير وزن وهي بغير أعيانها فلا خير في هذا.

قال أبو بكر: لأنّ الذي ثبت[3077] في ذمّته من ذلك مجهول القدر، ولا يجوز العقد على ثمن مجهول.

قال محمد: وإن كان ابتاع بها بعينها ولم يسمّ وزنًا ولا غيره، وأصلها عندهم الوزن، وسمّى كذا وكذا درهمًا فعليه أن يوفيها إيّاه وزنًا على ما يوزن في بلادهم.

[3077] ثبتت.

قال أبو بكر: لما ذكر الوزن صحّ العقد على المقدار المذكور منه كما يصحّ على الدراهم إذا ذكر وزنها فحصل الثمن معلومًا فجاز. [367أ]

مسألة

قال محمد: وإذا كانت الدراهم نصفها فضّة ونصفها صفر فلا ينبغي أن يتبايعوا فيها ولا يشتروا إلّا وزنًا إلّا أن يشتري بها شيئًا بعينها بغير وزنٍ فيجوز، لأنّها على أحد الوجهين: إمّا أن يكون الفضّة هي الغالبة أو لا يكون واحد منهما غالبًا على صاحبه، فلا بدّ من وزن الفضّة إذا كان ثلثاها فضّة وثلثها صفر، فهذه بمنزلة الدراهم الزيوف، فيجوز أن يتبايعوا بها وزنًا ولا يجوز بالفضّة إلّا مِثلًا بمثل، ولا يجوز أن يتبايعوا بها عددًا بغير وزنٍ أو يشتروا منها شيئًا بعينه بغير وزن.

قال أبو بكر: هي بمنزلة الدراهم الجياد في سائر أحكامها على ما بيّنا.

قال محمد: وإذا كان ثلثاها صفر وثلثها فضّة وهي ممّا يُوزن أو لا يوزن فاشترى بشيء منها بعينه ثوبًا أو عرضًا فلم ينتقدها[3078] حتى ضاعت، فإنّ البيع لا ينتقض، ولكنّه يعطي غيرها مثلها إن كانت توزن[3079] أو لم توزن[3080]، لأنّها إن كانت توزن[3081] فهي كالدراهم وإن كانت لا توزن[3082] فهي كالفلوس، وكذلك إن كان نصفها صفرًا ونصفها فضّة فاشترى بها بعينها فهلكت، فإنّ البيع لا ينتقض، وعليه مثلها وزنًا، وكذلك إن كان ثلثاها فضّة وثلثها صفر فهذا بمنزلة الزيوف والبهرجة إن هلكت، وقد اشترى بها فعليه مثلها.

قال أبو بكر: جعل هذه الدراهم على اختلافها بمنزلة الأثمان، ولم يوجب استحقاق عينها بالعقد عليها، والمسألة مبنيّة على أنّ هذه الدراهم أثمان في المواضع التي تتبايع [367ب] بها كالفلوس النافقة فلا يتعيّن بالعقد. فأمّا إن لم يكن أثمانًا جائزة في التعامل فإنّها حينئذ تكون[3083] بمنزلة الفلوس الكاسدة وما يتعيّن من سائر الموزونات ما ليست بأثمانٍ.

وقد قال محمد في كتاب الصرف في التبر والفضة والذهب: إذا عيّنها في العقد فهلكت أنّ البيع لا ينتقض بهلاكها وعليه مثلها، وهذا أيضًا محمول على أنّها[3084] أثمان في ذلك الموضع يتبايع بها. وقال في كتاب المضاربة: لا يجوز المضاربة بتبر الذهب والفضة، لأنّه لو عقد عليها بعينها فهلكت قبل القبض بطل العقد.

[3078] ينتقدها.
[3079] يوزن.
[3080] لم يوزن.
[3081] يوزن.
[3082] لا يوزن.
[3083] يكون.
[3084] نّها.

قال أبو بكر: وهذا محمول على أنّه مختلفٌ ليس بثمن في المواضع الذي تعاقدا فيه حتى يستقيم الروايتان جميعًا.

قال محمد: وإذا كانت الدراهم ستّوقًا مختلفة منها ما فضّته الثلث والصفر منه الثلثان ومنها ما فضّته النصف ومنها ما فضّته الثلثان وصفره الثلث فبيع بعض هذا ببعض، فلا بأس به يدًا بيدٍ، ولا خير في بعض هذا ببعض يشبه.

قال أبو بكر: يجوز بيع بعضها ببعض على الاعتبار الذي يقدّم ذكره. وأمّا النَساء فلا يجوز فيها لأجل الفضّة التي فيها، وهي تلافي[3085] فضّة من ثمنها ويكون صرفًا فيه نساء[3086] فلا يجوز.

قال محمد: وإذا باع الرجل الدراهم الستّوق بدراهم فضّة جيّدة مثل وزنه فهو جائز، وإن باعه بأكثر من وزنه فإنّ الصفر هو الغالب على الستّوق فهو جائز، وإن كانت الفضّة هي الغالبة لم يجز إلّا مِثلًا بمثلٍ. [368أ]

قال أبو بكر: قد تقدّم بيان ذلك في الباب.

قال محمد: وإن اشترى الدراهم الستّوق بأقلّ من وزنه من الفضّة فإن علم[3087] والستّوق من الفضّة، وكان الصفر هو الغالب، فباعه نصفه أكثر ممّا فيه جاز، وإن كان فضّة مثل ما فيه أو أقلّ لم يجز، وإن كانت الفضّة هي الغالبة فهي بمنزلة الزيوف لا يُباع بالفضّة إلّا مِثلًا بمثلٍ، وهو قياس قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد. وقد قال العلماء من الصيارفة[3088] وغيرهم: إنّ الفضّة والصفر إذا خلطا لم يـميّز الفضّة من الصفر حتى يحترق الصفر ويذهب ويبقى الفضّة، لأنّهما لا يتميّزان قد اختلطا إلّا بذهاب أحدهما، والصفر أسرعهما ذهابًا، فإذا كان هذا هكذا فكانت الفضّة هي الغالبة، فهي فضّة كلّها مثل السوداء أو الحمراء أو المغشوشة إذا سُبكت نقصت ولم يخرج منها شيء وصار ما يخرج منها خُبث الفضّة.

قال أبو بكر: بهذا المعنى وجب[3089] بقاء حكم الفضّة في الستّوقة، وإن قلّت حتى لا يجوز بيعه بالفضّة إلّا على الاعتبار، وإن كان الغالب هو العقد الصفر، ولم يجب اعتبار الصفر الذي في الزيوف إذا كان الغالب هو الفضّة لما ذكر من أنّه لا يحصل منها شيء، فصار كالفضّة السوداء، ولا حكم بخبثها.

باب من الضمان في العارية والإجارة

[368ب] **قال محمد**: وإذا استعار الرجل من الرجل رحًا أو شيئًا بـحمله مؤونة يعمل به عملًا فأعاره إيّاه صاحبه، فحمله إلى المكان الذي يعمل فيه، فإنّ على المستعير ردّ ما استعار إلى موضعه.

3085 يلافي؟

3086 سا

3087 هنا فراغ.

3088 هم الخبراء من الصرّافين.

3089 وجبت.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن رحمه الله يحتجّ في ذلك بأنّ النقل بدءًا لم يكن مستحقًّا على المعير والمستعير بأقلّ له لنفسه، فلذلك كان على المستعير ردّه، ودفع النقل الواقع فيه كما أنّه واجبٌ عليه دفع يده عنه متى طالبه به المعير وليس ذلك كالإجارة، فيكون على المؤجّر[3090] نقله إلى موضعه، لأنّ النقل قد كان مستحقًّا على المؤجّر[3091] بالعقد للتسليم، فلم يجز[3092] أن يؤمر بدفعه، لأنّه قد ملكه على المؤجّر[3093] بانقضاء الإجارة لا يبطل ما قد ملّكه، فلذلك لم يؤخذ به.

قال أبو بكر: ووجه آخر، وهو: أنّ المؤجّر[3094] قد استحقّ على المستأجر بذل المنافع، فصارت المنافع كأنّها واقعة في ملكه، وإذا كان كذلك حصلت يده كأنّها يد للمؤجّر[3095] فصار كالوديعة، ويدلّك على ذلك: أنّ المستأجر متى هلك الشيء في يده، ثم لحقه ضمان بالاستحقاق كان له الرجوع على المؤجّر[3096] بذلك كالمودع، وأنّ المستعير لا يرجع بما يلحقه من الضمان عند الاستحقاق على المعير.

قال محمد: فإن أخذ المعير المستعير بحملان ذلك فأعطاه بالحملان ضمينًا، وغاب المستعير، فالضمان جائز، ويؤخذ الكفيل حتى يوفّيه ذلك في المكان الذي استعاره منه عنه.

قال أبو بكر: إنّما جازت الكفالة بالحملان من قِبل أنّه في ضمان المستعير، [369ا] وما كان في ضمانه ممّا يمكن استيفاؤه من غيره صحّ الضمان به. ألا ترى أنّ رجلًا لو استأجر من رجلٍ راحلة[3097] إلى مكّة بغير عينها، فضمّنها رجل عنه صحّ الضمان، لأنّ الحمل مضمون على الأجير، فصحّ ضمان غيره به لإمكان الاستيفاء منه.

قال محمد: وكذلك الغصب إذا ضمن إنسان عن الغاصب حملانه.

قال أبو بكر: وذلك لما وصفناه في العارية.

قال محمد: فإذا حمله الكفيل كما ضمن له رجع الكفيل على الذي أمره بالكفالة بقيمة الحِملان، وذلك أجر مثله.

قال أبو بكر: لما صار الحملان مضمونًا على الكفيل يثبت له ضمان ما كفل به على صاحب الأصل حصل الحمل مضمونًا على صاحب الأصل للكفيل بعقد الكفالة، فإذا أوفاه المكفول عنه كما أنّ المنافع إذا صارت مضمونة على المستأجر لزمه بدلها.

[3090] المواجر.
[3091] المواجر.
[3092] + فلم يجز.
[3093] المواجر.
[3094] المواجر.
[3095] للمواجر.
[3096] المواجر.
[3097] راملة (راملةا)

فإن قال قائل: إنّ المنافع لا قيمة لها إلّا من جهة العقد، وهما فلم ينعقدا عقدًا جازه، فلم ألزمته ضمانها للكفيل؟

قيل له: ليس وجوب بدل المنافع مقصورًا على عقد الإجارة حتى إذا لم يكن عقد لم يجب ضمان بدلها قد يجب قيمتها بالإجارة وغيرها، وإنّما يُراعى في ذلك كونها مضمونة، فمتى حصلت مضمونة عليه لغيره لزمه بدلها له، فلمّا صحّ ضمانها عليه للكفيل في مسألتنا من حيث صحّت كفالته بها بأمره رجع عليه بقيمتها وهو أجر المثل.

فإن قال قائل: [369ب] فكيف يجوز أن يرجع على صاحب الأصل بغير ما ضمن عنه؟

قيل له: هذا جائز. ألا ترى أنّه لو كفل عنه برطب فأدّاه ثم انقطع من أيدي الناس رجع عليه بقيمته. ألا ترى أنّه لو أمره بأن يقضي دينه بعبده هذا ففعل رجع عليه بقيمته، وكذلك سبيل كلّ ما ضمنه فأدّاه ولم يقدر على الرجوع بمثله فإنّه يرجع بقيمته.

ووجه آخر في الرجوع بقيمتها على المكفول عنه، وهو: أنّ من أمر رجلًا بقضاء دينه صار في المعنى كالمملك له ما قضاه بما ثبت له في ذمّته فصار أمره بضمان الحملان كعقد الملك بينهما على المنافع مضمونةً عليه له، فكأنّه قال: "ملّكني منافعك مضمونة عليّ"، وضمان المنافع إنّما هو بأجر المثل ما لم [يكن] هناك مسمّى، فلذلك رجع عليه بأجر مثله.

قال محمد: ولو أنّ المعير المغصوب منه لم يأخذا منه كفيلًا بالحملان ولكنّه أخذ منه وكيلًا يوفيه ذلك في منزله وحيث استعاره منه، ثم غاب المستعير والغاصب، فطلب المعير والمغصوب منه حمل ذلك إلى منزل صاحبه، فإنّ الوكيل لا يؤخذ بحملان ذلك، وإنّما عليه أن يدفعه إليه حيث وجده.

قال أبو بكر: هذا لم يشرط على نفسه الحمل، وإنّما شرط دفع يده عنه إذا طالبه به المعير، فعليه أن يفعل ذلك وليس عليه حمله.

باب من الصلح في الكفالة من الكيل والوزن على أقلّ منه

قال محمد: [370أ] وإذا كان لرجل على رجل قفيز من تمر سكر جيّد فأعطاه ذلك كفيلًا، وصالح الكفيل صاحب التمر قفيز من رطب دقل عنه وعن صاحبه على أن أبرأهما جميعًا، فإنّي أنظر في ذلك الرطب كم[3098] ينقص إذا جفّ، فإن كان لا يُدرى كم بنقص إذا جفّ نظر إلى الذي استيقن من ذلك، فإن كان يعلم أنّه ينقص ربعًا ويبقى ثلاثة أرباعه نظر إلى مقدار ثلاثة أرباع الدين أهي أكثر قيمة أو هذا القفيز الرطب، فإن كانت أكثر قيمة أو كانا سواء فالصلح جائز، ويرجع الكفيل على المكفول عنه بثلاثة أرباع القفيز السكر الذي كفل الذي كفل به عنه، وإذا كان القفيز الرطب أكثر قيمة من ثلاثة أرباع السكر كان الصلح باطلًا، ويرجع الكفيل على صاحب الدين برطبة، فأخذه منه، وكان الثمن عليه

[3098] كما.

على حاله، وإنّما هذا مثل رجل اشترى من رجلٍ زيتًا بزيتون أو سمسمًا بدُهن سمسم فهذا لا يجوز حتى يعلم أنّ ما في السمسم من الدهن أقلّ ممّا اشتراه، فإن كان مشكلًا فهو باطل.

قال أبو بكر: أمّا جواز الصلح فهو مبنيّ على ما تقدّم في الباب الذي سلف، وأمّا ما يرجع به الكفيل على المكفول عنه فمحمول على ما يحصل به اليقين في الأداء فما استبقنا بأدائه أوجبنا له الرجوع به عليه، وما سلكنا فيه لم يرجع به، والفضل من التمر قد أبرأ منه الكفيل والمطلوب جميعًا، وجهلنا بقدر المبرأ منه لا يقدح في البراءة، لأنّ البراءة من المجاهيل [370ب] جائزة.

قال محمد: ولو أنّ الكفيل صالح صاحب التمر على قفيز من رطب على أن أبرأ له خاصّة دون المكفول عنه كان الصلح باطلًا والثمن عليهما على حالة.

قال أبو بكر: وإنّما بطل الصلح من قِبل أنّه قبض الرطب على جهة الاستيفاء عن التمر ولم يبرء صاحب الأصل من شيء، ولا جائز استيفاء الرطب عن التمر على أصله. وأيضًا فإنّه إذا أخذ الرطب لا يدري بكم يرجع على المكفول عنه، فلما كان المقبوض من ذلك مجهولًا والباقي مجهولًا لم يصح الصلح، وليس هذا مثل إبرائهما جميعًا، لأنّ الكفيل يرجع هناك بما يستيقن أداؤه منه، وفي مسألتنا المال ثابت على ربّ المال، والذي يرجع به عليه من الباقي مجهول فلم يجز الصلح لذلك، ولا يجوز اعتبار ما يستيقن منه في ذلك، لأنّ الرطب إذا جفّ عسى أن يكون أكثر من تمره الذي وجب له.

قال محمد: ولو أنّ المطلوب أمر رجلًا أن يغصبه عنه من غير أن يكفل به عنه فأعطى المأمور صاحب الحقّ قفيزًا من رطب دقل على أن أبرأه الذي عليه من الحقّ، فإنّ هذا على ما وصفتُ لك من صلح الكفيل ينظر إلى ما يستيقن أنّ هذا الرطب يكون من التمر إذا جفّ، فينظر إلى مقدار كيله من التمر الدين، فإن كان أكثر قيمة من القفيز الرطب أو مثله في القيمة فذلك جائز، وإن كان القفيز أكثر قيمة فهو فاسد، فإن جاز ذلك رجع صاحب[3099] [371أ] الرطب على الآمر بقفيز رطب مثل الذي قضى عنه، فإن لم يجده رجع عليه بقيمته.

قال أبو بكر: أمّا جواز الصلح فمجهولٌ على الاعتبار الذي بيّنا، وأمّا المرجوع به في هذه المسألة فهو الرطب دون غيره، وكان المرجوع به في مسألة الكفالة المقدار الذي يستيقن من التمر إذا جفّ الرطب المقضيّ، وإنّما كان ذلك كذلك من قِبل أنّ المأمور بالقضاء إذا لم يكن ضمينًا، فإنّما يرجع بالمودّى إذا كان أنقص ممّا أمر به. ألا ترى أنّه إذا أمره بقضاء دراهم جياد عنه فقضاها زيوفًا، وتـجاوز بها الطالب أنّه لا يرجع على الآمر إلّا بالزيوف، فكذلك الرطب لما

[3099] + صاحب.

كان أنقص من التمر في القيمة وجب أن يرجع بالمودّى، وليس ذلك كأدائه الجياد عن الزيوف، فلا يرجع إلّا بما أمره بأدائه من قِبل أنّه لم يكن مأمورًا بقضاء الجودة، فهو متطوّع[3100] في قضائها فلا يرجع بها.

باب من المال الذي يكون قرضًا والذي لا يكون

قال محمد: وإذا قال رجل لرجل: "ادفعْ إلى فلان ألف درهم على أنّي ضامن لها" والمدفوع إليه حاضر يسمع الكلام فدفع إليه المأمور ألف درهم، فاستهلكها الذي قبضها، فأراد الذي دفعها أن يرجع بها على القابض، فليس له أن يمنعها إيّاه.

قال أبو بكر: لمّا شرط على نفسه ضمان المدفوع [371ب] صار قرضًا عليه، لأنّه قد أمره بتمليكه إيّاه بضمان مثله وهذه صورة القرض، فصار كأنّه قبضه ثم سلّمه إلى غيره ليحفظه له.

قال محمد: وكذلك لو قال الآمر: "أعطِ هذا الرجل ألف درهم على أنّي ضامنٌ لها" كان هذا مثل الأوّل في جميع ما وصفته.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه هو المخاطَب والآمر بالدفع والضامن له، فصار مستقرضًا والقابض وكيلًا في القبض.

قال محمد: ولو قال: "أقرضْ هذا الرجل ألف درهم على أنّي ضامن لها"، والمدفوع إليه حاضر يسمع الكلام فنقده الدافع ألف درهم، فهي قرض للدافع على القابض والآمر ضامنٌ لها.

قال أبو بكر: قد بيّن بقوله: "أقرضْ هذا" إنّ القابض هو المستقرض والآمر كفيل، لأنّه قد بيّن أنّه قرض على القابض، وقبضه هو على ذلك، وليس يحتاج أن يتكلّم القابض بالقرض بعد أن يقبضه على الوجه الذي ذكره الآمر، وهو حاضر يسمع كلامَه كما أنّ الدافع لو قال له: "خذْ هذا المال قرضًا" فقبضه كان قرضًا، وكذلك لو قال: "أقرضْني ألف درهم" فدفع إليه ألفًا كان ذلك قرضًا، ولا يحتاج أن يتكلّم بالقرض بعد أن يكون الدفع واقعًا في حال الاستقراض.

قال محمد: لا يشبه قوله: "أعطِ فلانًا ألف درهم على أنّي ضامنٌ لها" قوله: "أقرضْه على أنّي ضامن". ألا ترى أنّ رجلاً لو قال تخليط له: "ادفعْ إلى فلان ألف درهم" أو "أعطِ فلانًا ألف درهم" ففعل كان ضمانها على الآمر، ولم يكن على القابض ضمان، وكان القابض كيلًا [372أ] للآمر في القبض، فكذلك إذا سمّى الضمان مع الآمر فالضمان عليه دون القابض، ولو قال: "أقرضْ فلانًا ألف درهم" فأقرضه لم يضمن الآمر شيئًا وإن كان خليطًا له، لأنّه لم يضمن شيئًا، فلذلك اختلفا في الضمان.

قال أبو بكر: جعل شرطه الضمان على نفسه مع الآمر بالدفع استقراضًا منه كما جعل جريان العادة بأخذه من الخليط استقراضًا، فلذلك كان الأمر فيه على ما وصفتُ، والعادة في مثل ذلك اللفظ به. ألا ترى أنّ ما يتعارف التجار إلحاقه

[3100] مبطوع.

برأس المال ممّا ينفقون عليه جاز له أن يبيعه مرابحةً عليه ويلحقه به، فيقول: "قام عليّ بكذا" فصارت العادة في ذلك كاللفظ به، ويجوز للمرأة أن تتصدّق[3101] من بيت[3102] زوجها بالكسرة ونحوها، وتعير من متاع البيت لما قد جرت عادة الناس في إباحته وترك الامتناع من إجازته، وكذلك العبد المأذون أو المكاتب يدعو[3103] إلى طعامه أو يهدي الطعام إلى غيره فيجوز لجريان العادة به واستجازة الناس إيّاه، وكذلك لو قال لحمّال: "احملْ هذا المتاع إلى موضع كذا" أو قال لخيّاط: "خِطْ لي هذا الثوب" كان ذلك إجازةً لجريان العادة بذلك، فصارت العادة أصلًا في مثل ذلك، كذلك جريان العادة بأنّ ما يأمر من خليطه بدفعه إلى غيره على وجه الاستقراض كقوله: "أقرضْني"، وأمّا قوله: "اقرضْ فلانًا ألف درهم" فإنّ ذلك مشُورة منه عليه بإقراضه، [372ب] فلا يلزمه الضمان إلّا أن يذكره.

قال محمد: ولو قال لرجل: "أعطِ فلانًا ألف درهم على أنّي ضامنٌ لك هذه الدراهم عنه"، والمدفوع إليه حاضر يسمع الكلام فدفع إليه المأمور ألف درهم كانت قرضًا على القابض، وكان الآمر ضامنًا عنه، وكذلك لو قال: "ادفعْ إليه ألف درهم على أنّي ضامنٌ لها عنه".

قال أبو بكر: لا فرق بين قوله: "أقرضْه ألف درهم على أنّي ضامن" فبين قوله: "أعطِه ألف درهم على أنّي ضامن عنه"، لأنّ الضمان عنه لا يصحّ إلّا واصل الشيء عليه حتى صار الآمر ضامنًا عنه، وإذا كان كذلك قام قوله: "على أنّي ضامن عنه" مقام قوله: "أقرضْه على أنّي ضامن".

قال محمد: ولو أنّ القابض هو الذي خاطب الدافع ولم يخاطبه الآمر فقال القابض للدافع: "أعطني ألف درهم على أنّ فلانًا ضامن لها إذا دفع إليّ ألف درهم على أنّ فلانًا ضامن لها"، فقال: "نعم"، وهو يسمع الكلام، فدفع إليه ألف درهم، فإنّها قرض على القابض والآخر ضامن.

قال أو بكر: وذلك لأنّ خطاب القابض بدفع المال إليه بمنزلة استقراضه إيّاه، ولا فرق بين قوله: "ادفعْ إليّ ألف درهم" وإذا كان كذلك فللآخر إنّما شرط عليه الضمان من جهة الكفالة، وليس كذلك إذا كان الآمر غير القابض، لأنّ الآمر يلزمه الضمان إذا شرطه ويجعله قرضًا، ويكون القابض وكيلًا في قبضه.

قال محمد: ولو خاطب الآمر الدافع فقال: "أعطِ فلانًا ألف درهم [373أ] على أنّي ضامن لها" إذا كانت المخاطبة منهما جميعًا على ما وصفنا فالضمان على القابض، والآمر ضامنٌ عن القابض، وإذا لم يخاطب القابض المأمور فإنّما القابض وكيلٌ للآمر، فلا ضمان عليه.

[3101] ان يتصدّق.

[3102] قطرت

[3103] يدعوا.

قال أبو بكر: إذا كانت المخاطبة منهما فهو قرض على القابض من قِبل أنّ خطابه إيّاه بالدفع بمنزلة قوله: "أقرضْني" على ما بيّنا، فلا فرق بين أن يخاطبه معه الكفيل أو لا يخاطبه.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا قال لرجل: "هبْ لفلان ألف درهم على أنّي ضامن لها" فوهب له ألف درهم، وقبضها منه الموهوب له، فالهبة جائزة، والآمر ضامن للدراهم للدافع، وللآمر أن يرجع في الهبة وليس للدافع ذلك، وكذلك قوله: "تصدّقْ على عشرة مساكين على كلّ واحد نصف صاعٍ على أنّي ضامنٌ" لو كانت هذه صدقة عن الآمر وهو ضامن لها للدافع.

قال أبو بكر: الهبة لا توجب ضمانًا للواهب على أحدٍ، ولا يصحّ الكفالة بها للواهب، فلمّا شرط في مسألتنا ضمان الهبة على الآمر علمنا أنّ الهبة واقعة من جهته للموهوب، وإنّه مستقرض من الدافع، لأنّا متى وجدنا لكلام المكلَّف وجهًا صحيحًا حملناه عليه، ولو نُبطله نحمله على الفساد فصار كأنّه قال: "هبْ لفلان عنّي ألف درهم يكون قرضًا عليّ لك".

فإن قال قائل: كيف يجوز أن يحصل بقبض واحد ملك للآمر وللموهوب له في حالة واحدة؟

قيل له: هو في المعنى كأنّه وكيل للآمر في قبض القرض، [373ب] ثم قابض لنفسه، وإن لم يتأخّر ملكه عن حال القبض وقد يجوز أن يحصل للآمر حكم الملك ويحصل للموهوب له الملك في حالٍ واحدة. ألا ترى أنّ رجلًا لو تزوّج امرأةً على جارية غيره فأجازه المالك أنّ المرأة تَملِكُها بنفس الإجازة، وفي تلك الحال يحصل للزوج حكم الملك في التأويل لما لزمه ضمان القيمة، وكذلك لو أنّ رجلًا قال لرجلٍ: "أعتقْ عبدك عنّي على ألف درهم" ففعل حصل له حكم الملك في حال وقوع العتاق مع استحالة وقوع الملك والعتق في حالة واحدة إلّا أنّه لما كان ذلك من طريق الحكم لا من جهة الحقيقة لم يمتنع كونه.

قال محمد: ولو كان الموهوب له هو الذي خاطب المأمور فقال: "هبْ إليّ ألف درهم على أنّ فلانًا لها ضامنٌ"، فقال فلان: "نعم"، فوهب له وقبض الموهوب له الهبة فالهبة جائزة، ويرجع بها المأمور على الآمر، ومخاطبة الموهوب له والآمر في هذا الوجه سواء، والهبة هبةٌ من الضامن، ويرجع فيها إن أحب[3104] وليس للدافع أن يرجع، وكذلك الصدقة.

قال أبو بكر: ليس للهبة مع شرط الضمان وجه صحيح إلّا أن يكون الضامن مستقرضًا وواهبًا، لأنّها إن كانت هبة من جهة الدافع لم يصح ضمانها، وفي وجوب حمل الضمان على صحّة ما يوجب ما ذكرنا.

3104 إن أحب

قال محمد: ولو قال رجل لرجلٍ: "هبْ لفلان ألف درهم" ففعل كان الهبة جائزة عن الآمر، وليس للدافع عليه ضمان وليس للدافع أن يرجع في الهبة، [374أ] والرجوع في الهبة إلى الآمر، فإن رجع فيها سلمت له ولم يكن عليه فيها ضمان.

قال أبو بكر: قوله: "هبْ لفلان عنّي ألف درهم" بمنزلة قوله: "هبْ لي ألف درهمٍ وادفعْها إلى فلان على أن يكون هبةً منّي له"، فيجوز ذلك، ويكون الموهوب له وكيلًا في قبضها للآمر وقابضًا لنفسه أيضًا على وجه الهبة، وقد يجوز أن يحصل بقبض واحد حكم الهبة من الدافع للآمر ومن الآمر للموهوب له على ما بيّناه في نظائره من مسائل الباب، فكان للآمر أن يرجع في الهبة ولم يكن ذلك للدافع، لأنّ القابض ملّكه بالهبة من جهة الآمر دون الدافع.

قال محمد: ولو قال: "اقضِ فلانًا عنّي ألف درهم" أو "أعطِه ألف درهم" فأعطاه رجع على الآمر بأمره إيّاه وإن لم يكن ضمن.

قال أبو بكر: هذا كقوله: "ملّكني ماله عليّ بما يعطيه"، فيجب به الرجوع عليه، لأنّه تمليك ببدل، وليس هذا كقوله: "هبْ لفلان ألف درهم"، ولم يضمنها من قِبل أنّه لم يشرط تمليكه شيئًا، فيكون الألف بدلًا عنه على ما أمر في الأمر بالقضاء، فكذلك كان الأمر فيه على ما ذكرنا.

باب ما يكون المولى فيه خصمًا عن عبده وما لا يكون

قال محمد: وإذا ادّعى رجل على رجلٍ أنّه قطع يد عبده فلان وله عليه نصف قيمته خمسمائة [374ب] وكانت أمةً، فقال: "زوّجتكها على مائة درهم، فلي عليك مهرها"، والجارية غائبة حيّة، فيصادقوا على ذلك كلّه، وقال الزوج: "لا أعطيك المهر ولا أرش اليد، لأنّي أتخوف أن يحضر الجارية والعبد، فينكران الرقّ، ويضمناني ما يأخذ منّي"، فإنّ القاضي لا يلتفت إلى قوله هذا، ويقضي بدفع الأرش والمهر إلى المولى، وكذلك لو كان المهر عرضًا من العروض.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الأرش والمهر لا يستحقّهما غير المولى، وإذا كان كذلك وقد اعترف بالأرش والمهر له خاصّة دون العبد ويؤمَر بدفعه إليه.

فإن قال قائل: فلم صدّقته على أنّ الغائب عبده؟

قيل له: لم نصدّقه[3105] على رقّ الغائب، وإنّما ألزمناه حكم الاعتراف في نفسه خاصّة لا في حقّ غيره فهو لم يعترف لغيره قطّ بهذا الحقّ. ألا ترى أنّ المهر والأرش لا يثبتان للجارية والعبد بوجهٍ من الوجوه، فلذلك أمر بتسليمه إلى المولى، وأيضًا فإنّ العبد والأمة لا يثبت لهما خصومة في الأرش والمهر بوجهٍ من الوجوه، بل الخصم في ذلك هو

[3105] لم يصدّقه.

المولى، وإذا اعترف له بالمال وأنّه لخصم فيه دون غيره من الناس لم يجز أن نفقه لحضور العبد، إذ لم يكن العبد خصمًا فيما أقرّ به.

قال محمد: ولو كان للعبد الغائب وديعة ألف درهم عند هذا الرجل فصدّقه المولى، وأراد المولى أخذ المال من المقرّ، فإنّ القاضي لا يجيز الذي قبله المال على دفع المال إلى المولى دينًا، [375أ] وذلك لأنّ هؤلاء إذا اعترفوا به للمقرّ له، فلو لم يدع المقرّ له البيع من الغاصب لأخذه فلمّا أقرّ بذلك استهلكه.

قال محمد: ولو جحدها وألّا يكون[3106] للمقرّ له وقالوا: هو للذي باع أو أعتق أو دبّر أو كاتب، فجميع ما صنع الغاصب من ذلك جائز، وهو ضامن لقيمة العبد للمغصوب من بعدما يحلف الغاصب والمغصوب منه كلّ واحدٍ منهما على دعوى صاحبه، وكان المعتق مولًا للغاصب، ولا يوقف ولاؤه والمكاتب مكاتبًا له يؤدّي إليه المكاتبة ويعتق، وكان الثمن الذي على المشتري الآخر له، وله أن يرجع في الهبة.

قال أبو بكر: قد حصل العبد ههنا مستهلكًا بفعل الغاصب، ولم يكن له أخذه لو لم يدّع[3107] البيع، وإذا كان كذلك حصل عليه ضمان القيمة بما يضمنه اعترافه من أنّه تصرّف في عبدٍ غيره تصرّفًا منعه من أخذه، ولم يصدّق على ما ادّعى من الإذن، فلذلك ضمن القيمة، وإنّما تحالفا، لأنّ[3108] نكول المقرّ له يبرئه من ضمان القيمة، ونكول الغاصب يلزمه الثمن الذي يدّعيه المغصوب، وإنّما صحّت الهبة وسائر هذه العقود من جهة الغاصب، لأنّا قد ملكناه العبد بضمان القيمة، فكان له من أجل ذلك الرجوع في الهبة وصحّت الكتابة والأداء فيها من جهته، وكذلك الولاء يثبت منه، لأنّه في الظاهر كان مالكًا جائز التصرّف فثبتت هذه الحقوق من جهته، وعليه فلم يصدّق على إسقاطها عن نفسه بقوله لما في ذلك إسقاط[3109] حقّ العبد.

باب من وديعة المحجور والصبيّ والصيد المحجور عليه ممّا يلحقه إذا مات أو لا يلحقه

[375ب] **قال محمد**: وإذا كان الصبيّ ابن اثنتي عشرة سنة يعقل الشراء والبيع ويقبض الودائع وهو محجور عليه فأودعه رجل ألف درهم فقبضها منه، ثم أدرك الصبيّ، ثم مات بعد الإدراك وله مال كثير، ولا يُدرى ما حال الوديعة أهلكتْ أو لم تهلك، فلا ضمان على الصبيّ في شيء من الوديعة حتى يشهد الشهود أنّه أدرك وهو في يديه، فإن شهدوا أنّه أدرك وهو في يديه، ثم يُدرى ما صنعت بعد فهي دين في ماله.

قال أبو بكر: الصبيّ المحجور عليه ليست له يد صحيحة، ولا يلحق بها ضمان إذا أودع، ثم لا يدرى ما حال الوديعة بعد الموت. ألا ترى أنّه لو مات قبل البلوغ ولم يعرف حال الوديعة أنّها لا يصير[3110] دينًا في ماله، كذلك إذا أدرك ثم

[3106] ولا ان يكون.
[3107] يدّعى.
[3108] لا.
[3109] إسقاق.
[3110] انها لا يصير.

مات ولم يعلم بقاؤها في يده إلى وقت الإدراك لم يلحقه ضمانها بالموت، فإذا شهدوا أنّه أدرك وهي في يديه فقد ثبتت يده عليه بعد الإدراك، فصار بمنزلة من أودع في هذه الحال فيصير دينًا عليه في ماله بعد الموت إذا لم يعرف بعينها. وقد بيّنا وجه ذلك فيما سلف من هذا الكتاب، والمعتوه المحجور عليه الذي يفعل[3111] الشراء والبيع، ويقبض الودائع بمنزلة الصبيّ في جميع ذلك.

فإن قال قائل: فقد علم بدءًا ثبوت يد عليه، فالواجب أن يحكم ببقاء[3112] تلك اليد إلى وقت الموت، فإذا مات فقد ورثناها الورثة وحكمنا بها ملكًا للصبيّ، فينبغي ضمانها، لأنّ العلّة الموجبة لضمان الوديعة الكثير بعد الموت إذا لم تعرف بعينها هي هذا المعنى بعينه[3113].

قيل له: إنّما يصحّ هذا الاعتبار إذا ثبت ليده حكم، فأمّا إذا لم يكن ليده حكم فهي بمنزلة ما ليس في يده، ومعلوم أنّ الصبيّ ليست له [376أ] يد صحيحة على الوديعة، وقد جعل[3114] محمد بمنزلة رجل وضع مالًا في منزل رجل بغير أمره، ثم مات صاحب المنزل، ولا يُعرف المال بعينه فلا يصير ذلك دينًا في ماله.

قال محمد: ولو كان الصبيّ والمعتوه مأذونًا لهما في التجارة والمسألة بحالها، ثم ماتا قبل الإفاقة والكبر ولم يعرف الوديعة فهنّ دين في أموالهما.

قال أبو بكر: لأنّ أيديهما في هذه الحال صحيحة بمنزلة يد الحرّ[3115] البالغ العاقل، لأنّ الإذن في التجارة هو إذن في قبض الوديعة كما هو إذن في الإبداع.

مسألة

قال محمد: وإذا دفع الرجل إلى العبد الكبير المحجور عليه ألف درهم وديعة، ثم أعتق العبد بعد ذلك، ثم مات وترك مالًا ولا يُدرى ما حال الوديعة، فإنّه ضامن للوديعة وهي دين في ماله.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ يد العبد الكبير المحجور عليه صحيحة في حقّ نفسه يجوز أن يلحقه بها ضمان بعد العتق. ألا ترى أنّه لو استهلكها ضمنها بعد العتق، ولو استهلك الصبيّ الوديعة والمعتوه في حال الصغر والعته لم يلحقها ضمانها أبدًا في قول أبي حنيفة ومحمد.

3111 يفعل الـ
3112 بقاء
3113 بعيبه (بعينه)
3114 وقد جعلت.
3115 الحقّ.

قال محمد: ولو مات وهو عبد قد ترك مالًا كثيرًا وهو محجور عليه كان جميع ما ترك لمولاه، ولا يكون عليه من الوديعة شيء إلّا أن يعرف بعينها فتردّ إلى صاحبها.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ هذه اليد ليست بصحيحة في حقّ المولى، ولا يجوز أن يلحقه بها ضمان، فصار في هذا الوجه كيد الصبيّ على ما بيّنا.

قال محمد: ولو كان مولاه أذن له في التجارة بعده [376ب] استودع الوديعة، ثم مات ولا يُدرى ما حال الوديعة فلا ضمان عليه في الوديعة.

قال أبو بكر: إذن المولى له في التجارة كبلوغ الصبيّ، فلا يلحقه بالموت ضمان الوديعة حتى يعلم أنّها كانت في يده بعد الإذن، فإذا علم ذلك كانت دينًا في ماله كما إذا علم بقاء الوديعة في يد الصبيّ بعد البلوغ.

قال محمد: ولو كان العبد صغيرًا محجورًا عليه إلّا أنّه يعقل الشراء والبيع أو كان صبيًّا حرًّا يعقل الشراء والبيع أو كان معتوهًا [لا] يعقل ذلك، وكلّ هؤلاء محجور عليه، فدفع رجل إلى إنسان منهم ألف درهم وديعة ثم أذن لهم في التجارة ثم ماتوا وفي أيديهم مالٌ فلا ضمان عليهم في شيء من الوديعة.

قال أبو بكر: وذلك لما وصفنا من أنّ تلك اليد لم يكن يدًا صحيحة، ولم يتعلّق بها حكم في إيجاب ضمان الوديعة بالموت، فإذا لم يعلم ثبوت يده عليها بعد الإذن لم يلحقه ضمانها.

قال محمد: فإن شهد شاهدان أنّ الوديعة كانت في يد إنسان منهم بعد الإذن ثم مات ولا يُدرى ما حالها، فإنّه في ماله الذي ترك دينًا يؤخذ منه، لأنّها إذا كانت في يده بعد الإذن فكأنّه أودعها إيّاه حينئذ، وهذا قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد.

باب الوديعة التي يقرّ صاحبها بقبض بعضها أو يقرّ بذلك المشتري ثم يموت

قال محمد: وإذا استودع الرجل الرجل ألف درهم فقال المستودع [377أ] لصاحب المال: "قد قبضت بعض وديعتك"، ثم مات المستودع، فقال صاحب المال: "لم أقبضْ شيئًا"، وقال ورثة المستودع: "قد قبضت تسعمائة وبقيت مائة"، فإنّ الورثة لا يصدّقون على هذا، ويقال لصاحب المال: "لا بدّ من أن يقرّ بشيء من الوديعة"، ويحلف على ما بقي ما قبضت منه ما قال الورثة، فإن الورثة وتأخذه[3116].

[3116] + لا يصدّقون على هذا ويقال لصاحب المال لا بدّ من أن يقرّ بشيء من الوديعة ويحلف على ما بقي ما قبضت منه ما قال الورثة فإن الورثة وتأخذه، صحّ هامش.
+ فإن الورثة وتأخذه.

قال أبو بكر: إذا مات المستودع ولم يعرف الوديعة بعينها[3117] صارت دينًا وصار الموت قبل البيان سببًا لإيجاب الضمان، وإذا كان كذلك فقد وجد سبب ضمان الجميع، وقد علم برائته من بعضها بقوله: "قد رددتُ بعضها"، فصار كرجل له على رجل ألف درهمٍ، فقال ربّ المال: "قد قبضت بعضها" فقد علم وقوع البراءة من بعض الدين، ويكون القول قول ربّ المال في مقدار ما وقعت البراءة منه.

قال محمد: وكذلك لو قال صاحب المال في حياة المستودع: "فقد قبضت بعض وديعتي"، ثم مات المستودع، فقال: "قبضتُ مائةً"، وقالت الورثة: "قبضت تسعمائة" فالقول قول صاحب المال مع يمينه، ويأخذ ما بقي من مال الميّت، وكذلك لو اتّفقا على أنّه قبض بعضها كان القول قول الدافع فيما قبض.

قال أبو بكر: المعنى في هذا كلّه ما وصفنا من أنّ السبب الذي حصل به الضمان موجود، وقد علم وقوع البراءة من بعض المضمون، فالقول قول الطالب فيما وقعت البراءة منه.

باب ما يجوز لليتيم أن يفعله إذا أُذن له في التجارة وللولد الصغير

قال محمد: ويجوز للوصيّ أن يأذن لليتيم الذي يعقل الشراء والبيع في التجارة، [377ب] ويجوز شراؤه وبيعه لشيء ممّا ترك أبوه، وإن لم يأذن له وصيّة في ذلك.

قال أبو بكر: الأصل في ذلك: قول الله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾[3118]، والابتلاء والله أعلم إنّما هو استبراء حاله واختباره في المعرفة بالتصرّف في ماله، وذلك لا يكون إلّا بالتمكين من البيع والشراء، وذلك يقتضي جواز الإذن له في التجارة، ويدلّ عليه أيضًا قوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ[3119] عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ﴾[3120]، فإذن في مخالطتهم إذنًا عامًّا، وقد يكون المخالطة من جهة البيع والشراء، فاقتضى عموم الآية جواز تصرّفهم في عقود البياعات والشركة ونحوها، واتّفقت الأمّة على امتناع جواز عقوده قبل الإذن واختلفوا فيه بعد الإذن، فقضى عموم الآية بجوازه، وصار ما أجمعوا عليه من ذلك مخصوصًا منها، وإذا صحّ إذنه في التجارة لم يختلف في جواز بيعه حكم ما تركه أبوه وما استفاده بتصرّفه، إذ كلّ ذلك من التجارة وإذا كان أذن الوصيّ له إنّما هو إطلاق من حجر، والإطلاق من الحجر لا يختصّ ببعض التجارات دون بعضٍ.

قال محمد: وكذلك لو أقرّ بشيء منها تركه أبوه جاز إقراره به له.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الإذن إطلاق من الحجر، فيجوز إقراره في ماله كما يجوز إقرار العبد المأذون له.

[3117] يعينها.
[3118] النساء، 6/4.
[3119] يسألونك.
[3120] البقرة، 220/2.

فإن قال قائل: فهو إنّما ملك التصرّف من جهة الوصيّ، ولا يجوز إقرار الوصيّ بشيء من مال الصبيّ لغيره، فهلّا كان [378أ] إقراره كذلك.

قيل له: لم يملك الصبيّ التصرّف من جهة الوصيّ إلّا على الوجه الذي ذكرنا وهو إطلاقه من الحجر. ألا ترى أنّه لو نهاه عن شراء شيء بعينه لم يعمل نهيه، لأنّ الإذن قائم. أو لا ترى أنّ العبد المأذون له في التجارة إذا كان عليه دين لم يجز إقرار المولى عليه بدينٍ آخر لغير الغرماء المعروفين في حقّ الغرماء، ولم يمنع ذلك جواز إقرار العبد بدين أقرّ به لغيرهم، فكذلك امتناع جواز إقرار الوصيّ عليه غير مانع جواز إقراره وإن كان إنّما يتصرّف بإذنه، والمعنى الذي فرّق بينهما، هو: أنّ إقرار الوصيّ إنّما وقع على غيره، وإقرار الصبيّ واقع على نفسه، وهو يملك إيجاب ذلك بتصرّفه، فلذلك جاز إقراره.

قال محمد: ولو اشترى شيئًا فباعه من الوصيّ أو أقرّ للوصيّ بشيء لم يجز ذلك، وكذلك لو اشترى أحد اليتيمين من صاحبه في قول محمد، وفي قول أبي حنيفة يجوز بيع الوصيّ وشراؤه من اليتيم إذا كان خيرًا لليتيم، ولا يجوز شراء أحد اليتيمين من الآخر في قولهم.

قال أبو بكر: لما لم يجز للوصيّ أن يشتري من نفسه مال اليتيم في قول محمد، كذلك لم يجز أن يشتريه من اليتيم إذا كان تصرّفه جائزًا بإذنه، ولا يجوز أن يصحّح لنفسه بإذنه، وقوله كما لا يجوز عقده لو عقده لنفسه. وأمّا قول أبي حنيفة: فلمّا كان للوصيّ أن يشتري من مال اليتيم إذا كان خيرًا لليتيم أجاز له شرائه منه، وإنّما أجاز أبو حنيفة ذلك إذا كان خيرًا لليتيم [378ب] لقول الله عز وجل: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾[3121]، فأجاز التصرّف فيه بما هو أحسن، وذلك لا يكون إلّا أن يكون خيرًا لليتيم، وإنّما لم يجز أن يشتري الوصيّ لأحد اليتيمين من الآخر من قِبل أنّه لا يجوز أن يكون خيرًا لهما، وهو لا يجيز شراء الوصيّ من نفسه إلّا على شريطة أن يكون خيرًا لليتيم، وذلك مستحيل في اليتيمين من الآخر من قِبل أنّه لا يجوز أن يكون خيرًا لهما، لأنّ ما اعتبره من ذلك إنّما هو في زيادة القيمة، وهو أن يشتري ماله من الثمن بأكثر من قيمته. فأمّا بمثل قيمته فلا، وقد بيّن محمد ذلك من مذهب أبي حنيفة في غير موضع.

قال محمد: وإذا أذن الرجل لابنه الصغير في التجارة ثم اشترى منه شيئًا بما يتغابن الناس فيه فهو جائز.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الأب نفسه يجوز له أن يشتري مال الصبيّ لنفسه.

قال محمد: فإن أقرّ لأبيه بدينٍ لا يَعلم أصله إلّا بقوله فإقراره باطل، وكذلك لو أقرّ أنّ أباه اشترى منه هذا العبد بألف درهم ونقده الثمن، ولا يعلم ذلك إلا بقوله، فصدّقه أبوه بذلك، فإقراره بالشراء جائز، ولا يجوز إقراره بقبض الثمن.

[3121] الأنعام، 152/6.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ أباه ولو أقرّ عليه بدين لنفسه لم يجز إقراره، فكذلك الصبيّ إذا ملك الإقرار من جهته وبإذنه، فكأنّ الأب حينئذ إنّما يوصل إلى إثبات إقرار الصبيّ له وإثبات المال عليه بقوله، ولا يجوز ذلك وإقرار الصبيّ جائز بالبيع كما يجوز إقرار الأب، ولا يجوز إقراره بقبض الثمن من الأب كما لا يجوز [379أ] إقرار الأب بإيفاء الصبيّ وبرائته منه.

قال محمد: ولو قبض الغلام الثمن بمحضر من الشهود جاز قبضه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لا يصحّ قبضه لدين له على أبيه، وإنّما لم يصدّقه في إقراره، فأمّا بمعاينة الشهود فجائز، كمن نصّ له دين على وارثه فأقرّ بقبضه لم يجز إقراره، وإن قبضه معاينة الشهود صحّ قبضه وكالمريض الذي عليه دين في الصحّة، فأدّى[3122] في المرض مالًا وأقرّ بقبضه لم يجز إقراره، ولو قبضه بمعاينةٍ من الشهود جاز قبضه.

قال محمد: ويجوز إقراره بقبض دينه من الأجنبيّ، وليس ذلك كإقراره بقبضه من أبيه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الأب لو أقرّ بقبضه من الأجنبيّ جاز إقراره وبرئ الأجنبيّ كذلك يجوز إقرار الابن بذلك.

قال محمد: ولو كان للرجل ابنان صغيران فأذن لهما في التجارة، فإنّه يجوز بيع أحدهما من صاحبه، ويجوز إقراره له بدينٍ وإقراره بقبض ما عليه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ تصرّف الأب جائز على كلّ واحد منهما في هذه الوجوه كلّها، فكذلك يجوز تصرّف الصغيرين فيها.

قال محمد: وإن بايع ابنه المأذون له عبده المأذون جائز بيعه، ويجوز إقرار العبد بقبض الثمن من الصبيّ، ولا يجوز إقرار الصغير بقبض الثمن من العبد.

قال أبو بكر: مبايعة عبده إيّاه كمبايعته وإقراره للعبد كإقراره له على الوجه الذي بيّنا، لأنّ ما ثبت[3123] لعبده فهو له، وإذا أذن الوصيّ للصغير فباع الصبيّ من عند الوصيّ المأذون لم يجز بيعُه. [379ب]

قال أبو بكر: بيعه من العبد كبيعه من الوصيّ. قال: ويجوز إقرار العبد للصبيّ بدينٍ، ولا يجوز إقرار الصبيّ للعبد.

قال أبو بكر: كما يجوز إقرار الوصيّ للصبيّ ولا يجوز إقرار الصبيّ له وعبد[3124] الوصيّ كهو نفسه في ذلك، وكذلك الوصيّ كهو فيما يجوز من ذلك أو لا يجوز.

3122 بإذان

3123 ما ثبتت.

3124 وَعبدا

باب من القضاء الذي يكون من الوارث إكذابًا للشهود

قال محمد: وإذا مات الرجل وادّعى وارثه دارًا في يديّ رجل أنّها داره اشتراها من أبيه في حياته وصحّته بألف درهم، ونقده الثمن وقبضها من أبيه أو لم يذكر قبضًا، والذي الدار في يديه يزعم أنّها داره، فجاء الورثة ببيّنةٍ على ما ادّعى، فلم يزكوا أو لم يكن له بيّنة فاستحلف المدّعى عليه فحلف، ثم إنّ الوارث أقام البيّنة أنّها دارُ أبيه مات وتركها ميراثًا له، لا يعلمون له وارثًا غيره، فإنّ القاضي يقضي بالدار للوارث بالميراث.

قال أبو بكر: احتجّ أبو الحسن رحمه الله في ذلك بأنّ دعواه الشراء لا ينفي الميراث، ولا يبطله من قِبل أنّه قد ثبت الشراء، ثم ينفسخ، فيعود ميراثًا، وإذا كان ذلك جائزًا ثم حلف الذي الدار في يديه صار ذلك كالاستحقاق، والبيع ينفسخ بالاستحقاق، فبطل البيع فقبلت دعواه للميراث وسمعت بيّنته عليه، إذ كان دعواه يتضمّن أنّه متى ما لم يثبت الشراء فالواجب أن يستحقّها بالميراث، فلذلك لم يكن هذا إكذابًا للبيّنة على الميراث.

فإن قال قائل: [380أ] فهو حين ادّعى الشراء فقد اعترف أنّه لم يتركها ميراثًا، فهلّا كان ذلك إكذابًا لبيّنة الميراث.

قيل له: أنّه وإن كان قد اعترف وبذلك حين ادّعى الشراء فأنّه قد يجوز أن يثبت الشراء، ولا يكون ميراثًا عن الميّت في حال موته، ثم ينفسخ البيع فيعود ميراثًا. ألا ترى أنّه لو باع عبدًا ثم مات فرُدّ بعيبٍ عاد ميراثًا، فدلّ ذلك على أنّه ليس في ادّعائه البيع نفيًا للميراث، إذ قد يجوز أن يجامع صحّة الشراء حصول الميراث بعد.

قال محمد: ولو كان أقام الشهود قبل ادّعاء الشراء أنّ أباه مات وتركها ميراثًا، فشهد له الشهود بذلك فلم يزكّوا، فأقام البيّنة أنّه اشتراها من أبيه في حياته وصحّته بألف درهم، وأبوه يومئذ يملكها أو لم يقم البيّنة كانت دعواه للميراث إكذابًا لشهادة شهوده. قال: وجه إكذابه لبيّنة الشراء بدعواه الميراث بدءًا ظاهر لاستحالة ثبوت الشراء منه بعد ثبوته ميراثًا من جهته.

مسألة

قال محمد: وإذا كانت الدار في يديّ رجل فادّعى رجل آخر أنّ أباه مات وتركها ميراثًا، وأقام على ذلك بيّنةً، وأقام الذي الدار في يديه البيّنة أنّ أباه أقرّ في حياته أنّ الدار ليست له، فإنّ هذا يبطل شهادة شهود الوارث، وكذلك لو لم يشهدوا على إقرار الأب بذلك، ولكنّهم شهدوا أنّ الوارث أقرّ بعد موت أبيه أو قبل أنّها لم يكن لأبيه كان هذا يبطل شهادة شهود الوارث.

قال أبو بكر: الوارث إنّما هو [380ب] خصم عن الميّت بمنزلة وكيله في إثبات الملك له، فإذا أقام الذي في يديه البيّنة على إقرار المشهود له بأنّ الشيء ليس له صار ذلك كإقراره عند القاضي بذلك فيبطل بيّنته.

مسألة

قال محمد: وإذا كانت الدار في يديّ رجل فادّعى رجل أنّ أباه توفّى وتركها ميراثًا، وأقام البيّنة أنّ أباه[3125] توفّـى والدار في يديه، فإنّي أقضي بها للوارث.

قال أبو بكر: الشهادة له على هذا الوجه شهادة له بالملك، وقد بيّنا ذلك في أبواب الدعوى من هذا الكتاب.

قال محمد: ولو لم يكن الوارث ادّعى إنّها ميراث، ولكنّه قال: "هذه الدار كانت في يديّ أبي وديعة لرجل"، فسأله القاضي البيّنة، فشهدت شهوده أنّ أباه مات وهي في يديه، فإنّ الوارث لا يستحقّ بهذا شيئًا ولا يؤخذ الدار من يديّ الذي هو في يديه، وكذلك لو كان وصيّ الميّت هو أقام البيّنة على هذا لم يستحق بهذا شيئًا إذا أقرّ الوارث إنّ الدار لم يكن لأبيه.

قال أبو بكر: ادّعى الوارث بدءًا وديعة في يد الأب، وشهدت له الشهود بما يوجب له الملك، فإنّما شهدوا له بغير ما ادّعى ولا يجوز قبول شهادة لا مدّعٍ[3126] لها، وأيضًا فإنّ حقيقة هذه الشهادة لو قبلت إثبات يد كانت ولو أنّهم شهدوا أنّها كانت في يديه لم يقبل هذه البيّنة، فكذلك إذا أراد إثبات يدٍ من غير ملك لم يقبل البيّنة عليه.

قال محمد: ولو أقرّ الوارث أنّ الدار لم يكن لأبيه، ثم أقام البيّنة أنّ الدار كانت [381أ] لأبيه مات وهي في يديه، فأخذها هذا الذي في يديه بعد موته أو أخذها من الأب في حياته، فإنّ القاضي يجعل الوارث بمنزلة الوصيّ فيها لأبيه إن كان موضعًا لذلك، ويأخذ الدار من الذي في يديه فيدفعها إلى الوارث حتى يقدّم صاحبها فيدفعها إليه، وإن كان الوارث ليس بمأمور عليها وضعها القاضي على يديّ عدل حتى يحضر الذي أقرّ له الوارث بها فيدفعها إليه.

قال أبو بكر: لما كان الوارث خصمًا عن الميّت في إثبات اليد أو الملك له صار كان الميّت نفسه أقام البيّنة أنّ الذي في يديه أخذها منه، فيقبل هذه البيّنة، وإذا ثبتت اليد للميّت والملك لغيره وضعها القاضي على يد من يؤمن عليها حتى يجيء صاحبها.

قال محمد: فإن كان الوارث لم يقر بها لإنسان معروف فقال الوارث بعد ذلك: "قد كذبت في قولي أنّها ليست لأبي مات أبي وتركها ميراثًا"، فإنّ القاضي يتلوّم في ذلك وينظر ولا يعجل، فإن حضر أحد يطلبها وإلّا دفعها إلى الوارث.

قال أبو بكر: قال أبو الحسن رحمه الله: هذا الإقرار لم يثبت حكمه، لأنّه ليس ههنا من يستحقّ بهذا الإقرار شيئًا، فلمّا سقط حكم إقراره ويثبت اليد للميّت صار بمنزلة من لم يزل كان مدّعيًا لها، فأخذها هذا الرجل الذي هي في يديه بعد موته أو قالوا: "أخذها من الميّت قبل موته"، وأقام الذي في يديه الدار البيّنة أنّ هذا الوارث أو أباه أقرّ أنّ الدار ليست له، فإنّ القاضي يقضي بالدار ويدفعها إلى الوارث، ولا يسمع من بيّنة الذي الدار في يديه على شيء من ذلك.

3125 انّ اباتوفّى

3126 مدّعى.

قال أبو بكر: [381ظ] قد أثبت على الذي في يديه أنّه أخذها منه أو من الميّت، وإقرار المدّعي أنّها ليست له لا ينفي ما قد ثبت في يده من أخذها من المدّعي أو من أبيه، فلذلك استحقّها، وليس ذلك مثل أن يشهد شهود المدّعي له بالملك من غير إثبات أخذ على الذي في يديه، ويقيم الذي في يديه البيّنة على إقرار المدّعي أنّها ليست له إكذاب لبيّنته[3127] أنّ الذي في يديه أخذها منه.

مسألة

قال محمد: وإذا كانت الدار في يديّ رجلٍ أنّها دار فلان الفلاني أودعها إيّاه ودفعها إليه، وشهدت له الشهود بذلك والذي الدار في يديه يجحد، فإنّ القاضي يقضي بالبيّنة ويردّ إلى المدّعي الوديعة.

قال أبو بكر: المودَع خصم في إثبات ملك الدافع لما يتوصّل به إلى إثبات يده بالوديعة، وهو لا يُمكنه أن يتوصّل إلى إثبات يده إلّا بإثبات الملك للغائب، فلذلك كان خصمًا في استحقاقه للغائب.

قال محمد: ولو شهدوا أنّ فلانًا أودعها إيّاه ولم يشهدوا أنّها له لم يقبل هذه البيّنة.

قال أبو بكر: وذلك لأنّهم شهدوا لفلانٍ ولنفسه بيدٍ قد كانت ولا يستحقّ اليد المشاهدة بيدٍ يريد إثباتها بالبيّنة من غير ملك.

قال محمد: ولو ادّعى المدّعي رقبتها فشهد شهوده أنّ فلانًا وهبها له وقبضها منه أو اشتراها منه وقبضها، ولم يشهدوا على البائع وعلى الواهب أنّهما كانا يملكانها، فهذا جائز في قول أبي حنيفة وقولنا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ عقد الهبة والبيع جهة ينتقل بها الأملاك، فإذا شهدوا بالتصرّف وهو التسليم مع جهة [382أ] الملك صار ذلك شهادة بالملك، إذ لا سبيل إلى إثبات الأملاك إلّا رجل، فادّعى رجل إنّها دار فلان بن فلان أودعها إيّاه، وإنّ أباه توفّى وهي في يديه، وأقام على ذلك البيّنة، والذي في يديه الدار يجحد ذلك، فإنّ القاضي يقضي بشهادة الشهود، وينظر فإن كان الميّت أوصى إلى أحدٍ دفع إليه الدار ولم يدفعها إلى الوارث، وإن لم يكن له وصيّ دفعها إلى الوارث إن كان موضعًا لذلك وإلّا وضعها على يديّ عدلٍ، وكذلك سائر العروض.

قال أبو بكر: إنّما كان الوارث خصمًا في إثبات اليد كانت للميّت في الوديعة من قِبل أنّه يحلفه في حقوقه، ويقوم مقامَه في الخصومة، وإذا كان كذلك ثبتت الوديعة من قِبل فلان، ولا يستحقّ الوارث قبضها إلّا أن يكون موضعًا لذلك من قِبل أنّ الوارث لم يكن مودعًا، وقد زالت يد الميّت، فيجعلها القاضي على يديّ الوصيّ، لأنّه قائمٌ مقام الميّت في حفظ ماله وما في يده، فلذلك كان أولى بإمساكه من الوارث.

مسألة

[3127] + انّها له ليس باكذاب لبيّنته.

قال محمد: وإذا مات الرجل وفي يديه ودائع لقوم شتّى، وترك مالًا وعليه دين يحيط بماله، وأوصى إلى رجلين، فعمد أحد الوصيّين فقبض المال والودائع من منزل الميّت بغير أمر صاحبه أو قبض ذلك كلّه بعض الورثة بغير أمر الوصيّين وبغير أمر بقيّة الورثة، فهلك ذلك في يديه فلا ضمان عليه. ألا ترى أنّ له أن يقضي الدين ويعطي أهل الودائع ودائعهم، فإذا كان له ذلك استحسنت ألّا أضمنه، كان أبو الحسن رحمه الله يقول: لكلّ واحدٍ من الوصيّين [382ب] والورثة حفظ مال الميّت لقضاء الدين، وإنّما كان لكلّ واحدٍ من هؤلاء قضى الدين، لأنّ الغريم لو قبض الدين من مال الميّت لكان ذلك قبضًا صحيحًا لدينه الذي له على الميّت، فكلّ من له ضرب من الولاية في مال الميّت فله قضاؤه.

قال محمد: ولو لم يكن على الميّت دين وقبض أحد الوصيّين تركته فضاعت في يده لم يضمن شيئًا، لأنّ له أن يعطي أهل الميّت متى أيّهم وإن لم يحضر صاحبه، فلذلك لا يضمن.

قال أبو بكر في قبضه حفظ لمال الميّت: ولكلّ واحد منهما حفظه على عياله.

قال محمد: ولو قبض أحد الورثة ضمن حصّة صاحبه من الميراث إلّا أن يكون ذلك في موضعٍ يخاف عليه الضيعة فأستحسن ألّا أضمنه ويقبض.

قال أبو الحسن: إذا لم يخف عليه الضيعة فهو بمنزلة مال بين قوم قبضه بعضهم بغير أمر الباقيين فيضمن نصيبهم، وليس ذلك مثل أن يكون عليه دين فلا يضمن للوارث، لأنّ له أن يقبضه لقضاء الدين وله ولاية في هذا الوجه. ألا ترى أنّ له أن يقضي الدين من ماله ويرجع به في الميراث.

قال محمد: ولو كانت للميّت ودائع عند رجل من ماله ومال أودعه غيره فأراد وارثه، وليس له إلّا وارث واحد، قبض ذلك، وعليه دين كثير يحيط بماله، فدفع ذلك المستودع إلى الوارث بغير قضاء قاضٍ، فضاع في يده، فالمستودع ضامن لما دفع إلى الوارث ويضمّن الغرماء وأصحاب الودائع أيّ الرجلين شاء.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ المال كان محفوظًا في يده صحيحة، فليس للوارث أن يزيل هذه اليد ولا يبطلها ولا يشبه هذا أن يكون في منزل الميّت، [383أ] لأنّ يد الميّت هناك قد زالت ولم يبقَ عليه يدٌ لأحدٍ، فكان لكلّ من له ضرب من الولاية قبض التركة وحفظها.

قال محمد: ولذلك لو كان المستودع إنّما غصب ذلك غصبًا بعد موته كانت بمنزلة هذا، وكذلك لو كان الميّت أوصى إلى وصيّين فدفع ذلك المال إلى أحدهما ضمن ما دفع وضمن الوصيّ ما قبض، فإن ضمن ذلك المستودع والغاصب رجع بذلك على القابض، وإن ضمن القابض لم يرجع على المستودع والغاصب بشيء[3128].

[3128] هنا فراغ.

قال أبو الحسن: إنّما لم يكن لأحد الوصيّين قبض ذلك من قِبل أنّهما قد جعل أيديهما جميعًا كيد الميّت، وليست يد أحدهما على الانفراد كيد الميّت، فلذلك لم يكن له أن يقبض إلّا مع الآخر.

فإن قال قائل: فإنّ يد المودع يد الميّت، لأنّه هو الذي أودعه، فينبغي أن يجوز لهؤلاء قبض الوديعة كما يقبضون من منزل الميّت.

قيل له: قد زالت يد الميّت ههنا، فمُحال أن يُقال: "أنّ يد المودع يد للميّت".

قال أبو الحسن: وللمستودع أيضًا يد على الشيء غير المودع بذلك على هذا أنّه لو وهبه له، وهو في يده وديعة لصار قابضًا لها بحصول يده عليها فثبت بذلك أنّ له يدًا أيضًا مع يد المودع، وإنّما كان للغاصب والمستودع الرجوع على القابض، لأنّه قبضه على أنّه مستحقّ لقبضه، فإذا تبيّن غير ذلك ضمنوا، لأنّ الغاصب والمستودع قد ملكاه بالضمان.

قال محمد: ولو ارتفعوا[3129] إلى القاضي فتصادقوا على هذا، والذي رفعهم إلى القاضي الوارث وأحد الوصيّين، فإنّ القاضي ينظر إلى ما في يديّ الغاصب فإن كان الوارث لا بأس به دفع ذلك إليه، [383ظ] وإلّا وضعه على يديّ عدلٍ حتى يقبضه القاضي الغرماء، ويردّ على أصحاب الودائع ودائعهم، وكذلك يصنع[3130] بأحد الوصيّين، وإن كان الميّت استودع رجلًا تركه القاضي في يده إن كان لذلك أهلًا حتى يحضر صاحب الوديعة والدين ويعطيهم حقّهم، وإن شاء أعطى الوارث إن كان لذلك أهلًا أو أحد الوصيّين ينظر القاضي في ذلك، فيفعل أفضلهما عنده.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ للمعاصي ولاية في حفظ مال الميّت وإيصال ذوي الحقوق إلى حقوقهم، فيفعل في ذلك ما هو إلّا حفظ للميّت وللغرماء وأصحاب الودائع.

باب إجازة البائع والمرتهن والغاصب في تعليم العبد

قال محمد: وإذا اشترى الرجل من الرجل عبدًا فلم يقبضْه حتى استأجر المشتري البائع يقوم عليه شهرًا في تعليم الخبز أو الخياطة، فهذا جائز، وله الأجر، وإن مات في الشهر أو بعد مضيّه في يد البائع مات من مال البائع، ولا يكون هذا قبضًا من المشتري للعبد.

قال أبو بكر: كان أبو الحسن رحمه الله يحتجّ في جواز الإجارة بأنّه ليس في ذلك تصرّف في العبد، ولا العبد معقود عليه عقد الإجارة، وإنّما المعقود عليه منافع البائع. ألا ترى أنّ من استأجر رجلًا ليبني له دارًا فليست الدار هي

[3129] اتفعوا.

[3130] يصنع

المستأجرة، وإنّما المستأجر هو الرجل، والمعقود على منافعه على أن يسلّمها إلى المستأجر في العين المذكورة. [384أ] قال: ولهذه[3131] العلّة بعينها لم يصر المشتري قابضًا، إذ ليس ذلك تصرّفًا في العبد ولا عقدًا عليه.

قال محمد: وكذلك لو كان اشترى ثوبًا فاستأجر المشتري البائع أن يغسله أو يفتله أو يقطعه قميصًا، فهذا جائز، وله الأجر إذا فعل ذلك، فإن هلك الثوب بعد ذلك نظر في العمل، فإن كان يُحدث في الثوب عيبًا مثل التقطيع فهذا بمنزلة قبض المشتري لجميع الثوب وعليه جميع الثمن. وأمّا الغَسل فإن كان ينقصه فهو قبض وإن كان لا ينقصه فليس يقبض.

قال أبو بكر: إذا أحدث في الثوب نقصانًا بأمر المشتري فكان المشتري هو الفاعل لذلك، ويصير قابضًا لذلك الحقّ لا محالة، وإذا صحّ له قبض ذلك الجزء، وقد صار الثوب كلّه معيبًا صار قابضًا لجمعيه وحصل الثوب في ضمانه وخرج من ضمان البائع.

فإن قال قائل: ما أنكرت ألّا يكون قابضًا بذلك من قِبل أنّ هذا يوجب أن يكون البائع قابضًا من نفسه، وهو لو أمر البائع بقبضه لا يحدث به معنى لم يكن، ولا يصحّ برائته للبائع من ضمان المبيع ولا إسقاط القبض فيه. وأمّا إذا أحدث فيه نقصًا بأمره فقد حصل بهذا الفعل معنى لا يجوز ارتفاعه وهو فوات الجزء، وذلك في حكم ما فعله المشتري. ألا ترى أنّ من أمر غيره بإتلاف ماله فأتلفه كان الآمر كأنّه هو المتلف له، ولم يتعلّق بفعل المتلف له ولم يتعلّق بفعل المتلف حكم في إيجاب ضمانه، وإذا كان ذلك كذلك صار المشتري قابضًا لذلك الجزء، ولا يجوز له حينئذ، إذ وجد به عيبًا [384ب] فسخ العقد، فوجب أن يحصل جميع المبيع في ضمانه.

قال محمد: ولو أنّ المشتري استاجر البائع يحفظه له بأجرٍ معلوم كانت الإجارة باطلًا لا أجر عليه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ حفْظه استحقّ[3132] على البائع، وهو في ضمانه إلى أن يسلمه، فلا يجوز أن يستحقّ الأجر على حفظ ما هو مستحقّ عليه حفظه، وذلك لأنّ الأجرة إنّما هي بدل منافع تمليكها إيّاه عند حدوثها بالعقد، وهذه المنافع مستحقّة عليه، فإذا سلّمها فإنّما يسلّمها على الوجه المستحقّ فكأنّها ملك للمشتري، ولا جائز أن يستحقّ على الإنسان بدل ملكه. والرهن والغصب بمنزلة البيع فيما يجوز عليه عقد الإجارة وما لا يجوز، والعلّة في ذلك كلّه ما وصفنا.

قال محمد: وكلّ ما كان أصله أمانة فإنّه يجوز أن يستأجر من في يده على حفظه، لأنّه يحفظه له وفي المسائل الأولى[3133] حفظه لنفسه، فلا يجوز أن يستحقّ عليه الأجر.

[3131] ولهذا.
[3132] ستحقّ.
[3133] الأول.

قال أبو بكر: هذه علّة صحيحة، ومعناها: أنّه إذا كان حافظًا لنفسه، لأنّه به يبرأ من الضمان لم يجز أن يستحقّ البدل على ما فعله لنفسه، وإذا كانت أمانة فحفظه واقع لمالكه فجاز أن يستحقّ عليه الأجر. وعلى المعنى الأوّل: أنّه في الأمانة متبرّع بالحفظ وليس ذلك بمستحقّ عليه، فجاز أن يستحقّ عليه الأجر.

باب الهبة في المرض

قال محمد: وإذا وهب الرجل للرجل عبدًا في مرضه يُساوي [385أ] المائة درهم، لا مال له غيره، على أن يعوّضه الصحيح عبدًا له يساوي مائة درهم، فتقابضا على هذا، ثم مات المريض، وأبى الورثة أن يجيزوا، فإنّ الموهوب له بالخيار إن شاء أخذ العبد العوض وردّ العبد الموهوب، وإن شاء ردّه على الورثة ثلث العبد الموهوب له ويسلم له ثلثاه، ولا يشبه هذا البيع، ولو باعه العبد بالعبد سلم للصحيح العبد الذي اشتراه، وردّ على الورثة مع العبد الذي صار لهم مائة درهم. قال: وذلك لأنّه لا يمكننا أن نزيد في العوض، لأنّه عوض غير مقبوض، ولا يجوز عوض في الهبة غير مقبوض ويجوز مثله في البيع، لأنّه يجوز أن يثبت زيادة في الثمن غير مقبوضة ويثبت حكمها هذا في معنى كلام محمد.

قال أبو بكر: ويبيّن ذلك أنّ الموهوب له لو قال: "عوّضتك" كان له أن يمنعه كما لو قال[3134]: "قد وهبتُه لك" كان له أن يمنعه قبل القبض، ولو قال: "قد رددتك في الثمن مائة درهم"، وقبلها البائع صحّت الزيادة بنفس القول، ولم يكن للمشتري منعها إيّاه.

قال محمد: فإن كان للدار شفيع فأخذها بالشفعة من الموهوب له بقيمة العبد، ولم يكن للمشتري بقضاء قاضٍ أو بغير قضاء قاضٍ، ثم مات المريض، وأبى الورثة أن يجيزوا ما منع، فالشفيع بالخيار إن شاء نقض ما أخذ فردّ الدار وأخذ قيمة العبد التي أعطى، وإن شاء أخذ ثلثي الدار بقيمة العبد التي أعطى، وردّ ثلث الدار على ورثة المريض فيسلّم له ثلثا الدار بقيمة العبد العوض.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الشفيع يقوم مقام الموهوب له في ذلك، فثبت له من الخيار حسب ثبوته للموهوب له. [385ب]

فإن قال قائل: ما أنكرت أن يكون الشفيع في معنى المشتري من قِبل أنّه يثبت ويصحّ له ملك الدار، ويثبت عليه العوض قبل التسليم كما يثبت للمشتري.

قيل له: إنّما يثبت له ذلك بحكم عقد الهبة، ويكون حقّه في ذلك العقد نفسه على أن ينقله إلى نفسه لا على أن ينقل العقد عن معناه، فيثبت لنفسه عقد بيع، وإذا كان ذلك كذلك فإنّما يثبت له الحقّ في عقد الهبة على أن يقوم فيه مقام الموهوب له فيصير حكمه فيما وصفنا من أحكام العقد.

قال محمد: ولو وهبها المريض على غير شرط العوض ثم عوّضه منها لم يكن للشفيع فيها شفعة.

[3134] اقال.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الموهوب له قد ملك الدار ملكًا صحيحًا غير متعلّق بشرطٍ للعوض، ويعوّضه إيّاه بعد ذلك لا يملك به الموهوب شيئًا. والشفعة فإنّما يتعلّق وجوبها بنفس وقوع الملك في الهبة، فإن وجب في تلك الحال وإلا لم يجب بعد ذلك.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا وهب لرجلٍ في مرضه كرًّا من تمرٍ يساوي ثلاثمائة درهم، وعوّضه الصحيح كرًّا من تمر يساوي مائة درهم شرطه عليه وتقابضا، ثم مات المريض، ولم يجز الورثة، فالموهوب له بالخيار إن شاء ردّ الهبة وأخذ كرّه وردّ الكرّ الذي قبض، وإن شاء أخذ نصف الكرّ الهبة وردّ نصفه وأخذ نصف كرّه الذي أعطى.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لا يجوز أن يكون عوض كرّ أقلّ من كرّ ولا أكثر، لأنّ التفاضل غير جائز فيه، وليس ذلك كالعبد، لأنّه يجوز أن يكون عوضه أكثر من عبدٍ، فلذلك سلّمنا للورثة جميع العبد العوض وتمام ثلثيّ مال الميّت. وأمّا في الكرّ فإنه قد حاباه بمائتي درهم، وثلث مال الميّت مائة درهم، فعدل الثلث من المحاباة مثل نصفه، فيجوز الهبة في نصف الكرّ بنصف العوض، ويبقى في يد الورثة نصف كرّ قيمته مائة وخمسون درهمًا، ونصف العوض وقيمته خمسون وذلك مائتا درهم ثلثا مال الميّت، ويحصل [386أ] للموهوب له نصف كرّ المريض وقيمته مائة وخمسون، وقد عوّض الورثة منه نصف كرّ قيمته خمسون، فحصل له بالوصيّة مائة درهم وذلك ثلث مال الميّت، والبيع والهبة في هذا سواء للعلّة التي وصفنا، لو باعه المريض كرًّا يساوي ثلاثمائة درهم بكرّ يساوي مائة درهم كان الجواب فيه كذلك.

قال محمد: ولو كان المريض وهب كرّه للموهوب له على غير شرط العوض وقبضه الموهوب له، ثم إنّ الموهوب له عوّضه كرًّا يساوي مائة درهم وقبضه، ثم مات المريض من مرضه ذلك، فأبى الورثة أن يجيزوا، فإنّ الموهوب له بالخيار إن شاء ردّ الكرّ الهبة وأخذ كرّه، وإن شاء ردّ ثلث الكرّ الهبة وسلّم له ثلثا الكرّ الهبة، ويكون الكرّ العوض عوضًا بثلثيّ الكرّ الهبة.

قال أبو بكر: إنّما جاز أن يجعل الكرّ العوض عوضًا من ثلثيّ الكرّ الموهوب من قِبل أنّه لم يكن مشروطًا في عقد الهبة، فقد ملكت الهبة ملكًا صحيحًا عاريًا من شرط البدل، فلا يتغيّر حكم ذلك الملك بإثبات العوض منه في الثاني، ولا يقع ذلك على وجه البيع والمبادلة، فلم يمتنع وقوع الكرّ عن ثلثيّ الكرّ. والدليل على أنّ ذلك لم يكسبه حكم البيع، وإن جعله عوضًا أنّ الشفيع لا يجب له فيها الشفعة إذا كانت دارًا أو أنّه إذا كان العوض مشروطًا في العقد وقد تقابضا وجبت فيها الشفعة.

فإن قال قائل: لو لم يثبت له حكم البدل لما قطع حقّ الواهب في الرجوع، فلمّا قطع هذا العوض حقّ الواهب في الرجوع في الهبة، وإن لم يكن مشروطًا في العقد دلّ ذلك على أنّه قد حصل عوضًا.

قيل له: قد حصل عوضًا في الحقيقة، وعلى هذا وقع التمليك من جهة الموهوب له إلّا أنّ ذلك لا يكسبه حكم البيع من تمليك بعضه ببعض، لأنّ ملك الهبة في الابتداء لم يقع على هذا الشرط، فلا يتغيّر حكم ملك الهبة عمّا وقعت عليه، فلذلك صار فيه ما وصفنا، وأيضًا فليس انقطاع حقّ الواهب عن الرجوع فيها مقصورًا على ثبوت البدل حتى يكون انقطاع [386ظ] حقّه في الرجوع دليلًا في مسألتنا على ما ذكر، وذلك لأنّ تصرّف الموهوب له في الهبة يقطع حقّ الواهب في الرجوع فيها، وكذلك زيادة الهبة في بدنها يقطع حقّه في الرجوع وإن لم يكن هناك بدل حاصل له عن الهبة.

مسألة

قال محمد: ولو أنّ رجلًا كانت له عشر من الغنم وصبرة[3135] حنطة فيها عشرة أقفزة فباعها من رجل على أنّ كلّ قفيز وشاةٍ بعشرة دراهم[3136]، فوجد الغنم عشرة كما ذكر ووجد الأقفزة تسعة، فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإن أخذ قسم كلّ عشرة من الثمن على شاة وقفيز فما أصاب قفيزًا بطل، وأخذ الغنم العشر والأقفزة التسعة بما بقي.

قال أبو بكر: أمّا وجه جواز البيع فلأنّ[3137] حصّة كلّ شاةٍ من الغنم لا يختلف إلى أيّ قفيز ضمّمته من العشرة، لأنّ الحنطة كلّها نوع واحد، وإذا كان ذلك كذلك حصل ثمن كلّ شاة وقفيز عشرة، فإذا نقص قفيز بقيت شاة ممّا دخل تحت العقد، وقفيز مثل هذه الحنطة، فيحصل حصّة الشاة معلومة، ولا يفسد البيع عدم القفيز، لأنّ رجلًا لو اشترى هذه الصبرة على أنّها عشرة أقفزة فوجدها تسعة لم يفسد البيع، وكان للمشتري أن يأخذ الباقي بحصّته من الثمن.

قال محمد: ولو وجد الغنم ينقص[3138] شاة والأقفزة عشرة تامّة فإن قياس قول أبي حنيفة أنّ البيع فاسد، لأنّ تسعة أقفزة من الحنطة مع الغنم التسع وبقي قفيز لا يُدرى مع أيّ شاة يُضمّ مع قليلة الثمن أو كثيرة الثمن. وأمّا في قول محمد: فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإن أخذ كانت له الغنم التسع والتسعة أقفزة كلّ شاة وقفيز بعشرة، وبطل البيع بالقفيز الفاضل.

قال أبو بكر: أمّا وجه فساد البيع في القفيز الذي ليس بإزائه شاة فهو أنّه إنّما دخل في البيع على شريطة أن يكون حصّته من الثمن ما يصيبه من العشرة إذا قسمت عليه وعلى شاة، وليس بإزائه شاة يمكن قسمة العشرة عليها وعلى القفيز، ولا يمكننا أن نقسّمها على شاة[3139] [387أ] ما، أي شاة كانت، لأنّ الغنم تختلف قيمتها[3140] ويتفاوت، وليس ذلك كنقصان القفيز من قِبل أنّه يقسم العشرة على قفيز مثل هذه الحنطة والشاة الباقية فيصحّ ولا يمكن مثله في الشاة المعدومة، إذ لا يجوز أن يقول: "شاة مثل إحدى الباقيات"، لأنّها مختلفة. وأمّا وجه قول أبي حنيفة في إفساد الصفقة كلّها كمن باع عبدًا

[3135] وصيّره.
[3136] درهم.
[3137] فلا.
[3138] بعضها
[3139] + على شاه.
[3140] قيمها

وحرًا كلّ واحدٍ بألف درهم أو أسلم حنطة في شعير وزيت، فهذا سديد على هذا الأصل من قِبل أنّ القفيز الباقي لما فسد فيه البيع، ولم يجز أن يلحقه إجازة بوجهٍ، وقد انتظمته الصفقة المشتملة على باقي الغنم والحنطة فسدت الصفقة كلّها.

وأمّا من أصل محمد: فإنّ فساد العقد في بعض الصفقة لا يوجب فسادًا في الباقي. فأمّا وجه قول أبي حنيفة في هذا الأصل، فهو: أنّ الصفقة الواحدة إذا ضمّت شيئين فإنّ صحّة العقد في كلّ واحد منهما شر في صحّة الآخر. والدليل على ذلك: أنّ البائع إذا قال: "قد بعتك هذين العبدين أو القفيزين أو نحو ذلك بمائة درهم" كلّ واحدٍ بخمسين درهمًا لم يكن للمشتري قبول العقد في أحدهما دون الآخر، فعلم [من] ذلك أنّ صحّة العقد في كلّ واحد منهما شرط في صحّة الآخر، فإذا كان العقد فاسدًا في أحدهما فسادًا لا يلحقه معه إجازة، والفاسد شرط في الصحيح على ما بيّنا وجب أن يفسد الصفقة كلّها، لأنّ شرط الفاسد إذا دخل على العقد الصحيح أفسده. وأمّا أبو يوسف ومحمد فإنّهما ذهبا في ذلك إلى أنّ أحدهما إنّما صار شرطًا في الآخر من جهة الحكم، وما صار شرطًا في العقد من جهة الحكم فهو مخالف لما صار شرطًا فيه من جهة اللفظ. ألا ترى أنّ الخيار المشروط في عقد الصرف والسلم باللفظ مخالفٌ للخيار الواجب فيهما من جهة الحكم كخيار الرؤية وخيار العيب، فكذلك سبيل الشرط.

فإن قال قائل: فقد أجاز أبو حنيفة البيع إذا باع جاريتين بألف درهم فإذا إحديهما أمّ ولدٍ أو مدبّرة فأجازه في الأمة [387ظ] منهما وأفسده في الأخرى، وقد انتظمتهما صفقة واحدة.

قيل له: قد شرطنا بدءًا أنّ ذلك فيما لا يلحقه إجازة. وأمّا أمّ الولد والمدبّرة فإنّ العقد عليهما واقع يجوز أن يلحقه إجازة بحكم حاكم. وأمّا في مسألتنا فإنّ القفيز الذي فسد فيه البيع لا يجوز أن يلحقه إجازة بحال، وكذلك الحنطة في الشعير نَساء، وكذلك بيع الحرّ ونحو ذلك، فلذلك اختلف حكم هذه الأشياء عنده.

قال محمد: ولو اشترى ذلك على ماوصفنا فوجده على ما شرط، ثم وجد بالطعام عيبًا، فإنّه يؤدّه بحصّته من الثمن، وحصّته أن يقسم كلّ عشرة من الثمن شاة من الغنم وقفيز من حنطة، فما أصاب العشرة الأقفزة من ذلك ردّها به.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ كلّ قفيز مضمون إلى شاة فيقع القسمة على قيمة الغنم والطعام، فيردّه بحصّته من ذلك.

قال محمد: ولو وجد بشاة عيبًا جمع الشاة مع قفيز من الطعام وقسم العشرة عليها فردّ الشاة بحصّتها من ذلك، ويقوم الشاة صحيحة ليس بها عيبٌ.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ الشاة دخلت في العقد على الصحّة، فلذلك وقعت القسمة عليها على أنّها صحيحة.

قال محمد: ولو كان عشرة أقفزة متفرّقة مختلفة القيمة فباعة الغنم والطعام على أنّ كلّ شاة وقفيز من الطعام بعشرة فالبيع جائز، لأنّي لا أجعل كلّ قفيز منها على حدّة مع شاة ولو جعلت ذلك كذلك لأفسدتْ البيع، ولكن أجعل كلّ شاة وعشر كلّ قفيز بعشر درهم، فلذلك جاز البيع. ألا ترى أنّه لو قال: "قد بعتك ثوبي هذا وقفيزًا من هذه الحنطة والشعير

بدرهمٍ" جاز البيع، وكان له الثوب ونصف قفيز من الحنطة ونصف قفيز من الشعير، وإذا اشترى ثوبًا وقفيزًا منها بعشرة دراهم[3141] وهي عشرة أقفزة لزم البيع في الثوب وفي عشر كلّ قفيز منها، فلذلك جاز البيع.

قال أبو بكر: وإنّما وجب حمل العقد على ما ذكر، لأنّ عقد [388أ] المسلمين محمول على الصحّة، فما وجدنا له من ذلك وجهًا صحيحًا حملناه عليه ولم نُبطله، فلمّا كان لما ذكر وجهٌ في الصحّة حمله عليه.

قال محمد: ولو كانت عشرة من الغنم وعشرة أثواب فقال: "أبيعك هذه العشرة الأثواب وهذه الغنم العشر كلّ ثوب وشاة بعشرة" فالبيع فاسد، لأنّي لا أدرى أيّ الثياب أضمّ مع شاة من الغنم وأيّ شاة أضمّ مع ثوب من الثياب.

قال أبو بكر: وذلك لأنّك إن ضمنت هذا الثوب بعينه إلى هذه الشاة بعينها تختلف حصّتهما من الثمن إذا ضممته إلى شاة أخرى غيرها، وإذا حصل العقد على هذا الوجه بطل، وليس كذلك صُبرة الحنطة، لأنّ الشاة لا يـختلف حصّتها إلى أيّ قفيز من الصبرة ضمَمْتها.

فإن قال قائل: فهلّا حملت العقد في هذا أيضًا على الصحّة ضمَمْت إلى كلّ شاة عشر كلّ واحدٍ من الأثواب كما فعلت ذلك في الأقفزة المختلفة القيم.

قيل له: الفصل بينهما: أنّا متى فعلنا ذلك كنّا قد نقضنا البيع وأجزناه في بعض ثوب مع شاة، وهو فلم يرض بتبعيض البيع عليه في الأثواب، وفي تبعيض ذلك ضررٌ عليه وليس في تبعيض الطعام ضرر. ألا ترى أنّ من اشترى كرّ حنطة وقبضه فاستحقّ بعضه لم يكن له خيار في ردّ الباقي، ولو كان ثوبًا فاستحقّ بعضه كان له الخيار في ردّ الباقي.

قال محمد: ولو قال رجل لرجل: "أبيعك هذا القفيز حنطة وهذا القفيز شعير" كلّ قفيز منهما بدرهمٍ، فقبضها على ذلك، فوجد بالشعير عيبًا، فإنّه يقسم الدرهمين على القفيز الشعير وعلى القفيز الحنطة، فردّ الشعير بحصّته من ذلك.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لما قال: "كلّ قفيز منهما بدرهمٍ" فقد عقد على قفيز من الصنفين جميعًا بدرهم، فينقسم الثمن عليهما على ذلك.

قال محمد: ولو قال: "أبيعك هذا القفيز الحنطة وهذا القفيز الشعير" كلّ قفيز بدرهم، فوجد بالشعير عيبًا بعدما قبضه ردّه بدرهمٍ.

قال أبو بكر: لأنّه لم يقل منهما، وقوله: "كلّ قفيز يتناول [388ب] قفيزًا من كلّ واحدٍ منهما على الانفراد بدرهم"، فلذلك ردّه بذلك.

[3141] درهم.

قال محمد: ولو قال: "أبيعك هذه العشرة الأثواب بكلّ ثوبين بدرهم" كان البيع فاسدًا.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه لا يدري أيّ ثوب يضمّ إلى الآخر معه منها، ويختلف ثمن كلّ واحد منهما في ضمّه إلى ثوب أو إلى ثوب آخر غيره لاختلاف قيمها، وإذا كان كذلك حصل ثمن كلّ واحد منهما مجهولًا فبطل العقد. ذكر محمد مسائل بيع العبد والحرّ والمدبّر وقول أبي حنيفة فيها، والجملة التي ذكرناها نـأتي[3142] عليها إن شاء الله تعالى.

باب في الأيمان

قال محمد: وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم فقال: "عبده حرّ إن لم يقبض ماله عليك"، فأخذ منه عبدًا أو ثوبًا، فقد قبضه وبرّ في يمينه، وكذلك لو قال: "إن لم آخذ منك" أو "إن لم أستوفد منك" وكذلك لو أخذه وكيل له كان بمنزلة قبضه بيده إذا لم يكن له نيّة.

قال أبو بكر: معلوم أنّ عقد اليمين لم يتناول قبض ما في الذمّة من الدين لاستحالة وقوع القبض على ما فيها، وإذا كان ذلك كذلك انصرف عقد اليمين إلى غير مضمونة عليه بالقبض يحصل به استيفاء ما في الذمّة، فلا فرق إذا كان ذلك كذلك بين أن يستوفي دراهم عمّا في ذمّته وبين استيفاء ثوب أو عبدٍ لحصول العين مضمونة عليه بقبضه عمّا له في ذمّته، ولأنّ العرف والعادة جاريان بإطلاق لفظ القبض على ما كان هذا وصفه، فبرّ في يمينه لذلك.

قال محمد: ولو قال: "إن لم آذن[3143] من فلان مالي عليه فعبدي حرّ" فأخذ به عبدًا أو ثوبًا أو شيئًا ممّا يؤذن من الدنانير وغيرها فهو حانث.

قال أبو بكر: هذا حلف على قبض موصوف لما في ذمّته، فانصرف إلى القبض الذي اقتضاه عقدًا لمداينة وهو قبض الدراهم، وليس هذا كالأوّل من قِبل أنّه أطلق لفظ القبض [389أ] هناك ولم يقيده بوصفٍ، وفي هذا الشرط قبضًا موصوفًا، فرجعت الصفة إلى القبض الموجب بعقد المداينة، إذ ليس هناك قبض معهود يرجع الصفة إليه غير ما استحقّه عليه بعقد المداينة، وعلى هذه العبرة سائر مسائل الباب متى أطلق اليمين على قبض غير موقوف اقتضاء قبض غير مضمونة عمّا في الذمّة، ومتى شرط قبضًا موصوفًا اقتضت الصفة رجوعه إلى قبض ما استحقّ عليه تسليمه بعقد المداينة.

قال محمد: وإن عنى بأن يتّزنه[3144] الاستيفاء دون الوزن دُيّن فيما بينه وبين الله، ولا يُديّن في القضاء.

3142 يأتي

3143 أنزه

3144 يتّزنها

قال أبو بكر: وذلك لأنّ حقيقة اللفظ يقتضي قبض الدين الذي استحقّ أن يتّزنه، وقد يُطلق هذا اللفظ ويراد به الاستيفاء إلّا أنّ ذلك مجاز ليس بحقيقة.

قال محمد: ولو قال: "عبده حرّ إن لم يقبض ماله عليك في كيس" فأعطاه دنانير في كيس حنث.

قال أبو بكر: هذا أيضًا جاري على المعنى الذي قدّمنا من شرطه لقبض موصوف، فاقتضى ذكر الصفة رجوعه إلى المستحقّ من القبض.

قال محمد: وكذلك لو قال: "إن لم أقبض مالي عليك دراهم أو بالميزان" فهذا على حقّه بعينه يقبضه بالميزان أو يقبضه دراهم.

قال محمد: ولو قال: "إن لم أقبض الدراهم التي لي عليك" فأخذها دنانير أو عرضًا من العروض لم يحنث.

قال أبو بكر: لا فرق بين قوله: "اقبضْ الدراهم التي عليك" وبين قوله: "إن لم أقبض مالي عليك" كناية عن الدراهم إذا كان ما عليه دراهم، وإذا لم يحنث في قوله: "مالي عليك" إذا قبض دراهم، كذلك لا يحنث في قوله: "إن لم أقبض الدراهم التي لي عليك"، ولأنّا قد بيّنا أنّ المقبوض محال أن يكون هو الذي في الذمّة، وإنّما يكون مقبوضًا عمّا في الذمّة.

قال محمد: ولو قال: "إن لم أقبض منك دراهم قضاء من الدراهم التي لي عليك" فقبض بها عرضًا أو دنانير حنث.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه وصَفَ المقبوض وشرط أن يكون دراهم، فإذا قبض غير الدراهم حنث، لأنّه عقد اليمين على كلّ قبض إلّا قبضًا على وصفٍ، فإذا وجد على خلافه حنث.

قال محمد: ولو كان استقرض منه درهمًا فقضاه إيّاه، ثم استقرضه منه فقضاه إيّاه حتى قضاه دراهمه كلّها [389ظ] بذلك درهم وجده حنث في يمينه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّه عقد اليمين على قبض موصوف على الوجه الذي قدّمنا وهو أنّه شرط أن يكون القبض واقعًا بدراهم، وإنّما وقع الآن بدرهم واحدٍ، فلم يوجد شرط البرّ فحنث.

قال محمد: ولو كان استقرض منه ثلاثة دراهم فقضاها إيّاه، ثم أقرضها وقضاها إيّاه حتى أوفاه ماله كلّه برّ في يمينه.

قال أبو بكر: لأنّ الثلاثة يتناولها اسم الدراهم، فقد وجد شرط البرّ على ما وصفت.

قال محمد: ولو حلف ليتزنن ماله عليه فأعطاها إيّاه غير موزونة فإنّه يحنث فيه لقبضها بغير[3145] وزن.

3145 [illegible]

قال أبو بكر: حلف على قبض موصوف، فقبضه ...[3146]

قال محمد: ولو حلف الرجل ليزنّن حقّه أو ليستوفينّه أو لقبضنّه أو ليأخذنّه فوكّل من فعل ذلك فقد خرج من يمينه.

قال أبو بكر: وذلك لأنّ قبض الوكيل قبض للموكّل ويده يده. ألا ترى أنّه يصير مضمونًا على الموكّل بقبض الوكيل، فقد حصل به للموكّل استيفاء، وكذلك إذا حلف الذي عليه المال ليزنن له أو ليقضينّه، فوكّل من فعل ذلك به، فقد خرج من يمينه إذا فعل ما أمر به، لأنّ تسليمه ودفعه بمنزلة دفع الموكّل وتسليمه في الحكم لا يختلفان فيما يجب به من الضمان ويقع به البراءة. ألا ترى أنّ الذي سلم ماله إلى الطالب لو لم يكن وكيلًا ضمنه للمطلوب، وإذا كان وكيلًا لم يضمَن ما سلمه، لأنّ تسليمه حيث كان بأمره صار بمنزلة تسليمه هو بنفسه، فلذلك برّ في يمينه ولا يختلف حكمه أن يكون الوكالة قبل اليمين أو بعدها لوجود معنى التسليم والإيفاء من جهته من الوجه الذي ذكرنا، والله الموفّق للصواب. [390أ]

آخر شرح الجامع الكبير لمحمد بن الحسن رحمه الله عليه. تأليف أبي بكرٍ أحمد بن عليّ الرازي رضي الله عنه. والحمد لله ربّ العالمين والصلاة والسلام على خير خلقه ومُظهر حقّه محمد النبي الأميّ وعلى آله الطاهرين وأصحابه المنتجبين. وفرغ من كِتبته أبو محمد الحسن بن علي بن أمير الحسني الطبري في شهر المحرّم يوم الثلثاء سنة ستّين وخمسمائة.

قال ذكر الشيخ في آخر كتابه: "إنّي فرغت من هذا الكتاب يوم الثلثاء التسع بقين من شوّال من سنة ثمان وأربعين وثلاثمائةٍ وهو أوّل يومٍ من دَي ماه من شهور الفُرس بمدينة السلام في الجانب الغربي في قطيعة الربيع."

[3146] غير مقرؤء.

المراجع والمصادر

ابن أبي حاتم، عبد الرحمن بن محمد : *تسفير القرآن العظيم مسندا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والصحابة والتابعين*، تحقيق أسعد محمد الطيب، الرياض، مكتبة نزار مكة، 1997م.

ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله بن محمد : *مصنف ابن أبي شيبة*، تحقيق محمد عوامة، جدة، دار القبلة، 2006م.

ابن الأثير، أبو الحسن علي بن محمد الجزري : *أسد الغابة*، تحقيق محمد إبراهيم البنا وآخرين، دار الشعب، 1973م.

ابن الجعد، أبو الحسن علي بن الجعد : *مسند ابن الجعد*، تحقيق ابن عبدالقادر بن عبدالهادي، الكويت، مكتبة الفلاح، 1985م.

ابن حبان، أبي حاتم محمد بن حبان البُستي : *صحيح ابن حبان*، ، ترتيب ابن بلبان، تحقيق شعيب الأرنؤوط، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1993م.

ابن خزيمة، أبو بكر محمد بن إسحاق : *صحيح ابن خزيمة*، تحقيق محمد مصطفى الأعظمي، بيروت، المكتب الإسلامي، 1975م.

ابن رجب، زين الدين أبي الفرج الحنبلي : *فتح الباري شرح صحيح البخاري*، تحقيق محمود بن شعبان بن عبدالمقصود وآخرين، مكتبة الغرباء، 1996م.

ابن عدي، أبو أحمد عبدالله الجرجاني : *الكامل في ضعفاء الرجال*، تدقيق يحيى مختار غزاوي، بيروت، درا الفكر، 1988م.

ابن عساكر، أبي القاسم علي بن الحسن ابن هبةالله : *تاريخ دمشق*، تحقيق محب الدين عمر العمروي، بيروت، دار الفكر، 1996م.

ابن قاضي العسكر : *التيسير في شرح الجامع الكبير*، مكتبة السليمانية، مجموعة حضرة خالد، 90، 92.

ابن ماجه، أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني : *سنن ابن ماجه*، اعتناء محمد فؤاد عبدالباقي، القاهرة، دار إحياء الكتب العربية، 1952م.

ابن مازة، صدرالشهيد : *شرح الجامع الكبير*، مكتبة السليمانية، مجموعة فيض الله، 747.

ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم : الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف، تحقيق صغير أحمد بن محمد حنيف، دار طيبة الرياض، 1991م.

: الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف، تحقيق صغير أحمد بن محمد حنيف، دار طيبة الرياض، 1991م.

ابن منظور : *لسان العرب*، بيروت، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، 1997م.

ابن النديم، محمد : *الفهرست*، تحقيق رضا تجدد، طهران، د.ن.، 1971.

ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي : *شرح فتح القدير*، تحقيق عبدالرزاق غالب المهدي، بيروت، دار الكتب العلمية، 2002م.

أبو عوانة، يعقوب بن إسحاق الإسفرائيني : *مسند أبي عوانة*، تحقيق أيمن بن عارف، بيروت، دار المعرفة، 1998م.

أبو نعيم، أحمد بن عبدالله الأصبهاني : *مسند أبي حنيفة*، تحقيق نظر محمد الفاريابي، الرياض، مكتبة الكوثر، 1994م.

أبو يعلى، أحمد بن علي بن المثنى التميمي : *مسند أبي يعلى الموصلي*، تحقيق حسين سليم أسد، دمشق، دار المأمون للتراث، 1984م.

أحمد ابن حنبل : *مسند الإمام أحمد بن حنبل*، القاهرة، مؤسسة قرطبة، 2011م.

: *فضائل الصحابة*، تحقيق وصي الله بن محمد عباس، المكة المكرمة، جامعة أم القرى، 1983م.

الإسبيجابي، أحمد بن منصور : *شرح الجامع الكبير*، مكتبة السليمانية، مجموعة مراد مولا، 858.

البخاري، أبو عبدالله محمد بن إسماعيل : *صحيح البخاري* (*الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه*)، إشراف محمد زهير بن ناصر الناصر، بيروت، طوق النجاة، 1422ه.

برهان الدين محمود بن أحمد : *شرح الجامع الكبير*، مكتبة السليمانية، مجموعة قراه جلبي زاده، 117.

البزار، أبو بكر أحمد بن عمرو العتكي : *مسند البزار* (*البحر الزخار*)، تحقيق محفوظ الرحمن زين الله، بيروت، مؤسسة علوم القرآن وغيرها، 1988م.

البزدوي، أبو العسر : *شرح الجامع الكبير*، مكتبة قاستامونو،3530.

البغوي، الحسين بن مسعود البغوي : *شرح السنة*، تحقيق شعيب الأرنؤوط وزهير الشاويش، بيروت، المكتب الإسلامي، 1983م.

البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين : *معرفة السنن والآثار*، اعتناء الدكتور عبدالمعطي قلعجي، نشر جامعة الدراسات الإسلامية بكراتشي ودار قتيبة بدمشق ودار الوعي بحلب، 1991م.

: *السنن الكبرى*، تحقيق محمد عبدالقادر عطا، بيروت، دار الكتب العلمية، 2003م.

: *شعب الإيمان* (*الجامع لشعب الإيمان*)، تحقيق مختار أحمد الندوي، الرياض، مكتبة الرشد، 2003م.

الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة : *سنن الترمذي* (*الجامع المختصر من السنن عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعرفة الصحيح والمعلول وما عليه العمل*)، اعتناء مشهور بن حسن آل سلمان، الرياض، دار المعارف، 1996م.

التهانوي، ظفر أحمد العثماني : *إعلاء السنن*، تحقيق محمد تقي عثماني، باكستان، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي، 1418هـ.

جرير بن عطية : *ديوان الجرير*، بيروت، شركة العالمية للكتاب، 1995م.

الجصاص، أحمد بن علي الرازي : *أحكام القرآن*، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، بيروت دار إحياء التراث العربي، 1992م.

: *الفصول في الأصول*، تحقيق محمد تامر، بيروت، دار الكتب العلمية، 2010.

: *شرح مختصر الطحاوي*، تحقيق عصمةالله عنايةالله محمد، تصحيح سعيد بكداش، بيروت-دار البشائر الإسلامية، المدينة-دار السراج، 2010.

: *مختصر اختلاف العلماء*، تحقيق عبدالله نذير أحمد، بيروت، دار البشائر الإسلامية، 1995.

: *شرح كتاب أدب القاضي للإمام أبي بكر الخصاف*، تحقيق أحمد فريد المزيدي، بيروت، دار الكتب العلمية، 2013.

الحاكم، أبو عبد الله محمد بن عبد الله : *معرفة علوم الحديث*، اعتنى به معظم حسين، بيروت، دار الكتب العلمية، 1977م.

: *مستدرك الحاكم*، إشراف يوسف عبدالرحمن المرعشلي، بيروت، دار المعرفة، 1986م.

الحصيري، جمال الدين : *شرح الجامع الكبير*، مكتبة السليمانية، راغب باشا، 514-517.

الحلبي، افتخارالدين عبدالمطلب : *شرح الجامع الكبير*، مكتبة السليمانية، مجموعة جارالله، 673.

خواهرزادة، أبو بكر : *شرح الجامع الكبير*، مكتبة السليمانية، مجموعة فاتح، 1867.

الدارقطني، علي بن عمر : *سنن الدارقطني*، وبذيله التعليق المغني على الدارقطني لشمس الحق العظيم آبادي، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرين، بيروت، مؤسسة الرسالة، 2004م.

الدؤلي، ظالم بن عمرو بن سفيان : *ديوان أبي الأسود الدؤلي*، الناشر محمد حسن، بيروت، دار الكتاب الجديد، 1974م.

داماد أفندي، عبدالرحمن بن محمد : *مجمع الأبحر في شرح ملتقى الأبحر*، ومعه الدر المنتقى في شرح الملتقى، اعتناء خليل عمران المنصور، بيروت، دار الكتب العلمية، 1998م.

الدارمي، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن : *سنن الدارمي*، تحقيق حسين سليم أسد، الرياض، دار المغني للنشر والتوزيع، 2000م.

الدمشقي، شمس الدين يوسف بن خليل : *عوالي أبي حنيفة*، تحقيق خالد العواد، دمشق، دار الفرفور، 2001م.

الذبياني، زياد بن معاوية : *ديوان النابغة الذبياني*، الناشر محمد أبو الفضل، القاهرة، دار المعارف، 1985م.

الزيلعي، جمال الدين أبي محمد عبدالله بن يوسف : *نصب الراية لأحاديث الهداية*، معه حاشية *بغية الألمعي في تخريج الزيلعي*، اعتناء محمد عوامة، مؤسسة الريان-بيروت ودار القبلة-جدة، 1997م.

السجستاني، أبو داود سليمان بن الأشعث : *سنن أبي داود*، اعتناء مشهور بن حسن آل سلمان، الرياض، مكتبة المعارف، 1988م.

السرخسي، محمد بن أحمد : *المبسوط*، بيروت، دار المعرفة، 1406هـ.

السمرقندي، علاء الدين الأسمندي : *شرح الجامع الكبير*، مكتبة السليمانية، مجموعة مراد مولا، 840.

الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس : *مسند الشافعي*، اعتناء يوسف علي البزواوي وغيره، بيروت، دار الكتب العلمية، 1951م.

الشيباني، محمد بن الحسن : *الجامع الصغير* بشرحه *النافع الكبير* لأبي الحسنات عبد الحي اللكنوي، إدارة القرآن كراتشي، 1990م.

: *الجامع الكبير*، تحقيق محمد تامر، بيروت، دار الكتب العلمية، 1990.

: *الجامع الكبير*، تحقيق أبو الوفاء الأفغاني، الهند، لجنة إحياء المعارف النعمانية، د.ت.

: *الأصل*، تحقيق محمد بوينوكالين، بيروت، دار ابن حزم، 2012.

: *الاكتساب في الرزق المستطاب*، تحقيق سمير عباس، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 2014.

: *الحجة على أهل المدينة*، تحقيق سيد مهدي الكيلاني، بيروت، عالم الكتب، 1983.

: *الأثار*، تحقيق أبو الوفاء الأفغاني، بيروت، دار الكتب العلمية، 1993.

: *المخارج في الحيل*، القاهرة، مكتبة الثقافة الدينية، د.ت.

الصيمري، أبو علي : *أصحاب أبي حنيفة وأخباره*، بيروت، دار الكتاب العربي، 1976.

الطبراني، أبو القاسم سليمان بن أحمد : *المعجم الأوسط*، تحقيق طارق بن عوض الله بن محمد وغيره، القاهرة، دار الحرمين، 1995م.

: *المعجم الكبير*، تحقيق حمدي عبدالمجيد، القاهرة، مكتبة ابن تيمية، 1994م.

: *مسند الشاميين*، تحقيق حمدي عبدالمجيد، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1989م.

الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير : *تهذيب الآثار وتفصيل الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من الأخبار*، اعتناء محمود محمد شاكر، القاهرة، مكتب الخانجي وطبع مطبعة المدني، د.ت.

الطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد : *أحكام القرآن*، تحقيق سعدالدين أونال، إسطنبول، مركز الأبحاث الإسلامية بوقف الديانة التركي، 1995م.

: *شرح معاني الآثار*، تحقيق محمد زهري النجار وآخرين، الرياض، عالم الكتب، 1994م.

: *شرح مشكل الآثار*، تحقيق شعيب الأرنؤوط، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1994م.

الطيالسي، سليمان بن داود بن الجارود : *مسند أبي داود الطيالسي*، تحقيق محمد عبدالمحسن التركي، مصر، دار هجر، 1999م.

العاملي، محمد بن الحسن الحر : *تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة*، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1991م.

عبد الرزاق، أبو بكر بن همام الصنعاني : *مصنف عبد الرزاق*، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، جنوب إفريقيا، المجلس العلمي، 1970م.

عبيد بن الأبرص : *ديوان عبيد بن الأبرص*، مع شرح أشرف أحمد، بيروت، دار الكتاب العربي، 1994م.

العسقلاني، ابن حجر : *فتح الباري بشرح صحيح البخاري*، تحقيق عبدالقادر شيبة الحمد، الرياض، مكتبة العبيكان، 2001م.

: *الإصابة في تمييز الصحابة*، بيروت، دار الكتب العلمية، طبعة كلكتا، 1853م.

العتابي، أبو نصر : *شرح الجامع الكبير*، مكتبة السليمانية، مجموعة جارالله، 672.

الكاساني، علاءالدين أبي بكر بن مسعود : *بدائع الصنائع بترتيب الشرائع*، بيروت، دار الكتب العلمية، 1986م.

الكرماني، ركن الدين : *نكت الجامع الكبير*، مكتبة السليمانية، مجموعة فاتح، 1554.

اللكنوي، أبو الحسنات محمد : *الفوائد البهية في تراجم الحنفية*، بيروت، دار المعرفة، د.ت.

مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري : *صحيح مسلم*، اعتناء محمد فؤاد عبدالباقي، بيروت، دار إحياء التراث العربي وعيسى البابي الحلبي وشركاه، توزيع دار الكتب العلمية، 1991م.

مالك بن أنس : *موطأ مالك بن أنس برواية محمد بن الحسن الشيباني*، تعليق وتحقيق عبدالوهاب عبداللطيف، وزارة الأوقاف المصرية، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، 1994م

: *موطأ مالك بن أنس برواية يحيى بن يحيى الليثي*، تحقيق الدكتور بشار عواد معروف، تونس، دار الغرب الإسلامي، 1997م.

النسائي، أبو عبدالرحمن أحمد بن شعيب : *سنن النسائي*، اعتنى به مشهور بن حسن آل سلمان، الرياض، مكتبة المعارف، 1988م.

: *خصائص علي*، تحقيق أحمد ميرين البلوشي، الكويت، مكتب المعلا، 1986م.

النسفي، أبو حفص : *طلبة الطلبة في الاصطلحات الفقهية*، الضبط والتخريج خالد عبدالرحمن العك، بيروت، دار النفائس، 1995.