

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي جعل افعال الفقهاء المخلصين رهينة الأجر . مطابقة
لقواعد الشرع بما تقتضيه الحكمة من نهي وامر الذين اكرهوا
انفسهم على حفظ امانة ربهم في الشهادة والغيب . وأسلموا عاجلهم
لآجلهم قرضاً بعقد قلب سليم من كل عيب . فاستنفذوها من تبعات
الدعوى يوم الخصام بالعمل والعلم الفاصل بين الحلال والحرام .
حافظين مهامه اوقاتهم لمزارعة البر كميلاً تقتصيا ابدي اللهو . في
البداية والنهاية . غير راقلين في حلق الزهو اذ رقوا في معراج الدراية
بالعناية والهداية . فكان القول المقبول عند الله قولهم . والعمل الموزون
بالتسطاس المستقيم عملهم . بل هو ارجح البيئات على السعادة قياساً
واستحساناً . واثق الكفالات نجاة عند الله ورضواناً . والمالوة
والسلام على مجلة الكلمات القدسية ، محيطاً بها كل برهان . وملتقى
بحر الفيوضات الفتحية ، ازلاً وابدأً باسئحاب كل زمان . المبعوث
بتبيين خلاصة الملة البيضاء دليلاً الى الصراط المستقيم . وبيدائع
الشريعة المقدسة السحابة ، زخيرة الكشف من لدن حكيم عليم .
فهي اساس النظر لمصالح الدين والدنيا . وسراج البصيرة والبصر ،
نفتح قلوباً غلغلاً واعيناً عمياً بل جامعة الفصولين معاشاً ومعاداً .
ونور العين نبصرة وارشاداً ، وعلى آله واصحابه . والمتأديين بأدابه .

وبعد فان مجلة الفقه لما كانت جزيلة المعنى ، وجيزة المبني ، فوائدها فرائد
تستوقف الفراقده . وتزرى بالقلائد ، في نحور الخرائد ، أنتخبت
مسائلها الاجتهادية مما هو الارفق ، ولحال الزمان انسب واوفق .
فطارت باجحة السهولة والانجمام . والجة بغير استئذان آذان الانام .
بضوابط وقواعد محكمة ، فيما شجر بين الخصوم محكمة ، وهي وان تداولتها
اقلام الشراح لما تجل في عقائل مخبأتها القديح . ولما تلا مسها كف
شرح مستوفى . يوشحها بكل بحث من غرائب الرغائب مستصفي .
فبقت عذراء في خدرها . بشية في ظلمات بحرهما . بتداولها الكثير
من الوري . وكأنهم ينزلون منها على غير قرى . الى ان نظرت
بشرح ينشرح له الصدر . ويمتزج في القلوب امتزاج الماء بالخر . سالكة
في ميدان الازهان ، مسلك الرقاد من الاجفان . بتحرير يستنزل وعول
المعاني من صعبها . ولا غرو فان البيوت توتى من ابوابها . من كل
بحث يروض أفهاما حيارى في درك الحقائق قلوبها . ويروق في
المعضلات إفهاما . وما دواء الادواء الا طبيها . ذلك ما جاد به واجاده ،
واصاب شاكلة المراد ، من قلبه في رياض الطروس اوطف الاهداب .
الا ان قطره سكب المعاني في الالباب . وبيانه هو السحر الحلال . الا
انه نافث في مضائق الاشكال . ومن هو في عصره الذهب الابريز .
بل العلم الرفوع الذي نصبه التميز . علامة المحققين . فهامة
المدققين ، سيدي واستاذي وكهني وملاذي ، المرحوم والدي مفتي حمص
الاسبق ، ومن هو في حلبة المفتين الاغر الاسبق ، السيد محمد خالد

لهذه العبارة
لاستحور

العطاسي ثم المعروف بالانامي ، لا زالت الرحمة تصاغ ضريحه ونواسي .
وكان رحمه الله تعالى ابتداءً في شرحها من كتاب البيوع تاركاً قواعدها
الكلية الى ان وصل الى المادة ١٧٢٨ فاخترته المنية . وما بين ذلك من
المادة (٣٨٨) الى المادة (٣٩٧) عشر مواد مقدار كراسين طراً عليها
الضباع من شرحه . فشرحت القواعد الكلية وذيلتها باتمام ما حال دونه
اجله الى آخر الكتاب . ورفوت ما كان مفقوداً من شرحه على المواد
العشر التي استولى عليها الضباع . فتم بحمد الله تعالى الكتاب . هذا
ولولا مراجعة المفرورين بي بلا اعدار ، ما اقتحم صب عجزى لجمع
هذا التيار . فكيف اجول في معارك ذوي الكر والجل ، ولم يعرف
بناني كيف القبض على النصل . فكأنني فيما اتيت اضم الى جوهره
خزفاً ، او از بن بصف من بضاعتي المزجاة روضة أنفاً . فاقول متوكلاً
على الله ، وما توفيقى الا بالله ، ولا حول ولا قوة الا بالله :

المقدمة

* محتوية على مقالتين *

* المقالة الاولى *

= في تعريف علم الفقه وتقسيمه (١) =

المادة ١ - الفقه علم بالمسائل الشرعية العملية

اعلم انه لا بد لكل طالب فن ذي مسائل كثيرة ان يتصورها بضابط يحيط بها وهو المسمى بجملة الوحدة ليحصل له بها قبل الشروع شعور اجمالي بتلك المسائل اذ لولا ذلك . فاما ان لا يتصورها اصلاً فلا يتأقى الطلب لعدم امكان طلب المجهول من كل وجه . واما ان يتصورها لا بذلك الضابط بل بوجه اعم فلا يتصور طلبها بخصوصها . وان يعرف موضوعه اذ تمايز العلوم بتمايز الموضوعات . وان يعرف غايته واستمداده .

ثم لما كان تصور العلم يستفاد من تعريفه تعرض لتعريفه قبل الخوض به .
وقوله * علم الفقه * لفظ مركب من مضاف ومضاف اليه من

(١) * تنبيه * : معلوم ان القواعد الكلية هي بمثابة ضوابط عمومية تنطوي على شروعات كثيرة ، منها ما هو داخل في المعاملات التي عقدت لها المجلة مختلف كتبها وابوابها ، ومنها ما هو غريب عن اجنات المجلة ، اما لتعلقه بالعبادات المحضة ، واما لخروجه عن غرض المجلة الشامل لعموم الطوائف واختصاصه بالطائفة الاسلامية وحدها كاحكام النكاح والطلاق وما يلحق بها ، واما لغوات محله من اصله كالأحكام المتعلقة بالرفيق مثلاً .

وبما ان القواعد الكلية غير قاصرة من حيث شمولها واحاطتها على اجنات المجلة بل تتناول غير ذلك من الاجنات التي عقد لها في المطولات الفقهية بيته وثلاثون كتاباً اولها كتاب الطهارة وآخرها كتاب الفرائض ، ومن

ضافة الأعم إلى الأخص . ثم نقل عن معناه الإضافي اعنى العلم المنسوب إلى الفقه وجعل علماً على هذا الفن المخصوص من غير نظر إلى اجزاء الاضافة . ولفظ علم الفقه باعتبار المعنى الإضافي مركبٌ دون المعنى اللقبى فانه مفردٌ لعدم دلالة جزئه على جزء معناه ، فهو كسائر الفنون يجوز الاطلاق عليها بالاضافة وبغيرها يقال فقه وعلم الفقه . ومنطق وعلم المنطق . فلنتعرض اولاً لتعريف العلم من حيث هو بقطع النظر عن اضافته . ذكر حجة الاسلام الامام الغزالي في المستصفى ما خلاصته : « أن الاتيان بمجد يكون عبارة عن قول شارح يبين ماهية العلم وكنهه وحقيقته صعب جداً . اذ كثير من المدرجات بمسر تحديدها كتعريف رائحة المسك وطعم العسل مثلاً فكيف تحديد الادراكات . اذ لو قلنا هو الادراك والمعرفة ، فهو تعريفٌ لفظي ، لانه تعريف الشيء بما يرادفه . او قلنا هو معرفة المعلوم على ما هو به فهو عين الاول بتكرير وتطويل بما لا يخرج عنه كونه لفظياً . وان قيل في حده انه الوصف الذي يتأق للمتصف به اتقان الفعل واحكامه فهو تعريف رسمي لان هذا لازمٌ من لوازم للعلم مع انه اخص مما قبله ،

حيث انها علمٌ يتماق به احكام ولها قواعد اصولية ونظريات اجتهادية ، وعللٌ واحكامٌ ترتب على تلك العلل ، كان من الواجب عدم اهمال مختلف فروعها من العلم النظري . وهذا ما حملنا على الاتيان ببعض امثلة وفروع قد لا تكون لها قيمة عملية كبرى وقد تكون نادرة الوقوع او غير داخلية في اجاث المجلة ، ولكنها وان تبادت عنها في الجنسية ، فانها تنقارب بوجودها تحت اصل واحد او ضابط واحد .

ونحسب ان في اثبات هذه الفروع حرصاً على بيان فوائد هذه القواعد ومثملاتها ونشيطاً للاذهان ببيتها على النفوذ إلى فلسفة الفقه ودقائق الاحكام وتفهم اصولها ومناشئها .

هذا في القواعد الكلية . اما في غيرها من المواد المتعلقة بكتب المجلة فان الشرح سيكون قاصراً على ما تعانیه هذه المواد وتعالجه هذه الكتب .

خروج العلم بالله تعالى وصفاته اذ لا يتأق به اتقان فعل وإحكامه .
والذي ارتآه انه يمكن الوقوف على ماهيته بتقسيم ومثال . فالتقسيم
يتميز عن غيره فاذا قوبل بالظن والشك يتميز عنها ، اذ العلم عبارة عن الجزم
ولا جزم فيها . واذا قوبل بالاعتقاد الجازم فهنا يلبس العلم بالاعتقاد لوجود
الجزم في كل منهما .

وبفترق بينهما ان الاعتقاد يحصل للمقلد عن دون علم اذ يجوز ان يعتقد
الشيء جزماً على خلاف ما هو به لا عن بصيرة . ويجوز ان يعتقد الشيء
على ما هو به مجرد التلقين والتلقي مع الجزم الذي لا يحظر بياله غيره .
وعن هذا تبين ان الاعتقاد عقدة على القلب ترسخ في قلب المقلد من
دون خطور نقيضه بالبال . وهذا من جنس الجهل وان طابق الواقع .
ولهذا ترى اعتقاد المقلد قابلاً للتزلزل بالقآء تشكيك او شبهة ، بخلاف العالم
فان القآء الشبه والتشكيك لا تؤثر على علمه .

واما المثال فهو ان ادراك المقولات يفهم بالمقايسة بالبصر الظاهر كيف
يُطبع مثال صور المحسوسات على ما هي عليها في القوة الباصرة . فالمقلد
كالمرآة تنطبع فيه صور المقولات على ما هي عليها ، فالتال بشين
حقيقته اه ملخصاً .

واعترضه الآمدي في إحكام الأحكام . بان هذا غير سديد ، لان
القسمة ان كانت مميزة له عما سواه فلا معنى للتحديد بالرسم الا هذا . ثم
قال في تعريفه : « العلم عبارة عن صفة يحصل بها لنفس المتصف بها التميز بين
حقائق المعاني الكلية حصولاً لا بتطرق اليه احتمال نقيضة . »

واما تعريفه باعتبار اضافته الى الفقه ، علماً عليه ، فهو كما قال * علم بالمسائل *
كالجنس يشمل سائر العلوم . ولما كانت مسائل الفقه بعضها قطعياً وبعضها ظنياً
اراد صاحب المرآة بالعلم هنا التصديق بمعنى الاعتقاد الراجح الشامل للظن والتقليد .
لكن مسأله الظنية ، حيث كان العمل بها واجباً تصديداً ، فما المانع من ان يكون
المراد من العلم المتعلق بها هو الادراك القطعي ، وان كانت ظنية في نفسها . تأمل .
والمسائل جمع مسألة ، هي القضايا التي موضوعاتها موضوع العلم ، اما مطلقاً

نحو: فعلُ المكلفِ فرضٌ أو واجبٌ أو مندوبٌ أو مباحٌ أو محظورٌ . أو مقيداً بقرض ذاتي نحو: الفعلُ المفروضُ يوجب الثواب وينجي من العقاب أو على نوع الموضوع اما مطلقاً نحو: الصلوة عمادُ الدين ، أو مقيداً نحو: الصلوة الفرضية يجبُ أداءها . أو على عرض ذاتي له اما مطلقاً نحو: الفاسدُ صحيحٌ باصله ، أو مقيداً: نحو الفاسدُ لمعنى في نفسه باطلٌ وعلى هذا . (الشرعية) اي الموقوفة على خطاب الشارع . خرجت الاحكام العقلية كالحكم بجمرة النار . والاصلاحية كالحكم برفع الفاعل (مرآة الاصول)

﴿ اعملية ﴾ اي المتلقة بكيفية العمل وهي الصفة القائمة بالعمل من الاوصاف الخيرة من الوجوب والحرمة وغيرها (مرآة ازميري باختصار)

﴿ والمسائل الفقهية اما ان تتعلق بأمر الآخرة ﴾ وذلك ان الحق تعالى تعلق ارادته بايجاد هذا النوع الاتسافي ، وادع فيه العقل ليتهدي به الى معرفة ذاته وصفاته وسائر الاعتقادات الصحيحة للتوصل بذلك الى السعادة الابدية . وتكامل عقولهم فرض عليهم العبادات البدنية لحق الربوبية والعبودية ، والمالية لحق شكر النعمة عناية منه وكرماً .

﴿ واما ان تتعلق بأمر الدنيا وهي تنقسم الى مناحات ﴾ هي مع الية عبادة من وجه لما فيها من تكثير نسل المسلمين والاعفاف ونحوه . ومعاملة من وجه لكونها من العقود التي تتعلق بها ابضاً مصالح دنيوية .

﴿ ومعاملات ﴾ كالعقود والفسوخ من البيع والاجارة والمزارعة والشركة واقالاتها ونحو ذلك من سائر العقود المحتاج اليها لضرورة المعاش .

(وعقوبات) تدرأ الفاسد وتقوم بصلاح الخلق في تحصيل مقاصد على منهج الشرع لان مقصود الشرع من الخلق ان يحفظ عليهم دينهم وانفسهم وعقولهم وانسابهم واناسلهم واموالهم . وهذه امهات المصالح قد اتفقت عليها سائر الشرائع قبل شريعتنا وهي نواميس الاصلاح وبالمحافظة عليها يقوم نظام العالم .

وعن هذا اوجب الشرع عقوبة المبتدع الذي يدعو الناس الى ضلال بدعته حفظاً لدينهم . والقصاص حفظاً لنفوسهم . وحد الشرب حفظاً لعقولهم

التي هي ملاك التكليف . وحدّ الزنا حفظاً لانسابهم وانسالمهم . وحدّ السرقة
وايجاب زجر الفاسدين حفظاً لاموالهم .

ولهذه المشروعات لواحقٌ دونها في المرتبة هي من التتمات والمزيّنات لا حاجة
للبحث عنها فارجع اليها في كتب الاصول فسبحانه من آله ما ابهر حكته .
واعلم ان الله تعالى خلق الانسان وركب فيه ثلاث قوى : شهوةً وغضبيةً
تؤديان الى الفساد وسفك الدماء . وعقليةً تدعوه الى المعرفة والطاعة مقاومةً
للقوتين الاوليين . فبالعقوبات تعتدل القوتان فلا يؤديان الى مضادة العقل
بالافساد وافناء البشر بعضهم بعضاً في سبيل المنازعات . راجع تفسير قوله تعالى
(واذا قال ربك للملائكة اني جاعل في الارض خليفةً - الآية) تعلم ان عمران
الارض لا يقوم الا بالبشر لما ركز في في قوام الحية والباطنية من الادراكات
لاستنباط الصنائع واختراع الآلات ولهذا قال :

✽ فان الباري اراد بقاء نظام هذا العالم الى وقت قدره ✽
اي آخر ايام الدنيا قبيل يوم القيمة ✽ وهو انما يكون بقاء النوع
الانساني ✽ اشارة الى شرعية العقوبات ✽ وذلك يتوقف على ازدواج
الذكور مع الاناث ✽ اشارة الى شرعية النكاح ✽ ثم ان بقاء النوع
الانساني انما يكون بعدم انقطاع الاشخاص ✽ وانقطاعها انما يكون بسبب قوتي
الشهوة والغضب في الانسان المؤديين الى الفساد الذي شرعت العقوبات لدفعه .
✽ والانسان بحسب اعتدال مزاجه يحتاج في البقاء الى
الامور الصناعية في الغذاء واللباس والمسكن ✽ لانه مدني الطبع
لا يقدر ان يعيش منفرداً كسائر الحيوانات ✽ وذلك ايضاً يتوقف على
التعاون والتشارك بين الافراد ✽ اذ لا يمكنه تدارك اسباب معيشته
منفرداً بان يتدارك غذاءه المتوقف على وسائط كثيرة كاستخراج معادن
لحديد للحث واصطناع آلات الزراعة وحصاد الزرع ودياسته وطحنه وخبزه

وطبخ طعامه . وهكذا في ادوات اللباس والمسكن فلا يستطيع ان يعيش مستقلاً بنفسه
* والحاصل ان الانسان من حيث انه مدني الطبع لا يمكن ان
يعيش على وجه الانفراد كسائر الحيوانات بل يحتاج الى التعاون
والتشارك يبسط بساط المدنية والحال ان كل شخص يطلب ما يلائمه
ويغضب على من ينازعه * ولو طلبوها بالعدل لارتفعت الخصومات . ولكن
طلبوها بالشهوات فتولت منها المنازعات * فلاجل بقاء العدل والنظام
بينهم محفوظين من الخلل يحتاج الى قوانين موقّدة شرعية في امر الازدواج
وهي قسم المناكحات من علم الفقه * وهي ايضاً قسم من المعاملات من وجه .
فالمشروعات ثلاثة : عبادات ومعاملات وعقوبات . والعبادات خمسة :
الصلوة والزكوة والصوم والحج والجهاد . والمعاملات اربعة : المعاوضات المالية
والمناكحات والمخاصمات والامانات . والعقوبات خمسة : القصاص وحد الزنا وحد
السرقه وحد الشرب وحد القذف ويلحق بذلك التمزير .

* وقد وقعت المباشرة بتأليف هذه المجلة من المسائل الكثيرة
الوقوع في المعاملات غب استخراجها وجمعها في الكتب المعتبرة
وتقسيمها الى كتب وتقسيم الكتب الى ابواب والابواب الى فصول .
فالمسائل الفرعية التي تصير معمولاً بها في المحاكم هي المسائل التي ستذكر
في الابواب والفصول . الا ان المحققين من الفقهاء قد ارجعوا المسائل
الفقهية الى قواعد كلية كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة وتلك
القواعد مسلمة معتبرة من الكتب الفقهية * لان مدلول قضاياها يصدق
بلا تردد * تتخذ ادلة لاثبات المسائل وفهمها في بادىء الامر *
لكن ربما يمرض بعض فروع تلك القواعد اثر او ضروره او قيد او علة

مؤثرة تخرجها عن الاطراد فتكون مستثناة من تلك القاعدة معدولاً بها عن سنن القياس اما بالاثر كالسلم والاجارة في بيع المدوم ، واما بالاجماع كالاتصاف ، واما بالضرورة كطهارة الحيض والآبار ، واما بالقياس الخفي المعتبر عنه بالاستحسان (وهو ما قوي اثره) يقدم على القياس الجلي كسوء سباع الطير اذ المعتبر هو الاثر لا الظهور . مرجع ذلك كتب الاصول .

مثلاً : الولد يتبع الام في الرق والحرية . هذه قاعدة . قال في البدائع : « فلو وجد رجل لقيطاً وادعى انه ابني من زوجتي فصدفته فهو ابنا حرة كانت او امة غير انها ان كانت حرة كان الابن حراً بالاجماع . وان كانت امة كان ملكاً لمولى الامة عند ابي يوسف رحمه الله تعالى . وعند محمد يكون حراً . » وجه قول محمد ان نسه وان ثبت من الامة لكن في جملة تبعاً لما في الرق مضرة بالصبي ، وفي جملة حراً منفعة له ، فيتبعها فيما ينفعه لا فيما يضره . فانظر كيف خرجت هذه المسئلة عن القاعدة على قول محمد .

* يوجب الاستثناس بالمسائل ويكون وسيلة لتقرير المسائل

في الازهان * اي يتنور بها المقلد ولا يتخذها مداراً للفتوى والحكم . فملل بمضاً من حوادث الفتوى خرجت عن اطرادها لقيده زائد او لاحد الاسباب المتقدم ذكرها . وهذا يحتاج الى نظر دقيق وتبحر عميق يجرى تلك القواعد في مشتملاتها الحقيقية ويستثنى منها ما خرج عنها بقيد او سبب من الاسباب المارة .

* فلذا جمع تسعون قاعدة فقهية وحررت مقالة ثانية في المقدمة على ما سياتي ثم ان بعض هذه القواعد وان كان بحيث اذا انفرد بوجود من مشتملاتها بعض المستثنيات * لاسباب المارة * لكن لا تختل * بذلك * كليتها وعمومها من حيث المجموع لما ان بعضها يخص او يقيد بمضاً آخر * مثلاً : المادة السادسة (القديم يترك على قدمه) خص من عمومها (الضرر لا يكون قديماً) .

وهذا التخصيص لا يبنى عمومها فيما بقي . واذا قلنا كل احد يتصرف في ملكه كيف شاء فهذه قاعدة يستثنى منها ما اذا تعلق به حق الغير . « انظر مادة ١١٩٢ » ويستثنى منها ايضاً مثل المرهون والمأجور

واما موضوعه فافعال المكلفين من حيث يبحث فيه عما يفرض لها من حل وحرمة ووجوب وندب وهي العوارض الذاتية كما تقدم . واما فعل غير المكلف فليس من موضوعه كفعل الصبي والمجنون . والمخاطب بضمان ما اتلفه وبنفقة زوجاتها هو الولي كما يخاطب صاحب البهيمة بضمان ما اتلفته حيث فرط في حفظها (رد المحتار) .

* تنبيه * المراد بفعل المكلفين المعنى الحاصل بالمصدر وهو الوصف الموجود للفاعل كالمية التي تسمى صلوة من القيام والقراءة والركوع والسجود . وكالمية التي تسمى صوماً وهي الامساك عن المفطرات بياض النهار .

وقد يطلق على نفس ايقاع الفاعل هذا المعنى ويقال فيه الفعل بالمعنى المصدرى . والتكليف انما يتعلق بالمعنى الاول لا الثاني . لان الفعل بالمعنى الثاني اعتباري لا وجود له في الخارج . اذ لو كان موجوداً لكان له موقع فيكون له ايقاع فيتسلسل (نهر لمخصاً) .

واستمداده من الكتاب والسنة والاجماع والقياس . وغايته الفوز بسعادة الدارين اذ به يعرف الحرام من الحلال .

* المقالة الثانية *

* في بيان القواعد الفقهية *

المادة ٢ - الامور بمقاصدها يعني ان الحكم الذي يترتب

على امر يكون على مقضى ما هو المقصود من ذلك الامر .

اي ان الحكم الذي يترتب على فعل المكلف ينظر فيه الى مقصده فليحسبه يترتب الحكم تملكاً وعدمه ، ثواباً وعدمه ، عقاباً وعدمه ، مواخذةً وعدمها ، اضماً وعدمه .

فهذه قاعدة جامعة مستنبطة من الحديث المشهور اخرجها الأئمة الستة

وهو قوله صلى الله عليه وسلم ، انما الاعمال بالنيات . ومن تدبر مسائل النية في متفرقات الابواب وجدها في العبادات بكاملها اعني الطهارة والصلوة والزكوة والصوم والحج .

وبناء على اعتبار النية لا تصح العبادة من المجنون لانه ليس من اهل النية ، ولا عقود كالبيع والهبة والنكاح . وفي الطلاق حتى لو قال لامرأته طلقى قسك ونوى به الثلاث صحت نيته ، حتى لو قالت طلقت نفسي ثلاثا كان ثلاثا لان المصدر يصير مذكوراً في الامر لان معناه حصلنى طلاقاً . والمصدر يقع على الواحد ويحتمل الكل فاذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله لفظه . وان لم يكن له نية ينصرف الى الواحد لكونه متيناً . (بدائع وغيره)

وفي الظهار فلو قال انت علي كامي ، او مثل امي ، يرجع الى نيته : فان نوى الظهار فظاهر ، او الكرامة كان كرامة ، او الطلاق كان طلاقاً ، او اليمين كان ايلاء ، لان اللفظ يحتمل كل ذلك . وفي الايمان بشرط ان يكون الحالف مظلوماً ونوى غير ما حلف عليه (بدائع) . وفي المباحات اذا قصد بها التقوى على الطاعة والتوصل اليها يناب . وفي عدم القطع اذا قصد السارق اخذ الدين من مديونه .

وفي فسخ من اسلم على اكثر من اربع كمن عنده ثمانى زوجات فاسلم فقال لاربع منهن فسخت نكاحكن : ان قصد به الطلاق كان اختياراً لنكاحهن . فكأنه قال اخترت نكاحكن فطلقتكن . وان لم يقصد به الطلاق كان اختياراً لراقهن ونكاح الباقيات . وفي اللقطة يضمنها بنية اخذها لنفسه ، وبنية ردها لصاحبها لا . لكن النية امر باطن لا يطلع عليه فعليه الاشهاد للتخلص من الضمان عند ابي حنيفة . وقالوا مجرد نية الرد لا توجب عليه الضمان .

والمودع اذا اخرج الوديعة بنية لبسها فهلكت قبل اللبس يضمن . وان لم تكن بتلك النية لا يضمن . ثم اذا عاد الى الوفاق بان نزعها عنه ليرجعها الى الحفظ فهلكت انما لا يبرأ من الضمان لانه بعد دخولها في ضمانه فنية ارجاعها الى الحفظ امر باطن . ومن فروعها من وضع اناؤه تحت المطر ليملاؤه ماء فهو ملكه كما في مادة (١٢٥٠) . ومنها ركوب الدابة بنية ردها لصاحبها ام لغير ذلك - ومنها

نصب شبكة للصيد كما في مادة (١٣٠٣) ومثله مادة (١٣٠٤)
وبحسب النية يأثم في وطء زوجته على ظن انها اجنبية . وفي شرب الماء على
ظن انه خمر . وفي قتل قاتل مورثه بظن انه معصوم الدم . فيئة سقى لقصده الزنا
والقتل ولا يحد . واما لو خاطب امراته بانث طالق ، او قنه بانث حر ، بقم الطلاق
والعتق وان ظنهما اجنبيين لمصادفته محلا غير متوقف على نية العتق .

وفي كنيات الطلاق اذا لم تكن فيه مذاكرة لا يقع الا بالنية خلا لفظ الحرام .
وعند المذاكرة بقم الطلاق قضاء لقيام المذاكرة مقام النية كما في معتبرات المذهب
وفي اشباه السيوطي : (وقد قيل في قوله صلى الله عليه وسلم « نية المؤمن
خير من عمله » ان المؤمن يخلد في الجنة وان اطاع الله مدة حياته فقط ، لان نيته انه
لويقي ابد الآباد لاستمر على الايمان ، فجزى على ذلك بالخلود في الجنة . كما ان الكافر
يخلد في النار وان لم يمص الله تعالى الامدة حياته فقط ، لان نيته الكفر ما عاش)
واعلم ان النية كما تكون في الافعال تكون في التروك . والفرق بينها انها اذا
كانت في الافعال ينظر : ففي قسم العبادات يشترط لها النية ولا تصح بدونها
الا اذا كانت العبادة غير مقصودة لذاتها كالوضوء والطهارة من الاخبثات
وستر العورة للصلوة فلا يشترط فيها النية لصحة الصلوة ، بل للثواب فقط . وفي
المعاملات فالبيع بلفظ الماضي والاجارة والاقرار والوكالة والابداع والقذف
والسرقة لا تتوقف على النية (اشباه لمخصاً)

واما التروك فلا تشترط النية في ترك المنهي عنه ، بل يخرج عن العهدة بمجرد
الترك وان لم ينو ، ولا ثواب له على الترك ، لانه عدم الفعل ، والنية انما تتعلق بالأفعال
لا بالأعدام . فان كف نفسه عن الزنا مثلاً خوفاً من الله تعالى ، وهو قادر على الفعل
فله الثواب لان الكف في هذه الصورة فعلٌ تتعلق به النية

وتأيد ان الكف عن المنهي عنه فعلٌ مذكور في شرح التلويح على التوضيح
للعلامة التفتازاني في « فصلٌ اختلفوا في الامر والنهي » . وفي الجزء الثالث من
البدائع ص ١٩٠ عند بيان احكام العدة فارجع اليهما ان شئت .

واعلم ان حديث « انما الاعمال » من باب المقضى فلا بد فيه من تقدير ضرورة
صدق الكلام النبوي المزه عن الخلف . لكثرة وجود الاعمال بدونها . ولا يكون

المقدر عاما لان ما للضرورة يقدر بقدرها . اي حكم الاعمال وهو الحكم الخاص
بالاخروي اعنى عدم الثواب ، لا الدينوي اي عدم الصحة ، لوجود دليل ينفي ذلك وهو
وجود الحكم الاخروي دون الدينوي . والعكس : فقد يرتفع الاثم ويبقى الضمان .
فلولا الاجماع على ان الاخروي مراد ، ^{تَوْ قِفَ} عن العمل به لاجماله فيها . وحيث
ثبت الاجماع على ارادته انتفى الكل بلا مقتضى اه (تحرير)
والحاصل ان المقتضى لا عموم له عندنا خلافا للشافعي ودليل كل مبسوط في محله .

المادة ٣ - العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ

والمباني ولذا يجري حكم الرهن في بيع الوفا .

العقود جمع عقد وتعريفه كما في مادة « ١٠٣ » التزام المتعاقدين وتعهدهما
امراً . والالف واللام للاستفراق ، يعنى ان سائر العقود ، العبرة والعمل لمعانيها المقصودة
منها ، وتبدل الالفاظ لا بصرفها عن المقاصد التي وضعت لها بالوضع الشرعي .
فلو قال اعرتك هذه الدار كل شهر بكذا ، او اعطيتك اياها بكذا ،
او قالت لمن يريد نكاحها وهبتك نفسي بكذا ، او قال المديون لدائمه :
بعتك هذا الثوب بالالف التي لك علي ، على اني ان اذبتك الالف استرده ، وهكذا ،
فقبل الاخر ، فالاول اجارة ، والثاني بيع ، والثالث تزويج ، والرابع رهن . وهذه
الالفاظ لا تخرج العقود عن معانيها ومقاصدها الموضوعه لها ، بل يترتب عليها احكام
الاجارة والبيع والنكاح والرهن .

ولها فروع كثيرة : فلو اشترى شيئاً بديارم ، ودفعت اليه البائع ثوباً وقال له امسك
هذا الثوب حتى اعطيتك الثمن ، فالثوب رهن ، لانه اتى بمعنى العقد والعبرة في
باب العقود للمعاني (بدائع) . ومنها ما في كفالة البحر : الوصاية حال
حياته وكالة ، والوكالة بعد موته وصاية ، لان المنظور اليه المعاني . ومنها
ان الهبة اذا كانت بشرط العوض وكان احد العوضين عقاراً وتقابضا ،
وجبت الشفعة في العقار للشفيع لان الهبة باعتبار شرط العوض بيع انتهاء
(بدائع) . ومنها ان الدار التي هي بدل صلح يجب فيها الشفعة مطلقاً سواء
كان عن اقرار او انكار او سكوت ، لان عقد الصلح على دفعها للمدعي وان

كان بلفظ المصالحة الا ان هذا المقدم لما كان تعويضاً عن المدعى به كان في معنى البيع والعبارة في العقود للمعاني . وكذا اذا كانت الدار مصالحةً عنها عن اقرار لهذا المعنى .

قال شارح المجلة المرحوم سليم باز البناني نقلاً عن الاشباه : ويخرج عن هذه القاعدة مسائل . منها اذا قال احد لاخر بقصد ان يهبه ماله بعتك مالي هذا بدون ثمن فيبطل لفظ البيع ولا يحمل على الهبة ولو كان قصد المتكلم الهبة . ومنها لو قال لاخره بقصد ان يعيره منزله ، آجرتك منزلي هذا بدون كراء . فلا يحمل قوله على الاعارة وان كانت هي المقصودة بكلامه ا .

يقول العاجز لو دققنا النظر نرى الفرعين غير داخلين في القاعدة حتى يستثنا منها . نعم هو استثناء منقطع وذلك لان البيع لفظ شرعي وضع للمعاوضة ، ولا يكون الا ثمن ، ولا يصح التجوز به عن الهبة . لان الشرط المحوز للتجوز ان يكون المعنى المشترك بين التجوز والتجوز عنه على وجه يكون في التجوز عنه اقوى منه في التجوز . ومن المعلوم ان معنى التملك في البيع اقوى منه في الهبة . وهكذا في الاجارة بالنسبة للمارية فتكون هذه الصيغة لغواً واللفظ باطل لا يبنى عليه حكم .

وعن هذا منعت الحنفية استعمال لفظ الطلاق في الاعتاق . وجوزت حيث لا قوة في المعنى التجوز استعمال لفظ الحوالة في الكفالة وبالعكس . وشرط براءة الاصيل قرينة في جمل الكفالة مجازاً عن الحوالة . وعدمها قرينة في جمل الحوالة مجازاً عن الكفالة . والجامع هو ولاية المطالبة في كل منهما (تحرير) .

ومن باب استعمال لفظ الحوالة في الوكالة ما اذا افترق المضارب ورب المال وليس في المال ربح يقال للمضارب احل رب المال على المدينين ابي وكله بالقبض اه (تحرير ملخصاً) .

والحاصل ان الفرعين المتقدمين حيث لم يصح استعمالهما في حقيقة البيع والاجارة الشرعيين ولا التجوز بهما عن الهبة والاعارة وقما لغواً تأمل منصفاً . وبلغق بهذه القاعدة ما في رد المختار عن الفتح حيث قال : فرع يثبت

الوقف بالضرورة، وصورته ان يوصي بغلة هذه الدار للمساكين ابداً، او لفلان
وبعد للمساكين ابداً، فان الدار تصير وفقاً بالضرورة . والوجه انها كقوله
اذا مات فقد وفت داري على كذا هـ . اي فهو من المعلق بالموت ، ينفذ
من الثلث .

ومنها ما في الحجر: لو قال اشترتوا من غلة داري هذه كل
شهر بعشرة دراهم خبزاً وفرقوه على المساكين صارت الدار وفقاً . قال في
رد المحتار : ومقتضاه ان الدار كلها تصير وفقاً من ثلث ماله ، اي وان اتى
بمن التمييزية ، وبصرف منها الخبز الى ما عينه الواقف والباقي الى الفقراء .
هذا كله بالنظر للمقاصد والمغاني لا لالفاظ والمباني .

المادة ٤ - اليقين لا يزول بالشك

اليقين عند الفقهاء هو جزم القلب بوقوع الشيء او عدم وقوعه . وبليه الظن
الغالب وهو تجوز احدى ما اقوى من الآخر فهو بمنزلة اليقين حكماً .
والشك هو التردد في وقوع الشيء وعدم وقوعه على السواء . وبعبارة اخرى
تجوز امرين لا مزية لاحدهما على الآخر (جموي واشباه) يعني ان الامر
المتيقن ثبوته لا يرتفع الا بدليل قاطع ولا يحكم بزواله بمجرد الشك . كذلك
المتيقن عدم ثبوته لا يحكم بثبوته بمجرد الشك لان الشك اضعف من اليقين فلا يمارسه
ثبوتاً وعدمًا . نعم اليقين قد يزول بيقين مثله . والقواعد الاتية من الخامسة
الى الثانية عشر كلها مستخرج من هذه القاعدة .

ومن فروعها ما نصوا عليه من عدم جواز البيع مجازفة في الاموال الربوية
كالمكيلات والموزونات لان المائلة بيها شرط محقق . والمائلة في المجازفة مشكوك
فيها فلا تثبت الصحة ، بناء على الاصل المقرر وهو ان الحكم المعلق على شرط او
المشروط بشرط اذا وقع الشك في وجود شرطه لا يثبت ، لان ما ليس ثابتاً يقين
لا يثبت بالشك . كما ان الثابت يقين لا يزول بالشك . فالمتيقن بالطهارة مثلاً اذا شك
بالحدث فهو متطهر .

ومنها ما في الاشياء وغيرها ان الاستصحاب حجة يصلح للدفع لا

للاستحقاق . ففي صورة كونه يصلح للدفع بدخل تحت قاعدة اليقين لا يزول بالشك . فالمفقود وهو الذي غاب عن بلده ولا يعرف خبره انه حي او ميت تجري عليه احكام الاحياء فيما كان له فلا يورث ماله ولا تبين امراته لان حياته حين تغييه متيقنة وموته قبل المدة المضروبة شرعا مشكوك فيدخل تحت قاعدة اليقين لا يزول بالشك .

واما فيما لم يكن له فتجري عليه احكام الاموات فلا يرث احداً الا يبرهان على حياته كأنه ميت حقيقة لان الثابت باستصحاب الحال يصلح لابقاء ما كان على ما كان ولا يصلح لاثبات ما لم يكن . ولهذا قالوا الاستصحاب حجة يصلح للدفع لا للاستحقاق .

ولكوته لا يصلح للاستحقاق ذكر في الاشياء ان الشقص اذا بيع من الدار وطلب الشريك الشفعة فانكر المشتري ملكت الطالب فيما في يده فالقول له ولا شفعة له الا بينة .

ومنها ما في المادة (١٥٣٦) وما يليها ان البراءة على قسمين ابراء اسقاط وبراءة استيفاء . وان ابراء الاسقاط ان يبرأ احد الآخر باسقاط تمام حقه الذي هو على الآخر او يحيط او يبرأ مقداراً منه عن ذمته . وبراءة الاستيفاء هو عبارة عن اعتراف احد بقبض واستيفاء حقه الذي هو في ذمة الآخر . وبراءة الاسقاط قسمان خاص وعام . فالخاص هو ابراء احد اخر عن دعوى متعلقة بخصوص مادة . والعام ابراء احد الآخر من كافة الدعاوي فلي هذا لو ابرأ الدائن مديونه عن الالف التي في ذمته ، ثم ادعى فبرهن المديون على الاداء او البراءة ، ثم برهن الدائن ان له عليه الف ، لم تقبل حتى يبرهن انها حادثة بعد البراءة ، لاحتمال انها الالف التي برهن المديون على ادائها او ابرائه منها .

كذلك لو ثبت بالبينه ان زبدآ ابرأ عمراً ابراء عاماً ، ثم ادعى زيد عليه حقاً بدون تاريخ لا تسمع دعواه . لان البراءة ودعواه تحتتمل انها بالحق الذي سقط بالابراء او انها بحق حدث بعده فلا تسمع الا ان يبرهن ان ذلك الحق حدث بعد البراءة العام لان اليقين لا يزول بالشك .

المادة ٥ = الاصل بقاء ما كان على ما كان

بمعنى ان الذي ثبت على حال في الزمان الماضي ثبوتاً او نفيّاً ، يبقى على حاله ولا يتغير ما لم يوجد دليلٌ يغيره .

وهذا هو الاستصحاب . مأخوذ من الاستصحاب اللغوي وهو الملازمة وعدم المفارقة . والاستصحاب اقسام منها استصحاب النص الى ان يرد نسخ . ومنها استصحاب العموم الى ان يرد تخصيص . فهذان يبحث عنها علماء الاصول . واما بمبحث الفقهاء فمن استصحاب حكم دلّ الشرع على ثبوته ودوامه كالملك عند جريان العقد المأك . وكسفل ذمة المتلف عند وقوع الاتلاف منه . وذمة المدينون عند مشاهدة استدانته .

والاستصحاب ليس بحجة دافعة الا اذا دلّ الدليل على ثبوته ودوامه بشرط عدم المغير من اقاله او ضانٍ او ابراء ذمة المدينون بايقان او ابراء وهل هو عبارة عن تحكيم الحال الذي اشارت اليه مادة (١٦٨٣) اي بايقان ما كان على ما كان ماضياً او حالاً . فاقول : الاستصحاب يكون على هذا نوعين : الاول ان الشيء اذا كان على حال في الزمان الماضي فهو على حاله في المستقبل ما لم يوجد ما يغيره - الثاني ان الشيء الذي على حاله الحاضرة يحكم انه كان عليها في الزمان الماضي ما لم يوجد دليل يغيرها ويسمى الاستصحاب المعكوس .

فقول المجلة الاصل بقاء ما كان على ما كان اشارة الى الاستصحاب بمعنى النوع الاول . ومن تحكيم الحال في المادة (١٦٨٣) يفهم التعرض للنوع الثاني . وكلاهما من نوعي الاستصحاب . لما في فتح القدير عند : فصل بالقضاء بالموارث : ان الاستصحاب يكون من الماضي للحال ، ومن الحال الى الماضي . ومن فروع النوع الاول مسألة المفقود الذي انقطع خبره ولم يعلم موته ولا حياته وذلك لانه حين نفيه كانت حياته محققة . فما لم يوجد دليل على

موته حقيقة او يحكم بموته بعد اكمال تسعين سنة من عمره او لموت اقرانه
ليس لورثته اقسام ماله ولا تؤخذ وديته من مودعه ، ولا تزوج امرأته
باخر ، الى غير ذلك مما هو مسطور في بابه .

ومن فروع النوع الثاني ما في مادتي ١٧٧٦ و ١٧٧٧ من الاختلاف في
جريان ماء الطاحون ، وفي طريق الماء الذي يجري الى دار احد بانه
حادث او قديم .

ثم لما كان الاستصحاب حجة للدفع لا للاستحقاق فالمفقود لا يكون
استصحاب حياة حجة ملزمة للارث من غيره . حتى لو مات رجل عن
نثنين وابن مفقود ، وللمفقود بنتان وابن ، والتركة في يد البنين ، والحل
معمرون بفقد الابن واختصموا للقاضي ، لا ينبغي له ان ينزع المال من يد
البنين بل يقضى لها بالنصف ميراثاً ، ويوقف النصف في ايديها على حكم
ملك الميت . فان ظهر المفقود حياً دفع اليه . وان ظهر ميتاً حقيقة او حكماً
بمطى البنتان سدس كل المال من ذلك النصف . والثالث الباقي لاولاد
الابن للذكر مثل حظ الانثيين (تنوير ودر مختار ورد المختار) . وقد ذكر
في الهداية في فصل القضاء بالمواريث مسلتين كل واحدة منها تحتوي على نوعي
الاستصحاب . الاولى مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت بعد
موته فاستحق في ميراثه . وقالت الورثة اسلمت قبل موته . فالقول قول الورثة
عند ائمتنا الثلاثة . وجهه ان سبب الحرمان قائم في الحال فيثبت فيما مضى تحكماً
للحال كما في جريان ماء الطاحون

وقال زفر القول قولها لان اسلامها حادث والجادث يضاف الى اقرب اقرانه
كما سيأتي في المادة (١١) وقولهم هو الأرجح . وجهه ان هذه المسئلة اجتمع
فيها لاستصحاب بنوعيه . استصحاب الماضي للحال والعكس . اما الاول فلان
نصرانيتها كانت ثابتة فيما مضى ثم جاءت مسلمة وادعت اسلاماً حادثاً فبالنظر
الى ما كنت فيما مضى - والاصل فيه ان يبقى الى ما بعد موته كما بقول زفر -
هو من النوع الاول كحياة المفقود . وبالنظر الى اسلامها في الحال - والاصل
فيه ان يكون موجوداً فيما مضى كما نقول ائمتنا الثلاثة - هو من النوع الثاني

كجريان ماء الطاحون . فلو اعتبرنا الاول حتى كان القول قولها كان استصحاب الحال مثبتاً : هو باطل . فاعتبرنا الثاني ليكون دافعاً فكان القول قول الورثة .

المسئلة الثانية : مات مسلم وله امرأة نصرانية فجات مسلمة بعد موته ، وقالت اسلمت قبل موته ، وقالت الورثة اسلمت بعد موته ، فالقول قول الورثة ايضاً ، ولا يحكم الحال لان نصرانيتها كانت ثابتة فهو استصحاب من الماضي الي الحال . والنظر الي اسلامها يقتضي ان يكون ثابتاً قبل موته فهو استصحاب من الحال الي الماضي . فاعتبار النوع الاول يكون دافعاً . واعتبار النوع الثاني يكون استحقاقاً وهو باطل . فاعتبرنا النوع الاول .

قال في العنابة : وفيه نظر ، لان زفر لم يجعل استحقاقها للميراث باستصحاب الحال بل بأن الاصل في الحادث الاضافة الي اقرب الاوقات . ويجوز ان يجاب بان ذلك ايضاً ظاهر . والظاهر استصحاباً كان او غيره لا يعتبر للاستحقاق على انه يستلزم العمل بالاستصحاب . اي يكون مجيئها مسلمة الخ . والآن على الاستصحاب استلزاماً لا صراحة .

وحيث كان استصحاب الحال يصلح لادفع لا للاستحقاق ، قال في الفتح : فان قيل اعتبار الحال في ماء الطاحون شاهداً للماضي عملٌ باثبات الاستحقاق بالاستصحاب . فان به يستحق مالها اجر الماضي اذا كان جارياً . اجيب : بان هناك اتفاقاً على وجود سبب الوجوب وهو العقد ، ولكن اختلافاً في التأكيد اي تأكيد الوجوب . والظاهر يصلح حجة للتأكيد .

وفي مسئلة الميراث نفس السبب مختلف فيه ، وهو الزوجية مع اتفاق الزوجين في الدين عند الموت . وامشكلم بما ذكر محمد في الاصل : اذا مات وترك ابنين فقال احدهما مات ابي مسلماً وقد كنت مسلماً حال حياته ، وقال الاخر صدقت وانا ايضاً اسلمت حال حياته ، وكذبه الابن المتفق على اسلامه وقال بل اسلمت بعد موته فالقول للابن المتفق على اسلامه ، ولم يجعل الحال حكماً على اسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال وهو البتة . اجيب : بانه انما يصر لما ذكر من الطریق اذا اختلفا في تمام الماضي في ثبوت ما هو ثابت للحال . واما اذا اختلفا في مقدار منه ، فلا يصر الي تحكيم الحال وان كان السبب قائماً . حتى ان في مسئلة الطاحون

إذا اتفقا على الانقطاع في بعض مدة الاجارة ، بان قال المستاجر كان الماء منقطعا شهرين ، وقال الآخر شهراً ، فالقول للمستأجر مع يمينه ، منقطعا كان الماء او جاريا في الحال . لانها اختلفا في جريان مقدر وهو غير ثابت للحال . وفي مسألة الابتنين ومسئلة الكتاب الاختلاف واقع في مقدار مدة الاسلام لا في نفس الاسلام انه كان او لم يكن . والثابت في الحال نفس الاسلام لا سلام لا اسلام مقدر . فهذا هو المأخذ في المسئلة .
ويوافق قاعدة الاستصحاب ما ذكره الاصوليون ان شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد نص بخلافه

المادة ٦ - القديم يترك على قدمه

يعني القديم المشروع ما لم يوجد دليل على خلافه ، يترك على حاله
لحسن الظن بالمسلمين بانه ما وضع الا بوجه شرعي (خيرية في الحيطان) .
لان الاصل كما في المادة قبلها بقاء ما كان على ما كان - وحده عند الفقهاء
كما في مادة (١٦٦) ما لا يعرف اوله اي لم يوجد احد ادرك زمان احدائه .
فلى ما يأتي في مادة (١٢٢٤) هذه القاعدة تجوي في حق المرور
والجري والمسيل وحق الشرب او احداث زيادة كوة من احد الشركاء
في النهر الخاص ، وحين الاختلاف في وقف قديم جهلت شروطه ، ووجد
تعامل قديم على شيء ، فالخصوصات في هذه كلها تفصل على مقتضى هذه
القاعدة ، انظر المواد ١٢٢٤ و ١٢٢٩ و ١٢٣٦ .
وهذه القاعدة فرع القاعدة قبلها بينها ، عموم وخصوص مطلق ، لان
بقاء ما كان على ما كان شامل للقديم والحادث الذي يعلم له اول . وهذه
في القديم الذي لا يوجد من يعرف اوله . ثم لا يخفى ان هذه المادة ليست
على اطلاقها بل مقيدة بالمادة بعدها . اذ لو كان القديم ضاراً يرفع ولا ينظر
لقدمه . ولهذا قال :

المادة ٧ - الضرر لا يكون قديماً

هذه الصورة مستثناة من القاعدة قبلها ، يعني كل شيء اذا كان غير مشروع ، وفيه ضرر ، يزال . ولا فرق بين القديم والحادث اذ العلة الضرر .
ففي تنقيح الحامدية عن انزخيرة من كتاب الحيطان (الاصل ان ما كان على طريق العامة ولم يعرف حاله يجعل حديثاً وكان للامام رفعه اه)

ولا يلتبس عليك انه اذا كان لاحد مسيل قديم او نحوه على دار جاره والضرر بين ، ليس للجار منعه اذ بينهما فرق لان هذه المادة في الضرر العام . وكونه غير مشروع ظاهر كوجوده في طريق العامة حتى لو كان بأذن السلطان بأثم (در المختار) . واما مع الخصوص كالجار فلا يرفع اذا كان قديماً ، اذ لعله كان بحق شرعي . وللفرق بينها ايضاً كان لكل احد حق الانتفاع بالعموميات بشرط عدم الضرر . وليس له ذلك في ملك غيره وان لم يضر الا بالأذن .

واما ما في الفتاوي الحامدية : سئل في ذممة يرد فتح كوة في حانوته مشرفة على دار جاره الذممة وعلى عوراته ، وفي ذلك ضرر بين على الجار ، ويزعم انها قديمة ، فهل يمنع من ذلك ولا فرق بين القديم والحادث حيث كان الضرر بيناً ؟ - الجواب سم يمنع من ذلك ولا فرق بين القديم والحادث حيث كان الضرر بيناً (كتبه الفقير احمد المفتي بدمشق الشام) اه فيه نظر اذا ثبت ان ذلك كان قديماً في ملك خاص لمخالفته لما هو المعتمد من النقول الذي مشت عليه الجملة في المادة قبلها - ووجه عدم اعتبار القدم للضرر العمومي انه من اصله غير مشروع . انظر المادتين ٢٦ و ٢٧ وهذه القاعدة مأخوذة من الحديث الشريف الذي يرويه سيدنا ابو سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه وهو قوله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) وهو من جوامع الكلم وفي الفرق بين الضرر والضرار اقوال : قيل الضرر الحاق مفسدة بالغير مطلقاً . والضرار الحاق مفسدة بالغير على وجه المقابلة اي كل منها يقصد اضرار صاحبه من غير جهة الاعتداء . بالمثل والانتصار بالحق . وقيل الضرر ان يدخل على غيره ضرراً بما ينتفع هو به . والضرار ان يدخل على غيره

ضرراً بما لا منفعة له به ، كمن منع ما لا يضره ويتضرر به المنوع . وقيل الضرر المضارة اي لا يضر احدٌ باحد . وقد ذكر المفسرون ذلك في قوله تعالى: (لا تضارّ والده بولدها ولا مولودُ له بولده) اي لا تضارّ والده زوجها بسبب ولدها وهو ان تصف بالولد ، وتطلب منه ما ليس يعدل من الرزق والكسوة ، وان تشغل قلبه بالتفریط في شأن الولد ، وان تقول بعدما فيها العيب اطلب له ظمراً وما اشبه ذلك . ولا يضر مولودُ له امرأته بسبب ولده بان يمنحها شيئاً مما وجب عليه من رزقها وكسوتها ولا يأخذ منها وهي تريد ارضاعه ولا يحكرها على الارضاع .

ومن المضارة ان يطلق زوجته ثم يراجعها ثم يطلقها قبل الوطء ليطلب عليها عدتها . ومن ثم قال الامام مالك: « اذا كان قصده بذلك تطويل العدة فلا تستأنفها رداً لقصده . »

والنبي بلا الاستفراقه يفيد تحريم سائر انواع الضرر في الشرع لانه نوعٌ من الظلم ، الا ما اُخصّ بدليل كالحدود والعقوبات (ابن حجر ملخصاً) . يدخل تحت هذه القاعدة من حيث عدم مشروعية الضرر كثير من الاحكام الفقيهه كشرعيه رد المبيع بالصيب ، او نفوات الوصف المرغوب كما اذا اشترى عبداً على انه كاتب فاذا هو خباز ، وكالشفعة للشفيع لدفع ضرر الجار ، وسياقي مزيد ايضاح لفروع هذه الفقرة في المادة (١٩) .

المادة ٨ - الاصل براءة الذمة فاذا اتلف رجل مال آخر واختلفا في مقداره بكون القول للتلف والبينة على صاحب المال لاثبات الزيادة .

المراد بالذمة هنا اهلية الانسان لتحمل عهدة ما يجري بينه وبين غيره من العقود الشرعية . يعني الاصل ان الانسان يرى الذمة من وجوب شيء

عليه او لزومه . وكونه مشغول الذمة بحق خلاف الاصل * فاذا ائلف رجل مال اخر * وعند ارادة المالك تضيئه * اختلفا في مقداره او قيمته القول للمتلف * يمينه اذا انكر ما يدعيه صاحب المال من الزيادة والينة على المالك راجع المواد ١٨١٧ و ١٨١٨ و ١٨١٩ و ١٨٢٠ .
ويتنى على هذه القاعدة انه لو اقر لآخر بشيء او حق قيل تفسيره بما له قيمة والقول للمقر مع يمينه .

واعلم ان هذا الاصل انما يعتبر ويكون القول قول من يتمسك به اذا لم يمارضه ظاهره سواء كان الظاهر هو الاصل بحسب ما يتبادر ، او بحسب المعنى . فعلى هذا اذا ادعى على بكر بالفة اب ولها زوجها منه قبل استئذانها فلما بانها سكنت ، وقالت بل رددت ، فالقول لها عند الائمة الثلاثة خلافا لغيره ، وان كان المدعي متمسكا بالاصل وهو عدم الكلام ، لان قولها يشهد له الظاهر بحسب المعنى . ولا يخفى ترجيح هذا الاعتبار .

بيانه انه يدعى تملك بضمها بدعواه سكوتها من غير ظاهر معه . وهي تنكر . والظاهر الاستمرار على الحالة المتينة من عدم ورود ملك عليها وهو الاصل . فكانت هي متمسكة باصل فيه معنى الظاهر فكان القول قولها . كالمودع بدعي رد الوديعة والمودع ينكر فان القول للمدعي الرد فانه - وان كان مدعياً صورة - منكر حقيقة ، متمسك بالاصل الظاهر ، وهو فراغ ذمته ، لكونه ظاهراً لا لكونه اصلاً .

كذلك الشفيح اذا قال علمت بالبيع امسى وطلبت الشفعة ، وقال المشتري بل سكت ، والقول قول المشتري ، لان الشفيح ، بتقييد علمه بالامس ، بدعى امراً عارضاً وهو الطلب ، والمشتري يتمسك بالاصل وهو السكوت ، فالقول قوله . - اما لو قال طلبت الشفعة حين علمت ، فالقول له لعدم تقييد العلم بوقت حتى يكون الطلب عارضاً . ففي هذه الصورة لم يعتبر السكوت اصلاً في حقه اه (ففتح القدير ملخصاً عند قول الهداية : واذا قال الزوج بملك . . .) وتماه هناك وهذا الباب مزلة عظيمة للحكام المفتين فينبغي التنبه في حادثات الفتوى والحكم .

هذه القاعدة مأخوذة من الحديث الشريف وهو قوله صلى الله عليه وسلم
(البينة على المدعي واليمين على من أنكر) لأن كل من يتمسك بخلاف الاصل
ويريد اثبات امرٍ عارضٍ فهو مدعي ، وكل متمسك بالاصل ، منكرٍ للأمر
العارض ، مدعى عليه ، وعليه الإيـمين ، لأنه نافي ولا سبيل الى اقامة البينة على
النفي . اذ لا يعرف ذلك الا بمراقبة الشهود للمدعي عليه في سائر اللحظات من اول
وجود الدين في ذمته الى وقت الدعوى ، حتى تكون شهادتهم عن علمٍ و يقينٍ .
براءة ذمته وعدم انشغالها بالدين . فكيف يكلف اقامة البرهان على ما يستحيل
عادة اقامة البرهان عليه — الا ان يكون النبي شرطاً او محصوراً كما هو مسطور
في كتاب الشهادات انظر مادة (٢٧)

المادة ٩ - الاصل في الصفت العارضة العدم مثلاً اذا اختلف
شريكاً المضاربة في حصول الربح وعدمه فالقول للمضارب بيمينه
والبينة على رب المال لاثبات الربح .

يعني عند الاختلاف في ثبوت الصفة العارضة وعدمه ، القول قول من يتمسك
بعدمها مع يمينه .
الصفة العارضة هي ، بمقتضى الأصل ، انسلاب الموصوف عنها . وعكسها
الصفة الاصلية وهي بمقتضى الأصل ، وجودها في الموصوف . مثال الصفة الاصلية
كون المبيع صحيحاً سليماً من العيب ، وكون رأس مال المضاربة على حاله خالياً من
الربح ، وكون المديون مصرراً لا مومراً اذا كان الدين بسبب اتلافه مال الغير لا
عن عقدٍ او استقراض . ويقابلها العارضة ، كالعيب في المبيع ، والربح في مال
المضاربة ، واليسار في المديون * مثلاً اذا اختلف شريكاً المضاربة في
حصول الربح وعدمه * فقال رب المال رجحت الفأ ، وقال المضارب ما
حصل ربح * فالقول للمضارب بيمينه * تمسكه بالاصل وهو عدم الصفة

العارضه * والبينة على رب المال لاثبات الرجح * لأنه بدعي خلاف الأصل فيحتاج للاثبات (انظر مادة ٧٧)

فلوتنازع المشتري والبائع ، فقال المشتري بوجود في المبيع العيب الفلاني - فاصداً رده على بائعه - وانكر البائع وجود العيب ، فالقول قوله يمينه ، والبينة على المشتري كما في سائر المختبرات .

كذلك المديون من جهة اتلاف اذا ادعى الدائن يساره لأجل حبسه ، وهو ينكر ذلك وبدعي الاعسار ، فالقول قوله يمينه ، وعلى الدائن البينة لان اليسار صفة عارضة ، والأصل في الانسان الفقر ، فيحتاج في اثباتها الى يرهان (بدائع ورد المختار) وكذا لو اشترى شيئاً بشرط وصف مرغوب فيه فاختلفا بوجود الوصف وعدمه ، فلي التفصيل : ان كان من الصفات العارضة كالتخيز والكفاية ، فقال المشتري ليرده ليس كاتباً ، وقال البائع كاتباً ، فالقول قول المشتري يمينه لتمسكه بالأصل ، وعلى البائع الاثبات .

ولو اشترى بشرط انه سليم من العيب ، فجاء ليرده ، واختلفا في وجود العيب وعدمه ، فالقول قول البائع لتمسكه بالصفة الأصلية - وهي السلامة - وعلى المشتري الاثبات .

* مسألة * : الصفة العارضة تفارق الصفة الأصلية باحكام اخره . قد صرح في البدائع في فصل ما يرجع الى المسروق ، انه لا تقطع يد السارق في سرقة مال الحربي المستأمن في دار الاسلام . قال ، « لان الأمان المؤدي لعصمة ماله صفة عارضة على شرف الزوال لا اصلية . بخلاف الذمي فانه من اهل دار الاسلام ، استفاد العصمة بأمان مؤبد ، فعصمته صفة اصلية . »

وعما يفرع على هذه القاعدة ما لو باع الوكيل نسيئة فقال موكله امرتك بتقدي ، وقال اطلقتك صدق الأمر لتمسكه بالصفة الأصلية في الوكالة (درر) يعني قولهم : « الأصل في الوكالة الخصوص ، وفي المضاربة العموم » كذلك لو اختلفا في قيمة المصوب المالك ، فالقول قول الناصب يمينه ، وعلى المصوب منه الاثبات ، لتمسكه - اي الناصب - بالصفة الأصلية

وهي براءة الذمة من الزيادة .
ولو اشترى دهنًا في آنية ثم قبضها ، ورأس الآنية كانت مشدودة ،
فتفحصها فوجد فيها فارة مينة ، وانكر البائع ان يكون ذلك عنده ، كان
القول قوله لما قلنا (خانية) .
ولو اختلف المتبايعان في الصحة والبطلان ، فالقول لمدعي البطلان ، لان
انقضاء البيع حادث ، والاصل عدومه ، والباطل كالمدم لا حكم له . وفي
الصحة والفساد . فلمدعي الصحة . لانها لما اتفقا على العقد ، كان الظاهر
من اقدامها عليه صحته اه .

المادة ١٠ = ما ثبت بزمان يحكم ببقاءه ما لم يقم الدليل على
خلافه ، فاذا ثبت بزمان ملك شيء لأحد يحكم ببقاء الملك له ما لم
يوجد ما يزبله .

اي ان وجود الشيء فيما مضى وان كان لا يستدعي بقاءه ، لان البقاء هو
استمرار الوجود ، الا انه اذا وجد في زمان فإلما ثبت ما يغيره يعتبر باقياً
باستصحاب الحال ، لان الاصل بقاء ما كان على ما كان .
فان وجد في الزمان الماضي ، يعتبر باقياً الى زمان الحال . كذلك الثابت في
الحال ، يحكم انه كان على حاله في الزمان الماضي ، ما لم يثبت خلاف ذلك ،
وهو الاستصحاب المعكوس كما تقدم .
فمن كان مالكا لعين ملكية ثابتة متحققة فيما مضى ، لا يخرج عن ملكه فيما بعد ،
الاثبات ما يزبله ، بنحوه او بيع او اقرار . فبمقتضى هذه القاعدة ، لو ادعى
احد دينا في ذمة ميت ، وشهد به الشهود ، يكفي ، ولا حاجة لان يبينوا . ان
هذا الدين باق في ذمته الى حين وفاته . (انظر المادتين ١٦٩٤ و ١٦٩٥)
فان قلت هذه المادة من قبيل المادة الخامسة ومتعددة بها ، ومعلوم ان
استصحاب الحال يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق اي الالتزام على الغير ، وقد

ذكر في البدائع من كتاب الشهادات : « ادعى داراً في يد رجل انها ملكه ورثها من ابيه ، وشهد الشهود انها كانت ملكاً لايه ، فالشهادة مقبولة ويحكم له . » قد شهدوا له بالملكية فيما مضى ووجد استصحاب الحال ملزماً - قلنا الحكم هناك ليس بناءً على الاستصحاب بل لثبوت الملكية ماضياً ولم يوجد من المدعي عليه برهان على زواله عنه .

يُعلم هذا من فرع آخر ذكره في كتاب الدعوى في « فصل » واما تمارض الدعويين « قال : « عين في يد رجل ، ادعاها خارج انها ملكه مطلقاً من تاريخ كذا ، بدون بيان سبب ، وادعى ذو اليد كذلك انها ملكه منذ كذا ، واقاما بينة ، وتاريخ احدهما اسبق ، ترجح بينته سواء كان خارجاً او ذا يد . اهـ » فهل يتوهم في هذا الفرع ان الخارج لو كان تاريخه اسبق ، وحكم له ، ان حجتة صارت الزاماً على الغير بالاستصحاب ؟ - كلا بل بينة صاحب التاريخ الاسبق اظهرت الملك له في وقت لا بنزاعه فيه الخصم . فطيه ان يثبت سبباً مزبلاً .

فهذه شهادة بالملك المنقضى مقبولة باجماع ائمتنا . بخلاف الشهادة باليد المنقضية ، لما في الدر المختار عن البرازية ، من باب الاختلاف في الشهادة : « الشهادة بالملك المنقضى مقبولة لا باليد المنقضية لتتويع اليد لا الملك » فاذا كان دار في يد رجل فادعى آخر انها له واقام بينة انها كانت في يده ، لا تقبل عند الطرفين خلافاً لابي يوسف لانها شهادة قامت على مجهول اذ اليد تتويع الى بدملك او ودبية او اجارة او غصب فلا يحكم بالشك - هذا اذا كان ذو اليد حياً . فلو ميتاً بان شهدا بانها في يد ابيه الميت تقبل بالاتفاق ، كما في التكملة عن مسكين .

اعلم ان استصحاب الحال انواع ، نوع منه يصلح للدفع لا للالزام ، وذلك كبراءة الذمة مثلاً ، فانها خلقت بروثة من الاصل ، دل العقل على براءتها لا السمع . ونحن نسنح ذلك الى ان يرد سمع ، كوجوب انشغالها بانلاف مال او عقد مثلاً ، اذ لا مثبت فتبقى على العدم الاصل . وليس الدليل على براءتها عدم العلم بالدليل ، بل العلم بعدم الدليل ، لان عدم العلم

بالدليل لا يصلح حجة .

ويوجد نوع آخر من الاستصحاب دل الشرع على ثبوته ودوامه ، كالمك
عند جريان العقد المأك ، وكشف الذمة عند جريان ائلاف او التزام
عقد . وبمباراة اخرى هو استصحاب الوصف المثبت للحكم حتى يثبت خلافه
وهو حجة صالحة للإلزام والاستحقاق . ومن هذا القبيل ما نقلناه لك عن البدائع
ويوجد نوع آخر وهو استصحاب الاجماع في محل الخلاف . وهذا
مختلف في صحته وفساده . مثالة التيسم اذا رأى الماء خلال الصلوة هل
يمضي على صلاته وتقع صحجة ، كما قال به البعض ، متمسكا بان الاجماع
كان انعقد على صحه صلاته ودوامها ، فلا يؤثر عليها طروء وجود الماء
ما لم يوجد دليل على كون روية الماء قاطعاً للصلوة ؟ - قال في المستصفي :
« وهذا فاسد لأن هذا الاستدلال هل هو من لفظ الشارع او من الاجماع
فان كان من لفظ الشارع فلعله يدل على دوامها عند عدم الماء ، لا عند
وجوده . وان كان باجماع الأمة فالاجماع منعقد على دوام الصلاة عند العدم .
اما حال الوجود فهو مختلف فيه . ولا اجماع مع الخلاف » اهـ . وتامسه
هناك . وعلى ما سمعت فلا تكون هذه القاعدة مكررة بالمعنى باعتبارها عين
القاعدة اخامة . اذ يمكن ان يراد بالخامة النوع الاول وهي صالحة للدفع .
والمراد بهذا هو النوع الثاني من الاستصحاب وهي صالحة للدفع والالزام .
يشير الى هذا قول المجلة : يحكم ببقاءه الخ . . فان الشرع لم يتعرض له
بإثبات ولا نفي . للعلم بعدم الدليل على الناقل له عن حاله (متصفي
واعلام الموقعين) .

* تنبيه * كما ان استصحاب الخال يكون محكماً عند التنازع
في الملك . كذلك عند التنازع في اليد . وهو المفهوم من المادة (ما ثبت
بزمان يحكم ببقاءه الخ . . .) فالتفريع بقولها : « فاذا ثبت ملك شيء
لا يجد يحكم ببقاء الملك له الخ . . » قاصر - فلو قالت : « فاذا ثبت ملك
شيء لأحد او وضع يده يحكم ببقاءه او تركه في يده ، ما لم يقم
الدليل على خلافه . » لكان اشمل . وان كان المثال لا يقتضي الحصر ، لما

في البدائع من كتاب الدعوى في « فصلٌ وأما تعارضُ الدعويين » :
« ادعى خارجان شيئاً في يد ثالث ، فانكر الذي في يده ، فان لم يقم لها
بينة ، وحلف لكل واحدٍ منهما ، يُترك المدعى بدوّ قضاء ترك لا قضاء
استحقاق . حتى لو قامت لها بينة بعد ذلك تقبل ويُقضى لها اهـ » -
فاظهر كيف روعي وضع اليد بتحكيم الحال . وترك في يده قضاء ترك .
ومثله ما ذكره الامام السرخسي في مبسوطه من كتاب الدعوى :
« دارٌ في يد رجلٍ اقام آخر البينة انه اشتراها من ذي اليد بالف درهم .
وتقدم الثمن ، واقام ذو اليد البينة انه اشتراها من المدعى وتقدمه ، عند
ابي حنيفة وابي يوسف ، تنهات البينتان سواء شهدوا بالقبض او لم يشهدوا
وُترك في يد ذي اليد اهـ »

المادة ١١ الأصل اضافة الحادث الى اقرب اوقاته ، يعني اذا

وقع اختلافٌ في زمن حدوث امرٍ ينسب الى اقرب الاوقات الى
الحال ما لم يثبت نسبه الى زمن بعيد .

ذكر في القاعدة التاسعة ان الاصل في الصفات العارضة العدم .
والحادث الذي هو موضوع البحث هنا من الصفات العارضة ايضاً . الا ان
ما تقدم في الاختلاف في ذات الصفة وجوداً وعدمًا . وهنا وجود الحادث
متفقٌ عليه والاختلاف في زمان حدوثه . فكما ان القول هناك قول من
بينه . كذلك القول هنا قول من يُضيفه الى اقرب وقتٍ من الحكم الذي
يترتب عليه باعتبار كونه اقرب .

استوضح هذا فبين اقربَ بدينٍ لأحد ورثته ثم توفي . فادعى باقي الورثة
ان الاقرار كان في مرض الموت فهو غير صحيح . والمقر له انه في حال الصحة
فالقول للورثة مع اليقين . والبينة على المقر له .

فالاتقرار صفة عارضة لو اختلفوا فيها لكان القول قول من بنفها مع
اليمين . لكن اتفقوا على وقوعه ، واختلفوا في وصفه ، وهو كونه في اي
زمان وقع ، فالقول ايضاً قولهم لهذا المعنى ، وهو ان الاصل في الصفات
العارضة الحدوث - وهذا سر ان الحادث يضاف الى اقرب اوقاته .
والهبة كالاتقرار فيما ذكر . راجع مادة (١٧٦٦)

ومن فروع القاعدة ما لو ابرأ المشتري البائع قبل قبض المبيع من كل
عيب يكون عند العقد ، ثم بعد القبض اراد رده بسبب ، قال البائع
كان موجوداً عند العقد فدخل تحت البراءة ، وقال المشتري بل هو حادث
عندك بعد العقد قبل ان اقبضه ، فالقول قول المشتري ، لان البراءة المقيدة
بمجال العقد لا تتناول الا الموجود حاله العقد ، والمشتري يدعي العيب
لاقرب الوقتين ، والبائع يدعيه لأبعدهما ، فكان الظاهر شاهداً للمشتري
(بدائع) - وهذا لأن عدم العيب اصل والموجود عارض ، فكان احالة
الموجود الى اقرب الوقتين اقرب الى الأصل . والمشتري يدعي ذلك
فكان القول قوله .

ومنها لو كان في يد رجل دابة ، فقال رجل فقأت عينها وهي في
ملك البائع ، وقال المشتري فقأتها وهي في ملكي ، فالقول للمشتري (اشباه)
ومنها على قول الأمامين في البئر القليلة اذا ظهر فيها نجاسة او فارة
ميتة ، ولم يعلم متى وقعت ، يحكم بنجاسة البئر حين علم ، وهو القياس . حتى لو
كان غسل ثوبه او توضأ منها وصلى ، لا يلزمه كما بقول الامام الاول غسل
ثوبه واعادة صلوة يوم وليلة عند عدم الانتفاخ او النفخ ، وثلاثة ايام .
ولياليها اذا كانت منسجحة او منسجحة . وقوله استحسان للاحتياط في العبادات
وهو القياس الخفي (رد المحتار عن البدائع وخلافة) - وجه الاضافة الى
زمان العلم ، على قولها ، مع احتمال ان النجاسة موجودة من قبل ، ان الأصل
العدم وهو محقق . ووجود النجاسة عارضة من قبل محتمل ، فلا يعارض
اليقين . فهو من قبيل شك طراً على يقين فلا يؤثر . كمن شك في رضاع
اجنبية فانه يحمل له نكاحها وان كان الافضل التنزه ، لان الاصل الحل ،

وهو كونها اجنبيةً من بنات آدم ، والحرمه بعارض الرضاع المشكوك شكاً طراً على يقيني فلا يؤثر - بخلاف اختلاط رضيعته القطعية بأجنبيات ولم تميز ، فانه هناك تعارض يقينان ، يقين التحليل والتحریم ، فيرجح جانب الحرمه احتياطاً .

ومنها ماتت بعد ان وهبت مهرها لزوجها ، فقال الزوج وهبت حال صحتها ، وقالت الورثة حال مرضها ، ففي الخائنة القول للورثة ، لان الهبة حادثة فضاف لاقرب الاوقات من الموت وهو حال المرض .

المادة ١٢ - الأصل في الكلام الحقيقة .

الحقيقة لغةً من حقّ الشيء اذا ثبت . اي ثبتت في مكانها الأصلي وهو ما وضعت له ولم تتجاوزهُ . فعيل بمعنى فاعل والتاء للنقل من الوصفية الى الاسمية .

وفي الاصطلاح : اللفظ المستعمل فيما وضع له ، اي تعين له بحيث يدل عليه بغير قرينة ، سواء كان التبيين من جهة واضح اللغة او غيره - فيشمل التعريف الحقيقة الشرعية كالصلاة للعبادة المخصوصة ، واللغوية كالأسد للحيوان المفترس ، والعرفية كاللدابة لما يركب ، والاصطلاحية كالكلمة للفظ المفرد عند النحاة .

ولا بد من اعتبار قيد الحيثية في التعريف ، اي المستعمل فيما وضع له من حيث انه وضع له ، حتى لا ينتقض التعريف بالمجاز جمعاً ومنعاً . فان الصلاة عند الشرعيين اذا استتمت في الدعاء ، لا تكون من حيث انها موضوعة للدعاء ، فتكون بهذا الاعتبار مجازاً في الدعاء . وقس على هذا البواقي (مرآة ملخصاً) .

وقد اخذ في شرح التلخيص لدفع الانتقاض قيد « في اصطلاح التخاطب » اي المستعمل فيما وضع له في اصطلاح التخاطب ، فيستثنى بهذا

القيد عن اعتبار الهيئة .

ويقابلها المجاز ، وهو في الاصل مصدرٌ معي بمعنى الفاعل ، من جاز مكانه اذا تعداه . نقل الى الكلمة المجازة اي التعدية مكانها الاصل ، او المجوز بها على معنى انها جازوا بها وعدوها مكانها الاصل (شرح التلخيص) وهو الكلمة المستعملة في غير ما وضعت له لملاقة مع قرينة مانعة عن ارادة الموضوع له - ولا بد هنا ايضاً من احد القيدتين : الهيئة ، او قيد اصطلاح التخاطب ، لئلا ينتقض التعريف بالحقيقة كما تقدم لك من الامثلة في اقسام الحقيقة .

ثم المجاز ان كانت علاقته المشابهة فهو المسمى بالاستمارة . وان غيرها كالسيبية والمسيبية والحالية والحلية وغير ذلك من مصطلحات الاستعمال ، كما هو مبسوطٌ في محله ، فهو المجاز المرسل .

ومن فروع القاندة ان الحقيقة لما كانت هي الأصل وضماً ، والمجاز خلفٌ عنها ، لا يُصرف اللفظ عن معناه الحقيقي الى المجازي الا عند عدم الامكان ، بان كان المعنى الحقيقي متعذراً ، فيحمل على المعنى المجازي ضرورة عدم اهمال كلام العاقل . كما لو حلف لا يأكل من هذه النخلة شيئاً ، واكل من ثمرها . او حجارها او طلماها او بئرها او الدبس الذي يخرج من رطبها ، فانه يحث (بدائع من الايمان) لتعذر المعنى الحقيقي وهو الاكل من عينها فيحمل على المجازي . راجع المادتين ٦٠ و ٦١ .

فلو وقف على ولده لا يدخل ولد ولده ان كان له ولدٌ لصلبه . فان لم يكن له ولدٌ لصلبه ، استحقه ولد الابن لان اسم الولد حقيقة في ولد الصلب . ومثله لو اوصى لولد زيد .

ومنها لو حلف لا يبيع او لا يشتري او لا يؤجر او لا يستأجر او لا يصالح عن مال او لا يقاسم ، وهكذا في كل عقد يصح فيه اضافة الوكيل الى نفسه ، او لا يضرب ولده ، لم يحث الا بالباشرة ، ولا يحث بالتوكيل ، لانها الحقيقة وهو مجاز . الا ان يكون مثله لا يباشر ذلك الفعل فيحث بها . وان كان يباشره مرةً ويوكل فيه اخرى ، يعتبر

الأغلب (اشباه)

وقد يتعذر حكم كل من الحقيقة والمجاز فيكون الكلام لغوآء كقوله لزوجته
الثابت نسبها من غيره هذه بتي لا تحرم عليه ، سواء كانت أكبر او اصغر .
لكن ان دام على هذا الكلام اي بأن قال ما قلته حق (فتح) ففرق بينهما
لا لهذا الكلام ، بل منعا لظلمه لما يترك قربانها كما في العنين . — وانما
تعذرت الحقيقة هنا لاستحالتها اذا كانت أكبر منه سناً . واما في الممكنة ، فيما
اذا كانت اصغر سناً ، فلأنه يصح رجوعه عن هذا الكلام . والرجوع وان
لم يتحقق في الحال ، متحقق في المآل ، لان الشرع يكذبه لما فيه من ابطال
حق النبر . فالشرع يقوم مقامه في رجوعه (شرح التحرير) .
وتكون المجاز خلقاً عن الحقيقة ، امتنع المجاز اذا امكنت ، لان الخلف لا
يزاحم الأصل .

ولا يجوز الجمع بينهما عندنا بان يستعمل اللفظ الواحد ، ويراد في اطلاق
واحد ، معناه الحقيقي والمجازي معاً ، كما صرح به الاصوليون .
واعلم انه في كل محل يمكن استعمال الحقيقة عادة ، وكان المتعارف الغالب
هو المعنى المجازي ، فعند الامام الاعظم بصرف اللفظ الى المعنى الحقيقي ، كما
لو حلف لا يأكل من هذه الخنطة او لا يشرب من هذا الفراء ، فان حقيقة
الاول ان يأكل من عين الخنطة ، وهو مستعمل ، لانها تقي وتؤكل قصاً .
لكن المجاز وهو الخبز هو الغالب استعمالاً في العرف والعادة ، فيصرف لفظ
الخنطة الى عينها ، فيحنت في الأكل منها لا من خبزها . — وحقيقته الثاني
ان يشرب من الفراء كرعاً ، وهو ايضاً مستعمل كما هي عادة اهل البوادي ،
فيحنت بالشرب كرعاً فقط . ومجازه ان يشرب غرقاً بيده ، او بإيانه يتخذ
فيه الماء منه ، فلا يحنت بالشرب في هذه الصورة .

وعندهما بصرف اللفظ الى المتعارف الغالب ، فيحنت مطلقاً سواء كان
من عينها او خبزها ، او شرب كرعاً او بإيانه ، بطريق عموم المجاز .
وهذا الخلاف مبني على الاختلاف في طريق خلقية المجاز عن الحقيقة —
فعندهما الخلفية في حق الحكم : ففي كل موضع يصح انقضاء الكلام للمحكم

الاصلي كسئلة الاكل من الخنطة ، والشرب من الفواة ، يصح انعقاده مجازاً خلفاً عن الحقيقة . وفي كل موضع لم ينمقد للحكم الاصلي ، فلا ينمقد للحكم الخلفي ، اي لا يصلح مجازاً فيقع لغواً .

يتبنى على الخلاف لو قال لعبد الاكبر منه سناً هذا ابني ، لا يعتق عندهما لان هذا الكلام لما لم ينمقد للحكم الاصلي لاستحالاته ، لم ينمقد للحكم الخلفي وهو المجاز ، فلا يجعل مجازاً عن الحربة التي هي حكم البنوة ، فيقع لغواً .
وعنده يعتق وان كان الحكم بالبنوة غير صحيح ، لان خلفية المجاز عن الحقيقة باعتبار التكلم . قوله هذا ابني صحيح من جهة العربية ، وان كان غير صحيح من جهة الحكم . وهذا كافٍ في استعماله مجازاً لان الحقيقة والمجاز من اوصاف اللفظ ، واللفظ صحيحٌ عربيةً ، فكان اعتبار الخلفية والاصالة في التكلم اولي ، لانه يصير خلفاً فيما هو وصفٌ له . فاذا تذر المعنى الحقيقي وجب مجازيته ، فقوله « هذا ابني » مراداً به الحربة ، خلفٌ عن « هذا ابني » مراداً به البنوة . وقواه الكمال (ا هـ) لمخصاً من شرح التحرير والنسفي على المنار)

تنبیه

قد لا يراد باللفظ الحقيقة في كثير من الالفاظ الشرعية ، بان يكون الكلام غير صالح للمعنى الحقيقي . كقوله صلى الله عليه وسلم : « انما الاعمال بالنيات » اذ معناه الحقيقي ان لا يوجد عمل الجوارح مع انه يوجد ، فلا بد من حمله على المجاز ، اي « حكم الاعمال »

وقد لا يستعمل في حقيقته بدلالة معنى يرجع الى المتكلم ، كما في بين النور ، بان ارادت امراته الخروج فقال لها : « ان خرجت فانت طالق » فكثت ساعة ثم سكن غضبه ، ثم خرجت ، لا تطلق . فان حقيقة هذا الكلام ان تطلق في كل ما خرجت . ولكن معنى الغضب الذي حدث في المتكلم وقت خروجها ، يدل على ان المراد هي الخرجة المعينة ، فيحمل الكلام عليها مجازاً بهذه القرينة . (وتامه في شرح المنار)

المادة ١٣ - لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح

يعني ان التصريح اقوى من الدلالة . فاذا تعارض ، فلا عبرة لما في مقابلة التصريح . وعند عدم التعارض ، يعمل بالدلالة ، لانها في حكم الصريح . وقد يكون هذا في المواضع التي جعلوا السكوت فيها كالنطق ، وهو اظهار المراد بالسكوت ، وهو قسم من اقسام بيان الضرورة المذكور في الاصول ، كقوله تعالى « فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلأمه الثلث » تخصيص الأم بالثلث ، بيان تكون الاب يستحق الباقي ضرورة ، مع انه مسكوت عنه . فلو فرض تصريح بخلاف ذلك يكون اولى من الدلالة . وهكذا كل صريح مع الدلالة .

مثالها ما في المادة (٢٧٢) اذا دخل شخص دار آخر باذنه ، فوجد ابناء معداً للشرب ، فهو اذن بالشرب دلالة . فاذا اخذ ذلك الاناء ليشر به فوق من يده وهو يشرب ، فلا ضمان عليه . واما اذا انهاء صاحب الدار عن الشرب ، ثم اخذه ليشر به فوق من يده فانكسر ، ضمن قيمته . ففي صورة عدم التصريح بالنهي هو مأذون شرعاً بالدلالة ، والجواز الشرعي بنافي الضمان . بخلاف التصريح بالنهي فانه يُعَدُّم الدلالة ، فلا حكم لها في مقابلته . والمودع له السفر بالوديعة كما في سائر المعتمرات . فلو نهاء المودع صريحاً ليس له السفر بها ، لان الصريح اقوى من الدلالة (بدائع) . والمستعير يملك الاعارة في الجملة عند اثنتنا ، فاذا انهاء صريحاً عن الاعارة لا يملكها .

واذا كان لرجل جارية مأذونة بالتجارة فاستولدها ، في الاستحسان هو حجر لها دلالة - قال في البدائع : « لان التجارة لا بد لها من الخروج الى الاسواق . واهيات الاولاد ممنوعات عن الخروج في العادات . فكان الاستيلاء حجراً دلالة . فاذا صرح بالاذن تبقى مأذونة لان الصريح

اقوى من الدلالة»

ولو تصدق على انسان فسكت المتصدق عليه ، يثبت له الملك ، ولا حاجة الى قوله قبلت . فلو صرح بالرد لا يملك . لان الصريح اقوى من الدلالة .
ولو ابرأ مديونه فسكت يبرأ ، ولورده ارتد ، لان السكوت قبول للابراء دلالة ، والرد عدمه صريحاً ، فهو اقوى (فصولين من الفصل الرابع والثلاثين)
وللبائع حبس المبيع لقبض ثمنه . فلو قبضه المشتري ، ورآه البائع ، وسكت ، كان اذناً بالقبض . ولو نهاه فلا ، لأن الصريح اقوى من الدلالة ، كما في رد المختار عن الحجر . وفي البدائع لا يكون اذناً دلالة .
ولو قبض الأب مهر ابنته البائعة من الزوج فسكت ، كان سكوتها اذناً بالقبض ، ويبرأ الزوج . ولو صرحت بالنهي لا يجوز القبض عليها ولا يبرأ الزوج .
ولو باع عقاراً وامرأته او ولده او بعض اقاربه حاضر فسكت ، ثم ان الساك الحاضر وقت البيع ادعاه على المشتري ، لا تسمع دعواه .
والحاصل ان جميع ما كان السكوت فيه كالنطق فهو من هذا القبيل .

* فائدة *

اعلم ان اللفظ المطلق في عبارات المكلفين ، منه ما يوجد مقيداً بقيد نصاً ، ومنه ما يكون مقيداً بالعرف والعادة . فحين الاطلاق اذا انصرف الى قيده المتعارف ، فهو تقييد من المتكلم دلالة بحسب العرف . فاذا صرح بعدم ارادة القيد ، فلا اعتبار للدلالة المتعارفة بمقابلة التصريح .
ثم ان ما تقدم من الفروع انما يكون الصريح اقوى من الدلالة اذا وقع الصريح قبل العمل بموجب الدلالة ، والا فلا عبرة للصريح . حتى لو وهب ذا رحم محرم عيناً مثلاً ، قبل الهبة ولم يسلمها ، حتى قام الموهوب له وقبضها بنفسه في المجلس بدون صريح اذن من الواهب ، فضى وهو ساكت ، فهنا قد صار العمل بموجب الدلالة ، فلا تسمع دعوى الواهب بأن الهبة لا تتم الا بالقبض وكان قبضها بدون اذني فاطلها منه لعدم تمام العقد .
ولو باع فضولي مال آخر فنفاذه موقوف على اجازة المالك بالشرائط

المذكورة في المادة (٣٧٣) فلو بلغه فطلب الثمن فهو اجازةٌ دلالةٌ . فلو قال بعد ذلك لست راضياً بالبيع ، فالبيع ماضٍ ولا يُلغى لصريح رده (تنوير الابصار) .

* مسألة *

قد تكون الدلالة اقوى من الصريح اذا كانت دلالة الشرع - كما لو طلق زوجته رجعيًا وهو يقول لم اراجعها ، ثم ولدت لسته اشهر او اقل ، ثبت نسه منه ، وبطل صريح اقراره بعدم الوطء ، لان دلالة الشرع اقوى من صريح العبد .

وما ذكره شارح الجلة الفاضل سليم باز اللباني مثالاً للتصريح والدلالة بما في المادتين (١٧٥٨) و (١٧٦٠) فالحكم هناك لذي اليد بناءً على استصحاب الحال حيث ثبت ملكه فيما مضى ، فهو باقٍ الى الآن ما لم يوجد ما يزيله ، كما تقدم في شرح المادة العاشرة .

نعم ان استصحاب الحال ، مم انه ليس من المنطوق ، يعمل به ما لم تقم بينةٌ على خلافه ، كما يعمل بالسكوت الذي هو بمنزلة النطق ما لم يقاومه صريحٌ بخلافه . لكن بينهما فرقٌ في بعض الاحكام ، وفي الماصدق ، كما لا يخفى على النجف .

المادة ١٤ - لا مساعٍ للاجتهاد في مورد النص

الاجتهاد لغةً عبارةٌ عن بذل المجهود واستفراغ الوسع في فصلٍ من الافعال . ولا يستعمل الا بما فيه كلفة وجهد . فيقال اجتهد في حمل حجر الرعى ولا يقال اجتهد في حمل خردلة - ثم صار هذا اللفظ مخصوصاً ببذل المجتهد وسعه في طلب العلم باحكام الشريعة .

والاجتهاد التام ان يبذل الوسع في الطلب ، بحيث يحس من نفسه العجز عن مزيد طلب .

ثم ان الاحكام الشرعية منها ما هو منصوص عليه في الكتاب او السنة
تواتراً او شهرةً او آحاداً ، ومنها ما ليس منصوصاً عليه بل مأخوذاً من ادلة
الشرع بالقياس . فكل اجتهاد اذى الى معارضة المنصوص عليه باطل .

واعلم انه قد يرد في محل مخصوص حكم شرعي لم يذكر فيه الا الحكم وذلك
المحل ، ولم يبين فيه علة الحكم ولا الاستقصاء لمواضع ذلك الحكم . فهذا من
اعظم محل الاجتهاد . كتحريم ماء العنب مثلاً اذا غلا واشتد وقذف بالزبد
وهو المسمى بالخمر . نص الشرع على تحريمه ولم يذكر العلة في التحريم ، ولا
محللاً آخر للحرمة خلافه . فالجهد بذل وسعه واقتداره في تنقيح العلة
واستنباطها . وبعد تتبع الدلالة والآثار ، وجد ان العلة هي الاسكار
فقال عليه كل مسكر .

والقياس ثابت بالكتاب اعني الأمر بالاعتبار وهو رد الشيء الى نظيره
بعد آية (هو الذي اخرج الذين كفروا من اهل الكتاب - الآية)
وفي حديث معاذ المروفي ، وباجماع الصحابة رضوان الله عليهم .

وشروط المجتهد ان يكون مسلماً عدلاً (والعدالة شرط لقبول فتواه لا
لاجتهاده في نفسه) حاوياً علم الكتاب بمعانيه لغة وشرعاً ، واقسامه الراجعة
الى صيغة النظم ومعناه ، وبوجوه البيان بذلك النظم ، وبوجوه استعمال النظم
الكريم في معناه ، وبمعرفة وجوه الوقوف على المراد . والحاصل ان يعرف خاصه
وعامه وظاهره ونصه ومفسره ومحكمه وخفيه ومشكله ومجمله ومتشابهه وحقيقته
ومجازيه وصريحه وكنابته والاستدلال بعبارة وبإشارته وبدلالته واقتضائه .

وان يكون حاوياً لعلم السنة بطرقها من التواتر والشهرة والآحاد ، ومتونها
من كونها رويت بلفظ الرسول صلى الله عليه وسلم او نقلت بالمعنى ، ووجوه
معانيها لغةً وشرعاً ، مع سائر الاقسام والاحوال المذكورة في الكتاب .

وان يكون حاوياً معرفة احكام الاقوال والافعال ، ليعلم ما يوجبه كل واحد منها
ومعرفة مواقع الاجماع حتى لا تصدر منه فتوى مخالفة للاجماع - وهذه
الثلاث اعني الكتاب والسنة والاجماع ، هي المدارك الثلاث الثمرة للاحكام .
ورابعها العقل ، وهو ان يعرف مستند النص والمستند الاصلي للاحكام . فان

العقل قد دلّ على نفي المخرج في الأقوال والأفعال ، وعلى نفي الأحكام منها في صور لانهاية لما ، إلا ما استثنته الأدلة السميعة . والمستثنيات محصورة وان كانت كثيرة ، فينبغي ان يرجع في كل واقعة الى النفي الاصيل والبراءة الاصلية . ويعلم ان ذلك لا يعتبر الا بنص او قياس على منصوص وما هو في معنى النص من الاجماع وافعال الرسول صلى الله عليه وسلم .
وان يكون عارفاً بنصب الأدلة وشروطها التي تصير بها البراهين والأدلة منتجة وان يعرف الناسخ والمنسوخ من الكتاب والسنة .
وان يعرف اللغة والنحو ليتسنى له فهم خطاب العرب وعاداتهم في الاستعمال الى غير ذلك مما بسطه فخر الاسلام البزدوي والامام الغزالي في كتابيها الكنف والمستصفي . وتامه هناك .

المادة ١٥ - ما ثبت على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس

القياس لغة التقدير : يقال قست النعل بالنعل اي قدرته به ، وجملته مساوياً له . وهو مصدر قايس من المفاعلة ، لا مصدر قاس من الثلاثي . لان المساواة تكون من الطرفين .

وفي اصطلاح الشرع ذكروا له حدوداً : منها « مساواة الفرع الاصل في علة حكمه » واسلمها من الاعتراض ، ما في شرح المنار والمرآة : « إبانة مثل حكم احد المذكورين بمثل علة في الآخر » والكلام على هذا في موضعه .
ومعنى المادة ، ان الحكم الشرعي اذا كان ثابتاً بنص القرآن ، او بالسنة او بالاجماع ، اذا كان معدولاً به عن سنن القياس ، لا يجوز ان يقاس عليه غيره بأن يثبت مثل ذلك الحكم للغير ، لعلامة جامعة بينهما . لان حاجتنا الى اثبات الحكم بالقياس ، فتمت ثبت حكم النص على وجه يردده القياس الشرعي ، لم يجوز اثباته في الفرع بالقياس ، كالنص الثاني لحكم لم يجوز اثباته به . وفي شرح التحرير : « لأن حكم الاصل متى كان ثبوته على خلاف القياس ، كان القياس

رداً لذلك الحكم ودفعاً له ، فلم يمكن اثباته به اذ لا يمكن اثبات الشيء بما يقتضى عدم ثبوته . او كان الحكم ثابتاً في محله على الخصوص ، اي محتصاً به بنص آخر ، وهو إما ان لا يدركه العقل بأن لا يهتدي العقل الى حكمته وعلته ، او يكون حكم الاصل مستثنى عن سنن القياس اي عن طريقته السلوكية وقاعدته المستمرة ، كأكل الناس ، فانه مستثنى عن سنن القياس وهو تحقق الفطر من كل ما دخل في الجوف ، واذا كان مستثنى من سننه ، لا يصح القياس عليه - فلا يصح قياس الاكل خطأ على الاكل ناسياً . »
فهذه المواضع لا يجوز ان يقاس عليها ويتمداها الحكم الى غيرها .

مثال الاول عقد الاجارة منصوص عليه في القران (على ان تأجرني ثماني جمع - الآية) وهو خارج عن القياس ، لان القياس يقتضى عدم صحة الاجارة ، لكونها بيع المنافع وهي معدومة غير محوزة ، وغير المحرز لا مائة له ، وما ليس بمال لا يقوم . وما لا يقوم لا يجوز بيعه . لكنها شرعت تسهلاً للعباد . فحيث كان بيع المنافع في الاجارة على خلاف القياس لا يقاس عليها . وعن هذا قال ابو حنيفة : « لا يجوز الحاق الغصب بالاجارة في تقويم منافع المفسوب اذا اتلفها الغاصب او عطلها ، لكون تقويم المنافع في الاجارة ورد على خلاف القياس ، فلا يقاس عليها غيرها »

كذلك السلم هو بيع اجل . بماجل بشرائط مخصوصة ، وهو بيع الانسان ما ليس عنده ، مخالف للقاعدة الشرعية في ان جواز البيع يقتضي محلا مملوكا للبايع موجوداً مقدور التسليم حال العقد ، لما في السنن الاربع عنه صلى الله عليه وسلم : « ولا تبع ما ليس عندك » - لكن ورد في مقابلة ذلك ما في رواية الستة : « من اسلم في شيء فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم » فبيع المدوم ورد في السلم بنص الحديث ، وفي الاستصناع بالاجماع ، وكلاهما على خلاف القياس . فهذا الحكم لا يتمداها الى غيرها بالقياس .

ومثال الثاني اعني ثبوت الحكم في محله على الخصوص ، قبول شهادة خزينة وحده . فانه مخصوص بقوله عليه السلام : « من شهد له خزينة فهو

حسبه « جمل صلى الله عليه وسلم شهادته شهادة رجلين كرامةً وخصوصيةً ، مع أن النص اوجب اشتراط العدد في حق العامة - وقصته ما ورد ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى ناقةً من اعرابي واوفاه الثمن ، فانكر الاعرابي استيفاءه وقال هلمّ شهيداً ، فقال من يشهد لي ولم يحضرنى احد ، فقال خزيمه انا اشهد يا رسول الله انك اوفيت الاعرابي ثمن الناقة . فقال عليه السلام كيف تشهد لي ولم تحضرنى ؟ فقال يا رسول الله انا نصدقك فيما تأتينا به من خبر السماء ، افلا نصدقك فيما تخبر به من ثمن الناقة ؟ فقال عليه السلام : « من شهد له خزيمه فهو حسبه »

فهذا الحكم لا يجوز تعليله اصلاً ، حتى لا يثبت بشهادة غير خزيمه من هو مثله او فوقه في الفضيلة ، لاننا متى عدنا الحكم الى غيره ، أبطلنا خصوصيته الثابتة بنص الحديث كرامةً . وانما اخص بهذه الكرامة ، لاختصاصه من الحاضرين بفهم جواز الشهادة للرسول عليه السلام بناءً على ان قوله عليه السلام في افادة العلم بمنزلة البيان .

ومثال ما لا يعقل مناه : القاعدة المستقلة المستفحة كاعداد الركعات في الصلاة من المكتوبات والواجبات والمندوبات ، واعداد الاشواط في الطواف ، ومقادير الزكوة من ربح العشر في التقدين وغيره في غيرها من الاموال . فهذا القسم ايضاً لا يقاس عليه لعدم ادراك علته التي مدي بها مثل الحكم الى غيره ، ويسمى هذا القسم خارجاً عن القياس تجوزاً .

وهنا مسألة تحتل الوجهين : ان تكون خاصة فتكون نظير مسألة خزيمه المارة ، وان تكون مستثناة من النص ، معدولاً بها عن سنن القياس وذلك ما عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه : وهو انه جاء اعرابي الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال هلكت يا رسول الله . قال وما اهلكك ؟ قال وقعت على اهلي في رمضان . فقال هل تجد ما تعتق رقبةً ؟ قال لا . قال فهل تستطيع ان تصوم شهرين متتابعين ؟ قال لا . قال فهل تجد ما تطعم ستين مسكيناً ؟ قال لا . ثم جلس ، فاتي النبي صلى الله عليه وسلم بمرقه فيه تمرٌ فقال تصدق بهذا . فقال اعلني اقرمنا ؟ فما بين لايتها

اهل بيت اجوح اليه منا ! فضحك النبي صلى الله عليه وسلم حتى بدت نواجذه ، وفي رواية ثاباه ، قال اذهب فأطعمه اهلك . وفي رواية لابي داود : « كله انت واهل بيتك وصم يوماً واستغفر الله تعالى »

فهذه الرواية ، كما في شرح التحرير ، تقتضي ان الكفارة كانت باقية في ذمته بناءً على انها لا تسقط بالمسرة المقارنة لوجوبها ، كما هو قول جمهور العلماء . ويكون ما اخذه تمليكاً له من النبي صلى الله عليه وسلم ليخرجه عن كفارته . والعدول عن القياس انما هو بتخصيصه في اطعامها نفسه وعائلته دون غيرهم ، وقد سقطت عنه بذلك . ويحتمل ان تكون الكفارة سقطت عنه بتناولها . ويؤيده ما اخرجه الدارقطني عن علي رضي الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال للرجل : (انطلق فكله انت وعيالك فقد كفر الله عنك) فلي هذا يكون سقوط الكفارة خاصة للأعرابي . واليه مال الامام الغزالي في المستصفي . هذا خلاصة ما في شرح التحرير وبقيّة البحث هناك .

يقول الفقير : وما هذه الخاصية للأعرابي إلا كرامةً للنبي صلى الله عليه وسلم حيث استعطف في جوابه المذكور قلبه الشريف فبادره الوحي باسقاط الكفارة عنه - ويؤيده ان هذا العرق كان خمسة عشر صاعاً ، والكفارة تقتضي اكثر من ذلك ، ولما صح عن الاعرابي انه مع ذلك كان قادراً على الصيام ، وكفارة الاطعام مرتبة عليه كما لا يخفى . فعلى ما رواه الدارقطني وما جع اليه الغزالي من سقوط الكفارة ، يحمل قول الامام الزبلي : (خص الأعرابي باحكام ثلاثة : بجواز الاطعام مع قدره على الصيام ، وصرفه الى نفسه ، والاكتفاء بخمسة عشر صاعاً ، على ان يسقط الكفارة عنه تضمنت هذه الأحكام) .

المادة ١٦ - الاجتهاد لا ينقض بمثله .

تقدم في القاعدة (١٤) معنى الاجتهاد شرعاً وبيان شروطه . وليس المراد من الاجتهاد هنا عينه هناك ، بل الأعم الشامل لانواع ثلاثة :

الاول اجتهاد المجتهد في المسائل الظنية التي لم يرد فيها دليل قاطع . وهذا هو معنى الاجتهاد الاول الاصطلاحي المذكور في المادة (١٤) الثاني الحادثة التي وقع الحكم فيها من القاضي . الثالث مسائل التحري .

وقد استخرج الفقير ذلك من تتبع كلام الاشباه على قوله : « القاعدة الاولى الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد » حيث مزج الانواع الثلاثة وفرع عليها . فلتكلم على كل نوع بما يناسبه .

الاول ان المجتهد اذا حكم في المسائل الظنية التي لم يرد فيها نص قاطع ، ولم يغير في حكمه كتاباً ولا سنة ولا اجماعاً ، نفذ حكمه ولا يجوز نقضه ، لا من قبله اذا تغير اجتهاده ، ولا من مجتهد آخر يرى خلافه . نعم له حين تبدل اجتهاده ان يحكم في غير تلك الحادثة بحسب اجتهاده الثاني . وذلك لانه لو جاز النقض لجاز ايضاً نقض النقض فيتسلسل وتضطرب الاحكام فلا يوثق بها . وهذا معنى ما في التنوير : « واذا رفع اليه حكم قاض آخر نقضه ، الا ما خالف كتاباً او سنة مشهورة او اجماعاً . »

وقد استفيد من شرح التحرير والمستصفي ان هذا الاجتهاد قد ينقض بمنته مجرد الرأي بدون حكم حيث قال : « وللشافعية فرع : لو تزوج امرأة بلا ولي على جوازه في اجتهاده ، فتغير اجتهاده بان رآه غير جائز ، فالخيار التحريم مطلقاً ، حكم الحاكم بالتحريم ام لا ، والعلة انه مستديم لما يعتقد حراماً . »

« وقيل يحرم بقيد ان لا يحكم به بالجواز . فان حكم به لا يحرم . والا فلو حرم بعد حكم حاكم بجوازه ، نقض حكم الجواز بالاجتهاد المؤدي الى التحريم ، والحكم لا ينقض بالاجتهاد . »

وقال في المستصفي : « المجتهد اذا اداه اجتهاده الى ان الخلع فسح لاطلاق ، فتكلم امرأة خالها ثلاثاً ، ثم تغير اجتهاده ، لزمه تسريحها ولم يجوز له امساكها على خلاف اجتهاده . ولو حكم بصحة النكاح حاكم بعد ان

خالع الزوج ثلاثاً ، ثم تغير اجتهاده ، لم يفرق بين الزوجين ، ولم ينقض اجتهاده السابق بصحة النكاح لمصلحة الحكم اه - والمذهبان واحد في عدم جواز نقض الاجتهاد بالاجتهاد .

النوع الثاني : اذا حكم القاضي المقلد في المسائل الاجتهادية ، وكان حكمه غير خارج عما تقيد به من قبل اللطمان كما هو مسطور في مادة (١٨٠١) فهذا ايضا لا يجوز نقضه ، وهو معنى قول الفقهاء كما في التنقيح « الدعوى متى فصلت مرة بالوجه الشرعي لا تنقض ولا تعاد » اي للعلة السابقة وهي ان النقض يستلزم نقض النقض فيتسلسل وتضطرب الاحكام . وامثلتها لا تنحصر لشمولها جميع احكام القضاة الصحيحة .

ومن هذا النوع ما لو حكم القاضي برد شهادة الفاسق ثم تاب فاعادها لم تقبل - ولا يرد مثل الصبي والمبد اذا شهدا بعد البلوغ والحرية في حادثة ردت شهادتهما فيها حال الصغر والرق . لأنها في هاتين الحالتين ليست بشهادة شرعا ، فلماذا قبلت بعد البلوغ والحرية .

النوع الثالث : الاجتهاد بمعنى التحري . ومن فروعه كما في الاشياء لو تغير اجتهاده في القبلة عمل بالثاني . اي ولا يبطل الاول لان الاجتهاد لا ينقض بمثله . حتى لو صلى اربع ركعات الى اربع جهات بالاجتهاد فلا قضاء .

ومنها التحري في ثوبين احدهما نجس ، فتحرى باحدهما وصلى ، ثم وقع تجريبه على طهارة الآخر ، لم يعتبر الثاني لان الاجتهاد لا ينقض بمثله ومثله التحري باناءين احدهما نجس ، بناء على جواز التحري في الاناءين . ونقل في الاشياء عن شرح المجمع « لو كانا اناوين يربقهما ويتيم اتفاقاً . »

ثم ان ما ذكره الشارح الفاضل سليم باز اللبناني نقلاً عن الاشياء من انه خرج عن القاعدة نقض القسمة للثمن الفاحش ، وقد حكم بصحتها ، فاقول : نقض القسمة هنا الامر ظهر ، وهو عدم صحة الحكم بصحتها لفقده شرطها وهو

التعادل . والقاعدة انما هي في عدم جواز نقض الحكم الصحيح المستوفى
شرائطه ، بحكم مثله . وهذا من قبيل نقض الفاسد بالصحيح . فلا طائل
في عدما من المستثنيات .

كذلك مسألة الامام اذا راى شيئاً ثم مات او عزل الخ . . . لان الامام
نصب للنظر في مصالح المسلمين . والتغيير على حسب المصلحة . وعمل الاول كان
مصلحة لا حكماً .

المادة - ١٧ - المشقة تجلب التيسير ، يعني ان الصعوبة

نصير سبباً للتسهيل ويلزم التوسيع في وقت المضايقة . يتفرع على
هذا الأصل كثير من الاحكام الفقهية كالقرض والحوالة والحجر
وغير ذلك . وما جوزه الفقهاء من الرخص والتخفيفات في
الاحكام الشرعية مستنبط من هذه القاعدة .

اعلم ان اصل الشرع مبناه على اليسر والتسهيل . قال الله تعالى
(يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) (وما جعل عليكم في الدين
من حرج) وقال صلي الله عليه وسلم (احب الدين الى الله الخيفة
السهمة) وعن هذا ترى كثيراً من الاحكام الشرعية انما شرعت للتسهيل
على العباد . ولولا ذلك لعظمت المشقة واشتد الحرج . وكلها متفرعة عن
هذه القاعدة .

ثم ان جميع التسهيلات والتخفيفات الواردة في الشرع لا تخلو عن
نوعين : نوع شرع من اصله للتيسير ، ونوع شرع لما يوجد من الاعذار
الموارض ، وهو المسمى بالرخصة .

وهنا حيث عطف التخفيفات على الرخص عطف تفسير ، اشعر ان
المراد هي الرخصة الشرعية من النوع الثاني . وللإيضاح نذكر امثلة

كاشفة للنوعين :

الاول شرعية ، مثل القرض والحوالة والحجر والوصية والسلم والإقالة
والشركة والصلح والعارية والوديعة والرهن والضمان والإبراء والإجارة والمزارعة
والمساقاة والمضاربة والوكالة وخلافها .

اما القرض والإعارة والإجارة ، فتسهلاً على الناس شرعت لإباحة الانتفاع
بملك الغير . واما الوكالة والابداع والشركة والمضاربة والمساقاة والمزارعة
فلاستئمان الانسان بغيره لهجزه . واما الحوالة فليتمكن الدائن من استيفاء دينه من
غير المديون بطريق الحوالة . واما الرهن والكفالة بالمال وبالنفس فلتأمين
حق الدائن وتوثيقه . واما الابراء فلحط كل الدين او بعضه عن ذمة المديون
وهكذا يقال بـ"شرع خيار الشرط في البيع للمشتري او البائع دفعا للتندم .
وشرع السلم والبيع بالوفاء لاضطرار المفلس الى النقد . وعلى هذا النوال
اكثر الاحكام .

النوع الثاني التسهيل والرخص التابعة للعوارض . والعوارض تكون سماوية
كالصفر والجنون والعتة والنسيان والتوم والاعناب والرق والمرض والموت .
فالصفر يسقط به ما يحتمل السقوط عن البالغ ، كالصلاة والصوم بجملة
السقوط عن البالغ بالجنون وغيره ، ولا يسقط عنه فريضة الايمان ، بمعنى انه
اذا اذاه كان فرضاً . فلو كانت الفريضة ساقطة ، كان نقلاً لا فرضاً ، كما
في الصلاة والصوم . الا ترى انه اذا آمن في صغره لزمته الاحكام التي
ثبتت تبعاً للايمان الفرض ووضع عنه إزام الاداء والتكليف بالايمان ؟ .
وجملة الامر ان توضع عنه العهدة ، ويصح منه وله ما لا عهدة فيه ، فلا يحرم
من الميراث بالقتل عندنا ، بخلاف الكفر والرق يحرم بهما .

واما الجنون فيسقط به كل العبادات .

واما العتة بعد البلوغ فهو كالصبا مع العقل في الاحكام . حتى لا يمنع
صحة القول والفعل . فلو اتلف مال الغير ضمن ، ولو توكل من إنسان صح .
وبتوقف بيعه وإجارته على إجازة الولي ، لكنه يمنع العهدة .

والنسيان يكون عفواً في حقوقه تعالى ، وهو عذر في سقوط الاثم لا في

حقوق العباد .

والنوم لما كان عجزاً عن استعمال القدرة ، وجب تأخير الخطاب ، ولم يمنع الوجوب ، وهو منافع للاختيار اصلاً . حتى بطلت عبارات النائم في الطلاق والعتاق ، ولم يتعلق بيقظته في الصلاة حكم .

ومثله الاغماء ، وهو مرض يصفى القوى ويزيل الحجاب وهو كالنوم . وقد يحتمل الامتداد فيسقط به الاداء . كما في الصلاة ، اذا زاد على يوم وليلة .

والرق ، وهو عجز حكيم لا حقيقي ، اسقط عنه مثل الحج والجمعة . والمرض شرعت العبادات عليه بالقدرة الممكنة : فيصلي قاعداً ان لم يقدر على القيام ، ومستلقياً ان لم يقدر على القعود .

والحيض والنفس وهما وان كانا لا يمدمان الاهلية ، لكن الطهارة شرط للصلاة ، وفي فوت الشرط فوت الاداء . فلو وجب القضاء لكان ذلك حرجاً في الصلاة ، ولا حرج في قضاء الصوم .

والموت ، وهو وان كان منافياً للاهلية في احكام الدنيا ، لكن يبقى للميت ما تقضى به الحاجة : فيقدم تجهيزه ثم ديونه ثم وصاياه من ثلث ماله . واما العوارض المكتسبة فمنها الجهل بالشريعة في دار الحرب من مسلم يهاجر اليها وإنه يكون عذراً .

ويلحق به جهل الشفيع بالبيع ، يكون عذراً وله حق الشفعة .

وجهل الأمة اذا عتقت في ان لها خيار العتق .

والسفه ، فيجبر على السفيه في ماله نظراً له .

والسفر من اسباب التخفيف ايضاً (راجع كتاب المسافر)

والخطأ فهو عذر صالح لسقوط حقه تعالى .

والاكرامه فان له رخصاً معلومة في بابها . راجع المادتين ١٠٠٦

و ١٠٠٧ في حق المكره والمواد ٤٥٨ و ٦٢٨ و ١٤٥٧ و ١٥٣٩ و ١٥٧٣

و ١٦١٦ و ١٥٤١ و ١٦٦٣ و ٩٥٧ و ٩٧٤ و ١٩٠٤ تجرد الرخص والتخفيف

في حق الصبيان والمجانين والمعتوهين والوكلاء

واعلم انه قد خرج عن هذه القاعدة ما نص عليه ، وان كان فيه

مشقة وعمت فيه البلوى ، كبول الانسان المنصوص على نجاسته ، فالمشقة هنا لم تجلب التيسير .

المادة ١٨ - الأمر اذا ضاق اتسع ، يعني اذا ظهرت مشقة في امر يُرخص فيه ويوسع .

هذه القاعدة مستخرجة من القاعدة قبلها ، وبينها تقارب في المآل . فمن فروعا ان المديون اذا كان مسرأ ، ولا كفيل له بالمال ، يترك الى وقت الميسرة . واذا لم يقتدر على ايفاء الدين جملة ، يساعد على تأديته مقسطاً ومنها شهادة النساء والصبيان في الجلمات والمواضع التي لا يحضرها الرجال ، دفعا لخرج ضياع الحقوق .

ومنها قبول شهادة القايلة على الولادة ، ضرورة حفظ الولد ونسبه . ومنها إباحة أكل الميتة او مال الغير على ان يضمنه عند الاضرار حفظاً للحياة .

ومنها ان المتوفى عنها زوجها يباح لها الخروج من بيتها ايام عدتها اذا اضطرت للاكتساب .

ومنها مسائل جواز التحري في كل شيء ، يباح عند الضرورة . ومنها جواز الاجارة على الطاعات كتعليم القرآن والأذان ، على ما هو المفتى به عند المتأخرين ، حفظاً للشعائر من الضياع . ومنها الاعذار الموجبة لفسخ الاجارة دفعا للضرر .

ولحق بذلك المسائل التي يتفر فيها بالبقاء ، ما لا يغتفر في الابتداء . لان البقاء على الامضاء ارفق من النقص . كبيع قن ضم الى مدير او مكاتب فانه يبيع بالحصة مما يوزع على القن وما ضم اليه ، وفيها نوع جهالة بمقدار الثمن ، تندفع نوعا بالتقدير . الا ان المضموم الى القن دخل في العقد اولاً ثم خرج ، فيتوسع بقاء . بخلاف قن ضم الى حر ، فهو يبيع بالحصة ابتداء لعدم دخول

الحر أصلاً .

وكالموهوب اذا طرأ عليه الشبوع بعد القبض ، اغتفر فيه بقاءه لا ابتداءه للتوسيع . ونظيره المأجور والمرتهن . (در المختار)
كذلك الحكم على غائب اوله ، لا يجوز . وقد توسع في جوازه في كل محل يكون ما يدعى على الغائب ، سبباً لا محالة لما يدعى على الحاضر ، تسهيلاً لرعاية الحقوق ، كما هو مبسوط في الدر المختار وحاشيته رد المختار من كتاب القضاء .

والام لا تجبر على ارضاع ولدها قضاء . لكن اذا كان لا يلتقم الا ثديها ، تجبر لدفع الضيق في اعاشة الصبي .
ومن مسائل التوسيع ما في الدر المختار وغيره : « لومات المكاري في طريق مكة ، ولا حاكم في الطريق ، فتبقى الى مكة ، فيرفع الامر الى القاضي ليفعل الاصلح : من ايجارها للمستأجر لو امينا ، او بيعها ويدفع له اجرة الايباب ، ان برهن على دفعها . فقد توسع في بقاء العقد للضرورة ، كما توسع في فتحه للأعداء - اكثر مسائل الاجماع والاستحسان مبني على هذه القاعدة واعلم ان هذه القاعدة كالتالي قبلها ، تجري فيما ليس فيه نص صريح ، والا فلا تقابل المنصوص عليه .

المادة ١٩ - لا ضرر ولا ضرار .

هذه هي لفظ الحديث النبوي الذي اسلفنا الكلام عليه في شرح المادة السابعة ، وان مأخذها منه ، وتقدم طرف من الكلام على الفرق بين الضرر والضرار .

وفي الاشياء : « ويبتنى عليه كثير من ابواب الفقه ، كالرد بالعيب وجميع انواع الخيارات والحجر بسائر انواعه والشفعة والقصاص والحدود والكفارات وضمان التلغات والجبر على قسمة المشترك اذا اتحد الجنس ، ونصب الأئمة

والتفاهة و دفع الصائل و قتال الشركين و البغاة ، الى غير ذلك مما في حكمة شرعيته
دفع الضرر ، اذ لا ضرر ولا ضرار »

وفيها ايضا عن البزازية من كتاب الكراهية ، « باع اغصان فرصاد ،
والمشتري اذا ارتقى ليقطعها بطلع على عورات الجيران ، يؤمر بان يخبرهم وقت
الارتقاء ليستروا مرة او مرتين . فان فعل ، والأرفع الى الحاكم لعنه
عن الارتقاء »

ومن فروعها ان احد الشريكين في الملك المشترك اذا احتاج الى العمارة
وابي الآخر ، لا يجبر بل ينظر : اذا كانت قابلاً للقسمة ، يقسم ويفعل كل منها
بنصيبه ما يريد . لأن في اجاره على تميم ملكه شبهة المضارة المنهي عنها ، في
رفع الأمر الى الحاكم ، حتى يجبس العين بعد التعمير بالأذن الى ان يستوفى
من شريكه قدر ما أصاب حصته ، تندفع الشبهة .

وهذا فيما لا يقبل القسمة . والأب يقسم ويفعل كل منها بنصيبه ما اراد .
اكن اذا كان الملك المشترك بين يتيمين محتاجاً الى التعمير ، فابي احد الوصيين
وكان في إبانته ضرر على البني ، يجبر من قبل الحاكم كما في مادة (١٣١٩) كذلك
اذا تعلق في المشترك حق الغير ، كالشركاء في حق الشرب ، اذا كان النهر عاماً
وابي بعض الشركاء عن كرهه ، يجبر من قبل الحاكم كما يأتي في المادة (١٣٢٤)

المادة ٢٠ - الضرر يزال .

وانما كان الضرر يزال شرعاً لما استفيد من القاعدة قبلها . اذ يتفرع من قاعدة
عدم جواز الضرر والضرار ، ان الضرر يزال .

وعلى هذا يتبنى كثير من ابواب الفقه : فإن خيار العيب والرؤية انما شرع
لدفع الضرر ، وخيار الشرط والتقد لدفع الضرر عن شرط له ، وشرعت الشفعة
لدفع ضرر جار السوء ، والجبر على القسمة بشرطه ، والمهاياة لدفع ضرر الشركة ،
وكذا ضمان المتلفات المذكورة من كتاب الاجارات في المواد ٥٤٥ ، ٥٤٦ ، ٥٤٨ ،
٥٥١ ، ٥٥٦ ، ٥٥٧ ، ٥٩٤ ، ٦٠٢ ، ٦٠٣ ، ٦٠٤ ، ٦٠٦ ، ٦١١ ومثله مسائل

الحيطان والمعاملات الجوارية المذكورة في المواد ١٢٠٠ و ١٢٠١ و ١٢٠٢ و ١٢٠٦ و ١٢١٢ و ١٢١٤ كلها متفرع من هذه القاعدة .
ويتني عليها دفع الصائل ، و قتال المشركين والبيعة ، ونصب الأئمة والقضاء (اشباه) قال : « وهذه القاعدة والتي قبلها متحدتان تصدق كل منهما على ما تصدق عليه الاخرى فيكتفي بذكر إحداهما »
واعلم ان هذه القاعدة مقيدة بالقاعدة الخامسة والعشرين الآتية ، وهو ان الضرر يزال ، لكن لا على الاطلاق ، بل بشرط ان لا تكون إزالته بضررٍ مثله .

ومن فروع ذلك عدم وجوب العارة على الشريك . وإنما يقال لمريدها اتفق واحبس العين الى استيفاء قيمة البناء ، أو ما أنفقته . فالاول ان كان بغير إذن القاضي ، والثاني ان كان باذنه ، وهو العتمد .
ولا يجبر السيد على تزويج عبده او أمته وان تضررا . لان ذلك ضرر عليه والضرر لا يزال بمثله . ولا يأكل المضطر طعام مضطر آخر ، ولا شيئاً من بدنه لهذه العلة .

ثم ان قاعدة الضرر لا يزال بمثله الآتية ليست ايضاً على الاطلاق ، بل مقيدة بالقاعدة ٢٦ « يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام » فحينئذ تجوز إزالة الضرر بالضرر ، وذلك ان يدفع الضرر العام بتحمل الضرر الخاص كجواز الرمي الى كفار تترسوا بصبيان المسلمين ، ووجوب تقض حائطي مملوك مال الى طريق العامة ، على مالكه ، دفماً للضرر العام ، وجواز الحجر على العاقل البالغ الحر عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى في ثلاث : المفتي المالحين والطيب الجاهل والمكاري الفليس (اشباه - وتامه هناك)

وبالتأمل يعلم ان القواعد ٢١ و ٢٢ و ٢٥ و ٢٦ و ٢٧ و ٢٨ و ٢٩ و ٣٠ و ٣١ تنفرع من هذه القاعدة .

المادة ٢١ = الضرورات تبيح المحظورات

هذه قاعدة اصولية مأخوذة من النص وهو قوله تعالى: «إلا ما اضطرتم إليه» والاضطرار الحاجة الشديدة، والمحظور المنهي عن فعله، يعني ان المنوع شرعاً، يباح عند الضرورة.

اعلم اولاً ان افعال المكلف من جهة التصرفات الحسية يتعلق بها احكام: حكم يتعلق به اولاً وبالذات مقاصد دينية، ككون الفعل صحيحاً، ام فاسداً، ام باطلاً، ومنقداً ام لا، وناظراً ام لا، ولازماً ام لا، كما هو معلوم تفصيلاً من الأصول والفقه.

وحكم يتعلق به اولاً وبالذات مقاصد اخروية: وهي إما عزيمية وهو ما شرع ابتداءً غير مبني على أعذار العباد. وإما رخصة، وقد تقدم بيانها في شرح المادة ١٧ فارجع اليها.

ثم هذه الرخصة ثلاثة انواع: نوع هو مباح كأكل الميتة، والدم، ولحم الخنزير، وشرب الخمر عند الحاجة او الفصة او العطش او عند الإكراه التام بقتل او قطع عضو. فهذه الاشياء تباح عند الاضطرار لقوله تعالى (الا ما اضطرتم اليه) اي دعتم شدة الحاجة الى أكلها. والاستثناء من التحريم إباحة (بدائع).

وكما يتحقق الاضطرار بالحاجة يتحقق بالإكراه، فيباح تناول، ولا يباح الامتناع. حتى لو امتنع حتى مات او قتل بوجوه خذ، لانه بالامتناع صار ملقياً نفسه بالتهلكة وقد نهي عن ذلك. وان كان الإكراه ناقصاً كجنس او ضرب لا يخاف منه التلف، لا يجعل له ان يفعل.

وبوع لا تسقط حرمة مجال، ولكن يرخص فيه: كاتلاف مال المسلم، والقذف في عرضه، وإجراء كلمة الكفر على لسانه مع الطمثنان القا بالايمن اذا كان الاكراه تاماً. فهو في نفسه محرم مع ثبوت الرخصة ب

فأثر الرخصة في تغيير حكم الفعل وهو المؤخذه ، لا في تغيير وصفه وهو
الحرمة . والامتناع عنه أفضل ، حتى لو امتنع فقتل كان مأجوراً .
ونوع لا يباح ولا يرخص اصلاً لا بالاكراه التام ولا بخلافه : كقتل
المسلم ، او قطع عضو منه بغير حق ، والزنا وضرب الوالدين .
اذا عرفت هذا فهذه القاعدة لا تتناول النوع الاخير ، لانه لا يباح بمجال
من الاحوال . بل تتناول النوع الاول مع ثبوت اباحته ، والثاني مع بقائه على
الحرمة . والترخيص إنما هو في رفع الاثم ، كنظر الطبيب الى ما لا يجوز انكتشافه
شراً من مريض او جريح ، فانه ترخيص في رفع الاثم لا الحرمة . وكالاضرار
لاكل مال الغير عند المحمصة ، فانه لا يسقط حرمة مال الغير كما سيأتي في المادة
٣٣ ، بل يسقط عنه الاثم ، ويجب عليه ضمانه او الاستحلال من صاحبه
ومن قبيل الضرورات ما في المادة (١٦٨٥) .

المادة ٣٣ - الضرورات نقدر بقدرها

يعني كل فعل او ترك 'جوز للضرورة ، فالتجوز على قدرها ، ولا يتجاوز
عنها . فمن أصابته مخمصة فاضطر لاكل الميتة او مال الغير على ان يضمن
مثله او قيمته ، وتتناول مقدار ما يسد الرمي لدفع الهلاك .
والضرورة هنا من النوع الاول من انواعها التي ذكرناها في شرح المادة
قبلها ، فهي ترفع المؤخذه لا الضمان .
كذلك الطبيب ينظر من العورة بقدر الحاجة .

واذا احدث رجل في بنائه شبكاً بطل على مقر نساء جاره ، لا يؤمر
بهدم الحائط وسد شبكه كلياً ، بل بقدر ما يرفع الضر عن جاره بصورة
تمنع النظر ، كما يأتي في المادة (١٠٠٢) راجع المادتين ١٣١٧ و ١٦٨٥ .
كذلك ما يأتي في المادة ٩٩٨ لو ظهر للحاكم بماطلة المديون في اداء
دينه حال كونه مقتدرأ ، وطلب الغرماء بيع ماله وتأدية دينه ، حجر الحاكم

ماله . واذا امتنع عن بيعه وابقاء الدين ، يبدأ الحاكم بما هو أهون في حق المديون بتقديم التقود اولاً ، فان لم تف فالعروض ، فان لم تف فالعقار ، لان الضرورة تقدر بقدرها .

ومن فروعها ايضاً أن المضارب من جهة كونه اميناً ، فرأس المال في يده امانة في حكم الوديعة . فبمقتضى المادة (١٤١٤) والمادة (١٤١٩) المضارب في المضاربة المطلقة إذا ذهب بمثل المضاربة الى محل غير البلدة التي وجد فيها يأخذ مصروفه بالقدر المعروف من مال المضاربة ولا يتجاوزها .

ومنها ما في الخانية من « فصل في الختان » : « المرضة إذا ظهر بها الحمل واقطع لبنها ، وليس لأبي الصغير ما يستأجر به ظنراً ، ويخاف هلاك الولد ، قالوا يباح ان تعالج في استئزال الدم ما دام الحمل نطفة او علقة او مضغة لم يخلق له عضو ، وقد روا تلك المدة بمائة وعشرين يوماً . وانما ابلحوا لما افساد الحمل باستئزال الدم لانه ليس بأدمية ، فيباح لصيانة الأدمي ولا يجوز بعد مضي مائة وعشرين يوماً ، لأنه يكون قتل نفس محترمة لصيانة نفس أخرى » .

وفيه ايضاً ، من فصل من لا تقبل شهادته لنسقه : « لو ادعى رجل على آخر حقاً وشهدت به الشهود ، فقال المدعي عليه انا اقيم بينة على ان الشهود فسقة او زناة ، او على اقرار الشهود ان المدعى استأجرهم على هذه الشهادة ، او على اقرارهم انهم قالوا لا شهادة عندنا للمدعى على هذا المدعي عليه ولا على غيره ، لم تقبل شهادة شهود المدعى عليه ، ولا يثبت الجرح عند علمائنا . » وعللوا ذلك بأن هذا طعن مجرد لا يترتب عليه حكم فيه اظهار الفاحشة من غير ضرورة ، فيفسق صاحبها فلا تقبل — فان قيل يترتب عليها حكم وهو رد الخصومة عن المدعى عليه ، اجابوا بانه يمكن الشهود اخبار القاضي بذلك سراً ، من دون هتك السبر . والشاهد هنا أن ضرورة دفع الخصومة عن المدعى عليه تتأق بهذا المقدار ، ولا يجوز التجاوز عنها لدرجة الاشاعة ، حيث كانت جرحاً مجرداً . بخلاف ما لو ادعى الشهود عليه جرحاً يدخل تحت الحكم وهو الجرح المركب ، بان اقام

البينة ان شهود المدعى زنوا ، ووصفوا الزنا ، او شربوا الخمر ولم يتقدم ،
او سرقوا مني شيئاً ، قبلت شهادتهم وبطلت بينة المدعى . لأن شهود
الجرح وان اظهروا الفاحشة فانما اظهروها لا يجاب الحد واقامة الحسبة ،
فجازت شهادتهم . اهـ ببعض تلخيص وتمامه هناك .

ومن فروعها ان الكفار حال الحرب اذا تترسوا بأطفال المسلمين ، فلا
بأس بالرمي عليهم لضرورة اقامة فرض الجهاد . لكنهم بقصدون الكفار
دون الاطفال . وهل تجب الدية والكفارة ؟ - عندنا لا . وقال
الحسن ابن زياد تجب الدية والكفارة .

وجه قوله ان دم المسلم معصوم فكان ينبغي ان يمنع من الرمي
الا انه لم يمنع لضرورة فرض الجهاد . فلي قوله يتقدر بقدر الضرورة في
رفع الموء خذة لا في نفي الضمان (بدائع) .

ومنها ما في مبسوط السرخسي من كتاب المأذون ، في « باب العبد بين رجلين
بأذن له احدهما » : لو كان العبد بين رجلين . فكتب احدهما نصيه ، فلا خزان يطل
الكتابة لدفع الضرر عن نفسه . فان لم يطل الكتابة حتى رآه يشترى وبيع فلم ينه ،
لم يكن ذلك اجازة للكتابة ، وله ان يطلها ، وكان هذا السكوت اذناً منه له في التجارة
لأن الاذن في التجارة يثبت بمجرد الرضا بتصرف العبد ، والسكوت عن النعي دليل عليه .
واما في الكتابة ، فيحتاج الى التوكيل ، والتوكيل لا يثبت بالسكوت ، لانه محتمل
للرضى وعدمه . لكنه في جانب الاذن بالتجارة يترجم جانب الرضا للضرورة
الحاجة الى دفع الضرر والفرور عن الناس ، وهذه الضرورة ترتفع اذا جعل السكوت
اذناً ، وان لم يجعل اجازة للكتابة ، والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يتجاوز الى
الى اجازة الكتابة اهـ .

ومنها ما ورد على فكر الفقير ثم رأيت في الأشباه : ان الغزاة في دار الحرب
يباح لهم الانتفاع بالما كوكل والمشروب والعلف والحطب من الغنائم قبل الاحراز
بدار الاسلام ، فقيراً كان المنتفع او غنياً ، لكن بما فيه دفع الضرورة لا غير . حتى
لو وطأ احد الغزاة جارية من المغنم في دار الحرب ، وان كان يسقط عنه الحد
من جهة ان له فيها حقاً اورث شبهة ، لكن لا يثبت النسب لو ادعى الولد .

والمسئلة مبسوطه في البدائع .

هذا ، ومن اجل ان الضرورة تقدر بقدرها ، قال علماء الاصول من الحنفية ان المقتضى (بالفتح) وهو الثابت بدلالة الاقتضاء ، لا عموم له . لانه ثبت شرعاً لضرورة تصحيح الكلام المنطوق ، فيتقدر بقدرها .

فلو قال : ان اكلت فبدي حر ، ونوى طعاماً دون طعام ، لا يصدق عندنا لا ديانة ولا قضاء . ولو اكل اي طعام كان حث - اما عدم تصديقه في نية طعام مخصوص ، فلأن الطعام هنا مقتضى (بالفتح) اقتضاء « اكلت » لأن الأكل يقتضى ما كولا ، وليس عاماً حتى يصح فيه نية التخصيص .

واما انه يحث بأي طعام اكل ، فليس ذلك لعموم المقتضى (بالفتح) بل لوجود ماهية الأكل .

ولو صرح بالفعول به وقال : اكلت طعاماً ، يحث بكل طعام ويصدق في نية التخصيص ، لأنه حينئذ ملفوظ لا مقتضى . وتامه في كتب الاصول .

* تنبيه *

اعلم ان الضرورات كما تكون في الافعال ، تكون في التروك ، وتقدمت في الافعال ، ومثالها في التروك : « الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر » ومصداق ذلك ما رواه مسلم بسنده عن ابي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه قال صلى الله عليه وسلم (من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، فان لم يستطع فبلسانه ، فان لم يستطع فبقلبه ، وذلك اضعف الايمان)

فمن رأى المنكر ، وقد فقد في إزالته الاستطاعة بالفعل مع الامكان باللسان ، لا يجوز السكوت ، لان الضرورة تقدر بقدرها . فان لم يستطع ايضاً باللسان ، فبالقلب ، والله الموفق .

المادة ٢٢ - ما جاز لعذر بطل بزواله

اي لأن جوازه لما كان بسبب العذر ، فهو خلف عن الاصل المتعذر . فاذا زال العذر وامكن العمل بالاصل ، فلوجاز العمل بالخلف ايضاً ، للزم الجمع بين

الحلف والأصل فلا يجوز . كما لا يجوز الجمع بين الحقيقة والمجاز لهذه العلة .
فمغى البطلان شامل لسقوط اعتباره من حيث . انه بصير في حكم الدم
كالنيم اذا وجد الماء ، ينتقض وضوءه بالحدث السابق . حتى لو وجده وهو في اثناء
الصلاة بطلت ، ويفترض عليه الوضوء .

ولوجوب الانسلاخ عنه كلبس الحرير لمن في جسده حكة ثم زالت عنه .
ولهذه القاعدة فروع في العبادات والمعاملات : - منها المعلى اذا كان على
ثوبه نجاسة اكثر من قدر الدرهم ، ولم يجد ماءً ليغسله ، فلو صلى فيه صلوات
عديدة ثم بعد الفراغ منها وجد الماء ، لا يبغضها للحرج . لكن اذا وجده في اثناء
آخر صلوة يصلحها ، تبطل .

ومنها المومح في الصلاة اذا قدر على القيام ، والامح اذا تعلم القراءة ، والماري
اذا وجد ثوباً يستر عورته ، لأن الطهارة والستر والقيام والقراءة فرض على
القادر عليها ، والسقوط عن هؤلاء للحج ، وقد زال .
ومنها الشيخ الثاني اذا فدى عن صومه ، والمريض العاجز عنه ، فها على هذا
الحكم (بدائع وغيره)

ومنها المعتدة عن وفاة زوجها ، يجب عليها المنكح في بيتها المعتدة فيه الى اكمال
عدتها . لكن حيث لا نفقة لها ، اذا اضطرت للخروج لضرورة الكسب ، فمضى حصل لها
مال فاستغنت عن الخروج ، فقد زال العذر فليس لها الخروج (بدائع ودر المختار)
ومنها الوكيل اذا عزله الموكل ولم يبلغه العزل ، ثم عمل بالوكالة ، جاز على
موكله . فاذا زال جهله وعلم بالعزل ، فلا يجوز له التصرف .

ومنها ما في البدائع وغيره : من كان له عبد فمضى على احد ، فلمولاه الخيار :
اما ان يدفع العبد للمجنى عليه ، او يفديه بالأرش . فلو ضرب المولى عينه
فايضت ، وهو عالم بالجناية حتى جعل مختاراً للفداء . ثم ذهب البياض ، فان
ذهب قبل ان يخاصم فيه ، بطل الاختيار ويؤمر بالدفع او الفداء لأنه انما جعل
مختاراً لاجل التقصان وهو تعيب العبد ، وقد زال ، فجعل كأن لم يكن . وان
خوصم في حال البياض ، فضمنه القاضي قيمته ، ثم زال البياض ، تأكد الضمان
بالقضاء ، فلا يبطل الاختيار .

ومنها لو حدث بالمأجور عيبٌ يُجمل بالنعمة حتى صار للمستأجر خيار الفسخ لعذر العيب ، فقبل الفسخ لو أزاله المؤجر ، بطل خيار المستأجر .
ويخرج على هذه القاعدة كثير من أحكام العوراض على اهلية الانسان ، سواء كانت مساوية او مكتسبة ، كمذر السفر المؤدي الى مثل اباحة الفطر ، وقصر الصلاة ، وترك الجمعة ، فاذا زال العذر ، يرتفع ذلك وكأعذار الصغر والجنون والته والسفه والماطلة الموجبة للحجر على الصغير والجنون والسفيه والمديون الماطل ، يرتفع الحجر بزوالها

المادة ٣٤ - اذا زال المانع عاد المنوع

بني كل حكم اذا كان جوازه او عدم ثبوته لمانع ، فاذا زال المانع ، عاد المنوع وهو عدم الثبوت والجواز
مثلاً : المصبي المميز اذا تحمل شهادة ، والاعمى اذا تحملها بصيراً ثم عمي ، والعبد اذا تحملها حال الرق ، فالصغر والعمى والرق مانعٌ من قبولها . فاذا بلغ الصبي ، وعاد الاعمى بصيراً ، وعتق العبد ، جازت شهادتهم لزوال المانع .
والمشتري اذا تبين له في شريه عيبٌ قدّم كان عند البائع ، فله الخيار بين قبوله بالثمن المسمى ، او الرد على بائمه . لكن اذا حدث عند المشتري عيبٌ يمنع الرد ، فلا خيار له بمقتضى المادة (٣٤٥) بل يرجع على البائع بنقصان الثمن لكن بمقتضى المادة (٣٤٧) اذا زال العيب الحادث . يعود المنوع ، وهو حق الرد ولها فروع كثيرة : منها ان الواهب بمقتضى المادة (٨٦٢) و (٨٦٤) يسوغ له الرجوع في هبته قبل القبض مطلقاً ، او بعده برضى الموهوب له او حكم الحاكم - لكن اذا حدث في الموهوب زيادة متصلة امتنع الرجوع . فاذا زالت الزيادة ، كما لو كان الموهوب ارضاً فأحدث فيها الموهوب له بناءً او غرس شجراً ، فزال البناء والشجر حتى صارت ارضاً ، يعود المنوع - وهو حق الرجوع - لزوال المانع - وهو الزيادة . ومنها كما جاء في المادة (١٦١٥) لو سبق من المدعي كلامٌ مناقضٌ لدعواه

لا تسمع دعواه بمقتضى المادة (١٦٤٧) لوجود المانع ، فاذا زال التناقض بتصديق الخصم او تكذيب الحاكم كما في المادتين (١٦٥٣) و(١٦٥٤) يعود الممنوع ، وهو سماع الدعوى - اما بتصديق الخصم فظاهر . واما بتكذيب الحاكم . فكما لو ادعى مستحق عيناً في يد شخص ، فانكر المدعى عليه وقال هو لفلان اشترته منه ، فأثبتته المدعى ، يصح رجوعه على بائعه بعد الحكم وان كان اقر له بالملكية ، لارتفاعه بتكذيب الحاكم ومنها ان الأمة المعتدة من زوج ، لما الخروج من بيت عدتها لخدمة مولاهما . فلو اعتقها يلزمها فيما بقي من عدتها ما يلزم الحرة من المكث في بيت عدتها ، لأن المانع قد زال ، فعاد الممنوع .

كذلك الكتابية المطلقة من مسلم لها ان تخرج ، لان السكنى حق الله تعالى من وجه ، فتكون عبادة من هذا الوجه ، وهي غير مخاطبة بذلك . لكن اذا اسلمت وهي في العدة ، لزمها فيما بقي من العدة ما يلزم السلمة . لأن المانع من اللزوم هو اختلاف الدين ، وقد زال بالاسلام ، فعاد الممنوع . وهو اللزوم .

ومنها ما لو ادعى ولد مكاتبه ابنه ، لم يثبت نفيه منه . لان النسب لا يثبت بدون الملك . والمكاتب لا يتحمل الملك ، فلا تصح دعوته (١) . لكن اذا

(١) اعلم ان ما يعترف به الانسان من بنوة القبيط الصغير او المولود من امته مثلاً بأنه ولده يقال له دعوة لا دعوى لأن بينهما فرقاً . وذلك ان الدعوى بألف التأنيث هي في اصطلاح الشرع طلب حق له قبل آخر امام القاضي . والدعوة بالتاء المربوطة هي عبارة عن اعتراف الانسان بأن الصغير الذي ليس له اب معروف كالقبيط والمولود من امة لا زوج لها بأنه ابنه . فهذا فيه نفع للصغير فيقال صحته دعوته . وان كان ثابت النسب من الغير يقال بطلت دعوته . لأنه لا دعوى هنا اصلاً بالمعنى الشرعي بل اعتراف بلصوق الولد به وعن هذا يقال لسائل حاجة من الله تعالى دعاه دعوة وفي الآية (ثم اذا دعاكم دعوة من الارض = الآية) وفي الحديث «انقوا دعوة المظلوم» معنى الآية ان الله تعالى يطلب العباد اليه من قبورهم للحساب . ومعنى الحديث ان المظلوم يطلب من الله تعالى ان يكون عوناً له على ظالمه . فالمعنى اللغوي كما ذكرناه . والمعنى الاصطلاحي للدعوى هو طلب حق له قبل آخر امام القاضي .

عجزت ، تنفيذ دعوته لانها بالعجز عادت قنأ ، فنصح . فقد عاد الممنوع - وهو
الصحة - بزوال المانع - وهو الكتابة .

ومنها ان الام او غيرها من اهل الحضانة ، اذا مقط حقها من حضانة الولد للمانع .
كأن تزوجت من اجنبي مثلاً ثم طلقها الزوج او مات عنها ، عاد حقها لزوال المانع
ومنها مريض مسلم اقر لابنه النصراني بدين ، ثم اسلم الابن ، لم يجوز اقراره
عند ائمتنا الثلاثة - وجهه ان اختلاف الدين كان مانعاً من بطلان الاقرار ،
لكونه غير وارث ، فلما اسلم صار وارثاً ، واقرار المريض للوارث لا يصح . فلما زال
اختلاف الدين ، عاد الممنوع ، وهو البطلان .

ومنها لو اوصى لعبد وارثه ، لا تصح الوصية ، سواء كان على العبد دين
او لا . فاذا عتق قبل موته صح ، لان الرقبة كانت مانعة من الصحة . وقد زالت
فعاد الممنوع ، وهو الصحة .

ومنها لو آجر مشاعاً يحتمل القسمة لا يجوز ، لكن اذا قسم وسلم جاز ، لزوال
المانع ، فيعود الممنوع .

المادة ٢٥ - الضرر لا يزال بمثله

هذه القاعدة مقيدة للقاعدة العشرين يعني ان الضرر معها كان واجب الازالة ،
فازالته اما بلا ضرر اصلاً ، او بضرر اخف منه ، كما سيأتي في المادة (٢٧)
واما ازالته بضرر مثله او اشد ، فلا يجوز - وهذا غير جائز عقلاً ايضاً ، لان السعي
في ازالته بمثله عبث .

ومن فروع هذه القاعدة ما لو اكره على قتل المسلم بالقتل مثلاً ، لا يجوز لأن
هذا ازالة الضرر بضرر مثله . بخلاف اكل ماله ، فانه ازالة الضرر بما هو اخف .
ومنها ما في تنوير الابصار وشرحه الدر المختار والبدائع : عبد قدم مصراً ،
وقال انا عبد فلان مأذون في التجارة ، فصدقه وباعه حتى صار مديوناً ، يباع
كسبه لارقبته ، لان الرقبة لمولاه . فلو بيعت لتضرر بغير حق ، فيكون ازالة

الضرر عن الغرماء بمثله ، وهو ضرر المولى - الا اذا كان اذن المولى شائئاً ، وثبت باقراره او بيينة يقيها الغرماء ، فتباع رقبته حينئذ . لأن المولى هو الذي التزم ذلك بالاذن من قبله .

ومنها ما في المادة (٣٤٥) : اذا حدث في المبيع عيب عند المشتري ، ثم ظهر فيه عيب قديم كان عند البائع ، فليس للمشتري ان يرده على بائعه بالعيب القديم لان الضرر لا يزال بمثله . بل له الرجوع بنقصان العيب فقط ، فيدفع بقدر الامكان ، وهذا اخف الضررين .

ومنها ما في تنوير الابصار وشرحه : البناء على ساحة مفضوبة . وفيه البناء اكثر . يملكها الباني .

ومنها ابتعت دجاجة لؤلؤة ، او ادخل البقر رأسه في قدر ، او اودع فصيلاً فكبر في بيت المودع ولم يمكن اخراجه الا بهدم الجدار ، يضمن صاحب الأكثر قيمة الأقل (در المختار) قال : « والاصل ان الضرر الأشد يزال بالأخف » راجع المادة (٩٠٦)

ومنها ما في المادة (١٣١٢) اذا طلب شخص تعمير الملك المشترك القابل للقسمة ، وكان شريكه ممتنعاً ، وعمره بدون اذن يكون متبرعاً ، يعني لا يسوغ له الرجوع على شريكه بمحضته . وان كان ذلك الشخص قد راجع الحاكم عند امتناع شريكه ، فبمقتضى المادة (٢٥) لا يجبر على التعمير ، لكن يجبر على القسمة ، وذلك الشخص - بعد القسمة - يفعل بمحضته ما يشاء . فقدم الجبرمبني على هذه القاعدة . وبمقتضى المادة (١٣١٣) اذا لم يكن قابلاً للقسمة كالطاحون والحمام ، واحتاج الى العارة ، وطلب احد الشريكين تعميره ، وامتنع الآخر بصرف عليه قدرأ معروفاً باذن الحاكم ، وبهمره ويكون مقدار ما اصاب حصة شريكه من المصاريف التعميرية ديناً له عليه ، وله ان يستوفي دينه هذا من اجرتة بايجار ذلك الملك المشترك - وان عمر من غير اذن الحاكم ، فلا ينظر الى مقدار ما صرفه ، ولكن له ان يستوفي المقدار الذي اصاب حصة شريكه من قيمة البناء وقت التعمير على الوجه المشروح .

والحاصل ان الضرر ما ازيل بمثله بل بقدر الامكان ازيل باخف منه -

ولإتمام الفائدة نقل هنا ما ذكره صاحب البحر من كتاب القضاء في مسائل متفرقة : فيما لو كان علو لرجل ، وسفله لآخر ، كيف يكون تصرف كل منهما في ملكه ؟ - قال « وانتفقا على منع هدم صاحب السفل الجدار الحامل للعلو كما قدمناه . فان هدمه أجبر على بنائه ، لأنه تعدى على صاحب العلو بهدم ما هو قرار العلو . كالراهن اذا اتلف المرهون ، والمولى اذا قتل عبده المديون - فوق بين حق التطي وحق التسييل ، حيث لو هدم في الاول يجبر على البناء ، ولو هدم في الثاني لا يجبر »

وفي التخيرة : «السفل اذا كان لرجل وعلوه لآخر ، فسقف السفل وجذوعه وهراديه وبواربه وطينه لصاحب السفل ، غير ان صاحب العلو مسكنه في ذلك اهـ »

وذكر الطرسوسي ان الهرادي ما يوضع فوق السقف اما من قصب او من عريش . وذكر ابن وهبان انه المكعب .

وفي جامع الفصولين : « لكل من صاحب السفل والعلو حق في ملك الآخر ، لذى العلو حق قراره ، ولذى السفل حق دفع المطر والشمس عن السفل فالملك مطلق والحق مانع ، وقد اجتمعا فجمعنا بينهما » وتامه هناك .

ثم قال بعد اسطر : « لو هدم ذو السفل سفله ، وذو العلو علوه ، اخذ ذو السفل ببناء سفله ، اذ فوت عليه حقاً الحق بالملك فيضمن ، كما لو فوت عليه ملكاً اهـ » . وظاهره انه لا جبر على ذى العلو ، وظاهر ما في فتح القدير خلافة ، والظاهر الثاني . ويحمل الاول على ما اذا بنى صاحب السفل سفله ، وطلب من ذى العلو بناء علوه ، فانه يجبر . ولو انهدم السفل بغير صنع صاحبه ، لا يجبر على البناء لعدم التمدي . ولصاحب العلوان يبني ان شاء و يبني عليه علوه ، ثم يرجع ويمتنع عن السكنى حتى يدفع اليه ، لكونه مضطراً ، كاستعير الرهن اذا قضى الدين بغير اذن الراهن ، لا يكون متبرعاً . ولو انهدم العلو والسفل ، فكذلك .

ثم الرجوع هل بقيمة البناء او بما أنفق ؟ - قيل : ان كان صاحب العلو مضطراً ، يرجع على صاحب السفل بقيمة السفل مبنياً ، لا بما أنفق . وقيل : ان بنى بأمر

القاضي يرجع بما اتفق ، وإلا رجع بقيمة البناء ، وبه يفنى (كذلك في فسمه
الولولجية)

واذن الشريك كأذن القاضي ، فيرجع بما اتفق ، كما حرره العلامة ابن الشحنة
في شرح المنظومة . واذا قلنا يرجع بقيمة البناء عند عدم الإذن ، فهل المعتبر قيمته
يوم البناء ، او وقت الرجوع ؟ - قولان : والصحيح وقت البناء ، وهو مبني على ان
المبنى يبنى على ملك الشريك ، او على ملك الباني ، ثم ينتقل منه .
وفي جامع الفصولين : « جدار بينهما ، ولكل منها حمولة ، فوهي الحائط ،
فاراد احدها رفعه ليصلحه ، وابي الآخر ، يبنى ان يقول مر بد الاصلاح للآخر :
ارفع حمولتك باسطوانات وعمد ، وبعلمه انه ير بد رفعه في وقت كذا ، واشهد
على ذلك . فلو فعله ، والا فله رفع الجدار . فلو سقط حمولته لم يضمن اه »

المادة ٢٦ - يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام

هذه المادة مفيدة لما قبلها ، اي لا يزال الضرر بالضرر الا اذا كان احدها
عاماً والآخر خاصاً ، فيتحمل حينئذٍ الضرر الخاص لدفع الضرر العام .
وهذه قاعدة مهمة من قواعد الشرع ، مبنية على المقاصد الشرعية في مصالح
البياد استخرجها المجتهدون من الاجماع ومقول النصوص . فقد ذكر حجة
الاسلام الامام الغزالي في المستصفي ما ملخصه ان الشرع انما جاء ليحفظ على
الناس دينهم وانفسهم وعقولهم وانسابهم واموالهم . فكل ما يكون بعكس هذا
فهو مضرة يجب ازالتها ما امكن ، والا فتأيداً لمقاصد الشرع يدفع في هذا
السبيل الضرر الأعم بالضرر الأخص .

ولهذه الحكمة يحكم على من سرق مقدار عشرة دراهم فضة بالقطع ، دون من
اختلس او نهب اضعاف ذلك لان المختلس - وهو من يأخذ المال مسارقة -
والناهب - وهو من يأخذه جهراً - يمكن الاحتراز منهما ، والسارق لا يمكن
الاحتراز منه ، فانه ينقب الدور ويكسر القفل ويهتك الحرز ، ولا يمكن صاحب المتاع

الاحترار لحفظ ماله بأكثر من ذلك فكان ضرر السارق عمومياً . فلولم يشرع قطعه ، لسرق الناس بعضهم بعضاً . فجعل حده القطع لينزجر غيره . فيتحمل الضرر الأخص لدفع الضرر الأعم .

ومن هذا القبيل قتل الساحر المضر والكافر المضل ، لان هذا يفتن الناس ، وهذا يدعوهم الى الكفر ويهدم دينهم ، فيتحمل الضرر الأخص لدفع الأعم (مستصفي)

كذلك الفعل المنكر يجب انكاره وازالته . لكن اذا كان يترتب على ازالته وقوع منكر اعظم ، او يعم ضرره ، يترك الانكار .

فهذه القاعدة تجري في كل مسألة تدور بين ضرر بين خاص وعام ، وكثير من الاوامر والنواهي الشرعية والحدود والعقوبات مشروع لهذا المعنى .

ومن فروعها ايضا جوار الرمي الى كفار تترسوا بصبيان المسلمين لدفع ضرر زحفهم على العموم .

ومنها وجوب نقض حائط مملوك مائل الى طريق العامة ، على مالكه ، دفماً للضرر العام .

ومنها التسمير بسرم معتدل بمرقة اهل الخبرة ، عند تعدي ارباب الطعام في بيعه بفن فاحش ، دفماً للضرر العام .

ومنها جواز الحجر على العاقل البالغ الحر عند الامام الاعظم في ثلاثة : المقتي الماجن والطيب الجاهل والكارى المفلس ، دفماً للضرر العام في الدين والنفوس والاموال .

ومنها بيع طعام عند الحاجة جبراً اذا امتنع .

ومنها هدم البيوت المجاورة للحريق منعاً لسرايته كما في المادة (٩١٩)

ومنها الشركاء في الشرب من نهر مست الحاجة الى تعزيله ، وابي احد

الشركاء ، فينظر : ان كان النهر عاماً ، يجبر الآبي على الكرى مع بقية الشركاء .

وان خاصاً ، لا يجبر . فالطالبون بكون ذلك باذن الحاكم ، و يمنعون الآبي بالاتفاق

بالنهر ، حتى يؤدى مقدار ما اصاب حصته من المصرف ، راجع المادتين

ومنها بيع مال المديون المحبوس عندها لقضاء دينه ، دفعاً للضرر عن الغرماء .
ومنها منع اتخاذ حانوت للطبخ بين البزازين .

المادة ٢٧ - الضرر الاشد يزال بالاخف

هذه القاعدة قيد للمادة (٢٠) يعني ان الضرر انما يزال اذا لم يتأت من ازالته ضررٌ مثله او اشد . والاّ فاذا دار الامر بين ضررين ، فيتحمل الأخف لإزالة الأشد . فهذه القاعدة والتي قبلها اخوان : فان الضرر اذا كان عاماً ، اشدّ منه خاصاً . وهي من قبيل القاعدة الآتية : اذا تمارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب اخفها .

والاصل في ذلك ان من ابتلى بيلتين وهما منساو بتان ، يأخذ بايها شاء .
وان اختلفا ، اختار اهونها . لان مباشرة الحرام لا تجوز الا للضرورة ، ولا ضرورة في حق الزيادة .

فلو كان رجل له جرحٌ ، لو سجد سال جرحه ، يومي ويصلي قاعداً ، لأن ترك السجود اهون من الصلاة مع الحدث (شرح مجامع)
ومن فروعها ما في الاشياء : (شيخٌ لا يقدر على القراءة قائماً ويقدر عليها قاعداً ، يصلي قاعداً ، لانه يجوز حالة الاختيار في النفل ، ولا يجوز ترك القراءة بحال .
ولو ان امرأة لو صلت قائمة بنكشف من عورتها ما يمنع جواز الصلاة ، ولو صلت قاعداً لا ينكشف منها شيء . فانها تصلي قاعداً ، لأن ترك القيام اهون وقامه هناك .

ومن فروعها المستلтан المذكورتان في المادتين ١١٤٠ و ٩٠٦
قال في الاشياء : « ومن ذلك الاجبار على قضاء الدين والنفقات الواجبات وحبس الاب لو امتنع عن الاتفاق على ولده ، بخلاف الدين . »
كذلك لو ابتلت دجاجة لؤلؤة آخر وكانت قيمة اللؤلؤة اكثر ،

يضمن صاحب اللؤلؤة قيمة الدجاجة لصاحبها ، ويملكها .
ولو امتنع الرد بالعيب للمانع ، كما لو حدث في البيع عيب عند المشتري ،
اذ احدث فيه زيادة متصلة ككثوب صبغه ، يرجع المشتري بنقصان العيب ، اذ
لو اعتبر المانع وألزم به المشتري بدون رجوع بنقصان العيب ، فهو ضرر عليه ،
ولو أجبر البائع على الرد وقبوله بالعيب الحادث ، او تضمينه قيمة الزيادة المتصلة ،
فهو ايضاً ضرر عليه ، فيختار اخف الضررين في حق الجانبين ، وهو الرجوع
بالنقصان . راجع المواد ٣٤٥ و ٣٤٩ و ٣٥٠ .

وفي البدائع : « لو غصب ارضاً فبنى عليها او غرس فيها ، لا ينقطع حق
المالك ، ويقال للغاصب اقلع البناء والغرس وردها فارغة . فان كانت الارض
تنقص بقلع ذلك ، فللمالك ان يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعاً . ويكون
له البناء والغرس ، لان الغاصب يتضرر بالنع من التصرف في ملك نفسه بالقلع ،
والمالك ايضاً يتضرر بنقصان ملكه ، فلزم رعاية الجانبين بهذه الصورة ، وفي
ذلك اخف الضررين .

المادة ٢٨ - اذا تعارض مفسدتان روعي اعظمها

ضرراً بارتكاب اخفها .

هذه القاعدة وما قبلها وبعدها متحدات والسمى واحد ، وإن اختلف التعبير .
وما يتفرع على أختيها يتفرع عليها . ومن ذلك ما في المواد ٩٠٢ و ٩٠٦ و ٩١٩
انظر اليها .

ومن فروعها جواز شق بطن الميت لاخراج الولد اذا كانت ترجى حياته (اشباه)
كذلك لا يجوز للانسان ان ياتي بنفسه الى التهلكة . لكن اذا وقع بين
امرئين احدهما اهون من الآخر ، كما لو هدد بالقتل على ان يرمي نفسه من
مكان مرتفع عن الارض مقدار اربعة اذرع مثلاً ، يجب عليه رمي نفسه ،
لاحتمال النجاة - فيختار اهون الشرين .

ولو هدد إما بالقتل ، وإما بأن يرمى بنفسه من مكان عال كالمنارة
فقط قول الامام الاعظم له الخيار ، لكون المفسدين متساويين .

المادة ٢٩ - يختار اهون الشرين

مثالها ما في المادة (٩٠٢) لو خرج ملك احد من يده بلا قصد ، كالو
سقط جبل بما عليه من الروضة على الروضة التي تحته ، يتبع الأقل في القيمة
الأكثر ، يعني يضمن صاحب الارض التي قيمتها اكثر لصاحب الأقل ، وبذلك
نلك الارض - مثلا لو كان قبل الانهدام قيمة الروضة الفوقانية خمسمائة
والتحتانية الفأ ، يضمن صاحب الثانية لصاحب الأولى قيمتها وبتملكها .
وفي الحقيقة هذه المواد الثلاث اعني ٢٧ و٢٨ و٢٩ متمدات كما تقدم ،
وجميع فروعها متساويات .

المادة ٣٠ - درء المفسد اولى من جلب المنافع

اي رفعها وازالتها . فاذا تعارضت مفسدة ومصالحة ، فدفع المفسدة مقدم في
الغالب ، لان اعتناء الشرع بالمنهيات اشد من اعتنائه بالمأمورات ، لما يترتب
عليها من الضرر المنافي لحكمة الشارع في النهي . ولذا قال صلى الله عليه وسلم :
« اذا امرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم واذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه . » وفي
الكشف حديث : « ترك ذرة مما نهى الله عنه خير من عبادة الثقلين » اه (مجامع) .
من فروعها ما في المادة (١٩٩٢) : كل من تصرف في ملكه كيف يشاء لكن
اذا تعلق حق الغير به ، يمنع المالك من تصرفه على وجه الاستقلال . مثلا : سفل
ملك واحد ، وفوقانيه لآخر ، فلصاحب الفوقاني حق القرار ، ولصاحب التحتاني
حق السقف في الفوقاني ، يعني يستره من الشمس ويحتفظه من المطر . فليس

لأحدهما ان يفعل شيئاً مضرّاً إلاّ باذن الآخر ولا ان يهدم بناء نفسه اهـ - لأن الملك وان كان من شأنه ان يتصرف فيه مالكة كيف شاء ، لكن اذا كان للغير حق يتعلق به ، يمنع من التصرف بوجه يضر به .
واعلم ان هذا الحكم يجري فيما لو لم يكن الضرر متكوناً بعد تصرف مشروع -
والأفلا يمنع ، بل على المتضرر ان يزيل الضرر عن نفسه ، كما في المادتين ١٢٠٧ و ١٢٠٨

ومثله لو احدث شخص داراً في جوار حدادٍ دكانه قبل الدار ، وكان صاحب الدار يتضرر من طرق الحديد ، فلا يمنع .
ومن فروعها ما في الاشياء : اذا وجب عليها الفسل ، ولم تجد سترة من الرجال ، تؤخره .
ومنها المبالغة في المفضضة والاستنشاق مسنونة ، وتكره للصائم . وتحليل الشعر سنة في الطهارة ، وبكره للحرم .

وانما قلنا دفع المفسدة مقدم في الغالب ، لانه قد تراعى المصلحة لقبقتها على المفسدة . فن ذلك الصلاة مع اختلال شرط من شروطها من الطهارة والستر والاستقبال ، فان كل ذلك مفسدة لما فيه من الاخلال بتعظيم المعبود في انه لا يباحي الا على اكل الاحوال ، ومع هذا فلو تعذر عليه شيء من ذلك ، لا تسقط عنه الصلاة ، بل يؤديها مع هذه المفاسد ، لترجم مصلحة الصلوة .
كذلك الكذب مفسدة محرمة ، ومتى تضمن جلب مصلحة تربو عليه ، جاز الكذب للاصلاح بين الناس ، وعلى الزوجة لاصلاحها . لكن هذا النوع ، كما في الاشياء ، راجع في الحقيقة الى ارتكاب اخف المفسدتين ، وداخل في القاعدة ٣٨

المادة ٣١ - الضرر يدفع بقدر الامكان

بمعنى ان الضرر يدفع شرعاً . فان امكن دفعه بدون ضرر اصلا ، والآ فيتوسل لدفعه بالقدر الممكن .

فعلی هذا لو امتنع الاب من الاتفاق علی ولده ، یجبس لدفع ضرر الملاك عن الولد ، مع انه لا یجبس لاجل دینه .

وقالوا : من شهر علی السلمین سیفا فعلیهم ان یقتلوه اذا مست الضرورة ، لقوله صلی علیه وسلم : « من شهر علی السلمین سیفاً فقد اهل دمه » ولأنه باغ ، فلضرورة دفع الضرر ، سقطت عصمته (مجمع الحقائق)

ومن فروعا ان للمضطر ان يأكل مال الغير ، لكن علیه الضمان ، لأن دفع الضرر بقدر الامکان .

ومنها لو ظهر فی البیع عیب قديم ، وقد طرأ علیه عیب آخر عند المشتري ، امتنع رده ، لكن لدفع الضرر بقدر الامکان . یرجع بنقصان العیب كما فی المادة (٣٤٥) .

ومنها ما یأتی فی المادتين ١٢٠٢ و ١٢١٢ راجعها .

ومنها ما فی البدائع وغيره من کتاب الاستحسان : ان المحتكر للطعام عند شدة الحاجة ، یؤمر بالبیع ازالة للظلم ، لكن انما یؤمر ببیع ما فضل عن قوته وقوت اهله ، فان لم یفعل واصر علی الاحتكار ، ورفع الی الإمام مرة اخرى وهو مصر علیه ، فان الإمام یعظه ویهدده ، فان لم یفعل ، ورفع الیه مرة ثالثة ، یجبسه ویعززه ، زجرأ له عن سوء صنعته ، ولا یجبر علی البیع . وقال محمد یجبر علیه .

وفیه : « اذا خاف الإمام الملاك علی اهل المصر ، اخذ الطعام من المحتكرین وفرقه علیهم . فاذا وجدوا ، ردوا علیهم مثله لانهم اضطروا الیه ، ومن اضطرا الی مال الغير فی محصة ، كان له ان یتناوله بالضمان .

ومنها ما نصوا علیه : لو ملك اثنان عبداً اذا رحم محرم من احدهما ، بسبب لا صنع لهما فیه ، بأن وراثه وهو قریب احدهما حتی عتق علیه ، لا یضمن نصیب شریکه ، مومراً كان او معسراً ، لعدم صنع منه یوجب الضمان . لكن یسعی العبد فی نصف قیمته لشریکه ، ازالة لضرر الشریک بقدر الامکان .

ومنها ما فی البدائع : « امة اعتقها سیدما علی ان تزوجه قبلت ، ثم ابت ، فانها تسعی فی قیمتها ، ولا تجبر علی الزوج . دفناً لضرر المولی بقدر الامکان

ومنها ما في كتاب الإجازات : ان الاجير الذي لعمله أثر في العين ، كالصنع مثلاً ، اذا حبسها لقبض الأجرة فهلكت ، يلزمه الضمان ، لكن له الأجر ، لان الضرر يدفع بقدر الامكان .

ومنها ما في البدائع وغيره ان العين الموصى بها لشخص ، اذا كانت تخرج من الثلث ، كجارية مثلاً ، اذا قبل الموصى له بعد موت الموصي ، فهي ملكه بعينها استقلالاً ، لكن اذا حدث منها زيادة منفصلة كالولد ، وكان قبوله لها قبل اقتسام الولد مع الورثة ، فان كانت الجارية مع الزيادة يخرجان من الثلث أعطيها للموصى له ، وان كان لا يخرجان من الثلث ، فسد الإمام الاعظم يعطى الموصى له الجارية اولاً من الثلث ، فان فضل من الثلث شيء ، يعطى من الزيادة بقدر ما فضل ، اي لا يكون للورثة اشتراك معه في الجارية ، دفماً لضرر الشركة بقدر الامكان .
وعندها يعطى الثلث منهما جميعاً . أكثر ما في الباب ان فيه تغيير حكم العقد في الأصل بسبب الزيادة ، لكن هذا جائز كما في الزيادة المتصلة .

ولأبي حنيفة : ان القول بانقسام الثلث على الأصل والزيادة اضرار بالموصى له من غير ضرورة ، وهذا لا يجوز - بيانه ان حكم الوصية في الأصل ، قبل حدوث الزيادة ، كان سلامة كل الجارية للموصى له ، وبعد الانقسام لا تسلم الجارية له ، بل تصير مشتركة ، والشركة في الأعيان عيب ، خصوصاً في الجواني ، فيتضرر به الموصى له ، ولا ضرورة الى الحاق هذا الضرر ، لإمكان تنفيذ الوصية في الأصل بدون الزيادة . بخلاف الزيادة المتصلة فان هناك ضرورة لتعذر تنفيذ الوصية في الأصل بدون الزيادة لعدم امكان التمييز ، فست الضرورة الى التنفيذ فيهما من الثلث .

ومنها ما في المادة ٨٩٠ ان الغاصب يلزم عليه رد المنصوب الى صاحبه في مكان الغصب . لكن كما في المادة ٨٩١ اذا هلك المنصوب في يده او استهلكه ، يلزم عليه ضمان مثله ان مثلياً ، وقيمته يوم الغصب ان قيمياً . لانه حيث لم يمكن رد عينه ، ففي الضمان بهذا الوجه دفع للضرر بقدر الامكان .

* فائدة *

هذه القاعدة مهمة من مواضع الشرع ، ترجع الى الدرجة المحمودة ،

وهي التوسط بين درجتي الافراط والتفريط . يتشرب منها كثير من الاحكام
الاصولية والاعتقادية . فمن الاصولية ما ذهب اليه اثنتا الثلاثة من ان
النهي عن المشروبات يقتضى القبح لغيره ، والصحة والمشروعية بأصله ، الا
بدليل يدل على ان النهي للقبح لعينه . وعند الشافعي يقتضى القبح لعينه ،
الا بدليل يدل على ان النهي للقبح لغيره . فاذا لم يقم دليل على ان
القبح لعينه او لغيره ، يبطل عنده ، ويصح بأصله لا بوصفه عند الحنفية .
واذا قام دليل يدل على ان القبح لغيره ، فذلك الغير ان كان وصفه ، يبطل
عنده ، ويفسد عندنا ، اي يصح بأصله لا بوصفه ، اذ الصحة تتبع الأركان
والشرائط ، فيحسن لعينه ويقبح لغيره ، ترجيحاً للأصل على العارض . وعنده
الباطل والفاسد سواءً (توضيح ونلويح) - يتفرع على هذا لو نذر صوم
يوم النحر او ايام التشرى مثلاً ، صح نذره عند اثنتا الثلاثة ، لكنه يفطر ويقضي
وعند زفر والشافعي لا يصح نذره ، لكونه نذراً بما هو معصية ، والنذر بالمعاصي
لا يصح ، كما هو مبسوط في الفروع .

وجه قول اثنتا ان الصوم مشروع بأصله ، حسن شرعاً وعقلاً ، لكونه
سبب التقوى وقهر النفس الأمارة بالسوء ، والنهي لا يرد على ما عرف
حسنه شرعاً وعقلاً لما فيه من التناقض ، فيحمل النهي على غير مجاور له ،
صيانةً لحجج الشرع عن التناقض ، وعملاً بالدلائل بقدر الامكان ، وذلك
كما قالوا بلزوم الافطار والقضاء . وهي الدرجة الوسطى بين ابطال النذر اصلاً مع
انه نذر بعبادة ، وبين ابقائه بذلك اليوم وهو معصية ، وكثير من مسائل الاصول
على هذا المنهاج .

واما الاعتقادية فما ذكره اهل السنة من ان افعال العباد كلها مخلوقة لله تعالى ، ليس
لاختيار العبد فيها تأثير ، فالخالق هو الله تعالى ، والعبد مثاب او معاقب باعتبار
انه محل للاختيار الذي هو خلق الله تعالى ايضاً ، وهو المسمى كسباً .

فالقول بالجبر يلزم منه تعطيل الشرائع ، والقول بأن العبد يخلق افعال نفسه يلزم
منه ان يكون لله عز وجل شريك في افعاله - تعالى عن ذلك . فالدرجة المتوسطة
بين الافراط والتفريط هو ما قاله اهل السنة عملاً بالجمع بين التشريع والمواخذة

المادة ٣٢ - الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة او خاصة . ومن هذا القبيل تجوز بيع الوفاء ، حيث انه لما كثرت الديون على اهل بخاري ، مست الحاجة الى ذلك فصار مرعيًا .

اشارت المادة بقولها : الحاجة تنزل منزلة الضرورة الخ . . الى ان الضرورة وان كانت اشد ، الا ان الحاجة عامة كانت او خاصة تنزل ايضًا منزلتها في تجوز المنوع شرعًا . ولنفرق بين الحاجة والضرورة بمثال : فالولي مثلا المسلط على تربية الصغير ، فأرضاعه وشراء اللبوس والمطعم لاجله ضروري ، يجب على الولي ذلك ولو ادى الى بيع عقاره ، بخلاف مثل تزويجه الصغيرة فانه ليس من الضروريات ، ولهذا لا يزوجه غير الاب او الجد عند عدمه الا من الكفو وبمهر المثل ، لحاجة اصلاح المعيشة باشتباك المشائر والتظاهر بالأصهار (مستصفي)

وايضًا ما جاز للضرورة بقدر بقدرها كما مرّ في القاعدة (٢٢) وليس كذلك فيما جاز للحاجة ، فافهم الفرق - كذلك ما جاز للضرورة ، منه ما يتغير بسببها الحكم من الحرمة الى الايابة ، كأكل الميتة . ومنه ما لا تسقط حرمة بحال ، ولكن يرخص عند الضرورة ، كاجراء كلمة الكفر بالأكرام المبيح . مع اطمئنان القلب . بخلاف الحاجة . (راجع القاعدة ٢١)

واعلم ان اكثر ما ورد على خلاف القياس من الاحكام الشرعية مبني على الحاجة ، كالبيع بالوفاء ، القياس يقتضي عدم جوازه ، لوجود شرط فيه نفع ، لأحد العاقدين لكن جوازه للحاجة بسبب كثرة الديون على اهل بخاري ، وهكذا بمصر ، وقد سموه بيم الأمانة ، والشافية بسمونه الرهن المعتاد (اشباه)

وكذا دخول الحمام ، لما كان زمان المكث فيه ومقدار ما يصب من

الماء غير معلوم ، فالقياس يقتضى عدم الجواز ، وقد 'جوز' حاجة الناس .
كذلك يبع المدوم باطل كما في مادة (٢٠٥) لكن 'جوز' في الإجارة
والسلم بالنص ، وفي الاستصناع بالاجماع ، حاجة الناس - ولمدم الحاجة
لا تجوز إجارة بيت بمنافع بيت آخر ، لاتحاد جنس المنفعة ، بخلاف ما
إذا اختلف .

حد الاجماع ، كما في جمع الحقايق : اتفاق مجتهدي امة محمد صلى الله عليه
وسلم في عصر على حكم شرعي . وحد الاستصناع ، كما في المادة ١٢٤ : عقد مقاوله
مع اهل الصنعة على ان يعمل شيئاً .

وحيث ظهر لك الفرق بين الحاجة والضرورة ، فالاستئجار في زماننا لتعليم
القرآن والفقہ ، وللإمامة والأذان يطل بالضرورة لا بالحاجة كما توهم الشارح
الفاضل سليم باز وعزاه الى الدر المختار ، مع انه ليس فيه ولا في متنه
تنوير الابصار سوى التعرض لذكر جواز الاستئجار استئساناً ، لظهور
التواني في الامور الدينية ، بناء على ما افنى به المتأخرون - قال في حاشية رد
المختار : « وقد اتفقت كلمتهم قاطبة على التعليل بالضرورة ، وهي خشية ضياع
القرآن وتلك الاحكام الدينية ، اذ مبنى الضرورة على فعل ما لا بد منه للتخلص
من عهدة تلزم العبد ، ولا يسعه الترك . والحاجة مبنية على التوسيع والتسهيل فيما
يسع العبد تركه ، كالأجارة والسلم والاستصناع . »

المادة ٣٣ = الاضطرار لا يبطل حق الغير ، يتفرع على
هذه القاعدة انه لو اضطر انسان من الجوع فاكل طعام آخر ،
يضمن قيمته .

الاضطرار وان كان في بعض المواضع يقتضي تغيير الحكم من الحرمة الى
الإباحة كأكل الميتة ، وفي بعضها الترخيص في فعله مع بقائه على الحرمة ككلمة

الكفر ، كما تقدم في القاعدة ٢١ . الا انه على كل حال لا يبطل حق الغير ، والا
لكان من قبيل ازالة الضرر بالضرر ، وهذا غير جائز ومناف للقاعدة ٢٥
بناء عليه ، فكما في المادة ، لو اكل طعام الغير اضطراراً ، فبعد زوال
الاضطرار ، عليه قيمته في القيميات ، ومثله في المثليات .
ثم الاضطرار قد يكون سماوياً كالجماعة ، وقد يكون بالاكراه المحجبي ، كالقتل
او القطع ، او غير المحجبي ، كالضرب والحبس . ففي المحجبي ، الضمان على الامر لا الفاعل
وفي غير المحجبي ، على الفاعل .

ومن فروعها : لو سال عليه جملٌ قتلته ، بضمن قيمته لصاحبه ، لأن
الاضطرار لا يبطل حق الغير . وقد ذكر الشارح الفاضل سليم باز اللبناي ،
تقلاً عن الملتقى ، انه اذا كان هو او غيره اشهد عليه ولم ينته فلا ضمان عليه
مع انه لم يذكر هذا في الملتقى - وعبارة الملتقى في اواخر باب ما يوجب
القصاص وما لا يوجبه هكذا (ولو قتل جملاً سال عليه ضمن قيمته) - وقد
راجعت كثيراً مما تحت يدي من متون وشروح وفتاوي فلم اعثر على هذا القيد .
نعم قالوا لو كان لأحد جملٌ او خلافة من كل حيوان اعتاد الأذية كالنكدم
واللبط والنطح ، فانلف انساناً او مالا ، لا يلزم الضمان على صاحبه ، الا بعد التقدم اليه .

المادة ٣٤ - ما حرم اخذه حرم اعطاؤه

وكما حرم الأخذ والإعطاء فعلاً ، حرم الامر بالأخذ . اذ الحرام لا
يجوز فعله ، ولا الأمر بفعله .
فالرشوة ، وهي ما يُعطى لترويج المرام ، كما يحرم اخذها واعطاؤها ،
يحرم الأمر بهما .
ومثله أخذ النائحة والمنغية الأجرة على النواج والفتاء ، واعطاؤهما .
وكذا مهر البغي ، كما في شرح الجامع .
ولهذه القاعدة مستثنيات حال الضرورة ، كمن وقع تحت بد قطاع الطريق

وخاف على نفسه الملاك منهم ، ولا يمكن خلاصه الا برشوة ، يدفعها لهم .
فلا عطاءً غير ممنوع في حق المعطي ، حرام في حق الآخذ .
كذلك لو غصب احد مال صبي ، ولا بينة لوصيه عليه ، ويعلم الوصي
ان الغاصب يخلف كاذباً لو استخلف ، فللوصي دفع شيء له من مال الصغير
لاسترداد المنصوب كلاً أو بعضاً ، فالحرمة على الآخذ لا المعطى للضرورة .

المادة ٣٥ - ما حرم فعله حرم طلبه

تقدم بيانه في المادة قبلها . فكل شيء لا يجوز فعله ، لا يجوز طلب ايجاده من
الغير ، سواء كان بالقول او بالفعل ، بأن يكون واسطة أو آلة لا يجاده .
فكما يحرم على الانسان مثلاً الظلم واخذ الرشوة وشهادة الزور واليمين الكاذبة
يحرم ايضاً طلبه من غيره ، بأن يأمره بذلك ، او يشوقه على فعله ، او يكون
آلة او واسطة له .

ويستثنى من ذلك مسألة : وهي ان المدعى اذا كان صادقاً في دعواه .
فأنكرها الخصم ، ولا بينة للمدعى ، فله ان يجلفه وان كان يعلم ان يمينه كاذبة -
فاليمين الكاذبة تحرم .

وقد ساغ للمدعى طلبها من خصمه (اشباه) والعلة في جواز طلبها
رجاء نكول المدعي عليه .

المادة ٣٦ - العادة محكمة يعني ان العادة عامة كانت او

خاصة تجعل حكماً لا يثبت حكم شرعي .

نقل العلامة ابن عابدين في رسالته « نشر العرف في بناء بعض الاحكام على
العرف » عن الاشياء ما نصه : « وذكر الهندي في شرح المغني : المادة عبارة

عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المعقولة عند الطباع السليمة . وهي
انواع ثلاثة : العرفية العامة كوضع القدم ، والعرفية الخاصة كاصطلاح كل
طائفة مخصوصة ، كالرفع للنخاة ، والفرق والجمع والنقض للنظار ، والعرفية
الشرعية كالصلاة والزكاة والحج ، تركت معانيها اللغوية بمعانيها الشرعية . «
ونقل عن شرح الأشباه للبيري عن المستصفي : « العادة والعرف ما استقر
في النفوس من جهة العقول ، وتلقته الطباع السليمة بالقبول » اهـ - وفي شرح
التحريم : « العادة هي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية » ثم قال اي ابن عابدين
« قلت بيانه ان العادة مأخوذة من المعاودة ، فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد
اخرى ، صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول ، متلقاةً بالقول من غير
علاقة ولا قرينة ، حتى صارت حقيقة عرفية . فالعادة والعرف بمعنى واحد من
حيث الماصدق وان اختلفا من حيث المفهوم . »

واعلم انه يرجع في مسائل كثيرة الى العرف والعادة ، حتى جعلوا ذلك
اصلاً فقالوا في الأصول في باب ما تترك به الحقيقة : تترك الحقيقة بدلالة
الاستعمال والعادة - وهو نوعان : خاص وعام ، وكل منهما لا يجلو : اما ان يوافق
الدليل الشرعي والمنصوص عليه في كتب ظاهر الرواية ، او لا . فان وافقها
فلا كلام ، وان خالف الدليل الشرعي والمنصوص عليه في المذهب ، فنذكر ذلك
في بابين :

❖ الباب الاول ❖ اذا خالف العرف الدليل الشرعي . فان خالفه من

كل وجه بأن لزم منه ترك النص ، فلا شك في رده ، كتمارف الناس كثيراً
من المحرمات من الربا وشرب الخمر ولبس الحرير والذهب وغير ذلك مما
ورد تحريمه نصاً .

وان لم يخالفه من كل وجه ، بأن ورد الدليل عاماً ، والعرف خالفه في
بعض افراده ، او كان الدليل قياساً ، فان العرف يعتبر ان كان عاماً ، وهو
المتعارف في جميع البلاد او اكثرها . فان العرف العام يصلح مخصصاً كما
مر عن التحريم ، ويترك به القياس كما صرحوا به في مسألة الاستصناع ودخول
الحمام والشرب من السقا وكثير من مسائل مذكورة في ابواب الفقه .

وان كان العرف خاصاً فانه لا يعتبر، وهو المذهب كما ذكره في الأشباه، حيث قال: «فالحاصل ان المذهب عدم اعتبار العرف الخاص، ولكن افق كثير من المشايخ باعتباره» اه - اقول: وفي اجارات مبسوط السرخسي: «اسلم الرجل حنطة الى الطحان ليطحنها بدرهم ويربع دقيق منها، فهذا فاسد» وهو تفسير الحديث في النهي عن قفيز الطحان .

ثم الحكم متى ثبت في حادثة بالنص، وعرف المعنى به، تعدى الحكم بذلك المعنى الى الفرع . ومن فرع هذا لو دفع سمسما الى رجل على ان بعصره له برطل من دهنه، فهو فاسد ايضاً، اي للعملة المذكورة وهو الاستنجار على بعض ما يخرج من عمله .

ثم قال: ولو دفع غزلاً الى حائك لينسجه بذراع من ذلك الثوب او يجزه شائع مسمى، فذلك لا يجوز في ظاهر المذهب ايضاً لأنه في معنى قفيز الطحان» قال رضي الله عنه: «وكان شيخنا يفتي بجواز هذا، ويقول فيه عرف ظاهر عندنا ولو لم نجوزه، انما لا نجوزه قياساً على المنصوص، لكن القياس يترك بالعرف كما في الاستصناع» اي بحيث كان دليل المنع هنا القياس على قفيز الطحان، جاز العمل بخلاف القياس للعرف. اذ المنع كان بدلالة النص، والعرف يصلح لتخصيص النص لا تركه، بخلاف مسألة قفيز الطحان فانه لا يجوز، ولو تعارفوا عليه، لاستلزامه ترك المنصوص .

وقل ابن عابدين في تلك الرسالة عن الذخيرة ان العرف العام يترك به القياس ويخص به الأثر، دون العرف الخاص، فإنه لا يقضى على القياس، كتعامل اهل بلدة واحدة . لأن تعامل اهل بلدة ان اقتضى ان يجوز التخصيص، فترك التعامل من اهل بلدة اخرى يمنع التخصيص، فلا يثبت التخصيص بالشك بخلاف التعامل في الاستصناع مثلاً، فانه يوجد في البلاد كلها - ثم لا يخفى ان ما هو من الاموال الربوية، كالبر والشعير والتمر والملح، نص الشارع على انها كيلية . فلو تعارف الناس على استعمالها وزنا، لا يجوز، وهو قول الامام ابي حنيفة ومحمد، واحدى الروايتين عن ابي يوسف . فلي رواية الجواز عنه لزم ان يكون العرف قاضياً على النص، فكيف يقول به ؟

فاعلم ان مراده على هذه الرواية التفصيل ، وهو انه عند تعارض النص والعرف ينظر : فإن كان النص مبتنياً على العرف ، فالاعتبار للعرف ، والا فللنص - ومعنى ابتناء النص على العرف ان الشارع انما اعتبر تلك الاشياء مكيلة لكونها كانت كذلك في وقته ، ولو كانت العادة باعتبارها موزونة لنص عليها كذلك ، فحينئذ ليس في اتباع العادة الحادثة مخالفة النص ، بل اتباعه . هذا وقد ذكر في تنوير الابصار وشرحه الدر المختار من باب الربا : وما نص الشارع على كونه كيلياً كبر وشعير وتمر وملح ، او وزنياً كذهب وفضة ، فهو كذلك لا يتغير ابداً ، فلم يصح بيع حنطة بحنطة وزنا ، كما لو باع ذهباً بذهب او فضة بفضة كيلياً ، ولو مع التساوي ، لأن النص اقوى من العرف ، فلا يترك الأقوى بالأدنى . وما لم ينص عليه ، حمل على العرف ، اي عادات الناس لأن العادة دلالة على الجواز فيما وقعت عليه ، لحديث ما رآه المسلمون حسناً فهو حسن . وعن الثاني اعتبار العرف مطلقاً ، ورجحه الكمال ، وخرج عليه سعدي افندي استقراض الدرهم عدداً وبيع الدقيق وزنا في زماننا ، يعني بثله ا . ه . وفي الكافي : « الفتوى على عادة الناس » (بحر ، راقره المصنف) قال ابن عابدين : « وظاهر كلام المحقق ابن المهام ترجيح هذه الرواية » فلي قول الطرفين لو تعارف الناس على استعمال الاشياء المذكورة لا يجوز ، لأن العرف لا يصادم النص ، ويجوز على احدي الروايتين عن الثاني ، من حيث ان النص كان مبتنياً على العرف . وفيما يروى عن ابي يوسف ، ورجحه المحقق ابن المهام وبعض المحققين من المشايخ ، تسهلاً ورفع حرج عظيم عن الناس فيما اعتادوه من استعمال ما نص عليه الشارع انه مكيل موزوناً وبالعكس .

✽ الباب الثاني ✽ في عرف خالف مسائل قهية لم تثبت

بصريح النص بل بالاجتهاد والرأي . وكثير منها ما بينه المجتهد على ما كان في عرف زمانه ، بحيث لو كان في الزمان الذي حدث فيه العرف ، لقال بخلاف ما قاله اولاً - قال ابن عابدين : « ولهذا قالوا في شروط الاجتهاد انه لا بد فيه من معرفة عادات الناس ، فكثير من الأحكام يختلف باختلاف

لزمان ، لتغير عرف أهله ، أو لحدوث ضرورة أو لفساد أهل الزمان ، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً لزم منه المشقة والضرر بالناس ، وخالف قواعد الشريعة المبتنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد » - ولهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناءً على ما كان في زمنه ، لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به اخذاً من قواعد مذهبه - فمن ذلك إفتاؤهم بجواز الاستئجار على تعليم القرآن ونحوه لانتقطاع عطائ المعلمين التي كانت في الصدر الأول . ولو اشتغل المعلمون بالتعليم بلا أجره يلزم ضياعهم وضياع عيالهم . ولو اشتغلوا بالاكتساب من حرفة أو صناعة يلزم ضياع القرآن والدين ، فأفتوا بأخذ الأجرة على التعليم ، وكذا على الإمامة والأذان ، مع ان ذلك مخالف لما اتفق عليه أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد ، من عدم جواز الاستئجار واخذ الأجرة عليه كبقية الطاعات من الصوم والصلاة والحج وقرآءة القرآن ونحو ذلك .

ومن ذلك قول الامامين بعدم الاكتفاء بظاهر العدالة في الشهادة ، مع مخالفته لما نص عليه أبو حنيفة ، وهو الاكتفاء ، بناءً على ما كان في زمنه من غلبة العدالة . ومن ذلك تحقُّق الاكراه من غير السلطان ، مع مخالفته لقول الإمام ، بناءً على ما كان في زمنه ان غير السلطان لا يمكنه الاكراه .

ومن ذلك تضمين الساعي مع مخالفته لقاعدة المذهب ، من ان الضمان على المباشر دون المتسبب ، ولكن أفتوا بضمانه زجراً ، بسبب كثرة السعاة المفسدين ومن ذلك مسائل كثيرة كتضمنين الأجير المشترك ، وقولهم ان الوصي ليس له ان يضارب في مال اليتيم والوقف ، وبعدم اجارته أكثر من سنة في الدور ومن ثلاث سنين في الاراضي ، مع مخالفته لأصل المذهب من عدم الضمان وعدم التقدير بمدة .

ومنع النساء عما كن عليه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم من حضور المساجد لصلاة الجماعة .

واقنائهم بمنع الزوج من السفر بزوجته وان أوفاهما المهر المجل ، لفساد الزمان . وبعدم قبول قوله انه استثنى بمد الحلف بطلاقها ، الا بينة ، لفساد

الزمانه مع ان ظاهر الرواية خلافه .
وبعد تصديقها ، بعد الدخول بها بأنها لم تقبض المشروط تعجيله من
المهر ، مع انها منكرة للقبض ، وقاعدة المذهب ان القول للمنكر ، لكنها في
المادة لا تسلم نفسها قبل قبضه .
وكذا قولهم في قوله « كل حلٍ على حرام » يقع به الطلاق للعرف .
قال مشايخ بلخ : وقول محمد « لا يقع الا بالنية » اجاب به على عرف
ديارم ، اما في عرف بلادنا فيريدون به تحريم المنكحة اه .
واقناؤهم ببيع الوفاء وبالاتصناع .
وكذا الشرب من السقا بلا بيان قدر الماء .
ودخول الحمام بلا بيان قدر المكث وقدر الماء .
ونحو ذلك من المسائل التي اختلف حكمها لاختلاف عادات اهل الزمان
واحوالهم التي لا بد للمجتهد من معرفتها ، وهي كثيرة جداً لا يمكن
استقصارها .

وبقرب من هذا مسائل كثيرة ايضاً حكموا فيها قرائن الأحوال العرفية .
يقول الفقير : قال في البدائع : « لأن الشرع ورد بالترجيح بالعلامة في
الجملة : قال تبارك وتعالى في قصة يوسف عليه السلام (وشهد شاهد من اهله
- الآية) . وكذلك قال اصحابنا في لؤلؤي ودباغ في حانوت واحد هو في
ايديها ، فيه لؤلؤ واهاب ، فتنازعا فيها ، يقضى باللؤلؤ للؤلؤي ،
وبالاهاب للدباغ » وتماه هناك .

وكسئلة الاختلاف في الميزاب وماء الطاحون
وكذا الحكم بالمخاط لمن له اتصال ترييح .
وعدم سماع الدعوى ممن سكت بعد اطلاعه على بيع جاره او قريبه مثلاً .
وعدم سماعها ايضاً ممن سكت بعد روية ذي اليد يتصرف في الدار
تصرف الملاك من هدم وبناء .
وعلى هذا العمل بالقرينة التماطمة كما في المادة ١٧٤١ .
ثم ويجب تغير الزمان والأحوال ، لو طراً عرف جديد ، هل للمفتي في

هذا الزمان ان بقى على وقته و يخالف المنصوص في كتب المذهب ؟ فاعلم ان المتأخرين الذين خالفوا المنصوص في كتب المذهب ، لم يخالفوا صاحب المذهب الا لتضير الزمان والعرف ، ولو كان في زمانهم لقال بما قالوه ، مما يستخرج به الحق من ظالم او يدفع دعوى متعنت ، لكن لا بد للمفتي والحاكم من نظر سديد وتبحر مديد في الأحكام الشرعية اصولاً وفروعاً ، مع الوقوف على احوال الزمان واهله وعاداتهم ، ومعرفة ان هذا العرف خاص او عام ، وانه مخالف للنص اولا . والا فالعرف ، ولو عاماً ، لا يصادم ما نص عليه الشارع كما تقدم - الا ترى لو ان مغربياً تزوج بمشرقية وبينها اكثر من ستة اشهر ثبت النسب ، لحدث (الولد للفراش) مع ان تصور الاجتماع بينهما بعيد جداً - والعلة في ذلك ، كما في الأصول ، ان ثبوت النسب وان كان هو حكم الدخول حقيقة ، لكن سببه الظاهر هو النكاح ، لكون الدخول امراً باطنياً فيقام عقد النكاح مقامه في اثبات النسب . ولهذا قال صلى الله عليه وسلم : (الولد للفراش وللماهر الحجر .)

ومثله في عدم اعتبار القرائن على الاطراد ما لو شهد الشاهدان بخلاف ما قامت عليه القرينة ، فالمعتبر هو الشهادة ما لم يكن فيها الحس . كما لو شهدا بأن زيدا قتل عمرأ ، ثم جاء عمرو حياً ، او الدار الفلانية اجرة مثلها كذا ، وكل من رآها يقول ان اجرتها كذا .

وقد يتفق قيام القرينة على امر مع احتمال غيره احتمالاً قريباً ، كما لو راى حجراً منقوراً على باب دار عليه وقفية الدار ، لا يثبت كونها وقفا بمجرد ذلك ، كما صرحوا به ، لاحتمال ان من بناها كتب ذلك واراد ان يقفها ، ثم عدل عن وقفها او مات قباه ، او بعد وقفها استحقت مستحق اثبت انها ملكه ، او غير ذلك من الاحتمالات الظاهرة التي لا يثبت معها نزع الدار من التصرف بها تصرف الملاك من غير منازع مدة مدبدة ، فانهم صرحوا بأن التصرف القديم من اقوى علامات الملك - وقال في رسالته : « وعن هذا قال بعض المحققين : لا بد للحاكم من فقه في احكام الحوادث الكلية ، وفقه في نفس الواقع واحوال الناس ، يميزه بين الصادق والكاذب والحق والمبطل . ثم يطابق بين هذا

وهذا فيعطي الواقع حكمه من الواجب ، ولا يجعل الواجب مخالفاً للواقع «
وكذا المفتي الذي يفتي بالعرف لا بدله من معرفة الزمان واحوال اهله ،
ومعرفة ان هذا العرف خاص او عام ، وانه مخالف للنص اولا ، ولا بد له من
التخرج على استاذ ماهر ، ولا يكفيه مجرد حفظ المسائل والدلائل . فان المجتهد
لا بد له من معرفة عادات الناس كما قدمناه وكذا المفتي - ولنا قال في المنية
« لو ان الرجل حفظ جميع كتب اصحابنا ، لا بد ان يتلمذ للفتوى ، حتى يهتدى
اليها ، لأن كثيراً من المسائل يجاب بها على عادات اهل الزمان فيما لا يخالف
الشريعة »

وقريب منه ما نقل في الأشباه عن البزارية ، من ان المفتي يفتي بما يقم
عنده من المصلحة .

* تنبيه *

اعلم ان كلاً من العرف العام والخاص انما يعتبر اذا كان شائعاً بين اهله بعرف
جميعهم ، والا فلا يعتبر لكن الشيوخ بالأكثر كفاف ، اذا لا عبرة للأقل -
وقد بنوا على العرف مسائل : منها بيع الثار على الأشجار عند وجود بعضها دون
بعض ، فقد اجازه بعض علمائنا . وكان شمس الائمة الحلواني يفتي بجوازه في الثار
والباذنجان والبطيخ وغير ذلك - قال شمس الائمة السرخسي : « والصحيح عندي
انه لا يجوز هذا البيع لأن المصير الى هذا الطريق انما يكون عند تحقق الضرورة ،
ولا ضرورة ههنا ، لأنه يمكنه ان يبيع اصول هذه الاشياء مع ما فيها من الثمرة ،
وما يتولد بعد ذلك يحدث على ملك المشتري - او ان المشتري يشتري الثار
الموجودة ببعض الثمن ، ويؤخر العقد في الباقي الى وقت وجوده . او يشتري
الموجود بجميع الثمن ، ويحل له البائع الانتفاع بما يحدث ، فيحصل مقصودهما بهذا
الطريق ، ولا ضرورة الى تجوز العقد في المدوم »

وقد سئلت عن حادثة تناسب هذا البحث : وهو ان بعض عشائر البدو في
بلادنا وهم الغزاة واضرابهم تعارفوا على بيع الخيول الاصيلة من بعضهم او من اهل
المدن على شرط ان اول مهرة وثاني مهرة تلهما الفرس المبيعة عند المشتري يكونان

للبيع ، فولدت اول مهرة عند المشتري فأبي اعطاهما للبائع ، فهل هذا البيع صحيح لجريان العرف به ، و يلزم المشتري ذلك ، ام فاسد ؟ - فلم أفت بصحة هذا البيع للغمه شرطاً لا يقتضيه العقد ، وفيه تقع لأحد المتعاقدين ، والافتاء بصحة ولزوم رعاية هذا الشرط مخالف لنص المذهب .

على انه وان كان العرف الخاص معتبراً بمثل به على قول بعضهم ، وهو صريح المادة الناطقة بأن العادة عامة كانت او خاصة الخ . الا انه فضلاً عن ذلك فان من تتبع المسائل يجد ان ذلك فيما دعت اليه الضرورة ، بأن كان في عدم رعاية العرف حرج . اذ يمكن ان تقوم الفرس حين العقد خالية عن شرط المثاني بقيمة ومع هذا الشرط بقيمة ، و ينظر الفرق بينهما : فاذا كانت تساوي خمسين الف غرش بدون هذا الشرط ، وثلاثين مع هذا الشرط ، فبدلاً عن بيعها بالمثاني ببيعها بخمسين ، ثلاثون منها مجهزة وعشرون مؤجلة الى وقت معين ، ثم لوقت آخر بمثلها على ان البائع يبرأ عنها اذا اعطاه مهرتين من بطنها ، فينمقد البيع على الخمسين ويطلق هذا الابراء المشروط ، لما في تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار قبيل باب الصرف : « الابراء يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط » فيبقى المشرون الفاء ديناً في ذمة المشتري . ثم بعد ذلك لا يخلو : ان ولدت مهرتين ، بأخذها البائع بطريق الشراء بالعشرين الفاً الباقية في ذمة المشتري - والأبأن ماتت الفرس او ظهرت عقباً ، يبقى الدين في ذمته يدفعه للبائع . وبهذا الطريق يتخلص كل منهما من الاقدام على هذا العقد الفاسد المخالف لنصوص المذهب .

واعلم ان جميع المسائل الواردة في مواد ١٨٨ و ٢٥١ و ٢٣٣ و ٢٤٤ و ٢٥١ و ٣٥٣ و ٤٩١ و ٥٥٥ و ٨٢٩ و ١٤١٥ و ٤٩٥ و ٦٢٢ مخرجة على اعتبار العرف يعلم ذلك من مراجعتها .

المادة ٢٧ = استعمال الناس حجة يجب العمل بها

هذه القاعدة مؤداها ومؤدى التي قبلها واحد . يعني ان عادة الناس ، اذا لم تكن مخالفة للشرع ، حجة ودليل يجب العمل بها ، لأن العادة محكمة ،

فعل هذا كما في المادة ٣٨٨ اذا قال شخص لأحد من اهل الصنائع اصنع لي الشيء الفلاني بكذا قرشاً ، وقبل الصانع ذلك ، انعقد البيع استصناعاً - مثلاً لو أرى المشتري رجله خلفاً وقال له اصنع لي زوجي خف من السخيات الفلاني بكذا قرشاً وقبل الصانع ، او نقول مع تجار على ان يصنع له زورقاً او سفينة وبين له طولها وعرضها وواصفها اللازمة ، وقبل التجار ، انعقد الاستصناع .

وعن هذا قال في الأشباه : « اذا تعارض العرف مع الشرع ، تُقدّم عرف الاستعمال ، خصوصاً في الأيمان . فاذا حلف لا يجلس على الفراش ، او على البساط ، او لا يستغيبه بالسراج ، لم يحث بجلوسه على الأرض ، ولا بالاستغابة بالشمس وان سماها الله تعالى فراشاً وبساطاً ، وسمي الشمس سراجاً . وان حلف لا يأكل لحماً ، لم يحث باكل لحم السمك ، وان سماه الله تعالى لحماً . ولو حلف لا يجلس تحت سقف . تجلس تحت السماء ، لم يحث ، ون سماها الله تعالى سقفاً . »

وفي أيمان البدائع : « لو حلف لا يدخل بيتاً . فدخل مسجداً او بيعة او كنيسة او بيت نار ، او دخل الكعبة او حماماً او دهليزاً ، او ظلة باب دار ، لا يحث ، لأن هذه لا تسمى بيتاً على الاطلاق عرفاً او عادة ، وان سمي الله عز وجل الكعبة بيتاً في كتابه العزيز في قوله تعالى (ان اول بيت وضع للناس للذي ببكة) وسمي المساجد بيوتاً حيث قال الله تعالى (في بيوت اذن الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه) لأن مبني الأيمان على العرف والعادة ، لا على نفس اطلاق الاسم . »

* تنبيه *

ليس في هذه المسائل قضاء العرف على الشرع ، بل لأن الناس بحسب تعارفهم واستعمالهم لا يريدون بالسراج الشمس ، ولا بالفراش الارض ، ولا بالسقف السماء . - الا ترى انه لو اوصى لأقارب به ، وفيهم للوارث وغير الوارث ، لا يدخل الوارث وان اراده الموصي ، لأن الشرع في الوصية للأقارب خصص الوارث من بينهم في عدم اللغول ، فالعرف لا يمارسه .

كذلك لا يدخل الولد والوالدان ، لعدم استعمال لفظ الأقارب فيها

عرفاً (در مختار)

المادة ٣٨ - الممتنع عادة كالممتنع حقيقة

اعلم اولاً ان الشيء الممتنع عند التكلين ، اما ممتنع حقيقة ، وهو الذي لا يمكن وجوده عقلاً . وهو اما ان يكون ممتنعاً عقلاً لذاته كشرية الباري ، واجتماع النقيضين ، والجمع بين الضدين - او لغيره وهو ما يمتنع لعلم الله تعالى بعدم وقوعه ، لعدم تعلق الارادة كأيمان ابي جهل مثلاً ، فانه يمكن في نفسه ، ممتنع لغيره ، وهو تعلق علم الله وارادته بعدم الوقوع . فالاول ، وهو الممتنع لذاته ، لا نزاع بين اهل السنة والمعتزلة في عدم وقوع التكليف به ، كانه لا نزاع بين الطرفين في وقوع التكليف بالثاني وهو الممتنع لغيره .

واما ممتنع عادة ، كالصعود الى السماء مثلاً ، فالجمهور على ان التكليف به غير واقع ، خلافاً للأشعري القائل بوقوعه مع الاتفاق على جوازه - لكن ذكر في المقاصد ان النزاع انما هو في الجواز لا في الوقوع . اذ الوقوع منفي قطعاً وهو الظاهر من المواقف حيث قال : نحن نجوزها وان لم يقع بالاستقراء وينمى المعتزلة .

واما عند الفقهاء التي لا تنظر الا في احكام افعال المتكلمين ، فالممنوع عادة كالممنوع حقيقة - وعن هذا جاء في المادة ٢٩ ان المرأ مؤخذاً باقراره ، مع انه يمكن ان يكون كاذباً فلا يؤخذ . الا انه لما كان اقرار الانسان على نفسه كذباً بما هو ضرر عليه ممتنعاً في العادة ، نزل الممتنع عادة ، منزل الممتنع حقيقة فكان مؤخذاً . وهذا قول الامام ابي حنيفة ومحمد ، وهو القياس . لكن مشت المجلة على قول ابي يوسف كما يأتي في المادة ١٥٨٩ ، اذا ادعى كونه كاذباً في اقراره الذي وقع ، يحلف المقر له على عدم كونه المقر كاذباً وهو الاستحسان - وجهه ان العادة جرت بين الناس انهم اذا ارادوا الاستدانة يكتبون الصك قبل الأخذ ، ثم يأخذون المال ، فلا يكون الاقرار دليلاً على اعتبار هذه الحالة ، فيحلف المقر له ، لأنه لا يضره اليمين اذا كان صادقاً (درر)

ومن فروعها ما في المادة ١٦٢٩ اذا ادعى احدٌ في حق من هو اكبر منه سناً ، او في حق من نسبه معروف ، بأنه ابنه ، لا تكون دعواه صحيحة ، لاستحالة ذلك عقلاً .

ومثال المستحيل المادي ما في الدر المختار : « ادعى مفروفٌ بالفقر اموالاً عظيمةً على آخرانه اقرضها منه دفعةً واحدةً ، او غصبها منه ، حال كونه لم يرث ولم يصب مالاً ، لا نسمع ، لانه مستحيلٌ عادةً . »

❖ تنبيه ❖

اعلم ان هذه القاعدة بل واكثر القواعد الفقهية اكثرية ، بمعنى انها حكم اكثرى . ينطبق على اكثر جزئياته ، لا كلية ، فهي كالقضية الجزئية ، بمثلة قولنا بعض المتنع عادة كالممتنع حقيقة - والآن فقد لا يكون المتنع عادة كالممتنع حقيقة بل يفترقان حكماً في بعض المواضع ، كما في اليمين . فقد صرح في البدائع وغيره فيما يرجع الى المحلوف عليه : يشترط في انعقاد اليمين على امر في المستقبل ان يكون المحلوف عليه متصور الوجود حقيقة عند الحلف . ويشترط لبقائها بعد الحلف بقاء المحلوف عليه متصور الوجود حقيقة . فلا تنعقد على ما هو مستحيل الوجود حقيقة ، ولا تبقى اذا صار بحال يستحيل وجوده عند الامام ابي حنيفة ومحمد وزفر . وعند ابي يوسف هذا ليس بشرط لانقاذ اليمين ولا لبقائها ، وانما الشرط ان تكون على امر في المستقبل .

واما كونه متصور الوجود عادةً ، فهل هو شرط انعقاد اليمين ؟ - قال ائمتنا الثلاثة : ليس بشرط ، فينقذ على ما يستحيل وجوده عادةً ، بمد ان كان لا يستحيل وجوده حقيقة . وقال زفر : عدم استحالة وجوده عادةً ، شرط لا ينقذ اليمين بدونه - وبيان هذه الجملة اذا قال والله لأشربن الماء الذي في هذا الكوز معتقداً ان فيه ماءً . فاذا لا ماء فيه ، لم تنقذ اليمين في قول ابي حنيفة ومحمد وزفر ، لعدم شرط الانقاذ ، وهو تصور شرب الماء الذي حلف عليه . وعند ابي يوسف تنقذ لوجود الشرط ، وهو الاضافة الى امر في المستقبل . وان كان يعلم انه لا ماء فيه ، ينقذ ويبحث عند ائمتنا الثلاثة وعند

زفر لا تعتقد ، وهو رواية عن ابي حنيفة علم او لم يعلم .
وعلى هذا الخلاف اذا وقَّت ، وقال : والله لأشربن الماء الذي في هذا
الكوز اليوم ، ولا ماء في الكوز . وكذا لو قال : والله لأقتن فلانا ، معتقداً
حياته ، وفلان ميتٌ وهو لا يعلم بموته ، لا نعتقد عندهم ، خلافاً لأبي يوسف
وإذا كان عالماً بموته نعتقد عندهم خلافاً لزفر . ولو قال والله لأستن السماء ،
او لاصعدن السماء ، نعتقد عند ائمتنا الثلاثة ، وعند زفر لا نعتقد .

والفرق بين العلم ، اي اعتقاده ان في الكوز ماء ، او ان الشخص حي
فيحنت ، وبين العلم بعدم ذلك ، اي اعتقاده ان لا ماء في الكوز ، او ان
الشخص ميتٌ فلا يحنت ، ان اليمين حينئذٍ يقع على الماء الذي اعتقد وجوده
وقت اليمين ، وعلى ازالة حياة قائمه وقت اليمين ، والله تعالى وان كان
قادراً على خلق الماء في الكوز ، ولكن هذا المخلوق لا يكون ذلك الماء الذي
وقعت يمينه عليه وفيه مشكلة القتل زالت تلك الحياة على وجه لا يتصور
عودها . بخلاف ما اذا كان عالماً بعدم وجود الماء في الكوز ، او بموت الشخص
فأما نعتقد اليمين على ماء اخر يخلقه الله تعالى ، وعلى حياة اخرى يحدتها الله
تعالى ، إلا ان ذلك على نقض العادة ، فكان العجز عن تحقيق البر ثابتاً عادةً
لا حقيقةً ، فيحنت بخلاف قوله لأستن السماء ونحوه ، لأن هناك البر
متصور الوجود في نفسه حقيقةً بأن بقدره الله تعالى على ذلك ، كما افرد
الملائكة وغيرهم من الانبياء عليهم الصلاة والسلام ، إلا انه عاجز عن ذلك
عادةً ، فلتصور وجوده حقيقةً انعدت ، وللعجز عن تحققه عادةً حنت ،
ووجب الكفارة .

والحاصل انه في هذا الموضع لم يكن الممتنع حقيقةً مساوياً في الحكم للممتنع
عادةً ، إلا على قول زفر .

كذلك اذا تزوج مشرفي بمصرية بينها مسافة ستة اشهر فاكثر ، فجاءت
بولدٍ لسته اشهر ، ثبت نسبه منه عندنا ، لأن الوصول اليها أثر القدر وان كان
مستجبلاً عادةً ، لكنه غير مستجبل حقيقةً . (بأن كان على وجه الكرامة)
- فهنا لم يكن الممتنع عادةً كالممتنع حقيقةً . نعم هذه القاعدة تجري على مذهب

الشافعي القائل بعدم ثبوت النسب - (تمة) .

يدخل تحت هذه القاعدة كل شيء مستبعد في العادة ، حتى انهم اقتوا بعدم تصديق الزوجة بعد الدخول بها بأنها لم تقبض المشروط تعجيله من المهر ، مع انها منكرة للقبض ، وقاعدة المذهب ان القول للمنكر ، لكنها في العادة لا تسلم نفسها قبل قبضه .

واقتوا بعدم سماع الدعوى عن سكت ايضاً بعد اطلاعه على بيع جاره او قريه داراً مثلاً .

وبعدم سماعها عن سكت ايضاً بعد رؤيته ذا اليد يتصرف في الدار تصرف الملاك .

ومن تتبع جزئياتها يجد أكثرها في الدعاوي والشهادات ، وفي القول لمن .

المادة ٣٩ - لا ينكر تغيير الاحكام بتبدل الازمان

اعلم ان بعضاً من الاحكام الشرعية قد يكون مبنياً على عرف الناس وعاداتهم . فاذا اختلفت العادة عن زمان قبله ، تغيرت كيفية العمل بمقتضى الحكم ، واما اصله فلا يتغير .

مثلاً اثبت الشرع خيار الروية لمن اشترى شيئاً ولم يره . فالذهاب المتقدمون كان في عصرهم اعتياد الناس على بناء الدور على نسق واحد لا تفاوت بين بيوتها . فقالوا ان روية بيت واحد من الدار ، يغني عن روية الجميع في اسقاط الخيار . واخيراً لما اختلف طرز الانشآت ، وكان الدار يختلف بعض بيوتها عن بعض بحسب عاداتهم ، اتفق المتأخرون بأنه لا بد من روية جميعها - فهذا ليس اختلاف حجة وبرهان ، بل اختلاف عصر زمان .

كذلك اقتوا بعدم تصديق الزوجة بعد الدخول بها بأنها لم تقبض المشروط تعجيله من المهر ، مع انها منكرة للقبض ، وقاعدة المذهب ان القول للمنكر ، لكنها في العادة لا تسلم نفسها قبل قبضه .

وقد يكون التغير مبنياً على تغير احوال الناس المعبر عنه بتبدل الزمان ، لا على تغير العرف والعادة ، كالاختلاف بين الامام الأعظم وصاحبيه في عدم لزوم تزكية الشهود عنده ، ما لم يطمئن الخصم ، اكفائه بظاهر العدالة ، بناءً على ما كان في زمنه من الصلاح ، ولزومها عندهما بناءً على تغير احوال الناس ، وقد مشت المجلة على قولها كما في المادة ١٧١٦ .

كذلك المادة ٥٩٦ القائلة بان منافع المفضوب غير مضمونة ، لأنها اعراض تنجدهد آناً فاناً فلا تقوم ، وبديل الضمان يكون من الأعيان وهو يقتضى المماثلة ولا مماثلة بين الأعيان والأعراض — ولا يبرّد تقومها في الاجارات ، لأنها بسبب المقدر تنزل منزلة الأعيان المتقومة — لكن المتأخرين أفنوا استحساناً بضمان المنافع في مال الوقف واليتيم ، وما في حكمه كالصغير والمعتوه والمجنون ، لما شاهدوا اطماع الناس في مال الوقف واليتيم ، زجراً لهم .

واما وجه الضمان في المدة للاستغلال فالغاصب سواء عطله او استعمله لا يتاويل ملك او عقد ، يحمل فله هنا على الاستئجار . غير ان جهالة الأجرة توجب فساد العقد ، فيلزمه اجر المثل .

ونظيره افتاؤم بتضمين الساعي بالفساد ، لتبدل احوال الناس ، مع ان القاعدة ان الضمان على المباشر دون ان المتسبب ، زجراً لهم .

وكملق باب المسجد في غير وقت الصلوة في زماننا ، مع انه مكان معد للعبادة ينبغي ان لا يطلق . جوّزوا ذلك صيانةً عن السرقة .

ومنع النساء عما كن عليه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم من حضور المساجد لصلوة الجماعة ، درءاً للفساد .

كذلك قولهم ان الوصي ليس له المضاربة بمال اليتيم في زماننا .
فهذه الاحكام وامثالها تثبت استحساناً . والاستحسان ، كما في التلويح ، احد الأدلة الاربعة . يقع في مقابلة القياس الجلي . ويعمل به اذا كان اقوى من القياس — وثبوتها اما بالأثر كالسلم والاجارة وبقاء الصوم في الاكل ناسياً ، واما بالاجماع كالاستصناع ، واما بالضرورة كطهارة الحيض والآبار ، فكان ثبوت هذه الفروع بالطريقة الرابعة ، وهي الضرورة بحسب تبدل

احوال الناس .

* تنبيه *

يستنتج من هذه القاعدة ان تبدل الحكم سواء كان لتبدل العرف والعادة او لتبدل احوال الناس ، على نوعين :

نوع^١ لم يتبدل حقيقة بل هو هو ، لكون المقصود في الحالين واحداً ، اعني حصول العلم بمجال المبيع وبعدها الشهود ، اذ كان اولاً يُكتفى برواية بيت من الدار ، وبظاهر عدالة الشهود ، ثم قالوا بعدم الاكتفاء على هذه الكيفية بناء على تغير الزمان .

ونوع^٢ فيه تبدل حقيقي ، كما في الفروع الأخيرة التي ادرجناها في القاعدة لأن الاستحسان القاضي فيها على القياس الجلي ثبت بالضرورة مخالفاً لحكم القياس ، كما لا يخفى على من دقق نظره .

واما الحكم الذي لا يكون مبنياً على العرف والعادة ، ولا على تغير احوال الناس ، فلا يتغير اصلاً . كلظم مثلاً ، فانه ممنوع في كل وقت وفي كل حال ، لا بتغير ابدأ .

المادة ٤٠ = الحقيقة تترك بدلالة العادة .

تقدم الكلام على الحقيقة والمجاز في المادة ١٢ وبقي شيء وهي الكناية . فقول هي لا تخلو عن احدها ، لما في جمع الجوامع : « الكناية لفظ استعمل في معناه ، مراداً منه لازم المعنى » فهي على هذا التعريف حقيقة . فان لم يرد المعنى باللفظ ، وانما عبر بالملزوم عن اللازم ، فهو مجاز ٥١ .

وقال محبيه العلامة الباني : للبيانين في الكناية طريقتان :

الأول انه اللفظ المستعمل في معناه الحقيقي ، لينقل منه الى لازمه ، كقولنا طويل النجاد ، مستعملاً في طول حمائل السيف ، لكن لا لذاته ، بل للانتقال الى اللازم ، وهو طولى القامة . وعلى هذا فهي حقيقة لأن اللفظ

لم يستعمل الا في معناه الحقيقي ، وان كان المقصود منه لازمه .
والثاني انه اللفظ المستعمل في لازم معناه مع جواز ارادة معناه الحقيقي .
كأطلاق طويل النجاد ، مراداً منه طول القامة فقط ، او طول القامة مع طول
حمائل السيف . وعلى هذا فهي ليست حقيقةً ولا مجازاً .
اما الأول ، فلأن اللفظ لم يستعمل فيما وضع له .
واما الثاني ، فلأن المجاز لا يصح معه ارادة المعنى الحقيقي . لكن على تعريف
صاحب المتن ، فهي لا تخرج عن كونها حقيقةً او مجازاً - فما اتى به الاصوليون
من تقسيم طريق البيان الى حقيقةٍ ومجازٍ صحيح .

ثم ان الأصل في الكلام الحقيقة ، والمجاز خلف عنه . ولهذا ، عند عدم
القرينة ، ينصرف اللفظ الى معناه الحقيقي . الا انه في بعض المواضع قد يتعذر
ارادة المعنى الحقيقي كما سيأتي في المادة ٦١ . لو حلف لا يأكل من هذه الشجرة
وكانت مما لا يؤكل عينها ، ينصرف الى ثمرها ان كان لها ثمر ، والا فثمرتها ، صوتاً
لكلام العاقل عن الالقاء .

وقد لا يتعذر المعنى الحقيقي ، لكنه مهجورٌ عرفاً وعادةً . فالحكم في ذلك
انه كالتعذر ، وهذا صريح المادة . كما لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان ،
ينصرف الى الدخول باي وجهٍ كان راكباً او ماشياً ، حافياً او منتعلاً ، لأنه هو
المتعارف ، لا المعنى الحقيقي وهو مباشرة القدم ، دخل او لم يدخل ، لأنه مهجور
عرفاً ، والعرف قاضٍ على الوضع .

ومن ثم صرحوا في كتاب البيوع ان صيغ الماضي في العقود ، كبتت واشتريت ،
يتم الركن بها ، وان كانت للماضي وضعاً ، لكنها جعلت ايجاباً للحال في عرف اهل
اللغة والشرع .

وقد سمعت فيما نقلناه في المادة ٣٧ ان لفظ الواقف والموصي والناذر وكل
عائدٍ يحتمل على عادته في خطابه .

ومن ذلك ما في المادة (١٥٨٤) ان الإقرار لا يصح تعليقه بالشرط ،
لكن اذا كان معلقاً بشرط صالح للحلول الأجل في عرف الناس نحو ان اتى شهر
كذا فأني مديون لك بكذا ، يحتمل على الاقرار بالدين المؤجل ، ويلزم تأدية

المبلغ عند حلول ذلك الوقت .

المادة ٤١ - انما تعتبر العادة اذا اطردت او غلبت

هذه القاعدة والتي بعدها متحدتان مآلاً ، يرجع معناها الى ان العادة محكمة ،

وهي القاعدة ٣٦ فارجم اليها .

وتقدم في شرحها هناك ان صاحب الفتح رجح اعتبار العرف الخاص ، وان
كلاً من العرف الخاص والعام ، انما يعتبر اذا كان شائعاً بين اهله يعرف ذلك
جميعهم ، والا فلا يعتبر . وان الشيوخ في الأكثر كفاف ، اذ لا عبرة للأقل .
وفي مجمع الحقائق : العادة المطردة تنزل منزلة الشرط ، حتى لو باع
التاجر في السوق شيئاً بثمن ، ولم بصرها بجلود ولا تأجيل ، وكان المتعارف
فيما بينهم ان البائع يأخذ من الثمن كل جمعة قدر معلوماً ، انصرف البيع اليه
بلا بيان ، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً .

وفي الأشباه عن شرح الوهبانية : وما يتفرع على هذا لو جهز الاب ابنته
جهازاً ودفعه لها ، ثم ادعى انه عارية ، ولا بينة ، ففيه اختلاف : والفتوى
انه ان كان العرف مستمراً ان الأب يدفع ذلك الجهاز ملكاً لا عارية ، لم
يقبل قوله . وان كان العرف مشتركاً ، فالقول للأب . وقال قاضيخان : « وعندي
ان الاب ان كان من كرام الناس واشرافهم ، لم يقبل قوله . وان كان من
اوساط الناس ، كان القول قوله » - وعلى كل قول فالمنظور اليه العرف ،
فالقول المفتى به نظر الى عرف بلدها ، وقاضيخان نظر الى جانب الأب في العرف .
واعلم ان العرف الخاص وان كان معتبراً في بناء الحكم عليه ، الا انه يثبت
به الحكم الخاص لما في الأشباه عن النزاهة ان الحكم العام لا يثبت بالعرف الخاص
قال محشيه الحموي : « يفهم منه ان الحكم الخاص ، كالوقف على درس الحديث
ولم يعلم مراد الواقف ، هل من بدرس علم الحديث ، وهو معرفة المصطلح ، ام
بقراءة متن الحديث ؟ - قيل يتبع اصطلاح كل بلد .

ثم وان العرف اعني العادة انما تعتبر اذا كانت سابقة . ولا يكفي سبقها فقط ، بل يشترط بقاؤها الى زمان الحادثة ، حتى تقترب بها ، فيبنى عليها الحكم واما لو كانت سابقة ثم الغيت ، او طرأت بعد الحادثة ، فلا يبنى عليها الحكم اهـ (اشباه ملخصاً) .

وفيه مع حاشيته للحموي ما ملخصه : ان العرف انما يحبر في المعاملات لا في التعليق والاقرار والدعوى . وذلك لأن العادة الغالبة انما تقيد لفظ المطلق اذا تعلق بانشاء امر في الحال ، دون ما يقع اخباراً عن متقدم . فالدعوى والاقرار لا يكونان الا اخباراً عن وجوب سابق . تتقدم ، وربما كان الوجوب سابقاً على العرف الغالب ، او غلب في بقعة اخرى .

يقول الفقير: هذا التعليل يصلح فيما لو اقر او ادعى مطلقاً . اما لو بين سبب الوجوب في زمان العرف موصولاً بالاقرار او الدعوى ، فالظاهر اعتبار العرف حينئذ . كما لو قال لزيد على عشرون ليرة ثمن بضائع تجارية اشتريتها منه منذ عشرة ايام في بلدتنا هذه ، وكان العرف ان الثمن يدفع في تلك البلدة بانء ابيع ، وكانت الليرة العثمانية هي المتعارفة رواجاً اذا اطلقت ، وكان العرف جارياً على ذلك قبل تاريخ الاقرار — وقول صاحب الأشباه ربما كان الوجوب سابقاً على العرف الغالب يشير الى هذا ، اي الى ان الاقرار مطلق عن القيد .

وقتل الحموي عن بعضهم ان المطلق في التعليق لا يتقيد بالعرف لقلة وقوعه اي لأن العادة كما تقدم في شرح المادة ٣٦ عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة ، وما يكون وقوعه غير مألوف ، كيف يدخل تحت العرف ؟

ثم فرع صاحب الأشباه على عدم تقيد المطلق بالعرف ما نقله عن المبسوط . اذا اراد الرجل ان يغيب ، فخلفته امرأته ، فقال كل جارية اشتريتها فهي حرة ، وهو يعني كل سفينة جارية ، عمل بيته ، ولا يقع عليه المتق . قال الله تعالى : (وله الجوارى المنسآت في البحر كالأعلام) والمراد السفن ، فاذا نوى ذلك عملت بيته ، لأنها ظالمة في هذا الاستحلاف ، ونية المظلم فيما حلت عليه معتبرة — اقول : استفيد من هذا ان الجارية لما كانت في عرف اناس بنصر الى السرية المملوكة لا السفينة ، ينبغي وقوع الطلاق عملاً بالعرف ، الا انه

لما كان تطبيقاً فالعرف لا يقيد به ، وهو لفظ مشترك بحسب اللغة ، فصح اعتبار نية
لكونه مظلوماً ، فهو استدلال بالمفهوم . فان قلت قوله لأنها ظالمة في هذا
الاستحلاف ، يفهم من هذا التعليل انه لو لم يكن مظلوماً في استحلافه ، ما صح
فيه ، لما ان المذهب اعتبار اليمين على نية المحلف ، فيلزم من هذا المفهوم اعتبار
العرف في التعليل ، وهذا خلف ، لكونه اثباتاً للمطلوب بإبطال نقيضه - قلنا ان
المسوغ لجواز هذه النية هو عدم اعتبار العرف ، والآ لكان لفظ الجارية منصرفة
الى الأمة المملوكة ، ولم يميز صرفه الى السفينة .

* فائدة *

في تحرير الكمال وشرحه ما خلاصته ان العرف قول^١ وفعلي .
اما القولي فكأطلاق الدابة على الفرس ، فهو مخصص للعام اتفاقاً .
واما الفعلي فكأطلاق اللحم على الضأن بين قوم اعتادوا اكله ، والطعام
على البر كذلك ، حكمت الطعام ، ينصرف اليه . وكالدراهم ، ينصرف الى
النقد الغالب . فالعرف العملي مخصص كالقولي عند الحنفية ، خلافاً للشافعية ،
لاتحاد الموجب وهو تبادل المعنى الخصوصي من اطلاق اللفظ فيها ، ولا عبرة
للفرق بينهما ، بانه في العملي التخصيص بمجرد الاطلاق . وفي القولي بسبب
عموم اللفظ . ا .

المادة ٤٢ - العبرة للغالب الشائع لا للنادر

بالتأمل يظهر ان هذه المادة ينبغي ان لا تكون من جنس ما قبلها من المواد
اعني ٣٦ و ٣٧ و ٣٨ و ٤٠ و ٤١ لأن تلك في حق العادة المحدثه التي تعامل
الناس عليها واثبتوها ، فصلحت ان تكون مؤبده لقاعدة « العادة محكمة » بلم
ذلك من مراجعة شرح الجميع .
وهذه ان حلت على نسق ما قبلها ، فظاهرهما وان كان لا يأبى ذلك ،
الا انه تكرار بما لا يفيد .

ومن العجب اني رأيت بعض الشارحين حملها على نسق ما قبلها ، ثم بيّن شرحه اني مستهداً بمسائل لا دخل فيها للعادة المعبر عنها بالعرف الذي أحدثه الناس وتعاملوا عليه . كقولهم : ولهذا قدر الفقهاء سن البلوغ بالسنة الخامسة عشرة لانها السن الذي يبلغ فيه الأولاد غالباً . فمن خرج منهم عن هذه القاعدة كان نادراً لا يعتديه . ومثله ما عزاه للفقهاء من تقدير مدة الحضنة . فيقال له : هل تقدير الفقهاء لذلك مبني على عرف او عادة - كلاً ، بل كلامهم هذا نقل عن ائمة الاجتهاد ، مأخوذ من دليل قولي ، يشهد لذلك ما في البدائع من كتاب الحجر عند فصل « واما بيان ما يرفع الحجر » استدلل ابو يوسف ومحمد بما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه ، انه عرض على رسول الله صلى الله عليه وسلم غلام وهو ابن اربع عشرة سنة ، فردّه وعرض وهو ابن خمس عشرة سنة ، فجازّه . فقد جعل خمس عشرة سنة حداً للبلوغ .

واما الحضنة فالأصل في ذلك ان عمر رضي الله عنه تعالى عنه طلق ام ابنه عاصم رضي الله عنه فلقيا ومعها الصبي ، فنازعا ، وارفعنا الى ابى بكر الصديق رضي الله تعالى عنه ، ففضى ابو بكر بعاصم بن عمر رضي الله عنهما لأمه ، ما لم يشب او لتزوج . فهنا اختلف في حد ثبوته . ففي ظاهر الرواية ، حتى يأكل ويشرب ويلبس وحده . وذكر الخصاص سبع سنين او ثمان سنين - والظاهر ان التقدير بهذا السن اعتباراً للغالب . فلو بلغ هذا السن وهو لا يستطيع الأكل والشرب واللبس وحده ، هل يبقى بالأخذ من امه ، ويقال العبرة للغالب الشائع لا للنادر ، ام يترك في حضانتها الى ان يأكل ويشرب ويلبس وحده ؟ - فعلى الأول يكون داخلاً تحت هذه القاعدة ، وعلى الثاني لا .

والذي اوقع بعض الشارحين في هذا التوهم ، نظرم بان النادر الشاذ لا يعتد به . ونحن نوضح لك ان الأولى حمل هذه المادة على معنى غير ما قبلها ، بذكر مسائل ترشدك الى ان كثيراً من مسائل الشرع ، أنيط المقصود من شرعيته بمثل مناسبة للحكم . نكان تلك العلل قد تخفى ولا تدخل تحت الانضباط ، فأقيم مقامها ما يلزمها عادةً لكونه مظنة تلك العلة : كقصر الصلوة في السفر ، هو رخصة مشروعة والعلة في ذلك المشقة ، لكنها لم تنضبط لاختلافها بحسب

الاشخاص والأحوال والأزمان ، اقيم السفر مقامها ، بحيث متى وجد السفر ، وجد القصر ، لأن السفر بلازم المشقة غالباً ، وتختلفها في البعض كسفر الملوك والامراء المترفين لا عبرة له ، لأن الحكم - كما في مجمع الحقائق - يراعى في الجنس لا في الأفراد فيجوز قصر الصلوة في حقهم لأن العبرة للغالب الشائع لا النادر (١٥ ملخصاً من جمع الجوامع) .

كذلك نصوا على ان المتمد طهرها ، وهي المرأة التي كانت تحيض ، ثم ارتفع حيضها ولم تدخل في سن الأياس ، فلا تمتد بالأشهر ، ولا عبرة لاقطاع حيضها وذلك لأن العلة في وجوب العدة هو التوصل لظهور برآة الرحم ، وظهوره في ذوات الحيض بحيض ثلاث ، فهي وان اقطع حيضها سنين ، لكن لما كانت مظنة الحيض لم يجعلها الشرع في حكم الآيسة والصغيرة حتى تعتد بالأشهر ، لأن اقطاع الحيض بمن تحيض نادر ، والعبرة للشائع لا للنادر - وقال مالك رضي الله تعالى عنه : « تمكث تسعة اشهر ، فان لم تحض تعتد بثلاثة اشهر » .

كذلك صرحوا بان من بلغ سفيهاً غير رشيد ، لا يسلم اليه ماله حتى يتحقق رشده ، لكن اذا بلغ خمساً وعشرين سنة ، يسلم اليه مطلقاً ، سفيهاً كان ام رشيداً ، في قول الإمام الأعظم ، وعندهما لا يدفع ما لم يتحقق منه الرشد .

فهذه المسائل يصدق عليها قاعدة ان الاعتبار للشائع الغالب لا للنادر . لكن الشائع هنا ليس من جهة انه عرف^٢ تعامل عليه الناس وائتلفوه ، بل قواعد كلية ، اتخذها الفقهاء مظاناً في انها علة^٣ للحكم ، ولم يعتبروا تختلفها في بعض الأحيان ، لكونه نادراً .

واذا عرفت الفرق بين النوعين ، تعلم خطأ بعض الشراح ، حيث استعمل الأمثلة المناسبة لأحد النوعين في الآخر .

والحاصل ان هذه القاعدة لا مانع من صرفها لمعنى العرف الشائع ، فتكون على نسق ما قبلها . او المعنى الذي ذكرته لك مؤيداً بصريح النقول . لكن الأتنب الثاني ، لأنه على المعنى الأول يكون تكراراً لما قبلها بلفظ مرادف بدون افادة جديدة - ولأنه ذكر هذه القاعدة بلفظ مطلق ، حيث قال :

« المبرة للغالب البائس » ولم يقل « للعرف » الغالب الشائع ، فأمل منصفاً .

المادة ٤٣ - المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً

أي المعروف المتبادر بين الناس ، وإن لم يذكر صريحاً ، فهو بمنزلة الصريح ، لدلالة العرف عليه . فقد ذكر في البدائع ، من كتاب الاجارة ، ان نوابغ العقود التي لا ذكر لها في العقود ، تحمل على عادة كل بلد . حتى قالوا فيمن استأجر رجلاً بضرب له لبناً ان الزنيل والملين على صاحب اللبن ، وهذا على عادتهم وقالوا فيمن استوَجِر على حفر قبر ، ان حثي التراب عليه ، ان كان اهل البلاد يتعلمون به ، وتشريح اللبن على اللبن ، واخراج الخبز من التنور على الخباز ، لأن ذلك من تمام العمل .

وقالوا في الخياط ، ان السلوك عليه لان عادتهم جرت بذلك .

وقالوا في الدقيق الذي يصلح به الحائك الثوب انه على صاحب الثوب ،

فان كان اهل بلد تعاملوا على خلاف ذلك ، فهو على ما يتعاملون .

وقالوا في الطباخ اذا استوَجِر في عرس ، ان اخراج المرق عليه . ولو

طبخ قدراً خاصة ، ففرغ منها ، فله الأجر ، وليس عليه من اخراج المرق شيء .

وهو مبنى على العادة ، يختلف باختلاف العادة .

وقالوا فيمن تكاري دابةً يحمل عليها حنطة الى منزله ، فلما انتهى اليه ،

اراد صاحب الحنطة ان يحمل المكاري ذلك فيدخله في منزله ، وابي المكاري ،

قال ابو حنيفة : عليه ما يفعله الناس ويتعاملون عليه . وان اراد ان يصعد

الى السطح والعرقة ، فليس عليه ذلك ، الا ان يكون اشترطه ولو كان حمالاً على

ظهره فعليه ادخال ذلك وليس عليه ان يصعد به الى علو البيت ، الا ان يشترط .

واذا تكاري دابةً ، فالأفلاك على صاحب الدابة ، فأما الحبال والحوالق ،

فعلى ما تعارفه اهل الصنعة . وكذلك اللجام . واما السرج ، فعلى رب الدابة ،

الا ان تكون سنة البلد بخلاف ذلك ، فيكون على سنهم .

والحاصل ان المعروف عرفاً ، كالمشروط ذكرآ ، عند عدم التصريح بخلافه .
والا فالعبارة لما صرح به لا للعرف ٥٨١ .

ومن ذلك ما يأتي في المواد ٥٧٦ و ٢٣٠ و ١٣٣٩ .

ومن هذا القبيل ما في المادة ٤٧٢ : من استعمل مال غيره من دون عقد
ولا تأويل ملك ، فان كان معداً للاستغلال ، يلزمه اجرة المثل ، وذلك لأن
المدة لما كانت معروفة عادةً انه لا يستعمل الا بالأجرة ، كان كالمشروط ،
الا انه بقدر اجر المثل لندم التصريح ببيان الأجره . انظر المادتين ٤٦١ و ٤٦٢
وعلى هذا مسألة جهاز الاب ابنته المتقدمة في شرح المادة ٤١ .

المادة ٤٤ - المعروف بين التجار كالمشروط بينهم

هذه المادة داخلة تحت المادة السابقة . وذكروها من قبيل ذكر الأخص
بعد الأعم اهتماماً بشأن المعاملات التجارية . فما يقع بين التجار من المعاملات
التجارية ، او بين غيرهم من العقود والمعاملات التي هي من نوع التجارة ، ينصرف
عند الاطلاق الى العرف والعادة - فلو تباعم تاجران شيئاً ولم بصرحاً في
صاحب العقد ان الثمن نقدٌ او نسيئة ، فقد البيع وان كان مقتضاه نقد الثمن
حلالاً ، الا انه اذا تعارفوا على ان ذلك الشيء يؤدى ثمنه بعد اسبوع او
شهر ، لا يلزم المشتري أداء الثمن حالاً ، وينصرف الى عرفهم وعادتهم في
الأجل ، لأن المعروف بينهم كالمشروط . انظر المادة ٢٥١ .

ولا يتوهم من هذه المادة قصر العمل بالعرف في الأمور التجارية على ما يجري
بين التجار فقط ، بل المراد ان كل عمل هو من نوع التجارة اذا سكت فيه عن
قيده ، فالرجوع في ذلك ، العرف الجاري بين التجار . - فلو كان رجلاً
صنعها الزراعة ، ضارباً احدهما الآخر ، ودفع له نقداً لبيع ويشترى ، او
عقداً شركة عنان او غيرها ، فيما ان هذا الصنيع من نوع التجارة ، فللمضارب
او الشريك عند عدم التقييد بشيء ، التصرف في المال من ادانة او سفره به

او ابضاع او ابداع او استتجار على حسب ما هو المتعارف بين التجار ،
لأن الشركة من اعمال التجارة ، فتتعد على عادة التجار ، وهذه الأمور
من عاداتهم .

كذلك البيع ، لما كان من اعمال التجارة ، فلوكيل المطلق بالبيع كما جاء
في المادة ١٤٩٨ ان يبيع مال موكله تقدماً ونسبةً لمدة معروفة بين التجار في
حق ذلك المال ، وليس له ان يبيعه لمدة طويلة مخالفة للعرف والعادة - لكن
اذا كان الموكل صرح له بالبيع بالتقد ، او دلت عليه قرينة ، كما لو قال له بع
هذا المال تقدماً ، او بع مالي هذا وادّ ديني ، فليس للوكيل ان يبيع بالنسيئة .
كذلك الشركة لما كانت من اعمال التجارة ، ويشترط فيها ان يكون رأس
المال من النقود ، ولا يصح ان يكون عروضاً ، فغير المسكوك من الذهب والفضة ،
ان جرى العرف باستعماله كالنقود ، يصح ان يكون رأس مال في الشركة ،
والآ فيكون في حكم العروض ، فلا يصح . (انظر المادة ١٣٤٠)

المادة ٤٥ - التعيين عرفاً كالتعيين بالنص

'يطلق النص لغةً على معنى الاظهار ، يقال نصّ الشيء اظهره . ومنه منصة
العروس ، لأنها تظهر عليها . والنص ايضاً هو التعيين على شيء ما مجازاً عن
النص بمعنى الظهور . ومنه أخذ نص القرآن والحديث ، وهو اللفظ الدال على
معنى لا يحتمل غيره اء ملخصاً من القاموس وشرحه تاج العروس .

هذا وقد غلب في اصطلاح الشرع على النص الشرعي ، وهو القرآن
والحديث . فن حيث اللغة بطريق من الجاز ، يطلق على كل لفظ دال على معنى
لا يحتمل غيره ، فيشمل بهذا الاعتبار ما كان قرآناً او حديثاً ، وغيرهما من
كلام الناس .

يعني اي حكم يترب على التعيين بصريح النص ، يترب على التعيين بالعرف
والعادة .

فالاموال الربوية التي لا نص شرعياً في كونها كيلياً او وزنياً كالحصص
والمدس ، يعتبر فيها العرف في كونها كيلياً او وزنياً عند الإمام ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله تعالى ، خلافاً لأبي يوسف ، كما تقدم في شرح المادة (٣٦)
فحينئذ كيلية مثل المدس والحصص او وزنيته بالعرف ، في حكم الذي تعين
نصاً بالحديث الشريف .

فن هذا المثال 'بصرف معنى النص الى النص الشرعي اعني الحديث . واما المثال الذي
بصرف فيه معنى النص الى ما يخصه المتكلم بصريح اللفظ ، فكما يأتي في
المادة ٨١٦ ، اذا كانت الاعارة مطلقة ، اي لم يقيد بها المعير بزمان او مكان
او بنوع من انواع الانتفاع ، كان للمستعير استعمال العاربة في اي مكان وزمان
شاء ، على الوجه الذي يريد . لكن يقيد ذلك بالعرف والعادة . مثلاً اذا
اعار رجل دابة على الوجه المذكور ، اعارة مطلقة ، فالمستعير له ان يركبها
الى حيث شاء في الوقت الذي يريد . وانما ليس له ان يذهب بها الى المحل
الذي مسافة الذهاب اليه ساعتان ، في ساعة واحدة . فان العقد وان خرج مخرج
الإطلاق ، لكن كما في البدائم ، المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة .
ولهذا مسائل لا تحصى تجري في كثير من الأبواب الفقهية في المعاملات .
انظر المواد ٥٢٧ و ٥٢٨ و ١٤٩٨ .

المادة ٤٦ = اذا تعارض المقتضى والمانع يقدم المانع ، فلا يبيع
الراهن الرهن لآخر ما دام في يد المرتهن .

يعني كل شيء اذا تعارض عليه مانع ومقتضى ، يقدم المانع ، و يعمل
بموجبه ، لا بالمقتضى ، لأن المانع في بعض الصور قد يكون لطفة اقتضت ترجيحه
على المقتضى كما سيظهر لك - وقد يكون تقديم المانع لوجود امر محظور يمنع
من العمل بالمقتضى والحاضر مقدم لما فيه من درأ المفسدة .
وهذه القاعدة قد تجري في العبادات . ويخرج عليها منع النساء عن المساجد

لصلوة الجماعة في زماننا ، فان المانع ، وهو فساد الزمان ، يقتضى المنع . واداء
الصلوة في المسجد مع الجماعة ، يقتضى الفعل ، فيقدم المانع .
والزوجة اذا كانت حائضاً ، فالأذى المنصوص عليه يقتضى المنع ، والزوجة
القائمة تقتضى الايتيان ، فيقدم المانع .

وكذا لو كان احدهما او كلاهما في حالة الاحرام .
واما تعارض المانع والمقتضى في المعاملات ، فقد يكون لتعلق حق الغير ،
بان يكون احدهما مالكا للشيء ، وللآخر حق تعلق به ، كما جاء في المادة ٢٥٦ :
ليس لكل من الراهن والمرتهن بيع الرهن بدون رضى صاحبه . فلو باع المديون
العين المرهونة عند الدائن فالبيع صحيح موقوف لا ينفذ ما لم يؤذنه دينه ، او
تلحقه اجازة المرتهن فيكون الثمن رهناً في مقام المبيع - وعلى هذا ما في المادة ٥٩٠
لو باع المؤجر المأجور بدون اذن المستأجر ، ينفذ البيع بين البائع والمشتري ،
ولا ينفذ في حق المستأجر . حتى انه بعد اقتضاء مدة الاجارة يلزم البيع في حق
المستأجر ايضا - الا ان يطلب المشتري تسليم المبيع من البائع قبل اقتضاء مدة الاجارة
ويفسخ القاضي البيع لعدم امكان تسليمه . وان اجاز المستأجر البيع به يكون
نافذاً في حق كل منهم ، ولكن لا يؤخذ المأجور من يده ، ما لم يصل اليه مقدار
ما لم يستوفه من بدل الاجارة التي كان اعطاها تقدياً . ولو سلم المستأجر المأجور
قبل استيفائه ذلك ، سقط حق حبسه . ففي هذين المثالين المرهون والمأجور ملك
البائع رقبته ، والملكية تقتضى النفاذ ، والمرتهن والمستأجر تعلق لهما حق الحبس
والانتفاع ، وذلك يقتضى المنع ، وقد تعارض فيقدم المانع .

ومن هذا ما في المادة ١١٩٢ من ان كلاً يتصرف في ملكه كيف يشاء ،
لكن اذا تعلق حق الغير ، يمنع المالك من تصرفه على وجه الاستقلال . كسفل
لرجله وفوقانية لآخر ، فلصاحب الفوقاني حق القرار في التحتاني ، ولصاحب
التحتاني حق السقف في الفوقاني بتستره من الشمس وتحفظه من المطر ، وليس
لأحدهما ان يفعل شيئاً مضرراً الا باذن الآخر ، ولا ان يهدم بناء نفسه .
تكل منها وان كان اعتبار كونه مالكا يقتضى التصرف كيف يشاء ، الا ان
فعلق حق كل بما في ملك الآخر مانع فيقدم .

ومن ذلك ما في المادة ١٧٢٥ اذا عدل بعض الزكّين الشهود ، وجرحهم بعضهم ، يرجح طرف الجرح ، فلا يحكم الحاكم بشهادتهم . فالتعديل يقتضي القبول ، والجرح يمنع ، فيقدم المانع - والعلة هنا ليست تعلق حتى النفي ، بل لأن الجرح ثبوتي ، اى بالاطلاع على وصمة في الشهود تمنع قبول الشهادة لم يطلع عليها الزكي ، والمثبت مقدم على النفي .

وقد يقدم المقتضي لكونه اقوى من المانع . ومن هذا القبيل ما في البدائع من « فصل في ما بكره من البياعات » : « امرأة سييت وفي حجرها بنت صغيرة وقعتا في سهم رجل واحد ، والمرأة تزعم انها بنتها ، بكره التفريق بينهما ، وان لم يثبت النسب بمجرد دعواها في سائر الاحكام ، فيقبل قولها فيما يسلك فيه طريق الاحتياط . ولو كبرت الصغيرة في يد انسان ، وقد كان وطأ الكبيرة ، ولم يعلم من المرأة المسبية ارضاع الصغيرة ، لا ينبغي له ان يقرب البنت ، وان لم يثبت نسبها منها لدعوتها ، لاحتمال انها بنتها من النسب والرضاع ، فلا يقربها احتياطاً . ولكن لا يمنع من قربانها في الحكم لأن قول المرأة الواحدة في حقوق العباد غير مقبول . »

وقد وردت على الخاطر مسألة من فرع ذكره في البدائع ، في باب ما يملك المكاتب من التصرفات وما لا يملكه : يخرج على هذه القاعدة على قول الإمام ابي حنيفة في ان الكتابة تجزأ عنده كالعتق . وهي ما اذا كاتب رجل نصف عبده ، انه جازت الكتابة في النصف وصار نصفه مكاتباً عنده ، لأن الكتابة تجزأ عنده فصحت في ذلك النصف لا غير ، وصار في النصف الآخر مأذوناً بالتجارة ، لأن الكتابة تقتضي وجوب اداء بدل الكتابة ، ولا يمكنه الا اداء الا بالاذن ، والاذن لا يجزأ ، فصار الاذن في قدر الكتابة اذناً في الكل ، فصار مأذوناً في الكل ، ونصفه مكاتب . فان ادى عتق نفسه ، وصار النصف الآخر مستسعى ، فان شاء اعتق ، وان شاء استسعى ، غير مشقوق عليه ، بمنزلة رجل اعتق نصف عبده ، فان اكتسب العبد مالاً قبل الاداء ، فنصفه له ونصفه للمولى في قول الإمام ابي حنيفة ، لأن نصفه مكاتب ، ونصفه رقيق . وفي قولها النصف كله للمكاتب ، لأن كله صار مكاتباً . وما اكتسب بعد الاداء

فكله للمكاتب بالاجماع ، وليس للمولى فيه شيء .
اما على قولها فلا يشكل لأنه حر عليه دين . واما على اصل ابي حنيفة فلا أن
المسمى كالمكاتب ، وكسب المكاتب له . واذا كاتب نصف عبده ثم اراد ان
يجول بينه وبين الكسب ، لم يكن له ذلك ، لأن لما كاتب نصفه فقد اذن له
بالاكتساب ، لأنه لا يتوصل الى اداء بدل الكتابة الا بالكسب ، فلا يملك الحجر
عليه الا بعد فسخ الكتابة ، ولا يفسخ الا برضاه . بخلاف العبد المأذون كله
فانه يملك حجره ومنعه من الاكتساب . لأنه انما صار مأذوناً بالقول ، فيصير
محجوراً عليه بحجره . والأذن هنا لا يثبت بالقول ، بل بمقتضى الكتابة ، فلا
يصير محجوراً عليه الا بفسخ الكتابة ، فان اراد ان يخرج من المصر فله منعه بالقياس .
ولكن المصحح ان لا يتعرض له في شيء ، حتى يؤدي او يعجز . كذا ذكره في الأصل .
وجه القياس ان نصفه رقيق لم تزل يده عنه ، فله ان يمنعه من الخروج من
المصر لأجل النصف ، فيقول له : ان كان نصفك مكاتباً ، فالنصف الآخر غير
مكاتب ، فلي المنع . فكان له ان يمسه ويستخدمه كالعبد المشترك .
وجه الاستحسان انه بعقد الكتابة صار مأذوناً بالاكتساب ، وذلك
بالخروج الى الأمصار ، فلا يجوز له معه ، وان يجول بينه وبين الاكتساب
بالاستخدام . ولا يمكنه ان يخرج بالنصف دون النصف ، ويستخدم بالنصف دون
النصف . فأما ان يجعل النصف الذي هو مكاتب تبعاً للنصف الذي ليس
بمكاتب ، او يجعل النصف الذي هو غير مكاتب تبعاً للنصف الذي هو مكاتب .
وهذا الثاني اولى ، لأن الحرية والرق اذا اجتمعا ، غلبت الحرية الرق . وفي
الكتابة شعبة من العتق لأنها تمقد للعتق في المستقبل ، وهي سبب من اسبابه اه
فهنا ، باعتبار كون نصف العبد لم يكاتب ، صار للعبد جهران : جهة الحرية
بالنصف الذي كوتب عليه ، وهي تقتضي المنع من الحجر عليه عن السفر ، وجهة
الرق بالنصف الذي لم يكاتب عليه وهي تقتضي الحجر عليه عن السفر —
فيجعل النصف الذي لم يكاتب عليه ، تبعاً للنصف الذي هو مكاتب عليه . تعليلاً
للحرية على الرق ، لكون الكتابة شعبة من العتق . فقدم المانع للحجر على المنقضى له ،
مع استواء حق كل من المولى والعبد فيما يتعلق به . فهذا الفرع مخالف في شكله

للفروع المتقدمة .

كذلك صرحوا بأنه إذا اراد أحد دخول أرض مملوكة لاحتشاش الكلاً فإن كان يجده في مكان آخر ، يمنع صاحبه من الدخول . كالماء في الآبار . لأن الضرورة إلى الماء أو الكلاً المباح ، يقتضي الدخول . لكن وجوده في مكان آخر لا يجوجه إلى الدخول في أرض الغير بدون إذنه يقتضي المنع ، فيقدم المانع . والأب لا يجبس بدين ابنه ، لأن الحق اللازم إداؤه شرعاً وإن اقتضاه ، لكن حق الأبوة في لزوم البر واجتناب العقوق مانع ، فيقدم المانع .

المادة ٤٧ - التابع تابع فإذا بيع حيوان في بطنه جنين يدخل الجنين في البيع تبعاً

أي ما كان تابعاً لغيره في الوجود لا بنفرد بالحكم ، بل يدخل في الحكم مع متبوعه . فإذا بيعت الدابة وفي بطنها حمل ، يدخل في البيع تبعاً لأمه ، ولا يجوز إفراده بالبيع .

وفي الحموي « الشرب والطريق ، أعني حق المرور فيه لارقبته ، بدخلان في بيع الأرض تبعاً ولا بفردان بالبيع على الأظهر »

ولا كفارة في قتل الحمل ، ولا لعان بنيه . والهبة كالبيع (أشباه)

وهذا معنى قولهم : التابع تابع ، أي غير منفك عن متبوعه في الحكم . ومن هذا القبيل ما في كتاب البيوع ، فيما يدخل في البيع ، وما لا يدخل . وما في المادة ٢٣٠ أن كل شيء جرى في عرف البلدة على أنه من مشتلات المبيع ، يدخل في البيع من غير ذكر ، مثلاً في بيع الدار يدخل المطبخ والكلار ، وفي بيع حديقة زيتون تدخل أشجار الزيتون .

وكذا ما في المادة ٣٣١ : ما كان في حكم جزء من أجزاء المبيع ، أي ما لا يقبل الانفكاك عن المبيع نظراً إلى غرض المشتري ، يدخل في البيع بدون ذكره ، كالقفل يدخل مفتاحه ، والبقرة الحلوب لأجل اللبن يدخل فلوها الرضيع

وكذا توابع البيع المتصلة المستقرة كالأقفال السمرة والدفوف السمرة المعدة
لوضع الفرش كما في المادة ٢٣٢
والأصل في هذا ، كما في البدائم : ان كل ما ركب في الارض يدخل ،
وما لم يركب فيها او ركب لا للبقاء بل لوقت معلوم ، لا يدخل .
ويدخل في هذه القاعدة ما تقدم في شرح المادة ٤٣ : ان توابع العقود التي
لا ذكر لها في العقود ، يحمل على عادة كل بلد . قال في الاشباه : « وخرجت
عنها مسائل ، منها : يصح اعتاق الحمل دون امه ، بشرط ان تلده لأقل من ستة
اشهر - ومنها : يصح افراده بالوصية » - قال المحوي هنا وفي الفتح : اما الوصية
بالحمل او له ، فلا تثبت الا بعد الاتصال ، فتثبت للولد لا للحمل . واما العتق فانه
يقبل التعليق بالشروط ، ففتحه معاً في معنى لا صورة ، ومنه يعلم ما في كلام
المصنف . اه كلامه

اقول وجه اعتراضه على صاحب الاشباه في جعله ذلك خارجاً عن القاعدة
ظاهر . يانه ان مبني القاعدة ان التابع للشيء من حيث هو تابع لا ينفك عن المتبوع
بل يدخل في حكم المتبوع بدون تصريح بذكره . وهنا صار كل من اعتاق الحمل
والوصية به او له عقداً مستقلاً تعلق بنفس الحمل المذكور صريحاً ، فلم يكن تابعاً ،
فلا يقال هنا تابع ومتبوع - واما كون العتق للحمل والوصية به او له يصح دون
البيع والهبة ، فهذا بحث آخر ، لا يقتضي ان يكونا خارجين عن القاعدة لانها ليسا
من افرادها في هذه الصورة . لأن الاعتاق والوصية يبايران العقود في كثير من
الاحكام ، ومن جعلتها جوازهما في الحمل ، وعدم جواز البيع والهبة فيه . اما
البيع ، فلتنبه صلى الله عليه وسلم عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع
(زيلعي) وهو المعبر عنه ببيع الملاقح . واما الهبة ، فلأنها لا تتم الاً بالقبض ،
بخلاف الاعتاق فانه اسقاط محض ، يصح تعليقه بالشروط ، وعتق الحمل معلق
معنى لا صورة - كذلك الوصية ، يعتبر وجود الموصى له من وقت موت الموصى في
ظاهر الرواية ، لا من وقت وجود الوصية . فعلى ظاهر الرواية تصح الوصية للمعدوم
حين الوصية اذا كان موجوداً حين موت الموصى ، حتى لو اوصى لرجل بستانه
حين يموت ، ولبس له يوم اوصى بستان ، ثم اشترى بستاناً ومات ، صحت لأن

الوصية بالمال ايجاب الملك عند الموت (بدائع) وقد خطر هذا النظر للفقير قبل رؤية ما في الحموي . فمن هذا يعلم ان الأمر قد اشبهه على صاحب الأشباه حيث جعل ما ذكر خارجاً عن القاعدة وليس منها - نعم ينبغي ان يذكر فرعاً في اعتاق البدائع خرج عن القاعدة ، وهو : اشترى امّة وهي حلي من ابيه والأمة لغير الأب ، جاز الشراء وعتق ما في بطنها ، ولا تفتق الأمة ولا يجوز بيعها الا بعد الوضع . وقد يبد بكونها لغير الاب ، لأنها لو كانت له صارت ام ولده - فهنا قد انفك التابع بالحكم عن المتبوع .

✽ لاحقة ✽

في اصول مسلم الثبوت وشرحه فواتح الرحموت ما ملخصه : قالت الخنيفة والحنابلة ان خطاب الله تعالى للرسول صلى الله عليه وسلم بسم الأمة - مجتهد ان الرسول له منصب الاقتداء به في كل شيء . ، الا بدليل صارف يدل على الاختصاص به . وكل من هو كذلك يفهم من امره شمول اتباعه . واحتجوا ايضاً بقوله تعالى : (يا ايها النبي اذا طلقت النساء - الآية) الخطاب للنبي صلى الله عليه وسلم ، والمراد هو واتباعه ، اذ التابع لا ينفك في الحكم عن المتبوع .

المادة ٤٨ - التابع لا يفرد بالحكم فالجنين الذي في بطن الحيوان لا يباع منفرداً عن امه

التابع هنا ما لا يوجد مستقلاً بنفسه بل وجوده تبع لوجود متبوعه ، كالجنين في بطن الحيوان ، وكالصفة القائمة بالموصوف ، وكحق الشرب تبعاً للأرض ، وكحق المرور تبعاً للطريق على الاظهر - فمن حيث تعلق الاحكام ، ينزل التابع منزلة للعدوم في عدم جواز افراذه بالحكم . فلا يصح بيع الجنين في بطنه امه منفرداً ، ولا يبيع حق الشرب بدون الارض ، ولا حق المرور في الطريق على الاظهر . كذلك الصفات مثل الخبز والكتابة في العبد لما كانت تابعة للمبيع ، غير مستقلة بنفسها ، لا يقابلها شيء من الثمن ، حتى لو اشترى عبداً بشرط انه خباز او كاتب ،

فظهر بخلافه ، اخذه بكل الثمن او ثروة (تنوير)

واعلم ان التابع على ما يقتبس من الأحكام الفقهية قد يكون غير مستقل
بنفسه حقيقة كالامثلة المتقدمة . وقد يكون له استقلال بنفسه ، لكنه عرفاً
بمنزلة الجزء الحقيقي من الشيء ، في انه يدخل في بيعه تبعاً ، كألف الحمار وثياب
العبد والشجر في الارض ، في انها تدخل في البيع من غير ذكر ، فلا يقابلها شيء من
الثمن لو هلك او سرق قبل تسليم المبيع ، مع انها يصح افرادها بالحكم .
قال في الاشياء : « وخرجت عن هذه القاعدة مسائل ، منها يصح اعتناق
الحمل دون امه بشرط ان تلده لأقل من ستة اشهر ، ومنها يصح افراده
بالوصية بالشرط المذكور ، اي قبل ولادته لأقل مدة الحمل ، ومنها يصح
الايصاء له ولو بمحمل دابة » اهـ كلامه .

يقول الفقير: تقدم في شرح المادة قبلها ما خلاصته انتقاد الحموي عليه بما
نقله عن الفتح ان الوصية بالحمل اوله لا تثبت الا بعد انفصال الولد . وبعد
الانفصال لا يكون تابعاً بل مستقلاً بنفسه ، لما ان الوصية تملك بعد الموت ،
ولهذا تصح بالمعدوم والمعدوم . واما الاعتناق فانه تعليق بالشرط ، فاعتناق
الحمل معلقٌ معنى لا صورة ، كأنه قال : ان اتيت بولدٍ فهو حر . فالحكم
في العتق والوصية لم يتعلق بالتابع ، بل بالحمل بعد انفصاله عن امه . ثم قال :
ومنها الارث بشرط ولادته حياً اهـ — فليُنظر في قوله بشرط ولادته حياً ،
فان حكم الارث لم يثبت له بصفة كونه جيناً ، بل بعد الولادة ، وهو في تلك
الحالة منفصل غير تابع .

وقال ايضاً : ومنها ثبوت نسب الحمل ، اي فيما لو قذف زوجته قائلاً زنيته
وهذا الحمل من الزنا ، تلاعنا ولا ينقطع نسب الحمل قبل الولادة ، كما في
الهداية . اي فقد تعلق بالحمل حكم وهو النسب ، مع وجود الثاني وهو اللعان .
وفي هذا نظر : لأن نفي نسب الحمل لا يترتب على اللعان الا بعد الولادة فأذا لم
ينف بعد حتى يثبت له - وايضاً السبب لنفي النسب هو اللعان ، لكن هذا الحكم له
مانع ، وهو عدم الولادة . فاذا ولدته ، انتفي نسبه . وقد قال في البدائع : السبب
يعمل من وقت وجوده لا من وقت زوال المانع ، فكيف يقال ثبت نسبه ؟ ثم قال :

وخرج عنها ما لو قال المديون تركت الأجل او ابطلته ، او جعلت المال حالاً ،
فانه يبطل الأجل كما في الخائيه وغيرها اه مع انه صفة للدين ، والصفة تابعة
لموصوفها فلا تفرد بالحكم - هذا ظاهر في خروجه عن القاعدة . والعلة في
ذلك ان التأجيل حقه فله ان يبطله ، اذ يقتضي في الاسقاط والابراء ما لا
يقتضي في غيره . فان قلت : ابطال الأجل لا يكون بالقول بل بالأداء ، فان
لم يؤد فابن ابطال الأجل ؟ وان ادعى ، فقد سقط الدين والأجل معاً ،
فلم يكن للتابع افراد بالحكم . قلنا نعم انفراد الصفة بالحكم عن الموصوف لا
يتصور الا بالمطل بعد الإبطال ، ومعنى بطلان الأجل حينئذ انه لا حق
له بالمطل ، وللدائن ان يلزمه بالاداء حالا . وقد يجاب عن بعض ما اخرجه
في الأشباه ، ان يقال ان معنى الخروج في قوله : « وخرج عن هذه القاعدة
الخ . . . » الخروج الذي يراد بالاستثناء للنقطع . فانه قد يراد به كما في
التلويح ان لا يكون داخلياً في صدر الكلام اصلاً ، وقد يراد به الدخول في
صدر الكلام ، وبالاتثناء لم يخرج عن عين الحكم ، بل خالف ما قبله في
ان له حكماً آخر كقوله تعالى (وان تجموا بين الاختين الا ما قد سلف)
اي الجمع بين الأختين الذي سلف داخل في الحرمة ، لكنه غير مخرج من
حكم صدر الكلام وهو الحرمة ، لانه حرام ايضاً . لكنه اثبت فيه حكماً
اخر وهو انه مفقور ، ويحمل الخروج هنا على المعنى الاول ، كما توضح لك .

المادة ٤٩ - من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته .

فاذا اشترى رجل داراً ملك الطريق الموصل اليها .

اعلم ان الأصل الذي يدخل في شراء الدار من غير ذكر ، يدخل
تحت قاعدتين :

الاولى : كل ما كان في الدار من بناء وغيره يتناوله اسم المبيع عرفاً
كالحجارة المحلوفة والمنتبة في الارض والدار، لا المدفونة .

الثانية : ما كان متصلاً اتصال قرار وهو ما وضع لا لأن يفصله
البشر ، فيدخل الشجر لاتصاله بها اتصال قرار ، الا اليابس لأنه على شرف
القطع ، ولا يدخل الزرع لأنه متصل لأن يفصل - وفي حكم المتصل
المنقول المنفصل التابع للمتصل ، كالفتاح تبعاً للقفل ، بحيث لا يتنفع به
الا به ، فيصير في حكم الجزء ، كولد البقرة الرضيع .
وما لم يكن من القسمين ، فإن من حقوقه ومرافقه ، يدخل بذكرها
كالطريق والشرب للارض ، والا فلا يدخل وان ذكر الحقوق والمرافق ،
الا بالتصريح بها او بقوله بكل ما فيها او منها اهـ ملخصاً من الدر وحاشيته
رد المختار .

وانما يدخل القسام وان لم يذكر الحقوق والمرافق ، لأن مثل الحجارة
المتبته في الارض ، وما كان متصلاً اتصال قرار ، بعد من اجزاء المبيع
ضرورة لأن من ملك شيئاً ملك ما تحته وما فوقه . يؤيد هذا ما في
المادة ١١٩٤ - اذا عرفت هذا ، فالفقرة الاولى من القاعدة واضحة صادقة
واما التفريع فقيه نظر . لأن الطق ليس من إحدى القاعدتين المنقولتين
عن التنوير وشرحه . بل اتفقت كافة المتون والشروح ان الطريق الموصل
اليها لا يدخل الا بذكر الحقوق والمرافق ، الا ان يراد بما في القاعدة
طريقها الى سكة غير نافذة ، او الى طريق عام ، لما في الهداية من باب
الحقوق : « ومن اشترى بيتاً في دار او منزلاً فيها او مسكناً فيها ، لم
يكن له الطريق ، الا ان يشتره بكل حتى او بمرافقه ، او بكل قليل
وكثير . وكذا الشرب . لأنه خارج الحدود ، الا انه من التوابع فيدخل
بذكرها » اهـ قال في الفتح : « المراد الطريق الخاص في ملك انسان ،
فأما طريقها الى سكة غير نافذة ، والى طريق عام ، فيدخل بدون ذكرها »
ثم ان عبارة الهداية وان كانت في شراء البيت في الدار والمسكن
والمنزل ، لكن مع كونها دون الدار ، فاذا دخل في ييها الطريق الى
سكة غير نافذة ، والى طريق عام ، فدخول ذلك في بيع الدار من دون
ذكر الحقوق والمرافق اولى . فتأمل .

❖ لاحقة ❖

المراد بالضرورات هنا الاشياء التي تنبع شيئاً هي مثله في الدخول تحت الدلالة ،
لا من طريق وضع اللفظ . كذا في العنابة . اي بل بطريق ضرورة ان تناول
لا يتردد فيه فكانه ضروري - ولهذا نظائر في الاحكام الشرعية اثبتها
الفقهاء ضرورة - كما لو اشترى داراً بألف ، ثم باعها بألفين فلم الشفيع بالبيع
الثاني ، ولم يعلم بالبيع الأول ، فأخذها بقضاء او بغير قضاء ، ثم علم ان البيع
الاول كان بألف ، ليس له ان ينقض اخذه . لأنه لما اخذها بالبيع الثاني فقد
ملكها . وحق التملك بالبيع الأول بعد ثبوت الملك لا يتصور ، فقط حقه في
الشفعة بالبيع الاول ، ضرورة ثبوت الملك له .

وكما لو باع شيئاً بالخيار الى ثلاثة ايام ، ولم يوجد منه ما يسقط الخيار لا
صريحاً ولا دلالة ، كصرفه بالبيع تصرف الملاك ، حتى مضت الايام الثلاثة ،
فانه يسقط خياره ضرورة . لأن خياره موقت بها ، والموقت الى غاية
ينتهي عند وجود الغاية - يدرك هذا بدون دليل يدل عليه صريحاً
او دلالة .

كذلك لو قال لعبدك احد كما حرّ فبات احدها قبل البيان ، ينعين
الآخر للعتق ضرورة عدم وجود المزاحم - ولو قال لآخر اعتق عبدك عني
علي الف درهم ، فأعتق ، فالولاء للأمر ، لان العتق يقع عنه استحساناً . وذلك
لأن الأمر بالفعل امرٌ بما لا وجود للفعل بدون ، كالأمر بصعود السطح امرٌ
بنصب السلم ، والأمر بالصلاة امرٌ بالطهارة ولا وجود للعتق عن الأمر ، بدون
ثبوت الملك له ، فكان امر المالك باعتاق العبد عنه بالبدل المذكور امرٌ بتملكه
منه بذلك ، ثم باعتاقه عنه تصحيحاً لتصرفه كأنه صرح بذلك . فقال به مني
واعتقه عني ففعل .

وكذا لو قال لزوجتي احد كما طالق ، ثم وطأ احدها ، فالتى لم يطأها مطلقة
لأن فعله محمول على الجواز ، ولا يجوز الا بالبيان فكان الوطاء بيان ان

الموطوءة منكوحة ، فتصينت الأخرى للطلاق ضرورة انتفاء المزاحم . كذلك اجازة عقد النكاح قد تثبت بالنص او بالدلالة ، وقد تثبت بالضرورة ، نحو ن يتزوج العبد بدون اذن مولاه فيعتقه ، فيكون الاعتاق اجازة . ولو اذن له النكاح بعد وقوعه ، لم يكن الاذن بالنكاح اجازة — ووجه الفرق بينهما من جهتين : الأولى لولم يجعل الاعتاق اجازةً لكان لا يخلو ، اما ان يبطل النكاح الموقوف ، واما ان يبقى موقوفاً على الاجازة . لا سبيل الى الأول لان النكاح صدر من الأهل في المحل ، فلا يبطل الا بولاية من له الإبطال . ولا سبيل الى الثاني لأن العقد وجد من العبد ، فكيف يقف عقد الإنسان على اجازته — واذا بطلت هذه الاقسام ، وليس هنالك قسم آخر ، لزم ان يجعل الاعتاق اجازة ضرورة . وهذه الضرورة لم توجد في الاذن بالنكاح .

ومن الاحكام التي تثبت بالضرورة ما لو اوصى بسويق ثم لته بالسمن ، لأن الموصى به اتصل بما ليس بموصى به بحيث لا يمكن تسليمه بدونه لتعذر التمييز بينهما ، فثبت الرجوع ضرورة .

وكذا اذا اوصى بدار ثم بنى فيها او اوصى بقطن ثم حشاه جبة .
ومن الاحكام الثابتة بالضرورة فسخ العقد بهلاك المعقود عليه قبل القبض .

ومنها ما في رد المختار عن الفتح « ثبت الوقف بالضرورة » وصورته ان يوصي بئلة هذه الدار للمساكين ابداً او لفلان وبعده للمساكين ابداً ، فان الدار نصير وفقاً بالضرورة ، وهي كوصية من الثلث .

واعلم ان الشيء قد ثبتت ضرورة ولا يجوز ثبوته قصداً كمن وكل رجلاً ببيع عبده ، ثم عزله ، والوكيل غائب لم يعلم به ، لم يصح عزله . لكن لو باع الموكل العبد او اعتقه ، انزل الوكيل ، علم او لم يعلم .

ومن تلك المسائل تعلم ان معنى الضرورة هنا الضرورة العقلية التي تحرك الفكر لادراك الحكم للشيء بدون ذكره . لا الضرورة بمعنى الاضطرار كما في قول الفقهاء كل ما لا يباح عند الضرورة يجوز فيه التحري ، كأكل الميتة يساح عند الضرورة ، فاذا اختلطت بمزكاة تحمى . بخلاف الزوجة مثلاً اذا

اختلطت باجنبية ولم يميز بينهما ، لا يجوز التحري ، لعدم حل الزنا بمال .

المادة ٥٠ - اذا سقط الاصل سقط الفرع

هذه القاعدة مطردة في المحسوسات والمقولات . فالشيء الذي يكون وجوده اصلاً لوجود شيء آخر يتبعه في الوجود ، يكون ذلك فرعاً مبنياً عليه . كالشجرة اذا ذوت ذوى ثمرها . وكالايمان بالله تعالى اصلٌ لجميع الأعمال فروعه ، فاذا سقط الايمان والىاذ بالله تعالى حبطت الأعمال ، لأن اعتبارها مبني عليه .

وقد ذكر في الاشباه هذه القاعدة مع قاعدة اخرى وهي « يسقط التابع بسقوط المتبوع » قال : وهما متقاربان - ثم ذكر بانه خرج عنها ما لو اقر شخص بان لزبد على عمرو وكذا ، وهو كفيله ، وانكر عمرو ، لزم الكفيل دون الأصيل . اي فقد ثبت الفرع ولم يثبت الأصل ، وهذا خلاف طرد القاعدة وسيأتي الكلام على ذلك في شرح القاعدة (٨١)

ومن فروعها ما في المادة (٦٦٢) براءة الأصيل توجب براءة الكفيل . فلو ابرأ ذمة مديونه تبرأ ذمة كفيله تبعاً ، فلا حق له في مطالبة الكفيل ولو ابرأ الكفيل لا يبرأ الأصيل كما في المادة (٦١) لأن الكفيل متفرع على الأصيل في الوجود ، وإلا لا تقلب الفرع اصلاً ، وهذا لا يجوز . كذلك الوكيل ينزل بموت موكله او جنونه اذا لم يتعلق بوكالته حق الغير ، فلا يتي له حق التصرف كما في المادتين ١٥٢٧ و ١٥٣٠ بخلاف موت الوكيل او جنونه فانه لا يسقط حق تصرف الموكل فيها وكل به .

ومنها ايضاً ما في الدر المختار وغيره في باب الشهادة على الشهادة ، ما لو كان للشاهد الأصل عذرٌ فحتمل غيره شهادته بأن قال الأصل للفرع : اشهد على شهادتي بكذا ، فخرج الأصل عن اهلية الشهادة لفسق او خرم . مثلاً ، تبطل شهادة الفرع ، لأنها فرع من شهادة الأصل وبسقوط الأصل

يسقط الفرع .

ومنها ما في المادة ٢٧٨ في البيع بالثمن الحال غير المؤجل ان للبائع ان
يجبس المبيع الى ان يؤدي المشتري جميع الثمن . لكن كما في المواد ٢٨١
و ٢٨٢ و ٢٨٤ اذا سلم البائع المبيع للمشتري قبل قبض الثمن ، او احال
البائع انسانا بضمن المبيع وقبل المشتري الحوالة ، او ان البائع باع حالاً ثم
اجل الثمن ، سقط حق حبسه للمبيع ، وعلى المشتري ان يقبض الثمن
وقت حلول الأجل . فنه لما سقط حلول الثمن ، وهو الأصل ، بسبب
احد هذه الوجوه ، سقط حق حبس المبيع .

ومنها ما صرحوا به في الاكراه كالبدايع وبسوط السرخس وغيرهما : لو
أكرهت المرأة على النكاح باقل من مهر مثلها ، جاز النكاح ، وليس للمرأة
على المكره شيء من مهر مثلها ، لأن المكره ما اتلف عليها مالا ، لأن منافع
البيع غير متقومة بأنفسها ، وانما تصير متقومة بالعقد ، والعقد قوتها بالقدر
المسمى ، فلم يوجد من المكره اتلاف مال متقوم عليها ، فلا يجب عليه
الضمان ، ولا يجب الضمان على الشهود ايضا ، لأنه لما لم يجب على المكره
فلأن لا يجب على الشهود اولى - ثم ينظر : ان كان الزوج كفواً يقال
له : ان شئت فكل لها مهر المثل والى بفرق بينكما . فان فعل لزم النكاح ،
وان ابى تكيل مهر المثل بفرق بينهما ان لم ترض بالنقصان . لأن لها في
اكمال مهر مثلها حقاً . واذا فرق بينهما قبل الدخول بها ، لا شيء على الزوج ،
لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول . فهنا عقد النكاح اصل تفرع عليه
وجوب مهر المثل . فاذا سقط بالتفريق ، سقط الفرع ، وهو وجوب مهر المثل .
كذلك ولي المقتول عمداً له على القاتل حق القصاص عيناً لا غير .
وليس له طلب الدية بدل القصاص من القاتل بدون رضاه عندنا . اذ
الفروع عن القصاص الى الدية لا يكون الا بالتراضي . فلو مات من عليه
القصاص قبل اجراء شيء من ذلك سقط القصاص لفوات المحل ، ولا يبقى
امكان للدية عندنا . ولو لم يمت كان من الممكن التراضي عليها . فسقوط
الأصل وهو القصاص لفوات المحل ، سقط الفرع وهو الدية .

كذلك العبد اذا جنى على احدٍ خطأً ، فكُتِبَ المذهب طائفةً بأن الحكم في ذلك هو الخيار للمولى ان شاء دفعه بالجناية ، وهذا هو الأصل على الصحيح كما في الدر المختار ، وان شاء فداءه بأرش الجناية حالاً . فلو مات العبد قبل ذلك ، سقط الأرش عن المولى لانه فرع وقد سقط بسقوط الأصل . فان قلت : الزكوة تسقط بهلاك النصاب ، والدين يسقط بهلاك الرهن بقدر قيمته ، فهل هذا من جزئيات هذه القاعدة بأن يقال بقاء الدين او سقوطه متفرعٌ على سلامة الرهن او هلاكه ، وكذلك الزكوة وجوباً او سقوطاً متفرعٌ على بقاء النصاب او هلاكه ؟ يقال لا ، لأنه ليس احدهما متفرعاً مبتنياً على الآخر . فالدين قد يوجد بنفسه قبل الرهن ، او بلا رهن ، ووجوب الزكوة انما هو بسبب وجود النصاب ، لا بقاءه . نعم شرط كون الرهن مضموناً بقاء الدين ، حتى لو ابرأ المرتهن الزاهن ثم ملك الرهن في يد المرتهن هلك امانته . كما ان شرط بقاء وجوب الزكوة بقاء النصاب - وبهذا يتضح لك من المادة معنى الأصل والفرع .

* فائدة *

يشبه ان يكون من هذه القاعدة وليس منها ما لو ظهرت براءة المحال عليه من الدين الذي قيدت به الحوالة ، بأن كان الدين ثمن مبيع اشتراه زيدٌ من عمرو ، فاحال عمرو بكراً بالثمن على زيد ، فاستحق المبيع ، تبطل الحوالة . ولو سقط عنه الدين لأمرٍ عارضٍ بان هلك المبيع عند البائع قبل التسليم وبعد الحوالة حتى سقط الثمن ، لا تبطل الحوالة عنه . لكن اذا ادى الدين بعد سقوط الثمن ، يرجع بما ادى على المحيل ، لأنه قضى دينه بأمره فبطلان الحوالة في مسألة الاستحقاق لم يكن مبتنياً على دين سقط ، اذ السقوط يقتضي انه كان موجوداً ، وقد تبين بالاستحقاق انه لم يكن موجوداً في ذمته ، فلم يكن سقوط الحوالة بسقوط الدين ، بل بظهور انه لم يكن . وهذا احد الطرق الاربعة لثبوت الاحكام ، كما في الدر المختار ، وهي : الانقلاب ، وهو صيرورة ما ليس بعلّة علة كالتعليق . والاقتصار ، وهو ثبوت الحكم في الحال .

والاستناد وهو ثبوته في الحال مستنداً الى ما قبله ، بشرط بقاء المحل
كل المدة ، كالزوم الزكوة حين الحول مستنداً لوجوب التصاب .
والتيبين ، وهو ان يظهر في الحال تقدم الحكم ، كقوله ان كان زبد في
الدار فأنت طالق ، وتبين في الغد وجوده ، تطلق من حين القول ، فتعقد منه .
ومسئلة الحوالة من هذا النوع الاخير .

المادة ٥١ - الساقط لا يعود كما ان المعدوم لا يعود

اي ذلك الساقط كالمعدوم ، لا سبيل لإعادته الا بسبب جديد ' يعيد
مثله لا عينه .

ثم ان ذلك الساقط الممكن اسقاطه قد يتساقط عليه الاسقاط صريحاً كإبراء
الدائن مدبونه عن الدين كما في المادة ١٢٦٢ وقد يكون استلزاماً او اشارة او
دلالة ، فاستخرج ذلك من الفروع الآتية : واما ما لا يمكن اسقاطه فلا يسقط
بالاسقاط ، كالأبراء عن الاعيان - واما اسقاط الوارث ارثه ، كأن يقول
تركت حقي من الميراث ، او برئت منه او من حصتي ، فلا يصح وهو على حقه ،
لان الارث جبري لا يصح تركه .

وهذه القاعدة تجري في كثير من الابواب الفقهية . فلو باع ثمن حال
فللبائع حق حبس المبيع حتى يقبض جميع الثمن . لكن لو سلمه للمشتري قبل
قبض الثمن ، سقط حق حبسه ، فليس له ان يسترده من المشتري ليحبسه حتى
يقبض الثمن كذا في المادة ٢٨١ .

كذلك من اشترى شيئاً قبل ان يراه اذا باعه بائناً او رهنه او آجره فبمقتضى
المادة ٣٣٥ سقط خياره . فلو حكم عليه بالرد بخيار عيب ، او هو افتكته من
المرتهن ، او انقضت مدة الإجارة ، لا يعود خياره ، لان الساقط لا يعود
وهكذا كل خيار اذا سقط بمسقطه الشرعي سواء كان في بيع او نكاح .
او شفعة او غيرها ، لا يعود بعد السقوط .

كذلك الصلح الذي فيه معنى الاسقاط لا المعاوضة ، كما لو صالح على اقل من جنس حقه من الدراهم او الدينار او غيرهما من المثليات ، يعتبر استيفاء بعض حقه وبراءة عن الباقي . وكما لو صالح عن دعوى دار على نصفها يكون استيفاء بعضها واسقاطاً وبراءة عن الدعوى في باقيها - فهذا النوع من الصلح ليس لأحدهما او كليهما نقضه ، لأن الساقط لا يعود .

واما الصلح الذي بمعنى المعاوضة ، فيجوز نقضه اذا اتفقا . كما لو ادعى انسان داراً فتصالحا على ان يدفع المدعى عليه عوضاً عنها مبلغاً ، فهذا الصلح تجري فيه احكام البيع ، ويجوز لها فسخه انظر المادة ١٥٥٨ .

كذلك اذا وهب الطالب المال او تصدق به ، سواء كان على الاصيل او الكفيل ، تسقط الكفالة ويسقط المال (بدائع في الكفالة) .

كذلك لو كان لأحد حق مسيل او مرور في ارض الآخر فاسقط حقه من ذلك ، او اذن لصاحب الارض ان يحدث بناء على ذلك الممر ، سقط حقه كما في المادة ١٢٢٧ - بخلاف ما لو كان مالكاً لرقبة المسيل او الممر فقال اسقطت ملكيتي فيها ، او بنى فيها صاحب الارض باذنه ، فان له ان يسترد رقبة الطريق ، لأن الاسقاط لا يتصور في الاعيان (انقروى عن البرازية .)

ومن فروعها ايضا ان الورثة لو اجازوا الزائد على الثلث من وصية مورثهم سقط حقهم المتعلق بالزائد ، فلا يصح رجوعهم عن الاجازة ، لأن الساقط لا يعود .

ومثله لو ان الموصي باع الموصى به او اخرجه عن ملكه كان رجوعاً ، ولو باعه ثم اشتراه لا تعود الوصية . وكذا لو رجع بالمبة (بدائع وغيرها)

ومن فروعها ان العبد المرهون لو قتله حر عمداً ، وكان الزامن والمرتهن غير متفقين على طلب القصاص بان طلب احدهما القصاص وخالفه الآخر ، فللاشتباه في وليه هل هو الزامن لكونه المالك لرقبة ، ام المرتهن لكون ملك اليد له ، فالحاكم يحكم بعدم القصاص ، ثم بعد الحكم لو قضى الزامن الدين حتى زال حق المرتهن في الزمن ، لا يعود القصاص ، لأن الساقط لا يعود

(بدائع وغيرها) - ومنها ما صرحوا به في باب القسامة من انه لو وجد قتيل في محلة ولم يعلم قاتله ، ان القسامة والدية على اهل المحلة . فلو ان ولي القتيل ابرأ اهل المحلة ابراء صريحاً بقوله ابرأت او عفوت او اسقطت ، صح الابرأ ، او دلالة ، كأن يدعى على احدٍ ليس من اهل المحلة ، لأن اقدامه في الدعوى يكون نفيًا للقتل عن اهل المحلة ، فيتضمن ابراءهم عن القسامة والدية ، فلا تسمع دعواه عليهم بعد اسقاطها ، لأن الساقط لا يعود .

ومنها رجل اشترى داراً فاسقط الشفع شفعتة ، ثم ان المشتري رد الدار بخيار روية او شرط قبل القبض او بعده ، فأراد الشفع ان يأخذ الدار بالشفعة بسبب الرد ، ليس له ذلك ، لأن الرد بخيار الروية او الشرط ليس في معنى البيع ، بل هو فسخ محض في حق الكل ورفع العقد من اصله ، فيعود اليه قديم ملكه ، فلم يتحقق معنى البيع ، فلا تجب بعد سقوطها . لأن الساقط لا يعود .

كذلك لو كان للدار شفيطان احدهما حاضر والآخر غائب ، فقصى القاضي بالشفعة للحاضر ، فوجد بها غيباً فردها ، ثم قدم الغائب ، فليس له ان يأخذ بالبيع الأول الا نصف الدار سواء كان الرد باليب بقاء او بغير قضاء ، وسواء كان قبل القبض او بعده ، لأنه لما قضى القاضي على المشتري للحاضر بكل الدار بالشفعة ، فقد اسقط حق الغائب عن النصف ، وصار هو مقضياً عليه بذلك النصف ضرورة القضاء على المشتري ، فسقطت شفعتة في هذا النصف ، فلا يحتمل العود .

كذلك لو باع الشفع داره التي يشفع بها بيعاً باتاً بعد شراء المشتري حتى سقطت شفعتة ، ثم رجعت الدار الى ملكه بيب بقاء او بغير قضاء او بخيار روية او شرط للمشتري ، فليس له ان يأخذ بالشفعة ، لأن الحق قد سقط ، فلا يعود الا بسبب جديد .

ومن فروعه ان العبد المشترك بين اثنين ، اذا اعتقه احدهما وهو موصر ، فللشريك الساكت حق في اختيار تضمين المقت نصفه ، او استعفاء العبد . ومتى اختار احدهما سقط اختيار الآخر ، فلا يصح له

الرجوع اليه ، لانه حق سقط ، والساقط لا يعود .
ومنها لو غصب من انسان شيئاً ، فجاء آخر وغصبه منه فملك في يده ، فالمالك
بالخيار : ان شاء ضمن الأول ، وان شاء ضمن الثاني ، فان اختار تضمين الأول ،
يرجع بالضمان على الثاني ، لأنه بالضمان مآك المذهب من وقت غصبه ، فتبين
ان الثاني غصب ملكه . وان اختار تضمين الثاني ، لا يرجع على احد ، لأنه
ضمن بفعل نفسه وهو تفويت يد المالك من وجهه — ومضى اختار تضمين احدهما ،
سقط حق اختيار تضمين الآخر على رواية الجامع . حتى لو اراد تضمينه بعد
لم يكن له ذلك ، لأنه حتى سقط ، والساقط لا يعود .

ومن فروعها ما في الدر المختار وغيره : احد الشريكين في الدين لو اجل
نصيبه عن المديون ، صح عند ابي يوسف خلافاً للطرفين — فلى قوله اذا
قبض شريكه الذي لم يوجل نصيبه ، لم يكن للذي اخر ان يشاركه فيما قبض ،
حتى يجل دينه ، لأنه بالتأجيل اسقط حقه من القبض قبل حلول الأجل . فتى
حل الأجل شاركه ، غير ان الفرق بين هذا الفرع وما تقدم ان السقوط
هنا موقت . وفي بعض الكتب ان قول الإمام محمد مع ابي يوسف . فكان
عنه روايتان كما في الشرنبلالية .

والفرق بين الغصب والكفالة حيث كان الحكم في الكفالة ان الطالب المخير
في مطالبة الأصيل او الكفيل ايها اختار مطالبته لا يبرأ الآخر . وفي
الفاضب وناطب الفاضل ايها اختار مطالبته يبرأ الآخر ، هو كما في البدائع
ان المضمونات في الغصب تملك عند اختيار الضامن . فاذا اختار تضمين
احدهما ، فقد ملك المضمون فلا يملك الرجوع عنه . وهذا المعنى معدوم في
الكفالة ، لأن اختيار الطالب مطالبة احدهما بالمضمون لا يتضمن ملك المضمون .
فان قلت كاد ان بطن التنافي بين هذه القاعدة والقاعدة ٢٤ اذا زال المانع
عاد الممنوع فما الفرق بينهما حتى لا يقع التباس بين افراد احدهما بأفراد
الآخرى ؟ — قلنا في تلك القاعدة الممنوع لم يسقط لكن حال بينه وبين حكمة
وجود المانع ، فهو كالوجود من وراء ستار ، ينتظر زوال المانع حتى يظهر ،
كالبيع بشرط الخيار ، الشرط مانع من الحكم في الحال وهو الملك . فاذا ثبت

الملك للمشتري من وقت العقد ، حتى يملك المبيع بزوائده التصلة والمنفصلة كما صرحوا به ، لأن السبب وهو بيتٌ واشتريتُ يعمل من وقت وجوده لا من وقت زوال المانع ، فهذا تأييدٌ لموجوديته . وكما لو اقر المريض بدين لابنه التصرافي ثم اسلم لم يجز اقراره - وجهه ان السبب وهو الورثة وان لم تكن موجودة عند الاقرار ، لكن سببها قائم وهو القرابة ، الا انه لم يظهر عملها للعالم المانع ، وهو اختلاف الدين . فزواله يعود الممنوع ، وهو عدم صحة اقرار المريض للوارث .

والحاصل ان الممنوع في حيز الموجود ، واما الساقط فمعدوم بتاتا - وعن هذا نرى قاعدة الساقط لا يعود جارية في الحقوق المجردة كالتحليلات والشقة مثلا ، وفي الابرء عن الدعاوي ، وفي ابراء الذمم - فان قلت : الأصل في المفضوب هو الرد على صاحبه ثم الرجوع الى ضمان القيمة بعد الهلاك ، مع انه يصح الابرء عنه حال وجود عين المفضوب ، وهو ابراء عن الاعيان ، فكيف صح هنا - قلنا : الغصب وان لم يكن سببا حقيقيا للضمان ، لكنه لما كان في عرضة ان يصير سببا اذا هلك المفضوب ، جعل كاسب الحقيقي باعتبار المال . ولهذا صحت الكفالة بقيمة المفضوب ، حال قيامه في بد الغاصب .

المادة ٥٢ - اذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه

وبتعبير آخر ، بطلان المتضمن (بالكسر) يقتضي بطلان المتضمن (بالفتح) ثم ان المتضمن قد يتضمن الشيء حقيقة بأن يكون المتضمن من اجزاء مدلوله ، يشمل المتضمنين في حكمه ، كما ان اللفظ الدال على مناه بالمطابقة يدل على جزئه بالتضمن - وهذا القسم من المتضمن يكون مصاحبا في الحكم للمتضمنين غير متأخر عنه زمانا وان تأخر رتبة بحيث متى اطلق المتضمنين يشمل حكمه المتضمن كالصلاة متضمنة لأجزاء : فروض وواجبات وسنن وآداب ، اذا بطلت بطل جميع ما تضمنته . والمطلق مثلا ، متضمن للمقيد ، فاذا نسخ المطلق ، نسخ المقيد

في ضمنه .

وقد يكون المتضمن (بالفتح) مرتباً عليه ترتيب المسبب على السبب . فاطلاق المتضمن والمتضمن عليها مجاز لا دنى ملابسة - ويقرب من هذا النوع قولهم المبني على الفاسد فاسد .

نوضح لك المتضمن الحقيقي بمثال يتجه على قول الإلمين كما في البدائع وغيره : لو قال لزوجته طلقي نفسك واحدة ، فطلقت نفسها ثلاثاً ، تقع واحدة عندها . وجه قولها انها انت بما فوض الزوج اليها وزادت عن القدر المفوض ، فيقع القدر المفوض وتلفوا الزيادة . كما لو قال لها طلقي نفسك واحدة فقالت طلقت نفسي واحدةً وواحدةً وواحدةً انه يقع واحدة وتلفوا الزيادة . كذا هذا . فانظر كيف اوقما الطلقة الواحدة باعتبار ان الثلاث تتضمنها .

واما على قول الإمام ابي حنيفة فلا يقع شيء - وجهه انه لو وقعت الواحدة فلا يخلو : اما ان تقع بطريق الأصالة مقصوداً ، او تضمناً ، او ضرورة وقوع الثلاث . لا سبيل الى الأول لأنه لم يوجد ايقاع الواحدة بطريق الأصالة ، لانعدام لفظ الواحدة ووجود لفظ آخر . ولا وجه للثاني لأنها لم تملك الثلاث ، اذ الزوج لم يملكها الثلاث ، فلا تملك ايقاع الثلاث ، فلا يقع الثلاث ، فلا تقع الواحدة ضمناً لوقوع الثلاث . فتمذر القول بالوقوع اصلاً

ونوضح لك المتضمن الحقيقي بمثال آخر يتجه على قولها ايضاً : لو قالت المرأة لزوجها طلقي ثلاثاً بألف درهم ، فطلقها واحدة ، وقعت واحدة رجعية بغير شيء في قوله . وقال تقع واحدة بائنة بثلاث الألف (بدائع ملخصاً)

وبإثناء شرحي لهذه المادة وقع في يدي شرح العلامة علي حيدر افندي بذكر أن قول الرجل لغيره « بعتك دمي » متضمن حقيقة للاذن بالقتل . لكن لما بطل بيع الدم ، بطل ما في ضمنه وهو الاذن ، فوجب القصاص - وفيه بحث : لأن الذي يظهر ان هذا المثال ليس من جزئيات القاعدة ، فلا متضمن ولا متضمن ، لأن قوله بعتك دمي كلامٌ لغو لا يصح كونه حقيقة في معنى البيع ، ولا محازاً في الاذن . اما الأول فظاهر ، لأن الدم لا يستباح اصلاً حتى

يستعمل فيه لفظ البيع . واما الثاني ، وهو ان يكون مجازاً عن الاذن ، فكذلك لا يصح ، لأن الاذن يقتل نفسه محظور في كل حال ، فكيف يكون من لوازم هذا البيع وهو مثله في البطلان - فحيث تمذرت الحقيقة والمجاز ، كان لغواً ، فوجب القصاص .

بخلاف الأذن يقتله صريحاً ، فإنه لفظ مستعمل في معناه ، فله تأثير في منع القصاص وان كان غير مشروع ، لأنه اورث شبهة في درأ الحد ، والحدود تدرأ بالشبهات - يؤيد ما بجه الفقير ان « بعتك دمي بكذا » لو اعتبر انه متضمن للأذن ، لكان من اللازم الدية لا القصاص ، مثل الأذن صريحاً . ولا يمنع من ذلك بطلان الأذن المزعوم انه متضمن . الا ترى ان الأذن صريحاً قد منع من القصاص مع انه اذن باطل ، فقد تأيد المحث بوجوب القصاص .

وبقويه ايضاً في التحرير للمحقق الكمال ابن الهمام في بحث الحقيقة والمجاز ، انه يتمذر كل من الحقيقة والمجاز فيكون الكلام لغواً كقوله زوجته التلبت نسبها من غيره « هذه بنتي » لا تحرم عليه سواء كانت اكبر منه او اصغر لكن اذا دام على هذا الكلام فرق بينهما متعاً لظلمه بترك قربلتها - وانما تمذرت الحقيقة هنا لاستحالتها اذا كانت اكبر منه سناً ، واما في الممكنة فلا أنه يصح رجوعه عن هذا الكلام ، والرجوع وان لم يتحقق في الحال ، متحقق في المال ، لأن الشرع يكذبه لما فيه من ابطال حق الغير . فالشرع يقوم مقامه في رجوعه .

واما تمذر المعنى المجازي ، فلأن التحريم الذي هو المعنى المجازي لهذه بنتي لو ثبت فانما يثبت من جهة كونه حكماً للنسب ، فهذا باطل لأنه ثابت من الغير ، او من جهة استعمال هذا اللفظ في التحريم ، فلا يصح ايضاً ، لأن التحريم ينافيه سبق ملك النكاح ، اذ التحريم ليس من حقوق ملك النكاح حتى يستعمل فيه لفظ « هذه بنتي » بل الذي هو من حقوق ملك النكاح انشاء التحريم الكائن بالطلاق ، وهذا ليس لازماً للمعنى الحقيقي حتى يتجاوز عنه - ثم بين التحريمين منافاة لتنافي لوازمها ، لأن احدهما وهو التحريم يحكم النسب ، بتأني عملية النكاح ، ويثبت حرمة لا ترتفع ، ولا يصلح ان يكون من حقوق النكاح . والآخر وهو التحريم يحكم الانشاء من حقوق النكاح ، ولا يخرج

الحل عن محلبة النكاح ويرتفع برافع ، وتنافي اللوازم بدل على تنافي الملزومات ،
فتعذر المجاز ا ه .

والحاصل ان المجاز في مثل هذا اللفظ مجاز اللازمة والملزومية ، لا مجاز
الاستعارة المبنية على التشبيه لعلاقة . والملازمة بين النكاح القائم ، والتحرير
بحكم النسب ، منتفية . كذلك لا يصح استعماله في التحريم بحكم الانشاء ،
لأن لوازمه متنافية لملزومه ، وبين لوازم التحريمين ايضاً مغايرة ، فتعذرت ارادة
المعنى المجازي ايضاً - فحيث تعذر كل من الحقيقة والمجاز ، وقع الكلام لغواً
لا يبنى عليه شيء .

واعلم انه قد صرح في مجمع اللصانات من الباب الثاني عشر في مسائل
الجنابات : رجل قال لاخر يعتك دمي بألف قتله ، لا يجب القصاص
وتجب الدية . وفي للتجريد لا تجب الدية في اصح الروايتين عن ابي حنيفة
وهو قطعا : وفي رواية تجب ا ه فتوجيه رواية وجوب القصاص التي هي اصح
الروايتين عنه ، ينبغي ان تكون مبنية على تعذر الحقيقة والمجاز كما في مسألة
« هذه بنتي » فيكون لغواً ، فلا متضمن ولا منضمن - وهذا هو المناسب
لقاعدة نقلها الديلمي في كتابه تأسيس النظر ، وهي ان الأصل عند ابي يوسف
انه اذا لم يصح الشيء ، لم يصح ما في ضمنه . وعند ابي حنيفة يجوز ان
يثبت ما في ضمنه وان لم يصح . ومحمد في اكثر مسائل هذا الأصل مع
ابي حنيفة - اقول : فلو لم تكن رواية وجوب القصاص مبنية على تعذر
الحقيقة والمجاز ، لحصل تناف مع هذا الأصل القاضي بثبوت الاذن المتضمن
وان لم يصح المتضمن . وثبوت الاذن يستدعي عدم القصاص ، وهو مسافر
لأصح الروايتين عنه - ثم يتمشى دخول وجوب القصاص تحت قاعدة المجلة
المذكورة على قول ابي يوسف اذا لم يصح الشيء لم يصح ما في ضمنه . فتدبر
ومن فروعها ما لو وكله ببيع عبده ، فباعه الوكيل ، ثم رُدَّ عليه
بقضاء قاض ، كان له ان يبيعه ثانياً ، لأنه بالبيع الأول وان انتهت وكالته ،
لكن لما رد عليه قضاء ، ارتفع العقد ويطل الأصل ، فيطل ما تضمنه وهو
انتهاء الوكالة ، فله ان يبيعه ثانياً . فلورُدَّ عليه بغير قضاء ، ليس له ان

بيعه ثانياً الا بتجديد الوكالة .

ومنها العبد المكاتب لو عجز عن اداء بدل الكتابة : فادعى رجل عليه ديناً ، فاصطلحا على ان يأخذ بعضه ويؤخر بعضه ، فان لم يكن عليه بينة لا يجوز ، لأنه لما عجز فقد صار مجبوراً عن التصرف فلا يصح صلحه . واذا بطل عقد الصلح بطل ما وقع في ضمنه . وان كانت عليه بينة جاز ، لأنه وان عجز ، فالخصم في ديونه هو ، فيملك التصرف فيها لحط البعض بالصلح .
ومنها لو صالح عن عيب في المبيع ، ثم زال العيب بأن كان يضافاً في عين المبيع فانجلى ، بطل الصلح ويرد ما اخذ ، لأن الموضع عنه وهي صفة السلامة قد عادت ، فيعود العوض ، فبطل الصلح فبطل اخذ العوض .
ومنها لو قذف زوجته بالزنا ، يجب اللعان بينهما ولا يتحمل العفو والابراء والصلح . فلو صالحته قبل المرافعة على مال لم يصح ، وعليها رد بدل الصلح ، ولها ان تطالبه باللعان بعد ذلك - وهكذا كل صلح تحقق بطلانه ، يبطل ما في ضمنه من المعاملات الجارية بين الطرفين من ابراء وغيره ، حتى لو نظم بذلك سند مصالحة لا حكم له .

ومنها ما هو المذكور في المادة ١٥٦٦ فارجم اليها .
ومنها لو اكره غير المسلم على ان يقر انه اسلم ، لا يحكم باسلامه ، لأن الاكراه يمنع صحة الاقرار ، واذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه .
وبتفرع على القسم الثاني ما في الدر المختار وحاشيته رد المختار آخر كتاب الصرف : كل عقد مبني على عقد فاسد سابق فاسد . وهو ان يظهر عقداً وهما لا يريدانه بلجأ اليه خوفاً عدوياً وهو ليس ببيع في الحقيقة ، بأن هزلا في اصل العقد ، ثم اتيا بعقد آخر بعده ، فلا يخلو : ان اتفقا على ان العقد الثاني مبني على الأول فهو فاسد . او اتفقا على الاعراض عن العقد الأول ، بأن قالا بعد البيع قد اعرضنا عن الهزل الى الجد ، فالبيع الثاني صحيح ، والهزل باطل . وان اتفقا على انها لم يحضرها شيء ، او اختلفا في البناء على المواضع والاعراض عنها ، فالمعقد عنه صحيح في الحالين ، خلافاً لها - وهكذا الخلاف لو كانت التلحة في جنس الثمن او مقداره .

ومنها لو ابرأ المرئى من الرهن عن الدين ، ثم هلك الرهن في يد المرئى ، يهلك امانة بغير شيء . لأن شرط كون الرهن مضموناً عند الهلاك قيام الدين ، وقد سقط بالابراء ، فيسقط الضمان المبتنى عليه - بخلاف ما لو استوفى دينه ثم هلك قبل ان يمنعه من الرهن ، فانه يهلك بالدين ، وعليه بدل ما استوفاه استحساناً .

ومنها ان القضاء على الغائب لا يجوز بدون نائب عنه كوكيل او وصي او وارث ، الا اذا كان بين الحاضر والغائب اتصال فيما وقع فيه الدعوى ، بأن كان ما يدعي على الحاضر لا يثبت عليه الا بالحكم على الغائب ، فحينئذ يجوز . كما لو ادعى على الحاضر ان له على فلان الغائب كذا ، وهذا كفيسه بأمره ، او ادعى انه اخوه ويطلب منه نفقة ، واقام على ذلك بينة ، يحكم على الغائب بالدين وبأنه ابو المدعى تبعاً وضرورة . ثم لو تبين بطلان القضاء على الحاضر ، بطل بحق الغائب ، لأن الشيء اذا بطل بطل ما في ضمنه . ولما سمع وعشرون صورة مذكورة في رد المحتار من كتاب القضاء عند قول التنوير « ولا يقضى على غائب ولا له » فارجع اليها .

المادة ٥٣ - اذا بطل الاصل يصار الى البدل

يعني ان الذي يجب اداؤه هو الأصل ، فاذا تعذر ايفاؤه بالتفويت او التفويت ، يصار الى البدل .
والاداء وهو تسليم عين الواجب بكونه في حقوق الله تعالى وحقوق العباد . وينقسم كل منها عند الأصوليين الى كامل : كصلوة الجماعة ، وقاصر : كالصلوة منفرداً - والى اداء يشبه القضاء ، كفعل اللاحق بعد فراغ الإمام ، وهو الذي التزم الأداء مع الإمام من اول التحريم ، ثم سبقه الحدث فتوضاً واتم بقية الصلوة بعد فراغ الإمام . وكون هذا اداء يشبه القضاء مبسوطاً في شروح المنار وغيرها فارجع اليها .

وهكذا تجري الاقسام في حقوق العباد .

فالاداء الكامل منها كرد المنصوب على الوجه الذي ورد عليه ، بدون ان يكون المنصوب مشغولاً بالجناية او بالدين ، وبدون ان يكون ناقصاً بنقصان حسي . ومثله تسليم عين المبيع الى المشتري ، وتسليم بدل الصرف والمسلم فيه اليه على الوصف ادي وقع عليه المقدر .

والاداء القاصر كرد المنصوب مشغولاً بجناية كانت عند الناصب او بالدين ، بأن غضب عبداً فارغاً ثم لحقه الدين او الجناية وهو في بد الناصب ، لأنه اداء لا على الوصف الذي وجب عليه اداؤه - ومثله تسليم المبيع حال كونه مشغولاً بالجناية او بالدين او بالمرض - ويترتب على كون هذا اداءً قاصراً انه لو ملك المنصوب او المبيع في يد المالك او المشتري بأفه سماوية ، برأت ذمة الناصب والبائع لكونه اداءً .

وان هلك في ذلك الوجه لا بأفه سماوية ، بأن قتل بسبب تلك الجناية ، او بيع بالدين ، بطل التسليم ، ورجع المنصوب منه على الناصب بالقيمة ، والمشتري على البائع بجميع الثمن عند الإمام الأعظم ، لان الأداء كان قاصراً ، فان هلك بسبب مضاف الى ما به ، صار الاداء قاصراً جعل كأن الاداء لم يوجد ووافقه الصاحبان في المبيع اذا سلمه مديونا - واما المنصوب وقد جنى عند الناصب ، ففي هذه الصورة يرجع عندهما بنقصان العيب ، بأن يقوم العبد لحلال الدم وحرام الدم ، فيرجع بتفاوت ما بين القيمتين ، فان هذا تسليم كامل عندهما ، لأن العيب لا يمنع تمام التسليم .

والأداء الذي يشبه القضاء ، كما لو جعل عبد غيره مهراً ، ثم سلمه بعد الشراء من مولاه ، فانه اداء حيث انها تجبر على القبول شبيهة بالقضاء لأنه قبل التسليم ملكه بنفذ فيه اعتاقه دون اعتاقها . ولو كان ذارحم محرم منها لا يمتنع عليها ، لأنه في معنى المثل ، اذ تبدل الملك بوجب تبديلاً في العين . ويقابل الايتيان بالأصل وهو المسمى بالأداء ، الايتيان بالخلف ويسمى قضاء ، وذلك الخلف اما ان يدرك العقل مماثلته للأصل لوجود الماثلة الصورية بان كان الأصل والخلف متحدين نوعاً : كالخنطة المنصوبة اذا استهلكها الناصب فرد المنصوب

بمعناه هو الأصل الواجب ، لكن حيث تعذر رد العين بالاستهلاك او الهلاك ، وجب رد بدلها حنطهً مثلها ، والمثلية موجودة صورةً ومعنى . اما صورةً فظاهر ، واما معنى فلأن قيمة الشيء ، مثله في المعنى ، اذ المائل له صورة هو القيمة في المعنى ويسمى قضاءً كاملاً .

والقاصر هو ابقاء قيمة المصوب القيمي بدلاً عنه ، وهي مثل غير معقول ، لأن العقل ربما لا يحكم بالتماثل بين المختلفين بالنوع لولا ورود الشرع . بخلاف الأول ، فان العقل يدرك المماثلة قبل ورود الشرع - وقد يكون القضاء له معنى الأداء ، وتماثله في كتب الأصول .

وهذه القاعدة بتفرع عليها كثير من المسائل مثلاً : لو آجر داره سنة كل شهر بكذا ، وكان العقد في ابتداء الشهر ، تعتبر المدة بالأهلة وان نقص بعض الشهور - وان لم يكن في ابتداء الشهر ، يعتبر كل شهر ثلاثين يوماً . لأن اعتبار الأهلة هو الأصل ، لكنه لم يصادف العقد اول الهلال ، فيرجع الى اعتبار الايام .

ومنها العمل بالاستصحاب ، وهو حجة للدفع لا للاستحقاق كما تقدم بيانه في المادة (٥) و (١٠) وسيأتي في المادتين (١٦٨٣ و ١٦٩٤) فانما يصار اليه عند عدم وجود الأصل وهو اليقينة .

وعلى هذا تحكيم اتصال الترييع او وضع الجذوع على المائظ ، اذا تنازعا فيه ، وكل يدعي انه ملكه .

ومثله الرجوع الى تعامل القوام السابقين اذا اختلف اهل الوقف في شرط الواقف ، ولم تكن يقينة شرعية ولا تسجيل في ديوان القضاة .

وكذا تحكيم مهر المثل للأخذ بقول احد الزوجين ، اذا اختلفا في مقدار المهر - ومن هذا اختلاف المتبايعين في مقدار الثمن او جنسه ، وفي توجيه اليمين على المنكر ، وفي كل موضع القول فيه لأحد الخصامين . كل ذلك يدل عن الأصل ، وهو اليقينة الشرعية

✽ فائدة ✽

ذكر في تأسيس النظر ان الأصل عند ائمتنا الثلاثة اذا وجدت القدرة على الأصل قبل استيفاء المقصود من البدل ، ينتقل الحكم الى الأصل . كالمعدة بالأشهر بدلاً عن الحيض ، فلو حاضت في اثناء ذلك ، ينتقل الحكم الى الأصل .

والتيمم اذا وجد الماء خلال صلوته .

والمكفر عن يمينه اذا كفر بالصوم بدلاً عن التحريم او الاطعام او الكسوة فوجد في اليوم الثاني والثالث ما يكفر به من طعام او كسوة او عتق ، بطل حكم الصوم . واذا وجدت بعد الاستيفاء صح ، ولا ينتقل الحكم الى الأصل ، خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى اه .

يقول الفقير : الظاهر انه يطرد في حقوق الله تعالى كما مر من الأمثلة ، لا في حقوق العباد ، فيما له بدل عن الأصل ، فانه يرجع فيها الى الأصل ولو بعد استيفاء المقصود من البدل ، لما هو منصوص في كتب المذهب كالدرر والتنوير وغيرها ما خلاصته « لو غيب الغاصب ما غصبه ضمن قيمته القاء ، ثم ظهر وقيمته الفان ، فان كان ضمنها بقوله مع اليمين ، فللمالك الخيار : ان شاء اخذه ورد عوضه ، وان شاء امضاه » - فهنا قد انتقل الحكم الى الأصل ، اعني رد العين ، بعد استيفاء المقصود من البدل ، وهو الضمان ، رعاية لحق العبد .

نعم لو كان الضمان بقول المالك يمينه او يبرهانه ، او بنكول الغاصب ، فالمغضوب يكون ملكاً للغاصب بالضمان ، ولا خيار للمالك ، لأنه رضي بذلك حيث ادعى هذا المقدار فقط ، فتأمل - وانما قيدنا حقوق العباد بما له بدل عن الأصل لأن فيها ما ليس له بدل كتسليم عين المبيع الى المشتري فهذا أداء يلزم البائع ، فلو هلك او استهلك في يده قبل التسليم ، بطل البيع بلا خلف ، لما صرحوا به ان هلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع .

المادة ٥٤ - يفتقر في التوابع ما لا يفتقر في غيرها فلو وكل المشتري البائع في قبض المبيع لا يجوز ، اما لو اعطى جوقاً للبائع ليكيل ويضع فيه الطعام المبيع ففعل ، كان ذلك قبضاً من المشتري .

هذه القاعدة وما في الأشباه : « يفتقر في الشيء ضمناً مالا يفتقر قصداً » وقولهم « قد ثبتت الشيء ضمناً وحكماً ولا يثبت قصداً » متقاربات والمآل واحد - وانما اغتفر في ذلك لأنه قد يكون للشيء قصداً بشرط مانعة ، واذا ثبت ضمناً او تحاماً لشيء آخر يكون ثبوته ضرورة ثبوته لتبوعه ، او ما هو في ضمنه نظير ذلك الجنين في بطن الذبيحة . اذا كان تام الخلق ، جاز اكله عند الامامين ، لتبعيته لها في الذبح ، لأن زكوة امه زكاة له - كذلك الرمي على المسلمين للتوصل الى المقصود ، كما اذا نرس الكفار بهم ، يجوز مع انه حرام قصداً (بدائع)

ولو وكل المشتري البائع في قبض المبيع المعين ، لا يجوز ، لانه عامل لنفسه لوجوب التسليم عليه . فلي هذا لو هلك المبيع ، يهلك على البائع ، ولا عبرة للوكالة لكن كما في رد المختار لو امره ان يطحن له الخنطة المبيعة فطحنها ، او اشترى دهنًا ودفع له قارورة يزنه فوزنه فيها بمحضرة المشتري او غيبته ، وكذا كل مكيل او موزن اذا دفع له الوعاء فكاله او وزنه فيه بأمره ، جاز وبكون قابضاً . فإن هلك يهلك على المشتري - قال في البدائع من كتاب البيوع : وذلك لان المقود عليه معين ، وقد ملكه المشتري بنفس العقد ، فصح امره اشترى ، وصار البائع وكيلاً له واعلم ان هذا في البيع لا في السلم والقرض . قال هناك : فلو اسلم في كرخانة ، فلما حل الأجل ، امر رب السلم المسلم اليه ان يكيله في غرار المسلم

اليه ، او دفع اليه غرائره وامره ان يكيه فيها ففعل ، ينظر : ان كان رب السلم حاضراً ، يكون قابضاً بالتخلية ، وان كان غائباً لا يصير قابضاً ، لأن الخنطة التي يكيها المسلم اليه ملكه لا ملك رب السلم ، لأن حقه في الدين لا في العين ، فلم يصح امر المشتري اياه يكيها ، فلم يصير وكيلاً له ، فلا يصير يده بد رب السلم ، سواء كانت الغرائر للمسلم اليه او لرب السلم ، لأن يد رب السلم قد زالت عن الغرائر فاذا كمال فيها الخنطة لم تصر في يد رب السلم ، فلا يصير قابضاً . وكذا لو استقرض انسان من رجل كراً بعينه ودفع غرائره ليكيه فيها ، ففعل وهو غائب ، لا يصير قابضاً ، لأن القرض لا يملك قبل القبض ، فكان الكر على ملك المقرض ، فلم يصح امر المقرض اياه يكيه ، فلا يصير وكيلاً له ، فلا يصير يده بد المقرض كما في السلم .

كذلك المسلم لا يجوز له تملك الخمر ولا تملكها قصداً ، لكن قد ثبت له التملك ضمناً ، كما لو اشترى ذمي من ذمي خمرأ او خنزيراً على انه بالخيار ثلاثة ايام ، فقل قول الامامين بأن المبيع يدخل في ملك المشتري اذا كان الخيار له ، لو اسلم بعد قبض المبيع لزم العقد ، والخمر ملك له وعليه ان يملكها . وقد ثبت الملك له ضمناً ، ولا يجوز قصداً . والمسلم من اهل ان يملكها حكماً . الا ترى انها يتملكها بالمراث .

كذلك لو اشترى شيئاً لم يره ، وقال لاخر كن وكيلاً عني قبض ما اشتريته وما رأيت . فلو قال الوكيل اسقطت خيار روثية موكلي ، لا يصح اسقاطه قصداً ، لكن لو قبضه وهو يراه ، سقط خيار روثية موكله عند الامام الأعظم . فها قد سقط خيار روثية الموكل ضمناً ، ولم يسقط قصداً . وقالوا : الوكيل بالقبض كالرسول ، روثيته لا تسقط خيار الموكل (درر) .

كذلك لو حلف لا يشتري صوقاً ، فاشترى شاة على ظهرها صوف ، لم يحث ، لأن الصوف دخل في البيع تبعاً للشاة لا قصداً ، فاغتفر فيه . فان دخل مقصوداً يحث .

ومنه لو حلف لا يشتري آجرأ او خشبأ فاشترى دارأ ، لم يحث ، لأن البناء يدخل تبعاً بدون تسمية فلم يكن مقصوداً بالعقد . كذلك كل شيء . ثبت دلالة

او ضرورة لا قصدًا يقتصر فيه مالا يقتصر في القصد ، كمن وكل رجلاً ببيع عبده ثم عزله وهو غائب لم يعلم به ، لم يصح عزله ، ولو باع العبد او اعتقه انزل الوكيل ، علم او لم يعلم .

ويجوز هذا في العقود الغير اللازمة كالشركة والموالة ، اعني كل عقد يجوز لأحد المتعاقدين فسخه ، لكن بشرط علم الآخر ، الا ان يكون العزل حكماً بموت او نحوه - كذلك القرض لا يصح تأجيله ، ولو وقع لا يكون لازماً ، والمقرض حق الرجوع عن التأجيل ومطالبة المقرض ، لكن لو احواله المستقرض على آخر فأجله ، او على مديون مؤجل دينه ، صح ، وليس للمقرض مطالبة المحال عليه الا عند حلول الأجل ، لأن الحوالة مبرئة . فقد صح التأجيل في ضمن الحوالة (در المختار من المراجعة والتولية)

ومن فروع القاعدة ما صرحوا به في كتب المذهب كالمداية والتوير وشروهما ان الزيادة المتولدة من اصل الرهن كالولد والثمر هي مرهونة عند ائتنا كالأصل .
وحيث كانت مرهونة ، فهي محبوسة مع الأصل بكل الدين ، ليس للراهن ان يفتك احدهما الا بقضاء الدين كله . غير انها تفارق الأصل بأنها اذا هلكت لا يكون لها حصة من الضمان ، الا اذا صارت مقصودة بالفكك ، فيقسم الدين يوم الفكك على قدر قيمتها ، تعتبر قيمة الأصل يوم القبض وقيمة الزيادة يوم الفكك : رهن جارية قيمتها الف ، بألف ، فلعورت فصارت تساوي خمسمائة حتى ذهب نصف الدين وبقي النصف ، ثم ولدت ولداً قيمته الف ، يقسم الدين على قيمة الجارية يوم قبضها صحيحة ، وعلى قيمة الولد يوم الفكك نصفين : فيكون في كل واحد خمسمائة . ثم ما اصاب الام ، وهو النصف ، ذهب بالاعورار نصفه وهو مائتان وخمسون ، وبقي ثلاثة ارباع الدين ، وذلك سبعمائة وخمسون في الام والولد ، ثلثا ذلك خمسمائة في الولد ، وثلث مائتان وخمسون في الام - فهذا حكم الزيادة المتولدة من الرهن فهي وان كانت مرهونة بحق الحبس ، الا انها لو هلكت اغتفر فيها بأنه لا حصة لها من الضمان بسبب التبعية للأصل . غير انه اذا بقيت ليوم الفكك ، يقسم الدين على قيمتها بالوجه المشروح .
كذلك الحكم على الغائب قصدًا لا يجوز عندنا ، لكن اذا كان ما يدعي الحاضر لا يثبت عليه الا

بالحكم على الغائب يجوز تبعاً كما تقدم في شرح المادة (٥٢) ،
كذلك مروحاً في كتاب السرقة لو كان المسروق المتبوع لا يوجب القطع ،
لكن معه تابع يوجب القطع ، يقتصر في التابع ، لتبعيته لما لا يوجب القطع . فلو
سرق مصحفاً مرصعاً بالياقوت ، لا يقطع عند الطرفين ، لأن المصحف متبوع وسرقته
لا توجب القطع . والياقوت وان كان لو انفرد يوجب القطع ، لكن بتبعيته للمصحف
اغتر فيه ، فلا قطع . كذلك غير المسلم اذا اسلم وله اولادٌ صغار حتى حكم
باسلامهم تبعاً لا يبيهم ، ثم بلغوا غير مسلمين ، يبيرون على الاسلام ولا يقتلون .
لان اسلامهم كان بحكم التبعية . لا بالأصالة (بدائع)

كذلك لا يجوز وقف المنقول الا اذا كان متعارفاً على ما عليه الفتوى ، لكن
يجوز تبعاً للعقار مطلقاً بالاتفاق ، كما لو وقف العقار بقره واكرته (تنوير)
ومن ذلك سائر الحقوق المجردة كحق الشرب وحق المسيل وحق المرور ،
لا يجوز الاعتياض عنها لتلتها ، ويجوز تبعاً للارض :

كذلك الشجر والبناء يدخلان في الشفعة تبعاً للارض ، ولا شفعة
فيها بالانفراد .

قال في الأشباه : « وقريبٌ من هذه القاعدة من لا تجوز اجازته ابتداءً
وتجوز انتهاءه ، ومنه الوكيل بالبيع لا يملك التوكيل به ، ويملك اجازة بيع
الفضولي اياه » - وقد خرج عنها مسألة هي عكسها : لو كفل بالقرض مؤجلاً جاز
التأجيل في حق الكفيل دون الأصل . فهنا جاز التأجيل انتهاءه ولم يجر ابتداءه .
والفاسق يجوز تقليده القضاء اذا ظن صدقه ، لكن اذا فسد عدلاً فسق
في اثناء قضائه ، انزل على الحق به (در مختار) فقد جاز تقليده ابتداءه ولم
يجز انتهاءه .

المادة ٥٥ - يقتدر في البقاء مالا يقتدر في الابتداء مثال ذلك ان هبة الحصه المشاعه لا تصح ، لكن اذا وهب رجل عقاراً من آخر فاستحق من ذلك العقار حصه شائعه ، لا تبطل الهبه في حق الباقي مع انه صار بعد الاستحقاق حصه شائعه .

ويعبر آخره ، مالا يجوز ابتداءه ، يجوز بقاءه . او مالا يثبت قصداً وبالذات ، يجوز ثبوته ضمناً ونهياً . والمال واحد . وانما يتسامح في البقاء مالا يتسامح في الابتداء ، لأن وجود الشيء ابتداءً لا يخلو من شروط ، وربما لا يبقى الى الانتهاء لانعدامها او عروض ما ينافيها ، والتزام ذلك يكون رفعا للحكم الذي ثبت ابتداءه ، وبأعيانه مع عدم الشروط او عروض المنافي يكون دفعا ، والدفع اسهل من الرفع لأن الشرع مبني على التيسير .

مثال ذلك : لو اشترك سبعة اشخاص في بدنة لتضحية ، بشرط اشتراكهم ايضاً في نية القرية . فلو كانت نية احدهم الذبح لأجل اللحم ، لانصح الاضحية في حق الجميع - فلي هذا لو اشتروا بدنة وانفقت نيتهم على انها للأضحية مثلاً ، ثم مات احدهم قبل الذبح ، فذبح عنه ورثته ، جاز استحساناً لا قياساً - وجه القياس ان الاضحية عن الميت لا تجوز ، فاذا لم تجز لم تجز في حق شركائه ، لأن اراقه الدم لا تتجزأ . ووجه الاستحسان ان الموت لا يمنع التقرب عن الميت . فاذا ذبح عنه صار نصيبه للقرية ، فلا يمنع جواز ذبح الباقي . فقد جاز في البقاء ما لم يجز في الابتداء ، فكان الاعتذار في البقاء شبيهاً بقاعدة «الدفع اسهل من الرفع» اعني بقاء الموجود على ما كان قد وجد بشرطه . فهو كالاتصحاب بابقاء ما كان على ما كان في الزمان الماضي ، مع ان الذي عرض انتهاءه يخالف حكم الموجود ابتداءه . فتنبه . ومن فروعه ان يبع العبد الآبق ابتداءً لا يصح . وهل هو فاسد ام باطل - قولان : رجس في الفتح الفساد ، لكن لو طرأ عليه الاوباق عند البائع بعد انعقاده

صحيحاً لا يفسد ، ويتفر في ذلك ، حتى لو عاد وسلمه تم البيع .
ومنها ان شرط صحة عقد السلم ان يكون السلم فيه موجوداً في الأسواق من وقت العقد
الى وقت الاستحقاق اي وقت حلول الأجل . فيشترط دوام الوجود لا دوام الاقطاع .
فلو كان منقطعاً حين العقد ، موجوداً عند الاستحقاق ، وبالعكس ، او منقطعاً فيما بين
ذلك ، لا يجوز . لكن لو انقطع بعد الاستحقاق ، اي قبل ان يوفي المسلم فيه ، لا
يفسد العقد ، بل يخير رب السلم بين انتظار وجوده ، او التسخ واخذ رأس ماله .
فقد اغتفر في الانتهاء مالا يتفر في الابتداء .

ومنها ما في كفاية البدائع وغيره : ان الكفاية عند الاطلاق تنقيد بما هو
مضمون على الأصيل ان حالاً فعال وان مؤجلاً فمؤجل . فلو كان الدين
حالاً وكمل به مؤجلاً ، كان ذلك تأجيلاً في حقها جميعاً في ظاهر الرواية .
ولو كان التأجيل بعد تمام العقد ، اختص بالكامل دون الأصيل .

ومنها ان الصبد المحجور اذا آجر نفسه ، فهذا العقد باطل . لكن اذا سلم من
العمل ، فالقياس وإن كان يبطل تصرفه ، لكن في الاستحسان يصح . لأن
الحكم يبطلان تصرفه نظر للمولى ، والنظر هنا في التصحيح دون الابطال .

ومنها ، كما الفتح ، عدم جواز البيع بالحصة ابتداءً ، وجوازه بها بقاءً . مثال
الأول ، بيع قن ضم إلى حر او مبة . والثاني يبيعه مضموماً الى مدير او
نحوه ، كأمر الولد - ومعنى البيع بالحصة ابتداءً ان الحر والمبة ليسا بالأصل
فلم يدخل في العقد . ففي ابتداء العقد صار القن مبيعاً بحصة من الثمن . بخلاف
المضموم الى مدير ونحوه ، لان المدير محل للبيع عند البعض ، فيدخل في العقد
ثم يخرج ، فيكون البيع بالحصة في البقاء ، دون الابتداء .

وفائدة ذلك ، كما في رد المحتار عن ابن كمال ، تصحيح كلام العاقل مع رعاية
حق المدير .

ومنها ان القضاء ينحصر بالزمان والمكان كما في المادة ١٨٠١ فالحاكم المأذون
بالحكم في مدة معينة ، لو حكم قبلها لا ينفذ حكمه . لكن لو اجاز ذلك الحكم في المدة
المأذون فيها ، صح - ومثله الوكيل بالبيع ليس له ان يوكل : لكن لو باع
فضولي ما وكل بيعه فأجازه ، جاز .

ومنها ان العقود التي لاتصح في المشاع كالمبة والإجارة ، لو طرأ عليه الشبوع بعد التام ، يفتر فيه - أما الإجارة ، فنحو ان يوجر نصيباً شائعاً من داره ، او نصيبه من دار مشتركة من غير شريكه ، او من احد شريكه ، لا يصح . لكن اذا كان الشبوع طارئاً ، كما ان أجر كل داره فاستحق النصف ، او أجر الكل ثم فسخ في البعض ، صح فيما بقي . او أجر الشريكان في الدار لواحد فوات احدهما ، او بالعكس ، ففسد في حصة المبت ، وبقى في حصة الحي - واما المبة فانها لا تتم الا بالقبض الكامل . فاذا كان الموهوب حصة شائعة فما من جزء من المشاع وان دق الا والشريك فيه ملك . فلا تصح هبته ولو من الشريك . لكن اذا كان الشبوع بعد تمام القبض ، كأن رجع في بعضها شائعاً ، صحت في الباقي ولا يفسدها .

واعلم ان الشبوع المفسد هو فيما يحتمل القسمة . واما ما لا يحتملها فتصح كية حصة شائعة من حمام - وهل الاستحقاق شبوع طارىء ام مقارن ؟ مشى في الخانية والكافي والقصولين على الأول ، وقواه في الدر المختار ، مطلقاً بان الاستحقاق اذا ظهر بالبيئنة ، كان مستنداً الى ما قبل المبة فيكون مقارناً لما لا طارئاً . ومشى صدر الشريعة والتهتاني على الثاني ، وكأن في المسئلة روايتين - والظاهر ان المحلة مشت على انه طارىء ، كما يفهم من المثال ومن المادة ٤٣٠

واعلم ان الشبوع في الرهن بفسده مطلقاً ، مقارناً او طارئاً . من شريكه او غيره ، لأن موجب الرهن الحبس الدائم ، وفي المشاع نفوت الدوام لأنه لا بد له من المهايأة ، فيصير كأنه قال رهنك يوماً دون يوم (هداية) - ووجه فساد الرهن من الشريك ، ان الشريك يمسكه يوماً رهناً ، ويوماً يستخدمه ، فيصير كأنه رهنه يوماً دون يوم . بخلاف اجارة المشاع ، فانها تجوز من الشريك دون غيره لأن الشريك ينتفع به بلا مهايأة في المدة كلها بحكم القعد والملك ، بخلاف غيره (رد المحتار) - ففي هذه المسئلة لم يفتر في البقاء ايضاً كالابتداء

(دقيقة)

المانع اذا كان اصلياً اي مقارناً ، اقوى منه اذا كان طارئاً ، ولهذا يفتقر في الشروع الطارىء ، دون الأصلي - وعلى هذا الاوراق الطاريء في المبيع ، وجهالة الثمن الطارئة في المبيع بالحصة ، وقس على ذلك بفتنتك بقية الفروع - الا ترى انهم فرقوا بين الجهالة الأصلية والطارئة فيما لو كان عنده زوجات متعددة فقال احداً كن طالق ، فمات احداً من قبل البيان ، فقال ايها عنت بالطلاق ، لا يصدق ، لأن الطلاق يقع عند البيان ، وقد فات المحل . ولو كانت الجهالة طارئة كما لو طلق واحدةً بعينها فمات احداً من ، وقد نسي التي طلقها ، فقال عنت التي ماتت ، يصدق لأن البيان في الجهالة الطارئة اظهر وتعيين لمن وقع عليه الطلاق . اهـ ملخصاً من البدائع في اواخر احكام العدة .

المادة ٥٦ - البقاء اسهل من الابتداء

هذه القاعدة كالدليل على حكم ما قبلها . اي انما يفتقر في البقاء ، ما لا يفتقر في الابتداء ، لأن البقاء اسهل من الابتداء . فارجع الى الفروع المتقدمة .

المادة ٥٧ - التبرع لا يتم الا بالقبض فاذا وهب لآخر شيئاً لا تتم الهبة الا بالقبض

التبرع تمليك للحال مجاناً ، فيشمل الهبة والهدية والصدقة . ولكونه تمليكاً للحال ، لا يصح ان يكون متعلقاً بما له خطر الوجود والعدم ، كقيد زيد ودخول عمرو ونحو ذلك ، ولا مضافاً الى وقت ، كملكك هذا الشيء غداً ، او رأس شهر كذا - وهو بانواعه هبة او هدية او صدقة ، لا يتم اي لا يملك الا بالقبض

لا بمجرد الركن اعني الايجاب والقبول ، على ما في التنوير والدرر .
والايجاب وحده والقبول شرط ثبوت الملك ، على ما في مبسوط الامام
خواهرزاده ، واليه مال اكثر الشراح . كذا في رد المحتار .
وفي حاشية الشلي على الزبلي قال الاقناني : اما الايجاب والقبول ، فلان
الهبة عقد ، والمقد لا بد له من الايجاب والقبول . واما القبض ، فهو شرط
صحته الملك للموهوب له حتى انه لا يملك قبل القبض عندنا . هذا في حق
ثبوت الملك للموهوب له . اما اذا حلف وقال لا يهب لفلان ، فوهب ولم يقبل ،
يبحث في يمينه عندنا - وعند زفر لا يبحث بلا قبول وقبض لانه تمليك ،
فلا يفيد الملك الا بالقبول كما في البيع .

ولنا ان الهبة اسم لايجاب ملك من جانب واحد ، وانه يتم بالملك ،
الا ان القبول شرط ثبوت الملك ، لاشراط وجود الهبة ، فصار كما اذا
حلف لا يقر له بشي . او لا يوصي له بشي ، فأقر او اوصي ولم يقبل الآخر ،
يبحث ، فكنا هنا - بخلاف البيع فانه تمليك من الجانبين ، فلا يتم الا بهما
اقول : وعن هذا صرح في البدائع وغيره انه يبحث عندنا استحسانا ،
وان كان القياس ما قاله زفر - وجه الاستحسان ان الهبة في اللغة عبارة عن
مجرد ايجاب المالك من غير شريطة القبول ، والقبض لثبوت حكمها ، لا لوجودها
في نفسها . فاذا اوجب ، فقد اتى بالهبة ، فترتب عليها الاحكام اه قال
الزبلي : دليلنا على ان الملك لا يتم الا بالقبض ، قوله عليه الصلاة والسلام
(لا تجوز الهبة الا مقبوضة) والمراد نفي الملك . وقول سيدنا ابي بكر الصديق
لما بشه رضي الله تعالى عنها (كنت نخلتك جداد عشرين وسقا من مالي
بالمالية وانك لم تصكوني قبضته ولا حزتيه وانما هو مال الورثة) ولو تملك
قبل القبض لكان لما ذلك . ولأن في اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع
بما تبرع به ، فيثبت للموهوب له ولابنة المطالبة الواهب بالتسليم ، فيصير عقدا
ضمانا ، وهذا تفسير المشروع ، فلا يجوز ، ولأن اشتراط اصل القبض في الهبة كان
للتحرز عن وجوب الضمان على المتبرع ، لاحتمال هلاكه قبل القبض ، او كيلا
يلزمه المطالبة بالتسليم - وهذا المعنى موجود ايضا . فيما لو وهب مشاعا قابلا

للقسمة وسلمه قبل القسمة ، لا يصح ولا بعد قبضاً ، لانه لو صح لوجب عليه اجرة القسمة والمطالبة بالقسمة ، فيصير عقد التبرع موجباً لضمان القسمة على المتبرع ، وللمطالبة بالقسمة ، وهو خلاف موضوع الشرع . وعلى هذا المتوال الصدقة (زبلي) وتماه هناك .

وبناء على ما تقدم من عدم دخول الموهوب في ملك الموهوب له قبل القبض ، صرحت المادة ٨٤٩ بأنه اذا توفي الواهب او الموهوب له قبل القبض تبطل الهبة والمادة ٨٦٢ بأن للواهب ان يرجع عن الهبة قبل القبض بدون رضا الموهوب له . واعلم ان الهبة الفاسدة كما لو كان الموهوب مشغولاً بملك الواهب ، كالثمر في الشجر والزرع في الأرض ، او مشاعاً لا يقسم كخسف حمام مثلاً ، هل تفيد الملك بالقبض وهل تضمن بالهلاك ؟ - في التنوير : لانفيد الملك ، وينفذ تصرف الواهب لا الموهوب له ، وتضمن بالهلاك ، ومثله في هبة مجمع الضمانات والدرر عن الخاتبة . نعم ، كما في الشلي على الزبلي ، لو افرز بعد العقد وسلم ، جازت . لأن الفساد كان لمعنى الشبوع او الاشغال . وقد زال بعد القسمة والتسليم ، فينظر في ذلك الى حال القبض دون حال العقد .

و يبتنى على ان التبرعات لا تملك الا بالقبض لو مات مثل المؤذن او الامام ولم يستوفيا وظيفتهما السنوية من الوقف ، فعلى القول بانها صلة ، تسقط ولا يورث عنه مقدار مباشر ، لأن الصلة لا تملك الا بالقبض . كذا في التنوير . وتعقبه في الدر نقلاً عن البنية بأنه يورث عنه ما باشره لأن له شبه الاجرة ، كما افق به المتأخرون ، من جواز اخذ الاجرة على الطاعات في زماننا .

وفي رد المحتار عن الوسائل بخلاف الوقف على الاولاد والذرية ، فانه يعتبر فيهم وقت ظهور الغلة ، فمن مات بعد ظهورها ، ولم يبدُ صلاحها ، صار ما يستحقه لورثته ، والا سقط - ومثله في الأشباه من كتاب الوقف بزيادة تفصيل فارجع اليه .

❖ تنبيه ❖

لا يلبس عليك ان الوصية من قبيل التبرعات ، مع انها تملك قبل القبض كما لو قبل الموصي له الوصية بعد موت الموصي ، يملكها وان لم يقبضها . لانها تبرع بعد

الموت ، فلا يكون في ذلك الزام المتبرع بما تبرع به . لأن الملكية حصلت بعد موت المتبرع ، ولا الزام على الميت ، والورثة حقهم بعد الوصية ، فلا ملك لهم فيها . وفرق بين التبرع في الحياة وبعد الموت . الا ترى ان القبول في الوصية انما يعتبر بعد الموت ، حتى لو اوصى بثلاث ماله شائعاً وكان حين الحياة تسعائة ، وعند الموت ثلاثمائة ، يستحق الموصى له من مال تركه عند الموت ؟ وتجاوز الوصية للحمل لا الهبة ، لتوقف صحتها على القبض . ولا نصح الوصية للوارث ولو في الصفة . ونصح الهبة له في المرض . ولا تجوز الوصية للقاتل ، وتجاوز الهبة له . الى غير ذلك من الاحكام (بدائع ملخصاً)

(تنبيه آخر)

لا يرد ، نقضاً على القاعدة ، ما لو كان لرجل على رجل ديناً ديناً ، فوجهه لآخر وامره بقبضه ، انه تجوز الهبة مع عدم القبض ، لأن قبض ما في ذمة الغير لا يتصور . ولا وجه لتصحيحه اذا قبضه ، لأن تمام عقد الهبة بقبض ما اضيف اليه العقد ، والعقد اضيف الى الدين ، والمقبوض عين ، والعين غير الدين ، وهذا هو القياس — لكنه جاز استحساناً لأنه لما اتاه في القبض مناب نفسه ، كان قبض الموهوب له كقبض الواهب ، ولو قبضه بنفسه ثم وجهه وسلمه جاز ، وكذلك اذا امر ان يقبضه له ثم لنفسه — وهذا لأن المعتبر في باب الهبة ، وقت القبض لا العقد ، كما تقدم عن الشلبي . وعند القبض هو قابل للتملك . والمقبوض وان كان غير الدين حقيقة ، جعل في الحكم كأنه هو ، بدليل جواز القبض في الصرف والسلم مع حرمة الاستبدال فيهما (مبسوط السرخسي ملخصاً) .

المادة ٥٨ - التصرف على الرعية منوطاً بالمصلحة

ان بصيغة المصدر المحذوف فاعله ليفيد التعميم لكل من يلي امراً عاماً يتعلق بالرعية ، فيشمل السلطان ومن قلده السلطان بذاته او بالواسطة ، ويشمل أيضاً الأوصياء ومنتولي الأوقاف . فان جميعهم تناط تصرفاتهم العائدة لمن هم

تحت ولايتهم بالصلحة ، اي بما فيه نفع يعود اليهم . وإلا فتصرفهم غير صحيح ولا نافذ شرعاً . وهذه قاعدة ما في الأشباه تصرف الامام على الرعية منوطاً بالصلحة ، لأن كل من دون السلطان ولايتهم مستمدة منه ، فحكمهم حكمه في اناطة تصرفهم بالصلحة .

فلى هذا اذا لم يكن للانسان وارث بقرابة او ولاء او مولاة كالقبط ونحوه ، اذا مات ، فتركته لبيت المال . فلو قتله احد فوليها السلطان ، لقوله عليه الصلوة والسلام (السلطان ولي من لا ولي له) وليس للسلطان ان يعفو عنه ، لأن القصاص حق المسلمين ، بدليل ان ميراثه لهم ، والاطان نائب عنهم في اقامة الحد ، وفي العفو اسقاط حقهم اصلاً . ولهذا لا يملكه الأب والجد وان كانا يملكان استيفاء القصاص . وله ان يصلح على الدية بأخذها من القتال او يدفعها من ماله ، ليضعها في بيت المال .

وقد روى انه لما قتل سيدنا عمر ابن الخطاب رضي الله تعالى عنه ، خرج الهرمزان والخنجر في يده ، فظن ابنه عبيد الله ان هذا الذي قتل اياه ، فقتله . فرفع ذلك الى سيدنا عثمان رضي الله تعالى عنه . فقال سيدنا علي لسيدنا عثمان رضي الله تعالى عنهما اقتل عبيد الله . فامتنع وقال كيف اقتل رجلاً قتل ابوه امس ، لا افضل هذا ، رجل من اهل الأرض وانا وليه ، اعفو عنه واؤدي دية من مالي اه - واراد بقوله اعفو عنه واؤدي دية ، الصلح على الدية ، وللإمام ذلك (بدائع ملخصاً) .

ومن هذا ما في صلح البرازيه في او اخر « نوعاً فيما يشترط قبضه في المجلس » : رجل له عطاء في الديوان ، مات عن ابنين فاصطحها على ان يكتب في الديوان اسم احدهما ، وبأخذ العطاء هو ، والآخر لا شيء له من العطاء ، ويبدل له من كان له العطاء مالا معلوماً ، فالصلح باطل ويرد بدل الصلح ، والعطاء للذي جعل الامام العطاء له . لأن الاستحقاق للعطاء باثبات الامام لا دخل فيه لرضا الغير وجعليه . غير ان السلطان ان منع المستحق فقد ظلم مرتين في قضية : بحرمان المستحق واثبات غير المستحق في مقامه اه وجهه ان هذا العطاء من بيت المال انما يصرف لمن يستحقه كالغزاة والمرابطين في الثغور والفقهاء ،

لا يجوز للسلطان ولا لغيره ان يجعل ذلك لمن شاء ، و اراد ، بل بنظر في ذلك
لمصلحة العامة حتى لو كان المتصلحان غير مستحقين ، يجوز العطاء عنها لأربابه .
بقي شيء : هل للإمام ان يزيد الفاضل عن المفضل في العطاء ، ام
الأولى التسوية ؟ - خلاصة ما ذكره الإمام الغزالي في المستصفي فيما لو
تعارضت الأدلة الظنية من بحث الاجتهاد ، ان سيدنا الصديق رضي الله تعالى
عنه كان يرى التسوية في العطاء ، حيث قال في السابقين الى الإسلام والجهاد
من المهاجرين والأنصار (الدنيا بلاغٌ كيف وانما عملوا لله عز وجل واجورهم
على الله تعالى) عند ما قال له عمر رضي الله تعالى عنها كيف تساوي بين الفاضل
والمفضل . فكان رأى سيدنا عمر التفاوت ليكون ذلك ترغيباً في طلب الفضائل
فالمعنى الذي رآه ابو بكر لم يخف على عمر ، كما ان المعنى الذي رآه عمر لم يخف
على ابي بكر ، وانما الخلاف لاختلاف احوالهما : فمن خلق ابي بكر رضي الله
تعالى عنه تجريد النظر للأخرة ، ومن خلق عمر رضي الله تعالى عنه رعاية
مصالح الخلق وضبطهم وتحريك دواعيهم للغير اه - وتقل في الأشباه عن
المحيظ ان الرأي في ذلك للإمام من تفضيل وتسوية ، من غير ان يميل في
ذلك الى هوى . الى ان قال : وذكر الزبلي من الخراج بعد ان ذكر ان اموال
بيت المال اربعة انواع قال : وعلى الإمام ان يجعل لكل نوع حكماً يختص به .
ويجب على الإمام ان يتقي الله تعالى ويصرف الى كل مستحق قدر حاجته
من غير زيادة ، فان قصر في ذلك كان الله عليه حسيباً اه .

ومن ذلك ما في وقف الخانية من باب « الرجل يجعل داره مسجداً او خاناً »
لو ان سلطاناً اذن لقوم ان يجعلوا ارضاً من اراضي البلدة حوانيت موقوفة على
المسجد ، او امرهم ان يزيدوا في مسجدهم ، قالوا : ان كانت البلدة فتحت عنوة
وذلك لا يضر بالمارة والناس ، ينفذ امر السلطان فيها . وان كانت فتحت صلحاً ،
لا ينفذ امر السلطان ، لأن البلدة اذا فتحت عنوة تصير ملكاً للفائزين ، واذا
فتحت صلحاً تبقى على ملك ملاكها ، فلا ينفذ امر السلطان فيها اه - اي لأنه
اغتناب ملك الغير ، وهر ظلم ، وفعل الإمام منوطاً بالمصلحة ، والظلم
ليس بمصلحة .

ومن ذلك ما في الهندية من الباب السابع في باب العشر والحراج : السلطان اذا جعل العشر لضاحب الأرض لا يجوز ، وهذا بلا خلاف ، وذكر شيخ الاسلام ان السلطان اذا ترك العشر على صاحب الارض ، فهو على وجهين : الاول ان يترك اغفالاً منه بأن نسي . ففي هذا الوجه كان على من عليه العشر ان يصرف قدر العشر الى الفقير . والثاني اذا تركه قصداً مع علمه به ، وانه على وجهين ايضاً : ان كان من عليه العشر غنياً ، كان له ذلك جائزة من السلطان ، وبضمن السلطان مثل ذلك من بيت مال الحراج لبيت مال الصدقة . وان كان من عليه العشر فقيراً محتاجاً الى العشر ، فترك ذلك عليه جائزاً وكان صدقةً عليه فيجوز ، كما لو اخذ منه ثم صرفه اليه ، كذا في الزخيرة ١٥ - وجهه في الفني انه اضاعة حق من بيت مال المسلمين في غير موضعه ، فلم يكن في ذلك مصلحة . ولم يظهر لي وجه من قوله « وبضمن السلطان مثل ذلك من بيت مال الحراج لبيت مال الصدقة » لأن قياس القاعدة يقتضي الضمان من ماله ، الا ان يكون ذلك لغرض سياسي لا عن ميل عن هوى ، كما تقدم نقله في الأشباه عن المحيط .

ومن ذلك ما يأتي في المادة (٩١٩) لو وقع حريق في المحلة فهدم السلطان او وكيله داراً بلا اذن صاحبها لأجل انقطاع الحريق ، له ذلك ، لأن له ولاية عامة ، فيصح لدفع الضرر العام ، فكان في فعله مصلحة . بخلاف ما لو فعل الغير ذلك بدون اذن ، فإنه بضمن (رد مختار) .

وما يأتي في المادة (١٢١٦) انه لدى الحاجة يؤخذ ملك كائن من كان بالقيمة بأمر السلطان ، ويلحق بالطريق . لكن لا يؤخذ ما لم يؤد له الثمن - فهذا وان كان جبراً على الغير ، لكن فيه مصلحة .

وكما يأتي في المادة (١٢١٧) للسلطان ان يبيع من فضلة الطريق اذا لم يضر بالعامه ، لكن بشئ المثل ، وبضعه في بيت المال . وانما جاز ذلك لمصلحة العامة . وعلى هذا المتوال تصرف ناظر اموال الخزينة في بيع مالها . فلو باع بضم فاحش فالباع باطل ، كبيع مال القاصر بضم فاحش .

ومثله تصرف الولاة والقضاة والاصياء ومتولي الاوقاف - فلو ان والياً اعطى شخصاً ارضاً متروكةً لمنافع عموم اهل البلدة ، لا يصح ، وتعاد الى

حالتها السابقة .

كذلك القاضي ، تصرفه في اموال الأيتام والصغار والمتهومين والمجانين والأوقاف منوطاً بالمصلحة ، فلا نصح بته شيئا من ما لهم ، ولا يبعه بغير فاحش ، ولا تزويج الصغير من غير الكفو .

وفي الأشباه من شرح تلخيص الجامع : اوصى ان يشتري بالثلث قرن ويمتق ، فبان بعد الاثتار والابصاء دين يحيط الثلثين ، فشرأ القاضي عن الموهبي كيلا يصير خصماً بالمهددة واعتاقه لغو ، لتعدي الوصية ، وهي الثلث بعد الدين - قال الفارسي شارحه : واعتاقه لغو لتعذر تنفيذه باعتبار الولاية العامة : لأن ولاية القاضي مقيدة بالنظر ، ولم يوحد النظر ، فيلغو اه

قال محبته الحموي على قوله « لتعذر تنفيذه باعتبار الولاية العامة » : فإن قيل اذا كان الدين محيطاً بالثلثين لا غير ، فلم لا يصح العتق ، ويسمى العبد فيما يبقى اليه ان بقي اه . اي لان العتق اسقاط وحقه ان لا يقبل الفسخ . أوجب : بأن الغاء العتق انما نشأ من كون المتصرف هو القاضي ، لكون تصرفه منوطاً بالنظر والمصلحة كما يشير اليه قوله آتفاً « كيلا يصير خصماً بالمهددة » حتى لو وقع شراء العبد واعتاقه من وصي فالظاهر نفوذ العتق واستسماه العبد اه

يقول الفقير : قول الحموي (فالظاهر الخ) لا وجه لقوله . فالظاهر المشعر بعدم الجزم ، بل هو المحقق ، لأن الاعتاق عقد لا يحتمل الفسخ سواء وقع على كل العبد او بعضه . الا انه اذا تبين الوقوع على بعضه بسبب عدم خروجه من ثلث التركة ، يستسى العبد وهذا صريح كتب المذهب .

* فائدة *

الاعتاق لا يحتمل الفسخ قصداً ، واما ضرورة فيحتمله لما في البدائع من كتاب الدعوى في فصل « واما حكم تعارض الدعويين » : ولو ولدت الأمة توأمين عند مالكها فباع احد الولدين مع الأم ، ثم ادعى الولد الذي عنده ، ثبت نسبه ونسب المبيع ايضاً ، سواء كان المشتري ادعاه او اعتقه . الى ان قال : وكذلك لو ولدتها عند المشتري فاعتق احدها ثم ادعى الآخر ، ثبت

نسبها وينتقض العتق ضرورة عدم الاحتمال للانفصال في النسب . اذ من ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر .

* ابضاح *

المهدة في قول الأشباه المتقدم: « كيلا يصير خصماً بالمهدة » هي الرجوع على القاضي او امينه . كما اذا باع عبداً للفرما ، واخذ المال فضاع عنده ، واستحق العبد ، لم يضمن القاضي او امينه للمشتري ، وانما يرجع على الفرما . لأنها كالإمام ، وكل منعم لا يضمن ، كيلا يتقاعد الناس عن قبول هذه الأمانة . وفي القنية من كتاب البيوع ما نصه : المهدة على وصي الميت ، وعلى من جعله القاضي وصياً عن الميت . ولا كذلك اذا جعله اميناً في امور الميت . لأن وصى القاضي نائب عن الميت ، وامين القاضي نائب عن القاضي ولا عهدة عليه . وهو من يقول له القاضي جعلتك اميناً في بيع هذا العبد مثلاً — وهكذا تصرفه في الاوقاف منوطاً بالمصلحة فلو حكم بخلاف شرط الواقف مثلاً ، لا ينفذ حكمه لمخالفة الشرع القائل باتباع شرط الواقف .

وفي الأشباه عن النخيرة : ان القاضي اذا قرر فرأشاً للمسجد بغير شرط الواقف ، لم يحل للقاضي ذلك ، ولم يحل للفراس تناول المعلوم اه . قال وبه علم حرمة احداث الوظائف في الاوقاف بالطريق الأولى لأن المسجد مع احتياجه للفراس ، لم يجوز تقريره ، لا يمكن استئجار فراس بلا تقرير . فتقرير غيره من الوظائف لا يحل بالأولى اه .

وفي المحوي قال بعض الفضلاء : بليّة احداث المرتبات حدثت سنة اثنين وتسعين وتسعمائة . جاء قاض اسمه عبدالله من بلد السلطان ومدته يده واطلق عنان قلمه ، ولم يبق وقفاً الا وقرر فيه ، الا ما شذت . وجاء قاض بعده وفعل كذلك ، الا انه دونه ، ثم جاء آخر فدمر الاوقاف .

ومن ذلك ايضاً وصي اليتيم وكذا ولي الصغير ، تصرفه منوطاً بالمصلحة في حق اليتيم ، ولا يصح اذا كان فيه ضرر — فاذا احتال في مال اليتيم ، ان كان الثاني املاً من الأول جاز . وان مثله او ادنى لا يجوز ، كما في المادة (٦٨٥)

واذا صالح عن دعوى لليتيم على آخر ، او دعوى لآخر عليه ، بصح ان لم يكن فيه ضرر . راجع المادة (١٥٤٠) .

المادة ٥٩ - الولاية الخاصة اقوى من الولاية العامة

الولاية من ولي الامر يليه بكسر اللام في الفعلين ، بمعنى تولاه . وهو نفاذ التصرف على الغير شاء او ابى . مثلا متولي الوقف ووصي اليتيم وولي الصغير ، ولايتهم خاصة ، وولاية القاضي بالنسبة اليهم عامة ، واعم منها ولاية امام المسلمين - فولاية التولي وما عطف عليه ، اقوى من ولاية القاضي وولاية القاضي اقوى من ولاية امام المسلمين . فكلما كانت الولاية المرتبطة بشيء اخص مما فوقها بسبب ارتباطها به وحده ، فهي اقوى تأثيراً في ذلك الشيء مما فوقها في العموم فتكون الولاية العامة كأنها انفكت عما خصصت له الولاية الخاصة ، ولم يبق لها الا الاشراف بالقوة بحسب الخصوصية لا الرتبة . فلي هذا ليس للقاضي التصرف في امور الوقف مع وجود متوليه ، ولا التصرف في مال الصغير مع وجود وصي ولوم من قبله ، ولا إنكاح الصغير او الصغيرة مع وجود ولي . الا انه اذا وجد خيانة فله حق العزل .

فان قلت : ان عقلي يستبعد كون الولاية الخاصة اقوى من الولاية العامة ولعل العقول الطمئنت لجمود الافكار على هذا النقل ، وكيف مثل السلطان او شيخ الاسلام مثلاً مع رجمانية الفضل وعلو الشأن ، لا ينفذ تصرفه مع وجود اقل متولي ووصي استمد ولايته من تلك العامة ، فلا نسلم ذلك الا ببرهان عقلي يجاب : هذه الدرجات للولاية نظير النوع او الجنس المعلومين عند علماء المنطق . ان اعتبرت بالنوع ، فاسفلها اى اخصها نوع الانواع ، لا اعلاها . وان اعتبرت بالجنس ، فاعلاها اى اعمها بمنزلة جنس الأجناس ، لا اسفلها . قال في الشمسية : سلسلة الكلمات انما تنتهي بالأشخاص ، وهو النوع المقيد بالشخص اى كزبد وعمرو . وفوقها الأصناف ، وهو النوع المقيد بصفات عرضية ، كالتركي

والرومي والهندي وفوقها الانواع كالألسان للرومي وغيره ، وفوقها الأجناس كالحیوان للانسان والفرس . واذا حملت کلیات مترتبة على شيء واحد ، يكون حمل العالی علیه ، بواسطة حمل السافل علیه . فإن الحيوان انما يصدق على زيد المتشخص ، وعلى التركي ، اعني الصنف ، بواسطة حمل الانسان عليها اه . اقول : وهكذا الجسم النامي ، انما يحمل على الانسان بواسطة حمل الحيوان علیه . والجسم المطلق ، انما يحمل على الحيوان بواسطة حمل الجسم النامي علیه . والجوهر ، انما يحمل على الجسم النامي بواسطة حمل الجسم المطلق علیه . فاذا كان الأعلى يحمل على الأسفل بواسطة المتوسط بينهما الذي هو اعم من الأسفل ، واخص من الأعلى ، فلا شك انه حيث اعتبر المتوسط واسطة يكون له قوة مساس بالأسفل ، اذ لولا تصور مناه في ضمن الأسفل ما صح الحمل .

كذلك هنا التولي او الوصي ، ولايتها اشد ارتباطاً فيما نيظت به بمن فوقها ، فكانت الولاية الخاصة اقوى من الولاية العامة لهذا المعنى .

ولتوضح لك ايضاً قوة الولاية الخاصة على العامة بنظير آخر اصولي ، اعني القياس ، وهو امانة مثل حكم الأصل المقيس عليه ، في المقيس ، وهو الفرع ، العلة مشتركة بينهما . والعلة في الأصل تعرف بأمر كما في التوضيح وحاشيته للعلامة التفتازاني . اما بالنص صريحاً او ايماء ، او بالاجماع ، فاذا لم تكن منصوبة ولا مجعاً عليها ، يستخرجها المجتهد بالشروط المقبولة ، وهذا اصعب معارك الاجتهاد . فالقياس من الأدلة الظنية ، يدور بين اركان ، منها العلة والحكم ، ولكل من العلة والحكم اجناس عالية وقرينة ومتوسطة - فالصلوة المكتوبة مثلاً حكم ، وهو اخص الاجناس ، فوقه جنس اعم منه وهو مطلق الصلاة ، وفوق الصلاة جنس اعم وهو العبادة . وفوق العبادة جنس اعم ، وهو الوجوب الشامل للعبادة وغيرها . وفوق الوجوب جنس اعم ، وهو مطلق الحكم الشامل للوجوب وغيره . كذلك العلة المعبر عنها بالوصف ، قد تكون جنساً عالياً ، وقد تكون سافلاً . كالولاية على الصغير ، العلة فيها العجز ، اي عجز الصغير ، وفوقها جنس أعلى وهو دفع الضرر ، فإنه اعم . وكون المرة من الطوافات علة لطهارة سورها . فالعتان هنا ، وهما العجز والطواف ، مختلفتان . لكنهما مندرجتان في جنس واحد

وهو الضرورة - والحكم في احدى صورتين الولاية ، وفي الأخرى الطهارة ،
وهما مختلفتان مندرجتان تحت جنس واحد ، وهو الحكم الذي يندفع به الضرورة
فيقاس عليهما المتوه والفأرة . والقياس قد يكون باعتبار تأثير جنس الوصف في
جنس الحكم ، فيما لو كانا عامين لانواع شتى . او عين الوصف في عين الحكم ،
فما لو كانا خاصين ، او عين الوصف في جنس الحكم ، او بتأثير جنس الوصف
في عين الحكم - ولا شك ان الظن الحاصل باعتبار خصوص الوصف في خصوص
الحكم لكثرة ما به الاشتراك ، اقوى من الظن الحاصل من اعتبار العموم في العموم .
والشاهد هنا اذ الخصوص له قوة اكثر مما في العموم . وتمام التحقيق باطرافه هناك .
ثم ان الولاية الخاصة اما في النكاح فقط ، او في المال فقط ، او في النكاح
والمال - اما الولاية في النكاح ، فتثبت باقرباة . والشرط وجود اصل القرابة ،
لا كمالها ، وانما الكمال شرط التقدم . وهي للعصبة بنفسه ، على ترتيب الارث
والحجب . فان لم يكن عصبة فالولاية للأُم . ثم لأُم الأب ، ثم للأخت
لأبٍ وام ، ثم للأخت لأب ، ثم لولد الأُم ، ثم لنوي الأرحام العات ثم الأخوال
ثم الخلات ، ثم بنات الاعمام ، وبهذا الترتيب اولادهم ، ثم مولى الموالات ، ثم
للساطان ، ثم لقاضي نص عليه في منشوره (تنوير) .

اما الولاية في المال ، اعني حق التصرف في مال الصغير ، فللأب ثم وصيه الذي
اختاره الأب حال حياته ، اي وان بعد الكذا في جامع الفصولين) ثم الجد
الصحيح ، وهو الذي لا يُبدل الى الصغير بأثني ، وهو ابو الأب وان علا ، ثم
وصي الجد الذي اختاره حال حياته ، ثم القاضي ، ثم من نصبه القاضي .
واما الولاية في المال والنكاح معاً ، فيتمتعان في الأب والجد الصحيح .
وتنفرد الأُم وبقية العصبات وذوي الارحام ، بأن لهم ولاية النكاح لا المال .
وينفرد الوصي المختار ، او من نصبه القاضي ، بأن له الولاية في المال لا النكاح .
واما القاضي فولايته في المال مؤخره عن الأب والجد ، وفي النكاح مؤخره
عن الجميع .

واعلم ان الولاية في مال الصغير انما تكون للأب اذا لم يكن سفيهاً .
اما السفيه ، فلا ولاية له في مال ولده (أشباه في القاعدة من الجمع والفرق)

— وليس للأب تحرير قته بماله وغيره ، ولا أن يهب ماله بعوض ، ولا اقراضه في الأصح (تكلمة عن جامع الفضولين) والقاضي ان يقرض مال الوقف واليتيم والغائب ، بخلاف وصي القاضي او الأب ، ليس لها اقراضه (تكلمة عن العدة) واما القصاص ، ففي جنائبات البدائع: للأب والجدان يستوفي قصاصاً واجب للصغير في النفس وفيما دون النفس ، لأن هذه ولاية نظره ومصلمة كولاية الإنكاح ، فثبت لمن كان مختصاً بكامل النظر والمصلحة في حق الصغير . واما الوصي فلا يلي استيفاء القصاص في النفس ، بأن قتل شخص عبداً ليتيم ، لأن تصرف الوصي لا يصدر عن كمال النظر والمصلحة في حق الصغير ، لتصوره في الشفقة الباعثة عليه ، بخلاف الأب والجد . وله ان يستوفي القصاص فيما دون النفس ، لأن ما دون النفس ، يسلك به مسلك الاموال ، وللولي استيفاء المالكين في المحرمي عن الأشباه قالوا : القياس ان لا يملك الوصي التصرف في الطرف ، كما لا يملكه في النفس . وفي الاستحسان يملكه ، لأن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال . ولهذا تعتبر فيه المساواة في البديل ، ويقضي عليه بالنكول عند الإمام الأعظم رحمه الله تعالى ، كما في الاموال . وعلمه ايضاً في مبسوط السرخسي بأن الوصي ولا يتد قاصرة على المال دون النفس ، والقصاص في النفس ليس بمال حقيقة ولا حكماً ، فيكون الوصي في استيفائه كاجني آخر ، كما في التزويج ، وهذا لأن القصاص في النفس عقوبة تندري . بالشبهات ، فالستحقق به محل هو مصون عن الابتذال من كل وجه ، وفي ولاية الوصي شبهة القصور ، فلا يتمكن به من استيفاء ما تندري . بالشبهات ، بخلاف الأب والجد ، وبخلاف القصاص في الطرف ، لأنه لا تندري . بكل شبهة . ولهذا اجاز ابو حنيفة رحمه الله تعالى فيه القضاء بالنكول ، فإن الستحقق به غير مصون عن الابتذال ، فيمكن الوصي الاستيفاء مع قصور ولايته .

وليس للوصي ان يصالح عن القصاص في النفس على الدبة في رواية هذا الكتاب . وقال في الجامع الصغير في الديات : للوصي ان يصالح من النفس على الدية — وجه هذه الرواية انه لا يملك استيفاء القمود بولايته ، وانما يملك الإسقاط بعوض من يكون متمكناً من الاستيفاء . ووجه الرواية الأخرى ان في الصلح اكتساب

المال للصبي ، والرصي منصوب لا اكتساب المال ، بخلاف استيفاء القود فهو ليس من اكتساب المال في شيء .

وكما سمعت ، ان الاب والجد هما ان يستوفيا قصاصاً وجب للضئير . كذلك القاضي له ذلك ، كما علم من المادة (٥٨) قبلها . وليس للوصي ذلك مع ان ولايته خاصة ، وولاية القاضي عامة ، والقاعدة تقتضي ان يكون الامر بالعكس . لكن شذ عنها هذا الفرع للعلل المتقدمة عن البدائع والمبسوط .

المادة ٦٠ - اعمال الكلام اولى من اهماله . يعني لا يهمل

الكلام ما امكن حمله على معنى .

اي استعماله في معنى يناسبه ، اولى من اهماله ، اي عده لغواً .
تقدم في المادة (١٢) ان الاصل في الكلام الحقيقة . وذكرنا هناك ما يعني عن الإعادة . وهذه المادة تصرح بان اعمال الكلام اولى من اهماله . وهي اوسع نطاقاً من المادة السابقة . لأن مال السابقة ان الكلام الصادر من العاقل يُحمل على الحقيقة ما امكن ، فاذا تعذرت ، يصار الى المجاز لتصحيح كلامه . ولم يذكر ما لو تعذر المجاز ايضاً . ومال هذه المادة ، ان العاقل يصان كلامه عن الالفاء ما امكن ، بان يُنظر الى الوجه المقتضى لتصحيح كلامه ، فيرجح ، سواء كان بالحمل على المجاز او بغيره ، الا عند عدم الامكان ، فيلغى .

مثال ما هو من فروع المادة السابقة : لو حلف لا يأكل من هذه النخلة شيئاً ، واكل من ثمرها او جمارها او طلعبها او بسرها او الدبس الذي يخرج من رطبها ، يحنث ، لأن النخلة لا يتأتى اكل عينها ، فحمل على ما يتولد منها كما قدمناه عن البدائع - وكذا لو حلف لا يأكل من هذا القدر ، يحمل على ما يطبخ فيه .

ومثال ما هو من فروع هذه المادة ، ولم يوجد امكان للحمل على الحقيقة او المجاز ، لو قال لزوجه الثابت نسبها من غيره « هذه بنتي » لا تحرم عليه سواء كانت

أكبر منه سناً أو أصغر . فهنا لما تمذر كل من الحقيقة والحجاز ، وقع لغواً . أما تمذر الحقيقة ، فلاستحالتها إذا كانت أكبر منه سناً — وان أصغر ، فلأن اشتهار ثبوت النسب من الغير . يمنع ثبوته منه حق الغير ، لعدم اعتبار الاقرار على الغير . ولا يثبت في حق نفسه لتكذيب القاضي إياه في هذا الاقرار ، لكونه اقراراً بالحرمة المؤبدة على الغير ، وهي المرأة ، لأنها تحرم عليه به ، فقام تكذيبه مقام الرجوع ، إذ تكذيب الشرع ليس بأدنى من تكذيب نفسه ، والرجوع عن الاقرار بالنسب صحيح ، فلم يثبت —

وأما تمذر ركونه مجازاً عن الطلاق المحرم (بكسر الراء) فلأن الحرمة فيه تقتضي ثبوت النكاح ومحليته ، وبينها وبين الحرمة الثابتة بالبنتية منافاة ، لأن الحرمة بالبنتية مؤبدة ومنافية للنكاح والمحلية ، فلا يجوز استمارة « هذه بنتي » للطلاق الذي هو من حقوق النكاح ، لأن هذا ليس لازماً للمعنى الحقيقي حتى يتجاوز فيه . (راجع شرح التحرير من الحقيقة والحجاز عند قوله : وقد يتمذر كل من الحقيقة والحجاز)

وهذا بخلاف ما لو قال لمملوكه المعروف النسب من الغير « هذا ابني » فإنه يمتنع عند الإمام الأعظم ، وإن كان أكبر منه سناً — والفرق ان في مسألة الزوجة نفى النكاح لأجل النسب ، والنسب لم يثبت ، فلا ينتفى النكاح .
وأما ثبوت العتق فلا يتوقف على ثبوت النسب — الا ترى الى ما صرحوا به انه لو قال لامته « هذه بنتي » تمتق ، وإن كانت معروفة النسب من الغير .

ومثال ما هو من فروعها مع وجود الامكان — ولهذا وجد الخلاف — ما في اقرار البدائع : له علي ألف ثمن خمر او خنزير ، لزمه الألف ، ولا يقبل تفسيره عند الإمام الأعظم . وعندهما لا يلزمه شيء . وجه قولها ان المقربة مما لا يمتثل الوجوب في ذمة المسلم ، لأنه ثمن خمر او خنزير ، وذمة المسلم لا تمتثله فلا يصح اقراره اصلاً . وجه قوله ان له علي الف اقراراً بالف واجب في ذمته وقوله ثمن خمر او خنزير ابطال لما اقربه ، لأن ذمة المسلم لا تمتثل ثمن الخمر والخنزير ، فكان رجوعاً ، فلا يصح اهـ (بدائع) — فانظر في دقة نظر الإمام لأن في حمل قوله من ثمن خمر او خنزير على الرجوع اعمال الكلام ، وهو اولي

من اعماله اه .

و بتوجيه اخر يقال : قوله من ثمن خمر او خنزير لا نصح فيه ارادة المعنى الحقيقي لانه معنى باطل مثل بعتك دمي ، ولا ان يكون مستعاراً عما يشابهه لانه مثله في البطلان ، فكان لغواً .

وقد لا يمكن اعمال كلام العاقل لأمر خارج ليس الآ ، بقطع النظر عن تعذر حقيقة او مجاز . ففي الأشباه عن الخانية : رجل له امرأتان فقال لأحدهما انت طالق اربماً ، فقالت الثلاث تكفيني ، فقال الزوج اوقت الزيادة على فلانة ، لا يقع على الأخرى شيء اه - فقوله اوقت الزيادة على فلانة لغواً من جهة الشرع ، لأن عدد الطلاق محصور في ثلاث ، فلا امكان لتصحيح كلامه . ومن هذا القبيل : له علي مائة الامانة ، ، لزمه مائة ، ولا امكان لتصحيح هذا الاستثناء ، لا يطابقهم على عدم جواز استثناء الكل من الكل ، فيكون رجوعاً ، فلا يجوز .

ومنه اللفظ المشترك اذا لم توجد قرينة ترجح احد معنيه على الآخر ، كما لو اوصى لمواليه ، وله معتق (بالكسر) ومعتق (بالفتح) ولا قرينة ترجح ، بطلت الوصية ، لا تعذر الحقيقة والمجاز ، بل لعدم امكان اعمال الكلام مع التردد . فلو لم يكن له معتق (بالكسر) وله عتقاء وعتقاء عتقاء ، انصرفت الوصية الى مواليه الذين اعتقهم ، لأنهم الحقيقة .

وقد يوجد امكان للاعمال والاعمال ، لكن يترجح الاعمال . ففي طلاق المبسوط : وان قال فلانة طالق ، وذلك اسم امرأته ، طلقت امرأته ، ولا يصدق على صرف الطلاق عنها . لأن كلامه ايقاع ، وله ولاية الايقاع على زوجته ، وقد بينا ان كلام العاقل محمول على الصحة ، فتعينت زوجته اه - يبان ان هذا الكلام قابل لأن يستعمل في الانشاء والاخبار . ولو حمل على الاخبار لصح ، لأنه يجبر ان فلانة طالق ، والا مر على ما اخبره فلانطلق زوجته . ولو حمل على الانشاء لم يصح طلاقه في الأجنبية ، لأنها لا تحتل الانشاء لعدم النكاح ، فكان حمله على الانشاء اولي .

وما يتفرع على هذه القاعدة ما في الأشباه عن الطحاوي : لو جمع بين من يقع

الطلاق عليها ومن لا يقع ، وقال احدا كما طالق ، ففي الخانية : ولو جمع بين منكوخته ورجليه ، وقال احدا كما طالق ، لا يقع الطلاق على امرأته ، الى آخر ما ذكره في الأشباه . اقول : خلاصة ما في الأشباه - وما هو صريح كتب المذهب - يدخل تحت اصل يضبط تلك الفروع وهو ان المضموم الى الزوجة في قوله « احدا كما طالق » إما ان يكون في غابة البعد عن الزوجة في عدم المجانسة كالبيسة والحجر ، او لا يكون في هذه الدرجة بأن يكون صالحاً لمحلية الطلاق في الجملة كالمرأة الأجنبية وذات النكاح الفاسد ، والمرأة الميتة ، لكون هولاء من جنس من يحتمل الطلاق ، وكالرجل يتصف بالطلاق ، وهو ازالة الوصلة ، وهي مشتركة بينه وبين المرأة . ولهذا لو قال لامرأته انا منك بائن ونوى الطلاق ، صح . ففي الأول يقع الطلاق ، وفي الثاني لا ، لوقوع الشك في ايقاعه على المنكوحة ، دون الأول ، عملاً بتصحيح كلام العاقل بقدر الامكان لوجود المرجح . بقي هنا شيء : وهو انه ذكر في الأشباه ، عند هذا الموضوع : لو جمع بين امرأته واجنبية وقال احدا كما طالق (بالجملة الاسمية) لا تطلق . ولو قال طلقت احدا كما ، طلقت امرأته . وقد استشكل الحموي في الفرق بينها - اقول : ولعل الفرق ان في صورة الجملة الفعلية ، اسند المتكلم الطلاق الى نفسه ، فتمحضت للانشاء . والعاقل لا ينشيء فعله الا في محل قابل لا يبقاه ، وهو الزوجة . راجع شرح التحرير في بحث عند بيان الفرق بين قوله « من شاء من عبيدي عتقه فهو حر » وقوله « من شاء من عبيدي عتقه فأعتقه » - واظن انه لو اتى بفعل مجهول وقال طلقت احدا كما كان في حكم الجملة الاسمية ، كما لا يخفى على المتأمل .

* فائدة *

ما نقله صاحب الأشباه من فروع القاعدة عن الطحاوي يرجع الى ضابط ذكره في تأسيس النظر . وهو ان الأصل عند ابي حنيفة ان من جمع في كلامه بين ما يتعلق به الحكم وما لا يتعلق به الحكم ، فلا عبرة لما لا يتعلق به الحكم ، خلافاً لهما - وبني عليها فروعاً ، منها ، قال لفلان علي الف درهم ولهذا الحائط ، لزمه الألف كلها عند ابي حنيفة ، لأن الكلام لم يتناول الحائط . وعندهما يلزم النصف

ومنها : اذا قال لعبده ولبيمة « احدهما حر » او قال هذا العبد او هذه الدابة حر ، عتق العبد عنده : نوى او لم ينو ، وعندهما لا يعتق ما لم ينو ا هـ .
ثم ومن قبيل عدم امكان اعمال كلام العاقل لأمرٍ آخر غير تعذر الحقيقة والحجاز ، ما في عتق البدائع : لو قال لعبديه احدهما حر بغير شيء ، ثم قال احدهما حر بألف درهم ، فالكلام الثاني لغو ، لأن احدهما عتق بالايجاب الأول لوجود تمييز العتق في احدهما ، فالثاني يقع جمعا بين الحر والعبد ، فيبطل .
وقد يكون اعمال كلام العاقل وامماله كفتي ميزان ، لوجود داعٍ لكل منها يستدعي ترجيحه على الآخر ، فيحتاج فيه الى نظرية دقيقة . وذلك كما في مسألة وقع فيها الخلاف بين الإمام وصاحبيه ، نص عليها في البدائع ، وهي : لو قال العبد المكاتب كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر ، او قال كل مملوك اشتريه فهو حر ، فعتق فلك بعد ذلك عبداً ، او اشترى عبداً ، لا يعتق عنده ، وعندهما يعتق - وجه قولها ان قوله « املكه فيما استقبل » يتناول كل ما يملكه الى آخر عمره ، فيعمل بعموم اللفظ كما في الحر ، ولأن في الحمل على الاستقبال تصحيح تصرفه ، وفي الحمل على الحال ابطاله ، فكانت الحمل على الاستقبال اولى . ووجه قول الإمام الأعظم ، ان للمكاتب نوع ملك ضروري ينسب اليه في حالة الرق وفي حالة الكتابة بمنزلة الحجاز لمقابلة الملك المطلق . الا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم (من باع عبداً وله مال - الحديث) اضاف المال اليه بلام الملك ، فدل ان له من نوع ملك فهو مراد بهذا الايجاب بالاجماع ، بدليل انه لو قال « ان ملكت هذا العبد بيته في المستقبل فهو حر » فملكه في حال الكتابة ، فباعه ثم اشتراه بعد ما صار حراً ، لا يعتق ، وتنعى اليمين بالشراء الأول ، لأن الملك الحجازي مراد فخرجت الحقيقة عن الارادة ، كي لا يؤدي الى الجمع بين الحقيقة والحجاز في لفظ واحد .

فالإمام الأعظم ابطال كلامه فيما يشتره او بتملكه بعد العتق ، وجعل الفعل للحال لصحة اسناد التملك والشراء اليه حال الكتابة في الجملة ، وصححه فيما يكون حال الكتابة . فاذا صح هذا ، لا يجوز صرفه لما بعد عتقه في المستقبل ، كيلا يلزم الجمع بين الحقيقة والحجاز .

وهما بالعكس اعتمداً كلامه فيما يكون بعد العتق ، وحمله على محض الحقيقة وهو التملك والشراء في المستقبل أي بعد العتق ، وجعل ذلك أولى ، لتصحيح كلام العاقل .

وعلى هذا لو قال المكاتب « ان اشتريت هذا العبد فهو حر » او « ان اشتريت هذه الشاة فهي هدي » لم يلزمه ذلك في قوله ، وقالاً يلزمه ، لأن من اصل أبي حنيفة ان العبد يضاف اليه الشراء في الحال ، وان كان بمنزلة المجاز ، بمقابلة الشراء بعد الحرية ، والمجاز مراداً فلا تكون الحقيقة مرادة . ومن اصلها ان هذا يتناول ما يستقبل من الشراء في عمره ، وتصحيح اليمين أولى من ابطالها .

❖ مسألة ❖

ذكر الفاضل علي حيدر افندي في شرحه ان اللفظ اذا عمل ودار الأمر بين عمله على التأسيس او التأكيد ، فالتأسيس أولى . وهو كذلك . لكن علة بأن في التأكيد افعال اللفظ عما وضع له في الجملة . وهذا التعليل غير مسلم . لأن حمل اللفظ او الكلام الثاني على معنى الأول في التأكيد ، او على معنى جديد في التأسيس ، قد يكون باعتبار حقيقته ، وقد يكون باعتبار مجازه في الجهتين ، فهذا منوط بمواضع الكلام ليس إلا . فلا وجه لكون التأكيد خاصةً يقتضي تغيير اللفظ عن وضعه في الجملة . انما العلة القادحة في الاولوية عند عدم قربته مرجحة هي تجديد معنى آخر في التأسيس لا التأكيد وما اتى به من المثاليين منظور فيه : اما المثال الأول ، وهو ما لو كتب صكاً واشهد عليه بدون بيان السبب ، ثم كتب صكاً آخر واشهد عليه ايضاً بدون بيان السبب ، انما لزمه المألان ، لأن تحرير الصككين بمنزلة اختلاف السبب كما في المادة (١٦٢٢) وفي التنوير وشرحه الدر المختار من الاقرار

واما المثال الثاني ، وهو ما لو قال لزوجته المدخول بها انت طالق طالق طالق ، انما وقع الثلاث ، لأن في دعواه التأكيد تخفيفاً عليه ، فلا يصدق لأنه رجوع ، فقدر .

المادة ٦١ - اذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز

لأن المجاز خلف عن الحقيقة اي فرع لها بمعنى ان الحقيقة هي الأصل الراجح المقدم في الاعتبار ، وانما الخلاف بين الأمام وصاحبيه في جهة الخلفية فعنده خلف في التكلم ، وعندها في الحكم ، ودليل كل مسطور في محله - فحيث كان المجاز خلفاً ، فإن امكنا ولم يوجد مرجح تتعين الحقيقة . فيتعين الوطاء - وهو المعنى الحقيقي عندنا - للنكاح ، دون المعنى المجازي - وهو العقد - من قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم) فحرم منية الأب على فروع هذا النص . واما حرمة العقود له عليها عقداً صحيحاً فبالاجماع .

ولكون الحقيقة هي الأصل متى امكنت ، لو قال لعبد له يولد مثله لثله معروف النسب من الغير « هذا ابني » عتق وامه ام ولده ، فيصدق في حق نفسه لا في ابطال نسبه من الغير (تحرير) .

وقد تقدم في المادة (١٢) عند بيان الحقيقة والمجاز ، ان اللفظ المستعمل في معناه المجازي لا بد فيه من قرينة مانعة عن ارادة المعنى الحقيقي . فمن جملة القرائن ، تمذر الحقيقي - فلو وقف على ولده ، فإن كان له ولد صلي بصرف اليه ، لأنه الحقيقة ، والا فلولد ولده - وهو المجاز - لتمذر الحقيقة .

ومن التعذر - كما في التحرير - ما لو حلف لا يأكل من هذه القدر ، فلما يحاها ، تجوزاً باسم المحل عن الحال .

وقد يكون التعذر شرعياً لا عقلياً كالنكاح ، فإنه لغة حقيقة في الوطاء مجاز في العقد ، كما تقدم - فلو قال لأجنبية « ان نكحتك فكذا » ينصرف الى المجاز - وهو العقد - دون الوطاء لحرمة وطاء الأجنبية . ولو قال هذا لزوجه ، يحمل على المعنى الحقيقي وهو الوطاء حتى لو ابانها ثم تزوجها لا يحنث ، ما لم يطاها .

وكالتوكيل بالحصومة ، المعنى الحقيقي مهجور شرعاً ، لأن الحصومة هي

المنازعة ، وهي حرام بقوله تعالى (ولا تنازعوا) والمهجور شرعاً كالمهجور عادة ، لأن العقل والدين مانعان من الإقدام عليه فيحمل على المجاز ، وهو الجواب مطلقاً اقراراً كان او انكاراً ، لأنها سببه . فكان اطلاقاً لاسم السبب على المسبب ، او المقيد على المطلق . راجع المادتين ١٥١٧ و ١٥١٨ .

ومثله لو حلف لينكح اجنبية فيحمل على المجاز - وهو العقد - ولا يحث بالزنا الابنية المعنى الحقيقي ، وهو الوطء .

وقد تمذر الحقيقة بكونها مهجورة في عرف الناس ، كما لو حلف لا يأكل من هذا الدقيق ، فلي ما يتخذ منه كالحبز والعصيدة ، ولا يحث بأكل عينه (نسفى على النار) قال هناك : وبصير ذلك المجران بمنزلة الاستثناء ، وهذا لأن المستثنى غير مراد في الكلام فصار المهجور ، من حيث هو خارج عن الارادة ، كأنه استثناء من كلامه ، حتى لا يحث لو حلف لا يسكن هذه الدار وانتقل اى باثر الانتقال من ساعته ، وان وجد السكنى حقيقة ، لأن ذلك المقدار من السكنى مستثنى من هذه اليمين ، لعلمنا ان الحالف انما يمنع نفسه يمينه عما في وسعه ، دون ما ليس في وسعه ، لأن ما ليس في وسعه ممنوع فلا يمنع نفسه عنه باليمين التي شرعت للمنع . فصار هذا القدر من السكنى خارجاً بدليل في الحالف ، فكانه قال لا اسكن هذه الدار الا زمان الانتقال .

ومن المهجور عادة ما لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان ، يحمل على مطلق الدخول ، حافياً او متعللاً او راكباً ، فهو من باب عموم المجاز . حتى لو وضع قدمه في الدار وهو خارج البيت لا يحث ، لأن المعنى الحقيقي مهجور عادة .

واعلم ان المتعسر حكمه كالتعذر في اصطلاح الفقهاء . مثاله : لو حلف لا يأكل من هذه الشجرة ، وكانت مما لا يؤكل عينها كقصب السكر ، ينظر : فان كان لها ثمر كالخلة ، فلي ما يخرج من الماء كولا بلا كثير صنع كقطعها وبسرها وجارها لا ناطفها وبيذها ، لأن ما توقف على الصنع ليس مما خرج مطلقاً ، فيكون تجوزاً باسم السبب - وهو الشجرة - عن المسبب - وهو الخارج . وان لم يكن لها ثمر فليثمنها . فيحث بأكل ما اشتراه به ، حتى لو تكلف الأكل من عينها لا يحث .

* تمة *

ينقسم كل من الحقيقة والمجاز ، باعتبار ظهور المراد وتبادره عند الاطلاق لغلبة استعماله ، وباعتبار عدمه ، الى صريح . ثبت حكمه الشرعي بلا بينة ، والى كناية ، وهي عند الاصوليين ما استتر المراد منه في نفسه ، لا يثبت حكمه الشرعي الا بينة او ما يقوم مقامها .

فمن اقسام الصريح الظاهر والنص والمفسر والمحكم والمشارك اذا اشتهر في احد معنييه ، وكذا المجاز اذا غلب استعماله وهجرت حقيقته ، فهو صريح بالاتفاق - ومع عدم هجرها هو صريح عنده لا عندهما .

ومن اقسام الكناية الخفي والمشكل والمجاز غير المشتهر . فلو اراد التكلم بلفظ « سبحان الله » او « اسقني الماء » مثلاً ، وجرى على لسانه غلطاً « انت حر » او « انت طالق » ثبت العتق والطلاق بدون النية ، لأنه صريح - ولو صرف الصريح قصداً لغير معناه ، بأن قال انت طالق ، ونوى من وثاق مثلاً ، يثبت الطلاق قضاء لا ديانة (تحريم لمخصاً) قال : ومقتضى النظر ثبوته قضاء لا ديانة في اللفظ ايضاً اهـ .

* تنبيه *

الكناية هنا هي المقابلة للصريح ، وهي كما علمت تكون في الحقيقة والمجاز . واما الألفاظ المذكورة في الطلاق ، وهي المبر عنها بكنايات الطلاق ، فإن المراد بها الألفاظ التي لم توضع للطلاق ، بل تحتمله وغيره (رد مختار) - وعن هذا قال في التحرير : اضافتها الى الطلاق مجازية ، ووجه المجازية ان المفهوم من كنايات الطلاق انها كناية عنه ، وليس كذلك ، والا وقع الطلاق بها رجعياً مطلقاً ، وليس كذلك ، بل بعضها رجعي .

* فائدة *

الحكمة في ان النية لها اعتبار في الديانة دون القضاء ، ما اورده في المستصفي ، وهو ان الحكم لله تعالى على الاطلاق في املاك العباد وفي احكام الشرع . وقد

حكم جل وعلا في املاك العباد بأن علق احكامها حصولاً وزوالاً بالألفاظ دون الارادات المجردة . واما احكام الشرع فثبوتها ليس معلقاً بالألفاظ ، بل بكل ما دل على رضي الشارع وادارته من قرينة ودلالة ، وان لم يكن لفظاً ، بدليل انه لو باع مال تاجر بمشهد منه بأضعاف ثمنه ، فاستبشر وظهر اثر الفرح عليه ، اي ولم يصدر منه فعل ينوب عن اللفظ كقبض الثمن وطلبه ، لم ينفذ البيع ، الا بتلفظه بإذن سابق او اجازة لاحقة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى . بخلاف احكام الشرع ، فانه لو جرى بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فعل فسكت عليه ، دل سكوته على رضاه ، وثبت الحكم به . بل ضيق الشرع تصرفات العباد حتى لم تحصل احكامها بكل لفظ ، بل ببعض الألفاظ ، فقد اوقع الطلاق بلفظ العتق ، ولم يوقع العتق بلفظ الطلاق . وصح عقد الاجارة بلفظ آجرتك الدار ، مع تضمنه بيع المنافع ، ولم يصحها بلفظ بتك منافعها ، كما نصوا عليه في الاجارة - فلمن من هذا ان النية لها تأثير ديانة لا قضاء - فإن قلت : قد وجد في بعض المواضع ان النية كما لها تأثير ديانة لها تأثير قضاء ، فيما لو اضاف التحريم الى الأنواع كلها بقوله « كل حلال علي حرام » ففي البدائع هذا اللفظ ان لم تحضره نية بصرف للطعام والشراب . وان نوى شيئاً بعينه دون غيره ، بأن نوى الطعام خاصة او الشراب خاصة او اللباس خاصة او امرأته خاصة ، فهو على ما نوى ديانة وقضاء . فيكون هذا نقضاً على ما اورده في المستصنى - الجواب :

قال هناك في بحث الإيلاء ، فإن اضاف التحريم الى الأنواع كلها بأن قال (كل حلال علي حرام) فان لم تكن له نية ، فهو على الطعام والشراب خاصة استحساناً . والقياس ان يحنث عقيب كلامه ، وهو قول زفر . وجه القياس ان اللفظ خرج مخرج العموم فيتناول كل حلال . وكما فرغ عن يمينه لا يخلو عن نوع حلال يوجد منه ، فيحنث . ووجه الاستحسان ان هذا عام لا يمكن العمل بهومه لأنه لا يمكن حمله على كل مباح من فتح عينه وغض بصره وتنفسه وغيرها من حركاته وسكناته المباحة ، لأنه لا يمكنه الامتناع عنه ، والماعقل لا يقصد يمينه منع نفسه عملاً لا يمكنه الامتناع عنه ، فلم يمكن العمل بعموم هذا اللفظ ، فيحمل على الخصوص وهو الطعام والشراب باعتبار العرف والمادة ، لأن هذا اللفظ مستعمل

فيهما في العرف . ونظيره قوله تعالى (لا يستوى اصحاب النار واصحاب الجنة)
انه لما لم يمكن العمل بعمومه لثبوت المساواة بين المسلم والكافر في اشياء كثيرة ،
حمل على الخصوص وهو نفي المساواة في العمل في الدنيا ، او في الجزاء في الآخرة .
كذا هذا - فان نوى مع ذلك اللباس او امرأته فالتحريم واقع على جميع ذلك ،
واي شيء من ذلك فعل وحده لزمته الكفارة ، لأن اللفظ صالح لتناول كل
المباحات وانما حملناه على الطعام والشراب بدليل العرف ، فاذا نوى شيئاً زائداً
على المتعارف ، فقد نوى ما يمتثله لفظه وفيه تشديد على نفسه فيقبل قوله . فاذا
نوى شيئاً بعينه دون غيره بأن نوى الطعام خاصة او الشراب خاصة او امرأته
خاصة فهو على ما نوى قضاء وديانة ، لما ذكرنا ان هذا اللفظ متروك العمل بظاهر
عمومه ، ومثله يحتمل على الخصوص . فاذا قال اردت واحداً بعينه دون غيره ،
فقد ترك ظاهر لفظه هو متروك الظاهر ، فلم يوجد منه العدول ، فيصدق . وان
قال « كل حل على حرام » ونوى امرأته كان عليها وعلى الطعام والشراب ، لأن
الطعام والشراب دخلا تحت ظاهر اللفظ ولم ينفها بيته فبقيا داخلين تحت اللفظ
بخلاف الفصل الأول ، لأنه هناك نوى امرأته خاصة ، ونفي الطعام والشراب
بيته ، فلم يدخل . وهنالك ينف الطعام والشراب بيته ، وقد دخلا تحت اللفظ ،
فبقيا كذلك ، ما لم ينفيا بالنية .

والحاصل ان النية انما عملت قضاء في هذا اللفظ لانه لما لم يمكن العمل بعمومه
ترك ظاهره ، فصار له ان يصرفه لاي شيء اراده ، فلم يوجد منه العدول ، فيصدق

* مسألة *

اذا كان اللفظ يستعمل تارة في حقيقته وتارة في مجازه ، لكن الاغلب
استعماله في مجازه ، فالعبرة للحقيقة عند الامام ابي حنيفة . وقالوا المجاز اولى .
فهما جملا غلبة الاستعمال مرجحاً ، وهو لم يعتبره مرجحاً ، لكون العلة لا ترجح
بالزيادة من جنسها ، ككثرة الشهود ، فكافاً بالاعتبار ، ثم ترجح الحقيقة لرجحانها
مثاله : حلف لا يشرب من الفرات او لا يأكل من الخنطة ، بنصرف اليمين عنده
الى الحقيقة وهي الكرع بالشراب من مائه والى اكل عين الخنطة ، فلا يبحث لو

شرب اغترافاً بيده او بإناء ، ولا بأكل الخبز التخذ من الخنطة . وعندهما انصرفت
اليمين الى شرب مائه ، والى الخنطة وما يتخذ منها ، فيحنت بالشرب من مائه بأي
صورة كانت ، وبأكل عين الخنطة او ما يتخذ منها ، فيحنت بالشرب من مائه
بأي صورة كانت ، وبأكل عين الخنطة او ما يتخذ منها بعموم المجاز ، لأن ذلك
أكثر استعمالاً وتعارفاً . فان قيل يرد على قول الإمام ان العادة في الخنطة أكل
خبزها ، وهذا يقتضى ان يكون الحنث مختصاً بأكل ما يتخذ منها لا بغيرها ، اذ
العرف العملي مخصص ، أجيب : بأن الخلاف في غير الخنطة المعينة ، اما فيها كلاً
آكل من هذه الخنطة ، فقوله كقولها . (تحرير لمختصاً)
وقد يتعذر كل من المجاز والحقيقة ، فلا يصح استعمال واحدٍ منهما ، وحينئذ
يكون الكلام لقواً ، واليه يشير في المادة بعدها .

المادة ٦٢ - اذا تعذر اعمال الكلام بهمل . يعني انه اذا لم
يمكن حمل الكلام على معنى حقيقي او مجازي أهمل .

تقدم انه اذا تعذرت الحقيقة بصار الى المجاز ، محافظة على اعمال الكلام .
وذكر هنا انه اذا تعذر المجاز ايضاً ، فبالضرورة يكون الكلام مهملًا ، لأن
الكلام لا يخلو عن احدهما .

ولا يخفى ان وقوع الكلام مهملًا لا ينحصر في تعذر كونه حقيقة او مجازاً ،
بل قد يكون في غير ذلك . كما اذا أطلق لفظاً مشتركاً بين معنيين استويا في عدم
وجود مرجع لأحدهما على الآخر ، كما لو اوصى لمواليه وله معتق (بالكسر) ومعتق
(بالتفتح) : بطلت الوصية لصحة اطلاق هذا اللفظ عليهما ، مع اختلاف المعاني والمقاصد
- فالوصية للأعلى تكون مكافأة على الاحسان بالعق ، وللأسفل لزيادة الانعام
فتفسير الفقرة بقوله « يعني . . . الخ » ليس للحصر ، بل على طريق المثال ، اذ
للإهمال « طروق شتى - منها : كما في المادة تعذر ارادة كل من المعنى الحقيقي
والمجازي ، كما في قوله لزوجه الأ كبر منه سناً المعروفة النسب من الغير « هذه

بني» وقد مر توجيهه في شرح المادة ٦٠ فارجع اليها .
ومنها اللفظ المشترك بين معنيين لا يوجد مرجح لأحدهما على الآخر . ومنها
تعذر صحته شرعاً كما لو قال لأحدى زوجتيه « انت طالق اربعاً » فقالت الثلاث
تكفيني ، فقال اوقمت الزيادة على فلانة ، لا يقع على الأخرى شيء (اشباه عن
الحاقية) وتقدم في شرح المادة (٦٠) .

و يدخل تحت هذا كل دعوى غير صحيحة بشأن ادعى على آخر ما يستحيل
وجوده عقلاً أو عادةً . كما لو ادعى احدٌ في حق من هو اكبر منه سنّاً او معروف
النسب من الغير انه ابنه ، فهو لغو لظهور كذبه عقلاً او شرعاً انظر المادة ١٦٢٩
— او جاء بدعوى يكذبها الحس : كما لو ادعى صحيح اليدين على آخر انه قطع
يده و يطلب منه الدية . ومثله الاقرار ، فلو قال قطعت يدك و بداء صحيحتان وقع
الكلام لغواً .

كذلك المريض لا يصح اقراره لو ارثه بدين او عين ، ولا الوصية له . والمعنى
فيه انه اثر بعض الورثة بشيء من ماله ، وقد تعلق حقهم به بالمرض ، فكان متهاً
بهذا الاقرار . ولهذا ان اجازوا بعمل بكلامه ولا يهمل (مبسوط) — وفيه : ولو
اقر المريض بدين لو ارثه ولا جنبي ، فاقراره باطل ، لما فيه من منفعة الوارث .
فان ما يحصل للأجنبي بهذا الاقرار يشاركه الوارث فيه . بخلاف ما لو اوصى
لوارثه ولا جنبي ، فان الوصية تصح في نصيب الأجنبي لأن ذلك انشاء عقد ، فاذا
صحناه لم ينتفع به الوارث . والاقرار اخبار بدين مشترك بينها ، فاذا صحناه
في نصيب الأجنبي انتفع الوارث بالمشاركة معه في ذلك .

كذلك الوارث لو اقر لوارث غيره بزيادة حصة من الارث بأن قال حصتي
الارثية من ابي الثلث ، وحصة اخي الثلثان ، او اسقط حقه له كلياً ، لا يصح ،
لأن الارث جبري لا يسقط بالاستقاط .

ومثله لو قال مستحقٌ في ربيع وقف « جملت ما استحقه لفلان » لا يصح ،
لأنه ليس له ولاية الجمل لغيره ، لما فيه من مخالفة شرط الواقف . بخلاف ما لو اقر
بالربيع لغيره ، فانه يصح في حق نفسه لا يمكن تصحيحه حملاً على ان الواقف هو
الذي جعل ذلك للمقر له (در مختار ورد المختار)

كذلك المرأة لو اقر لها زوجها بدين عن نفقة مدة مضت ، ولم تكن لزمته
بتراضٍ بينها ولا بقضاء قاضٍ ، او اقر لها بدين عن نفقة في مدة نشوزها وعدم
انقيادها لزوجها ، وهي معترفة بعدم التراضي والقضاء والنشوز ، لا يلزمه شيء ويحمل
كلامه ، لأن الشرع لم يلزم الزوج بنفقة الناشئة ، وجعل النفقة عن الماضي ،
الا ان يكون عن تراضٍ او قضاء قاضٍ .

فن هذه الفروع يظهر لك ان اهمال الكلام فيها لم يكن عن تمذر الحقيقة
والجواز ، ولا عن وجود لفظ مشترك ، بل لما يترتب على اعماله من مصادمة الشرع
والفرق بينه وبين ما تمذرت حقيقته ومجازه ان ذلك كلام غير معقول ،
لأن ما لا يصلح حقيقة ولا مجازاً يحمل ضرورة . وهذا معقول معني ، لكنه
مردود بمقتضى الشرع .

* لاحقة *

علم من هذه المادة والمادتين قبلها انه يصح كلام العاقل بقدر الامكان صيانة
عن الاهمال . لكن لقاتل ان يقول هل للامكان درجة يوقف عليها ، ام يشمل
لتصحيحه بأي وجه كان ، ولو بتقدير حذف في كلامه ؟ - حتى لو قال المريض
لمرور النسب من الغير انت ابني ، تكلف لتصحيحه بمحذوف مقدر : اي يعطي
مثل نصيب ابني ، فيكون وصية ويصان عن الاهمال ؟ -

فاعلم ان تصحيح كلام العاقل قد يكون بالحمل على المجاز لعلاقة المشابهة الخاصة
او غيرها من علاقات المجاز المرسل ، وقد مرت امثلتها في فروع المادة (١٢) وقد
يكون بحمله على التجوز بالحذف يدل عليه عدم صلاحية الكلام للمعنى الحقيقي ،
كقوله تعالى (واسئل القرية) اي اهلها . وقوله صلى الله عليه وسلم (رفع عن
امتي الخطأ والنسيان) اي حكمها ، وهو المقاب في الآخرة . والا يلزم الكذب في
كلام المصوم لو وقعها من امته - لكن هذا التجوز ما ورد في لغة العرب استعماله
في كل موضع ، فلا يقال مل البساط والقنديل والكوز ، فهذا المقدر استدعاه
صدق الكلام .

وقد يكون المحذوف مقتضى اقتضاه حكم شرعي لزم الكلام كقوله « اعتق

عبدك عني بألف « فهذا الكلام لزمه شرعاً حكمٌ وهو صحة العتق عن الأمر ،
وسقوط الكفارة عنه ان نوى ، فيقتضى سبق وجود الملك للأمر في العبد .
والملك يقتضي سبباً وهو البيع ، فيكون التقدير : بع عبدك بألف ثم اعتقه عني .
توضح من هذا التمهيد ان تصحيح الكلام واعماله يكون باحدى تلك الطرق ،
لا كيفما كان ، والا لساغ لكل احد ان يقول اردت بكلامي كذا ، لمعنى لا يصلح
له اللفظ لا مجازاً ولا حرفاً ولا اقتضاً ، فتحتمل بذلك المعاملات وتضيق الحقوق .

المادة ٦٢ - ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله

هذه المادة متفرعة على مادة اعمال الكلام اولى من امماله اي فاذا كان
الاعمال اولى ، فكل ما لا يقبل التجزئة ذكر بعضه في الحكم كذكر كله . اذ لا
يخلو اما ان يجعل ذكر البعض كذكر الكل فيصمّل الكلام ، او لا يجعل فيهمل .
لكن الاعمال اولى من الاممال ، قلنا بعدم التجزأ .
وعدم التجزأ يكون في نحو الطلاق والتعاصم والكفالة بالنفس والشفعة
وصاية الأب والولاية .

واما في مثل الملك لو قال بمتك نصف دارى او ربها ، فيجوز التجزأ ،
وليس ذكر بعضها كذكر كلها .

اما الطلاق ، فلو قال لزوجته طلقتك نصف تطلقه او ربع تطلقه ، تقع
واحدة رجعية ، وذكر النصف او الربع كذكر الكل ، لأن الطلاق لا يقبل
التجزأ . اذ لا يكون المحل الواحد نصفه على الشيوع حلالاً ونصفه حراماً . قال
في التنوير : وجزء التطلق تطلقه لمدم التجزأ - لكن اذا وقع الجزء مستثنى
في الكلام ، فهو لغو ، لقوله في اواخر باب التعليق : اخراج بعض التطلق لغو
بخلاف ابقاعه . فلو قال انت طالق ثلاثاً الا نصف تطلقه وقع الثلاث . وجهه
كما في المبسوط ان الايقاع انما لا يتجزأ لمعنى في الموقع ، وذلك لا يوجد في
الاستثناء ، فيتجزأ فيه . واذا كان المستثنى نصف تطلقه ، صار كلامه عبارة عن

تطبيقه ونصف ، فيكون ثلاثاً . وهكذا في رد المختار عن الفتح ، وهو قول محمد .
وعند الثاني : الطلاق كما لا يجرأ في الإيقاع ، لا بتجزأ في الاستثناء ، فكأنه
قال « الآ واحدة » فيقع ثنتان . والمختار قول محمد ، واقره العلاءي .
واما الكفالة بالنفس فتعقد كما في التنوير وغيره بجزء شائع نحو كفلت لك
بنصفه او ربه ، لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ بأن يكون بعضها
مكفولاً وبعضها غير مكفول . واما الواضف الكفيل الجزء الى نفسه ، كقوله
كفلت لك ربي او نصفي ، فلا تعقد ، فتكون في هذه الصورة خارجة اه
فلينظر الفرق .

واما القصاص ، فكذلك لا بتجزأ ، لما في البدائع وغيره : لو كان ولي المقتول
واحداً فمنا عن بعض القصاص ، سقط لعدم تصور استيفاء بعضه دون بعض -
ولا ينقلب مالاً عندنا ، لأن حق الولي في القصاص لا غير ، الا ان يكون
العفو صلحاً يبدل ، او كان للمقتول وليان او اكثر فعنا اخدم ، سقط القصاص
وينقلب مالا في حق من لم يمف . فلو تعددت وريثة المقتول وعفا اخدم مجانا ،
سقط حقه من الدية الشرعية ، ويقسم الباقي عليهم بحسب الارث . هذا اذا كان
القصاص واحداً . وان كان اكثر ، كأن قتل رجلان واحداً ، فان عفا عنها
سقط القصاص اصلاً لما ذكرنا . وان عفا عن احدهما سقط القصاص عنه ، وله ان
يقتل الآخر ، لأنه استحق على كل منهما قصاصاً كاملاً ، والعفو عن احدهما لا
يوجب العفو عن الآخر . ثم هذا اذا كان القصاص الواحد مشتركاً فعنا البعض .
فاما اذا وجب لكل واحد قصاص كامل على القاتل ، بأن قتل واحد رجلين ،
فعفا احدهما عن القاتل ، لا يسقط حق الآخر ، لأن كل واحد منهما استحق على
القاتل قصاصاً كاملاً ، ولا استعالة في ذلك ، لأن القتل ليس تفويت الحياة
ليقال ان الحيوة الواحدة لا يتصور تفويتها من اثنين ، بل هو اسم لفعل مؤثر في
فوات الحياة عادة ، وهذا يتصور من كل واحد منهما في محل واحد على الكمال .
ففو احدهما عن حقه - وهو القصاص - لا يؤثر في حق صاحبه ، بخلاف القصاص
الواحد المشترك .

واما الشفعة فقد صرحوا بأن الشفيع اذا سلم الشفعة في النصف ، بطلت في

الكل ، لعدم تجزئتها . وعلاها في المبسوط بأن حق الشفعة لا يتجزأ ثبوتاً واستيفاءً ، فلا يتجزأ اسقاطاً اه . وفي البدائع : اما البطلان في النصف الأول فلا أنه اسقطه واما في النصف الثاني ، فثلاً بصير تنريق الصفقة على المشتري ، فبطلت شفته في الكل اه .

يقول الضعيف : استفيد من هذا وما تقدم ان الحكم قد لا يتجزأ لعدم امكان تجزئه عقلاً كالتقاص والطلاق والكفالة بالنفس على ما مر - وقد لا يتجزأ لا لعدم الامكان ، بل لحق الغير ، كزوم الضرر على المشتري بتفريق الصفقة . لكن اذا رضى المشتري بذلك ، زال المانع من تجزأ اسقاطها . فلعل تعليل صاحب المبسوط اقوى دفماً لهذا الإشكال . ولا يرد ما نصوا عليه : لو اشترى رجلان من رجل داراً ، بأن للشفيع اخذ نصيب احدهما دون الآخر ، لأن الصفقة حصلت متفرقة وقت وجودها .

واما وصاية الأب فكذلك لا تتجزأ ، لما في الفتاوي الهندية من القسمة : واذا جعل القاضي وصياً لیتيم في كل شيء ، فقام عليه في العقار والعروض جاز . ولو جعله وصياً في النفقة او في حفظ شيء ، بعينه ، لا يجوز . وهذا بخلاف وصي الأب اذا جعله الأب وصياً في شيء خاص ، فانه بصير وصياً في الاشياء كلها - كذا في المحيط .

ونظير الوصاية الولاية ، لما في المبسوط من كتاب الشفعة ، في معرض ان للشفيع ان يأخذ الدار بالشفعة من البائع وان كان وكيلاً لغائب او وصياً لميت ، حيث قال : وكذلك ان كان البائع وصياً للميت ، لأن الورثة ان كانوا كباراً كلهم ، وليس على الميت دين ، ولم يوص بشيء ، تباع فيه الدار حتى يتقد ذلك ، لم يجوز بيع الوصي لأن الملك للورثة ، وهم متمكنون من النظر بأنفسهم . وان كان فيهم صبي صغير ، جاز بيع الوصي في جميع الدار . وكذلك ان كان عليه دين او اوصى بوصية من ثمن الدار ، وهو استحسن ذهب اليه الامام ابو حنيفة رحمه الله تعالى . وفي القياس لا يجوز بيعه الا في نصيب الصغير خاصة ، او بقدر الدين والوصية ، اعتباراً للبعض بالكل . ولكن استحسن ابو حنيفة فاعتبر الولاية بالوصاية لا تتجزأ . فاذا ثبت في بعض الدار ، ثبت في كلها . وفي بيع الكل

منفعة لجميع الورثة ، فالجمل تشتري بما لا يشتري به الأشخاص .
واما الاذن للمبد في التجارة فكذلك لا يتجزأ ، لأن الاذن فك الحجر عنه
وهو لا يتجزأ . فلو اذن له مولاه في نوع منها ، عم جميع الأنواع (تنوير) .
هذه القاعدة مذكورة في جمع الدقائق والأشباه وتأسيس النظر بقوله ان ما
لا يتجزأ ، فوجود بعضه كوجود كله . وعند زفر لا يكون ذكر بعضه كوجود
كله . وعلى هذا مسائل ، منها : ان من تزوج امرأة على خمسة دراهم فقة ، يكمل
لها عشرة دراهم ، وصار ذكر بعض العشرة كذكر كلها ، لأن العشرة في باب
المهر لا يتجزأ . وعند زفر للمهر المثل ، فصار كأنه تزوجها ولم يسم لها مهر مثلها .
كذا هذا . ومنها : ان من اوجب على نفسه ركعة ، لزمه ان يعطي ركعتين ،
لأن ذلك لا يتبعض ، فذكر احدهما كذكر كليهما - وعند زفر لا يلزمه شيء ،
لأن الركعة الواحدة ليست بصلوة ، فلا يجعل ذكر الركعة كذكر الركعتين
ومنها انت طالق اذا حضت نصف حيضة ، لم يقع الطلاق ، ما لم تحض
حيضة كاملة ، لأنها لا تتجزأ . فذكر بعضها كذكر كلها - وعند زفر اذا
رأت الدم خمسة ايام وقع الطلاق ، ولا يجعل ذكر بعضها كذكر كلها على ما هو
اصله . الى غير ذلك من المسائل ، فارجع اليه .

المادة ٦٤ - المطلق مجري على اطلاقه ، اذ لم يقم دليل التقييد نصاً او دلالة .

اعلم اولاً ان كلاً من المطلق والتقييد قسمان من الخاص المقابل للعام ، وهو
المختار (مرآة الاصول) . وذلك لأن الخاص هو اللفظ الموضوع لمعنى معلوم
على الانفراد . ويقابله العام ، وهو الموضوع لمعنى معلوم على الشمول والاستفراق
وهو في اصطلاح الاصوليين والفقهاء ، اما خصوص الجنس كأنسان ، او خصوص
النوع كرجل ، او خصوص العين اي الشخص كزيد .
فالجنس عند الفقهاء هو المقول على كثيرين مختلفين بالأعراض دون الحقائق

فإن الانسان يشمل الرجل والمرأة ، وهما وان اتفقا في الحقيقة ، لكن لاختلافهما في الأعراض والمقاصد ، يسمى ما فوقهما - وهو الانسان - جنساً .
والرجل نظير خاص النوع فإنه مقولٌ على كثيرين متفقين بالأعراض ، وتحت الأخص ، كزيد الشخص ، فإنه لا يحتمل الشركة الا اذا تعدد وضعه لأكثر من واحد . فاصطلاح الشرع يعتبر التفاوت في الأعراض ، بمنزلة التفاوت في الحقائق . فماتفاوتت فيها افراده بسمونه جنساً ، وان اتفقت الحقيقة .
وهو خلاف اصطلاح الميزانيين القائلين بأن الانسان نوع الانواع ، ولا نوع بعده . فلي جعلهم الانسان جنساً للرجل والمرأة بسبب اختلاف المقاصد ونحو التفاوت بين الذكر والأنثى ، قالوا : لو اشترى عبداً فظهر انه امة ، لا يتعقد البيع لاختلافها في الجنس . ولو كان اختلافها في النوع لانعقد البيع ، لأن الاختلاف في ذلك في النوع لا يمنع الانعقاد - بخلاف البهائم ، لعدم فحش التفاوت فيها بين الذكر والأنثى .

فحيث ان الخاص هو ما وضع لمعنى واحدٍ وحدةً جنسيةً او نوعيةً او حقيقةً على الانفراد لا الشمول ، ظهر لك ان المعلق قسمٌ منه . وحدةً ، كما في المرأة : هو اللفظ الشائع في جنسه بلا شمول ولا تعيين . فمعنى « الشيوخ » في جنسه ، انه محتمل لحصص كثيرة ، فنخرج اقسام المعارف . ومعنى « بلا شمول » انه لا يدل على الشمول والاحاطة ، بل على فردٍ مطلق مثل (ان تدبجوا بقرة) . فنخرج العام لدلالته على الشمول ، مثل (وما من دابة في الارض) لوقوع النكرة في سياق النفي . ومعنى « بلا تعيين » انه لا يدل على التعيين والتخصيص ببعض المراد ، فنخرج المقيد لأنه خارجٌ عن الشيوخ بوجهٍ ما اي بالدلالة على تعيين الأوصاف .

وعن هذا عرف بعضهم المطلق بأنه « اللفظ الدال على الذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالاثبات » . والمقيد بأنه اللفظ الدال على الذات بصفة زائدة .

❖ مسألة ❖

في المستصفي : اسم الفرد ، وان لم يكن على صيغة الجمع ، يفيد فائدة العموم

في ثلاثة مواضع :

الأول ان يدخل عليه الألف واللام ، كقوله عليه السلام (لا تبموا البر بالبر) .

الثاني النبي في النكرة ، لأن النكرة في النبي تعم ، كقولاك « ما رأيت رجلاً » لأن النبي لا خصوص له ، بل هو مطلق . فاذا اضيف الى منكر لم يتخصص — بخلاف قولك (رأيت رجلاً) فإنه اثبات ، والاثبات يتخصص في الوجود ، فاذا اخبر عنه لم يتصور عمومته . واذا اضيف الى مفرد اختص به .

الثالث ان يضاف اليه امرٌ او مصدر والفعل بعد غير واقع ، بل منتظر ، كقوله « اعتق رقبة » وقوله تعالى (فتحرير رقبة) فإنه ما من رقبة الا وهو ممثل باعتاقها ، والاسم متناول للكلمة ، فنزل منزلة العموم — بخلاف « اعتقت رقبة » فإنه اخبار عن ماضٍ قديم وجوده ، ولا يدخل في الوجود الا فعل خاص ثم اعلم انهم فرقوا بين علم الجنس كأسماء ، واسم الجنس كأسماء ، بأن الأول موضوعٌ للحقيقة المتحدة في النوع ، والثاني للفرد الشائع — فلي هذا لا فرق بين المطلق والنكرة في اطلاق كل منهما على الفرد الشائع ، سوى انه قال في التحرير : بينما عمومٌ وخصوصٌ من وجه ، يجتمعان في مثل (فتحرير رقبة) وتفرد النكرة عن المطلق اذا كانت عامة في سياق نفي او غيره ، وتفرد المطلق عنها اذا كان مقروناً باللام المراد بها الجنس في ضمن فردٍ ما من الحقيقة : فهو نكرةٌ معنى معرفةً لفظاً نحو « ولقد امر على اللثم بسبي » .

فالحاصل ان المطلق يراد به الفرد الشائع سواء كان نكرةً لفظاً ومعنى ، او مبنىً فقط ، بشرط الاطلاق على طريقة الاصوليين من الحنفية ، لا الماهية لا بشرط شيء على طريقة الميزانيين . ويبنى على هذا الاعتبار احكامٌ اصولية ليس هذا محلها .

فيجري المطلق على اطلاقه غير مقيد بشيء من العوارض ، ما لم يقم دليل التقييد نصاً او دلالةً . والمقيد بخلافه ، وهو ان يراد معه قيده الذي تقيده به . فالتقييد نصاً كما في صريح المواد ٥٧١ و ٨١٧ و ٨١٨ و ١٤٢٢ و ١٧٤٩ و ١٤٩٥ مع الفقرة الاستثنائية من المادة ٨٢٦ — والتقسيد دلالة كما في المادتين ١٤٧٢

١٤٨٤ والفقرة الاستثنائية من المادة ٨١٦ . فراجعها .
فلو استأجر خياطاً لخياطة جبة بأجرة معلومة على ان يخيطها بنفسه ، فليس للخياط ان يخيطها بغيره ، وان خاطها بغيره وتلفت فهو ضامن . فالمطلق - وهو خياطة الجبة - تقييد صريحاً بعمل الاجبر خاصة ، فيلزم العمل بموجب التقييد . وعلى هذا بقية المواد

ولما التقييد دلالة فان تكون قرينة تدل على التقييد : كما لو وكل رجلاً ايام الأضحية بأن يشتري له شاة ليضحىها ، فاشترامها له بعد مضي وقتها ، لا تنفذ على الموكل لتقيدها بالزمان دلالة - انظر المادة (١٤٨٤) مع الفقرة الاستثنائية من المادة (٨١٦) فلوا عار رجل دابة اعارة مطلقاً ، فالمستعير له ان يركبها الى حيث شاء في الوقت الذي يريده وانما ليس له ان يذهب بها الى المحل الذي مسافة الذهاب اليه ساعتان في ساعة واحدة . كذلك اذا استعار شخص حجراً في في خان ، كان له ان يسكنها وان يضع فيها ائمة . واما استعمالها بما يخالف العادة ، كأن يشتغل فيها بصنعة الحداد ، فليس له ذلك . اي لأن الاستعمال على هذه الكيفية مخالف للعرف والعادة ، فيتقيد بذلك .

والحاصل ان المطلق الذي لم يقيّد بنص او دلالة يجري على اطلاقه . يفهم ذلك من مراجعة المواد ٥٧٢ و ٨١٩ و ١٤١٤ و ١٤٢٤ و ١٤٨٢ و ١٤٩٤ . فلتراجع .

❖ تنبيه ❖

اعلم ان التقييد الذي يخرج المطلق عن الشبوع بوجه ما ، هو التقييد الذي يكون مفيداً ، فيتقيد به ، ويبقى مطلقاً فيما وراءه ، كالعام اذا خص منه بعضه ، يبقى عاماً فيما وراءه . وان لم يكن مفيداً لا يثبت ، بل يبقى مطلقاً ، لأن ما لا فائدة فيه يلفو ويلحق بالعدم . فلودفع رجل الى آخر مالا مضاربة على ان يعمل به في الكوفة ، فليس له ان يعمل في غير الكوفة . لأن قوله « على » من الفاظ الشرط ، وانه شرط مفيد ، لأن الاماكن تختلف بالرخص والغلاء ، وكذا في السفر خطر ، فيعتبر . ولو دفع اليه على ان يعمل في سوق الكوفة ، فعامل في

الكوفة في غير سوقها ، فهو جائز على المضاربة استحساناً - وجه الاستحسان ان التقييد بسوق الكوفة غير مفيد ، لأن البلد الواحد بمنزلة بقعة واحدة ، فلا فائدة في التعليق بهذا الشرط ، فليغو الشرط (بدائع من المضاربة) . ولو قال له لا نعمل به الا في سوق الكوفة ، فصل في غير سوق الكوفة ، يضمن . لأن قوله « لا نعمل الا في سوق الكوفة » حجر له فلا يجوز تصرفه بعد الحجر . وفي الفصل الاول : ما حجر عليه بل شرط عليه ان يكون عمله في السوق ، والشرط غير مفيد ، فلنا .

وعلى هذا التقييد في حفظ الوديعة ، فإن شرط صاحب الوديعة على المودع شرطاً يمكن اعتباره ويفيد ، اعشبر ، والآ فلا . فاذا امره بالحفظ ، وشرط عليه ان يسكها بيده ليلاً ونهاراً ولا يضعها ، فالشرط باطل حتى لو وضعها في بيته او فيما يحوز فيه ماله عادة فضاقت ، لا ضمان عليه . لأن امساك الوديعة بيده بحيث لا يضعها اصلاً غير مقدور له عادة ، فكان شرطاً لا يمكن مراعاته ، فيلغو (بدائع) - ثم قال : والأصل المحفوظ في هذا الباب ان كل شرط يمكن مراعاته ويفيد ، فهو معتبر وكل شرط لا يعتبر رعابته ولا يفيد ، فهو هدر . انظر المادة (٧٨)

❖ لاحقة ❖

حيث ان المطلق هو الشائع في جنسه على الانفراد من غير شمول ، والمقيد هو الخارج عن الشيوع بسبب قيد كالصفة والاستثناء والشرط ، فاذا وردا لبيان الحكم فهل يجريان على حالهما بأن يترك المطلق على اطلاقه والمقيد على تقييده ، ام يحمل المطلق على المقيد ؟ - عندنا بنظر في الاطلاق والتقييد ان كانا في السبب او الشرط ، او كانا منفيين ، نحو لا تعتق رقبة ولا تعتق كافراً ، فلا حمل عندنا ، خلافاً للشافعية .

مثال السبب قوله عليه السلام في صدقة الفطر « ادوا عن كل حر وعبد » ادوا عن كل حر وعبد من المسلمين - فهنا وجد الاطلاق والتقييد في سبب وجوب الفطرة ، وهو الرأس الذي بعوله ، فيبقى الاطلاق والتقييد على حالهما ،

ويعمل بكل منهما ، ولا يحمل المطلق على المقيد اذ لا تنافي في الأسباب لامكان ان يكون كل من المطلق والمقيد سبباً .

ومثال الشرط « لا نكاح الا بشهود » و « لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل » . وكذا اذا كانا متميزين كما مر مثاله ، لا يحمل لامكان الجمع بأن لا يتفق اصلاً .

وان كان الاطلاق والتقييد في حكم مثبت ، ينظر : فان اتحد الحكم والحادثة يحمل ، والا بأن تعدد الحكم والحادثة ، او اتحد الحكم وتعددت الحادثة ، او تعدد الحكم واتحدت الحادثة ، فلا .

مثال اتحد الحكم والحادثة قراءة العامة في كفارة اليمين (فصيام ثلاثة ايام) مع قراءة ابن مسعود المشهورة (ايام متتابعات) .

ومثال تعدد الحكم والحادثة تقييد الصوم بالتتابع في كفارة القتل ، واطلاق الاطعام في كفارة الظهار .

ومثال اتحد الحكم وتعددت الحادثة قوله تعالى (فحجر رقية) في كفارة الظهار واليمين (ورقبة مؤمنة) في كفارة القتل ، اتحد الحكم - وهو التحرير - واختلفت الحادثة ، اذا القتل حادثة واليمين والظهار حادثة اخرى .

ومثال تعدد الحكم واتحدت الحادثة قوله تعالى (فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتاما) في حادثة الظهار . قيد الحكم - وهو صيام شهرين متتابعين - بأنه قبل الماسة وفي عين الحادثة ذكر حكماً آخر ، وهو اطعام ستين مسكيناً ، بدون هذا القيد .

والحاصل انه لا يحمل المطلق على المقيد عندنا الا في صورة واحدة : وهي ما اذا ورد الاطلاق والتقييد في الحكم ، واتحد الحكم والحادثة ، وكان في الاثبات لا النفي . وفيما عدا ذلك يبقى المطلق على اطلاقه ، ولا يحمل على المقيد ، خلافاً للشافعي في هذا ايضا . قال : اذا اتحد الحكم يحمل المطلق على المقيد مطلقاً ، سواء اتحدت الحادثة او تعددت . هذا ملخص ما في كتب الاصول .

المادة ٦٥ - الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر . مثلاً لو اراد البائع بيع فرسٍ اشهب حاضر في المجلس وقال في ايجابه بعت هذا الفرس الادم و اشار اليه وقبل المشتري صح البيع ولغا وصف الادم . واما لو باع فرساً غائباً وذكر انه اشهب والحال انه ادم لا ينقذ البيع .

الوصف ان تصف الشيء بصفة تميزه عن غيره . والصفة هي الحالة القائمة بذات الموصوف . واللغو الباطل الذي لا حكم له ، ابي ذكره وعدوه سيان . - اعلم ان هذه القاعدة تجري في سائر عقود المبادلة كالبيع والاجارة والنكاح ، يشترط لصحتها معرفة البدلين وانتفاء الجهالة ، وذلك بتمييز الشيء عن غيره بجنسه ونوعه وصفته . ويحصل هذا بالاشارة اليه حساً اذا كانت الشيء حاضراً ، او بالذكر اذا كان غائباً . فاذا كان حاضراً أشاراً اليه ، فالعبرة لتعريفه بالاشارة ، لأن التعريف بها اقوى من التعريف بالوصف ، من حيث انها ترفع الاشتراك واحتمال المجاز في اللفظ - الا اذا ظهر ان ذلك الشيء المسمى جنس آخر ، فلا عبرة حينئذ للاشارة ، لعدم وجود المسمى من اصله ، فيكون الاعتبار للوصف .

مثال ما اذا ذكر الموصوف بجنسه واختلف الوصف لو قال بعتك هذا الفرس الادم ، و اشار اليه في المجلس ، والحال هو اشهب ، صح البيع ونفذ على وجه اللزوم ولغا ذكر الوصف . لأن الأشهب والأدم جنس واحد ليس بينهما الا اختلاف الوصف ، فلا تأثير له مع وجود الاشارة الحسية للجنس ، لأن ذات الموصوف موجود ، والوصف غير موجود بل تابع للذات ، فيلغو .

ومثال ذكر الشيء بخلاف جنسه ما لو قال بعتك هذا الحجر من الالماس بكذا ، وقبل المشتري ، ثم تبين انه زجاج ، فالبيع باطل لظهور ان المشار اليه من جنس آخر . فلا عبرة للاشارة حينئذ بل للجنس المسمى ، اذا القصد يتعلق بما

سماه لا بما اشار اليه . فبسبب اختلاف الجنس كانت التسمية في هذه الصورة اقوى من الاشارة ، لأن التسمية تعين الماهية - من مراجعة المادة ٣١٠ والمادة ٣١٠ والمادة ٢٠٨ يظهر الفرق بينهما .

واما الغائب ، فالاشارة اليه لا تتأني . فاذا ذكر بنوعه وصفته ، ثم ظهر بخلاف تلك الصفة ، فلعدم وجود الاشارة 'يعتبر الوصف . فلو قال بعتك فرمى الأدم ، وهو غائب ، ثم ظهر انه اشهب ، فالمشترى بالخيار : ان شاء فسح البيع وان شاء قبله بكل الثمن ، ويسمى خيار الوصف . وعلى هذا لو باع بقرة على انها حلوب ، فظهرت غير حلوب ، فيخبر المشتري . وكذا لو باع فصاً ليلاً على انه ياقوت احمر ، فاذا هو اصفر ، فيخبر المشتري . كذا في سائر المعتررات .

وقد ظهر مما تقدم ان الغائب اذا ذكر بنوعه وصفته ، ثم ظهر بخلاف تلك الصفة ، ينقذ البيع مع خيار الوصف للمشتري . فقول المجلة في المثال (لا ينقذ البيع) المراد انه لا يلزم ، لا انه باطل . فهو نافذ غير لازم - ففي نكاح البدائع لا منافاة بين النفاذ وعدم الزوم . وله نظائر في الشرع : كالمرأة اذا زوجت نفسها من غير كفوء ، نفذ النكاح لكنه غير لازم . وكالشفيع ، له حق في تملك الدار بالشفعة دفعا للضرر عن نفسه . ثم لو وهب المشتري الدار ، نفذت هبته ، لكنها لا تلزم حتى كان للشفيع حق تقضى الهبة والأخذ بالشفعة .

والخلاصة ان المبيع مثلاً ان كان من جنس المسمى فوصفه وهو مشاراً اليه لغو ، ووصفه غائباً معتبر . وان لم يكن من جنسه فالعبرة للجنس المسمى مطلقاً ، حاضرأشاراً اليه او غائباً .

بقي شيء : وهو ما لوجع بين الملك والاشارة ، كما لو حلف لا يكلم عبد فلان هذا ، او لا ادخل دار فلان هذه ، او لا اركب دابة فلان هذه ، فباع فلان عبده او داره او دابته ، فكلم او دخل او ركب ، هل العبرة للاشارة والاضافة جميعاً ، حتى لو فعل ما ذكر بعد الخروج عن ملكه لم يحث ، ام للاشارة فقط ، فيحث على كل حال ؟ - الامامان الاول والثاني يعتبران الاشارة والاضافة جميعاً وقت الفعل للحث . فما لم يوجد لم يحث . فلو كلم او دخل او ركب بعد الخروج عن الملك لا يحث ، الا ان يعنى عين ذلك الشيء خاصة .

وعند الامام محمد يحنث ، الا ان يعني « مادامت ملكاً لفلان » فمحمد يعتبر
الاشارة دون الاضافة .

هذا في اضافة الملك . واما في اضافة النسبة من الزوجة والصديق ونحوهما ،
فلا يشترط قيام الاضافة وقت الفعل للحنث - بالاجماع ، حتى لو حلف لا يكلم
زوجة فلان هذا ، او صديق فلان هذا ، فبانت زوجته او عادى صدقه
فكلم ، يحنث - .

والفرق على قولها بين اضافة الملك واطافة النسبة ، حيث لا يحنث في الأول
بعد البيع ، و يحنث في الثانية مطلقاً ، ان الخالف لما جمع بين الملك والاشارة لزم
اعتبارهما ما امكن . لأن تصرف العاقل واجب الاعتبار ما امكن ، وامكن اعتبار
الملك مع وجود الاشارة ، لانه باليمين منع نفسه عن مباشرته المحلوف ، والظاهر
ان العاقل لا يمنع نفسه عن شيء منعاً مؤكداً باليمين الا لداعي يدعو اليه . وهذه
الأعيان لا تقصد بالمنع لذاتها ، بل للمعنى في المالك - اما الدار ونحوها فلا شك
فيه وكذا العبد لأنه لا يقصد بالمنع لنفسه لخسته ، وانما يقصد به مولاه وقد
زال يزوال الملك عن المالك وصار كأنه قال « مادمت لفلان ملكاً » - بخلاف
المرأة والصديق لأنها بقصدان بالمنع لا نفسها فتتعلق اليمين بذاتها ، والذات لا
تتبدل بالبينونة والمعادة ، فيحنث . كما اذا حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد
ما صار شيخاً اه (بدائع من الأيمان)

* مسألة *

النقود لا تتعين بالاشارة . فاذا اشترى بهذه الدراهم ، له دفع درهم غيره .
لكن هذا في المعاوضات . وتتعين في غيرها ، كالأمانات والهبة والصدقة والشركة
والمضاربة والنصب (رد مختار) .

المادة ٦٦ - السؤال معاد في الجواب . يعني ان ما قيل في
السؤال المصدق كأن الجيب المصدق قد اقر به .

هذه القاعدة ذكرها الأصوليون ، وهي السؤال معاد في الجواب - معناها
ان الكلام المتمين لأن يكون جواباً لما قبله لهدم استقلاله بنفسه ، او لقرينة
تصرفه الى الجواب ، فسواء كان ما قبله استخباراً او اخباراً او انشاءً ، ووقع
الجواب تصديقاً له ، يكون اقراراً واعترافاً بجميع ما تضمنه الكلام السابق . فلو
ادعى زيد امام القاضي بأن لي على عمرو هذا الف درهم ثمن مبيع فأطلبها ، فقال
القاضي لعمرو هل لهذا عليك ما يدعيه ، فقال نعم ، يكون الجواب بنعم تصديقاً لما
ادعاه . فهو اخبار بجميع ما اخبر به المدعى .

وفي الخاتمة من « فصل فيما يكون اقراراً » ولو ان رجلاً في يده عبد فقال
له رجل استأجره مني ، او ادفع الى غلة عبدي ، فقال الآخر نعم ، كان
ذلك اقراراً .

وقد يكون الجواب من قبيل الاخبار تقريراً لما سبق من انشاء كلام سابق ،
فيمتحن اخباراً عنه لا انشاءً ، لما في البدائع وغيره من الطلاق : قال لامرأته
انت طالق فقال له ما قلت ؟ فقال طلقها ، او قال قلت هي طالق ، فهي واحدة
في القضاء لأن كلامه انصرف الى الاخبار بقرينة الاستخبار . فالكلام السابق
معاد على وجه الاخبار عنه .

وقد يكون الأول والثاني انشاءً ، لكن الثاني مع انه تام بنفسه ، غير خارج
عن الكلام الأول ، بل الأول معاد فيه باعتبار كونه جواباً له . كما لو قال امرئ
بيدك ونوى الثلاث ، فطلقت نفسها ثلاثاً ، او قالت طلقت نفسي ، او اخترت
نفسي ولم تذكر الثلاث ، كان ثلاثاً . لأنها جواب تفويض الثلاث فيكون ثلاثاً
ثم ما تقدم اذا اعتبر ان الكلام الثاني جواب . فلو لم يكن جواباً ، واعتبر
مستقلاً بنفسه ، فلا يكون الكلام السابق معاداً فيه . مثاله على قول الامام

الأعظم : لو قالت ظنني واحدة بألفٍ فقال انت طالق ثلاثاً ، وقع الثلاث مجاناً بغير شي . وجهه ان الثلاث لا تصلح جواباً للواحدة . فإذا قال ثلاثاً فقد عدل عما سئلته ، فصار مبتدأ بالطلاق ، فتقع الثلاث بغير شي .
والصاحبان اعتبرا هذا جواباً وزيادة . لأن في الثلاث ما يصلح جواباً للواحدة ، لأن الواحدة توجد في الثلاث فقد اتى بما سئلته وزيادة . فيلزمها الألف كأنه قال : انت طالق واحدةً واحدةً وواحدةً .

وقد ظهر لك من الأمثلة ان المراد بالسؤال في قاعدة الجملة « السؤال معاد في الجواب » هو مطلق الكلام الواقع في الخطاب ، سواء كان اخباراً او استخباراً او انشاءً . ولقد اصاب شارحها الفاضل علي حيدر افندي حيث قدر معطوفاً اعم على «سؤال» فقال «سؤال وخطاب جوابده عد او لشمس او لور» فلو بلغ احداً خبراً بأن فضولياً باع ماله فقال رضيت او قبلت ، او قيل له هل اجزت ذلك فقال اجزت ، او قال له احدٌ وكلني بالاجازة فقال وكلتك ، فأجاز الوكيل ، صح البيع في الوجوه كلها لوقوعه جواباً ، والسؤال معاد في الجواب .

واعلم ان الفرق بين نعم و بلى ، كما في معنى اللبيب ، ان الجواب بنعم تصديق لما قبلها اثباتاً او نفيًا . فاذا قيل قام زيد فتصديقه نعم ، اي قام . وتكذيبه لا ، اي لم يقم . واذا قيل ما قام زيد فتصديقه نعم ، وتكذيبه بلى فبلى في جواب النفي للاثبات كقوله تعالى (زعم الذين كفروا ان لن يبعثوا قلوبنا لربنا لتبعثن) ولهذا قيل عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما في جواب قوله تعالى (الست بربكم قالوا بلى) لو قالوا نعم لكفروا . اي لأن نعم لتصديق الكلام مثبتاً او منفيًا وبلى لايجاب ما بعد النفي ، استفهاماً كان او خبراً - فان قلت كيف يكون قول ابن عباس في الآية الكريمة (الست بربكم قالوا بلى) لو قالوا نعم لكفروا ، مع قول الشاعر العربي وهو حميد بن زهير :

ليس الله يجمع ام عمرو وايانا فذاك بنا تداني
نعم وترى الهلال كما اراه ويعلموا النهار كما علاني

حيث وقعت « نعم » جواباً لكلام منفي - فلما الجواب عن ذلك يحتاج الى

بمحة بيانه ان الجواب بنعم اذا جاء بعد الاستفهام 'ينظر : ان كان الاستفهام للتقرير كما في الآية الكرمة وجيء بنعم تصديقاً للمعنى المقصود اثباته ، لا يكون الجواب بنعم كسراً - وان لم يرد تصديق المنفي الذي هو بمعنى الاثبات ، بل اريد تصديق المنفي ، يكون كسراً . لكن دفعاً لايهام الكفر بنفي في مثل هذا المقام ان يكون الجواب يبلى التي هي للاثبات في جواب المنفي - كذلك الشاعر مراده تصديق المنفي الذي بمعنى الاثبات ، اي ان الميل كما يدرك ام عمرو يدركه وهذا يعده دنواً منها . فيكون نعم جواباً وتصديقاً لما هو مثبت معنى ، وان كان منفيّاً صورة ؛ لكون الاستفهام للتقرير . ونظيره ما جاء في الحديث الشريف وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم للانصار (الستم ترون ذلك) قالوا نعم .
وقل الحموي على الأشباه ان المعتبر في احكام الشرع العرف ، حتى بقام كل واحد منها مقام الآخر ، خصوصاً وان العامة لا تدرك دقائق العربية .

تبيه

ذكر في الأشباه مسألة : وهي قالت لزوجها احلف علي فقال انت طالق ثلاثاً ان اخذت هذا الشيء ، فقال الزوج انت طالق ثلاثاً ولم يزد ، هل يتضمن الجواب اعادة ما في السؤال فيكون تعليقاً ، او يكون منجزاً ؟ - فقال بل يكون منجزاً .
قال الحموي : تكون المسئلة مستثناة من القاعدة . ثم قال : وينبغي ان يستثنى منها ما لو قالت لزوجها طلقني ولك الف درهم ، فقال طلقتك ولم يقل على الألف التي ذكرت ، فإنه يقع الطلاق مجاناً ولا شيء عليها عند الإمام الأعظم رحمه الله تعالى لأن الطلاق متيقن والألف مشكوك فيها ، اي فابس ثمة ما بصرفها الى الجواب . وعندهما يلزمها الألف . لأن قولها ولك الف درهم سؤال ، وقول الزوج خرج مخرج الجواب ، فيجب عليها الألف - بقول الضعيف : ليست مسألة الأشباه ولا المسئلة التي ذكرها الحموي مستثنيتين ، لأن المعاد في السؤال هو الذي يكون جواباً ، فاذا لم يعتبر جواباً على اصل الإمام ابي حنيفة ، لا تشمله القاعدة حتى يستثنى منها .

ومما يفرع على وقوع الكلام في معرض الجواب ما في النسفي على النار : لو قال

لآخر بعثك هذا العبد بكذا ، قال الآخر فهو حر ، انه قبول للبيع ، اي يجعل قابلاً ثم معتقاً . لأنه ذكر الحرية بحرف الفاء عقب الايجاب ، والفاء للترتيب ، ولا يترتب العتق على الايجاب الا بعد ثبوت القبول ، فيتضمن ذكر العتق بحرف الفاء القبول . فكأنه قال قبلت ثم قال فهو حر . لأن الفاء تستعمل حقيقة في الاحكام لأنها للتعقيب ، والاحكام تعقب الطل وتترتب عليها بالذات وان كانت مقارنة لها بالزمان ، كما يقال جاء البرد فتأهب .

ولو قال «هو حر» او «وهو حر» ، لم يميز البيع وكان رداً للايجاب لا قبولاً للبيع ، فلا يعتق .

واعلم انه اذا تقدم كلامان يعقبهما جواب واحد ، فهل يقع الجواب عليهما معاً ام على الكلام الأخير ؟ - ففي البدائع ذكر الامام محمد في الزيادات : لو قال لعبدك انت حر على الف درهم ، انت حر على مائة دينار ، فقال العبد قبلت ، عتق وكان عليه المالاان جميعاً . وكذا لو قال انت طالق ثلاثاً على الف درهم ، انت طالق ثلاثاً على مائة دينار ، فقالت قبلت ، طلقت ثلاثاً بالمالين .

وقال الامام ابو يوسف يقع الجواب عن الأخير ، فيعتق العبد وتطلق الزوجة بمائة دينار .

وجه قول محمد ان الاعتاق والطلاق على مال تعليق من جانب المولى والزوج ، وانه لا يحتمل الانساخ ، فلم يتضمن الايجاب الثاني انساخ الأول ، فيصح الايجابان و ينصرف القبول اليهما جميعاً ، اذ هو يملح جواباً لهما جميعاً فيلزم المالاان جميعاً ، بخلاف مثل البيع ، لأن ايجاب البيع يحتمل الفسخ ، فيتضمن الثاني انساخ الأول . وجه قول ابي يوسف انه لما اوجب العتق والطلاق بعوض آخر ، فقد انسخ الايجاب الاول فتملح القبول بالثاني كما في البيع .

❖ فائدة اصولية ❖

يقرب من نوع القاعدة ما اذا وقع في كلام الشارع صلى الله عليه وسلم جواب عن سؤال . فاذا كان جوابه صلى الله عليه وسلم غير مستقل بنفسه ، فهو تابع لسؤال في العموم والخصوص . فلو سئله مثلاً سائل يجوز الوضوء بمااء البحر فقال

نعم ، فهو عام الحكم في حق السائل وغيره . ولو قيل له هل يجوز لي الوضوء بماء الحجر فقال نعم ، كان خاصاً على حسب خصوص السؤال . وبثبت الحكم عاماً في حق السائل وغيره بدليل آخر بالقياس عليه ، او بنحو قوله صلى الله عليه وسلم (حكيم على الواحد حكيم على الجماعة) من النصوص المفيدة لثبوت الحكم في حقهم ايضاً .
واذا كان جوابه صلى الله عليه وسلم مستقلاً ، فإن كان خاصاً فمعلوم ، وان عاماً ، افاد العموم في حق الكل وإن وزد على سبب خاص . ولا فرق بين ان يكون السبب الخاص سوءاً او حادثاً . وامثلة كل مبسوط في محلها .

المادة ٦٧ - لا ينسب الى ساكت قول يعني انه لا يقال لساكت انه قال كذا ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان يعني ان السكوت فيما يلزم التكلم به اقرار وبيان .

هذه القاعدة مشتملة على فقرتين . الأولى حيث ان الشرع ربط معاملات الناس بالعبارات الدالة على المقاصد ، ما جعل للسكوت حكماً يبيّن عليه شيء كما تبنى الاحكام على الألفاظ ، ولهذا قال لا ينسب الى ساكت قول .
والثانية كالاستثناء مما قبلها . وهي قاعدة ذكرها الأصوليون ، وجعلوا السكوت فيها في حكم النطق . وذلك في موضع تمر الحاجة فيه الى البيان وبسمونه بيان الضرورة . وهو نوع من انواع البيان يقوم السكوت فيه مقام الكلام اما لدلالة حال في المتكلم تدل على ان سكوته لو لم يكن بياناً ما كان ينبغي ان يسكت عنه . كسكوت صاحب الشرع عند امره بما ينه عن التغيير ، فيكون سكوته اذناً به . واما لأجل حال في الشخص ، اعتبر سكوته كلاماً لأجل حاله كسكوت البكر البالغة ، في اجازة النكاح ، لأجل حالها الموجبة للحياء عن بيان الرغبة في الرجال . وكسكوت الناكل عن اليمين ، فإنه يجعل بياناً لثبوت الحق عليه . وهو انه امتنع عن اداء ما لزمه - وهي اليمين - مع القدرة عليها ، فيدل ذلك الامتناع على الاقرار بالمدعى . لأنه لا يظن بالمسلم الامتناع عما لزمه الا اذا كان

محققاً في الامتناع ، وذلك بأن تكون اليمين كاذبة ان حلف ، ولا تكون كاذبة الا ان يكون المدعي محققاً في دعواه . - او لضرورة دفع الغرور ، كسكوت الشفيع عن طلب الشفعة بعد علمه بالبيع ، جعل اسقاطاً للشفعة لدفع الضرر عن المشتري . اذ لو لم يجعل اسقاطاً لنقض عليه تصرفه . وهكذا علل تستخرج من الفروع الآتية المستثناة من الفقرة الأولى . وقد يوجد في بعضها ، مع اعتبار حال المتكلم ، دفع الغرور او الضرر مثلاً ، لأن العلل لا تتزاحم .

ثم ان الفقرة الأولى هي الأصل ، لما ذكرنا ان المعاملات مبروطة بالعقود والانساط الصريحة ، فليس لجزيئاتها عدد يدخل تحت الحصر . بخلاف الفقرة الثانية ، فانها محصورة بمسائل معدودة بالاستقراء .

تكميلاً للفائدة نورد لك بعض امثلة من فروع القاعدة الأولى :

لو باع اجنبي مالاً احد فصولياً وسلمه للمشتري ، وصاحب المال يشاهد البيع والتسليم وهو ساكت ، او بلغه ذلك فسكت ، لا يعد سكوته توكيلاً بالبيع ولا اجازة . راجع المادة ١٦٥٩ .

ولو سكن داراً لأحد غير معدة للايجار ، وصاحب الدار ساكت ، لا يعد سكوته ايجاراً ، فليس له حق في طلب الأجرة . راجع المادة ٥٩٦ .

ولو اخذت الزوجة من بيت زوجها شيئاً يصلح له اولها واستعملته سنوات ، والزوج ساكت ، لا يكون سكوته هبة منه او اقراراً بكونه مالها . حتى لو ادعى انه له فالقول قوله يمينه لأنه صاحب اليد ، كما في سائر المعبرات .

ولو اتلف مال آخر ، وصاحب المال يشاهد وهو ساكت ، لا يكون سكوته اذناً بالاتلاف بل له ان يضمنه . راجع الفقرة الاولى من المادة ٩١٢ .

ولو رأى القاضي صبيّاً او معتوها لادى لها يبيع ويشترى وسكت ، لا يكون سكوته اذناً له بالتجارة . لأن اذن القاضي حكم والسكوت لا يكون حكماً . بخلاف وليها . راجع المادة ٩٧١ .

واما القاعدة الثانية التي بعد السكوت فيها كالنطق ، وبيننا انها على خلاف الأصل ، فقد اوصلها الفقهاء الى نيف واربعين مسألة مبسطة في الأشباه ومحشيه الحوي ، وفي آخر كتاب الوقف من الدر المختار ورد المختار ، نذكرها تنجيهاً

للفائدة وهي : سكوت البكر عند استثمار وليها قبل التزويج - سكوتها عند قبض مهرها - سكوتها اذا بلفت بكراً فلا خيار لها بعده - حلفت ان لا تزوج فزوجها ابوها فسكت ، حثت - سكوت المتصدق عليه قبول ، لا الموهوب له - سكوت المالك ، عند قبض الموهوب له او المتصدق عليه ، اذن - سكوت الوكيل قبول ويرتد برده - سكوت المقر له قبول ويرتد برده - سكوت المفوض اليه القضاء او الولاية قبول وله رده - سكوت الموقوف عليه قبول ويرتد برده وقيل لا - سكوت احد المتبايعين في بيع المتلجئة حين قال صاحبه قد بدا لي ان اجعله بيعاً صحيحاً . (والتلجئة ان يتواضعا على اظهار البيع عند الناس لكن بلا قصده) .
سكوت المالك القديم حين قسم ماله بين الفاتنين ، رضى - سكوت المشتري بالخيار حين رأى العبد يبيع ويشترى يسقط الخيار ، بخلاف سكوت النائع بالخيار - سكوت البائع الذي له حق حبس المبيع ، حين رأى المشتري قبض المبيع ، اذن يقبضه ، صحيحاً كان البيع او فاسداً - سكوت الشفيع حين علم بالبيع - سكوت المولى حين رأى عبده يبيع ويشترى اذن في التجارة ، اي فيما بعد ذلك التصرف ، لانه . لكن محله في غير ما باع من مال مولاه ، واما فيه فلا يجوز حتى يأذنه بالنطق (بزايبة) - لو حلف لا يأذن له فسكت ، حثت في ظاهر الرواية - سكوت القن واقتياده عند بيعه او رهنه او دفعه بجنابة اقرار برقه ان كان بعقل ، بخلاف سكوته عند اجارته او عرضه للبيع او تزويجه ، اي لأن الرهن محبوس بالدين ويستوفى منه عند الهلاك فصار كالبيع - لو حلف لا ينزل فلاناً في داره فسكت حث ، لا لو قال اخرج منها فأبى الخروج فسكت . اي لأن النزول مما يمتد ، فلدوامه حكم الابتداء ، بخلاف الخروج ، فإنه الانفصال من داخل الى خارج - سكوت الزوج عند ولادة المرأة وتهنئته اقرار به فلا يملك نفيه - سكوت المولى عند ولادة ام ولده اقرار به ، اي بخلاف سكوته عند ولادة فنته - السكوت قبل البيع عند الاخبار بالعيب رضي بالعيب ان كان الخبز عدلاً ، لا لو فاسقاً ، عنده . وعند مراضى ولو فاسقاً - سكوت البكر عند اخبارها بتزويج الولي على هذا الخلاف - سكوته عند بيع زوجته او قريبه عقاراً اقراراً بأنه ليس له ، على ما اتفق به مشايخ سمرقند ، خلافاً لمشايع بخاري ، فلينظر المفتي ، ايسر لاختلاف

التصحيح ، لكن المتون على الأول ، فقد مشى عليه في الكنز والمثني آخر الكتاب في مسائل شتى . واحترز بالبيع عن الإجارة والرهن . وفي الزوجة خلاف . وصح قاضيخان السماع في القريب والزوجة - رآه يبيع عرضاً او داراً فتصرف فيه المشتري زماناً وهو ساكت ، تسقط دعواه ، اي بخلاف الأجنبي كالجار مثلاً لا يجعل سكوته مسقطاً لدعواه بمجرد رؤية البيع ، بل لا بد من سكوته ايضاً عند رؤيته نصرته المشتري فيه زرعاً وبناءً ، بخلاف الزوجة والقريب فان مجرد سكوته عند البيع يمنع دعواه . - احد شريكي العنان قال للآخر : اني اشترى هذه الامه لنفسي خاصة فسكت الشريك ، لا تكون لها بل للمشتري . اما في المفاوضة فلا بد من النطق - سكوت الموكل حين قال له الوكيل بشراء معين ار بد شراءه لنفسي فشراءه ، كان له = سكوت ولي الصبي العاقل اذ رآه يبيع ويشترى اذن = سكوته عند رؤية غيره يشق زقه حتى سال ما فيه ، رضى . لكن اعترض بما في الأشباه : لو رأى غيره يتلف ماله فسكت ، لا يكون اذاً بإتلافه = سكوت الخالف لا يستخدم مملوكه ، اذا خدمه بلا امره ولم ينهه ، حث = دفت في تجهيزها لبنتها اشياء من امتعة الأب وهو ساكت ، ليس له الاسترداد = انفتت الأم في جهازها ما هو معتاد فسكت الأب ، لم تضمن الأم = باع جارياً وعليها حلي ولم يشترط ذلك للمشتري ، لكن تسلمها وذهب بها والبائع ساكت ، كان بمنزلة التسليم ، فكان الحلي له = القراءة على الشيخ ، اي في رواية الحديث . وهو ساكت ، ينزل منزل نطقه في الأصح = سكوت المدعي عليه ، ولا عذر به ، انكار . وقيل لا ويجبى . اي قيل لا يكون انكاراً ولا اقراراً فيجبى عند الثاني . كما لو قال لا اقر ولا انكر . وبه اتفق صاحب البحر = سكوت المزكى عند مواله عن الشاهد تعديل اذا كان من اهل الفضل والصالح = سكوت الراهن عند قبض المرتين العين المرهونة اه .

وفي الدر المختار : وزاد عليها في تنوير البصائر السكوت في الاجارة قبول رضى ، كقوله لساكن داره اسكن بكذا والا فانقل ، فسكت ، لزمه السمي . اقول : فيه بحث ، وهو انه عقيب سكوته ان بقى ساكناً فهو قبول العقد بالتعاطي فعلاً ، فلا يكون اذاً من قبيل السكوت ، لأن السكوت من

الأفعال الممندة القابلة للتجدد - سكوت الجار عند تصرف المشتري زرعاً و بناءً -
ومنها لو تزوجت من غير كفوء ، فسكت الولي حتى ولدت ، كان سكوته رضى -
ومنها لو ان البعد خرج لصلوة الجمعة ، فراه المولى فسكت ، حل له الخروج لها ،
لأن السكوت بمنزلة الرضى - ومنها لو زفت بلا جهاز ، فله ان يطالب بما بعث
اليها من الدنانير . وان كان الجهاز قليلاً ، فله المطالبة بما يليق بالمبعوث في عرفهم .
ولو سكت بعد الزفاف زماناً يعرف به رضاه ، لم يكن له ان يخاصم بعد ذلك -
ايراه فسكت صح - السكوت على المنكر رضى به ، والسكوت على بدعة رضى بها -
ولما كان النطق هو الأصل ، والسكوت انما يقوم مقامه في بعض المواضع دون
بعض ، فلو قال لها : ان كنت تحبينني بقلبك فأنت طالق ، فقالت احبك بقلبي ، وفي
قلبي خلاف ذلك ، يقع الطلاق عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى
(بدائع) فالينطق هنا لم يجعل اصلاً

المادة ٦٨ - دليل الشيء في الامور الباطنة يقوم مقامه يعني
انه يحكم بالظاهر فيما يتعسر الاطلاع على حقيقته

اعلم ان خلاصة هذه القاعدة بيان ان كثيراً من الاحكام الشرعية المعلولة التي
لا تثبت الا بشيئ عليها ، قد تكون عليها خفية بمسر الاطلاع عليها . فأقام
الشرع الأمارات الدالة عليها مقامها ، واثبت الحكم بشيئ الأمارات الدالة على
العلة الحقيقية .

فارضى بالعيب مثلاً ، علة الحكم شرعي ، وهو سقوط خيار المشتري في رده على
بائنه الا ان الرضا لما كان امراً باطناً ليس في وسع البشر الاطلاع عليه ، جعل
الشرع استعمال المشتري للمبيع من مداواة او لبس او ركوبه لحاجته قائماً مقام
الرضا المسقط للخيار . انظر المادة (٣٤٤)

وعلى هذا ، القصاص فإنه حكم شرعي علته نعتد القاتل . غير ان التعمد لما كان
خفياً ، جعل الشرع استعمال القاتل الآلة الجارحة المفرقة للأجزاء دليلاً على

التعمد ، فاقام دليل العلة مقام العلة في اثبات المعلول .

وهذا هو قياس العلة عند الفقهاء وهو الاستدلال بالعلة على المعلول -
والمنطقيون يسمونه برهان اللبيم ، اي ذكر ما يجاب به عن لم ، كأن يقال : لم
وجب القصاص ، فيجاب : لأنه تعمد . ولم سقط الخيار ، فيجاب : لأنه رضي .
ونظيره من المحسوسات : هذا الانسان شبعان لأنه اكل الآن . والخلاصة هو
الاستدلال بالعلة على المعلول .

وعكسه الاستدلال بالمعلول على العلة ، كالأستدلال بالمحكوم عليه بالقصاص
على انه قاتل . ونظيره من المحسوسات الاستدلال بالمطر على الغيم ، وبشبع
الانسان على قرب عهده بالأكل . ويسمى عند الفقهاء قياس الدلالة ، وعند
المنطقيين برهان الاثر ، وهو الاستدلال بالنتيجة على المنتج ، كالأستدلال بحدوث
العالم على وجود المحدث . هذا خلاصة ما ذكره الامام الغزالي في مقياس العلم .
وانما اوردنا هذا التعلم ان مبنى هذه القاعدة لبيان ان الاحكام الشرعية الثابتة
بشئوت عللها اذا كان العلة في بعض المواضع خفية ، يقوم دليلها مقامها ، لا العكس
وهو بيان وجود المعلول ، اعني الحكم لوجود علة ، لأن الحكم ان كان وجوداً
بصريح النص فلا حاجة لتعليقه بغيره ، لأن علة وجوده عين النص ، والآ ف يحتاج
لعلة تثبته حتى يستدل بها عليه . ومن هذا تعلم عدم اصابة الشارح الفاضل علي حيدر
افندي حيث مثل بالاستدلال بوجود الدخان على وجود النار ، وهو استدلال
بالمعلول على العلة ، لأن النار علة لوجود الدخان ، وهو عكس ما سبقت اليه القاعدة
كما لا يخفى على المتأمل .

وان اردت تعريف الدليل على مذهب الأصوليين والمنطقيين فارجع اليه
في محله .

واعلم ان المراد بالدليل في قوله « دليل الشيء الخ » ما يشمل القطعي والظني
والأمارة اي العلامة - قال في البدائع من كتاب الدعوى : لأن الشرع ورد
بالترجيح بالعلامة في الجملة . واستشهد لذلك بما ورد في قصة يوسف عليه الصلوة
والسلام (وشهد شاهد من اهله ان كان قبضه قد من دبر - الآية) .

وعن هذا قال اثنتا في لؤلئي ودباغ في حانوت واحد وهو في ابدعيها ، فيه

لؤلؤ واهاب ، فتنازعا فيها ، يقضي باللؤلؤ للولئي وبالأهاب للديباع ، لأن الظاهر يشهد باللؤلؤ للولئي وبالأهاب للديباع .

ومثله اختلاف الزوجين في متاع البيت : ما يكون للرجل يجعل في يد الزوج ، وما يكون للنساء يجعل في يدها . واعلم ان هذه القاعدة حجة الاحكام ، بتفرع عليها مسائل كثيرة نورد لك بعضاً من فروعها : مثلاً يشترط في طلب الشفعة ان يكون على فور العلم بالبيع وهو المسمى طلب الموائبة ، من قوله صلى الله عليه وسلم (الشفعة لمن واثبها) فلو بلغه الخبر فسكت عن الطلب مع القدرة عليه ، بطل حق الشفعة . فالبطل في الحقيقة هو الاعراض عنها ، لكن جعل السكوت دليلاً عليه ، لأن الاعراض خفي لا يطَّلَع عليه .

كذلك صرحوا بأنه بعد علم الشفيع بالشراء اذا ساوم الدار من المشتري او سئله ان يوليه اياها او استأجرها منه او اخذها منه مزارعة او معاملة ، بطل حق الشفعة ، لأن ذلك دليل الأمر الخفي اعني الرضا بتملك المشتري = اما المساومة والتولية ، فلأن ذلك طلب تملك بعقد جديد ، وهو دليل الرضا بملك التملك . واما الاستئجار والاخذ معاملة او مزارعة ، فلأنها تقرير ملك المشتري ، فكانت دليل الرضا بملكه .

ومنها : ان من اشترى ما لم يره فله خيار الردية اذ رآه . لكن اذا تصرف في المبيع تصرف الملاك سقط خياره . جعل تصرفه دليل الرضا .
ومنها : لو ترك الدعوى بعد مرور الزمان ، ولم يكن مانع منها ، ثم ادعى ، لا تسمع دعواه ، مع ان الحق لا يسقط بتقادم الزمان ، لكن جعل ترك الدعوى مع التمكن دليلاً على عدم الحق ظاهراً . فكانه أقيم الترك بلا عذر مقام الاعتراف بعدم الحق .

ومثله ما في التنوير وشرحه الدر المختار من مسائل شتى آخر الكتاب : باع عمارة وابنه او امرأته حاضرته يعلم به ، ثم ادعى الابن او الزوجة مثلاً انه ملكه ، لا تسمع دعواه ، وان كان لم يتصرف فيه المشتري ولم يمض عليه مرور الزمن = فقد جعل سكونه كالإفصاح ، اي في الدلالة على الرضا ، قطعاً للتزوير والحيل . بخلاف الأجنبي ، فان سكونه - ولو جاراً - لا يكون رضياً ، الا اذا سكنت

وقت البيع والتسليم وتصرف فيه المشتري زرعاً وبناءً ، فيثبت لا تسمع دعواه ، على ما عليه الفتوى .

ومنها ما مر في المادة (٢) ان الاحكام تختلف باختلاف المقاصد . فإذا تراحت المقاصد بالاحتمال ، لكن وجد دليل يبين احدها ، قام الدليل مقام ثبوت المقصد .

وعلى هذا احكامُ اللقطة . فلو وجد احدٌ مالاً لا يعرف مالكة ، او ضالةً من البهائم كالابل والبقر والغنم ، فأخذها ليردها على صاحبها مباح . لكن لما بعد الأخذ حالان : حالٌ هي مضمونة ، وحالٌ هي امانةٌ غير مضمونة . اما حالة الضمان فهو ان يأخذها لنفسه ، لأن المأخوذ لنفسه مقصوب . واما حال الامانة فهي ان يأخذها لصاحبها ، فتكون يده يد امانة كاللودع - فلو هلك بعد الأخذ بلا صنع ولا تقصير ، فقال صاحبها اخذتها لنفسك واراد تضمينه ، وقال المتقط اخذتها لأردها عليك فلا يلزمني ضمانها ، فيما ان القصد امرٌ خفي لا يطلع عليه ، أقيم الاشهاد . ان وجد حين الأخذ من يشهده - او الاعلان في المحافل والجامع - ان لم يوجد - دليلاً على قصده فلا يضمن . والآزم الضمان عند الإمام الأعظم . وعندهما ان لم يشهد فليبه اليمين انه ما اخذها لنفسه بل ليردها الى صاحبها . فان حلف براءً ، وان نكل ضمير . هذا خلاصة ما في البدائع وغيره من المعتبرات .

ومنها ما صرحوا في كنايات الطلاق : سئلت زوجها الطلاق ، فقال اعتدى او استبرأى رحمك مما يصلح ان يكون جواباً لسؤالها ، وقع عليه الطلاق نوى او لم ينو ، لأن الحالة حالة مذاكرة الطلاق وهي دليل على ارادته ، ولكون الارادة امرأً باطناً ، قامت حالة المذاكرة مقامها . وبمثل لو قال لما ذلك حين الغضب دون المذاكرة ، لأن الحالة دليل ارادة الطلاق ، قامت مقامها . وكالجميحت هناك .

ومنها قال زوجته ان كنت تحبينني بقلبك فأنت طالق ، فقالت احبك بقلبي وفي قلبها غير ذلك ، يقع الطلاق عند ابي حنيفة وابي يوسف رحماً الله تعالى

- وجهه ان الحجة والكرامة لما كانا من الأمور الباطنة التي لا يوقف عليها الا من جہتها ، تعلق الطلاق بنفس الاخبار عنها دون الحقيقة ، وقد وجد .
ومنها لو وضعت زوجته ولداً فهنثوه فقبل التهنئة او سكت او ابتاع آله الولادة ثم بعد ذلك نفي سببه ، لا يصح نفيه ، لأن هذه الحالة دليل الاعتراف ، قامت مقامه .

ومنها ما في ايمان البدائم وغيره : ان اليمين اذا كانت مؤقتة يوقت فلا يحث الخالف حتى يفوت الوقت . كما لو حلف لبشرين ماء هذا الكوز اليوم ، فما دام الخالف والحلوف عليه قائمين والوقت قائماً لا يحث . واذا كان الخالف والحلوف عليه قائمين ومضى الوقت ، يحث . لكن التوقيت يكون نصاً ويكون دلالة . اما نصاً فكالمثال السابق . واما دلالةً فكاليمين المسماة بيمين الفور . سبق بإخراجه ابو حنيفة رحمه الله تعالى اخذاً من حديث جابر وابنه حيث دعيا الى نصرته الاسلام فحلفا ان لا ينصرا ، ثم نصرا بعد مدة ، ولم يحثا . وهي ان تكون مطلقة عن الوقت نصاً ، لكن دلالة الحال تدل على تقيدها بالوقت ، بأن خرجت جواباً للكلام نحو ان يقول لا آخر تفدياً معي ، فقال والله لا اتفدى ، ثم رجع الى منزله فتفدى ، لا يحث استعساناً ، لأن كلامه خرج مخرج الجواب . فكأنه اعاد السؤال وقال والله لا اتفدى الفداء الذي دعوتني اليه . فلما كانت الحالة دليلاً على التقييد قامت مقامه ، فيصدق اذا ادعى هذه النية - ومن مسائل الفور ما لو نهضت ونأهبت للخروج من البيت ، فقال الزوج ان خرجت فأنت طالق ، فعدت ثم خرجت ، لا يحث . لأن الحال تدل على التقييد بتلك الخرجة التي تهبأت لها ، كأنه قال ان خرجت هذه الخرجة فأنت طالق . فقد قامت دلالة الحال دليلاً .

ومنها ما في البدائم وغيره ، ان تحمّل الشهادة كما يحصل بمعاينة المشهود به بنفسه ، يحصل بمعاينة دليله ، بأن يرى ثوباً او دابة او داراً في يد انسان يستعمله استعمال الملاك من غير منازع ، حتى لو خاصمه غيره فيه يحمّل له ان يشهد بالملك لصاحب اليد ، لأن اليد المتصرفه في المال من غير منازع دليل الملك فيه ، بل لا دليل يشاهد في الأموال اقوى منها . وزاد الايام ابو يوسف فقال : لا تحل له الشهادة حتى يقع في قلبه ابضاً انه له - والحاصل ان دليل الملك قام مقام حقيقة

الملك في جواز تحمل الشهادة فيه .

المادة ٦٩ - الكتاب كالمخطاب

أي العبارات الكتابية كالمخاطبات الشفاهية . فأي يترتب على المكلمة الشفاهية يترتب على المكلمة الكتابية . فالقلم أحد اللسانين ، والكتابة بمن نأى ، بمنزلة الخطاب من دنا -- الاثري ان النبي صلى الله عليه وسلم كان مأموراً بتبليغ الرسالة الى الناس كافة ، وبلغهم مرةً بالكتاب ومرةً بالمخطاب والقرآن اصل الدين ، وقد وصل الينا بالكتاب بعد ان ثبت بالحجة - والكتابة معمولٌ بها ، على ما منبئ من الشروط ، سواء كانت من الجانبين كما لو كان رجل في بغداد فكتب الي آخر في دمشق بعثك داري الكائنة في دمشق التي هي في محلة كذا والمحدودة بكذا وكذا والمرقومة بنمرو كذا ببلغ كذا ، فكتب اليه الآخر اشترت منك الدار المذكورة ، ينقذ البيع بينهما كالمشاهدة - ومن جانب واحد فيما لو قال المكتوب اليه في دمشق حال قراءة الكتاب في المجلس : اشتريت .

وعلى هذا سائر التصرفات كالكفالة والوكالة والحوالة والايجار والهبة والاقرار والنكاح . غير ان صحة انعقاد النكاح تتوقف على ان يقرأ المكتوب اليه الكتاب بحضور من الشهود . قال في الفتح : « وصورته ان يكتب اليها بخطها فاذا بلغها الكتاب احضرت الشهود وقرآته عليهم وقالت زوجت نفسي منه » = أما ان لم تقل بحضورهم سوى زوجت من فلان لا ينقذ لأن سماع الشطرين شرط ، وبإسماعهم الكتاب والتعبير عنه منها قد سمعوا الشطرين . ولو جاء الزوج بالكتاب الى الشهود محتوماً يقال هذا كتابي الى فلانة فاشهدوا علي بذلك ، لم يجوز في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى حتى يعلم الشهود ما فيه . وجوزّه ابو يوسف رحمه الله تعالى من غير اعلام الشهود بما فيه . واصله كتاب القاضي الى القاضي .

واما شروط الكتابة المعمول بها ، ففي الزبلي : الكتاب على ثلاث مراتب : مستبين مرسوم ، وهو ان يكون معنوتاً اي مصدرأً بالضم ، وهو ان يكتب

في صدره من فلان الى فلان على ما جرت به العادة في تفسير الكتاب ، فيكون هذا كالنطق فيلزم حجة .

ومستبين غير مرسوم ، كالكتابة على الجدران واوراق الأشجار او على الاوراق لا على وجه الرسم . فان هذا يكون لغواً ، لأنه لا عرف في اظهار الأمر بهذا الطريق ، فلا يكون حجة الا بانضمام شيء آخر اليه كالتية والاشهاد عليه والاملاء على الغير حتى يكتبه . لأن الكتابة قد تكون للتجربة وقد تكون للتحقيق ، وبهذه الاشياء تتعين الجهة . وقيل الاملاء من غير اشهاد لا يكون حجة . والأول اظهر .

وغير متسبين ، كالكتابة على الهواء او الماء ، وهو بمنزلة كلام غير مسموع ، ولا يثبت به شيء من الاحكام وان نوى اه .

علم من هذا ان الشرط في الكتابه المقبولة التي هي في حكم الخطاب ان تكون مستبينة ومعنونة . فلو غير مستبينة او غير معنونة بأن لم تكن على الرسم المعتاد ، فلا يعمل بها الا بالنية او بالاشهاد عليه او الاملاء على الغير .

هذا في بيان شرط الكتابة التي يعمل بها ، وقد بقي شيء : وهو انه في اية موضع تكون حجة بمنزلة الاقرار حتى يجوز للشهود الشهادة فيها والقاضي ان يحكم بها - قال في فتح القدير عند قول الهداية « ولا يحل للشاهد اذ رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة » : « فان لم يتذكر ولو جزم انه خطه ، لا يشهد » قيل هذا على قول ابي حنيفة ، وعندهما يحل له ان يشهد . وقيل هذا بالاتفاق ، يعني عدم جواز الشهادة اذا رأى ولم يتذكر . وانما الخلاف فيما اذا رأى القاضي في ديوانه شهادة شهود أدبت عنده ولم يتصل بها حكم ، ثم جاء المشهود له وطلب حكم القاضي والقاضي لا يتذكر انه شهد عنده شهود بذلك لم يميز ان يحكم عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى . وعندهما اذا رأى في قطره تحت خاتمه يجوز ان يقضي به . وكذا اذا رأى حكمه مكتوباً في خربطته ، ولم يتذكر انه حكم ، فهو على هذا الخلاف .

واما في شهادة الشاهد يجدها في صك وعلم انه خطه ولم يتذكر الحادثة ، وفي الحديث النبوي يجده مكتوباً بخطه ولم يتذكر ، ووجد سماعه مكتوباً بخط غيره وهو خط معروف ، فعلى خلاف ذلك : اي في هاتين الصورتين لا يجوز اداء

الشهادة ولا رواية الحديث والعمل به عنده ، خلافاً لهما .
وقد صارت الفصول ثلاثة : وهي وجدان القاضي الشهادة عنده او حكمه ،
ووجدان الشاهد خطه ، والراوي في الحديث - قال محمد رحمه الله تعالى : أخذ
في الفصول الثلاثة بالرخصة تيسيراً وقال : يعتمد الخط اذا كان معروفاً . انظر المارة
١٦١٠ - وابو يوسف خالف الامام الأعظم ، ووافق محمداً في مسألة القضاء
والرواية اخذاً بالرخصة ، لأن المكتوب يكون في يده او يداينه ، فهو آمن من
التغيير . - وفي مسألة الشهادة اخذ بالبرهنة لأنه يكون في يد الخصم ، فلا
يؤمن الشاهد التغيير . وقد مشت المجلة في جميع الفصول على قول الامام محمد
تيسيراً ، وبه افتي قارىء الهداية .

وعلى هذا فيعمل بما وجدته القاضي في ابدى القضاة الماضين وله رسوم في
دوازدهم اي السجلات وخط السمار والبيع والصراف ، وان لم يكن معنوناً
ظاهراً بين الناس . وكذلك ما يكتب الناس فيما بينهم على انفسهم في دفاترهم
المحفوظة عندهم بخطهم المعلوم بين التجار واهل البلد ، فهو حجة عليهم ولو بعد موتهم
وكذلك كتاب الأمان والبراءات السلطانية والدقتر الخاقاني . وقد ذكروا في
كتاب الشهادات راجع المواد ١٦٠٧ و ١٦٠٩ و ١٦١٠ و ١٧٣٦ و ١٧٣٧ و
١٧٣٨ و ١٧٣٩ .

وفي التنوير وشرحه للعلائي : الأمر بكتابة الاقرار احكاماً . فانه كما
يكون باللسان يكون بالبنان . فلو قال للصكاك اكتب خط اقرارى بألف علي او
اكتب بيع دارى او طلاق امرأتى ، صح ، كتب ام لم يكتب ، وحل للصكاك ان
يشهد ، الا في حدير وقود (خانية) .

ومن هذا القبيل ما في البحر عن البرازية : « كتب وقرأ عند الشهود مطلقاً
او قرأ غيره وقال الكاتب اشهدوا علي به ، او كتبه عندهم وقال اشهدوا علي بما
فيه ، وعلموا به ، كان اقراراً ، والا فلا » - فحسب الشهادة في هذه المسائل
لكونها على الاقرار لا الكتابة ، فتكون اتفاقية لا خلاف فيها ، ولهذا اعتبرها
اقراراً - والحاصل ان الامام ابا حنيفة رحمه الله تعالى يقول ان الكتابة اذا لم
تذكر لا يعمل بها وان لم تكن في يد الغير ، سواء في ذلك الشاهد يكتب

شهادته في صك والقاضي براهما في سجله وراوي الحديث اذا رآه مكتوباً بخطه ونسي سماعه وروايته ، لأن الخطوط تشابه فلا يعتمد عليها . والإمام ابو يوسف وافقه في الشاهد وخالفه في القضاء والرواية ، للأمن من التفسير ، حيث كانت المكتوب في يد القاضي والراوي . والإمام محمد جوز الشهادة والقضاء والرواية في الكل ، وعليه المجلة تيسيراً على الناس .

ثم لا بد ان تكون الكتابة مستتبنة معنونة على الرسم المعتاد كما قدمنا . الا في خط السمسار والبيع والصراف ، يكتبون ما عليهم في دفاترهم فيعمل به ، وان لم يكن معنوياً .

المادة ٧٠ - الاشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان

بمعنى اشارات الأخرس المعهودة بعينه او رأسه او حاجبيه او يده بمنزلة النطق ، حتى انها تعتبر منه في مثل النكاح والطلاق والعتاق والبيع والشراء والرهن والهبة والابراء والاقرار واليمين والتكول والوصية الى غير ذلك من الأحكام - قال في فتح القدير : « وهذا استحسان بالضرورة ، فإنه لو لم يعتبر ذلك منه ادى الى موته جوعاً وعطشاً وعرياً - ثم رأينا ان الشرع اعتبرها منه في العبادات الا ترى انه اذا حرك لسانه بالقراءة والتكبير كان صحيحاً معتبراً ، فكذا في المعاملات » وفي الزبلي : لأن الاشارة تكون بياناً من القادر ، اي في بعض المواضع ، فما ظنك من العاجز ؟ الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان افصح العرب ، ومع هذا انبأنا بالاشارة بقوله (الشهر هكذا الحديث) ولأن الكتاب من الغائب اذا كان كالخطاب للمجزم ، ففي حق الأخرس اولى ، لأن عجزه اظهر والزم عادة لأن الغائب يقدر على الحضور ، بل يحضر ظاهراً ، لأن الظاهر من حال الغائب الحضور ، والظاهر من حال الأخرس عدم زوال خرسه . فلما قبل الكتاب في حق الغائب في ثبوت الحكم مع رجاء الحضور ، فلا بُد يقبل في حق الأخرس مع اليأس عن زوال الخرس اولى ، والأخرس لا يقدر على النطق ،

والظاهر بقاؤه على الدوام - قال في الفتح : ولا ينبغي ان المراد من الاشارة التي يقع بها طلاقه الاشارة المقرونة بتصويت منه ، لأن المادة منه ذلك ، فكانت الاشارة بياناً لما اجمله الاخرس .

يقول الفقير : وينبغي ان تكون كل اشارة منه كذلك ، فيما عدا الكتابة .
انظر المواد ١٧٤ و ١٥٨٦ و ١٧٥٢ .

وقول المجلة : « الاشارات المبهودة » اي المعتاد صرف كل اشارة منه لمعنى كتحريك الرأس عرضاً مثلاً يدل على الانكار ، وطولاً يدل على الاقرار . فلو لم تكن اشارته المبهودة معلومة عند القاضي ، يلزم استفساره ممن يعرف من نحو اصحابه وجيرانه واقربائه ، ويلزم ان يكون المترجم عدلاً لأن الفاسق لا يقبل كلامه .

والمراد بالأخرس هو الخلقى دون من عرض عليه اعتقال اللسان اذا لم تمتد عقلته ، خلافاً للشافعي رحمه الله فإنه سوى بينهما - قال الزبلي : والفرق لنا ان الاشارة انما تقوم مقام العبارة اذا كانت مبهودة ، وذلك في الأخرس دون معتقل اللسان ، حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارة معلومة كان بمنزلة الأخرس . ولأن العارض على شرف الزوال دون الأصلي فلا يقاس احدهما على الآخر .

وذكر التمرناشي تقدير الامتداد بنة . وفي رواية الحاكم عن ابي حنيفة رحمة الله تعالى الامتداد الى وقت الموت . قال : ان دامت العقلة الى الموت يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه . وان لم يكن معتقل اللسان فلا تعتبر اشارته مطلقاً لا في الحدود ولا في غيرها ، الا في اربع : الكفر والاسلام والنسب والافتاء . ويزاد اشارة الشيخ في رواية الحديث وامان الكافر (اشباه)

واعلم ان الاشارة تعتبر منه وان كان قادراً على الكتابة . قال الزبلي : بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا أن الاشارة لا تعتبر مع القدرة على الكتابة ، وقالوا ان الاشارة حجة ضرورية ولا ضرورة مع القدرة على الكتابة - وجه اعتبارها ان كل واحد من الاشارة والكتابة حجة ضرورية ، ففي الكتابة زيادة بيان لم توجد في الاشارة ، لأن قصد البيان في الكتابة معلوم حساً وبياناً . وفي الاشارة زيادة اثر لم توجد في الكتابة ، لأن الأصل في البيان هو الكلام لأنه وضع له ،

والإشارة إلى الكلام أقرب لأن العلم الحاصل بها حاصل بما هو متصل بالمتكلم وهو
إشارته بيده أو رأسه ، فصار أقرب إلى النطق من آثار الأقلام ، فاستويا .
بدل على هذا ما في الهداية : وإذا كان الأخرس يكتب كتاباً أو يروي آيماً
يعرف به ، فإنه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه وبقص له ومنه ولا
يجد ولا يجد له اهـ - قال قاضي زاده في تكملة فتح القدير : وجه الدلالة انه جمع
بين كتابة الأخرس وإيمائه في جواز الاعلام بأي واحد منها ، ولا شك في
دلالة كلمة « او » على هذا المعنى ، لأنها لأحد الأمرين بلا تعيين . فإذا أتى
الأخرس بأي واحد منها على انفراد يتحقق الاتيان بأحد الأمرين اهـ .
ومعنى انه لا يجد ولا يجد له ، انه في حقوق الله تعالى ان كان قاذفاً مثلاً
فقدفه ليس بصرح ، والحد لا يجب الا بالكذب بصرح الزنا . وان كان مقذوفاً
فلمله كان بإيمائه مصداقاً للقاذف ان قذف ، فلا يتيقن بطلبه الحد . ولهذا صرح
علماءنا باشتراط ان يكون المشهود عليه بالزنا غير اخرس ، لأنه لا يقدر على
دعوى شبهة تسقط الحد .

والحدود الخالصة لله تعالى لا تعتبر اشارته فيها ، لأنها انما شرعت زاجرة
وليس فيها معنى البدلية اصلاً ، والله غني عن العالمين ، فلا تثبت مع الشبهة
لعدم الحاجة . بخلاف غير الخالص حقاً لله تعالى كالقصاص ، لأن فيه معنى
المفاوضة من حيث انه شرع جابراً كسائر المعاوزات التي هي حق العبد . لكن ذكر
في الهداية في كتاب الاقرار ان الكتاب من الغائب ليس بمجبة في قصاص يجب
عليه - ويحتمل ان يكون الجواب هنا كذلك ، فيكون فيها روايتان .

✽ مسألة ✽

اعترض قاضي زاده صاحب تكملة فتح القدير عند قول شارح الهداية في
تعليق ثبوت القصاص بإشارة الأخرس « وهذا لأن القصاص فيه معنى العوضية
لأنه شرع جابراً فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوزات التي هي حق العبد ،
اما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت
مع الشبهة لعدم الحاجة » فقال اي قاضي زاده : اقول فيه بحث - اما اولاً ،

فلأن ما ذكره هتامن جواز ثبوت القصاص مع الشبهة مخالف لما صرح به فيما مر في عدة مواقع : منها كتاب الكفالة فإنه قال فيه : « فلا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة لأن مبنى الكل على الدرأ ، فلا يجب فيها الاستيثاق . » ومنها كتاب الشهادات فإنه قال فيه : « ولا تقبل في الحدود والقصاص شهادة النساء لأن فيها شبهة البديلة لقيامها مقام شهادة الرجال ، فلا تقبل فيلمحندريء بالشبهات » - ثم قال فيه في باب الشهادة : « الشهادة على الشهادة جائزة عندنا في كل حق لا يسقط بالشبهة ، ولا تقبل فيما يندريء بالشبهات كالحدود والقصاص » ومنها كتاب الوكالة فإنه قال فيه : « وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق وكذا بأبائها واستيفائها ، إلا في الحدود والقصاص ، فإن الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس ، لأنها تندريء بالشبهات ، وشبهة العفو ثابتة عند غيبته » ومنها كتاب الدعوى فإنه قال فيه في باب اليمين : « ومن ادعى قصاصاً على غيره فجدد ، استخلف بالاجماع ، ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص ، وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر ، وهذا عند أبي حنيفة . وقال ابو يوسف ومحمد لزمه الأرش فيها ، لأن النكول اقراره فيه شبهة فلا يثبت به القصاص ويجب به المال » ومنها كتاب الجنابات فإنه صرح فيه في مواضع كثيرة منه بعدم ثبوت القصاص بالشبهة ، بل جعلها اصلاً مؤثراً في سقوط القصاص . وفرغ عليه كثيراً من مسائل سقوط القصاص بتحقيق نوع من الشبهة في كل واحدة منها كما لا يخفى على الناظر في تمام ذلك الكتاب . - ٥١ -

يقول الفقير : جميع ما بحثه غير وارد . اما الأول فلما في البدائع : تجوز الكفالة بنف من عليه القصاص في النفس وما دونها ، وبجد القذف والسرقة اذا بذلما المطلوب فاعطاه بها كفيلاً ، بلا خلاف بين اصحابنا ، وهو الصحيح . لأنه كقالة بمضمون على الأصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل ، فتصح ، كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين . وانما الخلاف اذا امتنع من اعطاء الكفيل عند الطلب ، هل يجبره القاضي عليه ؟ - قال ابو حنيفة : لا يجبره ، لأن الكفالة شرعت وثيقة والحدود مبناهما على الدرأ فلا يناسبها التوثيق بالجبر على الكفالة .

ولا يرد عليه الحبس في الحدود والقصاص قبل تزكية الشهود ، وان الحبس توثيق
لأننا نقول الحبس للتهمة لا للتوثيق - وقالوا : يجبر لأن نفس من عليه القصاص
والحد مضمون التسليم عند الطلب كنفس من عليه الدين ، ثم تصح الكفالة بنفس
من عليه القصاص والحد ويجبر عليها عند الطلب ، فكذا هذا .

والحاصل ان الخلاف بين أئمتنا في الجبر على اعطاء الكفيل بالنفس وعدمه
لا في نفس صحة الكفالة - واما نصر يجهم بعدم قبول شهادة النساء في الحدود
والقصاص ، فهذا ثبت نقلاً لما روى عن الزهري رحمه الله تعالى انه قال : « مضت
السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفين من بعده رضوان الله عليهما
انه لا تقبل شهادة النساء في الحدود والقصاص » فعدم ثبوت القصاص بشهادتهن
لا ينافي ثبوته بالإشارة المعهودة من الأخرس المعدودة كالأقرار . اذ لا تلازم
بينها ، فكثير من الأحكام يثبت بالشهادة دون الأقرار ، كالوصي على الصغير
يثبت الحق عليه بالشهادة على وصيه ولا يثبت بأقرار الوصي ، وبالأقرار دون
الشهادة ، كالعدة تنقضي بأخبارها انهارأت الدم ثلاثاً ، ولا تجري فيها الشهادة .
وهكذا فيما لا يعلم الا من جهتها . ولأن عدم جواز شهادتهن في القصاص لشبهة
البديلة ، ولا بديلة في اشارة الأخرس ، بل اعتبرت عين النطق للضرورة . ولا
شك ان البديلة تضمف عليّة الشهادة لاثبات القصاص ، لأن القصاص وان
كان الغالب فيه حق العبد لما فيه من معنى المعاوضة ، لكن فيه ايضاً حق الله تعالى
فيدراً بشبهة البديلة (جمع الحقائق) ومثله يقال في الشهادة على الشهادة .

واما عدم جواز التوكيل باستيفاء القصاص مع غيبة الموكل عن المجلس ،
فلأن احتمال العفو قائم لجواز انه لو كان حاضراً لعفا - وهذا لا ينبغي ان يكون
بمخاً اصلاً ، لأن الأخرس اذا اعترف به بأشارته واراد ولي المقتول استيفاء
القصاص منه فكذلك لا يجوز التوكيل باستيفائه وهو غائب . فكونه مستحقاً
للقصاص بأقراره لا ينافيه عدم جواز التوكيل باستيفائه في غيبة الموكل .

واما ما ذكره في دعوى القصاص من عدم لزومه لو انكره المدعى عليه ونكل
عن الجمين ، فهذا مبني على الاختلاف بين الإمام وصاحبيه في تفسير النكول . قال
الإمام : النكول بذل . ولهذا لا تخلف عنده فيما لا يجري فيه البذل كالنكاح

واخوانه المذكورة في كتاب الدعوى - وقالوا : النكول اقراراً ، فيحلف - فلما كان النكول غير صريح في الاقرار للاختلاف في تفسيره ، اندراً القصاص لشبهة كونه اقراراً - بخلاف اشارة الاخرس فإنها للضرورة جعلوها اقراراً مجتأ في كل ما فيه معنى المبادلة التي منها القصاص .

والحاصل ان اشارة الاخرس بمنزلة الاقرار للضرورة كما تقدم . وليكونها ضرورة كانت اخطأ رتبة من الاقرار الصريح ، حيث لم تعتبر في الحدود التي الغالب فيها حق الله تعالى ، لأنها تندراً بالشبهات . واعتُبرت فيما فيه معنى المعاوضة من حقوق العباد ، ومنها القصاص . وما صرحت به المتون والشروح عن ائمتنا هو صريح الحق لا غبار عليه ، وما اوردته من الأبحاث غير وارد ، وجوابها ما علمت .

واعلم ان معنى كون الشيء حق الله تعالى او حق العبد ، أن ما يتعلق به النفع العام للعالم من غير اختصاص بأحد ، ينسب اليه تعالى ، لعظم خطره وشمول نفعه - وما يتعلق به مصلحة خاصة ، كحرمة مال الغير وبدل التلفات من بدل المنصوب والدية ، ينسب الى العبد - والآن فباعتبار التخليق ، الكل سواء بالنسبة اليه تعالى . قال عز شأنه : (والله ما في السموات وما في الارض) و باعتبار الضرر والنفع هو متعالٍ عن الكل .

المادة ٧١ - يقبل قول المترجم مطلقاً .

المترجم هو الذي يفسر الكلام من لسان بلسان آخر ، وذلك فيما لو كان القاضي لا يفهم لغة المتخاصمين او الشاهدين لدى الاستشهاد ، فيتخذ ترجماناً ليفهم كلامهم بواسطته .

وقول المجلة (مطلقاً) اي في سائر العقود والدعاوي بعين او دين . وفي الاقرار والابراء واليمين والنكول وغير ذلك ، حتى في الحدود والقصاص - وذلك لأن المترجم ينقل عبارة المترجم عنه كما ينقل الرسول عبارة المرسل ، وليست

عبارة المترجم بدلاً عنها حتى يكون فيها شبهة البديلية فلا تقبل في ما لحدود .
وجه تعقيبها لما قبلها ان عبارة الاخرس لما كانت لا تقبل في الحدود الخالصة لله تعالى لما تقدم ، يتبين هنا ان قول المترجم يقبل مطلقاً للعلة المذكورة .
وهل يكفي ان يكون واحداً بعد ان يكون عدلاً ، ام لا بد من نصاب الشهادة
اثنين ؟ - الأول قول الإمام الأعظم وابي يوسف رحمهما الله تعالى ، والثاني .
قول الإمام محمد . قال العلاءي : والاثنان احوط ا هـ - وهذه من جملة مسائل
مذكورة في منظومة ابن وهبان ، نقلها العلاءي في كتاب الشهادات وفي مسائل
شقي آخر كتاب القضاء ، و اشار اليها في باب عزل الوكيل - منها اخبار العدل
القاضي بإفلاس المحبوس ، وفي تزكية السرور رسول القاضي الى المزكي ، وتقويم
الصيد الذي اتلفه المحرم ، وتقويم الأرض في نحو الشجاج ، واخبار السيد بجنابة
عبده . فلو باعه كان مختاراً للفداء ، واخبار الشفيح بالبيع ، والبكر بالنكاح ،
والمسلم الذي لم يهاجر بالشرائع ، والاخبار ببيع لمريد شراء فليس له الخيار اذا
اشتراه . ولو اختلفا في ثبوته بكتفي في اثباته بقول الواحد العدل ، وحجراً مؤذون ،
وفسخ شركة ، وعزل قاض ، وقول المترجم هنا .

وفي التكملة : « اتخاذ المترجم وقع في الجاهلية والاسلام . ولما جاء سلمان
لنبي صلى الله عليه وسلم ، ترجم يهودي كلامه فخان فيه ، فقتل جبريل عليه
السلام بمحدث طويل ، وامر رسول الله صلى الله عليه وسلم زيد بن ثابت رضي
الله تعالى عنه ان يتعلم العبرانية . فكان يترجم بها »

واعلم ان محل الخبر الواقع في حقوق العباد ، اعني التي تثبت بخبر فيه معنى
الشهادة ، لا يخلو : إما ان يكون فيه الزام محض على الغير ، فهذا يكون شهادة ،
فيشترط فيه مع العدد العدالة والولاية ، فلا تجوز من الفاسق والبد والصبي ، ولا
تكفي شهادة الفرد الا في موضع لا يمكن العدد عرفاً كشهادة القابلة بالولادة
صيانة لحقوق العباد ، ولأن فيه معنى الازام ، فيحتاج الى زيادة توكيد .

واما ان لا يكون فيه الزام اصلاً ، فهذا القسم يكفي فيه ايضاً اخبار الواحد
بشرط التمييز ، ولا تشترط العدالة ، فيقبل فيه خبر الفاسق والصبي والكافر ،
كالوكالات والمضاربات والرسالات في الهدايا وما اشبه ذلك . كالواخبره واحد

بأن فلاناً وكلك بكذا ، او ضاربك على ماله هذا ، او انه ارسل اليك هذه العين هدية ، او اودعك هذا الشيء فاسلمه للمحفظ - فهذا القسم يثبت باخبار الواحد بشرط التمييز دون العدالة فيقبل فيها خبر الفاسق والصبي والكافر ، لعدم الإلزام فيه .

واما ان يكون فيه الزام من وجه دون وجه ، كالوكيل لو اخبره انسان بأن الموكل عزله عن الوكالة ، فإن في تصديقه الزاماً عليه من حيث انه يبطل عمله في المستقبل ، وليس بإلزام من حيث ان الموكل بقطع النظر عن ذلك يتصرف في حقه فيعزله متى شاء . وعلى هذا حجر المأذون وفسخ الشركة لما ذكر في عزل الوكيل . كذلك افكاح الولي البكر البالغة ، فإنه الزامٌ عليها ، من حيث انها اذا انفذت هذا النكاح لا يمكن لها التزوج في المستقبل ، وليس بالزام من حيث يمكن لها ان تفسخ هذا النكاح - لكن في هذا القسم الأخير ينظر : ان كان المخبر وكيلاً او رسولاً يقبل خبر الواحد غير المدل حلقياً مقام الموكل والمرسل ، فننتقل عبارتها اليهما - وان فضولياً ، يشترط اما العدد او العدالة عند الامام الاعظم . وعندهما لا فرق بين هذا وبين القسم الذي لا الزام فيه اصلاً ، في انه يكفي قول كل مميز لمكان الضرورة فيهما - ثم على قوله ، هل يشترط مع العدالة بقية شروط الشهادة من الحرّية والبلوغ والذكورة ؟ - جزم في التوضيح باشتراطها ، ولم يذكر في المبسوط اشتراطها لا تقيماً ولا اثباتاً . فلذا قال في التلويح : قال فخر الاسلام وغيره « يحتمل ان يشترط سائر شروط الشهادة عنده ، حتى لا يقبل خبر العبد والمرأة والصبي . » قال : ولا يخفى انه يحصل بهذا الاشتراط قصور في رعاية شبه عدم الإلزام .

المادة ٧٢ - لا عبرة بالظن البين خطأ .

هذه القاعدة لها فروع مختلفة الانواع . تشمل الاجتهاديات واحكام القضاة والعبادات والمعاملات الجارية بين الناس من عقود واقرار وابراء وغيرها .

فالمبرة في جميع ذلك لما في نفس الأمر ، لا لخطأ الظن . فكل ما كان مبنياً على خطأ الظن لا يعتبر - مثلاً لو قال لزوجته « ان كان زيد في الدار فأنت طالق » ثلاثاً ، ومضى مع زوجته على ظن ان زيدا ليس في الدار ، ثم تبين في الغد وجوده فيها ، تطلق من حين القول وتعد منه لا من وقت التبين - كذا في طلاق الدر المختار .

اما النوع الأول ، فكما يقع للمجهتد في المسائل الظنية ، يمرض له استنباط او دليل آخر اقوى ، فيرجع عن قوله الأول الى قول آخر . وهذا ليس من موضوع كتابنا نعرض عن امثله خوفاً من التطويل ولأن ما يناسب الموضوع . فالقاضي اذا حكم على ظن ان حكمه موافق للشرع ، وفي نفس الامر ليس كذلك فحكمه باطل لا عبرة له ، ويجب الرجوع الى الحكم الموافق للشرع حتى لو قضى بينة لا يسمع ما يتاهاها ، الا اذا تبين ان القضاء الأول كان باطلاً (بدائع) - ولو ظهر بعد الحكم ان الشهود عيب مثلاً ، بطل حكمه - غير انه في زماننا جمعيت المحاكم طبقات بعضها اعلى من بعض ، فبعد تسجيل حكمه ينقض من محكمة اعلى . لكن الوعيد عظيم اذا حكم بخلاف الشرع ولهذا قال عليه الصلاة والسلام (القضاة ثلاثة قاضيان في النار وقاض في الجنة - الحديث) ففسر القاضيين احدهما جاهل يحكم بالجهل ، والاخر عالم يحكم بالجور ، والثالث العالم العادل يحكم بعلمه .

فمن فروعهما في المعاملات : وكله بقبض دين له على رجل ، فوهب الموكل المال للمديون ، والوكيل لا يعلم ، فقبض من المديون فهلك في يده ، يرجع المديون على الموكل لأن العبرة لما في نفس الامر لا لخطأ الظن

كذلك الكفيل بالنفس اذا صالح على مال لبراءة عن الكفالة لا يصح ، ويرجع بما اداه وفي بطلان الكفالة روايتان . والكفيل بالمال لو اوفى الدين الذي كفه على ظن انه باقى في ذمة الاصيل ، ثم تبين ان الدائن استوفاه من الاصيل او ابراه ، يسترده . وكذا العكس : بأن اداه الاصيل غير عالم باداء الكفيل . كذلك لو ادعت على رجل نكاحاً فانكر فصالحها على مال . بذله لها ، لا يجوز ويسترده . لأنه لا يخلو : اما ان يكون النكاح ثابتاً اولاً . فان لم يكن ثابتاً

كان دفع المال اليها من الرجل في معنى الرشوة . وان كان ثابتاً لا تثبت الفرقة بهذا الصلح ، لأن العوض في الفرقة تعطيه المرأة لا الزوج ، فلا يكون المال الذي تأخذه المرأة عوضاً عن شيء ، فلا يجوز . فهو ظنٌ يبرنُ الخطأ

كذلك لو ادعى على انسان الفأ وانكر المدعي عليه فصلحه على مائة درهم على ان يقر له بالألف ، فهو باطل ، لأن المدعي لا يخلو : اما يكون صادقاً في دعواه الالف واما ان يكون كاذباً . فإن كان صادقاً فالألف واجبة على المدعي عليه ، ويكون اخذ العوض عليه في معنى الرشوة ، وانه حرام . وان كان كاذباً في دعواه ، فيقرر المدعي عليه بالألف التزام المال ابتداءً ، وانه لا يجوز .

كذلك لو قال المدعي للمدعي عليه : احلف وانت بري من هذا الحق الذي ادعيت ، او انت بري من هذا الحق ، ثم اقام البينة ، قبلت بينته . لأن قوله انت بري . يحتمل البراءة للحال ، اي بري . عن دعواه وخصومته للحال ، ويحتمل البراءة عن الحق ، فلا يجعل ابراء عن الحق بالشك ، اي فلا عبرة لظن ان هذا الابراء صحيح .

كذلك كل امر يوجب نقض القسمة بعد وقوعها ، كما لو ظهر دين على المبت بعد اقسمة اذا طلب الغرماء ديونهم ، ولا مال للمبت سواء ولا قضاء الورثة من مال انقسم ، او اقتسموا ثم ظهر ان ثمة وارثاً آخر غائباً تنقض قسمتهم ، اذ لا عبرة للظن البين خطئوه .

كذلك لو اشترى من رجل داراً بالف ثم زاده بالثمن ، فلم الشفيع بالألفين ولم يعلم ان الألف زيادة ، فأخذها بألفين بقضاء القاضي ، فالقاضي يبطل ازيادة المحكوم بها لأنها غير ثابتة شرعاً بحق الشفيع فكان القضاء بها قضاءً بما ليس بثابت - وهذا بطلان القضاء في بعض القضية -

كذلك لو اخبر انها بيعت بحنة فسلم ، ثم تبين انها بيعت بشعير قيمته كقيمة الحنطة او اقل او اكثر ، يبقى على شفيعته ولا يصح التسليم ، لأن الحنطة والشعير مختلفا الجنس . وقد تبين خطأ ظنه .

كذلك لو ظهرت براءة المحال عليه من الدين الذي قيدت بها الحوالة ، كما

لو احل البائع على المشتري رجلاً بثمن المبيع ، فاستحق المبيع ، تبطل الحوالة .
كذلك لو سمي ما يصلح مهراً و اشار الى ما لا يصلح مهراً ، بأن قال
تزوجتك على هذا العبد فاذا هو حر ، او على هذه الذكبة فاذا هي ميتة ، او على
هذا الدن الخل فاذا هو خمر ، فلعدم صلاحية المشار اليه للمهر ولعدم اعتبار الظن
الخطأ . قال الإمام ابو حنيفة بوجوب المصير الي مهر المثل - ولو كان
الأمر بالعكس اي سمي ما لا يصلح مهراً و اشار الى ما يصلح مهراً ، بان قال تزوجتك
على هذا الخمر فاذا هو عبد ، روى ابو يوسف عن ابي حنيفة رحمهما الله تعالى ان
التسمية فاسدة ولها المشار اليه ، وروى محمد بن عمار عن ابي حنيفة عن ابي حنيفة - فعلى الرواية
الاولى الاعتبار للاشارة لا للتسمية البين خطوها ، وعلى الثانية لا تكون الاشارة
ولا التسمية معتبرة فلها مهر المثل ، وعلى كل لم يعتبر الظن البين خطوه .

كذلك لو حلف لبشرين الماء في هذا الكوز ولا ماء فيه ، ان كان لا يعلم
ذلك لا تنمقد يمينه عند اثمتنا الثلاثة ، لان من شرائط ركن اليمين وجود المحلوف
عليه ، ووجود المحلوف عليه هنا وهو الماء في الكوز ولا ماء ، مستحيل غير متصور
الوجود والله تعالى وان كان قادراً على خلق الماء ، الا ان ذلك المخلوق لا يكون
الماء الذي وقعت يمينه عليه فكان الاعتبار لنفس الامر - وهو عدم وجود الماء -
لما ظنه خطأ . بخلاف ما لو كانت عالماً بعدم وجود الماء ، لانه اذا كان عالماً
فانما انعقد يمينه على ماء آخر يخافه الله تعالى .

كذلك لو باع العبد يبعاً باتاً غير عالم بجنابته فلم يخاصم فيها ، حتى رد
العبد اليه بقضاء القاضي او بخيار روية او شرط ، يقال له ادفع او افدي لانه اذا
لم يعلم بالجنابة لم يصح مختاراً للفداء ولو باعه بعد العلم بالجنابة فقد صار مختاراً للفداء ،
لتعذر الدفء لزوال ملكه بالمبيع ، فالعبرة لنفس الامر لا للظن الخطأ .

كذلك لو شهد رجلان عدلان او رجل وامرأتان على الرضاع بين الزوجين
وُفُرق بينهما ، فإن كان قبل الدخول بها فلا شيء لها ، لانه تبين ان النكاح كان
فاسداً . وان بعد الدخول بها يجب بها الأقل من السمي ومهر المثل ، ولا تجب
النفقة والسكنى كما في سائر ادلحة الفاسدة ، اعتباراً لنفس الامر لا لتبين من
الظن الخطأ . كذلك لو فرض القاضي لها على الزوج نفقة سنة مثلاً كل شهر

كذاء، واجداء الفرض كان في شوال فأبرأته عن شهر ذي القعدة او ذي الحجة وهي في شوال حتى مضى ذو القعدة ، ولم يدفع لها بناءً على الابراء ، فطالبته بنفقتها ، يجبر على ذلك ولا عبرة بهذا الابراء لأنه خطأ . لأن القاضي لما فرض لها نفقة كل شهر ، فإنما فرض لمعنى يتجدد بتجدد الشهر ، فإلم بتجدد الشهر لا بتجدد الفرض ، وما لم يتجدد الفرض لا تصير نفقة الشهر الثاني واجبة لأنه اسقاط الشيء قبل وجوبه فلا يجوز (فتح) نعم لو أبرأته عما مضى او شهر هي فيه صح ، لأنه إنما ينتجز بدخوله . وهكذا الايام بنسبة الشهر فيصح الابراء عما مضى من ايام الشهر او عن يوم هي فيه (الكل من البدائع والزبلي والفتح والدر وحواشيه) . وفي صلح البرازية : ادعى على انسان مالا وصالحه على مال ، ثم بان الحق على انسان آخر ، يرد البدل

وفي آخر صلح الاشياء : ادعى مالا فأنكر فصالحه ثم ظهر ان لاشيء عليه . بطل الصلح - واما فروع هذه القاعدة من المبادات فارجع النهائي باب قضاء الفوائت من الزبلي وغيره ، وفي القاعدة السابع عشرة من الاشياء

المادة ٧٣ - لا حجة مع الاحتمال الناشئ عن دليل

مثلاً لو اقر احد لأحد ورثته بدين فإن كان في مرض موته لا يصح ما لم يصدقه باقي الورثة وذلك لأن احتمال كون المريض قصده بهذا الاقرار حرمان سائر الورثة مستند الى دليل كونه في المرض ، واما اذا كان الاقرار في حال الصحة جاز واحتمال ارادة حرمان سائر الورثة حينئذ من حيث انه احتمال مجرد ونوع من التوهم لا يمنع حجية الاقرار

هذه القاعدة تحتاج الى تمهيد ليتضح ما انطوت عليه من الفوائد . اعلم اولاً ان الدليل نابع للدلالة في الاشتقاق . فاذا عرف معنى الدلالة عرف معنى الدليل . وهي لغة الارشاد ، واصطلاحاً ، كما في فصول البدائع « كون الشيء بحيث يلزم

من العلم به العلم او الظن بشيء آخر ، او الظن به الظن بشيء آخر لزوماً ذاتياً او مع القرائن - فهذه اقسام ثلاثة : ما يلزم من الظن به العلم بشيء آخر ، وهذا محال عقلاً لا شرعاً . وذلك لأن الدليل اذا كان ظنياً يحصل منه للمجتهد وجوب العمل والفتوى به في حقه وحق مقلديه . فحصول اليقين من الادلة الظنية لا يحصل الا للمجتهد يفيد الظن جزماً لكن في حقه وحقه مقلده كما سمعت ، ولذا لم يقطع بتخطئة المخالف اجتهاداً . ثم ان كون الظن عدّة للجزم ، ثبت بالاجماع المتواتر على وجوب العمل الذي هو اثر الجزم . فهذا يتألف من مقدمتين قطعتين ، وهما : هذا مظنون المجتهد ، وكل ما هو مظنون المجتهد فهو مجزوم به قطعي في حقه وحق مقلده . اما كون الصغرى قطعية فظاهر لأن ثبوت ظن الحكم له وجداني ، والانسان يقطع بوجود ظنه كما يقطع بوجود عطشه وجوعه . واما كون الكبرى قطعية : فقالوا : للدليل القاطع على وجوب اتباع الظن وعينوه انه الاجماع كما نقله الإمام الشافعي رحمه الله تعالى في رسالته ثم الإمام الغزالي في مستصفاه (تحرير) .

وقال في فصول البدائع : والتحقيق ان مناط الحكم اي علمه قد يكون نفس المحل ، كحرمه لحم الخنزير ، وقد يكون وصفاً خارجاً كحرمه لحم المذكاة اذا اشبه مع لحم الميتة . وكون ظن المجتهد مناطاً لقطعية الحكم من القليل الثاني . ثم ان التلازم بين الدال والمدلول في الدلالة المار تعريفها ، ان كان بالوضع فدلالة الشيء على الغير وضعية ، وتكون لفظية وغير لفظية كالعقد والنصب . او بالعقل ، كدلالة الصوت من وراء جدار على المصوت ، والكتابة على الكاتب . واختار في التحرير دخول الدلالة الطبيعية كأح على وجع الصدر في العقلية ، فلا حاجة لجعلها قسمة لها كما جعلها بعضهم وانما اوردنا هذا التمهيد ليعلم ان الدليل المذكور في القاعدة الذي يترجم به احد الاحتمالين ، لا يخلوا عن اقسام الدلالة المذكورة .

ثم ان لفظ «دليل» المأخوذ في القاعدة كلي مشكك لا متواطئ لتفاوت افراد مفهومه بالشدة والضعف كالأبيض اذ ليس من شرط ترجيح المحتمل استناده الى دليل قطعي ، بل كما سبتضح لك من الفروع الآتية قد يكون بالعلامة كظاهر

الحال . فالدليل شامل للقطعي والظني والعلامة . بل أكثر حجج الشرع التي هي طريق الحكم - حتى البيئات - ظنية لاحتمال كذب الشاهدين او غلطهما . وحتى الاقرار ، لأنه يحتمل الصدق والكذب من حيث انه اخبار لا انشاء .

فن فروعا : لو اقر الرجل بدين لأحد ورثته ، فأقراره هذا يحتمل الصدق ، ويحتمل ان يكون قصده تخصيص احد الورثة بشيء من ماله وحرمان غيره . فان كان في حال الصحة صح اقراره لأن احتمال هذا القصد توهم عار عن الدليل ولا عبرة للتوهم فكون الاقرار حجة يعمل بها . راجع المادة ١٥٩٨ - وان كان في حال المرض لا ، إلا ان يصدق الورثة ، لأن هذا الاحتمال تقوى بدليل عقلي وهو المرض ، فلا يكون اقراره حجة لترجح احد الاحتمالين على الآخر بالدليل . بخلاف اقراره لأجنبي فإنه يصح بمنزلة اقراره في الصحة ، لأن هذا من حوائجه فإنه يحتاج الى اظهار ما عليه ليفك رقبته ، وحاجته مقدمة على حق الورثة ، فقد اورث المرض تهمة في اقراره للوارث .

قال في المبسوط : الأصل ان كل تصرف يتمكن المرء من تحصيل المقصود به انشاء ، لا يتمكن التهمة في اقراره ، فيكون صحيحاً ، ومتى لم يقدر على تحصيل مقصوده بطريق الانشاء ، كان متهماً في الاقرار به ، فلا يصح اقراره في حق الغير - الا ترى ان الوكيل بالبيع قبل العزل ، اذا قال كنت بعت كان اقراره صحيحاً . بخلاف ما بعد العزل . والمطلق قبل انقضاء العدة اذا اقر انه راجع ، صح اقراره ، بخلاف ما بعد انقضاء العدة . فحجب الاحتمال الناشئ عن دليل ، كما لا اقرار لعتهم ، لا شهادة له ايضاً فيما فيه دفع مغرم او جر منم .

ومنها لقيط بعد ان بلغ مبلغ الرجال وجرى عليه شيء من احكام الأحرار كقبول شهادته وحد فاذفه ونحو ذلك - اقراره عبد فلان ، صح اقراره . ولكن لا تبطل تصرفاته السابقة التي لا يملكها العبد من هبة وكفالة واعتاق ونكاح . وذلك لأن حرته كانت ثابتة من حيث الظاهر ، فلا يصدق في حق الغير ، لأن الانسان متهم في اقراره على غيره - ولو ان الملتقط حينما التقطه ادعى انه عبده لا نسمع ، لأن ظاهر الحال يشهد للطفل ، اذ الأصل الحرية وظاهر الحال حجة في الجملة . لكن اذا اثبت بالبينة بكون مملوكاً له لأن دليل

الحرية ، اعني ظاهر الحال ، عارضه ما هو اقوى وهو البينة الشرعية . فحجة ظاهر الحال ضعيفة امام حجة الشهادة .

ومنها لو لشترى داراً لها شفع ، وقبل ان يخاصمه الشفع في الشفعة قال : انما اشتريتها لفلان ، وسلم اليه ، ثم حضر الشفع ، فلا خصومة بينه وبين المشتري ، لأنه اقر قبل ان يكون خصماً للشفع ، فصح اقراره لانعدام التهمة ، ولم يعارضها احتمال ناشئ عن دليل - ولو اقر بعد ما خاصمه الشفع ، لا تسقط الخصومة ، لأن متهم في هذا الاقرار لصيرورته خصماً للشفع ، فلا يقبل في ابطال حقه ، لان قيام الخصومة دليل على هذا القصد . هذه امثلة لحجة الاقرار اذا عارضها احتمال ناشئ عن دليل يبطلها .

ومن فروع هذه القاعدة ايضاً ترجيح البيئات اذا تعارضت . فاذا تعارض بينتان فقد يكون الترجيح مستنداً الى اثبات خلاف الظاهر كالشهادة على كونه اقر مكرهاً او طائفاً ، ترجح بيئة الاكراه لانها اقوى اثباتاً ، لائن الاصل الطوع - او الى زيادة لم تكن في الاخرى كاختلاف المتبايعين في مقدار المبيع او الثمن ، ترجح بيئة مثبتت الزيادة لانها لا معارض لها في قدر الزيادة فيجب العمل بها في ذلك القدر ، لخلوها عن المعارض ، ولا يمكن الا بالعمل في الباقي ضرورة وجوب العمل بها في الزيادة - او لاستناد احدي البينتين الى دليل اوجب ترجيحها على الاخرى . مثلاً ادعى خارج وذو يد بما في يده ملكاً مطلقاً عن الوقت ، وبرهنا ، ترجح بيئة الخارج عندنا ، لاستنادها الى دليل وهو انها اظهرت له سبق اليد ، لانهم شهدوا له بالملك المطلق ، ولا تحمل لهم الشهادة بالملك المطلق الا لعلمهم به ، ولا يحصل لهم العلم بالملك الا بعد العلم بدليل الملك ، ولا دليل على الملك المطلق سوى اليد ، فان شهدوا للخارج فقد اثبتوا كون المال في يده ، وكون المال في بد ذي اليد ظاهر ثابت للحال ، فكانت بد الخارج سابقة على يده ، فكان ملكه سابقاً ضرورة ، واذا ثبت سبق الملك للخارج بقضي بينته . فقد اثبتوا له سبق الملك دلالة كما لو اثبتوه نصاً بسبق التاريخ ، لان هذا تاريخ من حيث المعنى ، بخلاف النتائج ، لان هناك لم يثبت سبق الخارج لانعدام تصور السبق والتأخير فيه . لان النتائج مما لا يتحمل التكرار ، فيطلب الترجيح من وجه آخر ، فاذا لم يوجد ترجيح بينة

ذي اليد باليد .

وقد تكون الشهادة غير حجة لمعارضة دليل حسي لها اقوى منها يكذبها ، لما في وقف الخيرية : لو كانت الشهادة بمسوغات الاستبدال يكذبها الحس كما لو شهدوا بان الدار مائفة للاستبدال لانهدامها ، وحكم القاضي بشهادتهم ، ويمت كما ذكر ثم شهدت اخرى لدى حاكم بانها عارة حين الاستبدال الى هذا الزمان ، وكانت الحس يقضي بان عمارتها او ان الاستبدال هي العارة القائمة في هذا الزمان ، فالقضاء بشهادة شهود الاستبدال حينئذ باطل ، اذ هو مبني على بينة يكذبها الحس ، فهو بمنزلة من جاء حياً بعد الحكم بموته . اما اذا لم تكن كذلك ، فلا . وفيها من الفتاوى الصغرى : : اذا قامت على خلاف المشهور المتواتر لا تقبل ، وهو ان يشتهر ويسمع من قوم كثير لا يتصور اجتماعهم على الكذب .

وفي البرازية في شهادة النفي : قال في المحيط ان تواتر عند الناس ، وعلم الكل عدم كونه في ذلك المكان والزمان لا تسمع الدعوى عليه ، ويقضي بفراغ الذمة ، لأنه ، يلزم تكذيب الثابت بالضرورة ، والضروريات بما لا يدخلها الشك ا هـ - فهذا كله داخل في القاعدة اذ لا حجة للمرجوحة مع الراجعة .

ومن فروع القاعدة ايضاً ظاهر الحال فإنه من الحجج الشرعية ، لكن تتفاوت درجاته عند التعارض ، فالأضعف دلالة لا حجية له مع الاقوى - قال في التنوير آخر باب التحالف : رجل معروف بالفقر والحاجة ، صار بيده غلام وعلى عنقه بكرة ، وذلك بداره ، فادعاه رجل معروف باليسار ، وادعاه صاحب الدار ، فهو للمعروف باليسار .

وكذا كتّاس في منزل رجل وعلى عنقه قطيفة يقول الذي على عنقه هي لي ، وادعاه صاحب المنزل ، فهي لصاحب المنزل . رجلان في سفينة بها دقيق فادعى كل واحد السفينة وما فيها واحدهما يعرف ببيع الدقيق والآخر يعرف بانه ملاح ، فالدقيق للذي يعرف ببيعه ، والسفينة لمن يعرف بأنه ملاح ، عملاً الظاهر - (ولا يخفى ان كل واحدة من هذه المسائل يشهد فيها ظاهر الحال لمتنازعين ، وله جهران احدهما اقوى من الاخرى فلا حجة للأضعف مع الاقوى لأنه احتمال ناشئ عن دليل .

ومنه ما في باب دعوى الرجلين : اللابس للثوب احق من آخذ الكم ، والراكب احق من آخذ الحمام ، الى ان قال : الحائظ لمن جذوعه عليه او متصل به اتصال تريب ، لالمن له مرادى ، بل يكون بين الجارين لو تنازعا ، ولا يخص به صاحب المرادى ، بل صاحب الجذع الواحد احق منه (خانية)
ومعنى النفي في قول المجلة (لا حجة الخ) نفي جدواها وفائدتها بحيث لا يمتد بها مع الاحتمال الناشئ عن دليل - والآ فإلا مثلة المقدمة في الإقرار والبيئات المرجوحة وظاهر الحال لولا معارضتها بالاحتمالات المدألة ، لكانت حجة في نفسها فلا بد من تقدير خبر مناسب للناقية للجنس ، اى لا تامة مقبولة او مفيدة مع الاحتمال الخ . والنفي منصب على التيد ، فتبصر .

المادة ٧٤ - لا عبرة للتوهم

اى لعدم استناد التوهم الى دليل عقلي ، او حسي ، بل هو احط درجة من الشك . وقد ذكرنا اصلاً كما في البدائع ، بأن ما لم يكن ثابحاً اذا وقع الشك في ثبوته لا يثبت مع الشك ، فكيف مع التوهم ، فهو باطل لا يثبت معه حكم شرعي ، كما لا يؤخر لاجله حكم شرعي .
فمن الأول ما لو اشتبهت عليه القبلة ففعل الى جهة بدون تحريم واجتهاد ، لاتصح صلاته لا بتساءها على مجرد الوهم ، بخلاف ما لو تحرى وصلى مع ظنة الظن ، تصح صلاته ، وان اخطأ القبلة .
ومن الثاني كما في المادة ١٧٢٦ « اذا مات الشهود او غابوا بعد اداء الشهادة في المعاملات فللحاكم ان يزكهم ويحكم بشهادتهم » اى فلا يؤخر لما عسى اذا حضروا يرجعون عن شهادتهم ، لأن هذا امرٌ موهوم ، فلا عبرة له . فلو مات مدبون عن تركة مستغرقة بالديون ، وطلب الغرماء من القاضي بيعها وتقسيم ائمانها بينهم بالغرامة ، يفعل ولا يؤخر العمل بمجرد احتمال ظهور دائن آخر ، اذ لا عبرة للتوهم . فلو فرض ظهور دائن آخر ، يستوفي حقه على حسب الاصول المشروعة . انظر المادة ١١٦١
ومن فروعها ما في البدائع : الدار شفيضان ، واحدهما غائب ، فللحاضر ان

بأخذ كل الدار بالشفعة ، لأن سبب ثبوت الحق على الكمال وُجد في حقه ، وقد تأكد بالطلب ، ولم يعرف تأكد حق الغائب لأنه يحتمل ان يطلب وان لا يطلب او يمرض ، فلم يقع التعارض والتزاحم ، فلا يمنع الحاضر من استيفاء حقه الثابت المتأكد بحقٍ يحتمل التأكد والعدم ، بل يقضى له بالكل عملاً بكال السبب من غير تعارض ، ولا عبء للوم - بخلاف ما اذا كانت لرجلين على رجل الف درهم ، فهلك الرجل وترك الف درهم ، وأحد صاحبي الدين غائب ، فإنه لا يسلم الى الحاضر الا خمسة ، لأن هناك حق كل واحد منها يساوي حق الآخر في التأكد ، فيقسم بينهما على السوية ، لوقوع التعارض والتزاحم .

ومنها ما في التنوير : يمنع صاحب سفلي عليه علو الآخر من ان يتيد في سفله او يفتح كوة بلا رضى الآخر عند ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه ، وقال لكل فعل ما لا يضر . قال في رد المحتار : والذي حط عليه كلام (النية) ان الخلاف فيما اذا اشكل الضرر ، فيمنع عنده ، وهو القياس ، لتعلق حق كل منهما فيما في ملك الآخر ، لا عندهما - اي فلي قولهما الضرر مشكوك ولا عبء للشك ، فيكون من جزئيات القاعدة .

ومنها : قال الجارية مملوكة له ، حمل هذه الجارية حر . فان ولدت لأقل من ستة اشهر من وقت التكلم عتق ، وان ولدت لسته اشهر فصاعداً لم يعتق ، لانها اذا ولدت لأقل من ستة اشهر من وقت اليمين ، تيقناً بوجوده في ذلك الوقت ، لأن المرأة لا تلد لأقل من ستة اشهر . وان ولدت لأكثر ، حصل الشك في وجوده ولا عبء له ، فلا يبنى عليه حكم .

ومنها ما جاء في المادة ١٢٠٣ : اذا كانت لواحد شباك فوق قامة الانسان ، فليس لجاره ان يكلفه سده لاحتمال انه يضع سلباً وينظر الى مقر نساء ذلك الجار ، لأن هذا الاحتمال توهم غير مستند الى دليل - اقول : لكن لو اراد الصعود الى الشباك لغرض ، فلي مقتضى ما ذكروا من حكم الصعود على سطحه او على شجرة في داره اذا صعد عليها يطل على مقر نساء جاره كما في المادة (١٢٠٥) ، يلزم عليه ان يجبر جاره .

ومنها ما جاء في المادة ١٧٤٠ والمادة ١٧٤١ : ان احد اسباب الحكم القرينة

القاطعة ، وان القرينة القاطعة هي الأمانة البالغة حد اليقين . مثلاً اذا خرج احد من دارٍ خالية خائفاً مدهوشاً ويده سكين ملوثة بالدم ، فدخل الدار ، وروى فيها شخصٌ مذبوحٌ في ذلك الوقت ، فلا يشتبه في كونه قاتل ذلك الشخص ، ولا يلتفت الى الاحتمالات الوهمية الصرفة ، كأن يكون الشخص المذكور قتل نفسه .

ومنها ما في عتق البدائع : قال لعبداه ان ادبت الي كراً من خنطة فأنت حره ، فادى اليه كراً من خنطة جيدة ، وخلقى بينه وبين الكرا ، يكون اداء وان لم يقبضه يده ، لأن الخنطة تعد قبضاً استحساناً . لكن لو ادى اليه خنطة رديئة لا يكون مجرد الوضع بين يديه قبضاً ، بل لا بد من صريح القبول . فإن لم يوجد القبول صراحة لا يعتق ، لأن حقيقة القبول في هذه الصورة من المحتملات المتوهمه ، فلا عبرة لها . ومنها ما في الدرر والدر المختار وغيرها من باب الربا : ان الربا في مبادلة المالين هو الفضل الخالي عن العوض ، فلا يحل اخذه ، وعلته وجود القدر والجنس معاً . وقد صرحوا بأنه اذا وجد حرم الفضل والنساء ، وان عدم احلاً . وان وجد احدهما فقط ، حل الفضل لا النساء . وانما حل الفضل مع وجود احدهما ، لأن الجنس وحده او القدر وحده اعني الكيل والوزن جزء العلة ، وجزء العلة وان كان لا يوجب التحريم ، لكنه يورث شبهة ، والشبهة في باب الربا ملحقه بالحقيقة ، وهي انما تكون بالنسيئة ، لأن احد البدلين معدومٌ وبيع المعدوم غير جائز ، فصار هذا المعنى مرجحاً لتلك الشبهة فلم تحل . لكن انما تكون اذا اتفق القدر بأن يكون كلا البدلين وزنياً او كيلياً مع اختلاف الجنس كبيع الخنطة بالشعير - وان اختلف بأن كان احدهما كيلياً والاخر وزنياً كالسلام الخنطة بالزيت ، تضعف الشبهة وتنزل الى رتبة شبهة الشبهة ، فلا حكم لها ، اذ لا عبرة للتوهم .

ومنها ما في الدر المختار : علم انه حلف ولم يدرب بطلاق او غيره ، لغا . كالوشك طلق ام لا . ولو شك اطاق واحدة او أكثر ، بنى على الأقل . الا ان يستيقن بالأكثر ، او يكون اكبر ظنه . (رد المختار عن الاسيماي).

ومنها ما في البدائع وغيره : جرح انساناً ثم ان الجروح بعد ان قام اياماً وبراً من الجرح مات لا عن شيء من الجراحة بأجله ، فطلب وارثه القصاص من الجراح

بمجرد توهم انه مات من الجرح ، لا نسمع دعواه بناء على التوهم - لكن ذكر هناك :
ان مات من شي منها المجروح وجب القصاص ، لأن الجراحة صارت بالسراية
نفساً . وان لم يموت فلا قصاص في شي منها .

ومنها اراد احد ان يفع في محل من داره تبنياً او حطباً ، فأراد جاره منعه
باحتمال انه اذا احترق يسري انزله ، ليس له منعه . انظر المادة ١١٩٢ .

ومنها لو وجد اراض موقوفة من القدم او بصفة الملك في بلدة فتمت عنوة ،
وبقيت اراضيها خراجية في يد اهله الذين قهروا عليها ، يحكم بعحة وقفيتها او ملكيتها ،
ولا يتعرض لها بان يقال يجتمل ان اهله الذين كانوا مقرين عليها اقرضوا وصارت
ليت المال فيكون وقفها غير صحيح ، لأن هذا توهم لا دليل عليه فلا عبرة له - وعلى
فرض تحقق انها من بيت المال ، فاستمرار اليد عليها والتصرف فيها تصرف الملاك في
املاكهم او النظار فيما تحت ايدهم الأزمان المتطاولة ، قرائن ظاهرة على اليد المفيدة
لعدم التعرض لمن هي تحت يده ، لاحتمال انها كانت مواتاً فأحييت ، او وصلت اليهم
شراء من بيت المال ا هـ لمخصاً من الدر المختار ورد المختار .

المادة ٧٥ - الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان

والبرهان ، ويعبر عنه بالدليل والحجة في اصطلاح الميزانيين ، هو القياس المركب
من مقدمات يقينية لا نتاج اليقين ، وتعبير آخر ، قولان فصاعداً يكون عنه قول آخر
او عبارة عن وسط يستلزم حصول امر في المحكوم عليه ، اعني الحد الاصغر . وعند
الاصوليين ما يمكن التوصل بصحيح النظر فيه الى مطلوب خبري - فالدليل عند
الميزانيين على اثبات الصانع هكذا : العالم حادث ، وكل حادث فله صانع .

وعند الاصوليين هو العالم نفسه ، فبصحة النظر فيه يفرق بين الحق والباطل
والصحيح والفاقد - ومعنى صحة النظر توجهه الى وجه الدلالة ، اعني ما به ينتقل
الذهن ، كالحديث للعالم . واما اذا كان النظر فاسداً فلا انتقال حينئذ الى المطلوب الخبري .
واعلم ان صحة النظر انما تكون في وجه الدلالة . فان كان وجه الدلالة صحيحاً

كان النظر صحيحاً . وان كان وجه الدلالة فاسداً كان النظر فاسداً مثلاً: قولنا (العالم متغير وكل متغير له صانع) فالنظر صحيح . لدلالة التغير على الحدوث وان كان وجه الدلالة فاسداً كان النظر فاسداً . كما لو قلنا (العالم بسيط وكل بسيط له صانع) فالنظر فاسد اذ البساطة ليست مما ينتقل منه الى ثبوت الصانع ، وان افضى اليه في الجملة اهـ .
ملخصاً من التنازاني على شرح مختصر المنتهى .

والبرهان في اصطلاح الفقهاء هو اليقينة الشرعية ، وهو المراد هنا - والعيان (بالكسر) مصدر عاينته ممانية وعياناً . وما قاله الشارح الفاضل علي نخيدر افندي من ان العيان (بالفتح) مأخوذ من عان الماء والدمع اذا سال ، فلم اراه في القاموس وشرحه ، ولا في الصحاح ، والعهد على الناقل . كيف وقد صرح في القاموس : اعاني وعاونني ولا يقال عاني ، لأن العرب لم تنطق بثلاثيته ، فلا يقال عان يمون ، وانما اعل استعان من استمون مع انه لم ينطق بثلاثيته ، لأنه ، اي ثلاثيته ، في حكم المنطوق . ولهذا جاء اعان يعين بالاعلال اهـ . نعم ورد في كلامهم عان يعين بمعنى اصابه بالعين .

ومعنى القاعدة ان الثابت باليقينة الشرعية كالثابت بالماينة في كونها حجة ملزمة . فكما ان من اقر لخصمه بحق امام الحاكم ثبت الحق عليه بدون اشتباه ، ولزم على الحاكم الحكم عليه ، كذلك المنكر اذا اقام عليه خصمه شاهدين شهدا عليه بالحق او على اقراره به ، لزم ، ولا فرق بينهما في الحجية ، لأن الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان .

واعلم ان القياس ، يابى كون الشهادة حجة في الاحكام كما في مبسوط السرخسي وغيره ، لأنها خبر محتمل للصدق والكذب ، والمحتمل لا يكون حجة ملزمة . ولأنها خبر الآحاد ، وهو لا يوجب العلم ، والقضاء ملزم فيستدعى سبباً موجباً للعلم كالتواتر والماينة - لكن ترك القياس بالنصوص كقبوله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم - الآية) وقال سبحانه (انان ذوا عدل منكم) وذلك لأن المنازعات والخصومات تكثر بين الناس وتمتد اقامة الحجة الموجبة للعلم في كل خصومة .

واعلم ان خبر الآحاد اعني ما دون التواتر اما ان يكون خبراً اي حديثاً عن

النبي صلى الله عليه وسلم ، او لا . فإن كان حديثاً وكان محل الخبر اي الحادثة التي ورد فيها ، من الاعتقادات ، فهذه لا تثبت بإخبار الآحاد لا بتناؤها على اليقين ، وخبر الآحاد لا يفيد اليقين .

وان كان وروده في حقوق العباد ، تثبت فيها احكامه سواء كانت عبادات او عقوبات . وان لم يكن الخبر حديثاً بل كان في معنى الشهادة ، فهذا لا يخلو : ان كان فيه الزام محض ، فلا يثبت الا بلفظ الشهادة بالشروط المذكورة في الفقه كالعدالة والعدد عند الامكان ، صيانة لحقوق العباد ، ولأن فيه معنى الالزام ، فيحتاج الى زيادة توكيد - وان لم يمكن العدد ، فلا يشترط ، كشهادة القابلة . وان لم يكن فيه الزام اصلاً كالوكالات والمضاربات والرسالات في الهدايا وما اشبه ذلك كالودائع والأمانات ، تثبت بإخبار الواحد بشرط التمييز دون العدالة ، فيقبل فيها خبر الفاسق والصبي والكافر ، لأنه لا الزام فيها ، اذ له ان لا يقبل شيئاً من ذلك . وللضرورة اللازمة ، فإن في اشتراط العدالة في هذه الامور غاية المخرج .

وان كان فيه الزام من وجه دون وجه كغزل الوكيل ، فإن فيه الزاماً من حيث يبطل عمله في المستقبل ، وليس بالزام من حيث ان الموكل يتصرف في حقه . ومثله حجر المأذون وفسخ الشركة ، وكأنكاح الولي البكر البالغة ، فإنه - من حيث انه لا يمكن لها التزوج في المستقبل على تقدير نفاذ هذا الانكاح ، - الزام ، ومن حيث انه يمكن لها فسخ هذا الانكاح ، ليس بالزام - ففي هذا القسم ينظر : ان كان الخبر وكيلاً او رسولاً ، يقبل خبر الواحد غير العدل . وان كان فضولياً ، يشترط اما العدد او العدالة .

المادة ٧٦ - البينة على المدعي واليمين على من انكر

البينة هي الحجة الواضحة . قال تعالى (أرأيتم ان كنتم على بينة من ربي) - وفي الزبيدي على القاموس : يقال بان الشيء وأبان واستبان ونبتين وبتن ،

اي ظهر وانضح - وتأتى هذه الصيغ ايضاً متعدية : يقال بنت الشيء وابنته
واستبنته وتبنته وبننته ، اي اظهرته واوضحته . واليمين مؤنث ، وهي القسم .
سميت باسم يمين اليد لأنهم كانوا يتسامحون بأيمانهم فيتحالفون . وفي الصحاح :
لأنهم كانوا اذا تحالفوا ضرب كل امرأ منهم يمينه على يمين صاحبه . فيجمع على
أيمين (بضم الميم) وأيمان .

واليمين باصطلاح الفقهاء تطلق على نوعين : احدهما تأكيد الخبر به وتقويته
نفيًا او اثباتًا بالقسم باسمه تعالى . ثانيها التعاليق ، اعني الشروط التي تتعلق بها
مثل الطلاق والعتاق ، وسيأتى الكلام فيه في المادة ٨٢ .

وهذه القاعدة بعينها لفظ حديث مشهور ، تلقته الأئمة بالقبول ، منقول في
شرح العناية بهذا اللفظ - وفي رواية : « البينة على المدعى واليمين على المدعي عليه »
وفي رواية مسلم واحمد : « لو أعطي الناس بدعواهم لأدعى ناس دماء رجال
واموالهم لكن البينة على المدعي »

وفي البدائع من الدعوى : جعل النبي صلى الله عليه وسلم البينة حجة المدعي
واليمين حجة المدعي عليه . والمعقول كذلك ، لأن المدعي يدعي امرأ خفيًا
فيحتاج الى اظهار ، وللبينة قوة اظهار ، لأنها كلام من ليس بخصم ، وهم الشهود
فجعلت حجة المدعي . - واليمين وان كانت مؤكدة بذكر اسم الله عز وجل ،
لكنها كلام الخصم ، فلا تصالح حجة مظهرة للحق ، وتصلح حجة المدعي عليه لأنه
متمسك بالظاهر ، وهو ظاهر اليد ، فحاجته الى استمرار حكم الظاهر ، وان كانت
كلام الخصم . فهي كاف للاستمرار ، فكان جعل البينة حجة المدعي ، وجعل اليمين
حجة المدعي عليه ، وضع الشيء في موضعه ، وهو حد الحكمة اه .

وهذا من جوامع الكلم . ففي مبسوط السرخسي ملخصاً من الدعوى : استنبط
العلماء من هاتين الجملتين الكر يمتين ما بلغ دفاقر . قال : وفي هذا الحديث الشريف
بيان المغايرة بين المدعي والمدعي عليه ، فميز احدهما عن الآخر بما ذكر .

ثم قال : هذا الحديث يشتمل على احكام بعضها يعرف عقلاً وبعضها شرعاً .
فقوله صلى الله عليه وسلم : « البينة على المدعي » يدل على انه لا يستحق مجرد
الدعوى ، وهذا معقول : لأنها خبر يحتمل الصدق والكذب ، والمحتمل لا

يكون حجة ، فدل على انه يستحق بالبينه . وهذا شرعي : لأن الاحتمال موجود
ايضاً في اخبارهم - وان كانوا عدولاً - لعدم عصمتهم ، فعصول البيئات
والاستحقاق بشهادتهم شرعي .

كذلك قوله صلى الله عليه وسلم « اليمين على المدعي عليه » يدل على ان
القول قوله ، لأنه متمسك بالأصل وهو الذمة ، او انتفاء حق الغير عما في يده ،
وهذا عقلي - ويدل على توجه اليمين عليه ، وهذا شرعي .

والسر في ذلك ان المدعي عليه بالانكار صار متوياً حقاً ، فالشرع جعل له حق
الاستحلاف ليلتف عليه نفسه ان كان كاذباً ، مقابلةً للانتواء بالانتواء - وان
كان المدعي عليه صادقاً ، نال الثواب بذكر اسم الله تعالى على سبيل التعظيم ،
ولا بتضرر .

وفيه دليل على ان جنس البيئات في جانب المدعين : لذكرها بلام التعريف ،
فيقتضى استفراق كل الجنس ، فلا تبقى بيته في جانب المدعي عليه . اي لما تقرر في
الأصول ان لام التعريف تحمل على الاستفراق وتقدم على تعريف الحقيقة ، اذا
لم يكن هناك معهود . وهنا كذلك . ومثله تعريف اليمين في جانب المدعي عليه
فلا تبقى يمين في جانب المدعي ، لأن مطلق التقسيم يقتضي انتفاء مشاركة كل
واحد منها عن قسم صاحبه ، اي لان القسمة تنافي الشركة ، لأن الشركة
تقتضي عدم التمييز ، والقسمة تقتضي التمييز ، وهما متنافيان .

فيكون ذكر البينة بالترتيب حجة للإمام ابي حنيفة على الإمام الشافعي
رضي الله تعالى عنها ان بيته ذي اليد على اثبات الملك لنفسه غير مقبولة في
معارضه بيته الخارج ، بل يقضي بيته الخارج . وعند الإمام الشافعي في أحد
قوله تنهات البيتان ، ويبقى المدعى به لذي اليد . وفي قوله الآخر ترجح بيته
ذي اليد فيقضى به له قضاء ملك ، وتوجيه القولين المذكورين في المبسوط .

كذلك ذكر اليمين معرفة باللام ، يكون دليلاً للإمام الأعظم في انه لا
ترد اليمين على المدعي عند نكول المدعي عليه . قال في فتح القدير : وعند الشافعي
اذا لم يكن للمدعي بيته اصلاً ، وحآف القاضي المدعي عليه فنكل ، ترد اليمين
على المدعي . فإن حلف قضي به ، والا لا ، لأن الظاهر صار شاهداً واحداً

ومعجز عن إقامة شاهد آخر ، فإنه ترد اليمين عليه ، فإن حلف قضي له بما ادعى وان نكل لا يقضى له بشيء .

وحجة للإمام الأعظم أيضاً في أنه لا يجوز القضاء بشاهد واحد مع يمين المدعي ، اذ لا يمين في جانب المدعي كما عرفت .

وفي الزبلي : معرفة الفرق بين المدعي والمدعى عليه من أم ما يبنى عليه مسائل الدعوى ، وقد اختلفت عباراتهم في حده . في أكثر المتون : المدعي من اذا ترك ترك ، والمدعى عليه بخلافه . وهو حد صحيح جامع للأفراد المحدود ، مانع من دخول غيره فيه - وقيل : المدعي من لا يستحق الأمانة ، كالمخارج ، والمدعى عليه ، من يستحق بقوله من غير حجة ، كصاحب اليد . وقيل : المدعي من يلمس غير الظاهر ، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر . وقال محمد رحمه الله تعالى : في الأصل المدعى عليه هو المنكر ، والآخر هو المدعي . غير ان التمييز بينهما يحتاج الى فقه ودقة ذكاء ، اذ العبرة للمعنى دون الصورة ، فإنه قد يوجد الكلام من شخص في صورة الدعوى ، وهو انكار في المعنى ، كالمودع اذا ادعى رد الوديعة ، فإنه مدعى للرد صورة ، وهو منكر للوجوب معنى ، فيحلفه انه لا يلزمه رده ولا ضمانه ، ولا يحلفه على انه ردها لان اليمين تكون على النفي ليتحقق الإنكار ، لأنه ينكر الوجوب عليه ، والأصل براءة الذمة ، فكان القول له .

* تنبيه *

هذه القاعدة في التخاصمين يكون احدهما مدعياً فقط فالحكم فيها ان البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه المنكر - وفي بعض الدعاوي قد يكون كل من التخاصمين مدعياً من وجه ، منكرأ من وجه ، وذلك في جميع مسائل ترجيح البيئات ، لأن كلاً منهما بقر دعواه وينكر دعوى خصمه . فالحكم فيها ان البينة تطلب اولاً من الطرف الراجع ، فإن اظهر العجز فمن الطرف المرجوح ، فإن عجز يحلف ويحكم له انها ملكه ولا يبدل عن هذه القاعدة ، حتى لو قال المدعى عليه للمدعي ان حلفت ان لك في ذمتي فانا اؤديه لك ، فحلف ، لا يلزمه شيء .

المادة ٧٧- البينة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لابقاء الأصل

وذلك لأن من يكذبه الظاهر اشد احتياجاً لتقوية كلامه بمن يصدق الظاهر والبيئات لكونها من كلام غير الخصمين ، اقوى حجة من اليمين ، لكونها من كلام الخصم اعني المدعى عليه ، فجعلت للمدعين - واليمين حجة من يتمسك ببقاء الأصل والظاهر على حاله ، فجعلت للمدعى عليه ، لأن ظاهر الحال يشهد له .

مثلاً العقل والصغر والسلامة من العيب وبرائة الذمم واطافة الحادث الى قرب اوقاته هي الأصل . والجنون والكبر والعيب ومشغولية الذمم ، وهكذا كل ما كان من الصفات العارضة ، واطافة الحادث الى ابعده اوقاته ، خلاف الأصل . وفي العقود والاقراءات الأصل هو الصحة والطوع . واما الفساد والاكره فخلاف الأصل ، بل الأصل فيها المدم . والأصل في العارية والوكالة التقييد ، وفي المضاربة والكفالة الاطلاق - ففي هذا كله ، عند الاختلاف ، القول قول من يتمسك بالأصل يمينه ، والبيينة بينة من يتمسك بخلاف الأصل . كذلك الأصل ابقاء ما كان على ما كان وخلافه خلاف الأصل . انظر المواد (٥ و ٨ و ٩ و ١١) وراجع شروحها .

فلو اختلف المتبايعان ، قال المشتري البيع وفاء ، وقال البائع بات ، فالبيينة على مدعي الوفاء لأنه خلاف الأصل ، واليمين على من انكره . وعلى هذا لو ادعى احدهما التلجئة والآخر البتات ، او الاكره والآخر الطوع ، فالبيينة على من بدعي التلجئة او الاكره ، وعلى الآخر اليمين .

ولو ان المحال عليه ادى مال الحوالة ، وقال للمحيل مالك على شيء وقصد قضيت دينك بأمرك فلي ان ارجع عليك ، وقال المحيل لا بل كان لي عليك الف ، كان القول قول المحال عليه (خائفة) لأن الأصل في الذمم البراءة . والمحال عليه اذا مات فقال المحال له نوى المال عليه فارجع عليك ايها المحيل ، فقال المحيل ادى ،

فالقول للمحال ويرجع على المحيل ، اي لأن الاداء عارض والأصل في الصفات العارضة العدم .

وفي القول الحسن : مات عن زوجة واخ ، وابنه مات ايضاً ، قال الأخ مات اخي بعد موت ابنه ، وقالت الزوجة بل مات اخوك قبل موت ابنه ، فالقول للمرأة والبينة بينة الأخ . والأصل في هذا الجنس ان الورثة متى اختلفت في تاريخ موت الاقارب ، فالبينة بينة من يدعي زيادة الارث ، والقول قول من ينكر .

دفع العارية الى من زعم انه استعارها من المالك وانه امره بالقبض منه ، وقد انكر المالك ذلك ، ضمن ، لأنه يدعي على المعير الأمر بالدفع ، وهو ينكر ، فالقول قول المعير يمينه لتمسكه بالظاهر وهو عدم الاذن ، والبينة بينة المستعير لتمسكه بخلاف الظاهر — ولو ان المحجور عليه مثلاً قال ان ما صدر مني من التصرف القولي وقع بعد الحجر فلا ينفذ ، وقال خصمه قبل الحجر ، فالقول قول المحجور والبينة على خصمه ، لأن الأصل اثبات الحادث الى اقرب اوقاته .

وفي البرازية : زعم الغاصب انه صبغه ، وزعم المالك انه اخذه منه مصبوغاً ، او في بناء الدار ، او حلية السيف ، فالقول للمالك ، اي لا ينكاره حدوث فعل الغاصب . وان برهنا ، فبينة الغاصب ، لاثباتها خلاف الظاهر .
وفروع هذه القاعدة لا تدخل تحت الحصر لانهن جميع ما يحدث من الخصومات والدعاوي المتنوعة من مسائل الفقه لا تحلوعن ذلك .

ثم انه يؤخذ من هذه القاعدة ان كل من يتمسك بالظاهر القولي قوله يمينه — وقد يوجد في بعض المواضع من يكون القولي قوله بلا يمين ، نوردها تيمماً للفائدة ففي كتاب القول الحسن : قال الوصي لليتيم انفقت عليك كذا من مالك ، وذلك نفقة مثله ، او قال ترك ابوك رقيقاً فانفقت عليه من مالك كذا ، ثم مات ، او ابقى ، وقال الصغير ما ترك ابي رقيقاً ، او قال الوصي اشترت لك رقيقاً واديت الثمن من مالك وانفقت عليه كذا ، فهو مصدق في ذلك كله مع اليمين قال «لم» (رمزاً لحاصل مجمع الفتاوى) : الأ إن مشايخنا كانوا يقولون لا نستحسن ان يحلف الوصي اذا لم يظهر منه خيانة .

ومنها ما في الفصولين رامزاً للسيد الامام ناصر الدين وشروط الخصاص ومختصر
الزيادات عن محمد رحمه الله تعالى : قاض باع مال اليتيم فردّه المشتري عليه ببيع ،
فقال القاضي ابرأني منه ، فالقول قوله بلا يمين - وكذا لو ادعى رجل قبلاً ارضاً
ليتيم واراد تحليفه ، لأن قوله على وجه الحكم . وكذا في كل شيء بدعي عليه .

وعن ابي يوسف : ادعى الموهوب له هلاك الموهوب عند ارادة الواهب الرجوع
فالقول له بدون اليمين . ومنها : قال الكفيل بالنفس للمكفول له في اليوم المشروط
سلمت اليك المكفول ، وانكر المكفول له ، فالكفالة على ما هي عليه في الابتداء
ولا يمين على واحد منهما ، لأن كلا منهما مدع ، الكفيل البراءة ، والطالب
الوجوب ، ولا يمين على المدعي . ومنها : اذا اشترى عبد من عبد شيئاً فقال
احدهما انه محجور ، وقال الآخر انا واثت مأذون ، فالقول له بدون اليمين .

ومنها : اذا اشترى داراً نجاء الشفيع وانكر المشتري ، وقال انها لابني الصغير
ولا يينة للشفيع ، لا يحلف المشتري . ومنها : اشترى لابنه الصغير داراً ثم اختلف
مع الشفيع في الثمن ، فالقول قول الأب بدون اليمين . ومنها ما في ادب القاضي :
اقر وصي بالنفقة على اليتيم ، او القيم على الوقف ، ومال الصبي والوقف في
يده ، او نحو ذلك من الامناء بمثل ما يكون في ذلك الباب ، قيل قوله بلا يمين اذا
كان ثقة ، لأن في اليمين تنفير الناس عن الوصاية ، فإن ائهم قيل يستحلف بالله
ما كنت خنت في شيء مما اخذت - وقيل ينبغي للقاضي ان يقدر شيئاً فيستحلف
عليه ، وكذا فيمن ادعى خيانة مطلقاً على مودعه ، قيل لا يستحلف حتى يقدر ،
وقيل يستحلف بالله ما خان فيما ائتمن ، فان حلف برأ ، وان نكل يجبر على بيان
ما نكل عنه - ومنها عدم الاستحلاف في الحدود ، الا السارق ، فان نكل ضمن
ولا يقطع (تنوير)

اقول : وتوجد مسألة لا يينة فيها ولا يمين ، وذلك في فرض النفقة لزوجة
الغائب وطفله وابويه في مال له من جنس حقهم عند من يقر به وبالزوجية وبقرابة
الولاد ، فإنه لو جعد المال او النكاح لا تقبل بينتها على المال ، لأنها ليست بمخصم
في اثبات الملك للغائب ، ولا على الزوجية ، لأن المودع والمديون ليسا بمخصم في
اثبات النكاح على الغائب ، ولا يمين عليهما ، لأنه لا يستحلف الا من كان خصماً

كذا في الدر المختار ورد المختار تقللاً عن الخانية .

واعلم انه يوجد في بعض المواضع من يكون القول قوله وترجح بينته ايضاً فيجتمعان في جانب واحد ويَتَوَمَّ اختلال القاعدة ، وليس كذلك ، لأن الاعتبار للمعاني لا للصور - فقد ترجح لمعنى خفي باعتباره صار المطلوب منه اليمين هو المدعي ، والآخر مدعي عليه ، لتضمنه الزام الخصم بشيء ينكره ، او غير هذا من الدقائق التي لا تدرك في بادي النظر . الا ترى الى ما في البدائع وغيرها في حكم تعارض الدعوى بين : اذا اختلف الشفيع والمشتري في قدر ثمن الدار المشفوعة ، فقال الشفيع اشتريتها بألف وقال المشتري بألفين ، واقاما البينة ، انه يقضي بينة الشفيع عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وان كانت بينة المشتري تُظهر الزيادة لأن البينة انما تقبل من المدعي لأنها جعلت حجة المدعي في الأصل ، والمدعي هناك هو الشفيع لوجود حد المدعي فيه ، وهو ان يكون مُخَيَّراً في الخصومة بحيث لو تركها يترك ولا يجبر عليها . فاما المشتري فمجبور على الخصومة ، فكان هو مدعي عليه ، والبينة حجة المدعي لا حجة المدعي عليه في الأصل ، لذلك قضى بينة الشفيع لا بينة المشتري .

ومن المواضع التي يكون فيها اليمين والبينة من طرف واحد ما في القول الحسن : باع عبداً من رجل وتصادقا على انه كان آبقاً ، فقال البائع بعته في اياقه ، وقال المشتري بعثنيه بعد ما اخذته ، كان القول قول مدعي الصحة ايها كان . فلو اقاما بينة فيبينة المشتري ارجح ، ومدعي الصحة في مثالنا هو المشتري . وكذا لو اشترى خلا ، ثم ادعى انه اشتراه بعد ما صار خلا ، وقال البائع لا بل بعته حين كان خمرأ ، كان القول قول مدعي الصحة - وهو المشتري هنا - وان اقاما البينة ، كانت الشهادة على بيع الخمر بعد ما صار خلا اولى - والحكم في ذلك ظاهر : اما كون القول قوله فلا نه متمسك بالأصل وهو صحة البيع . واما ترجيح بينته ، فلا نه بدعي على البائع صحة العقد وتملك المبيع وهو ينكر .

ومنها اذا قال رب السلم اجلك شهراً وقد مضى ، وقال المسلم اليه لم يمض انما اخذت السلم منك الساعة ، فالقول قول المطلوب ، وعلى الطالب البينة ، ولو اقاما البينة فالبينة بينة المطلوب ايضاً ، لأنه بدعي عليه فمل الأخذ او مدة الأجل

والآخر ينكر - ومنها ما في الفتاوي الهندية من خيار الشرط : رجل باع عبداً من رجله بألف درهم على ان البائع فيه بالخيار ثلاثة ايام ، وقبضه المشتري ، فقضت المدة ، فقال احدهما ايها كان ان المبدعات في الثلاث وانتقض البيع ووجبت القيمة ، وقال الآخر لا بل هو حي آبق ، فالقول قول من يدعي انه حي آبق . وان افاما البينة كانت البينة بينة من يدعي انه حي آبق ، فايها ادعى انه حي آبق فالقول قوله والبينة بينته ايضاً ، لأنه يدعى على خصمه مضي العقد على الضحة والازوم والآخر ينكر .

المادة ٧٨ - البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة

البينة الحجة القوية كما في المادة (١٦٧٦) ومتعدية من تعديت الشيء . تجاوزته الى غيره (صحاح) والاقرار هو اخبار الانسان عن حق عليه لا آخر كما في المادة (١٥٧٢) وقاصرة من قصر عن الشيء اذا عجز عنه . ويقال قصرت النفس على الشيء اذا حبستها عليه ولم تتجاوز الى غيره . وقصرته قصرأ حبسته . وامرأة قاصرة الطرف لا تمتد الى غير بعلمها - وانما كانت البينة حجة متعدية لأنها لا تصير حجة الا بقضاء القاضي ، لأنها كاسمها مبينة لما كان ثابتاً في نفس الأمر قبل الشهادة ، اذ الشهود لا يتمكنون بشهادتهم من اثبات ملك للمشهد له في الحال ما لم يكن ثابتاً في الأصل ، ولا القاضي ، وانما تظهر ما كان ثابتاً ، فيحتاج في اثبات الملكية الى قضاء القاضي ، والقاضي ولاية عامة فينفذ قضاؤه في حق الكافة . واما المقر فله ولاية على نفسه دون غيره ، فإنه يقدر على انشاء الملك للمقر له في الحال بدون قضاء فيقتصر عليه ضرورة صحة الخبر - ا هـ بنوع تلخيص واختصار من الزيلعي والفتح . يظهر لك الفرق فيما لو اشترى جارية فولدت عنده لا منه ، فاستحقها رجل بيخة ، فقضى القاضي بالأأم ، يتبعها ولدها . وان اقر بها المشتري له لا - والوجه ما تقدم من ان البينة اظهرت ملكية المستحق لها من الأصل قبل انفصال الولد عنها فيستحقها بزوائدها كالولد والارض ، والاقرار ليس كذلك .

ففي التنوير : الملك الثابت بالاقرار لا يظهر في حق الزوائد المستهلكة ، فلا يملكها المقر له . ولهذا صرحوا في باب الاستحقاق ان المشتري يرجع على البائع بالثمن في الاستحقاق بالينة . اما اذا كان باقرار المشتري او بنكوله ، فلا .

ثم ان تعدية الينة تكون في المحكوم به كما مر من المثال في ولد الجارية ، وفي محل الحكم اعني المحكوم عليه . فان القضاء على المشتري الأخير بتعدى الى المشتري قبله ، وهو بانه ، والى بائع بانه ، وهكذا الى البائع الاول . ولا تسمع دعوى احد منهم انها ملكه - وعن هذا تبين ان الشهادات لما لم تكن حجة الا بحكم الحاكم ، صرحوا بأنها لا تقام الا على خصم . واما الاقرار فلا يتوقف كونه حجة على القضاء ، بل هو مبني على زعم المقر ، فيجوز من غير خصم ، ولا يجوز على الغير وهذه القاعدة اصل للفروع كثيرة منها المثال المذكور - ومنها ما في التنوير : - الوصي لا يجوز اقراره بدين على الميت ولا بشيء من تركته انه لفلان ، الا ان يكون المقر وارثا فيصح في حصته ، وهو ما اختاره ابو الليث وابن ابي ليلى ، ومثت عليه المحلة في المادة ١٦٤٢ ولا يتعدى الى الورثة .

ومنها ما في الدر المختار من الوقف : يعمل بالمصادقة على الاستحقاق وان خالفت كتاب الوقف ، لكن في حق المقر خاصة ، فاذا مات ترد الى من جعله الواقف له ، فاقراره قاصر عليه لا يتعدى الى غيره .

وهنا مسائل خلافة بين الامام وصاحبيه . فقل قولها تدخل تحت القاعدة - وعلى قوله يتبادر الى الفكر انها مستثناة . وبالتأمل ليست بمستثناة لأنها غير داخلة لما سئنه . ذكرها في الخانيه فيما تنتقض به الاجارة وما لا تنتقض به . الأولى : آجر داره ولم يكن عليه دين ظاهر ثم اقر بالدين على نفسه وكذبه المستأجر ، قال ابو حنيفة رضي الله تعالى عنه : يصح اقراره و يفسخ القاضي الاجارة بينهما باقراره بالدين . وقال صاحبه لا يصح اقراره .

الثانية : المرأة اذا اقرت على نفسها بالدين لغير الزوج وكذبها الزوج ، صح اقرارها ويكون للفرج ان يجبسها بالدين .

الثالثة : المحبوس بالدين اذا اقر ببعض ماله لرجل بثق به ، او لبعض ورثته ، عند الامام ابي حنيفة يصح اقراره ، حتى يقضى القاضي بعسرته ويخرجه من الحبس

اما المسئلة الاولى على قول الامام ، فالوجه فيها ما في شرح الزيادات للامام
العتابي : ان الأصل في هذا الباب ان اقرار الانسان على غيره لا يصح ، وذلك بان
يتضمن اقراره بطلان حق الغير بحيث يضاف البطلان الى اقراره . والاجارة لم
تنتقض بمجرد اقراره بالدين ، بل بطريقه وهي ان يبيع الدار اولاً . فاذا باع وهو
لا يقدر على التسليم لتعلق حق المتأجر ، فالمستأجر من الأجر يرفع الأمر الى
القاضي وطلب منه فسخ البيع او تسليم الدار اليه ، فالقاضي يمضي البيع وقاية
للاجر عن ضرر لم يلتزمه بالعقد ، وهو حبه بالدين ، ثم يأخذ الثمن من المشتري
ويدفعها الى الترميم ، الا ان يكون للمستأجر حق من اجرة مجلة تدفع له اولاً ،
ويجب الأجر على المتأجر الى ان يمضي القاضي بيع الأجر ا - فكان انقاسخ
الاجارة بسبب الحكم بنفاذ البيع ، واقماً ضمناً لا قصداً .

والحاصل ان المقر يتصرف في ذمة نفسه بالتزام الدين ، ثم يتعدى الى حق
المتأجر ، وحق المتأجر انما يبطل بعد البيع وتنفيذ القاضي اياه ، فلا يضاف
البطلان الى اقرار الأجر حتى يكون اقراراً على الغير ، فيصح . وعندهما لا يصدق
في حق المتأجر حتى لا يجوز للقاضي تقضي الاجارة بامضاء البيع الا اذا صدقه
المتأجر في الاقرار ، لأن هذا اقرار على الغير فإنه يتضمن ابطال حق
المتأجر ، فلا يصدق .

وعلى هذا اقرار الزوجة بالدين مع ان زوجها يتضرر بحبسها ، لأنها تصرفت في
ذمتها ولها هذا الحق وانشغال ذمتها يستدعي مطالبتها وتكليف القاضي لها بالأداء ،
فتحبس . فالاقرار بذاته ليس علة الحبس بل علة العلة ، والحكم ، كما في الاصول ،
يضاف للعلة لا لعلة العلة -

وكذا المحبوس بالدين اذا اقر وتبين للقاضي عسرته فاخرجه من الحبس
يتضرر . غريمه الذي حبسه في دينه . لكن عذا الاقرار يلاقي الذمة اولاً ، وللمقر
حق التصرف في ذمة نفسه . ثم بناء على مشغولية الذمة تبين عسرته فيخرج من
الحبس ، فكان ضرر غريمه غير مضاف للاقرار - هذا خلاصة الاصل المنقول
في الزيادات .

ومن فروع القاعدة ما في المبسوط من باب اقرار الرجل على نفسه وعلى غيره :

قال: لفلان علي وعلى فلان الف درهم، فبجد الآخر، ولم يقر الآخر نصفه لأنه عطف الآخر على نفسه، والعطف يقتضي الاشتراك في الخبر، واقتراره على نفسه حجة وعلى الآخر ليس بحجة، فلا يلزمه شيء.

وفيه أيضاً: رجل ادعى عبداً في بدرجل، ولم يكن له بينة، وطلب يمينه فكل المدعي عليه عن اليمين، فإنه يقضي بالعبد للمدعي. فإن أقر بعد ذلك أن العبد كان لآخر، لم يصح إقراره لأنه صادف ملك الغير، ولا ضمان عليه في ذلك لأنه ما اتلف شيئاً ولكنه تحرز عن اليمين ودفع إلى الأول بأمر القاضي وقضاؤه لا يضمن للثاني شيئاً. ومنها ما جاء في المادة ١٦٤٢: لو ادعى أحد ديناً على ميت له تركته بمواجهة أحد الورثة وأقام بينته فخسّم له، يتعدى الحكم إلى سائر الورثة، وليس لهم أن يكلفوا المدعي لإعادة البينة بحضورهم. ولو كان بموجب إقرار أحد الورثة لا بالبينة، يؤخذ من حصته بقدر ما أصابها من الدين. فلو كانت التركة مائة درهم مثلاً والوارث اثنان، وأقر أحدهما له بمخمسين، وانكر الآخر، يستوفى من حصته خمسة وعشرون، وهو مقدار ما أصابه من الدين، تدفع للمقر له، ويأخذ أخوه الجاحد خمسين. ولو أن أحد الابنين أقر بأخ ثالث وانكر الآخر يعطي المقر له ثلث ما في يد المقر، وهذا قول أبي الليث وابن لبلى ومشت عليه المحلة في المادة ١٦٤٢.

ومنها ما في الهداية وغيرها، مات أبوه فاقراً بأخ، لم يثبت نسبه، لما فيه من حمل النسب على الغير، والاقرار لا يتعدى، لكن يشاركه في الارث، لأن هذا إقرار على نفسه وله ولاية عليها، فيصح. وفي مثل هذا جائز أن يكون الإقرار مقبولاً بجهة، غير مقبول بجهة أخرى، كمن اشترى عبداً ثم أقر أن البائع كان اعتقه قبل البيع، يقبل إقراره في حق العتق، ولا يقبل في حق ولاية الرجوع بالثمن على البائع (بدائع من الأقرار). والراهن لو أقر بالرهون لآخر، لا ينفذ إقراره على المرتهن، والمقر له إن شاء أدى الدين وفك الرهن ثم يرجع به على الراهن، وإن شاء ضمن الراهن قيمته - كذلك من فروعها المادة ١٣٨٤ إلى غير ذلك من مسائل من أبواب الفقه لا تدخل تحت الحصر، فيكفي هذا القدر. ثم إن البينة المحكوم بموجبها قد تكون متعديّة في حق كافة الناس، وذلك في

مواضع الحرية الأصلية والنسب والولاء والنكاح والعق وتوابعه كالتدبير والاستيلاء . راجع احكامها مفصلة في باب الاستحقاق - وقد لا يتمدى للكافة ، بل لمن يشملهم حكم القاضي في تلك الحادثة كالحكم على ذي اليد في الاستحقاق ، يكون حكماً عليه وعلى من تلقى الملك منه وهكذا . ومثله كما مر : الحكم على احد الورثة بدين على مورثهم ، يتمدى الى جميعهم .

واعلم ان حجبة الاقرار ، لعدم التهمة فيه ، اقوى من حجبة الشهادة . فلو اجتمعا يحكم بالاقرار لأنه اقوى ، الا اذا امت الحاجة لتعدية الحكم ، فيحكم حينئذ بالبينه ، كدعوى الاستحقاق وما شاكلها ، ليكون للمحكوم عليه حق الرجوع على بائنه - وكون الاقرار حجة قاصرة لا ينافي ان حججته اقوى من البينة ، كما ان كون البينة حجة متمدية لا تنافي انها اضعف من الاقرار ، لان الجهات والعلل مختلفة كما تقدم بيانه .

المادة ٧٩ - المرأ مؤأخذ باقراره .

في الفتح : محاسن الاقرار كثيرة ، منها اسقاط واجب الناس عن ذمته ، وقطع السننهم عن مذمته ، ومنها ابصال الحق الى صاحبه ، وتبليغ المكسوب الى كاسبه ، فكان فيه نفع صاحب الحق ، وارضاء خالق الخلق - ومنها احاد الناس المقر بصدق القول . والاقرار لغة افعال من قر الشيء اذا ثبت . فالاقرار اثبات لما كان متزلزلاً بين الاقرار والجحود . وشرعاً اخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه ، وهو خبر كان متردداً بين الصدق والكذب في الأصل ، فكان محتملاً بحسب ظاهره ، والمحتمل لا يكون حجة ، ولكنه جعل حجة اولاً بدليل العقل ، وهو ظهور رجحان الصدق على الكذب ، فان عقله ودينه يحمله على الصدق ويزجرانه عن الكذب ، فكان الصدق ظاهراً فيما اقر به على نفسه ، فوجب قبوله والعمل به .

وثانياً بدليل الشرع وهو قوله تعالى (فليسمل الذي عليه الحق وليتق الله ربه

ولا يخس منه شيئاً) اي فليحمل المديون الذي عليه الحق على الكتاب ، لأنه لنقر
المشهود عليه - فالله تعالى امر باملاء من عليه الحق ، فلم يلزمه بالاملاء شيء
لما امر به ، والاملاء لا يتحقق الا بالاقرار .

وايضاً نهى عن الكتمان بقوله عز وجل (فليتنق الله ربه ولا يخس منه
شيئاً) وهو آية على لزوم ما اقر به - وقال تعالى (أأقررتم واخذتم على ذلكم
امري قالوا اقررتنا) ولو لم يكن الاقرار حجة لما طلبه .

وحيث كان المرء موأخذاً باقراره ، فلا يقبل رجوعه لأنه تناقض . فلواقر
زيد لعمرو مبلغ معلوم من الدرهم ديناً عليه ، ثم ادعى الغلط والخطأ ، لم يقبل
(خانية) الا اذا اقر بالطلاق بناء على ما اتفق به المفتي ، ثم تبين عدم الوقوع ،
فإنه لا يقع كما في جامع الفصولين يعني لا يقع ديانة ، وبه صرح في الفنية
(منح آخر الاقرار) - ولو اقر لزيد بألف درهم ، ثم ادعى انه اداها ، ينظر : ان
كان في ذلك المجلس ، لا يقبل منه . وان ادعى ذلك في مجلس آخر ، يقبل .

ويتحقق التناقض ما لم يكن الاقرار مكذباً بحكم الحاكم او من قبل الشرع -
مثال الاول : ادعى مستحق عيناً في يد رجل ، فقال ذو اليد فلان اشتربتها
منه ، واثبت المستحق دعواه وحكم الحاكم بذلك ، يرجع على بائعه ويسترد ثمن المبيع
ولا يمنع هذا اقراره بأنه ملك بائعه لأنه صار مكذباً بحكم الحاكم . راجع المادة
١٥٨٢ والمادة ١٦٥٤ .

كذلك لو اختلف المشتري والبائع في مقدار الثمن ، فقال المشتري الف ،
وقال البائع الفان ، واثبت البائع دعواه بالبينة وحكم الحاكم بالفين ، ثم طلبها الشفيع
بأخذها بالفين ، ولا ينظر لاقرار المشتري انها بالف لكونه صار مكذباً بالحكم .
كذلك لو ادعى زيد على عمرو مبلغاً معلوماً من جهة الكفالة ، فانكرها
عمرو ، واثبتها زيد بالبينة ، فحكم على عمرو باداء المبلغ المكفول به ، له الرجوع
على الاصيل المكفول عنه ، ولا عبرة لاينكار عمرو الكفالة لأنه صار مكذباً بحكم
الحاكم . وفي الهندية من باب الاستثناء والرجوع : قال فلان علي الف لا بل
خمسماية ، فعليه الف . ولو قال له علي درهم ابيض لا بل اسود ، فعليه افضلها .
وكذلك الجيد والردى - والاصل ان كلمة لا بل اذا دخلت بين مقدارين

فإن كان المقر له اثنين ، لزمه المألان جميعاً ، اتحد الجنس او اختلف . وان كان المقر له واحداً ، ان كان الجنس مختلفاً لزمه المألان جميعاً ايضاً ، وان كان الجنس متحداً لزمه أكثر المألين وافضلها . كذا في الظهيرية .

ومثال الثاني اعني التكذيب من قبل الشرع ، ما لو طلق ذات حمل او ولد وقال لم اطأها ، فله ان يراجعها ، لأن الحبل اذا ظهر منه بان ولدت لسته اشهر او ولدت في عصمته بعد ستة اشهر ، ثبت نسبه منه ، فيبطل زعمه بانه لم يطأ بتكذيب الشرع - فان قيل قوله لم اجمعها صريح في عدم الجماع ، وثبوت النسب دلالة الجماع ، والصريح اقوى من الدلالة ، قلنا الدلالة من الشارع اقوى من الصريح الصادر من المبد - والفقرة الاخيرة - من المادة ١١٢٢ متفرعة على هذه القاعدة .

واما بيان ركن الاقرار وشرط جوازه ، وما يكون اقراراً وما لا يكون ، ومن يصح له الاقرار ومن لا يصح ، ومن يصح منه ومن لا يصح ، وبيان وجوه صحته ، فارجع في هذا الى كتاب الاقرار .

المادة ٨٠ - لا حجة مع التناقض لكن لا يحتل معه حكم الحاكم مثلاً لو رجع الشاهدان عن شهادتهما لا تبقى شهادتهما حجة لكن لو كان القاضي حكم بما شهدا به اولاً لا يتقص ذلك الحكم وانما يلزم على الشاهدين ضمان المحكوم به .

الحجة عند الفقهاء تطلق على اليقنة والاقرار . لكن المراد بها في هذه المادة اليقنة فقط ، لأن الاقرار حجة وان كان مع التناقض ، وسيأتي بيانه . والتناقض التناقض بين الكلامين بحيث يلزم من صدق احدهما كذب الآخر ، فهو غير مقبول ولا تقوم به حجة ، ومعلوم ان رجوع الشهود عن شهادتهم تناقض ، كما أنهم يقولون نشهد ولا نشهد ، فكانت شهادتهم اولاً ثم رجوعهم ثانياً متساو بين

في ان كلامهم الثاني ليس اولى من كلامهم الأول ، ولا الأول اولى من الثاني ،
فتعارض وتناقض . غير انه ان كان القاضي حكم بشهادتهم قبل الرجوع ، لا
ينقض لترجعه باحقوق الحكم قبل ظهور التناقض - فهذه المادة تحتوي على فقرتين:
خلاصة الاولى: التناقض لا يصلح حجة - والثانية: الحكم بعد وقوعه لا يرفع
بالتناقض . فالفقرة الثانية الاستدراكية وقعت من قبيل الاحتراس ، وهو ان
يأتي المتكلم بمعنى يتوجه عليه فيه دخل فيظن له ، فيأتي بما يخلصه من
ذلك . يقع في كلام الله تعالى نحو (اسلك يدك في جيبك تخرج بيضاء من غير
سوء) فاحترز سبحانه بقوله (من غير سوء) عن امكان ان تدخل في البرص
والبهق وغير ذلك = وهنا لما قال لا حجة مع التناقض ، يتبادر الى الذهن ان
الشهود ، حيث ظهر تناقضهم بالرجوع وبطلت شهادتهم ، يبطل ما وقع من الحكم
بها ، فاستدرك هذا بأن التناقض لا يحتل معه حكم الحاكم ، وانما يلزم الشاهدين
ضمان ما شهدوا به .

وعلى هذا عبارات الفقهاء ، منها ما في الهداية : اذا رجع الشهود عن شهادتهم
قبل الحكم ، سقطت ، لأن الحق انما يثبت بالقضاء ، والقاضي لا يقضي بكلام
متناقض ، ولا ضمان عليهما لأنها ما اتلفا شيئاً لا على المدعي ولا على الشهود عليه
- فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا فلا يفسخ الحكم وان كان آخر كلامهم يتناقض
اوله ، لأن الحكم لا ينقض بالتناقض ، وعليهم ضمان ما اتفقوه بشهادتهم لا قرارهم
على انفسهم بسبب الضمان ، والتناقض لا يمنع صحة الاقرار اه اي لان الرجوع
اقرار على انفسهم والانسان كما تقدم غير متهم في الاقرار على نفسه ، فلا يمنعه
التناقض - واما كون فعلهم هذا يوجب الضمان مع انهم ما اتفقوا بشهادتهم بل
الذي اتلف هو حكم القاضي والضمان على المباشر لا المتسبب ، اذ حكم القاضي علة
للتلف ، والحكم يضاف الى علته ، فوجهه كما في العناية ان قضاءه وان كان علة
للتلف ، لكنه كاللجأ من جهتهم ، فكان التسبب منهم تعدياً فيضاف الحكم اليهم .
يقول الضعيف : شهادتهم لما كانت مفضية الى قضاء القاضي كانت بمنزلة علة
العلة ، وتسمى عند الاصوليين علة في حيز السبب . وهي من انواع ما يكون علة
اسماً ومعنى ، لا حكماً ، لتراخي الحكم عنها تراخياً رتيباً بالتوسط . راجع شرح

المرأة وغيرها من بحث العلة .

ثم ان الرجوع عن الشهادة لا يصح الا بمحضرة الحاكم سواء كان الأول او لا ، لأنه فسخٌ للشهادة ، وهو مختص بمجلس الحكم ، فالرجوع مختص به (عناية) - فلو ادعى المشهود عليه رجوعها واراد يمينها لا يحلفان ، وكذا لا تقبل بينته عليها لأنه ادعى رجوعاً باطلاً حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل ، لأن السبب صحيح .

وفي الفتح : وبتفرغ على اشتراط المجلس انه لو اقر شاهد بالرجوع في غير المجلس ، واشهد على نفسه به وباللزام المال ، لا يلزمه شيء . ولو ادعى عليه بذلك لا يلزمه اذا تصادقا ان لزوم المال عليه كان بهذا الرجوع - ولو اقر في مجلس قاض انه رجع عند قاضي كذا صح باعتبار كون هذا رجوعاً عند هذا القاضي لا الذي أصدر رجوعه اليه - ولو رجعا عند القاضي ثم حمدا تقبل البينة عليها ، وبقضي بالضمان عليها .

بقول الضعيف : وهل لزوم الضمان مقيدٌ بما اذا قبض المدعي المال ديناً كان او عيناً ، ام مطلقاً قبض او لم يقبض ؟ - قال في الهداية . وانما بضمان اذا قبض المدعي المال ديناً كان او عيناً لأن الاتلاف به يتحقق . لكن في البرازية : والذي عليه الفتوى ، الضمان بعد القضاء بالشهادة ، قبض المدعي المال لا - وفيها : شهدا بمالٍ ففضي به ، ثم ادعى المشهود عليه واراد تحليفها ، ليس له ذلك . وهذا ليس على اطلاقه وفيه تفصيل : فإنه اذا ادعى الرجوع في غير مجلس الحكم ، او ادعى الرجوع المطلق وبرهن عليه ، لا يقبل . وان لم يجد بينة على ذلك الرجوع لا يحلف لأنه ادعى رجوعاً باطلاً . وان ادعى الرجوع عند الحاكم ولم يدع الحكم بشهادته ، ولا ايجاب الضمان عليه ، لا يصح . وان ادعى الرجوع في مجلس الحاكم بعد الحكم بصح . وان لم يدع الحكم بالرجوع والحكم بايجاب الضمان يقبل عليه البينة ويستخلف . ثم اتى بصيغة التضعيف فقال : وقالوا اذا لم يدع الحكم عليه بالرجوع وايجاب الضمان لا تصح الدعوى ولا الشهادة عليه . واستبعد قاضيخان توقف صحة الرجوع على الحكم به او بالضمان ، فلذلك تركنا ذكر ذلك القيد واطلقنااه كلامها - اقول : اي قيد الحكم بالرجوع وبالضمان ، بل يكفي ان تكون الدعوى بالرجوع عن الشهادة

في مجلس الحكم بعد الحكم بها ، سواء ادعى انه قضى بالضمان وبالرجوع او سكت
عن ذلك .

والحاصل ان دعوى المشهود عليه رجوع الشاهدين عن شهادتهما انما تصح
اذا كان رجوعهما في مجلس الحكم وكان القاضي حكم بها ، قبض المدعي المال المشهود
به او لا ، دبتاً كان او عيناً ، ولا تتوقف صحة دعواه على حكم القاضي بالرجوع
ولا على حكمه بالضمان ، على ما في البزازية وخزانة المفتين والبحر ، خلافاً لما في الهداية
والملتقى . قال في البزازية : وكذا العقار يضمن بالشهادة الباطلة : بعد الرجوع ان
اتصل القضاء بالشهادة .

المادة ٨١ - قد ثبت الفرع مع عدم ثبوت الاصل مثلاً
لو قال رجل ان فلان على فلان كذا دبتاً وانا كفيل به وبناء على
انكار الاصيل ادعى الدائن على الكفيل بالدين لزم على الكفيل اداؤه .

هذه القاعدة لثمة للقاعدة المشهورة ، وهي : اذا سقط الأصل سقط الفرع .
فلو ابرأ الدائن الاصيل عن الدين ، يبرأ الكفيل تبعاً . فالفرع تابع دائماً للأصل
في السقوط ، لا في الثبوت ، فإنه قد ثبت الفرع دونه ، كالمثال المذكور في المادة .
فإن دين الاصيل هو الأصل ، ودين الكفيل فرع ، وقد ثبت عليه في هذه
الصورة دون الاصيل ، لكونه اقر على نفسه ، والاقرار قاصر عليه لا يتعدى
لى غيره . وهذا يصلح مثلاً للقاعدة ٧٨ .

لكن انما يثبت الدين على الكفيل دون الاصيل لو قال وانا كفيل به على
الاطلاق ، كما في المثال - فلو قيد بالأمر بأن قال وانا كفيل بأمره واثبت
ذلك ، او اقر له بالأمر الاصيل المدبون ، يواخذ .
كذلك لو ادعى الزوج الخلع فانكرت المرأة بان ولا يثبت المال ، مع انه هو
لأصل ، والخلع فرع .

المادة ٨٢ - المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط .

الشرط بالمعنى المصدرى مشتق من شرطت عليه كذا شرطاً واشترطت عليه بمعنى الزام الشيء ، والتزامه في البيع ونحوه من العقود . وفي الحديث نهى عن بيع بشرط . جمعه شروط - واما اشراط ، فجمع شرط (بفتح الراء) وهي العلامة ، ومنه اشراط الساعة علاماتها .

و يطلق على ما يقع في العقود من القيود التي تذكر في الكلام من صفة او حال او شرط او استثناء او لفظ نحو : على ان يكون كذا او بشرط كذا . يقال لذلك القيد شرطاً وللمقيد مشروطاً كجملت غلة وفي هذا على العلماء الفقهاء ، وان دخلت الدار راكباً فعبدي حر ، وانا كفيل بك على ان سكن هذه البلدة ، واجرنتك داري الا هذا البيت ، وضاربتك بهذه الألف على ان تعمل بها في الكوفة ، وبتك هذا على ان تعطيني به كفيلاً ، وما اشبه ذلك .

و يطلق في اصطلاح الشرع على الخارج الموقوف عليه المشروط بدون تأثير به كالغلة ، ولا انقضاء كالسبب ، مثل الوضوء لاصلاة ، والشهود للنكاح ، ويسمي عند الأصوليين شرطاً محضاً بوجبه عدمه عدم المشروط لتوقف صحته عليه - ويقابله الجعلي ، اعني الشرط اللغوي ، وهو المقرون بأداة الشرط لفظاً ، كإن واخواتها وكما ، كإن دخلت الدار فأنت حر ، او معنى ، نحو : المرأة التي ازوجها طالق - وهذا هو التعليق ، اعني ربط حصول مضمون جملة بمحصل مضمون جملة أخرى ، وهو المراد هنا .

والفرق بين المعلق بالشرط والمقيد بشرط ، ان الحكم يقع بالمقيد في الحال ، وفي المعلق بتأخر الى زمان وقوع الشرط ، والا يلزم وجود المشروط قبل وجود الشرط ، وسياقني بتحقيق ذلك في آخر شرح المادة .

و خلاصة ما تحرر ان العقود اما ان تكون معلقة بالشرط ، او مقيدة بشرط . فالمعلق شرطه يجب ان يكون المعلق عليه معدوماً على خطر الوجود ليصدق عليه

قول المادة «المعلق بالشرط الخ» والأف لو كان محقق الوجود يكون تقييماً لا تعليقاً ، كمن قال لزوجه ان كان السماء فوقنا فأنت طالق ، يقع للحال . وكذا لو قال لمديونه ان كان لي في ذمتك الف درهم فقد ابرأتك منها ، وكان في نفس الأمر مديوناً له في ذلك ، صح البراء لأنه تقييماً . ومثله ان كان هذا الخانوت ملكي فهو وقف على كذا ، صح الوقف - ولو كان مستحيل الوجود ، كان التعليق باطلاً نحو : ان دخل الجمل في سم الخياط فأنت طالق .

وقول المادة «المعلق بالشرط» اي الذي يصح شرعاً تعليقه بالشرط . وضابطه

كما في الدر :

كل ما كان من الإسقاطات المحضة ، وهي التي ليس فيها معنى التمليك ، كالطلاق ، والعاق ، ونحوها ، يخرج البراء لكونه تمليكاً من وجه .

او كان من الالتزامات التي يحلف بها كحج ، فهذا النوع يصح تعليقه بالشرط مطلقاً ، ملائماً للعقد اي مؤكداً لموجبه اولاً ، كهبوب الريح مثلاً . يفهم ذلك من الأمثلة .

وما كان من الإطلاقات كالأذن بالتجارة ، والوكالة ، او الولايات كالقضاء والإمارة والعزل عنها والكفالة والبراء عنها ، او ما كان من التحريضات ، صح تعليقه بالملائم - وذلك كقول المولى لعبد : ان قبضت لي من فلان الألف التي لي عليه فقد اذنت لك بالتجارة ، وقول السلطان من قتل قتيلاً فله سلبه ، وان وصلت بلدة كذا فقد وليتك قضاءها او امارتها ، وان وصل اليك كتابي فقد عزلتك . وكقول الانسان للدائن اذا جاء مديونك من سفره فنا كفيلاً بما لك عليه ، او قال المكفول له للكفيل : ان ادى فلان بعض ما عليه من الدين ابرأتك من الكفالة - واما غير الملائم كإن هبت الريح او دخلت الحمام مثلاً ، فلا يصح . واعلم ان كل ما دخل تحت هذا الضابط ، كما يصح تعليقه بالشرط ، لا يبطل بالشرط الفاسد ، اعني ما فيه نفع لأحد المتعاقدين ، ولم يرد الشرع بجوازه ، لأن الذي يبطل بالشرط الفاسد ما كان فيه مبادلة مال بمال كالبيع والاجارة ونحوها - وما ليس كذلك كالنكاح ، او كان من التبرعات كالهبة والصدقة ، لا يفسد بالشرط الفاسد .

فهذه المسائل كلها يصدق عليها القاعدة بأن المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط .

وأما الذي لا يصح تعليقه بالشرط شرعاً ، فضابطه كل ما كان من التملكيات سواء كان مبادلة مال بمال من الطرفين أو لا ، كالبيع والإجارة والاستئجار والقسمة والهبة والصدقة والنكاح والاقرار والابراء والمزارعة والمساقاة والوقف والتحكيم . ولا حاجة ليراد الأمثلة ، لظهورها .

أو كان من التقييدات : كرجعة الزوجة وعزل الوكيل وحجر العبد - وذلك لأن في الوكالة والإذن للعبد مثلاً ، إطلاقاً عما كانا ممنوعين عنه من التصرف في مال الموكل والمولى ، وفي العزل والحجر تقييد لذلك الإطلاق . وكذا في الرجعة تقييد للمرأة عما اطلق لها من الطلاق من حقوق الزوجية ، فهذه كلها لا يصح تعليقها بالشرط .

لكن ما كان فيه مبادلة مال بمال يبطل أيضاً بالشرط الفاسد كالبيع ، وما ليس كذلك كالهبة والصدقة والابراء والاقرار والنكاح والوصية والإيصاء والكفالة والحوالة والوكالة والإقالة والكتابة وأذن العبد في التجارة ودعوة الولد ، نحو هذا الولد مني بشرط رضى زوجتي ، والصلح عن دم العمد والابراء عنه وعن الجراحة وعقد الذمة والرد بالعيب وعزل القاضي ، لا يبطل بالشرط الفاسد ، بل يصح ويلغو الشرط . فلو باع أمةً إلا حملها فسد البيع ، لأن ما لا يصح أفراده بالعقد لا يصح استثنائه منه . والحمل لا يجوز أفراده بالبيع فكذا استثنائه ، لأنه بمنزلة الأطراف فصار شرطاً فاسداً . ولو وهبها مستثنياً حملها صححت الهبة وبطل الشرط ، لأن الهبة تملك لا مبادلة مال بمال ، فلا تفسد بالشرط الفاسد (رد المحتار) .

❀ تمة ❀

قدمنا بيان ما يجوز تعليقه وما لا ، وما يبطل بالشرط الفاسد وما لا ، وبقي بيان ما تصح إضافته إلى المستقبل وما لا تصح .
الأول الإجارة ، كأجرتك داري غداً ، والمزارعة والمساقاة والكفالة ، لأنها

اي الكفالة من باب الالتزامات ، فتصح اضافتها الى الزمان وتعليقها بالشرط الملائم - وكذا الايضاء والرؤية بالمال فانها لا ينفذان الا بعد الموت فيجوز تعليقها واطرافها والقضاء والامارة فانها تولية وتفويض محض - فجاز اضافتها .
والطلاق والعناق . انظر المواد ٤٠٨ و ٤٩٤ و ١٤٥٦ و ٤٤٠ و ٦٣٦ .

الثاني البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والمبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين ، لانها تملكيات وقد امكن تنجزها للحال ، فلا حاجة الى الاضافة - والوكالة ، على القول المنقح به .

واعلم ان كل ما يقبل التعليق يقبل الاضافة ولا عكس . والفرق بين التعليق والاضافة ، ان التعليق يمنع المعلق ، اعني انت طالق مثلاً ، عن عليته للحكم ، عندنا ، فاذا منع من العلية منع الحكم ضرورة . فالتعليق منع من اتصال العلة بالحكم ، وبدون الاتصال لا يتقصد علة ، لان تأثير التصرف الشرعي يكون بثلاثة امور : الاهلية والمحلية واتصال التصرف بالمحل - ثم كما ان بانعدام الاهلية والمحلية لا يتقصد علة كالبيع من المجنون وبيع الحر ، فكذا بانعدام الاتصال بالمحل والاضافة لا تمنع العلية بل يتراخى حكمها الى وقت المضاف اليه ، كالبيع بشرط الخيار ، فإنه دخل على الحكم فالاضافة لم تخرجه عن العلية ، بل اتخرت حكمه . وعن هذا صرحوا بأنه لو حلف لا يطلق امرأته ، فاضاف الطلاق الى القدر ، حث ، وان علقه لم يحث .

المادة ٨٣ - يلزم مراعاة الشرط بقدر الامكان

اي امكان الشرط واستطاعته ، ولا يلزم ما فوق الاستطاعة . وفي المبسوط : قال المودع للمودع امسكها بيدك ولا تضعها ليلاً ولا نهاراً ، فوضعها في بيته فهلك ، لم بضمها ، لان ما شرطه عليه ليس في وسعه باعتبار العادة . ولو قال له لا تخرج بها من الكوفة فخرج بها الى البصرة كان ضامناً . فإن انتقل من الكوفة الى البصرة او الى غيرها لشيء لم يكن له منه بد فهلك ، فلا ضمان عليه ، لان

المودع انما يلتزم شرط المودع بحسب امكانه .
فعلم من هذا ان لزوم مراعاة الشرط مقيد بقدر الامكان ولا مواخذة فيما
فوق الجهد والامكان - وقد بين في المادة قبلها حكم المعلق بالشرط ، وهو الشرط
التعليقي . وهذه لبيان حكم الشرط الواقع قيداً وهو الشرط التقيدي الذي يلزم
مراعاته . - لكن لا اي شرط كان ، بل الشرط الذي يوافق الشرع . لأن
الشرط ثلاثة اقسام : قسم يجوز شرعاً وفيه فائدة لمن اشترطه ، فهذا يلزم مراعاته .
وقسم ممنوع شرعاً ويقال له شرط فاسد . وقسم ثالث غير ممنوع شرعاً ، الا
انه لا يلزم مراعاته لعدم فائدته فيلغو .

قال في البدائع من كتاب المضاربة : الأصل في الشروط اعتبارها ما امكن
واذا كان القيد مقيداً كان ممكن الاعتبار ، فيعتبر لقوله عليه الصلوة والسلام ،
(المسلمون عند شروطهم) .

ولذلك الفرق بين الشرط المفيد وغير المفيد . ففيه : دفع اليه مالا على
ان يعمل به في الكوفة ، فليس له ان يعمل في غير الكوفة لأن الأماكن تختلف
بالرخص والغلاء ، وكذا في السفر خطر فيعتبر . ولو دفع اليه على ان يعمل في
سوق الكوفة ، فعمل في الكوفة في غير سوقها ، فهو جائز على المضاربة ففي الأول
لوهلك المال يضمن ، وفي الثاني لا ، لأن البلدة الواحدة بمنزلة بقعة واحدة ،
فلا فائدة في التقييد بهذا الشرط فيلغو . انظر المادة ١٨٩ .

اما الموافق للشرع فكل ما لا ينافي العقد ، بل هو مقتضى العقد او مؤيد
لمقتضاه ، وهو الشرط الملازم ، او شرط متعارف ، او انه ورد في الشرع - وصورته
ما يأتي في المادة ٨٦ : لو باع بشرط ان يكون المبيع ملك المشتري ، او بشرط ان
يجس المبيع الى ان يقبض الثمن ، فهذا الشرط لا يضر في البيع لكونه بياناً لمقتضى
العقد ، لأن العقد يقتضي دخول المبيع في ملك المشتري ، وعند الاطلاق يتصرف
الى التسليم من الجانبين :

وكذا ما يأتي في المادة ١٨٢ : لو باع بشرط ان يرهن المشتري عند البائع
شيئاً معلوماً ، او ان يكفل له بالثمن هذا الرجل ، صح البيع ويكون هذا الشرط
معتبراً . حتى انه اذا لم يف المشتري بالشرط فللبائع فسخ العقد . - ولا بد من

تعيين الرهن والكفيل كما اشير اليه في المثال ، والآ فـد العقد يجـهـا لـا فـضـائـه
الى المنازعة .

وكذا البيع بشرط متعارف : كبيع الفروء على ان يخيـط بيـهـا الظهـارة كما في
المادة ١٨٨ ومثله المادة ٢٨٧ ونظيره ما في المواد ٤٦٨ و ٤٧٤ و ٥٠٥ و ٦٠٥ و
٦٩٦ و ٨٥٥ و ١٣٦٧ و ١٣٧٠ و ١٤٢٠ و ١٤٦٧ و ٧٨٤

واما الممنوع شرعاً فما كان بخلاف الأول ، اي لا هو مقتضى العقد ، ولا
مؤيداً لمقتضاه ، ولا هو متعارف ، ولا ورد الشرع بجوازه ، كشرط فيه تقع
لا حد المتعاقدين او اجنبي ، فهذا شرط فاسد مفسد للعقد - وضابطه كل ما
كان من المعاوضات المالية المار ذكرها في شرح المادة قبلها كالبيع والاجارة
واخوانها ، كما لو شرط في البيع ان يستخدم البائع المبيع شهراً ، وفي الاجارة ان
يقرض احدهما الآخر كذا ، وفي القسمة ان يشتري احدهما من الآخر داره بالف
او على شرط هبة او صدقة ، وهكذا في الصلح عن اقرار وما اشبه ذلك من
المعاوضات المالية - وما ليس كذلك صح العقد وبطل الشرط . فاستقص ذلك
في كل ما ليس فيه مبادلة مالية ، نحو اقرضتك او وهبتك هذه المائة بشرط ان
تخدمني سنة ، او تزوجتك على ان لا يكون لك مهر ، صح النكاح وبطل الشرط
ووجب مهر المثل .

وكذا طلقتك على ان تزوجي غيري ، وخالعتك على ان لي الخيار مدة براهـا
بطل الشرط ووجب المال . واعتقتك على اني بالخيار ، ورهنتك عبي بشرط ان
استخدمه ، او على ان الرهن ان ضاع ضاع بلا شيء : وجعلتك وصياً على ان تزوج
بنتي ، ووليتك قضاء بلدة كذا على ان لا اعزلك ، وكفلت غريمك على ان تقرضني
كذا ، واحلتك على فلان بشرط ان لا ترجع علي عند التوي ، ووكلتك على ان
تبرأني مما لك علي ، صح ذلك كله وبطل الشرط - وقس على هذا كل ما ليس
بمعاوضة مالية .

واما الشرط الجائز ، فكل شرط مفيد لم يمنعه الشرع ، كما لو قسم الشركاء
الربح بينهم على الوجه الذي شرطوه متساوياً او متفاضلاً ، كما في المادة ١٣٩٠ .
وفي هذه الصورة لو شرط الضرر والخسار متساوياً ، وكان حصة احدهما في المال

أكثر من الآخر، لا عبء لهذا الشرط، ويقسم الخسار على قدر المال، لا ماصحوا
ان اشتراط الرج متفادوناً يصح، بخلاف اشتراط الخسران، لكونه ربيع ما
لم بضمن. انظر المادة ١٣٦٨ - ويتفرع على القاعدة ان الواقف يراعى شرطه
ويؤزم اتباعه اذا لم يخالف الشرع، ولا يعتبر عند محالته، كما لو شرط ان لا يزرع
من يده او يد من يعينه متولياً، فظهرت خيائته، يزرع من يده ويعزل،
ولا يعتبر الشرط.

واما الشرط غير المفيد، فهو وان لم يكن ممنوعاً شرعاً، فلعدم فائدته يقع
لفواً. بمعنى انه لا يترتب شيء على عدم رعايته، وقد مرّ بيانته فيما نقلناه عن
البدائع. وانظر ايضاً الى المادة ٧٨٤. والأصل في هذا، كما في وكالة البدائع،
اعتبار القيد الآ قيداً لا يفيد اعتباره.

* تنبيه *

الشرط الفاسد الذي سبق ذكره اذا لم يقترن بالمقيد، بل التحق به بعد تمامه
قبل يلتحق به عند الإمام ابي حنيفة رحمه الله تعالى، وقيل لا يلتحق، وهو
الأصح، كما في الفصل ٣٩ من الفصولين - ونفساد البيع وغيره من المبادلات
المالية صوراً اخرى غير الشرط الفاسد مسطورة في بابها، فارجع اليها.

المادة ٨٤ - المواعيد بصور التعاليق تكون لازمة. مثلاً
لو قال رجل لاخر بيع هذا الشيء لفلان وان لم يعطك ثمنه فانا اعطيه
لك فلم يعط المشتري الثمن لزم على الرجل اداء الثمن المذكور بناءً على
وعده المعلق.

المواعيد جمع موعد. يأتي مصدرها واسم زمان واسم مكان، والمراد به
المصدر - وهو انباء الانسان غيره بأن يفعل امرأ في المستقبل مرغوباً له، فاذا
كان ذلك الأمر غير واجب عليه، لا يلزمه بمجرد الوعد. لأن الوعد لا يفرض

الأمر الاختيارية إلى الوجوب واللزوم - الا ترى لما في هبة البدائع : لو امر غيره بجمع بض فلان عن هبته ، او قال له اطعمم عن كفارة يميني ، او ادر زكاتي ، ففعل ، لا يرجع على الأمر ، الا ان يقول له « على ابي ضامن » لأنه امره بما ليس بمضمون عليه - بخلاف ما اذا امر غيره بقضاء الدين قضاء ، فإنه يرجع على الأمر وان لم يقل « على ابي ضامن » لأن قضاء الدين مضمون على الأمر فاذا امره به فقد ضمن له ٥١ - فهذا لو امر غيره بما ليس بمضمون عليه ففعل . فعدم لزوم التبرع بالوعد المجرد من باب اولي .

نعم اذا كانت المواعيد مفرغة في قالب التعليق ، فلقوة الارتباط بين الشرط والجزاء ، من حيث ان حصول مضمون الجزاء موقوف على حصول شرطه ، يكتسب الوعد قوة كقوة الارتباط بين العلية والمعلولة ، فيكون لازماً . وفي التنوير وشرحه الدر المختار : ولو كاتبه على ميتة ونحوها كالكلم بطل العقد لعدم ماليتها اصلاً عند احد ، فلا يعتق بالاداء ، الا اذا علقه بالشرط صريحاً ، فيعتق للشرط لا للعقد .

وفي حظر الأشباه : لا يلزم الوعد الا اذا كان معلقاً وفي بيع الوفاء ، كما في كفالة البرازبة - وذلك كالمثال المذكور في المادة . فقد فرقت بين الوعد المجرد والمعلق انظر المادة ٦٢٣ .

وقوله (فلم يعط المشتري الثمن) اي طالبه البائع فلم يعطه ، والا فلا يلزمه شيء لا قبل وقوع الطلب والامتناع عن الاداء ، كما تقدم في المادة ٨٢ (المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط) .

في الحانية ، من فصل في الكفالة بالمال : رجل قال لآخر ان لم يعطك فلان مالك فهو علي ، فتقاضاه فلم يعطه المطلوب ساعة تقاضاه ، لزم الكفيل استحضانا واعلم انه ليس كل وعد يصح تعليقه ، فالمراد الوعد الذي ورد جواز تعليقه شرعاً ، وقد سبق بيانه في شرح المادة ٨٢ .

ثم الذي يصح تعليقه ، منه ما يجوز بالملام وغيره فيما لو كان من الاسقاطات المحضة كالطلاق والعتاق ، او من الالتزامات التي يحلف بها كحج . ومنه ما لا يجوز الا بالملام ، وهو ما كان من نوع الاطلاقات كالوكالة والاذن بالتجارة او

الولايات كالامارة والكفالة فهذا النوع لا يصح تعليقه الا بالملائم ، وهو ان يكون المعلق عليه سبباً لظهور الحق او وسيلة الى الاداء في الجملة ، نحو ان استحق المبيع فأنا كفيلاً ، لأن استحقاق المبيع سبب لظهور الحق . او وسيلة نحو اذا قدم زيد فأنا كفيله ، لأن قدمه وسيلة الى الاداء ، لاحتمال انه مضار به او مكفول عنه . او شرطاً لتعذره ، نحو ان غاب زيد عن المعرف فلي - والمثال المذكور في المادة من هذا القبيل ، فلا يجوز التعليق بهبوب الريح ودخول الدار مثلاً .

المادة ٨٥ - الخراج بالضمان يعني ان من يضمن شيئاً لو تلف ينتفع به في مقابلة الضمان . مثلاً لو رد المشتري حيواناً بجزار العيب وكان قد استعمله مدة لا تلزمه اجرتة لانه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان من ماله .

قال في الأشباه: حديث صحيح رواه احمد وابو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وابن حبان . وفي بعض طرقه ذكر السبب ، وهو ان رجلاً ابتاع عبداً فأقام عنده ما شاء الله ان يقيم ثم وجد به عيباً فخاصمه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فردّه عليه ، فقال الرجل يا رسول الله قد استعمل غلامي ، فقال (الخراج بالضمان) وهو من جوامع الكلم . ولا حوازه معاني جمّة جرى مجرى المثل - وجوامع الكلم هي الألفاظ الكلية العامة المتناولة لافرادها . وذكر في غير الاسلام في اصوله عدم جواز نقله بالمعنى ، اي لأن بيانه صلى الله عليه وسلم اعلا رتب البيان ، فلا يعدل عن الكلمة الجامعة التي في غاية البيان لما دلت عليه ، الى لفظ اطول منها واقل بياناً .

في المصباح : الخراج والمخرج اسم لما يحصل من غلة الارض . وفي الكشاف عند قوله تعالى (ام تسلمهم خرّجا فخرّج ربك خير) لما تخرجه للارباب من زكاة ارضك ، والى كل عاملٍ من اجرتة وجعله ، اي ام تسلمهم

على هدايتك لهم قليلاً من عطاء الخلق ، فالكثير من عطاء الخالق خير . فالمنى
في الخراج اعم منه في الخرج ، لأن زيادة المبنى تدل على زيادة المنى -
وفي الفائق : كل ما خرج من شيء فهو خراجه ، فخراج الشجرة ثمره ، وخراج
الحيوان دره ونسله .

ثم ومن ذكرِ السبب في بعض طرق الحديث يُعلم ان المراد بالخراج ما يحصل
من مثل كسب العبد واجرة الدابة ونحوهما وهما في ضمان من ينتفع بهما ، اعني كل
زيادة منفصلة لم تكن متولدة من الأصل ، تسلم للمشتري لا يضر حصولها له
مجاناً لأنهم تمكن جزءاً من المبيع فلم يملكها بالثمن وإنما ملكها بالضمان بخلاف المتصلة
كالسمن ، والمنفصلة المتولدة من الأصل فإنها تابعة للمبيع لكونها جزءاً له ، وتمنع
الرد بالعيب مطلقاً سواء حدثت قبل قبض المشتري او بعده (رد مختار)

خلاصة معنى الحديث ان الشيء الذي مؤنته على انسان ، واذا تلف يكون
تلفه عائداً عليه ، يقال لذلك الشيء انه في ضمانه . وبمقابلة هذا تكون منافعه خاصة
به ، سواء انتفع بها بنفسه او تناول غلتها - فالمنفعة اما بمقابلة الملك فقط ، او الملك
والضمان معاً ، لأن الغرم بالغنم ، وهو مصداق المادة ٨٧ - بتفرع على هذا المثال في
المادة « لو رد المشتري حيواناً بخيار العيب » بعد قبضه واستعماله غير عالم بالعيب
« وكان قد استعماله مدة » بنفسه او آجره من غيره وقبض اجرتة « لا تلزمه اجرتة »
للبيع لكونه في ضمانه « لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان » تلفه عليه
« من ماله » وإنما قلنا غير عالم بالعيب ، لأنه لو استعماله بعد الاطلاع على العيب
يسقط خيار الرد كما في المادة ٣٤٤ وسيأتي بيانه مفصلاً في الفصل السادس من
الباب السادس من كتاب البيوع .

كذلك لو استأجر دابة للركوب الى محل معين ، فركبها ولم يتجاوزها ،
فهلك بلا تعد ولا تقصير ، لزمه الأجرة . ولو ماتت في اثناء الطريق لزمه اجرة ما
قطع من المسافة ، لأنها في هذه الصورة ليست في ضمانه . لكن لو جاوز المحل المعين
فهلك ، يلزمه الضمان ولا اجر ، لأنه بالتجاوز صار غاصباً فحيث دخلت في ضمانه
تكون المنفعة له ، لأن المنفعة بمقابلة الضمان . راجع المادة ٨٦ و ٥٥٠ .

كذلك ما جاء في المادة ١٣٤٧ ان الرجح يستحق تارة بالمال ، وتارة بالعمل ،

كالضارب يستحق الرج بعمله ورب المال بماله - وتارة بالضمان ، كما اذا اخذ واحد من ارباب الصنائع للميداً عنده ، واعمله ما تقبله وتمهده من العمل بنصف اجرتة ، يكون جائزاً ، والكسب يعني الاجرة المأخوذة من اصحاب العمل كما يكون نصفها مستحقاً لذلك به ، له ، يكون نصفها الآخر مستحقاً للاستاذ بتمهده وضمان الفعل ، - فاستحقاق الاستاذ لنصف الاجرة بمقابلة ان ما يتقبله من الناس داخل في ضمانه ، والخراج اي المنفعة بالضمان .

ومن فروع القاعدة ما لو اعتق الراهن العبد الرهن ، نفذ عتقه ، فان كان الراهن غنياً فلا سعاية على العبد ، لا يمكن اخذ حقه من الراهن وهو الاداء ان كان الدين حالاً ، وقيمة الرهن ان كان مؤجلاً - وان فقيراً سعى العبد للمرتين في الاقن من قيمته ومن الدين ، لتعذر اخذ الحق من الراهن . فيؤخذ من حصلت له فائدة العتق ، وهو العبد ، لأن الخراج بالضمان . وانما سعى في الأقل منها لأن الدين ان كان اقل ، فالحاجة تندفع به ، وان كانت القيمة اقل ، فانما حصل له هذا القدر .

وهنا سوء الان ارددهما في الأشباه مع جوابها . احدهما : لو كان الخراج بالضمان ، اكانت ازوائد قبل القبض للبائع ، تم القدر او انفسخ ، لكونه في ضمانه ولا قائل به . أوجب : بان الخراج يعطى قبل القبض بالملك ، وبعده به وبالضمان معاً ، واقتصر في الحديث على التعليل بالضمان ، لأنه اظهر عند البائع واقطع لطلبه واستعباده ان الخراج للمشتري ا - اي لأن الضمان هو محط اقامة الحججة على احد الخصمين ، حيث قال « يا رسول الله قد استعمل غلامي » فدفع اشكاله بقوله (الخراج بالضمان) .

الثاني : لو كانت العلة بالضمان لزم ان تكون الزوائد للناصب ، لأن ضمانه اشد من ضمان غيره ، وبهذا احتج لأبي حنيفة رحمه الله تعالى في قوله ان الناصب لا يضمن منافع النصب - أوجب : انه صلى الله عليه وسلم قضى بذلك في ضمان الملك ، وجعل الخراج لمن هو مالكة اذا تلف تلف على ملكه .

والحاصل ان النفع قد يكون بمقابلة الملك والضمان معاً كالبيع بعد القبض ، وقد يكون بمقابلة الملك فقط كالبيع قبل القبض ، وكنافع المنصوب في يد الناصب .

المادة ٨٦ - الاجر والضمان لا يجتمعان

اي لا يجتمعان في محل واحد من اجل سبب واحد ، لان الضمان يقتضي التملك ، والمالك لا اجر عليه ، والاجر يقتضى عدمه ، وبينهما منافاة .
والأصل في هذا ان كل موضع لا يصير ضامناً فالأجر واجب ، وفي كل موضع يصير ضامناً فلا اجر عليه . فانظر في كتاب العارية ما يجب فيها الضمان وما لا يجب ، واتخذة قاعدة هنا ، كذا في المبسوط .

مثلاً : لو غضب رجل بغير آخر واستعمله حتى هزل وطراً على قيمته نقصان ، فضمن لصاحبه نقصان قيمته ، لا اجر عليه ، لأن الأجر والضمان لا يجتمعان .
وفي المادة (٥٥١) استأجر دابة للركوب ، ليس له ان يحملها ، فاذا حملها وتلفت به ، بضمن قيمتها ولا اجر عليه ، لأنها لا يجتمعان - وعلى هذه المواد ٥٤٧ و ٥٥٠ و ٥٥٦ و ٥٥٧ .

ثم انه بمجرد صيرورة اليد على الشيء . يد ضمان ، لا تجب فيه الأجرة ، وان لم يتحقق الضمان بعد بالفعل . في المادة ٥٩٦ لو استعمل احد مالا بدون اذن صاحبه ، فهو من قبيل القاصب لا يلزمه اراء منافعه ، اعني اجر المثل ، لأنه لو هلك لهلك في ضمانه ، فلا تلزمه اجرة الآ في مال الوقف واليتيم ، والآ في المعدة للاستغلال اذا لم يكن بتأويل ملك او عقد .

ولو استأجر ارضاً على ان يزرعها حنطة فزرعها شيئاً آخر بضر بالأرض كالرطوبة ، فاذا ضمن نقصان الأرض فلا اجرة عليه ، لأن الأجر والضمان لا يجتمعان .

وانما قيدنا عدم اجتماع الاجر والضمان باتحاد السبب ، لأنه يجوز اجتماعهما عند اختلافه ، كالدابة في يد مستأجرها يد عليها يد امانة فاذا انقلبت بد غضب فهذا لا يخلو من احد وجوه : اما ان تطراً يد الغصب بعد استيفاء كمال المنفعة

المعقود عليها ، فيلزم كمال الأجر والضمان - وصورته : استكرى دابةً من حمص الى النيبك مثلاً فجاوز بها الى دمشق بدون اذن المكارى ، فالدابة حينئذ في ضمان المستأجر الى ان يسلمها سالمة . وان تلفت او تقصت في ذهابه او اياه ، يلزم ضمان القيمة او النقصان لتمديه ، والأجرة ايضاً لأنه استوفى المنفعة تماماً . فقد جاز الجمع هنا لاختلاف السبب -

ولا فرق في حال الايباب بين ان تلف بعد عوده الى محل الوفاق ، وهو النيبك ، او قبله ، لأن المستعير او المستأجر متى صار غاصباً بالمخالفة ، فبعوده الى الوفاق لا يبرأ من الضمان - بخلاف الوديعة ، وهذا هو الاصح كما في الهداية وعليه مشت المادة (٥٤٥) من المجلة . لأن المودع يده بد المالك ، لكونه مأموراً بالحفظ مقصوداً ، وفي الاجارة والعارية ليس كذلك ، لأن الحفظ مأمور به تبعاً للاستعمال لا مقصوداً ، فلا يبرأ بالموود الى الوفاق - وعلى هذا النحو المادة ٥٤٨ : ليس للمستأجر استعمال دابةٍ از يد من المدة التي عينها ، وان استعملها وتلفت في يده يضمن ، ففي هذه الصورة يلزم الأجر والضمان ايضاً لاختلاف السبب ، لان سبب لزوم الاجرة استيفاء المنفعة ، وسبب الضمان التعدي - بخلاف المواد ٥٤٧ و ٥٥٠ و ٥٥٦ و ٥٥٧ و ٥٥٩ فإن التعدي فيها لم يكن بعد استيفاء المنفعة ، بل وجد دونها ، فيلزم الضمان لا غير .

واما ان تكون يد الغصب قبل استيفاء المنفعة او شيء منها ، ففي هذه الصورة يلزم الضمان ولا اجر اصلاً كما في المواد المذكورة ، فإن يد الغصب فيها لم تكن بعد استيفاء المنفعة ، بل في الابتداء .

واما ان تكون يد الغصب لا هي بعد استيفاء المنفعة ولا هي قبلها ، بل معها ، وذلك بأن يستوفي عين ما شرط وزيادة ، كما اذا استأجرها ليجعل عليها عشرة اقفة حنطة فحمل احد عشر ، فإن سلمت لزم المسمى ، والا ضمن (جزء) من احد عشر جزء من قيمتها ، وعليه تمام الأجرة لانه استوفى المعقود عليه وزيادة - هذا اذا كانت تطبق ، والا فليته ضمان كل القيمة ولا اجر . كذلك لو اردف من بئسك بنفسه وعطبت الدابة ، يضمن النصف ان كانت تطبق حمل الاثني ، والا ضمن الكل . فاذا هلك بعد بلوغ المقصد ، وجب جميع الأجر لركوبه

بنفسه ، وتضمينه نصف القيمة لركوب غيره . فقد اجتمع الاجر والضمان لاختلاف السبب - اما الأجر ، فلأنه استوفى العقود عليه وزيادة ، غير ان الزيادة استوفيت من غير عقد ، فلا يجب لها الأجر . واما الضمان ، فلتعديبه بالارداف . وانما ضمن النصف لان ركوبه مأذون فيه ، وركوب الآخر غير مأذون فيه ، فكان غاصباً في النصف . ففي هاتين الصورتين لزم كمال الأجر وضمان البعض لا الكل . (بدائع) انظر المادة ٤٢٦ - وان لم يستمك بنفسه فحكمه كالموزونات ، ينظر الى مقدار ثقله ، وقد مر بيانه في العشرة اقتره .

المادة ٨٧ - الغرم بالغرم يعني ان من ينال نفع شيء يتحمل ضرره .

هذه عكس المادة ٨٥ ومضاهما واحد . يعني اذا كانت النعمة بمقابلة الضرر ، فالضرر يتحمل بمقابلة النعمة . ومن هذا القبيل المادة ٨٨ : النعمة بقدر النعمة ، والنقمة بقدر النعمة . فلو كان الوقف داراً ، فعمارتها على من له السكنى . فإن امتنع من ذلك او كان فقيراً ، أجرها الحاكم وعمرها باجرتها . واذا عمرها ردها الى من له السكنى ، لأن في ذلك رعاية الحقين : حق الواقف في استبقاء وقفه ، وحق صاحب السكنى . وانما يعامل بذلك لأن منفعة السكنى له ، فعليه مضرة عمارتها ، فالغرم بالغرم .

ولو كان الوقف على رجل معين يتناول غلة الوقف وحده ، وآخره للفقراء ، يطالب بعمارتها من ماله اي مال شاء من الغلة او من مال له غيرها لا من الغلة حتماً ، لان الغلة ماله . فاذا مات فمن الغلة . - فلا تناقض بين هذا وبين قولهم يبدأ من غلته بعمارتها ، اي بتخصيص الغلة ، لان ذلك فيما اذا كان الموقوف عليهم غير معين كالفقراء لا يظفر المتولي بهم لعدم تعيينهم وعسرتهم ، واقرب اموالهم الى المتولي هذه الغلة ، فتجب فيها - اهـ ملخصاً باختصار من الهداية والعناية والزبلي .

كذلك لو كان لفقير عاجز عن الكسب ثلاثة اخوة متفرقين ، واحد لأب وام ، وآخر لأب ، وآخر لأم ، يشترك في نفقته الأخ لأب وام والأخ لام اسداساً :

خمة اسداس على الاخ لأبوين ، وسدس على الأخ لأُم ، على قدر الميراث ، لأنه لو كان غنياً فارثه لها على هذا الوجه ، فكذا نفقته .

ولو كان له عم وعممة وخالة اغنياء ، فلي العم خاصة ، وان كان العم مساوياً في قرابة ذبي الرحم المحرم ، إلا أنه يفضلها في كونه وارثاً له دونها ، لان المضرة في مقابلة المنفعة وبالعكس - او تقول لأن الخراج بالضمان ، او النعمة بقدر النعمة والنعمة بقدر النعمة ، والكل سواء .

ومن هذا القبيل ان المولى تجب عليه نفقة رقيقه بشرط ان تكون اكسابه ومنافعه لمولاه ، والآ فلا تجب عليه نفقته ، فتجب على الانسان نفقة عبده القربى والمدبر وام الولد ، لان اكسابهم ملك المولى ، ولا تجب عليه نفقة مكاتبه لانه غير مملوك المكاسب - الا ترى انه احق بكسبه من مولاه ، فكان في مكاسبه كالحر ، فنفقته في كسبه كالحر ، لان الغرم بالغنم ولا غنم فلا غرم .
ونفقة العبد العارية على المستعير ، لان منفقته له .

كذلك العبد الموصى برقيقه لانسان وبخدمته لآخر ، نفقته على صاحب الخدمة بمقابلة انتفاعه بها .

ولو اتفق اثنان على شركة الاعمال عناناً على ان يتقبلا ما يطرح عليهما من الناس على ان يكون لأحدهما ثلثا الربح وللآخر الثلث ، صح بشرط التفاضل على هذا المقدار في الضمان ، لان الغرم بالغنم (بدائع وغيرها) .

كذلك ما في المادة ١٣٠٨ : المال المشترك متى احتاج الى التعمير والترميم بعمره اصحابه بالاشتراك على مقدار حصصهم ، لان منفعة كل منهم على قدر حصته ، لما في المادة ٢٣١ ان كلاً ينتفع من المال المشترك بقدر حصته .

وفي المادة ١١٥٢ التكاليف الاميرية ان كانت لاجل محافظة النفوس ، تقسم على عدد الرؤس ولا يدخل في دفتر التوزيع النساء ولا الصبيان ، اية لأنها لتحصين الابدان ، وهي على عدد الرؤس التي يتعرض لها ، ولا شيء على النساء والصبيان ، لانه لا يتعرض لهم (رد مختار عن الولوجية) - وان كانت لمحافظة الالهلاك تقسم على قدر الملك لانها لتحصينه ، فكانت كموثة حفر النهر .

انظر المواد ١٠٧٣ و ١٣١٦ و ١٣٢٦ و ١٣٢٧ و ١٣٢٨ .

المادة ٨٨ - النعمة بقدر النعمة والنعمة بقدر النعمة .

الفقرة الاولى من هذه المادة كالمادة قبلها ، والفقرة الثانية متحدة مع المادة ٨٥ اي كل نعمة يجدها الانسان من شيء ، فلي قدرها تكون كلفته ومشقته . وقد مرت بيان ذلك في المادة (١٣٠٨) ان تمصير الملك المشترك وترميجه يكون كلفته على قدر الحصص .

ومن هذا القبيل المادة ١٣٢٠ : اذا كان حيوان مشترك بين اثنين وابي احدهما عن تربيته وراجع الآخر الحاكم ، يأمر الحاكم الآبي بقوله « اما ان تبيم حصتك واما ان تربي الحيوان مشتركاً » لأن النعمة بقدر النعمة وبالعكس .
ومثله المادة (١٣٠٩) - كذلك اللقيط الذي لم يوجد معه مال نفقته في بيت المال واذا قتل انساناً خطأ ، فدية المقتول من بيت المال . وبمقابلة هذه النعمة ارثه ودبته لبيت المال ، لا من النعمة بقدر النعمة . قال في البحر : فلو وجد اللقيط قتيلاً في محلة كان على اهل المحلة دبته لبيت المال ، وعليهم التمساة . وكذا اذا قتله الملتقط او غيره خطأ ، فالدية على عاقلته لبيت المال ، ولو قتله عمداً فالخيار الى الامام بين القتل والصلح على الدية ، وليس له العفو - وقد مر هذا البحث في شرح المادة ٥٨ : التصرف على الرعية منوط بالصلحة ، فراجعه .

المادة ٨٩ - يضاف الفعل الى الفاعل لا الامر ما لم يكن مجبراً .

لأن الشرع ورد في انه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق . فالعاقل المكلف اذا امره غيره بإتلاف مال الانسان مثلاً او قتله مباشرة او تسبياً ، كانت امره باطلاً لوجوب مخالفته ، والباطل في حكم العدم - فعلى هذا ، الفعل وما يترب عليه يضاف الى الفاعل لا الامر ، ما لم يكن مجبراً اي مكرهاً على ايقاع الفعل بالاكراه المحيي ، فيضاف الفعل حينئذ وما يترب عليه الى الامر . (راجع

تعريف الأكره وتقسيمه واحكامه في المواد ٩٤٨ و ٩٤٩ و ١٠٠٣ و ١٠٠٤ و ١٠٠٦ و ١٠٠٧ .

وتعبير آخر نقول: مع ان الباطل لا يتصف بالسببه ، لو فرضنا ان الأمر في مثل هذا يصلح سبباً ، فالحكم انما يضاف الى العلة ، وهي فعل الفاعل المختار ، لا السبب ، كما تقرر في الأصول - فمن ثمة لو امر احد انساناً بإتلاف مال الغير فأتلفه ، ثم اعتذر بأن فلاناً أمره ، يلزمه الضمان ولا رجوع له على أمره ، لأن الفعل وحكمه يضاف اليه لا الى أمره - وكذا لو امره بجفربثر في الطريق ففعل فوقع فيها انسان او دابة ، فالحكم المترتب يلزم الحافر .

قال في جامع الفصولين وجمع الضمانات : في كل موضع لم يصح الأمر لم يضمن الأمر ، أي بل المأمور . ووجه عدم صحة الأمر في صورتين ظاهر لعدم جوازه شرعاً

يقول الضعيف : يوجد مسائل نص عليها الفقهاء في تضمين الأمر مع عدم صحة الأمر نسوق لك بعضاً منها :

في الفصولين وجمع الضمانات وغيرها : « بالغ أمر صبياً بتخريق ثوب انسان او قتل دابته ، فالضمان في مال الصبي لكونه غير مجبور في التصرفات الفعلية ، ثم يرجع على الأمر - قال احقر لي باباً في هذا الحائط ففعل ، وهو لغيره ، ضمن الحافر ورجع على أمره . ولو قاله وترك لفظه « لي » لم يرجع - ولو كان الأمر ساكناً في الدار او استأجره على الحفر ، رجع الحافر على أمره ، لا لو علم - فالأمر في هذه المسائل باطل لكونه في اتلاف مال الغير ، وقد ضمن الأمر ، فيقتضى ان لا يضمن .

و يظهر للفقير ان وجه الضمان ما فيها مع الامر من التغيرير : اما الصبي ، فإنه ناصر العقل ، وقد غرّه الأمر فكان في حكم الآلة ، فاستوجب الضمان - وكذا في قوله « احقر لي » بالاضافة الى نفسه المشعر بالملكية ، او من جهة انه ساكن في الدار - وكذلك الأمر بزديج الشاة مع عدم اعلامه بانها ملك الغير ، فهذا كله تغيرير انضم الى الامر بإتلاف مال الغير .

يرشد الى هذا ، التفصيل الذي ذكره ، بين العلم وعدمه ، ولفظة « لي »

وعدمها - و يوجد مسائل يضمن فيها الأمر لكون المأمور به جائزاً بشرط السلامة
او لكون الأمر مكرهاً اكرهاً ملجئاً .

فمن الأول ما في اجارة الخانية : لو امر اجيراً او سقاء برش الماء في فناء
دكانه ، فمطب به انسان ، ضمن الأمر لا الرأس - وفي جمع الضمانات : ضرب
المعلم او الاستاذ الصبي او التلميذ بأمر الأب فمات ، لا يضمن ، اي المعلم .
ومن الثاني لو كان الأمر سلطاناً يخاف منه ، او سيداً امر يقته ، او اباً امر
ابنه فيما يسوغ له شرعاً ، كما لو امر ابنه البالغ ليقود ناراً بأرضه ، ففعل وتعدت
النار الى ارض جاره فانتفت شيئاً ، يضمن الأب لا الابن ، لأن امره صح ،
فانتقل الفعل اليه - ولا بد من التقييد بما لو اوقد ناراً في يوم ريح او ناراً لا
يوقد مثلها ، او كانت ارض الجار قرية بحيث يصل شرر النار اليها غالباً ، والا
فلا ضمان على الأب (رد مختار) - بخلاف ما لو امره باتلاف مال او قتل نفس
يكون ضمانه على الابن لفساد الأمر . ووجهه انه في الأول استخدام فصيح الأمر
لوجوب خدمة الأب ، بخلاف غيره فإنه عدوان ، فتبصر فيما يقع من حادثات الفتوى .

المادة ٩٠ - اذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر
مثلاً لو حفر رجل بئراً في الطريق العام فألقى احدٌ حيواناً شخصه في
ذلك البئر يضمن الذيلقى الحيوان ولا شيء على حافر البئر .

المباشر هو الذي حصل التلف مثلاً بفعله بلا واسطة ، فكان هو صاحب
العلة يضاف اليه التلف - والمتسبب ما حصل التلف لا مباشراً وفعله بل بواسطة
هي العلة لحصول المعلول ، وهي فعل فاعل مختار ، واما فعله فلا تأثير له سوى انه
مفضى اليه . فإن اجتمعا فكما صرحت المادة يضاف الحكم الى المباشر لأنه صاحب
العلة ، وهي اقوى . ولهذا قال في المادة ٩٢ و ٩٣ «المباشر ضامن وان لم يتعمد -
والمتسبب لا يضمن الا بالتعمد» وسيأتي بيانه .

وأعلم انه متى كان المتوسط بين السبب والمعلول صالحاً لإضافة المعلول اليه ،
يكون السبب حينئذ سبباً حقيقياً اي محضاً بمعنى انه لا مزبذبة له سوى الإفضاء الى
حصره - وعرفه بأنه ما توسط بينه وبين الحكم علة ، وذلك المتوسط هو العلة ،
وهذا هو البحوث عنه في القاعدة . ومتى كان المتوسط غير صالح لذلك ، فالحكم
يضاف الى السبب ، ويكون حينئذ في معنى العلة . ومعرفة هذا الضابط يتفكك في
كثير من الوقائع . وصورة اجتماعها ما ذكر في المادة : فإن ملقي الحيوان
مباشر تلافه بالذات ، وحافر البئر متسبب لأن حفره افضى الى التلف ، فالضمان
على المباشر .

كذلك من دل انساناً على مال ليسرقه ففعل ، العقوبة على السارق لأنه مباشر
ولما ذكر ، ولا شيء على الدال ، لأنه متسبب . ولا شك ان كلاً من السرقة
والقاء الحيوان فعل فاعل مختار ، بصح اضافة الحكم اليهما .

ولا يرد على هذا المودع والمحرم ، اذا دلا على الوديعة والصيد ، لزم الضمان
والجزاء ، مع انها متسببان . لأن المودع انما يضمن بترك الحفظ الذي التزمه ،
والمحرم بازالة الأمن ، وقد تقررت بافضائها الى اتلاف الصيد . - واذا انفرد
السبب - وذلك فيما لو كان الحائل المتوسط بينه وبين الحكم اعني المعلول غير صالح
لإضافة الحكم اليه - يكون في معنى العلة المؤثرة ، يضاف الحكم اليه ويكون
المتسبب ضامناً - كسوق الدابة فإنه غير موضوع للتلف ولا هو مؤثر فيه ، بل
طريق للوصول اليه ، والعلة للتلف التوسط بينه وبين السوق ، هو وطء الدابة
انساناً او مالا بقوائمها وثقلها . ولكن لما لم يكن هذا المتوسط فعل فاعل مختار ، اضيف
الحكم الى السبب ، وهو السوق الواقع من السائق . فكأنه دافع للدابة على ما
وطئت عليه ، فيضمن لأنه سبب فيه معنى العلة .

ومن هذا القبيل ما في المبسوط : لو طرح على رجل بعض الهوام فلدعة ، فهو
ضامن لأنه متعمد في هذا السبب - ولا يقال قد طرأ على تشبيهه مباشرة ، وهو
اللدغ من الحية او العقرب ، لأن ذلك غير صالح لبناء الحكم عليه .

ثم اذا انفرد السبب ، يشترط التعمدي في ضمان المتسبب . والمباشر يضمن
في كل حال - راجع المادة ٩٢٤ .

وفيه ايضاً : لو سار على دابته في ملكه فوطأت انساناً بيد او رجل فقتلته ، فعليه الدية والكفارة جميعاً ، لأن الراكب مباشر للقتل فيما وطأت دابته ، والمباشرة في ملكه وغير ملكه سواء في ايجاب الضمان عليه كالرمي ، فإن رمي في ملكه فأصاب انساناً كان عليه ضمانه - وان كان سائقاً او قائداً فلا ضمان عليه في ذلك ، لانه نسب في تقريب الدابة من محل الجنابة والمتسبب انما يكون ضامناً اذا كان متعدياً بتسببه ، وهو في ملك نفسه لا يكون متعدياً في سوق الدابة ولا قودها .

المادة ٩١ - الجواز الشرعي بنافي الضمان مثلاً لو حفر انسان في ملكه بئراً فوقع حيوان رجل وهلك لا يضمن حافر البئر شيئاً .

يعني كل ما جاز للانسان ان يفعله شرعاً ، فاذا ترتب على فعله ضررٌ او خسار ، لا يضمن ، للمنافاة بين الجواز الشرعي والضمان . فلو حفر بئراً في ملكه ، فقتل فيه حيوان ، لا يضمن (راجع الفقرة الاخيرة من المادة ٩٢٤) - لكن مع الملكية يشترط ان لا يكون متعلقاً به حق الغير ، والا فيمنع من الفعل استقلالاً (راجع المادة ١١٩٢) وذلك لأن تصرف الانسان في ملكه غير مقيد بشرط السلامة . وما لا يجوز له شرعاً ، اذا فعل ، يضمن - فلو حفر بئراً مثلاً في الطريق العام او في غير ملكه ، فحصل من ذلك تلف ، يضمن . وفي الملك المشترك بينه وبين غيره يجب الضمان ، ويسقط من ذلك قدر حصة نفسه (مجمع الضمانات) ومن فروع القاعدة ما في البدائع وغيرها ان لأحد الشريكين عناناً او مفاوضة ان يضع ويستأجر اجيراً لشيء من التجارة ، وان يرهن متاعاً من الشركة بدين وجب بعقده ، ويرتهن بما باعه ، ويحتمل بدين للشركة على آخر ، وان يقابل احدهما فيما باعه الآخر ، الى غير ذلك مما يجوز له . فلو فعل شيئاً من هذا فحصل ضرر لا يضمن ، لان الجواز الشرعي بنافي الضمان .

كذلك صريح كتب المذهب ان العبد الآبق من مولاه ، اذا امسكه احد

ليرده عليه فطلب منه الجعل حتى يسلمه العبد ، فامتنع فأبقاه عنده حتى يأخذ جعله
فهلك ، لا ضمان عليه ، لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان .

ولو عين احدٌ وصياً على اولاده الصغار ، واوصى لآخر بثلث ماله ، ثم مات
عن ورثة صغار وكبار بمضهم حاضرٌ واليتمض غائب ، والتركة تحت يد الحاضرين ،
جاز للموصي ان يطلب من القاضي نصب وكيل عن الغائب واحداً كان او اكثر
و يقسم التركة مع الموصى له و يعطيه الثلث (عناية وتنوير) فلو فعل وامسك الثلثين
للورثة ، ثم نشأ من ذلك ضررٌ عليهم ، لا يضمن ، لأنه فعل ما يجوز له شرعاً ،
والجواز الشرعي ينافي الضمان .

وعلى هذا ، الوكيلُ والمضارب والمودع والمستعير والمستأجر والمرتهن والمتولي
على الوقف في كل ما يجوز لهم فعله ، لا ضمان عليهم — ولكل منها فروع
كثيرة فلتنسب من محلها .

✽ بحث ✽

ذكر الفاضل علي حيدر افندي انه خرج المظفر من القاعدة ، اذ
جاز له اكل مال الغير مع انه يضمن له . واظن ان هذا وهم لأن اكل المظفر
ليس عن جواز له مشروع بأصله ، بل عن ترخيص له ، بمعنى ان الشيء المنوع
عند الاضطرار ، يامل معاملة المباح في تناوله بلا اثم بقدر الضرورة ، لما في المادة
٢٢ «الضرورات تقدر بقدرها» والمادة ٣٣ «الاضطرار لا يبطل حق الغير»
فلا تكون هذه المسئلة داخلية في موضوع البحث ، اعني الجواز الذي هو من اصله
مشروع على الاطلاق ، لا المنوع المرخص عند الاضطرار .

نعم المسئلة الثانية المصرحة في المادة ١٠٨٦ تشملها القاعدة ، وقد خرجت
عنها ، وهي : «اذا غاب احد الشريكين في البستان المشترك يكون الآخر قائماً على
ذلك البستان ، وعند ادراك الثمرة يأخذ حصته منها ، وله ايضا بيع حصة الغائب
وحفظ ثمنها . لكن يكون الغائب عند حضوره مخيراً : ان شاء اجاز البيع واخذ
التمن المحفوظ ، وان شاء لم يميز وضمته حصته» وهي منقولة عن جامع الفصولين
في التصرف في الاعيان المشتركة . الا ان الزام الضمان انما هو فيما لو لم يرفع الأمر

الى القاضي ، وهذه عبارته : (ارضٌ وكرمٌ بين حاضر وغائب ، او بين بالغ وبتيم ، فال حاضر او البالغ يرفع الأمر الى القاضي ، ولو لم يرفع ففي الارض يزرع بحصته ويطيب له ذلك ، ويقوم على الكرم فيبيع ثمرة وياخذ حصته ، وتوقف حصة الغائب او يبيع له ذلك . واذا قدم الغائب ضمنه القيمة او اجاز ييمه) ومثله في جمع الضمانات عن الخانية وكذا في الهندية .

فاذا كان رفع الأمر الى القاضي لازماً عليه ، يكون الضمان مخالفة ما يلزمه شرعاً فلا تكون داخلة في القاعدة حتى تخرج - وعبرة المجلة مطلقاً عن هذا القيد اتباعاً لعبارة اخرى في الفصولين رامتاً فيها الى (م) فباستمرار الاطلاق تكون خارجة عن القاعدة لاجتماع الجواز الشرعي والضمان .

وقد غنني على الضعيف الوجه الموجب لخروج هذه المسئلة عن القاعدة ، لأن الخارج عن اشباهه في حكم لا بد وان يكون له خصوصية من سبب او علة لم لوجد في افراد القاعدة ، وبالأخص اذا باع بإذن القاضي ، مع ان له ولاية نظرية في مال الغائب ، فكيف يكون له بعد الحضور الخيار في اجازة البيع او التضمين - سلمنا ان هذا منقول - ولا يسع الفكر فيه الا القليل . لكن ينبغي بمقتضى القواعد ان يكون ذلك عند عدم قيام المبيع في يد المشتري ، والا فيقال للشريك الغائب : حيث لم تجز البيع خذ حصتك من يد المشتري . والمادة ١٠٨٦ وعبارة الفصولين الثانية اطلقت التضمين ، فكيف يألف عدم الاجازة ، حال قيام المبيع في يد المشتري ، مع ابقائه في يده وتضمين شريكه البائع ؟ وهذا حكم الغصب ، اعني الخيار بين تضمين الغاصب ، او اخذ المفضوب من يد المشتري . ونظير هذه المسئلة في الخروج عن القاعدة حيث اجتمع الجواز الشرعي والضمان ما في كتاب اللقطة ان الملتقط بعد الاشهاد عليها والاعلان المدة التي بينها الفقهاء ، اذا غلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها ، فله الخيار : ان شاء تصدق بها ، وان شاء ابقاها حتى يأتي صاحبها . فان جاء وكان تصدق بها ولو على نفسه ان كان فقيراً ، فله الخيار : ان شاء اجاز ما فعل والثواب له ، وان شاء ضمن الملتقط قيمتها - لكن صرحوا هناك : لو كانت العين قائمة بيد المتصدق عليه او الملتقط ، اخذها ولا ضمان .

وقد ذكر الزبلي في التبيين وجه الضمان : وهو ان الملتقط تصرف في مال
صاحبها بغير اذنه ، وهو موجب للضمان . وقال : اذن الشرع لا ينافيه حيث لم
يلزمه ، اي لم يحتم عليه التصديق بها ، وانما اباح له ذلك فصار كتناول مال الغير
حال الخمصة ، اي في لزوم الضمان ٥١ كلامه .

وقوله « اذن الشرع لا ينافيه حيث لم يلزمه » لا يخلو عن نظر : لانه مصادم
للقاعدة المارة ، ومناف لفرعها المتقدمة . لأن كل فرع من الفروع المنقولة في
عدم الضمان ما هو الا للجواز الشرعي ، بمعنى انه جائز لفاعله شرعاً ان يفعله ، لا
واجب عليه . وما جاز للفاعل فعله شرعاً فهو مأذون به لأن الجواز الشرعي هو
الاذن من قبل الشرع . فالذي يظهر ان هذا التوجيه ذهول قلم .

فبقي الاشكال في مسئلتني الشريك والملتقط ، من حيث انها خرجا عن
القاعدة ولم يهتد الفكر الى الخصوصية المخرجة لهما . وزد على هذا مسألة بيع الشريك
في الزامه الضمان لشريكه الغائب ، وان كان المبيع قائماً في يد المشتري ، على ما هو
المفهوم من اطلاق التضمن وعدم تقييده بهلاك المبيع . والى الآن لم اعثر على
نقل يفيد التقييد . وحيث لم يبق من جهد المقل الا دموعه ، فيمكن اللهم ان يقال
في وجه خروج المسئلة الأولى عن القاعدة ، ان شريك الغائب مأذون له دلالة
في بيع حصته في مثل ثمار كرم او بستان يخشى فسادها او ضياعها ، لانه من
الممكن ان يخاره الغائب في ابقاء حصته فينفذ البيع بناء على الاذن دلالة . ثم
بصريحه بعد حضوره بعدم الاجازة ، لا يؤثر في رفع عقده قامت فيه قرينة
الاذن . والصرح وان كان اقوى من الدلالة ، لكن اذا وقع الصريح بعد العمل
بموجب الدلالة فلا عبرة للصرح : كما لو باع فضولي مال آخر ، فنفذه موقوف على
اجازة المالك . فلو بلغه فطلب الثمن فهو اجازة دلالة . فلو قال بعد ذلك لست
راضياً بالبيع ، فالبيع ماضٍ ولا يلتفت لصرح رده (تنوير الابصار) راجع
شرح المادة (١٣) ثم ولكون هذا البيع تصرفاً في مال الغير ، ودلالة الاذن ضعيفة ،
وقد عارضها اخيراً صريح الرد ، اعملوها في صحة البيع ، لكن لا في حكمه من كل
وجه ، فأوجبوا الضمان ، وسكتوا عن اخذ المبيع اذا كان قائماً . وصرحوا به في
مسئلة اللقطة ورفيق السفر ، اعني ما في رد المختار عن ادب الأوصياء : مات في

السفر فباع رفقاه تركته ، وهم في موضع ليس فيه قاض ، قال الإمام محمد : جاز بيعهم وللمشتري الانتفاع بما اشتراه منهم ، ثم اذا جاء الوارث ان شاء اجاز البيع وان شاء اخذ ما وجده من المتاع ، وضمن ما لم يجد كاللقطة اذا جاء صاحبها يأخذها ، فإن لم يجد ، فله ان يضمن الذي اصابها ، وله ان يميز التصديق .

اما الضمان في اللقطة فقد ثبت بالحديث الشريف ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم « من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل وليحفظ عفاصها ووكاءها فان جاء صاحبها فلا يكتم وهو احق بها وان لم يجيء ، صاحبها فهو مال الله تعالى يوفيه من يشاء ، رواه احمد وابن ماجه - علق الشارح صلى الله عليه وسلم التصديق بها بقوله « فهو مال الله تعالى الخ » على عدم مجيء صاحبها . فيستفاد انه متى جاء قبل التصديق بها او بعده ، فهو احق بها عيناً او بدلاً .

والحاصل ان الإذن الشرعي انما اعقبه بالملتزمين الشرطيتين لبيان ماذا يكون من العمل بعد الرفع . فهو تفصيل بعد اجمال ، والضمان المعلوم من قوله « فهو احق بها » ما تسبب عن الرفع حتى يجتمع الجواز الشرعي والضمان - ولأن اخذ مال الغير بلا عقد ولا عوض حرام فقبول بالضمان - فان قلت : الملتقط ما اخذها بل تصدق بها ، قلنا ان كان على نفسه فظاهر ، وان على غيره ، فقد انتفع ايضاً بالثواب ، وهو اكبر من الانتفاع بذاتها .

المادة ٩٢ = المباشر ضامن وان لم يتعمد

لأن المباشرة علة للتلّف اسماً لإضافة الحكم اليها ، ومعنى « لأنها مؤثرة فيه » ، وحكما لعدم تراخي الحكم عنها . فيضمن وان كان مخطئاً سواء كان الخطأ في نفس الفعل نحو ان يقصد صيداً فأصاب شاة لانسان ، او في ظن الفاعل نحو ان يظن الشاة حجراً فاصابها بسهمه ، او لم يكن هذا ولا هذا ، كما لو انقلب وهو نائم على مال فانقلبه - قال « وان لم يتعمد » لأنه مع التعمد من باب اولى وعليه الإثم ، وبدونه ضمان ولا اثم .

يشترع على هذا ما في مجمع الضمانات: رمى سهماً الى هدف في ملكه ، ف تجاوزه
واتلف شيئاً لغيره ، ضمن - تعلق برجل وخاصمه ، فسقط من العا سق به شيء ؟
فضاع ، قالوا بضمن المتعلق - وينبغي ان يكون الجواب على التفصيل : ان سقط
يقرب من صاحبه وهو يراه وامكنه اخذه ، لا يكون ضامناً ، والا كان ضامناً -
رجلٌ دق في داره شيئاً ، فسقط من ذلك في دار جاره شيء ؟ وتلف ، كان ضمان
ذلك على الذي دق في داره - رجلٌ اذن لغيره بالجلوس على سطح داره ،
فانحسف به ، فوقع على مملوك الآذن ، ضمن الجالس - صبيٌ بال على سطح قنزل
من الميزاب واصاب ثوباً فأفسده ، غرم الصبي (فصولين) لأنه مباشر .
وعلى هذه القاعدة يتفرع القتل عن مباشرة خطأ ، كأن يرمي شخصاً ظنه
صيداً ، او رمى غرضاً فأصابه ثم رجع عنه ، او تجاوز عنه الى ما وراءه فأصاب
رجلاً فقتله ، لا قوداً فيه بل الدببة على العاقلة وعليه الكفارة ، ولحقه اثم دون اثم
العمد لتركه المزيمة ، وهي المبالغة في التثبت . ولكونه وقع مباشرة لا تسيماً
يوجب حرمان الارث (تنوير ودر مختار) انظر المواد ٩١٢ و ٩١٣ و ٩١٤ و
٩١٥ و ٩١٦ .

المادة ٩٣ - المتسبب لا يضمن الا بالتعمد .

المتسبب ما كان فعله مفضياً الى الحكم ، كالتلف مثلاً من غير تأثير ، وانما
المؤثر هو العلة المتوسطة - لكن تلك العلة قد لا يصح اضافة الحكم اليها ، فيضاف
الى السبب . فعند ذلك ينظر : ان كان نحو التلف حاصلًا عن فعل المتسبب بغير
حق كحفر البئر في الطريق العام او في ملك الغير ، بضمن ما تلف فيه وان لم
يتعمد ، لأنه متعمد بنفس الفعل . وان حاصلًا عن فعل مباح له في ذاته ، الا
انه تعمد به بقصد ايجاد العلة المؤثرة التي حصل منها التلف ، ولا تصلح لإضافة
الحكم اليها ، يقال متسبب متعمد ، فيضمن .
فمن قبيل الاول المادة ٩٢٤ : يشترط التعدي في كون التسبب موجباً

للضمان ، على ما ذكر آنفاً . يعني ضمان التسبب في الضرر مشروطاً ان يكون فعله مفضياً الى ذلك الضرر بغير حق . مثلاً : لو حفر احدٌ في الطريق العام بئراً بلا اذن اولي الأمر ، ووقعت فيها دابةٌ لا آخر وتلفت ، بضمن . واما لو وقعت الدابة في بئرٍ كان قد حفرها في ملكه وتلفت ، لا بضمن . اي لزم الضمان لحفر البئر بغير حق ، وعدمه لحفرها بحق ، وهو التصرف في ملكه . كذلك لو هدم بيت نفسه ، فانهدم به بيت جاره ، لا بضمن (مجمع الضمانات) والوجه ظاهر ، لأنه غير متعمد . ومن قبيل الثاني ما في المادة (٩٢٣) لو جعلت دابة احد من الآخر ، وفرت فضاقت ، لا يلزم الضمان . واما اذا كان اجفلها قصداً ، بضمن . وكذا اذا جعلت الدابة من صوت البندقية التي رماها الصياد قصداً للصيد ، فوقعت وتلفت او انكسر احد اعضائها ، لا يلزم الضمان - واما اذا كان الصياد قد رمى البندقية بقصد اجفائها ، بضمن .

ومن هذا ما في الخائفة : رجلٌ اراد ان يحرق حصائد ارضه ، فأوقد النار في حصائده ، فذهبت النار الى ارض جاره واحرق زرعه ، لا بضمن الا ان يعلم انه لو احرق حصائده تنعدى النار الى زرع جاره ، لأنه اذا علم ذلك كان قاصداً احراق زرع الغير ٥١ - فانظر كيف اوجب الضمان بالتعمد ، وجعل العلم دليلاً عليه قائماً مقامه ، كما تقدم في المادة ٦٨ « دليل الشيء في الامور الباطنة يقوم مقامه » .

وفي الفصولين عن التجنيس : سقى ارضه فتعدى الماء الى ارض جاره ، فلو اجرى الماء في ارضه اجراءً لا يستقر في ارضه وانما يستقر في ارض جاره ، ضمن اه - اي لأن هذه الحالة دليل التعمد . ولو يستقر في ارضه ثم يتعدى الى ارض جاره ، فلو تقدم اليه جاره بالسكر والاحكام ولم يفعل ، ضمن . ويكون هذا كاشهادٍ على حائط مال . ولو لم يتقدم ، لم يضمن . ولو ارضه صعوداً وارض جاره هبوطاً يعلم انه لو سقى ارضه نفذ الى جاره ، ضمن ، ويؤمر بوضع المسناة .

فلم من هذه المسائل ومن اشارة المجلة للتعمد بالمثلين المذكورين في المادة (٩٢٢) وللتعمدي بالمثل المذكور في المادة (٩٢٤) ان التعدي غير التعمد ، من حيث ان التعدي فعل السبب بغير حق ، فيضمن تمسداً لا والتعمد فعلٌ يقطد

الضرر - نعم لا ينكر كون التعدي لازماً للتعهد ، فإن متعمد الضرر متعمد لمجاوزته حد الشرع الأمر بعدم الاضرار . فكل متعمد متعمد ، ولا عكس .

فما ذكره الفاضل علي حيدر افندي انه يشترط لضمان المتسبب شرطات :
التعمد والتعدي معاً ، فيه نظراً لا يخفى .

واما لو كانت العلة بصح اضافة الحكم اليها بأن كانت فعل فاعل مختار ،
فصورته : رجل خرج من خان ليلاً ، وخطى الباب مفتوحاً ، فسرق من الخان
شيء ، لم يضمن (مجمع الضمانات)

واعلم ان فعل الماعل المختار المتوسط بين السبب والحكم ، هل يشترط ان يكون
من يعقل ؟ عند الاول والثاني لا ، خلافاً لمحمد . فلي هذا لو حل قيد عبد الغير ،
او رباط دابته ، او فتح اصطلبها ، او فتح قفص طائر ، فذهبت هذه المذكورات
ففي العبد لا ضمان بالاتفاق ، الا اذا كانت مجنوناً ، فحكمه كمن لا يعقل فهو على
الخلاف . وفي الدابة والطيور لا يضمن عند الامامين ، لأن عدم العقل في الحيوانات
العجم لا ينافي ان لها اختياراً . وعند الإمام محمد يضمن ، لأن فرار الحيوان
وطيران الطير امر طبيعي - كمن شق ظرف خلد لغيره فسال ، يضمن ، لأن
السيلان من طبيعته . وقد مشت المجلة على قول الإمام محمد .

المادة ٩٤ = جناية العجماء جبار .

العجماء من العجمة ، وهي في الأصل اللكنة في اللسان . يقال بعجمة عجماء ،
لأنها لا تفصح ولا تتكلم - وجبار (بضم الجيم) اي هدر (بالتحريك) وهو
الباطل السابق من دم وغيره . يعني الاتلاف الذي يحدته الحيوان بنفسه هدر
لا ضمان فيه على صاحبه . يتفرع عليها ما في المادة ٩٣٩ (اذا ربط شخصان دابتيهما
في محل لها حق الربط فيه ، فانلفت احدى الدابتين الأخرى ، لا يلزم الضمان -
مثلاً لو انلفت دابة احد الشريكين في دار دابة الآخر عند ما ربطهما في تلك
الدار ، لا يلزم الضمان - ومثله الفقرة الأولى والثالثة من المادة ٩٣١ .

قيدها الا تلاف الذي يحدثه الحيوان بكونه في نفسه ، ليخرج ما لو كان صاحب الدابة مقصراً او متعدياً او متسبباً ، فعندها يلزم الضمان - فلو استهلك حيوان مال احدٍ ورآه صاحبه ولم يمتعه ، يضمن . راجع الاستدراك الواقع في المادة ٩٢٩ .

وفي مجمع الضمانات : رأى حمارة يأكل حنطة غيره ، فلم يمتعه حتى اكلها ، ففيه اختلاف المشايخ ، والصحيح انه يضمن . فوجوب الضمان لتقصيره في عدم المنع كما في مسئلتنا .

كذلك يضمن راكب الدابة وقائدها وسابقها الضرر والخسار الذي وقع من مصادمتها او لطمه يدها او رأسها ، لأنه - باعتبار كونه المسير للدابة وسيرها منسوب إليه - كالمباشر ، والمباشر متعد . راجع المادة ٩٣٣ والفقرة الأولى والثالثة من المادة ٩٣١ .

ومثال الضمان بالتسبب . ما لو سبب دابته في الطريق العام ، او في ملك الغير ، يضمن الضرر الذي احدثته كما في المادة ٩٣٥ .

واعلم ان التسبب لا يضمن الا اذا كان متعدياً ، لما في البرازية : حفر بئراً في المغارة بلا اذن الايام ، وليس بمتمرر ولا طريق ، فجاء انسان ووقع فيها ، لا يضمن ونقل عن الذخيرة : انما لا يضمن لأنه غير متعد فيه ، لأنه يملك الارتفاق بهذا الموضع نزولاً ووربطاً للدابة وضرراً للفسطاس من غير شرط السلامة ، لأنه ليس فيه ابطال حق المرور على الناس ، فكان له الارتفاق من حيث الحفر اما للطبخ او للاستقاء ، ولهذا لا يكون متعدياً في هذا التسبب .

يشير الى ذلك كله ما في الهندية ، حيث قالت : يجب ان يعلم بأن جنابة الدابة لا تخلو من ثلاثة اوجه : اما ان تكون في ملك صاحب الدابة ، او في ملك غيره ، او في طريق المسلمين .

فان كانت في ملك صاحب الدابة ولم يكن صاحبها معها ، فإنه لا يضمن صاحبها ، واقفة كانت الدابة او سائرة ، وطئت يديها او برجلها ، او نفتحت يديها او برجلها ، او ضربت بذنبها ، او كدمت .

وان كان صاحبها معها ، ان كان قائداً لها او سائقاً لها ، فكذا لا يضمن

صاحبها في الوجوه كلها . وان كان صاحب الدابة راكباً عليها والدابة تسير ، ان وطئت يده او رجلها يضمن ، وعلى عاقله الدبة . وان كدمت او نطقت برجلها او يدها ، او ضربت بذنها ، فلا ضمان ، اي لعدم امكان التعرز عنه .

وان كانت في ملك غير صاحبها ، فإن دخلت في ملك الغير من غير ادخال صاحبها بأن كانت منفصلة ، فلا ضمان على صاحبها ، اي لأن هذا محض فعلها ، وهو جبار . وان دخلت بادخال صاحبها فصاحب الدابة ضامن في الوجوه كلها سواء كانت واقفة او سائرة وسواء كان صاحبها معها ليسوقها او يقودها او كان راكباً عليها او لم يكن معها - وان كان باذن مالكه فهو كما لو كان في ملكه .

وان كانت في طريق المسلمين ، فإن كانت الدابة واقفة في طريق المسلمين صاحبها واقفها ، يضمن ما تلف بفعل الدابة في الوجوه كلها . وان كانت سائرة ولم يكن صاحبها ، فإن سارت بارسال صاحبها ، فصاحبها ضامن ما دامت تسير في وجهها ولم تسربمينا وشمالاً ٥١ .

فقد احتوت هذه العبارة على ضوابط : منها ان الدابة اذا وطئت يدها او رجلها وهو راكبها يضمن ولو في ملكه ، لأن هذا مباشرة يضاف التلف الى تسييره وعدم ضبطه ، الا اذا جمحت بحيث ليس في امكانه ردها .

ومنها ان ما عدا صورة الركوب لا يضمن ما اتلفت في ملكه في كل الأحوال ومنها انها اذا اتلفت في غير ملكه ينظر : فإن كانت دخلت في ملك الغير بنفسها من دون ادخال صاحبها ، فلا ضمان ، لأن جنابتها هدر ولم يوجد من صاحبها تعدي ولا نسب ولا تقصير . وان بادخال صاحبها ، يضمن في كل حال وفي ابقائها في طريق المسلمين يضمن ايضاً في كل حال ، لأنه متعدد اذ لاحق له بالابقاف

المادة ٩٥ - الامر بالتصرف في ملك الغير باطل .

الملك ما يملكه الانسان سواء كان اعياناً او منافع كما في المادة ١٢٥ اثبت الشرع لصاحبه فقط قدرة على التصرف به - والتملك يكون بأسباب كالمعاوضات

المالية والأموال والخلم والميراث والهبات والصدقات والوصايا والوقف والغنمة والاستيلاء والاحياء وتملك اللقطة بشرطه ودية القتل يملكها اولاً ، اي بقدر دخولها في ملكه في آخر جزء من حياته ثم ينتقل الى الورثة .

وفي الفصل ٣٣ من جامع الفصولين في شركة الأملاك : « لم يحز لاحد الشريكين ان يتصرف في نصيب الآخر الا بإذنه ، وكل منهما في نصيب شريكه كأجنبي »

وهذه المادة تؤول الى معنى المادة (٨٩) اذ تقدم ان الفعل يضاف الى الفاعل لا الأمر ، وهنا حيث كان الأمر باطلاً كالمقدم ، فالموءخذة على الفاعل المأمور دون الأمر - فلو امر احد رجلاً بأن يأخذ مال الآخر او يلقه في البحر او يهدم بيته او يمزق ثيابه ففعل ، ضمن الفاعل ، لأن الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل . انظر المادة ١٥١٠ - لكن هذا ما لم يكن الأمر مجبراً فالضمان عليه في الاجبار الملجئ ، لأن الاجبار اذا كان ملجئاً ، فتصرفات المأمور قولية او فعلية غير معتبرة . وبغير الملجئ ، لا اعتبار للتصرفات القولية فقط وبضمن الفعلية : راجع المادة ١٠٧ - وما لم يكن الأمر وصياً او ولياً او وكيلاً ، فيجوز لوصي اليتيم وولي الصغير ان يأمر غيره بالتصرف في مال اليتيم كما يجوز بنفسه ، وهكذا ابو الصغير والوكيل اذا كان مأذوناً بالتوكيل ، له ان يوكل غيره بالتصرف في مال الغير الموكل به .

وعن هذا لو قال الدائن لمديونه : اعط الدين الذي لي عليك لمن تشئت ، او القه في البحر ، لا يبرأ ، لأن الأمر انصرف الى ملك المأمور لا الأمر فإنه اذا اقصى الدائن دينه بدفع ما هو ملكه وهو المثل ، يصير له في ذمة الدائن مثل ما في ذمته ، فيلتقي الدينان قصاصاً . فالأمر بما ذكر صادق ملك الغير ، لا ملك الأمر ، فلا يصح .

كذلك لو قال لإخر ، وليس بينها خلطة : ادفع الى زيد الف درهم ، فدفع ، رجع على زيد لا على أمره العلة المذكورة ، وهي عدم صحة الأمر - ومعنى الخلطة ان يكون بينها اخذ واعطاء ومواضعة ، على انه متى جاء رسول هذا او وكيله يبيع منه او يقرضه فإنه يرجع على الأمر بالاجماع ، لأن الضمان بين

الخليطين مشروطاً عرفاً ، اذ العرف انه اذا امره شريكه او خليطه بدفع ماله الى غيره فانما بأمره ليكون ذيناً على الأمر ، والمعروف كالمشروط اه . (فصولين من الفصل الرابع والثلاثين) وفيه : سقف منزل امرأته بأمرها ، فالسقف لها . ولو بلا أمرها ، فله رفعه .

ولا يتوهم تقضاً على القاعدة ما فيه عن فتاوى رشيد الدين « امرقنا بيباق ، او قال له : اقتل نفسك ، ففعل ، ضمن قيمته - ولو امره باتلاف مال مولاة ، فأنتفه ، لم يضمن الأمر ، لأنه يتسن الوجه في ذلك فقال اذ بأمره بيباق او قتل صار غاصباً اذا استعمله في ذلك الفعل . واما بالأمر باتلاف مال مولاة لم يصر غاصباً لاله ، وانما صار غاصباً لفته ، وهو لم يهلك ، وانما المتلف مال المولى بفعل قنه - ولا تنس ما في شرح المادة (٨٩) من ان بعض مسائل نص عليها الفقهاء في تضمين الأمر مع عدم صحة الأمر ، وقد بينا ان العلة وجود التفرير من الأمر ، وقد مرت امثلتها فارجع اليها .

المادة ٩٦ - لا يجوز لأحد ان يتصرف في مال الغير بلا اذنه .

هذه عبارة الدر المختار في اواخر كتاب النصب - وعدم الجواز شامل له لجميع انواع التصرف من استعمال كركوب ولبس ووضع جذع على حائط ودخول دار ومرور بأرض ، ومن اعارة وابداع واجارة وصلاح وهبة وبيع ورهن وهدم وبناء . وجميع ما يجريه من العقود تمليكاً بعوض او بغيره يتوقف على اجازته ، فإن اجاز نفذ لأن الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة . فامتناع جميع ذلك يتفرع على هذه القاعدة . راجع المواد ١٢١٩ و ٣٦٥ و ٤٤٦ و ٨٥٧ و ١٥٤٦ و ١٠٧٥ و ٧٨ و ١٠٧٩ و ٣٧٨ و ٧٩٩ فتصرف الغير في مال الغير ممنوع إلا ان تكون وصاية او ولاية او تدعو ضرورة ، فيجوز . فلو كان لصاحب المال وصي او ولي ، جاز تصرفه في ماله للاذن الشرعي . وكذلك عند الضرورة لأن الضرورات تستثنى من القواعد العمومية . كما لو سقط ثوبه في

بيت غيره ، وخاف لو اعلمه اخذه ا هـ (فروع الدر المختار من الغصب) ثم الاذن
يكون صريحاً كتركيب شخص آخر بتصرف ما في ماله ، وقد يكون دلالة كأجير
لرعي الغنم رأى شاة اشرفت على الموت فذبحها لئلا تموت حتف انها فلا يتنفع بها
صاحبها ، لا ضمان استحساناً ، للاذن دلالة .

وقد نقل في رد المحتار عن الأشباه وحواشيها مسائل مستثناة من القاعدة
ترجع للضرورة او للاذن دلالة ، وهي : يجوز للولد والوالد اذا مرض احدهما
الشراء من مال المريض ما يحتاج اليه المريض بلا اذنه ، ولا يجوز في المتاع .
وكذا احد الرفقة في السفر ، لأنه بمنزلة اهله في السفر .

وكذلك لو اتفق المودع على ابوي المودع بلا اذنه ، وكان في مكان لا يمكن
استطلاع رأى القاضي ، لم يضمن استحساناً . واطلاق الكنز الضمان محمول
على الإمكان .

واذا مات بعض الرفقة في السفر ، فباعوا فراشه وعدته وجهازه بشئ وردوا
البقية الى الورثة ، او اغمى عليه فانفقوا عليه من ماله ، لم يضمنوا استحساناً -
وحكي عن محمد انه مات بعض تلامذته ، فباع محمد كتبه لتجهيزه ، فقيل انه لم
يوص ، فتلا قوله تعالى (والله يعلم المنفق من المصلح) فما كان على قياس هذا لا
يضمن ديانة ، اما في الحكم فيضمن .

وكذا المأذون في التجارة لو مات مولاه فانفق في الطريق ، لم يضمن -
وكذا لو اتفق بعض اهل المحلة على مسجد لا متولي له من غلته لحصير ونحوه ، او
اتفق الورثة الكبار على الصغار ولا وصي لهم ، او قضى الوصي ديناً عيلمه على الميت
بلا معرفة القاضي والورثة ، فلا ضمان في الكل ديانة .

وفي التارخانية : وضع القدر على الكانون وتمتها الحطب ، فجاء آخر واوقد
النار فطبخ ، لا يضمن استحساناً .

ومن هذا الجنس خمس مسائل احداها هذه . الثانية : طحن حنطة غيره ،
ضمن . ولو ان المالك جعل الحنطة في الدورق وربط الحمار ، وجاء آخر فساقه ،
لا يضمن .

الثالثة : رفع جرة فانكسرت ، ضمن . ولورفعها صاحبها وامالها الى نفسه ،

فجاء آخر واغانه فانكسرت ، لا .

الرابعة : حمل على دابة غيره فهلك ضمن . ولو حملها المالك شيئاً فسقط لحملها
آخر فهلكت ، لا .

الخامسة : ذبح اضحية غيره في غير ايامها لا يجوز ، ويضمن . ولو في ايامها
يجوز ولا يضمن .

ومن جنبا : احضر ففلة لهدم دار فجاء آخر وهدمها ، لا يضمن استحسانا .
ذبح شاة القصاب ، إن بعد ما شد القصاب رجلها ، لا يضمن . والآ ضمن .
والأصل في جنس هذه المسائل : ككل عمل لا يتفاوت فيه الناس تثبت
الاستمارة من كل احد دلالة ، والا فلا . فلو علقها بعد الذبح للسلخ ، فسلخها آخر
بلا اذنة ، ضمن .

وفي القنية : اخذ احد الشريكين حمار صاحبه الخاص وطحن به فمات ، لم
يضمن للإذن دلالة - قال : عرف بجوابه هذا انه لا يضمن فيما يوجد الاذن
دلالة وان لم يوجد صريحاً . كما لو فعل بجمار ولده ، او بالفكس ، او احد الزوجين
او ارسل جارية زوجته في حاجة ، فأبقت اه والمادتان ١٠٧٨ و ١٠٧٩ من
قبيل الاذن دلالة .

المادة ٩٧ - لا يجوز لأحد ان يأخذ مال احد بلا سبب شرعي .

اي لا يحمل في كل الأحوال عمداً او خطأً او نسياناً ، جداً او لبعاً ، ان
يأخذ احد مال احد بوجه لم يشرعه الله تعالى ولم يبيحه ، لأن حقوق العباد محترمة
لا تسقط بعذر الخطأ والنسيان والمزل وغيره . وذلك كالنصب والسرقة والتمار
والزبا والرشوة والدعوى الباطلة وشهادة الزور واليمين الكاذبة والامياز بالله تعالى
والصلح مع العلم بأن المقضي له ظالم .

وعن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للخصمين انما انا بشر وانتم تحتصمون
الي ولعل بعضكم الحن بجفته من بعض فأقضى له على نحو ما اسمع منه فمن قضيت له

بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئاً فإن ما أفضى له قطعة من نار) فبئس ما قال كل واحد منهما حتى لصاحبه ، فقال (اذها فتوخياً ثم استهما ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه)

فمن تناول مال أحدٍ بإحدى هذه الطريق فهو ظالمٌ غاصبٌ يجب عليه رده قائماً ، أو مثله أو قيمته هالكاً .

وعن هذا قال في متن التنوير : « لو تصالح المدعي والمدعى عليه على شيء ، اخذه المدعي ، ثم قال المدعى بعده : ما كان لي قبله حق ، بطل الصلح ، ابي ووجب على المدعي رد ما اخذه من المدعى عليه » — وقد افترى في الحامدية فيما اذا قبض متولي وقف بجزء من مال الوقف عن سنة كذا المعلومة ، ومات مجهلاً ، وتولى الوقف زيدٌ وقبض مال الوقف عن سنة اخرى تلي الأولى ، وطالبه ارباب وظائف الوقف بالنكسر لهم عن جوامعهم عند المتوفي عن السنة الأولى ، فدفعه لهم من غلة السنة التالية للأولى ظاناً لزومه لهم من غلة الثانية ووجوبه ، ولم يشترط الواقف صرف ربع سنة في سنة ، ولا نص عليه السلطان في توليته ، ويريد الرجوع عليهم بنظير ما دفعه لهم ومحاسبتهم به عما يستحقونه في الثانية ، فهل للمتولي ذلك ؟ — الجواب نعم — اي لأن حق ارباب الجرامك عن السنة الأولى باق في ذمة المتولي السابق الذي قبضه ومات مجهلاً .

ثم نقل عن شرح الوهبانية ان من دفع شيئاً ليس بواجب فله استرداده ، إلا اذا دفعه على وجه الهبة واستهلكه القايض .

وقد صرحوا بأن من ظن ان عليه ديناً فبان خلافه ، رجع بما ادى . ولو كان قد استهلكه رجع بيده .

كذلك لو اطلع المشتري على عيبٍ قديمٍ في المبيع كان عند البائع بعد حدوث عيب آخر عنده مانع من الرد ، واخذ من البائع نقصان العيب ، ثم زال العيب الحادث فاراد رده على بائنه ، يرد المبيع مع النقصان ، لأنه اذا رده واعيد له الثمن يكون ما اخذه من نقصان العيب ، بلا سبب شرعي لانفساخ البيع ، فلا يحل له .

قالت المجلة « بلا سبب شرعي » احترازاً عن وجود سبب شرعي للأخذ ، فيجوز . كالمفاوضة المالية في البيع ، يحل لأحد المتماقدين اخذ الثمن وللآخر اخذ

المبيع . وكالات جارة يحمل لأحدهما الانتفاع بالأجور وللآخر أخذ الأجرة . وكذا التملكات والكفالة والحالة ، وكل ما ورد فيه الجواز الشرعي .
ومن الأسباب الشرعية لجواز الأخذ الاضطرار ، فلمضطر أكل مال الغير عند المخمصة بدون اذنه ، ثم يضمن للمالك ما أكله .

المادة ٩٨ = تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات .

يعني ان الشيء اذا تغيرت صفة مملوكيته بأن كان ملكاً لآخر ، يقوم تبدل الملك مقام تبدل الذات وان كانت الذات هي هي لم تتغير .
والأصل في هذا ما في الحديث الشريف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل يوماً على بريرة معتقة عائشة رضي الله تعالى عن ابينا وعنهما قدمت اليه تمراً ، وكان القدر بغلي من اللحم ، فقال عليه السلام (الا تجعلين لي نصيباً من اللحم) ، فقالت يا رسول الله انه لحم تصدق به علي ، فقال عليه السلام (لك صدقة ولنا هدية) يعني اذا اخذته من المالك كان صدقة عليك ، واذا اعطيته ابانا بصير هدية لنا . فلم ان تبدل الملك بوجوب تبدلاً في العين (شرح منار) .
يتفرع على هذا كثير من المسائل : منها ان التقير اذا اخذ زكاة ثم وهبها لغيره او هاشمي او باع منها ، حل ذلك المال لها ، لتبدل العين بتبدل الملك .
ومنها لو تصدق رجل على قريبه فبات المتصدق عليه وعادت الصدقة اليه بالوراثة ، ملكها وما ضاع ثوابه - ومنها ان الواهب وان كان يصح رجوعه في هبته - عند عدم المانع - يرضى الموهوب له او حكم الحاكم ، لكن كما جاء في المادة (٨٧٠) ان الموهوب له لو اخرج الموهوب عن ملكه الى آخر بيع او هبة ، لا يعنى للواهب صلاحية الرجوع بالهبة ، لأن الموهوب بالانتقال من مالك الى آخر صار كأنه شيء آخر حكماً - واذا كان تبدل صفة الموهوب بمنع الرجوع ، كأن كان ثوباً فصنفه ، فتبدل الذات ولو حكماً اولى انظر المادتين ٨٦٩ و ٧٧٠ حتى لو حاد الى الموهوب له بملك جديد كسراه وغيره ، لا يصح رجوع الواهب .

ومثله لو مات الموهوب له وانتقل ملكه الى الوارث .
كذلك لو ادعى ملكا ارثاً عن ابيه ، وشهد شهوده بأنه ورثه (من امه) ، لا تقبل
شهادتهم لعدم موافقتها للدعوى ، لأن تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات
انظر المادة ١٧١١ .

ومنها ما في المادة ٢٥٥ ان المشتري اذا زاد في الثمن بعد العقد ، وقبل البائع
تلك الزيادة في المجلس ، لزمته - لكن بشرط قيام المبيع وقت الزيادة ، فلو بعد
هلاكه ولو حكماً لا يصح . والهلاك الحكمي تبدل الملك ، فهو ان يخرج المشتري
عن ملكه ، ثم يعود اليه بشراء ونحوه ، فلا تلزم الزيادة حينئذ لأن تبدل سبب
الملك قائم مقام تبدل الذات . ففي التثوير وشرحه : «وصح الزيادة فيه - اي
الثن - ان قبل البائع في المجلس ، وكان المبيع قائماً . فلا تصح بعد هلاكه ،
ولو حكماً ، بأن باعه ثم اشتراه ثم زاده . ويقرب من هذا ما في البدائع وغيرها
ملخصاً ، ان الكفار اذا دخلوا دار الاسلام واستولوا على اموال المسلمين والقيمين ولم
يخرجوها الى دارهم فهي لم تزل باقية على ملك اصحابها فلو استردها الامام منهم وهي
في دارنا تكون لاصحابها ولا تقسم بين الفاتحين - واما بعد اخراجها الى دارهم
واحرارهم اياها فتخرج عن ملكية اصحابها عند علمائنا - فلي هذا اذا ظهر عليهم
المسلمون واخذوها من ايديهم ثم قسمها الامام بين الفاتحين في دارنا تدخل في
ملكهم ، وبناء على دخولها في ملك الفاتحين صارت بمنزلة الاعيان المتبدلة : فان كانت
منلية لا يستردها المالك القديم لانه لو اخذها لا اخذها بثمنها فلا يفيد . وإن قديمة لا
ياخذها مجاناً بل بقيمتها ان شاء ، رعاية للجانبين لتبديل سبب الملك

ولو اقر رجل بألف ثمن حنطة ثم بألف ثمن زبيب لزمه المالان الفان ، لأن
اختلاف الاسباب يدل على اختلاف المسببات . ولو لم يصف قراره الى سبب
كأن اشهد على الف في مجلس واشهد رجلين آخرين في مجلس آخر لزمه المالان
ايضاً ، لان اختلاف المجلس والشهود يدل على اختلاف السبب ، فقام مقامه . كما لو تعدد
الصك بأن حرز على نفسه سنداً بألف ثم سنداً آخر بألف ايضاً لزمه الفان لان
تبدل الصك بمنزلة تبدل السبب .

المادة ٩٩ - من استعجل الشيء قبل اوانه عوقب بجرمانه .

اي كل شيء يستعجله الانسان قبل اوانه يحرم من النفع الذي يأتي منه عقاباً له . مثلاً لو قتل مورثه مستعجلاً ارثه يعاقب بجرمانه من ارثه اذا كان القتل عمداً او شبه عمداً او خطأ لا تسبياً ، لأن القاتل تسبياً ، ليس بقاتل حقيقة . كما لو حفر بئراً في غير ملكه فوقع فيه مورثه لا يوجب حرمان الارث وتجب الدية فقط .
اطلق الحرمان وهو مقيد بأن لا يكون القتل قصاصاً او بحق في نفس الامر كما لو قتل العادل مورثه الباغي فإنه يرثه لأنه قتله بحق - او يزعم القاتل ولو بتأويل فأسد ضمت اليه المنفعة كما لو قتل الباغي مورثه العادل فإنه يرثه لأنه حق في زعم الباغي ، فإن البغاة يرون اباحة دم كل من ارتكب معصية صغيرة كانت او كبيرة ، على ما بين في باب البغاة .

ومن ثم قال الزبلي : القاتل عمداً بغير حق لا يرث ، الا في مسألة ، وهي ما لو قتل الباغي العادل وقال انا على الحق اه . حموي - كذلك من طلق زوجته ثلاثاً او بآثماً في مرض موته قاصداً حرمانها من الارث ترثه ويحرم من هذا القصد .
قال الحموي على الأشباه : فيه نظر ، لأن المبت لا يتصف بجرمان بعد موته وانما المحروم الورثة ، لأنه لم يكن حكم الا بعد موته .

يقول الفقير : في نظيره نظر ، لأنه ليس المراد حرمان الزوج المطلق من الارث حتى يرد ما ذكره بل الحرمان من قصده وهو عدم تورثها ، لأن كلاً من القاتل والمطلق مسمي في قصده فرداً الشرع قصدهما عقاباً عليهما بأن حرم القاتل من الارث وورث الزوجة . يؤيده قول الكفاية (من استعجل ما اخره الشرع يجازى برده) فدخولها في القاعدة ظاهر ليس فيه نظر - تأمل منصفاً .
قال في الأشباه : وخرج عن هذه القاعدة مسائل ، الاولى قتل ام الولد سيدها عتقت ولم تحرم . الثانية قتل المدير سيده عتق ، ولكن بسعي في جميع قيمته لأن التدبير وصية بالتعق بعد الموت ولا وصية لقاتل ، الثالثة قتل صاحب الدين المديون حل

دينه . الرابعة امسك زوجته مسيناً عشرتها لأجل ارشها ورشها ، الخامسة امسكها كذلك لأجل الخلع نفذ . السادسة شربت دواء فحاضت لم تقض الصلوة - السابعة باع مال الزكوة قبل الحول فراراً عنها صح ولم تجب - الثامنة شرب شيئاً ليمرض قبل الفجر فأصبح مريضاً جاز له الفطر .

تنبیه *

زاد في زواهر الجواهر لهذه القاعدة قيداً يخرج المسائل المذكورة عنها ، فلا تكون من اصلها مشمولة لها حتى يقال انها خرجت . حيث قال : من استعمل الشيء قبل اوانه ولم تكن المصلحة في ثبوته عوقب بجرمانه - فتخرج المسائل المذكورة من حيث ان مصلحة الشرع اقتضت ثبوت عتق ام الولد والمدبر وبقاء الدين في ذمة المقتول المديون ، وهكذا بقية المسائل ، فلا يعاقب بالحرمان من استعمالها بسوء القصد .

ومن المشكل مثله نقلها في الأشباه عن الطحاوي على انها من فروع القاعدة ، وهي بعيدة عنها يأبى مذهب الحنفية ان تدانيتها شيء من التأويل ، وهي قوله : المكاتب اذا كان له قدرة على الأداء فاخبره ليدوم له النظر الى سيده ، لم يجز له ذلك لأنه منع واجباً عليه ليقى ما يحرم عليه اذا اداء . ثم قال : ولم يظهر لي كونها من فروعها وانما هي من فروع ضدها : « وهو من آخر الشيء عن اوانه عوقب بجرمانه »

يقول الفقير : ووجه بدها اولاً ان العبد عند علمائنا كالأجنبي في عدم حمل نظره الى سيده كما في كراهية الكفر ، وثانياً : ان المكاتب عند ائمتنا لا يجوز تعجيزه وارجاعه الى الرق اذا كان قادراً على اداء بدل الكتابة ، لما في كتب المذهب متواتراً وشروحاً وفتاوى : مكاتبٌ عجز عن اداء نجوم ، ان كان له مال سيصل اليه ، لم يعجزه الحاكم الى ثلاثة ايام ، لأنها مدة ضربت لابلء الاعذار ، والاعجزه الحاكم وفسخها بطلب مولاه او فسخ مولاه برضاه .

فلبت شعري هل يقال حرم من النظر وهو حرام عليه من قبل ، ام هل يقال انه استعمل الاداء مع انه مؤخر . على انه لا يصح جعلها من فروع ضد القاعدة

ايضاً على مذهبنا ، اعني من آخر الشيء عن اوانه عوقب بجرمانه ، لأن القادر على الأداء لا يجوز الحكم بتعجيله لفسخ عقد الكتابة ، كما سمعت ، حتى لو طلب العبد التعجيل وإبي السيد لم يكن ذلك للعبد ان كان معه مال او كانت له قوة على السعي .
واما اذا اراد السيد التعجيل وابه العبد فإنه لا يعجزه عند الامام ابي خيفة رحمه الله تعالى الا بحكم حاكم ، وذلك بعد ان ثبت السيد عند الحاكم انه لا مال له ولا قدرة له على الاداء اه - فاذا لم يحرم بتأخير الأداء من نعمة الخلاص من الرق بل على القاضي ان يجبره على الاداء ولا يحكم بتعجيله .

نعم ، جماها من فروع ضد القاعدة يتأقي على مذهب الشافعية في ان فسخ عقد انكتابة يكون في الوجهين عند العجز او الامتناع عن اداء بدل الكتابة - هذا خلاصة ما ينبغي الكلام فيه في هذا المقام ، وفي عبارات المحوي ما له وما عليه والسلام .

ونظير قاعدة الضد من آخر الايمان عن وقته الى زمان ظهور الآيات المجتمة مثلاً حرم لقوله تعالى : « لا يفع نفساً ايمانها لم تكن آمنت من قبل » ولها فروع كثيرة تركناها خشية التطويل .

المادة ١٠٠ - من سعى في نقض ما تم من جهته فسيه مردود عليه

اي لما فيه من التمارض والمنافاة بين الشيء الذي تم من قبله وبين سعيه الاخير في نقضه ، وهذا تدافع بين كلامين متناقضين يجمع استماع الدعوى ، فيكون سعيه مردوداً عليه انظر المادة (١٦٥٨) فلو باع عبداً وقبضه المشتري وذهب به الى منزله ، والعبد ساكت وهو ممن يعبر عن نفسه ، فهو اقرار منه بالرق فلا يصدق في دعوى الحرية بعده لسعيه في نقض الخ . الا ان يرهن فيقبل (رد مختار عن البحر) .
واعلم ان التناقض انما يعتبر اذا كان امام خصم متنازع لما في الفصولين عن الجامع الصغير : عين بيد رجل بقول « هو ليس لي » وهناك من يدعيه يكون اقراراً بالملك للمدعي حتى لو ادعاه لنفسه لا يقبل (فتاوى القاضي ظهير

الدين) - والحاصل ان قول ذي اليد «ليس هذا لي» عند وجود المنازع اقراره بالملك له، في رواية لا في رواية، وعند عدم المنازع لا يصح نفيه، حتى لو ادعاه احد وقال ذو اليد «هو لي» صح دعوى ذي اليد باتفاق الروايات .

والتناقض باطل لا تصح فيه دعوى ملك او منفعة كما في الدر من الاستحقاق، الا اذا وفق المدعي، اذ بالتوفيق يرتفع التناقض .

وفي البرازية قال الحصري: وعلامة التوفيق ان لا يصير بدعواه الثانية معرضاً عن الاول - والدين في كل ما ذكرنا كالمين .

وهل يكفي امكان التوفيق ام لا بد منه بالفعل؟ - فيه خلاف . وتقل في رد المختار عن البحر، ان الاكتفاء بامكان التوفيق هو القياس، والاستحسان ان التوفيق بالفعل شرط وفي منية المفتي «جواب الاستحسان هو الاصح» وفي جامع الفصولين بعد حكاية الخلاف: والاصوب عندي ان التناقض اذا كان ظاهراً السلب والاجاب والتوفيق خفياً، لا يكفي امكان التوفيق، والا ينبغي ان يكفي الامكان اه . يؤيده ما في رد المختار عن (ح): انه لو اقر انه له فكث قدر ما يمكنه الشراء منه، ثم برهن على الشراء منه بلا تاريخ قبل، لا يمكن التوفيق بان يشتربه بعد اقراره . ولأن البيعة على العقد المبرم تفيد الملك للحال، ولذا لا تعتبر الزوائد واقره في نور العين .

يقول الفقير: ومن تتبع الفروع يجد هذا التفصيل وجيهاً، اذ من المواضع التي يكون التناقض فيها ظاهر السلب والاجاب والتوفيق خفياً، ما في الهندية عن الخلاصة: لو ادعى الصدقة منذ سنة، ثم ادعى الشراء منه منذ شهرين وانام البيعة، لا تقبل الا اذا وفق فقال: تصدق علي وقبضته ثم وصل اليه بسبب من الأسباب، اي كإعارة وايداع، فجعدني الصدقة فاشترى بها . وبيتن ان الصدقة هي السبب، والشراء كان تخليصاً للملك اه . اقول: فقد شرط هنا التوفيق بالفعل بقوله «الا اذا وفق فقال الخ . . .»

ومن هذا القبيل ما في الفصولين: اقر انه لا حق له قبل فلان، ثم ادعى قسماً يده انه غصبه منه، لا يصدق الا ان يبرهن على غصبه بعد اقراره، اذ البراءة ثبتت يقين، اي وهو الافرار، فلا يطل حكمها الا ييقين وهو البيعة: بخلاف ما لو

اقر المدعي عليه ان جميع ما في يده من قليل وكثير لفلان، فكث اباماً فحضر فلان ليأخذ ما في يده ، فقال ملكك هذا بعد اقرارى ، صدق ، ليده في الحال واحتمال الصحة اهـ . اي واليد تصلح حجة للدفع ، فيصدق لرفع التناقض في انه ملكه بعد الاقرار بلا بينة .

ومن المسائل التي شرطوا فيها التوفيق بالفعل ما في الفصولين : ادعى لغيره بوكالة ثم ادعاه لنفسه ، لا تسمع ، لأن ما هو ملكه لا يضيفه الى غيره عند الخصومة فتمتكن المناقاة ، الا ان يوفق بأن يقول كان له ثم شربته منه ، وبرهن على ذلك ويستثنى من التناقض دعوى ما يخفى سببه كالنسب والطلاق والخلع والحرية والعتق . فالتناقض في مثل هذه المواضع عفوه نسمع فيها الدعوى وان لم يوفق . لكن اذا كان فيها سعي في نقض ما تم من جهته لا تسمع الا مع البينة . يؤيد ذلك ما في الهندية عن الفصول العمانية لو اقامت المرأة بينة على الطلاق ثلاثاً ، بعد ما اختلفت نفسها ، لها ان تسترد بدل الخلع ، وان كانت متناقضة . وكذلك الزوج اذا قاسم اخا امرأته ميراثها واقر الأخ انه وارثها ثم اقام الأخ بينة ان الزوج كان طلقها ثلاثاً ، قبلت بينته ويرجع الأخ على الزوج بما اخذ من الميراث .

وكذلك المكتابة اذا ادت بدل الكتابة ، ثم اقامت بينة على اعتاق المولى اياها قبل الكتابة ، تقبل . وكذا العبد . وكذا المرأة اذا قاسمت ورتة زوجها الميراث وكلهم كبار . وقد اقرروا انها زوجته ، ثم وجدوا شهوداً ان زوجها كان طلقها ثلاثاً في صحته فانهم يرجعون عليها بما اخذت من الميراث اهـ .

فانظر في هذه المسائل كيف اشترطت فيها البينة لكونها سبباً في نقض ما تم من جهتهم ، فلا تسمع الدعوى بلا بينة معها وفقوا . وكذا النسب ، كما لو باع عبداً ولد عنده و باعه المشتري من آخر ، ثم ادعى البائع الأول انه ابنه ، يقبل ويبطل الشراء الأول والثاني ، لأن النسب يتنى على العلوق فيخفى عليه فيعذر في التناقض (رد مختار عن العيني) - ومثله الحرية ، فلو برهن المشتري انه حرره قبل بيعه يقبل ويعفى فيه التناقض .

واما التناقض في غير موضع الخفاء فينظر : ان لم يكن قابلاً للتوفيق فهو باطل

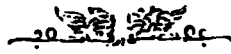
لا نسمع فيه الدعوى كما لو ادعى شيئاً بالارث عن ابيه ثم ادعاه شراءً منه ،
لا نسمع الدعوى ، لتعذر التوفيق لأن الموروث عن الاب لا يتأني شراؤه منه
بخلاف العكس بأن يدعي شراؤه ثم يقول عجزت عن اتيانه فورثته آخرأ . كذافي
جامع الفصولين - وكذا لو ادعى عليه الفأ ديناً فانكر ثم ادعاهما من جهة الشركة
لا نسمع ، وبالعكس نسمع ، لا إمكان التوفيق لأن مال الشركة يجوز كونه ديناً
بالجمود - وان قابلاً للتوفيق تقبل فيه الدعوى . وقد سبق ان إمكان التوفيق
يكفي قياساً ، وان الاصح التوفيق بالفعل استحساناً ، وقدمنا استصواب صاحب
الفصولين النظر لدرجة ظهور السلب والايجاب في التناقض ، ولقوة الحفاء وعدمها
في التوفيق ، فيكتفي حينئذ بالإمكان ، او لا بد من الفعل .

والحاصل ان التناقض ان كان فيه سعي في نقض ماتم من جهته فهو مردود ، الا
في موضع الحفاء فيختفر مطلقاً امكن فيه التوفيق ام لا ، لكن بشرط اليقنة . وان لم يكن
فيه سعي في نقض ماتم من جهته فإن امكن التوفيق او وفق بالفعل على مقتضى جواب
الاستحسان ، فهو مقبول ولو بدون برهان . وان لم يكن التوفيق فغير مقبول اصلاً .
و ينبغي للحاكم فيما يمكن فيه التوفيق ان يستوضح من المدعي ليوفق بالفعل
فيتخلص من الخلاف وما اوردته لك من الاساس بنيتك عن الف مثال فاستخرج
ذلك بفطنتك من الأمثلة السالفة المنقولة . فقول المجتلة : (فسيه مردود عليه)
اي ما لم يبرهن في موضع الحفاء .

تنبه

لا يغرب عن بالك ، ان موضع الحفاء لا يخصص في النسب والطلاق والخلع
والحرية ، بل ذكرها على سبيل التمثيل لا الحصر ، لما في الفصولين : استأجر ثم
يرهن على الموجر انها ملكي لأن ابي شراه لأجلى في صفري نسمع ولا يمنع هذا
التناقض لما فيه من الحفاء ، فان الأب يستقل بالشراء للصغير ومن الصغير لنفسه
والابن لا علم له . ثم قال : اقول فإن قيل لو يرهن على انه له من غير ان يوفق ينبغي
ان نسمع على ما مر قبيل هذا في الجامع الكبير : فيما لو اقرانه له ومكث ثم ادعى
شراؤه له الخ . .

وقد وهم الفاضل علي حيدر افندي اذ جعل المادة ٣٥٦ مستثناءة من هذه القاعدة وهي اذا وجد غبن فاحش في البيع ولم يوجد تغير فليس للمغبون ان يفسخ البيع ، الا انه اذا وجد الغبن وحده في مال اليتيم لا يصح البيع . ومالك الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم - وجه الوم ان يفسخ البيع في ذلك انما هو لاجل الغبن وهذا ليس من التناقض في شيء بل هو بحث آخر من نوع خيار الفسخ للمشتري ، لأن طالب الفسخ ليس معرضاً عن الاعتراف بوقوع المقد بل يعترف به ويطلب الفسخ بناءً على زعم عذر شرعي يتمك به وهو الغبن الفاحش ولو مع عدم التغير - ويؤيده ما قدمنا في البزازية عن الحصري في اوائل شرح المادة ١٠٠ ان علامة التوفيق ان لا يصير بدعواه الثانية معرضاً عن الأولى .



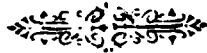
حمداً لمن الحمد منه واليه . تم شرح القواعد الكلية

بقلم الفقير اليه تعالى

✽ محمد طاهر الاتاسي مفتي حمص ✽

وبليه شرح والده المرحوم العلامة السيد (محمد خالد الاتاسي)

من المادة ١٠١ الى المادة ١٧٠٠ ثم بليه الاتمام الى آخر الكتاب



* اصلاح خطأ *

« وقعت في اثناء الطبع بعض هفوات لا تخفى على القارىء اللبيب ومع ذلك اشرنا اليها في هذا الجدول : »

صفحة	سطر	غلط	صواب
٠٠٨	٠٠٨	لا يحظر بياله غيره	لا يحظر بياله جواز غيره
٠٤٦	٠٦	مرج	مزج
٠٥٠	٠٨	عليه	على المريض
٠٨٦	١١	مثله	مثله
٠٨٦	٢١	مراجعتها	مراجعتها
٩٢	١٦	دون ان المتسبب	دون المتسبب
٠٩٢	٢٦	الرابعة	الثالثة
٠٩٣	١٧	المعنى	المعنى
١٠٤	٠٥	لا حرام	الاحرام
١٤	٢٢	وفوقانية	وفوقانية
١٠٤	٢٥	نكل	فكل
١٠٥	١٢	والرضاع	او الرضاع
١٥٩	٠٣	بلا بينة	بلا نية
١٥٩	٠٥	الآ بينة	الا بينة
١٧٤	٠٧	والغو الباطل	والغو، الباطل
٢٠٣	٠٧	الخر	الخر
٢٣	٢٤	بها	لها
٢٠٣	٢٥	طمس	الانكحة

صواب	غلط	سطر	صفحة
تابع	تابع	٢٥	٢٠٤
على الحدوث - وان	على الحدوث وان	٠٢	٢١٣
متويا	متويتا	٠٧	٢١٦
على ما كان ، وخلافه	على ما كان وخلا	١٤	٢١٨
للمكفول له ، في اليوم	للمكفول له في اليوم	٠٦	٢٢٠
وبالضمان	او بالضمان	٢٥	٢٣٠
وعلى حكمه بالضمان	ولا على حكمه بالضمان	٠٦	٢٣١
اخذ	اخذ	٠١	٢٤٢
اداء منافه	مطموس	٠٤	٢٤٣
الامر	الامر	٢٦	٢٥٢
الأولى	الأولى	١٥	٢٥٤
قشا	مطموس	٢٥	٢٧١

فهرست

	صفحة
علم الفقه في الاصل مركب من مضاف ومضاف اليه ثم جعل علماً على الفن المخصوص	٦
ذكر الامام الغزالي ان الاتيان بمجد بين ماهية العلم صعب جداً	٧
يمكن الوقوف على ماهية العلم بتقسيم ومثال	٨
المسائل الفقهية هي القضايا التي موضوعاتها موضوع العلم الخ	٨
المسائل الفقهية اما ان تتعلق بامر الآخرة او بأمر الدنيا	٩
ركب الله تعالى في الانسان ثلاث قوى شهوية وغضبية وعقلية	١٠
الحكمة في شرعية العقوبات والنكاح والمعاملات	١٠
في ان القواعد الكلية قد يعارض فروعها اثر او ضرورة او قيد الخ	١١
موضوع علم الفقه افعال المكلفين	١٣
قاعدة ٢ الامور بمقاصدها	١٣
في الظهار لو قال انت علي كأمي او مثل امي يرجع الى نيته	١٤
النية كما تكون في الافعال تكون في التروك	١٥
حديث الاعمال بالنيات من باب المتقضى فلا بد فيه من تقدير	١٥
قاعدة ٣ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني الخ	١٦
في ان البار اذا كانت بدل صلح يجب فيها الشفعة مطلقاً	١٦
وجه منع الحنفية استعمال لفظ الطلاق في الاعتراف	١٧
يلحق بهذه القاعدة ما ثبت وفقاً بالضرورة	١٧

صفحة	
١٨	قاعدة ٤ اليقين لا يزول بالشك
١٨	الاستصحاب بطلح حجة للدفع لا للاستحقاق
١٩	الابراء على تسمين ابراء اسقاط وبراء استيفاء
٢٠	قاعدة ٥ الاصل ابقاء ما كان على ما كان
٢٠	الاستصحاب اقسام
٢٠	الاستصحاب على نوعين من الماضي الى الحال وبالعكس
٢٢	الظاهر بطلح حجة للتأكيد
٢٣	شرع ما قبلنا شرع لنا ما لم يرد نص بخلافه
٢٣	قاعدة ٦ القديم يترك على قدمه
٢٣	المراد بالقديم في هذه القاعدة ما لا يعرف اوله
٢٤	قاعدة ٧ الضرر لا يكون قديماً
٢٤	الضرر القديم اذا كان من اصله غير مشروع فلا عبء لقدمه
٢٤	في الفرق بين الضرر والضرار الوارد في الحديث الشريف
٢٤	يدخل تحت هذه القاعدة كثير من الاحكام الشرعية
٢٥	قاعدة ٨ الاصل براءة الذمة
٢٦	في الفرق بين قول الشفيع علمت بالبيع امس وطلبت الشفعة وقوله طلبت حين علمت
٢٧	هذه القاعدة مأخوذة من الحديث الشريف
٢٧	قاعدة ٩ الاصل في الصفات العارضة العدم الخ
٢٨	القول قول المديون في الاعسار اذا كان الدين الذي لزمه من جهة اتلاف

صفحة	
٢٨	في الوصف المرغوب ان كان من الصفات المارضة فالقول لمن يذكرها وفي الاصلية لمن يدعيها
٢٨	الاصل في الوكالة المخصوص وفي المضاربة العموم
٢٩	اختلف المتبايعان في الصحة والبطلان القول لمدعي البطلان
٢٩	قاعدة ١٠ ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يقم الدليل على خلافه
٣٠	الشهادة بالملك المنقضي مقبولة لا باليد المنقضية
٣٠	استصحاب الحال انواع
٣١	استصحاب الحال يكون محكماً عند التنازع في الملك وفي اليد
٣٢	قاعدة ١١ الأصل اضافة الحادث الى اقرب اوقانه
٣٣	لا عبرة لشك طراً على يقين
٣٣	قاعدة ١٢ الأصل في الكلام الحقيقة
٣٥	الفرق بين مجاز الاستعارة والمجاز المرسل
٣٦	اذا تعذر حكم كل من الحقيقة والمجاز يكون الكلام لغواً
٣٧	قد لا يراد باللفظ الحقيقة في كثير من الالفاظ الشرعية
٣٧	قد لا يستعمل اللفظ في حقيقته بدلالة معنى يرجع الى المتكلم
٣٨	قاعدة ١٣ لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح
٣٩	قد يكون اللفظ المطلق في عبارات المكلفين مقيداً بالعرف والعادة
٤٠	قد تكون الدلالة اقوى من الصريح اذا كانت دلالة الشرع
٤٠	قاعدة ١٤ لا مساع للاجتهاد في مورد النص
٤١	في بيان شروط المجتهد

	صفحة
القاعدة ١٥ ما ثبت على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس	٤٢
امثلة ما ثبت على خلاف القياس وهو انواع	٤٣
القاعدة ١٦ الاجتهاد لا ينقض بمثله	٤٥
الاجتهاد في هذه القاعدة يشمل انواعاً ثلاثة	٤٦
القاعدة ١٧ المشقة تجلب التيسير	٤٨
التسهيلات والتخفيفات الواردة في الشرع لا تخلو من نوعين	٤٨
النوع الثاني التسهيلات التابعة للموارض وبيان الموارض	٤٩
قاعدة ١٨ الامر اذا ضاق التسع	٥١
يدخل تحت هذه القاعدة شهادة النساء والصبيان في الحمامات	٥١
ومنها جواز الاجارة على الطاعات	٥١
يلحق بها المسائل التي يقتصر فيها بالبقاء ما لا يقتصر بالابتداء	٥١
هذه القاعدة تجري فيما ليس فيه نص صريح	٥٢
القاعدة ١٩ لا ضرر ولا ضرار	٥٢
يجبر وصي احد التيمين على تعمير الملك المشترك بينهما اذا ابى	٥٣
وطلب الآخر	
كذلك الملك المشترك اذا تعلق به حق الغير يجبر الآبي على التعمير	٥٣
القاعدة ٢٠ الضرر يزال	٥٤
الا اذا كان ضرراً خاصاً فيتحمل لدفع ضرر عام	٥٤
القاعدة ٢١ الضرورات تبيح المحظورات	٥٥
الرخصة ثلاثة انواع وهذه القاعدة تتناول نوعين منها	٥٥

- ٥٧ القاعدة ٢٢ الضرورات تقدر بقدرها
- ٥٩ الضرورة كما تكون في الافعال تكون في التروك
- ٥٩ القاعدة ٢٣ ما جاز لعذر بطل بزواله
- ٦٠ معنى البطلان شامل لسقوط ما جاز ولوجوب الانسلاخ منه
- ٦١ يخرج على هذه القاعدة كثير من احكام العوارض على الاهلية
- ٦١ القاعدة ٢٤ اذا زال المانع عاد الممنوع
- ٦١ التناقض المانع لسماع الدعوى يزول بتصديق الخصم او تكذيب الحاكم
- ٦٣ قاعدة ٢٥ الضرر لا يزال بمثله
- ٦٤ بيان الفرق في الحكم بين تعدير المشترك القابل للقسمة وغير القابل
- ٦٥ في بيان احكام تتعلق بالعلو والسفل
- ٦٦ في حكم الجدار بين جارين عليه حمولة لكل منهما
- ٦٦ القاعدة ٢٦ يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام
- ٦٦ الشرع جاء ليحفظ على الناس دينهم وانفسهم وعقولهم وانسابهم واموالهم
- ٦٨ القاعدة ٢٧ الضرر الاشد يزال بالاخف
- ٦٨ الاب يجبس في الامتناع عن النفقة الواجبة عليه لولده لا بالدين
- ٦٩ القاعدة ٢٨ اذا تعارض مفسدتان روعي اعظمها
- ٧٠ القاعدة ٢٩ يختار اهون الشرين
- ٧٠ القاعدة ٣٠ درأ المفسد اولي من جلب المنافع

	صفحة
الدرأ اعلي وفي بعض المواضع يقدم جلب المنفعة	٧١
هذه القاعدة ترجع الى الدرجة المحمودة بين الافراط والتفريط	٧٣
القاعدة ٣١ يدفع الضرر بقدر الامكان	٧٤
القاعدة ٣٢ الحاجة تنزل منزل الضرورة عامة او خاصة الخ	٧٥
في الفرق بين الحاجة والضرورة	٧٥
أكثر ما ورد على خلاف القياس مبني على الحاجة	٧٥
حد الاجماع	٧٦
الاستحجار على تعليم القرآن والفقه في زماننا بطل بالضرورة لا الحاجة	٧٦
القاعدد ٣٣ الاضطرار لا يبطل حق الغير	٧٦
الاضطرار يكون سماويا وغير سماوي ملجي وغير ملجي	٧٦
القاعدة ٣٤ ما حرم اخذه حرم اعطائه	٧٧
لهذه القاعدة مستثناة حال الضرورة	٧٧
القاعدة ٣٥ ما حرم فعله حرم طلبه	٧٨
يستثنى من ذلك علم المدعي بصدق دعواه مع طلب تحليفه للخصم اذا انكر	٧٨
القاعدة ٣٦ العادة محكمة يعني ان العادة عامة كانت او خاصة الخ	٧٨
اذا تعارض النص والعرف بنظر ان كان النص مبنيا على العرف	٨١
فالاختبار للعرف والا فللنص	٨١
في عرف خالف مسائل فقهية لم تثبت بصريح النص بل بالاجتهاد والرأي	٨١
بحسب تغير الزمان لو طرأ عرف جديد هل يبقى في هذا الزمان على وقته	٨٣

صفحة	
٨٦	القاعدة ٣٧ استعمال الناس خجة يجب العمل بها
٨٨	القاعدة ٣٨ الممتنع عادة كالممتنع حقيقة
٨٩	في الأيمان فرتقوا بين المستقبل حقيقة والمستحيل عادة
٩١	القاعدة ٣٩ لا ينكر تغير الاحكام بتبدل الازمان
٩١	التغير مبنيٌ اما على عرف الناس او على تغير احوالهم
٩٣	تبدل الحكم على نوعين ٤ تبدل بالكيفية وتبدل بالحقيقة
٩٣	الحقيقة تترك بدلالة العادة
٩٣	الكتابة لا تخلو عن الحقيقة والمجاز
٩٤	اذا كان العرف والعادة استعمال اللفظ في معناه المجازي بنصرف اليه
٩٥	القاعدة ٤٠ انما تعتبر العادة اذا اطردت او غلبت
٩٦	العادة اي العرف انما تعتبر اذا كانت سابقة مستمرة الى زمان حادثة الدعوى
٩٦	في الاقرار لا يبنى الحكم على العرف الا اذا كانت العادة سابقة على
٩٧	العرف يكون قولياً وفعالياً
٩٧	القاعدة ٤٢ العبرة للغالب الشائع لا للنادر
١٠٠	قاعدة ٤٣ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً
١٠٠	الحاصل من هذه المادة ان نواع العقود اذا لم يكن لها ذكر تحمل على عادة كل بلدة
١٠١	القاعدة ٤٤ المعروف بين التجار كالمشروط بينهم
١٠١	يلحق بذلك كل عمل هو من نوع التجارة

	صفحة
القاعدة ٤٥ التعيين بالعرف كالتيعين بالنص	١٠٢
في معنى النص لفة واصطلاحاً شرعياً	١٠٢
القاعدة ٤٦ اذا تعارض المتقضي والمانع يقدم المانع	١٠٣
قد يقدم المتقضي لكونه اقوى من المانع	١٠٥
القاعدة ٤٧ التابع تابع فلذا يبيع حيوان في بطنه جنين الخ	١٠٧
قالت الخفية والحنبلة تدخل الأمة تبعاً مع الرسول في خطابه بالاحكام	١٠٩
القاعدة ٤٨ التابع قد يكون غير مستقل بنفسه	١٠٩
حقيقة وقد يكون كذلك عرفاً لا حقيقة	
بيان ما اخرج به الأشياء عن القاعدة والكلام فيه	١١٠
القاعدة ٤٩ من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته	١١١
المراد بالضرورات هنا هي التي تتبع شيئاً هي مثله في الدخول تحت الدلالة لا من طريق وضع اللفظ	١١٣
القاعدة ٥٠ اذا سقط الأصل سقط الفرع	١١٥
الطرق الاربعة لثبوت الاحكام وهي : الانقلاب ، والاقتصاد ، والاستناد ، والتبيين	١١٧
القاعدة ٥١ الساقط لا يعود كما ان المعدوم لا يعود	١١٨
في الفرق بين قاعدة اذا زال المانع عاد المنوع وقاعدة الساقط لا يعود	١٢١
القاعدة ٥٢ اذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه	١٢٢
التضمن يكون حقيقياً وغير حقيقي لادنى ملائسه	١٢٢

صفحة	
١٢٣	في بيان ان القائل لغيره بعثك دمي كلامه لغو
١٢٦	كل صلح تحقق بطلانه يبطل ما في ضمنه من المعاملات
١٢٧	القاعدة ٥٣ اذا بطل الاصل بصار الى البدل
١٢٧	الاداء في الاصول يكون في حقوق الله تعالى وحقوق العباد
١٢٨	الاداء الكامل
١٢٨	الاداء القاصر
١٢٨	اداء يشبه القضاء
١٢٩	القضاء يكون كاملاً وقاصراً
١٣٠	الأصل عند ائمتنا اذا وجدت القدرة على الأصل قبل استيفاء المقصود الخ
١٣١	القاعدة ٥٤ يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها
١٣١	وكل المشتري البائع في قبض المبيع لا يجوز فلا يكون بذلك قابضاً
٢٣١	في السلم والقرض لا يجوز ولو ضمناً الا ان يكون رب السلم والقرض حاضراً
١٣٢	لا يصح التوكيل برواية ما اشتراه ولم يره
١٣٢	لا يصح تأجيل القرض ولو وقع لا يكون لازماً الا الخ
١٣٥	القاعدة ٥٥ يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء
١٣٦	مثال جواز البيع بالحصة بقاء لا ابتداءً
١٣٧	مشت المحلة على ان الشبوع استحقاق طارىء وهو واحد قولين
١٣٧	الشبوع في الرهن يفسده مطلقاً
١٣٨	المانع اذا كان اصلياً اقوى منه اذا كان طارئاً
١٣٨	فرق في الاحكام بين الجهالة الأصلية والطارئة

	صفحة
القاعدة ٥٦ البقاء اسهل من الابتداء	١٣٨
القاعدة ٥٧ التبرع لا يتم الا بالقبض	١٣٨
المبة الفاسدة لا تملك بالقبض فينفذ تصرف الواهب لا الموهوب له	١٤٠
الموصى له يملك الوصية بعد موت الموصى بمجرد القبول قبل القبض	١٤٠
لا يرد نقضاً على القاعدة هبة الدين لاخر قبل قبضه	١٤١
القاعدة ٥٨ التصرف على الرعية منوط بالمصلحة	١٤١
هل للإمام ان يزيد الفاضل على المفضول في العطاء من بيت المال ام الافضل التسوية	١٤٣
السلطان اذا ترك العشر على صاحب الارض فهو على وجهين	١٤٤
الاعتاق لا يحتمل الفسخ قصداً واما ضرورة فيحتمله	١٤٥
القاضي اذا قرر فراشاً لمجد بغير شرط الواقف لا يحل له	١٤٦
القاعدة ٥٩ الولاية الخاصة اقوى من الولاية العامة	١٤٧
الولاية الخاصة اما في النكاح فقط او في المال فقط او فيهما	١٤٩
الولاية في مال الصغير انما تكون للاب اذا لم يكن سفيهاً	١٤٩
شدت عن القاعدة الوصي لا يستوفى قصاصاً في النفس وجب للصغير وللقاضي ذلك .	١٥١
القاعدة ٦٠ اعمال الكلام اولى من اهماله يعني لا يعمل الخ	١٥١
قوله لزوجه المعروفة النسب من غيره هذه بنتي لغو بخلاف مملوكه	١٥١
قد لا يمكن اعمال كلام العاقل، لامر خارج بقطع النظر عن تعذر حقيقة او مجاز	١٥٣

صفحة	
١٥٣	قد يوجد امكان للاعمال والاممال لكن يترجم الاعمال
١٥٥	قد يكون اعمال كلام العاقل وامماله كفتي ميزان
١٥٧	القاعدة ٦١ اذا تعذرت الحقيقة بصار الى المجاز
١٥٧	اذا امكن كل من الحقيقة والمجاز ولم يوجد مرجح تميم الحقيقة
١٥٧	ومن القرائن الصارفة للمعنى المجازي تعذر المعنى الحقيقي
١٥٧	قد يكون التعذر شرعياً لا حقيقياً
١٥٨	قد تمنع الحقيقة بكونها مهجورة في عرف الناس
١٥٨	المتعسر حكمه كالتعذر في اصطلاح الفقهاء
١٥٩	ينقسم كل من الحقيقة والمجاز باعتبار ظهور المراد عند اطلاقه الى صريح وكناية
١٥٩	الكناية تكون في الحقيقة والمجاز
١٥٩	الحكمة في ان النية لها اعتبار في الديانة لا القضاء
١٦٢	القاعدة ٦٢ اذا تعذر اعمال الكلام يهمل الخ
١٦٢	وقوع الكلام معملاً له طرق شتى ولا ينحصر في تعذر الحقيقة والمجاز
١٦٤	تصحیح كلام العاقل بكون بالحمل على المجاز وبجملة على التجوز لا كيفما كان
١٦٥	القاعدة ٦٣ ذكر ما لا يتجزى كذكر كله
١٦٥	عدم التجزء يكون في نحو اللطلاق والقصاص والكفالة بالنفس والشفعة ووصاية الاب والولاية
١٦٧	وصي الاب في شيء خاص وصي في الاشياء كلها
١٦٨	ما لا يتجزأ . وجود بعضه كوجود كله وعلى هذا مسائل

	صفحة
القاعدة ٦٤ المطلق يجري على اطلاقه اذا لم يقم دليل التقييد نصاً او دلالة	١٦٨
كل من المطلق والتقييد قسان من الخاص المقابل للعام	١٦٨
تعريف الجنس عند الفقهاء والاصوليين	١٦٨
الانسان نوع الانواع عند الميزانيين ونحوه الاصناف	١٦٩
اسم الفرد يفيد فائدة العموم في ثلاثة مواضع	١٦٩
الفرق بين علم الجنس واسم الجنس	١٧٠
لا فرق بين المطلق والتكثرة في اطلاق كل منهما على الفرد الشائع وبينها عموم وخصوص من وجه	١٧٠
التقييد يكون بالنص ويكون بالدلالة	١٧٠
اعلم ان التقييد الذي يخرج المطلق عن الشبوع بوجه ما هو التقييد المفيد في بيان المواضع التي يحمل فيها المطلق على التقييد وما لا يحمل على الاختلاف بين الحنفية والشافعية	١٧٢
القاعدة ٦٥ الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر الخ	١٧٤
لا عبرة للوصف في الحاضر المشار اليه الا اذا تبين انه جنس آخر	١٧٤
لا منافاة بين النفاذ واللزوم فقد يكون العقد نافذاً غير لازم	١٧٥
اذا اجتمعت الاشارة واضافة الملك يشترط للحث وجودهما جميعاً عند الطرفين	١٧٥
في اضافة النسبة لا يشترط للحث وجودهما اتفاقاً	١٧٦
التقود لا تعين بالاشارة في المعاوضات وفي غيرها تمين	١٧٦
القاعدة ٦٦ السؤال معاد في الجواب الخ	١٧٧
المراد بالسؤال مطلق الكلام سواء كان اخبارياً او استخبارياً او انشاء	١٧٧

	صفحة
الكلام يكون جواباً باحد امرين اما لعدم استقلاله او لقرنية	١٧٨
بحث في الفرق بين نعم و بلى الواقعين جواباً	١٧٨
يقرب من نوع القاعدة ما اذا وقع في كلام الشارع جواب عن سؤال	١٨٠
القاعدة ٦٧ لا ينسب الى ساكت قول الخ	١٨١
السكوت الممدود كالنطق اما لدلالة حالة في المتكلم او خالد في الشخص او لضرورة دفع الغرور عن غيره	١٨١
استقراء المسائل التي يكون السكوت فيها كالنطق .	١٨٢
القاعدة ٦٨ دليل الشيء في الامور الباطنة يقوم مقامه	١٨٥
المراد بالدليل ما يشمل القطعي والظني والامارة	١٨٦
الاحكام تختلف باختلاف المقاصد	١٨٨
التوقيت يكون نصاً ويكون دلالة كما في يمين الغور	١٨٩
القاعدة ٦٩ الكتاب كالخطاب	١٩٠
شروط الكتابة الممولى بها	١٩٠
الفتوى على قول محمد في حل الشهادة لمن رأى خطه ولم يتذكر	١٩١
وعلى هذا القاضي اذا وجد في ديوانه شهادة لاحد او حكمه ولم يتذكر	١٩١
الامر بكتابة الاقرار اقراراً حكماً	١٩٢
القاعدة ٧٠ الاشارة المعهودة للاخرس كالبيان باللسان	١٩٣
المراد بالاخرس الخلقى دون من عرض عليه اعتقال اللسان اذا لم يمتد	١٩٤
اشارة الاخرس تعتبر وان كان قادراً على الكتابة .	١٩٤
في الحدود الخالصة لله تعالى لا تعتبر اشارته فلا يجحد ولا يجحد له	١٩٥
ثبتت القصاص باشارة الاخرس	١٩٥

	صفحة
معنى كون الشيء حقاً لله تعالى او حتى العبد	١٩٨
القاعدة ٧١ يقبل قول المترجم مطلقاً	١٩٨
الاخبار الواقع في حقوق العباد قد يكون الزاماً عموماً تجب فيه شروط الشهادة	١٩٩
قد لا يكون فيه الزام اصلاً فيكون فيه خبر الواحد بشرط التمييز لا العدالة	١٩٩
قد يكون الزام من وجه دون وجه فيشترط فيه المدد او العدالة	٢٠٠
القاعدة ٧٢ لا عبرة للظن البين خطؤه	٢٠٠
القاضي اذا حكم على ظن ان حكمه موافق للشرع وفي نفس الامر ليس كذلك فحكمه باطل .	٢٠١
القاعدة ٧٣ لا حجة مع الاحتمال الناشئ عن دليل الخ	٢٠٤
في اصول الحكماء والميزانيين لا يتأق في الدليل الظني ان يستلزم العلم القطعي بشيء آخر	٢٠٥
لا مانع في المسائل الفقيهية ان يستلزم الظن العلم بشيء آخر اية في وجوب العمل الخ	٢٠٥
كونه الظن علة للجزم ثابت بالاجماع على وجوب العمل الذي هو اثر الجزم	٢٠٥
الدلالات ثلاثة اقسام وضعية عقلية طبيعية	٢٠٥
لفظ دليل المأخوذ في القاعدة كلي مشكك لا متواطئ	٢٠٥
كل تصرف يتمكن الانسان من تحصيله انشاءً بصدق في اخباره به ومالا فلا	٢٠٦
من فروع هذه القاعدة ترجيح اليقات اذا تعارضت	٢٠٧
قد لا يجتج بالشهادة اذا عارضها دليل حدي اقوى منها	٢٠٨

	صفحة
من فروع القاعدة ظاهر الحال ولما درجات عند التعارض	٢٠٨
معنى النبي في قول المجلة (لا حجة) الخ	٢٠٩
القاعدة ٧٤ لا عبرة للتوهم	٢٠٩
التوهم باطل لا يثبت لاجله حكم شرعي كما لا يؤثر لاجله	٢٠٩
القاعدة ٧٥ الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان	٢١٢
القياس يأبى كون الشهادة حجة	٣١٣
اخبار النبي في الاعتقادات شرط ثبوتها التواتر وليس شرطاً في حقوق العباد	٢١٤
اخبار غير النبي اذا كان في معنى الشهادة فله احكام	٢١٤
القاعدة ٧٦ اليقينة على المدعي واليمين على من انكر	٢١٤
في معرفة الفرق بين المدعي والمدعى عليه	٢١٧
المدعى عليه قد يكون منكراً معنى مدعياً صورة فالعبرة للمعنى	٢١٧
اذا كان كل من الخصامين مدعياً من وجه منكراً من وجه يرجع الى ترجيح اليقينة	٢١٧
القاعدة ٧٧ اليقينة لاثبات خلاف الظاهر واليمين	٢١٨
لابقاء الاصل	
يوجد في بعض المواضع من يكون القول قوله بلا يمين	٢١٩
توجد مسئلة لا يينة فيها ولا يمين	٢٢٠
يوجد في بعض المواضع من يكون القول قوله وترجع بينته ايضاً	٢٢١
من المواضع ما يكون فيها اليمين واليقينة من طرف واحد	٢٢١

القاعدة ٧٨ البيئة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة	٢٢٢
يظهر الفرق في الثابت بالبيئة عن الثابت بالاقرار في مسألة الجارية	٢٢٢
تعدية البيئة تكون في المحكوم به وفي محل الحكم	٢٢٣
البيئة قد تكون متعدية في حق كافة الناس وقد لا تعدى للكافة	٢٢٥
اذا اجتمع البيئة والاقرار يحكم بالاقرار الا اذا مست الحاجة لتعدية الحكم	٢٢٦
القاعدة ٧٩ المرأ مواخذ باقراره	٢٢٦
الرجوع عن الاقرار تناقض لا يقبل الا ان يكون مكذبا بحكم الحاكم او من طرف الشرع	٢٢٧
القاعدة ٨ لا حجة مع التناقض لكن لا يختل معه حكم الحاكم	٢٢٨
الرجوع عن الشهادة لا يصح الا بمحضرة الحاكم	٢٣٠
لو رجعا عند القاضي ثم جعدا تقبل البيئة عليهما	٢٣٠
هل لزوم الضمان على الشاهدين بقبض المدعي المال ام مطلقا قولان	٢٣٠
القاعدة ٨١ قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الاصل	٢٣١
الفرع دائما تابع للاصل لكن في السقوط لا في الثبوت	٢٣١
القاعدة ٨٢ المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط	٢٣٢
الفرق بين المعلق بشرط والمقيد بشرط	٢٣٢
المعلق بالشرط يجب ان يكون المعلق عليه معدوما على خطر الوجود	٢٣٢
كل ما كان اسقاطا محضاً او من الالتزامات التي يجلف بها بصح تعلقه بالملائم وغيره	٢٣٢
ما كان من الاطلاقات او التعريضات صح تعلقه بالملائم	٢٣٣

	صفحة
ما كان من المعاوضات كبيع واجارة تبطل بالشرط الفاسد	٢٣٣
ما ليس من المعاوضات كالنكاح او كان من التبرعات لا يبطل	٢٣٣
ويفسد الشرط كالمبة	
في بيان ما تصح اضافته الى المستقبل	٢٣٤
كل ما يقبل التعليق يقبل الاضافة ولا عكس	٢٣٥
الفرق بين التعليق والاضافة الى المستقبل	٢٣٥
القاعدة ٨٣ يلزم مراعاة الشرط بقدر الامكان	٢٣٥
المراد بالشرط هنا التقيدي لا المطلق بالشرط وله ثلاثة اقسام	٢٣٦
الشرط الفاسد الملتحق بالعقد بعد تمامه الاصح عدم التحاقه	٢٣٨
القاعدة ٨٤ المواعيد بصور التعاليق تكون لازمة	٢٣٨
لا يلزم الوعد الا اذا كان مطلقاً وفي بيع الوفاء	٢٣٩
القاعدة ٨٥ الخراج بالضمان يعني الخ	٢٤٠
المراد بالخراج ما يتحصل من كسب السيد واجرة الدابة من كل	٢٤١
زيادة لم تكن متولدة من الاصل	
القاعدة ٨٦ الاجر والضمان لا يجتمعان	٢٤٣
اذا اختلف السبب يجوز اجتماع الاجر والضمان كحدوث الفصب	٢٤٣
بعد استيفاء المنفعة	
القاعدة ٨٧ الغرم بالغنم يعني ان من ينال نفع شيء	٢٤٥
بتحمل ضرره	
نفقة الفقير الماجز تقدر بحسب الارث	٢٤٥

صفحة	
٢٤٦	التكاليف الاميرية في محافظة النفوس على حسب الرؤوس وفي الاملاك على قدر الملك .
٢٤٧	القاعدة ٨٨ النعمة بقدر النعمة والنعمة بقدر النعمة
٢٤٧	القاعدة ٨٩ يضاف الفعل الى الفاعل لا الامر ما لم يكن مجبراً
٢٤٩	يوجد مسائل يضاف الفعل فيها الى الامر
٢٤٩	القاعدة ٩٠ اذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر الخ
٢٥٠	بيان الحكم فيما اذا توسط بين السبب والمعلول فعل فاعل مختار
٢٥٠	الحكم فيما اذا لم يكن ذلك المتوسط صالحاً للعاقبة
٢٥١	القاعدة ٩١ الجواز الشرعي ينافي الضمان
٢٥٢	خرج عن القاعدة ما اذا غاب احد الشر يكتفي في البستان المشترك والمتقط في اللقطة
٢٥٥	القاعدة ٩٢ المباشر ضامن وان لم يتعمد
٢٥٦	القاعدة ٩٣ المتسبب لا يضمن الا بالتعمد
٢٥٧	التعدي غير التعمد فكل متعمد متعمد ولا عكس
٢٥٨	القاعدة ٩٤ جنابة العجماء هدر
٢٦٠	القاعدة ٩٥ الامر بالتصرف في ملك الغير باطل

صفحة	
٢٦١	قال الدائن لمديونه اعط الدين الذي عليك الخ .
٢٦٢	القاعدة ٩٦ لا يجوز لاحد ان يتصرف في مال الغير بلا اذنه
٢٦٣	استثنى مسائل من هذه القاعدة ترجع للضرورة او الاذن دلالة
٢٦٤	القاعدة ٩٧ لا يجوز لاحد ان ياخذ مال احد بلا سبب شرعي
٢٦٥	من دفع شيئاً ليس بواجب فله استرداده
٢٦٥	من ظن ان عليه ديناً فبان خلافه رجع بما ادى
٢٦٦	القاعدة ٩٨ تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات
٢٦٨	القاعدة ٩٩ من استعمل الشيء قبل اوانه عوقب مجرماته
٢٦٨	خرج عن هذه القاعدة مسائل
٢٧٠	القاعدة ١٠٠ من سعى في نقض ما تم من وجهته فسعيه مردود عليه .
٢٧٠	التناقض انما يعتبر اذا كان امام خصم منازع

تمت فهرست شرح القواعد الكلية
والحمد لله أولاً وآخراً



الجزء الثاني

شرح المجتبه

تأليف

العلامة الكبير والفقير المحقق الشهير المرحوم مفتي حمص الاسبغ

رحمته الله العليم الخبير

عني باقام ما فات المؤلف نشره من المواد وبارازه الى عالم

المطبوعات ولده مفتي حمص الحالي

رحمته الله العليم الخبير

المكتبة الحسينية

كانسي روڈ ۵ کوئٹہ

پاکستان



بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله حق حمده ، والصلاة والسلام على نبيه وعبداه ، وعلى آله وصحبه
والتابعين وتابعيهم من بعده ، آمين .

= الكتاب الاول =

« البيوع ، وينقسم الى مقدمة وسبعة ابواب »

المقدمة في بيان الاصطلاحات الفقهية المتعلقة في البيوع

المادة ١٠١ - * الايجاب اول كلام يصدر من احد العاقدين
لاجل انشاء التصرف وبه يوجب ويثبت التصرف *

قال في الفتح : الايجاب الاثبات لغةً لأي شيء كان ، والمراد هنا
اثبات الفعل الخاص الدال على الرضى الواقع اولاً ، سواء وقع من البائع ، او من
المشتري كأن يبدأ المشتري فيقول اشترت منك هذا بألف . والقبول الفعل
الثاني .

ثم ان المراد بالتصرف الاول المضاف اليه الانشاء في هذه المادة والتي بعدها ،
التصرفات الشرعية كالبيع والهبة والاجارة وغيرها من العقود . واما المراد

باتصرف الثاني الذي هو فاعل « يثبت » فهو خيار القبول . فقوله « وبه يوجب وثبت التصرف » يبان تسمية اول كلامي العاقدين ايجاباً ، وثانيه قبولاً ، مع ان كلا من الكلامين يوجب اي يثبت انشاء التصرف الذي هو الفعل الخاص الدال على الرضى . وبهذا صرح في الدرر حيث قال : لأنه يثبت للآخر خيار القبول اه . وقريب منه ما في شرح مسكين على الكنز حيث قال : لأنه اوجب اي اثبت جواباً على صاحبه اه . اي اما بالقبول واما بالرد ، فانهم .

المادة ١٠٢ - * القبول ثاني كلام يصدر من احد العاقدين لاجل انشاء التصرف وبه يتم العقد *

وجه تسمية ثاني الكلامين قبولاً انه يقع قبولاً ورضىً بفعل الاول ، كما في الفتح . وعرف القبول بالقول لأنه الأصل ، والألف قد يقوم الفعل مقامه كما في الخانية ، ولهذا عرفه في الفتح بأنه الفعل الثاني ، لأنه اعم من اللفظ . ومن فروع قيام الفعل مقامه ما لو قال : كل هذا الطعام بدرهم ، فأكله ، تم البيع . والركوب واللبس بعد قول البائع اركبها بماية والبسه بكذا ، رضىً بالبيع . وكذلك اذا قال بعتكه بألف قبضه ولم يقل شيئاً ، كان قبضه قبولاً . بخلاف بيع التعاطي فإنه ليس فيه ايجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط . كذا في رد المحتار .

المادة ١٠٣ - * العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما امرأ وهو عبارة

عن ارتباط الايجاب بالقبول *

ضمير « هو » راجع الى قوله « امرأ » يعني ان ارتباط الايجاب بالقبول هو الأمر الذي تعهده المتعاقدان ، وتعهدهما المذكور هو العقد . وفيه اشارة الى ان العقود وان حصلت بمر كبات خبرية ، الا ان المقصود منها الانشاء لا الخبر

فإن الشارع قد جعل بعض المركبات الخبرية انشاءً بحيث إذا حصل منها إيجاب وقبول ، وارتبط أحدهما بالآخر ، كقول أحد المتعاقدين مثلاً « بت » وقول الآخر « اشتريت » يترتب عليه حكم شرعي ، وهو الملك .

المادة ١٠٤ - * الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر

على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقها *

أشار بهذه المادة إلى أن ارتباط الإيجاب بالقبول وإن كان تعهده من المتعاقدين يسمى عقداً على ما في المادة السابقة ، لكن لا يلزم منه حصول الانعقاد ، بل لا بد لحصول الانعقاد من أن يكون تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقها فالبيع الباطل كبيع المذموم مثلاً ، وإن سمي عقداً لتعمد العاقدين فيه ارتباط الإيجاب بالقبول ، لكن لا يسمى منعقداً لعدم وجود شرطه ، وهو كونه على وجه مشروع . والمراد بالمشروع أن يكون المتعاقدان عاقلين ، والثمن والمبيع مالين متقومين . والمراد بتعلق الإيجاب والقبول أهلها وهو العاقدان ، ومحلهما وهو الثمن والمبيع ، والأثر الذي يظهر في هذا التعلق هو ملك المشتري للمبيع ، وملك البائع للثمن .

المادة ١٠٥ - * البيع مبادلة مال بمال ويكون منعقداً وغير منعقد *

ليس المراد من هذه المادة تعريف مطلق البيع ، بل التمهيد لبيان أنواعه الآتي ذكرها . فسقط ما يقال : إن كان المراد منها تعريف البيع اللغوي الشامل للمنعقد والباطل ، يكون هذا التعريف غير جامع لخروج أكثر البيوع الباطلة منه كبادلة ما ليس بمال . وإن كان المراد منها تعريف البيع الشرعي وهو المنعقد ، فلا يحسن تقسيمه إلى منعقد وغير منعقد . فلو قال مبادلة شيء بشيء ، لم تعريف البيع

الفوي وحسن التقسيم .

المادة ١٠٦ - * البيع المنعقد هو البيع الذي ينعقد على الوجه المذكور وينقسم الى صحيح وفساد وناقد وموقوف . *

قوله «على الوجه المذكور» اي في المادة (١٠٤) يعني ان البيع المنعقد هو ما حصل فيه مبادلة مال بمال بإيجاب وقبول على وجه مشروع ، يظهر اثره في متعلقها وقوله «ينقسم» اي اقسام الكلي الى جزئياته .

المادة ١٠٧ - * البيع الغير المنعقد هو البيع الباطل *

وسياًتي توضيح مفهومه في المادة (١١٠) وفي رد المحتار عن الفتح انه يقال للحم الذي لا ينتفع به لدود ونحوه (بطل) واذا اتن بجث ينتفع به (فسد) اللحم ، وفيه مناسبة للمعنى الشرعي .

المادة ١٠٨ - * البيع الصحيح هو البيع الجائز وهو البيع المشروع ذاتاً ووصفاً . *

المراد بالجائز هنا ما قابل الحرام . فقد ذكروا ان البيع الفاسد عقد مخالف للدين ، وانه معصية يجب رفعها . وفي التنوير : ويجب على كل واحد من المتعاقدين فسخه قبل القبض او بعده ما دام في يد المشتري ، ولا يشترط فيه قضاء قاض . واذا اصر على امساكه وعلم به القاضي ، فله فسخه جبراً عليها ، حقاً للشرع ٥١ ويمكن ان يقال : فسر الصحيح بالجائز ليفيد ان البيع الصحيح والبيع الجائز متى اطلقا في هذه الجملة يكون مؤداهما واحداً ، وهو ما قابل الفاسد والباطل ، ولا يجوز ان

بكون المراد منه النافذ، وان كان يطلق عليه، كما في الفتح حيث قال : ثم اعلم ان البيع جائز وقد مر بأقسامه ، وغير جائز وهو ثلاثة : باطل وفسد وموقوف اه قال في رد المحتار : واراد بالجائز النافذ اه وانما لا يجوز ان يكون المراد منه النافذ لان البيع الموقوف داخل في تعريفه لانه مشروع ذاتاً ووصفا . وقوله « ذاتاً ووصفاً » منصوبان على التمييز . والمراد بالذات الأصل كما عبر به اكثر الشراح ، وسياً في التعبير به هنا . واصل الشيء ما يتوقف تصور الشيء على وجوده وهو الايجاب والقبول ، واهلها اعني المتعاقدين ، محلها وهو الثمن والمبيع . ووصف الشيء ما كان خارجاً عن اصله ، ووصفاً له . ومعنى مشروعية الأصل ان يكون مجال قدرها الشارع . ومعنى مشروعية الوصف ان يكون الشارع قد اعتبر توصيف ذلك الشيء به . مثلاً : قد اعتبر الشارع في اصل البيع ان يكون بايجاب وقبول ملفوظين مفيدين للتملك والتسليم ، وان يكونا صادرين من عاقلين ، وان يكون محلها وهو الثمن والمبيع مالاً متقوماً . فاذا وجد هذا الأصل كما اعتبره الشارع يكون البيع مشروعاً من جهة ذاته اي اصله . وكذلك قد اعتبر الشارع ان يكون ذلك الأصل موصوفاً بأوصاف مخصوصة ، ككون الثمن عند التأجيل مؤجلاً الى اجل معلوم ، الى غير ذلك من الأوصاف الآتي ذكرها . فاذا وجدت تلك الأوصاف كما اعتبرها الشارع ، يكون البيع مشروعاً من جهة وصفه . ثم اذا حصل خلل في البيع من جهة اصله اي ذاته ، يكون باطلاً غير منعقد . وان حصل فيه خلل من جهة وصفه ، يكون منعقداً فاسداً . وان كان مشروعاً من جهتي اصله ووصفه يكون بيعاً صحيحاً ، هكذا ينبغي توضيح هذا المحل .

المادة ١٠٩ - * البيع الفاسد هو المشروع اصلاً لا وصفاً ، يعني انه يكون صحيحاً باعتبار ذاته *

ككون المتعاقدين عاقلين ، والايجاب والقبول لفظين مفيدين للتملك والتسليم ، والثمن والمبيع مالين متقومين * فاسداً باعتبار اوصافه الخارجة * ككون الثمن مجهولاً او مؤجلاً الى اجل مجهول ، او شرط في البيع شرط

لا يقتضيه العقد ولا بلائمه وفيه نفع لأحد المتعاقدين ، وما اشبه ذلك .
* راجع الباب السابع *
اي ليتضح لك امثلة البيع الباطل وامثلة البيع الفاسد واحكامها .

المادة ١١٠ - * البيع الباطل ما لا يصح اصلاً يعني انه لا
يكون مشروعاً اصلاً . *

اي لا في اصله ولا في وصفه . فالفساد اعم من الباطل لأن كل باطل فاسد ، ولا ينعكس . وهذا لأن الباطل مضمحل الأصل والوصف جميعاً ، والفساد مضمحل الوصف دون الأصل ، كالجوهر اذا تغير واصفر يقال فسد ، وان لم يبق صالحاً لشيء يقال بطل . كذا في شرح العين على الكنز ويخالفه ما في رد المحتار من ان الفاسد مبين للباطل ، لأن ما كان مشروعاً بأصله فقط يبين ما ليس بمشروع اصلاً . وايضاً حكم الفاسد انه يفيد الملك بالقبض ، والباطل لا يفيد اصلاً ، وتباين الحكمين دليل تباينها اه - قلت : ويمكن ، وهو الظاهر من منطوق هذه المادة وما قررناه آنفاً ، ان يكون المراد ان الباطل ما لا يكون مشروعاً بأصله سواء كان مشروعاً بوصفه ام لا ، فتكون النسبة بين الفاسد والباطل العموم والخصوص من وجه ، لكن باعتبار ما صدقها لا باعتبار حكمها ، فيجعلان في بيع المجنون الى اجل مجهول ، ويفترق الباطل في بيع المجنون ماله بأوصافه المشروعة ، ويفترق الفاسد في بيع العاقل ماله بمال معلوم الى اجل مجهول . فالأول باطل وفاسد ، والثاني باطل فقط ، والثالث فاسد فقط ، ولينأمل .

المادة ١١١ - * البيع الموقوف بيع يتعلق به حق الغير * *

بأن يكون المبيع ملكاً للغير او مستأجرأ له او مرهوناً عنده او فقوله
ارضاً في مزارعته ، او له ولاية بيعه كولي ووصي ووكيل ، المبيع
* كبيع الفضولي * الكاف فيه للتمثيل لا للحصر ، فإن بيع الفضولي

ارضه مزارعة للغير فرداً من افراد البيع الموقوف ، فإن الراهن او الموهجر او رب الارض الذي اعطى ليس بفضولي لأنه يتصرف في حق نفسه ، مع ان بيع هؤلاء موقوف على اجازة المرتهن او المستأجر او المزارع او زوال المانم من نفاذ البيع ، كأن يستوفي المرتهن دبه وتمضي مدة الاجارة والمزارعة ، كما في الدر المختار وحواشيه .
ثم ان البيع الموقوف ان كان له وقت العقد من يقدر على اجازته ، اي له ولاية امضائه ، من مالك او ولي كآب وجد ووصي وقاض ، انعقد صحيحاً موقوفاً على اجازته ، والآب بأن لم يكن له مجيز وقت العقد لا انعقد اصلاً ، كما في الدر المختار وغيره . - وفي رد المختار عن جامع الفصولين : « باعه او زوجه بلا اذن ، ثم اجاز بعد وكالته ، جاز استحساناً . باع مال يتيم ثم جملة القاضي وصياً فأجاز ذلك ، صح استحساناً » وفيه ايضاً : « صبي باع مثلاً اي تصرفاً يجوز عليه لو فعله وليه في صفه كبيع وشراء وتزوج وتزوج امته وكتابة فقه ونحوه ، فاذا فعله الصبي بنفسه يتوقف على اجازة وليه مادام صيباً ، ولو بلغ قبل اجازة وليه فأجاز بنفسه جاز ، ولم يجز بنفس البلوغ بلا اجازة - جامع الفصولين » وهذا اذا كان الصبي مميزاً ، والا كان البيع باطلاً فلا تلحقه الاجازة ، كما في الدر المختار وحواشيه . واعلم ان احكام بيع الفضولي وشروط الاجازة ستأتي في المادتين (٣٧٧) و (٣٧٨) .

المادة ١١٢ * الفضولي هو من يتصرف بحق الغير *

هذا بمنزلة الجنس ، فيدخل فيه الوكيل والوصي والولي والفضولي (منع)

* بغير اذن شرعي *

هذا بمنزلة الفصل ، خرج به الوكيل والوصي والولي ، اي ومن شابههم

من يتصرف باذن شرعي كالقاضي والسلطان فيما يرجع الى بيت المال ونحوه ، وامير الجيش في الفنائم (رد المختار)

المادة ١١٣ - * البيع النافذ بيع لا يتعلق به حق الغير وهو ينقسم الى لازم وغير لازم *

اي وهو داخل في تعريف البيع الصحيح، لمشروعيته اصلاً ووصفاً .

المادة ١١٤ - * البيع اللازم هو البيع النافذ العاري عن الخيارات *

المادة ١١٥ - * البيع الغير اللازم هو البيع النافذ الذي فيه احد الخيارات *

المادة ١١٦ - * الخيار كون احد العاقدين مخيراً على ما سيجي في بابه *

المادة ١١٧ = * البيع البات هو البيع القطعي *

اي ويقابله بيع الوفاء الآتي في المادة التالية ، لأنه ليس بقطعي بل بشرط ان البايع متى رد الثمن الخ . . .

المادة ١١٨ = * بيع الوفاء هو البيع بشرط ان البائع متى رد الثمن يرد المشتري اليه المبيع *

لا فرق بين ان يقول البايع على ان ترده علي او على ان تبينه مني . وسمي هذا البيع بيع الوفاء لأن فيه عهداً بالوفاء من المشتري (رد المختار)

* وهو في حكم البيع الجائز بالنظر الى انتفاع المشتري به *
بأن يأكل نزله و يؤجره و يأخذ أجرته ويستغله بالفلاحة و الازدراع و يركبه
و يلبسه و يسكنه الى غير ذلك من المنافع . و ظاهره ان له الانتفاع بما ذكر وإن لم
يشترط له ذلك وقت العقد ، وهو كذلك على القول الذي اختارته هذه المجلة من
الاقوال في حكم بيع الوفاء ، وهو القول الجامع كما يعلم من البرازيه و الافتقروية
و البحر و رد المحتار وغيرها .

* وفي حكم البيع الفاسد بالنظر الى كون كل من الطرفين مقتدرًا
على الفسخ وفي حكم الرهن بالنظر الى ان المشتري لا يقدر على
بيعه الى الغير *

اي و لارهنه ، و يسقط الدين بهلاكه ان كانت قيمته مساوية للدين . انظر
المواد (٣٩٩) و (٤٠٠) و (٤٠١) و اذا كان المبيع و فاء عقاراً فلا شفعة فيه
للشفيح . و اذا بيع عقارٌ بجواره فالشفعة للبايع لا للمشتري ، كما في الثامن و العشرين
من جامع الفصولين . و كذلك ليس للبايع و فاء ان يبيعه لآخر - انظر المادة
(٣٩٧)

ثم ان ما تضمنته هذه المادة من ان هذا حكم بيع الوفاء اختياراً له من ثمانية
اقوال ذكرها في البحر ، بل تسعة ذكرها في البرازيه ، وهو القول الجامع لبعض
المحققين ، وهو مركب من العقود الثلاثة كالزرافة فيها صفة البعير و البقر و النمر .
- قال في البحر : و ينبغي ان لا يعدل في الاقضاء عن القول الجامع - كذا في
رد المحتار .

المادة ١١٩ = * بيع الاستغلال هو بيع المال و فاء على
ان يستأجره البايع *

ليس المراد ان بيع الوفاء اذا وقع مشروطاً فيه هذا الشرط يسمى بيع
الاستغلال ، و انما المراد ان بيع الوفاء اذا آجر فيه المشتري المبيع للبايع يسمى

بيع الاستغلال . قوله « على ان يستأجره البايع » يان شرط تسمية بيع الوفاء
بيع الاستغلال ، هذا ما يفهم من عبارة الدر المختار ، ونصها : ولو استأجره بايعة
لا يلزمه الأجر لأنه رهنٌ حكماً حتى لا يحل الانتفاع به اه قلت : وفي فتاوي
ابن الحلبي : ان صدرت الاجارة بعد قبض المشتري المبيع وفاء ولو للبناء وحده
فهي صحيحة والاجرة لازمة للبايع طول مدة التواجر اه - فتنه . قلت : وعليه
فلومضت المدة وبقي في يده فأفتى علماء الروم بلزوم اجر المثل ، وبسمونه بيع
الاستغلال اه . فاندفع ما يقال انه لو كان البيع باتاً وقد شرط فيه ان يؤجره
المشتري من البايع ، فالظاهر انه يكون فاسداً لأنه شرط لا يقتضيه العقد ولا
يلاجه لأن البيع يقتضي اطلاق اي تصرف كان لا تصرفاً معيناً ، كما في العيني على
الكثر . ثم رأيت التصريح بفساد البيع اذا اشترط فيه استئجار البايع في اوائل
الفصل الحادي والثلاثين من جامع الفصولين فليراجع اه منه . وفي الفتح ما نصه :
ولو اشترى امة بشرط ان يطاها المشتري او لا يطاها ، فالبيع فاسدٌ عند ابي
حنيفة ، وعند ابي يوسف رحمه الله يجوز في الأول ، لأنه ملائمٌ للعقد . قلنا
الملائم اطلاق الوطء لا الزامه اه وانت خيرٌ بأن جواز ايجار المشتري للمبيع
وفاء من البايع او غيره انما استفيد من اعتبار كونه في حكم البيع الجائز ، واما
اعتبار كونه في حكم الرهن او في حكم البيع الفاسد فيمنع جواز الاجارة ، كما في
جامع الفصولين والفتاوى الأتقرو به ، وعبارتها ، قفلاً عن البرازية : وان أجر
المبيع وفاء من البايع ، فن جملة فاسداً قال لا تصح الاجارة ولا يجب شيء . لأن
المستحق بجهة اذا وصل على وجه الى المستحق يقع على تلك الجهة ، والرد بمحكم
الفساد لازم فيقع عنه . ومن جملة رهننا كذلك لا يلزم البايع الأجر ، وقد ذكرناه .
ومن اجازته جواز الاجارة من البايع وغيره وواجب الأجر اه ويمكن ان يكون
المراد ان بيع الاستغلال هو بيع المال وفاء على ان يستغله المشتري بأيجار وغيره
للبايع وغيره . لكن عبر هنا بقوله « على ان يستأجره البايع » لأنه
صورة من صور استغلاله ، وبهذا ايضاً يندفع الاشكال لأنه شرطٌ يقتضيه العقد
فصح كونه معتبراً فيه حكم البيع الجائز ، وحينئذ للمشتري ان يؤجره من البايع
وغيره ، كما ان له حكم البيع الفاسد من جهة اقتدار المتبايعين على فسغه ، وحكم

الرهن من جهة عدم اقتدار المشتري على بيعه لآخر وكونه احق به من سائر الغرماء وتكون المادة (٣٩٨) من جملة متفرعات هذه المادة .

والذي حملنا على ان نحمل هذه المادة على احد المرادين خلافاً لما يقتضيه ظاهرها ، انه لم يذكر في هذه المجلة ما يدل على حكم بيع الاستغلال المشروط في عقده استئجار البائع هل هو صحيح بيع وفاء على هذا الوجه او غير صحيح ، وهل شرطه المذكور معتبر يجب الوفاء به ام لا ؟ ولو وجد في هذه المجلة ما يدل على صحة كونه بيع وفاء على هذا الوجه ، وان شرطه معتبر ، لا يمكن توجيهه بأن بيع الوفاء مشروطاً فيه هذا الشرط قد جرى العرف به (انظر الى المادة ١٨٨) - وفي الخاتمة والبرازية ما يدل على اعتبار العرف الحادث . قال في رد المحتار : ومقتضى هذا انه لو حدث عرف في شرط غير الشرط في النعل والثوب والقباب ان يكون معتبراً اذا لم يؤد الى المنازعة اه وكما صح بيع الوفاء عند من قال بصحته نظراً لكون شرط رد المبيع الى البائع عند ارجاع الثمن قد جرى العرف به مع انه لا يقتضيه العقد ولا بلايه ، صح هذا ايضا لجرى العرف به ، وانظر الى المواد ٣٢ و٣٦ و٣٧ - فليتأمل ذلك .

وما ينبغي التنبيه عليه هنا ان المشتري في بيع الاستغلال انما يصح ايجاره المبيع وفاء من البائع او غيره اذا كان بعد القبض ، واما قبله فلا ، سواء كان المبيع منقولاً او عقاراً ، كما في الفتاوي الانقروية والبرازية - وفيها : وان زعم البائع انه كان قبل قبضه ، والأجر لم يجب بالسكنى ، وزعم المشتري الوجوب لكونه بعد القبض ، فالقول للمشتري لدعواه الصحة اه .

✽ تنبيه ✽

قدمنا في اول شرح هذه المادة عن الدر المختار انه اذا اجر المشتري المبيع الذي اشتراه بطريق الاستغلال وانقضت مدة الاجارة وبقي في يد المستأجر ، فقد افتى علماء الروم بلزوم اجر المثل . قال في حاشية رد المحتار : هذا مشكل ، فان من اجر ملكه مدة ثم انقضت وبقي المستأجر ساكناً ، لا يلزمه اجرة الا اذا طالبه المالك بالأجرة ، فاذا سكن بعد المطالبة بكون قبولاً للاستئجار كما ذكره

في محله ، وهذا في الملك الحقيقي ، فما ظنك في المبيع وفاء مع كون المستأجر هو
البايع ؟ نعم قالوا بلزوم الأجرة في الوقف ومال اليتيم والمعد للاستغلال ، ولعل
ما ذكره مبني على أنه صار معداً للاستغلال بذلك الإيجار ، كما يشير إليه قوله
«و يسمونه بيع الاستغلال» وفيه نظر ، فليتأمل اه - قلت : تأملناه فوجدنا في
نظره نظراً ، لأن صحة الإيجار مبنية على اعتبار ان بيع الوفاء بيع جائز ، وتصريح
المتعاقدين بأن يستغله المشتري مع صدور الإيجار والاستجار منها ، يؤذف
بأنها اعداء للاستغلال . وقد ذكرتم رضي الله عنكم ان المعد للاستغلال له
حكم الوقف ومال اليتيم ، فأبي اشكال بقي في المسئلة ؟ . يجاب بأن التنظير على
اعتبار ان استغلال المشتري البيع وفاء غير مشروط في العقد والمتعاقدان لم يصرحا
به ، فاندفع التنظير فيه اه منه .

✽ فائدة ✽

قال في البرازية : وان قد البايح المال في اثناء المدة ، يعني مدة الاجارة ،
تنفسح الاجارة ويحبر المشتري على القبول لعدم لزوم العقد ، وله الأجر بحساب
الماضي اه وتام الكلام على فروع هذه المسئلة هناك .

المادة ١٢٠ - ✽ البيع باعتبار المبيع ينقسم الى اربعة اقسام ✽

البيع الذي هو الحدث ، ان اعتبر من حيث هو ، فهو اربعة : نافذ ان افاد
الحكم للحال ، وموقوف ان افاده عند الاجارة ، وفاسد ان افاده عند القبض ،
وباطل ان لم يفده اصلاً . وان اعتبر من حيث تعلقه بالمبيع ، فهو اربعة ايضاً ،
لأنه اما ان يقع على عين بعين ، او ثمن بثمان اي يكون المبيع فيه من الأثمان اي
اي النقود ، او ثمن بعين ، او عين بثمان ، ويسمى الاول مقايضة ، والثاني صرفاً
والثالث سلفاً ، وليس للرايع اسم خاص فهو بيع مطلق . وإن اعتبر من حيث تعلقه
بالثمن او بمقداره فهو اربعة ايضاً ، لأنه ان كان يمثل الثمن الأول مع زيادة
فمراجعة ، وبدون زيادة ولا نقص فساومة اه (رد المحتار) .

* القسم الاول بيع المال بالثمن *

المراد بالثمن هنا ما لا يتعين بالتعيين وهو النقدان ، لا ما سياتي بيانه في المادة (١٥٣) . كما ان المراد بالمال ما قابله من الاعيان التي تتعين بالتعيين ، سواء كانت مثليات او قيميات ، لا ما سياتي بيانه في المادة (١٢٦)

* وبما ان هذا القسم اشهر البيوع يسمى بالبيع
اي مطلقاً عن القيود . وقوله « اشهر البيوع » اي لأنه أكثرها وقوعاً .

* القسم الثاني هو الصرف والقسم الثالث بيع المقايضة

والقسم الرابع السلم *

المادة ١٢١ - * الصرف بيع النقد بالنقد *

هو بمعنى ما عرفه به في تنوير الابصار من انه بيع الثمن بالثمن جنساً بجنس ، او بغير جنس اه واما ركنه فما هو ركن كل بيع ، كما في البحر ، واما حكمه فوقوع الملك لكل واحد من المتصرفين فيما اشترى من صاحبه ابتداءً ، كما في بيع العين (هندية عن محيط السرخسي) واما شرايطه فعدم التأجيل ، وعدم الخيار ، والتماثل اي التساوى وزناً ان اتحد جنساً وان اختلفا جودةً وصناعةً ، والتقابض قبل الافتراق بالبراجم اي الايدي ، لا بالتخلية (در مختار) ولهذا لم يصح فيه اجل ولا خيار شرط ، لأن خيار الشرط يمتنع بثبوت الملك او تمامه وذلك 'يخل بالقبض ، فإن اسقطا الأجل والخيار في المجلس صح . واما خيار العيب فنثبت فيه اما خيار الروية ، فنثبت في العين دون الدين والمراد بالدين النقد . ومن العين المصوغ من الأواني والحلي (اه ملخصاً من حاشية ابي السعود على شرح الكنز لمن لا مسكين) وحيث لم يذكر في هذه المجلة ما يتعلق باحكام الصرف ومسايله فنسذكره ان شاء الله تعالى في فصل على حدة عقيب الفصل الثالث من الباب السابع .

المادة ١٢٢ - * بيع المقايضة بيع العين بالعين اي مبادلة مال بمال غير النقدين *

ثم ان اتفقا جنساً وقدرأ ، اشترط لصحتها تساوي البدلين وتعيينها . وان اتفقا جنساً فقط ، او قدرأ فقط ، اشترط التعيين دون التساوي ، فصح بيع كسر حنطة بكر حنطة معينين ، ولا يصح نسيئة ولا متفاضلاً . وصح بيع كسر حنطة بكرى شعير وثوب هروى بثوبين هروى بين معينات ، ولا يصح نسيئة . وان اختلفا جنساً وقدرأ فلا يشترط شيء . فصح بيع ثوب هروى بثوبين مروى بين نسيئة الى اجل معلوم ، لانه اذا وجد القدر والجنس حرم كل من الفضل والنساء ، واذا وجد احدهما فقط حل الفضل وحرم النساء ، وإن عدا حل كل منهما . فالمراد بالتعيين عدم التأجيل لا التقابض . واما اشتراط التقابض فيما اذا اتفقا جنساً وقدرأ او جنساً فقط ، او قدرأ فقط ، فلا قائل به لأن التقابض في المجلس لا يشترط الا في الصرف ، وهو بيع الأثمان بعضها ببعض ، اما ما عداه فإنه يشترط فيه التعيين لا التقابض كما في رد المختار وغيره .

المادة ١٢٣ - * السلم بيع مؤجل بمجمل *

بغني ان السلم عقد يثبت به الملك في الثمن عاجلاً ، وفي الثمن آجلاً (هندية) فالبايع مسلم اليه ، والمشتري رب السلم ، والمبيع مسلم فيه والثمن رأس المال . وله احكام سيأتي تفصيلها في الفصل الثالث من الباب السابع .

المادة ١٢٤ - * الاستصناع عقد معاولة مع اهل الصنعة على ان يهمل شيئاً فالعامل صانع والمشتري مستصنع والشيء مصنوع *
والاستصناع ينقذ اجارة ابتداءً وبصير فيما انتهاءً قبل التسليم بساعة ، وهو الصحيح (كذا في جواهر الاخلاطي ، هندية ، ومثله في الذخيرة) وعلى هذا تبني المادة (٣٩٢) وسنأتي زيادة توضيح في الفصل الرابع من الباب السابع .

المادة ١٢٥ - * الملك ما ملكه الانسان سواء كان اعيانا او منافع *
الاعيان كالعروض والنقود والعقار والحيوان . والمنافع كالسكنى وحق المرور وحق الشرب وحق المسيل وحق الشفعة وحق التعلي . قال في التلويح من بحث القضاء : والتحقيق ان المنفعة ملك لا مال لأن الملك ما من شأنه ان يتصرف فيه بوصف الاختصاص ، والمال ما من شأنه ان يدخر للأنتفاع وقت الحاجة . كذا في رد المحتار . وبهذا علم ان الملك اعم من المال ، فكل مال ملك ، ولا ينمكس .

المادة ١٢٦ * المال ما يميل اليه طبع الانسان ويمكن ادخاره الى وقت الحاجة منقولا كان او غير منقول *
مباحا او غير مباح كالخمر لأن المالمية تثبت بتمول الناس كافة او بعضهم (رد المحتار)

المادة ١٢٧ - * المال المتقوم يستعمل في معنيين الاول بمعنى

ما يباح الانتفاع به والثاني بمعنى المال المحرز فالسلك في البحر غير متقوم واذا اصطيده صار متقوماً بالاحراز . *

بمعنى ان المال المتقوم مأخوذ في مفهومه كلا المعنيين ، فيعرف بأنه المال المحرز الذي يمكن ادخاره مع اباحة الانتفاع به شرعاً ، فما يباح بلا تمول لا يكون مالاً كحبة خنطة ، وما يتمول بلا اباحة انتفاع لا يكون متقوماً كالحجر ، واذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما كالدلم - كذا في رد المحتار والمخطاوي .

المادة ١٢٨ - * المنقول هو الشيء الذي يمكن نقله من محل الى آخر فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكبيلات والموزونات *

والبناء والشجران لم يكونا تبعاً للارض وان كان لها حق القرار ، كالتائمين في ارض وقف محتكرة ، كما في الدر المنتقى . والظاهر ان البناء اذا كان علواً بعد من العقار لا من المنقول ، بدليل انه يستحق بالشفعة ويستحق به في السفلى على انه خليط في الحقوق ، كما في شرح المبني على الكنز . قال : لان حق التلي يبقى على الدوام وهو غير منقول . ٥١ .

المادة ١٢٩ - * غير المنقول ما لا يمكن نقله من مكان الى آخر كاللور والاراضي مما يسمى بالعقار *

المادة ١٣٠ - * النقود جمع نقد وهو عبارة عن الذهب والفضة *

اي سواء كانا مضروبين او لا ، مصوغين او لا ، وان كان المصوغ يتعين في العقد بسبب ما انصل به من الصنعة ، اذ لا تخرجه الصنعة عن كونه نقداً ،

كما في رد المختار .

المادة ١٣١ - * العروض جمع عرض بالتحريك وهو ما عدا
التقود والحيوانات والمكيلات والموزونات كالمناج والقماش *

قوله بالتحريك الذي في القاموس ، والعرض بالسكون ، ويمحرك اه والمناج
كل شيء سوى النقدين اه فاستعماله فيما عدا الحيوانات والمكيلات والموزونات
انما هو اصطلاحاً .

المادة ١٣٢ - * المقدرات ما تتعين مقاديرها بالكيل والوزن
او العدد او الذراع وهي المكيلات والموزونات والعدديات والمدروحات *

المادة ١٣٣ - * الكيلي والمكيل هو ما بكل *

وما نص الشارع على كونه كيلياً كبير وشعير وتمر وملح ، او وزنياً كذهب
وفضة فهو كذلك ، لا يتغير ابداً . او ما لم ينص عليه حمل على العرف ، كذا
في الدر المختار .

المادة ١٣٤ - * الوزن والموزون هو ما يوزن *

المادة ١٣٥ - * العددي والمعدود هو ما يعد *

المادة ١٣٦ - * الذرعى والمدروع هو ما يقاس بالذراع *

المادة ١٣٧ - * المحدود هو العقار الذي يمكن تعيين حدوده واطرافه *

المادة ١٣٨ - * المشاع ما يحتوي على حصص شائعة *

اي بأن يكون مشتركاً بين جماعة ، اثنين فأكثر .

المادة ١٣٩ - * الحصة الشائعة هي السهم الساري الى كل جزء من اجزاء المال المشترك *

المادة ١٤٠ = * الجنس ما لا يكون بين افراده تفاوت فاحش بالنسبة الى الغرض منه *

المادة ١٤١ = * الجراف والمجازفة بيع مجموع بلا تقدير *

كبيع الكيليات بلا كيل والموزونات بلا وزن والمدروعات بلا ذرع والمدديات بلا عدد .

المادة ١٤٢ = * حق المرور هو حق المشي في ملك الغير *

المادة ١٤٣ = * حق الشرب هو نصيب معين معلوم من النهر *

المادة ١٤٤ = * حق السيل حق جريان الماء والسيل من

دار الى خارج *

المادة ١٤٥ = * المثلي ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت
يعتد به *

المادة ١٤٦ = * القيمي ما لا يوجد له مثل في السوق او يوجد
لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة *

ذكر السوق في تعريف كل من المثلي والقيمي اتفاقي ، والا فان المثلي
كما في در المختار وغيره ما لا تتفاوت آحاده تفاوتاً تختلف به القيمة ، كالكيل والموزون ،
والمعدود المتقارب كالجوز والبيض ، والقيمي ما عدا ذلك .

المادة ١٤٧ = * العدديات المتقاربة المعدودات التي لا يكون
بين افرادها وآحادها تفاوت في القيمة فجميعها من المثليات *

المادة ١٤٨ = * العدديات المتفاوتة المعدودات التي يكون بين
افرادها وآحادها تفاوت في القيمة فجميعها قيميات *

المادة ١٤٩ = * البيع بعني ماهيته عبارة عن مبادلة مال بمال
ويطلق على الايجاب والقبول ايضاً لدالاتهما على المبادلة *

اطلاق البيع الذي هو الحدث على الايجاب والقبول مجازي من اطلاق
اسم السبب على السبب ، ودالاتهما على المبادلة التزامية اذ يلزم من وجودها وجود

المبادلة ، كما ان الصلاة عبارة عن عبادة بدنية مفتوحة بالتكبير ومختصة بالسلام ،
ونطلق ايضاً على اركانها فيقال الصلاة قراءة وركوع وسجود ، مجازاً . وانما
قلنا ذلك لأن البيع ليس عبارة عن لفظي . بعت واشتريت او عن معناها ، بل هو
عبارة عن مبادلة المال بالمال ، كيف لا وقد ثبت في موضعه ان المصدر لا يعمل
عليه الاً مرادفه او مطلقه الذي هذا المصدر حصه له . وانما كانت دلالة الايجاب
والقبول على المبادلة التزامية ، لأن بعت واشتريت انما بدلان مطابقة على الحدث
والزمان ، لكن يلزم من تحقق التكلم من العاقدين بها تحقق المبادلة . ولهذا قال
في الهداية : البيع يتعد بالايجاب والقبول وفي التنوير : ويكون بقول او فعل ،
اما القول فالإيجاب والقبول الخ . اي يوجد بسبب الايجاب والقبول . قول
الفاضل ابن عابد بن في رد المحتار عند قول المصنف « ويكون الخ » وظاهر كلام
المصنف ان الايجاب والقبول غير البيع ، مع ان ركن الشيء عينه ، فيه نظر
لا يخفى .

المادة ١٥٠ = * محل البيع هو المبيع *

اي لأن المبيع هو المقصود الأصلي من البيع ، كما سيأتي ، فلا يرد ان كلاً
من المبيع والثمن مأخوذ في مفهوم البيع ، لأنه مبادلة المال بالمال ، فكل منهما
محل له .

المادة ١٥١ = * المبيع ما يباع وهو العين التي تتعين في البيع
وهو المقصود الأصلي من البيع لأن الانتفاع انما يكون بالآعيان
والاثان وسيلة للمبادلة *

المراد بتعيينها في البيع كونها موجودة وقت البيع مقدورة التسليم . واما
تعيينها بمعنى رفع الجهالة عنها بمعرفة قدرها ووصفها ، فبشرك فيه كل من المبيع والثمن كما

لا يخفى . وقوله « وهو المقصود الأصلي الخ » بمنزلة التعليل لما قيل ، يعني انه لما كان المقصود الأصلي من البيع هو المبيع دون الثمن ، اشترط تعيينه بمعنى وجوده ، والقدرة على تسليمه ، دون الثمن . ولهذا العلة عينها لو باع البائع المبيع قبل قبض المشتري من آخر ، لا ينعقد البيع كما في الخلاصة ، اي وان كان من المثليات . واما الثمن فلمشتري ان يتصرف به ويدفع مثله وان كان مشاراً اليه عند العقد ، وكذلك يكون البيع باطلاً اذا وقع الخمر مبيعاً ، وفاسداً اذا وقع ثمناً . وكذلك اذا بيع سمك لم يصد بالثمن يكون بيعه باطلاً ، واذا بيع عرض به يكون فاسداً ، كما في الدر المختار وغيره . واما قول الشارح « ولهذا لو تلف المبيع بيد البائع قبل القبض ، افسخ البيع ، وان هلك الثمن لا يفسخ » فلفظ « لما في الانقروية عن بيوع القاعدة انه يبطل البيع بهلاك الثمن كما يبطل بهلاك المبيع اه . وهلاك الثمن باقطاع مثله وكساده ، لا بذهاب عينه مع بقاء مثله .

المادة ١٥٢ = الثمن ما يكون بدلا للمبيع ويتعلق بالذمة *

وهو التقدان والمكيلات والموزونات والعدييات المتقاربة . قال في الهندية : ما يتعين في العقد فهو المبيع ، وما لا يتعين فهو الثمن ، الا ان يقع عليه لفظ البيع . ثم الاعيان ثلاثة : اثمان ابدأ ، ومبيع ابدأ ، وما هو بين مبيع وثن ، اما ما هو ثمن ابدأ فالدرام والدنانير قابلها امثالها او اعيان اخر صحبها حرف الباء ام لا . واما ما هو مبيع ابدأ فهي الاعيان التي ليست من ذوات الأمثال ، والعدييات المتقاربة واما ما هو مبيع وثن فهي المكيلات والموزونات المتقاربة ، فان قابلها الأثمان فهي مبيعة ، وان قابلها امثالها مكيل او موزون او عددي متقارب ، ينظر : ان كان كلاهما عيناً جاز وكلاهما مبيع ، وان كان احدهما عيناً والاخر ديناً موصوفاً في الذمة ، فان جعل العين منها مبيعاً والدين ثمناً جاز . ويشترط قبض الدين قبل التفرق ، وان جعل الدين منها مبيعاً والعين ثمناً لا يجوز ، وان قبض الدين قبل التفرق ، لأنه بصير باعاً ما ليس عنده ولا يجوز الا بجهة السلم . وعلامة الثمن

ان يصحبه الباء وعلامة المبيع ان لا يصحبه الباء وان كان كلاهما دبتا لم يجز
لأنه بيع ما ليس عنده اه .

المادة ١٥٣ = * الثمن المسمى هو الثمن الذي يسميه وبيعه
العاقدان وقت البيع بالتراضي سواء كان مطابقاً لقيمه الحقيقية او
ناقصاً عنها او زائداً عليها *

المادة ١٥٤ = * القيمة هي الثمن الحقيقي للشيء *

قال في رد المحتار : والفرق بين الثمن والقيمة ان الثمن ما تراضى عليه المتعاقدان
سواء زاد عن القيمة او نقص والقيمة ما قوم به الشيء بمنزلة المعيار ، من غير
زيادة ولا نقصان اه .

المادة ١٥٥ = * الثمن الشيء الذي يباع بالثمن *

المادة ١٥٦ = * التأجيل تعليق الدين وتأخيره الى وقت معين *

المادة ١٥٧ = * التيسيط تأجيل اداء الدين مفرقاً الى اوقات
متعددة معينة *

المادة ١٥٨ = * الدين ما يثبت في الذمة كقمتار من الدراهم في
ذمة رجل ومقدار منها ليس بحاضر والمقدار المعين من الدراهم او من
صبرة الخنطة الحاضرتين قبل الافراز فكلها من قبيل الدين *

المادة ١٥٩ - * العين الشيء المعين الشخص كبيت وحصان
وكرسي وصبرة خنطة وصبرة دراهم حاضرئين فكلها من الاعيان *

المادة ١٦٠ - * البائع هو من يبيع *

المادة ١٦١ - * المشتري هو من يشتري *

المادة ١٦٢ = * المتبايعان هما البائع والمشتري ويسميان
عاقدين ايضاً *

المادة ١٦٣ = * الاقالة رفع عقد البيع وازالته *

الاقالة كما تجري في عقد البيع تجري في غيره من العقود القابلة للفسخ بخيار ،
كما في الدر المختار وحواشيه . فتر يفها بأنها رفع عقد البيع لكون الكلام في
البيع ، والآن فإن حقيقتها في الاجارة لا تخالف حقيقتها في البيع ، كما في رد
المختار . ولذا عرفها في الجوهره بأنها رفع العقد مطلقاً .

المادة ١٦٤ = * التفرير توصيف البيع للمشتري بغير

صفته الحقيقية *

التفرير كما يكون من البائع للمشتري يكون ايضاً من المشتري للبائع ، ويكون
من الدلال لأحدهما . واما تفرير الأجنبي لأحدهما فلا عبرة به (انظر المادة
٣٥٧) وكانه اقتصر على الأول في التعريف لأنه الأكثر وقوعاً .

المادة ١٦٥ - * الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في
العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار او زيادة *

قوله « او زيادة » اي على ما ذكر . وكونه على قدر نصف العشر في
العروض الخ هو ما ذكره في جامع الفصولين . والثاني ، اي الزيادة على ذلك ،
هو ما اعتمده محبيه الخبير الرملي حيث قال : اقول هذا ما ذكره المؤلف من انه
قدر نصف العشر ، هو ما يتغابن لا ما لا يتغابن فيه . وهذه الألفاظ يعني التي
ذكرها المؤلف فارسية تفسيرها ما قاله نصير بن يحيى : ما يتغابن فيه الناس في
العروض نصف العشر ، وفي الحيوان العشر ، وفي العقار الخمس ، وما خرج عنه
فهو مما لا يتغابن فيه الناس . ووجهه ان التصرف يكثر وجوده في العروض ،
ويقل في العقار ، ويتوسط في الحيوان . وكثرة الغبن لقلة التصرف اه

المادة ١٦٦ - * التقديم هو الذي لا يوجد من يعرف اوله *

* تمت المقدمة وبليها الباب الاول *

* الباب الاول *

« في بيان المسائل المتعلقة بمقد البيع وفيه خمسة فصول »

* الفصل الاول فيما يتعلق بركن البيع *

المادة ١٦٧ = * البيع بنقذ بايجاب وقبول *

بغني اذا سمع كل كلام الآخر . ولو قال البائع لم اسمع ، وليس به صمم ، وقد سمعه من في المجلس ، لا يصدق (فتح) والمراد ان يكون الايجاب والقبول متعاقبين . فلو خرجا معاً صح البيع على ما في التارخانية ، ولم بنقذ على ما في القهستاني ، كذا في الدر المختار . ويشترط لصحة الايجاب ان لا يقرب بما يبطله ، فلو وهبه الثمن قبل القبول بطل . ويشترط لصحة القبول حياة الموجب ، فلو مات قبله بطل ، وان يكون قبل رجوع الموجب ، فلو قال بعثك هذا بألف ثم قال لا خير بعثك نصفه بخمسة ، قال ابو يوسف يصح قبول الثاني ولا يصح قبول الاول بعد رجوع البائع عن النصف . ولو خرج الرجوع والقبول معاً كان الرجوع اولي . ولا بد من سماع الآخر رجوع الموجب ، كذا في التارخانية : لو قال البائع بعث منك هذا العبد بكذا ، ثم قال رجعت ، ولم يسمع المشتري رجوع البائع وقال اشتريت ، بنقذ البيع (هندية عن الظهيرية) وان يكون قبل تغير المبيع ، فلو قطعت يد الجارية بعد الايجاب او ولدت او تخمر العصير ثم صار خلا ، لم يصح قبول المشتري ، وان يكون قبل رد المخاطب الايجاب ، فلو قال بعثك بألف فقال لا اقبل بل بخمسة ، ثم قال اخذت بألف ، قال ابو يوسف : ان دفعه اليه فهو رضاء والا فلا (نهر) ولا يشترط ان يشتمل القبول على الخطاب بعد ما صدر الايجاب بالخطاب فلو

قال بعد قوله بعثك «اشترت» ولم يقل «منك» صح . ولو قال بعثك بألف فقال اشترته بألف الى سنة ، او بشرط الخيار ، لم يتم الا اذا رضي في المجلس (ابو السعود عن البحر)

المادة ١٦٨ - * الايجاب والقبول في البيع عبارة عن كل لفظين *

فيه اشارة الى انه لا ينقد بالوكيل من الجانبين ، وهو كذلك كما في الفتح والدر المنتقي وغيرهما . قال في الخانية : الواحد لا يتولى العقد من الجانبين الا في مسابيل ، منها الأب اذا اشترى مال ولده الصغير لنفسه او باع ماله من ولده ، فانه يكتفي بلفظ واحد . وقال خواهرزاده : هذا اذا أتى بلفظ يكون اصلاً في ذلك اللفظ بأن باع ماله فقال بعث مالي من ولدي فانه يكتفي بقوله بعث . اما اذا أتى بلفظ لا يكون هو اصلاً في اللفظ فإن اراد ان يبيع ماله من ولده فقال اشترت هذا المال لولدي لا يكتفي بقوله اشترت ، ويحتاج لقوله بعث اه كذا في مجمع الأنهر . والجد ابو الأب عند انقضاء الأب بمنزله (هندية) .

ومنها وصي الأب اذا باع ماله من اليتيم او اشترى لنفسه مال اليتيم وكان ذلك خيراً لليتيم ، صح يبعه وشراؤه ، كما في الخانية . ويجري فيه ما قاله خواهر زاده في بيع الأب كما لا يخفى . ومعنى الخيرية في المنقول ان يشتري لنفسه من مال اليتيم ما يساوي عشرة بخمسة عشر ، وان يبيع من مال نفسه لليتيم ما يساوي خمسة عشر بعشرة . وفي العقار ان يشتري مال اليتيم لنفسه بضعف القيمة ، وبيع مال نفسه لليتيم بنصف القيمة . كذا في الخانية . هذا في وصي الأب واما وصي القاضي فلا يملك ما ذكر ، لأن وصي القاضي وكيل محض والوكيل لا يملك البيع والشراء لنفسه (خلاصة ، كذا في رد المحتار) فإطلاق مجمع الأنهر الوصي غير مرضي .

ومنها الوصي اذا اشترى مال اليتيم للقاضي بأمر القاضي ، كما في مجمع الأنهر

والدر المنتقي . وهل يكتفي بلفظ واحد ام لا بد من قوله بعث وقوله اشترت ، وهل بضيف الشراء للقاضي او بطلقه ؟ - لم اره ، ولو كانت المسئلة مصورة بأن يقول القاضي لوصيه بعني هذا المال الذي لليتيم بكذا ، فيقول بعثك ، لما بقي فرق بين القاضي وبين الأجنبي في ذلك ، وليجرر . واما القاضي فلا يعقد لنفسه لأن فعله قضاء وقضاؤه لنفسه باطل (مجمع الانهر) واما بيع القاضي والأب الوصي مال احد اليتيمين للآخر ، ففي احكام الصغار نقلاً عن القاضي ابي جعفر انه لا يجوز بالاتفاق . ثم قال : وذكر رشيد الدين في فتاواه : القاضي في بيع مال احد الصغيرين من الآخر مثل الوصي ، بخلاف الأب . وفي الحاصل من شرح الطحاوي : لا يجوز من الوصي بيع مال احد اليتيمين من الآخر ، ويجوز ذلك من الأب اذا لم يمحش العين اه فعلى ما في شرح الطحاوي يكون بيع الأب مال احد اليتيمين من الآخر من جملة المسائل المستثناة من قولهم ان الواحد لا يتولى العقد من الجانبين

ومنها العبد اذا اشترى نفسه من مولاه بأمره ، كما في البحر ومجمع الأنهر . ومنها كما في البحر : الرسول من الجانبين بأن يقول البائع بعث فلاناً كذا بكذا فبلغه يا فلان ، ثم يقول المشتري عند ما بلغه الرسول قبلت البيع ، انعقد البيع بلفظي الرسالة التي نطق بها الرسول . بخلاف الوكيل فإنه بضيف العقد لنفسه فيقول بعث فلان من فلان بكذا فلا انعقد البيع .

وجعل منها في الدرر ما لو قال بعث منك هذا بدرهم ، قبضه المشتري ولم يقل شيئاً ، انعقد البيع وليس بشيء ، لما ذكره . ويأتي من ان القبول يكون بالقول وبالفعل وان القبض قبول حينئذ لم يوجد انفراد احدهما بالعقد ، فلا استثناء . (تنبيه) ما ذكرنا انه مستثنى من قولهم « الواحد لا يتولى العقد من الجانبين » منه ما يكون العقد فيه بلفظين ايجاب وقبول وهو بيع الأب والوصي وشراؤهما اذا اتيا بلفظ لا يكون اصلاً في اللفظ كما تقدم ، وبيع الرسول من الجانبين . ومنه ما يكون بلفظ واحد وهو باقي المسائل . ثم ان ظاهر قوله « لفظين » انه لا انعقد بالاشارة بالرأس . ويدل عليه ما في الحاوي الزاهدي في فصل البيع الموقوف : فضولي باع مال غيره فبلغه فسكت متأملاً ، فقال ثالث

هل اذنت لي بالاجازة ، فقال نعم فأجازه ، ينفذ . ولو حرك رأسه بنعم فلا ، لأن تحريك الرأس في حق الناطق لا يعتبر اه وفي الاشياء من احكام الاشارة : وان لم يكن معتقل اللسان لم تعتبر اشارته الا في اربع : الكفر والاسلام والنسب والافتاء الخ (رد المحتار مختصراً)

* مستعملين لانشاء البيع في عرف البلدة *

لم يقل كما قال غيره : منبئين عن معنى التملك والتملك - لثلا يتوهم انه يشترط انبأوهما عن ذلك وضماً ، مع ان المناط ان يثبتا عن ذلك عرفاً وعادةً بدليل انهم ذكروا لما ينمقد به البيع الفاظاً كثيرة لا تنبي ، عنها وضماً كلفظ الجعل والأكل والادخال والاشتراك وما اشبهها ، كما سيأتي . وعن هذا قال في رد المحتار : قلت : وفي عرفنا يسمى بيع الثمار على الأشجار ضمناً . فاذا قال ضمنك هذه الثمار بكذا وقبل الآخر ، ينبغي ان يصح . وكذا تعارفوا في بيع احد الشريكين في الدواب لشريكه الآخر لفظ المقاصرة ، فيقول قاصرته بكذا ، ومراده بتك حصتي من هذه الدابة بكذا ، فاذا قبل الآخر صح ، لأنها من الفاظ التملك عرفاً اه اي وان لم تكن من الفاظه وضماً . والحاصل ان الضابط للالفاظ المستعملة لانشاء البيع هو العرف والعادة ، وان كان العرف خاصاً في بلدة دون اخرى ، فله در هذه المجلة ما ارقها عبارة وادقها اشارة .

المادة ١٦٩ - * الايجاب والقبول يكونان بصيغة الماضي

كبت واشتريت *

وذلك لأن البيع انشاء تصرف ، وهو اي الانشاء اثبات ما لم يكن ثابتاً . وانما يعرف الانشاء بالشرع لأن الواضع لم يضع للانشاء لفظاً خاصاً ، فاستعمل الشرع اللفظ الذي وضع للاخبار عن الماضي انشاءً . وانما خص بلفظ الماضي لأنه يستدعي سبق الخبر به ليكون الكلام صحيحاً عقلاً وحكمةً فكان الوجود حقاً له بمقتضى الحكمة . فاذا قصد الانشاء اختير اللفظ الذي لزمه الوجود ، وهو لفظ الاخبار عن الماضي . فلا ينمقد البيع بلفظين احدهما لفظ المستقبل - بخلاف الكاح ، فإنه

لو قال زوجتي فقال الولي زوجتك ينقذ النكاح . والفرق ان النكاح لا يخلو عن تقدم الخطبة (بكسر الخاء) والخطبة (بضمها) وها بدلان على ان المراد النكاح اما البيع فيقع بفته فيجعل قوله « ابيعك » عدة و « بعني » استيلاء وطلباً ، وذا لا يدل على الوجود لا محالة . ولا يردانه لو قال خذه بألف فقال اخذته ينقذ البيع مع ان احد اللفظين لفظ الاستقبال وهو الأمر ، كما سيأتي بيانه في المادة (١٢٢) وشرحها من ان الموجب ثابت اقتضاء كأنه قال له بعتك بكذا فخذ (كذا في العنابة)

واي لفظ من هذين ذكر اولاً فهو ايجاب والثاني قبول . فلو قال البائع بعث ثم قال المشتري اشتريت ، او قال المشتري اولاً اشتريت ثم قال البائع بعث ، انقذ البيع ، و يكون لفظ بعث في الاولى ايجاباً واشتريت قبولاً . وفي الثانية بالعكس . وينقذ البيع ايضاً بكل لفظ ينبيء عن انشاء التمليك والتملك ، سواء كان ابائاً عنها بحسب وضعه كالأمثلة الآتية ، او بحسب العرف ، كما اذا وقع بلفظ الضمان او المقاصرة او بطريق الاقتضاء ، كما في اكثر الامثلة الآتية .

✽ كقول البائع اعطيت او ملكت وقول المشتري اخذت او تملكك او رضيت وامثال ذلك ✽ كقوله وهبت منك هذا العبد بألف وقال الآخر قبلت (هندية) وكذلك لو قال المشتري اشتريت منك هذا بكذا ، فقال البائع هو لك ، او هات الثمن (سراجية) - وفيها اذا قال لآخر رضيت هذا بمشرة فقال البائع بعث ، تم الشراء اه

وافاد في رد المحتار ان لفظه نعم قد تكون ايجاباً ، لما في البحر : لو قال اتبعني عبدك هذا بألف ، فقال نعم ، فقال اخذته ، فهو بيع لازم . فوعدت كلمة « نعم » ايجاباً ، وتقع ايضاً قبولاً كما لو قال اشتريت منك هذا بألف فقال نعم . وفي التارخانية : بعث منك هذا بألف ، فقال المشتري قد فعلت ، فهذا بيع . ولو قال نعم ، لا يكون بيعاً . وذكر في فتاوى سرفندان : من قال لغيره اشتريت عندك هذا بألف درهم ، فقال البائع قد فعلت ، او قال نعم ، او قال هات الثمن ، صح البيع ، وهو الاصح اه فجز ان تكون نعم قبولاً من البائع ، ولا تكون قبولاً من

المشترى . والفرق كما في رد المحتار ان قول المشتري نعم تصديق لقول الباع بعتك ولا يتحقق البيع بمجرد قوله بعتك . بخلاف قول الباع « نعم » بعد قول المشتري « اشترت » لأنه جواب له فكأنه قال نعم اشترت مني ، والشراء يتوقف على سبق البيع اه .

و يصح الايجاب بلفظ الجمل كقوله « جعلت لك هذا بألف » لما ذكره محمد من ان القاضي اذا قال للداين جعلت لك هذا بدينك ، كان بيعاً ، وهو الصحيح وفيه دليل على انه لو قال المديون لداينه هذا الشيء . بيع بدينك ، فقبل ، انمقد (كذا في البحر) وفيه عن التتارخانية : وينتقد بيع المعلق بفعل قلب كإرت اردت فقال اردت ، او ان اعجبك فقال اعجبني ، او ان واقفك فقال واقفي . واما اذا قال ان ادبت الي ثمن هذا العبد فقد بعته ، فان ادى في المجلس صح اه وفيه عن الخانية : ولو قال لقصاب زن من هذا اللحم كذا بدرهم ففعل لا يكون بيعاً ، وكان للامر الامتناع من اخذه . ولو قال زن لي من موضع كذا من هذا اللحم بكذا درهما فوزنه من ذلك الموضع كان بيعاً ، وليس له الامتناع اه وفي الهندية عن البحر : ينتقد بلفظ اجزت بعد قوله بعته . وفيها عن الاختيار شرح المختار : وكذلك لو قال المشتري اشترت بكذا فقال البائع رضيت او امضيت او اجزت اه وفيها عن وجيز الكدري : ولو قال اشترت به بكذا ، فقال البائع هوك ، او عبدك او فداك ، تم البيع اه وفيها ولو قال لاخر عوضت فرسي بفرسك ، فقال وانا فعلت ايضاً ، فهذا بيع وعليه فتوى شمس الائمة الاوزجندي ، كذا في جواهر الاخلاطي . واذا قال لغيره هذا العبد عليك بألف درهم ، فقال الاخر قبلت ، يكون بيعاً ، كذا في المحيط .

المادة ١٧٠ - * ينتقد البيع بصيغة المضارع ايضاً اذا اريد بها

الحال كايبيع واشترى واذا اريد بها الاستقبال لا ينتقد *

لا فرق في هذا الحكم بين ان يقع كل من الايجاب والقبول بصيغة

المضارع او احدهما بصيغة المضارع والآخر بصيغة الماضي ، كما في الدر . وقوله « اذا اريد بها » - اي بصيغة المضارع - الحال ، اي مع نية الايجاب للحال ، كما في الطحاوي عن النخ . وقوله « اذا اريد بها الاستقبال لا يتعقد » وكذا الحكم اذا لم ينو شيئاً ، كما في الطحاوي . وانما احتاج المضارع الي نية الحال مع انه حقيقة للحال عندنا ، فله استعماله في الاستقبال حقيقة او مجازاً (مجرى عن البدائع ، رد المختار) وهذا فيما يحتمل الحال والاستقبال . اما ما تمحض للحال كأبيك الآن ، فلا يحتاج الى النية (ابو السعود على شرح الكنز لمسكين ، ومثله في الدر المختار) .

المادة ١٧١ - * صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد مثل سأبيع وسأشتري لا يتعقد بها البيع *

وكذا لا يتعقد البيع فيما احتمل الحال والاستقبال ، وكان المتكلم به خالي الذهن من النية ، كما تقدم نقله عن ابي السعود والدر المختار .

المادة ١٧٢ - * لا يتعقد البيع بصيغة الأمر ايضاً كبيع واشتر الا اذا دلت بطريق الاقتضاء على الحال *

اي على اللفظ الذي يدل على انشاء البيع في الحال - فاندفع ما يقال ان الذي دلت عليه «خذ» بطريق الاقتضاء في المثال الاتي هو «بت» وهو ماضٍ لا حال . * فحينئذ يتعقد بها البيع . فلو قال المشتري يعني هذا الشيء بكذا من الدراهم وقال البائع بعتك لا يتعقد البيع اما لو قال البائع للمشتري خذ هذا الشيء بكذا من الدراهم وقال المشتري اخذته ، او قال المشتري اولاً اخذت هذا الشيء بكذا غروشاً ، وقال البائع خذه ، او قال الله يبارك لك ومثله ، انعقد البيع . فإن قوله «خذ» والله يبارك لك ها هنا بمعنى ها انا بعت خذ *

لأن البائع قد امره بأخذ بالألف مثلاً وليس له عليه ولاية الأمر بالأخذ بالألف إلاّ بالبيع ، ثبت البيع اقتضاءً كأنه قال له بعتك بكذا فخذ (كذا في العناية)

وقال في فتح القدير : وهذا كما اذا قال بعتك عبدي هذا بألف ، فقال فهو حر ، عتق وثبت « اشتريت » اقتضاءً - بخلاف ما لو قال هو حرّ بلاه فاء ، لا يعتق .
وانما صح بهذه ونحوها لأنها تؤدي معنى البيع ، والمعنى هو المتعبر في هذه العقود .
الابري الى ما قالوا : لو قال وهبتك او وهبت لك هذه الدار او هذا العبد بثوبك هذا فرضي ، فهو بيع بالاجماع اه (انظر المادة ٣)

المادة ١٧٣ - * كما يكون الأيجاب والقبول بالمشافهة
يكون بالكتابة ايضاً *

اي من الجانبين او من احدهما (انظر المادة ٦٩) وصورة الكتابة منها ان يكتب « اشتريت عبدك فلانا بكذا » فيكتب اليه البائع « قد بعث » فهذا بيع كما في التارخانية - وصورة الكتاب من احدهما ان يكتب « بعث عبدي فلانا منك بكذا » فلما بلغه الكتاب قال في مجلته ذلك . اشتريت « تم البيع بينهما كما في رد المحتار .

وكما يكون ذلك بالكتابة يكون بالرسالة ايضاً ، كما في الهداية . وصورة الرسالة ان يقول البائع بعث هذا من فلان الغائب بألف درهم فاذهب يا فلان فقل له ، فذهب الرسول فأخبره بما قاله ، فقبل المشتري في مجلته ذلك . (كذا في رد المحتار) قال في فتح القدير : فلو بلغه بغير امر بأن لم يقل (فاذهب يا فلان فبلغه) لم يجوز ، لأنه ليس رسولا بل فضولياً . ولو كان قال « بلغه يا فلان » فبلغه غيره فقبل ، جاز اه (كذا في الفتح ، ومثله في التارخانية) قال : وهذا شيء يحفظ جداً اه ولم ار تصوير الرسالة من الجانبين . والظاهر انه لا يمكن ذلك لأن الرسول من احد الجانبين اذا بلغ رسالته للجانب الآخر ، فقال قبلت ،

تم البيع كما تقدم نقله ، فلا حاجة الى ارساله ثانياً بالقبول ، وليتأمل . هذا معاً
قدمناه عن البحر في شرح المادة (١٦٨) من ان من جملة المستثنى من قولهم
« الواحد لا يتولى البيع من الجانبين » الرسول من الجانبين . بقي ما اذا كان البيع
برسالة من احد الجانبين وكتابة من الجانب الآخر ، كما اذا قال رجل بعث هذا
من فلان الغائب بكذا نقل له يا فلان ، فذهب الرسول فأخبره ، فلم يقل بلسانه
شيتاً بل كتب في مجلسه ذلك (اما بعد فقد قبلت البيع الذي ارسلت به فلانا)
ولا شك انه يتمدد البيع لاطلاق قولهم الكتابة - وكذا الارسال كالمخطاب
وسياً في تمام الكلام على هذه المسئلة في شرح المادة (١٨١)

المادة : ١٧ - * ينقذ البيع بالاشارة المعروفة للأخرس *

اي بحاجب ويد وغير ذلك . ويشترط ان تكون مقرونة بتصويت منه
لأن العادة منه ذلك . فكانت الاشارة بياناً لما اجمله الاخرس ارد المختار عن
البحر) وهذا اذا لم يكن الخرس طارئاً ، فلو طرأ عليه بعد ان كان ناطقاً بأب
اعتقل لسانه ، فالصحيح ان جميع تصرفاته من بيع وغيره موقوفة ، فان دام به الى
الموت نفذت ، وان زال بطلت - كذا في البحر وفي الدر المختار ، وبه يفتى .
واطلاق هذه المادة يفيد اعتبار الاشارة وانقاد البيع بها من الأخرس وان
كان بقدر على الكتابة ، وهو المعتمد كما في رد المختار . قال : لأن كلا منهما
حجة ضرورة ٥١ .

وقيد الاشارة بكونها معروفة ليفيد انه اذا لم تكن اشارته معروفة او 'شك'
فيها يكون بيعه باطلاً ، كما في رد المختار عن كافي الحاكم الشهيد - وقيد الاشارة
بكونها من الاخرس ليفيد انه لا اعتبار لاشارة الناطق في جميع العقود ،
قدمناه في شرح المادة (١٦٨)

المادة ١٧٥ - * حيث ان المقصد الاصيل من الايجاب والقبول هو تراضي الطرفين فيتعقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي * *

اشار بقوله « الدالة على التراضي » الى انه لو صرح مع التعاطي بعدم الرضى لا يتعقد البيع . فلو دفع الدرهم واخذ البطاطنج مثلاً والبايع يقول لا اعطيها بها لا يتعقد ، كما في التنوير وشرحه الدر المختار - اي وان كانت عادة السوق ان البايغ اذا لم يرض يرد الثمن او يسترد المتاع ، والا يكون راضياً به . ويصح خلفه لا اعطيها تطبيقاً لقلب المشتري فإنه مع هذا لا يصح البيع (كذا في رد المختار عن القنية) ثم انه يشترط لصحة بيع التعاطي ان لا يكون مبنياً على بيع فاسد او باطل ، والا فلا يصح ، كما في الدر المختار عن البرازية والخلاصة ، واعتمده في البحر ومجمع الأنهر وغيرها) قال في البحر : وقد منا في الايجاب والقبول انها بعد عقد فاسد لا يتعقد بها البيع قبل متاركة الفاسد ، ففي التعاطي بالأولى . وعبارة الخلاصة : اشترى رجل من سائدي وسائد ووجوه الطنافس وهي غير منسوجة بعد ، ولم يضر با له اجلا ، لم يميز . فلو نسج الوسائد ووجوه الطنافس وسلم الى المشتري لا يصير هذا بيعاً بالتعاطي ، لأنها يسلمان بحكم ذلك البيع السابق ، وانه وقع باطلاً اه وعبارة البرازية : والتعاطي انما يكون بيعاً اذا لم يكن بناءً على بيع فاسد او باطل سابق ، اما اذا كان بناء عليه فلا اه . (كذا في رد المختار) ثم ذكر بعده ما يفيد ان اشتراط المتاركة هو ظاهر الرواية ، وان ما ذكره في النهاية والفتح مما يفهم منه عدم اشتراطها محمولٌ على الرواية الأخرى ، فليراجع . وهذه المسئلة مفرعة على المادة (٥٢) كما في الأشباه ، لأنه لما بطل البيع الأول بطل ما في ضمنه من قبض اذا كان قبل المتاركة . والظاهر ان المتاركة ان يقولوا تركنا العقد الأول . وهذه المسئلة كثيرة الوقوع بين التجار فانهم يشترطون العايات قبل نسجها ثم اذا نسجها يسلمها للمشتري ويقبض الثمن .

* ويسمى هذا بيع التعاطي * *

قيل ان حقيقة التعاطي وضع الثمن واخذ الثمن عن تراض منهما من غير لفظ .
وهو يفيد انه لا بد من الاعطاء من الجانبين ، لأنه من المعاطة ، وهي مفاعلة (كذا
فهم الطرسوسي كما في البحر) وعليه فلا يصح التعاطي الا من الجانبين . لكن
قل في الدر المختار عن القاموس ، وفي البحر عن الصحاح والمصباح ، ان التعاطي
هو تناول . قال في البحر : وهو انما يقتضي الاعطاء من جانب والأخذ من جانب
لا الاعطاء من الجانبين كما فهم الطرسوسي اه وعليه يصح التعاطي من جانب واحد
كما يصح من الجانبين وهو الذي عليه مشى في التنوير ، قال : وهو الأصح ، وفي
الملتقى : وهو الصحيح . ومثله في الدرر والهداية وفي زلدر المختار عن التبع ، وبه
يفي . فلا جرم ان هذه الجملة مشت عليه كما يفهم من امثلتها الآتية .

✽ مثال ذلك ان يعطي المشتري للخباز مقداراً من الدراهم فيعطيه
الخباز بها مقداراً من الخبز بدون تلفظ بايجاب وقبول او ان يعطي
المشتري الثمن للبائع ويأخذ السلعة ويسكت البائع ✽

هذان المثالان لما اذا كان التعاطي من الجانبين ، اي ان البائع اعطى المبيع
للمشتري والمشتري اعطى الثمن للبائع . غير ان المثال الاول فيه اعطاء البائع
المبيع للمشتري بالفعل ، والمثال الثاني فيه الاعطاء المذكور بالقوة ، لأنه بسكوته
عند اخذ المشتري للمبيع المفيد لرضائه بعد كانه اعطاه اياه . ولا فائدة انه لا فرق
بين الاعطائين المذكورين ، ذكر المثالين . و اشار المؤلف بقوله في المثال الاول
« ان يعطي المشتري للخباز مقداراً من الدراهم » حيث لم يذكر اتفاقهما على الثمن
قبل التعاطي ، مع قوله في المثال الثاني « او ان يعطي المشتري الثمن » حيث عرف
الثمن بلام العهد المفيدة انه معهود بين البائع والمشتري ، الى انه لا يشترط بيان
الثمن في بيع الخبز لأنه معلوم عادة عند اهل البلدة ، ومثله اللحم ايضاً ، كما في
البحر ، ونصه : وهذا ، اي اشترط اتفاق المتعاطيين قبل التعاطي على الثمن ، فيما
ثمنه غير معلوم . اما الخبز واللحم فلا يحتاج فيه الى بيان الثمن كما في البزاز به اه
✽ وكذا اذا جاء رجل الى بائع الخنطة ودفع له خمسة دنانير وقال

بكم نبيع المد من هذه الخنطة فقال بدينار فسكت المشتري ثم طلب الخنطة منه فقال له البايع اعطيك اياها غداً بنقصد البيع ايضاً وان لم يجر بينها الايجاب والقبول وفي هذه الصورة لو نرقى سعر مد الخنطة في الغد الى دينار ونصف يجبر البايع على اعطاء الخنطة بسعر المد بدينار وكذا بالعكس لو رخصت الخنطة وتدنت فئتها فالمشترى مجبور على قبولها بالثمن الاول *

هذا المثال والمثال الآتي بعده لما اذا كان التعاطي من جانب واحد . غير ان هذا فيه اعطاء الثمن من جانب المشتري مع عدم قبضه المبيع ، والمثال الذي يأتي فيه اعطاء المبيع من جانب البايع مع قبضه الثمن ، وقد اشار بقوله « من هذه الخنطة » الى انه لا بد ان يكون المبيع موجوداً معلوماً ، غير ان المشتري دفع ثمنه ولم يقبضه ، والآ لا يصح البيع كما هو معلوم (طحاوي) وافاد قوله « ودفع له خمسة دنانير » الى ان بيع التعاطي يجوز في النفيس كما يجوز في الخسيس ، وهو كذلك كما في التنوير والملتقى والهداية والفرر ، خلافاً لمن خصه في بيع الخسيس مثل الخبز ، كالكرخي . ثم ان هذا المثال منقول عن القنية ، قال في ردالمحتار نقلاً عنها : وفيه اربع مسائل احداها الانقاد بالتعاطي ، الثانية الانقاد به في الخسيس والنفيس ، وهو الصحيح ، الثالثة الانقاد من جانب واحد ، الرابعة كما ينقذ باعطاء المبيع بنقصد باعطاء الثمن ، ا هـ . قلت : وفيها مسئلة خامسة وهي انه ينقذ به ولو تأخرت معرفة الثمن لكونه دفع اثن قبل معرفته ، ب هـ . *

وكذا لو قال المشتري للقصاب اقطع لي بخمسة غروش لهما من هذا الجانب من هذه الشاة فقطع القصاب اللحم ووزنه واعطاه اياه انقذ البيع وليس للمشتري الامتناع عن قبوله واخذه *

قوله « واعطاه اياه » ليس قيداً احترازياً لأنه لو قطع ولم يعطه اياه ليس للمشتري ان يمتنع عن اخذه . قال العيني في شرحه على الهداية : وفي اجناس

الناطقي : لو قال بكم تباع قفيز حنطة ، فقال بدرهم ، فقال اعزله ، فعزله - وكذا لو قال مثله للقصاب فوزنه وهو ساكت ، فهو يبيع حتى لو امتنع من دفع الثمن واخذ اللحم ، او امتنع من دفع اللحم ، اجبره القاضي عليه اه . و اشار بقوله « من هذا الجانب » الى انه اذا لم يعين محل القطع بأن قال زن لي من هذا اللحم بكذا ، لا يكون بيعاً وللأمر ان يمتنع من اخذ اللحم قال في الخانية : رجل قال لقصاب زن لي من هذا اللحم بكذا درهماً ، فقل - ذكر في النوادر عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ، ان ذلك لا يكون بيعاً وكان للأمر ان يمتنع من اخذ اللحم ، ولو قال زن لي من موضع كذا من هذا اللحم بكذا درهماً ، فوزنه من ذلك الموضع ، لا يكون له ان لا يأخذ . وكذا لو دفع لقصاب درهماً وقال اعطني بهذا الدرهم وزنه وضعه في هذا الزنبل حتى احبيء بعد ساعتين ، ففعل القصاب ذلك ، فأكلته المرة ، قال يهلك على القصاب لأن الوكالة لم تصح لأنه لم يبين موضع اللحم ، فإن يبين موضع اللحم فقال من الذراع او من الجنب ، فينثذ . يكون الهلاك على المشتري اه .

ويظهر لي ان هذا البيع المذكور في هذه الفقرة ليس من بيع التعاطي ، لأن بيع التعاطي ليس فيه ايجاب بل قبض بعد معرفة الثمن كما في عامة كتب المذهب ، وبه يصرح قول المجلة « التعاطي وضع الثمن واخذ الثمن الخ » وهذه المسئلة وما شاكلها مما نقلناه آنفاً ، الا ايجاب فيها موجود فإن قول المشتري اقطع وزن او كل او اعزله وما اشبهها دالة على الايجاب اقتضاءً ، كقول البائع خذ بكذا كما سبق في المادة (١٧٢) ومثله اركبه بكذا والبسه بكذا وكله بكذا ، كما تقدم نقله . والقبول فيها فعلي لأن القبول كما يكون بالقول يكون بالفعل كما قدمناه . والدليل على ما ذكرنا انه لم يوجد قبض من احد الجانبين في هذه المسائل كلها فكيف يصح ان يقال انها يبيع بالتعاطي . واعجب من هذا ما قيل ان من صور بيع التعاطي ما لو طالب مديونه فبعث اليه شعيراً قدرأ معلوماً وقال خذ بسعر البلد ، والسعر لها معلوم ، كان بيعاً . وان لم يعلم ، فلا اه . مع ان المادة السابقة اعني (١٧٢) قد صرحت بأن قول البائع خذ هذا بكذا ايجاب لأنها تدل على الحلال اقتضاءً . ومن بيع التعاطي تسليم المشتري ما اشتراه الى من يطلبه بالشفعة في موضع لا

شفعة فيه . وكذا تسليم الوكيل بالشراء الى الموكل بعد ان انكر التوكيل . ومنه حكماً ما اذا جاء المودع بأمة غير المودعة ، وحلف ، وحل للمودع وطؤها وكان يبعاً بالتعاطي . وعن ابي يوسف لو قال للخياط لبست هذه بطاني ، فخلف الخياط انها هي ، وسعه اخذها . وينبغي تقييده بما اذا كانت العين للدافع . ومنه لو ردها بخيار عيب ، والبايع متيقن انها لبست له ، فأخذها راضي بها ، كما في الفتح . وعلى هذا فلا بد من الرضى في جارية الوديعة والبطانة اهـ (رد المحتار عن البحر)

❖ تنبيهات ❖

الأول : نتخذ الاقالة بالتعاطي ولو من احد الجانبين على الصحيح (بازاوية) وكذا الاجارة كما في العارضة . وكذا الصرف كما يدل عليه كلام الفتح حيث قال : عليه دراهم فقال لرب الدين اعطيك مالك دنائير فساومه بالدنائير ولم يقع بيع ثم فارقه فجاء بها فدفمها يريد الذي كان ساوم عليه ثم فارقه ولم يستأنف يبعاً جازاه . ويدل عليه ما في التارخانية : اشترى عبداً بألف درهم على ان المشتري بالخيار ، واعطاه مائة دينار ثم فسخ البيع ، فلى قول ابي حنيفة الصرف جائز (نهر) قلت : واستفيد منه ان اشترط التقابض في الصرف مقيد بما اذا لم يكن احد البدلين ديناً وجب لأحدهما على الآخر قبل الصرف اهـ : (ابو السعود) وفيه : انه اذا كان احد البدلين ديناً فالتقابض . وجود لأن ما في الذمة من الدين مقبوض قطعاً فلامعنى لهذا الاستنباط وقوله « الصرف جائز » اي فيرد البائع الألف درهم لا المائة دينار هذا ما يتفرع على صحة التصرف ، فتدبر .

الثاني : قال في الدر المختار : ما يستجره الانسان من البياع كالمدس والملح والزيت ونحوها ، اذا حاسبه على اثمانها بعد استهلاكها جاز استحساناً اهـ . وخرجهما في النهر على كون المأخوذ من المدس ونحوه يبعاً بالتعاطي وانه لا يحتاج في مثله الى بيان الثمن لأنه معلوم اهـ .

ويشهد له ما في الولوجية : دفع دراهم الى خباز فقال اشترت منك مائة من من خبز وجل بأخذ منه كل يوم خمسة اذناء . فالبيع فاسد وما اكل فهو

مكروه لأنه اشترى خبزاً غير مشار إليه ، فكان المبيع مجهولاً . ولو اعطاه الدرهم وجعل يأخذ منه كل يوم خمسة امناء ولم يقل في الابتداء اشتريت منك ، يجوز ، وهذا حلال وان كان نيته وقت الدفع الشراء ، لأنه لا يجرى النية لا بتعقد البيع ، وانما يتعقد البيع الآن بالتعاطي والان المبيع معلوم فيتعقد البيع صحيحاً اهـ وهذا اذا كان ثمن ما يستجره معلوماً لدى المتبايعين بأن يبناه قبل الاستمرار ، او كان معلوماً عند كل الناس كالخبز واللحم . واما اذا كان مجهولاً فلا يصح تخريبه على بيع التعاطي كما لا يخفى . نعم خرج في الأشباه على انه مقبوض على سوم الشراء حيث قال في القول في ثمن المثل : ومنها لو اخذ من الأرز والعدس ونحوه وقد كان دفع له ديناراً مثلاً لينفق عليه ، ثم اختصا بعد ذلك في قيمته ، هل تعتبر قيمته يوم الأخذ او يوم الخصومة ؟ - قال في التتمة : تعتبر يوم الأخذ قيل له لو لم يكن دفع له شيئاً بل كان يأخذ منه على ان يدفع له ثمن ما يجتمع عنده قال : يعتبر وقت الأخذ لأنه سوم حين ذكر الثمن اهـ هذا حاصل ما في رد المختار .

الثالث ، قال في الهندية : رجل أتى الى قصاب كل يوم بدرهم ، والقصاب يقطع له اللحم ويزنه ، وصاحب الدرهم يظن انه من وثمن اللحم في البلد هكذا ، ثم وزن المشتري في البيت يوماً فوجد اللحم ثلاثين استاراً ، يرجع على القصاب بما يخص قدر النقصان من الدرهم ، ولا يرجع بقدر النقصان من اللحم اهـ - اي لأن الانقاد بقدر المبيع المعطى (كذا في البحر) وفي الهندية ايضاً : وهذا اذا كان الرجل من اهل البلدة التي وقع فيها البيع ، اما اذا كان غريباً وقد اصطلح اهل البلدة على سعر الخبز واللحم وشاع ذلك على وجه لا يتفاوت ، فقال هذا الغريب لخباز او قصاب اعطني بهذا الدرهم خبزاً واعطني لحمًا بدرهم ، فأعطاه اقل مما شاع ولم يعلم المشتري بذلك ، ثم علم ، ففي الخبز له ان يرجع كما اذا كان من اهل هذه البلدة ، وفي اللحم ليس له ان يرجع لأن الاصطلاح والتسعير في الخبز متعارف فظهر في حق الكحل ، وفي اللحم من الغرائب فلا يظهر في حق غير اهل البلدة اهـ

المادة ١٧٦ - * اذا تكرّر عقد البيع بتبديل الثمن او تزييده او تنقيصه يعتبر العقد الثاني *

كذلك اذا تكرّر الايجاب قبل القبول فإن القبول ينصرف الى الايجاب الثاني (بحر) قال في رد المحتار عن الاخيرة : قال لغيره بعثك هذا بألف درهم ثم قال بعثك بمائة دينار ، قال المشتري قبلت ، انصرف قبوله الى الايجاب الثاني ويكون بيعاً بمائة دينار . وهذا بخلاف الصق . الطلاق على مال فإن القبول فيها ينصرف الى المائين اه والفرق مبين هناك ، فليراجع . ثم ان المراد بتبديل الثمن تبديل جنسه كما لو باعه بدينار ثم باعه بمائة درهم - واحترز « بتبديل اثنان الخ » عما اذا تكرّر العقد بدون تبديل الثمن او تزييده او تنقيصه ، فيعتبر العقد الاول والثاني لغو (لمحطاوي) فليس للشفيح ان يملك بشفعتة بناء على العقد الثاني بعد ان بلغه العقد الاول واسقط شفعتة فيه ، لأن الثاني لغو ، وهو ظاهر .

* فلو تباع رجلان مالا معلوماً بمائة غرش ثم بعد انعقاد البيع تباعا ذلك المال بدينار او بمائة وعشرة او بتسعين غرشاً يعتبر العقد الثاني *

المثال الاول لما اذا تكرّر عقد البيع بتبديل جنس الثمن ، والثاني بتزييده ، والثالث بتنقيصه . لكن في كون المثال الاول فيه تبديل جنس الثمن وقفة لأن الغرش وان كان في الاصل اسماً لقطعة مضروبة من الفضة تقوم بأربعين قطعة من القطع المصرية السماة في مصر نصفاً ، الا انه قد صار في زماننا اسماً لجزء معلوم الكم معدوم الكيف تقوم به الواج العملة المضروبة في زماننا . فالذهب المسمى بالليرة العثمانية تقوم بمائة واحد منه ، والريال المضروب من الفضة المسمى بالريال المجيدي يقوم بعشرين واحداً منه ، فيقال هذا بعشرين غرشاً وتلك بمائة غرش . وهكذا قد شاع هذا العرف عند جميع الناس في جميع بلاد الدولة العثمانية فاذا

اشترى احدٌ مائة غرش مثلاً بقضي العرف والعادة بأن المشتري مخير في دفع ما يساوي المائة غرش من انواع العملة المضروبة ، ان شاء من جنس الذهب وان شاء من جنس الفضة المضروبة ، ولا يكاد احدٌ يفهم منه انه اراد مائة قطعة مضروبة من الفضة مساة بهذا الاسم . وتام تحقيق ذلك في رسالة الفاضل ابن عابدين المساة (تنبيه الرقود) وفي حاشية رد المحتار . فالبيع بواحد من الذهب المسمى بالليرة العثمانية المكنى به عن الدينار بعد البيع بمائة غرش من العملة المبر عنها بالصاغ ليس فيها اختلاف الجنس ، لأن المائة غرش تتناول الذهب عرفاً كما تتناول غيره وليس فيه تزييد على الثمن الاول ولا تنقيص عنه ، فالظاهر انه لا يعتبر فيه العقد الثاني لأنه سدى لا فائدة فيه ، اللهم الا ان يقال ان المشتري كان مخيراً في البيع الأول بين ان يدفع ما يساوي المائة غرش من جنس الذهب او جنس الفضة المضروبة ، وفي البيع الثاني تعين عليه جنس الذهب فلم يقع البيع الثاني سدى ، فعند هذا كاختلاف الجنس ، وليأمل . وقوله « يعتبر العقد الثاني » اي وينسخ الأول ، كما في رد المحتار عن التارخانية فالشفيع انما يتملك المبيع بالثمن الذي وقع عليه العقد الثاني لانفساخ الأول ، فلم يبق له حكم ، كما لو انفسخ البيع بخيار شرط او خيار عيب بقضاء . وهذا الظهور لا يتوقف فيه وان لم اره الآن - وهذا بخلاف ما اذا زاد المشتري للبائع في الثمن بدون تكرار العقد ، فإن الزيادة لا تظهر في حق الشفيع كما ذكره صريحاً .

* فرعان *

اولها : قال في رد المحتار : واختلفوا فيما اذا كان الثاني فاسداً هل يتضمن فسخ الأول ؟ - قال في النهر : ومقتضى النظر ان الاول لا يفسخ اه لكن جزم في جامع الفصولين والبرازية بأنه يفسخ ، وكذا قال في الذخيرة ان الثاني وان كان فاسداً فإنه يتضمن فسخ الاول ، كما لو اشترى قلب فضة وزنه عشرة بمشرة وتقابضا ، ثم اشتراه منه بسمة . وعلة البرازي بأن الفاسد ملحق بالصحيح في كثير من الاحكام اه

الثاني : قال في الانقروبة نقلًا عن جواهر الفتاوي : ان البيع الاول يفسخ بالعقد الثاني سواء كان بأكثر من الثمن الاول او بأقل ، حتي لو اقام البائع البينة

على انه باع داراً من فلان بألف في رمضان ، واقام المشتري البيعة انه اشتراها في شوال بخمسة مائة ، يقضي بالبيع الثاني (ذكره الناصحي) ٥١ .

❖ الفصل الثاني ❖

« في بيان لزوم موافقة القبول للايجاب »

المادة ١٧٧ - ❖ اذا اوجب احد العاقدين بيع شيء يلزم لصحة العقد قبول العاقد الآخر ❖

اي في المجلس ، لأن خيار القبول مقيد به (در مختار) حتى لو تكلم البايع مع انسان في حاجة له فإنه يبطل (بجر) انظر المادة (١٨٢) و (١٨٣)
❖ على الوجه المطابق للايجاب ❖

بأن يقبل كل المبيع بكل الثمن (تنوير) فلو لم يطابق القبول الايجاب بأن قبل في غير ما اوجبه او في بعضه ، او بغير ما اوجبه او ببعضه ، لا ينعقد البيع - الا فيما اذا كان الايجاب من المشتري قبل البايع بأقص من الثمن ، صح وكان خطأ ، او كان من البايع قبل المشتري بأزيد ، صح وكان زيادة ان قبلها في المجلس لزم (افاده في البحر ، انظر المادة الآتية)

❖ وليس له تبعض الثمن او المثلن وتفريقها ❖

تبعض الثمن بأن يقبل المشتري كل المبيع ببعض الثمن . وتبعض المثلن بأن يقبل البايع بعض المبيع بكل الثمن . وتفريقها بأن يقبل بعض المبيع ببعض الثمن ، سواء كان القابل بايماً او مشترياً . فالمراد بتفريقها توزيع احد الماعلى الآخر . اما عدم صحة البيع في الصورة الأخيرة وهي قبول البعض بالبعض ، فلأن فيه تفريق الصفقة على الموجب ، وأحد المتعاقدين لا يملك ذلك لأن فيه

ضرراً على الآخر بايماً او مشترياً . واما في الصورتين الأولى وليين فلا نسه اذا لم يميز اخذ البعض بالبعض فلان لا يجوز اخذ الكل بالبعض اولى (كذا في الدرر ملخصاً) وهذا فيما اذا كانت الصفقة واحدة . اما اذا تعددت الصفقة فأخذ البعض بالبعض جائز كما سيجي في المادة (١٨٠) قال في البحر : ولا بد من معرفة ما يوجب اتحادها وتفرقها . وحاصل ما ذكره ان الموجب اذا اتحد وتعدت المخاطب لم يميز التفريق بقبول احدها ، بايماً كان الموجب ام مشترياً . وعلى عكسه لم يميز القبول في حصة احدها . وان اتحد لم يصح قبول المخاطب في البعض . فلم يصح تفرقها مطلقاً في الاحوال الثلاثة لاتحاد الصفقة في الكل . وكذا اذا اتحد الماقدان وتعدد المبيع ، كأن يوجب في مثليين او قيميين او قيمي ومثلي ، لم يميز تفرقها بالقبول في احدها ، الا ان يرضى الموجب بذلك بعد قبوله في البعض ويكون المبيع فيه مما ينقسم الثمن عليه بالاجزاء ، كعبد واحد او مكيل او موزون ، فيكون القبول ايجاباً والرضى قبولاً ، وبطل الايجاب الاول . واما اذا كان المبيع مما لا ينقسم الثمن عليه الا بالقيمة كثوبين وعبدين ، فلا يجوز . فلو بين ثمن كل واحد فلا يخلو : اما ان يكرر لفظ البيع ، فالاتفاق على انه صفقتان فاذا قبل في احدها يصح كقوله بعتك هذين العبدين بعتك هذا بألف وبعثك هذا بألف ، واما ان لا يكرره وفصل الثمن ، فظاهر الهداية التعدد ، وبه قال بعضهم ومنعه آخرون ، وهو قول الامام وهو استحسان ، والاول قول الامامين اه (رد المحتار ملخصاً) فالبيع يتكرر بتكرر لفظ بعت عنده ، وبتفصيل الثمن عندها (كذا في مجمع الأنهر) وعلى قول الامام مشتتة المحلّة في المادتين (١٢٩) و(١٨٠)

* تبيّهات *

الأول : انما لا يجوز البيع وان رضي الآخر فيما اذا كان المبيع مما لا ينقسم الثمن عليه الا بالقيمة ، كثوبين وعبدين ، وجاز اذا رضي الآخر فيما اذا كان المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء ، كعبد واحد وكوزون ومكيل ، للزوم البيع بالحصة ابتداءً في الاول دون الثاني . والبيع بالحصة ان يقول بعت منك هذا العبد بحصة من الألف الموزعة على قيمته وقيمة ذلك العبد الآخر ، فإنه باطل

لجهالة الثمن وقت البيع . ولا يلزم ذلك في الثاني لعدم جهالة الثمن وقت العقد ، لأن قيمة العبد اذا كانت الفأ تكون قيمة نصفه خمساية قطعاً ، لأن الثمن موزع عليه بالأجزاء . ومثله الموزون والمكيل . هذا ما يفهم من البحر والدر المختار وحواشيه . لكن هذا الفرق مسلم فيما اذا لم يبين المشتري في قبوله قيمة احد التوبين او العبدين . فإن يبينها ورضي البايع بعد ذلك ، فلا شك انه يصح ، لعدم ظهور العلة حينئذ . وسياً في تحقيق ذلك في شرح المادة (١٧٩) وانما قيدنا عدم جواز البيع بالحصة بقولنا « ابتداء » ، لأن البيع بها انتهاءً بآءن عرض له ذلك يجوز ، كما اذا باعه الدار بتامها فاستحق بعضها ورضي المشتري بالباقي ، فإنه يبقى البيع صحيحاً فيما بقي بحصته من الثمن ، لعروض البيع بالحصة انتهاءً (كذا في رد المختار ، انظر المادة ٥٥)

الثاني : ان الاجارة والقسمة كالبيع لا يجوز فيها تبريق الصفقة حتى لو اجر عبده شهرين بكذا ، فقبل في احدها ، لم يجوز . وكذا لو قال قاسمتك هذا الرقيق الاربعة على هذين لي وهذين لك ، فقال الآخر سلمت لك هذا ولا اسلم لك هذا الآخر ، لم يجوز (كذا في البحر)

الثالث : ان تبريق الصفقة على البايع لا يجوز الا في الشفعة ، كما لو باع عبداً وعقاراً فطلب الشفع اخذ العقار وحده ، فله ذلك وان تفرقت الصفقة على البايع ، كما في الطحطاوي عن البحر .

الرابع : كما لا يجوز تبريق الصفقة في البيع ، كذلك لا تجوز في القبض كما في البحر (انظر المادتين ٢٧٨ و ٢٧٩) قال فيه : فلو تعدد المبيع وتقد بعض الثمن ، لم يجوز ان يقبض بعض المبيع . وحكم الابراء عن البعض حكم الاستيفاء . وكذا لو اجتل بعض ثمن المبيع دون البعض ، لم يكن له ان يقبض شيئاً من المبيع حتى يتقد المال . وكذا لو كان للمشتري على البايع دين اقل من الثمن فالتقيا قصاصاً بقدره ، لم يكن له ان يقبض شيئاً من المبيع حتى يأخذ الباقي ، كما في التارخانية .

و بتفرع ايضاً ما لو حضر احد المشتريين وغاب الآخر ، فتقد الحاضر حصته ، لم يكن له قبض شيء من المبيع حتى يتقد الغائب او هو الجميع . وقام

الشريك حينئذ مقام البائع في حصة الغائب حتى يدفع له ما عليه . فإن هلك المبيع قبل طلب الغائب ، هلك امانةً . فاذا حضر الغائب رجع عليه . وان هلك بعد طلبه وجبته للاستيفاء هلك بضمنه فلا رجوع على الغائب . ولو ابرأ البائع احدهما عن حصته من الثمن او اخره ، لم يكن له ان يقبض حصته من المبيع حتى ينقذ الآخر . واما اذا تمددت الصفقة في هذه المسائل ، انعكست الاحكام كذا في التارخانية اهـ (بجر)

✽ فلو قال البائع للمشتري بعثك هذا الثوب بمائة غرش مثلاً فاذا قبل المشتري البيع على الوجه المشروح اخذ الثوب جميعه بمائة غرش وليس له ان يقبل جميعه او نصفه بخمسين غرشاً ✽

هذا المثال قد اتحد فيه الماقدان والمبيع . والذي يمنع منه القابل فيه ، اما تبويض الثمن فقط ، او تبويض الثمن والثمن معاً . اما عدم صحة البيع فيما لو قبض الثمن والثمن ، يعني فيما لو قبل نصف الثوب بخمسين ، فلا أنه لو صح البيع لأوجب تفرق الصفقة على البائع ، وهو لا يجوز كما تقدم . واما عدم الصحة فيما لو قبض الثمن فقط ، يعني لو قبل الكل بنصف الثمن ، فلا أنه اذا لم يجوز اخذ النصف بنصف الثمن ، فلأن لا يأخذ الكل بنصف الثمن اولى ، كما تقدم عن الدرر وهذا اذا لم يرض الموجب . فإن رضي الموجب في صورتين ، صح البيع ، ويجعل قبول المشتري ايجاباً ورضي البائع بعده قبولاً ، لأن المبيع فيه مما ينقسم الثمن عليه بالاجزاء لانه واحد ، فتفظن .

و بقي من صور التبويض ما اذا قبض القابل الثمن فقط دون الثمن ، وذلك فيما اذا كان الموجب هو المشتري ، فقال اشترت منك هذا الثوب بمائة ، فقبل البائع بيع نصف الثوب بكل الثمن ، والحكم فيه كالذي قبله من عدم الصحة كما في الهداية ، لما ذكرنا . وبهذا تم اقسام التبويض المذكورة في متن هذه المادة ، كما اشرنا اليه في الشرح . وكانه لظهور عدم جواز البيع في هذا القسم ، لم تمثل له المجلة

✽ وكذا لو قال له بعثك هذين الفرسين بثلاثة الاف غرش

وقبل المشتري يأخذ الفرسين بالثلاثة الاف وليس له ان يأخذ احدهما
بألف وخمسة *
بألف وخمسة

هذا المثال قد اتحد فيه الماقدان وتعدد المبيع . وقوله . ليس له ان يأخذ
احدهما الخ « اي سواء رضي البايع او لم يرض . اما اذا لم يرض البايع فالأمر
ظاهر ، لأنه يوجب تفريق الصفقة عليه بدون رضاه ، وهو لا يجوز . واما اذا
رضي ، فلا نه حيث كان المبيع مما ينقسم عليه الثمن بالقيمة لا بالاجزاء ، يكون
يبعاً بالحصة ابتداءً ، وهو لا يجوز لجهالة الثمن فيه ، فلم يمكن جعل هذا القبول
ايجاباً ورضي البايع بعده قبولاً كما جاز في المسئلة السابقة ، لبطلان ذلك الايجاب
فاحتيج الى ايجاب وقبول جديدين ، هذا على ما يقتضيه اطلاق صاحب البحر ،
ويظهر من عبارة الدر المختار وحواشيه . واما على ما يحتاه آنفاً ، فالبيع صحيح
اذا رضي البايع بعد قبول المشتري ويصح ان يكون قبول المشتري ايجاباً ورضي
البايع قبولاً لعدم جهالة الثمن . فلم يكن من باب البيع بالحصة ابتداءً ، وقد تقدم
توضيح ذلك في المقالة الثالثة من شرح هذه المادة ، فلا تغفل .

بقي من امثلة عدم جواز البيع ، لعدم مطابقة القبول للايجاب المستلزم لتفريق
الصفقة ، ما اذا اتحد الموجب وتعدد القابل . مثاله ان يقول البايع لمشتريين بمتك
هذا بألف ، فقال احدهما اشتريت ، لا يجوز . لأنه لو تم البيع اتم بالنصف ،
لأنه خاطبها بالكل فكان مخاطباً كلياً بالنصف ، فتفرقت الصفقة . وكذا لو قال
رجل للمالكي عين اشتريت منك هذه بألف ، فباعه احدهما دون الآخر ، لا
يجوز . لأنه لو تم البيع انما يتم في نصيبه ، فتفرقت الصفقة — وما اذا تعدد الموجب
واتحد القابل ، كما اذا كان الموجب اثنين خاطبوا واحداً فقالا بمتك واشترينا منك
هذا بكذا ، فقيل هو في بعضه ، لا يجوز . (الكل من الفتح القدير) .

المادة ١٧٨ - * تكفي موافقة القبول للإيجاب ضمناً فلو قال
البايع للمشتري بعثك هذا المال بألف غرش وقال المشتري اشترته
منك بألف وخمسة مائة انعقد البيع على الألف إلا أنه لو قبل البايع هذه
الزيادة في المجلس يلزم المشتري حينئذٍ أن يعطيه الخمسة مائة قرش التي
زادها أيضاً *

لأن قبول البايع الزيادة في المجلس دل على اتفاقها على فسخ الإيجاب الأول .
وانها اعتبرا قول المشتري اشترت منك بألف وخمسة مائة إيجاباً ، فتم العقد به
وبقبول البايع بعده . ولهذا اشترط أن يكون قبول البايع الزيادة في المجلس . واما
إذا لم يقبلها في المجلس ، فقد تم العقد بإيجاب البايع وقبول المشتري لتوافقهما ضمناً .
فإن الراضي بالألف وخمسة مائة ، راضٍ بالألف بالأولى ، ولهذا لا يلزمه حينئذٍ
إلا الألف ، كما في الهندية والبحر .

* وكذا لو قال المشتري للبايع اشترت منك هذا المال بألف
غرش فقال البايع بعته منك بثمانمائة غرش انعقد البيع ويلزم تنزيل
المائتين من الألف *

لأنها تحسب من البايع حطاً من الثمن ، والحط من الثمن جائز ولو بعد البيع .

المادة ١٧٩ - * لو أوجب أحد المتبايعين شيء متعدد
بصفقة واحدة سواء عين لكل منها ثمناً على حدة أم لا فلا آخران يقبل
ويأخذ جميع المبيع بكل الثمن وليس له أن يقبل ويأخذ ما شاء منها
بالثمن الذي عين له لتفريق الصفقة *

الصفقة في الأصل ضربُ اليد على اليد ، ثم جعلت عبارةً عن العقد نفسه (منع

القفار) وقد علمت مما قدمناه في البحر في شرح المادة (١٧٧) ما يوجب اتحادها وما يوجب تفرقها . وها هنا ضابطه ، ذكره في المنع ، يعلم منه كون الموجب اوجب بصفقة واحدة فلا يجوز للاخر تفريقها ، او بصفقتين فيجوز له ذلك . وحاصله ان العقد محتاج الى مبيع و ثمن و بايع . مشتري و لفظ بيع و شراء ، فاما ان تكون جميعها متحدة كأن قال بايع واحد لمشتري واحد بعتك هذا الثوب بمائة او تكون جميعها متعددة بأن قال بايعان لمشتريين بعتا كما هذين الفرسين بعتا كما هذه بألف وهذه بألف ، فالصفقة في الاول واحدة اتفاقاً وفي الثاني متعددة اتفاقاً — او تكون مختلفة يعني بعضها متحد و بعضها متعدد ، فالصفقة واحدة ايضاً في جميع صور الاختلاف ، الا فيما اذا تعدد لفظ البيع اذا كان الموجب هو البائع ، او لفظ الشراء اذا كان الموجب هو المشتري مع تعدد المبيع و الثمن ، وهي الصورة الآتية في المادة (١٨٠) وهذا على قول الإمام الاعظم . وقبول الماقد بعض المبيع ببعض الثمن سواء كان القابل بايعاً او مشترياً ان كانت الصفقة متحدة لا يجوز ، لأنه يوجب تفريقها . وان كانت الصفقة متعددة يجوز ويتم بها بيع البعض ببعض لأن الموجب راضٍ بتفريقها . وانما لا يجوز تفريق الصفقة بلا رضى الموجب لأن فيه ضرراً عليه ، لأن المبيع اذا كان واحداً لزم ضرر عيب الشركة في المبيع للموجب بايعاً او مشترياً ، وان كان متعدداً فالعادة ضم الجيد الى الردي ، وتنقيص ثمن الجيد لترويج الردي . فان كان الموجب هو البائع فالمشتري يختار شراء الجيد فيتضرر البائع ، وان كان الموجب هو المشتري فالبايع يختار بيع الردي . فيتضرر المشتري . هذا حاصل ما يفهم من شرح الهداية وشروح الملتقى والمنع والدر وغيرها .

✽ مثلاً لو قال البائع بعت هذين الفرسين بثلاثة الاف قرش هذا بألف وهذا بألفين او قال كل واحد منهما بألف وخمسمائة قرش فللمشتري ان يأخذ الفرسين بثلاثة الاف قرش وليس له ان يأخذ احدهما بالثمن الذي عين له . وكذا لو قال البائع بعت هذه الأثواب الثلاثة كل واحدة بمائة قرش وقال المشتري قبلت احدهما بمائة او

اثنين منها بمايتي قرش لا ينعقد البيع *

لكن لو رضي البايع بعد هذا وكان البعض الذي يريد المشتري اخذه معيناً ،
يصح البيع ، و يصير هذا القبول ايجاباً ورضي المشتري بعه قبولاً . كما اذا كان
المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء ، لا يقال قد طمخت كتب المذهب بأنه اذا
كان المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالقيمة ، كما هنا ، لا يصح البيع وان رضي البايع
بعده ، لأننا نقول ذلك فيما اذا لم يبين المشتري ولا البايع ثمن البعض الذي قبله
المشتري ، وذلك بأن قال بعثك هذين الفرسين بألفين فقال المشتري قبلت احدهما
وهو هذا ، وسكت ، او قال بحصته من الألفين ، بدليل انهم عللوا عدم الصحة
وان رضي البايع بأنه يكون بيعاً بالحصة ابتداءً وهو لا يجوز ، كما في الدر المختار .
وصورة البيع بالحصة كما قدمناه في شرح المادة (١٧٢) ان يقول بعث منك هذا
الفرس بحصته من الألف الموزعة على قيمته وقيمة ذلك الفرس الآخر فإنه ياطل
لجهالة الثمن وقت البيع ، كما في رد المختار . وليس الأمر في امثلتنا من هذا القبيل
فإن ثمن ذلك البعض الذي قبله المشتري سبب معلوم للبائع والمشتري ، ومعلوم ان
العلة تدور مع المعلول وجوداً وعدماً . ثم رأيت في متن الدرر ، قال ما نصه : ويجوز
القابل في المجلس بين قبول الكل بالكل او الترك ، الا اذا كرر البايع لفظ « بعث »
وفصل الثمن ، او رضي بقوله اي قول المشتري « اشتريت » هذا بكذا اه فانظر
كيف جعل مناط الصحة اذا رضي البايع بتفريق الصفقة ان يكون ثمن ذلك البعض
الذي قبله المشتري مبيئاً معلوماً ، ولم ينظر الى كون المبيع مما ينوزع عليه الثمن
باعتبار الاجزاء او باعتبار القيمة . وقال في شرحه الدرر : قال القدوري : ان
رضي البايع في المجلس بتفريق الصفقة يصح ، ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة
استثناف ايجاب لا قبولاً ورضي البايع قبولاً . واعترض عليه بأنه انما يصح اذا كان
للبيع الذي قبله المشتري حصة من الثمن ، كالصور المذكورة ، وفي قفيزين
بأعها بمشرة ، لأن الثمن منقسم عليهما بالأجزاء ، فتكون حصة كل بعض معلومة
فاما اذا اضاف العقد الى عبد بن او ثوبين ، فلم يصح العقد في احدهما وان رضي
البايع ، لأنه بزمه البيع بالحصة ابتداءً ، وانه لا يجوز . اقول : منشوء الفسلة

عن مراد القدوري ، فإن لسمية عبارة المشتري إيجاباً ورضي البايع قبولاً تدل على انه اعتبر في عبارة المشتري والبايع ذكر الثمن في مقابلة بعض البيع ، فإن مجرد قول المشتري « اشتريته » بلا ذكر الثمن لا يكون إيجاباً ولا قول البايع « رضيت » قبولاً لعدم صدق تعريف البيع عليه ، وهو مبادلة المال بالمال ، فظهر عدم لزوم البيع بالحصة ابتداءً . ولهذا قلت : او رضي بقوله اشتريت هذا بكذا اه الى هنا عبارة الدرر ، وهي صريحة فيما ذكرناه . وفي الخاتمة ما نصه : ولو باع عبد بن فقال بعتك هذين العبدين بألف درهم ، فقبل المشتري احدهما ، او قال للرجلين بعتكما هذا العبد بألف درهم ، فقبل احدهما ، لا يجوز الا ان يرضى به البايع في المجلس وحصلته من الثمن معلومة ، فيجوز ويكون ذلك عقداً جديداً في الباقي اه وهذا ايضاً صريح فيما حررناه . والحاصل انه متى بين المشتري في قبوله ثمن البعض الذي قبله كان كما اذا كان المبيع فيه مما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء ، وهذا اظهر من ان يجفى على من شم رائحة الفقه .

المادة ١٨٠ - * لو ذكر احد المتبايعين اشياء متعددة وبين لكل واحدٍ ثمناً على حدته وجعل لكلٍ على الانفراد إيجاباً وقبل الآخر بعضها بالثمن المسمى له انعقد البيع فيما قبله فقط . مثلاً لو ذكر البائع اشياء متعددة وبين لكل منها ثمناً معيناً على حدة وكرر لفظ الإيجاب لكل واحد منها على الانفراد كأن يقول بعت هذا بألفين فالمشترى حينئذ له ان يقبل ويأخذ ايها شاء بالثمن الذي عين له *

لأنه متى تعدد الايجاب مع تعدد المبيع والثمن تعددت الصفقة . فللمشتري ان يقبل اي الصفقتين شاء ، او ان يقبلها معاً .

* فروع *

ولو قال بعتك هذا بألف درهم وبعتك هذه بألف درهم فقال قبلت ، كان

قبولاً لها جميعاً اذا وصل بين الكلامين بحرف العطف ، وهو الواو ، فقبول
المشتري يكون قبولاً لها جميعاً ا هـ خانية .

وفيهما : رجل ساوم رجلاً بثوب فقال البايع ابيعه بخمسة عشر ، وقال المشتري
لا آخذه الا بعشرة فذهب به ولم يقل البايع شيئاً ، فهو بخمسة عشر ان كان المبيع
في يد المشتري حين ساومه . وان كان في يد البايع فأخذه منه المشتري ولم يمنعه
البايع ، فهو بعشرة . ولو كان عند المشتري فقال المشتري لا آخذه الا بعشرة ، وقال
البايع لا ابيعه الا بخمسة عشر فرده عليه المشتري ثم تناوله من يد البايع فدفعه البايع
اليه ولم يقل شيئاً وذهب المشتري ، فهو بعشرة . ولو اخذ ثوباً من رجل فقال البايع
هو بعشرين ، وقال المشتري لا ازبدك على عشرة فأخذ وذهب به وضاع عنده ،
قال ابو يوسف رحمه الله تعالى هو بعشرين ولو اخذ ثوباً على المساومة فدفعه البايع
وهو يساوم والبايع يقول هو بعشرة فهو على الثمن الذي قال البايع حتى يرد
عليه المشتري ا هـ .

وفي المجتبى : اذا مضى على العقد بعد اختلاف كليهما ينظر الى آخرهما كلاماً
فيحكم بذلك (هندبة عن البحر) .

• الفصل الثالث •

« في حق مجلس البيع »

المادة ١٨١ - * مجلس البيع هو الاجتماع الواقع لعقد البيع *

لا بد من تقدير مضاف اي هو مكان الاجتماع ، ليصح الحمل كما لا يخفى .
والمراد ان مجلس البيع هو مكان الاجتماع الذي فيه يعقد البيع . وكان يكفي ان يقال
هو المكان الذي يعقد فيه البيع ، لكن زاد لفظ الاجتماع ليفيد انه لا بد من اجتماع
العاقدين حقيقة او حكماً . وهذا معنى قول صاحب التنوير وشارحه الملائي : ولا

يتوقف شطر العقده فيه ، اي البيع ، على قبول غائب . فلو قال بعث فلانا الغائب ، فبلغه فقبل ، لم ينعقد اتفاقاً اه ثم ان اجتماع العاقدين حقيقة ظاهر . واما اجتماعهما حكماً ، فكما اذا وقع الايجاب بكتابة او رساله . وصورة الكتابة كما في رد المحتار ان يكتب الموجب : « اما بعد فقد بعث عبدي فلانا منك بكذا ، فلما بلغه الكتاب قال في مجلسه ذلك « اشتريت » تم البيع بينهما . وصورة الرسالة ان يرسل رسولا فيقول البايع بعث هذا من فلان الغائب بألف درهم فاذهب يا فلان وقل له ، فذهب الرسول فأخبره بما قال ، فقبل المشتري في مجلسه ذلك اه فإن قرائة الكتاب واخبار الرسل بما قال المرسل ، بمنزلة الايجاب من الكتاب او المرسل . فاذا قبل المكتوب اليه او المرسل اليه في مجلس القرائة والاخبار ، فقد صدر الايجاب والقبول في مجلس واحد (طحاوي ورد المحتار) وفيه قلت : ويكون بالكتابة من الجانبين ، فاذا كتب « اشتريت عبدي فلانا بكذا » فكتب اليه البايع « قد بعث » فهذا بيع كما في التارخانية اه وظاهر ما في الدر المختار من قوله « الا اذا كان بكتابة او رساله فيعتبر مجلس بلوغها » انه اذا قرأ المكتوب اليه الكتاب او سمع المرسل اليه الرسالة ، فلم يقبل في مجلس قرائته وسماعه ، يبطل الايجاب . حتى لو قرأ الكتاب مرة ثانية في مجلس آخر ، او سمع الرسالة من الرسول في مجلس آخر ، فقبل ، لا ينعقد البيع . لأن المعتبر مجلس بلوغه الكتابة والرسالة كما سمعت ، وهو الذي يعطيه ظاهر الهداية ايضاً ، وعبارتها هكذا .

والكتاب كالخطاب ، وكذا الارسال ، حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة اه لكن نقل في رد المحتار عن غاية البيان ما نصه : وقال شمس الأئمة السرخسي في كتاب النكاح من مبسوطه : كما ينعقد النكاح في الكتابة ، ينعقد البيع وسائر التصرفات بالكتاب ايضاً . وذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه : الكتاب والخطاب سواء ، الا في فصل واحد ، وهو انه لو كان حاضراً فخطبها بالنكاح فلم تجب في مجلس الخطاب ، ثم اجابت في مجلس آخر ، فإن النكاح لا يصح . وفي الكتاب اذا بلغها وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه في المجلس الذي قرأت الكتاب فيه ، تم زوجت نفسها في مجلس آخر بين يدي الشهود وقد سمعوا كلامها وما في الكتاب ، يصح النكاح . لأن الغائب انما صار خاططاً لما

بالكتاب ، والكتاب باقٍ في المجلس الثاني ، فصار بقاء الكتاب في مجله ، وقد سمع الشهود ما فيه في المجلس الثاني ، بمنزلة ما لو تكرر الخطاب من الحاضر في مجلس آخر . فإما إذا كان حاضراً فإنما صار خاطباً لها بالكلام ، وما وجد من الكلام لا يبقى إلى المجلس الثاني ، وإنما سمع الشهود في المجلس الثاني أحد شطري العقد اهـ - قال الفاضل بن عابدين : وظاهره ان البيع كذلك ، وهو خلاف ظاهر الهداية ، فتأمل اهـ قلت : لعل ما ذكر في المبسوط من التوجيه لصحة النكاح في الكتابة إذا قبلت في المجلس الثاني ، يشير إلى الفرق بين النكاح وبين البيع . على اننا لسنا من اهل القياس حتى نقيس مسألة البيع على مسألة النكاح ، فيبقى البيع على ظاهره من انه يعتبر فيه مجلس البلوغ كما تفيدته أكثر عبارات الفقهاء ، الا ان يوجد نقل صريح في انه مثل النكاح ، فتدبره .

وما وقع كثيراً بين تجار زماننا ان احدهم في بيروت مثلاً يرسل لعميله بضاعة ويبين له ثمنها ويكتب اليه « ان اعجبك او خلصك فقيده عليك بالثمن المشروح » فإن هذا ايجاب . فاذا قبل المكتوب اليه في مجلس قراءة الكتاب بأن قال قبلت ونحوه ، او فعل في مجله ذلك فعلاً يدل على الرضى ، كما اذا قطعه لو كان ثوباً ونحو ذلك ، انعقد البيع ونم وترتب عليه جميع احكام البيع . واما اذا قرأ الكتاب فسكت ، ثم بعد يوم او يومين كتب الى البائع ان قبلت ونحوه ، فإنه حينئذ لا ينعقد البيع لاختلاف مجلس الايجاب والقبول حقيقةً وحكماً ، فتبقى البضاعة على ملك صاحبها لبطان البيع ، واذا ربح منها المكتوب اليه لا يطيب له ربحها بل عليه ردها لصاحبها ، وهكذا تترتب عليه احكام البيع الباطل ، والناس عنها غافلون .

المادة ١٨٢ = * المتبايعان بالخيار بعد الايجاب إلى آخر المجلس * *

المراد بالمجلس ما لا يوجد فيه ما يدل على الاعراض ، وان لا يشتغل بمفوت له فيه وان لم يكن للاعراض (افاده في النهر) فإن وجد بطل ، ولو اتحد المكان (طحطاوي) ولذا قال في البحر : حتى لو تكلم البائع مع انسان في حاجة له يبطل اهـ

ثم ان هذا الخيار يسمى خيار القبول وهو ثابت لكل من المتبايعين ، فالوجب له ان يرجع عن ايجابه قبل القبول ، والآخر مخير بين القبول وعدمه . وهو لا يورث . فلو مات احد العاقدين بعد الايجاب وقبل القبول ، بطل الايجاب (بجر وهندبة)
* مثلاً لو اوجب احد المتبايعين في مجلس البيع بأن قال بعث هذا المال ولم يقل الآخر على الفور اشتريت او بعث بل قال ذلك متراخياً قبل انتهاء المجلس ينقصد البيع وان طالت تلك المدة *
وانما يمتد خيار القبول الى آخر المجلس لأن المجلس جامع للمتفرقات ، فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقاً للسر (هداية) قال شارحها العيني : اي لأجل دفع العسر عن البايع والمشتري جميعاً ، اما عن المشتري فلأن في ابطاله قبل انقضاء المجلس عسراً له ، واما عن البايع فلأن في ابقائه فيما وراء المجلس عسراً له ، وفي التوقف على المجلس يسرهما جميعاً اه .

المادة ١٨٣ -- * لو صدر من احد العاقدين بعد الايجاب وقبل

القبول قول او فعل يدل على الاعراض *

ومثله ما اذا اشتغل بمفوت للمجلس وان لم يكن فيه اعراض ، كما قدمناه عن النهر في شرح المادة السابقة ، كما لو تكلم البايع مع انسان في حاجة له
* بطل الانجاب ولا عبدة بالقبول الواقع بعد ذلك . مثلاً لو قال احد المتبايعين بعث او اشتريت واشتغل الآخر قبل القبول بأمر .
آخر او بكلام اجنبي لا تعلق له بعقد البيع بطل الايجاب ولا عبدة بالقول الواقع بعده ولو قبل انفضاض المجلس *
اي تفرق العاقدين عن مكانهما ، والا فمجلس البيع مجرد اشتغال الآخر بأمر آخر قد انفض وتفرق كما تقدم . وقوله « واشتغل الآخر قبل القبول الخ »

مثله ما اذا اشتغل نفس الموجب قبل القبول بأمر آخر . والى ذلك يشير اول المادة
كما لا يخفى ، ويشهد له ما في الفتح القدير : ولو قال بعتك بكذا فلم يقبل ، حتى قام
البائع في حاجة له ، بطل اه . وفي البرازية : قال بعت ، فقام المشتري ثم قبل ،
او قبل بعد قيام البائع ، وكان البائع خارج الدار والمشتري فيها فقبل بعد ما
خرج ، لا يصح اه . ومثله في السراجية . والحاصل كما في فتح القدير ان للآخر
ان يقبل ما دام المجلس قائماً . فإن لم يقبل حتى اختلف المجلس لا ينمقد . واختلفه
باعتراض ما يدل على الاعراض من الاشتغال بعمل آخر ، ونحوه ما لو قام احدهما
فلم يذهب ، فظاهر الهداية وعليه مشى جمع انه لا يصح القبول بعد ذلك ، واليه ذهب
قاضي خان حيث قال : فإن قام احدهما بطل ، يعني الايجاب ، لأن القيام دلل
الاعراض قلت : وعليه مشى في الدر المختار والدر المنتقى ، وقال انه الراجح .
ومثله في النهر وغيره . وانظر ما اذا وجد ما يدل على الاعراض قولاً وفعللاً مع
قبول المشتري بأن خرجا معاً ، والظاهر انه يترجح الاعراض فلا يصح القبول ،
كما اذا خرج الرجوع الصريح والقبول معاً ، كما سنذكره في المادة (١٨٤)

ومن اختلاف المجلس ما اذا تبايعا وهما يمشيان او يسيران ، ولو كانا على دابة
واحدة ، فأجاب الآخر ، لا يصح في ظاهر الرواية . واختار غير واحد كالمطحاوي
 وغيره انه ان اجاب على فور كلامه متصلاً جاز . قلت : وعلى هذا اقتصر في
السراجية : وفي الخلاصة عن النوازل : اذا اجاب بعد ما مشى خطوة او خطوتين
جاز ، ولا شك انها اذا كانا يمشيان مشياً متصلاً لا يقع الايجاب الا في مكان
آخر بلا شبهة . ولو كان المخاطب في صلاة فربضة ففرغ منها واجاب ، صح موكداً
لو كان في نافلة فضم الى ركعة اخرى ثم قبل ، بخلاف ما لو اكلها
اربعة - في يده كوز ، فشرب ثم اجاب ، جاز . وكذا لو اكل لقمة لا يتبدل
المجلس ، الا اذا اشتغل بالأكل . ولو ناما جالسين لا يختلف . ولو مضطجعين ،
او احدهما ، فهي فرقة . والسفينة كالبيت . فلو عقدا وهي تجري فأب الآخرة ،
لا ينقطع المجلس بجر بانها ، لأنهما لا يملكان ايقافها (فتح) وفي الدار المنتقى : لو
تبايعا وهما يمشيان بلا سكة بين الكلامين ، انمقد البيع ، وقيل ما لم يفرقا بالابدان ،
والاول اصح (اختيار) اه . وفي جمع الانهر : وان كان احدهما قائماً فقعده ثم قبل

فإنه يصح لأنه بالقعود لم يكن معرضاً اهـ . وفي البرازية : بت من ثلاث
تخضر في المجلس وقبل ، صح اهـ وفيها : والبعد بين المتبايعين ان كان بحال بوجب
التباس ما يقول كل منهما يمتنع ، والا فلا اهـ وفي التارخانية عن الفائية : ولا
يجوز ان يناديه من بعيد او من وراء جدار اهـ . وفي الهندية : رجل في البيت
فقال للذي في السطح بعته منك بكذا فقال اشتريت ، صح اذا كان كل واحد
منها يرى صاحبه ولا يلتبس الكلام للبعد ، كذا في القنية .

المادة ١٨٤ - * لو رجع احد المتبايعين عن البيع بعد الايجاب
وقبل القبول بطل الايجاب فلو قبل الآخر بعد ذلك في المجلس لا
ينعقد البيع مثلاً لو قال البايع بعته هذا المتاع بكذا وقبل ان يقول
المشتري قبلت رجع البايع تم قبل المشتري بعد ذلك لا ينعقد البيع *

هذا تصریح بما فعم من المادة (١٨٣) بالأولى لأنه اذا بطل الايجاب
بما يدل على الأعراض ، فلأنت . يبطل بصريح الرجوع اولى . وكذا يبطل
الايجاب ايضاً لو خرج قبول المشتري ورجوع البايع معاً ، كما في الخانية ، ومثله في
التارخانية . وانما يكون الرجوع مبطلاً للايجاب اذا سمعه الآخر . اما اذا قال
البايع مثلاً رجعت ، ولم يسمع المشتري رجوع البايع وقال اشتريت ، ينعقد البيع
كما في الخلاصة والتارخانية - وهذا بخلاف ما اذا رجع الكاتب او المراسل عن
الايجاب الذي كتبه او ارسله قبل بلوغ الآخر او قبوله ، فإن رجوعه يصح سواء
علم الآخر او لم يعلم . حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتم ، كما في فتح القدير .
والفرق بين المسئتين ظاهر لمن تدبر . وكذلك يصح رجوع المراسل وان لم يعلم
الرسول ، حتى لو باغ الرسول الرسالة بعد رجوعه ، وهو لا يعلم ، وقبل المرسل
اليه ، لا ينعقد . وهذا بخلاف ما لو وكل بالبيع ثم عزل الوكيل قبل البيع فباع
الوكيل ، فإنه ما لم يعلم الوكيل بالعزل قبل البيع فيسعه نافذ ، كما في فتح القدير وغيره .

المادة ١٨٥ - * تكرار الايجاب قبل القبول يبطل الأول
ويعتبر فيه الايجاب الثاني فلو قال الباع للمشتري بعتك هذا الشيء
بماية قرش ثم بعد هذا الايجاب قبل ان يقول المشتري قبلت رجعت فقال
بعتك اياه بمائة وعشرين قرشاً وقبل المشتري ببلغوا الايجاب الاول وبتعقد
البيع على مائة وعشرين قرشاً *

اما لو قال « قبلت البيع الأول بمائة » فإنه لا يصح ، لأن الايجاب الأول
قد رجع عنه الباع . ولو قال قبلت البيعين جميعاً بمائتين وعشرين قرشاً ، فهو
كقوله قبلت الآخر بمائتين وعشرين قرشاً . يعني يكون البيع بمائة وعشرين
قرشاً والمائة الزائدة ، ان شاء قبلها في المجلس وان شاء ردها ، كما في الفتح . وكذا
لو قال بعتمك هذا العبد بألف درهم ، تم قال بعتمك بمائة دينار ، فقال المشتري
قبلت ، كان البيع بالثمن الثاني (هندية عن فتاوي قاضي خان) .

* الفصل الرابع *

« في حق البيع بشرط »

المادة ١٨٦ - * البيع بشرط يقتضيه العقد صحيح والشرط معتبر *

معنى كون الشرط يقتضيه العقد انه يجب بالعقد من غير شرط (رد المحتار)
وحاصل ما ذكره الفقهاء في البيع مع الشرط ان الشرط الذي يقتضون به البيع اما ان
يقتضيه العقد ، واما ان لا يقتضيه العقد لكن بلائجه ، واما ان لا يقتضيه العقد ولا
بلائجه لكن قد جرى العرف باشتراطه ، واما ان لا يقتضيه العقد ولا بلائجه ولا

جرى العرف باشرطه ، لكن لا منفعة فيه لأحد ، فالبيع في هذه الوجوه الاربعة صحيح والشرط معتبر في الوجوه الثلاثة الأولى منها ، وبلغ في الوجه الرابع - واما ان لا يقتضيه العقد ولا يلايمه ولا جرى العرف باشرطه وفيه نفع لأحد العاقدين او لغيرهما من اهل الاستحقاق ، فالبيع في هذه الصورة فاسد . قال في النهر : وانما فسد البيع بهذا الشرط لأنها اذا قصدت المقابلة بين المبيع والثمن فقد خلا الشرط عن العوض ، وقد وجب البيع بالشرط ، فكان الشرط زيادة مستحقة بعقد المعاوضة خالية عن العوض ، فيكون ربا ، وكل عقد بشرط الربا يكون فاسداً اه . وهذا كله في شرط لم يرد الشرع بمجوازه كشرط الأجل في الثمن وفي الثمن في السلم . وشرط الخيار رخصة وتيسيراً لأنه لما ورد الشرع به دل على انه من باب المصلحة دون المفسدة ، كذا في الفتح والعيني على الهداية . وقد ذكرت المحلة الوجوه الأربعة الأولى منها وهي التي يصح معها البيع في المواد الاربعة من هذا الفصل ، فأفهمت ان فيما عداها يكون الشرط مفسداً له ، لأن مفاهيم الكتب حجة . وهذا التفصيل اعني كون الشرط غير مفسد في الوجوه الأربعة ومفسداً في غيرها انما هو اذا كان الشرط مطلقاً بكلمة « على » واما بكلمة « ان » فان البيع يفسد في جميع الوجوه الا فيما اذا قال « ان رضي ابي او فلان في ثلاثة ايام » فيكون خيار الشرط الذي ورد النص بمجوازه ، كذا في البحر مع زيادة . قال فيه : والظاهر من كلامهم ان قوله بشرط كذا بمنزلة « على » لا بمنزلة « ان » اه . قال في رد المحتار ، بعد نقله : ويؤيده ما في القسطنطيني حيث قيد الشرط ان يكون حرف الباء او « على » دون « ان » اه وفيه ايضاً عن النهر ان محل الفساد فيما اذا علقه بعلى بدون « واو » اما لو زادها بأن قال بعثك هذا بكذا وعلى ان تقرضني كذا ، فالبيع جائز ولا يكون شرطاً اه وفي الطحطاوي عن البحر ان محل الفساد بالشرط ايضاً اذا لم يخرج منه مخرج الوعد كما اذا قال اشتر حتى ابني لك الحوائط ، لم يفسد البيع . ولكن لو لم يبين البائع لا يجبر ويخير المشتري في الرد . ومحل الفساد ايضاً فيما اذا كان الشرط مقارناً للعقد ، اي مذكوراً في صلبه . فلو الحق الشرط الفاسد بالعقد ، قيل يلتحق عند الامام رضي الله عنه ، وقيل لا ، وهو الصحيح اه وقال للفاضل ابن عابد بن في رد المحتار : واثار اي صاحب التنوير بقوله « ولا يبيع بشرط » الي

انه لا بد من كونه مقارناً للعقد ، لأن الشرط الفاسد لو التحق بعد العقد قبل التحقق عند أبي حنيفة ، وقيل لا ، وهو الأصح كما في الفصل (٣٩) من جامع الفصولين . ثم بعد ان ايد تصحيح قول الإمامين نقل عن جامع الفصولين ايضاً انه لو ذكر البيع بلا شرط ، ثم ذكر الشرط على وجه العدة ، جاز البيع ولزم الوفاء بالوعد ، اذ المواعيد قد تكون لازمة فيجعل لازماً لحاجة الناس اهـ وبظهر لي انه متى وقع الشرط بعد العقد لا يكون الا على وجه العدة ، وحكمه انه يجب الوفاء به بمعنى انه ان لم يعرف به خير المشتري في الرد ، كما لو قال له البائع اشتر حتى انبي لك الحوائط ، كما نقلناه آنفاً عن الطحطاوي ، وهو صريح بأن الشرط اذا خرج مخرج الوعد لا يفسد البيع وإن كان في صلب العقد ، فما بالك اذا وقع بعده ؟ - وانت على علم بأن كلمتهم قد اتفقت ان الشرط انما يكون مفسداً للعقد اذا كان مقارناً له ، ولهذا قالوا انه لو باع مطلقاً ثم اجل اثنى الى اجل مجهول كالدباس والقطاف ، صح التأجيل ولا يفسد البيع مع انه في حكم الشرط الفاسد ، كما في رد المختار .

بقي ما اذا ذكر الشرط قبل العقد ثم عقد خالياً عن الشرط ، وقد ذكره في الثامن عشر من جامع الفصولين حيث قال : شرطاً شرطاً فاسداً قبل العقد ، ثم عقداً ، لم يبطل العقد ، ويبطل لو تقارن اهـ لكن قال الفاضل بن عابدين في رد المختار : قلت : وينبغي الفساد لو اتفقا على بناء العقد عليه كما صرحوا به في بيع الهزل كما سيأتي آخر البيوع اهـ - اقول : هذا بحث مصادم للمنقول كما علمت ، وقياسه على بيع الهزل قياس مع الفارق ، فإن الهزل كما في المنار هو ان يراد بالشئ ما لم يوضع له ولا ما يصاح له اللفظ استعارةً ، ونظيره بيع الثلجثة ، وهو كما في الدر المختار ان يظهرها عقداً وهما لا يريدانه وهو ليس ببيع في الحقيقة ، فاذا اتفقا على بناء العقد عليه فقد اعترفا بأنها لم يرهدا انشاء بيع اصلاً ، وابن هذا من مسألتنا ؟ ومن راجع كلام هذا الفاضل قبيل كتاب الكفالة عند الكلام على بيع الثلجثة من الدر المختار ، يظهر له الفرق بأجلى مما ذكرناه . وعلى كل حال فاتباع المنقول اسلم ، والله اعلم .

✽ كما لو باع بشرط ان يجبس المبيع الى ان يقبض الثمن فهذا

الشرط لا يضر بالبيع بل هو بيان لمقتضى العقد ✽

فإن للبائع حبس المبيع الى ان يقبض الثمن ولو لم يشترط ذلك في العقد ، كما سيأتي في المادة (٢٢٨) وهذا كما لو باع زبنا على ان يزنه بظرفه ويطرح عنه وزن الظرف ، وعلى ان البائع يسلم المبيع بعد قبضه الثمن ، وعلى ان المشتري يدفع الثمن قبل ان يستلم المبيع ، فإن البيع في جميعها صحيح والشروط معتبرة لأنها من مقتضيات العقد . ولا تنس ما قدمناه آنفاً من انه لو علق هذه الشروط بلفظة « ان » الشرطية بفسد البيع في جميعها ، كما لو قال بعثك ان سلمت الي الثمن ، وهكذا . وانظر ما اذا علق الشرط بإذا الشرطية ، والظاهر انها مثل إن ، لأنها تفيد وقوع الفعل في المستقبل مثل إن ، فصار البيع كأنه وقع بلفظ الاستقبال ، ولم اره الآن ، فليراجع .

المادة ١٨٧ - * البيع بشرط يؤيد العقد صحيح والشرط معتبر *

اي وان كان لا يقتضيه العقد . وقوله « يؤيد العقد » اي يؤكده . وهذا معنى قولهم « بلايه » على ما في البحر عن الذخيرة وفيه عن السراج الوهاج : معنى الملام ان يكون راجعاً الى صفة الثمن او المبيع ، كاشتراط الخبز والطبخ والكتابة اه ولعل المراد واحد فإن ما كان راجعاً الى صفة الثمن او المبيع يؤكده موجب العقد . يرشد الى هذا عبارة الفتح التي سيأتي نقلها في شرح الفقرة الاخيرة من هذه المادة .

* مثلاً لو باع بشرط ان يرهن المشتري عند البائع شيئاً معلوماً *
اي بالاشارة او التسمية . فلو لم يكن معلوماً بذلك لم يجوز الا اذا تراضيا على تعيينه في المجلس ودفعه اليه قبل ان يتفرقا ، او بعجل الثمن ويطلقان الرهن . واذا كان مسمى فامتنع عن تسليمه لم يجبر ، وانما يؤيد بدفعه فإن لم يدفعها خير البائع في الفسخ (رد المختار عن البحر) وفي الهندية عن المنتقى : وان لم يكن الرهن معيناً ولكن كان مسمى ، ان كان عرضاً لم يجوز ، وان كان مكيبلاً وموزوناً موصوفاً فهو جائز ٥١ .

* او ان يكفل له بالثمن هذا الرجل *

اشار بكون الكفيل مشاراً اليه الى انه لا بد ان يكون حاضراً في مجلس العقد ولا بد ايضاً ان يقبل الكفالة فيه . وكذا يصح البيع لو كان غائباً فحضر وقبلها قبل التفرق . فلو بعده او كان حاضراً فلم يقبل لم يجز . واشتراط الحوالة كالكفالة (بجر) قلت : في الخاتمة : ولو باع على ان يحيل الباع رجلاً بالثمن على المشتري فسد البيع قياساً واستحساناً ، ولو باع على ان يحيل المشتري الباع على غيره بالثمن فسد قياساً وجاز استحساناً . كذا في رد المحتار وفي الهندية . واذا اشترى شيئاً بشرط ان يكفل فلان بالدرك فهو كالبيع بشرط ان يعطي المشتري بالثمن رهناً او كفيلاً فإنه يصح اذا كان الكفيل حاضراً في مجلس العقد وكفل ، كذا في الصغرى ٥١ .

* صح البيع ويكون الشرط معتبراً حتى انه اذا لم يفـ

المشترى بالشرط *

اي بعد ان وجدت شروط الصحة بأن كان الرهن معلوماً بالاشارة او التسمية والكفيل حاضراً مجلس العقد وقيل الكفالة قبل التفرق ، والا فلا خيار لفساد البيع حينئذ كما علمت . والظاهر ان عدم الوفاء من المشتري لا يظهر في مسألة الكفيل لأنه اذا كان حاضراً مجلس البيع وكفل ، صح البيع سواء كانت الكفالة بأمر المشتري ام لا . ولم ار احداً ذكر الامتناع الا في مسألة الرهن ، تأمل . - وانظر ما اذا رضي الباع بلا كفيل بعد ما ابى الكفيل مثلاً هل يصح البيع ام لا ؟ - الظاهر انه يصح اذا رضي قبل التفرق ، كما اذا شرط ان يرهنه بالثمن رهناً غير معلوم ثم تراضيا على تعيين الرهن في المجلس ودفعه المشتري اليه ، فإنه يصح كما في الهندية . وتقدم مثله عن البحر ، وكما لو شرط اجلًا مجهولاً فقال المشتري ابطلت الأجل وعجل الثمن ، جاز ويحبر الباع على القبول ، كما في التارخازية وغيره . تأمل وراجع .

* فللبايع فسخ العقد *

قال في الهندية : ولو شرط فيه رهناً معيناً ثم امتنع من تسليم الرهن لا يحبر

عليه ، ولكن يقال للمشتري اما ان تدفع الرهن او قيمته او الثمن او يفسخ العقد ،
كذا في محيط السرخسي . ولو امتنع المشتري من هذه الوجوه فللبائع ان يفسخ
البيع ، هكذا في البدائع اه وفي التارخانية : وان مات العبد ، يعني المعين للرهن ،
امر المشتري ان يدفع اليه رهناً يساوي قيمة العبد والثمن . وان كان العبد لم
يمت فقال المشتري اعطيه رهناً آخر سوى العبد ، فللبائع ان لا يقبل منه . وان
اراد المشتري ان يعطيه قيمة العبد دراهم او دنانير فليس للبائع ان يمتنع منه اه
* لأن هذا الشرط مؤبد للتسليم الذي هو مقتضى العقد *
لأنه يتضمن التوثق بالثمن ، فهو كاشتراط الجودة فيه فهو مقرر لمقتضى
العقد ، كذا في فتح القدير .

المادة ١٨٨ - * البيع بشرط متعارف يعني الشرط المرعي في
عرف البلدة صحيح والشرط معتبر *

اي وان كان لا يقتضيه العقد ولا بلائمه . وافادت هذه الجملة انه يعتبر العرف
الخاص بالحادث . قال في رد المحتار : ومقتضى هذا انه لو حدث عرف في شرط
غير الشرط في النعل والثوب والقباقب ان يكون معتبراً اذا لم يورد الى المنازعة .
وانظر ما حرره في رسالتنا السماة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف
وحاصل ما حققه في تلك الرسالة ان العرف الخاص معتبر وان خالف المنصوص
عليه في كتب المذهب ما لم يخالف النص الشرعي يعني الكتاب والسنة والاجماع
وان العرف الخاص يشمل القديم والحادث ، وان حكم العرف يثبت على اهله خاصاً
او عاماً فالعرف العام في سائر البلاد يثبت حكمه على اهل سائر البلاد ، والعرف
الخاص في بلدة واحدة يثبت حكمه على اهل تلك البلدة ، وانه انما يعتبر العرف
سواء كان خاصاً او عاماً اذا كان شائعاً بين اهله مستفيضاً لديهم يعرفه جميعهم .
وساق الأدلة على جميع ذلك من نصوص المذهب متواتراً وشروحاً وفتاوى ، شكر
الله سعيه وجزاه خيراً . ومن هنا يعلم حكم ما تعرف في بلدنا حمص وهو ان

أحد الفلاحين من جميع القرى يأتي بآلة حراثته الحديدية المسماة عندم بالسكة
لعد الحداد ، فيشتري منه رطل حديد مثلاً بضعى قيمته على ان يحميه في
النار ويمزجه في سكه التي أتى بها ، وهذا الشرط قد تمارفه الفلاحون جميعهم مع
اهل تلك الصنعة حتى صار بينهم عرفاً مستفيضاً . فمقتضى هذه المادة معاً حقه هذا
الفاضل ان يكون بيع الحديد صحيحاً والشرط معتبراً . انظر المادة (٣٦)

✽ مثلاً لو باع الفروء على ان يخيظ بها الظهارة او القفل على ان
يسمره في الباب او الثوب على ان يرقعه بصح البيع ويلزم على البائع
الوفاء بهذه الشروط ✽

تمثيل المجلة بهذه الأمثلة يدل على ما تقدم من اعتبار العرف الخاص الحادث ،
لأن كون هذه الشروط من الشروط التي جرى العرف بها لم يذكر في كتب
الفقهاء ، فدل على ان التعارف بها حادث . ولأن التعارف بها ليس بعام في جميع
البلاد فإن بيع الفروء على ان يخيظ بها الظهارة او القفل على ان يسمره في الباب لم
يتعارف عندنا اصلاً فدل انه خاص في بعض البلاد . ولا تنس ما قدمناه من ان
العرف الخاص في بلدة يثبت حكمه على اهل تلك البلدة ، فمقتضى هذا ان بيع
القفل بشرط ان يسمره البائع في الباب ، والفروء على ان يخيظ بها الظهارة ، فاسد
في بلدتنا لمدم جريات العرف به ، تأمل .

المادة ١٨٩ - ✽ البيع بشرط ليس فيه نفع لأحد العاقدين
بصح والشرط لغو . مثلاً بيع الحيوان على ان لا يبيعه المشتري لآخر او
على شرط ان يرسله في المرعى صحيح والشرط لغو ✽

اي وان كان لا يقتضيه العقد ولا بلائمه ولم يجر العرف به . وقوله « ليس فيه
نفع لأحد العاقدين » يفيد انه لو كان فيه نفع لأحدهما والحالة هذه يفسد البيع ،
وهو المصح به في المتون والشروح والفتاوي ، وسكت عنه لأنه مفهوم العبارة ،

وهو حجة . واما لو كان فيه نفع لغير العاقدین مبيعاً او غيره ، فإن لم يكن ذلك
الغير من اهل الاستحقاق بان لم يكن آدمياً كبيع الدابة على ان لا يركبها البائع ،
يصح البيع و يلفو الشرط اتفاقاً ، لأنه لا مطالب به . وان كان من اهل
الاستحقاق كبيع الدار على ان يسكنها فلان الأجنبي شهراً ، او على ان يقرض
البائع فلاناً الأجنبي كذا ، ففيه قولان في المذهب : جزم في الفتح تبعاً للقُدوري
والخلاصة انه يفسد البيع . وفي الذخيرة عن الصدر الشهيد ان البيع صحيح . وفي
القهستاني عن الاختيار جواز البيع و بطلان الشرط . وفي المنع : واختار صاحب
الوقاية تبعاً لصاحب الهداية عدم الفساد اه وبه جزم في الخانية (رد المختار لمخصاً)
وقد ذكر في تنقيح الحامدية من كتاب الوقف ان قاضي خان من اجل من يعتمد
على نصحيحاته ، لأنه فقيه النفس . ثم ان المراد بنفع احد العاقدین ما شرط من
احدهما على الآخر ، فلو على اجنبي لا يفسد البيع و يبطل الشرط ، لما في الفتح عن
الولولجية : بمتك الدار بألف على ان يقرضني فلان الأجنبي عشرة دراهم ، فقبل
المشترى ، لا يفسد البيع ، لأنه لا يلزم الأجنبي ولا خيار للبائع اه ملخصاً . وفي
البحر عن المنتقى : قال محمد : كل شيء يشترطه المشتري على البائع يفسد
به البيع ، فاذا شرطه على اجنبي فهو باطل ، كما اذا اشترى دابة على ان يهبه فلان
الأجنبي كذا . وكل شيء يشترطه على البائع لا يفسد به المبيع فاذا شرطه على اجنبي
فهو ، اي البيع ، جائز وهو بالخيار ، كما اذا اشترى على ان يحط عنه فلان الأجنبي
كذا ، جاز البيع ، فإن شاء اخذه بجميع الثمن او ترك اه (رد المختار .)
بقي ما اذا كان الشرط فيه مضرة لأحدهما . قال في النهر : كأن كان ثوباً
على ان يحرقه ، او جارية على ان لا يطأها ، او داراً على ان يهدمها ، فعند محمد البيع
جائز والشرط باطل . وقال ابو يوسف : البيع فاسد (كذا في الجوهرة) ومثل في
البحر لما فيه مضرة بما اذا اشترى على ان لا يبيعه ولا يهبه ، والبيع في مثله جائز
عندهما خلافاً لأبي يوسف (رد المختار) وظاهر اطلاق الجملة كالدر المختار اختياراً
قولهما كما لا يخفى .

* فروع *

لو باع ثوباً على ان لا يزيله عن ملكه يبيع او هبة او نحوه ، جاز البيع ويطل الشرط .

رجل باع لؤلؤة على انها وزن مثقالاً ، فوجدها اكثر ، سلمت للمشتري لأن الوزن فيها يفرضه التبعض وصف وهو بمنزلة الدرغان في الثوب ، تسلم الزيادة للمشتري كما لو باع ثوباً على انه عشرة اذرع ، فوجده اكثر . ولو باع شاة على انها حامل فسد البيع ، لأن الولد زيادة مرغوبة وانما موهومة لا بدري وجودها فلا يجوز . ولو اشترى شاة او بقرة على انها تحلب ، كذا فسد البيع . وان اشترى على انها حلوب ، روى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله تعالى انه جائز ، وهكذا ذكر الطحاوي وبه اخذ الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى . ولو اشترى فرساً على انه مملاج جاز البيع لأن المملاج لا يصير غير مملاج ، فيجوز ، كما لو اشترى عبداً على انه خباز او كاتب .

رجل باع شيئاً ، وقال بعت منك بكذا على ان احط من ثمنه كذا ، جاز البيع ولو قال على ان اهب لك من ثمنه كذا ، لا يجوز ، لأن الحط يلتحق بأصل العقد فيبقى العقد بما وراء المحطوط ، ولا كذلك الهبة . ولو قال بعت منك على ان حطت عنك كذا ، وعلى ان وهبت لك من الثمن كذا ، جاز البيع ، لأن الهبة قبل الوجوب حطت ، وفي الوجه الاول شرط الهبة بعد الوجوب .

باع فرساً على ان يؤدي اليه الثمن في بلد آخر ، فسد البيع ، لأنه شرط اجلاً مجهولاً - هذا اذا كان الثمن حالاً ، فإن باع بألف الى شهر على ان يؤديه الثمن اليه في بلد آخر ، جاز البيع بألف الى شهر ويطل شرط الايفاء في بلد آخر لأنه باع بألف الى اجل معلوم . وانما ذكر الايفاء في بلد آخر لتعيين مكان الايفاء ، وتعيين مكان الايفاء فيما لا حمل له ولا موهنة لا يصح . وان كان شيئاً له حمل وموهنة بصح تعيين مكان الايفاء ، ويجوز البيع ايضاً .

باع ارضاً على ان فيها كذا نخلة ، فوجدها المشتري ناقصة ، جاز البيع ويخير المشتري ان شاء اخذها بكل الثمن ، وان شاء ترك ، لان الشجر يدخل في بيع

الارض تبعا فلا يكون له قسط من الثمن . وكذا لو باع دارا على ان فيها كذا وكذا بيتا ، فوجدها المشتري ناقصة جاز البيع ويخير المشتري على عذا الوجه . ولو باع ارضا على ان فيها كذا وكذا نخلة عليها ثمارها ، فباع الكل بئاراها ، وكان فيها نخلة غير مثمرة فسد البيع ، لأن الثمر له قسط من الثمن فإن كانت الواحدة غير مثمرة لم يدخل المردوم في البيع وصارت حصة الباقي مجهولة ، فيكون هذا ابتداء العقد في الباقي بثمن مجهول ، فيفسد البيع . كما لو باع شاة مذبوحة ، فإذا رجلها من الفخذ مقطوعة ، فسد البيع ، لأن الفخذ له قسط من الثمن فإذا لم تجب حصة الفخذ من الثمن صار ثمن الباقي مجهولا فيفسد البيع .

باع ثوبا على انه مصبوغ بالمصفر ، فإذا هو ابيض ، جاز البيع ويخير المشتري كما لو باع دارا على ان فيها بناء فإذا لا بناء فيها ، جاز البيع ويخير المشتري - بخلاف ما لو اشترى ثوبا على انه ابيض فإذا هو مصبوغ بالمصفر ، كان فاسداً لأن الصبغ لم يدخل في البيع فلا يسلمه البايع مع الصبغ فيقتان في المنازعة فيفسد البيع . كما لو باع دارا على ان لا بناء فيها فإذا فيها بناء ، فسد البيع لأنه بفضي الى المنازعة لما قلنا وكذلك لو باع ثوبا على انه مصبوغ بالمصفر ، فإذا هو مصبوغ بالزعفران ، فسد البيع اذا اشترى صكراً باسماء على ان سده الف ، فإذا هو الف ومائة ، سلم الثوب للمشتري ، لأن هذا زيادة وصف بمنزلة زيادة الدرعا . ولو اشترى على انه سداسي ، فإذا هو خماسي ، فخير المشتري ان شاء اخذ بجميع الثمن وان شاء ترك ، لأن هذا اختلاف نوع لا اختلاف جنس ، فلا يفسد البيع ، وانما يخير ، لأنه وجد دون ما شرط . ولو اشترى ثوبا على انه وداري ، فإذا هو زوننجي ، بطل البيع لأن الجنس مختلف فيبطل البيع . ولو باع ثوبا على انه خز فإذا هو لحته خز وسده قطن ، جاز البيع ، لأن السدي تبع للحمة .

اشترى سويقاً على ان البايع لته بمن من السمن ، وتقابضا والمشتري ينظر اليه ، فظهر انه لته بنصف من ، جاز البيع ولا خيار للمشتري ، لأن هذا مما يعرف بالعيان ، فإذا عابته انتفى الفرور . وهو كما لو اشترى صابوناً على انه منخذ من كذا جرة من الدهن ، ثم ظهر انه اتخذ من اقل من ذلك والمشتري كان ينظر الى الصابون وقت الشراء . وكذا لو اشترى قهصاً على انه اتخذ من عشرة اذرع

وهو ينظر اليه ، فإذا هو من تسمية ، جاز البيع ولا خيار للمشتري ، لما قلنا (الكحل من فتاوي قاضي خان)

باع فرساً بشرط ان لا يرجع عليه بالثمن اذا استحققت ، فسد البيع .
باع ارضاً بشرط انه اذا استحق وقد غرس فيها المشتري او بنى يرجع على البائع بقيمة الحادث ، ايضاً فسد .

باع داراً على ان غلتها عشرون ، فإذا هي خمسة عشر : ان اراد الكون في الماضي ، لا يفسد . وإن اراد الأول ، اي باعتبار ما يؤول ، وجعل حصولها شرطاً ، فسد . وان اطلق ولم يرد معيناً منها ، فسد ايضاً حملاً على الاستقبال .
بعت الدار الخارجة على ان تجعل لي طريقاً منها الى الداخلة ، فسد . ولو قال الآتية بقها الى الداخلة ، صح وله قدر عرض الباب ، اي عرض باب الدار الخارجة ، كما في الخلاصة .

باع او اشترى داراً على انه ان رضي الجيران اخذها : ان سمى الجيران ووقت ثلاثاً صح ، والا لا (بزازية)

وفيها : اشترى سمياً او حنطة على ان فيها كذا دهنًا او دقيقاً ، فسد .
وفيها : اشترى قطعاً على انه كذا ، فوجده اكثر او اقل ، او عدل زطي على انه خمسون ثوباً فوجده اقل او اكثر ، ان لم يسم ثمن كل واحد فسد في الوجهين وان سمى فسد لو زائداً ، وجاز بالخيار لو ناقصاً . وفي الفتاوي : اشترى عدلاً على انه كذا فوجده از يد ، والبائع غائب ، بعزل الزائد ويستعمل الباقي ، لأنه ملكها .

وفيها : لو باع بالنقد بكذا ، وبالنسيئة بكذا ، والى شهر بكذا ، والى شهرين بكذا فسد ا . ه .

ولو اشترى بذر النبلق على انه مروزي ، والمشتري لا يعرف ذلك ، فلما خرج الدود ظهر انه غير مروزي ، وبين المروزي وغير المروزي تفاوت فاحش ، كان على البائع رد الثمن وعلى المشتري رد مثل ما قبض . وهو كما لو اشترى بذر البطيخ فزرعه فوجده بذر القثاء ، كان على البائع رد الثمن وعلى المشتري رد مثل ما قبض .

ولو باع داراً على ان يتخذها مسجداً للمسلمين ، فسد البيع ، وكذا لو باع على ان يتصدق به على الفقراء ، لأن المسجد يخرج عن ملكه الى الله تعالى . وكذا لو باع بشرط ان يجعلها سقاية او مقبرة للمسلمين فسد البيع (حانية) .

وفيها : باع سفل داره على ان يكون له حق قرار العلو عليه ، جاز (ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى في القسمة) وكذا لو باع رجل رقة الطريق على ان يكون للبايع حق المرور فيه ، جاز .

وفي التارخانية : رجل له على رجل دينار فاشترى منه ثوباً بدينار على ان لا يجعله قصاصاً بما عليه ، كان البيع فاسداً اه .

وفيها : وفي فتاوي ما وراء النهر سئل عن قال لا خربت منك هذه الجارية على انك ان بعها بالبرج فالبرج بيننا نصفان ، قال : البيع فاسد وان وطأها على هذا فلا عقر عليه .

ولو اشترى شيئاً على ان يبيعه من البايع ، فالشراء فاسد . ولو اشترى ثمرأ على ان يجذبه البايع فالشراء فاسد (خلاصة)

وفيها : لو اشترى عصفراً على ان يصبغ الثوب به ثم يعطي ثمنه ، او عبداً على ان يبيعه ويعطي الثمن ، فالبيع فاسد اه .

وفيها : رجل اشترى ارضاً على ان خراجها على البايع ، البيع فاسد اه . وفيها اشترى ارضاً على ان خراجها ثلاثة دراهم ، ثم ظهر انه اربعة ، او قال اربعة ثم ظهر انه ثلاثة ، البيع فاسد لأنه باع بشرط ان يجب على المشتري خراج ارض اخرى معنى ، وهذا اذا علم ذلك ، فإن لم يعلم فالبيع جائز والمشتري بالخيار : ان شاء قبلها بخراجها كله ، وان شاء ترك اه .

❖ الفصل الخامس ❖

« في اقالة البيع »

الاقالة رفع العقد وازالته . وحكمها انها بيعٌ مطلقاً ان وقعت بلفظ البيع ،
وفسخٌ كذلك ان وقعت بلفظ المفاسخة والمشاركة او التراد ، كما في
الدر المختار والفتح والبحر . واما اذا كانت بلفظ الاقالة ، ففسخ في حق المتعاقدين
مطلقاً ، اية قبل القبض وبعده . فلو تعذر جعلها فسخاً بأن ولدت المبيعة بعد
القبض ، او هلك المبيع ، تبطل الاقالة و يبقى المبيع على حاله . وبيع جديد في
حق ثالث مطلقاً اذا كان المبيع عقاراً ، وبعده القبض اذا كان منقولاً . اما اذا
كان منقولاً والاقالة قبل قبض المبيع فهو فسخٌ ايضاً في حق الثالث لعدم امكان
اعتبارها بيعاً ، لأن بيع المنقول قبل قبضه لا يصح ، هذا مذهب الإمام الاعظم
رحمه الله تعالى وعليه مشيت المتون ، وقال العلامة قاسم في تصحيحه أنه الصحيح ،
ولهذا اقتصرنا عليه روماً لعدم التطويل . ثم ان كونه فسخاً في حق المتعاقدين قد
خصه الإمام الزلمي في شرح الكنز فيما هو من موجبات عقد البيع ، اي احكامه
التي تثبت بنفس العقد من غير شرطه . اما فيما وجب بشرط زائد ، فالاقالة فيه
تعتبر بيعاً جديداً في حق المتعاقدين ايضاً ، كما اذا اشترى بدينه الموءجل عيناً قبل
حلول الاجل ، تم تقايلاً ، صار الدين حالاً كأنه باعه منه ، ولو كان فسخاً لعاد
الدين موءجلاً - وكما اذا ادعاه رجلٌ بعد الاقالة ، وشهد المشتري بذلك ، لم
تقبل ، كأنه هو الذي باعه ثم شهد انه لغيره ، ولو كانت فسخاً لقبيلت ، الا ترى
ان المشتري لو رد المبيع بعيب بقضاء وادعى المبيع آخرٌ وشهد المشتري بذلك ،
تقبل شهادته اذ بالفسخ عاد ملكه القديم فلم يكن متلقياً من جهة المشتري ، لكونه

فسخاً من كل وجه . وكذا لو باع عبداً بطعام بغير عينه وقبض ، ثم تقابلاً ، لا يتعين الطعام المقبوض للرد ، كأنه باعه من البائع بطعام غير معين . وكذا لو قبض اردي من الثمن الأول او اجود منه ، يجب رد مثل المشروط في البيع الأول كأنه باعه من البائع بمثل الثمن الأول . ولو كان الفسخ بخيار روية او شرط او ببيع بقضاء يجب رد المقبوض اجمالاً ، لأنه فسخ من كل وجه بخلاف الاقالة (زبلي بقليل اختصار ، وتبعه على ذلك اكثر الشراح كالبحر والنهر وغيرهما وذكره الغزي التمرناشي في متنه تنوير الابصار) وفي الدر المختار عن الخانية : لو شري بدينه الموجل عيناً ثم تقابلاً ، لم بعد الأجل فيصير دينه حالاً كأنه باعه . ولورده بخيار بقضاء عاد الأجل ، لأنه فسخ . ولو كان به كفيل لم تعد الكفالة فيها او مثله في البحر والنهر . فأنت ترى ان عدم عود الكفالة في الاقالة لا لكونها بيعاً جديداً في حق العاقدين لما سمعت من انها لا تعود بعد الرد بخيار بقضاء مع انه فسخ من كل وجه ، على ان الكفيل ثالث بالنسبة الى المتبايعين فالأقالة في حقه بيع جديد قطعاً ، فافهم .

قال الامام الزبلي : ثم فائدة كون الاقالة فسخاً في حق المتعاقدين تظهر في خمس مسائل : احدها : انه يجب على البائع رد الثمن الأول وما سمي بخلافه يكون باطلاً . والثانية : ان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ، ولو كانت بيعاً في حقهما لفسدت . والثالثة : اذا تقابلا ولم يرد البائع المبيع حتى باعه من المشتري ثانياً ، جاز ، ولو كانت بيعاً لفسد لكونه باعه قبل القبض . ولو باعه من غير المشتري لم يجوز لأنه بيع جديد في حق غيرها . والرابعة : اذا وهب المبيع من المشتري بعد الاقالة قبل القبض ، جازت الهبة ، ولو كانت بيعاً لانفسخ لأن البيع بنفسخ بهية المبيع للبائع قبل القبض ، اي واذا انفسخ تبطل الهبة لأن الموهوب ملك الموهوب له والخامسة : لو كان المبيع مكيلاً او موزوناً وقد باعه منه بالكيل والوزن ، ثم تقابلاً واسترد المبيع من غير ان يعيد الكيل والوزن ، جاز قبضه .

وتظهر فائدة كونها بيعاً جديداً في حق غير المتعاقدين في خمس مسائل : احدها : لو كان المبيع عقاراً فسلم الشفع الشفعة ، ثم تقابلاً ، يقضي له بالشفعة لكونها بيعاً جديداً في حقه ، كأنه اشتراه منه ثانياً والثانية : اذا باع المشتري

البيع من آخر ، ثم تقابلا ، ثم اطلع على عيب كان في يد البايع فأراد ان يرده على البايع ، ليس له ذلك لأنه يبيع في حقه ، فكأنه اشتراه من المشتري . والثالثة : اذا اشترى شيئاً قبضه ولم يتقد الثمن حتى باعه من آخر ، ثم تقابلا وعاد الى المشتري فاشتره منه قبل قد ثمنه بأقل من الثمن الأول ، جاز وكان في حق البايع الاول كالمملوك بشراء جديد من المشتري الثاني . والرابعة : اذا كانت البيع موهوباً فباعه الموهوب له ، ثم تقابلا ، ليس للواهب ان يرجع في هبته لأن الموهوب له في حق الواهب بمنزلة المشتري من المشتري منه ، يعني ان الموهوب له لما تقابل مع المشتري منه صار كالمشتري من المشتري منه فكأنه عاد اليه الموهوب بملك جديد وذلك مانع من رجوع الواهب في هبته . والخامسة : اذا اشترى بمروض التجارة عبداً للخدمة بعد ما حال عليها الحول فوجد به عيباً فرده بغير قضاء واسترد العروض فهلك في يده ، فإنه لا يسقط عنه الزكاة لأنه يبيع جديد في حق الثالث ، وهو الفقير ، لأن الرد بالبيع بغير قضاء اقالة . الى هنا عبارة الزبلي ، ومثله في البحر والنهر وغيرهما . زاد في مجمع الأنهر وجوب التقابض لو كان البيع السابق صرفاً . قال في الدر المختار : لأنه حق الله فألله ثالثها . وزاد في الدر المختار عن النهر الاقالة بعد الاجارة والرهن ، فالرهن والمستأجر ثالثها ، اي لو اشترى داراً فأجرها او رهنها ثم تقابل مع البايع ، ذكر في النهر اخذاً من قولهم انها بيع جديد في حق ثالث انها تتوقف على اجارة الرهن او قبضه دبه ، وعلى اجارة المستأجر (رد المختار) .

تنبية

جعل في الدرر والدر المختار من جملة المسائل التي تنفرع على كونه الاقالة فسحقاً في حق المتعاقدين بطلان الاقالة بعد ولادة الميعة ، ولم تابعها هنا لأن المقصد ذكر المسائل التي تنفرع على جعلها فسحقاً في حق المتعاقدين بعد صحتها ، لا ذكر شروط صحتها ، ولهذا قدمنا في صدر هذه المقالة انه اذا نذر جعل الاقالة فسحقاً بأن ولدت الميعة بعد القبض او هلك المبيع ، تبطل الاقالة ويبقى البيع على حاله ، فانهم .

المادة ١٩٠ * للعاقدين ان يتقابلا البيع برضاها بعد انعقاده *

لأن المقدمتها فيما كان رفته ، دفماً لحاجتها التي لها شرع البيع وغيره (فتح) وقوله « للعاقدين » أي او ورثتها او وصيها ، فقد ذكر في البحر انه لا يشترط لصحتها بقاء المتعاقدين ، فتصح اقالة الوارث والوصي ، ولا تصح اقالة الموصى له ، كما في القنية اه (رد المحتار) وشمل قوله « العاقدين » ما اذا كان احدهما وصياً او متولياً على وقف او وصياً مأذوناً ، لأن من ملك البيع ملك الاقالة غير ان هو لاهل ان تصح اقاتلهم اذا باعوا او اشتروا بمثل القيمة ، اما اذا باعوا بأكثر من القيمة او اشتروا بأقل منها فلا تصح اقاتلهم . قال في الأشباه : الأصل ان من ملك البيع ملك الاقالة ، الا في مسابيل : اشترى الوصي من مديون الميت داراً بعشرين وقيمتها خمسون ، لم تصح الاقالة . اشترى المأذون غلاماً بألف وقيمته ثلاثة آلاف ، لم تصح . والمتولي على الوقف لو آجر الوقف ثم اقال ، ولا مصلحة ، لم تجز على الوقف اه وفي جامع الفصولين : الوصي والمتولي لو باع شيئاً بأكثر من قيمته ثم اقال ، لم تجز اه — وانظر ما لو اشترى الوصي من مال اليتيم عقاراً لليتم بمثل القيمة ، هل يشترط لصحة اقالته وجود المسوخ لبيع عقار اليتيم ، لأن الاقالة بيع جديد في حق ثالث ، وهو اليتيم ؟ لم اره ، وليراجع .

واستثنى في الدر المختار من هذا الأصل ايضاً الوكيل بالشراء ، فإنه لا يملك الاقالة ايضاً بدون اذن موكله كما سيأتي في المادة (١٤٩٣) . وفيه : ان الوكيل بالشراء ليس داخلياً في هذا الأصل لأنه ما ملك البيع ، وانما ملك الشراء ، فلا استثناء — الا ان يكون المراد ان من ملك البيع او الشراء ، تأمل . وهذا بخلاف الوكيل بالبيع فان اقالته صحيحة سواء كانت قبل قبض الثمن او بعده ، كما حققه في رد المحتار واعتمده هذه المحلة في المادة (١٥٠٥) الا انه بضمن الثمن لموكله ويكون المبيع له . واستظهر في رد المحتار ان اقالة الوصي والمتولي البيع لهما اذا باعا بأكثر من القيمة تصح عليها ، وبضمنان الثمن للصغير . والوقف كالوكيل ،

لأن اقالتها بيعٌ جديد في حق ثالث ، وهو الصغير ، والوقف والشراء متى وجد
نفاذاً لا يتوقف . وعلى هذا لم يبق من المستثنيات الا المأذون . لكن صريح عبارة
الأشبهاء وجامع الفصولين ان اقالتهما لا تصح ، فتأمل . وقوله « يرضاهما » تصریحٌ
بأنه يشترط لصحة الاقالة رضی المتعاقدين ، وبه صرح في الدر المختار . قال
محمديه الطحطاوي : وانما اشترط رضاهما لأن الكلام في دفع عقد لازم . واما
رفع ما ليس بلازم ، فلن له الخيار الفسخ ، يعلم صاحبه ، لا يرضاه ، افاده المصنف
واعترض بأن الاقالة تكون بعد عقد فاسد ، كما في الدر المختار . ويشير الى ذلك
قوله « بعد انعقاده » فإنه يشمل البيع الفاسد ، لأنه يبيع منمقد . وقد صرحوا ان
الفاسد يجب فسخه على كل منهما بدون رضی الآخر ، واجيب ان رضی العاقدين
شرطٌ لصحة الاقالة اذا كانت بلفظ الاقالة لتكون فسخاً في حق المتعاقدين ، يباعاً
جديداً في حق غيرهما ، وان كان احدهما يتفرد بالفسخ المحض (افاده ابو السعود
في حاشيته على مسكين) .

❁ ثمة ❁

يشترط أيضاً لصحة الاقالة بقاء المحل القابل للفسخ كما تشير اليه المادة (١٩٤)
وسياً في توضيح ذلك في شرحها ، وقبض بدلي الصرف في اقالة عقد الصرف كما
تقدم ، وان لا يهب البايع الثمن للمشتري فيما اذا كان المشتري صيباً مأذوناً قبل
قبض البايع الثمن منه ، كما في الدر المختار ، فلو وهبه لم تصح ، لأنها لو صحت
الاقالة حينئذ كان تبرعاً بالبيع للبايع ، ولا يقدر على الرجوع عليه بالثمن ، لأنه
لم يصل الى البايع منه شيء ، وهو ليس من اهل التبرع . اما بعد القبض فيرجع
المأذون عليه بالثمن لو صوله ليده فلم يكن متبرعاً ، فصحت الاقالة ، ويرجع على
البايع بعدها بقدر الموهوب له ، فيكون الواصل اليه قدر الثمن مرتين ، الموهوب
وقدره . وقاس الحلبي على المأذون وصي اليتيم ومتولي الوقف نظراً للصغير
والوقف ، فيجوز فيها حكمه (رد المختار عن الطحطاوي) .

المادة ١٩١ - * الاقالة كالبيع تكون بالايجاب والقبول
مثلاً لو قال احد العاقدين اقلت البيع او فسخته وقال الآخر قلت
او قال احدهما للآخر اقلني البيع فقال الآخر قد فعلت صحت
الاقالة وينسخ البيع *

فيشترط فيهما في الاقالة ما يشترط فيهما في البيع من سماع كل من المتقابلين
كلام الآخر ، وان لا يقرن الايجاب بما يبطله . ويشترط لصحة القبول حياة
الموجب ، وهكذا الي آخر ما ذكرناه في شرح المادة (١٦٧)
وقوله « اقلت البيع او فسخته » لا فرق بين اللفظين الا من حيث انه اذا
وقعت الاقالة بلفظ الاقالة يكون بيعاً جديداً في حق ثالث ، واذا وقعت بلفظ
النسخ تكون فسخاً في حق الجميع ، كما تقدم في شرح المادة السابقة . ومثل النسخ
المفاسخة والمشاركة والتراد ، كما في رد المحتار .

وقوله « او قال احدهما للآخر اقلني البيع الخ » اشار به الى اختيار مذهب
ابي يوسف من ان الاقالة كما تصح بلفظين ماضيين تصح بلفظين ، احدهما مستقبل
كاقلني البيع ، وهو الذي اعتمده في الفرر والملتقى والتنوير ، خلافاً لمحمد رحمه
الله تعالى فقال انها كالبيع لا تتمعد الا بماضيين . وجه قول ابي يوسف ان الاقالة
لا تكون الا بعد نظر وتأمل ، فلا يكون قوله اقلني مساومةً بل كان تحقيقاً للتصرف
وبه فارقت البيع ، كما في شروح الهداية ، كذا في رد المحتار .

واستفيد من قوله « الاقالة كالبيع » ان القبول فيها كما يكون بالقول يكون
بالفعل الدال على القبول كالبيع . فلو اوجب احد المتقابلين وصدر من الآخر فعل
بدل على القبول ، تمت الاقالة ، كما لو اوجب المشتري قبض البائع المبيع ، او كان
المبيع طعاماً بيده فأكله ، او دابة في يده فركبها . وكذلك لو باع ثوباً وسلمه ثم
قال للمشتري اقلت البيع فاقطعه لي قبصاً ، فإن قطعه في المجلس فهو اقالة كما في

الذخيرة والحاي (رد المختار لمخصاً)

وقوله « وينسخ البيع » اي ويجب رد مثل الثمن الاول حالاً سواء تقابلاً على مثل الثمن الاول او سكتاً عن بيانه وقت الاقالة او شرطاً غير جنسه او اكثر منه او اقل ، او شرطاً تأجيله ، فإن جميع ما شرطاه من خلاف الجنس او الزيادة او النقص او تأجيل الثمن يبطل ويجب بالاقالة رد الثمن الأول حالاً لا غير ، حتى لو دفع البايغ اكثر من الثمن الأول كان له الرجوع بالزيادة ، وكذا لو دفع الأقل كان للمشتري ان يرجع عليه بما بقي من الثمن الأول الا اذا كان المبيع تعيب عند المشتري قبل الاقالة فصح حينئذ بأقل من الثمن الاول اذا كان النقصان بقدر العيب . واما لو كان از يد او انقص فإنه بنقص بقدر العيب ويرجع بالباقي على ما استظهره في رد المختار ، وفيه نظر . واستظهر ايضاً انه لو زال العيب بعد الاقالة يرجع المشتري على البايغ بنقصان الثمن الذي اسقطه من الثمن الأول ، وهذا كله اذا كان الثمن غير مقبوض ، او كان مقبوضاً وهو عين المسمى اما لو كان ما قبضه البايغ غير المسمى كما اذا كانت الثمن عشرة دنانير فدفع اليه دراهم ، او كان الثمن دراهم معلومة فدفع اردي منها او اجيد ، او كان الثمن ذهباً فدفع عنه حنطة ، حينئذ ينظر : ان كان الفسخ بلفظ الاقالة وجب رد المشروط بعين الثمن المسمى اولاً ولا عبرة للمقبوض ، لأن هذا ليس من مقتضيات العقد بل هو امر زائد عنه ، فتكون الاقالة فيه بيعاً جديداً في حق المتعاقدين ايضاً . فكان المشتري باعه بالثمن الأول ، فلا يجب الا هو . ولهذا قال الزيلعي كما قدمناه عنه في شرح قوله « الفصل الخامس الخ » انه لو قبض اردي من الثمن الأول او اجيد منه يجب رد مثل اه ونظيره ما نقله في رد المختار عن الفتح : ولو كانت الثمن عشرة دنانير فدفع اليه دراهم ثم تقابلاً ، وقد رخصت الدنانير ، رجع بالدنانير لا بما دفع اه واما اذا كان الفسخ بلفظه او بلفظ المفاسخة او المتاركة او التراد ، فلا يجب الا رد المقبوض لأنها حينئذ تكون فسخاً محضاً ، كما اذا انسخ بخيار روية او شرط او ببيع بقضاء فإنه يجب رد مثل المقبوض اجمالاً . قالوا : لأنه فسخ من كل وجه ، كما في المنع وغيره . وعلى هذا يحمل ما في معين المفتي لصاحب التنوير : اشترى كرماً بالذهب ودفع مكانه حنطة ثم فاسخها البيع له ان

يطلب الخطة اه والحاصل انه في المفاصلة يكون المراد بالثمن الأول هو المقبوض وفي الاقالة يكون هو المسمى ، لأنها تكون بيعاً في حق المتعاقدين ، لما ذكرنا . يرشد الى ذلك قول صاحب الفتح « ثم تقابلاً » وقول معين المقي « تفاسخاً » وبهذا ظهر ما في عبارة الفاضل ابن عابدين في رد المحتار من التدافع ووقوعه فيما اعترض به على الشارح ، فليراجع ، والله سبحانه الموفق .

المادة ١٩٢ - * الاقالة بالتعاطي القائم مقام الايجاب والقبول صحيحة *

ولو كان التعاطي من احد الجانبين كالبيع هو الصحيح (بزازية . كذا في الدر المختار) وعبارة الزازية هكذا : قبض الطعام المشتري وسلم بعض الثمن ، ثم قال بعد ايام ان الثمن غال ، فرد البايع بعض الثمن المقبوض ، فمن قال البيع بنقصد بالتعاطي من احد الجانبين جعله اقالة ، وهو الصحيح اه ومثله في الخانية . كذا في رد المحتار بقليل اختصار . وحيث كانت الاقالة كالبيع فلا بد من مراجعة شرح المادة (١٢٥) .

المادة ١٩٣ - * يلزم اتحاد المجلس في الاقالة كالبيع . يعني

انه يلزم ان يوجد القبول في مجلس الايجاب . واما اذا قال احد العاقدين اقلت البيع وقبل ان يقبل الآخر انفض المجلس او صدر من احدهما فعل او قول يدل على الاعراض تم قبل الآخر لا يعتبر قبوله ولا يفيد شيئاً حينئذ . *

« قوله يلزم اتحاد المجلس » اي حقيقة كما مثل ، او حكماً ، كما اذا كان الايجاب بكتابة او رسالة ، فإنه يعتبر قراءة الكتاب وتبليغ الرسالة ايجاباً ، فاذا قبل بغير مجلسها فقد اتحد مجلس الايجاب والقبول حكماً . يرشد الى هذا قوله

« كالبيع » .

وقد نقل في رد المحتار عن غاية البيان : وقال شمس الأئمة السرخسي في كتاب النكاح من مبسوطه ، كما يتعد النكاح بالكتابة يتعد البيع وسائر التصرفات بالكتابة ايضاً .
وفي الهداية : والكتاب كالخطاب ، وكذا الارسال ، حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتابة واداء الرسالة اه .

وفي النزاهة : وتجاوز الاقالة بالرسالة فإذا فسخ قبل الاشتغال بعمل آخر ، يصح ولا يصدق على الفسخ الا بالينة اه . قال الطحطاوي : ومما يتفرع على اشتراط اتحاد المجلس ما في الفتنية : جاء الدلال بالثمن الى البايع بعد ما باعه بالأمر المطلق ، فقال البايع لا ادفعه بهذا الثمن ، فأخبر به المشتري فقال انا لا ارده ايضاً ، لا يفسخ لعدم اتحاد المجلس ، ولأن ما ذكر ايس من الفاظ الفسخ اه ومنه : اشترى حماراً ثم جاء ليرده فلم يجد البايع فأدخله في اصطبله فجاء البايع بالبيطار فبذعه ، فليس يفسخ لأن فعل البايع ، وان كان قبولاً ، ولكن يشترط فيه اتحاد المجلس اه (رد المحتار) .

المادة ١٩٤ = * يلزم ان يكون المبيع قائماً وموجوداً في يد

المشتري وقت الاقالة فلو كان المبيع قد تلف لا تصح الاقالة *

فهلاك المبيع يمنع صحتها ابتداءً وبقاءً حتى لو ابقى المبيع من يد المشتري بعد الاقالة وعجز عن تسليمه بطلت ، وكذا لو هلك بعد الاقالة يعني قبل التسليم ، لأن الاقالة رفع البيع ، ورفع البيع يقتضى قيامه ، وقيامه بقيام البيع ، وهو قد هلك اه (ابو السعود على مسكين) وهذا اذا كان البيع عيناً بدين ، فلو كان عيناً بعين ، وهو المسمى بالمقايضة ، فلو هلك أحدها تجوز الاقالة في الباقي لأن كلاً منهما مبيع وثمن ، فكان المبيع قائماً ، وعلى المشتري قيمة الهالك ان قيمياً ، ومثله ان مثلياً . وان هلكا بطلت . ومثله لو تقابلا بعد هلاك رأس مال السلم العرض ، فإنها تصح

ويضمن قيمة المالك او مثله باعتبار ان السلم في هذا كبيع المقايضة ، لان المسلم فيه وان كان ديناً حقيقة لكن له حكم العين حتى لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه (كذا في ابي السعود محشى مسكين) واما اذا كان ديناً بدين ، وهو الصرف فهلاك احد البدين فيه او كليهما لا يمنع صحة الاقالة ، لأن العقود عليه ما يفي ذمة كل من المتعاقدين ، كما في الدر المختار وحواشيه .

المادة ١٩٥ - * لو كان بعض المبيع قد تلف صححت الاقالة

في الباقي . *

لأن هلاك بعضه يمنع الاقالة بقدره ، اعتباراً للجزء بالكل (در مختار) بعض ان هلاك الكل كما منع في الكل ، فهلاك البعض يمنع في البعض . وفيه اشارة الى انه لو قابله في بعض المبيع وقبله ، صح ، وبه صرح في الحاوي سايجاني (كذا في رد المختار) وليس من هذا ما لو شري صابوناً فجف ثم تقابلا ، لقاء كل المبيع (در مختار عن الفتح) فتصح الاقالة ولبس البايع ان ينقص شيئاً من الثمن لجفانه (طحطاوي) .

* مثلاً لو باع ارضه التي ملكها مع الزرع وبعد ان حصد المشتري الزرع تقابلا البيع صححت الاقالة في حق الارض بقدر حصتها من الثمن المسمى *

المراد بمصداق المشتري الزرع ان يقطعه قبيل ادراكه . اما اذا ادرك الزرع في يد المشتري فلا تجوز الاقالة ، كما في الدر المختار وغيره . قال في رد المختار : لأن العقد انما ورد على التفصيل دون الحنطة (بجر عن القنية) اي والحنطة زيادة منفصلة متولدة ، وهي مانعة من جواز الاقالة ، كما في جامع الفصولين اه او ان المراد ان الزرع كان مدر كماً قبل البيع ، فيكون الحنطة مقصودة في البيع او ان الزرع قد ادرك بعد البيع قبل ان يقبضه المشتري مع الارض ، لأن الحنطة

حينئذ تكون زيادة منفصلة متولدة ، وهي قبل القبض لا تمنع صحة الاقالة ، كما في جامع الفصولين وغيره . والحاصل انه اذا اشترى ارضاً مزروعة مع زرعها ، ثم استهلك المشتري الزرع او هلك بنفسه او استهلكه اجنبي ، ثم تقابلاً ، فإن كانت المقابلة قبل ادراك الزرع اي نصح الخطة فيه ، فالاقالة في بعض المبيع - وهي الارض - بمحصتها من الثمن صحيحة ، وان كانت بعد ادراك الزرع ، فإن كانت ادراك الزرع قد حصل في يد الباع قبل القبض ، فالاقالة في الارض ايضاً صحيحة . وان كان حصل في يد المشتري بعد القبض ، فالاقالة لا تصح ، لما تقرر من ان الزيادة المنفصلة المتولدة تمنع صحة الاقالة بعد القبض لا قبله . ولا منافاة بين هذه المادة وبين ما في الخلاصة ونصها : « باع كرمًا وسله فأكل مشتريه نزله يعني ثمره سنة ثم تقابلاً ، لم تصح . وكذا اذا هلكت الزيادة المتصلة او المنفصلة او استهلكها اجنبي » لأن عبارة الخلاصة وان كانت مطلقة الا انها مقيدة بما اذا كانت الزيادة المذكورة قد حصلت بعد القبض ، كما نقله في رد المحتار عن العلامة الرملي ، لأنها اي الزيادة بعد القبض تمنع صحة الاقالة لا قبله ، كما تقدم عن جامع الفصولين ، ومثله في كثير من المعتمدين . وبهذا التقييد ايضاً تندفع المناقاة بين عبارة الخلاصة المذكورة وبين ما في التتارخانية كما في رد المحتار ونصها : « لو اشترى ارضاً فيها نخل فأكل الثمر ثم تقابلاً ، قالوا انها تصح الاقالة . ومعناه على قيمته الا ان يرضى الباع ان يأخذها كذلك »

ثم ان التقييد بالزرع اتفاقي . فلو كان مكان الزرع اشجار قد نص على بيعها مع الارض ، كما هو موضوع المسئلة ، وقد قطعها المشتري ثم تقابلاً ، فإن الاقالة تصح في الارض بمحصتها من الثمن كالاقالة بعد حصاد الزرع . وهذا بخلاف ما اذا لم ينص على بيعها بأن اشترى ارضاً مشجرة فدخلت الاشجار تبعاً ، فانه لو قطعها المشتري ثم تقابلاً نصح الاقالة ويلزم جميع الثمن ولا شيء للبائع من ارض الشجر ، اي قيمته ، ان كان عالماً بقطع الشجر وقت الاقالة . وإن غير عالم ختير بين الأخذ بجميع الثمن او الترك . وهذا على ما في التنوير وشرحه الدر المختار عن القنية . قال في حاشية رد المحتار : الفرق بين الشجر والزرع ان الشجر يدخل في بيع الارض تبعاً ، بخلاف الزرع ، كما في البحر . اي الزرع لا يدخل في بيع الارض

الآ اذا نص عليه ، فيكون بعض المبيع ، فله حصة من الثمن ، بخلاف الشجراه اي فإنه يدخل تبعاً بلا تنصيص . لكن لو نص عليه ايضاً كما هو العادة في بلادنا لكان مثل الزرع كما قررناه آنفاً . على انه قد ذكر في رد المحتار ان صاحب البحر بعد ما نقل ما تقدم عن القنية ، قال : ورق ، اي صاحب القنية ، بوقم آخر ان الاشجار لا تسلم للمشتري . وللبايع اخذ قيمتها منه ، لأنها موجودة وقت البيع . بخلاف الارش ، اي ارش يد العبد ، فإنه لم يدخل في البيع اصلاً لا قصداً ولا ضمناً اه قال الخير الرملي : وعليه فكل شيء موجود وقت البيع ، للبايع اخذ قيمته ، دخل ضمناً او قصداً . وكل شيء لم يدخل اصلاً لا قصداً ولا ضمناً ، ليس للبايع اخذ قيمته . وبنيني ترجيح هذا لما فيه من دفع الضرر عنه اه فعلى هذا لا فرق بين الزرع والشجر اصلاً .

* تنبيه *

قال في الهندية : ولو اشترى بقرة وتفاضت تقابلاً ، والبقرة بعد في يد المشتري يحلبها وبأكل لبنها ، فلا بايع ان يطلب منه مثل اللبن . ولو هلك في يد المشتري تبطل الاقالة ولا يسقط ضمان اللبن عن المشتري ، لظهور الاقالة في حق القائم دون المالك اه ويجب ان يكون معناه ان حلب المشتري اللبن وأكله كائناً بعد الاقالة قطع ، لا قبلها وبعدها . والآ كان مشكلاً لأن اللبن زيادة منفصلة متولدة ، وهي بعض القبض تمنع صحة الاقالة كما قدمناه مراراً ، فتأمل .

المادة ١٩٦ = * هلاك الثمن اي تلفه لا يكون مانعاً

من صحة الاقالة *

لأن الثمن ليس يحمل للعقد لكونه يثبت بالعقد فكان حكماً ، وهو يعقبه ، فلا يكون محلاً اه (طحطاوي عن البحر) وفي التارخانية : ويجب ان يعلم ان من شرط صحة الاقالة قيام العقد ، لكون الاقالة رفعاً للعقد ، وقيام العقد بقيام المعقود عليه لا بقيام المعقود به وهو الثمن اه حتى لو كان العقد صرفاً وقد هلك البدلان نصح

الاقالة ، لان كلا من بديه ثمن وكما في الدر المختار ، وقدمناه . قال في حاشية
رد المختار عن النهر : لأن العقود عليه الذي وجب لكل منها بئمة صاحبه
وهذا باق اه .

* فروع *

تصح اقالة الاقالة : فلو تقابلا البيع ثم تقابلاهما ، اي الاقالة ، ارتفعت وعاد
البيع . الا اقالة السلم فإنها لا تقبل الاقالة ، تكون المسلم فيه ديناً سقط ، والساقط
لا يعود (كذا في الدر المختار) بخلاف الاقالة في البيع لأنه عين فامكن عوده الى
ملك المشتري (بجر) - لو تقابلا بعد ما سلم المسلم اليه المسلم فيه ، ثم اختلفا في رأس
المال ، تحالفا لأن المسلم فيه عين قائمة وليس بدين . فالاقالة هنا تحتمل الفسخ
قصداً (كذا في سلم البحر عن النخيرة) وهذا صريح في ان اقالة الاقالة في السلم
جائزة لو بعد قبض المسلم فيه ، فيجب تقييد استثناء اقالة السلم في عبارة الدر بما
اذا كان قبل قبض المسلم فيه ، كما في رد المختار .

قال البايغ : لا آخذ الثمن فانسخ البيع ، فذكرت وذهب ، كان فسحاً (بزازية)
لوجاه المشتري للبايع وقال انه قام علي بضمن غال ، ورد عليه البايغ ما قبض
من الثمن ولكن لم يقبض ما باع ، لا تتم الاقالة (تتارخانية) اقول : هذا انما يتمشى
على القول بأنه يشترط التعاطي من الجانبين ، وقد قدمنا عن الخانية في شرح المادة
(١٩٢) ان الصحيح ان الاقالة تنعقد بالتعاطي من احد الجانبين ، فراجعه .

اشترى ابريسماً فأخذه ، ثم قال للبايع لا يصلح لمعملي فخذ وادفع الي الثمن
فأبى ، فقال تركت كذا من الثمن وادفع الي الباقي ، ففعل ، فهو اقالة وعلى البايغ
رد كل الثمن ، لا بيع مبتدء (انقرويه) .

وفيها عن الخانية : رجل اشترى حمراً وقبضه ، ثم جاء بعد ايام ورده على البايغ
فلم يقبل البايغ ، ورده وقال لا اقبل ، ثم استعمله بعد ذلك اياماً ، ثم اراد ان
يرده على المشتري ولا يرد الثمن ، كان له ذلك لأنه لما قال « لا اقبل » بطل رد
المشتري واقالته ، فلا يفسخ البيع بينهما باستعمال البايغ ، لأن الاستعمال بعد
ذلك وان كان دليلاً على الرضى الا انه دون الصريح ، فلا يطل به صريح الرد اه

قوم في السفينة وقد اشترى قومٌ من رجل منهم في السفينة اتمعةً فخيف الفرق ووقع الاتفاق على التناهي بعض الامتعة عن السفينة حتى تخف ، قال بايع الامتعة من طرح منكم المتاع الذي اشترى مني فقد اقلته البيع ، فطرحوا ، صحت الاقالة استحساناً (هندية عن الخلاصة) .

وفيها : رجل اشترى عبداً ثم ادعى انه باعه من البايع بأقل مما اشتراه قبل نقد الثمن وفسد البيع ، وادعى البايع انه اقال البيع ، كان القول قول المشتري في انكار الاقالة مع يمينه . ولو كان البايع يدعي انه اشتراه من المشتري بأقل مما باع ، والمشتري يدعي الاقالة ، يحلف كل واحد منهما ، كذا في الظهيرية ١٠١ .
وفيها : اشترى شيئاً له حمل وموثة ونقله الى موضع آخر ثم تقابلا ، فموتة الرد على البايع ١٠١ .

قوفيا : ولو باع بعد الاقالة من المشتري ، جاز . ولو باع من غيره ، لم يجوز . ولو مال البايع البيع ، ثم اقال البايع بايعه الأول ، جاز . وكذا يبعه من بايعه تجوز ، كذا في محيط السرخسي ١٠١ .

رجل اشترى لحماً او سمكاً او شيئاً يتسارع اليه الفساد ، فذهب المشتري الى بيته ليحمله ، فطال مكثه وخاف البايع ان يفسد ، كان للبايع ان يبيعه من غيره استحساناً ، والمشتري الثاني ان يشتري من البايع وان كان يعلم بذلك ، لأن البايع رضي بانفساخ البيع الأول ، والمشتري الاول كذلك ظاهراً . ثم ينظر ان كان الثمن الثاني اكثر من الثمن الأول ، كان عليه ان يصدق بالزيادة . وان كان انقص ، فالنقصان يكون من مال البايع ولا يكون على المشتري الاول (خانية) اشترى عبداً ولم يقبضه حتى قال للبايع به لنفسك ، فلو باعه جاز وانفسخ الاول . ولو قال به لي ، او به عن شئت ، او به ولم يزد عليه ، لا يصح (يزازية) وفيها : قال المشتري انه يخسر ، فقال البايع به فان خسر فعلي ، فباع فخر لا يلزمه شيء ١٠١ .

وفيها : لا يصح تعليق الاقالة بالشرط . فلو باع ثوراً من زيد ، فقال اشترته رخيصاً ، فقال زيد ان وجدت مشترياً بالزيادة فبعه منه ، فوجد فباع بأزيد ، لا يتعقد البيع الثاني لانه تعليق الاقالة لا الوكالة بالشرط ١٠١ .

رجل اشترى من آخر طعاماً على انه كره ، وكاله البايغ وقبضه المشتري ، ثم تقايلا البيع وكاله البايغ فوجده ينقص قفيزاً او يزيد قفيزاً وتصادفاه من نقصان الكيل او من زيادته ، فإن جميع الطعام مع الزيادة للبايغ ، والاقالة جائزة بجميع الثمن . وكذلك اذا اصاب الطعام ماء فابتل وزاد ، او كان رطباً فيبس وانتقص ، وتصادفان زيادته ونقصانه من ذلك ، فالاقالة جائزة والطعام كله للبايغ بجميع الثمن ولا يحيط عنه شيء بسبب النقصان . الا ان الماء ان كان افسد الطعام ولم يعلم به البايغ حتى تقايلا ، كان للبايغ الخيار : ان شاء اخذه فاعطاه كل الثمن ، وان شاء رد الاقالة ولا شيء عليه من الثمن (نتارخانية) وفي البرازية : جاء بقبالة المقار المشتري ، فأخذها البايغ وتصرف في المقار ، فاقالة .

وفي الخزانة : دفع القبالة الى البايغ وقبضه ، ليس باقالة . وكذا لو تصرف البايغ في المبيع بعد قبض القبالة وسكت المشتري ، لعدم تسليم المبيع وقبض الثمن اهـ . - قلت : والقبالة بالفتح الصك الذي يكتب فيه الدين ونحوه ، والظاهر ان ما ذكره اولاً من كون ذلك اقالة مبني على ما هو الصحيح من الاكتفاء بالتعاطي من احد الجانبين ، وهو تصرفه في المبيع بعد قبض القبالة . وما ذكره عن الخزانة مبني على انه لا بد بكونه من الجانبين ، بقريئة التعليل ، تأمل ، كذا في رد المحتار ولو اشترى عبداً بنقرة او بمصوغ وتقابضا ، ثم هلك العبد في يد المشتري ، ثم تقايلا والفضة قائمة في يد البايغ ، صحت الاقالة ، لان كل واحد منهما مبيع لثمينه بالتعيين فكان معقودا عليه ، فينبغي البيع ببقاء احدها ، وعلى البايغ رد عين الفضة ، ويسترد من المشتري قيمة العبد ، لكن ذهباً لا فضة ، لأن الاقالة وردت على قيمة العبد فلو استرد قيمته فضة والقيمة تخلف ، فتزداد او تنقص فيؤدي الى الربا . ولو كان العبد قائماً وقت الاقالة ثم هلك قبل الرد ، فعلى البايغ ان يرد الفضة ويسترد قيمة العبد ان شاء ذهباً وان شاء فضة لأن الاقالة هنا وردت على عين العبد ثم وجبت القيمة على المشتري بدلاً للعبد ، ولا ربا بين العبد وقيمته . كذا في واقعات المفتين لقدري افندي عن شرح النقابة ، ومثله في الهندية مختصراً .

باعت ضيعة مشتركة بينها وبين ابنها البائع ، واجاز الابن البيع ، ثم اقال
الام واجاز الابن الاقالة ، ثم باعتها تانياً بغير اجازته ، يجوز ولا يتوقف على
اجازته ، لأن بالاقالة يعود المبيع الي ملك العاقد لا الي ملك الموكل والمجيز
(كذا في الهندية) ومثله ايضاً في البحر عن القنية . اقول : ووجه ان الام
باجازة ابنها البيع الاول صارت وكيلة عنه فيه ، ثم صارت بالاقالة مشترياً لنفسها ،
فلذا نفذ بيعها الثاني بلا توقفه على اجازة ابنها . وقد نقل في رد المحتار عن كافي
الحاكم الشهيد الذي جمع فيه كتب ظاهر الرواية عن اثنتا الثلاثة ما يفيد ان
الوكيل البائع اذا اقال يكون مشترياً بنفسه ، وبلزمه المال للموكل مطلقاً قبل
قبض الثمن وبعده . وبما ذكرناه من توجيه عبارة الهندية والقنية يظهر خطأ من
فهم ان اقالة الام تتوقف على اجازة ابنها ، لأنها فضولية عنه ، فانهم .

تقابلا البيع في الثوب بعد ما قطعه المشتري وخاطه قبصاً ، او في الحدمد
بعد ما اتخذ سيفاً ، لا تصح الاقالة ، كن اشترى غزلاً فسجحه او حنطه فطحنها .
وهذا اذا تقابلا على ان يكون الثوب للبائع والخيطة للمشتري ، يعني يقال للمشتري
افتق الخيطة وسلم الثوب ، لما فيه من ضرر المشتري . فلورضي بكون الخيطة
للبيع بان يسلم الثوب اليه ، كذلك نقول تصح (رد المحتار عن الحاوي) وفيه
عن الخلاصة : ان ما يمنع الرد بالعيب يمنع الاقالة . وفي الخامس والعشرين من
جامع الفصولين ان الرد بالعيب يمتنع لو الزيادة متصلة لم تتولد اتفاقاً كصنع وبناء .
والمنفصلة المتولدة كولد وثمر وارش وعقر وتمنع الرد ، وكذا تمنع الفسخ بسائر
اسباب الفسخ والمنفصلة التي لم تتولد ككسب وغلة لا تمنع الرد والفسخ بسائر
اسبابه . لكن ذكر في محل آخر منه ان الزيادة المنفصلة المتولدة انما تمنع من الفسخ
لو بعد القبض لا قبله ومثله في البزازية والخلاصة والفتح وغيره .

(الباب الثاني)

في بيان المسائل المتعلقة بالمبيع وينقسم الى اربعة فصول الفصل الاول في حق شروط المبيع واوصافه

قد ذكر في البحر ان شرايط انعقاد البيع اربعة انواع : في العاقد ، وفي نفس العقد ، وفي مكانه ، وفي المعقود عليه . فشرايط العاقد اثنان : العقل والعدد ، فلا ينعقد بيع مجنون وصبي لا يعقل ، ولا وكيل من الجانبين ، الا في الاب ووصيه والقاضي والرسول من الجانبين . ولا يشترط فيه البلوغ ، فيصح بيع الصبي العاقل ، ولا النطق ولا الصحو . وشروط العقد اثنان : موافقة الايجاب للقبول ، وكونه بلفظ الماضي . وشروط مكانه واحد : وهو اتحاد المجلس . وشروط المعقود عليه ستة : كونه موجوداً ما لا متقوماً مملوكاً في نفسه ، وكون الملك للبايع فيما يبيعه لنفسه ، وكونه مقدور لتسليمه مخلصاً . فشروط الانعقاد في الثلاثة الأول ، اعني في العاقد وفي نفس العقد وفي مكانه ، قد ذكرت تصريحاً وتلويحاً في الباب الاول من هذه المجلة وسيذكر في هذا الباب بعض شروط الرابع ، اعني المعقود عليه . وسيأتي لهذه المسائل زيادة بيان في الباب السابع من كتاب البيوع .

المادة ١٩٧ * يلزم ان يكون المبيع موجوداً *
هذا احد شروط المعقود عليه الستة الآتية الذكر ، وعليه تنفرغ المادة (٢٠٥)

المادة ١٩٨ - * يلزم ان يكون المبيع مقدور التسليم *
هذا هو الشرط السادس من شروط المعقود عليه الستة ، وعليه تنفرغ المادة

(٢٠٩) والمراد بمقدور التسليم ما يمكن اخذه بلا حيلة .

لمادة ١٩٩ - * يلزم ان يكون المبيع مالاً متقوماً .

هذه المادة بينت الشرط الثاني والشرط الثالث من شروط المعقود عليه الستة المذكورة آنفاً . وعليها تنفرغ المادة (٢١٠) والمادة (٢١١) وبقي عليه من الشروط الستة المذكورة الشرط الرابع وهو كونه مملوكاً في نفسه ، فيبطل بيع ما ليس بمملوك في نفسه كالحجر والمدير وأم الولد والمكاتب ومعتق البعض والكلاء ولو في ارض مملوكة له (المادتين ١٢٤٩ و ١٢٥٢) والماء في نهر او بئر ، والصيد والخطب والحشيش قبل الاحراز (رد المحتار) وبقي ايضاً من الشروط الستة الشرط الخامس ، وهو كون الملك للبايع فيما يبيعه لنفسه ، فيبطل بيع ما ليس مملوكاً له اذا باعه لنفسه وان ملكه بعده ، الا السلم والمفصوب لو باعه الغاصب ثم ضمن قيمته . وسيدكر هذا في المادة (٣٦٥) وكانه لم يذكره هنا لأن شرط كونه موجوداً يعني عنه كاسياً في .

المادة ٢٠٠ = * يشترط ان يكون المبيع معلوماً عند

المشترى *

هذا الشرط من شرايط الصحة لا من شرايط الانقضاء . وشرايط الصحة خمسة وعشرون شرطاً ، كما في البحر ، وسيأتي ذكرها وابطاحها في الباب السابع من كتاب البيوع وانما افرد هذا الشرط بالذكر هنا لكونه من متعلقات المبيع المعقود لاجلها هذا الباب . وعلى هذه المادة تفرعت المادة (٢١٣) قال في البحر : وانما اشترط ذلك لان التسليم والتسليم واجب بالعقد وهذه الجهالة يعني الفاحشة مفضية الى المنازعة ، فيمتنع معها التسليم والتسليم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز اه . ولهذا اذا كان البيع لا يحتاج معه الى التسليم والتسليم فإنه يصح بدون معرفة قدر المبيع ووصفه . وذلك كمن اقر ان يفي يده متاع فلان غصباً او ودعماً ثم اشتراه ،

جاز وان لم يعرف مقداره ، كما في رد المحتار عن القنية . وقيد المعلومية كونها عند المشتري ، ليفيد ان جهل البايع معرفة المبيع لا تمنع صحة البيع ، كما في النزاهة . وعلى هذا نرفع ما في القنية : لك في يدي ارض خربة لا تساوي شيئاً في موضع كذا فبها مني بستة دراهم ، فقال بعتها ولم يعرفها البايع ، وهي تساوي أكثر من ذلك ، جاز ولم يكن ذلك بيع المجهول ، لأنه لما قال « لك في يدي ارض » صار كأنه قال « ارض كذا » وقال الخبير الرملي : لم يذكّر خيار الغبن للبايع ، ولا شك ان له ذلك على ما عليه الفتوى ، حيث كان الغبن فاحشاً للتفريغ . وقد اقيمت به في مثل ذلك مراراً وسيأتي في المادة (٣٢٢) التصريح بأن ليس للبايع خيار الروبة فيما لو باع رجل ما دخل في ملكه بالارث ، وكان لم يره .

المادة ٢٠١ = * بصير المبيع معلوماً ببيان احواله وصفاته

التي تميزه عن غيره *

هذه المادة مع المواد الثلاث التالية لها قد ذكرت بياناً وتوضيحاً للمراد من المادة (٢٠٠) والمراد ببيان احواله وصفاته ما ينفي الجهالة الفاحشة ، وذلك بما يخص المبيع عن انظاره ، وذلك بالاشارة اليه لو حاضراً في مجلس العقد ، والا فبيان مقداره لو من المقدرات ، كبعثك كرخطة بلدية مثلاً ، بشرط كونه في ملكه ، او بيان مكانه الخاص كبعثك ما في هذا البيت او ما في كمي ، او باضافته الى البايع كبعثك عبدي ولا عبده غيره ، او ببيان حدود ارض كما اشار الى ذلك بقوله :

* مثلاً لو باعه كذا مدماً من الخنطة الحورانية او باعه ارضاً مع

بيان حدودها صار المبيع معلوماً وصح البيع *

لأن في كل ذلك تنتفي الجهالة الفاحشة عن البيع وتبقى الجهالة البسيطة التي لا تنافي صحة البيع ، لارتفاعها بثبوت خيار الروبة . فإن خيار الروبة انما يثبت بعد صحة البيع لرفع تلك الجهالة البسيطة ، لا لرفع الفاحشة المنافية للصحة . هذا ما

حقيقه الفاضل بن عابدين في رد المختار . و اشار بقوله « مع بيان حدودها » الى ان معرفة الحدود تفني عن معرفة المقدار . ففي رد المختار عن البرازية : باعه ارضاً وذكر حدودها لا ذرعها طولاً وعرضاً ، جاز . وكذا ان لم يذكر الحدود ولم يعرفه المشتري اذا لم يقع بينهما تجاحد اه .

المادة ٢٢ - * اذا كان المبيع حاضراً في مجلس البيع تكفي الاشارة الى عينه *

لأن الاشارة ابلغ اسباب التعريف ، وجهالة قدره ووصفه بعد ذلك لا ينفي الى المنازعة ، فلا يمنع الجواز (زبلي) وهذا ما لم يكن ربوياً قوبل بمنه ويصح مجازفة ، مثل بعتك هذه الصبرة من الخنطة بهذه الصبرة منها . قال في البحر : فإنه لا يصح البيع لاحتمال الربا ، واحتماله مانع كحقيقته . وما لم يكن رأس مال سلم لو مكيلاً او موزوناً ، خلافاً لها . كما سيجيء في السلم اه (در) قال في رد المختار : فلا تكفي الاشارة اليه كما تكفي في مذروع وحيوان لأنه ربما لا يقدر على تحصيل السلم فيه فيحتاج الى رد رأس المال ، او قد ينفق بعضه ثم يجد باقيه معيباً فيرده ولا يستبدله رب السلم في مجلس الرد فيفسخ العقد في المردود ويبقى في غيره فتلزم جهالة المسلم فيه فيما بقي ، فوجب بيانه اه .

* مثلاً لو قال الباع للمشتري بعتك هذا الحيوان وقال المشتري اشتريته وهو يراه صح البيع *

قال في البحر : لأن المشار اليه مبيعاً كان او ثمتاً لا يحتاج الى معرفة قدره ووصفه . فلو قال بعتك هذه الصبرة من الخنطة او هذه الكورجة من الارز او الشاشات ، وهي مجهولة العدد ، بهذه الدراهم التي في يدك ، وهي مرئية له ، فقبل ، جاز ولزم ، لأن الباقي جهالة الوصف ، يعني القدر ، وهو لا يضر اذا لا يمنع من التسليم والتسليم اه وسياقي في شرح المادة (٢٠٨) ما اذا اجتمعت الاشارة مع التسمية

المادة ٢٠٣ = * يكفي كون المبيع معلوماً عند المشتري فلا
حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر *

قال في الخلاصة: رجلٌ قال لآخر بعتك جميع ما في هذه القرية من الدقيق
والبر والياب ، فهنا خمس مسائل ، احدهما هذه . الثانية الدار ، الثالثة البيت ،
الرابعة الصندوق ، الخامسة الجوالق . وكل وجه على وجهين : اما ان علم المشتري
بما في هذه المواضع او لم يعلم . ان علم جاز في الكل ، وان لم يعلم ، ففي القرية
والدار لا يجوز ، وفي البواقي جائزاه وفي الخانية : اذا باع داراً ولم يبين حدودها ،
جاز اذا كان المشتري يعرف حدودها ، ولا يشترط معرفة جيرانها وفي الاتقروية
عن القنية : يعني ما في يدي بكذا ، فباعه ولم يعلم البائع به ، فاذا هو جوهر للبائع
جازاه وفي الخلاصة ، اول الفصل الثالث من البيوع : رجلٌ قال لآخر : بعتك
نصبي من هذه الدار بكذا ، ان علم المشتري نصيبه ولم يعلم البائع ، جاز بعد ان يقر
البائع انه كما قال المشتري ، وان لم يعلم المشتري فعند ابي حنيفة ومحمد لا يجوز ،
علمه البائع اولاً . ولو قبضها وباع صح كالبيع الفاسد في الافضية اه وارجع ايضا
الى ما كتبه في المادة (٢٠٠) انظر الى هذه المادة مع وجازتها كم جمعت من مسائل .

المادة ٣٤ = * المبيع يتبين بتعيينه في العقد . مثلاً لو قال
البائع بعتك هذه السلعة و اشار الى سلعة موجودة في المجلس وقبل
المشتري لزم على البائع تسليم تلك السلعة بعينها *

حتى لو باع البائع المبيع من آخر يبقى على ملك المشتري الأول ، فله اخذه من
الثاني لو قائماً ، ونضمينه لو هالكاً . والظاهر ان له اخذ القائم لو كان نقد اثنى
لباعه ، والا فلا ، الا ياذنه ، تأمل (كذا في رد المختار) وفيه عن البحر : لو رهن

البايع المبيع قبل قبضه او أجره او اودعه فمات المبيع ، انسخ يبعه ولا تضمن ،
لأنه لو ضمنهم رجعوا على البايع . ولو اعاره او وهبه فمات ، او اودعه فاستعمله
المودع فمات ، فان شاء المشتري امضى البيع وضمن هو لاء ، وان شاء فسخه ، لأنه
لو ضمنهم لم يرجعوا على البايع . ولو باعه البايع فمات عند المشتري الثاني فللاول
فسخ البيع وله تضمن المشتري الثاني فيرجع بالثمن على البايع ان كان تقده اه وفي
جامع الفصولين : شراء ولم يقبضه حتى باعه البايع من آخر بأكثر فأجازة المشتري
لم يجوز ، لأنه يبيع ما لم يقبض اه

✽ وليس له ان يعطي سلعة غيرها من جنسها ✽
وهذا بخلاف الثمن اذا كان نقداً فإنه اذا اشترى بهذا الدرهم له دفع دراهم غيره
(رد المحتار) وسيأتي ابضاح ذلك في الباب الثالث من كتاب البيوع من هذه المجلة .

✽ الفصل الثاني ✽

« فيما يجوز بيعه وما لا يجوز »

المادة ٢٠٥ - ✽ بيع المعدوم باطل فيبطل بيع ثمرة لم تبرز اصلاً ✽

اي لم ينفك زهرها . وهذا اذا بيعت مقصودة . اما اذا بيعت تبعاً للبارز ،
وذلك فيما تتلاحق افراده ، فسيأتي في المادة (٢٠٧) ان يبعها صحيح . ومن
بيع المعدوم على ما في الدر المختار بيع ما سيملكه قبل ملكه له ، الا بطريق السلم .
ومنه بيع التاج اي ما سينتج من الحيوان قبل حبله ، او ينتج من نتاجه . ومنه بيع
المضامين وهو ما في ظهور الآباء كفحول الخيل والابل والحمر ونحوها من النبي .
ومنه ما سيذكره في المادة (٢٠٨) ومنه بيع علو سقط ، كما اذا كان السفلى لرجل
وعلوه ، لا خر فسقطاً ، او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه ، لم يجوز لأنه
بيع المعدوم . واما بيع حق التعلي فباطل ايضاً لانه ليس بمال ، بل هو حق متعلق
في الهواء ولبس الهواء ، مالاً يباع ، والمبيع لا بد ان يكون احدهما - بخلاف

الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً للأرض . فلو باع العلو قبل سقوطه جاز ، فإن سقط قبل القبض ، بطل البيع لهلاك المبيع قبل قبضه . كذا في الفتح . ولو كان العلو لصاحب السفل فقال بعتك علو هذا السفل بكذا ، صح ويكون سطح السفل لصاحب السفل ، والمشتري حق القرار . حتى لو انهدم العلو كان له ان يبني عليه آخر مثل الأول ، لأن السفل اسم لمبني مسقف ، فكان سطح السفل سقفاً للسفل (رد المحتار عن الخانية) .

ومن بيع المدوم ايضاً بيع ما اصله غائب ، اي ما ينبت في باطن الارض كجزر ونخل اذا كان لم ينبت او نبت ولم يعلم وجوده وقت البيع ، فاذا علم جاز وله الخيار ، اي خيار الرؤية ، وتكفي رؤية البعض عندهما ، وعليه الفتوى (در عن الجمع) وتام الكلام على هذا في حاشية رد المحتار .

ومثل المدوم بيع ماله خطر العدم . فيبطل بيع الجنين في بطن امه ، واللبن في الضرع واللؤلؤ في الصدف ، كما في الدر وحواشيه .

ومنه ما بعد معدوماً عرفاً كبيع ما في التمر من نوى وما في القطن من حب ، فإنه باطل لان النوى والحب معتبر عندما هالكاً في العرف ، فإنه يقال هذا تمر وقطن ولا يقال هذا نوى في ثمره ولا حب في قطنه (كذا في الفتح) وهذا بخلاف بيع البر في سنبله ، والباقلأ اي الغول والأرز والسمن في قشرها ، والجوز واللوز والفتق في قشرها الأول اي الأعلى ، فإنه يجوز ، لأنه يقال هذه حنطة في سنبلها وهذا لوز وفتق في قشره ، وهكذا ، ولا يقال هذه قشور فيها لوز ، ولا يذهب اليها وهم ، وعلى البائع اخراجه ، إلا اذا بيعت بما فيه . والمشتري خيار الرؤية لانه شري ما لم ير . هذا حاصل ما في الدر المختار وحاشيته رد المحتار وفيها عن الفتح : وعلى هذا يخرج الجواب عن امتناع بيع اللبن في الضرع ، واللحم والشحم في الشاة ، والآلية والاكارع والجلد فيها ، والدقيق في الخنطة ، والزيت في الزيتون ، والعصير في العنب ، ونحو ذلك ، حيث لا يجوز ، لأن كل ذلك منعدم في العرف لا يقال هذا عصير وزيت في محله ، وكذا الباقي اه ومثله بيع الصوف على ظهر الغنم كما في المتون . اقول : ومقتضاه عدم صحة بيع السنبل ، وهو التبن قبل اخراج البر منه . وهكذا القشور في الباقلأ وغيرها ، تأمل .

المادة ٢٠٦ = * الثمرة التي برزت جميعها يصح بيعها وعي على
على شجرها ، سواء كانتصالحة للاكل ام لا *

البروز بمعنى الظهور ، والمراد به انقراك الزهر عنها وانقادها ثمرة وان صغرت
(رد المختار) و اشار بقوله « جميعها » الى ان هذه المادة لبيان حكم بيع ما يبرز دفعة
واحدة لا ما تتلاحق افراده ، فافهم . قال في الفتح : لا خلاف في عدم جواز بيع
الثار قبل ان تظهر ، ولا في عدم جوازه بعد الظهور قبل بدو الصلاح بشرط الترك
ولا في جوازه قبل بدو الصلاح بشرط القلع فيما ينتفع به ، ولا في الجواز بعد
بدو الصلاح - وبدو الصلاح عندنا ان تؤمن العاعة والفساد - وانما الخلاف
بين مشايخنا ان كانت بحال لا ينتفع به في الاكل ولا في علف الدواب ، قيل لا
يجوز ، ونسبه قاضي خان لعامة مشايخنا ، والصحيح انه يجوز لأنه مال منتفع به في
ثاني الحال ان لم يكن منتفعا به في الحال اه ملخصاً .

وفي الهندية : بيع الثار قبل الظهور لا يصح اتفاقاً فان باعها بعد ان تصير
منتفعا بها يصح ، وان باعها قبل ان تصير منتفعا بها بأن لم تصلح لتناول بني آدم
وعلف الدواب ، فالصحيح انه يصح وعلى المشتري قطعها في الحال . هذا اذا باعها
مطلقاً او بشرط القطع . فإن بشرط الترك ، فسد البيع ، وهذا اذا لم يتناه عظمها .
فإن تناهى عظمها فباعها مطلقاً او بشرط القطع ، صح . وان باعها بشرط الترك ، لم
يصح قياساً عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى ، وصح استحساناً عند
محمد رحمه الله تعالى . وفي الاسرار ان الفتوى على قوله ، كذا في الكافي اه ومثله
في الهداية والملتقى وشرحه المجمع والدر المنتقى والتنوير وشرحه النخ والدر ، معللين
قول محمد بالعرف وتعامل الناس . ونقل في رد المختار عن القهستاني ما نصه : وشرط
تركها على الشجر والرضى به يفسد البيع عندهما ، وعليه الفتوى كما في النهاية . ولا
يفسد عند محمد ان بدأ صلاح بعض وقرب صلاح الباقي ، وعليه لفتوى كما في
المضمرات اه ثم قال في رد المختار : وما نقله القهستاني عن المضمرات مخالف لما في

الهداية والفتح والجر وغيرهما من حكاية الخلاف في الذي تنهى عظمه ، فإنه صريح في تنهى الصلاح لا في بدوه . وايضاً المتبادر منه صلاح الكل ، تأمل اه
اقول ما ذكره القهستاني عن المضمرات ذكر نحو في الهندية عن الخلاصة ، ونصها : لو اشترى ثمرة بد اصلاح بعضها ، وصلاح الباقي بتقارب ، وشرط الترك ، جاز عند محمد رحمه الله تعالى . وان كان بتأخر ادراك البعض تأخراً كثيراً ، فالبيع جائز فيما ادرك ، ولم يجوز في الباقي . كذا في الخلاصة اه ونحو هذا في الفصل الثاني والثلاثين من جامع الفصولين رامناً للمتقط ولختصر الكرخي . ومن تدبر عبارة الفتح السابقة رأها تفهم عين ما نقله القهستاني عن المضمرات ، فإن قوله «ولا في عدم جوازه بعد بدو الصلاح بشرط الترك» يفيدان عدم جوازه بعد بدو الصلاح بشرط الترك فيه خلاف وهو خلاف محمد رحمه الله تعالى ، والا كان حقه ان يقول «ولا في عدم جوازه قبل تنهى العظم بشرط الترك» كما لا يخفى . وقد ذكر في الفتح في توجيه قول محمد رحمه الله تعالى ما نصه : وجه قول محمد في المتناهي الاستحسان بالتعامل ، لأنهم تعارفوا التعامل كذلك فيما تنهى العظم ، فهو شرط يقتضيه العقد وهذا دعوى الشافعي رحمه الله تعالى فيما تنهى عظمه ، وما لم يتناه انه يجوز ، لأن العادة تركهم اياه الى الجذاذ ، ومحمد يقول ، مع في غير المتناهي لما فيه من اشتراط الجزء المدوم وهو الاجزاء التي تزيد بمعنى الارض والشجر الى ان يتناهى العظم ، ولا يخفى ان الوجه لا يتم في الفرق لمحمد الا بادعائه عدم العرف فيما لم يتناه عظمه ، اذا القياس عدم الصحة للشرط الذي لا يقتضيه العقد في المتناهي وغيره يخرج منه المتناهي للتعامل . فكون ما لم يتناه على اصل القياس انما يكون لعدم التعامل فيه . والجزء المدوم طرؤه . اي زيادة متولدة حدثت في ملك المشتري ليست داخلية في البيع حتى يقال ان اشتراط الترك الى ييم المدوم ، وهو الاجزاء التي تزيد ، الى ان يتناهى العظم . بوه يد هذا تعطيلهم لصحة بيع الثمرة البارزة وان لم يكن منتفعاً بها بأنه ان لم يكن منتفعاً بها في الحال ينتفع بها في المال ، فهذا تصريح بأنه لم نصح البيع فيما لا ينتفع به الا لأجل تلك الزيادة المنتظرة ، وما ذاك الا لأنها غير داخلية في البيع بل هي طارئة في ملك المشتري ، والا لفسد البيع لأنه يبيع المدوم . فقد اتضح مما ذكرناه وضح الشمس بحيث لم يبق ريب ولا لبس انه لو جر

التعامل المستفيض في بيع الثار قبل بدو صلاحها بشرط تركها حتى تنضج ، بصح البيع عند محمد رحمه الله تعالى ، لأنه صريحٌ كلام الفتح السابق . فحينئذٍ ترتفع المخالفة بين ما نقله القهستاني والهندية وجامع الفصولين من ان خلاف محمد فيما بدا صلاح بعضه وتقارب بدو صلاح الباقي ، وبين ما في أكثر الشروح من ان خلافه في المتأخر عظمه ، بحيث يحمل الثاني على ان العرف في زمن محمد رحمه الله تعالى في المتأخر عظمه ويحمل الاول على انه حدث بعده تعاملٌ فيما بدا صلاح بعضه وتقارب بدو صلاح الباقي ، فيكون ايضاً قول محمد لأن العلة تدور مع المعلوم وجوداً وعدمًا . ومما يكشف عن وجه المسئلة قناعاً ويزيد في منهجها اتساعاً المادة (١٨٨) وما قدمناه في شرحها عن رسالة العلامة بن عابدين من ان العرف الخاص معتبر وان خالف المنصوص عليه في كتب المذهب ، ما لم يخالف النص الشرعي ، يعني الكتاب والسنة والاجماع . وان العرف الخاص يشمل القديم والحادث ، وان حكم العرف يثبت على اهله خاصاً او عاماً . وعليه ، فاشتراط ترك الثار البارزة حتى تنضج ، وان كان شرطاً لا يقتضيه العقد ولا يلازمه وفيه نفع لأحد العاقدين ، لكن حيث جري به العرف الشائع في بلادنا واستفاض بين الخاص والعام كما سيأتي ذكره في شرح المادة الآتية ، فيكون معتبراً كما صرحت به تلك المادة وهي المادة (١٨٨) وعليه يكون صحة بيع الثار البارزة بشرط تركها حتى تنضج ، اتفاقية ، فليحفظ هذا فإنه من مفردات هذا الكتاب ومتأثري له نعمة في شرح المادة التالية .

المادة ٢٠٧ - * ما تتلاحق افراده يعني ان ما لا يبرز دفعة واحدة بل شيئاً بعد شيء كالفواكه والازهار والورق والخضروات اذا كان يبرز بعضها يصح بيع ما سيبرز معها يبرز تبعاً له بصفقة واحدة *
هذا ما افتي به شمس الأئمة الحلواني وحكاه عن الإمام الفضلي ، وقال : استحسن فيه لتعامل الناس ، وفي نزع الناس عن عادتهم حرج ، واجعل الموجود

اصلاً وما يحدث بعد ذلك تبعاً كما في رد المختار . وقال في الفتح : وقد رأيت رواية في نحو هذا عن محمد في بيع الورد على الأشجار ، فإن الورد متلاحق ، وجوز البيع في الكل ، وهو قول مالك رحمه الله تعالى اه وعليه عول العلامة بن عابدين في رد المختار ، وقيدته في الدر المختار تبعاً للزيلعي بما اذا كان البارز أكثر . لكن قال في رد المختار : ذكر في البحر عن الفتح ان ما نقله شمس الأئمة عن الامام الفضلي لم يقيدته عنه بكون الموجود وقت العقد أكثر ، بل قال عنه اجعل الموجود اصلاً وما يحدث بعد ذلك تبعاً اه قلت : لكن في جامع الفصولين بعد ان ذكر ما افنى به شمس الأئمة قال : ولهذا شرط اي شمس الأئمة كون الخارج أكثر من الحادث اذ الاقل تبعاً للاكثر بلا عكس اه ومثله في الاتقروية عن التارخانية ، فافهم . ثم ان الذي يظهر انه لا فرق في المبيع الذي تلاحق افراده بين ان يكون نوعاً واحداً كبير ثمار اشجار تفاح مثلاً وقد يبرز بعضها دون بعض ، او انواعاً مختلفة كبير ثمار بستان مشتمل على انواع مختلفة من التفاح والتين والرمان والكثري وغيرها ، وقد يبرز بعض تلك الانواع دون بعض ، يشير الى هذا قول المجمل « كالنواكه والازهار والورق والخضروات اذا كان يبرز بعضها » فإن النواكه جمع فاكهة وهي جنس يشمل جميع انواع الثمار ، ولا شك ان المراد ببروز بعضها بروز بعض انواعها ، اذ ليس افراد الجنس الا انواعه . وعبارة جامع الفصولين راسماً لفتاوي القاضي ظهير ، هكذا : شري ثمار بستان على ما هو المتعارف ، وبعضها خرج لا بعضها ، لم يميز في ظاهر المذهب وكان شمس الأئمة الحلواني يفتي بجوازه في الثمر والباذنجان والبطيخ وغير ذلك الخ . ثم قال راسماً لجامع الصغري : سئل بعضهم عن شري كرم ما فيه عنب والوان من الثمر بعضها مدرك لا بعضها ، قال : لو شراها جملة جاز ، ولو فيها ما لا قيمة له ، وهو اقل ، لانه يتبع الاكثر اه فإن قوله اولاً « شري ثمار بستان » ظاهر فيما قلنا ، لأن البستان غالباً يحتوي على انواع مختلفة من الثمار . وكذا قوله « شري كرم ما فيه عنب والوان من الثمر » كالصريح في ذلك . والحاصل ان اطلاق عباراتهم يفيد ان المبيع سواء كانت نوعاً واحداً من الثمار ، او انواعاً معددة وقد يبرز بعض انواعها او بعض افراد انواعها ، وكان البارز أكثر مما لم يبرز على ما في الزيلعي والفصولين والتارخانية ، او مطلقاً على ما في البحر والفتح ، يجوز

يعه على ما لفتى به شمس الأئمة الحلواني ومثت عليه هذه المجلة ، لتعامل الناس .
ومن ادعى التقييد بما اذا كان المبيع نوعاً واحداً فليبرز النص ، اذ ليس بعد النص
الا الرجوع اليه . اذا تمهد هذا مما حققناه في شرح المادة السابقة ، تعلم صحة بيع
الثار على التعامل الواقع في زماننا . وذلك انه قد جرى العرف والتعامل في بلادنا
انه عندما يبرز اكثر ثمار البساتين عندنا يبيع صاحب البستان ثمار بستانه المختلفة
الانواع من تفاح وشمش وكثري وتوت وتين وجوز ورماف وما اشبه ذلك ،
ومنها ما لم يبرز بعد ، ومنها ما بدا صلاحه او تقارب بدو صلاحه ، يبيع جميع
ذلك صفقة واحدة و بطلق البيع ، فلا يشترط القطع ولا الترك . الا ان ترك تلك
الثمار جميعها حتى تنضج ، معروف عند المتبايعين وغيرهما عرفاً شايماً . بين جميع
الناس بحيث لا يختلف فيه اثنان ، حتى انه لو علم المشتري انه يكلف للقطع لما
اشترى ما اشتراه بجزء جزئي من القبحة التي اشترى بها ، ثم كلما نضج من انواع تلك
الثمار نوع يقطعه المشتري شيئاً فشيئاً الى ان ينتهي النضج والقطع في اواسط
الخريف ، يعني في نصف شهر ايلول . وهكذا استمرت عادة الناس في بيع ثمار
بساتينهم من قديم الزمان والى الآن ، وتعارفوا على ذلك عرفاً شايماً . وتوجيه
تصحيح هذا البيع ان يتمشى بيع الثمار التي لم تبرز تبعاً للبارز على ما افتي به شمس
الأئمة الحلواني والامام الفضلي ، ومثت عليه هذه المجلة في هذه المادة اعتباراً لتعامل
الناس ، ووفقاً للعرج عنهم ، والا لزم تحريم اكل الثمار في بلادنا لو فسد البيع وفي
ذلك حرج عظيم ، لانها لا تباع الا على هذا الوجه . ويتمشى صحة بيعها مع اشتراط
تركها حتى تنضج لما تقرر من ان هذا الشرط معروف عند المتبايعين وغيرها قطعاً
وقد نطقت المادة (٤٣) ان المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، على قول محمد المفتي به
من جواز بيعها بشرط الترك اذا بدا صلاح بعضها وتقاب بدو صلاح الباقي ، بناءً
على ما في الهندية عن الخلاصة ، والقهستاني عن المصمرات ، وجامع النصولين عن
الملقط ومختصر الكرخي ، بل على قول انكل بناءً على ما ذكرناه هناك من ان شرط
ترك الثمار المبيعة حتى تنضج وان كان شرطاً لا يقتضيه المقدم ولا بلائجه وفيه نفع
لأحد العاقدين ، لكن جرى العرف به واستفاض في بلادنا فيكون معتبراً وفقاً
للادة (١٨٨) وما قدمناه في شرحها ، فاغتنر التطويل في هذه المسئلة السني طالما

كنا نعدنا من المسائل المعضلة بما تضمنه من براهين حل عقالمها وادلة كشف إشكالها ، ولولا تخرجهما على هذا المنوال لأشكل الحال وتبلبل البال ، إذ لا يمكن نزع الناس عن عادتهم المستمرة بين خاصيتهم وعامتهم ، ومعلوم أن المخرج بالنص قد اندفع ، وما ضاق امر على الناس الا اتسع . وبإحدا لوديلت هذه المادة بما قدمنا تحقيقه واحكنا نتيقه بأن يقال هكذا (بيع الثار والفواكه - واه كانت جميعها بارزة او متلاحقة بافرادها او بانواعها بشرط تركها حتى تنضج صحيح اذا كان بدا صلاح بعضها وتقارب بدو صلاح الباقي) والله سبحانه الموفق .

* نبيهات *

الأول : ان هذه المادة قد بينت حكم بيع جميع الثمر الموجود والمعدوم ، وبقي ما لو باع الموجود فقط . ولا شبهة ان البيع صحيح ايضا . لكن لو اثمرت ثمرا آخر قبل قطع المبيع ، فإن كان قبل القبض ، فسد البيع لأنه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ، فأشبهه هلاكه قبل التسليم . ولو اثمرت بعد القبض ، يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره مع يمينه لأنه في يده - وكذا في بيع الباذنجان والبطيخ اذ حدث بعد القبض خروج بعضها ، اشتركا كما ذكرناه (فتح)

الثاني : ان بيع الباذنجان والبطيخ واشباههما له حكم بيع الثمر الذي تتلاحق افراده ، يعني انه صحيح في الموجود ، وفي المعدوم تبعاً للموجود ، على ما اتفق به شمس الائمة الحلواني ومثت عليه هذه المجلة . ولفظ « الخضروات » في هذه المادة يشير الى ذلك . لكن لا يخفى ان المعدوم المنتظر حدوثه من ذلك لا يكون الا اكثر من الموجود بأضعاف ، وقد قدمنا عن جامع الفصولين وغيره ان الاكثر لا يتبع الاقل ، خلافاً لما قدمنا عن البحر تبعاً لصاحب الفتح من ان الحلواني لم يقيده بكون الموجود اكثر . والمخلص من هذه الشبهة على وجه يصح فيه البيع بدون خلاف ان يبيع تلك الخضروات من باذنجان وخيار و بطيخ ونحوهما بأصولها ، وهذا سهل ، بخلاف بيع الثار فإن البايع قد لا يرضى ببيع اشجارها معها لعزبتها ، تأمل .
الثالث : لم يذكر حكم بيع الزرع والشجر مقصوداً . قال في الدر : لا يصح بيع الزرع قبل صبرورته بقللاً لأنه ليس بمنفعة به وتابع للأرض ، فيكون كالوصف ،

فلا يجوز ايراد العقد عليه بانفراده ، وان باع على ان يتركه حتى يدرك ، لم يجوز .
وفي الهندية : باع الزرع وهو بقل ، ان باعه على ان يقطعه المشتري او يرسل فيه
دابته لتأكل جاز ، وان باع على ان يترك حتى يدرك ، لا يجوز وكذا بيع
الرطبة اه . وفي البحر عن الظهيرية . اشترى شجرة للقلع ، يؤمر بقامها
بمروقها ، وليس له حفر الارض الى انتهاء المروق ، بل بقلها على العادة ، الا ان
شرط الباع القطع على وجه الارض او يكون في القلع من الأصل مضرة للبايع
ككونها قرب حائط او برفقة طمها على وجه الأرض ، فإن قطعها او قلها فبنت
مكاتبها اخرى فالتاب للبايع ، الا اذا قطع من اعلاها فهو للمشتري اه . واما بيع
الحصة الشايعة من ثمر او زرع او شجر فسيأتي مفصلاً موضعاً في شرح المادة
(٢١٥) ان شاء الله تعالى .

الرابع : بيع ورق التوت بدون اغصانه له حكم بيع الثار كما هو صريح
هذه المادة . واما بيعه باغصانه فهو جائز ايضاً للتعامل ان يبين موضع القطع ، والا
فان كان معلوماً عرفاً صح كما في الدر المنتقى . وفي الدر المختار عن القنية : ولو باع
اوراق توت باغصانها لم تقطع قبله بسنة جاز ، وبسنتين ، لا ، لأنه يشبه موضع قطعه
عرفاً اه . وفي البحر عن الظهيرية : اشترى رطبة من البقول او قناء او شيئاً
ينمو ساعة فساعة ، لا يجوز ، كبيع الصوف . واما بيع قوائم الخلاف اي اغصان
اشجار النصفاء ، فيجوز وان كان ينمو ، لأن نموها من الاعلى بخلاف الرطبات اه
وما في الهندية وغيرها عن الفضلي من تصحيح عدم الجواز في بيع قوائم الخلاف
فقد علله بقوله : لأنه وان كالى ينمو من اعلاه فموضع القطع فيه مجهول اه .
فلو كان موضع القطع معروفاً يرتفع الخلاف .

المادة ٢٨ = * اذا باع شيئاً وبين جنسه فظهر المبيع من غير

ذلك الجنس بطل البيع . فلو باع زجاجاً على انه الماس بطل البيع *

علله في الدر والحانية بأنه بيع المدوم . ومثله ما اذا باع هذا الفص على انه

ياقوت فاذا هو زجاج ، او هذا الثوب الهروي فاذا هو مروى ، او هذا العبد فاذا هو جارية او داراً على ان بناءها آجر فاذا هو لين ، او توباً على انه مصبوغ بمصفر فاذا هو بزغفران ، او حنطة في جوالق فاذا هو دقيق ، او دقيقاً فاذا هو خبز ، وهذا الثوب القز ، فاذا لحتته من قطن . ولو كان سدها من قز ، وصح لو كان عكسه ، مع الخيار اذ اللحمه هو الأصل ، وهذا الثوب على ان ظهرته وبطانته وحشوه من كذا ، فاذا الظهارة من غير المعين ، بخلاف ما اذا كانت البطانة من غير المعين فإنه ينقد مع الخيار (كذا في المنح) وبخلاف ما اذا باع كبشاً فاذا هو نجة او حصاناً فاذا هو فرس (در مختار) ، وبخلاف ما اذا باع فصناً ليلاً على انه ياقوت احمر فظهر اصفر فإنه يصح البيع ويخبر المشتري . قال في الهداية : والفرق مبني على الأصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد رحمه الله تعالى وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا ، ففي مختلفي الجنس بتعلق العقد بالسمي ويطل لافداه ، وفي متحدي الجنس بتعلق بالمشار اليه وينقد لوجوده وبختيار لفوات الوصف ، كمن اشترى عبداً على انه خباز فاذا هو كاتب ، والذكر والانشى من بني ادم جندان للتفاوت في الاغراض ، وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها اه . قال في البحر : والأصل المذكور متفق عليه هنا ، ويجري في سائر العقود من النكاح والاجارة والصلح عن دم العمد والخلم والمتق على مال اه . ولو باع بزر بطيخ فظهر بزر قناه ، او بزر الفيلق على انه مروزي فظهر غير مروزي ، كان البيع باطلاً والمشتري رد المبيع ان قائماً واسترداد الثمن ايضاً . وان زرع بزر البطيخ ولم ينبت ، رجع بنقصانه (رد المختار)

المادة ٢٠٩ = * يبيع ما هو غير مقدور التسليم باطل كبيع سفينة غرقت لا يمكن اخراجها من البحر او حيوان ناد لا يمكن مسكه وتسليمه *

اي كظبي صيد ثم ند ولا يمكن مسكه ، او سمك اخذ ثم التى في مكان

لا يمكن اخذه الا بحيلة ، وطير مسك ثم ارسل في الهواء فلا يرجع الا بصيد جديد ، فإن بيع هذا باطل على ما هو الاظهر من الرواية كما في التنوير ، وهو اختيار شايخ بلخ . وقيل هو فاسد لكونه مملوكاً ، وفساده لعدم القدرة على التسليم . وبتفرغ على الخلاف انه لو رجعت ليد البايع وسلمها لا يعود البيع صحيحاً على القول ببطلانه ، وهو الذي مشت عليه هذه المجلة ، ولا يكون للمشتري ان يأخذه جبراً بحكم هذا البيع - و يعود صحيحاً على القول بفساده لارتفاع الفساد ويكون للمشتري اخذه جبراً بحكم البيع ، وهذا اذا لم يتفاسخا البيع قبل رجوع المبيع ليد البايع ، ونسخه احدهما او يفسخ القاضي البيع . فإن فسخ البيع بأحد الوجهين ، لا يعود صحيحاً اتفاقاً . واما اذا كان المبيع لم يدخل في ملك البايع اصلاً كبيع سمك في الماء او طير في الهواء لم يصاد ، فالبيع باطل اتفاقاً لأنه غير مملوك . وقتدنا الطير بكونه لا يرجع احترازاً عما اذا كان بطير ويرجع ، كبيع الحمام فإنه صحيح كما في البحر عن الهداية والخانية ، وكذا في الذخيرة عن المنتقى . قال في الفتح : لأن المعلوم عادة كالواقع ، وتجويز كونها لا تعود او عروض عدم عودها لا يمنع جواز البيع ، كتجويز هلاك المبيع قبل القبض ثم اذا عرض الهلاك يفسخ ، وكذا هنا اذا فرض وقوع عدم المعتاد من عودها قبل القبض ، انفسخ اه واما ما في ر : المختار عن الذخيرة : باع برج حمام فإن ليلاً جاز ، ولو نهاراً فلا ، لأن بعضه يكون خارج البيت فلا يمكن اخذه الا بالاحتيال اه ، فهو مبني على خلاف ما في الهداية والخانية والتنوير ، وكذا في الذخيرة عن المنتقى وابده في الفتح من جواز بيعه وان كان طائر لأن العادة تقضي بعوده . هذا حاصل ما في الدر المختار وحواشيه والهداية والفتح وغيره ، فافهم . قلت : وعلى هذا فالفرس ونحوها اذا نددت يجوز بيعها فإن من المعلوم عادة انها تعود لمربطها ، وكذا ظني الف وهو داجن واعتاد على الخروج ثم الرجوع الا اذا توحش بعد الالف وصار لا يؤخذ الا بصيد ، فلا يجوز بيعه ، كما لا يجوز بيع فرس عاند لا يمكن اخذه الا بحيلة كما في الهندية . واما بيع ما هو مقدور التسليم لكن في تسليمه ضرر ففسد ، كبيع جزع معين في سقف . غيرا طعين افلا ينقلب صحيحاً لأنه باطل للجباله الفاحشة . وكذراع من ثوب بضره التبويض فلو قطع ، اي او قلع الجزع وسلم قبل فسخ المشتري ، عاد صحيحاً .

ولو لم يضره القطع ، جاز لاتقاء المانع في المسئلتين ، كذا في التنوير وشرحه الدر
المختار وفي حاشية ردالمحتار عن الفتح والبحر . وأشار المصنف الى عدم جواز
بيع حلية من سيف او نصف زرع لم يدرك ، لأنه لا يمكن نسليه الا بقطع جميعه .
وكذا بيع فص خاتم مركب فيه . وكذا نصيه من ثوب مشترك من غير شريكه
يعني اذا كان يضره التبعض ، وذراع من خشبة كذلك للضرر في تسليم ذلك ،
ولا اعتبار بما التزمه من الضرر لأنه انما التزم العقد ولا ضرر فيه اه .

المادة ٢١٠ - * يبيع ما لا بعد مالا بين الناس والشراء به
باطل . مثلاً لو باع جيفة او آدمياً حراً او اشترى بها مالا
فاليق والشراء باطلان *

المراد بما لا بعد مالا بين الناس ما لم يكن مالا في سائر الاديان بقربنة قوله
« اشترى بها » لأن الضابط في تمييز الفاسد من الباطل كما في شرح مسكين على
الكتران احد العوضين اذا لم يكن مالا في دين سماوي فالبيع باطل سواء كان
مبيعا او ثمنا . فيبيع الميتة والدم والحمر باطل وكذا البيع به . وان كان في بعض
الاديان مالا دون البعض ان امكن اعتباره ثمنا فالبيع فاسد ، فيبيع الفرس بالحمر
والحمر بالفرس فاسد . وان تعين كونه مبيعا فالبيع باطل فيبيع الحمر بالدرام او
الدرام بالحمر باطل اه .

وقول المجلة « باع جيفة » اي ميتة امانت حنف انفا . ما لو ماتت بسبب غير
الدكاة كالخنثقة والموقوذة والمتردية ، ففي حق المسلم لا فرق بينها وبين الميتة
حنف انفا من حيث بطلان البيع ، لكن فيما اذا تعين كونها مبيعا كما اذا قوبلت
الخنثقة بدرام . اما اذا امكن اعتبارها ثمنا كما اذا قوبلت بعين ، يكون فاسداً
بالنظر الى العوض الآخر ، باطلاً بالنظر اليها ، على ما اقتضاه الضابط السابق . واما
في حق غير المسلم ، ففي التجنيس جملة قسماً من الصحيح لأنهم يدينونه ولم يحك
فيه خلافاً ، وجزم في الذخيرة بفساده ، وجعله في البحر من اختلاف الروايتين .

وأما البطلان فلا قائل به . ثم انه يستثنى من الميتة السمك والجراد ، فيعدهما صحيح والمراد من الدم المسفوح ، فجاز بيع الكبد والطحال . ومما لا يعد بين الناس مالاً فيبطل بيعه التراب القليل ما دام في محله ، أما اذا عرض له بالنقل ما يصير به مالاً معتبراً فيصح ، ومثله الماء . ومنه أيضاً نحوه حنطة والمذرة الخالصة ، بخلاف المخلوطة بتراب فانه يجوز بيعها كسرقين . هذا حاصل ما في الدر المختار وحاشيته رد المختار والطحاوي .

المادة ٢١١ = * بيع غير المتقوم من المال باطل *

يحمل ان يكون المراد بالمال غير المتقوم هنا معناه الشرعي ، وهو ما لا يباح الانتفاع به شرعاً كخمر وخنزير وميتة لم تمت حتف انقضاء بل بالحنق ونحوه وعليه فقوله « باطل » اي في حق المسلم فقط ، اما في حق غيره ففي بيع الميتة بسبب غير الذكاة اختلاف الرواية ، في رواية صحيح ، وفي اخرى فاسد كما تقدم . وفي الخمر والخنزير الظاهر انه لا خلاف في صحته لما ذكره من ان اهل الذمة لا يتمتعون من بيع الخمر والخنزير لاعتقادهم حلها وتمولها وقد أمرنا بتركهم وما يدينون . والتقييد بالخمر لا يخرج ما سواها من الاشربة المحرمة . فإن بيعها جائز عنده خلافاً لها . وتقييد الميتة بما لم تمت حتف انقضاء المبيته حتف انقضاء ، فإن بيعها باطل عند الكل لأنها ليست بمال في سائر الاديان كما تقدم في شرح المادة السابقة . هذا حاصل ما في الدر المختار وحواشيه .

ويحمل ان يكون المراد به معناه العرفي ، وهو ما لم يكن محرراً كسبائك لم يصد وكلاً لم يحرز وماء في بئر او نهر . وعلى هذا فقوله « باطل » اي مطلقاً في حق المسلم وغيره . واطلاق قوله « باطل » يؤيد الاحتمال الثاني . وذكر هذه المادة عقب سابقتها يؤيد الاحتمال الاول ، كما لا يخفى على من تأمل . وكون غير المتقدم من المال له معنى عرفي ومعنى شرعي نقله في رد المختار عن ابن كمال حيث قال : المتقدم على ما ذكر في التلويح ضربان : عرفي ، وهو بالاجراز ، فغير المحرز كالصيد والحشيش ليس بمتقوم ، وشرعي وهو بإباحة الانتفاع به وهو المراد

بالتقوم المنتفي هنا ، وقوله هنا ، اي في عبارة التثوير واكثر المعترات ، لأنهم
مثلوا لغير المتقوم بالخمر والخنزير والميتة التي لم تمت حتف اتقا . على ان المذكور في
- عامة كتب المذهب ان بطلان بيع سمك لم يصد وكلاء لم يجرز وما في نهر او نهر
لكونه غير مملوك ، لا لكونه غير متقوم . ثم اعلم ان غير المتقوم من المال ان يبيع
بدين كدرام ودنانير ومكيل وموزون ، يكون البيع باطلاً في الجانبين ، يعني
في المبيع والتمن ، فلا يملك البدلان بالقبض . وان يبيع بعرض يبطل البيع بغير
المتقوم ، وهو الخمر ، ويفسد بالعرض فيملك الثاني بالقبض . وذلك لأن المبيع هو
الأصل ، وليس هو محلاً للتملك ، فبطل فيه ، فكذا في الثمن . بخلاف ما اذا كان
التمن عرضاً فانه مبيع من وجه مقصود بالتملك ولكن فسدت السمية فوجب قيمته
دون الخمر المسمى ، كذا في الدر وحاشيته رد المحتار . وفيها عن البحر : والحاصل ان
بيع الخمر باطل مطلقاً ، وانما الكلام فيما قابله فان دينا كان باطلاً ايضاً ، وان
عرضاً كان فاسداً . ثم قال : وقيدنا بالمسلم لأن اهل القمة لا يمنون من بيعها
لاعتقادهم الحل والتحول ، وقد أمرنا بتركهم وما يدينون ، كذا في البدائم اه ملخصاً
وظاهره الحكم بصحة بيعها فيما بينهم ، ولو بيعت بالتمن . ويشهد له فروع ذكرها
بعده اه والظاهر ان مثل الخمر ، الخنزير في جميع ما تقدم كما يفهم من الجوهره
النيرة على القدوري .

المادة ٢١٢ = * الشراء بغير المتقوم من المال فاسد *

فلو اشترى فرساً بخمر يكون شراء الفرس فاسداً ، ولا فرق في ذلك بين ان
تدخل الباء على الخمر او على الفرس لأنه امكن جعل الخمر ثمناً فيبطل بيعه ويفسد
بيع مقابله ، وهذا لأن الخمر مال في بعض الاديان دون بعض ، حتى لو لم يمكن
جعله ثمناً بأن كان المشتري بالخمر مكيبلاً او موزوناً يكون الشراء باطلاً في الجانبين
كما تقدم عن الدر في شرح المادة (٢١١) وعن شرح مسكين في المادة (٢١٠)
- واما لو اشترى فرساً بسمك في البحر فقد استظهر في رد المحتار ان الشراء يكون
باطلاً في الجانبين ، اي في الفرس والسمك ، كشراء الفرس بدمر وميتة حتف

انها لانه ليس بمال عند احد ، فلي تأمل . وهذا مما يؤيد ان المراد بغير المتقوم في هذه المادة والتي قبلها معناه الشرعي وهو ما لا يحل الانتفاع به شرعاً ، فتأمل .

* تنبيهات *

الاول : كما يبطل بيع الحر والميتة التي ماتت حتف انفسها يبطل بيع ما ضم اليها ، وكذا يبطل بيع المضموم الى بيع مسجد عامر وان بين ثمن كل واحد ، لأن الصفة لا تتعدد بمجرد تفصيل الثمن ، بل لا بد من تكرار لفظ العقد عنده خلافاً لها . بخلاف بيع المضموم الى مدير والى وقف غير المسجد العامر من سائر الاوقاف ولو محكوماً به في الاصح ، فإنه يصح البيع في المضموم بحصته من الثمن لأن هذه مال في الجملة ، كذا في الدر ملخصاً . والفرق ان الحر والميتة التي ماتت حتف انفسها والمسجد العامر لم تدخل في العقد اصلاً لعدم ماليتهما ، فكان فيه بيع المضموم بالحصة ابتداءً ، وهو باطل ، بخلاف المدير فإنه محل للبيع عند البعض ، وبخلاف المسجد العامر اي الخراب فإنه يجوز بيعه في احد القملين . ومثله سائر الاوقاف فإنه يجوز بيعها عند الخابلة ليشترى بشئها ما هو خير منها فتدخل هذه في العقد ، ثم تخرج ، فيكون البيع في المضموم بالحصة بقاءً وهو لا يضر . ونظير هذا ما اذا ضم البائع الى المبيع مال المشتري وباعها له صفقة واحدة ، كأحد الشريكين في دار او دابة يشترى من شريكه جميع الدار او الدابة بثمن معلوم فإنه يصح على الاصح بحصة شريكه من الثمن ، لأنه بيع بالحصة بقاءً وهو لا يضر ، كذا في رد المحتار ملخصاً .

الثاني : متروك التسمية عمداً له حكم الميتة التي ماتت حتف انفسها ، فيبطل بيعها والبيع بها وبيع ما ضم اليها ولو من غير المسلم ، لأن حرمة بالنص ، كما في التنوير وشرحه ، خلافاً لما بحثه في حاشية رد المحتار .

المادة ٢١٣ - * بيع المجهول فاسد . فلو قال البايع للمشتري
بعتك جميع الاشياء التي هي ملكي وقال المشتري اشتريتها وهو لا
يعرف تلك الاشياء فالبيع فاسد *

اما اذا علم المشتري جميع ما يملكه البايع صح البيع ولا يضر جهل البايع بمقداره
كما في حاشية الرملي على الفصولين . وتحقيق بيان الجهالة المفسدة واحكامها وامثلتها
قد تقدم في شرح المواد ٢٠٠ و ٢٠١ و ٢٠٢ و ٢٠٣ فلا بد لك من الرجوع اليها .
ومن البيع الفاسد للجهالة بيع ثوب من ثوبين ، كما في التنوير وغيره ، فلو قبضها
المشتري وهكذا مما ضمن نصف قيمة كلٍ لأن احدهما مضمون بالقيمة لانه مقبوض
بمك البيع الفاسد ، والاخر امانة ، وليس احدهما بأولى من الآخر ، فشاعت
الامانة والضمانة . اما لو هلك احدهما قبل الآخر ، فيضمن قيمة الأول ، لأنه
لما تعذر رده تعين للضمان . وان اختلف الثوبان قيمة وادعى الضامن ان المالك
اولاً هو الأقل قيمة وعكس الآخر ، فالقول للضامن . ولو برهنا ، فبرهان البايع
اولى . وانما يفسد بيع ثوب من ثوبين ، اذا لم يشترط خيار التعيين . فلو شرط
بأن قال بعتك واحداً منها على انك باختيار تأخذ ايها شئت ، فإنه يجوز البيع
استحساناً ، لكن اذا كان اختيار فيما دون الاربعة . والتعشيل بثوب من ثوبين لانه
من القيمي . واما بيع المبهم من المثلي فمخاير كقفيز من صبرة . هذا حاصل ما في الدر
المختار وحواشيه والبحر والفتوح وغيرها ، وسيأتي ذكر المسئلة وفروعها في خيار الشرط

المادة ٢١٤ - * بيع حصة شايبة معلومة كالنصف والثلث
والعشر من عقار مملوك قبل الافراز صحيح *

لأنه لا يشترط في صحة البيع الافراز عند التسليم ، لا تفاهم على صحة بيع

مشاع لا يمكن افرازه كمنصف الحمام والطاحون والدابة (رد المختار) وقد الحصة
بكونها معلومة لأنها لو كانت غير معلومة يفسد البيع لجهالة المبيع ، فلو قال الرجل
بمك نصيبي من هذه الدار بكذا ، وقبل المشتري ولم يكن عالماً بمقدار نصيبه ، لا
يجوز البيع . وان علم ، جاز (خانية وتارخانية وغيرهما)

وقوله « من عقار » ليس قيداً احترازياً ، فإن المنقول كدابة ومتاع ، مثل
العقار في ذلك الحكم . لكن قصد بذكره عدم دخول بعض المنقولات كالحصة
الشائعة من الفراس والبناء والذرع بدون الارض ، وما كانت الشركة فيه بسبب
التحفظ والاختلاط ، فإن في صحة بيعها وعدمه تفصيلاً سيأتي بيانه في شرح المادة
الآتية . واما بيع الحصة الشائعة من الفراس والبناء مع الارض فداخل في مسمى
العقار ، فيدخل في حكمه على صحة بيعه مطلقاً ، سواء كان من الشريك او من اجنبي
بإذن الشريك او بغير اذنه . واعلم ان بيع الحصة الشائعة على صنفين ، كما في
جامع الفصولين : اما ان الكل له فبإيه نصفه ، او كان بين اثنين فباع احدهما نصيبه
فهذه المادة يثبت حكم الصنف الاول ، والاداة التالية لها يثبت حكم الصنف الثاني .

المادة ٢١٥ = * يصح بيع الحصة المعلومة الشائعة بدون
اذن الشريك *

في جامع الفصولين : دار بينهما باع احدهما نصفها مشاعاً ، انصرف البيع الى
نصيبه . ولو باعه اجنبي بلا امرهما ينصرف الى نصيبهما ، فلو اجاز احدهما يصح
في نصيب الحيز ، وهو قول ابي يوسف رحمه الله تعالى ، وفي الربع في قول محمد
وزفر رحمه الله تعالى . ثم رمز وقال : وكلا بيع قن بينهما ، فباع وكيلها نصفه
وقال « مو نصف فلان » جاز ، ولو لم يبين جاز في نصف شابع للامرين ، على
قياس ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، ولم يميز في قولها . ثم رمز وقال : قن بينهما
وليسا بشر يكين في الاشياء ، اي شركة عقد ، وكل احدهما صاحبه ببيع حظه من
القن ، فباع المأمور نصفه ولم يبين اي النصفين هو ، فبات انقن بعد تسليمه ، فقال

الباع بعث حظي ، صدق اه .

ثم ان هذه المادة ليست على اطلاقها بل يستثنى منها فصلان : الاول بيع احد الشر يكتين حصته من مال مشترك بينهما بسبب الخلط ، فانه من الاجنبي لا يجوز الا باذن الشريك ، وذلك بأن يخلط رجلان بفعلهما مالهما فيتعذر تمييز احدهما عن الآخر كخطة بخطة او جوز بجوز او لوز بلوز ، او يتعسر كخطة بشعير ، لأن كل حبة تكون مملوكة لاحدهما بجميع اجزائها ليس للآخر منها شيء ، فاذا باع نصيبه من غير الشريك لا بقدر على تسليمه الا مخلوطاً بنصيب الشريك ، فيتوقف على اذنه - بخلاف بيعه من الشريك ، للقدرة على التسليم والتسليم : ومثله الاختلاط بلا صنع من احدهما بأن اشق الكيسان فاختلط ما فيها ، وهذا بخلاف ما اذا كان الخلط بفعل احدهما بدون اذن الآخر ، فان الخالط يملك مال الآخر ويكون مضموناً عليه بالمثل للتعدي ، وبخلاف ما اذا كانت الشركة بينهما ابتداءً بان اشترى خنطة او ورثاها فإن كل حبة تكون مشتركة بينهما ، فيبيع كل منهما نصيبه شابهاً جائز ولو من الاجنبي بلا اذن الشريك اه ملخصاً من الفتح والبحر والدر المختار وحواشيه .

الفصل الثاني : بيع ما فيه ضرر على الشريك او غيره ، فانه ما في الفصول العارضية والبرازية وجامع النصولين ، واللفظ له : دارٌ بينهما فباع احدهما نصف بيت معين منها شابهاً ، لم يجز عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لتضرر شريكه في تقطيعه نصيبه عليه عند القسمة . قال : ارايت لو باع نصف كل بيت منها لم يتقطع نصيب شريكه ؟ - قال : وكذا الارض . ولو بينهما عشرة ثياب هروبية مما يقسم فباع احدهما نصف ثوب بعينه من رجل ، فإن ابا حنيفة رحمه الله تعالى جوزة ، وكذا في الغنم . قال : وهذا لا يشبه الدار الواحدة . ولو بينهما ارضٌ ونخلٌ وباع احدهما نصف نخلة معينة بأصلها من رجل ، لم يجز عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى كبيت مر . وقال ابو يوسف : انا ارى كل هذا جائزاً لا اتقضى بيعاً لقسمة لا بدري تقع ام لا ، ولعلها لو وقعت لا يدخل في القسمة ضرر . اه مختصراً . ومنه بيع الحصة من الزرع والمبطخة والشمر والفراش والبناء ، وهذا البيع لكثرة فصوله وتباين احكامه واختلاف النصوص في صحته وفساده وتقضيه

وابرامه ، قد عد من مشكلات المسائل . فانتدب لتحقيقه الإمام الطرسومي ، كعادته في كتابه انفع المسائل . ثم اتى من بعده العلامة بن عابدين في كتابه تنقيح الحامدية ورد المختار بما هو الدر المختار من خزائن الاسرار ، ونحن نذكر من هذه الكتب الثلاثة ما هو الخلاصة بدون عزو الى يزازية او خلاصة مستوعبين مسائلها بالتفصيل ، والحكم فيها صعبةً وفساداً مع التعليل ، وان استدعى ذلك نوع تطويل :

(فاصح السمع لما اقول واحفظه اذ جاءت به النقول)
اعلم ان المناط في فساد البيع في هذه المسائل هو حصول الضرر للبايع او المشتري او الشريك ، كما يظهر من عباراتهم صريحاً او دلالة . وعليه فما امن فيه الضرر جاز بيعه ، وما لا ، فلا . فبيع الحصة الشابعة من الثمر بعد نضجه ، والزرع بعد ادراكه ، يصح بدون الارض ولو من الاجنبي بدون اذن الشريك ، اذ لا ضرر على الشريك ولا على غيره لو طلب الثاري القطع . ومثله الشجر الممد للقطع بعد بلوغه اوان القطع كالحور واغصان الصنّاف ، ومثله الشجر الصغير المسمى بالنصب الممد للقلع ليفرس في ارض اخرى كنصب التوت والمشمش . واما بيع ما ذكر قبل النضج وقبل الادراك وقبل البلوغ اوان القطع او اوان القلم ، فإن كان مع الارض ، فالبيع جائز ايضاً ولو من الاجنبي بلا اذن الشريك لعدم الضرر . وان كان بدون الارض ، فلا يجوز من الاجنبي بدون رضى الشريك سواء كانت الارض لها او لأحدهما او لغيرهما وقد زرعاها بحق شرعي ، لتضرر الشريك في حصته اذا اراد المشتري القلع . فإن رضى الشريك فإن قصد المشتري اجبار الشريك على القطع يفسد ايضاً لانه لا يجبر على تحمل الضرر ، كما قالوا فيما اذا باع نصف زرعه من رجل ، وكل الزرع له ، لا يجوز . قالوا : لأنه يطالبه المشتري بالقلع فيتضرر البايع فيما لم يبعه ، فصار كبيع الجذع في السقف . وان لم يقصد ذلك ، فيجوز ، بمعنى انه ان دام الحال ولم يطلب المشتري القلع الى وقت الادراك ، فالبيع جائز ، والا لم يجب الى ذلك نظراً للشريك . فإن طلب هو او البايع النقص ، فسخ البيع ، لأنه فاسد مستحق . وان سكنت الى وقت الادراك انقلب جائزاً لزوال المانع . واما بيع هذه المذكورات بدون الارض من الشريك ،

ففيه اختلاف الرواية : في رواية يجوز ، وفي رواية لا يجوز . وقد حملت رواية عدم الجواز على ما اذا كُن البيع في صورة يحصل فيها ضرر بالقطع ، كما اذا باع رب الارض من الأكار حصته من الزرع ، فإنه لا يجوز لأنه يكلف الأكار القلع فيتضرر بقلع نصيبه الذي كان له قبل الشراء . ومثله ما اذا كانت الارض مشتركة بين اثنين وفيها زرعٌ لهما لم يدرك فباع احدهما حصته من الزرع لشريكه بدون الارض ، فإن البيع لا يجوز ، لما تقدم من حصول الضرر بالقطع فيما لم يشتره لو كلفه البايع تفريغ حصته من الارض . ومثله ما اذا كانت الارض في ايديها بإجارة من غيرهما ، فباع احدهما حصته من الآخر ولم يؤجره ما في تواجره من الارض ، او باعارة مدة معلومة فباع احدهما من الآخر قبل مضي مدة الاعارة ، لأن البايع بقيت له يدٌ على الارض استجاراً او استمارةً فله المطالبة بالقطع وتفريغ ما في تواجره وعاربه ، واما اذا كانت بأيديها مزارعةً فإن باع احدهما حصته من رب الارض جاز البيع ، كبيع الأكار من رب الارض . وان باع من شريكه الذي لا ارض له ، لا يجوز ، لأنه لا يمكنه التسليم الا بالقطع ، فيتضرر رب الارض بحصته من الزرع ، ويتضرر المشتري فيما لم يشتره . واما اذا كان البيع في صورة لا يحصل فيها ضررٌ على احد ، فجوازه متفقٌ عليه كما لو باع الأكار حصته من الزرع لشريكه صاحب الارض ، فإنه لا ضرر على احد . وكما لو كانت الارض بأيديها غصباً بأن زرعا ارض الغير تعدياً ، او مستأجرة مدة ومضت مدة اجارتها ، او مستمارة مدة معينة وقد مضت المدة ، فإن بيع احدهما حصته من الزرع صحيح من الشريك ، بل ومن الاجنبي بلا اذن الشريك ، لأن الزرع مستحق للقطع قبل البيع فصل كآنه باعه مقلوعاً . واما بيع الحصة من الفراس الذي يقصد منه البقاء للثمر ، فلا فرق بينه وبين ما تقدم من بيع الثمر والزرع والمعد للقطع او القلع الا من وجه واحد ، وهو ان هذا لا يمكن انقلابه صحيحاً اذ لا غاية له ، بخلاف ما تقدم فإن له غاية وهو النضج والادراك ، وبلوغه اوان القطع او القلع . فاذا بيع بعد الادراك ونحوه يصح بيعه ولو من الاجنبي بدون رضى الشريك ، او قبل الادراك وترك حتى ادرك ، انقلب صحيحاً وهذا لا يتأق في ذلك . وهذا الذي ذكرناه من عدم الفرق هو ما حققه الطرسوسي توفيقاً بين ما في الغلانية وبين ما في المحيط .

وتوضيح ذلك ان يقال : لا يخلو اما ان تكون الارض لها او لأحدهما او لغيرهما .
فإن كانت الارض لهما ، فيبيع أحدهما حصته من الفراس بدون الارض لا يجوز
لا من الاجنبي ولا من الشريك . اما من الأجنبي فظاهر ، اذ لا يمكن تسليمه الا
بالقلم وفيه ضرر على الشريك . واما من الشريك ، فلأن الباع بكلفه تغريغ
حصته من الارض ، فيتضرر فيما لم يشتره . وان كانت الارض لأحدهما فيبيع
صاحب الارض حصته من الفراس بدون الارض لا يجوز ايضا لا من الأجنبي ولا
من الشريك . اما من الاجنبي فظاهر ، لما قدمناه . واما من الشريك ، فلما تقدم في
بيع صاحب الارض حصته من الزرع من الاكار . واما بيع الشريك الذي لا ارض
له فن اجنبي لا يجوز ، لما ذكرناه ، ومن شريكه صاحب الارض يجوز ، لعدم
الضرر على احد . ووقع هنا في تنقيح الحامدبة غلط في النقل يجب اجتنابه . وان
كانت الارض لغيرهما بأن غرسا في ارض الغير بطريق شرعي فلا يخلو : اما ان
كانت مناصبة بأن غرسا ليكون نصف الفراس مثلاً لهما ونصفه لصاحب
الارض فينبغي انه اذا باع احدهم من الشريك الذي هو صاحب الارض يجوز ،
وان باع من الشريك الذي لا ارض له ، لا يجوز ، كما في الاكار مع رب
الارض . واما يبيع من اجنبي عنهم بدون رضى شريكه ، فلا يجوز
اتفاقاً . واما ان استأجرا ارضاً للفراس ، فغرسا في المدة ، و باع احدهما نصيبه
من الفراس في المدة ، فينبغي ان لا يجوز يبعه لا من الاجنبي ولا من
الشريك ، الا اذا آجر ما في نواجره من الارض اولاً للشريك ، ثم باعه الحصة
من الفراس . وكذا لو باعه اولاً ثم آجره ، لزوال المانع ، اذ لم تبق له بد على
الارض حتى يكلف المشتري القلم ، فصار كما اذا باع حصته من الفراس مع حصته
من الارض . واما يبيع احدهما نصيبه بعد مضي مدة الاجارة فصحيح من الاجنبي
ومن الشريك . لانه مستحق القلم فصار كأنه باعه مقلوعاً . ونظير هذا ما
اذا كانت بأيديها بطريق الاعارة مدة معينة وقد مضت . او بطريق الغصب ،
فان يبيع احدهما حصته جائز مطلقاً لانه مستحق القلم . كما ذكرنا .
وتقدم نظير هذا في بيع الحصة من الزرع . واما يبيع الحصة من البناء
المشترك بدون الارض ، فتحكمه حكم بيع الحصة من الفراس المشترك

الابن في صورة واحدة وهي ما اذا كانت الارض لاحدهما فباع رب الارض حصته من شريكه الآخر فإنه في الغراس والزرع لا يجوز كما تقدم ، وفي البناء يجوز . وقد وقع في تنقيح الحامدية هنا غلط في النقل عن انفع الوسائل يجب التنبه له ، ووجه الفرق ان البناء هنا ليس مستحقاً للبقاء بمقد لازم ، فان الارض التي تحت الحائط اذا كانت ملكاً لأحدهما والبناء بينها فلا يكون بناء الآخر مع صاحبه الا بطريق الإباحة او العارية ، واياماً كان فليس بلازم فلم يكن مستحقاً للبقاء . ومستحق القلع كالقلوع بخلاف الزرع والغراس لأنه يكون بمقد لازم وهو المراجعة والمناسبة كما تقدم ، اللهم الا اذا كان البناء في صورة لازمة ، وهو ان يؤجره نصف ارضه ثم يبني هو والمستأجر فيها بناء ، ففي هذه الصورة يجاب بأنه مثل مسألة الزرع والغراس . بقي ما اذا كان الجميع ، يعني الارض وما فيها للبايع ، ولا شريك له اصلاً ، ففي الزرع واشباهه لا يجوز بيع حصته منه بدون الارض الا اذا ادرك الزرع مثلاً ، فينقلب جائزاً كما افق به في الحامدية . وظاهره انه في البناء لا يجوز ايضاً . لكن ذكر في التنقيح عن القنية ، وعن العلامة قاسم ، ما يفيد الجواز فيه . ووجهه ان البناء اشبه رقة الارض في كونه معداً للبقاء لا يقصد قلعه ورفعه بخلاف الزرع وما مثله . والظاهر ان الغراس تلذي لا يعد للقطع والقلع مثل البناء . فاذا كان كله لشخص وباع من آخر نصفه مثلاً ، وآجره نصف الارض لدى حاكم يرى اجارة المشاع ، وحكم بذلك ، او فرغ له عن نصف مشده لو كانت الارض سلطانية ، فإنه يصح كما يظهر من تعليلهم بالضرر ، لأنه لا ضرر في ذلك لأن البايع لم يبق له بد على ارض الحصة المبيعة من الغراس . واذا اراد احدهما قطع حصته يمكنه دفع الضرر عن الآخر بالقسمة ، لأن قسمة الغراس حينئذ ممكنة . ثم ان غالب ما يقع في زماننا أن البناء انما يكون في الارض المحتكرة وفي اراضي القرى السلطانية ، فاذا كانت الارض الحاملة للبناء جارية في تواجر الشريكين في البناء ، وباع احدهما حصته من الآخر بعد ايجاره حصته من الارض المحتكرة ، او فراغه عن مشد مسكته في الارض السلطانية ، ورفع يده عنها ، يجوز البيع كما تقدم ، اذ لا بد للبايع على الارض حتى يكلفه للقلع . واما بيع ذلك لغير الشريك ، فالمنصوص عليه كما تقدم انه لا يجوز ، معللاً بأنه لا يمكن تسليمه الا

بنقض البناء ، وفي ذلك ضرر . لكن ظاهر كلام القنية جوازه مطلقاً . ومثله ما تقدم في كلام المؤلف ، يعني صاحب الحامدية ، عن العلامة قاسم . ويؤيده أيضاً انه لا فرق بين الحصة من البناء والحصة من الثوب او العبد . وقد قال شيخ مشايخنا من ملا علي التركاني ، بعد نقله عبارة القنية وغيرها : بيع الحصة الشائعة من العمارة يجوز على الاصح ، لأنها اشبهت الرقبة . وعلى هذا جرت الفتوى في زماننا بدمشق ، والعلامة قاسم ثبت ثقة اهـ واما الشجر فالغالب فيه ايضاً ان يكون قائماً محترماً في ارض الوقف او بيت المال بالأجرة . فاذا باع الشريك من شركه وآجره حصته من الارض ، والتزم الشاري بما عليها لجهة الوقف او بيت المال ، فلا ضرر اصلاً . ومثله الزرع .

واما البيع من غير شركه فان بلا اذنه لا يجوز ، وإن باع بإذنه فالذي عليه الاتفاء في زماننا وقبلة ، الجواز . وقد علمت ما حققه الطرسوسي من ان الشريك لو رضي بالبيع للاجنبي له ان لا يرضى بعد الاجازة اذا اراد المشتري القطع ، لأن اقلع فيه ضرر عليه ، والانسان لا يجبر على تحمل الضرر . وهذا اذا لم يبق للبايع يد على الارض ، والا لم يصح البيع لزوم الضرر على الشريك لو امر البائع المشتري بتفريغ الارض . كذا في التنقيح .

اقول فيه : انه يمكن دفع الضرر بالقسمة لأن المشتري لما امتأجر الارض الحاملة لحصة من الفراس صارت قسمة الفراس ممكنة كما كانت ممكنة قبل البيع ، فالمشتري قائم مقام البائع ، تأمل .

واما الاحتكار التي تدفع عن الارض في كل سنة مبلغ معلوم بلا اجارة شرعية ، فينبغي ان تكون كالمقصوبة ، لأن البناء والفراس يكون مستحقاً للائحة حينئذ . هذا خلاصة ما يفهم من تحرير الطرسوسي في اتفق لوسائل . ومما حققه العلامة بن عابدين في كتابيه المذكورين من غرر المسائل

اقول : وما ذكره من ان الاحتكار التي تدفع عن الارض في كل سنة الخ مسلم اذا كان البناء او الفراس موضوعاً في الارض بلا اذن شرعي ، اما لو كانت الارض محتكرة من متولى الوقف مدة للبناء والفراس على وجه البقاء والاحترام ، وقد غرس فيها المستحكر او بنى في تلك المدة بالأذن الشرعي ، ثم مضت مدة الاحتكار ،

وصار يدفع عنها الحكر في كل سنة ، فلا وجه للقول بأن البناء او الفراس مستحق للقلع ، لأن له حق البقاء والقرار مادام يدفع عن الارض اجرة المثل كما هو مقرر ومغني به ، فيكون بيع الحصه من ذلك الفراس صحيحاً من الشريك بعد فراغه من مشد مسكنه في الارض ، اذ لا مطالب له بالقلع ما دام يدفع اجرة مثل الارض لجهة الوقف . اما بيعها من غير الشريك بلا اذنه فغير صحيح لعدم امكان التسليم بدين القلع ، فيتصرر الشريك . وهذا في الفراس ظاهر ، واما في البناء فقيه ما قدمناه من المنصوص عليه ، ومن ظاهر كلام الفقيه والمنقول عن العلامة قلم وعن من لا علي التركاني . وعلى هذا العمل في بلادنا لأن كثيراً من الفراسات والأبنية على هذا الوجه ، فاغتنم هذا التحرير المستطاب فكأن في بك لا تجده في غير هذا الكتاب ، والحمد لله المم الوهاب .

المادة ٢١٦ - * يصح بيع حق المرور * *

وصح بيع حق المرور تبعاً للارض بلا خلاف ، وهو موداً وحده في رواية (تسوير) وبه اخذ عامة المشايخ (در عن الشمني) ومثله في الفتح وفي رد المحتار . قال الساجماني : وهو الصحيح وعليه الفتوى (مضمرات) اه وفيه عن الفتح : والفرق بينه وبين حق التملي حيث لا يجوز بيعه ، هو ان حق المرور حق يتعلق برقبة الارض ، وهي مال وهو عين فما يتعلق به له حكم العين . اما حق التملي فهو متعلق بالهواء . وهو ليس بعين مال اه وفي رواية الزيادات : لا يجوز بيع حق المرور وحده . وصححه الفقيه ابو الليث بأنه حق من الحقوق ، وبيع الحقوق بانفرادها لا يجوز اه (درر) وانت خبير بأن لفظ « وعليه الفتوى » من اقوى الفاظ الترجيح ، فلا يعدل عنه ، فانهم .

وصورة بيع حق المرور تبعاً للارض ان يكون لرجل حق المرور في ارض غيره الى ارضه ، فباع ارضه مع حق مرورها الذي في ارض الغير . واما بيع رقبة الطريق فصحيح بلا خلاف ، كما يفهم من اطلاق الملتقى والمهداية والفرر والتنوير

وغيرها . وكذا هيته سواء محد أي بين له طول وعرض ، اولا . انظر المادة (١١٤٥) قال في الدرر : اما الاول فظاهر ، واما الثاني فلا نه اذا لم يبين ، بقدر بعرض باب الدار العظمى ، وعلى التقديرين يكون عيناً معلوماً فيصح بيعه وهبته . وفي الفتح : وطوله الى السكة النافذة اه وقد اشبهه على الشرنبلالي هذا بحق المرور فزعم ان فيه الخلاف الذي تقدم آتقاً ، كما في ر المختار وحاشية ابي السعود . وقوله « بقدر بعرض باب الدار العظمى » قال في رد المختار : والظاهر ان العظمى صفة لباب ، وانها لاكتساب الباب التائت باضافته الى الدار المؤتثة . ومعناه انه لو كان له دار في داخل دار جاره مثلاً ، وطريق في دار الجار ، فباع الطريق وحده ولم يبين قدره كان للمشتري من دار الجار بعرض باب دار البايع . فلو كان لها بابان الاول اعظم من الثاني ، كان له بقدر الباب الاعظم . هذا ما ظهر . وهو كلامٌ وجيهٌ لأنه اقرب لقطع المنازعة بين المتبايعين . وقد ايدته بما في القسطنطيني : وطريق الدار عرضه عرض الباب الذي هو مدخلها ، وطوله منه الى الشارع اه وفي الفتح : ولو قال بعثك الدار الخارجة على ان تجعل لي طريقاً الى داري هذه الداخلة ، فسد البيع . ولو قال الا طريقاً الى داري الداخلة ، جاز ، وطريقه بعرض باب الدار الخارجة اه وما في الدرر عن التارخانية : الطرق ثلاثة : طريق الى الطريق الاعظم ، وطريق الى سكة غير نافذة ، وطريق خاص في ملك انسان . فالطريق الخاص في ملك الاندان لا يدخل في البيع من غير ذكره ، اما نصاً او بذكر الحقوق او المرافق . والطريقان الآخران يدخلان في البيع من غير ذكر اه المراد من لفظ الطريق طريق فيه حق المرور كما في حاشية للشرنبلالي ، فهو بمعنى التطرق فالى الجارة بعده متعلقة به ، وما في رد المختار من الاعتراض على الشرنبلالي ليس بشيء .

واعلم ان بيع رقبه الطريق انما يصح اذا كان مملوكاً للبايع بملك خاص كما اذا كانت داره داخل دار رجل ، وكان له طريق في دار ذلك الرجل الى داره ، فاذا باع رقبته صح فإن حد فظاهراً والا فله بقدر عرض باب الدار . واما اذا كانت غير مملوكة بملك خاص بل مع جماعة كسكة غير نافذة فيها دور خمسة مثلاً فلا اجتمع الخمسة على بيعها او قسمتها بينهم لا يجوز ، لأنها وان كانت ملكاً لهم

ظاهراً ، لكن للعامة فيها نوع حق . ولو باع احدهم نصيبه منها فالبيع جائز وليس للمشتري المرور فيها الا ان يشتري دار البايع (رد المختار ملخصاً) فرع في الخانية : باع نخلة في ارض صحراء بطريقها من الارض ولم يبين موضع الطريق ، قال ابو يوسف : يجوز ، وله ان يذهب الى النخلة من اي النواحي شاء اه فأفاد جواز بيع الطريق تبعاً ، وان لم يكن له ما يقدر به ، تأمل (رد المختار) وفيه ان هذا بيع حق المرور لا رقة الطريق ، والا لزم ان يكون محدوداً معيناً معلوماً كما تقدم ، تأمل .

* وحق الشرب *

بيع الشرب تبعاً للارض يجوز بالاجماع ، ووحده في رواية ، وهو اختيار مشايخ بلخ ، لأنه نصيب من المال اه (درر) لكن في التنوير وشرحه الدر المختار من الشرب : ولا يباع الشرب ولا يوهب ولا يؤجر ولا يتصدق به ، لأنه ليس بمال متقوم في ظاهر الرواية ، وعليه الفتوى اه ومحل الاجماع في صحة بيعه تبعاً للارض ، ما اذا كان شرب الارض التي بيع تبعاً لها ، فلو شرب غيرها ، ففيه اختلاف المشايخ ، كما في الفتح والنهر وعلى القول بعدم صحته مقصوداً كما هو ظاهر الرواية ، هل يكون بيعه فاسداً او باطلاً ؟ الصحيح انه فاسد ، كما في الفتح . قال في الخانية : وينبغي ان يكون فاسداً لا باطلاً ، فيملك بالقبض ، فاذا باعه بعده ، اي مع ارض له ، ينبغي ان يجوز اه مختصراً - اي ويمتنع الفسخ . واما ضمانه بالانلاف بان يسقي ارضه بشرب غيره ، فهو اخدى الروابطين ، والفتوى على عدمه ، كما في النخيرة ، وهو الاصح كما في الظهيرة ، وتمامه في النهر اه (رد المختار) .

* والمسيل تبعاً للارض *

يحتمل ان يكون المراد بيع رقة المسيل ، ولهذا لم يكرر لفظة « حق » كما كررها قبل ، فهو معطوف على المضاف ، وهو « حق » . ويحتمل ان يكون المراد بيع حق التسيل فهو معطوف على المضاف اليه ، وهو « الشرب » . وكلا المرادين صحيح فإن كلا من بيع رقة المسيل وبيع حق التسيل ، لا يجوز الاتبعاً ، كأن يكون لرجل ارض لها مجرى ماء في ارض اخرى فيبيع رقة المجرى تبعاً للارض الاولى

او تكون له دار لها حق التسييل على اسطحة دار اخرى او على ارض دار اخرى ،
فيبيع حق التسييل تبعاً للدار الاولى . فالبيع في الوجهين صحيح . واما بيع ما
ذكر من رقة المسيل او حق التسييل مقصوداً وحده فلا يجوز : باتفاق المشايخ .
اما عدم جواز بيع رقة المسيل فلجهالته ، كما في الدر المختار . ولهذا قال في الهداية
ووجه الفرق بينه وبين رقة الطريق ، حيث يجوز بيعه مقصوداً ، ان الطريق
معلوم لأن له طولاً وعرضاً معلوماً كما مر ، واما المسيل فجهول لا يدري قدر
ما يشغله من الماء اه قال في الفتح : ومن هنا عرف ان المراد ما اذا لم يبين مقدار
الطريق والمسيل ، اما لو بين حد ما يسيل فيه الماء ، او باع ارض المسيل من نهر
او غيره من غير اعتبار التسييل ، فهو جائز بعد ان بين حدوده اه واما عدم جواز
بيع حق التسييل فلجهالة محله ان كان على الارض ، ولأنه كحق التلي ان كان على
السطح ، كما في الدرر والدر . وكذا قال في الفتح : ووجه الفرق بينه وبين حق
المرور على روابية جواز بيعه مقصوداً ، ان حق المرور معلوم لتماقه بمحل معلوم وهو
الطريق ، اما حق التسييل فإن كان على السطح فهو نظير حق التلي ، ويبع حق
التلي لا يجوز باتفاق الروايات ، وقد مر وجهه . وان كان على الارض ، وهو ان
يسيل الماء عن ارضه كيلا يفسدها فيمره على ارض غيره ، فهو مجهول لجهالة محله
الذي يأخذه اه ملخصاً . وقوله « تبعاً للارض » اي او الدار ونحوها ، وهو قيد
لثلاثة قبله ، لكنه غير احترازي بالنسبة لحق المرور لصحة بيعه مقصوداً وحده على
ما عليه الفتوى ، كما تقدم .

✽ والماء تبعاً لقنواته ✽

يعني انه يجوز بيع الشرب الذي هو نصيب من الماء تبعاً للارض التي تسقى
به ، كذلك يجوز بيعه تبعاً لمجره ، وهو النهر ، بعد بيان حدوده . وهذا نظير ما
اذا باع رقة الطريق مع حق المرور فيه . فإن قلت : قد تقدم ان بيع رقة المسيل
قصداً لا يجوز ، فكيف جاز بيع رقة المجرى ، وهو النهر ؟ قلت : عدم جواز بيع
رقة المسيل لجهالته كما تقدم ، لأنه لا يدري مقدار ما يشغله من الماء . وهذا
بخلاف النهر الموجود فيه الماء فانه معين الحدود مشاهداً ، حتى ان رقة المسيل اذا

بيئت حدودها يجوز بيعها مقصوداً ايضاً ، كما قدمناه قريباً عن الفتح . ثم اعلم ان صحة بيع الشرب وحق المرور والمسيل والماء المذكورات تبعاً للارض او القناة ، مشروطاً فيما اذا لم يكن لها قسط من الثمن المعين لمتبوعها ، بأن يقول بعتك هذه الارض بألف مع شربها ، او هذا المجرى بألف مع مائه . اما لو قال بعتك هذه الارض بألف ومعها شربها بمائة ، او هذا المجرى بألف ومعها مائة ، او قال بعتك هذه الارض وشربها بألف ، فإنه لا يجوز بيع الشرب والماء ، لأن بيعه صار مقصوداً لا تبعاً . ولو قال بعتك هذه الارض او هذا المجرى بألف وبتك شربها او ماءه ، اختلفوا هل يجوز بيع الشرب والماء ام لا ؟ بعضهم قال لا يجوز لأن الشرب صار مقصوداً في البيع بسبب تكرار « بعتك » وبعضهم قال يجوز لانه بقي تبعاً حيث لم يذكر له ثمناً ، وانفقوا انه اذا لم يكرر لفظ البيع بأن قال بعتك بألف ارضي وشربها او نهري وماءه يجوز البيع لانتهاء كون الشرب والماء اصلاً من كل الوجوه . كذا في شرح الملامة بن الشحنة على الوهبانية عند قول ناظمها :

وبعتك ارضي ذي وبتك شربها بألف فنع دون خلف محور

* نعمة *

في الاشياء ما نصه : الحقوق المجردة لا يجوز الاعتياض عنها ، كحق الشفعة . فلو صالح عنها بمال بطلت ورجع بالمال ، ولو صالح المخيرة بمال تختاره بطل ولا شيء لها ، ولو صالح احد زوجتيه بمال عن نوبتها لم يلزم ولا شيء لها ، هكذا ذكره في الشفعة . وعلى هذا لا يجوز الاعتياض عن لوظائف في الاوقاف . وخرج عنها حق القصاص وملك النكاح وحق الرق ، فإنه يجوز الاعتياض عنها ، كما ذكره الزبلي في الشفقة . والكفيل بالنفس اذا صالح المكفول له بمال ، لم يصح ولم يجب ، وفي بطلانها روايتان اه . وذكر في محل آخر منها اي الاشياء كالمحوي والبرية وغيرهما ، ان عدم جواز الاعتياض عن الحقوق المجردة ليس على اطلاقه ، بل فيه التفصيل : وهو ان ذلك الحق المجرد ان كان الشرع حمله لصاحبه لأجل رفع الضرر عنه ، كحق الشفعة ، وحق القسم للزوجة ، وحق الخيار للمخيرة ، فالاعتياض

عنه بمال لا يجوز ، لأن حق الشفعة للشفيع ، وحق القسم للزوجة ، وكذا حق الخيار في النكاح للمخيرة . إنما ثبت لدفع الضرر عن الشفيع والمرأة ، وما ثبت لذلك لا يصح الصلح عنه ، لأن صاحب الحق لما رضي علم انه لا يتضرر بذلك ، فلا يستحق شيئاً وان كان ذلك الحق قد ثبت لصاحبه اصالة لا على وجه رفع الضرر كالوظيفة في وقف من امامة وخطابة واذان و فراشة وبوابة ، فإن صاحبها قد ثبت له هذا الحق بتقرير القاضي على وجه الاصل ، لا لاجل رفع ضرر عن صاحبه ، فينبغي ان يصح الاعتياض عن تلك الوظيفة بمال يأخذه الفارغ ، وهو صاحب الوظيفة ، من المفروغ له . لأنه صلح عن حق الحاقه بالاعتياض عن القصاص بمال ، وبالاعتياض عن النكاح بمال ، وما اشبه ذلك . وانه اذا فرغ صاحب الوظيفة عن وظيفة لرجل بمال معلوم قبضه من المفروغ له ، ولم يوجه اللطاف تلك الوظيفة للمفروغ له ، بل ابقاها على الفارغ او وجهها لغيرهما . فينبغي ان يثبت الرجوع للمفروغ له على الفارغ بما دفعه له من بدل الفراغ . لأنه لم يرض بدفعه له الا بمقابلة ثبوت ذلك الحق له . وانه قد ائق بذلك في الخامدية والاسماعيلية وغيرهما قالوا : لأنه اذا لم يسغ له الرجوع ببديل الفراغ والحالة هذه يلزم اجتماع العوضين في تصرف الفارغ . وهو خلاف قواعد الشرع . وما ينبغي التنبه له ان الاعتياض المذكور عن الحقوق المذكورة بمال يأخذه الفارغ ليس هو من قبيل البيع ، لأن البيع مبادلة المال بالمال ، وليست الحقوق المجردة مالا . متقوماً حتى يصح بيعها ، وانما هو نزول عن ذلك الحق الثابت له للغير بمال معلوم ، ائق بعض المتأخرين من العلماء بجوازه ، فمنهم من استند في جوازه الى انه قد تعرف ذلك في بعض البلدان ، والعرف الخاص قد اعتبره كثير من العلماء ، ومنهم من استند في ذلك الى الحاقه بنظائره المنصوص على جواز اخذ البديل فيها كحق القصاص وحق النكاح وحق الرق ، فإنه قد جاز اخذ البديل فيها مع انها حقوق ، فالحق بها النزول عن الوظائف . ومثلها شد المسكة في الاراضي الميربية او الموقوفة ، فإنها كناية عن كراب الارض وحرثها وكري انها ها ، فهي ليست بمال متقوم ، سميت مسكة لان صاحبها صار له حق التمسك بها بحيث لا تنزع من يده ما لم يعطلها ثلاث سنوات ، فلا

تملك ولا تباع ولا تورث وانما توجه على من عينه السلطان في قانونه . فعملوا
النزول عنها للغير فراغاً يعني ان صاحبها اذا اراد ان ينزل عنها لغيره بمال
معلوم جعلوا ذلك بطريق الفراغ كالنزول عن الوظائف . ولهذا الفراغ
قواعد واحكام قد ذكرت مفصلة موضحة في قانون الاراضي الذي اصدرته الدولة
العثمانية وقد اتى باحكامها المرعية علواً واهلاً بالاعلام قديماً وحديثاً ، ومنهم علامة
الوجود مفتي الثقلين ابو السعود رحمه الله تعالى . ومن اراد الزيادة على ما ذكرناه
فعلية يرد المختار من اوائل كتاب البيوع ، وتنقيح الحامدية من باب مشد المسكة
فانه يرى فيها من فوائد الفوائد ما هو من اجل العوائد . اقول : وعلى ما ذكره
من جواز الاعتياض عن الحقوق المجردة بمال ينبغي ان يجوز الاعتياض عن حق
التعلي وعن حق الشرب وعن حق المسيل بمال ، لان هذه الحقوق لم تثبت لاصحابها
لاجل دفع الضرر عنهم ، بل ثبت لهم ابتداءً بحق شرعي . فصاحب حق العلو اذا
انهدم علوه قالوا ان له حق اعادته كما كان جبراً عن صاحب السفلى ، فاذا نزل عنه
لغيره بمال معلوم ينبغي ان يجوز ذلك على وجه الفراغ والصلح ، لا على وجه البيع ،
كما جاز النزول عن الوظائف ونحوها . لا سيما اذا كان صاحب حق العلو فقيراً قد
عجز عن اعادة علوه فلو لم يميز ذلك له على الوجه الذي ذكرناه ، بتضرر . فليتأمل
وليحذر ، والله سبحانه اعلم .

(الفصل الثالث)

« في بيان المسائل المتعلقة بكيفية بيع البيع »

المادة ٢١٧ - * كما يصح بيع الكيلات والموزونات والعدييات
والمذروعات كيلاً ووزناً وعدداً وذرعاً يصح بيعها جزافاً ايضاً . مثلاً
لو باع صبرة حنطة او كوم تبن او آجر او حمل قماش جزافاً صح البيع *

بعد ان يكون مميزاً مشاراً اليه ، لأن المبيع اذا لم يكن معروف القدر والوصف
فلا بد ان يكون مشاراً اليه ، كما هو ظاهر . ثم يشترط لصحة بيع الربوي من هذه
الاشياء ، اعني الكيلات والموزونات ، مجازفة ، شرطان : الاول ان تباع بخلاف
جنسها ، والا فلا يجوز البيع ، لاحتمال التفاضل - الا اذا ظهر تساويهما في المجلس
(بحر) ولا يشترط ذلك في غير الربوي ، لأن الفضل فيه لا يحرم

الشرط الثاني : ان لا يكون راس مال مسلم ، والا فلا يجوز بيعه مجازفة
لاحتمال ان يتفاسخ السلم ، فيرهد المسلم اليه دفع ما اخذه ، ولا يبرف الا
بمعرفة القدر ، فافهم .

المادة ٢١٨ = * لو باع حنطة على ان يكيلها بكيل معين

او يزنها بجزر معين صح البيع وان لم يعلم مقدار الكيل وثقل الحجر *

المراد بالكيل المعين اثناء لا يعرف مقداره كيلاً ، وبالجزر ما لا يعرف مقداره
وزناً ، وهذا البيع في الحقيقة من بيع المجازفة ، كما صرح به في الدر المختار . لأنه
وان كان على صورة الكيل والوزن ، لكنه ليس به حقيقة (رد المختار عن النهر)

وقوله «صح البيع» أي جاز غير لازم ، لأن المشتري له الخيار ويسمى هذا الخيار خيار كشف الحال ، كذا في البحر .

وفيه عن السراج : و يشترط إبقاء عقد البيع على الصحة بقاء الأناة والحجر على حالهما ، فلو تلفا قبل التسليم ، فسد البيع ، لأنه لا يعلم مبلغ ما باعه منه أه ثم انه يشترط لصحة هذا البيع تسليم المبيع في المجلس ، ولهذا لا يجوز في السلم ، لأن التسليم فيه متأخر إلى حلول الأجل ، فيحتمل هلاكة ، والاحتمال فيه ملحق بالحقيقة (أفاده الزيلعي) ثم قال : وهذا إذا كان الأناة لا ينكس ولا ينقبض ولا ينسبط كالقصة والخرف . وأما إذا كان ينكس كالزنبيل ، فلا يجوز إلا في قرب الماء ، استحساناً ، للتعامل . روي ذلك عن أبي يوسف . وكذا إذا كان الحجر تفتت ، وكذا إذا باعه بوزن شيء يخف إذا جف ، كالحيار والبطيخ أه لكن قال في الفتح : وهذا ، يعني إذا باعه بوزن شيء يخف الخ ، ليس بشيء ، لأنه حيث اشترط لصحة هذا البيع تمجبل التسليم ، يعني في المجلس ، فلا جفاف يوجب نقصاناً في هذا الزمان أه ملخصاً .

المادة ٢١٩ - * كلما جاز بيعه منفرداً جاز استثنائه من البيع مثلاً لو باع ثمرة شجرة واستثنى منها كذا رطلاً على انه له صح البيع *

ولو كان الثمر على رؤس النخل ، لأن المبيع معلوم بالإشارة ، والمستثنى معلوم بالعبارة ، وبه قالت الأئمة الثلاثة . كذا في شرح العيني على الكنز ، ومثله في الزيلعي . وأما ما في الهداية من عدم جواز البيع لجهالة المبيع ، فهو رواية الحسن عن أبي حنيفة . والاول مخرج على ظاهر الرواية . ومحل الخلاف ما إذا استثنى معيناً ، فإن استثنى جزء كربع وثلاث ، فإنه صحيح اتفاقاً (بحر عن البدائع) وهذا كما لو باع صبرة الا صاعاً منها ، أو دناً من خل أو دهن الا عشرة اناة . وكذلك لو كان عددياً متقارباً جاز البيع (كذا في الهندية) ونظيره بيع شاة معينة من القطيع ، فإنه يجوز ، فكذا استثنائه . ولو كانت مجهولة بأن باع شاة بغير عينها

لا يجوز ، فكذا استثنائها . وعلى هذا اطراف الحيوان واوصاف المبيع اه (زبلي) ولو قال بتك داري هذه بمشرة آلاف درهم الا هذا البيت ، جاز البيع بجميع الثمن فيما سوى البيت (اقروي) ولو قال بتك هذه الدار الا طريقاً منها من هذا الموضع الى باب الدار ، ووصف الطول والعرض ، جاز البيع ، شرط الطريق لنفسه او لغيره اه (خانية) .

ولو استثنى منه ما لا يجوز افراده بالمقد ، لا يصح استثنائه . كما لو باع جارية الا حملها ، او شاة الا عضواً منها ، او قطعاً من الغنم الا شاة ، او سيفاً على الا حليته ، لم يجوز (هندية) وفيها عن القنية : ولو باع بناء او داراً واستثنى ما فيه من الخشب ، او استثنى ما فيه من اللبن والآجر والتراب يجوز اذا اشتراه للنقض اه وفيها عن المحيط : ولو قال هذه المائة شاة لك بمائة درهم الا نصفها ، فإن النصف بمائة درهم . ولو قال : ولي نصفها ، كان النصف بخمسين درهماً اه وفيها ايضا : اذا قال الرجل لغيره بتك هذا البعد بألف درهم الا نصفه بخمسة دراهم ، فالبيع جائز في جميع البعد بألف وخمسة دراهم . وكذا لو قال الا نصفه بمائة درهم ، فالبعد كله للمشتري بألف ومائة درهم اه وتتام هذه المسائل فيها .

المادة ٢٢٠ - * بيع المدودات صفقة واحدة مع بيان ثمن

كل فرد وقسم منها صحيح *

ليس المراد بالمدودات هنا ما قابل المكيلات والموزونات ، بل كلما كان من المبيع متعمداً باعتبار افراده واقسامه او اجزائه ، بدليل الأمثلة الآتية ، سواء كانت مثلياً او قيمياً ، فانهم .

* مثلاً لو باع صبرة حنطة او وسق سفينة من حطب او قطيع غنم او قطعة من جوخ على ان كل كيل من الحنطة او قنطار من الحطب او رأس من الغنم او ذراع من الجوخ بكذا صح البيع * لا يخفى ما فيه من اللف والنشر المرتب ، يعني لو باع صبرة حنطة على ان كل

كيل من الخنطة بكذا ، يصح البيع في كل الصبرة و يلزم المشتري ان يدفع القيمة
بنسبة عدد كيولها على ما سمي ، سواء سمي وقت العقد عدد كيول الصبرة او لم يسم
وسواء علم عدد الكيول في مجلس العقد او لم يعلم ، كما يعلم من الدر المختار و حواشيه
وهكذا يقال في بقية الامثلة ، و اشار بتعدادها الى انه لا فرق في صحة البيع في
اكمل بين ان يكون المبيع مثلياً او قيمياً ، حتى ولا فرق اذا كان من العدديات بين
ان يكون من العدديات المتقاربة او المتفاوتة ، فإن البيع صحيح في جميعها بلا خيار
للمشتري ، كما يفيد اطلاق هذه المادة ، وبه صرح في رد المختار تقيلاً عن البدائع
وغيرها ، وسيأتي عن القهستاني ، ومثله في الدر المنتقى . ومن نقل عن مجمع الأنهر
ثبوت الخيار للمشتري على قولها ، فقد اخطأ في النقل ، فانهم .

وهذا قول الامامين بقولها يعني ، لا لضعف دليل الامام ، بل تيسيراً على الناس
(لمخطاوي) ومثله في رد المختار عن مواهب الرحمن . ثم قال : وعبارة القهستاني : واما عندهما ،
فنفذ البيع في الكيل في الصورتين اي صورة المثلي والقيمي ، بلا خيار للمشتري ان رآه ،
وطيه الفتوى كما في المحيط وغيره اهـ وحيث اختارت الجملة قولها تيسيراً للناس ، فلا
حاجة الى ذكر قول الامام رحمه الله تعالى وما فيه من التفصيل . وفي الجوهرة النيرة
شرح مختصر القدوري ما نصه : ولو قال بعثك هذا القطيع كل شاتين منه بعشرين
درهماً وسمى جلته مائة ، لا يجوز البيع في الكيل بالاجماع . وان وجدته كما سمي
بغني وان علم الجملة في المجلس واختار البيع فإنه لا يجوز لأن ثمن كل واحدة مجهول
لأن حصة كل واحدة من الثمن انما تعرف اذا ضمت اليها اخرى ، ولا يدري اي
شاة يضم اليها : فإذا ضم اليها اردى منها يكون حصتها اكثر ، وان ضم اليها اجود
منها تكون حصتها اقل ، فلهذا لا يجوز اهـ تأمل .

المادة ٢٢١ * كما يصح بيع العقار المحدود بالذراع والجرب *

بأن يبيع هذه الارض كل ذراع او كل جرب منها بكذا ، فإن البيع يجوز
في كل الارض كل ذراع او كل جرب بما سمي له من الثمن عند الامامين ، كما في

الهدية ، وتقدم في المادة (٢٢٠)

✽ يصح بيعه بتعيين حدوده ✽

بأن يبيعه هذه الارض المحدودة كذا وكذا من جوانبها الأربعة بكذا ،
فإن البيع أيضاً صحيح كبيع الكيلات والموزونات جزافاً ، كما صرحت به المادة (٢١٧)

المادة ٢٢٢ - ✽ إنما يعتبر القدر الذي يقع عليه عقد البيع لا غيره ✽

فما زاد على القدر المعين في عقد البيع لا يدخل في العقد ، فيكون للبايع
(مطحطاوي وبحر) وهذه المادة ذكرت تهيداً وتعليلاً لما يذكر بعدها من المواد
الآتية ، ومفاده ان المعتبر ما وقع عليه العقد من العدد ، وان كان ظن البائع او
المشتري انه اقل او اكثر . ولذا قال في القنية : عد الكواغد فظنها اربعة وعشرين
واخبر البائع به ، ثم اضاف العقد الى عينها ولم يذكر العدد . ثم زادت على ما ظنه ،
فهي حلال للمشتري .

صاومه الخنطة كل قفيز بشمن معين وحاسبوا فبلغ ستاية درهم فظطوا وحاسبوا
المشتري بحمسة و باعوها منه بالخمسة ، ثم ظهر ان فيها غلطاً ، لا يلزمه الاخمسة
افرز للقصاب اربع شياه فقال بائعها في بحمسة كل واحدة بدينار وربع ، فجاء
القصاب بأربعة دنانير فقال : هل بعت هذه بهذا القدر ؟ والبائع يعتقد انها خمسة ،
صح البيع - قال : وهذا اشارة الى انه لا يعتبر ما سبق ان كل واحدة بدينار
وربع اه واقره في البحر ، كذا في رد المحتار .

المادة ٢٢٣ = ✽ المكيلات والعدييات المتقاربة والموزونات

التي ليس في بعضها ضرر اذا بيع منها جملة مع بيان قدرها صح البيع ✽

اي بلا خلاف ، وهذه المادة مقابلة للمادة (٢٢٢) فإن في تلك لم يبين فيها
مقدار الجملة ، وتقدم ان فيها خلاف الايام الاعظم . وافرد هذه بالذكر مع ان

الحكم واحد في المادتين ، وهو الصحة في الكل على قول الأمامين المتقي به لما في هذه من البيان والتفصيل الآتي ذكره

* سواء سمى ثمنها فقط او بين وفصل لكل كيل او فرد او رطل منها ثمن على حدة الا انه اذا وجد عند التسليم قائماً لزم البيع وان ظهر ناقصاً كان المشتري مخيراً ان شاء فسخ البيع *

لتفرق الصفقة الموجب لانتفاء الرضى (در منتقى) واعلم ان تخيير المشتري مقيد بما اذا لم يقبض المشتري شيئاً من المبيع ، او قبض البعض . اما لو كان قبض الكل فلا خيار بل يلزم البيع ويسقط من الثمن حصة ما نقص ، لانه بمنزلة الاستحقاق ، كما في الدر المنتقى ومجمع الأنهر والبحر عن الخانية ، وعبارتها هكذا : رجل اشترى عشرة اقفة فاستحق بعضها قبل القبض ، خير المشتري لتفرق الصفقة . وان استحق بعد القبض ، لا يخير . وكذا اذا اشترى ميلاً او موزوناً على الذكر فوجده ناقصاً ، جاز البيع في الباقي . وهل يخير المشتري ان لم يكن قبض المبيع ، او كان قبض البعض ؟ - يخير : ان شاء اخذ ، وان شاء ترك . وان كان قبض الكل ، لا خيار له ، وهو بمنزلة الاستحقاق اه فاما في رد المختار عن النهر من الاعتراض عليه بأن الموجب للتخيير انما هو تفريق الصفقة ، وهذا القدر ثابت فيما لو وجد بعد القبض ناقصاً اه لا يلتفت اليه ، لانه بحث فلا يصادم المنقول . على ان ما في الخانية قد افاد ان تفريق الصفقة انما يوجب التخيير اذا كانت قبل القبض لا بعده ، كما في مسألة الاستحقاق ، فتدبر .

* فرع *

في الخانية : رجل عنده حنطة او مكيل آخر او موزون ، ظن انها اربعة آلاف من ، فباعها من اربعة نفر لكل واحد منهم الف من بثمان معلوم ، ثم وجده ناقصاً ، قال بعضهم لهم الخيار ان شاءوا اخذوا الموجود بحصته من الثمن ، وان شاوروا تركوا . والصحيح ما قاله بعضهم ان الجواب فيه على التفصيل : ان باع منهم جملة ، فكذلك . وان باع منهم على التماقب ، فالتقصان على الآخر دون الأولين ،

وهو بالحيار ان شاء اخذها ، وان شاء ترك اه

✽ وان شاء اخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن ✽

لأن الثمن فيما ذكر من الكيلبي والعددي المتقارب والوزني الذي لا بضره التبعيض ، ينقسم بالاجزاء على اجزاء المبيع (افاده ابو السعود على شرح مسكين)

✽ واذا ظهر زائداً فالزيادة للبايع ✽

لما تقدم في المادة (٢٢٢) من انه انما يعتبر القدر الذي يقع عليه القدر ، لا غيره . وقد وقع القدر على قدر معين ، فما زاد لم يدخل في القدر قال في النهر : وقيد الزاهدي بما لا يدخل تحت الكيلين او الوزنين . اما ما يدخل ، فلا يجبرده . واختلف في قدره ، فقيل : نصف درم في مائة لا حكم له . وعن ابي يوسف : دانق في عشرة كثير . وقيل : ما دون حبة في دينار عفو ، وفي القفيز المتعاد في زماننا نصف من اه

✽ مثلاً لو باع صبرة حنطة على انها خمسون كيلة او على انها

خمسون كيلة كل كيلة منها بعشرة قروش بمخمسماية غرش ✽

المراد ان يسمى جملة كيول الصبرة وجملة الثمن ، سواء فصله على افراد الكيول ام لا . وانظر ما لو سمي جملة الكيول فقط ولم يسم جملة الثمن بل اقتصر على التفصيل بأن قال : بعتك هذه الصبرة على انها خمسون كيلة كل كيلة منها بعشرة قروش . والظاهر ان الحكم كذلك ، لأن المناط تسمية جملة المبيع ، وليجوز . وقيد بكون البيع مكابلة لأنه لو اشترى حنطة مجازفة في البيت ، فوجد تحتها دكاناً ، خير بين اخذها بكل الثمن او تركها . وكذا لو اشترى بثراً من حنطة على انها كذا وكذا ذراعاً ، فاذا هي اقل .

واذا كان المبيع طعاماً اي حنطة في حب فاذا نصفه ثبن يأخذه بنصف الثمن ، لأن الحب وعاء يكال فيه ، فعار المبيع حنطة مقدرة ، والبيت والبئر لا يكال بها (كذا في رد المحتار عن البحر)

✽ فظهرت وقت التسليم خمسين كيلة لزم البيع وان ظهرت

خمسة واربعين كيلة فالمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء
اخذ الخمسة واربعين كيلة باربعماية وخمسين قرشاً وان ظهرت خمسة
وخمسين كيلة فالخمس كيلات الزائدة للبائع . وكذا لو باع صفت بيض
على انه مائة بيضة ، او على انه مائة بيضة كل بيضة بنصف قرش
بخمسين قرشاً فان ظهرت عند التسليم تسعين بيضة فالمشتري مخير ان
شاء فسخ البيع وان شاء اخذ تسعين بيضة بخمسة واربعين قرشاً واذا
ظهرت مائة وعشرة بيضات فالعشرة الزائدة للبائع . وكذلك لو باع
زق سمع على انه مائة رطل يكون الحكم على هذا الوجه المشروح *
وان اختلف البايع والمشتري فقال البايع سلمه تاماً وقال المشتري ناقصاً ،
فالقول للمشتري في النقصان . وان وزنه او كاله او عدده له البايع ، ما لم يقر بأنه
قبض منه المقدار الذي بدعه البايع ، كما في رد المختار عن النهر .

المادة ٢٢٤ = * لو باع مجموعاً من الموزونات التي في بعضها
ضرر وبين قدره وذكّر ثمن مجموعها فقط وحين وزنه وتسليمه ظهر ناقصاً
عن القدر الذي بينه فالمشتري مخير ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذ
القدر الموجود بجميع الثمن المسمى *

لأن الوزن فيما يضره التبعض وصف للبيع ، والوصف لا يقابله شيء من
الثمن ، فصار النقصان عبارة عن فوات وصف مرغوب فيه ، وفوات الوصف لا
يوجب سقوط شيء من الثمن المعين ، بل يخير المشتري فقط . والضابط في المقدار
والمذروع بين ما كان منه اصلاً في المبيع او وصفه له ، أن المقدار في المثليات من
مكيل او موزون اصل في المبيع فيقابلة شيء من الثمن ، الا اذا كان فيما يضره

التبويض فيكون وصفاً فلا يقابله شيء من الثمن . والذرع في القيسيات من ارض او ثوب او غيرهما وصف له فلا يقابله شيء من الثمن ، الا اذا كان فيما لا يضره التبويض كالجوخ والكرباس ما لا تتفاوت جوانبه واطرافه ، فيكون اصلاً فيقابلة شيء من الثمن . وهذا كله اذا لم يكن المقدار والذرع مقصوداً بتناول المبيع له ، فان كان كذلك كان اصلاً مطلقاً ، وذلك بأن يجعل لكل رطل او لكل ذراع مثلاً ثمناً ، فصار كأنه جعل كل ذراع مبيعاً . هذا ملخص ما في الدر والهداية والملتقى وشروحه والدر المختار وحواشيه ، فليحفظ اذ عليه تنبني المواد الآتية .

✽ وان وجد زائداً عن القدر الذي بينه فالزيادة للمشتري ولا

خيار للبايع ✽

كما تقرر اتفاقاً من ان الوزن في مثل هذا وصف والوصف لا يقابله شيء من الثمن ما لم يكن مقصوداً بتناول المبيع له ، فصار كما لو باعه على انه يجب فوجده سليماً ، فان المشتري يأخذه بالثمن المسمى ولا خيار للبايع ، لأن السلامة وصف لا يقابلها شيء من الثمن (هداية وجمع الأنهر)

✽ مثلاً لو باع فص الماس على انه خمسة قراريط بعشرين الف قرش ، فاذا ظهر اربعة قراريط ونصفاً كان المشتري مخيراً ان شاء فسح البيع وان شاء اخذ الفص بعشرين الف قرش واذا ظهر خمسة قراريط ونصفاً اخذه المشتري بعشرين الف قرش ولا خيار للبايع في هذه الصورة ✽

قيل : ومثل هذا ما في الهندية : لو طلب رجل من آخر ان يبيع منه اشجاراً في ارضه للحطب ، فانفق على رجال من اهل البصر لينظروا الى الاشجار كم يكون منها من الأوقار ، فانفقوا على ان هذه الاشجار خمسة وعشرون وقرراً من الحطب ، فاشتراها بثمن معلوم ، فلما قطعها كانت اكثر من خمسة وعشرين وقرراً فأراد البايع ان يمنع الزيادة عن المشتري ، ليس له ذلك اه وفيه ان الظاهر من عبارة

الهندية المذكورة ، ان البيع وقع على الخطب مجازفةً ، لاعلى انه خمسة وعشرون
وقراً ، وقد قدمنا في شرح المادة (٢٢٢) انه اذا اضاف العقد الى عين المبيع ولم
بذكر العدد ثم زاد على ما ظنه ، فهي حلال للمشتري اه فليس ما في الهندية مما
نحن فيه وان كان الحكم صحيحاً ، فافهم وانظر ما سنذكره في شرح المادة
(٢٢٦) عن البحر .

المادة ٢٢٥ - * اذا بيع مجموع من الموزونات التي في بعضها
ضرر مع بيان مقداره وبيان اثمان اقسامه واجزائه وتفصيلها فاذا ظهرت
وقت التسليم زائداً او ناقصاً عن القدر الذي بينه فالمشتري مخير ان
شاء فسخ البيع وان شاء اخذ المجموع بحساب الثمن الذي بينه
وفصله لاجزائه واقسامه *

لأنه لما بين اثمان اجزاء المبيع بحيث جعل لكل مقدر برطل او قيراط او
نحوه من المبيع ثمناً ، فقد صار المقدار مقصوداً بتناول المبيع له ، وقد تقدم فيما قررناه
في شرح الفقرة الأولى من المادة السابقة ان المقدار او الذرع اذا كان مقصوداً
بتناول المبيع له بكون اصلاً فيقابلة شيء من الثمن

* مثلاً لو باع منقلاً من النحاس على انه خمسة ارطال كل رطل
باربعين قرشاً فظهر المنقل اربعة ارطال ونصفاً او خمسة ارطال ونصفاً
فالمشتري بالخيار في الصورتين ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذ المنقل
بماية وثمانين قرشاً ان كان اربعة ارطال ونصفاً وبماتين وعشرين قرشاً
ان كان خمسة ارطال ونصفاً *

وانما خير المشتري في الصورتين لأنه في صورة النقصان يتضرر بتفريق
الصفقة عليه ، وفي صورة الزيادة يلزمه الزيادة في الثمن ، فكان فيه نفع يشوبه

ضرر فيخبر ، وليس له ان يأخذ القدر المسمى وبتوك الزائد ، لأن التبييض
بضره بخلاف الصبرة (زبلي) .

المادة ٢٢٦ * اذا بيع مجموع من المذروعات سواء كان
من الاراضي او من الامتعة والاشياء السائرة *

من كل ما يتعيب بالتبييض والزيادة والنقصان

* و بين مقداره وجملة ثمنه فقط او فصل اثنان ذرعانه ففي هاتين
الصورتين يجري الحكم على مقتضى حكم الموزونات التي في تبعضها
ضررٌ واما الامتعة والاشياء التي ليس في تبعضها ضرر كالجوخ
والكرباس فالحكم فيها كالحكم في المكيلات . مثلاً لو بيعت
عرصة على انها مائة ذراع بألف قرش فظهر انها خمسة وتسعون ذراعاً
فالمشتري مخير ان شاء تركها وان شاء اخذ تلك العرصة بألف قرش *
لأن الدرع ، اذا لم يكن مقصوداً بتناول المبيع له ، وصف للمبيع فلا يقابله شيء
من الثمن ، فصار النقصان عبارة عن فوات وصف مرغوب فيه ، كما لو اشترى عبداً
على انه كاتب فظهر غير كاتب كما تقدم .

* واذا ظهرت زائدة اخذها المشتري ايضاً بألف قرش فقط *
لا خيار للبايع ، كما لو باعه على انه معيب فوجده سليماً . وهل تحمل له الزيادة
ديانة ؟ - فيه خلاف . نقله في البحر عن المعراج . قلت : وظاهر اطلاق التون
اختيار الحل (رد المحتار)

* وكذا لو بيع ثوب قماش على انه يكفي قباه وانه ثمانية اذرع
باربعماية قرش فظهر سبعة اذرع خير المشتري ان شاء تركه وان شاء

اخذه باربعماية قرش . وان ظهر تسعة اذرع اخذه المشتري بتامة
باربعماية قرش ايضاً *

لما تقرر آنفاً . وفي البحر عن العمدة : لو اشترى حطباً على انه عشرون وقرأ
فوجده ثلاثين ، طابت له الزيادة ، كما في الدرعان . قال في البحر : وهو مشكل
وينبغي ان يكون من قبيل القدر لأن الحطب لا يتعيب بالتبعض فينبغي ان تكون
الزيادة للبايع ، خصوصاً ان كان من الطرفا التي تعورف وزنها بالقاهرة اه كذا في
رد المحتار . اقول : وفيه ان البيع قد وقع على عدد مخصوص من الأوقار فلا
يكون من قبيل القدر بل من قبيل العددي المتفاوت الآحاد فيكون البيع فاسداً
في حالتي الزيادة والنقصان كما سيأتي في المادة (٢٢٧) تأمل .

❖ كذلك لو بيعت عرصة على انها مائة ذراع كل ذراع
بعشرة قروش فظهرت خمسة وتسعين ذراعاً او مائة وخمسة اذرع
خير المشتري ان شاء . تركها وان شاء اخذها اذا كانت خمسة وتسعين
ذراعاً بتسعمائة وخمسين قرشاً واذا كانت مائة وخمسة اذرع بالف
وخمسين قرشاً . وكذا اذا بيع ثوب قماش على انه يكفي لعمل قباء
وانه ثمانية اذرع كل ذراع بخمسين قرشاً فاذا ظهر تسعة اذرع او
سبعة اذرع كان المشتري مخير ان شاء ترك الثوب وان شاء اخذه
اذا كان تسعة اذرع باربعماية وخمسين قرشاً وان كان سبعة اذرع
بثلاثماية وخمسين قرشاً ❖

قيتد الزيادة والنقصان بكونها ذراعاً احتراراً عما اذا كانت اقل من ذراع ، كما
لو ظهر الثوب في مسلتنا ثمانية اذرع ونصفاً او سبعة اذرع ونصفاً فإنه يأخذه في
صورة الزيادة بأربعماية قرش بلا خيار ، وفي صورة النقص بثلاثماية وخمسين
قرشاً ان شاء - وان شاء ترك ، وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى وعليه
مشت المتون . وفي الفتح : وهو الاصح . وفي الدر المختار : فعليه الفتوى . قال

في التبيين : ووجه قول الإمام ان الذراع فيه وصف في الأصل ، وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع وبكونه مقابلاً بالحسين قرشاً ، فعند عددها عاد الحكم الى الأصل . ثم لا يخبر في فصل الزيادة لأنه مخالفة الى خير ، وفي النقصان يخبر لفوات الوصف المرغوب فيه اه قيل : هذا الاختلاف في ثوب يضره القطع او تفاوت جوانبه كالعائم والقمصان والأقية ، واما الثياب التي لا تتفاوت جوانبها كالبطائن ونحوها ، فلا تسلم له الزيادة ، لأنه اذا كان بهذه الصفة فهو بمنزلة المكيل والموزون . وعلى هذا يجوز بيع ذراع منه كبيع قفيز من صبرة ، اذ لا يضره التبعض . كذا في تبيين الزبلي ، ومثله في الدر المختار عن النهر .

❦ واما لو بيع ثوب جوخ على انه مائة وخمسون ذراعاً بسبعة آلاف وخمسة قرش او ان كل ذراع منه بخمسين قرشاً فاذا ظهر مائة واربعين ذراعاً خير المشتري ان شاء فسح البيع وان شاء اخذ المائة واربعين بسبعة آلاف قرش فقط واذا ظهر زائداً عن المائة وخمسين ذراعاً كانت الزيادة للبايع ❦

اما في صورة ما اذا فصل وقال كل ذراع بخمسين ، فظاهر ، لأنه صار مقصوداً بتناول المبيع له . واما في صورة ما اذا لم يفصل ، فلما تقدم من ان الذرع فيما لا يضره التبعض ولا تتفاوت جوانبه واطرافه بكون اصلاً فيقابله شيء من الثمن ، وانما خير في صورة النقص لتفرق الصفقة عليه ، كما هو ظاهر .

المادة ٢٢٧ - ❦ اذا بيع مجموع من العدديات المتفاوتة وبين مقدار ثمن ذلك المجموع فقط فان ظهر عند التسليم تاماً صح البيع ولزم وان ظهر ناقصاً او زائداً كان البيع في الصورتين فاسداً . مثلاً اذا بيع قطيع غنم على انه خمسون رأساً بألف وخمسة قرش فاذا ظهر عند التسليم خمسة واربعين رأساً او خمسة وخمسين

فالبيع فاسد

لجهالة الثمن في النقصان ، لأنه لا تنقسم اجزأوه على اجزاء المبيع القيمي ، فلم يعلم للمعدد الناقص من الغنم حصّة معلومة من الثمن المسمى لينقص ذلك القدر منه ، فكان الناقص من الثمن قدراً مجهولاً فيصير الثمن مجهولاً ، ولجهالة المبيع في فصل الزيادة لأنه يحتاج الى رد الزائد فيتنازعات في المردود (رد المختار عن النهر)

ومثله ما اذا باع عدلاً على انه عشرة اثواب بكذا فنقص او زاد كما يفي الكنز وشروحه .

ونظيره ما لو باع عدلاً من الثياب او قطعاً من الغنم واشتتى واحداً بغير عينه ، فإن البيع فاسد لجهالة المبيع ، كما في التوير وشروحه الدر المختار . وقال في رد المختار : لأنه يؤدي الى التنازع في المستثنى ، بخلاف ما اذا كان معيناً اه . ونظيره ايضاً ما لو اشترى ارضاً على ان فيها كذا نخلاً مثراً فاذا فيها واحدة لا ثمر ، فسد البيع (در عن البحر) قال في رد المختار : لأن الثمر له قسط من الثمن ، فاذا كانت الواحدة غير مثمرة لم يدخل المدوم في البيع ، فصارت حصّة الباقي مجهولة فيكون هذا ابتداء عقد في الباقي بضمن مجهول فيفسد البيع (بحر عن الخانية) اه - وهذا بخلاف ما لو باع ارضاً على ان فيها كذا نخلة فوجدها المشتري ناقصة جاز البيع ويخير المشتري ان شاء اخذها بجميع الثمن وان شاء ترك ، لأن الشجر يدخل في بيع الارض تبعاً ولا يكون له قسط من الثمن . وكذا لو باع داراً على ان فيها كذا بيتاً فوجدها ناقصة جاز البيع ويخير على هذا الوجه (بحر عن الخانية) .

المادة ٢٢٨ - ﴿ اذا بيع مجموع من العدييات المتفاوتة وبين مقداره واثمان آحاده وافراده فاذا ظهر عند التسليم تاماً لزم البيع وان ظهر ناقصاً خير المشتري ان شاء ترك وان شاء اخذ ذلك

القدر بحصته من الثمن المسمى . وان ظهر زائداً كان البيع فاسداً ﴿

انما صح البيع في صورة القصد وفسد في صورة الزيادة لأنه اذا كان زائداً
تبقى الجهالة في المردود المتفاوت فيؤدي الى المنازعة ، وفي فصل التقصان
ثمن كل واحد من الغنم معلوم حيث بين اثمان الآحاد ، فالموجود يصح فيه البيع
ويطل في المدوم . وخير المشتري لتفرق الصفقة عليه ، وهذا عندهما ، وهو
الصحيح (زبلي) .

وفي مسكين على الكنز : وقال شمس الائمة السرخسي : الاصح ان
هذا قولهم جميعاً .

﴿ مثلاً لو بيع قطيع غنم على انه خمسون شاة كل شاة
بخمسين قرشاً فاذا ظهر ذلك القطيع خمسة واربعين شاة خير المشتري
ان شاء . ترك وان شاء اخذ الخمسة واربعين شاة بألفين ومائتين
وخمسين قرشاً واذا ظهر خمسة وخمسين راساً كان البيع فاسداً ﴿
ومثله في الكنز والهداية والتنوير والمتقى بما لو باع عدلاً على انه عشرة
اثواب كل ثوب منه بكذا فظهر اقل او اكثر ، قالوا يصح البيع في الأقل بحصته
ويخير المشتري وفسد في الاكثر . لكن قال في الدر المتقى وفي البرازية
والخلاصة : اشترى عدلاً على انه كذا فوجده ازيد والبائع غائب ، يعزل الزائد
ويستعمل الباقي لأنه ملكه اه .

وفي المنع بعد ان نقل ما مر عن البرازية : وكان هذا استحسان والآخر فبيع
فاسداً لجهالة المزيد . وقد صرح في الخاتبة والقنية بأن محمداً قال فيه : استحسنت
ان يعزل ثوباً من ذلك ويستعمل البقية اه .

قال في رد المحتار : وبظهر منه ترجيح ما مر ، يعني استحسان محمد . لكن
ذكروا الاستحسان في صورة غيبة البائع . قال في الخاتبة : فإن غاب البائع ، قالوا
يعزل المشتري من ذلك ثوباً ويستعمل الباقي ، وهذا استحسان اخذ به محمد نظراً
للمشتري اه - اي لأنه عند غيبة البائع يلزم الضرر على المشتري بعدم الانتفاع

بالمبيع الى حضور البائع ، و ربما لا يحضر او تطول غيبته فلذا استحسن محمد عزل ثوب واستعمال الباقي نظراً للمشتري . وهذا لا يجري في صورة حضرة البائع لا يمكن تجديد المقدمه ، فالظاهر بقاؤه على القياس اه ما في (رد المحتار) . ومن هنا يظهر ان استحسان محمد المذكور يجري في مسألة المحلة ايضاً ، فإذا ظهرت الزيادة المذكورة بعد غيبة البائع فالمشتري بعزل الخمسة رؤس الزائدة ويتصرف في البقية دفماً للضرر عن المشتري ، اذ لا فرق يظهر بين المستلثين ، فتدبر .

المادة ٢٢٩ - * في الصور التي يخير فيها المشتري من المواد

السابقة اذا قبض المشتري المبيع مع علمه انه ناقص *

بمعنى او انه زائد ، ليشمل ما اذا كان الخيار ثابتاً للمشتري في صورة الزيادة ايضاً كما في بيع ما يضره التبعض من الموزونات والمذروعات اذا فصل الثمن على اجزائها واقسامها وفقاً للمادة (٢٢٦) تأمل

* لا يخير في الفسخ بعد القبض *

اي قبض الجميع ، فيبقى الخيار فيما اذا لم يقبض شيئاً او قبض البعض كما في الدر المنتقى ومجمع الأنهر والبحر والخانية ، ومثله في رد المحتار ايضاً ، فافهم .
والظاهر ان قول المحلة « مع علمه انه ناقص » ليس قيداً احترازياً فيما كانت علة الخيار فيه تفريق الصفقة على المشتري ، لما قدمناه في شرح المادة (٢٢٣) من ان تفريق الصفقة انما يوجب الخيار اذا كان قبل قبض الكل او البعض واما بعد قبض الكل ، فلا ، وان كان غير عالم بالنقص وقت القبض ، لأن تفريق الصفقة بعد تمامها بقبض كل المبيع جائز (انظر المادة ٢٥١ وما سنذكره في شرحها) وهذا كما لو استحق بعض المبيع بعد قبض كله ، فإن المشتري يرجع على البائع بنقصان المبيع ، ولا خيار له وان تفرقت الصفقة عليه ، كما هو صريح الخانية وجامع الفصولين ، خلافاً لما بحثه صاحب النهر حيث قال :
ان الموجب للخيار انما هو تفريق الصفقة ، وهذا القدر ثابت فيما لو وجدته بعد

القبض ناقصاً ، الا ان يقال انه بالقبض صار راضياً بذلك ، فندبره اه قال في رد المحتار : قلت : هذا ظاهر اذا علم بنقصه قبل القبض ، والا فلا يكون راضياً ، فينبغي التفصيل ، تأمل اه وانت خبير بأن هذا بحث فلا يصادم المنقول عن الخانية وغيرها . على انه بحث ماقط لما سمعت من ان تفريق الصفقة لا يوجب الخيار بعد قبض الكل كما في مسألة الاستحقاق المارة ، ولعل قوله « تأمل » في رد المحتار فيه اشارة لما ذكرناه ، فليتدبر .

(الفصل الرابع)

✽ في بيان ما يدخل في البيع بدون ذكر صريح وما لا يدخل ✽

مسائل هذا الفصل مبنية على ثلاث قواعد : الأولى : ان كل ما هو متناول اسم المبيع عرفاً يدخل في البيع وان لم يذكر صريحاً .

الثانية : ان كل ما كان متصلاً بالمبيع اتصال قرار كان تابعاً داخلياً في المبيع قالوا : ان ما وُضع لأن يفصله البشر في الآخرة ليس باتصال قرار وما وضع لا لأن يفصله البشر فهو اتصال قرار .

والثالثة : ان ما لا يكون من القسمين ، ان كان من حقوق المبيع ومراقفه يدخل في المبيع بذكرها ، والا فلا اه (لمطاطوي عن الدرر)

المادة ٢٣٠ ✽ كل ما جرى عرف البلدة على انه من مشتملات

المبيع يدخل في البيع من غير ذكر ✽

المراد بكونه من مشتملات المبيع ان يتناوله اسم المبيع عرفاً (در مختار)

✽ مثلاً في بيع الدار يدخل المطبخ والكيلار وفي بيع حديقة

زيتون تدخل اشجار الزيتون من غير ذكر لأن المطبخ والكيلار من
مشمولات الدار وحديقة الزيتون تطلق على ارض محتوي على اشجار
الزيتون فلا يقال لأرض خالية حديقة زيتون *

وكذا يدخل في بيع الدار العلو والكنيف ، يعني اذا باع الدار بمحدودها يدخل
ما ذكر وان لم يقل بكل حق لها او بمراقها ، لأن الدار اسم لما بدار عليه
الحدود ، والعلوم منها (رد المختار عن الدرر)

وفي الجوهره : ثم اذا باع الدار دخل في المبيع جميع ما كان فيها من بيوت ومنازل
وعلو وسفل ومطبخ وكنيف وجميع ما تشتمل عليه حدودها الاربعه اه ولا
يدخل العلو بشراء بيت بكل حقه ونحوه ، لأن البيت اسم لما يات فيه ، والعلو
مثله ، والشئ لا يستتبع مثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه اه - لكن نقل
في البحر عن الكافي : وفي عرفنا يدخل العلو في الكل سواء باع باسم البيت او
او المنزل او الدار ، والاحكام تبني على العرف فيعتبر في كل اقليم وفي كل عصر
عرف اهله اه قال في رد المختار بعد نقله : قلت : وحيث كان المعتبر العرف فلا
كلام سواء كان باسم خانه او غيره . وفي عرفنا لو باع بيتا من دار او باع دكانا
او اصطبلا او نحوه ، لا يدخل علوه المبني فوقه ما لم يكن باب العلو من داخل
المبيع اه قلت : وفي عرفنا كذلك وكذا يدخل في بيع بستان جميع ما فيه من غراس
وشرب وبناء ونحوه لأن البستان في عرفنا اسم لقطعة ارض محاطة بسياج او
دك فيها اشجار متنوعة ولها شرب معلوم ، وقد يكون فيها بيت لربط دواب البستان
من حمير وبقرة وبيت آخر يبيت فيه صيفا عملة البستان وحرهم واولادهم ، وقد لا
يكون ، فجميع ما ذكر هو من مشمولات البستان عرفا فيدخل في بيع البستان
بعد بيان حدوده بلا ذكره ولا ذكر المرافق ، لتناول اسم المبيع له عرفا . وهذا
كدخول حق الشرب في بيع الدار في عرف اهل دمشق كما في رد المختار وعبارته :
قلت : وذكر في الذخيرة ان الأصل ان ما لا يكون من بناء الدار ولا متصلا
بها لا يدخل الا اذا جرى العرف في ان البايح لا يمنعه عن المشتري فالفتح يدخل
استحسانا لا قياسا لعدم اتصاله ، وقلنا بدخوله بحكم العرف اه ملخصا . ومقتضاه ان

شرب الدار بدخل في ديارنا دمشق للتمارف ، بل هو اولى من دخول السلم المنفصل في عرف مصر القاهرة لأن الدار في دمشق اذا كان لها ماء جار وانقطع عنها اصلاً لم ينتفع بها ، وايضاً اذا علم المشتري انه لا يستحق شربها بعد البيع لا يرضي بشرائها الا بتمن قليل جداً بالنسبة الى ما يدخل فيها شربها اه قلت : ومثله شرب البستان ، بل هو اولى لأن البستان اذا لم يكن له شرب ربما لا يسمى في عرفنا بستاناً وهو ظاهر .

المادة ١٠٠ - * ما كان في حكم جزء من اجزاء المبيع اي ما يقبل الانسكاك عن الجميع نظراً الى غرض الاشتراء يدخل في البيع بدون ذكر مثلاً اذا بيع قفل دخل مفتاحه واذا اشترت بقرة حلوب لاجل اللبن يدخل فلوها الرضيع في البيع بدون ذكر *

وكذا يدخل في بيع الدار المفاتيح المتصلة اغلاقها كضبة وكيلون ، ولو من فضة (در مختار) والمراد بالضبة ما يسمى بالسكرة وبالكيلون ما يسمى بالغال واما القفل الذي لا يسمر فلا يدخل كالغال والسكرة (اي كالا يدخل الغال والسكرة الخ) اذا كانا موضوعين في الدار غير مركبين لعدم الاتصال ، سواء ذكر الحقوق او لا ، وسواء كان الباب مطلقاً او لا ، وسواء كان المبيع حائوناً او بيتاً او داراً ، كما في الخانية . وانما تدخل الألواح وان كانت منفصلة لأنها في العرف كالأبواب المركبة ، والمراد بهذه الألواح ما يسمى بمصر دراريب الدكان كما في الفتح (الكل من رد المختار) .

وقيد شراء البقرة بأن يكون لأجل اللبن ، لأنه لو كان لغير اللبن بأن كان لاجل الفلاحة أو الذبح لا يدخل فلوها الرضيع ، كما لا يدخل فصيل الناقة وفلو الرمكة وجحش الاتان ، لان شراء هذه لأجل اللبن . والظاهر ان حمل الفهم وجددي الماعز لا يدخل وان كان شراء الشاة والماعز لاجل اللبن ، لأن المقصود

يحصل فيها بدون الفلوة ، بخلاف البقر ، وهو ظاهر - ثم ان عدم دخول ما ذكر اذا لم يذهب الفلوة مع الأُم الي موضع البيع ، والا دخل في البيع مطلقاً بدلالة الحال ، الا ان يكون العرف بخلافه . كذا في الهندية .

وفي الخانية : رجل اشترى سمكة فوجد في بطنها لؤلؤة ، فان كانت اللؤلؤة في الصدف تكون للمشتري ، وان لم تكن في الصدف فان كان البائع اصطاد السمكة يردها المشتري على البائع ، وتكون عند البائع بمنزلة اللقطة يمر بها حوالاً ثم يتصدق بها في الغرر : « باع سمكة فوجد فيها درة لم تدخل الدرّة في البيع لأنها ليست من اجزاء السمكة اه » ليس على اطلاقه ، بل هو مقيد بما اذا لم تكن الدرّة في الصدف ، والا كانت من اجزاء المبيع فتدخل في البيع . وكذا قوله في شرح الدرر : « يعني اصطاد سمكة في بطنها درة فملك السمكة والدرّة الخ » فيه مسامحة لما سمعت من انها لقطة ما لم تكن في الصدف ، تأمل . وكل شيء لا يكون غذاء للسمكة فللبائع ، وما يكون غذاء لها فهو للمشتري ، كذا في الذخيرة . فان اشترى سمكة فوجد في بطنها سمكة تكون للمشتري ، ولو اشترى دجاجة فوجد فيها لؤلؤة فهي للبائع ، وكل شيء يوجد في حوصلة الطير مما يأكله فهو للمشتري ، وان كان من غيره فهو للبائع . ولو وجد لؤلؤة في بطن السمكة التي في بطن السمكة فهي للبائع ، ولو وجد في بطنها صدفاً فيه لحم وفي اللحم لؤلؤة كما تكون اللؤلؤة في الاصداف فهي للمشتري . وكذا لو اشترى اصدافاً ليأكل ما فيها من اللحم فوجد في بعضها لؤلؤة في اللحم ، فهي له (الكل من الهندية) .

المادة ٢٣٢ * نوابع المبيع المتصلة المستقرة تدخل في البيع تبعاً بدون ذكر *

هذه المادة فيما هو من متفرعات القاعدة الثانية . وهي ان كل ما كان متصلاً بالمبيع الخ . والمراد بالتصل المستقر ما وضع لا لأن يفصله البشر كما تقدم ، فيدخل الحجارة المحلوقة والثبتة في الارض والدار ، لا المدفونة . يدل عليه قولهم « لو

اشترى ارضاً بمحقوقها وانهدم حائطاً منها فاذا فيه رصاص او ساج او خشب إن من جملة البناء كالذي يكون تحت الحائط بدخل ، وإن شيئاً مودعاً فيه فهو للبايع ، وإن قال البايع ليس لي فحكمه حكم اللقطة ، فقولهم « شيئاً مودعاً » بدخل فيه الاحجار المدفونة ، ويقع كثيراً في بلادنا أنه يشتري الارض او الدار فيرى المشتري فيها بعد حفرها احجار المرمر والكردان والبلاط ، والحكم فيه : ان كان مبنياً فلمشتري ، وإن موضوعاً لا على وجه البناء ، فللبايع . وهي كثيرة الوقوع ، فاعنتم ذلك .

بقي لو ادعى البايع انها كانت مدفونة فلم تدخل ، والمشتري انها مبنية ، فقد يقال بتحالفان لأنه يرجع الى الاختلاف في قدر المبيع ، وقد يقال يصدق البايع لأن اختلافها في تابع لم يرد عليه العقد . والتحالف على خلاف القياس فيما ورد عليه العقد ، فلا يقاس عليه غيره ، والبايع ينكر خروجه عن ملكه ، والاصل بقاء ملكه ، فتأمل اهـ . لمخصاً من حاشية الفخ للرملي ، كذا في رد المحتار .

✽ مثلاً اذا بيعت دار دخل في البيع الاقفال المسمرة والدواليب اي الخزن المستقرة والدفوف المسمرة المعدة لوضع فرش والبستان الذي هو داخل حدود الدار ✽

اما دخول ما عدا البستان فلانصاله بالمبيع اتصال قرار ، ومنه دخول الباب المركب ، وكذا ابواب الشبايك اذا كانت مركبة متصلة ومثلها كما في رد المحتار ما اذا كانت من البلور وكانت ايضاً متصلة اتصال قرار اهـ قلت : بأن كانت مربوطة مع حديد الشباك بسلك من حديد ، وكانت مكلسة اطرافها مع الحوائط ، فإنها لم تكن حينئذ موضوعاً لترفع ، تأمل .

ومنه ايضاً السلم ولو من الخشب ، كما في الهندية والبحر ، والسريبر والدرج اذا كانت متصلة ، وكذا البئر والبكرة التي على البئر ، بخلاف الدلو والحبل المعلقين عليها ، الا اذا قال بمراقها .

و يدخل ايضاً في بيع الحمام القدر وهي الحلة التي يسخن فيها الماء ، وكذا الأجران اذا كانت متصلة ، واما المنفصلة فإن كانت كبيرة لا تنقل ولا تحول ،

فالظاهر انها كالمتصلة ، والا فلا (الكحل من رد المحتار) واما قدور الصباغين والقصارين واجاجين الفساليين وخب بي الريانين وحبابهم ودنانهم وجذع القصار الذي يدق عليه المثبت ، كل ذلك في الارض ، فلا يدخل . وان قال بمقوقها . قلت : ينبغي ان تدخل كما اذا قال بمراقمتها اه (فتح) قال في رد المحتار : اقول : بل في التتارخانية عن الذخيرة انه عى قياس مسألة البكرة والسلم ما كان مثبتاً في البناء من هذه الاشياء ينبغي ان يدخل في البيع ، اى وان لم يقل بمقوقها اه اقول : وفي البحر عن المحيط ما نصه : ومقلاة السويقين ، وهي التي يقلي فيها السويق ، اذا كانت من حديد او من نحاس ، فهي للبايع وان كانت في البناء ، لأنها جعلت في البناء للعمل فلم تكن من جملة البناء ، وان كانت من خزف فلمشتري اه فيمكن ان يقال في قدور الصباغين والقصارين الخ ما قيل في هذا ، فلا جرم كان اتباع المنقول من عدم الدخول وان ذكرت المرافق اولى مما يجتهد في الفتح ، واقره في رد المحتار ، ولهذا ذكر في البحر وغيره المنقول من عدم الدخول ولم يلقفت لما يجتهد صاحب الفتح ، فافهم .

وفي الخانية : يدخل كور الحداد في بيع حانوته وان لم يذكر المرافق ، وكور الصايغ لا يدخل وان ذكر المرافق ، لأن الاول مركب متصل ، والثاني منفصل ولا يدخل زق الحداد الذي ينفخ فيه اه وبما ذكر بعل ان آلات النسيج والحياكة من انوال ودفاف ونحوها لا تدخل في بيع دكان النسيج ، الا ما كان متصلاً منها في الدكان المبيعة اتصال قراره ، وهو ظاهر . واما دخول البستان فلكونه داخلياً في حدود الدار المبيعة ، وقد تقدم ان الدار اسم لما تدار عليه الحدود . واما اذا كان خارجاً عن حدودها ولكن باب البستان في الدار ومفتحه فيها ، فان كان البستان اصغر من الدار يدخل تبعاً ، ولو اكبر منها او مثلها فلا ، الا بالشرط كذا في الفتح والتبيين وغيرهما .

✽ والطريق الموصلة الى الطريق العام او الداخلة التي لا تنفذ ✽ عطف على البستان ، يعني فيدخل الطريق المذكور في بيع الدار بدون ذكر الحقوق والمرافق ، وقيد بقوله « الموصلة الى الطريق العام الخ » ليخرج الطريق

الخاص في ملك انسان ، فإنه لا يدخل في البيع الا بالتخصيص عليه او بذكر الحقوق ونحوها ، لأنه خارج عن حدود الدار ، الا انه من التوايع ، فيدخل بذكرها ، كما في الفتح والبحر وغيرهما . فإذا كانت دار داخل دار اخرى للبايع او غيره ، فباع الداخلة ، فطريقها في الدار الخارجة ليس من الدار المبيعة بل من حقوقها ، فلا يدخل فيها بلا ذكر الحقوق ونحوها . فصار بمنزلة بيع بيت من دار فإن طريقه في الدار لا يدخل فيه لأنه ليس منه ، بل خارج عن حدوده كما في الهداية . ومثل الطريق الخاص حق تسييل الماء والقاء الثلج في ملك انسان خاصة ، فإنه لا يدخل في بيع الدار الا بذكر الحقوق ونحوها ، كما في الدر المختار وغيره .

وفي رد المختار ما نصه : تنبيه : قال في الكفاية وفي الذخيرة : بذكر الحقوق انما يدخل الطريق الذي يكون وقت البيع لا الطريق الذي كان قبله ، حتى ان من سد طريق منزله وجعل له طريقاً آخر وباع المنزل بمقوقه دخل في البيع الطريق الثاني لا الاول اه .

وفي الفتح عن نجر الاسلام : فإن قال البايع ليس للدار المبيعة طريق في دار اخرى فالمشترى لا يستحق الطريق ، ولكن له ان يردّها بالعيب . ولو كان عليها جذوع لدار اخرى ، فان كانت للبايع أمر برفعها وان لم يرفعها كانت بمنزلة العيب . ولو ظهر فيها طريق او مسيل ماء لدار اخرى للبايع ، فلا طريق له في المبيعة اه .

وفي حاشية الرملي عن النوازل : له داران ، مسيل الاولى على سطح الثانية ، فباع الثانية بكل حق لها ، ثم باع الاولى من آخر ، فللمشترى الاول منع الثاني من التسييل على سطحه ، الا اذا استثنى البايع المسيل وقت البيع اه ملخصاً . قال : وما وقع في الخلاصة والبزازية عن النوازل من انه ليس للاول منع الثاني سبق قلم ، لان التسييل في النوازل ما قدمناه ومثله في الولوجية ، وبه علم جواب حادثة الفتوى : له كرامان طريق الاول على الثاني ، فباع لبيته الثاني على ان له المرور كما كان ، فباعته لا جنبي ، ليس للاجنبي منع الاب اه .

❊ وفي العروة تدخل الاشجار المغروسة على ان تستقر ❊

قال في المحيط : كل ما له ساق ولا يقطع اصله كان شجراً يدخل تحت بيع الارض بلا ذكر ، وما لم يكن بهذه الصفة لا يدخل بلا ذكر ، لأنه بمنزلة الثمرناه (طحطاري عن الهندية) .

وفي التنوير : و يدخل الشجر في بيع الارض بلا ذكر ، ثمرة كانت اولاً ، اذا كانت موضوعة فيها للقرار . وفي شرحه الدر المختار : صغيرة او كبيرة ، الا اليابسة لأنها على شرف القلع . وفي رد المختار : فهي كحطب موضوع فيها . وقوله « على ان تستقر » متعلق بالمغروسة ، اخرج به ما غرس لا على ان يستقر ، بل على ان يقلع وينقل الى ارض اخرى كل نصب ، فإنه لا يدخل ، كما سيأتي في المادة الآتية وبأبي الكلام عليها .

ثم ان اطلاق ما قدمناه عن التنوير يقتضي ان مثل قوائم الصنفاص والحدود والنصب مما غرس لا لأجل الثمر بل ليقطع من وجه الأرض ، يدخل في بيع الارض تبعاً كالاشجار المثمرة . وهو مقتضي اطلاق هذه المسألة ايضاً . لكن ذكر في الخانية انه لو باع ارضاً فيها رطبة او زعفران او خلاف يقلع في كل ثلاث سنين او رباحين او بقول ، نال الفضلي : ما على وجه الارض بمنزلة الثمر لا يدخل بلا شرط ، وما في الارض من اصولها يدخل ، لأن اصولها للبقاء بمنزلة البناء . وكذا لو كان فيها نصب او حشيش او حطب ثابت ، يدخل اصوله لا ما على وجه الارض . واختلفوا في قوائم الخلاف ، والصحيح انها لا تدخل اه .

وفي رد المختار عن الذخيرة : ان المرائب والاشجار والابنية تدخل لأنها ليس لنهايتها مدة معلومة ، فتكون للتأييد فتتبع الارض ، بخلاف الزرع والثمر . لأن اقطعها غاية معلومة ، فكانت كالمقطوع اه ملخصاً . قال : ومقتضاه ان غير الثمر المعد للقطع كالزرع ، الا ان يقال انه ليس له نهاية معلومة اه - فقد استفيد ان ما ليس لقطعه نهاية معلومة من ذلك كالحجور ، يدخل في بيع الارض تبعاً لأنه ليس كالثمر ، وقد غرس لان يستقر . وما وقع في رد المختار من هذا الفصل من قوله في الحاصل : « فإن لم يكن له نهاية معلومة فلا يدخل الخ » مبق

قلم ، وضوايه « فيدخل » فليتنبه له . وما كان لقطعه نهاية معلومة كالتصيب الفارسي واغصان توت القز فإنها تقطع في كل سنة مرة ، وكدة وايم الخلاف يعني الصفاف فانها تقطع في كل ثلاث سنين مرة ، فلا يدخل ، لأنه كالتمر .

والحاصل ان الشجر الموضوع لا لأن يستقر بل لينقل الى ارض اخرى ، وهو المسمى بالنصب ، لا يدخل لعدم اتصاله في المبيع اتصال قرار ، فهو كالزرع على ما يأتي في المادة الآتية . اما الموضوع للقرار فاما ان يكون المقصود منه الثمر ، فهذا يدخل الا اذا يبصر كالحطب الموضوع في الارض ، واما ان يكون المقصود منه القطع على وجه الارض . فإن كان ليس لقطعه نهاية معلومة كالخمر ، يدخل ايضاً كالشجر الثمر ، لبعده عن شبه الزرع . وإن له نهاية معلومة كالتصيب والصفاف وتوت القز ، فاما قوائمها واغصانها التي تقطع في كل سنة او في كل ثلاث سنين ، فلا تدخل لأنها كالتمر ، فيومر البايح بقطعها وتسليم اصولها للمشتري . هذا اذا كانت نابتة وقت البيع ، والا بأن نبتت بعد البيع ، فهي للمشتري قطعاً ، كالتمر اذا برز بعد عقد بيع الشجر او الأرض . واما اصولها التي تبقى في الارض او في اعلى ساق الشجرة كالتوت والصفاف ، فتدخل تبعاً لاتصالها في المبيع اتصال قرار . هذا ما يخص ما في البحر والخانية والفتح ورد المختار عن الواقعات وشروح الوهبانية ، قال : وهذا التفصيل انب لمقتضى قواعدم اه فاعتنم هذا التحرير .

❖ لأن جميع المذكورات لا تفصل عن المبيع فتدخل في البيع بدون ذكر ولا نصريح ❖

لما تقدم اول الفصل من ان كل ما كان متصلاً بالمبيع اتصال قرار ، كان تابعاً له داخلاً في المبيع . وقوله « لا تفصل عن المبيع » يعني انها ما وضعت لاجل ان يفصلها البشر عن المبيع .

المادة ٢٣٢ - ❖ ما لا يكون من مشتملات المبيع ولا هو من نوابه المتصلة المستقرة او لم يكن في حكم جزء من المبيع او لم تجر

العادة والعرف في بيعه معه لا يدخل في البيع ما لم يذكر وقت البيع
أما ما جرت عادة البلدة والعرف يبيعه تبعاً للمبيع فيدخل في البيع من
غير ذكر . مثلاً الأشياء الغير المستقرة التي توضع لأن تستعمل وتنقل
من محل إلى آخر كالصندوق والكرسي والتخت المنفصلات لا تدخل
في بيع الدار بلا ذكر *

راجع ما ذكرناه في شرح المادة (٢٣١) وشرح الفقرة الثانية من المادة
(٢٣٢) وفي البحر عن الظهيرية : ان كان المبيع داراً فرحى الأوبل للبايع ، وان
كان ضيقة كان الرحى للمشتري ، لأن ذلك يعد من توابع الضيقة اه قال : وذكر
قبله ان رحى الأوبل وآلاتها للبايع ، ولو ذكر الحقوق . واما رحى الماء فلمشتري اذا
باعها بمقوقها اه والظاهر ان ضمير « حقوقها » للدار ، تأمل . وفي الدر المختار :
و يدخل الرحى لو اسفلها مبنياً اه قال في رد المختار : اي فيدخل الحجر الأعلى
استحساناً اه وتامه فيه .

وفي البحر عن الخانية : و يدخل الباب المركب لا الموضوع فلو اختلفا في باب
الدار فادعاه كل منهما فإن كان مركباً متصلاً بالبناء فالقول للمشتري ، سواء
كانت الدار في يده او في يد البايع . وان كانت مقلوفاً فإن كانت في يد البائع
فالقول له ، والا للمشتري ، لأنه كالمشاع الموضوع فيها ، فالقول فيه لذي اليد اه
اقول : وهذا فيما اذا ادعياه ملكاً مطلقاً - يرشد الى ذلك قوله « لأنه كالمشاع »
- او ادعى البايع انه وقت البيع كان مقلوفاً ، وادعى المشتري انه كان مركباً .
واما اذا ادعى المشتري ملكيته بمقتضى انه داخل في بيع الدار ، وادعى البايع
ملكته بمقتضى انه غير داخل فيه مع اتفاقها انه كان مركباً او مقلوفاً وقت المبيع ،
فلا محل لهذا التفصيل حينئذ ، لظهور الحكم ، وهو انه ان اتفقا على انه كان مركباً
وقت البيع فهو للمشتري بلا بين ، سواء كان في يد البايع او في يده . وان اتفقا
على انه كان مقلوفاً فهو للبايع بلا بين مطلقاً ، وهو ظاهر . وفي رد المختار : واما

الدف الذي يفرش في ابوان البيوت لدفع العفن والرطوبة والندادة فالظاهر انه كالسرير المسمى بالتخت ، فيعتبر فيه الاتصال وعدمه . لكن قد يقال ان السرير ينقل ويجول ، واما هذا فإنه لا ينقل من محله فهو في حكم المتصل ، فليأمل اه .

✽ وكذا احواض الليمون والازهار المنفصلة والاشجار الصغيرة المغروسة على ان تنقل من محل الى آخر وهي المسماة في عرفنا بالنصب لا تدخل في بيع البساتين بدون ذكر ✽

قوله « والازهار » بالجر ، معطوف على الليمون . وقوله « المنفصلة » بالرفع ، صفة الاحواض . وقوله « والاشجار الصغيرة الخ » قد تقدم تحقيقه في شرح المادة السابقة ، وهو معطوف على احواض .

وفي الدر المختار عن القنية : شرى كرمًا ، دخل الوثائل المشدودة على الارتاد المنصوبة في الأرض ، وكذا الاعمدة المدفونة في الارض التي عليها اغصان الكرم المسماة بأرض الخليل بركايز الكرم اه - والوثل بالتحريك الجبل من البف ، كما في رد المحتار . والمراد ما يربط به الاغصان على الاعمدة . قال في المنح : تقييده بالمدفونة بقيد ان المقاتة على الارض لا تدخل لأنها بمنزلة الحطب الموضوع في الكرم ، وصارت المشئلة وائمة الفتوى ، فيفتي بالدخول في البيع ان كانت مدفونة وهي المسماة في ديارنا ببراير الكرم اه ولا يخفى ان المراد بكونها مدفونة ان يافق احد طرفيها في الأرض وبقى الطرف الآخر منتصبًا عاليًا ليربط عليه اغصان الكرم . وما اذا كانت كلها مدفونة بحيث لا يمكن ان تربط عليها الاغصان ، فهي كاللقاة على الارض ، وهو ظاهر .

✽ كما لا يدخل الزرع في بيع الأرض والثمر في بيع الأشجار ما لم تذكر صريحاً حين البيع ✽

او يقول بمتها بكل قليل وكثير فيها او منها (در منتقى) ويؤثر البايغ بقطعهما اي الزرع والثمر ، وان لم يظهر صلاحها وتسليم البيع ، اي الارض والشجر ، عند

وجوب تسليمها . فلو لم ينقد الثمن لم يؤمر به (خانية) ، لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فيجب على تسليمه فارغاً (در مختار) ثم ان وجوب التسليم كما يكون بنقد الثمن يكون مع اشتراط تأجيله ، كما سيأتي في المادة (٢٧٨)

وفي الدر المنتقى عن جامع الفصولين : لو باع شجراً عليه ثمر أو كرمًا عليه عنب ، لا بدخل الثمر . فلو استأجر الشجر من المشتري لينترك عليه الثمر لم يجوز ولكن يعار الى الادراك . فان ابي المشتري يخير البائع : ان شاء ابطل البيع ، او قطع الثمر اه ونقله ايضاً في البحر ، وقاس عليه انه لو باع ثمرة بدون الشجر ولم يرض البائع باعارة الشجر ، يتخير المشتري ايضاً : ان شاء ابطل البيع او قطعها ، لأن في القطع اتلاف المال وفيه ضرر عليه اه واقره في النهر . لكن قال في رد المختار ، بعد نقله : فتأمل مع قول المتون « و يؤمر البائع بالقطع » فإنه يتأني التخيير المذكور ، ولعله قول آخر فليحذر اه ولعل المناقاة تندفع بتخصيص قول المتون « و يؤمر بالقطع الخ » في صورة ما اذا اختار البائع عدم الفسخ ، تأمل .

ثم اعلم ان اطلاق هذه المادة تبعاً لاكثر المتون يفيد عدم دخول الزرع في بيع الأرض مطلقاً ، يعني سواء كان له قيمة اولاً ، وسواء كان بعد النبات او قبله ، وهو اختيار ابي الليث . لكن نقل في الدر المختار عن شرح المجمع : اذا نبت ولا قيمة له فإن لم تنله المشافر والمناجل ، اي قبل ان يمكن اكل الدواب له وقبل ان يمكن حصده بالمناجل ، انه يدخل في الاصح . ونقل في رد المختار عن التبجيس : ان الصواب الدخول كما نص عليه القدرري والاسبجاني . قال :

والخلاف مبني على الاختلاف في جواز بيعه قبل ان تناله المشافر والمناجل ، يعني ان من قال لا يجوز بيعه قال يدخل ، ومن قال يجوز بيعه قال لا يدخل اه وفي الهندية : بذر ارضه وباعها قبل ان ينبت ، لا يدخل في البيع ، لأن ما لم ينبت لا بصير تبعاً . ولو نبت ولم نصر له قيمة ، ذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى لا يدخل فيه . والصواب انه يدخل ، كذا في الظهيرية اه وقدم القول بالدخول في متن الملتقى فقال : وان نبت البذر ولم نصر له قيمة دخل في البيع ، وقيل لا اه قال في شرحه جمع الانهر : وعلى هذا الخلاف الثمر الذي لا قيمة له اه ومثله في البحر ، وكذا في الطحطاري ، فانهم

❖ تنبيه ❖

فيد بالبيع لأنه في رهن الأرض يدخل الشجر والشمر والزرع ، وفي وقفها يدخل البناء والشجر لا الزرع . وكذا لو اقر بارض عليها زرع او شجر ، دخل ، ولا يدخل الزرع في اقالة الأرض ، وتماه في البحر (كذا في رد المختار)

❖ لكن لجام دابة الركوب وخطام البعير وامثال ذلك فيما كان العرف والمادة فيها ان تباع تبعاً فهذه تدخل في البيع بدون ذكر ❖ يستفاد من تقييد الدابة بكونها للركوب ، انها لو كانت للتحميل او للفلاحة ونحوها لا يدخل اللجام ، وهو الذي يظهر . ومقتضى اطلاق الدخول انه لا فرق في ذلك بين ان تكون ملجمة وقت البيع ام لا . وفي الهندية : والحبل المشدود في عنق الحمار يدخل في بيع الحمار ، للعرف ، الا ان يكون العرف بخلافه اهـ وفي البرازية : ولا يدخل الأكاف في بيع الحمار ، موكفاً اولاً ، وهو الظاهر - الا اذا ذكر . ويدخل المدار في بيع الفرس والزام في بيع البعير ، ولا يدخل المقود في بيع الحمار ومثله في الخانية : قال لأن الفرس لا يتقاد الا بمقود ، وكذا البعير ، بخلاف الحمار اهـ وفي الهندية هشام عن ابي يوسف رحمه الله تعالى : رجل باع جارية وعليها قلب فضة وقرطان ولم يشترط ذلك والبايع ينكر ، قال لا يدخل شيء من الحلي في البيع . وان سلم البايء الحلي لها ، فهو لها . وان سكت عن طلبها وهو يراها ، فهو بمنزلة ، كذا في الظهيرية اهـ والظاهر انه يقال فيما على الفرس من مرج مما لا يدخل في بيع الفرس ، ما قيل في حلي الجارية من انه اذا سلمه البايء مع الفرس او قبضه المشتري وهو يراه ، يكون للمشتري ، فليتأمل وليراجع . والعرف الآن ان ما كان على الدابة وقت البيع من لجام او عذار او زمام او مقود او بردعة او قتب او مرج يدخل فيه ، الا اذا استثناء البايء . وما لم يكن عليه وقتئذ لا يدخل ، الا اذا شرطه المشتري . وانت خبير بأن المناط في الدخول وعدمه العرف ، تقدير .

المادة ٢٣٤ = * ما دخل في البيع تبعاً لا حصة له من الثمن *

كذا اطلقه في الدر المختار عن القنية . لكن قيده في جامع الفصولين بما قبل القبض ، ثم نقل عن شرح الاسيخاوي ما نصه : « الاوصاف لا قسط لها من الثمن الا اذا ورد عليها القبض . والاوصاف ما يدخل في البيع بلا ذكر كبناء وشجر في الارض واطراف في الحيوان وجودة في الكيلبي والوزني اه »
وعن فتاوي رشيد الدين : البناء اذا لم يذكر في الشراء وان كان دخوله تبعاً لكن اذا قبض بصير مقصوداً و بصير له حصة من الثمن اه
وفي رد المختار عن الخانية : وضع محمد رحمه الله تعالى اصلاً : كل شيء اذا بعته وحده لا يجوز بيعه ، واذا بعته مع غيره جاز ، فاذا استحق ذلك الشيء قبل القبض ، كان المشتري بالخيار : ان شاء اخذ الباقي بجميع الثمن ، وان شاء ترك . وكل شيء اذا بعته وحده جاز بيعه ، فاذا بعته مع غيره فاستحق ، كان له حصة من الثمن اه قلت : فصار الحاصل ان ما يدخل في البيع تبعاً اذا استحق بعد القبض كان له حصة من الثمن ، فيرجع على الباع بحصته . وان استحق قبل القبض ، فإن كان لا يجوز بيعه وحده كالشرب ، فلا حصة له من الثمن ، فلا يرجع بشيء ، بل يخير بين الأخذ بكل الثمن او الترك . وان جاز بيعه وحده كالشجر وثوب الثن كان له حصة من الثمن ، فيرجع بها على الباع اه فاحفظه .
* مثلاً لو مرق خطام البعير المتباع قبل القبض لا يلزم في

مقابلته تنزيل شيء من الثمن *

لكن يخير المشتري ان شاء اخذ البعير بكل الثمن ، او ترك ، كما في الدر المختار وغيره ، وتقدم . قيل : ان هذا مخالف للأصل الذي وضعه محمد رحمه الله تعالى ، وللحاصل الذي تقدم نقله عن رد المختار ، فإن خطام البعير يجوز بيعه وحده كالشجر وثوب الثن فينبغي ان تكون له حصة من الثمن ، ويمكن ان يجاب بالفرق في المبيع تبعاً اذا كان يجوز بيعه وحده بين فواته بالمرقة ونحوها كالا حترق

والانهدام فلا حصة له من الثمن كما هنا ، وبين فواته بالاستحقاق فيكون له حصة منه كما هو منطوق الأصل والحاصل المذكورين . يرشد الى هذا الفرق ما في الهندية : اشترى داراً فذهب بناؤها ، لم يسقط شيء من الثمن . وان استحق اخذ الدار بالحصة ، بخلاف صوف الشاة ، لا يأخذ قسطاً من الثمن الا بالتسمية اه فأت ترى انه فرق بين ذهاب بنائها يعني بالانهدام او الاحتراق مثلاً ، فلم يجعل له قسطاً من الثمن ، وبين استحقاقه فجعل له قسطاً منه ، ولم يفرق بينهما في صوف الشاة لأنه لا يجوز بيعه منفرداً . وذكر في جامع الفصولين عن الخانية : شري داراً مع بنائه فاستحق البناء قبل قبضه ، قالوا بخير المشتري ، اخذ الارض بحصته او ترك . ولو استحق بعد قبضه يأخذ الارض بحصته ولا خيار له . والشجر كالبناء . ولو احترق او نلها ظالم قبل القبض اخذها بجميع الثمن او ترك ، ولا يأخذ بالحصة بخلاف الاستحقاق والهلاك بعد القبض ، هو على المشتري اه فإنه صريح بالفرق بين فوات المبيع قبل القبض بالاستحقاق وبين فواته بنحو الاحتراق او قلع الظالم . ومثلها السرقة . وقد وقع في رد المحتار هنا خلل فيما نقله عن جامع الفصولين ، فليتنبه له . وكان وجه الفرق والله اعلم ان بالاستحقاق يظهر كون البايع متعمداً لكونه باع ما لا يملكه بخير المشتري بين الأخذ بالحصة وبين الترك بخلاف الفوات بنحو السرقة والاحتراق ، فإنه لا تعدي من البايع ، فكان خيار المشتري بين الأخذ بكل الثمن وبين الترك ، تقدير . ثم رأيت في حاشية السيد ابي السمود على مكين ما نصه : وفرع في النهر على الأصل المذكور ، اعني ما دخل تبعاً لا يقابله شيء من الثمن ، ما ذكره في القنية : اشترى داراً فذهب بناؤها لم يسقط شيء من الثمن ، وان استحق اخذ الدار بالحصة الخ قال شيخنا : يكون الاستحقاق بمنزلة الاتلاف اه ففاده ان البيع باذاتلاف يكون له حصة من الثمن ، حتى لو رد الامة المبيعة بحكم خيار العيب بعد اتلاف ثيابها يسقط عن البايع ما قابل الثياب من الثمن اه وبوجه ما في جامع الفصولين رامزاً لفتاوي العتابي : باع داراً على ان فيه عشرة ابيات ، فقصص عن العشرة ، جاز وبخير ، كما في ارض نقصت نخلة . ولو استحق بعضها او اتلفه البايع اخذ الباقي بحصته ان شاء اه وهو عين ما قلناه

والله الحمد .

ثم اعلم ان كون دخول مثل الشجر والبناء وخطام البعير في بيع الارض والبعير تبعاً ، انما هو اذا لم يذكر الشجر ونحوه في البيع . اما اذا ذكر ، كان مبيعاً قصداً لا تبعاً . حتى لو فات قبل القبض بأفة سماوية نسقط حصته من الثمن ، كما في جامع الفصولين ، ونقله في رد المحتار . وظاهر اطلاقه انه يجرد ذكره مع الأرض ، وان لم يعين له ثمناً ، يكون كذلك . لكن في الهندية عن الكافي ما نصه : رجل له ارض ييضاء ، ولاخر فيها نخل فباعها رب الارض بأذن الآخر بألف وقيمة كل واحدة منها خمسية ، فالثمن بينها نصفان فان ملك النخل قبل القبض بأفة سماوية ، خير المشتري بين الترك واخذ الارض بكل اثنى ، لأن المشتري ملك النخل وصفاً وتبعاً ، والثلث كله لرب الارض لا تنقاض البيع في حق النخل فلم يسلم للمشتري الا الارض والثلث بمقالة ما يسلم للمشتري ، دون ما فات . وان هلك نصف النخل فلرب النخل ربه ، وثلاثة ارباع الثمن لرب الارض . ولو اثر النخل ما يساوي خمسية فثلثا الثمن لرب النخل وثلثه لرب الارض . وعند ابي يوسف نصفه لرب الارض فان باع الارض والنخل وسمى لكل واحدة ثمناً ، والارض والنخل لواحد او لرجلين ، ثم هلك النخل ، سقط نصف الثمن لان النخل اصل من وجه ووصف من وجه ، فاذا لم يسم لها ثمناً تكون تبعاً ، واذا سمي لها صارت اصلاً ، فاذا هلكت ملكت بمصتها من الثمن . ولو لم يهلك النخلة ولكنها اثمرت قبل القبض ثمرًا يساوي خمسية ، فالارض بخمسية والنخل والثمر بخمسية عندم اه فنأمل وارجع الي ما ذكر في الفصل الثالث ومواده ، فإن فيه التصريح بأن الوصف لا يكون مقصوداً بتناول المبيع له الا اذا فصل الثمن على الاجزاء ، فاغنم تحرير هذا المحل .

المادة ٢٣٥ - * الاشياء التي تشملها الألفاظ العمومية التي تزداد

في صيغة العقد وقت البيع تدخل في البيع مثلاً لو قال الباع بعتك

هذه الدار بجميع حقوقها دخل في البيع حق المرور وحق الشرب
وحق المسيل *

وكذا لو قال بجميع مراقفها او منافمها ، كما في الدر وغيره . ومثله فيما يظهر
لو قال بمتعلقاتها او ما ينسب اليها عرفاً وعادة ، كما يذكرونه الآن في صكوك البيع
ولو لم يذكر شيئاً من هذه الالفاظ العمومية لا يدخل شيء مما ذكر . ففي الخانية
من باب العيوب : وذكر في المنتقى : رجل اشترى بيتاً من دار بجميع حقوقه ،
يدخل فيه طريقه . وان لم يقل بجميع حقوقه ولم يشترط الطريق ، فلا طريق له
وله ان يرد المبيع اذا قال ظنت ان له مفتحاً الى الطريق . وكذا لو اشترى
ارضاً او نخلاً لا يستحق الشرب بدون الشرط ، فان لم يكن لها شرب ولم يعلم
بذلك فلما علم قال لا ارضى ، كان له ان يرد ، لما قلناه ان ما يهده الناس عيباً
يكون له ان يرد بذلك ، وعدم الشرب والطريق يمد عيباً عند الناس ، وان
كان لا يستحق ذلك بدون الشرط اه قلت : الظاهر ان هذا في الطريق الخاص
لا في الطريق الموصلة الى الطريق العام او الداخلة التي لا تنفذ ، لأنها يدخلان
في البيع بلا ذكر الحقوق والمرافق ، كما تقدم في المادة (٢٣٢) وشرحها . وايضاً
هذا فيما لم يجر فيه العرف وعادة البلدة على انه من مشتملات المبيع كما تقدم في شرح
المادة (٢٣٠) فليراجع . وفي الهندية عن فتاوي قاضي خان : وان باع داراً وقال
بمقوقها او مراقفها ، او قال بكل قليل وكثير داخل فيها وخارج عنها ، كان له
الطريق اه وفي الخانية : ولو باع الأرض وقال « بمراقفها » لا يدخل الزرع
والثمر في البيع في ظاهر الرواية . ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها او منها ،
يدخل ما كان فيها من الزرع والثمر ولا يدخل فيه الطريق والشرب اه والظاهر
ان دخول الطريق في مسألة الهندية المنقولة عن الخانية ، لأنه يشمل قول الباع
« داخل فيها وخارج عنها » بخلافه في مسألة الخانية الثانية ، تدير .
وفي الهندية : ولو باع الأرض وقال « بمراقفها » لا يدخل الزرع والثمر في
البيع في ظاهر الرواية : ولو قال بكل قليل وكثير هو فيها ومنها من حقوقها او مراقفها

لم يدخل ايضاً . وان لم يقل من حقوقها او مراقفها ، بدخلان فيه . واذا قال بكل قليل وكثير هو فيها ، يدخل ما فيها من الزرع والبقل والرباحين وغير ذلك ، ولا يدخل في بيع الارض ما كان موضوعاً فيها كالثمار المجذوة والزرع المحصود والحطب واللبن الموضوع فيها ، الا ان بشرطه صريحاً اه .

* فروع *

وفي الخانية : رجل اشترى ارضاً بمجارها ثم اشترى ماء فاراد ان يجري الماء في ذلك الجرى الى ارضه ، ان اراد ان يجري الماء من نهر قريبة اخرى ، لا يجوز في قولهم . وان اراد ان يجري من نهر هذه القرية ، اختلفوا فيه : قال محمد بن سلمه رحمه الله تعالى : له ذلك . والمختار انه ليس له ذلك ، وهو قول العامة لأن بهذا يزداد مقدار شرب هذه الارض فلا يجوز اه

وفيها : اشترى ارضاً بشرها وللبايع في القناة التي يسقى منها الارض ماءً كثيراً ، ذكر في النوادر انه بقضي للمشتري من الماء بقدر ما يكفي هذه الارض . فيكون ذلك شراء مع الارض اه

وفيها : باع كرمًا بمجرى مائه وبكل حق هو له ، ومجرى مائه في سكة غير نافذة بينه وبين رجلين ، وعلى ضفة النهر اشجار ، فان كانت رقبة المجرى ملك البايع كانت الاشجار للمشتري ، وان لم تكن رقبة المجرى ملك البايع بل كان له حق تسيل الماء فالاشجار للبايع اذا كان هو الفارس او لم يكن الفارس معلوماً ، وان كان الفارس غير البايع كانت الاشجار للفارس اه

وفي الهندية : ولو على الحانوت ظلة كما يكون في الاسواق ، ان ذكر المرافق تدخل ، والا لا . وجذع القصار الذي يدق عليه الثياب لا يدخل وان ذكر المرافق (كذا في الوجيز للكردي) اه

وفي التتارخانية : وفي النوادر : اذا قال لغيره بت هذا البيت وما اغلق عليه بابه ، فليس هو على ما اغلق من المتاع للمشتري ، وهذا بيع على حقوقه كأنه قال بعتك بحقوقه . نال هشام . قلت لابي يوسف فلو قال له بعتك بما فيه من شيء ، قال هذا على حقوقه ايضاً . وان قال على ما فيه من المتاع ، فهذا جائز على

ما فيه من المتاع اه .

المادة ٢٣٦ = * الزيادة الحاصلة في المبيع بعد العقد وقبل

القبض كالثمرة واشباهها هي للمشتري ، مثلاً اذا بيع بستان ثم قبل القبض حصل فيه زياده كالثمر والخضروات تكون تلك الزيادة للمشتري وكذا لو ولدت الدابة المباعة قبل القبض كان الولد للمشتري *

لأنه نماء ملكه . قال في شرح القدوري السمي بالجوهرة النيرة عند قول الماتن « ومن باع ارضاً دخل ما فيها من النخل والشجر في المبيع وان لم يسمه » : فإن كانت النخيل مشجرة وقت العقد وشرط الثمر للمشتري ، فله حصة من الثمن ، فإن كانت قيمة الارض خمسية وقيمة النخل كذلك وقيمة الثمر كذلك ، فإنه يقسم الثمن اثلاثاً اجمالاً . فلو فأت الثمرة بأفة سماوية او اكلها البايغ قبل القبض ، فإنه يطرح عن المشتري ثلث الثمن ، وله الخيار ، ان شاء اخذ الارض والنخل بثلثي الثمن ، وان شاء ترك في قولهم جميعاً . لأن الثمر معقود عليه فبقواته تفرقت الصفقة على المشتري قبل التمام ، فله الخيار . وان لم تكن الثمرة موجودة وقت العقد واثمرت بعده قبل القبض ، فإن الثمرة للمشتري لانها نماء ملكه ، وتكون الثمرة زيادة على الارض والنخل عندها .

وقال ابو يوسف : على النخل خاصة . يياته : اذا كانت قيمة الارض خمسية وقيمة النخل كذلك والثمرة كذلك فأكل البايغ الثمرة قبل القبض ، طرح عن المشتري ثلث الثمن عندها وأخذ الارض والنخل بثلثي الثمن ولا خيار له عند ابي حنيفة خاصة ، وعند محمد له الخيار . وقال ابو يوسف : يطرح عنه ربع الثمن وله الخيار ان شاء اخذ الارض والنخل بثلاثة ارباع الثمن وان شاء ترك ، لأن الثمن يقسم على الارض والنخل نصفين : فما اصاب النخل قسم عليه وعلى الثمر نصفين ، فكان حصته الربع . ولو فأت الثمرة بأفة سماوية لا يطرح شيء من

الشمع ولا خيار للمشتري في قولهم جميعاً . ولو كان سمي للفحل خمسية وللارض كذلك ، فإن الثمر في هذا الفصل زيادة على النخل خاصة اجماعاً ، فاذا آكله البائع طرح من الثمن ربه ، ولا خيار للمشتري عند ابي حنيفة ، وعندها له الخيار . اهـ

وفي الهندية عن المبسوط : ثم يعتبر في القسمة قيمة الثمار حين اكلها
البائع اهـ

وفي الخانية : لو اشترى شاة بعشرة فولدت الشاة عند البائع ولداً قيمته خمسة فأكله البائع ، قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى يلزمه الشاة بخمسة دراهم ولا خيار له اهـ واعلم بان شراء الشجر لا يتخلو من ثلاثة اوجه : اما ان يشتريها للقطع بدون الارض ، وفي هذا الوجه يؤمر المشتري بقلعها وله ان يقلعها بمروقها . واصلاً يدخل في البيع وليس له ان يغير الارض الى ما يتناهى اليه العروق ، لكن يقلعها على ما عليه العرف والمادة الا اذا شرط البائع القطع على وجه الارض ، او يكون في القطع ضرر للبائع نحو ان يكون بقرب من الحائط او ما اشبهه ، فيحتمل ان يؤمر المشتري ان يقطعها على وجه الارض . فإن قلعها او قطعها ثم نبتت من اصلها او عروقها شجرة فإنها للبائع . وان قطع من اعلى الشجرة فما نبت يكون للمشتري . واما اذا اشتراها مع قرارها من الارض فانه لا يؤمر المشتري بقلعها ولو قلعها فله ان يفرس مكانها اخرى . واما اذا اشتراها ولم يشترط شيئاً ، فعند ابي يوسف رحمه الله تعالى الأرض لا تدخل في البيع . وعند محمد رحمه الله تعالى تدخل في البيع وله الشجرة مع قرارها من الارض . قال الصدر الشهيد : والفتوى على ان الارض تدخل . واجمعوا على انه لو اشتراها للقطع لم يدخل ما تحتها من الارض . وان اشتراها للقرار تدخل اتفاقاً . وفي اي موضع دخل ما تحت الارض من الشجرة فإنها تدخل بقدر غلط الشجرة وقت مباشرة ذلك التصرف . حتى لو زادت الشجرة غلظاً بعد البيع كان لصاحب الارض ان ينحت . ولا يدخل تحت البيع ما يتناهى اليه العروق والاغصان ، وعليه الفتوى (كذا في الهندية)

وقوله : « ما تحت الارض من الشجرة » كذا في نسخ الطبع ولعل صوابه « ما

تحت الشجرة من الارض » تدبر .

وفي الخاتمة اشترى شجرة ليقامها ، ثم نبت من اصل عروقها شجرة اخرى ،
فهي للمشتري لانها نماء ملكه .

- (الباب الثالث) -

* في بيان المسائل المتعلقة بالثمن وفيه فصلان *

(الفصل الاول)

- في بيان المسائل المترتبة على اوصاف الثمن واحواله -

المادة ٢٣٧ * تسمية الثمن حين البيع لازمة فلو باع
بدون تسمية ثمن كان البيع فاسداً *

لان البيع يقتضي العوض ، فاذا سكت عنه ثبتت القيمة ، وهي مال . وليس
كذلك اذا قال ايمك بغير ثمن ، اي صرح فيه بنفي الثمن ، لانه نفي العوض ،
والبيم بغير عوض ليس يبيع (كذا في الجوهرة) اي فيكون باطلاً لانعدام
احد ركنيه (در مختار) .

المادة ٢٣٨ - * يلزم ان يكون الثمن معلوماً *

اي بالاشارة اليه او ببيان مقداره ووصفه كما سيأتي في المواد الآتية ، لأن
التسلم والتسليم واجب بالعقد وجهالة ما ذكر مفضية للمنازعة ، فيجتمع التسلم والتسليم .
وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز . فلو كان الثمن مجهولاً كالبيع بقيمته او برأس
ماله او بما اشتراه او يمثل ما اشتراه فلان ، فان علم المشتري بالقدر في المجلس جاز .

ومنه ايضاً ما لو باعه بمثل ما يبيع الناس ، إلا ان يكون شيئاً لا يتفاوت (رد المختار) اي كالحبز واللحم اذا كان سفرهما في البلدة واحداً (فتح) .

المادة ٢٣٩ - * اذا كان الثمن حاضراً فالعلم به يحصل بمشاهدته والاشارة اليه *

لأن بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي الى المنازعة (هداية) فاذا قال «بتك هذا بهذه الدرام التي في يدي» وهي مرئية له فقبل ، جاز ولزم (فتح) واعلم ان الاشارة انما تغني عن بيان المقدار لا عن بيان الصفة ، فإنه لو اراه درام وقال اشترته بهذه فوجدماز بوقاً او بنهرجة كان له ان يرجع بالجياذ ، لأن الاشارة للدرام ، كالتنصيص عليها ، وهو ينصرف الى الجياذ . ولو وجدما متوقفاً او رصاصاً فسد البيع ، وعليه القيمة ان كان اتلفها . ولو قال اشتريت بهذه الصرة من الدرام ، فوجد البايع ما فيها خلاف نقد البلد جاز ولا خيار للبايع ، بخلاف ما لو قال : اشترت بما في هذه الخاية ، ثم رأى الدرام التي كانت فيها كان له الخيار . وان كانت نقد البلد ، لان الصرة يعرف مقدار ما فيها من خارجها . وفي الخاية لا يعرف ذلك من الخارج فكان له الخيار ويسمى هذا الخيار خيار الكمية لا خيار الروبة ، لان خيار الروبة لا يثبت في النقود كذا في فتح القدير ، فما في الدر المختار نقلاً عنه من ان في مسألة الاشارة الى الصرة بخير ، مخالف لما في الفتح كما نبه عليه في رد المختار ، فانهم . وبهذا ظهر ان المراد بمشاهدة الثمن في هذه المادة ما هو اعم من مشاهدة عينه او وعائه . ولا نفس ما قدمناه في شرح المادة (٢٠٢) من ان البيع في مثل الصورة المذكورة في هذه المادة انما يصح اذا لم يكن الثمن ربوبياً قوبل بجنسه ولم يكن رأس مال سلم وهو كيلبي او روزني وذكرنا هناك وجهه فارجع اليه .

* واذا كان غائباً يحصل بيان مقداره ووصفه *
اما بيان مقداره فكان بقول بتك بخمسة درام او خمسة شنابل خنطه

بجلاف ما لو اشترى بوزن هذا الحجر ذهباً ، فإنه ليس عوضاً مشاراً إليه ، فإن
المشار إليه الحجر ولا يعلم قدر جرم ما يوزن به من الذهب ، فلماذا اذا اشترى
بوزن هذا الحجر ذهباً فوزن به كان له الخيار . ومما لا يجوز البيع به ، البيع بقيمته
او بما يريد او يجب او برأس ماله او بما اشتراه او بمثل ما اشترى فلان ، فلا يجوز
فإن علم المشتري بالقدر في المجلس فرضيه ، عاد جائزاً ، وكذا لا يجوز بالف درهم
الا ديناراً او بمائة دينار الا درهماً . واما بيان وصفه فكأن يقول بعشرة دراهم
بخارية او سمرقندية او بعشرة ليرات مجيدية او فرنساوية او نحوها او بكر خنطة
بحرية او صعيدية وكذا حورانية او سواديه . وقوله « عاد جائزاً » فيمدان البيع
بقيمته او بما يريد ، وكذا بالرقم وما اشبه ذلك ، كان قبل علم المشتري بمقداره
في المجلس فاسداً ، وهو الذي في الشرنبلالية خلافاً لما في الدرر من باب البيع
الفاسد حيث جعله من الموقوف

* فرع *

قال المديونه ، يعني هذا الثوب ببعض العشرة التي لي عليك وهذا الآخر باق
العشرة ، جازم مع جهالة الثمن في كل منهما وهذه ترد على هذه المادة ، لكن علله
في الفتح بعدم افشاء جهالة الثمن الاول الى المنازعة بضم البيع الثاني اليه ، اذ به
يصير ثمنها عشرة (افاده ابو السعود في حاشية مسكين) قال : ولم ار ما لو وجد باحدهما
عيباً ، وبنبغي ان يكونا في حكم صفقة واحدة فيردهما او يأخذهما (نهر) ٥١٠

المادة ٢٤٠ = * البلد الذي يتعدد فيه نوع الدينار المتداول

اذا بيع فيه شيء بكذا ديناراً ولم يبين نوع من الدينار يكون البيع
فاسداً والدرهم كالدينار في هذا الحكم *

انما كان البيع فاسداً لجهالة وصف الثمن وهذا لأنه اذا كان الثمن مجهول الصفة
تتحقق المنازعة فالمشتري يريد دفع الأ دون والبائع يطلب الأرفع فلا يحصل

المقصود من شرعية العقد وهو دفع الحاجة بلا منازعه (افاده الكمال في فقهه) ومحل الفساد اي فساد البيع ما اذا كانت الدنانير او الدراهم المتعددة مختلفة في المالية متساوية في الرواج ، كالبيع بمائة ليرة مثلاً في زماننا فإن الليرة متعددة الانواع وهي مختلفة في المالية متساوية في الرواج . اما اذا اختلفت رواجاً مع اختلاف ماليتها او بدونه فيصح البيع وينصرف الى الأروج ، كما اذا باعه بمائة ريال في زماننا فإنه يصح البيع وان لم يسين وصفه ، وينصرف الى الريال المجيدي ، لأن غيره من الريال العمودي والريال الشوشي والريال السال وان كان غير مساو للريال المجيدي في المالية لكن لا رواج له في بلادنا اصلاً . وكذا يصح البيع لو استوت ماليةً ورواجاً ويخير المشتري بين ان يؤدي ايها شاء (افاده في رد المحتار) قال : والحاصل ان المسئلة رباعية وان الفساد في صورة واحدة وهي الاختلاف في المالية فقط ، والصحة في الثلاث الباقية ، كما بسطه في البحر اه .

المادة ٢٦١ * اذا جرى البيع على قدر معلوم من القروش
كان للمشتري ان يؤدي الثمن من اي نوع شاء من النقود الراجحة غير
المنوع تداولها وليس للبائع ان يطلب نوعاً مخصوصاً منها *

لما قدمناه في شرح المادة (١٧٦) من ان القرش وان كان في الأصل اسماً لقطعة مضروبة من الفضة تقوّم بأربعين قطعة من القطع المصرية المسماة في مصر نصفاً ، الا انه قد صار في زماننا اسماً لجزء معلوم الكم معدوم الكيف تقوّم به انواع العملة المضروبة في زماننا . فالذهب المسمى بالليرة العثمانية يقوّم بمائة واحد منه في معاملات الخزينة وفي مائة وثلاثة وعشرين منه في رايح البلدة ، يعني في معاملات الناس بعضهم مع بعض ، وقد يقوّم باكثر من ذلك في غير بلدنا مثل دمشق وبيروت وخلافها ، وبأقل في غيرهما . والريال المضروب من الفضة المسمى بالريال المجيدي يقوّم بتسعة عشر قرشاً في معاملات الخزينة وبثلاثة وعشرين قرشاً في معاملات الناس بعضهم مع بعض وقد يقوّم باكثر من ذلك في مدينتي بيروت

والشام، وبأقل في غيرهما . فاذا اشترى احد بمائة قرش مثلاً يقضي العرف والمادة بأن المشتري يخير في دفع ما يساوي المائة غرش من انواع العملة المضروبة ، ان شاء من جنس الذهب ، وان شاء من جنس الفضة المضروبة . ولا يكاد احد يفهم منه انه اراد مائة قطعة مضروبة من الفضة مسماة بهذا الاسم .

واعلم انه ذكر في الدر المختار وحواشيه وغيرها ان المعبر في مالية العملة زمان العقد ومكانه ، فلو باع بألف قرش مثلاً وكانت قيمة الليرة او الريال المجيدي كما ذكرنا آنفاً كان المشتري مخيراً في ان يدفع الألف قرش من اي نوع شاء ذهباً او فضة . فلو لم يقبض منه الثمن حتى غلت اسعار العملة ، فعلى المشتري ان يدفع الثمن باعتبار قيمتها يوم العقد ، يعني الليرة المجيدية بمائة وثلاثة وعشرين قرشاً ، والريال بثلاثة وعشرين قرشاً . وكذلك لو كانت المسئلة مجالها ولم يقبض الباع الثمن حتى لقي المشتري في بلدة اخرى قيمة العملة فيها اكثر من قيمتها في بلد العقد ، فعلى المشتري ان يدفعها باعتبار قيمتها في بلد العقد ومكانه . وعلى هذا القياس لو رخصت اسعار العملة ، او لقي الباع المشتري في بلدة اخرى وكانت قيمة العملة اخص . وهذا اذا حصل الرخص او الغلاء لجميع انواع العملة ، فلو بقي منها نوع على حاله او كان في البلدة الاخرى نوع منها قيمته مساوية لقيمتها في بلد العقد ، فالمشتري ملزوم بدفع ذلك الى الباع ، وعلى الباع القبول . وكذلك اذا تفاوت الرخص والغلاء بين انواع العملة ، فان المشتري يؤمر بدفع المتوسط ، لا بالاكثير رخصاً ، ولا بالأقل . كما ان الباع مجبور على قبول ذلك . هذا ما حرره الفاضل بن عابدين استظهاراً ونقهاً في رسالته تنبيه الرقود . ومثله في حاشية رد المحتار ، فليراجع .

المادة ٢٤٢ - * اذا بين وصف الثمن وقت البيع لزم على المشتري ان يؤدي الثمن من نوع النقود التي وصفها . مثلاً لو عقد البيع على ذهب مجيدي او انكليزي او فرنساوي او ريال مجيدي او عمودي لزم على المشتري ان يؤدي الثمن من النوع الذي وصفه وبينه من

هذه الانواع *

اي وان رخصت هذه النقود او غلت او كسدت او انقطعت . وهذا في الدرهم الخالصة والمغلوبة الفش لأنها ثمن خلقه ، فترك المعاملة بها لا يبطل ثمنيتها - بخلاف النقود النحاسية والغالبة الفش كالبلشك في زماننا ، فإنها اذا انقطعت عن ايدي الناس في السوق او كسدت بنهي السلطان عن التعامل بها ، او رخصت كما وقع في زماننا في البلشك والزهراوي ، فذهب ابي يوسف المفتي به ان البيع بها يبقى صحيحا ويجب على المشتري ان يدفع قيمتها من الذهب او الفضة يوم وقع البيع والقرض . فاذا كان كل عشرين بشككا قيمتها يوم البيع ذهب مجيدي مثلا وقد رخص البلشك او كسد او انقطع ، فلي المشتري ان يدفع عن كل عشرين بشككا ، ذهباً مجيداً ، لأنه قيمتها يوم البيع (افاده في رد المحتار) .

المادة ٢٤٣ - * لا يتعين الثمن بالتعيين في العقد . مثلاً لو ارى المشتري البائع ذهباً مجيداً في يده ثم اشترى بذلك الذهب شيئاً لا يجبر على اداء ذلك الذهب بعينه بل له ان يعطي البائع ذهباً مجيداً من ذلك النوع غير الذي اراه اياه *

بمعنى له ان يعطي غير المشار اليه مساوياً له جنساً ووصفاً وقدرًا (كذا في الأشباه) وهذا الحكم خاص فيما اذا كان الثمن من النقدين المضروبين ، اما لو كان مصوغاً من الذهب والفضة ، او كان غير النقدين كالمكيلات والموزونات وقد اشير الى ذلك حين العقد ، فإنه يتمين بالتعيين اتفاقاً ، كما في حاشية المحوي على الأشباه - بمعنى انه لا يجوز للمشتري دفع غير المشار اليه . قال في رد المحتار : اذا اشترى العبد بهذا الكرم من البر تعين ذلك الكرم ، فلا يجوز له دفع غيره اه نعم لو هلك المشار اليه قبل القبض او استحق ، لا يبطل البيع كما يبطل بهلاك المبيع قبل

قبضه ، بل يلزمه دفع مثله جنساً وقدرًا ووصفًا (افاده الحموي) ونقل عن الذخيرة ان الفلوس يعني المضروبة بمنزلة الدرهم والدنانير في انها لا تتمتع بالتعيين اه ومثله في جامع الفصولين .

ثم ان عدم تعيين النقود بالتعيين ليس خاصًا في عقد البيع بل هو عام في جميع المعاملات المالية الا في العقد الفاسد في احدي الروايتين ، يعني اذا باع شيئًا يبعًا فاسدًا وقبض ثمنه ثم تفاسخ البيع ، قيل يتم رد المقبوض من الثمن بعينه ان كان قائمًا ، وقيل لا يتم ، والاول اصح (افاده الزيلعي في التبيين) وفي تعيينه في الصرف بعد فساده لعدم التقابض او هلاك احد البديلين قبل قبضه روايتان ، والصحيح تعيينه . فيجب رد عين المقبوض ، كما في الأشباه وجامع الفصولين . وفيه ، برمز (شخ) : يتم النقصان في التبرعات كهيئة صدقة ، والنقود تتمتع في الشركات والمضاربات والوكالات بعد التسليم الى هولاء لكونها امانة ، وقبل التسليم لا تتمتع اه وتتمتع في النصب ايضا ، كما في الأشباه . فما في رد المختار من انها لا تتمتع فيما ذكر مخالف لما في الاشباه وشروحه ، ولما في جامع الفصولين والفصول العادبة ، فتنبه . وتتمتع في الدين المشترك فيؤمر برده نصف ما قبضه على شريكه ، وفيها اذا تبين بطلان القضاء ، فلو ادعى على آخره بالالا واخذه ثم اقر انه لم يكن له على خصمه حق فعلى المدعي رد عين ما قبض ما دام قائمًا (اشباه) .

وفي الحموي عن الولوالجية : لو اتفق الوكيل بالشراء الدرهم على نفسه ، ثم اشترى بدرهم من عنده ، يكون المشتري له لا للموكل ، لبطلان الوكالة ، لأنها تطلت بالدرهم المدفوعة الى الوكيل بعينها ، وقد هاتت اه .

وفيها عن البدائع : لو هلك المالان او احدهما في الشركة قبل الشراء سواء اكانا من جنس واحد او جنسين قبل الخلط ، بطلت الشركة ، لأن الدرهم والدنانير يتعنان في الشركات ، فقد هلك ما تعلق به العقد بعينه قبل انبرام العقد وحصول المقصود منه ، فيبطل العقد اه وتتمام الكلام على ذلك في جامع الفصولين ، والفصول العادبة .

المادة ٢٤٤ - * النقود التي لها اجزاء اذا جرى العقد على نوع منها كان للمشتري ان يعطي الثمن من اجزاء ذلك النوع لكن يتبع في هذا الأمر عرف البلدة والعادة الجارية مثلاً لو عقد البيع على ريال مجيدي كان للمشتري ان يعطي من اجزائه النصف او الربع لكن نظراً للعرف الجاري الآن في عرف دار الخلافة اسلامبول ليس للمشتري ان يعطي بدل الريال المجيدي من اجزائه الصغيرة العشر ونصفه *

ظاهره وان تساوت الاجزاء مع الأصل مالية ورواجاً . ونقل في رد المحتار عن القنبة في باب المتعارف بين التجار كالمشروط : باع شيئاً بعشرة دنانير واستقرت العادة في ذلك البلد انهم يعطون كل خمسة اسداس مكافئ الدينار ، واشتهرت بينهم ، فالعقد يتصرف الى ما تعارفه الناس فيما بينهم في تلك التجارة ثم رمز (فك) جرت العادة فيما بين اهل خوارزم انهم يشترون سلعةً بدينار ثم بنقدون ثلثي دينار محمودية او ثلثي دينار وطوجن نيسابورية ، قال : يجري على المواضع ولا تبقى الزيادة ديناً عليهم اء ومنه يعلم حكم بيع الحرير في زماننا فانه قد تعرف بين تجار الحرير في بلدتنا ان احدهم يشتري رطل الحرير بمشرين ريالاً مجيدياً مثلاً ثم يكسرون المجيدي باثنين وعشرين قرشاً ونصف فيبلغ قيمة رطل الحرير اربعمائة وخمسين قرشاً فبخير المشتري بدفع الاربعماية وخمسين قرشاً من اي صنف شاء ذهباً او فضة او مشوشة ، نظير ما اذا اشترى باربعماية وخمسين قرشاً . ثم ان لكل صنف من اصناف العملة قيمة معلومة فيما بينهم تزيد عن القيمة المتداولة بين الناس وهكذا قد شاع هذا العرف فيما بينهم حتى علمه البائع والمشتري وغيرهما والظاهر انه يتم البيع على ما تعارفوه قياساً على مسئلي القنبة ، فتأمل .

(الفصل الثاني)

- في بيان المسائل المتعلقة بالبيع بالنسيئة والتأجيل -

المادة ٢٤٥ - * البيع مع تأجيل الثمن وتقسيطه صحيح * *

اي والتأجيل لازم ، فليس للبائع حبس المبيع حتى يقبضه ولا المطالبة به قبل حلول الأجل إلا في بدلي الصرف ، فان اشتراط التأجيل فيه باطل لاشتراط التقابض في بدليه في المجلس .

ومثله رأس مال السلم لاشتراط قبضه ايضاً ، بخلاف السلم فيه فإنه يشترط التأجيل .

والآ في الاقالة فإن تأجيل الثمن فيها على البائع غير لازم ، فلو اجل المشتري البائع سنة عند الاقالة صحت الاقالة و بطل الأجل كما تقدم في بابها . واما لو تقابلا ثم اجله ، قبل يصح التأجيل ، لأن الصحيح ان الشرط الفاسد لا يلتحق بأصل العقد .

والآ في الثمن الذي اخذ به الشفيع فإنه لو اجل المشتري الشفيع في الثمن لم يصح كما في البحر ، يعني ولو كان الشراء بمؤجل فإن الأجل لا يثبت في اخذ الشفيع (افاده في الدر وحواشيه) وفي الدرر : وان مات البائع لا يبطل الأجل ، وان مات المشتري حل المال ، لأن فائدة التأجيل ان يتجر فيؤدي الثمن من ثناء المال ، فاذا مات من له الأجل تعين المتروك لقضاء الدين ، فلا يفيد التأجيل اه ثم اذا حل الأجل بموت المشتري فأجل البائع به اي بالثمن ورثته هل يصح التأجيل ؟ ذكر في الخلاصة انه لا يصح التأجيل . وفي الذخيرة : تأجيل رب الدين مساله على الميت لا يجوز ، والصحيح انه قول الكل ، لأن الأجل صفة الدين ، ولا دين على الوارث فلا يثبت الأجل في حقه ، ولا وجه ايضاً لثبوته على الميت لأنه مقطوع عن

ذمته بالموت ، ولا لثبوته في المال لأنه عين والاعيان لا تقبل التأجيل . وفي
البرجندي : قال صاحب المحيط : الأصح عندي ان تأجيله صحيح ، وهكذا افق
الإمام قاضيجان ، لأنه وان كان هذا الدين يتعلق بالتركة ، لكنه يثبت في الذمة
فلا يكون عيناً ، فيصح التأجيل . وافق بعضهم بعدم الصحة (افاده في رد
المختار قلاً عن العادة) .

ولو باعه مؤجلاً الى سنة ، فعجل المشتري الدين قبل حلوله ، ثم استحق
المقبوض او وجده زيوفاً فرده ، عاد الأجل . ولو اشترى من المديون شيئاً ثم
تقابلا ، لا يعود الأجل . ولورده بعيب بقضاء عاد . ولو كان لهذا الدين المؤجل
كفيل لا تعود الكفالة في الوجهين (بحر عن الخانية) .

وفيه عن المحيط : وانا رضي البائع بالتأجيل فقد اقطع حقه في حبس المبيع
فلو حل الأجل قبل قبضه فلمشتري قبضه قبل نقد الثمن اه .
وفيه عن المنتقط : عليه الف ثمن جملة الطالب نجومًا ، ان اخل بنجم
حل الباقي ، فالأمر كما شرط اه .

المادة ٢٤٦ - * يلزم ان تكون المدة معلومة في البيع
بالتأجيل والتقسيط *

لأن جهاته تنفي الى النزاع ، فالبايع بطالب في مدة قريية ، والمشتري
بأباما ، فيفسد البيع (بحر) .

المادة ٢٤٧ - * اذا عقد البيع على تأجيل الثمن الى كذا يوماً
او شهراً او سنة او الى وقت معلوم عند العاقدين كيوم قاسم او النيروز
صح البيع *

اشار بقوله « معلوم عند العاقدين » الى ان يوم قاسم او النيروز اذا كان

مجهولاً عند العاقدين او احدهما بكون البيع فاسداً . ومثلها في هذا الحكم البيع الى المهرجان او صوم النصارى او فطرم او فطر اليهود او صومهم بخلاف فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم للعلم به ، وهو خمسون يوماً (كذا في الدر وحواشيه)

المادة ٢٤٨ * تأجيل الثمن الى مدة غير معينة كإمطار السماء

يفسد البيع *

ومثله البيع الى قدوم الحجاج والحصاد للزرع والدياس للحب والقطاف للخبز ، لأنها تتقدم وتتاخر (تنوير وشرحه الدر)

ومن جهالة الأجل ما اذا باعه بألف على ان يؤدى اليه الثمن في بلد آخر . ولو قال الى شهر على ان يؤدى الثمن في بلد آخر ، جاز بألف الى شهر ويبطل الشرط ، لان تعيين مكان الايفاء فيما لا حمل له ولا موثقة غير صحيح . فلو له حمل وموثةٌ بصح

ومنها اشتراط ان يعطيه الثمن على التفاريق او كل اسبوع البعض (بجر) ومنه ما في القنبة : باعه ثمن نصفه نقد ونصفه اذا رجع من بلد كذا ، فهو فاسد اه .

ومنه ما في الخانية : رجل باع عبداً بألف على ان ينقده كل اسبوع بعض الثمن ، حتى ينقده خمسائة عند مضي الشهر كان فاسداً اه .

وفي الهندية : عن المحيط وان قال في رجب اجلتك الى رجب ، فهو على رجب القابل . وان قال الى انسلاخه فالى انسلاخ هذا الرجب اه .

وفي الدر المختار عن المتبنة : باع بحال ثم اجله اجلاً معلوماً او مجهولاً كنيروز وحصاد ، صار مؤجلاً اه . وجزم به صاحب التنوير فجعله في متنه في باب البيع الفاسد ، وذكره في الهداية ايضاً ، وكذا في الزيلعي ومتن المتلقي والدرر وغيرها ، وعزاه في التتارخانية الى الكافي (كذا في رد المختار) وفي جامع الفصولين : الرواية محفوظة انه لو باع مطلقاً ثم اجل الثمن الى حصاد ودياس لا يفسد ويصح

الأجل اه . ووجهه بأن التأخير بعد البيع تبرع فيقبل التأجيل الى الوقت المجهول ،
كالمو كفل بمجال الى الحصاد او الدباس . لكن في الخانية تصحيح فساد البيع ، سواء اجتله
الى هذه الاوقات في البيع او بعده ، وجملة مثل العرض وبمبحث فيه في رد المختار ، فليراجع
وفي البحر عن السراج : الآجال على ضربين معلومة ومجهولة ،
والمجهولة ضربان متقاربة ومتفاوتة ، فالمعلومة السنوات والشهور والايام ،
والمجهولة المتقاربة كالحصاد والدباس والبروز والمهرجان وقدم الحاج وخروجهم
والجذاذ والقطاف وصوم النصارى وفطرم ، والمتفاوتة كهبوب الريح والي ان
تمطر السماء والى قدم فلان والى المبصرة . فتأجيل الثمن الدين للمجهول بنوعيه لا يجوز
وان كان الثمن عيناً فسد بالتأجيل ولو معلوماً . واذا اجل الدين اجلاً مجهولاً
بجهالة متقاربة ثم ابطله المشتري قبل محله وقبل فسحه للفساد ، انقلب جائزاً . واذا
مضت المدة قبل ابطاله تأكد فساد . وان كانت جهالته متفاوتة فإن ابطله المشتري
قبل التفرق انقلب جائزاً اه . ونظيره في رد المختار من البيع الفاسد عن الحقائق . وفيه
عن العناية : الجهالة المتقاربة ما كانت في التقدم والتأخر ، والمتفاوتة وهي الفاحشة ما
كانت في الوجود كهبوب الريح اه . وفيه ان ابطال الأجل ان يقول المشتري
ابطلت الأجل او اسقطته ، وليس المراد ان ينقده ، لما في جامع الفصولين : ابطال
المشتري الأجل الفاسد ونقد الثمن في المجلس او بعده ، جاز البيع عندنا استصحاباً اه

المادة ٢٤٩ = * اذا باع نسيئة بدون بيان مدة تنصرف الى

شهر واحد فقط *

وبه يفتى (در) قال في البحر : كانه لأنه المعهود في الشهر وفي السلم وفي اليمين

في ليقضين دينه آجلاً اه

المادة ٢٥٠ = * يعتبر ابتداء مدة الأجل والقسط المذكورين

في عقد البيع من وقت تسليم المبيع *

ولو كان في البيع خيار فذ سقط الخيار عنده لأن ذلك وقت استقرار

البيع وذلك تحصيلاً لفائدة التأجيل وهي التصرف في البيع وإبقاء الثمن من ربحه مثلاً * در مختار *

* مثلاً لو باع متاعاً على أن ثمنه مؤجل إلى سنة فحبسه البائع عنده سنة ثم سلمه للمشتري اعتبر أول السنة التي هي الأجل من يوم التسليم فليس للبائع حينئذٍ أن يطالبه بالثمن إلا لمضي سنة من يوم التسليم وستين من حين العقد *

أشار بقوله « إلى سنة » إلى أن هذا الحكم فيما إذا كانت السنة منكراً ، ومثلها الشهر والشهران وهكذا . أما لو كانت معينة كسنة كذا ومثله إلى رمضان مثلاً ، فلا ، لكونه لما عين تعين حقه فيما عينه ، فلا يثبت في غيره . وأشار بقوله « فحبسه البائع » إلى أن هذا الحكم فيما إذا كان منع التسليم من جهة البائع ، أما لو ترك المشتري التسليم مع تمكنه منه فلا ، بل من وقت البيع والتأجيل ، لأن التقصير منه حينئذٍ (أفاده في الدر وحواشيه) ثم إن قوله في أول المادة « المذكورين في عقد البيع » وقوله في المثال « على أن ثمنه مؤجل الخ » بنيد أن الحكم ليس كذلك فيما إذا باعه بثمن حال ثم أجله سنة ، بل تعتبر من وقت التأجيل وإن أصر البائع بتسليم البيع ، وهو الذي يظهر وإن لم أره صريحاً لأنه لما اشترى حالاً فقد رضي بإبقاء الثمن من ماله لا من ربح البيع ، تأمل .

المادة ٢٥٠ - * البيع المطلق بتعقد مجزئاً *

لأن الحلول مقتضى العقد وموجه ، والأجل لا يثبت إلا بالشرط (بمر عن المراج)

* أما إذا جرى العرف في محل على أن يكون البيع المطلق موجزاً أو مقسماً بأجل معلوم ينصرف البيع المطلق إلى ذلك الأجل مثلاً لو اشترى رجل من السوق شيئاً بدون أن يذكر تعجيل الثمن

ولا تأجيله ، لزم عليه أداء الثمن في الحال اما اذا كان جرى العرف
والعادة في ذلك المحل باعطاء جميع الثمن او بعض معين منه بعد اسبوع
او شهر ، لزم اتباع العادة والعرف في ذلك .

عطف العرف على العادة عطف تفسير ، كما في الاشياء وقوله « او بعض معين
بعد اسبوع الخ » اي والباقي حال . وقوله « لزم اتباع العادة والعرف اي وان
كان ذلك العرف في بلدة دون اخرى ، كما يشير الى ذلك قوله « في ذلك المحل الخ »
قال في الاشياء : لو باع التاجر في السوق شيئاً بثمن ولم يصرحاً بحلول ولا تأجيل
وكان المتعارف فيما بينهم ان البايع أخذ كل جمعة قدرأ معلوماً ، انصرف اليه بلا
بيان . قالوا : لأن المعروف كالمشروط اه والظاهر ان مثل ذلك ما اذا كان
العرف جارياً في نوع مخصوص من انواع امتعة التجارة كالغزل او الحرير او الغاز
دون غيره ، كما تعورف الآن في مدينة بيروت ان بيع الغزل عند الاطلاق
ينصرف مؤجلاً الى كذا شهراً ، ومثله الغاز . قال الفاضل بن عابدين في رسالته
المسماة نشر العرف بعد نقله عبارة الاشياء السابقة : ولا شك ان هذا لم يتعارف في
كثير من البلاد . فاعتبر فيه عرف اهل ذلك السوق الخاص ، مع ان المنصوص
عليه في كتب اهل المذهب حلول الثمن ما لم يشترط تأجيله اه ولا بد في ذلك
العرف ان يكون مطرداً شايعاً بين اهله يعرفه جميعهم ، بخلاف ما اذا كان مشتركاً
بأن كان بعض التجار يبيع بحال و بعضهم لأجل معين ، او كان ذلك النوع من
امتعة التجارة تارة يباع بحال وتارة لأجل ، فهذا لا يبني عليه هذا الحكم للتردد
في ان العاقد قصد هذا المعنى ، يعني التأجيل ، او ذاك ، فلا يتمين احد المعنيين
لتمارضهما بتعقق الاشتراك ، فيرجع الحكم الى الأصل ، وهو الحلول . و ينبغي
تقييد هذا بما اذا لم يغلب احد المعنيين على الآخر ، فإن الاشتراك يقتضي تساوي
المعنيين . فلو كان احدهما اشهر كانت الشهرة قرينة على ارادته لأن المرجوح لا
يعارض الراجح . ولذا نال في الاشياء انما تعتبر العادة اذا اطردت او غلبت اه
افاده الفاضل بن عابدين في رسالته المذكورة . راجع المواد ٤١ و ٤٢ و ٤٣ و ٤٤ .

- في الباب الرابع ا -

في بيان المسائل المتعلقة بالتصرف في الثمن والمثمن بعد العقد
ويشتمل على فصلين

(الفصل الاول)

في بيان حق تصرف البايع بالثمن والمشتري بالمبيع بعد العقد وقبل القبض

المادة ٢٥٢ = * البايع له ان يتصرف بثمن المبيع قبل القبض *

سواء كان الثمن عيناً او حاضراً ، كما اذا اشترى عبداً بهذه الدراهم او بهذا
الكر من البر ، او ديناً في الذمة كما اذا اشترى العبد بعشرة دراهم او بكر بر . لكن
اذا كان عيناً فتصرف البايع فيه بتملكه بعوض او بغيره جائز من المشتري ومن
غيره . واما اذا كان ديناً في ذمة المشتري فلا يجوز تملكه ببيع او هبة الا من
المشتري لانه دين كساير الديون ، والدين لا يجوز تملكه الا من عليه الدين :
نعم يجوز له ان يتصرف فيه بغير التملك مطلقاً كالحوالة به . والى هذا الاشارة بقوله :

* مثلاً لو باع ما له من آخر بثمن معلوم له ان يحيل بثمنه دائنه *

ومثال ما اذا ملكه بعوض للمشتري ، ان يشتري البايع من المشتري شيئاً بالثمن
الذي له عليه ، او يستأجر به عبداً او داراً للمشتري . ومثال ما اذا ملكه بغير
عوض ان يهب منه الثمن فإنه يملكه بمجرد الهبة لعدم احتياجه لقبض وكذا الصدقة
واما في الوصية فالظاهر ان الموصي مطالبته بعد الوصية بدفع الثمن وان لم يرجع عن
الوصية ولا يكون ذلك رجوعاً عنها لان الموصي له انما يملك الموصى به بالقبول بعد

موت الموصي على ما عرف في محله (افاده ابو السعود في حاشيته)
واعلم ان قولهم تملك الدين من ليس عليه الدين لا يجوز ، مقيد بما اذا لم يسلطه
على قبضه . اما اذا سلطه فيجوز ، كما اذا وهب الدين الذي له في ذمة احد لا آخر واذن
له في قبضه قبضه جاز وتمت الهبة كما سيأتي في المادة ٨٤٨ وفي رد المحتار لا يجوز تملك الدين
من غير من عليه الدين الا اذا سلطه عليه . واستثنى في الأشباه من ذلك ثلاث صور الاولى
اذا سلطه على قبضه فيكون وكيلاً قابضاً للموكل ثم لنفسه ، الثانية الحوالة ، الثالثة الرصية اهـ

المادة ٢٥٣ = * للمشتري ان يبيع المبيع لآخر قبل قبضه ان
كان عقاراً *

عند الامامين . وقال محمد لا يجوز بيعه كالمقول . ومحل الخلاف في عقار لا يخشى
هلاكه ، فلو تصور هلاكه بأن كان علواً او على شط نهر ونحوه ، كان كالمقول لا
يصح بيعه اتفاقاً ، كما في الدرر والدرر والبحر وغيرها . وتوجيه كل من القولين مبسوط
في الدرر وغيرها . و اشار بقوله « للمشتري ان يبيع الخ » الى ان بيعه جائز لكن
لا يلزم من جواز البيع تقاذه ولزومه ، فإنها موقوفان على نقد الثمن او رضى البايع ،
والا فلا يبيع ابطاله - اي ابطال بيع المشتري . وكذا كل تصرف يقبل النقص اذا فعله
المشتري قبل القبض او بعده ، وكان القبض بغير اذن البايع ، فلا يبيع ابطاله
بخلاف ما لا يقبل النقص كالعتق والتدبير والاستيلاد ، كذا في رد المحتار عن
البحر) وانما كان القبض قبل نقد الثمن بلا اذن البايع غير معتبر ، لأن له استرداده
وحبسه الى قبض الثمن .

والتقييد بالبيع احترازاً عن الاجارة ، فإن اجارة العقار قبيل قبضه لا تجوز
بلا خلاف ، لأن المنافع بمنزلة المنقول ، والاجارة تملك المنافع ، فيمتنع جوازها
قبل القبض . وفي الكافي : « وعليه الفتوى » (شربلاليه عن الفتح)
واما هبة العقار قبل قبضه من غير البايع ، فمجازة عند الكل - كما في البحر
عن الحائبة - لحصول القبض من الموهوب له ، كما يأتي . والظاهر ان مثل الهبة

التصدق به ورهنة واعارله لظهور علة صحة الهبة فيها ، وليراجع . وفي الخانية : لو اشترى داراً وعقاراً فرهنها قبل القبض من غير البايع ، يجوز عند الكل . ولو اجرها قبل القبض من البايع او غيره ، لا يجوز عند الكل اه
والتقييد بكون العقار مبيعاً انما هو لكونه في صدد بيان تصرف المشتري بالمبيع ، لا للاحتراز عن غير المبيع . فإن بيع العقار اذا كان مهراً او ميراثاً او بدل صلح عن دم عمد قبل قبضه ، يجوز اتفاقاً ، كما اذا كان منقولاً . واما اذا كان بدل صلح عن مال ، فالظاهر ان فيه خلاف محمد رحمه الله تعالى ، لأنه بيع كما سيأتي .

والتقييد بكون البيع لآخر احترازاً عن بيعه لبائعه قبل قبضه ، فإنه فاسد كما في المنقول ، ويراجع (طحطاوي) قلت : ويؤيده ما في الخانية : باع المبيع من البايع قبل القبض ، لا يجوز البيع الثاني ، ولا يفسخ الأول . ولو وهب من البايع لا تجوز الهبة ، وينفسخ الاول اه فقله « باع المبيع » بعم العقار والمنقول .

❖ وان كان منقولاً فلا ❖

يعني وان كان المبيع منقولاً فليس للمشتري ان يبيعه لآخر لأن بيعه فاسد اتفاقاً - الا اذا سلطه على قبضه فقبضه ، كما في الفتح . ودخل في البيع الاجارة لانها بيع المنافع ، والصلح عن الدين لانه بيع (طحطاوي) فليس للمشتري ان يوجر المبيع من آخر قبل قبضه ، ولا ان يصالح به عن دعوى دين عليه .
والتقييد بالبيع لاجراء العتق والتدبير واقرار المشتري بأن المبيعة ام ولده ، فإنه يجوز قبل القبض بالاتفاق كما في البحر . وكذلك هبته والتصدق به واقراره ورهنة واعارته من غير بائنه قبل القبض ، فإنه جائز قبل القبض على قول محمد ، وهو الاصح - كما في الدر المختار ، ومثله في الزياحي - خلافاً لأبي يوسف .
والأصل عند محمد ان كل تصرف يجوز من غير قبض كالبيع والأجارة اذا فعله المشتري قبل القبض ، لا يجوز . وكل ما لا يجوز الا بالقبض كالهبة ونحوها اذا فعله المشتري قبل القبض ، جاز (هندية) لأن الهبة مثلاً لما كانت لا تتم الا بالقبض ، صار الموهوب له نائباً عن الواهب - وهو المشتري الذي وهب المبيع قبل قبضه -

ثم يصير قابضاً لنفسه ، فتم الهبة بعد القبض بخلاف التصرف الذي يتم قبل القبض كالبيع مثلاً فإنه لا يجوز ، لأنه إذا قبضه المشتري الثاني لا يكون قابضاً عن الأول لعدم توقيف البيع على القبض ، فيلزم منه تملك المبيع قبل قبضه ، وهو لا يصح اهـ . (رد المحتار)

وتقييد المنقول بكونه مبيعاً لأخراج ما إذا كان عيناً هي ميراث أو موصى بها أو مهراً أو بدل خلع أو عتق على مالٍ أو بدل صلح عن دم العمد ، فإن بيع ما ذكر قبل القبض جائز اتفاقاً . والأصل في هذا أن كل عقدٍ يفسخ بهلاك العوض قبل القبض ، لم يجز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه . كالبيع في البيع ، والاجارة إذا كانت عيناً في الاجارة ، وبدل الصلح عن الدين إذا كان عيناً لا يجوز بيع شيء من ذلك ولا أن يشرك فيه غيره . وما لا يفسخ بهلاك العوض فالتصرف فيه قبل القبض جائز ، كالمهر إذا كان عيناً وبدل الخلع والعتق على مالٍ وبدل الصلح عن دم العمد . كل ذلك إذا كان عيناً يجوز بيعه وهبته واجارته قبل قبضه . وسائر التصرفات (افاده في الفتح) .

ثم إن الشق الأول من هذا الأصل ، وهو ما يفسخ بهلاك العوض قبل القبض جارٍ على اطلاقه عند أبي يوسف من كونه لا يجوز التصرف في عوضه المعين قبل القبض مطلقاً . وعند محمد مقيداً بما إذا كان ذلك التصرف يتم بلا قبض كالبيع والاجارة والصلح عن الدين ، بخلاف ما إذا كان ذلك التصرف لا يتم إلا بالقبض كالهبة فإنه يجوز كما علمت من أصله السابق . وقد منا أن قول محمد هو الأصح ، وعليه مشى في متن التنوير .

وهذا كله إذا تصرف المشتري قبل القبض مع اجتنابي وأما إذا تصرف فيه مع بايعه ، فإن باعه منه لم يجز بيعه أصلاً قبل القبض (هندية) ولم ينتقض البيع الأول (در مختار) ولو وهبه من البايع قبل قبضه قبله البايع انتقض البيع لأن الهبة مجاز عن الاقالة ، بخلاف بيعه فإنه لا يحتمل لمجاز عن الاقالة لأنه ضدها (ططاوي) وفي الهندية : ولو وهبه البايع لا يصح ، ولو رهنه منه قبله يفسخ البيع ، وإن لم يقبل البايع الهبة بطلت الهبة والبيع صحيح على حاله اهـ .

* تمة *

جميع ما مر انما هو في تصرف المشتري في البيع قبل قبضه . فلو تصرف فيه
البائع قبل قبضه ، فاما بأمر المشتري اولا . فلو بأمره كأن امره ان يهبه من فلان
او بوجره ففعل وسلم ، صح وصار المشتري قابضاً . وكذا لو اعار البائع او وهب
او رهن فأجاز المشتري . ولو قال ادفع الثوب الى فلان يمسه الى ان ادفع لك
ثمنه ، فهلك عند فلان ، لزم البائع . لأن اساك فلان لأجل البائع . ولو امره
بالبيع ، فإن قال به لنفسك ، او به ، ففعل ، كان فسخاً . وان قال به لي ، لا
يجوز . واما تصرفه بلا امر المشتري كما لو رهن البيع قبل قبضه او آجره او اودعه
فمات البيع ، انسخ بيعه ، ولا تضمن ، لأنه لو ضمنهم رجعوا على البائع . ولو
اعاره او وهبه فمات ، او اودعه فاستعمله المودع فمات ، فإن شاء المشتري امضى
البيع وضمن هولاء ، وان شاء فسخه ، لأنه لو ضمنهم لم يرجعوا على البائع . ولو
باعه البائع فمات عند المشتري الثاني ، فالأول فسخ البيع وله تضمن المشتري
الثاني ، فيرجع بالثمن على البائع ان كان تقده . (كذا في رد المحتار)

ثم قال : وفي جامع الفصولين : شراء ولم يقبضه حتى باعه البائع من آخر
بأكثر ، فاجازه المشتري ، لم يجز ، لانه بيع ما لم يقبضه او يظهر منه ومما قبله
انه يبقى على ملك المشتري الاول ، فله اخذه من الثاني لو قائماً ، وتضمنه لو هالكاً
والظاهر ان له اخذ القائم لو كان نقد الثمن لبائعه ، والا فلا ، الا بإذن بائعه ،
تأمل اه - قلت : وفي الفتاوي الاتقوية عن القنية : اشترى داراً او عبداً او
عرضاً . وتركها في يد البائع وباعها ورجح ، فالبيع باطل . وان اجاز
المشتري ، ففاسد ايضاً ، ويجب فسخه اه .

* فروع *

لو اشترى ارضاً فيها زرع بزرعها فدفعها الى البائع معاملةً بالنصف قبيل
القبض ، لا يجوز ، لأنه آجر الارض فإن دفع الزرع معاملةً يكون استنجاراً

للعامل ، ولا يكون اجارة الارض وانما لا يجوز لأنه باع نصف الزرع قبل القبض . ا . (خانية)

اشترى داراً ووقفها قبل القبض وقبل نقداً الثمن ، فالامر موقوف ان ادى الثمن ، وقبضها جاز الوقف (هندية)

وفيها : اشترى ثوباً ولم يقبضه ، فأمر البايح خياطاً ان يقطعه له قميصاً بأجره او بغير اجره لا يكون للمشتري ان يضمن الخياط ، ويرجع بالقيمة على البايح . ولو اشترى شاة فأمر البائم انساناً ان يذبحها ، ان علم الذابح بالبيع فللمشتري ان يضمنه ، الا انه لو ضمنه لا يرجع على البايح . وان لم يكن الذابح قد علم بالبيع ، فليس للمشتري ان يضمنه . ا .

وانظر ما الفرق بين مسئلي الخياط والذابح ، حيث فصل في تضمين الذابح بين علمه بالبيع وعدمه ، واطلق في عدم تضمين الخياط ، تأمل .

باع عبداً وسلمه ثم اقال ، فيمعه من المشتري قبل القبض يجوز ، ومن الاجنبي لا يجوز . والأصل ان البيع متى انسخ بسبب ، فهو فسخ من كل وجه في حق كافة الناس ، فيمعه قبل القبض جائز من كل احد ، وما هو فسخ في حق العاقدين بيع في حق ثلث يجوز من المشتري لا الاجنبي (كذا في الفتح) .

(الفصل الثاني)

= في بيان التزويد والتزبل في الثمن والمبيع بعد النقد

عبر بالتزويد ليفيد ان الزيادة المذكورة في هذا الفصل انما هي الزيادة المشروطة واما الزيادة المتولدة من المبيع كالولد والمقر والارش والثمر والبن والصوف وغيرها ، فإنها مبيعة ، كما في (الهندية)

وفي التارخانية : كل زيادة تولدت من نفس المبيع ، فإن حدثت قبل القبض ، كان لها حصة من الثمن على اعتبار القبض فإن ورد القبض على الاصل والزيادة ،

قسم الثمن على الأصل والزيادة . وبمعتبر في الأقسام قيمة الأصل يوم العقد ، وقيمة الزيادة يوم القبض . وان حدثت هذه الزيادة بعد القبض ، كانت مبيعة تبعاً ولا حصه لها من الثمن اصلاً . ولو اتلف البايع النماء المتولد من المبيع قبل القبض وسقط حصته من الثمن ، يقسم الثمن على قيمة الأصل يوم العقد وعلى قيمة النماء يوم الاستهلاك ولا خيار له عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : له الخيار اه .
وفي الهندية : ولو استهلك النماء اجنبي ضمن قيمته وكان مع الأصل مبيعاً (هكذا في المحيط) .

ثم ان هذه الترجمة تشمل على اربعة مسائل وهي : الزيادة في الثمن ، والحط منه ، والزيادة في المبيع ، والحط منه ، كما لا يخفى . غير ان مواد هذا الفصل قد بينت ثلاثة منها ، وهي الزيادة في الثمن والحط منه ، والزيادة في المبيع ، وامهلت بيان الرابعة ، وهي الحط من المبيع . وكذا لم تذكر هذه المسئلة في الهداية والدرر والملتقى والكنز . لكن ذكرها في التنوير ، وعبارته مع شرحه ادر المختار : ويصح الحط من المبيع ان كان المبيع ديناً . وان عيناً لا يصح لانه اسقاط ، واسقاط العين لا يصح ، بخلاف الدين اه .

ونقل الطحاوي عن المحيط : اشترى قفيز حنطة بعينه فحط عن البائع عن ربه قبل القبض ، لم يحجر ، لانه عين واسقاط العين لا يصح . ولو اشترى قفيزاً من صبرة ثم حط ربه قبل القبض ، جاز ، لانه دين واسقاط الدين يصح اه .
ثم ان قيام المبيع شرط في صحة الزيادة في الثمن في ظاهر الرواية كما في الهداية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه ، بعني بتلك الزيادة في الثمن . وليس بشرط في صحة الزيادة في المبيع بعد هلاك المبيع ، ففي البقالي تجوز بخلاف الزيادة في الثمن اه . حلقاً للعيني على الكنز كما سيأتي - ولا في الحط من الثمن فلو زاد في المبيع بعد هلاكه - او حط من الثمن بعد هلاك المبيع يصح في الأولى على ما في الفتح والتنوير والجوهرية ، وفي الثانية اجماعاً ، كما في الجوهرية قال في الفتح : ان اسقاط عوض المدموم يصح ، والاعتياض عنه لا يصح اه . بقي الحط من المبيع اذا كان ديناً بعد هلاكه ، ولم ار احداً ذكره ، والظاهر انه لا يتصور ، كما لا يخفى .

المادة ٢٥٤ - * للبايع ان يزيد مقدار المبيع بعد العقد *

ولو بعد هلاك المبيع ، كما علمت . لأن الزيادة تثبت في مقابلة الثمن ، وهو قائم (رد المحتار عن البحر) ومثله في كثير من الكتب ، كالفتح وغيره . لكن في شرح العيني على الهداية ما نصه : زيادة البايح للمشتري في المبيع جائزة ما دام المبيع قائماً . لأن المعقود عليه مادام قائماً كان العقد قائماً لقيام اثره ، وهو الملك المستفاد في العين . فاذا هلك لم تصح الزيادة ، لأن العدم لا يصح تغييره . بخلاف الحط ، فإنه يصح بعد هلاك المعقود عليه ، فإنه ان امكن ان يجعل تغييراً للعقد بأن كان العقد قائماً ، جعل تغييراً وان لم يمكن جملة تغييراً كما في حالة الملاك ، جعل ابراء عن الدين ، فصح الحط في الخالين اه . وصرح في شرحه على الكنز بأن الزيادة في المبيع لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية بخلاف الحط ، لأنه اسقاط محض . ونقل عن المحيط ان جواز الزيادة بعد الهلاك انما هو في رواية النوادر ، وعزاها في الفتح الى جمع الضاربين والمنتقى ، وانت خبير بأنه لا يجوز العدول عن ظاهر الرواية ما لم يصرحوا بتصحيح خلافها ، ولم ار ذلك لأحد فليراجع وليتدبر . ثم رأيت في مجمع الانهر ما يوافق ما ذكره العيني في شرحه ، فانهم .

ويستثنى من المبيع المسلم فيه فإنه لا تجوز الزيادة فيه كما في الزيلعي . قال : لأنه معدوم حقيقة وانما جعل في الذمة لحاجة المسلم اليه والزيادة في المسلم فيه لا تدفع حاجته بل تزيد في حاجته فلا تجوز اه . ودل كلام الصراح على جواز الحط من المسلم فيه (رملی) كذا في رد المحتار .

* فالمشتري اذا قبل في المجلس الزيادة كان له حق المطالبة بتلك الزيادة ولا تنفيذ ندامة البايح . واما اذا لم يقبل في مجلس الزيادة وقبل بعده فلا عبرة بقبوله مثلاً لو اشترى عشرين بطيخة بعشرين

قرشاً ثم بعد العقد قال البائع اعطيتك خمسة اخرى ايضاً فإن قبل المشتري هذه الزيادة في المجلس اخذ خمسة وعشرين بطيخة بعشرين قرشاً واما لولم يقبل في ذلك المجلس بل قبل بعده فلا يجبر البائع على اعطاء تلك الزيادة * والظاهر ان الحكم كذلك لو كانت الزيادة من غير جنس المبيع ، كما اذا زاده في هذه المسئلة ثوباً مثلاً كما عموماً ذلك في جانب الزيادة في الثمن كما سيأتي ، ولم اره الآن صريحاً ، فليراجع .

المادة ٢٥٥ - * للمشتري ان يزيد بالثمن بعد العقد *

سواء كانت الزيادة من جنس الثمن او غيره ، في مجلس البيع او بعده ، من المشتري او من ورثته (كذا في الدر المختار)

وفي الهندية عن المحيط والخلصة : ثم في كل موضع تصح الزيادة من المشتري ، تصح من الأجنبي ايضاً ، ولو زاد الأجنبي ، ان زاد بأمر المشتري تجب على المشتري ولا تجب على الاجنبي ، وان زاد بغير امره فهي موقوفة ان اجاز المشتري لزمته ، وان لم يميز بطلت . ولو كان حين زاد ضمن عن المشتري او اضافها الى مال نفسه ، لزمته الزيادة ، وبعد ذلك ينظر : فإن كانت بأمر المشتري يرجع عليه والا فلا ولم ار ما اذا كانت الزيادة في الثمن من المشتري لورثة البائع بعد موته ، او من البائع في المبيع لورثة المشتري بعد موته . ثم رأيت في التتارخانية ما نصه : وان مات احد المتعاقدين جازت الزيادة من ورثتها كما جازت منها اه منه . والظاهر ان الزيادة لا تصح لزوال ملك المبيع عن المشتري وانتقاله لورثته ، فهو من الهالك حكماً ، كما لو باعه المشتري من آخر كما يأتي ، فليتأمل وليراجع .

وقدمنا ان قيام المبيع شرط في صحة الزيادة في الثمن في ظاهر الرواية . قال في الدر المختار : فلا نصح بعد هلاكه ولو حكماً على الظاهر - بأن باعه ثم زاده اه وعلة في رد المختار بأن تبدل الملك كتبدل العين قال : ولذا يمتنع لذلك رده

بالعب والرجوع بالهبة اه . وعبارة الهندية : وانما تصح الزيادة اذا كان المبيع محلاً للعقد فلو آجر المشتري او رهن او ذبح او خاط او اتخذ ضيفاً او قطعت يده واخذ المشتري ارشها . صح الزيادة الا انه لو باع من المرهن او المستأجر او باع بعد الذبح والخياطة وغيرها ، لا تصح . ولو اعتق او كاتب او دبر او استولد او مات او قبل او وهب او باع او طحن او نسج او تخمّر او اسلم مشتري الخمر ، او كان دقيقاً فخبزه او اتخذ اللحم قليّة او سكباجاً او شاة فجعلها ارباً ارباً ، ثم زاد في الثمن ، لا يصح . ولو زاد بعد ما صار الخمر خلا ، صح الزيادة بلا خلاف اه .

✽ فاذا قبل البايع تلك الزيادة في ذلك المجلس كان له حق المطالبة بها ولا تنفيذ ندامة المشتري . واما لو قبل بعد ذلك المجلس فلا يعتبر قبوله حينئذٍ مثلاً لو بيع حيوان بألف قرش ثم بعد العقد قال المشتري للبايع زدتك مايتي قرش وقبل البايع في ذلك المجلس اخذ المشتري الحيوان المتباع بألف ومايتي قرش . واما لو لم يقبل البايع في ذلك المجلس بل قبل بعده فلا يجبر المشتري على دفع المائتي قرش التي زادها ✽

وكذا الحكم لو كانت الزيادة عرضاً او حيواناً ثم ان الزيادة في الثمن انما تجوز اذا لم تؤد الى جهالة الثمن ، والا فلا تجوز . ففي الهندية والتارخانية مانسه : وفي المنتقى : رجل اشترى عبدين صفقة واحدة بالف درهم وتقابضا او لم يتقابضا حتى زاد المشتري مائة في ثمن احد العبدين بعينه او قال في ثمن احدهما بعينه ، جازت . وكذا اذا زاد في ثمن احدهما لا بعينه . وجعل القول قول المشتري في اضافة الزيادة الى احد الثمنين اه . تأمل هذا مما سيأتي عن الخلاصة والبرازية وغيرها من ان الزيادة تصح وان كانت مفسدة للعقد والتحقت بأصل العقد وانسدت العقد ايضاً عنده خلافاً لها اه فلعل ما الهندية والتارخانية جار على قولها ، تدبر وراجع :

المادة ٢٥٦ = * حط البايع مقداراً من الثمن المسمى بعد العقد صحيح ومعتبر *

وكذا حط جميعه، ويسقط عن المشتري وان كان حط الجميع لا يتحقق بأصل العقد كما سيأتي. والحط معتبر ولو بعد هلاك المبيع لأن اسقاط عوض المدوم صحيح اجماعاً كما تقدم عن الفتح والجوهرة، وسواء كان قبل قبض الثمن او بعده، الا اذا كان الحط بلفظ البرائة كما سيأتي وفي رد المختار وكذا يصح الحط من رأس مال السلم والمسلم فيه كما هو صريح كلامهم (رمل على المنع) ١٠٥.

* مثلاً لو بيع مال بماية قرش ثم قال البايع بعد العقد حطت من الثمن عشرين قرشاً كان للبايع ان يأخذ مقابل ذلك المال ثمانين قرشاً فقط *

وليس له المطالبة بما حطه، وهو العشرون، لو لم يكن قبض الثمن فلو كان قبضه وجب عليه رد العشرين للمشتري، وهذا اذا كان بلفظ الحط، ومثله ما اذا كان بلفظ الهبة، كما اذا قال بعد القبض: وهبتك من الثمن عشرين. وكذا اذا كان بلفظ براءة الأسقاط فإنه يصح، ويجب عليه رد العشرين، لان الدين باق في ذمه المشتري بعد القضاء لانه لا يقضي عين الواجب، بل مثله، الا ان المشتري لا يطالب به لأن له مثله على البايع بالقضاء فلا تنفيذ المطالبة، فقد صادف الحط والهبة وبرائة الأسقاط دبتاً قائماً في ذمة المشتري، فيسقط. اما لو كان بلفظ براءة القبض والاستيفاء كما لو قال بعد القبض ابرأتك عن عشرين من الثمن براءة قبض واستيفاء، او ابرأتك عنها لاني قبضتها، ونحو ذلك، فلا يجب عليه رد شيء. كما هو ظاهر. ولو انه اطلق البرائة بأن قال بعد القبض ابرأتك عن عشرين من الثمن ولم يزد على ذلك، فكذلك لا يجب عليه رد شيء، على ما ذكره شيخ الاسلام، لأن البرائة عند الاطلاق تحمل على براءة القبض والاستيفاء عنده. وذكر السرخسي

ان البراء المضاف الى الثمن بعد الاستيفاء صحيح ، حتى يجب على البايع رد ما قبضه ،
وسوى بين البراء والهبة والحط . هذا حاصل ما في البحر عن الذخيرة ، ومثله في
الهندية والتارخانية قال في النهر : وعرف من هذا انه لا خلاف في رجوع الدافع
بما اداه اذا ابراه البائع براءة اسقاط ، وفي عدم رجوعه اذا ابراه براءة قبض
واستيفاء وان الخلاف مع اطلاق البرائة اه وفي رد المختار : قلت والظاهر ان
المبيع الدين مثل الثمن فيما ذكر اه .

المادة ٢٥٧ = * زيادة البايع في المبيع والمشتري في الثمن
وتزبل البائع من الثمن بعد العقد بلتحققان باصل العقد يعني بصير كأن
العقد وقع على ما حصل بعد الزيادة والحط *

لكن ذلك الالتحاق بالاستناد وهو ان ، ثبت اولاً في الحال ثم يستند الى
وقت العقد . ولهذا لا تثبت الزيادة في صور هلاك المبيع ، كما مر ، لأن ثبوته في
الحال متعذر لانتفاء المحل ، فتعذر استناده كالبيع الموقوف لا ينبرم بالاجازة بعد
هلاك المبيع كما في (رد المختار عن الفتح) اي ولولا انه ثبت اولاً في الحال ثم
يستند لما امتنعت الزيادة بعد هلاك المبيع . ثم ان التحاق الحط بأصل العقد مقيد
بما اذا لم يكن من الوكيل حتى لو حط الوكيل ببيع الدار عن المشتري مائة صح وضمن
للموكل وبأخذها الشفيع بجميع الثمن لأن حط الوكيل لا يلتحق بأصل العقد
كما في حاشية ابي السعود عن النهر ، ومثله في رد المختار عن شفعة الخائبة . ومحل
التحاق المحطوط بأصل العقد ، اذا لم يكن المحطوط تبعاً ووصفاً ، فإن كان يلتحق
حتى لو اشترى داراً بالف وقله زيوقاً او بنهرجة برضا البايع بأخذها الشفيع
بالجواد . وكذا اذا اشترى داراً بعبد فاعور ورضي به البايع فان الشفيع يأخذ
الدار بقيمة العبد صحيحاً (ز بلعي)

المادة ٢٥٨ = * ما زاده الباع في المبيع بعد العقد يكون له حصه من الثمن المسمى . مثلاً لو باع ثماني بطيخات بعشرة قروش ثم بعد العقد زاد البائع في المبيع بطيختين فصارت عشرة وقبل المشتري في المجلس بصير كأنه باع عشرة بطيخات بعشرة غروش . حتى لو تلفت البطيخات المزبدتان قبل القبض لزم تنزيل ثمنها قرشين من اصل ثمن البطيخ فليس للبائع حينئذ ان يطلب من المشتري سوى ثمن ثمان بطيخات *

بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لا يسقط شيء من الثمن بهلاكها قبل القبض ، والفرق ان الزيادة المشروطة صارت تبعاً للأصل في حق الثبوت ضرورة الصحة فاذا صححت زالت الضرورة ، فزالت التبعية وبقيت الاصلية في حق الاتحاق بأصل العقد لأنها كانت موجودة وقت العقد ، فأمكن تقدير ورود العقد عليها فصار كان العقد ورد على الأصل وعلى الزيادة جميعاً ، واما الزيادة المتولدة فمقدمة ، وقت العقد ، فلا يمكن تقدير ورود العقد عليها فلا يمكن إلحاقها بأصل العقد فصارت ملوكة بملاك الأصل لا بالعقد ، فإذا قبضها صارت أصلاً بالقبض ، لأن القبض مثبت بالعقد فيصير لها حصه من الثمن حتى لو وجد بأحدهما عيباً رده بحصته من الثمن ، بقسم الثمن على قيمة الأصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض (زبلي) وفي الهندية الزيادة المتولدة لا تزاحم المبيع في الزيادة المشروطة ما دام المبيع قائماً ، حتى كانت الزيادة المشروطة زيادة على المبيع دون الولد اعني الزيادة المتولدة ، والثمن ينقسم أولاً على المبيع وعلى الزيادة المشروطة ثم ما اصاب المبيع ينقسم عليه وعلى الزيادة المتولدة وتعتبر قيمة الأصل يوم العقد وقيمة الزيادة المشروطة يوم الزيادة ، وقيمة الزيادة المتولدة يوم قبضه ، فلو اشترى

جارية قيمتها الف درهم بألف درهم فولدت الجارية قبل القبض ولداً قيمته الف درهم ، ثم ان البايع زاد المشتري غلاماً يساوي الف درهم ، ثم ازدادت قيمة الولد فصارت النبي درهم ، ثم قبضهم المشتري ونقد الألف ، ثم وجد بالولد عيباً ، رده بثلاث الالف ، وان وجد بالام عيباً ردها بسدس الالف ، وان وجد بالزيادة عيباً ردها بنصف الالف ، لانه ينقسم الثمن على قيمة الجارية وقت العقد ، وعلى قيمة الزيادة يوم زاد . ثم ما اصاب الجارية ينقسم على قيمتها يوم العقد وعلى قيمة المذوق بالتين يوم قبضه المشتري ، فاذا وجد بأحدهم عيباً رده بالحصه اه ملخصاً ، وتام فروع المسئلة فيها .

* كذلك لو باع من ارضه الف ذراع بعشرة آلاف قرش ثم بعد العقد زاد البايع مائة ذراع وقبل المشتري في المجلس فتملك رجل الارض المبيعة بالشفعة كان لهذا الشفيع اخذ جميع الالف ومائة ذراع المبيعة والمزيدة بعشرة آلاف قرش *

تضمنت هذه المادة مسألتين من المسائل التي يظهر فيها اثر الاتحاق بأصل العقد في الزيادة في المبيع ، وهي كون الزيادة فيه لهاصة من الثمن ، وكون الشفيع يملكها مع الأصل حيث كان الاصل والزيادة عقاراً . وانظر ما اذا كانت الزيادة وحدها عقاراً بأن باع عبداً ثم زاده البايع عقاراً وقبل المشتري ، والظاهر ان الشفيع يملك الزيادة وحدها ، حيث كانت عقاراً ، بما يخصها من الثمن ، كما لو باع عبداً وعقاراً . ولم اره الا الآن صريحاً ، فليراجع .

وما يظهر فيه اثر الاتحاق فساد العقد اذا كانت تلك الزيادة مفسدة له ففي الخلاصة عن التجريد : اذا كانت الزيادة مفسدة للعقد صحت والتحق بأصل العقد ايضاً ، فيفسد العقد . وعندها لا يتحقق بأصل العقد ، ولا تصح الزيادة اه ومثله في البرازية . فلو كان العقد صرفاً بألف باع الدرهم بالدرهم متساوية ، ثم زاد احدها او حط ، وقبل الآخر وقبض الزايد في الزيادة او المرود في الحط ، فسد العقد كأنها عقدها كذلك من الابتداء عند ابي حنيفة (زيلعي) وكذا اذا زاد في المبيع ما لا يجوز بيعه كزطل من خمر تصح الزيادة ويطل العقد كأنها عقدها

كذلك (نهر) ومنها مافي التارخانية : اشترى عشرة من الثياب بمائة درهم فزاد البايع بعد العقد ثوباً آخر ثم اطلع على عيب في احد الثياب ، ان كان قبل القبض فالمشترى بالخيار : ان شاء فسخ البيع في جميعها ، وان شاء رضي بها . وان كان به القبض فله ان يرد المعب بجمته من الثمن ، وان كانت الزيادة هي المعيبة .

المادة ٢٥٩ * اذا زاد المشتري في الثمن شيئاً كان مجموع الثمن مع الزيادة مقابلاً لجميع المبيع في حق العاقدين مثلاً لو اشترى عقاراً بعشرة آلاف قرش فزاد المشتري قبل القبض خمسية في الثمن وقبل البايع تلك الزيادة كان ثمن ذلك العقار عشرة آلاف وخمسية قرش حتي لو ظهر مستحق للعقار واثبته وحكم له به ونسلمه كان له ان يأخذ من البايع عشرة آلاف قرش وخمسية قرش *

ولو اجاز المستحق البيع اخذ الكل ، اى كل الثمن والزيادة (رد المحتار عن البحر)

* اما لو ظهر شفيع لذلك العقار فمن حيث ان حق الشفيع يتعلق بأصل الثمن المسمى وكون تلك الزيادة التي صدرت بعد العقد تلتحق بأصل العقد في حق العاقدين لا يسقط حق ذلك الشفيع فلذا لا تلزمه تلك الزيادة بل يأخذ العقار بالعشرة آلاف قرش التي هي اصل الثمن فقط وليس للبايع ان يطالبه بالخمسية قرش التي زادها لمشتريه بعد العقد *

لأن حق الشفيع تعلق بالعقد الاول ، وفي الزيادة ابطال له ، وليس للعاقدين ابطال حقه (كذا في الدرر)

وقد تضمنت هذه المادة مسألة واحدة من المسائل التي يظهر فيها اثر الانتحاق

وهي ان المشتري اذا استحق منه المبيع يرجع على البايع بالأصل والزيادة . ومنها ان المشتري لو كان دفع الثمن للبايع ثم زاد له فيه ، كان له حبس المبيع حتى يقبض الزيادة ومنها ان المشتري له ان يولى ويراجع على الكل ، يعني الأصل والزيادة . ومنها ان الزيادة في الثمن اذا كانت مفسدة تفسد العقد ، كما اذا زاد المشتري في الثمن رطل خمر مثلاً فإن الزيادة تصح وتلتحق بالعقد ، وتفسده عند ابي جنيفة ، كما تقدم نظيره في الزيادة في المبيع . ومنها مسألة الصرف المتقدمة . ومنها لو وجد بالثياب المبيعة عيباً بعد ان زاد للبايع في الثمن . وكذلك لو رد المبيع بخيار روية او شرط فإنه يرجع بحصته من الثمن مع الزيادة (الكحل من الدر المختار وحواشيه)
وفي الهندية : ولو اشترى عبداً بألف فباعه من آخر بمائة دينار ، فزاد الآخر يعني المشتري الثاني خمسين ديناراً وردّ ببيع بقضاء ، رجع بالثمن والزيادة . ولو زاد المشتري الثاني عرضاً يساوي خمسين ديناراً نصف الثمن ، فملك العرض قبل قبض المشتري الأول ، ينسخ البيع في ثلث العبد ، لأن العرض مبيع وان جعل ثمناً ، وهلاك المبيع قبل القبض يوجب الانقضاء . ولو رد ثلثي العبد ببيع بقضاء ، رد كل العبد على بائعه الأول لأنه عاد اليه كله بتدبير ملكه . ولو تقابلا في الثلث ثم رد ثلثيه بقضاء لا يرد شيئاً بتوضيح من رد المختار والتارخانية .

المادة ٢٦٠ - * اذا حط البايع من ثمن المبيع مقداراً كان جميع المبيع مقابلاً للباقي من الثمن بعد التنزيل والحط . مثلاً لو بيع عقار بعشرة آلاف قرش تم حط البايع من الثمن الف قرش كان ذلك العقار مقابلاً للتسعة آلاف قرش الباقية وبناء عليه لو ظهر شفيع للعقار المذكور اخذه بتسعة آلاف قرش فقط *
*

لما تقدم من ان الحط يلتحق بأصل العقد ، سواء كان الحط قبل قبض الثمن او بعده . وهذا اذا كان بلفظ الحط او الاسقاط ، اما لو كان بلفظ الهبة ، فان كان قبل

القبض فكذلك ، وان كان بعد القبض فلا يلتحق ، لما في الخانية : رجل اشترى ارضاً بمائة درهم وقبضها ، فحضر الشفيع وطلب الشفعة ، وسلمها اليه المشتري بمائة درهم ، ثم ان المشتري قد اثنى للبايع فوهب له البايع منها خمسة بمد ما اخذ المائة ، فعلم الشفيع بالهبة ، ليس له ان يسترد شيئاً من المشتري من اثنى . ولو ان البايع وهب من المشتري خمسة من اثنى قبل قبض اثنى ، والمسئلة بجالها ، كان للشفيع ان يسترد من المشتري ما وهب له البايع ، لان هبة شيء من اثنى قبل قبض اثنى حط ، والحط يلتحق بأصل العقد ، فكان للشفيع ان يسترد من المشتري ، ما حط قدر ما حط عنه البايع . اما بعد قبض اثنى ، فهبة البعض ليست بحط ، بل هو تملك مبتدأ كأنه وهب له مالا آخر اه .

وفي الاشياء : هبة بعض الثمن تظهر في حق الشفيع ، الا اذا كانت بعد القبض اه قال في شرحه المسمى بتنوير الاذهان والضائر : لأن الهبة بعد القبض ليست بحط لأنها هبة العين ، لان المسمى صار عيناً بالتسليم ، بخلاف ما لو وهب البايع خمسة دراهم من الثمن من المشتري قبل قبض اثنى ، كان للشفيع ان يستردها لأنها هبة الدين ، لأن اثنى في ذمته (كذا في المحيط) اه

لكن قال في رد المحتار : ورأيت في التتارخانية عن المحيط ما ملخصه : الحط والهبة والايراء ، اذا كانت قبل القبض ، فلو كانت في بعض اثنى تظهر في حق الشفيع ولو في كله ، فلا . واذا كانت بعد القبض فالحط والهبة على التفصيل . واما الايراء عن الكل او البعض ، فلا يصح اه فهذا صريح بأن هبة بعض اثنى بعد القبض هو كالحط يظهر في حق الشفيع ، فله استرداد المحطوط ، وهو مخالف لما تقدم عن الخانية والاشياء .

ويظهر لي في التوفيق ان ما في الخانية والاشياء محمول على ما اذا وهبه من المقبوض خمسة دراهم معينة ، فلا شك انها تكون هبة عين مبتدئة ، فلا تكون حطاً من اثنى . وما في التتارخانية عن المحيط محمول على ما اذا قال البايع للمشتري بعد القبض وهبتك خمسة دراهم من اثنى ، وهذا يكون حطاً من اثنى لا هبة مبتدئة ، لما قدمناه في شرح المادة ٢٥٦ عن البحر من ان اثنى باق في ذمة المشتري بعد فضائه ، لأنه لا يقتضي عين الواجب ، بل مثله

فقد صادف الهبة دبتاً قائماً في ذمة المشتري ، فيسقط ، فكانت الهبة كالحط تظهر في حق الشفيع . يرشد الي هذا التوفيق ما ذكره من التعليل من ان الهبة بعد القبض تمليك مبتدأ ، الخ . ومن ان الهبة بعد القبض هبة العين الخ . وما ذكرناه ملخصاً عن البحر في شرح المادة ٢٥٦ ينادي بذلك وبهذا يرتفع التناقض واللوم عن عبارات القوم .

وكما يظهر اثر التحاق الحط في الشفعة يظهر ايضاً في التولية والمرابحة ، فيولي ويرابع على الباقي بعد المحطوط ، كما في البحر - وفي الاستحقاق ، فيرجع المشتري على البايع بالباقي بعد المحطوط ايضاً كما في الدر وغيره .
وفي التارخانية : حط بعض الثمن صحيح و يلتحق بأصل العقد عندنا ، كالزيادة . غير ان بين الحط والزيادة فرقاً من وجهين : احدهما ان الحط صحيح سواء بقي المبيع محلاً للمقابلة وقت الحط ، او لم يبق محلاً . بخلاف الزيادة على ظاهر الرواية . الثاني : ان من اشترى عشرين صفقة واحدة بألف درهم ، فحط عنه المشتري مائة ، كان الحط نصفين . ولو زاد المشتري في هذه الصورة مائة تنقسم الزيادة على قدر قيمتها اه وفي البرازية وقالوا ان حط البعض انما يلتحق اذا لم يكن المحطوط تبعا ووصفاً ، كمن باع بألف جيار فنقد البايع زبوقاً او نبرجة ورضي به البايع ، او باع بالبعد سليم العين داراً فاعور العبد فأخذه بايع الدار ورضي به ، فالشفيع بأخذ بألف جيار في الاول ، وبقيمة عبد سليم في الثاني ، ولا يلتحق الوصف بأصل العقد . بخلاف ما لو حط بعض الثمن حيث يأخذ الشفيع الباقي اه وتقدم مثله عن الزبلي في شرح المادة ٢٦١ .

المادة ٢٦١ * للبايع ان يحط جميع الثمن قبل القبض *

وكذا بعد القبض ايضاً ، اذ وقم الحط بلفظ الحط او الاسقاط او الهبة او براءة الاسقاط . نعم اذ وقع بلفظ البرائة المطلقة كما في المثال الآتي ، فإنما تكون البرائة حطاً اذا كانت قبل القبض . واما بعده فلا ، لأنها عند الاطلاق تحمل على براءة القبض

والاستيفاء ، على ما قاله شيخ الاسلام ، كما تقدم في شرح المادة (٢٥٦) فتكون البرائة المذكورة عبارة عن الاقرار بالقبض والاستيفاء كما في رد المحتار فليست من الحط في شيء ، فلا يسوغ للمشتري استرداد ما دفعه للبائع وبهذا نعلم ان ذكر هذا القيد ، اعني قبل قبض الثمن ، تهيد ، للمثل المذكور ليصح كون الابراء فيه حطاً ، لا للاختراز عن ما اذا كان الحط بعد القبض ، فان الحط للكامل صحيح قبله وبعده كما علمت ، وكيفما كان لا يلتحق بأصل العقد كما قال .

❖ لكن لا يلحق هذا الحط بأصل العقد . مثلاً لو باع عقاراً بعشرة آلاف قرش ثم قبل القبض ابرأ البائع المشتري من جميع الثمن كان الشفيع ان يأخذ ذلك العقار بعشرة آلاف قرش وليس له ان يأخذه بدون ثمن اصلاً ❖

لأن الالتحاق فيه يؤدي الى تبديله ، لأنه ينقلب هبة او يباع بلا ثمن فيفسد وكان من قصدهما التجارة بعقد مشروع من كل وجه . فالالتحاق فيه يؤدي الى تبديله ، فلا يلتحق به (زياهي)

وقوله « كان للشفيع ان يأخذ ذلك العقار بعشرة آلاف قرش » اي اذا كانت قيمته كذلك . فقد قال الحموي في حاشيته على الاشباه : بقي ان يقال يفهم من التقييد بهبة البعض ان هبة الكل لا تظهر في حق الشفيع مطلقاً ، فهل يأخذ بالمسمى او بالقيمة ؟ لم ار تقللاً صريحاً . وفي الظهيرية : اشترى داراً بألف ثم تصدق بها على المشتري ، يأخذها الشفيع بالقيمة ، الا ان يكون بعد قبض الالف اه فعلى قياسه يقال ان وهب كل الثمن قبل القبض يأخذ الشفيع بالقيمة والا فبالثمن اه ملخصاً .

﴿ الباب الخامس ﴾

في بيان المسائل المتعلقة بالتسليم والتسلم وفيه ستة فصول

(الفصل الاول)

في بيان حقيقة التسليم والتسلم وكيفية

المادة ٢١٢ - * القبض ليس بشرط في البيع الا ان العقد متى تم

كان على المشتري ان يسلم الثمن اولاً *

لأن حق المشتري قد تعين في المبيع ، فيدفع الثمن ليعين حق البائع بالقبض ، تحقيقاً للمساواة (جوهره) اي لأن البائع انما يعين حقه في الثمن بعد قبضه ، لأن الاثمان لاتعنين - بخلاف المشتري فإن حقه قد تعين في المبيع بمجرد العقد لدخوله في ملكه به (ابو السعود) ويشترط لالزام المشتري بتسليم الثمن اولاً ان يحضر البائع السلعة المبيعة . وان كانت غائبة فلمشتري ان يمتنع من تسليم الثمن حتى يحضر البائع المبيع ، على مثال الراهن مع المرتهن (زيلعي) ما لم يكن المبيع ديناً كالمسلم فيه ، فإنه يومئذ يسلم بدفع بدل السلم قبل احضار المسلم فيه ، كما يومئذ البائع يدفع المبيع قبل قبض الثمن اذا كان مؤجلاً ، كما في الدر . والشرط ايضاً كون الثمن حالاً وان لا يكون في البيع خياراً للمشتري فلا يطلبه بالثمن قبل حلول الأجل ، ولا قبل سقوط الخيار (رد المحتار)

* ثم يسلم البائع المبيع *

لأنه قد ملك الثمن بالقبض فلزمه تسليم المبيع (جوهره) وهذا في بيع

سلعة بدرام ودنانير ، واما في بيع سلعة بسلعة وهو المسمى ببيع المقايضة ، وفي بيع ثمن بثن وهو المسمى ببيع الصرف ، فيسلان ممّا تسوية بينهما في العينة والدينية (مجمع الانهر)

المادة ٢٦٣ = * تسليم المبيع يحصل بالتخلية *

وكذا تسليم الثمن كما في الدر المتقى وجمع الانهر ، وسواء كان البيع صحيحاً او فاسداً ، كما في البحر . وصحة في الخانية وفي العمادية والمحتبي : الأصح ان التخلية ليست بقبض في البيع الفاسد . وفي الخلاصة ما يوافق ما في الخانية .

* وهو ان يأذن البائع للمشتري بقبض المبيع مع عدم وجود مانع من تسليم المشتري اياه *

يعني ان التخلية بين المشتري والمبيع تقوم مقام القبض الحقيقي اذا كانت على وجه يتمكن فيها المشتري من القبض ، بعد ان يكون اذن له البائع بقبضه وفي مجمع الانهر عن الاجناس : يعتبر في صحة التسليم ثلاثة معات : ان يقول خليت بينك وبين المبيع وان يكون المبيع بحضرة المشتري على صفة يتأتى فيه النقل من غير مانع ، وان يكون مفرزاً غير مشغول بحق غيره اه والمراد بقوله خليت بينك وبين المبيع كما في رد المختار ، ان يأذن له البائع بالقبض ، لا خصوص لفظ التخلية ، كما في البحر : ولو قال البائع للمشتري بعد البيع « خذ » لا يكون قبضاً . ولو قال « خذه » يكون تخلية اذا كان يصل الى اخذه اه وبدل لهذا فروع كثيرة ستأتي .

المادة ٢٦٤ - * متى حصل تسليم المبيع صار المشتري قابضاً له *

يعني متى وجدت التخلية على الوجه المذكور في المادة السابقة ، صار المشتري قابضاً وان لم يقبضه حقيقة ، لأن تمكنه من القبض بأذن البائع مع عدم المانع والخائل قائم مقام القبض الحقيقي . فلو هلك المبيع هلك على المشتري لدخوله في ضمانه ، كما في الخانية . وقد بصير المشتري قابضاً بنفس العقد بلا تسليم ولا تخلية ،

كما اذا كان المبيع مقبوضاً بيد المشتري قبض ضمان قبل البيع . قال في الهندية :
الاصل ان البيع اذا وقع والمبيع مقبوض مضمون على المشتري بقيمته ينوب قبضه
عن قبض الشراء ، ولأنه من جنس القبض المستحق بالشراء ، لأن قبض الشراء
مضمون بنفسه اذا تجانس القبضان بأن كانا قبض امانة او ضمان تناوباً ، اي ناب
احدهما عن الآخر ، وان اختلفا ناب المضمون عن غيره لا غير . فاذا كان الشيء في
يده بفصص او مقبوضاً بعقيد فاسد فاشترى من المالك عقداً صحيحاً ، ينوب القبض
الاول عن الثاني . حتى لو هلك قبل ان يذهب الى بيته ويصل اليه او يتمكن من اخذه ، كان
الهلاك عليه . ولو جعل المضمون بدل الصرف واقترقا لا يبطل . وكذا الواتر قاعن مجلس
الصرف قبل قبض احد البدلين ثم اشترى القابض ما قبض ، يصير قابضاً للحال
لأنه لو بقي المقبوض في يده على حكم عقيد فاسد كان مضموناً بقيمته ، فناب عن قبض
الشراء . ولو كان في يده عارية او وديمة او رهناً لم يصر قابضاً بمجرد العقد ،
الا ان يكون بحضرته او يرجع اليه ، فيتمكن من القبض . وان فعل المشتري في
فصل الوديمة والعارية ما يكون قبضاً منه ثم اراد البايع ان يجسها بالثمن ، لم يكن
له ذلك . وان اخذها البايع من بيت المودع قبل ان يصل اليه يد المشتري ، وهو
المودع ، كان له حبسها به ولو كان المبيع بحضرتهما فباعه منه ، لم يكن للبايع حبسه اه
وتمام فروع المسئلة فيها .

المادة ٢٦٥ - * تختلف كيفية التسليم باختلاف المبيع *

قال في رد المحتار: والحاصل ان التحلية قبض حكماً لو مع القدرة عليه بلا
كلفة . لكن ذلك يختلف بحسب حال المبيع ففي نحو حنطة في بيت مثلاً
ذفع المفتاح اذا امكنه الفتح بلا كلفة قبض . وفي نحو دار فالقدرة على اغلاقها
قبض اي بأن تكون في البلد فيما يظهر . وفي نحو بقر في مرعى كونه بحيث
يرى ويشار اليه قبض . وفي نحو ثوب فكونه بحيث لو مد يده نصل
اليه قبض . وفي نحو فرس او طير في بيت امكان اخذه منه بلا معين قبض اه

وقوله اي «بأن تكون في البلد» فيما يظهر فيه نظر ، كما سيأتي شرح المادة (٢٧٠)
وسيأتي بيان ما يتفرع على هذه المادة في المواد التالية لها وشرحها .

المادة ٢٦٦ * المشتري اذا كان في العرصة او الارض المبيعة او
كان يراها من طرفها يكون اذن البايع له بالقبض تسليماً *

انظر ما اذا كان كل من البايع والمشتري في العرصة او الارض ، والمسئلة
بجالها . وفي الهندية عن فتح القدير : ولو اشترى دابةً والبايع راكبها ، قال احملي
مك فحملة ، فطبت ، هلكت على المشتري قال القاضي الامام : هذا اذا لم يكن
على الدابة سرج فإن كان عليها سرج وركب المشتري في السرج يكون قابضاً ،
والا فلا ولو كانا راكبين فباع المالك . منها من الآخر لا يصير قابضاً ، كما
اذا باع الدار والبايع والمشتري فيها اه . والظاهر ان قوله « لا يصير قابضاً » اي
بمجرد كونه راكباً على الدابة وموجوداً في الدار . اما اذا اذن له بالقبض يكون
قبضاً ، كما هو مقتضى اطلاق هذه المادة ، وليراجع ، وانظر ما سنذكره في شرح
المادة ٢٧٥ عن الخالية والاتقوية .

المادة ٢٦٧ - * اذا بيعت ارض مشغولة بالزراع يجبر البايع على
رفع الزرع بمصاده او رعيه وتسليم الارض خالية للمشتري *

والتحلية قبل ان يرفع الزرع بأحد الوجهين لا تكون تسليماً ، لما قدمناه عن
مجمع الانهر في شرح المادة (٢٦٣) من انه يشترط للتحلية ان يكون المبيع غير
مشغول بمحق الغير .

وفي الهندية : اذا باع داراً وسلمها الى المشتري وفيها متاع قليل للبايع ، لا
يصح التسليم حتى يسلمها اليه فارغة . فإن اذن البايع للمشتري بقبض الدار والمتاع ،

صح التسليم ، لأن المتاع صار ودبة عند المشتري . وكذلك اذا باع ارضاً فيها
زرع للبايع وسلم الارض الى المشتري ، لا يصح التسليم .
وفي البحر عن الوبري : المتاع لغير البايح لا يمنع من التخلية ، فلو اذن له
بقبض المتاع والبيت صح ، وصار المتاع ودبة عنده اهـ

قال في رد المحتار : ويدخل في الشغل بحق الغير ما لو كانت الدار مأجورة
فليس للبايع مطالبة المشتري بالثمن لعدم القبض ، لما في الفصل الثاني والثلاثين
من جامع الفصولين : باع المستأجر ورضي المشتري ان لا يفسخ الشراء الى مضي
مدة الاجارة ، ثم يقبضه من البايح ، فليس له مطالبة البايح بالتسليم قبل مضيتها . ولا
للبايح مطالبة المشتري بالثمن ، ما لم يجعل المبيع بحمل التسليم وكذا لو شري غائباً لا
يطلبه بثمنه ما لم يتبهاً للتسليم اهـ ملخصاً .

وفي الهندية : لو باع الأب داراً من ابنه الصغير في عياله وهو فيها ساكن ،
جاز البيع ولا يصير الابن قابضاً حتى يفرغ الأب . فإن انهدمت الدار والأب فيها
ساكن ، يكون من مال الأب . وكذلك لو كان فيها متاع الأب وعياله
وليس هو ساكن فيها . وكذلك لو باع من ابنه الصغير حبة هي على الأب او
طيلساناً هو لابه او خاتماً في اصبعه ، لا يصير الابن قابضاً حتى ينزع ذلك .
وكذلك في الدابة والأب رآكها ، حتى ينزل ، فإن كان عليها حمولة ، حتى يحط
عنها اهـ . وهذا الحكم اذا كان المبيع مشغولاً بحق الغير ، اما لو كان شاغلاً لحق الغير
كالحنطة في جوارق البايح وما اشبه ذلك فذاك لا يمنع التخلية كما في الفتاوى
الأقروية . ولا بد من تقييد هذا بما اذا امكن قبض المبيع الشاغل بدون تصرف في
حق الغير ، والا فيمنع من التخلية ، لما في الهندية عن البدايح : ولو باع قطناً
في فراش او حنطة في سنبل وسلم كذلك ، فإن امكن للمشتري قبض القطن او
الحنطة من غير فتح الفراش ودق السنبل صار قابضاً له . وان لم يمكنه الا بالفتح
والدق ، لا . لأنه تصرف في ملك البايح ، وهو لا يملك التصرف في ملكه . ولو
باع الثمر على الشجر وسلم كذلك صار قابضاً لأنه يمكنه الجذاذ من غير تصرف
في ملك البايح اهـ .

وفي الخانية : رجل باع فصاً في خاتم يدينار ودفع الخاتم الى المشتري وامره

ان ينزع النص فهلك الخاتم عند المشتري ، ان كان المشتري يقدر على نزعه بغير ضرر ، كان على المشتري ثمن النص لا غير ، وان كان لا يقدر على نزع النص الا بضرر ، لا شيء على المشتري لان تسليم المبيع لم يصح . وان لم يهلك الخاتم خيرا المشتري ان شاء نرخص حتى يبرعه البايع ، وان شاء نقض البيع . اهـ .

المادة ٢٦٨ = * اذا بيعت اشجار فوقها ثمار يجبر البايع على جز الثمار ورفعها وتسليم الاشجار خالية للمشتري *

والتخلية بدون جز الثمار لا تكون تسليماً تكون المبيع مشغولاً بملك البايع ، كما مر في المادة السابقة .

المادة ٢٦٩ = * اذا بيعت ثمار على اشجار يكون اذن البايع للمشتري يجزها تسليماً *

لان الثمار شاعلة لملك البايع وهذا لا يمنع من التخلية وقدما في شرح المادة (٢٦٢) ان الجز بدون تصرف في ملك البايع ممكن .

المادة ٢٧٠ - * العقار الذي له باب وقفل كالدار والسكرم اذا وجد المشتري داخله *

اي لا على وجه السكنى في الدار ، والا كان قابضاً بنفس العقد ولا يحتاج في ذلك الى تخلية البايع بقوله سلمته اليك ونحوه ، لما في البحر عن البرازية : قال عبد لمولاه : اشتريت نفسي منك ، فباعه المولى ، صح ولا يملك المولى حبسه لاستيفاء الثمن ، لانه صار قابضاً بنفس العقد ، كمن اشترى داراً وهو ساكن فيها بصير قابضاً بالشراء ولا يملك البايع الحبس .

وكذا لو وكل اجنبي العبد ليشترى نفسه من مولاه له فأعلم المولى واشترى نفسه للموكل ، لا يملك البائع حبه بالثمن لعود الحقوق الى العبد الوكيل اه .
ومثله ما اذا وكل رجل الساكن في الدار ليشترىها من المالك له ففعل ، كان الوكيل الساكن قابضاً بمجرد العقد ولا يملك حبس الدار لاستيفاء الثمن ، كما هو ظاهر .
ومثل الدار فيما يظهر الدكان ونحوهما . وارجع لما نقلناه عن الهندية في شرح المادة (٢٦٣) وتقييد العقار بما له باب وقفل لتأتى فيه التفصيل الآتي بقوله : « واذا كان المشتري خارج ذلك العقار فان كان قريباً منه الخ » فإن العقار الذي ليس كذلك كالمرصة والارض ، فشرط صحته التخلية فيه اذا كان المشتري خارجه ، ان يكون بحيث يراه من طرفه كما اوضحته ، المادة (٢٦٦)

✽ وقال له البائع سلمته اليك كان قوله ذلك تسليماً ✽

ليس المراد خصوص هذا اللفظ ، بل المراد الاذن له بالقبض . فكل لفظ يدل عليه يكون تسليماً ، كتحذه او قبضه وما اشبه ذلك كما تقدم في شرح المادة ٢٦٣

✽ واذا كان المشتري خارج ذلك العقار فان كان قريباً منه بحيث يقدر على اغلاق ابه وقفله في الحال يكون قول البائع للمشتري سلمتك اياه تسليماً ايضاً ✽

فلو كانت الدار في البلدة الا انها بعيدة عنه بحيث لا يقدر على اغلاق بابها وقفله في الحال ، لا يكون قوله ذلك تسليماً . وبواقته ما في البحر : وان باع داراً غائبة فقال سلمتها اليك فقال قبضتها ، لم يكن قبضاً . وان كانت قريبة كان قبضاً ، وهي ان تكون بحال يقدر على اغلاقها ، والا فهي بعيدة اه فان المراد بقوله : وهي ان تكون بحال الخ ان يكون نادراً على اغلاقها حال الاذن بالقبض ، والا فان القدرة على اغلاقها حال وصوله اليها حاصله سواء كانت في البلدة او في بلدة اخرى فما قدمناه عن رد المحتار في شرح المادة (٢٦٥) من قوله « وفي نحو دار فالقدرة على اغلاقها قبض ، اي بأن نكون في البلدة فيما يظهر » فيه نظر لا يخفى على من تدبر ، كما نهبنا عليه هناك . ثم رأيه في الخانية ما هو كالصريح

في الرد عليه ونصها : لو باع داراً ليست بحضرتها فقال الباع سلمتها اليك وقال المشتري قبلت ، ذكر في ظاهر الرواية ان التخلية في الدور والمقار لا تكون قبضاً الاً بدنوٍ منها ، وذكر في النوادر : اذا قال الباع للمشتري سلمتها اليك وقال المشتري قبلت ، والدار ليست بحضرتها ، بصير المشتري قابضاً في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى . وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى : ان كانت الدار بقرب منها بحيث يقدر على الدخول والاغلاق بصير قابضاً ، والا فلا . وفي ظاهر الرواية اعتبر القرب ولم يذكر فيه خلافاً . والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية لأنه اذا كان قريباً يتصور فيه القبض الحقيقي في الحال ، فتقام التخلية مقام القبض . اما اذا كان بعيداً لا يتصور فيه القبض الحقيقي في الحال ، فلا تقام التخلية مقام القبض اهـ

✽ وان لم يكن منه قريباً بهذه المرتبة فاذا مضى وقت يمكن

ذهاب المشتري الى ذلك المقار ودخوله فيه يكون تسليماً ✽

بهذا اتفق قارىء الهداية كما يعلم من بيوع فتاواه ، ونصها : سئل عن شخص اشترى من آخر داراً ببلدة وها في بلدة اخرى وبين البلدين مسافة يومين ولم يقبضها بل خلى الباع بين المشتري والمبيع التخلية الشرعية ليتسلم فهل يصح ذلك وتكون التخلية كالتسليم ؟ اجاب : اذا لم تكن الدار بحضرتها ، وقال الباع سلمتها لك وقال المشتري تسلمت ، لا يكون ذلك قبضاً ، ما لم تكن الدار قريبة منها ، بحيث يقدر المشتري على الدخول فيها والاغلاق ، فيثبت بصير قابضاً . ومثلتنا ما لم تمض مدة يتمكن من الذهاب اليها والدخول فيها لم يكن قابضاً اهـ . وزعم الفاضل بن عابدين في حاشيته رد المحتار ان هذا مخالف للروايتين ، اعني ظاهر الرواية القائلة بأن تخلية البعيد لا تصح ، ورواية النوادر القائلة بأنها تصح . وفيه نظر ، اذ لا مخالفة ، وانما فيما اتفق به قارىء الهداية تقييد لاطلاق الروايتين . فاطلاق ظاهر الرواية عدم صحة التخلية في البعيد مقيد بما اذا لم تمض مدة يتمكن من الذهاب الى الدار المبيعة والدخول فيها . واطلاق رواية النوادر صحتها مقيدة بما اذا مضت مدة يتمكن من ذلك . وقد اشار الحوي

في حاشيته على الأشباه من كتاب الوقف الى كونه تقييداً لاطلاق ظاهر
الرواية ، فليراجع .

المادة ٢٧١ = * اعطاء مفتاح العقار الذي له قفل للمشتري
يكون تسليماً *

اذا تهيأ له فتحه من غير تكلف ، كما في البحر ومثله في الهندية والتاريخانية
وغيرها . والظاهر ان المراد بالتهيؤ فتحه من غير تكلف ، ان يكون المفتاح مفتاح
ذلك العقار . وهو معنى ما في الخانية ونصها : ولو باع الدار وسلم المفتاح قبض
المفتاح ولم يذهب الى الدار يكون قابضاً . قيل : هذا اذا دفع اليه مفتاح هذا الخلق ،
اما اذا لم يكن ذلك لم يكن تسليماً لأنه لا يقدر على الدخول بهذا المفتاح ، فلا
يكون قبض المفتاح كقبض الدار اهـ ومثل هذا فيما يظهر ما اذا كان العقار له
مفتاحان فدفع له احدهما لم يكن تسليماً ايضاً ، لأنه لا يقدر على الدخول بهذا المفتاح
وحده فيحتاج الى تكلف عمل مفتاح آخر في المسئلتين .

ولا يجوز ان يراد بالتهيؤ المذكور ان يكون العقار بحضرتها لأن اعطاء
المفتاح تسليم وان كان العقار بعيداً . يرشد الى هذا قول الخانية في العبارة
السابقة « قبض المفتاح ولم يذهب الى الدار » ولأنهم اطلقوا كون قبض المفتاح
تسليماً ولم يقيدوه بما اذا كان العقار بحضرتها كما قيدوه بذلك فيما اذا خلى الباع
بينه وبين المشتري بقوله سلمتك ونحوه ، فتأمل . ثم ان ظاهر اطلاق هذه المادة
ان اعطاء مفتاح العقار تسليم وان لم يقل مع ذلك سلمتك العقار ونحوه ، وهو
ظاهر اطلاق ما في البحر عن جمع النوازل وعبارته : دفع المفتاح في بيع الدار
تسليم اذا تهيأ له فتحها من غير تكلف اهـ . ومثله في الهندية والتاريخانية والخانية
كما سمت . لكن في الخانية ايضاً ، بعد العبارة السابقة : وان دفع اليه المفتاح ولم
يقبل خليت بينك وبين الدار فاقبضه ، لم يكن ذلك قبضاً اهـ فانظر هل يحمل ذلك
المطلق على هذا التقييد وتكون الفائدة من دفع المفتاح ان التخيبة حينئذ تصح وان

كان العقار بعيداً ، او يوفق بأن المراد من عبارة الخانية الثانية ان مجرد دفع المفتاح قبل ان يقبضه المشتري لا يكون تسليماً ما لم يقل خليت بينك وبين العقار ونحوه ، ومن عبارة هذه المادة وما وافقها من عبارات الفقهاء ، ان دفع المفتاح المتصل بقبضه من المشتري يكون تسليماً للمبيع كما اذا سلمه البايع نفس المبيع فسلمه المشتري وقبضه ، فإن ذلك قبض وان لم يقل البايع شيئاً ويرشد الى هذا قولهم قبض المفتاح قبض الدار محل تأمل وتزور فليتدبر وليراجع .

المادة ٢٧٢ = * الحيوان يسك برأسه او اذنه او رسنه الذي

في رأسه فيسلم *

اي يسك البايع فيسلمه المشتري فيقبضه . فهذا تسليم وان لم يتكلم البايع بشيء ، لأنه تسليم حقيقي لا يحتاج فيه الى تحلية قولية . وكذا لو امسكه المشتري برأسه او اذنه او رسنه وقاده بدون تسليم من البايع ، فهو قبض . فاذا هلك هلك على المشتري كما هو ظاهر .

وفي الهندية : وان كانت الرمكة في يد البايع وهو ممسك لها فقال للمشتري هاك الرمكة فثبت المشتري يده عليها ايضاً حتى صارت الرمكة في ايديها والبايع يقول للمشتري خليت بينك وبينها وانا لا امسكها منعاً لها منك وانا امسكها حتى تضبطها ، فانفلتت من ايديها ، فالهلاك على المشتري . وان كانت الرمكة في يد البايع ولم تصل اليها يد المشتري فقال البايع للمشتري قد خليت بيننا وبينك فاقبضها فاني انما امسكها لك فانفلتت من يد البايع قبل ان يقبض المشتري وهو يقدر على اخذها من البايع وضبطها ، كان الهلاك على البايع اه . وافادت هذه المادة ان امسك الحيوان من ذنبه او رجله او يده مثلاً لا يكون قبضاً . وانظر هل الغنمة من الحيوان كذلك ، تأمل ، فإنه يمكن ضبطها .

* وكذا لو كان الحيوان في محل بحيث يقدر المشتري على تسلمه

بدون كلفة فاراه البايع اياه واذن له بقبضه كان ذلك تسليماً ايضاً *

قال في الخانية : ومن مسائل التخلية رجل له رماك في حظيرة فباع منها واحدة بعينها لرجل قبض الثمن وقال للمشتري ادخل الحظيرة واقبضها فقد خليت بينك وبينها فدخل ليقبضها فمالجها فانفلتت وخرجت من باب الحظيرة وذهبت ، قال محمد رحمه الله تعالى ان سلم الرمكة الى المشتري في موضع يقدر على اخذها بوهق ومعه وهق والرمكة لا تقدر على الخروج من ذلك المكان ، فهو قبض وان كانت تقدر على ان تنفلت منه ولا يضبطها الباع فليس بقبض . وكذا لو كان المشتري يقدر على اخذها بوهق ولا يقدر بغير وهق وليس معه وهق ، او كان يقدر على اخذها ان كان معه اعوان ولا يقدر على اخذها وحده وليس معه اعوان ، فانفلتت ، لا يكون ذلك قبضاً وان كان المشتري يقدر على اخذها بغير حبل ولا اعوان يغلق الباب بينها وبينه ، فانفلتت ، كان المشتري قابضاً . ولو كانت الرماك كثيرة في حظيرة عليها باب مغلق لا يقدر الرماك على الخروج فباعها من رجل وخلق بينه وبين الرماك ففتح المشتري الباب فغلب الرماك وخرجت ، كان الثمن لازماً على المشتري سواء كان يقدر على اخذ الرماك او لا يقدر . وان لم يفتح المشتري الباب وانما فتحه رجل آخر او فتحه الرمح حتى خرجت الرماك ، ينظر : ان كان المشتري لو دخل الحظيرة يقدر على اخذها ، يكون قابضاً . والا فلا اه . والوهق محرمة ويسكن الجبل يرمي في الشوطة فتؤخذ به الدابة والانسان ، كذا في القاموس . وفيه : الرمكة محرك الفرس والبرذونة تتخذ للنسل ، جمعه رمك ، وجمع الجمع الرماك اه وقد افادت هذه المادة ان يشترط لصحة التخلية في يوم الدابة ان يري الباع المبيع للمشتري ، وان يكون المبيع بحيث يقدر المشتري على نسلمه . قال في الخلاصة : لو اشترى بقرأ في السرح فقال له الباع اذهب واقبض ، ان كان يري بحيث يمكنه الاشارة اليه ، يكون قبضاً . قال في المحيط : هكذا قال بعض المشايخ . وهذا الجواب غير صحيح ، والصحيح ان البقرة اذا كانت بجالة لو اراد المشتري قبضها ، يمكن من قبضها ، فهو قبض لها اه وفيها : ولو اشترى طيراً في بيت والباب مغلق فأمره الباع بالقبض فلم يقبضه حتى هبت الريح ففتحت الباب وطار الطير ، لا يصح التسليم وان فتح المشتري الباب فطار ، صح التسليم ، لأنه يمكنه القبض بان محتاط في الفتح اه .

المادة ٢٢٣ - * كيل المكيلات ووزن الموزونات بأمر المشتري ووضعها في الظرف الذي هبأ لها يكون تسليماً *

بشرطين : اولهما ان يكون المبيع معيناً ، والثاني ان يزنه البايع او يكيله بمحضرة المشتري . ففي الخاتمة : رجل اشترى دهنًا معينًا ودفع اليه الآنية وامر البايع ان يزنه فيه فوزن فيه ثم هلك ، ان كان البايع وزنه بمحضرة المشتري فإنه يهلك على المشتري ، لأن المشتري صار قابضاً بوزن البايع ، وان كان ذلك في بيت البايع او حانوته . وان كان وزن الدهن في غيبة المشتري فهلك ، يهلك على البائع ، لأن الواحد لا يصلح ان يكون مسلماً ومتسلاً . هذا اذا اشترى دهنًا بعينه ، فإن كان بغير عينه لا يكون المشتري قابضاً ، سواء كان المشتري حاضراً او غائباً . لأن الدهن اذا لم يكن معيناً كان امر المشتري بالوزن مصادقاً ملك البايع ، فلا يصح ، ولا يكون وزنه كوزن المشتري . هذا كما لو استقرض من آخر حنطة ودفع اليه الجوالق وامره ان يكيل فيها فإنه لا يصير قابضاً في الوجهين اه باختصار ، لكن في التارخانية : رجل اشترى من آخر دهنًا معينًا ودفع اليه فارورة ليزنه فيها فوزن بمحضرة المشتري ، صار المشتري قابضاً وان كان في مكان البايع او حانوته . وان وزن بغيبة المشتري ، ذكر بعض المتقدمين من شراح الجامع الصغير ان المشتري لا يصير قابضاً ، والصحيح انه يصير قابضاً . وذكر نحوه في الهندية عن جواهر الاخلاطي . واقتصر في الفتاوى السراجية على الثاني فقال : اشترى شيئاً من طعام وامر البائع ان يكيل في وعاء المشتري ففعل والمشتري غائب ، فهو قبض ، كما اذا استقرض كذا وامر المقرض ان يزرعه في ارض المستقرض ففعل ، صار قابضاً اه وفي الهندية : لو كانت الدهن غير معين لا يصير قابضاً ولا مشترياً سواء وزنه بفيته او بمحضرة ، ولا يحل للمشتري ان يتصرف فيه . ولو قبض بعد ذلك حقيقة يصير الآن مشترياً قابضاً . حتى لو هلك ، هلك عليه بالانفاق اه ملخصاً .

ثم ان هذه المادة اطلقت الظرف المهيأ فشمع ما اذا كان الظرف للمشتري او للبايع وقد استعاره منه المشتري . وعبارة الهندية : رجل اشترى كراً من صبرة وقال للبايع كفه في جوالي ودفع اليه الجوالق ففعل ، كان المشتري قابضاً : وفي القدوري اذا اشترى حنطة بعينها فاستعار من البايع جوالق وامره بأن يكيل فيها ففعل البايع ، فإن كان الجوالق بعينها صار المشتري قابضاً بكيل البايع فيها . وان كانت بغير عينها بأن قال اعزني جوالقاً وكلها فيه ، فإن كان المشتري حاضراً فهو قبض ، وان كان غائباً لم يكن قبضاً . وقال محمد رحمه الله تعالى : لا يكون قبضاً عند غيبة المشتري في الوجهين حتى يقبض الجوالق ويسلمها اليه ، كذا في الفتاوى الصغرى اه .

وهناك قول آخر ، وهو انه لا يكون قبضاً وان كان المشتري حاضراً ، وهو الذي قدمه في الخانية . وقد ذكر مولفها في خطبة كتابه انه يقدم ما هو الأقوى والأرجح ، فتدبر . ولو اشترى دهناً ودفع القارورة الى الدهان وقال للدهان ابث القارورة الى منزلي فبث فانكسرت في الطريق ، قال الشيخ الأمام ابو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى : ان كان قال للدهان ابث على يد غلامي ففعل فانكسرت القارورة في الطريق ، فإنها تهلك على المشتري . ولو قال ابث على يد غلامك فبث فهلكت في الطريق فلهالك يكون على البايع ، لأن حضرة غلام المشتري تكون كحضرة المشتري . واما غلام البايع بمنزلة البايع ، كذا في الخانية . وفي الهندية عن المحيط : فإن قال المشتري للبايع زن لي في هذا الأناه كذا وكذا وابث به مع غلامك ، او قال مع غلامي ، ففعل فانكسر الأناه في الطريق ، قال : هو من مال البايع حتى يقول ادفعه الى غلامك او قال الى غلامي . فاذا قال ذلك فهو وكيل فاذا دفعه اليه فكأنه دفعه الى المشتري ، فيكون الهلاك عليه اه . وفي التارخانية : اذا قال المشتري للبايع ابث الى ابني ، واستأجر البايع رجلاً يحمله الى ابني ، فهذا ليس بقبض والأجر على البايع — الا ان يقول استأجر علي من يحمله قبض الأجير ، يكون قبض المشتري ان صدقه انه استأجر ودفع اليه . وان انكر استنجاره والدفع اليه فالتقول قوله اهوفي الهندية : قال هشام في نوادره : سألت محمداً عن رجل اشترى من آخر شيئاً وامره المشتري

ان يجعله في وعاء المشتري لجعله فيه ايزنه عليه فانكسر الاناء وتوى ما فيه ، فهو من مال البايع لأنه انما جعله ليزنه فيعلم وزنه لا للتسليم الى المشتري . فإن وزنه ثم انكسر الاناء فهو من مال البايع ايضاً . وان وزنه في شن البايع ثم جعله في اناء المشتري ثم انكسر الاناء فهو من مال المشتري اه . وتمام فروع هذه المسئلة فيها وفي التارخانية والحانية .

وفي الخلاصة : اشترى وعاء هديد اي لبن خازر من قروي في السوق وامره بنقله الى حانوته فسقط في الطريق ، هلك على البايع . وكذا لو اشترى وقراطين او الحطب في المصر ، ففعل البايع ان ينقله الى بيته . ولو هلك في الطريق ، هلك على البايع اه

المادة ٢٠٤ = * تسليم العروض يكون باعطائها ليد المشتري

او بوضعها عنده او باعطاء لاذن له بالقبض بإراءتها له *

اما الصورة الأولى فلا شرط لها ، لأنه تسليم حقيقي . واما صورتان الاخيرتان فهما من مسائل التخلية فيشترط لصحتها م الوضع والاراءة المذكورين ان يقول له البايع خذ او اتضه او خليت بينه وبينك ، وهو ذلك (وهذا معنى اعطاء الاذن له بالقبض) وان تكون بحيث يمكن المشتري ان يقبضها من غير قيام ، كافي رد المختار .

وفي الحانية : لو اشترى ثوباً وامره البايع بقبضه فلم يقبضه حتى غصبه انسان فلن كان حين امره البايع بالقبض امكنه ان يمد يده ويقبضه من غير قيام ، صح التسليم . والا فلا اه .

وفي التارخانية : من اشترى من آخر صرة عظيمة مشاراً اليها وخلقى البايع بينها وبين المشتري ، بصير المشتري قابضاً لها ان كان يقدر على اخذها وحده . وإن كان لا يقدر على اخذها وحده ويقدر لو كان معه اعوان او فرس ينظر : إن الاعوان والفرس معه ، بصير قابضاً وان لم يكن الاعوان والفرس معه لا يكون قابضاً اه

وترجمة هذه المادة ركيكة وصحتها هكذا « تسليم العروض يكون باعطاء اليد المشتري او بوضعها عنده او بإرادتها له مع اعطاء الاذن له بالقبض » فيكون اعطاء الاذن له بالقبض منسجبا على صورتي الوضع والاراءة ، تأمل .
وفي الهندية : رجل باع من آخر ساجدة ملقاة في الطريق والمشتري قائم عليها ، تخلى البائع بينه وبينها ، فلم يجر كها المشتري من موضعها حتى جاء رجل واحرقها ، كان للمشتري ان يضمه . فإن استخفها رجل كان للمستحق ان يضمن المحرق ، وليس له تضمين المشتري اه .

المادة ٢٧٥ = * الاشياء التي بيعت جملة وهي داخل صندوق او نبار او ماشابه من المحلات التي تقفل يكون اعطاء مفتاح ذلك المحل للمشتري والاذن له بالقبض تسليماً . مثلاً لو بيع انبار حنطة او صندوق كتب جملة يكون اعطاء مفتاح الأنبار او الصندوق للمشتري تسليماً *

في الهندية : رجل باع مكيلاً في بيت مكابلة او موزوناً موازنة وقال خليت بينك وبينه ودفع اليه المفتاح ولم يكله ولم يزنه ، صار المشتري قابضاً . ولو انه دفع الى المشتري المفتاح ولم يقبل خليت بينك وبينه ، لا يكون قابضاً اه .
وعبارة البحر : فلو اشترى حنطة في بيت ودفع البايء المفتاح اليه وقال خليت بينك وبينها ، فهو قبض . وان دفعه ولم يقبل شيئاً ، لا يكون قبضاً اه . وقيداه في رد المختار بما اذا امكنه الفتح بلا كفة ، كما نقلناه عنه في شرح المادة (٢٦٥) ولم اره لغيره ، وجعله حاصل ما في البحر مع ان عبارة البحر مطلقة كما سمعت . نعم ذكروا ان دفع المفتاح في بيع الدار تسليم اذا تهيأ له فتحها بلا كفة كما مر في شرح المادة (٢٧١) فلعل ما في رد المختار مبني على ان لا فرق بين المسئلتين ، وهو الظاهر ، فانهم وتأمل . وقد علمت مما ذكرناه في شرح المادة المذكورة ، ما المراد

من التهبؤ المذكور ، فارجع اليه . وافادت هذه المادة ان التخلية في دار البايع او حانوته صحيحة وهو قول محمد رحمه الله تعالى المفتى به . ففي الفتاوى الأتقروية :
واذا اشترى حنطةً بعينها وخلقى البايع بينها وبين المشتري وهي في دار البايع
فعلى قول ابي يوسف لا يصير المشتري قابضاً ، حتى لو هلكت هلكت من مال
البايع . وعلى قول محمد يصير المشتري قابضاً حتى لو هلكت هلكت من مال المشتري .
فعلى هذا الاختلاف اذا اشترى خلاً في دن المشتري وخلقى البايع بين المشتري
وبين الدن في بيت البائع وختم المشتري على الدن ، يصير قابضاً عند محمد ، خلافاً
لأبي يوسف . وفي الظهيرية : فإن هلك هلك من مال المشتري في قول محمد ،
وعليه الفتوى . وحاصل الخلاف يرجع الى التخلية في بيت البايع هل هي صحيحة .
فصند محمد صحيحةً خلافاً لأبي يوسف اه .

وفي الخانية : ومن ذلك رجل باع خادماً فقال البايع خلبت بينك وبين
الخادم فاقبضها ، والخادم في منزل البايع مجهرتها يصل الى قبضها ، فقال المشتري
دعها الى الغد ، وابتى ان يقبض فهلكت الخادم فانها تموت من مال المشتري عند
محمد رحمه الله تعالى ، ومن مال البايع في قول ابي يوسف رحمه الله تعالى .

ن ت م ة

المشتري اذا احدث في المبيع عيباً قبل القبض يصير قابضاً . وكذا لو امر البايع
بذلك فعمله البايع .

اذا اشترى حنطةً وامر البائع بطحنها فطحن فإن الدقيق يكون للمشتري ،
ويصير المشتري قابضاً للمبيع (خانية) .

وفي الخلاصة : المشتري اذا عيب المبيع عيباً بنقصه صار قابضاً ، الا اذا منعه
البايع ، فحينئذٍ لو هلك هلك عليه .

وفي التارخانية : رجل اشترى عبداً ولم يقبضه حتى اعاره او آجره من البايع ،
لم يجز ، ولو عمل بالاجارة او في الاعارة فغط ، عطب من مال البائع . وان
سلم من العمل ليس عليه اجر . ولو اعاره المشتري من اجنبي وامره بالقبض
فقبض ، صح اه

وفي الخلاصة : اربعة اشياء اذا امر المشتري حتى فعل لا يصير المشتري قابضاً :
اذا امر بملق شعر العبد او بالحجامة او بأن يسقى دواء او بأن يداوي جروحه .
ولو قبض المشتري ثم وجد به عيباً وفعل هو هذه الأفعال ، لا يصير راضياً باليب .
قال رحمه الله تعالى : وهذا بخلاف ما قال في الجامع الصغير ، فإنه قال : اذا اشترى
جارية وبها جرح فداواها فهو رضى فتأويله اذا داوى جرحاً آخر يبرأ البايع منه
فداوانه لا تكون رضاه بمجرد آخر .

ويصير المشتري قابضاً بعشرة : منها : لو امر بختان الجارية او الغلام او
الفصد ، او ان يربط جراحه ، او ان يقطع عرف الفرس ، او كلف المبيع
ثوباً فأمره بالقصارة ، وبضله او كان المبيع مكعباً فأمر ان يتعله ، او كان
فعللاً أمره ان يحذوه ، او كان طعاماً فأمره بالطبخ او داراً فأجرها من البايع
العاشر ، اذا كانت جارية فأمر البايع بان يزوجه فزوجها ودخل بها الزوج ،
ولو لم يدخل بها زوجها لا يصير قابضاً . وكذا لو زوجها المشتري لا يصير قابضاً
استحساناً . فإن وطأها الزوج كان قابضاً . وان كانت داراً فأجرها المشتري ان
سلمها الى المتأجر صار قابضاً والأفلا . ولو فعل المشتري شيئاً من هذه العشرة
بعد ما وجد عيباً صار راضياً به ولم يكن له رده ، لأن العجز عن الرد جاء من قبله اه
لكن قوله في التاسعة « او داراً فأجرها من البايع » ينافي ما قلناه قبله عن التارخانية :
رجل اشترى عبداً الخ ، ومثل ما في التارخانية في البحر أيضاً وفي رد المحتار :
ليس من القبض ما لو اودعه او اعاره او آجره من البايع اه فتأمل . وفيها : رجل
اشترى شيئاً بعينه فجاء به البايع فأمره المشتري بأن يطرحه في الماء ففعل ، فهو
قابض . بخلاف ما لو قال للمديون اذا جاء بالمال : اطرحه في الماء ففعل ، حيث
لا يصير قابضاً . وكذا لو استقرض من آخر الف درهم فجاء بها فقال له اطرحها
في الماء . فإنه ليس عليه شيء . البايع اذا دفع المبيع الى منكوحة المشتري ، لا يجعل
المشتري قابضاً اه وكذا الى من في عياله ، كما في الخانية . وفي الهندية : اذا جني
على المبيع قبل القبض فاختر المشتري اتباع الجاني ، يكون قابضاً بنفس الاختيار
عند ابي يوسف ، خلافاً لمحمد . ولو قتل المبيع قبل القبض فعفا المشتري عن
الدم ، فهذا اختيار منه للمبيع ، وللبايع ان يأخذ القيمة من القاتل ، فتكون رهناً في

البائع ينظر: ان وحده زيوفاً فرده ، لا يملك استرداده عند اصحابنا الثلاثة
بده فإذا ادى المشتري الثمن رد القيمة على القائل اه وتام الكلام على جنس هذه
المسائل فيها ، وفي التارخانية والبرازية .

المادة ٢٧٦ = * عدم منع البائع حينما يشاهد قبض المشتري
للمبيع يكون اذناً من البائع بالتقبض *

فليس له بعد ذلك استرداد المبيع ليحبسه لاستيفاء الثمن . قال في الخلاصة:
اذا استوفى الثمن وسلم المبيع او سلم بغير قبض الثمن او قبض المشتري المبيع بإجازة
البائع لفظاً او قبضه وهو يراه ولا ينهيه ، ليس له ان يسترده ليحبسه بالثمن .
وان قبضه بغير اذن له ان يتقبض قبضه اه .
وفي العرازية من الثالث عشر فيما يتعلق بالثمن: وان علم البائع قبضه بلا اذنه
ورضى به ، فهو كالاذن ابتداءً اه

المادة ٢٧٧ = * قبض المشتري المبيع بدون اذن البائع قبل
اداء الثمن لا يكون معتبراً *

حتى كان للبائع ان يسترده منه ليحبسه بالثمن . ولو تصرف المشتري في
ذلك تصرفاً يلحقه النقص بأن باع او وهب او رهن او آجر او تصدق ، نقض
التصرف وان كان لا يلحقه الفسخ كالعتق والتدبير والاستيلاء ، لم يملك
البائع رده الى يده . ولو نقد المشتري بابعه الثمن فوجده البائع زيوفاً او ستوقاً
او مستوقاً او وجد بعضه كذلك ، كان له ان يمنح المبيع . فإن كان المشتري قبضه
بغير اذن البائع بعد ما نقد الزيوف او الستوقه فللبائع ان يتقبض قبضه . ولو تصرف
فيه المشتري نقض تصرفه اذا كان تصرفاً يحتمل النقص . وان كان قبضه باذن

وان وجده ستوفة او رصاصاً او مستحقاً وأخذ منه ، له ان يسترد . ولو كان المشتري تصرف فيه فلا سبيل للبايع عليه ، سواء كان تصرفاً يحتمل الفسخ او لا . فإن لم يجد البايح شيئاً مما ذكرنا في الثمن حتى باع المشتري العبد او آجره او رهنه وسلم ، ثم ان البايح وجد في الثمن شيئاً مما ذكرنا ، فجميع ما صنع المشتري في العبد جائز لا يقدر البايح على رده ولا سبيل له على العبد (الكلل من الهندية) وفي البزازية : وقد رُبِعُ بعض النهرجة بأنها ما يضرب في دار غير السلطان . والزيوف المغشوشة والستوفة صفر مموه بالفضة . والعامه ان الجياد خالصة رائجة بين التجار وبيت المال ، والزيوف ما زينه بيت المال لا التجار . والنهرجة ما يرده التجار ، ولهذا حكم في الشرع انها من جنس الدراهم ، حتى لو تجاوزت جها في الصرف والسلم ، جاز ، وانما لا يضمن كاسد النهرجة لانه لا قيمة لهذه الصنعة فيردها على المشتري بلا شيء . والستوفة ليس من الدراهم في الشرع ، حتى لو تجاوزت بها في الصرف والسلم لا يجوز اه .

قال محمد في الجامع : رجل اشترى جارية من رجل بألف درهم ولم ينقد ثمنها حتى قبضها بغير اذن البايح وباعها من رجل بمائة دينار وتقاضا وغاب المشتري الأول وحضر بايعه واراد استرداد الجارية من المشتري الآخر ، فإن اقر المشتري الآخر ان الأمر كما وصفه البايح ، كان للبايع الأول ان يستردها . واذا استردها بطل البيع الثاني . وان كذب المشتري الآخر البائع الاول فيما قال ، او قال لا ادري احق ما قال ام باطل ، فلا خصومة بينهما حتى يحضر الغائب اه (هندية) وتام فروع هذه المسئلة فيها .

وفي البزازية : قبض المشتري المشتري قبل نقد الثمن بلا اذن البايح ، فطلبه منه ، فخلّى بينه وبين البايح ، لا يكون قبضاً حتى يقبضه بيده . بخلاف ما اذا خلّى البايح بينه وبين المشتري اه .

* الأ أن المشتري لو قبض المبيع بدون الإذن وهلك في في يده او تعيب يكون القبض معتبراً حينئذٍ *

ويكون الهلاك من مال المشتري ، ولا خيار له في صورة التيب . وهل للبايع ان

يسترده ليجبه بالثمن في صورة التعيب ؟ . الظاهر نعم ، وإن لم اره الا ان .
وفي الهندية : اشترى باباً قبضه بغير اذن البايع وسمره بمسامير حديد ، او
كان ثوباً فصبغه او ارضاً فبني فيها او غرس ، فللبايع ان يأخذها ويحبسها فإن
قال البايع انا ازرع المسار واقلم الكرم لتصير الارض كما كانت ، فإن لم يكن في
نزعه ضرر فله ان ينزعه ، وان كان ، فلا . فاذا هلك في يد البايع ضمن
البايع قيمة المسار والصنع اه

وفي البرازية : وطء المشتري المشتراة لو بكرأ قبض فإن احدث البايع منعا
بعده صار ناقصاً لقبضه . فإن هلك فمن البايع ويبنى حصة النقصان بالبيكاراة على
المشتري من الثمن . وإن ثبتا فالوطء ليس بنقصان وبه يصير قابضاً فإن
احدث منعا بعد الوطاء ثم هلك ، هلكت كلها من البايع اه

وفي الهندية : لشري صراعي باب او خفين او نعلين قبض احدهما بغير
اذن البايع ولم يقبض الآخر حتى هلك ما كان عند البايع ، هلك من مال البايع
ولا يجمل قبض احدهما قبضاً للآخر وبتخير المشتري في المقبوض ويجعلان في
حق الخيار كشيء واحد . ولو احدث المشتري بأحدهما عيباً قبل القبض ، يصبر
قابضاً لهما جميعاً . ولو قبض احدهما فاستهلكه او عيبه صار قابضاً للآخر . حتى
لو هلك الآخر عند البايع قبل ان يحدث البايع فيه حيساً او منعا ، هلك على
المشتري . ولو منعه البايع بعد ذلك ثم هلك ، هلك على البايع حتى سقط من الثمن
بمحضته . ولو جنى البايع على احدهما بإذن المشتري صار المشتري قابضاً لهما ، حتى
لو هلكا بعد ذلك هلكا من مال المشتري . ولو منع البايع احدهما بعد ذلك او منعها
كان عليه قيمة ما هلك . ولو اذن البايع للمشتري في قبض احدهما كان اذناً في
قبضها . حتى لو قبضها ثم استرد البايع احدهما ليجبه بالثمن صار غاصباً اه

(الفصل الثاني)

✽ في المواد المنطقه بحسب المبيع ✽

المادة ٢٧٨ = ✽ في المبيع بالثمن الحال اعني غير الموجل للبايع ان يحبس المبيع الى ان يودي المشتري جميع الثمن ✽

ولو كان بعض الثمن حالاً وبعضه مؤجلاً فله حبه حتى يستوفي الحال .
ولو بقي من الثمن شيء قليل كان له حبس جميع المبيع (هندية ويزازية)
وافادت هذه المادة ان حبس المبيع الى ان يودي المشتري جميع الثمن هو من مقتضيات العقد . ولذا قال في اليزازية : باع بشرط ان يدفع المبيع قبل قد الثمن ، فسد البيع لانه لا يقتضيه العقد . وقال محمد : لا يصح لجهالة الأجل حتى لو سمي الوقت الذي يسلم فيه المبيع جازاً ، اي وله الحبس بعد حلول الأجل وان بقي منه درهم على قول محمد ، كما يستفاد من رد المختار ، تأمل . وفي الهندية : ولو قتل المبيع قبل القبض ففعا المشتري عن الدم فهذا اختيار منه للمبيع وللبايع ان ياخذ القيمة من القاتل ، فتكون رهناً في يده فاذا أدى المشتري الثمن رد القيمة على القاتل اه وتقدمت هذه في شرح المادة (٢٧٥)

المادة ٢٧٩ - ✽ اذا باع اشياء متعددة صفقة واحدة له ان يحبس جميع المبيع حتى يقبض الثمن جميعه سواء بين لكل منها ثمناً على حدته او لم بين ✽

قال في الهندية : اذا اشترى شيئين او اشياء مختلفة او شيئاً واحداً وتقد

بعض الثمن واراد ان يقبض بعض المبيع ، فإن كانت الصفقة واحدة ، ليس له ذلك ، وان كانت الصفقة منفرقة ، فله ذلك . فاذا اشترى رجل من آخر عشرة اثواب هر وبة كل ثوب بعشرة دراهم ، ونقد المشتري عشرة دراهم وقال هذه العشرة ثمن هذا الثوب بعينه واراد ان يقبض ذلك ، ليس له ذلك لأن الصفقة متحدة .

وكذلك لو ابرأ الباع المشتري عن ثمن احد هذه الاثواب بعينه ، وقال المشتري انا أخذ ذلك الثوب ، لم يكن له ذلك .
وكذلك لو اخر الباع ثمن ثوب بعينه شهراً ، لم يكن له ان يقبض ذلك .

وكذلك لو ابرأه عن جميع الثمن الأدرهما ، او اخر عنه جميع الثمن الأدرهما .

وكذلك لو وقع الشراء على ان ثمن ثوب منها بعينه حال و ثمن الباقية مؤجل ، لم يكن له ان يقبض شيئاً حتى ينقد الحال .
وكذلك لو كان الثمن مائة وللمشتري على الباع تسعون درهما فصار ذلك قصاصاً بما وجب على المشتري ، لم يملك المشتري قبض شيء من الثياب حتى ينقده العشرة .

وكذلك اذا كان ثمن احد الاثواب بعينه عشرة دنانير و ثمن الباقية مائة درهم فنقد الدنانير او نقد الدراهم ، لم يكن له ان يقبض شيئاً منها .

ولو اشترى رجلان من رجل عبداً بألف درهم ففاب احدهما وحضر الآخر ، فليس له ان يقبض شيئاً من العبد ما لم ينقد الثمن جملة . فان اوفى جميع الثمن قبض العبد كله ، ولا يكون متطوعاً . فاذا حضر الغائب ، ليس له ان يقبض حصته حتى يدفع الى الحاضر ما تقدمه من حصته . فاذا فعل ذلك قبض نصيبه . وان هلك العبد في يد الذي قبضه قبل ان يحضر الغائب ، او بعد ما حضر قبل ان يطلبه ، هلك امانته حتى يرجع الذي قبض بحصته ، اي الغائب من الثمن . وان حضر الغائب وطلب نصيبه فتمعه حتى يستوفي ما تقدمه ثم هلك ، هلك بما تقدم عنه ، بمنزلة المبيع يهلك في يد الباع ، وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى .

ولو كان البايع ابراً احد المشتريين عن حصته من الثمن او آخر عنه شهراً لم يكن له ان يقبض حصته من العبد حتى ينقد الآخر حصته من الثمن وان تعددت الصفقة في هذه المسائل انعكست الأحكام اه . وهذا اذا كان الذي اشتراه الرجلان قيمياً كالعبد ، اما اذا كان مثلياً كالحنطة ونحوها مما يمكن قسمته ، فللمحاضر ان يدفع ما يصيبه من الثمن ويقبض ما يصيبه من المبيع كذا نقله شارح المجلة سليم باز عن الخانية ، لكنني لم اراه فيها الا في كتاب البيوع . وهذا يفيد ان المبيع اذا كان من المثليات التي يمكن قسمتها يعني لا يضرها التبعض فدفع المشتري بعض الثمن ، فعلى البايع ان يسلمه من المبيع بقدره ، وليس له حبس كل المبيع لقبض الباقي من الثمن . حتى لو كان مكان الثياب العشرة المذكورة في مسألة الهندية عشرة افقرة من الحنطة ، يكون الحكم فيها كالحكم فيها اذا تعددت الصفقة . ولم اراه الا ان صريحاً ، فليراجع . وعليه فلا بد من تقييد الاشياء المتعددة المذكورة في هذه المادة بكونها من القيميات ، فليتأمل .

المادة ٢٨٠ = * اعطاء المشتري رهناً او كفيلاً بالثمن

يسقط حق الحبس *

لأن هذا وثيقة بالثمن ، فلا يسقط حقه عن حبس المبيع لاستيفاء الثمن ، كذا في واقعات المفتين لقدرى افندي .

المادة ٢٨١ = * اذا سلم البايع المبيع قبل قبض الثمن فقد اسقط

حق حبسه . وفي هذه الصورة ليس للبايع ان يسترد المبيع من يد المشتري ويجبسه الى ان يستوفي الثمن *

وكذا لو قبضه المشتري بدون اذن البايع فأجازه ، او رآه البايع حين القبض

فسكت ، لأن هذا اذن كما تقدم في المادة (٢٧٦) .
وفي الهندية عن البدائع : لو اعار البايع المبيع من المشتري او اودعه ،
سقط حق الحبس حتى لا يملك استرداده في ظاهر الرواية اه . وهذا بخلاف
المؤمن اذا اعار الرهن من الرهن فانه لا يبطل الرهن فله استرجاعه ، كما في البحر
وفيه عن المحيط : ان الاجارة كالإعارة والوديعة اه .
ومن التسليم الذي يسقط حق الحبس ما لو اودعه المشتري عند اجنبي او
اعاره او آجره او وهبه وامر البايع بالتسليم اليه ، ففعل . لأن قبض هو لاء
يقوم مقام قبض المشتري فلا يملك استرداده بعد ذلك كما في رد المختار .
وفي الش عن الهندية : اذا باع الأب مال طفله وسلم قبل استيفاء الثمن
يملك استرداد المبيع لبحسبه لاستيفاء الثمن اه ومثله الوصي او الولي .

المادة ٢٨٢ - * اذا احال البايع انساناً ثمن المبيع وقبل المشتري
الحوالة فقد اسقط حق حبسه . وفي هذه الصورة يلزم على البايع ان
يادر الى تسليم المبيع للمشتري *

اي في قولهم جميعاً . وكذا لو احال المشتري البايع على رجل بالثمن ، عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى . وعند محمد لا يسقط حق الحبس ، كما
في التارخانية عن القدوري . وفي رد المختار وغيره : وعند محمد فيه روايتان .
وعبارة التارخانية : واذا احال البايع غريباً من غرمائه على المشتري حوالة
مقيدة بالثمن سقط حق البايع عن المطالبة بالثمن ، ويسقط حقه في الحبس الخ اه
ومفاده انه لولم يقيد الحوالة بكونها بالثمن ، بأن قال البايع لغريم من غرمائه حولتك
بمبلغ كذا على فلان يعني المشتري ، وقبل المشتري الحوالة ، لا يسقط حق البايع
في الحبس والى هذا ايضاً يشير تقييد الجملة ، كغيرها من كتب الفقهاء ، الحوالة
بكونها ثمن المبيع ، ومعلوم ان مفاهيم الكتب حجة يعمل بها ، فتأمل .

المادة ٢٨٣ - * في بيع النسبنة ليس للبايع حق حبس المبيع بل عليه ان يسلم المبيع للمشتري على ان يقبض الثمن وقت حلول الأجل *

هذا اذا كان الثمن كله مؤجلاً ، اما لو كان بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً فله حبسه حتى يستوفي الحال ، كما قدمناه عن الهندية .
وفيها : لو كان الثمن مؤجلاً فلم يقبض المشتري حتى حل الأجل ، كان له قبضه قبل دفع الثمن ، وليس للبايع منه . ولو اجله بالثمن سنة غير معينة فلم يحضر المشتري حتى مضت السنة ، فالأجل سنة من حين يقبض المبيع في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى . وان كان سنة بينهما صار الثمن حالاً . وقال ابو يوسف ومحمد رحمه الله تعالى : الثمن حال في الوجهين . ومحل الاختلاف فيما اذا امتنع البايع من التسليم اما اذا لم يمتنع ، فابتدأه من وقت العقد اجماعاً (الكحل من الهندية) .

المادة ٢٨٤ - * اذا باع حالاً اي معجلاً ثم اجل البايع الثمن سقط حق حبسه للمبيع وعليه حينئذ ان يسلم المبيع للمشتري على ان يقبض الثمن وقت حلول الأجل .

وكذا لو ابراه البايع عن كل الثمن بطل حق الحبس ، كما في الهندية .

* نمة *

لو غصب شيئاً ثم اشتراه صار قابضاً وليس للبايع حبسه ، بخلاف الودبعة والعارضة الا اذا وصل اليه بعد التخليّة (بجر) والأصل ان البيع اذا وقع والمبيع

مقبوض مضمون على المشتري بقيمة ينوب قبضه عن قبض الشراء لانه من جنس
القبض المستحق بالشراء ، لأن قبض الشراء مضمون بنفسه . فإذا كان الشيء
في يده بغيب او مقبوضاً بمقدراً فاسد فاشتراه من المالك عقداً صحيحاً ، ينوب
القبض الأول عن الثاني حتى لو هلك قبل ان يذهب الى بيته ويصل اليه ويتمكن
من اخذه ، كان الهلاك عليه ، اي وليس للبائع ان يسترده ليحبسه بالثمن .
ولو كان في يده عارية او ودبة او رهناً لم يصرفها بمجرد العقد الا ان يكون
بمضرتة او يرجع اليه فيتمكن من القبض . فإذا فعل المشتري في فصل الودبة
والعارية ما يكون قبضاً منه ثم اراد البائع ان يحبسها بالثمن . لم يكن له ذلك . وان
اخذا البائع من بيت المودع او المستعير قبل ان تصل اليه يد المشتري ، كانت
له ذلك . ولو كان المبيع بمضرتها فباعه منه لم يكن للبائع حبسه (كذا في الهندية)

* نبيه *

ذكر في الخاتمة ما نصه : اشترى رجل شيئاً وغاب قبل القبض ونقد الثمن ،
فأقام بابه البينة انه باعه منه ولم يقبض ثمنه ، فإن كانت غيبة المشتري معروفة
فليس للقاضي بيع المبيع لو فاء الثمن لأنه يمكن البائع الذهاب الى المشتري . وان
كانت الغيبة مجهولة كان للقاضي بيع المبيع ان كان منقولاً وتأدية الثمن الى البائع
وما فضل من الثمن الثاني يملكه للغائب . وان نقص تبعه البائع اذا ظفر به
يستوفي ما نبقى له اه . ومثله في واقعات المفتين عن خزنة الفتاوى . وانظر كيف
يسمى القاضي البينة على الغائب او يحكم عليه . والظاهر انه ينصب عنه وكيلاً
مسخراً ، وليتأمل — قلت : وفي الخاتمة ، من باب الخيار : لو باع شيئاً يتسارع
اليه الفساد بيعاً باتاً ولم يقبضه المشتري ولم ينقد الثمن حتى غاب ، كان للبائع ان
يبيعه من آخر ، ويجل للمشتري الثاني ان يشتري وان كان يعلم بذلك اه زاد في
البرازية : فإن باع بأزيد تصدق به ، وان بأنقص فالنقصان موضوع اه .
اي يكون على البائع .

(الفصل الثالث)

* في حكم مكان التسليم *

المادة ٢٨٥ * مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه حينئذٍ مثلاً لو باع رجل وهو في اسلامبول حنطه التي في تكفورطاغى يلزم عليه تسليم الحنطة المرقومة في تكفورطاغى وليس عليه ان يسلمها في اسلامبرل *

عبارة الهندية عن المحيط : العقد يقتضي تسليم العقود عليه حيث كان العقود عليه وقت العقد ، ولا يقتضي تسليمه في مكان العقد . هذا هو ظاهر مذهب اصحابنا رحمهم الله تعالى حتى لو انه اشترى حنطة وهو في المصر والحنطة في السواد ، يجب تسليمها في السواد .

المادة ٢٨٦ = * اذا كان المشتري لا يعلم المبيع في اي محل وقت العقد وعلم به بعد ذلك كان مخيراً ان شاء فسخ البيع وان شاء امضاه وقبض المبيع حيث كان موجوداً . *

الظاهر ان ثبوت خيار الفسخ للمشتري انما هو اذا ظهر المبيع في محل بعيد عن محل المشتري ، بحيث يحتاج في نقله الى مشي طويل او الى موثة حمل ونقل او غير ذلك . فان هذا يكون عيباً في المبيع ، نظير ما اذا اشترى كرماً فظهر ان شربه على ناووق ، اي خشبة منقورة توضع على ظهر نهر او على موضع آخر ،

وظهر انه بحال لا يمكن سقيه الا بعد ان يسكر النهر ، كما ذكره في الهندية . واما اذا ظهر انه في محل قريب لا يحتاج فيه الى ما ذكره ، فينبغي ان لا يثبت له خيار القسخ ، اذ لا عيب فيه حينئذ . على اني لم ارَ هذه المسئلة منقولة فيما اطلمت عليه من كتب الفقهاء فلترجع .

المادة ٢٨٧ - * اذا بيع مال على ان يسلم في محل كذا لزم تسليمه في المحل المذكور *

قال في الهندية : ولو اشترى بشرط ان يوفيه في منزله فإنه ينظر : ان كان المشتري في المصر ومنزله ايضاً فيه ، فالبيع جائز بهذا الشرط استحساناً في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى . ولو كان منزله خارج المصر والمشتري في المصر ، او المشتري خارج المصر ومنزله في المصر لا يجوز بالاجماع وكذلك اذا كان كلاهما في غير المصر . ولو كان بشرط الحمل الى منزله ، لا يجوز بالاجماع كذا في شرح الطحاوي) .

ومقتضى القياس ان يكون البيع فاسداً في الصورة الأولى ايضاً لما تقدم من ان العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الذي هو فيه ، فاشتراط تسليمه في محل غيره شرط لا يقتضيه العقد ولا بلائمه ، وفيه نفع للمشتري . الا انه في تلك الصورة اعتبر المصر جميعه محلاً واحداً استحساناً ، فجاز اشتراط تسليمه في منزل المشتري في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى ، بخلاف الصور الثلاث الاخيرة ، ولهذا فسد البيع فيها اجماعاً .

وقول الهندية : « ولو كان بشرط الحمل الى منزله لا يجوز بالاجماع » اي وان كان المشتري والمنزل في المصر الذي فيه المبيع ، للفرق بين اشتراط تسليم المبيع وبين اشتراط تحميله ، لأن الأول من مقتضيات العقد بخلاف الثاني . ولهذا قال في الخانية : رجل اشترى شيئاً على ان يحمله البايع الى منزل المشتري . قالوا : ان قال ذلك بالعربية ، لا يجوز البيع . وان قال بالفارسية ، جاز . لأن في العربية يفرق بين الحمل والايفاء ، وفي الفارسية لا يفرق ، ويكون

شرط الحمل بمنزلة شرط الإيفاء اه

وبهذا ظهر ان قول الجملة «لزم تسليمه في المحل المذكور» محمول على ما اذا كان ذلك المحل المشروط فيه التسليم في المصير الذي فيه المبيع والمشتري فيه ايضاً ، والا كان البيع فاسداً بالاجماع في الصور الثلاث الباقية ، كما علمت - اللهم الا ان يكون هذا الشرط قد صار متعارفاً عند اهل بلدة او اكثر ، فإنه يكون حينئذ معتبراً والبيع به صحيحاً في جميع الصور وان كان لا يقتضيه العقد ولا بلايته ، كما تقدم في المادة (١٨٨) هكذا ينبغي تقرير هذا المحل .

بقي ما اذا بيع مال على ان يسلم المشتري ثمنه في محل كذا . وقد اوضحه في الخاتمة فقال : باع عبداً على ان يودي اليه الثمن في بلد آخر ، فسد البيع لأنه شرط اجلاً مجهولاً . هذا اذا كان الثمن حالاً فإن باع بألف الى شهر على ان يودي الثمن اليه في بلد آخر ، جاز البيع بألف الى شهر ، وبطل شرط الإيفاء في بلد اخر لأنه باع بألف الى اجل معلوم . وانما ذكر الإيفاء في بلد آخر لتعيين مكن الإيفاء ، وتعيين مكان الإيفاء فيما لا حمل له ولا مؤنة ، لا يصح . وان كان شيئاً له حمل ومؤنة يصح تعيين مكان الإيفاء ، ويجوز البيع ايضاً اه

- الفصل الرابع -

✽ في مؤنة التسليم ولوازمه ✽

المادة ٢٨٨ - ✽ المصاريف المتعلقة بالثمن تلزم المشتري . مثلاً

اجرة عد النقود ووزنها وما اشبه ذلك تلزم المشتري وحده ✽

لأن الوزن من التسليم وتسليم الثمن على المشتري ، فكذا ما يكون من تمامه (زيلي) .

وكذا يجب عليه تسليم الجيد لأن حق الباع يتعلق به ، فتكون اجرة

تقد الثمن اي تعرف جيداً من زيفه على المشتري ، كما في الكنز والتنوير وغيرها .
قال في البحر : وما ذكره المصنف في تقد الثمن هو الصحيح ، كما في الخلاصة .
وهو ظاهر الرواية كما في الخانية ، وبه كان يفني الصدر الشهيد . وقال : وبه
يفنى الا اذا قبض البايع الثمن ثم جاء يردّه بسبب الزيادة ، فإنه على البايع اه - اي
لأنه اذا قبضه دخل في ضمانه ، فاذا ادعى انه خلاف حقه فالناقد انما يميز ملكه
ليستوفي بذلك حقه له ، فالاجرة عليه (حموي عن الجوهره) واطلق في اجرة
الناقد فشمّل ما اذا قال المشتري دراهمي منتقده اولاً ، وهو الصحيح ، خلافاً لمن
فصل (بحر عن الخانية)

* فرع * *

ظهر بعد تقد الصراف ان الدرهم زبوف ، رد الاجرة . وان وجد البعض ،
فبقدره (بزازبة) اي فيرد من الاجرة بقدر ما ظهر زبواً ، فيرد نصف الاجرة
ان ظهر نصف الدرهم زبواً . قال في رد المختار : ورأيت ايضاً في الخانية
والولولجية . ورأيت منقولاً عن المحيط انه لا اجر له بظهور البعض زبواً لأنه
لم يوف عمله ولا ضمان عليه اه .

المادة ٢٨٩ - * المصاريف المتعلقة بتسليم المبيع تلزم البايع
وحده مثلاً اجرة الكيال للمكبلات والوزان للموزونات المبيعة تلزم
البايع وحده *

وكذا اجرة العداد والنراع اذا بيعت بشرط المدّ والذرع اه (مسكين)
لان التسليم عليه ، وهذا من تمامه

ولو اشترى حنطة في سنبها فلي البايع تخليصها بالدرس والتدربة : دفة لها
للمشتري ، هو المختار ، والتين للبايع - الا اذا بيعت بما هي فيه ، يعني اذا
باع الحنطة بالتين ، فانه لا يلزم البايع تخليصه (رد المختار) اي والمشتري يكون

المشتري كما هو ظاهر .

ولو اشترى ثياباً في جراب ، ففتح الجراب على البائع ، واخراج الثياب على المشتري ، الا اذا كان العرف بخلافه - كما لو اشترى ماءً في قربة ، فان صبه يكون على البائع (ابو السعود) لكن قال الحموي : اخراج الثياب من الجراب من تمام التسليم ، فينبغي ان يكون على البائع اهـ وكذا صب الحنطة في وعاء المشتري على البائع (فتح) .

وفي النجف عن الخانية : المعتبر في هذا ، العرف اهـ .

واما اجرة الدلال ، فان باع العين بنفسه بأذن ربها ، فأجرته على البائع وليس له اخذ شيء من المشتري ، لأنه هو العاقد حقيقة كما في شرح الوهبانية . والظاهر انه لا يعتبر العرف هنا لأنه لا وجه له . وان سمي بينهما وباع المالك بنفسه ، يعتبر العرف كذا في الدر وحواشيه .

المادة ٢٩٠ = * الاشياء المبيعة جزافاً مؤنتها ومصارفها على

المشتري مثلاً لو بيعت ثمرة كرم جزافاً كانت اجرة قطع تلك الثمرة وجزها على المشتري . وكذا لو بيع انبار حنطة بمجازفة فاجرة اخراج الحنطة من الانبار ونقلها على المشتري *

قال في البحر : وكذا كل شيء باعه جزافاً كالثوم والبصل والجزر ، اذا خلى بينها وبين المشتري . وفي المنتقى اخراج الطعام من السفينة على المشتري اهـ (فتح)

المادة ٢٩١ = * ما يباع محمولاً على الحيوان كالخطب والفحم

تكون اجرة نقله وايصاله الى بيت المشتري جارية على حسب عرف البلدة وعادتها *

قال في الهدية : اذا اشترى وقر حطب فعلى البائع ان يأتي به الى منزل

المشتري ، بحكم العرف .

وفي صلح النوازل عن محمد بن سلمة قال : في الاشياء التي تباع على ظهر الدواب كالحطب والفحم ونحو ذلك اذا امتنع البايع عن الحمل الى منزل المشتري اجبرته على ذلك ، وكذا الخنطة اذا اشترها على ظهر الدابة فإن كانت صبرة اشترها على ان يحملها الى منزله ، فالبيع فاسد كذا في الفتاوى الصغرى اه . وقوله اجبرته على ذلك كأنه لجريان العرف في ذلك . وفي ديارنا : العرف جارٍ كذلك في الفحم والحطب ، وكذا في التبن ايضاً واما في الخنطة فلا .

وفي الخانية : رجل اشترى وقر حطب في مصر وذهب المشتري مع البايع الى بيت المشتري فاغتصب الحطب انسان ، فإن ذلك يكون من مال البايع لا من مال المشتري ، لأن على البايع ان يأتي به الى منزل المشتري اه .

وفي الهندية : ايضاً رجل اشترى صوقاً في فراش فأبى البايع فتقه ، فهذا على وجهين : اما ان كان في فتقه ضرر او لم يكن . ففي الوجه الأول لا يجبر عليه ، لأن الضرر لا يلزم بالمقد . وفي الوجه الثاني يجبر ، لكن مقدار ما ينظر اليه المشتري ، فاذا رضيه اجبر على فتقه كله .

المادة ٢٩٢ - * اجرة كتابة السندات والحجج وصكوك

المبايعات تلزم على المشتري ، لكن يلزم على البايع تقرير البيع والاشهاد عليه في المحكمة * .

قال في الهندية : في الصكوك رجل اشترى داراً فطلب من البايع ان يكتب صكاً على الشراء فان البايع ، لا يجبر على ذلك . وان كتب المشتري من مال نفسه وامره بالاشهاد وامتنع البايع من ذلك ، لا يؤمر بأن يشهد شاهدين ، هو المختار ، لأن المشتري محتاج الى الاشهاد . لكن انما يؤمر اذا اتى المشتري بشاهدين اليه يشهدهما على البيع ، ولا يكلف بالخروج الى الشهود فإن ابى البايع ، يرفع المشتري الأمر الى القاضي . فإن اقر بين يدي القاضي كتب له سجلاً

وأشهد عليه ، كذا في المحيط . وكذا لا يجبر على دفع الصك القديم ، ولكن
يومن بإحضار الصك حتى ينسخ المشتري من تلك النسخة فيكون حجة في يد
المشتري ، والصك القديم في يد البايع حجة له أيضاً . فإن ابى البايع ان يعرض
الصك القديم ليكتب المشتري من ذلك صكاً ، هل يجبر البايع على ذلك ؟ قال
الفتية ابو جعفر في مثل هذا انه يجبر عليه اه . وفي رد المحتار : عن جامع الفصولين
ان اجرة الصك على من يأخذ الصك ، اعتباراً بالعرف اه . اقول : والظاهر ان
قيمة الورقة الصحيحة التي تلتصق بالسند في زماننا لها حكم اجرة الصك ، تكون
على من يأخذ الصك تأمل .

* الفصل الخامس *

(في بيان المواد المترتبة على هلاك المبيع)

المادة ٢٩٣ = * المبيع اذا هلك في يد البايع قبل ان يقبضه
المشتري يكون من مال البايع ولا شيء على المشتري *

نقل في رد المحتار عن الفتح والدر المنتقى ما نصه : لو هلك المبيع بفعل
البايع او بفعل المبيع او بأمر سماوي بطل البيع ورجع بالثمن لو مقبوضاً . وان
كان بفعل المشتري فعليه ثمنه ان كان البيع مطلقاً او بشرط الخيار له ، وان كان
الخيار للبايع او كان البيع فاسداً ، لزمه ضمان مثله ان كان مثلياً وقيمه ان كان
قيماً . وان هلك بفعل اجنبي فالمشتري بالخيار : ان شاء فسخ البيع فيضمن الجاني
للبايع ذلك ، وان شاء امضاه ودفع الثمن والبيع الجاني . وبطيب له الفضل ان
كان الضمان من خلاف الثمن ، والا فلا اه . وقوله « ويضمن الجاني للبايع » اي
وحكم الفضل في حقه ما ذكر في جانب المشتري ان المثل او القيمة ، من جنس
الثمن لا بطيب ، وان من خلاف جنسه ، بطيب . ثم ان اختيار المشتري اتباع الجاني ،

قبض للمبيع عند الثاني ، خلافاً لمحمد .

واثر الخلاف يظهر فيما اذا توى المثل او القيمة على الجاني . فالتواء على المشتري عند الثاني ، وعلى البايع عند محمد . وفيما اذا اخذ من الجاني مكانه شيئاً آخر جاز عند الثاني (كذا في البرازية) ولا يجوز عند محمد ، لأن فيه بيع المبيع قبل قبضه . وهذا اذا هلك كل المبيع قبل القبض ، واما اذا هلك بعضه فيسقط من الثمن قدر النقص سواء كان نقصان قدر او وصف وخير المشتري بين الفسخ والامضاء . وان بفعل اجنبي فالجواب فيه كالجواب في جميع المبيع . وان بافة مماو به ، إن نقصان قدر ' طرح على المشتري حصة الفات من الثمن ، وله الخيار في الباقي . وإن نقص وصف لا يسقط شيء من الثمن ، لكنه يجزئ بين الأخذ بكل الثمن او الترك . والوصف ما يدخل في البيع بلا ذكر كالاشجار والبناء في الارض والاطراف في الحيوان والجودة في الكيلبي والوزني . وإن بفعل المعقود عليه ، فالجواب كذلك . وإن بفعل المشتري ، صار قابضاً ما انلف بالاتلاف ، والباقي بالتعيب . فإن هلك الباقي قبل حبسه ، فلي المشتري . وإن بعد الحبس ، فلي البايع ، وعلى المشتري حصة ما انلفه لا غير . فإن حبس بعد سقوط حقه في الحبس ، فلي المشتري كل الثمن ، وعلى البايع ضمانه اهـ (برازية) .

وفي الخاتمة : رجل اشترى شاتين فتطعت احدهما الاخرى فهلكت ، خير المشتري ان شاء قبض الباقي بمحضتها من الثمن ، وان شاء ترك . وكذا لو اشترى حماراً وشعيراً فأكل الحمارة الشعير قبل القبض ، لأن فعل العجاء جبار ، فصار كأنها هلكت بافة مماو به . ولو اشترى عبيدين فقتل احدهما الآخر قبل القبض ، خير المشتري ان شاء اخذ الباقي بجميع الثمن وان شاء ترك . وكذا لو اشترى عبداً وطعاماً فأكل العبد الطعام قبل القبض ، لا يسقط شيء من الثمن ، لأن فعل الآدمي معتبر ، فصار المشتري قابضاً المالك بفعل الأول . ولو باع عبداً برغيف بعينه فلم يتقابض حتى اكل العبد الرغيف ، يصير البايع مستوفياً الثمن ، لأن جنابة العبد في يد البايع مضمونة على البايع ، فصار البايع قابضاً الثمن بفعل العبد . ولو باع حماراً بشعير بعينه فلم يتقابض حتى اكل الحمارة الشعير . ينفسخ البيع . ولا

يكون البايع مستوفياً الثمن ، لأن فعل الحمار هدر غير مضمون فيصير الشعرير
هالِكاً قبل القبض بأقّة سماوية . فينسخ البيع اه .

وبهذا ظهر ان قول البرازية « وإن بفعل المقود عليه فكذلك » محمولٌ على
ما اذا كان المقود عليه غير آدمي . والا بأن كان عبداً فأكل الطعام او قتل المبيع
الأخر ، فإنه لا يسقط شيء من الثمن ، وانما يثبت للمشتري الخيار كما علمت .
وكذلك قوله « واما اذا هلك بعضه فيسقط من الثمن الخ » المراد من الملاك
هنا استهلاك البايع اياه ، والا فهلاكه بأقّة سماوية او بغيرها ، قد ذكر حكمه فيما
بعد انه اذا كان نقصان وصف لا يسقط شيء من الثمن ولم ار من نبه عليه ، فليتدبر

* فرع *

من هلاك المبيع قبل القبض ما في الخانية والهندية وغيرها : لو اشترى ثوباً
ولم يقبضه ولم ينقد الثمن فقال للبايع لا أتمك عليه ادفعه الي فلان ، فيكون عنده
حتى ادفع لك الثمن ، فدفعه البايع الي فلان فهلك عنده ، كان الملاك على البايع ،
لأن المدفوع اليه يسقط بالثمن لأجل البايع فتكون يده كيد البايع اه
وفي الخانية : اشترى شيئاً ونقد بعض الثمن ثم قال للبايع تركه عندك رهناً
بالباقى من الثمن او قال تركه وديعة عندك ، لا يكون ذلك قبضاً فان هلك ،
هلك على البايع اه

المادة ٢٩٤ - * اذا هلك المبيع بعد القبض هلك من مال

المشتري ولا شيء على البايع *

الا اذا اتلفه البايع وكان القبض بلا اذنه والثمن حال غير منقود ، فإن
البايع يصير مسترداً ويبطل البيع ويسقط الثمن عن المشتري ، كما في
البرازية .

وفيها : ولو هلك البعض بعد القبض ، فلي المشتري - الا اذا كان بفعل البايع

فإنه ان لم يكن له حق الاسترداد للخبس ، فهو كالأستهلاك من الاجنبي . وان كان له حق الاسترداد انفسخ البيع في قدر ما انلف وسقط حصته من الثمن عن المشتري فلو هلك الباقي في يد المشتري لزمه قسطه من الثمن ، الا اذا هلك الباقي من سرابة جنابة البايع فيكون مسترداً له ايضاً ، فيسقط الثمن .
وان زعم البايع انه هلك بعد قبضه والمشتري انه قبل قبضه ، فالقول للمشتري ، وابعها برهن قبل ، وان ير منا فيينة البايع اولى اه وتامه فيها .

المادة ٢٩٥ = * اذا قبض المشتري المبيع ثم مات مفلساً قبل نقد الثمن فليس للبايع استرداد المبيع بل يكون اسوة للغرماء *

لا بد من تقييد القبض بكونه باذن البايع ، لأنه حينئذ يسقط حق البايع في حبس المبيع والساقط لا يعود . واما لو كان قبضه بلا اذن البايع فالذي يظهر ان للبايع استرداده من ايدي الغرماء كما كان له حق الاسترداد قبل موت المشتري ، وليراجع .

المادة ٢٩٦ = * اذا مات المشتري مفلساً قبل قبض المبيع واداء الثمن كان للبايع حبس المبيع الى ان يستوفي الثمن من تركة المشتري . وفي هذه الصورة يبيع الحاكم المبيع فيوفي حق البايع بتامه وان يبيع بانقص من الثمن الاصيل اخذ البايع الثمن الذي يبيع به ويكون في الباقي كالغرماء . وان يبيع بأزيد اخذ البايع الثمن الاصيل فقط وما زاد يعطى الى الغرماء *

هذا هو المراد بقوله في متن التنوير « فان البايع احق به » لا ان المراد بكونه احق به ان يأخذه مطلقاً اذ لا وجه لذلك ، لأن المشتري ملكه وانتقل بعد موته

الى ورثته وتعلق به حق غرمائه . وانما كان احق به من باقي الغرماء لانه كان له حق حبس المبيع الى قبض الثمن في حياة المشتري ، فكذا بعد موته ، هذا ما حرره في رد المختار . قال : وهذا نظير ما سيذكره المصنف في صاحب التنوير في الاجارات من انه لو مات المؤجر وعليه ديون فالمحتأجر احق بالدار من غرمائه . - اي اذا كانت الدار بيده وكان قد دفع الاجرة وانسخ عقد الاجارة بموت المؤجر ، فله حبس الدار ، وهو احق بثمنها بخلاف ما اذا عجل الاجرة . ولم يقبض الدار حتى مات المؤجر ، فإنه يكون اسوة لسائر الغرماء ، ولا يكون له حبس الدار كما في جامع الفصولين اه

المادة ٢٩٧ - * اذا قبض البايع الثمن ومات مفلساً قبل تسليم المبيع الى المشتري كان المبيع امانة في يد البايع . وفي هذه الصورة يأخذ المشتري المبيع ولا يزاحه باقي الغرماء *

قال في رد المختار : لانه ليس للبايع حق حبسه في حياته ، بل للمشتري جبره على تسليمه ما دامت عينه باقية . فيكون له اخذه بعد موت البايع ايضاً اذ لا حق للغرماء فيه بوجه ، لانه امانة عند البايع . وان كان مضموناً بالثمن لو هلك عنده ومثله الرهن فإن الراهن احق به من غرماء المرتهن اه

* الفصل السادس *

(فيما يتعلق بسوم الشراء وسوم النظر)

المادة ٢٩٨ - * ما قبضه المشتري على سوم الشراء وهو ان يأخذ المشتري من البائع مالاً على ان يشتريه مع تسمية الثمن *

من الجانبين حقيقة او حكماً . وحاصل ما تضمنته هذه المادة تبعاً لما حققه العلامة الطرسوسي في انفع الوسائل وحرره العلامة بن عابدين في رد المحتار ، ان المساوم اذا قبض المبيع وهلك في يده لا ضمان عليه ، إلا اذا كان القبض على سوم الشراء وحصلت تسمية الثمن ورضي الجانبان ، بمعنى البائع والمساوم ، بما ذكر حقيقة او حكماً . فالأول ظاهر . والثاني بأن يصرح احدهما بما ذكر ، ويصدر من الآخر ما يدل على الرضى به . اما لو كان القبض على سوم النظر ، بأن قال : خذه لتنظر اليه او تريبه احداً قبضه ، او قال المساوم ذلك فدفعه البائع اليه ، او صرح كل منهما بذلك سواء سمياً الثمن او لم يسمياه ، فلا ضمان لأنه امانة في يد المساوم . وكذلك لو كان القبض على سوم الشراء لكن لم يسميا الثمن بأن قال البائع خذه فإن رضيت فقد بعته فأخذه ، او قال المساوم اخذته فإن رضيت اشتريته فدفعه اليه ، او قال ذلك وكذلك لو صرح احدهما بما ذكر مع بيان الثمن ولم يوجد من الآخر ما يدل على الرضى به ، بأن قال البائع خذه فإن رضيت فهو لك بعشرة ، فقال المساوم بل آخذه لا نظريه او اريبه احداً او قال المساوم هاته بعشرة فقال البائع خذه لتنظر اليه او تريبه احداً . ففي جميع هذه الصور لا ضمان لأنه امانة في يده ، فلا يكون ضماناً الا بالتعدي .

✽ فرع ✽

نقل في البحر عن الخانية : طلب منه ثوباً ليشتريه فاعطاه ثلاثة اثواب ، وقال هذا بعشرة وهذا بمشرين وهذا بثلاثين فاحملها فأني ثوب ترضى بعته منك ، فحمل فهلك عند المشتري ، قال الإمام بن الفضل : ان هلكت جملة او متعاقباً ولا يدري الأول وما بعده ، ضمن تلك الكل . وان عرف الاول لزمه ذلك الثوب ، والثوبان امانة . وان هلك اثنان ولا يعلم ايها الأول ضمن نصف كل منهما ورد الثالث لأنه امانة . وان نقص الثالث ثلثه او ربعه لا يضمن القصان . وان هلك واحد فقط لزمه ثمنه ويرد الثوبين اه . ملاحظاً . قال في رد المختار . وهل هذا خاص بما اذا كانت ثلاثة لتكون مما فيه خيار التعمين الآتي بيانه او اعم ؟ — والظاهر الثاني ، اذ لو كانت اكثر فلا شك ان واحداً منها مقبوض على سوم الشراء وان كان فاسداً والباقي على سوم النظر فهو امانة بخلاف الأول فتأمل اه .

✽ فهلك او ضاع في يده فان كان من القيمات لزمته قيمته وان

كان من المثليات لزمه ادائه مثله للبايع ✽

ولو شرط المساوم عدم ضمانه كما في الدر المختار عن البزازية . وعبارة الخانية : اذا شرط عدم الضمان في المقبوض على سوم الشراء فالشرط باطل . فلو اخذ شيئاً على سوم الشراء ثم قال له البايع « ان هلك فلا ضمان عليك » بعد ما اتفقا على الثمن ، فهلك ، يضمن . وكذا لو استباع قوساً بعد ان اتفقا على الثمن فقال له البايع « مد القوس وان انكسر فلا ضمان عليك » فقدمه فانكسر ، ضمن المشتري قيمته اه .

وفي البحر عن الخانية : الوكيل بالشراء اذا اخذ الثوب على سوم الشراء فأراه الموكل فلم يرض به ورده على الوكيل فهلك عنده ، قال الإمام ابن الفضل : ضمن الوكيل قيمته ولا يرجع بها على الموكل الا ان يأمره بالاخذ على سوم الشراء فحينئذ اذا ضمن الوكيل رجوعه على الموكل اه . وقول الجملة « لزمته قيمته » اي بالغة ما بلغت كما هو ظاهر كلام الاصحاب ، خلافاً لما يجتهه الطرسوسي من انه

ينبغي ان لا يزدادها على الثمن ، قد درده في النهر وغيره .
واحترز بقوله « فهلك او ضاع في يده » عما اذا استهلكه القابض ، فإنه حينئذ
يكون مضموناً بالثمن المسمى ، كما نقله الطرسوسي عن المنتقى . وعلاه في المحيط
بأنه صار راضياً بالمبيع ، حملاً لفعله على الصلاح والسداد .

وهذا بخلاف ما لو استهلكه وارث القابض فإنه ايضاً يكون مضموناً بالقيمة او المثل .
والفرق بين هذا وبين استهلاك المورث ان العاقدهو المشتري فإذا استهلكه كان راضياً
بامضاء عقد الشراء بالثمن المذكور . بخلاف ما اذا استهلكه وارثه لان الوارث
غير العاقد ، بل العقد انسخ بموته فيبقى امانة في يد الوارث فيلزمه التيممة دون
الثمن (افاده في رد المختار) وقال : ثم رأيت الطرسوسي نقل عن المنتقى ما
يفيد ذلك ، وهو قوله : ولو قال الباع رجعت عما قلت ، او مات احدهما قبل ان
يقول المشتري رضى ، انتقض جهة البيع . فإن استهلكه المشتري بعد ذلك ،
فعلیه قيمته ، كما في حقيقة البيع لو انتقض بيقى المبيع في يده مضموناً ، فكذا
هنا اهـ . يعني انه بعد انتقاض جهة البيع لا فرق بين هلاك المقبوض واستهلاك
المشتري اياه في لزوم القيمة دون الثمن . يشير الى هذا قوله « كما في حقيقة البيع
لو انتقض الخ » فهو نظير ما اذا اشترى بشرط الخيار له او للبايع فقبضه ثم بعد
فسخ البيع بالخيار هلك في يد المشتري ، فإنه يكون مضموناً بالقيمة كما سبأني
التصرح به في شرح المادة ٣٠٨ و ٣٠٩

وفي اواخر الفصل الثلاثين من جامع الفصولين : وما قبض على سوم الشراء
لو ثمن سماه بمائل البيع الفاسد ضمن في المثلث مثله وفي غيره بقيته اهـ وقد اخطأ
هنا شارح الحجة سليم باز خطأً فاحشاً حيث زعم انه اذا هلك المبيع بعد الانتقاض
فلا ضمان لانه امانة . وباليته قال ذلك من عند نفسه تفقهاً على طريق البحث ، بل
جعله منقولاً حيث قال في عبارة رد المختار المنقولة عن الطرسوسي عن المسمى :
فان استهلكه المشتري بعد ذلك فعليه قيمته ، وان هلك فلا ضمان اهـ اي لأنه
امانة . هذا لفظه ، وقد قال على رد المختار ما لم يقله كما سمعت عبارته اعلاه .

❖ واما اذا احذه بدون ان بين ويسمى له ثماً كان ذلك المال امانة

في يد المشتري فلا يضمن اذا هلك اوضاع بلا تعدد . مثلاً لو قال البائع للمشتري ثمن هذه الدابة الف قرش اذهب بها فان اعجتك اشتريها فأخذها المشتري على هذه الصورة ليشتريها فهلكت الدابة في يده لزم عليه اداء قيمتها للبائع . واما اذا لم يبين الثمن بل قال البائع للمشتري خذها فلن اعجتك تشتريها واخذها المشتري على انه ان اعجته بقاوله على الثمن ويشتريها ففي هذه الصورة اذا هلكت في يد المشتري بلا تعدد لا يضمن *

بخلاف ما اذا هلكت بتعدده فإنه يضمنها بالقيمة كما هو حكم سائر

الامانات .

وفي الهنديه : رجل جاء الى زجاج فقال ادفع الي هذه القارورة ، فأراه اياما ، فقال الزجاج ارفعها ، فرفعها فوقت فانكسرت ، لا يضمن الراجع ، لأنه رفعها بأذنه . وان كان على سوم الشراء فاشمن ليس بمذكور والمقبوض على سوم الشراء لا يضمن الا بعد بيان الثمن في ظاهر الرواية ، فان كان القابض قال للزجاج بكم هذه القارورة قل الزجاج بكذا فقال أخذها فقال الزجاج نعم فأخذها فوقت من يده فانكسرت ، كان عليه قيمتها . هنا اذا أخذها باذن صاحبها ، والأركان ضامناً بين الثمن او لم يبين .

ولو سادم رجل رجلاً بقدر فقال لصاحب القدر ارني قدرك هذا فدفعه اليه فنظر اليه الرجل فوقع منه على اقداح لصاحب الزجاج فانكسر القدر والأقداح ، قال محمد رحمه الله تعالى لا يضمن القدر لأنه امانة ، ويضمن سائر الأقداح لأنه اتلفها بشيء اذنه .

ولو اشترى شيئاً فاعطاه البائع غير المبيع غلطاً فهلك ضمن القيمة لأنه قبضه على جهة البيع ، وهو سوم . ولو قال لفلان اقبض قبض غلطاً فهلك ، لم يضمن . كذا في التارخانية اهـ

المادة ٢٩١ - * ما يقبض على سوم النظر وهو ان يقبض مالا ينظر اليه او يريه لاخر سواء بيّن ثمنه او لا يكون امانة في بدالتقايض فلا يضمن اذا هلك او ضاع بلا تعدد *.

وفي حكمه المقبوض على سوم الشراء اذا لم يبين الثمن ، كما في رد المختار ، وقدمناه .

* تمة *

المقبوض على سوم الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ، كما في الدر . يعني اذا سمي قدر الدين ، والا فلا ضمان . ففي الدر من كتاب الرهن : المقبوض على سوم الرهن اذا لم يبين المقدار ليس بمضمون في الاصحاح وفي البرازية : الرهن بالدين الموعود مقبوض على سوم الرهن مضمون بالموعود بأن وعده ان يقرضه الفأ فاعطاه رهنا وهلك قبل الاقراض ، يعطيه الالف الموعود جبراً . فان هلك هذا في يد المرتهن او العدل ينظر الى قيمته يوم القبض والى الدين ، فيضمن بالاقل منها اه

وفي اواخر الثلاثين من جامع الفصولين : لو اخذ رب السلم رهنا بالمسلم فيه صار مستوفياً بهلاكه . ولو نفاسخا السلم فهلك الرهن في يد رب السلم يهلك بالطعام فعلى رب السلم رد مثل طعامه واخذ رأس ماله ، اذ حقه بعد الفسخ رأس ماله . رهن ببر عليه ثم شري البر بدرام ثم هلك الرهن ، فعلى المرتهن رد الطعام على الراهن قضى دينه فبرعاً فهلك الرهن فللمتبرع اخذ ما دفع ، وقام الكلام على ذلك فيه ، فليراجع .

* الباب السادس *

(في بيان الخيارات وفيه سبعة فصول)

- الفصل الاول -

* في بيان خيار الشرط *

من اضافة الحكم الى سببه ، لأن الشرط سبب الخيار (مسكين) فإن الأصل في حكم العقد اللزوم من الطرفين ، ولا يثبت لاحدهما اختيار الامضاء والفسخ ولو في مجلس العقد عندنا ، إلا باشتراط ذلك (رد المحتار) .

وخيار الشرط انواع : فاسد وفاقا ، كما اذا قال اشترت على اني بالخيار او على اني بالخيار اياماً او ابدأ . وجائز وفاقا ، وهو ان يقول على اني بالخيار ثلاثة ايام فما دونها . ومختلف فيه ، وهو ان يقول على اني بالخيار شهراً او شهرين ، فإنه فاسد عند ابي حنيفة وزفر والشافعي ، جائز عند ابي يوسف ومحمد (درر وعناية) .

ويثبت خيار الشرط في البيع الفاسد كما يثبت في البيع الجائز ، حتى لو باع عبداً بالف درهم ورطل من خمر على ان البائع بالخيار فقبضه المشتري باذن البائع واعتقه ، لا يجوز لا نافذاً ولا موقوفاً ، كذا في الهندية .

* فروع *

لا يصح تعليق خيار الشرط بالشرط فلو باعه حماراً على انه ان لم يجاوز هذا النهر فردّه يقبله والا لا ، لم يصح . وكذا اذا قال ما لم يجاوز به الى القدامه (بحر عن القنية) .

ويثبت خيار الشرط بعد قبض المشتري حتى لو قال له البائع بعد مضي ابامات

بالخيار ثلاثة ايام ، له الخيار ثلاثة ايام ، في المختار . ولو قال له انت بالخيار ، له الخيار ما دام في المجلس (بززية) ولو قال الى الظهر ، فعند الامام يستمر الى ان يدخل وقت الظهر . وعندهما لا تدخل الغاية (فتح) وفي الخاتمة لو اختلفا في اشتراطه فالقول لنا فيه في ظاهر الرواية اه . وفي التارخانية عن العناية : وان اختلف المتبايعان في الخيار فالقول لمن ينكر الخيار ، اذ الاصل عدمه . ولو اختلفا في مقداره ، فالقول لمن يدعي الاقل . ولو اختلفا في مضيه فالقول لمن انكر المضي . ولو ادعى احدهما شرط الخيار شهراً او مطلقاً والاخر ثلاثاً فالقول لمن يدعي الثلاث اه وتام الكلام على ذلك فيها .

المادة ٣٠٠ = * يجوز ان يشترط الخيار بفسخ البيع او اجازته *

بعد العقد ومعه لا قبل (در منتقى) فلو قال : جملتك بالخيار في البيع الذي نفعده ، ثم اشترى مطلقاً ، لم يثبت ارد المختار عن البحر) و يجوز ذلك في كل المبيع او بعضه ، كثلثه او ربه . ولا فرق في هذا بين كون الخيار للبايع او للمشتري ، ولا بين ان يفصل الثمن او لا ، لأن نصف الواحد لا يتفاوت ومثله ما اذا كان المبيع متممداً وشرط الخيار في معين منه مع تفصيل الثمن ، كذا في الدر وحواشيه .

* مدة معلومة *

اهم من ان تكون مدة الخيار ثلاثة ايام او اكثر . وهذا اختيار من الجملة لقول الامامين ، و به قال احمد ، لأنه مشروع نظراً للمتعاقدين للاحتراز عن الغبن . وقد لا يحصل ذلك في الثلاث فيكون مفوضاً اليهما (عيني على الكثر) فلو لم تكن المدة معلومة بأن لم يبين وقتاً او ذكراً وقتاً مجهولاً فأجاز في الثلاث او سقط الخيار بموته او موت العبد او اعتقه المشتري او احدث فيه ما يوجب لزوم العقد ، بنقل جاثراً . واختلف المشايخ في حكم هذا العقد في الابتداء على قول

ابي حنيفة ، فمنهم من يقول هو فاسد ثم ينقلب صحيحاً بالاستقاط قبل اليوم الرابع ، قيل : وهو ظاهر الرواية ، والأوجه انه موقوف ، فإذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد الآن ، واختاره الإمام السرخسي ونحو الاسلام وغيرهما من مشايخ ما وراء النهر بجر ملخصاً .

وفي الهندية عن السراج : وإذا لم يوقت للخيار وقتاً وبطل صاحب الخيار خياره بعد مضي الثلاث ، لا ينقلب جائزاً عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما ينقلب جائزاً اه . والحاصل انه اذا لم يوقت للخيار وقت معين ثم يبطل صاحب الخيار خياره فنقد ابي حنيفة القائل بعدم صحة اشتراط الخيار اكثر من ثلاثة ايام ينقلب البيع جائزاً اذا كان ابطل الخيار قبل مضي الثلاث وعند الاماميين القائلين بصحة اشتراطه اكثر من ثلاثة ايام ، وهو الذي اختارته هذه المجلة ، ينقلب البيع جائزاً بابطال الخيار ولو بعد الثلاثة ، تدير .

✽ لكل من البايع والمشتري او لأحدهما دون الآخر ✽

ولو كان وصياً او وكيلاً او شريكاً او مضارباً فإنه يصح شرط الخيار لهم ولمن عاقدم كما في الهندية . قال في البحر : ولو امره ببيع مطلق فنقد بخيار له او للأمر او لأجنبي صححاه . ولو امره ببيع بخيار للأمر فشرطه لنفسه لا يجوز . ولو امره بشراء بخيار للأمر فأشتراه بدون الخيار ، نفذ الشراء عليه دون الأمر ، للمخالفة . بخلاف ما اذا امره ببيع بخيار فباع بآناً حيث يبطل اصلاً اه (لطحاوي) والفرق بين الفرعين الاخيرين كما في الدر المختار ان الشراء متى لم ينفذ على الأمر ينفذ على المأمور ، بخلاف البيع اه وكما يصح شرط الخيار للعاقدين او لاحدهما يصح ايضاً لأجنبي كما لو اشترى بشرط الخيار لفلان صح وثبت الخيار له ولفلان ، فإن اجاز احدهما او نقض صح ان وافقه الاخر . وان اجاز احدهما ونقض لاخر فالاسبق اولى . ولو كانا معاً فانفسخ احق على الاصح . لان الجواز بفسخ والفسوخ لا يجاز (افاده في الدراي) فنصار الفسخ اقوى لكونه لا ينقض بالاجازة ، فلذا كان احق . وقوله « ولو كانا معاً » بأن خرج الكلامان معاً كما في السراج ، وهذا قد تمسّر . والظاهر انه يكفي عدم العلم بالسابق منهما (رد المختار عن التهر)

ولو اشترى شيئاً على انها باختيار فرضي احدها بالبيع صريحاً او دلالة لا يرد
الآخر بل بطل خياره ، خلافاً لها ، كما يلزم البيع لو اشترى رجل عبداً من رجلين
صفقة واحدة على ان الخيار للبايعين . فرضي احدها دون الآخر ولو رد احدها
في المسئلتين لا يبيزه الآخر فليس لاحدهما الانفراد اجازةً او رداً خلافاً لها ،
كذا في الدر المختار . واستظهر في رد المختار ان عدم جواز الاجازة بعد الرد في
المسئلتين بحث من صاحب الدراو من صاحب البحر ، فليراجع .

المادة ٣٠١ - * كل من شرط له الخيار في البيع بصير مخيراً بفسخ البيع في المدة المعينة للخيار *

وليس مخيراً باجازه ، فان العقد يتم بمضي المدة المعينة وان لم تصدر منه اجازة .
ولذا قال في الهندية : هو ، اي خيار الشرط ، موضوع لفسخ لا للاجازة
عندنا . فاذا فات الفسخ بمضي وقته تم العقد اه فافهم .

ويستثنى من هذه المادة ما اذا جعل احد العاقدين الخيار لأجنبي ثم اجاز
العاقد البيع فانه لا يكون من شرط له الخيار مخيراً بفسخ البيع بعد ذلك كما قدمناه
في شرح المادة السابقة عن الدر ، فارجع اليه .

وقد يجبر المشروط له الخيار على الفسخ كما اذا باع الوصي غلاماً للبتيم قيمته
الف بالالف على ان له الخيار فازدادت القيمة في المدة وصارت الفين ، قال محمد لا
يجوز للوصي تنفيذ البيع اجماعاً ، كما في اداب الاوصياء عن المحيط ومثله في
وكالة كتاب الخلاصة ، وسيأتي ما يناسب هذا آخر الفروع المذكورة في شرح

المادة ٣٣٥

وفي الهندية : واذا باع الاب او الوصي شيئاً من مال الصغير وشرط الخيار
لنفسه فهو جائز ، فان بلغ الصبي في مدة الخيار تم البيع وبطل الخيار في قول ابي
يوسف رحمه الله تعالى ، وقال محمد رحمه الله تعالى في ظاهر الرواية الخيار الي
الصبي فان اجاز البيع في مدة الخيار جاز وان رد بطل اه

وفيها أيضاً : لو اشترى الأب أو الوصي شيئاً للوصي بدين في الذمة وشرط الخيار ثم بلغ الوصي فأجاز الأب أو الوصي ، جاز العقد عليهما ، والوصي بالخيار : ان شاء فسخ وان شاء اجاز فإن اجاز يتم البيع في حقه ، وان فسخ زال حقه فيصح الشراء في حق الأب والوصي لوجود الاجازة منهما ، فإن لم يميز الوصي شيئاً حتى مات الوصي بعد ما رضي بالبيع او قبل ذلك فالبيع على خياره فان لم يتم الوصي ومات العبد في يده في وقت الخيار او بعد مضيهِ او مات النبي في وقت الخيار قبل رضي الوصي او بعده ، فالشراء لازم للمشتري اه

المادة ٣٠٢ = * فسخ البيع واجازته في مدة الخيار كما يكون بالقول يكون بالفعل ايضاً *

ثم ان الاجازة ممن له الخيار باهياً كان او مشترياً او كلاهما او اجنبياً ، لا يشترط لصحتها علم العاقد الآخر سواء كانت بالقول او بالفعل . واما الفسخ فإن كان بالفعل كبيع الباع المبيع او عتقه ، والخيار له ، او نصرف المشتري بائناً وهو عين ، والخيار له ، فكذلك . وان كان بالقول فلا يفسخ البيع الا يعلم صاحبه في مدة الخيار . فلو لم يعلم حتى مضت المدة ، لم يفسخ العقد . وكذا اذا اجاز الباع بعد فسخه قبل ان يعلم المشتري ، جاز وبطل فسخه — خلافاً لابي يوسف فإنه يفسخ عنده وان لم يعلم صاحبه ، وهو قول الثلاثة ، لأنه قد يتضرر بنسبة صاحبه الى مضي مدة الخيار ، فيلزم البيع .

والحيلة على قولها ان يأخذ من له الخيار وكيلاً من العاقد الآخر حتى اذا بدا له الفسخ رده عليه اه ملخصاً من الدر والجمهر والعيني على الكثر . وفي الهندية عن الذخيرة : قال سئك محمداً عن رجل باع داراً على انه بالخيار ثلاثة ايام فتوارى المشتري في بيته اراد ان يمضي له الثلاث فيجب له البيع ، هل يؤخذ في هذا بالاعتذار ، قال نعم ابعت اليه من بعذره فإن ظهر والا ابطلت خياره الا ان يجيء في الثلاث . قلت : فان لم يأت الخصم في الأيام حتى كان آخر

الثلاث اناك في وقت لا نستطيع ان تبيث اليه من قبلك الا عذار فمالك انت
تبطل الخيار عليه ، قال لا افعل ذلك . قلت : فإن قال الخصم اني اهدرت اليه
واشهدت فاختفى . بي فأشهد لي بذلك ، قال . اقول اشهدوا ان هذا قد زعم
انه قد اعذر الى صاحبه في الايام الثلاثة كأن يأتيه كل يوم فيعذر اليه فيحتفي
منه فإن كان الأمر كما قال فقد ابطلت عليه الخيار ، واذا ظهر بعد ذلك وانكر ، سئلت

المدعي البينة على الخيار واعذاره كما كان ادعى اه

وفيها عن الخاتبة : اشترى شيئاً على انه بالخيار ثلاثة ايام فجاء المشتري في الايام
الثلاثة الى باب البايع ليرد المبيع فاختفى البايع منه فطلب المشتري من القاضي ان
ينصب خصماً عن البايع ليرده عليه ، اختلفوا فيه : قال بعضهم : ينصب خصماً نظراً
للمشتري . وقال محمد بن سلمة : لا يجيبه القاضي الى ذلك ولا ينصب خصماً لأن
المشتري لما اشترى ولم يأخذ منه وكيلاً مع احتمال الغيبة فقد ترك النظر لنفسه ،
فلا ينظر له . فإن لم ينصب القاضي خصماً وطلب المشتري الاعذار من القاضي عن
محمد ، فيه روايتان : في رواية يجيبه القاضي الى ذلك فيبث منادياً بنادي على
باب البايع ان القاضي يقول ان خصمك فلاناً يريد ان يرد عليك البيع فإن
حضرت والآ قضت البيع فلا ينقض القاضي البيع بلا اعذار . وفي رواية لا
يجيبه القاضي الى الاعذار ايضاً . فقيل لمحمد كيف يصنع المشتري ؟ قال ينبغي
للمشتري ان يستوثق فيأخذ منه وكيلاً اذا خاف الغيبة ، حتى اذا غاب البايع
يرد على الوكيل

المادة ٣٠٣ = * الأجازة القولية هي كل لفظ يدل على الرضى

فلزوم البيع كاجزت ورضيت *

وكذا اسقطت خباري ونحو ذلك (فتح) ولو قال هو يت اخذه او احببت
او اعجبني او وافقني لا يبطل الخيار كما في الجمر لان هذه الالفاظ لا تدل على
الرضى بلزوم البيع .

* والفسخ القولي هو كل لفظ يدل على عدم الرضى كفسخت وتركت *

اي فسخت البيع في كره المبيع او تركته واما لو فسح في بعضه ففي التارخانية : رجل باع عبدین من رجل على ان الباع فيها بالخيار ، ثم ان الباع نقض البيع في احدهما بمينه ، او بغير عينه ، فنقضه باطل ، وفي الذخيرة : وكأنه لم يتكلم بشيء ، ولا يكون نقض بعض المبيع نقضاً لجيمه ولا اشياء منه وله ان يجيز البيع في كله بعد ذلك ، كذلك لو باع عبداً واحداً على انه بالخيار فيه ، ثم قال قد نقضت البيع في نصفه ، كان ذلك باطلاً وصار كأنه لم يتكلم بشيء ، وله ان يجيز البيع في الكل بعد ذلك اهـ والظاهر ان الحكم كذلك لو قال رضيت في نصفه ونحوه فتكون الاجازة باطلة وصار كأنه لم يتكلم بشيء ، ولم اره فليراجع .

المادة ٣٠٤ - * الاجازة الفعلية هي كل فعل يدل على الرضى *

هذه عبارة من المتنق : وهو اي الفعل الذي يدل على الرضى كل تصرف لا ينفذ او لا يحل الا في الملك كما في الدر المختار والمهدية والتارخانية ، كما اذا كان الخيار للمشتري فباع المبيع او وهبه وسلم او رهن او آجروا لم يسلم على الاصح او حجم العبد او سقاه دواءً او حلق رأسه او سقى زرع الارض او حصده او عرض المبيع للبيع او اسكن احداً في الدار ولو بلا اجر او رم منها شيئاً او بنى بناءً او طينه او هدمه او حلب البقرة او شق اوداج الدابة او يرضها ، لا لو قص حوافرها او اخذ عرفها او استخدام الخادم مرة او لبس الثوب مرة او ركب الدابة مرة او امر الامة بارضاع ولده لانه استخدام . والاستخدام ثانياً اجازة كذا في البحر .

وفي الهندية عن الذخيرة والأصل فيه ان كان كل فعل باشره المشتري
فيما اشتراه بشرط الخيار له لا يحتاج اليه للاختام او يحتاج للاختام الا انه لا
يجل في غير الملك بمجاله ، فإنه يكون دليل الاختيار فلو كان المبيع دابة فركبها
المشتري ، والخيار له لينظر الى سيرها او قوتها ، او كان ثوباً فلبسه لينظر الى
مقداره او كانت امة فاستخدمها لينظر ذلك منها ، فهو باق على خياره فإذا زاد في
الركوب على ما يعرف به فهو رضا وسقط خياره . فإن ركبها لحاجته فهو رضا
وان ركبها لبقائها او لبشري لها علقاً او ليردها على بائعها ففي الاستحسان لا
يكون اجازة وهو باق على خياره . وقيل هذا اذا لم يمكنه الرد والسقي والطف الا
بالركوب وان امكن بغير الركوب يبطل ولو ركب الدابة ليعرف سيرها ثم
ركبها مرة اخرى ، ان ركبها لمعرفة سير آخر غير الاول بأن ركبها اولاً ليعرف
انها هملاج ثم ركبها ثانياً ليعرف سرعة عدوها فهو على خياره . ولو كان المبيع
رحى فطحن فيها المشتري ليعرف مقدار الطحن لا تسقط خياره وان زاد على
ذلك بقط وما زاد على يوم وليلة كثير وما دونه قليل لا يبطل الخيار .

ولو اشترى ارضاً مع حرثه فسقى الحرث او فصل منه شيئاً او حصده او عرض
المبيع للمبيع لا لو عرضه ليقوم ولو كان في الارض نخل فصرم النخل او لقم بطل
خياره ولو زرع الارض او حرثها فهو رضا ولو سقى من نهر الارض دوابه او شرب
هو لا يسقط خياره ، لأنه مباح ولو سقى من نهرها ارضاً اخرى فهو رضا بخلاف ما
اذا سقى منه اجنبي بغير علمه ولو رعت ماشية المشتري الكلاء يسقط خياره
بخلاف ماشية الناس ولو اشترى داراً وهو ساكن فيها على انه بالخيار فدام
على السكنى لا يبطل خياره ولو نسخ من الكتاب لنفسه او لغيره لا يبطل . وان
قلب الاوراق للدرس منه يبطل . قالوا ولو قيل بالانتساخ يبطل الخيار وبالدرس
لا يبطل خياره فله وجه ، ولا يجوز الاخذ به كذا في فتاوي قاضيان وهو المأخوذ
به كذا في جواهر الاخلاطي واذا بيعت الدار بجنب الدار المشتراة بشرط الخيار
للمشتري فاخذها المشتري بالشفعة ، فقد سقط خياره والاخذ ليس بقيد لانه يتم
بجرد الطلب سواء كان معه اخذ او لا اه ملخصاً .

لكن ما ذكره من انه لا يبطل خياره فيما اذا دام على السكنى في الدار التي

اشتراها بالخيار انما يتمشى على قول الامام الاعظم من ان المبيع لا يدخل في ملك من اشترى بالخيار لأن دوامه على السكنى يبقى على طريق الاجارة والاعارة السابقة ، واما على قول الامامين الذي اختارته المجلة من ان المبيع يدخل في ملك المشتري بالخيار كما يأتي في المادة (٣٠٩) فيبطل خياره لأن دوامه على السكنى ينبىء عن اختياره البيع كما لو ابداه السكنى فيها ، كما سيأتي في شرح المادة المذكورة ، فليتبه .

واما الاجازة الفعلية من البايع فيما اذا كان الخيار له ، كما لو باع عبداً بثمن في التمة على انه بالخيار ثلاثة ايام ، ثم وهب الثمن للمشتري في مدة الخيار ، او ابرأه عن الثمن ، او اشترى من المشتري شيئاً بذلك الثمن ، يصح شراؤه و ابرأه و هبته و يبطل خياره ، لأن الثمن في التمة بمنزلة العروض (خاتية) . وكذا لو ساومه البايع بالثمن الذي في ذمته شيئاً . وكذا لو اشترى من غير المشتري شيئاً بذلك الثمن ، بطل خياره ولا يجوز شراؤه . ولو كان الثمن ديناً فأوفاه المشتري فقبضه البايع وتصرف فيه لا يبطل خياره . وكذا لو دفع المبيع للمشتري ولو كان الخيار للمشتري فأبرأه البايع عن الثمن لا يصح ابرأه في قول ابي يوسف . وقال محمد اذا تم البيع بينهما بمضي مدة الخيار او باسقاط الخيار في المدة يتفد ابرأه البايع اه . من الخاتية والهندية .

وفيها : والحاصل في هذه المسائل ان الثمن اذا كان شيئاً يتعين بالتعيين فاذا قبض البايع الثمن وتصرف فيه من بيع او هبة فذلك امضاء للبيع . وان كان الثمن شيئاً لا يتعين بالتعيين كالدرهم ، فتصرف فيه بعد ما قبض مع المشتري او مع غيره فذلك ليس بامضاء للبيع . وان تصرف فيه قبل القبض مع المشتري بأن اشترى منه بالثمن ثوباً او صارفه من الثمن وهو الف درهم على مائة دينار فذلك اختياره للبيع اه .

✽ والفسخ الفعلي هو كل فعل يدل على عدم الرضى . مثلاً لو كان المشتري مخيراً فتصرف في المبيع تصرف الملاك كأن يعرض المبيع او يرهنه او يوجره كان اجازة فعلية يلزم بها البيع واذا كان البايع مميزاً

فتصرف في المبيع على هذا الوجه كان فسخاً فعلياً للبيع *

انسخ الفعلي اذا كان الخيار للبايع ان يتصرف البايع في مدة الخيار في المبيع
نصرف الملاك كما في الهندية . ومثله في البحر وغيره . وذلك كالتصرفات التي اوردها
في شرح الفقرة السابقة . وهل منها طلب الشفعة كما اذا طلب الشفعة بسبب الدار
التي باعها بالخيار له ؟ الظاهر نعم ويكون طلبها فسخاً كما يكون اجازة من المشتري
لو كان الخيار له ، لأن طلبه الشفعة التي وجبت لدفع ضرر الدخيل وهو المشتري
بسبب سوء المعاملة والمعاذرة ، دليل على انه اراد ان يبقى المبيع على ملكه وهذا
دليل الفسخ .

واما ما استظهره العلامة بن عابدين في رد المحتار من ان طلب الشفعة من
البايع اذا كان الخيار له لا يكون فسخاً ، فغير مسلم ، لما قدمنا عن الهندية والبحر
من ان تصرف البايع في مدة الخيار في المبيع تصرف الملاك ، يكون فسخاً اذا
كان الخيار له ، ولا شك ان طلب الشفعة لا يكون الا للملاك . وتعليه لذلك بأن
ملك البايع باقٍ بخياره بخلاف المشتري لأنه لا ملك له مع خياره فطلبه
الشفعة دليل التملك ، وقد عللوا المسئلة بأنه اي طلب الشفعة لا يكون الا بالملك
فكان دليل الاجازة اه ، عليل وفيه نظر لا يميل . لان ملك البايع باقٍ مع جميع
التصرفات المارة مع انهم جعلوها فسخاً منه وكما ان طلب الشفعة من المشتري اذا
كان الخيار له يكون دليل التملك فكان دليل الاجازة ، كذلك طلبها من البايع
اذا كان الخيار له يكون دليل دوام الملك وبقائه ، فكان دليل الفسخ على ان قوله :
« بخلاف المشتري لأنه لا ملك له مع خياره الخ » انما يتمشى على قول الأمام
الاعظم القائل بعدم دخول المبيع في ملك المشتري بالخيار . واما على قولها فإن
المبيع قد دخل في ملك المشتري بالخيار فلو كان الأمر كما زعم هذا الناضل للزم
ان يكون طلب الشفعة من المشتري اجازة على قولها مع انها قالوا بأن طلبها
اجازة ، وما ذلك الا لكون طلبها دليل استدامة الملك فيقال مثله فيما اذا كان الخيار
للبايع . ثم بعد مدة رأيت في الفتح ما هو كالصريح فيما قلته والله الحمد ، فراجع .
والغريب ان الشارح سليم باز استثنى من تلك التصرفات طلب الشفعة من البايع ناقلاً

ذلك عن رد المختار، ولم يصرح بأنه بحث من صاحبه مع انه بحث منه بلا اشتباه .
واما الفسخ القطعي من المشتري اذا كان الخيار له ان يكون الثمن عيناً فتصرف
فيه المشتري تصرف الملاك ، صرح به الاكل في العناية وغيره من المشايخ
(رد المختار عن النخ).

المادة ٣٠٥ = * اذا مضت مدة الخيار ولم يفتح او لم يميز من له
الخيار لزم البيع وتم *

وكذا يتم البيع بلا اجازة بموت من له الخيار بايما كان او مشترياً لأن موت
غيره لا يتم به العقد بل الخيار باق لمن شرط له فإن امضى العقد مضي ، وان
فسخه افسخ ، كما في الفتح (بجر) وفي جامع الفصولين : لو الخيار لهما فمات احدهما لزم
البيع من جهته والاخر على خياره . وفيه ايضاً : وكيل البيع او الوصي باع بخيار
لغيره فمات الوكيل او الوصي او الموكل او الوصي او من باع بنفسه او من شرط
له الخيار ، قال محمد يتم البيع في كل ذلك لأن لكل منهم حقاً في الخيار اه وقامه
في التهر . كذا في رد المختار . وكذا يتم البيع اذا هلك المبيع في يد المشتري وكان
الخيار له فإنه يبطل الخيار ويلزم البيع وعليه الثمن .

واما اذا هلك المبيع قبل القبض يبطل البيع سواء كان الخيار للبايع او للمشتري
او لهما جميعاً وان هلك بعد القبض والخيار للبايع كذلك يبطل البيع لأن المبيع
صار بمالك لا يحمّل انشاء العقد عليه فلا يحمّل الاجازة فيفسخ العقد ضرورة
ويلزمه القيمة ان لم يكن له مثل والمثل ان كان له مثل . كذا في التتارخانية .

وكذا يتم البيع بلا اجازة اذا زاد المبيع في يد المشتري زيادة متصلة متولدة
من الأصل كالسمن او انجلاء بياض العين والجمال . او غير متولدة ، كالصنغ
والخياطة والبناء والفرس في الأرض . وكذا اذا زاد زيادة منفصلة متولدة كالولد
والابن والصوف .

واما اذا زاد زيادة منفصلة غير متولدة كالفلة والكسب ، فالخيار يكون باقياً

اتفاقاً . فإذا اختار المشتري البيع فالزيادة له مع الأصل اجماعاً وان اختار الفسخ يرد الأصل مع الزيادة عند أبي حنيفة ، وعندهما يرد الأصل لا غير ، والزوائد للمشتري . وكذا يتم البيع ويطل الخيار ويتعيب المبيع عيباً لا يرتفع كقطع يده إذا كان الخيار للمشتري ، سواء كان بفعل البائع أو بغير فعله وهذا على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعليه اقتصر في متن الدرر . وان كان العيب مما يحتمل الارتفاع كالمرض ، فالمشتري على خياره ان شاء فسخ وان شاء اجاز وليس له ان يفسخ الا ان يرتفع العيب في مدة الخيار . فإن مضت المدة والعيب قائم بطل حق الفسخ ولزم البيع . ولو مرض العبد والخيار للمشتري فالتى البائع وقال تقضت البيع ورددت العبد عليك فلم يقبل البائع ولم يقبضه ، فإن مضت المدة والعبد مريض لزم المشتري . وان صح فيها فلم يرد حتى مضت المدة كان له ان يردّه على البائع بذلك الرد الذي كان منه ، كذا في الهندية .

هذا اذا كان الخيار للمشتري . فإن كان للبائع فلو تعيب المبيع في يده فإن كان بأفة سماوية او بفعل المبيع ، لا يبطل البيع ، وهو على خياره : ان شاء فسخ البيع وان شاء اجازه . فإن اجازه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ المبيع بجميع الثمن وان شاء ترك لتغير المبيع قبل القبض . وان كان بفعل البائع يبطل البيع . وان كان بفعل اجنبي لم يبطل البيع وهو على خياره ان شاء فسخ البيع واتبع الجاني بالأرض وان شاء اجاز البيع واتبع المشتري بالثمن والمشتري يتبع الجاني بالأرض .

وكذلك لو تعيب بفعل المشتري لا يبطل البيع ، والبائع على خياره ان شاء فسخ البيع واتبع المشتري بالضمان وان شاء اجاز واتبعه بالثمن . وكذلك اذا تعيب المبيع في يد المشتري بفعله او بفعل اجنبي او بأفة سماوية ، فالبائع على خياره ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخه فإن اجاز اخذ من المشتري جميع الثمن غير انه اذا كان التعيب بفعل اجنبي فالمشتري ان يتبع الجاني بالأرض وان فسخ فإن كان التعيب بفعل المشتري او بأفة سماوية فالبائع يأخذ الباقي وارث الجنابة من المشتري ، وان كان التعيب بفعل اجنبي فالبائع بالخيار ان شاء اتبع الجاني بالأرض وان شاء اتبع المشتري وهو يرجع بما ضمن على الأجنبي ، كذا في الهندية اهـ . ملخصاً من الهندية ورد المحطار .

واما لو انعمي على من له الخيار او جن أو سكر من الجمر والبنج ، قبل يبطل
خياره حتى لو افاق في المدة ليس له ان يتصرف بمك الخيار . والصحيح ان الاغماء
والجنون والسكر من الخمر او البنج لا يكون مسقطاً للخيار وانما المسقط مضي المدة
بدون اختيار ، فلو افاق في المدة ببق على خياره ، والا تم البيع كما لو بقي فأيما حتى
مضت المدة . افاده في الهندية والتارحانية .

المادة ٣٠٦ = * خيار الشرط لا يورث فاذا كان الخيار
للبايع ومات في مدته ملك المشتري المبيع . واذا كان للمشتري فمات
ملكه ورثته بلا خيار *

ولو الخيار لها فمات احدهما ، فقد قدمنا اتفاقاً عن جامع الفصولين انه يلزم من
جهته ، والاخر على خياره . ومعنى كون خيار الشرط لا يورث ان المقدر لا
ينسخ بفسخ الوارث كما كان يفسخ بفسخ المورث حال حياته (كذا في الدرر)
بمعنى كونه لا يورث انه لا يخلفه الوارث فيه كما يخلفه في خيار العيب والتعيين
وفوات الوصف المرغوب فيه ، كما سيأتي ، وانما كان لا يخلفه الوارث فيه لأن
خيار الشرط مجرد مشيئة وارادة . وذلك وصف لصاحب الخيار فلا يمكن انتقاله الى
الوارث ، لا بطريق الارث ولا بطريق الخلافة . ومثله خيار الرؤية والتغريم
(افاده في رد المحتار)

المادة ٣٠٧ = * اذا شرط الخيار للبايع والمشتري معاً فايهما
فسخ في المدة انفسخ البيع *

فليس للآخر الاجازة لان المنسوخ لا تلحقه الاجازة (در) ولا اعتبار
للاجازة مع الفسخ ، سواء سبق الفسخ او الاجازة او كانا معاً كما في الدر ، الا اذا

قبل الأول اجازته . بدل عليه ما في جامع الفصولين : باعه بخيار فسخه في
المدة ، انفسخ . فإن قال بعده « اجزت » وقبل المشتري ، جاز استحساناً . ولو كان
الخيار للمشتري فأجاز ثم فسخ وقبل البايع ، جاز وينفسخ اه فيكون الأول بيعاً
آخر والثاني اقالة ، كذا رد المحتار .

❖ وإيها اجاز سقط خياره وبقي الخيار للأخر الى انتهاء
المدة ❖

فإن فسخ انفسخ البيع ، والا بأن اجاز او سكت الى ان مضت المدة ، تم البيع
وترم ، وهو ظاهر .

المادة ٣٠٨ - ❖ اذا شرط الخيار للبايع فقط لا يخرج المبيع
عن ملكه بل يبقى معدوداً من جملة امواله ❖

لأن خيار الشرط يمنع ثبوت حكم المقدم في حق من شرط له ، كما في الخانية
وغيرها .

❖ فاذا تلف المبيع في يد المشتري بعد قبضه لا يلزمه الثمن
المسمى بل يلزمه اداء قيمته للبايع يوم قبضه ❖

ان كان قيمياً ، ومثله ان كان مثلياً . لأن البيع ينفسخ بالهلاك لأنه كان موقوفاً
ولا نفاذ بدون بقاء المحل ، فيبقى مقبوضاً بيده على رسوم الشراء وفيه القيمة
(كذا في الهداية) .

ولا فرق فيما اذا كان الخيار للبايع بين هلاكه في مدة الخيار مع بقاءه ، اي
الخيار ، او بعد ما فسخ البايع البيع ، كما في جامع الفصولين . واما اذا هلك في يده
بعد المدة بلا فسخ فيها ، فإنه يهلك بالثمن لسقوط الخيار . ولو ادعى هلاكه في
يد المشتري ووجوب القيمة وادعى المشتري إبطاله من يده فالقول له بيمينه ، لأن

الظاهر حياته ، ويتم البيع ، ولو ادعى البايع الابق والمشتري الموت ، فالقول للبايع
يبيئه - كذا في السراج (رد المحتار عن البحر) . هذا اذا تلف في يد المشتري
واما لو تلف في يد البايع فقد قدمنا في شرح المادة (٣٠٥) عن التارخانية ان البيع
ينفسخ سواء كان بفعله او بافة سماوية او بفعل المبيع ، ولا شيء على المشتري .
وقدمنا ايضا هناك حكم ما اذا تعيب المبيع في يد المشتري او في يد البايع وكان
الخيار لواحد منهما او لهما معا موضحا ، فليراجع .
وفي الهندية : لو كان الخيار للبايع فسلم المبيع للمشتري ، ثم ان المشتري اودعه
البايع في مدة الخيار فهلك في يده قبل نفاذ البيع او بعده ، يبطل
البيع اه .

وفي الخانية والتارخانية . : لو باع ارضا على انه بالخيار وتقابضا ثم ان البايع
نقض البيع في مدة الخيار ، تبقى الأرض مضمونة بالقيمة على المشتري ، وله ان
يجبها لاستيفاء الثمن الذي دفعه الى البايع فإن اذنه البايع بعد ذلك في زراعة
الأرض سنة فزرعها تصير الأرض امانة للمشتري ، ولو للبايع ان يأخذها منه متى
شاء قبل ان يؤدي ما عليه من الثمن ، ولا يكون للمشتري ان يجبها لاستيفاء
الثمن الذي كان على البايع لأن المشتري لما زرعها بأذن البايع صار كأنه سلمها
الى البائمه اه .

❖ تنبيه ❖

ما ذكرناه هنا عن الخانية وعن جامع الفصولين وعن الهداية كالصريح في
ان المقبوض على سوم الشراء اذا هلك في يد المشتري بعد انتقاض جهة البيع بقول
رجعت عما قلت ، او بموت البايع ، يبقى مضمونا بالقيمة ، لا انه بصير امانة في
يد المشتري ، فلا ضمان كما زعم البعض ، كما حققناه في شرح المادة
(٢٩٨) فتدبر .

المادة ٢٠٩ - * اذا شرط الخيار للمشتري فقط خرج المبيع

عن ملك البايع وصار ملكاً للمشتري *

عند صاحبين رحمهما الله تعالى ، وبقولها قالت الائمة الثلاثة ، لانه لما خرج عن ملك البايع فلولم يدخل في ملك المشتري يكون زائلاً لا الى مالك ، ولا عهد لنا به في الشرع . وقال ابو حنيفة : يخرج عن ملك البائم ولا يدخل في ملك المشتري ، لانه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكماً للمعاوضة ، ولا اصل له في الشرع ، لان المعاوضة تنتضي المساواة (هداية) .

بقي ما اذا كان الخيار لها معداً ، والحكم حينئذ انه لا يخرج المبيع عن ملك البايع ولا الثمن عن ملك المشتري فان تصرف البايع المبيع ، جاز وكان فسخاً . وكذا تصرف المشتري في الثمن ان كان عيناً . وتصرف كل منهما فيما اشتراه ، يعني في بدل ملكه ، باطل وايها ملك قبل التسليم باطل البيع ، فان هلك بعده بطل ايضاً ولزم قيمته (رد المحتار عن المنح)

وثمرة الخلاف بين الامام وصاحبيه في مسألة خيار المشتري تظهر في مسائل منها : اذا قبض المشتري البيع باذن البايع ثم اودعه عنده فهلك في يد البايع في المدة او بعدها فهو على البايع عند الامام ، ولا شيء على المشتري ، لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك ، فلا يثبت الابداع . وعندهما يهلك على المشتري ويلزمه الثمن لانه ملكه فصار مودعاً ملك نفسه ، فهلاكه في يد المودع كهلاكه في يده (كذا في الدر المنتقى) .

ومنها : لو اشترى ذمي من ذمي خمراً على انه امي المشتري بالخيار ، ثم اسلم المشتري في مدة الخيار ، بطل الخيار عندهما ، لانه ملكها فلا يملك تملكها بالرد ، وعنده بطل البيع لانه لم يملكها فلا يملك تملكها بأسقاط الخيار ، وهو مسلم (زبلي)

وتامه فيه .

ومنها : اذا فسخ المشتري بالخيار المقدم ، فالزوائد ، اذا كانت منفصلة غير متولدة كالنكسب والغلة ، للبايع عند الامام ، لأنها لم تحدث على ملك المشتري . وعندما للمشتري ، لأنها حدثت على ملكه . واما الزوائد اذا كانت متصلة بنوعها او منفصلة متولدة ، فلا يتأق فيها الخلاف المذكور ، بل هي للمشتري قطعاً لحدوثها على ملكه حيث امتنع بها الفسخ ووزمه البيع كما قدمناه في شرح المادة (٣٠٥) وحينئذ . فإطلاق الزوائد هنا ليس مما ينبغي (افاده في رد المختار) فافهم .

ومنها : اذا اشترى داراً على انه بالخيار وهو ساكنها بإجارة او اعارة ، فاستدام سكنها ، قال خواهر زاده : استدامتها اختيار عندما ملك العين ، وعنده ليس باختيار (فتح) اي لعدم ملك العين . واما لو ابتدأ السكنى بطل الخيار كما في الحجر وغيره . ومنها : اذا اشترى مسلم من مسلم عصبياً فتمخر في المدة ، فسد البيع عند الامام لعجزه عن تملكه باسقاط خياره ، ويتم البيع عندها لعجزه عن رده بفسخه (رد المختار عن الفتح) اي لكونه تمخر وهو في ملكه وحيث اختارت المحلة قولها يكون ذلك اختياراً لجيم المسائل المترتبة عليه ، كما هو ظاهر .

✽ فاذا هلك المبيع في يد المشتري بعد قبضه يلزمه اداء ثمنه

المسمى للبائع ✽

لأن الملاك لا يعرى عن مقدمة عيب يمنع الرد فهلك وقد انبرم البيع فيلزم الثمن . بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ، لأن تعيبه في هذه الحالة لا يمنع الرد فهلك والمقدم موقوف فيبطل (نهر) واذا بطل المقدم يضمن القيمة

والفرق بين الثمن والقيمة ان الثمن ما تراضى عليه المتعاقدان سواء زاد على القيمة او نقص . والقيمة ما قوم به الشيء بمنزلة الميار من غير زيادة ولا نقصان (كذا في رد المختار) وكذا يلزمه اداء ثمنه المسمى لو تعيب المبيع بعيب لا يرتفع ، كقطع اليد . وقد قدمنا احكام التعيب ومسايله في شرح المادة (٣٠٥)

فارجع اليها .

✽ فروع ✽

باع داراً على انه بالخيار ثلاثة ايام فصالحه المشتري على دراهم مساة او على عرض بعينه على ان يسقط الخيار ويمضي البيع ، جاز ذلك ويكون زيادة في الثمن . وكذا لو كان الخيار للمشتري فصالحه البايع على ان يسقط خياره فيحط عنه من الثمن او يزيد هذا المرض بعينه ، جاز (خانية) .

وفيها : ولو كان الخيار للبايع او للمشتري فقال من له الخيار ان لم يفعل كذا اليوم فقد ابطت خياري ، كان ذلك باطلاً ولا يبطل خياره . وكذا لو قال في خيار العيب : ان لم ارده اليوم فقد ابطت خياري ، ولم يردّه اليوم ، لا يبطل خياره .

وفيها : رجل باع شيئاً على انه بالخيار ثلاثة ايام وسلمه الى المشتري ثم غصبه من المشتري ، لم يكن ذلك فسخاً للبيع ، ولا ابطالاً للخيار . رجل باع عبداً على انه بالخيار ثلاثة ايام على ان يستغله من الغلة ويستخدمه ، جاز . وان فعل ذلك لا يبطل خياره .

ولو باع كرمًا على انه بالخيار ثلاثة ايام على ان يأكل من ثمره ، لا يجوز البيع ، لأن الغلة والمنفعة لا يقابلها الثمن ، فلم يكن متلفاً جزئاً من المبيع ، بخلاف الثمره . واذا اشترى شيئاً وقبضه ووكّل رجلاً على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فالوكيل يفسخ البيع ، فالمقد جائز والشرط يصح . حتى لو لم ينقد الثمن كان للوكيل ان يفسخ العقد (تارخانية) .

وفيها : ولو قال المشتري على اني بالخيار بالثمن او في المبيع ، فهو كقوله على اني بالخيار .

وفيها : ولو كان الخيار للمشتري وبالثمن كفيل ففسخ المشتري البيع فطالبه البايع برد المبيع فلم يردّه ، فللبايع ان يطالب الكفيل بالثمن حتى يأتي المشتري بالمبيع .

وفي الهندية : اشترى شيئاً بتسارع اليه الفساد على انه بالخيار ثلاثة ايام ،

في القياس لا يجبر المشتري على شيء ، وفي الاستحسان يقال للمشتري اما ان
تفسخ البيع واما ان تأخذ المبيع ولا شيء عليك من الثمن حتى تجيز البيع او
يفسد المبيع عندك ، دفعا للضرر من الجانبين اه .

وفيها : اذا اختلفا فيه اي في خيار الشرط فالقول قول الذي ينفيه . وان اختلفا
في مقداره فالقول قول المقر بأقصر الوقتين . وان اختلفا في مضيه فالقول قول
الذي ينكر مضيه ، وان كان الخيار لأحدهما واختلفا في الاجازة والنقض في المدة ،
فالقول لمن له الخيار . سواء ادعى الفسخ او الاجازة ، والبينة بينة الآخر . وان
اختلفا بعد مضي المدة فالقول لمدعي الاجازة ، ايها كان ، والبينة لمدعي النقض .
واما اذا كان الخيار لها واختلفا في النقض والاجازة في المدة ، فالقول لمدعي
النقض والبينة للآخر . وان اختلفا بعد مضي المدة فالقول لمدعي الاجازة ، والبينة
لمدعي النقض . هذا كله اذا لم يكن لبينتها تاريخ . ولو اרכת البينتان تقبل بينة
اسبقها تاريخا ، ايها كان ، على الفسخ او الاجازة اه .

وفيها : ولو اشترى ثوبين او عشرين او دابتين على انه بالخيار في احدهما
ثلاثة ايام ، او على ان البايح بالخيار في احدهما ثلاثة ايام ، فهذه المسئلة على اربعة
اوجه : في ثلاثة منها يفسد البيع فيهما جميعا ، وفي الواحد جاز فيهما جميعا اما الوجوه
الثلاثة فأحدها : اذا لم يمين الذي فيه الخيار ولم يبين ثمن كل منهما على حدة .
والثاني : اذا عين الذي فيه الخيار ولم يبين حصه كل واحد منهما من الثمن .
والثالث : اذا بين حصتها من الثمن ولم يمين الذي فيه الخيار ، والرابع : اذا عين
الذي فيه الخيار وبين حصتها من الثمن . فإن البيع جائز في احدهما باتا وفي الآخر
الخيار . فإن اجاز البيع من له الخيار او مات او مضت مدة الخيار من غير فسخ تم
البيع منها وازم المشتري ثمنها وليس للآخر فسخ البيع في احدهما ولا في كليهما
حتى ينقد ثمنها اه وتمام ذلك فيها .

- الفصل الثاني -

* في بيان خيار الوصف *

قال في البحر: واعلم ان اشتراط الوصف لم رغوب فيه اما ان يكون صريحاً او دلالة، لما في البدائع في خيار العيب: والجهل بالطبخ والخبز في الجارية ليس بعيب لكونه حرفة كالحياطة، الا ان يكون ذلك شرطاً في العقد. وان لم يكن مشروطاً وكانت تحسن الطبخ والخبز في يد البايع ثم نبت في يده فاشترها، له ردها، لأن الظاهر انه انما اشتراها رغبة في تلك الصفة فصارت مشروطة دلالة وهو كالمشروط نصاً اه. والظاهر ان هذا اذا كان المشتري عالماً بتلك الصفة لكن يشكل على هذا ما في الحاوي الزاهدي: لو قال اشترى منك هذه البقرة على انها ذات لبن، وقال البايع انا ابيعها كذلك، ثم باشر العقد مرسلًا من غير شرط، ثم وجدها بخلاف ذلك، ليس له الرد اه فإن هذا صريح في انه لا بد من ذكر الشرط في صلب العقد ولا تكفي الدلالة. ولعله قول آخر، تأمل (كذا في رد المختار) اقول: يمكن التفريق بين المستثنين بأنه لما لم يلتحق اشتراط الصفة بأصل العقد في مسألة الحاوي لم يبق الا اخبار البايع بأن البقرة حلوب وهو خبر يحتمل الصدق والكذب يذكره البايع ترويحاً لسلته، فلا يقوم مقام علم المشتري بوجود تلك الصفة في المبيع قبل العقد مع اعتراف كل من البايع والمشتري بذلك بعده - وبأنه زال عند البايع كما هو موضوع مسألة البدائع، فلم تكن الصفة مشروطة دلالة في مسألة الحاوي، بخلافها في مسألة البدائع، تأمل. وسياقي في شرح المادة التالية لهذه عن المحيط ما هو صريح بان انعدام ما ليس بمشروط في البيع ولا صفة للمبيع لا يوجب الخبار، وان اخبر البايع عن وجوده.

المادة ٣١٠ = * اذا باع مالا بوصف مرغوب فيه فظهر المبيع خالياً عن ذلك الوصف كان المشتري مخيراً ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذه بجميع الثمن المسمى ويسمى هذا الخيار خيار الوصف . مثلاً :
لو باع بقرة على انها حلوب فظهرت غير حلوب يكون المشتري مخيراً .
وكذا لو باع فصاً ليلاً على انه ياقوت احمر فظهر اصفر يخير المشتري *

قال في الفتح القدير : واعلم انه اذا شرط في المبيع ما يجوز اشتراطه فوجده بخلافه فتارة يكون البيم فاسداً وتارة يستمر على الصحة وبثبت للمشتري الخيار . وتارة يستمر صحيحاً لا خيار للمشتري ، وهو ما اذا وجده خيراً عما شرط .
وضابطه : ان كان المبيع من جنس المسمى فيه الخيار ، والنياب اجناس اعني المروي والاسكندري والمروي والكتان والقطن والذكرم مع الاثني في بني آدم جنسيان ، وفي سائر الحيوانات جنس واحد . والضابط في اختلاف الجنس وعدمه فحش التفاوت في الاغراض والمقاصد ، وعدمه . فاذا اشترى ثوباً على انه اسكندري فوجده بلدياً ، او هندي فوجده مروياً ، او كتان فوجده قطناً ، او ابيض فوجده مصبوغاً ، او مصبوغ بعصفر فاذا هو بزعفران ، او داراً على ان بناه ما اجر فاذا هو لبن ، او على ان لا بناء ولا نخل فيها فاذا فيها بناء او نخل ، او ارضاً على ان جميعها اشجار مثمرة فوجد واحدة غير مثمرة ، او على انه عبد فاذا هو جارية ، او فصاً على انه ياقوت فاذا هو زجاج ، فهو فاسد في جميع ذلك . ولو اشترى جارية على انها مولدة الكوفة فاذا هي مولدة بغداد ، او غلاماً على انه تاجر او كاتب فاذا هو لا يحسنه ، او على انه فحل فاذا هو خصي او عكسه ، او انها بغلة فاذا هي بغل ، او ناقة فكان جمللاً ، او لحم معز فكان لحم ضان ، وعلى عكسه ونحو ذلك ، فله الخيار :

فلو اشترى على انه بخل فوجده بقله ، او حمار او بعير فاذا هو اتان ، او ناقة
او جارية على انها ارتقاء او حلي او ثيب فاذا هي بخلافه ، جاز ، ولا خيار له ،
لأنه صفة افضل من المشروطة . وينبغي في مسألة البعير والناقة ان يكون
في العرب واهل البوادي الذين يطلبون الدر والنسل ، اما اهل المدن والمكارية
فالبعير افضل اه . وهذا في وصف يجوز اشتراطه في البيع ، واما ما لا يجوز اشتراطه
فانه يفسد العقد . قال في الدر المختار : والضابط للأوصاف ان كل وصف لا
غرر فيه فاشترطه جائز ، لا ما فيه غرر ، الا ان لا يرغب فيه اه - اي لأن
اشترطه يكون بمعنى البرائة من وجوده كما في حبل الأمة ، كذا في رد المختار .
والمراد بالوصف الذي لا غرر فيه ان يكون بحيث يمكن معرفته والوقوف على
وجوده ككونه كاتباً او خبازاً او حلوبياً ، فإنه يمكن ان يأمره البائع بالكتابة ،
او الخبز او بجلب الشاة بيده فتظهر الصفة . وبعبارة الوصف الذي فيه غرر ، وهو
ما لا سبيل الى معرفته ، كما في العيني على الهداية ، كما لو اشترى بقرة على انها حامل
او انها تجلب كذا رطلاً من الحليب . ومن الأول يعني الذي لا غرر فيه كما في
الفتاوى الحامدية ما اذا اشترى فرساً على انها معنقية الجنس ثم ظهر انها من جنس
آخر ، او انها من نسل خيل فلاز لفرس مشهورة ثم تبين غير ذلك ، كان المشتري
مخيراً في الصورتين . واستفيد من كلام الفتح المار انه عند اختلاف الجنس لا
يعتبر كونه خيراً مما شرطه كالمصبوغ بزعفران . ولذا ذكر من امثلة الفاسد : لو
اشترى داراً على ان لا بناء فيها ولا نخيل فاذا فيها بناء او نخيل ، او على انه عبد
فاذا هو جارية . لكن يشكل مسألة الشجرة التي لا تثمر فإنه لا يظهر اختلاف
الجنس فيها ، كما في رد المختار . قال : فالظاهر ما في البزازية : باع ارضاً على ان فيها
كذا شجرة مثراً بثمرها فوجد فيها نخلة لا تثمر ، ففسد ، لأن الثمرة لها قسط من
الثمن بالذكر وسقط حصة المردوم ، ولا يعلم كم الباقي من الثمن ، فأشبهه شراء
شاة مذبوحة فاذا اخذها مقطوعة اه تأمل اه اقول : الظاهر ان المراد من
عبارة الفتح كون الشجر مقصوداً بأن اشترى ارضاً واشجارها وشرط كون
الاشجار مثمرة كلها ، والمراد بالثمر ما كان جنسه مثراً كالجوز ونحوه ، وبغير الثمر
ما كان جنسه غير مثمر كالحور والصفصاف ، ولا شك ان الثمر وغير الثمر بالمعنى

المذكور جنسان مختلفان لاختلاف الاغراض والمقاصد منها ، فيفسد البيع . يرشد الى ما ذكرنا قوله « على انها جميعها اشجار مثمرة » فإن ضمير جميعها راجعٌ للأشجار المقدرة المبيعة قسداً مع الارض ، لا للأرض لفساد الحمل والتركيب كما لا يخفى - والا لو كانت الأشجار غير مقصودة بالبيع وانما هي داخلة تبعاً للأرض ، لو ظهرت كلها غير مثمرة او ظهر ان لا شجر فيها اصلاً ، لا يفسد البيع ، بل يصح للمشتري الخيار بفوات الوصف المرغوب . ومثل هذا اظهر من ان يخفى على مثل صاحب الفتح ، تدمير وفي الدر المختار : باع داره بما فيها من الجذوع والابواب والخشب والنخل فاذا لبس فيها شيء من ذلك ، لا خيار للمشتري اه . قال في رد المختار : وتقل بعض المحشين عن المحيط ان وجه عدم الخيار انه لم يشترط هذه الاشياء في البيع ولم يجعلها صفة للمبيع ، بل اخبر عن وجودها وانعدام ما ليس بمشروط في البيع ولا صفة للمبيع لا يوجب الخيار . اما قوله « باجذاعها وابوابها » فله الخيار ، لأنه جعلها صفة للدار ، فالبيع يتناول الموصوف بصفته ، فاذا لم يجده بتلك الصفة فله الخيار اه .

واقاد انه لو ذكر على وجه الشرط ثبت له الخيار ايضاً كما في جامع الفصولين : باع ارضاً على ان فيه نخلاً او داراً على ان فيه بيوتاً ، ولم يكن ، فإنه يجوز المقد ويخير المشتري اخذَه بكل الثمن او ترك . والأصل فيه ان ما يدخل في العقد بلا شرط اذا شرط وعدم فإن العقد يجوز ، وما لا يدخل بلا شرط ولم يوجد لم يجز اه .

وفي البيهقي عن الهداية : ولو امتنع الرد بسبب من الاسباب رجع المشتري على البائع بمحضته من الثمن فيقوم العبد كاتباً وغير كاتب وينظر الى تفاوت ما بين ذلك . فإن بمقدار العشر مثلاً رجع بعشر الثمن اه ومثله في البحر وغيره . وقال الطحاوي في حاشيته على الدر : يعني يعتبر التفاوت من الثمن ، فإن هذا البيع صحيح لا نظر فيه الى القيمة اه

المادة ٣١١ - * خيار الوصف يورث . مثلاً لو مات المشتري الذي له خيار الوصف فظهر المبيع خالياً من ذلك الوصف كان للوارث حق الفسخ *

لأن الوصف المرغوب بمنزلة جزء من المبيع فيقابلة جزءاً من الثمن حيث كان الوصف مشروطاً ، ولهذا إذا امتنع الرد بسبب ما ، يسقط ما يقابله ، فكان كخيار العيب . وحيث استحق المورث المبيع موصوفاً بذلك الوصف فالوارث يخلفه كذلك . (افاده في رد المختار) وانظر ما لو ظهر المبيع خالياً من ذلك الوصف المشروط في حياة المورث ولم يوجد منه ما يدل على الرضى او الفسخ حتى مات ، هل يخلفه الوارث في ذلك الخيار - الظاهر نعم ، وليراجع .

المادة ٣١٢ - * المشتري الذي له خيار الوصف اذا تصرف بالمبيع تصرف الملاك بطل خياره *

وامتنع الرد ولزمه جميع الثمن ، كما ينبيء عن ذلك قولهم « يخبر بين الفسخ وبين اخذه بكل الثمن » فما قدمناه في شرح المادة (٣١٠) عن العيني وغيره من قوله « ولو امتنع الرد بسبب من الاسباب رجعت المشتري على البايع بمحضته من الثمن الخ » لا بد فيه من تقييد السبب بكونه ليس من التصرفات التي تنبئ عن رضى المشتري ، تأمل .

وفي البرازية ، في نوع فيما يمنع الرد وما لا يمنعه ، ما نصه : والأصل ان تعذر الرد متى كان بأمر من جهة المشتري يبطل حق الرجوع بالنقص . ومتى كان لا من جهة المشتري ، لا اه اي لا يبطل حق الرجوع بالنقص .

- الفصل الثالث -

✽ في حق خيار النقد ✽

المادة ٣١٣ - ✽ اذا تباعا على ان يؤدي المشتري الثمن في وقت كذا وان لم يؤديه فلا بيع بينها صح البيع وهذا يقال له خيار النقد ✽

قال في الهندية : اذا باع على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بينها ، فالبيع جائز ، وكذا الشرط . هكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى في الأصل وهذه المسئلة على وجوه : اما ان لم يبين الوقت اصلاً بأن قال : على انك ان لم تنقد الثمن فلا بيع بينها ، او يبين وقتاً مجهولاً بأن قال : على انك ان لم تنقد الثمن اياماً ، وفي هذين الوجهين العقد فاسد . وان يبين وقتاً معلوماً ان كان ذلك الوقت مقدراً بثلاثة ايام او دون ذلك ، فالعقد جائز عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى . وان يبين المدة اكثر من ثلاثة ايام ، قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى : البيع فاسد . وقال محمد رحمه الله تعالى البيع جائز اه . وفي البحر عن غاية البيان ان ابا يوسف مع الامام في قوله الأول . والذي رجع اليه انه مع محمد . وقد اختارت جمعية المجلة قول محمد رحمه الله تعالى مراعاة لمصلحة الناس في هذا الزمان ، كما صرحت بذلك في تقريرها المتقدم للمرحوم علي باشا الصدر الأعظم .

وكما يجوز هذا الشرط للمشتري كما هو منطوق هذه المادة يجوز ايضاً للبايع ، كما لو نقد المشتري الثمن على ان البايع ان رد الثمن الى ثلاثة ايام او اقل او

أكثر فلا يبيع بينها ، صح أيضا البيع والشرط ، كما في رد المختار وغيره .
قال في الخاتبة : وهو بمعنى شرط الخيار للبايع فإن اعتقه الباع صح اعتاقه ،
وان اعتقه المشتري ، لا يصح اه . قال في البحر : والعجب ان في مسألة الكتاب
وهي ما اذا كان خيار النقد للمشتري وهي المذكورة في متن هذه المادة المنتفع بهذا
الشرط هو الباع ، مع انهم جعلوا الخيار للمشتري باعتبار التمكن من امضاء
البيع بالنقد ومن فسحه بملحه . وفي عكسه المنتفع بهذا الشرط هو المشتري ،
مع انهم جعلوا الخيار للبايع ، باعتبار ان الباع متمكن من الفسخ ان رد الثمن في
المدة ومن الامضاء ان لم يرده اه . لكن الذي يظهر ان المنتفع في المثلين هو
البائمه ، فليتدبر .

المادة ٣١٤ - * اذا لم يؤد المشتري الثمن في المدة المأمينة كان

البيع الذي فيه خيار النقد فاسداً *

اي لا متفسخاً كما يقتضيه ظاهر هذا الشرط ، لقوله « فلا يبيع بينها » قال في
الخاتبة : ولو مضت الثلاثة ولم يتقدم ، اشار في المأذون الى انه يفسخ البيع .
والصحيح انه يفسد ولا يفسخ ، حتى لو اعتقه المشتري بعد الايام الثلاثة ، فقد
ان كان في يده وعليه قيمته ، لا ان كان في يد الباع اه وهذا ، اي فساد البيع ،
اذا لم يؤد المشتري الثمن في المدة المأمينة ، لو بقي المبيع على حاله . قال في النهر :
ثم لو باعه المشتري ولم يتقدم الثمن في الثلاث ، جاز البيع وكان عليه الثمن .
وكذا لو قتلها في الثلاث او ماتت او قتلها اجنبي خطأ وغرم القيمة . ولو جنى
عليها او حدث بها عيب لا يفعل احد ثم مضت الايام ولم يتقدم ، خير الباع ان شاء
اخذها مع نقصان ولا شيء له من الثمن ، وان شاء تركها واخذ الثمن . كذا
في الخاتبة اه (رد المختار)

وفي البحر عن المحيط : لو قطع المشتري بدها ومضت الثلاث ولم يتقدم الثمن

خير البايع ، ان شاء سلمه له وان شاء اخذها ونصف الثمن اه . وتام الكلام فيه ، فليراجع .

المادة ٣٥ = * اذا مات المشتري المخير بخيار النقد في اثناء مدة الخيار بطل البيع *

وليس لو ادته نقد الثمن ، كما في شرح البيري عن خزانه الاكل . ذكره في رد المحتار . وانظر ما اذا مات البايع المخير في المسئلة الثانية ، وهي ما اذا نقد الثمن على ان البايع ان رد الثمن الى مدة كذا فلا بيع - والظاهر انه يمضي البيع على الصحة و يبطل الخيار لتحقق عدم رد الثمن بموته ، وهو الموجب لامضاء البيع . بخلافه في المسئلة الأولى ، فان عدم اداء الثمن في المدة يوجب فسخ البيع ، وقد تحقق عدم الاداء بموته في اثنائها ، فيبطل البيع . هذا ما ظهر لي ، وليراجع .

* نمة *

في الخانية وغيرها : ولو اشترى عبداً وقبضه ثم وكل المشتري وكيله على انه ان لم ينقد الثمن الى خمسة عشر يوماً فإن الوكيل يفسخ العقد بيدهما جازالبيع لان الشرط لم يكن في البيع ، فيجوز البيع ويصح الشرط . حتى لو لم ينقد الثمن الى خمسة عشر يوماً كان للوكيل ان يفسخ اه .

❖ الفصل الرابع ❖

❖ في بيان خيار التعيين ❖

المادة ٣١٦ - ❖ لو بين الباع اثمان شيئين او اشياء من القيمات
كلاً على حدة على ان المشتري يأخذ اياً شاء بالثمن الذي بينه له او
البايع يعطي اياً اراه كذلك صح البيع ، وهذا يقال له خيار التعيين ❖

قوله : « او اشياء » يعني ثلاثة ، كما ستأتي الاشارة الى ذلك في متن المادة
(٣١٩) والمراد ان يبيعه واحداً من اثنين او ثلاثة . فلو كان واحداً من اربعة
فسد البيع ، لجهالة المبيع . ومقتضى القياس فساد البيع مطلقاً ، لكن صحوه
استحساناً فيما دون الأربعة لحاجة من له الخيار الى التأمل ، فيختار الأوفق والأرفق .
والحاجة تندفع بالثلاثة لاشتغالها على الجيد والردي والوسط ، فبما زاد عليها لم
توجد الحاجة ، فرجع الى القياس وهو الفساد (افاده في الدرر) .
وقوله : « من القيمات » مثلها المثليات المختلفة الجنس ، كما اذا باعه مدناً واحداً
من ثلاثة امداد احدها حنطة والثاني شعير والثالث عدس وبين ثمن كل على
حدة . واما في المثليات من جنس واحد فلا يصح ، اذ لا فائدة في الخيار لعدم
التفاوت ، فرجع للقياس من عدم الصحة .

وقوله : « على ان المشتري الخ » فيه اشارة الى ان خيار التعيين انما هو فيما
اذا باعه واحداً من الأثنين او الثلاثة ، لا على التعيين ، واما لو باعه ثوبين او ثلاثة
على انه بالخيار في واحد منها فليس هذا من خيار التعيين بل هو من خيار الشرط .
وقد تقدم بيان حكمه في الفروع التي ذكرناها في شرح المادة (٣٠٩) فلتراجع .
وفيه اشارة ايضاً الى انه لا بد من ذكر هذا الشرط في صلب العقد بأن يقول

بعد قوله بعثك احدهذين الثوبين « على انك بالخيار في ايها شئت او على ان تاخذ ايها شئت ، ليكون نصاً في خيار التعيين . فلولم يذكر هذه الزيادة يكون البيع فاسداً لجهالة المبيع ، حتى لو قبضها وماتا عنده ضمن نصف قيمة كل واحداً منها . وان مات احدهما قبل الآخر لزمه قيمة الآخر . كذا في البحر . قلت : واستفيد من هذا ان خيار التعيين يجوز في البيع الفاسد وهو المصرح به في الهندية والتارخانية . ولهذا قال « يضمن قيمة نصف كل واحد منها الخ » .

وقوله : « او البايع يعطي اياً اراد الخ » صورته ان يقول المشتري اشتريت منك احد هذين الثوبين على ان تعطيني ايها شئت بالثمن الذي تعين له ، فله ان يلزم المشتري ايها شاء ، الا اذا تعيب احدهما فليس له ان يلزمه المبيع الا برضاه . فاذا لزمه اياه ولم يرض به ليس له ان يلزمه الآخر بعد ذلك . ولو هلك احدهما في يده كان له ان يلزمه الباقي . ولو قبضها المشتري والخيار للبائع فهلك ، فالشأن بحاله ، واما اذا كان الخيار للمشتري فالبيع لازم في احدهما ، الا ان يكون معه خيار الشرط . وما هو مبيع مضمون بالثمن ، وغير المبيع امانة . فلو اشترى ثلاثة اثواب وعين اكل ثمناً على ان له خيار التعيين فاحترق ثوبان ونصف الثالث ، رد النصف الباقي رلاً شيء عليه من ضمان النصف المحترق وضمن نصف ثمن المحترقين . ولو كان ثوبان فاحترق نصف كل معاً رد ايها شاء بغير ضمان وضمن ثمن الآخر . ولو احترق احدهما ونصف الآخر لزمه ثمن المحترق لتعيينه مبيعاً ورد الآخر بغير ضمان ويسقط خيار التعيين بما يسقط به خيار الشرط . فاذا هلك احدهما تعين هو مبيعاً والآخر امانة ولو هلكا معاً ضمن نصف كل . ولو اختلفا في المالك اولاً فالقول للمشتري بيمينه ، وبينه البايع اولى . ولو تعيبا معاً فالخيار بحاله . ولو متعاقبا تعين الاول مبيعاً ولو باعها المشتري ثم اختار احدهما ، صح بيعه فيه فقط . الكل من البحر ، وتامه فيه .

المادة ٣١٧ = * يلزم في خيار التعيين تعيين المدة ايضاً * *

اي ثلاثة ايام او اقل او اكثر حسبما شاء العاقدان ، كما هو قول الامامين الذي مشت عليه المجلة .

اعلم انه قد اختلف المشايخ في انه هل يشترط لجواز هذا البيع ، اعني البيع الذي فيه خيار التعيين ، ان يكون فيه خيار الشرط كأن يقول البائع مثلاً « بعتك احد هذين الثوبين على ان تأخذ ابها شئت بعشرة دراهم وانت باختيار ثلاثة ايام ؟ » قيل نعم - كما هو المذكور في الجامع الصغير تصويراً ونسبه قاضي خان الى اكثر المشايخ . وقال شمس الائمة في جامعه : هو الصحيح . وقيل لا يشترط ، وهو المذكور في الجامع الكبير وغيره ، وصححه فخر الاسلام وقال : الصحيح عندنا انه ليس بشرط ، وهو قول ابن شجاع . وجه الاشتراط ، وهو قول الكرخي ، ان القياس بأبي جواز هذا العقد لجهالة المبيع وقت لزوم العقد . وانما جاز استحساناً بموجب السنة ، وهو شرط الخيار ، فلا يصح بدونه . كذا في الفتح . ثم بعد ذكره ما يفيد ترجيح عدم الاشتراط قال : غير انها ان تراضيا على خيار الشرط مع خيار التعيين ، ثبت حكمه . وهو جواز ان يرد كلاً من الثوبين الى ثلاثة ايام ولو بعد تعيين الثوب الذي فيه البيع ، لأن حاصل التعيين في هذا البيع الذي فيه خيار الشرط انه عين المبيع الذي فيه الخيار ، لا انه يسقط خياره . ولورد احدهما كان بخيار التعيين ، وبثبت البيع في الآخر بشرط الخيار . ولو مضت الثلاثة قبل رد شيء وتمينه ، بطل خيار الشرط وانبرم البيع في احدهما ، وعليه ان يعين . ولو مات المشتري قبل الثلاثة ثم ييم احدهما لزم البيع ، وعلى الوارث التعيين ، لأن خيار الشرط لا يورث والتعيين ينتقل الى الوارث ليميز ملكه من ملك غيره ، على ما ذكرناه . ولهذا لا يتوقف في حق الوارث كما ذكره المص ، يعني صاحب الهداية ، لأنه صار بمنزلة الشريك المختلط ماله بال غيره ، فما لم يطلب شريكه القسمة لم يتعين عليه ولا ينفوت وقته . وان لم يراضيا على خيار

الشرط ، لأنه أصله . وعندها أي مدة تراضيا عليها بعد كونها معلومة . وعلى هذا أنه إذا كان فيه خيار الشرط فقت المدة حتى انبرم في احدها ولزم التعيين ان يتقيد التعيين بثلاثة من ذلك الوقت اه .

وقوله « وعلى هذا يجب الخ » أي على توقيت خيار التعيين . يعني اذا وقت خيار التعيين بثلاثة مثلاً وقد ذكر معه ايضاً خيار الشرط موقتاً بثلاثة ، يجب ان يتبدى . وقت لزوم التعيين من ذلك الوقت ، وهو وقت انبرام البيم بمقتضى مدة خيار الشرط . واما لو اجاز البيع في اثناء المدة ، والمسئلة بمجالها ، يثبت له خيار التعيين الى ثلاثة ايام من وقت الاجازة ، كما في حاشية المحطاي عن النهر . قال في رد المحتار : وظاهره ، أي ظاهر قوله وان لم يتراضيا الخ ، ان اشتراط توقيت خيار التعيين مبني على القول بأنه لا يشترط ان يكون مع خيار التعيين خيار الشرط ، وهو ظاهر ، لأن خيار الشرط موقت فلا حاجة الى توقيت التعيين ايضاً اه مختصراً . ثم اعلم ان اشتراط التوقيت نازع فيها الزيلعي قال : اذا لم يذكر خيار الشرط فلا معنى لتوقيت خيار التعيين ، بخلاف خيار الشرط ، فإن التوقيت فيه يفيد لزوم العقد عند مضي المدة ، وفي خيار التعيين لا يمكن ذلك لأنه لازم في احدها قبل مضي الوقت ، ولا يمكن تعيينه بمضي الوقت بدون تعيينه ممن له الخيار ، فلا فائدة لاشتراط ذلك . والذي يفتى على الظن ان التوقيت لا يشترط فيه اه .

قال في رد المحتار : واجاب عنه في الحواشي السعدية بأن له فائدة هي ان يجبر على التعيين بعد مضي الايام الثلاثة ، واقره في النهر اه - يعني ان الفائدة ان يكون الجبر على التعيين بعد مضي الايام الثلاثة لا قبلها ، كما هو مقتضى البيم بخيار التعيين ، اذا لم يوقت . وتوضيح ذلك ان البيم الذي معه خيار التعيين ، اذا لم يذكر معه خيار الشرط ينبرم لازماً في احد الشئتين بمجرد العقد ، فيصير المشتري بمنزلة الشريك المختلط ماله بمال غيره ، كما قدمناه انفساً عن الفتح . ومتى طلب الشريك القسمة وجبت اجابته . فلو طلب البايع حين فراغه من عقد البيع تمييز البيع بخيار التعيين لأجبر المشتري على ذلك فيفوت عليه المقصود من مشروعيتها هذا البيم ، وهو ما ذكره في الفتح من قوله « وجه الاستحسان ان مشروعيتها الخيار

في خيار الشرط للباية الى دفع العين ليختار ما هو الارفق ، والحاجة الى هذا النوع من البيع وهو البيع بخيار التعيين متحققة ، لأن الانسان قد يحتاج الى رأي غيره في اختيار البيعات وهو ليس بمخاضر ، وليس بحيث يحضر لعلوه او لتجربتها ، خصوصاً اذا كانت اهله لا ينبغي ان يتركها لئلا في الاسواق وتمازج الرجال بشراء حاجتها ، فيحتاج ان يرفع اليه العدد من ذلك النوع ليختار الأوفق ، ولا يمكنه البايع من حمله اليه الا مبيعاً ، فكان في معنى ما ورد به النص ، فيجوز اه - بخلاف ما اذا ذكر معه خيار الشرط ، فإنه لا يفوته المقصود المذكور لأن البيع لا ينبرم لازماً مع خيار الشرط ، الا بعد اسقاطه او مضي مدته ، فليس له جبره على التعيين الا بعد ذلك ، فإذا لم يذكر معه خيار الشرط ، فلا بد حينئذ من توقيت خيار التعيين بمدة معينة ، لئلا يمكن فيها من المقصود الذي لاجله شرع هذا النوع من البيع ، بحيث لا يقدر البايع ان يجبره على التعيين الا بعد مضيا . هذا هو المراد مما اجاب به في الحواشي السعدية ، لا كما زعمه في الشرنبلالية من ان فائدته دفع الضرر عن البايع لما يلحقه من مطل المشتري التعيين ، اذا لم يشترط فيفوت على البايع نفعه وتصرفه فيما يملكه اه فإنه . لا ضرر على البايع اصلاً لما علمته من ان البيع بخيار التعيين اذا لم يوقت ولم يذكر معه خيار الشرط ينبرم فيه البيع بمجرد الفراغ من العقد ، ومتى انبرم البيع صار المشتري بمنزلة الشرك المختلط ماله بماله غيره ، فيجبر على التعيين بطلب البايع ، فكان الضرر على المشتري حيث يفوته الفرض الذي لاجله شرع هذا النوع من البيع لا على البايع . وبهذا تعلم ان ما في رد المختار وحاشية ابي السعود من جعل جواب الحواشي السعدية بمعنى ما في الشرنبلالية غير سديد . وبهذا التفرير يظهر وجه الاستفناء بخيار الشرط عن توقيت خيار التعيين ، وينضح ايضاً وجه لزوم توقيت خيار التعيين اذا لم يذكر معه خيار الشرط ، وتندفع اشكالات حجة في توجيهات اقوال الائمة . فاعنتم هذا التحوير المستطاب ، الموافق ان شاء الله تعالى للصواب ، فإنك لا تجده في غير هذا الكتاب ، والحمد لله المنعم الوهاب .

المادة ٣١٨ - * من له خيار التعيين يلزمه ان يعين الشيء الذي يأخذه بانقضاء المدة التي عينت *

هذا اذا. وقت خيار التعيين بأن قال بمتك احد هذين الثوبين على ان تأخذ ايها شئت بعشرة دراهم الى ثلاثة ايام مثلاً . ومثله ما اذا لم يوقت ، لكن ذكر معه خيار الشرط بأن قال بمتك احد هذين الثوبين على ان تأخذ ايها شئت بعشرة دراهم . ولك الخيار الى ثلاثة ايام ، فإنه يلزمه ان يعين بانقضاء مدة خيار الشرط الذي هو وقت لزوم البيع وانبرامه . واما اذا وقت خيار التعيين وذكر معه خيار الشرط ايضاً فإنه انما يلزمه التعيين بعد انقضاء المدين وقد علمت بما سبق في شرح المادة السابقة ان مبدأ مدة خيار التعيين من وقت الأجازة بخيار الشرط ان اجاز ، او من وقت مضي مدته ان لم يجوز . واما اذا لم يذكر خيار الشرط مع خيار التعيين ، ولا ذكرت مدة له ، فإن البيع يكون فاسداً ، لأننا لو صحناه لا يمكن للبايع ان يجبره على التعيين حال انبرام البيع ، فيفوت عليه المقصود الذي لأجله شرع هذا النوع من البيع ، كما تقدم في شرح المادة السابقة . قال في الهندية : واذا ذكر خيار التعيين مطلقاً ولم يوقته ، كان الكرخي يقول لا يجوز هذا البيع ، واليه اشار في الجامع الصغير . وفي المأذون : واليه مال شمس الأئمة الحلواني وشمس الأئمة السرخسي ونحوه الا سلام علي البردوي . كذا في المحيط ١٠٥

* تنبيه *

ما يبطل به هذا الخيار نوعان : ضروري واختياري . اما الضروري فهلاك احدهما بعد القبض ، وكذا تعيبه . فان الهالك او المتعيب يتعين مبيعاً ضرورياً . اما لو تعيبا لم يتعين احدهما للبيع والمشتري ان يأخذ ايا شاء بثمنه وليس له ردتهما ، للزوم البيع في احدهما ، كما تقدم بيانه في شرح المادة (٣١٦) واما الاختياري فنوعان ، ما يكون به التعيين صريحاً كقوله اخترت هذا او رضيت به ار شئت ، وما يجربى بجرى هذه الالفاظ . وما يكون به التعيين دلالة ، وهو كل تصرف

في احدها ، يدل على تعيين الملك ، فيه من التصرفات التي تقدم ذكرها في خيار الشرط (افاده في البحر) .

وفي الهندية : ولو تصرف المشتري في احدها تصرف الملاك جاز تصرفه ويكون مختاراً له ولزمه ثمنه وتعين الآخر للامانة . ولو تصرف البايع في احدها فنصرفه فيه موقوف . ان تعين ذلك للبيع بطل تصرفه وان تعين ذلك للامانة نفذ تصرفه اه وتمام الكلام على ذلك فيها .

المادة ٣١٩ - * خيار التعيين ينتقل للوارث : فلو احضر البايع

ثلاثة اثواب اعلى واوسط وادنى من جنس واحد وبين لكل ثمناً على حدة وباع احدها لاعلى التعيين على ان المشتري في مدة ثلاثة او اربعة ايام يأخذ ايها شاء بالثمن الذي تعين له وقل المشتري على هذا المنوال انعقد البيع وفي انقضاء المدة المعينة يجبر المشتري على تعيين احدها ودفع ثمنه . فلو مات قبل التعيين يكون الوارث ايضاً مجبوراً على تعيين احدها ودفع ثمنه من تركة مورثه *

ليميز ماله من مال غيره . ولو كان مع هذا الخيار خيار الشرط يبطل حكمه ، لأن خيار الشرط لا يورث . وقوله : فلو احضر البايع ثلاثة اثواب الخ « فيه اشارة الى ما قدمناه في شرح المادة (٣١٦) من ان خيار التعيين لا يصح الا فيما دون الاربعة ، والا فسد البيع .

* فروع *

رجل اخذ من رجل ثوبين على ان يأخذ ايها شاء ان شاء اخذ هذا بمشرة وان شاء اخذ هذا بعشرين وان شاء اخذها جميعاً ، فصنع احدها واختره ورد الاخر ، فقال البايع اخترت الذي ثمنه عشرون ، وقال المشتري اخترت الذي

ثمنه عشرة ، فالقول في الثمن قول المشتري . ولو ان المشتري قطع الثوب قبصاً ولم
يخطه ثم اختلفا في الثمن فإن شاء البايع اخذ ما اقر به المشتري من الثمن وان
شاء اخذ الثوب مقطوعاً . وان كان القطع قد زاد فيه مثل الصبغ فلا سبيل للبايع
عليه ، وله ما اقر به المشتري .

رجل اخذ من رجل ثوبين على ان يأخذ احدهما بثمن مسمى فضاع احدهما
وقطع الآخر ، فقال المشتري اخترت الذي قطعت ثم ضاع الآخر وانا فيه
امين ، وقال البايع لا بل اخترت الذي ضاع ثم قطعت الآخر فعليك قيمة الذي
قطعت مع ثمن الذي ضاع ، فإن المشتري بضمن نصف ثمن الذي ضاع ونصف قيمة
الذي قطع ونصف ثمنه : كذا في المحيط (هندبة وتارخانية) .

❖ الفصل الخامس ❖

❖ في حق خيار الروبة ❖

اضافة الخيار الى الروبة قيل من اضافة المسبب الى سببه . وفيه ان سبب
الخيار عدم الروبة ، لا هي . فلا بد من ملاحظة تقدير المضاف وهو « عدم » .
وفي الفتح وغيره : انه من اضافة الشيء الى شرطه ، فإن هذا الخيار ثبت
بشرط الروبة . واعترض انه ليس بظاهر ، لما سيجيء ، ان له الرد قبيل الروبة .
واجاب عنه الزبلي بأنه انما جاز فسحه قبل الروبة لكونه عقداً غير لازم فيفسخ
لذلك ، لا بموجب الخيار .

وفي حاشية ابي السعود : ثم اعلم ان خيار الروبة يثبت في كل عين ملكية
بعقد يمتثل الفسخ كالشراء ، فلا يثبت في المسلم فيه ولا في الاثمان الخالصة ، لثبوت
كل في الذمة ، ولا في المهر وبدل الخلع والصلح عن القصاص ، لعدم قبولها الفسخ .
كذا في البرهان - واحترز بالاثمان الخالصة عما اذا كان المبيع اثناء من احد
التقدين ، فان فيه الخيار ولو تبايعا مقايضة ثبت الخيار لكل منهما كما في النهر ،

وقد نظم العلامة الحموي ما يثبت فيه خيار الروية فقال :

في اربع خيار روية بُرى اجارة وقسمة كذا الشراء
كذاك صلح في ادعاء المال فاحفظ سرهما نظهما في الحال

وفي رد المختار عن البحر : والرد بخيار الروية فسخ قبل القبض وبعده ولا يحتاج الى قضاء ولا رضى البايع وينسخ بقوله رددت الا انه لا يصح الرد الا بعلم البايع ، خلافاً للثاني وهو يثبت حكماً لا بالشرط ولا بتوقت ولا يمنع وقوع الملك للمشتري حتى لو تصرف فيه جاز تصرفه وبطل خياره ولزمه الثمن . وكذا لو هلك في يده او صار الى حال لا يملك فسخه بطل خياره ، كذا في السراج اه . وقوله : حتى لو تصرف فيه الخ يعني بعد الروية ، واما قبلها فلا يبطل خياره الا اذا تعلق فيه حق الغير ، وسيجي .

المادة ٣٢٠ = * من اشترى شيئاً ولم يره كان له الخيار الى ان يراه فاذا رآه فان شاء قبله وان شاء فسخ البيع . ويقال لهذا الخيار خيار الروية *

وهذا بعد ان يكون البيع وقم صحيحاً ينفي الجهالة الفاحشة عن المبيع ، وذلك بما يخص المبيع عن انظاره ، وذلك بالاشارة اليه لو حاضراً في مجلس العقد ، والا فبيان مقداره مع بيان وصفه لو من المقدرات كبعثك كر حنطة بلدية مثلاً ، بشرط كونه في ملكه او بيان مكانه الخاص كبعثك ما في البيت او ما في كمي ، او باضافته الى البايع ، كبعثك عبدي ولا عبده غيره ، او بيان حدود ارض ، ففي كل ذلك تنتفي الجهالة الفاحشة وتبقى الجهالة البسيطة ، التي لا تنافي صحة البيع ، فترفع بثبوت هذا الخيار ، وهو خيار الروية . والحاصل ان خيار الروية انما يثبت بعد صحة البيع لرفع تلك الجهالة البسيطة ، لا لرفع الفاحشة المتأقية لصحته ، هذا ما حققه في رد المختار . وقد منا ذكره في شرح المادة ٢٠ و ٢١ فتذكره بالمراجعة . واراد بما لم يره في قوله : « من اشترى شيئاً ولم يره » ما لم يره وقت العقد ولا قبله ،

(رد المختار عن الجهر) وأشار بقوله ، « كان له الخيار الى ان يراه » الى انه لو فسخ البيع قبل الروية بصح فسخه ، وهو الاصح كما في التنوير . وذلك لعدم لزوم البيع فلم يقع منبراً . وهذا بخلاف ما لو اجاز البيع قولاً او فعلاً لم يتعلق به حق الغير قبل الروية فإنه لا يسقط به الخيار ، وله ان يفسخ اذا رآه بعد ذلك لأن خياره معلق بالروية بالنص اي بمحدث من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان شاء تركه ، والمعلق بالشرط ، عدم قبل وجوده ، والإسقاط لا يتحقق قبل الثبوت ، وحيث كان الخيار معلقاً بالروية كان عدماً قبلها فلا يصح اسقاطه بالرضى .

والحاصل ان الفرق بين الفسخ والاجازة ، وحيث كان الفسخ لازماً قبل الروية ، والاجازة غير لازمة مع استوائها في التعليق بالشرط في الحديث المار ، ان الفسخ له سبب آخر غير الروية ، وهو عدم لزوم هذا العقد ، وما لا يلزم فللمشتري فسخه متى شاء ، ولم يثبت للاجازة سبب آخر ، فبقيت على العدم (الكحل من الدر وحاشية رد المختار) . وقيدنا الاجازة بكونها قولاً او فعلاً الخ ، لأننا اذا كانت فعلاً تعلق به حق الغير ، تكون لازمة ويسقط الخيار ، كما يأتي في شرح المادة (٣٣٥)

* نفيه *

يشترط للفسخ علم البايع به ، اي بالفسخ خوف الفرار ، اي غرر البايع بسبب اعتماده على شرائه ، فلا يطلب لسلمته شيئاً آخر ، وكذا رده الى موضع العقد سواء حمله هو من موضع العقد الى منزله ، او حمله له البايع ، لأن مؤنة رد المبيع بعيب او بخيار شرط او روية على المشتري (افاده في الدر وحواشيه) .

قال في رد المختار : ثم انه يستفاد من كلام جامع الفصولين ان ما انتفقه البايع على تحميله الى منزل المشتري لا يلزم المشتري اذا رد عليه المبيع الى محل العقد لأن البايع متبرع بما انتفقه لأن الواجب عليه التسليم في محل العقد دون التحميل . وبه يظهر جواب حادثة الفتوى : اشترى حديداً لم يره وشرط على البايع تحميله الى بلدة المشتري ، ثم رآه فلم يرض به واراد فسخ البيع بخيار الروية او

بفساد العقد بسبب الشرط المذكور ، والجواب انه يلزمه تحميله الى بلدة البايع ليرده عليه ، وان كان الرد بسبب الفساد ، لما صرح به في جامع النصولين ايضاً ، من ان موثقة رد المبيع فاسداً بعد الفسخ على القابض اه .

المادة ٢٢١ - * خيار الرؤية لا ينتقل الى الوارث فاذا مات المشتري قبل ان يرى المبيع لزم البيع ولا خيار لوارثه *

لأن خيار الرؤية ليس الا مجرد ارادة ومشبته ، وهذا وصف فلا يمكن انتقاله للوارث (درر) .

المادة ٣٢٢ - * لا خيار للبايع لو كان لم ير المبيع مثلاً لو باع رجل مالاً دخل في ملكه بالارث وكان لم يره انعقد البيع بلا خيار للبائع *

اي من حيث انه بايع لأن خيار الرؤية معلق بالشراء ، لما روينا من الحديث المار ، فلا يثبت دونه . كذا في الهداية . ولأن خيار الرؤية انما يثبت للمشتري باعتبار انه يظنه خيراً مما رأى فيرده لفوات الوصف المرغوب فيه ، ولو رده البايع لرده باعتبار انه از بد مما ظنه ، والخيار لا يثبت في مثله . كما لو باع عبداً على انه معيب فاذا هو سليم ، لا يثبت للبايع فيه الخيار (زيلعي) .

وانما قلنا « من حيث انه بايع » لأن له الخيار من حيث انه مشتري . ففي الشرنبلالية عن الجوهرية : لو باع عيناً بعين ولم ير كل منهما ما يحصل له من العرض ، ثبت لكل منهما الخيار ، لان كل واحد منهما مشتري للعرض الذي يحصل له . وفي شرح المجمع قال : وضم الخلاف في البيع ، اذ لا خيار في الثمن الدين اتساقاً . واما الثمن العين ففيه الخيار عندنا ، لأنه بمنزلة المبيع اه .

وفي القمع: وعرف من هذا انه لا يكون في الدين فلا يكون في المسلم فيه ،
ولا في الاثام الخالصة . بخلاف ما لو كان المبيع انا من احد التقدين ، فان فيه
الخيار . ولو تابعا مفاضة ثبت الخيار لكل منهما اه .
وفي الخاية : والمكيل والموزون اذا لم يكن معينا فهو بمنزلة الدراهم والدنانير
ولكن لو كان الثمن عيناً ثبت فيه خيار الروبة للبايع كما ثبت للمشتري في المبيع .
وفي الهندية: لو باع عيناً بدين وبعين لم يره ثم رآه فرده ، ينتقض البيم بحصة العين
دون حصة الدين ، لانه لا خيار له في حصته اه .

المادة ٢٢٣ - * المراد من الروبة في بحث خيار الروبة هو
الوقوف على الحال والمحل الذي يعرف به المقصود الأصلي من المبيع .
مثلاً الكرباس والقماش الذي يكون ظاهره وباطنه متساويين تكفي
روبة ظاهره والقماش المنقوش المدرب تلزم روبة نقشه ودروبه ، والشاة
المشترأة لاجل التناسل والتوالد يلزم روبة ثلثها ، والشاة المأخوذة
لاجل اللحم يقتضي جس ظهرها وإبتها ، والمأكولات والمشروبات يلزم
ان يذاق طعمها *

بمعنى ان روبة المبيع قبل الشراء يعني التي تكون كافية في سقوط خيار
الروبة بعده بحيث يكون قد اشترى ما رأى وكذا الروبة بعد الشراء وهي التي
تكون بحيث لو صدر بعدها من المشتري ما يدل على الرضى من قول او فعل لسقط
خياره ، ليس المراد منها الروبة بالعين الباصرة فقط ولا الروبة بجميع اجزاء المبيع ،
وانما المراد منها الوقوف على المقصود الاصلى من المبيع ، يعني العلم بالمقصود الاصلى
منه سواء كان ذلك المقصود حالاً كالنقوش والالوان في القماش المنقوش او محلاً
كاللحم في الشاة المأخوذة لاجله .

قال في الفتح : والمراد بالروية ، العلم بالمقصود . من باب عموم المجاز . عبر بالروية عن العلم بالمقصود فصارت حقيقة الروية من افراد المعنى المجازي . وهذا لوجود مسائل اتفاقية لا يكتفي بالروية فيها ، مثل ما اذا كان المبيع مما يعرف بانتم كسك اشتراه وهو يراه فإنه انما يثبت له الخيار عند شتمه فله الفسخ عند شتمه . وكذا لو رأى شيئاً ثم اشتراه فوجده متغيراً لأن تلك الروية غير معرفة للمقصود الآن وكذا شراء الاعمي يثبت له الخيار عند الوصف لأن الوصف له قائم مقام الروية اه .

وفي القنية : اشترى ما يذاق فذاقه ليلاً ولم يره ، سقط خياره اه . وفي التبيين للزبلي : وفي دفوف المغازي لا بد من سماع صوتها اه . وفي الفتح ايضا عند قول صاحب الهداية « ومن نظر الى وجه الجارية الخ » ما ملخصه : والاصل في هذا ان روية جميع اجزاء المبيع ، غير شرط في انتفاء ثبوت خيار الروية لتعذره عادة وشرعاً ، والاصل ان ينظر الى عورة العبد والامة التي يريد ان يشتريها ، ولزم في صحة بيع الصبرة النظر الى كل حبة منها ، ولا قائل بذلك ، فيكتفي بروية ما هو المقصود من المبيع . فاذا رآه جعل غير المرئي تبعاً للمرئي ، فاذا سقط الخيار في الاصل سقط في التبع .

اذا عرف هذا يبنى عليه انه في الدواب يعتبر روية الوجه والكفل لانها المقصودان فيسقط بروية يدها ولا يسقط بروية غيرها منها . وفي رواية المولى عن ابي حنيفة : يعتبر في الدواب عرف التجار ، وفي شاة اللحم لا بد من الجس باليد لان المقصود اللحم ، وفي شاة القنية لا بد من روية الضرع اي مع سائر جسدها كما في الحجر عن الظهيرية ، فليحفظ . وفيما يطعم لا بد من الذوق فلا يسقط الخيار بدون ذلك . وكذا اذا رأى وجه الثوب مطوباً ، لأن البادي يعرف بالطي ، اللحم الا ان يكون له وجهان فلا بد من روية كلا الوجهين او يكون في طيه ما يقصد بالروية كالعلم في الثوب . وفي البساط لا بد عن روية جميعه ، ولو نظر الى ظهور الكعاب لا يبطل خياره ، ولو نظر الى وجهها دون الصرم يبطل . قيل : وينبغي ان ينظر الى الصرم في زماننا لتفاوته وكونه مقصوداً . وفي الجبة لا يبطل خياره بروية باطنها ، ويبطل بروية ظاهرها ، الا اذا كانت البطانة مقصودة

بأن كانت فيها فرواًه .

وفي رد المختار قلت وفي عرفنا لا يكتفون بروية وجه الهابة وكفلها بل لا بد من روية جميع اعضائها ، وسنها ايضاً لا سيما في الخيل الجياد ، فإن بين ان تكون رقبتهما طويلة او قصيرة ، وبين ان يكون ظهرها طويلاً او قصيراً ، وبين ان يكون في قوائمها يياض ، او لا يكون واذا كان فيبين ان يكون في كلها او بعضها ، او في بعضها او رجليها ، وبين ان تكون صغيرة السن او كبيرة ، او متوسطة ، تفاوتاً عظيماً في الثمن ، فينبغي ان يؤخذ برواية المعلى عن ابي حنيفة باعتبار عرف التجار في الدواب فليتأمل .

وفي الهندية عن شرح القدوري للاقطع : وقد قالوا ، ان قال اهل الصنعة والمعرفة بالدواب ، انه يحتاج الى النظر الى القوائم كان شرطاً في سقوط الخيار ايضاً اه .

✽ فالمشتري اذا عرف هذه الاموال على الصور المذكورة ثم اشتراها ليس له خيار الروية ✽

وكذا بعد ان اشتراها ثم اجاز البيع صحح الأجازة وبطل الخيار . اما لو رأى القماش المنقوش ولم يرقشه ودرو به او رأى جميع اعضاء الشاة المشتراة لاجل اللحم ولم يحس ظهرها وأليتها ، او المشتراة للقنية ولم ير ثديها ، او رأى المذوق ولم يذقه ، او الشموم ولم يشمه ، فلا يمنع من خيار الروية لو كان ذلك قبل الشراء وبقي على خياره ، ولا تصح اجازته القولية ، لو كان بعد الشراء

المادة ٣١٤ - ✽ الاشياء التي تباع على مقتضى انموذجها يكتفي

روية الانموذج منها فقط ✽

والمرد بتلك الاشياء ما لا تنفاوت آحادها ، كالكيلات والموزونات وكذا العدديات المتقاربة في الصميح خلافاً للكرخي كما في رد المختار . وما عدا ذلك مما

تفاوت آحاده كالثياب والدواب والامتعة والمقارات ، اذا بيع منها اشياء متعددة فلا بد من رؤية كل واحد منها اي من تلك الاشياء كما في عامة معتبرات المذهب . المراد بالرؤية العلم بالمقصود الاصلي من كل واحد منها كما تقدم .

واستظهر العلامة ابن عابدين في رد المحتار . انه لو كان المبيع اثوابا متعددة وهي من نمط واحد لا تختلف عادة : بحيث يباع كل واحد منها بثمن متحد ، انه يكفي رؤية ثوب منها ، الا اذا ظهر الباقي اردأ ، قال : وذلك لانها بالنموذج في عادة التجار فاذا كانت الوانا مختلفة ينظرون في كل لون الى ثوب واحد ، بل قد يقطعون من كل لون قطعة قدر الاصبع و يبلصقون القطع في ورقة فيعلم حال جميع الاثواب برؤية هذه الورقة و يكون طول الثوب وعرضه : معلوماً . فاذا وجد الاثواب كلها على الحال المرئي بلا تفاوت بينها ، ينبغي ان يسقط خيار الرؤية ، لانها حينئذ تكون بمنزلة المددي المتقارب كالجوز والبيض ، ولا شك انه قد يحصل تقارب بين جوزة وجوزة ، ولكنه يسير لا ينقص الثمن فاذا كان نوع من الثياب على هذا الوجه لا يختلف ثوب منها عن ثوب اختلافاً ينقص الثمن عادة فهو كذلك . ثم بعد ان اطال بالاستدلال على ذلك ، قال هذا ما ظهر لي بهتاً .

اقول وليس هذا الحكم الذي ذكره هذا المحقق ، خاصاً بما اذا كان المبيع اثوابا متعددة من نمط واحد ، بل مثله كثير من الامتعة والبضائع القيمة التي تكون على نمط واحد ، سواء كانت من الاقمشة كصناديق العزل والطرايش وكالكراشي والجوارب والادواني المتخذة من الخبز او غيره كالكاسات والصحون وما شاكلها فانه اذا رأى مثلاً صحناً واحداً واشترى معه من نوعه ما يماثله لونا وتقشاً وعمقا وسعة ، الف صحن فلا يرى بين جميع افرادها ادنى تفاوت وكذا الكراسي والطرايش وغيرها مما تقدم ، حتى ان التفاوت بين آحادها ، اتم من التقارب بين افراد الجوز والبيض . والذي يظهر انه لا ينبغي ان يتوقف في ان رؤية واحد من كل جنس مما ذكر ، يكفي عن رؤية جميع افراده ويسقط خيار الرؤية ، فيها لدخول ما ذكر في المدديات المتقاربة فان الكاف في قولهم كالجوز والبيض ، ليست للاستقصاء بحيث لا يكون المدري المتقارب الا الجوز والبيض . بل هي للتمثيل ، كما ان الكاف في قولهم كالمكيلات والموزونات كذلك حتى دخلت

العديدات المتقاربة فيما لا يتفاوت آحاده . ومن المقرر ، ان ذكر الشيء لا ينفي الحكم عما عداه . واما ذكرهم الثياب والامتعة فيما لا تتفاوت آحاده فهو مبني على ما يهدرته في زمانهم من اختلاف آحادها فلو وجد منها نوع او اكثر آحادها متقاربة لا تتفاوت فيها ، فلا شك ان الحكم يختلف وانظر كيف جعلوا قول زفر ، من انه في بيع الدار لا بد من روية داخل البيوت هو الصحيح المفتى به مع ان الامام الاعظم وصاحبه اتفقوا على انه يكفي روية داخل الدار فقط ، وقالوا ان هذا اختلاف زمان لا برهان .

وفي الهدية عن المحيط : والاصل ان غير المرابي ان كان تبعاً للموئى فلا خيار له في غير المرئي وان كان غير المرئي اصلاً ، بنظر ان كان روية ما رأى لم تعرفه حال ما لم يره ، بقي خياره .

والحاصل ان ما ذكره في الهداية والفتح والنجر والزيامي وغيرها من معتبرات المذهب من ان الاشياء التي لا تتفاوت آحادها يكتبني بروية بعضها . وعلامة كون آحادها لا تتفاوت ، ان تعرض على البيع بالتموذج ، يكتبني نصاً فيما ذكره المحقق ابن عابدين والتمثيل لذلك بالمكيل والموزون ، لا بنفي الحكم عما عداها مما كان بمناهما . وعبرة الهدية عن محيط السرخسي منادية بذلك . فلا جرم ان جمعية المجلة اعتمدت عليه فاطاقت الاشياء التي تباع بالانموذج في هذه المادة ولم تمثل لها بالموزون والمكيل ، ثم صرحت بالاعتماد عليه في المادة الآتية ، لكن ما يستفاد من عبارة المحقق ابن عابدين من ان روية قطعة صغيرة قدر الاصبع تقطع وتلصق على ورقة ويسقط بها خيار الروية ، فيه وقفة ، لأن هذه القطعة وان عرف بها لون المبيع ، الا انها لا ترفع ما في المبيع من الجهالة البسيرة التي لاجلها شرع خيار الروية . وايضاً هي ليست بعض المبيع حتي يكتبني برويتها عن روية الباقي ، بل هي خارجة عنه ، اذ لا قيمة لها لعدم الانتفاع بها اصلاً .

فالظاهر ان رويتها لا تكفي بل لا بد من روية ظاهر ثوب مطوي هو فرد من افراد المبيع ليعرف به عرض المبيع وصحكه وما اشبه ذلك بحيث ترتفع برويته الجهالة البسيرة .

وقد رأيت في الخانية ما ملخصه وان اشترى شيئاً معيناً في الارض . ان كان

ما يكال او يوزن بعد القلع ، كالثوم والبصل والجزر ، قطع المشتري شيئاً باذن
البايع ، او قلم البايع ، ان كان المقلوع مما يدخل تحت الكيل والوزن ، اذا رأى
المقلوع ورضي به لم يزم البيع في الكل ويكون روه به البعض كروه به الكل اذا وجد
الباقى كذلك ، وان كان المقلوع شيئاً يسيراً لا يدخل تحت الوزن لا يبطل خياره .
وهذا يوه بما قلنا فليأمل .

❖ تنبيه ❖

النموذج بفتح النون مثال الشيء . معرب والانموذج لحن .

المادة ٣٢٥ - ❖ ما يبيع على مقتضى الانموذج اذا اظهر دون
الانموذج يكون المشتري مخيراً ان شاء قبله وان شاء رده . مثلاً الخنطة
والسمن والزيت وما صنع على نسق واحد من الكرباس والجوخ
واشباها اذا رأى المشتري انموذجها ثم اشتراها على مقتضاه فظهرت ادنى
من الانموذج يخير المشتري حينئذ . ❖

وهل هذا الخيار خيار عيب فيورث ، او خيار روهية فلا ، خلاف ، والتحقيق
كما في الفتح انه اذا كان اختلاف الباقي لا يوصله الى حد المعبى بل الدون فهو خيار
روهية فقط ، واذا كان يوصله الى حد المعبى يثبت للمشتري خياران خيار العيب
وخيار الروهية . هذا ما حرر في رد المختار فليراجع . وهذا اذا كان النموذج قائماً
اما لو كان هالِكاً ثم اختلف العاقدان ، فقال المشتري ان الباقي ليس على صفة النموذج
وقال البايع بل هو على صفته . فقد ذكره في الخامس والعشرين من جام
الفصولين ، فقال : فان قال المشتري لم اجد الباقي على تلك الصفة وقال البائم
هو على تلك الصفة ، فالقول للبائم والبينة للمشتري به . ومثله في الخانية وغيرها .
قال في رد المختار وهذا انما يظهر لو كان المبيع حاضراً مستوراً بكيس او نحوه .
اما لو كان غائباً واحضر له البايع النموذج وهلك . ثم احضر له الباقي ، فادعى

المشتري انه ليس على الصفة التي رآها في النموذج ، فينبغي ان يكون القول للمشتري لأنه منكر ضمناً ، كون ذلك هو المبيع . بخلاف ما اذا كان حاضراً لاتفاقها على انه المبيع وانما الاختلاف في الصفة اه
اقول فيه نظر اذ لا ينبغي انه لا بد لصحة البيع من تخصيص المبيع من انظاره ، اما بالاشارة اليه لو حاضراً في مجلس العقد ، او ببيان مكانه الخاص لو غائباً ، او ببيان مقداره ووصفه لو من المقدرات . وحينئذ فلا فرق في كونها متفقين على ان الباقي هو المبيع ، بين ان يكون حاضراً مستوراً وقت العقد ، او غائباً في مكانه الخاص . نعم يظهر ما بحثه فيما اذا كان المبيع من المقدرات ، وقد خصص ببيان مقداره ووصفه ، بأن باعه خمسين كراً من الخنطة التي رأى المشتري انموذجها ثم لما اراد تسليمها قال المشتري ، وقد كان النموذج هالكاً ، ليست هي على صفة الانموذج ، وقال البايع بل هي على صفته . ففي هذه الصورة يمكن ان يقال ينبغي ان يكون القول للمشتري لانه منكر ضمناً ، كون ذلك هو المبيع ، بخلاف ما اذا كان مخصصاً بالاشارة اليه ، لو كان حاضراً ، او ببيان مكانه الخاص لو كان غائباً ، لاتفاقها على انه هو المبيع . على ان اصل هذا البحث للعلامة الخبير الرملي في حاشيته على جامع الفصولين . وموضوع بحثه ما ذكرنا من الصورة كما يعلم من مراجعته . وكيفما كان فهو بحث معارض للمقول ، لان ما في الفصولين والخاصية وغيرها ، ظاهر في الصور الثلاث . ووجهه ان المشتري يدعي ان له حق الفسخ والبايع ينكر ذلك . وقد ذكر في الفصولين ما يفيد ان الأصل كون القول في تعيين المبيع للمالك يعني البائع ، حتى لو اراد المشتري رده بميب ، فقال ليس المبيع هذا وقال المشتري هو هذا ، لصدق البايع مع يمينه . وعلة في الفسخ بانه ينكر ثبوت حق الفسخ والقول للمنكر بيمينه .

وهذا تعلم ان ما حرره المحقق ابن عابدين في رد المحتار هنا غير محرم فلا ينبغي اغتنامه كما امر والله سبحانه اعلم .

المادة ٣٢٧ = * في شراء الدار والحان ونحوها من العقار تلزم
روية كل بيت منها الا ان ما كانت بيوتها مصنوعة على نسق واحد
يكفي روية واحد منها *

لان رويته حينئذ تعرف حال البيوت الباقية كما تقدم عن الهندية في شرح
المادة ٣٢٤ ، ثم ان لزوم روية كل بيت في شراء الدار ، هو الصحيح وعليه
الفتوى كما في الجوهرة وغيرها . واكتفي اثنتا الثلاثة بروية خارجها وصحنها ،
بناء على عادتهم في الكوفة وبنداد . فان دورهم لم تكن متناوتة الا في الكبر
والصغر ، وكونها جديدة اولا فاما في ديارنا فهي متفاوتة فكان الاختلاف اختلاف
عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان (رد المحتار) ملخصاً .

ولا بد في شراء البستان من روية ظاهره وباطنه ، وفي الكرم لا بد من
روية العنب من كل نوع شيئاً ، وفي الزمان لا بد من روية الحلو والحامض ،
وفي الثمار على رويس الاشجار تعتبر روية جميعها ، بخلاف الموضوعة على
الارض (بجر) .

وذكر في فصل ما بدخل في البيع تبعاً ، اشترى الثمار على رويس الاشجار
فراى من كل شجرة بعضها ، ثبت له خيار الروية . وهذا بنا في ما ذكره في
الكرم . ولعله يفرق بين ما اذا اشترى الشجر لثمره ، فيكفي ان يرى من كل
نوع شيئاً ، وبين ما اذا اشترى الثمر مقصوداً فتأمل (رد المحتار) . ويمكن ان
يكون المراد بقوله في مسألة الكرم لا بد من روية العنب ، لا بد من روية
شجر العنب من كل نوع شيئاً ، ويكون المراد بشراء الكرم شراء شجره بدون
ثمر تأمل . على ان قوله : اشترى الثمار على رويس الاشجار الخ ، بنا في ما في
الخانية : وان اشترى الثمار على رويس الاشجار فراى في كل شجرة بعضها ، كان
روية البعض كروية الكل حتى لو رضي به لزمه اه . ولم يحك به خلافاً

فليتأمل .

ولو رأى ما اشتراه من وراء زجاجة ، او في مرآة ، او كان المبيع على شفا حوض فرآه في الماء ، فليس ذلك بروية وهو على خياره لانه لا يراه على حقيقته وهيته كذا في الجوهرية . ولو نظر الى المبيع من وراء مترقيق ، كان روية (خائبة) . ولو اشترى سمكاً في ماء يمكنه اخذه بلا اصطياذ ، فرآه فيه ، قيل يسقط خياره لانه رأى عين المبيع وقيل لا ، لانه لا يرى الماء على حاله ، بل يرى اكبر مما كان ، فهذه الروية لا تعرف المبيع وهو الصحيح (فتح القدير) ولو اشترى دهنًا في قارورة فنظر الى القارورة ولم يصب الدهن على راحته ، او على اصبعه ، فهذا ليس بروية عند ابي حنيفة (هندية) .

المادة ٣٢٧ - * اذا اشتريت اشياء متفاوتة صفقة واحدة ،

تلزم روية كل واحد منها على حدته *

لانه بروية بعضها لا يقع العلم بالباقي للتفاوت . وعلامة ذلك ان لا يباع بالتموذج (زيلعي) والمراد بروية كل واحد منها . العلم بالمقصود الاصل منها كما تقدم . وقوله : صفقة واحدة ، تنصيص على المتوهم ، فان لزوم ما ذكر فيما اذا بيعت الاشياء بصفقات من باب اولى وهو ظاهر .

المادة ٢٢٨ - * اذا اشتريت اشياء متفاوتة صفقة واحدة ،

وكان المشتري رأى بعضها ولم ير الباقي فمتى رأى الباقي ان شاء اخذ جميع الاشياء المبيعة وان شاء رد جميعها وليس له ان يأخذ ما رآه ويترك الباقي *

وكذا لو رآها بعد الشراء ورضي بها ليس له ان يرد الباقي كما في رد المختار .

قال في الجوهرة : كي لا يفرق الصفقة على الباهم قبل التمام ، لأن الصفقة لا تتم مع خيار الروية قبل القبض وبعده ، ولهذا يتمكن من الرد من غير قضاء ، لا رضاً فيكون فسحاً من الأصل . ولو اشترى عدل بز ولم يره ، فباع منه ثوباً او هبة وسلمه ، لم يرد شيئاً منها ، إلا من عيب . وكذا في خيار الشرط لأنه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه ، وفي رد ما بقي تفرق الصفقة قبل التمام ، لان خيار الروية والشرط بمنعان تمامها .

المادة ٣٢٩ = * بيع الاعمى وشراؤه صحيح *

وكذا جمع عقودها كما عبر به في التنوير ، ولو لغيره . وهو كالبصير الآب في اثني عشر مسألة من ذرة في الاشياء كذا في الدر
الآ انه يخير في المالم الذي يشتره ، بدون ان يعلم وصفه مثلاً لو اشترى داراً لا يعلم وصفها كان مخيراً فمضى علم وصفها ان شاء اخذها وان شاء ردها .
ولا خيار له فيما باع كالبصير اذا باع ما لم يره (جوهرة)

المادة ٣٣ * اذا وصف شيء للاعمى وعرف وصفه ثم اشتراه لا يكون مخيراً *

هذا فيما لا يعرف بنحو الجنس والشم والذوق ، كالداية والعبد والاشجار ، لأن وصفها للاعمى بمنزلة الروية للبصير . فلو كانت مما يعرف بالشم او الذوق او الجنس لا يكتسب بوصفها كما ان روية البصير لا تكفي بدون احدها وفي الجوهرة : فلو كان ثوباً ، لا بد من صفة طول وعرضه ورقته مع الجنس . وفي الخنطة ، لا بد من التمس والصفة . وفي الادهان لا بد من الشم اه . ثم انه لا بد في الوصف للاعمى من كون المبيع على ما وصف له ، ليكون في حقه ، بمنزلة الروية في حق البصير (رد المحتار)

المادة ٣٣١ - * الاعمى يسقط خياره للمس الاشياء التي تعرف
بالمس وشم المشمومات وذوق المذوقات بعني انه اذا شم ولمس وذاق هذه
الاشياء ثم اشتراها كان شراؤه صحيحاً لازماً *

ظاهره ان ما يعرف بالمس ونحوه ، لا يكفي فيه الوصف . وكذا عكسه ،
يعني ان ما يعرف بالوصف كعقار وشجر وعبد ، لا يكفي فيه اللبس ونحوه ، وانه
لا يشترط اجتماع الوصف والمسر . وفي الهندية : وتقليبه وجسه بمنزلة النظر من
الصحيح فيما يجس ، وفي المشمومات يعتبر الشم ، وفي المذوق يعتبر الذوق ولا يعتبر
الوصف في اشهر الروايات . فان كان ثوباً ، فلا بد من صفة طوله وعرضه ورقته
مع الجس ، وفي الخنطة لا بد من اللبس والصفة . ولو اشترى ثوباً على رؤس
الاشجار فانه يعتبر فيه الوصف لا غير في اشهر الروايات . قال في الحجر : والحاصل
كما في المراج ان الخيار ثابت للاعمى لجهله بصفات المبيع . فان زال ذلك بأي
وجه كان سقط خياره . حكى ابن عمى اشترى ارضاً فقال قودوني اليها
فقادوه فجعل يمس الارض حتى انتهى الى موضع منها فقال اموضع كومي هذا
قالوا لا فقال هذه الارض لا تصلح لانها لا تكسو نفسها فكيف تكسوني ، وكانت كما
قال . فاذا كان الاعمى جذه الصفة فرضي بها بعد ، سقط خياره اه . وفيه :
وجس الاعمى في المتاع والمقولات ، مثل نظر البصير ، لان الجس والتقليب ،
كما يعرف بعض اوصاف المبيع من اللبن والخشونة ، وان كان لا يعرف الجمجم ،
في مقام مقام النظر حالة العجز ، كما تقام الاشارة في الاخرس مقام النطق للعجز .
وهل يجس الموضع الذي يراه البصير فيجس من الرقيق وجهه ، ومن الحيوان الوجه
والكفل حتى لو جس غيرها لا يكتبني به ؟ - لم اره ، والظاهر اشتراطه . ولو ابصر
الاعمى بعد جس المبيع وشمه وذوقه فيما يعرف بذلك ، ووصف عقار وشجر وعبد
فلا خيار له (افاده في الدر) لانه قد سقط فلا يعود الا بسبب جهده . ولو اشترى
البصير ثم عمى انتقل الخيار الى الوصف (كذا في ردالمحتار) ولو اشترى البصير

ما وصف له ، لم يسقط خياره ، لأنه قادرٌ على النظر . والصفة قائمة مقام الروية عند الجيز . ولو قال الاعمى قبل للوصف «رضيت» لم يسقط خياره (جوهره) .

❖ تبيينه ❖

سقوط الخيار باللمس أو الشم أو الذوق أو الوصف ، انما هو اذا وجدت هذه قبل الشراء . واما اذا اشترى قبل ذلك لا يسقط خياره به ، بل يثبت باتفاق الروايات ، ويمتد الى ان يوجد منه ما يدل على الرضى من قول او فعل في الصحيح (كذا في الزبلي) .

المادة ٣٢٢ - ❖ من رأى شيئاً بقصد الشراء ثم اشتراه بعد مدة وهو يعلم انه الشيء الذي كان رآه لا خيار له ❖

لأن العلم بالمبيع قد حصل بالروية السابقة وقد رضى به ما دام على تلك الصفة . والتقييد بقوله «بقصد الشراء» لأنه لو رآه لا لقصد الشراء ، لا يتأمل كل التأمل ، فلم تقع الروية معرفةً كما في الجهر والنحو . والتقييد بقوله «وهو يعلم انه الشيء الذي كان رآه» لأنه لو لم يعلم عند العقد انه رآه من قبل ، ثبت له الخيار لعدم الرضى به ، كما في الهداية (مجم الانهر) .

❖ إلا انه اذا وجد ذلك الشيء قد تغير عن الحال الذي رآه فيه كان له الخيار حينئذٍ ❖

قوله لأن تلك الروية لم تقع معلومة بأوصافه ، فكانت روه بته وعدمها سواء . ولو اختلفنا في التغير ، فقال المشتري قد تغير ، وقال البائع لم يتغير ، فالقول للبائع مع يمينه ، وعلى المشتري البينة . هذا اذا كانت المدة قريبة ، يعلم انه لا يتغير في مثل تلك المدة ، فإن بعدت فالقول للمشتري ، (هندية مختصراً) وفي رد المحتار: ان كان لا يتفاوت في تلك المدة غالباً ، فالقول للبائع . وان التفاوت غالباً فالقول للمشتري . مثاله : لو رأى دابة او مملوكاً فاشتراه بعد شهر ، وقال تغير ، فالقول

للبايم ، لأن الشهر في مثله قليل (فتح) . والمراد التغير بنقصان بعض الصفات كتنقص الحسن او القوة ، لا بعروض عيب ، لأن عروضه قد يكون في اقل من شهر . وبه ثبت خيار العيب اهـ . ولو اختلفنا في اصل الروية ، بأن قال له البائم رأيت قبل الشراء ثم رضيت . فقال له رضيت قبل الروية ، فالتقول للمشتري بينه ، لأنه ينكر الروية . كذا في الدر وحواشيه .
وبقي ما لورأى التزوج وهلك . ثم ادعى مخالفة الباقي له ، فإن القول للبايم كما في جامع الفصولين ، وقد منا يانه في شرح المادة ٣٣٥

المادة ٣٣٢ - * الوكيل بشراء شيء والوكيل بقبضه تكون روه بتمها لذلك الشيء كروية الاصيل *

لكن روه يتها قبل التوكيل لا اثر لها فلا يسقط بها الخيار ، كما في الفتح وغيره . واحتراز بوكيل الشراء او القبض عن الوكيل بالروية مقصوداً ، فانه لا يصح التوكيل ولا نصير روه بته كروية موكله ، حتى لو شري شيئاً لم يره ، فوكل رجلاً بروه بته وقال ان رضيتته نغذه ، لم يجوز (جامع الفصولين) . قال في البحر : لأنها من المباحات لا تتوقف على توكيل ، الا اذا فوض اليه القسح والاجازة ، لما في المحيط : وكله بالنظر الى ما شراه ولم يره ، ان رضي يلزم العقد ، وان لم يرض يفسخ ، يصح ، لأنه جعل الرأي والنظر اليه ، فصح كما لو فوض القسح والاجازة اليه في البيع بشرط الخيار اهـ (رد المحتار)

ثم ان روه بة وكيل القبض ، انما تبطل خيار الموكل اذا قبض المبيع ناظراً اليه . واما اذا قبضه مستوراً ثم رآه فأسقط الخيار ، لا يسقط ، لان وكالته انتهت بقبضه مستوراً ، فلا يملك اسقاط الخيار قصداً ، لصيرورته اجنبياً (ايفاده في الدرر) والاحتراز بقوله « ناظراً اليه » عما لو تأخرت روه بته عن القبض ، بدليل ما بعده ، فلا يتافي كون الروية الكائنة قبل القبض ، معتبرة ايضاً ، حيث وجدت بعد التوكيل ، بدليل ما قدمناه عن الفتح من ان روه بته قبل التوكيل لا اثر لها

فتعيينه بما قبل التوكيل ، يفيدانها بعد التوكيل معتبرة مطلقاً ، ولو قبل القبض ،
(افاده ابو السعود) خلافاً لما في الشرنبلالية من ان المعتبر روية التي مع القبض ،
دون التي قبله وبعده اهـ

واعلم ان الوكيل بالقبض ، وان كان يملك ابطال خيار الموكل كما افادته هذه
المادة ، لكن هو لا خيار له ، فلا يملك فسخ البيع بخيار الروية ، لانه التوكيل
بالقبض يوجب نفاذ البيع ، لا فسخه . ولذا تضمن التوكيل بابطال الخيار ، حتى
كلت روية الوكيل كروية الموكل . والفسخ يتأني ذلك ، كما هو ظاهر .

واما الوكيل بالشراء فكما انه يملك ابطال خيار الموكل حتى كانت روية
كروية الموكل ، يملك ايضاً فسخ البيع بخيار الروية ، لان خيار الروية ، يثبت
لموكله ويثبت له ايضاً ، لانه الماقد ، الا اذا كان وكيلاً بشراء شيء بعينه قد رآه
الموكل ولم يره هو ، فليس له حينئذ خيار الروية اذا اشتراه . قال في جامع
الفصولين : والوكيل بالشراء لو اشترى ما رآه موكله ، ولم يعلم به الوكيل ، فله
خيار الروية لو لم يره .

وهذا لو وكل بشراء شيء لا بعينه . ففي المعين ليس للوكيل خيار الروية .
ثم رمز وقال : وكله بشراء قس لا بعينه فشرى قساً رآه الوكيل ،
فليس له ولا لموكله خيار الروية ، وكذا خيار العيب اهـ . وفي الهندية عن الفصول
العمادية : الوكيل بالشراء اذا اشترى شيئاً كان رآه الموكل ، ولم يعلم به الوكيل ، كان
للكيل خيار الروية . وهذا اذا كان وكيلاً بشراء شيء بعينه . فلو كان وكيلاً
بشراء شيء بعينه قد رآه الموكل ولم يره الوكيل ، فليس للوكيل خيار الروية اذا
اشتراه اهـ . وبهذا يظهر ان هذه المادة جارية على اطلاقها في جميع الحالات ، وان من
استدرك عليها بقوله : «ولكن انما تكن روية الوكيل بالشراء اذا كان موكلاً بشراء
شيء لا بعينه ، ففي المعين ليس للوكيل خيار الروية » فقد استحق على نفسه التخطئة
واللوم لانه لم يفهم شيئاً من عبارات القوم . والعجيب انه قد عذر اذلك الى رد المختار
ومع ان عبارته وان كانت قاصرة ، لكنها عند التسامح مستقيمة ليس عليها غبار .

المادة ٣٣٤ - * الرسول يعني من ارسل من طرف المشتري
لاخذ المبيع وارساله فقط لا تسقط رويته خيار المشتري * :

قال في البحر : وفي المراج قيل: الفرق بين الرسول والوكيل ، ان الوكيل
لا يضيف العقد الى الموكل ، والرسول لا يستغني عن اضافته الى المرسل . وفي
الفوائد : صورة التوكيل ان يقول المشتري لغيره كن وكيلاً في قبض
المبيع ، او وكلتك قبضه . وصورة الرسول ، ان يقول كن رسولاً عني في قبضه
او امرتك قبضه او ارسلتك لتقبضه ، او قل لفلان ان يدفع المبيع اليك . وقيل
لا فرق بين الرسول والوكيل في فصل الامر ، بأن قال اقبض المبيع ، فلا يسقط
الخيار ما في البحر ، وحاصله ان يصير وكيلاً بالفاظ الوكالة ، ويصير
رسولاً بالفاظ الرسالة ، وبالأمر ايضاً . وافاد في تنقيح الحامدية ورد المختار :
ان الامر انما يكون توكيلاً ، اذا دل على ائابة الأمور مناب الأمر ، والا فهو
ارسال ، فليراجع .

المادة ٣٣٥ = * تصرف المشتري في المبيع تصرف الملاك
يبطل خيار رويته *

ثم ان كان تصرفاً لا يمكن نسخه بعد وقوعه ونفاذه ، كالاتاق والتديير ، او
تصرفاً يوجب حقاً للغير ، كالبيع المطلق عن شرح خيار للبايع ، وكالرهن والاجارة ،
يبطل الخيار قبل الروية وبعدها . وان كان تصرفاً لم يتعلق به حق الغير ، بأن
باع بشرط الخيار لنفسه ، او واهبه ولم يسلم ، او عرض على البيع ، لا يبطل خياره
ان كانت هذه التصرفات قبل الروية . وان بعدها يبطل ، (هندية) ومن التصرف
الذي لم يتعلق به حق الغير ، طلب الشفعة به واعارته وقبض المبيع ونقد الثمن .

وانما لا يبطل الخيار قبل الروبة ، لانها تفيد الرضا . وصرح الرضا قبلها ، لا يبطله . «وقوله او عرض على البيع» ، اي كل المبيع . اما لو عرض بنفسه بعد الروبة ، فيبطل الخيار عند محمد لا عند ابي يوسف كما في الخاتبة . قال في رد المختار : قلت : صاحب الخاتبة يقدم الاشهر اه ، لكن في الهندية عن البدائع : وانصح قول ابي يوسف رحمه الله تعالى اه

ولو خرج بعض المبيع من يده ، او نقص في يده ، او زاد زيادة متصلة او منفصلة ، فإنه يبطل خياره . وكذا لو كانت دابة فركبها لحاجة نفسه او نحو ذلك . ولو كان الليم بشرط الخيار للمشتري ، فهو كالمطلق حتى يسقط به الخيار قبل الروبة . وكذا اذا باعه يميماً فاسداً وسلمه . وان تصرف فيه تصرفاً ينقصه وهو لا يعلم به ، كما اذا جز صوف الشاة المبيعة ، او لبس الثوب وهو لا يعلم انها المبيعة ونقص بلبسه . ولو اشترى جارية لم يرها فاودعها البايع للمشتري ، وهو لا يعرفها فانت عنده ، فهو قابض وعليه الثمن ، لأنها ماتت في ضمانه (الكحل من الهندية) ولو اذن للاكار ان يزرعها قبل الروبة فزرعها ، بطل خياره ، لأن فعله بأمره كفعله . ولو اشترى نائحة مسك فاخرج المسك منها ، لم يرد بخيار روية ولا عيب ، لأن الاخراج يدخل عليها عيباً ظاهراً (در المختار) حتى لو لم يدخل ، كان له ان يرد بخيار العيب والروية جميعاً (بجر) .

رأى ثياباً فرغ البايع بعضها ، ثم اشترى الباقي وهو لا يعرفه اي الباقي ، فله الخيار . ولو سمي لكل واحد من الثياب عشرة ، لا خيار له (تنوير) لأن الثمن ما يختلف ، استوباً في الاوصاف (در عن البحر) .

ولو رأى ثوبين ثم اشترى ثمن متفاوت ملفوفين ، فله الخيار ، لأنه ربما يكون الاردي باكثر الثمنين ، وهو لا يعلم (بجر عن الظهيرية) اي بأن اشترى احدهما بعينه بعشرة ، والاخر بعينه بعشرين مثلاً . فإنه لا يعلم وقت الشراء ان الذي قابله العشرون ، جيد او ردي . اما لو شرى احدهما بعشرين ولم يعينه ، فد البيع لجهالة المبيع . ولو اشترى كل واحد بعشرة ، فلا خيار له ، لأنه عالم باوصاف المعقود عليه حالة الشراء حيث سوى بينهما في الثمن ، لانه دليل تصاويعهما في الوصف (رد المختار) .

لو رضي المشتري بعد الروية ببعض المبيع ، سقط خياره (خانية) .
لو اشترى شيئين ورآهما ثم قبض احدهما ، فهو رضى (هندبة) .
لا يعود خيار الروية بعد سقوطه . فإذا باع المشتري المبيع قبل
الروية او رهنه ، او آجره ، ثم رد عليه بسبب هو فسخ محض ، كالرد بخيار الروية ،
او بخيار العيب بالقضاء ، او فك الرهن ، وانتقضت الاجارة ، فلا يعود خيار الروية ،
وصحة قاضيات (در منتقى) . وهو الأوجه ، لان نفس التصرف يدل على
الروية ويطلب الخيار قبل الروية وبعدها (فسخ) شري شيئاً لم يره ، ليس للبائع
مطالبته بالتمن (در) .

وفيه : اراد بيع ضيعة ولا يكون للمشتري خيار ، فالخيلة ان يقر بثوب لانسان
ثم يبيع الثوب مع الضيعة ويسلمها للمشتري لتتم الصفقة ، ثم المقر له يستحق الثوب
المقر به فيطلب خيار المشتري للزوم تفريق الصفقة ، وهو لا يجوز (در) قال في
حاشية رد المحتار : لأنه لما قبض الثوب والضيعة ، تمت الصفقة . وتفريقها بعد
التام لا يجوز - بخلاف ما لو قبض احدهما دون الآخر ، استحق احدهما له الخيار ،
لتفريقها قبل التام كما في الفتح اه . وفي الدرر من فصل الاستحقاق : ولا يثبت له
خيار العيب هنا ، لان استحقاق الثوب ، لا يورث عيباً في الضيعة . بخلاف ما اذا
كان المعقود عليه شيئاً واحداً مما في تبعيضه ضرر كالدار او العبد ، فإنه بالخيار ان
شاء رضي بمحضته من الثمن ، وان شاء رد . وكذا اذا كان المعقود عليه شيئين
وفي الحكم كشيء واحد ، فاستحق احدهما كالسيف بالعمد والقوس بالوتر ، فله
الخيار بالباقي اه . رجل اشترى وزناً من تراب المعدن بعينه ، فله خيار الروية
اذا اخراج ما فيه من المعدن (خانية) . وفيها : لو اشترى خفين او مصراعين او
نعالين فرأى احدهما ، كان له خيار الروية اذا رأى الثاني .

وفيها : رجل اشترى جارية بعبد والى درهم وتقايضا ، ثم رد العبد بخيار
الروية ، لا ينتقض البيع في حصة الالف من الجارية اه .

وفيها : ولو باع شيئاً مضمياً في الارض ثم اختلف البائع والمشتري في القلع
قال البائع اخاف ان قلعته لا ترضى به ، وقال المشتري اخاف ان قلعته لا
يصلح لي ، فمن تبرع منها بالقلع جاز . وان نشأخ في ذلك فسخ القاضى العقد

بينها اه . اشترى شيئاً لم يره فقال للبايع به او قال به لنفسك ، فهذا رد الساعة باعه البايع او لم يبعه وقد انتقض البيع . ولو قال ذلك بعد ما رآه . لم يذكر هذا الفصل في هذه المسئلة انما ذكره بعد هذا في مسئلة الشاة فقال :

اذا اشترى شاة ولم يقبضها حتى قال للبايع بها او بهما لنفسك ، فهو سواء ، فان كان لم يرها ، فهو الساعة تقضى للبيع ورد بخيار الروية ، وان كان قد رآها . لم يكن نقضاً حتى يقول قد قبلت ذلك وانا ابيع ، كذا في المحيط (هندية) اشترى شاة لم يرها فقال للبايع احلب لبنها فتصرف به او صبه على الارض ففعل ، بطل خياره . وفي الشاة يقبض اللبن (جامع الفصولين) ولو كانت دابة او شاة فولدت ، لم يكن له ان يردا . وكذا لو قتل ولدها هو او غيره . فان مات الولد ، كان له الرد (تارخانية) . ولو حرم العبد ثم ذهب الحمى عنه كان له ان يردده اذا رآه اه . ولو خاصمه القاضي وهو محوم فابى البايع ان يقبله فان القاضي يطبل الرد ويجيز البيع . فان صح بعد ذلك ، لم يكن له ان يردده بعد قضاء القاضي . ولو اشهد على رده بمحضرة البايع وهو صحيح . ثم حرم قبل ان يقبضه ثم اقلعت عنه الحمى وعاد الى الصحة ، فهو لازم للبايع (هندية) اشترى حنطة مجازفة قد رآها فلم يقبضها حتى جفت ونقصت ، لا خيار له (هندية) .

كل من له الخيار يملك الفسخ ، الا ثلاثة لا يملكون : الوكيل والوصي والعبد المأذون اذا اشترى شيئاً بأقل من قيمته ، فانهم لا يملكونه اذا كان خيار عيب ، ويملكونه اذا كان خيار روية او شرط (بحر) . ووضح من هذا ما في ادب الاوصياء للاستروشني : اشترى الوصي لليتيم عبداً يساوي ثلاثة آلاف بألف ، ثم اطلع على عيب بنقصه الفاً وخمسمائة لم يردده ، لأن في رده محاباة فاحشة فيكون ضرراً للصبي . اما لو كان شراءه بخيار ، فله ان لا يقبله .

قلت : ولو لم يكن معيناً ، لأن خيار الشرط مانع من انعقاد البيع ، بخلاف خيار العيب . قال : ومثله الوكيل والمأذون . ومثل خيار الشرط خيار الروية .

الفصل السادس

* في بيان خيار العيب *

اضافة الخيار الى العيب من اضافة الشيء الى سببه (فتح) وهو ، اي خيار العيب ، يثبت بلا شرط ، ولا يتوقت ، ولا يتمتع وقوع الملك للمشتري ، وهورث ويثبت في البيع والمهر وبدل الخلم وبدل الصلح عن دم العمد وبدل الصلح عن المال والقسمة ، والاجارة . ثم في الاجارة يثبت سواء كان العيب قديماً او حدث بعد العقد والقبض بخلاف البقية ، فإنه لا يرد بعيب حدث بعد القبض . وايضاً في الاجارة ينفرد المستأجر بالرد بالعيب قبل قبضه وبعده . بخلافه في البيع ، فإنه انما ينفرد بالرد لو قبل القبض . واما بعده ، فلا بد ان يكون بالتراضي او قضاء القاضي .

ثم انه في المهر وبدل الخلم وبدل الصلح عن دم العمد يرد بفاحش العيب لا يسيره ، وفي غيرها يرد بها . والعيب الفاحش في المهر كل ما يخرج من الجيد الى الوسط ، ومن الوسط الى الردي والضابط ان كل عقد يفسخ بالرد ويكون المردود مضموناً بما يقابله ، فإنه يرد بيسير العيب وفاحشه . وكل عقد لا يفسخ بالرد ويكون المردود مضموناً بنفسه لا بما يقابله ، كالمهر وبدل الخلم وقود . فإنه يرد بفاحشه لا يسيره . وانما لا يرد المهر بيسير العيب اذا لم يكن كليلاً او وزنياً .

واما الكلي والوزني فيرد بيسيره ايضاً . ومعنى ثبوت خيار العيب في القسمة انه اذا وجد بعض الشركاء في نصيبه بعد القسمة عيباً ، فان كان شيئاً واحداً حكماً ككيلي ووزني ، فله رده كله ونقض القسمة سواء كانت بتراضٍ او بحكم . اذ القسمة بتراضٍ ، بيع . والحكم في البيع هكذا وكذا اذا كان بحكم اذ القاضي عين نصيبه على انه سليم ، ولم يوجد ، فله الرد شرعاً تحقيقاً للتسوية . وان كان نصيبه اشياء كثياب او عبيد او غنم ، رد المبيع فقط ، كما في البيع . ويكون المردود بينه وبين شركائه ، ويرجع بمحضته فيما اخذه شركاؤه ، لأن عوض المردود في جميع ما اخذوه .

ومعنى ثبوته في بدل الصلح عن المال انه لو ادعى ديناً فصالح على قن فله رده
ببيع . وحكمه حكم البيع ، فان رده بحكم كان نسخاً للصلح فلن رده عليه ان
يرده على بائنه . ولو رده بلا حكم فهو كبيع مبتدئ فليس له رده على بائنه اهـ ملخصاً
من جامع الفصولين .

لكن قوله . وان كان نصيبه اشياء الخ « استدرك عليه الخير الرمي في حاشيته
عليه بقوله : وفي التنف : وان اقتسموا اشياء من المتاع ثم وجد احدهم بواحد من
المتاع او الماشية عيباً فله ان يرد الجميع ويبطل القسمة ، وان شاء رضي ، وليس له ان
يرد المبيع خاصة الا يرضى الاخرين اهـ فلينظر اي القولين هو المرجح .

المادة ٣٢٦ * البيع المطلق يقتضي سلامة المبيع من العيوب .
يعني ان بيع المال بدون البراءة من العيوب وبلا ذكر انه معيب او
سالم يقتضي ان يكون المبيع سالماً خالياً من العيب *

لان الشراء . انما شرع لدفع الحاجة ، ودفع الحاجة على التمام انما يكون بالسالم
من العيب غالباً ، فكان قصد المشتري بالشراء الى السالم هو الغالب ، فكان وصف
السلامة كالمشروط فيتخير عند فقده كيلا تضرب باضرار ما لم يرض به ، ولان
السلامة من العيب لا كانت الاصل في المخلوق انصرف مطلق المقصد اليها
(افاده في الفتح)

المادة ٣٣٧ - * ما بيع مطلقاً اذا ظهر فيه عيب قديم يكون
المشتري مخيراً ان شاء قبله بثمنه الاسمي وان شاء رده *

ومرونة الرد على المشتري (بجر) اشارت هذه المادة الى خمسة قيود لهذه المسئلة ،
ذكرها صاحب البحر وقال لا بد منها . الاول : ان يكون العيب عند البائع ،

واليه الاشارة بوصف العيب بكونه قديماً . الثاني : ان لا يعلم المشتري به عند البيع . الثالث : ان لا يعلم به عند القبض ، واليهما الاشارة بقوله « اذا ظهر فيه عيب » فإن الظهور يستدعي سابقة الخفاء ، وهو عدم العلم كما لا يخفى . الرابع : ان لا يشترط البرائة من ذلك العيب خصوصاً ، او من العيب عموماً ، واليه الاشارة بقوله « ما بيع مطلقاً » الخامس : ان لا يزول العيب قبل الفسخ ، واليه الاشارة بجعل ثبوت الخيار مرتباً على قوله « اذا ظهر الخ » كما لا يخفى على من تدبر .

وذكر في البحر قيداً سادساً وهو ان لا يتمكن المشتري من ازالة ذلك العيب بلا مشقة ، كنجاسة ثوب لا ينقص بالنقل لتمكنه من غسله . وفيه ان النجاسة اذا كان غسلها لا ينقص الثوب لا يكون . عيباً والمسئلة مفروضة بظهور العيب ، فلا معنى لهذا القيد . وعبارة اللؤلؤ الجيه كما في البحر : اشترى ثوباً فوجد فيه دماً ، ان كان اذا غسل الدم ينقص الثوب ، كان عيباً لوجود حده ، والا لا يكون عيباً . وفي البرازية : وجد المشتري في الجبة فأرة ميتة ، وبصرها الفتق ، ردها لأنه عيب . وان لم بصرها ، لا . وان تعذر الرد بالبس رجح بالنقصان اهـ - فتأمل وانظر ما اذا كان مشتري الثوب الذي ينقص بفسل نجاسته ، والجبة التي تنقص بفتقها لاجراج الفأرة الميتة منها ، غير مسلم ، ولا يعتقد النجاسة هل تكون النجاسة عيباً في حقه ايضاً ام لا ، انه لا يعدها عيباً اذ لا فرق عنده بين النجس وغيرها : لم ار من تعرض لذكره ، وليحزر . ثم رأيت في الخانية في فصل في البرائة عن العيب ما نصه : يهودي باع يهودياً زيتاً وقد وقعت فيه قطرات من الخمر ، جاز البيع ولا يكون له ان يرده ، لأن هذا ليس بعيب عندهم اهـ وهو موهب لما قلته والله الحمد اهـ منه

❀ تمة ❀

ذكر في جامع الفصولين : لو علم المشتري بعني علم بالعيب عند البيع او عند التقبض ، الا انه لم يعلم انه عيب ، ثم علم ، ينظر ان كان عيباً بيناً لا يخفى على الناس كلفندة ونحوها ، لم يكن له الرد . وان خفي فله الرد . ويعلم منه كثير من المسائل اهـ وفي الخانية : ان اختلف التجار فقال بعضهم انه عيب بعضهم لا ، ليس له الرد اذا لم يكن عيباً بيناً عند الكل اهـ (رد المحتار) ثم ان التخيير بين الأخذ

بالمسمى والرد مقيد بما اذ لم يتعين امساكه ، كحلالين احراما او احدهما (كذا في الدر)
يعني اذا اشترى احد الحلالين من الآخر صيداً ثم احراما او احدهما ثم وجد المشتري
به عيباً ، امتنع رده ورجع بالنقصان اه (رد المختار) وانما امتنع رده لأنه وجب
على المحرم ارساله كما ذكره في باب الحج .

والحاصل انه اذا وجد ما يمنع الرد بتعين الأخذ ، لكن في بعض الصور يرجع
بنقصان العيب كما سيأتي في المواد الآتية ، وفي بعضها لا يرجع .

وفي الدر عن المحيط: وصي او وكيل او عبد مأذون شري شيئاً بألف وقيمته
ثلاثة آلاف ، لم يرد به عيب للاضرار ببيتيم وموكل ومولى اه يعني اذا بقيت قيمته
زائدة عن ثمنه مع وجود العيب كما قدمناه عن كتاب آداب الاوصياء في شرح المادة (٣٣٥)
وفي رد المختار عن الفتح: لو اشترى الذي خمر أو قبضها وبها عيب ثم اسلم ، سقط
خيار الرده قال في النهر: وينبغي الرجوع بالنقصان في المستثنين اه وفي رد المختار ايضاً
ما في الذخيرة: اشترى من آخر عبداً وباعه من غيره ثم اشتراه من ذلك الغير
فراى عيباً كان عند البايع الاول ، لم يرد على الذي اشتراه منه لانه غير مفيد ،
اذا لو رده يرد الآخر عليه ، ولا على البايع الاول لأن هذا الملك غير مستفاد
من جهته اه ولو وهب البايع الثمن ثم وجد في المبيع عيباً قيل لا يرد ، وقيل يرد
اتفاقاً (خاتبة) ثم جزم بالقول الثاني ، وجزم في البرازية بالاول . ومن ذلك
ما في كافي الحاكم: اشترى جارياً فوجدا بها عيباً فرضي احدها ، لم يكن للآخر
ردها عنده ، وله رد حصته عندهما اه والمتون على قوله ، لضرر البايع بعيب
الشركة . اما لو كان البايع اثنين والمشتري واحداً فله ان يرد نصيب احدهما بخيار
العيب اتفاقاً . كذا في مجمع الانهر .

ومن المسائل التي يمتنع فيها الرد ولا يرجع بالنقصان ما في البرازية: لو باع
الوارث من مورثه ثياب المشتري وورثه البايع ووجد به عيباً ، رده للوارث الآخر
ان كان . فإن لم يكن له وارث سواه لا يرد ولا يرجع بالنقصان .
ومنها ما في الدر المختار من كتاب النصب: لو شري حياصة فضة بموهمة
بالذهب بوزنها فضة فزال تمويهها عند المشتري ثم وجد بها عيباً ، فلا رجوع بالعيب
القديم لتعيبها بزوال التمويه ، ولا بالنقصان للزوم الربا .

ومنها ما في البزازية ايضاً : كل تصرف يدل على الرضى بالعيب بعد العلم به بمنع الرد والرجوع (افاده في رد المختار) وقد يرد بالعيب ولا يرجع بالثمن كما لو باع عبداً وسلمه ووكل رجلاً بقبض ثمنه ، فقال الوكيل قبضته فضاع او دفنته الى الامر وحمد الامر كله ، قال قول للوكيل مع يمينه ويرى المشتري من الثمن ، فلو وجد به عيباً ورده لا يرجع بالثمن على البائع لعدم ثبوت القبض في زعمه ، ولا على الوكيل ، لأنه لا عقد بينها ، وانما هو امين في قبض الثمن ، وانما يصدق في دفع الضمان عن نفسه . قال رضى الله عنه : وعرف به انه اذا صدق الامر الوكيل في الدفع اليه يرجع المشتري بعد الرد بالعيب بالثمن على الامر دون القابض (كذا في الدرر وحواشيه)

✽ تنبيه ✽

قدمنا في اول هذا الفصل ان المشتري بنفرد بالرد لو قبل القبض . واما بعده ، فلا بد من التراضي او قضاء القاضي . ومعنى انفراده بالرد لو قبله انه لو قال بجزرة البائع « ابطلت البيع » بطل وان لم يقبل البائع كما في الخائبة . وفي جامع الفصولين : ولو رده بعد قبضه لا يفسخ البيع الا برضى البائع او بحكم . واستدل الرمي في حاشيته عليه انه لو وجد الرضى بالفعل كتسلمه من المشتري حين طلبه الرد بفسخ البيع ، لأن من المقرر عندهم ان الرضى بثبت تارة بالقول وتارة بالفعل اه مختصراً .

قال في رد المختار : واما ما يقع كثيراً من انه اذا اظلم على عيب في الدابة يردها الى منزل البائع ويقول ذلك دابتك لا اربدها ، فليس يرد ، وتهلك على المشتري ولو تعهدا البائع حيث لم يوجد بينها فسخ قولاً او فعلاً اه . ثم انه اذا رد المشتري المبيع برضا البائع كان فسخاً في حقها بيعاً في حق غيرها . وان رده بقضاء القاضي كان فسخاً في حقها وحق غيرها ايضاً (هندية)

✽ وليس له ان يمسك المبيع وياخذ مما نقصه العيب ✽

الايضا بابيه (ملحق) لأن الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بالعقد لكونها تبعاً . الا اذا صدرت مقصودة فيقابلها . وتصير مقصودة بأحد امرين اما بالانلاف من البائع ، كما اذا عيبه البائع بيده قبل القبض ، واما بالنقص حكماً اذا

إذا امتنع الرد لحقّ البايع أو لحقّ الشرع بأنّ قص أو زاد في يد المشتري ، كما سيأتي (افاده الزيلعي)

وقول الملتقى « الا يرضا بابعه » يعني اذا رضي البايع ان يدفع للمشتري دراهم عن نقصان العيب ولا يرد عليه المبيع الميب ، يجوز ، ويجعل خطأ من الثمن . اما لو اصطحا على ان يدفع المشتري دراهم الى البايع ويرد عليه ، لا يصح ، اذ لا وجه له غير الرشوة - الا اذا كان حدث به عيب آخر عند المشتري او لم يقر البايع بالعيب القديم (افاده في جامع الفصولين) .

المادة ٢٣ - * العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبرة *

ولو يسيراً ، لأن ثبوت الرد بالعيب لضرار المشتري ، وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به (كذا في الفتح) .
ثم ان هذه المادة عبارة عن ضابط كلي يعلم به العيوب بلوجبة الخيار على سبيل الاجمال (كذا في مجمع الأنهر) . وزعم العلامة بن عابدين في رد المحتار ، ان قولهم في ضابط العيب « ما ينقص الثمن عند التجار » مبني على الغالب ، والا فهو غير جامع وغير مانع . اما الاول فلما في الخانية : وجد الشاة مقطوعة الأذن : ان اشتراها للاضحية له الرد ، و كذا كل ما يمنع التضحية . وان لغيرها ، فلا ، ما لم يبدئه الناس عيباً . والقول للمشتري ان اشتراها للاضحية في زمانها ، وكان من اهل ان يضيها او كذا ما في البرازية : اشترى شجرة ليتخذ منها الباب فوجد ما بعد القطع لا تصلح لذلك ، رجع بالنقص ، الا ان يأخذ البايع الشجرة كما هي اه . وفيها ايضاً : اشترى ثوباً او خفاً او قلنسوة فوجد صغيراً ، له الرد اه . فان هذا الضابط لا يشمل هذه المسائل اذ ليس فيها عيب ينقص الثمن عند التجار اصلاً ، لأن المبيع فيها وان لم يصلح لهذا المشتري يصلح لغيره . مع ان الخيسار للمشتري ثابت فيها ، وما ذاك الا لاعتبار عدم غرض المشتري عيباً موجباً للرد .

واما الثاني ، يعني كونه غير مانع ، فلما في البرزابة ايضاً : لو كانت الدابة بطيئة السير ، لا يرد ، الا اذا شرط انها عجول وفيها ايضاً : اشترى دابة فوجدها كبيرة السن ليس له الرد ، الا اذا شرط صفرها ، قل : وسيأتي ان الثبوت ليست بعيب الا اذا شرط عدمها . فان هذا الضابط يشمل هذه المسائل لأن كلاً من بطوء السير وكبر السن والثبوت تنقص الثمن عند التجار ، مع ان الرد لا يثبت فيها فلا بد من تقييد هذا الضابط بما قيده به الشافعية . والزيادة فيه كما زادوا فانهم قالوا في ضابط العيب انه المنقص للقيمة او ما يفوت به غرض صحيح ، بشرط ان ان يكون الغالب في امثال المبيع عدمه . فان زيادة قولهم « او ما يفوت به غرض ، صحيح » تدخل المسائل الأولى . وبقيد كون الغالب في امثال المبيع عدمه يخرج الثانيه . هذا حاصل ما ذكره العلامة بن عابدين في رد المختار ، وامر باغتنامه . وعندني فيه نظر لا يخفى ، فان جميع هذه المسائل الواردة جمعاً ومنعاً ليست هي من باب خيار العيب اصلاً ، وانما هي من باب خيار الوصف . فثبوت الخيار في مسألة الاضحية والشجرة والثوب والخف والقلنسوة انما هو لفوات وصف مرغوب فيه قد اشترط في العقد وجوده في المبيع صريحاً او دلالة ، وقد قدمنا اول الفصل الثاني عن البحر ان اشترط الوصف المرغوب اما ان يكون صريحاً او دلالة الخ ، فليراجع . وذكره في الدر المختار ايضاً متناً وشرحاً . واما عدم ثبوت خيار الرد في مسائل بطوء السير والثبوت فلائها لم تشرط بالعقد اضدادها من مرعة السير وصفر السن والبكارة ، لا صريحاً ولا دلالة . وقد قدمنا في شرح المادة (٣١٠) نقل رد المختار عن المحيط ان انعدام ما ليس بشروط في البيع ولا ذكر صفته للمبيع لا يوجب الخيار . وقد ذكر في الدر المختار وغيره ان الثبوت ليست بعيب ، الا اذا شرط عدمها . ومثلها البطوء وكبر السن .

والحاصل ان من لم يفرق بين خيار الوصف وخيار العيب يحتاج في هذا الضابط الى الزيادة والقيود المذكورين لأجل الاذخار والاخراج ، كما فعل الشافعية . واما من يجعل خيار العيب هو غير خيار الوصف كما هو في عامة كتب الخفية ، فلا حاجة الى ما ذكر . لأن هذا الضابط في باب خيار العيب كلي جامع مانع وقد سمعت ما نقلناه عن مجمع الانهر في صدر هذه المقالة ، كيف وقد

اتفقت عليه كلمتهم متوناً وشروحاً وفتاوى ؟ فاعنتنم هذا التحرير ودع عنك ما حرره ذلك التحرير ، فإن الجواد قد يكبو ، والزناد قد يجبو . ثم الظاهر ان المراد بالثمن في قولهم « ما ينقص الثمن » القيمة ، لان الثمن الذي اشترى به قد يكون اقل من قيمته ، بحيث لا يؤدي نقصانها في العيب الى نقصان الثمن به . كما لو اشترى شيئاً بمشرة وقيمتها مائة مثلاً فوجد به عيباً ينقص قيمته عشرة ، فإن له الخيار مع ان العيب لم ينقص من الثمن شيئاً . لكن لما كان الثمن في الغالب مساوياً للقيمة ، اعتبروا به عنها . تأمل (رد المحتار موضحاً) .

ثم ان المراد بالتجار وارباب الخبرة ارباب المعرفة من كل تجارة وصنعة (در) يعني انه يعتبر في كل تجارة اهلها ، وفي كل صنعة اهلها (رد المحتار) .

ولا بأس بذكر نبذة من العيوب التي ذكرها الفقهاء في الدواب وغيرها : ففي الهندية : اشترى بقرة لا تحلب ، فإن كان مثلها يشتري للحلب فله ان يرد ، وان للحم ، فلا . ولو كانت تأخذ بضرعها وتمص جيم لبنها ، فهو عيب .

وقلة الاكل في الدواب عيب وليس بعيب في بني آدم . ولو كانت الدابة آكلة خارجاً عن العادة ليس بعيب .

اشترى حماراً لا ينهق ، عيب .

اشترى ثوراً فإذا هو بنام في وقت الشغل ، يكون عيباً .

وان كان الحمار يمش كثيراً دائماً ، فهو عيب . وان كان في الاحابيين فليس

بعيب .

اشترى دابة تأكل الذباب . ان كثر ذلك فهو عيب ، وان في الاحابيين

فليس بعيب .

اشترى حماراً تنزوع عليه الحمر ، ان كان مقهوراً ، فهو ليس بعيب . وان سلم

نفسه ، لذلك فهو عيب .

والدخس عيب ، وهو ورم دون حافر الدابة . والغزل عيب وهو ميلان في

الذنب .

والمشش عيب وهو شئ يخرج في ساق الدابة يكون له حجم وليس له صلابة .

وبل الحلاة عيب اذا انقص الثمن لأجله ، يعني اذا كان يسيل من ماء فم

الدابة ما تبتل به الخلاة التي جعل فيها الملف . وخلق الرأس عيب وهو ان يكون له حيلة يحجم رأسه من المقود وان شد عليه . والحرن ، وهو ان يقف ولا يتقاد ، والجروح ، وهو ان لا يقف عند الالجام ، عيب .
والجرذ بالذال المعجمة عيب ، وهو كلما يحدث في عرقوب الدابة من تزايد او اتفاح عصب .

والصكك عيب وهو ان يصطك الساقان والرجلان عند المشي .
وان كان في الثوب دهن فهو عيب لأن الدهن قلما يزول كله فيعد عيباً .
اشترى حانوتاً فوجد بعد القبض على يابه مكتوباً « وقف على مسجد كذا » لا يرد ، لأنه علامة لا تبنتي عليها الاحكام .

اشترى ارضاً فظهر انها مشثومة ينبغي ان يتمكن من الرد (كذا في القنية)
واذا اشترى حنطة مشاراً اليها فوجدها رديئة فليس له حق الرد بالعيب وكذا اذا اشترى اثناء فضة بعينه فوجدها رديئة من غير غش ولا كسر . فلم يعتبر الرديئة في الكيل والموزون عيباً ، وان وجد الحنطة مسوسة او عفنة كان له ان يرد ما .

اشترى ارضاً فوجد فيها طربقاً يمر فيه الناس ، كان له ان يرد بالحجة .
ولو اشترى كرمًا فوجد فيه بيوت النمل كثيراً كان له ان يرد . وكذا لو وجد في الكرم عمر الغير او مسيل ماء الغير .

اشترى داراً ولها مسيل ماء الى ساحة الغير ثم ظهر انه بغير حق ولم يعلم وقت الشراء انه بغير حق ، فلها الرد ، وان شاء امسكه ورجم بنقصانه اه ما في الهندية وتامه فيها .

ولو استحق بعض البيع قبل قبضه بطل البيع في قدر المستحق ، ويخير المشتري في الباقي ، سواء اورث الاستحقاق عيباً في الباقي او لا ، لتفرق الصفقة قبل التمام وكذا لو استحق بعد قبض بعضه سواء استحق المقبوض او غيره ، ويخير ، لما مر من التفرق . ولو قبض كله فاستحق بعضه بطل البيع بقدره . ثم لو اورث الاستحقاق عيباً فيما بقي يخير المشتري .

ولو لم يورث عيباً فيه كحويين او قنين استحق ، احدهما او كليهما او وزني استحق بعضه ولا يضر تبميضه ، فالمشتري يأخذ الباقي بدون خيار اه (جامع الفصولين عن شرح الطحاوي)

المادة ٣٣٩ - * العيب القديم هو ما يكون موجود في
المبيع وهو عند البائع *

ولا بد مع ذلك من وجوده عند المشتري ايضاً . اما اذا وجد عند البائع و زال
ولم يمد عند المشتري ، فلا يثبت به الخيار . وكذا اذا عاد ، لكن بسبب جديد غير
السبب الاول . ففي البزازية : لو كان به عرج فبري ، بمالجة البائع ثم عاد عند
المشتري لا يرد ، وقيل يرد ، ان عاد بالسبب الاول اه . وفي فتاوي قاضي خان :
اشترى عبداً قبضه لحم عنده وكان يحمم عند البائع ولم يعلم المشتري ، قال الشيخ
الامام ابو بكر محمد بن الفضل المسئلة محفوظة عن اصحابنا انه ان حم عند المشتري
في الوقت الذي كان يحمم عند البائع كان له ان يرد ، او في غيره فلا ، قيل له
لو اشترى ارضاً فنزت عند المشتري وقد كانت تنزع عند البائع ، قال له ان يرد
لان سبب النزوح واحد وهو تسفل الارض وقرب الماء فكان الثاني عين الاول الا
ان يجي . ماء غالب او كان المشتري رفع التراب عن وجه الارض فيعلم انها نزت
لرفع التراب او للماء الغالب الذي جاء من موضع آخر فيكون النزاع عند المشتري
غير الذي كان عند البائع او يشبهه فلا يدرى انه عين ذلك او غيره ، فلا يكون
له ان يرد ، قال القاضي الامام ابو الحسن السفدي رحمه الله تعالى : الجواب في
مسئلة الحمى والتزما قال الشيخ الامام ، الا انه يشكك بما ذكره في الزيادات في رجل
اشترى جارية بيضاء احدى العينين وهو لا يعلم بذلك فانجلى البياض عند
المشتري ثم عاد ، ليس له ان يرد ، وجعل الثاني غير الاول . ولو اشترى جارية بيضاء
احدى العينين وهو يعلم بذلك فلم يقبضها حتى انجلى البياض ثم عاد بياضها عند البائع ،
لا يكون للمشتري ان يرد ما . وجعل الثاني عين الاول الذي رضي به اذا كان
الثاني عند البائع ، ولم يجعل الثاني عين الاول اذا عاد البياض عند المشتري ،
وقال لا يرد . ثم قال في الجروني في الوقعات الحسامية : اشترى جارية وفي احدى عينها
بياض فانجلى البياض ، ثم عاد قبض المشتري وهو لا يعلم بذلك ، ثم علم ، فله ان

يرد . فرق بين هذا وبيننا اذا قبض وفي احد عينها يياض وهو لا يعلم بذلك
انجلي البياض ثم عاد ، ليس له ان يرد . والفرق ان البياض الثاني غير الاول حقيقة .
الا انه في الصورة الاولى الثاني حدث في بد البابع ، فيوجب الرد . وفي الثانية البياض
الثاني حدث في بد المشتري ، ولا يوجب الرد اه وبهذا ظهر انه لا اشكال - نعم
على ما تقدم من امتناع الرد في المسئلتين مشكل ، اه ما في البحر .

وفيه : والاصل ان المعاودة عند المشتري بعد الوجود عند البابع شرط للرد ،
الا في مسائل : الاولى زنى الجارية ، والثانية الولد من الزنى ، الثالثة ولادة الجارية
عند البابع او غيره ، فإنها عيب ترد به على رواية كتاب المضاربة ، وهو الصحيح ،
وان لم تلد ثانياً عند المشتري ، لان الولادة عيب لازم لان الضعف الذي يحصل
بها لا يزول ابداً ، وعليه الفتوى اه .

وقوله « ولادة الجارية عند البابع الخ » اي لان البابع ، والا كانت ام ولده فلا يصح بيعها .
وذكر في رد المحتار عن البرازية ان الولادة في البهائم ليست بعيب الا ان
توجب تقصاناً ، وعليه الفتوى اه - وانظر ما اذا اشترى دابة من جواد الخيل
كعنكية الجنس وامثالها ثم ظهر ان امها هي كذلك لكن اباه ليس كذلك ، بل هو
برزون ، فإنهم وان ذكروا ان البهائم تنسب الى امهاتها دون ابائها ، الا ان هذا
ينقص ثمنها عند اهل الخبرة بالخيل تقصاناً فاحشاً ، فهل يكون ذلك عيباً كالتولد
من الزنا ، فلمشتري الرد به لأنه عيب لا يمكن فيه المعاودة ؟ - الظاهر نعم ،
وان لم اره صريحاً ، وليسيراجم .

❀ تمة ❀

قال في الهندية : يجب ان يعلم بأن العيب نوعان : ظاهر يعرفه القاضي بالمشاهدة
فالقروح والعمى والاصبع الزائدة ، وباطن لا يعرفه القاضي بالمشاهدة .
والظاهر انواع : قديم كالاصبع الزائدة ونحوها ، وحديث لا يحتمل الحدوث
من وقت البيع الى وقت الخصومة كأثر الجدري ، وحادث يحتمل الحدوث من وقت البيع
الى وقت الخصومة كالجراحات وما اشبهها ، وحادث لا يحتمل التقدم على مدة البيع .
واما الباطن فنوعان : نوع يعرف بأثار قائمة كالنثابة والحبل والداء في

موضع لا يطلع عليه الرجال ، ونوع لا يعرف بآثار قائمة كالسرقة والاباح
والجنون .

فإن كانت الدعوى في عيب ظاهر يعرفه القاضي بالمشاهدة ، ينظر إليه ، فإن
وجده سمع الخصومة . وما لا ، فلا . فإن كان العيب قديماً او حديثاً لا يحدث
من وقت البيع الى وقت الخصومة ، كان للمشتري بأن يردّه لأننا عرفنا قيامه للحال
بالمعاينة ، وتيقنا بوجوده عند البايع اذا كان لا يحدث مثله اولا يحدث في
مثل هذه المدة ، الا ان يدعي البايع سقوط حق المشتري في الرد بالرضى
او غيره ، ويكون القول فيه للمشتري مع يمينه ، ثم عند طلب البايع يمين المشتري
يخلف المشتري باتفاق الروايات . وعند عدم طلبه ، عامة المشايخ على انه لا يخلف
في ظاهر الرواية .

ثم كيف يخلف المشتري ؟ - اكثر القضاة على ان يخلف بالله ما سقط حقه
في الرد بالعيب من الوجه الذي يدعيه ، لانصاً ولا دلالة ، وهو الصحيح . وان
كان عيباً يحتمل الحدوث في مثل هذه المدة ويحتمل التقدم عليها او كان مشكلاً
فالقاضي يسئل البائع أكان به هذا العيب في يده ؟ فإن قال نعم ، كان للمشتري ،
حق الرد ، الا ان يدعي البايع سقوط حقه في الرد ، ويثبت ذلك بتكوله او بالبينة
فإن انكره ، فالقول قوله مع يمينه ان لم يكن للمشتري بينة على كون هذا العيب
عند البايع . ونسكلوا في تحليفه ، قال مشايخنا : الصحيح انه يخلف بالله ما له حق
الرد عليك بهذا العيب الذي يدعيه

وان كان عيباً لا يحتمل التقدم على مدة البيع ، فالقاضي لا يردّه على البايع .
واما اذا كان العيب باطناً ، فإن كان يعرف بآثار قائمة في البدن وكان في موضع
يطلع عليه الرجال ، فإن كان للقاضي بصارة بمعرفة الامراض ينظر بنفسه ،
وان لم يكن له بصارة يسئل عمن له بصارة ويعتمد على قول عدلين ، وهذا احوط ،
والواحد يكفي . فاذا اخبره واحد عدل بذلك ، يثبت العيب بقوله في توجه
الخصومة ، فيخلف البايع ولا يرد بقول هذا الواحد اه . وتامه فيها في الفصل
الرابع في دعوى العيب والخصومة فيه واقامة البينة ، فليراجع .

المادة ٣٤ - * العيب الذي يحدث في المبيع وهو في يد
البايع بعد العقد وقبل القبض حكمه حكم العيب القديم الذي يوجب
الرد *

ولو ادعى البايح حدوثه في يد المشتري ، والمشتري قدمه في يد البايح ،
فالقول للبايع والبينة للمشتري (كذا في الدر)
رجل اشترى عبداً فوجد به عيباً فانكر البايح ان يكون عنده فأقام المشتري
شاهدين شهد احدهما انه باعه وبه هذا العيب ، وشهد الآخر على اقرار البايح بالعيب ،
لا تقبل (خاتمة) ولو اثناع في صفتين بأن اشترى نصفه بخمسين ديناراً ثم اشترى
منه النصف الآخر بماية دينار وعلم بعيب فيه وقال كان قبل البيعين ، وقال
البايع حدث عندك بعدها ، فقول للبايع . ولو قال المشتري احلفه في النصف
الثاني واتوقف في النصف الاول ، لا في اتيقن بالعيب عند البيع الثاني واشك فيه عند البيع
الاول ، له ذلك فإن حلف لزم ، والا يرد ، وله ان يستحلفه بمد في النصف الاول . ولو خاصم
المشتري في النصف الاول قبل ان يخاصمه في النصف الثاني بذلك النكول
لم يكن له ذلك حتى يخاصم فيه خصومة مستقبلة . ولو خاصمه في النصفين كان له
ذلك ، واقارره بالعيب في النصف الاول اقرار به في النصف الثاني - بخلاف
العكس . ونكوله في احدهما ليس بنكول في الآخر . واذا خاصمه في النصفين جميعاً
لم يكن على الواحد الايمين واحدة لأنه جمع بين الدعويين فيكتفي ليمين واحدة
كما لو جمع بين الديون في الدعوى . وان نكل لزمه كل العبد . وان حلف في
النصف ونكل في النصف لزمه ما نكل ، لا غير . واما اذا كان البايح اثنين فبايع
عبداً من رجل صفقة او صفتين فبات احدهما وورثه الآخر ثم طعن المشتري بعيب
فيه ، ان شاء خاصمه في احد النصفين وان شاء فيها ، فإن خاصمه في احد النصفين
حلفه فيما باعه على البتات ، وفيما باع مورثه على العلم . فإن حلف في احدهما لم يقع

به الاستثناء عن اليمين في النصف الآخر، وان نكل في احدهما لم يكن ذلك لازماً في النصف الآخر . وان جمع بين النصفين في الخصومة فلا يتخلوا اما ان يكون البيع صفقة أو صفقتين . فإن كان صفقتين حلفه على النصفين ، ويجمع بين اليمين بالله تعالى لقد بعته النصف وسلمته وما به هذا العيب ولقد باعه صاحبك نصفه وسلمه وما يعلم به هذا العيب . هذا بالاتفاق . فأما اذا كانت الصفقة واحدة ، فكذا الجواب عند محمد رحمه الله تعالى . وعند ابي يوسف رحمه الله يكفي باليمين على نصيبه خاصة على البتات ، وينوب تلك عن يمينه في النصف الذي باعه مورثه (هندية) .

المادة ٣٤١ * اذا ذكر البايع ان في المبيع عيب كذا وكذا وقبل

المشتري مع علمه بالعيب لا يكون له الخيار بسبب ذلك العيب *

وانما له الخيار بسبب آخر لو ظهر في المبيع ، لأنه انما رضي بما ذكره البايع لا بغيره ، وهو ظاهر .

وقوله « مع علمه بالعيب » ليس المراد ان يكون المشتري قد رأى العيب ، فإن هذا ليس بشرط ، بل بمجرد ذكره من البايع اذا رضي به سقط خياره ، كما في التبين للزيلعي . وانما هو قيد لقوله « وقبل المشتري » لاخراج ما لو كان قبول المشتري قبل ان يذكر البايع العيب ، فإن له الخيار حينئذ ما لم يصدر منه ما يسقطه ، تأمل .

وقوله « لا يكون له الخيار الخ » يعني وان لم يشترط البراءة منه صريحاً ، لأن قبول المشتري الشراء بعد ذلك عيب المبيع ، رضاه بالعيب . وكذا ذكر في الدر المختار وحواشيه ما حاصله انه لو قال البايع للمشتري برئت اليك من كل عيب الا ابائه ، بإضافة الاباق اليه ، يكون اخباراً بإباق العيب ويكون المشتري راضياً به قبل الشراء ، فلا يرد به بسبب الاباق عنده ، بخلاف قوله الا الاباق ، بسلا

اضافة ولا وصف ، اذ ليس فيه اقرار بايقافه للحال فلم يوجد رضی المشتري به ،
فله زده ام .

ثم ان كون البايع قد عين العيب كما يشير اليه قوله « عيب كذا وكذا » انما
هو تمهيد لقوله « لا يكون له الخيار » بسبب ذلك العيب ، والا فلو ذكر له البايع
عيباً مجهولاً كان الحكم كذلك ، كما لو ذكر ان في المبيع عيباً واحداً ولم يعينه وقبل
المشتري ، فإنه لو ظهر فيه عيب واحد ليس له الرد ، بخلاف ما لو ظهر فيه عيبان .
قال في الهندية : اذا اشترى عبدین علی ان باحدهما عيباً فوجد باحدهما عيباً . ليس
له حق الرد . ولو وجد به عيبين فله حق الرد . وكذلك لو وجد بكل واحد
منها عيباً فله حق الرد . فبعد ذلك ينظر : ان كان ذلك قبل القبض ردهما
جميعاً ، وان كان بعض القبض يرد ايها شاء . وهذا قول محمد رحمه الله تعالى ،
فالخيار للمشتري عنده . فإن كان قبض احد العبدین ولم يعلم بالعيب فيه ، ثم علم
بالعيب بالعبد الآخر وقبضه مع العلم بالعيب فيه ، ثم علم بالعيب بالذي قبضه اولاً ،
كان له ان يرد ايها شاء . فإن اراد رد الذي قبضه مع العلم بالعيب ، فقال
البايع ليس لك ان ترده لأنك رضيت بعيبه حين قبضته مع العلم بالعيب ، لا
يلتفت الى قول البايع . وان علم بقيام العيب بالعبدین ثم قبضها او قبض
احدهما ، كان ذلك اختياراً لها .

وفيها : اذا اشترى عبداً علی ان به عيباً واحداً فوجد به عيبين وقد
تعذر رده بموت او ما شبه ذلك ، فنقد ابي يوسف رحمه الله تعالى الخيار للبايع .
وقال محمد رحمه الله الخيار للمشتري يرجع بنقصان اي العيبين شاء ، فيقوم
العبد وبه العيبان ، ويقوم وبه العيب الذي لا يريد الرجوع بنقصانه ، فيرجع بفضل
بينهما . وكذلك اذا وجد به ثلاثة عيوب وتعيب عنده بعيب زائد حتى تعذر
الرد ، يرجع بنقصان العيبين من الثلاثة ، اي ذلك شاء ما عند محمد رحمه الله فيقوم
وبه العيب الذي يريد الرجوع بنقصانه ، ويقوم وبه العيوب الثلاثة ، ويرجع
بفضل ما بينها .

وفيها : اذا باع من آخر عبداً علی ان لا عيب به ، ولكن تبرأ اليه
عن عيب واحد ، فاشتراه علی ذلك وقبضه ، ثم وجد به عيبين وقد تعذر

رده بسبب من الاسباب ، يرجع بنقصان ابي الميبيّن شاه من قيمته صحيحاً بخلاف ما اذا لم يقل في الابتداء لا عيب به ، فان هناك يرجع بنقصان اي الميبيّن من قيمته معيباً بالعيب الآخر اه .

وفي الخانية : ولو باع جارياً وقال برئت اليك من كل عيب بعينها ، فاذا هي عوراء ، فانه لا يبرء وكان له ان يرد . وكذا لو قال برئت اليك من كل عيب يدها ، فاذا هي مقطوعة الكف ، لا يبرء لان البرائة عن عيب اليد والعين يكون حال قيام اليد والعين ، لا حال عدمها وان كانت مقطوعة اصبع واحدة ، يري . وان كانت مقطوعة اصبعين ، فما عيان . ولا يبرء اذا كانت البرائة عن عيب واحد باليد .

وفيها : رجل اشترى ثوباً فأراه فيه الباع خرقاً فقال المشتري قد ابرأتك عن هذا الخرق ، ثم جاء المشتري بعد ذلك يريد ان يقبض الثوب من الباع فرأى الخرق ، فقال المشتري ليس هذا مثل ما ابرأتك منه ، كان ذلك شبراً وهذا ذراع ، كان القول في ذلك قول المشتري . وكذلك في زيادة يابض العين . وكذلك لو قال ابرأتك عن هذا البرص ، ثم قال هذا غير ذلك حدث بعد الابراء . ولو شرط البرائة عن عيب واحد او عيبيّن ، كان ذلك اقراراً بذلك العيب . يانه : اذا باع عبيدين على انه يري من كل عيب بهذا العبد بعينه وسلمها الى المشتري فاستحق احدهما ووجد المشتري بالآخر عيباً ، لزمه الميعب بمحضته من الثمن فيقسم الثمن على العبيدين وهما صحيحان لا عيب بهما . فاذا عرفت حصة المستحق رجع المشتري على الباع بمحضه المستحق من الثمن . ولو باع عبيدين بثمن واحد على انه يري من عيب واحد بهذا العبد ، ثم استحق احدهما ، فوجد بالذي يبرء عن عيب واحد به عيباً ، فانه يقسم الثمن عليهما على قيمة المستحق صحيحاً وعلى قيمة الآخر وبه عيب واحد . فاذا عرفت حصة المستحق رجع المشتري على الباع بمحضه المستحق من الثمن اه .

المادة ٣٤٢ - * اذا باع مالا على انه بريء من كل عيب ظهر فيه لا يبقى للمشتري خيار عيب *

قوله : « ظهور فيه » هذه زيادة من المترجم لا وجود لها في اصل المادة المترجمة .
لان عبارتها التبركية هكذا (باع بر مالي هر عيب دعوا سندن ذمتي بريء اولمق شرطيه صاند قدده مشتري ايجون خبار عيب يوقدر) وترجمتها الصحيحة « اذا باع ماله بشرط براءة ذمته من دعوى كل عيب فلا يكون للمشتري خيار عيب »
وعليها فيدخل في البرائة المذكورة ، العيب الموجود وقت البيع والعيب الحادث بعده قبل القبض ، بخلاف ما لو قال من كل عيب به ، فإنه لا يدخل العيب الحادث بعده قبل القبض . وبخلاف قوله من كل عيب ظاهر فيه ، فإن الغالب انه لا يدخل في البرائة غير العيوب الظاهرة فيه وقت العقد ، فليتأمل .

وعبارة الدر متنا وشرحا : « وصح البيع بشرط البرائة من كل عيب وان لم يسم اي لم يذكر اسماء العيوب ، خلافا للشافعي ، لان البرائة عن الحقوق المجهولة لا تصح عنده ، ونصح عندنا لعدم افضائه الى المنازعة . ويدخل فيه الموجود والحادث بعد العقد قبل القبض فلا يرد بعيب . وخصه مالك ومحمد بالموجود كقوله « من كل عيب به » فإنه لا يدخل فيه الحادث اجماعا . ولو قال « مما يحدث » يعني باع بشرط البرائة من كل عيب به ، وما يحدث بعد البيع قبل القبض ، صح عند الثاني ، وفسد عند الثالث . هذا على رواية المبسوط . واما على رواية شرح الطحاوي فلا يصح البيع بالاجماع . اه بزيادة من حاشية رد المحتار . وتقل الطحاوي عن الحموي عن شرح المجمع ان الأصح ، وبه قطع الاكثرون ، انه فاسد اه واورد على رواية شرح الطحاوي انه لو ابراه عن كل عيب ، يدخل الحادث عندابي يوسف بلا تنصيص ، فكيف يبطله مع التنصيص ؟ واجب بمنع الاجماع ، لما علمت من رواية المبسوط . ولئن سلم فالفرق ان الحادث يدخل فيما تقرير غرضها ، وكم من كل شيء ، لا يثبت مقصودا

ويثبت تبعاً (رد المحتار عن الفتح) وفي الخانية: ولو تبرء الباع من كل عيب بدخل فيه العيوب والأدواء. وإن تبرء من كل داء، فهو على المرض. ولا بدخل فيه الكي والاصبع الزائده ولا اثر قرح قد يري. اهـ وقوله « فهو على المرض » اي سواء كان في الجوف او بغيره، كما هو الموافق لأصل اللغة. وما في التنوير وشرحه لمصنفه من ان الداء يطلق على ما في الباطن اعتماداً على ما هو المعروف في العادة، فقد رده في رد المحتار بأن عرفنا الآن موافقاً للغة اهـ.

اشترى عبداً فقال ان ساومه اياه اشتره فلا عيب به، فلم يتفق بينهما البيع، فوجد مشتربه به عيباً، فله رده على بايعه بشرطه، ولا يمنعه من الرد عليه اقراره السابق بعدم العيب، لأنه مجاز عن الترويج. ولو عينه، اي العيب، فقال لا حور به او لا شلل، لا يردده لإحاطة العلم به، الا ان لا يحدث مثله، كلا اصبح به زائده، ثم وجدها، فله رده للتيقن بكذبه. كذا في التنوير وشرحه الدر. قال في الهندية. ولو كان مكان العبد ثوب، وباقي المسئلة بجاملها، لا تسمع دعواه ولا يردده على بايعه في الوجهين جميعاً. ولو كان العيب مما لا يحدث مثله اصلاً، او لا يحدث مثله في هذه المدة، يرد القاضي العبد على بايعه. كذا في المحيط اهـ ولينظر ما للفرق بين العبد والثوب في ذلك. ولو باع عبداً وتبرء من كل قرح به، دخل تحته القروح الدامية وآثار قروح قد برمت، ولا بدخل تحته آثر الكي، لأن الكي غير القرح (هندية)

المادة ٣٤٣ - * اذا اشترى مالا وقبله بجميع العيوب لا تسمع منه دعوى العيب بعد ذلك. مثلاً لو اشترى حيواناً بجميع العيوب وقال قبلته مكسراً محطماً اعرج معيباً فلا صلاحية له بعد ذلك ان يدعي بعيب قديم فيه *

قال في رد المحتار: ولا خصوصية للفظ البرائة من كل العيوب، بل مثله

كل ما بوه ديه معناه ، ومنه ما تعرف في زماننا فيما اذا باع داراً مثلاً فيقول
بعتك هذه الدار على انها كوم تراب ، وفي بيع السدابة بقول مكسرة محطمة ، وفي
نحو الثوب يقول حراق على زناد ، ويريدون بذلك انه مشتمل على جميع العيوب .
فإذا رضيه المشتري لا خيار له لأنه قبله بكل عيب بظهر فيه .
وكذلك قولم بعته على انه حاضر حلال ، ويراد بيم هذا الحاضر بما فيه من اي
عيب كان سوى عيب الاستحقاق ، اي لو ظهر غير حلال اي مسروقاً او مفسوباً
يرجع عليه المشتري ، فهذا كله بمعنى البرائة من كل عيب .
ونظيره ما في البحر: لو قبل الثوب بميوه ييره من الخروق ، وتدخل الرقم
والرفواه اي لو كان فيه خرق لا يرده ، وكذا لو وجده مرقوعاً او مرفوقاً . وهو
من رفوت الثوب رفوقاً ، اي من باب قتل ، اي اصلحته .
وسئل العلامة ابراهيم البيري عن باع امة وقال ابيعك الحاضر المنظور ، يريد
بذلك جميع العيوب ، فأجاب ليس للمشتري رد الامة التي ابرأ عن جميع
عيوبها .

المادة ٣٢٤ - * بعد اطلاع المشتري على عيب في المبيع اذا
نصرف فيه تصرف الملاك سقط خياره *

اعلم ان خيار العيب بعد روية العيب على التراخي على المعتمد ، حتى لو
امسكه بعد الاطلاع على العيب مع قدرته على الرد ، يبقى خياره . وكذا لو خاصم
ثم ترك ثم عاد وخاصم فله الرد ، وكذا لو وجد عيباً ولم يجد البايع لرده فأطممه وامسكه
فإنه يرده على البايع لو حضر ، ولو هلك يرجع بالتقصان وهذا كله اذا لم يوجد من
المشتري رضاه بالعيب صريحاً او دلالة ، والا سقط الخيار . فالصريح كقوله رضيت
بالعيب المذكور ، او اسقطت خياري ، وما اشبهه . والثاني كقبض المبيع من البايع
بعد العلم بالعيب وكذا قبض بعضه لو كان قيمياً ، خلافاً لأبي يوسف . واما في
المثل قبض البعض رضياً بالمقبوض فقط ، وله رد ما لم يقبضه . ثم انه لا بد

للمشتري حين اطلاعه على العيب ان يكون علماً بأنه عيب كما قدمناه . ففي الخاتمة : لو رأى بالأمة قرحة . ولم يعلم انها عيب فشرها ثم علم انها عيب ، له ردها ، لأنه كما يشبه على الناس فلا يثبت الرضى بالعيب اهـ وقد منا انه لو كان مما لا يشبه على الناس كونه عيباً ليس له الرد « كذا في الدر وحواشيه ملخصاً » وفي رد المختار عن نور العين : قال الباع بعد تمام البيع قبل القبض : تعيب المبيع ، فانعمه المشتري في اخباره ويقول ان غرضه ان ارد عليه ، فقبضه المشتري ، لا يكون رضى بالعيب ولا تعمرنه اذا لم يصدقه . لكن الاحتياط ان يقول له لا اعلم بذلك ، وانا لا ارضى بالعيب فلو ظهر عندي ارده عليك اهـ ومن جملة ما يدل على الرضى بالعيب ما ذكره بقوله :

﴿ مثلاً لو عرض المشتري المبيع للبيع بعد اطلاعه على عيب قديم فيه كان عرض المبيع للبيع رضى بالعيب فلا يردّه بعد ذلك ﴾

ولو كان قد عرضه للبيع بأمر الباع بأن قال له اعرضه على البيع فإن لم يشتري منك رده علي . ولو طلب من الباع الاقالة فأبى . فليس بعرض فله الرد . ولو عرض بعض المبيع على البيع او قال رضيت ببعضه ، بطل خيار الروية وخيار العيب (رد المختار)

ومما يدل على الرضى بالعيب اللبس والركوب لحاجة ، ولو كان ركوبه للدابة لينظر الى سيرها ولبسه الثوب لينظر الى قدره . وهذا بخلاف خيار الشرط فإن اللبس والركوب لما ذكره لا يطله . والفرق كما في الذخيرة ان خيار الشرط مشروع للاختبار ، واللبس والركوب مرة يراد به ذلك - بخلاف خيار العيب ، فإنه شرع لرد ليصل الى رأس ماله عند العجز عن الوصول الى الغاية فلا يحتاج الى ان يختبر فليبيع .

ومما يدل على الرضى بالعيب ايضاً مداواة المبيع لو كان عبداً او دابة ، والمداواة به لو كان دراة . قال في البحر ، المداواة انما تكون رضى بعيب داراه ، اما اذا

داوي المبيع من عيب قد برىء منه البايع وبه عيب آخر فإنه لا يتمتع رده ، كما في
الولوية اه . وفي جامع الفصولين : شري مميكا فرأى عيبا آخر فمالج الاول
مع علمه بالثاني ، لا يرد . ولو عالج الاول ثم علم عيبا آخر ، فله رده اه قلت : بقي
ما لو اطلع على العيب بعد الشراء ولم يكن قد برىء البايع منه فداواه ثم اطلم على
عيب آخر ، والظاهر انه يرد ، كما لو رضي بالاول صريحا ثم رأى الآخر ، اذ
قد يرضى بعيب دون عيب ، او بعيب واحد لا بمبين .

وفي الذخيرة عن المتقي عن ابي يوسف : وجد بالجارية عيبا فداواها ، فإن
كان ذلك دواء من ذلك العيب فهو رضى ، والا فلا - الا ان يقصها اه ومن
ذلك اجارة المبيع وعرضه عليها والمطالبة بقلته والرهن . اما لو آجره ثم علم بالعيب ،
فله تقضها للمدر ، ويرده - بخلاف الرهن ، فلا يرد الا بعد الفكك .

ومنه ارسال ولد البقرة عليها ليرتضع منها وحلبه لبنها او شره . وهل يرجع
بالنقصان ؟ قولان : وابتداء سكنى الدار لا الدوام عليها ، وسقي الارض وذرعتها
وكسح الكرم والبيم كلاً او بعضاً ، والمهبة ولو بلا تسليم ، لأنها اقوى من العرض
ودفع باقي الثمن ، وجمع غلات الضيمة وكذا تركها لأنه تضييع . وليس منه اكل
ثمر الشجر وغلة القن والدار وضرب العبداء والدابة ان لم يؤثر الضرب فيه ، ولا
الركوب للرد على البايع او اشراء العلف لها او لسقيها حال كون المشتري لا بد له
من الركوب لعجز او صعوبة . وكذا لو ركبته ليرده فعجز عن البيئة فركبه جائئاً ،
فله الرد ، اي لردّه بعد ذلك اذا وجد بيئة على كون العيب قد بئما . لأن ركوبه
بمد العجز ليس دليل الرضى .

وفي الذخيرة : اذا طلاه بعد روية العيب او حجه او جز رأسه ، فليس
برضى . ثم ذكر تفصيلاً في الحجامة بين كونها دواءً لذلك العيب فهو رضى ، والا
فلا . وفيها : امر رجلاً ببيعه ثم علم ان به عيباً ، فإن باعه الوكيل بحضرة الموكل ولم
يقبل شيئاً ، فهو رضى بالعيب (رد المختار) .

* فروع *

الرضى بالقول لا يصح معلقاً ، لما في البحر عن البرازية : عثر على عيب فقال

للبيع : ان لم ارده اليك اليوم زويت به ، قال محمد القول باطل وله الرد اه -
لو قال البايح ركبها لحاجتك ، وقال المشتري بل لاردها عليك ، فالقول للمشتري
اه (در) - لو حمل على الدابة ثم اطاع على عيب في الطريق ولم يجد ما يحمله عليه
ولو اتقاه في الطريق يتلف ، لا يكون هذا عذراً . ولو حملها امتنع الرد . والفرق
بين هذا وبين ما اذا حملها عليها ، ان علفها مما يقومها اذ لولاه لا تبق ، ولا كذلك
الحمل ، كما في البزازية وجامع الفصولين والذخيرة . والحاصل ان الركوب او
التحميل لاجل غرضه دليل الرضى ، وان كان لمذر ، لأن عذره الزمه الرضى
بالميب لأنه لا يعتبر في حق البايح . وبه علم ان ما في الدر ومجمع الانهر عن القتح ضعيف
(افاده في رد المختار) - لو اشترى عبداً في عينه يياض فسأل باسه عنه فقال
انه من الضرب ويزول الى عشرة ايام ومضت العشرة ولم يزل ، لا يرده (هندية) -
وفيها : اشترى خشبة ليخذها مدقة شرط ذلك في البيع فقطعها في الليل واقترانه
ليس بها عيب ثم جدد العقد عليها بغير شرط فنظر اليها في النهار فوجدها معيبة
كان له ان يردها اه - وفيها : ولو اشترى بروزاً فخصاه ثم اطاع على عيب به ، كان
له الرد اذا لم ينقصه الخصاء اه - وفيها : ولو اشترى ثوباً فوجده صغيراً لا يمكن
قطعه فأراد رده فقال له البايح اره الخياط فإن قطعه والا رده علي فأراه الخياط
فاذا هو صغير لا يقطع ، فإن له رده ، وكذا الخف والقلنسوة ، وكذا اذا قضاه
دراهم زيوقاً فقال للقابض انفقها فإن راجت عليك والا تردها علي فقبلها على ذلك
فلم ترج عليه ، فله ان يردها استحساناً اه وهذا بخلاف ما لو اراد المشتري رد الميب
فقال له البايح به فإن لم يشتري منك رده علي ، فإنه لو عرضه على البيع يبطل الرد .
والفرق ان الدراهم حيث لم يرض بها لم تكن عين حقه بل مثلها ، فيكون القابض
متصرفاً بملك الدافع بإذنه ، فلا يبطل حق الرد . اما الميب الميب فهو عين حقه
فيكون تصرفه في عرضه على البيع في ملك نفسه ، فيبطل حقه في الرد (خانية
مختصراً) - وفي جامع الفصولين : ولو استقال البايح فأبى ان يقبله فليس هذا
بعرض على البيع ، فله الرد . ولو ساوم البايح المشتري وقال هل تبيعه مني ، فقال
نعم ، يبطل حق الرد اه .

المادة ٣٤٥ * لو حدث في المبيع عيب عند المشتري ثم ظهر فيه عيب قديم فليس للمشتري ان يرده بالعيب القديم بل له المطالبة بنقصان الثمن فقط *

الا اذا رضي البايع ولم يوجد مانع من الرد ، فيخبر المشتري حينئذ بين الرد والامسالك من غير رجوع بنقصان ، كما سيأتي في المادة (٣٤٨)
ثم ان كان العيب الحادث بفعل المشتري او بفعل المبيع او بأفة ساوية فلا رجوع له على احدٍ بغير نقصان العيب القديم . وان كان بفعل البايع رجوع على البايع بشئين : حصة العيب الاول من الثمن ، وأرش العيب الثاني . وإن فعل اجنبي رجوع على الاجنبي بأرش العيب الثاني ، وعلى البايع بحصة العيب الاول من الثمن .

وهذا اذا كان حدوث العيب الثاني بعد القبض كما هو صريح من المادة .
ولو كان قبله ، فان كان بفعل المشتري ، لزمه جميع الثمن وليس له ان يمسكه ويطلب النقصان . وان كان بفعل البايع ، خير المشتري ، سواء وجد به عيباً او لا ، بين اخذه اي مع طرح حصة النقصان من الثمن ، وبين رده وأخذ كل الثمن .
وكذا لو كان بفعل المعقود عليه ، فإنه يرده بكل الثمن ، او بأخذه وي طرح عنه حصة جنابة المعقود عليه . وان كان بفعل اجنبي يخبر ايضاً ، ولكنه اذا اختار الاخذ يرجع بالأرش على الجاني . وان كان بأفة ساوية فإن كان النقصان قدراً ، ي طرح عن المشتري حصته من الثمن ، وهو مخير في الباقي اخذه بحصته او تركه ، ككون المبيع كيلياً او وزنياً او عددياً متقارباً وفات بعض من القدر . وان كان النقصان وصفاً لا ي طرح عن المشتري شيء من الثمن ، وهو مخير اخذه بكل ثمنه او تركه .
والوصف ما يدخل في المبيع بلا ذكر كشجر وبناء في ارض واطراف في الحيوان وجودة في الكلي والوزني ، اذا الاوصاف لا قسط لها من الثمن الا اذا ورد عليها

الجنابة او القبض ، يعني اذا قبض ثم استحق شيء من الاوصاف يرجع بحصته من الثمن .

ثم ان الرجوع بالنقصان اذا لم يمنع الرد بفعل مضمون من جهة المشتري .
اما اذا كان بفعل من جهته كذلك ، كأن قتل المبيع او باعه او وهبه وسلمه
ثم اطلع على عيب ، فليس له الرجوع بالنقصان (الكل من رد المختار) .

ثم انه يستثنى من عموم هذه المادة مسئلتان ذكرهما في البحر والاشباه : احدهما
بيع التولية ، لو باع شيئاً تولية ثم حدث به عيب عند المشتري وبه عيب قديم ، لا
رجوع ولا رد ، لانه لو رجع صار الثمن الثاني انقص من الاول . وقضية التولية
ان يكون مثل الاول . الثانية : لو قبض المسلم فيه فوجده عيباً كان عند المسلم
اليه ، وحدث به عيب عند رب السلم ، قال الامام : ينجز المسلم اليه ان شاء قبله
معيباً بالعيب الحادث وان شاء لم يقبل ، ولا شيء عليه من رأس المال ولا من
نقصان العيب ، لانه لو غرم نقصان العيب من رأس المال كان اعتيافاً عن
الجودة فيكون رباها ملخصاً

(مثلاً لو اشترى ثوب قماش ثم بعد ان قطعه وفصله بروداً
اطلع على عيب قديم فيه فيما ان قطعه وتفصيله عيب حادث ليس له
رده على البايع بالعيب القديم بل يرجع عليه بنقصان الثمن فقط)

وكذا لو اشترى حديداً ليخذ منه آلات التجارين وجعله في الكور ليحجر به
في النار ، فوجد عيباً ولا يصلح لتلك الآلات ، يرجع بالنقصان ولا يرده .
ومنه ايضاً بل الجلود والايرويسم بالماء ، فإنه عيب آخر يمنع الرد (رد المختار)
وفي جامع الفصولين : لو حدد سكيناً فرأى عيبه ، فإن حدد بحجر فله
الرد ، لا لو حدده بهرد ، لانه ينقص منه اه ولو اشترى بغيراً فخره فوجد امعاءه
فاسداً ، لا يرجع (تنوير)

والفرق بين هذه المسئلة ومسئلة قطم الثوب ان النحر افساداً للمالية لصيرورة المبيع به عرضة للنن والفساد ، ولذا لا يقطع السارق به ، فاختلف معنى قيام المبيع ، كما في النهر . وعدم الرجوع قول الامام . وفي الخانية وجامع الفصولين : لو اشترى بغيراً فلما ادخله داره سقط فذبحه فظهر عيبه ، يرجع بقصانه عندها ، وبه اخذ المشايخ ، كما لو اكل طعاماً فوجد به عيباً . ولو علم عيبه قبل الذبح فذبحه ، لا يرجع اه قال في البحر وفي الواقعات : الفتوى على قولها في الاكل ، فكذا هنا اه قال الخبير الرملي : ويجب تقييد المسئلة بما اذا نحره وحياته مرجوة . اما اذا ايس من حياته ، فله الرجوع بالثقصان عند الامام ايضاً ، لأن النحر في هذه الحالة ليس افساداً للمالية ، تأمل اه كذا في رد المحتار .

وفي الخانية : اشترى شيئاً ثم وجده مميباً فرده على البايع ثم علم البايع بعيب حدث عند المشتري ، كان له ان يرد المبيع عليه بهذا العيب ويعطيه نقصان الثمن ، او يسك المبيع ولا شيء له . ولو حدث به عيب آخر عند البايع بعد الرد ، فيرجع البايع على المشتري بنقصان العيب الذي حدث عنده الا اذا رضي المشتري باسترداد المبيع اه - وفي الهندية : رجل اشترى عبداً وقبضه ثم باعه من البايع فوجد به البايع عيباً قديماً ، قال ابو يوسف رحمه الله تعالى ، وهو قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، له ان يرد على المشتري الاول اه - وفي الفصول العبادية : اشترى جراب ثوب هروري فوجد المشتري بالثياب عيباً ، وقد كان اتلف الجراب ، في المتقى له ان يرد الثياب بجميع الثمن . قال رضي الله عنه : وينبغي ان يكون الجواب في الجلارية والمبدأ اذا وجد بها عيباً بعد ما اتلف ثوبها كذلك ، وكان له ان يرد بها بكل الثمن اه - قلت وينبغي ان يكون الجواب في الدابة اذا وجد بها عيباً بعد ما اتلف جلالها او لجامها كذلك ، وكان له ان يرد بها بكل الثمن ، وليراجع .

رجل اشترى من رجل داراً فاهى رجل فيها مسيل ماء واقام على ذلك بيته ، فهو بمنزلة العيب : فإن شاء المشتري امسكها بجميع الثمن ، وان شاء ردها . فإن كان قد بنى فيها بناءً لله تقضه وليس له ان يرجع بقيمة بنائه (هندية)

وفيها : اشترى سمكة فوجدها مميبة وغاب البايع ، ولو انتظر حضوره تنسد ، فشواها وباعها ، فليس له ان يرجع بنقصان العيب ، ولا سبيل له في دفع هذا الضرر اه .

وفيها : لو اشترى دقيقاً فلما خبز بعضه وجد مرآة ، قال ابو جعفر له ان يرد الباقي بحصته من الثمن ويرجع عليه بنقصان ما خبز منه ، وهو قول محمد رحمه الله تعالى خاصة . قال ابو الليث : وبه نأخذ .

وفيها ناشترى سمناً ذائياً فأكله ثم اقر البايع انه كان وقع فيه فأرة وماتت ، فله ان يرجع بنقصان العيب عند ابي يوسف ومحمد رحمه الله تعالى ، وعليه الفتوى اه . وفيها : المشتري الثاني اذا وجد المبيع معيباً وقد تعذر الرد بسبب حدث عنده فوجم على بايعه بنقصان العيب ، لم يكن لبايعه ان يرجع بنقصان العيب على البايع عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، خلافاً لهما .

فايض ثوراً ببقرة وهي حامل فولدت عند المشتري ووجد الآخر بالشور عيباً فرده على صاحبه ، بما اذا يرجع عليه ، بقيمة الثور ام بقيمة البقرة ؟ - قالوا يرجع بقيمة البقرة (كذا في التتارخانية)

ولو اشترى ارضاً فجعلها مسجداً ثم وجد بها عيباً ، فإنه لا يرد في قولهم . واختلفوا في الرجوع بنقصان العيب ، والمختار للفتوى انه يرجع ، كما لو اشترى ارضاً فوقفها ثم علم بميب ، ذكر هلال انه يرجع بنقصان العيب (خانه)

المادة ٣٤٦ - * نقصان الثمن بصير معلوماً باخبار اهل الخبرة الخالين عن الغرض وذلك بان يقوم ذلك الثوب سالماً ثم يقوم معيباً فما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب الى الثمن المسمى وعلى مقتضى تلك النسبة يرجع المشتري على البايع بالنقصان . مثلاً لو اشترى ثوب قماش بستين قرشاً وبعد ان قطعه وفصله اطلع المشتري على عيب قديم

فيه فقوم اهل الخبرة ذلك الثوب سالمًا بستين قرشًا ايضًا ومعيبًا بالعيب القديم بخمسة واربعين قرشًا ، كان نقصان الثمن بهذه الصورة خمسة عشر قرشًا ، فيرجع بها المشتري على البائع . ولو اخبر اهل الخبرة ان قيمة ذلك الثوب سالمًا ثمانون قرشًا ، ومعيبًا ستون قرشًا ، فبما ان التفاوت الذي بين القيمتين عشرون قرشًا ، وهي ربع الثمانين قرشًا ، فلمشتري ان يطالب بخمسة عشر قرشًا التي هي ربع الثمن المسمى . ولو اخبر اهل الخبرة ان قيمة ذلك الثوب سالمًا خمسون قرشًا ومعيبًا اربعون قرشًا فبما ان التفاوت الذي بين القيمتين عشرة قروش وهي خمس الخمسين قرشًا يعتبر النقصان خمس الثمن المسمى وهو اثنا عشر قرشًا *

قال البرزالي : وفي المناظرة ان كان النقصان عشر القيمة ، وجع بنقصان ما جعل ثمنًا يعنى ما دخل عليه الباء . ولا بد ان يكون المقوم اثنين يجبران بلفظ الشهادة بمحضرة البائع والمشتري . والمقوم الاهل في كل حرفة اه (رد المختار) قال في البحر : ويحتاج الى الفرق بين التقويم هنا وفي كل موضع فانهم اکتفوا في تقويم المثليات بتقويم واحد كما في شرح المنظومة اه وقوله في تقويم المثليات : هكذا وجدته في نسختي من البحر . وكذا نقله ابو السعود في حاشيته مسكين عن البحر . لكن في حاشية الطحطاوي عن البحر في تقويم المثليات : ولعلها هي الصحيحة .

المادة ٣٤٧ - * اذا زال العيب الحادث صار العيب القديم موجباً للرد على البائع مثلاً لو اشترى حيواناً فمرض عند المشتري ثم اطلع على عيب قديم فيه ليس للمشتري رده بالعيب القديم على البائع بل يرجع عليه بنقصان الثمن . لكن اذا زال ذلك المرض كان

للمشتري ان يرد الحيوان للبايع بالعيب القديم الذي ظهر فيه *

لأن حق الرد لم يسقط وإنما منع منه مانع ، وهو العيب الجديد (رد المختار)
وإذا زال المانع عاد المنوع ، كما تقدم في المادة (٢٤)
ثم إذا كان المشتري قد رجع بنقصان العيب على البايح حين كان الرد ممنوعاً
فعلية ان يرده مع المبيع على البايح ويسترد منه الثمن كما في الدر وحواشيه .
وعبارة الجهر عن المراج : وإذا رجع بالنقصان ثم زال العيب الجديد فله رد المبيع
مع النقصان اه قال : ونقل في القنية ثلاثة اقوال : الاول ما ذكرناه من الرد ،
والثاني لا يرد ، لأن الرد يسقط والماقط لا يعود . والثالث التفصيل : ان كان
بدل النقصان قائماً ثبت له الرد ، والا لا . والذي يظهر ترجيحه هو الاول ، لأن
العيب الحادث كلن مانعاً من الرد بالعيب القديم ، وقد زال المانع فيعود الرد اه
وفي النهر : والاول بالتواعد أليق اه

المادة ٣٤١ - * اذا رضي البايح ان يأخذ المبيع الذي ظهر فيه

عيب قديم بعد ان حدث فيه عيب عند المشتري ولم يوجد مانع آخر
للرد لا تبقى للمشتري صلاحية الادعاء بنقصان الثمن بل يكون
مجبوراً على رد المبيع الى البايح او قبوله *

لأن منم المشتري من الرد بالعيب القديم كما افادته المادة (٣٤٥) انما كان
لأجل دفع الضرر عن البايح ، لكون المبيع خرج عن ملكه سالماً عن العيب الحادث .
فلو الزمناه به معيباً تضرراً ، ولا بد من دفع الضرر عن المشتري ايضاً ، فنعين
الرجوع بالنقصان . فإذا رضي البايح به معيباً فقد اسقط حقه ، فصار المشتري مجبوراً
على رد المبيع او قبوله معيباً بالعيب القديم بكل الثمن . والحاصل ان الخيار كان
للبايع بين ان يدمر نقصان العيب القديم وبين ان يقبله معيباً بالعيب الحادث .
فإذا اختار قبوله بالعيب الحادث ، صار الخيار للمشتري بين ان يرده وبين ان
يقبله معيباً بالعيب القديم بكل الثمن . هذا حاصل ما في الفتح وغيره قال في رد

المختار : ثم ان مقتضى « قولهم الا ان يرضى الباييم بالضرر » ان المشتري يرجع عليه بكل الثمن كاملاً ، يعني اذا رضى الباييم بأخذ المبيع معيباً بالعيب الحادث فعليه رد الثمن للمشتري كاملاً بلا رجوع عليه بنقصان العيب الحادث . قال : وبه صرح القهستاني والعلامة نوح افندي في حاشيته اه مختصراً . لكن ذكر في الهداية انه لو سرق العبد المبيع في يد الباييم ثم في يد المشتري فقطع بالسرقين جميعاً ، فعندها يرجع المشتري بنقصان عيب السرقة الموجود عند الباييم ، وهو ربع الثمن . وعند ابي جنيفة الحكم كذلك اذ لم يرض الباييم برده مقطوعاً . فان رضيه كذلك ، رده المشتري ورجع بثلاثة ارباع الثمن ، لأن اليد من الآدمي نصفه في حق الانلاف ، وقد تلفت بالسرقين الكائنين عندها ، فيتوزع نصف الثمن بينهما نصفين ، فيسقط ما اصاب المشتري ، فيرجع بالباقي ان رده بأن رضيه الباييم وذلك اي الباقي ، ثلاثة ارباع ثمنه — وبوجهه ان امسكه بأن لم يرض الباييم ، لأن نصف النصف لزم المشتري فيسقط عن الباييم اه . وضحاً من الفتح . قال ، اي في الفتح : وهذا لأن الباييم انما قبله اقطع معيباً لامع ان يتحمل ما لزم المشتري من النقصان بالسبب الكاين عنده ، بل يتوزع النقصان عليهما كما في الغاصب للعبد اذا سرق عنده ثم رده فسرق عند المالك فقطع بالسرقين ، فانما يرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة اه ونقل مثله في الدر او ابل باب خيار العيب عن العيني ، وهو صريح بان الباييم اذا قبل برد العيب معيباً بالعيب الحادث ، وهو القطع ، له الرجوع بنقصانه على المشتري . وهذا كما ترى مخالف لما ذكره في رد المختار عن القهستاني والعلامة نوح افندي ، فليُنظر الفرق بين المسئلتين ، تأمل .

* حتى ان المشتري اذا باع المبيع بعد الاطلاع على عيبه القديم لا يبقى له حق بان يدعي بنقصان الثمن مثلاً لو ان المشتري قطع الثوب الذي اشتراه وفصله قيصاً ثم وجد به عيباً وبعد ذلك باعه فليس له ان يطلب نقصان الثمن من الباييم لأن الباييم له ان يقول كنت اقبله بالعيب الحادث فيما ، ان المشتري باعه كان قد امسكه وحبسه الباييم *

يعني ان الرد بعد القطع غير ممتنع برضى البايع ، فإذا باعه المشتري بصبر
حاسباً للبيع بالبيع فلا يرجع بالنقصان لكونه صار مفوتاً للرد ، بخلاف ما لو خاطه
قبل العلم بالميب ثم باعه ، فإنه لا يبطل الرجوع بالنقصان لأن الخياطة مانعة من
الرد ، كما يأتي في المادة (٣٥٠) .

والاصل كما في الزبلي والهندية وغيرهما انه في كل موضع امكن المشتري
رد المبيع القائم في ملكه على البايع برضاه او بدونه ، فإذا ازاله عن ملكه بيع او
شبهه ، لا يرجع بالنقصان . وفي كل موضع لا يمكن رده على البايع ، فإذا ازاله
عن ملكه يرجع بالنقصان . قال الزبلي : ولهذا قلنا ان من اشترى ثوباً فقطعه
لباساً لولده الصغير وخاطه ثم وجد به عيباً لا يرجع بنقصان العيب ، لأنه صار
مملكاً له بالقطع قبل الخياطة في وقت لا يمتنع الرد . ولو كان الولد كبيراً رجع
بالميب ، لأنه لم يصير مملكاً له الا بقيضه ، اذ لا ولاية له عليه ، فحصلت الخياطة من
غير علم بالميب في ملك الأب فامتنع الرد به ثم حصل التملك بعد ذلك بالتسليم
فلا يمتنع الرجوع بالنقصان اهـ .

ثم ان البيع مثال المراد به اخراجه عن ملكه فعم ما لو وهبه او اقر به لغيره
وصالحه على مال ، كما في الجوهرة . قال في رد المختار : ولا فرق بين ما اذا كان
بعد روية العيب او قبلها وسواء كان ذلك لخوف تلفه او لا ، حتى لو وجد السمكة
المبيعة معيبة وغاب البايع بحيث لو انتظره لفسدت ، فباعها ، لم يرجع ايضاً بشيء
ثم اعلم ان البيع ونحوه . انعم من الرجوع بالنقصان سواء كان بعد حدوث عيب
عند المشتري او قبله ، الا اذا كان بعد زيادة الخياطة ونحوها ، كما يأتي اهـ
وقيد باخراجه عن ملكه لأنه لو تصرف به تصرفاً لا يخرج به عن ملكه بأن
آجره او رهنه ثم علم بالميب ، فإنه يرجع بالنقصان ، الا اذا رضي البايع برده اليه
معيباً فله اي للمشتري نقض الاجارة ورده يعيبه بخلاف رهنه من غيره فإنه يرد
بعينه فكه .

ثم ان اخراج البعض عن ملكه كاخراج الكل في مسألة الثوب المذكورة في
متن المادة ، فليس له رد ما بقي لتعيبه بالقطع او الشركة ، وكذا ليس له الرجوع
بنقصان الباقي ، كما في رد المختار عن المحيط والتستمانى . قال : وهذا بخلاف ما لو

كان اثواباً فباع بعضها فإن له رد الباقي اه اي يرضى البايع ، والارجع عليه
بتقصانه حيث تعيبت ببعب جديد عند المشتري .

المادة ٣٢٩ - * لزيادة وهي ضم شيء من مال المشتري وعلاوته
على المبيع تكون مانعة من الرد ، مثلاً ضم الخيط والصبغ الى الثوب
بالخياطة والصبغة وغرس الشجر في الارض من جانب المشتري
مانع من الرد *

لأنه لا وجه للفسخ في الأصل دون الزيادة ، لأنها لا تنفك عنه . ولا وجه
اليه معها لحق الشرع لحصول الربا ، فإن الزيادة حينئذ تكون فضلاً مستحقاً في حق
الماوضة بلا مقابل ، وهو معنى الربا او شبهته - ولشبهة الربا حكم الربا ، حتى
لو تراضيا على الرد لا يقضي القاضي به (كذا في الدر وحاشيته رد المختار)
واشارت المادة بقولها « وهي ضم شيء من مال المشتري الخ » الى الزيادة
المتصلة الغير المتولدة ، ومنهالت السويق بسمن واتخاذ الزيت المبيع صابوناً وخبز
الدقيق والبناء في الارض المبيعة . والحكم في هذه الزيادة ، يعني المتصلة الغير
المتولدة ، انها تتم الرد مطلقاً قبل القبض وبعده . ثم ان حصلت الزيادة قبل الاطلاع
على العيب ، فله الرجوع بتقصان العيب القديم . وان بعده ، فلا رجوع ، كما هو
مقتضى عبارة التنوير ، ووجه ظاهر .

واحترز بالزيادة المتصلة الغير المتولدة عن المتصلة المتولدة كسمن وجمال ،
فإنها لا تتمم الرد قبل القبض ، وكذا بعده في ظاهر الرواية ، ومثلها المنفصلة الغير
المتولدة كالكسب والغلة والهبة والصدقة فإنها لا تتمم ايضاً مطلقاً . لكن اذا كانت
الزيادة قبل القبض ورد المشتري بالعيب ، فالزيادة للمشتري بلا ثمن عنده ، ولا
نطيب له . وعندهما للبايع ، ولا نطيب له . وبعد القبض تطيب الزيادة للمشتري .
واما المنفصلة المتولدة كالثمر والأرث والولد واللبن ، فقبل القبض لا تتمم .

فإن شاء ردها ، أي المبيع والزيادة ، ورضى بها بجميع الثمن . وبعد القبض
يتمتع الرد ، ويرجع بحصة العيب . وحاصله أنه يتمتع الرد في موضعين : في
المتصلة الغير المتولدة مطلقاً ، وفي المنفصلة المتولدة لو بعد القبض . هذا حاصل
ما في رد المختار والبحر والزبلي .

المادة ٣٥٠ - * إذا وجد مانع للرد فليس للبايع ان يسترد

المبيع ولو رضى بالعيب الحادث *

اذ الفسخ في الأصل لدون الزيادة لا يمكن ، لأنها لا تنفك عنه . ومع الزيادة
ايضاً لا يمكن ، لأن المقدم يرد عليها ، فكذا الفسخ ، اذ هو لا يرد الا على عين
ما ورد عليه العقد ، والا لما كان فسخاً . ولو اخذه البايع لكان ربا على ما بيناه في
شرح المادة السابقة (افاده الزبلي)

* بل بصير مجبوراً على اعطاء نقصان الثمن *

الناشي عن العيب القديم الذي ظهر بعد الزيادة

* حتى انه بهذه الصورة لو باع المشتري المبيع بعد اطلاعه على عيب

قديم فيه كان له ان يطلب نقصان الثمن من البايع ويأخذ منه *

لان امتناع الرد سابق على البيع بسبب الزيادة ، فتقرر بها الرجوع بالنقصان

قبل البيع ، فيبقى له الرجوع بعد البيع ايضاً ، وان كان البيع بعد روية العيب

(افاده في رد المختار وفي الزبلي) فاذا امتنع الرد بسبب الزيادة ، فلا تأثير للبيع ،

للامتناع قبلها ، فلا يصير به حاسباً ، بخلاف القطع من غير خياطة على ما ذكرنا اه

ولا تنس الاصل الذي قدمناه في شرح الفقرة الثانية من المادة (٣٤٨) عن

الزبلي والهندية .

* مثلاً ان مشتري الثوب لو فصل منه قميصاً وخاطه ثم اطلع على عيب قديم فيه ليس للبايع ان يسترده ولو رضي بالعيب الحادث بل يجبر على اعطاء نقصان الثمن للمشتري . ولو باع المشتري هذا الثوب ايضاً لا يكون بيعه مانعاً من طلب نقصان الثمن وذلك لأنه حيث صار ضم الخيط الذي هو من مال المشتري للمبيع مانعاً من الرد وليس للبايع في هذه الحالة استرداد المبيع مخيلاً لا يكون بيع المشتري حيثن حيساً وامساكاً للمبيع *

فكان له الرجوع بالنقصان كما ان له ان يرجع بنقصان العيب القديم ولو هلك المبيع في يده ، لأن الملك ينتهي بالموت ، والشئ بانتهائه يتقرر ، فكان ، بقاء الملك قائماً والرد متمذر وذلك موجب للرجوع بالنقصان . قال في النهر : ولا فرق في هذا ، اي هلاك المبيع ، بين ان يكون بعد روية المبيع او قبلها اه تكن اذا كان الهلاك بعد روية العيب لا بد ان يكون قبل الرضى به صريحاً او دلالة ، كما ذكره الخير الرملي . ووجه ظاهره لأنه اذا رأى العيب وقال رضيت به او عرضه على البيع او استخدمه مراراً ونحو ذلك مما يكون دلالة على الرضى ، امتنع رده والرجوع بنقصانه موجوداً ، فكذا لو هلك بالاولى . ونظير الهلاك وقف المبيع قبل علمه بعيبه ، فاذا وقف المشتري الارض ثم علم بالعيب ، يرجع بالنقصان . وفي جعلها مسجداً اختلاف ، والمختار الرجوع بالنقصان ايضاً كما في جامع الفصولين . وفي البرازية : وعليه الفتوى ، وما يرجع به . يسلم اليه لأن النقصان لم يدخل تحت الوقف اه كنا في الدر وحواشيه رد المختار - وانما قلنا قبل علمه بعيبه لأن وقفه بعد علمه بالعيب يكون رضىً بالعيب كما لا يخفى .

واحترز بالهلاك عن الاستهلاك ، فإنه لو كان المبيع عبداً او دابة قتلها او ثوباً نقره او طعاماً فأثلفه ثم علم بالعيب ، لا يرجع بالنقصان اتفاقاً ، كما لو باعه او وهبه وسلمه ثم اطلع على العيب ، لما قدمناه في شرح المادة (٣٤٥) من ان الرجوع

بالنقصان انما ثبت اذا لم يتمتع الرد بفعله مضمون من جهة المشتري ، اما اذا كان بفعل من جهته كذلك ، فلا اه - الا اذا كان المبيع طعاماً فأكله او ثوباً فلبسه حتى تحرق ، ثم اطعم على عيب قديم فيه ، فعندها يرجع بالنقصان استحساناً ، وعند ابي حنيفة لا يرجع له انه انلفه بفعل مضمون منه لو وجد في غير ملكه ، غير انه سقط انتفاء الضمان للملكه ، فكان كالمستفيد به عوضاً كالقتل فإن القتل لم يهد شرعاً الا مضموناً . وانما سقط عن المالك بسبب الملك فصار كالمستفيد عوضاً ، وهو سلامة نفسه عن القتل لو كان المبيع عبداً وقد قتله عمداً ، والدية لو قتله خطأ ، وعن ضمان القيمة لو كان دابةً ، فكانه باعه فلا يرجع . ولها ان المشتري صنع بالمبيع ما يقصد بشرائه وبمتاد فعله فيه من الأكل والبس حتى انتهى الملك به ، فكان كالوقف والاعتاق (افاده في الفتح)

واطعام المشتري الطعام المبيع لعبده او مديره او ام ولد او دابته ممن ليس املاً للتملك كأكله بنفسه ، اذ ليس فيه اخراج عن ملكه ، بخلاف اطعامه لولده او امرأته او مكاتبه او ضيفه فإن ذلك قبل علمه العيب يمنع الرجوع ، كما لو باعه ، لأن في ذلك احرأه عن ملكه بالتملك ممن ذكر (افاده في الدر وحواشيه وافاد ان الفتوى على قولها) وفي الفتح عن الخلاصة ان على قولها الفتوى ، وبه اخذ الطحاوي اه ومثله في الهندية عن المضمرة . وهذا اذا اكل كل الطعام المبيع ، اما لو اكل بعضه ، فعند ابي حنيفة له حكم اكل الكل ، لا يرد ما بقي ولا يرجع بنقصان ما اكل ولا ما بقي ، وعند ابي يوسف يرجع بنقصان العيب في الكل فلا يرد ما بقي ، وعند محمد يرد ما بقي ويرجع بنقصان ما اكل . والفتوى على قول محمد كما نقله في البحر عن الاختيار والخلاصة ، ومثله في النهاية وغاية البيان وجامع الفصولين والخلاصة والمجتبي ، وعليه اقتصر في الدر (كذا في رد المحتار) ثم قال : وهذا كله في اكل البهضر ، اما لو باع بعض المكمل والموزون ، فعندها لا يرد ما بقي ولا يرجع بشيء . وعند محمد يرد ما بقي ولا يرجع بنقصان ما باع ، وعليه الفتوى كما في جامع الفصولين والخلاصة وغيرهما . والحاصل ان المفتى به انه لو باع البعض او أكله يرد الباقي ويرجع بنقصان ما اكل ، لا بنقصان ما باع . والفرق كما في الولوجية انه الأكل تقرر المقد فتردد احكامه ، وبالبيع ينقطع الملك فنقطع احكامه ، فصار

بنزلة غلامين قبضا وباع احدهما ثم وجد بها عيبا ، يرد ما بقي ويرجع بنقصان
ما باع بالاجماع ، فكذا هنا عند محمد اه وقد نظم العلامة بن عابدين هاتين
المسئلتين لسهل حفظهما فقال :

وان بيع كل المكيل او أكل ثم رأى عيباً فلا رجوع بل
يرجع ان كان لبعض اكلا بنقصه وان بيع بعضاً فلا
وما بقي عن اكل او يبيع يرد عند محمد وذاك المعتمد اه

لكن قوله ، فلا رجوع ، في البيت الاول بالنسبة لبيع الكل صحيح ، اما بالنسبة
لأكل الكل فغير صحيح ، لأن المفتى به قولها ، وهو الرجوع بالنقصان كما سمعت ،
وعليه مشى صاحب التنوير ، فتأمل .

ومنه ما في الدر عن المجتبي : لو كان سمناً ذائياً فأكله ثم اقر بايحه بوقوع
فأرة فيه رجع بنقصان العيب عندهما ، وبه يفتى اه وزعم في الدر تبعاً لابن كمال
وابن ملك ان الخلاف فيما اذا كان الطعام في وعاء واحد او لم يكن في وعاء ، فان
كان في وعائين فأكل ما في احدهما او باع ثم علم بعيب ، كان له ان يرد الباقي
بمحضته من الثمن اتفاقاً . وعبرة الخانية تقتضي ما زعمه . لكن ذكر بعده بورقات
قبل قول صاحب التنوير « اشترى جارية فوطنها الخ » ما يفيد انه لا فرق بين ما
اذا كان الطعام في وعاء او اكثر . ونقل عن العناية انه الاظهر ، وعن البرهان انه
الاصح . نعم نقل في رد المختار عن العلامة قاسم انه رجع ما في الخانية من رد الباقي
بمحضته من الثمن ، وقال انه اقبس وارفق ، فندبر . وقد علمت انه المفتى به .

* تنبيهات *

الاول : ان التقييد بالأكل في مسألة الطعام ، واللبس في مسألة الثوب ،
للاحتراز عن اشتراكه بغير الأكل واللبس . ففي الذخيرة قال القدوري : ولو
اشترى ثوباً او طعاماً واحرق الثوب واتلف الطعام ثم اطام على عيب ، لا يرجع
بالنقصان بلا خلاف اه فيكون حكمه كالقتل .

الثاني : ان المراد بالطعام كل مكيل او موزون ، كما في الخانية والهندية .
الثالث : ان الأكل غير قيد ، بل مثله كل تصرف لا يخرج عن ملكه . ومنه

ما في البحر عن القنبة : ولو كان غزلاً فنجسه او فلفاً فجعله ابريساً ثم ظهر انه كان رطباً واتقص وزنه ، رجع بنقصان العيب ، بخلاف ما اذا باع اه وفي الهندية : لو اشترى دقيقاً فلما خبز بعضه وجده مرأاً ، قال ابو جعفر ، له ان يرد الباقي بمحضته من الثمن ويرجع عليه بنقصان ما خبز منه ، وهو قول محمد رحمه الله تعالى خاصة . قال ابو البث : وبه نأخذ اه

المادة ٣٥١ - * ما يبيع صفقة واحدة اذا ظهر بعضه معيباً فإن كان قبل القبض كان المشتري مخيراً ان شاء رد مجموعته وان شاء قبله بجميع الثمن وليس له ان يرد المبيع وحده ويمسك الباقي *

لأن الصفقة لا تتم قبل القبض ، بدليل انفساخ البيع برد المبيع بلا قضاء ولا رضاه ، وفي رد الميب واخذ الباقي تقريقها ، وهو قبل التمام لا يجوز ، كما في الهداية وغيرها .

ثم ان قبض البعض دون الباقي له حكم عدم قبض الكل ، كما في الهداية والكفر وغيرها ، لأن تمام الصفقة يتعلق بقبض المبيع ، وهو اسم للكل (بحر) وقوله « ما يبيع صفقة واحدة » يعني فيما اذا كان المبيع متعدداً ، واحترز به عما لو كان كل واحد بعقد على حدة فهو من قسم ما لو كان المبيع واحداً او كيلياً او وزنياً ، فالتفريق في كل واحد لا يجوز ولو بعد قبض الكل ، اذ فيه زيادة عيب هو الاشتراك كما رأيت . واما تفريق كل واحد من المتعددات عن الآخر فلا مانع منه قبل القبض وبعده ، اذ لا وحدة في الصفقة اصلاً حتى يخرس من تقريقها ، وهو ظاهر .

* وان كان بعد القبض فإن لم يكن في التفريق ضرر كان له ان يرد الميب بمحضته من الثمن سائلاً *

اي من العيب القديم ، وهو حال من الضمير المحرور في « بمحضته » والمراد

ان المشتري اذ رد المبيع فله الرجوع على البايع بحصته من الثمن لو كان سالماً ، لا بحصته مبيعاً .

✽ وليس له ان يرد الجميع حيثئذ مالم يرض البايع . واما اذا كان في تفريقه ضرر رد الجميع او قبل الجميع بكل الثمن مثلاً لو اشترى فلنسونين بأربعين قرشاً فظهرت احدها معيبة قبل القبض يردها معاً . وان كان بعد القبض يرد المعيبة وحدها بحصتها من الثمن . بالمئة ويمسك الثانية بما بقي من الثمن . اما لو اشترى زوجي خف فظهر احدها معيباً بعد القبض كان له ردها معاً للبايع واخذ ثمنها منه ✽

لأنه لا يمكن الانتفاع بأحدها الا بالآخر . فكأننا كشيء واحد . ومن ذلك مصراعاً باب زوجا ثور الف احدها الآخر بحيث لا يعمل بدونه . وحاصل هذه المسائل كلها ما في رد المختار حيث قال : اعلم ان المبيع لا يخلو من كونه شيئاً واحداً او شيئين كواحد حكماً من حيث لا يقوم احدهما بلا صاحبه ، كمصراعى باب زوجي خف ، او شيئين بلا اتحاد حكماً كتوبين وعبدين . ثم الحادث في المبيع نوعان : عيب واستحقاق والأحوال ثلاثة : قبل القبض ، وبعده ، وبعد قبض بعضه فقط . اما لو وجد في بعضه عيباً قبل قبض كله وكان العيب موجوداً وقت البيع او حدث بعده قبل قبضه ، فالمشتري مخير بين اخذ الكل بثمنه او رد كله ، لا للمعيب وحده بحصته من الثمن . وكذا ليس للبايع ان يقبل المعيب خاصة اذا الصفقة لا تتم قبل القبض بدليل انقاسخ البيع بلا رضى ولا قضاء ، الا اذا تراضيا على رد المعيب فقط واخذ الباقي بحصته من الثمن ، فلها ذلك . ولو قبض بعضه فقط فوجد فيه او فيما بقي عيباً ، فحكمه حكم الفصل الاول في كل ما مر ، اذ الصفقة لا تتم بعد سواء كان المبيع واحداً او اشياء . ولو قبض كله فوجد ببعضه عيباً قديماً او حادثاً بين شرائه وقبضه ، فإن كان المبيع واحداً كدار وكرم وارض وثوب ، او كيلياً او وزنياً في وعاء واحد او صبرة واحدة او شيئين كشيء واحد حكماً ، يخير بين اخذ كله ورد كله بدون رد بعضه فقط ،

اذ فيه زيادة عيب هو الاشتراك في الاعيان . وان كان شيئين او اكثر بلا اتحاد
حكماً ككتاب وعيد ، او كيلياً او وزنياً في اوعية مختلفة ، فلمشتري الرضى به
بكل ثمة ، او رد الميب فقط ، ولا يرد كله الا بتراض ، ولا يرد الميب الا برضى
او قضاء اذ الصفقة تمت فيصح تفريقها فيرد الميب بمحضته من الثمن غير ميب ، اذ
المبيع دخل في البيع سليماً . وفي خيار شرط وروءية ليس له رد بعضه فقط وان
قبض الكل ، لانها بمنعان تمام الصفقة ، فهي قبل تمامها لا تقبل التفريق
وانما قلنا انها بمنعان تمام الصفقة لان من له خيار الشرط او الروءية يرد بلا قضاء
ولا رضى ولو قبض الكل ، ومتى عجز عن رد البعض لزمه الكل سواء كان المبيع
واحداً او اكثر جامع الفصولين عن شرح الطحاوي) لكن ما ذكره من التفريق
بين ما اذا كان الكيل والموزون في وعاء واحد واكثر جار على قول محمد ، وفيه كلام
سبأني في شرح المادة التالية واما مسأيل الاستحقاق فقد نقلناها عن جامع الفصولين
وأخر شرح المادة ٣٣٨ ، فراجعه .

المادة ٣٥٢ - * اذا اشترى شخص مقداراً معيناً من جنس
واحد من المكيلات والموزونات وما قبضه ثم وجد بعضه معيباً كان
مخيراً ان شاء قبله جميعاً وان شاء رده جميعاً *

زيادة « ما » في قوله « وما قبضه » غلط ، من المترجم . فإن المادة عبارتها
التركيبية هكذا (مكيلات وموزونات دن اوله رق بو شخص بو جسدن اولمق اوزره اشترى
وقبض ايتمش اولد بغي مقدار . مينك بفضي چورك بولسه مخيردر ديلرسه جمله سنى
قبول ايدر وديلرسه جمله سنى رد ايدر) اه فالصواب : « وقبضه » ليكون نصاً
على المتوهم ، فإنه قبل القبض لا فرق بين المكيلات والموزونات وغيرها من القيمات
المتعددة كسويين وعبدين في انه ليس له رد الميب وحده لأن فيه تفريق الصفقة
قبل تمامها ، وهو لا يجوز كما تقدم ، وانما الفرق بينهما بعد القبض ، فذكر القيمات
المتعددة في المادة السابقة والمكيلات والموزونات في هذه ، فانهم .

ثم ان اطلاق هذه المادة يقتضي انه لا فرق في الحكم بين ان يكون المبيع في وعاء واحد او اكثر ، وهو الموافق لعامة المتون كالهداية والكنز والتنوير والغرر والملتقى وغيرها : وعلمه في الفتح والتبيين بأن المكيل او الموزون ، اذ كان من نوع واحد ، كشيء واحد حكماً وتقديراً . وان كان اشياء حقيقة ، لأن المالية والتقويم في المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع والانضمام ، اذ الحبة الواحدة ليست بمقومة ، فكانت الاحاد المتعددة منها كالشيء الواحد ، فلا يتمكن من رد البعض خاصة كما لا يتمكن من رد بعض الثوب . بخلاف الثوبين والعبدتين فإنه بعد قبضها يرد المغيب خاصة لأن افراد المغيب منهما عن الآخر لا يوجب عيباً حاداً فيه اهـ ملخصاً . وعبارة متن الملتقى مع شرحه الدرر المنتقى : ولو وجد بعض المكيل او الموزون معيباً بعد القبض رد كله او اخذه كشيء واحد - قيل هذا اذا لم يكن في وعائين ، والا فهو كالعبدتين ، فيرد المغيب خاصة ، وبه افق ابو جعفر وابو بكر خواهر زاده (قهستاني عن المحيط) قلت . لكنه خلاف الأظهر ، كما افاده الاكل في الغنابه ، وخلاف الاصح كما افاده الشرنبلالي معزياً للبرهان وقد افاده المصنف حيث حكاه بقيل ، فتنبه اهـ ومثله في الدر المختار . قلت : وكذا حكاه بقيل في الفتح والتبيين والبحر والمنع الدرر وشرح مسكين والعيني وغيرها . وفي الهندية عن المحيط : وان كان المعقود عليه مما يكال ويوزن من ضرب واحد فوجد ببعضه عيباً ، ليس له ان يرد المغيب خاصة سواء كان ذلك قبل القبض او بعده . حكى الشيخ الامام الزاهد احمد الطواويسى انه كان على قياس قول محمد يجب ان يرد بعض المكيل والموزون بالمغيب ، وان كان مجتمعاً ، اذا كان التميز لا يزيد في المغيب عيباً . وحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني انه قال : ما ذكر من الجراب في المكيل والموزون محمول على ما اذا كان الكل في وعاء واحد . واما اذا كان في اوعية مختلفة فوجد في وعاء واحد معيباً ، فإنه يرد ذلك وحده بمنزلة الثوبين والصنفين ، كالخطه والشمير . وكان يفتى به . ويزعم انه رواية عن اصحابنا ، وبه اخذ شيخ الاسلام خواهر زاده ومن المشايخ من قال لا فرق بين ما اذا كان الكل في وعاء واحد او اوعية ، ليس له ان يرد البعض بالمغيب ، واطلاق محمد في الأصل يدل عليه وبه كان يفتى شمس الائمة المرخسي اهـ وفي فتح القدير : قيل هذا يعني كونه

يرد الكل اذا كان في وعاء واحد . اما اذا كان في وعائين فإنه يرد العدل المغيب خاصة ، كذا ذكره نجر الاسلام ، قال : لأن تمييز المغيب من غيره يوجب زيادة عيب في المغيب فإنه اذا كان مختلطاً بالجيد يكون اخف عيباً مما اذا انفرد ، فلو رد كان مع عيب آخر حادث عند المشتري ، بخلاف ما اذا كان في وعائين فرد احدهما بميبه ، فإنه لا يوجب زيادة عيب . قال الفقيه ابو الليث : هذا التأويل يصح على قول محمد خاصة ، واحدى الروايتين عن ابي يوسف لا على قول ابي حنيفة ، فإنه روى الحسن بن زياد في المجرد عن ابي حنيفة ان رجلاً لو اشترى اعدالاً من تمر فوجد بعدل منها عيباً فإن كان التمر كله من جنس واحد ليس له ان يرد المغيب خاصة ، لأن التمر اذا كان من جنس فهو بمنزلة شيء واحد وليس له ان يرد بمغضه دون بعض . وذكر الناطقي روايه بشير بن الوليد : لو اشترى زقين من سمن او سلتين من زعفران او سملين من القطن او الشعير وقبض الجميع ، له رد المغيب خاصة الا ان يكون هذا او ذاك سواء ، اي من نوع واحد . فأما ان يأخذ كله او يترك كله اه اقول : فتمصل لنا من هذه التقول التي سردناها في شرح المادة (٢٥٠) الى هذه المادة ان المكيل والموزون من نوع واحد اذا بيع صفقة واحدة حكاه كالثوب الواحد عند ابي حنيفة وابي يوسف ، فلا يجوز رد بعضه بالمغيب دون البعض الآخر عندهما سواء كان المبيع كله باقياً او كان المشتري باع بعضه او اكله . نعم يرجع بنقصان ما اكل وما بقي ، لا بنقصان ما باع عند ابي يوسف ولا يرجع بشيء عند ابي حنيفة . وعند محمد ورواية عن ابي يوسف هو بمنزلة الاشياء المختلفة ، فكان الحكم فيه ما هو الحكم في العبدین والثوبين (صرح بذلك في الخانية) فيرد البعض دون البعض الآخر بالبيع مطلقاً ، الا اذا كان تفريق المغيب عن الآخر يزيد في المغيب عيباً . فلو كان الكل في وعاء واحد ووجد بعض الخنطة حباً صغيراً مثلاً واراد ان يفربل ويرد الصغار من الحب الذي هو تحت الغربال ويمك الباقي ، ليس له ذلك ، كما في الهندية لان تمييز الصغار عن الباقي يوجب زيادة عيب في الصغار . ولو كان الصغار في وعاء على حدة له رده وحده عنده خلافاً لها . والمترون قاطبة على قولها في المستثنى ، اي مستثنى ما اذا كان المبيع كله باقياً ، ومثله ما اذا باع البعض او اكل ، الا صاحب التنوير ،

فإنه مشى على قول محمد فيما إذا باع أو أكل البعض ، وعلى قولهما فيما إذا كان الكل باقياً . وأما الشروح فقد اتفقت كلها على حكاية قول محمد بقيل فيما إذا كان المبيع كله باقياً ، وعلى كون قوله هو المفتى به ، فيما إذا باع البعض أو أكله . وكذلك الفتاوى كالحانية والبزازية والتارخانية والخلصة وغيرها . وكان العلة في اختيار قول محمد في صورة أكل البعض أو بيعه دفع الضرر عن المشتري ، لأنه لما تعذر رد الكل يبيع بعضه أو كله ، فلو الزمناه بأخذ المبيع يتضرر بالتزام ما لم يلتزمه وإن رجع بنقصانه على قول أبي يوسف - بخلاف ما إذا كان الكل باقياً ، فإن الضرر يرتفع برد الكل . ولهذا نقل العلامة بن عابدين عن العلامة قاسم في تصحيحه أن قول محمد أرفق وأيسر . ولم أر من صرح بتصحيح قول محمد فيما إذا كان كله باقياً ، نعم أفتى به أبو جعفر الهندواني وأخذ به شيخ الإسلام خواهر زاده ، كما قدمناه آنفاً ، ومشى عليه في شرح الطحاوي كما نقلناه في شرح المادة السابقة عن رد المختار معزياً لجامع الفصولين . وقد ذكر في الهنذية مسألتين أفتى بها أبو جعفر الهندواني آخذاً بقول محمد فقال : قال الفقيه أبو جعفر ، فيما إذا اشترى لفائف أبريسم فوجد بعض ما في كل لفافة معيباً فأراد أن يرد ذلك خاصة بأن يميز المعيب ، فليس له ذلك . ولو وجد لفافة منها كلها معيباً ، كان له أن يرد ذلك ، ويمسك ما لا عيب به ، وكذلك إذا اشترى عدداً من كبة الفزل فوجد في كل واحد شيئاً معيباً ، لا يكون له أن يميز ذلك ويرده خاصة وإن وجد بعض الفزل معيباً له أن يرد ذلك ويمسك ما لا عيب به . اهـ

وقد علمت أن المجلة اعتمدت على ما عليه المتون والشروح من إطلاق عدم رد البعض في المكيل والموزون إذا كان كله باقياً فتقييد إطلاقها بما إذا كان المبيع في وعاء واحد مما لا ينبغي . وكون الزبلي قد صحح ذلك فرية بلا مربية ، فافهم . واغتم هذا التحرير المستطاب ، فإنك لا تجده في غير هذا الكتاب والحمد لله المنعم الوهاب .

﴿ نبيه ﴾

المراد بالجنس الواحد في قول المجلة « إذا كان من جنس واحد » النوع الواحد

حتى لو كان المبيع من نوعين جنسها واحد ، وظهر بأحدهما عيب ، له رد المبيع وحده اتفاقاً ، كما لو كان أحدهما تمرأً برنيأً ، والآخر لبانة ، أو أحدهما حنطة صعيدية ، والآخر بجزرية ، لأنهما نوعان يتفاوتان في الثمن ، والمجيب كما لو كان أحدهما حنطة ، والآخر شعيراً ، كذا حرره في فتح القدير ، فليراجع .

المادة ٣٥٣ - * إذا وجد المشتري في الحنطة والشعير و أمثالهما من الجبوب المشتراة تراباً فإن كان ذلك التراب يعد قليلاً في العرف ، صح البيع . وإن كان كثيراً بحيث يعد عيباً عند الناس ، يكون المشتري مخيراً *

بين اخذ الحنطة بكل الثمن ، وبين ردها والرجوع به . وليس له حبس الحنطة ورد التراب مميزاً وقوله « صح البيع » أي لزم بلا خيار ، وقوله « بحيث يعد عيباً عند الناس » قيد لقوله « كثيراً » احترره به عما إذا كانت الكثرة فاحشة فإن للمشتري حينئذ ان يأخذ الحنطة وحدها بقسطها من الثمن ، ويرد التراب كما في الخانية ، ولفظها : رجل اشترى حنطة فوجد فيها تراباً ، قال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الافضل رحمه الله تعالى : اذا كان التراب مثل ما يكون في الحنطة ولا يعد عيباً عند الناس ، ليس له ان يرد . وإن كان يعد عيباً عند الناس الا انه ليس بفاحش ، كان له ان يرد . وإن كان التراب . فاحشاً كان الخيار للمشتري ان شاء اخذ الحنطة بقسطها من الثمن ، كما لو اشترى حنطة على انها عشرة اقفرة فوجدتها تسعة ، كان له الخيار على هذا الوجه . وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى اذا اراد ان يميز التراب فيرد التراب ويمسك الحنطة بقسطها من الثمن ، ليس له ذلك ، لأن الحنطة لا تخلو عن قليل تراب - هذا اذا علم المشتري بذلك قبل التمييز ، فإن كان المشتري يميز التراب من الحنطة فوجد التراب كثيراً بعد ذلك عيباً عند الناس ، ان امكته ان يخلط التراب بالحنطة ويردها بذلك الكيل على البايع من غير نقصان ، يرد الكل على البايع

ويسترد الثمن لأنه ردها كما قبض . وان كان بعد الخلط لا يمكنه بذلك التكبل لانقصاها بالتذرية ، لا يرد لأنه لا يمكنه الرد كما قبض ، لكن يمكنه من الثمن حصة نقصان الخنطة ، الا ان يرضى البايع ان يأخذها ناقصة ، فيكون له ذلك اه وقد ذكر في اول كتابه انه يقدم ما هو الاشهر ، ويفتح بما هو الاظهر .

وفيها . لو اشترى مسكاً فوجد فيه رصاصاً كان له ان يميز الرصاص ويرده على البايع بمحضه - جعل ابو يوسف رحمه الله تعالى لجنس هذه المسابيل اصلاً فقال كل ما يباع في قليله لا يميز كثيره ، وكل ما لا يباع في قليله كان له ان يميز كثيره . والرصاص في المسك لا يباع في قليله ، فيميز كثيره . ويباع في قليل التراب ، فلا يميز كثيره . وعامة المشايخ اخذوه بهذه الرواية . ولو اشترى نحاس تقرة فخرج منها حجو مثل ما يخرج من النحاس ، كان له ان يرد الحجر ويمسك من الثمن بحسب ذلك ، الا ان يشاء البايع ان يأخذها كذلك ويرد الثمن ، لأن في قليل الحجر لا يباع في النحاس ، فكان له ان يميز الحجر كالرصاص في المسك اه .

المادة ٣٥٤ - * البيض والجوز وما شاكلهما اذا ظهر بعضها فاسداً فما لا يستكثر في العادة والعرف كالاثنتين والثلاثة في المائة يكون معفواً . وان كان الفاسد كثيراً كالعشرة في المائة كان للمشتري رد جميعه للبايع واسترداد ثمنه منه كاملاً *

قوله « ما شاكلهما » كاللوز والبندق والفسق . وقوله « اذا ظهر بعضها الخ » يعني بعد كسره او بدون كسر . واحترز بالبعض عما اذا ظهر كله فاسداً فان حكمه سيأتي في المادة الآتية . وقوله « فاسداً » لا ينتفع به اصلاً . وقوله « كالاثنتين والثلاثة في المائة » عبارة البحر : القليل الثلاثة وما دونها في المائة ، والكثير ما زاداه اي ما زاد على الثلاثة وفي الفتح : وجعل الفقيه او الليث الخمسة والستة في المائة من الجوز عفواً ، قال : لأن مثل ذلك قد يوجد في الجوز ، فصار كالمشاهد

عند البيع اه فافوق الستة في المائة من الجوز كثير .
وقوله : « كان المشتري رد جميعه للبائع الخ » اي لبطلان البيع في الجميع .
اما في الفاسد فلأنه ليس بمال لعدم الانتفاع به . واما في الباقي فلا تضام .
الى ما ليس بمال في عقد واحد ، فكان كبيع قن ضم الى حر و ذكبة ضمت الى
ميتة . وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، وهو الصحيح . وعليه اقتصر في
الخانية والمداية . وقالوا : يرد الفاسد ويصح العقد في الصحيح الباقي بحصته من الثمن ،
لأنه بمنزلة ما لو فصل ثمنه على اجزائه كالكيل والموزون ، لا على قيمته (افاده في
الفتح والتبيين) اي بخلاف العبد مع الحر .

وقيل انه لا خلاف في ان العقد فاسد في الكل . وقيل انه لا خلاف في ان
العقد صحيح فيما ليس بفاسد . قال في التبيين : والأول ، اي ثبوت الخلاف بين
الأمام وصاحبيه ، هو الأصح اه ومثله في الفتح . وهذا لا يفيد ان قول الإمامين
هو الأصح . فإني رد المختار ممزياً للفتح من ان قولها هو الأصح وهم ، فتنبه .
نعم تقل مثله عن النهر ممزياً للنهاية ، فليراجع . وكان القياس ان يبطل البيع وان
كان الفاسد قليلاً . لكن صحوه في القليل استحساناً لأنه لا يمكن التحرز عنه اذ لا
يخلو منه قليل فاسد ، فكان كقليل التراب في الحنطة (فتح)

فيدنا الفاسد بكونه لا ينتفع به اصلاً لأنه لو كان ينتفع به بأن يأكله الفقراء
ويصلح للعلف يكون البيع صحيحاً ، لكونه حينئذ معيباً لا فاسداً ، فيرجع بنقصان
العيب فيما كسر ولا يرده ، لأن الكسر عيبٌ حادث ، الا اذا رضي البايع برده
مكسوراً لأنه اسقط حقه . ولا يرد الباقي ايضاً الا اذا قام البينة على ان الباقي
معيب . صرح بذلك في الفتح والتبيين والخانية والبرازيه .

ومن عيب الجوز قلة لبه وسواده ، كما في رد المختار عن البرازيه . قلت : وينبغي
ان يكون منه ما اذا كان القشر صلباً يعسر تخليص اللب منه ، وهو ما يسمونه بالجوز
النجيل . واما اذا ظهر البعض معيباً قبل الكسر فله رده لعدم الماسم منه ، ما لم
يكسره بعد ذلك ، لأن كسره بعد علمه بالعيب ، رضاً منه بالعيب وكذا اذا ظهر معيباً بعد
الكسر . انما يرجع بنقصان العيب اذ لم يأكل منه شيئاً بعد العلم بالعيب ، والا بطل الرجوع
بالنقصان لأنه دليل الرضي ايضاً (افاده في رد المختار وغيره) ثم انه لا يعتبر

في عدم مالية الجوز اذا كان اللب لا ينتفع به صلاح قشره بأن كان في موضع
ينتفع به للوقود لأن مالية الجوز قل الكسر ليس الا باعتبار اللب . فإذا كان
اللب لا ينتفع به اصلاً لم يكن محل البيع موجوداً ، فيظهر ان العقد وقم فيه باطلاً ،
فيرد القشر ويرجم بالثمن كله . هذا ما اختاره في الهداية .

ومثل الجوز البيض ، الا بيض النامة ، فإنه اذا وجد فاسداً بعد الكسر
يرجع بنقصان العيب . قال في الفتح : وهذا يجب ان يكون بلا خلاف لأن
مالية بيض النامة باعتبار القشر وما فيه جميعاً اه .

وقيدنا ما شاكل البيض والجوز باللوز والندق والفتق احترازاً عن
البطيخ والمان والسفرجل والقثاء والخيار والقرع وما اشبهها ، لما في الخانية : رجل
اشترى بطيخاً عدداً فكسر واحدة منها بعد القبض فوجدها فاسدة لا ينتفع بها ،
كان له ان يرجع بمحضتها من الثمن ، ولا يرد غيرها الا ان بقيت البيضة على فساد
ما بقي . وليس البطيخ في هذا كالجوز ، لأن الجوز شيء واحد اذا كان بعض
الجوز فاسداً لا ينتفع به يرد الكل ، وكذا اللوز والندق والفتق والبيض . واما
في البطيخ والمان والسفرجل والخيار ، لا يرد غير الواحدة الفاسدة اه .

وبما ان اطلاق الزيلعي في التبيين يقتضي ان ما تقدم من الخلاف بين ابي حنيفة
وصاحبيه جارٍ في القسمين المذكورين ، فالظاهر ان قاضي خان رحمه الله
تمالى اختار قول ابي حنيفة في الجوز وما شاكله في بطلان البيع في الجميع ، واختار
قولها في البطيخ وما شاكله ، لأن الاول لما كان كشيء واحد كان بمنزلة
ما لو فصل الثمن على قيمته ، فيبطل البيع في الكل ، بخلاف البطيخ وما شاكله
فإنه ليس كشيء واحد فكان بمنزلة ما لو فصل الثمن على اجزائه ، فيبطل البيع في
الفاسد فقط ، ويصح في الباقي بمحضته من الثمن .

والحاصل انه اذا ظهر بمحض المبيع من الجوز واشكاله والبطيخ واشكاله
فاسداً لا ينتفع به ، فعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى يبطل البيع في الكل مطلقاً ،
وعندهما يرد الفاسد ويصح في الباقي بمحضته من الثمن مطلقاً . واختار قاضي
خان قول ابي حنيفة في الجوز وما شاكله ، وقولها في البطيخ وما شاكله لما تقدم
من تعليقه . وقد قالوا ان قاضي خان من اجل من يعتمد على تصحيحاته لانه فقيه

النفس ، كما في وقف الحامدية . والى اختيار هذا يشير قوله في هذه المادة «البيض والجوز وما شاكلها» فليتدبر .

وقد ظهر لك مما قدمناه انه متى كان بعض المبيع فاسداً لا ينتفع به فلا فرق في بطلان البيع في الجميع عنده ، وفي الفاسد فقط عندهما ، بين ان يكون كسر الكل او البعض او لم يكسر شيئاً ، كما هو صريح عبارة الخانية والمفتي . وشروحه وغيرها . فمن قيد هذه المادة بقوله « وهذا اذا كان المشتري لم يكسره ، اما لو كسره فوجد بعضه فاسداً رجع بنقصان ما كسر ، ولا يرده ، لأن الكسر عيب حادث الخ » فلم يقف على حقيقة المادة وموضوعها ولا المباحث المسئلة وفروعها . هذا غاية ما ظهر لي في تحريري هذا المحل .

المادة ٣٥٥ - * اذا ظهر جميع المبيع غير منتفع به اصلاً كان باطلاً وللمشتري استرداد جميع الثمن من البائع . مثلاً لو اشترى جوزاً او بيضاً فظهر جميعه فاسداً لا ينتفع به كان للمشتري استرداد ثمنه كاملاً من البائع * .

ومثل الجوز والبيض في الحكم المذكور البطيخ والمان والسرطل والفتاه والخيار والقرع والفاكهة ، كما في الهداية وغيرها . ويستثنى من البيض يضر النعامة كما تقدم . ولا فرق في ثبوت استرداد الثمن بين ما اذا كسره المشتري اولاً وبينما اذا كسره بعد ظهور العيب او قبله ، لانه حيث تبيّن المبيع فاسداً لا ينتفع به اصلاً كان البيع باطلاً اي غير منمقد اصلاً لعدم مالية المبيع . واما ما في الفتح من قوله « بخلاف ما لو كسره عالماً بالعيب فإنه لا يرده » ومثله في التبيين وشرح العيني على الهداية ، فذاك فيما اذا كان ينتفع به ، كما سيأتي بعد هذا ، بدليل قولهم « عالماً بالعيب » فإنه اذا كان لا ينتفع به اصلاً لا يسمى معيباً . نعم ذكر هذه العبارة في ذكركم ما لا ينتفع به اصلاً يوم خلاف ما ذكرناه ، فليتنبه لذلك .

واحترز بقوله « غير منتفع به اصلاً » عما اذا كان ينتفع به ولو علماً للدواب
او لاستخراج دهنه او كان يأكله بعض الناس ، فإن بيعه يكون صحيحاً ولشترى
رده بخيار العيب ، ما لم يكسره عالماً بالعيب ، لأن كسره بعد العلم به دليل الرضى .
واما اذا كسره ثم علم بالعيب ، فلا يرده ، لأن الكسر عيبٌ حادث ، بل يرجع
بالنقصان - الا ان تناول منه شيئاً بعد العلم بالعيب ، فلا يرجع بشيء ، لأن تناوله
بعد العلم به دليل الرضى . قال في الفتح : ولذا قال الحلواني : هذا اذا ذاقه فوجده
كذلك فتركه . فإن تناول منه شيئاً بعد ما ذاقه لا يرجع بشيء ، اه قال الزيلعي :
وينبغي ان يكون الخلاف السابق فيما لو اكل الطعام جارياً هنا . واعترضه المحطاي
بأن الخلاف في الطعام ، اذا علم بالعيب بعد الأكل لا قبله اه وجميع هذا قدمناه
في شرح المادة السابقة ، لكن لما كانت مسئلة ظهور الكل فاسداً غير مسئلة ظهور
البعض ، اعدناه هنا زيادةً في الايضاح ولثلا يتوهم اختلاف هذه الاحكام بين
المستثنين .

❖ الفصل السابع ❖

« في الغبن والتغريب »

المادة ٣٥٦ - ❖ اذا وجد غبن فاحش في البيع ولم يوجد تغريب
فليس للغبن ان يفسخ البيع الا انه اذا وجد الغبن وحده في مال
اليتيم لا يصح البيع . ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم ❖

الغبن الفاحش هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين . هو الصحيح كما في البحر .
وذلك كما لو وقع البيع بعشرة مثلاً ثم ان بعض المقومين يقول انه يساوي خمسة
وبعضهم منه وبعضهم سبعة ، فهذا غبنٌ فاحشٌ لأنه لم يدخل تحت تقويم احد
بخلاف ما اذا قال بعضهم ثمانية وبعضهم تسعة وبعضهم عشرة ، فهذا غبن يسير اه

(رد المختار) وإنما لا يصح بيع الوصي والمتولي ووكيل بيت المال مع مجرد الغبن الفاحش لأن تصرفات هؤلاء منوطة بالمصلحة ، فما لا مصلحة فيه من عقودهم يكون غير صحيح .

وهل هو فاسد أو باطل ؟ - قال القاضي علائدين المروزي: يبطل البيع حتى لا يملك المشتري المبيع بالقبض . وقال نجم الدين الحلبي: بل يفسد البيع . قلت: فيملك المشتري المبيع بالقبض ويكون على كل من المتبايعين فسخه ما دام المبيع قائماً في يد المشتري (كذا في ادب الاوصياء) قال في البحر: وينبغي ترجيح القول بالفساد ، لأنه اذا ملك بالقبض وجبت قيمته ، فلا ضرر على اليتيم والوقف اه قال في رد المختار بعد نقل ما في البحر: قلت: وينبغي ترجيح القول بالبطلان حيث لزم الضرر بأن كان المشتري مفلساً او ماطلاً (تأمل) .

فيدنا بالفاحش لأن بيع هؤلاء بالغبن اليسير صحيح كما في ادب الاوصياء . قال: وان لم يميز ذلك من المريض ، يعني مرض الموت ، الذي عليه دين محببته بماله ، او اذا باع من وارثه شيئاً مم ان الوصي مستمد من المريض . وهذا من اعجب المسائل اه .

ثم اعلم ان الوصي مثلاً لو باع ثم ادعى الغبن الفاحش ، لا تسمع دعواه ، لأنه ساع في قبض ما تم من جهته فسميه مردود عليه لكن لو ادعى الصغير بعد بلوغه او وصي آخر غير البايم ، تسمع . كذا في الخاانية والتبيين للزبلي في مسائل شتى وغيرهما . لكن في ادب الاوصياء : وفي العدة باع الاب مال طفله ثم ادعى فيه فاحش الغبن ، لم تسمع دعواه . وفي جامع الفتاوى : فينصب الحاكم فيما عن الصبي فيدعيه على المشتري . وقال في موضع آخر منه : هذا اذا اقر الاب بقبض ثمن التل واشهد عليه في الصك ، اما اذا لم يقر به ولم يشهد عليه بالصك ، او قال بعته ولم اعرف الغبن او قال كنت عرفت ولكن لم اعرف ان البيع لا يجوز معه ، فحشذ يكون له ان يدعي بعده الغبن اه وفيه ايضا عن التوازل والحاوية : باع الوصي شيئاً من مال اليتيم ثم طلب منه ذلك الشيء ، بأكثر مما باع ، يرجع فيه الحاكم الى اهل البصر والخبرة . فان اخبر اثنان منهم ان الثمن الذي باع به الوصي قيمته ، لا يثقت الى زيادة من زاد ، لما انه عند الحاجة قد يزداد على القيمة

فلعل هذا للاحتياج ، لا لان القيمة ازيد مما باع به الوصي حتى لا يجوز البيع ان كان النقص فاحشاً . وان كانت التركة تباع في السوق بأقل مما تباع في المزايمة ، لا يجب على الوصي بيعه على المزايمة ، بل له ان يعتمد على قول اهل الخبرة وبأخذ بما اجتمع عليه عدلان منهم . وهذا عند محمد . واما على قولها فقول العدل الواحد كافٍ فيه . والاثنان احوط ، على ما عرف في التعديل والتعريف . ومثله في فتاوى ظهير الدين الولوجي - والهداية اه .

المادة ٣٥٧ - * اذا غر احد المتبايعين الآخر وتمحق ان في

البيع غبنًا فاحشًا فللمغبون ان يفسخ البيع حينئذٍ *

وكذا لو غره الدلال ، كما في الدر . قال الرملي : مفهومه انه لو غره رجل اجنبي غير الدلال لا يثبت له الرد .
وبقي ما لو غر المشتري البايع في العقار فأخذه الشفيع ، هل للبايع ان يسترده منه ؟ - ينبغي عدمه لأنه لم يفره وانما غره المشتري ، وتامه في حاشيته على البحر (كذا في رد المحتار) .

وفيه : ان المشتري ليس بأجنبي لأنه احد المتعاقدين فهو اولي من الدلال ، فالاولى التعليل بأن تملك الشفيع بمنزلة شراء متبدء ، كما في التنوير وغيره .
وسياتي في المادة (١٠٣٧) وسنذكر في شرح المادة (٣٦٠) ان اخراج المبيع عن ملك المشتري يمنع المغبون من فسخ البيع لأنه بمنزلة الاستهلاك . وفيه كلام سنذكره .

واما لو غر البايع المشتري والمسئلة بما لها ، فليس للشفيع الرد بخيار الغبن مع التفرير ، كما هو ظاهر ، لعل البايع اذا عقد بينهما ، ولا على المشتري لانه وان كان تملكه بمنزلة الشراء المتبدء من المشتري الا انه لم يفره . نعم للشفيع ان يردده بخيار عيب او روية على المشتري ، كما صرحوا به . وسياتي في بابها .

﴿ تنبيهان ﴾

الاول : ذكر في الدر من باب المراجعة والتولية جند الكلام على خيار الغبن والتفريغ ما نصه : وقدما عن الخانية انه متى عاين ما يعرف بالعيان انتفى الغرر ، فتدبراه قال محشيه العلامة بن عابدين : كما لو اشترى سوبقاً على ان البايع لته بين من السمن وتقاضا والمشتري ينظر اليه فظهر انه لته بنصف من ، جاز البيع ولا خيار للمشتري . وهو نظير ما لو اشترى صابوناً على انه يتخذ من كذا جرة من الدهن ثم ظهر انه اتخذ من اقل ، والمشتري كان ينظر الى الصابون وقت الشراء ، جاز البيع من غير خيار (ظهيرية) قلت : وكون ذلك مما يعرف بالعيان غير ظاهر ، فليتأمل اه .

وظاهر ذكر هذه المسائل في الدر وحواشيه في مجت خيار الغبن مع التفريغ ان البيع فيها جائز بلا خيار وان كان مع الغبن الفاحش في الغن . والظاهر ان الامر كذلك ، فان صاحب الخانية انما ذكر هذه المسائل في «فصل في الشروط المبطله» وكذا صاحب الاشياء ذكرها في صدد تعداد المواضع التي لا يبطل فيها البيع بالشرط ، فأفاد ان البيع في هذه المسائل ، وان ظهر فيها المبيع دون ما شرط البايع ، الا انه حيث عابنه المشتري حين الشراء والقبض وكان ما شرطه مما يعرف بالعيان ، فالبيع يكون فيها صحيحاً بلا خيار الفسخ بفوات الوصف المرغوب ، لانتهاء الغرور بالمشاهدة والعيان . وهذا لا يقتضى انه لو وقع البيع بالغبن الفاحش ، والمسئلة بجالها ، لا يثبت خيار الفسخ به مع التفريغ . فان مسئلة الفسخ بخيار الغبن مع التفريغ غير مسئلة الفسخ بفوات الوصف المرغوب فيه ، كما لا يخفى . ولا يقال ان قول صاحب الخانية « فإذا عابنه انتفى الغرور الخ » يفيد ان الغرور بالمعابنة ينتفى ، وحيث انتفى لم يبق الا الغبن وحده بلا تفريغ ، وهو لا يثبت به حتى الفسخ وحده على الصحيح المنق به ، لأننا نقول ان الغرور الذي انتفى بالمعابنة في عبارة الخانية انما هو المثبت لخيار الفسخ بفوات الوصف المرغوب فيه ، واما التفريغ الذي اذا انقم الى الغبن الفاحش يثبت به للمغبون الخيار ، فهو موجود لأن من لازم كون السوبق ملتوتاً بين من سمن مثلاً ان تكون قيمته زائدة عما لث بنصفه ،

فهو كما اذا غره البايع بقوله انه يساوي كذا فأخذه بناء على ذلك . ولا تنس ما قدمناه عن العلامة بن عابدين من ان كون ما ذكر مما يعرف بالعيان غير ظاهر اه . ففهم .

الثاني : ذكر في الخمانية : ولو اشترى ثوباً على انه سداسي فإذا هو خماسي خير المشتري ان شاء اخذ بجميع الثمن وان شاء ترك ، لأن هذا اختلاف نوع لا اختلاف جنس فلا يفسد البيع ، وانما ينجير لأنه وجد دون ما شرط اه ثم ذكر فيها ايضاً : ولو اشترى قميصاً على انه يتخذ من عشرة اذرع وهو ينظر اليه فاذا هو من تسعة ، جاز البيع ولا خيار للمشتري ، لما قلنا من ان هذا مما يعرف بالعيان فاذا عابته انتفى الغرور اه قال في رد المحتار قبيل باب خيار الروية : ويشكل على هذا ، اي على مسألة القميص ، مسألة السداسي اه - قلت : يرفع الاشكال بحمل مسألة السداسي على ما اذا لم ينظر اليه المشتري فيثبت الخيار لغواً وصف مرغوب فيه لأنه وجد دون ما شرط ، بخلاف المسئلة الثانية ، فإنه لما اشترى وهو يرى المبيع ، فقد رضي بحالته المرئية ، فلا عبرة لما شرطه . تأمل .

المادة ٣٥٨ - * اذا مات من غرّ بغير فاحش لا تنتقل

دعوى التفرير لو ارثه *

هذا ما استظهره العلامة محمد بن عبدالله التمرناشي صاحب التنوير في منحه تشبيهاً له ، اي خيار التفرير ، بخيار الروية والشرط ، لأن كلاً منها مجرد ارادة ومشيئة ، فلا تنتقل . وجزم به الملائي في الدر ، ورجحه في رد المحتار بأن خيار التفرير اشبه بخيار ظهور الخيانة في المراجعة ، فكان الحاقه به اولى من الحاقه بالوصف المرغوب . وقد جزم في البحر ان خيار الخيانة في المراجعة لا يورث ، فكذا ما كان به اشبه اه وفي رد المحتار عن الساجحاني تأييد كونه كخيار الشرط لا يورث ، بأن الكل لدفع الخداع . فاذا كان خيار الشرط الملقوظ به لا يورث ، فكيف بغير الملقوظ مع كونه مختلفاً فيه ؟ اه .

ومقابل هذا ما يجنه الخير الرمي تبعاً للقدمي من انه يورث كخيار العيب . ولو مات الفارقيل ان يقيم المغرور دعواه بالغبن والتغريب ، فللمغرور ان يقيها على وارثه . وبه افنى شيخ الاسلام علي افندي (افاده البعض) .

المادة ٣٥٩ - * المشتري الذي حصل له تغريب اذا اطلع على الغبن الفاحش ثم تصرف في المبيع تصرف الملاك سقط حق فسخه *

كما لو عرض المبيع للبيع او لبسه اور كبه لحاجة ، الى غير ذلك مما تقدم بسطه في شرح المادة (٣٤٤) فليراجع .
قال في الاقروية نقلاً عن حاوي القنية : ولو تصرف المشتري المغبون في المبيع تصرف الملاك بعد ما عرف الغبن فيه ، لا يردّه . ولو تصرف فيه تصرف الأمانة ، يردّه به اهـ .
والظاهر ان التقييد بالمشتري في متن المادة وفي عبارة الانقروي اتفاقاً ، والا فإن الحكم واحدٌ لو تصرف البايع المغرور في الثمن العين بعد ما عرف الغبن ، قد ير .

المادة ٣٦٠ = * اذا هلك او استهلك المبيع الذي صار في بيعه غبنٌ فاحشٌ وغرر او حدث فيه عيب او بني مشتري العرصة عليها بناءً لا يكون للمغبون حقٌ ان يفسخ البيع * .

بل يلزمه المبيع بجميع الثمن في الروايات الظاهرة ، لأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن ، كخيار الرؤية والشرط ، وفيها يلزمه تمام الثمن قبل الفسخ ،

فكذا هنا - بخلاف خيار العيب ، لأن المستحق فيه جزءاً فائتاً بطالب به فيسقط ما يقابله اذا عجز عن تسليمه . وتماه في الفسخ .

واعلم ان هذا الحكم وهذا التعليل انما ذكره في خيار ظهور الخيانة في التولية والمراجعة . لكن لما كان خيار التفريغ اشبه بذلك كما قدمناه عن رد المختار والبحر وغيرها ، حتى ذكر في المنع عن تحفة الفقهاء ان المغبون اذا غرّب انما ثبت له الرد والفسخ استدلالاً بمسئلة المراجعة ، فافاد ان خيار التفريغ في حكم خيار الخيانة في المراجعة ، فكان ما يذكر من الحكم في احدهما جارياً في الآخر . ولذا اعتمدت عليه هذه المحلة كما ترى .

وانما امتنع الفسخ في صورتي الهلاك والاسهلاك لامتناع الرد بسبب عدم قيام المحل ، وهو المبيع ، ولأن الفسخ لا يرد الا على عين ما ورد عليه العقد ، والآن لما كان فسخاً . فاذا هلك ما ورد عليه العقد فقد تعذر الفسخ . وفي صورة حدوث العيب ، لأن في الرد اضراً بالبايع لكون المبيع خرج عن ملكه سليماً من العيب ، فيتضرر برده اليه مبيعاً ، وفي صورته البناء في العرصة ، لأن البناء زيادة متصلة غير متولدة ، وهي تمنع من الفسخ ، اذ لا وجه للفسخ في الاصل دون الزيادة لأنها لا تنفك عنه ، ولا وجه اليه معها ، لحق الشرع ، لحصول الربا فإن الزيادة حينئذ تكون فضلاً مستحقاً في عقد المعاوضة بلا مقابل ، حتى لو تراضيا على الرد لا يقضي القاضي به ، كما تقدم في خيار العيب .

ثم ان مثل الاستهلاك كل تصرف من المشتري فيه اخراج للمبيع عن ملكه ، لما ذكرنا من عدم قيام المحل ، بخلاف تصرف ليس فيه ذلك ، كبيعته بخيار له او اجارته او رهنه ، فإنه غير مانع من الفسخ والرد بعد فسخ الاجارة او فك الرهن . نعم لو آجر او رهن مثلاً بعد ان اطلع على العيب يسقط حق الفسخ ، لدلالته على الرضى كما تقدم .

ثم الظاهر ان خروج المبيع عن ملك المشتري بتملك الشفيع له كإخراجه عن ملكه لتصرفهم بأنه كسواء مبتدء فيتمتع الفسخ بعده ، كما تقدم .
وقيد بهلاك كل المبيع او استهلاكه لأنه لو استهلك بعضه قبل علمه بالعيب ، وكان المبيع مثلياً ، لا يكون استهلاك البعض مانعاً من خيار الفسخ ، فيرد

مثل ما اتلقه مع الباقي ، ويرجع بكل الثمن على الصواب . كذا في الدر عن القنية ،
وعبارتها كما في رد المحتار : قال لغزال « لا معرفة لي بالنزل فأنتي بغزل اشتريه »
فأتى رجل بغزل مملوك لهذا الغزال ولم يعلم به المشتري ، فجعل الغزال نفسه
دلالاً بينهما واشتري ذلك الغزل بأزيد من ثمن نائل ، وصرف المشتري بعضه
الى حاجته ثم علم بالغبن وبأن الغزال هو صاحب الغزل وانه فعل ذلك تفريراً به ،
فله ان يرد الباقي بمحضته من الثمن . قال رضي الله عنه : والصواب ان يرد الباقي
ومثل ما صرف في حاجته ، ويسترد جميع الثمن . كمن اشترى بيتاً مملوءاً من يور ، فإذا
فيه دكانٌ عظيم ، فله الرد وأخذ جميع الثمن قبل اتفاق شيء منه ، وبعده يرد
الباقي ومثل ما اتفق ويسترد الثمن . كذا ذكره ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اه
قال في الدر : بقي ما لو كان قيمياً — لم اره اه قال محشيه الطحطاوي : ولو قيل في
القيمي ان يحسب قيمته وينظر فإن كان الربع يسقط عنه بحسابه ويستدل على قيمته
بما بقي منه ، لكان له وجه ، وليجرر اه وقوله « ويستدل على قيمته الخ » يعني انا
نستدل على قيمة ما استهلك بما بقي ، ثم اذا بلغت قيمة المالك مثلاً ربع قيمة الباقي ،
يرد المشتري الباقي من المبيع ، ويسترد ثلاثة ارباع الثمن . فقوله « يسقط عنه »
اي عن البايع . والحاصل اذا ملك بعض المبيع ، له رد الباقي سواء كان مثلياً او
قيماً ، كما يقتضيه اطلاق عبارته متن التنوير حيث قال : ونصرفه ، اي المشتري ،
في بعض المبيع غير مانع منه اه اي من الخيار ، فكان كما لو اكل بعض المثلي او
باعه ثم ظهر فيه عيب ، او اشترى عبيد او ثورين فباع احدهما ثم رأى في
الباقي عيباً ، له رد ما بقي عندهما ، بخلاف الثوب الواحد ، كما تقدم .

ثم ان كان المبيع مثلياً فقد نص في القنية على انه يرد الباقي مع مثل ما استهلك ،
ويسترد جميع الثمن ، وان كان قيمياً فكيفية الرد غير منصوص عليها ، فهل يكون
المالك من المبيع مضموناً على المشتري بقيمته المغبونة فيكون ما لحق المالك من
الغبن قد تحمله المشتري ، او بقيمته الحقيقية فيكون ما لحق المالك من الغبن قد تحمله
البايع ؟ — مال الطحطاوي الى الاول ، ولعل الثاني اوجه ، لما علمته في المثلي
من ان الصواب ان يرد الباقي ومثل ما اتلف . فالغبن الذي لحق المالك في المثلي انما
تحمله البايع ، وهكذا ينبغي ان يكون في القيمي . وهذا اذا كان القيمي ثوبين او عبيدين

فهلك احدهما . اما لو كان ثوباً واحداً مثلاً فاستهلك بعضه فإنه يمتنع الرد لحدوث عيب فيه عند المشتري ، وهو عيب الاشتراك ، فليتدير .

* الباب السابع *

* في بيان انواع البيع واحكامه وينقسم الى ستة فصول

* الفصل الاول *

* في بيان انواع البيع *

اعلم ان انواع البيع على ما ذكرناه في هذا الفصل موافقاً لما في البحر خمسة ، لأنه اما باطل ، وهو ما لم يكن مشروعاً بأصله ولا بوصفه ، وحكمه عدم افادة الحكم - وهو الملك - قبضه المشتري او لا .

وطاسد ، وهو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ، وحكمه افادة الحكم عند القبض ، لا بمجرد .

وصحيح وهو ثلاثة : نافذ لازم ، وهو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ولم يتعلق به حق الغير ، ولا خيار فيه . وحكمه افادة الحكم ، وهو الملك للحال .

ونافذ ليس بلازم ، وهو ما كان مشروعاً كذلك ولم يتعلق به حق الغير ، وفيه خيار .

وموقوف ، وهو ما كان مشروعاً كذلك وليس فيه خيار لكن يتعلق به حق الغير .

وحكم هذين افادة الحكم في الجملة ، بمعنى انه يثبت به الملك موقوفاً على الاجازة في الثاني ، وعلى اسقاط الخيار في الأول . وما ذكرنا من ادخال الموقوف تحت الصحيح هو احد طريقين للمشايخ ، فهو قسم من الصحيح ، وهو الحق لصدق التعريف وحكمه عليه ، فإنه ، اي الصحيح ، ما افاد الملك من غير توقف على القبض ،

ولا يفرض توقفه على الاجازة كتوقف البيع الذي فيه الخيار على اسقاطه . ومنهم من جعله قسماً للصحيح ، وعليه مشى الزيلعي ، فإنه قسم البيع الى صحيح وباطل وفاسد وموقوف (افاده في البحر) ولا يتأنيه جعل الموقوف قسماً للصحيح في المادة (١٠٦) لأن ذلك تقسيم للبيع المنعقد ، لا لأصل البيع ، تأمل .

المادة ٣٦١ - * يشترط في انعقاد البيع صدور ركنه من اهله اي العاقل المميز و اضافته الى محل قابل لحكمه *

ركن البيع ، كما في الفتح ، العمل الدال على الرضى بتبادل المالكين من قول او فعل ، فيشمل الايجاب والقبول الدالين على التبادل ، او ما يقوم مقامهما من التعاطي . وقوله « الدال على الرضى » اي بالنظر الى ذاته ، وإن كان ثم ما يتأني الرضى كما كراه (افاده في رد المحتار) وعمله المبيع .

وقد اشارت هذه المادة الى بيان شروط انعقاد البيع ، وهي اربعة انواع ، كما في البحر : في العاقد وفي نفس العقد ، وفي مكانه ، وفي العقود عليه .

فشرائط العاقد اثنان : العقل والعدو . فلا ينعقد بيع مجنون وصبي لا يعقل ، كما سيأتي في المادة التالية . ولا وكيل من الجانبين ، لأن الواحد لا يتولي العقد من الجانبين ، كما في الخانية - الآ في مسایل ذكرناها في شرح المادة (١٦٨) فلتراجع . ولا يشترط في العاقل البلوغ ولا الحرية ، فيصح بيع الصبي او العبد لنفسه موقوفاً على اجازة وليه ، ولغيره بوكالة نافذة ولا الاسلام والنطق والصحو ، فيصح بيع الأخرس باشارته المعهودة ، كما مر في المادة (١٧٤) بشرط ان تكون مقرونة بتصويت منه ، كما ذكرناه في شرح المادة المذكورة ، فلتراجع . وصح بيع السكران وشراؤه .

وشروط العقد اثنان ايضاً : (١) موافقة الايجاب للقبول ، فلو قبل غير ما اوجبه او بعضه او بغير ما اوجبه او ببعضه ، لم ينعقد الا في الشفعة بأن باع عبداً وعقاراً فطلب الشفعة المقار وحده (٢) وكونه بلفظ الماضي .

وشركاه مكانه واحد وهو اتحاد المجلس .

وشرط المقود عليه ستة : كونه موج ودأماً لا متقوماً مملوكاً في نفسه . وكون الملك للبايع فيما يبيعه لنفسه . وكونه مقدر التسليم ، فلم ينقذ ييم المدوم ، وماله خطر الدم كاللبن في الضرع وكالحمل في الثمر قبل ظهوره ، وهذا العبد فإذا هو جارية . ولا يبيع الحر والمدير وأم الواد والمكاتب ومعنى البعض والبنت والدم ، ولا ييم الخمر والخنزير في حق مسلم وكسرة خبز لان ادنى القيمة التي تشتترط لجواز البيع فلس ، ولا يبيع الكلاء ولو في ارض مملوكة له ، والماء في نهر او بئر ، والصيد والحطب والحشيش قبل الاحراز ، ولا يبيع ما ليس مملوكاً له . وان ملكه بعده ، الا السلم والمغصوب ، ولو باع الفاضل ضمن قيمته وبيع الفضولي ، فإنه منقذ موقوف ، وييم الوكيل ، فإنه نافذ . ولا يبيع معجوز التسليم ، كالأبق والطير في الهواء والسك في البحر بعد ان كان في يده ، فصارت شرايط الانقضاء احدى عشر (افاده في البحر)

وقول العلامة ابن علبدين في حاشيته عليه وعلى الدر: وصوابه تسعة ، غير صواب كما ترى . نعم شرط كون الملك للبايع فيما يبيعه لنفسه ، معنى على الرواية الضعيفة في ييم الفضولي انه اذا باعه لأجل نفسه يكون باطلاً ، والصحيح خلافه كما سيأتي ، وعليه فتكون شروط الانقضاء عشرة . قال في رد المحتار : ويزاد شرط سابع في شروط المقود عليه اذا لم يرباه ، وهو الإشارة إليه او الى مكانه كما مر في خيار الروية اد - وليس بشيء ، لأنه من شرايط الصحة كما يأتي ، لان شرايط الانقضاء . وارجع الى ما ذكر متناً وشرحاً في الفصل الأول من الباب الثاني .

المادة ٣٦٢ * البيع الذي في ركنه خلل كبيع المجنون باطل *

في هذه المادة اشارة الى شرطي الانقضاء بالنسبة الى العاقد ، وهما العقديل والعدد . فانكاف في قوله « كبيع المجنون » ليست للاستقصاء ، فمثل المجنون

الصبي الغير المميز ، ومثل بيعها شراؤها . ومثلها بيع الوكيل من الجانبين لتقد
شرط العدد في العاقد ، كما علمت آنفاً ، فهو خلل في الركن ايضاً .
وقيدنا الصبي بكونه غير مميز لأن المميز يتعقد بعه وشراؤه موقوفاً على اجازة
وليه ان كان لنفسه ، وناظراً بلا عهدة ان كان لغيره بطريق الولاية كما في (ط)
على الدر ، وتقدم آنفاً . قال في رد المحتار : وانما يتوقف بيع الصبي المميز
وشراؤه لنفسه اذا لم يكن بفن فاحش ، والا لم يتوقف ، لأنه حينئذ لا يصح من
وليه عليه ، فلا يصح منه بالاولى اهـ .

المادة ٣٦٣ = * المحل القابل لحكم البيع عبارة عن المبيع الذي
يكون موجوداً ومقدور التسليم ومالاً متقوماً فيبيع المعدوم وما ليس
بمقدور التسليم وما ليس بمال متقوم باطل *

تشير هذه المادة الى شرايط الانقضاء بالنسبة الى المعقود عليه ، وهي ستة كما
علمت اول هذا الباب ، ذكر منها هنا اربعة كما ترى ، وبقي اثنان : الاول كونه
مملوكاً في نفسه ، لاخراج نحو بيع الكلاء والماء في نهر او بئر . والصيد والخطب
قبل الاحراز . ترك استنفاه عنه بقوله « متقوماً » لان المراد به معناه العرفي ، وهو
كونه محرزاً كما حققناه في شرح المادة (٢١١) فخرج به ما لم يكن محرزاً كسمك لم
يصد وكلاء لم يحرز وما في نهر او بئر . وبوئيه اطلاق قوله « باطل » اي في
حق المسلم وغيره ، بخلاف ما اذا اريد به اية بالتقوم معناه الشرعي وهو ما
يباح الانقضاء به ، لاخراج نحو الخمر والخنزير والميتة بنحو الخلق ، فان بطلان
البيع فيها انما يظهر في حق المسلم فقط .

والثاني كون الملك للبايع فيما يبيعه لنفسه ، ترك ايضاً لكونه مبنياً على الرواية
الضعيفة كما تقدم في شرح المادة (٣٦١) وسيأتي في شرح المادة (٣٦٥)
وبقي ايضاً من شروط الانقضاء ثلاثة ، اثنان بالنسبة الى العقد ، وهما موافقة
الايجاب للقبول وكونه بلفظ الماضي ، وواحد بالنسبة الى مكان العقد ، وهو اتحاد

المجلس . استغنى عن ذكر الاولين اعتماداً على المادة (١٦٩) والمادة (١٧٧) وما يليها وعن ذكر الأخير اعتماداً على المادة (١٨٢)

✽ تنبيه ✽

ما خرج بهذه القيود من المبيوعات الباطلة قد تقدمت مفصلة في الفصل الثاني من الباب الثاني من كتاب البيوع ، اعنى في المادة (٢٠٥) وما يليها من المواد ، فلتراجع مع شروحها .

المادة ٣٦٤ = ✽ اذا وجد شرط انعقاد البيع ولم يكن مشروعاً باعتبار بعض اوصافه الخارجة كما اذا كان المبيع مجهولاً او كان في الثمن خلل صار البيع فاسداً ✽

قد علمت ان البيع الفاسد ما كان مشروعاً بأصله لا بوضفه . واعلم ان شرايط صحة البيع خمسة وعشرون ذكرت في هذه المادة اجمالاً ، وهي على ما في البحر عامة وخاصة .

فالعامه لكل بيع شروط الانعقاد المارة لأن ما لا ينعقد لا يصح ، ولا بعكس . فإن الفاسد عندنا من عقد . وعدم التوقيت ، فإن اقره لم يصح ، بخلاف الاجارة ، فإن التأقبت شرطها . ومعلومية المبيع ومعلومية الثمن بما يرفع المنازعة ، فلا يصح بيع شاة من هذا القطيع وبيع الشيء بقيمه او بحكم فلان . وخلوه عن شرط مفسد ، وهو كل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلايمه ولم يجز العرف به وفيه نفع لأحد المتعاقدين ، كاشتراط حمل البهيمة واختلفت الروايات في اشتراط حمل الجارية ، ورجح بعضهم ان الشارط له ان كان البايع صحيحاً ، لان حمل الجارية عيب ، فكان تبرئاً منه . وان كان المشتري ليأخذها ظناً ، فسد . وكاشتراط الأجل في المبيع المعين والثمن المعين وانما يجوز في الدين . والرضى ففسد بيع المكره وشراؤه ، وكذا ايمم الثلجثة . وملك الأول بالقبض دون الثاني . والفائدة ، ففسد بيع ما

لا فائدة فيه وشراؤه ، كبيع درهم بدرهم استويا وزناً وصفة .
واما الخاصة ، فعملومية الأجل في البيع بثمن مؤجل ، فقد ان كان الأجل
مجهولاً . والقبض في بيع المشتري المنقول . وفي الدين ، ففسد بيع الدين قبل
قبضه كالمسلم فيه ورأس المال ، ويم شيء بدين على غير البائع ، بخلاف ما اذا
كان على البائع . وكون البديل مسمى في المبادلة انقوبية ، فإن سكت عنه فسد
وملك بالقبض ، وإن نفاه بطل لانعدام احد ركبيه ، كما في الجوهرة والدر .
والمماثلة بين البديلين في اموال الربا . واخلو عن شبهة الربا . ووجود شرابط السلم
فيه . والقبض في الصرف قبل الاقتراق . وعلم الثمن الأول في مراجحة وتولية
واشتراك ووضع .

وقولنا خمسة وعشرون مبني على ما في البحر من ان شروط الانقباد احد عشر
وعلى ما ذكرناه من اسقاط شرط كون الملك للبائع فيما يبيعه لنفسه ، لكونه مبنياً
على الرواية الضعيفة ، تكون اربعة وعشرين .

* تمة *

تقل الفاضل بن عابدين في حاشيته على البحر عن جواهر الفتاوى : رجل له
على آخر حنطة غير السلم فباعها منه بثمن معلوم الى شهر ، لا يجوز ، لان هذا بيع
الكالي . بالكالي ، يعني الدين بالدين ، وقد نهبنا عنه . وان باعها من عليه ونقد
المشتري الثمن في المجلس ، جاز ، فيكون ديناً بعين اه وفي البرازية : له عليه حنطة
اكلها فباعها منه نسيئة ، لا يجوز - اقول : ومثله الزيت وكل مكيل وموزون .
ومثل البيع الصلح والحيلة في جواز بيع الحنطة المستهلكة بالنسيئة ، ان يبيها
بشوب ويقبض الثوب ثم يبيعه بدرهما الى اجل - اقول : وتجري هذه الحيلة في
الصلح ايضاً وهي واقعة الفتوى . وبكثير وقوع ذلك ، فاسقنده اه مختصراً .

المادة ٣٦٥ = * يشترط لنفاذ البيع ان يكون البايع مالكا
للبيع او وكيلًا للمالك او وليه او وصيه وان لا يكون في البيع
حق آخر *

اعلم انه يشترط لنفاذ البيع بعد ان يكون منعقدًا صحيحًا شرطًا : المالك او
الولاية ، وان لا يكون في المبيع حق لغير البايع . والولاية اما بانابة المالك
كالوكالة ، او الشارع كولاية الاب ثم وصيته ثم الجد ثم القاضي ثم وصيه . ولا ينفذ بيع
مرهون ومستأجر . والمشتري فسخه ان لم يعلم ، لا ارتهن . ومستأجر . افاده في رد
المختار ، وبأني . وقد افادت هذه المادة ان بيع ما لا يملكه البايع . منعقد سواء
باع ذلك لاجل ماله ، وهو مبني على الرواية الصحيحة ، خلافا لما تقدم عن
البحر ، حيث جعل كون الملك للبايع في ما يبيعه لاجل نفسه شرطًا لانعقاد
فانه مبني على الرواية الضعيفة كما في حاشية بن عابدين على البحر عن الرملي .
وقال في النخ : ويشكل على ما قاله شيخنا ، يعني صاحب البحر عن البدائع ،
ما قاله من ان المبيع اذا استحق لا يفسخ العقد في ظاهر الرواية بقضاء القاضي
بالاستحقاق ، والمستحق اجازته . وجه الاشكال ان البايع باع لنفسه لا للمالك
الذي هو المستحق ، مع انه توقف على الاجازة . ويشكل عليه ايضا بيع الغاصب
فانه يتوقف على الاجازة . فالظاهر ضعف ما في البدائع ، فلا ينبغي ان يعول عليه
لخالفته لفروع المذهب اه - نعم ذكر في الهنديه وجامع الفصولين وغيرهما : باع
ملك غيره فشره من ماله وسلم الى المشتري ، لم يميز ، والبيع باطل لا فاسد .
وانما يجوز اذا تقدم بسبب ملكه على بيعه حتى ان الغاصب لو باع المنصوب ثم ضمنه المالك ، جاز
بيعه اما لو شره المالك من ماله او وهبه له او ورثه منه ، لا ينفذ ببيعه قبله .
ولو غضب شيئًا وباعه فإن ضمنه المالك قيمته يوم الغصب ، جاز بيعه ، لا لو
ضمنه قيمته يوم البيع اه فتأمل

المادة ٣٦٦ = * البيع الفاسد بصير نافذاً عند القبض يعني بصير
نصرف المشتري في البيع جائزاً حينئذٍ * .

قوله « الفاسد » خرج به الباطل ، فإنه لا يفيد الحكم ، وهو الملك عند
القبض ، كما تقدم ويأتي . وقوله « بصير نافذاً الخ » معناه انه يعامل معاملة
الصحيح النافذ من افادته الحكم ، وهو الملك عند القبض ، لا انه كان موقوفاً فصار
نافذاً . ولهذا اتى بقوله « يعني الخ » .

والمراد بالجواز بقوله « جائزاً » الصحة والنفاز ، لا الحيل ، اذا لا يحل له اكله
ولا لبسه ولا وطؤها ولا ان يتزوجها منه البائع ، لأنه ملكه ملكاً حينئذٍ
حراماً .

ثم ان نفاذ تصرف المشتري به مقيد بما اذا لم يكن فيه خيارٌ للبائع فلو كان فيه
لا يجوز للمشتري حينئذٍ ان يتصرف فيه ، لانه يمنع الملك في الصحيح ، فكذا
في الفاسد (بجر) وسيأتي في الفصل الثاني لهذا زيادة بيان .

المادة ٣٧٧ = * اذا وجد في البيع احد الخيارات لا يكون
لازماً * .

يعني انه يشترط للزوم البيع بعد اجتماع شرائط الصحة والنفاز شرط واحد ،
وهو خلوه من الخيارات الاربعة المشهورة . ويزاد خيار الكآبة وخيار الغبن اذا
كان فيه غرور ، وخيار استحقاق بعض المبيع القيمي مطلقاً ، والثلي قبل القبض ،
وخيار الخيانة في المرايحة ، وخيار نقد الثمن وعدمه ، وخيار كشف الحال ، وخيا
وصف مرغوب فيه ، وخيار اجارة البيع الفضولي ، وخيار هلاك بعض المبيع

فهي ثلاثة عشر . وقد صارت جملة الشرايط ستة وسبعين . فشرايط الانعقاد احد عشر ، وقول الفاضل بن عابدين في حواشيه على الدر والبحر « صوابه تسعة » لم يظهر لي وجهه . وشرايط النفاذ اثنان . وشرايط الصحة خمسة وعشرون . وشرط اللزوم واحد بعد اجتماع الكل . فلي هذا شرايط اللزوم تسعة وثلاثون (كما في البحر) وقوله « ستة وسبعين » صوابه « سبعة وسبعين » لأن شرايط الانعقاد والنفاذ والصحة ثمانية وثلاثون ، وشرايط اللزوم مع هذه المذكورات مع زيادة الخلو من الخيارات ، فصارت سبعة وسبعين . لكن قد علت سقوط شرط واحد من شرايط الانعقاد ، وهو كون الملك للبايع فيما بيعه لنفسه ، لا ابتناؤه على الرواية الضعيفة . فيسقط من شرايط الانعقاد واحد ، ومن شرايط الصحة واحد ، ومن شرايط اللزوم اثنان ، فتصير جملة الشرايط مع التداخل ثلاثة وسبعين ، وبلا تداخل سبعة وعشرين ، لأن شرايط الانعقاد عشرة ، وشرايط الصحة ما عدا شرايط الانعقاد اربعة عشر ، وشرط النفاذ اثنان ، وشرط اللزوم ما عدا ما ذكر واحد ، فهي سبعة وعشرين لا بد من اجتماعها كلها للزوم البيع . هذا ما ظهر لي في تقرير هذا المحل .

ثم ان معنى كون المبيع غير لازم اذا وجد فيه احد الخيارات ، ان من له الخيار له ان يفسخ البيع وان يمضيه . حتى لو اختار امضاه باسقاط خياره يصير البيع لازماً ، وان كان الامضاء بعد هلاك المبيع والبايع مثلاً . وهذا بخلاف ما اذا كان البيع موقوفاً ، فإن الأجازة لا تلحقه بعد هلاك واحد مما ذكر ، بل يبطل البيع كما سيأتي . فمن قال في شرح هذه المادة « بل يبقى موقوفاً حتى يسقط الخيار » لم يفرق بين البيع الموقوف والبيع الغير اللازم ، فافهم .

المادة ٣٦٨ = * البيع الذي يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي

وبيع المرهون يعقد موقوفاً على اجازة ذلك الآخر * .

يعني ان بيع ما يتعلق به حق الغير نوعان : الاول ، ان يبيع ملك الغير ،

كبيع الفضولي . والثاني ان يبيع ملك نفسه مشغولاً بحق الغير .
فالنوع الأول حكمه انه ان كان له وقت العقد من يقدر على اجازته من مالك
او ولي كآب وجد ووصي وقاض ، ينعقد موقوفاً على اجازة من يملك ذلك
العقد . ولو كان هو العاقد نفسه فلو باعه بلا اذن ثم اجاز بعد وكالته ، جاز استحساناً .
ولو باع مال يتيم ثم جعله القاضي وصياً له ، صح استحساناً . ولو باع الصبي مال
نفسه بلا اذن وليه ، توقف على اجازة وليه مادام صيباً . ولو بلغ قبل اجازة
وليّه فأجاز بنفسه ، جاز ، ولم يميز بنفس البلوغ بلا اجازة . اما لو باع الصبي
ما له بمعاينة فاحشة ، او شرى شيئاً باكثر من قيمته فاحشاً ، او عقد عقداً مما لو
فعله وليه في صباه لم يميز عليه ، فهذه كلها باطلة ، وان اجازها الصبي بعد بلوغه لم
يجز ، لأنه لا يميز لها وقت العقد . ولم تتوقف على الاجازة الا اذا كان لفظ اجازته
بعد بلوغه مما يصلح لابتداء العقد (افاده في جامع الفصولين وغيره) اقول : ومنه
لو باع صبي لا اب له عقار نفسه بلا مسوغ من المسوغات الشرعية ، فإنه باطل
ولا يقبل الاجازة ، اذ لا يميز له وقت العقد ، بخلاف ما لو كان له اب فإنه ينقذ
موقوفاً على اجازته ، لأن الاب يملك ذلك فتصح اجازته من الصبي بعد بلوغه .
وفي جامع الفصولين : المالك اذا اجاز بيع الفضولي يترتب عليه احكام التوكيل
بالبيع ، حتى لو حط من الثمن ، ثم المالك اجاز البيع ، ثبت البيع والحط ، سواء
علم المالك الحط او لم يعلم . الا انه اذا علم بالحط بعد الاجازة ثبت له الخيار . والفقهاء
فيه ان بصير بالاجازة كوكيل ، ولو حطه الوكيل لا يتمكن الموكل من مطالبة
المشتري به ، كذا هذا .

وهذا كله في بيع الفضولي . اما شراؤه ، فلا يتوقف اذا وجد نفاذاً على المشتري .
حتى لو اشترى حر بالغ لرجل بلا امره ، فهو لنفسه ، اجاز الرجل اولاً . ولو لم
يجد نفاذاً عليه ، يتوقف على اجازة من شراه له كصبي وقن مجبورين اذا شربا
لغيرهما يتوقف ، فإن اجاز جاز ، وعهده على المميز لا العاقد . وهذا لو اضاف
العاقد العقد الى نفسه ، واما لو اضافته الى من شرى له بأن قال بعته من فلان
وقبله ، فإنه يتوقف على فلان ، كما في البحر والدر وجامع الفصولين .
واعلم ان شراء الفضولي على اربعة وجوه : الأول ان يضاف العقد الى المشتري

له في الكلامين ، اي الايجاب والقبول ، بان يقول البايع بعت هذا لفلان بكذا ،
والفضولي يقول اشتريت لفلان بكذا ، او قبلت ولم يقل لفلان ، فهذا يتوقف .
الثاني : ان يضاف القيد في احدهما ولا يضاف في الكلام الآخر لانه ولا
لغيره ، بأن يقول البايع بعت هذا من فلان ويقول الفضولي اشتريت ، او يقول
الفضولي اشتريت هذا لفلان ويقول البايع بعت ، وهذا ايضا يتوقف .

الثالث : ان يضاف القيد في الكلامين الى الفضولي بأن يقول البايع بعت هذا منك
فيقول الفضولي اشتريت او قبلت ، ونوى ان يكون لفلان ، فانه يتخذ على المشتري .

الرابع : ان يضاف القيد في احد الكلامين الى فلان وفي الكلام الآخر لغيره ،
بأن يقول اشتريت لفلان بكذا والبايع يقول بعت منك ، او يقول البايع بعت
لفلان فيقول المشتري اشتريت لنفسه ، فان القيد يطل في اصح الروابطين ، لأن
الكلام الثاني لا يصلح قبولاً للايجاب ، لأن الخطاب رد الايجاب لغيره فلا يكون
جواباً ، فكان شطر القيد . هذا حاصل ما حرره في رد المختار - قلت : ومن

الوجه الثالث ما في القبح : قال اشتريته لأجل فلان فقال بعت ، او قال البايع
ابتداء بعتك لأجل فلان فقال اشتريت ، لم يتوقف ، لأنه وجد نفاذاً على
المشتري ، لأنه اضيف اليه ظاهراً وقوله « لأجل فلان » يحتمل لأجل
شفاعته او رضاه اهـ . ثم انه في صورة ما اذا كان البيع نافذاً على المشتري لو اشهد
انه يشتره لفلان وقال فلان رخصت ، فالقيد للمشتري ، لانه اذا لم يكن وكيلاً
بالشراء وقم الملك له ، فلا اعتبار بالاجازة بعد ذلك ، لانها انما تلحق الموقوف
لا النافذ . فان دفع المشتري اليه المشتري واخذ الثمن ، كانت يعم بالتعاطي
بينهما . وان ادعى فلان ان الشراء كان له وانكره المشتري ، فالقول لفلان ، لان
الشراء بإقراره وقع له (كذا في البحر عن البرازية)

ثم انه يشترط لانقضاء البيع الفضولي ثلاثة شروط : الأول ان لا يبيعه من
نفسه لأنه يكون مشترياً لنفسه ، وقد تقرر ان الواحد لا يتولى الطرفين في
البيع (ذكره في النسخ)

الثاني : ان لا يجعل فيه خيار الشرط لما لكانه في بيع الفضولي ، والمشتري له في
شرائه بأن قال بعتك هذا بشرط الخيار لما لكانه الي ثلاثة ايام مثلاً ، او اشتريت

هذا لفلان بكذا على ان فلاناً بالخيار الى ثلاثة ايام ، فإنه لا يتوقف بل يبطل ، كما في قاضي خان ومنيته المفتي (أفاده في رد المختار) وعلل بطلانه استظهاراً بأن خيار الشرط ورد به النص على خلاف الاصل ، وفائدته التروي دفماً للغبن . ومن وقع له عقد الفضولي بثبت له الخيار بلا شرط غيره قيد بمدة ، فكان اشتراط الخيار له ثلاثة ايام فقط ، مخالفاً للنص ، لأنه لا فائدة فيه بل فيه ضرر بقصر المدة ، فلذا لم يتوقف على الاجازة ، بل يبطل لضعف عقد الفضولي ، وان كان الشرط الفاسد يقتضي الفساد لا البطلان اه .

وقوله « بقصر المدة » اي تجديدها اذا كانت مدة الخيار اكثر من ثلاثة ايام بناء على قول الامامين الذي اعتمدت عليه المجلة ، كما في شرح المادة (٣٠٠) من ان مدة خيار الشرط يجوز ان تكون اكثر من ثلاثة ايام . وانما قيدنا الخيار المبطل لبيع الفضولي بكونه خيار الشرط لانه هو المنصوص عليه في الاشياء وغيرها . واما خيار اجازة بيع الفضولي اوفسحه فقد ذكر في التهر بحثاً ان اشتراطه لا يبطل البيع بل يلغو الشرط ، واقره في رد المختار ، وعلله بقوله « لأنه اذا كان للمالك الخيار في ان يجيز المقدار يبطله بكون اشتراطه لا فائدة فيه ، فيلغو . وحيث لم يكن منافياً للمقدفينبغي ان لا يبطله » اه .

الشرط الثالث: ان لا يكون البدلات من العروض للمالك واحد ، كما اذا كان لرجل فرس وحمار فغصب زيد الفرس وعمرو الحمار ، ثم باع زيد الفرس من عمرو بالحمار فأجاز المالك البيع ، لم يجز ، كما في البحر .

قال : لأن فائدة البيع ثبوت ملك الرقبة والتصرف ، وهما حاصلان للمالك في البدلين بدون هذا العقد ، فلم يتمدد فلم تلحقه اجازة . واما لو غصبا التقدين من واحد وعقداً صرفاً وتقابضاً ثم اجاز المالك ، جازء لان النقود لا تمنع في المفاوضات ، وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ما غصب (كذا في رد المختار عن الفتح)

وكذا لو غصبا العرضين كالفرس والحمار من رجلين وتبايعا واجاز المالك ، جاز ، وصارت الفرس لصاحب الحمار والحمار لصاحب الفرس ، وعلى غاصب الحمار قيمة الحمار لصاحبه وعلى غاصب الفرس قيمة الفرس لصاحبه (هندية)

* تمة *

وما يدخل في بيع مال الغير ما ذكره في جامع الفصولين : شراءه ولم يقبضه حتى باعه الباع من آخر بأكثر ، فأجاز المشتري ، لم يجوز ، لأنه يبيع ما لم يقبضه ، أي لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، فاعتبر بيعاً من جانب المشتري قبل قبضه . وظاهره أنه يبقى على ملك المشتري الأول : وهذا إذا كان المبيع منقولاً ، أما إذا كان عقاراً فصح البيع وتلقه الإجازة ، لأن بيع العقار قبل قبضه صحيح عندهما وهو الصحيح خلافاً للمحمد ، فهو عنده كبيع المنقول (أفاده في رد المحتار) النوع الثاني : أن يبيع ملك نفسه مشغولاً بحق الغير ، كالمراهن إذا باعه الراهن من غير المرتهن ، والعين المؤجرة إذا باعها المؤجر من غير المستأجر ، وكالأرض في مزارعة الغير إذا باعها المالك من غير المزارع كما إذا دفع أرضه مزارعة مدة معلومة على أن يكون البذر من العامل وزرعها أو لم يزرعها فباع صاحب الأرض أرضه ، يتوقف بيعه على إجازة المزارع لأنه في حكم المستأجر للأرض . أما لو كان البذر من المالك فينفذ البيع لو لم يزرع لأن المزارع أجبر له . ولو زرع لا ، لتعلق حق المزارع (أفاده في جامع الفصولين ومثله في الدر وحواشيه) وكبيع الأشجار المساقى عليها إذا باعها مالكها من غير المساقى ، فإنه يتوقف على إجازة المساقى ، كما في تنقيح الحامدية عن الذخيرة . وحكم هذا النوع أن كلاً من المرتهن والمستأجر والمزارع يملك الإجازة دون الفسخ ، بخلاف النوع الأول ، وهو بيع الفضولي ملك الغير ، فإن المالك فيه يملك كلاً من الإجازة والفسخ . وقيل المرتهن يملك الفسخ كالمالك ، لكن في حاشية الرملي على جامع الفصولين أن الأول هو الصحيح ، وعليه الفتوى اه .

وفي الخاتمة : لو لم يجوز المستأجر حتى أفسخت الإجازة ، نفذ البيع السابق . وكذا المرتهن إذا قضى دينه اه .

وفي جامع الفصولين عن الذخيرة : البيع بلا إذن المستأجر نفذ في حق الباع والمشتري ، لا في حق المستأجر . فلو سقط حق المستأجر عمل ذلك البيع

ولا حاجة الى التجديد ، وهو الصحيح . ولو اجازهُ المستأجر نفذ في حق الكل .
ولا ينزع من يده حتى يصل اليه ماله ، اذ رضاه بالبيع يعتبر لفسخ الاجارة
لا للائزاز من يده .

وعن بعضنا انه لو باع وسلم واجازها المستأجر بطل حق حبسه ، ولو اجاز
البيع لا التسليم لا يبطل حق حبسه اه .

وفي رد المحتار : وليس للراهن والمؤجر حق الفسخ ، واما المشتري فله خيار
الفسخ وان علم وقت البيع بالاجارة او الرهن ، وهذا قولها ، وهو الصحيح ،
وعليه الفتوى خلافاً لابي يوسف اه ولو بيع المستأجر من مستأجره وكذا الرهن
من مرهنته ، لا يتوقف كما علمنا ذكرنا ، وبه صرح في جامع الفصولين .

وفيه : باع المستأجر ورضي المشتري ان لا يفسخ الشراء الى مضي مدة
الاجارة ثم يقبضه من البايح ، فليس له مطالبة البايح بالتسليم قبل مضيا ، ولا
للبايح مطالبة المشتري بالثمن ما لم يجعل المبيع بحمل التسليم اه .
للمختص .

تبيه

اوصل البيع الموقوف في النهر الى نيف وثلاثين صورة كما في الدر ، ذكرنا
منها هنا ست صور ، وهي بيع الفضولي وبيع المأجور وبيع المرهون وبيع الارض
في مزارعة الغير وبيع الأشجار المساقية عليها ، وبيع البايح المبيع بعد القبض من
غير المشتري او قبله اذا كان عقاراً ذكرناه عن رد المحتار نقلاً عن جامع الفصولين
ومنها بيع العبد والصبي المحجورين موقوف على اجازة المولى والاب والوصي . -
- ومنها بيع الرشيد موقوف على اجازة القاضي ، وكذا شراؤه - ومنها البيع
برقمه اي بما كتب عليه ، وبما باع فلان والمشتري لا يعلم ، على العلم في المجلس
وبمثل ما يبيع الناس ، وبمثل ما اخذ به فلان ، على العلم فيه ايضاً - ومنها بيع المالك
المفصوب على اقرار الغاصب او البرهان بعد انكاره ، والوكيل بشراء عبد مثلاً
اذا اشترى نصفه على شراء الباقي قبل الخصومة ، والوكيل يبيعه اذا باع نصفه ،
على بيع الباقي قبل الخصومة ، عندها وعند الامام نافذ - ومنها بيع نصيبه
من مشترك بالخلط والاختلاط موقوف على اجازة شريكه ، كما ذكره
في الشركة - ومنها بيع ما في تسليمه ضرر كبير جذع من سقف موقوف على

تسليمه في المجلس - ومنها بيع المريض مرض الموت عيناً من اعيان ماله لبعض ورثته موقوف على اجازة الباقي ولو كان يمثل القيمة عند الامام - ومنها بيع السيد عبده المأذون المدبون موقوف على اجازة الغرماء - ومنها بيع الوارث التركة المستغرقة بالدين موقوف على اجازة الغرماء - ومنها الوكيل اذا وكل بلا اذن ولا تعميم فمقد الثاني ، توقف على اجازة الاول - ومنها احد الوكيلين اذا باع بمحضرة صاحبه توقف على اجازته فان اجازته جاز ، بخلاف ما اذا كان غائباً فإنه لا ينفذ باجازته كما ذكره الزيلعي - ومنها بيع المولى اكساب عبده المديون بعد الحجر عليه موقوف على اجازة الغرماء - ومنها احد الوصيين اذا باع بمحضرة الآخر ، وكذا احد الناظرين اذا باع غلة الوقف بمحضرة الآخر توقف على اجازة الآخر ، اخذاً من الوكيلين ، ولم ار مما الآن صريحاً - ومنها بيع المعتوه كبيع الصبي العاقل موقوف كما ذكره الزيلعي (الكل من البحر) - ومنها بيع الصبي بشرط الخيار موقوف على بلوغه في المدة - ومنها البيع بما حل به او بما يريده او بما يجب او برأس ماله او بما اشتراه ، فإنه بتوقف على بيانه في المجلس كما تقدم نظيره ، كما في رد المحتار . وعند منها في التنوير تبساً لبحر البيع الذي فيه خيار المجلس واعتراض بأنه ان كان المراد منه خيار القبول بعد ايجاب الآخر فليس مما نحن فيه لأن البيع الموقوف انما يكون بعد الايجاب والقبول . وان كان المراد خيار الشرط المقدر في المجلس فليس ايضاً من البيع الموقوف لأن هذا البيع نافذ غير لازم ، تأمل .

* الفصل الثاني *

(في بيان احكام انواع البيوع)

المادة ٣٦٩ = * حكم البيع المنعقد الملكية يعني صيرورة المشتري مالكا للمبيع والبايع مالكا للثمن * .

لكن على التفصيل الآتي بيانه ، وهو ان الملكية تثبت بمجرد العقد اذا استجمع البيع شرائط الانعقاد والصحة وال لزوم والنفاد ، وعند القبض اذا فقد منه

شرط من شرائط الصحة ، وعند اسقاط الخيار اذا فقد شرط الزوم ، وعند
الاجازه اذا فقد شرط النفاذ .

ثم ان هذا هو الحكم الاصلي للبيع المنعقد ، واما الحكم التابع فكون المبيع
مضموناً اذا قبضه المشتري لا امانة . واما وجوب تسليم المبيع والثمن ووجوب
استبراء الجارية على المشتري وملك الاستمتاع بها ، وثبوت الشفعة لو عقاراً وعنق
المبيع لو محرماً من المشتري ، فهي احكام تابعة للبيع المستجمع لشرائط الصحة
والزوم والنفاذ كما يأتي في شرح المادة (٣٧٤) فانهم .

وحكمة مشروعية البيع بقاء نظام المعاش والعالم ، فإنه سبحانه وتعالى خلق العالم
على اتم نظام واحكم امر معاشه احسن احكام ، ولا يتم ذلك الا بالبيع والشراء اذ
لا يقدر واحد ان يعمل لنفسه كل ما يحتاجه لانه اذا اشتغل بحرث الارض ويذر
القمح وخدمته وحرسته وحصده ودراسته وتدريبه وتنظيفه وطحنه وعجنه لم يقدر
على ان يشتغل بيده ما يحتاج ذلك من آلات الحرث والحصد ونحوه فضلاً عن
اشتغاله فيما يحتاجه من ملابس ومسكن ، فاضطر الى شراء ذلك ، ولولا الشراء
لكان يأخذه بالقهر او بالسؤال ان امكن ، والا قاتل صاحبه عليه ، ولا يتم
مع ذلك بقاء العالم (افاده في رد المحتار) .

المادة ٣٧٠ = ❖ البيع الباطل لا يفيد الحكم اصلاً فاذا قبض

المشتري المبيع باذن البائع في البيع الباطل كان المبيع امانة عند
المشتري فلو هلك بلا تعدٍ لا يضمنه ❖ .

وذلك لأن العقد اذا بطل بقي مجرد القبض بإذن المالك ، وهو لا يوجب
الضمان الا بالتعدي . وهذا ما مشى عليه في متني التنوير والدرر . وقيل : يكون
مضموناً ، واختاره السرخسي وغيره لأنه لا يكون ادنى حالاً من القبض على
سوم الشراء ، وهو قول الاثمة الثلاثة . وفي القنية : انه الصحيح لكونه قبضه
لنفسه فشابه الغصب . وقيل الاول قول ابي حنيفة ، والثاني قولها : وقد حكى

القولين في الهداية ومثنى الملتقى مع تأخير الثاني فليراجع .

المادة ٣٧١ = * البيع الفاسد يفيد حكماً عند القبض يعني ان المشتري اذا قبض المبيع باذن البايع صار مالكا له فاذا هلك المبيع بيعاً فاسداً عند المشتري لزمه الضمان . يعني ان المبيع اذا كان من المثليات لزمه مثله واذا كان قيمياً لزمته قيمته يوم قبضه * .

الكلام على هذه المادة من وجوه : اولاً : ان افادة البيع الفاسد الحكم عند القبض مفيد بما اذا لم يكن في البيع خيار الشرط ، لان خيار الشرط يمنع الملك في الصحيح ، فكذا في الفاسد (بجر) قال في رد المحتار : ويوضحه قول الخانية : ويثبت خيار الشرط في البيع الفاسد كما ثبت في البيع الجائز ، حتى لو باع عبداً بألف درهم ورطل من خمر على انه بالخيار ثلاثة ايام وقبض المشتري العبد واعتقه في الايام الثلاثة ، لا ينفذ اعتاقه . ولو لا خيار الشرط للبايع لنفذ اعتاق المشتري بعد القبض اه (سايجاني) ومفاده صحة اعتاقه بعد مضي المدة لزوال الخيار ، وهو ظاهر (كذا في رد المحتار) .

ثانياً : تخصيص القبض بالذکر بما يشير الى ان التخليه في البيع الفاسد لا تكفي ، وهو الذي صححه في المجتبى والفصول العمادية . وصحح في الخانية انها تكفي ، واختاره في الخلاصة (بجر) .

ثالثاً : قوله « عند القبض » فيه اشارة الى ان القبض يشترط حدوثه بعد البيع . فلو كان مقبوضاً في يد المشتري قبل البيع كما اذا باع الاب ملكه من طفله فاسداً او اشترى ملك طفله لنفسه ، كذلك لا يثبت الملك للطفل في الصورة الاولى ، ولا للاب في الصورة الثانية بقبضه السابق ما لم يستعمل الاب المبيع ، لان قبضه حاصل فلا بد من الاستعمال حتى يتحقق قبض حادث . ولا يلزم في صورة البيع لطفله ان يكون الاستعمال في حاجة طفله كما في رد المحتار ، لان

المطلوب قبض^١ حادث وهو يتحقق بمطلق الاستعمال ، فافهم . وكذا لو كان المبيع مقبوضاً في يد المشتري قبض امانة كلوديعة والمستعار والمرهون اذا اشتراه المودع والمستعير والمرتهن شراء فاسداً ، فإن قبضهم السابق لا يملك به المبيع بل لا بد من قبض حادث وذلك بالاستعمال باذن البايع صريحاً او دلالة ، على ما سيأتي توضيحه . نعم اذا كان القبض السابق قبض ضمان ، كالمفصوب اذا اشتراه الغاصب وكالمقبوض على سوم الشراء اذا اشتراه القابض ، فإنه ينوب عن القبض الحادث ويملك به المبيع بمجرد البيع فاسداً ، لأنه اذا تجانس القبضان بأن كان كل^٢ منهما قبض ضمان ، ينوب احدهما عن الآخر — كقبض المفصوب مثلاً ينوب عن قبض المبيع لأن كلاهما مضمون^٣ بالقيمة او المثل . وان اختلف القبضان ، فالأضعف وهو غير المضمون لا ينوب عن الأقوي وهو المضمون كقبض الوديعة والمستعار والمرهون لا ينوب عن قبض المبيع ، لأن الثاني مضمون^٤ بالثمن لو صحيحاً ، وبالقيمة او المثل لو فاسداً ، والأول غير مضمون ، وهو الأضعف من المضمون ، فلا ينوب عنه . يعلم ما ذكرناه من الدر وحواشيه والهندية والغانية وجامع الفصولين وغيرها .

رابعاً : ان كون البيع الفاسد يفيد حكماً عند القبض يستثنى منه بيع المازل على القول بأنه فاسد ، فإنه لا يفيد الملك عند القبض اتفاقاً . واما على القول بأنه باطل^٥ كما صرح به في الغانية والقنية وارتضاء الرمي في حاشية البحر ، فلا استثناء .

خامساً : اطلق القبض ، فشمّل قبض الوكيل . قال في القنية : التوكيل بالشراء الفاسد صحيح^٦ كالتوكيل بالشراء الى الحصاد او الدياس وقبض الوكيل للموكل ، فيصير مضموناً بالقيمة (بحر) وشمّل ايضاً القبض الحكمي ، لما في الظهيرية : لو اشترى عبداً شراء فاسداً ولم يقبضه فأمر البايع باعتاقه فاعتقه ، صح عتقه عن المشتري ، لأنه بمنزلة قبض المشتري . ولو اعتقه المشتري بنفسه لا يصح لعدم الملك ، وهذه عجيبة ، حيث ملك المأور ما لم يملكه الأمر (كذا في البحر) ومثله لو امره بطحن الخنطه او ذبح الشاة فيصير المشتري قابضاً اقتضاء (در مختار) وكذا لو كان باع المبيع فاسداً برأ خطه البايع بطعام المشتري بأمره ، صار المشتري

قابضاً ، وعليه مثله (جامع الفصولين) - وإنما كان كذلك لأنه لما امر البايع بالعتق
والطنن والذبح والخلط ، فقد طلب ان يسلمه على القبض . فإذا فعل البايع بأمره
صار المشتري قابضاً قبضاً سلباً عليه (افاده في رد المختار) واستظهر ان البايع وان
نقد فعله من العتق وما بعده على المشتري ، لكنه يأثم بذلك ، لأن الواجب عليه
الفسخ رفعاً للمعصية ، وفي فعله ذلك تقريرها ، فقد استوى الأمر والمأمور في
ذلك اه ملخصاً .

واما ما نقله شارح المجلة سليم باز عن الخانية مما يخالف ما ذكرناه من مسئلتي
الطنن والذبح ، فأما هورواية في جيم هذه المسائل ، او يكون سهواً من الكاتب ،
كما بسطه في الفصول العمادية واقره في جامع الفصولين والدر المختار وحواشيه .
سادساً : قوله « باذن البايع » اطلقه فشمّل الاذن صريحاً بأن يأمره بالقبض
فيقبضه بحضوره او غيبته ، او دلالة بأن يقبضه في مجلس العقد بحضوره . اما بعد
المجلس فلا بد من صريح الاذن ، الا اذا قبض البايع الثمن وهو مما يملك بالقبض
فإنه يكون اذاً بالقبض دلالة . فإن كان مما لا يملك بالقبض كالخمر والخنزير
فلا بد من صريح الاذن ايضاً (افاده في الدر وحواشيه)

سابعاً : قوله « صار مال كاله » اي ملكاً خبيثاً حراماً ، فلا يحل اكله ولا
لبسه ولا التصرف فيه كما تقدم آنفاً . وافاد انه يملك عينه وتثبت له جميع احكام
الملك فيصير خصاً لمن بدعيه ويثبت له حق الشفعة فيما يبيع بجواره ولو باعه كان
الثمن له لا للبايع ، وعليه قيمته للبايع . ولو بيعت دار الى جنبها فالشفعة للمشتري
لا للبايع . نعم لاشفعة فيها لجاره ، يعني اذا اشترى شراءً فاسداً وقبضها لا يثبت
لجار ولا خليطه في نفس المبيع ولا لشريكه في حقوق المبيع حق الشفعة ، لأن
حق البايع لم ينقطع ، لأنه على شرف الفسخ والاسترداد نفيًا للفساد . حتى اذا
سقط حق الفسخ بأن بنى المشتري فيها يثبت حق الشفعة (افاده في البحر ورد المختار)
ثم ان الشفيع يملكها حينئذ بالقيمة لا بالثمن ، كما في شرح مسكين على الكنز .
نعم اذا باعها المشتري فاسداً من آخر ثم تملكها الشفيع ، فإن اختار الاخذ بالمبيع
الاول ونقض الثاني اخذها بالقيمة ، وان شاء اخذها بالمبيع الثاني اخذها بالثمن ،
لأنه بيع صحيح فأمكن ايجاب ثمنه . فإذا اخذ بالشفعة هنا نقض البناء والغرس

كما يفعل بالبيع الصحيح ، ولا يقال اذا تقضى الشفعة البناء عاد حتى الاسترداد
لزوال المانع ، لأننا نقول بنقضه بعد ما دخل في ملكه ، وملكه مانع من
الاسترداد ازيلعي ، ابو السعود) .

ثامناً : الهلاك في قوله « فاذا هلك المبيع الخ » ليس قيداً احترازياً ، بل المراد منه
ان يوجد في المبيع ما يتعذر معه الرد ، سواء كان ذلك بالهلاك او بتصرف قولي
او فعلي مما سيأتي ذكره في المادة الآتية .

واشار بتطبيق الضمان على الهلاك الى انه لو كان قائماً بحاله يكون الواجب رد
عنه لا مثله او قيمته ، كما في رد المختار . وعن هذا ذكر في البحر عن جامع الفصولين
انه لو قبض المشتري القن المبيع فاسداً ثم ابرأه البايع عن قيمته ثم مات القن ، يلزمه
قيمه ولا يبرأ . ولو قال ابرأتك عن القن ثم مات المشتري يبرأ ، اذ القيمة تجب
بالهلاك ، اي هلاك المبيع ، فقبله لا يصح الابراء عنها . اما لو ابرأ عن القن
فقد اخرجته عن كونه مضموناً . وعلى هذا لو ابرأ الناصب عن القيمة حال قيام
المنصوب لم يصح الابراء . ولو ابرأه عن المنصوب صح اه اي خرج عن كونه مضموناً
وصار امانة في يد الناصب ، كما في الخنية .

ثاسماً : قوله « اذا كان من الثلثيات لزمه مثله » مقيداً بما اذا لم ينقطع
المثل فلوانقطع المثل ، تلزمه قيمته يوم الخصومة ، كما اتفق به الخبير الرملي ، وعليه
المتون في كتاب الغصب (رد المختار) .

عاشراً : قوله « واذا كان قيمياً لزمته قيمته » يستثنى منه العبد المبيع بشرط
ان يعتقد المشتري ، فإنه اذا اعتقه بعد القبض يلزمه الثمن ، كما في الدر ، ومثله
في الخانية وجامع الفصولين . ثم اذا اختلف البايع والمشتري في القيمة فالبينة
على البايع لأنه يدعي الزيادة ، والقول قول المشتري لأنه ينكرها (افاده
في البحر والدر والمنتقى)

وقوله « يوم قبضه » متعلق بقيمته . فلوازدادت قيمته في يده فأنلفه لم يتغير
كالغصب . وقال محمد رحمه الله تعالى قيمته يوم انلفه لأنه بالانلاف يتقرر (بحر)

المادة ٣٧٢ = * لكل من المتعاقدين فسخ البيع الفاسد *

اللام بمعنى « على » مثلها في قوله تعالى « وان أسأتم فلها » كما في الزيلمي والنهر ،
أي يجب عليهما فسخه . وقد تبع في هذه العبارة الهداية والكنز . وأما عدل عن
قول التنوير « ويجب على كل منهما » إلى اللام بمعنى « على » لإفادة شيئين :
الاول : بيان ان لكل منهما ولاية الفسخ دفقا لتوم انه اذا ملك بالقبض لزم .
والثاني : بيان ان ذلك واجب عليهما فمما للفساد ، حتى لو اصر العاقدان على امساكه
كان للقاضي اذا علم به فسخه جبراً عليها حقاً للشرع ، كما في التنوير وغيره .
لكن الوجوب في غير بيع المكره ، فإنهم صرخوا بأنه فاسدٌ وبأنه مخير بين الفسخ
والامضاء . نعم يظهر الوجوب في جانب المكره بالكسر (رد المحتار) .

ثم ان اطلاق هذه العبارة بعم ما اذا كان الفسخ قبل القبض او بعده . لكن ان كان
قبله فلكل الفسخ بطل صاحبه لا يرضاه . وان كان بعده فإن كان الفاسد في صلب
العقد بأن كان راجعاً إلى البدلين المبيع والثمن ، كبيع درهم بدرهمين وكالبيع
بالخمر والخنزير ، فكذلك . وان كان بشرط زائد كالبيع إلى اجل مجهول ، او
بشرط فيه نفع لأحدهما ، فكذلك عندهما ، اهدم اللزوم . وعند محمد لمن له
منفعة الشرط . وافتصر في الهداية على قول محمد ولم يذكر خلافاً (بجر) وألاد
ان من عليه منفعة الشرط يفسخ بالقضاء والرضاء على ما قال محمد (رد المحتار عن
القهستاني) وعلل في الفتح قول محمد بأن من له منفعة الشرط كالبايع فيما لو باعه
على ان يقرضه المشتري . كذا وكالمشتري فيما اذا اشترى لاجل مجهول بقدر ان
يسقط الأجل او الشرط ، فيصح العقد . فاذا فسخه فقد ابطال حقه لقدرته على
تصحیح العقد ، فلم يشترط لفسخه الرضاء او القضاء — بخلاف من عليه المنفعة ،
فإنه لا يقدر على ذلك ، فاشترط لفسخه احدهما اه موضعاً .

قيد بالبيع الفاسد احترازاً عن الاجارة الفاسدة . فإن المستاجر فاسداً وان
ملك ان يؤجر من غيره اجارة صحيحة على الصحيح ، كمن فاسداً له البيع جائزاً ،

الا ان للموخر الأول تقضى الثانية لأنها تنفسخ بالاعذار (افاده في جامع الفصولين)
واعلم ان فسخ البيع الفاسد كما يكون بالقول يكون بالفعل ، بأن يرد المشتري
المبيع على البايع . ثم ان الرد كما يكون قصدياً بأن يرده بقصد الفسخ ، يكون
حكماً بأن يرده لا بقصده . فإن كان قصدياً لا يشترط فيه الوصول ليد البايع
بل يكفي احضاره لاجل الرد سواء قبله ام لا . ولذ قال في الخاتمة : المشتري
شراء فاسداً اذا جاء بالمبيع الى البايع فلم يقبله البايع فأعاد المشتري الى منزله
فهلك ، لا يضمن . وكذا الفاسد اذا رد المصوب فلم يقبل المصوب منه فأعاد
الى منزله فهلك لا يضمن . وان كان المشتري وضعه بين يدي البايع او المصوب
منه فلم يقبله ثم حمله الى منزله فهلك ، كان ضامناً في الغصب والبيع الفاسد ، لأنه
يصير غصباً غصباً مبتدئاً له ملخصاً . فقد صح الرد وان لم يقع في يد البايع لكون
الرد قصدياً لا ضمناً . وبه يخرج عن الفهمان لأنه فعل الواجب عليه . لكن اذا وضعه
بين يدي البايع حصل القبض ايضاً بناء على ان التخلية قبض ، وهو ما مر تصحيحه
عن قاضي خان والخلاصة . فاذا ذهب به الى منزله صار غصباً فبضمه — بخلاف
ما اذا ذهب به قبل التخلية المذكورة ، لعدم حصول القبض من البايع ، فلم يصر
غصباً بالذهاب به ، ولم يضمنه لوجود الرد الواجب عليه كما قلنا .

وان كان الرد حكماً كما اذا وهبه المشتري للبايع او تصدق به عليه او اودعه
عنده او اعاره اياه او آجره منه او غصبه منه البايع ، فإن ذلك يكون متاركة
للبيع وفسخاً له ، لكن بشرط وصول المبيع ليد البايع حقيقة او حكماً ، كالتخلية
المذكورة . هذا حاصل ما افاده في رد المختار .

والحاصل ان مناط الفسخ في الرد الحكمي انما هو وصول البيع لرد البايع بوجه
ما من الوجوه ، لكن بشرط ان يكون الوصول للبايع من جهة المشتري .
فقد ذكر في مواضع من الأصل كما في جامع الفصولين ان المستحق بجهة اذا وصل
الى المستحق بجهة اخرى انما يعتبر واصلاً بجهة مستحقه لو وصل اليه من جهة
المستحق عليه . اما اذا وصل من جهة غيره ، فلا حتى ان المشتري فاسداً اذ وهبه
المشتري من غير بائعه او باعه فوهبه ذلك الرجل من البايع الأول وسلمه اليه ، لا يبرأ
المشتري عن قبضته ، فلم تعتبر العين واصلة بالجهة المستحقة للموخر من جهة اخرى اهـ . وفي

جامع الفصولين ايضاً : لو رده مشتربه على بايعه انفسخ البيع على اي وجه رده عليه ببيع او هبة او صدقة او عارية او وديعة ، اذ الرد يجب عليه ، فعلى اي وجه رده يقع عن الواجب . دليله العواري والودائم ، وكذا لو باعه من وكيل البايع بشراء وسطه ، ثم من ضمانه اه اي لما مر من ان قبض الوكيل كقبض موكله .

* تنبيه *

اذا مات احد العاقدين لا يبطل حق الفسخ بموته ، بل ينتقل الى وارثه (غرر)

* الا انه اذا هلك للمبيع في يد المشتري او استهلكه او اخرجه من يده ببيع صحيح او هبة من آخر او زاد المشتري فيه شيئاً من ماله كما لو كان المبيع داراً فعمرها او ارضاً ففرس فيها اشجاراً او تغير اسم المبيع بأن كان حنطة فطحنها وجعلها دقيقاً بطل حق الفسخ في هذه الصور *

يعني ان اكل واحد من العاقدين حق الفسخ مادام المبيع في يد المشتري بماله . فان زالت يده او تغير حال المبيع ، يبطل حق الفسخ . اما في الهلاك والاستهلاك فلامد امكان رد العين المبيعة الذي هو ثمرة الفسخ . واما في صورة البيع ونحوه فلتعلق حق العبد به . ومعلوم ان نقض البيع الاول انما كان لحق الشرع ، وحق العبد مقدم لحاجته ، ولان ما ذكر من البيع وما عطف عليه انما حصل بتسليط من جهة البايع ، بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منها حق العبد ، فيستويان في المشروعية ، ومع ذلك لم يحصل بتسليط من الشفيع .

وقيد البيع بالصحيح لانه لو باعه فاسداً لا يمتنع الفسخ . وهو مقيد ايضاً بما اذا لم يكن فيه خيار شرط لانه ليس بلام في الصورتين . (بحر)
وقيد ببيع المشتري لان البايع لو باعه بعد قبض المشتري وادعى ان الثاني

كان قبل فسخ الأول وقبضه ، وزعم المشتري الثاني انه كان بعد الفسخ والقبض من المشتري الاول ، فالقول له لا للبايع ، وينفسخ الاول بقبض الثاني . كذا في البرازية ، ومثله في جامع الفصولين . ولعل وجه انفساخ الاول ان المشتري الثاني نائب عن البايع الاول في القبض لوجوب التليم عليه ، فصار كأنه وقع في يد البايع ، تأمل (رد المختار)

ثم انه يستثنى من لزومه بالبيع مستثنان : الاول : لو باعه لبايعه قدمنا انه يكون رداً وفسخاً للبيع . والثانية لو كان فاسداً بالاكراه فإن تصرفات المشتري كلها تنقض ، بخلاف سائر البياعات الفاسدة (بزازية)

وفي الخانية : ولو باع مكرهاً قبضه المشتري وباعه من غيره وترادفت عليه العقود ، فللبايع ان يفسخ . فان اجاز واحداً من العقود جازت العقود كلها ، ما قبله وما بعده اه .

وقوله « او بجهة من آخر » احترز بقوله « من آخر » عما لو وجهه من البايع ، فإنه يكون فسخاً كما تقدم . وشرط في الهداية التسليم في الهبة لأنها لا تنيد الملك الآبه ، بخلاف البيع (بجر)

ومثل الهبة التصديق بالمبيع لأنه لا يخرج عن ملك المتصدق بدون تسليم (رد المختار) وكذا الرهن ، لأن الرهن لا يلزم بدون التسليم .

وما يمنع حق الفسخ الوفاء ، لما في الاسعاف ، تبعاً لاوقاف الخصاف : لو اشترى ارضاً بيعاً فاسداً وقبضها ووقفها وقفاً صحيحاً وجعل آخرها للمساكين فقال : الوقف فيها جائز وعليه قيمتها للبايع لانه استهلكها حين وقفها واخرجها عن ملكه اه .

وما في جامع الفصولين مما يفيد خلاف هذا ، غير صحيح ، او هو رواية كما في الدر وحواشيه والبحر والنهر - اقول : ما في جامع الفصولين ذكره في الخانية في فصل احكام البيع الفاسد ، واقره في الهندية والفصول العمادية وغيرها .

وعبارة الخانية هكذا : ولو باع ارضاً بيعاً فاسداً فجعلها المشتري مسجداً ، لا يبطل حق الفسخ ما لم يبين في ظاهر الرواية . فان بناء بطل في قول ابي حنيفة

رحمه الله تعالى . وغرس الاشجار بمنزلة البناء اه .
فكيف يسوغ العدول عن ظاهر الرواية فضلاً عن ان يقال فيه انه غير صحيح ، وناهيك بنفيه النفس الامام الجليل قاضي خان من امام . ومع كونه ظاهر الرواية له وجهٌ وجيه ، وهو ان الموقوف اما انه باقٍ على ملك الواقف او خرج عنه الي ملك الله تعالى ، كما صرحوا بذلك في كتاب الوقف . فلم يتعلق به حق عبد حتى يقال ان الفسخ حق الشرع رفعا للمعصية ، وحق العبد مقدم على حق الشرع لافتقار العبد وغناء الشارع جل وعلا . وامل ما في الخصاص محمول على ما اذا بنى فيها فإن ما في اوقاف الخصاص مطلق ، والمطلق يحمل على التقييد ، تأمل . -

ومنه ايضا الوصية ، فاذا اوصى به المشتري ثم مات سقط الفسخ ، لأن المبيع انتقل عن ملكه الى ملك الموصى له ، وهو ملك مبتدأ ، فصار كالوابعه - بخلاف ما اذا مات المشتري فإن لوارثه الفسخ ، وللبايع ايضا ، لأن الوارث قائم مقام المورث (بحر عن السراج) .

ومنه ما اذا جملة المشتري مهراً او بدل صلح او بدل اجارة او غير ذلك من كل ما يخرج عن ملك المشتري ، كما في النقاية (رد المحتار) .
وقوله « او زاد عليه المشتري شيئاً الخ » هذا مما يقطع حق الاسترداد من الافعال الحسية ، وما قبله من القولية .

وقوله « كما لو كان المبيع داراً فحمرها الخ » وكذا لو شري قضبان نخل ففرسه واطم . وان شراه مطعماً ففرسه ، فكذلك عنده ، وعند الثاني يقلعه ان لم يضر بالارض (رد المحتار عن الذخيرة) .

ومثل البناء والفرس كل زيادة متصلة غير متولدة كصبغ وخياطة وطحن حنطة ولت سويق وغزل قطن وجارية علت منه .

وفي الجوهرة : لو كانت الزيادة متصلة غير متولدة كالبناء والفرس والصبغ والخياطة ، اقطع حق الفسخ . وان كانت متولدة ، اي كالسمن ، لا تتمتع الفسخ . وكذا منفصلة متولدة ، كالولد والعقر والارش . ولو هلكت هذه الزوائد في يد المشتري لا يضمنها ، وان استهلكها ضمن . وان هلك المبيع فقط فللبايع اخذها ،

واخذ قيمة المبيع يوم القبض . وان كانت منفصلة غير متولدة كالكسب والمهبة ،
فللبايع اخذ المبيع معها ، ولا تطيب له ويتصدق بها . وان هلك في يد المشتري
لا يضمن . وكذا لو استهلكها عنده ، وعندهما يضمن . وان استهلك المبيع فقط
ضمنه ، والزوايد له ، لتقرر ضمان الاصل اهـ ملخصاً - وبه علم ان الزيادة باقسامها
الاربع لا تتم الفسخ ، الا المتصلة الغير المتولدة . اما المتصلة المتولدة كالسمن ،
والمنفصلة المتولدة كالكسب ، فإنها لا تتم الفسخ . وانه يضمن المنفصلة المتولدة
بالاستهلاك لا بالملاذئ . وكذا غير المتولدة عندها لا عنده . وهذا التقرير ايضاً
موافق للبحر عن جامع الفصولين اهـ (رد المحتار) .

ثم ان الزيادة المتصلة الغير متولدة انما تتم من الفسخ في حق البايع فقط ، لثلا
يتضرر المشتري . فلواراد المشتري ان يفسخ البيع فيما لو اشترى ارضاً شراء
فاًسداً فبني فيها او غرس ووردها بحكم الفساد ، له ذلك لانه رضي بضره ، وهو
نقض بنائه وقلع غراسه - بخلاف ما اذا اراد البايع ذلك . ولو انهدم البناء او هدمه
المشتري يعود حق الفسخ للبايع ، كما يعود برجوع الواهب الا ان يكون القاضي
قضى بلزوم البيع بشرايط القضاء . وكذا لو رضي المشتري بالفسخ ورد المبيع
مع الزيادة للبايع ، كما اذا كان المبيع ثوباً فصبغه المشتري بصبغ يزيد فيه ، او كان
سويقاً فقلته بسمن او غسل ، فإن له ذلك (انقروية عن القاعدية والتاريخية مختصراً)
واشار بلفظ الزيادة الى انه لو نقض المبيع في يد المشتري لا يمتنع الفسخ . قال
في البحر : واما حكم نقصانه فلو نقض في يد المشتري بآفة صماوية فللبايع اخذ مع ارش
نقصه ، وكذا لو فعل المشتري او المبيع . ولو فعل البايع صار مسترداً حتى لو هلك
عند المشتري ولم يوجد منه حبس عن البايع هلك على البايع ، ولو بفعل اجنبي
ينخر البايع ان شاء اخذه من المشتري وهو يرجع على الجاني ، وان شاء اتبع الجاني
وهو لا يرجع على المشتري كالنصب اهـ .

وفي جامع الفصولين : لو قطع ثوباً شراءً فاسداً ولم يخطه حتى اودعه عند
بائمه ، يضمن نقص القطع لا قيمته لو صوله الى ربه ، الا قدر نقصه ، فوقع عن
الرد المستحق . قال هذا التعليل اشارة الى ان المبيع بيعاً فاسداً اذا نقص في
يد المشتري ، لا يبطل حقه في الرد ، اذ لو بطل لما كان الرد مستحقاً عليه اهـ .

وهو ناطق بأنه لو اراد المشتري رده مع ارش نقصه ، ابى البايع ، انه يجبر البايع .
ولو زال العيب الذي دفع المشتري ارشه للبايع رجع به المشتري على البايع ، كما لو
ايضت عين الجارية في يد المشتري فاسداً و ردها مع نصف القيمة ثم ذهب البياض ،
فعلى البايع رد الارش ، كما في التارخانية (افاده في رد المختار) .

ثم اعلم انه لو خرج المبيع فاسداً عن ملك المشتري حتى امتنع الفسخ ثم عاد اليه
الملك الاول ، يصير كأنه لم يخرج ان لم يكن القاضي قضى عليه بالقيمة للبايع .
فإن رهن المشتري شراءً فاسداً وسلم الى المرتهن بطل حق الفسخ ، فإن افكك الرهن
ولم يكن القاضي قضى عليه بالقيمة عاد حق الفسخ ، وكذا لو وهب ثم رجع في الهبة
بقضاء او خير قضاء ، كان على هذا التفصيل . كذا في الخانية .

وكذا لو باع ثم رد عليه بعيب بقضاء ، لأنه فسخ من كل وجه ، بخلاف ما اذا
رد عليه بعيب بالرضا ، فإنه لا يعود حق الفسخ ، لأن الرد بعيب بالرضى بيع
جديد في حق غير المتعاقدين ، فقد عاد اليه بملك جديد لا بالملك الاول ، فصار
كما لو باعه ثم اشتراه او ادخله في ملكه بمقدّر جديد ، فلا يعود حق الفسخ (افاده
في البحر والدر وغيرهما) .

❖ فروع ❖

اشترى جارية شراءً فاسداً وقبضها باذن البايع ثم اراد ان يستردها من المشتري
بحكم فساد البيع فأقام المشتري بينة أنه باعها من فلان الغائب بكذا ، فإن صدقه
البايع فيه ضمنه قيمتها . وان كذبه فيما قال ، كان له ان يستردها منه . فإن استرد
البايع الجارية ثم حضر الغائب وصدق المشتري ، كان له ان يسترد الجارية من
البايع . وان كان البايع الاول صدق المشتري فيما قال واخذ لقيمة ثم حضر الغائب ،
لم يكن للبايع الاول استرداد الجارية ، سواء صدق الذي حضر المشتري الاول
او كذبه . ولو قال بعثتها من رجل ولم يسمه وكذبه البايع ، كان للبايع ان يستردها .
فإن استرد ثم جاء رجل فقال المشتري عنيت هذا ، فإن كذب ذلك الرجل
المشتري فالاسترداد ماض ، وان صدق فكذلك اه (هندية عن المحيط) -
اقول : الظاهر انه متى كذب البايع المشتري فلا بد للرجل الغائب الذي صدق

المشتري على دعواه البيع له من ان يثبت البيع المذكور بالبينة ، والا فجرد قوله وقول المشتري الاول لا يكون نافذا عليه . وربما يشير الى هذا صدر عبارة الهندية ، وهو قوله « اقام المشتري بيته » .

وعبارة جامع الفصولين : اقام المشتري بيته على بيعه من فلان الغائب ، لا يقبل ، فللبايع الاخذ . اما لو صدقه فله القيمة اه لكنه لم يتعرض لباقي فروع المسئلة . فقوله ، لا تقبل بيته « يشير الى ان الغائب اذا حضر وصدق المشتري والبايع مكذب ، تقبل بيته ، لا انه يؤخذ بمجرد تصديقه للمشتري ، فتأمل . المشتري شراء فـ اذ باع ما اشتراه من آخر فللبايع الاول ان يضمن المشتري الاول قيمته ، وليس له ان يضمن المشتري الثاني قيمته على الاصح ، الا اذا كان الفساد بسبب الاكراه وقد هلك المبيع ، فان المشتري من المكروه اذا باع العبد من غيره واعتقه المشتري الثاني ، كان للبايع ان يضمن المشتري الثاني ، كما له ان يضمن المشتري الاول . ففرق بين بيع المكروه وبين سائر البيوع الفاسدة ، فتاوى انقره عن الذخيرة مختصراً) .

باع منه صحيحاً ثم باعه منه ايضاً فاسداً ، انفسخ الاول . لأن الثاني لو كان صحيحاً ينفسخ الاول به . فكذا لو كان فاسداً ، لأنه يلحق بالصحيح في كثير من الاحكام (بزازية ، في الرابع من البيوع) .

اذا اشترى ارضاً شراء فاسداً وقبضها وآجرها من غيره ، كان للبايع حق الاسترداد ونقض الاجارة . ولو زرع المستأجر لم يكن للبايع اهذها حتى يدرك الزرع ، لأن الاجارة انما تنقض بالعدر اذ لم يكن به حق الغير اما اذا تعلق به حق الغير فلا يكون سبيل لنقضها (عمالية في التاسع والعشرين) .

غصب فقامت فباعه من رجل ثم اشتراه غاصبه بأقل مما باع ، يكون فسحاً للبيع الأول ، والزيادة للمشتري لا لغاصبه ولا للمالكه (جامع الفصولين)

والمراد بالمشتري في قوله « والزيادة للمشتري » المشتري الاول الذي اشتراه من الغاصب بألف مثلاً ثم اشتراه الغاصب منه بخمسماية مثلاً ، فان العقد الثاني يجعل فسحاً للاول ويرد الغاصب ما بقي في يده من ثمن الاول للمشتري . والدليل على رادة المشتري الأول قوله « لا لغاصبه ولا للمالكه » افاده ابو السعود في حاشية

مسكين ، وهو ظاهر .

المادة ٣٧٣ - * اذا فسخ البيع الفاسد فإن كان البايع قبض الثمن كان للمشتري ان يجبس المبيع الى ان ياخذ الثمن ويسترده من البايع * .

كما في البيع الجائر اذا تفاسخه ، لأن المبيع مقابل به فيصير محسوباً به كالرهن (رد المختار) وعلى هذا الاجارة والرهن الفاسدان . فلو استأجر اجارة فاسدة ونقد الاجرة او ارتهن رهناً فاسداً ودفع المال الى الراهن واقرض قرضاً فاسداً واخذ به رهناً ، كان له ان يجبس ما استأجر وما ارتهن حتى يقبض ما نقد ، واعتباراً للعقد الجائر اذا تفاسخه .

وكذا لو مات البائع او المورج او الراهن او المستقرض ، فهو احق بما في يده من العين من سائر الغرما (بجر) ويقدم على تجهيزه وغرمائه (عيني) وقوله « ويقدم على تجهيزه » اي تجهيز البائع او المورج وما بعده ، بمعنى انه لو مات وكان المبيع ثوباً مثلاً احتيج لتكفيته به ، فللمشتري حبه حتى ياخذ ماله (رد المختار)

والحاصل كما في رد المختار ان الحي الذي بيده عين المبيع او المستأجر او او الرهن ، احق بما في يده من العين من غرماه الاخر الميت ، حتى يقبض ما نقد . قال في الفتح : لا نه مقدم عليه في حياته ، فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته . الا ان الرهن مضمون بقدر الدين ، والمشتري بقدر ما اعطى . فما فضل للغرماه او اما اذا مات المشتري ، ففي اخلاصة والبرازية : ولو مات المشتري فالبايع احق من سائر الغرماه ، بما لبته ، فإن زاد شيء فهو للغرماه او - قال في رد المختار : ومعناه انه لو اشترى عبداً فاسداً وتفاضل مات المشتري وعليه ديون وفسخ البايع البيع مع الورثة ، فالبايع احق بما لبته العبد ، وهي ما قبضه من المشتري ، حتى يسترد

المبيع . كالومات البايع ، فإن كانت قيمة العبد أكثر مما قبض ، فالزائد للفرء . هذا ما ظهر لي ، فتأمله .
الفرء : تأملناه ، فوجدناه غلطاً ، لأن قيمة العبد إذا كانت أكثر مما قبضه ، كيف يتصور جعلها للفرء مع ان المشتري الذي مات إنما ملكه بالقبض بقيته ؟ فالواجب للبايع المحي رد عين المبيع او قيمته عند تعذر الرد ، فالصواب ان المراد بمالته قيمته ، كما هو المتبادر من لفظ المالة .
فإن كان ما قبضه أكثر من قيمته ، رد الزائد للفرء لأنه لا حق له فيه ، وامسك مقدار القيمة حتى يسترد المبيع . هذا ما ظهر لي ، فتأمله .

وهذا كله اذا كان الثمن منقوداً كما يشعر به قول المجلة في هذه المادة « فإن كان البايع قبض الثمن الخ » فلو لم يكن منقوداً كما اذا اشترى من مدينه عبداً بدين سابق شراء فاسداً وقبضه بالاذن فأراد البايع اخذه بحكم الفساد ، فليس للمشتري حبسه لاستيفاء ماله عليه من الدين والاجارة والرهن الفاسدان على هذا ، فله ان يسترد العبد قبل ايفاء الاجرة وليس للمستأجر الحبس بها . وكذا للرهن استرداد الرهن . قبل ايفاء ما كان للمرتهن من الدين . ولا يملك المرتهن الحبس به ، بخلاف ما اذا كان العقد صحيحاً في الابواب الثلاثة ثم افسخ العقد بينهما بوجه كقابلية ونحوها ، كان للمشتري والمستأجر والمرتهن ان يجبس المبيع والمأجور والرهن لاستيفاء دينه . والفرق بين الفاسد والصحيح اذا كان البديل غير منقود ، حيث يملك الحبس في الصحيح اذا تفاخما دون الفاسد ، هو ما ذكره في الكافي النسفي ، وحاصله انه لما وجب للمدبون على المشتري مثل الدين ، صار الثمن قصاصاً لاستوائها قدرأ ووصفاً فاعتبر بما لو استوفاه حقيقة فكان له حق الحبس ، وفي الفساد لم يملك الثمن بل تجب فيه قيمة المبيع عند القبض ، وهي قبله غير مقررة لاحتالها السقوط بالفسخ ، ودين المشتري مقرر ، والمقاصة إنما تكون عند الاستواء وصفاً ، فلم يكن له حق الحبس اه هذا حاصل ما في الدر وحواشيه والكنز وشروحه وحاشيته مسكين .

المادة ٣٧٤ - * البيع النافذ يفيد الحكم في الحال *

اي ثبوت الملك في البدلين لكل منهما في بدل . وهذا هو الحكم الاصلي للبيع النافذ . واما الحكم التابع له فوجوب تسليم المبيع والثمن ، ووجوب استبراء الجارية على المشتري وملك الاستمتاع بها ، وثبوت الشفعة لو عقاراً ، وعتق لو محرماً من المشتري (رد المحتار) .

المادة ٣٧٥ - * اذا كان البيع لازماً نافذاً فليس لاحد المتبايعين

الرجوع عنه * .

اي وان لم يتفرق مجلس العقد ، خلافاً لأحمد واشافعي ، فقد اثبتا الخيار للمتبايعين ما لم يتفرق مجلس العقد ، لما رواه البخاري من حديث بن عمر رضي الله تعالى عنهما : المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا - قلنا : الحديث محمول على تفرق الاقوال بأن يقول الآخر بعد الايجاب لا اشترى ، او يرجع الموجب قبل القبول . وما يعضد مذنبنا قوله تعالى « يا ايها الذين آمنوا فوفوا بالعقود » وهذا عقد قبل التخيير . وقوله تعالى « لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم » وسد الايجاب والقبول تصدق تجارة عن تراض من غير توقف على التخيير . فقد اباح الله تعالى اكل المشتري قبل التخيير . وتماه في المنع والنفع (طحاوي مختصراً) .

المادة ٣٧٦ - * اذا كان البيع غير لازم كان حق الفسخ لمن

له الخيار * .

المادة ٣٧٧ - * البيع الموقوف يفيد الحكم عند

الاجازة * .

واما قبل الاجازة فلا يفيد ، حتى ان المشتري من الفضولي لو باعه قبل

اجازة المالك ثم اجاز المالك البيع الاول وهو بيع الفضولي ، يكون بيع من اشترى منه باطلاً ، لأنه بالاجازة ثبت للمشتري الملك البات والملك البات اذا ورد على الموقوف باطله ، بخلاف ما لو اجاز المالك البيع الثاني ، وهو بيع من اشترى من الفضولي ، فإنه يصح وينفذ ، لأنه ايضا فضولي بالنسبة الى المالك ، فيتوقف بيعه على اجازته . قال في جامع الفصولين راجزاً للمبسوط : لو باعه المشتري من غاصب ثم وثم حتى تداركته الايدي فاجاز مالكه عقداً من العقود ، جاز ذلك العقد خاصة لتوقف كلها على الاجازة . فإذا اجاز عقداً منها جاز ذلك خاصة اهـ (افاده في رد المحتار والبحر) .

وفي الهندية : لو خاصم المالك الغاصب وقضى له به ثم اجاز البيع ، يصح في ظاهر الرواية . ولو لم يعلم قيام المنصوب فأجاز المالك البيع ، جاز في ظاهر الرواية اهـ .

ثم ان البيع الموقوف ان كان يبيع مال الغير كبيع الفضولي ، فلا بد لتنفاذه من الاجازة قولاً ، كقول المالك اجزت او رضيت او احسنت او اصبحت او نحو ذلك ، وكطلبه الثمن من المشتري وهبته منه والتصدق به عليه - او فعلاً كأخذه الثمن او بعضه من المشتري او اخذك به ، كما في جامع الفصولين .

وان كان يبيع ما تعلق به حق الغير كبيع المستأجر والمرهون ، فكما يكون نفاذه باجازة من المستأجر والمرهون قولاً او فعلاً ، تكون ايضا بزوال المانع من النفاذ بأن صبر المشتري حتى مضت مدة الاجارة او قبض المرتهن دينه او ايراً الرهن او رد الرهن عليه ، كما تقدم ذكره في شرح المادة (٣٦٨) وتقام فروع المسئلة هناك ، فلتراجع .

وفي الهندية : باع الدار المؤجرة بغير رضى المستأجر ، ثم زاد المستأجر في الاجرة وجدد العقد ، ينفذ البيع الموقوف ، لأن تجديد الاجارة يتضمن فسخ الأولى ، فينفذ البيع اهـ .

وفي جامع الفصولين : باع الرهن رهنه بلا اذن مرتهنه ، ثم باعه من المرتهن ، جاز البيع من المرتهن وينقض البيع الاول . وكذا المؤجر لو باع المستأجر من رجل ثم باعه من المستأجر ، جاز البيع من المستأجر ، وهو نقض

للبيع الاول . وكذا في البيع الجائز المعروف ببيع الوفاء اذا باعه الباع من رجل .
باتا بلا اذن المشتري ، ثم باعه من المشتري بيعاً باتاً نفذ البيع الثاني وبطل الاول .
وهذا لأن الاول موقوف والثاني بات ، فيبطله . كذا افق صاحب المحيط .
وقال غيره من المتأخرين : ينفذ البيع الاول ، وبه افق . وقال واحد من الثقات :
رأيت رواية : ينفذ البيع الاول لا الثاني اه

وفيه ايضاً : ولو باع الراهن الرهن ثم باعه من آخر ، نفذ ما اجازه المرتهن .
ولو تكرر بيع المورجراً فاجاز المستأجر الثاني ، نفذ الاول اه اقول : وهذا مبني على
التفرقة بين المستأجر والمرتهن كما ذكره في البحر عن الكرايين ، حيث جعل
للمرتهن حق الاجازة والنسخ دون المستأجر ، فلا يملك النسخ ، فارقاً بأن المستأجر
حقه في المنفعة ، ولذا لو هلك العين لا يسقط دينه ، وفي الرهن يسقط ، وهو
ا- تيفاء حكيم . لكن علمت مما ذكرناه في شرح المادة (٣٦٩) ان الصحيح
المنفي به ان كلاً من المستأجر والمرتهن لا يملك النسخ ، كما ان الراهن والمورج لا
يملكانه ايضاً . وعليه لا فرق بين تكرر بيع المورج وبيع المرهون في انه لو اجاز
المستأجر او الراهن البيع الثاني ، ينفذ الاول ، تقدير .

وفي الهندية : لو باع الراهن الرهن وقبض الثمن ، ثم باعه من آخر قبل
الفك ثم افكته ، فالسابق اولي اه - اقول : الظاهر ان قوله « وقبض الثمن » قيد
اتفاقي لا احترازي ، تأمل .

وفي جامع الفصولين : ليس للمرتهن بيع الرهن ، فلو باعه يوقف على اجازة
مالكه . فلو اجازه جاز وثمنه رهن ، والا لا ، وله ان يبطله ويميده رهنًا . ولم
يجز الاجازة بعد ثلثه في يد المشتري ، فالراهن يضمن ابها شاء . فلو ضمنه مرتهنه
جاز البيع ، وثمنه اه ، والضمان رهن . وقيل : انما يجوز البيع بتضمين مرتهنه لو
سلم الرهن الى المشتري اولاً ثم باعه . اما لو باع ثم سلم لم يجوز ، ويرجع بما ضمن
على المشتري ، اذ سبب ملكه تأخر عن البيع - كما لو باع شيئاً بلا اذن مالكه ثم
شراه من مالكه لم ينفذ البيع الاول ، كذا هذا الا ان في ظاهر الرواية
قال : يجوز البيع بتضمين مرتهنه . ولم يفصل : لو ضمن المشتري بطل البيع ،
وضمانه رهن ، ويرجع للمشتري بثمنه ، وكذا يصير الثمن رهنًا في صورة الاجازة ،

بمخلاف اجازة الاجارة ، فان الرهن يبطل ويسر له على الاجرة سبيل .
وفيه : لو قال المرتهن للراهن بع الرهن من فلان فباعه الراهن من غيره لم يميز .
ولو قال المستأجر للمؤجر بعه من فلان ، جاز بيعه من غيره اه

وفيه : في البيع الموقوف لو قال لا اجيز بطل البيع . بمخلاف المستأجر لو قال
لا اجيز بيع المؤجر ، ثم اجاز ، جاز . وهذا يدل على ان المرتهن اذا قال لا اجيز يبيع
الراهن بطل البيع اه اي بناء على ان المرتهن يملك الفسخ ، وقد علمت ان اصح
الروايتين انه لا يملكه ، فلا فرق بينه وبين المستأجر ، تأمل .

وفيه ، يرضى النخيرة : بيع الارض بتوقف على اجازة المزارع من ايها كان
البذر ، فلو اجاز فلا اجر لعمله اه . ثم رضى وقال : لو كان البذر للمزارع لم
يميز في حقه ، اذ الارض مستأجرة . ولو للمالك نفذ لولم يزرع ، اذ المزارع اجيز
له . ولو زرع ولم ينبت بعد ، لم ينفذ لتعلق حقه . ولو لم يزرع ولكن كرب الارض
وحفر الانهار وغير ذلك ، نفذ في ظاهر الرواية . وقيل لا . والاصح جواب الكتاب .
وبيع الكرم لا ينفذ في حق العامل ، عمل او لا . ولو كان البذر للمزارع لم
يميز بلا اجازته ، زرع او لا . ولو للمالك فباع قبل الزرع ، جاز بلا اجازته ، لا لو
بعده . وفي الكرم قبل ظهور الثمر يخوز ، فلو باع مع نصيبه من الزرع يرضى المزارع
والبذر للمالك ولم ينبت ، لا شيء للمزارع من الثمن . ولو للمزارع ولم ينبت ،
فلمزارع حمة البذر من قيمته مبدوراً في الارض . وفي الكرم والتخل لو لم يخرج
منه شيء ، فلا شيء للعامل . ولو باع مع نصيب نفسه من الزرع وقد نبت او
خرج الثمر واجازته المزارع ، جاز ، ونصيب المزارع فيه قائم . ولو لم ينبت ولم
يخرج الثمر والبذر للمالك ، لا شيء للمزارع . ولو باع في هذا كله بلا رضى المزارع ،
لو بعده ، فكذلك . ولو بلا عذر ، فلمزارع ابطال البيع .

باع ارضاً مزروعة ، اما انه باع يرضى المزارع ، او بدونه ، واما انه نبت
الزرع او لا ، والبذر لرب الارض او لمزارعه . فصورها ثمانية ، وللمزارع تقض
اربعتها ، وهي فيما لم يرض . ونفذ في ارضها ، وهي فبارضي . فلو باع يرضاه ولم
ينبت ، فلو كانت البذر لرب الارض ، فلا شيء للمزارع من الثمن ، اذ ثبت
له حق بعد النبات ، لا قبله . ولو للمزارع ، فله قيمة بذره مزروعة ، اذ ذلك مملكته

ولو نابتا ، فنصيب المزارع فيه قائم كان البذر له او لرب الارض اه
وتمامه فيه .

وفي الهندية : واذا باع الارض وهي في عقد مزارعة آخر ، قال شمس
الائمة الحلواني : المزارع اولى في مدته ، من ايها كان البذر . فان اجاز المزارع
البيع ، فلا اجر لعمله . وفي مجموع التوازل : ان اجاز المزارع يكون كل التصيين
للمشترى . يريد به اذا كان في الارض غلة . وان لم يميز ، لا يجوز البيع . وكذا في
الكرم ، سواء ظهرت الثمار او لم تظهر . وقبل : الجواب في مسألة الارض على
التفصيل : ان كان البذر من المزارع ، لا يجوز في حقه . وان كان من رب
الارض وقد اتى البذر ، لا يجوز . وان كانت الارض فارغة ، يجوز . وكذا
في الكرم ان لم تظهر الثمار ، يجوز البيع ، وبه كان يفتي ظهير الدين (كذا في
المحيط) وان لم يزرع ، ولكن المزارع كرب الارض وحفر الأتجار وغير ذلك ،
في ظاهر الرواية ينفذ بيعه ، وهو الاصح . ولو باع الكرم لم ينفذ في حق العامل ،
سواء عمل في الكرم او لم يعمل كذا في الفصول العمادية اه .

المادة ٣٧٨ * بيع الفضولي اذا اجاز صاحب المال او وكيله
او وصيه او وليه نفذ البيع والا انفسخ . الا انه يشترط لصحة الاجازة
ان يكون كل من الباع والمشتري والمجيز والمبيع قائماً فاذا كان احد
المذكورين هائكاً لا تصح الاجازة *

اقول : في حكم بيع الفضولي يعم الصبي العاقل مال نفسه بلا اذن وليه ، كما
قدمناه في شرح المادة (٣٦٨) .
وقوله « اذا اجاز » اي قولاً او فعلاً ، كما تقدم . واما سكوت المالك عند
المقد اي عقد الفضولي فليس باجازة ، كما في الدر عن الخانية .
وفي البزابة عن المحيط : اذا اشترى سلعة من فضولي وقبض المشتري المبيع

بمحضرة صاحب السلعة فسكت ، يكون رضوي . كذا في حاشية الرمي على الفصولين في الرابع والعشرين .

وقوله « او وكيله » يجوز ان يكون المراد وكيله بالاجازة بأن يقول له : من باع ملكي فضولياً فقد وكلتك باجازة بيعه . واما قوله : وكلتك ان تجيز بيع فلان الفضولي ملكي ، فالتوكيل فيه غير مفيد ، لأن نفس التوكيل يكون اجازة من المالك ، كما هو ظاهر . ويجوز ان يكون المراد وكيله بالبيع ، والوكيل مفوض بالتوكيل ، لأن الوكيل ليس له ان يوكل بلا تفويض . فاذا كان مفوضاً فأجاز بيع الفضولي ، نفذ ، لأن اجازته اللاحقة كوكالته السابقة ، وهو مفوض .

ومن هنا ما لو باع مال غيره فضولياً ثم وكله المالك بالبيع ، فله ان يجيزه السابق ، كما تقدم نقله في شرح المادة (٣٦٨) .

وقوله « نفذ البيع » اي وان كان وقت الاجازة غير عالم بمقدار الثمن . فلو سمع ان فضولياً باع ملكه فأجازته غير عالم بمقدار الثمن فلما علم رد البيع ، فالمعتبر اجازته لا رده ، كما في التوير وغيره - لأن الفضولي يصير بالاجازة كالوكيل ، والوكيل يملك البيع بما قل او كثر عند الأمام ، كما في الدر وخواشيه . ومتى نفذ البيع باجازة المالك كان الثمن مملوكاً له وامانة في يد الفضولي بمنزلة الوكيل ، حتى لا يضمن بالهلاك في يده سواء هلك بعد الاجازة او قبلها ، لأن الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ولهذا يصح حطه من الثمن سواء علم المالك بالحط قبل الاجازة او لم يعلم ، الا اذا علم بالحط بعد الاجازة بئس له الخيار بين الرضا والفسخ ، كما قدمناه في شرح المادة (٣٦٨) .

ثم انما يصير الثمن مملوكاً للمالك عند اجازته وامانة في يد الفضولي اذا كان الثمن ديناً . فلو كان عرضاً معيناً يصير ملكاً للفضولي وعليه مثل المبيع لو مثلياً ، والا فقيمه . فاذا هلك بهلك عليه لأن اجازة المالك اجازة نقد لا اجازة عقد ، بمعنى ان المالك اجاز للبايع ان ينقد ما باعه ثمناً لما ملكه بالمقد لا اجازة عقد ، لأن عقد شراء العرض لازم على الفضولي لانه لما كان العرض متعيناً كان شراء من وجه ، والشراء لا يتوقف بل ينفذ على المباشر ان وجد نقاداً فيكون ملكاً له ،

وإجازة المالك لا ينتقل اليه بل تأخير اجازته في النقد لا في العقد .
ثم يجب على الفضولي مثل المبيع ان كان مثلياً ، والا فقيته ، لانه لما صار
البدل له صار مشترياً لنفسه بمال الغير مستقرضاً له في ضمن الشراء ، فيجب عليه
رده ، كما لو قضى دينه بمال الغير . واستقراض غير المثلي جائز ضمناً وان لم يميز
قصداً . هذا ما افاده في الفتح والجر ورد المختار وغيرها .

واما لو هلك الثمن العرض في يد الفضولي قبل الاجازة ، ففي جامع الفصولين
يطلب العقد ولا تلحقه الاجازة ويضمن للمشتري مثل عرضه او قيمته لو قيمياً ، لانه
قبضه بمقد ناسدٍ اهـ واما حكم هلاك المبيع فقد ذكره في جامع الفصولين .
وحاصله انه لو هلك قبل الاجازة فإن كان قبل قبض المشتري بطل العقد ، وان
بعده لم يميز بالاجازة والمالك تضمن ايما شاء . وايما اختار تضمينه ملكه ويبرأ
الآخر فلا يقدر على ان يضمه . ثم ان ضمن المشتري بطل البيع لأن اخذ القيمة
كأخذ العين ، وللمشتري ان يرجع على البايع بشحنه لا بماضمن . وان ضمن البايع ،
فإن كان قبض البايع مضموناً عليه - اي بأن قبضه بلا اذن مالكه - نفذ بيعه
بضمائه . وان كان قبضه امانةً وانما صار مضموناً عليه بالتسليم بعد البيع ، لا ينفذ
بيعه بضمائه ، لأن سبب ملكه تأخر عن عقده . وذكر محمد في ظاهر الرواية
ان البيع يميز بتضمن البايع . وقيل : تأويله انه سلم اولاً حتى صار مضموناً عليه ،
ثم باعه فصار كمنسحب اهـ رد المختار . واما لو زاد المبيع في يد المشتري ثم اجاز
المالك البيع ، فالزيادة للمشتري مع المبيع . وعلى هذا كل ما يحدث في البيع من
كسبٍ او ولدٍ او عقراو ثم قبل الاجازة فهو للمشتري لأن الملك تم له من وقت
الشراء فتكون الزيادة واردة على ملكه (افاده في البحر) .

وقوله «والا افسخ» اي وان لم يميزه . والمراد من عدم الاجازة الرد لا ما
يشمله ويشمل السكوت ، لما تقدم من ان السكوت لا يكون اجازة ، فأولى ان لا
يكون ردأً . ولو اجاز بصد الرد لم يميز ، لأن الفسوخ لا يجاز كما
في الدر .

ولو كان الثمن ديناً مقبوضاً في يد الفضولي فهل للمشتري الرجوع عليه بمثله لو
هلك في يده ؟ - الاصح نعم ان لم يعلم انه فضولي في وقت الاداء ، لا إن علم ،

بل يهلك امانةً لان الدفع اليه مع العلم بكونه فضولياً صيره كالوكيل ، كذا في الدر وحواشيه .

ثم تخصيص المالك بكونه يملك كلاً من الاجازة والفسخ ، فيه اشارة الى ان الفضولي لا يملكها معاً ، بل يملك الفسخ فقط قبل اجازة المالك حتى لو اجازته المالك بعد فسخه لا ينفذ لزوال العقد الموقوف . وانما كان له ذلك ليدفع الحقوق عن نفسه ، فإنه بعد الاجازة بصير كالوكيل فترجم حقوق العقد اليه فيطالبه بالتسليم ويخاصم بالعبء ، وفي ذلك ضرره به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته (بجر) وكذا المشتري يملك الفسخ قبل الاجازة تحرزاً عن لزوم العقد . قال في البرازية : والمشتري فسخ البيع قبل الاجازة تحرزاً عن لزوم العقد اهـ ومثله في الهندية عن وجيز الكردي ، واطلاقه ظاهر في ان فسخه لا يتوقف على القضاء او رضى البايع . فما في رد المختار من انه ينبغي تقييد قوله « والمشتري الفسخ بالرضى او القضاء » فهو بحث معارض لاطلاق المنقول ، فلا يعول عليه ، ووجهه غير ظاهر ، لانه قاس هذه المسئلة على ما قالوه من انه لو استحق المبيع من يد المشتري فاراد فسخ البيع بلاقضاء ولا رضى البايع لا يملكه ، لان احتمال اقامة اليئنة على النتاج من البايع او على التلق من المستحق ثابت الا اذا حكم القاضي فيلزم العجز فيفسخ اهـ مع انه قياس مع الفارق ، كما يظهر ذلك بأدني تأمل . على ان كل مسئلة معلة بملة مختصة بها لا تظهر في الاخرى . والعجب ممن ترك المنقول وذكر هذا البحث كأنه نص من نصوص المذهب ، ولم يبنه على كونه بحثاً ، مع ان الباحث نفسه لو سئل عن هذه المسئلة لاجاب باطلاق المنقول غير ملتفت الى بحثه .

واما الفرع الذي نقله الرملي في حاشيته على الفصولين كما في رد المختار من انه لو اراد المشتري استرداد الثمن من الفضولي بعد دفعه له على رجاء الاجازة لم يملك ذلك اهـ فالظاهر انه محمول على ما لو اراد فسخ البيع ، يعني وهو يرجو الاجازة . واما لو اراد فسخ البيع فله ذلك ، كما تقدم نقله . واذا فسخ فله استرداد الثمن . وبهذا يحصل التوفيق بين عباراتهم ، فانهم .

وقد افادت هذه المادة انه يشترط لصحة الاجازة قيام اربعة : المتعاقدين والمبيع ومن يملك الاجازة ، وهذا اذا كان الثمن ديناً يثبت في الذمة ، كالنقدين

والكيلي والوزني بغير عينه . اما لو كان عرضاً معيناً فيشترط قيام خامس ، وهو الثمن العرض .

وانما اشترط قيام ما ذكر لان الاجازة لها حكم انشاء البيع ، ولا بد في البيع من قيام العاقدين وهو الفضولي او المشتري ، وقسام المبيع ، والثمن اذا كان عرضاً معيناً ، لانه مبيع من وجه . واما اشتراط المعقود له ، وهو المالك ، فلأن المقد توقف على اجازته فلا ينفذ باجازة غيره . هذه علة اشتراطها في الاجمال . واما في التفصيل فاشتراط قيام المعقود عليه ، لأن المالك لم ينتقل فيه وانما ينتقل بعد الاجازة ، ولا يمكن ان ينتقل بعد الملاك . واشترط قيام المشتري ليلزمه الثمن . وبعد الموت لا يلزم ما لم يكن لزمه حال اهليته . واشترط قيام البايح لانه يلزمه حقوق المقد بالاجازة ولا تلزمه الا حياً . واما المالك فلأن المقد توقف على اجازته . فلا ينفذ باجازة غيره . فلو مات المالك لم ينفذ باجازة وارثه ، بخلاف القسمة الموقوفة فإنها تنفذ باجازة الوارث استحساناً عند الثاني (الكل من فتح القدير والبحر وجامع الفصولين)

ثم ان في حكم ملاك المبيع تغيره بحيث يعد شيئاً آخر ، كما في الدر . فلو صبغه المشتري فأجاز المالك البيع ، جاز . ولو قطعه وخاطه قيصاً ثم اجاز ، لا يجوز ، لانه صار شيئاً آخر (منح ودر ومثله في التتارخانية عن فتاوى ابي الليث) ويخالفه ما في البحر والبرزازية انه لو اجازه بعد الصبغ لا يجوز ، تأمل (رد المحتار) . اقول : لعل ما في البحر والبرزازية محمول على ما اذا كان الصبغ صبغاً يصير شيئاً آخر ، وما قبله على صبغ ليس كذلك .

وفي جامع الفصولين : باع داراً فانهدم بناؤها ثم اجاز ، تصح الاجازة لبقاء الدار ببقاء العروة . اقول : وهذا بخلاف ما لو باع دكاناً او خاناً او حماماً فانهدم بناؤها ثم اجاز ، لم تصح . لانه بالهدم يصير شيئاً آخر ، وليراجع . ولو لم يعلم حال المبيع وقت الاجازة من بقاء وعدمه ، جاز البيع في قول ابي يوسف اولا ، وهو قول محمد ، لأن الأصل بقاءه . ثم رجع وقال لا يصح ما لم يعلم قيامه عندهما ، لأن الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك . كذا في الفتح والبحر ورد المختار . واما لو اجاز وهو يعتقد وجود المبيع ثم تبين هلاكه ولم يعلم اكان هلاكه

قبل الاجازة او بعدها ، فلم اره منصوحاً عليه والذي يظهر ان الاجازة قاضية على الصحة ، لانه لم يقع وقتها شك في وجود شرط صحتها . وانما وقع الشك بعد ذلك . ومعلوم ان اليقين لا يزول بالشك فليتأمل ، وليراجع .

* فروع *

اختلف البايع والمشتري حال المشتري المبيع كان حالاً وقت الاجازة ، وقال البايع هلك بعد الاجازة ، فالقول للبايع .

فضولي باع نصف دار مشتركة بين رجلين ، بنصرف اليهم الى نصيبها ، فإن اجاز احداهما صح في النصف الذي هو نصيب المبيز عند ابي يوسف رحمه الله تعالى . وقال محمد رحمه الله تعالى يجوز في ربه . فرق بينه وبين احد الشريكين باع نصفه فإنه يجوز في النصف ، لان بيع المالك بنصرف الى نصيبه ويصح الفضولي بنصرف الى النصف الشائع فاجازة احدهما تصح في ربه .

فضولي باع وفضولي آخر رهنه ، فأجازها المالك ، جاز البيع لا الرهن . ولو اجتمعت البيع والاجازة فالبيع اولى (فصولين) وكذا تثبت الهبة اذا وهبه فضولي وآجره آخر ، والاجازة احق من الرهن لافادتها ملك المنفعة ، بخلاف الرهن . والبيع احق من الهبة لأن الهبة تبطل بالشروع . فقبا لا تبطل بالشروع كهيئة المشاع فيما لا يقسم صحبة ، لان الهبة تساوي البيع في افادة المالك فيأخذ كل النصف (افاده في البحر)

امره ببيعه بمائة دينار فبأه المأمور بألف درهم ولم يعلم به مؤكده فقال بعته وقلل مؤكده اجزت ، جاز اليهم بألف درهم . ولو قال الاخر اجزت ما امرتك به ، لم يجز ، (جامع الفصولين)

وفي نوادر هشام : ولو قال اجزت ان باع بمائة درهم ، يجوز ان كان باع بأكثر وان باع بأقل لا يجوز . ولو باع بألف دينار لا يجوز ، وانما ينظر الى النوع الذي وصفه (كذا في البرازية)

باع فن غيره فمات في يد المشتري ثم ادعى المالك الامر والاجازة ، فإن قال كنت امرته به ، صدق . ولو قال بلتني فأجزته ، لم يصدق الا بينة

(جامع الفصولين) قال محشيه الرمي : اقول : وجهه ان الأصل في العقود الصحيحة والذوم والمشتري مصدق على الشراء والأصل فيه النفاذ ، فكان القول قول مدعيه .
وأما في الصورة الثانية فهو مصدق على وقوعه من أصله موقوفاً وبدعي الاجازة الطارئة ، فلا يقبل قوله الا بينة ، تأمل اه .

لو اجاز احد المالكين بيع الفضولي خير المشتري في حصة المحيز ، لان المشتري
رغب في شرائه على ان يسلم له جميع المبيع ، فاذا لم يسلم بخير لكونه معيباً
بميب الشركة . والزمه محمد بها لانه رضي بتفريق الصفقة عليه لعله انما قد لا
يجمعان على الاجازة (شرح الجمع ، كذا في رد المحتار) ومفاده انه لو لم يكن
المشترى عالماً بكون المبيع مشتركاً وقت البيع بكون ثبوت الخيار له
عمل اتفاق .

المادة ٣٧٩ - * حيث لكل من البدلين في بيع المقايضة حكم
المبيع تعتبر فيها شرائط المبيع . فاذا وقعت منازعة في امر التسليم لزم
ان لا يسلم ويتسلم كل من المتبايعين معاً *

مثل بيع المقايضة ، وهو بيع السلعة بالسلعة ، بيم الصرف ، وهو بيع الثمن ،
من حيث وجوب التسلم والتسليم معاً تسويةً بينهما في العينة والدينية
(مجمع الانهر)

ثم ان البدلين في بيع المقايضة اذا كانا من الاموال الربوية ، فان اتحدا جنساً
وقدراً كبيع حنطة معينة بحنطة معينة اخرى ، اشترط لصحة التقابض والتساوي
والا كبيع كرحنطة معينة بكرى شعير معين ، اشترط التقابض لا التساوي ، حرمة
النساء والفضل في الاول ، والنساء فقط في الثاني (در) .

* الفصل الثالث *

= في حق السلم =

هو لغة كالسلف وزناً . ومعنى وشرعاً بيع آجل ، وهو المسلم فيه ، باجل ، وهو رأس المال . وركنه ركن البيع حتى يتمدد بلفظ بيع في الاصح . ويسمى صاحب الدرهم مثلاً رب السلم ، والمسلم بكسر اللام . ويسمى الآخر المسلم اليه . والخنطة مثلاً المسلم فيه . والثمن رأس المال . وحكمه ثبوت الملك للمسلم اليه في الثمن ولرب السلم في المسلم فيه (تنوير وشرحه الدر المختار) .

وقوله « في المسلم فيه » اي الدين الكاين في الذمة . اما في العين فلا يثبت الملك فيه الا بقبضه على انقضاء مبادلة اخرى ، بمعنى انه يكون يماً عند القبض (افاده في البحر) .

وثبوته بالنص والاجماع على خلاف القياس ، ولا اعتبار بين قال انه على وفق القياس . وقد اطال في الرد عليه في فتح القدير .

وشروط صحته منها ما يشترط ذكره في العقد ، وهي السبعة المذكورة في المادة (٣٨٦) ومنها ما لا يشترط ذكره فيه ، بل وجوده ، كاشتراط تسليم الثمن في مجلس العقد ، وهو المذكور في المادة (٣٨٧) و كنفذ الثمن ، اي معرفة الجيد من الردي . منه ، وعدم الخيار وعدم عتني الربا ووجود المسلم فيه من حين العقد الى حين حلول الاجل ، وكون المسلم فيه مما يضبط بالوصف ، وسيأتي الكلام عليها تفصيلاً في شرح المواد الآتية .

وفي الخاتمة : ولا يبطل الأجل بموت رب السلم ، ويبطل بموت المسلم اليه حتى يؤخذ المسلم فيه من تركته حالاً اه .

المادة ٣٨٠ = * السلم كالبيع ينقذ بالايجاب والقبول يعني اذا
قال المشتري للبايع اسلمتك الف قرش على مائة كيل من الخنطة وقبل
الآخر انعقد السلم *

تشبيه السلم بالبيع يشير الى ان السلم كما ينقذ بلفظ السلم كالمثال المذكور ،
ينقذ ايضاً بلفظ البيع ، على ما هو الاصح . واما انعقاد البيع بلفظ السلم فهو باتفاق
الروايات ، كما في الشرنبلالية وغيرها - والى انه يشترط لانعقاده ما يشترط
لانعقاد البيع . فاذا اختلف شرط من شروط الانعقاد يكون السلم باطلاً فلا يكون
رأس مال السلم مضموناً على المسلم اليه بالقبض ، بل امانة في يده يضمن بالتعدي ،
واما اذا وجدت شروط الانعقاد واختلف شرط من شروط الصحة الآتي بيانها ،
يكون السلم فاسداً فيكون رأس مال السلم مضموناً على المسلم اليه . بالقبض بمثله ،
والا فبقيته . هذا ما يقتضيه التشبيه والفقهاء ، لكن لم اره منقولاً ، فليتأمل
وليراجع .

المادة ٣٨١ * السلم انما يكون صحيحاً في الاشياء التي تقبل
التعين بالقدر والوصف كالجودة والخسة *

يعني انه يشترط لصحة السلم كون المسلم فيه مضبوطاً على وجه يمكن تسليمه من
غير افضاء الى المنازعة ، كما في الفتح . وذلك ببيان قدره كالكيل في الكيالات
والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعدد في العدديات المتقاربة ، وبيان
صنفته من رداثة وجودة ولون وكبر وصغر وخفة وثقل وطول وعرض . وما
لا يمكن ضبط صنفته ومعرفة قدره كالحبوان واللحم لا يصح السلم فيه ، لانه يفضي

الى المنازعة . وهذه المادة اصل تبني عليه المواد الالنية .

المادة ٣٨٢ - * المكيلات والموزونات والمذروعات تتعين

مقاديرها بالكيل والذرع *

يعني ان المكيلات وما عطف عليها يصح فيها السلم لأنها تنضبط وتعين بذكر القدر والوصف . وليس المراد ان مجرد ذكر الكيل واوزن والعدد صحيح للسلم ، اذ لا بد مع ذلك من ذكر الاوصاف حتى يتم انضباطها ، كما سيأتي في المادة (٣٨٦) كما في الفتح .

وليس اراد حصر انضباط المكيل بالكيل والموزون بالوزن اذ لو اسلم في المكيل وزناً كما اذا اسلم في البر والشعير وزناً ، فيه روايتان . والمعتمد الجواز ، لوجود الضبط . وعلى هذا الخلاف لو اسلم في الموزون كيلاً (بحر) .
وفي البزاية : الثوم والبصل يجوز السلم فيه وزناً لا عدداً ، واللبن والمصير والحل يجوز كيلاً او وزناً .

وفي الهندية : ويجوز السلم في السمن كيلاً ووزناً ، وفيها ايضاً : ويجوز السلم في العدديات المتقاربة حتى يجوز في الجوز والبيض عدداً او كيلاً او وزناً .

ولا بد من تقييد الموزون بكونه مثمناً كما قيده في الهداية والكنز والتنوير وغيرها ، احترازاً عما اذا كان مثمناً كالدرام والدنانير ، فإنها وان كانت موزونة الا انه لا يصح الاسلام فيها لأن السلم لتعجيل الثمن وتأجيل المبيع . ولو جاز فيها انعكس (بحر) لكن اذا كان راس المال درام او دنانير ايضاً كن العقد باطلا اتفاقاً . وان كان غيرها كثوب في عشرة درام ، لا يصح سلمها اتفاقاً .

وهل ينقذ بيعاً في الثوب بثمن مؤجل ؟ - قال ابو بكر الاعمش ينقذ ، وعيسى ابن ابان لا ، وهو الاصح (نهر) وهذا صححه في الهداية ، ورجح في الفتح الأول ، واقره في البحر واعترضه في النهر بما هو ساقط جداً كما اوضحته فيما علقته

على الحجر . كذا في رد المحتار .

وفي الهندية : وينبغي ان يعلم قدره بمقدار يوم من فقده من ابدى الناس ، ولو علم قدره بمكيال بعينه كقوله بهذا الاناء بعينه او بهذا الزنبيل او بوزن هذا الحجر ، لا يجوز ان كان لا يعلم كم يسع في الاناء ولا يعرف وزن الحجر . وكذا في الدرعبات ينبغي ان يعلم قدره بذراع يوم من فقده من ابدى الناس وان اعلمه بمشبة بعينها ، ولا بدري كم هي ، او بذراع يده او بسد فلان ، لا يجوز ولا يصح بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه اذا كان كيل الرجل وذراعه مغايرين لكيل العامة وذراعهم . واما اذا كانا موافقين لكيل العامة وذراعهم فتقيده بذلك يكون لغواً والسلام جائز . ولا بد ان يكون المكيال ، الا يتقبض ولا يتوسط ، كالفصاع مثلاً فان كان مما ينكس بالنكس كالزنبيل والجراب ، لا يجوز للمنازعة ، الا في قرب الماء للتعامل فيه اه .

وفي الحجر عن البزازية : اذا اطلق ذكر الذراع في الثوب فله ذراع وسط . وفي الذخيرة : واختلف المشايخ في تفسير قول محمد ذراع وسط منهم من قال اراد به المصدر وهو فعل الذرع لا الاسم ، وهو الخشبة ، يعني لا يمد كل المد ولا يرخي كل الارحاء . وبعضهم قال اراد به الخشب . والصحيح انه يحمل عليها اذا شرط مطلقاً ، فيكون له الوسط منها نظراً للجانبين اه .

ثم اعلم ان اسلام الموزون في الموزون والمكيل في المكيل لا يصح لوجود عتاي الربا او احدهما ، فلو اسلم حنطة في حنطة او حنطة في شعير ، لا يجوز . وكذا لا يجوز اسلام سمن في سمن ولا حديد في حديد ولا ديس في سمن ولا حديد في قطن ، وذلك لوجود عتاي الربا في متحدي الجنس ، او احدهما في مختلفيه . الا انهم استثنوا النقدين ، فانها وان كانا من الموزونات يصح اسلامها في موزون من غير النقدين ، لانقاد الاجماع على صحته ، كيلا ينسد اكثر ابواب السلم . واما اسلام المكيل في الموزون ، وكذا العكس ، فانه جائز فيجوز اسلام حنطة في سمن وحرير ، وكذا العكس . هذا ما صرح به في الفتح والبحر والخلايه والهندية وغيرها .

ثم ان مانص الشارع على كونه كيلياً وهو البر والشعير والتمر والملح ، او

وزنياً وهو الذهب والفضة ، فهو كذلك لا يتغير ابداً . وما لم ينص عليه ، حمل على العرف (كذا في التنوير وغيره من باب الربا) وعليه فما تعرف بيعه بالوزن وهو كيلى بالنص كاللحم والتمر ، لا يجوز ان يسلم فيه بنحو الخنطة والشعير . وكذا لو اسلم الخنطة كيلاً في الشعير وزناً لا يجوز ، كما لو اسلم الدبس وزناً في السمن كيلاً ، لأن المتعارف كون السمن وزنياً وهو غير منصوص عليه ، فيحمل على العرف . وفي الهندية عن الحاوي : ولو اسلم مكيلاً في مكيل وموزون أو شيئاً في جنسه وغير جنسه ، بطل العقد في جميعه في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى . وعندهما يصح في حصة الموزون وخلاف الجنس اه .

والموزون الذي لم ينص الشارع على كونه وزنياً يخرج عن كونه موزوناً بالصنع ، فيجوز ان يسلم فيه بالموزون - كما اذا اسلم حديداً في اواني من نحاس تباع عدداً لا اواني من حديد ، وكما لو اسلم سيفاً فيما يوزن الا في الحديد ، لأن السيف خرج من ان يكون موزوناً ، ومنه في الحديد في المسلكين لاتحاد الجنس . ولهذا جاز ايضاً اسلام البر في الخبز ، لأن الخبز بالصنعة صار جنساً آخر حتى خرج من ان يكون مكيلاً . يعلم هذا من الدرر وحواشيه .

وفي الهندية : ولا يجوز السلم في الخبز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى . وعلى قول ابي يوسف يجوز ، واختاره المشايخ اذا اتى بشرايطه لحاجة الناس . لكن يجب ان يمتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي ، حتى لا يصير استبدالاً بالمسلم فيه قبل القبض . ولا يجوز اسلام الخبز في الخنطة والدقيق . وعندهما يجوز ، وعليه الفتوى اه .

بقي اسلام الخنطة في دقيقتها والشعير في دقيقه ، حيث تعرف بيع الدقيق وزناً ، هل يجوز ؟ - لم اراه الآن . نعم نقل في رد المحتار انه يجوز بيع الدقيق واستفراضه وزناً اذا تعارف الناس ذلك استحساناً عند ابي يوسف . ثم قال : ونقل بعض المحشين عن تلقح المحبوبي ان بيعه وزناً جائز لأن النص عين الكهل في الخنطة دون الدقيق اه لكن لم يذكر انه بالصنعة اختلف جنسه عن القمح ، فليتأمل وليراجع . وفي الخانية : لو اسلم قطناً هروباً في ثوب هروي جاز ، لأن الثوب لا يجانس القطن . ولو اسلم شعراً في مسح من الشعر ان كان المسح بحيث لو نقض

لا يعود شعراً جازاً ، وان كان يعود لا يجوز . ولو اسلم فلوساً في صفر او سيقاً في حديد او قصباً في بوارى لا يجوز ، بخلاف القطن مع الثوب اهـ .

المادة ٣٨٣ - * العدديات المتقاربة كما تتعين مقاديرها بالعد
تتبعين ايضاً بالكيل والوزن *

الفصل بين العددي المتفاوت والمتقارب ، كما في البحر ، ان ما ضمن مستهلكه بالمثل فهو متقارب ، وبالقيمة يكون متفاوتاً اهـ
وفي الفتح : ما تفاوت ماله متفاوت ، كالبطيخ والقرع والرمان والرومى والاكارع والسفرجل . ولا يجوز السلم في شيء منها عدداً للتفاوت في المالية ، الا اذا ذكر ضابطاً غير مجرد المدد ، كطول وغلظ ونحو ذلك اهـ كالدر والجوهر واللالآي . والجلود والخشب ، كما في البحر ، اي رما لم تتفاوت ماله متقارب كالبياض والجوز . قال في البحر : لأنه معلوم مضبوط مقدور التسليم . وما فيه من التفاوت فهدر عرفاً ولا خلاف في جوازه عدداً ، انما الخلاف فيه كيلاً . ومنه زفر كيلاً اهـ قلنا لم لا يجوز كيله مع ان اعتبار المقدار ليس الا للضبط والضبط لم انحصر في العدد بل يتعرف بطريق آخر ؟ - فان قيل الكيل غير معدل لما يبقى بين كل جوزتين ويضتين من التخلخل ، قلنا قد علما به ورخصي رب السلم ، فان ما وقع السلم عليه هو مقدار ما يملأ هذا الكيل مع تخلخله . وانما يمنع ذلك في اموال الربا اذا قوبلت بجنسها والمعدود ليس منها وكيهه انما كان باصطلاحها فلا يهبر بذلك كيلاً مطلقاً ليكون ربوبياً . واذا اجزنا العددي كيلاً ، فوزناً اولى (كذا في الفتح القدير)

ومن العددي المتقارب الكاغد . وحمله في الفتح على كاغد بقالب خاص ، والا لا يجوز اهـ اي لما بين آحاده من التفاوت . وفي رد المحتار عن الجوهرة : لا يجوز السلم في الورق الا ان يشترط منه ضرب معلوم الطول والعرض والجودة اهـ . وفي البرازية : يجوز السلم في الأواني المتخذة من الخرف عدداً ان نوعاً بصير

معلوماً عند الناس . ويجوز في الكيزان الخزفية اذا بين نوعاً لا بتفاوت آحاده
اه وفي الهندية : ويجوز السلم في الجوالق والمسوح والاكسية بصنعة معلومة طولاً وعرضاً
ورقة ، لأنه يمكن ضبطها بالوصف ، لا يجوز في الفراء لأنها متفاوتة اه .

المادة ٣٨٤ - * ما كان من العدديات كاللبن والآجر يلزم
ان يكون قالبه ايضاً معيناً *

اللبن بكسر الباء قد تسكن فيصير كحمل الطوب النبي . والآجر بضم
الجيم وتشديد الراء مع المد اشهر من التخفيف ، الواحدة آجرة ، هو اللبن اذا
طبخ (افاده في رد المختار)

وانما لزم تعيين القالب في اللبن والآجر لأن آحاده لا تتفاوت اذا عينت
الآلة ، وهي الملبن ، اي القالب . واذا لم يتعين لا يجوز لانضائه الى المازعة (بحر)
وشرط في الخلاصة ذكر المكان فيه . قال بعضهم : اي مكان الايفاء .
وهذا قول ابي حنيفة . وقال بعضهم المكان الذي يضرب فيه اللبن اه اي لاختلاف
الأرض رخاوة وصلابة وقرباً وبعداً (رد المختار) قال فيه : ولا يخفى ان
الملبن اي القالب اذا كان معيناً لا يحتاج الى بيان صفته ، بخلاف ما اذا كان
غير معين فلا بد من كونه معلوماً . ويعلم كافي الجوهره بذكر طوله وعرضه وسمكه
اه اقول : والظاهر انه لا بد من ذكر نوابه ابيض او احمر مثلاً ، فإنه بالتراب
الأبيض أقوى منه بالتراب الاحمر . لكن ذكر محل ضربه يعني عنه اذا كانت
تراب المحل معلوماً للمتعاقدين .

وفي البحر عن الذخيرة : لو باع آجرأ وبين ما بينا اي قالبها لم يجز من غير
اشارة اليه ، اي لجوهرته ، لأن اللبن من المعدود المتقارب باعتبار قدره ، ومن
التفاوت باعتبار نضجه . فاعتبر الأول في السلم للحاجة ، واعتبر الثاني في البيع اه
وفي الهندية عن الينايع : ولا بأس في اللبن والآجر اذا سمي ملبناً معلوماً .
وانما يصير الملبن معلوماً اذا نسب طوله وعرضه وعمقه الي ذراع العامة . فان

كان اهل البلدة اصطلموا على ملبن واحد ، فلا حاجة الى بيان الملبن اه .

المادة ٣٨٥ = * الكرباس والجوخ وامثالها من المزروعات
يلزم تعيين طولها وعرضها ورقتها ومن اي شيء تنسج ومن نسج اي
محل هي *

يعني يلزم ذكر الاوصاف التي يصير المسلم فيه معلوماً بذكرها ، بحيث لا
يؤدي الى النزاع . وقوله « يلزم تعيين طولها وعرضها » اي فيما لو اسلم في مائة
ثوب من الكرباس مثلاً ، فلا بد من ان يبين طول كل ثوب كذا ذراعاً ، وعرضه
كذلك . وكذا لو اسلم في الف ذراع من الكرباس او الجوخ فلا بد من ان يبين
عرضه كذا ذراعاً .

وقوله « من اي شيء تنسج » اي من قطن او كتان او صوف او حرير ،
او مركب من اثنين او ثلاث منها .

وقوله « من نسج اي محل هي » اي نسج الشام والروم او زبد
او عمر (بخر)

قال فيه : ولم يذكر الوزن لأنه ليس بشرط الا في الحرير اذا بيع وزناً لأنه
لا يعلم الا بالوزن . وفي الظهيرة : ولا يشترط ذكر الوزن في الكرباس . واختلفوا
في الحرير ، والصحيح اشتراطه اه .

اقول : وفي زماننا الكرباس وهو المسمى بالخمام على انواع شتى ، واختلف
انواعه باختلاف وزنه . فهو وان كان ذريعاً الا ان ذرعه معتبر بالوزن بالبيرات ،
لان البيرة اسم لمائة واربعين درهماً . فالثوب الذي وزنه ثلاث بيرات
مثلاً تكون قيمه الذراع منه قرشاً واحداً ، والثوب الذي وزنه اربع بيرات
مثلاً تكون قيمة الذراع منه قرشاً ورباً ، وهكذا . وعليه فلا شك ان السلم فيه
لا يصح بدون ذكر وزنه كذا بيره وبعد ذكر الوزن يبين اوصافه المذكورة والا
ادى الى النزاع ، فليتدبر . نعم غير الكرباس المذكور من المنسوجات كالجوخ

والشيت اليمني وكنسوجات بلادنا من القطن الخالص او المركب من القطن
والحرير وغيرها من المزروعات ، فلا عبرة فيها للوزن ، بل لبيان الاوصاف التي
تمنع من الوقوع من النزاع . قال في البحر : ولو اسلم في ثوب الخزان بين الطول
والعرض والرفعة ولم يذكر الوزن ، جاز . وان ذكر الوزن فقط ، لا يجوز اه
وفي الفتح : وكذا يجوز في البسط ، والاكسية والمسوح والجوالق والبوارق اذا بين
الطول والعرض والصفحة وكل ما اختلفت قيمته بالنقل والحفة من الثياب عرفاً
اشترط بيان وزنه اه .

المادة ٣٨٦ = * يشترط اصحة السلم بيان جنس المبيع مثلاً انه
حنطة او ارز او ثمر ونوعه ككونه يسقى من ماء المطر (وهو الذي
نسميه في عرفنا بعلا) او بماء النهر والعين وغيرها (وهو ما يسمى عندنا
سقياً) وصفته كالجيد والخسيس . وبيان مقدار الثمن والمبيع وزمان
تسليمه ومكانه *

قد تضمنت هذه المادة ذكر سبعة شروط من شروط صحة السلم ، وهي التي
لا بد من ذكرها في عقد السلم كما تقدم في اول الباب . وله شروط اخر يشترط
وجودها لا ذكرها . وجلة الشروط كما في الدر والجمهر سبعة عشر شرطاً . قال
في رد المحتار : ست في رأس مال السلم ، وهي بيان جنسه ونوعه وصفته وقدره ونقده
وقبضه قبل الاقتراق . وأحد عشر في المسلم فيه ، وهي الاربعة الأول ، وبيان
مكان ايفائه واجله وعدم انقطاعه وكونه مما يتعين بالتعيين وكونه مضبوطاً
بالوصف كالاجناس الاربعة المكيل والموزون والمذروع والمعدود المتقارب . وواحد
يرجع الى العقد وهو كونه باتاً ليس فيه خيار شرط . وواحد بالنظر للبدلين وهو
عدم شمول احدي عتلي الربا البدلين (منح بتصرف) اه .

وبهذا تعلم ان بيان الجنس والنوع والصفة هي مثل بيان المقدار ، كما تشترط
في المبيع اي المسلم فيه تشترط في الثمن ، اي رأس مال السلم . فهي ثمانية بالتفصيل ،

فإن ما يجوز كونه مسلماً فيه لا يجوز كونه رأس مال ، ولا ينعكس ، لأن التقديس يكون رأس مال ولا يكون مسلماً فيه (إفاده في الفتح) .

ثم إن بيان مقدار الثمن وهو رأس المال إنما يكون شرطاً إن تعلق العقد بمقداره بأن تنقسم أجزاء المسلم فيه على أجزائه ، وذلك إنما يكون في الثمن المثلي ، أعني المكيل والموزون ، والمددي المتقارب . وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى .
وعندهما لا يشترط بيانه مطلقاً ، بل تكفي الإشارة إليه . فلو قال أسلمت إليك هذه الدراهم في كبري ولم يدر وزن الدراهم ، أو قال أسلمت إليك هذا البر في كذا متناً من الزعفران ولم يدر قدر البر ، لا يصح عنده ، وعندهما يصح . واجمعوا على أن رأس المال إذا كان ثوباً أو حيواناً يعبر معلوماً بالإشارة .

ومن فروع اشتراط بيان مقدار الثمن إذا كان مثلياً على قول الإمام ما لو أسلم في جنسين ، كناية درهم في كراحنطة وكرشعير بلا بيان حصة واحدة منهما من رأس المال ، لم يصح فيها لانقسامه عليهما بالقيمة ، وهي تعرف بالحزر . وكذا لو أسلم جنسين كدراهم ودنانير في كراحنطة وبين قدر أحدهما فقط لبطلان العقد في حصة ما لم يعلم قدره ، فيبطل في الآخر أيضاً لاتحاد الصفقة (بجر ، إفاده في الدر وحواشيه) .

وقوله «وزمان تسليمه» أي المبيع ، وذلك لأنه يشترط كون المسلم فيه موقفاً إلى أجل معلوم ، وأقله شهر ، كما في الكنز والتنوير وغيرهما . قال في البحر : فلا يصح السلم الحال عندنا لأنه يجوز رخصة للمفاليس دفماً لما جاهدتهم ، فلا يتحقق محل الرخصة إلا مع ذكر الأجل ، فلا يجوز في غيره اه وفي حاشية (ط) على الدر : فإن أسلم حالاً ثم أدخل الأجل قبل الإقتراف وقبل استهلاك رأس المال ، جاز كما في الجوهرة اه .

وقوله «ومكانه» أي مكان تسليم المبيع ، أي إيفاء المسلم فيه ، أي فيما له حمل وموئدة . ولو شرطاً الإيفاء في مدينة فكل محلاتها سواء فيه ، حتى لو أوفاه في محلة منها برأ ، وليس له أن يطالبه في أخرى . وما لا حمل له ، وهو الذي لا يحتاج في حمله إلى ظهر واجرة حمال كسك وكافور ، لا يشترط فيه بيان مكان الإيفاء اتفاقاً ، ويوفيه حيث شاء في الأصح ، وعليه المتون . ولو عين مكاناً فيما لا حمل له

ولا موهنة ، تعين في الأصح لانه يفيد سقوط خطر الطريق ، يعني انه اذا تعين
المكان واوفاه في مكان آخر ، يلزم المسلم اليه نقله الى المكان المعين . فاذا هلك
في الطريق هلك عليه ، فيكون رب السلم قد سقط عنه خطر الطريق بذلك -
بجلاف ما اذا لم يتعين ، فإنه اذا نقل بعد الايفاء الى المكان المعين ، يكون هلاكه
على رب السلم . ولو شرط حمله الى منزله بعد الايفاء في المكان المشروط ، لم
يصح لاجتماع الصفتين : الاجارة التي تضمنها شرط الحمل بعد الايفاء ، والتجارة ،
الشراء اي المقصود بالمقد .

وتقييد اشتراط الحمل بكونه بعد الايفاء ، لأنه لو شرط الايفاء فقط الحمل فقط او ،
او الايفاء بعد العمل ، جاز . ولو شرط الايفاء بعد الايفاء ، كشرط ان يوفيه في
محلة كذا ثم يوفيه في منزله ، لم يميز على قول العامة (الكل من الد المختار وحواشيه) .

المادة ٢٨٧ * يشترط لصحة بقاء السلم تسليم الثمن في مجلس

العقد . فاذا تفرق العاقدان قبل تسليم رأس مال السلم انفسخ

العقد *

الاولى في تعريب هذه المادة ان يقال « يشترط لبقاء صحة السلم » لأن المراد
انه يشترط لبقاء السلم على الصحة تسليم الثمن في مجلس العقد ، فأفاد انه بنقده
صحيحاً بدون التسليم ثم يفسد بالافتراق بدونه ، وهذا هو الصحيح ، كما في البحر .
وقيل انه شرط انعقاد ، واطاقه شمل ما اذا كان الثمن عيناً . حتى لو اسلم عبداً
في ثوب وافتراقاً قبل قبض العبد ، يبطل العقد . وهذا جواب الاستحسان ، لان
السلم بنبي ، عن اخذ عاجل بأجل ، وذلك بالقبض قبل الافتراق ليكون حكمه على
وفق ما يقتضيه اسمه . وجواب القياس انه اذا كان رأس المال عيناً لا يبطل
العقد بالتفرق قبل القبض ، لان هذا العقد اعتبر سماً في حق الثوب يعا في حق
العبد ، ويجوز ان يعتبر في عقده واحد حكم عقدين ، كما في الهبة بشرط العوض

(افاده في البحر) وفي قوله « فإذا تفرق العاقدان الخ » اشارة الى ان القبض في مجلس العقد ليس بشرط ، وانما الشرط ان يوجد القبض قبل تفرق العاقدين وان اختلف المجلس . ولذا قال في التنوير وشرحه الدر : ويشترط قبض رأس المال ولو عيناً قبل الاقتراق بأبدانها . وان ناما او سارا فرسخاً او اكثر ، ولو دخل ليخرج الدراهم من البيت ، ان توارى عن المسلم اليه ، بطل ، وان يجيئ يراه ، لا اه وفي الخانية : ولو ناما او نام احدهما ، ان كانا جالسين لم يكن ذلك فرقة لتعذر الاحتراز عنه . وان ناما مضطجعين ، فهو فرقة اه .

ويتفرع على انفساخ العقد بالتفرق قبل تسليم رأس المال انه لو قبض ثم انتقض القبض لمعنى اوجبه ، انه يبطل السلم ، كما لو كان عيناً فوجده ميبأ ، او استحق ولم يرض بالعيب ، او لم يجز المستحق ، او ديناً استحق فليجزه واستبدل بعد المجلس . فلو قبله ، صح ، او وجده زبوقاً او بنهرجة وردت ما بعد الاقتراق ، سواء استبدلها في مجلس الرد او لا . فلو قبل الاقتراق واستبدلها في المجلس او رضي بها ولو بعد الاقتراق ، صح . ولو كان الذي وجد ميبأ او مستحقاً او زبوقاً بعض رأس مال السلم ، فإن كان يسيراً ، استحسن ابو حنيفة فقال يرد ما ويستبدل في ذلك المجلس . وان كان كثيراً فله حكم الكل . وفي تحديد الكثير روايتان : ما زاد على الثلث او ما زاد على النصف . وان وجده ستوقه او رصاصاً ، فإن استبدلها في المجلس ، صح . وان بعد الاقتراق ، بطل ، وان رضي بها لأنها جنس حقه (رد المختار موضحاً من البحر)

وفي الدر عن البرازية : وصحت الكفالة والحوالة والارتهان برأس مال السلم اه قال في رد المختار : اي فله ، اي للمسلم اليه ، مطالبة الكفيل والمحتال عليه . فإن قبض رأس المال من المحتال عليه او الكفيل او رب السلم في مجلس العاقدين ، صح ، وبعده بطل السلم والحوالة والكفالة . وفي الرهن ، ان هلك الرهن في المجلس ، فلو قيمته مثل رأس المال او اكثر ، صح . ولو اقل صح المقدم بقدره ، وبطل في الباقي . وان لم يهلك حتى اقدرنا ، بطل السلم وعليه رد الرهن لصاحبه (بحر عن البدائع ملخصاً اه) وفي حاشية ابي السمود على مسكين عن منية المفتي : انه نعم الكفالة بالمسلم فيه ايضاً . وما سياتي في الكفالة من انها لا تصح في المبيع

لأنه مضمون بغيره وهو الثمن ، فذاك في بيع العين ، وهذا بيع الدين اه قال في رد المحتار: اي لأن عقد السلم لا يفسخ بهلاك قدر المسلم فيه قبل قبضه ، لأن له ان يقيم غيره مقامه لعدم تعيينه . بخلاف هلاك المبيع العين قبل قبضه ، فإنه مضمون بغيره ، وهو الثمن ، فيسقط عن المشتري . وسمي الثمن غيراً لأن المضمون بالقيمة مضمون بعينه حكماً . وفي البحر عن ابضاح الكرمانى : لو اخذ بالمسلم فيه رهناً وسلطه على بيعه فباعه ولو بغير جنس المسلم فيه ، جاز اه .

وما يتفرع على اشتراط القبض قبل التفرق ما لو اسلم مايتين في كرحنطة ، منها مائة دين على المسلم اليه ، ونقده مائة ، فإن السلم في حصته الدين باطل لفوات قبضه ، وصح في حصة النقد . ولا يشيع الفساد في الكل لان الفساد طاري ، لأنه عرض بالاتراق قبل القبض ، ما سر ان القبض شرط لبقاء العقد على الصحة لا شرط للانقضاء ، حتى لو نقد الدين في مجلسه صح في الكل .

وقيدنا بكون مايتي الدين والنقد متخدي الجنس لأنه لو اختلفا بأن اسلم مائة درهم نقداً وعشرة دنانير دنياً ، او بالعكس ، لا يجوز في الكل اما حصة الدين فلما سر ، واما حصة العين فليجباله ما يخصه . وهذا عنده ، وعندهما يجوز في حصة النقد .

وقيدنا بكون الدين على المسلم اليه لأنه لو كان على غيره بأن قال اسلمت اليك هذه المائة والمائة التي لي على فلان ، بطل في الكل وان نقد الكل ، لاشتراط تسليم الثمن على غير العاقد ، وهو مفسد مقارن فيتمدى (الكل من البحر والدر وحواشيه)

وقيدنا بكونه جعل الدين عليه رأس المال لأنه لو لم يجعله وانما وقعت المقاصة بأن وجب على المسلم اليه لرب السلم دين مثل رأس المال ، فلا يتخلو : اما ان يجب الدين الآخر بالمقداو بالقبض ، فإن كان الأول فإما بعقد سابق على السلم او متأخر عنه . فإن كان الأول بأن كان رب السلم باع المسلم اليه ثوباً بعشرة دراهم ولم يقبضها حتى اسلم اليه عشرة دراهم في كر ، فإن تراضيا بالمقاصة ، صار قصاصاً ، وان ابى احدهما لا يصير قصاصاً استحساناً ، لأن المقدم موجب للقبض حقيقة لولا المقاصة ، فاذا تقاصتا تبين انه انعقد موجباً قبضاً بطريق المقاصة ، وقد وجد .

وان وجب بعقد متأخر عن السلم ، لا يصير قصاصاً وان جعلوه قصاصاً هذا اذا وجب الدين بالعقد ، فان وجب بالقبض كالنصب والقرض فإنه يصير قصاصاً جعلوه اولاً بعد ان كان وجوب الدين متأخراً عن العقد . هذا اذا تساوى الدينان ، فأما اذا تفاضلا بأن كان احدهما افضل والآخر ادون ورضي احدهما بالقصاص وابتى الآخر ، فإنه ينظر : فان ابى صاحب الافضل لا يصير قصاصاً لأن حقه في الجودة معصوم محترم ، فلا يجوز ابطاله عليه من غير رضاه . وان ابى صاحب الادون يصير قصاصاً ، لأنه لما رضي به صاحب الافضل فقد اسقط حقه . وكذلك المقاصة في بدل الصرف على هذه التفاصيل (بجر عن البدائع) .

قال : وهذا كله في رأس المال . اما المقاصة بالسلم فيه ، فقال في الابضاح : ان وجب على رب السلم دين مثل السلم فيه ، بسبب متقدم على العقد او بعده ، لم يصير قصاصاً . وان وجب بقبض مضمون كالنصب والقرض صار قصاصاً ان كان قبل العقد ، وان كان بعده فجعله قصاصاً جاز . وان كان ودبعة عند رب السلم قبل العقد او بعده ، فجعله المسلم اليه قصاصاً ، لم يكن قصاصاً الا ان يكون محضرتها ، او يخلى بينه وبينها ولا يصير المنصوب قصاصاً ، الا اذا كانت مثل السلم فيه ، فإن كان اجود او اردأ ، فلا بد من رضاهما اه .

* تنبيه *

بقي من شروط السلم نقد رأس مال السلم . وليس المراد بالنقد القبض فإنه شرط آخر ، بل المراد به انتقاده ليعرف جوده من الردي . وفائدة اشتراطه الاحتراز عن الفساد . لأنه اذا رد بعيب الزيادة ولم يتفق الاستبدال في مجلس الرد ، انتسخ العقد بقدر المردود . وقامه في رد المختار . ومنها عدم خيار الشرط ، لما تقرر من ان قبض رأس المال قبل التفرق شرط بقائه على الصحة . وخيار الشرط يمنع تمام القبض . وفي البرازية : ويبيطله خيار الشرط ، فان اسقطه قبل الافتراق ، ورأس المال قائم في يد المسلم اليه ، صح . وان هالكاً لا ينقلب صحيحاً (بجر)

وليه: وقالوا: ولا يثبت في المسلم فيه خيار الروبة لأنه دين في الذمة، ويثبت فيه خيار العيب. ويثبتان في رأس المال إذا كان مما يتعين، أو الاختيار الروبة لا يثبت في النقود اهـ.

ومنها: ان لا يشمل البدلين احدي علي الربا. وهو القدر المتفق او الجنس كاسلام الموزون في الموزون والمكيل في المكيل. وتقدم تحقيقه في شرح المادة ٣٨٢.

ومنها وجود المسلم فيه من حين العقد الى حين حلول الاجل حتى لو كان منقطعاً عند العقد، موجوداً عند المحل، او بالعكس، او منقطعاً فيما بين ذلك، لم يجز، لأنه غير مقدور التسليم، كتوم موت المسلم اليه. فيحل الاجل وهو منقطع فيتضرر رب السلم. وحد الانقطاع ان لا يوجد في الاسواق التي تباع فيها. وان كان في البيوت. ولو انقطع عن ايدي الناس بعد الحلول قبل ان يوفي المسلم فيه، قرب السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد، واخذ رأس ماله. وان شا. انتظر وجوده. ولو انقطع في اقليم دون اقليم، لا يصح السلم في الاقليم الذي لا يوجد فيه، لأنه لا يمكن احضاره الا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم، حتى لو اسلم في الرطب بخاري لا يجوز، وان كان يوجد بسبستان. ولو انقطع المسلم فيه في اوانه. بتخريب السلم، وعن الامام انه يفسخ (بجر).

ومنها ان يكون المسلم فيه، مما يتعين بالتعيين، فلا يصح السلم في التقدين. كما تقدم في شرح المادة (٣٧٢) وفي التبر روايتان، كما في البحر.

❖ تمة ❖

لا يجوز التصرف لمسلم اليه في رأس المال، ولا لرب السلم في المسلم فيه قبل القبض، بنحو شركة ومراجعة وتولية. اما الاول فلما فيه من تفويت حق الشرع وهو القبض المستحق شرعاً قبل الافتراق. واما الثاني فلانه تصرف بالمنقول قبل قبضه وهو لا يجوز. وصورة الشركة ان يقول رب السلم لاخر اعطني نصف رأس المال ليكون نصف المسلم فيه لك. وصورة التولية ان يقول لاخر اعطني مثل ما اعطيت المسلم اليه حتى يكون المسلم فيه لك. وصورة المراجعة ان يأخذ زيادة على ما اعطى. وكذا لا يجوز ذلك مع من عليه، فلو باع رب السلم المسلم فيه من المسلم اليه لا يصح ولا يكون

اقالة اه ملخصاً من الدر وحواشية .

وفي البحر عن البسوط : لو أبرأ رب السلم المسلم اليه عن طعام السلم صح
ابراؤه في ظاهر الرواية . وروى الحسن انه لا يصح ما لم يقبل المسلم اليه ، فإن قبله كان
فستحاً رب لعقد السلم . ولو أبرأ المسلم اليه رب السلم من رأس المال وقبل الابراء ،
يبطل السلم . وان رده ، لا . والفرق بين رأس المال والمسلم فيه ان المسلم فيه لا يستحق
قبضه في المجلس ، بخلاف رأس المال اه .

* فروع *

في الدر عن الصغري : اقالة بعض السلم جائزة اهاي لو اقالة عن نصف المسلم فيه او ربه
مثلاً جازاً ، وبني القدر في الباقي . قال في البحر : واحترز به عن الاقالة على مجرد الوصف بأن
كان المسلم فيه جيداً ، فتقايلاً على الرديء على ان يرد المسلم اليه درهماً ، لا يجوز عندها
خلافاً لابي يوسف ، في رواية ، فيجوز عنده لا بطريق الاقالة ، بل بطريق الخط
عن رأس المال اه . قال الرمي : وفيه صراحة بجواز الخط عن رأس المال ،
وتجوز الزيادة فيه . والظاهر فيها اشتراط قبضها قبل التفرق بخلاف الخط . وقد منا
انه لا تجوز الزيادة في المسلم فيه ، ويجوز الخط اه . كذا في رد المحتار .
لا يجوز لرب السلم شراء شيء من المسلم اليه برأس المال بعد الاقالة قبل القبض بحكم الاقالة .

* تنوير *

اذا اختلف رب السلم والمسلم اليه في اشتراط وصف السلم بأن قال
احدها شرطناه رديئاً وقال الآخر لم نشرط شيئاً ، او قال احدها شرطناه الاجل
وقال الآخر لم نشرط شيئاً ، كان القول لمن ادعى الاشتراط فيها ، لالمن نفاء ،
لان مدعي الصحة اذا السلم لا يجوز الا مؤجلاً ، ووصفاً شهد له الظاهر . ولو اختلفا في مقدار
الاجل فالقول للمطالب مع اليمين لانكاره الزيادة ، واي تبرهن قبل برهانه ، وان
برهنا قضى بينة المطلوب ، لاثباتها الزيادة ، وان اختلفا في مضيه فالقول للمطلوب
لانكاره توجه المطالبة . فإن برهنا قضى بينة المطلوب ، لاثباتها زيادة الاجل فالقول
قوله اي المسلم اليه والينة يئنته (بحر وتامه فيه)

لا يصح السلم في اللحم عند ابي حنيفة ، وقال لا يجوز اذا بين جنسه ونوعه وسنه

وموضعه وصفته وقدره كشاة خصي نبي صمين من الجنب او الفخذ مائة رطل ،
لأنه وزون مضبوطا لوصف فهار كالألية والشحم ، بخلاف لحم الطيور فإنه لا يقدر
على وصف موضع منه . وفي الحقائق والعيون : الفتوى على قولها ، وهذا على الأصح من ثبوت
الخلاف بينهم . وقد قيل لا خلاف ، فمنع أبي حنيفة فيما اذا اطلت السلم في اللحم ، وقولها
فيما اذا بينا (بجر مختصراً) .

لا يصح السلم في بر قرية بعينها او تمر نخلة معينة ، الا اذا كانت النسبة لبيان
الصفة لا لتعيين الخارج من ارضها بعينه . وانما لا يصح لاحتمال ان يعثر بها
آفة ، فلا يقدر على التسليم . وكذا لا يجوز في حنطة حديثة قبل حدوثها لأنها
منقطعة في الحال ، او كونها موجودة في وقت العقد الى وقت الحبل شرط (فتح
وبجر ودر)

الفصل الرابع في بيان الاستصناع

المادة ٣٨٨ - * اذا قال شخص لأحد من اهل الصنائع اصنع
لي الشيء الفلاني بكذا قرشاً وقبل الصانع ذلك انعقد البيع
استحساناً *

الاستصناع نوع من انواع البيوع . وقد اختلفت عباراتهم عن هذا النوع .
قال بعضهم هو عقد على مبيع في الذمة . وقال بعضهم هو عقد على مبيع في الذمة
شرط فيه العمل - وجه القول الاول ان الصانع لو احضر عيناً كان عملها قبل
العقد ورضى به المستصنع ، لجاز . ولو كان شرط العمل من نفس العقد ، لما جاز ،
لأن الشرط يقم على عمل في المستقبل لا في الماضي .
والصحيح هو القول الأخير ، لان الاستصناع طلب الصنع فالم بشرط فيه

العمل لا يكون استصناعاً ، فكان مأخذ الاسم دليلاً عليه - ولأن العقد على مبيع يفي الذمة يسمى مبيعاً وهذا يسمى استصناعاً ، واختلاف الاسامي دليل اختلاف المعاني في الأصل - واما اذا اتى الصانع بعين صنعها قبل العقد ورضي به المستصنع ، فانما جاز لا بالعقد الاول ، بل بعقد آخر . وهو التعاطي بتراضيها ، وهو جائز استحساناً والقياس يقتضي عدم الجواز لأنه يبيع المعلوم ، وقد نهي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم ، وهذا ليس بسلم لأنه لم يضرب له اجل .

وجه الاستحسان الاجماع الثابت بالتعامل ، فإن الناس في سائر الاعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير تكبير ، والقياس يترك بمثله اه (عناية) .

وفي الجرم ما ملخصه : الاستصناع لغة طلب الصنعة ، وشرعاً ان يقول اصنع خف مثلاً اصنع لي خفاً طوله كذا وسعته كذا من اديم كذا من عندك بكذا وكذا ويعطى الثمن المسمى او لا يعطى شيئاً ، فيقبل الآخر منه . ودليله الاجماع العملي ، وهو قاض على القياس . وحكمه الجواز لا على وجه اللوزم ، لأنه شبيه ابتداءً بالاجارة ، والصانع لا يمكنه العمل الا باتلاف عين له من قطع اديم ونحوه ، والاجارة تنفخ بهذا العذر - ولذا قلنا ان للصانع ان يبيع المصنوع قبل ان يراه المستصنع ، لأن العقد غير لازم . واما بعد ما رآه ، فالأصح انه لا خيار للصانع ، بل اذا قبله المستصنع اجبر على دفعه لأنه بالآخرة بايع له .

ينفرع على عدم لزومه ما يفي فتاوى قاضيه خان من الدعوى : رجل استصنع رجلاً في شيء ، ثم اختلفا في المصنوع ، فقال المستصنع لم تفعل ما امرتك به ، وقال الصانع فعلت ، قالوا لا يمين فيه لاحدهما على الآخر . ولو ادعى الصانع على رجل انك استصنعت الي في كذا ، وانكر المدعي عليه ، لا يختلف اه - وهذا ، اي عدم اللزوم ، قول الامام الاعظم ، ولو بعد رواية المستصنع المصنوع . وقد مشت الجملة في الفقرة الاولى من المادة (٣٩٢) الآتية على قول الامام ابي يوسف رحمه الله تعالى بأن المستصنع اذا رأى المصنوع على الشروط

التي بينها ، لا خيار لأحد العاقدين بالرجوع ، وهو الارفق بالناس . اما عدم
الخيار للصانع ، اي بعد ما احضره ، فلا نه باحضاره اسقط خيار نفسه الذي
كان له قبله . واما عدمه للمستصنع فلأن في اثبات الخيار له اضراً بالصانع ،
لأنه ربما لا يشتريه غيره بمثله اه ملخصاً بنوع اختصار من الفتح والعناية
والدر وحواشيه .

وشرط جوازه بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته ، لأنه لا يصير
معلوماً بدونه ، وان يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس . قال :

✽ مثلاً لو أرى المشتري رجله لحفاف وقال له اصنع لي زوجي
خف من نوع السختيان الفلاني بكذا قرشاً وقبل الصانع او تقاوم
مع نجار على ان يصنع له زورقاً او سفينة وبين طولها وعرضها ووصفها
اللازمة وقبل النجار انعقد الاستصناع ✽

يما لا عدة ، لأن الاستصناع ، كما في البدائم ، مشتمل على معنى عقدين
جائزين ، وهو السلم والاجارة ، لأن السلم عقد على مبيع في القمة ، والاجارة
على استئجار الصانع للعمل ، وما اشتمل على معنى عقدين جائزين لا يكون مواعدة .
ولأنه بعد الفراغ منه والارآة ، اذا كان موافقاً للشروط يكون لازماً على القول
الارفق كما قدمنا ، والمواعدة لا لزوم فيها - والمعقود عليه هو العين ، لكن
بشرط ان يكون عمل الصانع بعد المعقد .

واما صحته لو اتى بالمصنوع من غيره او من عمله قبل المعقد فانما صح لانقاده
بمقد آخر ، وهو التماطي بالتراضي بينهما كما قدمناه عن البدائم . اذ ربما يكون
الصانع احذق من غيره ، فلا يرضى المستصنع الاعمله . قال :

✽ كذلك لو تقاوم مع صاحب معمل على ان يصنع له كذابندقية
كل واحدة بكذا قرشاً وبين الطول والحجم وسائر اوصافها اللازمة
وقبل صاحب المعمل انعقد الاستصناع ✽

لكن لو سلم الى حداد حديداً ليحمل له اثناء معلوماً بأجره معلوم ، او
جلداً الى خفاف ليحمل له خفياً معلوماً بأجره معلوم ، فذلك جائز ولا خيار فيه ،
لان هذا ليس باستصناع بل هو استئجار فكان جائزاً ، فإن عمل كما امر استحق
الاجر ، وان افسد فله ان يضمه حديداً مثله ، لانه لما افسده فكانه اخذ
حديداً له واتخذة أنية من غير اذنه والائاه للصانع لان المضمونات تمك
بالضمان (بدائع) .

المادة ٣٨٩ = * كل شي يعومل استصناعه يصح فيه الاستصناع
على الاطلاق *

تقدم ان القياس يقتضي عدم جواز الاستصناع لأن بيع المدوم ، وجوازه
استحساناً في ما جرى العرف والعادة في التعامل به من اواني الحديد والرصاص
والنحاس والزجاج والخفاف والجمال والجسم الحديد للدواب ونصول السيوف والسكاكين
والطشت والتمغمة ونحو ذلك . واما ما ليس فيه تعامل ، كمنج الثياب ، يرجع فيه
الى القياس - فعلى هذا لا يجوز استصناع حائك على ان ينسج له ثوباً لعدم التعامل .
ثم ما ورد التعامل في استصناعه سواء كان موجلاً الى شهر او ازيد ، او لم
يكن موجلاً ، فالتأجيل يحمل على الاستعمال ولا يخرج عن كونه استصناعاً ،
وهو قول الامامين وعليه مشت هذه المادة لكونه ارفق . وعند الامام الاعظم
اذا ذكر الاجل بصير مسلماً فيشترط فيه ما يشترط للسلم . وجه قولها انه بدون
ذكر الاجل جائز غير لازم ، فبذكر الاجل فيه لا بصير لازماً ، لأن ذكر
الاجل للتيسير وتأخير المطالبة فلا يتغير فيه العقد . من الاستصناع الى السلم ،
ولأن اللفظ حقيقة للاستصناع وقد امكن العمل بحقيقة اللفظ ، وذكر الاجل
يقضي ان يكون مسلماً لكنه ليس بحكم فيه بل يحتمل ان يكون للتعجيل ،
واذا كان كذلك فقد اجتمع الحكم والمحمل ، فيحمل الثاني على الأول (مبسوط
وضايفه) وجه قول الامام ان هذا بيع دين ، والمبيع الدين لا يكون الا مسلماً كما

لو ذكر لفظ السلم : بيانه ان المستصنع فيه مبيع والأجل لا يثبت الا في الدين ،
فلما ثبت فيه الأجل عرفنا انه مبيع دين ، والعبرة للمقاصد والمعاني لا للألفاظ
والمباني . راجع المادة (٣) وتامه في المبسوط . قال :

❖ واما ما لم يتعامل باستصناعه ❖

اي لم يتعارف فيه على عقد الاستصناع كالثياب ، بنظر :

❖ اذا بين فيه المدة ❖

على وجه الاستعمال . اما المذكور على سبيل الاستعمال بأن قال على
ان يفرغ غداً او بعد غد ، لا بصير سلباً . قال :

❖ صار سلباً وتعتبر فيه شرايط السلم ❖

لتعذر جملة استصناعاً ، لعدم التعامل . قال :

❖ واذا لم يبين فيه المدة كان من قبيل الاستصناع ايضاً ❖

والحاصل ان ما تعرف استصناعه ولم يبين له مدة اصلاً او بين دون الشهر ،
فهو استصناع بالاتفاق . وان بين له مدة شهر او اكثر فهو استصناع عندها ، سلم
عنده . وما لم يتعارف استصناعه ، ان بين فيه مدة السلم شهر او اكثر ، فهو سلم
بالاتفاق . وان لم يبين فيه مدة فهو استصناع فاسد منعه عنه . فهو وان كان فاسداً
لكن بعد وقوعه يأخذ حكم الصحيح وقد اشارت الجملة الى هذا بقولها « كان من قبيل
الاستصناع » اي تجري فيه احكام الصحيح وان لم يكن استصناعاً مشروعاً .
والذي يظهر للعبد الضعيف زلة فلم بعض الشراح هنا حيث ظن من عبارة الجملة « كان
من قبيل الاستصناع ايضاً » ومن اخذه احكام الصحيح ، انه قول في المذهب بأنه صحيح
وان الجملة اختارته ، مع انه معادماً لما اجمعوا عليه من ان الاستصناع لا يكون
الا فيما فيه تعامل - وبعضهم ، وهو الفاضل علي حيدر انندي ، اعترض عليه وعلى
الجملة ظاناً انه حيث كان فاسداً لا يقع وقوعه استصناعاً . وهذا وهم ، والحقيقة
ان الجملة لم تفلط بقولها (كان من قبيل الاستصناع ايضاً) لأن من العقود ما يكون
فاسداً منها عنه وبعد وقوعه يأخذ حكم الصحيح ، كالبيع بمقد فاسد يدخل في ملك
المشتري بالقبض ، والرهن الفاسد بشيوع او غيره اذا كان سابقاً على الدين ،

يأخذ حكم الصحيح بعد وقوعه . حتى لو نقض الرهن المقدم بحكم الفساد و اراد استرداد المرهون ، كان للمرتهن حق حبسه حتى يؤدي اليه الرهن ما قبض .
واذا مات الرهن وعليه ديون كثيرة فالمرتهن اولى من سائر القراء . قال في التنوير:
« كل حكم في الرهن الصحيح فهو الحكم في الرهن الفاسد » فلمن هذا انه لا يلزم من عدم جواز ايقاع الفاسد ان لا يترتب عليه حكم بعد وقوعه . بشير الي هذا عبارة المجلة (كان من قبيل الى الخ)

المادة ٣٩٠ = * يلزم في الاستصناع وصف المصنوع وتعريفه على الوجه الموافق للمطلوب *

لما مر من الحجر والبديع ان من شروط الاستصناع بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته - مثلاً لو اوصى صانعاً بان يعمل له طشتاً ، يلزم بيان الجنس الذي يعمل منه الطشت حديداً او نحاساً ، ونوع الحديد ومقدار حجمه ولونه وكونه منقوشاً اولاً ، الى غير ذلك بوجه يفر الجهالة لنلا يؤدي الى المنازعة .

المادة ٣٩١ = * لا يلزم في الاستصناع دفع الثمن حالاً اي وقت العقد *

لان هذا بيع والمستصنع مشتري والمشتري لا يلزمه دفع الثمن قبل احضار البائع المبيع لما في التنوير وشرحه الدر المختار : ويسلم الثمن اولاً في بيع سلعة بدراهم او دنانير ان احضر البائع السلعة .
وقد علل بعض الشراح عدم اللزوم بأن معاملة الاستصناع مبنية على التوسمة والتسهيل ، ولزوم تعجيل الثمن بنافيه وليس بشيء اذ في كثير من الاستصناعات قد يخرج المصنوع من يد الصانع في بضع دقائق ، فما معنى هذا التسهيل ، وكفي

في تجويز بيع المدوم تسهلاً - وايضاً على قول الامام ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه ان المستصنع له خيار الروبة عند احضار المصنوع ، لانه شراء ما لم يره ، ومعلوم ان صاحب الخيار انما يلزم بالثمن بعد سقوط خياره . ثم وان الزامه بالثمن عند احضار المصنوع اذا لم يشترط حين العقد تأجيله الى اجل معلوم ، او سكت عن ذلك ثم رضى الصانع بتأجيله بعد احضاره .

المادة ٣٩٢ - * اذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع واذا لم يكن المصنوع على الاوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً * *

لفظ « انعقد » مطاوع عقد من افعال المطاوعة ، وهي حصول اثر الفعل عند تمديه الى مفعوله . نقول فتح الباب فانفتح وكسرت الحجر فانكسر . فالعقد يقع ابتداء على وجه الخيار ، ثم يحصل اثره وهو الانعقاد لزوماً عند عمل المصنوع واحضاره الى المستصنع اذا وافق شروطه . يشير الى هذه الفقرة الاخيرة من هذه المادة ، حيث جعلت الخيار عند عدم موافقة الشروط ويقابله اللزوم عند موافقتها ، اذ من المعلوم ان وجود المصنوع موافقاً للصنعة المشروطة ، او غير موافق لا يكون الا بعد العمل والاحضار . وهذا ، اي اللزوم عند الموافقة ، قول الامام ابي يوسف لكونه ارفق ، وعليه مشت المحلة ، كما يعلم ذلك من المظبطة المتقدمة من جمعيتها في اول الكتاب .

واما الزام الصانع على العمل وعدم رجوع الامر عنه ، فهو وان صرح به في التنوير تبعاً للدرر والوقاية الا انه مخالف لكثير من كتب المذهب ، لقول الحجر : « وحكمه الجواز دون اللزوم ، ولنا قلنا للصانع ان يبيع المصنوع قبل ان يراه المستصنع ، لان العقد غير لازم »

ولما في البدائع : واما صفة فهي انه عقد غير لازم قبل العمل من الجانبين بلا

خلاف ، حتى كان لكل واحد منها خيار الامتناع من العمل ، كالبيع بالخيار
للمتبايعين ، فإن لكل منها الفسخ اه . واما بعد الفراغ من العمل قبل ان
يراه المستصنع ، فكذلك ، حتى كان للصانع ان يبيعه ممن شاء . واذا احضره
الصانع على الصفة المشروطة ، فلا خيار لها عند الثاني . وعليه هذه المادة .
فقد ظهر لك بهذه النقول ان الاستصناع لا جبر فيه . نعم اذا كان موجلاً
الى شهر او اكثر بصير سلباً على قول الامام ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه ،
وهو عقد غير لازم يجبر عليه ولا خيار فيه . فلعل من قال يجبر الصانع على عمله
ولا يرجع الأمر عنه انما هو فيما اذا صار سلباً . واما ما في الهداية عن المبسوط
من انه لا خيار للصانع في الاصح ، فذاك بعد ما صنعه وراه الأمر
كما صرح به في الفتح وهو ما مر عن البدائع . والظاهر ان هذا منشأ نوم صاحب
التنوير والدرر (رد مختار) ملخصاً . بقول الحقير : ينبغي ان تحمل الفقرة الاولى
من المادة على هذا المراد لموافقة للنصوص المعتبرة ، ولكونه هو الارفق ، ولأنه
اظهر وانسب لالتزام الفقرتين .

وفي شرح الفاضل علي حيدر افندي على هذه المادة ما يناقض آخر كلامه
اوله ، لانه شئت المادة بحمل فقرتها الاولى على ما ذكره صاحب الدرر من لزوم
المقد في حق الجانبين ولو قبل عمل المصنوع وارهائه للمستصنع ، ثم في الفقرة
الثانية قال ان اللزوم وعدم الخيار انما يكون بعد عمل المصنوع وارهائه للمستصنع .
اما بمجرد العقد ، فلا . والصواب هو الكلام الثاني ، وذلك لان الاصل من وضع
الجملة ، اختيار ما هو الارفق من الاقوال ولا شك ان القول بالخيار قبل عمل
المصنوع واحضاره هو الارفق ، خصوصاً ما مر ذكره من ان الاستصناع شبيه
بالاجارة ابتداء ، وهي لا تتم الا باستهلاك الصانع اديمه بالقطع مثلاً ، وذلك
من اعدار الفسخ ، والله سبحانه اعلم

الفصل الخامس

❖ في احكام المريض ❖

لما كان لبيع المريض احكام مخصوصة ليست للصحيح ، افردنا من البيوع بفصل على حدة . وكما تكون تلك الاجكام في البيع المطلق ، تكون في المقايضة والصرف والسلم .

وحد مرض الموت في هذا الباب المرض الذي يعجز المريض عن روية مصالحه الخارجة عن داره ان كان رجلاً ، او عن رويتها داخل داره ان كان امرأة ، وفي هذا المرض خوف الموت في الاكثر . وان لم يكن ذا فراش كعجز الفقيه عن الاتيان الى المسجد ، والسوقي عن الاتيان الى دكانه ، اعني العجز عن اتيان المصالح القريبة ، حتى لو كان محترفاً بجرفة شافئة كالمكاري والجمال والدقاق والجمال والنجار فهو ذلك مما لا يمكن اقامته مع ادنى مرض وعجز عنه مع قدرته على الخروج الى المسجد والسوق ، لا يكون مريضاً . فلا يشترط في هؤلاء العجز عن العمل في حرفتهم ، بل عن مثل ما يعجز عنه الفقيه والسوقي (رد مختار ملخصاً) .

وفيه : ثم هذا انما يظور في حق من كان له قدرة على الخروج قبل المرض ، اما لو كان غير قادر عليه قبل المرض لكبر او لعلة في رجله ، فلا يظهر . فينبغي اعتبار غلبة الهلاك في حقه . ويؤيده ان من الحق بالمريض كمن بارز رجلاً اقوى منه او قدم ليقتل من قصاص او رجم او قدمه ظالم ليقته ، انما اعتبر فيه غلبة الهلاك مع انه لا مرض اصلاً .

ثم هذا المرض انما يعتبر اذا اتصل به الموت قبل مرور سنة . فلو مضت وهو في تلك الحال ، كان كالصحيح . وفي حكمه لو مات قبل السنة بسبب غير المرض كالقتل . وهذا ما لم يشتد مرضه وبتغير حاله ، فيعتبر ابتداء السنة من تاريخ

الاشتداد . فإن مضى عليه سنة ، فكالصحيح . وان مات قبلها ، فتصرفاته تعتبر في مرض الموت . فمن كان صاحب مرض مزمن كالفاالج مثلاً وامتد معه سنين ، بعد كالصحيح في تصرفاته كل المدة . وان اشتد وتغير حاله فمات قبل مرور سنة من زمان الاشتداد ، فحالة الاشتداد تعتبر مرض الموت . راجع المادة (١٥٩٥)

المادة ٣٩٣ = * اذا باع شخص في مرض موته شيئاً من ماله لأحد ورثته بصير ذلك موقوفاً على اجازة سائر الورثة *

وهذا قول الامام الاعظم في عدم جواز بيعه من وارده مطلقاً بمثل القيمة او اكثر منها او بمجاورة . وعليه مشت المجلة لتعلق حق الورثة بالتركة عيناً ومالية ، وبإيثار بعضهم بعين منها منع لهم عنها ، فهو محجور عن ذلك كحجره عن ايثار البعض بشيء من ماله - بخلاف الاجنبي كما سيأتي في المادة بعدما ، فإن المريض ممنوع من التصرف في المرض فيما يرجع الى ابطال حقه عن ثلثي ماله من حيث المالية ، لا فيما يرجع الى العين . الا ترى ان احدم لو اراد اختصاصه بشيء من اعيان التركة بنظير نصيبه من الميراث ، ليس له ذلك ، فكذلك المريض لو اراد هذا .

وقالا يجوز البيع من ورائه بمثل القيمة او اكثر لعدم ابطال حقه بالمالية ، فيستوي فيه الوارث والاجنبي . يوضحه انه ممنوع من الوصية للوارث كمنعه من الزيادة على الثلث للاجنبي . ثم لو باع جميع ماله من الاجنبي بقيته ، يصح ولا يكون ذلك وصية ، فكذلك مع الوارث اهـ . لمخصاً باختصار من المبسوط من باب الشفعة في المريض .

وحيث صرحت المادة ان المريض مرض الموت لا يجوز ان يبيع شيئاً من ماله لوارثه ، فلا بد من تعيين وقت ورائته ، اذ كونه وارثاً وقت البيع لا يستلزم ان يكون وارثاً للمريض وقت موته - كما لو كان للمريض اخ باعه شيئاً حال مرضه . ثم ولد للمريض ابن ثم مات المريض ، قال الأخ وارث حين البيع لا الموت ، لحجبه بالابن .

وبالعكس قد يكون غير وارث حين البيع ، وارثاً وقت الموت - كما لو كان للمريض ابنٌ واخٌ فباع اخاه شيئاً في مرضه ثم مات ابنه ، فالاخ غير وارث حين البيع ، وارث وقت الموت . فالمعتبر كونه وارثاً وقت الموت . ففي الصورة الاولى لا يصح البيع لأنه وان كان غير وارث وقت البيع ، وارثاً وقت الموت .

ثم اعلم ان هذا الحكم انما هو في البيع وفيها هو من التبرعات كالهبة والوصية لكونها تملكاً بعد الموت . واما اقرار المريض سواء بدين او عين ، فحكمه كما في منح الفقار ان الاقرار لا يخلو : اما ان يكون المقر له وارثاً وقت الاقرار دون الموت ، او كان وارثاً فيها ولم يكن وارثاً فيما بينها ، او لم يكن وارثاً وقت الاقرار . فان كان وارثاً وقت الاقرار دون وقت الموت بأن اقر لزوجته مثلاً ثم ولد له ولد ، صح الاقرار ، لعدم كونه وارثاً وقت الموت .

وان كان وارثاً فيها لا فيما بينها بأن اقر لامرأته ثم ابانها وانقضت عدتها ثم تزوجها ، او الى رجلا فأقر له ثم فسخ المولاة ثم عقدها ثانياً ، لا يجوز الاقرار عند ابي يوسف ، لأن المقر متهم في الطلاق وفسخ المولاة ثم عقده ثانياً . وعند محمد يجوز ، لأن شرط امتناع الاقرار ان يبقى وارثاً الى الموت بذلك السبب ولم يبق ، ولأنه لما صار اجنبياً نفذ الاقرار ، كما لو انشأ في ذلك الوقت الاثرى انه لو لم يعقد ثانياً كان جائزاً ؟ فكذا اذا عقد .

وان لم يكن وارثاً وقت الاقرار ثم صار وارثاً وقت الموت ، ينظر : فإن صار وارثاً بسبب كان قائماً وقت الاقرار بأن اقر لأخيه وله ابن ، ثم مات الابن قبل الاب ، لا يصح اقراره لأن السبب وهي القرابة قائمة وقت الاقرار . وان صار وارثاً بسبب جديد كالتزوج وعقد المولاة ، جاز - بخلاف الهبة ، لأنها وصية ، ولهذا تعتبر من الثلث ، فيعتبر وقت الموت . وبخلاف ما اذا صار وارثاً بالنسب بأن اقر مسلمٌ مريضٌ لأخيه الكافر ثم اسلم قبل موته ، او كان محبوباً بالابن ثم مات الابن ، حيث لا يجوز الاقرار له لأن سبب الارث كان قائماً وقت الاقرار اه كلامه . وذلك لأن الوارثة وان لم تكن موجودة عند الاقرار ، لكن سببها كان

قائماً ، وهو القرابة ، لم يظهر عملها للحال ، لمانع وهو الاختلاف في الدين . فعند زوال المانع يلحق بالعدم من الاصل ويحمل السبب من وقت وجوده ، لا من وقت زوال المانع (بدائع) .

المادة ٣٩٤ - * اذا باع المريض في مرض موته شيئاً لأجنبي
بشئ المثل صح بيعه *

بخلاف البيع لأحد الورثة فإنه لا يصح كما تقدم في المادة قبلها ، لأنهم في تصرفه مع الأجنبي يتعلق حقهم فيها يرجع الى ابطاله عن ثلثي ماله من حيث المالية فقط لا فيما يرجع الى العين ، والمالية لم تناف عليهم لأن ثمن مثل الشيء كميته . ولهذا الوبايع الأجنبي بالحابة في اكثر من الثلث ، بتوقف على اجازتهم . وفي بيعه لاحدم يتعلق حقهم بالمالية والدين مما ، وفيه اثار بوجب الغضاضة ، فلا يصح الا باجازتهم ، ولهذا قال :

* وان باعه بدون ثمن المثل وسلم المبيع كان بيع صحابة يعتبر
من ثلث ماله *

وقد حوله الشرع ان يتصرف به كيف شاء فحينئذ ينظر :

* فإن كان الثلث وافياً بها *

بحيث لا تزيد الحابة على الثلث .

* صح * البيع وتعتبر الحابة من الثلث لازمة في حق الورثة .

* وان كان الثلث لا يفي بها *

بان زادت على الثلث * لزم المشتري * اذا لم تجز الورثة .

* اكمل ما نقص من ثمن المثل *

فلو اجاز البعض دون البعض ، اخذ من لم يميز ما اصاب حصته من

النقصان .

❖ فإن اكمل لزوم البيع ❖

لعدم ضياع شيء من حقوق المعلق بالمالية ❖ والآن ❖ أي وان لم يكمل .

❖ كان للورثة فسحة ❖

ورد الثمن الذي قبضه مورثهم إلى المشتري .

❖ مثلاً لو كان شخص لا يملك إلا داراً تساوي ألفاً وخمسمائة

غرش فباع الدار المذكورة في مرضه لأجنبي غير وارث ❖

احترز عن الوارث لأن الوارث لا يصح بيع المريض منه مطلقاً ، كما تقدم في المادة (٣٩٣) إلا بإجازة الورثة .

❖ بألف غرش وسلمها ❖

أو لم يسلم ، ففيد التسليم هنا اتفاقي ، لأن البيع نافذ غير موقوف على إجازة الورثة لصحة تصرفه بالثلث بحياة ❖ ثم مات ❖ في مدة المرض المحدودة لمرض الموت فلم ان تصرفه صدر في مرض الموت .

❖ فيما ان ثلث ماله يني بما حابه ❖

به وهو خمسمائة غرش كان هذا البيع صحيحاً معتبراً وليس للورثة حقيقة فسحة .

❖ وإذا كان المريض قد باع هذه الدار بخمسمائة قرش وسلمها

للمشتري ❖

التسليم هنا قيد احترازي ، لأن بيعه في هذه الصورة غير نافذ في حصة المحاباة التي تلحق الثلثين ، بل يتعقد موقوفاً على إجازة الورثة - وهو في ذلك بمنزلة الفضولي فيما زاد على الثلث فما لم يقبض المشتري لا يكون ذلك في ضمانه ، حتى لو مات المريض وهلك في يد المشتري قبل إجازة الورثة ، كان لهم تضمين القيمة من حصة ما زاد على الثلث .

وقد قل في رد المحتار عن جامع الفصولين حكم ملاك المبيع فضولا ما حاصله ، انه لو هلك قبل الاجازة - فإن كان قبل قبض المشتري بطل العقد ، وان بعده لم يجوز بالا اجازه ، وللمالك تضمين ايها شاء . وايها اختار تضمينه ملكه وبرأ الآخر ، فلا يقدر على ان يضمه . ثم ان ضمن المشتري بطل البيع لأن اخذ القيمة كأخذ العين ، والمشتري ان يرجع على البائع بشتمه لا بما ضمن . فان ضمن البائع فإن كان قبض البائع مضموناً عليه اي بأن قبضه بلا اذن مالكة ، نفذ بيعه بضمانه . وان كان قبضه امانة وانما صار مضموناً عليه بالتسليم بعد البيع ، لا ينفذ بيعه بضمانه لأن سبب ملكه تأخر عن عقدة .

﴿ فبما ان ثلث ماله ﴾ الذي هو خمسية غرش ﴿ يعدل نصف ما حابى به مورثهم وهو الف غرش فحينئذ للورثة ان يطلبوا من المشتري ما حابى به مورثهم وهو خمسية غرش فان اداها للتركة لم يكن للورثة فسخ البيع وان لم يؤدها كان للورثة الفسخ واسترداد الدار ﴾

﴿ نبيه ﴾

ومثل هذا في الحكم شراء المريض من غير وارثه ، ففي الفتاوى الانقروية عن منية المفتي : اشترى عبدأ في صحته بفضن فاحش على انه بالخيار ثلاثة ايام ، ثم مرض فأجاز او سكت حتى مضت المدة ، فالجأ به من الثلث .

المادة ٣٩٥ ﴿ اذا باع شخص في مرض موته ماله بأقل من ثمن المثل ثم مات مديوناً وتركته مستغرقة ، كان لاصحاب الديون ان يكلفوا المشتري ببلاغ قيمة ما اشتراه الى ثمن المثل واكماله وادائه للتركة ، فإن لم يفعل فسخوا البيع ﴾

المريض يتعلق في ماله حق الورثة - ان لم يكن مديوناً ، وحق الغرماء ان

كان . ديونا فالمدتان السابقتان في بيان حكم يعمه من وارثه او اجنبي ، وما ينفذ تصرفه فيه وما هو محجور عنه الورثة ، وفي الحق الورثة ، فيما اذا لم تكن تركته مستغرقة بالدين . وهذه المادة لبيان الحكم فيما اذا كانت مستغرقة ، وحينئذ فلا تعلق للورثة بشيء من ماله ، حتى لو باعوها لا ينفذ معهم ، لأن الميت يبدأ أولاً بتجهيزه وتكفينه بالقدر المعروف ، ثم تقضى ديونه ان بقي شيء ، ثم تنفذ وصاياه من ثلث ما بقي بعد قضاء الديون ، ثم يقسم ما بقي بين الورثة ان بقي شيء .

فعل هذا الترتيب لو باع شيئاً من ماله بدون ثمن المثل ولو كان الخبز يسيراً ، ثم مات في مرضه عن تركته مستغرقة بالدين بأن كانت مساوية للدين او اقل ، فلا تنفذ وصاياه من الثلث ، ولا يقسم ماله بين الورثة ، بل الحق للغرماء ، لأن وفاء الدين مقدم . فلم يكلف المشتري ببلاغ الثمن الى القيمة الحقيقية ، فإن ابى فسخط البيع . ولهذا لا يصح افراره بدين لاخر في حق غرماء الصحة ، لأن الافرار وان كان حجة ، الا انه في هذه الحالة احتمال ان يكون قصده تهريب ماله ممن تعلق حقه به ، والدليل على هذا الاحتمال ، المرض فلم يصح ، راجع المادة (٧٣) .

الفصل السادس

= في حق بيع الوفاء =

في الاتقروية : اختلفوا في البيع الذي يسميه الناس بيع الوفاء وبيع الجائز . قال اكثر المشايخ ، منهم الشيخ الامام ابو شجاع ، والقاضي الامام ابو الحسن على السفدي : حكمه حكم الرهن ، لا يملكه المشتري ، ويضمن المشتري ما اكل من ثمره ، ولا يباح له الانتفاع ولا الاكل الا بأباحة المالك ، ويسقط الدين بهلاكه اذا كان به وفاء بالدين ، ولا يضمن الزيادة اذا هلك لا بصنعه ، وللبائع ان يستردها

إذا قضى الدين .

والصحيح ان العقد الذي جرى بينهما ان كان بلفظ اليمين لا يكون رهناً ، ثم ينظر : ان ذكر شرط الفسخ في البيع فسد البيع ، وان لم يذكر ذلك في البيع وتلفظا بلفظ اليمين بشرط الوفاء ، او تلفظا بالبيع الجائز ، وعندهما اي في نية المتعاقدين هذا اليمين عبارة عن بيع غير لازم ، فكذلك . وان ذكر البيع من غير الشرط ثم ذكر الشرط على وجه المواعدة ، فاليمين جائز ويلزم الوفاء بالوعد ، لأن المواعيد قد تكون لازمة فتجمل لازمة لاجابة الناس (فاضحيان في الشروط المفسدة من البيع) .

وهذا الاخير احد الاقوال المذكورة في البرازية في «نوع فيما يتصل بالبيع الفاسد» حيث نقل عن صاحب المنظومة انه قال : اتفق مشايخ الزمان على صحة هذا البيع لانها تلفظا بلفظ البيع ولا عبرة بمجرد النية بلا لفظ . فان من تزوج امرأة بنية ان يطلقها اذا مضى سنة ، لا يكون متعة - وانه قد جاء من وقعت معه هذه الحادثة الى صاحب المنظومة وقال بت حانوتي ، ثم ادعى المشتري انه وفاء وطلب مني نقد الثمن وتسليم الحانوت ، وادعت انه كان باناً ، اجابه : القول قولك . قال : كان من عزمي ان انقد واسترد ، ومن عزمه الرد حين العقد ، فهل لي ان احلف ؟ اجاب : كان ذلك قبل العقد باللفظ ، ولا عبرة بالسابق ، وحال العقد في القاب ، ولا عبرة له بدون لفظ ، فاللفظ للبيع لا للرهن فيثبت ما تلفظا . فان قلت : البائع يعمره ويؤدي الخراج في العرف المستمر يدل انه ملكه ، قلت : يفعله طوعاً لا جبراً ، وكذا لا يجبر على ترك الوفاء ويجعل البيع باناً ويكون للمشتري حق المطالبة في الثمن . فان انهدمت الدار المبيعة لا يجبر البائع على رد الثمن لأنه بمنزلة بيع جديد . وكذا اذا كان المبيع عيناً هلك ، تم الامر ، ولا سبيل لواحد منها على الآخراه .

فهذا يشعر بعدم اعتبار نية الرهن ، بل اعتبر اللفظ فجعله بيعاً . ثم اجاب عما ينافي البيع بما ذكر - ومن الاقوال انه اذا جرى بلفظ البيع لا يكون رهناً .

ثم ان شرط الفسخ في العقد وتلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء ، او تلفظا بالبيع

الجازز وكان في نيتها ان هذا البيع غير لازم ، فالبيع فاسد - اي وان يكن فاسداً فهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين ، وللمشتري حبه حتى يسرد الثمن .

وان ذكرنا البيع بلا شرط ثم ذكرنا الشرط على وجه الواعدة ، جازز البيع وزم الوفاء . وقد يلزم الوعد فيجمل هنا لازماً لحاجة الناس اليه .

ومنها انها ان شرطاً فسخ البيع عند تأدية الثمن ، فإن كان الشرط مع العقد ، فالبيع فاسد . وان بعد العقد ، يلتحق به عند الامام الاعظم ، فيفسد ، خلافاً لها . وان شرطاً الوفاء ، ثم عقداً مطلقاً ، ان لم يقرأ بالبناء على الأول ، فالعقد جائز ولا عبرة بالسابق ، كما في التلجئة عند الامام .

ومنها : انه اذا اطلق البيع لكن وكل المشتري وكيلاً بفسخ البيع ، اذا احضر البايع الثمن او عهد على انه اذا اوفاه فسخ ، والثمن لا يعادل المبيع وفيه غبن فاحش ، او وضع المشتري على اصل المال ربحاً بأن وضع على مائة عشرين درهماً ، فربح . وان كان بلا وضع ربح بل بمثل الثمن او بغيره ، فبات بشرط ان يعلم البايع بالثمن الفاحش .

اما اذا اخذ انه ثمن عدل . لكنه بالغبن الفاحش في الواقع ، فاذا ظن المعادلة وباع بالغبن الفاحش ، فبات ، لا نأنا نعمله رهناً بظاهر حاله لأنه لا يقصد البات عالماً بالغبن ، وليس بمجهود وضع الربح على الثمن في البات اه وقد مثلت المحلة على انه رهن .

وان ذكرنا بلفظ البيع ، ففي البرازية ، ومثله في خزانه المفتين ، انهم يريدون به الرهن . يقول البايع رهنه ، والمشتري ارهننت ، والناس يسمونه الرهن ، والعبرة للمقاصد لا للألفاظ - كالكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة - والحوالة بشرط ان لا يبرأ كفالة ، وهبة المرأة نفسها بمحضرة الشهود مع تسمية المهر نكاح ، والاستصناع الفاسد اذا اضرب فيه الأجل سلم . فهذه العقود اعتبر فيها القصد والمعنى ، فكنا بيع الوفاء .

المادة ٢٩٦ = * كما ان البائع وفاء له ان يزد الثمن ويأخذ
المبيع كذلك للمشتري ان يرد المبيع ويسترد الثمن *

لأن حكمه حكم الرهن كما تقدم في الاقروى عن الخانية ، حيث كان الاعتبار
للمفاسد والمعاني لا للالفاظ والمباني . فالمشتري وفاء لا يملك المبيع ، فله ان يرد
المبيع ويأخذ الثمن ، وليس للمذيون ان يقول للدائن عندك رهن بالثمن فلا تطالبني .
كما انه اذا اراد المدبون فك المبيع وفاء بتأدية الدين للمشتري ، فلا حق للمشتري
بالامتناع عن اخذ دينه ورد المبيع . غير انه اذا كان الثمن مؤجلاً فلا يجوز
البائع على اداء مثله قبل حلول الأجل ، لأن التأجيل حقه ، فله ان لا يسقطه .
واما المدبون فله اداء الثمن قبل حلول الأجل واسترداد المبيع اذا اراد ،
ويجوز اشترى ، لأن التأجيل حقه وقد اسقطه (هندية عن الفصول العمادية)
وفي جامع الفصولين : ولو بيع كرم يجنب هذا الكرم ، فالشفعة للبائع
لا للمشتري .

واستفيد من اطلاق الفسخ للطرفين انها لو تشارطا على ان البائع ان لم يورد
دينه عند انتهاء مدة التأجيل يكون البيع بائناً ، فانقضت المدة ولم يورده ، ثم بعد
تلك المدة اذا اداء ، ليس للمشتري حق تملكه لأن عقد الوفاء لا يتغير الى البتات
بدون عقد جديد (هندية عن الفصولين) ولأن هذا نعليق التمليك
بالشرط ، وانه لا يتعلق بالشرط وليس للقاضي ان يبيع الرهن بدين المرتهن
من غير رضا الراهن ، لكنه يجبس الراهن حتى يبيعه بنفسه عند الامام الاعظم ،
وعندها له ان يبيعه عليه ، وهي مسألة الحجر على الحر (بدائع)
وفيه : لو باعه جائزاً اي وفاء ثم باعه منه بائناً ثم تفاسخا البات ، لم يعد الجائز ،
لأن تفاسخها كبيع جديد .

وفيه . سئل شيخ الاسلام برهان الدين : باعه جائزاً هل للبائع ان يطلبه منه
ويقول له دفعت اليه بغير امرى ؟ - اجاب لا - هذا لو لم يورد الثمن الى البائع ،

اما لو اذاه ثم قضى مال الوفاء بلا امر البائع ليسلم له المبيع ، هل له ان يرجع به على البائع ؟ قال بعضهم ينبغي ان يكون متبرعاً فلا يرجع ، بخلاف معبر الرهن ، اذ الرهن ثمنه ورد على ملكه فاضطر في استخلاص ملكه ، ولا كذلك هنا .

وفيه : لو باعه جائزاً واحال بثمنه غيره على المشتري فاستحق المبيع ، فلمحتال ان يطالبه بالباقي ، (واللفظ له) ولعل العبارة مغلوطة والاصوب « بالثمن » لو كانت الحوالة مطلقة لا مقيدة بثمن المبيع وفاء ، وله ، اي للمشتري وفاء ، ان يرجع على بائنه لادائه بأمره .

وهل له ، اي للمشتري ، ان يرجع على المحتال بما ادي ؟ في الجامع اشارة الى ان له ذلك ولو جمع في بيع الوفاء بين العار والمنقول الذي لا يجوز البيع الجائز فيه على قوله بأن لم يكن تبعاً له عار حتى فسد البيع ، هل يفسد في العسار ؟ اجاب لا يفسد في العار ويبقى بيعاً جائزاً . وهذا اشارة الى ان البيع الجائز لم يجز في المنقول .

وفيه ايضاً : واقعة : اقر في مرض موته انه كان باع في صحته كرمه من فلان الأجنبي بيع وفاء وقبض ثمنه ولم يخرج الثمن من ثلث ماله ، هل يصح اقراره في كل الثمن بلا تصديق الورثة ؟ اجاب : اكثر اهل الافتاء في زماننا ، وان لم يعتمد على قولهم ، انه يصح اقراره وان لم يصدقوه . وزعموا ان اقرار المريض بدين لاجنبي فيصح من كل ماله ، على ما عليه رواية القدروي وغيره . قال واجبت انه لا يصح بلا تصديقهم ، وليس الامر كما زعموا ، بل هذا اقرار المريض باستيفاء دين ثبت له في مرضه - كما لو اقر له في مرضه ببيع بات ثم قبض ثمنه ، يعتبر من ثلثه - وهذا لما سبق في اثناء هذا المجموع من مسائل يدل كل منها على ان بيع الوفاء ليس برهن محض ، وان دين الوفاء وثن الوفاء ليس بدين محض في ذمة البائع اه .

اقول : بيان ذلك - ما اجاب به اهل الافتاء في زمانه - ان البائع وفاء هو المدبون للاجنبي ، والاجنبي هو الدائن ، كما هو الحكم في الرهن ، وقد اقر له بالدين ، فيصح من كل ماله . وعلى مقتضى جوابه ، المرهض دائن والاجنبي هو المدبون له بثمن المبيع وقد اقر باستيفائه حال المرض ، فلا ينفذ الا من الثلث ، فلم يكن المبيع وفاء في

هذه الصورة في حكم الرهن المحض .

لا يقال : ينبغي ان يجوز اقراره في الكل بلا تصديق الورثة لانه دين ثبت له في الصحة ، لانه اقراره باعه في صحته ، ويجوز اقراره في مرضه باستيفائه من كل ماله ، لا نأقول ليس كذلك بل هو دين ثبت في مرضه فانه لا يصدق في الاستناد الى الصحة ، رعاية لحق الورثة ، فيثبت اليهم في الحال لا في ما مضى . من ذلك ان الثمن لو كان ديناً لكان المبيع رهناً ، فلا يملك المشتري منافعه ، ويملكها . ومنها انه لو كان ديناً لما جاز البيع وفاء قبل قبض الثمن لانه يصير رهناً بلا دين ، وهو لا يجوز ، اي مع انه يجوز قبل قبض الثمن . ومنها انه لو كفل باين فشري الدائن به عقار المديون وفاء تبطل الكفالة ، ثم لا يعود بفسخها بيع الوفاء . اقول : وجهه انه لو كان رهناً محضاً لا تبطل الكفالة لأن الرهن للتوثق فلا تنافي الكفالة ، فيبطلانها لمعنى ان الدائن قد استوفى حقه ، فتسقط الكفالة والساقط لا يعود . ومنها ان زكوة المال تجب على البائع اي لاعتباره دائناً لا مديوناً وما في يده ثمن المبيع . وهذا يتخرج على ما اختاره من الجواب في المسئلة السابقة في اقرار المريض .

فليظنر في هذه الاحوال مع قولهم لا فرق بينه وبين الرهن في حكم من الاحكام .

المادة ٣٩٧ - * ليس للبائع ولا للمشتري بيع مبيع الوفاء

لشخص آخر *

لكن لو صدر من احدهما لا ينفذ بل يتوقف على اجازة الآخر ، لكونه في حكم الرهن . اما البائم ، فلأن المرهون وان يكن ملكه لكن تعلق به حق للدائن ، وهو الحبس الدائم الى ان يستوفي دينه عند علمائنا ، والرهن وثيقة بالدين فيتوقف على اجازة المرتهن او ايرائه عن الدين ، فان اجاز صار ثمنه رهناً ، وان لم يجز وفسخ لا يفسخ نفسه في الاصح بل يبقى موقوفاً ، والمشتري بالخيار ان شاء صهر

الى فكك الرهن او رفع الأمر الى القاضي ليبيخ البيع (در مختار) - واما الدائن
فلأنه ليس مالكاً للرقبة فيتوقف على اجازة المديون المالك ، فإن باعه المديون
فأجازته المشتري الدائن وله حق الشفعة ، بطلت شفيعته ، بخلاف اجازة
المستأجر (فصولين)

وفيه : لو باعه وفاءً ثم ان البائع باعه من غيره وفاءً باجازه المشتري الأول ،
ثم المشتري الثاني قال اخاف ان يتوى حتى على البايع ، فكفل له المشتري الأول ،
لا يصح ، الا اذا كانت الكفالة مضافة الى ما بعد الفسخ ، اي فسخ العقد بين
المشتري الثاني والبائع ، وذلك لأن المال إنما يجب على البائع بعد الفسخ ، لا في الحال
كما في الأجنبي ، لأن مال الوفاء ليس بثابت في ذمة البائع مادام المبيع قائماً .

❁ واقعة ❁

في الفصولين من بيع الوفاء : باعه وفاءً وقبض ثمنه ثم باعه من آخر وفاءً قبل
الفسخ وقبض منه ثمنه ايضاً ، ثم باعه من ثالث كذلك ، ثم قبض ثمن الأول والثاني
لا الثالث حتى باعه اي اشالك من غيره باناً ، هل يتوقف نفاذه على اجازة هذا
المشتري بالوفاء ثالثاً ام لا ؟ قال : اجبت لا ، لأنه لو باعه ثانياً او ثالثاً باناً
وقضى ثمن الأول ، لم يعد البات نافذاً ما لم يجره المشتري وفاءً فما ظنك بالجائز ،
اي يبيع الوفاء .

توضيحه : لما باعه الثالث وقد كان البيع موقوفاً ، طرأ ملك بات على موقوف ،
والتاعدة ان الملك البات اذا طرأ على موقوف ابطله ، كما لو اشترى من غاصب
عبداً فأجاز المقصوب منه البيع ، بطل بيع الغاصب . لأن بيعه كان موقوف النفاذ
على ضمانه للمالك ، لأن الملك بالضمان يستند الى زمان الغصب ، فحيث باعه قبل
ذلك طرأ ملك بات على موقوف فأبطاله - بخلاف ما لو اعتقه الغاصب ثم اجاز
المالك العقد ، يتفد . قال في الدر المختار : لأن الاعتراف انما يقتدر للملك وقت
نفاذه ، لا وقت ثبوته .

المادة ٣٩٨ - * اذا شرط في بيع الوفاء ان يكون قدر من
منافع المبيع للمشتري صح ذلك . مثلاً لو تقاول البائع والمشتري
وتراضيا على ان الكرم المبيع بيع وفاء . تكون غلته مناصفة بين
البائع والمشتري صح ولزم الوفاء . بذلك على الوجه المشروح *

ولو لم يشترط ذلك لكان للمشتري جميع منافع المبيع ، لأن بيع الوفاء له
حكم البيع الجزئ بالنظر الى انتفاع المشتري به كما صرحت به المادة (١١٨) ولما
صرح به في البزازية وجامع الفصولين وذكره في البحر رد المحتار من ان اقول
الجامع لبعض المحققين ان بيع الوفاء فاسد في حق بعض الاحكام حتى ملك
كل منهما الفسخ ، صحيح في حق بعض الاحكام . كحل الانزال (١) ومنافع المبيع رهن في
حق البعض حتى لم يملك المشتري بعه من آخر ولا رهنه الخ وقد علمت ان المجلة اختارت هذا
القول ، فاتفق بما ذكرنا ان منافع المبيع ثابتة للمشتري وفاء بدور اشتراط ، لكن بالنظر
لكونه رهنًا في حق بعض الاحكام صح اشتراط حصته من المنافع للمشتري وباقها
للبيع ، لأن منافع الرهن لا يملكها المرتهن بدون اذن الراهن .

ثم رأيت في جامع الفصولين ما نصه : واقعة : باعه كرمه وفاء حتى استحق
المشتري كل غلته ، ثم بعد البيع شرط ان يكون للمشتري ربع الغلة او نحوه
ياخذ كل الغلة او ما شرطاه بعد البيع ، ينبغي ان يكون له المشروط ، خصوصاً
على قول ابي حنيفة رحمه الله ان الشرط اللاحق يلحق بأصل العقد ، فكأنه
شرط وقت العقد عنده اه وهو صحيح فيما قلناه والحمد لله .

واما ما ذكره في الهندية وغيرها من ان المشتري وفاء لا يملك الانتفاع بالمبيع
الا باذن مالكة ، وهو ضامن لما اكل من ثمره الخ فهو مفرع على القول بأن بيع الوفاء
في حكم الرهن لا يختلف عن الرهن بشيء من الاحكام وهو قول آخر غير ما مشت

(١) جمع نزل على وزن فضل معناه الربيع (مختار الصحاح)

عليه المحلة من الاقوال التسعة المذكورة في البحر والبرازية ، فافهم . وما يتفرع
على كون بيع الوفاء له حكم الصحيح ، ما لو باع عقاره وفاقه بآية مثقال ذهب ، ثم
باع هذا الذهب من مشتري العقار ، فإنه يرد الذهب الذي ذكر في العقد لا الفضة
المقبوضة ، الحاقاً له بالبيع الصحيح ، لأن هذا العقد مركب من العقود الثلاثة 'جوز'
لحاجة الناس اليه بشرط سلامة البديلين لصاحبها . والبديل المذكور لما كان
ذهباً وجب رعاية سلامته . وانما لم يعط حكم البيع الفاسد او الرهن الصحيح في
هذا الحكم حتى لا يجب عليه وقت الفكك الا ما قبض ، لأن بيع الوفاء يشبه
بيع الثلجثة ، وانه صحيح عند الامام لا عندها ، فاعطي له حكم الصحة عملاً بقوله ،
وحكم الفاسد في بعض الاحكام عملاً بقولها ، وحكم الرهن في بعض الاحكام
عملاً بقول الناس . فاذا وقع التردد بالخافه بالفاسد والصحيح ، فالخافه بالصحيح
اولى قليلاً للفساد وتزجيماً لقول الامام ، فيعتبر المسمى ثمناً لا المأخوذ (كذا
في البرازية ملخصاً)

باع ارضه وفاقه فرزعه المشتري تم ادى الباع مال الوفاء الي المشتري حتى
انسخ البيع ، والزرع بقل ، هل يجبر المشتري على تفريغ الارض او يترك في يده
بأجر مثله ؟ - اجاب بعضهم بأنه لو ادى الباع ثمنه بطلب المشتري يجبر على تفريغه ،
لو اداء بلا طلبه ، بل يترك في يده بأجر مثله . ولو قيل انه يترك في يده بأجر مثله
في الوجهين ، فله وجه اه (فصولين ، وتامه فيه)

وفيه ايضاً ، يرمز « ختم » : لو فسخ البيع الجائز بعد مضي السنة ، قيل للمشتري
ان يأخذ من الغلة بالحصة فيقسم الغلة على اثني عشر جزءاً فيأخذ حصة ما مضى
سواء ظهرت الغلة او لا . وقيل لو ظهرت الغلة عند الفسخ ، فالحكم كما قيل ، والا فلا
تقسم الغلة لأنها اذا لم تظهر ففي اي شيء يبقى حقه ؟ قال والذي رحمه الله تعالى :
يبقى العقد في قدره ، ظهرت الغلة او لا ، اذ التفصيل يضر بالمشتري لأنه لو
شرى في الخريف وقضى الثمن في الربيع يفوت حقه اصلاً .

ثم ذكر بعد ورقتين يرمز « فتنر » : ولو شرى كرمًا على ان يكون له من ثمره
نصفه او ثلثه فنقض البيع قبل ادراك الثمر ، فلخرج الثمر وصار له قيمة ، تقسم
قيمة الثمر على المدة ، فللمشتري على الباع حصة ما مضى من المدة . فولم يخرج

الثمر اصلاً ليس له ان يأخذ من البايع شيئاً ولو مضى بعض السنة . كذا فيه ،
وقد مر ان فيه خلافاً .

وفيه : لو ادركت الغلة وأخذها المشتري ليس له نقض البيع وطلب الثمن حتي
تم السنة من وقت البيع ، الا اذا اراد ان يأخذ منه نصيب ماضى ويترك عليه
نصيب ما بقي من المدة ، فله ذلك . ولو ترك الغلة على البايع فله اخذ حقه . ولو
بيع كرم يجنب هذا الكرم ، فالشفعة للبايع لا للمشتري اه .

وفيه ، رامراً لشيوخ الاسلام برهان الدين : باع كرمًا بيعاً جائزاً اي بيع وفاء
ومضى بعض المدة وخرج الثمر ثم باعه من المشتري وفاء بيعاً باتاً ولم يذكر الثمر ،
فالثمر للبايع لا للمشتري . ولو شراه وفاء فأجره من غير البائهم ثم البايع باعه من
غيره في اول الشهر مثلاً ، والمشتري جائزاً اي وفاء ، اجازته في نصف الشهر ، فاجرة
نصف الشهر للمشتري وفاء ، واصله ان الفسخ اذا كان من المشتري في شراء الوفاء ،
لم يكن عذراً ولا يظهر في حق المستأجر ، لانه ليس بمضطر فيه لانه كالبيع ،
والبيع ليس بعذر اذا لم يكن على البايع دين ، وهنا المشتري وفاء ليس بمضطر
في اجازة هذا البيع ، بقيت الاجارة ، واذا بقيت والعاقبة هو المشتري كانت
الاجرة لحين الاجازة له . وعلى هذا اجرة ما بقي من المدة بعد الاجازة تكون للمشتري
وفاء لو فسخه البايع بأن دفع للمشتري مال الوفاء ، فان كانت الاجارة مدة متعارفة ،
لم يظهر في حق المستأجر ، اي فلا تنفسخ الاجارة . ولو كانت مدة غير متعارفة
بأن اجر المشتري عشر سنين ، لا تبقى الاجارة ، لاننا لو قلنا بأنها
لا تنفسخ ، يتفاحش الضرر على البايع - بخلاف تعارف المدة ، لقلة الضرر .
ولو طالب المشتري البايع بثمنه فدفع ، يجب ان لا يفسخ البيع في حق المستأجر ،
اذ للبايع ان يمتنع عن اداء الثمن الى ان تنفسخ الاجارة ، لانه ليس بعذر . ولو
باعه وفاء ثم باعه منه باناً ثم فاسخاً البات ، لم يعد الجائز لان فاسخها كبيع جديد اه .
وفي البرازية : باع كرمًا وفاءً وشرط المشتري ان يطالبه بالثمن بعد قبض
غلة الكرم وقبله البايع ورفع المشتري الغلة ، له طلب الثمن قبل تمام السنة . وان
لم يشترط الفسخ بعد رفع الغلة ، لا يملك الفسخ قبل تمام السنة .

باع ارضاً مزروعة وفاءً وشرط الزرع للمشتري فأخذها المشتري مزروعة ثم

فسنعا البيع ، للبائع ان يطالب المشتري بقيمة الزرع ، فإن كانت القيمة من جنس الثمن ، فالمقاصة بقدره من الثمن الذي على البائع ، والآ فيرجع على المشتري بقيمة الزرع لان البيع في الزرع فاسد ، لانه صفقة في صفقة ، فدل هذا ان البيع في الزرع واثمر بعد الانلاف يكون جائزاً باتاً ، فيأخذ البائع من المشتري حصة الزرع والثمرة اه .

وفيها : وقوام الخلاف التي تقطع في كل سنة ، وكذا كل ما يحدد في كل سنة ، لا بدخل في بيع الوفاء بلا ذكوان كان موجوداً وقت البيع . اما الحادث بعد الشراء فللمشتري . لكنه اذا اشترى كرمًا وفاء وحدث فيها قوام الخلاف ، يجبر المشتري على ان يصرف منه الى دعائم الكرم قدر المتعارف . اما القوام الموجودة وقت البيع ودخلت في البيع بالذكر لا يجبر على الصرف منه ، لانه ملكه بحكم ان له قسطاً من الثمن . فلو صرف له الرفع حين الفسخ اه .

وفي جامع الفصولين ، بزمز شيخ الاسلام برهان الدين : وصلى عن باع داره وفاء فاستأجره من مشتريه قبل قبضه وسكنه ، هل يجب اجر المثل ؟ اجاب لا ، لانه لو شري فناً فأجره من بايه قبل قبضه ، لم يجب الاجر . واذا كان في البيع البات كذلك ، فماظنك في بيع الوفاء . ولو اختلفا في كون الاجارة قبل القبض او بعده ، قيل ينبغي ان يكون القول للمشتري ، لانه يدعي صحة العقد والآخر يدعي الفساد ، والقول لمن يدعي صحته . هكذا قيل . غير ان الثمن منقول ويومه قبل قبضه لم يجز ، فكذا اجارته . وييم العقار جائز قبل قبضه ، فكذا اجارته . ثم قال رامز الى محيط الديناري : لم تجز اجارته قبل قبضه في الاصح ، وبه يفتى ، اذ المبيع في الاجارة هي المنفعة وهي في حكم المنقول .

وفي الاقروية عن الكافي النسفي : واجارة العقار قبل القبض ، على الخلاف ، والاصح ان الاجارة لا تنصح اتفاقاً ، وعليه الفتوى اه .

ثم رمز وقال : شري داراً وفاء وقبضه فأجره من بايه مدة معلومة وسله الى بايه فندفع البائع مال الوفاء الى المشتري قبل مضي مدة الاجارة ، فانفسخ الاجارة ، اي ويجبر المشتري على القبول لعدم لزوم العقد ، وله الاجر بحسب الماضي (بزازية) اه قلت : ويبيع الوفاء اذا اجر فيه المشتري المبيع وفاء من البائع هو

المسمى ببيع الاستغلال الذي تقدم ذكره في المادة (١١٩) فارجع اليها والى ما
كتبناه في شرحها ، فإن فيه فوائد .

المادة ٣٩٩ - * إذا كانت قيمة المال المبيع بالوفاء مساوية للدين
وهلك المال في يد المشتري سقط الدين في مقابلته *

هذه المادة وما بعدها الى آخر الفصل مفرقة على كون المبيع وفاء له حكم
الرهن . وما يفرع عليه ايضاً ان المشتري لا يملك قطع شجره ولا هدم بنائه ،
ويتقسم الثمن اذا دخله تقصان كما سيأتي توضيحه قريباً . لكنه يخالف حكم الرهن
من حيث اشتراط قبضه ، فإن القبض شرط جواز الرهن في الاصح ، حتى لا يصح
الارتهان ولا يترتب عليه حكم بمجرد الايجاب والقبول ، كما في الانقروية وغيرها .
بمخلاف بيع الوفاء فإنه لا يشترط لجوازه قبض المبيع ، حتى صحت اجارته قبل قبضه
عند البعض كما سمعت . ومن حيث كونه مشاعاً فإن رهن المشاع غير صحيح ولو
من الشريك سواء احتمل القسمة او لا . بمخلاف المبيع وفاءً فإن بيعه يصح اذا كان
مشاعاً مطلقاً ، كما صرحوا به . ومن حيث قبوله التأجيل فإن الأجل في الرهن
مفسد له لأن حكمه حبس مستدام ، بمخلاف الاجل في بيع الوفاء ، فإنه صحيح
كما تقدم التصريح به ، فهو ، اي بيع الوفاء ، بالنسبة لهذه الاحكام ملحق بالبيع
الصحيح كما تقدم متفرقاً ، فلا تغفل .

المادة ٤٠٠ = * إذا كانت قيمة المال المبيع ناقصة عن الدين
وهلك المبيع في يد المشتري سقط من الدين بقدر قيمته واسترد المشتري
الباقى وأخذ من البايع *

المادة ٤٠١ = * اذا كانت قيمة المالم المبيع وفاء زابدة عن مقدار الدين وهلك المبيع في يد المشتري سقط من قيمته قدر ما يقابل الدين وضمن المشتري الزيادة ان كان هلاكه بالتعدي . واما ان كان بلا تعدي فلا يلزم المشتري اداء تلك الزيادة *

توضيح ما ذكر في هذه المواد الثلاثة انه اذا باع وفاء . ما قيمته عشرة بعشرة فهلك عند المشتري ، سقط الدين . ولو قيمته خمسة رجع على الباع بخمسة اخرى . ولو خمسة عشر ، فالفضل امانة لا بضمن الا بالتعدي .

ثم ان قيمته تعتبر يوم القبض لا يوم الهلاك ، كما في التنوير من الرهن . لكن اذا كان هلاكه بالتعدي من المشتري تعتبر قيمته يوم الهلاك ، لا يوم القبض ، لوروده على العين المودعة (رد المختار)

اما لو ائلفه اجنبي فان المشتري بضمنه قيمته يوم ملك باستهلاكه ، وتكون القيمة في يده ، اي المشتري ، الى ان يأخذ دينه (افاده في النسخ) ولو اختلف الباع والمشتري في القيمة بعد الهلاك فالقول للمشتري لانه ينكر الزيادة ، والبينة على الباع لانه يدعيها ، كما في شرح الملتقى .

ثم ان ما ذكره في هذه المواد ، حكم المبيع وفاء اذا هلك . اما اذا انتقص ، فقد نقل في رد المختار من كتاب الرهن عن الفصل الثلاثين من العمادية : لو رهن عبدين بألف وهلك احدهما وقيمة الهالك اكثر من الدين ، لا يسقط كل الدين بهلاكه ، بل يقسم الدين على قيمة الحي وقيمة الهالك . فما اصاب الهالك يسقط ، وما اصاب الباقي يبقى . وكذا اذا رهن داراً بألف وخربت ، يقسم الدين على قيمة البناء وقيمة العرصة يوم القبض . فما اصاب البناء يسقط ، وما اصاب العرصة يبقى (كذا في المبسوط)

وبانه ما في التارخانية : رهن فرواً قيمته اربعون درهماً بعشرة دراهم فأكله

السوس فصار قيمته عشرة ، فإنه يفتكه بدرهمين ونصف اه اي لأن المالك
ثلاثة ارباع الرهن فيسقط من الدين بقدره ، كما في البرازية ، فليحفظ ذلك ، فإنه
يخفى على كثير اه ما في رد المختار .

والظاهر ان المبيع وفاة اذا انتقص حكمه كذلك ثم رأيت في البرازية ، بعد
ان ذكر خلافاً فيما اذا هلك اشجار الحديقة المشتراة وفاة او بناء المنزل المشتري
وفاء بأفة سماوية ، قال : والذي استقر عليه فتوى الائمة والاساتذة في مسألة
نقصان المبيع وفاة سقوط حصة النقصان من مال الوفاء ، وهو الثمن ، ويقسم مال
الوفاء على قيمة الباقي والمالك ، فيسقط قسط المالك ويبقى حصة الباقي . يانه :
اشترى داراً بالوفاء قيمتها يساري الفأ بما به فخرت الدار حتى صارت القيمة خمسية ،
سقط من الثمن خمسون . وكذا اذا استهلك المشتري البناء والاشجار ، يضمن
القيمة كالمرتهن . واجاب صاحب الهداية في المرتهن اذا فتح كوة في جدار الرهن
للاضائة فوهن الجدار وسقط منه ، ضمن النقصان ، اعني سقط من الدين قدر
النقصان . ولو كان مكان الرهن بيع الوفاء لا يضمن اه اقول : ولعل الفرق ان
المرتهن لا يملك الانتفاع بالرهن ، فيكون متعدياً بفتح الكوة ، فصار مستهلكاً
للرهن واما المشتري وفاء فيملك الانتفاع ، فلا يكون متعدياً ، فلم يكن
مستهلكاً . تأمل .

وفي البرازية : وان استهلك اجنبي البناء والاشجار ضمنه المشتري قيمة التالف
وصارت رهناً في يده . وان لم يضمنه فيقدر قيمة النقصان لا يملك المطالبة من
الثمن ، لما تقرر ان الرهن اذا غصبه غاصب من المرتهن لا يملك المرتهن مطالبة
الدين ما لم يسترده من الغاصب اه .

المادة ٤٠٢ = * اذا مات احد المتبايعين وفاء انتقل حق

الفسخ للوارث *

قال في الدر : واناد في الشربلالية ان ورثة كل من البايع والمشتري تقوم

مقام مورثها نظراً لجانب الرهن اه . وهذا لا ينافي ما قدمناه اول هذا الفصل
عن رد المختار من ان شرط الفسخ لا يلزم ورثة المشتري بعد موته ، كما افق به ابن
الشايب معلاً بانقطاع حكم الشرط بموته الخ . لأن ذاك مبني على ان بيع الوفاء
صحيح وما هنا مبني على ان له حكم الرهن ، والى هذا يشير قول الدر «نظراً لجانب الرهن»
وفي الفتاوى الهندية عن جواهر الاخلاطي : باع كرمه من آخر بيع
الوفاء ، وتقابضاً ثم باعه المشتري من آخر بيعاً باتاً وسلم وغاب ، فللبايع ان يخاصم
المشتري ويسترد منه الكرم . وكذا اذا مات البايع والمشتريان ولكل ورثة ،
فلورثة المالك ان يستخلصوه من ابدي وورثة المشتري الثاني ، ولورثة المشتري الثاني
ان يرجعوا بما ادي من الثمن الى بايعه في تركته التي في ابدي وورثته ، ولورثة المشتري
الأول ان يستردوه ويحبسوه بدين مورثهم الى ان يقضوا الدين اه .

المادة ٤٠٣ - * ليس لسائر القرماء التعرض للمبيع وفاة ما لم
يستوف المشتري دينه *

هذه المادة والتي قبلها مفرعتان على كون بيع الوفاء له حكم الرهن او عليه
وعلى كونه له حكم البيع الفاسد لأن المبيع فاسداً ينتقل حق الفسخ فيه بل
وجوبه للوارث ايضاً وللمشتري حبسه حتى يرجع اليه الثمن كما تقدم .

* فروع *

لو باعه جائزاً واحال بثمنه لغيره على المشتري فاستحق المبيع ، فلم يحتال ان يطالبه بالباقي لو
كانت الحوالة مطلقة ، لا لو مقيدة . وله ان يرجع على بايعه لادائه بامره . وهل له
ان يرجع على المحتال بما ادى . في الجامع اشارة الى ان له ذلك (فصولين)
وفيه : كفل بمال فباع الغريم من المكفول له يباعاً جائزاً اي وفاة ، بذلك المال ، يبرأ الكفيل ،
ولو تفاسخا لا تعود الكفالة . وهذا يدل على ان مال الوفاء ليس بثابت في ذمة
البايع ما دام يبيع الوفاء باقياً . ولو باعه وفاة ثم باعه من غيره وفاة باجازة المشتري
الأول ، ثم المشتري الثاني قال اخاف ان يتوى حتى على البايع فضمن المشتري

الأول ، لا يصح ، إلا إذا كان الضمان مضافاً إلى ما بعد الفسخ كما في الأجنبي اه .
الكفالة بمال الوفاء ، نصح مضافاً لا في الحال ، إذ المال يجب على البائع بعد الفسخ
لا في الحال اه .

باعه وفاء ، فاحتاج للمعامرة ففعل المشتري بأمر القاضي على ان يرجع ، فله
الرجوع (انقروية) .

باع داره وفاء ، ولم يقبض الثمن ، ليس للبائع فسخ البيع ولا بيعه من غيره بلا
حضور المشتري (بزازية) .

بيع الوفاء في عقار الصغير باطل لأنه اتلاف اعيان غلاته من غير عوض
مال فيجب ان بأمرها القاضي بنقض ما فعلاً ، كذا في هامش الانقروية ، وذا ذكر
في الفصولين فيه خلافاً .

وفي البرازية : باع وفاء ، وعقد المشتري بمد قبضه الاجارة مع البائع و كفل
بائثن لا بالاجرة رجل ثم سلم البائع شيئاً إلى المشتري فزعم الكفيل انه من
ائثن والمشتري انه من الاجرة يرجع فيه إلى البائع فإن غاب او مات يكون
القول قول الطالب .

دار في يد رجل زعم آخر انه ملك فلان باعها منه وفاء قبل بيعها باناً
من ذي اليد هذا فصالح مع ذي اليد على مال عن دعواه الوفاء ، ان كان
الصلح عن انكار ، جاز ويحمل على انه اعطاه فداء اليمين وأخذه هو لقضاء اجني
دينه ، وان عن اقرار ، لا يجوز ، لأنه ان كان على مال نفسه فهو رشوة لإجازة البيع ، وان
على الثمن الذي عليه فهو وعد ولا لزوم فيه - بخلاف ما اذا اشترى رجل داراً فقال
الآخر صكه باسمي فادفع لي مالاً اعطيك قبلكه ، ففعل ، يلزم المال لأنه اما
شراء الكاغد او شراء حق له في الدار اه

وفيها : اشترى داراً وفاء وقبض ثم أجرها من البائع مدة وقد كان البائع
باع هذه الدار من آخر قبله ، لا يجب الأجر لأن الرد على البائع مستحق عليه
قبأي وجه وجد وقع عن تلك الجهة ، كما لو كان البيع فاسداً وأجره من البائع
لا يجب الأجر اه

وفيها : ادعى انه اشترى منه هذا الشيء باناً ثم ادعى انه اشتراه وفاء ، لا يسمع

لعدم إمكان التوفيق .

كرب المشتري وفاة أرض الوفاء للزراعة ثم اذنى البايع مال الوفاء وفسخ البيع ، للمشتري ان يطلب من البايع اجرة الكرب اذا كان التقدي بلا طلب المشتري ، فلو كانت الأرض معدة للحصة بالاستغلال وكرب المشتري فعلي القياس ما لو آجره المشتري من غيره ثم تقدي البايع الثمن وفسخ البيع ، ينبغي ان لا يتمكن البايع من منع المشتري عن الزراعة ، كما لا يظهر الفسخ في حق المستأجر . لكن للفرق بين المستلثين قلنا بأن البايع هنا يتمكن من منع المشتري ، والفرق ان المستأجر غير البايع والمشتري ، فلا يظهر فسخها في حقه . اما فيما نحن فيه ، ففسخ المشتري يظهر في حقه وتوكيله بالفسخ فسخ منه اه .

* تمة *

يشبه بيع الوفاء بيع الثلجثة بجامع . ان كلا منها عقد لا يراد امضاء احكامه . وهو ، اي بيع الثلجثة ، ان يظهر عقد البيع وهما لا يريدانه ، يلجأ اليه مخلوف عدو ، وذلك ان يخاف الرجل من ظالم ونحوه فيقول لا خرائي اظهر اني بعت داري منك وليس ببيع في الحقيقة ، وانما هو ثلجثة ، ويشهد على ذلك .

والا ظهر ان جميع الثلجثة والهزل سواء في الاصطلاح . وهو ثلاثة اقسام ، لانه امان يكون الهزل في اصل العقد او في قدر الثمن او جنسه ، فان تواضع على الهزل بأصل البيع وانتقفا على بناء العقد على المواضع ، يفسد البيع لعدم الرضى بالحكم ، فصار كالبيع بشرط الخيار المؤبد ، اي فلا يملك بالقبض . وان انتقفا على الاعراض ، اي بأن قال بعد البيع قد اعرضنا وقت البيع عن الهزل الى الجدة ، فالبيع صحيح والهزل باطل . وان انتقفا على انه لم يحضرها شيء عند البيع من البناء والاعراض ، او اختلفا في البناء على المواضع والاعراض عنها ، فالعقد صحيح عنده في الحالين خلافاً لهما ، فجعل صحة الايجاب اولى لأنها الأصل ، وهما اعتبرا المواضع الا ان يوجد ما يناقضها ، اي كما اذا انتقفا على البناء .

وظاهر الجواب قولها كما في المؤبدية عن القنية ، ورجحه ايضا المحقق ابن الهمام في التجوير ، واقره ثلجده ابن امير حاج في شرحه .

ولو قال احدهما عرضت والاخر لم يحضرنى شيء ، او بنى احدهما وقال
الاخر لم يحضرنى شيء ، فعلى اصله عدم الحضور كالاعراض ، اي فيصح .
وعلى اضلها كالبناء ، اي فلا يصح . وان كان ذلك اي المواضعة في القدر اي
بأن اتفقا على الجد في العقد بألف لكن تواضعا على البيع بألفين على ان
احدهما هزل ، فإن اتفقا على الاعراض عن المواضعة كان الثمن الفين لبطلان
الهزل باعراضها . وان اتفقا انه لم يحضرها شيء من البناء والمواضعة او اخلفا ، فالهزل
باطل والتسمية للألفين صحيحة عنده . وعندهما العمل بالمواضعة واجب والالف الذي
هزلا به باطل لما مر ان الأصل عنده الجد ، وعندهما المواضعة وان اتفقا على البناء
على المواضعة فالثمن الفان عنده .

وان كان ذلك الهزل في الجنس اي جنس الثمن بان تواضعا على مائة دينار ، ولنا الثمن
مائة درهم ، او بالعكس ، فالبيع جائز بالمسمى في العقد على كل حال ، بالاتفاق ، اي سواء
اتفقا على البناء او على الاعراض او على عدم حضور شيء منها ، او اختلفا فيها . ولو ادعى
احدهما بيع الثلثة . وانكر الآخر ، فالقول لمدعي الجد لأنه الاصل ، والبيضة على مدعي
الثلثة لأنها خلاف الظاهر . والبرهان يثبت خلاف الظاهر

ولو تصادقا ان البيع كان ثلثة ثم اجازاه ، صححت الاجازة ، كالم
جبايا هزلاً ثم جعلاه جداً بصير جداً . وان اجاز احدهما لا يصح .
وفي بيع الثلثة اذا قبض المشتري العبد المشتري واعتقه لا يجوز اعتاقه .
وليس هذا كبيع المكره لأن بيع الثلثة هزل والقبض فيه لا يفيد الملك وان
كان فاسداً لا باطلاً ، اذ ليس كل مبيع فاسداً يملك بالقبض اهـ ملخصاً من الدر
وحواشيه .

وقوله في تصوير الثلثة « ان يخاف الرجل من ظالم ونحوه » ليس قيداً بل
مثله ما اذا تواضعا على تكثير الثمن لاجل تفكيك رغبة الشفيع ونحو ذلك .
وعبارة الهندية وهي العقد الذي ينشئه لضرورة امر فيضير كالمذموم اليه اهـ .
وفيها : ولو اتفقا ان يقرابيع لم يكن فاقراً بذلك ، فهو باطل ولا يجوز باجارتها اهـ

✽ تذييب ✽

قد ذكر فقهاؤنا رحمهم الله تعالى أحكام الصرف والربا والقرض والاستحقاق في كتاب البيوع ، ولم تتعرض المجلة لذكر شيء من أحكام تلك الفصول الأربعة . وأهل ذلك لكون أحكام الفصول الثلاثة . الأول مرجعها إلى الحل والحرمة وهما من الأمور الدينية . والمقصد من تأليف المجلة ، تسهيل بيان الأحكام الشرعية في معاملات العباد الدنيوية ، لتفصل على مقتضاها خصوصاً ما بينهم في المحاكم الشرعية والنظامية . وأما أحكام الاستحقاق فلأن كثيراً من مسأله تؤخذ من كتابي الدعوى والقضاء ، فحصل بها الاستغناء . لكن لما كانت كثير من أحكام الصرف والربا والقرض عائداً إلى ما يتعلق بالصحة والفساد والبطالان والفسخ والامضاء والضمان وعدمه وما أشبه ذلك ، وكذا كثير من أحكام الاستحقاق لا يذكر في كتابي الدعوى والقضاء ، فحتاج المحاكم إلى بيان أحكامها الشرعية لفصل الخصومات والمنازعات المتعلقة فيها من تلك الحثية ، رأينا من اللازم أن نذكر نبذاً من أحكام كل باب من الأبواب الأربعة المذكورة ، تنميها للفائدة ، وتنميها للعائدة . فنذكر أولاً أحكام الصرف ، لأنه رابع أقسام البيوع الأربعة ، كما في الفسخ . لأن البيع يبيع مطلقاً ، ومقايضة ، وصرف ، وسلم . لأنه إما يبيع عين بثمن ، وهو المطلق ، أو قلبه ، وهو السلم ، أو عين بعين ، فالمقايضة ، أو ثمن بثمن ، أو ثانياً على ما تقدم في المادة (١٢٠) فالصرف (أفاده في الفسخ) ومعنى الصرف في الشرع ، بيع الثمن بالثمن ، أي ما خلق للثمنية ، ومنه المصوغ جنساً بجنس أو بغير جنس ، كذهب بفضة (در المختار) .

وشروطه أربعة : قبض البدلين قبل الافتراق بالابهان . الثاني أن يكون باتاً ليس فيه خيار الشرط . فإن شرط فيه خيار وإبطله صاحبه قبل التفرق صح . وبعده لا ، وأما خيار العيب ، فنثبت فيه . وأما خيار الرويه فنثبت في العين أي المصوغ دون الدين ، أي الدرهم والدنانير المضروبة . وإذا رده ببيع الفسخ العقد ، سواء رده في المجلس ، أو بعده . وإن كان ديناً قرداً في المجلس لم يفسخ . فإذا رده ، بقي الصرف . وإن رده بعد الافتراق ، بطل . الثالث : أن لا يكون بدل الصرف مؤجلاً ، لا خلاه بالقبض . فإن أبطل صاحب الأجل

وبعد التفرقة ، لا . الرابع : التساوي في الوزن ان كان المعقود عليه ، من جنس واحد . فان
تبايناً ذهباً بذهب او فضة بفضة مجازفة ، لم يميز . فان علم التساوي في المجلس وتفرقا
عن قبض ، صح . وكذا لو اقتسا مجازفة ، لم يميز الا اذا علم التساوي في المجلس لان
القسمة كالبيع .

في البخر عن السراج : لا يتصرف في بدل الصرف قبل قبضه لوجوبه حفا
لله تعالى . فلو باع ديناراً بدرام واشترى بها قبل قبضها ثوباً مثلاً فقد بيع الثوب
والصرف بحاله . باع امة تعدل الف درهم مع طوق فضة في عنقها قيمته الف ونقد
من الثمن الفاً او باعها بالفين الف نقد والف نيئة او باع سيفاً حلينه خمسون
بماية ونقد خمسين ، فاققد فهو ثمن الفضة سواء اسكت او قال خذ هذا من ثمنها .
فان اتفرقا من غير قبض بطل في الحلية فقط ، وصح في السيف ان يخلص بلا ضرر
كطوق الجارية ، وان لم يخلص الا بضرر بطل اصلاً (تنوير الابصار) .
وفي الدر المختار : والاصل انه متى بيع نقد مع غيره كفضض ومزر كش
بنقد من جنسه ، شرط زيادة الثمن . فلو مثله او اقل او جهل ، بطل . ولو بغير
جنسه شرط التقابض فقط اه .

والمفضض ما رسع بفضة او البس فضة ، كسرج من خشب البس فضة .
والمزر كش في العرف هو المطرز بخيوط فضة او ذهب (رد المحتار)
وفيه عن كافي الحاكم : واذا اشترى لجاماً بموها بفضة بدرام اقل مما فيه او
اكثر ، فهو جائز لان التمويه لا يخلص - الا ترى انه اذا اشترى الدار الموهمة
بالذهب بشمن مؤجل يجوز ذلك ، وان كان ما في سقوفها من التمويه بالذهب اكثر
من الذهب في الثمن اه .

وتفرع على اشتراط القبض انه لا يجوز الا براء عن بدل الصرف ولا هبته
والتصدق به ، فان فعل لم يصح بدون قبول الآخر ، فان قبل ، انتقض الصرف ،
والا لم يصح ولم ينتقض ، لانه في معنى الفسخ فلا يصح الا بتراضيها . فلواي الواجب
ان يأخذ ما وهب اجبر على القبض .

وتفرع ايضا انه لا يجوز الاستبدال ببديل الصرف قبل قبضه . وعلى هذا

تتخرج المقاصة في ثمن الصرف اذا وجب الدين بعقد متأخر عن عقد الصرف ، انه لا يصير قصاصاً يبدل الصرف وان تراضيا بذلك . ثم ان استحق احد بدلي الصرف بعد الافتراق ، فان اجاز السحق والبدل قائم او ضمن الناقد وهو هالك ، جاز الصرف . وان استرده وهو قائم او ضمن الفايض قيمته وهو هالك ، بطل الصرف (بجز عن البدايع ملخصاً)

وصح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين بصرف الجنس بخلاف جنسه نصيحاً للعقد . ومثله بيع كرز بر وكر شعير بكري بر وكري شعير . وكذا بيع احد عشر درهماً بمشرة دراهم ودينار . وصح بيع درهم صحيح ودرهمين غلة (بفتح ونشديد) ما يورده بيت المال ويقبله التجار بدرهمين صحيحين ودرهم غلة ، للمساواة وزناً وعدم اعتبار الجودة (كذا في التنوير وشرحه الدر)

وفي الظهيرية عن المبسوط : باع عشرة وثوباً بمشرة وثوب ، واقترا قبل القبض ، بطل العقد في الدارم . ولو صرف الجنس الى خلاف جنسه لم يبطل . ولكن قيل في العقود للتصحيح في الابتداء ، ولا يجتال للبقاء على الصحة اه (بجز) اي لأن الفساد هنا عرض بالافتراق قبل القبض اه (رد المختار)

وما غلب فضته وزهبه ، فضة وذهب حكماً فلا يصح بيع الخالص به ، ولا بيع بعضه ببعض ، الامتساوياً وزناً . ولا يصح الاستقراض بها الا وزناً . والغالب عليه الفش منها في حكم عروض اعتباراً للغالب . فصح بيعه بالخالص ان كان الخالص اكثر مما في المفشوش ، ليكون قدره بمثله والزايد بالفش ويجنسه متفاضلاً وزناً وعدداً بصرف الجنس لخلافه ، بشرط التقابض قبل الافتراق في المجلس في صورتين ، اي بصورة بيعه بالخالص وصورة بيعه بجنسه ، لأنه صرف في البعض لوجود الفضة او الذهب من الجانبين . ويشترط التقابض في الفش ايضاً لانه لا يتميز الا بضرر . وان كان الخالص مثله ، اي مثل المفشوش . او اقل منه او لا يدري ، فلا يصح البيع للربا في الاولين ، ولا احتمالاً في الثالث (كذا في الدر وحاشيته رد المختار)

باعه الف درهم بألف درهم وتقابضاً بغير وزن وصندوق كل واحد منها الآخر ان هذا المقبوض الف درهم ، ثم وزن كل واحد منهما قبل التفريق او بعده فوجداهما

سواء بسواء ، فهذا جائز . ولو لم يصدق كل واحد منهما الآخر وتفرقا ثم وزنا فكانا
سواء ، لم يميز من قبل انها تفرقا على غير علم بانها قد استوفياه (هندية)
وفيها : اشترى ثوباً وديناراً بثوب ودرهم ثم اقرقا قبل التقابض ، بطل في
الصرف وجاز فيما بقي ، لانها اشياء مختلفة فلم يجب اعتبار المائلة ، فانقسم الدينار
والثوب على الدرهم والثوب باعتبار القيمة فما اصاب الدينار من الدرهم يكون
صرفاً ، وبطل لعدم التقبض . والباقي يكون بيعاً فلم يفسد بترك التقبض اه .
رجل له على رجل دراهم فظفر بدراهم مديونه ، كان له ان يأخذ دراهم المديون
اذا لم يكن دراهم المديون اجود او لم يكن . وجلال . وان ظفر بدنانير مديونه ،
في ظاهر الرواية ليس له ان يأخذ الدنانير .

والمديون اذا قضى الدين اجود مما عليه لا يجبر رب الدين على القبول ، كما لو
دفع اليه اتقص مما عليه . وان قبل ، جاز ، كما لو اعطاه خلاف الجنس .
ولو كان الدين مؤجلاً فقضاه قبل حلول الأجل يجبر على القبول
(خانبة مختصراً)

اشترى سيفاً محلي فيه خمسون درهماً بمائة درهم او بعشرة دنانير وتقد الثمن ولم
يقبض السيف حتى افسد انسان شيئاً من حمانله او جفته فاختر المشتري اخذ السيف
ونضمين المفسد قيمة ما افسد ، فله ذلك . فان قبض السيف ثم فارق البايع قبل
ان يقبض من المفسد ضمان ما افسده ، لا يضره ذلك . وان لم يقبض السيف
وفارق البايع ، فالعقد يفسد في الكل عندهم جميعاً . هذا اذا افسد شيئاً منه ، واما
اذا افسد الكل بأن احرقه بالنار فاختر المشتري اتباع المحرق ، ان اخذ منه
قيمة الكل او قيمة حصة الحلية قبل ان يفارق البايع ، فالعقد جائز في الكل . وان
لم يقبض قيمة الحلية حتى فارق البايع ، فالمسئلة على الخلاف في قول ابي يوسف
رحمه الله تعالى آخرأ ، وهو قول ابي جنيفة رحمه الله تعالى ، لا يبطل العقد اصلاً .
وعلى قول ابي يوسف اولاً ، وهو قول محمد ، يبطل (كذا في الهندية في الفصل
الخامس من الباب الثاني من كتاب الصرف ، وتمام المسائل فيها)

وفي الفصل الأول من الباب الثالث منها : اشترى يبدل الصرف شيئاً منه او
من غيره او استبدل به قبل قبضه ، لا يجوز وبقي الصرف على حاله ، يقبضه ويتم

العقد . واذا اشترى الرجل عشرة دراهم بدينار وتفاضل الا درهماً واحداً يعني من العشرة وليس عند بائعها الدرهم العاشر فأراد الذي اشترى الدرهم ان يأخذ عشر الدينار ، فله ذلك . وهذا الجواب على هذا الاطلاق الذي قاله محمد رحمه الله تعالى ، يستقيم بعد ما تفرق عن مجلس العقد قبل نقد الدرهم العاشر . فأما قبل التفرق اذا اراد ان يأخذ عشر ديناره من مشتريه ، فليس له ذلك الا ان يرضى به مشتري الدينار . فأما اذا قال له يعني بعشر الدينار فلوساً مائة او عرضاً مسمى فباعه به ، كان جائزاً ، سواء باعه قبل التفرق ام بعد التفرق . وهذا بخلاف ما لو قال بايع الدينار يعني بالدرهم شيئاً فباعه ، فإنه لا يجوز سواء باعه قبل التفرق ام بعده (كذا في المحيط اهـ) وفيها : لو ابرأ احد المتصارفين صاحبه او وجهه منه فقبل ، انتقض الصرف ، وان لم يقبل ، لم ينسخ . ولو وهب فلم يقبل وابنى الواهب ان يأخذ الموهوب ، اجبر على القبض اهـ .

وفيها : اشترى ديناراً وله على بايع الدينار عشرة دراهم فجعله فصاصاً ، جاز استحساناً . ومعنى المثلة اذا باع بشرة مطلقه . وان حدث الدين بعد الصرف ، فإن لم يتقاصا لم تقع المقاصة . وان تقاصا : لا تصح في رواية . وفي رواية لصح ، وهو الأصح .

رجل له على آخر الف درهم فاشترى منه مائة دينار بألف درهم ثم تقاصا بما عليه ، قال ابو يوسف رحمه الله تعالى : ان تقاصا قبل ان يفترقا ، جاز . وان تفرقا قبل ان يتقاصا ، بطل ، وهو قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى . وقال النقيه ابواللبث رحمه الله تعالى في شرح الجامع الصغير : اذا استقرض بايع الدينار عشرة من المشتري او غصب منه ، فقد صار فصاصاً ، ولا يحتاج الي التراضي لأنه قد وجد منه القبض (كذا في البحر الرابقي) اهـ .

يجب ان يعلم ان الرهن والحوالة والكفالة يبطل الصرف جائزاً عند علمائنا الثلاثة ، واذا جازت هذه التصرفات فنقول ، بعد هذا ان قبض من المحتال عليه او الكفيل قبل الاقتراق او هلك الرهن في يد المرتهن قبل الاقتراق ، تم الصرف بينهما . ويعتبر اقتراق مجلس المتقادين ، ولا يعتبر اقتراق الكفيل والمحال عليه . وان اقترق المتأقدان والرهن قائم ، بطل الصرف (انقروية) ولو ابتاع قلب فضة وزنه عشرة بشرة

دراهم وتقابضاً ثم حط عنه درهماً ، فقبل الحط وقبضه بعد ما اقترقا من مقام البيع او قبل ان يفترقا ، فسد البيع كله في قول ابي حنيفة . وفي قول ابي يوسف الحط باطل ، ويرد الدرهم عليه ، والعقد الأول صحيح . وفي قول محمد العقد الاول صحيح والحط بمنزلة الهبة المتبدأة ، فله ان يمتنع منه ما لم يسلم . ولو زاده في الثمن درهماً وسلمه اليه ، فسد العقد في قول ابي حنيفة ، وعندهما الزيادة باطلة والعقد الاول صحيح (نندبة عن المبسوط)

ومن اراد الاحاطة بمسايل الصرف واحكامه فعليه بالهندية .

❖ احكام القرض ❖

قال في مجمع الانهر ، شرح مانتي الايجر : عقد صاحب التنوير لمسائل القرض فصلاً مستقلاً لكثرة الاحتياج اليها في المعاملات ، فقال القرض هو عقد مخصوص يرد على دفع مال مثلي لرد مثله . وصح في مثلي لاني غيره ، فصح استقراض الدرهم والدنانير ، وكذا ما يكال او يوزن او يعد متقارباً ، فصح استقراض جوز ويض ولحم .

استقرض طعاماً بالعراق فأخذه صاحب القرض بمكة ، فعليه قيمته بالعراق يوم اقترضه عند ابي يوسف ، وعند محمد يوم اختصا ، وليس عليه ان يرجع الى العراق فيأخذ طعامه ، ولو استقرض الطعام ببلد فيه الطعام رخيص فلقبه المقرض في بلد فيه الطعام غال فأخذه الطالب بجمه ، ليس له ان يجبس المطلوب ، ويؤمر المطلوب بأن يوثق له بكفيل حتى يعطيه طعامه في البلد الذي استقرض فيه .

استقرض شيئاً من الفواكه كيلاً ووزناً فلم يقبضه حتى انقطع ، فانه يجبر صاحب القرض على تأخيرها الى محي الحديث ، الا ان يتراضيا على القيمة . ويملك المستقرض القرض بنفس القبض عند الشيخين خلافاً لأبي يوسف .

اقترض صبياً فاستهلكه الصبي ، لا يضمنه . وكذا المعتوه . ولو عبداً محجوراً لا يؤاخذ به قبل العتق ، وهو كالوديعة .

استقرض من آخر دراهم فاناها المقرض بها فقال المستقرض انها في الماء فألقاها ، لا شيء على المقرض .

والقرض لا يتعلق بالجائز من الشروط ، والفاسد فيها لا يبطله ، ولكنه ينفو شرطه رد شيء آخر . فلو استقرض الدرهم المكسورة على ان يؤدي صحيحاً ، كان باطلاً وعليه مثل ما قبض اه .

استقرض من الفلوس الراجحة والعدالي اي الدرهم الغالب غشها فكسدت ، فعليه مثلها كاسدة ولا يفرم قيمتها . وكذا كل ما يكال ويوزن ، لما مر انه مضمون بمثله ، فلا عبرة بكساده وغلائه ورخصه . وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، وعندهما يجب رد القيمة دون المثل ، لأنه لا يبطل وصف الثمنية بالكساد تعذر رد عينها كما قبضها ، فيجب رد قيمتها . وظاهر الهداية اختيار قولهما . ثم انما اختلفنا في وقت الضمان . قال في صرف الفتح : وأصله اختلافهما فيمن غصب مثلياً فانقطع ، فعند ابي يوسف تجب قيمته يوم الغصب ، وعند محمد يوم القضاء . وقولها انظر للمقرض من قول الامام ، لأن في رد المثل اضراً به . ثم قول ابي يوسف انظر له ايضاً ، لأن قيمته يوم القرض اكثر من يوم الانقطاع ، وهو ابسر ايضاً فإن ضبط وقت الانقطاع عسر ولم يذ كر حكم الغلاء والرخص . وقد بنا اول البيوع انه عند ابي يوسف تجب قيمتها يوم القبض ايضاً ، وعليه الفتوى كما في البرازية والذخيرة والخلاصة . وهذا يؤيد ترجيح قوله في الكساد ايضاً . وحكم البيع كالقرض ، الا انه عند الامام يبطل البيع ، وعند ابي يوسف لا يبطل وعليه قيمتها يوم البيع في الكساد والرخص والغلاء اه ملخصاً من الدر وحاشيته رد المحتار .

ليكن نقل في الهندية عن فتاوى قاضيان ان الفتوى على قول محمد فيما اذا استقرض الفلوس والعدالي فكسدت . ثم نقل عن المحيط ان بعض مشايخ زماننا افتوا بقول ابي يوسف رحمه الله تعالى وان قوله اقرب الى الصواب في زماننا اه فليتأمل عند الفتوى .

وفي المتن : وكل دين اجل بأجل معلوم صح تأجيله ، الا القرض . قال شارحه الدمامد : اي فلا يصح تأجيل القرض لكونه اعارة وصلته في الابتداء ، ومعاوضة في الانتهاء . فلي اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الاعارة ، اذ لا جبر في التبرع . وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لأنه يصبر بيع الدرهم بالدرهم

نسيئة ، وهو ربا .

وفي الظهيرية : القرض المجهود يجوز تأجيله اه .

وفي الخانية : رجل له على رجل الف درهم قرض فصالحه على مائة الى الاجل ، صح الحط والمائة حالة . وان كان المستقرض جاحداً للقرض ، فالمائة الى الاجل اه قال في رد المختار : ومثله ما لو قال المستقرض سرّاً لا اقر لك حتى تؤجله عني ، فأقر له عند الشهود بالألف مؤجلة اه .

وفي الدر : ويجوز تأجيل القرض ايضاً اذا احوال المستقرض للمقرض على آخر فأجله المقرض . وكذا اذا احواله على مديون له مؤجل دينه ، لأن الحوالة مبرئة اه ولذا قال في الفتح : والحيلة في لزوم تأجيل القرض ان يجبل المستقرض المقرض على آخر بدينه فيؤجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزم اه واذا لزم فان كان للمحيل على المحال عليه دين ، فلا اشكال ، والا اقر المحيل بقدر المحال به للمحال عليه مؤجلاً . اشار اليه في المحيط (بحر) وفائدة الاقرار تمكن المحال عليه للمن الرجوع على المحيل بما يدفعه للمقرض (رد المختار) .

رجل اقرض رجلاً الف درهم وقبضها المستقرض ثم ان المقرض قال للمستقرض اصرف الدرهم التي عليك بالدنانير ، فان عين له شخصاً بأن قال له مع فلان ففعل ، جاز بالاجماع ، وان لم يمين شخصاً ففعل ، قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز على المقرض ، وقال لا يجوز ، فان اراد الطالب ان يأخذ الدنانير من المستقرض ودفع اليه المستقرض باختياره ، جاز ذلك . وهذا عندهم جميعاً (هندية عن المحيط) .

رجل اقرض رجلاً كراً من الحنطة ، ثم ان المستقرض اشترى القرض من المقرض بدراهم ، جاز ، سواء كان القرض قائماً في يد المستقرض ام لم يكن (خانية) واذا جاز الشراء ، ان نقد الدرهم في المجلس فالشراء ماضٍ على صحته ، وان لم ينقدهما في المجلس ، بطل . وهذا بخلاف ما اذا وجب للمستقرض على المقرض كره حنطة ثم ان كل واحد منهما باع ماله على صاحبه بما لصاحبه عليه ، حيث يجوز وان اقرقا . ثم اذا نقد المشتري الدرهم في المجلس ثم وجد بالكر عيباً لم يردده بالميب ، ولكن يلزم مثل المقبوض ويرجع بنقصان الميب من الثمن . ولو كان القرض

المقبوض مستهلكا كان الجواب كما قلنا عند الكل . وكذا الجواب في كل مكبل وموزون غير الدرهم والفلس اذا كان قرضاً .

ولو اشترى ما عليه بكر مثله جاز ان كان عيناً ، ولا يجوز ان كان ديناً ، الا اذا قبضه في المجلس كأن وجد بالقرض تعميماً ، لا يرجع بنقصان العيب .
ولو اقترض كراً من طمام قبضه المستقرض ثم اشترى هذا الكر بعينه من المقرض ، فالبيع باطل ولا يتضمن تقضى الاقراض . اما لو باع المستقرض من المقرض كراً القرض بعينه ، صح (هندية) .

وانما كان بيع المقرض من المستقرض باطلاً لانه كراً القرض بعينه ملكه المستقرض بالتبض عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ، فيكون مشتبهاً ملك نفسه فيبطل ، اما على قول ابي يوسف رحمه الله تعالى فلا يملكه حتى يتصرف فيه ، فيكون باقياً على ملك للمقرض . فيكون المستقرض شاربياً ملك غيره ، فيصح .

اما لو كان المستقرض هو الذي باع الكر من المقرض فجوازه على قولها ظاهر ، لان المستقرض ملكه بالتبض عندهما ، فانما باع ملك نفسه .

واختلف المشايخ على قول ابي يوسف بعضهم قالوا يجوز ، لانه على قوله وان كان المستقرض لا يملكه بالتبض ، الا انه يملك التصرف فيه بيعاً وهبةً واستهلاكاً . وبالبيع من المقرض صار متصرفاً فزال عن ملك المقرض ، فصح البيع منه . وهذا كله اذا كان المبيع هو الكر الذي استقرضه بعينه كما هو موضوع مثال الهندية . اما اذا كان المبيع هو الكر الدين الثابت في ذمة المستقرض ، فاشراء المستقرض له جائز اتفاقاً اذا كان كراً القرض مستهلكاً ، لان الكر المبيع دين وجب على المستقرض لا بعقد الصرف ولا بعقد السلم ، وبيعه جائز . اما اذا كان كراً القرض قائماً في يد المستقرض ، فعلى قولها الحكم كذلك ، لما تقدم ان المستقرض ملكه بمجرد التبض ، فوجب مثله ديناً في الذمة . اما على قول ابي يوسف ينبغي ان لا يجوز لانه ما دام قائماً يبقى على ملك المقرض فلا يجب مثله ديناً في ذمة المستقرض وقد اشترى الكر الذي في ذمته ولا كراً في ذمته ، فلا يجوز ، لانه يبيع المعدوم اه ملخصاً من حاشية بن عابد بن علي البحر .

رجل قال لغيره : استقرض لي من فلان عشرة دراهم ، فاستقرض المأمور وقبض وقال دفعتها للإمر ومجد الأمر ذلك ، فان المال يكون على المأمور ، ولا يصدق المأمور على الأمر . ولو بعث رجل بكتاب مع رسول الى رجل ان ابث الي كذا درهما قرضاً لك علي فبعث مع الذي اوصل الكتاب ، روى ابو سليمان عز البوسفي انه لم يكن ذلك من مال الأمر حتى يصل اليه . ولو ارسل رجل رسولا الى رجل وقال ابث الي بمشرة دراهم قرضاً ، قال نعم وبعث بها مع رسوله . كان الأمر ضامناً لما اذا اقران رسوله قبضها (خاتمة) .

ولو بعث رجلاً يستقرض له الف درهم من آخر فأقرضه فضع في يده ، ان قال الرسول اقض فلاناً المرسل ، فهي للمرسل وعليه الضمان . ولو قال الرسول اقضني لفلان المرسل فأقرضه وضع في يده ، فعلى الرسول . فالحاصل ان التوكيل بالاقرض يجوز ، وبالاستقراض لا يجوز . والرسالة بالاستقراض للأمر جائزة . وان اخرج الوكيل بالاستقراض الكلام مخرج الرسالة ، يقع القرض للأمر . وان اخرجه مخرج الوكالة بأن اضاف الى نفسه ، يصير مستقرضاً لنفسه ويكون ما استقرض من الدرهم له ، وله ان يمنعها من الموكل . ولو دفع الموكل اليه شيئاً ليرهن بصير الوكيل رهنه ولا يصير ضامناً للرهن كذا في الفصول المادية .

استقرض رجل من رجل كره حنطة وامره ان يزرعها في ارض المستقرض فقد صح القرض وصار المستقرض قابضاً بايصاله الى ملكه (كذا في التارخانية) وهذا بخلاف ما لو قال المستقرض للمقرض القها في الماء فإنه لا شيء على المستقرض كما قدمناه عن التنوير ، لأن القرض لم يصل الى ملكه كما لا يخفى .

وفي الفصول المادية : رجل اشترى كره حنطة بعينه ثم قال للبايع اقضني قفيز حنطة او قال اقضني هذا القفيز او اخلط الكره الذي اشتريته منك فعمل وصب الشراء على القرض او القرض على الشراء ، قال ابو يوسف رحمه الله تعالى بصير قابضاً لها جميعاً . وهكذا روي عن محمد رحمه الله تعالى انه ولو اراد القرض ان يأخذ كرهه بعينه من المستقرض ، ليس له ذلك ، وللمستقرض ان يعطيه غيره .

عشرون رجلاً جاءوا واستقرضوا من رجل وامروه ان يدفع الدرهم الى واحد منهم ودفعت له ان يطلب منه الا حصته . وحصل بهذا رواية مسئلة اخرى ان التوكيل يقبض القرض بصح وان لم يصح التوكيل بالاستقراض (هندية)

❁ احكام الربا ❁

هو ، اي الربا ، فضل خال عن عوض بمعيار شرعي مشروط لأحد المتعاقدين في المعاوضة (تنوير)

والمراد بالفضل ما بعم الحكيم وهو ربا النساء ، كما يأتي . والمراد بالمعيار الشرعي الكيل والوزن فليس في المزروعات والعدديت ربا . وخرج بالمتعاقدين ما لو شرط الفضل لغيرها ، فإنه لا يكرون ربا . نعم يكون البيع فاسداً اذا كان الغير من اهل الاحتقاق كما تقدم .

والمراد بأحد المتعاقدين البايع والمشتري ، ومثلها المقرض والمرتهن فالفضل المشروط لواحد منهما ربا . ويدخل فيه ما اذا شرط للمرتهن الانتفاع بالرهن كالاتخدام والركوب والزراعة واللبس وشرب الخمر ، فإن الكحل حرام لكونه ربا : - اقول : وهذا بخلاف بيع الوفاء فإن اشترط ذلك للمشتري ليس بربا كما تقدم ، لأنه انما ينتقم في ملكه لأنه ملحق بالشراء الصحيح من حيث حل الانتفاع على ما اختارته الجملة ، فتنبه .

وقوله « في المعاوضة » اي في عقد يفيد معاوضة مال بمال ، كالبيع والصرف والقرض . فلو قال وهبتك كذا بشرط ان تخدمني شهراً ، فإنه هذا شرط فاسد لا تبطل به الهبة .

ثم انه يتفرع على كون الفضل مشروطاً انه لو لم يكن مشروطاً بأن شري عشرة دراهم فضة بعشرة دراهم وزادت الدرهم داتاً بلا قصد ، او قصد ذلك احدهما حين الدفع ، فإن وهبه الدائن أنقدم الربا لعدم كونه مشروطاً ، ولم يفسد الشراء . وهذا ان ضرها ، اي الدارم ، الكسر ، لأنها هبة مشاع لا يقسم . فلو لم يضرها الكسر لم تصح الهبة الا بقسمة الدائن وتسليمه ، لا يمكن القسمة .

ومثل الزيادة الحط . فلو وهب احدهما من الآخر بعض البدل صح الحط والهبة ، ولا يفسد البيع لعدم الربا . والحاصل ان الزيادة في احد البدلين او الحط منه ان كانت مشروطة في العقد ، فالعقد فاسد للربا ووجب نقضه لحق الشرع ، ولا تؤثر الهبة والابراء الا بعد الاستهلاك . وان لم تكن مشروطة وقد وهب الزائد الزيادة والحاط الحط من الآخر وقبل الوهب له ، صح الهبة . ويراعى لما شرطها من الافراز والتسليم سواء كان المبيع قائماً او لا . وان لم توجد هبة اصلاً بأن باع كرو حنطة بكر حنطة ثم زاد احدهما الآخر نصف كرو او حط عنه ذلك ، فنقد ابي حنيفة رحمه الله تعالى يلتحق كل من الزيادة والحط بأصل العقد ، فتصح الزيادة والحط عنده ، ويبطل العقد اعداءاً للربا لحق الشرع . وعندهما الزيادة والحط لا يلتحقان بأصل العقد .

ثم اختلفنا فقال ابو يوسف يبطل كل من الحط والزيادة ويبقى العقد صحيحاً . وفرق محمد بين الزيادة والحط فقال : اما الزيادة فتبطل لأنها لو صحت لكانت مع باقي الثمن عوضاً عن المبيع فلا يمكن جعلها هبة مبتدأة ، لأن الهبة تملك بلا عوض . واما الحط فيصح لا على انه يلتحق بأصل العقد ، بل على انه هبة مبتدأة ، لأن في الحط معنى الهبة ، لأن المحطوط يصير ملكاً للمحطوط عنه بلا عوض ، فيجمل كناية عن الهبة ولأن من الحط ما يمكن ان لا يلحق بأصل العقد ويجعل هبته مبتدأة بالاتفاق ، وهو حط جميع الثمن ، فكان البعض كالكل بخلاف الزيادة فإنها لا تكون ملحقه بالعقد ، وبذلك يفوت التساوي ويتحقق الربا فيفسد العقد (اه ملخصاً من الدر وحاشيته رد المحتار)

ثم ان الفضل في احد البدلين المشروط لأحد المتعاقدين اما ان يكون حقيقياً كبيع قفيز بر بقفيزين منه او رطل سمن برطلين منه ، واما ان يكون حكماً بأن يكون احد البدلين حالاً والآخر نسيئة ، كبيع قفيز بر حال بقفيزي شعير الى اجل في صورة تأجيل الثمن ، وكإسلام قفيز بر بقفيزي شعير الى شهر في صورة تأجيل المبيع . وانما كان النسأ فضلاً حكماً اي زيادة حكماً لأن من تتميم التامل بين البدلين المساواة في النقص ، ولا شك ان للبدل الحال مزبة على المؤخر حتى تعوزف البيع بالحال . بأنقص منه بالمؤجل . فأما الفضل الحقيقي وهو الزيادة في

احد البدلين انما يحرم اذا اجتمع في البدلين القدر المتفق ، وهو الوزن او الكيل بأن يكون كل منهما موزوناً او مكيلاً ، او الجنس . واما الفضل الحكمي وهو النسأ فيمكن في تحريمه وجود احدهما فقط ، وتوجيه ذلك في الفتح والزيلعي فان وجد احرم الفضل والنسأ ، فلم يميز بيع قفيز بر قفيزين منه ، ولا متساويهما ، واحدهما نسأ . وان عدما حلاً كبيع ثوب هروي بثوبين مرويين الى اجل . وان وجد احدهما فقط اي القدر وحده كالخطة بالشعير او الجنس وحده كالهروي بهروي مثله ، حل الفضل ، فيجوز بيع كبر بكرى شعير حلاً وهروي بهرويين حلاً ، وحرم النسأ ، فلا يجوز بيع ما ذكره مؤجلاً ولو مع التساري حتى لو باع هروياً مثله الى اجل لم يميز لوجود الجنسية . هذا حاصل ما في الدر وحواشيه وغيرها .

وكل شيء نص الشارع صلي عليه انه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلاً فهو مكيل ابدأ وان ترك الناس الكيل فيه مثل الخنطة والشعير والتمر والملح ، وكل ما نص على تحريم الفضل فيه وزناً فهو موزون ابدأ وان ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة ، لأن النص اقوى من العرف ، والاقوى لا يترك بالادني . وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لأنها دالة .

وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضاً لأن النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور اليها ، وقد تبدلت . فلي هذا لو باع الخنطة بجنسها متساويًا وزناً او الذهب بجنسه متانلاً كيلاً ، لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك ، لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه ، كما اذا باع مجازفة . الا انه يجوز الاسلام في الخنطة ونحوها وزناً لوجود الاسلام في معلوم (كذا في الهداية)

وافاد في فتح القدير ان ما كان مستخرجاً من اصل هذه السنة المنصوص عليها لا يلتحق بأصله فليس الدقيق المستخرج من الخنطة والشعير من المنصوص على كونه كيلاً . فلو تعورف بيعة وزناً كما في زماننا يصير وزناً خلافاً للإمام الشافعي رحمه الله تعالى . وعليه فما تعورف بيعة وزناً في بلدة وقد تعورف بيعة عدداً او مجازفة في بلدة اخرى كالبطيخ مثلاً يجوز بيع بطيخة ببطيختين او حملاً بحملين في البلدة التي تعورف فيها بيع البطيخ عدداً او مجازفة بدأ بيد حيث كان الجنس

واحداً . وان لم يجز بيع رطل منه برطلين في السنة الأخرى كما يجوز صابنة من
الديما بصابتين منها او صابنة من الالاجة بصابتين حيث تعرف بيع ذلك عدداً في
زماننا ، لكن بدأ بيد حيث اتحد الجنس .

وذكر في الدر وحاشيته ان اختلاف الجنس يكون باختلاف الاصل كحل الدقل
وهوردي ، التمر مع خل العنب ، ولحم القر مع لحم الضأن ، او اختلاف المقصود كتمر
المعز و صوف الغنم ، فان ما يقصد بالشعر من الآلات غير ما يقصد بالصوف . بخلاف
لحمها ولبنها فإنه جعل جنساً واحداً لعدم الاختلاف ، او يتبدل الصنعة كالخبز مع
الحنطة والزيت المطيب بغير المطيب اه .

وفي الفتح . ثم اختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف
المقصود . فالحنطة والشعير جنسان ، خلافاً للملك ، لانها مختلفان اسماً ومعنى .
والثوب المروي والمروي جنسان لاختلاف الصنعة ، وقوام الثوب بها . وكذا
المروي المنسوج ببغداد وخراسان والبد الارمني والطاقاني جنسان . والتمر كله
جنس واحد والحديد والرصاص والشبه (ا) اجناس . والادهان المختلفة اصولها
اجناس اه ملخصاً مع اختصار .

والمتبر تعين الربوي في غير الصرف بلا شرط تقابض ، حتى لو باع برآ
ببر بعينها وتفرقا قبل القبض جاز خلافاً للشافعي في بيع الطعام . ولو احدهما ديناً
فإن هو الثمن وقبضه قبل التفرق جاز ، والا لا (تنوير وشرحه الدر) وقال في
البحر : بيانه كما ذكره الاسججاني بقوله : واذا تبايها كيلياً بكيلي او وزنياً بوزني
كلاهما من جنس واحد او من جنسين مختلفين ، فإن البيع لا يجوز حتى يكون
كلاهما عيناً اضيف اليه العقد ، وهو حاضر او غائب بعد ان يكون موجوداً في
ملكه . والتقابض قبل الافتراق بالابدان ليس بشرط لجوازه ، الا في الذهب
والفضة . ولو كان احدهما عيناً اضيف اليه العقد والآخر ديناً موصوفاً في الذمة
فإنه ينظر : ان جعل الدين منها ثمناً والعين مبيعاً جاز البيع ، بشرط ان يتمين الدين
منها قبل التفرق بالابدان . وان جعل الدين منها مبيعاً ، لا يجوز وان احضره
في المجلس .

(ا) الشبه ضرب من النحاس (مختار الصحاح)

والذي ذكر فيه الباء ثمن ، وما لم يذكر فيه الباء مبيع . ويأنه : اذا قال بعث هذه الخنطة على انها قفيز بقفيز حنطة جيدة ، او قال بعث منك هذه الخنطة على انها قفيز بقفيز من شعير جيد ، فالبيع جائز ، لأنه جعل العين منها مبيعاً والدين الموصوف ثمناً . ولكن قبض الدين منها قبل التفرق بالابدان شرطاً لأن من شروط جواز هذا البيع ان يحصل الاقتراق عن عين بعين ، وما كان ديناً لا يتعين الا بالقبض . ولو قبض الدين منها ثم تفرقا ، جاز البيع ، قبض العين منها او لم يقبض . ولو قال : اشتريت منك قفيز حنطة جيدة بهذا القفيز من الخنطة ، او قال اشتريت منك قفيز شعير جيد بهذا القفيز من الخنطة فإنه لا يجوز وان احضر الدين في المجلس ، لأنه جعل الدين مبيعاً فصار بايعاً ما ليس عنده ، وهو لا يجوز اه قلت : فقد علم من هذا وبما تقدم ان يبيع مثل النبل والسكر والارز والحرير والقطن والصوف والحديد والنحاس من كل ما معروف ببيع وزناً بالنقدين ، الفضة والذهب ، الى اجل يبيع فاسد حرام ، لأن فيه ربا للنساء ، وهو مجمع على حرمة . وكذلك اذا لم يشترط فيه الاجل لكن افترق العاقدان قبل نقد الثمن ، لما عرفت من انه لا بد لصحة هذا البيع من تعيين البدلين ، وان النقدين لا يتعينان الا بالقبض وكذا كل موزون كاللبن والعسل والدبس والسمن والتبناك اذا افترق المتبايعان قبل دفع ثمنه النقد ، يكون فيه ربا للنساء المجمع على حظره . وهذا مما عمت به البلوى ، فلا يكاد يسلم من هذا الربا احد . واما جواز اسلام النقدين في موزون غيرها كالسمن والصوف واشباههما مع وجود احد علي الربا وهو النساء ، اي تأخير المسلم فيه ، فقد قدمنا في شرح المادة ٣٨٢ عن الفتح ان تلك المسئلة مستثناة من قولم لا يجوز اسلام موزون في موزون ولا مكيل في مكيل ، لان عقاد الاجماع على صحته ، كيلا ينسد اكثر ابواب السلم وهذا ظاهر في ان ما لم يكن من باب السلم كما هو الواقع في زماننا يكون باقياً على الحظر والتحريم ويملك كل واحد من العاقدين فسحة لفساده . نعم ذكر الزبلي في شرحه على الكنز المسمى بالتبيين انه يشترط لتحريم النساء اذا كان البدلان وزنين ان يجمعها الوزن من كل وجه ، والا جاز النساء ايضاً كالنقدين مع القطن ونحوه . قال : لأن صفة وزنها مختلف اذا التقدان بوزنان بالصنجات ولا يتعينان بالتعيين ، ويجوز التصرف فيها

قبل القبض وبعده قبل الوزن ، بخلاف غيرها من الموزونات ، فكانا مختلفين صورة ومعنى وحكماً ، فيجوز النسأ . والذي يدل ذلك عليه انه عليه السلام قال « من اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم (الحديث) اجاز السلم بالوزن مطلقاً ، مع ان الدرهم هو الغالب في رأس مال السلم . ولو لم يميز لكان ردأ له بالرأي ، وهو لا يجوزاه ونحوه في الدرر والقرر . وفي الشربلالية عن البدايع قال : ونحوه في شرح المحمع الملكي ان كان رأس مال السلم مما لا يتعين ، كما اذا اسلم الدرهم او الدنانير في الزعفران او في القطن او في الحديد وغيرها من سائر الموزونات ، فإنه يجوز لانعدام العلة وهي القدر المتفق والجنس . اما المجاسة فظاهر الانتفاء ، واما القدر المتفق فلأن وزن الثمن يخالف وزن الثمن ، الا ترى ان الدرهم توزن بالثاقيل والقطن والحديد بوزنان بالقبان ، فلم يتفق القدر ، فلم توجد العلة ، فلا يتحقق الرباه

فأنت تعلم ان هذا التعليل وهذه الفروق وان اوردوها في مسألة جواز اسلام التقدين في موزون غيرها الذي انمقد الاجماع على صحته ، لكنه يظهر ايضاً في شراء الموزونات بأحد التقدين اذا كانت توزن بالقبان او الامنان ، كما هو الواقع في زماننا . وعليه فلا يبقى تحت الحظر والمنع الا ما كان يوزن بالدرهم والثاقيل ، كالمسك والزباد والحرير المسمى بالشمط ونحو ذلك . فهذه لا شبهة في حرمة بيعها وفساده ، ما لم يقبض ثمنها قبل افتراق العاقدين ، لعدم مخالفة وزن الثمن لوزن الثمن ، واتحادها من كل وجه . لكن ضعف صاحب فح القدير هذا التعليل غاية التضعيف ، وكر على تلك الفروق الثلاثة بالنقض والتزييف ، ثم قال ان الوجه ان يستثنى اسلام النقود في الموزونات بالاجماع ، كي لا ينسد اكثر ابواب السلم . وسائر الموزونات غير التقدين لا يجوز ان يسلم في الموزونات وان اختلفت اجناسها اه قلت : ويؤيد ما قاله المحقق ابن الهام انه يلزم على هذا التعليل ان المسلم فيه اذا كان يوزن بالدرهم والثاقيل كالمسك والزباد والخبز والحرير المسمى بالشمط في زماننا ، ان لا يصح اسلام النقود فيه ، لاتحاد الوزن فيها ، وان يصح اسلامها في مثل القطن والحديد لاختلاف الوزن فيها ، مع ان اطلاق الاجماع يقتضي الصحة في الأول ، وعدمها في الثاني ، وكذا اطلاق عباراتهم يقتضي ذلك ، فليستدبر .

والاحتياط لأجل التخلص من هذا الامر العظيم ان يبيع الناجر الثيل والحرير

مثلا بساعة المشتري او ثوبه او شيء من القيمات على انه بالخيار ، وبقبض ذلك الشيء ، ثم يبيعه من مشتري النيل والحرير الى الاجل الذي اتفقا عليه ، فيكون الموجب ثمن الساعة مثلا ، وهي ليست من الموزونات . وكذا مشتري اللبن مثلا من عند البقال اذا كان البقال يكتب عليه قيمته في دقيره . يستقرض منه مقدار ثمن اللبن ويدفعه عن ثمن اللبن ، فيكون الباقي في ذمته قرصا ، فلا يلزم منه ربا النساء . وهذه المسئلة الناس عنها غافلون .

ثم ان جيد مال الربا وردبته سواء فلا يجوز بيع الجيد بالردى ، مما فيه الربا من مكيل او موزن ، الا مثلا بمثل ، لا هدار التفاوت في الوصف (هداية) وهذا في حق الله تعالى ، اي بالنسبة الى الربا المحرم المفسد للبيع . واما في حقوق العباد فالجودة والردائة تعتبران . حتى لو اتلف من مال الغير جيدا لزمه مثله قدرا وجودة ان كان مثليا ، وقيمه ان كان قيميا . ولكن لا تستحق الجودة باطلاق عقد البيع ، حتى لو اشترى حنطة او شيئا فوجده رديتا بلا عيب لا يرد (افاده في البحر معزيا الى صرف المحيط) اي لان العيب هو العارض على اصل الخلقة ، والجودة والردائة في الشيء اصل في خلقته ، بخلاف العيب العارض كالسوس في الحنطة او عفنها ، فله الرد به لا بالردائة ، الا باشتراط الجودة كما قدمنا بيانه في خيار العيب (كذا في رد المختار)

ويجوز بيع الكرباس ، وهو الثوب من القطن الابيض ، بقطن اثنافا كيفما كان ، اي متساويا او متفاضلا ، لاختلافها جنسا ، لانها وان اتحد الاصل فقد اختلفت الصفة والمقصود والممار . وهل يجوز البيع اذا كان الثمن منها موزنا ؟ ان كان احدهما يباع وزنا والاخر ذرعا او عددا ، يجوز لاختلافها جنسا وقدرا . وان كان يباع كل منها وزنا ، فلا يجوز لاتحادها قدرا ، فيجزم فيه ربا النساء . وكذا يجوز بيع الكرباس بالفزل والقطن متفاضلا في قول محمد رحمه الله ، وعند ابي يوسف لا يجوز الا متساويا مدعيها المجاندة بينهما ، لان القطن بصير غزلا والفزل كرباسا ، بخلاف بيع الكرباس بالقطن فان القطن بصير غزلا ثم بصير كرباسا ، فالفزل اقرب للقطن وكذا للكرباس

وقول محمد هو الاصح لما ذكرنا من اختلاف الجنس بالصنعة والتصود والمييار .
واما البيع الى اجل ، فان جمعها الوزن فلا يجوز ، والا جاز كما تقدم اه
ملخصاً من البحر والدر وحواشيه .

وفي البحر : لو باع القطن المحلوج بغير المحلوج ، جاز اذا علم ان الخالص اكثر
عما في الآخر ، وان كان لا يدري ، لا يجوز . وكذا لو باع غير المحلوج بحب القطن
فلا بد من ان يكون الحب الخالص اكثر من الحب الذي في القطن حتى يكون
قدره مقابلاً به ، والزائد بالقطن . وكذا لو باع شاة على ظهرها صوف او في
ضرعها لبن ، بصوف اولين ، يشترط ان يكون الصوف او اللبن اكثر مما على
الشاة او في ضرعها ، لما ذكرنا من المعنى ، وهو نظير بيع الزيت بالزيتون اه -
اي فان بيع الزيت بالزيتون والسهم بالخل وهو الشيرج ، لا يجوز حتى يكون
الزيت والخل اكثر مما في الزيتون والسهم ، ليكون قدره بمثله ، والزائد بالنخل .
وكذا كل ما لتفه قيمة كجوز بدهنه ولبن بسمنه وغب بمصيره . فان لا قيمة له
كبيع تراب ذهب بذهب ، فسد بالزيادة لربا الفضل (كذا في الدر)

وفي رد المحتار : قال في الفتح : واظن لا قيمة لنفل الجوز الا ان يكون
يبع بقشره فيوقد ، وكذا المنب لا قيمة لتفله ، فلا تشترط زيادة المصير على ما
يجوز اه - اي فيشترط لصحة بيعه ، العلم بالمساواة .

وفي التنوير وغيره : ولا ربا بين متفاوضين او شريكي عنان اذا تبايها . من مالها
اي من مال الشركة . قال في رد المحتار : الظاهر ان المراد اذا كان كل من
البدلين من مال الشركة . اما لو اشترى احدهما درهمين من مال الشركة بدرم
من ماله مثلاً ، فقد حصل للمشتري زيادة وهي حصة شريكه من الدرهم الزائد
بلا عوض . وهو عين الربا . تأمل اه اقول : قول التنوير « اذا تبايها من مالها »
صريح فيما استظهره ، فلا وجه للتوقف فيه ، فتدبر

وفي الدر المختار وغيره : ولا ربا ، اي لا يحرم الربا ، بين مسلم وحربي في دار
الحرب ولو كان بعقد فاسد او قمار ثمة لأن ماله ثمة مباح فيجوز برضاء مطلقاً بلا
عذر ، خلافاً لأبي يوسف واثلثة . وحكم من اسلم في دار الحرب ولم يهاجر
اليها كحربي ، فلمسلم الربا معه ، خلافاً للصاحبين ، لأن ماله غير موصوفه

هاجر اليانثم عاد اليهم ، فلا يجوز ربا المسلم الأصلي معه اتفاقاً . قال : ومنه يعلم حكم حربيين اسما ولم يهاجرا اليان ، يعني انه لا يحرم الربا بينهما .
وذكر في فتح القدير ان التعليل يقتضي حل مباشرة عقد الربا وحل القمار اذا كانت الزيادة يتألفها المسلم من الحربي ، دون العكس . ثم استظهر ان مرادهم من حل الربا والقمار ما اذا حصلت الزيادة للمسلم نظراً الى العملة ، وان كان اطلاق الجواب بخلافه . واستدل له ما في رد المحتار بما في السير الكبير وشرحه ، حيث قال : واذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فلا بأس بأن يأخذ منهم اموالهم بطيب انفسهم بأي وجه كان ، لانه انما أخذ المباح على وجه عري عن الغدر ، فيكون ذلك طيباً له . والأسير والمستأنس سواء حتى لو باعهم درهماً بدرهمين او باعهم مائة بدرهم او اخذ منهم مالاً بطريق القمار ، فذلك كله طيب له امره لمخصاً - فانظر كيف جعل موضوع المسئلة الاخذ من اموالهم يرضاهم ، فلم ان المراد من الربا والقمار في كلامهم ما كان على هذا الوجه وان كان اللفظ عاماً ، لأن الحكم يدور مع عكسه غالباً ما في رد المحتار . اقول : وفيه نظر ، لأن اتفاقهم على حل اخذ المال منهم على قولها بطريق المقامرة ، يدل على حل مباشرة عقدها ، ومن المعلوم ان المقامرة بمعنى الخاطرة ، فيجوز بمقتضى عقدها ان يكون المسلم هو الغالب فيأخذ مال الخاطر ، ويجوز ان يكون هو المفلوب فيخسره فهل يمكن ان يقال لا يحل له دفع مال الخاطر لم مع ان عدم دفعه ليس في يده ، اللهم الا اذا كان متمكناً من عدم الدفع لم يدفع باختياره كما بلغنا عن الفجار في المدن الكبيرة الشهيرة بالتجارة من انهم يقامرون اهل دار الحرب مباشرة وكلاء عنهم من اهلها في سوق مخصوص للمقامرة بسمونه البورس ، وذلك بشراء شيء لا وجود له في ملك بايعة وليس المقصود من شرائه استلامه من البايع ، وبوجه المتعاقدان المبيع الى مدة معينة كسهر مثلاً ، كما ان الثمن لا يقبض منه شيء ، فاذا انقضت المدة ينظر المتعاقدان الى قيمة ذلك الشيء البيع ماذا تساوي الان ، فإن زادت القيمة عن الثمن يدفع البايع الربح المشتري ، وان نقصت عنه يطلب الخسارة من المشتري ، فإن دفع فيها ، والا فلا يجبره على الدفع ولكنه يخسر في زعمهم شرفه التجاري بحيث لو اراد شراء شيء مرة ثانية في ذلك البورس لا يمترونه ولا يبيعونه

ويضربونه ضرباً واحداً على احد خديه لو فرض انه دخل ذلك السوق المسمى بالبورس فيمكن ان يقال ان المقامرة اذا كانت على هذا الوجه يكون اثماً ثم المرابي لو دفع مال الخطر تمكنه من عدم الدفع ، والا فلا معنى لكونه آتماً مع انه مقدور ، وقد علمت انه كان لم حل مباشرة العقد ، فليتأمل .

على ان اطلاق المتون قاطبة ان لا ربا بين المسلم والحربي في دارهم ، بمعنى انه يحل ذلك ، ظاهر في حل ذلك مطلقاً سواء كان المسلم آخذاً او دافعاً . واما التعليل المذكور فانما هو لكون ما يأخذه من الربح بالعقد الفاسد والربابة في الدرام والديناسير وغيرها من المثليات والمقامرة طيباً حلالاً لا خبيثاً حراماً وهذه العلة لا يحتاج اليها اذا كان هو الدافع ، ولا يقال انه مضيع لماله بدفع الفضل في عقد الربابة ودفع مال الخطر في المقامرة ، لأنه لم يقصد مباشرة تلك العقود الا الاسترباح فيأخذ منهم المال بفضل جزئي ليربح به فضلاً . أكثر في تجارته ، ويقامرهم على مال بأمل ان يربح أكثر منه ، فليتدبر .

ثم بعد كتابتي لهذا المحل رأيت في الفصل السادس من الباب الخامس من كتاب الصرف من الهندية . ما نصه « دخل مسلم او ذمي دار الحرب بأمان او غيره وعقد مع الحربي عقد الربا بأن اشترى درهما بدرهمين او درهماً بدينار الى اجل معلوم ، او بلع منهم خمرآ او خنزيراً او مينة او دماً بال ، فذلك كله جائز عند الطرفين . وقال القاضي لا يجوز بين المسلم والحربي ثمة الا ما يجوز بين المسلمين . كذاني جواهر الاخلاطي ، والصحيح قولها « اه فقوله بأن اشترى درهماً بدرهمين ، صريح في انه يحل للمسلم دفع الفضل . ومثل ما في الهندية في التارخانية ايضاً نعم ذكرنا بعد هذا ما نصه : « ورأيت في بعض الكتب ان هذا الاختلاف فيما اذا اشترى منهم درهمين بدرهم . اما اذا اشترى منهم درهماً بدرهمين ، فلا يجوز بالاتفاق » فهذا وان كان يوافق ما بحثه في الفتح وايداه في رد المحتار ، الا ان قائله مجبول فلا يعارض ما في جواهر الاخلاطي الموافق لأطلاق عامة الترتيب كما علمت ، فليتدبر .

❖ تنبيهات ❖

الاول : في اتخاذ الحيلة لأجل التخلص من الربا ، هل يجوز ام لا ؟ ذكر

في اول الفن الخامس وهو فن الحيل من الاشياء ما نصه : « واختلف مشايخنا رحمهم الله تعالى في التعبير عن ذلك ، فاختر كثير التعبير بكتاب الخارج ، واختاره في الملتقط . وقال ابو سليمان كذبوا على محمد رحمه الله تعالى ليس له كتاب الحيل ، وانما هو الرب من الحرام ، والتخلص منه حسن . قال الله تعالى : ﴿ وخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تمنث ﴾ علم سبحانه المخلص لا يوب عليه السلام عن يمينه التي حلقها ليضرب امرأته مائة عود . وذكر في الخبر ان رجلاً اشترى صاعاً من تمر بصاعين فقال صلى الله عليه وسلم او بيت هلاً بنت تمر لك بالساعة ثم اجعت بساعتك تمرأ . وهذا اذ لم يورد الى الضرر باحداه

وفي حاشيته للسيد الحموي عن التارخانية : مذهب علمائنا ان كل حيلة يحتمل بها الرجل لا يبطال حتى الغير او لادخال شبهة فيه فهي مكروهة يعني تحريمياً . وفي المبوت وجامع الفتاوى « لا يسه ذلك » وكل حيلة يحتمل بها الرجل ليخلص بها عن حرام او ليتوصل بها الى حلال فهي حسنة . وهو معنى ما نقل عن الشعبي لا بأس بالحيلة فيما يحل اه

وفي الخانية : رجل له على رجل عشرة دراهم فأراد ان يجعلها ثلاثة عشر الى اجل ، قالوا اشترى من المديون شيئاً بتلك العشرة وبقيض المبيع ثم يبيع من المديون بثلاثة عشر الى سنة ، فيقع التجوز عن الحرام . ومثل هذا مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه امر بذلك . ورجل طلب من رجل دراهم ليقرضه بده وزوده فوضع المستقرض متاعاً بين يدي المقرض فيقول للمقرض بنت منك هذا المتاع بمائة درهم فيشترى المقرض ويدفع اليه الدرام وبأخذ المتاع ثم يقول المستقرض يعني هذا المتاع بمائة وعشرين الى سنة فيبيعه ليحصل للمستقرض مائة درهم ويعود اليه متاعه ويجب للمقرض عليه مائة وعشرون درهماً . والأوتق والأحوط ان يقول المستقرض للمقرض بعدما قرر المعاملة « كل مقالة وشرط كانت بيننا قد تركت » ثم بمقدان بيع المتاع هذا اذا كان المتاع للمستقرض ، فان كان المتاع للمقرض وليس للمستقرض شيء ، ويريد ان يقرضه عشرة بثلاثة عشر الى اجل ، فان المقرض يبيع من المستقرض سلعة بثلاثة عشر ويسلم السلعة الى المستقرض ، ثم ان المستقرض يبيع من اجنبي بعشرة ويدفع السلعة للاجنبي ، ثم الاجنبي يبيع

السلعة من المقرض بعشرة وبأخذ العشرة منه وبدفعها الى المستقرض فيجبر الاجنبي من الثمن الذي كان عليه للمستقرض ، فتصل السلعة الى المقرض بعشرة ، وللمقرض على المستقرض ثلاثة عشر الى اجل . وحيلة اخرى ان يبيع المقرض من المستقرض سلعة بثلاثة عشر الى اجل معلوم ويدفع السلعة الى المستقرض ثم يبيها المستقرض من الاجنبي ثم ان المستقرض يقبل البيع مع الاجنبي قبل القبض او بعده ثم يبيها المستقرض من المقرض بعشرة وبأخذ العشرة فيحصل للمستقرض عشرة وعليه للمقرض ثلاثة عشر وتصل السلعة الى المقرض . والمقرض وان صار مشترياً ماباع باقل مما باع قبل نقد الثمن الا ان ذلك جائز لتخلل البيع الثاني ، وهو البيع الذي جرى بين المستقرض والاجنبي وهذه الحيلة هي العينة التي ذكرها محمد رحمه الله تعالى . وقال مشايخ بلخ ببيع العينة في زماننا خير من البيع الذي يجري في اسواقنا . وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه قال العينة جائزة مأجورة . وقال اجره لمكان القرار من الحرام او ملخصاً .

وقوله «وهذه الحيلة هي العينة» الاشارة الى الصورة التي عاد فيها المتاع الى المقرض وهو الموافق لما في الفتح في تفسير العينة فإنه قال : حاصله ان الذي يقع في قلبي انه ان فعلت صورة يعود فيها الى البايع ما اخرجته او بعضه كعود الثوب اليه فبا اذا باع الثوب من المستقرض بخمسة عشر ثم باعه المستقرض من اجنبي ثم باعه الاجنبي من المقرض ، يكره يعني تحريماً . فان لم يعد كما اذا باعه المديون في السوق ، فلا كراهة فيه بل خلاف الأولى . فان الأجل قابله قسط من الثمن والقرض غير واجب عليه دائماً بل هو مندوب . وما لم يرجع اليه العين التي خرجت منه لا يسمى ببيع العينة لانه من العين المسترجعة لا العين مطلقاً ، والا كان كل بيع العينة اه واقره في البحر والنهر والشرنبلالية . قال في ردالمحتار «وهو ظاهر» وجعله السيد ابو السعود محمل قول ابي يوسف . وحمل قول محمد والحدث الوارد في ذم العينة على صورة العود اه .

ومقابلته ما قيل ان من جملة صور العينة ان يبيع المستقرض للمتاع الذي اشتراه من المقرض بمائة في السوق ، بمائة وعشرين كما في ردالمحتار . وفي الدر المختار : وشراء الشيء اليسير بثمن غالي لحاجة القرض يجوز ، ويكره ، واقره المصنف ام

واما ما يفعله كثير في زماننا من ان المقرض يدفع مائة القرض للمستقرض ويبيعه متاعاً قيمته عشرة بثلاثين ، فإن كان هذا البيع مشروطاً في القرض كما هو الظاهر ، فهو حرام ، والا قيل انه مكروه . وقال شمس الأئمة الحلواني انه حرام لأنه قرض جر منفعة اذ لو لا القرض ما اشترى من المقرض ما قيمته عشرة بثلاثين . وقيل ان حصل القرض والبيع في مجلس واحد فهو حرام ، لأن المجلس يجمع الكلمات المتفرقة والا فلا بأس به . وقيل اذا تقدم الافراض على البيع كان حراماً لأنه قرض جر منفعة . وان تقدم البيع على الافراض فلا بأس به لأنه يبع جر منفعة وهو القرض (افاده في رد المحتار) والحاصل ان اسلم الحبل وابتدعها عن الشبهة والخلاف الحيلة الاولى التي قدمنا نقلها عن الخانية ، وكذا الثانية . فإنه لا قائل بأنها من بيع العينة المختلف في كراهتها بين ابي يوسف ومحمد .

بقي شيء ، وهو انه قد ورد في زماننا امر سلطاني شريف بأن لا يؤخذ بالمرابحة الشرعية اكثر من دعة في المائة ، فلوان احداً راجح على اكثر من ذلك بعد ان بلغه خبر الامر يعزر ويحبس الى ان تظهر توبته وصلاحه فيتبرك ، كما سيفي الدر عن معروضات المفتي ابي السعود . وحقق في حاشية رد المحتار وتنقيح الحامدية بأن الامر السلطاني المشار اليه لا يلزم منه استرداد مبلغ المرابحة الزائد على ما امر به بعد ان قبضه الدائن ، لأن نهي السلطان لا يقتضي فساد البيع الذي بسببه حصلت المرابحة . الا ترى انه يصح المقدم بعد النداء في يوم الجمعة مع ورود النهي الالهي وان أمم ، وما ذاك الا لأن النهي لا يقتضي الفساد ، كالصلاة في الارض المنصوبة تصح مع الاثم ، كما تقرر في كتب الاصول . نعم اذا كانت بلا مرابحة شرعية بأحد الصور التي مر ذكرها فيجب استرداد جميعه لو قائماً ، وقيمته لو هالكاً بعد ثبوته بالوجه الشرعي . حتى لو كان المديون ابرأه منه وكانت عين الربا قائمة لا يصح ابرأه وبملك استرداده بعد الابراء ، بخلاف ما اذا كانت عين الربا هالكة فإن ابرأه عنه صحيح في الدنيا لانه ضار ديناً واجباً في الذمة ، وهو يقبل الاسقاط بالابراء . هذا ما حققه في رد المحتار وتنقيح الحامديه ، ومثله في كثير من المتبررات :

* فروع *

ففى المدبون الدين المؤجل قبل الحلول او مات فأخذ من تركته، فجواب المتأخرين انه لا يأخذ من المراجعة التي جرت البايعة عليها بينهما الا بقدر ماضى من الايام . قيل له ، اى لقيم الدين ، انفتى به ايضا ؟ قال نعم . وقال لو اخذ المقرض القرض والمراجعة قبل مضي الاجل فللمدبون ان يرجع منها بمحصة ما بقي من الايام .

رجل اقترض عشرة دراهم ، وطلب على ذلك رجحا واخذها ، فللمستقرض ان يحسب ذلك من الاصل ، كأن يطالب الكفيل بالدين بعد اخذه من الاصيل ويبيعه بالمراجمة شيئا حتى اجتمع عليه سبعون ذنبا رآتم تبين انه قد اخذه ، فلا شيء له لان المبايعة بناء على قيام الدين ، ولم يكن . كذا في الافتقار ، ومثله في الحامدية : مثل في رجل مات عن ورثة وبذمته مال لجهة وقف معاملة بالربح لم يعامل فيه بحيلة ما تدفع الربا المحظور شرعا ، والمتولي عليه يطالب الورثة به ، هل له ذلك ام لا ، وهل اذا كان لا حدم معلوم وظيفة فيه يسوغ له ان يمنع صرفها له لذلك ام لا ؟ اجاب ليس لمتولي الوقف ذلك ، اذ هو ربا محض محرّم بالكتاب والسنة واجماع الامة سواء فيه الوقف واليتيم وغيرهما . والوارد فيه من عظيم الاثم وقبيح الجرم لا يكاد يضبط بعد ولا يحصر بمحداه مختصرا من الفتاوى الخيرية .

وفيهما في جواب سؤال : واما دفع قال رجحا بغير معاملة ، فهو ربا محض مطلقا سواء كان في مال اليتيم او غيره ، لا لطلاق النصوص الواردة في تحريمه والوعيد لفاعله ، ولا عبرة لمن شذ ، فما خالف النصوص مردود حتما ، ولو تعلق قابله باكتاف الساء .

* احكام الاستحقاق *

في المصباح استحق فلان الامر ، استوجبه اه فالمراد بالاستحقاق ظهور كون الشيء حقا واجبا للغير . وهو نوعان : مبطل للملك بالكلية ، اى بحيث لا يبقى لاحد عليه حق التملك ، كالحربة الاصلية والعتق وتوابعه ، وناقله له من

شخص الى آخر ، كالاتحقاق بالملك بأن ادعى زيد على بكر ان ما في يده من العبد ملك له وبرهن .

والاول وهو المبتل يوجب فسخ العقود الجارية بين الباعة اتفاقاً ولكل واحد منهم الرجوع على بايه وان لم يرجع عليه . ويرجع هو ايضاً على الكفيل بالدرك ولو قبل القضاء عليه ، اي على المكفول بالثمن ، لعدم اجتماع الثمنين ، اذ بدل الحر لا يملك .

والثاني ، وهو الناقل ، لا يوجب فسخ العقد على الظاهر لانه لا يوجب بطلان الملك ، بل يبقى العقد موقوفاً بعده على اجازة المستحق او فسخه على الصحيح . فاذا فسخه صريحاً فلا شك يفسخ و كذا لو رجع المشتري على بايه بالثمن وسلمه اليه ، لانه رضي بالفسخ . وكذا لو طلب المشتري من القاضي ان يحكم على الباع بدفع الثمن فحكم له بذلك ، او تراخياً على الفسخ ، ففي ذلك كله يفسخ العقد فلا يقبل الاجازة بعده من المستحق . ثم انه يثبت لآخر الباعة الرجوع على بايه بالثمن ، وان كانت قد دفع الثمن الى المشتري بلا ازام القاضي ، وكذا بايه له الرجوع على بايه ، هكذا .

والحكم بالملك للمستحق حكم على ذي اليد وعلى من تلقى ذو اليد الملك منه . ولو كان التلقي بطريق الارث فيتمدى الحكم الى جميع الباعة بلا واسطة ، او بوسائط ، والى جميع الورثة ، فلا تسمع دعوى الملك من احد من الباعة او الورثة للحكم عليهم ، ولا تمام البينة للرجوع على بعضهم بالثمن . يعني حيث كان الحكم للمستحق حكماً على الباعة ، فاذا اراد واحد من المشتري ان يرجع على بايه بالثمن لا يحتاج الى اعادة البينة . وانما تسمع منهم دعوى التناج او تلقى الملك من المستحق بأن يقول بايع من الباعة حين رجع عليه بالثمن « انا لا اعطي اثنان لان المستحق كاذب » لأن المبيع نتج في ملكي او ملك بائني بلا واسطة او بها ، فتسمع دعواه ويبطل الحكم ان اثبت . او يقول « انا لا اعطي الثمن لاني اشتريته من المستحق » فتسمع ايضاً .

ولا يشترط لاثبات التناج حضور المستحق على ما هو الاشبه والاطهر . وما في البرازية من كون اشتراط حضوره هو الاشبه والاطهر ، سبق قلم .

واختلف في اشتراط حضرة المبيع ، وافق ظهير الدين بعمده . ولا يرجع احد من المشتريين على بايعه ما لم يرجع عليه ، ولا على الكفيل بالدرك ما لم يقض على المكفول عنه ، لئلا يجتمع ثمنان في ملك واحد فإن عند كل واحد من الباعة المتوسطين غير الأخير منهم والاول ثمنًا ، فلورجع بالثمن قبل ان يرجع عليه ، اجتمع في ملكه ثمنان - ثم ان كون الحكم للمستحق على ذي اليد بتعدي الى من تلقى ذواليد الملك منه ، مشروط بما اذا ادعى ذو اليد الشراء منه . فاذا قال المشتري في جواب دعوى الملك من المستحق « هذا ملكي لأنني اشتريته من فلان » صار البايع مقضيًا عليه . اما اذا قال في الجواب « ملكي » ولم يزد عليه ، لا يصير البايع مقضيًا عليه .

والارث كالشراء . نص عليه في الجامع الكبير . وصورته : دار يبد رجل يدعي انها له فجاء آخر وادعى انها له وقضى له بها فجاء اخو المقتضى عليه وادعى انها كانت لأبيه تركها ميراثًا له ولأخيه المقتضى عليه ، يقضى للاخ المدعي بنصفها ، لان ذلك لم يقل انها ملكي لأنني ورثته من ابي ليصير الاخ مقضيًا عليه . وكذلك لو اقر الاخ المقتضى عليه انه ورثها من ابيه بعد انكاره واقامته البينة . ولو اقر بالارث قبل اقامته البينة لا تسمع دعوى الاخ . وكذلك اذا صار المورث مقضيًا عليه في محدود فمات فادعى وارثه ذلك المحدود ، ان ادعى الارث من هذا المورث ، لا تسمع . وان ادعى مطلقًا ، تسمع . وان كان المورث مدعيًا وقضى له ثم بعد موته ادعى المقتضى عليه على وارث المقتضى له هذا المحدود مطلقًا ، لا تسمع اهـ ملخصًا من الدر وحاشيته رد المختار .

وفي البرازية من الاستحقاق : ظهرت المشتراة حرة ومات البايع لا عن وارث وتركته وبائع البايع قائم نصب الحاكم عن البايع الثاني وصبيًا ، فيرجع المشتري عليه وهو يخاصم البايع الاول اهـ (بجر)

وفي جامع الفصولين : المشتري لو رجع على بايعه وصالح البائع على شيء قليل ، فلبايعه ان يرجع على بايعه بثمنه . وكذلك لو ابرأه المشتري عن ثمنه بعد الحكم له برجوع عليه ، فلبايعه ان يرجع على بايعه ايضا ، اذ المانع اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد ، ولم يوجد ، لزوال المبدل عن ملكه .

ولو حكم للمستحق وصالح المشتري ليأخذ المشتري بعض الثمن من المستحق ويدفع

المبيع الى المستحق ، ليس له ان يرجع على بايعة بثمنه ، لانه بالصلح ابطال حق الرجوع اه .

ثم ذكر فيه انه لو اثبتته ، اي الاستحقاق ، وحكم له فدفعت اليه المشتري شيئاً وامسك المبيع ، يصير هذا شراء للمبيع من المستحق فينبغي ان يثبت له الرجوع على بائعه اه وفي المنظومة المحببة :

وان مبيع مستحقاً ظهراً ثم قضى القاضي على من اشترى
به فصالح الذي ادعاه صلحاً على شيء له اداه
يرجع في ذلك بكل الثمن على الذي قد باعه فاستبين اه

ثم ان ما تقدم عن جامع الفصولين انما هو في ابراء المشتري البايع . واما لو لو ابرأ البايع للمشتري عن الثمن ثم استحق المبيع من يده ، لا يرجع على بايعة بالثمن ، لانه لا ثمن له على بايعة . وكذلك بقية الباعة لا يرجع بعضهم على بعض ، كما في رد المحتار عن الفخيرة .

ثم انما يرجع المشتري على بايعة بالثمن اذا كان الاستحقاق قد ورد على ملك البايع . قال في فتح القدير ، وذكر هنا مسألة الجامع الكبير وهي اصل في الاستحقاق ، وهي: رجل اشترى من اخر ثوباً فقطعه قميصاً وخاطه ثم جاء مستحق قال هذا القميص لي ، واثبتته بالبينة ، فالمشتري لا يرجع بالثمن على البايع لأن الاستحقاق ما ورد على ملك البايع ، لانه ولو كان ملكه في الأصل فقد انقطع بالقطع والخياطة كمن غصب ثوباً فقطعه فخاطه ، ينتقل ملك المصنوع عنه من الثوب الى الضمان . فالأصل ان الاستحقاق اذا ورد على ملك البايع الكائن من الأصل يرجع عليه وان ورد على ملك المشتري بعد ما صار الى حال لو كان غاصباً ملكه به ، لا يرجع على البايع ، لانه ميثقن الكذب . ولهذا لو اشترى من شخص ثوباً فاقام رجل بينة انها له منذ شهر ، يقضي بها له ولا يرجع المشتري على بائعه ، وعرف ان المعنى ان يستحقه باسم القميص . ولو كان اقام البينة انه كان له قبل هذه الصفة ، يرجع المشتري بالثمن . وعلى هذا الجواب اذا اشترى حنطة وطحنها ثم استحق الدقيق . ولو قال كانت قبل الطحن لي ، يرجع . وكذا اذا اشترى لحماً فشواه . ولو اشترى شاةً فذبحها وسلخها فاقام البينة آخر ان الرأس والاطراف والجلد

والحتم له وقضى بها ، رجع المشتري على بايعه ، لان هذا السلحاق عين الشاة اه ولو
برهن رجل ان الرأس له وآخران اللحم له ، فالمشتري لا يرجع على بايعه لانه لا
يثبت لاحد حق في الجلد والاطراف والحتم الا بسبب حادث ، فيستحق الحادث .
وفي الفصل الاول يستحق الاصم اه (فصولين)

وفيه : المستحق لو برهن على المشتري ان العين له ولم يوقت ، رجع المشتري
على بايعه بثمنه . ولو وقت بأقل من مدة الشراء يقضي به للمدعي ولا يرجع
المشتري بثمنه اه .

ثم انما يثبت رجوع المشتري على بايعه باثمن اذا كان الاستحقاق البينة ،
لما سيجي ، انها حجة متعدي . اما اذا كان الاستحقاق باقرار المشتري او بنكوله ،
كأن طلب المستحق تجليفه على انك لا تعلم ان المبيع ملكي ، او باقرار وكيل المشتري
بالخصومة او بنكوله ، فلا رجوع ، لانه حجة قاصرة على المقر لعدم ولايته على
غيره اه (در مع بعض زيادة من حاشية رد المختار)

ومعنى كون البينة حجة متعدي انها تعدى الى غير المحكوم عليه من ناتي المحكوم
عليه الملك منه ، كما ذكرنا آنفاً . وهذا بخلاف الاقرار ، فإنه لا يمدى المقر .
نعم تعدى الى كافة الناس في اربعة مسائل ، وهي ما اذا قامت على العتق وفروعه
ونحوه كولاة ونكاح ونسب ، فإن الحكم بالبينة على واحد من هذه المسائل يكون
حكماً على كافة الناس ، فلا تسمع فيه الدعوى من احد . لكن يجري في
النكاح ما جرى في املك المورخ فنسمع دعوى الغير على نكاحها قبل التاريخ لا
بعده ، كما في رد المختار . قال : ويزاد على الاربع ما في معين الحكام : لو احضر
رجلاً وادعى عليه حقاً او كله واقام البينة على انه وكله باستيفاء حقوقه والخصومة
في ذلك ، قبلت ويقضى بالوكالة ، ويكون قضاء على كافة الناس لانه ادعى
حقاً عليه ، فكان اثبات السبب عليه اثباتاً بالوكالة . ويكون قضاء على كافة
الناس حتى لو احضر آخر وادعى عليه حقاً لا يكلف اعادة البينة على الوكالة اه .
واختلفوا في القضاء بالوقف ، قيل كالتق والحرية ، وقيل لا فنسمع فيه
دعوى ملك آخر او وقف آخر ، وهو المختار كما في التنوير . واعتمده في الخالية
لانه اقتصر عليه وعمله فكان ذلك ترجيحاً له كما في الاقروية . وفي جامع

النصولين : شري داراً فاستحق باقرار المشتري او بنكوله ، لا يوجم بثمنه على بايعه فلو برهن المشتري ان الدار ملك المستحق ليرجع بثمنه على بايعه ، لا يقبل ، للتناقض - لأنه لما قدم على الشراء فقد اقرانه على ملك البايع ، فاذا ادعى لغيره كان تناقضاً يمنع دعوى الملك ، ولأنه اثبات ما هو ثابت باقراره ، فلنا . اما لو برهن على اقرار البايع انه ملك للمستحق ، يقبل لعدم التناقض ، وانه اثبات ما ايس ثبات ولو لا بينة له ، فله تحليف البايع بالله ما هو للمدعي ، لأنه لو اقر ، لزمه اه .

وفي رد المختار عن النخبة : ولو عدل المشتري شهود المستحق ، قال ابو يوسف اسئل عنهما فان عدل رجع بالثمن ، والا فلا ، لأنه كاققراره . ولو اجتمع كل من البينة والاقرار ، فإن سبق الحكم بالبينة كان للمشتري الرجوع على بايعه بالثمن اتفاقاً . وان سبق الحكم بالاقرار فلا رجوع له ، لأنه بعد الحكم للمستحق باقرار المشتري لا يصح الحكم بعه بالبينة . وان كان قبل الحكم بشي . منها بأن يوهن ثم قبل الحكم اقر المشتري او بالعكس ، فإنه يجعل الحكم قضاء بالبينة ، لأجل الحاجة الى رجوع المشتري على بايعه ، وان كان الاظهر والاقر للضواب انه ان ثبت الحق بها يقضي بالاقرار وان سبقته اقامة البينة . لكن عند تحقق حاجة الخصم اليه ينبغي اعتباره قضاء بها ، اي بالبينة ، ليندم الضرر عنه بالرجوع اه (مختصاً من الدرر وحواشيه والفتح)

ولو استمقت دابة مثلاً ولدت عند المشتري اولاداً ومثل الاولاد جميع زوايد المبيع ، فإن كان الاستحقاق بالبينة تتبعها الزم ايد بشرط القضاء بها ، اي بالزوايد . وانما يقضي بها تبعاً للاصل اذا سكت الشهود . فلو بينوا انها لذي اليد او قلوا لا ندرى ، فلا يقضى بها . ففي البزازية : شهدوا على رجل في يده جارية انها لهذا المدعي ثم غابا او ماتا ولها ولد في يد المدعي عليه يدعي انه له وبرهن على ذلك ، لا يلتفت الحاكم الى برهانه ويقضي بالولد للمدعي . فان حضر اشهود بعد الحكم وقالوا الولد للمدعي عليه ، ضمن الشهود قيمة الولد كما نعم رحموا . فان كانوا حضوراً وسلم عن الولد ، فان قالوا انه للمدعي عليه ، او لا ندرى لمن الولد ، يقضى للمدعي بالام دون الولد اه .

وان كان الاستحقاق بافرار ذي اليد ، فإن كان المدعي يدعي الزوايد
ايضا ، فالحكم كذلك . اي ان الزوايد تتبع الدابة لأن الظاهر انها له ، كما في
الزبلي عن النهاية . وان لم يكن ادعاها ، فلا تتبع ولا يقضي بها القاضي ، بل
بأخذ الدابة وحدها . نعم لا ضمان جهلا كها ، بل باستهلا كها ، كزوايد المصوب .
والسكول له حكم الاقرار . قال في الهداية : ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة ،
فإنها كاسمها مبينة ، فيظهر بها ملكه من الأصل : والولد كان متصلاً بها فيكون
له . اما الاقرار حجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار ، وقد
حصلت باثباته بعد الاتصال ، فلا يكون الولد له . ومقتضى هذا الفرق ان
الزوايد لا تتبع اذا كان الاستحقاق بافرار ذي اليد وان ادعاها المستحق كما في
الفتح ، فليتأمل اه ملخصاً من الدر وحاشيته رد المختار .

وذكر فيها : لو نقصت الارض المستحقه بزراعة المشتري وضمن نقصانها
للمستحق ، لا يرجع به على بائعه لأنه جزء . فله . وقال : وبه ظهر جواب حادثة
الفتوى فبين اشترى داراً فظهرت وقفاً وضمنه ناظر الوقف اجرتها ، فأجبت بأزه
لا يرجع بالاجرة على البايع ، خلافاً لما اتفق به بعض علماء مصر القاهرة في زماننا
مستدلاً بقولهم « الفرور في ضمن عقد المعاوضة يوجب الرجوع » ولا يخفى انه غير
صحيح ، لأنه انما يرجع بما يمكن تسليمه كما يأتي بيانه ، وبما ليس جزءاً لفعله كما
علمت اه .

اشترى شيئاً ولم يقبضه حتى ادعاه آخر انه له ، لا تسمع دعواه بدون حضور
البايع والمشتري للقضاء عليهما ، لان الملك للمشتري واليد للبائع والمدعي يدعيهما ،
فشرط للقضاء عليهما حضورهما . ولو قضى له بحضورهما ثم برهن احدهما على ان
المستحق باعه من البايع ثم هو باعه من المشتري ، قبل برهانه ولزم البيع ، لأن
القضاء بأن المستحق باعه بقرن القضاء الاول بأنه ملك المستحق ، ولا ينقضه . ولو
فسخ القاضي البيع بطلب المشتري ثم برهن البايع ان المستحق باعها منه ، يأخذها
وتبقى له ولا يعود البيع المنتقض . فأفاد ان قوله : « ولزم البيع » مقيد بما اذا لم يفسخ
القاضي البيع . كذا ملخصاً من الدر وحاشيته رد المختار عن الفتح .

ولو ادعى المشتري استحقاق البيع على بائعه ليرجع بثمنه ، فلا بد ان يفسر

الاستحقاق وبين سبيه . فلو بينه فأنكر بايعة البيع فبرهن عليه ، يقبل ورجع بثمنه .
وقيل يشترط حضرة المبيع لسماح البينة ، وقيل لا ، وبه انقضى ظهير الدين . بل لو
ذكر شية العبد وصفته وقدر ثمنه ، كفى .

شراء عالماً بأنه ليس لبايعة ثم استحق ، رجع بثمنه والمستحق عليه تخليف
المستحق بالله ما باعه ولا وهبه ولا تصدق به ولا خرج عن ملكه بوجه
من الوجوه .

ولو شري أرضاً فبني أو زرع أو غرس فاستحق ، رجع المشتري بثمنه على
بايعة ويسلم بناءه وزرعه وشجره اليه فيرجع بقيمتها مبنياً قائماً يوم سلمها اليه .
فلو بني المشتري بناء قيمته عشرة آلاف مثلاً وسكن فيها زماناً حتى خالق البناء
وتغير وانهدم بعضه ثم استحق ، رجع على بايعة بقيمة البناء يوم تسليمه ، ولا ينظر
الى ما كان انفق . وإنما يرجع بقيمة ما يمكن نقضه ونسليمه الى البايع ، حتى
لا يرجع بقيمته حص وطين . ولو كان البايع غائباً والمستحق أخذ المشتري بهدم
بنائه فقال المشتري عرتني بايعة ، وهو غائب ، قال ابو حنيفة : لا تلفت الى قول
المشتري فيؤمر بهدمه وتدفع الدار الى المستحق . فلو حضر البايع بعد هدمه
لا يرجع المشتري على البايع بقيمة البناء ، وإنما يرجع عليه لو كان البناء قائماً
فسلمه اليه فهدمه واخذ النقض . واما لو هدمه فلا شيء على البايع . وهذا خلاف
ما مر في شرح الاسجاني وفي جامع الصغرى . على البايع قيمة الشجر نابتاً في
الاستحقاق ، ولو استأجر أرضاً وغرس فضت المدة فعلى الموءجر قيمة الشجر مقلوعاً .
ولو بني داراً ثم شري أرضه فاستحق لا يرجع بقيمة بنائه . ولو شري داراً فحفر
فيها بئراً أو نقى بالوعة أو رم من الدار شيئاً ثم استحق ، لم يرجع بشيء منها ، وإذا الحكم
يوجب الرجوع بقيمة لا بنفقة . حتى لو كتب في الصك ، فما انفق المشتري فيه
أو رم فعلى البايع يفسد البيع . ولو حفر بئراً وطواها يرجع بقيمة الطي لا بقيمة
الحفر ، فلو شرط أفسد البيع .

شري داراً فبني فاستحق بجميع ما فيه من البناء يرجع بثمنه لا بقيمة بنائه ،
لما مر ان الاستحقاق اذا ورد على مالك المشتري لا يوجب الرجوع على البايع ، والبناء
ملك المشتري فلا يرجع به . ولأنه لما استحق الكل لا يقدر المشتري ان يسلم

البناء الى البايع ، وقد مر انه لا يرجع بقيمة بنائه ما لم يسلمه الى البايع . ولو عرف المشتري ان الدار لغير البايع ولم يدع البايع وكالة فبني فاستحق ، لم يكن مغروراً ولو لم يعلم انه يبيع بأمره . ولكن البايع قال انه امرني ببيعه فشره فبني ثم استحقه مالكة وانكر الامر بالبيع ، فالمشتري يرجع على بائعه بثمنه وبقيمة بنائه ، لتحقق الغرور . كما لو اشترى امة ممن يقول امرني مالكةا ببيعها فاولدها المشتري ثم انكر مالكةا الامر بالبيع ، فالولد حر بقيمته ، ويرجع المشتري بالثمن والقيمة على بائعه . والولد والبناء يجريان مجرى واحد في الغرور (الكل من الفصل السادس من جامع الفصولين ، وتامه فيه)

وفي الدر المختار عن المنية : شري وبني فيها فاستحقت ، رجع بالثمن وقيمة البناء مبنياً على البايع اذا سلم النقص اليه يوم تسليمه ، وان لم يعلم فبالثمن لا غير اه قال في حاشية رد المختار : ظاهره انه يرجع بعد ما كلفه المستحق الهدم فهدمه والبايع غايب ثم سلم نقضه الى البايع . وذكر في الخانية عن ظاهر الرواية انه لا يرجع عليه ، الا اذا سلمه البناء قائماً فهدمه البايع . ثم قال : والاول اقرب الى النظر . قلت : وعزاء في الذخيرة الى عامة الكتب اه وهذا مؤيد لما تقدم في جامع الفصولين عن شرح الاسييجاني ، فليتنبه .

قبض كل المبيع فاستحق بعضه ، بطل البيع في قدره ، اي قدر ذلك البعض . فان اورث استحقاق البعض الميب في الباقي او كان المستحق شيئين كشيء واحد ، كالسيف بالعمد والقوس بالوتر ، خير المشتري في الباقي ، وهو ظاهر . والا يورث عيباً في الباقي ولم يكن شيئين : كشيء واحد لزمه الباقي بحصته من الثمن . توضيحه ان البيع اذا بطل في قدر البعض المستحق ، ينظر : ان كان استحقاق ما استحق يورث العيب في الباقي ، كما اذا كان المقود عليه شيئاً واحداً مما في تبعيضه ضرراً ، كالدار والارض والكرم والمعد ونحوها ، فالمشتري بالخيار في الباقي : ان شاء رضي بحصته من الثمن ، وان شاء رد . وكذا اذا كان المقود عليه شيئين وفي الحكم كشيء واحد فاستحق احدهما ، فله الخيار في الباقي . وان كان استحقاق ما استحق لا يورث عيباً في الباقي ، كما اذا كان المقود عليه ثوبين او عبيدين فاستحق احدهما ، او صبرة حنطة او حملة وزني فاستحق بعضه ،

فانه لا ضرر في تبعضه ، فلزم الباقي المشتري بجمسته من الثمن ، وليس له الخيار (كذا في شرح الطحاوي)

ولو قبض بعض المبيع فاستحق المقبوض او غيره ، بطل البيع فيه ايضاً وخير المشتري في الباقي مطلقاً سواء اورث استحقاق البعض الميب فيه او لا ، لثفرق الصفة على المشتري . قبل التمام (كذا في الدرر)

وفيه ادعى حقاً مجهولاً في دار فصول على شيء كانه درهم مثلاً ، فاستحق بعضها ، اي بعض الدار ، لم يرجع صاحب الدار بشيء من البديل على المدعي ، لجواز ان يكون دعواه فيما بقي ، وان قل وان استحق كلها ، اي كل الدار ، رد كل العوض ، للعلم بأنه اخذ عوض ما لم يملكه ، فيرد . وان ادعاها ، اي الدار كلها ، فصول على شيء كناية ، فاستحق بعضها ، اي بعض الدار ، رجع بجمسته لأن الصلح على مائة وقع عن كل الدار ، فاذا استحق منها شيء تبين ان المدعي لا يملك ذلك القدر ، فيرد بحسابه من العوض اه والمراد بالبعض في قوله « فاستحق بعض الدار » في المسئلة الاولى قطعة معينة منها . يني عن ذلك قول الهداية « فاستحقت الدار الا ذراعاً » واستظهر الملامه بن عابدين انه لو كان الاستحقاق على سهم شائع كربع او نصف ، يكون الحكم كذلك . اي ان صاحب الدار لا يرجع على المدعي بشيء . قال : لأن المدعي لم يدع سماً منها ، لأن دعوى حق مجهول تشمل السهم والجزء . نعم لو ادعى سماً شائعاً يكون استحقاق الربع مثلاً وارداً على ربع ذلك السهم ايضاً ، فلمدعي عليه الرجوع بربع بدل الصلح اه فليتأمل . قال شراح الهداية ، ومثله في التنوير والبحر : واستفيد من جواب المسئلة المارة امهات : احدهما صحة الصلح عن مجهول على معلوم ، لأن جهالة الساقط لا يفضي الى المنازعة ، لأن المصالح عنه ساقط فهو مثل الابراء عن المجهول ، فانه جائز عندنا لما ذكره بخلاف عوض الصلح ، فانه لما كان مطلوب التسليم اشترط كونه معلوماً لثلاً يفضي الى المنازعة . والثاني عدم اشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح اه وفي الدرر : قيد كون الدعوى بمجهول ، لأنه لو ادعى قدراً معلوماً كربعها لم يرجع ما دام في يده ذلك المقدار . وان بقي اقل ، رجع بحساب ما استحق منه اه .

* فروع *

ولو شري داراً بعبء واخذت بالشفعة ثم استحق العبد ، بطلت الشفعة وبأخذ
البايع الدار من الشفيع لبطلان البيع (در مختار) اي ويرجع الشفيع بما دفع
من قيمة العبد على البايع (رد المختار ، وقامه فيه وفي حاشية الفصولين للغير
الزملي ، فليراجع) .

رجل اشترى شيئاً فاستحق من يده ورجع المشتري على البايع بالثمن ثم وصل
المبيع الى المشتري بوجه من الوجوه ، لا يؤمر بالتسليم الى البايع . ولو اشترى
شيئاً قد اقرانه ملك البايع ثم استحق عليه ورجع على البايع بالثمن ثم وصل اليه بوجه
من الوجوه ، فإنه يؤمر بتسليمه للبايع (خانية)

رجل اشترى امة وقبضها وتقد الثمن ثم استحقها رجل بالينة فأراد المشتري
ان يرجع على البايع بالثمن فقال له البايع قد علمت ان الشهود شهدوا يزور وان
الامة كانت لي ، وقال المشتري انا اشهد ان الامة كانت لك وانهم شهدوا يزور ،
لا يطل حق المشتري في الرجوع بالثمن ، الا ان الجارية لو وصلت اليه يوماً من
الدهر بوجه من الوجوه يؤمر بالرد على البايع (هندية عن الظهيرية)

رجل اشترى عبيدين بألف وقبضها ثم استحق من احدها بعينه نصفه فإن
العبد الآخر يكون لازماً للمشتري وله الخيار في الذي استحق نصفه في قول ابي
حنيفة وابي يوسف رحما الله تعالى .

رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى رجل آخر نصفه فقبض المشتري الثاني
ولم يقبض الأول ثم جاء رجل آخر واستحق من هذا العبد بمضه ، فما استحق يكون
من النصفين جميعاً . وان كان المشتري الأول قبض ولم يقبض الثاني فما استحق
يكون من الثاني ، وان قبضاه جميعاً فما استحق فهو منهما جميعاً .

رجل معه قفيزا حنطة في جوالق فباع من ذلك قفيزاً من رجل بدرهم ولم
يقبض المشتري حتى باع من آخر قفيزاً منه بدرهم ثم استحق احد القفيزين ، فإن
البيع الأول جائز والثاني باطل .

رجل في يده كرا ن فباع احدهما من رجل ولم يسلم حتى باع من آخر كراماً
ودفع اليه ثم باع الكرا الباقي من آخر ودفعه اليه ثم حضر المشتري الاول ووجد
المشتريين جميعاً ، فإنه يأخذ ما في يد المشتري الثالث لأن الباع بعد ما باع الاول
كان يملك بيع الكرا الثاني فجاز يعه لأنه باع ما يملك . واذا باع الكرا الآخر
من المشتري الثالث ، لم يميز يعه ، لأنه للمشتري الاول ، فأخذ ما كان في
يد الثالث . فإن حضر المشتري الاول ولم يجد المشتري الثالث ووجد المشتري
الثاني ، فإنه يأخذ من الثاني نصف ما في يده ، لأنه لما باع من الثاني كرا أصار الكرا ن
مشتري كين بين الاول والثاني جميعاً . وما في يد الثالث يكون بينهما نصفين . ولو ان
المشتري الاول وجد الثالث يأخذ جميع ما في يد الثالث . وكذا لو مكان الكرا ن عبده
فباع نصفه من رجل ولم يدفع حتى باع نصفه من رجل آخر ودفعه اليه ثم باع
نصفه من ثالث ودفع اليه .

رجل اشترى ارضاً بشر بها فاستحق الشرب قبل القبض ، قال محمد رحمه
الله تعالى يغير المشتري ان شاء اخذ الارض بجميع الثمن وان شاء ترك . وكذلك
المسيل . وان استحق الشرب بعد ما قبض المشتري الارض وحدث فيها بناء
او غرساً او ذرعاً ، فإن المشتري يرجع بنقصان الشرب والمسيل . جعل محمد رحمه الله
زماً لهذا اصلاً فقال كل شيء اذا بعته وحده لا يجوز يعه واذا بعته مع غيره
جاز ، فاذا استحق ذلك الشيء قبل القبض كان المشتري بالخيار ، ان شاء اخذ
الباقى بجميع الثمن وان شاء ترك . وكل شيء اذا بعته وحده يجوز يعه واذا
بعته مع غيره لا يجوز فاذا استحق كان له حصته من الثمن .

رجل له ضيعة اشتراها بمائة درهم فباع الرجل مع اخيه بعض هذه الضيعة
بضيعة اخرى ثم مات اخوه فادعى ورثة الاخ الضيعة المشتراة وما بقي من الضيعة
الاولى صح بعله ان صاحب الضيعة الاولى اشترى الضيعة الثانية مع مورثهم فكان
نصفها لمورثهم ، قالوا الضيعة المشتراة تكون بين الاخوين نصفين لأنها اشترى بها
الضيعة الثانية فكانت مشتركة بينهما جميعاً ويكون نصيب الميت ميراثاً لورثته
ويرجع الاخ الحي في تركة الميت بنصف قيمة ما باع من الضيعة الاولى لأن الاخ

الميت اشترى نصف المشتراة لنفسه وقضى الثمن بمال اخيه وصار الاخ الحي بمنزلة المقرض له ، ولا حق لورثة الميت فيما بقي من الضيعة الاولى ، لانه لم يوجد من صاحب الضيعة الاولى الا اشراك اخيه في شراء الضيعة الثانية ببعض الضيعة الاولى ، وهذا لا يكون تمليكاً منه لما بقي من الضيعة الاولى ولا اقراراً بملك الاخ في الضيعة الاولى (الكحل من فتاوى قاضيجان)

لو احال البايع رجلاً بالثمن على المشتري ثم استخفت الدار المبيعة ، فالمشتري يرجع بالثمن على البايع لاعلى الحال ، وان لم يظفر بالبايع . ولو كان البايع وكيلاً فالمشتري مطالبته بالثمن من ماله ، ولا ينتظر ان كان دفع الثمن اليه . وان كان دفعه للموكل ينتظر اخذه من الموكل (كذا في رد المحتار عن الذخيرة) وذكر مثله في الانقروبة عن مجموع النوازل عن شيخ الاسلام السندي . ثم قال : وفي الجامع ان المشتري بالخيار ، ان شاء رجع على القابض ، وان شاء رجع على الامر . ثم نقل ايضاً عن البرازية مثله حيث قال : فلو كان ادى الثمن الى المحتال ، فهو بالخيار ، ان شاء رجع على البايع المحيل وان شاء رجع على المحتال القابض . وان كان دفع الثمن الى الوكيل بالبيع ، رجع على الوكيل . وان كان دفعه الى موكله ، يرجع على الموكل . ومعناه انه اذا كان اعطاه الى الموكل بطالب الوكيل حتى يأخذ من الموكل ويؤديه اليه . فان كان اداه الى الوكيل بأخذه في الحال من الوكيل قبل ان يأخذه الوكيل من الموكل اه فليتأمل عند الفتوى ، ولينظر اي القولين هو الراجح .

شراه ولم يتقايضا حتى ادعاه احد المدعي مقر بالبيع فأحضر البايع والمشتري عند الحاكم ، ولا بينة له ، فاستحلفها الحاكم فحلف البايع ونكل المشتري ، بوخذ المشتري بثمنه ، فإذا اداه سلم المبيع للمدعي . ولو حلف المشتري ونكل البايع ، فلي البايع جميع قيمة المبيع للمدعي . الا ان يميز المستحق البيع ويرضى بثمنه (فصولين) ولو استحق العين من يد المستأجر او من يد المودع او الغاصب ، لا يرجع المالك على بايئه بالثمن ، لأنه لم يرد الاستحقاق على وجه خصم . فان كان المدعي ادعى فعلاً على ذي اليد بأن قال هذه الدابة ملكي غصبها مني ، يتصب خصماً ونسب عليه البينة وبكونه للآخر حق الرجوع على بايئه (انقروي عن

(البزازية والعمادية)

لو استحق من المودع او الفاضل فللمالك ان يدعي على المستحق ، اذ الفاضل والمودع لا يصلح خصماً ، فبطل القضاء .
اخذ داراً بشفعة فبني ثم استحق من الشفيع ، رجع الشفيع على المشتري بثمنه لا بقيمة بنائه ، لا أخذه برأيه .

ارض شرباه او وراثه فاقسمها فبني احد هما في نصيبه فاستحق نصيبه ، لا يرجع على شريكه بقيمة البناء . والاصل ان القسمة لو كانت مما يجبر عاينها الا في كقسمة جنس واحد ، فلا يثبت فيها حكم الفرور ، فلا رجوع عند الاستحقاق ، ولو حصلت بتراضيهما . ولو كانت مما لا يجبر كقسمة في جنسين ، فالفرور يثبت فيها .

ادعى المستحق على المشتري واخذه بلا حكم فقال المشتري لباعه المستحق اخذه مني بلا حكم فأدب ثمنه الي فدفع الباع ثمنه اليه ثم يرهن الباع على المستحق انه له مع غيبة المشتري ، صح ، لانفساخ البيع بينه وبين المشتري بتراضيهما ، فبقي على ملك الباع . ولم يصح الاستحقاق .

المستحق لو اخذ العين من يد المشتري بلا حكم فهلك فكيف يرجع المشتري على بايعه ثمنه ؟ فالوجه ان يدعي المشتري عليه انك قبضته مني بلا حكم وكان ملكي وقد هلك في يدك فأدب الي ثمنه ، فيرهن الآخر انه له ، فيرجع المشتري على بايعه ثمنه اه ومفهومه انه لو لم يهلك فللمشتري استرداده منه حتى يبرهن ، فيرجع المشتري على بايعه ان لم يبرهن المشتري اولاً بأنه للمستحق (كذا في رد المحتار)

وفيه انه اذا برهن المستحق بكون الحكم مستنداً على البينة لا على الاقرار كما تقدم ، فله الرجوع وان اقر اولاً ، فليتأمل . ولو استحق فأراد المشتري ان يرجع بثمنه فقال بايعه لي ، دفعه ولم يبين وجهه ، او بينه وقال بنتي غائبة عن البلدة ، او بين وفقاً فاسداً ، لا يلتفت اليه ويحكم عليه . ولو بين دفناً صحيحاً وقال بنتي حاضرة في البلدة ، فيجوز ان يجهل الى المجلس الثاني (جامع الفصولين)
وفي الاقروية : لو اشترى طاحونة وكانت في يده مدة ثم استحقها ، فليس

للمستحق ان يطالب المشتري بغلة الطاحونة ، لانه ليس من اجزاء المبيع ، بل من فعله وكسبه . بخلاف ثمرة الاشجار ، فان المستحق يضمها المشتري .
رجل اشترى عبداً او بقرةً فأنفق عليها ثم استحقها ، لا يرجع المشتري على البايع بما انفق .

اشترى ابلاً مهزبيل فعلقها حتى سمئت ، ثم استحقها ، لا يرجع على البايع بما انفق وبالمكلف (فنية)

اشترى بقرةً وسمتها ثم استحقها فإنه يرجع على بايعه بما زاد ، كما لو اشترى داراً وبني فيها ثم استحقها (قاعدية) اهاقول : ولا يخفى انه لا منافاة بين ما في القاعديه وبين ما في الفنية لان عدم الرجوع بما انفق لا ينافي الرجوع بما زاد في المبيع بفعل المشتري ، كما في البناء والفرس ، فإنه فيها ايضاً لا يرجع بما انفق ، وانما يرجع بقيمة البناء والفرس مبنياً ونابتاً ، كما تقدم . فإني رد المختار من اعتبار التناهي بين العبارتين وان ما في الفنية اظهر للفرق بين التسمين والبناء غير محذور وفيه ترك لأحد النصين بلا موجب ، فليتأمل

وفيها عن محيط السرخسي : قاض باع دار اليتيم ما يساوي الفاً بمائة فبني فيها المشتري ثم ادرك الصغير ، فإنه يرد المبيع ولا يرجع المشتري بقيمة البناء على احداه .

رجل اشترى كرمًا فقبضه وتصرف فيه ثلاث سنين ثم استحقه رجلٌ وبوهم واخذه بقضاء القاضي ثم طلب الغلة التي اطلبها المشتري ، ائق في الحامدية . وعزاه الى جامع الفناوي انه يوضع من الغلة مقدار ما انفق في عمارة الكرم من قطع الكرم واصلاح السواقي وبنيان الحيطان ومرمتها . وما فضل عن ذلك بأخذ المستحق من المشتري اه قال : وبمثلته ائق الشيخ خير الدين الرملي وابو السعود مفتي دار السلطنة ، ونقله الانقروفي في فتاواه . اقول : ووجه ان ما وضع من الغلة بمقابلة ما انفق المشتري لا يعد من غلة الكرم ، فليس من زوايده ، فلاحق للمستحق فيه لأنه انما حصل بفعل المشتري وعمله ، فهو نظير مسألة الطاحونة التي قدمنا نقلها عن الانقروبي من انه ليس للمستحق ان يطالب المشتري بغلتها لأنها ليست من اجزاء المبيع بل من فعل المشتري وكسبه اه نم ما زاد من الغلة على

ذلك هو غلة الكرم ، فيضمنها . وبهذا سقط استشكل العلامة بن عابدين في
حاشية رد المحتار من انه كان ينبغي ان لا يرجع المشتري بما انفقه على الكرم ،
لا على المستحق ولا على الباع ، لأنه مثل قيمة الجص والطين . وانه اذا ثبت
الرجوع فقد كان الاوفق الرجوع على الباع لأنه غير المشتري في ضمن عقد البيع ،
ولا صنع للمستحق في ذلك اهـ ملخصاً . - ووجه السقوط انه لا رجوع في هذه
المسئلة على احد بل هي نظير مسألة الطاحونة المارة ، فليتأمل .

وباقى فروع مسائل الاستحقاق تطلب من الخانية وجامع الفصولين والافتروية .
وذكر في رد المحتار آخر الاستحقاق ما نصه : « خاتمة » لم ار من ذكر ما اذا
ورد الاستحقاق بعد هلاك المبيع كوت الدابة مثلاً ، وهي واقعة الفتوى ، وقد اجبت
بأن المستحق لا بد له من اقامة البينة على قيمتها يوم الشراء ، فيضمن المشتري
القيمة ويرجع على بايعه بالثمن لا بما ضمن ، لان المشتري غاصب الغاصب وقد
صرحوا في الفص بأن المشتري من الغاصب اذا ضمن القيمة يرجع على بايعه بالثمن ،
لأن رد القيمة كرد العين اهـ .

✽ انتهى كتاب البيوع ✽

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الكتاب الثاني في الاجارات

ويشمل على مقدمة وثمانية ابواب

المقدمة

في الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالاجارة

لما فرغ من مباحث بيع العين شرع في مباحث بيع المنفعة فقال :

المادة ٤٠٤ = * الاجرة الكراء اي بدل المنفعة ، والايجار
المكارة ، والاستئجار الاكتراء *

نقل في رد المحتار عن الاساس « آجرني داره واستأجرتها وهو مؤجر
ولا نقل مؤجر فإنه خطأ وبيع » قال : وليس آجر هذا فاعل بل هو افعال اه
فليتأمل في قوله « والايجار المكارة »

المادة ٤٠٥ = * الاجارة في اللغة بمعنى الاجرة وقد استعملت
في معنى الايجار ايضاً *

قال الزبلي : وفي اللغة ، الاجارة فعالة اسم للاجرة ، وهي ما يعطى من

كراه الأجير . وقد آجره اذا أعطاه أجرته اه ونقل الرمي في حاشية البحر ، قال
الواحدى عن البرد : آجرت دارى ومملوكى (غير محدود ، ومحدوداً ، والاول
أكثر) اجاراً واجارة اه وعليه فاصطلاح الفقهاء باستعمال الاجارة موافق
لاستعمال اللغة ، والى هذا يشير قول المجلة « وقد استعملت في معنى
الايجار ايضاً »

❖ وفي اصطلاح الفقهاء بمعنى بيع المنفعة المعلومة في مقابلة
عوض معلوم ❖

ذكر في الدرر ان في هذا التعريف نظراً ، لانه ان كان تعريفاً للاجارة
الصحيحة لم يكن مانعاً ، لتناوله الفاسدة بالشرط الفاسد والشبوع الاصلى .
وان كان تعريفاً للاعم ، لم يكن تقييد النفع والعوض بالمعلومية صحيحاً ،
لعدم تناوله الاجارة الفاسدة بجهالة المنفعة او بجهالة العوض اه ومثله
في المح .

ورده في الشرنبلالية بأن المعرف انما هو الاجارة الشرعية ، وهي الصحيحة
التي عرفها ائمة المذهب بأنها عقد على منفعة معلومة بيد معلوم ، والفاسد ضد الشرعية ،
فلا يشملها تعريف الشرعية سواء فسدت بشرط مقارن او شبوع اصلى .
فادعاء شمول تعريف الشرعية للفاسدة غير مسلم . على ان تقييد كل من المنفعة
والبدل بكونه معلوماً يخرج به الاجارة الفاسدة بالشرط الفاسد والشبوع الاصلى ،
لان المراد بكونه معلوماً ان يرد عليه عقد الاجارة على وجه تنقطع به المنازعة ،
ولاشك انه بالشرط الفاسد والشبوع الاصلى لا تقطع النازعة اه ملخصاً . ثم
ان معلومية المنفعة تحصل ببيان المدة كالسكنى والزراعة مدة كذا ، وبيان
العمل كالصباغة والصبغ والخياطة ، بما يرفع الجهالة . فلا بد ان يعين الثوب
الذي يصبغ وكون الصبغ احمر او نحوه وقد ر الصبغ اذا كان يختلف . ويشترط
في استئجار الدابة للركوب بيان الوقت والموضع ، فلو خلا عنها فهي فاسدة ،
وبالاشارة كنقل هذا الطعام الى كذا اه ملخصاً من الدرر وحواشيه ، وسياً في تمام
توضيحه في الفصل الثالث من الباب الثاني .

ويشترط في المنفعة ان تكون مقصودة من العين في الشرع ونظر العقلاء . حتى لو استأجر ثياباً او اواني ليتجمل بها او دابة ليجنبها بين يديه او داراً لا يسكنها او عبداً او دراهم او غير ذلك لا يستعمله ، بل ليظن الناس انه له ، فالاجارة فاسدة في الكل ، ولا اجر له ، لأنها منفعة غير مقصودة من العين . كذا في الدر عن البرازية . وقوله « ولا اجر له » اي ولو استعملها فيها ذكره . وقولم ان الاجرة تجب في الفاسدة بالاتفاق ، محله فيها اذا كان النفع مقصوداً (ملخاوس)

المادة ٤٠٦ = * الاجارة اللازمة هي الاجارة الصحيحة العاربة
عن خيار العيب وخيار الشرط وخيار الروئية وليس لأحد الطرفين
فسخها بلا عذر *

وكذا نصير لازمة بعد سقوط احد الخيارات المذكورة ، كالورضي
لمستأجر بالعيب او ازاله البايع قبل فسخ المستأجر ، وكالو مضت مدة خيار
الشرط قبل الاجازة او الفسخ ، وكالو سقط خيار الروئية باستعمال المأجور
بعدها ، وسيأتي توضيح جميع ذلك في الباب الخامس .
وقول المجلة « وليس لأحد الطرفين فسخه بلا عذر » ، مقيد بما اذا لم تقع
الاجارة على استهلاك عين كالأستكتاب ، فلصاحب الورق فسخها بلا عذر .
واصله في المزارعة ، لرب البذر الفسخ دون العامل (اشباه)
وفي حاشيته لابي السعود عن البيري : والحاصل ان كل عقد لا يمكن معه
استيفاء المقود عليه الا بضرر بلحقه في نفسه او ماله ، ثبت له حق الفسخ . اقول :
ومن ذلك على ما يظهر ما لو استأجر معارياً لبناء خائط او عقد من حجر بكلس
المستأجر او نجاراً لينجر له بيتاً بمخشب المستأجر ، فان في ذلك ايضاً استهلاك عين
المستأجر ، فليتأمل ، وليراجع ما سنكتبه في شرح المادة ٤٤٣ .

المادة ٤٠٧ = * الاجارة المنجزة ايجار معتبر من وقت العقد *

لكن لا يلزم ، اي لا يملك الأجر فيها بمجرد العقد ، بل بتسليمه اي بتعجيله . حتى لا يملك الاسترداد او باسئراط التعجيل ، فله المطالبة بها وحبس المتأجر عليها وحبس العين المؤجرة عنه . وله حق الفسخ ان لم يجعل له المتأجر . كذا في الدر وحواشيه ، وسيأتي تمامه في الفصل الثاني من الباب الثالث .

المادة ٤٠٨ = * الاجارة المضافة ايجار معتبر من وقت معين مستقبل . مثلاً لو استؤجرت دارٌ بكذا تقوداً لكذا مدة اعتباراً من اول الشهر الفلاني الآتي تنقصد حال كونها اجارة مضافة *

يعني لتعقد لازمة على ما اختارته المجلة ، كما ستصرح به المادة (٤٤٠) غير ان الاجرة لا تملك فيها وان اشترط الماقدان تعجيلها ، فيكون الشرط باطلاً ولا يلزم المتأجر للحال شي . بالاجماع ، لأن امتناع وجوب الأجرة فيها بالتصریح بالاضافة الى المستقبل . والمضاف الى وقت لا يكون موجوداً قبله ، فلا يغير هذا المعنى بالشرط . بخلاف المنجزه ، لأن العقد فيها اقتضى المساواة وليس بمضاف صريحاً فيبطا ، ما اقتضاه بالتصریح بخلافه (رد المختار ملخصاً عن الزيلعي)

المادة ٤٠٩ - * الأجر هو الذي اعطي المأجور بالاجارة ويقال له ايضاً المكاري بضم الميم وموْجر بكسر الجيم *

المكاري اسم فاعل من كاريته من باب قاتل ، والفاعل مكارٍ على النقص ، والجمع مكارون ومكارين ، مثل قاضون وقاضين . ومكاريون بالتشديد خطأ . واكرته الدار وغيرها كراءً فاكتراه ، بمعنى آجرته فاستأجر . والفاعل من اكتراه مكترٍ ، ومن آكرته مكرٍ ، بالنقص ايضاً . وجمعها كجمع المنقوص (مصباح)

والآجر اسم فاعل من آجرَ من باب قتل ومن باب ضرب . والموْجر اسم فاعل من آجر بالمد ، من افعل لا من فاعل . يقال آجرت الدار والعبد ، باللغات الثلاث . قال الزمخشري وآجرت الدار على افعلت فأنا موْجر ، ولا يقال موْجر ، فهو خطأ . وهو يتعدى الى مفعولين فيقال اجرت زيدا الدار وآجرت الدار زيدا على القلب . ويقال اجرت الدار من زيد للتوكيد ، كما يقال بعث زيدا الدار . وبعث من زيد الدار . واما ما كان من فاعل كآجرته . وآجرة مثل عاملته معاملة وعاقده معاقدة ، فإنما يتعدى لمفعول واحد (افاده في المصباح ايضاً)

المادة ٤١٠ - * المستأجر بكسر الجيم هو الذي استأجر *

المادة ٤١١ - * المأجور هو الشيء الذي اعطي بالكرأ ويقال له الموْجر والمستأجر بفتح الجيم *

فلما جور اسم مفعول من اجر بالقصر من باب قتل او ضرب . والموْجر من

آجر ، بالد ، من افعل . والمستأجر من استأجرته . وأما مؤجر بالد وفتح الجيم ، فهو اسم مفعول من المؤجرة بمعنى المفاعلة ، فيصف بها احد العاقدين . يقال آجرته فأنا مؤجر ، بكسر الجيم ، وهو مؤجر ، بفتحها . وهذا فعله يتمدى الى مفعول واحد كما تقدم .

المادة ٤١٢ - * المستأجر فيه بفتح الجيم هو المال الذي سلمه المستأجر للأجير لاجل ايفاء العمل الذي التزمه بعقد الاجارة كالثياب التي اعطيت للخياط ان يخبطها والحمولة التي اعطيت للعمال لينقلها *

المادة ٤١٣ - * الأجير الذي آجر نفسه *

الاجير هنا بمعنى فاعل مثل نديم وجليس ، وجمه اجراء مثل شريف وشرفاء (مصباح)

المادة ٤١٤ - * اجر المثل هو الاجرة التي قدرتها اهل الخبرة الخالون عن الغرض *

المراد بأجر المثل اجر شخص مماثل له في ذلك العمل مثلاً . والاعتبار فيه لزمان الاستئجار ، كما في وقف الظهيرية ، ولما كان الاستئجار من جنس الدرهم او الدينار لا من جنس المسمى ان كان غيرهما . ولو اختلف اجر المثل بين الناس ، فالوسط (مططاوي عن القهستاني ، ومثله في رد المحتار)

وفي تنقيح الحامدية عن الحانوتي : اجرة مثل الارض تعلم من الطين المجاور
لما اذا كان مماثلاً ، ومما يأخذه الشربك في الارض بشرط المماثلة ، وان لا
يكون فيهم ذو شوكة (وتماه فيها من كتاب الاجارة ، فلتراجم)

المادة ٤١٥ = * الأجر المسمى هو الاجرة التي ذكرت وتعيّنت
وقت العقد *

المادة ٤١٦ = * الضمان هو اعطاء مثل الشيء ان كان من
المثليات وقيمه ان كان من القيمات *

ثم ان المثل المخلوط بخلاف جنسه ، كبر مخلوط بشمبر وشيرج مخلوط
بزيت ونحو ذلك ، قيمي (كذا في الدر المختار من كتاب النصب) فيكون
ضمانه بالقيمة .

المادة ٤١٧ = * المد للاستغلال هو الشيء الذي اعدّ وعيّن
على ان يعطى بالكراء كالخان والدار والحمام والد كان من العقارات
التي بنيت او اشتريت على ان تؤجر . وكذا كروسات الكرا
ودواب المكارين . وايجار الشيء ثلاث سنين على التوالي دليل على
كونه معداً للاستغلال والشيء الذي انشأه احد لنفسه بصير معداً
للاستغلال باعلامه الناس بكونه معداً للاستغلال *

حاصله ان ما اشتراه المالك او بناه لاجل استغلاله يكون معداً للاستغلال

بلا شرط . واما ما بناه او شراه لاجل ان يسكنها او يستعملها لنفسه ، فلا يكون معداً للاستغلال الا بأن يوجره ثلاث سنوات فأكثر ، او بأن يعلم الناس بكونه قد اعدّه للاستغلال .

وتقييده الاجارة بثلاث سنوات فأكثر انما هو في الدار ونحوها . واما في الارض فقد نقل الخطاوي عن النخيرة ما نصه « قالوا ان كانت الارض في قرية اعتاد اهلها زراعة ارض الغير و كان صاحبها لا يزرع بنفسه بل يدفعها مزارعة ، فذلك على المزارعة ولصاحب الارض ان يطالب المزارع بحصته على ما تعارفه اهل القرية من النصف او الربع او ما اشبه ذلك . هكذا ذكر في فتاوي النسفي اه »

المادة ٤١٨ - * المسترضع هو الذي التزم ظنّاً بالاجرة * *

المادة ٤١٩ - * المهايأة عبارة عن تقسيم المنافع كاعطاء القرار على انتفاع احد الشريكين سنة والاخر اخرى مناوبة في الدار المشتركة مناصفة مثلاً * *

قال في التارخانية « المهايأة ، مهموزاً وبلا همزة ، هي احد نوعي القسمة ، لان القسمة نوعان : قسمة اعيان و قسمة منافع . فالاول جمع النصيب الشائع من الاعيان ، والثاني جمعه من المنافع » وفي شرح المتنق للدماماد « والمهايأة شرعاً قسمة المنافع ، والقياس ان لا تجوز لأنها مبادلة المنفعة بجنسها . لكنها جازت استحساناً بالاجماع »

وكان تكون المهايأة بين الشريكين في شيء تكون بين المستأجرين او بين مستأجر ومالك ، كما يعلم من الهندية وغيرها .

= الباب الاول - في بيان الضوابط العمومية

الضوابط جمع ضابطة وهي ما يجمع فروعاً كثيرة من باب واحد ، كما
في الأشباه .

المادة ٤٢٠ - المقنن عليه في الاجارة هي المنفعة *

اي ملكاً واستحقاقاً ، لا انعقاداً . وتوضيح ذلك ان العقد لا بد له من محل
ينقذ فيه لأنه شرط للصحة ، لقول الفقهاء « المحال شروط » ومحل العقد هنا
المنافع ، وهي معدومة ، والمعدوم لا يصلح محلاً . ولهذا لو اضاف العقد اليها ، لا
يجوز ، بأن قال اجرتك منافع هذه الدار شهراً بكذا . وانما يصح باضافته الى
المعين ، فجعلت الدار مثلاً محلاً بإقامتها مقام المنافع ، اقامة للسبب مقام المسبب
نصيحةً للعقد حتى يربط الكلامان ، وهما الايجاب والقبول ، احدهما بالآخر
على وجه يكونان علةً صالحة في افادة الحكم ، وهو ملك المنافع التي ستوجد . فقد
اتضح ان المقنن عليه في الاجارة هي المنفعة من حيث انها هي التي تملك وتستحق ،
واما المقنن عليه من جهة الانعقاد اي ارتباط الايجاب والقبول ، فهو المحل الذي
تكون فيه المنفعة . كالدار مثلاً . فإن قيل حيث تحقق الانعقاد ، اي ارتباط
الايجاب بالقبول باقامة المحل مقام المنفعة ، فما معنى قولم ان الاجارة تنقذ ساعة
فساعة بعد ذلك ، على حسب حدوث المنافع ؟ قلنا المراد من انعقاد الاجارة ساعة
فساعة في كلامهم هو محل العلة التي هي العقد ونفاذها في المحل الحقيقي ، وهو المنفعة ،
ساعة فساعة ، لا ارتباط الايجاب بالقبول كل ساعة . يعني انه باقامة المحل

مقام المنفعة ثم الانقضاء وارتبط الايجاب بالقبول كل ساعة يعني انه باقامة المحل مقام
المنفعة ثم الانقضاء وارتبط الايجاب بالقبول وفرغ منه . وانما الحكم وهو ملك المنفعة
تأخر عن زمان انقضاء العلة الى حدوث المنافع ساعة فساعة ، لأن الحكم قابل
للتراخي ، كما في البيع بشرط الخيار اه . لمخصاً من الزيلعي والفتح والبحر .
وكون الاجارة اذا اضافها الى المنفعة لا تجوز ، كما اذا قال اجرتك منافع هذه
الدار شهراً بكذا ، هو احد قولين ، كما في البرازية . واقنصر الزيلعي وصاحب
الفتح على عدم الجواز ، ومضى في التنوير وشرحه الدر المختار على جواز الاجارة .
لكن في الثرنبلالية عن البرهان ما يفيد ترجيح الاول .

المادة ٤٢١ * الاجارة باعتبار المقود عليه على نوعين النوع

الاول عقد الاجارة الوارد على منافع الاعيان ويقال للشيء المؤجر
عين المأجور وعين المستأجر ايضاً . وهذا النوع ينقسم الى ثلاثة اقسام
الاول اجارة العقار كاجار الدور والاراضي الثاني اجارة العروض
كاجار الملابس والاواني الثالث اجارة الدواب . النوع الثاني عقد
الاجارة الوارد على العمل وهنا يقال للمأجور اجير كاستئجار الخدمة
والعملة واستئجار ارباب الحرف والصنایع هو من هذا القبيل حيث
ان اعطاء السلعة للخياط مثلاً ليخيطها ثوباً يصير اجارة على العمل
كما ان استخياط الثوب على ان السلعة من عند الخياط
استصناع *

اي بيع استصناعاً ، وهو صحيح ان جرى فيه التعامل بين الناس ، والا فإن
ضربت له مدة السلم كان سلباً فيشترط له شروط السلم ، والا فاستصناع فاسد ،

كما تقدم تحقيقه في الفصل الرابع من الباب السابع من كتاب البيوع .
ثم ان عقد الاجارة انما يكون وارداً على العمل في النوع الثاني اذا كان
الاجير مشتركاً ، لأن منافعه لم تصر مستحقة لواحد لأن العقود عليه في حقه
هو العمل ، فكان له ان يقبل من العامة . اما اذا كان الاجير خاصاً فقد الاجارة
واردت على منفعة ، فيكون من النوع الأول ، لان منافعه في المدة صارت مستحقة
للمستأجر ، فلا يمكنه ان يعمل لغيره ، والاجير مقابل بالمنافع ، ولهذا يبيى الأجر
مستحقاً وان تقضى العمل اجنبياً ، بخلاف الاجير المشترك (افاده في رد المختار
عن الزبلي)

المادة ٤٢٢ - * الاجير على قسمين القسم الأول هو الاجير
الخاص الذي استؤجر على ان يعمل للمستأجر فقط كالخادم
والموظف *

نخرج بقوله « فقط » نحو الخياط اذا عمل لواحد ولم يذكر مدة .
وخرج نحو الراعي اذا استأجره رجل لرعي غنمه مدة معلومة من غير ان يشترط
عليه عدم العمل لغيره ، لأن كلاهما لم يستأجر على ان يعمل للمستأجر فقط ،
فلا حاجة لاجراهما بقيد آخر ، فافهم .
وكما يسمى القسم الأول اجيراً خاصاً ، يسمى اجير وحيداً ، كما في
عامة المعتبرات .

* والقسم الثاني هو الاجير المشترك الذي ليس بمقيد بشرط
ان لا يعمل لغير المستأجر كالحمال والدلال والخياط والساعاتي
والصايغ واصحاب كروسات الكراء واصحاب الزوارق الذين
يسكارون في الشوارع والمواني . فان كلا من هؤلاء اجير مشترك

لا يختص بشخص واحد وله ان يعمل لكل احد . لكنه لو استؤجر احد هو لاء على ان يعمل للمستأجر الى وقت معين يكون اجيراً خاصاً في مدة ذلك الوقت . وكذلك لو استؤجر حمال او ذو كروسة او ذو ذورق الى محل معين بشرط ان يكون مخصوصاً بالمستأجر وان لا يعمل لغيره فانه اجير خاص الى ان يصل الى ذلك المحل *

لصدق تعريف الاجير الخاص عليه ، وهو انه استؤجر على ان يعمل للمستأجر فقط ، لأنه اذا استأجره الى وقت معين والى محل معين بشرط ان يكون مخصوصاً به وان لا يعمل لغيره ، صارت منافع الاجير مستحقة للمستأجر فقط في ذلك الوقت ، او حتى يبلغ ذلك المحل ، فينتج ان يستحق غيره شيئاً منها . ولهذا لو عمل لغير المستأجر يسقط من أجرته بقدر ما عمل ، كما في الدر المختار . والحاصل ان الاجير المشترك من لا يجب عليه ان يختص ، واحد ، عمل لغيره او لم يعمل ، ولا يشترط ان يكون عاملاً لغير واحد ، بل اذا عمل لواحد ايضاً فهو مشترك اذا كان بحيث لا يمتنع ولا يتعذر عليه ان يعمل لغيره (كذا في التبيين للزيلعي) ثم قال : والاوجه ان يقال : الاجير المشترك من يكون عقده وارداً على عمل معلوم ببيان محله ، والاجير الخاص من يكون العقد وارداً على منفعه ، ولا تصير منافعة معلومة الا بذكر المدة او بذكر المسافة اه وتماثل فيه ، فليراجع .

وفي الهندية عن الذخيرة : والاجارة على العمل اذا كان معلوماً صحيحة بدون بيان المدة ، والاجارة على المدة لا تصح الا ببيان نوع العمل . واذا جمع بين العمل وبين المدة وذكر العمل اولاً نحو ان يستأجر راعياً مثلاً ليرعى له غنماً مسماة بدرم شهراً ، يعتبر هو اجيراً مشتركاً ، الا اذا صرح في آخر كلامه بما هو حكم اجير الواحد ، اي الخاص ، بأن قال على ان لا ترعى غنم غيري مع غنمي . واذا ذكر المدة اولاً نحو ان يستأجر راعياً شهراً ليرعى له غنماً مسماة بدرم ، يعتبر هو اجير وحيد ، اي خاص ، بأول الكلام الا اذا نص في آخر كلامه بما هو حكم الاجير المشترك ، ويقول وترعى غنم غيري مع غنمي اه وكذا الحكم فيمن هو

بمعنى الراعي (فصولين)

المادة ٤٢٣ = * كما جاز ان يكون مستأجر الاجير الخاص شخصاً واحداً كذلك يجوز ان يكون الاثنان المتعددة الذين هم في حكم شخص واحد مستأجري اجير خاص بناء عليه لو استأجر اهل قرية راعياً على ان يكون مخصوصاً بهم بعقد واحد يكون الراعي اجيراً خاصاً . ولكن لو جوزوا ان يرعى دواب غيرهم كان حينئذ ذلك الراعي اجيراً مشتركاً *

غير ان الاجير الخاص اذا كان اجيراً لا أكثر من واحد له حكم الاجير المشترك في مسألة ذكرها في جامع الفصولين ، فقال : لو ساق البقر فتناطحت قتل بعضها بعضاً في سوقه او استعملها في السوق ففرت بقرة منها فانكسرت ، او ساقها في الماء لتشرب ففرقت ، ضمن مشتركاً لا خاصاً حينئذ . وكذا بضمن لو كانت البقر لقوم شتى وهو اجير وحدهم ، ضمن ما تلف من سياقه اذ ساق دابة وطئت ، والسائق بضمن . لو حدثت هذه العوارض من سوقه تضمين لو مشتركاً على كل حال ، اذ هذه جناية من يده . ولو خاصاً ، فلو كانت الاغنام لواحد لم بضمن ، ولو كان لاثنتين او ثلاثة ، ضمن . وصورته ان يستأجر رجلان او ثلاثة راعياً شهراً ليرعى غنمهم . وقد فرق في الاجير الخاص بين ان يكون لواحد وبين ان يكون لغير واحد يحفظ هذا جداً ام (من الفصل الثالث والثلاثين) ووجه الفرق دقيق ، ذكره الرملي في حاشيته عليه ، فليراجع

وذكر في جامع الفصولين ايضاً ان الحارس لو استرجر لحفظ خاف او حوائت ، اجير خاص ايضاً ، على الصحيح المعنى به . الا ترى انه لو اراد ان يشغل نفسه في صنع آخر لم يكن له ذلك ام .

المادة ٤٢٤ - * الاجير المشترك لا يستحق الاجرة الا بالعمل *

لأن المقود عليه في الاجير المشترك هو العمل او اثره ، فلا يستحق الاجرة الا اذا عمل ، لأن الاجارة عقد معاوضة ، فيقتضى المساواة بينهما . ثم اذا عمل البعض ولم يفرغ من جميع العمل ، كما اذا خاط بعض الثوب ، ان لم يعلم الثوب المستاجر لا يستحق شيئاً من الاجرة اتفاقاً ، وان سلم حقيقة بأن دفعه اليه او حكماً بأن خاط بعضه في منزل المستاجر ، جزم في الهداية والتجريد بأنه لا يستحق شيئاً منها ايضاً ، لان العمل في البعض غير منتفع به . والذي عليه الاكثرون كما هو في المبسوط والفوائد الظهيرية والخيرة ومبسوط شيخ الاسلام وشرح الجامع للفخر الاسلام وقاضي خان والتمرناشي انه يجب الاجر بحمايه ، لكن بشرط التسليم للمستاجر حقيقة او حكماً ، لان كل جزء من العمل يعتبر مسلماً لصاحب الثوب بالفراغ منه ، فيصير كل جزء من الثوب بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة قد فرغ من عمله فيستوجب اجرة ، كما في كل ثوب (اه لمخصاً من البحر والزبلي رد المحتار ، والتعليل من النهاية)

ثم اذا فرغ من جميع العمل هل يستحق الاجرة بمجرد فراغه منه ام لا بد من التسليم ان لم يكن له عمل لثمر ، كعمل الحمال والملاح ، فكما فرغ وجب الاجر بلا تردد . وان كان له اثر كالخياطة والصباغة ، فلم يذكره صريحاً . قال الساجاني : وفيه اشكال ، لأن قول صاحب التنوير كغيره « وللموخر طلب الاجر للخياطة اذا فرغ وسلمه » مفهومه انه انما يستحق المطالبة بعد التسليم . ثم قوله كغيره « ومن كان لعمله اثر في العين كالصباغ والقصار حسبها لاخذ الاجر » صريح بخلافه ، لأنه اذا حبس فلا تسليم . ثم قال : ويمكن دفع الاشكال بأن قولهم الا « له الطلب اذا فرغ وسلم » مفهومه معطل بمنطوق قولهم بعد ذلك : « ومن كان لعمله اثر في العين الخ » اه قال في رد المحتار بعد نقله : لكن يرد عليه انه حينئذ لا فائدة لذكر التسليم فيما ذكره اولاً ، وقد قالوا لا يجب الاجر

الا بالتسليم ، فلو هلك في يده سقط لأنه لم يسلم المقود عليه ، وهو اثر العمل ، بخلاف ما لا اثر له فإن الأجر يجب كما فرغ . ولا يمكن حمله على الحبس بعد التسليم بمعنى ان له الاسترداد ، لقوله الآتي « فان حبس فضاع فلا اجر » مع ان التسليم وجب الأجر . على انه بعد التسليم الحكمي كعمله في بيت المستأجر ليس له الحبس ، كما سيذكر ، فكيف بعد الحقيقي . والظاهر ان فائدته ، اي فائدة الحبس ، عدم الضمان فقط ، اذ لو لم يكن له الحبس لضمن بالضياح بعده ، فليتأمل اه يعني فلا يستفاد من ثبوت حق الحبس استحقاق الاجرة وثبوت حق طلبها . اقول : ويظهر لي ان ما قاله الساجاني هو المنصور . وفائدة ذكر التسليم في قولم « له طلب الاجرة اذا فرغ وسلم ، تقرير الاجرة بحيث لا تسقط اذا هلك المستأجر فيه ، بدليل ان صاحب الدر قد فرغ عليه بقوله « فهلا كه قبل تسليمه يسقط الاجر » ولو لم يكن مفهوم التسليم معطلاً بالنسبة الى ثبوت طلب الاجرة ، لكان حق التفريع ان يقول « فليس له طلب الاجرة قبل ان يفرغ من العمل او فرغ ولم يسلم » وايضاً لا يعقل ان يكون له حق حبس المستأجر فيه لقبض شيء لم يستحقه بعد وليس له حق طلبه .

والحاصل ان استحقاق الاجرة وحق طلبها من المستأجر شيء ، وتقرر ما في ذمة المستأجر بحيث لا يسقط بهلاك المستأجر فيه ، شيء آخر ، فاستحقاق الاجرة وحق طلبها من المستأجر يثبت للاجير بمجرد الفراغ من العمل ، كما هو صريح قولم انه يثبت للاجير حق حبس المستأجر فيه . وتقرر ما بحيث لا تسقط بهلاك المستأجر فيه ، لا يثبت الا بالتسليم وعليه محمل قولم « لا يجب الاجر الا بالتسليم » يعني لا يقرر الاجر الا بالتسليم وهذا نظير البيع ، فإن الاجارة بيع المنافع كما تقدم . وقد قالوا فيه انه بمجرد عقد البيع واحضار المبيع يستحق البايع قبض الثمن وله المطالبة به وحق حبس المبيع لاجل قبضه ، لكن لا يقرر الثمن الا بتسليم المبيع ، حتى لو هلك المبيع قبل التسليم ، يسقط الثمن . ويشهد لما قلنا اطلاق هذه المادة كغيرها من متون المذهب كالمداية والتنوير والدرر والملتقى وغيرها ، استحقاق الاجرة بالعمل ، ولم يقل احد منهم به وبالتسليم .

بقي ان يقال ما الفرق بينا اذا عمل الاجير بعض العمل ، حيث تقدم انه يشترط لاستحقاق اجرة ما عمله ، على ما عليه الاكثر ، التسليم حقيقة او حكماً ، وبينما اذا فرغ من جميع العمل حيث لا يشترط لاستحقاق الاجرة التسليم . ويمكن ان يشام برق الفرق من خلال ما ذكرناه اتفا من تعليل تلك المسئلة بقولنا نقلاً عن النهاية « لان كل جزء من العمل الخ ، فتأمله متديراً . وبما ذكرنا من التوفيق يرتقم التناقض واللوم عن عبارات القوم .

وهذا كله اذا لم يشترط تعجيل كل الاجرة او تأجيلها لوقت معين ، والا فكمما شرطاً ، كما في عامة المعتبرات وسيأتي في الفصل الثاني من الباب الثالث . وسيأتي ايضاً في شرح المادة (٤٨٢) بيان العمل الذي له ثمر والعمل الذي ليس له اثر . ثم بعد كتابتي لهذا المحل رأيت في اواخر باب الاجر متى يستحق بمن الفتح ، ما نصه : لا شك ان استيجاب الاجر يتحقق بالفراغ ، ولهذا لو حبس الخياط او الصباغ الثوب بعد الفراغ من العمل ، وقال لا اعطيك حتى تعطيني الاجر ، فله ذلك عند ائمتنا الثلاثة . كان للبايع ان يحبس المبيع لقبض الثمن صرح بذلك في الدخيرة وعامة المعتبرات ، وسيأتي في الكتاب . الا انه لو هلك المتاع قبل تسليم الخياط او الصباغ اياه الى صاحبه ولو بعد الفراغ من العمل سقط الاجر . كما انه لو هلك المبيع قبل تسليم البايع اياه الى المشتري ، سقط الثمن ، فكان ابتداء تحقق استيجاب الاجر في استئجار نحو القصار والخياط بالفراغ من العمل وان كان بقاءه وتقريره بتسليم المتاع الى صاحبه ، كما ان ابتداء تحقق استحقاق الثمن في المبيع بتمام العقد وان كان بقاءه وتقريره بتسليم المبيع الى المشتري . والكلام هاهنا في ابتداء تحقق استيجاب الاجر ، ولهذا قال في الكتاب : وليس للقصار والخياط ان يطالب بأجرة حتى يفرغ من العمل ، ولم يقل حتى يسلم المتاع الى صاحبه اه وهذا نص صريح فيما قلناه تفقها والله الحمد ، فانتم هذا التحرير ، فإنه من فتح التقدير . وقد اتضح لك خطأ الشارح سليم باز هنا حيث قال في شرح هذه المادة . واذا كان لعمله ، اي الاجير المشترك ، اثر كالخياط ونحوه فلا يستحق الاجرة ولو فرغ من العمل حتى يسلم المعقود عليه الى المستأجر حقيقة او حكماً اه ، فإنه مخالف لما انما موافقاً للمقول عن الفتح ، كما سمعت . والعجب من هذا الشارح فإنه عزي ما

ذكره الى رد المختار كأنه نص صريح مذكور فيه ، مع انه استظهار من موافقه غير معقول كما علمت . ولهذا امر بالتأمل فيه . وله مثل ذلك كثيراً في شرحه ، فليتنبه له . ولا ينبغي ان يركن الى ما ينقله عن كتب المذهب ، بل يجب مراجعة الأصل المنقول عنه لأنه كثيراً ما يتصرف بعبارات الكتب المنقول عنها تصرفاً مخالفاً .

المادة ٤٢٥ - * الاجير الخاص يستحق الاجرة اذ كان في مدة الاجارة حاضراً للعمل ولا يشترط عمله بالفعل . لكن ليس له ان يمتنع عن العمل واذا امتنع لا يستحق الاجرة *

ولو كان الامتناع حكماً . قال في الدر المنتقى : فلو امتنع ولو حكماً ، كعطر ومرض ، فلا اجراه وفي شرح المنتقى للداماد ، عن الذخيرة : ولو استأجره يوماً بهمل في الصحراء فطمرت السماء بعدما خرج الاجير الى الصحراء ، لا اجر له ، لان تسليم النفس في ذلك العمل لم يوجد ، لمكان العذر ، وبه كان يفتي المرغيناني كما في الشمني .

وفي التنوير وشرحه الدر : وان هلك في المدة نصف الغنم او اكثر من نصفه ، فله الاجرة كاملة ما دام يرعى منها شيئاً ، لما مر ان المقود عليه تسليم نفسه (جوهره) وظاهر التعليل بقاء الاجرة لو هلك كلها ، وبه صرح في العمادية اه قال في حاشية رد المختار : قوله « وظاهر التعليل الخ » اي فقوله في الجوهره « ما دام يرعى منها شيئاً » لا مفهوم له . ورأيت بخط بعض الفضلاء ان مراد الجوهره تحقيق تسليم نفسه بذلك ، لا شرط استحقاق الاجر ، كما فهم المصنف والتون ، والتعليل يفيد اه وهو حسن اه .

وعبارة الفصول العمادية من الفصل الثاني والثلاثين هكذا . ثم الراعي اذا كان اجير وحده فمات من الاغنام واحدة حتى لا يضمن ، لا ينقص من الاجر

بجسائها ، لان الغنم لو ماتت كلما لا ينقص من الاجر شي . اه اقول : ويظهر لي ان مفهوم عبارة الجوهره غير معطل ، والتعطيل بان المعقود عليه تسليم نفسه لا ينافيه ، لانه بموت الغنم كلها لم يوجد تسليم النفس في ذلك العمل ، لمكان العذر كما تقدم نقله عن الذخيرة ، بل عذر فقد محل العمل اقوي من عذر المطر او المطر ، ولما تقدم ايضا عن الدر المتقى من ان عذر المطر والمرض بعد امتناعا عن العمل حكما ، وهذا اولي بذلك .

ثم ان قول بعض الفضلاء ان مراد الجوهره بتحقيق تسليم نفسه بذلك ، يشير الى ما قلنا يعني ان بموت كل الغنم لا يتحقق تسليم نفسه في ذلك العمل ، لنقد محله . واما ما ذكره في العمادية ، فالظاهر ان المراد من الاجر في قوله « لو ماتت كلها لا ينقص من الاجر شي » ، اجر المدة التي هلك فيها الغنم ، حتى بقيت واحدة ، لانه يجب ذلك مع اجرة ما بقي من المدة بعد هلاك الكل ، فان تسليم النفس لم يتحقق حيث هلك محل العمل - الا ترى انه لو استأجره شهرا ليعمل له في ارضه فعمل عشرين يوما ثم مرض وامطرت السماء العشرة الباقية من الشهر فانه يسلمه اجرة العشرين يوما بجسائها ، ولا يلزمه شي من اجرة العشرة الباقية ، لعدم تسليم النفس فيها ، لمكان العذر ، كما تقدم التصريح به ؟ وسيأتي في المادة (٥٨) ما هو صريح فيه ايضا ، فليراجع . وبهذه تعلم ان قول المتون « ويجب الاجر بتسليم نفسه وان لم يعمل » لا ينافي ما في الجوهره ، اذ بهلاك الكل لم يوجد تسليم النفس . وقد ذكر في شرح المتقى للداماد ان وجوب الاجرة عند عدم العمل مقيد اجماعا بما اذا تمكن الاجير من العمل ، ومعلوم ان بهلاك الكل لم يتمكن من العمل ، وبهذا ايضا يحصل التوفيق بين عبارتي الجوهره والعمادية ، والله الموفق ، فليتدبر ذلك .

* فرع *

اراد رب الغنم ان يزيد فيها ما يطبق الراعي ، له ذلك لو خاصا ، لانه في حق الرعي بمنزلة العبد . وله ان يكلف عبده من الرعي ما يطبق (رد المحتار عن التارخانية) .

﴿ فرع آخر ﴾

رجل استأجر عبداً من رجل كل شهر بدرهم مثلاً فرض العبد ولم يقدر على مثل ما كان يعمل ، الا انه قد يعمل عملاً دون العمل الذي كان يعمل في الصحة ، فله ان ينقض الاجارة . وان لم ينقضها حتى مضي الشهر ، لزمه الاجر . وان مرض مرضاً لا يقدر على شيء من العمل ، فلا اجر عليه (كذا في الهندية عن النخيرة) .

المادة ٤٢٦ = ﴿ من استحق منفعة معينة بنقد الاجارة له ان يستوفي عينها او مثاها او ما دونها ولكن ليس له ان يستوفي ما فوقها . مثلاً لو استأجر الحداد حانوتاً على ان يعمل فيه صنعة الحدادة كان له ان يعمل فيه صنعة مساوية في المصرة لصنعة الحداد . ولكن ليس لمن استأجر حانوتاً للعطارة ان يعمل فيه صنعة الحدادة ﴾

ومنه تحميل وزن البر قطناً لا شعيراً في الاصح (در مختار) يعني لو عين قدرأ من الحنطة فحمل مثل وزنه شعيراً ، جاز ، فلا يضمن لو عطبت استخساناً ، وهو الاصح ، لأن ضرر الشعير في حق الدابة عند استوائها وزناً اخف من ضرر الحنطة ، لأنه يأخذ من ظهر الدابة اكثر مما تأخذه الحنطة فيكون اخف عليها بالانبساط ، بخلاف ما اذا حمل مثل وزن الحنطة قطناً لأنه يأخذ من ظهرها اكثر من الحنطة ، وفيه حرارة ، فكان اضر عليها من الحنطة ، فصار كما اذا حمل عليها قطناً او حطباً . وكذا لو حمل مثل وزنها حديداً او ملحاً ، لأنه يجتمع في مكان واحد من ظهرها فيضرها . فخاصه متى كان ضرر احدهما فوق ضرر الآخر من وجه ، لا يجوز وان كان اخف ضرراً من وجه آخر . كذا افاده الزيلعي

(رد المحتار)

ودخل في قوله « من استحق منفعة معينة » زراعة الارض ، اذا عين نوعاً
للزراعة له ان يزرع مثله او اخف ، لا اضر ، كما في البحر . ودخل في قوله « او
مثلاً » ما لو حمل كرو لغيره بدل كرو . كما في البحر .
واما ما يترتب على المخالفة من الضمان ، فسيأتي بيانه مفصلاً في المادة (٥٤٥)
وما بعدها ، الى المادة (٥٥٧) وبجمل في الفصل الثاني من الباب الثامن .

المادة ٤٢٧ = * كل ما يختلف باختلاف المستعملين يعتبر
فيه التقييد . مثلاً لو استكرى احد لركوبه دابة ليس له ان
يزكها غيره *

وكذا لو استأجر ثوباً للبس وقدر الطبخ وارضاً للزراعة ، وقد عين اللابس
وما يطبخ في القدر وما يزرع في الارض ، فليس له ان يخالف فلو خالف . فعطبت
الدابة مثلاً ، ضمن قيمتها . لان الناس يتفاوتون في العلم بالركوب واللبس ، فرب
خفيف يكون ركوبه اضر على الدابة لجهله ، ورب ثقيل لا يضر ركوبه بالدابة
لعلمه (ط . عن الالقاني)

ومنى خالف المستأجر فلا اجر عليه سواء هلكت الدابة وما اشبهها او سلمت .
اما اذا عطبت فلا ن الضمان مع الاجر ممنوع ، واما اذا سلمت فلا نة بالمخالفة صار
غاصباً ، ومنافع الفصب غير مضمونة ، الا فيما استثنى . وهذا بخلاف حانوت افعد
فيه حداً ، مثلاً ، حيث يجب الاجر اذا سلم ، لانه لما سلم علم انه لم يخالف وانه مما
لا يوهن بالفعل ، وان كان مما من شأنه ان يوهن (كذا في الدرر حواشيه)
وقوله « الا فيما استثنى » اي وهو مال الوقف ومال البيشم والمعد للاستغلال .
فاستفيد انه لو كانت الدابة مثلاً معدة للاستغلال ، كدابة المكاري ، يلزم
المستأجر اجرها لو سلمت لا لو عطبت ، لما علمت من امتناع الاجر مع الضمان .

وهذا كله اذا قيده . فإن لم يقيد ، فاما ان يعم بأن يقول على ان تركبها وتركب من شئت او تلبسه وتلبس من شئت ، فتصح الاجارة . وله ان يركب بنفسه وان يركبها من شاء ، لكن يعمين اول راكب واول لابس فليس له ان يركب آخر معه . وان لم يعم بأن اطلق وقال للراكب واللبس ولم يزد ، تفسد الاجارة . وكذا لو استأجرها للحمل ولم يذكر ما يحمل ، كما في البزازية . والفرق انه في التصميم رضي المالك بالتقدر الذي يحصل في ضمن الركوب ، فعار العقود عليه معلوما . وفي الاطلاق صار الركوبان مثلا من شخصين كالجنسين ، فيكون العقود عليه مجهولا فيفسد العقد . لكن يتقلب العقد صحيحا يركوبها سواها ركبها او اركبها . ويجب المسمى استحيانا لزوال الجهالة بحمل التمييز انتهاء كالتعيين ابتداء . ولا ضمان بالملاك لعدم المخالفة (زيلعي ملخصا) وسبأني التصريح بجميع ذلك في المواد (٥٥١) وما بعدها .

المادة ٤٢٨ = * كل ما لا يختلف باختلاف المستعملين
فالتقييد فيه لغو . مثلا لو استأجر احد دارا على ان يسكنها له ان
يسكن غيره فيها *

اي معه او منفردا ، لان كثرة السكان لا تضر بها ، بل تزيد في عمارتها ، لان خراب المسكن بترك السكن (رد المحتار عن الزيلعي) هذا اذا كان التقييد غير مفيد . اما لو كان فيه فائدة للمؤجر مثلا ، فإن العقد يفسد ، لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد العاقدين . قال (ط) واما في الهندية انه اذا شرط ان لا يسكن غيره معه ، ان لم يكن في الدار بئر بالوعة ولا بئر وضوء فلا منفعة للمؤجر بهذا الشرط . لان ما يجمع على ظاهر الدار فاخرجه على المستأجر وكثرة السكان لا توهم البناء فلا يفسد هذا الشرط ، اي بل يكون

لقوآ . واذا كان في الدار ما ذكر كان في هذا الشرط نوع منفعة ، وانه شرط لا يقتضيه العقد فأوجب فسادها . واذا فسدت وسكن فيها المستأجر فعليه اجر المثل بالغاً ما بلغ اه مع بعض توضيح من الهندية . لكن قوله « بالغاً ما بلغ » فيه نظر لما ذكره في الهندية ايضاً بعد هذا ، ان العقد اذا فسد مع كون المسمى معلوماً لعنى آخر ، يجب اجر المثل ولا يزداد على المسمى . حتى ان المسمى اذا كان خمسة واجر المثل عشرة يجب خمسة لا غير اه فليتأمل .

وتمثل هذه المادة بالدار لاخراج نحو الفسطاط ، وهو المسمى في عرفنا بالخيمة . فإنها تتفاوت بتفاوت الناس في نصيبها واختيار محلها وضرب اوتادها . وهذا عندهما . وجعله محمد كسكي الدار (افاده الجموي) وعلى قولها جرت المتون .

وفي البزازيه : واوتاد الفسطاط على المستأجر ، والاطناب على المؤجر (ط) وفي رد المحتار عن التارخانية : استأجر قبة لنصيبها في بيته شهراً بخمسة دراهم ، جاز وان لم يسم مكان النصب . ولو نصيبها في الشمس او المطر وكان فيه ضرر عليها ، ضمن ولا اجر . وان سلمت ، عليه الاجر استحساناً . وان نصيبها في دار اخرى في ذلك المصراع لا يضمن ، وان اخرجها الى السواد ، لا اجر ، سلمت او هلكت . ولو استأجر فسطاطاً يخرج به الى مكة ، له ان يستظل بنفسه وبغيره ، لعدم التفاوت ولو انقطع اطنابه وانكسر عموده فلم يستطع نصيبه ، لا اجر . وان اختلفا في مقدار الانتفاع ، فالقول للمستأجر . وان في اصله ، حكم الحال ، كمشكلة الطاحون . وتامه فيها اه .

وقوله « لا اجر سلمت او هلكت » اي الا اذا كانت مال يتم او معدة للاستقلال ، يعني للاجارة ، فعليه الأجر حينئذ ان سلمت ، لانها وان كانت مفصولة حينئذ لكن منافع مالها مضمون بالنصب ، كما تقدم التصريح به آنفاً .

المادة ٤٢٩ = * للمالك ان يؤجر حصته الشائعة من الدار المشتركة لشريكه سواء كانت قابلة للقسمة او لم تكن وليس له ان يؤجرها لغيره . ولكن بعد المهابة له ان يؤجر نوبته للغير *

وكذا يصح لو أجره الشريك بعض حصته الشائعة ، كما في الدر . قال في الخلاصة : واجمعوا انه لو اجر من شريكه يجوز سواء كان مشاعاً يحتمل القسمة او لا يحتمل ، وسواء اجر كل نصيبه او بعضه اه .

وقوله « ليس له ان يؤجرها لغيره » ذكر في الفصل الثلاثين من العمادية اختلاف المشايخ في هذه المسئلة على قول ابي حنيفة ، فحكى ابو طاهر الدباس عنه ان يجوز ، وحكى غيره انه لا يجوز ، واليه مال شمس الائمة السرخسي والشيخ الامام الاجل برهان الدين . وانتفت الرواية عن ابي حنيفة فيما اذا اجر نصيباً من داره او اجر من احد شريكه انه لا يجوز . وانما فسدت الاجارة بالشيوع لأن المقصود منها الانتفاع ، وهو امر حسي لا يمكن بالمشاع ولا يتصور تسليحه فلا يجوز - بخلاف البيع لأن المقصود به الملك ، وهو امر حكي يمكن في المشاع ، فيجوز .

وانما صحت اجارة المشاع من الشريك لأن كل المنفعة حينئذ تحدث على ملكه فالبعض بحكم الملك الحقيقي ، والبعض بحكم الاجارة ، فلا يظهر معنى الشيوع . وانما يظهر الاختلاف في حق السبب ، يعني سبب ملك المنفعة ، ولا عبرة لاختلاف السبب مع اتحاد الحكم ، فاذا لم يظهر الشيوع صح العقد (افاده في الدرر) اقول : وهذا التعليل لا يظهر فيما اذا اجر من شريكه بعض حصته ، لأنه لم يملك كل المنفعة ، مع ان الاجارة جائزة كما سمعت ، فتأمل وانظر ما الفرق بين هذه وبين ما اذا اجر من احد شريكه ، حيث لا يجوز .

ثم هذا كله عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، وعليه الفتوى كما في الخانية ،

وبه جزم اصحاب المتون والشروح ، فكان هو المذهب (منح) او قال الصحابان
تجاوز اجارة المشاع سواء كان من شريكه او لا ، فيما يحتمل القسمة او لا ،
لكن بشرط بيان نصيبه . وان لم يبين ، لا يجوز في الصحيح (رد المحتار عن
الزبلي) وخرجوا على قول الامام انه لو آجر مشاعاً يحتمل القسمة فقس وسلم
ولو بعد مجلس العقد ، جاز ، لزوال المانع . نعم لو ابطالها حاكم شرعي ثم قسم
وسلم ، لم يميز (افاده في الدر) قال في رد المحتار عن الرحمني : ينبغي ان يجوز
اجارة بالتعاطي ، اذ لا مانع منه بعد فسخ الاولى اه وانظر ما اذا اراد المؤجر
القسمة والتسليم وابتاع الاجارة ، فهل يجبر على التسليم الظاهر نعم ،
حيث لم يقيد في الدر الجواز برضى المستأجر ، ولأن المانع كان عدم امكان
التسليم ، وبالقسمة يحصل الامكان ، فتأمل وراجع . وانما صحت اجارته العين
المشركة حال وجودها في نوبته بعد المهاباة مع الشريك ، لأن الاجارة وقعت
على كل العين ، فلا شيع يمنع من صحة الاجارة ، وهو ظاهر .

ثم متى فسدت الاجارة للشيع وجب على المستأجر اجر المثل ، كما في الدر
وشرح المتن . لكن باستيفاء النفعة ، وذلك بأن يؤجر حصته من غير الشريك ،
ثم المستأجر والشريك يتهايان منفعة المأجور ، فيجب عليه حينئذ اجرة المثل
لكن لا تزيد على المسمى ، كما في الدر .

المادة ٤٣٠ = * الشيع الطاريء لا يفسد عقد الاجارة .

مثلا لو آجر احد داره ثم ظهر لنصفها مستحق تبق الاجارة في نصفها
الآخر الشائع *

وكذا لو آجر الواحد ثم مات احدهما او استأجر من واحد ثم مات احد
المستأجرين ، فإن الاجارة وان فسدت في حصة المبت ، لكن تبقى صحيحة في
حصة الحي . وكذا لو آجر جميع داره ثم فسخ في البعض . وهذه هي الحيلة في

اجارة المشاع (اقله في الدر المختار) وانما لم تفسد الاجارة بالشيوع الطاريء لأن القدرة على التسليم شرط لصحة العقد ابتداءً ، لا بقاءً . وهذا كما في الهبة اذا وهب ككل الدار وسلمها ، ثم رجع في نصفها (افاده في الفتح) وقد تقدم في المادة (٥٥) انه يفتر في البقاء ما لا يفتر في الابتداء .

المادة ٤٣١ = * يجوز للشريكين ان يوجرا مالهما المشترك
لا آخر معاً *

فيد بقوله « معاً » لأنها لو آجراه على التماقب تكون اجارة كل منهما فاسدة ، لتحقق الشيوع الاصيلي في كلا العقدين . واما لو اوجب الشريكان معاً قبيل المخاطب الاجارة بحصة احدهما فقط ، تكون الاجارة باطلة لا فاسدة ، لما سيأتي في المادة (٤٤٥) من ان موافقة الايجاب للقبول شرط لانقضاء الاجارة كما هو شرط لانقضاء البيع .

وقول الشارح سلم باز هنا نقلاً عن الطحطاوي ان الاجارة المذكورة فاسدة ، لم اره في حاشية الطحطاوي على الدر ، فلينبه لهذا . ومثله في البطلان لو اوجب واحدٌ وقبل احد المخاطبين الشريكين ولم يقبل الآخر . وقد تقدم في شرح المادة (١٧٧) ، ان الموجب اذا اتحد وتعدد المخاطب ، لم يميز التفريق بقبول احدهما ، بابعاً كان او مشتركياً . واذا تعدد الموجب واتحد المخاطب لم يميز القبول في حصة احدهما . واذا اتحدوا لم يميز قبول المخاطب في البعض فلا يصح تفريق الصفقة مطلقاً اي وتفريقها يبطل البيع ومثل البيع الاجارة .

* نبيه *

اجارة البناء وحده قيل لا تجوز كما اجارة المشاع . والفتوى على جواز اجارته ، لأن محمداً نص ان من استأجر ارضاً فبنى عليها بناءً ثم آجرها من صاحبها ، استوجب من الاجر حصة البناء . فلو لا جواز اجارة البناء لما استحق الاجر وقاسه على

الفسطاط ، وبه انقضى ما يجزأ . ولو كان البناء ملكاً والعرضه وقفاً وأجر المتولي
يأذن مالك البناء ، فالأجر ينقسم على البناء والعرضه ، وجاز اجارة بنائه لملك
الارض اتفاقاً ، وكذا الفبره على المفتي به ، وتامه في العماديه ، واقره الباقاني
(كذا في الدر المنتقى)

المادة ٤٣٢ - * يجوز ايجار شيء واحد لشخصين *

هكذا اطلق الجواز في الهداية والملتقى وغيرهما ، وعلاه في الهداية بأن
التسليم يقع جملة ، ثم الشيوخ بتفرق الملك فيما بينها طارياً ، اهـ وبمثلها علل شراح
الملتقى . لكن قيده في جامع الفصولين والعماديه بما اذا اجمل ، حيث قال : ولو له كله
فأجره من اثنين فإن اجمل وقال آجرت الدار متكاملاً ، جاز بالاتفاق ولو فصل بقوله
نصفها منك ونصفها منك او نحوه كثلث او ربع ، يجب ان يكون عند ابي حنيفة
رحمه الله تعالى على اختلاف مره فيما اذا كان كله بينهما وأجر احدهما النصف من
اجنبي ينبغي ان يجوز في رواية لا في رواية اهـ وانقضى في الخبرية والتنقيح بناء على
هذا بفساد الاجارة لو فصل زاد في تنقيح الحامدية انه لو أجر منها سوية تفسد
الاجارة ايضاً لأن لفظ سوية بمنزلة التفصيل اهـ انقول : وفي النفس من ذلك شيء ،
وهو ان الذي يظهر من عبارتي الفصولين والعماديه ان ما ذكرناه من تقييد ما في
الهداية والملتقى وغيرهما بما اذا اجمل هو بحث من صاحب العماديه حيث لم
يعزياه لأحد . وقد نقل كل منهما بعد ذلك عن الاسبيجاني انه لو أجر داره من
رجلين جاز لان العقد وقع جملة حتى لو انفرد احدهما بالقبول لا يصح اهـ وانت
خبر بأن تعليل الهداية بان التسليم يقع جملة ثم الشيوخ الخ وكذا تعليل الاسبيجاني
بقوله « لان العقد وقع جملة » يتناول صورتى الاجمال والتفصيل . اما تعليل الهداية
فلانها متى قبلت معاً امكن التسليم جملة بلا فرق بين الاجمال والتفصيل . واما
تعليل الاسبيجاني فلان التفصيل لا يخرج العقد عن كونه وقع جملة حيث قبلت
معاً . يشير الى هذا قوله حتى لو انفرد احدهما بالقبول لا يصح ، فإنه يفهم منه انه لا

يخرج المقد عن كونه وقع جملة الا اذا انفرد احدهما بالقبول .
ثم رأيت في الهندية نقلاً عن الكافي ما نصه : ولو آجره من رجلين يجوز ،
وكل واحد من السأجرين يملك منفعة النصف شائباً ، فاذا فصل وصرح بما ،
بقتضيه المقد ، كيف يكون ذلك مفسداً له ؟ - والظاهر ان مراد جمعية المحلة
اطلاق جواز اجارة شيء من اثنين ، بلا فرق بين الاجمال والتفصيل يدل
على ذلك تنبيه هذه المادة بقولها :

❖ وكل منهما لو اعطى من الاجرة مقدار ما ترتب على حصته لم
يطلب باجرة حصة الآخر ما لم يكن كفيلاً له ❖

فان ما ترتب على حصة كل منها يحتمل ان يكون النصف او اقل او اكثر ،
ولا يعلم مقداره الا بالتفصيل ، فكيف يكون التفصيل مفسداً للمقد ؟ فتأمل
وراجع ، ولا تقتربا افنى به في الخيرية والحامدية تبعاً لبحت العمادية ، مخالفات
لاطلاق الهداية والمتقى وغيرها . واما ما قاله الخبير الرملي في فتاواه : «وانت على
علم من ان اطلاق المتون فاطبة ، فساد اجارة المشاع الا من الشريك ، مدخل
للمسؤول عنه ، يعني الاجارة من اثنين او ثلاثة » فانه مدفوع بأن اطلاق
المتون انما هو في الشيوع الاصلى . واما الشيوع في هذه المسئلة فهو طاريء بتفرق
الملك فيما بينهما ، كما سمعت التصريح به عن الهداية ، وقد اطلقت المتون ان الشيوع
الطاريء لا يفسد الاجارة .

هذا وقد ذكر في البحرورد المختار في بحث الايجاب والقبول اول كتاب
اليبوع ان الموجب اذا تجدد وتمدد المخاطب ، وكذا عكسه ، سواء كان الموجب
بايما او مشتركاً ، تكون الصفقة واحدة ، حتى لا يجوز تفريقها . وانما تتمدد الصفقة
اذا فصل الثمن وكرر لفظ البيع في قول ابي حنيفة ، وهو استخسان - او اذا فصل
الثمن وان لم يكرر لفظ البيع في قولها ، وهو قياس .

ثم ان تفصيل الثمن انما يجعلها عقدين على القول به اذا كان الثمن منقسماً
على المبيع باعتبار القيمة . اما اذا كان منقسماً عليه باعتبار الاجزاء كالقفيزين
من جنس واحد ، فان التفصيل لا يجعله في حكم عقدين للاقسام من غير تفصيل .

وقد علمت ان الكلام فيها في الاجارة كالكلام فيها في البيع . فإذا لم يتصل
الاجرة على كل واحد من المتأجرين يكون العقد واحداً اتفاقاً ، بلا فرق بين
تفصيل المنفعة التي هي بمنزلة البيع بينهما ، وبين اجمالها . وإذا فصلها ولم يكرر
لفظ « آجرت » فعلى الخلاف . ولعل مراد الممادية والفصولين من التفصيل تفصيل
الاجرة على كل منهما مع تكرار « آجرت » فإنه حينئذ يتكرر العقد ، فيكون
الشروع مقارناً ، تتأمل .

= الباب الثاني -

في بيان المسائل المتعلقة بالاجرة ويشتمل على اربعة فصول

* الفصل الاول *

في بيان مسائل ركن الاجارة

المادة ٤٣٣ = * نتعقد الاجارة بالايجاب والقبول كالبيع *

اي فالكلام فيها وفي صفتها ، كالكلام فيها في البيع (رد المحتار عن

البدائع)

وفيه عن نسكحة الطوري عن التتارخانية : ونتعقد ايضاً بغير لفظ ، كالمو
استأجر داراً سنة ، فلما انقضت المدة قال ربه للمستأجر فرغها لي اليوم والان عليك كل
شهر بألف ، فجعل بقدر ما ينقل متاعه باجرة المثل ، فإن سكن شهراً فهي
عما قاله .

المادة ٤٣٤ = * الايجاب والقبول في الاجارة هو عبارة
عن الكلمات التي تستعمل لعقد الاجارة كأجرت وكربت
ولساجرت وقبلت *

كل من الالفاظ الثلاثة الأول يصلح ايجاباً وقبولاً ، لأن الايجاب ما يذكر
اولاً من كلام احد المتعاقدين ، والقبول ما يذكر ثانياً من الآخر . واما الرابع ،
وهو « قبلت » فهو للقبول فقط ، كما هو ظاهر .

وليس المراد ، المحصر بهذه الالفاظ فانها تنعقد ايضاً بأعرتك هذه الدار شهراً
بكذا ، لأن العارية بموض ، اجارة ، بخلاف العكس . يعني ان الاجارة بلا
عوض لا تصد اعارة ، بل اجارة فاسدة ، على ما في النسخ عن الخانية ،
ومثله في البزازية - ويخالفه ما في البحر عن الخانية ايضاً ، وصياتي تمامه في
كتاب العارية .

وتنعقد ايضاً بلفظ الصلح كما ذكره الحلواني (افاده في الدر مع حاشية
رد المحتار)

وفى الخانية : رجل ادعى شقصاً من دار فانكر المدعي عليه نصالحه على سكني
بيت معلوم من هذه الدار عشر سنين ، جاز . فلوان المدعي أجر هذا البيت من
الذي صالحه ، جاز في قول ابي يوسف رحمه الله ، لا في قول محمد رحمه الله .
واما بيعتك منافع هذه الدار وأجرتك او وهبتك ، ففي صحة الاجارة
خلاف . وقد مننا في شرح المادة (٤٢٠) عن الشرنبلالية عن البرهان ترجيح عدم
الجواز ، لأن المنفعة معدومة فلا يضاف العقد اليها ، وتقدم تمامه هناك . وذكر
في فتاوي قاضي خان ما يفيد التفرقة بين ما اذا وقع العقد بلفظ البيع وبين ما اذا
وقم بلفظ الهبة او التملك ، فانه قال : ولو قال وهبت منك منفعة هذه الدار شهراً
سكناً ، او قال ملكتك داري هكذا ، كانت الاجارة جائزة ، لأن الاجارة تملك

المنفعة المدومة بموض ، وبيع المدوم باطل ، فلا يجوز تملكها لمفظة البيع او الشراء .
اما تملك المدوم بما سوى البيع والشراء ، فجاز ، كالوصية ونحو ذلك . فلو لم يجر
تملكها بما سوى البيع والشراء ، يفسد باب الاجارة اه ثم قال : ولو قال آجرتك منفعة
هذه الدار شهراً بكذا ، ذكر في بعض الروايات انه لا يجوز . وانما تجوز الاجارة اذا
اضيفت الى الدار ، لا الى المنفعة . وذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده انه
اذا اضاف الاجارة الى المنفعة ، جاز . فانه ذكر في الكتاب : اذا قال وهبت
منك منفعة هذه الدار شهراً بدرهم ، جاز . وانما لا يجوز اذا اضاف البيع الى
منفعة الدار ، لان منفعة الدار لا تنعقد بلفظ البيع اه فليست

وهذا اذا اضاف البيع ونحوه الى المنافع . واما لو اضاف البيع الى العين ،
ففي الدرر : واختلف في انعقادها بلفظ البيع ، ذكر شيخ الاسلام ان فيه اختلاف
المشايخ ، وقال اذا قال الحر لغيره بعت نفسي منك شهراً للعمل كذا ، فهو اجارة .
وعن الكرخي ان الاجارة لا تنعقد بلفظ البيع . ثم رجم وقال تنعقد (كذا
في الخلاصة) اقول : وما تقدم عن الشربلية عن البرهان لا يكون ترجيحاً ،
لعدم الجواز في هذه المسألة ، لانها مسألة اخرى كما علمت ، خلافاً لما يعطيه
ظاهر كلام الشربلية ، فتنبه .

المادة ٤٣٥ = * الاجارة كالبيع ايضاً تنعقد بصيغة الماضي
ولا تنعقد بصيغة المستقبل . مثلاً لو قال احد سأو جر . وقال الآخر
استأجرت او قال احد آجر وقال الاخر آجرت فعلى كلا الصورتين
لا تنعقد الاجارة *

وكذا تنعقد بصيغة المضارع اذا افترن بما يحضه الحال ، كاو جرك الان او
استأجر الآن ، واما المضارع المطلق عن ما يحضه للاستقبال او الحال ، كاو جرك
او استأجر منك ، فان نوى فيه الحال انعقدت الاجارة ، والا بان نوى الاستقبال

او لم ينو شيئاً ، لا نتخذ . راجع المادة (١٧) وشرحها ، وكذا المواد السني
بعدها وهذا وان ذكره في البيع دون الاجارة ، الا ان ما قدمناه في شرح
المادة (٤٣٣) عن رد المختار عن البدائع من ان الكلام في الايجاب والقبول وبغ
صفتها في الاجارة كاللزام فيها في البيع ، صريح بأن الحكم في الاجارة ما ذكره . ويشير
الى هذا قوله في هذه المادة « كالبيع » والتمثيل بقوله « ساومجر » ندير .
بقي انهم صرحوا في البيع بأنه لا يتعد بالأمر ، كبغني هذا الثوب ،
لتحصه للاسقبال ، سواء نوى به الحال ام لا - الا اذا دل على الحال ، كتحذه
بكذا ، فقال اخذت او رضيت ، صح بطريق الاقتضاء . قال في الفتح : فإنه وان
كان مستقبلاً لكن خصوص مادته ، اعني الأمر بالأخذ ، يستدعي سابقة
البيع ، فكان كالماضي اه فهل اذا قال اسكن داري شهراً بكذا فقال الآخر
قبلت او رضيت لتتعد الاجارة ، كافي خذ هذا بكذا ؟ - لم اره صريحاً ، والظاهر
نعم ، لأن ما تقدم عن البدائع ينظم هذه المسئلة ، ولأن تعليل صاحب
الفتح ظاهر فيها .

المادة ٤٣٦ = * كما ان الاجارة تتعد بالمشافهة كذلك تتعد

بالمكاتبه واشارة الاخرس المعروفة *

ما تقدم من ان الكلام في الايجاب والقبول في الاجارة كاللزام فيها
في البيع بقضي عليك بمراحة المائة (١٧٣) والمادة (١٧٤) وشرحها والمادة
(١٨١) وشرحها .

المادة ٤٣٧ = * تتعد الاجارة بالتعاطي ايضاً كالركوب في

باخرة المسافرين وزوارق المواني ودواب الكراه من دون مقاوله
فإن كانت الاجرة معلومة اعطيت والافأجرة المثل *

بالغة ما بلغ ، لعدم التسمية . ومن الاجارة بالتعاطي ما قدمناه في شرح

المادة ٤٣٣ عن تركة الطوري عن الترخانية ، كما في رد المحتار .

وفيه : قال الشرنبلالي : المسئلة من الظهيرة .

استأجر من آخر قدورا بغير اعيانها ، لا يجوز ، للتفاوت بينهما صغراً وكبراً .
فلو قبلها استأجر على الكراء الاول جاز ، وتكون هذه اجارة بالتعاطي .
وتخصمه في نظم الوهبانية بالقدور اتباعاً للنقل ، والا فهو مطرد في غيرها .
ففي البرازية : غير الاجارة الطويلة تنعقد بالتعاطي ، لا الطويلة ، لأن الاجارة غير
معلومة لانها تكون في سنة دافقاً او اقل او اكثر .

وفي التارخانية عن التثمة : سئلت ابا يوسف رحمه الله تعالى عن الرجل يدخل
السقينة او يحتجم او يقتصد او يدخل الحمام او يشرب الماء من السقاء ثم يدفع
الاجرة وثن الماء ، قال يجوز استئماناً ، ولا يحتاج الى العقد قبل ذلك اه .

وفي حاوي الزاهدي ، رامزاً : استأجر من القيم داراً وسكن فيها ثم بقي
ساكناً في السنة الثانية بغير عقد واخذ القيم شيئاً من الاجرة ، فإنه ينعقد به في
كل السنة ، لا في حصة ما اخذ فقط اه ومثله في القنية اه . اقول : وقد افادت هذه
المادة ان المراد من انعقادها بالتعاطي اعم من ان تنعقد صحيحة كما اذا كانت الاجرة
معلومة ، او فاسدة كما اذا لم تكن كذلك ، ولهذا وجب اجرة المثل في صورة
الفساد . لكن بنافيه ما تقدم عن البرازية ، فإنه يفيد انها لا تنعقد بالتعاطي اذا
كانت الاجرة غير معلومة . وقد صرح بذلك في الفتح حيث قال ، بعد ان نقل مثل
ما في البرزبية عن الخلاصة : ومفاده ان الاجرة اذا كانت معلومة في الاجارة الطويلة
تنعقد بالتعاطي ، لأنه جعل العلة في عدم انعقادها كون الاجرة فيها غير معلومة اه
ولا يخفى ان الاجارة اذا لم تنعقد تكون باطلة فلا يلزم المستأجر شيء
باستيفاء المنفعة ، لأنه غاصب كما سيأتي . فاما ان يقال ان المراد من عدم الانعقاد
في عبارتي البرازية والخلاصة ، عدم الصحة ، فلا ينافي انها تنعقد فاسدة فيجب اجر
المثل ، كما هو صريح هذه المادة ، واما ان يقال ان الاجارة وان كانت باطلة على ما
في البرازية والخلاصة ، لكن وجوب جرة المثل في مسايل هذه المادة لتكون
الماجور معداً للاستفلال فتجب فيه الاجرة وان كانت الاجارة باطلة كما قدمناه ،
ويؤيد الثاني ما ذكره في البيم بالتعاطي بأن حقيقته قبض بعد معرفة الثمن ،

فلا توجد الحقيقة بالقبض بدون معرفة الثمن ، والاجارة كالبيع ، فتأمل وانظر كيف تصوير الاجارة بالتعاطي فيما اذا كانت الاجارة طويلة ، وكيف تكون الاجرة فيه غير معلومة ، فلانصح على ما في الخلاصة والبرازية ، او معلومة ، فتصح على ما في المنع ، فإنه لم يظهر لي الآن .

المادة ٤٣٨ - السكوت في الاجارة بعد قبولا ورضى . مثلاً لو استأجر رجل حانوتاً في الشهر بخمسين قرشاً وبعد ان سكن مدة شهر اتى الآجر في راس الشهر وقال ان رضيت بستين قرشاً فاسكن والا فاخرج ورده المستأجر وقال لم ارض واستمر ساكناً يلزمه خمسون قرشاً كما في السابق . وان لم يقل شيئاً ولم يخرج من الحانوت واستمر ساكناً يلزمه اعطاء ستين قرشاً . كذلك لو قال صاحب الحانوت مائة قرش وقال المستأجر ثمانين وابق المالك المستأجر وبقي هو ساكناً ايضاً يلزمه ثمانون *

الحاصل ان الكلام الصريح من احد المتعاقدين سواء وقع مبتدئاً به او رداً لكلام الآخر ، وسواء كان المتكلم به موجراً او مستأجراً ، بعد ايجاباً ، وسكوت الآجر بعده بعد قبولا ورضاه ، لما تقرر ان السكوت في الاجارة يكون قبولا ورضى ، كما في الاشياء وغيرها . ويشير الى هذه المادة (٦٧)

ثم ان الحانوت مثال ، ومثله مستأجر الثور مثلاً للطحن ، وكذا الراعي اذا قال كل منها لا ارضى بالمسمى بل بكذا ، وسكت الآخر ، كما في الدر وغيره . اعلم انه ذكر في الدر وحواشيه من باب الاجارة الفاسدة انه لو آجر حانوتاً كل شهر بكذا صح في واحد فقط ، وفسد في الباقي لجهالة الشهر . واذا مضى الشهر الاول فلعل فسحها بشرط حضور الآخر ، لانتهاء المقدم الصحيح . وفي كل

شهر سكر في اوله وهو الليلة الاولى ويومها عرفاً ، وبه ينقضي ، صح المقدم فيه
ايضاً وليس للموَجِر اخراجه حتى ينقضي ذلك الشهر الذي سكن في اوله . وكذا
لو عمل اجرة شهرين فأكثر فلا يكون لأحدهما الفسخ في قدر المعجل اجرته ،
لأن بالتعجيل زالت الجهالة في ذلك القدر فيكون كالسكن في المقدم . الا ان
يسمي جملة شهر معلومة ، كما اذا قال آجرتك ستة اشهر كل شهر بكذا ، فيصح
في السكك ، لزوال المانع - اه ملخصاً وسيأتي في المادة (٤١٤)

وذكر ايضاً في مسابيح الاجارة انه لو قال لفاصل داره فرغها والا فاجرتها كل
شهر بكذا ، فلم يفرغ ، وجب على الفاصل المسمى لأن سكوته رضى - الا اذا انكر
الفاصل ملكه فإنه لا يلزمه المسمى وان اثبت بعد ذلك بالينة ، لأنه اذا انكره
لم يكن راضياً بالاحارة .

وهل يجب اجر المثل ان كان مال وقف او بيتيم ؟ نعم ، والا فلا وان كان
معداً للاستغلال ، لأنه اذا انكر الملك لا يكون غاصباً ظاهراً ، فلا يلزمه
اجرة ، لانه لو سكن المعدل للاستغلال بتأويل ملك لا يلزمه اجر . واما اذا
اقر بالملك للمضروب منه ولكن صرح بعدم الرضى بمقدار الاجرة وطلب ان تكون
اقل ، فإنه لا يلزمه المسمى لعدم رضاه به ، ولكن يلزمه اجر المثل لانه سكن
بنية الاجارة . اه ملخصاً . وهذا بخلاف ما اذا صرح بعدم الرضى بالاجر بأن قال
لا اريد السكنى بالاجارة ، فإنه لا يلزمه شيء ، لانه صرح بعدم الرضى بالاجارة
(افاده في مجمع الانهر) اي الا اذا كان مال وقف او بيتيم .

اذا علمت هذا تعلم ان معنى قوله في هذه المادة « في الشهر بخمسين قرشاً » انه
آجره كل شهر بخمسين . واحترز به عن ما آجره شهراً واحداً بخمسين قرشاً ،
والمسئلة الاولى بحالها ، فإنه يلزم المستأجر حينئذ اجرة المثل ، لا الخمسون قرشاً ،
لانها غير مساة في هذا الشهر ، لانه غير معقود عليه اصلاً .

وقوله « في رأس الشهر » ، وهو يوم وليلة من اوله على ما هو ظاهر الرواية
وعليه الفتوى ، احترز به عن ما اذا قال للمستأجر ما ذكر في اثناء الشهر ، فإنه لا
يعتبر لانه بمضي اليوم والليلة صحت الاجارة في كل الشهر ، فلا يملك الموَجِر فسختها ،
فيلغو قوله « وقيل » بل يتوقف الى رأس الشهر بعده ، كما اذا قال فسخت رأس

الشهر (افاده في الدر المنتقى) اي بكون فسحاً مضافاً كما اذا كان مجل له اجرة شهرين او اكثر .

ثم ان الاجارة كل شهر مثال ، ومثله ان يوجره كل يوم او اسبوع او سنة ، كما في رد المحتار عن الرملي . لكن لينظر ، هل يعتبر اول السنة والاسبوع اول يوم وليانته كما في الشهر . واما اول اليوم فلا شك انه يعتبر انه اول ساعة منه ، كما جرى عليه القدوري والكوفي الجميع ، وهو القياس ، فليتأمل .

* تنبيه *

ادعي الموهجر على المستأجر ، او لعكس ، انني قلت لك ما ذكركم مسكت ، فأنكر ، مما اثبت عليه ذلك بالبينة قال لم اسمح لك لملك ، هو يسدق ؟ ان من صم ، نعم ، والا ، لا ، عملاً بالظاهر (افاده في الدر وحواشيه)

* فرع *

في البيارة خانية : اكرت داراً سنةً بألف فلما انقضت قال ان فرغتها اليوم والا فهي عليك كل شهر بالف ، والمستأجر مقر له بالدار ، فانا نجعل في قدر ما ينقل متاعه بأجر المثل ، وبمد ذلك بما قال المالك (كذا في رد المحتار)

* كذلك لو قال صاحب الحانوت مائة قرش وقال المستأجر ثمانين قرشاً وابتى المالك المستأجر وبقي هو ساكناً ايضاً يلزمه ثمانون ولو اصر الطرفان على كلامهما واستمر المستأجر ساكناً تلزمه

* اجرة المثل *

لكن لا تزيد على المائة ، لرضاء الموهجر بها ، ولا تنقص عن الثمانين لرضاء المستأجر بها . وهكذا الحكم في كل اجارة فاسدة اذا سمي فيها الاجر ، كما سياتي . ولا فرق بين ان يكون المأجور معداً للاستغلال او لا ، لانه لما ذكرت الاجرة من الطرفين تبين انه انما سكنها بنية الاجارة . وانما لم نصح الاجارة لانها في الشهر الذي قبل ما قبل منها في اوله قد انقضت ، لأن مطالبته بالخروج والتفريغ دليل عدم رضاه بالمضي على العقد السابق وباشاء عقد لاحق ، ومطالبته

بالتزام اجر آخر دليل رضاه بانشاء عقد لاحق . نقض حكم العقد السابق ، فيظهر حينئذ حكم الانقاسخ ، - وهو عدم وجوب المسمى في العقد السابق ولم تنقذ ثانياً لعدم اتفاقها على مقدار الاجرة .

واما السكوت الذي حصل من احدها بعد اصراره فلا عبرة به لأن السكوت رضاه دلالة ، والأصرار على الرد صريح بعدم الرضى ، والصريح اقوى من الدلالة ، فكان هو المعتبر دونها .

قال في التارخانية في الثامن من الاجارات : ولو قال رب الدار بعشرة وقال المستأجر بخمسة وتركه حتى سكن ، فهو بخمسة . ولو اصر كل واحد على مقاتله ومع ذلك سكن ، يجب اجر المثل اهو الظاهر ان الاصرار يكون باعادة كل منهما مقاتله مرتين ، لأنه في المرة الثانية يكون قد اصر على قوله الأول ، وليجرو . ولقائل ان يقول : حيث لم يتوافق الايجاب والقبول فيما لو اصر كل منهما على مقاتله تكون الاجارة باطلة لا فاسدة ، لأن ثواتقها شرط الانقاد كما سيأتي ، وفي الاجارة الباطلة لا يلزم اجر بالاستعمال ، الا في مال الوقف واليتيم والمصد للاستغلال ، على ما سخره في شرح المادة (٤٥٩) لكنه يجت فلا يعارض النص ، فتأمل .

المادة ٤٣٩ - لو تقاولا بعد العقد على تبديل البديل او تزييده

او تنزيله يعتبر العقد الثاني *

المراد بالمقولة في قوله « لو تقاولا » ان يحدد عقد الاجارة . والمراد بالبديل الاجرة . قال في الهندية عن المحيط : استأجر من آخر ارضاً بأكثر حنطة فزاد رجل للمو، جر كراً فأجره المؤجر منه فذهب المستأجر الأول فزاده كراً ايضاً وجدد الاجارة ، فالاجارة هي الثانية ، وانفسخت الاولى بمقتضى تجديد الثانية . وذكرت هذه المسئلة عن ابي يوسف رحمه الله تعالى ووضعها فيما اذا زاد المستأجر الأول على المستأجر الثاني في الاجر وسلمها رب الدار للاول بهذه

الزيادة وبالاجر الاول ، وذكر ان الاجارة الاولى لا تنتقض ، وهي زيادة زادها في
الاجر . وحاصل الجواب ان صاحب الدار اذا جدد الاجارة تنتقض الاولى ،
وإذا لم يجدد لا تنتقض الاولى وتكون الثانية زيارة اه اقول : وهذا صريح في
ان الزيادة المذكورة تصح اذا لم يجدد عقد الاجارة وان كانت من جنس ما
استاجر به . وبخالفه ما نقله قبله عن الذخيرة حيث قال : واذا زاد الأجر او
المتأجر في العقود عليه او في العقود به ، ان كانت الزيادة بمهالة لا تجوز
الزيادة ، سواء كانت من الأجر او من المتأجر . وان كانت معلومة فمن جانب
الأجر تجوز سواء كانت من جنس ما أجر او من خلاف جنس ما أجر . وان
كانت من جانب المتأجر ان كانت من جنس ما استاجر لا يجوز ، وان كان
من خلاف جنس ما استاجر يجوز اه فليتأمل وليحرر .

والحاصل ان الزيادة من المتأجر في العقود به وهو الاجرة ان حصلت
مع تجديد عقد الاجارة تصح ، ويكون العقد الثاني هو المعتبر وينفسخ به العقد
الاول . وهذا الحكم هو المعنى ينطوق هذه المادة . وان حصلت بلا تجديد عقد ،
فقط ما في المحيط تعتبر الزيادة وتلتحق بالعقد الاول ، بلا فرق بين ان تكون
من جنس ما استاجر به كما مثل به من زيادة الكراء او من جنس آخر . وعلى ما
في الذخيرة انما تعتبر اذا كانت من خلاف جنس ما استاجر به ، والا فلا تجوز .
وهذا كل اذا وقعت الزيادة في ابتداء المدة كما تشر به فاه التعقيب من قول
المحيط « فزاد رجل آخر » والا فان وقعت بعد مضي مدتها لا تصح ، كما في
الاشباه والمنح . وعلمه المحشون بأن محل العقد قد فات . وان كان بعد مضي
بعضها ، ففي حواشي الدر عن شرح العلامة البيري على الاشباه عن خزانة الاكل :
لو استأجر داراً شهرين او دابة ليركبها فرسخين فلما سكن فيها شهراً او سافر
فرسخاً زاد في الاجرة ، فالقياس ان تعتبر الزيادة لما بقي . ومحمد استحسن
جعلها موزعة لما مضى ولما بقي اه لكن في الهندية عن التاترخانية : المتأجر اذا
زاد في الاجرة بعد ما مضى بعض المدة ، لا تصح الزيادة ويصح الحط اه
فتأمل وحرر .

واما الزيادة من الأجر في العقود عليه ، وهو المن المأجورة ، ففي كانت غير

مجهولة تجوز ، سواء كانت من جنس المقنود عليه كما اذا أجره حماراً فزاده حماراً
آخر ، او من خلاف جنسه كما اذا زاده على الحمار عبداً ، مع بقاء الاجرة على حالها
في صورتين .

بقي حظ الآجر عن المتأجر من الاجرة ، وهو صحيح ، سواء وقع بسعد
مضي المدة او في اثائها ، لأن اخط ترك بعض الاجرة ، وهو جائز في كل وقت .
لكن اذا وقع الحظ قبل مضي كل المدة يلتحق بأصل المقنود . واذا وقع بعد مضيها
يكون امراً مستأنفاً (افاده المحوي على الاشياء) .

المادة ٤٤٠ - الاجارة المضافة صحيحة وتلزم قبل حلول
وقتها . بناء عليه ليس لأحد العاقدين فسخ الاجارة بمجرد قوله ما آن
وقتها *

الاجارة المضافة الى زمان مستقبل ، كأن تقول آجرتك داري سنة اجد اوها
رأس الشهر الآتي ، او يقول اذا جاء رأس الشهر فقد جرتكها سنة بكذا ، وهي
صحيحة بالاجماع ، كما في الدر . لكن في لزومها روايتان : مصححان : الاولى انها
لازمة فلا يجوز لاحد العاقدين فسخها قباً مجيء وقتها ، ميبا اخذ نصير رحمه الله
تعالى ، واختارها لمس الاحة السرخسي ، وبه اخذ جميعه المجلة . ولعل ذلك
لانها انطم للتزاع ، ولار ثمة صحة المقنود اكل فيها من الرواية الثانية ، والثانية
انها غير لازمة فلنكر من العاقدين فسخها ، وبها اخذ تفقه ابو جعفر والفقهاء ابو
الميث وشمس ائمة الحلواني ، وهو قول عيسى ابن ابان رحمه الله تعالى . وهذه
الرواية وإن ذلت بأن عليها الفتوى كما في الخاسة بها ائمة في الخبرية وتنقيح
الحامدية ، لكس حيث صدر الامر السلطاني بالعمل بالرواية الاولى - الى تعيين الاخذ
بها ، فلا يجوز الحكم بخلافها . وعابها ، اي لرواية الاولى ، لو كانت الاجارة
مضاه الى الفند ثم باع من غيره ، لا ينفذ البيع ، بل يتوقف على اجازة السناجر

وذكر في التوير وغيره انه كما يصح اضافة الاجارة الى المستقبل تصح اضافة فسحها
ايضا كأن يقول فاستخنتك رأس الشهر ، وهذا بخلاف ما اذا علق الفسخ على مجيء
الشهر مثلا ، فإنه لا يصح كما لا يصح ذلك في الاجارة على احد قولين . قال في الهندية
وفي فتاوي ابي الليث : اذا قال لغيره : اذا جاء رأس الشهر فقد آجرتك هذه الدار
او اذا جاء الفد فقد آجرتك هذه الدار ، يجوز وان كان فيه تعاقب . (كذا في المحيط ،
وبه يفتي ، كذا في القنية) وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى : قال بعض
اصحابنا رحمهم الله تعالى : اضافة الفسخ الى مجيء الشهر وغير ذلك من الاوقات
صحيح ، وتعلق الفسخ بمجيء الشهر وغير ذلك لا يصح ، والفتوى على قوله . كذا
في فتاوي قاضيخان اه - فليتدبر .

المادة ٤٤١ - * الاجارة بعد ما انعقدت صحيحة لا يسوغ للآجر
فسحها بمجرد ضم الخارج على الاجرة . لكن لو آجر الوصي او المتولي
عقار اليتيم او الوقف بانقص من اجر المثل تكون الاجارة فاسدة
وبلزم اجر المثل *

يعني يلزم المستأجر اجر المثل بالغا ما بلغ عن جميع المدة . ولا ينظر فيه الى
الى المسمى ومثل الوصي الأب قال في التوير وشرحه الدر من كتاب
الوقف : والموقوف اذا آجره المتولي بدون اجر المثل لزم المستأجر (لا المتولي ،
كما غلط فيه بعضهم) تمامه ، اي تمام اجر المثل ، كأب ، وكذا وصي (خانية)
آجر منزل صغيره بدون اجر المثل ، فإنه يلزم المستأجر تمامه ، اذ ليس لكل
منهم ولاية الحط والاستقاط .

وفي الاشياء عن القنية ان القاضي يأمره بالاستئجار بأجر المثل ، وعليه تسليم
زود السنين الماضية ولو كان القيم ساكتا مع قدرته على الرفع لقاضي ، لا غرامة
عليه ، وانما هي على المستأجر . واذا ظفر الناظر بمال الساكن فله اخذ النقصان

منه ، فيصرف في مصرفه قضاء ودبانه اه فليجفظ اه .

وهل يشترط لوجوب اجر المثل استيفاء المنفعة حقيقة كما هو حكم الاجارة الفاسدة ، ام يكفي التمكن منها . اما في الوقوف ، فيمكن التمكن قطعاً . قال في التنوير وشرحه الدر من كتاب الاجارة : فيجب الأجر لدار قبضت ولم تسكن ، لوجود تمكنه من الانتفاع . وهذا اذا كانت الاجارة صحيحة . اما في الفاسدة ، فلا يجب الأجر ، الا بحقيقة الانتفاع . وظاهر ما في الاسماء اخراج الوقف ، فيجب اجرته في الفاسدة بالتمكن (كذا في الاشباه) اه قلت : ونقل في البحر عن الذخيرة ما نصه : واذا آجر القيم داراً بأقل من اجر المثل قدر مالا يتضامن الناس فيه حتى لم تجز الاجارة لو سلمها المستأجر ، كان عليه اجر المثل بالقاما لمغ ، على ما اختاره المتأخرون من المشايخ اه وهو صريح في ايجاب اجر المثل على المستأجر بمجرد التسليم . واما في مال اليتيم ، فذكر في الدرانه محل تردّد . لكن نقل العلامة بن عابدين في حاشيته عن البحر ، عند قول صاحب الكنز « ولا تزداد في الاوقاف على ثلاث سنين » عن الرمي ، ما نصه : وفي الجوهرة : وعلى هذا ارض اليتيم ، وقد افتى صاحب البحر بالحاق عقار اليتيم بالوقف ، وكذا أئيدّه الشيخ العلامة الغزي . واكثر كلامهم في المسئلة بدل على انه المختار وانه المفتى به . وعلته انه كما بصان الوقف بصان مال اليتيم عن دعوى الملك بطول المدة ، بل مال اليتيم اولى بالنصوص الموجبة له المصرحة بالنهي عن قربانه ، فليكن عليه المعول . واقول ايضاً : ومثل عقار اليتيم عقار بيت المال اه .

ولا يخفى ان مماثلة مال اليتيم للوقف مسا ذكر من العلة ، لتتظم المماثلة ايضاً في وجوب الاجرة بمجرد التمكن من الانتفاع ، فليسا مل

اذا علمت هذا تعلم ان ما ذكره الشارح سليم باز في شرح هذه المادة من ان وجوب اجر المثل مقيد بما اذا استوفى المنفعة حقيقة بانقضاء مدة الاجارة ، وانه لو اتقى بعضها يلزمه الاجر المستمسى لما مضى ، وأجر المثل لما بقي اه هو فريضة بلا صرية . وما يقضى منه الحبب انه عزاء . مثله للدر المختار ، مع انه لا وجود لما ذكر فيه ، وانما الموجود فيه ما سمعته . وكأنه قاس هذه المسئلة على ما اذا آجر اولاً بأجر المثل ثم زاد الأجر في نفسه ، كما سذكروه ، ولم يدر ان تلك اجارة

وقعت صحيحة ، فالتم بنسخها الناظر يجب فيها المسمى بخلاف مستأنتا فان
الاجارة فيها وقعت فاسدة لانها بدون اجر المثل ، فوجب فيها المثل من اول المدة .
وما سبب اغلاطه الا تصرفه في عبارات المؤلفين .

❁ تنبيهات ❁

الاول : لو اختلف الناظر او الوصي مع المستأجر . فقال الناظر او الوصي ان
الاجارة وقعت فاسدة لانها كانت بدون اجر المثل ، وادعى المستأجر صحتها
لوقوعها بأجر المثل ، او جاء اجنبي وأخبر القاضي انها وقعت بدون أجر المثل ،
فإن القاضي لا يقبل قول ذلك المدعي لانه منهم بارادة استئجارها لو اجنبياً ، او
باستخلاصها وبيعها لغير الاول لو هو العاقد ، ولان الاصل في العقود الصحة ،
والقول قول مدعي الاصل . ولكن يسئل القاضي فان اخبره ذو خبرة
انها كذلك فسح الاجارة - الا اذا شهد الشهود وقت العقد بان الاجرة اجر
المثل واتصل بها القضاء بصحة الاجارة بمادتها الشرعية ، فحينئذ تترجح بينه الصحة
لاتصال القضاء بها ، فلا ينقض . واخبار واحد من اهل الخبرة كاف عندها ،
خلافاً لمحمد ، ولا عبرة بمجرد شهادة الشهود اذا لم يتصل بها القضاء . (افاده في
الدر وحواشيه)

الثاني : لم تعرض هذه المادة لما اذا اجر ناظر الوقف اجارة صحيحة باجرة
المثل ، ثم حصلت زيادة على المستأجر في الاجرة المسماة في اثناء المدة . وحاصل
ما ذكره في الدر وحواشيه والاشباه وشروحها ان الزيادة ان كانت اضراً
وتعتقاً ، وفسرها ابن نجيم في فتاواه بالزيادة التي لا يقبلها الا واحد او اثنان ،
فلا تقبل . وان كانت زيادة في نفسها اقلو سعرها عند الكل او لكثرة رغبة
الناس في استئجاره ، تقبل ، على ما هو المختار . وحينئذ يعرضها الناظر على
المستأجر الأول ، فإن قبل بالزيادة فهو احق من غيره ، وتلزمه الزيادة من وقت
قبولها فقط لا من اول المدة ، بل الواجب من اول المدة الى وقت الفسخ الاجر
المسمى . فإن لم يقبل بها ، فسح الاجارة وأجرها من غيره بالزيادة . فإن لم يقبل
الفسخ رفع الناظر الأمر للقاضي ليحكم به . ولو ان الناظر امتنع من الفسخ ، والحالة

هذه ، فسحق القاضي . وهذا كله اذا كان المأجور فارغاً وقت الزيادة عن ملك المتأجر ، كارض لم يزرعها المتأجر ، وكالدار والحانوت . فان كان مشغولاً بملكه ، فإن كان زرعاً كما لو كان المأجور ارضاً فزرعها المتأجر ، فإنه لا يجوز ايجارها من غيره وان فرغت مدة الاجارة ، ما لم يستخصد الزرع ، بل تضم عليه الزيادة من وقتها الى ان يستخصد ، لأن شغلها بملكه ، مانع من صحة ايجارها من غيره . وان كان غراساً او بناءً بان غرس المتأجر في الارض المأجورة او بنى فيها ، فإن فرغت المدة ، فسحقها وأجرها لغيره ان لم يقبل الزيادة . وان كانت المدة باقية ، لم نؤجر لغيره ، لما قلنا من ان شغلها بملكه مانع من صحة ايجارها من غيره ، بل تضم عليه الزيادة من وقتها كما مر في المزروعة لكن هنا تبقى الى انتهاء مدة العقد فقط ، اذ لا نهاية معلومة للبناء والغراس ، بخلاف الزرع . ثم ان ضم الزيادة عليه انما هو حيث رضي به ، والاّ يوهى بانقلم ان لمضمر بالوقف وتسوؤجر لغيره صيانة للوقف . فان كان قلعهما يضر بالارض او ينقصها ، فالقول بالخيار : ان شاء بتملكها بقيمتها مستحق القلع جبراً على المتأجر ، وان شاء تركه الى ان يتخلص البناء والغراس من الارض ، كما سقط شيء دفعه اليه . هذا ما عليه شروح الهداية والكنز وغيرها ، خلافاً لما في الاسانف والتارخانية والغانية ، قائلين ان اجر المثل يعتبر وقت العقد فلا تعتبر الزيادة بعده . وعلى ما في الشروح المعول ، لانها الموضوعة لنقل المذهب ، بخلاف قول الفتاوى . وهذا كله اذا زادت اجرة الارض في نفسها لا بسبب بنائه مثلاً ، والا فلا تضم عليه الزيادة اصلاً لان الزيادة من ملكه كما هو ظاهره اقول : وثمة تفسير زيادة الاضرار والتمنت بما لا يقبله بهذه الزيادة الا واحد او اثنان ، انه يكون القول قبول المتأجر ان زيادة هذا الواحد او الاثنين زيادة اضرار حتى لو يوهى الناظر عليه معها بأن اجرة مثل المأجور زادت في نفسها ، يقبل برهانه وثبتت الزيادة . وهذا معنى قول صاحب الدر بعد ما تقدم «وان انكر زيادة اجر المثل وادعى انها اضرار فلا بد من البرهان عليه» يعني لا بد من برهان التولي على المنكر الذي هو المتأجر لتثبت زيادة اجر المثل . والحاصل انه لو ازيد واحد او اثنان فقط

في اجرة المأجور في اثناء المدة ، لا عبرة بها والقول قول المستاجر انها زيادة اضرار
وتعتت ، ما لم يقع المتولي البرهان على ان اجرة المثل قد زادت في نفسها - بخلاف
ما اذا كان الزائد اكثر من اثنين ، فإنه لا عبرة حينئذ لقول المستاجر ان زيادتهم
زيادة اضرار ، لأن كثرة الرغبات بزيادة اكثر من اثنين تكذبه . هذا غاية
ما ظهر لي جمعاً بين كلامهم ، فاغتنمه .

الثالث : ما ذكرناه في التنبيه الثاني من الاحكام ، انما ذكره في الوقف .
واما الزيادة على المستاجر في الملك فلا تقبل ، كما في الدر وغيره . قال في الاشباه
وهو شامل لمال اليتيم بصومه ، واقره في الدر . لكن قال الحموي في حاشيته على
الاشباه : سوى في الاسعاف بين الوقف وارض اليتيم حيث قال : ولو آجر مشرف
الوقف او وصي اليتيم منزلاً بدون اجر المثل ، قال ابن الفضل : ينبغي ان يكون
المستاجر غاصباً . وذكر الخصاص : لا يكون غاصباً ويلزمه اجر المثل . وصرح في
الجوهرة بأن ارض اليتيم كأرض الوقف اه واقره العلامة المحطاطوي . وتعقبه
العلامة بن عابدين بأن ما في الاسعاف غير ما نحن فيه . فإن ما استشهد به فيما
لو آجر بدون اجر المثل ، وكلامنا في الزيادة عليه بعد العقد ، والفرق مثلاً الصبح
اه اقول : وفيه نظر ، فإن قول الجوهرة ان ارض اليتيم كالوقف ، وكذا ما
قدمناه آفقا عن حاشيته على البحر من افتاء صاحب البحر وصاحب التنوير بالحقاق
عقار اليتيم بالوقف ، وما ذكره من التليل بأن مال اليتيم اولى بالصيانة من مال
الوقف للنصوص الموجبة له الخ ، كل ذلك باطلاً فيفيد عدم التفرقة بين الحكم
بفساد الاجارة ، لكونها باقل من اجرة المثل ، وبين الحكم بفسخها بسبب الزيادة
المعارضة . فالفرق بين المسئتين في غيبة الخفاء فضلاً عن ان يكون مثل
الصبح ، فانهم .

الرابع : وقعت الزيادة في اغلب كلامهم مطلقة ، فقالوا اذا زادت بزيادة
الرغبات . ووقع في عبارة الحاوي القديسي انها تنقض عند الزيادة الفاحشة . قال
في البحر : وتقييده بالفاحشة يدل على عدم نقضها باليسير ، ولعل المراد بالفاحشة ما لا
يتعابن الناس فيها كما في طرف النقصان ، فإنه ، اي النقصان ، عن اجر المثل جائز
ان كان شيئاً ، والواحد في العشرة بتعابن الناس فيه ، كما ذكره في كتاب

الوكالة . لكن صرح في الحاوي الحصري كما نقله عنه البيهقي وغيره ، ان الزيادة الفاحشة مقدارها نصف الذي أجر به أولاً ، واقره العلامة البيهقي وغيره ، وتبعه في الحامدية ، فأحفظ هذه الفائدة السنية (كذا في رد المحتار مختصراً)

وفي الاقروية عن الكرماسي ، في الباب التاسع عشر : ودرهمان في عشرة ، يسيرة ، حتى لو أجر بثمانية واجر مثله عشرة ، لا تفسخ . وفيها عن حاشية القنية : اذا أجر ما يساوي خمسة عشر بعشرة ، فهو غبن فاحش ، وما دونه ، لا . قال نجم الائمة الحكيمى : هكذا سمعت استاذي ، يعني قاضيجان .

واما ما تقدم في المادة (١٥٦) من ان الغبن الفاحش غبن على قدر الخمس في العقار او بزيادة ، فذاك في ثمن العقار لا في اجرته ، فانهم

الخامس : ما تقدم في التنبيه الثاني من ان مستأجر ارض الوقف اذا بنى او غرس فيها فللناظر تكليفه القلع بعد مضي مدة الاجارة ، الى آخر ما ذكرناه هناك ، انما هو فيما اذا كان البناء بغير اذن المتولي ، فلو بأذنه ، فإن بنى لأجل الوقف او اطلق ، فهو للوقف ، ويرجع الباقي على المتولي بما اتفق ، كما في فتاوي ابي الليث . وان بنى لنفسه واشهد عليه فلا يكون للوقف ، بل هو للباقي .

وذكر في متن التنوير تبعاً للقنية انه اذا مضت مدة الاجارة ، فلمستأجر استبقاؤها بأجر المثل ، اذا لم يكن في ذلك ضرر بالوقف . ولو ابى الموقوف عليهم الا القلع ، ليس لهم ذلك . وايداه في شرحه الدر المختل بأن المنقول عن اوقاف الخضاف ، قائلاً : وبهذا تعلم مسألة الارض المحتكرة . واطال العلامة ابن عابدين الكلام بالرد عليه ، قائلاً : انه مخالف لإطلاق المتون ، فكيف يسوغ الاقتناء به مع انه من كلام القنية ، ولا يعمل بما فيها اذا خالف غيره ، وما في المتون قد اقره الشراح واصحاب الفتاوي . ورد ايضاً على ابي السعود قوله في حاشيته على مسكين : ان ما في القنية مفروض فيما اذا اشترط الاستبقاء ، وما في المتون فيما اذا لم يشترط ، بأن هذا لا ينفي المخالفة ، لان ما في المتون مطلق ومفاهيمها حجة ، مع انه قد يقال هذا الشرط مفسد ، لما فيه من نفع المستأجر ، الى آخر ما قال - اقول : ويمكن ان يجاب بأن الشرط اذا كان فيه نفع للعاقدين انما يكون مفسداً اذا لم يكن فيه تعامل بين الناس ، وهذا الشرط قد جرى

ليه التعامل في أكثر البلدان في البساتين والحوانيت ، كما اعترف به نفسه . و مسألة
الارض المحتركة قد طفت بذكرها كتب المذهب . وقد قال في الخيرية الاستحكار
عقد اجارة يقصد بها استبقاء الارض مقررة للبناء والغرس او لاحد منهما اهـ على ان
شروط الاستبقاء انما يذكرونه في زماننا لقبول المستأجر اذن الناظر له بالبناء والغرس ،
لا لقبوله عقد الاجارة ، فكيف يكون مفسداً لعقد الاجارة ، وبأن المطلق لا يخالف
المقيد بل يحمل عليه كما ذكره في الاصول ، ومفاهيم الكتب انما يكون حجة اذا لم
يعارضها المنقول ، وقد علمت ان ما في التقنية موبد بالمنقول عن الخصاص ، وناهيك
به من امام . ووجهه ، كما في الخيرية ، امكان رعاية الجائزين من غير ضرر
وعدم الفائدة في القلع ، اذ لو قلعت لا تؤجر باكثر منه .

والذي ينبغي ان يعول عليه في الافتاء في زماننا ما تقدم عن العلامة ابي السعود من التفتيل ،
موافقاً عليه العمل في أكثر البلدان ، من انه ان شرط استبقاء البناء والغراس
في الارض المأجورة كان الشرط معتبراً ، فيملك المستأجر استبقاء الارض بأجر
المثل وليس للناظر ان يكلفه القلم بعد مضي المدة ، وعلى هذا يحمل ما في التنوير
تبعاً للتقنية موبداً بمسئلة الارض المحتركة المنقولة عن الخصاص ، وان لم يشترط
الاستبقاء بل بنى او غرس لنفسه بناءً على مجرد اذن الناظر له بذلك ، فلا يملك
الاستبقاء . والناظر مخير بعد مضي مدة الاجارة بين ان يكلفه القلم ، او يملكه
لجهة الوقف مستحق القلم ، اخذاً بما عليه المتون والشروح . وهذا اذا قبل المستأجر
بدفع اجرة مثل الارض خالية عن البناء والغراس فلو امتنع عن قبول ذلك سقط
اعتبار الشرط المذكور ، وخير الناظر بين تكليفه القلم او التمليك .

السادس : قيدنا في التنبية الخامس كون البناء والغرس في ارض الوقف
احترافاً عما اذا كان ذلك في ارض مملوكة بأن استأجر ارضاً ملكاً فبنى او غرس
فيها ، فإنه ليس للمستأجر ان يستبقها ، كذلك ان ابي المالك الا القلم بل
يكلفه على ذلك ، الا اذا كانت قيمة الغراس اكثر من قيمة الارض ، فيضمن
المستأجر قيمة الارض للمالك ، فيكون الاغراس والارض للغراس . ويضمن
العكس بضمن المالك قيمة الاغراس ، فتكون الارض والشجار له . وكذا
الحكم في الهاربة (كذا في رد المحتار عن الخيرية) اقول : الظاهر ان هذا اذا

كان المستأجر بنى او غرس باذن المالك ، لانه يكون غير متعد بالبناء والغرس ، وهذا كما قالوا فيما لو ابتعت دجاجة لولوة ان صاحب اللؤلؤة يملك الدجاجة جبراً على مالكها ، لأن الضرر الاشد يزال بالاخف . واما اذا كان البناء والغرس بدون اذن مالك الارض فليس الا القلع او تخيير المالك بين تكليفه به او تملكه بقيته مستحق القلم ان كان القلع يضر بالارض لانه متعد بالبناء والغرس ، وسيأتي تحقيق هذه المسئلة في المادة (٩٠٦) وشرحها .

السابع : لا تعتبر الزيادة في سعر الاجرة . فلو آجر الناظر ارض الوقف بخمسة شنابل حنطة ولم تزد الاجرة على ذلك ، لكن زاد سعر الحنطة زيادة فاحشة ، لا تعتبر تلك الزيادة ، اذ لا فائدة ولا مصلحة في نقض الاجارة للوقف ولا للمستحقين (افاده في رد المحتار نقلا عن العلامة الطرابلسي) ورد به ما في شرح المجمع . وارض اليتيم كارض الوقف .

الثامن : كما تفسد اجارة الناظر والوصي عقار الوقف واليتيم بأقل من اجرة المثل ، تفسد المساقاة على اشجارها ايضاً اذا كان فيها غبن فاحش . ومضى فسدت المساقاة فسدت اجارة الارض الحاملة للاشجار . ومن ذلك ما يقع كثيراً من اخذ كرم الوقف او اليتيم مساقاة فساقى على اشجارها بسهم من الف سهم ثم يستاجر ارضه الخالصة من الاشجار بمبلغ كثير ، اي بمقدار ما يساوي اجرة الارض وثمان الثار ، تفسد المساقاة للغبن الفاحش وان كان في عقد الاجارة حظ ظاهر ، لان كلاهما عقد على حدة وبفساد المساقاة تفسد الاجارة لبقاء الارض المأجورة مشغولة بملك الآجر ، كما لو تقدم عقد الاجارة على المساقاة . واذا فسدت الاجارة صارت الاجرة غير مستحقة لجهة الوقف ، والمستحق انما هو الثمرة فقط ، وحيث فسدت المساقاة لكونها يجره يسير لجهة الوقف ، كان للعامل اجر مثل عمله (افاده في الدر وحاشيته رد المحتار) قال : وهذا بالنسبة الى الوقف . واما مساقاة المالك فلا ينظر فيها الى المصلحة ، كما لو آجر بدون اجر المثل اه .

التاسع : بقي الكلام على ما يسمونه في زماننا بالمرصد ، وهو ما يصرفه المستأجر في البناء في ارض الوقف او في ترميم بنائه من ماله باذن القاضي او باذن الناظر ، عند من لا يرى الاحتياج لاذن القاضي ، ليكون ما يصرفه ديناً على الوقف ،

ويكون البناء للوقف - وعلى ما يسمونه بالكدك ، وهو ما يبينه المستأجر في حانوت الوقف ، ولا يحسبه على الوقف ، من عمارة وترميم واغلاق ونحو ذلك وقد يسمونه بالخلو - وعلى ما يسمونه بالقيمة او الكر دار او مشد المسكة في البساتين ونحوها ، فان الارض في جميع ذلك يؤجرها الناظر بدون اجرة المثل بغير فاحش . وهذه امورٌ حادثة تعارفوا عليها ، وقد اشبع الكلام على هذه المسائل كلها العلامة بن عابدين في رد المحتار وتقيع الحامدية ، فلتراجع .

المادة ٤٤٢ - * لو ملك المستأجر عين المأجور بارث او هبة

يزول حكم الاجارة *

عبارة الخانية على . ما في حاشية الرملي على الفصولين : واذا ملك المستأجر العين المستأجرة ببارث او هبة ونحو ذلك بطلت الاجارة اه فدخل ما اذا ملكها بشراء صحيح . واما لو شراها شراءً فلهذا فلا تنسخ الاجارة ما لم يحدد القبض ، والا فلا ، كما في جامع الفصولين . لأن المبيع فاسداً لا يملكه المشتري الا بالقبض ، وقبض الاجارة لا ينوب عن قبض البيع ، لأن ذلك قبض امانة وهذا قبض ضمان (راجع شرح المادة ٠٣٧١)

وفي حاشية الفصولين للرملي ، نقلاً عن الحاوي الزاهدي : رهن الآجر الدار المستأجرة من المستأجر ، انسخت الاجارة وصار رهناً اه وكذا تنسخ الاجارة لو باعها الآجر من اجنبي وأجاز المستأجر بيعه ، كما تقدم في البيوع ، وان كان له حبس المأجور حتى يقبض ما دفعه من الاجرة .

وسفي الهندية : قال المستأجر للآجر بالفارسية ما معناه يعني هذه الدار المستأجرة ، فقال له الآجر نعم ، تنسخ الاجارة . وكذا لو قال الآجر ابيع هذه الدار ، فقال المستأجر نعم . ولو قال المستأجر للآجر اتبيع لي هذه الدار فقال ابيها ، قال برهان الدين وقاضي خان لا تنسخ ، وقال القاضي بديع الدين تنسخ . ولو قال الآجر للمستأجر ابيع هذه الدار لفلان ، فقال بها ، تنسخ .

اه وتام جنس هذه المسائل فيها .

❖ تنبيه ❖

يستفاد من تعليق زوال حكم الاجارة على ملك المستأجر ان المستأجر لو ملك
الماجوز في اثناء مدة الاجارة ، وقد كان تمكن من الانتفاع به بعض مدة
الاجارة ، يلزمه من الاجر المسمى ما اصاب تلك المدة ، وهو ظاهر .
وفي الخاتمة : رجل استأجر ارضاً ثم اشتراها المستأجر مع رجل آخر ، ذكر
في المنتقى ان الاجارة تبطل ، ويترك الزرع في الارض حتى يستحصد ، ويكون
لشريك في الشراء على صاحب الزرع مثل اجر نصف الارض .
وذكر فيه ايضاً : رجل استأجر داراً او ارضاً وبنى فيها ثم أجرها من رب الدار ،
فان الاجارة الثانية تكون نقضاً للاولى ، ويكون على رب الدار حصة بنساء
المستأجر من الأجر اه .

المادة ٤٤٣ - ❖ لو حدث عذر مانع لاجراء موجب العقد
تنفسخ الاجارة . مثلاً لو استأجر طباطخ للعرس ومات احد الزوجين
تنفسخ الاجارة . وكذلك من كان في سنه الم وقاول الطيب على
اخر اجه بخمسين قرشاً ثم زال الألم بنفسه تنفسخ الاجارة . وكذلك
تنفسخ الاجارة بوفاة الصبي او الغنم ولا تنفسخ بوفاة المسترضع ❖

قال في الهندية : الاجارة تنقض بالاعذار عندنا ، وذلك على وجوه ، اما ان
يكون من قبل احد العاقدين ، او من قبل المعقود عليه . وانا تحقق العذر ،
ذكر في بعض الروايات ان الاجارة لا تنقض ، وفي بعضها تنقض . وما يخالفوا
قالوا : ان كانت الاجارة لفرض ولم يبق ذلك الفرض ، او كان عذر يمنعه من
الجرى على موجب العقد شرعاً ، تنقض الاجارة من غير نقض . كما لو استأجر

انساناً لقطع يده عند وقوع الآكلة، او لقلع السن عند الوجع، فبرئت الآكلة وزال الوجع، تنتقض الاجارة، لانه لا يمكنه الجري على موجب العقد شرعاً. وان استاجر دابة بعينها الى بغداد لطلب غريم له او لطلب عبد آبق له، ثم حضر الغريم وعاد العبد من الاباق، تنتقض الاجارة، لانها وقفت لغرض. وقد فات ذلك الغرض. وكذا لو ظن ان في بناء داره خلافاً فاستاجر رجلاً لهدم البناء، ثم ظهر انه ليس في البناء خلل، او استاجر طبائخاً لوليمة العرس فانت العروس، بطلت الاجارة (كذا في فتاوي قاضيخان)

وكل عذر لا يمنع المضي في موجب العقد شرعاً ولكن يلحقه نوع ضرر، يحتاج فيه الى الفسخ (كذا في التذخيرة)

واذا تحقق العذر ومست الحاجة الى النقص، هل يتفرد صاحب العذر بالنقص او يحتاج الى القضاء او الرضي؟ اختلفت الروايات فيه، والصحيح ان العذر اذا كان ظاهراً، يتفرد، وان كان مشتبهاً، لا يتفرد (كذا في فتاوي قاضيخان) اهـ ما في الهندية -

وحاصله ان العذر على ما وفق به مشايخ المذهب ينقسم الى نوعين: نوع يوجب انفساخ العقد بلا فسخ، وذلك فيما اذا كانت الاجارة لغرض ولم يبق ذلك الغرض، واذا كان العذر يمنع من الجري على موجب العقد شرعاً. ونوع لا يوجب انفساخ العقد، وانما يثبت به خيار الفسخ لصاحبه. وهذه المادة قد تضمنت بيان حكم النوع الاول، واما النوع الثاني فسيأتي بيانه في الفصل الثالث من باب الخامس. وبهذا ظهر ان تقييد الانفساخ في هذه المادة بموت احد الزوجين وزوال الم السن، لا بد منه، والا كان من النوع الثاني، فلا يرد على هذه المادة ما نقله المحطاي عن المبسوط: اذا استأجره ليقطع يده للآكلة او لهدم بيانه ثم بداله ان يرجع في ذلك، كان عذراً، اذ في بقاء العقد اثار شيء من بدنه او ماله اهـ ثم قال: وهذا صريح في انه لو لم يسكن الوجع يكون له الفسخ لانا نقول ثبوت خيار الفسخ لصاحب العذر شيء، وانفساخ العقد بمجرد العذر شيء آخر. فزوال الم السن وموت احد الزوجين انما هو شرط للثاني لا للاول، وتوضيح ذلك انه لو استأجر طبائخ لطبخ وليمة العرس او طيب لقلع السن ثم ماتت العروس

وزال الم السن ، تنسخ الاجارة بلا فسخ ، لان الغرض من الاجارة لم يبق في
الاولى ، والجري على موجب العقد لا يمكن شرعاً في الثانية . واما اذا لم تمت
العروس ولم يزل الم السن فلا تنسخ الاجارة ، ولكن يثبت خيار
الفسخ للمستاجر ، لان الغرض من الاجارة وان كان باقياً والجري على موجب
العقد وان كان ممكناً شرعاً ، ولكن المستاجر يلحقه ضرر في ماله او جسمه ،
فيكون ذلك عذراً يثبت له خيار الفسخ . وما تقدم عن المبسوط من التعليل ،
صريح في ذلك . وكذا ما نقله في رد المحتار عن جامع الفصولين من قوله :
كل فعل هو سبب نقص المال او تلفه فهو عذر له - فانه كما لو استاجر لبيخيط له
ثوباً او بقص او يقطع او يبني بناء او يزرع ارضه ، ثم ندم ، له فسخه اه وكذا
ما علل به في الشرنبلالية من ان الانسان لا يجبر على اتلاف ماله ولا جسده
لانه قد تتلف لهاته بالقطع ، ولا يجبر على اطعام ماله لمن لا يشكره اه .

ثم ان النوع الثاني ، وهو العذر الذي يثبت به خيار الفسخ لصاحبه ، هو الذي
وقع فيه اختلاف الروايات في انه هل يتفرد صاحب العذر بالنقض او يحتاج فيه
الى القضاء او الرضى . والصحيح ان العذر اذا كان ظاهراً كالدين الثابت بالبينه
والحائط الذي ظهر ان ليس فيه خلل ، يتفرد . وان كان مشتبهاً كالدين الثابت
بمجرد اقرار الاجير ، كما سيأتي ، لا يتفرد ، بل يحتاج فيه الى القضاء ليظهره .
وهذا الخلاف لا يجري في النوع الاول ، كما هو صريح كلام قاضي خان والذخيرة
كما سمعت . وبهذا ظير ان ما اورده في الشرنبلالية وحواشي الدر وحاشية ابي
السمود على مسكين على متون الكنز والدرر والتنوير من ان تقييد ثبوت
خيار الفسخ للمستاجر بموت العروس او مخالفتها وبزوال الم الغرض ، لا مفهوم له ،
هو في محله ، لانها اي المتون المذكورة في صدد بيان النوع الثاني ، لانهم قالوا :
ويفسخ بعذر لزوم ضرر لم يستحق بالعقد الخ . لكن ما ذكروه لا يرد على منطوق
هذه المادة ، لانها في صدد بيان حكم النوع الاول ، كما لا يخفى . نعم قد وقع في
عباراتهم قصور عن توضيح المقام بما يرفع الاوهام ، فعليك بما حررناه ، فإنه من
مزالت اقدام الافهام ، واعرض عما كتبه هنا الشارح سليم باز ، فإنه ينقل المباني
ولا بشد الماني .

﴿ تمة ﴾

من النوع الثاني افلاس مستأجر دكان للتجارة ، فإنه عذر . وكذا اذا كسد سوقها حتى لا يمكنه التجارة . وقيل لا يكون الكساد عذراً ويمكن حمله على نوع من كساد . اما لو اراد التحول الى حانوت آخر هو اوسع او اخص ويعمل ذلك العمل ، لم يكن عذراً . وان يعمل عملاً آخر ، ففي الصغرى عذر ، وفي فتاوي الاصل : ان تنهيا له العمل الثاني في ذلك الحانوت ، فلا ، والا فتم . ولو استأجر دكاناً لعمل الخياطة فتركه لعمل آخر ، فمذر .

وقد استفيد من جميع ذلك ان الافلاس ليس بقيد ، وبوئده ما في جواهر الفتاوي : استأجر حماماً سنة وصار بمجال لا يتحصل من الغلة قدر الاجرة واراد ان يرد الحمام ، ان لم يعمل الحمامي فله ان يردّه - اي حيلته ان يترك العمل . والظاهر انه يخلف كسئلة السفر الانية . وسفر مستأجر دار للسكنى عذر ، دون سفر مؤجرها . ولو قال المستأجر اريد السفر وقال المؤجر انه يتعلل ، يخلف انه عزم على السفر . وهذا احد اقوال ، واليه مال الكرخي والقنوري . وقيل يسأل رفقته ، وقيل يحكم زيه وثيابه ، وقيل القول قول منكر السفر . ولو خرج الى السفر بعد الفسخ ثم رجع وقال بدالي في ذلك ، وقال خصمه انه كاذب ، يخلف بالله انك صادق في خروجك بعد الفسخ (افاده في الدر وحواشيه)

والظاهر ان بينة المؤجر ان المستأجر يتعلل بالسفر لفسخ الاجارة لا تقبل ، لانها على نفي الارادة ، والارادة من افعال القلب كالمشيئة والحب والرضى والاشتهاء والهوى ، فيدار الحكم على اخبار العازم والمريد الخ ، وجوداً وعدمًا ، كما في البحر والخانية والمهندبة والبرازبة ، وكذا في رد المختار عن كافي الحاكم . ولهذا لو علق طلاقها على حبه اياها ، كان المعلق عليه اخباره بالحب ، وان كان في قلبه خلاف ما اخبر به . ولا شك ان يبتها على حبه ايلعا غير مقبولة ، ولا يخفى ان جميع هذه الاعذار لا يتفرد فيها المستأجر بالفسخ ، لانها غير ظاهرة للعيان ، ولهذا احتج فيها لليمين ، فلا بد للفسخ فيها من التراضي او قضاء القاضي كما قدمناه آنفاً عن المهندبة ، منزلاً لفتاوي قاضيان . وظاهر قول الدر « يخلف انه عزم على السفر » انه لا

يخلف على ان عزمه على السفر تجبيل لفسخ الاجارة . وبوئده مشكلة الحامي حيث قال ان حيلته ان يترك العمل ، فتدبر وراجع ، وتقام مسائل هذا النوع في الدر وحواشيه والهندية .

ويمكن ان يقال انه لو اقرانه عزم على السفر تجبيلاً لفسخ الاجارة ، لا يقطع حقه في الفسخ ، كما قالوا انه لو فعل ما يقطع شفعة الشفيع ، ليس للشفيع ان يخلفه بالله ما فعل ذلك تجبيلاً لاسقاط الشفعة ، لانه لو اقر بذلك لا يلزمه شيء ، فتأمل وراجع .

* نذبيات *

الاول : انقاسخ الاجارة بوفاة الصبي او الظئر ليس من قبيل انقاسخ الاجارة بعذر مانع من اجراء موجب العقد ، بل هو من قبيل انقاسخها بموت احد العاقدين . فقوله « وكذلك تنفسخ » الكاف فيه للتنظير ، اي ونظير انقاسخها بالعذر انقاسخها بموت من ذكر . قال في التنوير وغيره : وتنفسخ بموت احد عاقدين عقدها لنفسه . فان عقدها لغيره لا تنفسخ كوكيل ووصي ومتولي الوقف اه وعال في الفسخ انقاسخها في موت الموهجر ، بان المصحق بالعقد المنافع التي تحدث على ملك الموهجر ، وقد فات ذلك بموته ، فتبطل الاجارة لفوات المقفود عليه ، لان رقة الدار تنتقل الى الوارث ، والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرقة ، وفي موت المستأجر ، بانه لو بقي العقد بعد موته انما يبقى على ان يخلفه الوارث ، والمنفعة المجردة لا تورث اه مختصراً .

وبشئى من انقاسخها بموت احدها ، حال الضرورة ، كوت الموهجر في طريق مكة ولا حاكم في الطريق ، فتبقى الى مكة ، فيرفع الامر الى القاضي ليفعل الاصلح ، فيخرجها له لو اميناً او يبيعها بالقيمة ويدفع له اجرة الاباب ان برهن على دفعها . وتقبل البيعة هنا بلا خصم لانه يريد الاخذ من ثمن ما في يده (افاده في الدر عن الاشياء)

ومثله لو مات موهجر السفينة او انقضت مدة الاجارة في وسط البحر ، كما سيأتي في المادة (٤٨٠) وشرحها . قال في الدر المنتقى : لان الاجارة كانت نقض

بالاعذار ، تبقى بالاعذار اه .

ولو سكن المتأجر بعد موت المؤجر ، ان طالبه الوارث بالتفريغ ينبغي ان لا يجب عليه الاجر ، لانه غاصب - الا اذا كان معداً للاستقلال ، او صار بموت المؤجر مال بتم . واما المسمى في العقد السابق فلا يلزمه قطعاً ، لظهور انقضاؤه . وان طالبه الوارث بأجر آخر وسكن بعده ، ينبغي لزوم ذلك الاجر الذي طالبه به ، كما نقله في الدر عن الاشياء . وتقدم في المادة (٤٣٨) وشرحها . وان لم يطالبه بشيء ، قيل : الحكم فيه كالحكم فيما اذا طالبه بالتفريغ ، ورجعه في البرازية . وقيل يجب الاجر مطلقاً ، لانه مضى على الاجارة وما غصب ، وعليه الفتوى ، كما في التارخانية عن جامع الفتاوى .

ثم اذا وجب الاجر هل يجب اجر المثل او المسمى في العقد السابق ؟ ظاهر الفية ، الاول . ومقتضى ما يجره في الخالية ، الثاني ، فانه قال : وينبغي ان لا يظهر الانقضاء هنا ما لم يطالب الوارث بالتفريغ او بالتزام اجر آخر . لانه فصل مجتهد فيه اه فان مقتضاه وجوب الاجر المسمى في العقد السابق ، وايد هذا بما في النية : مات احدها في اثناء المدة والزرع بقل ، بقي العقد بالمسمى حتى يدرك الزرع ، وبعد المدة باجر المثل اه فانه فرق فيما اذا لم يدرك الزرع بين موت احدهما في اثناء المدة ، وبين انقضاءها . ففي الاول بترك الى الحصاد بالمسمى ، وفي الثاني بأجر المثل . هذا حاصل ما في الدر وحواشيه . وسأتي في المادة (٥٢٦) ما اذا انقضت المدة قبل ادراك الزرع .

ولقائل ان يقول : في هذا التأيد نظر ، لما حرره في رد المختار عند ذكر صاحب التنوير ما في النية من ان العقد انسخ بالموت حقيقة لكن اعتبر بانياً حكماً للضرورة ، وهي ضرر المتأجر بقلع زرعه البقل ، فلذا وجب المسمى . فقول النية « بقي العقد » اي حكماً حقيقة ، ومعلوم انه لا ضرورة في المسئلة التي انقضت بحث الخالية حتى يبقى العقد فيها حكماً ، لا يقال ان الضرورة في مسئلة النية يمكن دفعها بايجاب اجر المثل لانا نقول الضرورة انقضت بقاء العقد على حاله ، فوجب المسمى - بخلافها اذا فرغت المدة ، فانها انقضت انقضاء اجارة جديدة فوجب اجر المثل . وانظر ما سنكتبه في شرح المادة (٤٨٠) عن الهندية

فليتأمل ، فإن الترجيح بين ما بحثه في الخانية وبين ما رزاه كلام الفقيه ، مشكل .
والعجب من الشارح سليم باز فإنه ذكر ما بحثه في الخانية كأنه نقل صريح في
المسئلة ، ولم ينبه على كونه بحثاً ، قد تقرر منه ذلك في شرحه ، فليتنبه له .
الثاني : ان من انواع الاول ، وهو المذر الذي يفسخ به العقد بلا فسخ ،
ما سبأ في المادة (٥٨٠) من انه لو استاجر حصادين لحصد زرعه وبعد مباشرة
العمل تلف الزرع بأفة مماوية كبرد وجراد فإنه تنفسح الاجارة بلا فسخ بما خص
الباقى من الزرع ، ويلزم المستاجر ما اصاب الزرع المحصول من الاجر المسمى ، وذلك
لنفوت الغرض الذي كانت الاجارة لاجله . اقول : ولعل منه ايضاً ما لو استاجر
رحلاً ليرعى غنمه مدة ثم في اثناء المدة انت الغنم كلها ، لان الغرض الذي كانت
الاجارة لاجله قد فات بروت كل الغنم . ولذا قال في الجوهره « وان هلك في المدة
نصف الغنم او اكثر ، فله الاجرة كاملة ما دام برعى منها شيئاً » فانهم انه لو ماتت
كلها فلا اجرة له من حين موتها ، وما ذاك الا لانفساخها ، اي الاجارة ، فنوات
الغرض الذي كانت الاجارة لاجله . وهذا يوهب ما حررناه في شرح
المادة (٤٢٥) فليراجع .

الثالث : ان من النوع الثاني ، وهو المذر الذي يثبت به خيار الفسخ لصاحبه ، ما اذا
ظهر على الموهجر دين لا وفاء له الا من الماجور ، سواء كان ثابتاً باقراره او بينة ، وسواء
كان اقراره قبل عقد الاجارة او بعده ، لانه يجبس به فيفسر ، كما في الدر وحواشيه .
ثم ان كان الدين ظاهراً بأد : كان ثابتاً بالعيان او بالبيان ، فينفرد الموهجر بفسخ الاجارة .
والا ، كالدين الثابت باقراره ، فلا ينفرد ، بل يحتاج معه الى قضاء القاضي او
رضى المستاجر بالفسخ ، كما تقدم عن الهندية ، وذكروه ايضاً في حواشي
الدر وغيرها .

وليس هذا المذر من النوع الاول ، اعني الذي تنفسخ به الاجارة بلا فسخ ،
كما زعم الشارح سليم باز ، لتصریح المتن بخلافه .
ثم انما يكون الدين المذكور عذراً اذا لم يكن ما عجله المستاجر للموهجر من
الاجرة يستغرق فيه المأجور ، والا فلا يملك الفسخ ، لأن استأجر احق به من
سائر الفراء ، فلا ابدية في الفسخ (صرح به في الدر وحواشيه)

وكذا من هذا النوع ، اعني النوع الثاني ايضا ، افلاس خياط بعمل بما لا بأمره ، كن استأجر عبداً ليخيط قتره عمله ، وافلاس مستأجر دكان للتجارة ، ورك مستأجر دكان لعمل الخباطة الى عمل آخر . وكذا احتياج موهجر لبيع المأجور لضرورة "نفقة" ، وكذا ظهور عيب في المأجور بعد الاجارة او قبلها ولم يطلع عليه المستأجر ، كأنهدام الدار او بعضها . وسأتي توضيح هذا النوع في الفصل الثالث من باب الخامس .

❖ فروع ❖

الاول : قال في لسان الحكم لواظهر المستأجر في الدار الشر : كشرب الخمر واكل الربا والزنى واللواط ، يوزر بالمعروف ، وليس للموَجِر ولا لجيرانه ان يخرجوه . فذلك لا يصير عذراً في الفسخ ، ولا خلاف فيه للائمة الاربعة . وفي الجواهر : ان رأى السلطان ان يخرج به ، فعلا (رد المختار) وكذا لو جعلها مأوى للصوم (خانية)

الثاني : ذكر في الاسعاف وغيره : لو تبين ان المستأجر يخاف منه على ربة الوقف ، يفسخها القاضي ويخرجه ن بده ، فايحفظ ام .

اقر بداره لرجل بعد ما أجرها ، صح في حق نفسه ، لا في حق المستأجر . فإذا مضت المدة يقضي للمقر له (رد المختار عن الوالوية)

رجل أجر نفسه في ختان او حجامه او صناعة من الاعمال ، ثم قال انا ارغب من هذا العمل واستحي من الناس واريد التحول منه الى غيره من الاعمال ، قال محمد رحمه الله تعالى لا اقبل ذلك منه ، واقول له اوفه العمل ثم تحول الى ما شئت .

واذا آجرت المرأة نفسها بما تعاب به ، كان لأهلها ان يخرجوها من تلك الاجارة (خانية)

= الفصل الثاني -

» في شروط انعقاد الاجارة ونفاذها «

قال في الهندية : وشروطها انواع : بعضها شرط النفاذ ، وبعضها شرط الصحة ،
وبعضها شرط اللزوم . ثم ذكرها مفصلة ، فالتراجع .
وقد تضمن هذا الفصل النوعين الاولين . والفصل الآتي ، وهو الثالث ،
النوع الثالث . واما النوع الرابع ، وهو شرط اللزوم ، فلم يذكره هنا استثناء عنه
بالباب الخامس في الخيارات .

المادة ٤٤٤ - * يشترط في انعقاد الاجارة اهلية العاقدين يعني

كونها عاقلين مميزين *

حتى لا تنعقد الاجارة من المجنون والصبي الذي لا يعقل كما سيأتي في المادة
(٤٥٨) واما البلوغ فليس من شرائط الانعقاد ، ولا من شرائط النفاذ عندنا .
حتى ان الصبي العاقل لو آجر ماله او نفسه ، فإن كان مأذوناً تنفذ ، وان كان
مجبوراً تتوقف على اجازة الوالي عندنا .
وكذا لو آجر الصبي المحجوز نفسه وسلم وعمل وسلم من العمل ، يستحق
الأجر فيكون الاجر له .

وكذا حرية العاقد ليست بشرط لانعقاد الاجارة رلا لنفاذها عندنا ، فينفذ
عقد المملوك ان كان مأذوناً ، ويقف على اجازة المولى ان كان مجبوراً . واذا سلم
من العمل في اجارة نفسه او اجارة مال المولى ، وجب الاجر المسمى ، ويكون
الاجر للمولى . ولو هلك الصبي او العبد في بد المستاجر ، ضمن ، لانه صار غاصباً

من حيث استعمالها من غير اذن المولى والولي ، ولا يجب الاجر . ولو قتل العبد والصبي خطأ ، فعلى عاقلة الدية والقبصة ، وعليه الاجر . والمكاتب ان يوهجر ويستاجر .

واما كون العاقد طابعا مختاراً عامداً فليس بشرط لانقضاء هذا العقد ولا لنهاه عندنا ، لكنه من شرايط الصحة .

واسلامه ليس بشرط اصلاً ، فتجوز الاجارة والاستجار من المسلم والذي والحربي والمستأمن . واما خلو العاقد عن الردة اذا كان ذكراً ، فشرط في قول ابي حنيفة . وعند مالك بشرط اه (هندية)

وقد قدمنا في شرح المادة (٣٦١) ان شروط انعقاد البيع اربعة انواع : في العاقد ، وفي العقود عليه ، وفي نفس العقد ، وفي مكانه . فشروط العاقد اثنان : العقل والعدد . وشروط العقود عليه ستة : كونه موجوداً ، مالاً متقوماً ، مملوكاً في نفسه ، مقدور التسليم ، وكون الملك للبايع فيما يبيعه لنفسه وكون المبيع مشاراً اليه او الى مكانه اذا كان غير منظور وقت العقد . وشرط العقد اثنان : موافقة الايجاب للقبول ، وكونه بلفظ الماضي . وشرط مكانه واحد ، وهو اتحاد المجلس فجملة شروط الانقضاء احد عشر . وتمام تحقيقه هناك ، فراجعه . وما يكون شرطاً لانقضاء البيع ، يكون شرطاً لانقضاء الاجارة .

المادة ٤٤٥ * يشترط موافقة الايجاب والقبول واتحاد مجلس

العقد في الاجارة كما في البيع *

قدمنا في شرح المادة (٤٣٣) عن البدائع ان الكلام في الايجاب والقبول وفي صفتها ، كالقلام فيما في البيع . وعليه فتزملك مراجعة الفصل الثاني والفصل الثالث من الباب الاول من كتاب البيوع .

وقد تضمنت هذه المادة والتي قبلها بيان شرط انعقاد الاجارة ، كما ان المادتين التاليتين تضمنتا بيان شرط نفاذها . ومن شرائط الانقضاء ، كما في الطحطاوي

عن الهندية ، قيام المعقود عليه . قال : فلما اجاز المالك عقد الفصولي بعد استيفاء
المستأجر المنفعة ، لم تجز اجازته ، وكانت الاجارة للماعد ، لان المنافع المعقود عليها
قد انعدمت اه .

ويظهر ان من شرائط الانقضاء ايضاً قياساً على البيع ، كون المستأجر مقدور الاستيفاء
حقيقاً او شرعاً . فلا تنعقد الاجارة في استئجار الأبق والدابة النادة التي لا يمكن
مسكها وتليحها ، ولا الاجارة على المعاصي لأنها غير مقدوزة الاستيفاء شرعاً .
وقد صرح بهذا في الهندية ، وان كان ذلك في صدد بيان شروط الصحة .

ومنها ايضاً ان لا يكون العمل المتاجر له فرضاً او واجباً او نقلاً مندوباً ،
لأن المتاجر له ، وهو سقوط الفرض والواجب او ثواب النفل ، غير مقدور
التسليم . وقد صرحوا بطلان الاجارة على الطاعات ، ومنها تلاوة القرآن المجردة
الافيا استثنى ، كاستئجار على الآذان والامامة وتعليم القرآن وقد
حقق ذلك بما لا مزيد عليه العلامة بن عابدين في رسالته « شفاء العليل » وما رد
عليه العلامة المرحوم السيد محمود افندي الحمزاوي مفتي الشام سابقاً في رسالته
السماة « رفع الفسادة عن جواز اخذ الاجرة على التلاوة » مدفوع بادنى امعان
ومقابلة بين الرسالتين فإن في شفاء العليل ما يزيل اثر الفسادة والغين عن العين
وانظر ما سنذكره في شرح المادة (٥٧٠)

المادة ٤٤٦ = * يلزم ان يكون الآجر متصرفاً بما يؤجره

او وكيل المتصرف او وليه او وصيه *

الولي يشمل الاب والجد عند عدم الاب وناظر الوقف . وكذا الوصي يشمل
وصي الاب ووصي الجد ووصي القاضي عند عدم الاول . ومثل الاب والجد والوصي
القاضي او امينه عند عدم من ذكر . فلو آجر غير هؤلاء ، ولو كان من ذوي الرحم
المحرم ، لا تكون الاجارة نافذة ، لكنها تنعقد موقوفة على اجازة المالك او احد
هؤلاء ، لان شرط نفاذها الملك والولاية مسواه كانت من قبل المالك كالكيل او

من قبل الشرع كالأب وما عطف عليه (اناده في المنسوبة) ثم قال : ولو بلغ الصبي في هذا كله قبل انقضاء مدة الاجارة ، فله الخيار : ان شاء امضى الاجارة وان شاء فسخه .

المادة ٤٤٧ - * تنعقد اجارة الفضولي موقوفة على اجازة المنصرف . وان كان المنصرف صغيراً او مجنوناً وكانت الاجرة اجرة المثل تنعقد اجارة الفضولي موقوفة على اجازة وليه او وصيه . لكن يشترط في صحة الاجارة قيام وبقاء اربعة اشياء : العاقدين والمال المعقود عليه وبطل الاجارة ان كان من العروض : واذا عدم احد هؤلاء فلا تصح الاجارة * .

فيد صحة اجازة الولي والوصي بما اذا اجر الفضولي بأجر المثل لأن باجارته بأقل من اجر المثل لا تصح اجازته ، لأن اجارة نفس الولي او الوصي بأقل من اجر المثل غير صحيحة ، كما سبق في المادة (٤٤١) فاولى ان لا تصح اجازتهما لاجارة الفضولي بذلك .

وقوله « لكن يشترط في صحة الاجازة الخ » اي لأن الاجارة بيع المنافع كما تقدم ، وهي بمنزلة بيع الاعيان . وقد تقدم في المادة (٣٧٨) اشتراط قيام من ذكر لصحة اجازة بيع الفضولي الاعيان ، فيكون ذلك شرطاً ايضاً في صحة اجازة بيع المنافع . وعليه فيلزم مراجعة المادة المذكورة وشرحها .

ثم ان قيام المعقود عليه ، وهو النفعة ، انما يكون بقاء مدة الاجارة . ولذا لا تصح الاجازة بعد انقضائها . قال في الخانية : الغائب اذا اجر المنصوب ثم اجاز المالك ، ان اجاز قبل استيفاء النفعة ، صحت اجازته ، ويكون جميع الأجر للمالك - كما لو اجاز بيع الفضولي حال قيام المعقود عليه . وان اجاز بعد انقضاء المدة ، لا تصح اجازته ، كما لو اجاز بيع الفضولي بعد هلاك المعقود عليه ، ويكون

جميع الاجر للناصب ، لأنه هو العاقد . والمنافع تقوم بعقده ، فكانت الاجر له . وان اجاز بهد ما مضى بعض المدة فأجر ما مضى ، يكون للناصب ، وأجر ما بقي يكون للمالك . وهو قول محمد رحمه الله تعالى ، والفتوى عليه ، لان الاجارة تمقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة ، نصحت الاجارة فيما بقي من المدة ولا تصح فيما مضى . وكذا لو اعطى الناصب ارض النصب مزارعة فأجاز للمالك ، ان كان الزرع قد سنبل ولم يسمن ، كان الخارج بين المزارع ورب الارض ، ولا شيء للناصب . وان كان الزرع قد سنبل وسمن ، لا تصح اجارة رب الارض ، ويكون ذلك بين الناصب والمزارع ولا شيء للمالك اه اي الا اذا كان مال يتيم او وقف او معد للاستغلال ، فعلى الناصب اجر المثل ، ان كان ما قبضه من الاجرة اجر المثل او دونه . وان كان اكثر ، الاولي ان يرد ما زاد على اجر المثل للمالك لأنه لا يطيب له ويطيب للمالك ، لأنه نماء ملكه . هذا ما حققه ابن عابد بن في رد المختار من النصب .

وفي التنقيح من الاجارة . وفي الحامدية : والظاهر ان مثل الناصب ، وهو من أجر المنصوب لاجل نفسه ، الفضولي وهو من أجره لاجل المالك . اه بنصرف ، وهو ظاهر .

وفي الخانية : الناصب اذا أجر الدار او العبد ثم قال المنصوب منه انا امرتك بالاجارة فقال الناصب لم تأمرني ، كان القول قول المنصوب منه . ولو أجر الناصب فلما انقضت مدة الاجارة قال المنصوب منه كنت اجرت عقده قبل انقضاء المدة ، لا يقبل قوله الا بينة اه ونقل مثله في التنقيح عن جواهر الفتاوى .

وتقييد اشتراط قيام بدل الاجارة في هذه المادة بما اذا كان من العروض احتراز ، عما اذا كان ديناً ثبت في الذمة ، فإنه حينئذ لا يشترط قيامه ، لأنه اذا كان عرضاً كان ذلك العرض مبيعاً قد اشتراه الفضولي ، والمبيع لا بد من ان يكون قائماً حال الاجارة . بخلاف اذا كان ديناً ، فإنه لا يكون كذلك ، فلا يشترط قيامه حال الاجارة .

ثم اذا كان عرضاً واجاز للمالك الاجارة به حال قيامه ، لا بصير ذلك

العرض ملكاً له ، بل يجب له على الفضولي مثله ان مثلياً ، وقيته ان قيمياً ، لأن
جازة المالك اجازة نقد لا اجازة عقد ، بمعنى ان المالك اجاز للفضولي ان ينقد
الاجرة ثمناً للعرض الذي ملكه الفضولي بعقد الاجارة ، لا اجازة عقد ، لان
المقد لازم على الفضولي . هذا حاصل ما ذكره في فصل الفضولي من
كتاب البيوع .

= الفصل الثالث -

في شروط صحة الاجارة

المادة ٤٤٨ - * يشترط في صحة الاجارة رضا العاقدين *

فاجارة المكره فاسدة كاستجاره ، الا انها تنقلب صحيحة بعد زوال
الاكراه ، ويكون بدل الاجارة امانة في يد المكره ، فلا تضمن بلا تعدد .
وهذا بخلاف الفاسدة بغير الاكراه . وهذا الحكم قد صرحوا به في بيع المكره ،
ومعلوم ان الاجارة مثل البيع ، لانها بيع المنافع ، تأمل .

المادة ٤٤٩ - * يلزم تعيين المسأجور . بناء عليه لا يصح

ايجار احد الحانوتين من دون تعيين او تخيير *

اما التعيين ، فظاهر . واما التخيير ، فبان يقول آجرتك هذه الدار بخمسة
او هذه الاخرى بعشرة ، فان الاجارة تصح ، واخيار للمستأجر وان لم يصرح
بالتخيير . قال في الهندية : الاصل ان الاجارة اذا وقعت على احد الشئتين وسمى

لكل واحد اجراً معلوماً بأن قال آجرتك هذه الدار بنجمة او هذه الاخرى
بمشرة ، او كان هذا القول في حائرتين او عبيدين او مساقين مختلفتين ، نحو ان
يقول الى واسط بكذا والى كوفة بكذا ، فذلك كله جائز عند علمائنا .
وكذلك اذا خيره بين ثلاثة اشياء . وان ذكر اربعة اشياء ، لم يجوز . وكذلك
هذا في انواع الصبغ والخطاطة ، اذا ذكر ثلاثة اشياء جاز ، وان زاد عليها لم
يجز ، استدلالاً بالبيع . الا ان الاجارة نصح من غير شرط الخيار والبيع لا يصح
من غير شرط الخيار كذا في الذخيرة اه وسياقي لها مزيد بيان في المادة
(٥٠٦) وشرحها .

واعلم ان علة فساد الاجارة عند عدم التمين او التخيير ليس هو جهالة المنفعة
كما زعم الشارح سليم بازيه والا لكانت هذه المادة مستغنى عنها بالمادة (٥٠١)
الآتية . وانما هو لجهالة محل المنفعة ، وهو المأجور ، وان كانت المنفعة وهو السكنى
في الدار والركوب في الدابة والعمل في استخراج اهل الصنعة معلومة ، اذ لا يلزم
من جهالة محل المنفعة جهالة المنفعة كما زعم . ولذا قال في الهندية ، بعد ذكر شرط
كون المفقود عليه معلوماً : ومنها ، اي من شروط الصحة ، بيان محل المنفعة ، حتى
لو قال آجرتك احدى هاتين الدارين او احد هذين العبيدين او استأجرت احد
هذين للصائمين ، لم يصح العقد اه اي وان كانت المنفعة معلومة ، فانهم .

المادة ٤٥٠ - * يشترط ان تكون الاجرة معلومة *

سياقي في المادة (٤٦٤) والمادة (٤٦٥) كيفية معلومية الاجرة .

المادة ٤٥١ - * يشترط في الاجارة ان تكون المنفعة معلومة

بوجه يكون مانعاً للمنازعة *

المادة ٤٥٢ = * المنفعة تكون معلومة ببيان مدة الاجارة
في امثال الدار والحانوت والظئر *

اما نحو الخياطة فلا يشترط فيها بيان المدة اه (طحطاري) وانما اشترط بيان
المدة في نحو الدار لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر النفع معلوماً بجر (اي
بمخلاف نحو الصباغة والخياطة .

المادة ٤٥٣ - * يلزم عند استئجار الدابة تعيين المنفعة بكونها
للكوب او للحمل او ار كاب من شاء على التعميم مع بيان المسافة
او مدة الاجارة *

قال في الدر وحواشيه : يشترط في استئجار الدابة للكوب بيان الوقت
او الموضع فلو خلا عنها فهي فاسدة ، فلا يجب اجر المثل الا بمقينة الانتفاع اه
وفي البرازية : استأجر ليقيم عليها او يستقبل الحاج ، لا يصح بلاذ كروقت او موضع .
وفيها ، استأجرها من الكوفة الى الخيرة يبلغ عليها الى منزله ويركبها
من منزله وكذا في حمل المتاع اه وسيأتي تفاصيل احكام استئجار الدابة في الفصل
الثالث من الباب السادس .

المادة ٤٥٤ - * يلزم في استئجار الاراضي بيان كونها لاي
شيء استؤجرت مع تعيين المدة . فان كانت للزرع يلزم بيان ما
ما يزرع فيها او تخيير المستأجر بأن يزرع ما شاء على التعميم *

سياتي بيان محرز هذا الشرط في المادة (٥٢٤)

المادة ٤٥٥ - * تكون المنفعة معلومة في استئجار اهل الصنعة بيان العمل يعني بتعيين ما يعمل الاجير او تعيين كيفية عمله . فاذا اريد صبغ الثياب يلزم ارائتها للصباغ او بيان لونها واعلام رقتها مثلاً *

يعني ان معلومة المنفعة في استئجار اهل الصنعة انما تكون ببيان العمل بياناً يرفع الجهالة المودبة الى المنازعة . فقيل لو استأجره ليبنى له حائطاً بالحجر او اللبن والآجر والجص لا بد من تعيين ما يعمله الاجير ، وذلك بأن يبين طول الحائط وعرضه وارتفاعه . لكن لو استأجره لحفر البئر ولم يبين الطول والعرض والعمق تجوز الاجارة استحساناً ، ويؤخذ بوسط ما يعمله الناس ، كما في الهندية . وفيما لو استأجره لصبغ الثياب لا بد ان يبين الثوب الذي يصبغ ، ولون الصبغ احمر او نحوه ، وقدر الصبغ اذا كان يختلف ، كما في رد المحتار . اقول : وكذا لا بد من بيان جنس ما يصبغ به اذا كان مما يختلف كصبغ الاحمر بالدودة في زماننا ، وصبغه بالاحمر الفرجي في زماننا ، فان الفرق بينهما فاحش . وفيما لو استأجره لقصر الثياب لا بد من ارائته الثوب او اعلامه بقدر رفته . ففي رد المحتار عن المحيط : لو استأجره لقصر عشرة اثواب ولم يرها ، فالاجارة فاسدة لانه يختلف بغلظه ورقته اه ولا يشك ان علمه بقدر رقتها وغلظها يقوم مقام رؤيتها . هكذا ينبغي تقرير هذا المحل .

المادة ٤٥٦ = * تكون المنفعة معلومة في نقل الاشياء بالاشارة وبتعيين المحل الذي ينقل اليه . مثلاً لو قيل للحمال انقل هذا الحمل الى المحل الفلاني تكون المنفعة معلومة لكون المحل مشاهداً والمسافة معلومة *

لانه اذا اراه ما بنقله وعين الموضع الذي يجعل اليه ، كانت المنفعة معلومة ،
فيصح المقد (بحر)
وحاصله ان الاشارة الى المنقول اغنت عن بيان مقداره فقط (رد المحتار)
اي وتعيين المحل اغنى عن ذكر المدة ، فانهم .

المادة ٤٥٧ - * يشترط ان تكون المنفعة مقدورة الاستيفاء
بناء عليه لا يصح اجارة الدابة الفارة * *

هذا اذا كانت غير مقدورة الاستيفاء حقيقة . وكذا اذا كانت غير مقدورة
الاستيفاء شرعاً ، كما قدمناه في شرح المادة (٤٤٥)
ومن ذلك ما في الهندية عن غاية البيان : ولا تجوز الاجارة على شي من النماء
والنوح والمزامير والطبول وشي من اللهو . وعلى هذا الهداء وقراءة الشعر وغيره ،
ولا اجر في ذلك . وهذا كله قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله
نصالي اه .

وفيها عن الغياثية : لو استأجر لتعليم الفناء ، او استأجر رجل ليخصي
عبداً ، لا يجوز . وقيل في البقر والفرس يجوز اه .
وانظر ما لو آجر دابته المنصوبة وهي في يد الفاصب ، هل تصح الاجارة ؟
جزم الشارح سليم باز انها لا تجوز ، وعال بأنه لا يمكن تسليمها فلا يتمكن من
استيفاء المنفعة ، لان تسليم المحل اقيم مقام تسليم المنفعة ، لا يمكن من الانتفاع ، فاذا فات
التسليم فات التمكن من المنفعة ، فلا تصح الاجارة ادبلفظه . ولم يميزه لاحد ، ولم اراه فيما عندي
من الكتب بعد الفحص والتغيير . وما اتى به من التعليل عليل ، لانا لا نسلم
عدم امكان التسليم اذا كان الفاصب مقراً . وتمكن المتأجر من استيفاء
المنفعة بعد ان تكون مقدورة التسليم من المؤجر شرطاً ، لوجوب الاجرة عليه ،
لا لصحة المقد ، كما هو ظاهر .

ثم رأيت في الخانية او اخر البيع الفاسد ما نصه : رجل باع المنسوب من غير

الناصب ، ان كان الناصب جاحداً يدعي انه له ولم يكن للمنصوب منه بينة ، لا يجوز بيعه . وان كان له بينة ، جاز بيعه . ولا يجوز بيع الآبق الا اذا باعه من في يده اه .

وفي الثاني والثلاثين من جامع الفصولين : غُصِبَ ثوبه وعجز عن استرداده فقال اجنبي للمالك بنى حتى استرده فباعه فأراد اخذه من غاصبه فقال المشتري هو لي فكذبه الناصب فحلف المشتري بطلاق امرأته ثلاثاً انه ثوبه ، قالوا لا يحنث ، لأن شراء المنصوب صحيح . وروي عن ابي يوسف ليس له حق الفسخ . والمناجخ اخذوا بهذه الرواية اه وهذا يقتضى صحة اجارة المنصوب منه للمنصوب اذا كان الناصب مقراً او منكرأ ، والمنصوب منه له بينة عليه ، لان الاجارة بيع المنافع . وكما اشترط في صحة الاجارة كون المنفعة مقدورة الاستيفاء ، اشترط في البيع كون المبيع مقدور الاستيفاء ، فليتأمل وليراجع .

« الفصل الرابع »

❖ في فساد الاجارة وبطلانها ❖

المادة ٤٥٨ = ❖ تبطل الاجارة اذا لم يوجد احد شروطها . مثلاً
ايجار المجنون والصبي غير المميز كاستجارها باطل . لكن لا تنسخ
الاجارة بمجنون الا جر بعد انعقادها ❖

التعبير بالاطلان ، مع التمثيل بايجار المجنون والصبي ، ظاهر في ان المراد بالشروط
المذكورة شروط الانقضاء .

واشار بقوله « مثلاً » الى انه ليس المراد حصر بطلان الاجارة باجارة المجنون
والصبي ، لما قدمناه في شرح المادة (٤٤٤) من ان شروط انعقاد البيع ، احد عشر

شرطاً . ولذا مثل الطحاوي للاجارة الباطلة بأن استأجر بمئة او دم او استأجر طيباً لبثمه او شاة لتبعا غنمه او غللاً لينزو او رجلاً لينحت له صنماً اه . وكذا يبطل ايجاز وكيل من الجانبين ، وايجار حانوت او دار قبل ان يشتره المؤجر او بيمره . وكذا اذا لم يوافق الايجاب القبول ، او كان احدها او كلاهما بلفظ الاستقبال ، او اختلف مجلس الايجاب والقبول .

المادة ٤٥٩ = * لا يلزم الاجرة في الاجارة الباطلة بالاستعمال لكن يلزم أجر المثل ان كان مال وقف او يتيم . والمجنون في حكم اليتيم *

سكنت هذه المادة عن الممد للاستغلال . وقد قال الطحاوي عند قول الملائي « فإنه ، أي الباطل ، لا اجر فيه » ظاهره ، ولو معداً للاستغلال ، لأنه انما يجب الاجر فيه اذا لم يستعمله بتأويل عقد او ملك كما سلف ، وهنا استعمله بتأويل عقد باطل ، ويخرداه قال في رد المختار ، بعد قوله : وفيه ان الباطل لا حكم له اصلاً ، فوجوده كعدمه ، كما في البدائع ، تأمل اه اقول : وفيما ذكر الطحاوي نظر آخر ، وهو ان المراد بالمقد في قولهم « الا ان يستعمله بتأويل عقد او ملك » عقد يبي عن كونه استعمل الممد للاستغلال . لا بنية الاجارة ، بدليل انهم مثاروا لذلك بحانوت سكنه مشتربه ثم ظهر له مستحق ، وبيت الرهن اذا سكنه المرتهن ثم ظهر انه تغير الراهن ، كما في الدر من كتاب الفصب ، وسيأتي في المادة (٥٩٨) وشرحها . وعل ذلك في رد المختار وغيره بأنه لم يسكنها ملتزماً للاجراه ومعلوم ان العقد الباطل في مثلتنا ليس كذلك ، بل يبي عن كونه استعمله ملتزماً للاجرة ، كما هو ظاهر . ولذا قال في التارخانية كما قدمناه في شرح الفقرة الاخيرة من المادة (٤٣٨) : لو قال رب الدار بعشرة وقال المتأجر بخمسة وتركه حتى سكن ، فهو بخمسة . ولو امر كل واحد على مقالته ومع

ذلك سكن ، يجب اجر المثل اه فقد صرح بوجوب اجر المثل مع ان الاجارة باطلة لعدم توافق القبول والايجاب الذي هو شرط للانعقاد كما تقدم .
والحاصل انه ينبغي عدم التوقف في لزوم اجر المثل في الاستعمال . في الاجارة الباطلة اذا كان المأجور معداً للاستغلال ، كما اذا كان مال يقيم او وقف ، لما ذكرناه عن التارخانيه . ولانه لم يكن بتأويل ملك او عقد يني . عن عدم التزامه الاجرة كما قلنا ، فاغنى هذا التحرير التريده ، واخلى عنك ربة التقليد .

المادة ٤٦٠ = * نفسد الاجارة لو وجدت شروط انعقادها ولم يوجد احد شروط الصحة *

كل ما افسد البيع مما مر في البيوع يفسد الاجاره ، كجهالة مأجور او اجرة او مدة او عمل . واستثنى من جملة المدة اجارة السمار والنادي والحامي والصكاك ، وما لا يقدر فيه الوقت ولا العمل ، فان الاجارة فيه تجوز ، لما كانت للناس فيه حاجة . وتطيب الاجرة المأخوذة لو قدر اجر المثل .
ومن فسادها لجهالة الاجرة ، ما اذا شرط علف الدابة ومرة الدار ومغارها والعشر او الخراج ومونة الرد على المستأجر - الا في استجار الظئر ، فانه يجوز بأجر معين وبطعامها وكسوتها ، ولها الوسط من ذلك ، لجر بان المادة بالتوسعة على الظئر شفقة على الولد ، فلم تكن الجهالة مفضية الى النزاع ، والجهالة ليست مانعة لذاتها بل لكونها مفضية الى النزاع .

والحيلة في جواز اشراط ما ذكر في غير الظئران يزيد في الاجرة قدر العلف مثلاً ، ثم يركه ربهما بصرفه اليها . ولو خاف ان لا يصدق فيه ، فالحيلة ان يجعله الى المالك ، ثم يدفعه اليه المالك ويأمره بالاتفاق ، فيصير امينا .
ويفسدها ايضاً جعل الاجرة بعض ما يخرج من عمله ، كأن يدفع غزلاً لاخر لينسجه بنصفه ، او يشأجر بفلان ليحمل طعامه بيمضه ، اي بعض الطعام ، او نوراً ليطحن بره ببعض دقيقه . والاصل في ذلك نهيه صلى الله عليه وسلم عن

قفيز الطعان . والحيلة ان يفرز الاجر الاجرة اولاً . ويسلمها للاجير . فلو
خلطه بمد وطحن السكل ثم افرز الاجرة ورد الباقي ، جاز ، ولا يكون بمعنى
قفيز الطحان ، اذ لم يستأجره ان يطحن بجزء منه او بقفيز منه . وبه علم بالاولي
جواز ما يفعل في ديارنا من اخذ الاجرة من الخنطة والدرهم معاً ، ولا شك في
جوازه - او ان يسمى قفيزاً بلا تعيين ، اي من غير ان يشترط انه من المحمول او
من المطحون ، فيجب في ذمة المستأجر . ثم يمطيه قفيزاً منه ، فيجوز .
وهذا بخلاف ما لو استأجره ليحمل له نصف هذا الطعام بنصفه الآخر ،
فان الاجارة باطلة فلا اجر له اصلاً ، لا المسمى ولا اجر المثل ، لان وجود هذه
الاجارة ، يعني انعقادها ، يودي الى عدمها . وتوضيحه ان تصحيح هذه الاجارة
يودي الى كون المؤجر شريكاً للمستأجر ، فهو عامل في التحميل لنفسه
ولشريكه ، فلا اجر له ، كما سيأتي بعده . وما ادى وجوده الى عدمه باطل .
وفي استيفاء المنفعة في الاجارة الباطلة لا يلزم المستأجر شيء . اقول : والظاهر انه لو
كانت الدابة مثلاً مال وقف او يتم بلزم صاحب الخنطة اجر مثل تحميل طعامه كما
تقدم في المادة السابقة . وكذا لو كانت معدة للاستغلال ، على ما حققناه في شرحها .
وكذا يفسد ما اذا جم بين تعيين العمل والوقت وذكر الاجرة . وخرقة عنها
او مقدمة عليها ، كأن استأجر خبازاً ليخبز له قفيز دقيق اليوم بدرم او استأجره
بدرم ليخبز له قفيز دقيق اليوم ، فان الاجارة تفسد عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى
لجمه بين العمل والوقت ، ولا ترجيح لاحدهما ، فيفضى الى المنازعة ، فيقول المؤجر
المعقود عليه العمل والوقت ذكر للتعجيل ، ويقول المستأجر بل هو الوقت والعمل
للبيان . وعندنا تصح الاجارة ويقع على العمل وذكر الوقت للتعجيل ، نصحيحاً للعقد
عند تعذر الجم بينهما ، فترفع الجهالة . وظاهر كلام الزبلي نرجيح قولها . واما الوساطة
ذكر الاجرة بينهما فالمعقود عليه المتقدم ، لتام العقد بذكر الاجرة . ثم المتأخر ان كان
الوقت ، فالتعجيل . وان كان العمل ، فليبان العمل في ذات الوقت ،
فلا تفسد .

ثم ان هذا الخلاف ايضاً فيما اذا كان العمل مبين المقدار معلوماً حتى يصلح
لكونه معقوداً عليه ، فيزاحم الوقت ، فيفسد العقد كما مثلنا . فلو لم يبين ، صح ،

وكان المقود عليه الوقت ، لأن العمل لجهالة كآف لم يذكر ، فلم يبق الا الوقت - كما اذا استأجر رجلاً ليبنى له بالأجر والجص ، جاز بلا خلاف .
فلو بين العمل على وجه يجوز ايراد العقد عليه بأن بين قدر البناء ، لا يجوز عند الامام ، ولذلك صح بلا خلاف لو استأجره شهراً ليرعى الغنم ، مع ان فيه الجمع بين المدة والعمل ، لأنه لم يبين قدر الغنم . وكذا بصرح بلا خلاف لو قال في اليوم ، او على ان تفرغ منه اليوم . اما الاول فلأن كلمة « في » للظرف لا لتقدير المدة . فلا تقتضي الاستفراق ، فكان المقود عليه العمل ، وهو معلوم ، بخلاف ما اذا حذف . واما في الثاني ، فلأن اليوم لم يذكر مقصوداً كالعمل حتى يضاف العقد اليها .

وكذا تفسد الاجارة لو استأجر بشرط لا يقتضيه العقد ولا بلائمه ، وفيه نفع للمأندين . فلو آجر الارض بشرط ان يردها بعد فراغ الاجارة مكروبة اي مفلوحه ، تفسد الاجارة بخلاف ما لو آجرها بشرط ان يجرنها ويزرعها او يسقيها ويزرعها ، فإنها لا تفسد ، لأنه شرط يقتضيه العقد . ولو شرط ان يجرنها مرتين ، فإن كانت الارض لا تخرج الربيع الا بالكراب مرتين ، لا تفسد ، لما ذكرنا . وان مما تخرج بدونه ، فإن كان اثره يبقى بعد انتهاء العقد ، تفسد ، لأن فيه منفعة للمؤجر ، والا فلا .

ثم ان الفساد فيما اذا شرط ردها مكروبة انما يكون اذا شرط الكراب في مدة الاجارة . اما اذا قال على ان تكربها بعد مضي المدة او اطلق ، صح ، وانصرف الى الكراب بعده . ووجهه ان الكراب يكون حينئذ من الاجرة .

ولو شرط ان يكري انهارها العظام او يسرقنها بحيث يبقى اثر هذه الافعال لرب الارض ، تفسد ، لما ذكرنا . فلم يبق ، بأن شرط كروي جدا ولما الصغار ، او كانت المدة طويلة ، لا تفسد ، لأنه لنفع المستأجر . فهو شرط يقتضيه العقد .

وتفسد ايضا لو استأجره لحمل طعام مشترك بينهما ، مثلاً ، ولا اجر له ، لا المسمى ولا اجر المثل ، لأنه لا يعمل شيئاً لشريكه الا ويقع بمضه لنفسه فلا يستحق الاجر ، لأنه ما من جزء الا وهو شريك فيه ، فلا يتحقق تسليم المقود

عليه ، لانه يمنع تسليم العمل الى غيره ، فلا اجر
وانما لم يجب اجر المثل مع ان الاجارة فاسدة ، لان اجر المثل يجب في الفاسدة
اذا كان له نظير من الاجارة الجائزة ، وهذه لا نظير لها . وظاهر كلام قاضي
خان في الجامع ان العقد باطل ، فعدم وجوب اجر المثل فيه ظاهر .
وتفسد ايضاً اجارة المنفعة بالمنفعة اذا اتحد جنساً كاجارة سكنى دار بسكنى
دار اخرى ، لما تقر ان الجنس بانفراده يحرم النساء . فلو استوفى كل منها المنفعة
وجب على كل واحد منها لصاحبه اجرة المثل في ظاهر الرواية ، وعليه الفتوى .
واما لو اختلفت المنفعتان جنساً كاستئجار سكنى دار بمزارعة ارض ، فانها تصح .
وكذا سكنى دار بسكنى حانوت ، للاختلاف منفعة . وقبل لا يصح اتملخصاً
من الدر وحواشيه .

بقي الكلام في اجارة المشغول . وحاصله ، كما في الدر وحواشيه وغيرها ،
ان المأجور ان كان مشغولاً بمال المتاجر ، صحّت اجارته .
وان مال المؤجر ، فان امكن التفريغ والتسليم بلا ضرر فاحتر ، كبيت فيه
امتعة المؤجر ، صحّت ويحبر على التفريغ والتسليم . والا ، كارض فيها غراسه
او زرعه ، فسدت ، الا اذا قلع الفراس والزرع من نقه وسلم ، فانتقل صحيجته .
وان مال اجنبي ، فان كان بحق بان كان المأجور في ايجاره ، فسدت ،
وتعود صحيجته لو فرغ من نقه وسلم ، او كان زرعاً فاستحصد .
وان بغير حق ، صحّت ، لا مكان التسليم يجبره على التفريغ ، ادرك
الزرع اولاً .

ولو استأجر فارغاً ومشغولاً ، فان بما لا يمكن تفريغه الا بضرر او كان
مشغولاً بحق ، صح في الفارغ وفسد في المشغول — والا صحّت بالجميع .

✽ فروع ✽

رجل دفع الى رجل درهمين ليعمل له عملاً كذا يومين من الايام ، كانت
الاجارة فاسدة لجباله الوقت — بخلاف ما اذا استأجره يوماً ، فان ثمة انصرفت
الاجارة الى اليوم الذي يلي العقد (خانية) ام

وفيها : لو استأجر داراً بمين فسكن الدار ولم يسلم العين حتى ملك ، كان عليه اجر المثل ، بالتأما بلغ اه وفيها : ولو اشترى عقاراً فاجره قبل القبض ، لا يجوز .
وقيل : هو على الخلاف في بيع العقار قبل القبض اه .

وفي الهندية : دفع بقرة الى رجل على ان يعلفها وما يكون من اللبن والسمن بينهما انصافاً ، فالاجارة فاسدة ، وعلى صاحب البقرة للرجل اجر قيامته وقيمة علفه ان علفها من علف هو ملكه ، لا ما سرحتها في المرعى . ويرد كل اللبن ان كان قائماً ، وان اتلف ، فالمثل ، الى صاحبها ، لان اللبن مثلي . وان اتخذ من اللبن مصلاً ، فهو للمتخذ ، ويضمن مثل اللبن لا تقطاع حتى المالك بالصنعة . والحيلة في جوازها ان يبيع نصف البقرة منه ثمن وببرئة عنه ثم بأمره بالتخاذ اللبن والمصل ، فيكون بينهما . وكذا لو دفع الدجاج على ان يكون البيض بينها ، او برز الفيلق على ان يكون الابرسم بينها ، لا يجوز ، والحادث كله لصاحب الدجاج والبدراه .

وفيها : اذا دفع رجل الى رجل بيتاً لبيع فيه البر على ان مارزق الله تعالى في ذلك من شيء فهو بينهما نصفان قبض البيت وباع فيه البر فاصاب مالا ، فإن جميع ذلك لصاحب البر ، ولصاحب البيت عليه اجر مثل البيت . ولو كان صاحب البيت دفع اليه البيت ليؤجر ويبع فيه البر على ان مارزق الله تعالى من شيء فهو بينهما نصفان ، فهذا فاسد . فإذا استوفى عمله كان على رب البيت اجر مثل عمله اه .

وفيها : واذا دفع رجل الى رجل دابة ليعمل عليها ويؤجرها على ان مارزق الله تعالى من شيء فهو بينهما ، فإن آجر العامل الدابة من الناس واخذ الأجر ، كان الاجر كله لرب الدابة ، وللعامل اجر مثل عمله . وان كان لا يؤجر الدابة من الناس وانما تقبل الاعمال من الناس ثم يستعمل الدابة في ذلك فإن الاجر يكون للعامل ، وعلى العامل اجر مثل الدابة اه .

وفيها : دفع ارضه لرجل ليفرس فيها شجراً على ان تكون الارض والشجر بينهما نصفين ، لم يميز ، والشجر لرب الارض وعليه قيمة الشجر واجر ما عمل ، ولا يؤمس بقله . ولو كانا اكلا القلح ، حسب من اجر الفارس ما اكل اه .

المادة ٤٦١ - * الاجارة الفاسدة نافذة . لكن الأجر يملك فيها اجر المثل ولا يملك الأجر المسمى *

الظاهر ان المراد بنفاذ الاجارة الفاسدة انعقادها . يعني ان المؤجر اجارة فاسدة يستحق على المستأجر اذا استعمل المأجور اجرة المثل على الوجه الآتي يانه في المادة التالية لهذه . لان المنافع في الاجارة الفاسده ، وان كانت لا تملك بالتبض كما يملك البيع فاسداً بالتبض ، الا انها لما كانت الاجارة منعقدة ، يجب فيها اجر المثل بالاستعمال . ولكونها منعقدة ايضاً قالوا ان المستأجر فاسداً لو آجر المأجور من غيره صحيحاً تجوز اجارته ، وبعد ذلك مستعملاً ، فتلزمه اجرة المثل ، ولا يكون حكمه كالفاصل . لكن للمؤجر الاول قرض الاجارة الثانية وأخذ المأجور ، لأنه لو باع يبعاً فاسداً ثم المشتري آجره فله ان ينقض الاجارة ، فكذا هذا - بخلاف بيع المشتري فاسداً ، فإنه لا ينقض . صرح بجميع ذلك في الدر المختار وحواشيه . قال الطحاوي : ثم ان المستأجر الثاني اذا كانت اجارته صحيحة ، وقد سمي بينهما اجر ، هل يجب عليه المسمى نظراً للتسمية وهو الظاهر ، او اجر المثل لترتبها على فاسدة ، مجردا - اقول : يعني ان لا يتوقف في وجوب المسمى ، اذ كيف تكون الاجارة صحيحة ويجب فيها اجر المثل ؟ فتدبر . وصياتي لهذا زيادة تحقيق في شرح المادة (٥٨٨)

المادة ٤٦٢ = * فساد الاجارة بنشأ بعضه عن كون البدل مجهولاً وبعضه عن فقدان شرايط الاجارة . ففي الصورة الاولى يلزم اجر المثل بالقأ ما بلغ *

كون البدل مجهولاً يشمل ما اذا لم يسم بدل اصلاً ، وما اذا سمي بدلاً

مجهولاً ، ككثوب او دابة ، وما اذا سمي بدلاً بعضه معلوم وبعضه مجهول ، كما اذا
آجره داره بمائة درهم على ان يرمها المتأجر .

ومن هذا ما اذا آجره داره بعشرة على ان لا يسكنها المتأجر ، كما في الدر
نبحاً للزبلي والنجار . قال في رد المختار : لانه جعل الاجرة ذلك المسمى وعدم
السكنى ، فصار نظير ما تقدم فيما لو استأجر بمائة درهم على ان يرمها المتأجر اه
ونقل عن غايه البيان ما يدل على هذا التعاين .

ففي هذه الصور كلها يلزم بالاستعمال اجر المثل بالتمام ما بلغ ، لعدم ما يرجع
اليه قال في رد المختار ، بعد قوله : « لعدم ما يرجع اليه » : ولا ينقص عن المسمى اه
فاعترضه المحشون بانه لا معنى له ، لان المفروض جهالة المسمى ، واجيب بان
هذا مسلم فيما اذا لم يسم بدل اضلاً ، وكان كل البديل مجهولاً ، لا فيما اذا جهل
بعض المسمى ، كما جارتها بعشرة على ان يرمها . ورده في رد المختار بقوله :
اقول : لا يصح ذلك ، فانه ذكر في الخاتبة انه يجب في جهالته بعضاً او كلاً - اجر
المثل بالتمام ما بلغ . فاما اذا فسد بحكم شرط فاسد ونحوه ، فلا يزداد على المسمى اه
وكيف يصح ذلك مع قوله « لعدم ما يرجع اليه » اه ما في رد المختار - قلت :
وايضاً يتأني هذا التقييد قول صاحب التنوير تبعاً لعامة المتون بالتمام ما بلغ ، فان
قيل اذا كان البعض معلوماً والبعض مجهولاً وظهر ان اجر المثل اقل من البعض
المعلوم ، ينبغي ان لا ينقص الاجر عن البعض المعلوم ، لان المتأجر راض به ويزيادة
عليه ، فكيف يجبر المؤجر على قبض ما هو اقل ؟ مما ذكره عند قولهم « اذا
كان الفساد لا يجهالة المسمى يلزم اجر المثل ، ولا يزيد على المسمى » من التعليل
يرضى العاقدين ، يقال هنا ، فلنا ما نحن فيه لم يوجد فيه الا رضى المتأجر ،
فلم يتفقا على المسمى ، بخلاف المسئلة الثانية ، لانتفاءها ، فتأمل . فان ما قاله
في غايه البيان ، وتبعه في الدر ، لا يقاوم ما قاله قاضيان ، لانه قبيح النفس
لا سيما وقد اطلقت المتون قولهم « بالتمام ما بلغ »

﴿ تنبيه ﴾

يبد في رد المختار تبعاً للشيخاني قولهم « بالتمام ما بلغ » بما اذا لم يبينه المؤجر

بعد . اما اذا بينه فليس له ازيد منه . قال في الولوجية : وان تكرري واية الى بغداد ، ان بلغه اباهما فله رضاه ، فبلغه فقال رضاي عشرون درهما ، فلما اجر مثلها ، الا ان يكون اكثر من عشرين فلا يزداد عليها ، لأن الأجر مجهول ولا يزداد على عشرين ، لانه ابراه عن الزيادة اه .

ثم بمدد رأيت في الاقروية نقلاً عن الفقيه ، ومثله في الهندية قبيل الفصل الثالث في قفيز الطحان وما هو بمعناه ، ما يروى ما في الدر ، حيث قال : وفي المحيط : الاصل ان العقد اذا فسد مع كونه المسمى معلوماً يجب اجر المثل لا يزداد على المسمى ، واذا فسد بجباله المسمى او بدمه او بفضه يجب اجر المثل بالتمام ما بلغ ، كمن استأجر منزلاً بعشرة كل شهر على ان يعمره ويرمه يجب اجر المثل بالتمام ما بلغ لا ينقص عن الاجر المعلوم . حتى ان في هذه الصورة اذا كان اجر المثل خمسة يجب عشرة ، وهو المعلوم من المسمى اه وهو نص صريح ويمكن حمل ما في الخاتبة عليه كما لا يخفى ، لانه ليس بعد النص الا الرجوع اليه اذنه .

وفي الصورة الثانية يلزم اجر المثل بشرط ان لا يتجاوز المسمى *
رضى المتعاقدين به . وينقص عنه لفساد التسمية بفساد العقد ، لانه اذا فسد الشيء ، فسد ما في ضمنه (در المختار وحواشيه) اقول : وانما لم يزد على المسمى مع ان التسمية فاسدة ايضاً لأن رضى المؤجر بالمسمى يكون ابراه للمتأجر عن الزيادة ، كما سمعت التعليل بذلك آنفاً . تأمل .

واستثنى من ذلك مسلمان : الاولى ، كما في الدر ، اذا آجر ناظر الوقف او قيم البيت مالهما بدون اجر المثل سواء فسدت الاجارة بذلك فقط او به وبفقد شرط من شرائط الصحة ايضاً ، فإن الواجب في ذلك اجر المثل بالتمام ما بلغ .

الثانية ، ما في رد المختار عن البرازية ، استأجرها على عين مسماة وسكن الدار وهلك العين قبل التسليم او استهلكها المتأجر ، يجب اجر المثل بالتمام ما بلغ — بخلاف سائر الاجارات ، فإنه لا يزداد فيه على المسمى اه .

فباتان المسلمان المسمى فيها معلوم ووجب الأجر بالتمام ما بلغ . واما مسألة ما اذا استأجر الدار بعشرة على ان لا يسكنها المتأجر ، فهي من القسم الاول ، وهو ما جهل فيه الاجرة كما تقدم ، لا مما نحن فيه حتى نكون مستثناة ، فانهم .

الباب الثالث

في بيان المسائل التي تتعلق بالأجرة ويحتوي على ثلاثة فصول

الفصل الاول

- في بدل الاجارة -

المادة ٤٦٢ - * ما صلح ان يكون بدلا في البيع يصلح ان يكون بدلا في الاجارة *

لان الاجرة ثمن المنفعة ، فتمتع بثمر المبيع (بحر)
وعبر بالبدل دون الثمن ليشمل الاعيان ، فانها تصلح بدلا في المقايضة ،
فتصلح اجرة .

ثم ان هذا لا يتعكس كلياً ، فلا يقال كل ما لا يجوز ان يكون ثمناً لا
يجوز اجرة ، لأن بعض ما لا يصلح ثمناً يصلح اجرة ، والى هذا اشار بقوله :

* ويجوز ان يكون بدلا في الاجارة الشيء الذي لم يصلح ان
يكون ثمناً في البيع . مثلاً يجوز ان يستأجر بستان في مقابلة ركوب
دابة او سكنى دار *

فإن كلاً من منفعة الركوب والسكنى لا تصلح بدلاً في البيع ، وتصلح بدلاً
في الاجارة . اشار بهذا المثال الى ان شرط جواز كون المنفعة بدلاً في الاجارة
ان تكون تلك المنفعة من غير جنس منفعة المأجور ، كما مثل ، وكاستئجار دار
بزراعة ارض وكاستئجار البقر بالحليب . واما اذا اتحد جنساً فلا تجوز ، لما تقر ان
اتحاد الجنس يحرم النساء ، كاجارة سكنى دار بسكنى هار اخرى ، ومثلها اللبس

بالبس ، دار كوب بار كوب . واختلف في مكنتي دار بسكنى حانوت ،
 فقيل نصح لاختلاف المنفتحين ، وقيل لا ، كما قدمناه في شرح المادة (٤٦٠) .
 قيل الفروع .

المادة ٤٦٤ = * بدل الاجارة يكون معلوماً بتعيين مقداره ان
 كان نقداً كتمن المبيع *

انما يكتفى بتعيين المقدار اذا وقع عقد الاجارة على مبلغ من الفروش . اما
 اذا وقع على مبلغ من الدنانير المسماة في زماننا بالليرات ، او الدراهم المسماة بالريالات ،
 كالواستاجر حانوتنا سنة بعشرة ليرات او خمسين ريالاً ، ففي الاول لا بد مع
 تعيين المقدار من بيان الصفة ، والا كانت الاجارة فاسدة ، لأن الليرات مختلفة
 في القيمة متعدة في الرواج ، كالليرة العثمانية والانكليزية والفرنساوية وغيرها .
 وفي الثاني يكتفى ببيان المقدار ، كالعقد على الفروش ، لأن الريال الراجح في
 بلادنا واحد ، وهو المجدي ، فيصرف المطلق اليه . فلو كانت الاجارة في بلدة
 تتخذ فيه جميع انواع الريال من مجدي وعامود وشوشي واستوت في الرواج مع اختلاف
 تلك الانواع قيمة كما هو في مكة المشرفة ، يلزم بيان الصفة ايضاً ، والا فسدت
 الاجارة . قال في الهندية : ان كان الاجر دراهم او دنانير فلا بد من بيان القدر
 انه كذا ، وبيان الصفة انه جيد او ردي . ويقع على نقد البلدان كان في
 البلد نقد واحد . وان كان في البلد نقود مختلفة ، فإن كانت في الرواج على السواء ولا
 فضل للبعض على البعض ، فالقعد جائز ويعطى المستأجر اي النقود شاء . وان كانت الاجرة
 مجعولة ، لأن هذه الجهالة لا تنفي الى المنازعة . وان كانت النقود في الرواج على
 السواء ، والبعض فضل على البعض ، فالقعد فاسد . وان كان احدهما اروج ، فالقعد
 جائز وينصرف الى الاروج . وان كان للآخر فضل عليه ، بحكم العرفاه .
 ولا بد لك من مراجعة مواد الفصل الاول من الباب الثالث من كتاب
 البيوع مع شرحها لينضح لك المقام ، وينكشف عن وجوه مخدراته اللثام .

المادة ٤٦٥ = * يلزم بيان مقدار بدل الاجارة ووصفه ان كان
من العروض او المكيلات او الموزونات او العدديات المتقاربة *

وفي نوادر بشر عن ابي يوسف رحمه الله تعالى : اذا كانت الاجرة فلماً ففلاً
او رخص قبل القبض ، فللاً اجر الفلّس لا غير . وان كسد ، فعليه قيمة المفقود
عليه . وكذلك كل شيء ، ما يكال او يوزن مما ينقطع اذا استأجر بشيء منه
وحل أجله قبل انقطاعه ، فهو مثل الفلّس (هندية عن المحيط)

واعلم ان بيان المقدار والوصف فيما ذكر في هذه المادة ، او بيان المقدار
فما ذكر في المادة التي قبلها ، انما يلزم اذا كانت الأجرة غائبة . اما اذا كانت
حاضرة في المجلس ، فتكفي الاشارة اليه ، ولا حاجة الى بيانه بوجه آخر ، كما هو
حكم ثمن المبيع الموضح في المادة (٢٣٩) نعم لو اراد المتأجر دراهم وقال استأجرته
بهذه فوجدتها زيوتاً او نبيجة ، كان له ان يرجع بالجياد ، لأن الاشارة للدراهم
كالنصيص عليها ، وهو ينصرف الى الجياد . ولو وجدها ستوقه او رصاصاً ،
فسدت الاجارة ، وعليه القيمة ان كان انقلها ، كما هو الحكم في ثمن المبيع ، كما
قدمناه في شرح المادة المذكورة ، فليراجع .

وفي الهندية : ولا يحتاج الى بيان الأجل ، فإن بين صار مؤجلاً كالثمن
في البيع . وان كانت ، اي الاجرة ، عروضاً او ثياباً ، بشرط فيه بيان القدر
والضعة والاجل ، لانها لا تثبت في الذمة الا سلمتاً فبراعى فيها شرابط السلم وان
كانت من العبيد والجواري وصائر الحيوانات فلا بد فيها من ان تكون
معينة مشاراً اليها .

* ويلزم تسليم ما يحتاج الى الحمل والموتونة في المحل الذي شرط
تسليمه فيه . وان لم يبين مكان التسليم فالمأجور ان كان عقاراً يسلم
في المحل الذي هو فيه . وان كان عملاً ففي محل عمل الاجير . وان كان

حمولة في مكان لزوم الاجرة . واما في الاشياء التي ليست محتاجة الى الحمل والمؤونة ففي المحل الذي يختار للتسليم *
عبارة الهندية : واذا كانت للاجرة حمل ومؤونة ولم يبين موضع الايفاء ، فسدت الاجارة في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، وعندها لا تنفسد ، ويدفع حيث الارض والدار ، وفي الحمولة حيث ما وجب له ، يعني كلما حمل من المسافة يأخذ حصته من الاجرة ، وفي العمل حيث يوفيه العمل . فإن طالبه في موضع آخر لم يكلف بل يستوثق منه ليوفيه في موضعه . فإن لم يكن لما حمل ومؤونة أخذ به حيث شاء . (كذا في محيط السرخسي) . به يعلم ان قوله « في المحل الذي يختار للتسليم » المراد منه المحل الذي يختاره مستحق الاجرة .

- الفصل الثاني -

* في بيان المسائل المتعلقة بسبب لزوم الاجرة *
« وكيفية استحقاق الأجر الاجرة »

المادة ٤٦٦ = * لا تلزم الاجرة بالعقد المطلق يعني لا يلزم تسليم بدل الاجارة بمجرد انعقادها حالا *
هذا معنى قولهم « لا تملك الاجرة بالعقد » كما في البحر . والمراد بالعقد المطلق الذي لم يذكر فيه اشتراط تعجيل الاجرة . وانما لا يلزم تسليم الاجرة حينئذ لان العقد وقع على المنفعة ، وهي تحدث شيئاً فشيئاً . وشأن البدل ان يكون مقابلاً للمبدل . وحيث لا يمكن استيفاءها حالا لا يلزم بدلا حالاً ، الا اذا شرطه ولو حكماً بأن عجله ، لانه صار ملتزماً له بنفسه حينئذ وابطل المساواة التي اقتضاها العقد ، فصح (كذا في رد المحتار)

ولا فرق في ذلك بين ان تكون الاجرة عيناً او ديناً على ما هو الصحيح ، كما في الحموي عن الذخيرة .

وتفرع على عدم لزوم الاجرة في العقد المطلق انه لا يعتق قريب الموهجر لو كانت اجرة ، ولا يملك المطالبة بتسليم الاجرة للحال (لمطحاوي) لا يقال : يصح البراء من الاجرة بعد العقد ، فلو لم تكن لازمة لما صح ، وكذا يصح الارتهان والكفالة . وكذا لو تزوج امرأة بكفى داره سنة وسلم الدار اليها ، ليس لها الامتناع من تسليم نفسها ، لانا نقول لا يصح البراء عند ابي يوسف لعدم وجوبه كالمضام ، بخلاف الدين الموهجل ، لانه ثابت في الذمة . والجواب على قول محمد انه وجد سبب وجوبه ، فجاز ابرأه بعد وجود السبب ، كالغفوع عن الفصاص بعد الجرح والرهن والكفالة للوثيقه ، فلا تشترط حقيقة الوجوب . وانما لم يكن للمرأة حبس نفسها بعد تسليم الدار اليها ، لانه او في ما سمي لها برضاها ، فصار كما اذا اجبت المهر كله (ابو السعود عن الزيلعي)

❀ تمة ❀

قال في الهندية : وتجوز الكفالة والحوالة في جميع الاجارات بالاجرة في عاجلها و آجلها ، سواء كانت الاجرة واجبة وقت الكفالة باستيفاء المنافع او باشتراط التعجيل ، او لم تكن واجبة ، ويكون على الكفيل مثل ما على الاصيل ان لم يشترط خلافه في تعجيل او تأجيل . وان عجل الكفيل بالاجر ، لم يرجع على الاصيل حتى يحل الاجل . وليس للكفيل ان ياخذ المستاجر بالاجر حتى يؤدبه ولكنه ان لزمه صاحبه فله ان يلزم المكفول عنه حتى يفكه او يؤدبه عنه .

ولو اختلف الآجر والكفيل والمستاجر في مقدار الاجرة فقال الكفيل هو درهم وقال الآجر هو درهمان وقال المستاجر هو نصف درهم ، فالقول قول المستاجر لانكاره الزيادة ، وبوخذ الكفيل بدرهم . ولو اقاموا جميعاً بينه ، فالبينه للآجر . ولو اقام الطالب بينه يأخذ ابها شاء . وان كانت الاجرة شيئاً بعينه بان كانت ثوباً بعينه وكفل به كفيل ، فهو جائز . وان هلك الثوب عند المستاجر بري الكفيل ويقضي على المستاجر بأجر المثل له ويقام ما بل الكفالة فيها وفي البزازية

المادة ٤٦٧ = * نلزم الاجرة بالتعجيل يعني لو مسلم للمستأجر
الاجرة نقداً ملكها الآجر وليس للمستأجر استردادها *

و كذا لو كانت الاجرة عيناً فاعارها المستأجر او ادعها من المؤجر ، فهو
كالتمجيل (هندية)

وفي رد المحتار ، عن الطوري : لو باعه بالاجرة عيناً وقبض ، جازء لنضمه
تعجيل الاجرة اه اي فتقع المقاصة بينهما . فان نذر ايفاء العمل ، رجع بالدرام
دون المتاع (بحر)

ثم ان لزوم الاجرة بالتعجيل فيها اذا كانت الاجارة منجزة ، ظاهر . واما اذا
كانت مضافة ، فقد ذكر في الهندية عن النياثية ان الحكم كذلك ، حيث قال :
ولا تملك الاجره باشرط التعجيل في الاجارة المضافة ، وملك بالتعجيل . لكن
ذكر كل من (ط) وابن عابدين في حاشيتها على الدر ، عند قول الشارح « اما
المضافة فلا تملك فيها الاجرة » ما هو صريح بأن الاجرة في الاجارة المضافة لا
تملك بالتعجيل ، فليتأمل .

المادة ٤٦٨ . * نلزم الاجرة بشرط التعجيل . يعني لو شرط
كون الأجرة ممجلة يلزم المستأجر تسليمها ان كان عقد الاجارة
وارداً على الاعيان او على العمل . ففي الصورة الاولى للآجر ان يمتنع عن
تسليم المأجور . وفي الصورة الثانية للاجير ان يمتنع عن العمل الى ان
يستوفيا الاجرة . وعلى كلتا صورتين لها مطالبة الاجرة نقداً . فان
امتنع المستأجر عن الايفاء فلها فسخ الاجارة *

عبارة البحر هكذا : فله المطالبة بها وحبس المستأجر عليها وحبس العين المؤجرة

عنه ، وله حق النسخ ان لم يجعل له المستأجر . كذا في المحيط . لكن ليس له
بمعها قبل قبضها اه قال ط : وانظر كيف جاز هذا الشرط مع انه مخالف لمقتضى
العقد وفيه نفع احدهما . واجاب عنه في رد المختار بأن هذا الشرط في الحقيقة
اسقاط لما استحقه المؤجر من المساواة التي اقتضاها العقد ، فهو كاسقاط المشتري
حقه في وصف السلامة في المبيع ، واسقاط البايع تعجيل الثمن بتأخيرته عن المشتري ،
مع ان العقد اقتضى السلامة وقبض الثمن قبل قبض المبيع ، تأمل اه .
واعلم ان اشترط تعجيل الأجرة انما يصح في الاجارة الجزئية . واما في المضافة ،
فلا يصح اجماعاً ، بل بكون الشرط باطلا ولا يلزمه للحال شيء . ، لان امتناع
وجوب الاجرة فيها بالتصريح بالاضافة الى المستقبل ، والمضاف الى وقت لا يكون
موجوداً قبله ، فلا يتغير هذا المعنى بالشرط - بخلاف الجزئية ، لأن العقد اقتضى
المساواة ، وليس بمضاف صريحاً ، فيبطل ما اقتضاه بالتصريح بخلافه (افاده في
الدر وحواشيه)

ثم ان هذه المادة والتي قبلها مقابلتان للمادة (٤٦٦) ، لانها مخصصتان لمعناها
كما زعم الشارح سليم باز ، لما علمت من ان موضوع كل واحدة مخالف لموضوع
الآخرى ، فلذلك موضوعها ان العقد مطلق عن الشرط وانه لم يحصل التعجيل فعلاً .
ينبي عن هذا قوله فيها « يعني الخ » وموضوع ما بعدها حصول التعجيل بالفعل .
وموضوع الاخرية ان العقد غير مطلق ، بل مشروط فيه بالتعجيل ، فانهم .

المادة ٤٦٩ - * تلزم الاجرة باستيفاء المنفعة . مثلاً لو استأجر
احد دابة ليركبها الى محل ثم ركبها ووصل الى ذلك المحل ، يستحق
آجرها الاجرة *

قال العلامة الطوري ، عند قول صاحب الكفره والاجر : لا تملك بالعقد
بل بالتعجيل او شرطه او بالاستيفاء للمنفعة او بالتمكن منه « ما نصه : والظاهر من
اطلاق المؤلف رحمه الله تعالى ان الاجرة يجب باستيفاء المنفعة سواء كان

ذلك في مدة الاجارة او بعد مدة الاجارة ، وسواء استأجرها ليركبها في
المصر او خارجه . ويخالفه ما ذكره بعض العلماء حيث قال : ولو ذكر مدة وسافة
فركبها الى ذلك المكان بعد مضي المدة ، لم تجب الاجرة اه - اقول : ما ذكره
من عدم لزوم الاجرة فيما لو استوفى المنفعة بعد مضي المدة او في غير المكان المضاف
اليه العقد ، مسلم . فقد ذكر في الفصل الثالث والثلاثين من الفصولين : استأجر
حماراً الى قرية ذاهباً وجائياً على ان يرجع في يومه ولم يرجع ورجع في القد ، عليه
نصف الأجر للذهاب ، لا للرجوع ، اذ خالف فيه ، فيضمن لو تلف اه :

وفيه ايضاً : ولو استأجرها ليذهب الى مكان كذا فركبها في المصريف
حوائح او امسكها فيه ولم يركب ، ضمن ولا اجر . ولو ليركبها في المصربوما
الى الليل فامسكها ولم يركب ، يجب الأجر ولا يضمن اه .

وفي الاتقوية عن الخزانة : استكرى دابة بأربعة دراهم على ان يرجع في
يومه فلم يرجع الى خمسة ايام او اكثر ، يجب عليه درهمان ، اجر الذباب لأنه
خالف في الرجوع اه وسيأتي نظيره في المادة (٤٤٥) والمادة (٥٤٦)

لكن هذا لا يخالف اطلاق صاحب الكنز وغيره من المتون ، لأن المراد
من المنفعة التي تجب الاجرة باستيفائها في عباراتهم المنفعة المقنونة عليها . على ان
لفظ الاستيفاء ينبي . عن ذلك كما لا يخفى . وقد صرح بذلك في الدرر وفي شرح
مسكين على الكنز وفي متن الملتقى : ومعلوم ان المنفعة المستوفاة بعد مضي المدة
او في غير المكان المضاف اليه العقد غير مقنونة عليها ، نصار باستيفائها غاصباً ،
ومنافع النصب غير مضمونة ، الا في مال الوقف واليتيم والمد للاستغلال .
حتى لو هلك المأجور في يده بكون ضامناً ، وقد علمت انه لا اجر مع الضمان .
ولما ذكرنا من عدم المخالفة لم نرَ احداً من الشراح قيد اطلاق المتون بما اذا
حصل استيفاء المنفعة في المدة وفي المكان المضاف اليه العقد . نعم جعلوا ذلك قيداً
لقول الهداية « واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجرة وان لم يسكن » فقول
الطحاوي ، عند قول صاحب التنوير « او الاستيفاء للمنفعة » هذا مقيد بما اذا
استوفى في المدة الخ غير محرر ، ولهذا لم يتابعه العلامة بن عابدين ، ولم يعرج
على ما ذكره الطوري هنا ، فانهم .

المادة ٤٧٠ - * تلزم الاجرة ايضاً في الاجارة الصحيحة
بالاقتدار على استيفاء المنفعة . مثلاً لو استأجر احد داراً باجارة صحيحة
فبعد قبضها يلزمه اعطاء الاجرة وان لم يسكنها *

سيأتي محترز التقييد بكون الاجارة صحيحة في المادة التالية . ولا بد لهذه
المسئلة من قيدين آخرين . احدهما ان يكون التمكّن من استيفاء المنفعة في المدة
التي ورد عليها العقد . الثاني ان يكون في المكان الذي اضيف اليه العقد ، كما في
جامع الفصولين واخلاصة وغيرها . قال في الهندية : فاما اذا لم يتمكّن من
الاستيفاء اصلاً او تمكّن من الاستيفاء في المدة في غير المكان الذي اضيف اليه
العقد او تمكّن من الاستيفاء في المكان الذي اضيف اليه العقد خارج المدة ،
لا يجب الأجر . حتى ان من استأجر دابةً يوماً لاجل الركوب فحسبنا المستأجر
في منزله ولم يركبها حتى مضى اليوم ، فان استأجرها للركوب في المصر يجب
عليه الأجر لتمكّنه من الاستيفاء في المكان الذي اضيف اليه العقد . وان
استأجرها للركوب خارج المصر الى مكان معلوم ، لا يجب الاجر اذا حبسها في المصر . وان
ذهب بالدابة الى ذلك المكان في اليوم ولم يركب ، يجب الأجر . وان ذهب الى
ذلك المكان خارج المصر بعد مضي اليوم بالدابة ، لا يجب الاجر وان تمكّن من
الاستيفاء في المكان الذي اضيف اليه العقد ، لانه تمكّن بعد مضي المدة .
كذا في الدخيرة اهـ

واستيفاد من لفظ الاقتدار انه لو منعه المالك او الاجنبي او سلم الدار
مشغولة ببناءه لا تجب الاجرة ، كما صرح به في رد المحتار عن النهاية .
وفي الهندية عن محيط السرخسي : فان عرض في المدة ما يتم الانتفاع كما
اذا غصبت الدار من المستأجر او غرقت الارض المستأجرة او انقطع عنها الشرب
او مرض العبد او ابقى ، سقطت الاجرة بقدر ذلك اهـ .
وفي الاشباه : الغصب يسقط الأجر عن المستأجر ، الا اذا امكن اخراج

الغاصب بشفاعة او بحماية ، كما في التارخانية والفتية اه - اي فانها لا تسقط ان لم يخرجها ، لانه مقصر بعدم الاخراج مع امكانه (حموي) واما لو لم يمكن اخراجه الا بانفاق مال ، فلا يلزمه ، كما في الفتية وغيرها (رد المحتار) ومحلها ، اي سقوط الاجر ، اذا غصب منه في جميع المدة . وان غصبه في بعضها ، يسقط بحسابه كما في الزبلي اه (حموي)

ولو انكر الموجر الغصب وادعاه المستاجر ولا بينة له ، يحكم الحال : فان كان فيها المتأجر حال المنازعة ، فالقول للموجر . وان كان فيها غير المتأجر ، فالقول للمتأجر ، ولا اجر عليه . فهي كمسئلة الطاحونة التي ستأتي في المادة (١٧٢٦) ولا يقبل قول الساكن في مسئلة الغصب . يعني لو آجره الدار وفيها شخص ساكن وخلى بينه وبينها فقال بعد المدة منعتي الساكن ، ولا بينة له ، والساكن مقر او جاحد ، لا يلتفت الى قوله ، لانه شاهد على الغير او مقر ، وشهادة الفرد والافرار على الغير لا يقبل ، فينتي الاختلاف بينهما ، فينظر : ان كان الساكن وقت المنازعة هو المتأجر ، فالقول للموجر . وان كان الساكن غيره ، فالمتأجر (افاده في الدر وحواشيه)

المادة ٤٧١ - * لا يكفي في الاجارة الفاسدة التمكن من

استيفاء المنفعة ، ولا تلزم الاجرة ان لم يحصل الانتفاع حقيقة *

قال في الفصل الثلاثين من جامع الفصولين : لا يجب الاجر في الاجارة الفاسدة بمجرد تمكّن المستاجر من الانتفاع ، بشرط ان يوجد التسليم الى المستاجر من جهة الاجراه اما اذا لم يوجد من جهته ، فلا اجر وان استوفى المنفعة (رد المحتار عن الانقائي)

وبيانه كما في الهندية عن المحيط ، فيما ذكر في الجامع : رجل اشترى من آخر عبدا فلم يقبضه حتى آجره من البايع شهراً ، كانت الاجارة باطلة . فان استعمله البايع بحكم الاجارة ، لا يلزمه الاجراه وقدمناه في شرح المادة (٤٤١)

عن الاشياء تبعاً لظاهر الاسعاف ، وعن البحر نقلاً عن الذخيرة ، ان الوقف خارج
عن هذا الحكم ، فتجب اجرتة في الفاسدة بمجرد التمكن ، على ما عليه المتأخرون .
وقدما هناك ايضاً ان العلامة بن عابدين نقل في حاشيته على البحر ما يفيد ان
مال اليتيم له حكم الوقف ، فليراجع .

وقد ذكر في رد المحتار ان ما نقب به العلامة البيهقي للاشياء بما نقله عن
اوقاف الناصبي وعن الاجناس من ان مستاجر ارض الوقف او داره اجارة فاسدة
اذا لم يزرعها او يسكن الدار فلا شيء ، عليه ، لا يخالف مفهوم كلام الاسعاف ،
لا احتمال انه مبني على مذهب المتقدمين . فما ذكره العلامة الطحطاوي من انه
لا تردد في ان حكم الفاسد لا يتغير وان كان مال وقف او يتيم ، فيه تردد ، بل
نظر ظاهر ، فتنبه .

المادة ٤٧٢ = * من استعمل مال غيره بدون عقد وبلا اذنه
فان كان معداً للاستغلال تلزمه اجرة المثل والا فلا *

ومثل المدد للاستغلال في هذا الحكم مال الوقف ومال اليتيم ، ولم يذكر
هنا اعتماداً على ذكرهما في المادة (٤٥٩) كما انه لم يذكر المدد للاستغلال في تلك
المادة اعتماداً على ذكره هنا ، لان العقد الباطل المذكور هناك له حكم المعدوم
كما تقدم . فمن استعمل الدار بعد الاجارة الباطلة كمن استعملها بلا عقد .
ففي المادتين المذكورتين شبه الاحتياك . وهذا التقرير بناء على ما حررناه في
شرح تلك المادة من ان المدد للاستغلال اذا استعمل بعد العقد الباطل تازم
الاستعمال اجرتة ، لا على ما يجهه العلامة الطحطاوي كما قلنا عنه هناك ، وتقدم
التظير فيه ، فليراجع .

هذا واعلم ان مال الوقف واليتيم يلزم الاستعمال اجرتها مطاقاً ، اي وان
كان استعمالها بتأويل عقد او ملك - بخلاف المدد للاستغلال ، فانه انما تلزم
اجرتة ان لم يكن استعماله بتأويل عقد او ملك ، كما سيأتي التصريح به في

المادة (٥٩٦) وما يليها .

﴿ تمة ﴾

من صور استعمال مال الغير بلا عقد ما اذا استاجر داراً شهراً فسكنها المتاجر شهرين ، لزم الاجر المسمى عن الشهر الأول ، واجر المثل عن الثاني ان كانت معدة للاستغلال ، والا فلا اجر عن الثاني . وكذا لو استعمل المأجور في غير المدة التي اضيف اليها العقد او في غير المكان الذي وقع عليه العقد ، كما تقدم في شرح المادة (٤٦٩) والمادة (٤٧٠)

﴿ لكن لو استعمله بعد مطالبة صاحب المال الاجرة وان لم يكن معداً للاستغلال يلزمه اعطاء الأجرة . لأنه باستعماله في هذا الحال يكون راضياً باعطاء الأجرة ﴾

اي المساهمة ، لما في الاشياء: السكوت في الاجارة رضى وقبول اه وقد قدمنا تحقيق هذه المسئلة وفتوحاتها في شرح المادة (٤٣٨) فلتراجع . وسياًني طاب ايضاً كلام في شرح المادة (٥٩٦)

المادة ٤٧٣ = ﴿ يعتبر ويراعى كل ما اشترط العاقدان في

تعجيل الاجرة ونأجيلها ﴾

لما تقدم في المادة (٨٣) من انه يلزم مراعاة الشرط بقدر الامكان . قال في العناية : واعترض بأن شرط التعجيل فاسد لأنه يخالف مقتضى العقد وفيه منفعة لأحد العاقدين وله مطالب ، فيفسد العقد . والجواب ان كونه مخالفاً ، اما ان يكون من حيث كونه اجارة او من حيث كونه معاوضة . والاول مسلم ، وليس شرط التعجيل باعتباره . والثاني ممنوع ، فإن تعجيل المدل واشترطه لا يخالف من حيث المعاوضة (افاده الطوري) افول : وقدنا في المادة (٤٦٨) هذا الاعتراض

بمعناه عن الطحطاوي . وجواب الفاضل بن عابد بن عنه بغير هذا ، فليراجع .

المادة ٤٧٤ = * اذا شرط تاحل البدل يلزم على الآجر تسليم
المأجور وعلى الاجير ابقاء العمل . والاجرة لا تلزم الا بعد انقضاء المدة
التي شرطت *

هذا اذا كانت موجهة الى اجل واحد . واما في النجدة ، فكلامه مضى نجهم يلزم
دفع حفضه .
وقوله « يلزم على الآجر اولاً تسليم المأجور » يعني اذا كانت الاجارة وارده
على منافع الاعيان . وقوله « وعلى الاجير ابقاء العمل » يعني اذا كانت وارده
على العمل .

المادة ٤٧٥ - * يلزم الآجر اولاً تسليم المأجور وعلى الاجير ابقاء
العمل في الاجارة المطلقة التي عقدت من دون شرط التعجيل
والتأجيل على كل حال بصبي ان كان عقد الاجارة على منافع الاعيان
او على العمل *

حاصل ما تضمنته هذه المادة والتي قبلها انه لا فرق في لزوم تسليم المأجور وابقاء
المنفعة اولاً ، اي قبل دفع الاجرة ، بين ان يكون عقد الاجارة مطلقاً عن
اشترائط التعجيل والتأجيل ، او مشروطاً فيه بالتأجيل . كما انه لا فرق بين ذلك
بين ان يكون العقد وارداً على منافع الاعيان ، او على العمل .
غير انه في صورة اشترائط التأجيل ، تلزم الاجرة عند حلول الاجل ، بشرط
ان يوجد المأجور واستيفاء العمل اولاً .

واما في صورة اطلاق العقد ، فذكر في رد المختار ان ابا حنيفة كان اولاً يقول : لا يجب شيء من الاجرة ما لم يستوف جميع المنفعة او العمل ، لانه المأمود عليه ، فلا يتوزع الاجر على الاجزاء ، كالثلثين في المبيع . ثم رجع فقال : ان وقعت الاجارة على المدة كما في اجارة الدار والارض ، او قطع المسافة كما في الدابة ، وجب بحصته ، استوفى ولو له اجرة معاومة بلا مشقة . ففي الدار لكل يوم ، وفي المسافة لكل مرحلة . والقباس ان يجب في كل ساعة بحسابه تحقيقا للمساواة ، لكن فيه حرج . وان وقعت على العمل ، كالحياطة والقصارة ، فلا يجب الأجر ما لم يفرغ منه فيستحق الكل ، لأن العمل في البعض غير منتفع به اه فاذا عمل البعض ولم يفرغ ، لم يجب شيء - الا اذا عمل ذلك البعض في بيت المتأجر فإنه يجب الاجر بحسابه على ما عليه اكثر المتأخرين ، خلافا لما في الهداية .
واما تسليم المتأجر فيه بعد الفراغ من جميع العمل ، فهو شرط لتقرر الاجرة بحيث لا تسقط بعد هلاك المتأجر فيه ، كما حققنا ذلك ، مما لا مزيد عليه في شرح المادة ٤٢٤ فانهم .

المادة ٤٧٦ = * اذا كانت الاجرة موقته لوقت معين كالشهرية او السنوية مثلا يلزم ايفاؤها عند انقضاء ذلك الوقت *

الظاهر ان ايراد هذه المادة لبيان ما اذا كانت الاجرة منجمة ، كما اذا آجره الدار عشر سنوات او عشرة اشهر بالف على ان يدفع بعد كل شهر او سنة مائة ، فإنه عند انقضاء كل سنة او شهر يلزمه مائة - فلا يرد انها مكررة مع المادة (٤٧٤) لأنها لبيان ما اذا كانت الاجرة مؤجلة لوقت واحد . ويمكن ان يكون ايرادها لبيان انه لو آجره الدار عشر سنوات او عشرة اشهر كل سنة او كل شهر مائة ، فإنه انما يلزمه الدفع عند انقضاء كل سنة او كل شهر ، وليس للمؤجر مطالبته في انشاء السنة او الشهر ، تأمل .

المادة ٤٧٧ = * تسليم المأجور شرط في لزوم الاجرة . يعني
تلتزم الاجرة اعتباراً من وقت التسليم . فعلى هذا ليس للأجر مطالبة
اجرة مدة مضت قبل التسليم . وان انقضت مدة الاجارة قبل التسليم
لا يستحق الأجر شيئاً من الاجرة *

سبأني في المادة (٥٨٢) ايضاح المراد بتسليم المأجور . ثم اعلم ان المراد من
لزوم الاجرة على السناجر في المادة (٤٦٨) وجوب تسليمها للمؤجر . والمراد منه
في هذه المادة نقرها عليه . فوجوب دفع الاجرة على السناجر شيء ، وتقرر
الاجرة عليه شيء آخر . فلا يرد انه كيف يكون تسليم المأجور شرطاً للزوم الأجر
وقد تقدم في تلك المادة انه باشتراط التمجيل تلزم الاجرة قبل تسليم المأجور .
وتوضيح ذلك انه لو شرط تعجيل الأجرة يجب على السناجر دفعها قبل ان
يسلم المأجور ، لكنها لا تنقرر عليه الا بعد استلامه اياه ، فتقرر عليه الاجرة
شبهتاً فشيئاً الى ان يستوفي المنفعة ولو بالتمكن منها في جميع المدة المقنود عليها ،
حتى لو عجل الاجرة ومضت المدة المقنود عليها الاجارة ولم يحصل التسليم ، رجع بما
عجله لعدم نقرر الاجرة عليه . ولو عجلها ثم بعد مضي نصف المدة المقنود عليها
مثلاً انتقضت الاجارة ، رجع بحساب ما بقي من المدة . وكذا لو عجلها وبعد
مضي نصف المدة مثلاً حصل تسليم المأجور ، رجع بحساب ما مضى من المدة
لعدم نقره عليه . وكذا لو استاجر الدار شهراً واشترط تأجيل الاجرة الى
سنة واستلم المأجور شيئاً ، نقرت الاجرة عليه ولا يلزم دفعها حتى يحل الاجل .
والحاصل ان لزوم الدفع لا ينافي عدم التقرير .

المادة ٤٧٨ = * لو فات الانتفاع بالمأجور بالكلية سقطت
الاجرة . مثلاً لو احتاج الحمام الى التعمير وتعطل في اثنا تعميره تسقط

حصّة تلك المدة من الاجرة . وكذلك لو انقطع ماء الرحي وتعطلت
يسقط الأجر اعتباراً من وقت انقطاع الماء *

و كذا لو طغى الماء وزاد على الطاحون زيادةً منته عن التمكن من الانتفاع
كما اتفق به في الحامدية تبعاً للخيرية .

وخرج باشتراط فوت الانتفاع بالكلية ، ما لو نقص الانتفاع ، فإنه حينئذ لا
يسقط الأجر بل يثبت للمستأجر خيار الفسخ ، لأنه تمكن من الانتفاع بالمأجور
:صفة النقصان ، كما سيأتي تحقيقه في الفصل الثالث من الباب الخامس .

ثم ان سقوط الاجرة عن المدة التي فات فيها الانتفاع بالكلية ليس لانفساخ
العقد ، بل لعدم تمكن المستأجر من استيفاء المنفعة ، كالمؤجر المأجور غاصب ،
لأن الاصح ان العقد بفوات المنفعة لا يفسخ حتى يفسخه المستأجر . ولهذا لو
اعاد المؤجر عمارة الدار وجرى الماء للطاحون قبل الفسخ وبقي شيء من المدة ،
كان للمستأجر ان يستوفي المنفعة بقية المدة ، ولم يكن للأخران يتمه . وكذا
ليس للمستأجر ان يفسخ العقد حينئذ لزوال السبب قبل الفسخ .

ثم اذا اراد المستأجر فسخ الاجارة قبل ارتفاع العارض ، فله افسخ من غير
حضره رب الدار . واما ما ذكره الشارح سليم باز من ان الاجارة لا تنفسخ ما
لم يفسخها المستأجر بمحضور المؤجر ، ونقله عن الدر المختار ، ففيه ان ذلك فيما
اذا نقصت المنفعة ، كما اذا سقط بعض الدار مثلاً ، لا فيما اذا فاتت بالكلية . قال
في الهندية : والدار اذا انهدم بعض بنائها او سقط حائط يضر بالسكنى ،
فلمستأجر الخيار : فإن شاء استوفي المنفعة مع العيب ويلزمه جميع البدل ، وان
شاء نقض العقد . فإن بنى الأجر الحائط قبل فسخ المستأجر العقد ، لم يكن للمستأجر
حق الفسخ لزوال العيب ، كما لو برأ العبد قبل الفسخ . واذا اراد المستأجر فسخ
العقد قبل ارتفاع العارض ، فانما يكون له الفسخ بحضره رب الدار ، فإن
كان غائباً ليس له ان يفسخ . ولو خرج من الدار حال غيبة الأجر فعليه
الأجر كما لو سكن ، لان العقد باق وهو متمكن من استيفاء المنفعة

مع التغيير . وان انهدمت الدار كلها فله الفسخ من غير خضرة رب الدار ، لكن الاجارة لا تنفسخ ، لأن الانتفاع بالعرضة ممكن . اليه ذهب خواهر زاده . وفي اجارات شمس الائمة : اذا انهدمت الدار كلها ، الصحيح انه لا يفسخ ، لكن سقط الأجر عنه ، فسغ او لم يفسخ اه وسيأتي لهذا زيادة توضيح في شرح المادة (٥١٨) فافهم .

ثم اعلم ان ما قدمناه في شرح المادة (٤٤٣) من انه لو استأجر طبائخا لوليمة عرس فمات العروس او ظن ان في بناء داره خلافا فاستأجر رجلا لهدم البناء ثم ظهر انه ليس في البناء خلل او استأجره لقلع سنه فزال الم السن او استأجر دابة بعينها الى بغداد لطلب غريم له او لطلب عبد آبق له ، ثم حضر الغريم وعاد العبد من الابق ، تنفسخ الاجارة في جميع هذه المسائل بلا فسح ، لا يمرض ما هنا ، لأن ما هناك قد فات فيه الغرض الذي كانت الاجارة لأجله فانفسخت بلا فسح ، وما هنا قد فات فيه المنفعة المقود عليها فسقطت الاجرة بفواتها وان لم يفسخ الاجارة بلا فسح ، فلينتبه للفرق .

* فروع *

الموهجر اذا نقض الدار المستأجرة برضى المستأجر او بغير رضاه ، كان للمستأجر ان يفسخ الاجارة . ولا تنتقض الاجارة بغير فسح ويسقط الأجر عن المستأجر ، وهو كما لو غصبه غاصب ، كان له ان يفسخ الاجارة ولا يلزمه الأجر ولا تنتقض الاجارة . اليه اشار في الأصل . وعن محمد رحمه الله تعالى اذا انهدمت الدار المستأجرة وبنائها الآخر فاراد المستأجر ان يسكن بقية المدة ، لم يكن للآخر ان يمنعه . اراد بذلك اذا بناها الآخر قبل ان يفسخ المستأجر الاجارة . وقال محمد رحمه الله تعالى في السفينة اذا تقضت فصارت الواحاً ركبتها ، لم يجبر على تسليمها ، لأن العقد قد انفسخ بهلاك السفينة . فأما اذا اعيدت ، صارت سفينة اخرى - الا يرى ان الغاصب اذا غصب الالواح فجعلها سفينة ، ملكها اه (هندية)

رجل استأجر ارضاً للزراعة فغرب النهر الاعظم وعجز عن السقي كان له ان

بفسخ الاجارة . فإن لم يفسخ حتى مضت المدة ، كان عليه اجرها اذا كان بحال
يمكنه ان يحتمل بحيلة فيزرع فيها شيئاً . وان كان لا يقدر على ذلك بوجه من
الوجوه ، فلا اجر عليه . وكذا لو لم ينقطع الماء ، ولكن سال فيها الماء حتى عجز
عن الزراعة ، فلا اجر عليه .

رجل استأجر ارضاً فانقطع الماء ، ان كانت الارض تسقى بماء النهر وماء
المطر ليكن انقطع ماء المطر ايضاً ، لا اجر عليه . رجل استأجر ارضاً ليزرعها
فاصاب الزرع آفة فهلك او غرق ولم ينبت ، كان عليه الأجر لأنه قد زرع .
ولو غرقت الارض قبل ان يزرعها ، فلا اجر عليه اهـ (خانية)

وفيها ، بعد ورقة : وذكر الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده : اذا استأجر
ارضاً للزراعة فزرع فاصطله آفة ، كان عليه اجر ما مضى وسقط عنه اجر ما بقي من
المدة بعد الاصطلام اهـ وذكر المسئلة في الدرر وحواشيه قبيل باب فسخ
الاجارة ، فلتراجع .

رجل استأجر ارضاً ففرقت قبل ان يزرعها فضت المدة ، فلا اجر عليه ، كما
لو غصبها غاصب . وان زرعتها فأصاب الزرع آفة فهلك الزرع او غرقت بعد الزرع
فلم تنبت ، فالخيار للفتوى انه اذا هلك الزرع لم يكن عليه ما بقي من المدة بعد
هلاك الزرع اجر ، الا اذا كان متمكناً من ان يزرع مثل ذلك ضرراً بالارض
او اقل ضرراً من الاول .

ولو استأجر ارضاً من اراضي الجبل فزرعها فلم يمطر عامه ولم ينبت حتى مضت
المدة ثم مطرت السماء ونبت الزرع ، قال محمد رحمه الله تعالى : الزرع كله للمسنأجر ،
وليس عليه من كراء الارض ولا من نقصائها شي . اهـ ملخصاً .
وفي الاقروية عن الفيض : فإن قال رب الارض انا اقله ،
له ذلك اهـ .

ثم رأيت في الهندية : ذكر عن الكبرى بعد ذكر نظير ما في اسانية ، قال
استاذنا رحمه الله : اراد انه ليس عليه كراء الارض فيما قبل النبات . اما بعد
ما نبت ، يجب ان يستبقى الزرع في الارض بأجر المثل اهـ اقول : قول الخانية « ليس
عليه من كراء الارض الخ » وكذا قول الاستاذ « ليس عليه من كراء الارض

فيا قبل النبات الخ « المراد منه كراء المادة التالية للمدة الاولى ، وهي المدة التي نبت فيها الزرع بعد مضي مدة الاجارة ، لما قدمناه آنفاً عن الخانية من انه اذا استأجر ارضاً ليزرعها فزرعها ولم ينبت الزرع ، قال : عليه الاجر لانه قد زرع اه فلا تفعل .

استأجر من رجل طاحونتين على ماء في موضع يكون الحفر على الموجر في عرفهم واحتاج النهر الى الكري وصار بحال لا يعمل الا احدي ارحيين ، فان كان بحال لو صرف الماء اليهما جميعاً عملاً ناقصاً ، كان للمستأجر ان يفسخ الاجارة لاختلال المطلوب . فان لم يفسخ الاجارة ، فعليه اجرهما جميعاً لانه متمكن من الانتفاع بهما بصفة النقصان . وان كان بحال لو صرف الماء اليهما لم يعمل ، كان عليه اجر احدهما اذا لم يفسخ الاجارة . لانه لم يتمكن من الانتفاع الا بأحدهما . فان تفاوت اجرهما ، فعليه اجر اكثرهما اذا كان الماء يكفي لاكثرهما اجراً . وان كان ذلك في موضع يكون كري النهر على المستأجر في عرفهم ، كان عليه كل الأجر لأن العجز والخلل كان لمعنى من قبله . وهو بمنزلة ما لو استأجر خيمة فانكسرت او نادها ، لا يسقط الاجر ، لأن الاواد ناد تكون على المستأجر . وان انقطعت اطنابها لا يجب الأجر على المستأجر ، لأن الاطناب تكون على الموجر . كذا في الخانية ، ومثله في الاقروبة عن الظهيرة .

* ولكن لو انتفع المستأجر بغير صورة الطحن من بيت الرحي يلزمه اعطاء ما اصاب حصه ذلك الانتفاع من بدل الاجارة * اي اذا كان ذلك الانتفاع معقوداً عليه ايضاً ، كما يشير به قوله « ما اصاب حصه ذلك الانتفاع الخ » وذلك بأن استأجر طاحونة للطحن ولسكني بيتها . اما اذا لم تكن منفعة السكني معقوداً عليها ، فلا يلزمه شيء من الاجرة وان سكن على ما هو الاصح ، كما في الهندية عن محيط السرخسي . ونقل في رد المختار عن التتارخانية انه الاصح ، لأن ظاهر الرواية يشهد له ، فإنه قال في الاصل : الماء اذا انقطع الشهر كله ولم يفسخها المستأجر حتى مضى الشهر ، فلا اجر عليه في ذلك . ولو

كانت منفعة السكنى معقوداً عليها مع منفعة الطحن ، ووجب بقدر ما يخص منفعة السكنى اه ثم قال : ومفاده انه لا يجب اجرة بيت الرحي صالحاً لتغير الطحن ، كالسكنى ، ما لم تكن معقوداً عليها اه ويؤيده ايضاً تعليل الزيلعي لوجوب اجرة حصة السكنى بقوله : لبقاء بعض المعقود عليه اه فإنه يشعر بأن منفعة غير الطحن معقود عليها ، فلو لم تكن معقوداً عليها فلا اجر . ونظير هذه المسئلة ما لو انهدمت الدار فنصب المسنجر فسطاطاً في عرصتها وسكن فيه ، فإنه ، اي الزيلعي ، ذكر ان لا اجر في ذلك على المسنجر ، وعلة بقوله : لعدم التمكن من الانتفاع على الوجه الذي قصده بالاستئجار اه فهذه العلة تؤيد ما تقدم انه الاصح . واما ما بعثه في الدر تبعا للشربلاي ، فقد رده في رد المختار . فقد ظهر بما ذكرناه ان اعطاء ما اصاب حصة ذلك الانتفاع من بدل الاجارة ، مقيد بما اذا كان ذلك الانتفاع معقوداً عليه كما ذكرناه . لكن تقييده حينئذ بانتفاع المسنجر فعلاً مشكل ، لأنه يفيد انه لو لم ينتفع بالفعل لا يجب ، مع انه اذا كان معقوداً عليه وجب بمجرد التمكن وان لم يستوف ، الا ان يقال انه قيد اتفاقي ، او ان المراد من الانتفاع التمكن منه ، فليأمل .

المادة ٤٧٩ - * من استأجر حانوتاً وقبضه ثم عرض للبيع والشراء كساد ليس له ان يمنع عن اعطاء كراه تلك المدة بقوله ان الصنعة ما راجت والد كان بقي مسدوداً *

بمعنى اذا بقي الحانوت المستأجر في يده الى ان مضت المدة ، لأن منفعة المأجور لم تفت ، وهو متمكن من استيفائها . وهذا لا يعارضه ما في الهندية عن القنية : استأجر حانوتاً ليتجر في السوق ثم كسد السوق حتى لا يمكنه التجارة ، فله فسخ الاجارة ، لأنه عذراه لان من ثبت له خيار الفسخ بمسدر ، لو لم يفسخ حتى مضت مدة الاجارة ، يلزمه تمام الاجرة ، كما سيأتي في الفصل الثالث من الباب الخامس ، فانهم . لكن ذكر في رد المختار ما يخالف ما في الهندية ، فإنه

نقل عن النبية ان الكساد لا يكون عذراً اه ثم قال نقلا عن السايحاني انه يمكن
جملة ، اي ما في النبية ، على نوع كساد اه قلت : ويشعر بهذا الحمل قول الهندية
«حقي لا يمكنه التجارة» تأمل .

المادة ٤٨٠ = * لو استأجر زورقاً على مدة وانقضت في اثناء
الطريق تمتد الاجارة الى الوصول الى الساحل ويعطي المستأجر أجر
مثل المدة الفاضلة *

قدمنا شرح المادة (٤٤٣) عن النبية انه لو استأجر ارضاً فزرع فيها ثم مات
الموَجِر مثلاً ، كان على المستأجر ما سمي من الاجارة الى ان يدرك الزرع - بخلاف
ما لو فرغت مدة الاجارة ، فإن المستأجر يستبقها بأجر المثل الى ان يدرك الزرع .
قالوا : لان الاجارة كما تنقض بالاعذار ، تنبى بالاعذار .

والظاهر انه لو كان انقاسخ الاجارة في مسئلتنا يموت صاحب السفينة ، يكون
الامر كذلك اي ان المستأجر يعطي المسمى الى ان يصل للساحل ، لا اجر
المثل ، تأمل .

ثم رأيت التصريح بذلك في الهندية حيث قال : ومن هذا الجنس اذا استأجر
من آخر زقافاً وجعل فيها خلاً ثم انقضت مدة الاجارة في الصحراء ، جعل بأجر
مثله الى موضع يجيد فيدزقفاً . ولو مات الموَجِر قبل مضي المدة لا يجعل بأجر مثلها ،
لكنها تترك على الاجارة الاولى . كذا في المحيط اه وفيها عن الذخيرة : قال في
الاصل : واذا استأجر دابة الى مكان مسمى فمات صاحب الدابة في وسط الطريق ،
كان للمستكري ان يركب الدابة الى المكان المسمى بالاجر ، وانما لا تنقض ،
لان الحالة حالة العذر ، والاجارة تنقصد ابتداءً بالعذر . فإن من استأجر سفينة
شهرأ فضت المدة والمسترجر في وسط البحر ، فإنه تنقصد بينهما اجارة مبدأة ، فلا ن
يبقى حالة العذر ، كان اولي . وبيان العذر انه يخاف على نفسه وماله لانه لا يجيد دابة
اخرى في وسط المفازة ولا يكون له قاضي ليرفع الامر اليه فيوجر الدابة منه ثانياً .

حتى قال مشايخنا : لو وجد ثمة دابة اخرى يحمل عليها مناعه ، تنقض الاجارة .
وكذا لو كان موت المستأجر في موضع يجد دابة فيه ، تنقض الاجارة اه .

المادد ٤٨١ - * لو اعطى احد داره لآخر على ان يرمها
ويسكنها بلا اجرة ثم رماها وسكنها ذلك الآخر كانت من قبيل
العارية ومصاريف التعمير على الذي انفق وليس لصاحب الدار ان
يأخذ اجرة عن مدة سكناه *

هذا موافق لما في الهندية ، ونصها : دفع داره على ان يسكنها ويرمها ولا اجر
عليه ، فهو عارية ، لأنه لم يشترط الأجر . فإن المرمة نفقة الدار ، ونفقة
المستأجر على المعير . كذا في الفتاوى الصغرى والغياثية اه ومثله في الانقروية .
وكذا في واقعات المفتين عن البرازية ، وفي اوائل كتاب الاجارة عن
الخانبة : ولو دفع داره الى رجل على ان يسكنها ويرمها ولا اجرة عليه ، كانت
اعارة . فإنه ذكر في الاصل ان اشتراط المرمة على المدفوع اليه بمنزلة اشتراط
نفقة المستأجر على المستعير ، وبذلك لا تبطل الاعارة اه وبمثله افتى في الخبرية وعبارتها :
سئل في رجل دفع لآخر بيتا يسكنه ويرمه فرمه وصقفه بخشب من عنده على
طريقة سقايف الفلاحين وسكن مدة واخرجه مالكة منه هل له اخذ خشبه ام
لا ؟ اجاب نعم ، له اخذ خشبه لأنه مستعير لا مستأجر اذ لم يجعل له بدلاً .
والحالة هذه والله اعلم اه لكن يجالسه ما في تنقيح الحامدية ونصه : سئل في رجل
اذنت له امه بأن يسكن في دارها المملوكة لها بشرط ان يعمرها فسكن
في الدار مدة ولم يعمرها ، فهل يلزمه اجرة المثل في المدة المزبورة ؟ الجواب نعم .
وجل دفع الى اخر داراً . ليسكنها ويعمرها فسكن مدة ولم يعمرها ، فإن
كان اذن له بشرط العمارة ، يجب اجر المثل ، لأنه لما شرط العمارة فقد آجره باجرة
مجهولة ، فوجب اجر المثل ، لأن قدر العمارة مجهول . وان سكن وعمرها

فانه ينظر الى العارة واجرا المثل (جواهر الفتوى) اقول: ومثل هذا ما ذكر في جامع
الفصولين في احكام العارة في ملك الغير بعبارة نارسية ، وعربها الخير الرملي في حاشيته
عليه ، ونصه: اتفقت مع زوجها على ان يصمر ويسكن ، فمصر وصار يساوي الف
درهم ، وماتت المرأة فطالبته بقيته ورثتها بأجرة السكنى ، وطالبهم هو بما اتفق ،
فالجواب انه يسقط عما اتفق قدر اجرة السكنى ، والباقي يطالب به . وان زادت
قيمة السكنى عليه يسقط بقدره منها ، والباقي ميراث . وان لم يقع الاتفاق على ذلك
وعمر ، فهو متبرع اه واقول ايضا: وجه كون ذلك اجارة فاسدة ان صاحب الدار
لم يملك منفعة داره الا بعوض ، ولكنه لما جهل العوض وقت المقدم ، وجب اجرا المثل
بالغما ما بلغ . والمهر غير متبرع لأنه لم يصحرا الا بمقابلة السكنى . وبما نقله المؤلف
وتقلناه ايضا علم ان ذلك ليس باعارة بل هو اجارة فاسدة ، خلافا لما في الفتاوي
الخيرية ، بحيث اجاب في نظير هذه المسئلة انه مستعير لا مستأجر . وبما يؤيد ما
قلناه مسئلة يجب التنبيه عليها لكثرة وقوعها في زماننا وقل من يعرفها ، وهي
ما في الفصل الثالث من الخلاصة: رجل استقرض دراهم من رجل فقال
له اسكن في حانوتي فما لم ارد عليك دراهمك لا اطالبك بأجرة
الحانوت والاجر الذي يجب عليك هبة ، فمدفوع المقرض اليه الف درهم وسكن
الحانوت مدة ، فقال ، ان ذكر ترك الاجرة عليه مع استقراضه منه المال ،
فالاجرة على المقرض واجبة . وان كان ذكره قبل الاستقراض او بعده ، فلا
اجر عليه اه ومثله في البرازية .

ونقل المسئلة في التارخانية في متفرقات الاجارة عن النوازل ثم قال عقبا:
قيل: الصحيح انه يجب اجر المثل في الوجهين . وفي الكبرى قال فخر الدين:
وعليه الفتوى .

وفي الخانية: رجل استقرض دراهم واسكن المقرض في داره ، قالوا يجب
اجر المثل على المقرض . وكذا لو أخذ المقرض من المستقرض حمرا ليستعمله الى
ان يرد عليه الدراهم اه فحيث كان الفتوى على وجوب الاجرة على المقرض وان
صرح باسقاط الاجرة وقت القرض او قبله او بعده ، ففي مثلتنا بالاولى . ووجه
لزوم الاجرة مع التصريح باسقاطها ان المستقرض لم يسكنه في داره الا بمقابلة

منفعة القرض ، وذلك لا يصلح عوضاً فيجب اجر المثل لأنه اجارة فاسدة ،
والاجارة لا بد فيها من الاجرة ، وقد صرح في الاشياء وغيرها بأنه لو قال آجرتك
بغير شيء فهي اجارة فاسدة لا عارية اه وقد صرحوا بأن الاجارة الفاسدة يجب
فيها اجر المثل ، فاحفظ هذه المسئلة ، فإنها مهمة اه ما في التنقيح اقول : ولم ار احداً
من الفريقين ذكر ان في المسئلة خلافاً ، ولعل ما ذكره في التنقيح عن جواهر
الفتاوي من قوله « فإن كان اذن له يعني بالسكنى بشرط العمارة يجب اجر المثل الخ »
يشعر بالتوفيق بين هذه النقول التي ظاهرها التعارض ، وهو انه اذا ذكرت
العمارة او الرمة على وجه يفهم ان الاذن بالسكنى مشروط بها بأن قال اذنت
لك ان تكن فيها بشرط ان ترمها او على ان ترمها ، او قدم الرمة على الاذن
بالسكنى ، كان ذلك اجارة فاسدة ، لأنه لما شرط العمارة فقد آجره باجرة
مجهولة فيجب اجر المثل ، وعليه يحمل ما في جامع الفصولين وما اتفق به في الحامدية .
ومثله فيما يظهر ، بل اولى ، ما صرح فيه بالاجارة ، بأن قال آجرتكها بمرتها ،
والا بأن عطفت على السكنى بأن قال اسكنها وعمرها ، كان اعارة ، فلا
يجب فيها اجر .

وعليه يحمل ما ذكر في هذه المادة تبعاً لما في الهندية والاتقوية وغيرها .
ويشعر بهذا التوفيق ايضاً قول جامع الفصولين « اتفقت مع زوجها على ان نعلم
ونسكن الخ » فجعل العمارة شرطاً والسكنى معطوفةً عليها ، فكانت اجارة وكذا
قول الخيرية : دفع لآخر بيتا يسكنه ويرمه ، فإنه لما عطف الرمة على السكنى
اشعر بأن السكنى غير مشروطة بالعمارة ، فكان اعارة لا اجارة . ونظيرها عبارة
الهندية والاتقوية كما تقدم . ويؤيد هذا الاشعار تعليل الهندية بقوله « لأنه
لم يشترط الأجر »

ثم رأيت في الخانية ما نصه : رجل دفع داره الى رجل ليسكن ويرمها ولا
اجر له فيها ، فأجرها هذا الرجل من غيره وانهدمت الدار من سكنى الثاني ، ضمن
الثاني نقصان ما انهدم ، ويكون الثاني بمنزلة الناصب . ولو كانت الاجارة الثانية
جائزة ، ما كانت بمنزلة الناصب . وقال بعضهم : المستأجر اجارة فاسدة لا يملك
الاجارة الصحيحة ، ولكن لو آجرها يستحق الأجر المسمى كالناصب . وقال

بعضهم : المستأجر اجارة فاسدة يملك ان يوجرها من غيره جائزة بعد القبض ،
بمنزلة المشتري شراء فاسداً يملك ان يبيع من غيره بيعاً جائزاً . الا ان الاجر
الاول يملك تقض الاجارة الثانية ، والبايع فاسداً لا يملك تقض بيع المشتري ،
لان الاجارة تفسخ بالاعذار ، ولا كذلك البيع .

وانما لا يملك الاجارة في مسألة المرمة لان ثم ذكر المرمة على وجه المشورة
لا على وجه الشرط ، فكانت اعارة ، والمستعير لا يملك الاجارة اهـ ومثله في الفصل
الثلاثين من جامع الفصولين نقلاً عن الأصل . فإن قوله : ذكر المرمة على وجه
المشورة لا على وجه الشرط كالصريح فيما ذكرناه من التوفيق الذي هو بالقبول
حقيق والحمد لله على التوفيق .

واعلم ان ما ذكره هنا الشارح سليم باز من انه لو استأجر حيواناً بشرط ان
تكون نفقته عليه ، صح الشرط ونجبت النفقة على المستأجر ولا اجر عليه الخ ،
وعزاه الى جامع الفصولين ، فإنه اقتراه على جامع الفصولين لا في لم ارفه ولا في
غيره من كتب المذهب هذه العبارة بهذا اللفظ . ثم ذكر ما نقله عنه في تنقيح
الحامدية كما تقدم في الفصل (٣٤) وذكر ايضاً ما نقلناه موافقاً لما في الخانية .
كيف وقد علمت انه لو قال آجرتك بغير شيء فعي ، اجارة فاسدة لا عاربه ،
فليتنبه لذلك .

ثم ان ما تضمنته هذه المادة من ان مصاريف العمير على الذي اتفق ، لا يعارضه
ما تقدم عن الخيرية من ان العمر له اخذ خشبه ، لأن المراد بالمصاريف المذكورة
ما تلف . ولم يكن له عين قائمة نظير علف الدابة . اما ما له عين قائمة ،
فلمستعير اخذه ما لم يضر رفته بالمستعار . فإن اضر ، فله عمير تملكه بقيمة مستحق
القطع ، كما صرح به في الهندية وغيرها .

وفي الاقروية من العاربه : لو بنى حائطاً في الدار المستعارة فلما استرد العمير
الدار اراد المستعير ان يرجع بما اتفق ، ليس له ذلك ، وليس له ان يهدم الحائط
اللين ان كان من تراب صاحب الأرض اهـ . هذا اذا كانت الدار مستعارة بأن
كان الاذن بالسكنى غير مشروط بالمرمة . اما اذا كان مشروطاً ، ولو دلالة
حتى صارت اجارة فاسدة كما علمت ، فالبايع حينئذ الرجوع به على المؤجر واحتسابه

من اجرة مثل الدار الراجب عليه ، كما تقدم نقله .

✽ تنبيه ✽

ذكر في تنقيح الحامدية بعد عبارته المنقولة آفأمانه : لكن بقي ما اذا استقرض منه ورهن الدار عنده وأباح له سكنها مجاناً ، فهل له اجرة ؟ الظاهر لا ، وان كان ما اباح له السكنى الآ لأجل القرض ، لأن الرهن عقد آخر مناف لعقد الاجارة ولا يمكن اجتماعها ، بل لو عرض احدهما على الآخر افسده ، فلو آجر المرهون فسد الرهن ، وبالعكس . ولذا اختلفوا في كراهة انتفاع القرض بالمرهون . والذي يظهر لي الجزم بالكراهة التحريمية في مثل مثلتنا ، لأنه لو لم يأذن له الراهن بالانتفاع بالدار المرهونة لم يقرضه ، والله اعلم اه .

- الفصل الثالث -

✽ فيما يصح ان يجبس المستأجر فيه لاستيفاء الاجرة وما لا يصح ✽

المادة ٤٨٢ - ✽ يصح للاجير الذي لعله اثر كالحياط والصباغ والقصار ان يجبس المستأجر فيه لاستيفاء الاجرة ان لم يشترط نسيئتها . وبهذا الوجه لو حبس ذلك المالك وتلف في يده لا يضمن . ولكن بعد تلفه ليس له اجرة ✽

اما عدم الضمان ، فلأن العين امانة في يده على ما كانت عليه ، وله ان يجبسها بالاجرة شرعاً ، فلا يكون متعدياً . واما عدم وجوب الأجر ، فلأن المعقود عليه هلك قبل التسليم ، وذلك بوجوب سقوط البديل ، كالبيع اذا هلك قبل القبض .

وانما كان له حق الحبس فيما لو اثر في العين ، لأن المقود عليه وصف في
الحل ، فكان له حق الحبس لاستيفاء البدل ، كما في المبيع .
وقيد بعدم اشتراط نسبته الأجرة لأنه لو اشترط نسبتها ، اي تأجيلها ،
يكون قد اسقط حقه في الحبس . فاذا حبسها بعد ذلك يكون غاصبا ، فتقلب
يد امانته الى الضمان .

واشار بلفظ الحبس الى ان العين في يد الاجير لم تسلم ، حتى لو سلمها فليس
له استردادها للحبس لسقوطه . والتسليم اعم من ان يكون حقيقة كما ذكرنا ،
او حكما كما اذا عمل الاجير في بيت المستأجر ، لأن العين في يد المستأجر حينئذ
لقيام يده عن البيت . وحيث كان يمكنه ان يتحرز عنه بأن يعمل في بيت نفسه ،
يكون قدر ضعي بالتسليم فلا يملك استرداده للحبس (افاده الزبلي مع زيادة
من البحر)

قال في البحر ، عند قول المصنف « ومن لعمله اثر في العين كالصباغ والقصار
يجبها للأجر » ، ما نصه : اطلقه ، اي القصار ، فشم ما اذا لم يكن لعمله الازالة
الدرن بالفسل فقط على الأصح ، لأن البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله فكانه
احدنه فيه . كذا ذكره قاضيان في شرحه . وصح المصنف في مستصفاه معزبا
للذخيرة ان ليس له حق الحبس ، فاختلف التصحيح . وينبغي ترجيح المنع ، وقد
جزم به صاحب الهداية بقوله « وغسل الثوب نظير الحمل ، اه » لكن انت تعلم ان
قاضيان من اجل من يعتمد على تصحيحانه . وعبارة النهاية ، كما في الطوري :
القصار اذا ظهر عمله باستعمال النشاء ، كان له حق الحبس . وان لم يكن لعمله
الازالة الدرن ، اختلفوا فيه ، والأصح ان له الحبس على كل حال ، لأن البياض
كان مستترا وقد ظهر بفعله بعد ان كان مالكا اه .

وفي الزبلي : واختلفوا في غسل الثوب حسب اختلافهم في القصاره بغير
نشاء اه

والذي حقه في الدر وحواشيه ان الضم ان كان لازالة الدر ،
ففيه الخلاف السابق . وان كان لأجل التطهير ، لا يثبت فيه الحبس
اتفاقا اه .

المادة ٤٨٣ = * ليس للاجير الذي ليس لعمله اثر كالحمال والملاح ان يجبس المستاجر فيه . وبهذه الحال لو حبس الاجير المال وتلف في يده يضمن وصاحب المال بخير ان شاء ضمنه اياه محمولاً واعطى اجرته وان شاء ضمنه غير محمول ولم يعط اجرته *

انما لم يكن للاجير الحبس فيما ليس لعمله اثر في العين لأن العقود عليه تقس العمل ، وهو عرض بفتى ولا يتصور بقاءه . ولا له اثر يقوم مقامه ، فلا يتصور حبسه . وهذا بخلاف رد الأبق ، فإنه يجبس على الجمل وان لم يكن لعمله اثر ، لأنه كان على شرف الهلاك فأحياه بارد ، فكأنه باعه من مولاه ، فكأن له حتى الحبس (زيلعي)

وقوله « كالحمال » اي على ظهر اودابه . وهو بالخاء العلة اول منه بالجيم ، لعمومه .

الملاح هو السفان الذي يجري السفينة ، كما في المصباح وهو المسمى بالنوتي كما في القاموس .

والرأد بالضم ، ضمان النصب . وذلك انه لو مثلاً وجب مثله ، وان انقطع فقيته يوم القضاء او النصب او الاقطاع ، على خلاف يأتي في النصب . ولو قيمياً فقيته يوم غصبه اجماعاً (رد المحتار) قال في البحر عند قول الكنتز « ومن لا اثر لعنه كالحمال والملاح الخ » ما نصه : واخلفوا في المراد في الاثر ، فقيل ان تكون الأثرة متصلة بعمل العمل ، كالنشاء والصنع . وقيل ان يرى ويعاين في محل العمل . وثمرته تظهر في كسر الحطب وطحن الخنطة وحلق رأس العبد ، فليس له الحبس على الاول ، وله الحبس على الثاني . وظاهر ما في القنية ترجيح الثاني . والذي يظهر من كلامهم ترجيح الأول ، لما عللوا به في حق الحبس من ان العقود عليه وصف في الثوب انه قد علمت من هذا وما نقلناه عنه في شرح المادة السابقة ان

الخلاف الواقع في مسألة غسل الثوب وقصارتها بغير نشاء وبيض ، وهو غير الخلاف الواقع في تفسير المراد من الاثر . فليس في كسر الحطب وطحن الخنطة وحلق رأس العبد خلاف قاضي خان واختلاف التصحيح ، بل فيه ان ظاهر القنية ترجيح ان له حق الحبس لانه مما يماين ويرى ، وان ظاهرهم ترجيح عدمه ، لان التكسير والطحن والحلق ليس وصفاً في العين ، بل هو عرض لا يمكن بقاؤه . وهذا هو المفهوم من اكثر شراح الهداية والكنز ، لكنه يخالف لما في الدر وحواشيه . وكذا في حاشية ابي السعود ، تبعاً لصاحب الدر ، من ان خلاف قاضيجان واختلاف التصحيح جارٍ في المسئلتين ، فليتأمل .

* الباب الرابع *

* في بيان المسائل التي تتعلق بمدة الاجارة *

المادة ٤٨٤ - * للمالك ان يؤجر ماله وملكه لغيره مدة

معلومة قصيرة كانت او طويلة كالسنين *

ولو كانت المدة لا يبينان الى مثلها عادة . واختاره الخصاص ، ومنعه بعضهم

(بحر) وظاهر اطلاق المتون ترجيح الاول (رد المحتار)

وقيد بقوله « ماله وملكه » لاجراج مال الوقف ، فإنه لا يؤجر اكثر من

ثلاث سنين في الضياع ، واكثر من سنة في غيرها ، كالدار والحانوت (اناده

في الدر) قال في حاشيته رد المحتار : وكذا ارض البيت ، كما في الجوهرة . وافتي

به صاحب البحر والمصنف ، يعني صاحب التنوير . واكثر كلامهم على انه المختار

المفتي به لوجود العلة فيها ، وهي صونها عن دعوى الملكية بطول المدة ، بل هذا

اولي (رملي) اه .

وفي حاشيته الرملي على البحر ان اراضي بيت المال مثل عقار البيت . قال في

الحامدية : والوجه ما قاله اه .

وفي الخبرية من الدعوى : اراضي بيت المال جرت على رقبته احكام الوقوف

المؤبدة اه .

وهذا ، اي عدم صحة ايجار الوقف اكثر من سنة في الدار والحانوت ، او ثلاث سنين في الاراضي ، مقيد بما اذا لم يكن المؤجر هو الواقف ، والا فله ذلك كما في رد المختار . قال : وفي القنية : اجر الواقف عشر سنين ، ثم مات بعد خمس وانتقل الى مصرف آخر ، انتقضت الاجارة ، ويرجع بما بقي في تركة الميت اه اي وانتقضا لموت المؤجر . وفيه كلام ذكره العلائي آخر باب الفسخ ، وهو مقيد ايضا بما اذا لم يشترط الواقف مدة ، والا اتبع شرطه ، لأن اتباع شرطه لازم . حتى قال في الاسعاف : ولو استثنى في كتاب وقفه ، فقال : ولا تؤجر اكثر من سنة الا اذا كان انفع للفقراء ، فحينئذ يجوز ايجارها اذا رأى ذلك خيراً ، من غير رفع الى القاضي للاذن له من الواقف فيه اه ومثله ما اذا اتمل الواقف ذكر المدة ، والمسئلة بما لها ، فإن للقيم ذلك بلا اذن القاضي ، كما في المنع عن الخانية .

واما اذا قيد بسنة مثلاً ولم يستثن ، لكن وجد الناظر ايجارها اكثر من سنة اكبر نفعاً بأن كان الناس لا يرغبون في استئجارها سنة ، وايجارها اكثر من سنة ادر على الوقف وانفع للفقراء ، فالناظر لا يسوغ له ايجارها كذلك ، ولكن يرفع الأمر الى القاضي فيؤجرها بنفسه ، لأن ولايته عامة للفقراء والغائبين والموتى ، كما في الاسعاف . قال في رد المختار : والظاهر انه لو اذن في ذلك للمتولي صح اه وفيه من كتاب الوقف ، عن قاري الهداية : اذا لم تحصل عمارة الوقف الا بذلك ، يرفع الامر للحاكم لتؤجره اه اي اذا احتيج الى عمارته من اجرته ، يؤجره الحاكم مدة طويلة بقدر ما يعمر به اه .

ثم لو احتاج الناظر لايجاره مدة طويلة بلا اذن القاضي ، يعقد عقوداً مترادفة . اما في الدار ، فكل عقد سنة . واما في الارض ، فكل عقد ثلاث سنين . وصوره ذلك ان يقول اجر لك الدار الفلانية سنة خمسة عشر بكذا ، واجرتك اباها سنة ستة عشر بكذا ، واجرتك اباها سنة سبعة عشر بكذا ، وهكذا الى تمام المدة .

فإن الاجارة في غير العقد الاول وان كانت مضافة ، لكنها تكون لازمة
في احدي الروايتين ، وهو الصحيح الذي مشت عليه المجلة كما تقدم في
المادة (٤٤٠)

واما ما ذكره في الدر المختار من ان الفتوى على ابطال الاجارة الطويلة ، ولو
بعقود ، لتحقق المحذور فيها ، وهو ان طول المدة يودي الي ابطال الوقف ، فذلك
عند عدم الحاجة الى ذلك ، كما في حاشية رد المحتار . قال : فاذا احتاج الى ذلك
لاجل عمارة الوقف بتعجيل اجرة سنين . مستقبلة ، يزول المحذور الموهوم عند وجود
الضرر المتحقق . فالظاهر تخصيص بطلان هذه الاجارة بما عدا هذه الصورة اهو هو
ظهور في انه لا يجوز للناظر ايجارها كذلك لمجرد كونه ادر على الوقف وانفع
للقراء ولو بعقود مترادفة ، لعدم الضرورة . نعم يسوع ذلك للقاضي ولو بعقد
واحد ، وللناظر كذلك ، اذا اذن له القاضي ، على ما استظهره ابن عابدين
كما علمت .

ثم لو اجر الناظر مدة طويلة في موضع لا يملك فيه ذلك ، هل تفسخ في جميع
المدة او في الزيادة فقط ؟ جزم في انفع الوسائل بالثاني ، فقال بفسخ الزائد على الثلاث
في الضياع ، وعلى السنة في غيرها ، سواء كان عقداً واحداً زائداً على ما ذكر ،
او عقوداً منفرفة . حتى لو عقد في الضياع على اربع سنين مثلاً بعقد او اكثر ، يصح
في ثلاث وفسخ في الباقي . وجزم قاري الهداية بالاول ، ورجحه صاحب المنج على
ما في انفع الوسائل ، لان العقد اذا فسد في بعضه فسد في كله ، ولان الامام
الجليل قاضي خان استظهره فأفاد ترجيحه ، وهو الذي يقتضيه كلام جواهر الفناوي .
هذا حاصل ما في الدر وحواشيه .

المادة ٤٨٥ - * ابتداء مدة الاجارة تعتبر من الوقت الذي سمي

اي عين وذكرك عند العقد *

بأن يقول من شهر رجب من هذه السنة (درر) اي ما لم يكن خيار شرط .

فإن كان ، فمن وقت سقوطه (صري الدين عن الكافي لمخطاوي) وسيأتي التصريح
بذلك في المادة (٥٠٢)

المادة ٤٨٦ = * ان لم يذكر ابتداء المدة حين العقد تعتبر
من وقت العقد *

لأن الاوقات كلها في حكم الاجارة سواء . وفي مثله يعمين الزمان الذي
يعقب السبب ، كما في الآجال ، بأن باع الى شهر ، والايام ، بأن حلف لا يكلم
فلاناً شهراً ، حيث اعتبر فيها الابتداء بعد الفراغ من التكلم (ابو السعود عن الدور)
والظاهر ان هذا ايضاً مقيد بما اذا لم يكن خيار شرط ، كما لو سمي اول
المدة ، وان لم اره صريحاً ، بل التقييد بذلك عند عدم ذكر المدة اولى منه عند
الذكر ، وهو الذي يقتضيه اطلاق المادة (٥٠٢)

المادة ٤٨٧ = * كما يجوز ايجار عقار على ان يكون لسنة في
كل شهر اجرته كذا دراهم بصح ايجاره سنة بكذا دراهم من دون
بيان شهرته ايضاً *

يعني اذا بين الأجرة جملة جاز العقد ، لأن المنفعة صارت معلومة ببيان
المدة ، والأجرة معلومة وان لم يبين القسط كل شهر . فاذا صح وجب ان يقسم الأجرة
على الشهور على السواء ، ولا يعتبر تفاوت الاسعار باختلاف الزمان (طوري على
الكنز) وفائدته تظهر في الفسخ اثناء المدة (رد المحتار)

وفيه عن التارخانية : ولو قال آجرتك سنة بألف كل شهر بمائة فقبل ، فهو
اجارة بألف ومائتين كل شهر بمائة ، والاخير يكون فسخاً للاول . قال الفقيه :
وهذا اذا كان قصداً . فلو غلطاً ، فالأجر هو الاول اه .

المادة ٤٨٨ = * اذا عقدت الاجارة في اول الشهر على شهر واحد او ازيد من شهر انعقدت مشاهرة وفي هذه الصورة يلزم دفع اجرة شهر كامل وان كان الشهر ناقصاً عن ثلاثين يوماً *

المراد من اول الشهر اليوم الاول منه ، لا وقت ابصار الهلال حقيقة (در حواشيه) والمراد بانعقادها مشاهرة اعتبار الأمانة دون عدد الايام ، لأن الاصل في الشهور ان تعتبر بالاهلة ، كما في الهندية .

وقوله « يلزم دفع اجرة شهر كامل » اي فيما اذا عقدت الاجارة على شهر واحد ، اي ويلزمه اجرة الاكثر فيما اذا عقدت على الاكثر ، وان كانت كلها او بعضها نواقص . وهذه المسئلة لا خلاف فيها بين اصحابنا ، كما في الهندية .

المادة ٤٨٩ = * لو اشترط على ان تكون الاجارة لشهر واحد فقط و كان قد مضى من الشهر جزء يعتبر الشهر ثلاثين يوماً *

لأن الأصل اذا تعذر ، بصر الى البدل (درر) وهذه المسئلة اجاعية ايضاً ، كما في الهندية . وقد صرحت المادة (٥٣) انه اذا بطل الأصل بصر الى البدل .

المادة ٤٩٠ - * اذا اشترط ان تكون الاجارة لكذا شهور و كان قد مضى من الشهر بعضه يتم الشهر الأول الناقص على ان يكون ثلاثين يوماً من الشهر الأخير وتوفي اجرة بقية الاشهر بحسب الاهلة *

هذا قول محمد رحمه الله تعالى ، وهو رواية عن ابي يوسف . وجهه ان الالهة هي الأصل في الشهر قال الله تعالى « ويسألونك عن الالهة قل هي مواقيت للناس » والأيام بدل عن الالهة الا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام صوموا لرويته وافطروا لروايته فإن غم عليكم الهلال فاكلوا عدة شعبان ثلاثين يوماً ، ولا يصار الى البدل الا عند تعذر الأصل ، ولا تعذر الا في شهر واحد ، وهو الأول ، وقد امكن تكيله من الأخير ، فيكل ، وبقي غيره على الأصل .

وقال ابو حنيفة ، وهو رواية اخرى عن ابي يوسف تعذر شهر شهر المدة كلها بالايام . له انه لما تعذر اعتبار الشهر الأول بالهلال ، تعذر الباقي ايضاً بالالهة ، لأن الشهر الأول يجب تكيله بما يليه ، والا لزم ان يكون الثاني والثالث وجميع الأشهر التي بعده قبل الأول ، وهو محال . فاذا اكمل من الثاني انتقص الآخر ، فوجب تكيله من الذي يليه ، وكذا كل شهر الى آخر المدة ، فوجب اعتباره بالايام ضرورة اه (زبلي)

وعامة المتون جارية على قول ابي حنيفة . وفي الدر المنثور : والمختار مذهب الامام . وجزم به في المجمع . لكن آخر في الهداية قول محمد فدل على اعتناده ، وكذا في الملتقى . وحيث مشت عليه المجلة ، كان عليه المول بنير عامة .

* تنبيه *

تعيين اول المدة في الاجارة كاجراء عقد الاجارة ، كما في التبيين للزبلي . فلو آجره عشرة اشهر ابتداءها غرة رمضان ، اعتبرت الاشهر بالاهلة اتفاقاً . ولو قال ابتداءها في عشرة منه مثلاً ، اعتبر الشهر الأول بالايام ، ويكمل من الشهر الاخير ، والباقية بالالهة . وهذا عند محمد ، وعليه المجلة وعند ابي حنيفة يعتبر الكل بالايام ، كما لو وقعت الاجارة على شهر واحد فإن اعتباره بالايام متفق عليه . فليحفظ هذا ، فإن اكثر الكتب عنه مخالفة .

المادة ٤٩١ - * اذا عقدت الاجارة مشاهرة بدون بيان عدد الأشهر وكان قد مضى بعض الشهر فكما انه يعتبر الشهر الأول ثلاثين

كذلك بقية الشهور التي بعده تعتبر على هذا الوجه كل منها ثلاثين يوماً *

قال في رد المحتار: وفي الذخيرة: ان عقد الاجارة على كل شهر بدرم ١٠ ان وجدت في وسطه ١٠ يعتبر كل شهر بالأيام بلا خلاف ١٠ لأنها يعتبران الامة اذا علم آخر الدة ١٠ ليتمكن تكيله منه اه ٠

المادة ٤٩٢ = * لو عقدت الاجارة في اول الشهر لسنة تعتبر
اثني عشر شهراً *

اي بالامة بغير خلاف ٠ وكذا لو لم يعقد الاجارة في اول الشهر ١٠ لكن عين مدة الاجارة كذلك بأن أجره سنة ابتداءها غرة رمضان ١٠ كما قدمناه عن الزبلي ٠

المادة ٤٩٣ = * لو عقدت الاجارة لسنة وكان قد مضى من
الشهر بعض يعتبر منها شهر اياماً وباقي الشهور الأحد عشر بالهلال *

فان أجر في عاشر ذي الحجة سنة ١٠ فذو الحجة ان تم على ثلاثين يوماً ١٠ فالسنة تتم على عاشر ذي الحجة ٠ وان تم على تسعة وعشرين ١٠ فالسنة تتم على الحادي عشر من ذي الحجة ٠ فان قيل هلا يلزم ان يتكرر عيد الاضحى في سنة واحدة ؟ قلت نعم ١٠ لكن في السنة التي قدرت بهامدة الاجارة ١٠ لا في السنة المعروفة ٠ فالمحدور غير لازم ١٠ واللازم غير محذور ٠ كذا في رد المحتار ٠ وهذا الحكم عند محمد ١٠ ورواية عن ابي يوسف كما تقدم ٠ وقال ابو حنيفة نعتبر السنة بالايام ثلاثاً وستين يوماً ٠ كذا في الهنذية ٠

✽ نتيجه ✽

جميع ما تقدم من التفصيل فيما اذا اطلق العاقدان لفظ السنة او الشهر ، فإن الأصل فيها عند الاطلاق ان يعتد بالأدلة . فالسنة يراد فيها السنة القمرية ، والشهر يراد منه الشهر العربي ، لما تقدم . اما لو قيدت السنة بكونها شمسية ، والشهر بكونه رومياً ، او جرى عرف اهل بلدة ان تكون معاملاتهم بحسب السنة الشمسية والشهر الرومي ، فلا شك انه يعتبر ذلك . فلو أجره في اول يوم من آذار سنة شمسية او رومية ، فالسنة تتم في اول يوم من آذار الثاني . وكذا لو أجره في اول يوم منه شهراً رومياً ، فالشهر يتم في آخر جزء منه ، وهو آخر اليوم الحادي والثلاثين منه .

واما لو أجره في اليوم العاشر منه سنة شمسية ، فهل يعتبر الشهر الذي وقعت فيه الاجارة بالايام ، يعني ثلاثين يوماً ، لا بالشمس ، لتعذر اعتباره شمسياً بمعنى عشرة ايام منه ، فتم السنة في اليوم التاسع من آذار الثاني ، لكون آذار الشمسي واحداً وثلاثين يوماً كما قيل ذلك في السنة القمرية ، وهل اذا كانت الاجارة على شهر واحد رومي وقد مضى بعضه يعتبر بالايام ، يعني ثلاثين يوماً ؟ - لم اره منقولاً ، وفي النفس من ذلك شيء ، فليحذر .

المادة ٤٩٤ - ✽ لو استؤجر عقار شهرين كذا دراهم من دون بيان عدد الاشهر يصح العقد . لكن عند ختام الشهر الاول لكل من الأجر والمستأجر فسخ الاجارة في اليوم الاول وليلته من الشهر الثاني الذي يليه . واما بعد مضي اليوم الاول وليلته فليس لها ذلك ✽

اطلاق الصحة يقتضي ان العقد يصح في كل شهر ، وهو مخالف لما في التنوير تبعاً للمداية والتبيين ، من انه يصح العقد في شهر وينفسد في الباقي ، لجهالة

المدة فالوا: والاصل انه متى دخل «كل» فيما لا يعرف منتهاه ، تمنين ادناه ، للصحة .
ويفسد ما زاد عليه ، لكن يتقلب صحيحاً بالسكني .

لكن نقل الطوري عن المحيط ان هذا ، اي ما في الهداية والتبيين ، قول بعضهم . والصحيح ان الاجارة كل شهر جائزة ، واطلاق محمد بدل عليه ، فيجوز العقد في الشهر الاول والثاني والثالث . وانما يثبت خيار الفسخ في اول الثاني .
لانها مضافة الى المستقبل ، ولكل منها فسخ المضافة اه .

وفي هذا التعليل نظر ، لانه انما يتمشى على القول بعدم لزوم الاجارة المضافة ، وقد علمت ان فيه اختلاف التصحيح ، وان الجملة مشت على القول بلزومها .
فالاولى التعليل بما في الفتح ، وهو ان موضوع الاجارة ان لا تزبل الرقبة عن ملك المؤجر . ولو لم يثبت الخيار لكل واحد منها رأس الشهر ، لزال رقبة المستأجر عن ملك المؤجر معنى ، لانه لا يملك سكنها ولا يبيعها ولا هبتها ابد الدهر ، لانه لا نهاية لجملة الشهور . فلهذه الضرورة كان لكل واحد منها الخيار بين الفسخ والمضي في رأس كل شهر . وان كانت الاجارة جائزة في الشهر وفيما زاد على الشهر اه ملخصاً .

وعلى بعض المشايخ صحة العقد في كل شهر مع جهالة المدة ، بتعامل الناس عليهما من غير تكبير منكر . وما اعترض به الزباني على هذا التعليل من ان «التعامل اذ كان مخالفاً للدليل لا يعتبر اه» رده في الفتح بأن التعامل اذا وقع من غير تكبير منكر فقد حل محل الاجماع ، والاجماع دليل قطعي ، والدليل الذي خالفه التعامل هنا انما هو كون جهالة المدة مفسدة للعقد ، وهو موجب القياس ، والقياس دليل ظني لا يصلح لممارسة الدليل القطعي ، فضلاً عن ان لا يعتبر القطعي في مقابله . على ان المقرر ان الجهالة المفسدة هي المفضية للتزاع ، وجهالة المدة فيما فحن فيه ليست بمفضية اليه اذ لكل واحد منهما نقض العقد في رأس كل شهر فكيف يقع التزاع اه . ملخصاً .

وقوله : « وفي اليوم الاول ولبته » هذا هو ظاهر الرواية ، وبه بفتي كما في الدر وحاشيته ، لأن محمداً انما اراد برأس الشهر في قوله « لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة في رأس الشهر » من حيث العرف والعادة وهي

الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها ، وهذا كما قال محمد في كتاب الأيمان اذا حلف الرجل ليقضين حق فلان رأس الشهر نقضاه في الليلة التي هل فيها الهلال او في يومها ، لا يحث استحساناً . افاده في الفتح . وقيل : رأس الشهر ساعة من اوله ، وعليه مثنى القدوري وصاحب الكنز ، وهو القياس ، وفيه حرج . وفي البزازية : الاصح ان وقت الفسخ اليوم الأول مع ليلته ، واليوم الثاني والثالث ، وعليه الفتوى اه فقد اختلفت فيه الفتوى ، وقد تقرر انه اذا تعارضت الشروح والفتاوى ، فالاعتبار لما في الشروح . افاده في رد المحتار . ولهذا اختارته المجلة .

✽ تنبيهات ✽

الاول : يشترط لصحة الفسخ من احد العاقدين حضور الآخر ، كما في الدر . قال في حاشية رد المحتار : والحيلة ، اذا غاب ، ان يوجهه من آخر . فاذا انقضى الشهر ، صح العقد للآخر في الثاني ، وانفسخ الأول ، كما في جامع الفصولين - اي لا نه يفتقر في الضمني ما لا يفتقر في الصريح (مايجاني)

الثاني : تخصيص العقار بالذكر ليس للاحتراز عن غيره ، بل هو مثال ، لانه لو استأجر ثوراً ليطن عليه كل يوم بدرهم ، فالحكم كذلك (طوري)
الثالث : ذكر الشهرية ايضاً مثالاً ، فمثله لو أجره كل سنة او يوم او اسبوع ، كما في رد المحتار عن الرملي . اقول : وعليه ، فلينظر هل يعتبر اول السنة او الاسبوع اول ليلة ويومها منه ، كما في الشهر ، او يعتبر في السنة ثلاثة ايام من اولها ، كما مر عن البزازية ؟ واما اول اليوم ، فلا شك انه يعتبر فيه اول ساعة منه ، كما جرى عليه القدوري والكنز ، فليأمل وليراجع .

✽ وان قال احد العاقدين في اثناء الشهر فسخت الاجارة تنفسخ في نهاية الشهر . وان قال في اثناء الشهر فسخت الاجارة اعتباراً من ابتداء الشهر الآتي تنفسخ عند حلوله ✽

يعني ان فسح الاجارة فيما زاد على الشهر ، يكون بأحد طرق ثلاثة . اولها ما تقدم ، وهو ان يفسخ مر بعد الفسخ في اول يوم وليلة من الشهر الذي يريد فسحها فيه

الثاني : ان يقول في خلال الشهر «فسخت العقد» فيتوقف هذا الفسخ الى انقضاء الشهر . فاذا انقضى الشهر واهل الهلال ، عمل الفسخ حينئذ عمله ونفذ ، لأنه لم يجد نفاذاً في وقته والفسخ اذا لم يجد نفاذاً في وقته يتوقف الى وقت نفاذه . ونظير هذا ما قاله محمد رحمه الله تعالى في البيوع : اشترى عبداً على انه بالخيار ، فم العبد وفسخ المشتري العقد بحكم الخيار ، لم ينفذ هذا الفسخ ، بل يتوقف الى ان تزول الحمى في مدة الخيار . الثالث : ان يقول الذي يريد الفسخ في خلال الشهر «فسخت العقد رأس الشهر» فيفسخ العقد اذا اهل الهلال ، ويكون هذا فسخاً مضاعفاً الى رأس الشهر . وعقد الاجارة يصح مضاعفاً فكنا فسخه اه (فتح ملخصاً)

والطريق الثاني مختلف فيه ، بخلاف الثالث ، كما في الزبلي . ولا تنس ان فسخ احدهما في اي طريق كان لا بد ان يكون بحضور الآخر * وان كانت قد قبضت اجرة شهرين او ازيد فليس لاحدهما فسخ اجارة الشهر المقبوض اجرته * هذا تقييد لقوله «اكل من الآجرين الخ» يعني هذا مقيد بما اذا لم يكن شيء من الشهور معجلاً اجرته . فلو قدم اجرة شهرين او ثلاثة وقبض الاجرة ، فلا يكون لو احد منها الفسخ في قدر العجل اجرته ، لأنه بالتقديم زالت الجهالة في ذلك القدر ، فيكون كالسبي بالمقد (زبلي)

المادة ٤٩٥ = * لو اسنأجر احد اجيراً على ان يعمل يوماً من طلوع الشمس الى العصر او الى الغروب على وفق عرف البلدة في خصوص العمل *

فان كان العرف بينهم انهم يعملون من طلوع الشمس الى العصر ، فهو على ذلك . وان كان العرف انهم يعملون من طلوع الشمس الى غروب الشمس ،

فهو على ذلك . وان كان العرف مشتركاً ، فهو على طلوع الشمس الى غروبها ، اعتباراً لذكر اليوم . كذا في الخانية .

وفيها ، بعد ورقة : رجل استأجر دابة يوماً للركوب ، كان له ان يركب من طلوع الفجر الثاني الى غروب الشمس ، لأن اليوم حقيقة اسم لما بعد طلوع الفجر الثاني الى غروب الشمس ، وليس ههنا عرف ، بخلاف الحقيقة . وفيها اذا استأجر اجيراً يوماً ، تركت الحقيقة بحكم العرف .

رجل تكارى دابة ليلاً فإنه يركبها عند غروب الشمس ، ويردها عند طلوع الفجر الثاني ، وان تكارى دابة نهاراً ، لم يذكر في هذا الكتاب . قال بعضهم : يركبها من طلوع الشمس الى غروبها ، لأن النهار اسم للياس . وقال بعضهم : هذا اذا كانا من اهل اللغة يفرقان بين اليوم والنهار . اما العوام لا يفرقون بين ذلك ، فيكون الجواب فيه كالجواب في اليوم اه .

وفي الهندية : وان تكارى دابة من الضدوة الى العشي ، يردها بعد زوال الشمس . قالوا : هذا في عرفهم ، فأما في عرفنا ، فالاجارة لا تنتهي بزوال الشمس ، وانما تنتهي بغروب الشمس ، لأن اسم المشاء في عرفنا ينطلق على ما بعد غروب الشمس اه .

وفيها : اذا استأجر رجلاً يوماً لعمل كذا ، فعليه ان يعمل ذلك العمل الى تمام المدة ، ولا يشتغل بشيء آخر ، سوى المكتوبة .

وفي فتاوي اهل سمرةند : قد قال بعض مشايخنا ان له ان يؤدي السنة ابضاً ، وانفقوا انه لا يؤدي نفلاً ، وعليه الفتوى . كذا في الذخيرة .

وفي غريب الرواية قال ابو علي الدقاق رحمه الله تعالى : المستأجر لا يمنع الاجير في المصر من اتيان الجمعة ، فيسقط من الاجر بقدر اشتغاله بذلك ان كان بعيداً . وان كان قريباً ، لم يحط عنه شيء من الاجر . فإن كان بعيداً فاشتغل قدر ربع النهار ، حط عنه ربع الاجر . فإن قال الاجير حط من الربع مقدار اشتغالي بالصلاة ، لم يكن له ذلك . ثم قال : يحتمل ان يعمل من الربع مقدار اشتغاله بالصلاة ، كذا في المحيط .

استأجر اجيراً شهراً للعمل له كذا ، لا يدخل يوم الجمعة ، للعرف . وابتدأه .

من صلاة الفجر . كذا في خزنة الفتاوي اه .
وهذا كله اذا لم يتفق الماقدان على تعيين وقت لابتداء العمل وللفراغ منه ،
والا فعلى ما اتفقا ، كما هو ظاهر .

المادة ٤٩٦ = * لو استؤجر نجار على ان يعمل عشرة ايام ، تعتبر
الايام التي تلي العقد . وان كان قد استؤجر على ان يعمل عشرة ايام
في الصيف ، فلا تصح الاجارة ما لم يعين انه يعمل اعتباراً من اي
شهر واي يوم *

كذا في الهندية معرباً لوجيز الكردري . والظاهر ان الحكم كذلك وان
كان عقد الاجارة وقع في الصيف ، لان مدة الصيف تمتد ثلاثة اشهر ، وهو
الذي يقتضيه قوله « ما لم يقل عشرة ايام من اول شهر كذا » تأمل . وعليه فتعليل
عدم اعتبار المدة من وقت العقد بكونها انعقدت مضافة الى المستقبل ،
عليل ، فانهم .

= الباب الخامس =

* في الخيارات - ويحتوي على ثلاثة فصول *

= الفصل الاول =

* في بيان خيار الشرط *

المادة ٩٧ : = * يجري خيار الشرط في الاجارة كما جرى في

البيع ويجوز الايجار والاستئجار على ان يكون احد الطرفين او كلاهما
مخيراً كذا اباماً *

فيه اشارة الى ان مدة الخيار يجوز ان تكون اكثر من ثلاثة ايام ، وهو قول
الامامين ، وهو الذي اختارته المجلة في البيع ، كما تقدم في المادة (٣٠٠) لكن
لا بد ان تكون المدة معينة ، فلو لم يبين وقتاً او ذكر وقتاً مجهولاً ، فسد العقد في
ظاهر الرواية - الا اذا عينا المدة قبل تفرق المجلس . وكذا لو ابطال صاحب
الخيار خياره ، فإن العقد ينقلب صحيحاً ، سواء كان الابطال قبل الثلاث او
بعدها . وعند ابي حنيفة قبل الثلاث نعم ، وبعدها يبقى فاسداً كما تقدم في شرح
المادة المذكورة .

وتقدم ايضاً انه كما يجوز الخيار لأحد المتبايعين يجوز لأجنبي ، كما لو اشترى
بشرط الخيار لفلان ، صح ، وثبت الخيار له وللعلان . فإن اجاز احدهما او نقض ،
صح ان واقفه الآخر . وان اجاز احدهما ونقض الآخر ، فالأسبق اولى : ولو كانا
معاً ، فالفسخ احق على الاصح ، لأن المجاز يفسخ ، والمفسوخ لا يجاز : والظاهر
ان هذا يجري ايضاً في الاجارة ، لأنها بيع المنافع ، فليراجع .

المادة ٤٩٨ = * من له الخيار ان شاء فسخ الاجارة وان شاء اجاز

في مدة خياره *

قدمنا في شرح المادة (٣٠١) ان صاحب الخيار ليس مخيراً باجازه ، فإن
العقد يتم بمضي المدة وان لم تصدر منه اجازة . وفي رد المحتار : لو استأجر دكاناً
شهوراً على انه بالخيار ثلاثة ايام ، يفسخ فيها . فلو فسخ في الثالث منها ، لم يجب اجر
اليومين ، لأن ابتداء المدة من وقت سقوط الخيار . وفيه اشعار بأنه لا يشترط
حضور صاحبه ولا علمه ، خلافاً لأبي حنيفة ومحمد . والاول اصح . وهل : للمفني
الخيار ، كما في الضمرات اه .

والخلاف المذكور في اشتراط علم الآخر وعدمه ، انما هو في صورة الفسخ .
واما الاجازة ، فلصح وان لم يعلم صاحبه بالاتفاق ، لكونه راضياً وقت اثبات الخيار
(صرح به في مجمع الانهر)

ثم ان اشتراط العلم ، اذا كان الفسخ بالقول . فلو كان بالفعل ، كالبيع
وفحوه ، يجوز بلا علمه بالاتفاق ، لانه حكيم ولا يشترط العلم في الحكمي . كذا
في مجمع الانهر .

ثم لو كان الخيار لها ، فلا عبرة للاجازة مع الفسخ سواء سبق الفسخ او الاجازة
او كانا معاً ، كما تقدم في المادة (٣٠٢) وشرحها .

المادة ٤٩٩ - * كما ان الفسخ والاجازة على ما ذكر في المواد
٣٠٢ و ٣٠٣ و ٣٠٤ يكونان قولاً كذلك يكونان فعلاً . بناء
عليه لو كان الآجر مخيراً ونصرف في المأجور بوجه من لوازم
التملك فهو فسخ فعلي . ونصرف المستأجر المخير في المأجور كتصرف
المستأجر بن اجازة فعلية *

الاجازة والفسخ القوليان سواء كانا من الآجر او المستأجر ، مثالهما ظاهر .
واما الاجازة والفسخ الفعليان ، فاما ان يكونا من الآجر بأن كان الخيار له ، او
من المستأجر اذا كان الخيار له . فصارت الصور اربعاً ، صرحت هذه المادة بذكر
صورتين منها وهما الفسخ الفعلي من الآجر والاجازة الفعلية من المستأجر . وبقي
صورتان ، الاجازة الفعلية من الآجر والفسخ الفعلي من المستأجر .

اما الاولى ، وهي الفسخ الفعلي من الآجر فبأن يتصرف بالمأجور تصرفاً هو من
لازم التملك لعين المملوك او ماله فتمت ، كما اذا باع المأجور او وهبه وسلم او رهن او
آجر وان لم يسلم على الاصح او عرض المأجور للبيع او امكن احداً في الدار ولو
بلا اجرة .

واما الاجازة الفعلية من المستأجر ، فبأن يتصرف بالمأجور تصرف المستأجر بن ،

كان يسكن الدار او يسكنها غيره او يوجرها من غيره او يركب الدابة المأجورة لقضاء حاجة نفسه .

واما الاجازة الفعلية من الاجر ، فبان يشترى من المستأجر شيئاً بالأجرة او يساومه شيئاً بها او يشترى شيئاً من غير المستأجر بها . وكذا لو كانت الأجرة عيناً فقبضها ونصرف بها ببيع او هبة . واما لو كانت ديناً فقبضها او سلم المأجور للمستأجر ، فلا يكون ذلك اجازة . واما الفسخ الفعلي من المستأجر فبان تكون الأجرة عيناً فينصرف فيها المستأجر تصرف المالك . وتامه فيما كتبناه في شرح المادة (٣٠٤)

المادة ٥٠٠ = * لو انقضت مدة الخيار قبل فسخ الخيار واجازته يسقط الخيار وتلزم الاجارة *

لأن خيار الشرط موضوع للفسخ لا للاجازة عندنا ، فاذا فات الفسخ بمضي وقته ، تم العقداه (هندية) حتى لو اغمي عليه او جن او نام او سكر بحيث لا يعلم حتى مضت المدة ، فالصحيح انه يسقط الخيار . كذا في مجمع الانهر . واما لومات من له الخيار فلا يقال فيه انه يبطل خياره ، لأن الاجارة تنفسخ بموت احد الموجرين . واما ما في الهندية من انه لومات من له الخيار في اثناء المدة فإنه يبطل خياره ، فانما هو في البيع لافي الاجارة ، فانهم .

المادة ٥٠١ = * مدة الخيار تعتبر من وقت العقد *

ان كان شرط الخيار مقروناً بالعقد . وان كان بعده ، فن وقت اشتراطه . بيان ذلك ان شرط الخيار كما يصح مقارناً للعقد ، يصح اذا وقع بعده ، كما ذكرنا ذلك في البيع - كما لو آجره ، ثم بعد ايام قال جملتك بالخيار ثلاثة ايام مثلاً فإنه بصير مخيراً . وابتداء مدة الخيار من وقت التخيير ، كما هو ظاهر .

المادة ٥٠٢ - * ابتداء مدة الاجارة يعتبر من وقت سقوط

الخيار *

حقه لو كان الخيار للموَجِر ودفع الدار للمستأجر فسكنها قبل ان يسقط الموَجِر
خياره ، لم يكن على المستأجر اجر ما سكن . وانما يلزمه الأجر لما سكن بعد
الاجازة من يوم الاجازة ، كما في الخانية .

وفيها : رجل آجر دابته على ان يكون بالخيار ساعة من النهار ، فركبها المستأجر
يعني قبل سقوط الخيار ، فسرقت ، فإنه يضمن قيمتها ولا يضمن الأجر .
وان كان الخيار للمستأجر ، كان عليه الأجر ولا يضمن قيمة الدابة اه اي لما
تقرر من ان ابتداء مدة الاجارة يعتبر من وقت سقوط الخيار فاذا ركب قبله
يكون غاصباً . بخلاف ما اذا كان الخيار للمستأجر ، فإن ركوبه يكون اجازة
فعليه ، فقد ركب بحكم الاجارة فلا يضمن بلا تعد .

المادة ٥٠٣ - * لو استؤجرت ارض على ان تكون كذا

ذراعاً او دونماً وخرجت زائدة او ناقصة نصح الاجارة وبلزم الاجر
المسمى لكن المستأجر مخير حال نقصانها فله ان يفسخ الاجارة
ان شاء *

لأن الذرع في الارض وصف لها لا يقابله شيء من الثمن . فاذا نقص الذرع
فقد فات المستأجر وصف مرغوب فيه ، فكان له الخيار بين الفسخ او الأخذ بكل
الاجرة كالثمن في البيع . - وهذا اذا لم يكن الذرع مقصوداً بتناول عقد الاجارة ،
والا كان اصلاً لا وصفاً ، كأن آجره الارض بألف على انه مائة دونم كل دونم
بعشرة فزادت او نقصت ، فله الخيار حينئذ بين الفسخ والاخذ بحسب الدونم ،

كما ينبي عن ذلك المادة (٢٢٥) وإنما لم يكن للموَجِر خيار في حال زبَادتها لما تقرَّر
أنفًا من أن الذرع في الأرض وصف لا يقابله شيء من الثمن ، فصار كما إذا
أجره الدار على أنها مبيعة ، فوجدها المستأجر سليمة .

المادة ٥٠٤ - * لو استؤجرت أرض على أن يكون كل دونم
منها بكذا دراهم يلزم إعطاء الأجرة بحسب الدونم *

لأن الأجرة على هذا الوجه صحيحة في جميعها بلا خيار للمستأجر ، كالبيع .
وهذا قول الإمامين ، وبه يفتى ، وعليه مشت المجلة ، كما تقدم في المادة (٢٢٠)
وشرحها .

المادة ٥٠٥ = * يجوز عقد الأجرة على عمل عينت أجرته وشرط
إيفاؤه في الوقت الفلاني ويكون الشرط معتبراً *

اعلم أن الجمع في الأجرة بين الوقت والعمل ، كأن يستأجر خبازاً ليخبز له
كذا ففيز دقيق اليوم بدرهم ، مفسد للعقد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، لجهالة
المعقود عليه ، هل هو العمل أو الوقت ، فيفرض إلى المنازعة ، لأن المؤجر يقول ،
المعقود عليه العمل والوقت ذكر للتجمل ، لئلا يعطى الأجر إلى الأجير إلا بعد
تمام العمل ، والمستأجر يقول بل هو الوقت والعمل للبيان ، فيستحق الأجر بمضي
المدة سواء عمل أو لم يعمل .

وقال الصحابان : الأجرة صحيحة ويقع العقد على العمل ، وذكر الوقت
للتجمل ، لأن العمل هو المعقود وهو معلوم فيحمل عليه نصيحاً للعقد عند تعذر الجمع
بينهما . وظاهر كلام الزبلي ترجيح قولهما .

وهذا الخلاف مقيد بقبول الأول : أن يؤخر ذكر الأجرة في العقد عن

كل من العمل والوقت ، كما هو في المثال السابق ، او يقدمها عليها . فلو وسطها
يكون المعقود عليه هو المتقدم اتفاقاً ، لتام العقد بذكر الأجر . ثم المتأخر ،
ان كان وقتاً ، فلتنجيل . وان كان عملاً ، فليبان العمل في ذات الوقت ،
فلا يفسد .

الثاني ان يكون العمل مابين المقدار معلوماً حتى يصلح كونه معقوداً عليه
فيزاحم الوقت ، كالمثال السابق . فلو لم يبين ، صح اتفاقاً ، لأنه لجهالته كأنه لم يذكر
الا الوقت ، فيكون هو المعقود عليه - كما اذا استأجر رجلاً يوماً ليبنى له بالأجر
والجص ، جازت الاجارة بلا خلاف ، وكان المعقود عليه هو الوقت لعدم صحة
ايراد العقد على العمل ، لعدم بيان مقداره . ومنه ما اذا استأجره شهراً لرعي الغنم
لعدم صحة كون العمل معقوداً عليه ، لأنه لم يبين مقدار الغنم .

الثالث : ان لا يذكر الوقت بنفي الظرفية ، والاصح اتفاقاً ، لأن كلمة
« في » للظرف لا لتقدير المدة ، فلا يقتضي الاستفراق ، فكان المعقود عليه
العمل ، وهو معلوم - بخلاف ما اذا حذف ، فإنه يقتضي الاستفراق ، فصح
ايراد العقد على الوقت ، فتكون المسألة على الخلاف .

الرابع : ان لا تذكر المدة على وجه الاشتراط بأن يقول على ان تفرغ
منه اليوم ، والاصح الاجارة اجماعاً ، لأن الوقت لم يذكر مقصوداً كالعمل
حتى يضاف العقد اليها ، بل ذكر لاثبات صفة في العمل ، والصفة تابعة للموصوف
غير مقصودة بالمقد . هذا حاصل ما في الدر وحواشيه والتبيين للزيلعي .

اذا تم هذا ، تعلم ان جواز عقد الاجارة في الصورة التي تضمنتها هذه
المادة هو من المسائل المنفق عليها بين الامام وصاحبيه للتصريح فيها بأن عقد
الاجارة وقع على العمل ، وان الوقت ذكر على وجه الاشتراط فضلاً عن تصديره
بنفي الظرفية ، فلا وجه لما قاله الشارح سليم باز من انها جارية على قول الصحابين .
نعم لو كان عقد الاجارة في صورة يصح ايراد العقد فيها على كل من العمل والوقت
كصورة استئجار الخباز المذكورة اتفاقاً ، تكون الاجارة مختاتاً في جوازها ، وقد
علمت ترجيح الزيلعي قولها فيؤخذ به ، فافهم .

* مثلاً لو اعطى احد الخياط ثياباً على ان يفصلها ويخيطها هذا اليوم او لو استكرى احد جملاً بشرط ان يوصله في عشرة ايام الى مكة تجوز الاجارة . والآجر ان اوفي الشرط استحق الأجر المسمى والا استحق اجر المثل بشرط ان لا يتجاوز الأجر المسمى *

لأن العقود عليه هو العمل ، وانما ذكر الوقت للاستئجال ان يعجل وقد وفي بالشرط ليستحق المسمى ، وان لم يعجل ولم يف بالشرط كان له اجر المثل لا لفساد الاجارة ، بل لغوات الشرط المرغوب فيه . كذا في الخانية .
والظاهر انه لا بد لصحة الاجارة في مسألة الخياط من بيان محل العمل من قيص او قباء او غيرهما ، والا يكون العمل مجهولاً فتفسد الاجارة ، كما يعلم ذلك من الخانية ايضاً .

ولو ان الخياط لم يف بشرط الخياطة في ذلك اليوم وطالبه المستأجر بذلك فلم يفعل حتى سرق الثوب بلا تقصير في الحفظ ، هل يكون الاجير ضامناً او لا؟ ذكر في الدر ما يفيد ان عدم الضمان هو المعتاد . ثم قال : واجاب شمس الائمة بالضمان . وقل في حاشية رد المحتار عن جامع الفصولين أن ائمة بخاري اقتوا بالضمان . اقول : الحكم في المسئلة بصحة الاجارة يقتضي ان يد الاجير على الثوب يد امانة . وتأخيره المثل عن اليوم المعين لا يخرج عن كونه امانة في بيده ، فلعل ما اجاب به شمس الائمة وافق به ائمة بخاري محمول على ما اذا طلب المستأجر اعادة الثوب فامتنع عن رده بلا عذر ، او على ان الاجير قد قصر في الحفظ .

وينبغي ان لا يتروك في عدم الضمان لو وقعت السرقة بعد الخياطة ، لأنهم لم يذكروا خلافاً في وجوب اجرة مثل الخياطة ، ولو كان مضموناً لما اوجبوا اجر المثل لانفساخ عقد الاجارة حينئذ ، لكونه صار مفصلاً ، فيصير كما لو حمد الثوب ثم جاء به مقصوراً ، فإنه لا اجر له اذا كان فعل القصار بعد الجحود ، لأنه كان وقتئذ مضموناً ، فليأمل .

ثم ظهر لي ان المسئلة من باب ضمان الاجير المشترك لا هلك في يده ، وفيها الخلاف بين الامام وصاحبيه ، وما اتى به المتأخرون ، وهي مشهورة . فاعتمده في الدر جاري على قوله . «وما اتى به ائمة بخاري جاري قولها» ، فليأمل .

المادة ٥٠٦ = * يصح ترديد الأجرة على صورتين او ثلاث :
في العمل والعامل والحمل والمسافة والزمان والمكان . ويلزم اعطاء الأجرة على موجب الصورة التي تظهر فعلاً . مثلاً لو قيل للخياط ان خنت دقيقاً فلك كذا وان خنت غليظاً فلك كذا فأبي الصورتين عمل له اجرتها . ولو استأجر حانوتاً بشرط انه ان اجري فيه عمل العطاره فاجرته كذا وان اجري فيه عمل الحدادة فكذا فأبي العملين اجري فيه يعطي اجرته التي شرطت . وكذا لو استكرت دابة بشرط ان حملت خنطة فأجرتها كذا وان حملت حديداً فكذا فايها حمل يعطي اجرته التي عينت . او لو قيل للمكاري استكرت منه هذه الدابة الى جورلي بكذا والى ادرنه بكذا والى قلبه بكذا فالى ابها ذهب المستأجر يلزمه اجرة ذلك . وكذا لو قال الآجر آجرت هذه الحجره بكذا وهذه بكذا فبعد قبول المستأجر يلزمه اجرة الحجره التي سكنها وكذلك او ساوم احد الخياط على ان يخيط له جبة بشرط ان خاطها اليوم فله كذا وان خاطها غدا فله كذا نعتبر الشروط *

يعني يجوز ان يجعل الاجر متردداً بين تسميتين لجعل العمل متردداً بين نوعين

او عاملين اوزمانين او مكانين ، واذا كان المأجور دابة او نحوها بين مسافتين او حملين . ويجوز ايضا ان يجعل التردد بين ثلاث ، ولا يجوز في اكثر من ذلك ، كما لا يجوز خيار التعيين في المبيع في اكثر من ثلاثة ، لما تقدم في البيوع من ان مشروعيته لدفع الحاجة ، وهي مترددة بين الاعلى والوسط والادنى ، فلا حاجة في اندفاعها لا اكثر من ذلك . غير ان الاجارة على هذا الوجه لا يحتاج في صحتها الى خيار الشرط معها ولا الى ضرب مدة - بخلاف البيع مع خيار التعيين ، فإن في اشتراط خيار الشرط معه لصحته ، روايتين مصححتين . وعلى القول بعدم اشتراط ذلك ، فلا بد من تعيين مدة لخيار التعيين ، لأن الثمن يجب في البيع بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع الا باثبات الخيار . - بخلاف الاجارة ، فإن الأجر لا يجب فيها الا بالعمل ، وعند ذلك بصير العقود عليه معلوماً (زبلي)

ثم ان المحلة قد ذكرت امثلة التردد مجملة ، فلا بد من الكلام فيها مفصلاً لتعلم كل مسألة بعانها مما فيها من خلاف او وفاق . فنقول : اما المسئلة الاولى ، وهي ما لو قيل للخياط ان خطت دقيقاً الخ ، فهي مما جعل فيها ترديد الأجرة لترديد نوع العمل . ونظيرها ما اذا قال : ان خطته فارسيًا فبدرم وان خطته روميًا فبدرهمين . وما ذكر فيها من الحكم بصحة الاجارة واعتبار الشرطين متفق عليه ، كما في التبيين والحانية وغيرهما . لانه سمي نوعين معلومين من العمل ، وسمى لكل منهما بدلاً معلوماً ، فيجوز . كما اذا خبره في البيع بين عبيدين على ما بين في موضعه . والظاهر ان من هذا ما في الهندية عن البدايع : لو قال لصباغ ان صبغت هذا الثوب بأصفر . فلك درهم وان صبغته بزعفران فلك درهمان ، فذلك جائز . ولو قال ان خطته انت فأجرك درهم وان خاطه ليديك فأجرك نصف درهم ، فهذا والخياطة الرومية والفارسية سواء اه .

واما المسئلة الثانية ، وهي ما لو استأجر حانوتًا بشرط ان اجرى فيه عمل العطاره الخ ، فهي مما جعل فيها ترديد الاجرة لترديد العامل ، كما في الدر والحكم المذكور فيها من صحة الاجارة واعتبار الشرطين هو قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، لانه خبره بين شيئين متغايرين وجعل لكل منهما اجرة معلومة ، فوجب

ان تجوز كما في مسئلة الخياطة الرومية والفارسية . وعندهما لا تجوز هذه الاجارة ،
وسياً في تعليقه .

واما الثالثة ، وهي ما اذا استكربت دابة بشرط ان حملت حنطة الخ ، فهي
ما جعل ترديد الاجرة فيه لترديد الحمل في الدابة . ونظيرها ما اذا استأجر دابة
الى مكان معلوم على انه ان حمل هذه الحمولة فالأجرة عشرة ، وان ركبها
فلاجرة خمسة ، كما في الهندية ، والحكم المذكور فيها على الخلاف المار
فيما قبلها .

واما المسئلة الرابعة ، وهي ما لو قيل للمكاري استكربت منك هذه الدابة
الى جورلي بكذا الخ ، فهي ما جعل فيه ترديد الاجرة لترديد المسافة في الدابة ،
كما في الدر ، والحكم المذكور فيها على الخلاف المذكور قبلها .

وجه قول الامامين بفساد الاجارة في هذه المسائل الثلاث ان الاجرة فيها
تجب بالتسليم ، والقاعدة عندهما ان الاجر متى وجب بالتسليم لا يجوز ان يكون
متردداً بين شيئين عند التسليم ، لانه لا بدري ايها يجب ، ففسد الاجارة .
ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى ان خيره بين شيئين متغايرين وجعل لكل واحد منهما
اجرة معلومة ، فوجب ان يجوز ، كما في مسئلة الخياطة الرومية والفارسية ، والاجرة
وان وجبت عند التسليم ، لكن الاجارة تعقد للانتفاع . فالظاهر انه يستوفي
المنافع وعند الاستيفاء ترتفع الجهالة . كذا في التبيين .

وعلى العيني على الكثر قول الامام بما نصه : وله ان اقل الأجرتين يجب
بتسليم الحمل ، والزيادة موقوفة على ظهور العمل . ولو كان كل الاجرة موقوفة
على ظهور العمل ، كما في مسئلة الخياطة الرومية والفارسية ، جاز ، فهذا اولاه .
واختلفت عبارة المشايخ على قول ابي حنيفة في هذه المسائل الثلاث فيما اذا
لم تستوف المنافع فعلاً بأن سلم المؤجر الدار ولم يسكن المستأجر فيها لا حداً
ولا عطاراً ، وكذا اذا سلم الدابة ولم يحمل عليها شيئاً ولم يركبها مع التمكن من
ذلك ، فعند بعض المشايخ يجب نصف كل من البدلين ، اذ ليس احدهما اولى من
الآخر ، فيجعل التسليم لها . والصحيح انه يجب اقل البدلين لانه لا يكون اكثر
ضرراً من الانتفاع بأقلهما ضرراً (افاده في الهندية والتبيين)

لكن ذكر في الهندية عن الذخيرة ان الحكم المذكور في المسئلة الرابعة من
صحة الاجارة واعتبار كل من الشرطين ، هو قول علمائنا . وفيها عن الكافي : ذكر
محمد هذه المسئلة ولم يحك فيها خلافاً ، فاحتمل ان يكون قول الكل ، واحتمل
ان يكون قول ابي حنيفة . وعندهما لا يجوز .

وفيها عن المحيط : وذكر الحاكم الشهيد في المنتقى ان من استأجر من آخر
دابة على انه ان اتى عليها الكوفة فبعشرة ، وان اتى القصر وهو المنتصف فخمسة ،
فهو جائز . قال : وان قال : وان اتى القصر وهو المنتصف بسنة
لا يجوز ، قال : فانه اذا اتى قصر لا يدري ما عليه سنة او خمسة
اه فليتدير .

واما المسئلة الخامسة وهي ما لو قال الأجر آجرت هذه الحجره بكذا وهذه
بكذا ، فهي مما جعل فيه ترديد الأجرة لترديد مكان المنفعة . والحكم المذكور
فيها متفق عليه ، كما يعلم من الهندية والتبيين . فهي كما اذا خيره في البيع بين
عبدين . والظاهر ان منه ما في الخاينة : لو قال لراد الأبق ان رددته من موضع
كذا فلك كذا وان رددته من موضع كذا فلك كذا ، جاز . وكذا لو
قال للخياط ان خطت هذا الثوب فلك درهم وان خطت هذا الثوب الآخر فلك
نصف درهم اه .

واما المسئلة السادسة ، وهي ما لو ساوم احد الخياط على ان يخيط له جبة الخ ،
فهي مما جعل فيه ترديد الأجرة لترديد زمان العمل ، كما في الدر . ونظير هذا
ما في الطوري عن اجارة الأصل : لو قال ان خطته اليوم فلك درهم ، وان لم تفرغ
منه اليوم فلك نصف درهم اه .

والحكم المذكور فيها ، وهو صحة عقد الاجارة مع اعتبار الشرطين ، هو قولها .
وعند ابي حنيفة يصح الشرط الاول ، ولا يصح الشرط الثاني : فلو خاطه في اليوم
الاول يجب المسمى في ذلك اليوم اتفاقاً . وان خاطه في اليوم الثاني ، فعندهما ،
وهو الذي مشت عليه المجلة ، يجب المسمى فيه . وعند ابي حنيفة يجب اجر المثل
لا يزداد على المسمى في اليوم الثاني ، على ما صححه القدوري ، كما في الخاينة . ولو
خاط نصفه اليوم ونصفه غداً ، فله نصفه وفي الند اجر المثل لا ينقص عن ربع

درم ولا يزيد على النصف ، وعندهما ثلاثة الارباع (هندبة) وهو الذي مشت عليه المجلة .

اما لو خاطه في اليوم الثالث فله اجر مثله في قولم جميعا ، لا يتجاوز المسمى في اليوم الثاني ، وينقض عنه ان كان اجر مثله اقل منه ، على ما هو الصحيح من قول ابي حنيفة وصاحبيه ، كما في الهندبة .

وهذا ، اي الحكم بصحة الاجارة واعتبار الشرطين ، اذا ردد في الاجرة بين الكثير والقليل ، كما مثل . واما لو ردد بين التسمية والنفي ، بأن قال : ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلا اجرة لك ، فلا يكون الحكم كذلك ، بل ان خاطه اليوم فله المسمى ، وهو الدرهم . وان خاطه غدا ، فله اجر مثله ، لا يزداد على درهم في قولم جميعا ، لأن نفي التسمية لا ينفي اصل العقد ، فكان في اليوم الثاني عقداً لا تسمية فيه ، فيجب اجر المثل (طوري عن المحيط ، ملخصاً) فما نقله الشارح سليم باز عن رد المختار من ان ترد يد الاجرة قيد اتفاقا اذ لا فرق بين ترديدها ونفيها ، غير سديد بالنسبة ما مشت عليه المجلة ، وهو قول الامامين ، ان الشرطين معتبران . نعم هو سديد بالنسبة لما مشى عليه في التنوير ، وهو قول الامام ، انه يعتبر الشرط الاول دون الثاني ، فافهم .

وما نقله الطوري عن المحيط ذكر مثله في الخائيه ولم يذكر في المسئلة خلافاً ، وكذا صرح في الهندبة عن محيط المرخسي بأنه ان خاطه في الغد فله اجرة مثله لا يزداد على درهم بالاجماع اه قال : لأن الاجارة تمليك بعوض فيلزمه اجر المثل ، كما لو قال استأجرتك بغير شيء اه فما نقله الطوري بعد ذلك عن العناية من ان العقد يفسد لأنه شرط القار وقيل يصح في اليوم ويفسد في الغد مشكل ، فتأمل .

وفي التارخانية ، بعد ان ذكر هذا الفرع ، ما نصه : هذا اذا جمع بين الأمرين ، يعني اليوم والغد . فلو افرد العقد على اليوم بأن قال ان خطته اليوم فلك درهم ولم يزد على هذا فخاطه في الغد ، لم يذكر محمد هذا في شيء ، من الكتب . وكان الفقيه ابو بكر البلخي يقول : على قولها يستحق اجر المثل اذا خاطه في غد ، وعلى قول الامام لقابل ان يقول يجب ، ولقابل ان يقول لا يجب ذلك ،

وان يقول هذا العقد فاسد على قول الامام ، لأنه جمع بين الوقت والعمل ولم تقم قرينة على انه اراد بالوقت التعميل ، فما وجه القول بالصحة اه .
لكن في شرح مسكين على الكنز ، ما نصه : اما اذا قال ان خطته اليوم فلك درهم ، كان له درهم وان خاطه في الغد . وكذا ان قال ان خطته غدا فلك نصف درهم ، كان له نصف درهم . وان خاطه في اليوم (كذا في الجامع الصغير البرهاني) اه فتأمل ، فإنه يخالف ما في التارخانية . ولا فرق بين تقديم اليوم على الغد ، وبين العكس ، فلو قال : ان خطته غدا فلك نصف درهم وان خطته اليوم فلك درهم ، فعندما يصبح الشرطان ، وعند ابي حنيفة يصبح الشرط في الغد ولا يصبح في اليوم ، كما في الطوري .

وفي الهندية : ولو قال ما خطته اليوم فبحساب درهم وما خطته غدا فبحساب نصف درهم ، يفسد ، لأنه مجهول . وكذا لو قال ما خطت من هذه الثياب رومياً فكذا ، او ما خطته فارسياً فكذا ، فهو فاسد لجهالة العمل . ولو قال استأجرتك غداً تخيطه بدرهم فخاطه في اليوم ، فلا اجر له ، لأن الاضافة صحيحة . كذا في الفياضية . ولو استأجر يوماً بدرهم فإن بداله فكل يوم بدرهم ، فالاجارة فاسدة قياساً ، وفي الاستحسان جائزة . كذا في محيط السرخسي اه .

وفيها : روى بن سماعه عن محمد رحمه الله تعالى في رجل استأجر رجلاً على عدل زطي وعدل هروري ، وقال احمل اي هذين العدلين ان شئت الى منزلي على انك ان حملت الزطي فلك اجر درهم وان حملت المروري فلك اجر درهمين ، فحمل المروري والزطي جميعاً الى منزله ، فالاجارة جائزة ، وايها حمل اول مرة فهو الذي لاقاه الاجارة ، وهو متطوع في حمل الآخر ضامن له ان ضاع ، في قولهم جميعاً . وان حملها جملةً فله نصف اجر كل واحد منها ، وعليه ضمان نصف كل واحد منها عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان ضاعا . وعلى قولها ضمنها ان ضاعا . وفي نوادر هشام عن محمد رحمه الله تعالى : اذا قال لغيره : ان حملت هذه الخشبة الى موضع كذا فلك درهم ، وان حملت هذه الخشبة الاخرى الى ذلك الموضع فلك درهمان فحملها جملةً الى ذلك الموضع ، فله درهمان . اوجب اكثر الاجرين بكامله . وانه يخالف رواية ابن سماعه في العدلين . كذا في الذخيرة اه .

= الفصل الثاني =

* في خيار الروبة *

المادة ٥٠٧ = * للمستأجر خيار الروبة *

التقييد بكون الخيار للمستأجر يقتضي ان الموجر لا خيار له ، كما لا خيار للبايع . قال الحموي : ولم اره ، اي منقولاً . وهكذا بحقه غيره ، وهو ظاهر استدلالهم هنا بالحديث « من اشترى شيئاً ولم يره فله الخيار » وقولهم انه يبيع المنفعة ، وبه اتى من ملا علي التركاني . كذا في رد المحتار - اقول : لكن يستثنى من هذا ما سيأتي في المادة (٥١١) فان الأجير المشترك له خيار الروبة في كل عمل يختلف باختلاف المحل ، مع انه بايع المنفعة ، فهو موجر نفسه للعمل ، فليتأمل .

المادة ٥٠٨ = * روية المأجور كروية المنافع *

ولهذا اشترط لصحة الاجارة عدم جهانة فاحشة ، كما تقدم في المادة (٤٤٩) لأنه لا يمكن عمل المنفعة ، وبه تعلم ، قام مقامها وان كانت هي المبيعة في نفس الأمر .

المادة ٥٠٩ = * لو استأجر احد عقاراً من دون ان يراه يكون

مخيراً عند رويته *

التقييد بالعقار ليس للاحتراز عن غيره ، بل هو مثال ، فله الدابة والبعد

والثوب كما هو ظاهر . كما ان التقييد بالمندبة في قوله « عند روية » اتفاقاً ، لان له الفسخ قبل ان يراه ايضاً .

والمراد ان يكون مخيراً من حين العقد الى ان يراه ، كما تقدم في البيع . ثم اذا رآه لا يسقط خياره ، حتى يوجد منه الرضى قولاً او فعلاً . قال في الهندية : رجل استأجر كرمًا لم يره وقد كان باع صاحب الكرم الاشجار قبل الاجارة حتى صحت الاجارة ، كان للمستأجر خيار الروية في الكرم . ولو تصرف في الكرم تصرف الملاك بطل خيار الروية ، كذا في الذخيرة . ولو اكل الثمار من ذلك الكرم لا يبطل خيار الروية في المأجور ، لأنه تصرف في المشتري دون المستأجر ، كذا في فتاوي قاضي خان ام ما في الهندية . ولا يشترط في هذا الفسخ القضاء والرضى .

وهل يجوز بدون حضور المؤجر وعلمه ؟ - الذي يشعر به ماسياً عن الفصولين ، انه لا يشترط ذلك . وفي رد المحتار عن القهستاني ، قال : وينبغي ان يكون فيه الخلاف المار في خيار الشرط بين ابي يوسف والطرفين . وقد قدمنا ان قول ابي يوسف بعدم اشتراط ذلك هو الاصح ، وان الخلاف فيما اذا كان الفسخ قولياً . وفي الفسخ الفعلي لا يشترط ذلك اتفاقاً . راجع شرح المادة (٤٩٨) ولو كان المأجور اشياء متفاوتة ، كثلثة افراس او حوانيت فاستأجرها صفقة واحدة ولم يرها ، فله الخيار بين ان يأخذها كلها او يتركها ، وليس له تبرق الصفقة باستئجار البعض وترك الباقي ، كما تقدم نظيره في المادة (٣٣٨) لأن خيار الروية يمنع تمام العقد ، وتبرق الصفقة قبل تمام العقد لا يجوز ، ولذا قال في الفصل الثلاثين من الفصولين : لو استأجر قطعاً من الارض صفقة واحدة ثم رآها فله فسخ الاجارة في الكل وليس له ان يرضى بالمعص ويترك البعض اه .

المادة ٥١٠ - * من استأجر داراً كان قد رآها روية كافية من قبل ليس له خيار الروية الا لو تغيرت هيأتها الاولي بانهدام محل

يكون مضرًا بالسكنى فينثذ به يكون مخيرًا *

يشترط مع الروية الكافية ان يكون قد رآها بقصد الاستنجار ، وان يكون حين الاستنجار عالمًا بأنه ، اي المأجور ، هو الذي كان رآه سابقًا ، والا فلا تمنبر ، لأنه اذا رآه لا يقصد الاستنجار لا يتأمل كل التأمل ، فلم تقع الروية معرفة ، ولأن استنجاره غير عالم بأنه هو المرأي لا يدل على رضاه به .
وانظر فيما اذا ثبت له الخيار لتغير حياة الدار ، هل يكون خياره من باب خيار الروية فتعتبر فيه احكام خيار الروية ، او من باب خيار العيب فتعتبر فيه احكام خيار العيب الآتية في الفصل الثالث الآتي - - - - - .
الذي يقتضيه تليل المسئلة المذكورة في المادة (٣٣٢) من انه بسبب التغير لم تقع الروية السابقة معلمة باوصافه ، فكانت رويته وعدمها سواء . ويحتمل الثاني لانطباق المسئلة على احكام المادة (٥٤) التي هي من مواد مسائل خيار العيب وهذا هو الأظهر ، فليتأمل .

ولو اختلف الماقدان فقال المستأجر تغير ، وقال المؤجر لم يتغير ، فالظاهر ان القول للمؤجر بلا تفصيل ، لأنه ينكر التغير ، لأن التغير الذي يثبت معه الخيار في الاجارة كالانهدام المذكور لا يكون الا بسبب عيب عارض ، وهذا لا يفصل فيه بين طول المدة وقصرها كما تقدم ذلك في شرح المادة (٣٣٢)
ولو اختلفا في اصل الروية ، بأن قال المؤجر رأيت قبل الاجارة وقال المستأجر ما رأيت ، وكذا لو قال رأيت بعد الاجارة ثم رضيت فقال رضيت قبل الروية ، فالقول للمستأجر ، لأنه ينكو الروية ، وقد تقدم هذا في شرح المادة المذكورة .

المادة ٥١١ - * كل عمل يختلف ذاتًا باختلاف المحل فللاجير فيه خيار الروية . مثلاً لو ساوم احد الخياط على ان يخيط له جبة فالخياط

بالحيار عند روية الجوخ او الشال الذي يخيطه *

اعلم ان هاهنا اصلين : احدهما ان الاستنجار على عمل في محل هو عنده ، جائز . وفي محل ليس عنده ، لا يجوز ، كبيع ما ليس عنده ، لأن اقامة العمل في المعدوم لا يتصور (خانية ، ذكره في المنع عن المحتبى ، ومثله في البرازية) فلا استأجر رجلاً ليحلب له كذا متناً من القطن او ليقصر له كذا ثوباً وليس عند المستأجر ثوب ولا قطن ، لا يجوز . وان كان عنده ولم يره ، فلا جبر خيار الروية في الثياب ، لا في القطن . ذكر هذا في الهندية عن خزانة الفتاوى .

ثم لو استأجره على عمل في محل هو عنده لكنه لم يره المحل ، فإن ذكر جنسه فقط ولم يبلغ في وصفه ، لا تجوز الاجارة ايضاً ، لجهالة مقدار العمل . وان بالغ في وصفه على وجه بصير مقدار عمله معلوماً فالاجارة جائزة . هذا حاصل ما يفهم من الهندية والخانية ، وبه تعلم ان صحة الاجارة في الثياب في مسألة خزانة الفتاوى المارة مقيداً بما اذا بين وصف الثياب حتى علم مقدار العمل .

الأصل الثاني : ما ذكر في هذه المادة وما يليها . وبما ذكرنا تعلم ان ما ذكره في الهندية عن الصدر الشهيد من انه اذا استأجر رجلاً ليصنع له عشرين قدرة من الصفر بأجر معلوم ، ففعل ذلك بالمشرة وامتنع عن الباقي ، قال : ان كان اراه القدر وقت الاستنجار ، يجبر على الباقي . وان لم يره لم يجبر اه ، ليس مبني على الأصل الثاني المذكور في هذه المادة ، كما زعم الشارح سليم باز ، بل هو مبني على الأصل الأولى . فإنه ان كان محل العمل ، وهو الصفر ، موجوداً عند المستأجر حين العقد ، واره اياه حتى علم مقدار العمل ، فليس له ان يمتنع عن عمل الباقي ، لأن الاجارة كانت صحيحة فيلزمه العمل ، والآبأن لم يكن عنده او لم يره ، فلا يجبر على العمل لفساد الاجارة ، وله اجر مثل ما عمل . وانما اشترط هنا لصحة الاجارة روية المحل لأن الغالب في مثل ذلك ان لا يعلم مقدار العمل الا بروية محله . حتى لو بالغ في وصفه طولاً وعرضاً وعمقا وهينة وشكلاً ، تجوز الاجارة بعد ان يكون محل العمل ، وهو الصفر ، موجوداً عند المستأجر .

ثم اذا صحت الاجارة بالتوصيف على وجه يعلم به مقدار العمل ، وقد عمل

المشرة قدور ، فالظاهر انه ليس له خيار الروية في عمل ما لم يره من الصفر ، لأن
روية البعض الذي عمل فيه كافية لاسقاط خياره في الباقي - الا اذا تغير جنس
الباقي . يدل على ذلك ما في اواخر الفصل الرابع في فساد الاجارة من الهندية :
ولو استأجره ليحفر له بئراً في داره وسمي عمقها وسمتها حتى جازت الاجارة ، فلما
حفر بعضها وجد جيلاً أشد عملاً واشد مؤنة ، فإن كان يقدر على حفرها بالآلة
التي يحفر بها الآبار ، الا انه تلحقه مشقة وتعب ، فإنه يجبر على العمل . وان كان
لا يقدر على حفرها بالآلة التي يحفر بها الآبار ، لا يجبر عليه

وهل يستحق الأجر بقدر ما عمل ؟ - لم يذكر محمد رحمه الله تعالى المسئلة في
الكتاب . وحكى قنوي شمس الاوز جندي انه يستحق اذا كان يعمل في ملك
المستأجر ، بخلاف ما اذا كان يعمل في غير ملكه (كذا في المحيط) ولأن
في فسخه في الباقي تفريق الصفقة ، وقد تقدم ان خيار الروية يمنع تمام العقد ،
فلا يجوز فيه تفريق الصفقة . هذا ما ظهر لي في تقرير هذا المحل ، فراجع الهندية
والخانية وحواشي الدر متأملاً ، ولا تعجل .

المادة ٥١٢ - كل عمل لا يختلف باختلاف المحل فليس فيه خيار

الروية . مثلاً لو استأجر اجيراً على ان يخرج حب خمس اواق فطن
بعشرة دراهم ولم ير الاجير الفطن فليس للاجير فيه خيار الروية *
*

وكذا لو استأجر رجلاً ليكيل له كره حنطة ، فلما رأى الحنطة قال لا
ارضى به ، فليس له ذلك . وكذلك لو استأجر رجلاً ليحتم له بدائق ورضي به ،
فلما كشف عن ظهره قال لا ارضى به ، فليس له ذلك ، لأن العمل هنا لا يختلف
(هندية عن الذخيرة)

وهذا كله بعد ان يكون محل العمل موجوداً حين العقد عند المستأجر ،
ومقدار العمل معلوماً كما تقدم التصريح به حتى صحت الاجارة والا فلا يجبر
الاجير على العمل .

* الفصل الثالث *

في خيار العيب

المادة ٥١٣ = * في الاجارة ايضاً خيار العيب كما في البيع *

لأن المقدم يقتضي سلامة البديل عن العيب ، فاذا لم يسلم فات رضاه فبفسخ ،
كما في البيع (زيلبي)

وفي الهندية عن المحيط : وثبت خيار العيب في الاجارة كما في البيع ، الا ان
في الاجارة بنفرد المستأجر بالرد قبل القبض وبعد القبض ، وفي البيع بنفرد المشتري
بالرد قبل القبض ، وبعد القبض يحتاج الى القضاء او الرضى ، ومثله في رد المختار
عن الخلاصة . اقول : ومعنى انفراد المستأجر بالرد انه لا يحتاج في صحة فسخه
الى الرضى او القضاء ، كما ان الفسخ في خيار العيب في البيع اذا كان قبل القبض
بنفرد به المشتري ولا يحتاج فيه الى القضاء او الرضى . وهذا لا ينافي ما سيأتي في
المادة (٥١٨) من انه يشترط حضرة المؤجر او علمه لصحة الفسخ اذا كان العيب
مخلاً بالمنفعة . ولا يشترط ذلك اذا كان مفوتاً لها ، لأن اشتراط الرضى او القضاء
شيء وحضرة المؤجر او علمه بالفسخ شيء آخر . وسياتي لهذا زيادة توضيح في
شرح المادة المذكورة .

المادة ٥١٤ = * العيب الموجب للخيار في الاجارة هو ما يكون

سبباً لفوات المنافع المقصودة بالكليّة او اخلاؤها . كفوات المنفعة
المقصودة من الدار بالكليّة بانهدامها ومن الرحي بانقطاع مائها او كاخلاؤها
بهبوط سطح الدار وبانهدام محل مضر بالسكنى او بانجرار ظهر الدابة

فهو لاء من العيوب الموجبة للخيار في الاجارة . واما النواقص التي لا
تخل بالمنافع كأنهدام بعض محال الحجرات بحيث لم يدخل الدار برد
ولا مطر وكانقطاع عرف الدابة وذبلها فليست موجبة للخيار
في الاجارة ❊

قال في رد المحتار : والاصل في هذا ان العيب اذا حدث بالعين المستأجرة ،
فإن اثر في المنافع بثبت الخيار للمستأجر ، كالعبد اذا مرض والدار اذا انهدم
بعضها ، لان كل جزء من المنفعة كالمعقود عليه ، فمحدث عيب قبل القبض
يوجب الخيار . وان لم يؤثر في المنافع ، فلا ، كالعبد المستأجر للخدمة اذا ذهب
احدى عينيه او سقط شعره ، وكالدار اذا سقط منها حائط لا ينتفع به في سكنها ،
لان العقد ورد على المنفعة دون العيز ، وهذا النقص حصل بالعين دون المنفعة .
والنقص بغير المعقود عليه لا يثبت الخيار (اتقاني)

وفي الذخيرة : اذا قلع الأجر شجرة من اشجار الضياع المستأجرة ، فللمستأجر
حق الفسخ ان كانت الشجرة المقصودة اه .

ثم ان النوع الاول من نوعي العيب الموجب للخيار ، وهو المفوت للمنفعة بالكلية ،
يفارق النوع الثاني ، وهو المخل بها من وجهين كما يفيء عنه المادة ٥١٦ و ٥١٨
والمادة ٥١٩ - احدهما ان المستأجر يفرد فيه بالفسخ في غيبة المؤجر ، ولا يشترط
علمه ولا حضوره ، بخلاف الثاني . وثانيهما انه بفوات المنفعة بالكلية يسقط الأجر
عن المستأجر وان لم يفسخ الاجارة ، بخلاف ما اذا نقصت المنفعة ، فإنه ما لم
يفسخ يلزمه الأجر بتمامه . وتقدم ايضاً بيان ذلك في المادة (٤٧٨) وشرحها .
ولا تنس ما مر في المادة (٥١٠) من انه يشترط للفسخ بالعين عدم روباها وقت
الاجارة . قال في الاختيار : وان رأى هذه العيوب وقت الاجارة فلا خيار له
لرضائه به اه (ابو السعود علي مسكين)

المادة ٥١٥ - * لو حدث في المأجور عيب قبل استيفاء المنفعة فإنه كالموجود في وقت العقد *

اي ولم يكن رآه ، والا فلا يصح التشبيه ، لما تقدم عن الاختيار من انه لو رأى العيب وقت الاجارة فلا خيار له - وانما كان له الخيار في العيب الحادث وبعد القبض على خلاف البيع ، لأن العقود عليه في الاجارة المنافع ، وهي تحدث ساعة فساعة ، فما وجد من العيب يكون حادثاً قبل القبض في حق ما بقي من المنافع ، فيوجب الخيار ، كما اذا حدث العيب بالمبيع قبل القبض (كذا في الزبلي) ولو استوفى المنفعة فيما له الخيار بمحدثه ، يلزمه الاجر كاملاً (رد المختار) وسيأتي .

المادة ٥١٦ - * لو حدث في المأجور عيب فالمستأجر بالخيار: ان شاء استوفى المنفعة مع العيب واعطى تمام الأجرة وان شاء فسخ الاجارة *

هذا في النوع الثاني من العيب ، وهو الخلل بالمنفعة ، كما يشعر بهذا قوله « ان شاء استوفى المنفعة مع العيب » اما العيب الموقوف للمنفعة بالكلية ، فيسقط الأجر بالكلية ، لعدم التمكن منها ، كما تقدم ويأتي ، وهو ظاهر .
ثم اذا فسخ الاجارة يلزمه اجر ما استوفاه من المنفعة من وقت المقدم الى وقت الفسخ ، كما هو ظاهر .

وانما يلزمه الاجر كاملاً اذا استوفى المنفعة مع العيب ، لأنه يكون قدره في العيب ، فيلزمه جميع البدل ، كما في البيع (زبلي)

المادة ٥١٧ - * ان ازال الآجر العيب الحادث قبل فسخ
المستأجر الاجارة ، لا يبقى للمستأجر حق الفسخ وان اراد المستأجر
التصرف في بقية المدة فليس للآجر منعه ايضاً *

قال الزبلي في التبيين: فإن فعل المؤجر ما ازال به العيب ، فلا خيار للمستأجر ،
لأن الموجب للرد قد زال قبل الفسخ ، والعقد يتجدد ساعة فساعة فلم يوجد فيما
يأتي بعده . فسقط خياره اه ثم قال : وقد روي هشام عن محمد انه لو استأجر
بيتاً فانهدم فبناه المؤجر واراد المتأجر ان يسكنه في بقية المدة فليس
له ان يمنعه من ذلك . وكذا ليس للمتأجر ان يمنع منه اه ولهذا كان
الاصح كما في عامة المعبرات ان الاجارة لا تنفسخ بفوات المنفعة بالكلية ، وانما ذلك
يوجب الخيار للمستأجر ، فإن فسخ انفسخت ، والا بقي العقد على حاله ويسقط الاجر
عن المتأجر لعدم التمكن من الانتفاع على الوجه الذي قصده بالاستئجار ،
كما تقدم مراراً .

المادة ٥١٨ - * ان اراد المستأجر فسخ الاجارة قبل رفع العيب
الحادث الذي اخل بالمنافع فله فسخها في حضور الآجر والا فليس له
فسخها بغيابه . وان فسخها بغيابه دون ان يخبره لم يعتبر فسخه وكراه
المأجور يستمر كما كان . واما لو فانت المنافع المقصودة بالكلية فله
فسخها بغياب الآجر ايضاً ولا تلزمه الاجرة فسخ او لم يفسخ كما بين
في المادة ٤٧٨ - مثلاً لو انهدم محل يخجل بالمنافع من الدار الملاجورة
فالمستأجر فسخ الاجارة . لكن يلزم عليه ان يفسخها في حضور
الآجر والا فلو خرج من الدار دون ان يخبره يلزمه اعطاء الاجرة كأنه

ما خرج . واما لو نهضت الدار بالكلية فمن دون احتياج الى حضور
الآجر للمتأجر فسخها وعلى هذه الحال لا تنزله الاجرة *

الحاصل من هذا كله ان العيب الحادث في الاجارة ، سواء كان قبل قبض
المأجور او بعده ، اذا كان محلاً بالمنفعة غير مفوت لما بالكلية ، له حكم العيب
الحادث في المبيع قبل قبضه ، لما تقدم في المادة (٥١٥) وشرحا من ان العيب
الحادث في المأجور كما لو وجد قبل العقد ، لأن ما حدث من العيب يكون
حدوثه قبل قبض ما بقي من المنافع العقود عليها التي تحدث ساعة فاعية ، فالفسخ
في كل منهما ، اي البيع والاجارة ، لا يحتاج فيه الى القضاء او الرضى ، لكن
لا بد ان يكون بحضرة المؤجر او المشتري او علمها . قال في الخانية ، في « فصل
في الرد بالعيب ومن له حق الخصومة » رجل اشترى شيئاً فعلم بعيب قبل القبض ،
فقال ابطلت البيع ، بطل البيع ان كان يحضر من البايع وان لم يقبل البايع .
وان قال ذلك في غيبة البايع لا يبطل البيع . وان بعيب بعد القبض فقال ابطلت
البيع ، فالصحيح انه لا يبطل الا بقضاء او رضاء اه

وفيهما في « فصل فيما ينتقض فيه الاجارة وما لا ينتقض » : وان كان سقوط
حايط الدار يضر بالسكنى ، كان للمتأجر ان يفسخ اذا كان الآجر حاضراً
ولا يفسخ اذا كان غائباً . كما لو وجد المشتري بالبيع عيباً قبل القبض ، لا يكون
له ان يفسخ البيع الا بحضرة البايع اه فلو كان المؤجر غائباً او تمرد عن الحضور
يرفع الأمر للقاضي لينصب عنه وكيلاً فيفسخه بحضرة ، كما في الهندية والخانية .
وهذا بخلاف ما اذا كان العيب الحادث مفوتاً للمنفعة بالكلية ، فإن الفسخ كما
لا يحتاج فيه الى القضاء او الرضى ، لما ذكرنا ، كذلك لا يشترط فيه حضرة
المؤجر او علمه ، فيجوز حال غيبته — حتى ان الأجر يقط عنه سواء فسخ او لم
يفسخ ، لعدم تمكنه من استيفاء المنفعة .

المادة ٥١٩ - * لو انهدم حائط الدار او احدى حجرها
ولم يفسخ المستأجر الاجارة وسكن في باقيها لم يسقط شيء
من الأجر *

و كذا الحكم لو لم يسكن مع تمكنه من السكنى ، لأنه قد استوفى المنفعة او
تمكن منها بصفة النقصان ، وهذا لا يوجب سقوط شيء من الاجرة ، لأنه
وصف لا يقابله شيء من الاجرة ، ولأنه قد رضي باليبب فيلزمه جميع البدل
(زبلي) وهذه المادة كالنتيجة للمادة « ٥٠٦ »

المادة ٥٢٠ - * لو استأجر احد دارين بكذا دراهم وانهدمت
احدهما فله ان يترك الاثنتين معاً *

عبارة الدر المختار : ولو استأجر دارين فسقطت او تعيبت احدهما فله تركها
لو عقد عليها صفقة واحدة اه قال الطحطاوي : اما اذا تعددت الصفقة ،
فكل تخص بحكمها اه وظاهره انه ليس له ان يترك المنهدمه ويمسك الاخرى ، وانه
لا فرق في ذلك بين ان يكون قبل قبض المأجور او بعده . لكن اذا كان قبل
قبضه ، فالحكم ظاهر لان الصفقة لم تتم قبل القبض ، وتفرق الصفقة قبل التمام
لا يجوز ، فهو مخير بين اخذ الدارين بكل الاجرة او رددهما . واما اذا كان
بعد قبضه ، فالصفقة قد تمت بالقبض ، وتفرق الصفقة بعد التمام جائز . ولهذا
لو اشترى شيئين بلا اتحاد حكماً ، كثنوين او دابتين ، ثم وجد باحدهما عيباً
بعد القبض فهو مخير بين اخذها بكل الثمن او رد المعب فقط ، وليس له رد كل
البيع الا براض اذا الصفقة تمت بالقبض فيصح تفريقها ، كما تقدم في المادة (٣٥١)
وشرحها . ويمكن ان يجاب بالفرق بين الاجارة والبيع ، وهو ان المقود
عليه في الاجارة هي المنفعة ، وهي غير مقبوضة ، لانها تحدث شيئاً فشيئاً ، كما

تقدم ، فلا نكون الصنفة نامة بقبض محلها ، وهو المأجور ، فلا يجوز نفي بقها برد
الدار المنهدمة او التعيينة في مسئلتنا وابقاء الاخرى ، فيكون حكم الخيار في
الاجارة بعد قبض المأجور حكم الخيار في البيع قبل قبض المبيع ، لما ذكرناه
فليتأمل .

المادة ٥٢١ - * المستأجر بالخيار في دار استأجرها على ان
تكون كذا حجرة وظهرت ناقصة ان شاء فسخ الاجارة وان شاء
قبلها بالأجر المسمى ولكن ليس له استيفاء مدة الاجارة وتنقيص
مقدار من الاجارة *

صرح بهذا في الهندية . وهو نظير ما لو اشترى ارضاً على ان فيها كذا بيتاً
او نخلة فوجدها ناقصة ، جاز البيع وخير المشتري : ان شاء ترك وان شاء اخذ
بكل الثمن ، كما في رد المختار . وعللوا ذلك بأن هذا وصف مرغوب فيه والوصف
ما لم تكن مقصودة لا يقابلها شيء من الثمن ، كما في الد المنتقى . ومقتضاه انه
لو فصل الثمن وجعل لكل بيت كذا والمسئلة بمجالها ، انه يجيز بين فسخ الاجارة او
اخذ الدار بحساب بيتين منها ، كما لو اشترى ارضاً بكذا على ان يكون كل ذراع
بكذا راجع المادتين (٢٢٥) و (٢٢٦)

= الباب السادس =

* في بيان انواع المأجور واحكامه ، ويشتمل على اربعة فصول *

* الفصل الاول *

* في بيان مسابيل تتعلق باجارة العقار *

المادة ٥٢٢ = * يجوز استئجار دار او حانوت بدون بيان انها لسكنى احد *

الظاهر ان المراد من هذه المادة انه يجوز استئجار دار او حانوت لاجل السكنى بدون بيان سكنى احد بعينه ، لا ان المراد يجوز استئجار ما ذكر بلا بيان ما يعمل فيه ، والا كانت مكررة مع المادة (٥٢٧) الآتية ، فافهم .
ثم اذا استأجرها لاجل السكنى ، زعم تاج الشريعة انه لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له ان يعمل فيها غير السكنى . ورده في الفتح بأنه ينبغي ان يجوز ان يعمل فيها غير السكنى مما هو انفع للبناء من السكنى وان نص وقت العقد على استئجارها للسكنى ، لأن التقييد فيما لا يتفاوت غير معتبر على ما صرحوا به . ولهذا اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره . فبها هو انفع مما شرط وقت العقد اولى ان لا يعتبر التقييد اه .

المادة ٥٢٣ = * من آجر داره او حانوته وكانت فيه امتعته واشياؤه نصح الاجارة ويكون مجبوراً على تخليته من امتعته واشيائه وتسليمه *

وابتداء مدة الاجارة من حين تسليم المأجور ، كما في الدر .
قيد بالدار والحانوت لان صحة الاجارة فيها ليس فيها تفصيل ، اذ لا ضرر
في تفر بنهما ، بخلاف اجارة الارض المشغولة بالذرع ، فإن الزرع اذا كان مدركاً
وقت الاجارة يكون الحكم كما في الدار والحانوت من صحة الاجارة والاجبار على
التفرغ ، والا فإن كان الزرع للمستأجر صحت الاجارة لوجود التسليم ، وان كان
الزرع لاجنبي ، فإن كان الزرع بغير حق بأن غصب الارض فزرعها ، صحت الاجارة
لامكان التسليم بغير الغاصب على قلع زرعه . وان كان الزرع بحق بأن كانت الأرض
مستأجرة للزارع ولو باجارة فاسدة او مستعمارة للزرع ، فسدت الاجارة . وكذا
تفسد اذا كان الزرع للموَجِر ولم يدرك ، لعدم امكان التسليم الا بضره . لكن
لو رضي هو والاجنبي الضرر فعصد وسلم ، انقلبت الاجارة صحيحة .
والحيلة في صحة الاجارة اذا كان الزرع للموَجِر ان يبيعه الزرع اولاً بثمن
معلوم ويتقاضيها ، او يساقه عليه ثم يوجره الأرض . ولو استأجر فارغاً ومشغولاً ،
كما لو استأجر اراضي بعضها مزروع بذرع لم يدرك وبسببها فارغ ، صحت الاجارة
في الفارغ وفسدت في المشغول . هذا حاصل ما في الدر وحواشيه ، وقد مناظره
في شرح المادة «٤٦٠»

❖ تنبيه ❖

محل فساد اجارة المشغول فيما اذا كان في التفرغ يضر ما اذا كانت الاجارة
معلقة . اما لو كانت مضافة الى وقت يحصد الزرع فيه وتصبح الارض فارغة
عنه ، تصح الاجارة مطلقاً ، اي سواء كان الزرع بحق اولاً ، وسواء كان مدركاً
وقت العقد او لا ، كما في الدر وحواشيه .

المادة ٥٢٤ = ❖ من استأجر ارضاً ولم يعين ما يزرعه فيها ولم
يعم على ان يزرع ما شاء فاجارته فاسدة . ولكن لو عين قبل الفسخ
ورضي الآخر تنقلب الى الصحة ❖

انما فسدت الاجارة عند عدم التعيين او التعميم لأنها تعتبر للزرع مرة

وللبناء اخرى ، وما يزرع متفاوت نفعاً وضرراً ، فلا بد من البيان لدفع النزاع اه
(حموي على الاشياء) وكما يرتفع النزاع بالتعيين يرتفع بتفويض الخيرة اليه
(طحطاوي)

ثم اذا انعقدت فاسدة لعدم التعيين او التعميم ثم قبل الفسخ زرعها المستأجر وعلم
الموَجِر بما زرعه ورضي به ، ففي القياس تبقى الاجارة فاسدة ، كما اذا اشترى
بجمر او خنزير . وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب العقد صحيحاً لأن المقود
عليه صار معلوماً بالاستعمال ، لأن الاجارة تنعقد ساعة فساعه علي حسب حدوث
المنافع ، والفساد كان لأجل الجهالة ، فاذا ارتفعت في وقت الزراعة ، كفي وصار
كان الجهالة لم تكن ، فعاتد صحيحة (زيلبي)

واما اذا زرع ولم يعلم به الموجهر ، فالاجارة تبقى فاسدة . ولذا قال العلامة
المقدسي بنبغي تقييده بما اذا علم الموجهر بعين المزرع فرضي ، والا فالنزاع ممكن
(افاده الطحطاوي واقره بن عابدين) اقول : عبارة البحر كغيره من الشروح
هكذا : « وتقلب صحيحة بزرعها ويجب المسمى لارتفاع الجهالة ، كاستئجار
ثوب لم يبين لابسه ، اذا البس شخصاً انقلبت صحيحة . وكذا الدابة والقدر
للطبخ اه » فانت تراه قد اطلق انقلابها صحيحة بالزرع ولم يشترط فيه رضی الموجهر ،
وقد قدمنا في شرح المادة (٤٢٧) عن الزيلبي ان في استئجار الدابة للركوب
اذا اطلق ولم يعم تنفس الاجارة ، لكن ينقلب العقد صحيحاً بركوبها سواء ركبها
او اركبها ، ويجب المسمى استحساناً لزال الجهالة يجعل التعمين انتهاءً كالتعيين ابتداءً ،
ولا ضمان بالهلاك لعدم المخالفة اه فهو لم يقيد ايضاً بركوبها برضاء الموجهر . فتقييد
اطلاق هذه الشروح بمجرد بحث العلامة المقدمي غير سديد . على ان ما علل به
البحث من ان النزاع ممكن ، مدفوع بأنه متى زرعه لم يبق نزاع اصلاً ، لتعين
المزرع قبل الفسخ ، فليتأمل عند الفتوي . وانت خير بان الاجارة المذكورة
تنقلب صحيحة بالاولى لو اتفق الماقدان قبل الفسخ على تعيين ما يزرع ، او التعميم .
ولا تنس ما نقلناه عن البحر في شرح المادة (٤٢٦) من انه لو عين نوعاً للزراعة له
ان يزرع مثله او اخف ضرراً . واما ما يترتب على المخالفة بزرع ما هو اكثر
ضرراً ، فسبأني بيانه مفصلاً في الفصل الثاني من باب الثامن .

المادة ٥٢٥ - * من استأجر ارضاً على ان يزرعها ماشاء فله ان يزرعها مكرراً في ظرف السنة صيفياً وشتائياً *

موضوع المسئلة انه استأجرها سنة كما ينبي . عنه قوله « في ظرف السنة الخ » ولا بد من تقييد ذلك بما اذا كانت المدة يمكن فيها زرعان ، والا فليس له ان يزرعها زرعين ، لما ذكره الطحطاوي واقره بن عابدين من ان المسئلة مفروضة في استئجار مدة يمكن فيها زرعان ، وقد اطلق له في عقد الاجارة ان يزرعها ماشاء اه . موضحاً .

والتقييد بالتعميم يقتضي انه لو عين ما يزرع فيها فليس له ان يزرع ما عينه مرتين اذا امكن ذلك في المدة ، وليراجع .

ولم ار ما اذا كانت المدة يمكن ان يزرع فيها المستأجر زرعين الا ان الزرع الثاني لا يمكن ادراكه في المدة ، والظاهر انه يملك فيها الزرع ويستتبعي الارض لادراك الزرع الثاني ، كما يقتضيه اطلاق المادة الآتية ان للمستأجر ان يبقى الزرع في الارض الى ادراكه ، ولأن زرعه كان يحق حيث كان في مدة اجارته وليس بمنعد بالزرع الثاني كتعدى الغاصب = وليجوز ، فان هذه المسئلة كثيرة الوقوع في بلادنا في استئجار ارض البساتين بغير المسافة على اشجارها .

وفي رد المختار عن القنية : لو استأجرها في الشتاء نعمة اشهر ولا يمكن زراعتها في الشتاء ، جازماً امكن في المدة . امالو لم يمكن الانتفاع بها اصلاً بأن كانت سجة فالاجارة فاسده . وفي مسئلة الاستئجار في الشتاء ، يكون الأجر مقابلاً بكل المدة لا بما ينتفع به فحسب ، وقيل بما ينتفع به اه وما في الدر المختار من باب فسخ الاجارة عن الجوهره : « لو جاء من الماء ما يزرع بعض الأرض المستأجرة ، فالمستأجر بالخيار : ان شاء فسخ الاجارة كلها او ترك ودفع بحساب ما روي منها اه » فهو مبني على الضعيف المعبر عنه بقيل ، فانه نظير ما لو انهدم بيت من الدار المستأجرة ، فان ظاهر الرواية انه مخير بين الفسخ او الترك مع دفع الاجرة

كاملة ، كما افاده في رد المختار .

المادة ٥٢٦ = * لو انقضت مدة الاجارة قبل ادراك الزرع
فلمستأجر ان يبقى الزرع في الأرض الى ادراكه وبعطي اجرة المثل *

رعاية للجانبين ، اى جانب المؤجر بايجاب اجر المثل ، وجانب المستأجر بابقاء
زرعه الى انتهائه . وهذا لأن له نهاية معلومة ويلحق بالمستأجر المستعير ، فيترك
الى ادراكه بأجر المثل اذا كان استعارها للزرع ، سواء وقتها او لا . واما
الفاصل فيؤمر بالقلع مطلقاً ، لظلمه .

ثم المراد بقولهم « يترك الزرع بأجر » او بقضاء اى بمقدما ، حتى لا يجب
الأجر الا بأحدهما ، الا فيما استثناه المتأخرون من الوقف والمدل للاستغلال ومال
اليسيم ، فإنها اذا مضت المدة وبقي الزرع بعدها حتى ادرك ، يقضي بأجر المثل لما
زاد على المدة مطلقاً .

فيد بانقضاء المدة لأنه لو انقضت الاجارة بموت احد العاقدين قبل ادراك
الزرع ، فإنه يترك بالمسمى على حاله الى الحصاد استحساناً . والفرق انه بانتهاء
مدة الاجارة لم يبق حكم ما تراضيا عليه من المدة — الا ترى انه بانقضاء المدة
ارتفعت هي ، فاحتيج الى تسمية جديدة ، ولا كذلك قبل انقضائها ،
لأنه بقي بعض المدة التي سماها فلم يرفع حكمها فاستغنى عن تسمية جديدة .
واما اذا تفاخرا عقد الاجارة والزرع بقل قيل له لا يترك ، وقيل يترك
(ذخيرة) واقتصر في البرازية على الأول ، لأن المستأجر رضى به (الكل
من الدرر وحواشيه)

وقيد المسئلة بالزرع ، لاجراجه ما لو استأجر الارض للبناء او الفرس ، فإنه
لومضت المدة قلعهما وسلمها فارغة ، لعدم نهايتها — الا ان يفرم له المؤجر قيمته ،
اى البناء او الفرس ، مقولاً ، اى مستحق القلع ، ويملكه او يرضى به المؤجر
بتركه ، فيكون البناء والفرس لهذا والارض لهذا . وهذا الترك ان بأجره

فأجارة ، والا فاعارة ، فلها ان يؤجرها لثالث ويقتسا الاجرة على قيسه
الأرض بلا بناء ، وعلى قيمة البناء بلا ارض ، فيأخذ كل حصته (در مختار)
وقوله « فلها ان يؤجرها » مرتبط بقوله « والا فاعارة » لأنه لو كان الترك
بأجر لم يبق لرب الارض مدخل (رد المحتار)

وقدمنا تمام الكلام على هذا في شرح المادة (٤٢١) فراجع

ان شئت .

وفي التنوير وغيره من المتون ، والعبارة له مع شرحه الدر ، ان الرطبة لعدم
نهايتها ، كالشجر ، فتقطع بعد مضي المدة . ثم المراد بالرطبة ما يبقى اصله في الارض
ابداً ، وانما يقطف ورقه ويباع ، او زهره . واما اذا كان له نهاية معلومة ، كما في
العجل والجزر والباذنجان ، فينبغي ان يكون كالزراع ، يترك بأجر المثل
الى نهايته .

بقي لوله نهاية معلومة لكنها بعيدة طويلة ، كاقصب ، فيكون كالشجر ، كما
في فتاوي ابن الجلي ، فليحفظ .

* نمة *

بدخل في استئجار الارض للزراعة الشرب والطريق ، وان لم يشترطها ،
بخلاف البيع ، لأن الاجارة تعقد للانتفاع ، ولا انتفاع الا بها ، فدخلات
تبعاً . واما البيع ، فاقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال ، حتى جاز بيع
الجحش الصغير الذي لا ينتفع به للحال ، وجاز بيع الارض السبعة ، ولا تجوز
اجارتها لعدم الانتفاع بها (افاده في الدر وحواشيه)

المادة ٥٢٧ = * يصح استئجار الدار والحانوت بدون بيان

كونه لأي شيء . واما كيفية استعماله فتصرف الى العرف والعادة *

قد علمت ان هذه المادة غير مكررة مع المادة (٥٢٢) لاختلاف موضوعها

يعني كما يجوز استئجار الدار والحانوت لجل السكنى بلا بيان الساكن ، كذلك

يجوز استئجارها بدون بيان ما يعمل فيها . والقياس ألا يجوز حتى يبين ما
يعمل فيها ، لأن الدار تصلح للسكنى ولغيرها ، وكذا الحانوت يصلح لاشياء
مختلفة ، فينبغي ان لا يجوز ، ما لم يبين ما يعمل فيها ، كاستئجار الارض للزراعة
والثياب للبس . وجه الاستحسان ان العمل المتعارف فيها للسكنى ولهذا تسمى
مسكناً فينصرف اليها ، لأن المتعارف كالشروط ، ولأنها لا تختلف باختلاف
العامل والعمل ، فجاز اجارتها مطلقاً - بخلاف الارض والثياب ، فانها
يختلفان باختلاف المزروع واللبس ، فلا بد من البيان (زبلي)

المادة ٥٢٨ - * كما انه يصح لمن امتأجر داراً بدون بيان
كونها لأي شيء ، ان يسكنها بنفسه كذلك يصح له ان يسكنها
غيره ايضاً *

اي مه او منفرداً ، لما ذكرنا من انها لا تختلف باختلاف العامل والعمل ،
ولأن كثرة السكان لا تضر بتباين بل تزيد في عمارتها ، لأن خراب المسكن يترك
السكان (زبلي) القول : قدمنا في شرح المادة (٤٢٨) عن الهندية انه اذا شرط ان
لا يسكن معه غيره ، ان لم يكن في الدار بئر بالوعة ولا بئر وضوء ، فلا منفعة
للموئجر بهذا الشرط ، لأن ما يجمع على ظاهر الدار فاخرجه على المستأجر ، وكثرة
السكان لا توهم البناء ، فلا يفسدها هذا الشرط ، بل يكون لغواً . واذا كان
في الدار ما ذكر ، كان في هذا الشرط نوع منفعة ، وانه شرط لا يقتضيه العقد
فأوجب فسادها - فقد يستفاد من هذا انه اذا كان في الدار بئر بالوعة يكون
في كثرة السكان فيها نوع ضرر ، لأن اخراج ما في البالوعة حينئذ على الموئجر ،
فينبغي ان لا يملك اسكان غيره معه . وقد يجاب بأنه لا يلزم من ان يكون سبب
اشتراط ان لا يسكن معه غيره نوع منفعة للموئجر ان يكون في الاسكان مضرة
نوجب منع المستأجر منه ، لأن فعل الضرر الذي يمنع منه مستأجر الدار هو
الضرر البين ، وهذا ليس منه ، او هو الضرر الذي يلحق بالدار المأجورة ،

وهذا ليس كذلك ، تأمل .

✽ وله ان يضع فيها اشياءه ✽

لأن ذلك من تمام السكنى . وفي الهندية عن الظهيرية : رجل تكاري منزلا او داراً من رجل على ان يسكن فيها فلم يسكنها ولكنه جعل فيها طعاماً من حنطة او شعير او تمر او غير ذلك ، فليس لرب الدار ان يمنعه من ذلك اه فاذا كان هذا مع اشتراط السكنى ، يكون مع الاطلاق من باب اولي . لكن وضع مثل الحنطة والشعير في البيوت المعدة للسكنى يضر بها ويكون سبباً لخفر ارضها واذهاب رونق اسقفها وجدرانها وجمع الحشرات والهوام فيها ، كما هو معلوم في ديارنا . فالظاهر انه يمنع منه عند الاطلاق ، فليتأمل عند الفتوى .

✽ وله ان يعمل فيها كل عمل لا يورث الوهن والضرر

للبنساء ✽

فله الوضوء والاعتسال وغسل الثياب وكسر الحطب المعتاد والاستنجاء بما يطبه والدق المعتاد اليسير وان يتد وتدا (بجر) وله ان ينتفع بيثرها ، ولو فسدت لم يجبر على اصلاحها ، وان يبني فيها التنور ، فلو احترق به شيء لم يضمن . قلت : الا اذا فعله في محل لا يليق به ، كقرب خشب (كذا سيف رد المختار عن الساجحاني)

وفيه : ينبغي تعبيد كسر الحطب بأن يكون بمحل لا يحصل به اضرار الارض وما تحتها من مجرى الماء اه وفيه عن الخلاصة : ولا يمنع من الطحن برحي اليد ان كان لا يضر ، وان كان يضر يمنع ، وعليه الفتوى ، ومثله في الشربلالية عن النخيرة اه قلت : ومثله في الهندية عن المحيط ، فما في الدر المختار تبعاً للمنع والمجر من ان له ان يطحن برحي الهد وان اخر فيه ، سقط ، كما اوضحه المحطواوي وابن عابدين .

✽ لكن ليس له ان يفعل ما يورث الضرر والوهن الا باذن صاحبها ✽

اي مالهما ، كما في التنوير وغيره . فليس له ان يفعل الحدادة والقسارة
والطحن ، اي يغير رحي اليد على ما تقدم فيها من التفصيل ، ولا ان يسكن حداداً
او قصاراً او طحاناً من غير رضى المالك . قال الزبلي : فخاله ان كل ما يوهن
البناء او فيه ضرر ليس له ان يعمل فيها الا بآذن صاحبها ، وكل ما لا ضرر فيه
جاز له بمطلق العقد واستحققه به اه .

وفي الهندية : ولا يمنع من كسر الحطب المعتاد للطبخ وغيره لانه لا يوهن
البناء . وان زاد على العادة بحيث يوهن البناء ، فليس له ذلك الا برضى صاحب
الدار . وعلى هذا ينبغي ان يكون الدق اعني القصر على هذا التفصيل ، فان القليل
منه لا يستغنى عنه ، وقد جرت العادة بأن يدق اهل كل دار ثيابهم في منازلهم
ولا يوهن ذلك القدر منه البناء اه وفي ابي السعود عن الحموي : يفهم من التقييد
بمالها انه لو كان وفقاً ورضي المتولي بسكنائها ، اي الحداد ونحوه ، لا يكون
كذلك اه اي لأن المتولي ليس بمالك . ومثله في هذا المفهوم الوصي
اذا أجر خانوت اليتيم فرضي بسكنى الحداد او الطحان او القصار ، ولأن فاعلها
منوط بالمصلحة . اقول : وهذا ظاهر اذا أجر كل من المتولي والوصي مطلقاً ثم
رضي بما ذكر ، اذ لا مصلحة للوقف او اليتيم بالاذن بما يضرهما بعد اجراء العقد
مطلقاً عن الاشتراط . واما لو اشترط ذلك حين العقد لما رآياه من المصلحة للوقف
او اليتيم ، فلا شك انه يكون للمستأجر ذلك ، فيتدير .

ثم لو اشترط عمل الحدادة مثلاً حين العقد فله ان يعملها ويعمل ما يماثلها في
الضرر ، وليس له ان يعمل ما هو اكثر منها ضرراً ، كما تقدم في المادة : (٤٢٦)
وشرحها .

✽ واما بخصوص ربط الدواب فعرف البلدة وعادتها معتبر ومرعي

وحكم الخانوت على هذا الوجه ✽

الظاهر ان المراد من هذه الفقرة بيان ان تسوية ربط الدواب لمستأجر الدار
او الخانوت او عدمه ليس مناطه الوهن او الضرر وعدمها . بل العرف والعادة
ففي نحو البلاد الكبيرة التي يتأفقون باعمار دورها وحوالياتها ، قد جرى العرف

انهم لا يدخلون اليها الدواب ولا يربطونها الا في محل اعد لربطها فيه ، خارجها .
ففي مثل هذه لا يملك المستأجر الادخال والربط وان لم يكن ذلك مضراً او
موهناً للبناء ، لأن العقد وان كان مطلقاً لكن تقيد بالعرف بعدم ادخال
الدواب . وعليه فلو ادخل فيها المستأجر دابته يكون متعدياً . فلو ضربت
حائطاً فهدمته ، او انساناً ، يكون ضامناً . وفي نحو احواش الفقراء ودور القرى
واشباهها قد جرى العرف بأنهم يدخلون اليها الدواب ويربطونها فيها ، فلم
ذلك وان كان الربط مضراً او موهناً ، لأن الاذن بذلك قد دل عليه العرف ،
وقد علمت ان المعروف كالمشروط ، حتى لو ادخل المستأجر دابته فانلفت حائطاً
او نحوه لا يكون ضامناً وان كان العقد مطلقاً يدل على ما ذكرنا ، ما في
الهندية : وللمستأجر ان يربط فيها دابته وبميره وشاته ، فإن لم يكن هناك ربط
ليس له اتخاذ الربط . وفي شرح الشافعي ما ذكر في الكتاب « عرف الكوفة »
اما المنازل في بخارى فتضيق عن سكنى الناس ، فكيف الدواب . ويربط
الدابة على باب داره ، ولو ضربت انساناً فمات او هدمت حائطاً ، لم يضمن
(كذا في الخلاصة)

وفي الطوري عن النهاية انه لا يدخل الحيوان في عرفنا لأن المنازل
ضيقة اه وفي البحر : وله ، اي لمستأجر الدار ، ربط الدواب في موضع معتاد
له ، لا ان لم يكن معتاداً اه .
وقال الزيلعي بعد ذكر ما تقدم عن النهاية : وانما هذا الجواب بناء على عرفهم
في الكوفة اه فهذه التناول صريحة في ان المناط في ادخال الدواب وربطها
العرف والعادة ، لا الضرر وعدمه . ولهذا فصلت الجملة هذه الفقرة عما قبلها حيث
قالت : « واما بخصوص ربط الدواب الخ » هكذا ينبغي تقرير هذا المقام .

المادة ٥٢٩ = * اعمال الاشياء التي تخل بالمنفعة المقصودة عائدة

على الآجر . مثلاً تطهير الرحي على صاحبها . كذلك تعمير الدار

وطرق الماء واصلاح منافذه وانشاء الاشياء التي تحمل بالسكنى ومايز
الامور التي تتعلق بالبناء كلها لازمة على صاحب الدار *

وكذا تطيينها ، اى الدار ، واصلاح الميزاب وما كان من البناء (تنوير)
اى اصلاح ما كان من البناء . وقيد في رد المحتار التطيين بتطيين سطح الدار .
قال : لأن عدمه مغل بالسكنى ، بخلاف تطيين جدرانها اه اقول : اصلاح ما
كان من البناء متى كان تركه مغللا بالسكنى يجب على المالك بلا فرق بين
السطح والجدران ، فلا معنى لاجراء من التنوير عن اطلاقه ، فانهم .

وفي الهندية عن البدايع : واصلاح بئر الماء والبالوعة والمخرج على رب الدار ،
ولا يجبر على ذلك وان كان امتلا من فعل المستأجر . وقالوا في المستأجر اذا انتقضت
مدة الاجارة وفي الدار تراب من كسبه ، فعليه ان يرفعه لأنه حدث بفعله
فصار كتراب وضعه فيها . وان كان امتلا خلاؤها وبحاربيها من فعله ، فالقياس
ان يكون عليه نقله ، لأنه حدث بفعله فيلزمه نقله كالكناسة والرماد . الا انهم
استحسنوا وجعلوا نقل ذلك على صاحب الدار للعرف والعادة بين الناس ان ما
كان مغيبا في الأرض فنقله على صاحب الدار ، فحملوا ذلك على العادة . وان
اصح المستأجر شيئا من ذلك لم يحتسب له بما انفق وكان متبرعا به .

لكن في الهندية عن فتاوى قاضين ما نصه : وفي اجارة الحمام نقل الرماد
والسرفين وتفرغ موضع الغسالة يكون على المستأجر سواء كان المسيل ظاهراً
او مسقفاً . فإن شرط ذلك على الأجر في الاجارة ، فسدت الاجارة . وان
شرط على المستأجر ، جازت الاجارة والشرط . فإن انكسر المستأجر ان يكون
الرماد من فعله كان القول قوله اه ومثله في رد المحتار عن البرازية .

ويمكن التوفيق بأن ما جرت العادة يكون تفرغه على المؤجر ، انما هو في
بحاري الدار وخلائها المستورين ، وعليه ما في البدايع وغيرها ، لا في مسيل
الحمام ، فإن تلك العادة لم تجر فيه ، فبقي على القياس من أنه حيث كان بفعل المستأجر
فعليه ان يرفعه ككناسة الدار ، وعليه ما في فتاوى قاضي خان والبرازية — او

ان اختلاف الجواب لاختلاف العرف في ذلك ، فليتأمل ، والعرف الآن في ديارنا ان تغزبل مسيل الحمام على مالكة فلاء الدار ، بخلاف قنصل رماده وسرقينه ، فإنه على المستأجر وعليه فاشترط الاول على المستأجر والثاني على المالك بفسد العقد لكن في الأقروبة عن البرازية : خرج المستأجر من البيت وفيه تراب ظاهر او رماد ، على المستأجر اخراجه - بخلاف البلوعة ، فإنه يلزم المؤجر تغريفها استئمانا . وان شرط على المستأجر عند العقد ، جاز ، وانه موافق للعقد اه اي وان كان العرف بخلافه ، لانه حدث بفعله . فالشرط موافق للقياس وان كان مخالفا للعرف ، لا يفسد العقد ، تأمل . ا منه - لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه تقع لاحد المتعاقدين ، وقد علمت اعتبار العرف والعادة في هذه الاحكام .

وفي الهندية عن القنية : زجاج الكوة واصلاح السلم نعى الآجر . وفي رفع الثلج اختلاف المشايخ والمفتين ، والمعتبر فيه العرف اه وفي رد المختار عن البرازية : وفي استئجار الطاحونة في كرمي نهرها يعتبر العرف اه

❖ واذا امتنع صاحبها عن اعمال هؤلاء فللمستأجر ان

يخرج منها ❖

قال الطحطاوي : اي ولا اجر عليه حينئذ كما لا يخفى اه يعني عما بقي من المدة ، والا فعليه اجرة ما سكن كما لا يخفى . ولا يجبر المؤجر على العمل لأن الانسان لا يجبر على اصلاح ملكه . كذا في الدر . وقال الجموي : يفهم من هذا التعليل ان الدار لو كانت وفقاً يجبر الناظر على ذلك اه (ط) .

❖ الا ان يكون حين استئجاره اياها كانت على هذه الحالة

او كان قد رآها ، فإنه حينئذ يكون قد رضي بالعيب فليس له اتخاذ هذا وسيلة للخروج من الدار بعد ❖

هذا اذا كان قد رآها وسكت . اما لو رآها فشرط على المؤجر عملها ، فلا

يسقط خياره لانه لم يرض بالعيب ، وهو ظاهر .

❖ وان عمل هذه الاشياء المستأجر يكون متبرعاً فليس له ان

يطالب الآجر بشي ، مما انفق على التعمير والترميم *

قال في رد المحتار : وليس له ان يحسبه من الاجرة . وهل له نقضه ؟ - فيه تفصيل : قال في جامع الفصولين : بني المستأجر بلا امر الموهجر ثم انقضت الاجارة او انقضت المدة ، فلو كان البناء من لبن اتخذ من تراب الدار ، فلمستأجر رفع البناء ، ويغرم قيمة التراب للمالكه . وان كان من طين فلا ينقض ، اذ لو نقض لعاد تراباً اه وحاصله انه ان عمر بما لو نقض يبقى مالا ، فله نقضه ، والا فلا . وينفرع عليه امور كثيرة (مايجاني) اه ما في رد المحتار . - اقول : ويجب ان يكون المراد بهذا الحاصل انه ان عمر من تراب الدار بما لو نقض يبقى مالا ، اي ماليته غير مالية التراب ، يعني انه يبقى لبناً ، فله نقضه ، والا فلا ، والا فان نفس التراب مال . ولهذا اذا قلع اللبن يغرم قيمة التراب للمالكه . فلو لم يكن التراب مالا كيف تكون له قيمة ؟ قال في الهندية ، من الباب السابع ، في استرداد العارية : استئار من رجل داراً وبني فيها حائطاً بالتراب وأستأجر الاجير بعشرين درهماً وكان ذلك بغير اذن رب الدار ، ثم ات صاحب الدار يسترد الدار منه ، فليس للمستئير ان يرجع بما انفق ، لانه فعل بغير اذنه . وهل له ان ينقض الحائط ؟ - ان كان قد بناه من تراب صاحب الدار ، فليس له ذلك (كذا في المحيط) فهذا يفيد بفهمه انه لو كان بناه من تراب نفسه من خارج الدار فله نقضه . فما عزاه الشارح سليم باز رد المحتار من ان المستأجر اذا عمر بما لو نقض يبقى مالا كما اذا بنى بالحجر او الآجر ، فله نقضه ، والا فلا ، كما لو طين سطح الدار ثم اراد رفع الطين فليس له ذلك ، اذ لو رفعه لا يبقى مالا اه لا وجود له بهذا اللفظ في رد المحتار بل وضع عبارته توضيحاً فاسداً ، وعزى ما وضع به اليه . وانما كانت فاسداً لأن الحجر ان كان من الدار ، فليس له قلعها ، كالتراب اذا كان منها ، والآجر واللبن ان كان من تراب الدار . فان كان بعد النقض يبقى آجرآ ولبناً ، فله قلعها ، ويضمن قيمة التراب لصاحب الدار . وان كان يعود تراباً ، فليس له قلعها لعدم الفائدة ، لانه مستحق لصاحب الدار . واما الطين ، فان كان من تراب الدار فحكمه كاللبن اذا عاد تراباً . وان كان ملك المستأجر

بأن اتى به من خارج ، فله قلعة ، لأنه عين ملكه .
ثم انما يكون للمستأجر قلع عين ملكه اذا كان بني على ان يكون البناء
له . واما اذا بني على ان يكون البناء لصاحب الدار ، فليس له القلع مطلقاً ، لأنه
يكون متبرعاً ، والمتبرع لا يرجع بشيء مما تبرع به . قال في جامع الفصولين :
عمر دار امرأته فمات وتركها وابناً ، فلو عمرها بإذنها ، فالعمارة لها والنفقة دين
عليها فتغرم حصة الابن . ولو عمرها لنفسه بلا اذنها ، فالعمارة ميراث عنه وتغرم
قيمة نصيبه من العمارة ، وتصير كلها لها . ولو عمرها لها بلا اذنها ، قال النسفي :
العمارة لها ولا شيء . عليها من المنفعة ، فإنه متبرع . وعلى هذا التفصيل عمارة كرم
امرأته وسائر املاكها .

وفيه ، يرمز «عده» كل من بني في دار غيره بأمره ، فالبناء لا أمره ، ولو بني
لنفسه بلا أمره يكون له ، وله رفعه — الا ان يضر بالبناء ، فيمنع . ولو بني لزب
الأرض بلا أمره ، ينبغي ان يكون متبرعاً كما مر .

وفيه ، يرمز «ن» : طحان ركب في الطاحونة حجراً من ماله او حديداً ومضت
المدة ، فلو فعله بأمر ربها على ان يرجع ، فهو لربها ورجع بما اتفق . ولو لنفسه بلا
أمره ، فلو غير مر كب في البناء ، فله رفعه . ولو مر كبا ، فله قيمته . ولو للمالك بلا
أمره فتبرع اه .

وفي حاشية الرملي عليه : وان اختلفا فقال الباني بنيت لنفسي وقال الآخر لي ،
ينبغي ان يكون القول قول الباني ، لأنه ادري بجهته . تأمل اه هكذا ينبغي تقرير
هذا المحل والله الموفق .

المادة ٥٣٠ - * التعميرات التي انشاءها المستأجر باذن الآجر
ان كانت عابدة لاصلاح المأجور وصيانته عن تطرق الخلل كتتظيم
القرميد فالمستأجر يأخذ مصروف مثل هذه التعميرات من الآجر
وان لم يجز بينهما شرط على اخذه . وان كانت عابدة لمنافع

المستأجر فقط كتعمير المطابخ فليس للمستأجر اخذ مصروفها ما لم
يذكر شرط اخذه بينهما *

اعلم ان المستأجر اذا عمر في الدار المأجورة باذن المؤجر ، فلا شك ان العمارة
تقع للمؤجر ، كما في جامع الفصولين . وهل يرجع بما اتفق بلا شرط الرجوع ؟
ذكر في المسئلة اختلافاً ، ونقل محشيه الرطبي عن البزازية وغيرها ما يفيد ترجيح
القول بالرجوع بلا شرط . ونقل في رد المختار نصيحة ايضاً عن الخانية . قال :
ونقله ابن الشحنة عن القنية وذكر في الدر تقييد ذلك بما سوى عمارة التنوير والبالوعة
واما فيها ، فلا بد من اشتراط الرجوع . قال محشيه في رد المختار : لأن المقصود
منها نفع المستأجر اهـ وذكر في تنقيح الفناوي الحامدية من الفروع المذكورة ، آخر
كتاب الاجارة ، عن القنية : المستأجر اذا عمر في الدار المستأجرة عمارات باذن
الآجر ، يرجع بما اتفق ، وان لم بشرط الرجوع صريحاً . وكذا القيم . وفي التنوير
والبالوعة لا يرجع بمجرد الاذن ، الا بشرط الرجوع ، لأن العمارة لأصلاح ملكه
وصيانة داره عن الاختلال فرضي بالاتفاق ، بخلاف التنوير والبالوعة ، فانها المصلحة
المستأجر اهـ وكذا نقله في الاقروية عن القنية . ومقتضى التعليل ان الاستئنا
ليس خاصاً بالتنوير والبالوعة بل مثلها كل ما كان المقصود منه نفع المستأجر دون
اصلاح الدار وصيانتها من الاختلال ، كعمل الحمام والطابق والفلقات وبلاط العتبة
وارض الدار وما يسمونه بالعدسة وتعمير المصب وتدهين الحوائط وترميم المساطب
وما اشبه ذلك . فجميع ما ذكر لو عمله المستأجر باذن المؤجر لا يرجع به ، الا ان
يشترط له الرجوع صريحاً بأن يقول له : اتفق لثرجع به علي ، وهو الذي يقتضيه
اطلاق هذه المادة .

واعلم انه لا يلزم من كون المستأجر المأذون له بالعمارة يرجع بما صرفه على
المؤجر ان يكون القول قوله فيما يصرفه ، بل ان كان مأسرفه من مال المؤجر
بأن دفع له المؤجر مالاً وامره بصرفه على البناء ، يكون القول قوله مع اليقين
في ذلك ، لأنه امين بنتي الضمان عن نفسه . وان كان من مال نفسه ليرجع به

على المؤجر ، يكون القول قول المؤجر لأنه يدعي على المؤجر ديناً وهو ينكره .
قال في البرازية ، قبيل العاشر ، في الحظر والاباحة من الاجارات ، مانصه : وان
قال له ، اي للمستأجر ، رب الدار : ابن واحسب من الاجر ، ثم اختلفا ، فقال
المستأجر بنيت ، وانكره الآخر ، فالقول للآخر . وان اقر بالبناء واختلفا في
قدر ما اتفق ، ان جميع اهل الصنعة على قول واحد ، فالقول له . وان كان بعضهم
معه والبعض مع المستأجر ، يعتبر الدعوى والانكار اه يني يعتبر المستأجر مدعياً
ففيه اثبات ما يدعيه بالبرهان ، والمؤجر منكرأ تلك الزيادة ، فالقول قوله .
وعبارة رد المختار هكذا : امره ، اي المستأجر ، رب الدار بالبناء ليحسبه له من
الأجر فاتفقا على البناء واختلفا في مقدار النفقة ، فالقول لرب الدار يمينه
لأنه ينكر الزيادة . قالوا : هذا اذا اشكل الحال بأن اختلف فيه اهل
تلك الصنعة ، اما اذا اجتمعوا على قول احدهما وقالوا يذهب من النفقة في مثل
هذا البناء ما يقوله احدهما ، فالقول قوله ولا يلتفت الى قولها (ذخيرة ملخصاً ،
ومثله في التارخانية والبرازية ، وافتي به الرمي)

والحيلة في تصديقه ان يعجل من الاجرة قدراً ويقبضه المؤجر ثم يأمره بانقائه ،
فيكون القول له ، لأنه امين ، كما نظمه في الحمية اه .

لكن في قوله « ولا يلتفت الى قولها » هكذا رأيت في اكثر النسخ المطبوعة ،
وفيه ما فيه ، ولعل الصواب « ولا يلتفت الى قول الآخر » وقد علمت عبارة
البرازية : ولا فرق في هذا الحكم بين ان يكون الاذن والبناء قبل وجوب الاجرة
في ذمة المستأجر او بعد وجوبها باشتراط تعجيل الاجرة او بنسها او باستيفاء المنفعة
او بعضها والاجرة لم تقبض بعد . هذا ما يقنضيه اطلاق قولهم واحسب ذلك من
الاجرة . اما اذا كان قبل الوجوب ، فكون القول قول المؤجر ظاهر ، لأن
المستأجر يدعي عليه ديناً وهو ينكره . واما اذا كان بعد الوجوب ، فلأن ما عليه
من الاجرة دين في ذمته يدعي ابقاءه من دين يدعيه على المؤجر ، فلم يخرج عن
كونه مدعياً والمؤجر منكرأ . وهذا بخلاف ما اذا قبض المؤجر الاجرة ثم
دفعها للمستأجر ليصرفها ، فان ما دفعه للمستأجر يكون امانة في يده ، فيكون القول
قوله في نفي الضمان عن نفسه .

بقي هنا شي ، وهو انه ذكر في التنوير وشرحه الدر وحاشيته التكلفة ،
او اخر باب الوكالة بالبيع والشراء ، ما ملخصه انه لو أمر المستأجر بمهمة ما استأجره
بما عليه من الاجرة وكذا لو أمر بشراء عبد يسوق الدابة وينفق عليها ، يصح الامر
اتفاقاً للضرورة ، لانه لا يجد الأجر كل وقت فاقبض العين المؤجرة مقام المؤجر
في القبض وانه ذكر في شرح الجامع الصغير لقاضي خان ان كان ذلك قبل وجوب
الاجرة لا يجوز لانه لا دين له عنده حينئذ ، فكان امره بالتصدق بمال نفسه ،
فلا يرجع به على الأمر ولا يقطع من الاجرة ، لأن الاجرة لم تكن وجبت .
وبعد الوجوب ، قيل على الخلاف ، اي لا يصح عنده لانه امره بانلاف مال نفسه ،
فلا يرجع عليه به ، ويصح عندها ، لانه حيث شرط ان يكون ذلك من الاجرة
فكانه قال لترجع به علي . اه ملخصاً وفيه نوع مخالفة لما تقدم اتفاقاً ، لانه صريح في
ان محل رجوع المستأجر فيما صرفه بإذن الاجر اذا كان صدر الاذن في حال
كون الاجرة واجبة في ذمة المستأجر باستيفاء المنفعة او باشتراط التعجيل واما
قبل ذلك ، فلا ، اتفاقاً ، فليتأمل ملياً وليحذر .

✽ تنبيه ✽

ذكر الشارح سليم ياز هنا ما نصه : اذا اذن المؤجر للمستأجر بالترميم باطلاع
المؤجر او نايبه فخالف ، كان متبرعاً ، فليس له ان يرجع بشي ، اه وعزاه للحامدية .
وظاهر اطلاقه انه ليس له قلع ما عينه قائمة اذا لم يضر القلع ببناء الدار ، مع ان
ما في الحامدية موضوعه ان المستأجر اشهد على نفسه انه ان عمر بدون اطلاع المؤجر
او نايبه يكون متبرعاً ، فهو ظاهر في انه انما بنى ليكون البناء للمؤجر . اما لو
خالف فبنى ليكون البناء لنفسه ، فلا شك ان له قلع . اه عين قائمة ما يكون
مالا اذا لم يضر قلعه ببناء الدار ، كما تقدم في شرح الفقرة الاخيرة من المادة (٥٢٩)
فراجعها .

✽ فرع ✽

استأجر طاحونة ثم آجرها من غيره واذن له بالعارة فأنتقى المستأجر الثاني في
عمارتها ، فان علم انه مستأجر والطاحونة ليست له ، لا يرجع . وان لم يعلم ، رجع ،

وهو المختار (بزازية وهندية)

المادة ٥٣١ - * لو احدث المستأجر بناءً في العقار المأجور او
غرس شجرة فالأجر مخير عند انقضاء مدة الاجارة ان شاء قلع البناء
والشجرة وان شاء بقي ذلك واعطى قيمته كثيرة كانت
او قليلة *

هكذا اطلق في الحامدية كون المورج مخيراً . لكن قيده في التنوير والكنز
والملتقى بما اذا اضر القلع بالدار او الارض ، والا فلا يجبره المورج على التملك ،
بل للمستأجر قلع بنائه او شجره ، فتأمل .

وقوله « واعطى قيمته » يعني اعطى قيمته يوم الخصومة مستحق القلع ، وهي
اقل من قيمته مقلوعاً بمقدار اجرة القلع . فان كانت قيمة الشجر المقلوع عشرة
واجرة القلع درهم ، يملكه الأجر بتسعة دراهم .

وقوله « كثيرة كانت او قليلة » فيه اشارة الى ان الحكم كذلك . وان كانت
قيمة البناء اكثر من قيمة الارض ، فليس لصاحب البناء ان يملك الارض
بقيمتها على ما هو جواب الكتاب المختار للفتوى . وافنى به المولى ابو السعود وشيخ
الاسلام علي افندي وغيرها ، خلافاً للكرخي ، فإنه قال : اذا كانت قيمة البناء
اكثراً ، يضمن صاحبه قيمة الارض ويملكها قياساً على مسألة الدجاجة اذا ابتلعت
لؤلؤة ، كما سيأتي في المادة (٩٠٢) وقد فرّق بينها في الحامدية بأنه في تلك امر
اضطراري صدر بدون قصد معتبر ، بخلافه في مسئلتنا ، فهو فعل اختياري
مقصود . ففي امره بالقلع سد باب الظلم . واما ما سيأتي في المادة ٩٠٦ فبحث
كانت مقيدة بما اذا كان البناء بناءً على زعم مسوغ شرعي ، كما اذا ورث ارضاً من
ابيه وبني فيها ثم استحقها مستحق ، كانت نظير مسألة الدجاجة المذكورة ، وسيأتي
لها زيادة بتحقيق هناك .

المادة ٥٣٢ - * ازالة التراب والزبل الذي يتراكم في مدة الاجارة
والطهير على المستأجر *

هذا اذا اقر ان التراب والزبل قد تراكم من فعله . فان انكر ان يكون ذلك
من فعله ، كان القول قوله . وقد قدمنا الكلام على هذه المسئلة مستوفى في شرح
المادة (٥٢٩) فلتراجع .

المادة ٥٣٣ = * ان كان المستأجر يخرب المأجور ولم يقتدر
الآجر على منعه راجع الحاكم وفسخ الاجارة *

في الفتاوى الانقروية عن جواهر الفتاوى : رجل آجر ارضاً والمستأجر يخرب
الارض تخريباً ظاهراً والمالك لا يقدر على دفعه ، فإن هذا عذر في فسخ الاجارة ،
لكن الحاكم يفسخها اه .
وفي رد المحتار عن الاسعاف : لو تبين ان المستأجر يخاف منه على رقبة الوقف
يفسخها القاضي ويخرجه منه ، فليحفظ اه .

= الفصل الثاني =

* في اجارة العروض *

المادة ٥٣٤ = * يجوز اجارة الالبسة والاسلحة والحياض
وامثالها من المنقولات الى مدّة معلومة في مقابلة بدل معلوم *

ثم في الالبسة يشترط لصحة اجارتها تعيين اللابس او تميمه بأن يقول له آجرتك لتلبسه او لتلبسه من شئت ، فيتعين من اشتراط الباسه في الأول ، وبثمين اول لابس في الثاني ، فلو خالف ضمن .
اما لو اطلق ولم بهم تكون الاجارة فاسدة للجهالة ، وتنقلب صحيحة بأول لابس ، لزوال الجهالة بجعل التعيين انتهاء كالتعيين ابتداء . هذا ما ذكره في الدر وحواشيه .

وهل الاسلحة كالالبسة ؟ لم اره ، ويمكن ان يقال انها تختلف باختلاف المستعمل كالثوب ، وليجوز . واما الخيمة والقبعة والفسطاط ، فكالثوب عند ابي يوسف رحمه الله تعالى . حتى لو استأجر قبة لينصبها في بيته فصحبها في الصحراء ، ضمن . وليس له ان يعطيها غيره بمارية او نحوها ، كالثوب ، وعند محمد كالدار . وعلى هذا اقتصر في الخانية فقال : لو استأجر من آخر فسطاطاً وقبضه كان له ان يوجره من غيره كما في الدار اه : وفي الهندية ايضاً عن المحيط : ولو استأجر فسطاطاً يخرج به الى مكة ليستظل به فإنه يجوز ، وله ان يستظل به بنفسه وبغيره ، لعدم تفاوت الناس فيه . وان اسرج في الخيمة او الفسطاط او القبعة او علق به قنديلاً فأفسد ، فلا ضمان عليه . وان اتخذ فيه مطبخاً فهو ضامن لأنه صنع ما لا يصنع الناس عادة ، الا ان يكون معداً لذلك العمل اه فما ذكره الشارح سليم باز هنا من التسوية بين الالبسة والاسلحة والخيام وامثالها من المنقولات في اشتراط بيان العامل ، وعزاه الى الدر المختار ، غير صحيح اذ لم يذكر في الدر المختار هذا الحكم الا في الثوب والداية . وقد علمت ان الخيمة ليس حكمها كذلك ، بل هي كالدار ، فليتنبه لذلك .

المادة ٥٣٥ - * لو استأجر احد ثياباً على ان يذهب بها

الى محل ثم لم يذهب ولبسها في بيته او لم يلبسها يلزمه اعطاء اجرتها *

المراد انه احتأجرها ليلبسها في بيته وبذهب بها الى محل آخر . وانما يلزمه

اعطاء الاجرة وان لم يلبسها لما تقدم في المادة (٤٧٠) من ان الاجرة تلزم في
الاجارة الصحيحة بمجرد الافتداز على استيفاء المنفعة . وقد علمت مما كتبناه في
شرح تلك المادة ان هذا الحكم مقيد بان يكون التمكن المذكور في المدة التي ورد
عليها العقد وفي المكان الذي اضيف اليه العقد ، حتى لو تمكن في غير المدة التي
ورد عليها العقد ، او فيها لكن في غير المكان الذي اضيف اليه العقد ، لا تلزمه
الاجرة ، لأن هذه المنفعة التي تمكن منها في غير المنفعة المعقودة عليها ، كما
حررناه في شرح المادة (٤٦٩) وعليه فلو استأجر الثوب ليلبسه يوم الجمعة فتمكن
من لبسه يوم السبت ، او ليلبسه في دمشق فتمكن من لبسه في حمص ، لا يلزمه
اجرة ويضمنه لو هلك ، كما اذا استأجر دابة ليركبها يوماً خارج المصر فامسكها
ذلك اليوم في بيته داخل المصر او خرج به لخارج المصر بعد مضي اليوم ، فانه
لا يلزمه اجرة ويضمنه لو هلك ، كما اذا استأجر دابة ليركبها يوماً خارج المصر
بعد مضي اليوم ، فانه لا يلزمه الاًجر ويكون غاصباً ، كما تقدم عن جامع
الفصولين وغيره . وعليه فلا فرق في هذا الحكم بين الدابة والثوب وغيرهما .
فما ذكره الشارح سليم باز عن رد المختار من ان حكم الدابة يخالف لحكم الثوب
من حيث ان الدابة لا يكفى فيها التمكن من المنفعة للزوم الاجرة بخلاف الثوب ،
لما في العمادية : استأجر دابة ليركبها الى مكان معلوم فامسكها في بيته في المصر ،
لا يجب الاًجر ويضمن لو هلكت اه فيه نظر ظاهر ، وقد اسقط من عبارة العمادية
لفظ « خارج المصر » بعد قوله « الى مكان معلوم » وبمراجعة عبارات الخانيسه
والهندية والانقروية والفصولين والعمادية تزداد المسئلة وضوحاً ، والله الموفق .

المادة ٥٣٦ = * من استأجر ثياباً على ان يلبسها بنفسه فليس

له ان يلبسها غيره *

لأن الثوب مما يختلف باختلاف المستعملين فيعتبر فيه التقييد ، كما تقدم في
المادة (٤٢٧) وشرحها . ومتى خالف المتأجر فقلبه الضمان ولا اجر عليه .

قال في الهندية: ولو استأجر ثوباً ليلبسه مدة معلومة ، فليس له ان يلبسه غيره ، للتفاوت في اللبس ، وينصرف الى اللبس المعتاد في النهار واول الليل الى وقت النوم وآخره عند القيام ، ولا ينام فيه بالليل ، وان فعل وتخرق ضمن . وان سلم حين جاء وقت لبسه ، بريء من الضمان . وان كان ثوباً ينام فيه بالليل يجوز ان ينام فيه ويجوز الارتفاع به ، لا أنه لبس ، ولا يجوز الاتزار به ؛ يضمن ان تخرق . ولو لبسه عبده بغير اذنه ، فالضمان على العبد يتعلق بقربته . ولو استأجره للخروج فلبس في بيته او امسكه ولم يلبس ، لا يضمن ويجب الأجر . وعلى العكس يضمن ، اي ولا اجر . ولو استأجره ليلبسه كل شهر بدرم فلبسه في البيت سنين فعليه لكل شهر درم الى ان يعلم انه لو لبسه تخرق في تلك المدة . ولو استأجر ثوباً يوماً الى الليل على انه ان بدا يردده فلم يردده عشرة ايام ، فعليه اجره كل يوم احتسافاً اه

وفيهما عن الذخيرة: ولو استأجرت ثوباً لمخرج تخرج به يوماً بدرم وضاع الثوب منها في اليوم ، فلا اجر عليها وان اختلفا في الضياع فقال رب الثوب لم يضع في ذلك اليوم وقالت هي لا بل ضاع فيه ، فإنه يحكم الحال: ان كان في يدها وقت المنازعة ، فالقول قول رب الثوب مع يمينه . وان لم يكن في يدها وقت المنازعة فالقول قولها . هذا اذا ضاع ثم وجد ، وان لم يوجد لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذا الفصل في الكتاب ، وينبغي ان يكون القول قولها ايضاً . وان سرق الثوب منها فلا ضمان . ولو تخرق الثوب من لبسها فلا ضمان عليها وان حصل الهلاك بجنابة يدها اه .

المادة ٥٣٧ - * الحلّي كاللباس *

فلو استأجرته لتتحلى به بنفسها ، فليس لها ان تحلى به امرأةً غيرها . وفي الهندية: ذكر عن الحسن رحمه الله تعالى انه قال: لا بأس بأن يستأجر الرجل حلّي الذهب بالذهب وحلّي الفضة بالفضة ، وبه يأخذ كذا في المبسوط . واذا استأجر داراً فيها صفايح ذهب بذهب ، فإنه يجوز . هكذا في المحيط .

ولو استأجرت حلياً معلوماً يوماً الى الليل يبدل معلوم لتلبسه فحجسته اكثر
من يوم وليلة ، صارت غاصبة . قالوا : هذا اذا حجسته بعد الطلب ، او حجسته
مستعملة له . فأما اذا حجسته للحفظ ، فلا تصير غاصبة قبل الطلب . والحد
الفاصل بين الامساك للحفظ وبين الامساك للاستعمال انه اذا امسك العين
في موضع يمك للاستعمال فيه ، فهو استعمال . وان امسكها في موضع لا يمك
فيه للاستعمال ، فهو حفظ . فطلى هذا اذا نسوت بالخلخال او تحللت بالسوار او
نعمم بالقميص او وضع العمامة على العائق ، فهذا كله حفظ وليس باستعمال . وان
البسته غيرها في ذلك اليوم ضمنت ، يعني في مدة الاجارة ، لأن الناس يتفاوتون
في لبس الحلي . كذا في الفصول العادبة .
وان استأجرته كل يوم بأجر مسمى فحجسته شهراً ثم جاءت به ، فعليها اجر
كل يوم حجسته .

وان استأجرته يوماً الى الليل فان بدلها فحجسته كل يوم بذلك الأجر فلم
ترده الى عشرة ايام ، فالاجارة على هذا الشرط ، فيما عدا اليوم ، فلسدة قياماً .
وفي الاستحسان تجوز (كذا في الذخيرة) وكل مستأجر عين او حيوان او متاع
او دار اذا فسد ذلك بحيث لا يمكن الانتفاع به سقط الأجر ويجب اجر ما
انتفع به . فان اختلفا في فساده في الزمان الماضي في جميع المدة ، يحكم الحال ،
والقول في الماضي قول من شهد له الحال . وان كان سالماً في الحال وانفقا على
فساده في بعض المدة واختلفا في مقداره ، فالقول قول المستأجر مع يمينه لأنه ينكر
بعض الأجر ، كذا في النياية . الى هنا عبارة الهندية .

= الفصل الثالث =

✽ في اجارة الدواب ✽

المادة ٥٣٨ = ✽ كما يصح استكراء دابة معينة كذلك يصح

الاشتراط على المكاري الايصال الى محل معين ✽

كما يصح ان يكون العقود عليه المنفعة ، كأن يستأجر دابة معينة للركوب
او الحمل ، فيكون الواجب استيفاء منفعة المأجور ، بصح ان يكون العقود عليه
العمل ، كأن يستأجره لحمله او حمل متاعه المعلوم او المشار اليه الى محل كذا ،
فيكون الواجب على الآجر عمل في ذمته . ففي الأول يتعين المأجور لاستيفاء
المنفعة ولا يقوم غيره مقامه فلا يستحق الآجر به اجراً ، لأنه استيفاء للمنفعة بلا
عقد ، لتعين العقود عليه . وفي الثاني يمكن الآجر الأبقاء بأي دابة كانت ،
ويمكنه الاستعانة عليه بغيره ، كالمأمور بقضاء الدين (اناؤه الزبلي)

وفي الهندية : اذا تكارى من رجل ابلاً سماً بغير عينها من كوفة الى
مكة ، فالاجارة جائزة . قال الشيخ الامام خواهرزاده : ليس تفسير المسئلة انه
استأجر ابلاً بغير عينها ، لأن استئجار ابل بغير عينها لا يجوز ، لجهالة العقود
عليه - بل تفسيرها ان يتقبل الكاري الحمل فيقول له المستكاري احملني
الى مكة بكذا ، فيكون العقود عليه الحمل في ذمة المكاري ، وانه معلوم ،
والابل آلة الحمل ، وجهالة الآلة لا توجب فساد الاجارة ، كما في الخياط والقصار
وما اشبه ذلك . قال الصدر الشهيد : ونحن نقضي بالجواز ، كما ذكر في الكتاب .
وتفسير ذلك ما قلنا ، وصار ذلك معتاداً ، ولو لم يكن كذلك لا يجوز .
هكذا في المحيط اه .

المادة ٥٣٩ - * لو استأجر دابة معينة الى محل معين وتعبت في
الطريق ، فالمستأجر يكون مخيراً ان شاء انتظرها حتى تستريح
وان شاء نقض الاجارة . وبهذه الحال يلزم المستأجر ان يعطي تلك
المسافة من الاجر المسمى *

الاشارة بهذه الى حالة نقض الاجارة ، يعني وفي حاله نقض الاجارة يجب
على المستأجر ما اصاب المسافة التي قطعها من الاجر المسمى . فإن كانت نصف

الطريق ، ف عليه نصف الأجران استوى النصفان صعوبة وسهولة ، والا
فيقدره (در عن شرح الوهبانية)

ولو لم يفسخ حتى وصل الى المحل المميز ، وجب عليه المسمى بتمامه ، سواء
ركبها او ساقها ، ارضاء بالعيب ولأنه استوفى المنفعة او تمكن منها مع النقصان ،
وهذا كله اذا حدث بالدابة ما ينقص المنفعة ، كما يشير اليه التعبير « بتعبت »
بني صارت بحال يكون الانتفاع بها اقل من الأول . واما اذا حدث فيها ما
يمنع من الانتفاع بها بالكلية ، كما اذا حصل بها دير او مرض يمنع من ركوبها او
تحميلها اصلاً ، فإن الاجرة حينئذ تسقط اعتباراً من وقت الحدوث ، فسخ او لم
يفسخ ، لعدم التمكن من استيفاء المنفعة ، كما في رد المختار ، وتقدم في شرح
المادة (٥١٥)

ثم اذا نقض الاجارة فإن كان صاحبها معها سلمها اليه ، والا رفع الأمر
للقاضي لينصب عنه ، كيلا يفسخه بمحضته ، لأنه يشترط لصحة الفسخ حضور
الموخر او علمه ، والا فلا يجوز الفسخ في غيبته ، والا اذا كان العيب مفوتاً للانتفاع
بالكلية ، كما تقدم في المادة (٥١٨) او شرحها . هذا وقد ذكر في تنقيح الحامدية
في جواب سؤال مانعه : استأجر حماراً الى بخاري فبيعي فتركه فضاع ، لم
يضمن (فصولين) ولو كان صاحب الحمار مع الحمار ولم يكن صاحب المتاع
معه فرض الحمار في الطريق فترك الحمار والمتاع وذهب ، لا يضمن ، لأن
فيه ضرراً وعذراً .

الحمار اذا عمي او عجز عن المقضي فباعه المستأجر واخذ ثمنه وهلك في الطريق ،
ان كان في موضع لا يصل الى الحاكم حتى يأمره ببيعه ، لا ضمان عليه ، لا في
الحمار ولا في ثمنه وان كان في موضع يقدر على ذلك او يستطيع امساكه او
رده اعمى ، فهو ضمن للقيمة (عمادية من اجارة الدواب)

ونقل الشارح سليم باز عن الحامدية بعد هذا مانعه : وفيها : استأجر حماراً
ولم يسم الراكب فقصر الحمار في الطريق فوضعه عند آخر لينفق عليه ، لا يضمن
ان هلك الحمار اه مع ان هذه العبارة لم ارها في الحامدية اصلاً . نعم ذكرها في
الحانية ، بعد ان ذكر مثل ما في الفصولين والعمادية بنصف ورقة ، هكذا : رجل

أكثرى حماراً من كرش الى بخاري فعي الحمار في الطريق وصاحب الحمار كان بخاري ، فأمر المكتري رجلاً ان ينفق على الحمار في علفه كل يوم مقداراً معلوماً وسمى له الأجر الى ان يصل اليه صاحب الحمار ، فأمر الأجير الحمار اباناً فانفق عليه وهلك في يده ، قالوا : ان كان المكتري أكثره لركوب نفسه ، ضمن ، وان كان أكثره ولم يسم الراكب ، لا يضمن ، لأنه اذا أكثره لركوب نفسه لا يكون له ان يؤجره ولان يعيره ، فاذا لم يملك الاعارة والاجارة ، لا يملك الايداع ، فيضمن اه ولا يخفى ان في هذا مخالفة لما نقله في الهندية عن الفصولين والعمادية ولما ذكره في الخائبة ايضاً ، لأنه اذا كان لا يضمن بترك الدابة المأجورة بلا حافظ اصلاً حتى هلكت ولا يبيعها بلا اذن قاض ، وهلاك ثمنها بلا تفصيل بين ان يكثرها لركوب نفسه او لم يسم لها راكباً ، فكيف يضمن فيما اذا استأجر لها من يتعهدا وينفق عليها ؟ فلا بد من الجمع بين البارتين . ولعل ما ذكر اولاً مفروض فيما اذا عجزت الدابة عن المضي ، كما هو صريح ما في العمادية ويشير اليه التليل بان فيه ضرورة وعذراً . وما نقلناه ثانياً عن الخائبة فيما اذا لم تعجز عن المضي يدل عليه التعبير بعي اي تعب لا يعجز عن المضي لعدم الضرورة والعذر حينئذ ، فليتدبر .

المادة ٥٤٠ = * لو اشترط ايصال حمل معين الى محل معين وتعبت الدابة في الطريق فالمكاري مجبور على تحميله على دابة اخرى وايصاله الى ذلك المحل *

لما قدمناه في شرح المادة (٥٣٨) من ان المبعود عليه في هذه الصورة عمل في ذمة المؤجر فيجب عليه ايفاؤه كيفما كان ولو بالاستمارة بدابة غيره ، كالأموور بقضاء الدين

المادة ٥٤١ = * لا يجوز استئجار دابة من دون تعيين . ولكن ان عينت بعد العقد وقبل المستأجر يجوز *

اي ويكون المقود عليه منفعة تلك الدابة ، ويكون الواجب استيفاء منفعتها فقط . وانما انقلبت الاجارة صحيحة بالتمهين بعد الجهالة لارتفاع جهاله المأجور قبل تمام مدة العقد . وهذا استحسان لأن الاجارة تنقذ ساعة فساعة على حدوث المنفعة ، والفساد كان لاجل الجهالة ، فإذا ارتفعت كان الارتفاع في هذه الساعة كالارتفاع في وقت العقد ، فيعود جائزاً (رد المحتار عن قاضي خان في شرح الجامع)

✽ وايضاً لو استؤجرت دابة من نوع على ما هو المعتاد بلا تعيين يجوز ويصرف على المتعارف المطلق . مثلاً لو استؤجرت دابة من المكاري الى محل معلوم على ما هو المعتاد ، يلزم المكاري ايبصال المستأجر بدابة الى ذلك المحل على الوجه المعتاد ✽

اي ويكون المقود عليه عملاً في ذمة المؤجر وهو ايبصال المستأجر بدابة الى ذلك المحل على الوجه المعتاد . فان كانت المادة اركاب نوع الفرس فليس له ان يركبه حماراً او بعيراً كالموقف المقدر على نوع معين من الدواب . ولكن لا تتعين دابة دون اخرى من ذلك النوع المشروط او المعتاد ، ولما علمت من ان المقود عليه عمل في ذمة المكاري وانه معلوم ، والدابة آلة العمل وجهالة الآلة لا توجب فساد العقد .

المادة ٥٤٢ - ✽ لا يكفي في الاجارة تعيين اسم الخطة والمسافة فقط الا ان يكون اسم الخطة علماً متعارفاً لبلدة . مثلاً لو استؤجرت دابة الى بوسنه او الى العراق لا يصح اذ يلزم تعيين البلدة او القصة او القرية التي يذهب اليها ولكن لفظ الشام مع كونه اسم قطعة قد تعورف اطلاقه على بلدة دمشق فلماذا لو استؤجرت دابة الى الشام يصح ✽

هذا هو المختار للفتوى ، لأنه يراد به عند الاجارة بلدة دمشق عرقاً ، كما
في الهندية عن جواهر الاخلاطي وفيها عن وجيز الكردي : تكاري دابة الى
فارس ، فالاجارة فاسدة ، لأن فارس وخراسان وخوازم وشام وفرغانة وسغد
وما وراء النهر والهند والخطا والدشت والروم واليمن اسم الولاية ، وبلغ وهراة واوزجند
اسم البلدة ، وفي كل موضع هو اسم للولاية اذا بلغ الاذني له اجر المثل لا يتجاوز
عن المسمى ، وفي كل موضع هو اسم البلدة اذا وصل البلد يلزم البلاغ الى منزله اه
وظاهر هذه المادة ان بوسنة اسم للولاية ولم يعارف اطلاقها على بلدة معينة منها ،
والمشهور بخلافه . فاذا كان هناك بلدة مسماة بهذا الاسم ايضاً تصح الاجارة
وتكون هي المرادة في عقد الاجارة عرقاً ، كما في لفظ الشام ، بسل تلك
اولى ، لأن لفظ الشام وان تعورف اطلاقه على بلدة معينة من قطعة الشام ، الا
ان تلك البلدة لها اسم مخصوص غيره ، وهو دمشق ، بخلاف لفظ بوسنة ، فانها
كلفظ بخارى . وقد قال في الخانية : رجل استاجر من سمرقند الى بخارى ولم
يسم رستاقا من رسانيقها ولا قصبه ولا بقعة بعينها ، قال الشيخ الامام ابو بكر
محمد بن الفضل رحمه الله تعالى : الاجارة فاسدة ، لأن بخارى اسم للقصبه مع
سوادها فهي كالري . وذكر في الكتاب : اذا استاجر دابة الى فارس او الى
ري ولم يسم موضعاً معلوماً ، لا تصح الاجارة في ظاهر الرواية . وروى هشام عن
محمد رحمه الله تعالى : تصح وجعل الري اسماً للمدينة خاصة اه وقد علمت مما تقدم
عن جواهر الاخلاطي ان هذا هو المختار للفتوى ، فتأمل .

المادة ٥٤٣ - * لو استؤمجت دابة الى مكان و كان يطلق
اسمه على بلدين فايها قصدت يلزم اجر المثل . مثلاً لو اشكرت دابة
من اسلامبول الى جكمجة ولم يصرح الى كبيرها او صغيرها فايها
قصدت يلزم اجر المثل بنسبة مسافتها *

ولا يزداد على المسمى ، لان فساد الاجارة لجهالة المسافة لا لجهالة الأجر ،
راجع المادة (٤٦٢)

المادة ٥٤٤ - * لو استكرت دابة الى بلدة يلزم ايصال
مستأجرها الي داره *

استحساناً . وفي القياس ليس له ذلك . هذا اذا استأجرها ليركبها ، وكذلك
لو استأجرها ليحمل عليها مناعاً ، فان حط المتاع في ناحية من الكوفة وقال
هذا منزلي فاذا هو قد اخطأ فاراد ان يحمله مرة ثانية الى منزله ، فليس له ذلك
(هندية من الباب السادس والعشرين)

وفيهما ، بعد هذا : واذا تكارى دابة بالكوفة من موضع كانت فيه الدابة الى
الكناسة ذاهباً وجائياً فاراد ان يبلغ في رجعتة الى اهله لم يكن له ذلك انما له ان
يرجع الى الموضع الذي تكارى فيه الدابة (كذا في المبسوط)

المادة ٥٤٥ = * من استكرى دابة الى محل معين فليس له تجاوز
ذلك المحل بدون اذن للمكاري فاذا تجاوز فالدابة في ضمان المستأجر
الى ان يسلمها سالمة وان تلفت في ذهابه وايابه بضمن *

سواء استأجرها ذاهباً فقط او ذاهباً وجائياً ، وسواء عاد الى المحل الذي عينه
اولاً او لا . وقيل هذا اذا استأجرها ذاهباً فقط ، لانتهاه العقد بالوصول .
ومثل المستأجر في هذا الحكم المستعير - بخلاف المودع ، فإنه اذا عاد الى
الوفاق يرتفع عنه الضمان . والفرق ان المودع مأثور بالحفظ قصداً فيبقى الامر به
بعد العود الى الوفاق ، وفي الاجارة والاعارة مأثور به تبعاً للاستعمال ، فاذا انقطع
الاستعمال لم يبق هو نائباً (كذا في رد المحتار عن الهداية)

ثم ان الاجر يلزم المستاجر سواء سلمها سالمة او عطبت فضمنها . اما الاول
فلا نه حصل المقصود من استيفاء المنفعة المقنود عليها . واما الثاني ، فلان الضمان
وقع بعد استقرار الاجرة في ذمته باستيفاء المنفعة ، فلم يجتمع اجر وضمان .
قال في الخانيه : رجل استأجر دابة للركوب الى الكوفة فجاوز بها عن الكوفة
مقدار ما لا يسامح فيه الناس وركب في تلك الزيادة او لم يركب ، ثم ردها الى
الكوفة ، كان عليه الاجر الى الكوفة فتكون الدابة مضمونة عليه ما لم
يردها الى صاحبها ، حتى لو هلكت في طريق الكوفة يضمن قيمتها ولا يسقط عنه
شيء من الأجر . وهذا قول ابي حنيفة الآخر ، وهو قول صاحبيه رحمهما الله
تعالى . وكان ابو حنيفة رحمه الله تعالى يقول اولاً اذا ردها الى الكوفة يبرئ
من الضمان ، ثم قال لا يبرأ عن الضمان بإزالة التعدي ، وكذا المستعير ،
بخلاف المودع .

وقال بعضهم اذا استأجرها ذاهباً وجائياً يبرئ ، وكذا المستعير . وان
استأجرها ذاهباً لا جائياً ، لا يبرأ عن الضمان في كل حال ، الا المودع اه .
وفي الهندية عن التمرناشي : استأجر دابة ليحمل عليها حملاً معيناً الى موضع
معين في طريق بعينه ، او استأجر حماراً يحمل متاعه في طريق بعينه فأخذ في طريق آخر
يسلكه الناس فهلك او المتاع ، لم يضمن . وان بلغ فله الاجر ، لان الطريقين
لما لم يتفاوتا ، لم يقد تعيينه ، حتى لو اخذ في طريق لا يسلكونه او مخوف ، ضمن ،
لان تعيينه مفيد . وان حمله في البحر ، ضمن ، لان الهلاك فيه غالب . وان بلغ
فله الاجر ، ولا عبرة بالخلاف عند حصول المقصود . وكذا الجواب في البضاعة اه
وهذا بخلاف ما اذا استأجر دابة ليذهب الى مكان كذا فذهب الى مكان
آخر ، كما يأتي في المادة الآتية ، فإنه يضمن ، وان كان الثاني اقرب من الاول
ولا اجر عليه سواء سلمت الدابة او هلكت ولذا قال :

المادة ٥٤٦ - * لو استكربت دابة الى محل معين فليس
للمستأجر ان يذهب بتلك الدابة الى محل آخر فان ذهب وتلفت

الدابة يضمن مثلاً لو ذهب الى اسلمية بالدابة التي استكراها على ان يذهب بها الى تكفورطاغ وعطبت يلزم الضمان *
*

ولا اجر عليه سواء سلمت الدابة او هلكت ، كما في الهندية ، بخلاف ما اذا تجاوز ذلك المحل المعين الى غيره ، فان الاجر يجب عليه سواء سلمت الدابة او هلكت ، كما تقدم عن الهندية . قال فيها : والاصل في جنس هذه المسائل ان استيفاء العقود عليه بوجوب الاجر على المستأجر اذا تمكن المستأجر من استيفاء ما هو العقود عليه . اما اذا لم يتمكن ، فلا - الا يرى ان من استأجر من آخر ثوباً بعينه ليلبسه وغصب هذا المستأجر من هذا الآخر ثوباً آخر ، ثم ان المستأجر لبس الثوب المغصوب دون الثوب المستأجر ، فان كان في بيته فإنه يجب الاجر على المستأجر في الثوب المستأجر ، وان لم يكن متمكناً بأن كان غصب رجل الثوب المستأجر من المستأجر ، لا اجر على المستأجر اصلاً (كذا في الذخيرة) اه .

وبما ذكرنا تعلم ان ما كتبه الشارح سليم بان في شرح المادة السابقة من انه اذا هلكت الدابة في مسألة تجاوز المحل المعين فلا اجر عليه لان الاجر والضمان لا يجتمعان ، خطأ قاله تفقهاً من عند نفسه . نعم في صورة ما اذا استأجرها ذاهباً وجائياً لو قيل بعدم لزوم اجر الجبشي لأنها كانت مفصولة ، حينئذ لكان له وجه وجيه ، وبديل عليه قول الخانية فيما تقدم « كان عليه الاجر الى الكوفة » فتدبر . وفي الدر المختار : استأجر دابة ثم جرد الاجارة في بعض الطريق ، وجب عليه اجر ما ركب قبل الانكار ، ولا يجب لما بعده عند ابي يوسف ، لأنه بالوجود صار غاصباً ، والاجر والضمان لا يجتمعان . وعند محمد يجب المسمى ان سلمت الدابة اه قال في رد المحتار : قلت : اما اجر ما قبل الوجود ، فيجب وان هلكت بعده ، ولا يلزم اجتماعهما ، لاختلاف الجهة ، كما مر نظيره . تأمل اه ثم رأيت في الخانية ما يفيد اعتماد قول محمد بوجوب المسمى ان سلمت .

المادة ٥٤٧ - * لو استؤجر حيوان الى محل معين وكانت طريقه

متعددة فللمستأجر ان يذهب باي طريق شاء. من الطرق التي يسلكها
الناس ولو ذهب المستأجر من طريق غير الذي عينه صاحب الدابة
وتلفت فان كان ذلك الطريق اصعب من الطريق الذي عينه يلزم
الضمان وان كان مساوياً او اسهل فلا *

حاصل المسئلة انه اذا لم يعين مالك الدابة او مالك المتاع طريقاً مخصوصاً من
تلك الطرق ، فلراكب الدابة والمكاري ان يسلك اي طريق شاء ، بشرط ان
يكون مما يسلكه الناس . وان عين طريقاً فسلك الآخر طريقاً غيره ، فان
تفاوتا بعداً او وعراً ، كان ضامناً ، والا فلا ، لأنه عند عدم التفاوت لا يصح
التعيين ، لعدم الفائدة . وكذا ان كان للمحل المعين طريق في البحر وطريق في
البر ، فان لم يعين صاحب المتاع واحداً منها ، كان للمكاري ابصاله ان شاء برأ ،
وان شاء بجرأ ، وان قيده بالبر فسلك البحر كان ضامناً وان كان البحر مما يسلكه
الناس لخطر البحر .

وفي جميع هذه المسائل لو بلغ المستأجر بالدابة او المكاري بالمتاع المنزل المعين
صالحاً ، يلزم الاجر المسمى لحصول المقصود ، ولأن جنس الطريق واحد ، فلا
يظهر حكم الخلاف الا بظهور اثر التفاوت ، وهو الهلاك . فاذا سلم بقي التفاوت
صورة لا معنى ، فوجب المسمى . هذا ملخص ما في الدر وحواشيه ،
ونقدم نظيره عن الهندية - وبه تعلم ان ما كتبه الشارح سليم باز في
شرح هذه المادة من ان المستأجر بالمخالفة لا اجر عليه ، غلط او سبق قلم ،
فليقنه له .

بقي ما اذا قيّد صاحب المتاع ابصاله في البحر فسلك به المكاري في البر .
مقتضى قول صاحب الدر « لخطر البحر » وكذا ما تقدم عن الهندية من ان
الضال في البحر الهلاك ، ان لا يكون ضامناً ، لأنه مخالفة الي خير ، لكن لا بد
من تقييده بما اذا كان طريق البر مما يسلكه الناس ، فليتمل .

المادة ٥٤٨ - * ليس للمستأجر استعمال الدابة ازيد من المدة التي عينها المؤجر وان استعملها وتلفت في يده ضمن *

ولا اجر عليه فيما زاد على المدة المعينة ، وان سلمت الدابة ، لأنه غاصب -
الا اذا كانت الدابة وقتاً او مال يتيم او معدة للاحتلال ، كما سيأتي في المادة (٥٩٦) لكن الافضل ان يرضى المستأجر صاحب الدابة بشيء ، لما في الخاتبة :
رجل استكرى دابة لمسير فرسخ فسار عليها سبع فرائخ ، كان عليه الاجر المسمى للفرسخ ، وفيما زاد على الفرسخ يكون غاصباً ، ولا اجر عليه . وان ارضى المستأجر صاحب الدابة بشيء ، كان افضل له ، واما الاجرة المسماة للمدة المعينة فهي واجبة على المستأجر سواء سلمت الدابة او ضمنها بالهلاك ، لأنه لم يكن غاصباً في ذلك الوقت ، وانما صار غاصباً بعده ، كما في مسألة الفرائخ (افاده في الخاتبة) اي فلم يجتمع ضمان واجره فقييد الشارح سليم باز هنا وجوب الاجر المسمى للمدة المعينة بما اذا سلمت الدابة ، غير مناسب ، فليتنبه له .

المادة ٥٤٩ - * كما يصح استكراء دابة على ان يركبها فلان كذلك يصح استكراء دابة على ان يركبها المستأجر من شاء على التعميم *

لأن استكراء الدابة يختلف باختلاف الراكب كما يختلف الثوب باختلاف اللابس ، فلا يجوز الا بالتعيين ، او بأب يشترط ان يفعل ما يشاء ، على نحو ما تقدم في الزراعة ، اذ كل واحد منهما يختلف ، فلا فرق بينهما (زباني)

المادة ٥٥٠ - * الدابة التي استكريت للركوب لا تحمل ،

وان حملت وتلفت يلزم الضمان . وبهذه الحال لا تلزم الأجرة انظر
الى المادة (٨٦) *

ونصها : الاجر والضمان لا يجتمعان اه وهذا بخلاف ما لو استكرت للحمل ،
فان للمستأجر الركوب ، كما سيأتي في المادة (٥٥٩) لأن الحمل يتناول الركوب
كما في الخانية وغيرها . وهل اذا استأجرها للحمل فركبها يتمين الركوب ، او
حملها يتمين الحمل ؟ قال في رد المحتار : وفي البحر عن العمادية : استأجر دابة ليحمل
حنطة من موضع الى منزله يوماً الى الليل ، فحمل وكلما رجع كان يركبها ، قال
الرازي : يضمن لو عطبت . وقال ابو الليث : في الاستحسان لا الجريان العادة به والاذن
دلالة اه فالحاصل انهم اتفقوا على انها لو للحمل ، له الركوب ، لكن الرازي قيده
بأن لا يجمع بينهما . والفقهاء عمه اه اقول : لكن ذكر في الخانية مانعه : رجل
استأجر دابة للحمل ولم يبين ما يحمل عليها ، فسدت الاجارة . فان لم تنتض حتى
حمل عليها شيئاً ، جازت الاجارة . وكذا لو لم يحمل عليها شيئاً ولكن ركبها او
اركب حتى جازت الاجارة ، يصير كأن العقد ورد عليه . حتى لو فعل بعد ذلك
شيئاً يخالف الاول بأن اركب انساناً اولاً او ركب بنفسه ثم اركب غيره الاول
او كان الاول حملاً ثم ركب او اركب ، يصير غاصباً ضامناً اه فانت تراه قد جزم
بأنه لو ركبها بعد ان حملها يصير غاصباً ضامناً ، ولم يذكر فيه خلافاً . ويمكن
ان يقال : ما قاله الفقيه ابو الليث من عدم الضمان استحساناً لا دليل فيه على جواز الجمع
بين الحمل والركوب مطلقاً ، لأن ذلك في مشكلة وجد فيه الاذن دلالة من الموجر
للمستأجر بالجمع بينهما بحكم العادة والعرف ، فهو كما لو اركبها المستأجر باذن صاحبها
لغير من ركبها اولاً او لغير من شرط له ركبها ، فإنه يكون ايضاً غير ضامن ،
لعدم التمدي . والحاصل ان المدعي اطلاق جواز الجمع بين الحمل والركوب ،
والدليل خاص بما اذا وجد فيه الاذن ولو دلالة من الموجر ، فلا مطابقة بينهما ،
وقد علمت ان صريح ما في الخانية يخالفه ، فما في البحر غير مسلم وان اقره في رد
المحتار ، فليتدار .

المادة ٥٥١ - * الدابة التي استكرت على ان يركبها فلان لا يصح اركبها لغيره وان صار اركبها لغيره وتلفت يلزم الضمان *

لأنه صار متعدباً بالمخالفة ، لأن الركوب مما يتفاوت فيه الناس فيكون التقييد فيه مفيداً كما تقدم في المادة (٤٢٧) ولا أجر على المستأجر وان سلمت الدابة ، لأنه بالمخالفة يكون غاصباً ، ومنافع الغصب غير مضمونة الا فيما استثنى (رد المحتار)

وفي الهندية عن التارخانية: استأجرها ليركب فأركب غيره ثم انزله وركب ، لا يبرأ عن الضمان اه .

وفيها : واذا استأجرها ليحمل عليها حمل نفسه فحمل عليها حمل غيره ، فلا ضمان ، ولو استأجر محملاً ليركبه ، فليس له ان يحمل غيره اه - اي لأن الحمل لا يختلف باختلاف المستعمل ، فالتقييد فيه غير مفيد ، بخلاف الركوب تأمل .

وفي الدرر وحواشيه ، ما حاصله : لو استأجرها ليركبها فأردف غيره ممن يستمسك بنفسه وعطبت الدابة ، يضمن النصف سواء كان الرديف اخف او اثقل ، لأن ركوب احدهما مأذون فيه دون الآخر . وهذا اذا كانت الدابة تطيق حمل الاثنين ، والا فيضمن الكل ، كما يضمن الكل لو حمل الآخر على عاتقه وان كانت تطيق حملها ، لأنه لما كان ثقل الاثنين على محل واحد ، كان اشق على الدابة . وان كان الرديف صغيراً لا يستمسك ، يضمن بقدر ثقله بأن يسأل اهل الخبرة كم يزيد ، كما لو حمل شيئاً آخر ، فإنه يضمن كذلك ، اي بقدر ثقله . ولو كان ذلك الشيء ملك صاحبها كوله الناقة المستأجرة اذا ولدت بعد الاجارة ، لعدم الاذن من صاحبها . ولو ركب على موضع الحمل ضمن الكل لما جبر من كونها في محل واحد ، فهو اشق على الدابة . ولو لبس ثياباً اكثر مما

كان عليه وقت الاستئجار ، فإن كان بما يلبسه الناس عادة ضمن ، بقدر ما زاد ،
والا ضمن الكل .

وإذا ملكت الدابة بعد بلوغ المقصد في جميع هذه الصور وجب جميع الاجر ،
لا يقال كيف اجتمع الاجر والضمان لأننا نقول الضمان لركوب غيره او تحميله
ولا اجر فيه ، والأجر لركوبه ولا ضمان فيه ، فاختلف المحلان والسببان . ثم ان
ضمن صاحب الدابة الراكب لا يرجع على الرديف بشيء ، وان ضمن الرديف رجع
على المستاجر لو كان مستاجراً منه ، لانه غره في ضمن عقد المعاوضة . ولو مستعيراً
فلا رجوع له ، لانه لم يضمن له السلامة حيث لم يكن بينها عقد . واذا سلمت
الدابة لزم المسمى فقط في جميع هذه الصور ، لانه استوفى العقود عليه وزيادة
غير ان الزيادة استوفيت من غير عقد فلا يجب لها الاجر . وهذا كله اذا اردف
المستاجر غيره حتى صار الاجنبي كالتابع له فاما اذا اقمده في السرج وارقدف
هو خلف الاجنبي صار غاصباً ولم يجب عليه شيء من الاجر ، لانه رفع يده عن
الدابة ووقعها في يد متعدية فصار ضامناً ، والاجر لا يجامع الضمان ، هذا ما
نقله في البحر عن غاية البيان . واما ما ذكره في السراج من انه لو جعل نفسه رديفاً
للاجنبي فحكمه كما لو اردف الاجنبي فيما تقدم ، فهو مشكل لا ينبغي الاقدام
على الاتناء به ، لاننا لو الزمننا الآجر بارتدافه لزم اجتماع الاجر والضمان ، وهو مخالف
لما انفقت عليه كلمتهم من انهما لا يجتمعان اه .

المادة ٥٥٢ = * من استأجر ذابة على ان يركبها من شاء فان
شاء ركبها بنفسه وان شاء اركبها غيره ولكن ان ركبها هو او غيره
بعد تعيين المراد وتخصيصه بركوب احد لا يصح اركاب آخر *

قوله « بعد تعيين المراد الخ » متعلق بقوله « لا يصح اركاب آخر » يعني لا
يصح اركاب آخر بعد ان تعيين المراد وتخصص بركوب احد . فكان على المترجم ان يزيد
الفاء في قبل قوله « بعد » لوقوع الجملة جواباً لأن الشرطية . قال في الهداية :

فإن اطلق الركوب اي عممه جازله ان يركب من شاء عملاً بالاطلاق .
ولكن اذا ركب بنفسه او اركب واحداً ليس له ان يركب غيره ، لأنه تعين
مراداً من الاصل ، والناس متفاوتون في الركوب ، فصار كأنه نص على
ركوبه اه .

بقي ما لو استأجرها على ان يركب من شاء في اي وقت شاء ، والظاهر ان
الاجارة تكون فاسده لجهالة من يركبها ، ولا تنقلب جائزة اذا ركب او اركب
واحداً ، لأن اشراط اركابه من شاء في اي وقت شاء ينافي كون من اركبه
تعين مراداً من الاصل - وبدل عليه ما نقله في البحر عن الخلاصة : واذا تكرارى
قوم مشاة ابلاً على ان المكاري يحمل من مرض منهم او من عيبي منهم ، فهذا
فاسد اه فتأمل وراجع .

ثم انه لو اركبها احداً والمسئلة بمالها ثم اركبها غيره او ركبها هو فهلكت ، هل
يكون ضماناً ؟ لم اره منقولاً ، ويظهر لي عدم الضمان ، لأن اركبها من شاء في
اي وقت شاء مأذون فيه من صاحبها ، وبدل عليه ما في الهداية وغيرها : ومن استأجر
حماراً الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفتق اي هلك
في بعض الطريق ، فلا ضمان عليه ، لأن العين المستأجرة امانة في يد المستأجر .
وان كانت الاجارة فاسدة ، فإن بلغ الى بغداد ، فله الاجر المسمى استحساناً ، على
ما ذكرنا في المسئلة الاولى اه اي من ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد ، فينقلب
جائزاً . لكن في مسئلتنا ينبغي وجوب اجر المثل لبقاء الاجارة فاسدة لان الجهالة
لم ترتفع قبل تمام العقد لما ذكرنا ، فلا يجري فيها الاستحسان ، فليتأمل عند الفتوى
وليراجع ، فاني لم اقف فيها على نقل صريح الآن . ثم رأيت في الهندية : نقل عن
الخلاصة بعد ما تقدم نقله عنها : ولو شرط عليه عقبة الاجير ، وتفسيرها ان يركب
واحداً منهم ثم ينزل ثم يركب الآخر ثم ينزل ، فذلك جائز اه فهذا يقتضي صحة
الاجارة فيما لو عم له ان يركب من شاء في اي وقت شاء ، لأنه بمعنى عقبة الاجير .
وعليه فعدم الضمان ظاهر ، ويمكن ان يقال ان المستأجر في عقبة الاجير جماعة شرطوا
ان يركب واحد منهم الخ ، بخلاف مسئلتنا ، فليتأمل .

المادة ٥٥٣ = * لو استكرى احد دابة وعين المدة او المسافة
للكوب من دون تعيين من يركبها ولا التعميم على ان يركبها من
شاء ، تفسد الاجارة . لكن لو عين او بين قبل الفسخ تنقلب الى
الصحة . وعلى هذه الصورة ايضاً لا يركب غير من نعين على
تلك الدابة *

قال في البحر : فلو قال : على ان تتركب من شئت او تلبس من شئت ، صح
المقد . ولو استأجرها للركوب ولم يسم من يركبه ، لا تصح الاجارة . والفرق
ان في الثانية صار الركوب مثلاً من شخصين كالجنسين ، فيكون المقود عليه
مجهولاً ، فلا يصح . وفي الاولى رضي المالك بالقدر الذي يحصل في ضمن الركوب ،
فصار المقود عليه معلوماً . واذا فسدت ، فلو اركبها او ركب بنفسه وجب المسمى
استحساناً . وتنقلب صحيحة ، ولا ضمان عليه عند الهلاك . ومقتضى ما مر في
المادة (٥٢٤) فيما لو استأجر ارضاً ولم يبين ما يزرعه فيها ولم يعم ، من تقييد التعيين قبل
الفسخ بكونه برضي الموهجر ، ان يكون التعيين هنا ايضاً مقيداً بذلك ، حتى لو ركبها
المستأجر او اركبها ولم يعلم به الموهجر او علم ولم يرض ، تبقى الاجارة فاسدة . وقد منافي
شرح تلك المادة ان التقييد بذلك مبني على ما بجته العلامة المقدسي واقروه كل من
الطحاوي وابن عابدين في حواشي الدر ، وذكرنا هناك ان ما بجته المقدسي لا
يعارض ما اطلقه المتون والشروح والفتاوى من انه بمجرد تعيين الراكب في الدابة
المزروع في الارض واللابس في الثياب ، ينقلب المقدم صحيحاً ، ولم يشترط احد منهم
رضاء الموهجر بذلك ، فليراجع ما كتبناه في شرح المادة المذكورة .

وقد رأيت الأُن قبيل باب ضمان الأجير من فتح التقدير عند ما علل قول
امتنا الثلاثة بانقلاب العقد بعد الزرع بقوله : (ولنا ان المقود عليه صار معلوماً قبل
مضي الأجل فيرتفع النساد) ما نصه : وقال في النهاية ومعراج الدراية : فإن

قيل : وان ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لكن لم يرتفع ما هو الموجب للفساد ، وهو احتمال ان يزرع ما يضر بالارض لجواز ان يكون زرع فيها مضرًا بالارض فتقع بينهما المنازعة بسبب ذلك ، لأن الموجب للفساد في ابتداء العقد كان احتمال ذلك ، وقد تحقق ذلك ، فكيف ينقلب الى الجواز بتحقيق شيء احتمال مفسد للعقد ، ولأن العقود عليه اذا كان مجهولا لا بتعيين الا بتعيين العاقدين صوتا عن الاضرار بأحدهما ، ولا ينفرد احدهما بالتعيين ، لما ان العقد قام بهما فكذا تعيين العقود عليه ينبغي ان يقوم بهما . ثم الاستعمال تعيين من احدهما ، فلا يصح ذلك . وهذا الاشكال هو الذي قاله صاحب الفوائد بقوله « ولي في هذا التعليل اشكال هائل » ثم قال : قلنا الاصل اجازة العقد عند انتفاء المانع ، لأن عقود الانسان نصيح بقدر الامكان والمانع الذي فسد العقد باعتباره ، توقع المنازعة بينهما في تعيين العقود عليه ، وعند استيفاء احد النوعين من المنافع ، يزول هذا التوقع فيجوز هذا العقد ما في النهاية ومعراج الدراية اقول : في الجواب بحث ، لان توقع المنازعة بينهما انما يزول عند استيفاء احد النوعين من المنافع اذا لم ينفرد احدهما باستيفاء ذلك ، واما اذا انفرد احدهما به فلا يزول ذلك اصلاً ، وهذا مما لا ستره به ، فالكلام الفيصل انه ان اعتبر في وضع هذه المسئلة علم رب الارض باستعمال المستأجر في الارض ورضاه بما عمل فيها ، فلا يتجه الاشكال المذكور رأساً . وان لم يعتبر فيه ذلك بل انقلب العقد جائزاً بمجرد استعمال المستأجر فيها ومضى الاجل سواء علم رب الارض بذلك ورضي به او لا ، فالاشكال المذكور واردٌ جداً غير مندفع بالجواب المزبور قطعاً . اهـ ما في فتح القدير . اقول : قد اتضح مما في النهاية ومعراج الدراية وغيرهما ان المنقول عن ائمتنا خلافاً لغير استحسن انقلاب العقد جائزاً بمجرد استعمال الارض او الدابة او الثوب من المستأجر غير مشروط ذلك برضي الموهجر ، فيكون قطعاً عليه المعول بلا التفات الى من بحث في علته او تأول . وقد علمت ان ما اجاب به في النهاية ومعراج الدراية عن ذلك البحث هو بمعنى ما اجبت به عنه في شرح المادة المذكورة آتفاقيل ان اراه ، والله الحمد ، وان بحث فيه صاحب الفتح كما سمعت . ويمكن ان يؤخذ دفع بحثه المذكور من تعليل الزيلعي وغيره المسئلة بأنه يجعل ما تعين بالاستعمال كأنه ورد عليه العقد ، اى كأنها اتفقا عليه . ويبان ذلك ان الموهجر لما لم يعين ولم يعم

فسد العقد ، فكان عليه ان يفسخه ، فلما صبر الى ان استعمله المستأجر علم انه يريد
بالعقد اطلاق ان يزرع في الارض ما يشاء ، وان يركب في الدابة من يشاء ،
فيتعين المزرع والراكب باستعماله كما يتمين ذلك عند الاطلاق ، ويجعل كأن
ذلك المعين هو المعقود عليه ، كما جعل كذلك في صورة الاطلاق . على انك خبير
بأن البحث في المنقول عن الائتمه رد على صاحبه مها كان البحث قوياً ، اذ ليس بعد
المنقول الا الرجوع اليه ، فتدبره .

ثم اذا مضت المدة ولم يستعمل المستأجر الدابة لا يركوبه ولا يركب غيره ،
لا يجب عليه شيء من الأجر وان كان متمكناً من الانتفاع ، لما تقدم في المادة (٤٧١)
من ان الاجارة الفاسدة لا يجب فيها اجر المثل الا بحقيقة الانتفاع ، ما لم تكن
الدابة مال وقف او يتم او معدة للاستغلال .

المادد ٥٥٤ = * لو استكربت دابة للحمل يعتبر في الاكاف

والجبل والعدل عرف البلدة *

وكذا اذا تكارها للركوب ، ففي اللجام والسرج يعتبر العرف ايضاً (هندية

عن المحيط)

وفي الخائفة : واذا استأجر خياطاً ليجيئ ثوباً ، كان السلك والابرة على
الخياط . وهذا في عرفهم ، اما في عرفنا ، السلك على صاحب الثوب . ولو كان الثوب
حريراً ، فالأبريسم الذي يخاط به الثوب يكون على صاحب الثوب . وفي استئجار
اللبان الملبين يكون على اللبان ، والتراب على المستأجر . وفي تنسيق الثوب ،
الذي يبقى يكون على صاحب الثوب . واخراج الخبز من التنور يكون على الخباز .
وجعل المرقفة في القصاع يكون على الطباخ اذا استأجر لطبخ عرس او وليمة وان استأجر
لطبخ قدر خاص ، لا يكون ذلك على الطباخ اه وفي الهندية عن المحيط : والاصل
في هذا ان الاجارة اذا وقعت على عمل فكل ما كانت من توابع ذلك العمل ولم
يشترط ذلك في الاجارة على الاجبر ، فالرجع فيه العرف اه

وفي الهندية ايضاً: ومثل محمد رحمه الله تعالى عمن استأجر قصاراً ليقصر له الثوب ، فعلى من يجب حمل الثياب . قال : استحسن ان يكون حمل الثياب على القصار ، الا ان يكون القصار قد اشترط ذلك على رب الثياب .

وفيها : وان استأجر الحمال ليحمل الخنطة على ظهره او على دواب المستأجر فالجبل والجوالق يكونان على المستأجر . وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى : في عرفنا الجوالق يكون على صاحب الحمل في الاحوال كلها ، الا ان يشترط ذلك على الحمال ، والحبل على الحمال ، لأن الحبل يكون لصيانة الحمل عن الوقوع اه . وفيها ، من الباب الخامس والعشرين : وان استأجر الرجل من آخر دابة ودفعا اليه بغير سرج وجام وقال اكرتكم عرباناً ولم اكرتكم بسرج ولا جام ، وقال المستكروي استكرتكم بسرج وجام ، كان القول قول صاحب الدابة . كذا في المحيط اه

المادة ٥٥٥ = * لو استكرت دابة من دون بيان مقدار الحمل ولا التعيين باشارة يحمل مقداره على العرف والعادة *

يعني تكون الاجارة فاسدة وتقلب صحيحة اذا حملها ، كما اذا استأجرها للركوب ولم يسم ولم يعين ، لما في البرازية : استأجر ولم يذكر ما يحمل ، فسدت (افاده في رد المحتار)

وفي الهندية عن البدائع : ولا بد ايضاً من بيان ما يستأجر له من الحمل والركوب وما يحمل عليها ومن يركبها . فان اختلفا حين وقت الاجارة في هذه الاشياء قبل ان يحمل على الدابة او يركبها ، فان القاضي يفسخ الاجارة . فان حمل اوركب على الدابة فقت المدة ، فله ما سمي استئماناً . ولو فسخ القاضي الاجارة ثم حمل ، لا يجب شيء اه مختصراً .

لكن ذكر في الهندية ايضاً ، عن جواهر الاخلاطي : استأجر ابلاً او حماراً ليحمل عليها الخنطة ولم يبين مقدار الخنطة ولا اشار اليها ، لا يجوز عند البعض .

وعند البعض يجوز ما وينصرف الى المعتاد . وهذا اظهر وعليه الفتوى اهـ .
ويمكن التوفيق بحمل فساد الاجارة على ما اذا لم يبين ما يحمل ، وعليه ما مر عن
البرازية والهندية . لكن اذا حمل انعقد صحيحاً ، وان لم يحمل شيئاً فلا اجر عليه
وان تمكن من التحميل ، لأن الاجارة الفاسدة لا يجب معها أجر المثل ، الا
بحقيقة الانتفاع ويحمل الصحة على ما اذا بين ما يحمل لكن لم يبين مقداره ،
وعليه ما مر عن جواهر الاخلاطي ، فنصح الاجارة على ما عليه الفتوى ، وينصرف
الحمل الى ما هو المعتاد والمعروف في مقداره . وكيفما كان فاذا حمله الحمل المعتاد
فله المسمى ولا ضمان عليه اذا هلك ، لأنه مأذون فيه . وان حمله اكثر من
المعتاد ، فإن سلمت الدابة يلزم المسمى لصحة الاجارة او انقلابها صحيحة بالتحميل
ولا اجر عليه لمقدار الزائد عن المعتاد لأنه غير معقود عليه . وان هلكت
الدابة ، فإن كان الحمل مما لا تطيقه هذه الدابة ، ضمن المستأجر القيمة للزيادة ،
ووجب عليه كل الأجر ، لاستيفاء المنفعة بالحمل . وان كانت الدابة تطيق مثل
هذا الحمل ، ضمن المستأجر ما زاد الثقل وعليه الاجر المسمى ايضاً . اما الضمان
فبمقابلة الزائد الذي لا أجر له . واما وجوب الأجر ، فبمقابلة الحمل المسمى او
المعتاد الذي لا ضمان فيه ، كما يعلم جميع ذلك مما نقلنا عن الدرر وحواشيه في
شرح المادة (٥٥١) مع زيادة فيها ايضاً .

ثم ان ضمان ما زاد الثقل فقط في صورة ما اذا كان الحمل تطيقه الدابة ،
مقيد بقيدتين : الأولى ان تكون الزيادة من جنس الحمل المسمى . فلو من غيره ،
ضمن الكل . الثاني : ان يحمل الزيادة مع الحمل المسمى معاً . فلو حمل المسمى
وحده ثم حمل الزيادة وحدها ، ضمن الكل لو حملها في مكان المسمى . فلو كان
في مكان آخر ضمن قدر الزيادة كما في التارخانية وجامع الفصولين .

وفيه ايضاً : بخلاف ما اذا استأجر ثوراً ليطن به عشرة مخاتيم فطن احد
عشر ، او ليكرب به جريباً فكرب جريباً ونصفاً ، فذلك ، ضمن كل القيمة ، اذ
الطنن يكون شيئاً فشيئاً ، فلما طحن عشرة انتهى العقد ، فهو في الزيادة مخالف
من كل وجه ، فضمن كلها - والحمل يكون دفعة واحدة ، وبعضه مأذون فيه ،
فلا يضمن الا بقدره ، كما يعلم جميع ذلك مما نقلنا عن الدرر وحواشيه في شرح المادة (٥٥١)

واعلم ان هذا ، اي ضمان المستأجر الكل او قدر الزايد ، اذا حملها هو ،
اي المستأجر . فإن حملها صاحبها بيده وحده ، فلا ضمان على المستأجر ، لانه هو
المباشر ، لما في البحر عن العمادية : استكرو ابلًا على ان يحمل كل بعير مائة
رطل ، ثم لقي الجمال بابله واخبره المنكري انه ليس كل حمل الا مائة رطل
فحمل الجمال الى ذلك الموضع وقد عطبت بعض الابل ، لا ضمان على المنكري ،
لأن صاحب الجمل هو الذي حمل ، فيقال له كان ينبغي لك ان تزن اولادها وان
حملها معاً بان وضعها على الدابة ، وجب على المستأجر من قيمة الدابة ما يقابل
النصف من الزيادة ، لما في البزازية : استأجره ليجمل عشرة مخاتم فجعل عشرين ،
وحملها معاً ضمن ربع القيمة ، لأن النصف مأذون والنصف لا ، فيتصرف هذا
النصف . ولو كان البر في جولقين ، اي عدلين ، مثلاً ، فحمل كل واحد جولقاً
ووضعها معاً ، او وضع المستأجر اولاً ، فلا ضمان على المستأجر ويجعل حمل المستأجر
ما كان مستحقاً بالمقد . اما لو حملها ربهما اولاً ثم المستأجر ضمن المستأجر نصف
القيمة ، اي نصف ما قابل النصف من الزيادة كما علمت .

المادة ٥٥٦ - * ليس للمستأجر ضرب دابة الكراء من دون

اذن صاحبها ولو ضربها وتلفت بسببه ضمن *

وكذا اذا كبحها بالجام ، اي جذبها الى نفسه لتقف ولا تجري . ولا يضمن
بسوقها المعتاد ، اتفاقاً . اما بغير المعتاد بأن عنف بالسير ، يضمن ، بالاجماع . كذا
في الدر وحواشيه .

والضمان بالضرب والكبح قول ابي حنيفة رضي الله عنه ، وقال لا يضمن
اذا فعل فعلاً متعارفاً ، لأن المتعارف ما يدخل تحت مطلق المقدم ، فكان حاصله
بأذنه ، فلا يضمنه . ولا يبي حنيفة ان الأذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق
بدونه وانما هما للمبالغة فيتنقيد بوصف السلامة ، كالمرور في الطريق (بحر) وعلى
قوله جرت عامة المتون ، وعليه الفتوى كما في الهندية ، وانظر ما سنكتبه في

شرح المادة الآتية .

وفي الهندية عن المحيط : واذا استأجر حماراً بسرج فأمرجه بسرج لا يسرج
بمثله الحجر ، فهو ضامن بقدر ما زاد ، باتفاق الروايات . وان كان السرج الثاني
اخف من الاول او مثله ، فلا ضمان . وكذلك لو استأجره بأكاف فتزع ذلك
الأكاف واوكفه بأكاف هو اخف من الاول او مثله ، فلا ضمان . وان او كفه
بأكاف هو اقل ، ضمن بقدر الزيادة . واذا استأجر حماراً بأكاف ليركبه فتزع
الاكاف وامرجه ، فلا ضمان . ولو استأجر حماراً بسرج ليركبه فتحمل عليه
مكان السرج اكا فاوركبه ، فهو ضامن . هكذا ذكر في الجامع الصغير . قالوا :
وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى . وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى :
هو ضامن بقدر ما زاد . وجه ما ذكر في الجامع الصغير ، وهو الاصح ، انه
مخالف في الكل صورة ومعنى . وهذا الخلاف اذا كانت دابة توكل بمثل هذا
الاكاف . اما اذا كانت دابة لا توكل اصلاً ، او لا توكل بمثل هذا الاكاف ،
بضمن جميع القيمة في قولهم جميعاً .

وفي الخاتمة : وهذا اذا كان الحمار موكفاً حين استأجره ، فإن كان عربياً
حين استأجره فأمرجه وركب ، ذكر في الكتاب انه يضمن . ومشايننا رحمهم
الله تعالى قالوا : هذا على وجوه : ان استأجره من بلد الى بلد لا يضمن ، لان
الحمار لا يركب من بلد الى بلد عادة الا بسوج او اكاف . وان استأجره
ليركبه في المصر ، فإن كان من ذوي الهيئات ، فكذلك ، لان مثله لا يركب
في المصر الحمار عربانياً . وان كان من العوام الذين يركبون في المصر عربانياً ، فاذا
امرجه يكون ضامناً ، قال في رد المحتار ، بعد ذكر نظيره عن غاية البيان :
وهل يضمن كل القيمة او بقدر ما زاد ؟ - صحح قاضي خان في شرح الجامع ،
الاول اهـ وكذا نقل نصيحه في الهندية عن المحيط .

وفيها : وان استأجر دابة بغير لجام فألجمها او كانت ملجمة فتزعه وابدله للجام
مثله وركب ، لا يضمن . وان كانت تركب بغير لجام فألجمها بلجام لا تلجم بمثله ،
كان ضامناً .

المادة ٥٥٧ = * لو اذن صاحب دابة الكراء بضربها فليس
للمستأجر الا الضرب على الموضع المعتاد . فان ضربها على غيره كما لو
كان المعتاد ضربها على عرفها وضربها على راسها وتلفت يلزم
الضمان *

يفهم من هذه المادة والتي قبلها انه لو ضربها مع صريح الاذن على الموضع
المعتاد لا يضمن - بخلاف ما لو ضربها بدون صريحه ، فإنه يضمن وان كان
الضرب في الموضع المعتاد . وهذا ما صرح به في الهندية حيث قال وعن اسماعيل
الزاهد: قال: لو استأجرها ليركبها فضربها فماتت ، ان كان يضربها بأذن صاحبها
واصاب الموضع المعتاد ، لا يضمن اجماعاً . وان اصاب غير الموضع المعتاد ، يضمن
بالاجماع ، الا ان يكون مأذوناً له في ذلك الموضع بينه . كذا في المضمرات اه
وتقل مثله في رد المختار عن التتارخانية . لكن اطلاق عامة المتون الضمان
اذا هلكت بالضرب او الكبح ، يقتضي ان يكون ضامناً بها وان كان مأذوناً
فيه على قول ابي حنيفة المفتى به ، كما ان المجلة قد اطلقت الضمان بالضرب والسوق
العنيف في المادة (٦٠٢) الا تيسر . واما حمل ما في المتون على ما اذا كان بضرب
اذن صاحبها كما قاله في رد المختار ، فيعارضه توجيه قول ابي حنيفة بأن الاذن
بالضرب مقيد بشرط السلامة . قال في الهداية : وان كبح الدابة بلجامها او ضربها
فعطبت ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، وقال لا يضمن اذا نفل ففلا متعارفاً
لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصله بأذنه ، فلا يضمنه .
ولا يبي حنيفة ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونها ، وهما
للمبالغة ، فيتقيد بوصف السلامة ، كالمروور في الطريق اه ومعلوم ان الاذن
المقيد بوصف السلامة اعم من الاذن الصريح ومن الاذن المدلول عليه بالعادة
والعرف ، وكون هذا التعليل خاص للاذن دلالة دون الاذن صريحاً تحك لا دليل
عليه ، كيف وقد اتفقت كلمتهم بأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ؟ على ان

ما تقدم عن اسماعيل الزاهد قد ذكره في الهندية بعد ان نقل عن الجوهرة مانصه :
واذا كبح الدابة بلجامها اي جذبها الى نفسه بعنف او ضربها فعبت ، ضمن عند
ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، وعليه الفتوى اه ثم قال : وعن اسماعيل الزاهد ، الى آخر
ما مر . فقد جعل ما عن اسماعيل الزاهد قولاً مقابلاً لما عليه الفتوى من الضمان مطابفاً .
هذا ما ظهر لي ، فليتأمل عند الفتوى .

ثم بعد مدة رأيت في الخانية ، في فصل في البقار والراعي ما يوافق ما ذكر
عن اسماعيل الزاهد ، مقتصرأ عليه ، فليتأمل عند الفتوى ، اذ ليس بعد النص الا
الرجوع اه منه .

المادة ٥٥٨ - * يصح الر كوب على دابة استكربت للحمل *

لان الحمل يتناول الر كوب . قال الله تعالى * ولا على الذين اذا ما
الوك لتحملهم * (خانية) وانظر ما كتبناه في شرح المادة (٥٥٠ فانه)
مهم جداً .

المادة ٥٥٩ - * لو استكربت دابة عين نوع حملها ومقداره
يصح تحميلها حملاً آخر مماثلاً له او اهون منه في المضرة ايضاً . ولكن
لا يصح تحميل شيء ازيد في المضرة . مثلاً من استكرى دابة على ان
يحملها خمسة اكيال حنطة كما يصح له ان يحملها من ماله او مال غيره
اي نوع كان خمسة اكيال حنطة كذلك يجوز له ان يحملها خمسة
اكيال شعير . ولكن لا يجوز تحميل خمسة اكيال حنطة دابة
استكربت على ان تحمل خمسة اكيال شعير كما لا يصح تحميل
ماية افة حديد دابة استكربت على ان تحمل مائة افة قطن *

والاصل ان من استحق منفعة مقدرة بالعقد فاستوفاهما او مثلها او دونها ،
جاز . ولو اكثر ، لم يميز . كذا في الدر . وتقدم هذا في المادة (٤٢٦) فلو
استأجر الدابة ليحملها خمسة اكيال حنطة من ماله له ان يحملها ذلك من ماله
او مال غيره من اي نوع اراد من انواع الحنطة ، لا اكثر . وكذا يجوز ان
يحملها مثل الحنطة وزناً من الشعير ، لأن ضرر الشعير عند استوائها وزناً اخف
من ضرر الحنطة ، لأنه يأخذ من ظهر الدابة اكثر مما تأخذه الحنطة ، فيكون
اخف عليها بالانبساط - ولا يجوز ان يحملها خمسة اكيال حنطة مكان خمسة
اكيال شعير ، لأن الشعير اخف وزناً ، وكذا لا يجوز ان يحملها مائة افة حديد
مكان مائة افة قطن ، لأن الحديد يجتمع في مكان واحد من ظهرها فيضرها .
وكذا لا يجوز تحميلها مائة افة قطن مكان مائة افة حنطة ، لأنه يأخذ من
ظهرها اكثر من الحنطة ، وفيه حرارة ، فكان اضر عليها من الحنطة . ومثله
اذا حمل عليها مكان الحنطة تبناً او حطباً . فخاصه انه متى كان ضرر احدهما فوق
ضرر الآخر من وجه ، لا يجوز وان كان اخف ضرراً من وجه آخر .
والضابط في ما بضمه عند المخالفة ان الخلاف الموجب للضمان اما في الجنس او في
القدر او الصفة ، فالأول كما اذا استأجرها الحمل كحامل كحاملة حنطة ،
يضمن كل القيمة ، لأنها جنس آخر وانقل ، فصار غاصباً ولا أجر ، لأنها لا
يجتمعان . والثاني كما اذا استأجرها ليحمل عشرة اقفزة حنطة فحمل احد عشر ،
فإن سلمت لزم المسمى ، والا ضمن جزء من احدى عشر جزء من قيمتها . والثالث كما اذا
استأجرها ليحمل مائة رطل قطن فحمل مثل وزنه او اقل حديداً ، يضمن قيمتها .
لأن الضرر ايسر للثقل فلم يكن مأذوناً ولا اجر ، لما قلنا (الكيل من رد
المختار) اي ويلزمه اجرة العشرة اقفزة في الثاني ، اذ لا ضمان فيها كما تقدم
في شرح المادة (٥٥٥)

المادة ٥٦٠ = * وضع الحمل على الدابة على المكاري *

وكذا ازاله عنها وادخل الحمل في المنزل ، لا يكون عليه ، الا ان يكون ذلك في موضع يكون ذلك عليه في عرفهم (خانية ومثله في الهندية) ولا يخالفه ما سيأتي في المادة (٥٧٥) لأن ذاك في الحمال ، وما نحن فيه في المكاري ، فافهم . ولذا قال في الهندية بعد ما تقدم : وادخال الحمل في المنزل يكون على الحمال ، ولا يكون عليه ان يصعد نه على السطح او الغرفة ، الا ان يشترط ذلك عليه . وكذا صب الطعام في الحقق ، لا يكون عليه الا بالشرط . وذكر ابو الليث رحمه الله تعالى في التوازل . وكذا كروي نهر زحى الماء على المؤجر ، لانه لا يمكن الانتفاع بالرحى الا بالماء ، والماء لا يجري الا بكروي النهر ، الا ان يكون شرط الكروي على المستأجر اه وتماه تقدم في شرح المادة (٥٢٤) فراجع . وقدمنا هناك عن البرازية ان في استئجار الطاحون في كروي نهرها يعتبر العرف .

المادة ٥٦١ - * نفقة المأجور على الأجر . مثلاً علف الدابة التي استكريت واسقاؤها على صاحبها ولكن لو اعطى المستأجر علف الدابة بدون اذن صاحبها تبرعاً ليس له اخذ ثمنه من صاحبها *

ولو باذن صاحبها فله الرجوع به وان لم يقل لترجع به علي . وكذا الحكم في كل ما حو واجب على المالك . وشمل نفقة المأجور مرمة الدار ومغارها وعشر الارض وخراجها وموئنة رد المأجور . حتى لو شرط شيء من ذلك على المستأجر تفسد الاجارة . لأنه شرط مخالف للعقد وفيه نفع لاحدهما ، كما في الدروري رد المختار . ثم ظاهر كلام الفقيه ابي الليث انه لو تعورف في الدابة ان يكون علف الدابة على المستأجر ، يجوز تأمل - والحيلة ان يزيد في الاجر قدر العلف ثم يوكله ربهما بصرفه اليها ولو خاف ان لا يصدقه فيه ، فالحيلة ان يعجله الى المالك ثم يدفعه اليه المالك وبأمره بالاتفاق ، فيصير اميناً (يزاينة)

وفي رد المحتار ايضاً : فعلم بهذا ان ما يقع في زماننا من اجارة ارض الوقف باجرة معلومة على ان المغارم وكلفة الكاشف على المستأجر ، او على ان الجرف على المستأجر ، فاسد كما لا يخفى اه .

وفي الهندية : رجل اكرى حماراً فعي في الطريق فأمر المكثري رجلاً ان يفتق على الحمار ففعل المأمور ، ان علم المأمور ان الحمار لغير الأمر ، لا يرجع بما اتفق على احد لأنه متبرع . وان لم يعلم المأمور ان الحمار لغير الأمر ، له ان يرجع على الأمر وان لم يقبل الأمر على اني ضامن اه والظاهر انه لو قال الأمر على اني ضامن ، يرجع المأمور وان علم ان الحمار لغير الأمر ولم اره الآن ، فليراجع .

= الفصل الرابع =

= في اجارة الآدمي =

المادة ٥٦٢ - * يجوز اجارة الآدمي للخدمة او لاجراء صنعة

ببيان مدة او بتعيين العمل بصورة اخرى كما بين في الفصل

الثالث من الباب الثاني *

في عطف تعيين العمل على بيان المدة « بأو » اشارة الى انه لو جمع في الاجارة بين المدة والتمهل ، تفسد الاجارة . وفيه كلام طويل وتفصيل جليل ، استوفيناها في شرح المادة (٥٠٥) فارجع اليه .

وقوله « للخدمة » اي لخدمة المستأجر وزوجته واولاده . ووظيفته الخدمة المعتادة من البحر الى ان تنام الناس بعد العشاء الاخير ، واكله على الموهجر . فلو شرط على المستأجر فسد المقصد كعلف الدابة . كذا في كثير من الكتب (رد المحتار) اي الا اذا تم عرف ان يكون اكله على المستأجر على ما قاله الفقيه

ابو الليث ، كما قدمناه في شرح المادة السابقة .

وفي الهندية : وخدمة الاجير في البيت ان يقوم وقت الصبح فيسرج السراج ويأتي بالسحور ان كان المستاجر يريد الصوم ويأتي بالوضوء ويحمل الماء الى البالوعة وابتاد النار في الشتاء بالفداء والمشي وغمز رجله وجميع بدنه الى ان ينام وغير ذلك .

وفي الدر : لا يسافر بعبد استأجره للخدمة لمشتته الا بشرط ، لأن الشرط املك عليك ام لك . وكذا لو عرف ، بعيني المستاجر ، بالسفر ، لأن المعروف كالمشروط اه والظاهر ان الحر المستاجر للخدمة كذلك

المادة ٥٦٣ = * او خدم احد آخر بناء على طلبه من دون

مقاوله اجرة فله اجر مثله ان كان ممن يخدم بالاجرة والا فلا *

التقييد بكون الخدمة بناء على طلب المخدم بشيرا الى انه لو خدمه بلا طلب فلا اجرة له وان كان ممن يخدم بالاجرة ، لأنه يكون متبرعا ، وهو ظاهر . وفي الخانية : رجل امر رجلا ببيع عين من اعيان ماله فباع المأمور ثم اختلفا فقال المأمور بعته بأجر وقال الأمر لا بل بلا أجر ، قالوا : ان كان المأمور دلالا يعرف به ، كان له الاجر ، والا فلا . وكذلك الخياط والصباغ اه .

وفي الدر عن الاشياء استعان برجل في السوق ليبيع متاعه فطلب اجرا ، فالعبرة لمادتهم . وكذا لو ادخل رجلا في حانوته ليعمل له اه قال في رد المحتار : يعني العبارة لمادة اهل السوق فان كانوا يملون بأجر ، يجب أجر المثل - والا فلا اه .

وفي الخلاصة من الباب الخامس : رجل يبيع شيئا في السوق فاستعان من رجل من اهل السوق فأعانه عليه ثم طلب منه الأجر ، فالمعتبر عادة اهل السوق : ان كانوا لا يعينون الا بالاجر ، يجب اجر المثل . وان كانوا يعينون في مثل ذلك بغير اجر ، لا شيء له . ثم في كل موضع يجب اذا اخذ الدلال الأجر

ثم ان المشتري رد المشتري بالعيب بطريق هو فسخ او لا يكون فسخاً ، لا يسترد من الدلال ما دفع اليه من الاجراء وستأتي هذه المادة (٥٧٩)

وفيها : قال لدلال بع ضيعتي على ان لك من الاجر كذا فله يقدر هو على الاتمام فباعها دلال آخر ، ليس للاول شيء ، وبه اخذ ابو الليث . قال في المحيط : وهو الاستحسان ، وعليه الفتوى . هذا موافق لقول ابي يوسف فيما ذكر في العيون : دفع الى رجل ثوباً وقال بعه بعشرة فما زاد فهو بيني وبينك ، قال ابو يوسف : ان باعه بعشرة او لم يبعه فلا اجر له وان تعب في ذلك ، لانه عمل باجارة فاسدة فيستحق الاجر . قال : وبقول ابي يوسف يعني ، لان الاجر مقابل بالبيع دون مقدماته اذ كان المقنود عليه البيع دون السعي اه - وانظر ما لو باعه باثني عشر مثلاً ، هل له اجر المثل بالتمام ما بلغه لجهاته المسمى ، او لا يزيد على درهم لانه بعد بيعه باثني عشر علم المسمى ؟ - لم اراه ، فليراجع .

ثم رأيت المسئلة في الخانية ، فقال : وان باعه باثني عشر او اكثر من عشرة فله اجر مثله لا يتجاوز به درهماً . وقال محمد رحمه الله تعالى : اري له اجر مثله بالتمام ما بلغ وان لم يبع ، اذا تعب وتعنى ، لانه عمل يحكم عقد فاسد ، فيستحق اجر المثل ، والفتوى على قول ابي يوسف رحمه الله تعالى ، لانه لم يجعل له الاجر اذا باعه بعشرة ، وانما جعل له الاجر اذا باعه بأكثر من عشرة اه .

ثم رأيت في تقيح الحامدية ما نصه : مثل في رجل اشترى ثمرات بستان بارزة ثم قال لاخر اعمل معي ولك نصف ربح الثمرة فعمل فيها ، فهل تكون اجارة فاسدة وله اجر مثله ؟ - الجواب : نعم اه = وهو مشكل لان ما ذكرناه عن الخانية والخلاصة يقتضي ان يكون وجوب اجر المثل مقيداً بما ربح في الثمرة وان اجر المثل حينئذ لا يزيد على نصف ربح الثمرة فاطلاق الحامدية الجواب بنعم لا يتمشى الا على قول محمد رحمه الله تعالى ، وقد علمت انه خلاف المعنى به ، فليتب به ، وليتأمل فيه .

المادة ٥٦٤ - * لو قال احد لاخر اعمل هذا العمل وانا اكرمك

ولم يبين ما يكرمه به فعمل العمل المأمور به ، استحق اجر المثل *

لأنه انما عمل بمقابلة اجر مجهول ، فوجب له اجر المثل بالفا ما بلغ .
وفي الخانية رجل أخذ من رجل مسحاة وقال لصاحبها كم اجرها فقال لا اريد الا اجرها
لكن احمل الي خشباً لقبض المسحاة ، ثم رجع صاحب المسحاة ، فقال اريد بها الا اجر ،
قالوا : ان كان الخشب الذي مثله خشباً له قيمة عند الناس ، كان له اجر المثل ،
لأنه لما سمي خشباً له قيمة لم يكن راضياً باسئامها بغير اجر اه ونظير هذا ما
تقدم في شرح المادة (٤٨٠) تقلا عن الخلاصة والخانية ، من انه لو استقرض
دراهم من رجل فقال له اسكن في حانوتي فإلم ارد عليك دراهمك لا اطالبك
بأجرة الحانوت والأجر الذي يجب عليك هبة ، فدفعت المتراض له الف درهم
وسكن الحانوت مدة ، قالوا : يجب اجر المثل على القرض . وكذا لو اخذ
المقرض من المستقرض حمراً يستعمله الى ان يرد عليه الدراهم اه فالتوى على
وجوب الاجرة على المقرض وان صرح باسقاط الاجرة وقت القرض او قبله
او بعده ، لأن المقرض لم يسكنه في داره الا بمقابلة منفعة القرض وذلك
لا يصلح عوضاً فيجب اجر المثل . وتام الكلام على ذلك في شرح المادة المذكورة ،
فارجع اليه .

وتقل الشارح سليم باز عن فتاوي علي افندي عن القنية ما نصه : قال رب
الدين لمديونه اكره هذه الارض بجهة المزارعة ، فكربها ، فله اجر مثله ، لأن
المدبون اذا دفع حمارة او ارضه لرب الدين ينتفع به ما دام الدين عليه فانتفع
فعليه اجر المثل ، فهذا اولي اه - اقول : وهو مشكل لأنه اذا كرب الارض بجهة
المزارعة ، فإن كانت صحيحة ، فالخارج على ما تقاولا . وان كانت فاسدة ،
فإن كان البذر من كربها ، فالخارج له وعليه اجر مثل الارض ، والا فله اجر
مثل عمله ، فليتأمل

ثم بعد مدة رأت المسئلة في الهندية تقلا عن القنية بلفظ « بجهة المراجعة »
وعليها فلا اشكال فتنبه اه منه .

وتقل في الحامدية عن جامع الفتاوي ما نصه : ولو قال اعمل معي في كرمي
هذه السنة حتى ازوجك بنتي فعلم فلم يزوجه منه ، ففي وجوب الاجر خلاف ،
والاشبه الوجوب . وكذا اختلف فيما لو عمل بلا شرط ولكن علم انه ما يعمل

الاظم ما في التزوج . وعلى هذا لو قال لرجل اعمل معي حتى افعل في حقك كذا
فعمل فأبى اه قال منقحها العلامة بن عابدين : اقول : ظاهره انه لو زوجه بنته
لم يستحق اجرة ، مع ان الاجارة فاسدة لجهالة المسمى او عدمه . فينبغي لزوم
اجر المثل بالنكاح ما بلغ مطلقاً لأنه اذا زوجه انما يزوجه بالمهر ، فلم يحصل بمقابلة عمله
شيء . يصلح بدلاً . ويمكن ان يجاب بأن قوله « فلم يزوجه منه الخ » ليس احترازاً
عمماً لو زوجه ، بل حكمها واحد . وانما قيد بعدم تزويجه لأنه اذا زوجه بنته لا
يطلب الاجير في العادة منه اجرة ، او لأنه يزوجه بنته بأجرة عمله ولا يأخذ
منه مهرأ غيرها . هذا ما ظهر ، فتأمله بامعان النظر اهو هو كلامٌ وجيه . ولا يذهب
عيك ان لزوم اجر المثل بعد ما قال الاجير او صاحب الخانوت « لا اريد بها اجراً »
مقيد بما اذا قامت قرينة حالية او مقالية تنبي . عن كون العمل او المنفعة بمقابلة
تقع . اما لو قال ذلك ولم تقع قرينة كذلك تنبي . عمماً هنالك ، فلا اجر له وان
كان ممن لا يشغل الا بأجر ، لما في الخانية : رجل دفع الى خياط ثوباً وقال له
خط ثوبي حتى اعطيك اجر ك فقال الخياط لا اريد منك الا جر ثم خاطه ، فالوالا
اجر له كان بينهما خلة او لم يكن اه .

المادة ٥٦٥ - * لو استخدمت العملة من دون تسمية اجرة تعطى

اجرتهم ان كانت معلومة والا فأجر المثل : ومعاملة الاصناف الذين
يماثلون هو لاء على هذا الوجه *

يجوز ان تكون المسئلة من باب الاجارة بالتعاطى بأن خدم الاجير برضاء
المشأجر . فان كانا يملان بمقدار الاجرة قبل ذلك اما بتراضيهما واما بكون ذلك
معلوماً عند اهل البلدة ، كما اذا كان الكل بطمون بان اجرة العامل يومياً خمسة
غروش او اجرة قص الثوب مثلاً درهم او اجرة خياطة الجبة درهمان

وجب ذلك المعلوم كأنه مسمى وان لم تكن الاجرة معلومة لها بأحد الوجهين المذكورين يلزم اجر المثل بعد ايفاء العمل . لكن بانعقاد الاجارة فاسدة بالتعاطي كلام كتبناه في شرح المادة (٤٣٢) فليراجع . ويجوز ان نكون السين في الاستخدام للطلب فتكون الاجارة بالعقد لا بالتعاطي فكذلك يقال ان كانت الاجرة معلومة لديهما بأحد الوجهين السابقين يلزم ذلك المعلوم كأنه مسمى ، والا لازم اجر المثل بايفاء العمل ، لفساد الاجارة بجهالة المسمى .

المادة ٥٦٦ - * لو عقدت الاجارة على ان يعطى للاجير شي من القيميات لا على التعيين يلزم اجر المثل . مثلاً لو قال لاحد ان خدمتني كذا اياماً اعطيك زوجاً واحداً من البقر فاذا خدم الاجير ذلك المقدار من الايام لا يلزم البقر ويلزم اجر المثل *

بالفأما بلغ ، لفساد الاجارة بجهالة الاجرة ، كما تقدم في المادة (٤٦٢) وكذا الحكم لو خدم الاجير اقل من ذلك المقدار كقصها او ثلثها فإنه يعطى اجرة المثل عنها كما هو ظاهر . ثم ان لزوم الاجرة بالفأما بلغ مقيد بما اذا لم بينها الاجير بعد العمل . فلو بينها بعشرة مثلاً وجب له اجر المثل لا يزداد على العشرة التي بينها كما ذكرناه في شرح المادة المذكورة عن رد المختار . وكذا الحكم يعني يجب اجر المثل بالفأما بلغ لو استأجره بعين معينة ثم قبل التسليم هلك او استهلكها المستأجر ، كما في الخانية والبرازية .

* ولكن يجوز استئجار الظئر بالبستها كما جرت العادة وان

لم توصف الالبسة ولم تعرف يلزمه من الدرجة الوسطى *
القياس بقضي عدم جواز استئجار الظئر لانها ترد على استهلاك العين ، وهو اللبن ولهذا لا يجوز استئجار بقية الحيوانات للارضاع ، كما لا يجوز استئجاره و

ليشرب لبنها او كرم او شجر لياً كل ثمره او ارض ليرعى غنمه التفصيل او شاة
ليجز صوفها ، و عليه قيمة اللبن والثمره والصوف والتفصيل . لكن صححوا استئجار الظئر
استحساناً لتعامل الناس ، ويشترط فيه التوقيت اجمالاً . وكما يجوز بأجر معين يجوز
بطعامها وكسوتها وان كانا مجهولين عند الامام ، خلافاً لها . وجه قوله ان العادة لما
جرت بالتوسعة على الظئر شفقة على الولد لم تكن الجهالة مفضية للنزاع . وحينئذ
يجب لها الوسط . ولو كانت الاجرة معينة فطعامها وكسوتها عليها لا على المستأجر
الا ان يشترط عليه ذلك بالعقد . ولزوج الظئر ان يطأها وان رضي بالاجارة
وليس للمستأجر منه مخافة الحبل لأنه ضرر موهوم والمنع من الوطئ ضرر متحقق
لكن اذا يطأها في بيت نفسه لا في بيت المستأجر ، الا باذنه . وللزوج اذا كان
نكاحه معلوماً بغير الاقرار فسخ الاجارة لو اجرت الظئر نفسها بلا اذنه ، سواء كانت
الاجارة تشينه بان كان وجهياً بين الناس او لا ، لأن الارضاع والسهر يفسدها وبذهب
جمالها فكان له المنع كما يمنعها من الصيام تطوعاً . وللمستأجر فسخ اجارتها بجلبها
ومرضها وفجورها ، اي زناها ، لأن الحبل والمرضة يضر لبنها بالصغير وهي بضرها
ايضاً الرضاع ، فكان لها وللمستأجر الخيار ، كما ان لها الفسخ بأذية اهل الصغير
لها ، وكذا اذا لم تجر لها عادة بارضاع ولد غيرها ، وكذا اذا عيروها به ،
لأنها تنضرر به على ما قيل « تجوع الخرة ولا تأكل بثديها » وهذا اذا امكن
مما لجته بالعداء او بأخذ لبن الغير ، والا فليس لها الفسخ ، وعليه الفتوى . وكذا
اذا ارادوا سفراً وأبت الخروج معهم ، او كانت بذية اللسان او سارقة او
يتقيماً الصبي لبنها او لا بأخذ ثديها . وكل ما يضر بالصغير لا محالة نحو الخروج من
منزله زماناً كثيراً وما اشبه ذلك ، فلم ان يمنعوها منه . واما ما كان فيه توهم
الضرر ، فليس لم منعها منه . وليس عليها ان ترضعه في منزل الاب ما لم يكن
عرف بين الناس ، او يشترطوا ذلك عليها . ولو مات الصبي او الظئر انتقضت
الاجارة ، ولو مات ابوه ، لا ، لان الاجارة واقعة للصبي لا للاب سواء كان
له مال او لا .

وعلى الظئر غسل الصبي وغسل ثيابه من البول ونحوه . ومن الوسخ والدرن
لا يكون عليها . وعليها اصلاح طعامه ودهنه ، اي طليه بالدهن ، للعرف ، ولا

يلزمها ثمن شيء من ذلك . فإن أرضته بابن شاة او غذته بطعام ومضت المدة ، فلا اجر لها لان الصحيح ان العقود عليه هو الارضاع والتربية ، لا اللبن والتغذية - بخلاف . الودفتمه الي خادمتها حتى أرضته او استأجرت من أرضته ، حيث تستحق الاجر ، الا اذا شرط ارضاعها . ولو اجرت الظئر نفسها لارضاع صبي آخر ولم يعلم الاولون فارضتها وفرغت المدة ، اثمت ، ولها الاجر كاملاً على الفرقين ، لشبهها بالاجير الخاص ، من حيث ان ليس لها ان توهجر نفسها من آخر ، وبالاجير المشترك من حيث انها يمكنه ابقاء انعمل بتمامه الي كل واحد منهما ، كالخياط ، فتأثم لشبهها بالاجير الخاص ، ولها الاجر كاملاً لشبهها بالاجير المشترك . هذا حاصل ما في الدر وحواشيه

لكن قوله « ولو مات ابوه لا تنتقض الاجارة سواء كان له مال او لا » يخالفه ما في الخانية ، اول فصل في اجارة الظئر ، من انه ان لم يكن للصغير مال حين استأجر الاب الظئر فاذا مات ، اي الأب ، بطلت تلك الاجارة . وان كان للصغير مال حين استأجرها الاب لا تبطل الاجارة بموت الاب ، ويكون الاب عاقداً لولده فلا تبطل الاجارة بموته اه ملخصاً ، فليتأمل . فان ما تقدم نقله في رد المحتار عن الامام الزيلعي ، وهو امام جليل ، وذكره الطوري نقلاً عن المحيط ، فلعل في المسألة خلافاً . ثم رأيت في الهندية : صرح بالخلاف : وان اطلاق محمد في الكتاب يدل على بطلان الاجارة بموت الاب في الحالتين . وفي الطوري عن المحيط ايضاً : انتهت مدة ارضاع الظئر ، والصغير لا يأخذ الا نديها ، تبقى الاجارة بأجر المثل جبراً عليها ، لأن الاجارة كما تفسخ بالاعدار ، تبقى بالاعدار اه .

المادة ٥٦٧ = * العطية التي تعطى الى الخدمة من الخارج

لا تحسب من الأجرة *

الظاهر انه لو اشترط احتسابها من الاجرة تفسد الاجارة ويجب للاجير اجر

المثل ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للمستأجر ، ولا تزيد على ما سمي من الاجرة . ولو استخدمه بما يحصل له من العطايا فقط تكون الاجارة فاسدة ايضاً وله اجر المثل بالتمام ما بلغ ، لجهالة المسمى او لعدمه . وفي الصورتين لا تحسب تلك العطية من اجر المثل ايضاً لأنها تملك له من اجبي لا حق فيها للمستأجر ، وان كان الخادم بحيث لو لم يخدم المستأجر لا تصل اليه تلك العطية ، هذا ما يقتضيه الفقه وان لم اره منصوصاً .

المادة ٥٦٨ = * لو استؤجر استاذ لتعليم علم او صنعة وسميت الاجرة فان ذكرت مدة انعقدت الاجارة صحيحة على المدة حتى ان الاستاذ يستحق الاجرة بكونه حاضراً ومهيئاً للتعليم تعلم التلميذ او لم يتعلم . وان لم تذكر مدة انعقدت الاجارة فاسدة وعلى هذا الوجه ان تعلم التلميذ فالاستاذ يستحق الاجرة والا فلا *

قال في الخانية : رجل استأجر رجلاً يعلم عبده او ولده الحرفة ، فيه راويان : فان بين ذلك وقتاً معلوماً سنة او شهراً ، جازت الاجارة ويستحق المسمى ، تعلم العبد او لم يتعلم . وان لم يبين لذلك وقتاً ، لا فصح الاجارة ، وله اجر المثل ان تعلم الولد او العبد . وان لم يتعلم ، فلا اجر له اه .

وانظر ما لو تعلم بعض الصنعة هل يلزمه اجرة مثل ما تعلمه - ؟ الظاهر نعم . ويظهر لي انه انما يشترط ذكر المدة لصحة الاجارة اذا كان الاستاذ اجيراً خاصاً بأن اشترط عليه ان لا يعلم في تلك المدة احداً غير من استؤجر لتعليمه ، فيصير العقود عليه منفعة الاستاذ في ذلك الوقت ، فبمجرد حضوره وتهيئته نفسه للتعليم يستحق الاجر المسمى ، حصل التعليم فعلاً او لا ، كما هو الحكم في الاجير اخص المذكور في المادة (٤٢٢) اما اذا كان الاستاذ اجيراً عاماً كموكب الاطفال في زماننا ، فلا يشترط لصحة استئجاره بيان المدة ، بل يكفي بيان

مقدار الاجرة مع بيان العمل وهو تعليم القرآن العظيم . فلو دفع رجل ولده لمؤدب الاطفال ليعلمه القرآن العظيم بماية قرش مثلاً ولم يذ كر لذلك مدة ، تصح الاجارة وبلزمه المسمى اذا علمه القرآن العظيم . ولو علمه البعض كان له بنسبة المسمى ، فان علمه النصف كان له نصف المسمى ، وهكذا على ما عليه الاكثرون كما تقدم في شرح المادة (٤٢٤) نعم لو لم يذكر الاجرة يستحق اجر المثل بالغاً ما بلغ ، لفساد الاجارة . وقد اجاب في الفتاوي الحمادية عن رجل دفع ولده الصغير الى مؤدب الاطفال ليعلمه القرآن العظيم فلما علمه الى ان قارب الربيع اخذه ابوه منه فراراً من ان يعطيه الخلاوة المرسومة ولم يشترط اجراً ، بقوله « يؤمر الوالد بتطبيب قلب المعلم وارضائه ، كما صرح بذلك في البرازية »

وصرح في التارخانية نقلاً عن المحيط بأنه عند عدم الاستئجار يجب اجر المثل ، وبمثله فتى علامة فلسطين الخبير الرملي اه .
وذكر في الخانية : رجل استأجر معلماً سنة ليعلم ولده القرآن فمضت ستة اشهر ولم تعلم ، كان له ان يفسخ الاجارة اه و ذكر المسئلة في الهندية ، ثم قال : ما رأيت رواية في هذا لكن انى الشيخ الامام علي الاسيجاني ، فانتيت انا ايضا كذا في الصفرى اه .

المادة ٥٦٩ = * من اعطى ولده لآستاذ ليعلمه صنعة من دون

ان يشترط احدهما على الآخر اجرة فبعد تعلم الصبي لو طلب احدهما من الآخر اجرة يعمل بعرف البلدة وعادتها *

فان كان العرف يشهد للآستاذ ، يحكم بأجر مثل تعليم ذلك العمل . وان شهد للمولى ، فأجر مثل الغلام على الآستاذ (رد المحتار) والمسئلة مذكورة في الدر عن الدرر ، وذكرها في الخانية ايضا ، ثم قال : قال الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى : كان شيخنا الامام يقول . عرف ديارنا في الاعمال

التي يفسد المتعلم فيها بعض ما كان متقوماً حتى يتعلم كمثل ثقب الجواهر وما اشبه ذلك ، فما كان من جنس هذا يكون الأجر على المولى ، ان كان مسمى فالمسمى ، وان لم يكن فأجر المثل عليه للأستاذ ، وما لم يكن من جنس هذا يجب الأجر على الاستاذ اه قول : وهكذا العرف في ديارنا . ثم متى اشترط الأجر على الاستاذ كان له ان يستعمله في اعمال نفسه ، كما في البزازية .

المادة ٥٧٠ - * لو استأجر اهل قرية استاذاً او معلماً او مؤذناً
واوفى خدمته بأخذ اجرتهم من اهل تلك القرية *

قال في التنوير وشرحه : ولا تصح الاجارة لاجل الطاعات مثل الاذان والحج والامامة وتعليم القرآن والفقه ، وينفى اليوم بصحتها لتعليم القرآن والفقه والامامة والاذان ، ويجوز المستأجر على دفع ما قبل ، فيجب المسمى بالعقد ، واجر المثل اذا لم تذكر مدة اه .

وقال في الهداية : وبعض مشايخنا استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم بظهور التواني في الأمور الدينية . ففي الأمتناع تضييع حفظ القرآن ، وعليه الفتوى اه وزاد بمضهم على ما في الهداية : تعليم الفقه والوعظ ، لليلة المذكورة ، والاذان والاقامة لذلك ولا نهما من شعائر الدين ، ففي تفويتها هدم الدين . واما الاستئجار على بقية الطاعات ومن ذلك ، تلاوة القرآن المجردة عن التعليم ، فغير جائز اتفاقاً ، والاستئجار عليه باطل ، لعدم الضرورة فيها . وقراءة القرآن بالاجرة وكذا الذكر وما اشبهه ، لا ثواب فيه للقاري ، ولا للمستأجر ولا لغيرها ، ويمنع القاري لاجل الدنيا من القراءة ، والآنخذ والمعطى آمان . هذا ما حققه العلامة ابن عابدين في رسالته المسماة شفاء العليل وبل الغليل التي انى فيها بالعجب العجيب لدوي الالباب ، واقره على ذلك جميع علماء عصره ، واثنوا عليه بما هو جزء جزئي من مآثر فضله وبره .

ولما ما كتبه العلامة المرحوم مفتي دمشق سابقاً السيد محمود افندي الحزاري

في رسالته المسماة برفع الغشاوة عن جواز اخذ الاجرة على التلاوة حيث ذكر فيها
اربعين تقلا في جواز اخذ الأجرة عليها ، فردودة عليه لأن تلك النقول ينقل
بعضها عن بعض ترجع اصولها الى ثمانية كتب من كتب المتأخرين قد اطلع عليها
كها العلامة ابن عابدين ورد عليها بنصوص المذهب ، التي لغيرها بالاخذ والفتوى
لا يذهب . وقد اشارت المحلة الي اعتماد ما حرره ذلك الامام التحرير والهام المحقق
الشهير حيث اقتصر في تجوز الاجارة من بين سائر الطاعات على الامامة والتعليم
والأذان . ومعلوم ان التعليل يشمل تعليم القرآن وتعليم الفقه والوعظ ، فأفادت ان
ما عدا ذلك من بقية الطاعات لا تجوز الاجارة عليه ، فوجب المصير اليه ، وتعين
حط رخال الفتوى لديه .

المادة ٥٧١ - * الاجير الذي استؤجر على ان يعمل بنفسه ليس
له ان يستعمل غيره . مثلا لو اعطي احد جبة لخياط على ان يخيطها بنفسه
بكذا دراهم فليس للخياط ان يخيطها بغيره . وان خاطها بغيره وتلفت
فهو ضامن *

سواء كان الخياط اجيراً خاصاً بأن اشترط عليه ان لا يشتغل لغيره ، او
مشاركاً . واذا كان مشتركاً فضمانه بغير خلاف ، سواء كان الهلاك يتعد من
المدفوع اليه اولا ، وسواء كان بسبب يمكن الاحتراز عنه اولا يمكن ، لأنه يدفع
الجبة الى غيره قد تعدى ، فبضمين . وقال في رد المحتار : وسواء كان المدفوع
اليه غلامه او اجيره اولا ، لأن المعقود عليه العمل من محل معين ، فلا يقوم غيره
مقامه كما اذا كان المعقود عليه المنفعة ، بأن استأجر رجلاً شهراً للخدمة ، لا يقوم غيره
مقامه لأنه استيفاء للمنفعة بلا عقد (زبلي) وافاد ايضا ان الضمان واجب ، وان
كانت المخالفة الى خير بأن استعمل الخياط من هو اصنع منه ، لأنه مما يختلف
باختلاف المستعمل ، والتقييد فيه مفيد . وافاد ايضا ان ظاهر قول الزبلي لأنه

استيفاء للمنفعة بلا عقد مع قول الخانية «لو دفع الى غلامه او لميذه لا يجب الاجر»
اه ان الجية لو سلمت مخيطة فلا اجر على المستاجر ، لا للمدفع اليه الذي خاطها ،
لعدم العقد بينها اصلاً ، ولا للدافع لأنه لم يأت بالعمل المقود عليه . ثم قال :
وهل للمدفع اليه على الدافع اجر المثل؟ - محل تردد ، فليراجع اه قال الشارح سليم
باز : قلت : لا تردد اذ لو كان الخياط حريفاً لهذه الصنعة وجب له اجر المثل ، والا
فلا (راجع المادة ٦٣ و المادة ٤٣) وهذا اذا لم يشترط اجراً معلوماً ، اذ لو عيننا
اجراً وجب له الاجر المسمى كما هو ظاهر اه اقول : ما تقدم في المادتين المذكورتين
انما يشهد له لو كان دافع الجية الى الخياط الثاني هو مالكها ، لا لو كان فضولياً ،
كما هو في مستلنا . وكيف لا يكون في المسئلة تردد . وقد قدمنا في شرح
المادة (٥٦١) عن الهندية ان مكترى الحمار لو امر رجلاً بأن ينفق عليه ففعل
المأمور ، فإن علم المأمور ان الحمار لغير الامر لا يرجع بما انفق على احد ، لأنه
متبرع . هذا وقد افادت المادة (٤٤٧) ان انعقاد اجارة الفضولي موقوف على اجازة
المالك ، فاذا ردها المالك بطات ، وحينئذ يكون عقد الخياط الاول مع الثاني
كأن لم يكن ، لبطلانه . نعم يمكن ان يقال ان الخياط الاول اذا عقد الاجارة
مع الثاني يكون مستأجراً له ، والمستاجر بمنزلة المشتري ، لأن الاستحجار شراء
المنفعة او العمل ، وقد تقدم في شرح المادة (٣٦٨) ان شراء الفضولي يكون نافذاً
عليه متى وجد العقد تازاً ، وذلك بأن لم يصف العقد الى من اشترى له فيقال
هنا : ان كان العقد مضافاً الى مالك الجية بأن استأجره ليخيط جبة فلان فلا شك
ان الاجير الثاني لا يستحق اجرة على الاجير الاول ، لبطلان عقده بعدم اجازة
مالك الجية قبل فراغه من العمل . وان اضاف العقد الى نفسه او اطلق ، وجب
عليه المسمى ان صححت الاجارة ، واجر المثل ان فسدت ، لأن العقد وجد نفاذاً
على الاجير الاول ، ولأن الاجير الاول قد غره في ضمن عقد ولو فاسداً ، فيضمن
اجرته . لكن هذا تفقه لا يجوز الاتقاء به بلا نقل صريح . واما ما جزم به
الشارح سليم باز من انه يستحق الاجر على من استأجره ، فهو جراءة على الشرع
بدون استناد على نقل ولا تفقه عن صحيح العقل ، فليتبناه .

المادة ٥٧٢ - * لو اطلق العقد حين الاستئجار فللاجير ان يستعمل غيره *

لأنه بالاطلاق رضي بوجود عمل غيره (رد المحتار عن القهستاني) ولأن المطلق ينصرف الى المعتاد فيما لم يشترط . والصانع يعملون في العادات بأنفسهم وبأجرائهم فكان له ان يعمل بنفسه وباجيره (ط) عن الاتقاني . والمراد بالغير في قوله « فللاجير ان يستعمل غيره » اجيره . ولذا قال في التنوير : وان اطلق ، كان له ان يتأجر غيره . قال شارحه العلائي : افاد بالاستئجار انه لو دفع لأجنبي ، ضمن الاول ، لا الثاني . وبه صرح في الخلاصة . قال (ط) : المراد بالاجنبي غير الاجير اه . ويظهر لي ان ابن الاجير وعلامه وشريكه في دكانه ، مثل اجيره ، لأن المادة ان الصانع يعملون بهم كما يعملون باجرائهم ، ولان لفظ الاجنبي لا يتضممهم ، تأمل . ويشير الى ما ذكرنا تعبير المادة الآتية عن الغير بمخليفته .

ثم ان قول الدر : « ضمن الاول لا الثاني » يريد به ان المستأجر له ان يضمن الاجير الاول ما سرق من الاجير الثاني ، بلا خلاف ولا تفصيل . كما قلنا فيما اذا شرط عليه ان يعمل بنفسه وليس له تضمين المدفوع اليه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، وعندما له تضمين ايما شاء (افاده في رد المحتار)

المادة ٥٧٣ - * قول المستأجر للاجير اعمل هذا الشغل اطلاق .

مثلاً لو قال احد الخياط خط هذه الجبة بكذا دراهم من دون تقييد بقوله خطها بنفسك او بالذات وخطاها الخياط بمخليفته او خياط آخر يستحق الأجر المسمى وان تلفت الجبة بلا نعد لا يضمن *

بعبارة التنوير : وقوله « على ان تعمل » اطلاق اه فصارالحاصل ان ما لم يذكر فيه بنفسك او بذاتك او بيدك ، اطلاق . وما ذكر فيه ذلك ، تقييد وان لم يقل « ولا تعمل بيد غيرك » كما في رد المحتار .

هذا وقد استثنى في التنوير الظن من قولهم « واذا شرط عمل نفسه فليس ان يستعمل غيره » فان لها استعمال غيرها . قال شارحه العلاني : بشرط وغيره (خلاصة) اه - وهو مخالف لما قدمناه في شرح المادة (٥٦٦) من انها لو دفعته الى خادمتها او استأجرت من ارضته ، لها الاجر ، الا اذا شرط ارضاعها ، اي بنفسها ، على الاصح . فما في التنوير خلاف الاصح . على ان عبارة الخلاصة هكذا : « ولو دفعت الى جاريتها لترضه فلها الاجر ، بخلاف ما اذا ارضته بلبن البقرة » فهو مطلق يمكن حمله على ما اذا لم يشترط عليها ارضاعه بنفسها ، فتأمل .

المادة ٥٧٤ = * كل ما كان من نواع العمل ولم يشترط على الاجير يعتبر فيه عرف البلدة وعادتها كما ان العادة في كون الخياط على الخياط *

كذا في الهندية . وفيها : اذا استأجر دابة الى سمرقند او الى بخارى ، فاذا دخل المكاري البلدة يجب عليه ان يأتي الى بيت المستأجر ، استحساناً . اه وقام فروع هذه المادة تقدم في شرح المادة (٥٥٤)

المادة ٥٧٥ - * يلزم الجمال ادخال الحمل الى الدار ولكن لا يلزم عليه وضعه في محله . مثلاً ليس على الجمال اخراج الحمل الى فوق الدار ولا وضع الذخيرة في الانبار *

قال في الخلاصة : ولو طالب من المكاري ان يدخل الحمل بيته ، فالمعتبر هو العرف . ولو اراد ان يصعد به السطح ، فليس على المستأجر ، الا اذا شرط عليه . وفي الذي يحمل على ظهره ، عليه ان يدخله داره ، وليس عليه ان يصعد به السطح اهـ فلو جرى العرف ان الحمل على ظهره او المكاري يضع الذخيرة في الانبار ، فيكون عليه وضعها فيه كما اذا شرط عليه ذلك ، وهو ظاهر وانظر المادة (٥٦) وشرحها .

المادة ٥٧٦ = * لا يلزم المستأجر اطعام الاجير الا ان يكون العرف في البلدة كذلك *

حتى لو كان ذلك متعارفا لا يكون اشتراطه على المستأجر مفسداً للعقد ، على ما قاله الفقيه ابوالبث ، كما في الحوي على الاشياء . قال في رد المحتار : ثم ظاهر كلام الفقيه انه لو تعرف ذلك في علف الدابة يجوز ، تأمل اهـ والظاهر انه يلزم المستأجر حينئذ ان يطعمه من اوسط الطعام ، تأمل .

المادة ٥٧٧ = * ان دور دلال مالا ولم يبيعه وبعد ذلك باعه صاحب المال فليس الدلال اخذ الاجرة . وان باعه دلال آخر فليس للاول شيء ، وتام الاجرة للثاني *

لان العادة بين الناس انهم لا يعطون الاجرة اذا لم يتفق البيع ، فكان العقود عليه عادة هو البيع دون مقدماته . وهل الحكم كذلك سواء كانت الاجارة صحيحة او فاسدة ، او خاص بما اذا كانت فاسدة ؟ - صريح ما في الهندية ان الحكم كذلك مطلقاً ، فانه ذكر ما نصه : رجل اراد ان يبيع بالمرابدة فامر رجلا ان يتادي ثم يبيع صاحبه فتادي ولم يبيع ، قالوا : ان بين لذلك وقتاً ، جازت

الاجارة وله الأجر المسمى . وكذا ان لم يذكر الوقت ولكن امره ان ينادي
كذا صوتاً ، جاز ايضاً . قال الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى : لا شيء له ،
لأن العادة فيما بين الناس انهم لا يعطون الأجر اذا لم يتفق البيع ، وهو المختار .
كذا في الظهيرية ، وهكذا في فتاوى قاضيجان اه

اقول : لكن عبارة فتاوى قاضيجان على ما وجدته في نسختي هكذا :
رجل قال للدلال : اعرض ضيعتي ، فعرض ولم يقدر الدلال على اتمام العمل
وباعها دلال آخر ، اختلفوا فيه : قال ابو القاسم البلخي : ان كان الدلال
الاول عرض وتعفى وذهب في ذلك روز كاره ، كان له أجر مثله بقدر عنايه وعمله .
وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى : القياس ما قاله ابو القاسم . وفي الاستحسان :
اذا ترك الدلال الأول حتى باع غيره ، فلا أجر له ، لأن الدلال في العادة
لا يأخذ الأجر بدون البيع . وهذا القول يوافق قول ابي يوسف رحمه الله
تعالى . ولو اراد ان يبيع بالمزايدة ودفع الثوب الى رجل وامره ليناوي ثم يبيعه
صاحبه فناوي ولم يبع ، قالوا : ان بين لذلك وقتاً ، جازت الاجارة وله الأجر
المسمى . وكذا لو لم يذكر الوقت ولكن امره ان ينادي كذا صوتاً ، جاز
ايضاً . فإن نادى كذا صوتاً ولم يتفق البيع كان له المسمى . وفي الوجه الأول
قال الفقيه ابو النصر رحمه الله تعالى : له أجر مثله ، لأن عمله باجارة فاسدة .
وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى : لا شيء له ، لأن العادة فيما بين الناس
انهم لا يعطون الأجر اذا لم يتفق البيع ، وهو المختار اه فأنت تراها صريحة في ان
الخلاف بين الفقيه ابي نصر وبين الفقيه ابي الليث في استحقاق الاجرة عند عدم
اتفاق البيع ، فيما اذا كانت الاجارة فاسدة . وظاهره انها متفقان على وجوب
المسمى فيما اذا كانت الاجارة صحيحة ، وهو الذي يقتضيه الفقه ، لانهن المعقود
عليه في الاجارة الفاسدة هو عمل البيع دون مقدماته ، كما قدمناه
عن الخلاصة آخر شرح المادة (٥٦٣) والمعقود عليه في الاجارة الصحيحة
اما المدة المينة واما عمل الاصوات المينة ، وقد سلم نفسه في صورة ما اذا كان
المعقود عليه المدة واتم عمل الاصوات المينة فيما اذا كان المعقود عليه ، فوجب
المسمى . فلعل ما في الهندية عن فتاوى قاضيجان فيه تحريف او اختصار محل ،

فلتراجع الظهيرة ، فإنها ليست عندي .
ثم رأيت في النزازية من الباب الخامس في الاستصناع : استأجر رجلاً
لليع والشراء ، ولم يوقت ، لا يجوز . وانت وقت ، جاز ويلزم الأجر ، حصل
البيع ام لا . اهـ

وانما قيد في عبارتي الخانية والظهيرة المنقولة في الهندية بقوله « ثم يبيعه
صاحبه » لتأتى في المسئلة صحة العقد ، اذ لو كان العقود عليه بيع الدلال لا
تأتى صحة العقد ، لا في الخانية ايضاً : رجل امر مساراً ليشترى له الكرايس
او دلالاً لبيع له هذه الأثواب بدرهم ، لا تجوز هذه الاجارة ، لأن
البيع لا يتم بالدلال ، وانما يتم به وبالمشتري ، ولا يدري متى يجي المشتري اهـ .
وبهذا تعلم ان ما تصرف به الشارح سليم باز في عبارة الخانية التي نقلها في شرح
هذه المادة ، وقد سمعت نقلها آنفاً من حذف لفظ « صاحبه » في قوله وامره
لينادي ثم يبيعه صاحبه ، واقتصره على لفظ « ثم يبيع » هو تصرف محل .

المادة ٥٧٨ - * لو اعطى احد ماله للدلال وقال بعه بكذا
دراهم فان باعه الدلال بأزيد من ذلك فالفاضل ايضاً لصاحب المال
وليس للدلال سوى الاجرة *

اي اجرة المثل بالغة ما بلغت لو لم يكن سمي له اجرة ، ولا تزيد على
المسمى لو كان سمي ، انفساد الاجارة من كل وجه ، كما علمت .
بقي ما لو قال للدلال بعه بعشرة وما زاد فهو لك اجرة . والظاهر انه لا
اجر له اصلاً ، لو باعه بعشرة او لم يبيع ، لأنه لم يجعل له اجرة على ذلك .
ولو باعه بزيادة فله اجر مثله ، لا يزيد على تلك الزيادة ، نظير ما لو قال بعه
بكذا وما زاد بيني وبينك مناصفه ، كما قدمناه عن الخانية في شرح المادة (٥٦٣)
وهو قول ابي يوسف المفتي به ، فراجعه .

المادة ٥٧٩ * لو خرج مستحق بعد اخذ الدلال اجرته
وضبط المبيع او رد بعيب لا تسترد اجرة الدلال *

قال في الخاتمة : الدلال في البيع اذا اخذ دلاليته بعد البيع ثم انسخ بينهما
بسبب من الاسباب ، سلمت له الدلالية ، لأن الأجر عوض مقابل بالعمل ،
وقد تم العمل فلا يرجع عليه بالاجرة ، وهو الدلالية - كالحياط اذا خاط الثوب ثم
فقعه صاحب الثوب ، فإنه لا يرجع على الحياط بالاجر . وكذا صاحب الدار اذا
هدم الدار ، لا يرجع على البناء بشيء . اهـ . ومثله في الخلاصة والهندية .

المادة ٥٨٠ - * من استأجر حصادين ليحصدوا زرعه الذي
في ارضه وبعد حصادهم مقداراً منه لو تلف الباقي بنزول آفة او بقضاء
آخر فلم ان يأخذوا من الأجر المسمى مقدار حصة ما حصده و ليس
لهم اخذ اجرة الباقي *

لان الاجارة قد انسخت بما قابل الباقي من الزرع بهلاكه ، لغوات الغرض
الذي كانت الاجارة لاجله ، وتقدم تحقيقه في شرح المادة (٤٤٣) فليراجع ، فإن
فيه فوائد .

المادة ٥٨١ - * كما ان للظئر فسخ الاجارة لو تمرضت كذلك
لأبي الطفل فسسخها اذا مرضت او حملت او لم يأخذ الصبي ثديها او
استفرغ لبنها *

قدمنا الكلام على احكام الظئر مستوفى في شرح الفقرة الثانية من المادة (٥٦٦) فلتراجع .

وفي الخاتمة : رجل استأجر ظئراً شهراً فلما مشى الشهر أبت الظئران ترضعه والصبي لا يأخذ الثدي غيرها ، قال محمد رحمه الله تعالى تجبر الظئر على ان ترضعه بأجر مثلها . قيل هذا اذا لم يكن لها زوج ، او كان لها زوج واذن لها بالاجارة . فان كان لها ولم يأذن ، كانت للزوج ان يمنعها وان خيف الهلاك على الصغير اه .

وهذا اذا مضت مدة الاجارة . اما لو ارادت الفسخ قبل مضيتها لعذر اذية اهل الصغير لها وما اشبه ذلك ، والمسئلة بمجالها ، فليس لها الفسخ على المفتى به ، كما قدمناه في شرح المادة (٥٦٦)

وفي الخاتمة ايضاً : رجل استأجر ظئراً لترضع ولده سنة بمائتي درهم على ان يكون كل الأجر بمقابلة الشهر الاول ، وما بعده الي تمام السنة ترضع بغير اجر ، فأرضعت شهرين ونصفاً ، فمات الصبي ، قالوا : يقسم اجر مثلها سنة على الشهور ، فما اصاب شهرين ونصفاً من ذلك كان لها ذلك ، وترد الباقي ، لانه هذه الاجارة اجارة فاسدة ، وكان لها اجر المثل لكن لا يزداد على المسمى اه .

رجل استأجر ظئراً لترضع ولده سنة بمائة درهم على انه ان مات الصغير قبل سنة فالدرام كلها تكون للظئر ، فسدت الاجارة ، لأن موجب الشرع ان ترد اجر ما بقي من المدة بعد موت الصبي ، فاذا شرط بخلاف ذلك كان شرطاً فاسداً والاجارة تفسد بالشروط الفاسدة اه وتمام مسائل الظئر فيها .

ولو استأجر ظئراً ترضع صبيين له فمات احدهما ، فإنه يرفع عنه نصف الأجر ، وليس له اقامة صبي آخر مقام الصبي الأول (هندية)

* الباب السابع *

= في وظيفة الأجر والمستأجر وصلاحيتهما بعد العقد =
(ويشتمل على ثلاثة فصول)

= الفصل الأول =

* في تسليم المأجور *

المادة ٥٨٢ - * تسليم المأجور عبارة عن اجازة الأجر ورخصته
للمستأجر بأن ينتفع به بلا مانع *

يعني ان الاجارة اذا انقضت صحيحة ، فالنسيم الذي يسببه يستحق المؤجر المسمى على المستأجر هو عبارة عن تخلية المؤجر بين المستأجر والمأجور على وجه يتمكن من استيفاء المنفعة بلا حائل يمنعها ، في جميع المدة اذا كان العقود عليه المدة ، وفي جميع المسافة اذا كان العقود عليه المسافة . حتى لو عرض في بعض المدة او بعض المسافة ما يمنع من الانتفاع به ، كما لو غصبت الدار من المستأجر او غرقت الارض المستأجرة او اقطع عنها الشرب او مرض العبد او ابقى او عجزت الدابة عن المسير ، سقطت الاجرة بقدر ذلك ، كما في الهندية وغيرها ، لأن تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعة لتمكن من الانتفاع ، فاذا فات التمكّن فات التسليم . حتى لو حبل بين المستأجر والمأجور ولم تفت المنفعة بتلك الحيلولة ، كما اذا غصبت المشهورة للغرس والبناء مع الغرس والبناء ، لا تسقط الاجرة عن المستأجر ، لبقاء منفعة الغرس والبناء مع الغصب ، وهي كثيرة لوقوع (افاده في رد

(المختار عن الرملي)

ثم ان تسليم مفتاح نحو الدار في المصر مع التخيلة بينه وبين الدار ، تسليم للدار ، حتى يجب الاجرة بمضي المدة وان لم يسكن . وتسليم المفتاح في السواد ليس بتسليم للدار وان حضر المصر والمفتاح في يده (كذا في الهندية عن القنية) وهو صريح انه اذا لم تكن الدار قريبة منها بحيث يقدر على الدخول فيها والاغلاق ، لا يصير قابضاً . واقره في البحر والمنح .

وقال في الدر عن وقف الاشياء : تخلية البعيد باطلا . فلو استأجر قربة وهو في المصر ، لم يصح تخليتها على الأصح اه لكن افق قاري الهداية انه اذا مضت مدة يتمكن من الذهاب اليها والدخول فيها يكون قابضاً وان كانت الدار بعيدة عنها . واقره محشو الاشياء . قلت : وذكر في فتح القدير قبيل باب خيار الشرط من كتاب البيوع ما يفيد ان المسئلة خلافية ، حيث قال : وفي جامع شمس الائمة يصح القبض وان كان العقار غائبا عنها عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، خلافا لها اه فما في القنية قولها ، وما افق به قاري الهداية قوله . وقد سمعت ما في الدر عن الاشياء من ان قولها هو الاصح .

وفي الهندية عن الذخيرة : آجر حائوتا ودفع اليه المفتاح فلم يقدر المستأجر على فتحه وضل المفتاح اياماً ثم وجده ، فإن كان يمكن فتح الحائوت بهذا المفتاح ، فعليه اجر ما مضى . وان كان لا يمكن فتحه به ، لم يجب الأجر اه .
وعبارة البرزبية : ان قدر على الفتح بلا مؤنة ، لزم الأجر ، والا فلا ، وليس له ان يحتج ويقول هلا كسرت القلق ودخلت ايضا .

وفي رد المختار عن الذخيرة : ولو اختلفا في العجز وعدمه ولا بينة لها ، بنظر الى المفتاح الذي دفع اليه للحال : ان لائم هذا القلق وامكن فتحه به ، فالقول للموَجِر ، والا فللمستأجر . ولو برهنا ، فبينة الموجر وان كان المفتاح لا يلائم ، لأنه لا عبرة بتحكيم الحال متى جاءت البينة بخلافه . وانما تقبل اذا كان الموجر يدعي انه كان يلائم القلق ولكن غيره المستأجر ، والمستأجر يقول لا بل لم يكن ملائماً من الأصل اه قلت : اما اذا لم يدع ذلك فلا تقبل بينته ، لأن الحس الظاهر يكذبها ، وهو ظاهر .

بقي ما لو اراد تسليمه العين المؤجرة بعد مضي بعض المدة . ففي التنوير وشرحه الدر : ليس لاحدهما الامتناع من التسليم والتسليم في باقي المدة اذا لم يكن في مدة الاجارة وقت يرغب فيها لأجله . فإن كان فيها وقت كذلك ، كبيت مكة ومضى وحوالبتها زمن الموسم ، فإنه لا يرغب فيها بعد الموسم . فللم يسلم في الوقت الذي يرغب لأجله خير في قبض الباقي ، كالبيع اه قال الحلبي : يعني اذا استحق بعض المبيع فإن المشتري يتخير لتفرق الصفقة اه وهذا يقتضي ان يكون للمستأجر الخيار مطلقاً ، سواء كان وقتاً يرغب فيه او لا ، لتفرق الصفقة ، لأنه حيث منعه من التسليم في اول المدة ربما يكون مضطراً الى العين المؤجرة فليستأجر غيرها . فاذا لزم بها بعد مضي المدة ربما يتضرر بذلك ، فليأمل اه (رد المحتار عن الرحمي) قلت : وفي الهندية عن الغياثية : ولو سلم كل الدار الا بيتاً مشغولاً بمتاعه ، سقط الأجر بحصته ، وله الخيار في الباقي لتفرق الصفقة عليه . فإن فرغ البيت قبل الفسخ ، لزم الاجارة اه فتأمل .

المادة ٥٨٣ = * اذا انعقدت الاجارة صحيحة على المدة او المسافة يلزم تسليم المأجور للمستأجر على ان يبقى في يده متصلاً ومستمراً الى انقضاء المدة او ختام المسافة . مثلاً لو استأجر احد العربه لكذا مدة او على ان يذهب الى المحل الفلاني فله ان يستعمل العربه في ظرف تلك المدة او الى ان يصل ذلك المحل وليس لصاحبها ان يأخذها منه ولا ان يستعملها في اموره في تلك الاثناء *

فلو فعل سقط من المسمى بحسابه وان كان الفعل باذن المستأجر ورضائه ، لما في الخمانية : رجل استأجر داراً وقبضها ثم اعارها من الآخر . قال ابو بكر البلخي رحمه الله تعالى : لا يسقط الأجر عن المستأجر . وذكر في المنتقى ان المستأجر اذا اعار من الآخر ، كان ذلك نقضاً للاجارة . وكذا اذا

استأجر داراً وبني فيها ثم أجرها من الأجر ، كان ذلك نقضاً للاجارة الاولى .
والصحيح ان الاجارة والاعارة لا تكون فسخاً ، ولكن لا يجب الأجر على
المستأجر ما دام في يد الأجر اه .

وفيها: رجل استأجر دابة بعينها ليضع عليها حملاً معلوماً سمي الى موضع
كذا ، فأراد المكاري ان يضع عليها مع ذلك الحمل شيئاً من عند نفسه ، كان
للمستأجر ان يمنعه . فإن وضع المكاري ذلك وبلغت الدابة الى ذلك الموضع ،
كان على المستأجر جميع المسمى .

ولو اشترى داراً وقبضها ثم ان رب الدار شغل بعضها بمتاع نفسه ، سقط عن
المستأجر حصة ذلك من الأجر . ولو اكثرى داراً شهراً فأقام معه رب الدار
فيها الى خر الشهر ، سقط عن المستأجر حصة ما كان في يد الأجر .

المادة ٥٨٤ = * لو أجر احد ملكه وكان فيه ماله لا
تلتزم الأجرة ما لم يسلمه فارغاً الا ان يكون قد باع المال
للمستأجر ايضاً *

قدمنا في شرح المادة (٤٦٠) ان اجارة المشغول بمال المؤجر ان امكن
تفريغه وتسليمه بلا ضرر فاحش ، كبيت فيه امتعة المؤجر ، صحت الاجارة
ويجبر على التفريغ والتسليم - والا كأرض فيها غرامه وزرعه ، فسدت ، الا
اذا قلع الغراس والزرع من نفسه وسلم ، فتقلب صحيحة . هذا هو المفتى به ،
كما في الدر وحواشيه ، وقامه هناك .

وفي هذه المادة ما يشير الى ذلك ، لأن لزوم الاجرة عند التفريغ
والتسليم ، وعدمه عند عدمها ، يصدق مع انعقادها صحيحة بأن كان التفريغ
ممكناً بلا ضرر فاحش ، ومع انقلابها صحيحة بالتفريغ والتسليم من نفسه .

وفي الهندية عن الغيانية : ولو كانت الدار مشغولة بمتاع الأجر او الارض
مزروعة ، فالصحيح انه يصح العقد ، لكن لا يجب الأجر ما لم يسلم فارغاً ، او

يبيع ذلك منه . ولو فرغ الدار وسلم لزمت الأجرة . ولو سلم كل الدار الا بيتاً مشغولاً بمتاعه ، سقط الأجر بحصته ، وله الخيار في الباقي ، لتفرق الصفقة عليه . فإن فرغ البيت قبل الفسخ ، لزمت الاجارة اه وهذا ما اشار اليه بقوله :

المادة ٥٨٥ - * لو سلم الآجر الدار ولم يسلم حجرة وضع فيها اشياء . يسقط من بدل الاجارة مقدار حصة تلك الحجرة ، والمستأجر مخير في باقي الدار وان حُلت الآجر الحجرة وسلمها قبل الفسخ ، تلزم الاجارة ، يعني لا يبقى للمستأجر حق الفسخ *

= الفصل الثاني =

* في تصرف العاقدين في المأجور بعد العقد *

المادة ٥٨٦ - * للمستأجر ايجار المأجور لا آخر قبل القبض ان كان عقاراً . وان كان منقولاً فلا *

. اطلاق هذه المادة مقيد بما سيأتي في المادة الآتية ، لان الاصل عندنا ، كما في الهندية عن المحيط ، ان المستأجر يملك الاجارة فيما لا يتفاوت الناس بالانتفاع به اه .

والمراد بالآخر في قوله « للمستأجر ايجار المأجور لا آخر » غير المؤجر . واما ايجاره من المؤجر ، فلا يصح سواه . كان ذلك المؤجر مالكا للعين او مستأجراً منه . اما اذا كان مالكا لها ، فلا نه يلزم تملك المالك . واما اذا كان مستأجراً منه ، فلا ن المستأجر في حق المنفعة قائم مقام المالك ، فيلزم تملك المالك ايضاً (افاده في الدر وحواشيه)

وكذا لو كان المؤجر غاصباً ، ففي الخانية ، صحيفة (٣٢٩) : الغاصب اذا آجر
المفصوب ثم ان المستأجر آجره من الغاصب بعد القبض واخذ الأجر من الغاصب ،
كان للغاصب ان يسترد من المستأجر ما اخذ منه ، لأن اجارة الغاصب كانت منه مقدمة ،
فاذا آجرها المستأجر من الغاصب بصيراً آجر من الذي آجره ، ولا تجوز الاجارة
الثانية اه .

بقي ما لو آجره المستأجر من غيره ، ثم ان الغير آجره من المالك ، قال في
البرازية : كان الامام ابو علي النسفي يحكي عن استاذه ان المستأجر لو آجره من
المؤجر ، لا يصح . وان آجره من غيره ثم ان الغير آجره من المؤجر ، يصح .
وقال الامام الحلواني : وروي عن محمد رحمه الله تعالى ان الاجارة من المالك لا
تجوز مطلقاً ، تحلل الثالث او لا ، وبه قال عامة المشايخ ، وهو الصحيح وعليه التوى اه .
وتفرع على فساد اجارة المستأجر من المؤجر ان الاجارة الاولى لا تنسخ
بالثانية ، لأن الثانية فاسدة والاولى صحيحة ، والفاقد لا يرفع الصحيح . ولذا
قال في البرازية : ذكر الحلواني المستأجر اذا آجر المستأجر من المؤجر ، قبل تنسخ
الأولى وانه غير صحيح ، لان الثاني فاسد والفاقد لا يقدر على دفع الصحيح ، والعامه على
ان الاولى لا تنسخ ، الا انهما اذا داما على ذلك حتى تمت الاجارة ، بطلت الاولى
لأن الثانية فاسحة للأولى ، بل لان المنافع تحدث ساعة فساعة ، وعلى حسب
حدوثها يقع التسليم الى المستأجر . فاذا استأجر المالك منه ثانياً واسترد منه ، فذلك
يمنعه عن تسليم المنفعة الحادثة الى المستأجر . فاذا داما الى مضي المدة على ذلك ،
فقد مضت قبل التمكين من الاستيفاء ، فتنتسخ الاولى ضرورة . حتى لو اراد المستأجر
الاول ان يسترده بعد مضي بعض المدة ليسكنه بقية المدة ، فله ذلك ، لأن
العقد الاول انما ينتسخ في قدر المنفعة التي تلفت ، وعلى حاله فيما بقي اه وهذا كله إذا
قبض المؤجر المأجور من المستأجر . اما اذا استأجر لكن لم يقبضه ، فلا يسقط
شيء من الأجر لبقاء المستأجر متمكناً من الانتفاع ، وعليه يحمل قول من قال « لا
يسقط عن المستأجر شيء من الأجر » كما في رد المحتار . وقدمنا نظيره في شرح
المادة (٥٨٣) عن الخانية . وان الصحيح ان الاجارة من المؤجر وكذا الاعارة
منه لا تكون فسخاً ، ولكن لا يجب الأجر على المستأجر ما دام المأجور في يده

الأجر . لكن رأيت في الباب العاشر في اجارة المستأجر من الهندية ما يخالف ذلك في حكم الاعارة ، فإنه نقل عن المحيط ما نصه اولو ان المستأجر اعار المستأجر من المالك لا يسقط عنه الأجر بلا خلاف بين المشايخ اه وهو مشكل لعدم ظهور وجهه ، ولعل « لا » قبل قوله « يسقط » زيادة من الناسخ ، فلترجع نسخة اخرى .

وعبارة البزازية ، في السابع في فسحها ، هكذا : وان لم يؤجرها اي المستأجر من الأجر ولكن اعارها ، لا تبطل الاجارة بلا خلاف بين المشايخ اه ومثله في الخلاصة والمراد بقوله في هذه المادة « وان كان منقولاً فلا » ان اجارة المنقول قبل قبضه لا تصح ، وانما تصح بعد قبضه - بخلاف العقار ، فان اجارته صحيحة قبل القبض وبعده ، كما هو الحكم في البيع . ثم ان المستأجر لو آجر من الغير بأكثر مما استأجر ، هل تحمل له الزيادة ؟ = ان آجر بخلاف جنس ما استأجر به ، هل تلت الزيادة . وكذا اذا آجر مع ما استأجر شيئاً من ماله ، يجوز ان تعقد عليه الاجارة ، او اصلى في المأجور شيئاً بأن حصص الدار او فعل في الارض مسنة . وكذا اكل عمل قائم ، لأن الزيادة بمقابلة ما زاد من عنده حملاً لأمره على الصلاح ، والكنس ليس باصلاح . وان كرى النهر ، قال الخصاص : تطيب : وقال ابو علي النسفي : اصحابنا مترددون . ويرفع التراب لا تطيب وان تيسرت الزراعة . ولو استأجر بيتين صفقة واحدة وزاد في احدها ، يؤجرها بأكثر . ولو صفقتين فلا (رد المختار عن الخلاصة) وفي الهندية : اذا كان المستأجر داراً فكنسها من التراب ثم آجرها بأكثر مما استأجر ، لا تطيب له الزيادة . وان آجرها بأكثر مما استأجر وقال عند الاجارة على ان اكنس الدار ، يطيب له الفضل اه وفي كل موضع لا يطيب له الفضل ، فسيله التصديق كما هو ظاهر .

✽ فروع ✽

في فتاوي بن نجيم : اذا تقابل المؤجر الاول والمستأجر منه فالتقابل صحيح وتفسخ الأولى والثانية اه كذا في رد المختار ، وتوجيهه في تنقيح الحامدية . وفيه ايضاً : وفي التتارخانية : استأجر الوكيل بالايجار من المستأجر ، لا يجوز ، لأنه صار آجرآ ومستأجرآ . وقال القاضي بديع الدين : كنت افتي به ثم رجعت وافتى بالجواز

أقول: يظهر من هذا حكم متولي الوقف لو استأجر الوقف من آجره له وقد توقف فيه بعض الفضلاء ، وقال لم آره ، تأمل اه .

وفي الهندية: ولو استأجر ارضاً ثم دفعها الآجر مزارعة ، ان كان البذر من قبل رب الارض ، لا يجوز لأن ذلك نقض للاجارة في ظاهر الرواية وان كان البذر من قبل المستأجر ، جاز ، لان الآجر في الفصل الاول بصير مستأجراً وفي الفصل الثاني بصير اجيراً . كذا في الظهيرية اه

المستأجر اذا استأجر صاحب الارض لمعمل هذه الارض بشيء معلوم ، يجوز . كذا في الخانية .

المادة ٥٨٧ = * للمستأجر ايجار ما لم يتفاوت استعماله وانتفاعه

باختلاف الناس لا آخر *

صوابه كان المأجور عقاراً او منقولاً ، على التفصيل المتقدم في المادة السابقة . وسواء شرط عليه الموجد ان يستعمله بنفسه او لم بشرط ، لما مر في المادة (٤٣٨) من ان التقييد فيما لا يختلف باختلاف المستعملين باطل .

ثم ان المستأجر الثاني لو استوفى من المأجور منفعة اضر من المنفعة المستحقة بعقد الاجارة ، كمن استأجر الدار للسكنى ، او أطلق فاستعملها حداداً او للطحن ، يكون ضامناً ان تضررت الدار . قال في الخانية : رجل استأجر من آخر فسقطاً وقبض ، كان له ان يوجر من غيره ، كما في الدار . والمستأجر ان يسرج فيه وليس له ان يتخذ مطبخاً . فان اتخذ مطبخاً كان ضامناً لما انتقص ، الا اذا كان الفسقاط معداً لذلك بأن كان من المسع وغيره اه والظاهر انه لو فعل ذلك باذن مؤجره بان آجر المستأجر الدار ليستعملها حداداً او طحاناً ، او الفسقاط ليستعمله مطبخاً فضمنه المالك ما تلف ، يسوغ له الرجوع بما ضمن على مؤجره ، لأنه غره في ضمن عقد صحيح - وليراجع .

وقد افادت هذه المادة ان من استأجر ما يتفاوت استعماله باختلاف الناس

كالداية والثوب لا يملك ايجاره من غيره . واما جواز اجارته او اعارته عند اطلاق المؤجر له بأن يركب من شاء ، فذاك للاطلاق من المالك . حتى لو اركبها واحداً فعين فليس له ان يؤجرها من غيره ، كما تقدم . وانظر ما لو أجر ما لم يملك ايجاره اجارة صحيحة ، هل تصح اجارته ويستحق المسمى ، وهو الظاهر ، لانه صار غاصباً واجارة الغاصب صحيحة ، لدخول المأجور في ضمانه ، او لا يصح ايجاره لانه لا يملكه فلكل من المتعاقدين فسخه ، او ينقذ موقفاً على اجازة المالك ان اجازته نقذ والا بطل ؟ فيه تردد ، فليجور . هكذا ينبغي تقرير هذا المحل .

المادة ٥٨٨ - * من استأجر شيئاً اجارة فاسدة وقبضه ثم أجره

لاخر اجارة صحيحة جاز *

هو الصحيح . وفي السراجية : وبه افق ظهير الدين المرغبناني (نادرخانية) ونقل ابن المصنف عن البرازية والعمادية والخلصة مثله ، وعبر المصنف بعني صاحب التنوير ، في متفرقات الاجارة عن مقابله بقيل . وقال في البرازية : يجوز في الصحيح ، وقيل لا ، استدلالاً بما لو دفع اليه داراً ليسكنها ويرمها ولا أجر عليه ثم أجر المستأجر من غيره وانهدمت من سكنى الثاني ، ضمن اتفاقاً ، لانه صار غاصباً . واجابوا بأن العقد فيه اعارة لا اجارة لانه ذكر المزمة على سبيل المشورة لا الشرط اهـ (كذا في رد المحتار)

ثم اذا جازت الاجارة ، قال في الدرر وحواشيه : يجب اجر المثل على المستأجر الاول ، لانه يمد مستعملاً ولا يكون بفعل ما ليس له فعله غاصباً ، حتى لا يجب عليه الاجرة . قال الطحطاوي : واما المستأجر الثاني اذا سمى بينها أجر هل يجب عليه المسمى نظراً للتسمية ، وهو الظاهر ، او اجر المثل لزمته على فلقد - يجوراه اقول : نقلنا عن الخانية في شرح المادة (٤٨١) ما نصه : رجل دفع داره الى رجل ليسكن ويرمها ولا اجر له فيها فأجرها هذا الرجل من غيره وانهدمت الدار من سكنى الثاني ، ضمن الثاني قصان ما انهدم ، ويكون الثاني بمنزلة الغاصب .

ولو كانت الاجارة الثانية جائزة ، ما كان بمنزلة الناصب . وقال بعضهم : المستأجر اجارة فاسدة لا يملك الاجارة الصحيحة ، ولكن لو آجرها يستحق الأجر المسمى ، كالناصر . وقال بعضهم : المستأجر اجارة فاسدة يملك ان يؤجرها من غيره اجارة جائزة بعد القبض ، بمنزلة المشتري شراء فاسداً ، يملك ان يبيع من غيره يباعاً جائزاً ، الا ان الأجر الأول يملك تقضى الاجارة الثانية ، والبايع فاسداً لا يملك تقضى يبيع المشتري ، لان الاجارة تفسخ بالاعذار ، ولا كذلك البيع . وانما لا يملك الاجارة في مسألة الرمته ، لأن ثم ذكر الرمته على وجه المشورة لا على وجه الشرط ، فكانت اعارة ، والمستعير لا يملك الاجارة اه ومثله في الفصل (٣٠) من جامع الفصولين ، نقلاً عن الأصل .

قد تجر من هذا انه لا تردد اصلاً في وجوب المسمى على المستأجر الثاني ، لأنه اذا وجب عليه المسمى مع كون المستأجر فاسداً لا يملك اجارته صحيحاً ، فوجوبه مع كونه يملك ذلك ، من باب اولي . وقد ذكرنا هذه المسئلة في شرح المادة (٤٦١) وقلنا ينبغي ان لا يتوقف في وجوب المسمى ، اذ كيف تكون الاجارة صحيحة ويجب فيها أجر المثل ، فتدبراه فقد وافق ما قلناه هناك ، ما سمعت نقله عن الخانية ، والحمد لله .

المادة ٥٨٩ = * لو آجر احد ماله على مدة معلومة لا آخر باجارة لازمة ثم آجره ايضاً تلك المدة تكراراً لغيره لا تنعقد الاجارة الثانية ولا تعتبر *

اي لا تنفذ بل تتوقف على اجازة المستأجر الاول وان كانت الاجارة الأولى المضافة الى المستقبل ، لما تقدم في المادة (٤٤٠) من ان الاجارة المضافة صحيحة نلزم قبل حلول وقتها .

والتقييد بقوله « باجارة لازمة » للاحتراز عما لو كانت فاسدة او فيها خيار شرط للمؤجر فأجر من آخر قبل انتهاء مدة الخيار ، فإن الاجارة الثانية نصح

ويكون ذلك فتحاً للأولى .

وبقوله « تلك المدة » للاحتراز عما إذا آجر المأجور من آخر مدة أخرى غير العقود عليها أي بعدها ، فانها تصح لازمة وان كانت مضافه كما تقدم .
وبقوله « لغيره » للاحتراز عما لو آجر من نفس المستأجر ، فإن اجارته مع تبديل البدل أو تزيده أو تنزله ، يجوز ويعتبر العقد الثاني ، كما تقدم في المادة (٤٣٩) وانظر ما كتبناه في شرح تلك المادة ، فإن فيه فوائد .

المادة ٥٩٠ = * لو باع الآجر المأجور بدون اذن المستأجر يكون البيع نافذاً بين البائع والمشتري وان لم يكن نافذاً بحق المستأجر *

لأن كون المأجور ملكاً للآجر يقتضي نفاذ البيع ، وكونه تعلق به حق المستأجر يمنع نفاذه ، فقدم المانع على المقتضي في حق المستأجر ، فلم ينفذ في حقه ، لما تقدم في المادة (٤٦) من انه اذا اجتمع المقتضي والمانع قدم المانع ، وبقي المقتضي على عمله في حق البائع والمشتري لعدم المانع من جهتها ، فكان البيع نافذاً في حقهما .

ومعنى نفاذه في حق المشتري انه لا يملك الفسخ لو اجاز المستأجر البيع او انقضت مدة الاجارة ، وهذا لا ينافي ان له خيار الفسخ قبل احد الطرفين ، لعدم امكان تسليمه المبيع لأنه عند عدم امكان التسليم تعارض مع المقتضي مانع آخر ، وهو عدم امكان التسليم ، فقدم على المقتضي . والى هذا اشار بقوله :

* حتى انه بعد انقضاء مدة الاجارة يلزم البيع في حق المشتري وليس له الامتناع عن الاشترار الا ان يطلب المشتري تسليم المبيع من البائع قبل انقضاء مدة الاجارة ويفسخ القاضي البيع لعدم امكان تسليمه وان اجاز المستأجر البيع يكون نافذاً في حق كل منهم

ولكن لا يؤخذ المأجور من يده ما لم يصل اليه مقدار ما لم يستوفه من بدل الأجرة الذي كان اعطاه نقداً . ولو سلم المستأجر المأجور قبل استيفائه ذلك سقط حق حبه * .

وهكذا عبارة الهندية عن شرح الطحاوي ، فإنه قال : ومن أجر داره ثم باعها قبل انقضاء مدة الاجارة ، فان البيع جاز فيما بين البائع والمشتري ، حتى ان المدة لو انقضت كان البيع لازماً للمشتري ، وليس له ان يمتنع من الاخذ الا اذا طالب المشتري البائع بالتسليم قبل انقضاء مدة الاجارة فلم يمكنه ذلك وفسخ القاضي العقد بينهما ، فإنه لا يعود جائزاً بمضي المدة اه .

ويظهر من هذا ان المشتري وان كان له الخيار قبل مضي المدة او اجازة المستأجر ، الا ان انسخ العقد بفسخه متوقف على الرضى او قضاء القاضي ، حتى لو قال فسخ العقد ولم يرض البائع ثم مضت المدة ، بنفذ البيع عليه و يلزم ، لعدم انسخ العقد ، لكن بشكل عليه ان خيار الفسخ الثابت للمشتري انما هو لظهور المبيع مأجوراً ، وهو عيب يثبت به الخيار . صرح بهذا في البرازية . وقد تقرر ان المشتري يتفرد بالرد بخيار العيب اذا كان قبل القبض ، لا بعده . ففي مسئلتنا اذا كان المأجور في يد المستأجر ولم يقبضه المشتري ، كيف يتوقف الانفساخ فيه على القضاء او الرضى ؟ فليتأمل .

وفي رد المحتار : وليس للراهن والمؤجر حق الفسخ . واما المشتري ، فله خيار الفسخ وان علم وقت البيع بالاجارة او الرهن وهذا قولها ، وهو الصحيح وعليه الفتوى ، خلافاً لأبي يوسف اه - اي لكن يتوقف انفساخ العقد بفسخه على الرضى او القضا ، كما علمت .

ثم ان قوله « ولو سلم المستأجر المأجور الخ » ، ظاهره في ان سقوط حق حبس المأجور فيما اذا كان بيد المستأجر نسلمه . اما اذا لم يكن في يده بأن استأجر وبقى المأجور في يد الأجر فباعه من آخر ، فقد ذكره في جامع الفصولين ، كما تقدم نقله في شرح المادة (٣٦٨) فقال : البيع بلا اذن المستأجر نفذ في حق البائع والمشتري ، لا في حق المستأجر فلو سقط حق المستأجر ، عمل ذلك البيع ولا حاجة

الى التجديد ، وهو الصحيح . ولو اجازته المستأجر نفذ في حق الكل ، ولا ينزع من يده حتى يصل اليه ماله ، اذ رضاه بالبيع يعتبر لفسخ الاجارة ، لا للاقتراع من يده .

وعن بعضنا انه لو باع وسلم وأجازها المستأجر ، بطل حق حبه . ولو اجاز البيع دون التسليم ، لا يبطل حق حبه اه .

وعبارة البرازية وفي السابع في فسخها : ولو لم يكن المأجور مقبوضاً حتى مات المؤجر ، لا يكون المستأجر احق به من سائر الغرماء .

وعن بعضهم : باع المستأجر الآجر بغير رضاه المستأجر وسلم ثم اجاز المستأجر البيع والتسليم ، بطل حقه في الحبس . ولو اجاز العقد ، لا يبطل حقه في الحبس . فان قال المستأجر لا اجيز ثم قال اجيز ، يجوز .

ثم اذا حبس المستأجر المأجور لقبض ما عجله من الاجرة وكان المأجور مما يحتمل الهلاك فهلك عند المستأجر بعد الحبس ، لا يسقط الدين ، بخلاف الرهن ، كما في الخانية - اي لانه بالحبس لم يخرج عن كونه امانة في يده . تأمل .
وقدمنا في شرح المادة (٣٦٨) عن جامع الفصولين انه لو باع المؤجر المستأجر من آخر ورضي المشتري ان لا يفسخ الشراء الى مضي مدة الاجارة ثم يقبضه من البائع ، فليس له مطالبة البائع بالتسليم قبل مضياها ، ولا للبائع مطالبة المشتري بالثمن ، ما لم يجعل المبيع محل التسليم اه .

وفي الخلاصة : لو باع الآجر المستأجر باذن المستأجر حتى انفسخت الاجارة ، ثم ان المشتري رد المستأجر على الآجر بعيب ، ان لم يكن بطريق الفسخ ، لا تعود الاجارة ولا يشكل . وان كان الرد بطريق الفسخ ، هل تعود الاجارة ؟ - اتى بعضهم انها لا تعود ، وافتى شيخ الاسلام عبد الرشيد بن الحسين انها تعود ، وقاسها بمصير الرهن اذا تخمر بطل حكم الرهن ، ثم اذا تحال عا درتها . قال :
وبه يفتي ، وتامه قد ذكرناه في خزانه الواقعات اه مختصراً .

وفي البرازية : ادى المشتري بلا اذن الآجر مال الاجارة الى المستأجر ليس له المشتري ، اتى جلال الدين : ان كان المؤجر حاضراً ، فهو متبرع لا يرجع به على الآجر . وان كان غائباً ، لا . وغيره اتى بأنه متبرع مطلقاً ، واقتصر في

• الخلاصة على الثاني .

وفي الخلاصة : هذا اذا باع المستأجر من غير المستأجر . اما اذا باع من المستأجر ، تنسخ الاجارة . ولو باع البعض ، تنسخ بقدره اه وفيها : اذا باع الآخر المستأجر من رجل بغير اذن المستأجر ثم باعه من المستأجر ، جاز البيع من المستأجر ، وهو نقض للبيع الأول .

وفي البرازبة : بيع الرهن الرهن بعد قبض المرتهن باطل ، الا ان يميز المرتهن . فان لم يميز حتى باع من آخر واجاز المرتهن الثاني ، جاز الثاني . وفي الاجارة لا يجوز البيع بلا اذن المستأجر . فلو اجاز الثاني ، جاز الأول ، لانه لما ابطال حقه وجد الأول نقاداً ، نفذ بلا مناصم - بخلاف الرهن لتعلق حق المرتهن بالبدل اه وتماه فيها . وفي نسخي من الخلاصة ما يخالف هذا ، ولعل فيها تحريفاً .

- الفصل الثالث -

✽ في بيان مواد تتعلق برد المأجور واعادته ✽

المادة ٥٩١ - ✽ يلزم المستأجر رفع يده عن المأجور عند انقضاء الاجارة ✽

بمضي المدة اذا كان العقود عليه المدة ، او بقضاء المسافة اذا كان العقود عليه المسافة .

ويستثنى من هذا الحكم ما اذا كان المأجور ارضاً للزراعة ، وقد انقضت المدة والزرع بقل ، فإن للمستأجر استبقاءها بأجر المثل ، ولا تنزع الارض من يده حتى يستحصد الزرع ، كما تقدم في المادة (٥٢٦)

وكذا ارض الوقف المحتكرة للبناء والغرس اذا انقضت مسدة اجارتها ،

فإن للمستأجر استبقاها بأجر المثل حيث لا ضرر في ذلك على الوقف ، كما حققناه في شرح المادة (٤٤١)

وكذا لو كان المأجور زورقاً واقضت المدة في أثناء البحر ، فإن للمستأجر استبقاء الزورق الى ان يصل الى الساحل ، كما تقدم في المادة (٤٨٠) ومثله الدابة اذا انقضت مدة اجارتها في مفازة لا يجد فيها المستأجر دابة ، او استأجر من آخر زقافاً وجعل فيها خلاً ثم مضت مدة اجارتها في الصراء ، فإنه يحصل بأجر مثله الى موضع يجد فيه زقافاً غيرها ، كما قدمناه في شرح تلك المادة . ولا ينزع المأجور من يد المستأجر في جميع هذه المسائل : قالوا : لأن الاجارة كما تفسخ بالاعذار ، تبقى بالاعذار .

المادة ٥٩٢ - * ليس للمستأجر استعمال المأجور بعد انقضاء

الاجارة *

الا باذن صاحبه . فلو فعل ، كان غاصباً ، فيضمن قيمته اذا هلك ، كما تقدم وبأثني . ولا اجر عليه ، لانه استعماله بدون عقد فلا يلزمه الاجر ، الا اذا كان وفقاً او مال بينم او معداً للاستغلال .

وكذا لو تقاضاه المالك بالاجرة عن المدة الثانية فسكت ، تلزمه الاجرة ، لان سكوته رضاء كما تقدم في المادة (٤٣٨)

قيد باستعمال المأجور ، لأن حبه لاجل الحفظ بدون استعمال لا يكون تمدياً ، الا اذا منعه من المالك بعد الطلب ، لأن المأجور امانة كالوديعة في يده ، كما سيأتي في المادة (٦٠٦)

المادة ٥٩٣ = * لو انقضت الاجارة واراد الاجر قبض ماله ،

يلزم المستأجر تسليمه اياه *

وان امتنع عن تسليمه بعد الطلب وهلك المأجور في يده ، ضمن قيمته ، لتعديده بالأمسك . والحاصل ، كما في العادة ، ان العين امانة في يد المستأجر ، فلا تصير مضمونة الا بالاستعمال او بالنوع بعد الطلب ، كالوديعة - بخلاف المستعير اذا امسك الثوب المستعار بعد مضي المدة حيث يضمن ، لأن هناك وجد الطلب من حيث الحكم وقد وجب الرد عليه بعد مضي المدة . اما في الاجارة ، فلم يوجد الطلب ، لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الحكم ، فلم يوجد الاستعمال ولا النفع ، فلا يجب الضمان (كذا في تنقيح الحامدية من الاجارة)

المادة ٥٩٤ - * لا يلزم المستأجر رد المأجور واعادته ويلزم الأجر ان يأخذه عند انقضاء الاجارة . مثلاً لو بانقضت اجارة دار يلزم صاحبها الذهاب اليها وتسلمها . كذلك لو استؤجرت دابة الى المحل الفلاني يلزم صاحبها ان يوجد هناك ويتسلمها . وان ما وجد هناك ولا تسلمها وتلقت في يد المستأجر بدون تعديده وتقصيره لا يضمن . والوكيل كالأصيل . اما اذا استأجر شخص دابة من محل معين على ان يذهب ويعود لزم على المستأجر ان يرجع الدابة الى المحل المذكور واذا لم يرجعها بل اخذها وامسكها في داره فهلكت ضمن قيمتها *

قال محمد رحمه الله تعالى في الاصل : وليس على المستأجر رد ما استأجر على المالك . وعلى الذي آجر ان يقبض من منزل المستأجر . وليس هذا كالعارية (كذا في النخبة)

استأجر دابة ليركبها في حوائجه في المصر وقتاً معلوماً فمضى الوقت ، فليس عليه تسليمها الى صاحبها . وعلى الذي آجرها ان يقبض من منزل المستأجر . حتى

لو أمسكها إياماً فهلكت في يده ، لم يضمن ، سواء طلب منه المؤجر أو لم يطلب ، لأنه لا يلزمه الرد إلى بيته بعد الطلب . فإن لم يكن متمدياً في الإمساك ، فلا يضمن . فإن كان استأجرها من موضع مسمى في المصر ذاهباً وجائياً ، فإن على المستأجر أن يأتي بها ذلك الموضع الذي قبضها فيه ، لا لأن الرد واجب عليه ، بل لأجل المسافة التي تناولها العقد ، لأن عقد الأجرة لا تنتهي إلا بالرد إلى ذلك الموضع . فإن حملها إلى منزله فأمسكها حتى عطبت ، ضمن قيمتها ، لأنه تعدى في حملها إلى غير موضع العقد . فإن قال المستأجر إن كبتها من هذا الموضع إلى موضع كذا وأرجع إلى منزلي ، فليس على المستأجر ردها إلى منزل المؤجر ، لأنه لما عاد إلى منزله فقد انقضت مدة الأجرة ، فبقيت أمانة . كذا في البدائع . فلإن المستأجر ساق الدابة ليردها على المؤجر في منزله مع أنه ليس عليه الرد وهلكت في الطريق ، لا ضمان عليه . ولو ذهب المالك إلى بلد آخر وذهب هذا الرجل بالدابة ليردها على المالك فهلكت في الطريق ، كان عليه الضمان ، فيصير بالأخراج من البلدة غاصباً (كذا في المحيط)

وفي المتقى : استأجر دابة ، ردها إلى منزل المؤجر وأدخلها مربطاً وربطها أو أغلق عليها ، فلا ضمان إذا هلكت أو ضاعت . كل شيء يفعل بها صاحبها إذا ردت عليه ، فإذا فعله المستأجر يبرأ . ولو أدخلها دار صاحبها أو أدخلها مربطاً ولم يربطها ولم يغلّق عليها ، فهو ضامن إذا هلكت أو ضاعت اهـ (الكحل من الهندية في الباب الثالث عشر ، وتامه فيها)

المادة ٥٩٥ - * ان احتاج رد المأجور واعادته الى الحمل والمؤنة

فأجرة نقلته على الاجر *

بخلاف رد المستعار ، فإن مؤنة رده على المستعير ، كما تقدم عن الدخيرة . وهذا إذا كان الرد داخل المصر . فإن أخرجها من المصر ليردها ، فإن كانت الأخراج بأذن المالك ، فالحكم كذلك - أي ان مؤنة رد المأجور على المؤجر ،

والمستعار على المستعير . وان كانت بغير اذنه ، فمؤنة الرد على الذي اخرجها ،
مستعيراً كان او مستأجراً (افاده في الهندية عن المحيط ، ومثله في الخلاصة)
وفي الهندية : الرد في الأجير المشترك نحو القصار والصباغ والنساج على الاجير ،
لأن الرد نقض القبض ، فانما يجب على من كانت منفعة القبض له . ومنفعة القبض
في هذه المواضع للأجير ، لأن للاجير عيناً ، وهو الأجرة ، ولرب الثوب المنفعة ،
والعين خير من المنفعة ، فكان الرد عليه - بخلاف ما لو اجر عبداً او دابة وفرغ
المستأجر فانه يجب الرد على المالك ، لأن ثمنه لمستأجر منفعة وللأجير عيناً (كذا
في الدخيرة)

❖ الباب الثامن ❖

- في بيان الضمانات - ويحتوي على ثلاثة فصول -

= الفصل الاول =

❖ في ضمان المنفعة ❖

المادة ٥٩٦ - ❖ لو استعمل احد ما لا بدون اذن صاحبه فهو من

قبيل الغاصب لا يلزمه ضمان منفعه ❖

لأن منافع الغصب غير مضمونة عندنا ، الا ان ينقص باستعماله فيلزم النقصان .
وقال الشافعي رحمه الله تعالى : يضمنها الغاصب فيجب أجر المثل ، لأن المنافع اموال
مستقومة حتى تضمن بالعقود ، فكذا بالنصوب . ولا فرق في المذهبين فيما اذا عطلها
او سكنها .

ولنا انها ، اي المنافع ، حصلت على ملك الغاصب ، لحدوثها في امكانه ، اذ هي

لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى زمانين ، فيملكها دفعا لحاجته ،
والانسان لا يضمن ملكه - وكيف وانه لا يتحقق غصبها وانلافها لانه
لابقاء لها .

ولا نسلم انها ، اى المنافع ، متقومة في ذاتها ، بل تنقوم ضرورة عند ورود العقد
عليها . الا ان ما اتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين
(هداية) ولان المنافع لو كانت مضمونة على الغاصب ، لا يخلو : اما ان تكون
مضمونة بامثالها من المنافع ، او بغيرها من الاعيان ، كالدرام والدنانير . ولا
يجوز ان تكون مضمونة بالامثال ، وهي المنافع ، لانه لا قائل بذلك . ولا يجوز
ان تكون مضمونة بالاعيان ، لعدم المماثلة ، والمماثلة شرط في ضمان العدوان ،
لقوله تعالى ﴿ فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ كذا في الفتح .

﴿ ولكن اذا كان المال مال وقف او مال صغير فحينئذ يلزمه
ضمان المنفعة اى اجر المثل بكل حال . وان كان معداً للاستغلال
يلزمه ضمان المنفعة اى اجر المثل اذا لم يكن بتأويل ملك او عقد . مثلاً
لو سكن احد في دار آخر مدة بدون عقد اجارة لا تلزمه الأجرة
لكن ان كانت تلك الدار وقفاً او مال صغير فعلى كل حال يعنى ان
كان ثمة تأويل ملك او عقد او لم يكن يلزم اجر مثل المدة التي
سكنها . وكذلك اذا كانت دار كراء ولم يكن ثمة تأويل ملك
او عقد يلزم اجر المثل . وكذا لو استعمل احد دابة الكراء بدون
اذن صاحبها يلزم اجر المثل ﴾

ملخص ما ذكره في الدر وحواشيه وغيرها من الشروح والفتاوي بان منافع
مال الوقف او مال اليتيم مضمونة على الغاصب سواء استعملها او عطّلها ، وسواء
كان مال الوقف موقوفاً للسكنى او للاستغلال اولا ولا كسجد او مدرسة او
زاوية اغتصبها انسان واستعملها ، وسواء كان استعمال مال الوقف او اليتيم بتأويل

ملك او عقد اولاً ولا ، فإنه في جميع هذه الاحوال يلزم الناصب اجر المثل بالتمام ما بلغ ، على ما اختاره المتأخرون من اهل المذهب ، وعليه الفتوى ، صيانةً لمال الوقف واليتيم عن الضياع .

ومثل مال الوقف ومال اليتيم المدد للاستقلال سوا ذلك كان عقاراً او منقولاً ، لا لأجل صيانتها ، بل لأن استعماله حال كونه معداً للاستقلال يجعل على الأجرة ، بمعنى انه سكنه ملتزماً للأجر .

ولهذا شرطوا لوجوب الأجر فيه اربعة شروط : الاول ان لا يستعمله بتأويل ملك ، كبيت معد للاستقلال سكنه احد الشركاء فيه ، وكحانوت ورثه من ابيه ثم استحقه آخر .

الثاني ان لا يستعمله بتأويل عقد ينبيء عن عدم التزامه الأجرة ، كبيت الرهن المدد للاجارة اذا سكنه المرتهن ثم بان للغير ، وكحانوت اشتراه واستعمله مدة ثم استحقه آخر . والظاهر ان من هذا ما اذا اشترى دابة معدة للكراء واستعملها مدة ثم ردّها بجيار عيب ظهر له بعد ذلك .

الثالث : ان يكون المستعمل علم بكونه معداً للاستقلال ، حتى لو اختلفا في العلم وعدمه فالقول للمستعمل بيمينه لأنه منكر . والآخر مدع الا اذا كان اعداده للاستقلال ظاهراً مشهوراً كالحمام والحمام ، فلا يصدق ، والأجر واجب عليه .

الرابع : ان لا يكون المستعمل مشهوراً بالنصب .

فلو فقد شرط من هذه الشروط الأربعة ، لا يلزم المستعمل اجر ، لظهور انه باستعماله لم يكن ملتزماً للأجر .

وهذا كله اذا لم يطالبه المالك بالأجر ، والا فيجب ولو لم يكن معداً للاستقلال . ولذا قالوا جميعاً : المصوب منه اذا شهد على الناصب انه ان رددت اليّ داري والا اخذت منك كل شهر الف درهم ، فالاشهاد صحيح . فلواقام فيها الناصب بعده يلزمه الأجر المسمى ، لأنه بسكناه يكون راضياً بالأجر ، لا تقرر ان السكوت في الأجرة رضی . وهناتلزم مراجعة المادة (٤٣٨) وما كتبناه في شرحها والمادة (٤٧٢) وشرحها . وهذا الذي كتبناه ملخص ما في الدرر وحواشيه .

✽ تنبيهات ✽

الأول : ان قول محمد بتحقق النصب في العقار هو المفتى به في الوقف ، كما في الدر عن فتاوي ظهير الدين . وكذا في مال اليتيم والمد للاستغلال ، كما في حاشية رد المحتار عن حاشية الاشباه ، حيث قال : قال الكمال : الفتوى على ضمان العقار في ثلاثة اشياء الخ . وعليه فلو هلك عقار احد الثلاثة لا يفعل الغاصب كسكناه ، بل بأفة سماوية كغلبة سيل او زلزال ، يجب ضمانه . ومتى قضى عليه بقيمة تؤخذ منه فيشتري بها ضيقة اخرى تكون على سبيل الوقف الأول ، كما نقله ايضاً في رد المحتار من اللؤلؤ الحية ، فنبين بهذا ان ذوات هذه الثلاثة مضمونة بالنصب ، كنافعها .

الثاني : كون المنصوب معداً للاستغلال انما يثبت اذا اشتراه صاحبه لذلك ، او بناه لذلك ، او أجره ثلاث سنين متواليات . ولا يثبت باعداد البايع لذلك بالنسبة الى المشتري ، بل لا بد ان يكون المشتري اشتراه لذلك وأخبر الناس ، او بوجره بعد الشراء ثلاث سنين متواليات .

ولو بنى لنفسه لا للاستغلال ثم اراد ان يعده ، فإن قال بلسانه ويخبر الناس ، صار بذلك معداً للاستغلال ، كما في الدر وحواشيه .

وفي رد المحتار عن الذخيرة : ان الأرض تصير معدة للمزارعة بأن كان في قرية اعتاد اهلها زراعة ارض القبر وكان صاحبها ممن لا يزرع بنفسه فلصاحبها مطالبة الزارع بالتعارف اه .

الثالث : عقار الوقف اذا سكنه احد الموقوفين عليهم بالغلبة ، يلزمه اجرة المثل ، ولا يكون مثل الشريك في الملك . وقيدنا سكناه بالغلبة احترازاً عما لو سكن بعضهم ولم يجد الاخر موضعاً يكفيه ، فليس له اجرة ولا له ان يقول انا استعمله بقدر ما استعمله ، لأن المهايأة انما تكون بعد الخصومة (كذا في الدر وحواشيه من كتاب الوقف وكتاب النصب)

وهذا في الموقوف للسكنى ، واما الموقوف للاستغلال ، فعلى الساكن الأجر كفيما كان ، لأن الموقوف عليه الغلة لا يملك السكنى .

الرابع : لو أجز الناصب عقار الوقف او اليتيم او الممد للاستغلال وجب له على المستأجر المسمى ، ووجب عليه لجهة الوقف واليتيم والمالك اجر المثل ان كان ما قبضه من المستأجر اجر المثل او دونه . فلو كان اكثر يرد الزايد ايضاً ، لعدم طيبه له ، كما حرره المجوي واقره ابو السعود (كذا في رد المحتار)

الخامس : اذا طرأ بالنصب نقصان على قيمة مال الوقف او اليتيم ، يفرم الناصب الازيد من نقصان القيمة وأجر المثل . قال في الاقروية ، نقلًا عن احكام الصغار : لو غصب انسان دار وقف او صبي ، يجب اجر المثل على ما عليه الفتوى بالقأما بلغ . الا اذا انتقص المنزل بسكنى المستأجر وكان ضمان النقصان انعم لليتيم والوقف ، او نقصتها الزراعة وكان ضمان النقصان انعم ، فحينئذ يجب ضمان النقصان . فالحاصل انه ينظر الى نقصانه والى أجر المثل ، فأيهما كان اكثر يجب ذلك للوقف والصغير اه .

وذكر في هامشها ان طريق معرفة نقصان الأرض ان ينظر بكم تشتري هذه الأرض قبل الزراعة وبكم تشتري بعدها ، فقدر التفاوت نقصان الأرض . قال شمس الائمة السرخسي : هذا القول اقرب الى الصواب ، ومقابلته ان ينظر بكم يؤجر قبل الزراعة وبعدها ، فقدر التفاوت نقصان الأرض اه .

المادة ٥٩٧ = * لا يلزم ضمان المنفعة في مال استعمل بتأويل ملك ولو كان معداً للاستغلال . مثلاً لو تصرف مدة احد الشركاء في المال بدون اذن شريكه مستقلاً فليس للشريك الاخر اخذ اجرة حصته لأنه استعمله على انه ملكه *

لأن الدار المشتركة في حق السكنى وما كان من نوابها تجمل كالملكة لكل واحد من الشريكين على سبيل الكمال ، اذ لو لم تجمل كذلك منع كل واحد من الدخول والعمود ووضع الأمتعة ، فتعطل عليه منافع ملكه ، وانه لا يجوز .

وإذا جعلناها هكذا صار الحاضر ساكناً في ملكه نفسه ، فكيف يجب عليه الأجر
(حموي عن العادبة)

المادة ٥٩٨ - * لا يلزم ضمان المنفعة في مال استعمل بتأويل
عقد وان كان معداً للاستغلال . مثلاً لو باع احد الآخر حانوتاً
ملكه مشتركاً بدون اذن شريكه وتصرف فيه المشتري مدة . ثم لم
يجز البيع الشريك وضبط حصته ليس له ان يطالب بأجرة حصته وان
كان معداً للاستغلال لأن المشتري استعمله بتأويل العقد يعني حيث
انه تصرف فيه بعقد البيع لا يلزم ضمان المنفعة . كذلك لو باع احد
لاخر رحي على انها ملكه وسلمها ثم بعد تصرف المشتري لو ظهر
لها مستحق واخذها من المشتري بعد الاثبات والحكم ليس له ان
ياخذ لجرة لتصرفه في اللدة للذكورة لأن في هذا ايضاً تأويل عقد *

ومنه بيت الرهن اذا سكنه المرتهن ثم بان للغير ممدداً الاجارة ، فلا شيء عليه
(كذا في الدر) اي لانه لم يسكنها ملتزماً للاجر ، كما لو رهنها المالك فسكنها
المرتهن (قنية) اقول : بل الاجر على الراهن ، لأنه غاصب ، فنأمله (بيري -
كذا في رد المحتار)

المادة ٥٩٩ - * لو استخدم احد صغيراً بدون اذن وليه فاذا بلغ
الصغير ياخذ اجر مثل خدمته عن تلك المدة . ولو توفي الصغير فلورثته
ان ياخذوا اجر المثل عن تلك المدة من ذلك الرجل *

وكذا لو مات المستخدم فالصغير بعد بلوغه الرجوع في تركه بأجرة المثل ، كما في الخيرية .
وظاهر قوله « بدون اذن وليه » انه لو كان الاستخدام باذن ولي الصغير ، لا يستحق الصغير الأجر ، وليجرر .
ونقل في رد المحتار عن البزازبة ، ما نصه : يتم لآب له ولا أم استعمله اقرباؤه مدة في اعمال شتى بلا اذن الحاكم وبلا اجارة ، له طلب اجر المثل بعد البلوغ ان كان ما يعطونه من الكسوة والكفاية لا يساوي اجر المثل اه ومثله في الخيرية عن القنية . ثم قال : وقد تقرر انه ليس لفغير الآب والجد والوصي استعمال الصغير بلا عوض اه تأمل .

- الفصل الثاني -

* في ضمان المستأجر *

المادة ٦٠٠ = * المأجور امانة في يد المستأجر ان كان عقد الاجارة صحيحاً او لم يكن *

اي صحيحاً - اعم من ان يكون فاسداً او باطلاً ، كما في حواشي الدر وغيرها .

المادة ٦٠١ = * لا يلزم الضمان اذا تلف المأجور في يد المستأجر ما لم يكن بتقصيره او تعديه او مخالفته لماذونيته *

لما تقدم من انه امانة في يده ، فلا يضمن وان شرط عليه الضمان ، لأن شرط الضمان في الامانات باطل ، كما في الاشياء وغيرها .

ثم ان توضيح ما كان هلاكه بسبب التقصير او التعدي او المخالفة مذكور في المواد الآتية .

المادة ٦٠٢ * يلزم الضمان على المستأجر لو تلف المأجور او طرأ
على قيمته نقصان بتعديده . مثلاً لو ضرب المستأجر دابة الكراء فماتت
منه او ساقها بعنف وشدة فهلكت لزمه ضمان قيمتها *

اطلاق هذه المادة يقتضي ان ضرب المستأجر دابة الكراء تعدٍ عليها موجبٌ
لضمانها اذا تلفت بسببه ، او ضمان نقصانها ان تعيبت ، سواء كان الضرب في المحل
المعتاد او لا ، وسواء كان مأذوناً فيه صريحاً او لا ، لأن الضرب وان كان مأذوناً
صريحاً او دلالةً بحكم العرف ، لكن الاذن بالضرب مقيّد بشرط السلامة لان السوق
يكون بدونه ، فيتقيد بوصف السلامة ، كالمرور في الطريق ورعي الصيد ، فيكون
ضامناً كيفما كان عند ابي حنيفة ، خلافاً لها . هذا ما يقتضيه اطلاق عامة المتون ،
خلافاً لما نقله في الهندية عن اسماعيل الزاهد ، كما قدمناه في شرح المادة (٥٥٧)
ثم ان ما اقتضاه هذا الاطلاق معارضٌ بمفهوم المادة المذكورة ، فليتأمل .
واعلم ان تقييد كون السوق بعنف وشدة يفيد انه لو لم يكن كذلك فلا
ضمان ، اذ لا نعدي حينئذٍ . ولذا ذكر في الهندية عن الظهيرية : رجل استأجر
حماراً لينقل عليه الشوك فذهب في سكة فيها نهر جارٍ فبلغ موضعاً ضيقاً فغرب
الحمار فوقع في النهر مع الحمل واشتغل المستأجر بقطع الجبل فهلك الحمار ، قالوا :
ان كان الموضع ضيقاً لا تسير فيه الحمر وعليها احمالها ، كان ضامناً . وان كان
موضعاً تسير فيه الحمر وعليها احمالها وتتجاوز ، فان عنف عليه المستأجر حتى وثب
الحمار من ضربه ، كان ضامناً . وان وقع لا من ضربه وتعنيفه ، لا يضمن اه .
وفيها عن الذخيرة : استأجر حماراً لينقل عليه الحطب من الكرم وكان ينقل
عليه الحطب وبوقره كما يوقر مثله فصدم الحمار على حائط ووقع في النهر وهلك ، ان
لم يعنف عليه في السوق بل ساق مثل ما يسوق الناس مثل ذلك الحمار في ذلك
الطريق ، فلا ضمان . وان كان بخلافه ، فهو ضامن اه ولو حمل عليه الحطب الى
المصر فصدم الحمار حائطاً فوقع في النهر فمطب ، فان كانت يمر وقر الحطب سالماً

غالباً لم يضمن . وان كان يعلم انه فلما يسلم ، ضمن ، وكذا اذا ساقه على قنطرة ضيقة اه .

المادة ٦٠٣ - * حركة المستأجر على خلاف المعتاد تعدى ويضمن الضرر والخسارة الذي يتولد منها . مثلاً لو استعمل الالبسة التي استكراهاها على خلاف عادة الناس وبلبت يضمن . كذلك لو احترقت الدار المأجورة بظهور حريق فيها بسبب اشعال المستأجر النار از يد من العادة وسائر الناس يضمن *

يعني ان تعدى المستأجر على المأجور كما يكون مباشرة كما في ضرب دابة الكراء وسوقها الضيف ، يكون تسبباً كلبس ثوب الكراء على خلاف عادة الناس . فإن اللبس هو المنفعة التي ملكها بالعقد ، لكن كونه على خلاف المعتاد ، تسبب عنه البلاء والتلف ، فكان تعدياً - وكاشعال المستأجر النار في الدار المأجورة ، فإنه انتفاع بظاهر الدار ، وهو يملك منافعتها بالعقد ، لكن كونه تجاوز ما يصنع الناس ، تسبب عنه الهلاك ، فكان تعدياً .

والتجاوز ان يصنع ما لا يصنعه من ترك الاحتياط في وضع الثور ، ومن ايقاد نار لا يوقد مثلها في الثور او الكانون (ط)

ومن ذلك ما في الهندية : ولو استأجر دابة ليركبها فلبس من الثياب اكثر مما كان عليه حين استأجرها ، فان لبس من ذلك ما يلبس الناس اذا ركبوا ، لم يضمن . فإن كان اكثر من ذلك ، ضمن بقدر ما زاد اه .

وفيها عن الظهيرية : رجل استأجر دابة ليذهب بها الى موضع معلوم فاخبر ان في الطريق لصوا فلم يلتفت الى ذلك فذهب فأخذه اللصوص وذهبوا بالدابة ، قال الفقيه ابو بكر : ان كان الناس يسلكون هذا الطريق مع هذا الخيل بدوايم واموالهم ، فلا ضمان ، والا فهو ضامن اه .

وفي اليزازبة: استأجر قبائلاً ليزن به الحمل وكان في عموده عيب ولم يعلم به المستأجر فوزن به وانكسر ، ان كان يوزن مثل ذلك الحمل بمثل ذلك القبان بذلك العيب ، لا يضمن ، والا يضمن - وهذا اذا لم يعلم الآجر المستأجر بذلك العيب . اما اذا اعلمه ، فقد اذن له بأن يوزن به القدر الذي يوزن فيه بدون ذلك العيب . فاذا وزن ذلك القدر ، لا يجب الضمان اه .

وفي الانقروية : ملاً سفينة من اتمعة الناس وشدها في الشط ليلاً وظهر فيها ثقب وامتلأت ماء ، وغرقت وهلك الائمة ، لا يضمن ان كانت تترك هذه عادة . ولو قال مالك الائمة للملاح شد السفينة ما هنا ولم يشدها واجراها حتى غرقت من الموج ، يضمن ان كانت تشد في هذه الحالة اه .

المادة ٦٠٤ - * لو تلف المأجور بتقصير المستأجر في أمر المحافظة او طراً على قيمته نقصان يلزم الضمان . مثلاً لو استأجر دابة وتركها خالية الرأس وضاعت يضمن *

شروع في بيان حكم تقصير المستأجر في حفظ المأجور ، بعد الفراغ من بيان حكم تعديده عليه بنوعيه .
ثم ان ترك المستأجر دابة الكراء خالية الرأس ، مثال من امثلة التقصير في الحفظ ، فلا ينصور ان يتوهم متوهم ان ضمان المأجور محصور في هذه الصورة ، فانهم .

واعلم ان ضمان المستأجر المأجور في حالتي التمدي والتقصير في الحفظ ليس بناءً على تعديده والتزامه بالمحافظة عليه ولو حكماً كازعم الشارح سليم باز ، بل لأن ما ذكر حكم كل امانة ، والا فان قصد الاستحفاظ حكم الوديعة لا الائمة مطلقاً ، وما نحن فيه ليس وديعة بل هو امانة ضمن عقد الاجارة ، والائمة اعم من الوديعة ، لأن الوديعة هي الاستحفاظ فصداً ، والائمة ما يقع في يد الأمين من غير اعتبار القصد . فقبحض المستأجر المأجور قصد الاستحفاظ فيه

غير معتبر اصلاً ، بخلاف قبض المودع الوديعة ، كإسياني تحقيقه في المادة (٧٦٢) وشرحها . ولهذا قالوا ان المودع يبرأ عن الضمان بالعودة الى الوفاق ، بخلاف الامين غير المودع ، كما تقدم في شرح المادة (٥٤٥)

* فروع *

ترك الحمار على الباب ودخل المنزل ليأخذ خشب الحمار وضاع ، ان لم يغب عن بصره ، لا ضمان . وان غاب ، ان موضعاً لا يعد تضييعاً كأن كانت السكة غير نافذة او بعض القرى ، لا يضمن . فان عد تضييعاً ، ضمن .

ربط الحمار على بابه ودخل الدار ليأخذ شيئاً او المسجد ، فهذا وترك الربط سواء ، فيضمن في المختار (ذكره السرخسي ، بزازية)

استأجر حماراً فحمل عليه وله حمار آخر فحمل عليه ايضاً فلما سار بعض الطريق سقط حماره فاشتغل به فذهب الحمار المستأجر او هلك ، ان كان مجال لو اتبع الحمار المستأجر لهلك حماره او متاعه ، لا يضمن ، والا فبضمن ، استدلالاً بأن البقرة اذا نذت من السرح وترك الاجير اتباعها لسلا يضيع الباقي فهلكت التي نذت ، لا يضمن - قلت : وفي اجارة الذخيرة : ولو كان المستأجر حمارين فاشتغل بحمل احدهما فضاع الآخر ، ان غاب عن بصره ، فهو ضامن . فعلى هذا ينبغي ان يضمن في المسئلة السابقة ان غاب عن بصره فهلك ، فتأمل عند الفتوى (كذا في الهندية)

وفيها عن المحيط : وفي فتوى الاصل : استأجر حماراً ففضل في الطريق فتركه ولم يطلبه حتى ضاع ، قال : ان ذهب الحمار من حيث لا يشعر به وهو حافظ له فاذا علم فطلبه ولم يظفر به ، فلا ضمان عليه . وكذلك لو لم يطلبه وكان آيساً من وجوده ، لو طلب بالقرب في حوالي المواضع التي ذهب منها ، لا ضمان . وان ذهب وهو يراه ولم يمنعه ، فهو ضامن . يريد به اذا غاب عن بصره . وعلى هذا مستأجر الحمار اذا جاء بالحمار الى الخيلز وترك الحمار واشتغل بشراء الخبز فضاع الحمار : ان غاب عن بصره ، فهو ضامن . وان لم يغب عن بصره ، فلا ضمان عليه ام .

وفيها عن الضيائية : ان اشتغل بالصلاة في الطريق والحمار بين يديه فضاع ، فان غاب عن بصره ولم يقطع الصلاة ولم يجبه ، ضمن . وان لم يغب عن بصره حتى ضاع ، لا يضمن اه .

وفيها عن المحيط : استأجر من رجل مرآً وجهه في الطريق ثم صرف وجهه عن الطريق ودعى اجيراً له ولم يبرح عن مكانه ذلك ، ثم نظر الى المر فاذا هو قد ذهب به ، قال : ان كان تحويل وجهه لم يطل حتى لا يسمى به مضيقاً للمر ، لا ضمان عليه ، والقول في ذلك قوله مع يمينه ان كذبه الآجر . وان طال التفاته ، فهو ضامن اه .

وفي البرازية : وكذا لو كان في بول او غائط او حديث مع غيره فذهب وتوارى عن بصره حتى ضاع ، ضمن ، ولا يكون البقار تاركاً للحفظ . ما لم يغب عن بصره وان كان قائماً . وان غاب عن بصره يكون تاركاً للحفظ .

وفي الصغرى : اذا نام قاعداً ، لا يكون تاركاً للحفظ . ولو مضطجماً ، يكون تاركاً اه .

وفيها : والتقييد بالبصر في النهار والليل سواء . غير انه يرى في النهار من بعد ، وفي الليل لا اه .

وفيها : وان توجه الى التافلة القطاع فالقي المكاري المتاع وذهب بحماره فأخذ القطاع التماس ، ان كان يعلم لولا الفرار بالحمار لأخذوا الحمار مع التماس ، لا يضمن . وان امكنه الفرار مع التماس والحمار وترك التماس ، يضمن اه . وفي الخانية : رجل استأجر حماراً فربطه على اربة في المدينة في صكة نافذة وشم اقوام نيام لبسوا من عيال المستأجر ولا من اجرائه فمسرقت الحمار ، قالوا : ان كان المستأجر لم يستحفظهم ، يكون ضامناً بترك الحفظ . وان كان استحفظهم او استحفظ بعضهم وقبلوا منه الحفظ ولم يكن في عقد الاجارة شرط ركوب المستأجر بنفسه و كان ذلك في موضع لا يعد النوم ممن يحفظ الدواب تضييعاً ، لا يضمن . وان كان ذلك في موضع يعد النوم من الحافظ تضييعاً ولم يستحفظهم ، ضمن . وان استحفظهم وقبلوا منه الحفظ ، كان الضمان على الذي قبل الحفظ اذا لم يحفظ وان كان المستأجر شرط في الاجارة ان يركبها بنفسه ، يضمن

المستأجر على كل حال ، لأنه اذا شرط ذلك لم يكن له ان يوجرها غيره
ولا ان يعيرها ولا ان يودعها .

المادة ٦٠٥ = * مخالفة المستأجر مأذونته بالتجاوز الى ما فوق
المشروط توجب الضمان . واما مخالفته بالعدول الى ما دون المشروط
او مثله لا توجبه . مثلاً لو حمل المستأجر خمسين أقة حديد على دابة
استكراها لأن يحملها خمسين أقة سمن وعطبت بضمن . واما لو حملها
حمولة مساوية للدهن في المضرة او اخف وعطبت لا بضمن *

لما تقدم في المادة (٤٢٦) من ان من استحق منفعة معينة بقصد الاجارة له ان
يستوفي عينها او مثلها او مادونها لا ما فوقها . وفي المادتين (٤٢٧) و (٤٢٨)
من ان ما يختلف باختلاف المستعملين ، يعتبر فيه التقييد . وما لا يختلف ، فالتقييد
فيه لغو . فمن استحق زراعة نوع معين في الأرض المستأجرة للزراعة ، له ان
يزرع مثله او اخف ، لا اضر . ولو استكرو داراً ليسكنها له ان يسكنها لا ان
يسكنها حداداً او طاحوناً . ولو استكرو دابة لركوبه ، فليس له ان يركبها
غيره . فلو خالف فيما يختلف باختلاف المستعملين او استوفى منفعة هي اضر من
المنفعة التي استحقها بالعد ، صارت يده على المأجور يد غضب ، فيضمنه لو هلك وان
كان الهلاك بلا تعد ولا تقصير في الحفظ .

واما كيفية الضمان كلاً او بعضاً ووجوب الاجرة وعدمه ، فقد تقدم بيانه
مفصلاً في المواد (٥٤٥) وما يليها الى المادة (٥٥٧) فلتراجع مع شروحيها .

المادة ٦٠٦ - * يبقى المأجور كالدبعة امانة في يد المستأجر
عند انقضاء الاجارة . وعلى هذا لو استعمل المستأجر المأجور بعد انقضاء

مدة الاجارة وتلف يضمن . كذلك لو طلب الاجر ما له عند انقضاء
الاجارة من المستأجر ولم يعطه اياه ثم بعد الامساك تلف يضمن *

بمعنى ان المأجور يبقى امانة في يد المستأجر بعد انقضاء الاجارة كما كان قبل ،
فلا يضمن بلا تعد او تقصير ، ما لم يستعمله المستأجر او يتعمه من مالكه بعد طلبه
اياه . فان استعمله او منعه بعد الطلب ، صارت يده يد غصب ، فيكون مضموناً
عليه وان كان هلاكه بافة سماوية ولا أجر عليه بالاستعمال حينئذ الا ان
يكون مال وقف او يتيم او معداً للاستغلال ، او يكون قد تقاضاه المالك
بالاجرة فسكت ثم استعمله ، كما تقدم في المادة (٥٩٢) وشرحها .

ثم انما يكون غاصباً بالمنع بعد الطلب لو حصل الطلب في محل يجب فيه على
المستأجر التسليم ، والا فلا ، حتى لو طلب مؤجر الدابة وهو في بيته من المستأجر
ان يحضر له الدابة ويسلمه اياها فامتنع ، لا يكون غاصباً ، لأنه لا يلزمه الرد
الى بيت المؤجر بل على المؤجر ان يقبضها من منزل المستأجر فلم يكن متعدياً
بالامساك ، فلا يضمن ، كما في الهندية والخانية . وقد تقدم توضيح ذلك في شرح
المواد (٥٩٢) و (٥٩٣) و (٥٩٤)

وينتظم في سلك هذه المادة ما في الخانية : لو استأجر دابة ليركبها اليوم
فانقضى اليوم ولم يركبها بل ركبها غداً وتلفت ، لزمه الضمان ولا اجر عليه
وان سلت اه اي لا نه ركبها بعد انقضاء مدة الاجارة ، فكان متعدياً .

- الفصل الثالث -

* في ضمان الأجير *

المادة ٦٠٧ - * لو تلف المستأجر فيه بتعدي الاجير وتقصيره يضمن *

سواء كان الاجير خاصاً او مشتركاً ، وسواء كانت الاجارة صحيحة او فاسدة ، لأن المستأجر فيه امانة في يد الاجير ، والامانة نصير مضمونة بالتعدي او التقصير بالحفظ ، وهو ظاهر .

المادة ٦٠٨ - * تعدي الاجير هو ان يعمل عملاً او يتحرك حركة مخالفين لأمر الآجر صراحة كان او دلالة *
*

المراد بالعمل المخالف لأمر الآجر دلالة ان يعمل الاجير في المستأجر فيه عملاً لا يرضى به المالك ، لما في الفتاوى الاقروية ، تفلاً عن العناية: والتعدي هو الذي يفعل بالوديعة ما لا يرضى به المودع اه - ولأن كل عمل لم يكن مأذوناً فيه اذا كان من شأنه ان لا يرضى به المالك ، يكون منهيًا عنه دلالة ، فدخل في العمل المخالف لأمر الآجر دلالة ما لو اتى الراعي بعض الدواب على بعض بلا اذن المالك ، فإنه لو عطب منها شيء بسبب ذلك يضمن ، لتعديه ، لأن الاتراء لما كان غير مأذون فيه وهو مما لا يرضى به المالك صار كأنه منهي عنه ، فبالخالفه يكون متعدياً ، فيضمن . وهذا بخلاف ما لو تزي بنفسه بدون اتراء ، فإنه حينئذ لا يضمن ، لعدم تعديه ، كما في الدر وغيره - الا اذا كان الراعي اجيراً مشتركاً ، فإنه يضمن عندها ، لا عنده ، لأنه يمكن التفرز عنه ، وسيجي .

ودخل ايضاً ما لو خلط الراعي الغنم حتى لم يمكنه التمييز ، فإنه يضمن قيمتها يوم الخلط ، كما في الدر ايضاً ، لأن الخلط لما لم يكن مأذوناً فيه وهو مما لا يرضى به المالك ، صار كأنه منهي عنه ، ففي فعله يكون متعدياً ، فيضمن . وان امكنه التمييز ، فلا ضمان ، والقول له في تعيين الدواب انها للفلان .
ومن العمل المخالف لأمر الآجر صراحة ما ذكره بقوله .

* مثلاً بقول المستأجر للراعي الذي هو اجير خاص ارفع هذه الدواب في المحل الفلاني ولا تذهب بها الى محل آخر فان لم يرعها

الراعي في ذلك المحل وذهب بها الى محل آخر ورعاها يكون متعدياً ان
عطبت الدواب عند رعيها هناك ويلزم الضمان على الراعي *
لو عطبت ، ولا أجر له . وان سلمت ، يجب الأجر استحساناً ، كما في العادية
والفصولين وغيرها ، لأنه صار متعدياً بخالفته امر المستأجر الصريح .
والتقييد بقوله « ولا تذهب بها الى محل آخر » الظاهر انه اتفاق ، فان الحكم
كذلك لو لم يقله واقتصر على قوله « ارع هذه الدواب في المحل التفاني » كالتفدية
عبارة فتاوي صاحب المحيط ، كما نقله في تنقيح الحامدية ، حيث قال : الراعي
اذا رعى في مكان لم يؤذن له بالرعي فيه فعطبت الغنم او ما اشبهها ، صار الراعي
ضامناً ولا اجر له ان سلمت الغنم او لم تسلم ، قياساً . وان سلمت يجب الأجر
استحساناً اه .

وفي الهندية عن المحيط : واذا خالف الراعي فرعاها في غير المكان الذي امره
فعطبت ، فهو ضامن ولا اجر له . وان سلمت ، ففي الاستحسان يجب الأجر
اه وليجوز .

ثم رأيت في حاشية الفصولين للرمل ، عند قول الفصولين في الفصل ٣٤
« الراعي لو خالف في المكان ضمن » ما نصه : اقول : سواء كان المكان منصوصاً
عليه بأن قال ارعها في مكان كذا ، او لا ترعها الا في مكان كذا ، او كان
مكان الرعي معروفاً ، فانه كالمشروط ، لما تقرر ان المعروف عرفاً كالمشروط
شرطاً . وبه يستفاد الجواب في واقعة الحال : بقار يرعى باقورة الرملة خرج
الناس لموسم روويل فخرج بياقورته معهم اليه وبات بها فيه ، فهل يضمن ام لا ؟ وقد
اجبت بالضمن ، لخالفته المهود اه .

وفي الخانية : ولو كان البقار مشتركاً فرعاها في موضع فعطبت ، فقال
صاحبها انا شرطت عليك ان ترعاها في موضع آخر ، وقال الراعي لا بل شرطت
علي الرعي في هذا الموضع ، كان القول فيه قول صاحب البقرا .
وفي الهندية ، عن العناية : استأجر راعياً ولم يبين مكان الرعي ، فان كان
مشتركا فرعاها في موضع فهلكت واحدة منها بفرق او اقتراس سبع ونحو ذلك ،

فقال صاحبها شرطت لك ان ترعى غنمي في غير هذا الموضع ، فقال الراعي بل
شرطت هنا ، فالقول قول صاحبها بالاجماع ، والبينة بينة الراعي . وان
كان اجبر وحد واختلما كما قلنا ، فالقول قول صاحبها ، وان اقام الراعي البينة ،
فلا ضمان عليه بالاجماع اه اقول : تأمل في قوله اخيراً « فالقول قول صاحبها »
فان الظاهر ان القول قول الراعي حيث كان اجبراً وحد فإنه امين غير ضامن
اجماعاً ، وليراجع نسخة اخرى . ويؤيد ما قلنا ما فيها ايضا عن المحيط : فأما اذا
كان الراعي اجبراً مشتركاً فإنه لا يضمن ما مات من الاغنام عندهم جميعاً . وهذا
اذا ثبت الموت بتصادقها او بالبينة ، فاما اذا ادعى الراعي الموت فمجدد رب الاغنام ،
فلى قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى القول قول الراعي . فلما عندهما القول قول
رب الاغنام اه .

ومن المخالفة الموجبة لضمان الاجبر ما لو قيد المستأجر للمكاري سلوك طريق
البر فسلك طريق البحر ، فإنه يضمن وان كان طريق البحر مما يسلكه الناس ،
خطر البحر ، فكان التقييد في البر مفيداً - حتى لو لم يقيد به ، فلا ضمان ،
كما في الدر .

وكذا اذا عين للمكاري طريقاً فسلك غيره وكان بين الطريقين تفاوت
بأن كان السلوك ابعد او اوعر او اخوف بحيث لا يسلك لصحة التقييد حينئذ ،
لكونه مفيداً . واما اذا كان بحيث يسلك ، فظاهر الكتاب انه ان كان بينهما
تفاوت ، ضمن ، والا فلا . وأشار الى انها لو تساوى الا ضمان . وقيد بالتميين
لأنه لو لم يعين ، لا ضمان (كذا في البحر)

ومنها ، اي من المخالفة الموجبة لضمان ، ما لو عين المستأجر للمكاري الرقعة
فذهب بغير الرقعة ، فقد نقل في الهامدية عن الهامدية انه ان كان الطريق مخوقاً لا
يسلكه الناس الا بالرقعة ، يضمن . وان لم يكن مخوقاً ويسلكه كل واحد بغير
الرقعة ، لا يضمن اه ومثله في جامع الفصولين .

وبهذا تعلم ان ما ذكره الشارح سليم باز من اطلاق كون الاجبر ضامناً في
المسئلتين ليس مما ينبغي .

ومنها ما لو أمر الخياط ان يحيط الثوب قميصاً فخاطه قباء ، او امره ان يحيطه

روميًا فحاطه فارسيًا ، فإن شاء رب الثوب ضمنه قيمة الثوب وترك الثوب عليه ،
وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله ولا يزداد على المسمى . ولو خاط الثوب المذكور
سراويل ، قيل يتقطع حتى المالك الى الضمان . والصحيح ان له الخيار لأنه وافق
امره في اصل الخياطة . كذا في الهندية ، ومثله في الدر وحواشيه .

وفي الخانية : لو أمر رجلاً ليصنع ثوبه بالزعفران او بالقم فصبغه بصبغ من
جنس آخر ، كان لرب الثوب ان يضمه قيمة ثوبه ابيض ، وترك ثوبه عليه ،
وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله ، لا يزداد على المسمى . وان صبغه ما امره
به الا انه خالف في الوصف بأن امره ان يصبغه بربيع قفيز عصفرة صبغه بقفيز عصفرة واقر
بذلك رب الثوب ، ان شاء ترك الثوب عليه وضمه قيمة ثوبه ابيض وترك الثوب عليه ،
وان شاء اخذ الثوب واعطاه ما زاد من العصفرة مع الأجر المسمى اه ولو صبغه رديًا ،
والمسئلة بحالها ، ان لم يكن الصبغ ، اي الردي ، فاحشًا ، لا يضمن الصباغ . وان
كان فاحشًا عند اهل فنه ، اي صنفته ، يضمن قيمة ثوب ابيض (كذا في الدر)
ثم اذا لم يضمن الصباغ فهل له الأجر المسمى او اجر المثل لا يزداد على المسمى ؟
استظهر الطحطاوي الأول ، لأنه ما لبس بفاحش عفو . لكن نقل في رد المحتار
عن البرازية ما نصه : امره بزعفران ويشبع الصبغ ولم يشبع ، ضمنه قيمة ثوبه ،
او اخذه واعطاه اجر المثل لا يزداد على المسمى اه تأمل .

✽ كذلك لو اعطى احد قماشًا الى خياط وقال ان خرج قباء
فصله وقال الخياط يخرج وفصله فان لم يخرج قباء له ان يضمن الخياط
القماش ✽

لأن الخياط غير مأذون له بتفصيل القماش اذا لم يخرج قباء ، وهو مما لا
يرضى به المالك ، فيكون منهيًا عنه دلالةً فبمخالفة النهي يكون متعديًا ، يضمن .
وذكر في الدر ، قال : ان كفاني قيصًا فاقطعه بدرم وخطه ، فقطعه
ثم قال لا بكفيك ، ضمنه . ولو قال ايكفيني قيصًا ، فقال نعم ، فقال انقطعه ،
فقطعه ثم قال لا بكفيك ، لا يضمن اه
وفي الاقروية : قال للخياط : ان كفاني هذا الثوب قيصًا فاقطعه وخطه

بكذا ، فقال الخياط نعم وقطعه فإذا هو لا يكفي ، ضمن الخياط ، لأن الأذن مشروطٌ بالكفاية ، ولم توجد ، فكان قطعه بلا إذن ، فيضمن قيمته . ولو قال له ابكفني هذا قيصاً فقال نعم فقال المالك اقطعه فقطعه ، لم يضمن ، لأن الأذن مطلقٌ فلا يتعلق بأول كلامه ، فيكون قاطعاً باذنه ، ثم لا يكون قوله نعم اغراراً له حتى يضمن به ، لأن مجرد القول لا يوجب الضمان ، لأن الضمان إنما يوجب ان لو كان في ضمن العقد ، ولم يكن ، فلا يضمن (كذا في المبسوط) قال المالك فاقطعه بالفاء او اقطعه إذا ، ضمن حينئذٍ لأن الفاء للتعليل تنتضي الشرط ، وكلمة « إذا » لا تذكر إلا جواباً للشرط ، فيصير كأنه قال : ان كان يكفيني فاقطعه اهـ ومثله في جامع الفصولين .

وذكر فيه ايضاً : دفع اليه ثوباً ليخيطه فخاط قيصاً فاسداً وعلم به ربه ولبسه ، ليس له ان يضمنه ، اذ لبسه رضي . وعلم منه مسايل كثيرة اهـ .
وفي الدر : قال للخياط : اقطع طوله وعرضه وكه كذا ، فجاء ناقصاً ، ان قدر اصبع ونحوه ، عفوه ، وان اكثر ، ضمنه .

❖ نبيه ❖

ما تقدم في المادة (٤٨٣) من ان الاجير الذي ليس لعمله اثرٌ كالحمال والملاح اذا حبس المستأجر فيه لاستيفاء الأجرة تلف في يده يضمن قيمته ، وكذا اذا حمد الاجير المستأجر فيه ، صار مضموناً عليه ، لا يتأني ما قرره هذه المادة من ان تعدي الاجير محصورٌ بأن يعمل عملاً يخالف امر المستأجر صراحة او دلالة ، لأن الضمان في تلك المسائل ليس مبنياً على تعدي الاجير على ما في يده من الامانة ، بل على كون ما في يده خرج عن ان يكون امانه لأنه صار مضموناً عليه بالنوع والحدود ، لأنه صار غاصباً فلا يشترط حينئذٍ التعدي او التقصير للضمان ، وبهذا تعلم مقوط ما ذكره الشارح سليم باز هنا . فافهم .

المادة ٦٠٩ = ❖ تقصير الاجير هو عدم اعتنائه في محافظة

المستأجر فيه بلا عذر . مثلاً لو ندت شاة من الغنم ولم يذهب الراعي

لقبضها تكاسلاً وإهمالاً يضمن حيث أنه يكون مقصراً . وإن كان
عدم ذهابه قد نشأ عن غلبة احتمال ضياع الشياه الباقية عند ذهابه
يكون معذوراً ولا يلزمه الضمان *

قلنا في شرح المادة (٦٠٤) فروعاً ينبغي مراجعتها هنا لمناسبة بينها وبين هذه المادة .
وفي جامع الفصولين : خاف الراعي هلاك شاة فذبحها ، ضمن ، إذا الذبح ليس
من عمل الراعي فلا يدخل تحت العقد . قال البلخيون : هذا لو يرجى حياتها أو
مشكلاً . أما لو تيقن موتها ، بيراً ، إذا الأمر بالرعي أمر بالحفظ ، والحفظ الممكن
حال تيقن الموت الذبح ، فيصير مأموراً (قت) لو لم يرج حياتها ضمن الاجنبي لا
الراعي والبقار . قال (ت) بيراً الاجنبي ايضاً ، إذا الأذن موجود دلالة في هذه الحالة ،
وهو الصحيح — وكذا البعير ، إذا الذبح في مثل هذه لاصلاح اللحم ، فلا يذبح الحمار
والبغل ، إذا لا يصلح لحمها . ولا يذبح الفرس ايضاً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ،
إذا الصحيح من مذهبه ان لحم الفرس مكروه كراهة تحريم .

ولو شرط على الراعي ذبح ما خيف هلاكه فلم يذبحه فهلك ، ينبغي ان يبرأ ،
إذا في هذا شرط الضمان فيما مات حتف الله ، وثمة لا يضمن ، وشرط الضمان على
الامين باطل . وقال عماد الدين في فصوله : وعندني انه يصح هذا الشرط لما مر ان
ذبح مثله من الحفظ ، فكأنه شرط عليه غايه ما في وسعه من الحفظ ، فيجوز . فلو
لم يذبح فقد قصر في حفظ شرط عليه ، فيضمن .

وخرج عن هذا جواب ما ذكره انه اشترط الضمان على الأمين . أقول :
الظاهر ان الذبح ليس من الرعي فلا يدخل تحت العقد ، فهو متبرع في التزامه ،
فلا يضمن . وقل ما فيه انه لا يخلوا عن الشك ، ولا يضمن بالشك . والله اعلم
اه ما في جامع الفصولين : أقول : وقوله «الظاهر ان الذبح ليس من الرعي الخ»
يرده ما ذكره عن (قت) ان الأمر بالرعي أمر بالحفظ ، والحفظ الممكن حال
تيقن الموت الذبح ، فيصير مأموراً به اه فتأمل .

ونبه : انقطع حبل الحمال وسقط الحمل ، ضمن وفاقاً ، لشده يجبل لم يحتمله ،

فكانه اسقطه فتلف من جنابة يده .

ولو انشقت الحقيبة بنفسها وخرج ما فيها ، قيل ضمن ، كاتقطاع الحبل . وقيل لا ، في قياس ابي حنيفة ، ولا يشبه انقطاع الحبل ، اذ التفريط ثمة من الحمال حيث شدة بجبل واه ، وهنا من المالك حيث جعل ماله في حقيبة واحدة ، وبه يفتى (ث) نزل الحمال في مفازة وتبياً له الأنتقال فلم ينتقل فتلف المتاع بسرقة او مطر ، ضمن . وتأويله : لو كان المطر . والسرقة غالباً فيصير حينئذ مضيعاً اه .

وفيه : دخل الحمام وقال للحمامي احفظ الثياب فخرج لم يجد ثيابه ، فلو اقر الحمامي ان غيره رفعه وهو يراه وظن انه يرفع ثيابه ، ضمن ، اذ ترك الحفظ ولم يمنع القاصد . ولو اقر اني رأيت احداً رفع ثيابك الا اني ظننت ان الراجع انت ، لا يضمن ، اذ لم يترك الحفظ لما ظن ان الراجع هو . ولو سرق وهو لا يعلم به ، يبرأ لو لم يذهب عن ذلك الموضع ولم يضيع . وهذا قول الكل ، اذ الحمامي مودع في حق الثياب لو لم بشرط له بازاء حفظ الثياب أجر . ولو شرط له ذلك وكان له اجرة بازاء الأنتفاع بالحمام والحفظ ، فهو على الأختلاف في الاجير المشترك . ولو دفع ثيابه الى الخادم داروهو المسمى بالثيابي ، فلي الأختلاف يبرأ عند ابي حنيفة ، لا عندهما ، لأنه اجير مشترك اه . وتام جنس هذه المسائل في (٣٣) من جامع الفصولين وفي المتدبئة من الباب الثامن والعشرين من الأجاره : لو تزع الثياب بين يدي الحمامي ولم يقل بلسانه شيئاً وترك عنده ودخل ثم خرج ولم يجدها ، فان لم يكن للحمامي ثيابي ، يضمن الحمامي ما بضمن المودع ، لأن الوضع بين يديه استنفاذ . كذا قال محمد بن سلمة . قال شيخ الاسلام خواهرزاده : وبه يفتى . وان كان للحمامي ثيابي الا انه لم يكن حاضراً ، فكذلك الجواب ايضاً . وان كان حاضراً ، لا يضمن صاحب الحمام (كذا في الذخيرة)

المادة ٦١٠ - * الأجير الخاص امين حتى انه لا يضمن المال

الذي تلف في يده بغير صنعه . وكذا لا يضمن المال الذي تلف بعمله بلا تعدٍ ايضاً *

اما الاول ، فلأن المين امانة في يده بالاجماع . اما عنده ، فظاهر . واما عندهما ، فلأن تضمين الأجير المشترك نوعاً مستحسان عندهما صيانةً لأموال الناس ، لأنه يتقبل الاعمال من خلق كثير طمعاً في كثرة الأجر ، وقد يعجز عن القيام بها فيمكث عنده طويلاً ، فيجب عليه الضمان اذا هلكت بما يمكن التحرز عنه ، لئلا يتساهل في حفظها ، واجبر الواحد لا يتقبل الاعمال ، فأخذ فيه بالقياس .

واما الثاني ، فلأن المنافع صارت مملوكة للمستأجر ، فاذا امره بالصرف الى ملكه ، صح ، وصار نائباً منابه ، فصار فعله منقولاً اليه كأنه فعله بنفسه (در) ومثال الاول ان يسرق المال الذي في يده او ينصب . ومثال الثاني ان يكسر القدر من عمله او يتخرق الثوب من دقه .

وهذا اذا كان من عمل معتاد متعارف . اما اذا ضرب شاةً فقفاً عينها او كسر رجلها ، كان متعدباً ضامناً . واذا مات شيء من الغنم او اكله الذئب لم يضمن ، والقول قوله في ذلك مع يمينه ، لأنه أمين . وكذا اذا سقاها من نهر ففرقت منها شاة ، لم يضمن ، لأنه غير متعد في ذلك (جوهره) وفي رد المحتار : وقوله « بعمله » اي المأذون فيه ، فإن امره بعمل فعله غيره ، ضمن ما تولد منه (تاترخانية) اه .

ثم ان عدم ضمان الأجير الخاص انما هو اذا كان مستأجراً لعمل غير الحفظ . فلو كان مستأجراً لمجرد حفظ الوديعة التي في يده ، يكون ضامناً لها اذا هلكت بسبب يمكن التحرز عنه ، كالسرقة ، كما سيأتي في المادة (٢٧٧) من كتاب الوديعة وصرح به في الدر وغيره ، لأن الحفظ حينئذٍ مستحق عليه . هذا وتقدم في المادة (٤٢٢) وشرحها الفرق بين الاجير الخاص والاجير العام ، فليراجع .

وقدمنا في شرح المادة (٤٢٣) عن جامع الفصولين انه قد فرق في الأجير الخاص بين ان يكون لواحدٍ فلا يضمن ما هلك في يده بصنعه ، وبين ان يكون لاكثر من واحدٍ فيضمنه - حتى لو ساق الراعي الغنم فنطح او وطأ بعضها بعضاً من سوقه ، فإن كان الراعي مشتركاً ، ضمن على كل حال . وان كان خاصاً ، فان كانت الأغنام لواحدٍ ، لا ضمان . وان لاثنتين او ثلاثة ، ضمن . وصورة

الاجير الخاص في حق الاثنين او الثلاثة ان يستأجر رجلا ن او ثلاثة راعياً شهراً ليرعى غنماً او لم اه ومثله في رد المختار عن الذخيرة ، ملخصاً .

وعلى المسئلة الرمي في حواشي الفصولين بأنه لو كانت كلها لواحد فسوق الاجير منقول الى صاحبها باعتبار الدابة القاتلة والمقتولة ، فإنه عامل له فيها ، فلا بضمن - بخلاف ما لو كانتا لثنين فإن فعل الاجير وان انتقل الى زيد مثلاً باعتبار الدابة القاتلة ، لأنه في سوقها عامل له ، لكنه لم ينتقل اليه باعتبار الدابة المقتولة ، لأنه في سوقها ليس بعامل له بل لعمره صاحبها ، فوقع الشك في انتقال فعله الى زيد ، وكذا في حق عمرو ، فبقي مقصوراً عليه . كذا فرق في الوالوية اه - اقول : ومفاد هذا التعليل انه لو كانت كل من الدابة القاتلة والمقتولة ملكاً لزيد مثلاً والمسئلة بمجالها ، فلا ضمان عليه ، لان انتقال فعله الى زيد باعتبارهما ، وهو ظاهر . ومفاده ايضاً انه لو كان التناطح او وطء بعضها بعضاً ليس مسبباً عن سوق الراعي ، فلا ضمان ايضاً ، اذ لا فعل له في ذلك ، وهو ظاهر ايضاً . وبهذا تعلم سقوط ما قاله العلامة بن العابد بن في رد المختار وفي تنقيح الحامدية ، من انه يشكل هذا ، اي ما ذكر ، من ان الراعي لو كان خاصاً لا أكثر من واحد بضمن ، مما في جامع الفصولين وغيره : لو استؤجر رجل لحفظ خان او حوانيت فضاع منها شيء ، قيل بضمن عند ابي يوسف ومحمد لو ضاع من خارج الحجرة ، لانه اجير مشترك ، وقيل لا في الصحيح ، وبه بقى ، لأنه اجير خاص - الا يرى انه لو اراد ان يشغل نفسه في صنع آخر لم يكن له ذلك . ولو ضاع من داخلها بأن تقب اللص فلا بضمن الحارس في الاصح ، اذ الاموال المحفوظة في البيوت في يدمالكها . وحارس السوق على هذا الخلاف اه = فإنه حيث كان الحارس اجيراً لا أكثر من واحد كان ينبغي ان بضمن وان كان خاصاً ، كما بضمن الراعي الخاص اذا كان اجيراً لا أكثر من واحد . ووجه سقوطه ان ما ضاع من الخان او السوق ليس بصنع الحارس ، بخلاف مسئلة الراعي المارة ، فتأمل . ونقل في الحامدية عن البرازية : نقب حانوت رجل واخذ متاعه ، لا بضمن حارس الحوانيت ، على ما عليه الفتوى ، لأن اموال الناس في يد اربابها ، وهو حافظ للابواب اه .

ثم قال ، نقلاً عن هاشم الأتقروي : ويظهر من هذا انه اذا كسر قفل الدكان

وأخذ المتاع يضمن الحارس اه فاعترضه العلامة بن عابدين بأن هذا إنما يظهر على القول بأنه اجبر مشترك ، اما على القول بأنه خاص ، فلا ، لما سمعت من المفتي به . اللهم الا ان يقال اذا كسر القفل يكون بنومه او غيبته فهو مفرط ، فيضمن اه اقول : وهذا الجواب يمكن تسليمه لو ثبت الغيبة او النوم بالأقرار او البينة ، والا فجرد الاحتمال لا يوجب الضمان ، للشك في وجود صبيه ، فليتمل .

وما يفرع على عدم ضمان الخاص ما في التنوير ومن الفرر من انه لا ضمان على ظئر في صبي ضاع في يدها او سرق ما عليه من الحلي . قال شارحه العلائي : لكونها اجبر وحد اه لكن ذكروا في الظئر انها تستحق الأجر على الفريقين اذا آجرت نفسها لها ، وهذا يدل على انها في معنى المشترك . ولذا نقل الطحطاوي عن ابي السعود ما حاصله : الحاصل ان المسائل في الظئر تعارضت ، فمنها ما يدل على انها في معنى اجبر الواحد ، ومنها ما يدل على انها في معنى المشترك . قال الاتقاني : والصحيح انها ان دفع الولد اليها لترضعه فهي اجبر مشترك ، وان حملها الى منزله فهي اجبر وحد اه اقول : يلزم على ما صححه الاتقاني تقييد عدم ضمان الظئر بما اذا حملها لبيته ، والا بأن دفع لها الصبي لترضعه تكون ضامنة على قولها ، لكونها اجبراً مشتركاً حينئذ . ويلزم ايضاً تقييد استحقاقها الأجر على الفريقين اذا آجرت نفسها منها بما اذا دفع لها الصبي لترضعه ، والا كانت اجبر وحد ، فلا تستحق الاجرة من الفريقين مع انهم ذكروا الحكم المذكور في المسئلتين مطلقاً عن التقييد بما ذكر . على ان الذي يظهر ان عدم ضمان الظئر ما على الصبي من الحلي متفق عليه سواء كانت الظئر اجبر وحد او مشتركاً ، لكون الحلي غير داخلة في عقد الأجارة ، فهي امانة في يد الظئر لا تضمن الا بالتعدي او التفريط بالحفظ ، فليتمل .

المادة ٦١١ - * الأجير المشترك يضمن الضرر والخسار الذي

تولد عن فعله ووصفه ان كان بتعديه وتقصيره او لم يكن *

ولا يستحق الإجرة لانه ما أوفى بالمنفعة ، بل بالضررة (رد المحتار) وعمل

اجيره مضاف اليه ، فيضمنه وان لم يضمن الاجير ، لانه اجير وحده ، ما لم يتعد ، كما في الدر آخر باب ضمان الاجير .

وهذا ، اي ضمان الاجير المشترك ما هلك بفعله ، باتفاق ائمتنا الثلاثة رحمهم الله تعالى . اما عندهما ، فلما تقدم في شرح المادة السابقة من انه يجب الضمان على الاجير المشترك في كل ما يمكن الاحتراز عنه ، صيانة لأموال الناس . واما عند الامام ، فلان التلف حصل من الاجير بفعل غير مأذون فيه ، لان المقصود من العمل الذي قبوله بالاجر هو العمل المصلح ، فكان هو المأذون فيه دون غيره عرفاً وعادة . وانما لم يضمن الاجير الخاص وان كان التلف بممله ، لان المقود عليه فيه منفعة الاجير دون عمله ، بدليل انه يستحق الاجر وان لم يعمل . وهي ، اي المنفعة المقود عليها ، سليمة . وانما العيب كحرق الثوب من الدق قد حصل في العمل الذي هو تسليم المنفعة ، وذلك غير مقود عليه فلا يكون ضامناً بخلاف الاجير المشترك ، فان المقود عليه فيه هو العمل فيشترط فيه السلامة ، لان المقصود منه عرفاً المصلح دون المفسد . يؤخذ ما ذكر من تكملة الطوري وشرح الداماد على الملتقى ، و اشار اليه في الدرر .

وهل يشترط لضمان الاجير المشترك ان يتجاوز في عمله المعتاد ام لا ؟ فني نحو الحجام والبراغ اي البيطار والفساد ، نعم . وفي نحو تحريق الثوب من الدق وزلق الحمل وغرق السفينة ، لا يشترط ذلك . والفرق . كما في الدرر ، ان بقوة الثوب ورقته مثلاً يعلم ما يتحملة من الدق بالاجتهاد ، فامكن تقييده بالسلامة - بخلاف الفصد ونحوه ، فانه يبني على قوه الطبع وضعفه ولا يعرف ذلك بنفسه ولا ما يتحمل من الجرح ، فلا يمكن تقييده بالسلامة ، فسقط اعتباره . وتمام هذا في رد المختار .

واعلم انه كما اتفق ائمتنا رحمهم الله تعالى على ضمان ما تلف بفعل الاجير المشترك ، اتفقوا ايضا على عدم ضمانه اذا هلك بلا سبب ، كوت الدابة مع الراعي حتف انفها ، او بسبب لا يمكن التحرز عنه ، كالحريق الغالب واللصوص المكابرين . بقي ما اذا كان الهلاك لا بفعل الاجير ، لكنه بسبب يمكن التحرز عنه . فهذا فيه خلاف على اربعة اقوال ، كما في رد المختار وغيره . فنقد الامام ، لا

بضمن مطلقاً ، اي سواء كان مصلحاً او غير مصلح ، لأنه امانة حفي يده وهو القياس . وعندهما بضمن مطلقاً ، صيانة لاموال الناس ، لأنه اذا علم انه لا يضمن ربما بدعي انه مرق او ضاع . واتفق المتأخرون بالصلمح على نصف القيمة . طلقاً ، مصلحاً او غير مصلح . وقيل : ان مصلحاً ، لا يضمن ، اخذاً بقول الامام . وان غير مصلح ، ضمن ، اخذاً بقولها . وان مستوراً ، فالصلمح ، اخذاً بقول المتأخرين . قال في الخيرية : فهذه اربعة اقوال كلها مصححة ممتنى بها ، وما احسن التفصيل الأخير اه .

ثم على ما اتفق به المتأخرون من الصلمح على نصف القيمة هل يجبر المتداعيان عليه ؟ - قيل نعم ، لأن المتأخرين افتوا به عملاً بالقولين ، بمعنى انهم عملوا في كل نصف بقول حيث حطوا النصف عملاً بقول الامام وادجبروا النصف عملاً بقولها ، فالصلمح مجاز عن الخط . قال في شرح الملتقى : قال الزاهدي : على هذا ادر كت مشايخنا بخوارزم واقره القسستاني اه .

وفي جامع الفصولين : منهم شمس الائمة الأوزجندي ، وائمة فرغانة . وايد هذا في البرازية وتنوير البصائر بأن الاجارة عقد يجري فيها الجبر بقاء . الا ترى ان من استأجر دابة او سفينة مدة معلومة وانقضت مدتها في وسط البرية او لجة البحر ، فإنها تبقى الاجارة ولا يجري الجبر في ابتدائها . وهذه الحالة حالة البقاء ، فيجري فيها الجبر اه لكن بحث في هذا بعضهم بأنه قياس مع الفارق ، لتحقيق الضرورة في المقيس عليه . وقيل لا يجبر المتداعيان ، بل هو جائز بلا جبر ، وهو قول ائمة سمرقند . هذا حاصل ما في الدر وحواشيه . اقول : وفي بحث بعضهم بأنه قياس مع الفارق ، بحث فإنه ليس المراد قياس مسئلة على مسئلة ، فإنه لا مناسبة اصلاً بين المقيس والمقيس عليه . وانما المراد بيان ان الاجارة قد يجري فيها الجبر بقاء كما في مسئلتي الدابة والسفينة ، فلا بدع اذا جرى الجبر على الصلمح على نصف القيمة في مسئلة الضمان المذكورة ، لأنها من مسايل الاجارة ، فتدبر .

* نسيات *

الأول : قال ابن ملك في شرح الحميم : وفي المحيط محل الخلاف في المسئلة

الخلافية السابقة فيما اذا كانت الاجارة صحيحة . فلو فاسدة ، لا بضمن اتفاقا ، لأن العين حينئذ تكون امانة لكون المقود عليه ، وهو المنفعة مضمونة بأجر المثل اه قلت : وعمل الخلاف ايضا فيما اذا كان المالك محدثا فيه العمل ، كما في الجوهرة للحدادي ، او لا يستغني عنه ما يحدث فيه العمل ، لما في البدائع : روى هشام عن محمد بن محمد فبين دفع الى رجل مصحفا يعمل فيه ودفع الغلاف معه او سكيننا ليصقله ودفع الجفن معه ، قال محمد : بضمن المصحف والغلاف والسيف والجفن ، لأن المصحف والسيف لا يستغنيان عن الغلاف والجفن ، فإن اعطاه مصحفا يعمل له غلافا او سكيننا يعمل له نصابا فضاع المصحف او السكين ، لم يضمنه ، لأنه لم يستأجره على ان يعمل فيهما ، بل في غيرهما اه كذا في رد المحتار . وقوله : قال محمد ، اي خلافا لأبي يوسف . ففي المندبة عن المحيط ، ما نصه : وفي المتق عن ابي يوسف رحمه الله تعالى : لو دفع اليه مصحفا ينقطه بأجر فضاع غلافه ، لم يضمن . وكذلك لو دفع اليه ثوبا ليرفوه في مندبل فضاع المندبل ، وكذلك اذا دفع اليه ميزانا ليصلح كفتبه فضاع العود الذي فيه يكون الميزان اه ولينظر اي القولين صحيح .

التنبيه الثاني : قال في المندبة عن السراج : ثم اذا وجب الضمان على المشترك عندهما ، فإن هلك قبل العمل بضمن قيمته غير معمول ولم يكن له من الاجرة شيء . وان هلك بعد العمل ، فصاحبه بالخيار : ان شاء ضمنه قيمته معمولا وبعطى له الاجرة ويحيط الاجرة من الضمان ، وان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولم يكن عليه اجرة . وكذا الحكم اذا وجب الضمان على الاجير المشترك بما جنت يده عند علمائنا الثلاثة ، كما فيها عن الدخيرة .

الثالث : قال في تكملة الطوري عن المحيط : ثم الاجير المشترك انما بضمن ما تلف في يده بشرائط ثلاثة : الأول ان يكون في قدرته دفع ذلك الفساد . فلو لم يكن له قدرة على ذلك ، كما لو غرقت السفينة من موج او ريح او جبل صدها ، لا ضمان على الملاح . الثاني ان يكون محل العمل مسلما اليه بالتخية . والأبأن كان رب المتاع في السفينة او وكيله فانكسرت السفينة يجذب الملاح ، لم بضمن . والثالث ان يكون المضمون مما يجوز ان بضمن بالمقد . فلو استأجر دابة

لحمل عبد صغير او كبير ، فلا ضمان على المكارى فيما عطب من سوقه او قوده اه
اي لأن الآدمي لا يضمن بالعقد وان كان صغيراً لا يستمسك بنفسه ، على ما هو
الصحيح ، كما في الهندية .

الرابع : ولو شرط الضمان على المشترك ان هلك ، قيل يضمن اجماعاً . والفتوى
على انه لا اثر له ، واشتراطه وعدمه سواء . كذا في البزازية .

✽ فروع ✽

لو امتعان الدقاق برب الثوب فحرق ولم يعلم انه من اي دق ، فعلى قول الامام
ينبغي عدم الضمان ، للشك . وعن الثاني يضمن نصف النقصان ، كما لو تمسك به لاستيفاء
الأجر فنجذبه صاحبه ، فحرق (رد المحتار)

ما هلك بزلق الجمال (بالحاء المهملة ، وهو من يحمل على ظهره) او بزلق جمل
الجمال ، يضمنه الأجير اتفاقاً ، لأن التلف حصل من تركه التثبيت في المشي
او من سوقه . هذا اذا لم يكن من زحمة الناس . فلو منها ، لم يضمن ، خلافاً
لها ، كما في شرح المجموع . قال : وكذا يضمن لو ساق المكارى دابته فثرت فسقطت
الحمولة اه . وكذا يضمن بانقطاع الحبل الذي يشد به المكارى كما في الكنز والملتقى .
ولو كان الحبل لصاحب المتاع فانقطع ، لا يضمن (كذا في رد المحتار)

وفي الخلاصة : الجمال اذا كان يحملها على عنقه فثرت واهرق وصاحبها معها ،
فهو ضامن . ولو زحمه الناس حتى انكسر ، لا يضمن بالأجماع . ولو انه هو
الذي زحم الناس حتى انكسر ، فإنه يضمن ، وصاحبه بالخيار : ان شاء ضمنه
وقت الكسر ويحيط عنه من الأجرة بازاء ما حملة ، وان شاء ضمنه قيمته وقت الحمل
في ذلك المكان الذي حملة اه - اقول : المظاهر ان قوله « وصاحبها معها » قيد
لا بد منه بالنظر الى قوله « وصاحبه بالخيار الخ » لأن وجوده مع الأجير يوجد
تسليم العمل فيجب به الأجر ، والا فقد تقدم انه لا اجر للمشارك الا بالتسليم
(تأمل) ثم ان قوله « لا يضمن بالأجماع » نقل مثله في رد المحتار عن البدايع ،
مطلاً بأنه لا يمكن حفظ نفسه عن ذلك ، فكان بمعنى الحرق الغالب اه لكن في
التبيين ما نصه : وان كان من غير ضمنه بأن زحمه الناس فانكسر ، فلا يضمن
عند ابي حنيفة ، لأن المتاع امانة عنده . وعندهما يضمن قيمته في موضع انكسر

فيه ، لأنه تلم العمل باتصاله في ملكه ، فيعطيه اجره ، ولا يخيتر في هذه الصورة
عندما ، لأن العين مضمونة على الأجير المشترك عندما ، على ما يتنا
اه فتأمل .

ذكر في الدر عن المنية : حمل رب المتاع متاعه على الدابة وركبها فساقها
المكاري ففترت وفسد المتاع ، لا يضمن اجماعاً قال في رد المختار : قوله «وركبها
الخ» وكذا اذا كان هو والمكاري راكبين على الدابة او سائقين او قايدين ،
لأن المتاع في ايديهما ، فلم يتفرد الأجير بالهد .

وروى بشر عن ابي يوسف : اذا سرق من راس الحمال ورب المتاع يمشي
معه ، لا ضمان ، لأنه لم يجز بينه وبين المتاع .

وقالوا : اذا كان المتاع في سفينتين وصاحبه في احدهما وما مقرونتان او لا
الآن ان ميرها وحبسها جميعاً ، لا يضمن الملاح . وكذا القطار اذا كان عليه
حمولة وربها على بعير ، لأن المتاع في يد صاحبه لأنه الحافظ له (بدايع) اه ثم
نقل عن البرازية . حمل متاعاً وصاحبه معه ففتر وسقط المتاع ، ضمن ، لأن
عثاره جناية يده .

استأجر حمولة بعينها ورب المتاع معه فساق المكاري ففترت الدابة ، ضمن
عندنا ، لأنه اجير مشترك افده بيده اه ثم قال : ولينظر الفرق بينه وبين ما في
البدايع ، وله اختلاف رواية ، او محمول على ما اذا ساقها بعنف ، تأمل .
ثم رأيت صاحب الذخيرة فرق بين ما اذا كانت صاحب المتاع راكباً عليها
ففترت من سوق الاجير ، لا يضمن ، وبين ما اذا كان يسير خلفها مع الأجير ،
فيضمن . وتماه فيها اه ما قاله في رد المختار .

اقول : يظهر لي انه لا منافاة بين ما في البرازية وبين ما في البدايع ،
لاختلافهما في الموضوع ، لأن ما في البدايع موضوعه ان الهلاك لم يكن بفعل
الاجير بل بسبب يمكن التحرز عنه ، فهي من المسائل الخلافية . لكن لما كان رب
المتاع يمشي مع متاعه ، كان عدم الضمان متفقاً عليه لعدم تسليم محل العمل ، لا تقدم
عن الطوري ان ضمان الاجير المشترك لما تلف بيده مقيد بثلاثة شرائط ، منها ان
يكون محل العمل مسلماً اليه بالتخلية ، وموضوع ما في البرازية ان الهلاك كان

بفعل الاجير بأن عثر الحمال او عثرت الدابة بسوق المكاري ، وضمان الاجير المشترك
لما هلك بفعله متفق عليه .

واما ما نقله عن النخيرة فيمكن تطبيقه بالتأمل الكافي على ما في البدائع وعلى
ما في البزازية وعلى مسألة الدر المنقولة عن المنية .

واما قول رد المحتار « ولعله اختلاف رواية » فينافيه ما في الدر من حكاية
الاجماع ، مع انه ليس في البدائع ولا في البزازية ما يشير الى خلاف في المسئلة ،
تقديره .

ثم رأيت في جامع الفصولين ما هو صريح فيما قلته من عدم المنافاة ، فإنه قال في
الفصل (٣٤) : لو كان المالك بمشي مع الحمال فعثر الحمال وفسد المتاع ، ضمن ، لانه
من جنابة يده . ولو سرق المتاع من رأس الحمال والمالك معه ، يبرأ . اذ يد
المالك قائم على المتاع بعد وقيام يده يمنع وقوع التسليم الى غيره ، كذا عن ابي
يوسف . ولو لم يكن ربه معه يبرأ عند ابي حنيفة ، لا عند ما اها .

لا ضمان على حجام ويزاغ اي يطار وفساد لم يجاوز الموضع المعتاد . فان
جاوز المعتاد ، ضمن الزيادة كلها اذا لم يهلك المجني عليه . وان هلك ، ضمن نصف
دية النفس ، لتلفها بمأذون فيه وغير مأذون فيه ، فينصف . فلو قطع الختان الحشفة
وبرأ المقطوع ، تجب عليه دية كاملة ، لانه لما يريء كان عليه ضمان الحشفة ، وهي
عضو كامل ، كاللسان . وان مات ، فالواجب عليه نصفها ، لحصول تلف النفس
بفعلين ، احدهما مأذون فيه وهو قطع الجلدة ، والآخر غير مأذون فيه وهو قطع
الحشفة ، فيضمن النصف . وهذا من اعجب المسائل ، حيث وجب الاكثر بالبرء
والاقل بالهلاك .

ولو شرط على القصار العمل على وجه لا يتفرق ، صح شرطه ، لأن ذلك مقدور
له (خانية) ولو شرط على الحجام ونحوه العمل على وجه لا يسري ، لا يصح ،
لأنه ليس في وسعه — الا اذا فعل غير المعتاد ، فبضمن .

وسئل صاحب المحيط عن فصاد قال له غلام او عبد انصدني ففصده فصدأ
معتاداً فمات بسببه ، قال تجب دية الحر ، وقيمة العبد على عاقلة الفصاد ، لأنه
خطأ ، لأنه فعله غير مأذون فيه حيث لم يبتز اذنها للحجر عليهما في الاقوال

(كذا في الدر وحواشيه) فأفاد انه لو كان الفصد ونحوه بلا اذن ، يضمن
وان لم يتجاوز المعتاد . ولذا نقل في رد المحتار عن الكافي انه يشترط لعدم الضمان
عدم التجاوز والاذن ، حتى اذا عدم احدهما او كلاهما ، يجب الضمان اه .
وفي الدر وحواشيه ايضا : لو فصد نائماً وتركه حتى مات من السيلان ،
يجب القصاص ، لأنه قبّله بمجرد ، وهو قاصد لقتله ، فكان عمداً اه .

رجل استأجر حملاً بدينق ليحمل له زق سمن الى موضع كذا ، فقال الحمل
للمتأجر احمل عليّ الزق ، فرفعه المتأجر مع الحمل ، فوقع الزق وذهب ما فيه ،
لا يضمن الحمل ، لأن الزق مادام في يده لم يسلمه الى الحمل . وان حمله ثم
ان الحمل وضع الحمل في بعض الطريق ثم استعان بربّ الزق في رفعه فوضعه
على ظهره فوقع وتخرق ، ضمن الحمل ، لأنه دخل في ضمانه . وباعانة ربّ الزق
ما صار الزق مسلماً عليه فلا يبرأ عن الضمان (كذا في الخانية)

وفيها : رجل سلم بقرة الى بقر ليرعاها فجاء البقر ليلاً وزعم انه رد البقرة
وادخلها القرية فطلبها صاحبها فلم يجدها ثم وجدها بعد ايام في نهر الجبانة قد عطبت ،
قالوا : ان كان العرف فيما بينهم ان يدخل البقور في القرية ولم يطلبوا منه ان
يدخل كل بقرة في منزل صاحبها ، كان القول قوله ، اي البقر ، مع يمينه انه
ادخل البقرة في القرية ، فلا ضمان عليه . وكذا لو ارسل كل بقرة في مكنة
صاحبها فضاقت قبل ان تصل الى صاحبها ، لا يضمن ، لانه ليس عليه ادخالها
في منزل صاحبها عرفاً ، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً اه .

ومنها : بقر ترك الباقورة في الجبانة وغاب عنها فوقت الباقورة في زرع
رجل فافسدت الزرع ، لا يضمن البقر ، الا ان يكون البقر ارسل الباقورة
في الزرع او اخرج الباقورة من القرية وهو يذهب معها حتى وقعت الباقورة في
الزرع او اتلفت مال انسان في سوقها ، فيضمن البقر اه .

شرط على الراعي ان يأتي بسمة ما هلك ، لم يصح هذا الشرط ، وصدق
الراعي في الهلاك وان لم يأت بالسمة (جامع فصولين) اقول : وهذا على قول
ابي حنيفة رحمه الله تعالى . وعندها هو ضامن وان اتى بالسمة ، الا ان يقيم
البينة على الموت ، كما صرح به في الهندية . وان استأجر حجاجاً ليقطع له سناً فنقل

فقال صاحب السن ما ارتك بقلم هذا السن ، كان القول قوله ، وبضمن القالع ارش السن (خانية)

وفيها : رجل دفع الي نساج كر باساً بعضه منسوج وبعضه غير منسوج فسرق ذلك عند النساج ، ذكر في النوازل ان على قول من يضمن الاجير المشترك ما هلك في يده بغير صنعه ، يضمن النساج كل الثوب ، لان المنسوج مع غير المنسوج بحكم الاتصال كشيء واحد ، ونسج الباقي يز يد في قيمته ما كان منسوجاً ، فكان النساج في الكل اجيراً مشتركاً ، فيضمن الكل .

وهذه جملة مسائل اتوا فيها على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ، منها هذه ، ومنها : رجل دفع الي خياط كر باساً فخاطه فيصاوي بقية قطعة من الكرباس فسرق ، قالوا : ضمن الخياط .

ومنها : رجل دفع صرماً الى خفاف ليحز له خفاً ففضل شيء من الصرم فسرق ، قالوا يضمن اه لكن ذكر في الهندية عن النياتية : لو دفع الي حائك ثوباً بعضه منسوج وبعضه غير منسوج لينسج الباقي فسرق فعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لا يضمن شيئاً ، وعند ابي يوسف رحمه الله تعالى يضمن غير المنسوج ، ولا يضمن المنسوج ، لانه فيه مودع . وعند محمد رحمه الله تعالى يضمنها اه .

❖ نعمة ❖

قال في الهندية : اذا وكل الرجل رجلاً بأن يستأجر له داراً بعينها يبدل معلوم ففعل ، فالآجر بطالب الوكيل بالاجرة والوكيل بطالب الموكل ، ولو وكيل ان يطالب الموكل بالاجرة وان لم يطالبه الآجر . واذا وهب الآجر من الوكيل ، صح ، ولو وكيل ان يرجع بالاجر على الامر (كذا في الذخيرة)

ولا يضمن الوكيل في الاجارة الفاسدة ويجب اجر المثل على المستأجر والوكيل بالاجارة الطويلة بطالب بال الاجارة عند الفسخ (كذا في الخلاصة) والوكيل بالاجارة اذا استأجر الدار من المستأجر ، لا يجوز ، لانه بصير آجرأ ومستأجرأ . وقيل : كان يفتي به اولاً ، ثم نقل عنهم الرجوع والافتاء بالجواز (كذا في جواهر الاخلاطي)

الموكل مع المستأجر اذا تفاسخا ، بنفسه . وهل يرجع المستأجر على الوكيل

بمال الاجارة ؟ - قال القاضي الامام بديع الدين لا ، لان الفسخ لم يظهر في حقه
وفي التهمة : سئل علي بن احمد عن رجل اجر ارض رجل فسمع ذلك
المالك فقال لا اجيز هذا العقد ثم قال بعد ايام اجزته ، هل يجوز ام لا ؟ - فقال :
ان رده ، فليس له ان يجيزه من بعد قال رضي الله عنه : هذا ليس بجواب للسؤال .
والجواب ان هذا رد العقد عندنا (كذا في التارخانية)

او كيل باستئجار دار بعينها بعشرة اذا استأجرها بخمسة عشر ودفعها الى
الموكل وقال انما استأجرتها بعشرة ، فلا اجر على الاخر ، وعلى الوكيل الا اجر
لرب الدار . وهذه المسئلة دليل على ان الاجارة لا تنقذ بالتعاطي (كذا في
الذخيرة) اه ما في الهندية . - اقول : قد جزمتم المجلة بانقضاء الاجارة بالتعاطي
في المادة (٤٣٧) وقد مننا في شرحها النقل في ذلك عن البرازية والتارخانية
والظهيرية وحاوي الزاهدي وغيرها ، فتأمل

فعل الاجير في كل الصنائع يضاف لاستاذه ، فما ائلفه بضمنه استاذه . يعني
ما لم يتمد بضمنه هو (كذا في الدر)

تليذ القصار او اجيره الخاص اذا ادخل ناراً للسراج بامر الاستاذ فوقت
شرارة على ثوب من ثياب القصاره او اصابه دهن السراج ، لا بضمن الاجير .
يكون الضمان على الاستاذ لانه ادخل السراج بأذنه ، فصار فعل الاجير
كفعل الاستاذ . ولو فعل الاستاذ ذلك بنفسه ، كان ضامناً .

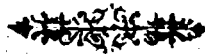
اجير القصار اذا وطأ ثوباً من ثياب القصاره وهو ثوب لا يوطأ مثله فانتقص
الثوب او تحرق ، ضمن الاجير لانه لم يؤذن له في ذلك .

وكذا لو كان الثوب مما يوطأ مثله ، الا انه كان ودبعة عند القصار وليس
من ثياب القصاره . وان كان ذلك من ثياب القصاره ، وذلك ثوب يوطأ مثله ،
لا يضمن الاجير ، وبضمن القصار ، لانه مأذون في ذلك عادة اذا كان ذلك من
ثياب القصاره (خانية)

وفيها : ولو حمل اجير القصار ثوباً من ثياب القصاره فمثر وسقط عليه ، لا
يضمن الاجير وبضمن الاستاذ . ولو سقط على ودبعة كانت عند صاحب البيت
فانفسدها ، ضمن . ولو علق القصار ثوباً على حبل في الطريق للجفيف الثوب فمترت

حموك فخرقت ، كان الضمان على مائتي الحمل دون القصار اه
وفيها : لو تمسك رجل بثوب انسان فجذب صاحب الثوب ثوبه فحرق ، كان
على المتمسك نصف الخرق . وكذلك صاحب الثوب اذا اراد ان يأخذ ثوبه من
القصار فتمسك به القصار فجذبه صاحب الثوب ، كان على القصار نصف الخرق
وذكر في المتنق : حائك نجح ثوباً فتمسك صاحب الثوب بثوبه ليأخذه
وابي الحائك ان يدفع حتى يأخذ الأجرة فحرق الثوب في يد صاحب الثوب ، لا
بضمن الحائك . وان تحرق في يدهما ، كان على الحائك نصف الخرق اه .
وفيها : القصار لو دفع الى صاحب الثوب ثوب غيره فأخذه صاحب الثوب على
ظن انه له ، كان ضامناً . وان كان صاحب الثوب بعث الى القصار رجلاً ليأخذ
ثوبه من القصار فدفع القصار اليه ثوباً غير ثوب المرسل فضاع عند الرسول ، ذكر
ان الثوب المدفوع لو كان القصار لا بضمن الرسول . وان كان لغير القصار ، كان
لصاحب الثوب الخيار : ان شاء ضمن القصار ، وان شاء ضمن الرسول . فان
ضمن القصار لا يرجع القصار على الرسول اه

والله سبحانه اعلم واستغفر الله العظيم .



- انتهى الجزء الثاني من هذا المؤلف -
(وبليه الجزء الثالث اوله كتاب الكفالة)



= فهرست =

✽ الكتاب الاول ✽

	صفحة
المقدمة في البيوع وينقسم الى مقدمة وسبعة ابواب	٣
البيع باعتبار المبيع ينقسم الى اربعة اقسام	١٤
القسم الاول : بيع المال بالثمن	١٥
القسم الثاني : هو الصرف	١٥
القسم الثالث : بيع المقايضة	١٥
القسم الرابع : السلم	١٥
(الباب الاول)	
في بيان المسائل المتعلقة بعقد البيع وفيه خمسة فصول	
الفصل الاول : فيما يتعلق بركن البيع	٢٧
الفصل الثاني : في بيان لزوم موافقة القبول للايجاب	٤٤
الفصل الثالث : في حق مجلس البيع	٥٣
الفصل الرابع : في حق البيع بشرط	٥٩
الفصل الخامس : في اقالة البيع	٧١
(الباب الثاني)	
في بيان المسائل المتعلقة بالمبيع وتنقسم الى اربعة فصول	
الفصل الاول : في حق شروط المبيع وادرافه	٨٧

	صفحة
الفصل الثاني : فيما يجوز بيعه وما لا يجوز	٩٢
الفصل الثالث : في بيان المسائل المتعلقة بكيفية بيع المبيع	١٢٢
الفصل الرابع : في بيان ما يدخل في البيع بدون ذكر صريح وما لا يدخل	١٣٨

(الباب الثالث)

في بيان المسائل المتعلقة بالثمن وفيه فصلان	
الفصل الاول : في بيان المسائل المترتبة على اوصاف الثمن واحواله	١٥٨

(الباب الرابع)

في بيان المسائل المتعلقة بالتصرف في الثمن والمثمن بعد العقد ويشتمل على فصلين	
الفصل الاول : في بيان حق تصرف البائع بالثمن والمشتري بالمبيع بعد العقد وقبل القبض	١٢٢
الفصل الثاني : في بيان التزويد والتزويل في الثمن والمبيع بعد العقد	١٢٧

(الباب الخامس)

في بيان المسائل المتعلقة بالتسليم والتسلم وفيه ستة فصول	
---	--

	صفحة
الفصل الاول : في بيان حقيقة التسليم والتسلم وكيفيةها	١٩١
الفصل الثاني : في المواد المتعلقة بمجس البيع	٢١١
الفصل الثالث : في حكم مكان التسليم	٢١٧
الفصل الرابع : في مؤنة التسليم ولوازمه	٢١٩
الفصل الخامس : في بيان المواد المترتبة على هلاك المبيع	٢٢٣
الفصل السادس : فيما يتعلق بسوم الشراء وسوم النظر	٢٢٨

(الباب السادس)

في بيان الخيارات وفيه سبعة فصول	
الفصل الاول : في بيان خيار الشرط	٢٣٣
الفصل الثاني : في بيان خيار الوصف	٢٥٢
الفصل الثالث : في بيان خيار النقد	٢٥٧
الفصل الرابع : في بيان خيار التعيين	٢٦٠
الفصل الخامس : في بيان خيار الروبة	٢٦٧
الفصل السادس : في بيان خيار العيب	٢٨٩
الفصل السابع : في الغبن والتغريب	٣٣٥

(الباب السابع)

في بيان البيع واحكامه وينقسم الى ثثة فصول	
الفصل الاول : في بيان انواع البيع	٣٤٣

	صفحة
الفصل الثاني : في بيان احكام انواع البيوع	٣٥٧
الفصل الثالث : في حق السلم	٣٨٤
الفصل الرابع : في الاستصناع	٤٠٠
الفصل الخامس : في احكام المريض	٤٠٨
الفصل السادس : في بيع الوفاء	٤١٤
احكام الربا	٤٤٣
احكام الاستحقاق	٤٥٥

﴿ الكتاب الثاني في الاجارات ﴾

ويشتمل على مقدمة وثمانية ابواب

المقدمة

صفحة
في الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالاجارة ٤٧١

« الباب الاول » ٤٧٩

في بيان الضوابط العمومية

(الباب الثاني)

في بيان المسائل المتعلقة بالاجرة ويشتمل على اربعة فصول

الفصل الاول : في بيان مسائل ركن الاجارة ٤٩٨

الفصل الثاني : في شروط انعقاد الاجارة ونفاذها ٥٢٦

الفصل الثالث : في شروط صحة الاجارة ٥٣١

الفصل الرابع : في فساد الاجارة و بطلانها (الباب الثالث)	٥٣٦
في بيان المسائل التي تتعلق بالاجرة و يحتوي على ثلاثة فصول	
الفصل الاول : في بدل الاجارة	٥٤٦
الفصل الثاني : في بيان المسائل المتعلقة بسبب لزوم الاجرة و كيفية استحقاق الأجر الاجرة	٥٤٩
الفصل الثالث : فيما يصح ان يجبس المستأجر فيه لاستيفاء الاجرة و ما لا يصح (الباب الرابع)	٥٧١ ٥٧٤
في بيان المسائل التي تتعلق بمدة الاجارة (الباب الخامس)	
في الخيارات و يحتوي على ثلاثة فصول	
الفصل الاول : في بيان خيار الشرط	٥٨
الفصل الثاني : في خيار الروبة	٦٠٠
الفصل الثالث : في خيار العيب (الباب السادس)	٦٠٥
في بيان انواع المأجور و احكامه و يشتمل على اربعة فصول	

	صفحة
الفصل الاول: في بيان مسائل تتعلق باجارة العقار	٦١٢
الفصل الثاني: في اجارة العروض	٦٣٠
الفصل الثالث: في اجارة الدواب	٦٣٤
الفصل الرابع: في اجارة الآدمي	٦٦٠
الباب السابع «	
في وظيفة الأجر والمستأجر وصلاحيتهما بعد العقد	
ويشتمل على ثلاثة فصول	
الفصل الاول: في تسليم الأجر	٦٨٠
الفصل الثاني: في تصرف العاقدين في المأجور بعد العقد	٦٨٤
الفصل الثالث: في بيان مواد تتعلق برد المأجور واعادته	٦٩٣
(الباب الثامن)	
في بيان الضمانات ويحتوي على ثلاثة فصول	
الفصل الأول: في ضمان المنفعة	٦٩٧
الفصل الثاني: في ضمان المستأجر	٧٠٣
الفصل الثالث: في ضمان الأجير	٧١٠

الجزء الثالث

شرح المجتبه

تأليف

العلامة الكبير والفقيد المحقق الشهير المرحوم مفتي حمص الاسبق

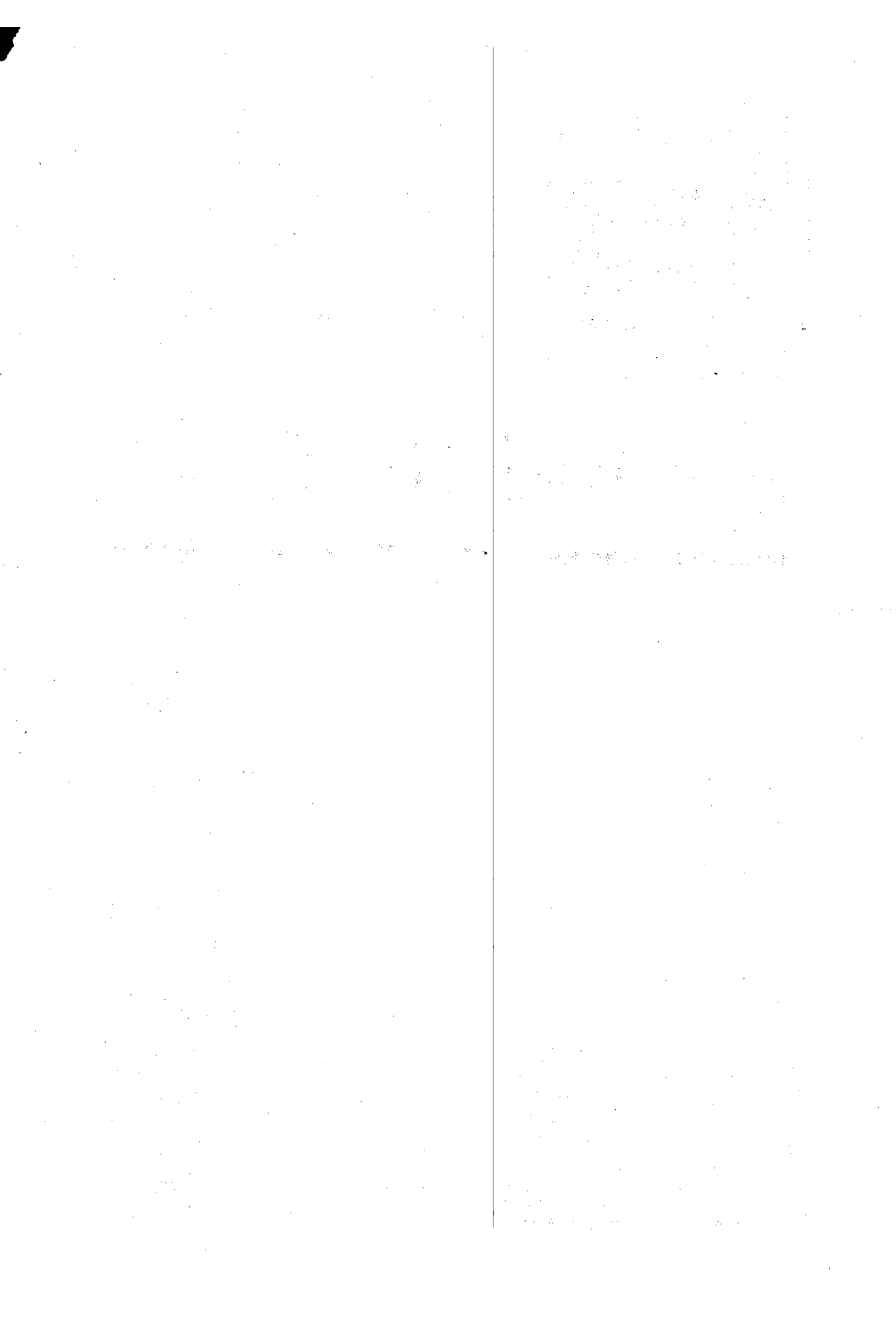
رحمته الله العليم الخبير

عني بانعام ما فات المؤلف نشره من المواد وبارازه الى عالم
المطبوعات ولده مفتي حمص الحالي

محرر كتاب

المكتبة الحسينية

كانسي روڈ ۵ کوئٹہ
پاکستان



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله على حمده ، والصلاة والسلام على نبيه وعبيده ، وعلى آله وصحبه
والتابعين وتابعيهم من بعده ، آمين

الكتاب الثالث

في الكفالة ويحتوي على مقدمة وثلاثة ابواب
المقدمة في اصطلاحات الفقهاء وتعلق بالكفالة

للادة ٦١٢ - * الكفالة ضم ذمة الى ذمة في مطالبة شيء
يعني ان يضم احد ذمته الى ذمة آخر ويلتزم ايضاً بالمطالبة التي لزم
في حق ذلك *

- الذمة لغة العهد والامان والضمان . وقولم « في ذمتي » اي في ضمانتي .
والجمع ذم ، مثل مدرة وسدر . كذا في المصباح .
- وقال الأصوليون ان الآدمي يولد وله ذمة صالحة للوجوب له وعليه .
وفي التحرير : والذمة وصف شرعي به الاهلية للوجوب ماله وما عليه . وفسرها
بغير الأسلام بالنفس والرقبة التي لها عهد . والمراد انها العهد . فقولم « في

ذمته « اي في نفسه ، باعتبار عمدتها . من باب اطلاق الحال واردة المحل .
كذا في البحر .

ثم ان ما ذكر في هذه المادة تبعاً لعامة المتون تعريف للكفالة من حيث
هي الشاملة لأنواعها الثلاثة ، اعني الكفالة بالنفس والكفالة بالعين والكفالة
بالمال . واما تعريف بعضهم بانها ضم ذمة الى ذمة في الدين ، فهو تعريف لأحد
انواعها ، وهي الكفالة بالمال ، لأن الصحيح انه يثبت الدين المكفول به في ذمة
الكفيل ايضاً . وما اورد على ذلك ، من انه يلزم صيرورة الدين الواحد دينين ،
دفعه في المبسوط بأنه لا مانع ، لأنه لا يستوفي الا من احدهما - كالفاسد مع
فاسد الفاسد ، فإن كلاً ضامن للقيمة وليس حق المالك في قيمة واحدة ، لأنه
لا يستوفي الا من احدهما . واختياره تضمين احدهما يوجب براءة الآخر ، فكذا
هنا . لكن هنا بالقبض لا بمجرد اختياره . والدليل على ان الدين يثبت في ذمة
الكفيل ايضاً ، ان هبة الدين من الكفيل صحيحة ويرجع به على الاصيل مع
ان هبة الدين من غير من عليه الدين لا تصح . وكذا لو اشترى الطالب بالدين
شيئاً من الكفيل ، صح ، مع ان الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح ،
ولأنه لو كان ضماناً بالمطالبة فقط بدون دين لزم ان لا يؤخذ المال من تركة
الكفيل ، لأن المطالبة تسقط عنه بموته كالكفيل بالنفس لما كانت كفالته
بالمطالبة فقط بطلت كفالته بموته ، مع ان المصرح به ان المال يحل بموت الكفيل ،
وانه يؤخذ من تركته ، ولأنه يصح ان يكفله عند الطالب كفيل آخر بالمال المكفول
به فاذا ادتي الآخر المال الى الطالب لم يرجع به على الاصيل ، بل يرجع به على
الكفيل الأول . فإن ادتي اليه رجع الاصل على الاصيل لو الكفالة بالأمر (افاده
في رد المختار) .

وحاصله ان تعريف المتون ، وهو المذكور في هذه المادة ، تعريف لمطلق
الكفالة ، كما ذكرنا . وتعريف بعضهم بانها ضم ذمة الى ذمة في الدين ، تعريف
لبعض انواعها ، وهو الكفالة بالمال . فاقاله في النهر من ان « جمع انواع الكفالة
الثلاثة في تعريف واحد ، لا يمكن ، لأن الضم في المطالبة غير الضم في الدين ،
فهما ماهيتان مختلفتان » غير وجيه ، لأن الضم في الدين يستلزم الضم في المطالبة ايضاً ،

فصح كون التعريف المذكور في هذه المادة شاملاً لأنواعها الثلاثة، وإن كان تعريف الكفالة بالمال بانفرادها يحتاج إلى قيد آخر وهو الضم في الذمة مع المطالبة، وهو نظير تعريف الحيوان الشامل لجميع أنواعه بأنه جسم حساس، مع تعريف بعض أنواعه كالإنسان بأنه جسم حساس ناطق. ولهذا كان التعريف المذكور في هذه المادة تبعاً لعامة المتون أصح من خلافه، لشموله لجميع أنواع الكفالة، فتدبره.

المادة ٦١٣ - * الكفالة بالنفس هي الكفالة بشخص واحد *

بإضافة شخص إلى واحد كما نبيء عنه عبارتها التركيبية ومثله إذا تعددت الأشخاص كما إذا كفل واحد نفوساً، فإنه يجوز كما يجوز بالديون الكثيرة (بجر)

المادة ٦١٤ - * الكفالة بالمال هي الكفالة بإداء المال *

المادة ٦١٥ - * الكفالة بالتسليم هي الكفالة بتسليم المال *

أراد بالمال ما يشمل الدين والعين. فن الأول ما في البحر عن التارخانية : له مال على رجل فقال لرجل للطالب ضمنت لك ما على فلان إن قبضه وأدفعه إليك، فقال ليس هذا على ضمان المال إن يدفعه من عنده، إنما هو على إن يتقاضاه ويدفعه إليه. على هذا ما في كلام الناس. ولو غصب من مال رجل الفأ فقائله المصوب منه وأراد أخذها منه فقال لرجل لا تقائله فانا ضامن لها أخذها وأدفعها إليك، لزمه ذلك. ولو كان الغاصب استهلك الألف وصارت ديناً، كان هذا الضمان باطلاً، وكان عليه ضمان التقاضي اهـ

ومن الثاني الكفالة بتسليم عين مضمونة بنفسها كالمصوب ونحوه مما يجب تسليمه بعينه إن كان قائماً أو ضمان مثله أو قيمته إن كان هالِكاً، فإنه كما يصح الكفالة بأعيانها تصح الكفالة بتسليمها وتبطل بهلاكها، كالكفالة بالنفس.

ومنه ايضا الكفالة بتسليم عين مضمونة بغيرها ، كالرهونة ، وغير المضمونة اصلا ، كالأمانة . فإن هذه وان لم تصح الكفالة باعيانها لكن تصح بتسليمها ولها حكم الكفالة بالنفس ، كما يعلم من رد المختار وغيره . وسيأتي له زيادة توضيح .

المادة ٦١٦ - * الكفالة بالدرك هي الكفالة باداء ثمن المبيع وتسليمه او بنفس البايع ان استجق المبيع *

المادة ٦١٧ - * الكفالة المنجزة هي الكفالة التي ليست معلقة بشرط ولا مضافة الى زمان مستقبل *

المادة ٦١٨ - * الكفيل هو الذي ضم ذمته الى ذمة الآخر اي الذي تعهد بما تعهد به الآخر ويقال لذلك الآخر الاصيل والمكفول عنه *

عبارة التارخانيه عن الينايع : الكفيل هو الذي التزم المطالبة بالنفس او المال او بها . والمكفول عنه هو الذي عليه الدين في كفالة المال . ويقال للمكفول بنفسه مكفول به ولا يقال مكفول عنه (رد المختار)

المادة ٦١٩ - * المكفول له هو الطالب والداين في خصوص الكفالة *

المادة ٦٢٠ - * المكفول به هو الشيء الذي تعهد الكفيل بادائه وتسليمه وفي الكفالة بالنفس المكفول عنه والمكفول به سواء *

قد علمت انه في كفالة النفس يقال للمكفول بنفسه مكفول به ، ولا يقال مكفول عنه ، فتأمل .

❖ الباب الاول ❖

في عقد الكفالة ويحتوي على فصلين

« الفصل الاول »

في ركن الكفالة

المادة ٦٢١ - ❖ تنعقد الكفالة وتنفذ بايجاب الكفيل فقط .
ولكن ان شاء المكفول له ردها فله ذلك وتبقى الكفالة ما لم يردها
المكفول له . وعلى هذا لو كفل احد في غياب المكفول له بدين له
على احدٍ ومات المكفول له قبل ان يصل اليه خبر الكفالة بطالب
الكفيل بكفالاته هذه ويؤخذ بها ❖

وكذا ليس للكفيل ان يخرج من الكفالة قبل اجازة الطالب او رده . وهذا
قول ابي يوسف رحمه الله تعالى . قال في الدر : وبه بفتى (درر ويزازبة ، واقره
في البحر ، وبه قالت الائمة الثلاثة)

ثم ان كونها تنفذ بمجرد الايجاب هو احد قولين لأبي يوسف والثاني انها تتوقف
على اجازة الطالب ، فلومات قبلها لا يؤخذ الكفيل . والأصح من قوله هو
الأول ، وهو انها تنفذ ، ولطالب الرد ، كما في البحر عن المحيط . وقال ابو حنيفة
ومحمد رحمهما الله تعالى : ركنها الايجاب والقبول ، فلا تتم بالكفيل وحده ما لم
يقبل المكفول له او اجنبي عنه في المجلس . فإن قبل عنه فضولي ، نوقف على
اجازته . وعلى قولها مشيت المتون . وحيث اختارت المجلة قول ابي يوسف نعمين

المعمل به لصدور الامر السلطاني به . ثم انه لا فرق في ذلك بين ان تكوّن
الكفالة بالنفس او بالمال ، كما في الدرر والدر .

المادة ٦٢٢ = * ايجاب الكفيل اي الفاظ الكفالة هي الكلمات
التي تدل على التعهد والالتزام في العرف والعادة . مثلاً لو قال انا
كفيل او ضامن لو كفلت تنعقد الكفالة *

اي سواء كان بالنفس او بالمال . وكذا تنعقد بضمته او علي او الي او عندي
او انا به زعيم ، اي كفيل ، او قبيل به ، اي بفلان ، او غريم او حميل (در)
وكذا تنعقد كفالة النفس لو وجه الكفالة الى شيء من اعضاء المكفول
يعبر به عن جملة البدن ، ككفلت برأسه او بوجهه او برقبته او بمنقه او بيده
او بروحه . وكذا يجوز شايع ككفلت بتصفه او ربه ، لأن النفس الواحدة
في حق الكفالة لا تنجزاً ، فذكر بعضها شايعاً كذكر كلها . واما لو اضاف
الكفيل الجزء الى نفسه ككفلت لك نصفي او ثلثي ، فإنه لا يجوز كما في السراج .
لكن لو قيل : ان ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله ، لم يفتق الخال (نهر)
ثم انما تنعقد الكفالة بقوله انا كفيل او ضامن او كفلت ونحوها اذا علم المكفول
به انه نفس او مال ، كما اذا قال ضمنت زيدا وانا كفيل به او هو علي او الي ،
يكون كفالة نفس . واذا قال ضمنت لك ما عليه من المال وانا كفيل الخ ، فهو
كفالة مال قطعاً . واما اذا لم يعلم المكفول به انه كفالة نفس او مال ، فلا
تصح الكفالة اصلاً . نعم لو قامت قرينة على احدهما يمكن ان يقال بعمل بها ، كما
اذ قال قائل : اضمن لي هذا الرجل فقال الآخر انا ضامن ، فهو قرينة على كفالة
النفس . وان قال اضمن لي ما عليه من المال فقال انا ضامن ، فهو قرينة على
المال ، لان الجواب معاد في السؤال (الكل ملخص من الدرر وحواشيه)

المادة ٦٢٣ - * تكون الكفالة بالوعد المعلق ايضاً . انظر
الى المادة (٨٤) مثلاً : لو قال ان لم يعطك فلان مطلوبك فانا
اعطيكه تكون كفالة . فلو طالب الدائن المدينون بحقه ولم يعطه
بطالب الكفيل *

في الفصل (٣٠) من جامع الفصولين : قال : دبتك الذي على فلان انا ادفعه
اليك انا اسلمه انا افضيه ، لا يصير كفيلاً ما لم يتكلم بلفظة تدل على الالتزام ،
كقوله كفلت ، ضمننت ، علي ، الي ، ثم رمز وقال : لو اتى بهذه الالفاظ متجراً لا
يصير كفيلاً . ولو مطلقاً ، كقوله لو لم يورد فانا اودي ، يصير كفيلاً . وهو
نظير ما لو قال انا احمج ، لا يلزمه شيء . ولو قال لو دخلت الدار فانا احمج ، لزمه
الحمج اذا دخل اه . ومثله في تنقيح الحامدية عن البرازية مطلقاً بما ذكر في
المادة (٨٤) من ان المواعيد باكتساء صورة التعاليق تكون لازمة ، يعني وبسبب
ذلك دلت على التمهيد والالتزام ، فانمقدتسبها الكفالة .

ويظهر من هذا انه ليست هذه من صور الكفالة المطلقة حتي يشترط ان
يكون المعلق عليه ملامياً للكفالة ، كما سيأتي في شرح المادة (٦٣٦) لأن ذلك فيما تنعقد به
الكفالة بدون تعليق ، ككفلت او انا كفييل ونحوه . وما نحن فيه لا تنعقد
فيه الكفالة ما لم يكن مطلقاً على شيء ، اذ لا يكون مفيداً للتمهيد والالتزام الا
بالتعليق على شيء ، لكن تمثيل الفصولين بقوله لو لم يورد فانا اودي ، يفيد
اشتراط ذلك . وعليه لو قال : ان دخلت الدار فانا اعطيك مالك على زبد ، لا تصح
الكفالة ، لأن الشرط غير ملائم للكفالة . وعلى ما قلناه تصح الكفالة ، لأن
الانقاد حصل بواسطة هذا الشرط ، اذ المواعيد نصير لازمة اذا اكتست صور
التعاليق على شرط ما ، سواء كان ملامياً او لا . ويمكن ان يقال انه اذا كانت
الملازمة شرطاً فيما تنعقد به الكفالة بلا تعليق ، فلا تكون شرطاً فيما لا تنعقد

به الكفالة الا بالتعليق اولى ، فليتأمل وليراجع .

المادة ٦٢٤ - * لو قال انا كفيل من هذا اليوم الى الوقت الفلاني
تتعد منجزاً حال كونها كفالة موقته *

فيكون كفيلاً في المدة فقط ، وتنتهي الكفالة بمضي الوقت بلا خلاف .
وحاصل المسئلة انه اما ان يذكر « الى » بدون « من » فيقول كفلته الى
شهر او كفت ما عليه من الدين الى شهر ، فيكون كفيلاً بعد الشهر ابدأ ولا
يطلب في الحال ، ويكون ذكر المدة لتأخير المطالبة الى شهر ، لا لتأخير الكفالة
كما لو باع عبداً بألف الى ثلاثة ايام ، يصير مطالباً باثمن بعد الثلاثة ، وهو ظاهر
الرواية ، وبه يعني كافي البحر . وعند ابي يوسف والحسن هو كفيل في المدة فقط .
واما ان يذكر « من » و « الى » فيقول كفلته من اليوم الى شهر ، فهو
كفيل في المدة فقط ، اتفاقاً . وهي المسئلة المذكورة في هذه المادة . واما ان لا
يذكر « من » ولا « الى » فيقول كفلته شهراً او ثلاثة ايام ، فقيل كلاً اول ،
يعني انه يصير كفيلاً بعد الشهر ولا يطلب في الحال . وقيل كالثاني ، يعني انه
يصير كفيلاً في المدة فقط .

وفي التتارخانية عن جمع التفاريقي ، قال : واعتماد اهل زماننا على انه كالثاني ،
ذكره في رد المحتار . ثم قال : وينبغي عدم الفرق بين الصور الثلاث في زماننا ،
كما هو قول ابي يوسف والحسن ، لان الناس اليوم لا يقصدون بذلك الا توقيت
الكفالة بالمدة ، وانه لا كفالة بعدها ، وقد تقدم ان مبني الفاظ الكفالة على
العرف والعادة .

ثم رأيت في الذخيرة ، قال : وكان القاضي الأمام الأجل ابو علي النسفي
يقول : قول ابي يوسف اشبه بعرف الناس اذا كفلوا الى مدة ، يفهمون بضرب
المدة انهم يطلبون في المدة لا بعدها . الا انه يجب على المفتي ان يكتب في
الفتوي انه اذا مضت المدة المذكورة فالقاضي يخرج عن الكفالة ، احترازاً عن

خلاف جواب الكتاب . وان وجد هناك قرينة تدل على ارادته
جواب الكتاب ، فهو عليه اه . لكن نازع في ذلك في اتقع الوسائل
بان القاضي المقلد لا يحكم الا بظاهر الرواية لا بالرواية الشاذة ، الا ان ينصوا
على ان الفتوى عليها اه قلت : ما ذكره الامام النسفي مبني على ان المذكور
في ظاهر الرواية انما هو حيث لا عرف ، اذ لا وجه للحكم على المتعاقدين بما لم
يقصداه ، فليس قضاء بخلاف ظاهر الرواية . وما ذكره من اخراج القاضي له
عن الكفالة زيادة احتياط لاحتمال كون العاقدين عالين بذلك المعنى قاصدين
له . ولذا قال : ان وجد قرينة على اختلاف العرف يحكم بجواب ظاهر الرواية اه
ما في رد المختار بقليل اختصار . اقول . يقع كثيراً ان الاصيل يجرر على نفسه
سنداً بالمال . ووجلا الى سنة مثلاً فيكتب الكفيل في نفس السند قد كفلت
بالمال المسطور الى سنة ، فالظاهر ان كون المال مؤجلاً الى سنة ، قرينة دالة
على ان مراده بذلك تأخير المطالبة الى سنة ، لا توقيت الكفالة بها . والدليل على
ذلك ان كلاماً من الطالب والسامع لا يفهم من هذا اللفظ غير ذلك ، والا لما قبل
كلماته التي لا فائدة له فيها . والظاهر ايضاً ان الحكم كذلك لو ذكر « من »
مع « الى » ، بأن قال كفلت من الآن الى سنة ، وقد قامت القرينة على ارادة
تأخير المطالبة ، لأن ذكر من مع الى لا يمنع من قصد ارادة تأخير المطالبة
بهذا اللفظ ، فليتأمل .

ثم انه في الصورة الثانية ، وهي ما اذا ذكر « الى » فقط بأن قال كفلت
الى ثلاثة ايام ، لو زاد « وانا برى » بعد ذلك « لم يصر كفيلاً اصلاً ، لا في
الحال ، لأنه المذكور في ظاهر الرواية ، ولا بعد المدة ، لنيهما الكفالة فيه
صريحاً . وهي الحيلة في كفالة لا تلزم (كذا في الدرر وحواشيه ، ومثله في
الدرر والاشباه) لكن على ما تقدم من ان العرف قاض بأن الكفالة في تلك
الصورة موقفة ايضاً وتنتهي بمضي الوقت ، لا تنفع الحيلة وتبقى كفالة تنتهي بانتهاء
المدة ، كما لا يخفى

المادة ٦٢٥ = * الكفالة كما تنعقد مطلقة كذلك تنعقد بقيد التعجيل والتأجيل بأن يقول انا كفيل على ان يكون الأبقاء في الحال او في الوقت الفلاني *

ثم في صورة التأجيل هل يتأجل على الأصيل ايضاً؟ فيه تفصيل يأتي به
المادة (٦٥٥)

ولو كفيل على انه متى او كلما طلب فله اجل شهر، صحت الكفالة. ثم ان كانت الكفالة بالنفس، فلا كفيل اجل شهر من يوم طلبه. فاذا تم الشهر فله مطالبته بالتسليم، ولا اجل له في هذه المطالبة الثانية ما لم يدفعه اليه. فاذا دفعه اليه فإن قال برئت اليك منه، يبرأ في المستقبل. وان لم يبرأ منه فله ان يطالبه ثانياً. ولا يكون ذلك براءة لأنه قال في الكفالة « كلما طلبته متى في اجل شهر » فكأنه قال « كلما طلبته متى وافيتك به الا ان لي اجل شهر حتى اطلبه » وكلمة « كلما » تقتضي التكرار، فتقتضي تكرار الموافاة كلما تكرر الطلب. فبالدفع اليه يبرأ عن موافاة لزمته بالمطالبة السابقة، لا عن موافاة تلمه بمطالبة توجد في المستقبل. وانما يبرأ عن ذلك بصريح الأبراء. فاذا برى اليه حين دفعه مرة، وجد صريح الأبراء. والا فلا. فاذا طالبه به لزمه تسليمه ثانياً. لكن يثبت له اجل شهر آخر بعد هذا الطلب. فاذا تم الشهر ولم يسلمه فطالبه به، فلا اجل له ما لم يسلمه الى الطالب، وهكذا. وان كانت الكفالة بالمال، صحت ايضاً ولا كفيل اجل شهر من يوم طلبه. فاذا تم الشهر فطالبه لزم التسليم ولا اجل له ثانياً، ولعله لأنه جردت متى وكما عن العموم لعدم امكانه هنا. لأنه بتسليم المال المكفول به اقطع حكم الكفالة، بخلاف كفالة النفس اه ملخصاً من الدر وحاشيته رد المحتار. وظاهره ان الكفيل في الصورة الأولى، يعني فيما اذا كانت الكفالة بالنفس، يبرأ من الكفالة بمجرد قول الكفيل بعد تسليمه المكفول بنفسه « برئت اليك منه » وان لم يبرئه الطالب اورد، يبرأ الكفيل من الكفالة، وفيه تأمل.

المادة ٦٢٦ - * نصح الكفالة عن الكفيل *

قال في الخاتمة: الكفيل بالنفس اذا اعطى الطالب كفيلاً بنفسه فات
الأصيل ، برأ الكفيلان . وكذا لو مات الكفيل الأول ، برأ الكفيل
الثاني اه .

وفي رد المحتار عن كافي الحاكم : الكفيل يصح ان يكفله عند الطالب كفيل
آخر بالمال المكفول به . فإن ادعى الآخر المال الى الطالب ، لم يرجع به على
الأصيل ، بل يرجع على الكفيل الأول . فإن ادعى اليه رجم الأول على
الأصيل لو الكفالة بالأمر اه .

المادة ٦٢٧ - * يجوز تعدد الكفلاء *

لأن موجب التزام المطالبة . وجاز تعدد المتزمين بها لزيادة التوثق . ثم اذا
سلم احدهما نفس المكفول به ، لا يبرأ الآخر بالاجماع (فتح) بخلاف الكفالة
بالمال ، فإن لها احكاماً تذكر في المادة (٦٤٧) الآتية .

الفصل الثاني

في بيان شرايط الكفالة

المادة ٦٢٨ - * يشترط في انعقاد الكفالة كون الكفيل
عاقلاً وبالغاً فلا نصح كفالة المجنون والمعتوه والصبي . ولو كفل
في حال صباه لا يؤمأخذ وان اقر بعد البلوغ بهذه الكفالة *

قال في كتاب جامع احكام الصغار: ولا يجوز كفالة الصبي صوالات كان محجوراً عليه او مأذوناً له في التجارة ، وسوالات له ابوه في الكفالة او لم يأذن له ، لأن اذن الأب للصبي في الكفالة باطل ، لأنه اذن بما هو تبرع ، والتبرع غير داخل تحت ولايته ، فلا يملك الاذن . قال : ولو كان لرجل قبل رجل مال فأدخل المطلوب ابنه في كفالة ذلك المال وقد راهق ولم يحلم ، كان ذلك باطلاً ولا يتوقف على اجازة الصغير اذا بلغ ، لأنه لا يحيز له حال وقوعها فإن بلغ واقر بالكفالة قبل البلوغ ، فاقراه باطل لانه اقر بكفالة باطلة . وان جدد الكفالة بعد البلوغ صححت الكفالة . هذا اذا كان الدين دين الأب . فان كان الدين دين الصبي بأن اشترى الأب او الوصي للصغير بالنسيئة وامر الصبي حتى ضمن بالمال لصاحب الدين وضمن بنفس الأب والوصي ، فضانته بالمال جائز ، وضممانه بنفس الأب والوصي باطل . اما ضممانه بالمال ، فلا نه التزم شيئاً كان عليه قبل الضمان ، فانه قبل الضمان كان يرجع ذلك المال عليه ، فلم يكن هذا الضمان تبرعاً . واما الضمان بنفس الاب والوصي ، فلا نه التزم شيئاً كان لا يلزمه قبل الضمان ، وهو احضارهما مجلس الحكم اه .

واما الكفالة للصبي بأن كفّل رجل لصبي بنفس آخر او بدين له على آخر ، فإنها صحيحة وان كان الصبي غير تاجر اي محجوراً عليه ، على ما اعتمدت عليه جمعية المجلة من ان الكفالة تتم بالايجاب وحده ولا تحتاج الى قبول الطالب ، كما تقدم في المادة (٦٢١) وهو قول ابي يوسف المفتي به على ما في الدر والبرازية . واما على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى من اشتراط قبول الطالب ، فإن كان الصبي تاجراً ، صحّت بقبوله . وان كان محجوراً عليه ، فإن خاطب وليه وقبل ، صحّت الكفالة . وان خاطب اجنبياً وقبل عنه ، توقف على اجازة وليه . وان لم يخاطب وليه ولا اجنبياً ، وانما خاطب الصبي ، فلا نصح ، لأن الصبي المحجور ليس اهلاً لقبول الكفالة ، والكفالة لا تتم بايجاب الكفيل وحده عندهما . واما الكفالة عن الصبي فصحيحة ، وستأتي احكامها في المادة الآتية وشرحها .

✽ تنبيه ✽

لا يشترط ان يكون الكفيل صحيحاً ، فتصح كفالة المريض ، لكن من الثلث ، لأنها

تبرع (بجر) ولو اقر في مرضه انه كفل في صحته ، تعتبر من كل ماله (جامع الفصولين)
فيه : مريض كفل عنه بما عليه وارثه بأمره ، جاز اتفاقاً وان كان
في غيبة الطالب . اما عند ابي يوسف ، فظاهر ، لانقاذ الكفالة بالايجاب وحده .
واما عندهما ، فلان وارثه يطالب بالدين بلا ضمان ، فبالضمان اولى .

ولو امر المريض الاجنبي بأن يكفل ما عليه لاجنبي ثم رضي به الطالب
بعد موته ، فلا روية فيه ، وقد اختلف المشايخ ، منهم من قال يصح كالورثة ،
ومنهم من قال لا يصح (افاده في الفصول العادبة)

كفالة المريض لو ارثه او عن وارثه باطلة (جامع الفصولين في ٣٤)
وفي الخلاصة والبرازية : كفالة المريض على ثلاثة اوجه : في وجه كدين
الصحة بأن كفل حال الصحة وعلق ذلك بسبب وهل في المرض بأن قال
ما ذاب لك على فلان فعلي ، او ما وجب لك على فلان فعلي ثبت له على فلان
في المرض . وفي وجه بمنزلة دين المريض بأن اخبر في المرض اني كنت كفلت
لفلان في حال الصحة ، لا يصدق في حق غرماء الصحة والمكفول لهم غرماء المرض ،
وفي الأول مع غرماء الصحة وفي وجه كساير الوصايا بأن انشاء الكفالة في المرض
الذي مات فيه اه .

المادة ٦٢٩ - * لا يشترط كون المكفول عنه عاقلاً وبالغا فتصح

الكفالة بدين المجنون والصبي *

وكذا بنفسها سواء كانت الكفالة باذن وليها او بغير اذنه ، وسواء كان
الصبي محجوراً عليه او كان ماذوناً له في التجارة ، لانه كفل بحق مضمون على
الأصيل فيعتبر الأصيل على ابنائه وهو مقدور التسليم للكفيل والكنيل من اهل
التبرع . اما كون الكفيل من اهل التبرع وكون المكفول به مقدور التسليم للكفيل
بارادة من يبي ، فظاهر . واما كون الكفالة بحق مضمون على الأصيل ، اينا اذا كانت
الكفالة بنفسه فلان حضور الصبي مجلس الحكم اذا كان الصبي ماذوناً له في التجارة مستحق عليه

يجب خصمه اذا ادعى عليه الخصم ضمان فعل او ضمان قول . وان كان الصبي محجوراً عليه ، فحضوره مجلس الحكم مستحق عليه للاشارة اذا ادعى خصمه عليه ضمان فعل ، لان الصبي يواخذ بزمان النعل فيستحق حضوره للاشارة اليه ، وان كان لا يستحق حضوره للجواب . ثم اذا صحت الكفالة واخذ الكفيل باحضار الصبي فاراد الكفيل ان يحضر الصبي ، فهذا على وجهين : ان حصلت الكفالة له باذن من بلي عليه يجبر الصبي على ان يحضر معه ، لان اذن من بلي على الصغير بالكفالة جائز ، لان الاذن بالكفالة عن الصغير امر بقضاء الدين عن الصغير ، والاب والوصي يملكان الامر بقضاء الدين عن الصغير فيملكان الامر بالكفالة عنه . واذا صح الامر بالكفالة عن الصغير منها ، صار ذلك بمنزلة امر الصبي بعد البلوغ ، وبالبلغ اذا امر آخر بأن يكفل بنفسه اذا طرب الكفيل باحضاره ، كان له مطالبة المكفول به حتى يحضر . وان كان بغير امر من بلي عليه ، ان كان بغير اذن الصبي ايضاً ، لا يجبره على ان يحضر معه . وان كان باذن الصبي ، فإن كان مأذوناً له في التجارة ، يجبر على ان يحضر معه . وكذا اذا كفل عنه بمال بأمره وادى ، كان له ان يرجع بذلك عليه ، لأن امر الصبي المأذون له بالكفالة بنفسه وبما عليه معتبر شرعاً وان كان لا يجوز كفالته عن الغير ، لأن كفالته عن الغير تبرع منه على الغير من وجه وهو ليس من اهل التبرع . اما الاذن بالكفالة عنه فهو طلب التبرع عليه ، وهو اهل التبرع عليه . وان كان الصبي محجوراً ، لا يجبر على ان يحضر مع الكفيل ، لأن امره بالكفالة لم يصح . وان كان الصبي غير تاجر فطلب ابوه من رجل ان يضمه فضمه ، كان جائزاً واخذ به الكفيل . وكذا وصيه او جده ان كان الأب ميتاً . وكذا القاضي اذا لم يكن له ولي ولا جد . فإن تفتب الغلام واخذ الكفيل ابا الغلام وقال انت امرتني ان اصنمه فخلصني ، فان الاب يواخذ بذلك حتى يحضر ابنه وليس طريقه ان الاب امره بالكفالة عن الصغير ، فان مجرد الامر بالكفالة عن الغير لا يثبت للمأمور حق مطالبة الامر بالكفالة . الا ترى ان من قال لغيره ا كفل بنفس فلان بن فلان وكفل وغاب المطلوب فاراد الطالب ان يطالب الامر بالكفالة باحضار المطلوب ، لم يكن له ذلك . ولكن طريقه ان الصبي المأذون له اذا اعطى كفهلاً

بنفسه ثم نهب الصبي فان الاب يطالب باحضاره ، لأن الصبي في يده وتدييره ،
كذا في كتاب احكام الصغار للاستروثني . وفيه ايضاً : رجل دُفِع الى صبي
محبور عليه عشرة دراهم وقال انقها على نفسك فجاء انسان وضمن للدافع عن
الصبي بهذه العشرة ، لا يجوز ، لأنه ضمن ما ليس بمضمون على الأصيل . ولو ضمن
قبل الدفع بأن قال ادفع الى فلان الصغير عشرة دراهم على اني ضامن لك بهذه
العشرة ، يجوز . وطريق الجواز ان الضامن يصير مستقراً العشرة من الدافع ،
وأمرآله بالدفع الى الصبي ، فينوب قبض الصبي عن قبضه اه .

❖ نبيه ❖

جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة اذا كانت مضافة ، نحو : ما ذاب لك
على الناس فطني . او معلقة ، نحو : ان غصبتك انسان شيئاً فأنا كفيل — لا اذا
كانت منجزة ، كما اذا قال كفلت بمالك على احد هذين الرجلين ، او قال انا كفيل
بفلان او فلان آخر ، او قال انا كفيل بنفس فلان او بمالك عليه ، فإن الكفالة
صحيحة والخيار للكفيل فيغير في المسئلة الأولى وان بدفع ما على اي شاء من الرجلين ،
وفي الثانية ان يدفع ايا شاء من الرجلين ، وفي الثالثة ان يدفع ان شاء نفس
المكفول عنه ، وان شاء ما عليه ، وهو المائة درهم مثلاً . ووجه جواز جهالة
المكفول عنه في التجيز دون الاضافة والتعليق ان القياس يأبى جواز اضافة الكفالة
الى المستقبل ، لانهما تمليك في حق الطالب . وانما جوزت استحساناً للتعامل ، والتعامل
فيما اذا كان المكفول عنه معلوماً ، فبقي المجهول على القياس .

وحاصله ان البطل للكفالة في الحقيقة انما هو الاضافة والتطبيق لا الجهالة ،
لأن الجهالة لا تمنع صحة الكفالة الا اذا كانت متفاحشة ، حتى لو قال انا ضامن
ببعض مالك على فلان ، صحت والخيار للضامن ، فعليه ان يبين اي مقدار شاء .
ولهذا جازت في التجيز مع جهالة المكفول عنه .

واما بطلانها مع ذلك في المضافة والمعلقة ، فلأن القياس يقتضي بطلان
المضافة والمعلقة كما تقدم ، فلم يترك القياس الا للتعامل ، والتعامل انما وجد
فيما اذا كان المكفول عنه معلوماً ، فبقي فيما اذا كان مجهولاً على القياس . هذا

حاصل ما في فتح القدير ورد المختار .
ولا يرد على ما تقدم من ان جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة اذا كانت
مضافة او معلقة ، ما في متن التنوير وغيره : لو قال اسلك هذا الطريق فإنه آمن
فسلك وأخذ ماله ، لم يضمن . ولو قال ان كان مخوفاً واخذ مالك فأنا ضامن ،
ضمن . اهـ حيث صحة الكفالة المعلقة مع جهالة المكفول عنه - لأننا نقول :
ثبوت الضمان لا من جهة صحة الكفالة حتى يرد ، بل من حيث انه غره ،
لأن الضرور يوجب الرجوع اذا كان بالشرط . وعلى فرض ان ضمان الضرور في
الحقيقة هو ضمان الكفالة ، نقول . انهم اجازوا الضمان في هذه المسئلة مع جهالة
المكفول عنه زجرآله عن هذا الفعل ، كما في تضمين الساعي (افاده في
رد المختار)

المادة ٦٣٠ - * اذا كان المكفول به نفساً يشترط ان
يكون معلوماً *

قد علمنا مما سبق في المادة (٦٢٠) ان المكفول عنه والمكفول به في
الكفالة بالنفس واحد . وقد قلنا قبيل هذه المادة عن رد المختار والفتح حكم جهالة
المكفول عنه . وحاصله ان جهالته تمنع صحة الكفالة اذا كانت الكفالة معلقة
او مضافة الى زمن مستقبل . اما اذا كانت منجزة ، فإن كانت الجهالة بسيرة
كما اذا كفل بنفس فلان آخر ، نصح . وان كانت متفاحشة ، فلا ، كما اذا
كفل له بنفس رجل من الناس ، فالمراد من اشتراط كونه معلوماً في هذه
المادة ان يكون معلوماً في الجملة ، لا ان يكون معلوماً بعينه ، بمعنى ان
يكون مجهولاً جهالة فاحشة - والا فإن الجهالة البسيرة لا تمنع ، كما اذا كفل
احد رجلين معينين كما تقدم .

* تنبيه *

في الفصول العادية ما نصه : ومن شرائط الكفالة ان يكون المكفول مقدور

التسليم . وعن هذا قلنا ان من تقبل من رجل بناء دار معلوماً او كراب ارض معلومة واعطاه كفيلاً بذلك ، فان كان شرط العمل مطلقاً ، جازت الكفالة . وان كان شرط عمل هذا الرجل بعينه ، بان كفل بنفس العمل ، لا يجوز . وان كفل بنفس تسليم المتقبل ، جاز . وكذلك اذا تكارى ابلآ الى بلد وأخذ من المكاري كفيلاً ، فان كانت الأبل باعيانها ، صحت الكفالة ، كفصل بالحمولة او بتسليم الأبل . وان كانت الأبل باعيانها ، صحت الكفالة بالتسليم ، ولا يصح بالحمل . وكذلك لو كفل بنفس رجل غائب لا يعرف مكانه ، لا يصح اه .

و ان كان مالا لا يشترط ان يكون معلوماً . فلو قال انا كفيل بدين فلان على فلان نصح الكفالة وان لم يكن مقداره معلوماً *

لأن الكفالة مبناهما على التوسع ، لأنها عقد تبرع كالنذر ، لا يقصد بها سوى الثواب ورفع الضيق عن الحبيب ، فلا يبالي بما التزم في ذلك ، فتحملت الجهالة . ولهذا اجمعوا على صحتها بالدرك مع انه لا يعلم كم يستحق من المبيع ، كله او بعضه (فتح)

قيّد بجهالة المكفول به لأن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقاً ، سواء كانت الجهالة يسيرة او فاحشة ، وسواء كانت مضافة او منجزة ، وسواء كانت بالمال او بالنفس ، فالكفالة باطلة لو قال من بايع فلاناً اليوم من بيع فعلي . وكذا لو قال لرجلين كفلت بما لهذا على فلان ، وهو الف ، او لهذا بما له عليه ، لجهالة المكفول له — بخلاف ما لو قال لجماعة حاضرين ما بايعتموه فعلي ، فإنه يصح ، لأنهم معلومون عند المخاطبة فأبهم بايعه لزم الكفيل ، لأنه ضمن امينين . ولو قال ماغصبك ، اي اهل هذه الدار ، فأنا له ضامن : ان كان اهلها المكفول عنهم ليسوا معلومين عند المخاطبين ، لا نصح الكفالة ، كأنه قال : ما يجب لك على واحد من الناس فعلي ، وفيه : لا نصح الكفالة . وان كانوا معلومين ، صحت ، اذ لا فرق بينه وبين ما لو قال لجماعة حاضرين ما بايعتموه فعلي .

والفرق بين المكفول له وعنه في التنجيز حيث يصح مع جهالة المكفول عنه اذا كانت
يسيرة كما قدمناه في التنبية السابق قبيل هذه المادة ، ولا تصح بجهالة المكفول له
مطلقاً ، ان الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع ، والمكفول له كالبائع لأنه ملك
ما في ذمة المكفول عنه من الكفيل ، فلا تصح الكفالة مع جهالته ، كما لا يصح
البيع مع جهالة البائع (افاده في الفتح) ومفاده ان جهالة الكفيل ايضاً تمنع من
صححة الكفالة . فلو قال رجلان : احدنا ضامن مالك على فلان ، تبطل الكفالة ،
لأن الكفيل كالمشترى وجهالته تمنع من صححة البيع ، وهو ظاهر وان لم ار ما لأن .
والحاصل ، كما في الفتح ، ان جهالة المكفول له تمنع صححة الكفالة مطلقاً ،
وجهالة المكفول به لا تمنعها مطلقاً . وجهالة المكفول عنه في التمليق والاضافة
تمنع صححة الكفالة ، وفي التنجيز لا تمنع اه - اي الا اذا كانت فاحشة
كما تقدم .

ثم ان كون جهالة المكفول له تمنع صححة الكفالة يستثني منه الكفالة في
شركة المفاوضة ، فانها تصح مع جهالة المكفول له ، لثبوتها ضمناً لا صريحاً ،
كما ذكره في الفتح من كتاب الشركة (كذا في رد المحتار)
ثم اعلم انه لو كفل بآله على فلان بأن قال انا كفيل او كفلت بآلك على
فلان ثم ادعى الطالب ان له على الاصيل القاء وانكر الكفيل ان يكون له عليه
شيء او اقر بتجسبه وانكر الزيادة ، فإن يرضى الطالب على ما يدعيه ، لم يلزم الكفيل
والا فالقول قوله مع اليمين على العلم بأنه لا يعلم ان له على الاصيل شيئاً او بأنه لا
يعلم بأن اكثر مما اقر به واجب عليه . هذا حاصل ما في الهداية وغيرها
من التون .

وما في حاشية ابي السعود عن النهر من انه ينبغي ان يقيد هذا بما لو اقر بما
يكفل به عادة ، حتى لو اقر بأن له عليه درهماً لم يقبل منه ام فيه نظر ، لأنه لو
انكر ان عليه شيئاً يقبل قوله ، فهذا اولى . تأمل - قال الشارحون : ولو اقر
الاصيل بما يدعيه الطالب ، كان اقراره نافذاً عليه لا على الكفيل ، لانه اقراره
على الغير - وهذا بخلاف ما لو قال ما ذاب او وجب او ثبت لك على فلان فهو علي -
فاقر المطلوب بألف مثلاً وانكر الكفيل ، حيث يلزمه ما اقر به المطلوب .

والفرق ان الكفالة في هذا كفالة بما سيجب ، لأن ذاب بمعنى ثبت او حصل ،
ماضٍ اريد به المستقبل ، فإن المعنى « ان وجب لك عليه شيء في المستقبل فأنا
كفيل به » حتى لو كان عليه مال ثابت قبل الكفالة بأن كانت قامت عليه
البينة او اقر به المطلوب قبلها ، لم يكن مكفولاً به . فاذا اقر المكفول عنه
بشيء فقد وجد المعلق عليه الكفالة ، وهو الوجوب او الثبوت ، فلزمت الكفالة .
وكذا لو قال ما قضي لك به عليه فأنا كفيل به ، فهذا كفالة بمال يقضي به بعد
الكفالة ، فلا يلزم الكفيل شيء حتى يبرهن الطالب على قضاء القاضي به بعد
الكفالة . واما ما قضي به قبلها فليس مكفولاً به . واما الكفالة بما عليه من الدين
لفلان ، فإنها بالدين القرض في الحال ، فلا يكون كفيلاً بما يجب بعدها . فالدين
الذي ثبت باقراره بعد الكفالة ليس مكفولاً به . هذا حاصل ما في شروح الهداية
والكنز والتنوير وغيرها - اقول : وهذا ، اي كون الكفالة بلفظ ما ذاب او
ثبت او قضي به لك على فلان فعلي ، كفالة بما سيجب وما سيقضي الخ ، ظاهر ،
لأن الجملة شرطية ، وهي تغلب الماضي للأستقبال . ولهذا قالوا ان معناه « ان
وجب لك عليه شيء او قضي لك به عليه فهو علي »

بقي ما لو قال تكفلت بما ذاب لك او قضي لك به على فلان ، فهل يكون
مثل قولك كفلت بمالك على فلان فلا يلزمه ما اقر به المطلوب ، او ما قضي له بعد
ذلك ، لأن الجملة فيه خبرية لا شرط فيها حتى تغلب الماضي للأستقبال ، او مثل
قولك ما ذاب او ما قضي به لك على فلان فعلي ، فيلزمه ما اقر به المطلوب او ما
قضي له به بعد الكفالة = لم اره صريحاً ، لكن الذي يظهر من اطلاق الفتح والبحر
والزبامي هو الثاني ، وتأويل عباراتهم لتطبيقها على الوجه الأول وان كان ممكناً ،
لكن فيه تمحل وعدول عن الظاهر بلا نص صريح يقضي بذلك . ولعل توجيه ما
يظهر من اطلاق عباراتهم ان المال المكفول به لما كان موصوفاً بصفة الذوب او
القضاء به ، صارت الكفالة مقيدة بتلك الصفة ، والقيد كالشرط للمقيد ، فصح
كون الجملة مراداً به الاستقبال . قال في البحر : قيد ، بمعنى صاحب الكنز ،
بقوله « بماله عليه » لأنه لو كفل بما ذاب لك على فلان او بما ثبت فأقر المطلوب
بمال ، لزم الكفيل ، لأن الثبوت حاصل بقوله « وذاب » بمعنى حصل ، وقد حصل

بأقراره اه .

ثم اشار الى التعليل السابق ثم قال ، تبعاً لفتح : ومثل مالك ما اقر لك به لمس ،
فلو قال المطلوب اقرت له بألف امس ، لم يلزم الكفيل ، لأنه قبل مالا واجباً
عليه ، لا مالا يجب عليه في الحال ، يعني حال اقرار المطلوب ، ولم يثبت ان
واجب عليه . فلو قال ما اقر به فأقر به للحال ، لزمه . ولو قامت بينة انه اقر
له قبل الكفالة بالمال ، لم تلزمه ، لأنه لم يقل ما كان اقر لك به اه فهو ظاهر في
ان قوله لكفالت بما اقر لك به فلان الكفالة فيه بما سيقر به ، لا بما اقر به قبل
الكفالة ، ما لم يقل بما اقر به امس او ما كان اقر لك به . ونظيره تكفلت بما
ذاب لك على فلان . وما ذاك الا لكون الكفالة في ذلك مشروطة بكون المال
المكفول به موصوفاً بصفة كونه مقراً به او مقضياً به او ذائباً على المطلوب ،
فكان بمنزلة الكفالة المطلقة بشرط يوجد بعد الكفالة . وهذا يقتضي انه لو قال
تكفلت لك بما بايبت به فلاناً او اقرضته او دابنت به او آجرت به او صالحت
عليه ، تكون الكفالة فيه بما يحصل بهذه العقود بعد الكفالة لا قبلها . هذا ما
يقتضيه ظاهر عباراتهم وان كان في النفس من ذلك شيء ، فليحمر وايراجع .
وفي الفتح عن الخلاصة : رجل قال لآخر بايع فلاناً فما بايعته من شيء فهو
عليه صح . فان قال الطالب بعت متاعاً بألف وقبضه مني واقر به المطلوب ووجد
الكفيل ، بوخذ الكفيل استحسننا بلا بينة . ولو جحد الكفيل والمكفول عنه
واقام الطالب البينة على احدهما انه باعه وسلمه ، لزمها - اقول : هكذا اطلق
ولم ينصل . لكن في الهندية عن المحيط : اذ قال الرجل لغيره بايع فلاناً فما بايعت
من شيء فهو علي ، فهذا جائز استحسننا فاذا باعه شيئاً بأي جنس باعه وبأي
قدر باعه ، لزم الكفيل ذلك : فان جحد الكفيل وقال لم تبع شيئاً وقال الطالب
بعت متاعاً بألف درهم وقبضه مني وصدقه المكفول عنه ، هل يلزم الكفيل هذا
المال ؟ فهذا على وجهين : الاول ، ان يكون المتاع الذي ادعى انه باعه قائماً
في يده او في يد المشتري . وفي هذا ، القياس ان لا يلزم الكفيل شيء ، وهكذا
روى اسد بن عمرو عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى . وفي الاستحسان يلزم وثبت في حقه
الوجه الثاني : ان يكون المتاع هالكاً . وفي هذا الوجه لا يلزم الكفيل شيء

ما لم يقع الطالب البيئنة على البيع ، قياساً واستحساناً . ولو قال الكفيل بعته بخمسماية وقال الطالب بعته بألف وأقر المكفول عنه بذلك فإنه يوأخذ الكفيل بألف درهم . وهذا على جواب الاستحسان اه .

وفي الخاتمة : رجل قال لغيره ما ذاب لك على فلان من حق او ما قضى لك به عليه من حق فهو عليّ فغاب المكفول عنه فأقام المدعي البيئنة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم ، لا تقبل بيئته حتى يحضر المكفول عنه . ولو اقام المدعي البيئنة على الكفيل ، ان قاضي بلد كذا قضى له على الاصيل بعد عقد الكفالة بألف درهم ، قبلت هذه البيئنة وبقضى على الكفيل بأمره . ويكون ذلك قضاء على الغائب . ولو كفّل رجل عن رجل بأمره بما للطالب على المكفول عنه فغاب الاصيل فأقام الطالب البيئنة على الكفيل ان له على فلان الغائب الف درهم وانه كفّل له بأمر فلان الغائب ، قبلت هذه البيئنة ويكون ذلك قضاء على الحاضر والغائب معاً اه .

المادة ٦٣١ * يلزم في الكفالة بالمال ان يكون المكفول به مضموناً على الاصيل يعني ان ايفاءه يلزم الاصيل *

بحيث لا يمكنه ان يخرج عنه الا بدفعه او دفع بدله ليحقق معنى الضم ، فيجب على الكفيل (جمع الأنهر) فهو اعم من ان يكون المال المكفول به عيناً او ديناً .

وخرج باشتراط كون المكفول به مضموناً على الاصيل ما لو كفّل عن صبي محجور عليه ثمن مبيع اشتراه ، فإنه لا يصح الكفالة به ولا يلزم الكفيل شيء لأن المكفول به غير مضمون على الصغير . ولو ضمن المتاع بعينه ، كان ضامناً (كذا في البحر عن البرازية) اي يكون المبيع مضموناً بنفسه او قيمته حيث كان البيع فاسداً .

* بناءً عليه تصح الكفالة بثمن المبيع وبدل الاجارة وسائر

الديون الصحيحة *

قوله « وسائر الديون الصحيحة » هو من عطف العام على بعض ما يتناوله .

والدين الصحيح هو في التنوير وغيره « ما لا يسقط الا بالاداء او الابراء »
ودخل المسلم فيه لأنه دين لا مبيع ، فتصح الكفالة به ، كما في حواشي البحر
والدر لابن عابد بن معزياً للحانوني .

ودخل فيه ايضاً دين الخراج الموظف ، فإنه دين صحيح له مطالب من جهة
العباد ، فصار كسائر الديون ، فتصح الكفالة به - بخلاف خراج المقاسمة ، لأنه
جزء من الخارج ، وهو عين غير مضمونة حتى لو هلك لا يؤخذ شي .

ودخل فيه ايضاً دين النوائب اذا كانت بحق ، كأجرة الحراس وكرى النهر
المشترك والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسرى اذا لم يكن في بيت المال
شيء ، وغير ذلك مما هو بحق ، فالكفالة به جائزة بالاتفاق . وكذا اذا كانت بغير
حق كالجبايات الموظفة على الناس في زماننا على الخياط والصباغ والتاجر وغيرهم ،
وكذا على الدور والحوانيت في كل سنة ، فإن الكفالة بها جائزة على ماعليه الفتوى .
ومشى عليه بعض المتون ، اذ العبرة في صحة الكفالة وجود المطالبة بحق او باطل .
ولهذا قلنا ان من تولي قسمتها فعدل ، فهو مأجور . بل لو اخذت هذه الجبايات
الرابية على الدور والحوانيت والاراضي من المستأجر او الاكار ، يسوغ لها الرجوع
على الآجر بما دفعاه ، وكذا على صاحب الارض بلا كفالة على ماعليه الفتوى
فمع الكفالة بالاولى (افاده في الدر وحواشيه)

اقول : ودخل في ذلك رسوم الدعاوي التي تؤخذ في المحاكم لبيت المال ، كما
هو ظاهر .

ويستثنى من ذلك الدين المشترك ، فإنه لا تصح كفالة أحد الشريكين
لشريكه الآخر بحصته منه ولو كانت الشركة بإرث ونحوه ، مع انه دين
صحيح (صرح به في التنوير وغيره) قال في الدر وحواشيه : لأنه لو صح الضمان
مع الشركة . بأن ضمن نصفاً شائعاً ، يصير ضامناً لنفسه ، لأنه ما من جزء

يؤديه المديون او الكفيل من الدين ، الا لشريكه فيه نصف . ولو صح بي
حصه صاحبه بأن كفل نصفاً مقدراً يؤدي الي قسمة الدين قبل قبضه ، وكلاهما
لا يجوز . نعم لو تبرع بأن ادى نصيب شريكه بلا سبق ضمان ، جاز ولا
يرجع بما ادى - بخلاف صورة الضمان ، فانه يرجع بما دفع اذ
قضاء على فساد ، كما في جامع النصولين . قال في رد المحتار : ومفهومه انه لو ضمن
اجنبي لاحد الشريكين بحصته ، نصح . والظاهر انه نصح مع بقاء الشركة . فما
يؤديه الكفيل يكون مشتركاً بينهما ، كما لو ادى الأصيل . تأمل اه

اقول : قوله « والظاهر الخ » فيه نظر ، بل الظاهر خلافه ، لأن ما اداه
الكفيل لأحد الشريكين المكفول له ليس من الدين المشترك ، بل الدين المشترك
باق في ذمة الأصيل . ثم اذا رجع الكفيل على الأصيل فقبض منه شيئاً ،
يشاركه الشريك الآخر ، لأنه شريك في كل جزء مما يقبضه . وامله امر
بالتأمل لما ذكرنا ، فليتدبر .

وهذا بخلاف ما لو كان الدين ثمن عين مشتركة بين رجلين باعاهما من آخر
بصفتين بأن سمي كل منهما لتصبيه ثمناً ، فإنه يصح ضمان احدهما نصيب الآخر
لامتياز نصيب كل منهما ، فلا شركة - بدليل ان المشتري قبول نصيب احدهما
فقط . ولو قبل الكل وتقد حصه احدهما ، كانت للناقد قبض نصيبه . ولهذا لو
استوفى احدهما نصيبه من المشتري ، فلا شركة للآخر فيه - بخلاف ما اذا بيع
صفقة ، فإنه يشارك . وقد اعتبروا هنا لتمدد الصفقة تفصيل الثمن ، وذكروا في البيوع
ان هذا قولها . واما قول ابي جثيفة ، فلا بد من تكرار انظ بعث (الخاده
في البحر)

والتقييد بالدين الصحيح مخرج للدين الضعيف ، وهو ما يسقط بنهر الأداة
والايراء كبديل السماية ، فإنه يسقط بالتعجيز ، كما في التنوير وغيره .
قال في رد المحتار : وكذا لا نصح الكفالة بالدية ، كما في اخلاصة
والبرازية .

وفي الظهيرية : واعلم ان الكفالة يبذل الكتابة والدية لا تصح اه ونقلها في
التارخانية عن الظهيرية ولم ينقل فيه خلافاً . ونقلها صاحب النقول عن اخلاصة .

ولعل وجهه ان الدية ليست ديمًا حقيقة على العاقلة ، لانها انما تجب اولاً على القاتل ثم على العاقلة بطريق التحمل والمأونة . والظاهر انها لو وجبت في مال القاتل ، كما لو كانت باعترافه ، تصح الكفالة بها . تأمل .

وفي كافي الحاكم قال : ان قتل فلان فانا ضامن لدينك ، فقتله فلان خطأ ، فهو ضامن لدينه اه = هذا التوجيه فيه نظر ، واطلاق البرازية والظهيرية والخلاصة يقتضي عدم التفرقة بين ان نازم الدية القاتل او العاقلة . كما ان اطلاق كافي الحاكم يقتضي صحة الكفالة بها مطلقاً ، فلعل المسئلة خلافية . فمن قال ان الكفالة بالدية لا تصح نظر الى كونها طحفة بأصلها ، وهو القصاص . فقد صرحوا ان الدية خلف عنه ، فلما لم تصح الكفالة بالأصل لم تصح بما هو خلف عنه . ومن قال ان الكفالة بها صحيحة نظر الى كونها ديناً صحيحاً لا يسقط الا بالاداء او الابراء ، وليتأمل . لكن سياقي في المادة الآتية ما يفيد اعتماد ما استظوه به ابن عابدين .

وفي البحر : ارش الشجة وقطع الطرف دين صحيح ، فصحت به الكفالة .

ومن الدين الضعيف الذي يسقط بدون الاداء او الابراء دين الزكاة ، فلا تصح الكفالة به لانه يسقط بالموت وبهلاك المال ، كما في رد المختار . ويستثنى من اشتراط كون الكفول به ديناً صحيحاً الكفالة بالنفقة المفروضة بالتراضي او قضاء القاضي . وكذا بالنفقة المستقبلية ، كقول الرجل لامرأة الغير كفلت لك بالنفقة ما دامت الزوجية ، فانها تصح مع انها دين غير صحيح ، لسقوطها بموت او طلاق . قال في الدر : وكانهم اخذوا فيها بالاستحسان لا بالقياس . واما اذا كانت النفقة المفروضة مستدانة بأمر القاضي فلا اشكال في صحة الكفالة بها قياساً واستحساناً ، لانها حينئذ دين صحيح لا يسقط الا بالاداء او الابراء . واورد على تعريف الدين الصحيح بما ذكر ان المراد قد اعتبروه ديناً صحيحاً تصح الكفالة به ، مع انه يسقط بغير الاداء او الابراء ، اذ يسقط نفيه بالطلاق قبل الدخول ويسقط كله برودة المرأة او تقبيلها ابن الزوج قبل الدخول . واجيب بأن احتمال سقوط نفيه او كله بالطلاق قبل الدخول او بالردة او تقبيل ابن الزوج قبل الدخول ، لا يضر كما لا يضر احتمال سقوط ثمن المبيع باستحقاق المبيع او برده بخيار عيب او شرط او روية ، فان الكفيل به يبرأ من الكفالة مع ان الثمن عند العقد كان ديناً صحيحاً

يصدق عليه انه لا يسقط الا بالاداء او الابراء ، اي لا يسقط الا بذلك مالم
يعرض له مسقطاً فاسخاً لحكم العقد ، وهو لزوم الثمن ، لأنه بأحد هذه الاشياء
ظهر ان العقد غير ملزم للثمن ، فكذا عقد النكاح يلزم به تمام المهر بحيث لا يسقط
الا بالاداء او الابراء مالم يعرض مسقط لكله او نصفه ، لأنه انقصد من اصله محتملاً
لسقوطه بذلك المسقط . فاذا عرض ذلك المسقط تبين انه لم يجب من اصله بخلاف
سقوطه بالاداء او الابراء ، فإنه مقتصر على الحال (افاده في رد المختار)

ثم ان ثمن المبيع انما تصح الكفالة به اذا كان البيع صحيحاً . اما اذا كان
فاسداً ، فلا ، لأن الثمن حينئذ غير مضمون على المشتري فلا تصح الكفالة به .
وانما المضمون عليه رد عينه او قيمته ان كان هالكاً ، وهما غير مكفول بهما .

وفي النهر عن التارخانية : لو ظهر فساد البيع رجع الكفيل بما اداه على البايع ،
وان شاء على المشتري . ولو فسد بعد صحته بأن الحقا به شرطاً فاسداً ، فارجع
للمشتري على البايع ، بعنى والكفيل يرجع بما اداه على المشتري . وكان الفرق
بينهما انه بظهور الفساد تبين ان البايع اخذ شيئاً لا يستحقه فيرجع الكفيل عليه
وان الحقا شرطاً فاسداً تبين ان البايع حين قبضه قبض شيئاً يستحقه اه وقالوا : لو
استحق المبيع برأ الكفيل من الثمن ولو كانت الكفالة لغريم البايع . ولو رد عليه
بعيب بقضاء او بغيره او بغيره او بغيره او بغيره او شرطاً ، برأ الكفيل ، الا ان تكون الكفالة
لغريم البايع ، فلا يبرأ . والفرق بينهما فيما يظهر انه مع الاستحقاق تبين ان الثمن
غير واجب على المشتري . وفي الرد بالعيب ونحوه وجسد المسقط بعد ما تعلق حق
الغريم به ، فلا يسري عليه . اه رد المختار . وما ذكره في باب خيار الشرط من
انه « لو كان بالثمن كفيل ففسخ المشتري ولم يرد المبيع الى البايع فله ما ي للبايع ،
مطالبة الكفيل بالثمن حتى يرد المشتري المبيع » لا يخالف ما قدمناه قريباً عن
النهر ، لأن مناط برائة الكفيل عن الكفالة في الخيارات المذكورة هو رد المبيع
للبايع ، لا مجرد فسخ البيع . فمافي البحر من انه مخالف له غير مسلم وان افرد العلامة
ابن عابدين في حاشيته عليه .

* كذلك تصح الكفالة بالمال المقصوب وعند المطالبة بكون

الكفيل مجبوراً على ايفائه عيناً لو بدلاً . وكذلك نصح الكفالة
بالمال المقبوض على سوم الشراء ان كان قد سمي ثمنه . ولكن لانصح
الكفالة بعين المبيع قبل القبض لأنه لو تلف عين للبيع في يد البائع
بمنسوخ البيع ولا يكون مضموناً على البائع الا انه يلزم عليه رد ثمنه ان
كان قد قبضه . وكذلك لا نصح الكفالة بعين المال المرهون والمستشار
وسائر الأمانات لكونها غير مضمونة على الأصيل . ولكن لو قال انا
كفيل ان اضاع المكفول عنه هذه الاشياء او استهلكها نصح
الكفاله *

هذا شروع في بيان حكم الكفالة بالمين بعد التراخ من بيان حكم الكفالة
بالدين . والأصل ان الكفالة بالأعيان نصح اذا كانت مضمونة بنفسها ، لا بغيرها
ولا بالأمانات ، كما في الدر وغيره .

وفي حاشية رد المحتار: اعلم ان الاعيان اما مضمونة على الأصيل او امانة .
فالتاني كالودبة ومال المضاربة والعارية والمأجور في يد المستأجر والمقبوض على
سوم النظر او على سوم الشراء ولم يسم له ثمن . فهذه لا نصح الكفالة بها لأنها
غير مضمونة على الأصيل .

والأول ، وهي الاعيان المضمونة ، اما مضمونة بغيرها كالبيع يماً صحيحاً
قبل القبض وكالرهن ، فإنها مضمونان بالثمن والدين . الا يرى ان المبيع يماً
صحيحاً لو هلك لا يجب عليه شيء . بل ينسخ البيع ويرد الثمن ان كان قبضه .
وكذلك الرهن غير مضمون عليه نفسه وانما يسقط دينه بهلاكه .

واما مضمونة بنفسها كالبيع فاسداً ، اي بمد قبضه ، والمقبوض على سوم الشراء
بعد بيان الثمن ، والمغصوب ونحوه ، مما تجب قيمته عند الهلاك . وهذا نصح الكفالة
به . اهـ بزيادة توضيح من البحر وغيره .

ومن الأعيان المضمونة بنفسها ما جعل منها مهرآ او بدل خلع او بدل صلح عن

هلكت العين المكفول بتسليمها ، انفسخت الكفالة ، فهي نظير الكفالة بالنفس سواء ، كما في البحر .

ثم اذا كان الواجب على الأصيل حمل العين واحضارها وردها للمكفول له كالعارية والسأجرة والمبيعة والرهنونة ، كان ذلك واجبا على الكفيل ايضا . وان كان الواجب على الأصيل التخلية فقط كالوديعة ومال المضاربة والشركة ، كان ذلك واجبا على الكفيل ، وهو ان يحصلها ويخلي بينه وبينها دون احضارها اليه . هذا ما اعتمده في الفتح والبحر والتبيين والدرر وغيرها . فالمراد باحضار العين وتسليمها في هذه المادة ما هو اعم من التخلية ومن الحمل والرد اليه . وقيل ان الكفالة بتسليم العين في الاول نصح ، وفي الثاني لا ، وهو ضعيف ، كما في البحر . وقد افادت هذه المادة انه لا يلزم من صحة الكفالة بهذه الاعيان ان يكون للكفيل حق حبسها عن المكفول عنه ، فانها تبقى بيد المكفول عنه الواجب عليه احضارها وتسليمها من عنده . . . وبهذا قالوا انها على وزان كفالة النفس سواء ، فليحفظ هذا .

المادة ٦٣٢ = * لا تجري النيابة في العقوبات فلا نصح الكفالة

بالتقصاص وسائر العقوبات والمجازاة الشخصية *

لأن الكفالة انما نصح بمضمون تجري النيابة في ايفائه ، ولا تجري النيابة عن العقوبات لأن المقصود من شرعها زجر المفسدين عن الفساد ، فلا يمكن اقامتها على غير الجاني ، لعدم الفائدة (كذا في التبيين)

وهذا في الكفالة بنفس الحد والتقصاص ، يعني بايفائه ، اما لو كفل بنفس من عليه الحد ، نصح . لكن هذا في الحدود التي فيها للمباد حق ، كحد القذف والسرقة والتقصاص - بخلاف الحدود الخالصة ، كحد الشرب والزنى (رد المحتار) وهل يجبر من ادعى عليه حد او قود على اعطاء كفيل بالنفس الى ان تقوم عليه البينة ؟ - ان كان من الحدود الخالصة ، لا يجبر اتفاقا . وان كان مما فيه

حق للعباد ، يجبر عندهما ، لا عند الامام . والمراد بالجبر على قولها الملازمة لا الحبس ، اي بأن بدور مه الطالب حيث دار كيلا يفتب عنه . واذا اراد دخول داره فإن شاء المطلوب ادخله معه ، والا منعه الطالب من دخولها . وكذا لو ادعى عليه ما بوجب التعزير ، فما كان منه من حقوق الله تعالى ، لا يجوز به التكفيل كالحمد (كذا في الدر وحواشيه)

* ولكن تصح الكفالة بالأرث والدية للذين يلزمان الجارح

والقائل *

قال في البحر : ارش الشجة وقطع الطرف دين صحيح فصحت به الكفالة اه لكن ذكر في رد المحتار عند قول صاحب التنوير « فلا تصح بدل الكتابة » ما نصته : وكذا لا تصح الكفالة بالدية ، كما في الخلاصة واليزازية . وفي الظهيرية : واعلم ان الكفالة بيدل الكتابة والدية ، لا تصح اه ونقلها في التارخاينه عن الظهيرية ولم ينقل فيه خلافاً . ونقلها صاحب النقول عن الخلاصة (رملي)

ولعل وجهه ان الدية ليست ديناً حقيفة على العاقلة لأنها انما تجب اولاً على القائل ثم على العاقلة بطريق التحمل والمعاونة والظاهر انها لو وجبت في مال القائل ، كما لو كانت باعتراف ، تصح الكفالة بها ، فتأمل . وفي كافي الحاكم قال : ان قتلك فلان خطأ فأنا ضامن لديك ، فقتله فلان خطأ ، فهو ضامن لديته اهنا في رد المحتار اقول : وهذا التوجيه فيه نظر ، لأن الدين الصحيح الذي تصح الكفالة به هو كما تقدم ما لا يسقط الا بالاداء او الابراء . وهذا التعريف صادق على الدية سواء وجبت على القائل او على العاقلة ، لامن وجوبه على العاقلة بايجاب الشرع لا بطريق التبرع ، ولأنه يؤدي الى التفرقة بين الدية التي تجب على العاقلة فلا تصح الكفالة بها ، وبين الدية التي تجب على القائل ، فصح . وهذا يحتاج الى نص فيه ، مع ان اطلاق اليزازية والظهيرية والخلاصة عدم صحة الكفالة بها ، يقتضى عدم التفرقة بينهما . كما ان اطلاق ما قدمناه عن البحر من صحتها بأرث الشجة وقطع الطرف ، واطلاق كافي الحاكم صحتها ، يقتضى صحتها مطلقاً . فالمل

المسئلة خلافية ، وحينئذ فيوجه قول القائل بعدم صحتها مطلقاً انه ناظر الى كونها
لحقة بأصلها ، وهو القصاص . فقد صرحوا في كتاب الدييات ان الدية خلف
عن القصاص ، فلما لم تصح الكفالة بالأصل لم تصح بما هو خاف عنه . وهذا كما
قالوا ان الكفالة يبذل السعاية بأن اعتق بمض العبد وضمي العبد في باقيه ،
فإنهم قالوا لا تصح الكفالة به مع انه دين صحيح لا يسقط الا بالاداء او الابراء ،
الحاقاً له يبذل الكتابة الذي يسقط بغيرها ، وهو التعجيز . ويوجه قول القائل
بصحتها انه ناظر لكونها ، اي الدية ، ديناً صحيحاً لا يسقط الا بالاداء او الابراء
والحاصل ان التفرقة في الحكم بين دية نجب على القائل وبين دية نجب على
العاقلة ، يحتاج الى ثقل صريح فيه ، مع انه لا وجه له بظهور ، فليست بر .

المادة ٦٣٣ = * لا يشترط يسار المكفول عنه ونصح الكفالة

عن الفللس ايضاً *

اعلم ان الكفالة عن المديون الفللس حال حياته صحيحة اتفاقاً . حتى لو
مات ولم يترك شيئاً بضمن الكفيل ما كان كفله حال حياته . وكذا تصح
الكفالة بعد موته مطلقاً ، اتفاقاً ، بدين لحقه بعد الموت ، بأن حفر ثيراً على الطريق
فتلف به حيوان بعد موته ، فكفل بقيته انسان .

اما لو مات مفلساً وعليه دين لحقه في حياته لا كفيل به ولا رهن فكفله
انسان ، فعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لا تصح الكفالة به ، لأن الدين سقط
بموته مفلساً في احكام الدنيا . حتى لو ترك شيئاً لا يفي بجميع الدين تصح
الكفالة بمقداره وتبطل بالباقي . وعندها تصح ، لأن الدين لما كان ثابتاً في
حياته لا يسقط الا بالاداء او الابراء ، ولم يوجد شيء منها ، فبقي عليه . ويبدل
على بقائه كونه يطالب به في الآخرة ، وانه لو تبرع به انسان بلا كفالة جاز
اخذ الطالب منه اثباتاً . ولو كان يسقط بالموت ، ما حل له اخذه . وانه لو كان
به كفيل قبل موته بقيت الكفالة اتفاقاً . ولو سقط الدين ، بطلت الكفالة لسقوطه

عن الاصيل . هذا حاصل ما في المتقى وشروحه والدر وحواشيه والهداية وشروحها
والكتز وشروحه . وقد جرت المتون على قول الأمام ، وقدمه في المتقى على
قولها وأخر دليله في الهداية على دليلها ، فكان هو الراجح في المذهب .
لكن ظاهر هذه المادة ان جمعية المجلة قد اختارت قول الأمامين رحهما الله
نعالي الموافق لما قال به الأئمة الثلاثة واكثر اهل العلم ، كما في فتح القدير ،
لانها اطلقت صحة الكفالة عن المنس ولم تقيدما بكون المنس حياً . ولو
كان مرادها التقييد بذلك لما سكنت عن بيان حكم الكفالة بدين من
مات مفلساً .

واذا كانت جمعية المجلة قد اختارت قولها يجب العمل به وان كان مرجوحاً
لصدر الأمر السلطان بذلك ، فافهم .

* ن ت م *

كفالة الوكيل بالثمن لموكله وكفالة المضارب لرب المال بالثمن فيما باعه ،
باطلة لان حق القبض لما بجهة الأصاله في البيع . ولهذا لا يبطل حقها في
القبض بموت الموكل ورب المال ولا بعزله . ولذا جاز ان يكون الموكل وكيلا
عن الوكيل في القبض ، ورب المال عن المضارب ولو وكيل والمضارب عزله ،
لرجوع الحقوق اليها ، وبر المشتري في حلفه ان لا شيء عليه للموكل ورب المال ،
وحث لو حلف ان لا شيء عليه للوكيل والمضارب .
قيدنا بالوكيل لأن الرسول بالبيع تصح كفالته بالثمن عن المشتري . ومثله
الوكيل يبيع الغنائم عن الأمام ، لكونه كالرسول .
وقيد بالثمن لأن الوكيل بتزويج المرأة لو ضمن لها المهر ، صح ، لكونه
سفيراً ومعبراً .

وقيدنا بأن يكون ثمن ما باعه الوكيل لأن الباع لو وكل رجلاً بقبض
الثمن فكفل به الوكيل ، صح . وكذا لو أبرأه عنه ، لم يصح . ولو أبرأه الوكيل
بالباع عنه ، صح ابرأه وضمن (كذا في وكالة الخانية)
وظاهر كلامهم ان الوصي والمتولي على الوقف اذا باعاً شيئاً وضمنا الثمن عن

المشتري فيما كالأكيل والمضارب (كذا في البحر)
وفي جامع الفصولين : الوكيل بالبيع اذا كفل بالثمن لموكله ثم ضمنه له لم
يجز فيرجع به . ولو أدى بغير ضمان ، يجاز ولا يرجع اه .
وفي التنوير وشرحه الدر : ولا تصح الكفالة بالمهدة لاشتباه المراد بها ، ولا
بالخلاص ، اي تخليص مبيع يستحق ، لعجزه عنه . نعم لو ضمن تخليصه ولو بشراء ،
ان قدر ، والا فيرد الثمن ، كان كالدرك (عيني) اه قال في رد المحتار : قوله « لاشتباه
المراد بها » لا نطلائها على الصك القديم ، اي الوثيقة التي تشهد للبائع بالملكوهي
ملكه . فاذا ضمن بتسليمها للمشتري ، لا يصح ، لانه ضمن ما لم يقدر عليه ، وعلى
العقد وحقوقه ، وعلى الدرك وخيار الشرط ، فلم تصح الكفالة للجهالة (نهر)
قلت : فلو فسرها بالدرك ، صح ، كما لو اشترى اطلاقها عليه في العرف ، لزوال
المانع ، تأمل .

وقوله « ولا بالخلاص » اي عند الأمام . وقالوا تصح . والخلاف مبني على
تفسير الخلاص ، فما فسراه بتخليص المبيع ان قدر عليه ، ورد الثمن ان لم يقدر
عليه - اي على تخليص المبيع ، وهذا ضمان الدرك في المعنى ، فتصح الكفالة به .
وفسره الامام بتخليص المبيع فقط من يستحقه ، ولا قدرة له عليه اه .
وفي الدرر والغرر : ولا يصح الكفالة بحمل دابة معينة مستأجرة له وخدمة
عبد معين مستأجر لها للعجز عن التسليم ، لانه استحق عليه الحمل على دابة معينة .
والكفيل لو اعطى دابة من عنده لا يستحق الأجرة لانه اتى بغير العقود عليه =
الاتري ان الموأجر لو حمل على دابة اخرى لا يستحق الاجر فصار عاجزاً ضرورة .
وكذا العبد للخدمة ، بخلاف ما اذا كانت الدابة غير معينة ، لأن الواجب على
الموأجر الحمل مطلقاً ، والكنيل يقدر عليه بأن يحمله على دابة نفسه اه .
فيند بالحمل لأن الكفالة بتسليم الدابة المعنية صحيح كما في التبيين (شربلالية)
وهذا ما قدمناه في شرح المادة (٦٣٠) عن العمادة .

* الباب الثاني *

- في بيان احكام الكفالة ويحتوي على ثلاثة فصول -

* الفصل الاول *

= في بيان حكم الكفالة المنجزة والمعلقة والمضافة =

المادة ٦٣٤ * حكم الكفالة المطالبة بعني للمكفول له حق
مطالبة المكفول به من الكفيل *

اي متى شاء الطالب ، سواء تعذر عليه مطالبة الأصيل اولاً (فتح)
وفي البحر : وحكمها ثبوت مطالبة الكفيل بما على الأصيل ، فإن كان
عليه دين طوّل بكمه الكفيل ان كان واحداً وان كانا اثنين طوّل كل واحد بنصفه ،
اي ان لم يكفلا على التماقب ، والا فيطالب كل واحد بكل المال ، كما سيأتي .
والكفيل بالمين يطالب بتسليمها حال قيامها ، ويبدلها حال ملاكها بعني اذا
كانت المين مضمونة بنفسها كما تقدم ، والا فلا نصح الكفالة بها . والكفيل
بالتسليم يطالب بها وبالفعل جميعاً ، بعني ان امكن اه .

المادة ٦٣٥ = * يطالب الكفيل في الكفالة المنجزة حالاً ان
كان الدين معجلاً في حق الأصيل . وعند ختام المدة المعينة ان كان

موجلاً مثلاً لو قال احدٌ انا كفيل عن دين فلان فللداين ان
يطلب الكفيل في الحال ان كان معجلاً وعند ختام مدته ان
كان موجلاً *

اي وان لم يسم الأجل وقت الكفالة ، كما في رد المحتار عن الكافي .
وفي الهندية عن السراج : اذا تكفل رجل بألف موجلة على الأصيل
فمات الكفيل ، يؤخذ من تركته حالاً ولا ترجع ورثته على المكفول عنه ،
الا بعد حلول الأجل . وان مات الاصيل ، حل الدين في حقه ويبقى موجلاً في
حق الكفيل ، حتى لو اختار المكفول له متابعة الكفيل دون ورثة الأصيل
ينظر حتى يحل الأجل آه .
وهذه المادة مكررة مع المادة (٦٥٢) الآتية ، فاحدها نفى عن الاخرى .

للمادة ٦٢٦ = * اما في الكفالة التي انعقدت مضافة الى زمان
مستقبل او معلقة بشرط فلا يطلب الكفيل ما لم يحل الزمان او
بتحقق الشرط *

اعلم ان الكفالة المطلقة بشرط ، وان كانت تسمى مضافة باعتبار ان حكم
الكفالة وهو مطالبة الكفيل في كل منها ، مضاف لمستقبل ، لكن بينهما اي
بين التعليق والاضافة ، فرق ذكره في ما يبطل بالشرط ولا يصح التعليق به من
رد المختار . وحاصله ان التعليق يمنع الملق عن السبب للحكم في الحال ، فالتعليق
يمنع الكفالة عن ان تكون سبباً لحكمها وهو المطالبة في الحال ، وتجعله موجراً الى
وجود الشرط . فمعد وجوده يتم سبباً مفضياً الى حكمه . واما المضاف مثل
« كفلت ثمن ما نبيعه لفلان » فإنه ، يتم سبباً للحال لانتفاء التعليق المانع من
انقضاء السببية ، لكن بتأخر حكمه وهو مطالبة الكفيل الى الوقت المضاف

إليه . فالأضافة لا تخرجه عن السببية ، بل تؤخر حكمه ، بخلاف التعليق .
ولهذا قالوا : ان جاء غد فقلت علي ان اتصدق بكذا ، لا يجوز له التصديق قبل
الغد ، لأنه تعجيل قبل السبب . ولو قال لله علي ان اتصدق بكذا غداً ، له
التعجيل قبله ، لأنه أي التعجيل ، بعد السبب ، لأن الأضافة دخلت على الحكم
لا السبب ، فهو تعجيل للمؤجل . وتفرع عليه أيضاً ما لو حلف لا يطلق امرأته
فأضاف الطلاق الى الغد ، حدث . وان علقه لا يحدث . وبهذا تعلم ان ما
سندكره من اشتراط كون الشرط ملائماً للكفالة لا يتأني في المضافة . فما كتبه
الشارح سليم باز هنا مما يفيد عدم التفرقة بين المضافة والمعلقة غير سديد ، فانهم .

ثم ان الكفالة المعلقة تكون معلقة بشرط صريح كالتعليق بأن واذا وما
اشبهها او بشرط ضمني ، أي بلفظ فيه معنى التطبيق ، وتسعى هذه مقيدة
بالشرط ، ككملت بشرط كذا او على ان يكون كذا . وهي ، أي المعلقة صريحا
او ضمنا ، انما تصح اذا كان الشرط ملائماً للكفالة . والملازمة تكون بأحد ثلاثة
امور : احدها ان يكون الشرط سبباً لتعذر الاستيفاء ، أي لصعوبته والثاني ان
يكون سبباً للزوم الحق . والثالث ان يكون سبباً لسهولة تمكن الكفيل من استيفاء
الدين . وها ان هذه المادة قد اشارت الى ما ذكرناه من الكفالة المطلقة بنوعيتها ،
والى اشتراط ما ذكرناه من الأمور الثلاثة لصحتها ، والى المضافة ، سواء كانت
الكفالة كفالة مال او نفس ، بتعدد الامثلة الآتية ، فقالت :

✽ مثلاً لو قال ان لم يعطك فلان طلبك فأنا كفيل بادائه
تتعقد الكفالة مشروطة وعند المطالبة ان لم يعطه ذلك الرجل دينه
يطالب الكفيل والا لا يطالب الكفيل قبل المطالبة من الأصيل .
وكذا لو قال ان سرق فلان مالك فأنا ضامن تصح الكفالة وان ثبتت
مارقة ذلك الرجل بطالب الكفيل . وكذا لو كفل بشرط ان
يمهل كذا اياماً اعتباراً من الوقت الذي يطالب المكفول له وامهل من

وقت المطالبة مقدار تلك الايام فللمكفول له ان يطالب الكفيل بعد مرور الايام المذكورة اي وقت شاء وليس للكفيل استدعاء مهلة أخرى بقدر تلك الايام . وكذا لو قال انا كفيل بطلبك الذي ثبت في ذمة فلان او بالبلغ الذي ستقرضه فلاناً او بالشيء الذي يفصه فلان او بثلث الذي ستبيعه لفلان فلا يطالب الكفيل الا بعد تحقق هذه الاحوال . يعني لا يطالب الكفيل الا بعد ثبوت الطلب والاقراض وتحقق الغصب ووقوع البيع والتسليم . وكذا لو قال انا كفيل باحضار فلان في اليوم الفلاني لا يطالب الكفيل باحضار المكفول به قبل حلول ذلك اليوم ﴿

فاختال الأول ، وهو ما لو قال ان لم يعطك فلان ، مثالاً لما اذا كانت الكفالة كفالة مال وهي معلقة بشرط صريح ملائم للكفالة ، والملازمة من حيث ان الشرط سبب لتعذر الاستيفاء وصعوبته . قال في رد المحتار : ومنه « ان غاب زيد عن المصر فعلي مالك عليه او ضمنك كل مالك عليه ان توى اي هلك » وكذا « ان مات ولم يترك شيئاً فأنا ضامن » وكذا « ان حل مالك على فلان ولم يوافقك به فهو علي » وكذا « ان حل مالك على فلان ومات فهو علي » وفي الخانية : ان غاب ولم يوافقك به فأنا ضامن لما عليه ، فغاب قبل ان يوافق ، لزمه المال وهو بمنزلة ما لو قال ان غاب قبل ان يوافقك به . ولو قال فإني غاب فلم يوافقك به فأنا ضامن لما عليه ، فهذا على ان يوافق بعد الغيبة . وعن محمد : ان لم يدفع مديونك او ان لم يقضه فهو علي ، ثم ان الطالب تقاضي المطلوب فقال المديون لا ادفعه او لا افضيه ، وجب على الكفيل الساعة .

وعنه ايضاً : ان لم يعطك فلان فأنا ضامن ، فأت قبل ان يتقاضاه ويعطيه ، بطل الضمان . ولو بعد التقاضي قال المديون انا اعطيتك ، فإن اعطاه مكانه او ذهب به الى السوق او منزله واعطاه ، جاز . وان طال ذلك ولم يعطه ،

لزم الكفيل .

وفي القنبة : ان لم يؤد فلان مالك عليه الى ستة اشهر فأنا ضامن له ، بصح التعليق لأنه شرط متعارف (نهر) قلت : ويقع كثيراً في زماننا : ان راح لك عنده شيء ، فأنا ضامن ، وهو معنى قوله الماران توى او هلك . وصيأتي في الحوالة ان التوى عند الامام لا يتحقق الا بموته مفلساً اه مافي رد المختار .

لكن اتفق في تنقيح الحامدية فيما لو قال بعه فان راح لك شيء من الثمن عنده فهو عندي ، انه بمجرد امتناع المشتري عن دفع الثمن بضمن الكفيل . وعليه فلا يكون الرواح بمعنى التوى ، فليتأمل .

وامثال الثاني ، وهو قولك ان سرق فلان مالك الخ مثال لما تقدم ايضا . لكن الملازمة فيه من حيث ان الشرط سبب للزوم الحق . ومنه : ان استحق البيع او جمعدك المودع او غصبك فلان كذا او اتلف لك المودع الوديعة او المرهن الرهن او المستعير العارية او المستأجر المأجور . وكذا ان قتلك او قتل ابنك خطأ فطني الدية ، كما في الدر ، اقول : وهذا على القول بصحة ضمان الدية ، كما اشارت الى اعتماده المادة (٦٣٢)

والمثال الثالث ، وهو قوله « لو كفل بشرط ان يهمل كذا اياماً الخ » مثال لما اذا كانت الكفالة مالية والتعليق ضمنى ، اي بشرط غير صريح . والملازمة من حيث ان الشرط سبب لسهولة تمكن الكفيل من استيفاء الدين . ومنه ما ذكره في الهندية : لو ضمن له الف درهم على ان يعطيها اياه من ثمن هذه الدار فلم يبعها ، لم يكن على الكفيل ضمان . وكذا لو باعها بعبد ، لم يلزمه المال ولم يجبر على بيع العبد في الضمان . فإن باع العبد بعد ذلك بدراهم جعلت عليه ان يقضيه من تلك الدراهم ، استحسن ذلك .

ولو ضمن عن رجل مالا على ان يعطيه من ثمن هذا العبد والعبد لا كفيل فبات العبد قبل ان يبيعه ، بطل الضمان عن الكفيل . وان باع العبد بمائة درهم وهي قيمته والدين الف ، لم يلزمه من الضمان الا بقدر قيمة العبد . وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى : اذا ضمن على ان يعطيه من ثمن هذا العبد وليس العبد له ، فالضمان باطل . ولو ضمن على ان يعطيه من ثمن عبده ولا عبده له ، فالضمان لازم اه

ومنه: كفلت بمالك على زيد بشرط ان يقدم من صفه او يقدم مودعه او مضار به او غاصبه ، فان قدوم زيد او قدوم مودعه او مضاربه او غاصبه وسيلة للاستيفاء ، كما هو حاله مدة معينة من حلول الطلب على الاصيل — بخلاف ما اذا كان المعلق عليه قدوم اجنبي عن المديون من كل وجه ، فان الكفالة حينئذ لا تنصح ، كما هو الحكم في كل شرط غير ملائم للكفالة ، سواء كان التعليق صريحاً او ضمنياً ، كقوله ان هبت الريح او بشرط ان تهب او على ان تهب . وكذا ان جاء المطر او جاء عمرو وهو اجنبي عن المديون من كل وجه ، كما في الدر وحواشيه وغيرها ، وهذا معنى اشتراط الملايعة في صورة التعليق .

اتنا لو جعل ما ذكر اجلاً للكفالة ، فقد قال في رد المحتار : ان كان الاجل مجهولاً جهالة متفاحشة كقوله كفلت لك يزيد او كفلت بمالك عليه الى ان هب الريح او يجي المطر ، ثبت الكفالة ويبطل الاجل . ومثله الى قدوم فلان وهو غير مكفول به او عنه . وان كان مجهولاً جهالة غير متفاحشة مثل الى الحصاد او الدباس او المهرجان او العطاء او صوم النصارى ، جازت الكفالة والتأجيل ، وكذلك الحوالة . ومثله الى ان يقدم المكفول به من صفه ، وهذا لا نزاع فيه اه واما المثال الرابع ، وهو قوله انا كفيل بطلبك الذي ثبت في ذمة فلان الخ ، فهو مثال لما اذا كانت الكفالة مضافة الى زمان مستقبل ، وحكمها تأخير مطالبة الكفيل الى وقت تحقق الثبوت في « انا كفيل بطلبك الذي ثبت في ذمة فلان » ووقت تحقق الافتراض في « انا كفيل بالذي ستقرضه فلاناً » ووقت تحقق الغصب في « انا كفيل بالذي ينصبه منك فلان » ووقت تحقق البيع في « انا كفيل بثلث الذي ستيبمه من فلان »

ثم ان تحقق وجود ما ذكره اذا ادعاه المكفول له انما يكون باعتراف الكفيل او باقامة المكفول له البينة عليه عند جمود الكفيل .

واما لو اقر به المكفول عنه وجحد الكفيل ، فهل يكون اقراره نافذاً عليه؟ — اما في صورة ما لو قال له انا كفيل بطلبك الذي ثبت على فلان ، فينفذ ، لأن الكفالة مقيدة بما ثبت ، والثبوت يحصل باقرار الاصيل . وهذا كما قالوا في مسألة ما ذابك على فلان كما تقدم في شرح المادة (٦٣٠) لأن الذوب والثبوت

بمعنى واحد .

وقيدنا باقرار الأصيل لأنه لو انكر وتوجهت عليه اليمين فنكل وحكم عليه
بنكوله ، لا يلزم الكفيل ، لأن النكول بذل فداء عن اليمين ، لا اقرار
(صرح به في فتح القدير)

واما في صورة ما لو قال انا كفلت بثلث الذي ستيغه من فلان ، فقد
قدمنا في شرح المادة المذكورة عن الفتح نافلاً عن الخلاصة انه لو قال بايع
فلاناً وبها يابته من شيء فعلي فقال البايع بعته متاعاً بألف وقبضه مني واقرب به
المطلوب وجمد الكفيل ، يؤخذ به استحساناً بلا بينة . ثم نقلنا هناك عن الهندية
عازياً لمحيط تفصيلاً في المسئلة نلزم مراجعته ، ومثلنا هذه نظيرها .

وفي الهندية : رجل كفل بنفس رجل على انه ان لم يوف به غداً فعليه ما
ادعى الطالب عليه ولم يوف به الغد وادعى الطالب عليه الف درهم وصدقه
المطلوب وجمدها الكفيل ، كان القول قول الكفيل على العلم . ولو اقام الطالب
البينة على ذلك او نكل الكفيل ، لزم الكفيل الألف ولو كفل بنفس رجل
على انه ان لم يوف به غداً فعليه من المال ما اقر به المطلوب ولم يوف به
الغد واقرب المطلوب ان له عليه الف درهم ، كان الكفيل ضامناً لما اقر به المطلوب .
والفرق ان في مسئلة الاقرار الكفالة اضيفت الى ما هو سبب الوجوب من كل
وجه ، وهي جائزة للتعامل ، اما في مسئلة الدعوى فالكفالة اضيفت الى ما هو
سبب الوجوب من وجه دون وجه ، لأن الدعوى ان كانت سبب الوجوب سبب
حق المدعي ليست بسبب الوجوب في حق المدعي عليه ، ولا تعامل في اضافة
الكفالة الى ما هو سبب الوجوب من وجه دون وجه ، فيرد الى ما يقتضيه القياس .
ولا يمكن تصحيح هذه الكفالة لوجملناها مضافة الى مجرد الدعوى لوجملناها
مضافة الى دعوى يشتها الطالب بالحجة حتى نصير سبباً للوجوب من كل وجه ،
حتى لا نلغو هذه الاضافة اصلاً اه .

واما في صورة ما لو قال انا كفيل بالذي ستقرضه فلاناً او انا كفيل بالشيء
الذي ينصبه منك فلان ، فالظاهر انه لا ينفذ فيه اقرار المكفول عنه على الكفيل .
وارجع الى ما كتبناه في شرح المادة المذكورة ، فإن تحقيق ذلك هناك .

واما المال الخامس ، وهو قوله انا كفيلا باحضار فلان في اليوم الفلاني ، فهو مثال لما اذا كانت الكفالة بالنفس وهي مضافة الى المستقبل . اشار به الى انه لا فرق في جميع ما تقدم بين ان نكون الكفالة بالمال او النفس .

* نبيه *

اذا كانت الكفالة معاقبة بشرط وتكرر وجود الشرط فهل يكون كفيلا بما وجب بالشرط الذي وجد اول مرة فقط او بالجميع . حاصل ما ذكره في الدر وحاشيته رد المختار انه ان كان بكلمة كقوله كما بايت فلاناً او اقرضه او غصبك شيئاً او ذاب لك عليه شيء فعلي ، كانت الكفالة بالجميع . فنكرر الكفالة بتكرر الشرط اتفاقاً . وان كان التعليق بأن او اذا او متى ، كانت الكفالة بما ثبت بالشرط اول مرة فقط ، اتفاقاً ، ولا يكون كفيلا بما وجب به في المرة الثانية وما بعدها . وان كان التعليق بما كقوله ما بايت فلاناً فعلي ، فقبل انه مثل ان واذا . وفي المبسوط انها مثل كلما . وما في المبسوط ذكره في كافي الحاكم ولم يذكر فيه خلافاً ، فكان هو المذهب . وزاد في المحيط ان الذي مثل ما اه - اقول : والظاهر ان مها مثل كلما ، وهو ظاهر .

وفي الهندية : لو قال ان بعت متاعاً او اذا بعت متاعاً فانا ضامن لثمنه ، فباعه متاعاً نصفين كل نصف بخسائه احدهما قبل الآخر ، لزم الكفيل الأول دون الثاني اه .

* تمة *

قدمنا في شرح المادة (٦٢٥) حكم ما لو كنهه بألف على انه كلما طالبه الدين به فله اجل شهر ، فليراجع .

المادة ٦٣٧ = * يلزم عند تحقق الشرط تحقق الوصف والقيود ايضاً . مثلاً لو قال كلما حكم على فلان فانا كفيلا بادائه واقر فلان المذكور بكذا دراهم لا يلزم على الكفيل ادائه ما لم يلحقه

حكم الحاكم *

فيه ان عدم لزومه الاداء على الكفيل في هذا المثال انما هو لعدم تحقق الشرط المطلق عليه ، وهو الحكم . فالاولى التمثيل بكما حكم به فلان " الحاكم على فلان فانما كفيل بادائه فحكم به حاكم آخر غير فلان ، او ما بابت به فلانا اليوم فعلي فبايعه بعد مضي اليوم ، او ما بابت من ثوب زطي فبايعه ثياباً هودينة او باعه كبر حنطة ، فإنه لا يلزم الكفيل شيء في جميع هذه المسائل ، كما في الهندية ، لأنه وان تحقق الشرط وهو حكم الحاكم والبيع ، لكن لم يتحقق الوصف او التميد .

المادة ٦٣٨ - * في الكفالة بالدرك لو ظهر للمبيع مستحق لا

يواخذ الكفيل ما لم يحكم به المحاكمة على البايع برد الثمن *

لأن الكفالة بالدرك هو ضمان الثمن عند خروج المبيع عن ملكه بالاستحقاق ، وهو لم يخرج عن ملكه ما لم يفسخ البيع ويحكم على البايع برد الثمن على المشتري ، وبمجرد الاستحقاق لا يفسخ . ولهذا لو اجاز المستحق البيع قبل الفسخ ، جاز . فلو كان منتقضاً لما جاز فاذا لم ينتقض لم يجب الثمن على البايع ولم يخرج عن ملكه ، لأن بدل المستحق مملوك - الا ترى انه لو كان الثمن عبداً فاعتقه البايع في هذه الحالة ، عتق . وكذا لو كان المشتري باع ما اشتراه من انسان فاستحققت من يد الثاني ، ليس للمشتري الأول ان يرجع على بائعه ما لم يقض عليه بالثمن . والثاني ، كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد . فاذا حكم الحاكم بالثمن عليه انتقض وسقط احتمال الأجازة ولزم البايع رد الثمن ، فيلزم كفو له ضرورة اه (زبلي) اقول : استظهر في رد المختار من باب الاستحقاق ان البيع كما يفسخ بالقضاء على البايع برد الثمن يفسخ ايضاً بفسخ المستحق صرفاً ، وبفسخ المتعاقدين اي المشتري والبايع . وعليه فانما يكون قضاء الحاكم على البايع برد الثمن شرطاً لمواخذة الكفيل بالدرك اذا لم يفسخ المستحق البيع صرفاً ولم يفسخه المتعاقدان . حتى لو انفسخ

البيع بأحدهما لا يكون القضاء شرطاً لأنه حينئذ سقط احتمال الاجازة ولزم
الباع رد الثمن فيلزم كفيله ضرورة ، فليتدبر . والمراد بالاستحقاق هنا الناقل
للملك . اما المبتل له كدعوة النسب ودعوى الوقف في الأرض المشتراة او انها
كانت مسجداً ، يرجع على الكفيل وان لم يقض بالثمن على المكفول عنه . ولكل
واحد من الباعة الرجوع على بايعه وان لم يرجع عليه بخلاف الناقل . وتام احكامه
مرة في باب الاستحقاق (كذا في رد المحتار)

واشار بقوله « ما لم يحكم بعد المحاكمة على الباع برد الثمن » الى ان القضاء على
الباع قضاء على الكفيل ، والمشتري ان يأخذ الثمن من ايها شاء . وافاد انه لا
يخاصم الكفيل اولاً ، وهو ظاهر الرواية ، خلافاً لأبي يوسف .
وقيد بالاستحقاق لأن البيع لو انفسخ بينهما بما سواه وصار الثمن مضموناً على
الباع ، لم يواخذ الكفيل به . كما اذا فسح بخيار روية او شرط او عيب .
واشار بقوله « بالثمن » الى ان المشتري لو بنى في الأرض ثم استحققت فإنه لا يرجع
على الكفيل بقيمة البناء ، وانما يرجع بها على الباع فقط اذا سلم النقض له ، وهو
ظاهر الرواية (افاده في البحر)

❀ ثمة ❀

ذكر في الهداية وغيرها : اذا باع رجل داراً مثلاً و كفل رجل للمشتري عن
الباع بالدرك ، فكفالاته تسليم بالبيع و اقرار منه انه لا حق له فيها . حتى لو ادعى
ان الدار ملكه او ادعى الشفعة او الاجارة ، لا تسمع دعواه . ولو كتب شهادته
في صك البيع ولم يكفل ، لم يكن تسليمًا ، وهو على دعواه . لكن هذا اذا كتب
شهد فلان البيع والشراء ، او كتب جرى البيع بمشهدى ، او كتب اقر بالبيع
والشراء عندي — اما اذا كتب في الشهادة ما يوجب صحة البيع و نفاذه بأن
كان في صك البيع باع فلان كذا وهو يملكه و كتب هو «شهد بذلك» لا نصح
دعواه بعد ذلك اهـ .

وفي الهندية : و اذا اخذ الكفيل بالدرك رهناً اي من المكفول عنه ، فالرهن
باطل ولا ضمان اهـ اي لا ضمان على المرتهن ، لأنه امانة . وهذا بخلاف ما لو كفل

الرجل عن رجل بمال بأمره ورهنه المكفول عنه رهناً ، فإنه جائز . فإن هلك
الرهن في يد الكفيل صار مستوفياً لما وجب على المكفول عنه حكماً بهلاك الرهن ،
كما في الهندية .

والفرق ان الكفيل في الدرك لم يجب له مال على الأصيل بعد ،
فصار كما لو كفّل بنفس رجل على أنه ان لم يواف به الى سنة فعليه المال الذي عليه
ثم اعطاه المكفول عنه بالمال رهناً ، كان الرهن باطلاً كما في الخانية اه وفيها :
وتجوز الكفالة بنفس الباع في الدرك اه .

المادة ٦٤٩ = * لا بطلب الكفيل في الكفالة الموقته الا في
ظرف مدة الكفالة . مثلاً لو قال انا كفيل من هذا اليوم الى شهر لا
بطلب الكفيل الا في ظرف هذا الشهر وبعد مروره بيو من الكفالة *

انظر ما كتبناه في شرح المادة (٦٢٤) فإنه مهم .

المادة ٦٤٠ = * ليس للكفيل ان يخرج من الكفالة بعد
انعقادها . ولكن له ذلك قبل ترتب الدين في ذمة المدين في الكفالة
المعلقة والمضافة . مثلاً كما انه ليس لمن كفّل احداً عن نفسه او دينه
منجزاً ان يخرج من الكفالة كذلك لو قال كلما ثبت لك دين في ذمة
فلان فأنا كفيله ليس له الرجوع عنها لأنه وان كان ثبوت الدين
مؤخراً عن عقد الكفالة لكن ترتبه في ذمة المدين مقدم على عقد
الكفالة . اما لو قال انا كفيل بكل ما يبيعه لفلان او لثمن الذي يبيعه
لفلان بضمن للمكفول له ثمن المال الذي يبيعه المكفول له لفلان

للمذكور . الا ان له ان يخرج نفسه من الكفاله قبل البيع بأن يقول رجعت عن الكفاله فلا تبع الى ذلك الرجل مالا . فلو باع المكفول له شيئاً بعد ذلك لا يكون الكفيل ضامناً ذلك البيع *

حاصل هذه المادة ان الدين المكفول به اما ان يكون قائماً اي مترتباً في ذمة الأصيل حال الكفاله ، وهذا لا يملك الكفيل فيه الخروج عن الكفاله سواء كانت الكفاله بمنزلة كفالتك على فلان ، او مضافة ككفالتك بما ذاب او بدوب او ثبت او يثبت لك على فلان ، او معلقة كما ثبت او ان ثبت او كالتك على فلان فهو علي ، فان معنى هذا كفالتك بحال يثبت في المستقبل انه كان قائماً في ذمة فلان حال الكفاله فلا فرق بين المنجزه وفسيمتها من حيث ان المال المكفول به في كل منها قائم في ذمة الأصيل حال الكفاله ، والمتأخر عنها هو الثبوت ، اي ثبوت قيامه في المضافة والمعلقة ، وان كان بينها فرق من حيث ان اقرار المكفول عنه لا ينفذ على الكفيل في المنجزه وفي فسيمتها ينفذ ، لأن الذوب والثبوت يحصلان بالأقرار كما يحصلان بالبينه ، كما تقدم تحقيقه في شرح المادة (٦٣٠) .

واما ان يكون غير قائم في ذمة الأصيل حال الكفاله وانما الكفاله قد اضيفت او عاقبت على ما هو سبب لقيامه في ذمة الأصيل ، ككفالتك لثمن ما تبعه لفلان او تدانته او تفرضه او ما بعته به فلاناً او اقرضته او دابنته فهو علي ، وهذا القسم يملك الكفيل فيه الخروج عن الكفاله قبل حصول سبب قيام الدين في ذمة الأصيل بأن يقول للمكفول له قبل المبايعه مثلاً رجعت عن الكفاله . وهمل يشترط معه نهي المكفول له عن المبايعه بأن يقول له لا تبع فلاناً؟ - مقتضى تقييد هذه المادة بذلك تبعاً لأكثر المعتمدين ، انه يشترط . لكن قال في رد المحتار: ولم يشترط الولوالجي نهييه عند الرجوع ، حيث قال : لو قال رجعت عن الكفاله قبل المبايعه ، لم يلزم الكفيل شيء ، اهـ اي فيكون ذكر النهي في أكثر المعتمدين اتفاقياً ، لا احترازياً . تأمل .

والفرق ان الكفالة في الأول كنفالة بما هو متحقق لازم ، فكانت الكفالة لازمة لابتنائها على ما هو لازم - بخلاف الثاني ، وهو ما بايعت به فلاناً مثلاً فعلياً ، فإن المبايع لم يتحقق بعد فلم تنزم الكفالة ، لأن لزوم الكفالة بعد وجود المبايع ووقوع المطالبة على الكفيل ، فأما قبل ذلك هو غير مطلوب بشئ ، ولا ملتزم في ذمته شيئاً ، فيصح رجوعه . يوضحه ان بعد المبايعه انما اوجبتنا المال على الكفيل دفناً للضرر عن الطالب ، لأنه يقول انما اعتمدت في المبايعه معه كفالة هذا الرجل ، وقد اندفع هذا الضرر حين نهاء عن المبايعه (افاده في البحر)
وفي الهندية : ولو ضمن لأمرأة عن زوجها بنفقة كل شهر ، جاز وليس له الرجوع عن الضمان في رأس الشهر . ولو ضمن اجرة كل شهر في الاجارة فله ان يرجع في رأس الشهر . والفرق ان السبب في النفقة لم يتجدد عند رأس الشهر ، بل يجب في الشهور كلها بسبب واحد . وسبب الأجر في الاجارة يتجدد في كل شهر لتجدد العقد ، فله ان يرجع عن الكفالة المستقبلية (كذا في الاختيار شرح المختار) فإن مات الكفيل ثم سكن المستأجر شهراً بعد ذلك فالزم المستأجر لزوم تركه الكفيل . ولا تبطل الكفالة بالموت كما لا تبطل كنفالة الدرك ، بخلاف كفالة النفس . وليس للكفيل بالأجر ان يأخذ المستأجر قبل ان يؤدي . فاذا ادى الكفيل ، كان له ان يرجع بذلك على المستأجر ان كانت الكفالة بأمره اه -
اقول : ومقتضى قوله « لتجدد العقد » انه لو أجره سنة بأجرة منجحة كل شهر كذا فكفلها رجل ، انه ليس له الرجوع عن الكفالة عند رأس الشهر ، لأن اجرة السنة وجبت بسبب واحد وهو عقد الاجارة اولها ، فلم يتجدد ، فليتبر .

المادة ٦٤١ * من كان كفيلاً برد المصوب والمستعار وتسليمها اذا سلمها الي صاحبها يرجع باجرة نقلها على الغاصب والمستعير اي بأخذها منها *

هكذا انتصر في الهندية نقلاً عن الذخيرة على اجرة نقل المصوب والمستعاره

فقال: قال محمد رحمه الله تعالى: في الأصل المعبر إذا أخذ كفيلاً برد المستعار، أو المنصوب منه إذا أخذ كفيلاً برد المنصوب، ثم إن الكفيل حمل المكفول به إلى المالك، كان للكفيل الرجوع على المستعير والناصب بقيمة الحمل، وهو أجر مثل عمله. وهذا استحسان. ولو كان مكان الكفالة وكالة بأن وكل المستعير أو الناصب وكيفاً يوافق ذلك في منزل المعبر أو المنصوب منه، أو حيث وقع النصب أو العارية، فهو جائز، ولكن لا يجبر الوكيل على النقل، بخلاف الكفيل فإنه يجبر على النقل اهـ.

وكان العلة في رجوع الكفيل باجرة نقل المستعار والمنصوب على المستعير والناصب، أن موثقة حملها على المستعير والناصب، كما سيأتي في المادة (٨٣٠) و (٨٩٠).

وعليه فالظاهر أن الكفيل يتسلم المبيع إذا كان وزوناً أو مكيفاً ويبيع وزوناً أو مكيفاً له الرجوع أيضاً باجرة الكيل والوزن فإن موثقة الكيل والوزن على البائع كما تقدم في المادة (٢٨٩) وكذا إذا كان المبيع حنطة في منبها فإن تخليصها بالكس والكدس والتذرية ودفعا للمشتري على البائع فله أي الكفيل الرجوع باجرة مثل تلك الأعمال على المكفول عنه، وهو البائع. وهذا بخلاف الوديعة فإن موثقة ردها على ربها المودع ولا يجب على المودع إلا التخليص بين الوديعة وبين صاحبها، كما سيأتي في المادة (٧٩٤) فإذا حملها الكفيل إلى بيت المالك كان متبرعاً بالتزام ما لا يلزم المكفول عنه. ومثل الوديعة مال المضاربة والشركة، وكذا الرهن، فإن الواجب على المرتهن التسليم بمعنى التخليص، لا النقل من مكان إلى مكان، كما في رد المختار. فلو نقله الكفيل بتسليم الرهن، لا رجوع له باجرة مثل نقله لعدم وجوب ذلك على المكفول عنه، فافهم.

والذي يظهر أيضاً أن الكفيل إنما يرجع باجرة نقل المنصوب والمستعار إذا كانت الكفالة بأمر الناصب والمستعير، والا فلا، لأن الكفيل بلا أمر إذا لم يرجع بالمال المكفول به بعد دفعه، فهذا أولى، فتدبر.

* الفصل الثاني *

= في بيان احكام الكفالة بالنفس =

المادة ٦٤٢ - * حكم الكفالة بالنفس هو عبارة عن احضار المكفول به اي لأي وقت كان قد شرط تسليم المكفول به يلزم احضاره على الكفيل بطلب المكفول له في ذلك الوقت . فإن احضره فيها والا يجبر على احضاره *

حاصل ما ذكره في احكام كفالة النفس ان المضمون بها احضار المكفول به . فإن شرط في الكفالة تسليم المكفول في وقت بعينه ، لزمه احضاره في ذلك الوقت او بعده - كالدين الموجب اذا طلبه صاحبه بعد حلول الاجل ، فإن احضره فيها ، وان ابي حبه الحاكم . ولا يجبسه اول مرة وانما يجبسه بعد الرفع مرتين او ثلاث مرات . هذا اذا كان مقراً بالكفالة ، اما اذا كان منكراً فقامت البينة عليه او حلفه القاضي فنكح ، يجبسه في اول مرة لظهور مطله . وهذا اذا لم يظهر عجزه عن احضاره . واما اذا ظهر عجزه ، فلا معنى لجبسه ، كما اذا مات المكفول به او غاب ولا يدري مكانه . واذا لم يجبسه اول مرة فلا مجال بينه وبين الطالب ، فيلازمه ولا يجوز بينه وبين اشغاله . وان اضر به ملازمته ، استوثق منه بكفيل . فان غاب وعلم مكانه ، لا يطالب الكفيل للحال ، ويؤجل الى مدة يمكنه الاحضار فيها ، سواء كانت المسافة قريبة او بعيدة . فان لم يحضره ، ظهرت مماطلة الكفيل ، فيجس الى ان يظهر للقاضي تعذر الاحضار عليه ، بدلالة الحال او الشهود بذلك ، فيخرج من الحبس وينتظر الى وقت القدرة كالاعتبار بالدين . واذا اخرج ، فكذلك لا يجوز بينه وبين الطالب ، كما اذا لم يجبسه اول مرة .

ولو لم يعلم مكانه سقطت مطالبة الكفيل . فلو ادعى الكفيل غيبته وانكر الطالب ،
فالقول قول الطالب لتسكه بالأصل ، وهو الحضور ، لأن الغيبة عارضة والبيئة
على الكفيل ، فاذا ثبتت الغيبة بالبيئة او باعتراف الخصم وقال الطالب تعرف مكانه
وقال الكفيل لا اعرف ، فإن كانت له خرجة معروفة الى موضع معلوم للتجارة ،
فالقول للطالب فيؤمر الكفيل بالذهاب اليه ، لأن الظاهر شاهد له والبيئة على
الكفيل انه لا يعرف مكانه . وهذه البيئة وان قامت على النفي ،
لكن المقصود فيها اثبات اسقاط المطالبة ، فتقبل .

وان لم يكن له خرجة كذلك ، فالقول للكفيل لأنه متمسك بالأصل ، وهو
الجهل ، ومنكر للزوم المطالبة . وقيل لا يلتزم الى قول الكفيل ويحس حتى يظهر
عجزه ، لأن المطالبة كانت متوجهة عليه بالضمان ، فلا يصدق في دعوى ما يسقطها .
فإن اقام الطالب بيته انه في موضع كذا ، يؤمر الكفيل بالذهاب اليه واحضاره
اعتباراً للثابت بالبيئة كالثابت بالعيان . فإن ابي الذهاب اليه حبسه للحال من
غير افعال . وان كان في الطريق عذر لا يوافق الكفيل به وان ارتد المكفول
به ولحق بدار الحرب ، فإن كان الكفيل قادراً على رده بأن كان بيننا وبينهم
موادعة انهم يردون اليها المرتد ، امر بالذهاب اليه واحضاره ، والا لا يوافق به .
ثم في كل موضع قلنا بذهابه اليه فالطالب ان يستوثق بكفيل لثلاثين

الآخر . هذا خلاصة ما في الهندية والفتح والتبيين والبحر والدر وحواشيه .
واما ما في التنوير مما يفيد ان الكفيل يكلف لاقامة بيته على جهله بمكان
الغيبة مطلقاً ، اي وان لم تكن له خرجة معروفة ، فهو غير محرر ، كما في رد المحتار .
او هو جار على ما تقدم اتفاقاً من انه لا يلتزم الى قول الكفيل الخ . . . وهو الذي
عبر عنه في الفتح بقيل ، وفي التبيين يقال بعضهم ، وذلك يفيد ضمه ، فانهم .

* تنبيه *

قال في البحر والنهر : ولم ار ما لو برهننا ، اي الطالب على انك تعرف مكان
الغيبة ، والكفيل على انه مجهول . وينبغي ان تقدم بيته الطالب لأن معها زيادة
علم اه .

﴿ تمة ﴾

ذكر في اثنائية ان الكفيل بالنفس اذا كانت الكفالة حالة له ان يمنع المكفول به عن السفر حتى يخرج عن عهدة الكفالة . وان كانت الكفالة مؤجلة ليس له ان يمنعه من الخروج قبل حلول الكفالة اه قال في البحر : ظاهره ان للكفيل ملازمة الأصيل اذا كانت حالة وان لم يلزمه الطالب اه

= الفصل الثالث =

﴿ في بيان احكام الكفالة بالمال ﴾

المادة ٦٤٣ = ﴿ الكفيل ضامن ﴾

اطلقه فشمّل ما اذا كان الأصيل مطالباً به الآن او لا ، فتصح عن العبد المحجور بما يلزمه بعد الضيق باستهلاك او فرض ، وبطلب الكفيل الآن كما لو فلس القاضي المديون وله كفيل ، فان المطالبة تتأخر عن الأصيل دون الكفيل ، كما في التناخانية .

وشمل كفالة المال عن الأصيل وعن الكفيل بأن كفيل عن الكفيل كفيل آخر بما على الأصيل (رد المحتار)

وشمل ايضاً كل من عليه المال حرّاً كان او عبداً مأذوناً او محجوراً صبيّاً او بالقار جلاً او امرأة مسلماً او ذميّاً . وكذا كل من له المال (مجر)

وشمل ايضاً كل مكفول به ديناً كتمن مبيع او عيناً مضمونة بنفسها كالنصوب والمبيع فاسداً والمقبوض على صوم الشراء اذا بين ثمنه او فعلاً كتنظيم المستعار وسائر الأمانات (مخطاوي)

المادة ٦٤٤ = ﴿ الطالب مخير في المطالبة ان شاء طالب الأصيل

وان شاء طالب الكفيل ومطالبته من احدها لا تسقط حق مطالبة الآخر وبعدمطالبة احدها له ان يطالب الآخر وان يطالبها معاً *

لان الكفالة ضم ذمة الى ذمة وذلك يسوغ مطالبتها ومطالبة ايها شاء ، الا اذا شرط في الكفالة براءة الأصيل فحينئذ لا يطالب الأصيل بناء على انها حينئذ حوالة عقدت بلفظ الكفالة ، فتجري حينئذ احكام الحوالة . كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ الأصيل تمنع كفالة اعتباراً للمعنى فيها - بخلاف المالك المفضوب منه اذا اختار تضمين احد الفاصبين بعني الفاصب او غاصب الفاصب ، اذا قضي عليه الفاضي بذلك ، ليس له ان يضمن الآخر لأن اختياره تضمين احدها ، اي ان قضي عليه ، يتضمن التملك منه فيبرأ الآخر بالضرورة ، بخلاف المطالبة عن الكفالة فإنها لا تقتضي التملك ولو قضي عليه ، ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء (فتح)

المادة ٦٤٥ = * لو كفّل احدٌ المبالغ التي لزمّت ذمة الكفيل بالمال حسب كفالته فللداين ان يطالب من شاء منهما *

كما له ان يطالبها معاً وان يطالب الأصيل معها ايضاً لأن الكفالة على الكفالة بأن يكفل الكفيل كفيل آخر ، جائزة كما تقدم في المادة (٦٢٦) قال في البحر : ولا تبطل الكفالة الأولى بالثانية لأن الكفالة للتوثق والثانية تزيده ، بخلاف الحوالة بعد الحوالة فإنها تبطل الحوالة الاولى ، لأن الحوالة نقل ما في ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، وهما لا يجتمعان اه .

وقدمنا في شرح المادة المذكورة ان كفيل الكفيل اذا ادّى المال للطالب لم يرجع به على الأصيل ، بل يرجع به على الكفيل . فإن ادّى اليه رجع الأول على الأصيل لو الكفالة بالامر ، وتماه هناك . ولا يخفى ان هذه المسئلة غير مسئلة تعدد الكفلاء المتقدمة في المادة (٦٢٧)

المادة ٦٤٦ * عليها دين لا آخر من جهة واحدة وقد كفل كل منهما عن صاحبه بطالب كل منهما بمجموع الدين *

كأن اشترى رجلان حمراً من آخر ثمن ٦ ، لما سيأتي في المادة (١١١٣) من ان كل واحد من المشتريين لا يطالب بمحصة شريكه الآخر ما لم يكن كفيلاً عنه . فاذا كفل كل منهما صاحبه كان مطالباً بمحصته بالاصالة وبمحصة صاحبه بالكفالة لكن ما اداه احدهما لا يرجع به على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على حصته فيرجع بالزائد ٦ ، لما ذكرنا من ان كل واحد منهما في حصته اصل وفي حصته صاحبه كفيلاً فما يؤديه ينصرف الى ما عليه اصالة ٦ ، اذ لا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وما عليه بحق الكفالة لقوة الأول وضمف الثاني ٦ ، لأن الأول دين ومطالبة ٦ ، والثاني مطالبة ولا دين . ثم هو تابع فيتم الاداء عن الأول ٦ ، ولأنه لو جمل شيئاً من المؤدي عن صاحبه فلصاحبه ان يقول اداؤك كأدائي لأنك كنت نائباً عني فيه فإن جعلت شيئاً من المؤدي عني ورجعت علي بذلك فلي ان اجعل المؤدي عنك كما لو اديت بنفسه ٦ ، فيفضي الى التسلسل في الرجوعات بينهما ٦ ، فيمتنع الرجوع المؤدي اليه (افاده في الحجر والتمتع والتبيين ورد المختار)

ثم ان تقييد الدين بكونه من جهة واحدة ٦ ، ليس شرطاً لكون كل من المتكافلين مطالباً بمجموع الدين ٦ ، لأن المطالبة ثابتة وان كان الدين مختلف الجهة . لكن ذكره لافادة امر آخر خارج عن منطوق المادة مترتب عليه وهو ما ذكرناه من انصراف المدفوع الى ما عليه بطريق الاصالة والرجوع بالزائد على صاحبه ٦ ، فكان فيه اشارة الى ان هذا الحكم انما يكون كما ذكرنا اذا اتحد دين الرجلين صفة وسبباً ٦ ،

فان اختلفت صفة بأن كان ما عليه مؤجلاً وما على صاحبه حالاً ٦ ، لا يكون الحكم كذلك ٦ ، بل اذا ادى صح تعيينه عن شريكه ورجع به عليه ٦ ، وعلى عكسه يصح التعيين لكن لا يرجع الا بعد حلول الاجل ٦ ، لأن الكفيل اذا عجل دبتاً مؤجلاً ليس له الرجوع على الاصيل قبل حلول الاجل . ولو اختلف سببها نحو ان يكون ما على احدهما

قرضاً وما على الآخر ثمن مبيع ، فإنه يصح تعيين المؤدى ايضاً لأن النية في الجنسيتين المختلفتين معتبرة وفي الجنس الواحد لفق ، كما في فتح القدير (رد المختار) وقيد بكون كل كفيلاً عن صاحبه احترازاً عما لو كفل احدهما صاحبه دون الآخر وادى الكفيل فعمله عن صاحبه ، فإنه يصدق ، كما في التبيين ، لأنه وإن كان فيه صرف ما اداه الي الدين الضعيف وهو ما يجب بحق الكفالة ، مع وجود الأقوى وهو ما يجب بحق الأصالة ، إلا انه في الرجوع على صاحبه لا يلزم التسلسل في الرجوعات . والمسئلة الاولى ، وهي ما اذا كفل كل منهما الآخر معاملة بالعتين معاً ، تأمل . ثم ان كل مسألة بكون للكفيل فيها الرجوع على صاحبه بما ادى عنه لا بد فيه من تقييد كون الكفاله بأمر الآخر ، والا فلا رجوع كما هو ظاهر .

المادة ٦٤٧ - * لو كان لدين كفلاء متعددة فان كان كل

منهم قد كفل على حدة بطالب كل منهم بمجموع الدين وان كانوا قد كفلوا معاً بطالب كل منهم بمقدار حصته من الدين . ولكن لو كفل كل منهم المبلغ الذي لزم ذمة الآخر ففي هذه الحال بطالب كل منهم بمجموع الدين . مثلاً لو كفل احد آخر بألف ثم كفل ذلك المبلغ غيره ايضاً فللداين ان يطلب من شاء منهما . واما لو كفلا معاً بطالب كل منهما بنصف المبلغ المذكور ، إلا ان يكون قد كفل كل منهما المبلغ الذي لزم ذمة الآخر فعلي ذلك الحال بطالب كل منهما بالألف * .

هذا ما يتعلق بهذه المسائل من حيث مطالبة الداين بدينه . واما ما يتعلق بها من حيث الرجوع بما يؤديه الكفيل المطلب ، فقد قال في الدرر : اذا كان على رجل الف درهم مثلاً فكفل عنه رجلان كل منهما يجمعه على الافراد ثم كفل

كل منها عن صاحبه بالزومه بالكفالة ، فإدري أحدهما يرجع بنصفه على شريكه ، ثم يرجعان على الأصيل - أو يرجع هو بالكل على الأصيل ، لأن ما عليها مستويان بلا ترجيح ، إذ الكل كفالة ، فيكون المودعي شائئاً بينهما فيرجع بنصفه على شريكه ، إذ لا يؤدي إلى الدور يعني التسلسل في الرجوعات .

هذا إذا كفل كل منها عن صاحبه بالجميع . وأما إذا كفل كل منها بالنصف ثم كفل كل عن صاحبه ، فهي كما قبلها ، يعني كالمسئلة التي ذكرناها في شرح المادة (٦٤٦) السابقة ، وهي ما إذا كان عليهما دين وكفل كل منها صاحبه حتى لا يرجع على شريكه ما لم يزد على النصف ، فيرجع بالزائد . وكذا لو كفلا عن الأصيل بالجميع معاً ثم كفل كل عن صاحبه ، لأن الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون كفيلاً عن الأصيل بالجميع . وكذا الحكم لو كفل كل به ، أي بالجميع ، متعاقباً ثم كفل كل عن صاحبه النصف لما ذكرناه .

والحاصل كما في الفتح والتبيين أنه متى كانت الكفالة بالكل عن الأصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة ، فإذا أدى أحدهما يرجع على شريكه بنصفه قليلاً كان أو كثيراً ، لأن ما آداه وقع شائئاً عنها ، إذ الكل كفالة ، ما عن نفسه وما عن الكفيل ، فلا ترجيح للبعض على البعض ، فيقع النصف الأول عن نفسه ، فرجوعه بنصف ما أدى لا يؤدي إلى الدور . ومتى كانت الكفالة بالبعض عن الأصيل أو بالبعض عن الشريك ، فإذا أدى وقع ما آداه عن حصته فلا يرجع على شريكه ، حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزائد ، لما قدمناه في شرح المادة السابقة . وفي الهندية : كفل ثلاثة عن رجل بألف درهم فادى أحدهما ، برئوا جميعاً ولا يرجع أحدهم على صاحبه بشيء . ولو كان كل واحد كفيلاً عن صاحبه بأمره فاداهما أحدهم ، رجع المودعي عليهما بالثلثين ولصاحب المال أن يطالب كل واحد منهم بألف .

هذا إذا ظفر بالكفيلين . فان ظفر بأحدهما ، رجع عليه بالنصف ثم رجعا على الثالث بالثلث كل واحد بالسدس ثم رجعوا جميعاً على الأصيل بالألف . فان ظفر بالأصيل قبل أن يظفر بصاحبه ، رجع عليه بجميع الألف . قال أبو يوسف رحمه الله تعالى : إذا أقر رجلان لرجل بألف درهم على أن يأخذ بهذا المال ابهما

شاه ، فهذا بمنزلة كفالة كل واحد منها عن صاحبه بأمره ، كذا في محيط
السرخي اه .

المادة ٦٤٨ - * لو اشترط في الكفالة براءة الأصيل تنقلب

حوالة *

المادة ٦٤٩ - * الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة . فلو

قال احد للمديون احلني بمالي عليك من الدين على فلان بشرط ان
تكون ضامناً ايضاً فأحاله المديون على هذا الوجه فللطالب ان يأخذ
طلبه ممن شاء *

فتنمقد الحوالة بلفظ الكفالة وتنمقد الكفالة بلفظ الحوالة ، اعتباراً للمعنى
فيها ، لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ، كما تقدم في
المادة الثالثة ، فتجرى احكام الحوالة في الاولى ، وتجرى احكام الكفالة في الثانية .

المادة ٦٥٠ - * لو كفل احدٌ دين احد على ان يودبه من المال

المودع عنده يجوز ويجبر الكفيل على ادائه من ذلك المال *

كما ان الحوالة تصح فيما لو اودع رجلاً الفأثم احوالها غريمه ، كما في الهداية ،
وبأني في المادة (٦٩٥)

ثم اذا كانت الكفالة بأذن المودع المكفول عنه ، لا يضمن الكفيل الوديعة ، ان
لم يتعد والا فهو ضامن بالتمتع به بالتصرف بها بلا اذنه - ولا رجوع له بما دفعه ، حيث
كانت الكفالة بلا امره . ونظير هذا في الحوالة ما في رد المختار من ان رضي المحيل

في الحوالة ليس شرطاً لصحة الحوالة ، وإنما هو شرط لرجوع المحال عليه على المحيل بما دفعه إذا لم يكن مديوناً له ، ولا أجل سقوط الدين عنه إذا كان مديوناً له ، فنصح الحوالة بدون رضی المحيل . لكن لا رجوع ولا سقوط اه .
والكفالة مثل الحوالة ، لأن كلاً منها عقد التزام ما على الاصيل للتوثق ، الا ان الحوالة تتضمن برائة الاصيل برائة مقيدة ، بخلاف الكفالة (ذكره في البحر)

وما ذكر في هذه المادة من صحة الكفالة وان كانت بغير امر المودع ، هو استحسان . والقياس ان لا تصح لأن ما اشترطه من دفع المكفول به من الوديعة غير مقدور عليه ، اذ لا ولاية له على مال غيره ، فهو كالكفالة بمجمل دابة معينة . وبالقياس اخذ زفر ، كما في التتارخانيه .
والظاهر ان المسئلة موضوعها ما اذا كانت الوديعة مالا من جنس الدين المكفول به ، كما يشير اليه قوله « ويجبر الكفيل على ادائه من ذلك المال »
وعبارة الهندية عن المحيط : وفي المنتقى : لو ان هذا الضامن رد دراهم الوديعة على صاحبها او اخذها صاحبها منه ، فالل مال على الضامن اه

وقوله « او اخذها صاحبها » اي برضى الكفيل ، فلا ينافيه ما يأتي عن الخلاصة من انه اذا غصبها رب الوديعة او غيره واستهلكها برأ الكفيل ، تنبه .
اما لو كانت الوديعة عيناً ليس من جنس الدين المكفول به ، فالظاهر ان الكفالة بلا اذن جيفئذ لا تصح ، كما هو القياس ، لما في الهندية وغيرها : لو ضمن على ان يعطيه من ثمن هذا العبد وليس العبد له ، فإن الضمان باطل اه اي لأنه عاجز عن ايفاء ما التزمه . اما لو كانت باذن المودع شرطاً ذلك عليه ، فنصح ويجبر على البيع واداء الدين المكفول به من ثمنه ، لقدرتة على ذلك جيفئذ . ونظير هذا ما لو قبل المحال عليه الحوالة من المحيل بشرط بيع دار المحيل ليوودي المال من ثمنها ، صحت الحوالة والشرط - كما لو شرط المرتهن بيع الرهن اذا لم يوّد الراهن المال ، فإنه يصح ولا يملك الرجوع عن ذلك ، كما في رد المحتار وغيره ، ويأتي في المادة (٦٩٦) فليتدبر .

ثم رأيت في هامش نسختي الخلاصة ، ما نصه : وعبارة الظهيرية : ولو ان

رجلاً احتال بدين على ان يوهدي من ثمن دار المهيل ، وقد كان المهيل امره بذلك حتى صارت الحوالة جارية ، لا يجبر المحتال عليه على اعطاء المال قبل بيع الدار . وهل يجبر على البيع ، ان كان البيع مشروطاً في الحوالة ؟ يجبر عليه ، كما في الرهن اه

❖ ولو تلف المال لا يلزم الكفيل شيء . ولكن لو رد ذلك

المال المودع بعد الكفالة بكون ضامناً . ويستصح ذلك في باب الحوالة ❖ قال في الخلاصة : واذا كفّل رجل عن رجل بألف درهم على ان يعطيه من ودیعة المسكفول عنه التي عنده ، جاز ، واذا امره بذلك لم يكن له ان يسترد الودیعة منه ، فإن هلكت بري الكفيل ، والقول قول الكفيل انها هلكت فإن غصبها رب الودیعة او غيره واستهلكها بره الكفيل ، والقول قول الكفيل ، وسباني في كتاب الحوالة اه .

وذكر في باب الحوالة : رجل احتال رجلاً على رجل على ان يوهدي من الألف التي عنده ودیعة له ، مقيدة بها فقال المودع ضاعت الودیعة بطلت الحوالة . ولو كانت الحوالة مقيدة بالنصب ، لا تبطل الحوالة اه ولا تنس ما قدمناه آنفاً عن الهندية معزباً للمحيط .

وفيها ايضاً ، عن الذخيرة : ولو ضمن عن رجل مالاً على ان يعطيه من ثمن هذا العبد والعبد للكفيل فمات العبد قبل ان يبيعه ، بطل الضمان عن الكفيل . وان باع العبد بمائة درهم وهي قيمته والدين الف ، لم يلزمه من الضمان الا بقدر قيمة العبد اه وانظر ما لو كان العبد للمسكفول عنه وقد رده الكفيل اليه حتى صار ضامناً وهي مسألة هذه المادة ، هل حكمه كذلك يعني انه يضمن بقدر قيمة العبد ؟ الظاهر نعم ، وان لم ار احداً ذكره الآن ، وجزم به الشارح سليم باز ولم يعزه لأحد .

❖ فروع ❖

اذا ضمن على ان يعطيه من ثمن هذا العبد وليس العبد له ، فالضمان باطل . ولو ضمن على ان يعطيه من ثمن عبده ولا عبده له ، فالضمان لازم (هندية) وفيها : ولو ضمن له الف درهم على ان يعطيها اباه من ثمن هذه الدار يعني والدار له فلم يبيعه ، لم يكن على الكفيل ضمان . ولو باع الدار ببند ، لم يلزمه المال ولم يجبر على بيع

العبد في الضمان . فإن باع العبد بعد ذلك بدراهم ، فعليه ان يقضيه من تلك الدراهم استحيانا أو ملخصا .

وفيها : ولو ان رجلا كفل عن رجل بألف درهم بأمره على ان يعطيه المكفول عنه هذا العبد رهنا ولم يشترط ذلك على الطالب ثم ان المكفول عنه ابي ان يدفع له العبد ، كان له ذلك ولا يتخير الكفيل بين ان يمضي في الكفالة وبين ان يفسخ ، وان لم يسلم له الشرط ، لأن هذا الشرط جرى بين الكفيل وبين المكفول عنه ولم يحجر بينه وبين الطالب . فلو ثبت له الخيار اذا لم يسلم له الشرط ، ثبت له هذا الخيار من جهة المكفول عنه ، والمكفول عنه ليس له هذا الخيار - بخلاف ما لو شرط ذلك على الطالب بأن فال للطالب ، اكفل لك هذا المال على ان يعطيني المطلوب بهذا المال عبده هذا رهنا فكفل على هذا الشرط فاني المطلوب ان يعطيه الرهن ، فان الكفيل يتخير بين ان يمضي في الكفالة وبين ان يفسخها ، لأن هناك ثبت له الخيار من جانب الطالب ، وللطالب هذا الخيار فان له ان يبرأه فيفسخ الكفالة وله ان لا يبرأه فتبقى الكفالة ، فجاز ان يثبت للكفيل هذا الخيار من جهة . وكذا اذا قال للمطلوب اكفل عنك بهذا المال على ان تعطيني كفيلا ، لا يتخير الكفيل . ولو شرط على الطالب انه ان لم يعطني كفيلا بالمال فأنا بريء من الكفالة فلم يعطه كفيلا ، فهو بريء اه .

المادة ٦٥١ = * لو كفل احد آخر عن نفسه على ان يحضره في الوقت الفلاني وان لم يحضره في الوقت المذكور فعليه دينه فان لم يحضره في الوقت المعين يلزمه اداء ذلك الدين *

وان مات المكفول عنه . كذا في من المتقى ، ومثله في عامة المتون . قال في البحر : لأن الكفالة معلقة بشرط عدم الموافاة ، وهو متمارف يصح تعليقها به . فاذا وجد الشرط لم يلزمه المال ولا يبرأ عن كفالة النفس ، لأنها كانت ثابتة قبلها ولا تنافيا ، كما لو كفل بالنفس والمال جملة اه .

وفي الجوهرية : فان قلت : ما الفائدة في ذلك وقد حصل المقصود وهو ضمان المال ، قلنا : لجواز ان يكون عليه دين آخر اه وقول الحجر : « وهو متعارف » بشير الى انه لو لم يكن متعارفاً لا يصح تطبيق الكفالة به ، كما لو قال : ان وافيتك به غداً فعلي ما عليه ، ثم وافى به ، لم يلزمه المال ، لانه شرط لزومه ان احسن اليه ، وهو غير متعارف (ابو السعود) ولو اختلفا فقال الكفيل وافيتك به وقال الطالب لم توافني به ، فالقول للطالب والمال لازم على الكفيل (كذا في الخانية)

وفي البرازية : وفيما اذا علق بعدم الموافاة ، لا يصدق الكفيل على الموافاة الا بحجة . ويانه ما ذكره في نظم الفقه : قال الكفيل : دفعته اليك في اليوم المشروط وانكره الطالب ، فالأمر على ما كان في الابتداء ، ولا يمين على واحد منهما ، لأن كلاً منهما مدع ، الكفيل البرائة والطالب الوجوب ، ولا يمين على المدعي عندنا (كذا في رد المحتار) فما عزاه الشارح سليم باز الى الخانية من انه عند عجز الكفيل عن الاثبات يحلف المكفول له ، فربة بلا مربة .

وقيد في التنوير وعامة شروح الهداية والكنز والمنتقى ضمان الكفيل عند عدم احضار المكفول به في الوقت المعين بأن يكون قادراً على احضاره . قال في الحجر : فان عجز عن احضاره لمرض المكفول عنه او حبسه ، لا يلزمه المال الاً اذا كان العجز لموت المطلوب او جنونه . وموت المطلوب وان ابطال الكفالة فانما هي في حق تسليمه الى الطالب ، لا في المال اه .

وحرد في رد المحتار انه لو غاب المطلوب ولم يعلم مكانه فهو كما لو مرض او حبس . واطلقت عامة المتون لزوم المال بموت المطلوب فشملاً ما اذا وقع الموت قبل حلول الأجل حتى لو كفل على انه ان لم يحضره غداً فعليه دينه فمات قبل الغد ، يلزمه المال ، لكن قيدته في الفتح بما بعد الفسد . قال في رد المحتار : وبهذا التقييد يزول اشكال المسئلة ، وهو ان شرط الضمان عدم الموافاة مع القدرة . ولا شك انه لا قدرة له على الموافاة بالمطلوب بعد موته . فاذا قيد الموت بما بعد الغد يكون قد وجد شرط الضمان قبله ، لأن فرض المسئلة عدم الموافاة به غداً . ورايت في كافي الحاكم قيد بقوله « مات المكفول به قبل الأجل » ثم حل الاجل فالمال على الكفيل » فهذا مخالف لقول الفتح ، بقضي بعد الغد اه لمخصماً .

وكذا نقل الداماد في شرح المنتقى عبارة الكافي وقال ان تقييد صاحب
الفتح مخالف له ونقل في الهندية عن الظهيرية نظير ما في الكافي .

وعبارة الفتاوي الاثني عشرية ٦ نقلاً عن جواهر الفتاوي: رجل كفل بنفس رجل
على انه ان لم يواف به غدا فعليه ما عليه ثبات المكفول عنه قبل مجي الغد ٦ يلزمه
المال اه وكذا ظاهر عبارة العلامة العيني في شرحه على الهداية يوافقه . وعليه
فيبقى الاشكال بحاله وتقريره انه اذا كانت علة ضمان الكفيل هي عدم الموافاة
بالمكفول عنه في الغد ٦ فهذه العلة كما تظهر عند العجز لموته تظهر عند العجز لمرضه
او حبسه . وان كانت علة عدم الموافاة به مع القدرة عليها ٦ فهي عند العجز
لموته اظهر منها عند العجز لمرضه او حبسه . ويمكن دفع الاشكال بأن العجز اذا
كان لمرض او حبس فانما هو عن تسليم يمكن المكفول له من مخصصه كما هو شرط
صحة التسليم ٦ كما يأتي . فالكفيل في نفس الامر قد وفا بشرطه ٦ وهو التسليم
في الغد ٦ وان كان التسليم غير صحيح فلا يلزمه المال ٦ بخلاف العجز للموت . تأمل .
وظاهر اطلاقهم عدم لزوم المال فيها اذا عجز لمرض او حبس ٦ لأن الكفالة
بالمال بطل حكمها بمضي الغد . حتى لو نقه المريض او اطلق المحبوس ولم تسلمه ٦ لم
يلزمه المال ايضاً ٦ لأن الكفالة بالمال معلقة على عدم التسليم غداً وقد مضى الغد
ولم يلزمه المال مع عدم التسليم ٦ فتأمل وراجع . قال في الفتح : فان قيل ينبغي ان
لا يجب المال اذا مات المكفول عنه ٦ لأن شرط صحة الكفالة بالمال بقاء الكفالة
بالنفس وهي زائلة بموت المكفول به على ما عرف وصار كما لو ابرأ المكفول له الكفيل
عن الكفالة بالنفس ٦ فان الكفالة بالمال تبطل ولا يجب المال - اجيب بالفرق بأن
الأبراء وضع لفسخ الكفالة فتفسخ الكفالة من كل وجه - بخلاف الانفاخ
بالموت ٦ انما هو لضرورة العجز عن التسليم المفيد ٦ فيقتصر ٦ اذ لا ضرورة الى تعديها
الى الكفالة بالمال اه ما في الفتح .

ثم انما يلزم المال الكفيل اذا كان التسليم الذي علق عليه الكفالة بالمال ٦ غير
مقيد بالطلب . فلو كان مقيداً لا يلزمه شيء ٦ لما في البرازية : كفل بنفسه على
انه متى طلبه به سلمه اليه ٦ فان لم يسلمه فعليه ما عليه ٦ ومات المطلوب وطالبه
بالتسليم وعجز ٦ لا يلزمه المال لأن المطالبة بالتسليم بعد الموت لم تصح ٦ فاذا لم تصح

المطالبة لم يتحقق العجز الموجب لزوم المال ، فلا يجب اه (افاده في البحر)
وهذا ، اي لزوم المال على الكفيل ، اذا مات المطلوب . اما اذا مات الطالب ،
وهو المكفول له ، فالحكم ان وارثه يطلب من الكفيل احضار المكفول به في
الوقت المعين . وان مضى الوقت طلب منه المال . واما لو مات الكفيل فقد
ذكره بقوله .

✽ واذ اتوفى الكفيل فان سلمت الورثة المكفول به في الوقت
المعين او المكفول به سلم نفسه من جهة الكفالة لا يترتب على طرف
الكفيل شيء من المال . وان لم يسلم الورثة المكفول به او هو لم يسلم
نفسه يلزم اداء المال من تركة الكفيل . ولو احضر الكفيل المكفول
به واختفى المكفول له او تغيّب راجع الكفيل الحاكم لينصب وكيلًا
عنه وليستامه ✽

كما لو اشترى بالخيار فتوارى البائع ، او حلف ليقضين دينه اليوم فتغيّب الدائن ،
او جعل امرها بدها ان لم تصل نفقتها فتغيّب ، فالتأخرون على ان القاضي ينصب
وكيلًا عن الغائب في الكل ، وهو قول ابي يوسف (رد المحتار عن الخانية)
ولو لم يراجع الحاكم حتى مضى الوقت المشروط ، لزمه المال . وكذا يلزمه
اذا لم يوافه لكن المدعي وجد المدعي عليه ولازمه حتى الليل . وكذا يلزمه لو
شرط على الكفيل مكانًا فجاء الكفيل بالمكفول به في ذلك المكاتب وتغيّب
الطالب ، كما في البحر عن فروق الكرايمسي .
ثم قد علمت ان جنون المكفول عنه ، كونه من حيث لزوم المال الكفيل .
بقي ما لو جن المكفول له او الكفيل - لم اره ، والظاهر ان وليها يقوم مقامها ،
وليراجع .

ونصير هذه المادة الكفالة بما عليه لبيان ان معلوميته ليست شرطًا لصحتها ، وقد
تقدم التصريح بذلك في المادة (٦٣٠) قال في البحر : فاذا قال بما عليه
فمما ثبت بالبينة انه عليه لزمه . وكذلك لو قال الكفيل من نفسه : ان لم

اوافقك به غدا فعليّ ما اقر به المطلوب فلم يوافق به غدا فأقر المطلوب ان له عليه خمسمائة ، كان الكفيل ضامناً لما اقر . وليس هذا كما لو قال ان لم اوافقك به غداً فما ادعيت عليه فهو عليّ فلم يوافق به غداً فأدعى الطالب عليه مالا ، لا يلزمه المال . وكذا لو قال ان لم اوافقك به غداً فما ادعيت به عليه فعليّ فلم يوافق به غداً فأدعى الطالب عليه مالا ، لا يلزمه المال (كذا في فتاوي قاضيخان بعد مراجعة نسخة صحيحة) اه .

اقول : وقوله « لا يلزمه المال » معناه انه لا يلزم الكفيل ما بدعيه الطالب بمجرد دعواه ، بل لا بد للطالب من اقامة البينة عليه او اعتراف الكفيل به . وان اقر به المطلوب فاقراه انما ينفذ على نفسه ولا ينفذ على الكفيل ، كما صرح به في الخانية ، حيث قال : رجل كفّل بنفس رجل على انه ان لم يوافق به غداً فعليه ما ادعى به الطالب وادعى عليه الطالب الف درهم وصدقه المطلوب وجمدها الكفيل ، كان القول قول الكفيل مع اليمين على العلم اهو قدما المسئلة معلة في شرح المادة (٦٣٦) نقلاً عن الهندية ، فراجعها . وهذا كله اذا نسب المال المكفول به الى المطلوب بأن قال فعليّ ما عليه . اما لو لم ينسب اليه بأن قال ان لم اوافقك به غداً فعليّ مائة دينار او المائة دينار ، فإن كان الطالب قبل الكفالة قد ادعى تلك المائة وبين وصفها انها رديئة او جيدة او وسط او اشرفية او نحو ذلك ، فالكفالة صحيحة اتفاقاً ، على التوجيه الذي اعتمده الكرخي لكلام محمد ، كما يأتي . واما على التوجيه الذي عول عليه الماثيردي ، فخلافاً محمد ايضاً جار فيها ، كما في الزهلي والشربلاية - والا بان ادعى عليه مالا ولم يبين مقداره ، او بين مقداره ولم يبين وصفه ، او قال لي عليك دعوى ولم يبينها فقلل الكفيل بالنفس ان لم اوافقك به غداً فعليّ مائة دينار او المائة دينار ، ففي صحة الكفالة حينئذ اختلاف .

قلل محمد وابو يوسف . اولا لا تلزمه ، وقال ابو حنيفة وابو يوسف آخرأ تلزمه ، كما في الفتح ، قال : لمحمد وجهان ، احدهما انه علق التزام مال مطلق بخطر هو عدم الموافاة اذ لم ينسب الماية الى ما عليه ، وهو رشوة ، على ان يترك المطلوب في الحال ، فلا يصح التزام هذا المال - او كلامه يمتثل ذلك كما يمتثل

ما يدعيه ، فلا يثبت ذلك بالشك وعلى هذا الوجه عول أبو منصور المازريدي
وهذا الوجه لا يمنع صحة الكفالة بالنفس .

الذاني ان الكفالة بالنفس باطلة لأن صحتها موقوفة على صحة الدعوى ولم
تصح مع جهالة المدعي به من غير بيان ، فلم يجب احضار النفس ، فلم تصح الكفالة
بالنفس ، فلا تصح بالملل لأنه بناء عليه . واذا لم تصح الاولي لم تصح الثانية .
وعلى هذا عول الكرخي وهو مبطل للكفالتين . ولها ان العادة جرت بالاجمال في
الدعاوي قبل الحضور الى مجلس القاضي ، احترازاً عن حيل الخصوم . ثم يقع البيان
فيه فتصح الدعوى على اعتبار البيان . فاذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فيتبين
صحة الكفالة الأولى فيترتب عليها صحة الثانية .

وحاصل هذا ان لا يحكم حال صدورها بالفساد بل الأمر موقوف على ظهور
الدعوى بذلك المقدار ، فاذا ظهرت ظهر انه انما كفل للمدعي ، وهو الطالب به ،
اي بما ادعاه الآن اه ملخصاً .

ثم قال : وفي الخلاصة : اذا كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به غداً -
فعلية الف درهم ولم يقل التي عليه فمضى غد ولم يواف به وفلان يقول لاشي علي
والطالب يدعي الفاً والكفيل ينكر وجوبه على الاصيل ، فعلى الكفيل الف درهم
عند ابي حنيفة وابي يوسف في قوله الأول . وفي قوله الآخر ، وهو قول محمد ،
لاشي عليه . وهذا يقتضي ان الحاصل ان ابا حنيفة وحده . ويستفاد بهذا
ان الالف تجب على الكفيل بمجرد دعوى المكفول له وان كان الكفيل ينكر
وجوبه على الاصيل اه .

قلت : نقل العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر ما نصه : فاذا بين المدعي
ذلك عند القاضي ينصرف بيانه الى ابتداء الدعوى والملازمة ، فيظهر صحة
الكفالة بالنفس والمال جميعاً ويكون القول قوله في هذا البيان ، لأنه يدعي
صحة الكفالة كمن كفل لرجل في غيبته فلما حضر الغائب قال انك اقررت لي
بالكفالة في الحال التي كنت غائباً ، وقال الكفيل لا بل كان ذلك ابتداء كفالة
في غيبتك ولم تصح ، فالقول فيه قول الغائب لأنه يدعي صحة الكفالة والكفيل
يدعي الفساد ونقل مثله عن النهاية وعن معراج الدراية ، قال : وفي غابة البيان :

وبقبل قول المدعي انه اراد ذلك عند الدعوى لأنه يدعي الصحة اه وصرح به
ايضاً في متن التنوير والمخج .

وما في الدر المختار تبعاً للدر من ان القول للكفيل في البيان ، قد رده في
المزبئة وقال انه سهو ظاهر (دراية) لأن قولهم « لأنه يدعي الصحة » يشهد
بذلك ، ورواية لما تقدم نقله من النصوص (افاده في رد المختار)
و كذا ما نقله في الدر والجر عن السراج مما يفيد اشتراط اقرار المدعى عليه بالمال ،
قد رده في رد المختار بقوله ان ما في السراج لا يعارض ما في مشاهير كتب المذهب
التي ذكرناها وقال الساجاني الذي تحرر لي ان يحمل ما في السراج على قول محمد
وقول ابي يوسف نايباً اه وهو ظاهر اه .

اقول : ما حرره الساجاني غير محرر فضلاً عن ان يكون ظاهراً ، لأن
عبارة السراج على ما في البحر هكذا : ادعى على رجل الفأ فأنكره فقال له رجل
ان لم اوافك به غدا فهو علي فلم يواف به غداً ، لا يلزمه شيء ، لأن المكفول عنه
لم يعترف بوجود المال ولا اعترف الكفيل بها ايضاً فصار هذا مالاً معلقاً بخطره ،
فلا يجوز اه وانت تعلم ان المسئلة التي فيها خلاف محمد موضوعها ان الكفيل قد
كفل بماية مثلاً ولم ينسبها الى المال المدعى به ، وظاهر كلام السراج بخلاف هذا ،
كما ان التعليل الذي اتى به صاحب السراج مخالف للتوجيهين السابقين لكلام
محمد ، فليتأمل .

وفي الهندية عن المحيط : اذا شرط في الكفالة بالنفس « ان لم اوافك به غداً
فعلي مائة درهم » ولم يقل « فلي المائة التي عليه » فلم يواف به غداً ، ينظر : ان
اقر الكفيل ان له عليه مائة درهم وقد كفل عنه بذلك ، يصير كفيلاً ، وهذا
ظاهر . وان قال الكفيل : لم يكن للطالب عليه شيء ، وكان هذا مني اقرار الطالب
بمائة درهم ، وقال الطالب كان لي عليه مائة درهم وقد كفلت لي عنه بذلك معلقاً
بعدم الموافاة ، فالقياس ان لا يلزم الكفيل شيء ، ويكون القول قول الكفيل وبه
اخذ محمد رحمه الله تعالى ، وهو قول ابي يوسف رحمه الله تعالى اولاً . وفي
الاستحسان : لزم الكفيل المال ، وهو قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى وابي يوسف
رحمه الله تعالى الآخر اه .

* فروع *

إذا قال ان لم اوافك به غداً فعلي مائة درهم سوى المائة التي لك عليه ، فلم يوافه به غداً ، فهذه المسئلة لا تتأني على قول محمد رحمه الله تعالى وانما تتأني على قولهما . وقد اختلف المشايخ فيها على قولهما . قال بعضهم لا بصير كفيلاً عن غريم آخر ، ولا يلزمه المال اصلاً . وقال بعضهم بصير كفيلاً عن غريم (كذا في المحيط)

إذا قال : ان لم اوافك به فالمائة درهم التي لك على فلان آخر علي ، فالكفالة الثانية جائزة بالاتفاق ان كاتب ذلك الرجل شريك المكفول بنفسه في الدين بأن كان الدين وجب عليهما بسبب واحد ، وكل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه . وان كان ذلك الرجل اجنبياً عن المكفول بنفسه ، فالكفالة الثانية جائزة في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى ، حتى لو لم يواف به غداً لزمه المال . وعلى قول محمد رحمه الله تعالى الكفالة الثانية باطلة — بخلاف ما اذا قال ان لم اوافك به غداً فالمال الذي لك عليه على فلان ، وفلان حاضر وقبل ، فإنه يجوز . واذا قال : ان لم اوافك به غداً فعلي مائة درهم التي لك عليه والطالب يدعي عليه مائة دينار لا مائة درهم فلم يواف به ، لا يلزمه المال بلا خلاف (كذا في الفخيرة)

إذا قال : ان لم اوافك به غداً فالمال الذي لفلان على فلان آخر علي ، لا تصح الكفالة الثانية . واذا قال ان لم اوافك به غداً فالمال الذي لفلان آخر علي هذا المكفول عنه علي ، لا تصح الكفالة الثانية ، بلا خلاف . هكذا ذكر شيخ الاسلام .

ولذا قال : ان لم اواف به غداً فانا كفيلاً بنفس فلان وسمى رجلاً
آ للطالب عليه حتى ، فالكفالة الثانية جائزة . حتى انه اذا لم يواف به غداً بصير كفيلاً بنفس الثاني كذا في المحيط (انكل من الهندية)

المادة ٦٥٢ = * ان كان الدين معجلاً على الأصيل في الكفالة المطلقة ففي حق الكفيل ايضاً يثبت معجلاً . وان كان مؤجلاً على

الأصيل في حق الكفيل ايضاً يثبت مؤجلاً *

لما في منية المنفي : فإن كفل ولم يذكر الأجل ، يجب على الكفيل كما وجب على الأصيل حالاً او مؤجلاً اه .
وقوله « في الكفالة المطلقة » احتراز عن المقيدة ، كما سيأتي في المادة الآتية .
وهذه المادة مكررة مع المادة (٦٣٥) فانظر ما كتبناه هناك .

المادة ٦٥٣ - * يطالب الكفيل في الكفالة المقيدة بالوصف الذي قيدت به من التعجيل او التأجيل *

حتى لو كفل بالحال مؤجلاً ، تأجل عنها . اما عن الكفيل ، فظاهر .
واما عن الأصيل ، فلأن الطالب ليس له حال الكفالة حتى يقبل التأجيل - الأجل الدين ، فالضرورة بتأجل عن الأصيل بتأجيل الكفيل . وهذا بخلاف ما لو كانت الكفالة ثابتة قبل التأجيل ، كما سيأتي في شرح المادة (٦٥٥) فإنه قد تقرر حكمها ، وهو المطالبة ، ثم جاء التأجيل عن الكفيل ، فينصرف الى ما تقرر عليه بها ، وهو المطالبة دون الدين ، كما في فتح القدير .

* تنبيه *

قولهم : « كفل بالحال مؤجلاً ، تأجل عنها » يستثنى منه ما اذا اضاف الكفيل الأجل الى نفسه بأن قال اجلني ، او شرط الطالب وقت الكفالة الأجل للكفيل خاصة ، فلا يتأخر الدين حينئذ عن الأصيل كما ذكره في الهدية ، ونقل (ط) عبارتها .

ويستثنى ايضاً ما لو كفل بالقرض مؤجلاً الى سنة مثلاً ، فهو على الكفيل الى الأجل ، وعلى الأصيل حال ، كما في البحر عن التناخانية معزياً الى البخيرة والغبائية . ثم نقل خلافه عن تلخيص الجامع للعصيري من شموله للقرض ، وان

هذا هو الحيلة في تأجيل القرض . قلت : لكن رده العلامة الطرسوسي في انفع
الوسائل وصرح الحاكم الشهيد في الكافي بأن القرض لا يتأخر عن الأصيل ،
وكنى به حجة (كذا في رد المختار ملخصاً)

❖ تمة ❖

ذكر الزبلي في التبيين: اذا اقر انه كفيـل بدين عن فلان وادعى الأجل
فصدته المقر له وهو الطالب في الدين وكذبه في الأجل : كانت القول قول
المقر له لأنه اقر له بثبوت حق المطالبة بعد شهر ، والمقر له يدعي عليه المطالبة في
الحال ، وهو منكر ، فكان القول قوله - بخلاف ما لو اقر بالدين المؤجل
فصدته المقر له في الدين وكذبه في الاجل ، حيث يكون القول فيه قول المقر له
لأن المقر اقر بالدين ثم ادعى حقاً لنفسه ، وهو الاجل ، فلا يقبل قوله
بلا بينة . ولأن الأجل في الكفالة نوع حتى يثبت فيها من غير شرط بأن
كان الدين مؤجلاً على الأصيل ، وفي الدين عارض حتى لا يثبت الا بشرطه
فكان القول ان ينكر العوارض . وفي النوع القول للمقر لأنه صفة للدين اه
ثم قال : والحيلة فيما اذا كانت عليه دين اي مؤجل وادعى عليه وخاف
الكذب ان انكره ، والمؤاخذة في الحال ان اقر ان يقول للمدعي هذا الذي تدعيه
من المال حال ام مؤجل ؟ فإن قال مؤجل فلا دعوى عليه في الحال . وان قال
حال فينكره وهو صدوق فلا حرج عليه . وقيل من عليه الدين مؤجلاً اذا
انكر الدين وقال ليس له قبلي اليوم حق فلا بأس به اذا لم يرد اتوا . حقه اي
اهلاكه اه . ولم يذكر امر حلته لو استخلف . والظاهر ان له ذلك لان الاذن له
بالانكار ، اذن بالحلف . ولا يخفى ان ليس للنبي في الحال الاقرينة على خلافه فإذا
حلف وقال ليس لك علي حق اي في الحال ، فهو صادق (افاده في رد المختار)

المادة - ٦٥٤ - ❖ كما نصح الكفالة مؤجلة بالمدة المعلومة
التي اجل بها الدين كذلك نصح مؤجلة بمدة از يد من تلك المدة ايضاً ❖

فلو كانت الدين مؤجلاً على الأصيل لشهر فكنله مؤجلاً لشهرين ، صح
وتأجل على الكفيل لشهرين . وانظر هل يتأجل على الأصيل ايضاً لشهرين ، كما
قالوا فيما لو كفل بالدين الحال مؤجلاً انه يتأجل عليها ؟ - لم اره الاآ ،
والظاهر نعم ، لأن العلة المذكورة هناك تظهر هنا ، وليراجع .

المادة ٦٥٥ - * لو اجل الداين دينه في حق الأصيل بكون
مؤجلاً في حق الكفيل و كفيل الكفيل ايضاً والتأجيل في حق
الكفيل الأول تأجيل في حق الكفيل الثاني ايضاً . واما تأجيله في
حق الكفيل فليس بتأجيل في حق الأصيل *

موضوع هذه المادة ان الكفالة كانت ثابتة قبل التأجيل ثم طرأ بعدها
التأجيل ، بخلاف المادتين قبلها . واما كان التأجيل في حق الاصيل تأجيلاً
في حق الكفيل و كفيل الكفيل ، وكذا التأجيل في حق الكفيل تأجيل في
حق كفيله ، لأن ثبوت مطالبة الكفيل بالدين فرع عن ثبوت مطالبة الاصيل .
ويلزم من سقوط الأصل سقوط الفرع كما افادته المادة (٥٠) بخلاف العكس وهو
تأجيل الكفيل ، فإنه لا يوجب تأجيل الأصيل ، لأن الأصل لا يتبع الفرع ،
والأصل لا يوجب الموضوع . وهذا كما يراه الطالب الأصيل من الدين فإنه يلزم منه
برائة الكفيل ، بخلاف العكس ، كما يأتي في المادة (٦٦١) وما يليها .

واما ما قدمناه من انه لو كفل بالدين الحال مؤجلاً تأجل عنها ، فليس
ذلك بطريق التبعية بل بطريق الأصالة للضرورة ، وهي ان الكفالة لم تكن
ثابتة حين التأجيل ، فانصرف التأجيل الى الدين الثابت سمي ذمة الأصيل
كما تقدم .

واعلم ان تأجيل كل واحد من الاصيل او الكفيل يتوقف على قبوله ويرتد
برده . فان اجل الطالب دينه ولم يقبل الكفيل او الأصيل ، فالحال

بطالبان به الحال . وسياقي له زيادة ايضاح في شرح المادة (٦٦٠)

المادة ٦٥٦ - * المديون مؤجلا لو اراد السفر الى ديار اخرى
قبل حلول الأجل وراجع الدين الحاكم وطلب كفيلا يكون المديون
مجبورا على اعطاء الكفيل *

هذا احد اقوال ثلاثة اختاره في المتقى ورجحه صاحب المحيط وحسام الدين
الشهيد وفي المحبية . ثانيها ما في الاضية انه ليس للداين مطالبة بأعطاء الكفيل وان
قرب حلول الأجل . والثالث ما في القنية من التفصيل بأنه ان عرف المديون بالمطل
والتسوية بأخذ الكفيل ، والا فلا . واختارت المجلة ما في المتقى حفظا لحقوق
العباد من الضياع والتلف خصوصا في هذا الزمان .

وفي البحر عن الظهيرية : قالت : زوجي يريد ان يشيب فخذ بالنفقة كفيلا ،
لا يجيبها الحاكم الى ذلك ، لأنها لم تجب بعد . واستحسن الأمام الثاني أخذ الكفيل
رفقا بها ، وعليه التتوى . ويجعل كأنه كفيل بما ذاب لها عليه اه .
وفيه عن المحيط ، بعد ما مر عن ابي يوسف : لو افتي بقول الثاني في سائر الديون
بأخذ الكفيل ، كان حسنا رفقا بالناس اه .

قال : وفي شرح المنظومة لابن الشحنة : هذا ترجيح من صاحب المحيط اه وفي
البيري عن خزانه الفتاوي : بأخذ كفيلا او رهنا بمحقة وان كان ظاهر المذهب
عدمه ، لكن المصلحة في هذا لما ظهر من التعتت والجور في الناس اه وبه افتي المنقي
ابو السعود في معروضاته . وتماه في رد المختار .

المادة ٦٥٧ - * لو قال احد لاخر ا كفلي عن ديني الذي هو
لفلان فبعد ان كفل وادى عوضا بدل الدين بحسب كفالته لو اراد
الرجوع على الأصيل يرجع بالشيء الذي كفله ولا اعتبار للموادي .

واما لو صالح الدين على مقدار من الدين فإنه يرجع بيد الصلح وليس له الرجوع بمجموع الدين . مثلاً لو كفل بالمسكوكات الخالصة وادى مغشوشة يأخذ من الأصيل مسكوكات خالصة . وبالعكس لو كفل بالمسكوكات المغشوشة وادى خالصة يأخذ من الأصيل مغشوشة . كذلك لو كفل مقداراً من الدراهم واداهها صلحاً باعطاء بعض اشياء يأخذ من الاصيل المقدار الذي كفله من الدراهم . واما لو كفل بألف قرش وادى خمسمائة صلحاً رجوع على الأصيل بخمسمائة *

قد افادت هذه المادة عدة فوائد . الاولى ان رجوع الكفيل على المطلوب بما دفعه للدين مشروط بأن تكون الكفالة بأمر ، كما يشير اليه قوله لو قال احد الآخر ا كفاني الخ . وهذا اعم من ان يكون الأمر حقيقة كما مثل ، او حكماً كما اذا كفل الأب عن ابنه الصغير مهر امرأته تم مات الأب واخذ من تركته ، كان للورثة الرجوع في نصيب الأبن . لأنه كفالة بأمر الصبي حكماً لثبوت الولاية - بخلاف ما اذا ادى الأب بنفسه ، فانه ان اشهد رجوع ، والأفلا ، لاحتمال انه ادى تبرعاً ، كما هو المادة . بخلاف ما اذا اشهد ، فإن الصريح يفوق الدلالة . وكما لو جعد الكفالة فبرهن المدعي عليها بالأمر وقضي على الكفيل فأدى ، فانه يرجع وان كان متناقضاً ، لكونه صار مكذباً شرعاً بالقضاء عليه . ثم ان اجازة المطلوب الكفالة قبل قبول الطالب ، بمنزلة الامر بالكفالة ، كافي الدر المنتقى والخانية وغيرها (افاده في الحجر والدر وحواشيه)

وفي كون الاجازة قبل قبول الطالب بمنزلة الامر كلام سنذكره قريباً في التنبيه الآتي .

واما في رد المختار وغيره انه لا بد من تقييد الرجوع بالأمر بقيدتين : الاولى

ان يكون الامر ممن يجوز اقراره على نفسه ، فلا رجوع على الصبي والعبد المحجورين
اذا ادى كفيلها بالامر لعدم صحته منها ، ولكن يرجع على العبد بعد عتقه . واما
الصبي فلا رجوع عليه مطلقاً ولو تكفل الكفيل باذن وليه ، بخلاف الماذون فيها ،
لصحة امره وان لم يكن املاها .

الثاني ان يدفع الكفيل ما وجب دفعه على الاصيل . فلو كفل عن المستاجر
بالاجرة فدفع الكفيل قبل الوجوب ، لا رجوع له على الاصيل قبل حلول الاجل .
ونظيره ما لو ادى المال الى الداين بعد ما ادى الاصيل ولم يعلم به ، لا يرجع به
لانه شيء حكيم فلا فرق فيه بين العلم والجهل كقول الوكيل - اي بل يرجع على
الداين . قلت : وقد مناني شرح المادة (٦٤٦) ان الكفيل اذا عجل ديناً مؤجلاً
ليس له الرجوع على الاصيل قبل حلول الاجل .

الفائدة الثانية التي افادتها هذه المادة انه لا بد للرجوع من ان تكون الكفالة
بأمر نفس المطلوب . يشير اليه قوله « ا كلفني الخ » فلو امر رجلاً ان يكفل عن
فلان لفلان فكفل وادى ، لم يرجع على الامر كما في نور العين (رد المحتار)
الفائدة الثالثة ان الامر انما يعتبر اذا اضاف الامر الدين الى نفسه ، كما ان
يقول اضمن له الف درهم عني او علي . يشير اليه قوله عن ديني الذي هو لفلان .
فلو قال له اضمن له الف درهم ولم يقل عني او هي له علي ونحوه ، فعندهما لا يرجع
الا اذا كان خليطاً . وهي رواية الاصل . وعند ابي يوسف يرجع مطلقاً .

واما ما في الفتح من قوله : « فلو قال اضمن الألف التي لفلان علي لم يرجع عليه
عند الاداء لجواز ان يكون القصد ليرجع او لطلب التبرع فلا يلزم المال ، وان
هذا قول ابي حنيفة ومحمد » فان هذا رواية المجرد عن ابي حنيفة . وقد جزم في
الولوية وغيرها بالرجوع . وانما حكم الخلاف في نحو اضمن له الف درهم ولم يقل
عني او هي علي ونحوه . واجمعوا على ان المأمور لو كان خليطاً ، يرجع . وان
لم يقل له الامر عني او التي هي علي .

والخليط هو الذي في غيال الامر من والدا وولد او زوجة او اجير وكذا
الشريك شركة عتاق ، والذي يأخذ منه وبعطيه وبدائه وبيع عنده المال ،
فالكل يعطى لهم حكم الخليط (افاده في البحر والدر وحواشيه) وسيأتي تمامه

في شرح المادة (١٥٠٦)

الفائدة الرابعة ان قول عامة المتون « فان كفل بأمره يرجع بما ادى »
معناه اذا ادى ما ضمنه . اما اذا ادى خلافه فانما يرجع بما ضمن لا بما ادى .
قال في فتح القدير : حتى لو كان الدين زيوقاً فادى عنها جياداً ، فانما يرجع
بالزيوف . او كان الدين جياداً فادى زيوقاً وتجاوز الطالب بها ، يرجع بالجياد -
بخلاف المأمور باداء الدين ، فإنه يرجع بما ادى . فلو كانت الدين جياداً فادى
زيوقاً يرجع بالزيوف . ولو كان زيوقاً فادى جياداً يرجع بالزيوف ايضاً ، لأن
رجوعه بحكم الأمر ولم تدخل صفة الجودة فيها اذا كان الدين زيوقاً تحت الأمر .
اما الكفيل فانما يرجع بحكم الكفالة وحكمها انه يملك الدين بالأداء فيصير كالتطالب
نفسه فيرجع بصفة الدين ، فصار كما اذا ملك الكفيل الدين بالأثر بأن مات
التطالب والكفيل وارثه فانما له عليه عينه . وكذا اذا وهب الطالب الدين
للكفيل او تصدق به عليه فإنه يملكه وبتطالب المكفول عنه بعينه .

فان قيل : ينبغي ان لا يصح هبة الدين من الكفيل لأن هبة الدين انما تصح ممن عليه
الدين وليس الدين على الكفيل على المختار ، اجيب بأن هبة الدين من غير من عليه الدين
انما لا يجوز اذا لم يأذن للغير بقبضه . فاذا وهب الدين من آخر واذن له بقبضه ،
جاز استحساناً . وهنا بقصد الكفالة سلطه على قبضه عند الاداء . بخلاف المأمور
بأداء الدين ، فإنه يرجع بما ادى لأنه لم يملك الدين بالأداء كما ذكرنا قريباً :
وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف المكفول بها على خمسية ، حيث
يرجع بما ادى وهو الخمسية ، لا بما ضمن وهو الالف ، لانه اسقاطا هو ابراء عن
بعض الدين ، فيسقط البعض ولا ينتقل الى الكفيل ، فصار كما اذا ابرأ الكفيل
عن خمسية لا يرجع الكفيل على المكفول عنه الا بخمسية اهـ لمخصاً
وقامه فيه .

وقوله « حيث يرجع بما ادى وهو الخمسية الخ » قال الزبلي : الا اذا صالحه
على ان يهبه الباقي ففعل ، فيحتسب يرجع عليه بجميعة ، لانه ملك الدين كله ، بعضه
بالاداء وبعضه بالهبة اهـ .

* تنبيهات *

الاول: ما قدمناه آنفاً عن الدر والمنتقى والخانية من ان اجازة المطلوب الكفالة قبل قبول الطالب بمنزلة الامر بالكفالة . وكذا ما ذكره في الدر المختار عن العمادة من انه لا رجوع للكفيل بلا امره ، الا اذا اجاز ، يعني المطلوب في المجلس ، فيرجع . وقال في حاشية رد المختار: اي اجاز قبل قبول الطالب . فلو كفل بمحضرتها بلا امره فرضي المطلوب اولاً ، رجوع . ولورضي الطالب اولاً ، لا ، لتتمام العقد به ، فلا يتغير (قهستاني عن الخانية)

وعلى في البحر عدم اعتبار الاجازة اذناً بعد المجلس بأن الكفالة لزمته وتنفذت عليه بغير امر غير موجبة للرجوع ، فلا تنقلب موجبة للرجوع اهـ ومثله في الفتح وغيره .

فجميع ما ذكر انما يظهر على القول الذي مشث عليه المتون ، وهو ان الكفالة لا تتم الا بايجاب من الكفيل وقبول من الطالب . اما على ما اختارته الجملة في المادة (٦٢١) وهو قول ابي يوسف من انها تمقد وتنفذ بايجاب الكفيل فقط ، فلا يظهر ، لان تمام العقد قد حصل بالايجاب . وعليه فالظاهر من التعليل السابق ان اجازة المطلوب لا حكم لها ، فلا تكون اذناً للكفيل موجبة للرجوع ، بلا فرق بين حصولها قبل قبول الطالب او بعده ، فليتنبه لذلك .

الثاني : الكفيل بلا امر انما لا يرجع على المطلوب بما دفعه اذا لم يهب له الطالب الدين . فحيلة من كان كفيلاً بالنفس ولم يقدر على تسليمه فقال له الطالب ادفع الي مالي على المكفول به حتى تبرأ عن الكفالة فاراد ان يدفعه على وجه يكون له حق الرجوع على المطلوب ، ان يدفع مقدار الدين للطالب ويهب الطالب ماله على المطلوب ويؤكله بقبضه ، فيكون له حق المطالبة . وكذا من كان كفيلاً بلا امر يهب الطالب ماله على المطلوب . ولا حاجة هنا الى التوكيل بالقبض لان عقد الكفالة بالمال يتضمن الاذن بالقبض عند الآداء ، وان كانت الكفالة بدون اذن ، على ما استظهره في رد المختار - بخلاف الكفالة بالنفس فيحتاج فيه الى التوكيل بالقبض ، اذ لا تصح الهبة بدونه . لكن لا بد من ان تكون الهبة سابقة على اداء الكفيل في

المستثنى ، كما في رد المحتار ، او يكون الكفيل قد دفع قدر الدين من غير تعرض
لكونه دين الاصيل ، اي بأن يدفعه للطالب على وجه الهبة كما ذكره (ط) - والا
كانت هبة دين سقط بالاداء فلا تصح . ونترك الفاضل الاول على الفاضل الثاني
هنا لم يظهر لي وجهه ، فليراجع .

تمة

قد ذكرنا في بحث الحبس من كتاب القضاء ان المكفول له يتمكن من حبس
الكفيل والاصيل وكفيل الكفيل وان كثروا ، واطبقت المتون ان الكفيل ليس
له ان يطالب الاصيل بالمال قبل ان يؤدي الكفيل عنه . وعللوا ذلك بأن تملك
الكفيل الدين انما يثبت له بالاداء ، لا قبله ، فلا رجوع له قبل التملك . لكن
ان لزم الكفيل ، لازم هو الاصيل ايضا حتى يخلصه . واذا حبسه الطالب ، حبس
هو الاصيل . قال في الدر : هذا اذا كفل بأمره ولم يكن على الكفيل للمطلوب دين
مثله ، والا فلا ملازمة ولا حبس اه قال (ط) وقيد في البحر ايضا بما اذا كان المال
حالا على الاصيل كالكفيل ، والا فليس له ملازمة اه .

واقاد في رد المحتار ان الشربلالي قيد الاول ، وهو قولهم ان الطالب حبس
الكفيل ، بما اذا لم يكن المطلوب من اصول الطالب . فلو كان اياه مثلا ليس له
حبس الكفيل ، لما يلزم من فعل ذلك بالمطلوب ، وهو ممنوع - اي لانه لا يحبس
الاصل بدين فرعه ، واذا امتنع اللازم امتنع الملزوم . وان ما ذكره الخبير الرمي
تفقا مما يفيد ان الطالب الذي هو فرع المكفول حبس الكفيل الاجنبي ، واذا
حبسه فله اي للكفيل حبس المكفول الذي هو اصل الدين ، معللا بأنه انما يحبس
بحق الكفيل ، فلم يدخل في قولهم « لا يحبس اصل في دين فرعه » لانه انما حبسه
اجنبي فيما ثبت له اه ، مردود بأن المطلوب انما يحبس بدين الطالب حقيقة ، لما
علمت من ان الكفيل لا يملك الدين قبل الاداء ، فبقي الدين للطالب فيلزم المحذور ،
وهو حبس الأصل بدين فرعه . وان كان الحابس له . باشرة غير الفرع اه واقاد
في رد المحتار ايضا ان القهستاني استثنى من الثاني ، وهو قولهم للكفيل حبس المكفول
اذا حبسه الطالب ، ما اذا كان الكفيل كفيلا عن احد الابوين او الجددين ،

فأنه ان حبس لم يجبه ، لكونه اصله اه - اقول : لكن يعكرو على هذا ما تقدم من ان الكفيل لا يملك الدين قبل الاداء . فلو حبس المطلوب الذي هو اصل للكفيل لكان محبوباً بدين الاجنبي ، وهو الدائن ، لا بدين فرعه الكفيل ، فليتأمل . ثم اعلم انه قد اتفقت كلمة المتون على ان الاصيل لو دفع المال لكفيله قبل ان يدفع الكفيل للطالب ، فليس له ان يسترده منه وان لم يعطه للطالب . زاد في الدر عن الجمر انه لو نعي الكفيل عن دفعه للطالب ، لا يعمل نفيه . وععل المسئلة في الهداية وغيرها بأنه قد تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين ، فلا تجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال - كن عجل زكاته ودفعها الى الساعي اه قال في مجمع الانهر : وانما ينقطع هذا الاحتمال بأداء الاصيل بنفسه . فاذا ادّى بنفسه ، يسترد من الكفيل ما اخذه اه اي ويعمل نفيه اذا نجاه عن الدفع ، كما في الدر .

وهذا كله اذا كان الكفيل كفيلاً بالأمر ، والاّ فإن كانت الكفالة بلا امر ، ملك الاصيل الاسترداد وعمل النهي ، كما في عانة الشروح . قالوا : وهذا اعم من ان يكون الكفيل قد ملك المال المدفوع له بالقبض بأن يكون الاصيل قد دفع له المال على وجه القضاء ، كأن يقول له اني لا آمن ان يأخذ الطالب منك حقه فأنا اتضيك المال قبل ان تؤديه . وكذا لو اطلق حين الدفع ولم يقل قضاء ولا بجهة الرسالة ، فإنه يقع عن القضاء ، كما في الشرنبلالية عن التنية ، او لم يملكه بأن يكون الاصيل قد دفع له على وجه الرسالة ، كأن يقول له خذ هذا المال واعط الطالب ، فإنه اذا كان على وجه القضاء فقد ملكه بالقبض ، وحيث ملكه فلا يملك الاصيل استرداده . ان كان على وجه الرسالة فهو وان لم يملكه بالقبض لتمحضه امانة في يده ، لكنه تعلق به حقه على احتمال قضائه الدين ، كما تقدم أنّما عن الهداية ، فلا يملك الاسترداد ايضاً ، فلا فرق بين ما اذا كان الدفع على وجه القضاء وبين ما اذا كان على وجه الرسالة ، الاّ من حيث ان الكفيل يملك المال بقبضه من الاصيل في الأول ، ولا يملكه في الثاني .

وفرعوا على هذا ان الكفيل لو ربح في هذا المال يكون الربح حلالاً طيباً له ان كان الدفع على وجه القضاء ، ولا عليه ان يتصدق به لأنه نماء ملكه ، فلا فرق بين ان يقضي هو الدين او يقضيه الاصيل . وان كان الدفع على وجه الرسالة ،

لا يطيب له الربح على قولها ، و يطيب عند أبي يوسف ، كمن غصب من انسان و ربح فيه بتصدق بالربح عندهما ، لأنه استفاده من اصل خيبت ، و يطيب له عنده ، مستنداً بحديث الخراج بالضممان ، كما في الفتح .

وهذا الذي ذكرناه هو ما اقتضاه اطلاق عامة المتون و صرح به عامة الشراح ، كالزبلي و الفتح و العيني و البحر و النهر و كافي النسفي و الكفاية و العناية و المعراج و الدرر و شروح الملتقى وغيرها . نعم نقل العلامة الطحطاوي عن غيبة البيان ان له الاسترداد ، لكنه مخالفٌ لعامة المعتبرات ، فلا يلتفت اليه .

واما ما ذكره في رد المحتار من انه قد اشار في كافي الحاكم الشهيد الى ما ذكره في غيبة البيان من انه يملك الاسترداد اذا كان الدفع على وجه الرسالة ، و كذا اشار اليه في الهداية و قال وهو المتبادر ايضاً مما في المتون من ان الربح يطيب له ، ففيه ان غيبة ما ذكره هو لاه انهم عللوا عدم طيب الربح فيما اذا كان الدفع على وجه الرسالة ، بكون المدفوع امانة في يد الكفيل ، وهذا لا يلزم منه ان يملك الدافع استرداده ، لما علمت من انه تعلق به حق القابض ، كمن عجل الزكاة قبل الحول ، فإنه لا يملك استرداده لتعلق حق القابض به على احتمال ان يتم الحول و النصاب قائم ، كما في الفتح - و من اشترى شيئاً بشرط الخيار و نقد الثمن قبل مضي مدة الخيار ثم اراد ان يسترده قبل نقض البيع ، ليس له ذلك ، لأن الدفع كان لغرض وهو ان يصير زكاة و ثمناً عند مضي الحول و مضي مدة الخيار . فما دام هذا الاحتمال قائماً ، لا يسترد ، كما في الزبلي .

وقد قال في مجمع الانهر شرح ملتقى الايجر ما نصه : واما مناقله الناضل المعروف بابن الشيخ في شرح الوقاية من انه لو دفع على وجه الرسالة فله ان يسترد لأنه محض امانة في يده ، مخالفٌ لأكثر المعتبرات ، كما لا يخفى اه

اقول : و كيف يكون تعليقهم المذكور فيه اشارة الى ما ذكر وقد صرح المعلقون بخلافه ، فافهم .

هذا وما ذكره الشارح سليم باز من ان دفع الأصيل للكفيل ان كان قبل حلول الأجل فله ان يسترده منه مطلقاً ، لم اره لغيره ولا مستند له فيه ، وهو مخالفٌ لأطلاق المتون و الشروح . بل ذكر في الفتح ما يشير الى رده ، حيث

قال في تعليل حل الربح للكفيل : لأنه ، اي الكفيل ، وجب له بمجرد الكفالة بالأمر على الأصيل مثل ما وجب للطالب على الكفيل ، وهو المطالبة . لكن اخرجت مطالبة الكفيل الى ادائه فنزل ما للكفيل على الاصيل بمنزلة الدين المؤجل ، لو عجل المدينون الدين المؤجل يملكه الدابن بالقبض اه اي فلا يملك استرداده ، فتنبه .

نعم قل في رد المختار عن محشي مسكين ان عدم الاسترداد مقيد بما اذا لم يؤخره الطالب عن الأصيل او الكفيل ، فان اخره له ان يسترده اه قال في رد المختار : لكن قوله « او الكفيل » لم يظهر لي وجهه ، تأمل اه فان كان الشارح سليم باز قد قاس مسئلته على هذه فقد اخطأ ، لأنه ليس من اهل القياس . على انه عند التأمل قياس مع الفارق ، فليتأمل . هذا ما ظهر لي في تقرير هذا المحل .

المادة ٦٥٨ - * لو غرّ احد آخر في ضمن عقد المعاوضة بضمن ضرره . مثلاً لو اشترى احد عرصة وبني عليها ثم استحققت ، اخذ المشتري من البايع ثمن الارض منغ قيمة البناء حين التسليم . كذلك لو قال احد لاهل السوق هذا الصغير ولدي بيعوه بضاعة فاني اذنته للتجارة ثم بعد ذلك لو ظهر ان الصبي ولد غيره فلاهل السوق ان يطالبوه بضمن البضاعة التي باعوها للصبي *

اعلم ان الفرور لا يوجب الرجوع فلو قال اسلك هذا الطريق فسلكه فأخذه اللصوص ، او قال كل هذا الطعام فانه ليس بمسموم فأكله ومات ، لم يضمن . وكذا لو اخبره رجل انها حرّة فتزوجها ثم ظهر انها مملوكة ، فلا رجوع بقيمة الولد على المخبر .

واستثنوا من ذلك اربع مسابيل : احداها ما في هذه المادة ، وهو ان يكون الفرور في ضمن عقد معاوضة كبيع صحيح او فاسد . واخرج به عقود التبرعات

كالمبة والصدقة ، فإن الغرور لا يوجب الرجوع فيهما . وكذا اخرج الرهن لأنه عقد وثيقة لا استيفاء عين حقه ، لا عقد معاوضة . وفي البيروني عن المبسوط ان الغرور في عقد المعاوضات يثبت الرجوع لأن العقد يستحق صفة السلامة من العيب ، ولا عيب فوق الاستحقاق . فأما بعقد التبرع فلا أن الموهوب له لا يستحق الموهوب بصفة السلامة اه فلو بنى مشتري العرصة فيها بناء ثم استحققت ، فكما يسوغ له الرجوع بقيمة العرصة يسوغ له الرجوع ايضاً بقيمة البناء بعد ان يسلمه ، اي البناء ، للبائع . وفي هذا قيود وتفصيلات ذكرناها في مسابيل الاستحقاق من التذنب الذي الحقتاه آخر كتاب البيوع من هذا الشرح ، فلتراجع .

وكذا لو قال لأهل السوق بايعوا ابني فلاناً او ابني هذا فقد اذنت له في بيع التجارة فظهوره ابن غيره ، فإن اهل السوق يرجعون عليه فيما يثبت لم عليه . وهذا الرجوع شرطه شيان : ان يضيف الابن الى نفسه ، وان يأمر بمبايعته . والا فلا رجوع . فان قيل ان التفرير لم يوجد في ضمن عقد المعاوضة هنا ، قلنا انه بقوله « بايعوا ابني الخ » يجعل ضمناً للدرك فيما يثبت لم على الابن في عقد المبايعه دفعا للغرور عن الناس ، فحصل التفرير في هذا العقد ، اي عقد مبايعه الناس له .

ومما في ضمن عقد المعاوضة ما في الدرر : لو قال الطحان ، اي طحان الماء : اجعل الخنطة في الدلو فجعلها فيه فذهب ما كان فيه الى الماء والطحان كان عالماً به ، بضمن ، لانه صار غاراً في ضمن العقد اي عقد الاجارة .

المسئلة الثانية من المسابيل الاربعه المستثناة ان يكون الغرور في قبض يعود نفعه الى الدافع ، كوديعة واجارة . فلو هلكت الوديعة والعين المستأجرة ثم استحققت وضمن المودع والمستأجر للمشتحق ، فانما يرجعان على الدافع بما ضمنه ، لأن الدافع قد غر المودع او المستأجر حيث اودعه او آجره ملكه ومنفعة القبض باستحقاق الاجرة وحفظ الوديعة عابدة عليه . وكذا ما كان بمعنى الوديعة والاجارة ، كرب المال في المضاربة واحد الشرىكين في الشركة - بخلاف ما اذا كان منفعة القبض فيه عائدة للقابض ، كالمارية والمبة ، فانه لا رجوع للمستعير والموهوب له اذ قبض كل منهما كان لنفسه ومنفعته عابدة عليه .

الثالثة : ان يكون الغرور بالشرط ، كالزوج امرأة على انها حرة وهو وليها

او وكيل عنها ثم استجقت بعد ان استولدها ، فإنه يرجع على المخبر بما ضمنه من قيمة الولد - بخلاف ما اذا أخبره بأنها حرة فتزوجها ، كما مر آنفاً .
الرابعة : ان يضمن الغازي صفة السلامة للمفروز نصاً ، كما لو قال اسلك هذا الطريق فإنه آمن وان اخذ مالك فأنا ضامن ، فإنه يضمن . هذا حاصل ما في الدر وحواشي (ط) وبن عابدين والاشباه وشروحها .

وقدمنا اواخر شرح المادة (٦٢٩) ان الضمان في هذه المسئلة ليس من حيث صحة الكفالة حتى يرد ان الكفالة المعلقة مع جهالة المكفول عنه غير صحيحة ، بل من حيث انه غره والغرور يوجب الرجوع اذا كان بالشرط ، وعلى فرض ان ضمان الغرور في الحقيقة هو ضمان الكفالة ، نقول انهم اجازوا الضمان في هذه المسئلة مع جهالة المكفول عنه ، زجراً له عن هذا الفعل ، كما في تضمين الساعي اهـ .

= الباب الثالث =

✽ في البرائة من الكفالة ويحتوي على ثلاثة فصول ✽

✽ الفصل الاول ✽

✽ في بيان بعض الضوابط العمومية ✽

المادة ٦٥٩ = ✽ لو سلم المكفول به من طرف الأصيل او الكفيل الى المكفول له يبرأ الكفيل من الكفالة ✽

سواء كان المكفول به نفساً او مالاً وان لم يقل الكفيل حين الكفالة اذا دفعته اليك فأنا بريء ، لأن موجب التسليم البرائة فتثبت به وان لم ينص عليها (زبلي) وفي البحر اطلقه فشمس ما اذا قال سلمته اليك بحكم الكفالة اولاً . وهذا

اذا كان التسليم بعد ان طالبه به المكفول له . واما اذا لم يطلبه ، فلا بد ان يقول ذلك . واذا ادى الطالب بقسط المكفول به ، برأ الكفيل ولا يحتاج فيه الى النص ، لان الظاهر ان لا يقر الا باستيفاء حقه . ولو سلم الكفيل المكفول به الى الطالب فاني ان يقبله اخبر على قوله يعني انه يبرأ قاطباً ، كالصاحب اذا رد العين والمديون اذا دفع الدين . بخلافه ما اذا سلمه فضولي ، اذ في غير ما مر بذلك .

وكذا يبرأ الكفيل بتسليم المظلوب نفسه وتسليم وكيل الكفيل ورسوله اليه ، لان المكفول به يطالب بالتسليم وواجب عليه ان يسلم نفسه . فاذا سلم فقد حصل المقصود ، فلا معنى لبقاء الكفالة بعد ذلك . ووكيل الكفيل يقوم مقامه ورسوله منبر عنه فيكون فعلها كفالة . لكن شرط برائه ان يقول كل واحد من هؤلاء « سلمت اليك بحكم الكفالة » .

ولو سلمه اليه رجل اجنبي يعبر امرؤ الكفيل وقال عند الدفع سلمته اليك عن الكفيل ، فان قبله الطالب برأ الكفيل . وان مكث الطالب ولم يقبل قبلت ، لم يبرأ الكفيل (زيلعي) .

وفي العمى اطلقه يعني المكفول له يسلم ما اذا كان غير صاحب الحق ، كما اذا كان الاخذ للكفيل ووكيل الدليل ، غيراً بتسليمه الى الموكل مطلقاً ، والى الوكيل ايضاً ان اضاف الكفالة الى نفسه بان قال اكفل لي فلاناً ، وان اصابه الى موكله بان قال اكفل بفلان لفلان ، لم يبرأ بتسليمه الى الوكيل ، لانه رسول . وكما اذا اخذ القاضي من المدعي عليه كفيلاً بالنفس بطلب المدعي او بتبر طلبة وصلحه الكفيل الى القاضي ، يبرأ . وان سلمه الى المدعي ، لا يبرأ . هذا اذا لم يصفه القاضي . فان اصابه وقال القاضي ان المدعي يطلب منك كفيلاً بنفسه فاعطه كفيلاً بنفسك فسلم الكفيل للقاضي ، لا يبرأ . وان سلمه الى المدعي ، لا يبرأ . ورسول القاضي وامينه كالتقاضي .

ولو كفيل بضمانك الموضي سلمه الى الورثة او الى الغريم ، لا يبرأ . ولو كفيل بتفسير لا يخل على ان يسلمه الى المكفول له متى طالبه به ثم سلمه اليه قبل ان يطلبه ولم يقبل ، يبرأ ، لان حكم الكفالة وجوب التسليم ، وهو ثابت في الحال . وقوله « على ان يسلمه اليه متى طالبه » يذكر لنا كيداً ، لا للتطبيق .

فقد سلمه اليه حال كونه كفيلاً ، فيبراً (اه ما في البحر معزباً الى التارخانية
والخانية والبزازية والقنية)

وفي الهندية : لو ضمن لرجل الفاعل على فلان فبرهن فلان انه كان قضاء اياها
قبل الكفالة ، فإنه يبرأ الاصيل دون الكفيل . ولو برهن انه قضاء بعدها ،
يبرأ اه قال في البحر : هذا ليس من البرائة ، وانما تبين انه لا دين على الاصيل ،
والكفيل عومل باقراره ، لأن البينة لما قامت على الاداء قبل الكفالة ، علم ان
ما كفل به الكفيل غير هذا الدين اه

وفي رد المحتار ما نصه : وكذا يبرأ الكفيل لو شرط الدفع من ودعة فهلكت .
ففي الكافي : لو كفل بألف عن فلان على ان يعطيه اياه من ودعة لفلان عنده ،
جاز . فأب هلكت الودعة ، فلا ضمان على الكفيل اه .

وفيه ايضاً : لو كفل عن رجل بالثمن فاستحق المبيع من يده او رده بعيب ولو
بلا قضاء او بأقالة او بخيار روية او بفساد البيع ، برأ الكفيل . وكذا لو بطل
المهر او بعضه عن الزوج بوجه ، برأ بما بطل على الزوج . او ضمن المشتري الثمن
لغير المبيع فاستحق المبيع من يد المشتري ، بطلت الكفالة ايضاً . وكذلك الحوالة .
اما لو رده المشتري بعيب ولو بلا قضاء ، لم يبرأ الكفيل ويرجع به على الباع .
وكذا لو هلك المبيع قبل التسليم او ضمن الزوج مهر المرأة لغيرها ثم وقعت بينها
فرقة من قبله او قبلها ، لم يبطل الضمان . وتماه فيه اه وفي الهندية : لو كفل
رجلاً بمال لرجل ثم باع الاصيل من الطالب عبداً بذلك المال وسلمه اليه حتى
برأ الكفيل عن الكفالة حكماً ببرائة الاصيل ثم استحق العبد من يد الطالب
او رده الطالب بالعب بقاء القاضي ، عاد المال على الكفيل . ولو رده بفسد
قضاء لا يعود المال عليه اه - اقول : ونقل في البحر عن التارخانية مثله لكن
نقل محشيه ابن عابدين عن حاشية الرملي عن الصغرى ان الكفالة لا تعود موالاً
كان الرد بعيب بقضاء او رضى . ثم قال : والحاصل ان في المسئلة خلافاً بينهم ،
فتنبه اه .

المادة ٦٦٠ - * لو قال المكفول له ابرأت الكفيل او لیس لي عند الكفيل شيء يبرأ الكفيل *

وان لم يقبل الكفيل الابراء ، اذ لا دين عليه ليجتاج الى القبول ، بل عليه المطالبة ، وهي تسقط بالابراء ، ولو وهب الدين له اي للكفيل ان غنياً او تصدق عليه ان كان فقيراً ، يشترط القبول ، كما هو حكم الهبة والصدقة . وهبة الدين من غير من عليه الدين نصح اذا سلط عليه ، والكفيل منسلط على الدين في الجملة ، وبعد القبول له الرجوع على الأصيل اه (درر) قال في حاشيته للشرنبلالي : وحاصله ان حكم الأبراء والهبة في الكفيل مختلف ، ففي الأبراء لا يجتاج الى القبول ، وفي الهبة والصدقة يجتاج . وفي الأصيل متفق فيحتاج الى القبول في الكل ، وموته قبل الرد والقبول كالقبول اه

اقول : وكون صحة ابراء الأصيل تتوقف على قبوله ، يتأنيه ما سيأتي في المادة (١٥٦٨) من انه لا يتوقف الابراء على القبول . قالوا : لأنه اسقاط والاسقاط لا يتوقف على القبول ، كما في الاشياء . ويمكن التوفيق بأن المراد بالقبول في عبارتي الدرر والشرنبلالية ما يشمل السكوت وعدم الرد ، بدليل قوله « وموته قبل الرد والقبول كالقبول » وفي قولهم « لا يتوقف الابراء على القبول » انه لا يتوقف على التصريح بقوله « قبلت » وعبارة النهاية ، كما في البحر ، ان ابراء الأصيل وتأجيله يرتدان بالرد ، وبراء الكفيل لا يرتد بالرد . واما تأجيله فيرتد بالرد اه قال العلامة الطحطاوي : ومحصله ان الأبراء لا يتوقف على قبوله لكنه يرتد بالرد اه .

فتلخص من هذا كله ان ابراء الطالب الأصيل لا يتوقف على تصريح الأصيل بالقبول ، بل على عدم رده اياه ، حتى لو رده ارتد . نعم لو رده بعد التصريح بقوله ، يكون الرد غير معتبر ، كما سيأتي في المادة المذكورة آنفاً .

ثم اذا ارتد الابراء برد الاصيل ، هل يعود الدين على الكفيل ام لاخلاف ؟ قال في رد المحتار عن التتارخانية : لا ذكر لهذه المسئلة في شيء من الكتب . واختلف

المشايج ، فمنهم من قال لا يبرأ الكفيل ، اي برد الاصيل الابرأ ، كما في الهبة .
ومنهم من قال يبرأ الكفيل اه .

وقول الدرود « وبعد القبول له الرجوع على الاصيل » يعني في الهبة والصدقة .
اما في الابرأ ، فلا رجوع له ، لأن الإسقاط لا يثبت للكفيل الرجوع لعدم
ملكه الدين ، كما في الهندية ، وهو ظاهر . وافاد في الفتح والتبيين وغيرهما ان
ابرأ الاصيل وتأجيله يرتدان برده . واما الكفيل فلا يرتد براءة الابرأ ، بل
التأجيل والفرق ان الابرأ إسقاط محض في حق الكفيل ليس فيه تفليك حال لان
الواجب عليه مجرد المطالبة ، والاحتفاظ المحض لا يحتمل الرد والتلاشي الساقط
بخلاف التأخير ، لعوده بعد الاجل اه .

لكن نقل في البحر عن الخانية : لو قال اخوجك عن الكفالة فقال الكفيل
لا اخرج ، لم يصح خارجا اه ثم قال في البحر : ثبت ان ابرأ الكفيل ايضا يرتد
بالرد اه قال في رد المحتار : ويظرفيه في النهرو لم يبين وجهه ، واجاب المقدسي
بان ما في الخانية في معنى الاقالة لتفقد الكفالة ، فثبت لم يقبلها الكفيل بطلت ،
فتبقى الكفالة - بخلاف الابرأ لانها محض إسقاط فيتم بالمسقط اه على
ان ما تقدم الاول هو المذكور في الهداية ومنصور عليه في كفاي الحاكم اه .

وقال في حاشيته على البحر : ويمكن ان يقال ان ما في الخانية مبني على خلاف
الصحيح ، تأمله اه .

المادة ٦٦١ = * لا تلزم براءة الاصيل من براءة الكفيل *
قال في شرح المصنف : انما لا تلزم براءة الاصيل من براءة الكفيل ، لان
الكفيل لا يملك الدين ، وهو لا يبرأ منه ، بل يبرأ الكفيل منه ، لان
الكفيل لا يملك الدين ، وهو لا يبرأ منه ، بل يبرأ الكفيل منه ، لان

كأنه لا يملك من التأجيل على الكفيل التأجيل على الاصيل ، لعدم تبعية
الاصل لفرعه ، كما في الدرود وغيره ، لا تقدم تمامه في شرح المادة (٦٥٥)

المادة ٦٦٢ - * براءة الاصيل توجب براءة الكفيل *
قال في شرح المصنف : انما لا تلزم براءة الاصيل من براءة الكفيل ، لان
الكفيل لا يملك الدين ، وهو لا يبرأ منه ، بل يبرأ الكفيل منه ، لان

لا تقدم في المادة (٦٥٠) من انه اذا سقط الاصل سقط الفرع . وهذا اذا لم

بره الاصيل الابراء ، والا فقد علمت بما قدمناه في شرح المادة (٦٦٠) اختلاف
المشاخ في برائة الكفيل حينئذ

❖ فرع ❖

طالب الذابن الكفيل فقال له اصبر حتى يجي الاصيل فقال لانعلق لي عليه
انما تعلقى عليك ، هل يبرأ ؟ اجاب نعم . وقيل لا ، وهو المختار . كذا في الدر
من القصة لان الناس لا يبردون نفي التعلق اصلاً ، وانما يبردون نفي التعلق الحسي
والذي لا تعلق به تعلق المطالبة . على ان ابراء الاصيل يتوقف على قبوله ولم يوجد
(كذا في رد المختار)

وقوله « على ان ابراء الاصيل الخ » فيه نظر ، يعلم محله قدمناه للشرح
المادة (٦٦٠)

وفي الهندية : ولو وهب الطالب المال من المطالب فبات قبل الرد فهو يبرأ
وان لم يمت فرد الهبة ، فرد صحیح والمال على المطلوب وعلى الكفيل على حاله ولو
كان الابراء والهبة بعد موته وقبل ورثته ، صح . ولو رد ورثته او بذو وبطل الابراء
في قول ابي يوسف رحمه الله تعالى ، لان الابراء بعد الموت ابراء للورثة . وقال
محمد رحمه الله تعالى لا يبرئ بردهم ، كما لو ابراه في حال حيائه ثم مات قبل القبول
والرد اه .

(في الدر)

❖ الفصل الثاني ❖

في البرائة من الكفالة بالنفس =

المادة ٦٦٣ =

لو سلم الكفيل المكفول به في محل يمكن فيه

الخاصة كالتبذ او القصة الى المكفول له ، يبرأ الكفيل من الكفالة

قبل المكفول له او لم يقبل . ولكن لو شرط تسليمه في ابتلاء المعينة ،

لا يبرأ بتسليمه في بلدة اخرى . ولو كفل على ان يسلمه في مجلس
الحاكم وسلمه في الزقاق ، لا يبرأ من الكفالة . لكن لو سلمه في
حضور ضابط يبرأ *

اطلق التسليم فشمّل ما اذا كان للتسليم وقت فسلمه قبله لانه الاجل حق الكفيل ،
فله اسقاطه - كالدين الموجب اذا قضاء المدبون قبل الحلول والتسليم ، يكون
بالتخلية بينه وبين الخصم ، وذلك يرفع الموانع ، فيقول له هذا خصك فخذ
ان شئت .

وفي القنية : كان المكفول له جالساً مع قوم في مدرسة فجاء الكفيل بالمكفول
عنه وقال له ما هو المكفول عنه فلم يجلس بل مرّ وخرج الى باب آخر ، فهذا القدر
تسليم منه اهـ (بجر) وقد مرنا الكلام على مسابيل التسليم في شرح المادة (٦٥٩)
فلتراجع .

وقوله « في محل يمكن فيه المخاصمة » احترز عما اذا سلمه في بركة اوسواد
يعني الرساتيق ، فانه لا يبرأ لعدم قدرته على مخاصمته في ذلك المكان . وهو نظير
ما اذا سلم المدبون الذين للطلاب حين خرج للصوص ، فانه لا يبرأ ولو سلمه
الكفيل ليلاً في مكان لا يمكنه فيه العصمة وفرته ، فإن كان التسليم بطله ،
خرج عن الهدية ، والا فلا (لخطاوي)

ثم ان اطلاق قوله « في محل يمكن فيه المخاصمة الخ » يشمل ما اذا كان المحل
الذي سلم فيه غير المحل الذي انعقدت فيه الكفالة . فلو كفله في مصر وسلمه
في مصر آخر من الأمصار ، يبرأ ، وهو المذكور في الهداية وغيرها . وهذا قول
ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، وعندهما يشترط ان يكون هو المصر الذي كفل فيه .
وقولها اوجه ، كما في الفتح . وقيل انه اختلاف عصر وزمان ، لا حجة وبرهان .
وقامه في الزبلي (كذا في رد المختار) - اقول : وعليه : فيمكن حمل اطلاق
هذه المادة على ما اذا كان المحل المذكور هو محل الكفالة ، تأمل .
وهذا كله اذا لم يشترط التسليم في محل معين ، كالمحل الذي كفل فيه او

غيره . فلو شرط ، فعدم برائه بالتسليم في غير المعين على قولها ظاهر ، وعلى قوله
اختلف المشايخ ، كما في الهندية . ولذا اعتمدت المجلة على عدم البرائة ، كما ترى .
وقوله « ولو كفل على ان يسلمه في مجلس الحاكم الخ » ، شروع في مسألة
اخرى ، اعتمد المتأخرون من المشايخ فيها قول زفر . وعبارة الدر مع المتن هكذا :
« ولو شرط نسليمة في مجلس القاضي سلمه فيه ولم يميز نسليمة في غيره . به يفتى
في زماننا لتهاون الناس في اعانة الحق . ولو سلمه عند الامير اي وقد شرط
نسليمة عند القاضي او شرط نسليمة عند هذا القاضي فسلمه عند قاض آخر ، جاز -
بجراه » قال في حاشية رد المحتار : قوله « يفتى به » وهو قول زفر . وهذه
احدى المسائل التي يفتى فيها بقول زفر (بجر) او عبارة فتح القدير : واما
ان عين مجلس القاضي او المسجد الجامع فالذهب انه اذا سلمه في السوق ، برأ
لان المقصود من الكفالة يحصل بذلك ، وهو قدرة الخاصة وحين اختلف الزمان رأي
المشايخ انه لا يبرأ بذلك ، لان البرائة كانت باعتبار انه يقدر على ابصاله الى
مجلس القاضي بمعاونة الناس ، واليوم اهل السوق وعبار الطريق لا يقدرون او لا
يفعلون ان قدروا ، فكان التقييد مفيداً . قبل : ويجب ان يفتى بهذا اه .

وبهذا تبين ان المراد بالضابط في هذه المادة هو الامير او ضابط من وظائفه
ان يوصل المكفول به الى مجلس القاضي ، بخلاف ضباط المسامر الشاهانية في
زماننا لعدم اقتدارهم على ذلك ، اذ ليس ذلك من وظائفهم ، او انهم لا يفعلون
لو قدروا .

وفي رد المحتار عن كافي الحاكم : واذا حبس المكفول به بدين او غيره آخذت
الكفيل لانه يقدر على ان يفكه مما حبس به باداء حق الذي حبسه اه وهذا
اذا لم يمكنه التسليم بأن كان السجن سجن قاض آخر في بلد آخر ، فأما اذا كان
محبوساً في المصر الذي وقعت فيه الكفالة في سجن القاضي الذي تخصصت اليه ، لا
بطلب بالتسليم . ولكن القاضي يخرج من السجن حتى يجيب خصمه ثم يعيده الى
السجن . فأما اذا كان محبوساً في المصر الذي وقعت فيه الكفالة ويمكن في سجن
قاض آخر بأن كان في المصر قاضيان او حبس في سجن الروالي ، فالقياس
ان يواخذ الكفيل بالتسليم . وفي الاستحسان لا يواخذ به ويكون الحكم فيه

كالحكم فيها اذا كان في سجن هذا القاضي (كذا في المندوبة عن التحرير)
وفيه ايضا : اذا حبس المكفول بالنفس بعد الكفالة وصلحه الكفيل في السجن ،
لا يبرأ . قال مشايخنا : هذا اذا كان محبوسا في سجن قاض آخر او اما اذا كان
محبوسا في سجن القاضي الذي وقعت عنده الحصة ، فقد انطلقوا لغيرهم ،
قال بعضهم لا يبرأ ، وعامتهم على انه يبرأ ، وهو الصحيح .
وعلى قياس المسئلة المتقدمة ينفي ان يبرأ اذا كان محبوسا في الظاهر الذي وقعت
فيه الكفالة استحسانا ، وان كان محبوسا في سجن قاض آخر او في سجن الوالي .
وقالوا ايضا : وهذا اذا كان محبوسا من جهة غير الطالب القام . اذا كان محبوسا
من جهة الطالب ، فبرأ بالتسليم في الحالين ، لا بحالقة ، وفي الفتاوى اطلاقه في
السجن بناء على طلب الطالب ، يبرأ اه .
وفي الخانية : رجل كفل بنفس رجل والمكفول به محبوس عند القاضي فدفعه
الكفيل الى الطالب في السجن ، برأ الكفيل . وان كفل بنفس رجل وهو محبوس
ثم اطلق ثم اعاد الى الحبس فدفعه اليه ، قالوا : ان كان الحبس الثاني بشي من
التجارة او غيرها ، صح الدفع وبرا الكفيل . وان كان الحبس الثاني بشي من امور
السلطان ، لا يبرأ الكفيل اه .
المادة ٦٦٤ - * يبرأ الكفيل بمجرد تسليم المكفول به يطلب
الطالب ، وانما لو سلمه بدون طلب الطالب فلا يبرأ ما لم يقبل تسليمه
بحكم الكفالة .
وهذا اذا لم يقر الطالب قبض المكفول به فان اقره يبرأ الكفيل ولا
يحتاج فيه الى النص ، لان الظاهر انه لا يقر الا بالقبول ، فكذلك قدما في
شرح المادة (٦٩٩) وقامه هناك .
وهذا اذا لم يقره الطالب قبض المكفول به فان اقره يبرأ الكفيل ولا
يحتاج فيه الى النص ، لان الظاهر انه لا يقر الا بالقبول ، فكذلك قدما في
شرح المادة (٦٩٩) وقامه هناك .

١٥٠ مهنة شالبا

المادة ٦٦٥ - ولو الكفيل على ان يسلمه في اليوم القلاني وسلمه

قبل ذلك اليوم يبرأ من الكفالة وان لم يقبل المكفول له

قبل الاجل حق الكفيل به فلم اسقطه في كماله من الواجب ما اذا قضاه بالمدين

المادة ٦٦٦ - ولو مات المكفول به سكر يبرأ الكفيل من الكفالة

المادة ٦٦٦ - ولو مات المكفول به سكر يبرأ الكفيل من الكفالة

الكفالة يبرأ الكفيل المكفول به كذلك لو توفي الكفيل كما يبرأ

هو من الكفالة كذلك يبرأ كفيله ايضاً ولكن لا يبرأ الكفيل من

الكفالة بوفاة المكفول له وبطال بدارته

قاله خالفه ان يبرأ من الكفالة

قال في الحاشية: الكفيل بالنفس اذا اعطى الطالب كفيلاً بنفسه فان

الأصيل ، يعني المكفول به ، يبرأ الكفيلان ، وكذا لو مات الكفيل بالأول يبرأ

الكفيل الثاني ، قال في الحاشية: الكفيل بالنفس اذا اعطى الطالب كفيلاً بنفسه فان

الأصيل ، يعني المكفول به ، يبرأ الكفيلان ، وكذا لو مات الكفيل بالأول يبرأ

الكفيل الثاني ، قال في الحاشية: الكفيل بالنفس اذا اعطى الطالب كفيلاً بنفسه فان

الأصيل ، يعني المكفول به ، يبرأ الكفيلان ، وكذا لو مات الكفيل بالأول يبرأ

الكفيل الثاني ، قال في الحاشية: الكفيل بالنفس اذا اعطى الطالب كفيلاً بنفسه فان

الأصيل ، يعني المكفول به ، يبرأ الكفيلان ، وكذا لو مات الكفيل بالأول يبرأ

الكفيل الثاني ، قال في الحاشية: الكفيل بالنفس اذا اعطى الطالب كفيلاً بنفسه فان

الأصيل ، يعني المكفول به ، يبرأ الكفيلان ، وكذا لو مات الكفيل بالأول يبرأ

في اثبات حقهم اه .
وفي الهندية : رجل كفل بنفس رجل فوات الطالب ، فالكفالة بالنفس على حالها . فبعد ذلك ان دفع الكفيل المكفول به الى وصي الميت ، برأ عن الكفالة سواء كان في التركة دين ام لم يكن . وان دفع الى وارث الميت ، ان كان في التركة دين ، لا يبرأ سواء كان الدين مستغرقاً ام لم يكن . وان لم يكن في التركة دين ، يبرأ عن حصة المدفوع اليه خاصة . ولو كان في المال فضل على الدين وقد كان الميت اوصى بثلك ماله فدفع الكفيل المكفول به الى الوارث او الى الموصى له او الى الغريم ، لا يبرأ . ولو دفع الى هؤلاء الثلاثة ، هل يبرأ ؟ - قال شمس الأئمة السرخسي : الأصح عندي انه لا يبرأ (كذا في الظهيرية) فإن أدى الوارث الدين والوصية ، جاز ذلك الدفع الى الورثة و يبرأ الكفيل (كذا في المحيط)

- الفصل الثالث =

❦ في البرائة من الكفالة بالمال ❦

المادة ٦٦٧ - ❦ لو توفي الدابن و كانت الورائة منحصرة في المدبون ، يبرأ الكفيل من الكفالة . وان كان للدابن وارث آخر يبرأ الكفيل من حصة المدبون فقط ولا يبرأ من حصة الوارث الآخر ❦

فلو كان للدابن ابن آخر مع المطلوب ، يبرأ الكفيل عن حصة المطلوب وبقي عليه حصة الابن الآخر لأن المطلوب ، وهو الأصيل ، ملك ما في ذمته فيبرأ ، وبرائة الأصيل توجب برائة الكفيل . هذا اذا مات الطالب ، والمكفول عنه وارثه . فلو مات الطالب والكفيل وارثه ، يبرأ الكفيل عن الكفالة ويبقى المال

على المكفول عنه على حاله . وان كانت الكفالة بغير امره ، برأ المطلوب ايضاً ،
لأنه لما مات الطالب صار ذلك المال ميراثاً لورثته . ولو ملك الكفيل المال سيء
حال الحياة بالقضاء او بالهبة ، يرجع على المكفول عنه ان كانت الكفالة بأمره .
وان كانت بغير امره ، لا يرجع على المكفول عنه . فكذا اذا ملك الكفيل المال
بالأرث (المادة في الهندية عن الخانية)

المادة ٦٦٨ - * لو صالح الكفيل او الأصيل الدابن على مقدار
من الدين يبرأ ان اشترط برائتها او برائة الأصيل فقط او لم يشترط
شيء . وان اشترط برائة الكفيل ، يبرأ الكفيل فقط ويكون
الطالب مخيراً : ان شاء اخذ مجموع دينه من الأصيل وان شاء اخذ بدل
الصلح من الكفيل ، والباقي من الأصيل *

بمعنى لو صالح احدهما رب المال عن الف الدين على نفسه مثلاً ، ففي الصور
الثلاث الأولى يبرأ كل من الأصيل والكفيل لأنه اضاف الصلح الى الألف
الدين ، وهي على الأصيل ، فيبرأ عن خمسين ، وبرائته توجب برائة الكفيل
كما تقدم .

وفي الصورة الرابعة ، وهو ما اذا شرط برائة الكفيل وحده ، لا يبرأ الأصيل
لأن البرائة عن باقي الدين التي تضمنها عقد الصلح كانت فسخاً للكفالة لا اسقاطاً
لأصل الدين ، فيبرأ الكفيل وحده عن خمسين دون الأصيل ، فتبقى عليه الألف .
ثم ان شاء الطالب اخذ مجموع الألف من الأصيل ، وان شاء اخذ الخمسين التي
هي بدل الصلح من الكفيل ، والباقي من الأصيل .

وهي اخذ في الصور الاربع من الكفيل ، رجع بما دفعه على الأصيل اذا
كانت الكفالة بأمره ، والا فلا رجوع . وهذا ، اي رجوع الكفيل على الأصيل
في الصورة الرابعة ، بما دفعه اذا صالح الكفيل الدابن على ما هو من جنس الدين ،

كما ينبغي . عنه التنبؤ بالنصف . فلو صلح على جنس آخره رجع بجميع الألف
 الدين . لأن الصلح بجنس آخر مباذلة قبلك الدين فرجع بجميع الألف (فتح)
 وتقدم في المادة (٦٥٧) وشرحا . وكذا يرجع بجميع الألف لو صلح على خمسة
 على ان يجب له الباقي . كما في الفتح .
 ثم اعلم ان الحكم المذكور في المسئلة الرابعة لا ينطبق ما في من التنبؤ تبعاً للحانية ،
 حيث قال : صلح الكفيل الدائن على شيء لبراءة عن الكفالة ، لم يصح الصلح ولا
 يجب المال على الكفيل اه لأن ما في من التنبؤ تبعاً للحانية . وصحة في الكفالة
 بالنفس ، كما هو صريح الحانية ، فليراجع « قبيل فصل في الكفالة بالمال »
 وقول التلاني في الدر ، تبعاً للبحر « وهذا بأطلاقه بع الكفالة بالمال والنفس »
 غير حديد . وكان صاحب البحر لم يقرأ عبارة الحانية من اولها حتى قال ما قال
 وتبعه صاحب الدر . وقد ذكر في كتاب الصلح ان الصلح عن الكفالة بالنفس
 على مال غير صحيح ، اذ لا حتى للمكفول له على الكفيل ، بل هو عبارة عن ولاية
 الطلب وتسليم المكفول به - بخلاف الصلح عن كفالة المال ، فإنه يكون اسقاطاً
 لبعض الدين عنه ، وهو صحيح . ولذا ذكر في البحر ما نصه : وفي التارخانية : الكفيل
 ان كان بالنفس اذا صلح الطالب على خلفه بدينار على ان ابراءه من الكفالة بالنفس ،
 لا يجوز ولا يبرأ عنها . فلو كان كفيلاً بالنفس والمال عن انسان واحد واصلح
 على خمسين بالشروط ، ببراءة . ثم نقل : الكفيل بالنفس اذا قضى الدين الذي على
 الأصيل على انه يبرأ عن الكفالة ففعل ، جاز القضاء والابراء . واما اذا اعطاه
 عشرة لم يبرأه عن الكفالة بالنفس ، فليرأه . لم يسلم له العوض ، بانفاق الروايات .
 وفي بركاته صها روليتان اه .
 وفي الهندية عن الذخيرة : والكفيل بالنفس اذا صلح على مال لا تسقط
 الكفالة ، الا يصح اخذ المال . وهل تسقط الكفالة بالنفس ؟ في روايتان : في
 رواية تسقط ، وبه يفتى اه .
 وهذا اعلم انه لا فرق في صحة الصلح في الكفالة بالمال بين ان يكون المصلح
 عنه المال المكفول به او الكفالة او ما استوجب بالكفالة ، وهو المطالبة . وعن
 هذا ذكر في الهداية والمختار وغيرهما ما نصه : ولو كان صلحاً مما استوجبه بالكفالة ،

لا يبرأ الاصيل لأن هذا ابراء الكفيل عن المطالبة اذ فاذا صحح الصلح ولزوم المال
ومقتول المطالبة عن الكفيل دون الاصيل ما لان هذه الصورة كالمقصود فيها
على برائة الكفيل وحدها بل دليل ان من ذكرها كالمداية والمقتضى لم يذكر الصورة
الرابطة بحرفي التصحيح على برائة الكفيل وحده .

وعبرة من المقتضى بفسد حذف ما لا لزوم له ، هكذا : ولو صالح الكفيل
الطالب عن الف على مائة ، برأ . وان صالح عن موجب الكفالة ، برأ هو دون
الاصيل اه قال شارحه الداماد : لأن ابراء الكفيل عن الكفالة يصير فتحاً للكفالة ،
لا اسقاطاً لأصل الدين اه وعن هذا جعل في النهاية ما تقدم عن المداية عين الصورة
الرابطة ، فقال بعد ذكر عبارة المداية : صورته ما في المبسوط : لو صالحه على مائة
درم على ان ابرأ الكفيل خاصته من الباقي ، رجع الكفيل على الاصيل بمائة ورجع
الطالب على الاصيل بتسماية ، لان ابراء الكفيل يكون فتحاً للكفالة ولا يكون
اسقاطاً لأصل الدين اه قال في المحرر : وهكذا في فتح التقدير سواء كانت لها
الاتحاد الصوريين من حيث المعنى لافادتها اشتراط برائة الكفيل وحده . وان
اختلفا لفظاً . وليس في الفتح بل يشعر بعدم الرضا بما ذكره في النهاية كما قيل سابقه
قال بعد تلك العبارة : والبرائة من المطالب برائة من الكفالة ، فيبقى حال المطالب
على ما كان قبل الكفالة . وجعل في النهاية صورة هذه المسئلة (ما في المبسوط) :
لو صالحه على مائة الف فهو مقرب على في النهاية ، لا يقرب به . فليس العجب بما في
النهاية ، فانه صحيح لا غير عليه . وانما العجب بما كتبه العلامة على غايدان ليعرف
رد المختار في هذا المقام ، فانه اطلال الكلام بما لا يمتهم منه المرام ، وخطأ الجاهل
الاعلام بما لا تقبله الافهام :

وحاصل المقام ان الكفيل بالمال لو صالح الطالب على مال ، فالصلح صحيح ،
سواء حمل المصالح عنه المال المكفول به او الكفالة ، او ما استوجب بالكفالة ،
وهو المطالبة . ثم اذا كان المصالح عنه المال المكفول به ، وقد شرطت برائة المولى
برائة الاصيل فقط اوسكت ، برأ كل من الاصيل والكفيل . وان شرطت برائة
الكفيل وحده او كان المصالح عنه الكفالة او ما وجب بها وهو المطالبة ، برأ
الكفيل دون الاصيل . وفي جميع هذه الصور بحسب بدل الصلح الذي يدفعه

الكفيل من اصل الدين ، والكفيل الرجوع به على الأصيل اذا كانت الكفالة بأمره . واما الكفيل بالنفس لو صالح الطالب على مال على ان يبرأه من الكفالة ، فالصالح غير صحيح وبدل الصلح غير لازم على الكفيل . الا ان الكفالة تسقط على المفتى به كما تقدم عن الهندية نقلا عن النخيره . نعم لو كان كفيلا بالنفس وبالمال عن انسان واحد وصالح على مال بشرط البرائة عن كفالة النفس ايضاً فأن الصلح ايضاً يصح ، كما تقدم عن البحر نقلا عن التارخانية .

المادة ٦٦٩ - * لو احال الكفيل المكفول له على احد وقبل المكفول له والمحال عليه يبرأ الكفيل والاصيل * *

لان الحوالة حصلت بأصل الدين ، وهي كما يأتي ، نقل ما في ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، فكانت كالاداء ، فيبرأ جميعاً - الا اذا شرط الكفيل برائة نفسه فقط ، فحينئذ يبرأ الكفيل دون الأصيل . ولطالب اخذ الأصيل او المحال عليه بدنه ، ولا سبيل له على الكفيل ، حتى يتوى المال على المحال عليه (افاده في الدر وحواشيه)

وذكر السارح سليم باز هنا عازياً لرد المختار ما نصه : وكذا يبرأ الكفيل ايضاً لو احال الطالب انساناً على المطلوب ، والمحال حينئذ ان يطالب الأصيل لكونه محالاً عليه ، لا الكفيل ، لانه لم يضمن له شيئاً اهـ لكنني لم افق على هذه العبارة في رد المختار ، ولا في غيره ، فليتأمل وليراجع .

ثم رأيتها في رد المختار ، ذكرها في كتاب الحوالة هكذا : وفي الهامدية عن فتاوي قاري الهداية : اذا احال الطالب انساناً على مديونه وبالدين كفيل ، يبرأ المديون من دين المحيل و يبرأ كفيله . وبطالب المختار الأصيل لا الكفيل ، لانه لم يضمن له شيئاً ، لكنها براءة موقوفة .

المادة ٦٧٠ - * لو مات الكفيل بالمال يطلب المكفول به من تركته *

اي وان كان الدين مؤجلاً لم يحل اجله ، لان الأجل يسقط بموت من له الأجل ، لكن لا يحل على الأصيل . حتى لو اذى وارث الكفيل المال ، لم يرجع على الأصيل ، ولو الكفالة بأمره ، الا عند حلول الأجل . افاده في الدر وحواشيه ، وتقدم تمامه في شرح المادة (٦٥٢) .

المادة ٦٧١ - * الكفيل بضمن المبيع اذا انفسخ البيع او ضبط المبيع بالاستحقاق او رد بعيب يبرأ من الكفالة *

اذ بانفساخ البيع يبرأ الأصيل ، وبرأه نه نوجب براءة الكفيل . وانفساخ البيع يكون باقالة وخيار روية او شرط او بفساد بيع . وقوله « او رد بعيب » اي سواء كان الرد بقضاء او رضا .

ثم اذا كانت الكفالة للبايع ، يبرأ الكفيل في جميع تلك الصور - بخلاف الكفالة لغريمه بأن احوال البائع غريمه بالثمن على المشتري فكفل له به رجل ، فان الكفيل لا يبرأ الا في صورة استحقاق المبيع .

والفرق بينها فيما يظهر انه مع الاستحقاق تبين ان الثمن غير واجب على المشتري . وفي الرد بالعيب ونحوه وجب المسقط بعدما تعلق به حق الغريم . فلا يسري عليه (افاده في رد المختار عن النهر)

وفيه ايضاً عن التارخانية : لو ظهر فساد البيع ، اي وقد كان الكفيل دفع المال للبائع ، رجع الكفيل بما اداه ان شاء على البائع وان شاء على المشتري . ولو فسد بعد صحته بأن احقابه شرطاً فاسداً ، فالرجوع للمشتري على البائع .

يعني والكفيل يرجع بما اداه على المشتري . وكأن الفرق بينهما انه بظهور الفساد تبين ان البائع اخذ شيئاً لا يستحقه ، فيرجع الكفيل عليه . وان الحقا به

شرطاً فاصداً ، لم تبين ان البائع حين قبضه قبض شيئاً لا يستحقه اه : ١١١

وفي الهندية عن الخطيب ان رجلاً تزوج امرأة ، وكفل بالمهر رجل عن

الزوج ثم سقط كل المهر بالفرقة الكافئة من قبلها قبل الدخول بها او سقط نصف

المهر بالطلاق قبل الدخول بها ، برأ الكفيل عن كل المهر في الفصل الاول ،

وعن نصف المهر في النصف الثاني ، حكاه في المهر في الزوج . والله اعلم بالصواب

ولو ان امرأة زوجت نفسها من رجل على الف درهم ، وامرت زوجها ان يضمنها

لمر بها او احالته بها ، ولم يرض ان يكفل بها عليه ثم وقعت بينهما فرقة من جهتها قبل

الدخول بها حتى سقط كل المهر ، فارتفع الزوج لا يبرأ عن الكفالة . واذا بقيت

الكفالة حتى ادى الزوج ، ورجع بما ادى على المرأة . وكذلك لو طلقها الزوج

قبل الدخول بها ، ضمن مثل ذلك الا انه يرجع عليها بقدر النصف اه : ١١١

وفي الهندية ايضاً : ولو كفل البائع بالثمن فوجب البائع الثمن من الكفيل

قبضه الكفيل من المشتري . ثم لا يبرأ المشتري للمبيع حينما رده على البائع ويرجع

عليه بالثمن ، وليس لواحد منهما على الكفيل سبيل اه

والسواء . والله اعلم بالصواب . والله اعلم بالصواب

المادة ٦٧٢ = * لو استوفى حرم مال الى تمام مدة معلومة ، وكفل

احد بدل الاجارة التي سميت فنهي كفالته عند انقضاء المدة الاجارة .

فان انقضت اجارة جدي بديلة بمثل ذلك على ذلك المال لا يكون

تلك الكفالة شاملة لهذا العقد .

وهذا هو الذي استدل به في النسخة كما هو ظاهر في النسخة . والله اعلم بالصواب

معنى انتهاء الكفالة عند انقضاء مدة الاجارة . ان لا يكون الكفيل باجارة

متممة باجارة جديدة ، كما يصرح به في المتن . يقولون : (فان استوفى حرم مال الى تمام مدة معلومة ، وكفل

والا فبان الاجارة التي وجبت بمقدار الاجارة الاول لم يبرأ الكفيل من الكفالة الا

بمقدار الاجارة الجديدة . والله اعلم بالصواب . والله اعلم بالصواب

والله اعلم بالصواب . والله اعلم بالصواب . والله اعلم بالصواب

به ، كما هو ظاهر .

ثم كما تنتهي الكفالة عند انقضاء مدة الاجارة ، تنتهي ايضاً عند انقضاء عقد الاجارة ، بنحو مقابلة او خيار روية او عيب او بعذر تنفسح به الاجارة ، حتى لو عقدا بعد الفسخ اجارة ثانية بأجرة معلومة بدون كفالة جديدة ، لا يكون الكفيل ضامناً لتلك الاجرة الجديدة لأن دين الطالب قد سقط عن الأصل بسبب فسخ العقد الأول . ومتى سقط دين الطالب عن الأصل بسبب من الاسباب ، برأ الكفيل وبطلت الكفالة ، كما في تنقيح الحامدية قلا عن الذخيرة . ومعلوم ان الاجرة الحادثة حصلت بسبب جديد ، فلا يكون الكفيل ضامناً لها الا بكفالة جديدة . وعن هذا اتى في الحامدية فيما لو فسخ المتداينان عقد المدانة الأول واجل الدين الدين الى اجل آخر ، بأن الكفيل في عقد المدانة الاولى لا يكون كفيلاً فيما عقدها ثانياً بدون كفالة جديدة .

ثم ان تقييد المادة بكون المدة معلومة ، احتراز عملاً لوجوه الخانوت مثلاً كل شهر بكذا . فانه تقدم في المادة (٤٩٤) وشرحا ان الاجارة نصح . لكن عند ختام كل شهر لكل من العاقدين فسخها في اليوم الأول وليلته من الشهر الذي يليه . ففي هذه لو كفل رجل بتلك الاجرة ، اي اجرة كل شهر ، ثم رجع عن الكفالة عند رأس الشهر ، فانه يصح رجوعه ولا يكون كفيلاً بالاجرة الحادثة بعد رجوعه . وان بقي العاقدان على اجارتهما كما قدمناه عن الهندية او اخر شرح المادة (٦٤٠) قال : وهذا بخلاف ما لو ضمن لامرأة عن زوجها نفقة كل شهر ، فانه يجوز وليس له الرجوع عن الكفالة . والفرق ان السبب في النفقة لم يتجدد عند رأس الشهر بل يجب في الشهور كلها بسبب واحد ، وسبب الاجر في الاجارة يتجدد في كل شهر لتجدد العقد فله ان يرجع عن الكفالة المستقبلية اه .

* فروع *

ذكر في تنقيح الحامدية ان مسايل رجوع المأمور على الأمر بما دفعه ، جعلتها

اربعة اقسام .

الاول : ما يرجع به المأمور مطلقاً شرط الرجوع اولاً ، قال عني اولاً .

وهي ما اذا قال افض ديني او نائبني او اكنل لفلان بألف علي او انقده الفاً علي او افض ماله علي او اتفق علي عيالي او في بناء داري .

الثاني : اذا قال ادفع لفلان كذا وكان المأمور صيرفيًا او خليطًا للأمر او في عياله ، فإنه ايضا يرجع مطلقًا ، بشرط الرجوع او لا ، قال غني اولاً .

الثالث : اذا لم يكن صيرفيًا او نحوه والمسئلة بجعلها ، فإنه لا رجوع ما لم يقل غني او علي اتي ضامن .

الرابع : ما لو قال هب لفلان غني الفاً او اقرضه الفاً او عوضه غني عن هبة او كفر عن يميني بطعامك او ادر زكاة مالي بمالك او احج غني رجلاً او اعتق عبداً عن ظهاري ، فلا يرجع الا بشرط الرجوع وان كان المأمور خليطًا او قال غني اه .

ثم ذكر ان ما جرى به العرف في الرجوع على الأمر ، يرجع وان لم يكن خليطًا ولا في عياله . ولذا ائبتوا الرجوع للصير في اه وتماه فيها .

وفي الهندية : ذكر في الأصل : رجل قال لغيره وليس بخليط له ادفع الي فلان الف درهم فدفع المأمور ، لا يرجع به على الأمر ، لكن يرجع به على القابض لأنه لم يدفع على وجه يجوز دفعه اه .

كفل رجل للبائع ثمن المبيع ثم ان البائع وهب الثمن من الكفيل فأخذه الكفيل من المشتري ثم وجد المشتري بالمبيع عيباً فرده على بايعه ، فله ان يأخذ الثمن منه وليس لواحد منها على الكفيل سبيل (هندية)

رجل عليه دين وبه رهن وكفيل بأمره فقضى الكفيل دين الطالب ثم هلك الرهن في يد الطالب ، فالكفيل يرجع على الأصيل بما كفل . وهو كما لو باع شيئاً وأخذ بالثمن كفيلاً بأمر المشتري فأدى الكفيل الثمن ثم هلك المبيع في يد البايع ، فان الكفيل لا يجامم البايع ولا يرجع عليه ، وانما يرجع على المشتري ، ثم المشتري يرجع على البائع بما دفع الكفيل .

ولو كان رجل عليه دين لرجل وبه كفيل فأخذ الطالب من الكفيل رهناً ومن الأصيل رهناً احدهما بعد الآخر وبكل واحد من الرهنين وفاه بالدين فهلك احد الرهنين عند المرتهن ، قال ابو يوسف : ان هلك الرهن الثاني ، ان

كان الراهن الثاني علم يرهن الأول ، فان الثاني يهلك بنصف الدين . وان لم يعلم بذلك ، يهلك بجميع الدين . وذكر في كتاب الرهن ان الثاني يهلك بنصف الدين ، ولم يذكر العلم والجهل ، وهو الصحيح (خانية)

في نوادر بن سماعه ، عن ابي يوسف رحمه الله تعالى : رجل ادعى على رجل الف درهم وضمنها رجل بأمر المدعي عليه ودفعا الضامن الى المدعي ثم ان المدعي مع المدعي عليه تصادقا على انه لم يكن عليه شيء ، فالمدعي يدفع ما قبض للمدعي عليه ثم الضامن يرجع بها على المدعي عليه (هندية)

وفيها : لو قال المكنول للكفيل برئت الي من المال فهو اقرار منه بالايفاء حتى يرجع الكفيل على الأصيل اذا كفل بأمره . ولو قال للكفيل ابرأناك ، فهو ابراء لا اقرار منه بالقبض من الكفيل ، حتى لا يكون للكفيل ان يرجع بالمال على الأصيل . وان قال الطالب للكفيل برئت ولم يقل الي ، فهو ابراء عند محمد رحمه الله تعالى ، وعند ابي يوسف رحمه الله تعالى هو اقرار بالقبض (كذا في الكافي) وقيل ابو حنيفة مع ابي يوسف في هذه المسئلة ، وهو مختار صاحب الهداية ، وهو اقرب الاحتمالين ، فالمصير اليه اولي (كذا في الاختيار شرح المختار) ولا خلاف بينهم انه لو كتب في العك برأ الكفيل من الدرهم التي كفل بها ، كان اقراراً بالقبض كذا في مراجع الدراية . اهـ ما في الهندية

وفيها : رجل له على رجل الف درهم ، فأمر رجلاً حتى كفل بها عنه للطالب ، ثم قال من عليه الأصل لرجل ا كفل بنفس هذا الكفيل ففعل ، ثم اخذ الطالب الكفيل بالنفس ، لم يكن للكفيل بالنفس على الذي امره بذلك سبيل . ولو كان امر رجلاً حتى كفل عن الكفيل بالمال ثم ان الطالب اخذ الكفيل الثاني واخذ منه المال ، كان له ان يرجع على الذي امره بذلك . هكذا ذكر المسئلة في المنتقى اهـ .

ذكر الطرسوسي في مؤلف له ان مصادرة السلطان لارباب الاموال لا تجوز الا لعمال بيت المال مستدلاً بأن عمر رضي الله عنه صادر ابا هريرة اهـ ولعل مذهبه ان هدية العمال جائزة بخلاف مذهب عمر رضي الله عنها ، فلذا غرته . واراد بعمال بيت المال ، خدمته الذين يجيئون امواله . ومن ذلك كتبه اذا توسعوا

في الاموال ، لان ذلك دليل خيانتهم . ويلحق بهم كسبة الاوقاف ونظارها
اذا توسعوا او ناطوا انواع اللهب وبناء الاماكن ، فلحاكم اخذ الاموال منهم
وعزلم . فان عرف خيانتهم في وقف معين ، رد المال اليه . والا وضه في بيت
المال (نهر وجر) كذا في رد المختار وحواشيه .

❖ الكتاب الرابع ❖

❖ في الحوالة ويحتوي على مقدمة وباين ❖

❖ المقدمة ❖

(في بيان الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالحوالة)

المادة ٦٧٣ - ❖ الحوالة نقل الدين من ذمة الى ذمة اخرى ❖

اتفق اهل المذهب على ان الحوالة الشرعية تنفيذ النقل ، كمنها الفئوي .
ثم اختلفوا في كيفية النقل ، فقيل انها نقل المطالبة والدين معا ، وقيل نقل المطالبة
فقط . ونسب الزبلي الاول لابي يوسف ، والثاني لمحمد . قال : وفائدة الخلاف
تظهر في موضعين : احدهما اذا برأ المحتال المحيل من الدين . قال ابو يوسف :
لا يصح ، لانه برأ بالحوالة . وقال محمد يصح ، لبقاء الدين . والثاني ان الراهن
اذا احال المرتهن بالدين على انسان ، كان للراهن ان يسترد الرهن عند ابي
يوسف ، كما لو ابراه المرتهن من الدين . وعند محمد ليس له ذلك ، كما لو
اجل الدين اه .

قال في الفتح : الصحيح في المذهب انها توجب البرائة من الدين (ط) عن
التارخانية : وعليه الفئوي .

واورد على هذا في البحر عشرة اشياء : الاول ان التعريف لا يصدق على

الحوالة المقيدة بالوديعة ، اذ ليس فيها دين انتقل الى المحال عليه .

ثانها عود الدين بالتوى ، ولو انتقل سقط ، فلم يعد .

ثالثها جبر المحال على قبول الدين من المحيل بعدها ، ولو انتقل لم يجبر .

رابعها قسمة الدين بين غرماء المحيل بعد موته قبل قبض المحتال ، ولو انتقل

لاختص به المحال .

خامسها ان ابراء المحتال المحال عليه لا يرد بالرد ، ولو انتقل اليه لا يرد

سادسها ان توكيل المحال المحيل بالقبض من المحال عليه غير صحيح ولو انتقل

من ذمة المحيل لصح ، لكونه اجنبيا .

سابعها ان المحتال لو وهب الدين للمحال عليه كان له ان يرجع على المحيل ،

ولو انتقل الدين الى المحال عليه لكانت الهبة ابراء ، فلا رجوع .

ثامنها انها تنسخ بالفسخ ولو سقط الدين لم يعد .

تاسعها عدم سقوط حق حبس المبيع فيما اذا احاله المشتري .

عاشرها عدم سقوط حق حبس الرهن فيما اذا احاله الراهن اه .

ثم اجاب عن الثاني بان موجب الحوالة نقل موقت لا موبد ، فبرأ المحيل براءة

موقته الى التوى ، فالرجوع به لانه لم يبرأ براءة موبدة . وانما يبرأ بشرط السلامة

لمحتال ، فثبت توى المال لم يوجد الشرط .

وعن الثالث بأنه صح اداء المحيل للمحال ليستفيد البرائة الموبدة التي لم تحصل

بالحوالة ، كما علل به في الذخيرة .

وعن الرابع والخامس بأنه لا يضر في نقل الدين قسمته بين غرماء المحيل بعد

موته قبل قبض المحتال ، لأن المحتال لم يملك الدين بالحوالة ، اذ يلزم عليه تملك

الدين من غير من عليه الدين ، وهو لا يجوز . وانما ملك المطالبة فاذا قبضه ملكه ،

ولهذا لم يملك المحال عليه رد ابراء المحتال . ولا يلزم ان يكون على المحال عليه دينان ،

دين للمحيل بدليل قسمته بين غرمائه ، ودين للمحتال ، لأن المنوع ان يكون ،

لدين الواحد مطالبان ، لا ان يكون على واحد دينان باعتبارين لما مطالب واحد

كما في الحوالة .

وعن السادس بأن عدم صحة ان يكون المحيل وكيل عن المحتال بقبض الدين ،
انما هو لكون المحيل يعمل لنفسه ليستفيد الابراء المؤبد .
وعن السابع بأن الفرق بين الهبة والأبراء في الرجوع وعدمه ان الأبراء
اسقاط ، والهبة من اسباب الملك ، كالأرث .
وعن الثامن بأن الحوالة انما قبلت الفسخ لأن الدين لم يسقط بالكلية ، لانتها
توجب الابراء الموقت لا المؤبد ، كما قلنا .

وعن التاسع والعاشر بأن حق البائع في الحبس انما لم يبطل لان المطالبة باقية .
ولذا لو كان المحيل هو البائع يبطل حقه في الحبس ، لأن مطالبته سقطت ، كالمرتهن
اذا احال غريمه على الراهن ، بطل حقه في حبس الراهن . بخلاف ما اذا
احاله الراهن .

وقوله « لأن المطالبة باقية » اي على المحال عليه . اي والمحال عليه قائم مقام
المحيل ، فصارت مطالبته كطالبة المحيل . ومثله يقال فيما اذا احال الراهن المرتهن
على رجل (افاده الزيلعي)

قال ابن عابدين في حاشيته على البحر : لكن ترك ، يعني صاحب البحر ، الجواب
عن الأول اه اقول : ويظهر لي انه ، اي الايراد الأول ، في الحقيقة غير وارد
لان ما انتقل بالحوالة من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه انما هو دين المحتال
الذي كان على المحيل قبل الحوالة ، فيصدق عليه التمريف وان كان بالمحيل عند
المحال عليه ودية .

واقول ايضاً : الأيراد العاشر ايضاً غير وارد على قول ابي يوسف ، لأنه قائل بأن
الراهن له ان يسترد الرهن اذا احال المرتهن بالدين ، كما سمعته عن الزيلعي .
وفي الهندية عن المحيط السرخسي والكافي : واذا احال الراهن المرتهن بالدين
على غيره يسترد الرهن وكذا لو احال بدينه فرهن : لا يصح الرهن اه ولو احال
الزوج المرأة بصدقتها لم تجبس نفسها (بحر)

هذا وفي الفسخ قد انكر هذا الخلاف بين الامامين بعض المحققين وقال لم ينقل
عن محمد رحمه الله تعالى نص بنقل المطالبة دون الدين ، بل ذكر احكاماً متشابهة
واعتبر الحوالة في بعضها تأجيلاً وجعل المحول بها المطالبة لا الدين . واعتبرها في

بعض الاحكام ابراء وجعل المحول بها المطالبة والدين . وانما فعل هكذا لأن اعتبار حقيقة اللفظ يوجب نقل المطالبة والدين ، اذ الحوالة منبثقة عن النقل وقد اضيف الى الدين ، واعتبار المعنى يوجب تحويل المطالبة ، لان الحوالة تأجيل معنى . الا ترى انه اذا مات المحتال عليه مفلساً يعود الدين الى ذمة المحيل ، وهذا هو معنى التأجيل فأعتبر المعنى في بعض الاحكام ، واعتبر الحقيقة في بعضها اه .

المادة ٦٧٤ - * المحيل هو المدينون الذي احوال *

المادة ٦٧٥ - * المحال له هو الدائن *

ويقال له ايضاً محال ومحتال له ومحتال ، يعني يطلق عليه هذه الالفاظ الاربعة في الاصطلاح (درر) ويطلق عليه لفظ الحويل كما يطلق على المحال عليه ، كافي الفتح والمجر .

لكن في شرح مسكين على الكنز عن المغرب : وقولهم للمحتال « المحتال له » لغو لا حاجة الى هذه الصلة . ونقله في رد المحتال عن المعراج ، ثم اجاب عنه بما فيه نظر وتأمل ، فليراجع .

وعبارة الفتح ، كما (ط) : واما صلة « له » مع المحتال الفاعل ، يعني القابل للحوالة ، فلا حاجة اليها . بل الصلة مع المحال عليه لفظة « عليه » ، فهما محتال ومحتال عليه ، فالفرق بينهما بدم الصلة ، وبصلة عليه اه .

المادة ٦٧٦ - * المحال عليه هو الذي قبل على نفسه الحوالة *

المادة ٦٧٧ - * المحال به هو المال الذي احيل *

المادة ٦٧٨ - * الحوالة المقيدة هي الحوالة التي قيّدت بأن
تعطى من مال المحيل الذي هو في ذمة المحال عليه او في بده * *

المال ٦٧٩ - * الحوالة المطلقة هي التي لم تقيّد بأن تعطى من مال
المحيل الذي هو عند المحال عليه * *

= الباب الاول =

* في بيان عقد الحوالة وينقسم الى فصلين * *

= الفصل الاول =

(في بيان ركن الحوالة)

المادة ٦٨٠ - * لو قال المحيل لدائنه حولتك على فلان وقبل
الدائن تنعقد الحوالة * *

حاصل ما ذكر في هذا الفصل انه لا بد لانعقاد الحوالة من ايجاب وقبول ،
اما بين المحيل والمحال له ، وهو الدائن ، بأن يصدر الايجاب من المحيل والقبول
من المحال له ، او بالعكس . وفي هذه الصورة تنعقد الحوالة . ووقوفة على رضا
المحال عليه ولو كان غائبا عن المجلس ، ولا يشترط حضوره بمجلس العقد .
واما بين المحال له والمحال عليه ، بأن يصدر الايجاب من المحال له والقبول من

المحال عليه ، او بالمكس ، وفي هذه الصورة لا يشترط حضور المحيل بمجلس المقدم اتفاقاً . لكن هل يشترط رضاه ولو غائباً عن المجلس ؟ على رواية القدوري بشرط ، وعلى رواية الزبادات ، لا .

واما بين المحيل والمحال عليه بأن يصدر الايجاب من المحيل والقبول من المحال عليه ، او بالمكس . وفي هذه الصورة يشترط رضي المحال له في مجلس المقدم . حتى لو كان غائباً عن المجلس ، لا تصح ، وان رضي - الا اذا رضي عنه في المجلس نائب ولو فضولياً ، ثم اجاز . وهذا عندهما ، وهو الصحيح . وقال ابو يوسف : تصح اذا رضي غائباً عن المجلس . وقد تكافت هذه المادة بيان الصورة الاولى من الصور الثلاث المذكورة .

المادة ٦٨١ - **ب** يصح عقد الحوالة بين المحال له والمحال عليه . مثلاً لو قال احد لا آخر خذ حوالة عليك ديني الذي هو على فلان فقال الآخر قبلت او قال اقبل علي حوالة دينك الذي على فلان وقدره كذا فقبل تصح الحوالة حتى انه لو ندم المحال عليه بعد ذلك لا تفيد ندامته *

هذه هي الصورة الثانية من الصور الثلاثة التي لخصناها في شرح المادة (٦٨٠) وسكتت عن اشتراط رضي المحيل ، اشارة الى اختيار رواية الزبادات من انه لا يشترط رضاه ، وهي الصحيحة ، لأن التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه . وهو ، اي المحيل ، لا يتضرر به ، بل فيه نفعه عاجلاً باندفاع المطالبة عنه في الحال ، و آجلاً بعدم الرجوع عليه ، لأنه لا يرجع عليه الا بالامر ، وحيث ثبتت الحوالة بغير رضاه كان بغير امره (فتح)

ومقابلها رواية القدوري انه يشترط رضاه ، لأن ذوي المروآت قد بأنقون تحمّل غيرهم ما عليهم من الدين ، فلا بد من رضاه ، لكن هذه الرواية غير مختارة

بل ذكر في الدرر قلاً عن ابن الكمال : وكذا في البحر قلاً عن إيضاح الاصلاح
ان القدوري انما اشترط رضى المحيل للرجوع عليه ، فلا اختلاف في الرواية ، اي
رجوع المحال عليه على المحيل - او لبسط الدين الذي للمحيل على المحال عليه . اما
بدون الرضى ، فلا رجوع ولا سقوط (رد المختار)

وعبارة البحر عن السراج الوهاج : والحاصل انها ان كانت بغير رضى المحيل
وكان له دين على المحال عليه ، فله مطالبته بدينه وان لم يكن له دين عليه ، فلا رجوع
عليه للمحال عليه ، لأنه قضى دينه بغير امره اه

المادة ٦٨٢ - الحوالة التي اجريت بين المحيل والمحال له لا
نصح ولا تتم الا بعد اعلام المحال عليه وقبوله . مثلاً لو احال دائنه على
آخر وهو في ديار اخرى فبعد اعلام المحال عليه ان قبلها تم الحوالة *

لأنمقادها موقوفة على رضا المحال عليه ، كما قدمناه في شرح المادة (٦٨٠)
وهذه المادة كالتكلمة لتلك .

وانما اشترط رضا المحال عليه في هذه الصورة ، لأنه الذي يلزمه الدين ، ولا
لزوم الأ بالتزامه ولو كان مديوناً للمحيل ، لأن الناس يتفاوتون في الاقتضاء من
بين سهل ميسر و صعب معسر (فتح)

قلت نقل الساجحاني عن لقطة البحر : : اذا استدان الزوجة النفقة بأمر
الفاضي ، لها ان تجبل على الزوج بلا رضاه اه (كذا في رد المختار) فكان هذه
المسئلة مستثناة .

وفي قول هذه المادة « وهو في ديار اخرى » اشارة الى ان المشروط رضى
المحال عليه ، لا حضوره مجلس المقد . وهو الذي قدمناه في شرح المادة (٦٨٠)

المادة ٦٨٣ = الحوالة التي اجريت بين المحيل والمحال عليه تنعقد

موقوفة على قبول المحال له . مثلاً لو قال أحد الآخر خذ عليك حوالة
ديني بالذي بذمتي لفلان وقبل ذلك تنعقد الحوالة موقوفة . فاذا قبلها
المحال له تنفذ *

هذه هي الصورة الثالثة من الصور الثلاثة التي لخصناها في شرح المادة (٦٨٠)
والأيجاب فيها من المحيل . وقد يكون الأيجاب فيها من المحال عليه بأن يقول
أهل علي فلاناً بذمته الذي له عليك ، فيقول المحيل نعمت .

وأما اشتراط رضا المحال له لأن الدين حقه ، وهو الذي ينتقل بالحوالة . والذم
متفاوتة في حسن القضاء والمطل ، فلا بد من رضاه ، والأولى لزمه الضرر بإلزامه اتباع
من لا يوفيه (كذا في الفتح)

هذا وقد مرنا في شرح المادة (٦٨٠) انه كما يشترط رضي المحال له يشترط
حضوره مجلس عقد الحوالة عندهما ، خلافاً لأبي يوسف . قال في رد المحتار :
فتلخص من كلام الخانية ان الشرط قبول المحتال له في المجلس ، ورضي المحال عليه
ولو غائباً ، وهو ما لخصه في النهر . وظاهره ان خلاف أبي يوسف في المحتال فقط ،
فصده لا يشترط حضرته بل يكفي رضاه كالمحال عليه وانه لا خلاف في المحال عليه
في ان حضرته غير شرط اه .

وقد علمت ان الصحيح قولها . لكن سكوت هذه المادة عن اشتراط حضور المحال
له في مجلس العقد لعله مشعر بأختيار قول أبي يوسف ، تسهيلاً لأمر الناس في
أمر الحوالة التي هي كثيرة الوقوع ، لا سيما في البوليصة . حينئذ فلو انعقدت
الحوالة بين المحيل والمحال عليه في غيبة المحال له ثم بلغه فرضي ، نصح الحوالة وتم ،
كما تم اتفاقاً لو انعقدت بين المحيل والمحال له في غيبة المحال عليه اذا بلغه
فرضي ، تأمل .

= الفصل الثاني =

✽ في بيان شروط الحوالة ✽

المادة ٦٨٤ = ✽ يشترط في انعقاد الحوالة كون المحيل والمحال عاقلين وكون المحال عليه عاقلاً بالغاً فكما ان احالة الصبي غير المميز دائمه على آخر وقبول الحوالة لنفسه من آخر باطل فكذلك الصبي مميزاً او غير مميز مأذوناً او مجبوراً اذا قبل الحوالة على نفسه من آخر تكون باطلة ✽

المادة ٦٨٥ = ✽ يشترط في نفوذ الحوالة كون المحيل والمحال له بالغين . بناء عليه حوالة الصبي المميز وقبوله الحوالة لنفسه موقوفة على اجازة وليه فان اجازها تنفذ . وبصورة قبوله الحوالة لنفسه يشترط كون المحيل عليه املاً يعني اغني من المحيل وان اذن الولي ✽

قال في البحر : واما شرائط الحوالة ، ففي المحيل العقل ، فلا تصح احالة مجنون وصبي لا يعقل - والبلوغ ، وهو شرط النفاذ دون الانعقاد ، فتنعقد حوالة الصبي العاقل موقوفة على اجازة وليه ، كالبيع ، لان فيها معنى المبادلة . واما حرته فليست شرطاً للصحة ، فتصح حوالة العبد مأذوناً او مجبوراً . غير انه اذا كان مأذوناً ، رجع المحال عليه للمحال ، والا فبعد العتق . وكذا صحته ، فتصح من المر بفس . ومنها رضى المحيل ، حتى لو كان مكرهما في الحوالة لم تصح ، لانها ابراء فيه

مضى التملك ، فيفسده الاكراه .

وفي المحتال العقل والبلوغ ، على انه شرط نفاذ فيصح احتياله موقوفاً على اجازة وليه ، ان كان الثاني امل اي اغنى من الأول . وكذا الوصي اذا احتال بمال اليتيم ، لا تصح الا بهذا الشرط .

ومنها الرضى ، حتى لو احتال مكرهاً لا تصح .

ومنها مجلس الحوالة ، وهو شرط الاعتقاد بقبولها ، خلافاً لأبي يوسف ، فإنه شرط النفاذ عنده . فلو كان المحتال غائباً عن المجلس قبله الخبر فأجاز ، لم ينقذ عندهما ، خلافاً له . والصحيح قولها .

واما شرائط المحال عليه ، فالعقل ، فلم يصح من مجنون وصبي لم يعقل قبولها ، والبلوغ فلم يصح من صبي قبولها مطلقاً ، سواء كانت بأمر المحيل او بدونه ، لكونها مع الامر تبرعاً ابتداءً ، وبدونه تبرعاً ابتداءً وانتهاءً . ولو قبل عنه وليه لم يصح ، لكونه من المضار ، فلا يملكه الولي .

ومنها الرضى . فلا كره على قبولها ، لم تصح .

واما شرائط المحتال به ، فإن يكون ديناً لازماً الخ اه .

وفي كتاب جامع احكام الصغار آخر عقيب كتاب الكفالة : اذا احتال الوصي بمال اليتيم ، يجوز ، لكن يشترط ان يكون الثاني املاً من الأول . وان كان مثله لا يجوز . وذكر القاضي فخر الدين رحمه الله تعالى في الفصل الأول من بيوع فتاواه : الأب والوصي اذا قبلا الحوالة على شخص دون المحيل في الملاءة ، ان وجب بمقدمها ، جاز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ، ولا يجوز عند أبي يوسف رحمه الله . وان لم يكن واجباً بمقدمها ، لا يصح في قولهم جميعاً .

وذكر صدر الأسلام أبو اليسر رحمه الله في باب الخلع من المبسوط في حيلة هبة صدق العشيبة ، ان الأب يحتال على نفسه شيئاً فترا ذمة الزوج عن ذلك القدر . قال : ولو كان الأب مثل الزوج في الملاءة ، ينبغي ان يصح ايضاً . وقد ذكرناه في مسائل النكاح من هذا الكتاب ، والله اعلم اه .

المادة ٦٨٦ - * لا يشترط ان يكون المحال عليه مدبواً للمحيل

فتصح حوالة وان لم يكن للمجبل دين على المحال عليه *

وانما يشترط ان يكون للمحال له دين على المجبل . ولنا قال في الخلاصة: رب الدين اذا حال رجلاً على غيره وليس للمحتال له على المجبل دين ، فهذه وكالة وليست بحوالة اه .

وفي التنية : احوال عليه مائة من من الحنطة ولم يكن للمجبل على المحتال عليه شيء ، ولا للمحتال على المجبل شيء ، فقبل المحتال عليه ذلك ، لا شيء عليه اه .

المادة ٦٨٧ - * كل دين لم تصح به الكفالة لا تصح الحوالة به *

كذا في الهندية . وفيها عن الخلاصة : في الموضع الذي كانت فيه الحوالة فاسدة اذا ادى المحتال عليه المال ، هو باختيار ، ان شاء رجع على التابض وان شاء رجع على المجبل اه .

المادة ٦٨٨ - * كل دين تصح به الكفالة تصح الحوالة به لكن

يلزم ان يكون المحال به معلوماً فلا تصح حوالة الدين المجهول .

مثلا لو قال قبلت دينك الذي ثبتت على فلان لا تصح الحوالة *

كذا في البرازية . والتقييد بالدين لاخراج المعين ، فان الحوالة لا تصح بها لأن النقل الذي تضمنته ، نقل شرعي ، وهو لا يتصور في الاعيان ، بل المتصور فيها النقل الحسي ، فكانت تقلا للوصف الشرعي وهو الدين (فتح)

قال في الشرنبلالية : يود عليه ما سبذ كره من انها تصح بالدرهم الودبعة اذ ليس فيها نقل الدين ، وكذا النصب على القول بأن الواجب فيه رد المعين والقيمة

مخلص . ودفع الايراد بأن الحوالة بالوديعة ، وكافة حقيقة اهقلت : فيه نظر لما سيأتي في الحوالة المقيدة بوديعة ونحوها ، انه لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه ولا المحتال عليه دفعا للمحيل . ولا يخفى ان الوكالة حقيقة تنافي ذلك . فالصواب في دفع الأيراد ان النقل موجود ، لان المدبون اذا احال الدابن على المودع فقد انتقل الدين عن المدبون الى المودع وصار المودع مطالبا بالدين كأنه في ذمته ، فكانت حوالة بالدين لا بالعين . نعم لو احال المودع رب الوديعة بها على آخر كانت حوالة بالعين ، فلا تصح (كذا في رد المحتار)

اقول : قدمنا في شرح المادة (٦٧٣) عن البحر انه اورد على تعريف الحوالة بأنها نقل الدين من ذمة الى ذمة اخرى على قول ابي يوسف عشرة اشياء ، اولها ان التعريف لا يصدق على الحوالة المقيدة بالوديعة ، اذ ليس فيها دين انتقل الى المحال عليه . واجبت عنه هناك بعين ما اجاب به المؤلف هنا قبل ان اراه والله الحمد ، فليراجع . ومما لا تجوز به الحوالة لكون الحوالة فيه بالعين ، ما اذا آجر ناظر الوقف وصارت الغلة في يده ثم احال بعض المستحقين باستحقاقه منها على رجل آخر ، لا تصح ، لان الغلة صارت امانة في يد الناظر ملكاً للمستحقين لم مطالبته بها ، فكانت حوالة بالعين لا بالدين - الا اذا كان الناظر استهلكها او خلطها بماله ، فقصير دينا في ذمته فتصح الحوالة ، لانها حوالة بالدين لا بالعين (افاده في رد المحتار ونظام تحقيقه فيه)

المادة ٦٨٩ - * كما تصح حوالة الديون المترتبة في الذمة

اصالة كذلك تصح حوالة الديون التي تترتب من جهتي الحوالة
والكفالة *

فلو احال الكفيل الطالب على آخر صححت الحوالة وبرا الكفيل والأصيل ، كما تقدم في المادة (٦٦٩) (وكذا اذا احال المحال عليه المحال له على آخر ، جاز ايضا ، وبرا المحال عليه لكن براءة موقفة بعدم التوى . ولو اتى المحال عليه الاو

احاله على الذي عليه الأصل برأ المحال عليه الأول . فإن نوى المال على الذي عليه الأصل ، لا يعود على المحال عليه الأول ، كما في رد المحتار عن الذخيرة .

= الباب الثاني =

(في بيان احكام الحوالة)

المادة ٦٩٠ - * حكم الحوالة هو كون المهيمل وكفيله ان كان له كفيل بر يثين من الدين والكفالة . ويثبت حق طلب ذلك الدين من المحال عليه للمحال له *

يعني ان المهيمل برأ من الدين هو الكفيل برأ من الكفالة ، اي موجبا ، وهي المطالبة . لكن اذا احال الأصل الطالب برأ مطلقاً ، كما قدمناه عن البحر . وان احال الكفيل المكفول له ، فإن نص على براءة نفسه برأ هو فقط عن المطالبة . وان اطلق الحوالة ، برأ الأصل ايضاً (نهر)
وفي حاشية البحر للرملی : يؤخذ من براءة المهيمل ان الكفيل لو احال المكفول له على المدبون بالدين المكفول به وقبله ، برأ . وهي واقعة الفتوى اه وأطال في الاستشهاد له (افاده في رد المحتار)

ثم ان البرائة التي هي حكم الحوالة ليست براءة مطلقة ، وانما هي مقيدة بعدم التوى . حتى لو مات المهيمل لا يأخذ المحتال الدين من تركته ، ولكنه يأخذ كفيلاً من ورثته او من الغرماء ، مخافة ان يتوى حقه (ط عن شرح المجموع)
وانما كانت براءة المهيمل مقيدة بعدم التوى ، لأن المقصود من شرع الحوالة وصول الطالب الى حقه بالاستيفاء من الثاني ، لا مجرد الوجوب ، لأن التوى لا

تختلف في نفس الوجوب ، وإنما تختلف في الإيفاء . ولأن ذمة المحال عليه خلف عن ذمة المحيل بأحاطته ، فإذا فات الخلف رجع على الأصل (أفاده الزبلي) ولهذا ثبت بالحوالة للمحال له طلب ذلك الدين من المحال عليه دون المحيل ، إلا إذا توى المال على المحال عليه ، لأن البراءة مقيدة بالسلامة كما علمت . والتوى وزان حصي ، وقد يمد كما في المصباح ، يكون بأحد أمرين : إما أن يحدد المحال عليه الحوالة ولا يثبت للمحيل ولا للمحال له ، أو يموت مفلساً بأن لم يترك مالا عينياً ولا دينياً ولا كفيلاً ، لأن التوى هو العجز عن الوصول إلى حقه ، ويتحقق ذلك بهما . ولو فلسه الحاكم ، أي قضى بأفلاسه بعد ما حبسه ، لا يكون توى عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى . وقالوا هو توى ، لأنه عجز عن الأخذ منه بتفليس الحاكم وقطعه عن ملازمته عندها ، فصار كعجزه عن الاستيفاء بالجحود أو بموته مفلساً . ولأبي حنيفة أن الدين ثابت في ذمته ، وتعذر الاستيفاء لا يوجب الرجوع . الا ترى أنه لو تعذر بنية المحتال عليه ، لا يرجع على المحيل ؟ وهذا لأن التوى في الدين لا يتصور حقيقة ، وإنما يكون ذلك حكماً بخروج محله عن أن يكون محلاً صالحاً للوجوب بموته مفلساً أو بالجحود ، ولأن الأفلاس لا يتحقق عنده لأن المال غاد ورايح يمسي الانسان فقيراً وبصبح غنياً ، وبالعكس . وبجمله أنه استثنى في مجلس الحكم بأن مات له قريب يرثه ، زبلي . قال في رد المختار : وظاهر كلامهم متوناً وشروحاً تصحيح قول الامام : ونقل تصحيحه العلامة قاسم ولم أر من صحح قولها اه .

وفي رد المختار ما نصه : وفي المندبية عن المحيط : لو كان القاضي يعلم ان للميت ديناً على مفلس ، فعلى قول الامام لا يقضي ببطان الحوالة اه لأن الأفلاس ليس يتوى عنده لاحتمال ان يحدث له مال فيكون المحال عليه قد ترك مالا حكماً وهو ما على مدبونه المفلس اه ثم لا بد من ان يكون ما تركه المحال عليه من الدين والمعين بني بالمحال به وكذا الكفيل لا بد ان يكون كفيلاً يجمعه . فلو ترك ما بني البعض او كفل البعض ، فقد توى الباقي . وكذا اذا مات المحال عليه مدبوناً وقسم ماله بين الفرما ، وبين المحال له بالحصص ، فقد توى الباقي بعد ما خصه (أفاده في رد المختار) ولو لم يكن له كفيل ولكن رجل تبرع

ورهن به رهنا ثم مات المحال عليه منلساً ، عاد الدين الى ذمة المحيل . ولو كان
مسلطاً على البيع فباعه ولم يقبض الثمن حتى مات المحتال عليه ، بطلت الحوالة والثمن
لصاحب الرهن (خلاصة)

وفي حكم التبرع بالرهن ما لو استعار المطلوب شيئاً ورهنه عند الطالب ثم مات
مفلساً (كذا في الشرنبلالية عن الخانية)

ثم ان ما تقدم من ان المحتال لا يرجع على المحيل الا بالتوى ، مقيد بما اذا
لم يشترط الخيار للمحال له او لم يفسخها المحيل والمحال له . اما اذا جعل للمحال له
الخيار او احاله على ان له ان يرجع على ايها شاء ، صح (بزازية)

و كذا اذا فسخت رجوع المحتال على المحيل بدينه . ولذا قال في البدائع ان
حكما ينهي بفسخها او بالتوى . وفي البزازية : والمحيل والمحال له يملكان النقص
فبإبراء المحال عليه .

وفي الذخيرة : اذا احال المديون الطالب على رجل باللف او بجميع حقه وقبل منه ثم
احاله ايضاً بجميع حقه على آخر وقبل منه ، صار الثاني تفضلاً لاول ، ويرى الاول اه (بجر)
قلت و كذا تبطل لو احال البايع على المشتري بالثمن ثم استحق المبيع
او ظهر انه حر ، لا لورد بعيب ولو بقضاء (افاده في رد المختار) وفيه اختلاف المشايخ
في كيفية عود الدين بالتوى ، فقيل بفسخ الحوالة اي بفسخها المحتال كالمشتري اذا
وجد بالمبيع عيباً ، وقيل تنسخ بنفسها ، كالمبيع اذا هلك قبل القبض . وقيل في
الموت تنسخ وفي الجحود لا تنسخ . اه مختصراً .

وان اختلفا في موت المحال عليه مفلساً بأن قال المحال له مات بلا تر كة وقال
المحيل عن تر كة ، و كذا في موته قبل الأداء و بعده بأن قال المحيل بعد أداء
الدين وقال المحال عليه بل قبله وتوى حتمي فلي الرجوع ، فالقول للمحال له مع
يمينه على قتي العلم ، بأن يخلف انه لا يعلم يساره في المسئلة الاولى . واما في الثانية ،
فعلى البتات ، لكونه على فعل نفسه ، وهو القبض .

وانما كان القول قوله لتمسكه بالأصل ، وهو العمرة ، في المسئلة الاولى ، وعدم

الأداء في الثانية (افادة في الدر وحواشيه)

ثم اعلم ان ما تقدم من ان التوى يكون بأحد امرين عند ابي حنيفة ، انما هو في

الحوالة للطلقة . اما الحوالة للقيدة بالوديعة ، مثلاً فيزاد ثالث ، وهو هلاك الوديعة او استحقاقها ، كما سيأتي (رد المحتار) .

* فروع *

في احوال الطالب غريمه بالمال على الكفيل ، يبرأ الكفيل من الطالب وللطالب ان يطالب المكفول عنه ، وللكفيل ان يأخذ المكفول عنه حتى يخلصه من الحوالة . فان استوفى المحتال له المال من الكفيل براء المكفول عنه ولا يرجع بما ادى على المحيل ، ولكن يرجع على المكفول عنه . وان ادى المكفول عنه المال الى المحيل قبل ان يؤدي الكفيل الى المحتال له ، لم يكن للكفيل على المكفول عنه سبيل ، لكنه يأخذ المحيل حتى يخلصه من الحوالة ، ولا يبرأ الكفيل من حق المحتال له . فان ادى الكفيل الى المحتال له بعد ذلك كان له ان يرجع على المحيل دون الاصيل (هندية)

وفيها : ولو ظهر للميت مال كان له كدين له على مليه او وديعة عند رجل او مدفون ولم يعلم به القاضي يوم موته حتى قضى بيطان الحوالة وبعود الدين الى المحيل ، رد القاضي قضاءه فبعد ذلك ان لم يكن المحتال له اخذ شيئاً من المحيل ، رجع بدبته في المال الذي ظهر للمحتال عليه . وان كان قد اخذ شيئاً من المحيل ، رد عليه ما اخذه اه .

رجل احوال رجلاً على رجل بمال فتاب المحتال عليه بعد ذلك ثم جاء المحتال له وقال جحدني المحتال عليه ان يكون لي عليه شيء ، قال ابو يوسف رحمه الله تعالى : لا يصدق المحتال له . وان اقام البينة انه جمده ، لا تقبل البينة ، لأن المشهود عليه غائب (خاتية)

زعم المديون انه كان احوال الدائين على فلان وقبله وانكروه الطالب ، سأل الحاكم المديون البينة على الحوالة : ان احضرها او المحال عليه حاضر ، قبلت وبراء المديون . وان غاب ، قبلت في حق التوقيف الى حضور المحتال عليه ، فان حضر واقربا قال المديون ، براء ، والا امر باعادة البينة عليه . وان الشهود ماتوا او غابوا ، حلف المحتال عليه . وان لم يكن للمدبون بينة وطلب حلف الطالب بأنه ما احتال

على فلان بالمال ، حانه . فان نكل بزأ المطلوب (كذا في البرازية)
* واذا احوال المرتهن احوالاً على الراهن لا يبقى له حق حبس الرهن
ولا صلاحية توقيفه *

لان مطالبته سقطت وانتقلت لمن احواله ، والذي انتقلت اليه لم يكن مرتهناً
حق حبس الرهن بدينه . ومثله ما اذا احوال البايع غريمه على المشتري بالثمن ، فانه
يسقط حق حبسه المبيع . وكذا اذا احوالت المرأة غريمها على الزوج بالمهر ، فانه يسقط
حق حبسها نفسها ، لما قلنا من سقوط حق مطالبة المحيل .

وهذا بخلاف العكس في المسائل الثلاث ، وهو ما لو احوال الراهن المرتهن على
آخر ، او المشتري البايع على آخر او الزوج المرأة على آخر ، فان حق الحبس لا يسقط ،
لبقاء حق المطالبة على المحال عليه ، وهو كالتائب عن المحيل ، كما قدمناه في شرح
المادة (٦٧٣) عن الزبلي : وهذا عند محمد رحمه الله تعالى . وقال ابو يوسف
يسقط حق الحبس كما في الوجه الأول ، لبراءة ذمة المحيل من الدين .

قال العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر : قال الرمي : وفي منية المفتى احوال
الغريم المرتهن بالمال على رجل ، فللمرتهن منع الرهن حتى يقبض في اصح الروايتين .
والمرتهن ان احوال غريباً له على الراهن ، لم يكن له منع الرهن اه ومثله في حاشية
الشمسي على الزبلي نقلاً عن التتارخانية عازباً للسراجية .

والحاصل ان المحيل لو كان هو المرتهن او البايع او المرأة ، يبطل حق الحبس
انفاقاً لسقوط حق مطالبة المحيل . ولو كان هو الراهن او المشتري او الزوج ، فعند
ابي يوسف يبطل ايضاً لبراءة ذمة المحيل من الدين ، لان الحوالة نقل الدين عنده .
وعند محمد لا يبطل حق الحبس ، لبقاء حق المطالبة على المحال عليه وهو نائب عن
المحيل . وقد علمت ان قول محمد هو اصح الروايتين وان كان الصحيح قول ابي يوسف
ان الحوالة نقل الدين . وتقييد هذه المادة بالحكم بكون المرتهن هو المحيل ، بشير الى
ان جمعية المجلة اختارت قول محمد رحمه الله تعالى ، فافهم .

المادة ٦٩١ - * لو احوال المحيل حوالة مطلقة فان لم يكن له عند

المحال عليه دين يرجع المحال عليه على المحيل بعد الأداء . وان كان له دين على المحال عليه يكون تقاصاً بدينه بعد الأداء *

وحاصله ان الحوالة نزعان : مطلقة ومقيّدة . فالمقيّدة ان يقبدها بدين له عليه او ودبعة او عين ودبعة له عنده او غصب او نحوه . والمطلقة ان يرسلها ارسالاً ولا يقبدها بواحد مما ذكر ، سواء كان له دين على المحال عليه او عنده عين له او لا بأن قبلها متبرعاً . والكل جائز ، لأنه في المقيّدة و كيل في الدفع ، وفي المطلقة تبرع . وحكم المطلقة ان لا ينقطع حق المحيل من الدين والعين . وللمحال عليه الرجوع على المحيل بعد ادائه ان كانت برضاه . ولو كان الدين مؤجلاً في حق المحيل تأجل في حق المحال عليه . ولا يحل يموت المحيل ويحل يموت المحال عليه اه (بجر) وفي الهندية عن الكافي : وللمحيل ان يقبض دينه ووديعته وغصبه منه ولا تبطل الحوالة بأخذه . فلو مات المحيل قسم دينه ووديعته وغصبه الذي قبل المحال عليه بين غرمانه دون المحال له اه وفي الخلاصة عن التجريد : لو كان للمحيل على المحتال عليه دين فاحال به مطلقاً ولم يشترط في الحوالة ان يعطيه مما عليه ، فالحوالة جائزة ودين المحيل بماله محوله ان يطالبه به . ومثله في البرازية . ومقتضاه انها لا تكون مقيّدة ما لم ينص على الدين (كذا في رد المحتار)

المادة ٦٩٢ - * ينقطع حق مطالبة المحيل المحال به في الحوالة المقيّدة وليس للمحال عليه ان يعطي المحال به للمحيل وان اعطاه بضمن وبعد الضمان يزجع على المحيل *

قال في الفتح : وحكم المقيّدة في هذه الأقسام الثلاثة ، يعني المقيّدة بعين امانة او منصوبة او بدين خاص ، ان لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بذلك العين ولا بذلك الدين ، لأن الحوالة لما قيدت بها تعلق حق الطالب بها ، وهو استيفاء

ذنبه منه على مثال الرهن ، واخذ المحيل يبطل هذا الحق ، فلا يجوز . فلو دفع
المحال عليه الدين او الدين الى المحيل ، ضمنه للطالب ، لأنه استهلك ما تعلق به حق
المحال ، كما اذا استهلك الرهن احد بضمه للمرتهن ، لأنه يستحقه اه .

* ولو توفي المحيل قبل الاداء ، وكانت ديونه ازيد من تركته

فليس لسائر الغرماء حق في المحال به *

بل يختص به المحتال ، وبه قال زفر ، وهو القياس ، لأن حقه متعلق به
حال حياة المحيل ، والمحيل كالأجنبي عنه حتى لا يكون له اخذه ، فصار كالمخارج
عن ملكه ، فلا تقضي به ديونه . ولئن كان ملكه ثابتاً ، فتعلق حق المحتال به
سابق ، فصار كالمهون يختص به المرتهن ، لتعلق حقه سابقاً على حقهم - وكدين
الصحة ، يقدم على دين المرض ، لما قلنا .

وقال ائمتنا الثلاثة : اذا مات المحيل كان الدين والدين المحتال بهما بين غرمائه
بالخصص ، لان هذا مال المحيل لم يملكه المحتال ، لأن تملك الدين من غير من
عليه الدين باطل ، لكن بالحوالة وجب للمحتال في ذمة المحال عليه دين مع بقاء
دين المحيل ، ولهذا لو توى ما على المحال عليه يتوى على المحيل ، ولم يثبت عليه
ايضاً بد الاستيفاء ، لأن ثبوت اليد على ما في ذمة الغير لا يتصور .

وانما لم يكن للمحيل ان يأخذه ، لان المحال عليه لم يقبل الحوالة الا ليمتلك ما في
ذمته ، او ليوفي من ذلك المال . فلو اخذه يفوت الرضا فتبطل الحوالة ، بخلاف الرهن ،
لانه ثبت عليه بد الاستيفاء ، ولهذا لو هلك بهلك على المرتهن ، فكان هو
الحق به .

وكان ينبغي للمحتال ان لا يكون له حق المزاحمة ، لأن ديبه تحول الى ذمة
المحال عليه فلا يزاحم غرماء المحيل ، كما اذا كانت الحوالة مطلقة ، وانما ثبت له
حق المزاحمة لأن الحوالة كانت مقيدة بذلك المال ، فاذا اخذ منه ذلك المال ،
فات الرضا بالحوالة ، فتبطل الحوالة فيعود الدين الى ذمة المحيل على ما كان قبل
الحوالة بخلاف ما اذا كانت مطلقة ، لأن المحيل بالحوالة برأ من دين المحتال وصار
المحال من غرماء المحال عليه ، فلم يتعلق له حق بماله ، فلا يزاحم غرماء المحيل .

وإذا قسم الدين بين غرماء المحيل أي في المقبدة ، لا يرجع المحتال على المحال عليه بمحنة الغرماء ، لأن الدين الذي على المحال عليه صار مستحقاً فليس له ان يرجع عليه به ، كما لو استحق الرهن ، ولا بما بقي من دينه بعد المحاصة ، لأنه صار تاروياً فلا يرجع به على احدها (زبلي مع قليل اختصار)

وانت خير بأن كتب المذهب قاطبةً متوناً وشروحاً وفتاوى آخذة بقول ائمتنا الثلاثة لأنه الاستحسان ، وهو المذهب . فلمل جمعية المجلة قد اخذت بقول زفر الذي هو القياس ، لحكمة اقتضتها ظروف الزمان ، فليتبني .

ثم هذا كله اذا مات المحيل قبل ان يؤدي المحال عليه للمحتال . اما لومات بعده ، فان كان الاداء حال صحة المحيل ، فلا خلاف في ان المحال له اولى من سائر الغرماء . وان كان في حال مرضه ، فان كانت الحوالة مقيدة بدين للمحيل على المحال عليه ، فلم يؤدي المحال عليه المحال به حتى مرض المحيل فادى المحتال عليه ثم مات المحيل في مرضه ، فكذلك الحكم ، وهو ان المدفوع سلم للمحتال وليس للغرماء في ذلك حق ، كما صرح به في الخلاصة .

رجل عليه الف درهم دين احوال بها الطالب على رجل على ان يؤدي من الالف التي له عليه ، فلم يؤدي المحتال عليه حتى مرض المحيل وادى المحتال عليه ثم مات المريض من مرضه وعليه ديون ، ولا مال له سوى ذلك الالف التي على المحتال عليه ، سلم الالف للمحتال له وليس للغرماء في ذلك حق ، وهو غريم المحتال عليه لا غريم المحيل موالمحتال عليه باء الالف من غرماء المحيل ، وصار مستوفياً الالف الذي في ذمته بدينه ، فلا يختص به بل يشاركه فيه الغرماء وسلم له حصته اه .

وان كانت الحوالة مقيدة بوديعة كانت للمحيل عند المحتال عليه ، او غضب فرض المحيل فدفع المحتال عليه الوديعة او نحوها الى المحتال له ثم مات المحيل وعليه ديون كثيرة ، فالمدفوع لا يضمن شيئاً لغرماء المحيل ، ولكن لا تسلم الوديعة للمحتال له بل تكون بينه وبين غرماء المحيل بالحصص ، كما صرح به في الخاتمة .

وانظر هل يجري هنا خلاف زفر الذي اخذت به المجلة فيختص به المحال له ؟ - الظاهر نعم ، لأنه اذا اختص به قبل الدفع ، فبعده اولى .

* نبيه *

ذكر الشارح سليم باز في شرح هذه الفقرة نقلاً عن رد المحتار انه لو كانت الحوالة مطلقة ، اى والمسئلة مجالها ، فالمحتال اسوة للفرماء عند الكل . ثم استظهر ان جمعية المجلة لم تخالف الأئمة الثلاثة الا في الحوالة المقيدة فقط . وفيه نظر ، لأن ما نقلناه آنفاً عن الزبلي صريح في ان المحتال في الحوالة المطلقة لا يراحم غرماء المحيل . وقد مننا في شرح المادة (٦٩١) عن الهندية معزياً للكافي ، التصريح بذلك ايضاً . ووجهه ظاهر ، وهو ان دينه الذي كان على المحيل تحول الى ذمة المحال عليه ويرث ذمة المحيل منه ، وصار هو من غرماء المحال عليه ، فكيف يراحم غرماء المحيل ؟ نعم ذكر في رد المحتار ما نصه : لنبيه : ما ذكر من القسمة ، يعني قسمة الدين المحال به بين غرماء المحيل وكون المحال له اسوة الفرماء في الحوالة المقيدة . يعلم منه بالاولى ان الحوالة المطلقة كذلك ، كما صرح به في الخلاصة واليزازية . وصرح في الحاوي ببطلان الحوالة بموت المحال عليه . وقد مننا عن الكافي ان ما بقي للمحتال بعد القسمة يرجع به على المحيل وانه لو مات المحيل مدبوراً فما قبضه المحتال فهو له ، وما بقي يقسم بينه وبين الفرماء اهـ

ولا يذهب عليك ان المحال له في الحوالة المطلقة لا يرجع له على المحيل الا عند التوى ، فكيف يكون المحال اسوة لفرماء المحيل فيما للمحيل على المحال عليه من دين او عنده من ودیعة مع انه لا تعلق له به اصلاً ، كما تقدم صريحاً مراراً ؟ فلا بد ان يكون ما في رد المحتار محمولاً على ما اذا توى المال على المحال عليه بموته مفلساً ثم مات المحيل عماله على المحال عليه او عنده من دين او ودیعة ، فان المحال حينئذ بصير من غرماء المحيل ، فيكون اسوة لهم . ويؤيد هذا الحمل قوله « وصرح في الحاوي الخ » فان بطلان الحوالة المطابقة بموت المحال عليه مفلساً لا مطلقاً كما هو ظاهر ، وكذا ما قدمه عن الكافي صريح في ان ما بقي للمحتال بعد قسمة تركة المحال عليه يرجع به على المحيل لأنه تاور . والحاصل انه لو كان لرجل على آخر او عنده دين او ودیعة ثم احال غريمه عليه حوالة مطلقة ، فالدين او الودیعة باق على ملك المحيل ، لا تعلق لاحد فيه .

فاذا مات المحال عليه مفلساً بطلت الحوالة وصار الدين او الوديعة تركة للمحيل .
فان لم يترك غير ذلك وعليه ديون لغير المحال له ، كان المحتال اسوة لم فيه قطعاً .
وان مات المحيل ، والمحتال عليه حي ، والمسئلة مجالماً ، فالمحتال لا يزاحم غرماء
المحيل ، اذ لا دين له عليه ، لأن دينه انتقل الى ذمة المحال عليه ، ولم يتو الممال حتى
يكون الرجوع بالحوالة . وكذا اذا لم يكن عليه دين فلورثته قسمته بينهم .
نم له ان يأخذ كنيلاً من الورثة او من الغرماء مخافة ان يتوي حقه ، كما قدمناه
في شرح المادة (٦٩٠) عن الطحطاوي معزباً لشرح المجموع .

واما لو كانت الحوالة مقيدة بما على المحال عليه من دين او وديعة ومات المحيل
وعليه ديون ، فقد بطلت الحوالة حيث صار الدين او الوديعة مستحقاً للغرماء ، وصار
المحال له من جملة غرماء المحيل . فلي قول ائمتنا الثلاثة . وهو الاستحسان وعليه
عامة الفقهاء متوناً وشروحاً وفتاوى ، يكون المحال اسوة لغرماء المحيل في ذلك
الدين او الوديعة . وعلى قول زفر ، وهو القياس وبه اخذت جمعية المحلة كما صرحت
به هذه المادة ، يختص به المحتال باعتبار ان الدين او الوديعة كالرهن .
هذا ما ظهر لي في تقرير هذا المقام بعد تصفح كتب المذهب مع التأمل التام ،
وبه يندفع التعارض واللوم عن عبارات القوم ، فافهم وانعم .

المادة ٦٩٣ = * لا تبطل الحوالة المقيدة بأن تؤدى مما في ذمة
المشتري للبائع من ثمن المبيع اذا هلك المبيع قبل التسليم وسقط الثمن
او رد بخيار الشرط او خيار الرؤية او خيار العيب او اقبل البيع
ويرجع المحال عليه بعد الاداء على المحيل يعني يأخذ ما اداه للمحال
له من المحيل . اما لو تبين براءة المحال عليه من ذلك الدين بأن استحق
وأخذ المبيع فتبطل الحوالة *

حاصل هذه المادة ان الحوالة المقيدة بدين للمحيل على المحال عليه لا تبطل

ان سقط ذلك الدين لامر عرض بعد الحوالة بأن احال البائع على المشتري بالثمن ثم هلك المبيع قبل ان يقبضه المشتري ، او رده قبل القبض او بعده بخيار روية او عيب او شرط ، او تقابلا البيع ، فان الحوالة لا تبطل واذا دفعها المحال عليه للمحال له ، رجع على المحيل بما ادى ، لانه قضي دينه بامر . وان بطل الدين على وجه نيئت فيه براءة المحال عليه من الدين الذي قيدت فيه الحوالة بأن استحق المبيع في الصورة المذكورة ، تبطل الحوالة ويرجع المحال له على المحيل بدنه - وهذا بخلاف الحوالة المطلقة ، فانها لا تبطل بمجال من الاحوال (رد المختار عن الجوهره)

والفرق ، كما في البحر ، ان في الأول سقط الدين بعد الوجوب ، فلم تبطل الحوالة . وفي الثاني ظهر عدم الوجوب وقت الحوالة ، فبطلت . ولو كان المحال عليه ادى الحوالة للمحال له قبل الاستحقاق ، فهو بالخيار . ان شاء رجع على المختار القابض ، وان شاء رجع على المحيل .

وقال في المنح : وعلى هذا اذا باع الآجر المستأجر واحال المستأجر بالثمن ثم استحق المستأجر من يد المشتري وهو قد ادى الثمن الى المستأجر ، ان شاء رجع بالثمن على المودع المحيل ، وان شاء رجع على المستأجر القابض .

وفي الهندية : الموضع الذي كانت الحوالة فيه فاسدة اذا ادى المختال عليه المال ، هو بالخيار : ان شاء رجع على القابض ، وان شاء رجع على المحيل (طحطاوي) وفي المنتقى : رجل اشترى عبداً بألف درهم وقبضه ثم احال المشتري البائع بالثمن على غريمه من المال الذي له عليه ثم رد المشتري العبد ببيع بقضاء ، فان القاضي يبطل الحوالة . فان كان البائع اجل المختال عليه بالمال ، فان الاجل ينتقض ايضاً اذا كان الرد بحكم . وان كان الرد بغير حكم ، لا ينتقض ، والمشتري بالخيار : ان شاء اتبع البائع به حالاً ، وان شاء اتبع المختال عليه الى اجله اه فقد فرق بين احالة البائع غريمه على المشتري وبين احالة المشتري البائع على غريمه ، حيث لا تبطل في الأولى بالقسح ، وتبطل في الثانية .

ولعل الفرق في الأولى تبين سقوط الدين عن المحال عليه بأمر عارض ، وهو المنع بالبيع . وفي الثانية ظهر ان المحيل ليس بمدهون ، فكانت الحوالة بمنى

الوكالة (افاده في البحر وحواشيه للعلامة بن عابدين)
قال في البحر : وقد وقعت حادثة الفتوى في المدبرون اذا باع شيئاً من دائنه
بمثل الدين ثم احوال عليه بنظير الثمن او بالثمن ، فهل تصح او لا ؟ - فأجبت : اذا
وقعت بنظيره صح ، لانها لم تقيد بالثمن ، ولا يشترط لصحتها دين على المحال
عليه . وان وقعت بالثمن ، فهي مقيدة بالدين ، وهو مستحق للمحال عليه لوقوع
المقاصة بنفس الشراء . وقد مننا ان الدين اذا استحق للغير ، فانها تبطل اه .

المادة ٦٩٤ = * تبطل الحوالة المقيدة بأن تعطى من مبلغ المحيل
الذي هو في يد المحال عليه امانة اذا ظهر مستحق وأخذ ذلك المال
ويعود الدين على المحيل *

المادة ٦٩٥ = * تبطل الحوالة المقيدة بأن تعطى من مبلغ المحيل
الذي هو في يد المحال عليه امانة ان تلف ولم يكن مضموناً و يرجع
الدين على المحيل *

و ثبتت الهلاك بقوله (نهر) واستحقاق الوديعة مبطل للحوالة ، كهلاكها ،
كما في الخانية .

والمراد بالأمانة ما يعم الوديعة والعارية والموهوب اذا تراضيا على رده او قضى
القاضي به ، والمعين المستأجرة اذا انقضت مدة الأجرة (رد المختار)

ولو لم يعط المحتال عليه الوديعة وانما قضى من ماله ، كان متطوعاً قياساً .
والاستحسان ان لا يكون متبرعاً ، وله ان يشارك غرماء المحيل في تركه ووديعته
بقدر ما ادى . ولو وهب المحتال الوديعة من المحال عليه ، صح التملك ، لانه لما
كان له حق ان يملكها ، كان له حق ان يملكها اه (بحر) وقد مننا . هذا في
شرح المادة (٦٩٠)

✽ وان كان مضموناً لا تبطل الحوالة . مثلاً لو أحال احدٌ دابته
على آخر على ان يودي من دراهمه التي هي عنده امانة ثم تلفت
الدرهم قبل الاداء . بلا تعد تبطل الحوالة ويمود دين الدابن على
المحيل وامالو كانت تلك الدرهم منصوبة او امانة مضمونة بأثلافه فلا
تبطل الحوالة ✽

قال في الفتح : ولا يبرأ المحال عليه لأن الواجب رد العين ، فان عجز رد
المثل او القيمة . فاذا هلك المنصوب او اتلف المحال عليه الأمانة ، لا يبرأ ، لأن
له خلفاً ، والقوات الى خلف كلافوات . فبقيت الحوالة متعلقة بخلفه ، فيرد خاتمه
على المحتال اه نم لو استحق المنصوب بطلت لعدم ما يخلفه (كما في الدرر رد المحتار)

المادة ٦٩٦ = ✽ لو أحال احدٌ دائته على آخر على ان يبيع مالا
معيناً للمحيل ويودي الدين من ثمنه وقبل المحال عليه الحوالة بهذا الشرط
نصح ويجبر المحال عليه على بيع ذلك المال واداء دين المحيل من ثمنه ✽

ذكر المسئلة في الدرر والفرر ، فقال : أحال غريمه على رجل على ان يعطيه
من ثمن داره ، اي دار المحتال عليه ، فقبل ، صححت الحوالة لانه أحال بما يقدر على
ايفائه ، لأنه يملك بيعها ولا يجبر على البيع لعدم وجوب الأداء قبل البيع . ولو
باع يجبر على الأداء ، لتحقيق الوجوب . ولو أحال على ان يعطي من ثمن دار المحيل ،
لا نصح ، لأنه لا يقدر على بيعها الا اذا امره بالبيع فحينئذ نصح لوجود القدرة على
البيع والأداء اه .

وفي رد المحتار ، بعد ان ذكر انه ، اي المحتال عليه ، يجبر على البيع في بعض
لروايات ، وفي بعضها لا يجبر : والتوفيق انه ان قبل المحال عليه الحوالة من المحيل
بشرط بيع دار المحيل ليودي المال من ثمنها ، صححت الحوالة والشرط ، كما لو شرط

المرتحن يبيع الرهن اذا لم يودع الراهن المال ، فإنه يصح ولا يملك الرجوع من ذلك اه .

وانظر ما لو كان مشروطاً في الحوالة يبيع دار المحال عليه في المسئلة الأولى ، هل يجبر على البيع ايضاً كما في الثانية ؟ لم اره الاّن ، والظاهر انه يجبر ، فتأمل وراجع .

المادة ٦٩٧ - * يلزم المحال عليه تأدية الحوالة حالاً في الحوالة للمبحة التي لم يذكر تعجيلها ولا تأجيلها ان كان الدين معجلاً على المحيل وعند حلول وعدتها ان كان مؤجلاً على المحيل لأنها تكون حوالة مؤجلة * .

قال في الفتح : تنقسم الحوالة المطلقة الى حالة ومؤجلة . فالحالة ان يحيل الطالب بألف هي على المحيل حالة فتكون على المحال عليه حالة ، لأن الحوالة لتحويل الدين ، فيتحول بصفته التي على الأصيل . والمؤجلة ان تكون الألف الى سنة فأحال بها الى سنة . ولو ابهما ، لم يذكره محمد . وقالوا ينبغي ان تثبت مؤجلة ، كافي الكفالة . فلو مات المحيل ، بقي الأجل ، لا لو مات المحال عليه ، لا استثنائه عن الأجل بموته . فإن لم يترك وفاء ، رجع الطالب على المحيل الى اجله ، لأن الأجل سقط حكماً للحوالة ، وقد انقضت بالتوى ، فينتقض ما في ضمنها ، كما لو باع المديون بدين مؤجلاً سلعة من الطالب ثم استحق العبد ، عاد الأجل اه ملخصاً .

وفي البرازية : لو قبلها الى الحصاد ، لا يجبر على الاعطاء قبله . فأفاد صحة التأجيل مع الجهالة القريبة ، وتقدم التصريح به في كتاب الكفالة .
وشمل التأجيل القرض ، فيصح هنا . ففي كافي الحاكم ما حاصله : لو كان لزبد على عمرو الف قرض ولمعرو على بكر الف قرض فأحال عمرو زبداً بالالف على بكر الى سنة ، جاز ، وليس لعمره ان يأخذ بكرها . وان ابرأه منها او وهبها

له ، لم يجزاه .

و افاد في الدر و حواشيه ان تأجيل عقد الحوالة لا يصح . فلو قال ضمنت لك بمالك على فلان على ان احيلك به على فلان الى شهر ، اي بعد شهر ، انصرف التأجيل الى الدين ، اي فلا يطالب فلان الا بعد شهر . ولو انصرف التأجيل الى العقدة يصير المعنى على ان احيلك حوالة مقيدة بشهر ، وذلك لا يصح ، لأنه ينافي انتقال الدين الى ذمة المحال عليه . ثم ان احاله وقبل ، جاز . وان لم يقبل ، برأ الكفيل عن الضمان . وان لم يقبل فلان ، فالكفيل على ضمانه . وان مات ، فلان ، لم يطالب اي الكفيل بالمال حتى يمضي شهر ، لأنه يموت فلان لم يبق الحوالة ممكنة . وقد رضي الطالب بتأخير المطالبة الى شهر ، فبقي الاجل للكفيل ، فلا يطالب قبله . وكذا يقال فيما اذا لم يقبل فلان اه ملخصاً .

المادة ٦٩٨ = * ليس للمحال عليه ان يرجع على المحيل قبل اداء

الدين ولا يرجع الا بالمحال به يعني يرجع بجنس ما احيل عليه من الدراهم والا فليس له الرجوع بالموادى . مثلاً لو احيل عليه بفضة واعطي ذهباً يأخذ فضة وليس له ان يطالب بالذهب . كذلك لو اداها باموال واشياء اخر فليس له الا اخذ ما احيل عليه *

قوله « قبل اداء الدين » اي ولو حكماً ، كالهبة والصدقة ، كما ستصرح به المادة الآتية ، لان المحتال لو وهب الدين من المحتال عليه ، فله اي للمحال عليه ، الرجوع ، ولا رجوع للمحيل بدبته لو كان مديونه وقد احاله به ، كما لو اداه . وكذا الورثة بان مات المحال له والمحال عليه وارثه ، فإنه كالدفن ، فيرجع المحال عليه بالمحال به على المحيل (بجر) وبأني ايضاً .

وقوله « فليس له الا اخذ ما احيل عليه » حاصله انه لو كان المحال به دراهم فأدى دنائبر او عكسه صرفاً ، رجع بالمحال به . وكذا اذا اعطاه عرضاً . وان

اعطاه زيوفاً بدل الجياد ، رجع بالجياد . وكذا لو صالحه بشيء ، رجع بالمحال به ،
الا اذا صالحه عن جنس الدين بأقل ، فإنه يرجع بقدر المؤدي = بخلاف الأمور
بقضاء الدين ، فإنه يرجع بما أدى ، الا اذا أدى اجود او جنساً آخر (رد المختار)

✽ فرع ✽

في الأتقروبة عن المحيط البرهاني : رجل له على رجل الف درهم ، وللمديون
على رجل مائة دينار ، احال الذي عليه الدرهم غريمه على الذي عليه الدينار على
ان يعطيه الدينار التي عليه من الدرهم ، او على ان يعطيه الدرهم من الدينار التي
عليه ، فالحوالة باطلة . ولو كانت الدينار في يد المحتال عليه غصباً او ودبعة وهي قائمة
بعينها و باقي المسئلة مجالها ، كانت الحوالة جائزة اه .

المادة ٦٩٩ = ✽ كما يكون المحال عليه بريئاً من الدين باداء
المحال به او بحوالته اياه على آخر او بابراء المحال له اياه كذلك يبرأ
من الدين لو وهبه المحال له او تصدق به عليه وقبل ذلك ✽

انما اشترط القبول فيما لو وهبه او تصدق عليه لأن كلاً من الهبة والصدقة
تمليك ، فلا بد لصحته من قبول الموهوب له - بخلاف البراء فإنه اسقاط فينفرد
به المسقط . ولهذا لو تمت الهبة او الصدقة بالقبول رجع المحال عليه على المجهيل
بالمحال به لأنه ملكه بالهبة ، كما لو مات المحال له وورثه المحال عليه ، كما تقدم
في شرح المادة السابقة ، ويأتي - بخلاف البراء ، فإنه لكونه اسقاطاً لا يصل
الدين يبرأ كل من الجهيل والمحتال عليه عن دين المحال له ، المجهيل بالحوالة ، والمحتال
عليه بالابراء . وان كان للمجهيل دين على المحال عليه ، يرجع به ايضاً . هذا ما
صرح به في الخاتمة وغيرها .

المادة ٧٠٠ = ✽ لو توفي المحال له وكان وارثه المحال عليه لا

يبقى حكم الحوالة ✽

بمعنى ان حكم الحوالة قد انتهى . قال في الجوهرة : ولو مات المحتال له فورته المحتال عليه ، له ان يرجع على المحيل لانه ملكه بالارث ، فصار كما لو ملكه بالاداء اه ونظيره في الخلاصة والبرازية وغيرهما .

ولا يخفى ان محل الرجوع اذا كان المحتال عليه غير مدبون للمحيل . فان كان مدبونا بمثل مال الحوالة الذي ورثه من المحتال له ، فقد وقع ما ورثه قصاصاً عما في ذمته للمحيل ، فلا رجوع بشي . فلا ينافيه ما في الخانية ، حيث قال : فان مات المحتال فورته المحتال عليه او وهب المحتال له المال من المحتال عليه ، لا يرجع المحتال عليه على المدبون بشي اه - لأن محله ما اذا كان المحتال عليه مدبونا للمحيل بمثل مال الحوالة الذي ملكه ارثاً ، كما قلنا آنفاً . هذا ما ظهر لي ، تصديقه .

بقي ما اذا كان الوارث للمحال له هو المحيل . ففي الخانية : ولو مات المحتال له وورثه المدبون ، كان المدبون الذي عليه اصل المال ان يرجع على المحتال عليه ، لأن المحتال له له مطالبة المختال عليه ، فنقل ذلك الى وارثه اه ولا يذهب عليك ان ما ذكر من الرجوع بجميع مال الحوالة انما هو اذا كانت الورثة منحصرة في المحتال عليه ، فان كان للمحال له وارث آخر ، فلا يرجع الا بمحضته من الارث ، الا ان يدفع له ما بقي من مال الحوالة ، كالحكم في مال الكفالة اذا ورثه الكفيل ، كما تقدم في شرح المادة (٦٦٢)

* فروع *

رجل له على رجل الف درهم فأحال صاحب الدين رجلاً على المدبون بالالف التي عليه ، فقبض المحتال له المال من المحتال عليه ، فقال المحيل للقابض ما كان لك علي شيء ، وانما امرتك بقبض المال منه بطريق الوكالة وطالبه بدفع المقبوض اليه ، وقال القابض بل كان لي عليك الف فأحلني بها عليه ، كانت القول قول المحيل لأن القابض يدعي عليه ديناً وهو ينكر .

ولو ان المحتال عليه ادعى مال الحوالة وقال للمحيل ما كان لك علي شيء وقد قضيت دينك بأمرك فلي ان ارجع عليك ، وقال المحيل لا بل كان لي

عليك الف ، كان القول قول المحتال عليه .
ولو كان المحتال له غالباً فاراد المحيل ان يقبض ماله من المحتال عليه وقال
احلته بوكالة ولم يكن له علي دين ، قال ابو يوسف رحمه الله تعالى لا اصدق
ولا اقبل بينته ، لانه قضاء على الغائب . وقال محمد رحمه الله تعالى : يقبل قول
المحيل انه وكله (كذا في الخاية)

وفيها : رجل احال امراته بصدقتها على رجل وقبل الحوالة ثم غاب الزوج
فأقام المحتال عليه بينة ان نكاحها كان فاسداً وبين لذلك وجهها ، لا تقبل بينته .
ولو ادعي على المرأة انها كانت ايرأت زوجها عن صداقتها او ان الزوج اعطاها المهر
او باع بصدقتها منها شيئاً وقبضت ، قبلت بينته . وان كان المبيع غير مقبوض لا تقبل
بينته . وكذا اذا كان مقبوضاً وهو قائم بعينه ، لا تقبل بينة المحتال عليه .
وكذلك في الكفيل اه تأمل .

وفيها : رجل عليه دين لرجل فأحال الطالب على رجل ليس عليه للمحيل دين
فجاء فضولي وقضى المال من المحتال عليه تبرعاً ، كان للمحتال عليه ان يرجع على المحيل
كما لو ادعى المحتال عليه المال بنفسه وليس له دين ، كان له ان يرجع على
المحيل .

ولو كان للمحيل دين على المحتال عليه فأحال الطالب على مديونه بذلك
المال ثم جاء فضولي وقضى دين المحتال له عن المحيل الذي عليه اصل المال ، كان
للمحيل ان يرجع بدينه على المحتال عليه ، لأن قضاء الفضولي عنه كقضائه بنفسه .
ولو قضى المحيل دين الطالب بماله نفسه بعد الحوالة كان له ان يرجع على المحتال
عليه بدينه كذلك ههنا ، وليس للفضولي ان يرجع على الذي عليه اصل المال ،
لأنه متبرع .

ولو اختلف المحيل والمحتال عليه كل واحد منهما بدعي ان الفضولي قضى عنه ،
والفضولي لم يبين عند القضاء احدهما بعينه ، يرجع الى قول الفضولي عن ايها
قضيت . فان مات الفضولي قبل البيان او غاب ، كان القضاء عن المحتال عليه ،
لأن القضاء يكون عن المطلوب ظاهراً . . .

دفع السمسار دراهم نفسه الى الرستاقى ثمن دبس او قطن او حنطة ليأخذ

ذلك من المشتري فبجز السمسار عن اخذها من المشتري لأفلاسه ، يستردها من
الآخذ استحساناً ، اذ جرت العادة في بلادنا ان السمسار يدفعه من مال نفسه حتى
يرجع على المشتري ، فصار كما لو احال البائع على المشتري نصاً . قال رضي الله
عنه : والسامرة في بخارى قوم لم حوانيت معدة للسمررة يضع فيها اهل الرستاق
ما يريدون بيعه من الحبوب والفواكه ويتركونها فيبيها السمسار . ثم قد يتعجل
الرستاق الرجوع فيدفع اليه السمسار الثمن من ماله ليأخذه من المشتري (هندبة عن القنية)
اقول : وفيه بحث ، وهو انه سلمنا ان السمسار كالمحتال من البائع
على المشتري ، لكن لا نسلم انه يرجع على البائع بمجرد كونه مفلساً وهو حي ، لما
علمت من ان المحتال لا يرجع على المحيل الا بالتوى ، والتوى يكون بموت
المحال عايبه مفلساً او بانكاره الحوالة وحلف اليمين - الا ان يتشى ما في القنية
على قول الأمامين من ان التوى يكون بثالث ، وهو حكم القاضي بأفلاسه ، كما
تقدم . لكن علمت ايضاً ان الذي مشى عليه المتون قول الامام رحمه الله
لعالي ولم يصح احد قولها ، فليتأمل .

باع بشرط ان يحيل على المشتري بالثمن غريباً له ، بطل البيع ، لانه شرط
لا يقتضيه العقد . ولو باعه بشرط ان يحتال بالثمن ، صح ، لانه يؤكده موجب
العقد (هندبة عن الكافي)

وقوله « لانه شرط لا يقتضيه العقد » اي وفيه نفع للبائع ، كما في الدرر ،
لان فيه دفع مطالبة غريبة له وتسلطه على المشتري .
والمراد بالبطالان هنا الفساد . واذا بطل البيع بطالت الحوالة التي في
ضمنه ، كما في الطحاوي .

رجل اشترى من رجل دابة بمائة وقبضها فأحال البائع بالثمن على رجل ثم ان
المشتري وجد عيباً بالدابة فردها بقضاء ، لم يكن للمشتري ان يرجع بالمائة
على البائع ، ولكن البائع يحيله بها على المحتال عليه ، شاهدأ كان المحتال عليه او
غائباً ، ويكون القول قول البائع ، انه لم يأخذ المائة من المحتال عليه . وكذا لو
كان رد بغير قضاء ، فانه لا يأخذ المال من البائع . وان كان البيع فاسداً فأبطله
القاضي ورد الدابة ، رجع المشتري بما كان له على المحتال عليه اه (خانية)

✽ الكتاب الخامس ✽

✽ في الرهن ويشتمل على مقدمة وثلاثة ابواب ✽

✽ المقدمة ✽

« في بيان الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالرهن »

المادة ٧٠١ - ✽ الرهن حبس مال وتوقيفه في مقابل حق يمكن استيفاؤه منه ويسمى ذلك المالم مرهوناً ورهنأ ✽

الرهن مشروع بالكتاب والسنة واجماع الأمة . اما الكتاب ، فقوله تعالى
✽ فراهان مقبوضة ✽ واما السنة ، فما روي عن عابشة رضي الله عنها قالت
ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى طعاماً من يهودي الى اجل ورهنه درعاً من
حديد (رواه مسلم والبخاري) وقد انعقد الأجماع عليه . ولأنه وثيقة في جانب
الاستيفاء ، فيجوز كما تجوز الوثيقة في جانب الوجوب ، وهي الكفالة والحوالة .
بيان ان الدين له طرفان ، طرف الوجوب وطرف الاستيفاء ، لأنه يجب اولاً في
الذمة ثم يستوفى المالم بعد ذلك . ثم الوثيقة بطرف الوجوب الذي يختص بالذمة ،
وهي الكفالة ، جائزة . وكذا الوثيقة بطرف الاستيفاء (اهـ ملخصاً من
الزبلي وحاشيته للشلي)

قلت : وبما ذكر تظهر الحكمة في ذكر الجملة كتاب الرهن عقيب كتابي
الكفالة والحوالة ، وهو ان كلاً منها عقد وثيقة . قال القدوري في شرحه ، كما
في الشلي : الرهن في الشرع عبارة عن عقد وثيقة بمال ، وبذلك يتفصل من

الكفالة والحوالة ، لانها عقد وثيقة بذمة اه .
ثم ان هذه المادة عبارة عن تعريف الرهن التام او اللزوم ، والا في انعقاد
الرهن لا يلزم الحبس ، بل ذلك بالقبض .
والمراد بالحبس في قوله « حبس مال » جعل المال محبوساً ليصح كونه فعلاً
للاهن ، اي جعل الراهن اياه محبوساً . والا فان الحابس حقيقة هو المرتهن ، مع ان
حبس المرتهن ليس هو الرهن المحدود ، بل ثمرته وغايته . قال القهستاني : والتبادر
ان يكون الحبس على وجه التبوع . فلو اكره المالك بالدفع اليه ، لم يكن رهناً .
وقوله « بمقابل حق » اي مالي ولو مجهولاً . واحترز به عن نحو القصاص
والحد واليمين .

وقوله « يمكن استيفاءه » اي استيفاء هذا الحق منه ، اي من الرهن ،
بمعنى المرهون . واحترز به عما يفسد ، كالثلج ، وعن نحو الامانة . قال في
الشرنبلالية : واما الخمر ، فهو مال ايضا ويمكن الاستيفاء منه بتوكيل ذي بيعة ،
او بنفسه ان كان المرتهن والراهن من اهل الذمة ، لكنه ليس بمال متقوم في حق
المسلم ، فلا يجوز له رهنه ولا ارتهانه من مسلم او ذمي وان ضمنه للذمي .
والمراد من استيفائه ، اي الدين ، ما يشمل كله او بعضه ، كأن كان قيمة
المرهون اقل من الدين (الكحل من رد المختار)

والتعبير بالحق ليشمل النصب ، لأن الرهن كما يصح بالدين يصح بالنصب
(شلبي على الزيلعي) ومن عبر بالدين اراد به ما يعم الدين الحقيقي والحكمي كالايمان
المضمونة بالمثل او القيمة ، كما سيجي .

وقوله « ويسمى ذلك المال مرهوناً ورهناً » اي وهو حقيقة في الأول ، ومجاز
لغوي في الثاني ، من اطلاق المصدر واردة المفعول ، او حقيقة عرفية .

المادة ٧٠٢ - * الأرتهان اخذ الرهن *

المادة ٧٠٣ - * الراهن هو الذي اعطى الرهن *

المادة ٧٠٤ - * المرتهن هو آخذ الرهن *

المادة ٧٠٥ = * العدل هو الذي ائتمنه الراهن والمرتهن وسلماه
ولو دعاه الرهن *

= الباب الاول =

(في بيان المسائل المتعلقة بعقد الرهن وينقسم الى ثلاثة فصول)

= الفصل الاول =

* في المسائل المتعلقة بركان الرهن *

المادة ٧٠٦ - * ينقذ الرهن بايجاب وقبول من الراهن والمرتهن .
ولكن ما لم يوجد القبض ، لا يتم ولا يلزم . فللراهن ان يرجع عن
الرهن قبل التسليم *

كون القبول ركناً كالايجاب ، هو الذي مال اليه اكثر المشايخ . فانه
كالبيع . ولذا لا يبحث من حلف لا يرهن ، بدون القبول . وذهب بعضهم الى انه
شروط صيرورة الايجاب علة ، لانه عقد تبرع ، ولذا لا يلزم الا بالتسليم اه (رد

المختار) قال: ونقل القهستاني عن الكرماني انه يجوز بطريق التعاطي اهـ . وانما كان عقد تبرع ، لأن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئاً .

والحاصل ان كونه عقد تبرع انما يلزم منه عدم لزومه قبل القبض ، لا عدم كون القبول ركناً فيه . فهي كالمبذور ، لا بد لانقضاءها من الايجاب والقبول ، لكنها لا تلزم الا بالقبض (انظر مادة ٥٧)

واشار بقوله « وانكن الخ » الى ان القبض ليس بشرط في انقضاءه ، وانما هو شرط في لزومه ، كالمبذور . حتى لو مات الراهن قبل ان يقبض المرتهن الرهن ، لم يجبر عليه ، فلا يتعلق به الا مستحقاق الا بالقبض ، فالقبض لا يكون لازماً (جوهره) وصحح في المجتبى وغيره انه شرط الجواز ذكره في الدرر وحواشيه . وفي اول كتاب الرهن من الاقروية : القبض شرط جوازه وقال بكر لزومه ، والأول اصح . والجمهور على اعتبار القبض فيه حتى لا يصح الأرتهان ولا يترب عليه الحكم بمجرد الأيجاب والقبول اهـ .

وفي الجوهره : لو ان الراهن والمرتهن تراضيا على ان يكون الرهن في يد صاحبه ، لا يصح ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه . وبعد التراضي لو اراد المرتهن ان يقبضه ليحبسه رهناً ، ليس له ذلك لأن الرهن لم يصح اهـ .

اقول : وهذا يفيد انه شرط الجواز . ويمكن ان يقال ان عدم الصحة لكونها شرطاً لا يقتضيه العقد ولا بلائمه ، تأمل .

ثم ان القبض في ظاهر الرواية يثبت بالتخلية بين المرتهن والرهن . فهي قبض حكمي لأنها تسليم ، فمن ضرورته الحكم بالقبض . والمراد انه يترب على التخلية ما يترب على القبض من لزوم الرهن وشبوت احكامه (افاده في الدرر وحواشيه) وانما اكتفي بالتخلية لأنها غاية ما يقدر عليه الراهن ، والقبض فعل غيره فلا يكلف به .

وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى ان القبض في المنقول لا يثبت الا بالنقل ، لأنه قبض موجب للضمان ابتداءً اذا لم يكن الرهن مضموناً على احد قبل ذلك ، فلا يثبت الا بالقبض حقيقة ، كالغصب ، والأول اصح لما ذكرنا ، ولأن قبض الرهن قبض واجب بحكم عقد مشروع فكان كقبض المبيع ، فتمت بكتفي بالتخلية ،

فكذا هنا (زبلي ملخصاً)

ثم ان من شرائط صحة القبض ان يأذن به الراهن نصاً او دلالة . اما الأول فان يقول اذنت له بالقبض او رضيت به او اقبض وما يجري هذا الجري ، فيجوز قبضه سواء قبض في المجلس او بعد الأتراق استحساناً . واما الدلالة فان يقبض المرتهن بحضرة الراهن فيسكت ولا ينهأ ، فيصح استحساناً .

ومنها اهلية القبض ، وهي العقل . والقبض نوعان : بطريق الأمانة ، كأن يقبض لنفسه بنفسه ، وبطريق النيابة كقبض الأب والرعي عن الصبي ، فإنه جائز . وكذا قبض المدل يقوم مقام قبض المرتهن ، حتى لو ملك في يده كان الملاك على المرتهن .

ثم اذا كان المرهون مقبوضاً عند العقد فهل ينوب ذلك عن قبض الرهن ؟ فالأصل ان القبضين اذا تجانسا ناب احدهما عن الآخر ، واذا اختلفا ناب الاعلى عن الادنى (افاده في الهندية) فلو كان القبض الأول قبض ضمان بأن كان المرهون منصوباً في يد المرتهن او مبيعاً بيعاً فاسداً مثلاً ، ثم انعقد الرهن ، ناب القبض الاول عن قبض جديد وتم به الرهن ولزم ، لتجانس القبضين ، لكون كل منهما مضموناً . وان كان القبض الاول قبض امانة بأن كان المرهون ودبعة او عارية فلا بد من قبض جديد ، لأن القبض الادنى ، وهو الغير مضمون ، لا ينوب عن الأعلى . وانظر ما كتبناه في شرح المادة (٢٦٤)

* تنبيه *

ذكر في تنقيح الحامدية من كتاب الرهن ما نصه : ولو شهد الشهود على اقرار الراهن بقبض المرتهن ولم يشهد واعلى معاينة القبض ، كان الامام يقول لا يقبل . ثم رجع وقال يقبل ، كما هو قولها من دعوى البرازية . ومثله في العمادية . رهن داره واعترف بالقبض الا أنه لم يتصل به القبض ، فاذا تصادق على القبض والأتقباض يؤخذ بأقراره (من رهن جواهر الفتاوي)

وفيها ، من الباب الخامس : رجل رهن داره والراهن متصرف فيه حتى مات ثم اختلف المرتهن وورثه الراهن انه كان مقبوضاً ام لا ، فان اقام المرتهن البينة

على اقرار الراهن بالرهن والتسليم ، بحكم بصحة الرهن ، ودعوى فساد الرهن لا تقبل
بظاهر ما كان في يد الراهن ، لانه لما حكم عليه باقراره بالرهن حمل على ان اليد
كانت يد العارية اه . وان ادعى المرتهن الرهن مع القبض ، يقبل برهانه
عليها . وان ادعى الرهن فقط لا يقبل ، لان مجرد العقد ليس بلازم اه .

اقول : انت تعلم ان ما نقل عن جواهر الفتاوى من الحكم بصحة الرهن
بناء على اقرار الراهن بالقبض والاقباض هو من حيث القضاء لانه اقر بصحة
العقد ثم ادعى هو او ورثته فاده ، فهو متناقض . اما ديانة فلا يجزى للمرتهن
حس الرهن ، وهو يعلم ان اقرار الراهن بالتسليم كان كذباً . والظاهر ان للراهن
او ورثته تخليف المرتهن ان الاقرار المذكور ما كان كذباً ، اذ لا شك ان
المرتهن لو اقر بما ادعاه الراهن او ورثته من انه لم يحصل قبض ، يواخذ
باقراره ويطلب الرهن فتأمل .

المادة ٧٠٧ - * ايجاب الرهن وقبوله هو قول الراهن رهتك

هذا الشيء في مقابلة ديني او لفظ آخر في هذا المال وقول المرتهن
قبلت او رضيت او لفظ آخر يدل على الرضى ، ولا يشترط ايراد
لفظ الرهن . مثلاً لو اشترى احد شيئاً واعطى للبايع مالا وقال له
ابن هذا المال عندك الى ان اعطيك ثمن المبيع يكون قد رهن
هذا المال *

لأنه اتى بمعنى العقد والعبارة في باب العقود للمعاني (هندية)

وفيها : رجل اشترى بيتاً فقال للبائع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن ،
فهو رهن عند اصحابنا الثلاثة (كذا في الخلاصة) .

رجل له على رجل دين فأعطاه ثوباً . فقال امسك هذا حتى اعطيك مالك ،
قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى هو رهن ، وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى يكون

وديعة لا رهنا . فإن قال امسك هذا بمالك او قال امسك هذا رهنا حتى اعطيتك مالك ، فهو رهن بالأجماع (كذا في محيط السرخسي) اه فتأمل ملياً ، املك تنظر بالفرق بين مسألة الخلاصة حيث كانت اتفاقية ، وبين مسألة المحيط حيث كانت خلافية

وفي نكلة الطوري ما نصه : ولم يتعرض المؤلف للرهن بالفعل ، وسذكر ذلك تيمناً للفائدة ، قال في الذخيرة : من كان له دين على رجل فتقاضاه فلم يقضه فرفع العمامة عن رأس المديون رهناً بدينه واعطاه مندبلاً صغيراً يلقه على رأسه وقال احضر ديني لأردمها عليك فذهب الرجل وجاء بدينه بعد ايام وقد هلكت العمامة ، قال ملكك بالدين .

وفي السراجية : اذا اخذ عمامة المديون بغير رضاه لتكون رهناً ، لم تكن رهناً بل غصباً اه والتوفيق يحصل بمحمل ما في الذخيرة على ما اذا رضي المديون بتركها رهناً ، وما في السراجية على ما اذا لم يرض بتركها (افاده في الدرر عن العمادية) قال في رد المحتار : وبوب هذا ما في الخلاصة عن فتاوي النسفي : هذا مستقيم اذا امسكه استرداها بتركها . اما اذا تركها لعجزه ، فبغيره نظر اه .

والظاهر انه محمل ما في البرازية عن العتاي تقاضى دينه فلم يقضه فرفع العمامة عن رأسه رهناً واعطاه مندبلاً يلقه على رأسه ، فالعمامة رهن لان الغريم بتركها عنده رضي بكونها رهناً (اه ما في رد المحتار)

وفي الدرر عن المحبسي . لب المال ان يسك مال المديون رهناً بلا اذنه وقيل اذا ايس فله اخذه مكان حقه قضاء عن دينه اه قال في رد المحتار : ظاهره انه يهلك هلاك الرهن ، وفيه نظر اذ شرط الرهن كونه على وجه التبرع ، كما قدمنا . وفي البرازية : صاحب الدين ظفر بغير جنس حقه من مال مديونه ، لا يجبهه رهناً الا يرضى مديونه اه فتأمل .

وظاهر قوله « اذا ايس فله اخذه . مكان حقه الخ » انه اي المال من غير جنس حقه . والا فلو من جنس حقه ، فله اخذ قدر حقه منه بلا كلام ، ولا وجه لحكاية قبيل . على انا قدمنا في كتاب الحجر عن المقدسي عن بعضهم ان الفتوى اليوم على جواز الاخذ مطلقاً اه ما في رد المحتار .

وفيه : فرع : رجل دخل خاناً فقال له صاحب الخان لا ادعك تنزل ما لم
تعطني رهناً فدفعت اليه ثيابه فهلكت عنده ، ان رهنها باجرة البيت ، فالرهن بما
فيه : وان اخذ منه لأجل انه سارق او خفي عليه ، فإنه يضمن . قال ابو الليث :
وعندي لا ضمان في الوجهين ، لأنه غير مكره في الدفع (خلاصة)

= الفصل الثاني =

* في بيان شروط انعقاد الرهن *

واما شروط صحته فهي ان لا يكون مضافاً ولا معلقاً بشرط ، كما في الهندية ،
ولا مؤجلاً ، كما في رد المحتار . لأن حكمه الحبس الدائم والتأجيل يتأنيه -
بخلاف تأجيل دين الرهن .

ومنها ان يكون الرهن محوزاً ، اي غير متفرق ، فلا يصح رهن ثمر على شجر
بدون الشجر ، وزرع في ارض بدون الارض ، لأن الثمر والزرع لم يحازا في يد
المرتهن بمعنى ان يده لم تحوهما وتجمعهما ، اذ لا يمكن حيازة ثمر بلا شجر ولا
زرع بلا ارض .

ومنها ان يكون مفرغاً اي غير مشغول بحق الراهن ، فلا يجوز رهن شجر
بدون الثمر (افاده في الدر وحواشيه) اما الشاغل فيجوز رهنه كما في كثير من
المعتبرات . ففي الهداية : ويمنع التسليم ، كون الراهن او متاعه في الدار المرهونة .
وكذا كون متاعه في الوعاء المرهون . ويمنع تسليم الدابة المرهونة ، الحمل عليها ،
فلا يتم حتى يلقى الحمل لأنه شاغل لها - بخلاف ما اذا رهن الحمل ، حيث يكون
رهناً تاماً اذا دفعها اليه ، لأن الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعاً في دار او
وعاء دون الدار والوعاء اه .

وما في رد المحتار من قوله « وبنفي تقييد الشاغل الذي يجوز رهنه بغير
التصل لما علمته من عدم جواز رهن الثمر والزرع اه » فيه نظر ، فإن فساد رهن
ما ذكر لكونه غير محوز لا لكونه شاغلاً . ومنها ان لا يكون المرهون متصلاً

بغيره بمعنى انه تابع لغيره ، لما في الهداية : رهن مرسجاً على دابة او لجاماً في رأسها و دفع الدابة مع المرسج والجام ، لا يكون رهناً حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه ، لأنه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة على النخيل . حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكره يعني لو رهن دابة عليها مرسج او لجام يدخل في الرهن (رد المختار) لا يقال ان علة عدم جواز رهن الثمر على الشجر هي كونه غير محوز ، لأننا نقول العلة لا تزاحم ، فيحوز ان يكون له علتان واكثر . وتقييد كون مشغولية الرهن بنفس الراهن او ماله للاحتراز عما لو كان مشغولاً بملك الغير ، فلا يمنع ، كما في رد المختار عن العمادية .

ومنها ان يكون الرهن مميزاً ، لأن موجب الرهن الحبس الدائم ، وفي المشاع يفوت الدوام ، لأنه لا بد من المهابة فيصير كأنه قال رهنتك يوماً ويوماً لا ، فلا يجوز رهن مشاع مطلقاً ، اي سواء كان مقارناً كنصف دابة ، او طارئاً كأن يرهن الجميع ثم يتفاسخا في البعض او بأذن الراهن للعديل ببيع الرهن كيف شاء ، فباع نصفه ، وسواء كان من شريكه او غيره ، لأن الشريك يمسكه يوماً رهناً ويوماً يستخدمه فيصير كأنه رهنته يوماً دون يوم ، وسواء كان يقسم اولاً = بخلاف الهبة ، لأن المانع فيها غرامة القسمة ، اي اجرة القسام ، وهي فيما يحتملها لا فيما لا يحتملها . و ذكر في الدر ممزياً لزواهر الجواهر ان الشيوع الثابت بالضرورة لا يضر ، لما في الولوجية : ولو جاء بشو بين وقال خذ احدهما رهناً والآخر بضاعة عندك ، فان نصف كل منهما بصير رهناً بالدين ، لأن احدهما ليس بأولي من الآخر ، فينسجم الرهن فيهما بالضرورة ، فلا يضره .

لكن في التنوير ، آخر باب ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز : دفع ثوبين فقال خذ ابها شئت رهناً بكذا فأخذهما ، لم يكن واحد منهما رهناً قبل ان يختار احدهما اه وعزاه العلائي للسراجية : قال في رد المختار : فلا يذهب شيء من الدين بمنزلة رجل عليه عشرون درهماً فدفع الى الطالب مائة وقال خذ منها عشرين فضاعت قبل الأخذ ، فأنها من مال الدافع والدين على حاله . وينظر وجه الفرق بين المسئلتين ، وامله هو انه في مسألة التنوير المعزية للسراجية انما جعل الرهن ما تقع عليه مشيئة المرتهن ، فاذا اختار احد الثوبين فقد تعين . وقبل ذلك لم يصر احدهما رهناً ، فيبقى

كل منها عنده امانة . واما في مسألة الدر المنقولة عن الولوجية فقد جعل احدها رهناً في الحال بلا خيار ، ولكنه ابهمه وليس احدها اولى من الآخر ، فصار نصف كل منها رهناً . هذا ما ظهر لي . لكن قال في الخاتمة ، بعد صفحة : رجل رهن عند رجل ثوبين على عشرة دراهم وقال احدها رهن لك بعشرك او قال خذ ايها شئت رهناً بدينك ، قال ابو يوسف هو باطل . فان ضاعا جميعا ، لم يكن عليه شيء ، ودينه على حاله اه ومثله في الظهيرية : فعند ابي يوسف لافرق بين المستلئين والتفرقة بينهما قول عمداه ما في رد المختار :

اقول : وفي النفس من هذه التفرقة شيء لا يخفى على ذي مسكة . ولعل ما ذكره في الدر اولاً مبني على القول بفساد رهن المشاع ، وسيأتي ان فاسد الرهن كصحيحه . فإني في الخاتمة من انه يذهب قيمة كل واحد من الثوبين بالدين ان كان مثل الدين ، ليس مبني على صحة رهن المشاع ، بل على كونه فاسداً . كما ان ما ذكر فيها بعد صفحة ، صريح في ان كون الدين اذا ضاع الثوبان على حاله ولم يكن على المرتهن منه شيء ، مبني على بطلان رهن المشاع .

والحاصل ان الرهن في كلا المستلئين غير صحيح ، لتحقيق الشبوع بالضرورة . غير انه على القول بفساد رهن المشاع يذهب الثوبان بالدين ، كما اذا كان الرهن صحيحاً . وهو الصحيح ، وعليه يحمل ما ذكره في الدر نقلاً عن الولوجية ، وكذا ما ذكره اولاً في الخاتمة . وعلى القول ببطلانه يذهب الثوبان من مال الدافع لكونه امانة سفي بد المرتهن ، والدين على حاله كما هو حكم الرهن الباطل . وعليه يحمل ما في التنوير مزمياً للمراجعة ، وكذا ما ذكره في الخاتمة بعد صفحة . واما عبارة الولوجية ، وان كان فيها بعد عما قلناه ، لكن يمكن ان يكون مراده بقوله « فلا يضر » اي لا يمنع من ذهاب نصف كل من الثوبين بالدين ، حيث تساوبا ، لأن فاسد الرهن كصحيحه . هذا ما ظهر لي ، قد تبره .

وانما اقتصرنا في الجملة على ذكر شروط انعقاد الرهن ولم نتعرض لتذكر شروط صحته ، لما ذكره في الدر وحواشيه آخر كتاب الرهن من ان كل حكم عرف في الرهن الصحيح ، فهو الحكم في الرهن الفاسد ، في حال الحياة والمات ، فلو قرض الراهن

العقد بحكم الفساد واراد استرداد المرهون ، كان المرتهن حبه حتى يودي اليه
الراهن ما قبض واذا مات الراهن وعليه ديون كثيرة ، فالمرتهن اولى من
سائر الغرماء .

وهذا كله اذا كان الرهن الفاسد سابقاً على الدين . فلو كان يدين على الراهن
قبل ذلك ، لم يكن له حبه ، لانه ما استفاد تلك اليد بمقابلة هذا المال ويكون
بعد الموت اسوة للغرماء ، لانه ليس له على المحل يد مستحقة - بخلاف الرهن الصحيح ،
تقدم او تأخر . هذا هو ظاهر الرواية . وروي ابن سماعة عن محمد انه ليس المرتهن
حبه ، لانه اصرار على المصيبة . ولكن ما في ظاهر الرواية اصح ، لان الراهن
لما قبض فقد ارتفعت المصيبة ، وحبس المرتهن المرهون ليصل الى حقه لا يكون
اصراراً ، لان الراهن يجبر على تسليم ما قبض . فاذا امتنع ، فهو المصر . الا ترى
ان في الشراء الفاسد للمشتري الحس الى استيفاء الثمن .

ثم في كل موضع كان الرهن مالا والمقابل به مضموناً الا انه فقد بعض شرائط
الجواز ، كرهن المشاع ، يتعقد الرهن لوجود شرط الانقضاء ، لكن بصفة الفساد .
وفي كل موضع لم يكن الرهن كذلك بأن فقد احدهما ، لا يتعقد الرهن اصلاً .
فاذا هلك يهلك بغير شيء - بخلاف الفاسد ، فانه كالصحيح يهلك بالاقبل من
قيمه ومن الدين . ومن مات وله غرماء ، فالمرتهن احق به كما في الصحيح اه ما في
الدر وحواشيه .

فحيث كان لا فرق بين صحيح الرهن وفاسده من حيث ان كل حكم عرف في
الصحيح فهو الحكم في الفاسد ، كان لا حاجة الى ذكر شروط الصحة التي تقدم بسطها ،
بل الحاجة الى ذكر شروط الانقضاء ام ، للفرق بين باطل الرهن وصحيحه من حيث
ان المرهون مضمون بالاقبل من قيمته ومن الدين اذا كان صحيحاً ، وغير مضمون اصلاً
اذا كان باطلاً . اقتصر عليها فقال :

المادة ٧٠٨ = * يشترط ان يكون الراهن والمرتهن عاقلين

ولكن لا يشترط ان يكونا بالغين *

فلا يجوز الرهن والارتهان من المجنون والصبي الذي لا يعقل . ويجوز من الصبي المأذون (كذا في الهندية) والظاهر انه يتعد الرهن والارتهان من الصبي القائل الغير مأذون موقوفاً على اجازته ولبه او اجازته بعد البلوغ ولم اره الا ان متقولا ، فليراجع النقل .

المادة ٧٠٩ = * يشترط ان يكون المرهون صالحاً للبيع فيلزم ان يكون موجوداً مالاً متقوماً مقدور التسليم في وقت الرهن *

فلا يجوز رهن ما ليس موجوداً وقت العقد ، ولا رهن ما يحتمل الوجود والعدم ، كما اذا رهن ما يثمر نخيله او ما تله اغنامه السنة ، او ما في بطن هذه الجارية ونحو ذلك ، ولا رهن الميتة والدم لانعدام ماليتها ، ولا رهن صيد الحرم والاحرام ، لانه ميتة ، ولا رهن الحر لانه ليس بمال اصلا ، ولا رهن ام الولد والمدبر المطلق والمكاتب ، لانهم احرار من وجه ، ولا رهن الخمر والخنزير من مسلم سواء كان الماقدان مسلمين او احدهما مسلماً ، لانعدام مالبة الخمر والخنزير في حق المسلم .

وهذا لان الرهن ابفاء الدين والارتهان استيفاءه ، ولا يجوز للمسلم ابفاء الدين من الخمر واستيفاءه منه . الا ان الراهن اذا كان ذمياً ، كانت الخمر مضمونة على المسلم المرتهن ، لان الرهن اذا لم يصب كانت الخمر بمنزلة المقصوب في يد المسلم ، وخمر الذمي مضمونة على المسلم بالنصب . واذا كان الراهن مسلماً والمرتهن ذمياً ، لا تكون مضمونة على الذمي ، لان خمر المسلم لا تكون مضمونة على احد . واما في حق اهل الذمة ، فيجوز رهن الخمر والخنزير وارتهاهما منهم ، لان ذلك مال يتقوم في حقهم بمنزلة الخل والشاة عندنا . ولا رهن المباحات من الصيد والحطب والحشيش ونحوها لانها ليست بمملوكة في انفسها . فاما كونه مملوكاً للراهن فليس بشرط لجواز الرهن ، اي فضلاً عن انعقاده حتى يجوز ارتهان مال الغير بغير اذنه لولا اية شرعية كالآب والرصى برهن

مال الصبي بدنه وبدين نفسه . فان هلك الرهن في يد المرتهن قبل ان يفتكه الأب ، هلك بالاقبل من قيمته وبما رهن به ، فضمن الأب قدر ما سقط من الدين بهلاك الرهن ، لأنه قضى دين نفسه بمال ولده فبضمن . ولو ادرك الولد ، والرهن قائم عند المرتهن ، فليس له ان يسترده قبل قضاء القاضي . ولكن يومو الأب بقضاء الدين ورد الرهن على ولده . ولو قضى الولد دين ابيه واقتك الرهن ، لم يكن متبرعاً ويرجع بجميع ما قضى على ابيه . وكذا حكم الوصي في جميع ذكرونا (كذا في الهندية عن البدائع)

وانما لا ينعقد رهن ما ذكر لأن المقصود من الرهن التمكّن من استيفاء الدين . وما لا يكون محلاً قابلاً للبيع لا يمكن استيفاء الدين منه فلا ينعقد الرهن به .

ثم لما ذكر ما لا يجوز رهنه ، ذكر ما لا يجوز الرهن به فقال :

المادة ٧١٠ = * يشترط ان يكون مقابل الرهن مالاً مضموناً فيجوز اخذ الرهن لأجل مال مفصوب ولا يصح اخذ الرهن لأجل مال الامانة *

اعلم ان ما يكون مقابلاً بالرهن وهو المال المرهون به اما ان يكون ديناً واما ان يكون عيناً . فان كان ديناً فالرهن به جائز مطلقاً ، سواء كان واجباً ظاهراً وباطناً ، وهو ظاهر ، او ظاهراً فقط ، كتمن خل وجد خمراً وثمن ذبيحة وجدت ميتة وبدل صلح عن انكار ثم تصادقا على ان لا دين ، فان الدين وجب ظاهراً حين الرهن ، وهو كاف لصحته ، فالرهن به مضمون على المختار . وكذا يصح الرهن بدين . وعود بأن رهن ليعرضه الفاً مثلاً ، حتى لو هلك هذا الرهن كان مضموناً عليه بما وعد من الدين ، فيسلم الالف للراهن جبراً اذا كان الدين مساوياً لقيمة ، او اقل . اما اذا كان اكثر ، فهو مضمون بالقيمة . وهذا اذا سمي قدر الدين . فان لم يسمه بأن رهنه على ان يعطيه شيئاً فهلك في يده ، هل يضمن -

خلاف بين الامامين مذکور في البرازبة وغيرها . والاصح انه غير مضمون .
وهذا هو معنى المقبوض على رسوم الرهن ، فان الرهن بالدين الموعود مقبوض
على رسوم الرهن .

وفي الاشياء : لو دفع له بعض الألف وامتنع ، لا جبر اي اذا كان الرهن
باقياً . اما اذا هلك كان الدين الموعود بدفعه مساوياً للقيمة او اقل فيجبر على
الدفع كما تقدم .

واما ان كان عيناً ، فاما ان تكون غير مضمونة اصلاً ، كالأمانات كوديعة
وعارية ، وكذا مال مضاربة وشركة . فهذه الرهن بها باطل اتفاقاً ، والمرهون
بها غير مضمون ، لان الضمان عبارة عن رد مثل المالك ان كان مثلياً او قيمته
ان كانت قيمياً . فالامانة ان هلكت فلا شيء في مقابلتها . وان استهلك
لا تبقى امانة بل تكون منصوبة .

واما ان تكون مضمونة بنفسها ، يعني بمثلها او قيمتها ، كالعين المنصوبة او
المحمولة بدل خلع او مهر او صلح . فهذه يصح الرهن بها اتفاقاً ، فانها ان كانت
قائمة وجب تسليمها ، وان هالكت وجب قيمتها ، فكان الرهن بها رهناً بما هو
مضمون ، فصح . حتى انهم سموا هذا القسم ديناً حكيمياً .

واما ان تكون غير مضمونة ولكنها تشبه المضمونة كبيع في يد البائع بأن
اشترى عيناً ولم يقبضها ثم اخذ بها رهناً من البائع ، فانها اذا هلكت يهلك ملك البائع
فلا يجب عليه شيء ، كما اذا هلكت الوديعة . لكنها تشبه المضمونة باعتبار سقوط
الثمن ان لم يقبض ، ورده اذا قبض . ولذا سميت مضمونة بغيرها . وهذا القسم
وقع في الرهن به خلاف ، فقيل انه باطل لأنه لا يجب على البائع بهلاك المبيع
شيء يستوفي من الرهن . وانما يبطل البيع ويسقط الثمن ، وهو المذكور في الكفاية
وغاية البيان والجوهرية والزبلي وغيرها . وقال شيخ الاسلام انه فاسد لأن الرهن
مال والمبيع متقوم ، والفاسد يلحق بالصحيح في الاحكام . وذكر في المبسوط انه
رهن جائز ، ليضمن بالاقبل من قيمته ومن قيمة العين ، وبه اخذ الفقيه ابو سعيد
البردعي وابو الليث ، وعليه الفتوى كما في الكرمانى وغيره . هذا حاصل ما في
الدر وحواشيه .

وذكر الشلبي في حاشيته عن الزبلي ان هذا خلاف ما مشى عليه القدوري
وسائر المتون، ان الرهن بالمبيع باطل، وانه غير مضمون، والممول على ما في المتون،
والله الموفق اه .

وفي الهندية عن البنابيع : ولو تزوج امرأة على دراهم او دنانير بعينها واخذت
بها رهناً، لم يصح عندنا . ولو صالح عن دم على شيء بعينه وأخذ رهناً، لم يجوز
اقول : والسريفة مسألة الدرهم والدنانير انها لا تتمين بالتعنين ، كما توضحه
المسئلة الآتية . وفي مسألة الصلح على شيء بعينه، ان ذلك الشيء له حكم المبيع قبل
قبضه . فاذا ملك ، بطل الصلح وبهلك على صاحبه . هذا ما ظهر لي ، فتأمله .
وفيها : ولو اشترى شيئاً من رجل بدرهم بعينها واعطى بها رهناً، كان
باطلاً ، لأنها لا تتمين ، وانما يجب مثلها في الذمة ، والرهن غير مضاف الى ما
في الذمة اه .

وفي الخانية : ولو استأجر داراً او شيئاً واعطى بالأجر رهناً ، جاز . وان
هلك الرهن بعد استيفاء المنفعة ، يصير مستوفياً للأجر . وان هلك قبل استيفاء
المنفعة ، يبطل الرهن ويجب على المرتهن رد قيمة الرهن . ولو استأجر خياطاً ليجسط
له ثوباً وأخذ من الخياط رهناً بالخياطة ، جاز . وان أخذ الرهن بخياطة هذا
الخياط بنفسه ، لا يجوز . وكذا لو استأجر ابلاً الى مكة واخذ من الجمال
بالحمولة رهناً جاز ، ولو اخذ رهناً بحمولة هذا الرجل بنفسه او بداية بعينها ، لا
يجوز . ولو استعار شيئاً له حمل وموئنة فأخذ المعير من المستعير رهناً يرد العارية ،
جاز . وان أخذ منه رهناً يرد العارية بنفسه لم يجوز . ولو اخذ رهناً من المستعير
بالعارية لم يجوز ، لأنها امانة . ولو استأجر نواحة او مغبة واعطى بالأجر رهناً ، لا
يجوز ويكون باطلاً وكذا الرهن بدين القمار او بثن الميتة او الدم او الرهن
بثن الخمر من المسلم لمسلم او ذمى او بثن الخنزير باطل اه .

ولا يصح الرهن بالدرك خوف استحقاق المبيع فالرهن به باطل فيكون امانة ،
وذلك بأن يخاف المشتري استحقاق المبيع فيأخذ من البائع رهناً بالثمن - بخلاف
الكفالة بالدرك فانها جائزة . والفرق ان الرهن للاستيفاء ولا استيفاء
قبل الوجوب ، لأن ضمان الدرك هو الضمان عند استحقاق المبيع ، فلا يصح مضافاً

الى حال وجوب الدين لأن الأستيفاء معاوضة وإضافة التملك الى المستقبل لا يجوز . اما الكفالة ، فهي لالتزام المطالبة ، لا لالتزام اصل الدين . ولذا لو كفل بما يذوب له على فلان ، يجوز . ولو رهن به ، لا يجوز . ولا يصح الرهن بالكفالة بالنفس كأن كفل زيد بنفس عمرو على انه ان لم يوف به الى سنة ، فعليه الألف الذي عليه ثم اعطاه عمرو بالمال رهناً الى سنة ، فهو باطل ، لأنه لم يجب المال على عمرو بعد . وكذا لو قال ان مات عمرو ولم يودك فهو على ثم اعطاه عمرو رهناً ، لم يجوز ولا يصح الرهن بالقصاص مطلقاً في نفس وما دونها ، لتعذر استيفائه من المرهون ، بخلاف الجناية خطأ ، لامكان استيفاء الارش من المرهون ، وبخلاف الدية وجراحة لا يستطاع فيها القصاص قضي بأرشها ، فلواخذ به رهناً جاز . ولا يصح الرهن بالشفعة ، يعنى لا يجوز اخذ الرهن من المشتري الذي وجب عليه تسليم المبيع من اجل الشفعة ، لأن المبيع غير مضمون عليه .

واذا لم يصح الرهن في جميع هذه الصور ، فللراهن اخذه . فلو هلك عند المرهين قبل الطلب ، هلك مجاناً ، اذ لا حكم للباطل ، فبقي القبض باذن المالك . واما لو طلبه الراهن فامتنع المرهين من دفعه ثم هلك ، ضمنه المرهين لتعديده بالنم ، كما هو الحكم في سائر الأمانات الكل من الدر وحواشيه .

= الفصل الثالث =

✽ في زوايد الرهن المتصلة وفي تبديل الرهن وزبادنه بعد عقد الرهن ✽

المادة ٧١١ = ✽ كما ان المشتلات الداخلة في البيع بلا ذكر

تدخل في الرهن ايضاً ، كذلك لو رهننت عرصة تدخل في الرهن اشجارها وانماها وسائر مفروساتها ومزروعاتها وان لم تذكر صراحة ✽

قال في الخانية : ولو قال رهننتك هذه الارض وفيها زرع او شجر او ثمر على

الاشجار ، جاز ويدخل الكل في الرهن . ولا يدخل الزرع والتمر في البيع الأ
بالذكر ، وفي الرهن يدخل بغير الذكر ، لأن الرهن لا يصح بدون ذلك ،
فيدخل الكل نصيباً اهـ اي لأنه لو لم يدخل لزم ان تكون الأرض مشفولة
بملك الراهن ، ورهن المشفول بدون الشاغل غير جائز . كذا في الحامدية . واما
الشرب والطريق الخاص في ملك انسان ، فالظاهر انها لا يدخلان في رهن
العرصة الا بذكرها صريحاً او بذكر الحقوق والمرافق ، كما لا يدخلان في
بيمها ، لما علمت من ان دخول الاشجار وثمارها في رهن العرصة انما هو لكونها
مشفولة بها ورهن المشفول بدون الشاغل غير صحيح ، فنصيباً لعقد الرهن قالوا
بدخولها وهذا المعنى لا يظهر في مثل الشرب والطريق اذ لا مشفول ولا شاغل .
فما ذكره الشارح سليم باز معزياً للخانية من دخولها بدون ذكورها ولا ذكر الحقوق
والمرافق قرينة بلا مربة ، اذ سمعت نص الخانية بحرفها ، فلينبه .

المادة ٧١٢ - يجوز تبديل الرهن برهن آخر . مثلاً لو رهن
احد ساعة في مقابلة كذا دراهم دينه ثم بعد ذلك لو اتى بسيف وقال
خذ هذا بدل الساعة ورد المرتهن الساعة وأخذ السيف بكون السيف
مرهوناً في مقابلة ذلك المبلغ *

عبارة التنوير مع شرحه الدر المختار ، هكذا : وان رهن عبداً بألف فدفع
عبداً آخر رهناً مكان الأول وقيمة كل من العبدين الف ، فالأول رهن حتى يرد
الى الراهن ، والمرتهن في الآخر امين ، حتى يجعل مكان الأول بان يرد الأول
الى الراهن ، فحينئذ يصير الثاني مضموناً اهـ . وهكذا قيد كون قيمة الرهن الثاني
مماثلة لقيمة الرهن الأول في الهداية والملقى والكز والدرر والوقاية وغيرها .
قال في رد المختار : وهو قيد اتفاقى ، لما في التارخانية عن التجريد : وان كان
قيمة الأول خمسية والثاني الف والدين كذلك فلك ، يهلك بألف . وكذا

إذا كانت قيمة الثاني خمسمائة والأول ألفاً فهلك الثاني في يده ، هلك بخمسمائة أه
ولذا ترك القيد في الخانية أه ما في رد المختار . اقول : لكن في الخانية ما نصه :
رجل رهن عند انسان عبداً بألف درهم ثم جاء الرهن بجارية وقال خذ هذه
مكان العبد ، فانه يصح ذلك اذا قبض . وقبل قبض الثاني ، فالأول رهن ما
دام في يده يهلك بالدين ان هلك ، والثاني امانة يهلك من غير شيء . واذا قبض
الثاني يخرج الأول من ان يكون رهناً ، رد الأول على الرهن او لم يرد . ويكون
الثاني رهناً لو هلك ، هلك بقيمة نفسه لا بقيمة الاول اه قال الدمامد في شرحه على
الملتقى ، بعد ان استدرك على عبارة المتن بما نقلناه عن الخانية ما نصه : يفهم من
هذا انه اذا قبض الرهن الثاني خرج الأول من ان يكون رهناً ، رد الأول على
الرهن او لم يرد اه فهذا كما ترى مخالف لصريح عبارات المتون . على ان ما نقله في رد
المختار استدلالاً على كون القيد المذكور في المتون اتفاقياً عن التنازخانية معزياً
للتجريد ، موافق لما في الخانية . وعله على ان هلاك الثاني بعد رد الاول بعيد ،
والظاهر خلافه ولم نذكر احداً ذكر في المسئلة خلافاً وانت تعلم ان قاضي خان فقيه
النفس فلا بد من التوفيق بين ما في الخانية وظاهر التنازخانية وبين عبارات المتون ،
وذلك بأن يجعل قول المتون : « وقيمة كل من العبد الف » قيداً احترازياً ، فيحمل
ما في الخانية على ما اذا كانت القيمة مختلفة ، تصریحاً بمفهوم ذلك القيد الذي انفقت
على ذكره المتون ، فيصير حاصل المسئلة ان الرهن الثاني ان كانت قيمته مساوية
لقيمة الرهن الأول ، فالرهن الأول لا يخرج عن كونه رهناً بمجرد قبض الثاني ،
بل لا بد من رده الى الرهن ، وهذه مسئلة المتون . وعللوا ذلك بأن الرهن
الأول دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بتقص
القبض ما دام الدين باقياً . واذا بقي الأول في ضمانه ، لا بدخل الثاني في ضمانه ،
لانها رضياً بدخول احدهما فيه لا بدخولهما ، فاذا رد الأول دخل الثاني في ضمانه اه .
وان كانت قيمة الرهن اقل من قيمة الأول او اكثر ، فالرهن الأول مجرد قبض
الثاني يخرج عن كونه رهناً ، رد الاول على الرهن او لم يرد . وهذه مسئلة
الخانية . وظاهر ما في التنازخانية ، وهو تصریح بما الماده القيد الذي انفقت على
ذكره المتون .

وبهذا ظهر ان ما في رد المختار من ان القيد المذكور في عامة المتون اتفاقاً ، غير سديد . فإن كونه اتفاقاً خلاف الظاهر ، لما قالوا من ان مفاهيم الكتب حجة . وباعتباره قيداً احترازياً ، كما هو الظاهر ، يتم التوفيق بين ما سبق في الخانية والمتون وترتفع المخالفة .

ومن العجب قوله آخر العبارة : ولنا ترك القيد في الخانية مع مخالفة الحكم المذكور لما في المتون مخالفة تامة . وكذا استدلاله بما في التارخانية مع انها لو تركت على ظاهرها لكانت دليلاً عليه ، لا له .

وتبين ايضاً ان قول الجملة في هذه المادة «ورد للمرهن الساعة» انما يكون قيداً احترازياً اذا كانت قيمة السيف مثل قيمة الساعة ، والا فالسيف بمجرد قبضه يكون رهناً مضموناً بقيمته . وتخرج الساعة عن كونها رهناً وان لم يرد المرهن الساعة كما سمعت التصريح به عن الخانية .

ولعل الفرق ان اختلاف قيمة الرهنين قام مقام رد الرهن الأول ، فكان قبض الرهن الأول قد انتقض . نظير ما قاله من ان البيع يمثل الثمن الأول لقوته بخلاف ما اذا كان بأقل او بأكثر ، فإنه يكون نقضاً للأول ، تأمل .

ثم رأيت في حاشية السيد ابي السعود على شرح مسكين على الكنز ، قال عند قول المتن الكنز « فدفع عبداً آخر رهناً مكان الاول » ما نصه قوله « فدفع عبداً اخر الخ » قيد بكون المدفوع عبداً مائلاً للرهن ، لأنه لو كان بخلافه كان الحكم بخلافه ، لما في الخانية : رجل رهن عند انسان عبداً بالف درهم ثم جاء الراهن بجارية الخ ما سبق نقله عنها اه فقد صرح بان القيد احترازي ، وهو عين ما قلته والله الحمد .

هذا وقد نقل الشارح سليم بازنهنا عبارة التنوير وبزعمه انه اصلها بمحذف ذلك القيد منها كعادته تعويلاً على ما في رد المختار من انه قيد اتفاقاً ، فليتبه له .

❁ تنبيه ❁

لو كانت قيمة الرهنين متساوية فرد المرهن الأول بعد ان قبض الثاني هل

يشترط تجديد قبض الثاني لعمدة أرتبانه ، قيل يشترط ، لأن بد المرتين على الثاني بد امانة وبد الرهن بد استيفاء وضمان ، فلا ينوب عنه . وقيل لا يشترط ، لأن الرهن تبرع كالمدة ، وعينه امانة كما عرف ، والمضمون انما هو المالبة فقط ، وقبض الامانة ينوب عن قبض الامانة (زبلي)

وقل في رد المختار عن القهستاني ان الاول هو مختار قاضي خان . قال : واذا بد بمض الفضلاء ان عادة صاحب المدابة اختيار الاخير عكس عادة قاضي خان ومقتضاه ترجيح الاول ، تأمل اه .

اقول : قوله « ومقتضاه ترجيح الاول » صوابه « ترجيح الثاني » كما هو ظاهر .
فقد اختلف الترجيح .

❖ فرع ❖

رهن نوبين بألف ثم قال الراهن اخذت الى احدهما فردة علي ففعل ، فان الباقي رهن بنصف الألف . فلو هلك يهلك من الدين نصفه ، ولكن لا يفسكه الا بجميع الألف ، فليحفظ (رد المختار)

المادة ٧١٣ - ❖ يجوز ان يزيد الراهن في المرهون بعد العقد يعني يصح علاوة مال بأن يكون ايضاً رهناً على شيء كان قد رهن حال كون العقد باقياً . وهذا الزايد يلحق بأصل العقد .
يعني كأن العقد كان قد ورد على هذين المالين . ومجموع هذين المالين يكون مرهوناً بالدين القائم حين الزيادة ❖

قال في الهندية : يجب ان يعلم بأن الزيادة في الرهن حال قيام العقد صحيحة استحساناً عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى . وصورتها ان يرهن رجل عبداً من رجل بألف درهم ثم يزيد الراهن نوباً ليكون رهناً مع العبد بالدين الذي رهن به العبد ، صحت الزيادة استحساناً والتفت بأصل العقد . وجعل كأن

العقد ورد على الاصل والزيادة حتى صار الثوب مع العبد رهناً مضموناً بالدين الذي رهن به العبد (كذا في المحيط) اه .

ثم اذا صحت الزيادة في الرهن ، وتسمى هذه زيادة قصدية ، وهو احتراز عن الزيادة الضمنية وهي زيادة النماء ، وصتاني ، قسم الدين على قيمتها يوم قبضها وعلى قيمة الاول يوم قبضه . حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسية وقيمة الاول يوم القبض الفاً والدين الف يقسم الدين اثلاثاً في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثاه ، لان كل واحد منهما دخل في ضمان المرتهن يوم قبضه ، فكان هو الاعتبار (زيلعي مع حاشية الشلبي) .

وفي الهندية : ثم اذا صحت الزيادة في الرهن فانما يصير رهناً بالدين القائم وقت شرط الزيادة دون الساقط والمستوفي ، لان الرهن ابقاء وايفاء الساقط والمستوفي لا بصور وينقسم الدين على الاصل وعلى الزيادة على قدر قيمتهما . غير ان قيمة الاصل تعتبر وقت القبض بحكم المقدم ، وقيمة الزيادة تعتبر وقت القبض بحكم الزيادة . وايها هلك بعد ذلك ، إما الاصل وإما الزيادة ، هلك بما فيه من الدين ، وبقي الباقي رهناً بما فيه اه .

المادة ٧١٤ - * اذا رهن مال في مقابلة دين نصح زيادة الدين في مقابلة ذلك الرهن ايضاً . مثلاً لو رهن احد في مقابلة الف قرش ساعة ثمنها الفان ثم اخذ ايضاً في مقابلة ذلك الرهن من الدين خمسية يكون قد رهن الساعة في مقابلة الف وخمسية *

فلو هلكت الساعة هلكت بألف وخمسية لا بالالف الاولى فقط ولو فسخ الراهن الالف الاولى فليس له استرداد الرهن من المرتهن مالم يدفع الباقي . وهذا قول ابي يوسف . وعندهما الزيادة على الدين الاول على ان يكون الرهن الاول رهناً بالدينين ، لا تجوز . بمعنى ان الرهن لا يكون رهناً بالزيادة فلا يكون مضموناً

بها . فلو ملك يهلك بالاصل وتبقى الزيادة . ولو قضى الرهن الاصل ، كان له استرداد الرهن لكونه محبوساً به فقط .

ولابي يوسف رحمه الله تعالى ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع ، والرهن كالثمن . يعني المبيع . فتجوز الزيادة فيها كما في البيع . وللأمامين رحمهما الله تعالى ان الزيادة في الدين توجب الشبوع في الرهن فيكون بعض الرهن مضموناً بالزيادة وبعضه مضموناً بالدين الأول ، وذلك البعض مشاع ، فلا يجوز - بخلاف الزيادة في الرهن ، لانها توجب تحول بعض الدين الى الرهن الثاني فصار الشبوع في الدين لا في الرهن . وذلك غير مانع من صحة الرهن (زبلي مخلصاً)

وكأن الجملة اختارت قول ابي يوسف مع ان المتون على قولها لصحبتاً لما قصدت كل من الرهن والمرتهن وانفق عليه من جعل الرهن مرهوناً بكلا الدينين سهلاً على الناس .

المادة ٧١٥ - * الزايد الذي يتولد من المرهون يكون مرهوناً مع الأصل *

تبمّاله ، فيكون للمرتهن حصة وينقسم الدين عليها على قدر قيمتها بشرط بقاء النماء الى وقت الفكك وان هلك قبل ذلك لم يسقط بمقابلته شيء ويجعل كأنه لم يكن ، كما سنوضحه .

نماء الرهن لوعان : نوع لا يدخل في الرهن ، وهو ما لا يكون متولداً من العين ولا يكون بدلاً عن جزء من اجزاء العين ، وذلك مثل الكسب والهبة والصدقة واشباهاها .

ونوع يدخل في الرهن ، وهو ما يكون متولداً من العين كالولد والثمرة والصوف والوبر ، ويكون بدلاً عن جزء من اجزاء العين ، كالأرث والعقر . ومعنى دخول هذا النوع من النماء تحت الرهن ، انه يجب كما يجب الاصل .

لكن لا يكون مضموناً ولا يسرى اليه حكم الضمان . حتى لو ملك هذا النوع من النماء قبل الفسك لا يسقط بمقابلته شيء من الدين . واذا كان هذا النوع من النماء رهناً مع الأصل على التفسير الذي قلنا ، ينقسم ما في الأصل من الدين على الأصل وعلى النماء على قدر قيمتهما ، لأن الرهن بدون الدين لا يكون ، فيجب قسمة الدين . لكن بشرط بقاء النماء الى وقت الفسك ، فاذا بقي الى وقت الفسك تقررت القسمة . وان هلك قبل ذلك لم يسقط بمقابلته شيء ويجعل كأنه لم يكن ، وان الدين كله كان بمقابلة الام ، وينقسم الدين على الأصل يوم القبض وعلى الزيادة يوم الفسك .

وتفسيره : اذا كان قيمة الأصل الفاء وقيمة الولد الفاء فالدين بينهما نصفان في الظاهر . فان مات الولد ، ذهب بغير شيء وبقيت الام رهناً بجميع الدين . ولو ماتت الام وبقي الولد ، فان اخسكه ، اخسكه بنصف الدين . وان هلك الولد بعد موت الام ، ذهب بغير شيء ، وصار كأنه لم يكن ، فذهب كل الدين بموت الام . ولو لم يمت واحد منهما ولكن انقصت قيمة الام بتغير السعر فصارت تساوي خمسمائة ، او زادت فصارت تساوي الفين والولد على حاله يساوي الفاً ، فالدين بينهما نصفان ولا يتغير عما كان . وان كانت الام على حالها وانقصت قيمة الولد بعيب دخله او بتغير السعر فصارت تساوي خمسمائة ، فالدين بينهما اثلاثاً ، الثلثان في الام والثلث في الولد . ولو زادت قيمة الولد فصارت تساوي الفين ، فثلثا الدين في الولد والثلث في الأم . حتى لو هلكت الام بقي الولد بثلاثي الدين . وهذا يطرد مع الأصل الذي ذكرنا ، ان قيمة الام تعتبر يوم القبض وقيمة الولد يوم الفسك .

ثم هذا النوع من النماء اذا صار رهناً مع الأصل ، يعود بسببه بعض ما كان ساقطاً من الدين . حتى ان المرهون اذا كان جارية فاعورت حتى سقط نصف الدين ، ثم ولدت الجارية بعد ذلك ولدأ ، يعود ببعض ما كان ساقطاً من الدين ويجعل الولد الحادث بعد العود ، كالولد الحادث قبل العود . واذا صارت الزيادة المشروطة رهناً مع الأصل ، لا يعود بسببها شيء من الدين ولا تجعل الزيادة المشروطة بعد عودها كالتزادة المشروطة قبل عودها (كذا في الهندية ، وتامه فيها)

- الباب الثاني -

✽ في بيان مسائل تتعلق بالراهن والمرتهن ✽

المادة ٧١٦ = ✽ المرتهن له ان يفسخ الرهن وحده ✽

لكن له بعد الفسخ حبس الرهن لاستيفاء دينه . ولو هلك في يده بعده يهلك بالدين ، كما لو انفق على فسحه ، كما سيأتي في المادة (٧١٨) والنقول بذلك قد طمحت به كتب المذهب بلا ذكر خلاف ، كما ستسمعه هناك .

واما ما في رد المختار ، فيبيل فصل في مسائل متفرقة من كتاب الرهن ، حيث قال : خاتمة : المرتهن ينفرد بفسخ الرهن والراهن لا ينفرد به ، حتى لو قال المرتهن فسخت الرهن ولم يرض الراهن وهلك ، لا يسقط شيء من الدين . وفي العكس ، يسقط بقدره ، كما في القنية وغيرهما اه ، فلا شك انه محمول على ما اذا فسخ المرتهن وسلم الرهن للراهن ثم اعاده الراهن اليه غير راض بالفسخ فملك الرهن سمي يده ، لان الفسخ قد تم بمرد الرهن للراهن فيكون بالتقبض الثاني امانة ، فاذا هلك لا يسقط شيء من الدين - بخلاف ما اذا كان الفاسخ هو الراهن والمسئلة مجالها ، فان القبض الثاني لا يخرج عن كونه قبض ضمان كما لو استعاره الراهن ثم اعاده للمرتهن ، فإنه يهلك بالدين . ولو لم يحمل على ما ذكرنا لكان مخالفاً لعامة معتبرات المذهب ، كما سيأتي ، فخدبر .

ثم بعد مدة رأيت في الاقروية نقل المسئلة عن القنية بما نصه : المرتهن ينفرد في فسح الرهن دون الراهن ، حتى لو رده وقال فسخت الرهن ولم يرض الراهن وهلك ، لا يسقط شيء من الدين اه فقد قيد الانقاسخ بما لو رده ، وهو عين ما قلته والله الحمد .

لكن لا بد من ان يكون الهلاك في يد المرتهن بان رده الراهن اليه ثانيًا ،
والا فان هلاكه في يد الراهن يندم من سقوط الدين وان لم يفسخ المرتهن الرهن ،
كما سيأتي .

المادة ٧١٧ - **ليس للراهن فسخ عقد الرهن بدون رضى**

المرتهن

وان دفع الراهن الدين للمرتهن فان الرهن ما دام في يد المرتهن يبقى مضمونًا
بالدين ، حتى لو هلك يرجع الراهن بما دفعه ويهلك الرهن بالاقبل من قيمته ومن
الدين - الا اذا طلبه الراهن فاستتم من ادائه حتى صار قابضًا ، كما سيأتي -
شرح المادة الآتية .

وهذا ، اي عدم اقرار الراهن بالفسخ ، اذا لزم عقد الرهن بالقبض . اما قبله ،
فله الفسخ والرجوع لعدم لزومه ، كما مر في المادة (٧٠٦)

المادة ٧١٨ - **ليس للراهن والمرتهن فسخ الرهن بانفاقهما لكن للمرتهن**

حبس الرهن وامساكه الى ان يستوفي ماله في ذمة الراهن بعد الفسخ

لان الرهن لا يبطل بمجرد الفسخ ، بل يبقى رهنا ما بقي القبض والدين
معًا ، اي ما بقي الرهن في يد المرتهن والدين في ذمة الراهن . فاذا فات احدهما
بان رد الرهن او ابراء من الدين ، لم يبق رهنا فيسقط الضمان ، لان العلة
اذا كانت ذات وصفين ، يعدم الحكم بعدم احدهما (كذا في الدرر حواشيه)
ومثل الابراء ما لو وهب المرتهن الدين من الراهن ، كما في الهداية وغيرها .
وهذا بخلاف ما لو استوفى المرتهن دينه ، فان الرهن به لا يفسخ . قال الزبلي
في التبيين ، او اقبل كتاب الرهن : لو هلك الرهن بعد قضاء الدين قبل تسليمه

الى الراهن ، استرد الراهن ما قضاه من الدين ، لانه تبين بالملك انه صار مستوفياً من وقت القبض السابق ، فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء ، فيجب رده . وهذا لانه بايفاء الدين لا يفسخ الرهن حتى يرده الى صاحبه ، فيكون مضموناً على حاله بعد قضاة الدين ، مما لم يسلمه الى الراهن او يبرئه المرتهن عن الدين . وكذا لو فسخ الرهن ، لا يفسخ ما دام في يده ، حتى كان للمرتهن ان يمنعه بعد الفسخ حتى يستوفي دينه . ولو هلك بعد الفسخ يكون كما لو هلك قبله ، فيكون هالكاً بدينه ، بخلاف ما اذا هلك بعد الابراء حيث لا يضمن استحساناً ، لانه لم يبق رهناً ، لأن بقاء رهناً بأمرين بالقبض وبالدين ، فاذا فات احدهما لم يبق رهناً .

وفيه ، آخر كتاب الرهن : ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين او وجه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن ، هلك بغير شيء استحساناً ، خلافاً لغير رحمه الله تعالى ، لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود ، كما في الدين الموعود . ولم يبق الدين بالابراء والهبة ولا جهة ، لسقوطه ، الا اذا منعه من صاحبه ، فيصير غاصباً بالمنع . وكذا اذا ارتهنت المرأة بصدقاها رهناً فأبرأتها او وهبتها او اختلعت عليه او ارتدت والعياذ بالله تعالى قبل الدخول بها ثم هلك الرهن في يدها ، يهلك بغير شيء ، لسقوط الدين . ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده ، يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى من استوفى منه ، وهو من عليه الدين او المتطوع — بخلاف الابراء .

ووجه الفرق ان الابراء يسقط به الدين اصلاً وبالاستيفاء لا يسقط ، لقيام الموجب وهو السبب الموجب للدين . لكن يكون المقبوض مضموناً على القابض ، فيلتقيان قصاصاً . ومعناه ان دين كل واحد منها على صاحبه يبقى على حاله لعدم الفائدة في مطالبة كل واحد منها صاحبه ، لان كل استيفاء بوجوده يعقبه مطالبة مثله فيؤدي الى الدور ، فترك الطلب لعدم الفائدة . فاما الدين نفسه ، فتثبت في ذمة كل واحد منها ، فاذا هلك الرهن بتقرر الاستيفاء الاول ، وهو الاستيفاء بقبض الرهن ، وينتقض الاستيفاء الثاني الذي هو الحقيقة .

وكذا اذا اشترى بالدين عيناً او صالح عن الدين على عين ،

وكذا اذا احوال الراهن المرهّن بالدين على غيره ثم هلك الرهن ، بطلت الحوالة
وهلك بالدين ، لأنه في معنى البرائة بطريق الاداء ، لأنه يخرج بالحوالة عن
ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه ، او مثل ما يرجع به عليه ان لم يكن
للمحيل على المحتال عليه دين ، لأنه بمنزلة الوكيل عن المحيل .
وكذا اذا تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن ، يهلك بالدين لتوهم وجوب
الدين بالتصادق على قيامه ، فتكون الجهة باقية - بخلاف البراء . وهذا اذا
كان تصادقها بعد هلاك الرهن ، لأن الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن ،
ووجوب الدين ظاهرا يكفي لضمان الرهن ، فيصير مستوفيا .
واما اذا تصادقا على ان لا دين والرهن قائم ثم هلك ، اختلف مشايخنا فيه .
والصواب انه يهلك امانة لا مضمونا ، لأنه بتصادقها ينتفي الدين من الأصل ،
و ضمان الرهن لا يبقى بدون الدين اذ مع بعض اختصار .
لكن اختار في الهداية هلاكه مضمونا في الصورتين ، كما في رد المختار
عن السعدية .

وقوله « بطلت الحوالة » يفيد تقييد البطلان بها ، عدم بطلان الشراء والصلح
في صورتها ما اذا اشترى بالدين عيناً او صالح عن الدين على عين . وعليه فاذا
هلك الرهن في هاتين الصورتين يجب على المرتهن رد قيمة ما اشتراه او صالح عليه ،
لا رد عينه كما صرح به في العناية وغاية البيان ، لأن الشراء والصلح لم يبطلا
لأنهما عقد معاوضة فلا وجه لبطلانها بهلاك الرهن (صرح به في رد المختار تقييداً
عن الحواشي السعدية خلافاً لما يقتضيه كلام الدر)

وذكر الطحطاوي معزباً للقهستاني ان بطلان الحوالة عند هلاك الرهن ، ظاهر
فيها اذا كان الدين مثل قيمة الرهن او اقل . فلو كان الدين اكثر من قيمة الرهن ،
ينبغي ان لا تبطل الحوالة فيما زاد عليها ، اي على قيمة الرهن ، لأن الاستيفاء التام
لم يتحقق اه قال في رد المختار : اقول : قدم الشارح اول كتاب الاجارة ان
المصنف اعتمد انه اذا فسد القعد في البعض فسد في الكل . تأمل اه .
اقول : ما ذكره القهستاني ، يبحث لا يصادم اطلاقهم بطلان الحوالة .

المادة ٢١٩ = * يجوز ان يعطى المكفول عنه رهناً لكفيله *

بالمال المكفول به . اما بعد تأدية الكفيل للطالب ، فظاهر . واما قبله ، فلما في رد المختار من الكفالة ان الكفالة توجب ديناً للطالب على الكفيل ، وديناً للكفيل على الأصيل . لكن دين الطالب حال ودين الكفيل مؤجل الى وقت الاداء . ولذا لو ابرأه او وهب منه الدين ، صح فلا يزجج بادائه اه قال في الخاتمة : ذكر في الاصل انه لو كفل بمال مؤجل على الاصيل فاعطاه المكفول عنه رهناً بذلك ، جاز . ولو كفل بنفس رجل على انه ان لم يوفاه به الى سنة فطلبه المال الذي عليه وهو الف درهم ثم اعطاه المكفول عنه بالمال رهناً الى سنة ، كان الرهن باطلاً لانه لم يجب المال للكفيل على الأصيل بعد .

وكذا لو قال ان مات فلان ولم يودك فهو علي ، ثم اعطاه المكفول عنه رهناً ، لم يميز . وعن ابي يوصف ، في النوادر ، يجوز اه

وفي الهندية : من مسائل شتى الكفالة : واذا كفل الرجل عن رجل بمال بأمره ورهنه المكفول عنه رهناً ، فهو جائز . فان هلك الرهن في يد الكفيل صار مستوفياً لما وجب له على المكفول عنه حكماً بهلاك الرهن ، ويكون الجواب فيه كالجواب فيما استوفاه حقيقة . كذا في المحيط اه .

واطلاقه يقتضي انه لو كان المكفول عنه ، وهو الراهن ، قد قضى الدين للطالب قبل هلاك الرهن ، فله استرداد ما قضاه من الكفيل ، والرهن يهلك بالدين . ويؤيده حصرهم سقوط الدين بالابراء منه او هبته من المديون ، فقولهم ان الرهن لا يفسخ الا بالرد او الابراء من الدين او هبته من المديون ، كما قدمناه آنفاً .

لكن نقل الشارح سليم باز عن الهندية ما نصه « لكن لو اعطى المكفول عنه رهناً لكفيله ثم قضى هو دين الطالب ، انفسخ الرهن لسقوط الدين بالاداء اه » وهذا يقتضي ان يهلك الرهن امانة غير مضمون ، فيكون كسقوط الدين بالابراء او الهبة .

لكن لم ار هذه العبارة في المندبية، ولا في كتاب الرهن ولا في كتاب الكفالة،
فليتأمل وليراجع .

المادة ٧٢٠ - * يجوز ان يأخذ الدائنان من المديون رهناً ان
كانا مشتركين في الدين او لا وهذا الرهن يكون مرهوناً في مقابل
مجموع الدينين *

حق لو اوفى المديون احدهما ، فليس له استرداد نصف الرهن ، كما ستصرح
به المادة (٧٣٩)

وحاصل المسئلة كما في الدر وحواشيه والزيلعي ونكلة البحر للطوري وغيرها ،
انه لو رهن عيناً عند رجلين ، صح ، سواء كانا شريكين في الدين او لا ، وسواء
كان الدين من جنسين مختلفين بأن يكون دين احدهما دراهم ودين الآخر دنانير او لا .
وتكون جميع العين رهناً عند كل واحد منهما ، لان الرهن اضيف الى كل العين
في صفقة واحدة . ولا يكون شائعاً باعتبار تعدد المستحق ، لأن موجبه جملة
محبوساً بالدين ، وهو لا يقبل الوصف بالتجزئي ، فصار كله محبوساً بدين كل
كل واحد منهما ، اذ لا تضابق في استحقاق الحبس . ولهذا لا ينقسم الرهن على اجزاء
الدين بل يكون محبوساً بكل الدين وبكل جزء من اجزائه ، فكذا هنا يكون
محبوساً بدينها وبدين كل واحد منهما على الافراد ، وبكل جزء من اجزاء دينها ،
فلا شيوخ - بخلاف الهبة من رجلين ، حيث لا تجوز عند ابي حنيفة لأن العين
تنقسم عليها لاستعانة ثبوت الملك لكل واحد منهما في الكل ، فيثبت الشيوخ ضرورة .
لان نهاياتاً بأن اسكه هذا يوماً وهذا يوماً ، فكل واحد منهما في نوبته كامل في حق
الآخر .

وهذا اذا كان مما لا ينجزأ ، ظاهر . وان كان مما ينجزأ ، وجب ان يحبس كل
واحد منها النصف . فان دفع احدهما كله للآخر ، وجب ان يضمن الدافع ،
ببني ضمان النصب عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، خلافاً لما .

واصل المسئلة الوديمة فيما اذا اودع عند رجلين شيئاً يقبل القسمة فدفع احدهما كله الى الآخر ، فان الدافع يضمن عنده خلافاً لها .
ثم لو هلك الرهن ، ضمن كل واحد منهما حصته ، لأن كل واحد منهما يصير مستوفياً بالهلاك ، اذ ليس احدهما باولى من الآخر ، فيقسم عليهما ، لأن الاستيفاء مما يقبل التجزي . فلو كان لاحدهما على الرهن عشرة وللآخر خمسة والرهن ثلاثون درهما فهلك عشرون من الرهن ، فتبقى العشرة في يدهما اثلاثاً ويسقط من صاحب العشرة ثلثاه ومن صاحب الخمسة ثلثاه ، فيكوف على الراهن لصاحب العشرة ثلث العشرة ، وهي ثلاثة وثلث ، ولصاحب الخمسة ثلث الخمسة ، وهو درهم وثلثا درهم . فان قضى دين احدهما فالكل رهن عند الآخر ، لأن كل واحد منهما محبوس بكل جزء من اجزاء الدين ، فلا يكون له استرداد شيء منه ما دام شيء من الدين باقياً - كما اذا كان المرتهن واحداً . فلو هلك الرهن في يد الثاني يسترد الراهن ما قضاه الى الأول من الدين ، لأن ارتهان كل منهما باق ما لم يصل الرهن الى الراهن ، لما سر ان كلاهما في نوبته كالمعدل في حق الآخر .

ونظير هذا ما لو اشترى رجلان شيئاً واحداً وادى احدهما حصته ، لم يكن له ان يقبض منه شيئاً ، وللبائع ان يجبهه كله حتى يستوفي ما على الآخر . فان هلك عنده يسترد الدافع ما اداه ، لما قلنا اه .

❖ تنبيه ❖

انما يصح رهن عين عند رجلين اذا لم يصب على التبعض . فان نص الراهن عليه وقال رهنت منك من كل واحد نصفها ، او عند احد كما نلثان وعند الآخر ثلث ، لم يجز الرهن ، كما في حاشية الشلبي على الزيلعي ، معزياً للسراج الوهاج والخلاصة .
وذكر في صرة الفتاوي معزياً للغانية ان رهن رجل واحد من اثنين انما يصح اذا قبلا . فلو قبل احدهما دون الآخر ، لا يصح . اه منه .

❖ فرع ❖

ذكر الفقيه ابو الليث في العيون : رجلان لكل منهما الف درهم على رجل فارتبها منه ارضاً بدينهما وقبضهما ، ثم قال احدهما ان المال الذي لنا على فلان

باطل والارض في ابدنا تلجئة ، قال ابو يوسف رحمة الله تعالى : بطل الرهن لأن الدينين وان اختلفا ولكن الرهن بها واحد . فاذا اعترف احدها ببطان الدين والرهن ، بطل الرهن اصلاً .

وقال محمد رحمه الله تعالى : لا يبطل الرهن وبيراً الراهن من حصته من الدين ، والرهن بحاله ، لأن الدينين مختلفان . والرهن انما صح بها حقاً لها ، فانقراره يصح مبطلاً لحق نفسه دون حق شريكه ، فبطل حق المقر بالدين والرهن ، وبقي حق الآخر على حاله (كذا في لکلة البحر للطوري)

المادة ٢٢١ - * يجوز لو احد ان يأخذ رهناً واحداً في مقابل دينه الذي على اثنين وهذا ايضاً يكون رهوناً في مقابلة مجموع الدينين *

فله ان يمسك الرهن الى ان يستوفي جميع ماله من الدين في ذمتها ، كما متصرح به المادة (٢٤٠)

وحاصل المسئلة كما في الهداية والدر وحواشيه ، انه لو رهن رجلان عند رجل واحد بصفقة واحدة رهناً سواء كان واحداً او متمدداً بدين له عليهما ، سواء وجب عليهما بصفقة واحدة او كان له على كل واحد منهما دين على حدة ، يصح الرهن ، اذ لا شيوخ - لأن رهن الاثنين من واحد يحصل به القبض من غير اشاعة ، فصار كرهن الواحد من الواحد ويكون رهناً بكل الدين والمرتهن ان يمسكه بكل الدين ، حتى لو ادى احدها ما عليه لم يكن له ان يقبض من الرهن شيئاً ، لأن فيه تفريق الصفقة على المرتهن في الامساك اه

وفي الهندية : واذا رهن ثلاثة عبداً عند رجل بدين له على كل واحد منهم ، صح . وان هلك الرهن ذهب من دين كل واحد منهم بالحصة من العبد ، وتراجعوا فيما بينهم . حتى لو كان له على واحد منهم الف وخمسة مائة وعلى آخر الف وعلى آخر خمسمائة فرهنوا عبداً بينهم اثلاثاً قيمته الفان فهلك ، صار مستوفياً من كل واحد ثلثي ما عليه ، لان المرهون مضمون بالاقول من قيمته ومن الدين ، والرهن اقل

لأن الدين ثلاثة الاف وثمينة المبد الفان ، فيصير مستوفياً من الدين بقدر قيمته العبد وهي الفان ، والالفان من ثلاثة الاف قدر ثلثها ، فيصير مستوفياً من صاحب الالف وخمماية الف درهم ، ومن صاحب الالف ستاية وستة وستين ، وثلثين ومن صاحب الخمماية ثلاثماية وثلاثة وثلاثين وثلثا ، ويبقى على كل واحد ثلث دينه . ثم الذي عليه الف وخمماية بضمن لكل واحد من صاحبيه ثلاثماية وثلاثة وثلاثين وثلثا ، لأنه صار قاضياً من دينه الفاً ، ثلثه من نصيبه وذلك ثلاثماية وثلاثة وثلاثون وثلث ، وثلثه من نصيب من عليه الف ، وثلثه من نصيب من عليه خمماية ، فيضمن لها مقدار ما قضى من دينه من نصيبها . والذي عليه الالف بضمن لكل واحد من صاحبيه مائتين واثنين وعشرين درهماً وتسعي درهماً ، لأنه صار قاضياً من دينه ستاية وستة وستين وثلثين ثلثها من نصيبه وذلك مائتان واثنان وعشرون وتسعان ، وثلثها من نصيب من عليه الف وخمماية وثلثها من نصيب من عليه خمماية ، فيضمن لصاحبيه مقدار ما قضى من دينه من نصيبها . والذي عليه خمماية صار قاضياً من دينه ثلاثماية وثلاثة وثلاثين وثلثا ، ثلثه من نصيبه وذلك مائة واحدى عشر وتسع ، وثلثه من نصيب من عليه الف وخمماية فيضمن لصاحبه مقدار ما قضى من دينه من نصيبها ، ثم تقع المقاصة بينهم ، فتقاسوا او لم يتقاسوا ، لاتحاد الجنس . فمن عليه خمماية استوجب على من عليه الف وخمماية ثلاثماية وثلاثة وثلاثين وثلثا ، وهو قد استوجب عليه مائة واحدى عشر وتسعاً ، فتقع المقاصة بهذا القدر ويرجع عليه بما بقي ، وهو مائتان واثنان وعشرون وتسعان . وكذا من عليه خمماية استوجب على من عليه الف . مائتين واثنين وعشرين وتسعين ، وهو قد استوجب الرجوع عليه بمائة واحدى عشر وتسع ، فتقع المقاصة بهذا المقدار ، ويرجع عليه بما بقي ، وهو مائة واحدى عشر وتسع . وكذا من عليه الف استوجب الرجوع على من عليه الف وخمماية بثلاثماية وثلاثة وثلاثين وثلث ، وهو استوجب الرجوع عليه بمائتين واثنين وعشرين وتسعين ، فتقع المقاصة بهذا القدر ويرجع عليه بالفضل ، وهو مائة واحدى عشر وتسع اه
ثم ان المقاصة انما تقع اذا كان الدين متحد الجنس كالمثال السابق ، فلو كان الدين مختلف الجنس ، فلا مقاصة الا بالتراضي ، وصورته ، كما في تكملة الطوري :

لرجل على رجلين دين على احدهما الف درهم وعلى الآخر مائة دينار قيمتها الف وخمسة دراهم ، فرهننا عيداً مشتركاً مناصفة بينهما بساوي الفين وهلك العبد ، ذهب من الدين قيمته ، وذلك الفان ، وبقي خمسة الفان واربعة اخماس الدين ، فصار كل واحد منهما بالملك قاضياً اربعة اخماس دينه ، فصاحب الدرهم قضى ثمانمائة درهم نصفها من حصة صاحبه وهي اربعمائة درهم فيرجع عليه صاحبه بها ، وصاحب الدينار قضى ثمانين ديناراً نصفها من حصة صاحبه وهي اربعون ديناراً ، فيرجع عليه صاحبه بها . والمقاصة لا تصح من الجنسين المختلفين الا برضاها . اهـ ملخصاً من الابيضاح . وقد وقع مما غلط فاحش في النسخ المطبوعة من تكملة الطوري ، فيجب تصحيحها على نسخ صحيفة .

❁ الباب الثالث ❁

في بيان المسائل التي تتعلق بالرهون وينقسم الى فصلين

- الفصل الاول -

في بيان مؤنة المرهون ومصارفه

المادة ٧٢٢ = ❁ على المرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه او بمن

هو امينه كعبياله وشريكه وخادمه ❁

قال في رد المختار : المتبر في كون الشخص عياله ان يساكنه سواء كان في نفقته ام لا ، كالزوجة والولد والخدم الذين في عياله ، والزوج والاجير الخاص مشاهرة او مسانحة لا مياومة ويجري مجرى العيال شريك المفوضة والعنات . ولا يشترط في الزوجة والولد كونهما في عياله اهـ

وفي الزيلعي : والمعتبر فيه المساكنة ، ولا عبءة بالنفقة . حتى ان المرأة لو دفعت الرهن الى زوجها لا تضمن اه .

وفي الفصل (٣٣) من جامع الفصولين : والعبءة للمساكنة ، الا في حق الزوج والزوجة والولد الصغير والقرن ، فلا يضمن بالدفء الى احدهم . وان لم يكن في عياله ونفقته وسكناه بأن يكون في محلة اخرى وهو لا ينفق عليه ، لكن بشرط ان يكون الولد قادراً على الحفظ اه . فلو حفظ الرهن بغيره هو لا . ضمنه ضمان القصب ، يعني قيمته بالنقمة ما بلغت ، لا ضمان الرهن ، لانه صار غاصباً . وفي الهداية : لان الزيادة على مقدار الدين امانة ، والامانات تضمن بالتعدي اه .

كما انه يضمن بايداعه واعارته واجارته واستخدامه وتعديه كقرائته فيه والبيع واللبس والركوب والسكنى بلا اذن .

وكل فعل يفرم به المودع يفرم به المرتهن ، وما لا فلا - الا ان الوديعة لا تضمن بالتلف ، والرهن يضمن بالدين ، كما في جامع الفصولين .
وذكر في رد المحتار ما نصه : والمراد ان الرهن يضمن بهذه الاشياء اذا هلك بسببها اه . ولم يظهر لي مفهوم هذا القيد ، ولم ار هذه العبارة لغيره . ولعل المراد انه اذا هلك حال وجودها . تدبر .

وفي جامع الفصولين : المرتهن لو ركب دابة الرهن لبردها على ربهها وهلكت في الطريق لم يضمن لو سلمت من ركوبه ، ولا يصدق الا بينة على سلامتها . وفيه ايضاً لو خالف ثم عاد ، فهو رهن على حاله . فلو ادعى الوفاق وكذبه راعته ، صدق راعته ، لانه اقر بسبب الضمان اه .

وفيه ايضاً : فلو هلك في حالة الاستعمال ، ضمن كله . ولو هلك بعد فراغه او قبل اخذه للاستعمال ، ضمن بقدر الدين . ولو انتفع به باذن فهلك في حالة الاستعمال ، بهلك امانة . وفي نكلمة الطوري عن المنتقى : الاصل ان المرتهن او المستأجر متى امسك العين للحفظ ، لا يضمن . ومتى امسكها للاستعمال ، يضمن . فالحد الفاضل بينهما هو انه متى امسك الشيء في موضع لا يملك فيه الا للاستعمال والانتفاع في ذلك الموضع ، فهو استعمال . واذا امسكه في موضع لا يملك

فيه للاستعمال ، فهو حفظ .

فقل هذا فالوا اذا نسوت بالخلخال او تخلخلت بالسوار او نعمم بالقميص او وضع العمامة على العاتق ، فهذا كله حفظ وليس باستعمال ، لأن الاستعمال للامساك في موضع لا يمسك للاستعمال ، فكان الامساك للحفظ . واذا نسور بالسوار وما اشبهه ، ضمن ، لأن الامساك وجد في موضع الاستعمال ، فكان استعمالاً وحفظاً اه وعليه فيضمن كل القيمة لو جعل خاتم الرهن في خنصره اليسرى او اليمنى ، سواء جعل فسه يبطن كفه او لا ، لا يجعله في اصبع اخرى . الا اذا كان المرتهن امرأة ، فتضمن ، لأن النساء يلبسن كذلك ، فيكون استعمالاً لا حفظاً . ولو تقلد سيوف الرهن او لبس خاتم الرهن فوق آخر او كان الرهن خاتمين فلبس احدهما فوق الآخر ، يرجع في ذلك الى عادة المرتهن : فاذا كانت عادته ان يتقلد بسيفين كما جرت به عادة الشجعان ، او كان ممن يتجمل بلبس خاتمين ، ضمن . والا كان حافظاً ، فلا يضمن (افاده في الدر وحواشيه)

وعلى هذا يضمن ايضاً اذا كان من عادته ان يلبس الخاتم في غير الخنصر . هذا ونبه في رد المختار انه لو مات المرتهن مجهلاً بضمن الرهن ، وعزاه للخبر به وغيرها .

ثم ان قضي القاضي على المرتهن بالقيمة من جنس الدين يلتقيان فصاعداً بمجرد القضاة اذا كان الدين حالاً ، فلا يطالب كل واحد منهما صاحبه الا بالفضل . وان كان موهجلاً بضمن المرتهن قيمته ويكون رهناً عنده ، لأنه بدل الرهن ، فيكون له حكم اصله ، فاذا حل الاجل اخذه بدينه . وان قضي بالقيمة من خلاف جنس الدين ، كان الضمان رهناً عنده الى ان يقضيه دينه ، لأنه بدل الرهن فأخذ حكمه اه (زبلي)

والدرهم والدنانير جنسان مختلفان ، كما في رد المختار .

المادة ٧٢٣ - * للمصاريف التي تلزم لمحافظة الرهن كأجرة

المحل والناظر على المرتهن *

وبعني ان اجرة بيت حفظ الرهن واجرة حافظه بتما تجب على المرتهن وان كانت قيمة الرهن اكثر من الدين ، لأن وجوبها ، اي الاجرة ، بسبب الحبس ، وحق الحبس في الكل ثابت له (درر)

واما مونة رده على المرتهن ان كان خرج من يده ، كجعل الآبق والدابة النادة ، وكذا مونة رد جزء منه اليه اي الى المرتهن ، كداواة عين الرهن اذا ابيضت او مداواة فروحه ومعالجة امراضه ، فان كان قيمة الرهن مثل الدين ، يجب جميعها على المرتهن ، لأن بد الاستيفاء كانت ثابتة على المحل ، ويحتاج الى إعادة بد الاستيفاء ليرده على المالك ، فكانت من مونة الرد ، فتكون عليه . وان كانت قيمة الرهن اكثر من الدين ، تنتقسم المونة على المضمون والامانة ، يعني ما كان من حصة المضمون فعلى المرتهن ، وما كان من حصة الامانة فعلى الراهن . والفرق بين هذا حيث تنقسم المونة على المضمون والامانة وبين اجرة البيت والحافظ ، حيث تجب كلها على المرتهن كيف ما كان ، ان وجوب اجرة البيت والحافظ لأجل الحبس ، وحق الحبس في الكل ثابت له كما تقدم . واما المحل ونحوه ، فانما يلزمه لأجل الضمان ، فيقدر بقدر المضمون اه (تبين وجمع الانهر ملخصاً)

المادة ٧٢٤ = * الرهن ان كان حيواناً فعلفه واجرة راعيه على الراهن . وان كان عقاراً فتعميره وسقيه وتلقيحه ونظهير خرقة وسائر مصاريفه التي هي لاصلاح منافعهم وبقائه عائدة الى الراهن *

قال في الهداية : والأصل ان كل ما يحتاج لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن ، سواء كان في الرهن فضل او لم يكن ، لأن العين باق على ملكه . وكذلك منافعهم مملوكة له فيكون اصلاحه وتبقيته عليه ، لما انه مونة مسكده ، كما في الوديعة . وذلك مثل النفقة في مأكله ومشربه . واجرة الراعي في معناه ، لأنه علف الحيوان . ومن هذا الجنس كسوة الرقيق واجرة ظئر ولد الراهن وسقى البستان وكري

النهر وتلقب نخيله وجذاذه اه ومنه ايضاً اصلاح جداره وقلم الحشيش المضرعنه ،
كافي بجمع الانهر . وفي الجوهرة : فان شرط الراهن المرتهن اجراً على حفظ الرهن ،
لا يستحق المرتهن شيئاً ، لان الحفظ واجب عليه - بخلاف الوديعة اذا شرط المودع
للمودع اجراً في حفظها ، فله الاجر ، لان الحفظ ليس بواجب عليه اه . ومثله في
الدر عن القهستاني .

والظاهر انه لا يصح الشرط ايضاً لو شرط الراهن على المرتهن ان يقوم بملاف
الدابة او بسقي البستان وتلقيحه من ماله ، ويبقى ذلك على المرتهن . ولم اره الاّن
منصراً ، فليراجع .

واما ما ذكره الشارح سليم باز بقوله « واذا شرط على احدهما ما يجب على
الآخر شرعاً فالشرط باطل ، وعزاه للدر ، فأني لم ار هذه العبارة في الدر ولا
في غيرها . فعليه ابراز النص الصريح .

للادة ٧٢٥ = * كل من الراهن والمرتهن اذا صرف على الوهن ما
ليس عليه بدون اذن الآخر يكون متبرعاً وليس له ان يطالب الآخر
بما صرفه *

كما اذا قضى دين غيره بغير امره - الا ان يأمره القاضي به ويجعله ديناً على
الآخر ، فينشد برجع عليه . ويجوز امر القاضي من غير تصريح بجعله ديناً عليه لا
يرجع عليه ، كما في اللقطة .

وعن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه لا يرجع عليه اذا كان صاحبه حاضراً وان
كان بأمر القاضي ، لأنه يمكنه ان يرفع الأمر الى القاضي فيأمر صاحبه بذلك .
وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى يرجع في الوجهين . وهي فرع مسألة الحجر ، لان
القاضي لا يبلي على الحاضر ولا ينفذ امره عليه لانه لو نفذ امره عليه لصار محجوراً
وهو لا يملك الحجر عليه عنده . وعند ابي يوسف رحمه الله تعالى يملك ، ينفذ
امره عليه (زيالي)

وذكر في رد المحتار ان المفتي به قول الثاني ، فلا فرق بين الحاضر والغائب اه .
وقال فيه ايضا : بقي ما اذا لم يكن في البلدة قاض ، او كان من قضاة الجور .
قال العلامة المقدسي : لا يصدق المرتهن على النفقة الا بيينة اه يعني لا يصدق
على انه اتفق ليرجع ، الا بيينة على الرجوع ، على ما يظهر لي (سايجاني) اه .
اقول : يعني اذا شهد انه اتفق ليرجع ، يرجع بسلا امر القاضي . ثم لو اتفق
المرتهن على الرهن بأذن القاضي حتى صح له الرجوع بما اتفقه ثم حضر الرهن وقضى
الدين ، فليس للمرتهن ان يمنع الرهن حتى يستوفي ما اتفقه . فان هلك الرهن عند
المرتهن ، فالنفقة على حالها (هندية عن المصمرات) اي ويكون الرهن مضمونا
بالقيمة لانه يمنع صار غاصبا .

= الفصل الثاني =

* في الرهن المستعار *

المادة ٧٢٦ = * يجوز ان يستمير احد مال آخر ويرهنه باذنه .

ويقال لهذا الرهن المستعار *

علل الجواز في الهداية بأن المعير متبرع باثبات ملك اليد للمرتهن ، فيعتبر
بالتبرع باثبات ملك العين واليد . وهو قضاء دين المرتهن من ماله . ويجوز ان
ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتاً للمرتهن زوالاً في حق البائع اه اي لأن
الباع يزول الملك دون اليد ، حتى يقبض الثمن (طوري)

وقال العيني في شرحه على الهداية : اي ينفصل ملك اليد عن ملك العين من
حيث الزوال في حق البائع يعني لو باع بشرط الخيار وسلمه للمشتري ، تزول يده ،
لا ملكه اه .

وفي فتاوي الانقروي عن القنية : ولو رهن دار غيره فأجاز صاحبها ، جاز ،
كما لو اعارها ابتداءً اه .

المادة ٧٢٧ - * ان كان اذن صاحب المال مطلقاً فالمستعير
ان يرهنه بأي وجه شاء *

اي بأي جنس او قدر . وكذا عند اي مرهن وفي اي بلد شاء ، لأن
الاطلاق واجب الاعتبار ، خصوصاً في الاعارة ، لأن الجهالة فيها لا تنفي الى
المنازعة ، لأن مناهما على المسامحة (رد المختار)

للمادة ٧٢٨ - * اذا كان اذن صاحب المال مقيداً بان يرهنه في
مقابلة كذا درهم او في مقابلة مال جنسه كذا او عند فلان او في
البلدة الفلانية ليس للمستعير ان يرهنه الا على وفق قيده وشرطه *

لأن تقييد المعير بقدر معين مفيد . اما بنى الزيادة على ذلك القدر ، فلأن
غرضه الاحتباس بما يتيسر ادائه للمرتهن عند الاحتياج الى فكاه . واما بنى
التقصان عنه فلأن ، غرضه ان يصير مستوفياً لاكثر المالين بمقابلة الرهن عند
الهلاك ، ليرجع على المستعير بالكثير لا بالقليل .

وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد ، لأن كل ذلك مفيد ، لتيسر
البعض على المعير بالنسبة الى البعض . وهذا لأنه ربما يكون الانفكاك بالجنس
الذي عينه ايسر مما لم يعينه ، فالرضى بجنس لا يكون رضى بآخر - وتفاوت
الشخاص بالأمانة والحفظ ، فالرضى بالوضع عند رجل لا يكون رضى بالوضع
عند آخر . والرضى ايضاً بالحفظ في موضع عينه لا يكون رضى بالحفظ في موضع
آخر ، لأن الاماكن ربما تتفاوت في معنى الحفظ والصيانة . ثم ان وافق المستعير
تقييد المعير وشرطه وهلك عند المرتهن ، صار المرتهن مستوفياً لدينه ووجب مثل
الرهن ان كان مثلياً ، وفيه ان كان قيمياً للمعير على المستعير ، وهو الرهن ، لأنه

صار قاضياً دينه بمال المعير ، وهو الرهن .
هذا ان كان كله مضموناً بأن كان مثل الدين او اقل ، والا بأن كانت قيمة
الرهن أكثر من الدين ، وجب للمعير على المستعير قدر المضمون والباقي امانة .
وكذا لو تعيب ذهب من الدين بحسابه ، اي بقدر حصة العيب ، ويجب مثله
للمعير على المستعير .

اما اذا خالف المستعير ، فان كان الرهن قائماً في يد المرتهن ، كان للمعير ان
يأخذ الرهن من المرتهن ، لأن الرهن لم يبع . فإن هلك في يد المرتهن ، كان
المستعير ضامناً .

ثم ان شاء المعير ضمن المستعير ، وبه يتم عقد الرهن فيما بين المستعير والمرتهن
لأنه ملكه باداء الضمان ، فتبين انه رهن ملك نفسه ، وان شاء ضمن المرتهن ،
لأن كل واحد منهما متعمد في حقه ، فصار الراهن كالغاصب والمرتهن كغاصب
الغاصب . ويرجع المرتهن بما ضمنه وبدينه على المستعير .
اما رجوعه بما ضمن ، فلا لأنه مفرور من جهة الراهن . واما رجوعه بالدين ،
فلا لأن قبضه انتقض فماد حقه كما كان . وهذا كما اذا استحق الرهن بعد
هلاكه ، ضمن قيمته للمستحق .

هذا اذا هلك في يد المرتهن . اما اذا هلك في يد الراهن قبل رهنه او بعد ما
انفكته ، فلا ضمان عليه ، لأنه لا يكون قاضياً دينه بهذا الرهن لأن الهلاك لم
يوجد إلا والرهن عارية محضة ، فلا يوجد فيه معنى قضاء الدين ، فلا يجب الضمان
وان كان المستعير استخدمه او ركبته من قبل ، لأنه أمين خالف ثم عاد الى الوفاق .
فان قيل : قد تقرر ان المستأجر او المستعير اذا خالف ثم عاد الى الوفاق لا
يبرأ عن الضمان ، على ما عليه الفتوى ، اجيب بأن ذلك في المستعير لشيء ينتفع
به ، وكلامنا في مستعير شيء ليرهنه ، وهو بمنزلة المودع . والمودع يبرأ بالعود الى
الوفاق . والفرق بين المودع حيث يبرأ بالعود الى الوفاق ، وبين المستعير او المستأجر
حيث لا يبرأ ، كما في الهداية وشروحها ، ان يد المستعير يد نفسه فلا يصير
بالعود راداً على المالك ، لا حقيقة ولا حكماً . ومثله بد المستأجر لأنه يمسك العين
لنفسه لا لصاحبها - بخلاف المودع ، لأن يده كيد المالك ، فبالعود الى الوفاق

بصير راداً عليه حكماً .

بقي ما لو اختلفا في زمن الهلاك فقال المعير هلك عند المرتهن ، وقال المستعير قبل الرهن او بعد الافتكاك ، فالقول للراهن مع يمينه ، لأنه ينكر الايفاء بما لل معير ، والبينة للمعير لأنه يدعي عليه الضمان .

ولو اختلفا في قدر ما امره بالرهن به بأن قال المعير امرتك ان ترهنه بخمسة وقال المستعير بمشرة ، فالقول للمعير ، لأنه لو انكر الامر اصلاً كانت القول له ، فكذا اذا انكر وصفاً فيه - والبينة للمستعير لانه المثبت . ولو اختلف الراهن والمرتهن في قدر الدين كما اذا كان الراهن يدعي الرهن بألف والمرتهن بخمسية ، فإن كان الرهن قائماً يساوي القاء ، تحالفاً وتراداً . ولو هالكاً ، فالقول للمرتهن لانه ينكر زيادة سقوط الدين . ولو اختلفا في قيمة الرهن بأن اتفقا على انه بألف وقال المرتهن قيمته خمسية وقال الراهن الف ، فالقول للمرتهن ، الا ان يبرهن الراهن لانه ادعى زيادة الضمان . هذا حاصل ما في الدر وحواشيه والهداية وشرحها للعيني وجمع الانهر وغيرها .

= الباب الرابع =

في بيان احكام الرهن وينقسم الى اربعة فصول

- الفصل الاول -

في بيان احكام الرهن العمومية

المادة ٧٢٩ - * حكم الرهن هو ان يكون للمرتهن حق حبسه الى حين فكه وان يكون احق من سائر الغرماء باستيفاء الدين من الرهن اذا توفي الراهن *

بمعنى ان حكم الرهن المنقذ الذي ائتمته الشارع للمرتهن ، ان يملك حال حياة
الراهن حق حبسه ، حتى يكون احق بما سلكه الى وقت ايفاء الدين ، و بعد
ممانته ان يكون احق به من سائر غرمائه ، فيستوفي منه دينه ، و ما فضل فهو للقرماء .
و خرج بالمنقذ الرهن الباطل كرهن ما لا يجوز بيعه و كرهن المشاع على احد
قولين ، فإنه لا حكم له اصلاً ، بل هو امانة محضة في يد المرتهن - و دخل الرهن
الفاسد ، فإن له حكم الصحيح كما تقدم في شرح قوله « الفصل الثاني في بيان
شروط انعقاد الرهن »

و قد تقدم ايضاً في شرح المادة (٧١٨) ان الرهن لا يفسخ بمجرد الفسخ ،
حتى لو تناسخه لا يفسخ و يبقى الحكم المذكور ثابتاً للمرتهن الا ان يرد الرهن الى
الراهن ، فليراجع .

و بقي للرهن احكام ليست هي من احكامه العامة ، بعضها قد ذكر و سيذكر
مشتتاً ، و بعضها لم يذكر اصلاً ، فنستوفيها موضحة في مسائل شتى آخر كتاب الرهن .

المادة ٧٣٠ = * لا يكون الرهن مانعاً عن مطالبة الدين

و للمرتهن صلاحية مطالبة بعد قبض الرهن ايضاً *

لأن حقه بعد قبض الرهن باق و الرهن لزيادة الضمانة ، فلا تمنع المطالبة .
و كذا لا يمنع الحبس به ، لأنه جزء الظلم ، وهو المماثلة . فاذا اظهر مطله
عند القاضي يجبهه ، اي الراهن (هداية)

و في شرحها للعيني : و للمرتهن مطالبة الراهن بدينه اذا كان حالاً ، و لا يمنعه
الارتهان و لا كون الرهن في يده . و كذلك اذا كان مؤجلاً و حل ، فان خاصمه
الى الحاكم اوجب عليه دفع الدين . فان امتنع حبسه به اه .

و في التبيين للزبلي : اذا طلب المرتهن دينه يومه باحضار الرهن اولاً ليعلم انه
باق و لأن قبض الرهن قبض استيفاء ، فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيام يد
الاستيفاء ، لأنه يؤدي الى تكرار الاستيفاء على اعتبار الملاك في يد المرتهن ،

وهو محتمل . و اذا حضر المرتهن الرهن امر الراهن بتسليم الدين اولاً ليتمين حق المرتهن في الدين ، كما تعين حق الراهن في الرهن ، تحقيقاً للتسوية بينها ، كما في تسليم المبيع والثمن بحضور البائع المبيع ثم بسل المشتري الثمن اولاً ، لا ذكرنا . وان طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع فيه العقد ، فان كان الرهن مما لا حمل له ولا موهنة ، فكذلك الجواب ، لان الاماكن كلها كبقعة واحدة في حق التسليم . ولهذا لا يشترط فيه مكان الابقاء في باب السلم بالاجماع . وان كان له حمل وموهنة ، يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن ، لانه نقل ، والواجب عليه التسليم بالتخليه دون النقل ، لانه بتضرر به زيادة ضرر لم يلزمه في العقد اه . وقال في حاشيته للشلبي ، قلاً عن الغاية والكافي : والحاصل ان المرتهن اذا طالب الرهن بدينه ، فلا يجلو اما ان يكون الطالب في البلد الذي وقع عقد الرهن فيه ، او في غيرها . فان كان فيها ، امر المرتهن اولاً باحضار الرهن سواء كان له حمل وموهنة ، او لا . فاذا حضره ، امر الراهن بتسليم الدين . وان كان في غيرها ، فكذلك فيما لم يكن له حمل وموهنة . وان كان له حمل وموهنة ، يأخذ دينه ولا يؤمر بالاحضار اه .

اقول : والظاهر ان المراد بالاحضار في قولهم : « واذ اطلب المرتهن دينه امر باحضار رهنه الخ » ، ارادته للرهن بحيث تمكن فيه التخليه الواجبة عليه بعد قبض الدين ، وهذا لا فرق فيه بين ان يكون الرهن مما له حمل وموهنة او لا يكون ، اذ لا نقل فيه من موضع لآخر . والارائة المذكورة انما تمكن فيما اذا كان الطالب في البلد الذي فيه الرهن ، بخلاف ما اذا كان في غيرها . وعن هذا ارجبوا على الطالب احضار الرهن مطلقاً اذا كان في البلد الذي فيه الرهن ، وفصلوا فيما اذا كان في غير هابين ما اذا كان له حمل وموهنة فلا يجب عليه احضاره ، وبين ما ليس له ذلك ، فيجب .

وبهذا تعلم ان حمل العلامة الطحطاوي ما في الدر عن شرح الجمع من اطلاق استثناء ماله حمل وموهنة ، على ما اتفقوا عليه من تقييد ذلك الاستثناء في حالة ما اذا كان الطالب في غير البلد الذي فيه الرهن ، هو في محله . وان تنظير العلامة ابن عابدين فيه ساقط .

ثم كما يكلف المرتهن احضار الرهن لاستيفاء كل الدين ، يكلف ايضا لاستيفاء
نجم قد حل . هذا اذا ادعى الراهن هلاك الرهن وطلب من القاضي ان يأمره
بالاحضار ، ليظهر حاله فيأمره به ان كان في بلد الرهن . اما اذا لم يدع هلاكه ،
فلا حاجة الى احضاره ، اذ لا فائدة فيه (كذا في رد المحتار . معز يا للنهاية ، ومثله
في التبيين للزيلعي)

واختار ابن الكنتجة رجوع القيد لمسئلة استيفاء النجم فقط ، فقال : يلزم الاحضار
مطلقا في مسئلة قضاء الدين كله . واما في قضاء نجم منه ، فلا يلزم الا بدعوى
الراهن الملاك لا بدفع نجم منه لا يكون مستوفيا لجميع الحق ، فلا يجبر على احضار
جميع الرهن ، لكن بدعوى الملاك توجه الطلب ، فيلزم الاحضار . ثم ان
التحليف على هذا التفصيل .

قال في رد المحتار بعد نقله : اقول ، وبالله استعين : الذي يظهر لي ان القيد
للمستثنى كما فهمه الشرنبلالي ، فلا يلزم القاضي امر المرتهن بالاحضار الا اذا
طلبه الراهن وادعى الملاك ، لانه حقه . بدل عليه انه في الذخيرة قيد التحليف
على عدم الملاك بطلب الراهن ، وتبعه القهستاني . ومثله في غرر الافكار . وفي
البرازية : وان ادعى اي الراهن ، هلاكه ، يحلف المرتهن على قيامه . فاذا حلف ،
امر ، اي الرهن ، باداء الدين او لم يقيدوه بصورة وفاة الدين بتمامه او وفاة
نجم منه . وقد علمت مما مر استواء الامر بالاحضار والتحليف وجريان النزاع
فيهما ، فحيث كان المنقول انه لا يجب على القاضي تحليفه الا بطلب صاحب الحق
فكذا لا يجب عليه الاحضار الا بالطلب مطلقا . هذا ما ظهر لفهمي القاصر ،
والله تعالى اعلم

وهو كلام وجيه لا ينبغي المدول في الافتاء عنه لابتنائه على النقل الصريح
فانهم . واعلم انه لا يكلف مرتهن قد طلب دينه احضار رهن قد وضع عند العدل
بأمر الراهن ، لانه لم يوثق عليه حيث وضع على يد غيره ، فلم يكن احضره في
قدرته . وكذا لا يكلف لاحضار ثمن رهن باعه المرتهن بأمر الراهن ولم يقبض
الثمن ، لانه صار ديناً بالبيع بأمر الراهن فصار كأب الراهن رهنه ، وهو دين .
ولو قبضه يكلف لاحضاره لقيام البدل مقام المبدل اي لقيام الثمن مقام الرهن

اه ملخصاً من الذر وحواشيه والمهداية .

و كذا لو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه ، والذري في يده يقر بالوديعة من العدل ويقول لا ادري لمن هو ، يجبر الراهن على قضاء الدين ، لان احضار الرهن ليس على المرتهن ، لانه لم يقبض منه . وكذا اذا غاب العدل ولا يدري اين هو ، لما قلنا . بخلاف ما اذا جحد الذي اودعه العدل الرهن بأن قال هو مالي ، حيث لا يرجع المرتهن على الراهن حتى يثبت انه رهنه لانه لما جحد فقد نوى المال . والتوى على المرتهن ، فيحقق الاستيفاء فلا يملك المطالبة به (زبلي)

المادة ٧٣١ - * اذا اوفي مقدار من الدين لا يلزم رد مقدار من الرهن الذي هو بمقابلته وللمرتهن صلاحية حبس مجموع الرهن وامساكه الى ان يستوفي تمام الدين . ولكن لو كان المرهون شيئين وكان قد سمي لكل منهما مقدار من الدين اذا ادّى مقدار ما تعين لأحدهما فلا رهن تخليص ذلك فقط *

لانه عند عدم التسمية لكل من المرهونين قدرأ من الدين يكون الرهن كله محبوساً بكل جزء من اجزاء الدين ، مبالغة في حمله على قضاء الدين . اذا لو امكن للراهن اخذ ما يحتاج اليه من الرهن يتكامل في قضاء الباقي . وهذا كالمبيع ، فان المشتري اذا ادى حصة بعض المبيع من الثمن لا يتمكن من اخذه ، لما قلنا - بخلاف ما اذا سمي لكل واحد من الشيئين مقداراً من الدين ، فان له ان يقبض احدهما اذا ادّى ما سمي له ، بخلاف المبيع ، لتعدد العقد بتفصيل البدل في الرهن ، لاني المبيع ، لان قبول العقد في احد المرهونين لا يكون شرطاً لصحة العقد في الآخر ، حتى اذا قبل في احدهما ، صح فيه بخلاف المبيع ، لان العقد فيه لا يتعدد بتفصيل الثمن . ولهذا لو قبل المبيع في احدهما دون الآخر ، بطل المبيع في الكل

لان البايع يضرر بتفريق الصفقة عليه . وصورة التسمية لكل منهما مقداراً من الدين ان يقول رهنتك هذين العبدين كل واحد منهما بخساية وسلمها اليه ثم نقد خمساية وقال ادبت هذه عن هذا العبد واراد اخذه ، كان له ذلك على رواية الزيادات ، وهي الاصح كما في التبيين والكفاية . واما لو قال احدهما بعشرين والاخر بالباقي ولم يبين هذا من هذا ، لم يجوز الرهن ، لانها جهالة تنفض الى المنازعة عند هلاك احدهما ، او استرداده (كذا في رد المحتار عن الكافي)

المادة ٧٣٢ = * لصاحب الرهن المستعار ان يوآخذ الراهن المستعير بتخليضه ونسليمه اياه واذا كان المستعير عاجزاً عن اداء الدين لفقره ، فلمعير ان يوذي ذلك الدين ويستخلص ماله من الرهن ويرجع بذلك على الراهن *

يعني ان المرتهن يجبر على قبول الدين من المعير لانه يريد بذلك تخليص ملكه ، فهو مضطر اليه ، بخلاف ما اذا كان موذي الدين اجنبياً ، لانه متبرع اذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته ، فكان للطالب ان لا يقبل (هداية)

ثم انما يرجع المعير على الراهن بما دفعه للمرتهن اذا كان ما دفعه مساوياً لقيمة الرهن او اقل منه . اما اذا كان اكثر ، فلا يرجع الا بمقدار قيمة الرهن . بيانه : اذا كانت قيمة الرهن الفأ فرهنه بألفين وانفك المالك بألفين ، رجع بألف وهو متبرع بالزائد . واستشكله الزبلي بأن المالك لا يصل الى تحصيل ملكه الا بأبفاء جميع الدين ، فهو مضطر ، فكيف يكون متبرعاً ؟ - واجيب بأن الضمان انما وجب للمعير على المستعير باعتبار ابفاء الدين من ملكه ، فكان له الرجوع بقدر ما يتحقق به الابفاء . يعني ان الرهن لو هلك في يد المرتهن صار المعير مستوفياً لهذا القدر ، ولم يكن له ان يرجع على المستعير بأكثر منه . فكذا اذا قضى بنفسه لم يرجع

بأكثر منه (افاده في الجوهره وشروح الهداية وغيرها) على ان التقصير قد وجد
من المعتبر لكونه لم يقيد الرهن بالقيمة من اول الامر . فاذا ترك ما يدفع عنه
الضرر ، كان في دفع الزائد مختاراً (رد المختار عن الساجاني)
ثم اعلم انه انما يسوغ للمعتبر مطالبة المستعير بالرهن اذا كانت العارية غير موقفة ،
او موقفة ومضى الوقت ، والا فلا . ففي رد المختار عن فتاوي ابن نجيم : وليس له ،
اي للمعتبر ، مطالبة المستعير بالرهن قبل مضي المدة . فاذا مضت وامتنع من خلاص
الرهن المستعار من المرتهن ، اجبر عليه اهـ وكننا افتي في الحامدية فيمن اعار من غيره
امتعة معاومة مدة معاومة ليرهنها عند بكر على مبلغ معلوم ومضت مدة العارية ،
ان له ان يطلب الامتعة من المستعير وبأخذها منه . قال : وافتي به في الخبرية
والاسماعيلية .

قال في رد المختار ، بعد نقل ما تقدم عن فتاوي ابن نجيم : ولا يخالف هذا ما في
الخبرية : استعاره ليرهنه بدينه فرهنه بمائة الى سنة ، فللمعير طلبه منه وان اعلمه
انه يرهنه الى سنة اهـ لان الرهن هنا فاسد لتأجيله ، وكلامنا في تأجيل العارية ،
تأمل اهـ وبمثل هذا علل في الخبرية ، حيث اجاب عن رجل رهن عند آخر اسبابا
استعارها من آخر ليرهنها وعين للرهن مدة ، بأن للمعير استردادها بلا شبهة ، اذ العقد
المذكور فاسد ، لان الاجل في الرهن يفسد ، والفاصد يجب اعدامه لا تفريره اهـ .
وبمثل افتي في سؤال غير السؤال الاول في الحامدية مصرحاً بأن للمعير
اخذها من يد المرتهن ، معللاً بما ذكر من فساد الرهن .

ثم قال منقحها العلامة بن عابدين : اقول : هذا ظاهر اذا كان التوقيت للرهن .
اما لو كان الموقت هو العارية والرهن مطلق عن الوقت ، فهل يقال ان الرهن فاسد
ايضاً نظراً الى ان المستعير لا يملك رهنه زائداً على المدة فيكون الرهن موقفاً
ايضاً ؟ لم اره ، فليراجع والظاهر الفساد اهـ .

ثم استظهر ايضاً انه ليس له طلب العارية قبل الوقت ، ولتعلق حق المرتهن .
وبعد الوقت له الطلب على الراهن ، مستدلاً بما تقدم عن فتاوي بن نجيم .
ولا يخفى ما في هذا الكلام من التذافع . فانه اذا فسد الرهن بمجرد توقيت
العارية كما استظهره او لا ، فله استرداد الرهن من المرتهن سواء مضى الوقت او لا ،

لما تقدم عن الخيرية من ان الفاسد يجب اعدامه لا تقريره ، والذي يظهر لي ان هذا الكلام غير محرم ، وان التعليل بفساد الرهن غير صحيح ، لما تقرر في عامة المتبررات ان فاسد الرهن كصحيحه من سائر الوجوه والاحكام . ومن ادعى ان ما تقرر في جميع المتبررات خاص بما اذا كان الرهن غير مستعار ، فليات بالنقل الصريح . وتحقيق المسئلة ان العاربه ان كانت موقنة بمدة ، فليس للمعير ان يطالب المستعير بأبناء الدين وتخليص الرهن من المرتهن ، حتى تمضي المدة . وان كانت مطلقة عن الوقت او موقنة ومضى الوقت ، فله ان يطالبه بذلك متى شاء ، لا فرق في ذلك بين ان كان عقد الرهن صحيحاً او فاسداً . واما المرتهن فليس له مطالبة اصلاً ، ولا يجبر على تسليم الرهن قبل قبض دينه مطابقاً = الا اذا قيد المعير للمعير بقيد وخالف ، فيئخذ يسوغ له فسخ الرهن واسترداده من المرتهن ، لبطلان الرهن حينئذ ، لانه صار بالمخالفة مفصوباً وخرج عن كونه عاربه ، كما تقدم . وما نقله عن الذخيرة منطبق على هذا ، لان العاربه فيه مطلقة عن الوقت ، فالمعير طلبها متى شاء ، لكن من المستعير ليخلصها من المرتهن بدفع الدين اليه او رهن آخر غيرها ، لا من المرتهن ، فان له اسما كلها حتى يقبض دينه ، سواء كان الرهن صحيحاً او فاسداً بان كان الرهن موقتاً . واعلام المستعير للمعير بأنه يرهنه الى سنة لا يلزم منه توقيت العاربه بسنة ، حتى يخالف ما تقدم عن فتاوى بن نجيم من انه ليس له مطالبة بالرهن قبل مضي المدة ، كما هو ظاهر - كما لا يلزم منه ان يكون الرهن موقتاً الى سنة حتى يكون العقد فاسداً ، اذ يحتمل ان يكون معناه يرهنه بدين موجب الى سنة وتأجيل الدين لا بوجوب فساد الرهن ، وانما يفسده توقيت نفس الرهن ، كما في شرح الحموي على الاشباه . ويحتمل ان يكون معناه يرهنه رهناً موقتاً بسنة ، وهذا ايضا بمجرد كونه خطاباً للمعير لا يفسد الرهن ، ما لم يكن عقد الرهن مع المرتهن مشروطاً فيه التوقيت .

والحاصل ان ما في تنقيح الحامدية غير محرم ، وان تعليل الخيرية والحامدية بفساد الرهن غير صحيح ، هذا ما ظهر لي في تقرير هذا الحل .

المادة ٧٣٣ . * لا يبطل الرهن بوفاة الراهن والمرتهن *

المادة ٧٣٤ - * اذا توفي الراهن فان كانت الورثة كباراً قاموا بمقامه ويلزمهم اداء الدين من التركة وتخليص الرهن . وان كانوا صغاراً او كباراً الا انهم غائبون عن البلد اي هم في محل بعيد عنهم اذ السفر فالوصي يبيع الرهن بأذن المرتهن ويوفي الدين من ثمنه *

المراد بالوصي هنا الوصي المختار ، يعني وصي الميت لقيامه مقامه . فان لم يكن له وصي ، فان كانت الورثة صغاراً ، نصب له القاضي وصياً وامره ببيع الرهن ، لان نظره عام (ذكره في الدرمتنا وشرحاً)

قال في حاشية رد المختار : فلو كانوا كباراً غائبين ، ففي العادة من الفصل الخامس عن فتاوي رشيد الدين : للقاضي نصب الوصي اذا كان الوارث غائباً ، ويكتب في نسخة الوصاية انه جملته وصياً ، ووارث الميت غائب مدة السفر اه - وظاهره الاطلاق ، يعني سواء كانت الغيبة منقطعة او لا .

لكن ذكر في العادة قبل ما تقدم عن فتاوي رشيد الدين ، معزباً للعدة : للقاضي ان ينصب عن المفقود وصياً لطلب ديونه من الغرماء ، ولا ينصب عن الغائب . ولو ان قوماً ادعوا حقوقاً على الميت ووارثه غائب غيبة منقطعة ، يجوز نصب الوصي عنه ، لان الغيبة المنقطعة بمنزلة الموت . وان لم تكن الغيبة منقطعة ، لا يجوز نصب الوصي اه ومثله في جامع الفصولين .

وقتل في البحر عن بعض الفتاوي : وينصب القاضي وصياً عن المفقود لحفظ حقوقه ، ولا ينصب عن الغائب اه وعن هذا قال محشية الخير الرملي : فقد اختلف النقل في نصب الوصي عن الغائب ، ويمكن ان يحمل كلام الثاني على ما اذا كان مكانه معروفاً ولم تكن غيبته منقطعة ، وعلى ما لم تدع اليه الضرورة اه .

وبهذا تعلم ان ما اطلقه في رد المختار في محل التقييد ، فانهم .
وسيجيء في الفصل الرابع في بيع الرهن حكم ما اذا غاب الراهن غيبة منقطعة او

غير منقطعة وخيف فساد الرهن وحكم ما اذا وكل الراهن المرتهن او غيره في بيع
الرهن ثم مات الراهن .

المادة ٧٣٥ - * ليس للمعيران بأخذ ماله من المرتهن ما لم يؤد
الدين الذي هو في مقابلة الرهن المستعار سواء كان الراهن المستعرجاً
او كان قد مات قبل فك الرهن *

لما تقدم من صحة رهن المستعار ، فتجري عليه جميع احكامه : ومنها حتى حبه
للمرتهن الى ان يقضى جميع دينه . نعم لو كانت العارية مقيدة وخالف المستعير ،
فلمعير استرداده من المرتهن لبطلان الرهن حينئذ ، لصورورة الرهن بالخالفه
مفصلاً ، وقد تقدم هذا في شرح المادتين ٧٢٨ و ٧٢٩ .

المادة ٧٣٦ = * لو توفى الراهن المستعير حال كونه مفلساً
مديوناً يبقى الرهن المستعار في يد المرتهن على حاله مرهوناً . ولكن
لا يباع بدون رضی المعير . واذا اراد المعير بيع الرهن وايفاء الدين
فان كان ثمنه يفي بالدين فيباع من دون نظر الى رضی المرتهن . وان
كان ثمنه لا يفي بالدين فلا يباع من دون رضی المرتهن *

اما عدم جواز بيعه بدون رضی المعير ، فلانه ملكة فلا يباع بلا اذنه . واما
عدم توقفه على رضی المرتهن فيما اذا كان فيه وفاء ، فلأن حقه ، في استيفاء الدين ،
وقد حصل . واما توقفه على رضی المرتهن فيما اذا لم يكن فيه وفاء ، فلأن له في
الحبس منفعة ، فلعل المعير قد يحتاج الى الرهن فيخلصه بالايفاء ، او تزداد قيمته
بتغير السعر فيستوفي منه حقه (افاده الزبلي وغيره)

المادة ٧٣٧ - * لو توفي المير ودبته ازبد من تركته بوءر
الراهن بتأدية دبنه وتخليص الرهن المستعار *

اي يجبر على ذلك ليصل كل ذي حق الي حقه (زبلي) قال في رد المختار:
وانظر لو كان الدين موهجلاً ، هل يجبر او ينظر اه - اقول : لا معنى لهذا التردد ،
فان ورنه المير قائمون مقامه ، كما صرحوا به . وقد تقدم في شرح المادة (٧٣٢)
ان العارية ان كانت موقته ، فليس للمير طلبها حتى يمضي الوقت ، وبعد مضيه .
وكذا اذا كانت مطلقة عن الوقت ، له طلبها متى شاء ، بلا نظر الى كون دين
الرهن موهجلاً او حالاً ، وان تأجيل دين الرهن لا يوجب توقيت العارية ، فليتدبر .
* وان كان عاجزاً عن تأدية الدين بسبب فقره يبقى ذلك
الرهن المستعار عند المرتهن مرهوناً على حاله ولكن لورثة المير اداء
الدين وتخليصه . واذا طالب غرماء المير بيع الرهن فان كان
ثمنه يفي الدين يباع من دون نظير الى رضى المرتهن وان كان لا
يفي فلا يباع بدون رضاه *

لما مر في المادة السابقة في مسئلة موت المستعير من ان له في الجبس منفعة ،
اي فلعل ورنه المير يحتاجون الى الرهن فيخلصونه بالايفاء .
قال الزبلي : ولو كان الفاضل من دين المرتهن لم يف بدين غرماء المير ،
لا يباع الا برضاه ، وان كان يفي بغير رضاه ، لوصول حقهم اليهم .
وكذا الحكم لو مات المير والمستعير اه اي كلاهما .

المادة ٧٣٨ - * اذا توفي المرتهن فالرهن يبقى مرهوناً عند

ورثته *

او عند الوصي المختار او المنسوب رد المختار .

المادة ٧٣٩ = * اذا اعطى احد لاثنين رهناً في مقابلة طلبها
واو في احدهما فليس له استرداد نصف الرهن وما لم يقضها جميع مالهما
في ذمته ليس له تخليص الرهن منها *

لما تقدم في شرح المادة (٧٢٠) من ان عقد الرهن حيث اضيف الى كل
المين في صفقة واحدة كانت العين محبوسة بدينها وبدين كل واحد منها على
الأنفراد ، وبكل جزء من اجزاء دينها ، فلا يكون له استرداد شيء من الرهن ،
ما دام شيء من دينها باقياً ، كما اذا كان الموثمن واحداً .

* تمة *

اقام رجلان كل واحد البينة على رجل انه رهنه عبده الذي في يده او
في يدها وقبضه ، فهو باطل ، لأن كل واحد اثبت بينته انه رهنه كل العبد ،
ولا وجه الى القضاء لكل منها بالكل ، لأن العبد الواحد يستحيل ان يكون
كله رهناً لهذا وكله رهناً لذلك في حالة واحدة ، ولا الى القضاء بكله لواحد بعينه
لعدم الأولوية ، ولا الى القضاء لكل واحد منها بالنصف لأنه يؤدي الى الشروع ،
فتمذر العمل بهما وتعين التهاثر . ولا يقال انه يكون رهناً لهما كأنها ارتهناه معاً
كما هو الاستحسان عند جهالة التاريخ ، لأننا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته
الحجة ، لأن كلا منهما اثبت بينته حسباً يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء ،
وبهذا القضاء ثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء ، وليس هذا عملاً
على وفق الحجة ، وما ذكرناه وان كان قياساً ، لكن محمداً رحمه الله تعالى اخذ به لقوته
واذا وقع باطلاً ، فلو هلك في ايديهما ، يهلك امانة ، لان الباطل لا حكم

له (هداية)

وهذا ان لم يورخا ، او ارخا وتاريخها سواء . فان ارخا وتاريخها مختلف ، كان صاحب التاريخ الاقدم اولى ، لأنه اثبت المقد في وقت لا ينازعه فيه صاحبه ، وكذلك ان ارخ احدها فقط ، لظهور العقد في حقه من وقت التاريخ ، وفي حق الآخر لعمال . وكذا اذا كان الرهن في يد احدها ، كان ذو اليد احق لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده ، فهو اولى (كذا في الدر وحاشيته رد المحتار)

وهذا كله مفروض فيما اذا وقعت الدعوى في حال حياة الراهن . اما لو مات الراهن والرهن في ايديها او في ايدي ورثة الراهن ، فبرهن كل ان الرجل رهنه هذا الشيء ، ولم يورخا او ارخا على السواء ، كان في يد كل واحد نصفه رهنا بحقه . وهذا استحسان ، وهو قول ابي حنيفة ومحمد . وفي القياس هذا باطل للشبوح ، كما في حالة الحياة ، وهو قول ابي يوسف .

وجه الاستحسان ان المقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه ، وحكمه في حالة الحياة الحبس ، والشايع لا يقبله . وبعد الموت الاستيفاء بالبيع من ثمنه ، والشايع يقبله . فصار كما اذا ادعى رجلان نكاح امرأة او ادعت اختان او خمس نسوة النكاح على رجل ، فان البينتين تهاثرتا في حالة الحياة ، وقبلناهما بعد الممات ، لأن حكمها في حال الحياة ثبوت ملك النكاح وهو لا يقبل الا تقسام ولا الشركة ، وبعد الممات ثبوت ملك المال بالارث وهو يقبل الشركة والتقسام (زبلي)

وقيدنا بكون الشيء في ايديها او في يد ورثة الراهن ، احترازاً عما لو كان في يد احدها ، فانه يقضي به لذي اليد كما في حالة الحياة . وقيدنا بكونها لم يورخا او ارخا على السواء ، احترازاً عما اذا ارخا وتاريخ احدها سبق ، فانه يقضي له كما قدمناه . وبقي ما لو ارخ احدها . وقياس ما مر انه لو كان الآخر ذا يد وحده ، قضي له ، والا فللمورخ . هذا ما ظهر لي ، تأمل (كذا في رد المحتار)

المادة ٧٤٠ = * من اخذ من مديونية رهناً فله ان يسك الرهن الى ان يستوفي جميع ماله من الدين بذمتها *

فلو ادى احدهما ما عليه ، لم يكن له ان يقبض من الرهن شيئاً ، لأن فيه تفريق الصفقة على المرتهن في الامساك (رد المختار) وتقدم الكلام على هذا مسنوفي في شرح المادة (٧٢١)

وفي الخانية : فان ادى الحاضر جميع الدين ، لم يكن متطوعاً في اداء كل الدين ، و كان له ان يقبض كل العبد . فان قبض ولم يمنع من الشريك حصته من العبد فهلك العبد في يده ، فانه يهلك بجميع الدين ، الا ان يكون اكثر من قيمة العبد ، فيرجع على صاحبه بنصف الفضل ايضاً . ويكون نصف العبد في هذا الموضع بمنزلة الرهن في يده . وهذا قول محمد رحمه الله تعالى اه .

ومفاده انه لو منع من الشريك حصته من العبد بعد الطلب ، لا يكون بمنزلة الرهن ، بل يكون مضموناً ضمان النصب . ومفاهيم الكتب حجة . وبهذا تعلم ان الشارح سليم باز قد اختصر عبارة الخانية اختصاراً محلاً

وفي الخانية ايضاً : رجلان رهنا متاعاً بدين له عليهما فادعى المرتهن الرهن عليهما فجدد اقام البينة على احدهما على هذا الوجه ، فانه يستحلف الآخر بالله ما رهنه . فان نكل ، ثبت الرهن عليهما ، على احدهما بالبينة وعلى الآخر بالتكول . وان حلف ، رد المرتهن الرهن عليهما ، لأن الرهن لم يثبت في نصيب الحالف ، فيمذر القضاء بالرهن في نصيب الآخر ، لأنه شايح . ولو كان الراهن واحداً والمرتهن اثنين فقال احدهما ارثمت انا وصاحبي هذا العين منك بماية درهم واقام البينة والمرتهن الآخر يجهد ، فيقول لم ارتهن والراهن يجحد الرهن ، فعن ابي يوسف رحمه الله تعالى : فيه روايتان : في رواية يرد الرهن على الراهن ، وفي رواية كل العين يكون رهناً للمدعي بحصته من الدين ، ولا يبطل الرهن بجحود صاحبه . وهو قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى : افضى بينة المدعي

رهناً ، واجمله في يد الذي اقام البينة او في يد عدل . فاذا قضى الراهن مال الذي اقام البينة ، اخذ الرهن . وان هلك الرهن بذهب من الدين نصب الذي اقام البينة اه .

المادة ٧٤١ - * اذا اتلف الراهن الرهن او عابه بضمن .
وكذلك المرتهن اذا اتلفه او عابه يسقط من الدين مقدار قيمته *

اما ضمان الراهن ، فلا ن الرهن وان كان ملكه ، لكن حق المرتهن فيه ، وهو حبسه الى ان يقبض دينه ، محترم ، فيضمن نقصانه فيما اذا عابه ، وتما قيمته يوم الهلاك فيما اذا اتلفه ، ليكون ما ضمنه بيد المرتهن رهناً وكان العين المرهونة ، لانه بدله . حتى اذا حل الاجل استوفى المرتهن دينه منه لو من جنس دينه ، لان الغريم له ان يستوفي حقه من مال غريمه اذا ظفر بجنس حقه . وان كان فيه فضل ، رده لانتفاء حكم الرهن بالاستيفاء . وان كان اقل من حقه ، رجع عليه بالزيادة ، لعدم ما يسقطه . وان كان من غير جنس دينه . حبسه الى ان يستوفي حقه (زيلعي)

هذا اذا كان الدين موهجلاً . فان كان حالاً ، فليس على الراهن سوى دفع الدين بتمامه ، ولا ضمان حينئذ ، لانه لو طولب باداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين ، فلا فائدة فيه .

واما ضمان المرتهن ، فلا نه اتلف مال الغير فيلزمه قيمته يوم القبض ، لانه مضحون بالقبض السابق ، كما باتي ، فتكون رهناً في يده لانه احق بعين الرهن حال قيامه ، فكذا في ما قام مقامه . فاذا حل الاجل ، والدين من جنس القيمة ، استوفى منها . ولو فيها فضل ، رده . وان نقصت القيمة من الدين ، رجع بالزيادة (افاده في الدر وحواشيه)

* تنبيه *

لو وقف الراهن العين المرهونة بعد تسليمها للمرتهن ، فان كان الراهن مومراً ، اقتذ

الوقف، وان كان بغير اذن المرتهن، واجبره القاضي على دفع ما عليه من الدين للمرتهن. وان كان ممسراً، ابطال القاضي الوقف وباعه فيما عليه (افاده في رد المختار عن الأصناف)

المادة ٧٤٢ - * اذا اتلف الرهن شخص غير الراهن والمرتهن ضمن قيمته يوم اتلافه وتكون تلك القيمة رهناً عند المرتهن *

والخمس في نصيبته هو المرتهن، كما في الهداية. ثم انما تعتبر قيمته يوم الاتلاف، بالنسبة الى ما يضمه الاجنبي للمرتهن. اما بالنسبة الى ما يضمه المرتهن للراهن، فتمتد يوم القبض، لأنه مضمون عليه بالقبض السابق، كما تقدم آنفاً. حتى لو كانت قيمته يوم الهلاك خمسية وقد كانت يوم الرهن الفاً كالدين، ضمن الاجنبي للمرتهن خمسية وصارت رهناً وسقط من الدين خمسية.

بقي ما اذا نقصت قيمة الرهن بتراجع السعر الى خمسية، وقد كانت يوم القبض الفاً، فإن بقي الرهن قائماً الى حين استيفاء الدين، يكون ذلك النقصان غير مضمون، لأن الرهن بحال قيامه يمكن ان تصير مالهته بالتراجع، كما كانت يوم القبض، فلا يغير التغيير - بخلاف ما اذا تلف بعد تراجع السعر، فإن النقصان المذكور يكون مضموناً ويسقط من الدين بقدره، لأن الرهن لم يبق بحال يمكن ان تعود مالهته كما كانت. وحينئذ فان كانت متلفه هو الاجنبي، ضمن المرتهن قيمته يوم الهلاك، وسقط من دين المرتهن مقدار ما تراجع به السعر. وان كان المتلف هو المرتهن، ضمن قيمته يوم القبض، يعني يسقط من الدين مقدار ما تراجع به السعر لأن ما انتقص كالمالك بأفة سماوية، ويجب عليه الباقي بالاتلاف، وهو قيمته يوم اتلف.

والحاصل ان تقضان السعر لا يضمن مع بقاء العين. اما اذا تلفت العين، فالضمان بالقبض السابق وضمان الاتلاف من غير جنس ضمان الرهن، فلذا وجبت قيمته يوم الاتلاف. ويجب الفضل بالقبض السابق على ضمان الرهن (افاده في رد

- الفصل الثاني -

في تصرف الراهن والمرتهن في الرهن

المادة ٧٤٣ - * رهن كل من الراهن والمرتهن المرهون عند شخص بدون اذن الآخر باطل *

قال في الهندية ، معزياً غزاة المفتين : ليس للمرتهن ان يوهن الرهن . فان رهن بغير اذن الراهن ، كان للراهن الأول ان يبطل الرهن الثاني ويبيده الى يده . ولو هلك في يد الثاني قبل الاعادة الى الأول ، فالراهن الأول بالخيار : ان شاء ضمن الأول ، وان شاء ضمن الثاني . فان ضمن الأول ، فيكون ضمانه رهناً وملكه المرتهن الأول ، فصار كأنه رهن ملك نفسه ، وهلك في يد المرتهن الثاني بالدين . وان ضمن المرتهن الثاني ، يكون الضمان رهناً عند المرتهن الأول ، وبطل الرهن الثاني ، ويرجع المرتهن الثاني على المرتهن الأول بما ضمن وبديته اه . وفي واقعات المفتين ، لقدري افندي : رهنه عند آخر بعدما سلمه الى المرتهن الاول واخذه بغير اذن الاول وسلمه اليه لا يكون رهناً فيما بينهما . حتى لو قضى للاول دينه ، لا يكون للثاني حبه ، بخلاف بيع الرهن ، لان البيع يتم بالعقد دون الرهن اه .

المادة ٧٤٤ - * اذا رهن الراهن الرهن باذن المرتهن عند غيره بصير الرهن الأول باطلاً والثاني صحيحاً *

حتى لو انسخ الرهن الثاني لم يعد الرهن الأول الا بمقد جديد وقبض

وفي الدر : لو مات الرهن قبل رهنه ثانياً ، فالمرتبه اسوة للفرماء اه قال في رد
المختار : اي مساوٍ لم في المرهون لبطلان عقد الرهن بالرهن الثاني (مراج)
وليتأمل هذا التعليل ، مع قول الدر « قبل رهنه ثانياً » وقد صرح في رد
المختار معزياً للاتقاني عن ابي المعين انه لا عبرة للرهن الثاني بدون التسليم . وعليه
اذا رهن ثانياً ولم يسلم لا يبطل الرهن الأول ، فلا يكون المرتبه اسوة للفرماء .
وفي حاشية الشلبي على الزيلعي عن الاتقاني : لو مات الرهن قبل وصول العين
المرهونة الى المرتبه ، كان المرتبه اسوة للفرماء لان هذه العقود ، بعني البيع
والاجارة والرهن لازمة فبطل بها عقد الرهن ، فكان المرتبه وسائر الفرماء سواء اه
تأمل ملياً .

والظاهر انه لو رهن الرهن بغير اذن المرتبه ثم اجازته المرتبه ، يكون الحكم
كذلك . وقد صرح بهذا في الهندية فيما لو باع او آجر الرهن بغير اذن
المرتبه ثم اجاز المرتبه . ولا شك ان الحكم واحد .

المادة ٧٤٥ = * اذا رهن المرتبه الرهن بأذن الرهن عند آخر
يبطل الرهن الاول و يصح الرهن الثاني و يكون من قبيل الرهن
المستعار *

فنجري عليه احكامه المقدمة في الفصل الثاني من الباب الثالث والفصل الاول
من الباب الرابع .

المادة ٧٤٦ = * لو باع المرتبه الرهن بدون رضی الرهن
يكون الرهن مخيراً ان شاء فسخ البيع وان شاء نفذه بالاجازة *

ثم ان فسخ البيع اعاده رهنًا كما كان . وان نفذه بالاجازة ، بطل الرهن في

المبيع وبخول الرهن الى الثمن ، لأنه بدله ، كما لو باعه الراهن واجاز المرتهن البيع (صرح به في الهندية معزباً للكرخي)

ولو هلك الرهن في يد المشتري قبل الاجازة ، لم تجز الاجازة بعده ، وللراهن ان يضمن ايها شاء (فستاني) اي لأنه يشترط لصحة الاجازة قيام كل من البائع والمشتري والمجيز والمبيع ، كما تقدم في المادة (٣٧٨)

قال المرتهن للراهن : بم الرهن من فلان ، فباعه من غيره ، لم يجز . ولو قال المستأجر للموَجِر ذلك ، جاز بيعه من غيره (جامع الفصولين - كذا في رد المحتار)

اقول : وكان الفرق ، مما سيأتي من ان المرتهن ذو حظ من البيع لانه يتعلق حقه ببذله ليكون رهناً عنده ، فيصح تعيينه لتعلق فائدته به ، بخلاف الاجازة اذ لا منفعة له ببذله ، اذ لا يصير رهناً كما كان المأجور ، لأن حقه في مالية العين لا في المنفعة ، فكان اذنه له بالاجازة اسقاطاً لحقه .

المادة ٧٤٧ - * لو باع الراهن الرهن بدون رضى المرتهن لا ينفذ البيع ولا يطرأ خلل على حق حبس المرتهن . ولكن اذا اوفى الراهن الدين او اجاز المرتهن البيع يكون ذلك البيع نافذاً ويخرج الرهن من الرهنية ويبقى الدين على حاله ويكون ثمن المبيع رهناً في مقام المبيع . وان لم يجز المرتهن البيع فالمشتري يكون مخيراً ان شاء انتظر الى ان يفك الراهن الرهن وان شاء رفع الأمر الى الحاكم حتى يفسخ البيع *

حاصل هذه المسئلة ، كما في الدر وحواشيه والهداية والزبلي ، ان بيع الراهن الرهن موقوف على اجازة مرتهنه او قضاء دينه او ايرائه الراهن عن الدين ، لان

الرهن تعلق به حق المرتهن ، وفي البيع ابطال حقه فلا ينفذ الا باجازه او بسقوط الدين بالابفاء او الابرأ ، ليزول المانع ، وهو تعلق حق المرتهن به وعدم القدرة على نسيجه .

ثم اذا نفذ البيع بأجازة المرتهن ، انتقل حقه الى الثمن ، فيكون محبوسا بالدين سواء قبض الثمن من المشتري او لا ، لقيامه مقام العين ، على ما هو الاصح وظاهر الرواية . والثمن وان كان ديناً لا يصح رهنه ابتداءً ، لكنه يصح رهنه بقاءً ، كالفرض المرهونة اذا استهلكت تكون قيمتها رهننا بقاءً حتى لو نوى الثمن على المشتري يكون من المرتهن يسقط به دينه ، كما لو كان في يده . وان لم يجز المرتهن البيع يبقى البيع موقوفاً ، ولا يفسخ بفسخ المرتهن ، لانه بملك الاجازة دون الفسخ في اصح الروايتين .

ووجهه ان امتناع النفاذ لحقه كيلا يتضرر ، والتوقف لا يضره ، اذ لا يفوت عليه الحبس . وحينئذ ينجبر المشتري : ان شاء صبر حتى يفتك الراهن الرهن ، اذ العجز عن التسليم على شرف الزوال ، وان شاء رفع الامر للقاضي ليفسخ البيع ، لان هذا الفسخ لقطع المنازعة ، وهو الى القاضي . ولا فرق في هذا بين ان يكون المشتري عالماً وقت البيع انه رهن او لا على المفتي به ، وهو ظاهر الرواية .

* تمة *

ليس للمرتهن ان يوجر الرهن . واذا آجر بغير اذن الراهن وسلمه الى المستأجر ، فان هلك في يد المستأجر ، فالراهن بالخيار : ان شاء ضمن المرتهن قيمته وقت التسليم الى المستأجر وتكون رهنًا مكانه ، وان شاء ضمن المستأجر . غير انه اذا ضمن المرتهن ، لا يرجع بما ضمن على المستأجر ، ولكنه يرجع عليه بأجر ما استوفى من المنفعة الى وقت الهلاك ، ويكون له ولا يطيب . واذا ضمن المستأجر ، رجع بما ضمن على المرتهن . ولو سلم واسترده المرتهن . عاد رهنًا كما كان . وكذلك لو آجره الراهن بغير اذن المرتهن ، لا يجوز ، والمرتهن ان يبطل الاجارة . ولو آجر واحد منهما باذن صاحبه او آجره احدهما بغير اذنه ثم اجاز صاحبه ، صححت الاجارة وبطل الرهن ، فتكون الأجرة للراهن وتكون ولايته قبضها الى العاقد . ولا يعود

رهنًا إذا انقضت هذه الاجارة ، الا بالاستثناء . وكذلك لو استأجره المرتهن ،
صحت الاجارة وبطل الرهن اذا جدد القبض للاجارة .

ولو هلك في يده قبل انقضاء مدة الاجارة او بعد انقضائها ولم يجسه عن الرهن ،
هلك امانة ولا يذهب بهلاكه شيء . ولو جسه عن الرهن بعد ما انقضت مدة
الاجارة ، صار غاصبًا (كذا في الهندية عن شرح الطحاوي)

وفي رد المحتار : قال في النزاية : وان استأجرها المرتهن فاسدًا ووصل اليها
ومضى زمان بمقدار ما يجب فيه شيء من الاجرة ، بطل الرهن اهـ .

وفيها : وان اخذ المرتهن الارض مزارعة ، بطل الرهن لو البذر منه . ولو
من الرهن ، فلا اهـ - اي لما قدمناه في كتاب المزارعة ان الأصل ان رب
البذر هو المستأجر . فان كان هو العامل ، كان مستأجرًا للارض . وان كان هو
رب الارض ، كان مستأجرًا للعامل اهـ ما في رد المحتار .

وهذا اذا تعلق بالعين المرتهنة حق للغير بسبب عقد بائنه الرهن . فلو تعلق
بسبب اقراره بأن قال هو ، اي الرهن ، لفلان ، ففي تكملة الطوري عن المحيط
انه لم يصدق في حق المرتهن ، لان اقراره يتضمن ابطال حق المرتهن وانه يحتمل
النقض والابطال ، فلم يصح في حق المرتهن ، كالبيع والاجارة .

ثم المقر له ان شاء ادى المال وقبض الرهن ، لان عدم صحة الاقرار لحق المرتهن .
فاذا زال حقه ، صح الاقرار ، كما في البيع . فكما ان المشتري ان يقضي الدين وبأخذ
المبيع ، فكذا هذا . ويرجع بما قضى على الرهن ، لانه قضى دينه وهو مضطرفه
لاحياء حقه ، فانه لا يصل الى ملكه الا بقضاء الدين . وكان كالمير للراهن
يرجع به على المستمير . فكذا هذا ، وان شاء ضمن الرهن قيمة الرهن ، لان
الرهن زعم انه ملكه رهنه بما له وسلمه بغير امره وقد عجز عن رده اليه للحال لحق
المرتهن ، فيضمن قيمته . وللمقر ان يستخلف المرتهن على علمه لانه ادعى عليه معنى
لو اقربه لزمه ، فان انكر استخلف عليه (اهـ مختصرا وتمامه فيه)

ولو باعه الرهن من رجل ثم باعه من آخر قبل ان يميز المرتهن ، فالثاني موقوف
ايضًا على اجازته ، لان الأول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني ، فأبها اجاز
لزم ذلك وبطل الآخر . ولو باعه الرهن ثم أجره او رهنه او وهبه من غيره فأجاز

المرتهن الاجارة او الرهن او الهبة ، جاز البيع الأول دون هذه العقود .
والفرق ان المرتهن له منفعة في البيع لان حقه يتحول الى الثمن لتعلقه بالمالية ،
وللبديل حكم المبدل ، فوجب انتقال حقه اليه . وقد يكون احد البيعين انقم له من
الآخر ، فيعتبر تعيينه لتعلق الفائدة به . اما هذه العقود ، فلا منفعة له فيها ، لان
حقه لا ينتقل الى الاجرة لان الاجرة ليست بيد حقه ، لان حقه في العين وهي
بدل المنفعة ، فلا ينتقل حقه اليها ولا بدل في الرهن والهبة ، فكانت اجازته
اسقاطاً لحقه ، فزال المانع فنفذ البيع = كما لو باع المودع العين المستأجرة من
اثنين على التفاضل فأجاز المستأجر البيع الثاني ، فنفذ الاول لانه لا تقع له في البيع ،
او لا ينتقل حقه الى البديل على ما بيننا ، فكانت اجازته اسقاطاً لحقه فنفذ الاول
لزوال المانع (افاده الزبلي)

المادة ٧٤٨ = لكل من الرهن والمرتهن اعارة الرهن بأذن

صاحبه ولكل منهما ان يعيده الى الرهنية بعد ذلك *

لان لكل منها فيه حفاً محترماً ، اذ هو باق على الرهنية لبقاء عقد الرهن .
ولهذا لو مات الرهن قبل ان يسرده ، كان المرتهن احمق به من سائر الغرماء ، لان
يد العارية ليست بلازمة ، بخلاف الاجارة والبيع والهبة من المرتهن ، او من
اجنبي ، وكذا الرهن منه اذا باشر هذه العقود احدهما بأذن الآخر ، حيث يخرج
عن الرهن ثم لا يعود الا بعقد وقبض جديدين .

نعم لو هلك الرهن في يد المستعير يسقط الضمان عن المرتهن ، لان الضمان
كان باعتبار قبضه وقد انتقض بالتسليم باذن الرهن للمستعير ، فانتمت الضمان
لارتفاع المقتضي (افاده الزبلي) وهذا بخلاف الابداع ، فانه لا يسقط الضمان
عن المرتهن لان يد المودع كالمعدل ، يد المرتهن ، فاذا هلك ملك في ضمان المرتهن .
قال في الخاتبة : اذا اجاز الرهن للمرتهن ان يودعه انساناً او غيره ، فان اودع
فهو رهن على حاله : ان هلك في يد المودع ، سقط الدين . وان اعاره ، خرج من

ضمان الرهن والمرتهن ان يعيده اه .
فما في الدر تبعاً للمنابة من ان حكم الوديعة كحكم العارية ، يجب تقييده بما عدا
سقوط الضمان عن المرتهن (افاده في رد المختار)
وهذا كله في اعارة الرهن من الاجنبي . واما اعارته من الراهن ، فقد ذكره
في المادة الآتية ، فقال :

المادة ٧٤٩ = * للمرتهن ان يعير الرهن للراهن وبهذه الصورة
لو توفي الراهن فالمرتهن يكون احق بالرهن من سائر غرماء الراهن *

فلا يشاركون المرتهن فيه ، لبقاء عقد الرهن كما تقدم آنفاً . ولهذا يملك
المرتهن استرداده منه الى يده . نعم يسقط الضمان عن المرتهن ، لما قدمنا من ان
الضمان كان بأعتبار قبضه ، وقد انتقض بالرد الى صاحبه ، ولانه تلف في يده
ماله فلا يجب ضمانه على غيره ، فاذا عاد القبض ، عاد الضمان . ولو هلك في يد
الراهن هلك مجازاً بلا سقوط شيء من الدين ، حتى لو كان الراهن اعطى المرتهن
كفيلاً بتسليم الرهن المعار ، لم يلزم الكفيل شيء لخروجه من حكم الرهن ، وهو
الضمان وان كان العقد باقياً . نعم لو كان الراهن اخذه بغير رضا المرتهن ، جاز
الزام الكفيل بتسليمه .

وكما لا ضمان على المرتهن اذا هلك الرهن في يد الراهن ، كذلك لا ضمان على
صاحبه الراهن لتكون القيمة رهناً عند المرتهن ، لان الاسترداد كان بأذن المرتهن
اه ملخصاً من الدر وحواشيه والزيلعي وحاشرته للشلبي .

المادة ٧٥٠ = * ليس للمرتهن الانتفاع بالرهن بدون اذن

الراهن *

لا باستخدام ولا سكنى ولا بلبس ولا بأخذ ثمرة ولا لبن ولا باجارة ولا باعارة . والاخيرات تقدم حكمهما . ولو فعل فهلك الرهن في تلك الحالة ، ضمنه ضمان الغصب . ولو عاد الى الوفاق ، عاد رهناً (رد المختار) ولو سلم بعد الانتفاع ، فان كان ما انتفع به مثولاً من الرهن كأن أكل لبنه او ولده او ثمره او بدلاً عن جزء من اجزاء عين الرهن ، كأن اخذ أرشيه او عقره ضمن المرتين قيمته بالغة ما بلغت ، وكانت القيمة رهناً مع الاصل . وكذا لو فعل الراهن ذلك بدون اجازة المرتين ، والا يكن كذلك ، بل كان منقمة مجردة كأن استخدمه او لبسه او سكنه ، او بدلاً عن ما هو منقمة كأن اخذ كسبه او اجرتة ، فلا يضمن شيئاً ، لان الرهن في تلك الحالة في يده مغضوب ، ومنافع الغصب غير مضمونة - الا اذا كانت متولدة او بدلاً عن جزء من اجزاء المغضوب ، كما صرحوا بذلك في كتاب الغصب ، وعن هذا اتى في الخيرية فيما لو سكن المرتين دار الرهن انه لا تلزمه اجرة مطلقاً ، اذن الراهن اولا ، معدة للاستغلال اولا - حتى لو اجرها المرتين كانت الاجرة له ، لأنه العاقد ، لكنها لا تطيب له وسبيلها التصديق ، كما صرح به في الهندية وغيرها ولا يقال ان الغاصب تلزمه اجرة المغضوب اذا كان معداً للاستغلال كما اذا كان وفقاً او مال يتيم ، لأننا نقول انما تلزمه الاجرة في المعد للاستغلال اذا لم يكن الغصب بتأويل عقد كعقد الرهن في مثلتنا ، فان كان كذلك لا تلزمه الاجرة اتفاقاً ، كما صرحوا به في كتاب الغصب * ولكن للمرتين استعمال الرهن واخذ ثمره ولبنه اذا اذنه الراهن وأباح له ذلك ولا يسقط من الدين شيء في مقابلة هو لاء *

يعني لو فعل المرتين ما ذكر باذن الراهن فلا ضمان عليه اصلاً لا ضمان الغصب ولا ضمان الرهن ، فلا يسقط شيء من الدين . قال في الجواهر ، رجل رهن داراً واباح السكنى للمرتين فوقع بسكناه خال وخرب البعض : لا يسقط شيء من الدين ، لأنه لما اباح له السكنى اخذ حكم العارية . حتى لو اراد منعه كان له ذلك .

وفي الفحمرات : ولو رهن شاة فقال له الراهن كل ولدها واشرب لبنها ، فلا

ضمائم عليه . وكذا لو اذن له في ثمرة البستان . فصار اكله كأكل الراهن ، لأن الائلاف كان باذن الراهن . ثم ان حكم النماء اذا اكل بالاذن كحكمه اذا بقي بعد هلاك الأصل . فلو هلك الرهن في يد المرتهن قبل ان يفتكه الراهن ، قسم الدين على قيمة النماء الذي اكله المرتهن وعلى قيمة الأصل ، فما اصاب الاصل سقط ، وما اصاب الزيادة اخذه المرتهن من الراهن ، لأن الائلاف باذن الراهن كائلاف الراهن بنفسه . فلو كان الدين عشرة وقيمة الأصل يوم القبض عشرة وقيمة النماء خمسة فنكنا العشرة حصة الأصل ، فيسقط ، وثلاث العشرة حصة النماء ، فيأخذ المرتهن من الراهن (افاده في الدر المختار)

وعبارة القهستاني ، كما في رد المختار : وان ملك الأصل وبقي النماء ولو حكماً كما اذا اكل الراهن او المرتهن او اجنبي من النماء بالأذن ، فانه لم يسقط حصة ما اكل منه ، فيرجع به على الراهن . وكذا اذا هلك الأصل بعد الأكل ، فانه يقسم الدين على قيمتها ويرجع على الراهن بقيمة ما اكله ونماه فيما كسبناه في شرح المادة (٧١٥) نقلاً عن الهندية .

ثم لو اذن الراهن للمرتهن بأكل الثمرة او اللبن مثلاً ، هل يتناوله يبيعها وااكل ثمنها؟ - ذكر في رد المختار ان صاحب التنوير افق انه يتناوله ، حيث سئل عن رهن نخلاً واباح للمرتهن ثمارها هل يملك ان يبيعها ويقولها ام يملك الأصل بتمنعه فقط ؟ فاجاب : ظاهر كلامهم ان له التصرف مطلقاً ، اذ الظاهر ان المراد من قولم فاكلها ، اكلها او اكل ثمنها ، الا ان يوجد نقل صريح بتخصيص الاكل دون غيره اه من حاشية الحموي ملخصاً سواورد عليه ان المعنى الحقيقي هو الظاهر ، ومدعى الاعمية يحتاج الى الدليل .

قلت : وسيدكر الشارح عن الجواهر : لو اباح له نفعه ليس له ان يوجره ، تأمل .

وقال الساجحاني : اقول ان اكل الزوائد ، المأكولة انما هو اكل نفسها لا اكل بدلها ، وهذا امر مكشوف لكل احد بالبدنية اه نعم يظهر ذلك اذا كانت مما لا يؤكل ، كما ذكره الرحمي اه ما في رد المختار .

واقول : ما ذكره الساجحاني والرحمي مسلم فيما لو كان الاذن بلفظ الاكل

بأن قال اذنتك ان تأكلها او امحتلك ان تأكلها ، فان المعنى الحقيقي للأكل هو اكل نفس الثمر لا ثمنه ، فلا يصار الى المجاز حيث امكنت الحقيقة . فان تعذرت بأن كان المأذون بأكله ، مما لا يوه كل ، بتعنين ارادة المجاز ، وهو اكل الثمن . وانت خبير بأن ما مثل عنه صاحب التنوير ليس فيه مادة الأكل ، وانما هو بلفظ الاباحة ، اي اباحة الثمر ، وهي تصدق حقيقة على الأكل الحقيقي وعلى اكل الثمن ، الا ان يوجد قتل صريح يخص الاباحة بالأكل الحقيقي .

واما ما نقله في الدر عن الجواهر ، فغير وارد ايضا على ما اتفق به صاحب التنوير ، لأن الراهن قد اباح للمرتين المنفعة لا بدلها ، وهو يرد الانتفاع ببذلها وهو الاجرة ، وهو غير مباح له من الراهن . والحاصل انه اذا كان الاذن بلفظ الأكل فلا يتناول اكل الثمن ، لأنه معنى مجازي للأكل ، فلا يصار اليه الا اذا تعذرت الحقيقة ، كما اذا كان المأذون بأكله مما كان لا يوه كل . ومثله في ما يظهر اذا كان مما يوه كل لكن يتمذر على المأذون له اكله لكثرتة ، كما اذا كان النخيل او الغنم المرهون كثيرا وقد اذن له بأكل ثمرها او لبنها ، فيحتمل ان يراد من اللفظ معناه المجازي ، وهو اكل الثمن ، لتمذر الحقيقة . واما لو كان الاذن بلفظ الاباحة فقط ، اي اباحة الثمر او اللبن ، فلا شك انه يتناول اكل الثمن ، كما اتفق به صاحب التنوير ، لأن اباحة ذلك تصدق على اكله نفسه وعلى اكل ثمنه ، الا ان يوجد قتل يخص الاباحة بالأكل الحقيقي . ولو تخصصت الاباحة بالمنفعة ، اختصت بها ، فلا تتناول بدلها وهي الاجرة ، كما تقدم نقله عن الجواهر . هذا ما ظهر لي ، فتدبره .

❀ نبيه ❀

نقل في الدر عن التهذيب انه يكره للمرتين ان ينتفع بالرهن وان اذن له الراهن . قال في المنح : لانه اذن له في الربا ، لانه يستوفى دينه كاملا فتبقى له المنفعة فضلا ، فيكون ربا ، وهذا امر عظيم اه .

وجزم في رد المختار بما في جواهر الفتاوي من انه ان كان مشروطا ، صار قرضا فيه منفعة ، وهو ربا . والا يكن مشروطا ، فلا بأس به كما فكروا نظيره

فبإلزامه المستقرض للمقرض ، ان كان بشرط كره ، والأفلا .
وسى كان مشروطاً ضمنه المرتهن ، لأنه يكون ربا ، كما انفى به في الخبرية
فبين رهن شجر زيتون ، على ان يأكل المرتهن ثمرته نظير صبره بالدين . قال (ط)
قلت : والغالب من احوال الناس انهم انما يريدون عند الدفع الانتفاع ، ولو لاه
لما اعطاه الدرهم ، وهذا بمنزلة المشروط لأن المعروف كالمشروط ، وهو مما يقين
المنع . والله تعالى اعلم اه .

* تمة *

رهن كرمًا وابع ثمره ثم باع الكرم وقبض المرتهن الثمن ، ان ثمره حصل
بعد البيع ، فلمشتري . وان قبله ، فللراهن ان يقضى دين المرتهن ، والأفلا يكون
رهنًا ويجعل البيع رجوعًا عن الاباحة ، فانها تقل الرجوع كما مر (كذا في
الدر عن جواهر الفتاوي)

وقوله « والا يكون رهنًا » اي مع ثمن المبيع الذي قبضه .
والمراد من قبضه الثمن اجازة المرتهن البيع ليصير الثمن الرهن ، والا فالقبض
غير شرط ، فانه بصير رهنًا بالاجازة وان لم يقبض ، كما قدمناه .
وفيها : زرع المرتهن ارض الرهن ، ان ابيع له الانتفاع لا يجب شيء وان لم
يبع له الانتفاع لزمه نقصان الارض وضمان الماء ، لو من قناة مملوكة ، فليحفظاه .
قال في رد المحتار : وهذا خلاف المفتى به من انه لا يضمن الا ما ملكه
بالاحراز ، وماه القناة غير محرز اه .

المادة ٧٥١ = * اذا اراد المرتهن الذهاب الى بلد آخر فله ان
يأخذ الرهن معه ان كان الطريق آمنًا *

سواء بين البلدين مدة سفر او لا ، وسواء كان الذهاب لاجل السكنى في
بلد آخر او لا ، وسواء كان له حمل وموثة او لا .
وهذا اذا لم يقيد الراهن اسما في مصر معين . اما اذا قيد به ، فلا يملك

ذلك ، وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، وقال ليس المرتهن ان يسافر بالرهن ،
والعدل في ذلك كالمرتهن (افاده في الدر وحواشيه)

-- الفصل الثالث --

✽ في بيان احكام الرهن الذي هو في يد العدل ✽

المراد بالعدل هنا من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده . سمي به لعدالته
في زعم الراهن والمرتهن (كذا في الدر وحواشيه)
واعلم ان المكفول عنه لا يصلح عدلاً في رهن الكفيل . وكذا الكفيل
لا يصلح عدلاً في رهن المكفول عنه . واحد شريكى المفاوضة لا يصلح عدلاً
في رهن صاحبه بدين التجارة . وكذا احد شريكى العنان في التجارة لا يصلح
عدلاً في رهن صاحبه بدين التجارة . فإن كان من غير التجارة ، فهو جائز في
الشريكين جميعاً ، لان كل واحد منهما اجنبي عن صاحبه في غير دين التجارة
فلم تكن يده كيد صاحبه . ورب المال لا يصلح عدلاً في رهن المضارب ، ولا
المضارب في رهن رب المال . والاب لا يصلح عدلاً في رهنه ثمن ما اشترى للصغير .
فإن اشترى الاب للصغير شيئاً ورهن ثمن ما اشترى له على ان يضعه على يد نفسه ،
فالشراء جائز والرهن باطل .

وهل يصلح الراهن عدلاً في الرهن ؟ فإن كان المرتهن لم يقبض من يده بعد ،
لم يصلح . حتى لو شرط في عقد الرهن ان يكون الرهن في يده ، فسد العقد . وان
كان قبضه المرتهن ، ثم وضع على يده ، جاز بيعه . واذا كان العدل صغيراً لا يقبل
فجعل الرهن على يده ، لم يميز ولم يكن رهناً . ولو كبر وعقل وباع الرهن ، جاز البيع
بتسليط الراهن اياه على البيع . وهذا قولها . وقال ابو حنيفة رحمه الله تعالى : لا
يجوز بيعه بعد البلوغ . واذا كان العدل ذميّاً او حريّاً مستأمناً والراهن والمرتهن
مسلمين او ذميين ، فهو جائز ، لان المستأمن في المعاملات بمنزلة الذمي والمسلم ،
وهو من اهل يد معتبرة شرعاً ، وهو من اهل ان ينفذ بيعه بتسليط المالك كما ينفذ

بيعه بأعتبار ملكه . فإن لحق الحربي بالدار ، لم يكن له ان يبيع وهو في الدار .
فإن رجع ، فهو على وكالته بالبيع . وان كان الحربي الراجع الى دار الحرب هو
الراهن والمرتهن والعدل ذمي او حربي مقيم في دار الاسلام بأمان ، فله ان
بيعه (هندية)

=

المادة ٧٥٢ = * بيد العدل كيد المرتهن . يعني لو اشترط
الراهن والمرتهن ابداع الرهن عند امين ورضي الامين وقبض الرهن تم
الرهن ولزم وقام ذلك الامين مقام المرتهن *

قال محمد رحمه الله تعالى : واذا ارهنت الرجل من آخرهنا وسلمه على ان
يضاه على يدي عدل ورضي به العدل وقبضه ، تم الرهن . حتى لو هلك الرهن في
يدي العدل ، يسقط دين المرتهن ، كما لو هلك في يدي المرتهن ، وبصير العدل
نائباً عن المرتهن في حق هذا الحكم ، ونائباً عن الراهن في حق حكم الضمان . حتى لو
استحق الرهن يعني بعد هلاكه وصمن المستحق العدل قيمته ، يرجع على الراهن ولا
يرجع على المرتهن (هندية عن المحيط)

وهلاك الرهن في يد امرأة العدل او ولده او خادمه او اجيره ، كهلاكه في يد
العدل ، كما في رد المختار عن القهستاني .

وفي رد المختار ، معزياً بالخانية : لو ساط العدل على يمينه ، اذا حل الامل فلم
يقبض العدل الرهن حتى حل الدين ، فالرهن باطل والوكالة بالبيع باقية اه .

المادة ٧٥٣ = * لو اشترط حين العقد قبض المرتهن الرهن ثم
وضعه الراهن والمرتهن بالاتفاق في يد عدل يجوز *

لأنه لا جاز للعدل ان يقوم مقام المرتهن في الابتداء فكذلك في البقاء .

هندية عن المحيط . لكن لو لم بشرط وضعه عند العدل وقت الرهن ، جاز للمرتهن اخذه كما اشير اليه في الاختيار (رد المختار عن القهستاني)

المادة ٧٥٤ - * ليس للعدل ان يعطى الرهن للراهن او للمرتهن بدون رضى الآخر ما دام الدين باقياً . وان اعطاه كان له استرداده واذا تلف قبل الاسترداد فالعدل بضمن قيمته *

عبارة الهداية : وليس للمرتهن ولا للراهن ان يأخذه منه ، اي من العدل ، لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وامانته ، وتعلق حق المرتهن به استيفاء ، فلا يملك احدهما ابطال حق الآخر . فلو هلك في يده هلك في ضمان المرتهن ، لأن يده في حق المالية يد المرتهن ، وهي المضمونة . ولو دفع العدل الى الراهن او المرتهن ، ضمن لأنه مودع الراهن في حق العين ، ومودع المرتهن في حق المالية ، واحدهما اجنبي عن الآخر ، والمودع بضمن بالدفع الى الاجنبي اه ، واذا ضمن العدل قيمة الرهن بالتمدي فيه اما باتلافه او بدفعه الى احدهما ، فألغى او تلف في يده اي في يد احدهما ، لا يقدر العدل ان يجعل القيمة رهناً في يده ، لان القيمة واجبة . فلو جعلها رهناً في يده بصير قاضياً ومقتضياً ، وبينهما تناف ، وهو كون الواحد مسلماً ومنسلاً . ولكن يأخذ انها منه ويحملانها عنده او عند غيره ، وان تعذر اجتماعها ، يرفع احدهما الامر الى القاضي ليفعل ذلك ، فاذا جمعت القيمة رهناً برأبها او برأي القاضي عند العدل الاول او عند غيره ثم قضى الراهن الدين ، فإن كان العدل ضمن القيمة بسبب الدفع الى الراهن ، فالقيمة سالمة للعدل بأخذها من هي عنده ان كانت عند غيره او عنده لوصول المرهون الى الراهن بالتسليم الاول اليه ، ووصول الدين الى المرتهن بدفع الراهن اليه ، ولا يلزم منه اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد ، ولو اخذه الراهن لأجمعهما في ملك واحد ، وان كان العدل ضمن الرهن بسبب الدفع الى المرتهن ، فالراهن يأخذ القيمة من العدل ان كانت عنده ، او من غيره ان كانت عند غيره ، لأن العين لو كانت قائمة اخذها

من هي في يده اذا ادعى الدين ، فكذلك يأخذ ما قام مقامها . ولا جمع فيه بين
البدل والمبدل في ملك واحد ، لان العين زالت عن ملك الراهن الى العدل .
ثم هل للعدل ان يرجع على المرتهن بذلك ؟ - ينظر : ان كان دفعه اليه على
وجه العارية او على وجه الودعة وهلك في يد المرتهن ، لا يرجع . وان استهلكه
المرتهن ، يرجع عليه ، لان العدل باء الصملى ملك العين المرهونة . وتبين انه
اعار او اودع ملك نفسه فلا يضمن المستعير ولا المودع الا بالتعدي . وكذا
اذا دفعه اليه بحقه بأن قال له خذ بحقك او احبسه بدبتك ، لانه دفع اليه على
وجه الضمان اه (زبلي مع قليل زيادة من حاشيته للشليبي)

✽ فرع ✽

وان كان العدل رجلين والرهن مما لا يقسم فوضاه عند احدهما ، كان
جائزاً ولا ضمان فيه لأنها اتيا بالحفظ المطلوب منها ، لأن حفظها لا يتأتى في
مثل هذا الا بالتهاويه زماناً ، لأنه يتعذر عليها اجتماعها على حفظه اثناء الليل
والنهار ، فكان هذا هو الحفظ الممكن منها ، وقد اتيا به . وان كان مما يقسم
فانقسم ، كان عند كل واحد منها نصفه ، لأنه لما اضاف الحفظ اليها اقتضى
هذا انقسام الحفظ عليها ، فكأنه قال احفظا كل واحد منكما طائفة من العين .
فان وضاه عند احدهما ، ضمن الذي وضع حصته عند صاحبه في قول ابي حنيفة .
وقال ابو يوسف ومحمد ، لا ضمان عليه . وقد ذكر في كتاب الودعة انها هل
يملك التهاويه في الحفظ فيما يحتمل القسمة ؟ فعند ابي حنيفة لا يملك ، وعندهما
يملك . ولكن يضمن كل واحد بما دفع لا بما اخذ لأن كل واحد منها مودع
المودع فيما اخذ ، ومودع المودع لا يضمن عند ابي حنيفة اه (شليبي)

المادة ٧٥٥ - ✽ اذا توفى العدل يودع الرهن عند عدل غيره
بتراضي الطرفين . وان لم يحصل بينهما الاتفاق فالحاكم يضعه في
يد عدل ✽

اي وبطل الوكالة بموته ، والرهن باق ، لأن الرهن لو كان بيد المرتهن
فما لم يبطل العقد به ، فلأن لا يبطل بموت العدل اولى (رد المختار)
وفي الهندية : ولو اجتمع الراهن والمرتهن على وضعه على يدي عدل آخر وقد
مات الأول ، او على يد المرتهن ، جاز ، لأن الحق لهما . فان اختلفا وضعه القاضي
على يد عدل ، وان شاء على يدي المرتهن . واذا علم القاضي ان المرتهن مثل العدل
في العدالة ، يضعه على يديه وان كره الراهن . فاما اذا اراد ان يضعه في يدي
الراهن ، ذكر في بعض الروايات : ليس له ذلك . وذكر في بعضها : له ذلك
(كذا في محيط السرخسي)

ولومات العدل فوضع على يدي عدل آخر عن تراض او اختلفا في ذلك
فوضه القاضي على يدي عدل ، فليس للعدل الثاني ان يبيع الرهن ، وان كان
الأول مسلطاً على البيع (هكذا في الظهيرية اه) قال في رد المختار : الا ان
يموت الراهن ، لأن القاضي يتولى قضاء ديونه اه .

= الفصل الرابع = في بيع الرهن

المادة ٢٥٦ = * ليس لكل من الراهن والمرتهن بيع الرهن
بدون رضى صاحبه *

اي بعد موت العدل ، كما في رد المختار عن خط بعض العلماء . وهذا ليس
للاحتراز ، ولكنه مقتضى السياق . وقد تقدم حكم بيع احدهما بدون اذن الآخر
في المادتين (٢٤٦) و (٢٤٧) فليراجع .

المادة ٢٥٧ = * اذا حل اجل الدين وامتنع الراهن عن

ادائه ، فالحاكم بأمره يبيع الرهن واداء الدين فإن أبي وعائد باعه
الحاكم وادى الدين ❀

والمهدة على الراهن لا على القاضي (رد المحتار) وهذا قولها ، لأنها يريان
الحجر على المديون . ومذهب الامام تأيد حبسه الى ان يبيع الراهن بنفسه ،
لأنه لا يرى الحجر على الحر المديون . وصرح قاضي خان وغيره بأن
التوى على قولها .

ولا يقال انه اذا كان المرهون داراً والراهن مفلساً لا تباع داره لضرورة
السكنى التي لا يحيد عنها ولا غنية ، لأن ذلك انما هو في غير الرهن . اما الرهن
فما لبته ، احق بها المرتهن ، لأن تعلق حق المرتهن يجعل المالك كالأجنبي ، فلا
تقاس مسئلته على مسئلة المفلس الذي لبس في بد دابته رهن بدبته (افاده
في الخبرية فتأمل .

وهذا اذا كان الراهن حياً حاضراً . فلو مات ، وورثته كبار حاضرون ،
يكون حكمهم حكم الراهن اذا كان حياً لأنهم قائمون مقامه . واما اذا كانوا صغاراً
او كباراً غائبين ، فقد تقدم بيان حكمهم في المادة (٢٣٤) وشرحها . واما اذا
كان الراهن غائباً ، فقد ذكره بقوله .

المادة ٧٥٨ - ❀ اذا كان الراهن غائباً ولم تعلم حياته ولا مماته
فالمرتهن يراجع الحاكم على ان يبيع الرهن ويستوفي الدين ❀

الما في البرازية ، عن النية : للمرتهن بيع الرهن باجازه الحاكم واخذ دينه ، اذا
كان الراهن غائباً لا يعرف موته ولا حياته اه .
لكن جزم في الاشياء بعدم الجواز . ويمكن حمله على ما اذا لم تكن الغيبة
منقطعة وان كان اطلق النية ، تأمل (افاده في رد المحتار)

وفي الفصل الخامس من جامع الفصولين : شراء فتاب قبل قبضه غيبة منقطعة ولا يدرى اين هو ، جاز للقاضي بيع المبيع وايقاف الثمن لو كان المبيع منقولاً ، لا لو عقاراً . فلي هذا لو رهن المديون وغاب غيبة منقطعة فرفع المرتهن الأمر للقاضي حتى يبيع الرهن بدنه ، ينبغي ان يجوز اهـ - ومقتضاه تقييد البيع بما اذا كان المبيع منقولاً . لكن علمت ان ما في البرازية الذي هو نص في المسئلة ، مطلق والتقييد الذي جاء في عبارة الفصولين انما هو في صورة غيبة المشتري ، لا الراهن ، فلا داعي لمحل ذلك المطلق على هذا المقيد . تأمل .

المادة ٧٥٩ = * اذا اخيف فساد الرهن فالمرتهن يبيعه وابقائه ثمنه رهناً في يده باذن الحاكم وان باعه بدون اذن الحاكم يكون ضامناً كذلك لو ادرك ثم البستان المرهون وخضرته وخيف تلفه فليس للمرتهن يبيعه الا باذن الحاكم وان باعه بدون اذن الحاكم يضمن *

اي ضمان النصب في الصورتين ، لتمديه ، لأن ولاية البيع نظراً للمالك ، لا تثبت الا للحاكم . واما المرتهن ، فله ولاية الحبس لا البيع . قال البيهقي : يوهخذ من هذا جواز بيع الدار المرهونة اذا تداعت للخراب . وكانت واقعة الفتوى اه اي يجوز ذلك للقاضي او لماذونه ، كما هو ظاهر . وذكر في الدر انه لو كان سفي موضع لا يمكنه الرفع للقاضي او كان بحال يفسد قبل ان يرفع ، جاز له ان يبيعه اه لأنه في مثل هذه الحالة بصير مأذوناً من جهة المالك بالبيع دلالة . وهذا بخلاف جذ الثمار لحفظها ، فان المرتهن ذلك بدون اذن القاضي . ففي تنقيح الحامدية عن الذخيرة : وان جذ المرتهن الثمار وقطف النصب بغير امر القاضي ، فلا ضمان عليه استجساناً ، لأن هذا من باب الحفظ ، وحفظ المرهون حق المرتهن . قال شمس الانمة الحلواني رحمه الله تعالى : هذا اذا جذ كما يجذ عنده ، ولم يحدث نقصان فان تمكن فيه نقصان من عمله ، فهو ضامن يسقط حصته من الدين والرهن لو كان

شاة فذبحها وهو يخاف الهلاك ، ضمن قياساً واستحساناً .
والحاصل ان كل تصرف يزبل العين عن ملك الراهن كالبيع والأجارة ،
فذلك غير مملوك للمرتهن ، ولو فعل بضمن ، وان كان فيه تحمين وحفظ عن الفساد ،
الا اذا كان بأمر القاضي . وكل تصرف لا يزبل العين عن ملك الراهن كان
للمرتهن ذلك وان كان بغير امر القاضي ، اذا كان فيه حفظ او تحمين عن الفساد
فعلى هذا الأصل يخرج جنس هذه المسائل اه .

المادة ٢٦٠ - * يصح توكيل الراهن المرتهن او العدل او غيرها
ببيع الرهن عند حلول الأجل *

لأن الراهن مالك فله ان يوكل من شاء ممن يكون اهلاً لها ببيع ماله معلقاً
ومنجزاً ، لأن الوكالة يجوز تعليقها بالشرط لكونها من الاسقاطات . ولو امر ببيعه
صغيراً لا يعقل فباعه بعد ما بلغ ، لا يصح عند ابي حنيفة . وقالوا يصح ، لقدرته
عليه وقت الامتثال . وهو يقول ان امره وقع باطلاً لعدم القدرة وقت الأمر ،
فلا يتقلب جايزاً (زبلي)

* وليس للراهن عزل ذلك الوكيل من الوكالة ولا بنعزل
بوفاة احد من المرتهن والراهن ايضاً *

يعني انه لا يعزل ذلك الوكيل ، لا بالعزل الحقيقي لان الوكالة لما شرطت
في عقد الرهن صارت وصفاً من اوصافه وحققاً من حقوقه ، الا ترى انها لزيادة
الوثيقة فتلزم بلزوم اصله ، ولانه تعلق به حق المرتهن ، وفي العزل ابطال حقه ،
حتى لو وكله بالبيع مطلقاً حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاء عن البيع
بالنسيئة لم يعمل نهييه ، لانه لازم بأصله ، فكذا بوصفه - ولا بالعزل الحكمي
بموته ، لان الرهن لا يبطل بموته . ولو بطل فانما كان يبطل لحق الورثة ، وحق
المرتهن مقدم عليه كما يتقدم على حق الراهن .

وانما لم ينزل بعزل المرتهن ، لانه لم يوكله ، فكان اجنبياً عنه بالنسبة الى الوكالة (افاده الزبلي)

وهذا اذا كان الوكيل مشروطاً في عقد الرهن متفقاً عليه . فلو لم يكن كذلك ، لكن شرطاه بعده ، فقبل ان للراهن ان يفسخ هذه الوكالة ويمتنع عن البيع . ولو مات الراهن ، تبطل الوكالة ، وليس للمرتهن ان يطالب الوكيل بالبيع في هذا الوجه ، فهي كالوكالة المفردة .

وعن ابي يوسف ان الوكالة لا تبطل كالمشروطة في العقد ، وهو الصحيح ، كما في الخاتبة (افاده في رد المحتار) قال : ولم ار من صحح الرواية الاولى . وسيأتي لهذا زيادة بيان في شرح المادة الآتية وقد اخذت بهذه الرواية الصحيحة جمعية المجلة في المادة (١٥٢١)

❖ تنبيه ❖

تبطل الوكالة بموت الوكيل مطلقاً ، سواء كان مرتبها او عدلاً او غيرها . ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه ، لان الوكالة لا يجري فيها الارث ، ولان الموكل رضي برأيه لا رأي غيره .

ولو اوصى الى آخر بيعة ، لم يصح ، الا اذا كان مشروطاً له ذلك في الوكالة بأن قال له في اصل الوكالة وكلتك ببيعه واجزت لك ما صنعت به من شيء ، فينشد لوصيه بيعة ، ولا يجوز لوصيه ان يوصي به الى ثالث (كذا في الدرر وحواشيه) ثم اذا بطلت الوكالة بموت الوكيل ، يبقى الرهن على حاله كما قدمناه في شرح المادة (٧٥٥)

المادة ٧٦١ - ❖ الوكيل يبيع الرهن اذا حل وقت داء الدين

ويسلم ثمنه الى المرتهن ❖

ليستوفي دينه منه . وهذا سواء كان مسلطاً على بيعه في عقد الرهن او بعده (بزازبة) : بما لم يقبضه المرتهن بصبر الثمن رهناً في بد العذل سواء قبضه العذل من

المشتري ام لا ، لقيامه مقام ما كان مقبوضاً (هداية) فلو هلك في يد العدل ، سقط الدين ، كما اذا هلك عند المرتهن . وكذا اذا هلك الثمن بالتدوي على المشتري ، فالتدوي على المرتهن ويسقط الدين . ولا يعتبر فيه قيمة الرهن ، وانما يعتبر الثمن (بزازية)

ولا يقال كيف يكون مضموناً ولم يقبضه ، لانه ثبت في ذمة المشتري بحق المرتهن ، فكأنه في يد المرتهن او في يد البائع (اتقاني)
واذا اقر العدل انه قبض الثمن وسلمه الى المرتهن وانكر المرتهن ، فالقول للعدل ، لانه امين . وبطل دين المرتهن (ولوالجية وجوهرة ، كذا في رد المختار) وتقييد هذه المادة البيع بما اذا حل وقت الدين ، يوم انه لا يجوز البيع قبل حلول الأجل

وفي الخاتمة : لو سلط العدل على البيع مطلقاً ، ولم يقل عند حلول الدين ، فله ان يبيع قبل ذلك (كذا في مجمع الانهر) وان باع العدل الرهن من ولده او زوجته ، لم يجوز ، الا ان يميزه الراهن والمرتهن في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى . وفي قولها ، بما يفتاين الناس فيه ، جاز . وان اجاز ذلك احدهما دون الآخر ، لم يجوز (هندية) وفيها : ولو وكل العدل وكيلاً فباعه بحضرة العدل ، جاز . وان كان غائباً ، لم يجوز ، الا ان يميزه . ولو ذكر العدل ثمناً فباعه به جازاه .

وفيها : ولو نواه الراهن عن البيع بالنسيئة ، فان نهاه عند الرهن ، لبس له ان يبيع بالنسيئة . ولو نهاه متأخراً عن العقد ، لم يصح نهيه . كذا في البدائع اه .
وفيها : واذا باع العدل بالنسيئة ، ذكر في الأصل انه يجوز من غير تفصيل ومن غير ذكر خلاف . قالوا : هذا اذا باع بنسيئة موهودة بين الناس ، اما اذا باع بنسيئة غير موهودة بأن باع مثلاً الى عشر سنين وما اشبه ذلك ، ينبغي ان لا يجوز عندهما ، وقال القاضي الامام ابو علي النسفي : اذا تقدم من الراهن ما يدل على النقد بأن قال : ان المرتهن بطالبي ويؤذيني فبعه حتى انجو منه فباعه بالنسيئة ، لا يجوز ، بمنزلة ما لو قال بع عبدي فأني محتاج الى النفقة ، ولو كان الرهن في يد المرتهن ولم يكن ثمة عدل وسلط الراهن المرتهن على بيعه وامتنفاه دينه من ثمنه فباع نسيئة ، جاز يبعه كيفما كان (كذا في المحيط)

وفيها : واذا كان العدل مسلطاً على البيع اذا حل اجل كذا ، فقال المرتهن
كان الاجل الى شهر رمضان وقد دخل رمضان ، وقال الراهن كان الاجل الي
شوال ، فالقول قول الراهن في وقت التسليط على البيع ، والقول قول المرتهن
في وقت حلول الدين ، لان التأجيل يستفاد من جهة المرتهن فيكون القول قوله
بمقداره ، والتسليط يستفاد من جهة الراهن فيكون القول قوله في وقته . واذا
اتفقا على الاجل انه شهر واختلفا في مضيه ، فالقول قول الراهن (كذا في المحيط)
* وان ابي الوكيل يجبر الراهن على بيعه . واذا ابي وعاند الراهن
ايضاً باعه الحاكم . واذا كان الراهن او ورثته غائبين يجبر الوكيل على
بيع الرهن فان عاند باعه الحاكم *

تقييد جبر الوكيل على البيع بما اذا كان الراهن او ورثته بعد موته غائبين ،
فيه رمز الى انه لو كان الراهن او ورثته بعد موته حاضرين ، لا يجبر الوكيل ،
بل يجبر نفس الراهن او ورثته ، كما في رد المختار معزباً للقهستاني ، ومثله في
جمع الانهر .

لكن في نكلة البحر للطورى ، عند قول صاحب الكنز « فان حل الاجل
وغاب الراهن اجبر الوكيل على بيعه » ما نصه : وقوله « وغاب الراهن » يظهر
انه قيد في جبر العدل على البيع ، وليس كذلك . قال في المحيط : ولو ابي العدل
البيع وقد سلط عليه ، يجبره القاضى على بيعه ، لان الوكالة صارت حق المرتهن .
حتى لو اراد العدل رد الرهن للراهن حتى يبطل الايفاء ، منع من ذلك اه .

اقول : وفي هذا نظر ، فان ما نقله عن المحيط ليس فيه تصريح بالجبر على
البيع وان كان الراهن حاضراً . نعم اطلق ولم يقيد بما قيده عامة المتون ، وقد
صرحوا بأن مفاهيم الكتب حجة ، فتأمل

وذكر الزيلعي في التبيين : و كيفية الاجبار ان يجسه القاضي اياماً ليبيع .
فان لم يج ، اي اصرت معانداً بعد الحبس اياماً ، فالقاضي يبيعه عليه . وهذا على
اصلها من جواز الحجر على المدين ، ظاهر : واما على اصل ابي حنيفة ، فكذلك
عند البعض ، لانه تعين جهة لقضاء الدين هنا ، ولان بيع الرهن صار مستحقاً

للمرتهن ، بخلاف سائر المواضع
ثم اذا اجبره على البيع وباع ، لا يفسد هذا البيع بهذا الاجبار لان هذا الاجبار يقع على
قضاء الدين بأي طريق شاء ، حتى لو قضاه بغيره ، صح وانما البيع طريق من طريقه ،
ولانه اجبار بحق ، وبمثله لا يكون مكرهاً فلا يفسد اختياره به .
وهذا اذا كان التوكيل مشروطاً في عقد الرهن . فلو شرطاه بعده ، قيل لا
يجبر ، لان التوكيل لم يصرفه من اوصاف الرهن ، فكانت الوكالة مفردة
كسائر الوكالات . وقيل يجبر كي لا يتوي حقه ، وهذا صح . حتى روي عن
ابي يوسف رحمه الله تعالى ان الجواب في الفصلين واحد في انه يجبر على البيع نصاً
وذكر محمد في الجامع الصغير : « والاصل الاجبار مطلقاً من غير تفصيل بين
ان تكون الوكالة مشروطة في عقد الرهن او لم تكن مشروطة فيه » يدل
على ذلك اه

❀ نعمة ❀

الرهن اذا هلك في يد المرتهن ثم استخفه رجل ، فله الخيار : ان شاء ضمن
الراهن ، وان شاء ضمن المرتهن ، لان كل واحد منهما متعدي في حقه ، الراهن
بالاخذ والتسليم ، والمرتهن بالقبض والتسلم . فان ضمن الراهن ، صار المرتهن
مستوفياً لديه بهلاك الرهن عنده ، لان الراهن ملكه باداء الضمان مستنداً الى
ما قبل التسليم ، فثبت انه رهن ملك نفسه ، فصح الابقاء وان ضمن المرتهن
يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة ، وبدينه اما بالقيمة ، فلانه مفروض من جهة
الراهن واما بالدين ، فلانه انتقض اقتضاه وه ، فيعود حقه كما كان اه (هداية)
هذا اذا استحق الرهن في يد المرتهن قبل بيع العدل اما لو استحق بعد بيعه ،
ففي الكثر وغيره ، والمبارة له : لو باع العدل واوفي مرتته ثمنه فاستحق الرهن
وضمن ، فالعدل بضمن الراهن فيجته او المرتهن ثمنه اه قال شارحه الزيلعي : وكشف
هذا ، ان المرهون المبيع اذا استحق ، اما ان يكون هالكاً ، او قائماً . ففي الوجه
الأول ، المستحق بالخيار : ان شاء ضمن الراهن لانه غاصب في حقه بالاخذ
والتسليم ، وان شاء ضمن العدل لانه مؤدب مثله بالبيع والتسليم ، فصار غاصباً
لذلك فان ضمن الراهن ، نفذ البيع وصح الاقتضاء ، اي استيفاء المرتهن

الثلث بدبته ، لان الراهن يملكه باداء الضمان مستنداً الى وقت الغصب ،
فتبين انه امره ببيع ملك نفسه وان ضمن المستحق العدل ، وهو البائع ، نفذ
البيع ايضاً ، لان العدل يملكه باداء الضمان ثم هو بالخيار : ان شاء رجع على
الراهن بالقيمة لأنه و كبل من جهته عامل له ، فيرجع عليه بما لحقه من العهدة
بالغرور من جهته ، و نفذ البيع ، لأن الراهن لما كان قرار الضمان عليه وضمنه ،
ملكه باداء الضمان ، فتبين انه امره ببيع ملكه فصح اقتضاء المرتهن فلا يرجع
على الراهن بدبته - وان شاء العدل ، رجع على المرتهن بالثلث ، لأنه تبين ان الثلث
اخذه بغير حق ، لأن العدل ملك الرهن باداء الضمان واستقر ملكه فيه ، ولم
ينتقل الى الراهن على تقدير ان لا يرجع على الراهن بما ضمن ، و نفذ بيعه عليه ، لانه
المباشر ، فصار الثلث له لأنه بدل ملكه . وانما اداء المرتهن على حساب ان
المبيع ملك الراهن ، فاذا تبين انه ملكه ، لم يكن راضياً به ، فله ان يرجع به عليه .
بقي هنا شيئان ذكرهما في رد المختار : الاول : ان المستحق اذا ضمن العدل
القيمة ، فقد تكون القيمة اكثر من الثلث الذي اخذه العدل من المرتهن ، فمن
بضمن تلك الزيادة ، ذكر الشرنبلالي بحثاً انه ينبغي ان يرجع بالزيادة على الراهن ،
لكونه مغروراً من جهته - والا يضيع عليه باقي القيمة التي اخذها منه المستحق .
الثاني : انهم لم يذكروا ان المستحق له ان يرجع ان شاء على المشتري
ايضاً ، لانه غاصب ايضاً بالقبض ، وقد هلك المصوب في يده ، مع انه ينبغي ذكره
وقد نقل في رد المختار عن الحواشي السعدية ما نصه : والظاهر ان يكون
للمستحق خيار تضمين المشتري ايضاً ، لأنه متعدي بالاخذ والتسلم لكن لم
يذكره .

وعليه فلو ضمن المستحق المشتري القيمة ، رجع المشتري بالثلث الذي اداه الى
العدل او المرتهن ، و يرجع المرتهن به على العدل ، والعدل على الراهن اه قال
الزبلي : وفي الوجه الثاني ، وهو ما اذا كان قائماً في يد المشتري ، فلمستحق ان
ياخذه من يده ، لأنه وجد عين ماله . ثم للمشتري ان يرجع على العدل بالثلث ،
لأنه العاقد ، فتعلق به حقوق المقصد ، وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما
دفعه المشتري اليه ليسلم له المبيع ، ولم يسلم :

ثم اذا ضمن العدل الثمن للمشتري ، كان بالخيار : ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي ادخله في هذه المهدة فيجب عليه تخليصه ، واذا رجع عليه صح قبض المرتهن وسلم له المقبوض وبرأ الراهن عن الدين ، وان شاء العدل رجع على المرتهن ، لان البيع انتقض بالاستحقاق فبطل الثمن ، وقد قبضه ثمناً فيجب عليه رده ونقض قبضه ضرورة . فاذا دفعه الى العدل ، عاد حقه في الدين على الراهن كما كان ، فيرجع به عليه ولو ان المشتري سلم الثمن بنفسه الى المرتهن ، لم يرجع على العدل به ، لان العدل في البيع عامل للراهن . وانما يرجع عليه اذا قبض ، ولم يقبض منه شيئاً ، فبقي ضمان الثمن على المرتهن والدين على الراهن على حاله اه .
لكن قوله « فيما اذا ضمن العدل الثمن للمشتري رجع على الراهن بالقيمة » قال محسبه الشايجي : تبع فيه صاحب الهداية . وقد قال بعض شارحيها : المراد بالقيمة الثمن ، وعزاه الى الكافي اه .

وهذا التفصيل المارميني على اشتراط التوكيل في الرهن . فان لم يكن التوكيل مشروطاً في الرهن ، يرجع العدل على الراهن فقط ، لا على المرتهن ، سواء قبض المرتهن ثمنه او لم يقبض بأن ضاع في يد العدل بلا تعد به (ملحق بم زيادة من الشرح)

وفي الفرع والدرر : واما اذا لم بشرط التوكيل فيه بل وكل الراهن العدل بعد العقد ، فالحق العدل من المهدة رجع به على الراهن فقط ، لان التوكيل اذا كان بعد العقد ، لم يتعلق به حق المرتهن فلا يرجع عليه كما في الوكالة المجردة عن الرهن اه .

اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من امره الموكل ثم لحقه عهدة ، لا يرجع به على الفايض ، بخلاف الوكالة المشروطة في الرهن ، اذ تعلق بها حق المرتهن فكان البيع لحقه اه .

قال الزبلي ، بعد ان ذكر مثل ما في المتقى والدرر : هكذا ذكر الكرخي . وهذا يوجب قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع . وقال شمس الأئمة السرخسي . هو ظاهر الرواية ، لان رضى المرتهن بالرهن بدران التوكيل قدم ، فكان التوكيل مستأنفاً لا في ضمن عقد الرهن ، فكان منفصلاً عنه ضرورة . الا

ان نخر الاسلام وشيخ الاسلام فالاقول من يري جبر هذا الوكيل اصح ، لاطلاق
محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير . والاصل على ما بيناه ، فتكون الوكالة غير
المشروطة في العقد كالمشروطة فيه في حق جميع ما ذكرنا من الاحكام اه فافهم .
وعليه فالتفصيل المار جارياً ايضاً فيما لو شرطت الوكالة بعد الرهن على ما هو
الاصح . لكن يشكل عليه ان صاحبي من الملتقى ومن الفرر ذكرنا اولاً انه لو
شرطت الوكالة بعد عقد الرهن يجبر الوكيل على البيع في الاصح ، فيكون ما قلناه
عنها الآن مخالفاً له جارياً على خلاف الاصح .

والحاصل ان كلام الزبلي ظاهر ، في ان القائل يجبر هذا الوكيل على البيع ، يلزمه
القول بغير ان هذا التفصيل المار فيما لو شرطت الوكالة بعد عقد الرهن ، لان ما عللوا
به ، وهو تعلق حق المرتهن بهذه الوكالة ، ينتظمها ، ومن قال بعدم جريان هذا
التفصيل المار في هذه الصورة معللاً بأن لا تعلق للمرتهن بهذه الوكالة ، يلزمه القول
بعدم الجبر على البيع ولم ار من نبت على هذا الاشكال في عبارتي الملتقى والدرر .
ويلوح لي فرق بين ان يوكل الراهن العدل بالبيع بعد عقد الرهن ، بلا اشتراط
مع المرتهن ، والظاهر ان هذه لا خلاف في كونها وكالة مفردة لا تعلق للمرتهن بها ،
وهي المعنية في قول صاحبي الملتقى والفرر : وان لم يكن التوكيل مشروطاً سمي
الرهن يرجع العدل على الراهن الخ ، وبين ان يشترطها كل من المرتهن والراهن بعد
عقد الرهن ملحقين ذلك الشرط بأصل العقد ، وهذه هي التي فيها الخلاف . وان
الاصح انها كالمشروطة في عقد الرهن ، وهي المعنية في قولها اولاً « وكذا يجبر
لو شرطت الوكالة بعد الرهن » وهذا كما قالوا : لو الحق المتبايعان شرطاً فاسداً بعد
ان عقدها صحيحاً ، يلتحق عند ابي حنيفة . وكذا لو اتفقا على بيع الوفاء بعد ان
عقدها باتناً بصير وفاء ، كما في الحامدية والخيرية وجامع الفصولين وغيرهما .
ومن تأمل كلام الدرر والملتقى والزبلي يظهر له قوة ما قلناه . تأمل ولا تعجل ،
فأني لم ار احداً ذكر هذه التفرقة .

❖ فصل في مسائل متفرقة ❖

يصح الرهن برأس مال السلم وثمن الصرف والمسلم فيه بأن يسلم مائة بطعام مثلاً

او بيع ديناراً بدرام ، ثم قبل القبض يدفع الى المسلم اليه رهناً بالمائة او بأخذ رهناً
بالدراهم او بالطعام . فان هلك الرهن المدفوع برأس مال السلم او ثمن الصرف في
الجلس ، تم الصرف والسلم وصار المرتهن ، وهو المسلم اليه في الاولى ، واحد عاقد في
الصرف في الثانية ، مستوفياً لرأس مال السلم او ثمن الصرف حكماً . وان ائتمرا
قبل نقد وهلاك ، بطلا ، اي الصرف والسلم ، لعدم القبض حقيقة ولا حكماً ، وعليه
رد الرهن . فان هلك في يده قبل الرد ، هلك برأس المال لأنه صار مستوفياً
لرأس المال بهلاك الرهن بعد بطلان عقد السلم ، ولا ينقلب السلم جائزاً واماً الرهن
بالمسلم فيه ، فيصح مطلقاً . ولو بعد الائتمار ، لان قبضه لا يجب في المجلس . فان
هلك الرهن ، تم العقد وصار مستوفياً للمسلم فيه ، ويكون في الزيادة اميناً . وان
كانت قيمته اقل ، صار مستوفياً بقدرها (كذا في الدر وحواشيه)

ولو لم يهلك ولكن تفاسخ السلم وبالمسلم فيه رهن ، يكون ذلك رهناً برأس المال
استحساناً حتى يجسه به . والقياس ان لا يجسه به ، لانه دين آخر وجب بسبب آخر ،
وهو القبض . والمسلم فيه وجب بالمقد ، فلا يكون الرهن بأحدهما رهناً بالآخر -
كما لو كان عليه دينان دراهم ودنانير وبأحدهما رهن ففضي الذي به الرهن او ابرأه منه ،
ليس له حبسه بالدين الآخر .

وجه الاستحسان انه ارتهن لحقه الواجب بسبب العقد الذي جرى بينها ، وهو
السلم فيه عند عدم الفسخ ، ورأس المال عند الفسخ ، فيكون محبوساً به لانه بدله ،
فقام مقامه . اذ الرهن بالشيء يكون رهناً ببدله ، كما اذا ارتهن بالمفصوب فهلك
المفصوب ، صار رهناً بقيمته . وان هلك الرهن بعد الفسخ المذكور ، هلك بالاصل ،
يعني السلم فيه ، لانه رهنه به . وان كان محبوساً بغيره وهو رأس المال ، كمن باع
عبداً وسلم المبيع واخذه بالثمن رهناً ثم تقابلا البيع ، له ان يجسه لاخذ المبيع ، لان
الثمن بدله . ولو هلك المرهون ، يهلك بالثمن لانه مرهون به (كذا في الملتقى مع
شرحه بجمع الانهر)

ثم اذا هلك الرهن بالمسلم فيه في مسلتنا ، يجب على رب السلم ان يدفع مثل
المسلم فيه الى المسلم اليه وبأخذ رأس المال ، لان الرهن مضمون به ، وقد بقي حكم الرهن
الي ان يهلك ، فصار رب السلم بهلاك الرهن مستوفياً للمسلم فيه . ولو استوفاه

حقيقة ثم نقابلاً ، او استوفاه بعد الاقالة ، لزمه رد المستوفي واسترداد رأس المال .
فكذا هذا . وهذا لان الاقالة في باب السلم لا تحتل الفسخ بعد ثبوتها فيهلك
الرهن لا تبطل (زبلي)

وقوله « صار مستوفياً للمسلم فيه » قال الشلبي في حاشيته عليه : هذا ليس
على اطلاقه ، لأنه انما يصير مستوفياً للمسلم فيه اذا كان في الرهن وفاء به . اما اذا
كان الرهن اقل منه ، فلا - الا ترى الى ما قال في باب السلم من شرح الطحاوي :
« فان هلك الرهن في يده صار مستوفياً للمسلم فيه ، وفي الزيادة يكون اميناً .
وان كانت قيمته اقل من المسلم فيه ، صار مستوفياً لذلك القدر ويرجع عليه بالباقي اهـ »
للأب ان يرهن بدين عليه متاعاً لطفه ، لأنه يملك ابداعه . وهذا نظر
منه في حق الصبي ، لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ ، مخافة الغرامة ، ولو هلك جهلك
مضموناً والوديعة امانة . والوصي في هذا كالأب لما بينا . والجد ابو الاب كالأب
عند عدم الأب ووصيه ، كما في الهداية .

واذا جاز الرهن بصير المرتهن مستوفياً دينه عند هلاكه حكماً ، وبصير
الأب والوصي موفياً له وبه يضمنان ذلك القدر للصغير ، لا الفضل ، اي لا الزائد
على قدر الدين من قيمة الرهن لو كانت اكثر منه ، لانه امانة ، وهو وديعة
عند المرتهن ، ولها ولاية الابداع .

وكذا لو سلطاً للمرتهن على البيع ، لأنه توكيل على بيعه ، ولها يملكها
ثم اذا اخذ المرتهن الثمن بدينه وجب عليها مثله ، لأنها اوفيا دينها بماله ،
وهذا عندهما خلافاً لأبي يوسف . واصل هذه المسئلة البيع ، فان الاب او الوصي
اذا باع مال الصغير من غريم نفسه ، تقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما ، وعند
ابي يوسف لا تقع المقاصة ، فيأخذ البايع الثمن من المشتري للصغير ، وبأخذ
المشتري دينه من البايع . وعلى هذا الخلاف ، الوكيل بالبيع اذا باعه من غريم
نفسه ، تقع المقاصة بنفس البيع عندهما ، ويضمن الوكيل الثمن للموكل . وعنده
لا تقع (زبلي ملخصاً)

اقول : وقوله « وكذا لو سلطاً المرتهن » الى قوله « ولها يملكها » مسلم
اذا كان المرهون من المنقولات . اما لو كان عقاراً ، فان الوصي لا يملك بيعه

الضرورة نفقة او وفاة دين . واذا كان لا يملك البيع ، فلا يملك التوكيل به ، كما هو ظاهر ، فتأمل .

ثم لو رهن الاب متاع الصغير بدينه فادرك الابن ومات الأب ، فليس للأب ان يسترده حتى يقضي الدين ، لان تصرف الاب عليه نافذ لازم له بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ . ولو قضى الابن الدين بعد بلوغه وانك الرهن ، رجع به في مال الاب ، لانه مضطر اليه لحاجته الى الانتفاع به ، فأشبهه معسر الرهن . وكذا اذا هلك الرهن قبل ان يفتكه ، لان الاب بصير قاضياً دينه به (زبلي ملخصاً)

وللاب رهن ماله عند ولده الصغير بدين له ، اي للصغير ، عليه ، ويجبسه لاجل الصغير - بخلاف الوصي ، فانه لا يملك ذلك (سراجية)

وكذا عكسه ، يعني اذا كان للاب دين على ابنه الصغير ، فاللاب رهن متاع طفله من نفسه ، لانه لو فور شفقتة جعل كشيخين ، ووقعت عبارته كعبارتين ، كما في بيع مال الصغير من نفسه - بخلاف الوصي ، لانه وكيل محض فلا يتولى طرفي العقد في رهن ولا بيع (كذا في الدر)

وهذا في البيع محمول على وصي القاضي . قال في التنوير ، في باب الوصي : وان باع او اشترى من نفسه ، فان كان وصي القاضي ، لا يجوز مطلقاً ، وان كان وصي الاب ، جاز بشرط منفعة ظاهرة للصغير ، وبيع الاب مال الصغير من نفسه جائز بمثل القيمة ، وبما يتغابن فيه (رد المحتار)

ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير ، جاز ، لاشتماله على امرين جائزين ، فان هلك ، ضمن الاب حصته من ذلك للولد ، لا يفاء دينه من ماله بهذا المقدار ، وكذلك الوصي ، وكذلك الجد ابو الاب اذا لم يكن الاب او وصي الاب . ولو رهن الوصي متاعاً لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرثين ثم استماره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي ، فانه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم ، لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ ، لانه استماره لحاجة الوصي فلا يكون متعدداً في ذلك . والمال دين على الوصي ، يعني هو المطالب به على ما كان ، ثم يرجع به على الوصي لانه غير متعد في هذه الاستمارة ، لانها لحاجة الصغير . ولو استماره

لحاجة نفسه ، ضمنه للصبي ، لانه متمد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه .
ولو غصبه الوصي بعد ما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده ، فالصي ضامن
لقيمته لانه متمد في حق المرتهن في الغصب والاستعمال ، وفي حق الصبي في الاستعمال
في حاجة نفسه ، فيقضى به الدين ان كان قد حل . فان كانت قيمته مثل الدين ،
اداه الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم ، لانه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم
فالتقيا قصاصاً . وان كانت قيمته اقل من الدين ، ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى
الزيادة من مال اليتيم ، لان المضمون عليه قدر القيمة لا غير . وان كانت قيمة الرهن
اكثر من الدين ، ادى قدر الدين الى المرتهن ، والفضل لليتيم . وان كان لم يحل
الدين ، فالقيمة رهن لانه ضامن للمرتهن بنفويت حقه المحترم ، فتكون رهنا عنده .
ثم اذا حل الاجل ، كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه .

ولو انه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده ، بضمنه لحق المرتهن
ولا بضمنه لحق الصغير ، لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعمد ، وكذا الاخذ ، لان
له ولاية اخذ مال اليتيم . فاذا هلك في يده بضمن المرتهن ، يأخذه بدونه ان كان
قد حل ، ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بتعمد ، بل هو عامل له وان كان لم
يحل ، يكون رهناً عند المرتهن . ثم اذا حل الدين يأخذ دينه منه ويرجع الوصي على
الصبي بذلك ، لما ذكرنا (كذا في الهداية)

واذا كان على الميت دين وله وصي فوهن الوصي بعض تركته عند غريم من
غرمائه ، لم يجوز وللآخرين ان يردوه . فان قضى دينهم قبل ان يردوه ، جاز ، ولو
لم يكن للحيث غريم آخر ، جاز الرهن وبهم في دينه (هندية)

وجاز رهن الذهب والفضة وكل مكيل وموزون ، لانه بتحقيق الاستيفاء منه ،
فكان محلاً للرهن (مجمع الانهر) فان رهن بخلاف جنسه ، هلك بقيمته لا بالوزن
والكيل . وان يجنسه ، كما اذا رهن فضة بفضة او ذهباً بذهب او خنطة بخنطة او
شعيراً بشعير ، هلك بمثله من الدين وزناً او كيلاً ، سواءً قلت القيمة او كثرت ،
ولا عبرة بالجوذة عند المقابلة بالجنس ، لانها لا قيمة لها حينئذ ، لسلا يهودي
الى الربا

ثم ان تساوي الرهن والمرهون به كيلاً او وزناً ، يسقط الدين بلا نظر الى القيمة

ولا الى الجودة عند ابي حنيفة ، خلافاً لها ، وإن الدين ازيد ، فالزائد في ذمة
الراهن ، وإن الرهن ازيد ، فالزائد امانة اي غير مضمون
وهذا كله اذا هلك . واما اذا انتقص بأن كان ايريق فضة فانكسر ،
ففيه كلام آخر . وحاصل صور هذه المسئلة في الهلاك والنقصان تبلغ ستة وعشرين
صورة ، مبسطة في المطولات ، وقد اوضحها في التبيين وغاية البيان (كذا في
الدر وحاشيته رد المحتار)

باع عبداً على ان يرهن المشتري بالثمن شيئاً بعينه او يعطي كفيلاً بعينه ، صح
ان كان الكفيل حاضراً في المجلس فقيل . فلو لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا
او كان الكفيل غائباً حتى اقرقا ، فسد العقد . ولو حضر الكفيل وقيل ، او اتفقا
على تعيين الرهن ، او نقد المشتري الثمن ، جاز البيع . وبعد المجلس لا يجوز ولا يجبر
المشتري على الوفاء ، لما مر ان الرهن عقد غير لازم قبل القبض وللبيع فسخ البيع
لقوات الوصف المرغوب ، لان الثمن الذي به رهن اوثق مما لا رهن به ، فصار
الرهن صفة لثمن ، وهو وصف مرغوب فله الخيار بفواته . الا ان يدفع المشتري
الثمن حالاً او يدفع قيمة الرهن المشروط رهناً ، لحصول المقصود (كذا في الدر
وحاشيته رد المحتار)

الرهن اذا اشتبهت قيمته بعد هلاكه بأن قال كل لا ادري كم كانت قيمته ،
لمن بما فيه فيسقط الدين عن الراهن . وهذا معنى قوله صلى الله عليه وسلم « اذا عمي
الرهن فهو بما فيه » كذا في الهداية والنخ . قال ط : وهذا اذا لم يعلم انه اقل .
فان علم واشتهت قيمته ، يراجع اه .

ذكر في الدر اراد ان يرهن نصف داره مشاعاً ، فالخيلة الصحيحة ان يبيع
نصفها من طالب الرهن ويقبض منه الثمن على ان المشتري بالخيار ، ويقبض الدار ثم
ينتقض البيع بحكم الخيار فتبقي في يده بمنزلة الرهن بالثمن اه لأن له الحبس حتى
يقبض الثمن ، ولما كانت له في ذلك الحبس منفعة ، كان المحبوس مضموناً عليه
بقيمته اذا هلك — بخلاف الامانات ، فانها لا تضمن الا بالاستهلاك . وبخلاف
الرهن الحقيقي ، فانه مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين . فقوله « بمنزلة الرهن »
اي من حيث ثبوت حق الحبس فقط ، لا من حيث انه يضمن كضمان الرهن

فلو هلكت وقيمتها مثل الثمن الذي قبضه البائع ، سقط . ولو اقل ، سقط منه بحسابه (افاده في رد المختار) قلت : ولو كانت القيمة اكثر من الدين ، سقط الدين ودفع ما زاد عليه الى تمام القيمة . هذا ما يقتضيه قوله انه « مضمون بقيمته » تأمل .

لو ذهبت عين دابة الرهن ، سقط ربع الدين لأن العين من الدابة التي يستعملها ربهما ، فقد فات ربهما فيسقط ربع الدين اذا كانت قيمتها مثل الدين . واحترز بقوله « التي يستعملها » كالبقرة والفرس ، عن نجو الشاة ، فانه بضمن النقصان . وانما كانت عين الدابة ربهما ، لأن اقامة العمل بها انما تمكن بأربع اعين : عينها وعينا مستعملها (افاده في الدر وحاشيته رد المختار)

اذا كان الدين الف درهم فاختلف الراهن والمرتهن في قدر المرهون ، فقال الراهن انه رهن بخمسة مائة ، وقال المرتهن بألف ، فالقول قول الراهن مع يمينه . ولو قال الراهن رهن بجميع الدين الذي لك وهو الف والرهن يساوي الفاً ، وقال المرتهن ارهننت بخمسة مائة والرهن قائم ، فقد روي عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انها بتخالفان ويترادان . وان هلك الرهن قبل ان يتخالفا ، كان كما قال المرتهن . وان اتفقا على ان الرهن كان بألف واختلفا في قيمة المرهون ، فالقول قول المرتهن . ولو اقاما البينة ، فالبينة بينة الراهن ، لانها تثبت زيادة ضمان . وكذلك لو كان الرهن ثوبين هلك احدهما فأختلفا في قيمة المالك ، ان القول قول المرتهن في قيمة المالك والبينة بينة الراهن في زيادة القيمة . وكذلك لو اختلفا في قدر الرهن فقال المرتهن رهننتني هذين الثوبين بألف درهم وقال الراهن رهننت احدهما بيمينه ، يحلف كل منهما على دعوى صاحبه . ولو اقاما البينة فالبينة بينة المرتهن . ولو قال الراهن للمرتهن هلك الرهن في يدك وقال المرتهن قبضته . في بعد الرهن فهلك في يدك ، فالقول قول الراهن لانها اتفقا على دخوله في الضمان والمرتهن بدعي البراءة والراهن ينكر ، فالقول قوله . ولو اقاما البينة ، فالبينة بينة المرتهن ايضا لانها تثبت استيفاء الدين ، وبينة المرتهن تنفي ذلك ، فالبينة المثبتة اولى . ولو قال المرتهن هلك في يد الراهن قبل ان يقبضه ، فالقول قوله ، لان الراهن بدعي دخوله في الضمان وهو ينكر . ولو اقاما البينة ، فالبينة بينة الراهن لأنها

تثبت الضمان (هندية عن البدائع)

ولو جاء المرتهن بجارية قيمتها خمساوية ، فقال الراهن ليست هذه الجارية
جاريتي ، وقال المرتهن هذه تلك الجارية والنقص سرعا ، فالقول قول الراهن ،
ويحلف . فان حلف ، تجعل الجارية هالكة بالدين في زعمه ، ثم يرجع الى العدل :
ان اقر العدل بما قال المرتهن يقال له بعها للمرتهن ، فاذا باع دفع الثمن الى المرتهن ،
فان كان فيه نقص لا يرجع المرتهن ببقية دينه على الراهن - الا اذا اقام المرتهن
البينة على ما قال فيرجع ببقية دينه على الراهن .

هذا اذا تصادقا ان قيمة المرهون كانت الفأ . وان اختلفا فقال المرتهن ما
رهنتني الا جارية قيمتها خمساوية ، وقال الراهن كان قيمتها الفأ وهذه غير
تلك الجارية ، كان القول قول المرتهن . فان صدقه العدل ، يجبر على البيع . فان
كان الثمن انقص من الدين ، يرجع ببقية دينه على الراهن . وان امتنع العدل
عن بيعها ، يجبر الراهن على بيعها ، او يبيعها القاضي ، وتكون العهدة على الراهن ،
وبقية الدين كذلك على الراهن (كذا في الخانية)

اذن الراهن للمرتهن في لبس ثوب مرهون يوما فجاء به المرتهن متخرقا وقال
تخرق في لبس ذلك اليوم ، وقال الراهن ما لبسته في ذلك اليوم ولا تخرق فيه ،
فالقول للراهن . وان اقر الراهن باللبس فيه ولكن قال تخرق قبل اللبس او
بعده ، فالقول للمرتهن انه اصابه في اللبس ، لانفاقها على خروجه من الضمان ،
فكان القول للمرتهن على قدر ما عاد من الضمان عليه (بزازة)

الكتاب السادس

في الامانات

❖ ويشتمل على مقدمة وثلاثة ابواب ❖

اعلم ان حفظ الامانة بوجب معادة الدارين . والخيانة توجب الشقاء فيها . قال الله تعالى ❖ ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها ❖ قال النبي صلى الله عليه وسلم ❖ على اليد ما اخذت حتى تؤدبه ❖ وقال صلى الله عليه وسلم ❖ اد الامانة الى من ائتمنتك ولا تخن من خانك ❖ رواها ابو داود والترمذي . وقال عليه الصلاة والسلام ❖ الامانة تجر الفنى والخيانة تجر الفقر ❖ وروي ان زليخا لما ابتليت بالفقر وايضت عيناها من الخزن على يوسف عليه السلام جلست على قارعة الطريق في زي الفقراء فر يوسف عليه السلام فقامت تنادي انها الملك اسمع كلامي فوقف يوسف عليه السلام فقالت الامانة اقامت المملوك مقام الملوك والخيانة اقامت الملوك مقام المملوك . فمثل عنها قبيل انها زليخة فتزوجها مرحة عليها (زليبي)

المقدمة

في بيان الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالامانات

المادة ٧٦٢ - ❖ الامانة هي الشيء الذي يوجد عند الامين سواء كانت امانة بمقد الاستحفاظ كالوديعة او كان امانة ضمن عقد كالمأجور والمستعار او دخل بطريق الأمانة في يد شخص بدون عقد ولا قصد كما لو التقت الربح في دار احد مال جاره فحيث كان ذلك بدون عقد لا يكون وديعة بل امانة فقط ❖

حاصله ان النسبة بين الامانة و بين ما ذكر من الوديعة والمأجور والمستمار،
العموم والخصوص . فصح حمل الامانة على كل واحد مما ذكر ، فيقال الوديعة امانة ،
المأجور امانة ، المستمار امانة ، دون العكس . كما يقال الانسان حيوان دون العكس .
وذكر بعض شراح الهداية بعد تقرير ما ذكر ان الفرق بين الأمانة والوديعة
ان الوديعة هي الاستحفاظ قصداً ، والامانة ما يقع في يده من غير قصد . بأن
هبت الريح بثوب انسان والفته في حجر غيره . وايضاً في الوديعة يبرأ عن الضمان
بالعود الى الوفاق ، وفي الامانة لا يبرأ بعد الخلاف . فورد عليه انه اذا اعتبر
في احدهما القصد وفي الأخرى عدمه ، كان بينهما تباين لا عموم وخصوص ،
فلا يصح حينئذ حمل الامانة على الوديعة .

واجاب في جمع الأنهر بأن المراد بقولم « ما يقع في يده من غير قصد »
كونها بلا اعتبار القصد ، لا ان عدم القصد معتبر فيها حتى يلزم التباين ، بل هي
اعم من الوديعة لانها تكون بالقصد فقط ، والامانة تكون بالقصد وغيره اه .
لكن هذا الجواب غير كاف لدفع اليراد المذكور ، كما اشار اليه في الفتح
لان ذلك البعض قد جعل حكم الأولى ان يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق ،
وحكم الأخرى ان لا يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق ، وهما متناقضان لا
يتربطان على شيء ، واحد فلا يتصور بينهما عموم وخصوص بل يتحقق التباين وحمل
احد المتباينين على الآخر غير صحيح قطعاً .

على ان التفرقة في الحكم المذكور انما هو بين جزئيات الأمانة ، يعني بين الوديعة
والمستمار مثلاً ، لا بين الكلبي ، وهو الأمانة ، وبين بعض جزئياتها كالوديعة .
وقد انضح من هذا ان ما ذكر في هذه المادة من تعريف الامانة بانها الشيء
الذي يوجد عند الامين ، لا يرد عليه شيء مما ذكر - لا يقال ان فيه ذكر
الامين في تعريف الامانة وهو مشتق منها فيلزم منه الدور ، لأننا نقول : الامانة
المعرفة هي العين لا المصدر الذي اشتق منه الامانة ، فلا دور .

ونقل في الفتح عن النهاية ان الأولى ان يقال ان لفظ الامانة صار علماً لا هو
غير مضمون . فعنى قولنا « هو امانة عنده » اي غير مضمون عليه ، فينسحب
استعماله في جميع الصور التي لا ضمان فيها .

وما ناقش به العيني في شرح الهداية حيث قال « ان العلم ما وضع لشيء بينه وغير مضمون ليس كذلك وليت شعري اي علم هذا من اقسام الاعلام اه »
تعقبه في الفتح بأنه من علم الاجناس ، كاسامة علمنا لجنس الاسد ، وسبحان علم لجنس التسيح ، الى غير ذلك من اعلام الاجناس اه .

المادة ٧٦٣ - * الودبعة هي المال الذي يوضع عند شخص لأجل الحفظ *

هذا معنى الودبعة شرعاً ، وهي لغة فصيحة بمعنى مفعولة ، مشتقة من الودع ، وهو الترك قال عليه الصلاة والسلام * ليتبين اقوام عن ودعهم الجماعات * اي عن تركهم اياها .
وما ذكره النجاة من ان العرب امانوا مصدر يدع ، مردود بأن النبي صلى الله عليه وسلم اضع العرب ، وقد رويت عنه هذه الكلمة وصحبت الودبعة بها ، لأن الشيء يترك عند الامين (افاده في الفتح والزيلعي)

المادة ٧٦٤ = * الأيداع هو احالة المالك لمحافظة ماله لا آخر .
ويسمى المستحفظ مودعاً بكسر الدال . والذي يقبل الودبعة ودبعاً ومستودعاً *

يقال اودعت زبداً مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده . فأنا مودع ومستودع بكسر الدال فيها ، وزيد مودع ومستودع بالفتح فيها ، والمال مودع وودبعة (فتح)

ثم ان تعريف الأيداع بما ذكر ، هو بمعنى قول الكنزة الملتقى والتنوير: الابداع تسليط العيز على حفظ ماله . زاد في التنوير « صريحاً او دلالة » لما في البحر عن المحيط :

انفتق زق رجل فاخذه رجل ثم تركه ولم يكن المالك حاضراً ، فإنه بضمن ، لأنه لما اخذه فقد التزم حفظه دلالة . وان لم يأخذه ولم يبدن منه لا بضمن . وان كان المالك حاضراً لم بضمن في الوجهين . قال (ط) : وهذا يفيد انه اذا دنا منه لزمه وان لم يأخذه ، والعلة لنا فيه . وعبر بالأفتاق لأنه لو فتقه ما كره وتركه فلا ضمان على احد . ولو فتقه غيره فالضمان على الفاتق . كذا ظهر لي ويحمره . اقول في جعل صاحب البحر هذه المسئلة مما وجد فيه التسليط من المالك دلالة ، نظر ، لأن التسليط فعل المالك ، واخذ الزق المنفتق فعل الامين ، فليس فيه تسليط المالك لا صريحاً ولا دلالة ، وانما فيه التزام الاخذ حفظه نعم يظهر التسليط دلالة ، فيما لو وضع ثوباً بين يدي رجل ولم يقل شيئاً ، كما سيأتي . واما ما ذكره هنا من توجيه التسليط دلالة بأن المالك يجب حفظه ماله ويجب المعاونة على حفظه ، فغير ظاهر ، لأنه يقتضي ان مالك اللقطة ايضاً مودع بالكسر ، وليس كذلك كما سيأتي ، فتأمل .

المادة ٢٦٥ = * العارية هي المال الذي ملكت منفعة لاخر بجانبنا

اي بلا بدل . ويسمى معاراً ومستعاراً *

مشروعيتها بالكتاب : قال الله تعالى * ويمنعون الماعون * ما يتماورونه في العادة . وقبل الزكاة . فقد ذم الله تعالى على منع الماعون ، وهو عدم اعارته ، فتكون الاعارة محمودة .

وبالسنة ، وهي ما روي البخاري انه عليه السلام استعار من ابي طلحة فرساً يسمى المندوب ، فركبه .

وبالاجماع ، فان الأمة اجمعت على جوازها . وانما اختلفوا في انها مستحبة او واجبة ، والاكثر انها مستحبة اهـ (ابو السعود)

وهي لغة مشددة ، وتخفف ، اعارة الشيء ، كما في القاموس ، وعلى التشديد منسوبة الى العارز ، اسم من الاعارة ، ويجوز ان تكون من التماور ، وهو التناوب ، وقيل غير منسوبة بل بأوها كياء الكرسي .

واخذا من العار بمعنى العيب ، لأن طلبها عيب كما قال الجوهري وابن الاثير ،
مردود بأن العار بائي ، وهي واوية (افاده ط)
وقيل هي اسم لما اعير ، كما في مجمع الأنهر .
وشرعاً تملك منفعة من عين مع بقلتها بلا بدل (كذا في المنتقى)
واحتجز بالاول عن قرض نحو الدرام وعن البيع والهبة . وبقوله « بلا بدل »
عن الأجارة . والتعريف المذكور في هذه المادة إنما هو للعارية بمعنى المعارة ،
كما هو ظاهر .

المادة ٧٦٦ = * الاعارة اعطاء الشيء عارية . والذي يعطيه
يسمى معيراً *

قال في المنع عن القاموس : اعاره الشيء واعاره منه وعاوره اياه وتعودر
واستمار ، طلبها . واعتوروا الشيء وتعودروه وتعاوروه ، تداولوه .

المادة ٧٦٧ = * الأستعارة اخذ العارية ويقال للأخذ مستعيراً *

= الباب الاول =

* في بيان احكام عمومية تتعلق بالامانات *

المادة ٧٦٨ * الامانة لا تكون مضمونة بعني اذا هلكت او
ضاعت بلا صنع الامين ولا تقصير منه لا يلزمه الضمان *

هذا حكم الامانة من حيث هي امانة ، سواء كانت وديعة او عارية او مستأجراً
او غير ذلك . حتى ان اشترط الضمان على الامين ، باطل كما في الدر وغيره .

المادة ٢٦٩ - * اذا وجد شخص في الطريق او في محل آخر شيئاً
فأخذه على سبيل التملك بكون حكمه حكم الغاصب . وعلى هذا اذا
هلك ذلك المال او ضاع ولو بلا صنع او تقصير منه بصير ضامناً . واما
لو اخذه على ان يردّه للمالكه فان كان مالكة معلوماً كان في يده
امانة ويلزم تسليمه الى مالكة . وان لم يكن مالكة معلوماً فهو لقطه
ويكون في يد ملتقطه امانة ايضاً *

قد تضمنت هذه المادة والمادة الآتية بعدها بيان حكم نوع من انواع الامانات
وهو اللقطة . وهي اذا اريد بها المعنى المصدرى ، وهو الالتقاط ، رفع شيء ضائع
للغيب على الغير ، لا للتملك ، سواء علم مالكة ، كالواقع من السكران ، او لا
(تنوير) وان اريد بها اسم المفعول ، اعنى ما يلتقط ، مال يوجد في الطريق
ولا يعرف له مالك بعينه ، كما في الهندية . ومثله في الدر عن التارخانية عن الكافي
والصحيح في حكم رفعها من الارض ان من وجدها ان يقن من نفسه . منها وعدم
تعريفها ، فرض عليه تركها ، وان شك في ذلك ، ندب تركها . وان وثق من
نفسه تعريفها وردّها ، فان لم يخف ضياعها ، ندب رفعها . والا بان غلب على ظنه
ضياعها ، وجب رفعها ، لان لمال المسلم حرمة كما لنفسه ، فلو تركها وقد غلب ظنه
ضياعها حتى ضاعت ، أمّ ، لكن لا ضمان عليه

وهذا اذا لم يعرفها ، فان رفعها ثم ردّها حتى ضاعت ، تقبل يضمن لما في جامع
الفصولين : لو افتتح زق قبر به رجل فلو لم يأخذه ، برأ . ولو اخذه ثم ترك ، ضمن
لو صاحبه غائباً ، لا لو حاضراً . وكذا لو رأى ما وقع من كم رجل اه وفي ظاهر
الرواية لا يضمن ايضاً ، كما في الفتح وغيره

والفرق بينه وبين الزق ، ان الزق اذا انفتح ثم تركه بعد اخذه ، لا بد من سيلان شيء منه ، فالملاك فيه محقق - بخلاف الواقع من الكم لو تركه بعد اخذه ، لاحتمال ان يلتقطه امين غيره ، ومثله اللقطة

وايضاً ان هلاك اللقطة اذا تركت بعد اخذها ، ليس بالترك ، بل بفعل الآخذ بعده = بخلاف ترك الزق المنفتح بعد اخذه ، فان سيلانه بتركه

واطلقوا الرد فشمّل ما اذا ردّها قبل ان يذهب بها ، او بعده ، وشمّل ايضاً ما لو خاف باعادتها الهلاك اولاً (اه تلفصاً من الدر وحاشيته رد المختار)

قال في الهندية : وهذا اذا اخذ اللقطة ليمرفها ، فان كان اخذها لياً كلها لم يبرأ عن الضمان ما لم يدفعها الى صاحبها . وهو كما لو كانت اللقطة دابة فركبها ثم نزل عنها وتركها في مكانها ، على قول ابي يوسف رحمه الله تعالى يكون ضامناً . ومنها اذا كانت اللقطة ثوباً فلبسه ثم نزع واعاده الى مكانه ، فهو على هذا الخلاف وهذا اذا لبس كما يلبس الثوب عادة . اما اذا كان قميصاً فوضعه على عاتقه ثم اعاده الى مكانه ، فلا يكون ضامناً اه وتامه فيها .

المادة ٧٧٠ - * يلزم الملتقط ان يعان انه وجد لقطة ويحفظ المال في يده امانة الى ان يوجد صاحبه . واذا ظهر احد واثبت ان تلك اللقطة ماله لزمه تسليمها له *

اعلم انه عند ابي حنيفة ومحمد لا بد لنفي الضمان عن الملتقط من الاشهاد عند دفعه اللقطة . وظاهر المبسوط اشترائط العدلين وبكفيه في الاشهاد ان يقول عندي ضالة او شيء فمن سمعتموه بنشد ضالة فدلوه علي .

ولا فرق بين كون اللقطة واحدة او اكثر . فلو وجد لقطتين او ثلاثة وقال من سمعتموه يريد لقطة فدلوه علي ، فهذا تعريف للكامل ، ولا ضمان ان هلك الكل عنده ، كما في الهندية . واذا وجد لقطة في طريق او مغارة ولم يجد احداً ان يشهد عليه عند الآخذ ، قال يشهد اذا ظن من يشهد عليه . فاذا فعل

ذلك لا بضمن (كذا في المحيط)

ولا يجب ان يمين ذهباً او فضة ، خصوصاً في هذا الزمان . ولا يشترط التصريح بكونها لقطة . ثم ان الاشهاد عندهما انما يكون شرطاً عند الاختلاف بأن قال الملتقط اخذته لارده ، وكذبه المالك . فاذا لم يشهد عند الأخذ بضمن عند ابي حنيفة ومحمد . قال ابو يوسف لا بضمن ، والقول قوله انه رفعه ايرده ، لأن الظاهر شاهد له لأختياره الحسبة دون المعصية .

ولها انه اقرب بسبب الضمان ، وهو اخذ مال الغير ، وادعى ما يبرؤه ، وهو الاخذ للمالكه ، وفيه وقع الشك ، فلا يبرأ ما لم يكن اشهد عدلين على انه اخذه ليرده . وما ذكر من الظاهر ، معارض بمثله لأن الظاهر ان يكون المتصرف عاملاً لنفسه ورجع في الحاروي القدسي قول ابي يوسف . قال : وبه نأخذ .

وفي البنايع ذكر في بعض الكتب قول محمد مع ابي حنيفة . والاصح انه مع ابي يوسف . لكن المتن كانكز والملتقى والقدوري والدرر والتهوير على قول ابي حنيفة .

ومحل اشتراط الاشهاد ، عند الامكان . فلو لم يجد من يشهده عند الرفع ، او خاف انه لو اشهد عند الرفع يأخذه منه الظالم ، ترك الاشهاد ، لا بضمن . والقول قوله مع يمينه على كونه ذلك منعه من الاشهاد . وفي فتاوي اهل سمرقند : اذا وجد لقطة في طريق او مفازة ولم يجد احداً ان يشهده عليه عند الأخذ ، قال يشهد اذا ظفر بمن يشهد عليه . فاذا فعل ذلك ، لا بضمن . والحاصل كما في الدرر ان الملتقط اذا لم يشهد عند الرفع ، ان اقرانه اخذها لنفسه ، بضمن بالاجماع ، لأنه اخذ مال الغير بغير اذنه وبغير اذن الشرع . ولو تصادقا على انه اخذها للمالك ، فلا ضمان اجماعاً ، لأن تصادقها حجة في حقها ، كالبيضة . وان اختلفا ، فعند ابي حنيفة ومحمد بضمن . وعند ابي يوسف لا بضمن ، والقول قوله مع يمينه انه رفعها للمالك .

ومحل الاختلاف فيما اذا اتفقا على كونها لقطة ، لكن اختلفا هل التقطها للمالك او لا . اما اذا اختلفا في كونها لقطة فقال صاحب المال اخذتها غضباً ، وقال الملتقط لقطة وقد اخذتها لك ، فالملتقط ضامن بالاجماع يعني اذا لم يكن اشهد عند الأخذ

ثم هل يشترط على قولها التعريف بعد الاشهاد والني الضمان ؟ ففي المحيط ، شرط
نفي الضمان ، الاشهاد واشاعة التعريف . وحكى فيه في الظهيرية اختلافاً ، فقال
الخلعاني بكفي عن التعريف اشهاد عند الاخذ بانه اخذها ليردها ، وهو المذكور
في السير . ومنهم من قال : يأتي على ابواب المساجد وينادي . وحاصله ان الاشهاد
لا بد منه على قول الامام ، باتفاقهم . والخلاف في انه هل بكفي عن التعريف بعده
او لا . ولم يقل احد ان التعريف بعد الاخذ بكفي عن الاشهاد وقت الاخذ .
ومعنى التعريف ان ينادي عليها جهراً حيث وجدها وفي الجامع كالأسواق
وابواب المساجد وكبيوت القهوات في زماننا .

ولم يجعلوا للتعريف مدة ، اتباعاً للسرخسي ، فانه بنى الحكم على غالب الرأي ،
فيعرف في القليل والكثير الى ان يطلب على رأيه ان صاحبه لا يطلبه .
وصححه في الهداية وفي المصنوعات والجوهرة ، وعلمه الفتوى . فان اشهد
وعرف ، كانت امانة لم تضمن بلا تعد . وبعد التعريف وغلبة ظنه انه لا يوجد
صاحبها ، يميز الملتقط : بين ان ينفع بها لو كان فقيراً ، وبين ان يتصدق بها على
فقير ، ولو كان الفقير اصله او فرعه او عرسه . لكن اذا كان الملتقط غنياً فليس
له دفعها لفرعه الصغير الفقير ، لأن الصغير بعد غنياً بقاء ابيه - وبين ان
يسكها لصاحبها .

وفي الخلاصة : له بيعها ايضاً وامساك ثمنها . ثم اذا جاء ربه ليس له تقض البيع
لو بأمر القاضي ، والا فلو قائمة ، له ابطاله . وان هلك ، فان شاء ضمن البايع ،
وعند ذلك ينفذ البيع في ظاهر الرواية ، وان شاء ضمن المشتري قيمتها ورجع بالثمن
على البايع ، كما في المحيط . وله ايضاً دفعها للقاضي فيتصدق بها ، او يقرضها من ملي
او يدفعها مضاربة . والظاهر ان له البيع ايضاً . وفي المجتبى : التصديق بيده في
زماننا اولى من الدفع للحاكم . وظاهر كلامهم متوناً وشروطاً ان حل الانتفاع للفقير
بعد التعريف لا يتوقف على اذن القاضي . وبخالفه ما في الخائسة من انه لا يحل
ذلك للفقير بلا امره عند عامة العلماء . وقال بشر : يحل امره .

وهذا كله اذا لم يعرف انها لذي . فلو عرف انها له ، لا يتصدق بها بل يضعها
في بيت المال . ثم اذا جاء صاحبها بعد التصديق ، خير بين ان يميز فصل الملتقط ولو

بعد هلاكها ، وله نوابه ، وبين ان يضمه . ولو كان التصديق بأمر القاضي ،
فيمسكها الملتقط من حين الاخذ ويكون الثواب له ، كما ان له ان يضم القاضي لو
فعل ذلك ، لانه تصدق بمال الغير بلا اذنه . وله ايضا ان يضم المسكين .
فان ضمن الملتقط او القاضي ، لا يرجعان على المسكين . وان ضمن المسكين ،
لا يرجع على الملتقط او القاضي . وان كانت اللقطة في يد الملتقط او المسكين قائمة ،
اخذها منه . وان كانت اللقطة شيئاً مما يحتاج الى النفقة ، ان كانت شيئاً
يمكن اجارته ، بوجره بامر القاضي وينفق عليه من الاجر . وان لم تكن له منفعة ،
او لم يجد من يستأجرها وخاف ان تستغرق النفقة قيمتها ، باعها وأمر
بمخفط ثمنها . واذا جاء صاحبها وطلبها ، منعه اياه حتى يوفي النفقة التي اتفق
عليها . فان هلكت بعد منعه اياها ، سقطت النفقة على ما في الهداية ، وجري
عليه في الملتقى والدرر والنقابة وغيرها ، لانه تصير كالرهن . وجمله القدوري قول
زفر قال : وعند اصحابنا لا تسقط لو هلكت بعده . وعزاه في الينايع الى علمائنا
الثلاثة . وظاهر الفتح اعتماد ما ذكره القدوري .

وتقل في الشر بنبلالية عن خط العلامة قاسم ان ما في الهداية ليس بمذهب لا أحد
من علمائنا الثلاثة ، وانما هو قول زفر ولا يساعده الوجه .

وما اتفق الملتقط على اللقطة بشئ اذن الحاكم فهو تبرع . وبأذنه يكون ديناً .
وصورة اذن القاضي ان يقول له اتفق على ان ترجع . فلو امره به ولم يقل على ان
ترجع ، لا يكون ديناً ، وهو الاصح . ولا يأمره بالاتفاق حتى يقيم البيعة انما لقطة
عنده في الصحيح . وان عجز عن اقامة البيعة ، يأمره بالاتفاق عليه مقيداً بأن يقول
بين جماعة من الثقة : ان هذا ادعى ان هذه لقطة ولا ادري اهو صادق ام كاذب ،
وطلب ان أمره بالاتفاق عليها . فاشهدوا اني امرته بالاتفاق عليها ان كان الامر
كما يقول . وانما يأمره بالاتفاق عليها يومين او ثلاثة بقدر ما يقع عنده انه لو كان
المالك حاضراً لظهر . فاذا لم يظهر ، يومر بيدها . واذا باعها ، اعطى الملتقط ما
اتفق في اليومين او الثلاثة (فتح)

ولا يجبر الملتقط على دفعها بلا بيعة وقضاء القاضي بها . فان بين علامة مع المطابقة ،
حل الدفع بلا جبر . ولو اصاب في بعض العلامات ، لا يكفي . ولو ادعاها اثنتان

وبين كل من المدعيين واصابا ، ينبغي حل الدفع لها . وكذا يحل الدفع ان صدقه مطلقا ، بين العلامات ، اولا . وله اخذ كفيل ، الا مع البيعة ، في الاصح . ولو دفع بالتصديق او بالعلامة واقام آخر بيعة انها له ، فان قائمة ، اخذها . وان هالكة ، ضمن ايها شاء . فان ضمن القابض ، لا يرجع على احد . او الملتقط ، فكذلك في رواية ، وفي اخرى يرجع ، وهو الصحيح ، لانه وان صدقه ، الا انه بالقضاء عليه صار مكذبا شرعا ، فبطل اقراره (الكل مأخوذ من الدرر وحواشيه والدرر والبحر والهندية)

سكران هو ذاهب العقل نام في الطريق فوقع ثوبه في الطريق فجاء رجل واخذه ليحفظه ، لا ضمان عليه لان ذلك الثوب بمنزلة اللقطة . وان اخذ الثوب من تحت رأسه او الخاتم من يده او كيسا من وسطه او درهما من كفه وهو يخاف الضباع فاخذه ليحفظه ، كان ضامنا (هندية) .

والصبي كالبالغ في اشتراط الاشهاد منه او من وليه او وصيه ، ويعرف عنه وليه او وصيه . ثم لايه او وصيه بعد الاشهاد والتعريف التصديق بها . وكذاله تمليكها للصبي لو فقيرا بالاولى . واذا تصدق بها الاب او الوصي ثم ظهر صاحبها وضمنه ، قال بن وهبان ، ينبغي ان يكون الضمان في مالهما دون الصبي . وبه يدفع بحث البحر بأن في تصدقها بها اضراما بالصغير اذا حضر المالك ، والعين هالكة من يد الفقير (كذا في الدرر وحاوية رد المحتار)

المادة ٧٧١ - * اذا هلك مال شخص في يد آخر فان كان اخذه اياه بدون اذن المالك ضمن بكل حال . وان كان اخذ ذلك المال باذن صاحبه لا يضمن لانه امانة في يده الا اذا كان اخذه على سوم الشراء وسمي الثمن فهلك المال لزمه الضمان *

اقول : والمأذون من الشرع كالمأذون من المالك ، كالأب والوصي اذا هلك

في يدهما مال الصغير . ومثلها واجد اللقطة اذا اشهد وعرف ، وهو ظاهر .
ومثل المأخوذ على سوم الشراء ، المقبوض على سوم الرهن اذا بين ما يأخذه
من الدين ، فإنه مضمون بالاقبل من قيمته ومن الدين ، كما تقدم في كتاب الرهن .
وفي الخانية : لو استعار دابة يوماً الى الليل فأمسكها بعد اليوم فهلكت ، ذكر
في الكتاب انه يكون ضامناً . وبه اخذ شمس الائمة السرخسي ، لان الاذن
بالقبض موقت ، فبعد الوقت يكون ممسكاً مال الغير بغير اذنه اه ملخصاً .

✽ مثلاً اذا اخذ شخص اناء بلور من دكان البايع بدون اذنه
فوقع من يده وانكسر ضمن قيمته . واما اذا اخذه بأذن صاحبه فوقع
من يده بلا قصد اثناء النظر وانكسر لا يلزمه الضمان . ولو وقع ذلك
الاناء على آنية اخرى فانكسرت تلك الآنية ايضاً لزمه ضمانها فقط .
واما الاناء الاول فلا يلزمه ضمانه لانه امانة في يده . واما لو قال
لصاحب الدكان بكم هذا الاناء فقال له صاحب الدكان بكذا غروشاً
خذه فأخذه بيده فوقع للارض وانكسر ضمن ثمنه . وكذا لو وقع
كأس الفقاعي من يد احدٍ فانكسر وهو يشرب لا يلزمه الضمان لانه
امانة من قبيل العارية . اما لو وقع بسبب سوء استعماله فانكسر
لزمه الضمان ✽

ولو استعار ثوباً ليطسه فوقع عليه من يده شيء او عثر فوقع عليه فنحرق لا
يكون ضامناً (كذا في الخانية)
والفقاع الذي يشرب ، والفقاعي بايه كما في الصحاح .

المادة ٧٧٢ - ✽ الاذن دلالة كالاذن صراحة . اما اذا وجد النهي
صرحة فلا عبرة للأذن دلالة . مثلاً اذا دخل شخص دار آخر بأذنه

فوجد اناءً معداً للشرب فهو مأذون دلالة بالشرب به فإذا اخذ ذلك
الاناء ليشرَب به فوقع من يده وهو يشرب فلا ضمان عليه . واما اذا
نهاه صاحب الدار عن الشرب به ثم اخذه ليشرَب به فوقع من يده
وانكسر ضمن قيمته *

اذ لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح ، كما مر في المادة (١٣)
ومن الاذن دلالة ما في الفصل (٣٣) من جامع الفصولين : ذبح شاة لا ترجى
حياتها ، لا يضمن استحساناً سواء كان اجنبياً او راعياً . وفي فرس وبغل يفتى بضمن
الاجنبي . وانما يضمن قيمة فرس وحمار لا ترجى حياتها .

ثم رمز الى (فقط) : اخاف على شاة فذبحها ضمن قيمتها يوم الذبح . قال (خه) : انما
يضمن لو شاة ترجى حياتها لا لو تبقت بموتها اذ امر بحفظها . وذبحها اذ ذاك حفظ .
والاجنبي ضمنها قياساً لا استحساناً للاذن دلالة . ولو اختلفنا صدق المالك . والبيئنة
على التابع انها لم ترج حياتها اه .

وذكر الخبير الرهلي في حاشيته عليه ان في ضمان الاجنبي في ذبح شاة لا ترجى
حياتها اختلاف الفتوى . ومثل ما في الفصولين في الخانية ايضاً . ومنه ما في جامع
الفصولين ايضاً : من احضر فعلة لهدم داره فهدمه آخر بلا اذن ، لم يضمن استحساناً =
اي للاذن دلالة .

والاصل ان كل عمل لا يتفاوت فيه الناس ، تثبت الاستمانة بكل منهم = بخلاف
التفاوت ، كملق شاة للسلخ فسلخ غيره بلا اذن ، ضمن ، لتفاوت الناس في السلخ
لا الذبح اه .

وفي الهندية عن التارخانية : امتعار فاساً وضر به في الحطب ويست في الحطب
فأقن بفأس ثانية وضر براس تلك الفاس فانكسر ، يضمن . وبه اتفق القاضي
جمال الدين . وقال القاضي بديع الدين : ان كان الضرب معتاداً ، فلا يضمن اه
اي للاذن بمثل ذلك دلالة .

وفي العمادية : ولو استعار محملاً أو فسطاطاً وهو في المصر فسافر به ، لا
يضمن : ولو استعار سيقاً أو ثوباً أو عمامة فسافر به ، يضمن اه اي لان السفر
يمثل المحمل ، مأذون به دلالة ، لا يمثل الثوب والعمامة .

وفي غصب رد المختار عن القنية : اخذ احد الشريكين حمار صاحبه الخاص
وطحن به فمات ، لا يضمن ، للاذن دلالة . قال : عرف بجوابه هذا انه لا يضمن فيما
يوجد الاذن دلالة وان لم يوجد صريحاً ، كما لو فعل بحمار ولده او بالعكس او احد
الزوجين او ارسل جارية زوجته فأبته اه

وفي شرح سليم باز عن الهندية : جماعة في بيت انسان اخذ واحد منهم مرآة
ونظر فيها ودفعا الى آخر ونظر فيها ثم ضاعت ، لم يضمن احد ، لوجود الاذن
في مثله دلالة اه

وفيه عن رد المختار عن الولوجية : دخل بيته باذنه فأخذ اناه لينظر اليه فوقه ،
لا يضمن ولو اخذه بلا اذنه - بخلاف ما لو دخل سرقة يباع فيه الاناه ، فانه يضمن اه

= الباب الثاني =

✽ في الوديمة ويشتمل على فصلين ✽

الفصل الاول

✽ في بيان المسائل المتعلقة بمقد الأبداع وشروطه ✽

المادة ٧٧٣ - ✽ ينقذ الابداع بالأيجاب والقبول صراحة

✽ ودلالة ✽

الايجاب يكون قولاً صريحاً او كناية ، ويكون فعلاً . والقبول من المودع

يكون صريحاً ويكون دلالةً هذا ما صرح به في البحر وتبعه في الدرر .
ثم قال في البحر : وإنما قلنا في الايجاب صريحاً او كنايةً ، لبشمل ما لو قال
رجل لا آخر اعطني الف درهم ، او قال لرجل في يده ثوب اعطني فقال اعطيتك ،
فهذا على الودبة ، نص عليه في المحيط ، لان الاعطاء يحتمل الهبة والودبة .
والودبة ادنى ، وهو متيقن ، فصار كنايةً ، اي فصار الاعطاء كنايةً
عن الابداع .

وأنما قلنا في الايجاب « او فعلاً » لبشمل ما لو وضع ثوبه بين يدي رجل ولم
يقبل شيئاً ، فهو ابداع

وأنما قلنا في القبول « او دلالةً » لبشمل مسكوتة عند وضعه بين يديه ، فإنه
قبول دلالةً ، حتى لو قال لا اقبل لا يكون مودعاً ، لأن الدلالة لم توجد اه لانها
لا تثبت مع الصريح

فالمراد بالكناية في الايجاب ما احتمل الودبة وغيرها ، وما بحثه في توكلة رد
المختار من ان « احتمال الودبة في مثل هذه الصبارة ، يعني اعطيتك هذا الثوب ،
يعيد جداً لغة وعرفاً ، فلماذا عدلوا عن المتبادر الى غيره اه » ، مردوداً بأن التملك
لا يتم بلفظ محتمل له ولغيره وان كان احتمال غيره بعيداً ، فوجب صرفه لادنى ما
ينطلق عليه لكونه متيقناً . وقد نبه في البحر ومثله في الهندية امث كونه انعقاد
الابداع متوقفاً على القبول من المودع انما هو في حق وجوب الحفظ . واما في حق
الأمانة ، فيتم بالايجاب وحده . حتى لو قال للغاصب اودعتك المفضوب ، برأ عن
الضمان وان لم يقبل . وعزاه في البحر للاختبار .

لكن ذكر في (٣٣) من جامع الفصولين فيما يبرأ به الغاصب بمرز (ج) ما
نصه : المالك لو قال للغاصب اودعتك المفضوب ، لا يبرأ اذ لم يوجد الابراء .
والامر بالحفظ وعقد الودبة لا يتاثيران الضمان كما لو خالف المودع ، ضمن لو كان
العقد قائماً .

ثم رمز الى (ذ) : لو غضب فاجاز الملك قبضه ، برأ اذ الأذن التهاة كالأمر
ابتداءً ، ولان الاجازة تلحق الافعال من غير خلاف ، وهو الصحيح اه ملخصاً .
ثم رمز الى (فقط) : غضب دابة او ثوباً او دراهم وهي باقية بينها فأبرأ منها ،

نصير امانة . وكذا لو حله من ذلك ، سواء باقية او لا . فلو هالكة ، فهو ابراء
عن الدين . ولو باقية ، فهو ابراء عن النصب اه .
ولعل ما في البحر عن الاختيار محمول على ما اذا وقع الابداع بعد الابراء عن
النصب او التحليل منه ، او بعد اجازة قبض الغاصب ، فلي تأمل .

✽ مثلاً اذا قال صاحب الوديعة اودعتك هذا الشيء او جعلته
امانة عندك فقال المستودع قبلت انعقد الابداع صراحة . وكذا لو
دخل شخص خاناً فقال لصاحب الخان ابن اربط دابتي فاراه محلاً فربط
الدابة فيه انعقد الابداع دلالة ✽

لأن سكوته عند الوضع قبول دلالة . ومثله ما اذا دخل الحمام فوضع ثيابه
بمراى من الثيابي ، كما في الدر . والثيابي بالذاء المثناة ، هو حافظ الثياب في الحمام ،
كما في القاموس .

قال في البحر : ولا يكون الحمامي مودعاً ما دام الثيابي حاضراً . فاذا كان
غائباً ، فالحمامي مودع اه .

وفي الهندية عن الظهيرية : وان كان له ثيابي وهو حاضر ، فالضمان على الثيابي
دون صاحب الحمام - الا اذا نص على احتفاظ صاحب الحمام بأن قال لصاحب الحمام ابن
اضع الثياب فحينئذ يجب الضمان على صاحب الحمام وان كان له ثيابي وهو حاضر اه .
وفي التكملة عن الذخيرة : رجل دخل الحمام وقال لصاحب الحمام احفظ
الثياب ، فلما خرج لم يجد ثيابه ، فان اقر صاحب الحمام ، ان غيره رفعها وهو يراه
ويظن انه رفع ثياب نفسه ، فهو ضامن ، لأنه ترك الحفظ حيث لم يمنع القاصد وهو
يراه . وان اقر اني رأيت واحداً قد رفع ثيابك الا اني ظننت ان الرافع انت ، فلا
ضمان عليه ، لأنه لم يصر تاركاً للحفظ لما ظن ان الرافع هو . وان مرق وهو لا
يعلمه به ، فلا ضمان عليه ان لم يذهب عن ذلك الموضع ولم يضيع . وهو قول الكل
لأن صاحب الحمام مودع في حق الثياب اذا لم يشترط له بازاء حفظه الثياب
اجراً . اما اذا شرط له بازاء الحفظ اجراً وقال الأجرة بازاء الانتفاع بالحمام

والحفظ ، فحينئذ يكون على الاختلاف . وان دفع الثياب الى الثيابي وهو الذي يقال له بالفارسية « جامه دار » فعلى الاختلاف لا ضمان عليه فيما سرق عند ابي حنيفة ، خلافاً لها ، لأنه اجبر مشترك اه وفي التكملة ايضاً ، عن فتاوى الفضلي : امرأة دخلت الحمام ودفعت ثيابها الى المرأة التي تمسك الثياب فلما خرجت لم تجد عندها ثوباً من ثيابها ، قال محمد بن الفضل ان كانت المرأة دخلت اولاً في هذا الحمام ودفعت ثيابها الى التي تمسك الثياب ، فلا ضمان على الثيابية في قولهم جميعاً اذا لم تعلم انها تحفظ الثياب بأجر ، لانها اذا دخلت اول مرة ولم تعلم بذلك ولم تشترب لها الأجر على الحفظ ، كان ذلك ابداعاً ، والمودع لا يضمن عند الكل الا بالتضييع . وان كانت هذه المرأة قبل هذه المرة قد دخلت الحمام وكانت تدفع ثيابها الى هذه المسكنة ونعطيها الأجر على حفظ الثياب ، فلا ضمان على الثيابية عند ابي حنيفة ، خلافاً لها ، لأنها اجيرة مشتركة .

وذكر قاضيجان انه ينبغي ان يكون الجواب في هذه المسألة على التفصيل : ان كان الثيابي اجير الحمامي يأخذ منه كل يوم اجراً معلوماً بهذا العمل ، لا يكون ضامناً عند انكل ، بمنزلة تلميذ القصار والمودع اه

✽ وكذلك اذا وضع رجل ماله في دكان فرآه صاحب الدكان وسكت ثم ترك الرجل ذلك المالم وانصرف ، صار ذلك المالم عند صاحب الدكان ودبعة . واما لو قال له صاحب الدكان لا اقبل فلا ينعقد الابداع حينئذ ✽

ومثله ما اذا لم يضعه في الدكان بل وضعه بين يدي رجل فسكت ، كما في الدرر . وهذا مما وجد فيه كل من الايجاب والقبول دلالة . حتى لو ذهب الرجل وتركه حتى ضاع ، ضمن . اما لو قال لا اقبل الودبعة ، لا يضمن وان فرط بحفظها ، لأن الدلالة لم توجد (منح) فتكون عنده امانة غير واجب عليه حفظها ، لعدم التزامه اياه ونقل في جامع الفصولين عن الذخيرة : ولو قال لا اقبل حتى لم يصر مودعاً وترك الثوب ربه وذهب فرفعه من لم يقبل فأدخله بيته ، ينبغي ان يضمن ، لأنه لما لم

ثبت الابداع صار غاصباً برفعه اه اقول : ومقتضى التعليل انه بضمنه ضمان الغصب لا الوديعة . قال في التكملة معزياً لنور العين : وفيه اشكال ، وهو ان الغصب ازالة يد المالك ، ولم توجد . ورفعه الثوب ، لقصد النفع لا للضرر ، بل ترك المالك ثوبه ، ابداع ثان ، ورفعه من لم يقبل قبول ضمناً ، فالظاهر انه لا يضمن ، والله تعالى اعلم اه .

اقول : وما في نور العين وجيه جداً ، وحيث كان ما في الفصولين مجسماً ايضاً ، فلا يجب التعويل عليه . تأمل .

وفي (٣٣) من جامع الفصولين برمز (فسط) بعث بقرته الى بقار على يد رجل فجاء بها اليه وقال بعثها فلان اليك فقال البقار اذهب بها الى مالكها فاني لا اقبلها فذهب بها فهلكت ، ضمن البقار ، لأنه لما جاء الى البقار انتهى الأمر ، فصار البقار اميناً ، وليس للمودع ان يودع .

اقول : فيه نظر ، اذ لم يقبل . ويمكن ان يجاب بما يفهم مما سيجيء في فتاوي قاضي زهير من رمي الثوب اه .

ثم ذكر بعد نحو كراسين من الفصل المذكور برمز (ذ) ما نصه : جاء ثوب الى غيره وقال له هذا وديعة عندك ولم يقل الاخر شيئاً وسكت ثم غاب رب الثوب ثم غاب الآخر بعده وترك الثوب ، ضمن ، اذ وجد منه القبول عرفاً . ولو وضع الثوب وسكت ولم يقل شيئاً ، ضمن ايضاً . ولو قال لا اقبل الوديعة والمسئلة بما لها ، يبرأ ، اذ القبول عرفاً لم يثبت عند الرد صريحاً .

اقول : دل هذا ان البقار لا يصير مودعاً في بقرة من بينهما مع رجل الى البقار فقال اذهب بها الى مالكها فاني لا اقبلها فذهب بها ، فينبغي ان لا يضمن البقار . وقد مر خلافه في بيان الغصب من هذا الفصل اه .

وقد نقل عن فتاوي القاضي ظهير بعيد مسئلة البقار : وضع ثوباً في دار رجل فرماه رب الدار فأفسده ، ضمنه . وبمثله لو ادخل دابة في دار غيره واخرجها رب الدار ، لم يضمن ، اذ الدابة تضر بالدار فله دفع الضرر بالاخراج . اما الثوب فلا يضرها ، فاخراجها اتلاف . ولو وجد دابة في مرطه فأخرجها ضمن اه .

اقول : والوجه الذي يمكن ان يجاب بما يفهم من هذه المسئلة عن مسئلة البقار

ان ارجاع البقرة مع الرسول نظير اخراج الدابة من مربطة والثوب من داره ، اذ لا ضرر عليه ايضاً في ابقائها مع البقر الذي عنده ، فكان يكفيه في عدم قبول الابداع انها بقيت امانة عنده غير مضمونة الا بالتعدي ولا يازمه حفظها . ولهذا كان ردھا مع الرسول الذي صار اجنبياً وقوله اذهب بها الى مالکھا ، تعدباً عليھا . وهو قريب مما في نور العين كما نقله عنه في التكملة ، حيث قال : قوله « فينبغي ان لا يضمن البقار » لا ينبغي ، اذ الرسول لما اتى بها اليه خرج عن حكم الرسالة و صار اجنبياً . فلما قال البقار « ردھا على مالکھا » صار كأنه ردھا الى اجنبي او ردھا مع اجنبي . فلذا يضمن ، بخلاف مسألة الثوب اه .

لكن ذكر في التكملة ما نصه ، لكن في النفس شيء من بحث نور العين في مسألة البقار ، وهو ان البقار لما لم يقبل البقرة لم يصر مودعاً قطعاً والرسول لما ادى الرسالة انتهت يده المأذون بها من المالك ، و صار كل منها اجنبياً في حق الحفظ ، والبقرة في حكم اللقطة . فاذا امر اجنبي اجنبياً آخر برفع اللقطة وحفظها لربها ، لا يضمن الا مودعاً قطعاً ، فكذا لا يضمن هنا . واما تضمين الرسول ، فلا وجه له ايضاً ، لانه من قبيل رد الضالة لربها ، وهو مأذون عادة اه .

اقول : وفيه ان ما في نور العين ، نضال عن المنقول ، ورد للبحث فيه . وكونه لم يصر مودعاً لما لم يقبل البقرة ، لا ينافي ان البقرة صارت بانتهاء رسالة الرسول امانة عند البقار لا يلزمه حفظها لعدم قبوله الابداع ، فلا يضمنها الا بالتعدي . وبردھا مع الاجنبي كان متعدباً ، كما عللوا به المسئلة . واما تنزيل البقرة منزلة اللقطة ، فلا يخفى ما فيه . على ان البحث في المنقول غير مقبول ، والله سبحانه اعلم .

✽ وكذا اذا وضع رجل ماله عند جماعة على سبيل الوديعة وانصرف وهم يرونه وبقوا ساكتين صار ذلك المال وديعة عند جميعهم . فاذا قاموا واحداً بعد واحد وانصرفوا من ذلك المحل فبما انه يتعين حينئذ الحفظ على من بقي منهم آخراً بصير المال وديعة عند الاخير فقط ✽

كذا في البحر وغيره ، معزياً للخلاصة . لكن من غير تقييد بكون
الجماعة يرويه .

وعبارة الهندية عن المحيط السرخسي : « لو قام واحد من اهل المجلس وترك
كتابه او متاعه ، فالباقون مودعون فيه ، حتى لو تركوا وهلك ضمنوا ، لان الكل
حافظون . فان قام واحد بعد واحد ، فالضمان على آخرهم ، لانه تعين الآخر
حافظاً اهـ »

ولا يخفى انه لا بد من التقييد بكون الجماعة يرون الكتاب او المتاع ويرون
صاحبه ايضاً ، كما تراه مقيداً في هذه المادة ، والا فلا وجود للقبول منهم دلالة حتى
يجب عليهم الحفظ . ولهذا نقل في الهندية عن الوجيز للكردي ، اعني البزازية :
« وضع في بيته شيئاً بغير امره فلم يحفظه حتى ضاع ، لا يضمن ، لعدم التزام الحفظ .
ولو وضع عند آخر شيئاً وقال احفظه فصاح بأعلى صوته وقال لا احفظه فضاع ،
قال في المحيط : لا يضمن لعدم التزامه الحفظ اهـ قال (ط) وينبغي تقييد هذا
الفرع بما لا يقسم . فانه اذا كان مما يقسم ، يكون القائم اولاً مفترطاً بعدم قسمة
المودع لحفظ اهـ .

قلت : ويؤيده انه في الخاتمة والخلاصة وغيرهما جعلوا موضوع المسئلة في
كتاب ، وهو مما لا يقسم . ولنا قال الساجاني ، كما في التكملة : ويظهر لي ان كل ما
لا يقسم كالكتاب .

لكن اينظر اذا كان مما يقسم ، هل يكون القائم اولاً ضامناً لكل ، او بمقدار
حصته حيث كان المودعون جماعة ؟ ويظهر لي الثاني ، فليراجع .
وقوله « ولو وضع عند آخر شيئاً الخ » هو الموافق لما قدمناه اول شرح الفقرة
السابقة ، معزياً بالمنع والبحر ، ومثله في اكثر المتبررات . لكن ينافيه ما نقله في
التكملة عن القنية ، ونصه : « وضع عنده شيئاً وقال له احفظه حتى ارجع فصاح
لا احفظه وتركه صاحبه ، صار مودعاً . ويضمن ان ترك حفضه اهـ لكن انت
على علم بأن ما في القنية اذا كان مخالفاً لما ذكر في معتبرات المذهب لا يلتفت اليه ،
كما في رد المحتار وغيره .

هذا و ذكر في التكملة : اذا قال « ضعه في الجانب من بيتي الا اني لا التزم

حفظه « بصير مودعاً ، لتعارض الصريحين ، فنساقطاً بقي ودبعة عنده اه ولم يعز
لاحد ولم اره لتغيره ، وفي النفس منه شيء ، لأن قوله « ضمه في الجانب من بيتي »
ليس صريحاً في قبول الودبعة ، وانما هو اعارة لذلك الجانب ، فلا يعارض صريح
الرد ، فليراجع .

المادة ٧٧٤ - * لكل من المودع والمستودع فسخ عقد الابداع

متى شاء *

بمعنى ان المودع متى شاء اخذ وديعته واذا طلبها من المودع فتمها بلا عذر
يكون متعدياً ، وكذا المودع (بالفتح) متى شاء رد الودبعة لصاحبها ، واذا وضعها
بين يديه برأ من حفظها وضمانها كما سيأتي .

المادة ٧٧٥ - * يشترط كون الودبعة قابلة لوضع اليد عليها

وصالحة للقبض فلا يصح ابداع الطير في الهواء *

ولا الساقط في البحر . وهكذا عبر بالقابلية لوضع اليد في الدرر والدر والجر
وجمع الانهر وغيرها . قال ابو السعود : وفيه تسامح ، والمراد اثبات اليد بالفعل ،
وبه عبر الزبلي . ولا يكفي قبول الاثبات ، لان حفظ شيء بدون اثبات اليد
عليه محال (حموي تبعاً للشرنبلالية ، وجرى عليه بعضهم) واقول : ليس المراد
من جعل القابلية شرطاً ، عدم اشتراط اثبات اليد بالفعل ، بل المراد الاحتراز عن ما
لا يقبل ذلك ، بدليل التعليل والتفريع الذين ذكرهما الشارح ، فتدبر اه .
وعبارة الشارح ، يعني مسكين على الكنتز : « وشرطها كون المال قابلاً لاثبات
اليد ، لئتمكن من حفظه اه - اقول . وهذا صريح في ان كل واحد من القابلية
ومن اثبات اليد بالفعل ، شرط على حدة . وفيه نظر ، لان اشتراط الثاني يجعل

الاول لغواً ، فانه اذا لم يصح الابداع ، مما لم تثبت عليه اليد بالفعل ، فمن باب اولي ان لا يصح مع عدم القابلية . وبظن لي ان شرط صحة عقد الابداع هو القابلية فقط . حتى لو تعاقدا الابداع على الطير في الهواء ثم وجده المودع (بفتح الدال) لا يكون مودعاً . فلو تركه ولم يمسكه حتى هلك ، لا يضمنه . ولو امسكه ، يكون لقطه فيجب عليه الاشهاد ورده الى مالكه متى وجده . واما اثبات يده بالفعل ، فليس بشرط لصحته ، اذ لا شك لو عقد الابداع ، والوديعة في يد المودع بكسر الدال او يتيه او دكانه ، صح العقد وانما لا يثبت حكمها ، وهو وجوب الحفظ على المودع (بالتفتح) الا بعد اثبات يده عليها . فمن اراد ذكر شرط صحة عقد الابداع كالدرر والبحر وغيرهما ، اشترط القابلية . ومن اراد ذكر شرط ثبوت حكم الوديعة ، وهو وجوب الحفظ كالزبلي ، اشترط اثبات اليد عليه بالفعل . واعلم ان من اثبات اليد عليه بالفعل ما لو وضع الوديعة بين يدي المودع او في موضع من خانه او حماله ، بعد الاشارة الى المودع (بالكسر) ان ضعه هناك ، لا كما زعمه في تكملة رد المحتار . وبما ذكرنا تجتمع كلمتهم المتفرقة ، فديره .

المادة ٧٧٦ = *يشترط كون المودع والمستودع عاقلين مميزين .
 اما كونها بالغين فليس بشرط . فلا يصح ابداع المجنون والصبي غير المميز ولا قبولها الوديعة . واما الصبي المميز المأذون فيصح ابداعه وقبوله الوديعة *

عبارة التوضيح مع شرحه الدر . هكذا : « وكون المودع مكلفاً ، شرطاً لوجوب الحفظ عليه . فلو اودع صبيك فاستهلكها ، لم يضمن اه » ومثله في جمع الانهر والبحر وشرح مسكين على الكنز وحاشية الشلي عن الكاكي وغيرها .
 وعبارة الهندية : « ومن شرائط الوديعة عقل المودع ، فلا يصح قبول الوديعة من المجنون والصبي الذي لا يعقل . واما بلوغه ، فليس بشرط عندنا ، حتى يصح

الابداع من الصبي المأذون . واما الصبي المحجور عليه فليس يصح قبول الودیعة منه اه مختصراً .

وعبارة الجوهره : ومن اودع صبياً وديعة فهلكت في يده ، لا ضمان عليه بالاجماع . فإن استهلكها ، ان كان مأذوناً له في التجارة ، ضمنها اجماعاً . وان كان محجوراً عليه ، ان قبضها بأذن وليه ، ضمن ايضاً اجماعاً . وان قبضها بغير اذن وليه ، لا ضمان عليه عندهما ، لا في الحال ولا بعد الادراك . وقال ابو يوسف بضمن في الحال اه .

والحاصل اني لم ار احداً ذكر اشتراط كون المودع (بكسر الدال) عاقلاً مميزاً . وانظر ماذا يترتب على اشتراط عقل المودع ، هل كون المودع غاصباً فيضمن بالملاك بلا تقصير في الحفظ ، او كونه ملتقطاً فيلزمه الاشهاد والرد الى الولي (تراجع) فاني لم اره الآن .

وفي التكاليف عن الرمي : ويستثنى من ابداع الصبي ما اذا اودع صبي محجور مثله وعي ملك غيرهما ، فللمالك تضمين الدافع والاخذ . (كذا في الفوائد الزينية) واجمعوا على انه لو استهلك مال الغير من غير ان يكون عنده وديعة ضمن في الحال ، لانه محجور عليه في الاقوال دون الانفال . اه ملخصاً .

= الفصل الثاني =

✽ في احكام الودیعة وضمانيها ✽

المادة ٧٧٧ - ✽ الودیعة امانة في يد الوديع فاذا هلكت بلا تعدٍ من المستودع وبدون صنعه وتقصيره في الحفظ لا يلزم الضمان . فقط اذا كان الابداع بأجرة فهلكت او ضاعت بسبب يمكن التحرز عنه لزم المستودع ضمانها . مثلاً لو وقعت الساعة المودعة من يد الوديع

بلا صنعه فانكسرت لا يلزم الضمان . اما لو وطئت الساعة بالرجل او وقع عليها من اليد شيء فانكسرت لزم الضمان . كذلك اذا اودع رجل ماله عند آخر واعطاه اجرة على حفظه فضاغ المال بسبب يمكن التحرز عنه كالسرقة يلزم المستودع الضمان *

اما لزوم الضمان فيما لو وطأ الساعة بوجهه ، فلأن الهلاك كان بصنعه الذي هو غير مأذون به . حتى لو كان مأذوناً به ، كما لو تخرق الثوب من دق القصار ، لا يضمن .

واما لزومه فيما لو وقع عليها من يده شيء فانكسرت ، فلتقصيره في الحفظ .
واما لزومه فيما اذا كان الوديع مستأجراً لحفظ الوديعة ، فلأن الحفظ حينئذ مستحق عليه = الا اذا كان الهلاك بسبب لا يمكن التحرز عنه ، كهوت الدابة حنفت انفها ، وكالحريق الغالب والفرق واللصوص المكابرين . ولهذا قال صدر الشريعة في شرح النقاية : اذا سرق من الاجير المشترك ، والحال انه لم يقصر في الحفظ ، يضمن عندهما ، كما في الوديعة التي تكون بأجر . فان الحفظ مستحق عليه .
وابو حنيفة يقول اجرة الاجير المشترك في مقابلة العمل دون الحفظ ، فصار كالوديعة بلا اجر اه = افاد ان الوديعة بأجر مضمونة اتفاقاً ، وبلا اجر غير مضمونة اتفاقاً .
وفي هامش الاقروية من كتاب الوديعة : وجه الضمان على المودع بأجر ان الحفظ مستحق عليه مقصوداً اذ العقد عقد الحفظ والاجر في مقابلة الحفظ والمتاع في يد الاجير المشترك . كذلك عندهما ، يعني ان المعقود عليه هو الحفظ اه وقد مر بيان هذه المسائل في شرح المادة (٦١٠) و (٦١١)

المادة ٧٧٨ = اذا وقع من يد خادم المستودع شيء على الوديعة

فتلفت لزم الخادم الضمان *

لما في الاقروية عن جامع الفصولين : اتلفها من في عيال المودع ، ضمن المتلف
صغيراً او كبيراً او قنفاً ، لا المودع اه .

اما لو سقطت الوديعة من يد الخادم بلا صنعه ، فلا ضمان على احد ، لعدم
التقصير في الحفظ .

اذا الودعها المودع لاجنبي فسقطت من يده ، ففي الاقروية ايضاً عن الذخيرة :
وليس للمودع ان يدفع الوديعة الى اجنبي . ولو دفعها فهلكت في يد الثاني قبل
ان يفارق الاول ، فلا ضمان على واحد منهما بلا خلاف . وان هلكت بعد
المفارقة ، فالاول ضامن بلا خلاف . اما الثاني فعلى قول ابي حنيفة لا يضمن ،
وعلى قولها يضمن .

وهذا اذا كان الدفع الى اجنبي بلا عذر . فلو كان بمذرة ، لا ضمان على
المودع عندنا ، حتى اذا احترق بيت المودع واخرجها مع متاعه ووضعها في منزل
جاره ، فلا ضمان استحياناً اه .

المادة ٧٧٩ = * فعل ما لا يرضى به المودع في حق الوديعة

تعذر من الفاعل *

قد افادت هذه المادة ان التمدي على الوديعة عبارة عن فعل من المودع سوى
التقصير في الحفظ ، كلبس ثوب الوديعة ور كوب دابتها ، وهو الموافق لما نقله في
الاقروية عن العتاية ، حيث قال : التمدي هو الذي يفعل بالوديعة ما لا يرضى
به المودع اه .

وقد يطلقونه ويريدون منه ترك الحفظ المتعزم والقصور فيه ، كقول مختارات
النوازل على ما نقله في الاقروية : التمدي شرط الضمان ، كالحرامي اذا نام او غاب
فسرق منه الثوب ، يضمن اه (افاده الاقروي في منهواته)

المادة ٧٨٠ = * الوديعة يحفظها المستودع بنفسه او يستحفظها

امينه كمال نفسه . فاذا هلكت في يده او عند امينه بلا تعد ولا
تقصير فلا ضمان عليه ولا على امينه *

المراد بامينه من يامنه المودع على حفظ مال نفسه - اعم من ان يكون في
عياله اولاً ، فيشمل وكيله وشريكه مفاوضة او عناناً او مضاربة ، ومن اودعه مال
نفسه وان لم يكونوا من عياله . ومذا قول محمد رحمه الله تعالى ، وعليه الفتوى ،
كما في الدر عن ابن ملك .

قال في الاقروية ، معزياً للاصلاح والايضاح : ولو حفظها ، اي الوديعة ،
بنفسه او امينه ولم يقل وعياله ، اي بدل قوله او امينه ، لان الدفع الى العيال انما يجوز
بشرط تحقق الامانة ، وعند تحققها لا حاجة الى كونه عيالا . قال في الذخيرة :
ولو دفعها الى امين من امثاله وليس في عياله ، يجوز وعليه الفتوى اهـ . مثله في
تكملة رد المحتار عن ابن الكمال .

وفيها ان المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وليس في عياله ، او دفع الى امين
من امثاله ممن يثق به في ماله وليس في عياله ، لا يضمن ، لانه حفظه مثل ما يحفظ
ماله وجمله مثله ، فلا يجب عليه اكثر من ذلك . (ذكره في النهاية) ثم قال :
وعليه الفتوى ، وعزاه الى التمرناشي ، وهو الى الحلواني . ثم قال : ولهذا لم يشترط
في التحفة في حفظ الوديعة العيال ، فقال : ويلزم المودع حفظه اذا قبل الوديعة على
الوجه الذي يحفظ ماله . وذكر فيه اشياء ، حتى ذكر ان له ان يحفظ بشريك
العنان والمفاوضة وعبد المأذون الذي في يده ماله ، وبهذا يعلم ان العيال ليس
بشرط في حفظ الوديعة اهـ

وعلى هذا فمأسياتي في المادة (٧٩٠) تبعاً لعامة المتون من انه ليس للمستودع
ايداع الوديعة عند آخر ، معيد بما اذا كان ذلك الآخر ليس من امثاله المودع ،
كوكيله ومودعه على ماله وشريكه عناناً او مفاوضة او مضاربة . والا ، فإنه
قد حفظ الوديعة بما حفظ به مال نفسه . لكن ظاهر المتون انه يشترط فيمن
يستحفظه المودع ان يكون في عياله . وعليه فيضمن اذا دفعها لمن لم يكن من

عياله ، وان كان من امثاله الذين يحفظ بهم ماله . وقد علمت ان الأول ، وهو قول محمد ، عليه الفتوى . ولذا مشت عليه المجلة .

ثم ان المراد بالعيال من يسكن معه حقيقة او حكماً ، لا من يمونه . فلو دفعها لولده المميز بشرط ان يكون قادر على الحفظ ، او زوجته ، ولا يسكن معها ولا ينفق عليها ، لا يضمن ، لانها ناسا كنان معه حكماً . وكذا لو دفعتها المرأة لزوجها ، لان العبرة للمساكنة لا للنفقة .

قال الطحطاوي في حواشي الدرر : فعلى هذا التفسير ينبغي ان لا يضمن بالدفع الى اجنبي يسكن معه (ذكره حفيد السعد في حواشي صدر الريعة) وبوجهه ما في الولوجية : رجل اجر بيتاً من داره انساناً ودفع الوديعة الى هذا المستأجر : ان كان لكل واحد منها غلق على حدة ، يضمن ، لانه ليس في عياله ولا بمنزلة من في عياله . وان لم يكن لكل منها غلق على حدة وكل واحد منها يدخل على صاحبه بنير حشمة ، لا يضمن ، لانه بمنزلة من في عياله اه .

وفي الخلاصة : مودع غاب عن بيته ودفع مفتاحه الى غيره فلما رجع الى بيته لم يجد الوديعة ، لا يضمن . وبدفع المفتاح الى غيره لم يجعل البيت في يد غيره اه . ويشترط فيه ان يكون اميناً اي لا يعلم منه خيانة . فيضمن لو دفعها لمن في عياله وقد علم منه خيانة ، لا اذا علم امانته او لم يعلم حاله اصلاً .
وجاز لمن في عياله ان يدفعها لمن في عيال نفسه ولمن في عيال المودع (بالفتح) صرح بالاول الشرنبلالي والثاني المقدسي .

واما الابوان ، فقيل انها كالا جانب ، فيضمن بالدفع اليهما ، الا اذا كانا في عياله . وقيل لا بشرط كونها في عياله ، وبه يقتضى . هذا حاصل ما في الدرر وحواشيه .

وفي المنذبة : ولو دفعها الى ولده الكبير ، ان كان ما كنا معه ، لا يضمن ، والا ضمن اه .

وفي مجمع الانهر : لا يضمن بدفعها لاجيره الخاص الذي استأجره مسانحة او مشاهرة ، بشرط ان يكون طعامه وكسوته عليه اه - اقول : وهذا مشكل اذا كان الاجير غير مساكن له ، لما علمت ان العبرة للمساكنة لا للنفقة ، الا ان يقال

مساكن له حكماً ، وفي النفس منه شيء
ثم بعد مدة رأيت في الخائنية ما نصه : وله ان يدفع الى اجيره الخاص وهو
الذي استأجره مشاهرة او مسانحة ليكن معه اه وهو عين ما قلته والله
الحمد ، فلينأمل .

وفي جامع الفصولين : والمودع ان بدعها عند من يعول المودع (بالكسر)
والمودع لو دفعها الى من في عيال ربهها ، قيل بضمن ، وقيل لا اه .
قال محبيه الرمي : اقول : الفرق بينه وبين الاول على القول بالضممان
ان المودع بالكسر اذا كان في عيال شخص ، فهو وما في يده في يد ذلك الشخص -
بخلاف الدفع الى شخص هو في عيال المودع ، لعدم ذلك . تأمل .

المادة ٧٨١ - * للمستودع ان يحفظ الوديعة في المحل الذي
يحفظ فيه ماله *

تضمنت هذه المادة بيان الحرز الذي تحفظ فيه الوديعة ، بعد ان بينت المادة
السابقة اليد التي تحفظ الوديعة .

والحرز الذي يجب على المودع ان يحفظها فيه هو داره ومنزله وحانوته سواء
كان ملكاً او اجارة او عارية (مسح)

قال الرمي ، كما في التكملة ، ان لفظ الحرز مشعر باشتراط كونه حصيناً .
عنى لو لم يكن كذلك بحيث بعد الوضع فيه تضييعاً ، بضمن ذلك ، كالدار التي
ليس لها حيطان ، ولا ليونتها ابواب . وقد مثلت عن خياطة في دار بهذه الصفة
خرجت منها هي وزوجها ليلا لعرس جاريتها فسرفت اثواب الناس منها ، فأقبت
بالضمان والحالة هذه ، لأن مثل ذلك يعد تضييعاً . تأمل اه .

قلت : ذكر في جامع الفصولين : خرج المودع وترك الباب مفتوحاً ، ضمن
لو لم يكن في الدار احد ولم يكن المودع في مكان يسمع حس الداخل (عده)
دفع خفه الى خفاف ليصلحه ونركه في دكانه ليلاً فسرق برأ لو كان في

الدكان حافظ او في السوق حارس ، والا ضمن (ذ)
 وكان (ط) يفتى بالبراءة مطلقاً . وقبل يعتبر العرف لو كان العرف ان يتركوا
 الاشياء في الحوانيت بلا حارس ولا حافظ ، يبرأ ، لا لو كان العرف بخلافه .
 وكذا لو ترك باب الدار والحانوت مفتوحاً . فلو كان عرفهم كذلك ، يبرأ
 ولو علق شبكة او نحوها على باب الدكان وذهب ، ففي اليوم ليس بتضييع
 بخارى ، وفي الليل تضييع . وفي خوارزم في اليوم والليل ليس بتضييع .
 والرواية مخفوفة فيما اذا ترك الحائك ثوباً نسج بعضه والنزل في بيت الطراز
 ولا يمكن ثمة حافظ ولا حارس في السوق ، يبرأ .

والمودع لو ربط سلسلة باب قيطونه يجبل ولم يقفله ، يعتبر العرف كما مر .
 والقيطون بيت يوضع فيه الامتعة .

ربط الدابة على باب داره ودخل الدار ، لو مجت يراها برأ . ولو مجت لم
 يرها ، يضمن في المصروان كان في القرى لا يضمن . وان ربطها في الكرم او على
 رأس المبطحة وذهب ، قيل لو غاب عن بصره ، ضمن . وقيل يعتبر العرف في
 هذا واجنانه (عده)

لو جعلها في الكرم ، فان كان حابط الكرم مجت لا يري المارة من في الكرم ،
 لا يضمن اذا اغلق الباب ، والا ضمن (قط)

سوقياً قام من دكانه الى صلاة وفيه الودائع ، لا يضمن ، لانه غير مضيع
 اذ جبرانه يحفظونه . ليس هذا ابداع المودع الى غيره ليقال ليس للمودع ان
 يودع ، لكن هذا مودع لم يضيع (ذ)

ذكر (حش) ما يدل على الضمان ، فيتأمل عند الفتوى (فض)
 خرج الى الجمعة وترك باب حانوته مفتوحاً واجلس بياب الدكان ابناً صغيراً
 له ، لو كان الصبي يعقل الحفظ ، يبرأ ، والا ضمن .

وفي (فقط) يبرأ على كل حال ، اذ تركها في الحرز فلم يضيع (اما سيفي
 جامع الفصولين)

وجزم بهذا في تنقيح الحامدية حيث قال : الذي يظهر لي في مسألة الحانوت
 عدم الضمان سواء اجلس صبياً او لا ، حيث جرى عرف اهل السوق ، لانه غير

مودع قصداً ، بل تركها في حرزها مع ماله ، فقد حفظها بما يحفظ به ماله اه .

المادة ٧٨٢ = * يلزم حفظ الودبة في حرز مثلها فوضع مثل النقود والمجوهرات في اصطلب الدواب او التبن تقصير في الحفظ وبهذه الحال اذا ضاعت الودبة او هلكت لزم الضمان *

هذا ما جزم به العلامة بن عابدين في رد المحتار وتقيع الحامدية . حتى انه اجاب عن رجل اودع عنده رجل صرة من النال غالية الثمن فوضعها المودع في اصطلب داره فسرقت من الاصطلب ، بأنه بضمها ، مستدلاً بما في البرازية ، الخلاصة وجامع الفصولين وغيرها : لو قال وضعتها بين يدي وقت ونسبتها فضاءت ، بضم . ولو قال وضعتها بين يدي في داري والمثله بمثلها ، ان مما لا يحفظ في عرصة الدار كصرة النقدين ، بضم . ولو كانت مما بعد عرصتها حصانه ، لا بضم اه = لان ظاهره انه يجب حفظ كل شيء في حرز مثله .

ثم ذكر ان ما ذكره الملائي في الدر من كتاب السرقة : من ان ظاهر المذهب ان كل ما كان حرزاً لنوع ، فهو حرز لكل الانواع فيقطع بسرقة لولهة من اصطلب اه ، فالظاهر انه خاص في حرز السرقة دون الودبة ، لان المتعريف قطع السارق هناك الحرز ، وذلك لا يتفاوت باعتبار الحرزات . والمعتبر في ضمان المودع التمدي والتقصير في الحفظ ، ومعلوم ان وضع الودبة فيها لا يوضع فيها امثالها ، تقصير في الحفظ ، كما هو صريح عبارة البرازية المارة وغيرها . فالمراد بالحرز في الودبة حرز كل شيء بحسبه ، وان كان المراد به في السرقة خلافه اه ملخصاً .

المادة ٧٨٣ = * اذا كان المستودع جماعة متعددين فان لم تكن الودبة قابلة للقسمة ، يحفظها احدهم بأذن الباقيين او يحفظونها مناوبة . وبهاتين الصورتين ان هلكت الودبة بلا تعدد ولا تقصير ، فلا ضمان

على احد منهم *

لانه لما اودعهم مع علمه بأنهم لا يجتمعون على حفظها دائماً ، كان راضياً بحفظ
احدهم منفرداً .

قال الطحاوي : وفسر ما يقسم بالكيلات والموزونات ، ومثلها كل ما لا
يتعيب بالتقسيم . وما لا يقسم ، هو ما يتعيب بالتقسيم الحسي .
وقال السيد الحموي : واذا لم تمكن القسمة فيما لا يقسم ، كان لها التهاوي في
الحفظ (كذا في الخلاصة) فلو دفعه زائداً على زمن التهاوي ، بنظراء .

اقول : وعبرة الهندية عن شرح الطحاوي : ولو كان المودع اثنين والوديعة
ما يحتمل القسمة ، كان لها ان يقسمها للحفظ ، حتى يصير في يد كل واحد منها
النصف . ولو سلم احدهما جميع الوديعة الى صاحبه فضاقت ، ضمن المسلم نصف
الوديعة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، ولا يضمن القابض شيئاً . وعندهم لا يضمن .
ولو كانت الوديعة مما لا يحتمل القسمة ، فأنها يتهايان في الحفظ ، ولا يضمن كل
واحد منها بالتسليم الى صاحبه ، بالاجماع . ١٠ .

فأطلقه يفيد عدم ضمان المسلم ، وان كان التسليم بعد التهاوي في الحفظ زائداً
على زمن التهاوي . وبوجهه التعليل السابق بأنه اذا كانت الوديعة مما لا يقسم ، يكون
المودع راضياً بحفظ احدهم الكل منفرداً . فليستير .

* وان كانت الوديعة قابلة للقسمة يقسمها المستودعون بينهم بالسوية
وكل منهم يحفظ حصته منها . وبهذه الصورة لبس لاحدهم ان يسلم حصته
لمستودع آخر بدون اذن المودع . واذا سلمها فهلكت في يد المستودع
الآخر بلا نعد ولا تقصير منه لا يلزمه الضمان بل يلزم الذي سلمه اباها
ضمان حصته منها *

يعني لا يلزم الضمان للمستودع الآخر الذي استلم الوديعة ، لانه مودع المودع

وهو لا يضمن . وانما يضمن المسلم للوديعة لتعديبه بالدفع .
وانت تعلم ان هذا اذا لم يكن المستلم من امانة المسلم . والا . فلا ضمان على
احد ، وهو ظاهر .

وهذا الحكم جارٍ ايضاً في المرهنين والمستبضعين والوصيين وعدلي الرهن
ووكيلي الشراء ، فانه اذا سلم احدهما للآخر ما يمكن قسمته بغير اذن المالك ، يضمن
حصته كما في الدر . قال في جمع الانهر : لان الاصل ان فعل الاثنين اذا اضيف الى
ما يقبل التجزأ ، تناول البعض لا الكل . فاذا سلم احدهما الكل الى الآخر
ولم يرض المالك به ، يضمن اه .

المادة ٧٨٤ = * الشرط الواقع في عقد الابداع اذا كان ممكن
الاجراء ومفيداً يكون معتبراً والا فهو لغو . مثلاً اذا كان قد شرط
وقت العقد ان يحفظ المستودع الوديعة في داره فنقل المستودع الى محل
آخر بسبب وقوع حريق في داره لا يعتبر ذلك الشرط وبهذه الصورة
اذا نقلها فهلكت بلا تعدد ولا تقصير لا يضمن *

قال في جامع الفصولين : المودع (بالكسرة) لو شرط شرطاً على المودع (بالفتح)
فترك ، فان كان شرطاً مفيداً من كل وجه ، يتقيد به ، سواء أكد بالنهي او لا .
فلو حفظها في غير دار عينها ، قيل ضمن ، ولو احرز ، وقيل لا ، لو احرز ، وقيل لا ، لو
سواء او احرز ، ولو أكد بالنهي . وقيل ضمن ، ولو لم يجتمع الى وضعها في دار اخرى ،
لا لو احتاج ، اذ التعيين بلفو حينئذ ، اذ لا يطلب حفظ ماله بطريق لا يقدر عليه اه
والظاهر من التمثيل المذكور في هذه المادة ان المحلّة قد اختلفت القول الاخير ،
وهو الضمان مطلقاً ، اذ حفظها في غير دار عينها المودع ، الا اذا احتاج الى وضعها
في دار اخرى ، لئلا حريق وقع في الدار التي عينها . وهذا هو المراد بقوله « اذا
كان ممكن الاجراء » يعني ان حفظ الوديعة في الدار التي وقع فيها الحريق مع بقائها

فيها غير ممكن الاجراء ، فيلغو التقييد حينئذ . هذا اذا عين للدار . اما لو عين بيتا من دار لحفظ في بيت آخر منها ، فسيأتي في الفقرة الثالثة من هذه المادة .

✽ وكذا اذا امر المودع المستودع بحفظ الوديعة ونهاه عن ان يسلم لزوجته او ابنه او خادمه او لمن يأمنه على حفظ مال نفسه . فاذا كان ثمة امر مجبر على تسليم الوديعة لاحد هؤلاء كان ذلك النهي غير معتبر . وبهذه الصورة ايضا اذا هلكت الوديعة بلا تعدٍ ولا تقصير لا يلزم الضمان . واذا سلمها بلا مجبورية فهلكت لزمه الضمان ✽

هذه المسئلة على وجهين : الاول ان ينهاه عن الدفع الى احد ما من عياله . فان كانت الوديعة شيئا خفيفا يمكن المودع استصحابه بنفسه كالخاتم فدفعها الى احد منهم ، ضمن ، كما في الحجر . واذا كان له بيت حصين ليس فيه عياله فدفعها ، يضمن ، كما في جامع الفصولين ، اذ قد امكن مراعاة الشرط ، فيعتبر . والا فلا يضمن ، اذ لا بد له من الدفع اليهم ، فكان الحفظ مع مراعاة الشرط ، غير ممكن اجراؤه ، فيلغوا الشرط .

قال ابو السعود : وينبغي ان يقيد عدم الضمان بالدفع الى الزوجة بما اذا كانت الوديعة نحو عقد جوهر . فلو كانت نحو فرس ، ضمن اه الثاني : ان ينهاه عن الدفع الى بعض معين ، كزوجته فلانة ، او خادمه فلان . فان كان له يد من الدفع اليه بأن كان له زوجة اخرى او كان له خادم آخر ، يضمن ، لا يمكن الحفظ مع مراعاة الشرط . والا ، فلا يضمن لما تقدم من عدم امكان الحفظ مع مراعاة الشرط .

قال الزيلعي : وعمل عدم الضمان اذا كانت الوديعة مما يحفظ في يد من منعه المودع من الدفع اليه ، مثل ان تكون الوديعة فرسا فيمنعه من التسليم الى غلامه ، او يكون عقد جوهر فيمنعه من التسليم الى زوجته . اما اذا كانت الوديعة مما لا يحفظ في يد من نهاه عن الدفع اليه ، كما اذا كانت فرسا فنهاه عن الدفع الى امرأته ، او كانت عقد جوهر فنهاه عن التسليم الى خادمه ، فيضمن بالخالفه ، اي مطلقا ، لان التقييد مفيد في مثله (ذكره الزيلعي وغيره)

قلت : وهذا مرهيد لما مجئه ابو السعود كما قدمناه عنه فيما اذا نجاه عن الدفع
لا حد من ماله

✽ كذلك اذا شرط ان تحفظ في حجرة معينة فحفظها المستودع
في حجرة غيرها فان كانت حجرة تلك الدار متساوية في الحفظ لا
يكون ذلك الشرط معتبراً . وحينئذ اذا هلك الودعة فلا ضمان .
واما اذا كان بين الحجر تفاوت كأن كانت احدى الحجر بنيت
بالاحجار والاخرى بالاشباب يعتبر الشرط ويكون المستودع
مجبوراً على حفظها في الحجر التي تعينت وقت العقد . واذا وضعها في
حجرة دون تلك الحجر في الحفظ فهلك بصير ضماناً ✽

قال في جامع الفصولين : ولو شرط شرطاً يفيد من وجه لا من وجه ، تقيده
به لو اكد بالنهاي ، والا لا . فلو عين بيتاً من دار فحفظ في بيت آخر منها ،
قبل لو اكد بالنهاي كقوله لا تحفظ الا في هذا البيت ، ضمن ، لا لو لم يؤكده .
وقبل لا ، لو احرز او سواه ، ولو اكد . وقيل لا مطلقاً ، اذ البيتان في دار واحد فلا
يتفاوتان في الحرز اه .

فقد اختارت المجلة القول الثاني من الاقوال الثلاثة المذكورات ، لانه
الاستحسان ، كما في الهندية ، ففيها : وان قال احفظها في هذا البيت فحفظها
في بيت آخر من تلك الدار ، لم يضمن . وهذا استحسان ، والقياس ان يضمن .
وكذلك لو اكد الشرط بالنهاي بأن قال ضعه في هذا البيت ولا تضعه في هذا
الآخر والبيتان في دار واحدة ، فهو على ما قدمنا من القياس والاستحسان .

قال في البنائع : وهذا اذا لم يكن البيت الذي حفظها فيه انقص حرزاً من
البيت الذي امره بالحفظ فيه . اما لو كان البيت الذي حفظها فيه انقص حرزاً من
الاول ، ضمن اه .

ولو شرط شرطاً لا يفيد اصلاً ، لنا ، اكد اولاً ، كتميين صندوق

في بيت (فصولين)

اقول : من الودائع ما يكون حفظه في الصندوق احرز من البيت ، فينبغي ان يضمن لو خالف .

وفي الهندية : ولو قال احفظها في هذه البلدة ولا تحفظها في بلدة اخرى فحفظها في البلدة المنية ، ضمن بالاتفاق . ولو قال احفظها في صندوقك هذا ولا تحفظها في هذا الصندوق الآخر في ذلك البيت فحفظها في المنهي ، لا يضمن بالاتفاق . والأصل المحفوظ في هذا الباب ، ما ذكرنا ، ان كل شرط تمكن مراعاته ويفيد ، فهو معتبر . وكل شرط لا تمكن مراعاته ولا يفيد ، فهو هدر . كذا في البدائم اه وبما تقدم عن الفصولين نعلم الفرق بين مسألة الدار ومسئلة البيت منها وفيه ايضاً : ولو قال ضعه في كيسك فوضعه في صندوقه ، لم يضمن - او لا تضع في الخانوت فانه مخوف فوضعها فيه ، لم يضمن لو لم يكن له موضع احرز منه ، والا ضمن لو كان قادراً على الحمل اه ولم يذكر هنا حكم السفر بالوديعة . وفي الهندية : اذا لم يعين مكان الحفظ او لم ينه عن الاخراج نصاً ، بل امره بالحفظ مطلقاً فاسافر بها ، فان كان الطريق مخوفاً فهلكت ، ضمن بالاجماع . وان كان آمناً ولا حمل لها ولا موهنة ، لا يضمن بالاجماع . وان كان لها حمل وموهنة . فان كان المودع مضطراً في المسافرة بها ، لا يضمن بالاجماع . وان كان له بد من المسافرة بها ، فلا ضمان عليه ، قربت المسافة فيه او بعدت . وعلى قول ابي يوسف ان بعدت يضمن ، وان قربت لا ، هذا هو المختص والمختار .

وهذا كله اذا لم ينه عنها ولم يعين مكان الحفظ نصاً . وان نهاه نصاً او عين مكانه فاسافر بها ولد منه بد ، ضمن . وان امكنه حفظ الوديعة في المصر الذي امر بالحفظ فيها مع السفر بأن يترك عبداً له في المصر المأمور به ، او بعض من في عياله ، فاذا سافر بها والحالة هذه ، ضمن . وان لم يمكنه ذلك بأن لم يكن له عيال ، او كان الا انه احتاج الى نقل العيال فاسافر ، لا ضمان .

الوديعة لو كانت طعاماً كثيراً فاسافر بها فهلك ، يضمن استحساناً . واجموا على انه لو سافر بالوديعة في البحر ، يضمن اه وعمله في البحر بأن الغالب فيه العطب اه وعليه فالسفر في زماننا مجزاً في السفن البخارية لا يضمن به ، لان السلامة

غالبية، والعلّة تدور مع المعلول وجوداً وعدمًا وتماه في التكملة والهندية وجامع الفصولين

المادة ٧٨٥ - * إذا كان صاحب الوديعة غائباً غيبة منقطعة بحيث لم يعلم موته ولا حياته يحفظها المستودع الى ان يعلم موت صاحبها او حياته . وانما اذا كانت الوديعة مما يفسد بالمكث يبيها المستودع بأذن الحاكم ويحفظ ثمنها امانة عنده لكن اذا لم يبيعها ففسدت بالمكث لا بضمن *

ومثله ما اذا استودع عنده ما يقع فيه السوس في زمان الصيف فلم يبردها في الهواء حتى وقع فيها السوس وفسد ، فانه لا بضمن ، كما في الهندية عن الظهيرة وكذا لو كانت مثل الصوف فترك نشره حتى عت ، لم بضمن كما في الدر . قال في الهندية : وفي فتاوي ابي الليث : اذا كانت الوديعة شيئاً يخاف عليه الفساد وصاحب الوديعة غائب ، فان رفع الامر الى القاضي حتى يبيمه جاز ، وهو الاولى . وان لم يرفع حتى فسدت ، لا ضمان عليه ، لانه حفظ الوديعة على ما امر به اه .

وكون الغيبة منقطعة تنصب على المتوهم ، لأن حفظها الى ان يحضر صاحبها فيما اذا كانت غيبته غير منقطعة ، من باب اولي كما لا يخفى . ويمكن ان يكون التقييد لافادة ان الوديعة ليست كاللقطة من انه يتصدق بها . وكذا يبيها باذن الحاكم وحفظ ثمنها لا يتوقف على كون الغيبة منقطعة ، بل على خوف الفساد ولو انتظر حضوره ، كما يعلم من اطلاق ابي الليث الغيبة . واحترز بقوله « ففسدت بالمكث » ، عما اذا كان الفساد بسبب حريق وقع في دار المودع ، فانه بضمن لو تركها ولم ينقلها الى محل آخر مع القدرة على ذلك حتى احترقت ، كما سيأتي في المادة (٧٨٢) - وعمّا اذا افسدتها الفأرة ، ففي الهندية : الوديعة اذا افسدتها الفأرة ، ان اخبر صاحبها ان هبنا نقب الفأرة ، لا ضمان عليه . وان لم يخبر بعد ما

اطلع عليه ولم يسده ، بضمن كذا في العمادية اه .
وفي آخر كتاب الوديعة من الدرر وحواشيه ما ملخصه انه لا يلزم الضمان
في ترك نشر الصوف في الصيف حتى عت واما في اتلاف الفارة فلا ينفي عنه
الضمان الا بسد الثقب او باعلام المودع به ، وان لم يسده لأن المالك حينئذ رضي
بوضعها فيه على هذه الحالة وذكر ايضاً انه لو سده مرة ففتحه الفار وافسده لم
يذكر حكمه وينبغي ان يكون فيه التفصيل المذكور ، يعني ان علم بالفتح قبل
الافساد ، فعليه ان يسده ثانياً ، او يعلم صاحب الوديعة والا ضمن وارتنصاه
عبد البر واقوه الشرنبلالي اه .

اقول والظاهر ان الفرق بين ثقب الفار حيث وجب عليه السد او الاعلام به
وبين العت حيث لم يجب عليه النشر ولا الاعلام به ، ان الفساد في مسألة الفارة
قد حصل بسبب خلل في حرز الوديعة ، فعد منوطاً في الحفظ اذا لم يسد او يعلم
صاحبها بخلاف العت والسوس وهذا لانه حفظها على ما امر به فليتدبر

المادة ٧٨٦ - * الوديعة التي تحتاج الى النفقة كالخيل والبقر
نفقتها على صاحبها واذا كان صاحبها غائباً يرفع المستودع الأمر الى
الحاكم والحاكم حينئذ يأمر باجراء الأنتف والاصح في حق صاحب
الوديعة فان كان يمكن ايجار الوديعة يوجبها المستودع برأي الحاكم
وينفق عليها من اجرتها او يبيعها بثمن مثلها واذا لم يمكن ايجارها يبيعها
فوراً بثمن المثل او ينفق عليها المستودع من ماله ثلاثة ايام ثم يبيعها بثمن
مثلها ثم يطلب نفقة تلك الايام الثلاثة من صاحبها واذا انفق عليها
بدون اذن الحاكم فليس له مطالبة صاحبها بما انفق عليه *

لأنه متبرع بما انفق كما في الدرر والحاصل انه اذا امكن ايجارها والاتفاق

عليها من اجرتها فالحاكم مخير بين ان يأمره بذلك او بالبيع وحفظ الثمن . وان كانت ليست مما يؤجر ، فهو مخير ايضاً بين ان يأمره بالبيع فوراً ثمن المثل ، وبين ان يأمره بالاتفاق عليها يومين او ثلاثة ، ليرجع على صاحبها اذا حضر عند رجاء حضوره ، ثم يأمره بالبيع بعد ذلك .

وعبارة الهندية عن المحيط ، هكذا : وان رفع الأمر الى القاضي ، سأله القاضي البيئنة على كون العين ودبعة عنده ، وعلى كون المالك غائباً . فاذا اقام البيئنة على ذلك ، ان كانت الودبعة شيئاً يمكن ان يؤجر وينفق عليه من غلتها امره القاضي بذلك . وان كانت الودبعة شيئاً لا يمكن ان يؤجر ، فالقاضي يأمره بالاتفاق عايناً من ماله يوماً او يومين او ثلاثة ، رجاء ان يحضر المالك . ولا يأمره بالاتفاق زيادة على ذلك ، بل يأمره بالبيع وامسك الثمن .

والحاصل ان القاضي يفعل بالودبعة ما هو الاصلح والانظر في حق صاحبها وان كان القاضي امره بالبيع في اول الوهلة ، كان جازماً ، وما اتفق المودع على الودبعة بأمر القاضي فهو دين على صاحبها يرجع به عليه اذا حضر ، غير ان في الدابة يرجع بقدر قيمة الدابة لا بزيادة على ذلك ، وفي المبد يوجع بالزيادة على قيمته اه .

اقول : وفي النفس من هذا شيء ، وهو انه عند امكان ايجارها فالنفقة من غلتها ، فلا رجوع بشيء . وعند عدمه ، فانما ينفق عليها يومين او ثلاثة . وذلك لا يستغرق قيمتها فضلاً عن ان يزيد .

ويمكن ان يجاب بأن ذلك فيما لا يمكن ايجاره ولا وجد من يشتريه بثمن المثل ، وقد امره القاضي بالاتفاق عليه من ماله ليرجع على صاحبه اذا حضر ، فسد .

وما قلناه هنا في تركة رد المختار ، وكذا في مرآة المجلة عن التارخانية ، فيه سقط محل ، فليتبينه له .

المادة ٧٨٧ - ~~لو~~ اذا هلك الودبعة او نقصت قيمتها بسبب تعدي

المستودع او تقصيره لزمه الضمان . مثلاً اذا صرف المستودع نقود الودیعة في امور نفسه واستهلكها ضمنها . وبهذه الصورة اذا صرف النقود التي هي امانة عنده على الوجه المذكور ثم وضع بدل تلك النقود في الكيس المعد لها فهلكت او ضاعت بدون تعد ولا تقصير منه ضمن . وكذا لو ركب دابة الودیعة بدون اذن المودع فهلكت وهو ذاهب بها ضمن قيمتها سواء كان هلاكها بسبب سرقة السير فوق الوجه المعتاد ، او بسبب آخر او بلا سبب وكذا بضمها اذا سرقت . وكذا اذا وقع حريق ولم ينقل الودیعة الى محل آخر مع قدرته على ذلك فاحترقت ضمنها *

هذه المادة اشتملت على ثلاث مسائل : الاولى ان يستهلك المستودع الودیعة ، فانه بضمها وان وضع بدلها مكانها = حتى لو هلك ذلك البدل بعد الوضع بلا تعد ولا تقصير ، يهلك عليه ، لانه لما استهلك عين الودیعة وجب ضمانها في ذمته ، وما جاء من البدل باق على ملكه ، فيهلك عليه ، كما في البحر .

اما لو كانت الودیعة دراهم او دنانير او شيئاً من المكيل او الموزون وانفق شيئاً منها في حاجته حتى صار ضامناً لما انفق ، لا يصير ضامناً لما بقي . وان جاء بمشعل ما انفق فخلط بالباقي ، صار ضامناً للكل : البعض بالاتفاق والبعض بالخلط . والمراد بالخلط هنا خلط لا تمييز معه الودیعة ، اما لو جعل على ماله علامة حين خلطها به بحيث يتأتى التمييز ، لا يضمن الا ما انفق .

والتقييد بالاتفاق ورد المثل ، احترازاً عما اذا اخذ بعض الودیعة لينفقه لحاجته ثم لم يفعل وروده الى موضعه ثم ضاعت الودیعة ، فانه لا ضمان عليه ، فانه وان صار ضامناً بالأخذ ، فقد عاد الى الوفاق برد العين الى مكانها ، فبرأ عن الضمان — بخلاف ما اذا رد مثله ، لانه انما جاء بملك نفسه فلا يكون عوداً الى الوفاق (بحر)

ولذا ذكر في الهندية عن الظهيرية : روى ابن سعادة عن محمد رحمه الله تعالى : رجل اودع رجلاً الف درهم فاشترى بها ودفعها ثم استردها بهبة او شراء وردتها الى موضعها فضاقت ، لا يضمن . واذا قضى الودبة لغريمه بأمر صاحب الودبة فوجدتها زبوقاً فردها على المودع فهلكت ، ضمن اه .
ثم ان القول قوله مع يمينه . بمقدار ما انفق من الودبة ، كما في مجمع الأنهر . وهذا ، اي عدم ضمان الباقي ، فيما اذا انفق البعض ، اذا كانت الودبة مما لا يضره التبعض ، كما اذا كانت دراهم او دنانير او شيئاً من المكيل او الموزون كما قلنا ، لأنه يكون حافظاً للباقي ولم يتعبب ذكره في البحر . قال الطحاوي : ولم ارَ فيما اذا فعل ذلك فيما يضره التبعض ، هل يضمن الجميع ، او ما اخذ ، وتقصان ما بقي ، فيجراه .
وتقل في التكملة عن العلامة ابي الطيب ما يفيد ضمان الجميع ، فليراجع .

* نبيه *

اذا باع الودبة وضمنه صاحبها وفي الثمن فضل على ما ضمنه ، لا يطيب له ذلك الفضل ، بل يجب عليه التصديق به في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى : ولو انه انفق بعض الودبة ورد مثل ما انفق وجعل عليه علامة حين خلطه بالباقي منها بحيث يتأتى التمييز ، فأفتى بانه صار ضامناً لها كلها فباع الودبة ثم جاء رب الودبة فضمنه اباها ، وفي الثمن فضل على ما ضمنه ، يطيب له حصة ما خلطه بها ، ويتصدق بجمعة الباقي من الودبة في قولها .

وهذا اذا كانت الودبة شيئاً يباع . فان كانت دراهم فاشترى بها ، ينظر : ان اشترى بها بعينها وتقدها ، لا يطيب له الفضل ايضاً . وان اشترى بها وتقدها غيرها او اشترى بدراهم مطلقاً ثم تقدها ، يطيب له الربح . وكذلك ان اشترى بها ما كولاً وتقدها ، لم يحل ان يأكل ذلك قبل اداء الضمان . ولو اشترى بدراهم مطلقاً ثم تقدها تلك الدراهم ، حل له ان ينتفع بها (كذا في الهندية عن المبسوط)
المسئلة الثانية ، ان يمدى على الودبة بفعل ما لا يرضى به المودع ، كما اذا ركب دابة الودبة بدون اذن المودع ، او لبس ثوبها او اودعها غيره ، فإنه يضمنها

اذا هلكت كيفما كان الملاك ، ولو بأفة سماوية ، لأن يده وقتئذ يد غضب لا يد امانة . لكن اذا زال التعدي برد الثوب الى مكانه والدابة الى مربطها واسترد الوديعة من الغير ، زال الضمان ، بمعنى ان الوديعة اذا ضاعت بعد زوال التعدي ، لم يضمن ، لأنه مأمور بالحفظ في كل الاوقات ، فاذا خالف في البعض ثم رجع الى الوفاق اتى بالمأمور به ، كما اذا استأجره لحفظ شهراً فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي ، استحق الاجرة بقدره (طحطاوي عن المنح)

واعلم ان زوال الضمان بالعود الى الوفاق مقيد بقيود . اولها ان لا ينقصها الاستعمال . فإن نقصها ، ضمن النقصان لصيرورته حاسباً لجزء منها على وجه التعدي (ذكره الطحطاوي معزياً لشرح تنوير الاذهان)

ثانيها ان لا يكون من نيته العود الى الخلاف . فلو لبس ثوب الوديعة ونزعه ليلاً ومن عزمه ان يلبسه نهراً ثم سرق ليلاً ، لا يبرأ عن الضمان ، كما في البحر عن الظهيرية . ومثله في جامع المصولين قايلاً « فالحاصل ان اللبس شيء واحد ما لم يتركه ويعزم على تركه اه .

ثالثها ان يصدق المودع في دعواه العود الى الوفاق ، لما في جامع الفصولين ان المودع لو خالف ثم عاد الى الوفاق ، انما يبرأ لو صدقه المالك في العود ، لا لو كذبه ، الا ان يبرهن على العود ، بخلاف ما لو جعدها او منحها ثم اعترف ، لا يبرأ الا بالرد على المالك اه ومثله في الاشياء وغيرها . وعللوا ذلك بأنه اقر بوجوب الضمان عليه ثم ادعى البرائة ، فلا يصدق الايينة اه .

لكن قال الرملي في حاشية الفصولين معزياً لمنح الفقار : اقول : ورأيت في موضع آخر ان المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق فكذبه المودع ، فالتقول قول المودع ، كما في الرهن اه فليتأمل وليراجع .

وفي البحر عن الفوائد التاجية : لو اودعها المودع وهلكت فقال المالك هلكت عند الثاني وقال المودع بل ردها الي وهلكت عندي : لا يصدق ، لأن ابداع الغير موجب للضمان ، بخلاف ما لو غضب من المودع وهلكت فأراد المالك ان يضمن الناصب فقال المودع قد رده الي فهلكت عندي وقال لا بل هلكت عنده ، فالتقول قول المودع ، لأنه امين اه .

رابعها : ان يكون الأمر بالحفظ من المودع قائماً ، والا فلا يزول الضمان بالعود ، لما في جامع الفصولين . ولو مأموراً بحفظه شهراً فمضى شهر ثم استعمل الوديعة ثم ترك الاستعمال وعاد الى الحفظ ، لا يبرأ اذا عاد وأمر الحفظ غير قائم اه
وذكر في جامع الفصولين وغيره ان المستعير والمستأجر لو خالف ثم عاد الى الوفاق لا يبرأ اه .

والفرق بينها وبين المستودع ، كما في حاشية المحوي والبحر ، ان المستودع يده يد المودع حكماً لأن قبضه كان لاجله حفظاً لماله ، فاذا عاد الى الوفاق ، فقد اعاد الوديعة الى يد مالكها حكماً - بخلاف المستعير والمستأجر ، فان قبضها كان لاجل انفسها لاستيفاء المنفعة ، فاذا عاد الى الوفاق ، فقد اعاد الامانة ليده التي ليست يد مالكها ، للاحقية ولا حكماً ، فلا يبرأ .

وفي رد المحتار عن جامع الفصولين : مستأجر الدابة او المستعير ، لو نوى ان لا يردها ثم قدم ، لو كان سائراً عند النية ، ضمن لو هلكت بعد النية . اما لو كان واقفاً ، اذا ترك نية الخلاف ، عاد اميناً اه .

ومثل المستودع المرتهن كما تقدم في الرهن . وكذا وكيل البيع حتى لو عاد للوفاق وباع ، صح بيعه . وكذا الوكيل بالحفظ او بالاجارة او بالاستئجار . وكذا المضارب والمستبضع والشريك عناناً او مفاوضة (فصولين ملخصاً) ومثله في الاشياء)

قال في البحر : ويستثنى من اطلاق المستعير من استعمار شيئاً ليرهنه فتعدى فيه ، كما اذا استعمار دابة ليرهنها فركها قبل ان يرهنها ثم رهنها بمال يمثل قيمتها ثم قضى المال ولم يقبضها حتى هلكت عند المرتهن ، لا ضمان على الراهن ، لأنه قد برأ عن الضمان حين رهنها . فإن كان اميناً خالف ، فقد عاد الى الوفاق . وانما كان مستعير الرهن كالمودع لان تسليمه الى المرتهن يرجع الى بتحقيق مقصود المعير ، حتى لو هلك بعد ذلك يصير دونه مقنناً فيستوجب المعير الرجوع على الراهن بمثله . فكان ذلك بمنزلة الرد عليه حكماً ، فلماذا برأ عن الضمان اه .

والتقييد بكون الشركة عناناً او مفاوضة لاجراء شركة الملك . قال في رد المحتار : اما شريك الملك ، فانه اذا تعدى ثم ازال التعدى ، لا يزول الضمان ، كما

هو ظاهر ، لما تقرر انه اجنبي في حصة شريكه . فلو اعمار دابة الشركة تعدياً ثم ازال التعدي ، يعني بأرجاعها ليده ، لا يزول الضمان . ولو كانت في نوبته علي وجه الحفظ فلعدى ثم ازاله ، يزول الضمان . وهي واقعة الفتوى ، سئلت عنها فأجبت بما ذكرته وان لم ارها في كلامهم ، للعلم بها مما ذكر ، اذ هو مودع في هذه الحالة . واما استعمالها بلا اذن الشريك ، فهي مسألة مقررة مشهورة عندم بالضمان ، وبصير غاصباً (رملي على النخ)

المسئلة الثالثة : ان تعين فعل ما لا يرضى به المودع طريقاً لحفظ الوديعة ، كالو كانت الوديعة في داره فاحاط بها الحريق او في سفينة فتخبطت السفينة حتى خيف الفرق او كانت معه في طريق واحاط به اللصوص المكابرون (ذكره سيف حاشية الثلبي) فإنه يتعين عليه حينئذ نقل الوديعة الى محل آخر كدار جاره او الى سفينة اخرى او تسليمها لاجنبي ليحفظها . حتى لو هلكت بعد ذلك ، لا ضمان عليه ، لعدم تعديته ، حيث تعين ذلك حفظاً للوديعة ، كما في التنوير والكتز وشروحا . ولو لم يفعل ذلك مع قدرته عليه حتى احترقت الوديعة او غرقت او اخذها اللصوص ، ضمنها . ففي الهندية ما نصه : وقع الحريق في بيت المودع فترك الوديعة مع امكان الدفع الى غيره او النقل الى مكان آخر حتى احترقت ، بضمن . كذا في التمرناشي اه ونقل مثله في تكملة رد المحتار عن التارخانية ، وقال : ومثله في الحاوي وجامع الفتاوي . فما نقله في التكملة (ط) عن المجتبى من ان «الظاهر من قولهم انه لا بضمن بالدفع لاجنبي في ذلك الوقت ، انه لا يجب عليه التسليم ولا النقل ، حتى لو تركها في داره فاحترقت لا بضمن » لا بانفت اليه لمخالفته المنقول .

وقيدنا كون الدفع لاجنبي ونحوه بأن تعين طريقاً للحفظ ، لما في البحر والزبلي : لو امكنه ان يحفظها في وقت الحرق والفرق ببياله فدفعها لاجنبي ، ضمن . وكذا لو لم يكن الحريق محيطاً بداره ، بضمن بالدفع للاجنبي ، لانه لا يخاف عليها حينئذ اه وكذا لو القاهما في سفينة اخرى وهلكت قبل ان تستقر فيها بأن وقعت في البحر ابتداءً او بالتدريج ، بضمن ، لان الانلاف حصل بفعله (كذا في الزبلي) وفي الهندية عن الملتقط : واذا دفع المودع عند موته الوديعة الى جاره له وليس محضره عند الوفاة احد عن في عياله ، فلا ضمان عليه اه .

وفي التكملة عن نور العين : ذكر محمد في حريق وقع في دار المودع فدفعها الى اجنبي ، لم يضمن . فلو خرج من ذلك ولم يستردها ، ضمن ، كما لو دفعها الى امرأته ثم طلقها ومضت عدتها . فلو لم يستردها ضمن ، اذ يجب عليه الاسترداد ، ولان الابداع عقد غير لازم ، فكان لبقائه حكم الابداء . وقال قاضي خان : لا يضمن ، اذ المودع انما يضمن بالدفع ، وحين دفع كان غير مضمون عليه ، فلا يضمن بعده اه .

وفي رد المحتار عن جواهر الفتاوى : واذا دفع الوديعة لآخر للمدبر ، فلم يسترد عقب زواله فهلكت عند الثاني ، لا يضمن ، لان المودع يضمن بالدفع . ولما لم يضمن به للمدبر ، لا يضمن بالترك . يدل عليه لو سلمها الى عيال موتر كما عندم ، لا يضمن للاذن . وكذا الدفع هنا مأذون فيه اه .

اقول : اذا كانت مسألة الضمان عند عدم الاسترداد من زوجته التي طلقها متفقاً عليها ، فقياس مسألة عدم استردادها من الاجنبي عليها اظهر من قياسها على مسألة تسليمها لمن في عياله ، لأن من في عياله كما هو مأذون بالتسليم اليه مأذون بحفظها عنده دائماً ، كما تقدم ، سواء كان لضرورة او لا ، بخلاف المقيس . وقد ذكر في الهندية عن المحيط ما ملخصه انه لو خرج السراق على المودع فدفن الوديعة خوفاً عليها ثم ذهب السراق ثم حضر فلم يجد المدفون ، فالجواب فيها على التفصيل : ان ذهب السراق اولاً وتمكن المودع من رفع الوديعة فلم يرفعها وترك ثمة مع الامكان ، فهو ضامن . واما اذا مكث السراق ثمة ولم يمكن القرار ثمة لخوفه فذهب ثم جاء فلم يجد ، فهو على وجهين : ان جاء على قدر ما امكنه وزال الخوف فلم يجد ، لا يكون ضامناً وان اخر مع الامكان كان ضامناً اه .

وهذا هو الذي ذكره في نور العين اولاً فانه مع كون الدفن مأذوناً فيه لو تمكن من رفعه عقب الدفن فلم يفعل ، يضمن . تأمل . والحاصل ان المسئلة خلافية .

تنبیه

لو ادعى المودع دفعها للحجار او نقلها لسفينة اخرى عند خوف الحرق والفرق ، فان كذبه صاحبها في وقوع الحرق او الفرق وكان ذلك غير معلوم الوقوع ،

كلف لاثباته بالبينة ولا يقبل قوله في ذلك ، لأن تسليم الوديعة الى غيره يوجب الضمان ، ودعوى الضرورة دعوى مسقط ، فلا يقبل الا ببينة - كما اذا ادعى الأذن بالايداع (هذا ما صرح به في الهداية والزيلعي) فان اثبت ذلك بالبينة او كان الحرق في داره والفرق في السفينة معلوم الوقوع وقد كذبه بالتسليم والنقل ، كانت القول قوله ، اي المودع ، في ذلك مع يمينه ، كما في حاشية ابي السعود . وهذا ما صرح به في التنوير تبعاً للخلاصة .

وعبارة التنوير مع شرحه الدر : فان ادعاه اي الدفع لجاره او فلك آخر ، صدق ان علم وقوعه ، اي الحرق ، بينه ، اي بدار المودع والا يعلم وقوع الحرق في دارة ، لا يصدق الا ببينة اه اي = على الحرق او الفرق ، حيث كان غير معلوم الوقوع . هكذا قرر ابو السعود .

ووجه ظاهر ، وهو ان المودع (بالكسر) عند تحقق الحرق او الفرق بالبينة او بكونه معلوم الوقوع ، يدعى وجوب الضمان بعدم الدفع او النقل ، والمودع (بالفتح) ينكره ، كما لا يخفى . وبما قررناه نعلم انه لا مخالفة اصلاً بين ما في الهداية والزيلعي ، وبين ما في التنوير تبعاً للخلاصة ، الموافق لما نقله الطحطاوي عن الذخيرة ، معزباً للمنتقى . هكذا ينبغي تقرير هذا الحل .

المادة ٧٨٨ - * خلط الوديعة بمال آخر بحيث لا يمكن تمييزها
وتفر بقها عنه بدون اذن المودع بعد تعدياً : بناء عليه لو خلط المستودع دنائير الوديعة بدنائير له او دنائير وديعة عنده لاخر متماثلة بلا اذن فضاعت او سرفت لزمه الضمان . وكذا لو خلطها غير المستودع على الوجه المشروح ضمن الخالط *

المراد بعدم امكان التمييز عدمه على وجه التيسير ، لا عدم امكانه مطلقاً ، كما في البحر . فيدخل فيه مثل خلط الحنطة بالشعير . واحترز به عما يمكنه تمييزه على

وجه التبشير ، كخلط الجوز باللوز والدرام السود بالدرام البيض والذهب بالفضة ،
فهذا لا يقطع حق المالك بالأجماع . ولو هلك قبل التمييز ، هلك امانة ، كما لو هلك
قبل الخلط ، كما في الهندية .

قلت : ومنه خط الليرة العثمانية بالليرة الانكليزية او الفرنسية في زماننا ، كما
هو ظاهر .

واطلاق الخلط عند عدم امكان التمييز ، يشمل خلط الجنس بجنسه بطريق المجاورة ،
كالخطة بالخطة وبطريق الم زجة ، كالسمن بالسمن . و خلط الجنس بخلاف
جنسه بطريق المجاورة ، كالخطة بالشعير ، وبطريق المازجة ، كاخلط بالسل ،
فينقطع حق المالك في الصور الاربعة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، لانه بالخلط
صار مستهلكاً متعدباً ، اذ لا يمكنه الوصول الى عين حقه بسبب فعله ، فيجب عليه
الضمان ، ويملك الخاط المخلوط ، ولا نسبيل للمودع في المخلوط .

وقالا : ان كان الخلط بخلاف الجنس ، سواء كان بطريق المجاورة كالخطة
بالشعير ، او بالمازجة كاخلط بالسل ، فالحكم كما قال ابو حنيفة ، على ما هو الصحيح
من الروايات .

وان كان الخلط بالجنس ، فإن كان بطريق المجاورة كالخطة بالخطة ، فقد
اتفقوا ان المالك مخير : ان شاء شاركه في المخلوط وان شاء ضمنه ، لانه لا يمكنه
الوصول الى عين حقه صورة ، وامكنه معنى بالقسمة ، فكان استهلاكاً من وجه
دون وجه ، فيميل الى ايها شاء .

وان كان بطريق المازجة كالسمن بالسمن ، فعند محمد الحكم كذلك ، يعني
ان المالك مخير بين المشاركة او التضمن . وقال ابو يوسف يجعل الإقل تابعاً
للاكثر ، اعتباراً للغالب اجزاء .

ولو خلط الفضة بالفضة بعد الاذابة ، صار من المايعات ، لانه ما به حقيقة عند
الخلط ، فيكون على الخلاف المذكور .

واتفقوا انه لا يباح للخاط التناول قبل اداء الضمان .

والظاهر ان الضمان لو ضاعت او سرقت بعد الخلط ، متفق عليه ايضا ، اما في
صورتها بالخلط بخلاف الجنس ، فظاهر ، لانه فهم ان الخلط استهلاك محض فيها .

واما في صورتي الخلط بالجنس ، فلكون الخلط استعمالاً من وجهه عندهما ايضاً ، ويجوز .
وثمره الخلاف تظهر فيما لو ابرأ المودع الخالط ، فعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى
لا يبقى له على المخلوط سبيل ، لان حقه في الدين لا غير ، وقد سقط بايرائه .
وعندهما بالابراء ، يتقطع خيرة الضمان ، فتتمين الشركة في المخلوط (اهـ) ملخصاً من
الزيلعي وشرح مسكين مع حاشيته والهندية) وظاهر اطلاق المتون ترجيح قول
ابي حنيفة . ولو كان عنده حنطة وشعير لواحد فخلطها ، ضمنها كما في الهندية عن
التارخانية . ولو كان الخالط غير المودع ، سواء كان احد من في عياله كزوجته
وابنه ، او اجنبياً فلا ضمان على المودع ، وانما على الخالط ، ولو كان صغيراً ، ولا
يضمن ابوه ، لانه من التمدني على اموال الناس ، كما لو كسر زجاجة الغير فان
الضمان عليه (افاده في الدر وحواشيه)

ولو خلط الغير مال الوديعة بمال المستودع ، فلا سبيل للمودع والمستودع على
المعين ، وبضمنان الخالط عند ابي حنيفة . وقال ابو يوسف ومحمد : ان شا آضمننا
الخالط ، وان شا آخذنا المعين وكانا شريكين ، سواء كان الخالط صغيراً او كبيراً
(افاده في الهندية موزياً للسراج)

هذا ونقل في المنع عن المجتبي ، واقره ، ما نصه : ولو صب الردي على جيد ،
يضمن مثل الجيد ، لانه تميب . وفي عكسه كان شريكاً ، لان الردي لا يجيب
بالجيد اهـ وذكره في الدر واقره .

قال الطحطاوي : ولعل ذلك في غير الوديعة ، او قول مقابل لما سبق من ان
الخالط في الوديعة يوجب الضمان مطلقاً ، اذا كان لا يتميز اهـ .

اقول : ويمكن ان يكون هذا تقييداً لاطلاق قول ابي حنيفة بالضمان ، يعني
ان قوله بالضمان انما هو اذا كانت الوديعة مثل المخلوط بها او اجيد . اما لو كانت
الوديعة اردأ من المخلوط ، فلا ، بل يكون المالك شريكاً للخالط فيها ، لان
فعل ما هو الاصلح للمالك ، لا يكون تعدياً . وكان هذا التقييد هو المعنى بقول
(ط) انه قول مقابل لما سبق ، فليتأمل . واما ما ذكره في تكملة رد المحتار من ان
ما في المجتبي مفرع على قول الامامين بأن الخلط بسبب الشركة ، فلا معنى له ، لانها
انما يشان له الخيار بين التضمنين وبين الاشتراك ، فلا فرق بعد هذا بين ان تكون

الوديعة اردأ او اجيد ، كما لا يخفى

﴿ ن ت م ﴾

افاد في رد المختار ان المتولي لو خلط مال الوقف بماله ، لا يضمن . وكذا القاضي لو خلط مال صبي بماله وكذا الوصي والاب لو خلط مال الصبي بهما وكذا السمسار لو خلط مال رجل بمال رجل آخر ، ولو بماله ، ضمن اه ملخصاً .

المادة ٧٨٩ - ﴿ اذا خلط المستودع الوديعة بأذن صاحبها على الوجه الذي ذكره في المادة السابقة او اختلطت مع مال آخر بدون صنعه بحيث لا يمكن تفريق احد المالين عن الآخر مثلاً اذا تهرى الكيس الذي فيه دنائير الوديعة داخل صندوق فيه دنائير آخر للمستودع مماثلة لها فاختلط المالا ان اشترك صاحب الوديعة والمستودع بمجموع الدنائير كل منهما على قدر حصته . وبهذه الصورة اذا هلك او ضاعت بلا نعد ولا تقصير لا يلزم الضمان ﴾

بني وكانت الشركة شركة ملك . وعدم الضمان لعدم الصنع منه فان هلك بعضها ملك من مالها جميعاً ويقسم الباقي بينهما على قدر ما كان لكل واحد منها ، كالمال المشترك (كذافي البحر) وهذا اتفاق كما في الملتقى والدرر

قال في الهندية : فاذا كان لاحدهما الف وللآخر الفان يقسم الباقي بينهما اثلاثاً . وان كان مال احدهما درام صحاحاً جياداً وفيها بعض الردي ، ودرام الآخر صحاحاً رديتاً وفيها بعض الجياد ، تنبت الشركة بين المالين .

ثم كيف يقسمان ؟ - ان تصادقا ان ثلثي مال احدهما جياد وثلثه ردي ، وثلثي مال الآخر ردي وثلثه جيد ، يقسمان الجياد من المال المختلط اثلاثاً ، والردي اثلاثاً على قدر ما كان لكل واحد منهما . وان لم تصادقا ، ان كان لا يعرف وادعى كل واحد منهما ان ثلثي ماله جياد وثلثه ردي ، وثلثي مال الآخر

ردي، وثلكه جيد ، بأخذ كل واحد منها ثلث الجياد ، لانها انفعا على انه كانت لكل واحد منها ثلث الجياد ، فبأخذان ذلك - واختلفا في الثلث الآخر فادعاه كل واحد منها لنفسه وذلك الثلث في ايديها ففي يد كل واحد منها نصف هذا الثلث ، وهو سدس الكل ، فيكون القول قول كل واحد منها في ما في يده ، ويحلف كل منها على دعوى صاحبه . فان حلفا برئاعن الدعوى وترك المال في ايديها كما كان . وان نكلا ، قضي لكل واحد منها بنصف الثلث ، وهو سدس الكل الذي في يد صاحبه . وكذلك ان قامت لها جميعاً البينة ، فان حلف احدهما ونكل الآخر ، برأ الحالف ويرد التاكل نصف الثلث ، وهو سدس الكل الذي في يده الى صاحبه . وهو (كذا في غاية البيان)

ثم قال . كان المخلوطان احدهما حنطة والآخر شعيراً ، فان لما ان يتفقا على شيء . فان لم يتفقا على شيء . يقوم المخلوط وضرب صاحب الحنطة بقيمة الحنطة مخلوطاً بالشعير ، وضرب صاحب الشعير بقيمة الشعير غير مخلوط بالحنطة (كذا في الجامع) هكذا في نسختي . ولعل الصواب ان تضرب الحنطة غير مخلوط بالشعير ايضاً ، فاذا نوم المخلوطان بما تبين ، وقومت حنطة غير مخلوط بالشعير ايضاً بمائة وخمسين ، وقوم الشعير كذلك بخمسين ، فصاحب الحنطة يأخذ ثلاثة ارباع المخلطين ، وصاحب الشعير يأخذ الربع . هذا ما ظهر لي ، والا فالعبارة مشكلة . تأمل .

ثم اعلم انه هكذا سوى في متن التنوير بين الخلط بأذن المودع وبين الاختلاط بلا صنع ، فقال : وكذا لو خلطها المودع بماله بغير اذن بحيث لا تتميز ، ضمنها . وان باذنه ، اشتركا ، كما لو احلظ بغير صنعه اه واقره شارحه اللاتني ، ولم يعزه في المنع الى احد ، وسبقه الى ذلك شيخه صاحب البحر فقال : وان خلطها باذنه كان شريكاً له اه ولم يعزه ايضاً . وتبهم الداماد في شرح الملتقى بلا عزو . لكن يخالفه . ما في الهندية ، حيث قال ، بعد ان ذكر حكم الخلط كما قدمناه في شرح المادة السابقة ، ما نصه : وهذا اذا خلط الدرهم بغير اذن . فأما اذا خلطها باذنه ، فنجواب ابى حنيفة رحمه الله تعالى لا يختلف ، بل ينقطع حق المالك بكل حال . وعن ابى يوسف انه جعل الاقل تابعاً للاكثر . وقال محمد رحمه

الله تعالى : يشاركه في كل حال . كذلك ابو يوسف في كل مانع خلطه بجنسه ،
يعتبر الاكثر وابو حنيفة يقول بانقطاع حق المالك في الكل ، ومحمد بالشركة في
الكل كذا في الكافي اه . ومثله في الفصل الاول في حفظ الوديعة من الخلاصة . ويؤيد
هذا ان جميع المتون كالقدوري والكز والوقاية والهداية والملتقى والدرر اطلقت
الخلط الموجب للضمان وانقطاع حق المالك ، ولم تقيد به بكونه بغير اذن . ولم يذكروا
حكم الاشتراك الا عند الاختلاط بغير صنع المودع .

والحاصل ان عبارتي الخلاصة والكافي على ما في المندبة صريحتان في ان
الاذن بالخلط لا يؤثر شيئاً على قول ابي حنيفة ، وفي ان الخليط باذن وبلا اذن
سواء من حيث انه ينقطع به حق المالك . نعم يؤثر في اسقاط الخبرة . وتعين الاشتراك
على قول محمد وما في التنوير . تبعاً للبحر ، يخالفه ، ولم ار في شيء من الشروح والفتاوى
ما يؤيد ما في التنوير . بل اطلاق المتون يؤيد الاول كما علمت . ويمكن
ان يقال ان صاحب التنوير تبعاً لشيوخه صاحب البحر قد اختار قول محمد في صورة
ما اذا كان الخلط باذن المالك ، فقرنه في متنه بالذكر مع مسألة المتون ، وهي انما
يشتركان اذا كان الاختلاط بلا صنع . لكن هذا مخالف لعامة المتون ولم نر
احداً صرح بترجيح قول محمد ، لا عند الاذن بالخلط ولا عند عدمه . وانما
المتون قاطبة على قول الامام على ان مسألة المتون المذكورة اجماعية كما صرح
به في متن الملتنقى وفي الدرر ايضاً ، فليتنبه وليتأمل عند الفتوى . ومن العجب اني
لم ار من نبت على ما ذكرته من محشي الدرر او خلاصهم ، والله اعلم .

المادة ٧٩٠ - * ليس للمستودع ابداع الوديعة عند آخر بدون
اذن . وان اودعها فملك صار ضامناً ثم اذا كان هلاكها عند
المستودع الثاني بتقصير او تعدد منه فالودع مخير ان شاء ضمنها
للمستودع الاول وان شاء ضمنها للثاني فاذا ضمنها للمستودع الاول
يرجع على الثاني بما ضمنه *

المراد بالأخر من لم يكن من امناه المستودع كالذي هو من عياله وو كيله
وشريكه ومضاربه ، كما تقدم في شرح المادة (٧٨٠) فلتراجع .
وقد افادت هذه المادة منطوقاً ومفهوماً ان المستودع اذا اودع الودبعة عند
اجنبي يكون متمدياً ، فاذا هلكت عند المستودع الثاني بلا تعد ولا تقصير
يكون هو الضامن لها ، لتمديه بالايداع ، دون الثاني . لأنه اخذ المال من امين
ولم يتعد بالحفظ . وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، وعليه المتون . وقال :
له ان يضمن ايها شاء ، لأن الاول تعدى بالتسليم الى الثاني بلا اذن المالك ،
والثاني تعدى بالقبض بلا اذنه ، فيميل المالك الى ايها شاء . فان ضمن الاول ،
لم يرجع على الثاني . وان ضمن الثاني ، رجع على الاول ، لأنه مفرور عامل له .
ولا يبي حنيفة ان الاول لا يضمن بالدفع الى الثاني ما لم يفارقه ، لان حفظه لا
يفوت ما دام في مجلسه . والمالك انما رضي بحفظه ورأه لا بصورة يده ، بدليل
انها لو هلكت قبل ان يفارقه ، لا يضمن واحد منهما بالاجماع . فاذا فارق الاول
الثاني ، ضمن ، لانه صار مضيقاً بالفارقة ، والثاني امين استمر على الحالة الاولى
ولم يوجد منه تعد ولم يكن متمدياً في الابتداء بالقبض ، فلا يتقلب متمدياً من
غير احداث فعل (افاده الزبلي)

وهذا بخلاف مودع الغاصب ، فان للمالك ان يضمن ايّ شاء اجماعاً ، لأن
قبضه وقع تعدياً من الابتداء . ومثله غاصب الغاصب والمشتري من الغاصب .
ثم ان مودع الغاصب ان لم يعلم ان من اودعه غاصب فضمن ، رجع على
الغاصب قولاً واحداً . وان علم ، فكذلك ، على ما استظهره في الدر ومجمع الانهر
تبعاً للدر . وكذا استظهره الزبلي وحزم به في البحر ، خلافاً لما حكاه ابو اليسر .
واقصر عليه في شرح مسكين على الكنز واستظهره القمستاني والباقاني والبرجندي
وغيرهم كما في حاشية ابي السعود عليه . وذكر في الدر عن المجتبي ما نصه : وعن
محمد اصاب الودبعة شيء فأمس المودع رجلاً ليعالجها فعطبت من ذلك ، فلربها تضمين
من شاء . لكن ان ضمن المعالج رجع على الاول ان لم يعلم انها لغيره ، والا لم
يرجع امر ومثله في المندية .

فقد جعل العلم بانها لبست للدافع مانعاً للرجوع عليه ، وهو مخالف لما في

في جامع الفصولين ، حيث قال رامزاً للذخيرة : مرضت دابة الوديعه فأمر المودع انساناً فجالها ، ضمن المالك ايها شاء . فلو ضمن المودع ، لا يرجع على المعالج . ولو ضمن المعالج ، رجع على المودع ، علم انها للغير او لا ، الا ان قال المودع لبست لي ولم أوامر بذلك ، فينشد لا يرجع اه .

قال في التكملة ، ومثله في نور العين رامزاً للاستروشنية وبمجموع النوازل : فإنه جعل المانع من الرجوع هو ان يقول له الدافع انها لبست لي ولم أوامر بذلك ، لا مجرد العلم بأنها للغير ، اللهم الا ان يوفق بأن العلم المانع من الرجوع ، على ما سبقه الدر والهندية ، هو العلم المستفاد من قول الدافع هي لبست لي ولم أوامر بذلك ، لا مطلق العلم - ووجهه انه لو لم يقل له ذلك لا اعتذر المعالج بأني ظننت بأنك مأمور بالدفع للمعالجة .

والظاهر ان هذه المسئلة بخلاف المسئلة السابقة ، وهي ما لو ضمن المالك مودع الغاصب ، فإن مجرد العلم بأنه غاصب ، يمنع من الرجوع على ما حكاه ابو اليسر واعتمده القهستاني وغيره ، اذ لا يتصور حال كونه غاصباً ان يكون مأموراً بالدفع للمعالجة . وعلى ما جزم به في البحر والزبلي والدر والدرر نه الرجوع مطلقاً وان علم . وكان هذا ناظر لكون مودع الغاصب عاملاً للغاصب ولم يصدر منه تعدد او تقصير ، فليأمل .

ونقل في التكملة عن شرح الزبادة ما يؤيد هذا ، فليراجع .

ثم ان ما تقدم ، فيما اذا هلكت الوديعه بلا تعدد ولا تقصير فان تعدى عليه الثاني او قصر ، فالمودع مخير اجمالاً : ان شاء ضمنها المستودع الأول ، وان شاء الثاني . فإن ضمن الاول ، رجع الاول على الثاني . وان ضمن الثاني ، لا يرجع .

ثم ما تقدم من ان ابداع المستودع تعدد على الوديعه ، اتفاقاً لو كان الابداع قصدياً ، اما لو كان ضمنياً ، ففيه خلاف ، لما تقدم عن جامع الفصولين من انه لو دخل الحمام ووضع درام الوديعه مع ثيابه بين يدي الثيابي ثم ضاعت بلا تعدد ولا تقصير ، قيل بضمن ، لانه ابداع المودع ، وعزاه الى الذخيرة . وقيل لا بضمن لانه ابداع ضمنى ، وانما بضمن بابداع قصدي . اه ملخصاً

وفي الدر : لو قال المالك هلكت عند الثاني ، وقال بل ردها علي وهلك

عندي ، لم يصدق . وفي النصب منه يصدق ، لانه امين (مراجبة) - يعني اذا غصبت من الوديع فادعي الوديع الرد ، يصدق اذ لم يفعل الوديع ما يوجب الضمان ، فهو على ما كان امين عند الرد وقبله وبعده ، بخلاف دفعه للاجنبي ، لانه موجب للضمان اه اي فهو يدعواه الرجوع الى الوفاق والملاك عنده يدعي مستقلاً للضمان ، فلا يصدق الا بيته . وقد قدمنا هذا .

* فرع *

دفع الى رجل الف درم وقال ادفعها الى فلان بالري فمات الدافع فدفع المودع المال الى رجل ليدفعه الى فلان بالري فأخذ في الطريق ، لا يضمن المودع ، لانه وصي المبت . فلو كان الدافع حياً ضمن المودع ، لانه وكيل - الا ان يكون الآخر في عباله ، فلا يضمن حينئذ (خانية كذا في رد المختار)

المادة ٧٩١ = * اذا اودع المستودع الاول الوديعه عند آخر بأذن المودع خرج المستودع الاول من العهده وصار الثاني مستودعاً *

عبارة الهندية عن الخلاصة : ولو دفع المودع الوديعه الى آخر بأذن المالك او بغير اذنه فأجاز المالك ، خرج المودع من البين اه كأنه دفع الى المالك (فصولين)

المادة ٧٩٢ = * كما انه يسوغ للمستودع استعمال الوديعه بأذن صاحبها فله ان يوجرها او يعيرها لآخر وان يرهنها ايضاً . واما لو آجرها او اعارها لآخر او رهنها بدون اذن صاحبها فهلكت او نقصت قيمتها في يد المستأجر او المستعير او المرتهن ضمن *

اي ضمن القيمة فيما اذا هلكت ، والنقصان فيما اذا نقصت ، لما في البحر :

والوديعة لا تؤدع ولا تعار ولا تؤجر ولا تؤمن ، وان فعل منها شيئاً لعين اه
والضمير في ضمن عائد للمودع ، كما هو الظاهر .

وانظر هل يجري هنا خلاف الامامين المار في ابداع الوديعة ، فيكون
مخيراً على قولها بين تضمين المودع ولا رجوع له على احد ، وبين تضمين المتأجر
او المستعير او المرتهن وللأولين الرجوع على المودع بما ضمناه ، ولثالث الرجوع
بما زاد على قدر الدين من قيمة الرهن ؟ - الظاهر نعم ، لأن المتأجر والمستعار
والمرهون امانة في ايديهم ، فكان كل منهم كودع المودع ، وليراجع ثم لو
كان الأيجار او الاعارة او الرهن بأذن المالك ، وقد تعدى احد هؤلاء على الوديعة
حتى ملكت ، فالضمان على التمدي فقط ، وهو ظاهر ، لأن المودع قد دفع له
الوديعة بأذن المالك ، فخرج من البين كما تقدم في المادة السابقة . ولا تنس ما تقدم
في المادة (٧٨٦) من ان الممتدع ايجار الوديعة بأذن القاضي اذا كانت تخرج
للفتحة وصاحبها غائب .

المادة ٧٩٣ - * اذا اقرض المستودع دراهم الوديعة لآخر بلا
اذن ولم يجز صاحبها ضمنها المستودع . وكذا لو ادى المستودع دين
المودع الذي بذمته لآخر من الدراهم المودنة التي بيده فلم يرض المودع
ضمنها ايضاً *

وان كان الدين من جنس الوديعة . وقيل لا يضمن ، وهو المختار عند البعض
(هندية عن خزائن المفتين)

نعم لو كان الوديع كفيلاً بدنه المذكور بشرط ابطائه من مال الوديعة
وكانت الكفالة بأذن المالك والدين من جنس مال الوديعة ، وجب عليه الابناء
من مال الوديعة ، ولا ضمان عليه كما قدمناه في شرح المادة (٦٥٠) فليراجع .
وفي اواخر الرابع والعشرين من جامع الفصولين : ولو اقرض مال غيره فأجازه

وبه يكون المقرض رب المال . وان لم يميز وضمن القابض ، يراى الدافع . ولو ضمن الدافع ، ملك ما دفع بضمانه .
والمضارب لا يملك اقراض مال المضاربة ما لم يصرح له فيه ، ولو اقرضه ثم اجاز رب المال ، يصح لو قائما وقت الاجازة ، والا فلا اه

* فرع *

رجل اودع عند انسان الف درهم ، ثم ان صاحب الودبعة اقترض الودبعة من الذي في يده ، قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى : لا يخرج الألف من الودبعة حتى يصير في يد المستودع ، حتى لو هلك قبل ان تصل الى يده ، لا يضمن . وكذلك في كل ما كان اصله امانة . وكذلك لو قال المودع لصاحبها ائذن لي ان اشترى بالودبعة شيئا او ابيع ، لأنه موثمن خائبة .

المادة ٢٩٤ = * يلزم رد الودبعة الى صاحبها اذا طلبها وموثنة الرد والتسليم اي مصاريفها وكلفتها عائدة على المودع . واذا طلبها المودع فلم يسلمها له المستودع وهلكت او ضاعت ضمنها المستودع . لكن اذا كان عدم تسليمها وقت الطلب ناشئا عن عذر . كأن تكون حينئذ في محل بيع ثم هلكت او ضاعت لا يلزم الضمان *

تقييد كون الذي يلزم الرد اليه هو صاحبها ، فيه اشارة الى انه لو وضعها في منزل صاحبها او دفعها الى ابنه او الى احد من في عياله فضاقت ، يضمن . قال المتأخرون ، وعليه الفتوى : كذا في الهندية . اما لو ردها الى من صاحبها في عياله ، يعني الى من يعول صاحبها ، فلا يضمن ، كما قدمناه في شرح المادة (٧٨٠) عن جامع الفصولين .

وقدمنا هناك عن محبيه الرمل وجه الفرق ، وهو ان المودع بالكسر اذا كان في عيال شخص ، فهو وما في يده في يد ذلك الشخص - بخلاف الدفع الى

شخص هو في عيال المودع ، لعدم ذلك اه .
وذكر كون مونة الرد والتسليم عائدة على المودع هنا فيه اشارة الى ان
الوديعة لو كانت مما يحتاج ردها الى كلفة الحمل فطلب صاحبها حملها اليه فامتنع ثم
هلكت ، لا بضمن ، لانه لا يلزمه سوى التحلية ، صرح به في الدر وحواشيه .
وتقييد الطلب الموجب للضمان عند المنع بكونه من المودع يشير الى انه لو
كان الطلب من غيره كوكيله او رسوله فامتنع عن التسليم له ثم هلكت ، لا
بضمن ، وهو المذكور في التجنيس . قال الطحطاوي ، ونقله القهستاني عن
المضمرات ، ونقل في البحر عن الخلاصة ، ان عدم الضمان بالامتناع عن الدفع
الى الرسول هو ظاهر الرواية . اما اذا منعها عن الوكيل ، فقد ذكر في الحامدية
انه بضمن ، وعزاه الى كثير من المتبررات ، وهو الذي اختاره صاحب المنع وتبعه
العلائي في شرحه على التنوير والملقى ، خلافا لما تقدم عن التجنيس والمضمرات .
والظاهر ما نقله في المصول العمادية عن القاضي ظهير ، كما في حاشية ابن عابدين
على البحر معزبا للرملبي .

واقصر هذه المادة تبعا لعامة المتون على ذكر الضمان عند منعها عن صاحبها
والسكوت عن خلافه ، قد يدل على اعتماد ما في التجنيس .

ونقل في التكملة عن التارخانية تفصيلا في الوكيل ، فقال ان المودع انما بضمن
بالمنع عن الوكيل اذا كان توكيله ثابتا بالمعينة او بالينة . اما اذا كان بتصدق
المودع ، فانه لا بضمن . وكذا لو كذبه بالاولى اه .

وبه يد هذا ما ذكره في باب الوكالة بالخصومة : قال : اني وكييل بقبض
الوديعة ، فصدقه المودع ، لم يؤمر بالدفع اليه على المشهور اه .

وفي الخلاصة : المالك اذا طلب الوديعة فقال المودع لا يمكنني ان احضرها
فتركها وذهب ، ان تركها عن رضا فهلكت ، لا بضمن ، لانه لما ذهب فقد انشأ
الوديعة . وان كانت عن غير رضا ، بضمن . ولو كان الذي طلب الوديعة وكييل
المالك ، بضمن ، لانه ليس له انشاء الوديعة - بخلاف المالك اه قال في البحر :
و ينبغي ان يكون محل هذا التفصيل ما اذا كان المودع يمكنه التسليم وكان كاذبا
في قوله لا اقدر على التسليم الآن . اما اذا كان صادقا ، فلا بضمن مطلقا ، لما

فلما من ان شرط الضمان ان يكون قادراً على التسليم اه .
وذكر ابن عابدين في حاشيته عليه ، قال الرهلي : وهذا ، اي ما تقدم عن
الخلاصة ، صريح في انه بضمن بعدم الدفع الى وكيل المالك ، كما لا يخفى .
وظاهر ما نقله في الفصول العمادية ممزناً الى القاضي ظهير انه لا بضمن ، كما هو
منقول عن التجنيس ، فهو مخالف لما في الخلاصة . وينراه في التوفيق بين القولين
بأن يحمل ما في الخلاصة على ما اذا قصد الوكيل انشاء الوديعة عند المودع بعد
منعه ليدفع له في وقت آخر ، لانه ليس له انشاء الابداع وما في فتاوي القاضي
ظهير والتجنيس على ما اذا منع ليؤدي الى المودع بنفسه بان قال له لا ادفع الا
للذي جاء بها ، كما هو في عبارة الظهيرية فانه استبقاه للابداع لا انشاء ابداع اه
اقول : والحاصل من هذا كله ان المودع اذا منع الوديعة بعد الطلب ، ان
كان منعه لعدم قدرته على التسليم لبعدها عنه ونحوه ، لا بضمن ، سواء كان الطالب
هو المالك او وكيله او رسوله ، وسواء رضي الطالب بتركها عنده او لا . وان
كان قادراً على التسليم ، والطالب هو المالك وقد تركها وذهب راضياً ، لا بضمن ،
لان انشاء ابداع وان كان الطالب هو الوكيل ، فان كان التوكيل ثابتاً بتصديق
المودع ، لا بضمن . وكذا لو كذبه بالاولى . وان كان ثابتاً بالمعينة او
بالينة ، فان كان امتنع عن التسليم ليدفع له في وقت آخر ، بضمن ، لانه ليس
له نشاء الابداع . وان كان امتنع ليؤدي الى المودع بنفسه بأن قال لا ادفع
الا للذي جاء بها ، لا بضمن ، لان هذا استبقاه للابداع لا انشاء ابداع .
وهذا بخلاف المنع عن الرسول . فان ظاهر الرواية انه لا يوجب الضمان مطلقاً .
هذا غاية ما تخور لي من عباراتهم . واما التفرقة بين الوكيل والرسول
من حيث ان الرسول ينطق على لسان المرسل ولا كذلك الوكيل ، توفيقاً بين ما
في الفصول العمادية عن الظهيرية من ان المودع بضمن اذا منع عن رسول المودع
قائلاً لا ادفع الا للذي جاء بها ، وبتناذ كروه في باب الوكالة بالخصومة من ان
المودع لو صدق من ادعى انه وكيل بقض الوديعة لا يومر بالدفع له ، فليس
بشيء ، لما علمت ان ظاهر الرواية عدم الضمان بالمنع عن الرسول مطلقاً . فكل من
الفرع المذكور يقول عن الظهيرية والتفرقة بينهما ، مبني على خلاف ظاهر الرواية ،

كما في تنقيح الحامدية معزياً لنور العين ، فانهم .
وقد صرح بأن الفرع المذكور مبني على خلاف المذهب في الهندية عن الوجيز ،
فقال : رسول المودع طلبها فقال لا ادفع الا الى الذي جاء بها فدرقت ، بضمن
عند الثاني . وفي ظاهر المذهب لا بضمن اه .

واطلاق المذر في هذه المادة مع الاتيان بكاف التشبيه ، فيه اشارة الى
عدم حصر المذر فيما ذكر من كون الوديعة في محل بعيد ، فيشمل ما لو كان
المذر حسيماً كأن لا يستطيع الوصول الى محل الوديعة ، او معنوياً كأن كان خاف
على نفسه من ظالم ان يقتله او دائن ان يجهده وهو غير قادر على الوفاء ، او كانت
امرأة وخافت من فاسق ، او خاف على ماله بان كان مدفوناً معها فاذا ظهر اغتصبه
غاصب ، او كان المالك ظالماً فطلب الوديعة ليظلم بها بان كان سيفاً فعلم او شك
ان طلبه ليقتل به رجلاً بغير حق ، او كانت كتاباً فيه اقرار المودع بالغير او
قبض دينه من الغير ، فله عند وجود عذر من هذه الاعذار ان يمنع الوديعة من
مالكها ، ولا يكون ظالماً بمنها حينئذ ، حتى لو هالكت الوديعة بعد ذلك
الطلب لا بضمنها ، كما في الدرر وحواشيه وغيرها .

❀ فرع ❀

في جامع الفصولين قال رب الوديعة مرراً للمودع : من اخبرك بعلامة
كذا فادفع اليه ، فآخبره رجل بتلك العلامة فلم يصدقه ولم يدفع اليه ، لم بضمن ،
اذ تصور ان يأتي غير رسوله بتلك العلامة اه .

قال عشيبة الرملي : اقول : وهل يصح هذا التوكيل ولا بضمن المودع بالدفع ؟
قال الزاهد في حاو به ، رامزاً : فيه تفصيل : لو كانا عند ذلك الاتفاق بمكان
لا يمكن لاحد من الناس استماع كلامهما ، فالدفع لمن جاء اليه بتلك العلامة بلا
زيادة ولا نقصان صحيح ، لانه عند ذلك كالصريح بالوكالة لواحد بينه ،
وهو الجائي بتلك العلامة . واما استماعه ذلك من اجنبي فنادر . وان كانا عند
ذلك بمكان فيه احد من الناس مما يفهم اتفانها على ذلك او بمكان يمكن لاحد
استماع اتفانها على ذلك خفية وهما لا يريدانه ، فالوكالة باطله والدفع مضمن اه .

قال العلامة بن صابدين في تنقيح الحامدية ، بعد نقل ما تقدم قلت : كثيراً ما يقع ان المالك بعد اتفاهه مع المودع على ذلك يبحث رجلاً بتلك العلامة فيسمه آخر فيسبق الأول ويخبر المودع بتلك العلامة . وقد يقال ان هذا لا ينافي صحة التوكيل بعد وجود شرطه المتقدم عند اتفاق المالك مع المودع . والظاهر ان المالك اذا قال لم اذكر العلامة لهذا الرجل الذي جاءك وانما ذكرتها لغيره ، ان يكون القول قوله ، لأنه منكر ، فيضمن المودع . فتأمل والله اعلم اه .

اقول : بل الظاهر انه لا يضمن المودع والحالة هذه ، لأنه دفع الوديعة لو كيل صحت وكالته عن المالك بمجرد اخباره المودع بالعلامة ، لأن ذلك كالتصريح بالوكالة له بعينه ، كما تقرّر ، فكيف يضمن ؟ ولأن الذي جاء بالعلامة للمودع ان لم يكن المالك ذكرها له ، فلا شك انه سمعها منه ، وقد قرر ان ذلك لا ينافي صحة التوكيل بعد وجود شرطه المتقدم . على ان المفروض باسماع ذلك الرجل الذي ينكر المالك ذكر العلامة له هو المالك ، فكيف يضمن المودع الوديعة بتفريط مالها ؟ فليتأمل

المادة ٢٩٥ - * يرد المستودع الوديعة ويسلمها بذاته او على يد امينه . واذا ارسلها او ردها بواسطة امينه فهلكت او ضاعت قبل وصولها للمودع بلا تعدٍ ولا تقصير فلا ضمان *

المراد بأمينه من يملك ان يحفظ الوديعة به ، وهو مؤتمنه على ماله = امم من ان يكون في عياله اولاً ، فيشمل وكيله وشريكه منفاضة او عناناً ومضاربه ومن اودع عنده مال نفسه ، وان لم يكونوا من عياله ، على ما عليه الفسوي كما تقدم في المادة (٢٨٠ وشرحها)

* فروع *

اذا طلب الوديعة فقال اطلبها غداً ثم قال في الضد ضاعت ، فانه يسأل : ان

قال ضاعت قبل قبلي اطلبها غداً ، يضمن . وان قال ضاعت بعده ، لا ، للتناقض في الاول دون الثاني .

طلبها فقال اعطيتكها ثم قال بعد ايام لم اعطكها ولكن تلفت ، ضمن ولم يصدق ، للتناقض (جامع الفصولين)

وفيه : المودع (بالفتح) لو دفع الوديعة الى المودع (بالكسر) ثم استحققت ، لم يضمن ، لردده على من اخذ منه . وكذا كل امانة وغصب . ولو قال ربيها ادفعها لفلان ، فدفعها ثم استحق ، ضمن ، اذ لم يرد على من اخذ منه . وله ان يضمن اي الثلاثة شاء اه .

اقول : انظر هذا معاً تقدم في شرح المادة (٢٩١) من ان المودع يخرج من البين حينئذ ، كأنه دفع الى المالك .

وفيه : ردّها الى وارث ربيها وفي التركة دين ، ضمن للفرعاه .

او دوع وغاب فبرهن ابنه ان اياه مات ولا وارث له غيره واخذ الوديعة ، ثم جاء ابوه ، يضمن الابن او الشاهدين لا المودع . ولو غصبها ضمن كلاً منهم اه . اذا جعد المستودع الابداع عند مالكها بعد طلبه ردّها ، ثم نقلها من مكانها الذي كانت فيه وقت الجحود ، وكانت منقولا وكان النقل زمن الجحود ، ولم يكن وقت الجحود من يخاف منه عليها ولم يحضرها بعد الجحود للمالكها ، ثم اقر بها ، لا يزول الضمان ، لأن الجحود رفع للعقد ، فينفسخ به العقد فلا يعود الا بعد جدد ، ولم يوجد . (هذا ما افاده في التنوير)

فيئد بكونه جعد الابداع لأن المودع لو ادعى ان المالك وهبها منه او باعها له وانكر صاحبها ثم ملكت ، لا ضمان على المودع ، كما في الدر عن الخلاصة . وفيئد بكون الانكار عند المالك ، لأن جعودها عند غيره بأن قال لها جنبي عندك وديعة لفلان فقال لا ، لا يضمن ، لأن الجحود عند غيبة المالك من الحفظ ، لانه يقطع طمع الطامعين عنها ، فلا يضمن به ، كما في الدر .

وفيئد بكونه بعد الطلب ، لأنه لو قال ما حال وديعتي عندك لي شكره على حفظها فجعدها ، لا ضمان عليه ، لانه ايضا من باب الحفظ للأمور به ، فلا بعد انكاراً ، كما في الزبلي .

وقيد بكونه نقلها ، لانه لو لم ينقلها من مكانها التي كانت فيه حال جحوده
فهلكت ، لا ضمان عليه ، لما في الغانية : اذا جحد المودع الرديعة بمحضرة صاحبها
يكون ذلك فتحاً للرديعة . حتى لو نقلها المودع من المكان الذي كانت فيه حالة
الجحود ، بضمن . وان لم ينقلها من ذلك المكان بعد الجحود فهلكت ، لا بضمن
اه ومثله في الخلاصة عن الاجناس .

لكن قال في الخلاصة بعده : وفي المتقى . اذا كانت الرديعة والعارية مما
يجوز ، بضمن بالجحود وان لم يجوزها اه .

ويؤيد هذا قول البدايع ، كما في رد المحتار ، ان العقد ينسخ بطلب المالك ،
فقد عزل نفسه عن الحفظ فبقي مال الغير في يده بغير اذنه ، فيكون مضموناً . فاذا
هلكت تقرر الضمان اه .

وفي جامع الفصولين ، يرمز (قش) : جعدها ، فلو نقلها عن مكان كانت
فيه حال جحوده ، ضمن . والا فلا . ولو قلنا انه بضمن في الوجهين ،
فله وجه اه .

وفي رد المحتار عن الرمي : الظاهر انه اي ما في الاجناس قول لم يظهر لاصحاب
المتون صحته ، فلم ينظروا اليه ، فراجع المطولات بظهر لك اه - وهذا يفيد ترجيح
عدم اشتراط النقل ، فليتأمل .
وقيد بكونه منقولاً لأن الرديعة لو كانت عقاراً لا بضمن بالجحود عند
الامامين ، لعدم تصور ضبه عندهما ، خلافاً لمحمد . وهو ، اي قول محمد ، الاصح ،
كما في الدر والجر وغيرهما .

وفي الهندية عن الوجيز ، يعني البرازية : وهذا كله في المنقول . وفي العقار لا
بضمن بالجحود عند الامام والثاني . وقال الحلواني : فيه روايتان عن الامام وبعض
الشايع ، على انه بضمن في العقار بالجحود اجماعاً .

اه قلت : وعن هذا اطلق في الكنز والمتقى والدرر الضمان بالجحود ، ولم يقيدوا
بكون الرديعة منقولاً .

وقيد بكون النقل زمان الجحود ، لانه لو كان نقلها قبل زمان الجحود او
بعده ، لا بضمن (افاده الطحطاوي) وقال قبله : وانظر ما لو كان نقلها قبله وفي

نية الجحود اه .

اقول : والظاهر ان المراد بكون النقل بعد زمان الجحود ، ان يوجد النقل بعد زمان لم يوجد فيه اصرار على الجحود ، وذلك بأن يكون نقلها بعد ان اقر بها .
واقول ايضا : ويظهر لي ايضا ، ان نقل قبل الجحود ، فلا عبرة به ، وان كان في نية وقت النقل الجحود ، لان الظاهر من كلامهم ان المراد من النقل المشروط فيه ، ان يكون زمان الجحود ، انشاؤه لا دوامه . على ان النقل فعل لا يمتد كالدخل والخروج ، فلا يكون لدوامه حكم الابداء . فالنقل السابق على زمان الجحود لا يعتبر ، ولأن نية جحود الوديعة لا اثر لها في الضمان ، لما في الهندية عن شرح القدوري . قال اصحابنا : اذا اخرج الوديعة لينفقها او الثوب ليلبسه فهلك ، لا ضمان عليه اه وتقدم له نظائر ، فتدبر .

وقيد بقوله « لم يكن هناك من يخاف منه عليها » لأنه لو جعدها في وجه عدو يخاف منه التلّف لو اقر ، ثم هلكت ، لا يضمنها ، لأنه انما اراد حفظها (كذا في المنع)

وقيد بكونه لم يحضرها ، لانه لو جعدها ثم احضرها فقال له ربيها دعها وديعة ، فان امكنه اي ربيها اخذها ، لم يضمن ، لانه ابداع جديد - والا ضمنها ، لانه لم يتم الرد ، فلم يصح الابداع الجديد (كذا في الدر)

لو قال : ليس له علي شيء ثم ادعى رداً او تلقاً ، صدق ، ولو جعد الوديعة ثم ادعى الرد او التلّف ، لم يصدق (فصولين) اما لو برهن على انه ردها بعد الجحود ، فانه يقبل ، كما يقبل لو برهن انه ردها قبل الجحود وقال غلطت في الجحود او نسبت او ظننت اني دفعتها ، لانه وان كان متناقضاً في دعواه الرد بعد انكار الابداع ، الا انه وفق بقوله غلطت الخ .

وهذا اذا ادعى الرد . اما لو ادعى الهلاك ، ففي الهندية : اذا اقام رب الوديعة البينة على الابداع بعد ما جعد المودع ، و اقام المودع بينة على الضياع ، فان جعد المودع الابداع بأن يقول للمودع لم تودعني ، ففي هذا الوجه المودع ضامن ، وبينته على الضياع مردودة ، سواء شهد الشهود على الضياع قبل الجحود او بعد الجحود . وان جعد الوديعة بأن قال ليس لك عندي وديعة ثم اقام البينة على الضياع ، فان اقام

البينة على الضياع بعد الجحود ، فهو ضامن . وان اقام بيته على الضياع قبل الجحود فلا ضمان وان اقام بيته على الضياع مطلقاً ولم يتعرض لكونه قبل الجحود او بعده ، فهو ضامن .

وفي القدوري: اذا قال المودع للقاضي ، حلف المودع ما هلكت قبل جحودي ، حلفه القاضي ، ويحلفه على العلم (كذا في الذخيرة)
قال في الدر . فان حلف ، ضمنه . وان نكل ، برأ . وكذا العارية (منهاج)
ويضمن قيمتها يوم الجحود ان علم ، والا فيوم الأبداع (عمادية) اه قال
الطحاوي : وهذا عند عدم اقامة البينة على الضياع من المودع .

المادة ٢٩٦ - * اذا اودع رجلان مالاً مشتركاً لهما عند شخص ثم جاء احد الشريكين في غيبة الآخر وطلب حصته من المستودع ، فان كانت الوديعة من الثلثيات ، اعطاه المستودع حصته . وان كانت من القيميات ، لا يعطيه ابداً *
*

هنا اذا اتيا بالوديعة حاملين لها وسلاهما كذلك اما اذا سلمها احدهما بمحضرة الآخر ، فظاهر انه يدفعها لمن سلمه ، وحضور الآخر لا يقتضي كونه مودعاً لجواز ان يكون شاهداً له ونحوه (افاده الطحاوي عن خط المقدسي)

واعلم ان هذه المسئلة من مسائل المتوف . ففي متن القدوري : واذا اودع رجلان عند رجل وديعة فعرض احدهما يطلب نصيبه ، لم يدفع اليه نصيبه حتى يحضر الآخر عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى . وقال يدفع اليه نصيبه اه .
وفي الهداية عن الجامع الصغير : ثلاثة استودعوا رجلاً الفأفاب اثنتان ، فليس للحاضر ان يأخذ نصيبه عنده . وقال له ذلك اه ومثله في متن المتقى والكنز والرقابة والفرر والتنوير .

قال الزيلعي : واختلف في ذوات الامثال ، وفي غيرها ليس له ذلك بالاجماع -

لما ان الحاضر طلب نصيبه خاصة فهو مر بالدفع اليه ، كما في الدين المشترك . وهذا لأنه بطالبه بتسليم ما سلم اليه . ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى ان ما قاله مروى عن علي رضي الله عنه ، ولأن المودع لا يملك القسمة بينها ، ولهذا لو دفع اليه نصفها لا يكون قسمة بالاجماع . حتى اذا هلك الباقي رجع صاحبه على الآخذ بجمته بالاجماع . فاذا لم يقع قسمة ، لا يجوز له ان يدفع نصيب الغائب اليه لعدم اذنه بذلك ، فيكون منه دياً بالدفع ، فيضمن نصفه ، بخلاف الدين المشترك ، لأنه بطالبه بتسليم حق المديون لا بتسليم حق نفسه ، لأن الدينون تقضى بأثامها ورووي ان رجلين دخلا الحمام واودعا عند الحمامي القاء فخرج احدهما فطلبه منه فاعطاه ثم خرج الآخر وطلبه ، ولعلها تواطئا على ذلك ، فقهر الحمامي وذهب الي ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، فقال له قل لا اعطيك حتى يحضر صاحبك ، فانقطع اه باختصار . وهكذا صرح في الدرر وجمع الانهر انه لو دفع الحاضر نصيبه يضمن نصفه على قول الامام .

لكن في البحر ما نصه : واشار ، يعني صاحب الكنز ، بقوله « لم يدفع » الى انه لا يجوز ذلك ، حتى لو خاصمه الى القاضي ، لم يأمره بدفع نصيبه اليه في قول ابي حنيفة ، والى انه لو دفعه اليه لا يكون قسمة اتفاقاً ، حتى لو هلك الباقي رجع صاحبه على الآخذ بجمته ، والى ان لاحدهما ان يأخذ حصته منها اذا ظفر بها ، والى انه لو دفع وارتكب المتنوع ، لا يضمن .

وفي فتاوي قاضي خان ما يفيد ، ولفظه : ثلاثة اودعوا رجلاً مالاً وقالوا لا تدفع المال الى احد منا حتى نجتمع ، فدفع نصيب احدهم ، قال محمد : في القياس يكون ضامناً ، وبه قال ابو حنيفة . وفي الاستحسان لا يضمن ، وهو قول ابي يوسف اه - فقد جعل عدم الضمان هو الاستحسان ، فكان هو المختار اه ما في البحر . ونقله في المنع واقره ، وتبعها في الدر المختار ، حيث قال ، بعد قول صاحب التنوير « ولو اودعا شيئاً لم يدفع المودع الى احدهما حظه في غيبة صاحبه » ما نصه : ولو دفع ، هل يضمن ؟ في الدرر نعم ، وفي البحر الاستحسان لا ، فكان هو المختار اه .

قال محشبه الطحطاوي : كيف يكون هو المختار مع ان سائر المتون على قول الأمام (قاله المقدسي) قال الشيخ قاسم : اختار قول الامام النسفي والمجوي

وصدر الشريعة اه .

اقول : ويمكن ان يقال ان ما في المتن ليس فيه تصريح بالضمان ولا بعده
لودفع للحاضر حصته ، ولنا جعلها صاحب الجهر مشيرة الى ان المودع لو دفع
وارتكب المنوع ، لا يضمن . فافاد ان قول الامام الذي مشئت عليه المتن هو من
حيث عدم الضمان بالدفع موافق لقولها ، وان كان بين القولين مخالفة من حيث
ان القاضي عند مخاصمة الحاضر للمودع لا يجبره على الدفع عنده ، ويجبره عندهما
فيكون ما اردده المقدسي غير وارد ، كما لا يخفى .

ويؤيد هذا قول الجامع الصغير على ما قدمناه آنفاً عن الهداية : فليس للحاضر
ان يأخذ نصيبه عنده ، وقالوا له ذلك اه فإنه يشير الى ان المودع لا يجبر على الدفع
على قول الامام ، وعدم الجبر يقتضي انه مختار بين الدفع وعده . وكذا ما نقله
الشليبي عن مختصر الطحاوي حيث قال : ومن استودعه ثلاثة نفر من الدراهم او ما
سواها مما يقسم ثم جاء احدهم بطلب نصيبه ولم يحضر صاحبه ، لم يكن عليه ان يعطيه
شيئاً منها . وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، وبه نأخذ . وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله تعالى : عليه ان يعطيه ثلثها (الى هنا لفظ الطحاوي اه) فإنه لا يفيد الا
ان المودع يختار بين الدفع وعده على قوله . واذا كان كذلك ، فكيف يضمن لو دفع ؟
نعم ما قرره صاحب الجهر فيه نظر من وجه آخر ، وهو ان ما نقله عن
فتاوي قاضيان لا يفيد هذا المدعي اصلاً ، لانه قد اثبت الخلاف بين الامام
وصاحبيه في الضمان ، بل غاية ما افاد ان قولها بعدم الضمان استحسان . وقد علمت
ما تقدم عن المقدسي وعن العلامة قاسم ان ساير المتن على قول الامام ، وان المشايخ
قد اختاروه . وتقديم ايضاً قول الطحاوي في مختصره « وبه نأخذ » فلا يفيد كون
قولها « وهو الاستحسان » انه هو المختار ، اللهم الا ان يقال ان زيادة قاضيان في
تصوير المسئلة قوله « وقالوا لا تدفع المال الى احد منا حتى نجتمع » ربما يفيد انه لو
لم يقولوا ذلك لا يكون الخلاف ثابتاً ، بل يكون متعلقاً على عدم الضمان بالدفع .
وقد اشار الى هذا العلامة الطحاوي تقيلاً عن الحموي حيث قال : وقد صور
الوديعة من اكثر من واحد في الخانية . لكن زاد في التصوير قوله « وقالوا لا
تدفع المال الى احد منا حتى نجتمع اه » فلم يقولوا ذلك ، هل يضمن بالدفع ، اى

بناء على الاستحسان ؟ = ظاهر فهمهم به انه لا يضمن اه .
لكن قول الجهر ، بعد عبارة فاضي خان « قد جعل عدم الضمان هو الاستحسان »
لا يناسب هذا التقرير ؟

والحاصل ان كلام الجهر هنا مضطرب عري عن التحريز ، ولم ار من حرر هذا
المقام بما يشفي الاوام ، ويزيل الشكوك والأوهام .

اذ تمهد هذا لعلم ان ما ذكر في هذه المادة يحتمل ان يكون جارياً على قول
الامامين ، وهو انه يجبر على دفع حصة الطالب في غيبة الآخر حتى لو امتنع من
دفع حصته ، يكون ضامناً لها . لكن قد علمت ان قول الامام هو المرجح ، وعليه
مشت المتون . ويحتمل ان يكون جارياً على ما اعتمده في الدر تبعاً للجهر والنخ ،
من انه وان كان قول الامام انه لا يدفع للطالب حصته في غيبة الآخر ، الا ان
المستودع لو ارتكب المنوع على قول الامام ودفع للطالب حصته من الوديعة لا يكون
ضامناً ، فيكون معنى قول هذه المادة « اعطاء المستودع » ان له ان يطبخه ، بمعنى
انه مخير بين الاعطاء وعدمه ، فهو لا يضمن ، سواء اعطى او منع ، فلا تكون هذه
المادة خارجة عن قول الامام التي مشت عليه عامة المتون ، فيلتدبر .

وفي الهندية عن المتقي : لو دفع المودع الى الحاضر نصفها ثم هلك ما بقي وحضر
النائب ، قال ابو يوسف رحمه الله تعالى : ان كان الدفع بقضاء فلا ضمان على احد .
وان كان بتخير قضاء ، فان شاء الذي حضر ، اتبع الدافع بنصف ما دفع ،
ويرجع به الدافع على القابض ، وان شاء اخذ من القابض نصف ما قبض (كذا
في الذخيرة اه)

وفيها عن العائنة : ولو ان احد المودعين قيم البينة على المودع على ان الوديعة
كلها له او على اقرار صاحبه وقت الابداع بذلك ، لا نسلم .
وفيها عن التتارخانية : واذا اراد المودع ان يخرج عن الضمان ، فالجيلة له في
ذلك ان يقول للحاضر الذي يطالبه بعد ما دفع الى الاول « احضر خصمك حتى
ادفعه اليك » ولا يقر بالدفع اليه اه .

المادة ٢٩٧ - يعتبر مكان الابداع في تسليم الوديعة . مثلاً

لو اودع ماله في استانبول بسلم في استانبول ايضا ولا يجبر المستودع على تسليمه في ادرنه *

لعدم قدرته على تسليم الوديعة في ادرنه حال كونها في الاستانة ولهذا لو هلك بعد ذلك الطلب لا يضمنها ، لانه ليس بظالم في المنع . وهذا لا فرق فيه بين ان تكون الوديعة بماله حمل وموثة او لا .

قال في الهندية ، معزيا للمراج : فان طلبها صاحبها نجسها عنه وهو يقدر على تسليمها ، ضمن . واما اذا لم يقدر على تسليمها حال ما طلبها بأن يكون في موضع ناء لا يقدر في الحال على ردها ، فإنه لا يضمنها اه

ولأن الواجب على المستودع بعد الطلب ان يحل بين المودع والوديعة ، لا الحمل والرد ، لما في الدر مننا وشرحا : دفع الى رجل الفأ وقال ادفعها اليوم الى فلان فلم يدها حتى ضاعت ، لم يضمن ، اذ لا يلزمه ذلك ، كما لو قال له اعمل الوديعة الى فقال افضل ولم يفعل حتى مضى اليوم وهلكت ، لم يضمن ، لأن الواجب عليه التخلية اه .

وفي الفصول العادبة : المودع اذا طلب الوديعة في ايام الفتنة ، فقال المودع لا اصل اليها الساعة فاغير على تلك الناحية وقال المودع اغير على الوديعة ايضا ، قال ابو بكر رحمه الله تعالى : ان لم يقدر المودع على ردها لبعدها او لضيق الوقت ، فلا ضمان . والقول قوله فيه ، والأضمن اه .

ثم ان موثة ردة الوديعة على المالك لا على المودع . وان نقلها في بلدة من محلة الى محلة ، كانت موثة الرد على صاحبها بالاتفاق . واذا سافر بالوديعة في الموضع الذي يجوز له السفر بها ، تكون الأجرة على المالك (كذا في الهندية)

ومقتضى اطلاق هذه المادة انه لو سافر المستودع بالوديعة الى ادرنة في موضع يجوز له السفر بها ثم طلب المالك ردها اليه في استانبول ، انه يجبر المستودع على ذلك . والظاهر مما تقدم عن الهندية ان موثة حملها الى استانبول على مالكها ايضا ، ولم اره الآن صريحا ، فليراجع .

المادة ٧٩٨ = ﴿ منافع الودیعة لصاحبها . مثلاً نتاج حیوان الودیعة ای فلوله ولبنه وشعره لصاحب الحيوان ﴾

الظاهر من اطلاق المنافع انه لا فرق بين ان تكون زيادة متولدة كالفلو واللبن والشعر ، او غير متولدة كالأرض والعقر والاجرة ، وانه يجري على تلك الزيادة الاحكام الجارية على اصل الودیعة من وجوب الحفظ والضمان عند الاستهلاك او التفریط في الحفظ ، وكذا بقية ما مر من الاحكام .
وفي الهندية : ولو حمل الفحل على الودیعة فنتجت ثم هلك من ذلك ، ضمن ، والولد للمالك (محیط السرخسي)

المادة ٧٩٩ = ﴿ اذا كان صاحب الودیعة غائباً ففرض الحاكم من الدراهم المودعة نفقة لمن يلزم صاحب الودیعة الانفاق عليه بطلبه فصرف المستودع تلك النفقة المفروضة من الدراهم المودعة ، لا يلزم الضمان . واما اذا صرف بدون اذن الحاكم ضمن ﴾

قال في الخانية : رجل غاب فجاءت امراته الى القاضي واحضرت والد زوجها وادعت عليه ان للغائب وديعة في يده وطلبت النفقة من ذلك المال ، قال الشيخ الامام ابو بكر رحمه الله تعالى : اذا كان في يد والد الزوج دراهم او ما يصلح لنفقة الزوجات من طعام او كسوة والاب مقر بأن ذلك في يده ، كان للمرأة ان تطلبه وللقاضي ان يأمره بدفع ذلك اليها ، وليس للاب ان يدفع ذلك اليها بغير امر القاضي . فان دفع بغير امره ، كان ضامناً . وان انكر الاب كون ذلك في يده ، كان القول قوله ، ولا يمين لها عليه ، لانها تريد ان تثبت مالاً لزوجها عنده ،

وانها ليست بوكيلة عن زوجها ، وانما يستحلف من كان خصماً . وان لم تكن الوديعة مما يصلح لنفقة الزوجات ، فلا خصومة بينهما . ولو كان للغائب دين على رجل والغريم يقر بالمال والنكاح ، فالدين بمنزلة الوديعة اه .

وحاصل المسئلة انه بشرط لفرض القاضي ان يكون من عنده المال مقراً به وبالزوجية او بالنسب . فلو كان منكراً ، لا نسمع البينة عليه ، لان من ذكر ليس يخصص في اثبات الملك للغائب ، ولا يبين عليه ، لانه لا يستحلف الا من كان خصماً . وعلم القاضي بها كاتفراره بها . وان علم القاضي احدهما يحتاج الى الاقرار بالآخر على الصحيح .

ثم ان القاضي انما يفرض في مال الغائب اذا كانت النفقة لاصوله او فروعه كطفله وولده الكبير الزمن وبنته مطلقاً ، لان هؤلاء لم ان يأخذوا نفقتهم من ماله بنير قضاء ولا رضاء ، والقضاء في حقهم اعانة وضوي من القاضي . واما غيرهم من الاقرباء كالاخ والعم ، فان نفقتهم انما تجب بالقضاء ، لانه مجتهد فيه والقضاء على الغائب لا يجوز . وان قال المودع ان الزوج امرني ان لا ادفع شيئاً ، فان القاضي لا يلتفت اليه وبأمره بالاتفاق ولا ضمان عليه . وقبل الفرض تحلف الزوجة انه ما اعطاها نفقة ولا كانت ناشرة ، ثم يأخذ منها كفيلاً لجواز انه قد عجل لها النفقة او كانت ناشرة او مطلقة قد اقتضت عدتها .

واختلف في أخذ الكفيل هل هو واجب على القاضي او حسن ؟ ذهب السرخسي الى الأول ، والخصاف الى الثاني ، وصحح الصدر الشهيد الأول لانه نصب ناظراً للعاجز ، فيجب عليه النظر اليه ، وهو في اخذ الكفيل .

وفي المستصفي ما يدل على انه يؤخذ الكفيل من الوالدين ايضاً ، وهو الظاهر ، لانه انظر للغائب .

لكن قد يقال انه انما يؤخذ منها لما تقدم . واما من الوالدين ، فانما هو لاحتمال التمجيل فقط . ومعلوم ان النفقة المحجلة للقريب اذا هلكت او سرقت ، فانه يقضي باخرى ، بخلاف الزوجة ، فليس في اخذ الكفيل من القريب احتياط للغائب ، لانه لو كان عجل ثم ادعى الوالد عملاً كما قبل منه ولو حضر الزوج وقال كنت اوليت النفقة او ارسلت اليها النفقة ، فالقاضي يقول له اقم البيعة . فان

اقامها ، امرها القاضي برد ما اخذته لأنه ظهر عند القاضي انها اخذت بغير حق ،
وللزوج الخيار : ان شاء اخذها بذلك ، وان شاء اخذ الكفيل . فان لم يكن
للزوج بيعة وحلفت المرأة على ذلك ، فلا شيء على الكفيل . وان نكحت عن
اليمين ونكل الكفيل ايضاً ، لزمها المال ، وللزوج الخيار . وان حلف الكفيل
ونكحت هي او اقرت انها تجلت نفقتها ، فالزوج يأخذ من المرأة ولا يأخذ من
الكفيل ، على ما في المبسوط وشرح الطحاوي . وهو الحق .

وبعد ما امر القاضي المودع او المديون ، اذا قال المودع دفعت المال اليها لاجل
النفقة ، فقبل قوله ، ولا يقبل قول المديون الا بيينة . وينبغي ان يكون اقرارها
بالقبض من المديون مغنياً عن اقامة البينة ، لانها مقرة على نفسها .
ثم انما يفرض القاضي النفقة في مال الغائب اذا كانت الغيبة مدة السفر ، فانه
فيما دونه يسهل احضاره ومراجعته . (الكحل ملخص من البحر من باب النفقات)

المادة ٨٠٠ = * اذا عرض للمستودع جنون بحيث لا ترجى
افاقته ولا صحوه منه و كان قد استودع مالا قبل جنونه ثم لم يوجد
عنده المال المذكور بعينه كان للمودع ان يعطي كفيلاً مالياً ويأخذ
ضمانها من مال المجنون . ثم اذا افاق المجنون فادعى رد الوديعة لصاحبها
او هلاكها بلا تعدٍ ولا تقصير بصدق يمينه و يسترد ما اخذ من
ماله بدل الوديعة *

عبارة الهندية هكذا : ولو ان المستودع لم يمت ولكن جن جنونا مطبقاً ، وله
اموال فطلبت الوديعة فلم توجد وقد يشسوا من ان يرجع اليه عقله ، كانت ديناً
عليه في ماله ، ويمثل القاضي له ولياً يقبضها من ماله ويأخذها ضميناً ثقة من الذي
يدفع اليه . فان افاق بعد ذلك وادعى انه ردها اليه او ضاعت عنده ، او قال
لا ادري ما حالها ، يخلف عليها ويرجع بماله = ام معزياً للذخيرة والبنابيع .

المادة ٨٠١ - إذا مات المستودع ووجدت الوديعة عيناً في تركته تكون امانة في يد وارثه فبردها لصاحبها . واما اذا لم توجد عيناً في تركته فان اثبت الوارث ان المستودع قد بين حال الوديعة في حياته كأن قال رددت الوديعة لصاحبها او قال ضاعت بلا عمد لا يلزم الضمان . وكذا لو قال الوارث نحن نعرف الوديعة وفسرها ببيان اوصافها ثم قال لها هلكت او ضاعت بعد وفاة المستودع صدق بيمينه ولا ضمان حينئذ . واذا مات المستودع بدون ان يبين حال الوديعة يكون مجهلاً فتؤخذ الوديعة من تركته كسائر ديونه . وكذا لو قال الوارث نحن نعرف الوديعة بدون ان يفسرها ويصفها لا يعتبر قوله انها ضاعت . وبهذه الصورة اذا لم يثبت انها ضاعت يلزم الضمان من التركة *

الذي تخرج من كلامهم ان المودع ان اوصى بالوديعة في مرض موته ثم مات ولم توجد ، فلا ضمان في تركته . وان لم يوص ، فلا يخلو ، اما ان يعرفها الورثة او لا فان عرفوها وصدقهم صاحبها على المعرفة ولم توجد ، لا ضمان في التركة . وان لم يعرفوها وقت موته ، فلا يخلو : اما ان تكون موجودة ، او لا . فان كانت موجودة وثبت انها وديعة اما بينة او اقرار الورثة ، اخذها صاحبها . ولا يتوهم انه في هذه الحالة مات مجهلاً فصارت ديناً ، فيشارك اصحاب الديون صاحبها ، لان هذا عند عدم وجودها . اما عند قيامها ، فلا شك ان صاحبها احق بها . فان لم توجد ، فيحينئذ هي دين في التركة وصاحبها كسائر غرماء الصحة . وان وجد بعضها وفقد بعضها فان كان مات مجهلاً اخذ صاحبها الموجود ورجع بالمفقود في التركة ، والا

اخذ الموجود فقط . وان مات وصارت ديناً ، فان كانت من ذوات الامثال ،
وجب مثلها ، والا فقيمتها . فليك يحفظ هذا التحرير والله سبحانه اعلم (كذا
في تنقيح الحامدية معزياً لفتاوي التمرناشي)

ثم نقل عن فتاوي قاري الهداية : اذا اقام المودع بينة على الابداع وقدمات
المودع مجهلاً ولم يذكرها في وصية ولا ذكر حالها لورثته ، فضماتها في تركته .
فان اقام بينة على قيمتها ، اخذت من تركته . وان لم تكن له بينة على قيمتها ،
فالقول فيها قول الورثة مع يمينهم ، ولا يقبل قول الورثة ان مورثهم ردها ، لانه
لزمهم ضماتها فلا يبرون بمجرد قولهم من غير بينة شرعية على ان ورثهم ردها او على
ان مورثهم قال في حياته انه ردها او هلكت - اه ملخصاً .

لكن قوله « ولا يقبل قول الورثة ان مورثهم ردها الخ » يشكل عليه ما في
تنقيح الحامدية عن حاشية الاشباه للبيري ، معزياً لمنية المفق ، ونصه : وارث
المودع بعد موته اذا قال ضاعت في يد مورثي ، فان كان هذا في عياله حين كان
مودعاً ، يصدق . وان لم يكن في عياله لا اه . فاما ان يكون ما تقدم محمولاً
على ما اذا كان الوارث ليس في عيال المودع ، واما ان يكون ما في منية المفق
خلاف الصحيح ، كما تنبيه عنه عبارة جامع الفصولين ، وهي . لو مات المودع مجهلاً ،
ضمن ، يعني اذا مات ولم يعلم حال الوديعة . اما اذا عرفها الوارث والمودع ، يعلم
انه يعرف مات ، لم يضمن . ولو قال الوارث انا علمتها وانكر الطالب لو فسرها
بان قال كانت كذا وكذا وقد هلكت ، صدق ، ككوتها عنده (كذا في العدة)
وفي الذخيرة : قال ربهيا : مات مجهلاً وقال ورثة المودع كانت قائمة ومعروفة
وقد هلكت بعد موته ، صدق ربهيا - هو الصحيح ، اذ الوديعة صارت ديناً في
التركة في الظاهر ، فلا تصدق الورثة اه .

قال في تنقيح الحامدية ، بعد نقله : يمكن التوفيق بينهما ، اي بين ما في العدة
وما في الذخيرة ، بان الوارث يصدق اذا فسرها وقال هي كذا وكذا ، لا بمجرد
قوله كانت قائمة ومعروفة . فليتأمل اه .

اقول : وانظر ما اذا فسرها وقال هي كذا وكذا وكذبها صاحبها فافسرها
به ، والظاهر انه لا يقبل قول الوارث حينئذ .

وفي التقيح أيضاً ، عن حاشية الحموي على الاشباه : سئل العلامة عمر بن نجيم عما لو قال المريض عندي ورقة في الخانوت لفلان ضمنها دراهم لا اعرف قدرها ، فمات ولم توجد ، فأجاب بأن هذا من التجهيل ، لقوله في البدائع : هو ان يموت قبل البيان ولم تعرف الامانة بعينها اه وفيه تأمل . اه كلام الحموي . ولينظر ما وجه التأمل . اه كلام التقيح .

اقول : وجه التأمل ظاهر ، وهو ان قول المريض « عندي ورقة في الخانوت الخ » يكفي بياناً لحال الوديعة ، فلا يكون مجهلاً . وتفسير مقدار الوديعة ليس شرطاً لبيان حالها ، اذ قد لا يعرف المودع مقدار الوديعة ، فتأمل .

❖ فرع ❖

رجلان اودعا رجلا الف درهم فمات المستودع وترك ابناً فادعى احد الرجلين ان الابن استهلك الوديعة بعد موت ابيه وقال الآخر لا ادري ما حالها ، فالذي ادعى على الابن الاستهلاك ، فقد ابرأ الأب منها ، حيث زعم ان اباه مات وتركها قائمة بعينها ، فاستهلكها ابنه وادعى الضمان على الابن ، فصدق في حق الاب ولم يصدق في حق الابن الا بيينة ، حتى لا يقضي له على الابن بشيء . واما الآخر ، فله خمسية درهم في مال الميت ، لوجود التجهيل في حقه ، ولا يشاركه صاحبه فيها . كذا في الهندية معزباً للتارخانية والمحيط .

لو قال المودع لرب الوديعة : قد رددت بعض الوديعة ومات ، كان القول قول صاحب الوديعة في مقدار ما اخذ ، مع بيينة ، لأن الوديعة صارت ديناً من حيث الظاهر ، فيكون القول قول صاحب الوديعة في مقدار ما اخذ بيينة اه (خانية)

❖ تنبيه ❖

ليس ما ذكر في هذه المادة من الحكم خاصاً بالمستودع ، بل كل امين مات مجهلاً لما في يده من الأمانة ، بضمن . فأحد الشريكين او المتفاوضين لو مات مجهلاً لما في يده من المال المشترك ، بضمن نصيب شريكه على الصحيح . وما في الفتح من انه لا يضمن ، ضعيف . وكذا المرتهن اذا مات مجهلاً للرهن ، بضمن

ما زاد منه على قدر الدين ، كما في الاقروية وغيرها . وكذا الوكيل اذا مات مجهلا لما امر بدفعه لاخر كما في الحامدية والخيرية . وكذا المستأجر اذا مات مجهلا لما قبضه من الدابة المستأجرة ، كما في اجارة البزازية .

نعم استثنوا من ذلك مسائل مذكورة في الاشباه وشروحها والدر وحواشيه ، منها : القاضي اذا مات مجهلا لمال اليتيم ، يعني عند من اودعه ، لانه لو وضعه في بيته ومات مجهلا ، ضمن لانه مودع - بخلاف ما لو اودع غيره ، لأن للقاضي ابداع مال اليتيم على المعتمد (كذا في الدر والاشباه)

وفي جامع الفصولين ، من السابع والعشرين : لو وضع قاض مال اليتيم في بيته ومات مجهلا ، ضمن لانه مودع . ولو دفعه القاضي الى قوم ثقة ولا بدري الى من دفع ، لم يضمن ، اذ المودع غيره اه .

ومنها : الوصي اذا مات مجهلا لمال اليتيم ، كما في الدر وغيره . وبني ان يقيد هنا بما اذا لم يضعه في بيته ، كما قيدوا ذلك في القاضي ، لان اتحاد العلة فيهما ولأن ولاية الوصي مستمدة من القاضي او الاب ، فضمانه بالاولى ، لا سيما في هذا الزمان

وفي البزازية : اذا قبض الوصي مال اليتيم ووضعه في منزله ولا بدري اين وضعه ومات ، يضمن ، الا اذا قال للقاضي حال حياته : ضاع او انفقته عليه ، فانه لا يضمن اه .

ومثل الوصي الاب والجد او الاب اذا ماتا مجهلين لمال الابن او ابن الابن ، لا يضمنان على الصحيح - الا اذا كان الاب عن يأكل مهود البنات ، كالفلاحين والاعراب ، فالقول بتضمينه اذا مات مجهلا ظاهرا ، لانه غاصب من اول الامر ، لأنه انما قبض المهر لنفسه لا لبيته ، كما في الخيرية والحامدية .

ومنها اذا مات مجهلا لما القته الريح في بيته او لما وضعه مالكه في بيته بغير امره ، لعدم التزامه الحفظ .

ومنها اذا مات الصبي مجهلا لما اودع عنده محجورا . ومنها ناظر وقف المسجد اذا قبض غلات الوقف ثم مات مجهلا ، فانه لا يضمن ، كما في الخانية وغيرها . واما ناظر وقف له مستحقون ، ما يكون لقلته ، فان مات

مجهلاً بعد طلب المستحقين انصاءهم ، فلا كلام في ضمانه ، لأنه كان ظالماً بعدم الدفع لم ، فكان كالفاسد . والافيه اختلاف المشايخ . وما عليه مشايخ المذهب انه بضمن ، وهو الذي يقتضيه تقييد قاضي خان عدم الضمان في ناظر وقف المسجد . وينبغي ان يلحق بغلة المسجد ما اذا شرط ترك شيء في يد الناظر للعبارة . وهذا كله في غلة الوقف . اما لو مات بمجهلاً مال البدل ، اي لثمن الارض المستبدلة ، على القول بجواز الاستبدال بالدرهم والدنانير ، او لعين الوقف كالدرهم الموقوفة ، على القول بجواز وقفها اذا جرت به العادة كما جرت في ارض الروم ، فانه بضمن بموته بمجهلاً ، كما في الحجر والاشباه والمنح . وهذا ملخص ما في الدر وحواشيه والحامدية ، وتامه فيها .

المادة ٨٠٢ - * اذا مات المودع تسلم الوديعة لوارثه . لكن اذا كانت التركة مستغرقة بالدين يرفع الأمر الى الحاكم . فان سلمها الى الوارث بدون اذن الحاكم فهلكت ضمن المستودع *

عبارة الهندية ، آخر الفصل السابع في رد الوديعة : واذا مات رب الوديعة ، فالوارث خصم في طلب الوديعة ، كذا في المبسوط . فان مات ولم يكن عليه دين مستغرق ، يرده على الورثة ، وان كان يدفع الى وصيه (كذا في الوجيز الكردي) وفي الخانية : ولو قال بعد موت المودع : رددتها على الوصي ، كان القول قوله مع البمين ، ولا بضمن اه = فأفاد انه بالدفع الى الوصي ببراءة ، فالظاهر ان اشتراط اذن الحاكم ، عند عدم وجود الوصي ، تأمل . وفي فتاوي الاتقوي ، مبرزاً للثاني والشر بن من الفصول الاستروشنية : المودع اذا دفع المال الى ورثة المودع بغير امر القاضي ، والتركة مستغرقة بالدين ، كان ضامناً . وهذا الجواب صحيح اذا كان الوارث ممن يخاف عليه استهلاك المال . اما اذا لم يكن كذلك ، فيكون له اخذه وقضاه دينه اه . ثم لو لم يكن في التركة دين وكان الوارث اثنين او اكثر ، فالواجب على

المستودع ان يسلم كل واحد من الورثة حصته من الوديعة ان كانت قابلة للقسمة .
والآ فتسلم لم جميعاً . وان سلمها المستودع الى اعدم ، ضمن حصة الآخرين .
هذا ما نقله الشارح سليم باز عن فتاوي علي اندي ، فلترجع .

وبوهده ما في اواخر الفصل الثامن والعشرين من الفصولين : اودع رجلا
مالاً ، وقال ان مت فادفعه الى ابني ، فدفعه اليه وله وارث غيره ، ضمن نصيبه ،
فلا يكون بهذا وصياً . ولو قال فادفعه الى فلان غير وارث ، ضمن ان دفع اليه ام
بقي شيء : وهو انه اذا ضمن المستودع قيمة الوديعة للفرماء فيما اذا كانت
التركة مستغرقة ودفعتها الى الوارث او حصة الورثة الباقين فيما اذا دفعتها لاحدم ،
هل يرجع على المدفوع اليه الوديعة بما ضمنه ؟ - لم اره ، فليحرجر .

وفي الفصل المذكور من الفصولين ، ما نصه : ولو كان مال الميت وما عند
الميت من الودائع كلها وديعة عند رجل اودعها الميت ، ودينه محيط بماله او لا دين
عليه فدفعتها المدفوع الى بعضهم بلا قضاء ، ضمن المدفوع والوارث . فرق بين هذا
وبيننا لو كانت الاموال في منزل الميت فأخذها بعض ورثته ليقضي دينه ، او اخذ
الودائع من منزله ليردها الى ملاكها ، حيث لم يضمن استخساناً ، وضمن الاجنبي
بكل حال ، الا اذا كان ملقى على قوارع الطريق فقبضه الاجنبي لا يضمن اه =
فان قوله « ضمن المدفوع والوارث » صريح في ان الوارث المدفوع اليه ضامن
ايضاً ، فلا يكون مودع المدفوع .

لكن يشكل عليه ما في حاشية الرملي على الفصولين ، معزياً للتلاصة : احد
الورثة اذا قبض شيئاً من التركة فضاع ، ضمن ما كان حصة غيره ، الا في موضع
يخاف الضيعة . والوصي يقبض مطلقاً . واحد الورثة لو قبض ديناً للميت على رجل
او وديعة له عند رجل فضاع عنده ، لم يضمن وله القبض اه فتأمل وراجع .

وفي الفصل المذكور من الفصولين : ولو ترك وديعة واموالاً فقبضها بعض ورثته ولم
يأمر بقبضهم ولا الحاكم ، لم يضمن استخساناً لو دينه محيطاً ، اذ له الحفظ ، فصرف قبضه الى
الحفظ لا الى التملك ، اذ الاحاطة تنافي التملك . فلو لم يكن عليه دين ، ضمن
حصة باقيهم ، لو كانت التركة في موضع لا يخاف عليها ، لقبضه ملكاً مشتركاً
فتمدى . واما لو يخاف عليها ، ضمن قياساً لا استخساناً (شجبي) ضمن لولا دين

الآ اذا قبضها ضرورة . ككون باقيهم صفاراً عاجزين عن الحفظ فحينئذ لم
يضمن اه .

المادة ٨٠٣ - * الوديعه اذا لزم ضمانها فان كانت من الثلثيات
تضمن بمثلها وان كانت من القيميات تضمن بقيمتها يوم لزوم الضمان *

بمعنى يوم وقع تعدي المودع على الوديعه ، لانه بذلك صار غاصباً . ففي النخ
وغيره : المودع بالتعدي على الوديعه غاصب اه .

وقد ذكر في الدر وغيره من كتاب الغصب انه يجب رد مثل المصوب ان
هلك . وهو مثلي ، وان انقطع المثل بقيمته يوم الخصومة ، بمعنى وقت قضاء
القاضي بها . وعند ابي يوسف يوم الغصب ، وعند محمد يوم انقطاع المثل . وكلها
مصححة ، والاول قول ابي حنيفة ، وعليه المتون .

ومعنى انقطاع المثل ان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في
البيوت . هذا في المثلي ، واما في القيمي - فتجب قيمته يوم غصبه اجماعاً .
وفي فتاوي الاقروبي عن البدائع : ولو انلف شيئاً من ذوات الامثال ، وهو
جيد فانقطع من ايدي الناس نوع الجيد ولا يوجد الا الردي منه ، ليس له الا
ان يأخذه ، اي الردي او قيمة الجيد اه .

واقاد في الخانية انه لو غصب رجل عيناً فلقية المصوب منه في بلدة اخرى ،
وقد كان العين المصوب قد هلك وهو من ذوات الامثال ، فان كان السعر في
المكان الذي التقيا فيه مثل السعر في مكان الغصب او اكثر ، فانه يبرأ بالمثل .
وان كان السعر في هذا المكان اقل ، فالمالك بالخيار : ان شاء اخذ قيمة العين في
مكان الغصب وقت الغصب ، وان شاء انتظر . ولو كانت القيمة في مكان الخصومة
اكثر ، يجيز الغاصب : ان شاء اعطى مثله في مكان الخصومة ، وان شاء اعطاه
قيمه يوم غصبه ، الا ان يرضى المصوب منه بالتأخير . وان كانت القيمة في
المكانين سواء كان للمصوب منه ان يطالبه بالمثل اه .

وفي فتاوي الانقروبي من كتاب النصب عن الفصولين : ولو هلك المنصوب ،
ففي القيمي يجب للمالك قيمة بلد النصب يوم الخصومة ، وجواب المثلي على التفصيل
الخ اه . والمراد بالتفصيل ما قدمناه عن الخالية .
لكن قوله « يوم الخصومة » صوابه « يوم النصب » كما في هامش الانقروبي ،
لما قدمناه آنفاً انه في القيمي تجب قيمته يوم غصبه اجماعاً ، فتدبر .

* فروع - *

رجل في يده الف درهم ادعاها رجلان كل واحد منهما انها له اودعها اياه ،
فدعواها صحيحة . فان ثبتت بيينة اقامها كل واحد منهما ، كانت الالف بينهما ،
والافصور المسئلة ستة : اقر لها ، نكل لها ، حلف لهما ، اقر لاحدهما ونكل
للآخر او حلف ، نكل لاحدهما وحلف للآخر .

ففي صورتين الاوليين يقضي بالالف بينهما وعليه الف اخرى بينهما .
وفي الصورة الثالثة لاشي لها عليه لعدم الحجة .

وفي الصورة الرابعة ، وهي ما لو اقر لاحدهما ونكل للآخر ، يقضى بها لمن
اقر له ، وعليه الف اخرى لمن نكل له عند محمد ، خلافاً لأبي يوسف فانه يقول
ان ما فات من حقه لم يفت بمجرد اقراره وانما فات بالدفع الى الأول ، وذلك بقضاء
القاضي ، فلا يضمن . ولكن محمد رحمه الله تعالى يقول هو الذي سلب القاضي على
القضاء بها للأول باقراره ثم اقر للثاني بنكوله عن اليمين بانه مودع له والمودع يكون
ضامناً بالتسليط .

وفي الصورة الخامسة وهي ما لو اقر لاحدهما وحلف للآخر ، يقضى بها لمن
اقر له ولا شي للآخر ، لعدم الحجة . والتحليف للثاني في هذه الصورة ، ان يقول
« بالله ما هذه العين له ولا قيمتها » لأنه لما اقر بها للأول ، ثبت له الحق فيها فلا
يفيد اقراره فيها للثاني . فلو اقتصر على الاول اي على قوله « ما هذه العين له »
لكان صادقاً .

وفي السادسة وهي ما لو نكل لاحدهما وحلف للآخر ، يقضى بها لمن نكل ،
لقيام الحجة ، ولا شي للآخر لعدمها . ثم ان نكل للأول لا يقضى به حتى يجلته

لثاني لينكشف وجه القضاء هل عولما او لا أحدها ، كما اذا اقاما البينة -
بمخلاف ما اذا اقر لاحدها فانه يحكم له به لان الاقرار حجة ملزمة بنفسه والنكول
لا يكون حجة الا بالقضاء . حتى لو قضى القاضي للأول حين نكل قبل ان يحلف
لثاني ، لا ينفذ قضاؤه . ولا فرق بين ما اذا كان المدعي به نقوداً كما هو فرض
المسئلة ، او عيناً كدابة ونحوها ، لأن النقود تنتمين في الودائع والنصبوب ،
فكانت كالاعيان . هذا حاصل ما في الدرر وحواشيه والهداية والزبلي .
وتمام تعاليل المسئلة فيها ، فلتراجع .

وفي الهندية عن غابة البيان : من كان في يده الف درهم فعضره رجلا
كل واحد يدعي انه اودعه اياه وقال المودع اودعنيه احدكما ولا ادري ايكما
هو ، فالمدعيان اذا اصطلحا فيما بينهما على ان يأخذ ذلك الالف بينهما ، فان لما
ذلك وليس للمودع الامتناع من تسليم الالف اليها . وبعد هذا الاصطلاح ليس
لها الى الاستحلاف سبيل ، ولا يبين لها على المودع .

واما اذا لم بصطلحا ولكن كل واحد منها يدعي ان الالف له خاصة واراد اخذه
من المودع ، فليس له ذلك ، ولكل واحد منها ان يستحلف المودع ، فاما ان يحلف
لها او ينكل لها او يحلف لاحدها وينكل للآخر .

فان حلف لها ، قطع دعواها وليس لها الى الاصطلاح واخذ الالف بينهما ،
سبيل بعد الاستحلاف في قول ابي يوسف رحمه الله تعالى . وقال محمد رحمه الله
لها ان بصطلحا بعد الاستحلاف على اخذ الالف بينهما . وهذا ان حلف لها واذا
نكل لها عن اليمين ، بقضى بالالف بينهما وبضمن الفأ آخر بينهما .

وان نكل لاحدها وحلف للآخر ، قضى بالالف للذي نكل له عن اليمين
خاصة ، ولا شيء للذي حلف له منها اه .

اقول : وينبغي ان يكون تخليفه لكل منهما على العلم بأن الالف ليست له
خاصة ، لانه قد اقر بأن احدها اودعه الالف ولا يعلم ايها هو ، فلو حلف لها على
القطع ، يكون حائثاً بيقين ، فتأمل .

لكن رأيت في الخانية بعد هذا ، ما نصها : رجلا ادعى كل واحد منهما
على رجل ودبعة ويقول اودعت عنده كذا فقال المودع لا ادري ايكما استودعني ،

فانه يحلف لكل منهما انه ما اودعه عنده . فان ابى ان يحلف اعطى الوديعة لها
وبضمن لهما ، لانه اتلف الوديعة بالتجهيل اه .

وفي اواخر الباب التاسع ، في الاختلاف الواقع في الوديعة من الهندية :
اودع احدهما غلاماً والاخر جارية ثم ادعى كل واحد منهما الغلام لنفسه وانكر كل
واحد ان يكون اودع الجارية واقر المودع بالجارية لاحدهما بعينه وصدقه المقر له
وقال المودع لا ادري ايكما اودع عندي الغلام واعلم ان احدا كما اودعه لكن
لا اعرف من كان منكما ، يدفع الجارية الى المقر له والغلام لها جميعاً ، ثم يحلف المودع
لكل واحد منهما انه لم يودع عنده الغلام ، ثم بضمن لها قيمة الغلام بينهما نصفين
(كذا في التارخانية)

رجل في بده امة والى درهم ، فقال رجلان كل واحد منهما له اودعتك هذه ،
فقال المودع لا ادري لا يكما هذه وابى ان يحلف لها ، فالالف والامة بينهما
نصفان ، وعليه قيمة امة والى آخر بينهما (كذا في محيط السرخسي) فتأمل
عند الفتوي ولا تعجل .

وفيهما عن التاوى العتابة : ولو اودعه كل واحد الفاً فهلك الف ولا يدري
مال من هلك ، فلا خصومة لها حتى يدعيها . فان ادعى كل واحد ان القائم ماله ،
حلف المودع لكل واحد . فان حلف لها ، اخذ القائم ولا سبيل لها عليه . وان
نكل لهما ، اخذاه ولكل واحد خمسمائة اخرى (كذا في التارخانية)
قال رب الوديعة للمودع ادفع الوديعة الى فلان ، فقال دفعت ، وكذبه
فلان ، صدق المودع مع بينته ، لانه امين .

قال المودع لا ادري كيف ذهبت ، لا بضمن على الأصح ، كما لو قال ذهبت
ولا ادري كيف ذهبت (تنوير)

ومثله ما اذا قال لا ادري اضاعت ام لم تضع ، فان القول قوله ، كما في جامع
الفصولين ونور العين وغيرها .

وعبارة الفصول العمادية : ولو قال لا ادري اضاعت او لم تضع ، لا بضمن .
ولو قال لا ادري اضيبتها او لم اضيع بضمن اه - اي لانه نسب الاضاعة لنفسه .
فما في الدر من انه لو قال « لا ادري اضاعت ام لم تضع بضمن اه » فيه نظر كما

فيه عليه المحشون ، فافهم .

وفي الهندية عن التوازل : اذا قال المودع سقطت الوديعة او وقعت مني ، لا بضمن . ولو قال اسقطت او تركتها ، بضمن .

قال الشيخ الامام ظاهر الدين المرغيناني رحمه الله تعالى : لا بضمن في الوجهين ، لأن المودع لا بضمن بالاسقاط اذا لم يترك الوديعة ولم يذهب . والفتوى عليه (كذا في الخلاصة)

اذا قال دفنت الوديعة في داري او كرمي ونسيت مكانها ، لم بضمن اذا كان للدار والكرم باب . ولو قال دفنت في موضع آخر ونسيت مكانه ، بضمن (هندية عن الخلاصة)

قال : وضعتها في داري فنسيت المكان ، لا بضمن . ولو قال وضعتها في مكان حصين فنسيت الموضع ، ضمن لانه جهل الامانة كالومات مجهلا (صح) وقيل لا بضمن ، كقولهم ذهبت ولا ادري كيف ذهبت .

ولو قال دفنت في داري او في موضع آخر ، ضمن ولو لم يبين مكان الدفن . ولكنه لو قال سرقت من مكان دفنت فيه ، لم بضمن (كذا في رد المحتار عن نور العين ، وتماه فيه)

التي دراهم الوديعة في الجيب فلم تقع في الجيب وهو ظن انها وقعت فضاقت ، ضمن (خلاصة) ومثله في الهندية عن المحيط ، خلافا لما في التكملة عن نور العين وان نام المودع وجعل الوديعة تحت رأسه او تحت جنبه فضاقت ، فلا ضمان عليه . وكذلك اذا وضعا بين يديه ، وهو الصحيح ، واليه مال شمس الائمة السرخسي قالوا : انما لا يجب الضمان في الفصل الثاني اذا نام فاسداً : اما اذا نام مضطجعا ، فعليه الضمان . وهذا اذا كان في الحضر . اما اذا كان في السفر ، فلا ضمان ، نام قاعداً او مضطجعا .

سئل ابو القاسم عمن جعل ثياب الوديعة على دابته فقتل عن دابته في بعض الطريق ووضع الثياب تحت جنبه ونام عليها فسرقت الثياب ، قال إن اراد به الترفق ، ضمن . وان اراد به التحفظ ، لم بضمن . وان كان مكان الثياب كبس فيه دراهم ، لم بضمن (كذا في الهندية عن المحيط والحاوي)

وفيها : الوديعة اذا كانت قراماً فأخذها المودع وصعد بها السطح ونستر بها فهبت بها الريح واعادتها الى المكان الذي كانت فيه من البيت ، لا يبرأ عن الضمان ، لأنه لم يوجد منه القصد الى ترك التعدي اه .

وفيها : ولو طلب الوديعة فقال ما اودعتني ثم ادعى الرد او الهلاك ، لا يصدق . ولو قال ليس له علي شيء ثم ادعى الرد او الهلاك ، يسمع اه .

وفيها : ولو قال المودع انها قد ضاعت ثم قال بعد ذلك بل كنت رددتها اليك لكنني اودعت ، لم يصدق ، وهو ضامن (كذا في البدائع)

ولو قال المودع : ضاعت الوديعة منذ عشرة ايام فأقام المودع بينة انها في يده منذ يومين فقال المودع وجدتها ثم ضاعت ، قبل منه (كذا في المنتقط)

وفيها : رجل اودع رجلاً الف درهم ، ثم قال اني امرت فلاناً بقبضها منك ثم نهبته عن ذلك ، فقال المودع فلان اتاني ودفعتها اليه ، وقال فلان لم آتته ولم اقبضها منه ، فإن المستودع بري منها (كذا في المحيط)

وفيها : اتلف وديعة انسان ، للمودع ان يخاصم ويفرغه القيمة . واذا كان عند رجل وديعة او عارية او بضاعة فقبضها منه رجل ، فهو خصمه فيها عندنا اه .

وفيها : رجل اودع وديعة عند رجل فضاغت فلما طلبها صاحبها ادعى انها هلكت فانكر المالك فحلف المودع على هلاك الوديعة فنكل عن اليمين فاعطى مائة دينار الى المالك ثم ظهرت الوديعة في يد آخر فاراد المستودع ان يخاصمه ويأخذها ، ينظر الى دفع المائة بقول ابها كان . فإن كان رب الوديعة قال كانت قيمة الوديعة مائة واقام البينة عليه ، فإن الخصاصمة الى المستودع . لكن المستودع اذا استردها من صاحب اليد ، له ان يردّها الى رب الوديعة ويأخذ المائة منه ، لأنه ما كان راضياً بأن يتملكها بهذا القدر . وان كان المستودع قال كانت قيمتها مائة وحلف على ذلك ، فالخصومة الى رب الوديعة (كذا في جواهر الفتاوي)

رجل دفع الى دلال ثوباً لبيعه ، فقال الدلال وقع مني الثوب وضاع ولا ادري كيف ضاع ، قال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى : لا يضمن . ولو قال نسيت ولا ادري في اي حانوت وضعته ، بكوت ضامناً (خانبة)

وفيهما : رجل اودع كيساً فيه دراهم عند رجل ولم يزن ثم ادعى صاحب
الودعة الزيادة ، قالوا : لا ضمان عليه ولا يمين حتى يدعي عليه الحيانة او التضيق
او نحو ذلك اه .

= الباب الثالث =

✽ في العارية وبشتمل على فصلين ✽

الفصل الاول

✽ في المسائل المتعلقة بعقد الاعارة وشروطها ✽

واما اشتقاقها ومشروعيتها وتفسيرها عرفاً وشرعاً ، فقد تقدم بيانه في المادة
(٧٦٥) وشرحها .

قال في الدر : ومحاسنها النيابة عن الله تعالى في اجابة المظطر ، لانها لا تكون
الاتـمحتاج ، كالقرض . ولهذا كانت الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر اه .
وفي مجمع الأنهر : وسببها التعاضد المحتاج اليه المدني بالطبع . وقدمنا ان
مشروعيتها بالكتاب والسنة والاجماع .
قال في مجمع الانهر : وانما اختلفوا في كونها مستحبة ، وهو قول الاكثر ، او
واجبة ، وهو قول البعض اه .

المادة ٨٠٤ = ✽ الاعارة تنعقد بالايجاب والقبول وبالتعاطي .
مثلاً لو قالو شخص لاخر اعرتك مالي هذا او قال اعطيتك اياه عارية
فقال الاخر قبلت او قبضه ولم يقل شيئاً او قال رجل لانسان اعطني
هذا المال عارية فاعطاه اياه انعقدت الاعارة ✽

افادت هذه المادة انه كما يصح القبول بالتعاطي ، يصح الايجاب به ايضاً . وبخالفه ما في رد المختار ، حيث قال عند قول صاحب الدر « افاد بالتملك لزوم الايجاب والقبول ولو فعلاً ، ما نصه : قوله « ولو فعلاً » اي كالتعاطي ، كما في القهستاني . وهذا مبالغة على القبول : واما الايجاب ، فلا يصح به . وعليه بفرع ما سبأني من ان قول المولى خذه واستخدمه من غير ان يستعيره المدفوع اليه ، لا يكون اعارة . والظاهر ان هذا هو المراد بما في الهندية .

وركنها ، يعني الاعارة ، الايجاب من المعير . واما القبول من المستعير ، فليست بشرط عند اصحابنا الثلاثة اهـ - اي القبول صريحاً غير شرط ، بخلاف الايجاب . ولهذا قال في التتارخانية ان الاعارة لا تثبت بالسكوت اهـ والآن لزم ان لا يكون اخذها قبلاً . اهـ ما في رد المختار . وذكر قريباً منه في حاشية (ط) ايضاً :

وهذا يقتضي ان الاعارة لا تنعقد في المثال الاخير ، وهو ما لو قال رجل لانسان اعطني هذا المال عارية واعطاه اياه ، لانه لم يوجد الايجاب الصريح من المعير . نعم لو كان قال المعير بعد قول الرجل « اعطني هذا المال عارية » « خذه » ونحو ذلك ، يكون ذلك ايجاباً بالاقضاء ، حيث وقع جواباً عن طلب الاعارة ، ويكون قبض المستعير بعده قبولا بالتعاطي . ولذا كان قول المولى « خذه واستخدمه » بعد ان استعاره المدفوع اليه ، ايجاباً ، يعني بالاقضاء ، كأنه قال اعرتك فخذ - بخلاف ما اذا قال ذلك من غير ان يستعيره المدفوع اليه ، فليتأمل وليجرب .

وفي الهندية : واما ركنها فهو الايجاب من المعير . واما القبول من المستعير ، فليس بشرط عند اصحابنا الثلاثة . والايجاب هو ان يقول اعرتك هذا الشيء او منحتك هذا الثوب او هذه الدار ، او قال هو لك منحة ، او اطعمتك هذه الارض او هذه الارض لك طعمة ، او اخدمتك هذا العبد او حملتك على هذه الدابة اذا لم ينو به الهبة ، او داري لك سكني او داري لك عمري سكننا (كذا في البدائم) والاصل في هذا انه اذا اضاف هذه الالفاظ الى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ، فهو تملك للمنفعة دون العين . واذا اضاف اليه ما لا ينتفع به الا باستهلاك عينه ، فهو تملك للعين ، فيكون فرضاً (كذا في السراج الوهاج) وفيها : لو قال ملكتك منحة هذه الدار شهراً او لم يقل شهراً بغير عوض ،

كانت اعادة . ونصح بقوله اقرضتك هذا الثوب تلبسه يوماً او اقرضتك هذه الدار
تسكنها سنة او وتمامه فيها .

المادة ٥ ٨ - * سكوت المعير لا يعدّ قبولا فلو طلب شخص
من آخر اعادة شيء فسكت صاحب ذلك الشيء ثم اخذه ذلك المستعير
كان غاصباً *

المراد بالسكوت هنا عدم وجود ما يفيد القبول من المعير من قول وهو
ظاهر ، او فعل كدفعه الشيء المستعار للمعير . وهذا بعد ان يتقدم الايجاب
من المستعير .

والمراد ايضا ان المستعير قد اخذ ذلك الشيء بدون ان يدفعه المعير اليه فلا
منافاة بين هذه المادة والتي قبلها . لكن لا تنس ما كتبناه في شرح المادة السابقة
وعبارة الهندبة عن الظهيرة : رجل استعار من رجل شيئاً فسكت المالك
ذكر شمس الائمة السرخسي ان الاعارة لا تثبت بالسكوت او ومثله في الخانية .
وفيها : رجل استعار من رجل ثوراً فقال له المعير اعطيك غداً فلما كان
الغد اخذ المستعير الثور من بيته عند غيبته واستعمله ومات في يده كان ضامناً
لانه اخذه بغير اذنه . واذا استعار من آخر ثوراً غداً فأجابه صاحب الثور بنعم
ثم جاء المستعير غداً ولم يجد صاحب الثور فاخذ الثور من بيته واستعمله فهلك ،
قال ابراهيم بن يوسف لا يضمن ، لانه ثمة اخذ الثور من بيته وكان صاحب
الثور اجابه بنعم غداً ، وما هنا قال صاحب الثور اعطيك غداً ووعد له الاعطاء
وما اعاره او . ومثله في البرازية في الثاني من العارية معللاً بقوله « لانه لو
استعار منه غداً وقال نعم انقذت الاعارة وفي المسئلة الاولى وعده الاعارة لاغير اد »
لكن في التنوير ما يخالفه في المسئلة الاولى ، يعني . مسئلة الوعد بالاعطاء ،
حيث قال لا يضمن ايضاً ، فكأن المسئلة خلافة . لكن اقتصر الخانية والبرازية
على الضمان مع التعليل يفيد ترجمته .

ثم رايت في الباب الخامس من الهدية التصريح بالخلاف في المسئلة الاولى
عازياً القول بالضمان الى فتاوي ابي الليث ، والقول بدمه الى مجموع التوازل ، كما
في حاشية الخططاوي على الدر .
ولعل وجه الضمان ان ذلك وعد لا يجب الوفاء به ، فبأخذه يكون متعدياً
فيضمن . ووجه عدمه انه بتعيين وقت الاعطاء يكون آذناً بالاعطاء فيه اه
والتوجيه الاول اظهر من الثاني ، كما لا يخفى .

المادة ٨٠٦ - * للمعير ان يرجع عن الاعارة متى شاء *

لقوله عليه الصلاة والسلام * النخعة مردودة والعارية موهذاة * ولان النافع
تحدث شيئاً فشيئاً . ويثبت الملك فيها بحسب حدوثها ، فرجوعه امتناع عن تملك ما
لم يحدث ، فله ذلك (زيلعي)

وعبارة التاوير مع شرحه الدر المختار : ولعدم لزومها يرجع المعير متى شاء ،
ولو موقفة او فيه ضرر ، فتبطل وتبقى العين باجر المثل ، كمن استعار امة لترضع
ولده وصار لا يأخذ الا نديها ، فله اجر المثل الى الفطام اه .

قال في نكحة رد المختار : ومثله ما لو استعار دابة ليفزو عليها فطلبها بعد ان
وصل الى دار الشرك ولا يجد دابة بكثرتها او بشترها في ذلك المحل ، بطلت
العارية ، ولكنها تبقى بأجر المثل الى ان يجد كراء او شراء . (كذا في النخ)
وينبغي ان يلحق بدار الحرب ما لو طلبها منه في المفازة . وان يراد بقوله « الى
موضع يجد فيه كراء وشراء » اي ثمن المثل واجر المثل . حتى لو كان في
مكان وصل اليه وطلب منه ازهد من اجر المثل او من ثمن المثل في الشراء ، ينبغي
ان لا يكلف . وكذا لو وجد ثمن المثل او اجر المثل لكن لم يوجد معه ثمة ما
يشترى او يستأجر ولا يعطونه الا حالاً ، فليراجع اه .

قلت : ولا ينبغي ان يتردد في وجوب بقائه باجرة المثل فيما لو طلبها منه بالمفازة ،
لأن المناط في هذا الحكم انما هو لزوم الضرر ، وذكر دار الحرب اتفاني لا

احترازي . وقد صرحوا بلزوم بقائها بأجر المثل فيما اذا مضت مدة الاجارة في المفازة او البحر ، كما تقدم في المادة (٤٨٠) وشرحا ، فلتراجع .

وفي الهندية عن المحيط : واذا استمار من آخر زفاقاً وجعل فيها زبناً فأخذه في الصحراء ، فليس له ان ياخذ الزقاق ، وله اجر مثلها الى موضع يجد فيه زفاقاً فيحول زبته اه - نعم ما يجته بقوله « وان يراد بقوله الى موضع يجد فيه الخ » يحتاج الى نقل يوه يده ، فاني لم اره الاّن .

وفي الخانية ، من باب ما يدخل في البيع تبعاً ، من الفصل الا اول : رجل استأذن جارآ له في وضع جذوع له على حائط الجار او في حفر سرداب تحت داره فاذن له في ذلك ففعل ، ثم ان الجار باع داره فطلب المشتري دفع الجذوع والسرداب ، كان له ذلك ، الا اذا البائع شرط في البيع ذلك ، فحينئذ لا يكون للمشتري ان يطلب ذلك امثله في البرازية من القسمة ، وبه اتى الخبير الرمي خلافاً لما في الاشياء من العارية ، قلا عن القنية ، من ان العارية لازمة في النزع المذكور مطلقاً ، وان المشتري لا يتمكن من رفضها . حتى عبر عن القول المقابل له بقيل .

قال السيد الحموي في حاشيته ، بعد نقل ما تقدم عن الخانية ، قال بعض الفضلاء : ينبغي اعتاد القول بعدم لزومها في الصورة المذكورة ، وللمشتري المطالبة برفضها ، الا اذا شرط البائع قرارها وقت البيع ، لقولم ان العارية غير لازمة ، كما في الخلاصة والبرازية وغيرها ، وقد جزم بذلك صاحب الخلاصة في النزع المذكور اه .

ولا يخفى ان اشتراط البائع على المشتري ببقاء الجذوع والسرداب ، ليس من قبيل البيع بشرط فيه تنفع لاجنبي حتى يكون مفسداً للبيع على ما ذكره في الدر من البيع الفاسد خلافاً لما ذكره صاحب البحر ، بل هو من قبيل استثناء موضع الجذوع والسرداب من المبيع ، وهو جائز كما تقدم في شرح المادة (٢١٩) فيكون المشتري قد اشترى ما هذا ذلك ، وبه يعلم سقوط ما يجته صاحب تكملة رد المحتار . ولهذا لم نر احدأ تعرض لهذا البحث ، مع كونه ظاهراً . وانظر ما نذكره في شرح المادة الآتية ، وهي :

المادة ٨٠٧ = * نفيسخ الاعارة بموت المير او المستعير *

قال (ط) : فطونة المير الرجوع ، وليس لورثة المستعير الانتفاع . حتى لو استعملوها فهلكت ، ضمنوا . وهذه فائدة النسخ كما لا يخفى اه .
قلت : وكذا بموت المير ليس للمستعير الانتفاع ، وبضمن لو استعملها فهلكت ، لانفساخ الاعارة ، فبقيت ودببة . والمودع لا يملك منفعة الودببة ، كما هو ظاهر . وذكر (ط) ايضا عند ذكر مسألة الجذوع والسرداب التي مرّ نقلها في شرح المادة السابقة عن الخانية والبرازبة والخلاصة ، ما نصه : ومثل المشتري الوارث فيأذ كر ، لكن للوارث ان يأمر برفع الجذوع والسرداب بكل حال اه (بيري) اي ولو مع شرط القرار وقت وضع الجذوع او وقت حفر السرداب ، بخلاف المشتري ، حيث لا يتمكن من الرفع مع هذا الشرط اه (ابو السعود)
اقول : وهذا صريح في ان المير لو شرط حين وضع الجذوع او حفر السرداب حق القرار ، فليس للمشتري الا امر برفعها وان لم يشترط البقاء حين البيع . وعليه فكون المشتري له الرفع ، مقيد بقيدن احدهما ان لا يشترط البائع البقاء حين البيع ، والثاني ان لا يشترط القرار حين الوضع والحفر . ولم ار هذا القيد لغير ابي السعود ، فليحذر .

والحاصل ان الوارث له رفع الجذوع التي وضعها المستعير بأذن مورثهم وان شرط حق القرار حين الوضع ، كما يقتضيه اطلاق البيري وغيره . واما المشتري ، فله رفعها ، الا اذا شرط البائع بقاءها حين البيع ، على ما تقدم عن الخانية وغيرها ، والا اذا شرط البائع حق القرار حين الوضع والحفر ، على ما افاده ابو السعود . وعليه لو لم يشترط البائع البقاء حين البيع ، لكن قد شرط له حق القرار حين الوضع او الحفر ، فالظاهر ان المشتري له خيار فسخ البيع بخيار المير او بخيار فوات وصف مرغوب ، فيه ان لم يطلع على ذلك حين اشترى ، تدبر . قال في رد المحتار : ومنه ، اي من قول صاحب الهندبة « الا ان للوارث ان يأمر برفع البناء على كل حال »

يعلم ان من اذن لاحد ورثته ببناء محل في داره ثم مات ، فلباقي الورثة مطالبته برفعه ان لم تقع القسمة او لم يخرج في قسمه . اه .

المادة ٨٠٨ - * يشترط ان يكون الشيء المستعار صالحاً للانتفاع به . بناء عليه لا تصح اعارة الحيوان النادر الفار ولا استعارته *

لان العارية تمليك المنافع مجانياً ، ولا منفعة اصلاً للحيوان المذكور . فلو ملك المستعير بعد ذلك الحيوان النادر ، ليس له ان ينتفع به . ولو فعل فذلك ، بضمنه ، لعدم صحة العارية .

ولا بد ان يكون الانتفاع بدون استهلاك عينه ولهذا قالوا ان عارية الثمنين والمكيل والموزون والعددي المتقارب قرض ، لانه لا ينتفع بهذه الامور الا باستهلاك عينها ، ولا يملك استهلاكها الا اذا ملكها ، فانقضت اعارتها تمليك عينها ضرورة ، وذلك بالهبة او القرض ، والقرض ادانها ضرراً لكونه موجباً لرد الخلل .

وهذا اذا لم يمين الجهة . اما اذا عينها كاستعارة الدرهم ليعتير بها الميزان او يزين بها الدكان ونحو ذلك من الانتفاعات ، فتصير عارية امانة ليس له الانتفاع باهلاكها ، فكان نظير عارية الخيل والسيف الخلي .

وتفروغ على كون عارية ما ذكر قرضاً انه بضمنها يهلكها قبل الانتفاع ، كما هو حكم القرض (افاده في الدرر وغيرها)

وفي المنديبة عن المحيط : استعار من آخر رقعة يوقع بها قيمه او خشبة بدخلها في بنائه او آجرة ، فهو ضامن ، لان هذا ليس بعارية ، بل هو قرض . وهذا اذا لم يقل لاردها عليك . اما اذا قال لاردها عليك فهو عارية . اه .

المادة ٨٠٩ - * يشترط كون المعير والمستعير عاقلين مميزين ولا يشترط كونهما بالغين بناء عليه لا تجوز اعارة الجنون ولا الصبي

غير المميز . واما الصبي المأذون فتجوز اعارته واستعارته *

ذكر في جامع احكام الصغار : صبي استمار من صبي شيئاً فأعطاه والمستعار لصبي الدافع فهلك في يد الصبي ، ان كان الدافع مأذوناً له لاشي على المستعير ، انما يجب الضمان على الدافع ، لانه اذا كان مأذوناً له صح الدفع منه ، فكان الهلاك حاصلًا بتسلطه . ولو كان ذلك الشيء للاول لا يضمن الثاني ايضاً ، لا قلنا . وان كان الصبي الدافع مجبوراً عليه بضمن هو بالدفع ، و يضمن الثاني بالاخذ ايضاً ، لان الاول غاصب والثاني غاصب الناصب .

وفيه : ذكر في التوازل : ليس لوالد الصغير ان يعير معاق ولده الصغير . فرق بينه وبين المأذون ، فان له ان يعير ماله . والفرق ان اعارة المأذون له من توابع التجارة فاما اعارة الأب مال الصغير ، فليس من توابع التجارة في مال الصغير . وفيه عن العدة : لو استعار الوصي من رجل دابة ليعمل بها عملاً من اعمال الصغير فجاز الحمد الذي ذكره حتى صار غاصباً وعطبت الدابة ، فالضمان في مال اليتيم اه .

ثم نقل عن صدر الاسلام ابي اليسر انه قال ان بعض اصحابنا قالوا في هذه المسئلة : بضمن اليتيم دون الوصي ، ولا يكاد يصح هذا ، لأن الناصب هو الوصي دون اليتيم حقيقة وحكماً ، فلا يجب ان يضمن اليتيم كما في الناصب اه ملخصاً

المادة ٨١٠ - * القبض شرط في العارية فلاحكم لما قبل القبض *

لأنها من التبرعات ، والتبرع لا يتم الا بالقبض ، كما مر في المادة (٥٧) وتبرع على ان لا حكم لما قبل القبض ، ان المستعير لا يملك اعارتها من غيره قبل ان يقبضها ، وان كانت العارية مطلقاً او المستعار شيئاً لا يتفاوت الناس بالانتفاع به .

ليكن قد بشكل طبه ما في الخانية ، رجل استمار من آخر دابة خذاً ال

الليل فاجابه صاحب الدابة بنعم ، ثم استعارها آخر غدا الى الليل فاجابه بنعم ،
فان الحق يكون للسابق منعا . فان استعارها معا فهي لها جميعا اهـ ومثله في الهندية ،
آخر الباب الثاني من العاربة ، معزيا لخزانة المفتين . فقد جعل لها حكا قبل
القبض كاترى ، فأمل .

وما ادعاه الشارح سليم باز من انه لا بد في القبض من ان يكون باذن المالك
صريحا او دلالة ، فربة بلا مربة ، اذ لم يذكره احد غيره ، لأنه متى انعدمت
الاعارة لا يحتاج المستعير الى اذن مجدد من المعير لا صريحا ولا دلالة . واستدلالة
بما في رد المختار « لو طلب شخص من رجل ثورا عاربة فقال اعطيك غداً
الى آخر ما قدمنا نقله عن الغانية والبرازية في شرح المادة ٨٠٥ » صريح في
الرد عليه ، فضلا عن ان يكون دليلا له ، كما هو ظاهر .

المادة ٨١١ - * يلزم تعيين المستعار وبنه عليه اذا اعار شخص

احدى دابتين بدون تعيين ولا تحيير لا تصح الاعارة بل يلزم ان يعين
المعير منها الدابة التي يريد اعارتها . ولكن اذا قال المعير للمستعير خذ
ابها شئت عاربة وخيره صححت العاربة *

المراد بلزوم تعيين المستعار ان لا يكون المستعار مجهولا جهالة نوودي الى
المنازعة ، لما في الحجر ان جهالة العين في العاربة مفسرة اذا كانت تفضي الى المنازعة ،
لما في الخلاصة : لو استعار حمرا قال ذلك لي حماران في الاسطبل فخذ احدهما
واذهب فأخذ احدهما وذهب به ، بضمن اذا هلك . ولو قال خذ احدهما ابها
شئت لا بضمن اهـ .

الحول : ولعل الفرق ان الجهالة في الأول تفضي الى النزاع يجوز ان يقول
المعير اردت بأحدهما ذاك غير الذي اخذه ، بخلاف الثاني ، فانه صبه بما تقع عليه
مشبته ، فلا محل لأن يقول ما قال ، فالجهالة الباقية لا تفضي اليه .

ويظهر لي ان قوله « بضمن اذا هلك » المراد منه ان يهلك حال استيفاء
المنفعة ، فيكون باستعمالها متمدياً لعدم صحة الاعارة . اما لو ملك بدون استعمال ،
فلا ضمان ، لانه ، وان لم تصح العارية للجهاالة ، لكنه قبضه باذن المالك ، فيكون
له حكم الوديعة لا النصب ، فلا بضمن بلا تعد ولا تقصير ، فتدبر .

❖ تنبيه ❖

اعارة الجزء الشايع لصح كيفما كان في التي تحمل القسمة او لا تحملها ،
من شريك او اجنبي . وكذا اعارة الشيء من اثنين ، سواء اجملا او فصل بالتنصيف
او بالاثلاث (كذا في الهندية عن القنية)

= الفصل الثاني =

❖ في بيان احكام العارية و ضماناتها ❖

المادة ٨١٢ = ❖ المستعير يملك منفعة العارية بدون بدل فليس

للمعير ان يطلب من المستعير اجرة بعد الاستعمال ❖

حتى بشرط لصحة الاعارة خلوها عن شرط العوض ، لانها به نصير اجارة ،
كما في الدرر .

وقد نصوا ان الاجارة تنعقد بلفظ الاعارة . قال في الدرر . ان الاجارة
تنعقد بلفظ الاعارة . حتى لو قال لغيره اعرتك هذه الدار شهراً بكذا وقبل
المخاطب ، كانت اجارة صحيحة .

اما العارية ، فلا تنعقد بلفظ الاجارة . حتى لو قال آجرتك هذه الدار بلا
عوض ، كانت اجارة فاسدة ، لا اعارة اه .

وذكر في الدرر : استعار ارضاً ليبيني ويسكن واذا خرج فالبنا للمالك ،
فللمالك اجر مثلها مقدار السكنى ، والبنا للمستعير ، ولأن الاعارة تمليك بلا عوض ،

فكانت اجارة معنى ، وفسدت بجيالة المدة اذ لكن هذا مخالف لنطوق المادة (٤٨١)
 فلتراجع منع شرحها . فقد حققنا هناك هذه المسئلة بما لا مزيد عليه .

المادة ٨١٣ = العاربه امانه في يد المستعير فاذا هلكت او
 ضاعت او نقصت قيمتها بلا تمد ولا تقصير لا يلزم الضمان . مثلاً اذا
 سقطت المرآة المعارة من يد المستعير بلا عمد او زلقت رجله فمقطت
 المرآة فانكسرت لا يلزم الضمان . وكذا لو وقع على البساط المعار
 شيء فتلوث به ونقصت قيمته فلا ضمان ❀

اطلق عدم الضمان ، فمثل ما اذا هلكت في حال الاستعمال ، وما اذا شرط
 عليه الضمان ، فانه شرط باطل كشرط عدم الضمان في الزمن اذا هلك (كذا
 في المحيط)

وهذا اذا لم يتبين انها مستحقة للغير . فان ظهر استحقاتها انها للغير ، ضمنها ولا
 رجوع له على المعير ، لانه متبرع . والمستحق ان يضمن المعير . واذا ضمنه ، لارجوع
 له على المستعير - بخلاف المودع اذا ضمنها للمستحق ، حيث يرجع على المودع لانه
 عامل له (بجر)

وقوله « لانه عامل له » فيه اشارة للفرق بين المستعير والمودع ، وقد تقدم
 توضيح ذلك في شرح المادة (٦٥٨)

وفي حاشية ابي السعود : انما لا تضمن العاربه بالهلاك اذا كانت العاربه مطلقه .
 فان كانت مقيدة مثل ان يعيره يوماً ، فلو لم يردّها بعد مضي الوقت ، ضمن اذا
 هلكت ، كما في شرح المجموع ، وهو المختار كما في العاربه . قال في الشرنبلالية :
 سواء امتصلها بعد الوقت ام لا . وذكر صاحب المحيط وشيخ الاصلاح انه انما يضمن
 اذا انتفع به بعد مضي الوقت ، لانه حينئذ يصير غاصباً او تقييد المادة بعدم التمدي ،
 لانه لو تعدى ضمنها اجماعاً ، كما صرحت به المادة الاتية ، وهي :

المادة ٨١٤ - إذا حصل من المستعير تعدد او تقصير بحق العاربة ثم هلكت او نقصت قيمتها فبأي سبب كان الملاك او النقص يلزم المستعير الضمان . مثلاً اذا ذهب المستعير بالداية للمعارة الى محل مسافته بومان في يوم واحد فنلت تلك الداية او هزلت ونقصت قيمتها لزم الضمان . وكذا لو استعار داية ليذهب بها الى محل معين ف تجاوز بها ذلك المحل ثم هلكت الداية حتف انها لزم الضمان . وكذلك اذا استعار انسان حلياً فوضعه على صبي وتركه بدون ان يكون عند الصبي من يحفظه فسرق الحلي فان كان الصبي قادراً على حفظ الاشياء التي عليه لا يلزم الضمان . وان لم يكن قادراً لزم المستعير الضمان *

هذه المادة كالضابط العمومي ، وما بعدها من المواد الى المادة (٨٢٩) اكثرها مسائل جزئية داخله تحته . وفي التمثيل بالامثلة الثلاثة اشارة الى ان اللوجب للضمان . اما التمدي ، وهو نوعان :

الاول ان يستهلك العاربة او ينقصها بفعله الغير المأذون به ، واليه الاشارة بالتمثال الاول ، ونظيره ما ذكر في المادة (٨١٦) ومن ذلك كما في البحر ما لو كسبها بالجمام او قنأ عينها بالضرب او حملها ما يعلم ان مثلها لا يحمله او استعملها ليلا ونهاراً مما لا يستعمل مثلها في الدواب . وكذا اذا استعار ثوراً ليكرب به ارضه فقرنه بشور اعلى منه ولم تجر العادة به فهلك .

الثاني ان يخالف المستعير ما اقتضاه عقد العاربة ، واليه الاشارة بالتمثال الثاني . ونظيره ما ذكر في المادة (٨١٧) والمادة (٨١٨) والمادة (٨٢٠) والمادة (٨٢١) والمادة (٨٢٣) وسيأتي في شرحها ما هو من جنس هذه المسائل .
واما ان يكون اللوجب للضمان هو التقصير بالحفظ ، واليه الاشارة بالتمثال

الثالث . ونظيره ما ذكر في المادة (٨١٥) والمادة (٨٢٨) والمادة (٨٢٩) وصياني
ايضاً في شرحها ما هو من جنسها .

المادة ٨١٥ = نفقة المستعار على المستعير . بناء عليه لو ترك
المستعير الدابة المعارة بدون علف فهلكت ضمن *

وكذا لو هزلت من تركها بلا علف بكفيها ، بضمن نقصانها ، كما هو ظاهر ،
لتقصيره في حفظها من الهلاك او الهزال ، لان المستعير استحق منافعتها ، فان شاء اتفق
ليحصل له المنفعة ، وان شاء خلا بده عنها ، لكون العاربة غير لازمة . فاذا لم يفعل ،
قد قصر في حفظها . هذا معنى كون نفقتها عليه ، كما في الهندية عن النخيرة .
وفيها عن خزنة الفتاوي : علف الدابة على المستعير ، سواء كانت العاربة
مطلقة او مقيدة . ونفقة العبد كذلك . اما كسوته ، فاعلى المير . ومثله في الدر .
قال في التكملة : لان العاربة غير لازمة ، والمير الرجوع عنها في كل حين ،
فكان زمنها غير مستطيل عادة . والكسوة تكون في الزمان المستطيل ، فلو
لزم العاربة بعد زمانها لخرجت العاربة عن موضوعها ، ولو صح رجوعه ، لتضرر
المستعير بذهاب كسوته من غير حصول انتفاعه اه .

والظاهر ان ما يوضع على ظهر الفرس او الخمار في فصل الشتاء في البلاد
الباردة حفظاً لها من البرد المهلك ، له حكم كسوة العبد ، فهو على المير ايضاً ، فلا
بضمن المستعير لو هلكت الدابة من عدم اكسائها .

وفي الهندية عن القنية : لو قال دفع اليك هذا الخمار لتتعمله وتعلمه من
عندك ، فهو اعارة اه - اي لان العلف على المستعير . فلو دفع له الخمار على ان
يكسو ظهره ما يقيه البرد المهلك في الشتاء ، تكون اجارة لا اعارة ، كما
لو دفع الدار على ان يرمها ويسكن ، كما تقدم عن الدر في شرح المادة
(٨١٢) وليجز .

ثم انما تلزم النفقة المستعير اذا طلب هو الاستعارة . اما لو قال خذها واستعملها

من غير ان يستعيرها ، فنفتها على المالك ، لانه ودبمة (كنا في الدر)

المادة ٨١٦ - * اذا كانت الاعارة مطلقة اي لم يقيد بها للمعير بزمان او مكان او بنوع من انواع الانتفاع ، كان للمستعير استعمال العارية في اي مكان وزمان شاء على الوجه الذي يريد . لكن يقيد ذلك بالعرف والعادة . مثلاً اذا اعار رجل دابة على الوجه المذكور اعارة مطلقة ، فالمستعير له ان يركبها الى حيث شاء في الوقت الذي يريد . وانما ليس له ان يذهب بها الى المحل الذي مسافة الذهاب اليه ساعتان في ساعة واحدة . كذلك اذا استعار شخص حجرة في خان كان له ان يسكنها وان يضع فيها امتعه . واما استعمالها بما يخالف العادة كأن يشغل فيها بصنعة الحداد فليس له ذلك *

كما انه ليس له ان يحمل الدابة فوق طاقتها ، ولا ان يسلك بها طريقاً لا يسلكه الناس في حاجة الى ذلك المكان . ولو فعل ضمن ، لان مطلق الاذن ينصرف الى المتعارف ، كما في الفصول العادية ، وليس من المتعارف فعل ما ذكره ، فيكون تعدياً (افاده في الدر وحواشيه)

قال في التكملة : الذي يظهر لي ان الاطلاق في غير الدواب المدونة لركوب . اما هي كاصائل الخيل ، فانها لا تحمل عادة وعرقاً ، فلو حملها ولو قدر طاقتها وعطبت ، ينبغي ان يضمن ، تأمل وراجع . اه مختصراً .

القول : لا حاجة الى التأمل والمراجعة بعد نصريحهم بأن مطلق الاذن ينصرف الى المتعارف ، فانه نص في المسئلة . ومثل هذا ما لو استعمل مثل تلك الخيل لركوب الارض وفلاحتها ، او استعار نوراً فركبه او حمل عليه ، او ثوباً فاستعمله كما يحصل الباط يوطأ بالاقدام ، فان استعمالها فيما ذكر غير متعارف ، فلا

يتناول الأذن المطلق ، كما هو ظاهر .

وإنما جاز للمستعير عند الإطلاق استعمال العارية في أي مكان وزمان شاء على الوجه الذي يريد ، إذا كان متعارفاً ، لأنه أمره بالانتفاع مطلقاً ، والمطلق يتناول أي انتفاع شاء في أي وقت شاء ، وإليه التعيين بنعمته : إن شاء استعمله في الركوب أو في الحمل عليها ، وأي ذلك فعل لا يمكنه أن يفعل غيره بعد ذلك ، لأن المطلق إذا تعين بقيد لا يبقى مطلقاً بعد ذلك (أفاده الخطاوي)

وفي جامع الفصولين : إذا استعار دابة أو ثوباً فاستعمل في المصير ثم خرج بها من المصير واستعمل ، فهو ضامن . وإن لم يستعمل ، ففي الثوب لا يضمن ، لأن الخروج به حفظ . وفي الدابة يضمن ، لأن الخروج به تضييع معنى اه .

المادة ٨١٧ - * إذا كانت الإعارة مقيدة بزمان أو مكان يعتبر ذلك القيد فليس للمستعير مخالفته . مثلاً إذا استعار دابة ليركبها ثلاث ساعات فليس للمستعير أن يركبها أربع ساعات . وكذا إذا استعار فرساً ليركبها إلى محل فليس له أن يركبها إلى محل غيره * .

قال في البحر : وإذا قيدما بوقت فهي مطلقة إلا بحق الوقت ، حتى لو لم يرد لها بعد مضي الوقت مع الامكان ، ضمن إذا هلكت ، سواء استعملها بعد الوقت أو لا . ولو كانت مقيدة بالمكان ، فهي مطلقة ، إلا من حيث المكان . حتى لو جاوزه ، ضمن . وكذا لو خالفه ، ضمن ، وإن كان هذا المكان أقرب إليه من المكان المأذون . اهـ معزياً للخلاصة ، ومثله في الهندية عن الوجيز ، يعني البزازية . وفيها من الخزانة : استعار دابة إلى موضع فسلك بها طريقاً ليس بالجدادة فطمبت ، ضمن . ولو عين طريقاً فسلك طريقاً آخر ، ان كانتا سواء ، لا يضمن . وإن كان أبداً أو غير مسلك ، ضمن . وكذا إذا كانتا تتفاوتان في الأمان ، حتى إن الطريق الذي سلك فيه إذا لم يكن آمناً ، يضمن اه .

وفي هذا مخالفة لما في البحر عن الخلاصة ، الا ان يُدعى ان تعيين الطريق ليس من تعيين المكان ، تأمل .

ثم ان التقييد بالزمان كما يكون بالصریح يكون بالدلالة . قال في جامع الفصولين : لو كانت العارية موقفة فامسكها بعد الوقت مع امكان الرد ، ضمن ، وان لم يسنمها بعد الوقت . هو المختار ، سواء توقفت نصاً او دلالة . حتى ان من استعار قدوماً ليكسر حطباً فكسره فامسك ، ضمن ولو لم يوقت اه اي نصاً . وسيأتي ما بواقفه في المادة (٨٢٦)

وانظر هل ثبت تعيين المكاتب دلالة ايضاً ، حتى لو استعار قروي دابة ليحمل عليها الخنطة ويقيمها في البلد فحمل عليها الخنطة من قرية اخرى غير قرية فهلكت بضمنها لتعيين قرية مكاناً للحمل بدلالة الحال ؟ لم اره ، فليحذر . وفي الهندية : استعار دابة الى مكان كذا ذاهباً لا غير فجاوز ثم عاد اليه ، فهو في الضمان عليه حتى يردها على المالك بلا خلاف . فان استعارها ذاهباً وجائياً ثم عاد الى الوفاق ، يبرأ ، كالودع مطلقاً ، وهو الأصح والمختار اه قلت : والفرق انه في الاول عاد الى الوفاق بعد انتهاء وقت الاعارة ، فلا يعتبر ، بخلافه في الثاني ، تأمل .

المادة ٨١٨ - * اذا قيدت الاعارة بنوع من انواع الانتفاع

فليس للمستعير ان يتجاوز ذلك النوع الى ما فوقه لكن له ان يخالف باستعمال العارية بما هو مساوٍ لنوع الاستعمال الذي قيدت به او بنوع اخف منه . مثلاً لو استعار دابة ليحملها خنطة فليس له ان يحملها حديداً او احجاراً وانما له ان يحملها شيئاً مساوياً للخنطة او اخف منها . وكذا لو استعار دابة للركوب فليس له ان يحملها حملاً . واما الدابة المستعارة للحمل فانها تتركب *

المراد بتعيين المنفعة في هذه المادة تقييد المير اباهما من حيث نفسها ونوعها .
والمراد به في المادة (٨٢٠) الاقمية تقييده اباهما من حيث المستعمل للشئ المار
المنتفع به . وحكم الثانية سيأتي .

وحكم الاولى ، كما في الدر ، ان المستعير اذا خالف الى شر ، ضمن .
وان خالف الى مساو او خير ، لا يضمن .

وفيه من الاجارة : والاصل ان من استحق منفعة ، مقدرة يعني مجتبه بالمقد
فاستوفاهما او مثلها او دونها ، جاز . ولو اكثر فلا يجوز اه وحاصل مسئله لمن
استعار دابة ليحمل عليها شيئاً يخالف ، انها على اربعة انواع كما افاده في الهندية .
الاول : ان يخالف في عين ما سماه المالك ، الا انه مثله في القدر والجنس ،
كان استعارها ليحمل عليها عشرة اقفة من هذه الخنطة او من حنطة نفسه فحمل
عليها عشرة اقفة من حنطة اخرى او من حنطة غيره . ففي هذه الصورة لا ضمان ،
لان هذا النوع لا تكون فيه مخالفة الى شر .

الثاني : ان يخالف ما سماه في القدر والجنس معاً ، وهما متساويان في الضرر
على الدابة بأن استعارها ليحمل عليها عشرة اقفة من حنطة ، فحمل عليها اثني عشر
قفيزاً من شعير . فإن كان وزن ما حمل مساو لوزن ما سمي او دونه ، لا ضمان .
وان كان اكثر ، ضمن كل القبة ، لأنه خالف الى مساو او خير في الاول :
والى شر في الثاني .

الثالث : ان يخالف في الجنس ، وما حمله اشد ضرراً على الدابة مما سماه ،
بأن استعارها ليحمل حنطة فحملها نحو حديد او قطن . وفي هذا يضمن كل القيمة ،
وان كان ما حمله بوزن الخنطة او دونه ، لأن القطن والحديد اشد ضرراً على
الدابة من الخنطة ، لان الاول يأخذ من ظهرها كثيراً ، والثاني يجتمع في مكان
واحد . ومثل القطن الثين والحطب ، ومثل الحديد التمر ، فقد خالف الى شر .

الرابع : ان يخالف ما سماه في القدر فقط ، بأن استعارها ليحملها عشرة
اقفة حنطة فحملها خمسة عشر قفيزاً منها . وهنا يضمن كل القيمة ايضاً ان علم
انها لا تطيق حمل هذا القدر ، لانه يكون متلفاً لها . والا يعلم ذلك ضمن ثلث
قيسة الدابة ، توزعها للضمان على قدر الماذون وغير الماذون فيه .

وهذا بخلاف ما اذا استعار نوراً ليطحن به عشرة مخاتيم وطحن احد عشر ،
حيث يضمن جميع القيمة . والفرق ، كما في تنقيح الحامدية ، انه لما طحن عشرة
مخاتيم ، فقد انتهى الأذن ، فبعد ذلك استعمل الدابة بغير اذن مالكها ، فيصير
غاصباً - بخلاف الحمل ، لأن حمل الكل عليها يوجد مرة واحدة ، وهو سيف
البعض مأذون وفي البعض مخالف ، فتوزع الضمان .

والحاصل انه عند اختلاف الجنس ، كان القياس الضمان مطابقاً . لكن
الاستحسان ان لا يضمن ، الا اذا خالف الى شر ، فعندها يضمن الكل ، لأنه
غاصب في الكل . وعند اختلاف القدر يتوزع الضمان على المأذون فيه ، وغير
المأذون فيه ، الا اذا كان التمديدي بمد فعل المأذون فيه ، فيضمن الكل ايضاً ،
لأنه هلك حال كونه منصوباً

المادة ٨١٩ - * اذا كان المعبر اطلق الاعارة بحيث لم يعين
المنفعة كان للمستعير ان يستعمل العارية على اطلاقها يعني ان شاء
استعملها بنفسه وان شاء اعارها لغيره ليستعملها سواء كان مما لا
يختلف باختلاف المستعملين كالحجرة او مما يختلف باختلاف المستعملين
كدابة الزكوب . مثلاً لو قال رجل لاخر اعرتك حجري فالمستعير
له ان يسكنها بنفسه وان يسكنها غيره ، وكذا لو قال اعرتك هذه
الفرس كان للمستعير ان يركبها بنفسه وان يركبها غيره *

المراد بمدم تعيين المنفعة عدم تعيين شخص للانتفاع بالاستعارة ، كما ينبي عنه
سياق المسئلة وظاهر قوله « بحيث لم يعين المنفعة » ان المراد باطلاق الاعارة ما
هو اعم من ان ينص عليه بأن يقول اعرتك الثوب على ان تلبسه من شئت او
يقول اعرتكك للباس ويسكت ، لأنه في الحالتين لم يعين المنفعة ، يعني الشخص

المنتفع . واطلاق عبارات عامة الفقهاء في كتبهم يقتضي ذلك .
لكن قال في رد المختار : قال الزبلي : ينبغي ان يحمل هذا الاطلاق الذي
ذكر هنا اي في كتاب الاعارة فيما يختلف باختلاف المستعمل ، كاللبس
والركوب والزراعة ، على ما اذا قال على ان اركب عليها من اشاء ، كما حمل
الاطلاق الذي ذكر في كتاب الاجارة على هذا ، واقره الشرنبلالي .
وعليه يلزم حمل قول المصنف ، يعني صاحب التنوير « ان لم يعين بالنسبة
للمختلف » على ما اذا نص على الاطلاق ، لا على ما يشمل السكوت ، لكن في
الهداية : لو استعار دابة ولم يسم شيئاً ، له ان يحمل وبغير غيره للحمل ويركب
ويركب غيره اه فراجعها اه ما في رد المختار بنوع اختصار .

اقول : ما ذكره الزبلي بحث من عنده ، وهو ليس بوجيه ، لان قياس
الاعارة على الاجارة في هذا الحكم ، قياس مع الفارق ، لان الاجارة عقد مفاوضة
فاشترط لصحته ان يكون المقود عليه وهو المنفعة معلوماً . اما ببيان الراكب
واللبس ، واما بالتعميم بقوله على ان تلبس او تركب من شئت ، فانه بهذا
يصير المقود عليه معلوماً ، وهو القدر الذي يحصل في ضمن الركوب او اللبس .
حتى لو اطلق ولم ينص على التعميم ، تكون الاجارة فاسدة ، لجهالة المقود عليه .
هذا ما صرحوا به في كتاب الاجارة . واما الاعارة ، فهي عقد تبرع فتصح مع
جهالة المقود عليه ، وهو المنفعة ، كما صرحوا به ايضاً ، فلا حاجة الى ان يحمل
فيها الاطلاق على التصريح بالتعميم . ولهذا لم يعتمد عليه احد ممن اطلع
عليه بعده .

واصرح مما في الهداية في رد هذا البحث ، ما في الهندية عن خزانة المفتين ،
ونصه : وله ، اي للمستعير ، ان يعير غيره سواء كان شيئاً يتفاوت الناس في
الانتفاع به او لا يتفاوتون ، اذا كانت الاعارة مطلقة لم بشرط على المعير الانتفاع
بها بنفسه . فاما اذا شرط عليه ذلك ، فله ان يعير ما لا يتفاوت الناس في
الانتفاع به دون ما يتفاوتون فيه اه - وما فيها ايضاً عن الظهيرية : ولو استعار
ثوباً للبس ولم يسم اللباس ، او دابة للركوب ولم يسم الراكب ، فله اللباس غيره
او اركاب غيره اه فتدبره .

هذا وقد علمت ان ما قدمناه في شرح المادة (٨١٦) ان التبعين في الاعارة المطلقة يرجع الى فعل المستعير ، يعني كأن المعير اعارة مطلقة ، قد فوض للمستعير ان يعين من شاء . فمتى عين المستعير ، لا تبقى الاعارة مطلقة ، بل تصير مقيدة بما فعله . قال في الدرر متناً وشرحاً : فمن استعار دابة او استأجرها مطلقاً بلا تقييد ، يحمل ما شاء . ويعبر له للحمل ويركب ، عملاً بالاطلاق . وابتاً فعل اولاً تعين مراداً وضمن بغيره ان عطبت . حتى لو البس او اركب غيره ، لم يركب بنفسه بعده . هو الصحيح (كافي) اه .

وهذا اذا كان المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل . اما اذا كان مما لا يختلف ، فلا . لانه ، اذا كان لا يتقيد بتقيد المعير ، فكيف يتقيد بفعل المستعير . فلو استعار داراً للسكنى فاسكنها غيره ، له ان يسكنها بنفسه ايضاً بعد ذلك ، كما في رد المحتار .

المادة ٨٢٠ = * يعتبر تعين المنفعة في اعارة الاشياء التي تختلف

باختلاف المستعملين ولا يعتبر في اعارة الاشياء التي لا تختلف به .
الانه اذا كان المعير نهي للمستعير عن ان يعطيه لغيره ، فليس للمستعير ان يعيره لآخر ليستعمله مثلاً لو قال المعير للمستعير اعرنك هذا الفرس لتركبه انت ، فليس له ان يركب خادمه . واما لو قال اعرنك هذا البيت لتسكنه انت كان للمستعير ان يسكنه وان يسكن فيه غيره . لكن اذا قال له ايضاً لا تسكن فيه غيرك فليس له حينئذ ان يسكن فيه غيره * .

قال في الخلاصة : رجل استعار من رجل شيئاً فأعاره وقال له لا تدفع الى غيرك فدفع فهلك ، ضمن فيما يتفاوت وفيما لا يتفاوت . وبدون النعي بما رفقاً

لا بتفاوت ، كالدار والارض . وفيما بتفاوت ، لا اه .
قال في البحر : فالتفصيل ، يعني بين ما بتفاوت وما لا بتفاوت عند عدم

التهي اه

ثم انهم مثلوا لما يختلف باختلاف المستعمل بالركوب واللبس : قال في مجمع
الانهر : لأن ركوب العسكري لا يكون كركوب السوقي ، ولبس القصاب
ليس كلبس البزاز ام ومثلوا لما لا يختلف بالحل والاستخدام والسكنى والزراعة
(ذكره في الفتح معرباً لعامة شراح الهداية)

ثم استشكل ذلك بما حاصله ان الفقهاء في كتاب الاجارة ، جعلوا الحمل
كالركوب ، يعني انه مما يختلف ، حتى شرطوا بيان المحمول لصحة الاجارة ،
كما شرطوا بيان الراكب او اللابس . وكذا شرطوا في استئجار الارض بيان
ما يزرع فيها . والمفهوم منه ان الزراعة تختلف اه .

اقول : يمكن دفع الاشكال بان التفاوت فيها في كتاب الاجارة انما هو
بالنسبة لما يحمل على الدابة وما يزرع في الارض . فاشترط بيانه لصحة الاجارة
وعدم التفاوت فيها المذكور هنا انما هو بالنسبة للمستعمل ، وهو من يحمل على
الدابة ويزرع في الارض . وهذا قطعاً لا تنفاوت فيه . واما عند الزبلي الزراعة
في باب الاعارة مما يختلف ، قال محبيه الشلبي : هو مخالف لما ذكره غيره اه .

المادة ٨٢١ = ﴿ اذا استعير فرس لأن يركب الى محل معين
فان كانت الطرق الى ذلك المحل متعددة كان للمستعير ان يذهب من
اي طريق شاء من الطرق التي اعتاد الناس الذهاب فيها . واما لو ذهب
في طريق لبس معتاداً السلوك فيه فهلك الفرس لزم الضمان . وكذلك
لو ذهب من طريق غير الذي عينه المعير فهلك الفرس فان كان الطريق
الذي سلكه المستعير اطول من الطريق الذي عينه المعير او غير امين
او خلاف المعتاد لزمه الضمان ﴾

يعني اذا استعار فرساً لان يركب الي محل معين وكانت الطرق متعددة ، فان اطلق كان له ان يسلك اي طريق شاء منها ، ولو كان الطريق التي سلكها ابعد من الباقي ، عملاً بالاطلاق . لكن يشترط ان يكون الناس قد اعتادوا السلوك فيه ، والا فليس له ذلك ، لان المطلق ينصرف الى المتعارف . واما اذا عين طريقاً منها ، فان خالف الى خيرا او مثل ، لا يضمن ، لان الاذن بالشيء ، اذن بما يساويه وبما خيره منه . وان الى شر ، كان كان ما سلكه ابعد من الذي عينه او اصعب مسلماً او غير امين ، ضمن اذا هلكت الدابة ، كما في الهندية وغيرها . وفي الهندية عن الملتقط ولو استعار حميراً الى موضع كذا فاخبر ان في الطريق لصوصاً فذهب فاخذ ، لا ضمان عليه اذا كانوا يسلكون مثل هذا الطريق اه

* ن ت م *

قال في جامع الفصولين : استعار نوراً ليكرب ارضاً معينة فكرب ارضاً اخرى ، ضمن ، اذا الاراضي متفاوتة بالرخاوة والصلابة . اقول : ينبغي ان لا يضمن لو كرب مثل العينة او ارضي منها ، كما لو استعار دابة للحمل وسمى نوعاً فخالف ، لا يضمن لو حمل مثل المسمى في الضرر او اخف منه ، وكما اذا سمي كره بر فحمل كره شعير او سمسم ، وكما لو عين طريقاً وسلك طريقاً آخر ، كما سيجي اه . اقول ويجري هذا البحث ايضاً فيما قدمناه في شرح المادة (٨١٧) عن الحجر مزيلاً للتلاصق ، وهو ما لو استعار فرساً ليركبه الى محل معين فركبه الى محل آخر ، فانه يضمن ، وان كان هذا المحل اقرب من المحل المأذون فيه ، مع انه قد خالف الى خير . ولنا في شرح المادة المذكورة بحث قريب من هذا البحث ، الا ان اتباع المنقول اسلم .

ثم رأيت في تكملة رد المحتار معزياً لنور العين ، ما نصه : لو ذهب الى مكان غير المسمى ، ضمن ، ولو اقرب منه . وكذا لو اسكنها في بيته ولم يذهب الى المسمى ، ضمن ، لانه اعارها للذهب لا للامساك في البيت .

يقول الحقير : يرد على المستثنين اشكال ، وهو ان الخالفة فيها الى خير لا الى شر ، فكان الظاهر ان لا يضمن فيها ولعل في المسئلة الثانية روايتين ، اذ

قد ذكر في التجريد : لو اسأجر قدوماً لكسر الحطب فوضعه في بيته فتلف بلا
تقصير ، قيل ضمن ، وقيل لا والمكث المتأدعفو اه لكن البحث لا يصادم المقول .

المادة ٨٢٢ - * إذا طلب شخص من امرأة اعارة شيء هو ملك
زوجها فأعارته اياه بلا اذن الزوج فضاع فان كان ذلك الشيء مما
هو داخل البيت وفي يد الزوجة عادة لا يضمن المستعير ولا الزوجة ايضاً .
وان لم يكن ذلك الشيء من الاشياء التي تكون في يد النساء عادة
كالفرس فالزوج مخير ان شاء ضمنه لزوجته وان شاء ضمنه للمستعير *

كذا في الهندية وجامع الفصولين والبحر وجمع الانهر وغيرها .
وانما لا يضمن واحد منها فيما اذا كان ذلك داخل البيت وقد جرت العادة
ان يكون في يد الزوجة ، لانها حينئذ تعد مستعيرة مالكة للمنافع ، فلها الاعارة -
بمخلاف ما اذا لم يكن كذلك بأن كان ذلك الشيء خارج البيت وان جرت
العادة ان يكون في يد الزوجة كقدر او صحن او بساط وضعه الزوج خارج البيت ،
او كان داخل البيت لكن لم يجر العادة ان يكون في يدها ، كساعة وكتاب
وسيف وفرس ونحوها ، فإنه حينئذ تكون غاصبة لتصرفها في مال الغير بدون
اذنه ، فلمستحق الذي هو زوجها المالك الخيار بين ان يضمن الزوجة او المستعير
منها . وايا ضمن فلا رجوع له على الآخر ، كما قدمنا النقل في ذلك عن البحر في
شرح المائة (٨١٣) اما عدم رجوع الزوجة ، فلأن المستعير منها قابض باذنها
وقد ملكت العارية بالضمان ، فظهر انها اعارت ملك نفسها . واما عدم رجوع
المستعير منها ، فلانه ان كان عالماً بأن ذلك الشيء ملك الزوج ، فظاهر ، لان
الزوجة متبرعة والمستعير منها غير مفرور . وان كان غير عالم بذلك ، فلانه وان كان
مفروراً : الا ان الفرور في قبض يعود نفعه للقباض ، كالعارية والهبة ، لا يوجب
الرجوع على المعير والواهب - بمخلاف ما اذا كان قبض يعود نفعه للدافع ، كالمودع

والمؤجر ، فإنه يوجب الرجوع . وقد تقدم ذكر هذه المسئلة مع مسائل الفرور
مفصلة في شرح المادة (٦٥٨) فارجع اليها .

والعجب من الشارح سليم باز كيف يقول انه لم يرف في هذه المسئلة نقلا ، مع
ان كتب المذهب طائفة بذكرها . وهل ما تفقه به الا كلامهم في عين هذه المسئلة ،
وقد قال في تعليل الضمان بأن الزوجة غاصبة والبالك ان يضمن الغاصب والمستعير منه ؟

المادة ٨٢٣ - * ليس للمستعير ان يوجر العارية ولا ان يرهنها

بدون اذن المعير واذا استعار مالا ليرهنه على دين عليه في بلد فليس له ان
يرهنه على دين عليه في بلد آخر فاذا رهنه فهلك لزمه الضمان *

لان الاجارة والرهن اقوى ، لانها لازمتان ، فلو ملكها لزم لزوم ما لا يلزم
وهو العارية ، او عدم لزوم ما يلزم وهو الاجارة والرهن ، ولان الرهن ابقاء وليس
له ان يوفي دينه بمال غيره بغير اذنه (بحر وز بلعي)

ولم يذكر في هذه المادة حكم ما لو فعل المستعير ما لا يملكه ، بأن آجر او رهن .
وقد قال في الفرور والدرر : فان آجر او رهن المستعير فهلكت العارية ، ضمن
المعير المستعير ، لانه اذا لم يتناولها كان كل منها غصبا ، ولا يرجع المستعير على
احد ، لانه ظهر بالضمان انه آجر ملك نفسه ، او ضمن المستأجر ورجع على المؤجر ،
دفعاً لضرر الفرر عنه ان لم يعلم انه عارية معه . وان علم ، فلا يرجع ، لانه
لم يفره ، فصار كالمستأجر من الغاصب عالماً بالغصب اه .

قال محشيه الشرنبلالي اقول وسكت عما لو ضمن المرتهن فينظر حكمه اه
اقول قد اشار في الدر المختار الى بيان حكمه فقال سكت يعني صاحب التنوير
عما لو ضمن المرتهن وفي شرح الوهبانية لا يملك المرتهن ان يرهن فيضمن والمالك
الخيار ويرجع الثاني على الاول اه يعني ان للمالك الخيار ان شاء ضمن المرتهن الاول
وان شاء ضمن الثاني فان ضمن الثاني رجع على الاول لأنه غره في ضمن عقد
الرهن . وتوضيح الاشارة ان كلاً من المستعير والمرتهن لا يملك الرهن فان فعل فقد

تعدى فكما ان المرتهن اذا رهن بخير المالك في ضمن ايها شاء واذا ضمن المرتهن الثاني يرجع على الأول فكذلك الحكم في المستعير اذا رهن بعنى ان المالك بخير ان شاء ضمن المستعير ولا يرجع على المرتهن وان شاء ضمن المرتهن منه ويرجع على الراهن المستعير بما ضمن دفعا لضرر الفرر عنه فلا فرق بين المستعير والمرتهن اذا اجرا اورهنا لان كلا منهما صار غاصبا بالتعدي على ما بيده ولعل تذييل هذه المادة به له واذا استعار مالا ليرهنه الخ لم يقصد به الا الاشارة الى ان المرتهن اذا ضمن يرجع على المستعير الراهن والا فذكر هذه المسئلة هنا لاجل له مع انها تقدمت في المادة ۷۲۸ بينها وتوضح ذلك انه لا فرق بين من استعار مالا ليرهنه على دين عليه في بلد يخالف يرهنه في بلدة اخرى حتى صار متعديا وبين من استعار لطلق الانتفاع فتعدى يرهنها وقد بينوا متونا وشروحا الحكم في الاول فيكون الحكم في الثاني مثله ففي الدر متنا وشروحا في باب الرهن يوضع على يد عدل من كتاب الرهن مانصه: ويصح استعارة شيء ليرهنه فيرهنه بما شاء وان قيده بقدر او جنس او مرتين او بلد تقيد به فان خالف فهلك ضمن المعير المستعير او المرتهن لتعدي كل منها فان ضمن المستعير تم عقد الرهن لتملكه بالضمان وان ضمن المرتهن يرجع بما ضمن وبالدين على الراهن كما في الاستحقاق اهوذ كر قبله قبيل باب التصرف في الرهن ما نصه: فان هلك الرهن عند المرتهن فاستحق الرهن وضمن الراهن قيمته هلك الرهن بدنه وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن بقيمته التي ضمنها فرره وبدنه لانتقاض قبضه اه وقد قدمنا جميع ذلك في شرح المادة ۷۲۸ فتحصل من هذا كله انه لا فرق بين المستأجر والمرتهن في حكم الرجوع على المستعير الذي اجرا ورهن بلا اذن المالك من حيث ان كل واحد منهما يرجع على المستعير بما ضمنه اذا لم يعلم ان المستأجر او المرتهن ليس ملك الموهجر او الراهن لان كل واحد منهما مفرور في ضمن عقد الاجارة او الرهن . واما اذا علما انه ليس ملكه فلا رجوع لواحد منهما لكونهما متعديين بقبض مال الغير بلا اذنه مع عدم الفرور وبهذا تعلم ان ما ذكره ابو السعود عن شيخه بقوله تفقها حكم المرتهن في هذه الصورة يعني صورة ما اذا رهن المستعير حكم الغاصب لانه قبض مال الغير بلا اذنه ولا رضاه فيكون للمعير نصيبه وبإداء الضمان يكون الرهن هالكا على ملك مرتتهنه ولا رجوع له على الراهن المستعير بما ضمن لما

علت من كونه غاصباً ويرجع بدينه اه ، فغير مسلم الا اذا حمل على ان المرهين عالم بأن الرهن ليس ملك الراهن فلا يكون مفروراً . واما ما استند اليه من كون المرهين غاصباً و كون الرهن هالكاً على ملكه ، فلا يفيد المقصود ، وهو عدم الرجوع مطلقاً . بل اذا كان غير مفرور بدليل أنه يقال ذلك فيما لو آجر ، يعني ان المستأجر غاصب بقبض مال الغير بلا اذنه والمأجور هالك على ملكه ، مع ان حكمه ما ذكرناه كافي عامة المتون والشروح ، فتدبر .

المادة ٨٢٤ - * للمستعير ان يودع العارية عند آخر فاذا هلكت عند المستودع بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان . مثلاً اذا استعار دابة على ان يذهب بها الى محل كذا ثم يعود فوصل الى ذلك المحل فتعبت الدابة وعجزت عن المشي فاودعها عند شخص ثم هلكت حتف انفها فلا ضمان *

كون العير له ان يودع هو المختار والمنقح به ، كما في البحر وغيره . قال : وصح بعضهم عدمه اه وفي المنح عن الصيرفة ان القول بان العارية تودع او لا تودع ، محله ما اذا كان المستعير يملك الاعارة . اما فيما لا يملكها ، لا يملك الابداع اه ومثله في مجمع الانهر عنهما ، و اشار اليه في الدر جازماً به .
لكن قال في حاشية رد المحتار : و ظاهره انه لا يملك الابداع فيما يختلف ، وليس كذلك

وعبارة الزبلي : وهذا لأن الودعة ادنى حالاً من العارية . فاذا كان يملك الاعارة فيما لا يختلف ، فأولى ان يملك الابداع على ما بينا ، ولا يختص بشيء دون شيء ، لان الكل لا يختلف في حق الابداع ، وانما يختلف في حق الانتفاع اه فتأمل ، فان ما في الصيرفة قد اقره في النهر ومجمع الانهر ، وجزم به في الدر كما علمت .

وتقييد المثال المذكور في هذه المادة بكون الدابة تعبت وعجزت عن المشي ،
احترازاً عما اذا كان الابداع عند ذلك الشخص بلا عذر ، فانه يكون ضامناً ،
لما في الحانية : رحل استعمار دابة ليذهب الى مكان معلوم فذهب الى مكان آخر
بتلك المسافة ، بضمن . ولو امسك الدابة في بيته ولم يذهب فهلكت الدابة ، كان
ضامناً ، لانه اعارها للذهاب لاللامسالك في البيت اه ومثله في جامع الفصولين
وغيره . ومعلوم ان موضوع مثالنا انه لاستعمارها للذهاب الى محل كذا والاباب
منه ، فابداعها عند ذلك الشخص هو امسالكها عنده . فاذا كانت يضمنها لو
امسكها في بيته والحالة هذه ، فلأن يضمنها اذا امسكها في بيت غيره اولى —
الا ان يكون ذلك الامسالك لمعذر ، وهو العجز عن العود بها العجزا عن المشي . وكذا
على ما تقدم عن الصيرفية خلافاً للزبلي ، حيث ركبها المستعير في الذهاب ، فقد
تمين المستعمل ومعلوم ان الركوب مما يختلف فلا يملك بعد ذلك اعارتها . واذا لم
يملك اعارتها فلا يملك ابداعها الا بعذر ، كالعجز المذكور .

ثم ان وضع المسئلة في انه استعمارها للذهاب والاباب ، وفي ان ابداعها كان
في المحل الذي ذهب اليه ، اشارة الى انه لو استعمارها للذهاب فقط فاودعها او
للذهاب والاباب لكن اودعها بعد العود من ذلك المحل ، بضمن ، اذ لا يملك
الابداع حينئذ ، لانه بعد الفراغ من العمل الذي استعمارها لاجله فخرجت عن
كونها عارية فصارت في يده ودبعة يجب عليه ردها حالاً وتسليمها ، كما سيأتي ،
وان تعبت او عجزت عن المشي به .

ومن لم يتنبه لدقائق المجلة ورموزها زعم ان التقييد بتعب الدابة وعجزها عن
المشي اتفاقي لا احترزاي ، فانهم . نعم لو كان وضع المثال في استعارة دابة استعارة
مطلقة ، لما احتيج الى التقييد بتعب الدابة

المادة ٨٢٥ - متى طلب المعير العارية لزم المستعير ردها اليه

فوراً واذا اوقفها واخرها بلا عذر فتلفت العارية او نقصت قيمتها ضمن *

في الهندية : واذا طلب المعبر العاربة فنمها المستعبر عنه فهو ضامن . وان لم يتمها لكن قال اصاحبها دعها عندي الى غدٍ ثم اردھا عليك فرضي بذلك ثم ضاعت ، لا ضمان عليه (كذا في المحيط)

طلبها فقال نعم ادفع ومضى شهر حتى هلكت ، ان كان عاجزاً وقت الطلب عن الرد ، لا يضمن . وان كان قادراً ، ان صرح المعبر بالكراهة والسخط في الامساك وامسك ، يضمن . وكذا ان سكت . وان صرح بالرضي بأن قال لا بأس ، لا يضمن . وان لم يطلب وهو لم يردھا حتى ضاعت ، ان كانت العاربة مطلقة لا يضمن ، وان قيدھا بوقت ومضى الوقت ولم يردھا ، ضمن اه (معزياً للوجيز للكردي)
وفيها عن المحيط : واذا استعار من آخر زقافاً وجعل فيها زبناً فأخذه في الصحراء فليس له ان يأخذ الزقاق وله اجر مثلها الى موضع يجد فيه زقافاً فيحول زبته اه وقد مرنا هذا ونظائره في شرح المادة (٨٠٦)

المادة ٨٢٦ = * العاربة الموقنة نصاً او دلالة يلزم ردها للمعبر في ختام المدة لكن المكث المعتاد معفو . مثلاً او استعارت امرأة حلياً على ان تستعمله الى عصر اليوم الفلاني لزم رد الحلي المستعار في حلول ذلك الوقت . وكذلك لو استعارت حلياً على ان تلبسه في عرس فلان لزم اعادته في ختام ذلك العرس . لكن يعني عن مرور مدة لا بد منها للرد والاعادة عادة *

المثال الاول لما اذا كان التوقيت نصاً . والثاني لما اذا كان دلالة .
ثم انه يلزم على ما تضمنته هذه المادة من لزوم الرد للمعبر انه لو لم يرد فهالك يضمنها وان لم يستعملها ، لانه يكون غاصباً بعدم الرد كما عد غاصباً بالنوع بعد الطلب . وهذا هو مختار المرخسي .
وفي جامع الفصولين : اطلاق محمد رحمه الله تعالى يدل عليه ، وبه يفتي اه

وعليه مشى في التنوير
ويقاله القول بأن العارية الموقفة بعد مضي الوقت نصير وديعه فلا تضمن بالملك ،
الا اذا استعملها ، فبالاستعمال صار غاصبا .

المادة ٨٢٧ - * اذا استعير شيء للاستعمال في عمل مخصوص فمتى
انتهى ذلك العمل بقيت العارية في يد المستعير امانة كالوديعة . وحينئذ
ليس له ان يستعملها ولا ان يمسكها زيادة عن المعتاد . واذا استعملها
وامسكها فهلكت ضمن *

كما اذا استعار دابة ليركبها الى محل كذا ويرجع ، فاذا ركبها وعاد ،
انتهى العمل المستعار لاجله ، فكانت موقفة دلالة بمدة ذلك العمل ، كما اشرنا
اليه في المادة السابقة

ومثله كما في التكلفة ما لو استعار كئنا باليخضر فيه درس فلان فآتمه فلان
او ترك الدرس ، ففي الصورتين تبقى العارية امانة في يد المستعير ، كالوديعة ،
الى ان يتمكن من الرد . ومتى تمكن منه فأمسكه صار غاصبا ، فيضمنه اذا
هلك وان لم يستعمله

والدليل على ما ذكر في هذه المادة ما قدمناه في شرح المادة (٨١٧) عن
جامع الفصولين ، وهو ما اذا استعار قدوماً ليكسره حطباً فكسره ثم امسكه ،
فانه يضمن وان لم يوقت نصاً اه - لتوقفه دلالة . وبهذا تعلم ان المراد من كونها
بقيت امانة في يد المستعير انها تبقى كذلك الى حد ان يتمكن من الرد ، فلا
تتناهى ما قدمناه في شرح المادة السابقة من ان القائل بالضمن بمجرد الامساك
يقول انها نصير في يده مضمومة ، لان المراد انها نصير مضمومة بالامساك بعد
التمكن من الرد ، فتدبر .

المادة ٨٢٨ - * المستعير يرد العارية بنفسه او على يد امينه فاذا

ردها على يد غير امينه وهلكت ضمن *

المراد بامينه من يملك ان يحفظ الوديعة به وهو موثقه على ماله ، اعم من ان يكون ممن في عياله او لا ، فيشمل اجيره مشاهرة او مسانحة ووكيله وشريكه مفاوضة او عناناً ومضاربه ، ومن اودع عنده مال نفسه - هذا ما عليه الفتوى ، كما تقدم في شرح المادة (٧٩٥) وشرح المادة (٧٨٠)

فاذا رد العارية مع احد هؤلاء فهلكت في يده قبل ان يسلمها المعتبر ، لا يضمن ، لأن المستعير في حق العين مودع وامين ، والمودع يملك الدفع الى من ذكره ، فكذا المستعير (شلبي عن الاتقاني)

اما لو ردها على يد غير من ذكره ، فانه يضمن كما في عامة متون المذهب . قال الزبلي : وهذا يشهد لمن قال من المشايخ ان المستعير ليس له ان يودع وعلى المختار ان هذه المسئلة محمولة على ما اذا كانت العارية موقفة فمضت مدتها ثم بشها مع الاجنبي ، لأنه بامساكها بعد مضي المدة يصير متعدياً ، حتى اذا هلكت في يده ضمن ، فكذا اذا تركها في يد الاجنبي اه .

واعترض عليه في رد المختار بأن ضمانه حينئذ ليس بالارسال مع الاجنبي ، بل بالامساك . وهذا لا فرق فيه بين الأرسال مع اجنبي او مع امينه ، فإنه يضمن بالهلاك مطلقاً ولو في يده ، مع ان المتون مفرقة بين الاجنبي وغيره . ثم افاد انه لا يمكن حمله على ما اذا ارسلها قبل مضي الوقت ، اذ لا ضمان عليه حينئذ مطلقاً ، لأنه في هذه الحالة مستعير والمستعير يملك الابداع مع الاجنبي على المقضى به اه بالمعنى

اقول : والمخلص من هذا كله ان يحمل ما في هذه المادة تبعاً لعامة المتون على ما اذا ارسلها مع الاجنبي بعد انتهاء العارية بمضي الوقت ، لكن فور التمكن من ارسالها ، يعني اثناء مدة المكث المعقود عنه عادة ، فانها حينئذ خرجت عن

كونها عاربة وصارت في يده ودبعة محضة ، كما تقدم التصريح به .
وقد صرحوا ايضاً ان المودع يملك دفع الودبعة لامينه ولا يملك ارسالها مع
اجنبي ، لانه ابداع والمودع لا يملك الابداع من اجنبي . وهذا الذي قلناه هو
المعنى بما ذكره في الشرنبلالية عن البرهان ، حيث قال : وكذا يعني برباً لو ردها
مع اجنبي على المختار ، بناءً على ما قال مشايخ العراق من ان المستعير يملك الابداع ،
وعليه الفتوى ، لانه لما ملك الاعارة مع ان فيها ابداعاً وتقليكاً للمنافع ، فلأن
يملك الابداع وليس فيه تمليك المنافع اولى .

واولوا قوله « وان ردها مع اجنبي ضمن اذا هلكت » بانها موضوعة فيما اذا
كانت العاربة موقفة وقد انتهت باستيفاء مدتها ، وحينئذ يصير المستعير مودعاً
والمودع لا يملك الابداع بالاتفاق اه .

قال في رد المختار ، ومثله في شروح الهداية : فان المراد ان ارسالها مع الاجنبي
حال قيام العاربة يعني قبل مضي الوقت اذا كانت موقفة لا يوجب الضمان ، لان
المستعير له الابداع .

وقولهم في المتن « ولو ردها مع اجنبي ضمن » محمول على ان يردّها معه بعد انتهاء
العاربة بمضي الوقت ، لكن فور تمكنه من الرد ، يعني في اثناء المدة المفقودة عنها
عادة ، كما قلنا . ومتى كان المراد من عبارة البرهان ما ذكرنا ، يسقط استدراك
رد المختار عليه بما في متن التنوير انه يضمن في الموقفة ، يعني بعد مضي الوقت .
وبيان السقوط انه انما يضمن في الموقفة اذا امسكها بعد التمكن من الرد ، كما صرح
به في نفس التنوير وغيره ، وكلام البرهان وشراح الهداية فيما اذا ردها مع الاجنبي
فور تمكنه من الرد ، فلا مخالفة .

وفي جامع الفصولين : ولو رد العاربة مع اجنبي ، ضمن اذ صار مودعاً بفراغه ،
والمودع لا يملك ذلك اه .

والحاصل ان رد العاربة لها ثلاث حالات : الاولى ان يردّها قبل انتهاء
العاربة بمضي الوقت ، فلا يضمن بارسالها مع اي كان ، لان المستعير يملك الابداع
على المفتى به .

الثانية ان يمسكها بعد انتهاء العاربة ثم يرضلها ، فانه يضمنها مطلقاً ، كما يضمنها

لو هلك في يده ، لانه بالامساك بعد التمكن من الرد صار غاصبا
الثالثة ان يرسلها بعد انتهاء العاربه لكن فور التمكن ، يعني في اثناء المدة
المعفو عنها عادة . فبارسها مع الاجنبي بضمن ، لانه في هذه الحالة مودع والمودع
لا يملك الابداع عند اجنبي . ومع امينه لا بضمن ، لأن المودع يملك حفظ
الوديعة مع امينه كما تقدم في الوديعة ، فيملك ارسالها معه .

وهذه الحالة هي محل هذه المادة تبعاً لعامة المتون ، وحينئذ يرتفع التناقض
واللوم عن عبارات القوم . هذا ما تحرر لي في تقرير هذا المحل .

ثم الظاهر ان التفرقة في هذه الحالة بين امينه وبين الاجنبي انما هي في مستعار
جرت العادة بأن الحفظ مع الامين . فلو كان المستعار عقد لوله ونحوه مما لم تجر
العادة بحفظه مع الخادم او الاجير مثلا فأرسله معه ، بضمن على ما سيأتي في شرح
المادة الآتية عن الزبلي فان قيل ان ما سيأتي عن الزبلي في الوديعة لا في المستعار ،
فلنا ان المستعار بعد مضي الوقت يبقى وديعة ، كما تقدم .

المادة ٨٢٩ - العاربه اذا كانت من الاشياء النفيسة

كالمجوهرات يلزم في ردها ان تسلم ليد المعير نفسه . واما ما سوى ذلك
من الاشياء فأبصالها الى المحل الذي بعد التسليم فيه في العرف والعادة
تسليما وكذا اعطائها الى خادم المعير رد وتسليم . مثلا الدابة المعارة
تسليمها ابصالها الى اصطلب المعير او تسليمها الى سائسه

اعلم ان عدم الضمان بالرد مع الامين على ما بين في المادة السابقة ، وكذا
بايصالها الى سائس المعير او اصطلبه على ما بين في هذه المادة ، استحسان . والقياس
ان بضمن فيها ، وبه اخذ الشافعي رحمه الله تعالى ، لانه لم يردا الى صاحبها ،
وانما ضمها تضييماً ، فعار المستعار كالمفصوب والوديعة .

وجه الاستحسان ان كل واحد من المعير او المسير يحفظ دوابه مثلا بسائسه

والدفع اليه كالدفع الى صاحبها عادة ، وهو لو دفعها الى المالك لدفعها هو الى السائس ، وحفظ المستعير بسايبه كحفظه بنفسه كما مر في الوديعة ، فيمكنني بالتسليم منه الى السائس او من السائس الى السائس او من السائس الى المالك ، بخلاف الوديعة ، حيث يضمن بالدفع الى سائس المالك ، لعدم العرف بالتسليم اليه ، ولأنه انما اودعه لكونه لم يرض بغيره ، ولورضي بغيره لما اودعه عنده - بخلاف غلام نفسه ، حيث يكون له ان يدفع الوديعة اليه ، على ما بينا غير مرة انه لا بد له منه .

وهذا في الاشياء التي تكون في يد الغلمان عادة . واما اذا لم تكن في ايديهم عادة كعقد لوهو ونحو ذلك فردها المستعير الى يد غلام صاحبها او وضعها في داره او اصطبله ، يضمن ، لأن العادة لم تجر به في مثله . ولهذا لو دفعه المودع الى ذلامه يضمن .

ثم قيل : هذا اذا ردتها الى يد خادمه الذي يقوم على الدواب ، والاصح انه اليه والى غيره ، لأنه ان لم يكن في يده دائما يدفع اليه في بعض الاوقات ، فيكون رضي المالك موجوداً دلالة (كذا في الزبلي)

المادة ٨٣٠ = * مصارف رد العارية وموتة نقلها على المستعير *

لأنه قبضها لمنفعة نفسه ، والرد واجب عليه . ولهذا لو كانت العارية موقفة فأمسكها بعد مضي الوقت ولم يردّها حتى هلكت ، يضمن . ومتى وجب عليه الرد كانت موتة عليه ، لأن الخراج بالضمان والغرم بالفنم (زبلي)
وامتنعني في التنوير المستعار لأجل الرهن ، فجعل موتة رده على المعير .
والفرق ، كما في رد المختار عن الخائفة ، ان هذه اعارة فيها : دفعة للكفا ، فأنها تصير مضمونة في يد المرتهن ، وللمعير ان يرجع على المستعير بقيمتها ، فكانت بمنزلة الاجارة اه .

المادة ٨٣١ = * استعارة الارض لغرس الاشجار والبناء عليها
صحيحة . لكن للمعبر ان يرجع بالاعارة متى شاء . فاذا رجع لزم
المستعير قلع الاشجار ورفع البناء . ثم اذا كانت الاعارة موقفة فرجع
المعبر عنها قبل مضي الوقت وكلف المستعير قلع الاشجار ورفع البناء
ضمن للمستعير تفاوت قيمتها بين وقت القلم وانتهاء مدة الاعارة . مثلاً
اذا كانت قيمة البناء والاشجار مقلوعة حين الرجوع عن الاعارة
اثني عشر ديناراً وقيمتها لو بقيت الى انتهاء وقت الاعارة عشر بن ديناراً
وطلب المعبر قلعها لزمه ان يعطي للمستعير ثمانية دنانير *

اما الجواز ، فلأنها منفعة معلومة تملك بالاجارة ، فكنا بالاعارة . واما
الرجوع ، فلأن العارضة غير لازمة ، فكان له ان يرجع اي وقت شاء . واذا
صح الرجوع بقي المستعير شاغلاً ارض المعبر ، فيكلف تقريبها .
ثم ان لم يكن وقت العارضة ، فلا ضمان عليه ، لان المستعير مفتر غير مغرور ، حيث
اعتمد اطلاق العقد من غير ان يسبق منه الوعد .

وان كان وقت العارضة ورجع قبل الوقت ، صح رجوعه ، لما ذكرنا ولكنه
يكره ، لما فيه من خلف الوعد ، وضمن المعبر ما نقص البناء والغرس بالقلع ، لأنه
مغرور من جهته حيث وقت له . فالظاهر هو الوفاء بالوعد فيرجع عليه دفعة للضرر
عن نفسه . كذا ذكره القدوري في المختصر . وذكر الحاكم الشهيد انه يضمن
رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ، و يكونان له الا ان يشاء المستعير ان
يرفعها . ولا يضمنه فيمتما فيكون له ذلك ، لأنه ملكه . قالوا : اذا كان في
القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض ، لانه صاحب اصل والمستعير صاحب
نوع ، والترجيح بالاصل (كذا في الهداية)

قلت : وحاصل ما ذكره ان هذه المسئلة على اربعة اوجه ، لأنها اما غير موقفة او موقفة . وعلى كل فاما ان لا يضر القلع بالارض ، او يضر . ففي الصورة الاولى ، وهي ما اذا كانت غير موقفة والقلع لا يضر ، يومر المستعير بالقلع ولا يضمن له المغير شيئاً ، لان المستعير مفتر لا مفرور .

الثانية ان تكون غير موقفة والقلع يضر . فالمعير مخير بين ان يملك البناء والغرس بقيمتها مقلوعين ، وبين ان يكلف القلع ولا ضمان عليه .

الثالثة ان تكون موقفة والقلع لا يضر . فالمستعير يومر بالقلع ويضمن له المغير ما نقص البناء والغرس ، على ما وضحته هذه المادة . وهذه رواية القدوري وعليها مشت المجلة تبعاً للهداية والكنز وغيرهما . واما على رواية الحاكم الشهيد ، فالمعير يملكها بقيمتها قائمين ، الا ان يشاء المستعير قلعها ، ولا يضمن المغير شيئاً .

الرابعة ان تكون موقفة والقلع يضر بالارض . فالمعير مخير بين ان يملكها بقيمتها قائمين او بأمر المستعير بالقلع ويضمن نقص البناء والغرس ، على ما تبين في متن هذه المادة .

فحصل من هذا كله تصريحاً وتلويحاً ان لا ضمان في العارية المطلقة ولا في الموقفة اذا كان الرجوع بعد انقضاء الوقت ، بل يقطع المغير البناء والغرس ، الا ان يضر القلع ، فينبذ يضمن قيمتها مقلوعين لا قائمين . (افاده في رد المحتار معزياً للمحيط)

وفي الهندية : اذا اعار من آخر ارضاً واذن له بالبناء ففعل ثم استحق الارض آخر وتقص بناء المستعير ، لليس على المغير ضمان سواء كانت العارية موقفة او مطلقة .

وذكر الخصاص ان هذا قول محمد رحمه الله تعالى ، حيث فرق بين ان يكون الناقض للبناء هو المغير فيضمن في الموقفة ، او المستحق فلا يضمن مطلقاً . وقالهما حواشي في الموقفة اذا كان القلم قبل مضي المدة ، فالمعير ضامن لما نقص بالقلم كما تقدم سواء كان الذي قلع المستحق او المغير (اه ملخصاً)

وفي الخانية : رجل قال لغيره : ابن في ارضي هذه لنفسك على ان اتركها في يدك ابداً او قال الى وقت كذا فان لم اتركها فانا ضامن لك ما تنفق في بنائها

ويكون البناء لي ، فاذا اخرجته من الارض بضمن قيمة البناء والغرس ويكون
جميع ذلك لصاحب الارض اه - اي وفاء بالشرط .

المادة ٨٣٢ = ~~ان~~ اذا كانت اعارة الارض للزرع سواء كانت
موقته او غير موقته ليس للمستعير ان يرجع بالاعارة ويسترد الارض
قبل وقت الحصاد ~~ان~~

عبارة الكنز وغيره : ولو استعارها ليزرعها ، لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع
استحساناً ، وقت أو لم يوقت اه .

قال الزبيدي : لم يترك بأجر المثل ، لان فيه مراعاة الحقين ، كما في الاجارة
اذا انقضت المدة والزرع لم يدرك اه .

قلت : ولهذا المسألة نظاير ذكرناها في شرح المادة (٨٠٦) فراجع .
وفي حاشية الشلبي عن الاتقاني : والقياس في ذلك مثل الغرس والبناء ،
لانه انتهى المقدم ، فكان له حق التفريغ . وجه الاستحسان ان لو امرناه بالقلع
لاضررنا به من غير نفع يعود الى المالك . ولو بقيناه لنعفاه من غير ضرر يعود الى
المالك ، لانا نقيه باجرة ، والجمع بين الحقين اولى - بخلاف الغرس ، لانه ليس
لادرا كه غاية معلومة ، ولو بقيناه لمطلنا عليه منفعة ارضه . اما هذا ، فلادرا كه
غاية معلومة ، حتى لو كان الفراس للبيع والنقل لا للاستبقاء ، كان الحكم
كالحكم في الزرع ، بخلاف الفاصب ، حيث يؤمر بقلع الزرع اذا زرع الارض ،
لانه جان في الابتداء ، وقد مست الحاجة الى رفع المدوان ، وما هنا بخلافه ،
كذا في شرح الكافي اه

وقول الزبيدي : لان فيه مراعاة الحقين ، اي حق المير والمستعير وذلك لانه
يترك الارض في يد المستعير بأجر المثل ، لثلاث نفوت منفعة الارض مجاناً ولا
يطلب زرع الاخر ايضاً ، فيمتدل النظر من الجانبين اه (شلبي)
وذكر في الهندية ان الفقيه ابا اسحاق الحافظ رحمه الله تعالى كان يقول :

فما يجب الاجر لصاحب الارض اذا آجر الارض منه صاحب الارض او القاضي .
فأما بدون ذلك فلا يجب الاجر . فان ابى الزارع ان تكون الارض في يده باجر
المثل وكره قلع الزرع ايضاً واراد ان يضمن رب الارض قيمة الزرع وقال زرعي
متصل بأرضك فأشبهه الصبغ المتصل بشوك فلي ان اضمنك قيمته ، لم يذكر هذه
المسئلة في الاصل . وذكر في المتن في موضع ان له ذلك - الا ان يرضى رب
الارض ان يترك الزرع في ارضه حتى يستخصد ، وذلك منه وفاء بالشرط الذي
شرط في عقد العارية ، فلا يلزمه شيء آخر ، وقال في موضع آخر ليس للمزارع ان
يضمن رب الارض قيمة الزرع (كذا في المحيط) لو اراد رب الارض ان يمطيه
بندره ونفقته ويأخذ الارض مع الزرع منه ورضي المستعير به وذلك قبل خروج
الزرع ، لا يجوز ، وان كان بعده يجوز ، وهو المختار (كذا في الفتاوى العتبية)
الى هنا عبارة الهندية ، اقول : قوله « فاما بدون ذلك فلا يجب الاجر » ظاهر
فيما اذا كانت الارض غير معدة للاستغلال ، والاقصد صرحوا بأن المعد للاستغلال
يجب الاجر باستعماله وان كان بغيره قد ، تأمل .
وقوله في موضع آخر « ليس للمزارع الخ » الظاهر ان هذا هو المعتمد ، اذ هو
الذي اقتصر عليه في الهداية والزيلعي وغيرها .
وقوله « وذلك منه وفاء بالشرط » يحتاج الى تأمل .

* فروع *

جهز ابنته بما يجهز به مثلها ثم قال كنت اعرتها الاثمة ، ان العرف مستمر
بين الناس ان الاب يدفع ذلك الجهاز ملكاً لا اعادة ، لا يقبل قوله انه اعادة ،
لان الظاهر يكذبه . وان لم يكن العرف كذلك ، او نارة ونارة ، فالقول له
(به يفتى) كما لو كانت اكثر مما يجهز به مثلها ، فالت قول له اتفاقاً (كذا
في الدرمتنا وشرحاً)

قال في رد المختار : ظاهره ان القول حينئذ في الجميع ، لا في الزايد على جهاز
المثل ، وليحجراه لكن خالفه الرحمي حيث قال : قوله « فان القول له اي فيما زاد
على ما يجهز به مثلها » اه تأمل وراجع . كذا في التكملة .

قلت : وكتب في رد المختار على قول الشارح في باب المهر « كما لو كان
أكثر الخ » ما نصه : والظاهر أنه إن أمكن التمييز فيما زاد على ما يجهز به مثلها ،
كان انقول قوله فيه ، والا فالقول قوله في الجميع (رحمته)
وقوله « أو تارة وتارة » هو بمعنى قول التنوير في باب المهر « مشتركا »
بمعنى أن بعض الناس يدفعه تملكاً وبعضهم يدفعه عارية . قال الشارح هناك
كعصر والشام اه .

وكتب في التنوير هنا وفي باب المهر أن الام كالأب في تجهيزها . وقال
الشارح : وكذا ولي الصغيرة . لكن قال في رد المختار : عزى المصنف ، يعني
صاحب التنوير ، مسألة الام الى سؤى قاري الهداية . وذكره بن وهبان في
شرح منظومته بحثاً حيث قال : وينبغي أن يكون الحكم فيما تدعيه الام وولي
الصغيرة إذا زوجها كما مر ، لجريان العرف في ذلك . لكن قال ابن الشحنة في
شرحه : قلت : وفي الولي عندي نظراؤه وتردد في البحر في الام والجد ، وقال إن
مسئلة الجد صارت واقعة الفتوى ولم يجد فيها تقلاً . وكتب الزملي أن الذي
يظهر بيادي الرأي أن الام والجد كالأب الخ اه قلت : وكتب في رد المختار
في هذه المسئلة من باب المهر ما ينبغي الوقوف عليه ، فارجع اليه .

ثم إن هذا كله إذا لم يكن الأب اشترى ذلك الجهاز أو بعضه لما . فإن كان
اشترى لها في صفرها وإن لم يسلمها ، أو بعد ما كبرت وسلمه لها ، وكان ذلك
في صحته ، كان ذلك تملكاً لها سواء تزوجت وخرج في جهازها أو لا . فلو مات لا
يسوغ لورثته قسمته مع التركة ، كما في رد المختار عن الوالدية .

لو أدخل المستعير الحمل في بيته وترك النابة المستعارة في السكة فهلكت ، فهو
ضامن ، سواء ربطها أو لم يربطها ، لأنه لما غيبها عن بصره فقد ضيها . حتى لو
تصور أنه إذا دخل المسجد أو البيت والداية لا تنيب عن بصره ، لا يجب الضمان ،
وعليه الفتوى (كذا في خزائن المفتين)

لو كان يصلي في الصحراء فنزل عن الدابة وامسكها فانفلتت منه ، فلا ضمان
عليه . وهذه المسئلة دليل على أن المعتبر أن لا يغيبها عن بصره (كذا
في الظهيرية)

رجل استعمار دابة لبشيع جنازة الى موضع كذا فلما لفتحي الى المقبرة دفعها الى انسان ودخل ليصلي فسرفت الدابة ، قال محمد رحمه الله تعالى لا يكون ضامناً . كذا في فتاوي قاضيخان (الكل من الهندية)

اقول : الظاهر انه لا يضمن في هذه المسئلة وان غابت عن بصره كما يقتضيه الاطلاق ، لان المستعير له ان يودع على المفتي به .

وفي الهندية ايضاً : لو ربط الحمار المتعار على الشجرة بالحبل الذي عليه فوقع الحبل في عنقه وتخنق ومات ، لا يضمن (كذا في الخلاصة)

استعار ثوراً واستعمله ثم فرغ ولم يعجل الحبل عن الثور فذهب البقر الى المسرح فصار الحبل في عنقه فشده ومات ، ضمن (كذا في خزائن الفتاوي)

رجل استعمار من رجل دابة فنام المستعير في المفازة ومقودها حتى يده فجاء انسان فقطع المقود وذهب بالدابة ، لا ضمان عليه . ولو شد المقود من يده واخذ الدابة وهو لم يشعر بذلك ، ضمن . قال الصدر الشهيد : ويجب ان يكون نأوبلها اذا نام مضطجماً . اما اذا جالس ، فلا . قالوا : وانما يضمن بالنوم مضطجماً اذا كان في الحضرة . اما اذا كان في السفر ، فلا (كذا في الظهيرية)

رجل ارسل رجلاً ليستعير له دابة الى موضع سماه فجاه الرسول فقال لصاحب الدابة يقول لك فلان اعرفني دابتك الى موضع سماه الرسول غير الموضع الذي سماه المرسل فدفعها اليه ، ثم ان المرسل بدا له عن الموضع الذي اراده وسار بها الى الموضع الذي سماه الرسول فمطبت فيه ، فلا ضمان عليه ، لانه قد تناوله الاذن . فان ركبها الى الموضع الذي سماه المرسل فمطبت ، ضمن قيمتها ، لانه قصد مباحاً فأصاب محظوراً ، ولا يرجع بما ضمن على الرسول ، لانه ضمن بيمينته فلا يرجع به على غيره . فان كان الموضع الذي سماه المرسل في طريق الموضع الذي سماه الرسول لصاحب الدابة ، فلا ضمان لحصول الاذن فيه (كذا في السراج الوهاج ، ١٦٦ ، في الهندية) وفيها : اذا اختلف المير والمستعير في الايام او في المكاتب او فيما يحمل على العارية ، فالقول قول رب الدابة مع يمينه . ولو تصرف المستعير وادعى ان المير اذنه وجحد المير ، ضمن المستعير ، الا اذا اقام بينة على الاذن (كذا في الفصول العاوية)

رجل قال لغيره اعترني هذه الدار او هذه الارض لأبنيها او اغرسها ففرسها
من هذا النخيل وبنيها هذا البناء ، وقال المعير اعرتك الدار والارض وفيها هذا
البناء والاغراس ، فالقول قول المعير . وان اقاما البينة فالبينة بينة المعير ايضاً
(كذا في المحيط)

اعتار منشأراً فانكسر في النشر نصفين فدفعه الى الحداد فوصله بغير
اذن المعير ، بنقطع حقه ، وعلى المستعير قيمته منكسراً . وكذا القاصب اذا غصبه
منكسراً (كذا في القنية اه)

بسم الله الرحمن الرحيم *

= الكتاب السابع =

* في الهبة ويشتمل على مقدمة وبايين *

(المقدمة)

= في بيان الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالهبة =

المادة ٨٣٣ = * الهبة هي تملك مال لآخر بلا عوض و يقال
لفاعلها هب و لذللك المال موهوب و لمن قبله موهوب له و الانتهاج بمعنى
قبول الهبة ايضاً *

الهبة من صفات الكمال . فان الله تعالى وصف بها نفسه بقوله عز وجل
* انك انت العزيز الوهاب * و البشر اذا باشرها فقد اكتسب من اشرف
الصفات لما فيها من استعمال الكرم و ازالة شح النفس و ادخال السرور في قلب
الموهوب له و ايراث المودة و المحبة بينهما و ازالة الضغينة و الحسد . ولهذا من باشرها
كان من المفالحين . قال الله تعالى * ومن يوق شح نفسه فاولئك هم المفلحون *

وهي مشروعة مندوب اليها بالاجماع اه (زبلي)
وفي البحر عن النهاية : ومحاسنها كثيرة ، حتى قال الامام ابو منصور : يجب على
المؤمن ان يعلم ولده الجود والاحسان كما يجب عليه ان يعلمه التوحيد والايمان ، اذ
حب الديننا رأس كل خطيئة .
وشرطها ان يكون الواهب عاقلاً بالغاً حراً ، والموهوب له مميزاً ، والموهوب
مقبوضاً وركنتها الايجاب والقبول . وحكمها نبوت الملك للموهوب له من غير ان
يكون لازماً (زبلي)

وهي في اللغة التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب له وان لم يكن مالا قال الله
تعالى ﴿ فب لي من لدنك ولينا ﴾
وفي الاصطلاح : هي تملك مال لاخر بلا عوض ، كما في الكنز والمنتقى والغرر
وغيرها . قال في الدرر : اي بلا شرط عوض لا ان عدم العوض شرط فيه ،
لينتقض بالهبة بشرط العوض تديرا

واعترض عليه الحموي تبعاً للواني بأن الهبة بلا شرط العوض متافية للهبة
بشرط العوض ، لأن المشروط بالشيء واللام شرط به متافيان فكيف يتصادقان ؟
وهذا جزم في مجمع الأنهر بأن هذا تعريف للهبة المطلقة عن العوض ، لا للمطلق
الهبة الشاملة للهبة بشرط العوض . فإن الهبة بشرط العوض يعم انتهاء ، حتى تثبت
فيه الشفعة والمجبار كما سيأتي .

قال : فلا ينتقض التعريف بالهبة بشرط العوض ، فلي هذا لا يلزم ما ارتكبه
صاحب الدرر ، واعترض بعض عليه . تديرا

واجيب بأن التنافي انما هو بحسب المفهوم بمعنى ان هذا المفهوم لا يكون من
ذلك ، وهذا لا يتنافي الاجتماع بالصدق ، كالانسان المشروط بالنطق والحيوان
اللامشروط به ، وانما التنافي في الصدق في المشروط بالشيء والمشروط بعدمه
(افاده ابو السعود)

اقول : وفيه نظر ، اذ لو كان المراد بقولهم « بلا عوض » معنى بلا شرط عوض
ليم ما كان من الهبة بشرط العوض لكان تعريف الهبة صادقا على اليمين ايضا ، فلزم
ان ينتقض به طرداً ، فلا يندفع المخذور بذلك

واجاب في رد المختار بقوله : قلت : والتحقيق انه ان جعلت الباء للملابسة متطابقة بمحذوف حالاً من تملك ، لازم ما ذكر . اما لو جعل المحذوف خبراً بعد خبر ، اي هي كائنة بلا شرط عوض على ان العوض فيها غير شرط بخلاف البيع والاجارة ، فلا يرد ما ذكر ، فتدبراه .

اقول : وفيه نظر ايضاً ، اذ قوله بلا عوض ان اعتبر من تنمة التعريف على جملة خبراً بعد خبر ، فالمحذور باق بعينه ، لان قوله « بلا عوض » نص في اشتراط عدم العوض ، والهبة بشرط العوض تقيضه ، فكيف يجتمعان . وان اعتبر ان التعريف قد تم قبله وهذا استثناء ، فالبيع يكون داخل في التعريف ، واخراجه بقيد خارج عن التعريف لا يجعل التعريف جامعاً مانعاً ، فما ذكر انه التحقيق ، خال عن التحقيق ، فظهر ان الصواب ، ما في جمع الانهر من ان التعريف للهبة المطلقة عن العوض ، فتدبر .

والتعبير بالمال في قوله « تملك مال » لادخال هبة الدين عن عبه ، وكذا من غير من عبه اذا امره بقبضه ، كما سيأتي . ومن عبر بالعين بدل المال كالكنز والمالتي وغيرها قصد اخراجها لكون الاول اسقاطاً لا تملكاً ، والثاني داخل في العين ، لان الموهوب له قابض بحكم النيابة عن الواهب ، ثم يصير قابضاً لنفسه بحكم الهبة ، فرجع الى هبة العين ، ولكل وجهة .

واحترز بقوله « تملك » عن نحو الاباحة . وبقوله « مال » عن الاجارة والاعارة . وزاد بمضمون « الحال » لخراج الوصية ، فانها تملك مال بلا عوض ، لكنها بعد الموت . لكن تبقى الصدقة داخلة في تعريف الهبة .

المادة ٨٣٤ - ﴿ الهدية هي المال الذي يعطي لاحد او يرسل اليه اكراماً له ﴾

المادة ٨٣٥ - ﴿ الصدقة هي المال الذي وهب لاجل الثواب ﴾

المادة ٨٣٦-٠ * الاباحة في عبارة عن اعطاء الرخصة والاذن
لشخص ان يأكل او يتناول شيئاً بلا عوض *

الباب الاول

* في بيان المسائل المتعلقة بعمد الهبة ويشتمل على فصلين *

الفصل الاول

* في بيان المسائل المتعلقة بركن الهبة وقبضها *

المادة ٨٣٧ - * نعتقد الهبة بالايجاب والقبول وتتم بالقبض *

صريح هذه المادة ان القبول ركن ايضاً كالايجاب ، وهو المذكور في
الهداية والفرز والمقتضى والتنوير وغيرها ، وعزاه في الفتح الى الكافي والكفاية .
ووجهه انه عقد ، وقيام العقد بالايجاب والقبول .

وتقل في مجمع الانهر عن الكرماني ان الايجاب في الهبة عقد تام ، والقبول
ليس بركن . قال : واثار اليه في اخلاصة ونقله في الفتح عن اكثر شراح
الهداية وعزاه في الهندية لمحيط المرخسي مقصراً عليه . قالوا : ولهذا وحاف
ان يهب عبده لفلان فوجب لم يقبل فلان ، بر يسببه ، وبصكه حث = بخلاف
البيع ، فانه يحنث في الاول ، ولا يحنث في الثاني .

واجاب عنه في مجمع الانهر بان غرض الخالف هو اظهار الجود فيما لو حلف
ان يهب . وعدمه فيما لو حلف ان لا يهب وقد وجد الاظهار في الاولى نبره
وعدمه في الثانية فحنث .

وفي الدرر شرح الفرر قال الامام حميد الدين : ركن الهبة الايجاب
في حق الواهب ، لانه تبرع فيمن من جهة المتبرع . اما في حق الموهوب له فلا
يتم الا بالقبول ، ثم لا ينفذ ملكه فيه الا بالقبض اه ومثله في الفتح عن النهاية .
واقصر عليه في البحر وعزاه في الهندية الى محيط السرخسي . مقتصراً عليه . ولعل
هذا توفيق بين القولين بمعنى ان القائل بأن القبول ركن ناظر الى الموهوب له ،
والقائل بمكسه ناظر للواهب . وعلى هذا لا ترد مسألة الجين على الأول ، تأمل
هذا وقد نقل في الفتح عن البدائع ، بعد ان اطال الكلام على هذه المسئلة ،
ما ملخصه : اما ركن الهبة فهو الايجاب من الواهب . فاما القبول من الموهوب
له ، فليس بركن استحساناً ، والقياس ان يكون ركناً ، وهو قول زفر . وفائدة
الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوجهه له فلم يقبل ، بحيث
استحساناً ، وعند زفر لا بحيث ما لم يقبل . واجمعوا على انه اذا حلف لا يبيع
فباعه فلم يقبل ، انه لا يثبت اه فتأمل .

واعلم ان المراد بالقبض الذي تتم به الهبة هو القبض الكامل ، وهو في المنقول
ما يناسبه وفي العقار ما يناسبه . قبض مفتاح الدار قبض لها . والقبض الكامل فيما
يحتمل القسمة ، بالقسمة ، حتى يقع القبض على الموهوب بالاصاله من غير ان
يكون بتبعية قبض الكل ، وفيما لا يحتمل القسمة ، بتبعية الكل (كذا في
الدرر)

وقال في المنع : عبة الشاغل تجوز ، وهبة المشغول لا تجوز .
والأصل في جنس هذه المسائل ، ان اشتغال الموهوب بملك الواهب ، يمنع تمام
الهبة . مثاله : وهب جراباً فيه طعام ، لا تجوز . ولو وهب طعاماً في جراب ، جازت
واشتغال الموهوب بملك غير الواهب هل يمنع تمام الهبة ؟ ذكر صاحب المحيط
انه لا يمنع ، فانه قال : امار داراً من انسان ثم ان المستعير غضب متاعاً ووضعه في
الدار ثم وهب المعير الدار من المستعير ، صحت الهبة في الدار . وكذلك لو ان
المعير هو الذي غضب المتاع ووضعه في الدار ثم وهب المعير من المستعير ، كانت
الهبة تامة ، وقامه فيه . وفي الخانية : رجل وهب داراً وسلم وفيها متاع الواهب ،
لا تجوز ، لان الموهوب مشغول بما ليس بهية ، فلا يصح التسليم . ولو وهبت امرأة

دارها من زوجها وهي ساكنة فيها وزوجها ايضاً ساكن فيها، جازت الهبة ويصير الزوج قابضاً للدار ، لأن المرأة ومتاعها في يد الزوج ، فيصح التسليم .
وفي الخلاصة : رجل وهب لابنه الصغير داراً والدار مشغولة بمتاع الواهب ، جازت . ولو صدق بدار على ابنه الصغير والاب ساكنها ، لا تجوز عند الامام ، وعندهما تجوز ، وعليه الفتوى اه .

وفي رد المحتار : واعلم ان الضابط في هذا المقام ان الموهوب اذا اتصل بملك الواهب اتصال خلقة وامكن فصله ، لا تجوز هبته ما لم يوجد الانفصال والتسليم ، كما اذا وهب الزرع او الثمر بدون الارض والشجر او بالعكس . وان اتصل اتصال مجاورة ، فإن كان الموهوب مشغولاً بحق الواهب ، لم يجز ، كما اذا وهب السرج على الدابة ، لأن استعمال السرج انما يكون للدابة فكانت للواهب عليه بد مستعملة فتوجب تقصاناً في القبض . وان لم يكن مشغولاً ، جاز ، كما اذا وهب دابة مسرجة دون مرجها ، لان الدابة تستعمل بدونها . ولو وهب الحل عليها دونها جاز لأن الحل غير مستعمل بالدابة . ولو وهب داراً دون ما فيها من متاعه ، لم يجز . وان وهب ما فيها وصلحه دونها ، جاز . كذا في المحيط شرح مجمع اه .

ونقل الشلبي عن المحيط : رجل وهب من رجل ثوباً وهو حاضر فقال الموهوب له قبضته ، قال ابو حنيفة : صار قابضاً ، لانه متمسك من قبضه ، فاقبضتمكده مقام قبضه ، كالتخلية في باب البيع . وقال ابو يوسف لا يصير قابضاً ما لم يقبضه بنفسه ، لانه غير قابض حقيقة اه وعلى هذا فمحمد مع ابي حنيفة رحمهما الله تعالى . والقبض الحقيقي نقله من ذلك المكان (اه ما في الشلبي)

وفي الدرر : ثم ان القبض في المجلس هل يحصل بالتخلية ؟ والمختار انه يصح في صحيح الهبة بالتخلية لا فاسدها اه .

وفي الخانية : الأصح ان الافرار بالهبة لا يكون اقراراً بالقبض اه .

المادة ٨٣٨ = يجوز الأيجاب في الهبة هو الألفاظ المستعملة في معنى

تمليك المال مجاناً . كما كرمت ووهبت واهدبت . والتعبيرات التي

ندل على التملك مجاناً ايجاب للهبة ايضاً كاعطاء الزوج زوجته قرطاً
او حلياً وقوله لما خذي هذا او علقه *

افادت هذه المادة ان الايجاب في باب الهبة خصوص ما يوجد من طرف
الواهب ، وهذا ما جزم به ابو السمود اخذاً من كلامهم . ثم قال « فقولم
الايجاب ما يتلفظ به اولاً » ليس على اطلاقه ، بل بالنسبة لمقود المعاوضات اه .
وفي الهندية : الالفاظ التي بها الهبة انواع ثلاثة ، نوع تقع به الهبة وضماً ،
ونوع تقع به الهبة كناية وعرفاً ، ونوع يحتمل الهبة والعارية مستويًا
اما الاول فكقوله وهبت هذا الشيء لك او ملكته منك او جعلته لك او
هذا لك او اعطيتك او نخلتلك هذا . فهذا كله هبة .

واما الثاني ، فكقوله كسوتك هذا الثوب او امرتك هذا الدار ، فهو
هبة . وكذا لو قال هذه الدار لك عمري او عمرك او حياتي او حياتك ، فاذا
مت فهي رد علي ، جازت الهبة وبطل الشرط .

واما الثالثة ، فكقوله هذه الدار لك رقبتي او لك حبس ودفعها له ، فهو عارية
عندها . وعند ابي يوسف رحمه الله تعالى هي هبة (كذا في محيط الصرخسي)
ولو قال اطعمتك هذا الطعام ، فان قال فاقبضه ، فهو هبة . وان لم يقل
فاقبضه يكون هبة او عارية ، فقد اختلف المشايخ في شروحيهم (كذا في المحيط)
ولو قال حملتك على هذه الدابة يكون عارية ، الا ان بنوي الهبة . وقيل
هو من السلطان هبة ، كذا في الظهيرية .

والاصل في هذه المسائل ، انه اذا اتى بلفظ بنوي عن تملك الرقبة ، يكون
هبة . واذا كان منبأ عن تملك المنفعة ، يكون عارية . واذا احتمل هذا وذاك
بنوي في ذلك ، كذا في المستصفي اه ما في الهندية .

وقوله : بنوي في ذلك ، يعني تعتبر نيته .

وفيها : لو قال منحتك هذه الارض او هذه الدار فهي اعارة ، الا اذا نوى
الهبة . ولو قال منحتك هذا الطعام او هذه الدراهم او هذه الدنانير . وكل ما لا

يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ، يكون هبة . فان اضافها الى ما لا يمكن الانتفاع به مع قيامه ، حملناها على العارية ، لانها الاذن . وان اضافها الى ما لا يمكن الانتفاع به الا بالاستهلاك ، حملناها على العبة (كذا في محيط السرخسي)
رجل قال لاخر هب مني هذا الشيء فقال يكون فداك او قال لبس ممنوعاً عنك ، لم يكن هبة (كذا في السراجية اه)

وفي المنع عن الخانية : قال جعلته لابني فلان ، يكون هبة ، لان الجمل عبارة عن التملك . وان قال اغرس باسم ابني لا يكون هبة وان قال جعلته باسم ابني يكون هبة ، لان الناس يريدون به التملك والعبة اه .
ويخالفه ما في البحر عن الخلاصة ، لو غرس لابنه كرمًا ، ان قال جعلته لابني يكون هبة . وان قال باسم ابني ، لا يكون هبة . ولو قال اغرس باسم ابني ، فالامر متردد ، وهو الى الصحة اقرب اه .

قال الرمي : اقول : ما في الخانية اقرب لعرف الناس ، تأمل اه .
وفيه : ان ما في الخانية فيه لفظ الجمل وهو مراد به التملك ، بخلاف ما في الخلاصة ، تأمل - نعم عرف الناس التملك مطلقًا ، تأمل (كذا في رد المحتار)
اقول : وفي قوله « بخلاف ما في الخلاصة » نظر ، لان ما فيها ايضاً لفظ الجمل ، لان قوله وان قال « باسم ابني الخ » معناه جعلته باسم ابني لدلالة ما قبله عليه . وقول الرمي « اقرب لعرف الناس » هو عين قول الخانية ، لان الناس يريدون الخ .

وقوله اخيراً « نعم عرف الناس التملك مطلقًا » اي سواء كان بلفظ الجمل او بلفظ الغرس ، وهذا الذي يظهر بالنظر لعرف الناس .

✽ تنبيهان ✽

الاول : يستفاد من هذه المادة ان مجرد اعطاء الرجل لزوجته حلياً وتمتعها به لا يكون تملكًا ، بل لا بد ان يقول خذيه او علقه او نحو ذلك مما يكون تعبيراً يدل على التملك مجازاً ، حتى يكون ايجاباً . وبويدة ما في رد المحتار آخر كتاب الهبة : رجل اشترى حلياً ودفعه الى امراته واستعملته ثم ماتت ثم اختلف

الزوج وورثتها انها هبة او عارية ، فالقول قول الزوج مع البين انه دفع اليها ذلك عارية ، لانه منكر للهبة (منح)

قال الرمل وهذا صريح في رد كلام اكثر العوام ان تمتع المرأة بوجوب التملك ، ولا شك في فسادها ، وكذا قال في البحر .
ولا يكون استمتاع المرأة بمشري الزوج ورضاه بذلك دليلاً على انه ملكها ذلك كما تفهمه النساء والعوام ، وقد اثبت بذلك مراراً .

لكن في رد المختار ايضاً ، اول كتاب الهبة ، ما نصه : اعطى لزوجته دنانير لتتخذ بها ثياباً وتلبسها عنده فدفعتها معاملة ، فهي لها (قنية)

اتخذ لولده الصغير ثوباً ، يملكه . وكذا الكبير بالتسليم (بزازية)
اتخذ لولده ثياباً ، ليس له ان يدفعها لغيره ، الا اذا بين وقت الاتخاذ انها عارية . وكذا لو اتخذ لتلميذه ثياباً فأبى التلميذ فاراد ان يدفعها لغيره (بزازية)
وكتب قبل هذا ما نصه : وفي خزانة الفناوي : اذا دفع لابنه ما لا تصرف فيه الأبن ، يكون للأب ، الا اذا دل دلالة التملك (بيري)

قلت : فقد افاد ان التلفظ بالايجاب والقبول لا يشترط ، بل لكفي القران الدالة على التملك ، كن دفع لفقير شيئاً وقبضه ولم يتلفظ واحد منهما بشيء .
وكذا يقع في الهدية ونحوها ، فاحفظه . ومثله ما يدفعه اوجه او غيرها .

ويظهر لي من مجموع هذه النقول ان الهبة كما تنمقد بالالفاظ الدالة على التملك مجاناً لغة او عرفاً ، تنمقد ايضاً بالفعل بطريق التعاطي ، كما ستأتي في المادة الآتية ، لكن مع قرينة لفظية او حالية . ومنها العرف والعادة كتمينات ذلك الفعل اريد به التملك . فاللفظية ، كقول الرجل في مسئلتنا خذ به او علقه ، او كما لو دفع لها دراهم وقال اتخذي بها ثياباً والبسيها . وكذا لو قال لها متعتك بهذه الثياب او بهذه الدراهم ، كما في الهندية عن محبط المرخسي .
والحالية ، كما اذا اتخذ لولده او لتلميذه ثياباً ، فان الاتخاذ مشعر بما دونه انه فعل بالثياب ما يحيطها ملائمة لها طولاً وعرضاً ، ونحو ذلك ، فكانت ذلك قرينة على ارادة التملك . او يقال ان العرف في مثل هذا قرينة على ارادته ، وكذا اذا دفع لابنه كل واحد منهما مبلغاً من الدراهم وكل منهما تصرف بما في يده ، ثم

عمد الى احدهما فقال ان ما دفعته له فرض ، وهو يعترف بأن ما دفعه للآخر
تمليك ، فان هذا قرينة حالية على ارادة التمليك بالدفع للاول ايضاً ، لان
الظاهر التسوية بالمعطية بين الاولاد عرفاً وشرعاً ولولا هذه القرينة لكان القول
قول الاب ، وهكذا .

وقد اجاب في الخبرة عما يرسله الشخص الى غيره في الاعراس ونحوها بقوله
« ان كان العرف بأنهم يدفعونه على وجه البذل ، يلزم الوفاء ، ان مثلاً فثله ، وان
قيماً فقيمه . وان كان العرف خلاف ذلك بأن كانوا يدفعونه على وجه الهبة ولا
ينظرون في ذلك الى اعطاء البذل ، فتحكم حكم الهبة في سائر احكامه ، فلا رجوع
فيه بعد الهلاك او الاستهلاك . والاصل ان المعروف عرفاً كالشروط شرطاً
اه ولا يتأني بما قلناه ما نقله في رد المختار في باب المهر وآخر باب التحالف عن
البدائم ، حيث قال : وهذا يعني كون القول قولها مما يصلح لها اذا لم تقرا المرأة ان
هذا المتاع اشتراه الزوج لها . فان اقرت بذلك ، سقط قولها ، لانها اقرت بالملك
لزوجها ثم ادعت الانتقال اليها ، فلا يثبت الانتقال اليها بيينة اه = لان الانتقال
اليها الذي كلفت لاثباته بالبيينة يشمل ما اذا كانت بطريق الهبة المدلول عليها
بالقراين اللفظية كقوله لها خذي هذا او علقيه ، او بالقراين الحالية كالعرف والعادة
ونحوها ، تندبر .

ومن تأمل في فروعهم في كتاب الهبة وجد اكثرها دايماً مع القراين اللفظية
او الحالية ، فتأمل وراجع ، نرشد .

ثم ان القرينة انما تعتبر اذا لم يعارضها الصريح ، والا بان اشهد حين التسليم انه
بطريق العارية فلا اعتبار لها لان الصريح اقوى من الدلالة .

وبما ذكرنا تتخلص عباراتهم من شائبة الانتقاص ، وتنحس عنها
مادة الاعتراض .

التنبيه الثاني : ذكر في رد المختار ما نصه : بقي ما لو قال ملكك هذا الثوب
مثلاً ، فان قامت قرينة على الهبة ، صحت ، والا فلا ، لان التمليك اعم منها ، لصدقه
على البيع والوصية . والاجارة وغيرها ، وفي الكازروني انه هبة اه ولم يزه
الى احد ، ونبهه انه في التكلفة . وهو غير صديد ، اذ قدمت اول هذه المقولة

النص الصريح بخلافه عن الهندية ممر با لمحيط السرخسي ، حيث جعل « ملكته منك » من النوع الاول ، وهو ما تقع به الهبة وضماً . وكيف يصح ما قاله مع نصريح المتون بصحة الهبة بجهلته لك .

وعلى الشراح ذلك بأن اللام للملك ، ولم يقيدوا الصحة بقيام القرينة على ارادة الهبة ، مع تقييد غيرها من الالفاظ المحتملة . ومعلوم ان التملك المفهوم من اللام صادق على البيع ونحوه ايضاً ، حتى قالوا بتعقد البيع بجهلته لك بكذا . وفي الزبلي ما نصه : وتنعقد ، يعني الهبة ، بقوله جهلته لك ، لأن انلام التملك ، فصار كأنه قال ملكتك هذا الثوب ؟ الا ترى ان ذلك لو كان بمعرض كان تملككاً ، فكذا بغير عوض اه .

واما استدلاله بما نقله في تنقيح الحامدية آخر الهبة عن جامع الفصولين بمزم التهمة : عرض علي محضر كتب فيه ملكه تملكاً صحيحاً ، ولم يبين انه ملكه بمعرض او بلا عوض ، قال : اجبت انه لا تصح الدعوى . ثم رمز لشروط الحاكم ا كفى به في مثل هذا بقوله « وهب له هبة صحيحة وقبضها » ولكن ما افاده في التهمة اجود واقرب الى الاحتياط اه ، فهو استدلال غير صحيح ، لان نصيح دعوى الهبة على منكرها شيء ، وانفقاد الهبة بقوله ملكتك شيء آخر ، على ان هذا الاستدلال يقتضي ان لا تصح الهبة بلفظ الهبة ايضاً اذا لم يبين انها بمعرض او بلا عوض ، مع ان المتون قاطبة ، ممرحة بخلافه ، ولم يقيدوا ذلك ببيان انه بمعرض او بلاعرض ، لا في المتون ولا في الشروح ولا في الفتاوي . وبعد هذا فانا لانسلم ان التملك عند الاطلاق يصدق على البيع واخويه ، بل اذا قيد فيقال البيع تملك العين ببدل ، والاجارة تملك المنفعة ببدل ، والوصية تملك بعد الموت = ولا يصدق عند الاطلاق الا على الهبة .

ثم بعد مدة رايت في اوخر كتاب الهبة من حاشية الطحطاوي ما نصه : تنبيه : قال السيد الحموي اعلم ان التملك يكون في معنى الهبة ويتم بالقبض واذا عرى عن القبض والتسليم ، اختلف العلماء فيه ، فقيل يجوز ، وقيل لا يجوز ، قياساً على الهبة . واكثر المشايخ على انه يجوز بدون تسليم ، وانه غير الهبة ، لان التملك والهبة شيان اسما وحكما . اما الاسم ، فظاهر . واما حكماً ، فلانه لو وهب الثمار على

روى من الأشجار ، لا يجوز . ولو اقر بالتملك يجوز ، ثبت ان التملك يصح بدون التسليم ، وانه غير الهبة ، وعليه الفتوى ، وعمل الناس . وموت المقر بمنزلة التسليم بالاتفاق (كذا في المفتاح)

والمناسب في المقابلة ان يقول « ولو ملكه » لان الاقرار بالملك ضروره ان يقول « هذا الشيء لفلان » وهو اخبار لانملك . الى هنا عبارة الطحاوي ، فتأمله ، فانه لا يتاير ما قلناه من انه « ملكك » لا يتوقف فيه صحة التملك على بيان انه بمعرض ام بغير عرض ، غير انه يفيد ان هناك تمليكاً لا يسمى هبة ولا بيعاً ولا اجارة ولا اعادة ولا غيرها ، ولم نر من ذلك ، فتدبر وراجع .
ومن العجب ان الشارح سليم باز ذكر عبارة رد المحتار ولم يذكر قوله « وفي الكازروني خلاله » فيفهم منه من ليس عنده فقه ان كلام رد المحتار نص في المسئلة لا خلاف فيه لأحد ، ان فساد ظاهر .

المادة ٨٣٩ - * نعتقد الهبة بالتعاطي *

اي بشرط قيام قرينة على ارادة الهبة ، سواء كانت مقابلة او حالية .
ومنها العرف والعادة ، كمن دفع لفقيه شيئاً وقبضه ، كما تقدم في شرح المادة السابقة .

المادة ٨٤٠ - * الارصال والقبض في الهبة والصدقة يقوم مقام

الايجاب والقبول لفظاً *

هذه المادة ذكرت توضيحاً للمادة السابقة وتميلاً لانعتاد الهبة بالتعاطي ، فلا

بد من القرينة الدالة على الهبة ، كما تقدم .

ومنها العرف والعادة كما تقدم ، نقله عن الفتاوى الخيرية في شرح المادة

(٨٣٨) وهو ما يرثه الشخص في الاعراس ونحوها .

المادة ٨٤١ = * القبض في الهبة كالقبول في البيع بناء عليه
تم الهبة اذا قبض الموهوب له في مجلس الهبة المال الموهوب بدون ان
يقول قبلت او انتهت عند ايجاب الواهب اي قوله وهبتك هذا المال *

بني ان القبض في الهبة ليس نظير القبض في البيع ، بل هو نظير القبول فيه ،
من حيث ان الحكم ، وهو الملك ، يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في
البيع (فتح)

ويشترع على ذلك انه لو وهب الدين من الغريم لم ينتقل الى القبول ، كما في
جمع الانهر عن المسبوط ، وان الموهوب له لا يملك الموهوب قبل القبض وان
وجد صريح القبول ، وان القبض ينفي عن القبول ، وانه اي القبض في المجلس
لا يحتاج الى اذن ، وانه بتقيد في المجلس حتى لو قبض بعد المجلس لا تصح الهبة
الا ان يأذن الواهب صريحا (ذكره الزيلعي) وانه لو نهاه الواهب عن القبض
يكون رجوعا عن الايجاب فلا يصح القبض بعده ولو كان في المجلس ، كما لو نهي
البايع المشتري عن القبول ، كان ذلك رجوعا عن الايجاب دلالة ، فلا يصح
القبول بعده ولو في المجلس (شلبي عن الاتقاني)

وهذا كله بخلاف القبض في البيع ، فظهر انه قائم مقام القبول فيه . وبهذا
يعلم ان تعليل الشارح سليم باز لهذه المادة بقوله « لان القبول كما يكون بالصريح
يكون بالدلالة » خروج عن المجادة ناشئ عن جهل سرها ، وعدم ادراك غورها .
على انه انما يستقيم علته لو كان الحال ان القبض في الهبة كالقبول فيها ، كما لا يخفى

المادة ٨٤٢ = * يلزم اذن الواهب صراحة او دلالة في القبض *

هذه المادة مجملة وتفصيل مجملها في المادتين بعدها .

المادة ٨٤٣ = ايجاب الواهب اذن بالقبض دلالة . واما
اذنه صراحة فهو قوله خذ هذا المال فاني وهبتك اياه ان كان المال
حاضراً في مجلس الهبة وان كان غائباً فقوله وهبتك المال الفلاني
اذهب وخذ *
*

هذه المادة ينت ماهية الاذن دلالة ، و ماهية الاذن صراحة المحتملتين في المادة
السابقة . و كون ايجاب الواهب اذناً دلالة هو الاستحسان . والقياس ان لا يجوز
الا باذنه ، لانه تصرف في ملك الغير ، فلا يجوز الا باذنه . وذلك لان ملك
الواهب قبل القبض باق بدليل صحة تصرفه من البيع ونحوه .
وجه الاستحسان ان القبض في الهبة كالقبول ، ولهذا لا يملك بها قبله ،
و يعني عن القبول كما بينا . والمقصود من الايجاب اثبات الملك ، فيكون تسليطاً له
على القبض دلالة ، اذ ملكه لا يتصور الا به (زبلي مع زيادة من حاشيته للشلي)

المادة ٨٤٤ = * اذا اذن الواهب صراحة بالقبض يصح قبض
الموهوب له المال الموهوب في مجلس الهبة وبعد الافتراق . واما اذنه
بالقبض دلالة فمقيد في مجلس الهبة ولا يعتبر بعد الافتراق . مثلاً لو قال
وهبتك هذا وقبضه الموهوب له في ذلك المجلس يصح واما لو قبضه
بعد الافتراق عن المجلس لا يصح . كذلك لو قال وهبتك المال
الذي هو في المحل الفلاني ولم يقل اذهب وخذ فاذا ذهب الموهوب
له وقبضه لا يصح *
*

قد بينت هذه المادة ما اجملته المادة (٨٤٢) من الحكم المترتب على الاذن
دلالة والحكم المترتب على الاذن صراحة ، بعد ان بينت المادة التي قبلها ماهية
الاذنين . فصار حاصل ما ذكر في هذه المواد الثلاث ما في الهندية عن الفخيرة:
القبض الذي يتعلق به تمام الهبة وثبوت حكمها ، القبض باذن المالك . والاذن
تارة يثبت نصاً وصریحاً ، وتارة يثبت دلالة . فالصريح ان يقول اقبضه اذا كان
الموهوب حاضراً في المجلس ، او يقول اذهب واقبضه اذا كان غائباً عن المجلس .
ثم اذا كان الموهوب حاضراً وقال له الواهب اقبضه فقبضه في المجلس او بعد الاقتراق
عن المجلس ، صح قبضه وملكه قياساً واستحساناً . ولو نهاه عن القبض بعد الهبة ،
لا يصح قبضه ، لا في المجلس ولا بعده . وان لم يأذن له بالقبض صريحاً ولم ينهه عنه
ان قبضه في المجلس ، صح قبضه استحساناً لا قياساً . وان قبضه بعد الاقتراق
لا يصح قبضه قياساً واستحساناً . ولو كان الموهوب غائباً فذهب وقبض ، ان
كان القبض باذن الواهب ، جاز استحساناً لا قياساً . وان كان بغير اذنه
لا يجوز قياساً واستحساناً .

وانما اقتصر الاذن دلالة على القبض في المجلس دون الاذن صراحة لان بقاء
الايجاب على الصحة لا بد له من القبض ، واذا كان كذلك كان الاقدام على الايجاب
اذناً للموهوب له بالقبض اقتضاء ، وما ثبت اقتضاء يثبت ضرورة ، والثابت بالضرورة
يتقدر بقدرها ، والضرورة ترتفع بثبوت الاذن في المجلس لان الايجاب يبقى صحيحاً متى
قبض في المجلس ، فلا يعتبر ثابتاً فيما وراء المجلس - بخلاف ما اذا ثبت الاذن
نصاً وصرحة لان الثابت نصاً ثابت من كل وجه فيثبت في المجلس وبعد المجلس .
والجواب في البيع الفاسد على هذا التفصيل الذي ذكرنا في الهبة (افاده الشلبي
معزياً للمبسوط)

فان قيل قد تقرر في المادة (٨٤١) ان القبض في الهبة كالقبول في البيع
واذا كان كذلك فكيف صح الامر بالقبض بعد المجلس مع انه لا يصح امر البائع
بالقبول بعد المجلس ، فقد صح في القبض ما لا يصح في القبول من التأخير الى ما بعد
المجلس ؟ اجيب كما في الفتح بان الايجاب من البائع شرط العقد ، ولهذا لو حلف لا
يباع فباع فلم يقبل المشتري لا يحنث ، فاما ايجاب الواهب فمقد تام بدليل انه لو

لو حلف لا يهب فوهب ولم يقبل ، يحنث استخساناً ، فيقف على ما وراء المجلس فيصح الأمر بالقبض وقبضه بعد المجلس اه - اي فلا يلزم من التشبيه ان يأخذ المشبه جميع احكام المشبه به .

وانت خبير بان هذا الجواب انما يتمشى على ما تقدم عن البدائم من ان ركن الهبة هو الايجاب من الواهب . واما القبول من الموهوب له فليس يركن استخساناً . واما على القول بركنية القبول لكون الهبة عقداً ينعقد بالايجاب والقبول ، فلا ، فتدبر .

* فروع *

لو قال رجل تقوم قد وهبت دابتي هذه لأحدكم فليأخذها من شاء فأخذها رجل منهم ، ملكها . وكذا بقوله اذنت الناس جميعاً في ثمر ينجلي من اخذ شيئاً فهو له فبلغ الناس ، فن اخذ شيئاً يملكه . وظاهره ان من اخذه ولم يبلغه مقالة الواهب لا يكون له ، كما لا يخفى (كذا في البحر)

لو وضع ماله في الطريق ليكون للرافع ، جاز (بجمع الأنهر) ولو وهب لرجل غلاماً فلم يقبضه الموهوب له حتى وهبه الواهب لرجل آخر ثم امرها بالقبض فقبضه ، فهو للثاني . وكذا لو امر الاول بالقبض فقبضه ، كان باطلاً (هندية) اي لانه لما وهب للثاني فقد رجع عن الايجاب للأول ، فلا يصح قبضه كيفما كان .

قال لآخر : وهبت لك قفيزاً من هذه الصبرة فاكتال الموهوب له بمحضرة الواهب ، لم يميز . ولو قال وهبت لك من هذه الصبرة قفيزاً فاكتله فاكتاله ، جاز (هندية عن السراجية) ولينظر الفرق فانه في الاول وجد الاذن دلالة حيث انتزاه الايجاب ، وفي الثاني صراحة بقوله « فاكتله » وهما سواء في الحكم اذا حصل القبض في المجلس ، كما تقدم آنفاً .

المادة ٨٤٥ - * للمشتري ان يهب المبيع قبل قبضة من البائع *

يعني ان للمشتري ان يهب المبيع قبل قبضه من البائع من رجل آخر فقوله
« من البائع » متعلق بالمصدر الذي هو القبض المضاف اليه « قبل »
وانما جاز للمشتري ذلك مع انه تصرف في المبيع قبل قبضه لان الهبة لما كانت
لا تتم الا بالقبض ، صار الموهوب له نائباً عن الواهب ، وهو المشتري الذي وهبه
المبيع قبل قبضه ثم بعد ان قبضه يصير قابضاً لنفسه ، فتتم الهبة بعد القبض
والحاصل انه قد تقرر في كتاب البيوع في « فصل في التصرف في المبيع
والثمن » ان ما يفسخ من العقود بهلاك العوض قبل القبض كالبيع والاجارة لا
يجوز التصرف في عوضه المعين عن ابي يوسف مطلقاً ، وعند محمد يجوز كل تصرف
لا يتم الا بالقبض ، كالهبة والصدقة والاقراض والرهن والاعارة ، لما قلنا آنفاً
ويقول محمد جزم في التنوير وغيره - بخلاف التصرف الذي يتم قبل القبض ،
كالبيع مثلاً ، فانه لا يجوز ، لانه اذا قبضه المشتري من الثاني لا يكون قابضاً
عن الاول ، لعدم توقف المبيع على القبض . فيلزم بمليك المبيع قبل قبضه ،
وهو لا يصح .

ثم ان هبة المشتري قبل القبض انما تصح اذا وهب لرجل آخر غير البائع .
امالو وهب من البائع ، فان قبل البائع الهبة انتقض البيع وكانت الهبة مجازاً عن
الاقالة كما صرح به في التنوير في الفصل المذكور من كتاب البيوع . وان لم يقبل
بطلت الهبة . وبقي البيع نافذاً . وانما لم تصح الهبة مع القبول وكانت مجازاً عن
الاقالة لان الهبة لا تتم الا بالقبض ، وقبض البائع لا ينوب عن قبض المشتري ،
كما في رد المختار عن شرح المجمع .

وبما ذكرنا تعلم ان الشارح سليم باز قد علق قوله في هذه المادة « من البائع »
بقوله « يهب » فركب من عيباه . وخطب خطب عشواء .

المادة ٨٤٦ = * من وهب ماله الذي في يد آخر له تتم الهبة بقبول
الموهوب له ولا حاجة الي القبض والتسليم مرة اخرى *

في ترجمة هذه المادة ركازة مملوكة الخمر فيها عن ضمير المبتدأ ، وهو «من»
الموصولة . فالاولى في الترجمة ان يقول «من كان في يده مال لاخر فوجه له
صاحبه تم الهبة منه ويملك المال الموهوب بمجرد قوله قبلك او انتهت ولا حاجة الى
قبض جديد»

قال الزبلي : لو كانت العين الموهوبة في يد الموهوب له ، ملكها الموهوب
له بمجرد العقد وان لم يحدد فيها قبضاً ، لان القبض ثابت فيها ، وهو الشرط ،
صواباً كانت في يده امانة او مضمونة ، لان قبض الامانة ينوب عن مثله لا عن
المضمون ، والمضمون ينوب عنها .

والاصل فيه انه متى تجانس القبضان ، ناب احدهما عن الآخر ، لاتحادهما
جنساً . واذا اختلفا ، ناب الاقوى عن الاضعف ، دون العكس .

وهذا اذا كان الموهوب في يده مضموناً كالفصوب والمرهون والمقبوض على سوم
الشراء لا اشكال فيه ، لان الموهوب ، في يده حقيقة وحكماً ، فيبرأ عن الضمان
بمجرد قبول الهبة . وكذا اذا كان في يده عارية او اجارة ، لان قبضها لنفسه
وبده ناجة فيه . واما اذا كانت في يده بطريق الوديعة ، فشكل ، لان يده يد
المالك ، لانه نائب عنه في الحفظ وقبضه لاجل المالك ، فكيف ينوب عن قبض
الهبة ؟ بل ينبغي ان يكون هذا كالموهوب وهو في يد الواهب . ودفع الاشكال
ان للمودع يداً حقيقة على الوديعة ، فباعتبارها نزل قابضاً لاننا افنا يده مقام يد المالك
حكماً ما دام عاملاً له . وبعد الهبة ليس بعامل له فتعتبر الحقيقة (اه بقليل اختصار
وتوضيح)

وفي رد المحتار عن (ط) : وانما اشترط القبول نصاً لانه اذا لم يوجد كذلك
وقد قلنا انه لا حاجة الى قبض جديد يقع الملك فيها بغير رضاه ولا يجوز ذلك
لما فيه من توم الضرر - بخلاف ما اذا لم يكن في يده وامره بقبضه ، فانه يصح
اذا قبض ولا يشترط القبول ، لان اقدامه على القبض يكون قبولا ورضى منه
بوقوع الملك له ، فيملكه اه .

المادة ٨٤٧ - * اذا وهب احد دينه للمديون او ابرأ ذمته عن الدين ولم يرده المديون تصح الهبة ويسقط عنه الدين في الحال *

ولا يتوقف صحة الهبة والابراء على القبول . وحاصل هذه المسئلة ان هبة الدين ممن عليه كالابراء من الدين فيه معنى التملك ومعنى الاسقاط . فمن حيث الاسقاط لا يتوقف على القبول ، ومن حيث التملك يرتد بالرد .

ثم هل يتقيد الرد في المجلس بمعنى انه لو لم يقبل ولم يرد حتى اقراراً ، ثم الابراء والهبة فلا يرتد بعد ذلك بالرد ، او لا يتقيد فيه ، حتى لو رد بعد المجلس يرتد ؟ - قولان . صححان ، وعدم التقيد في المجلس اصح كما في الدر وحواشيه .

وفي المنح : فان قلت هذا ، اي كون كل من هبة الدين ممن عليه والابراء يتم من غير قبول ، منقوض بدين الصرف والسلام ، فان رب الدين اذا ابرأ المديون منه او وهبه له توقف على قبوله ، قلت : اجيب عنه بان توقفه على ذلك لا من حيث انه هبة الدين ، بل من حيث انه يوجب انقاس العقد بفوات القبض المستحق بعقد الصرف وعقد السلم ، واحداً العاقدين لا ينفرد بنفسه ، فلهذا توقف اه

وفي الاشياء : الابراء يرتد بالرد ، الا في مسائل . الاولى : اذا ابرأ المحتال المحال عليه فرده ، لا يرتد . وكذا اذا قال المديون ابرئني فابراء . وكذا اذا ابرأ الطالب الكفيل . وقيل يرتد .

الرابعة اذا قبله ثم رده ، لم يرتد اه .

وفي الهندية : واما هبة الدين من الكفيل وبراءه عن الدين ، فالهبة منه لا يتم بدون القبول ، وترتد بالرد . وبراءه يتم من غير قبول ولا يرتد بالرد . وان وهب الدين الذي على الاصيل او ابرأه فمات قبل الرد ، فهو بريء . وكذلك لو كان ميتاً فأبرأه منه وجعله في حل منه ، فهو جائز . فان رد الوارث هذا الابراء ، بعمل رده وبفضى بالمال . وهذا قول ابي يوسف رحمه الله تعالى . وقال محمد رحمه الله تعالى لا يعمل رده ، والبراءة ماضية على حالها (كذا في النخبة)

وفي فتاوي قاضيخان : رجل عليه دين فمات قبل القضاء فوهب صاحب الدين لوارث المديون ، صح ، سواء كانت التركة مستغرقة ام لم تكن اه ولو رد الوارث الهبة فترند بالرد ، خلافاً لمحمد رحمه الله تعالى . ولو وهب لبعض الورثة ، فالهبة لكلهم . ولو ابرأ الوارث صح ايضاً (هندبة عن الوجيز للكردي) وتقام هذه المسائل فيها .

المادة ٨٤٨ = * من وهب دينه الذي هو في ذمة احد لا آخر واذنه صراحة بالقبض بقوله اذهب فخذة فذهب الموهوب له وقبض .
تم الهبة *

لان تملك الدين من ليس عليه الدين باطل ، الا اذا سلطه على القبض ، كما في التنوير وغيره .

قالوا : فيصح حينئذ وبصير وكيلا قابضاً عن الموكل ، ثم لنفسه . قال في رد المحتار : مزيماً للاشياء : ومقتضى هذا صحة عزله عن التسليط قبل القبض . واذا قبض بدل الدرهم دنانير ، صح ، لانه صار الحق للموهوب له ، فملك الاستبدال . واذا نوى في ذلك التصديق بالزكاة اجزأه اه .

ولا بد من ان يكون التسليط نصاً بأن يقول له اذهب فخذة او اقبضه ، كانت عليه هذه المادة . حتى لو وهبت المرأة من ابنها ما لها على ابيه من مهر او دين ، فالصحيح انها لا تصح هذه الهبة ، الا اذا وهبت وسلطت ولدها على القبض فحينئذ يجوز ويكون ملكاً للولد اذا قبض (نص عليه في الاشياء ، وكذا في الهندبة عن قاضي خان وكذا في جامع الفصولين)

قال في رد المحتار : وينظر فيما اذا كان الابن لا يعقل ، فان القبض يكون لايه . فهل يشترط ان يفرز الاب قدر المهر ويقبضه لايه ، او يكفي قبوله كما في هبة الدين من عليه الدين اه - اقول : والظاهر الثاني ، حيث كان القبض للاب ، لان الموهوب كان في يده قبض ضمان فينوب عن قبض الامانة ، كما تقدم .

فيل: ويستثنى من قولهم «تمليك الدين من ليس عليه الدين باطل» الحوالة والوصية، فإنه إذا كانت المحال عليه مدبون المحيل وقد أحال شخصاً له دين على المحيل، فإن ما في ذمة المحيل للمعتال قد انتقل إلى ذمة المحال عليه، فصار ما في ذمة المحال عليه للمحيل ملكاً للمعتال بمجرد الحوالة، بلا تسليط على القبض. وكذا الموصي له بالثلث إذا كان في التركة ديون، يملك من الديون بقدر وصيته بلا تسليط أيضاً.

ودفع بأنه لا استثناء أصلاً لأن تعيينه بالأنتقال في الحوالة المذكورة يفيد أن المحال لم يملك ما في ذمة المحال عليه من الدين، وإنما هو ملزم بالحوالة فقد التزم الدفع له بأمر المحيل، فإذا دفع له بأمره وقعت المقاصة بينهما. وأما الوصية، فإن الموصي له المذكور لم يملك شيئاً من الديون، وإنما ملك المطالبة. وإنما يصير ملكاً حقيقة إذا صار عيناً (افاده ط).

ثم قال: وأيضاً المحال مسلط على قبض المحال به من المحال عليه. ويقال سيف الوصية ليس فيها تمليك، وإنما هو تسليط أيضاً، فرجع الأمر إلى التسليط في الكل اه.

وفيه نظر، إذ لا يشترط لصحة الحوالة والوصية التسليط نصاً. وقد علمت أن النصيب دلالة لا تكفي لصحة التمليك. لا يقال إن قوله أحلت أو أوصيت لفلان بمنزلة قوله أقبضه، لأننا نقول هذا غير مسلم، والأمر لكان قول الأم مثلاً وهبت ولدي كذلك، فالأولى الاقتصار على الدفع الأول. قال في الدر: وبترفع على هذا الأصل لو قضى دين غيره على ابنه يكون له، لم يجوز ولو كان وكيلاً بالبيع فصولين اه.

قال (ط) إلا أن يسلطه الدائن على المديون ويقبضه منه. ونقل في الأشباه قولين بالجواز وعدمه، وقدم الجواز، وظاهره اعتداه اه.

وكتب على قول الدر: ولو كان وكيلاً بالبيع أي ففرضي للموكل الثمن ليصير ما بذمة المشتري له، لا يصح، فيكون القضاء على هذا فاسداً، ويرجع البائع يعني الوكيل على الأمر يعني الموكل بما أعطاه، وكان الثمن على المشتري على حاله اه (أشباه) - إلا أن يسلطه الموكل على القبض بعد الدفع. أما قبله،

فالولاية في الطلب له كما لا يخفى اهـ .

اقول : قد علمت ان ظاهر الاشباه اعتداد القول بالجواز مطلقاً ، فأدلى ان يجوز في صورة الوكيل . ويملك ما في ذمة المشتري لأن له وجهاً وجيباً ، وهو ان الوكيل بالبيع مسلط شرعاً على قبض الثمن ، فلا حاجة فيه الى تسليط المملك . وفي الدر متناً وشرحاً .

وليس منه ، اي من تملك الدين عن ليس عليه الدين ، ما اذا اقر الدائن ان الدين لفلان وان اسمه في كتاب الدين عارية ، حيث صح اقراره لكونه اخباراً لا تملكاً ، فللمقر له قبضه اهـ فيبراً المديون بدفعه كما يبراً بدفعه الى المقر ، كما في المنح . لكن لا يحل الدين للمقر له ديانة لان الأقرار لا يكون سبباً للملك ما لم يملكه اياه بعد ان قبضه ، او يكون المقر صادقاً في اخباره .

المادة ٨٤٩ - * اذا توفي الواهب او الموهوب له قبل القبض

تبطل الهبة *

لانتقال الملك للوارث قبل تمام الهبة ولو وهب في مرضه ولم يسلم حتى مات ، بطلت الهبة ، لأنه وان كان وصية حتى اعتبر فيها الثلث ، فهو هبة حقيقة فيحتاج الى القبض (رد المحتار) .

المادة ٨٥٠ - * اذا وهب احد لابنه الكبير البالغ العاقل شيئاً

يلزم التسليم *

وبدون قبضه لانتم الهبة ، اذ لا فرق بينه وبين الاجنبي حينئذ .

المادة ٨٥١ - * يملك الصغير المال الذي وهبه اياه وصيه او

مريه يعني من هو في حجره وتربته الذي في يده او الذي كان
وديعة عند غيره بمجرد الايجاب او بمجرد قول الواهب وهبت ولا
يحتاج الي القبض *

لا تخلو هذه الترجمة من قلافة . والمراد ان وصي الصغير وهو من كان له
ولاية التصرف في ماله ، كايه ووصيه ووصي القاضي . وكذا من كان
الصغير في حجره و تربته كاخيه وعمه وملتقطه عند عدم من له ولاية التصرف في
ماله ، اذا وهب الصغير شيئاً من ماله الموجود في يده حقيقة او حكماً ، كأن كان
في يد مودعه او مستميره ، تم هبته بمجرد الايجاب ، ولا تتوقف على قبول ولا على
قبض لو الموهوب معلوماً .

والاصل ان كل عقد بتولاه الواحد يكفي فيه بالايجاب بخلاف ما لو وهبه
مالاً لم يكن في يده لا حقيقة ولا حكماً ، بأن كان في يد غاصبه او مستأجره او
مرتهه او المشتري منه شراء فاسداً ، فان العبة حينئذ لا تتم . واستظهر الساجاني
انه اذا اقتضت الاجارة او رد النصب تم العبة كما تتم في نظائره .

وقد افاد التقييد بقوله « عند عدم من له ولاية التصرف في ماله » ان قبض
غير من له ولاية التصرف مشروط بشرطين : عدم من له ولاية التصرف ،
وكون الصغير في عياله . والظاهر ان القول الصحيح ، الا تي ، في انه لا يشترط
عدم الاب في العبة الصادرة من الاجنبي ، بتأني هنا .

هذا حاصل ما في الدر وحواشيه . وانما كانت يد المودع والمستعير يد المالك
حكماً لان كل واحد منهما قابض للمالك لكون العين غير مضمونة عليها ، بخلاف
الناصب ونحوه والضمان انما يكون بتفويت اليد (درر)

المادة ٨٥٢ = * اذا وهب احد شيئاً لطفل تتم الهبة بقبض

وليه او مريه *

المراد بوليته من له ولاية التصرف في ماله كأبيه ، ثم وصيه ثم جده ثم وصيه
ثم القاضي ثم وصيه .

والمراد بمرئيه من كان الصنير في حجره ونزيبته ، سواء كان ذارحم محرم
كأمه وعمه واخيه ، او لا ، كأجنبي . وعطف المربي على الولي بأو المقتضية
لتخيير بين احد الثبنتين ، ظاهر في ان قبض المربي مع وجود الولي ولو اباً ، صحيح
تتم به العبة . وهذا هو الصحيح كما في الخانية ، و به بفتى كافي مشتمل الأحكام . وعليه
الفتوى كما في فصول الاستروثني .

وقيل : لا يجوز قبض المربي مع وجود احد الاولياء ، وكذا لا يجوز قبض
الادنى من الاولياء مع وجود الاعلى . وهذا ما اعتمده في الهداية والجوهرة والبدائع .
قالوا : لان تصرف المربي كان للضرورة ، ولا ضرورة مع وجود الولي . ووجه
القول المفتى به ان للمربي ولاية التصرف النافع لثبوت يندم عليه ، حتى لا يكون
لغيره نزاع من ايديهم ، فكانوا اهتموا بحفظه ، وتحصيل المال من ضرورات حفظه ،
لصرفه في قوته وملبوسه . وظاهر التنوير اعتماد ما في الخانية . وانت تعلم انه لا
يعدل عن تصحيح قاضي خان ، لانه فقيه النفس ، ولذا مشتمت عليه المجلة .

المادة ٨٥٣ = * اذا وهب شيء للصبي المميز تتم الهبة بقبضه اياها

وان كان له ولي *

المراد بالمميز من يعقل تحصيل المال . وانما صح قبضه لانه جعل في التصرف
النافع الذي لا يحتل ضرراً كالبالغ ، فينفذ نظراً له . وجاز تصرف الولي له في
هذه الحالة نظراً له ايضاً ، حتى يفتح له سبب تحصيل النفع بطريقتين (ط) .

وفي الدر عن الاشباه : حتى لو وهب له اعمى لا نفع له وتلقته موته ، لم
يصح قبوله . وكما يصح قبول الصبي بصح رده لها ، كما في التنوير وغيره .

قال (ط) : وانظر حكم رد الولي . والظاهر انه لا يصح ، حتى لو قبل
الصبي بعد رد وليته ، صح . وهل يكره ذلك لانه لا مصلحة فيه ، الظاهر نعم .

المادة ٨٥٤ = * الهبة المضافة ليست بصحيحة . مثلاً لو قال
وهبتك الشيء الفلاني في رأس الشهر الآتي لا نصح الهبة *

قال في الهندية : اما الشرايط التي ترجع الى ركن الهبة فهو ان لا يكون
معلقاً بماله خطر الوجود والعدم من دخول زيد وقدم خالد ونحو ذلك ، ولا
مضافاً الى وقت بأن يقول وهبت هذا الشيء منك غداً او رأس شهره كذا
(كذا في البدائع)

وفي الخانية : لو وهب شيئاً على ان الموهوب له بالخيار ثلاثة ايام ، ان اجاز
قبل الاقتراق ، جاز . وان لم يميز حتى اقرقاً ، لم يميز .
ولو وهب شيئاً على ان الواهب بالخيار ثلاثة ايام ، صحت الهبة وبطل الخيار ،
لان الهبة عقد غير لازم ، فلا يصح فيه شرط الخيار اه وفي الهندية : رجل له على
آخر الف درهم ، فقال : اذا جاء غد فالالف لك ، او قال انت بريء منه ، او قال
اذا ادبت الي نصف المال فانت بريء من النصف الباقي ، او قال فلك النصف الباقي ،
فهو باطل (كذا في الجامع الصغير)

هذا اذا وقعت الهبة مضافة او معلقة بشرط . اما لو شرط فيها شرط فاسد ؛
فالهبة جائزة والشرط باطل ، كمن وهب لرجل دابة فاشترط عليه ان لا يبيعها ، او ان
يبيعها من فلان او يردها عليه بعد شهر ، او وهب له داراً او تصدق عليه بدار على
ان يرد عليه شيئاً منها او يعوضه شيئاً منها ، فالهبة جائزة . وهذه الشروط
كلها باطلة .

والاصل في هذا ان كل عقد من شرطه القبض ، فإن الشرط لا يفسده كالهبة
والرهن (افاده في الهندية)

وفي التنوير وشرحه الدر : لا يصح تعليق الابراء عن الدين بشرط محض ،
كقوله لمديونه اذا جاء غد او ان مت (بفتح التاء) فانت بريء من الدين او ان
مت من مرضك غداً ، او ان مت من مرضي هذا ، فانت في حل من مهري ،

فهو باطل ، لانها مخاطرة .

وتعليق الآ بشرط كائن فيكون تنجزاً ، كقوله لمديونته ان كان لي عليك دين
ايرأتك منه ، صح . و كذا ان مت (بضم التاء) فانت بري . منه ، او في حل ،
جاز وكان وصية ، والوصية تجتمل التعليق اه . ولهذا ، اي لكون الهبة تبطل ان
كانت مضافة او معلقة بماله خطر الوجود والعدم ، ونصح ويبطل الشرط ، اذا وجد فيها
شرط فاسد ، اجتمت المتون على جواز العمري وعدم جواز الرقبي ، لان العمري
(بالضم) هي ان يجهل داره له عمره ، فاذا مات نرد عليه ، فهي هبة منجزة شرط
فيها شرط فاسد ، فنصح ويبطل الشرط . والرقبي (بالضم ايضاً) هي ان تقول
ان مت قبلك فهي لك ، فهي هبة معلقة بمخاطر احتمال موت الموهوب له قبل الواهب
(افاده في رد المختار)

وفيه عن كافي الحاكم : رجل قال لرجلين : عبيدي هذا لا طولكما حياة ، او
قال عبيدي هذا حبيس على اطولكما حياة ، فهذا باطل ، وهو الرقبي و كذلك لو قال
لرجل داري لك حبيس .

وهذا قول ابي حنيفة ومحمد . وقال ابو يوسف : اما انا فأرى انه اذا قال داري
لك حبيس ، فهي له اذا قبضها . وقوله حبيس ، باطل . و كذلك اذا قال هي
لك رقبتي اه .

وفيه ايضاً : فاذا قال داري هذه لك عمري تسكنها وسلمها اليه ، فهي هبة .
وهي بمنزلة قوله طعامي هذا لك تأكله ، وهذا الثوب لك تلبسه . وان قال وهبت
لك هذا العبد لك حياتك وحياته قبضه ، فهو هبة جائزة . وقوله « حياتك »
باطل . و كذا لو قال اعمرتك داري هذه حياتك ، او قال اعطينكها حياتك
فاذا مت فهي لي واذا مت انا فهي لوارثي اه .

للمادة ٨٥٥ = * نصح الهبة بشرط العوض ويعتبر الشرط .
مثلا لو وهب احد لاخر شيئاً بشرط ان يعطيه كذا عوضاً ، او يودي
دينه المعلوم المقدار ، تلزم الهبة اذا راعي الموهوب له الشرط والا فلا واهب

الرجوع عن الهبة . كذلك لو وهب احد وسلم عقاراً مملوكاً له لاخر بشرط ان يقوم بنفقة الواهب الى وفاته ثم ندم فاراد الرجوع عن الهبة واسترداد ذلك العقار فليس له ذلك ما دام الموهوب له راضياً بانفاقه على وفق ذلك الشرط *

اعلم انه ذكر في الدر وحواشيه ومثله في المنتقى وشروحه والدرر وغيرها انه اذا وقعت الهبة بشرط العوض فهي هبة ابتداء وبيع انتهاء . ويتفرع على كونها هبة انه يشترط لتأهها التقابض في العوضين يعني في العين الموهوبة والعوض عنها في المجلس مطلقاً او بعده بالاذن . ولا يثبت الملك لاحد منهما قبل القبض ، ولكل واحد منهما ان يمتنع عن التسليم . وكذا لو قبض احدهما فقط ، فلكل الرجوع ، القابض وغيره سواء ، ويبطل العوض بالشروع فيما يقسم ويتفرع على كونها بيعاً انتهاءً انه اذا اتصل القبض بالعوضين فلكل واحد منها ان يرد ما بيده بخيار العيب وبخيار الروية ، وان يرجع في الاحتقاق على صاحبه بما في يده لو قائماً ، وبمثله او قيمته لو هالكاً ، ويؤخذ بالشفعة . هذا اذا قال وهبتك على ان تعوضني كذا . اما لو قال وهبتك بكذا ، فهو بيع ابتداءً وانتهاءً ، لان الباء للمقابلة اه .

واتفقت المتون على صحة الهبة وبطلان الشرط ، فيما لو جعل العوض عين الموهوب او بعضاً منه معلوماً او مجهولاً ، كأن وهبه داراً على ان يردّها عليه او يعوضه شيئاً منها ولو معيناً كثلثها او ربعها او بيت معين منها ، فيبطل شرط العوض لفساده لكونها مخالفاً لمقتضى العقد ، وتصح الهبة لكونها لا تبطل بالشروط الفاسدة . ثم هل يشترط معلومية العوض ؟ اضطرب كلامهم هنا ، ففي الدر ما يفيد انه يشترط ذلك لا لصحة الهبة ، بل لكونها بيعاً انتهاءً . وعبارته « قيد العوض بكونه معلوماً لانه لو كان مجهولاً يبطل اشتراطه فتكون هبة ابتداءً وانتهاءً » وعبارة صدر الشريعة « وانما يصح العوض اذا كان معلوماً » والى هذا يشير كلام البحر والمنح والدرر . واما كلام الخانية ، فخارة تراه صريحاً في انه يشترط لصحة الهبة ايضاً

ونارة نراه يشير الى ان معلومية العوض غير شرط اصلا ، فيصح كل من الهبة والشرط على كونه مجهولا ، يعني انه تصح الهبة ويثبت الشرط ايضا . فانه قال قبيل « فصل » في هبة المشاع « رجل وهب لآخر ارضا على ان ما يخرج منها من غلة ينفق الموهوب له ذلك على الواهب ، قال ابو القاسم : ان كان في الارض كرم او اشجار ، جازت الهبة وبطل الشرط . وان كانت الارض قراحا ، فالهبة فاسدة . قال الفقيه ابو الليث : لان في الثمر شرط على الموهوب له رد بعض الهبة على الواهب ، فتجوز الهبة وبطل الشرط ، لان الهبة لا تبطل بالشرط الفاسدة . وفي الارض القراع شرط على الموهوب له عوضا مجهولا لان الخارج من الارض نماء ملكه فيكون له فيكون مفسدا للهبة اه .

وفيها ايضا ، آخر فصل في العوض : رجل وهب لرجل عبدا بشرط ان يعوضه ثوبا ، ان تقابضا ، جاز ، وان لم يتقابضا ، لم يجز اه .

وفي صرة الفتاوي عن الوجيز ، يعني البرازية : وهب من رجل ارضا وسلمها اليه وشرط عليه ان ينفق على الواهب من الخارج ، فالهبة فاسدة . ولو كان الموهوب كرمًا وشرط عليه ان ينفق على الواهب من ثمرته ، فالهبة صحيحة والشرط باطل ، لان ثمرة الكرم موهوبة تبعاً له . فقد شرط رد بعض الموهوب فيكون شرطاً فاسداً فصحت الهبة . والخارج من الارض ملك الموهوب له لا الواهب ، لانه خرج من يده ، وقد شرط عليه عوضاً مجهولاً . والهبة بعوض مجهول فاسدة اه . وفي صرة الفتاوي ايضا ، معزيا لجامع الفتاوى ، ما نصه : لو قالت امرأة لزوجها وهبت لك هذا على ان تحسن الي فلم يحسن اليها ، فالتحتم ان الهبة باطلة وتكون بمنزلة الهبة بشرط العوض المجهول اه .

واما ما يشير من كلام الخانية وغيرها الى ان المعلومية غير شرط وان الهبة مع الجهالة صحيحة والشرط معتبر ، فقد ذكر في « فصل في هبة المرأة مهرها من الزوج » ما نصه : اذا تزكت المرأة مهرها على الزوج على ان يحج بها وقبل الزوج ذلك ولم يحج بها ، كان المهر عليه على حاله والفتوى على هذا القول .

امرأة وهبت مهرها من زوجها ليقطعها في كل حول ثوبا مرتين وقبل الزوج ذلك ففضى حولان ولم يقطع ، قال الشيخ الامام الاجل ابو بكر محمد بن الفضل :

ان كان ذلك شرطاً في الهبة فمهرها عليه على حاله ، لان هذا بمنزلة الهبة بشرط العوض ، فاذا لم يحصل العوض ، لا تصح الهبة ، وان لم يكن ذلك شرطاً في الهبة ، سقط مهرها ولا يعود بعد ذلك . وكذا لو وهب مهرها على ان يحسن اليها ولم يحسن ، كانت الهبة باطلة ، وتكون بمنزلة الهبة بشرط العوض اه .

فان هذه النصوص تشير الى ان الموهوب له اذا وفي بما شرط عليه الواهب ، تصح الهبة وبعتبر الشرط كما ترى ، وان الواهب لا يملك الرجوع كما اذا كانت الهبة بشرط عوض معلوم .

والحاصل ان القول في هذه المسئلة متباينة ، ولم يظهر وجه التوفيق والجمع بينها هذا . وذكر في مجمع الانهر ان كون العوض المجهول شرطاً فاسداً موافق للخانية في مسئلة هبة الارض بشرط انفاق ما يخرج منها على الواهب ، لكنه مخالف لما قال التمرناشي من انه لو وهب بشرط العوض ولم يسم العوض ، جاز ، لان الهبة تقتضي عوضاً مجهولاً اه .

وقوله « شرطاً فاسداً » لعل صوابه « شرطاً مفسداً » اي للهبة كما سمعت التصريح به عن الخانية ، وبه تظهر المخالفة بين ما في الخانية وبين ما قاله التمرناشي ، فان كلام التمرناشي يمكن تطبيقه على ما تقدم عن الدر وغيره ، ويمكن تطبيقه ايضاً على ما تقدم نقله عن الخانية اخيراً . ويؤيد الثاني قوله « لان الهبة تقتضي عوضاً مجهولاً » تأمل .

وقول جامع الفتاوى : فالخيار ان الهبة باطلة اذ ، وكذا قول الخانية في مسئلة ترك المهر « بشرط ان يحجج بها . والفتوى على هذا القول » مشعر بأن في المسئلة خلافاً ، وان ما مشى عليه في الدر وغيره خلاف المختار ، فتأمل وراجع ، فان المقام محتاج الى التحرير .

اذا تمهد هذا تعلم ان المثال الثاني المذكور في هذه المادة لا يتمشى على واحد من القولين الاولين ، فان العوض في هذا المثال مجهول كما ترى . فان قلنا بصحة الهبة وبطلان الشرط جر بآعلى ما افاده في الدر وغيره ، يلزم ان يكون الشرط لاغياً والهبة وقعت بلا عوض ، فللواهب الرجوع بهبته ان كانت قائمة - الا ان يكون هناك مانع من الرجوع كترابة او زوجية . وان قلنا بفساد الهبة حيث

كان البدل مجهولاً جريباً على ما صرح به في الخانية والبرازية وجامع الفتاوى ،
فللواهب ايضاً الرجوع بعين الهبة ان كانت قائمة ، وبمثلاها او قيمتها ان كانت
هالكة ، لان المقبوض في الهبة الفاسدة مضمون كما صرحوا به . نعم يتمشى على ما
قلناه عن الخانية اخيراً ، وهو ما يشير الى ان الهبة مع جهالة العوض صحيحة
والشرط فيها معتبر ما دام الموهوب له موفياً به . ولعل المجلة اخذت به لتصريح
الخانية بان الفتوى عليه . لا يقال ان اتفاق المتون على انه يشترط التقابض في
البدلين في الهبة بشرط العوض يتنافى صحة الهبة ، واعتبار شرط العوض المجهول ،
اذ يمكن ان يجاب بأن اشتراط التقابض في البدلين انما هو لصيرورة الهبة هبة بعوض
حقيقية ، بحيث يصير بيعاً انهاءً فيترتب عليها ما يترتب على البيع من ثبوت الشفعة
والرد بختيار العيب والروية - بخلاف الهبة فيما لو كان العوض مجهولاً ، فانها وان
صححت واعتبر الشرط فيها ، لكنها ليست هبة بعوض حقيقية ، فلا تكون بيعاً انهاءً ،
بل هي بمنزلة ما من حيث لزوم الهبة وعدم ثبوت الرجوع فيها فقط . هذا غاية ما
ظهر لي فتأمله وحرر .

ثم رأيت في فتاوى علي افندي ما نصه : هند ملك عقاريني قرانداش اوغلو
عمروه بنى اولنجيه قدر بسلمك اوزره ساكه هبة ابتدم ديوهيه وتسلم عمرو دخي
قبض ايدوب برسته بسلهسه عمرو هند اولنجيه قدر بسلمكه راضي ايكن هنديه
سنة نادمه اولوب عقاري عمرو دن الفه قادر الورمي ؟ الجواب اولماز « والهبة لا
لبطل بالشرط الفاسدة (فاضينخان ، في آخرهبة المشاع من كتاب الهبة اه)
فان الجواب بقوله « لا تكون هند الواهية قادرة على الرجوع بالهبة » يحتمل ان
يكون المراد منه ان كلاً من الهبة والشرط صحيح ، وان هنداً لا تملك الرجوع
عن الهبة ما دام الموهوب له قائماً بما شرطته عليه من الاتفاق عليها الى ان يموت
ويوهى هذا الاحتمال ترتيب السوء ال على وجه علق فيه عدم صحة رجوع هند بهبتها
على كون الموهوب له راضياً بما شرطته عليه وقائماً به ، فيكون المثال المذكور
منطبقاً عليه ، وهما منطبقان على ما تقدم اخيراً عن الخانية ، وقال ان الفتوى عليه
ويحتمل ان يكون المراد منه ان الهبة صحيحة والشرط باطل ، وانا عدم صحة
رجوعها عن الهبة وجود المانع من الرجوع ، وهو القرابة ، لكون الموهوب له

ابن اخيها . وبوجه هذا الاحتمال استدلاله بما نقله عن قاضيخان من ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة ، فيكون منطبقاً على ما تقدم عن الدر وغيره : هذا غاية ما ظهر لي في هذا المقام ، فتأمله وراجع .

ثم بعد مدة رأيت في حاشية ابي السعود على شرح مسكين ما نصه قال شيخ الاسلام انها ، يعني الشروط الفاسدة التي لا تبطل بها الهبة ، هي التي تفسد البيع مع كونها غير آيلة الى الهبة بشرط العوض ، كما يظهر ذلك من فتاوي قاضيخان وغيره فان كانت الشروط كذلك كهبه مهرها بشرط ان يحج بها او يحسن اليها او يقطع لها في كل حول ثوباً مرتين ، فانهم جعلوا اشتراط نفقة الحج والاحسان اليها وقطع الثوب بمنزلة شرط العوض ، بل جعل بعض المشايخ شرط ترك ظلمها في هبتها مهرها او شرط المكث معها ، مثله في الحكم ، فعكسوا بطلان هبتها اذا ظلمها او لم يمكث معها ، وهو المختار . وكانه لا تنفعها بما تشبهها بالعوض في الجملة وان لم يكونا عوضين حقيقة ، فكأنهم عملوا فيه بالشيئين فافسدوا الهبة متى لم يحصل النفع المشروط للواهب تشبهه بالعوض ، فانه لا تتم الهبة اذا لم يحصل العوض . وصححوها متى حصل النفع المشروط وان كان مجهولاً جهالة فاحشة ، كترك الظلم المجهول لجهالة مدته ، ولانه ليس بعوض حقيقة .

وهذا بخلاف الشروط المذكورة في الكتاب ، يعني في المتون ، وهي ما لو وهب امة على ان يردها عليه او على ان يعتقها او يستولدها ، او داراً على ان يرد عليه شيئاً منها او يعوضه شيئاً منها . واما اذا شرط عوضاً مجهولاً جهالة فاحشة كما اذا شرط ان ينفق على الواهب ما يخرج من الارض القراح الموهوبة ، فالهبة فاسدة مطلقاً ، كما صرحوا به والظاهر ان الفساد لكونه تعليق الهبة بالخطر ، اذ الخروج موهوم . هذا ما فهمت من كتب الفتاوى . كذا ذكره جوتى زاده اه فرحم الله هذا الامام الجليل حيث لشعر بما وقع في كلامهم من التدافع والتباين ، فاتى من التوفيق والحمل بما لم يسبقه اليه سابق ، ولا وصل اليه بعده لاحق ، فحمل القول بصحة الهبة وبطلان الشرط على ما اذا كان الشرط غير آيل الى الهبة بشرط العوض ، كالشروط المذكورة في المتون التي شرحها مثل صاحب الدر وصاحب المنح وصاحب الدرر وصاحب البحر ، وهو ما اذا كان العوض المشروط بعضاً من

الموهوب ، فإن الهبة حينئذ آيلة الى فسحها برد بعضها .
وحمل القول بأن جهالة العوض مفسدة للهبة على ما اذا كانت الجهالة فاحشة
بأن جعل العوض معلقاً معنى على خطر اي امر موهوم .
وحمل القول الثالث ، وهو صحة الهبة ان وفي الموهوب له بالشرط وفسادها
ان لم يوف به ، على ما اذا كانت الجهالة غير فاحشة بأن لم تكن معلقة على امر
موهوم ، فحل العقال وازال الاشكال ، وابان ان تمثيل هذه المادة بالمثال الثاني ،
صحيح عند الاقاصي والاداني .

الباب الثاني

❖ في بيان شرائط الهبة ❖

شرائط الهبة ، كما في الهندية انواع ، يرجع بعضها الى نفس الركن وقد تقدم
هذا في المادة (٨٥٤) وبعضها يرجع الى الواهب ، كما سيأتي بالمادة (٨٥٩)
وبعضها يرجع الى الموهوب ، وهو انواع ، منها : ان يكون مالاً منقولاً ، فلا
تجوز هبته ، ما ليس بمال اصلاً كالحر والميتة والدم وصيد الحرم والحزير وغير
ذلك ، ولا هبة ما ليس بمال منقول كالخمر .
ومنها : ان يكون الموهوب مقبوضاً . وقد تقدم هذا في المادة (٨٤١)
ومنها : ان يكون الموهوب مقسوماً ، ومنذ كرهه ما آخر هذا الباب .
ومنها : ان لا يكون الموهوب متصلاً ولا مشغولاً بشيء الموهوب ، وقد مناه
في شرح المادة (٨٣٧) .
ومنها : ان يكون مملوكاً ، وسيأتي في المادة (٨٥٧) وشرحها .
ومنها : ان يكون الموهوب موجوداً وقت الهبة ، وهو ما ذكر بقوله :

المادة (٨٥٦) = يشترط وجود الموهوب في وقت الهبة بنا

عليه لا تصح هبة عنب بستان سيدرك او ولد فرس سيولد *

المراد هبة عنب بستان سيدرك ان يهبه ما يشمره البستان في هذه السنة ،
ليصح كونه معدوماً . والا فعدم صحة هبته لكونه غير محوز لا لكونه
معدوماً .

واما هبة ولد الفرس فلا تصح مطلقاً ، لانها ان لم تكن حاملا به فهو معدوم
حقيقة . وان كانت حاملا به ففي وجوده احتمال ، فصار كالمعدوم .

وعبارة الهندية معزيتا لجواهر الاخلاطي : ولا تجوز هبة ما ليس بتوجود وقت
العقد بأن وهب ما لثمر نخيله العام ، او ما تداغنامه السنة ونحو ذلك . وكذلك
لو وهب ما في بطن هذه الجارية او ما في بطن هذه الشاة او ما في ضرعها وان
سلطه على القبض عند الولادة والحلب . وكذلك لو وهب زبداً في لبن اودهنها
في سمس او دقيقاً في حنطة ، لا يجوز وان سلطه على قبضه عند حدوثه ، لانه معدوم
للحال فلم يوجد محل حكم العقد ، وهو الاصح اه .

لكن قوله « او ما في ضرعها وان سلطه على القبض عند الحلب » يخالفه ما في
التتويرو شرحه الدر : ولا تصح هبة لبن في ضرع وصوف على غنم ونخل في ارض
وقمر في نخل ، لانه كمشاع . ولو فصله وسلمه ، جاز لزوال المانع .
وهل يكفي فصل الموهوب له بأذن الواهب ؟ ظاهر الدر نعم اه .
وانما جاز في اللبن في الضرع اذا فصله وسلمه وان كان في وجوده شك ،
لانه قد يكون ريجاً او دماً ، لترجح جانب الوجود بالتصرف فيه ، فانه بانفصاله يتيقن
وجوده ، بخلاف هبة الحمل فانه لا يصح ولو سلمه بعد الولادة ، لعدم امكان
التصرف وقت الهبة (افاده الطحطاوي)

المادة ٨٥٧ = * يلزم ان يكون الموهوب مال الواهب . فلو

وهب احد مال غيره لا تصح ولكن بعد الهبة لو اجازها صاحب

المال تصح *

عبارة الهندية عن البدائع هكذا : ومنها ، اي من الشروط التي ترجع الى الموهوب ، ان يكون مملوكاً ، فلا تجوز هبة المباحات ، لان تملك ما ليس بمملوك محال . ومنها ان يكون مملوكاً للواهب ، فلا تجوز هبة مال الغير بغير اذنه ، لاستحالة تملك ما ليس بمملوك للواهب اه .

وهل يشترط قيام الواهب والموهوب له والمجيز والموهوب عند الاجازة ، كما يشترط ذلك عند اجازة بيع الفضولي كما تقدم في المادة (٣٧٨) وشرحها ؟ - لم اره الا ان صريحاً ، والظاهر نعم ، لان ما عللوا به هناك يظهر به هنا ، فتأمل وراجع .

وفي الخاتمة : رجلٌ وهب لرجل ثوباً لغيره وسلمه اليه فاجاز المالك ، جازت الهبة من المالك وله ان يرجع فيها ، ما لم يعوض او يكون الموهوب له ذا رحم محرم من ائناك . فحقوق الهبة تكون لصاحب الهبة لا للذي باشرها ، فلوان الموهوب له عوض الذي باشر الهبة او كان بينهما قرابة ، فذلك لا يمنع صاحب الهبة عن الرجوع في الهبة اه .

المادة ٨٥٨ - * يلزم ان يكون الموهوب معلوماً ومعيناً . بناء عليه لو وهب احد من المال شيئاً او من الفرسين احدهما لا على التعيين لا تصح . ولو قال ايما اردت من هاتين الفرسين فهي لك فان عين الموهوب له في مجلس الهبة احدهما تصح والا فلا فائدة في تعيينه بعد المفارقة من مجلس الهبة *

رجلٌ له على رجل الف درهم قد بيت المال والف غلة وقال للمدبون وهبت لك احد المالين ، قال محمد رحمه الله تعالى جازت الهبة ، والبيان اليه ما دام حياً ولوارثه بعد موته ان مات قبل البيان ، لان هبة الدين اسقاط ، والجهالة لا تمنع صحة الاسقاط ويكون البيان الى المسقط .

رجل دفع الى رجل ثوبين وقال له ابعاشئت فلك والاخو لابنك فلائ
والابن صغير ، ان بين الموهوب له قبل ان يتفرقا ، جاز ، لان ارتفاع الجهالة في
المجلس بمنزلة البيان وقت العقد . وان تفرقا قبل البيان ، لا يجوز ، لتقرر الجهالة .
وعلى هذا لو وهب غلاماً او شيئاً على ان الموهوب له بالخيار ثلاثة ايام ، ان
اجاز قبل الاقتراق ، جاز . وان لم يميز حتى اقترقا ، لم يميز .
ولو وهب شيئاً على ان الواهب بالخيار ثلاثة ايام ، صحت الهبة وبطل الخيار ،
لان الهبة عقد غير لازم ، فلا يصح فيها شرط الخيار (كذا في الخانية)

المادة ٨٥٩ = * يشترط ان يكون الواهب عاقلاً بالغاً . بناء
عليه لا تصح هبة الصغير والمجنون والمعتوه واما الهبة لهواه فصحيحة *

واذا كان الصبي مميزاً تم الهبة بقبضه اياها ، والا فقبض وليه او مريه
واذا كان الواهب هو الولي او المرابي والمال الموهوب في يده او في يد مودعه ،
تم بمجرد الايجاب ، كما مر في المواد ٨٥٣ و ٨٥٢ و ٨٥١ .
وفي الدرر من الصلح : العقل شرط في جميع التصرفات الشرعية اه والمعتوه ،
وهو من يكون قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير ، كالمجنون . واما
السكران من خمر او اشرية منخدة من خمر تمر او زيب كنيذومثلث وغيرها ،
فهبته وجميع تصرفاته نافذة عندنا ، وبه اخذ عامة المشايخ (كذا في فتاوى
علي افندي في نوع فيمن لا تصح هبته)

وفي الخانية ، قبيل فصل في قبض الهبة للصغير : ولا يجوز للاب ان يهب شيئاً
من مال ولده الصغير بموض وغير عوض لانها تبرع ابتداء اه .

وفيها ، في فصل في العوض : واذا وهب للصغير هبة فعوض الاب او الوصي
الواهب من مال الصغير ، لا يجوز ، لانه تبرع فاذا بطل التعويض كان للواهب
ان يرجع في هبته ، وهو كما لو استحق العوض كان للواهب ان يرجع في الهبة
اذا كانت قائمة ولم تزدد خيراً اه .

المادة ٨٦٠ - * يلزم في الهبة رضا الواهب فلا تصح الهبة التي وقعت بالجبر والأكره *

ذكر في رد المحتار : منعه من السير الى ابويها حتى تهب مهرها فالهبة باطلة لانها كالمكرهه . وذكر شمس الاسلام : خوفها بضر حتى تهب مهرها ، فاكراه ان كان قادراً على الضرب اه .

وفي الخانية : المكره على البيع اذا وهب بشرط العوض ، كان مكرهاً فيه . والمكره على الهبة بشرط العوض اذا باع ، يكون مكرهاً فيه . والا كراه بأحد هما يكون اكراهاً بالآخر .

وفي فتاوي علي افندي معزياً للظهرية : الاكراه بالهبة اكراه بالتسليم ، حتى لو وهب مكرهاً وسلم طائفاً لم يجز - الا اذا قبل العوض وقبضه ، فهو اجازة اه .

وفي الخلاصة من كتاب الاكراه : ولو اكراه على ان يهب جاريتيه لفلان فوهب ودفع ، فهو باطل ، سواء ذكر له دفعا او لم يذكرها . واما البيع ، فلا بد من الاكراه على الدفع ، حتى لو باعه مكرهاً وسلمه طائفاً ، فالبيع جائز اه .

* تنبيه *

صرح في التنوير ان الهبة على وجه المزاح تصح وعزاه في شرحه المنع الى الخلاصة ، ثم قال : وفي خزانه الفتاوي : ولو قال هبني هذا الشيء على وجه المزاح فقال وهبت وسلم ، جازاه .

وعبارة الخلاصة : رجل قال لآخر على وجه المزاح هب لي هذا الشيء ، فقال الآخر وهبت وقال الآخر قبلت وسلمه اليه ، جازاه .

وقد تبع صاحب التنوير في هذا شيخه صاحب البحر ، فإنه قال عند قول صاحب الكنز « نصح بايجاب كرهت الخ » ما نصه : اطلقها فشملم ما اذا كان على وجه المزاح ، فان الهبة صحيحة (كذا في الخلاصة) ورده المقدمي ، كما في حاشية البحر

للمحقق بن عابدين معزياً لحاشية ابي السعود عن الحموي ، بأنه ليس في الخلاصة ما يفيد دعواه ، والذي فيها انه طلب الهبة مزاحاً لا جدياً فوهب جدياً وسلم ، صحت الهبة ، لان الواهب غير مزاح وقد قبل الموهوب له قبولاً صحيحاً اه .

اقول : اما عبارة الخلاصة ، فالظاهر منها ان المازح هو طالب الهبة ، لان قوله على وجه المزاح لا متعلق له الا « قال » واما الواهب فليس في عبارته ما يفيدانه مزاح او غير مزاح . واما عبارة خزانة الفتاوي ومثلها في البزازية وغيرها ، فان الظاهر منها ان قوله « على وجه المزاح » متعلق بقوله « هبني » لانه الاقرب اليه ، واذا كان كذلك يكون الواهب هو المازح ، لانه ائتمر بأمر الطالب . وقد قالوا ان السؤال معاد في الجواب ، كافي الاشباه ، فكأنه قال وهبتك على وجه المزاح ، فيكون عين ما جزم به في البحر والتنوير .

ويؤيده ما في الخانية : رجل قال لأخرهب لي هذا الشيء مزاحاً وقال وهبت وسلم ، قال ابو نصر انه يجوز ذلك اه .

ثم قال : وعن عبدالله بن المبارك انه مرة يقوم بضربون بالطنبور فوقف عليهم وقال هبوه مني حتى تروا كيف اضرب فدفعوا اليه فضر به على الارض وكسره وقال رأيتكم كيف اضرب ، قالوا ايها الشيخ خدعتنا . وانما قال لم ذلك احتراماً عن قول ابي حنيفة ، فان عنده كسر الملاهي بوجب الضمان . وهذا دليل على ما مر من ان هبة المازح جائزة اه فان قوله « وهذا دليل الخ » صريح في ان المراد مما مر ان المازح هو الواهب لا طالب الهبة ، وهذا لا يقبل تأويل المقدسي اصلاً وعن هذا جزم به صاحب البحر والتنوير . نعم يرد عليه ما تقدم من ان الهبة تعتمد رضاه الواهب ، والرضاه من المازح غير حاصل . ويمكن ان يجاب بأن صحة هبة المازح لكون تسليم الموهوب من الواهب وقبضه من الموهوب له الذي هو شرط تمام الهبة ، رضاه واجازة لما عقده مزاحاً ، لان المزاح انما يكون في الاقوال لا في الافعال . وقد صرح في الخانية من البيوع بانه لو تصادقا ان البيع كان للجنة ثم اجازاه ، صحت الاجازة ، كما لو تبايها هزلاً ثم جعلوه جدياً ، بصير جدأ وان اجاز احدهما لا يصح اه فتدبره ، فانه نفيس جداً .

واما قول المحقق بن عابدين في حاشيته على البحر : وليس في كلام المؤلف ،

يعني صاحب الحجر ، ما يقتضي ان المزاح وقع في الايجاب ، لان قوله « اطلقها » اي اطلق الهبة ، وقوله « فشمّل ما اذا كان : اي طلبها اه بعيد جداً ، لان طلب الهبة الذي ارجع اليه ضمير « كان » لا ذكر له اصلاً ، فلا شك ان مرجعه الهبة والايجاب المذكور في كلام المصنف ، يعني صاحب الكنز .

* تمة *

قدمنا اول الباب الثاني ، وهو هذا ، عن الهندية ان من شرائط الهبة الراجعة الى الموهوب ان لا يكون متصلاً ولا مشغولاً بغيره . وقد استوفينا احكام ما اذا كان كذلك في شرح المادة (٧٤٧)

بقي من شرائط صحة الهبة ان يكون الموهوب مقسوماً ومفرزاً وقت القبض لا وقت الهبة ، بدليل انه لو وهب له نصف الدار مشاعاً ولم يسلم حتى وهب النصف الاخر وسلم الكل ، تجوز . ولو وهب نصف الدار لرجل وسلم ثم وهب النصف الباقي وسلم ، لا تجوز ، وكلتاهما فاسدتان (هندية)

وحاصل ما في الدر وحواشيه ان هبة المشاع فيما يمكن قسمته بأن يبقى منتفماً به بعد القسمة انتفاعاً من جنس الانتفاع الذي كان قبل القسمة ، قبل فاسدة وقبل صحيحة غير تامّة . فكون الموهوب مقسوماً مفزراً ، شرط الصحة على الاول ، وشرط تمام الهبة على الثاني .

وهل يملكها الموهوب له لو قبضها شائعاً بأن قبض الكل ؟ - ظاهر الرواية انها لا تملك ، فلا ينفذ تصرف الموهوب له فيها من بيع او وقف ، و ينفذ فيها تصرف الواهب . وقيل انه يملكها ملكاً خبيراً ، وبه اخذ بعض المشايخ . واجمع الكل على ان للواهب استردادها من الموهوب له ولو كان ذاك محرم من الواهب . وكما يكون للواهب الرجوع فيها يكون لوارثه بعد موته ، لكونها مستحقة الرد ، ونضمن بعد الهلاك كالبيع الفاسد .

واجمعوا ايضاً انه لو وهب ثم قسمه بنفسه او نائبه او امر الموهوب له بان يقسمه مع شريكه ففعل واستلمه مقسوماً ، تم الهبة به .

وقالوا : لو وهب اثنان داراً لواحد ، صح ، لعدم الشروع . وبقوله بأن

وهب واحد من اثنين ، لا نصح عند الامام ، للشيوخ . ولا فرق بين ان يكونا كبيرين او صغيرين او احدهما كبيراً والاخر صغيراً . وفي الاولين خلافهما . وهذا كله في مشاع يقسم ، لان القبض لا يكون كاملاً فيه الا بالقسمة . اما ما لا يقبلها بأن كان لا ينتفع به بعد القسمة انتفاعاً من جنس الانتفاع الذي كان قبل القسمة ، كبيت صغير او حمام ، فتصح هبته وتم قبضه شائعاً بأن يقبض الكل . لان قبض كل شيء بحسبه . وهذا لا يكون قبضه الا كذلك ، فاكتفى بذلك وتمت به الهبة .

لكن يشترط في صحة هبة الذي لا يحتمل القسمة ان يكون قدرأ معلوماً ، حتى لو هب نصيبه من حمام ولم يعلم به ، لم يجوز ، لانها جهالة توجب المنازعة ثم ان الشيوخ المؤثر في صحة الهبة او تمامها انما هو الشيوخ المقارن ، لا الطاري . فلو هبه داراً وسلمه ثم رجع الواهب في بعضها شائعاً فإنه لا يفسدها اتفاقاً . ومنه ما في الخاتمة : مريض وهب داره لانسان والدار لا تخرج من ثلث ماله ولم يجوز الوارث هبته فان الهبة تنقض في الثلثين وتبقى في الثلث - اما لو اشترى رجل داراً وهو شفيعها وقبضها ووهبها لشافيع آخر ثم ان الشفيع الثاني اخذ نصف الدار بالشفعة ، بطلت الهبة في الباقي ، لان الشفيع الثاني اخذ الشفعة بحق سابق على الهبة ، فيكون الشيوخ مقارناً للهبة .

اما في فصل المريض ، فالشيوخ مقصور على الحال ، اذ لم يكن للوارث حتى الفسخ في حياة المورث وانما ثبت ذلك بعد موته ، فكانت الشيوخ طارئاً (اه ملخصاً)

والاستحقاق شيوع مقارن لا طاري ، لان الاستحقاق اذا ظهر بالينة كان مستنداً الى ما قبل الهبة ، فيكون مقارناً للهبة لا طارئاً . فلو استحق بعض الدار شائعاً والمسئلة بحالها فسدت الهبة في الكل . وكذا لو وهب ارضاً وزرعاً فيها وسلمها فاستحق الزرع ، بطلت في الارض ، لاستحقاق البعض الشايع فيما يحتمل القسمة ، لان الزرع مع الارض بحكم الاتصال ، كشيء واحد فاذا استحق احدهما صار كأنه استحق البعض الشايع فيما يحتمل القسمة ، فتبطل في الباقي . هذا ما في الدرر وحواشيه

وما ذكره الشارح سليم باز من ان الشيوع الحاصل من استحقاق بعض الموهوب هو من الشيوع الطارئ ، لم يسبقه اليه الا صدر الشريعة . وقد رده عليه في الدرر بأنه غير صحيح لمخالفته لمعتبرات المذهب ، فراجعها ان شئت .

ثم ان ما تقدم اتفقا من انه يشترط لصحة المشاع الذي لا يحتمل القسمة ان يكون قدراً معلوماً الخ ، نقله العلامة بن عابدين في رد المحتار عن البحر ، وكتب في حاشيته عليه ما نصه : قوله « ويشترط في صحة هبة المشاع الخ » في الهندية : لو وهب نصيبه من عبد ولم يعلم به ، لم يجوز . فان علم الموهوب له ، ينبغي ان يجوز عند الامام ، دونها .

وفيها قيل ذلك « جميع ما املكه لفلان » يكون هبةً لا تجوز بدون القبض . وفي منية المفتي : قال : وهبت نصيبي من هذه الدار والموهوب له لا يعلم كم نصيبه ، صحت اه . ولعل المتفاحش جهالته لا نصح بته ، كقوله وهبتك شيئاً من مالي ، او من كذا كذا بخط الساجحاني - قلت : وفي التارخانية مثل ما في النية اه ما في حاشية البحر .

اقول : هذا الترجي لم يدفع شيئاً من الاشكال ، فان الموهوب في كل من مسئلتني البحر ومنية المفتي واحد ، وهو النصيب مع حكم صاحب البحر بفساد الهبة لجهالة الموهوب ، وحكم صاحب النية بصحتها .

على ان مسألة منية المفتي مشكلة من جهة اخرى ، وهي ان الموهوب فيها ، نصيب من دار ، والدار تحتل التهمة ، فقدم حواز الهبة فيها لامرين : او لها جهالة الموهوب جهالة توذي الى النزاع كما قال صاحب البحر ، وثانيهما كون الموهوب مشاعاً فيما يحتمل القسمة . فلا بد من حل ما في النية على ما اذا علم في المجلس مقدار النصيب بعد ان كان مجهولاً ، ثم قسمت الدار في المجلس او بعده بأذن الواهب وقبض الموهوب له الحصة الموهوبة المفرزة . وحينئذٍ يحمل كلام البحر على ما اذا تفرقا قبل العلم بمقدار النصيب . وقد قدمنا في شرح المادة (٨٥٨) عن الخانية انه ان يتن الموهوب له الموهوب قبل ان يتفرقا ، جاز ، لان ارتفاع الجهالة في المجلس بمنزلة البيان وقت المقد . وان تفرقا قبل البيان ، لا يجوز ، لتقرر الجهالة ، فليراجع . وبما ذكرنا يتدفع البنافي بين عبارتي البحر ومنية المفتي .

واما عبارة الهندية ، فهي مسألة اخري ، وهي ما اذا كان التصيب مجهولا عند الواهب لكنه معلوم عند الموهوب له ، وهو بما لا يحتمل القسمة كالعبد ، فذكر انه يكفي علم الموهوب له عند الامام دونها . وهذه نظير مسألة ذكروها في البيوع ، وهي ما لو قال « بعثك نصيبي من هذه الدار بكذا » ان علم المشتري نصيبه ولم يعلم البائع ، جاز ، كما نقلناه عن الخلاصة في شرح المادة (٢٠٣) لكن الخلاف الجاري فيها ، على غير هذا الوجه المذكور في النية . هذا ما ظهر لي في تقرير هذا المحل ، و به يرتفع الاشكال وينحل .

* الباب الثالث *

= في بيان احكام الهبة و يشتمل على فصلين =

المادة ٨٦١ . * يملك الموهوب له الموهوب بالقبض *

المراد بالقبض القبض الكامل ، وهو في المنقول ما يناسبه ، وفي العقار ما يناسبه . قبض مفتاح الدار ، قبض لها . والقبض الكامل فيما يحتمل القسمة ، بالقسمة . حتى يقع القبض على الموهوب بالاصالة - وفيما لا يحتمل القسمة ، بتبعية الكيل ، كما قدمنا ذلك في شرح المادة (٨٣٧) فلترجع .

والمراد بملك الموهوب له الموهوب ، ان يثبت له الملك غير لازم . ولهذا كان للواهب الرجوع ولو بعد القبض عند عدم مانع من الموانع السبعة الآتية . وتفرع على ثبوت الملك بالقبض ، ان تصرفات الموهوب له في الموهوب من بيع او وقف لا تنقض ، وان تصرفات الواهب بعده لا تصح ، لخروجه عن ملكه

المادة ٨٦٢ = * للواهب ان يرجع عن الهبة قبل القبض بدون

رضى الموهوب له *

ولا فرق في ذلك بين ان تكون الهبة لاجنبي او لذوي رحم او لأحد الزوجين ،
ففي جميع ذلك للواهب حق الرجوع قبل التسليم ، سواء كان الموهوب له حاضراً او
غائباً ، اذن له في قبضه او لم يأذن . وهذا لان الهبة لم تتم ، فلم يخرج الموهوب عن
ملك واهبه .

وهل بكره ذلك كما بكره الرجوع بعد القبض .
الظاهر انها لا تخلو عن الكراهة ، لان الرجوع ليس باقل من الخلف بالوعد ،
بل هي فوقه .

المادة ٨٦٣ - * نهي الواهب الموهوب له عن القبض بعد

الايجاب رجوع *

اي عن الايجاب ، لان القبض في باب الهبة بمنزلة القبول في باب البيع والبايع
لو نهي للشري عن القبول بعد الايجاب ، كان ذلك رجوعاً عنه عن الايجاب دلالة ،
فكذلك هذا . ولو رجع ثم قبض ، لا يصح قبضه له في المجلس ولا بعده ،
فكذلك هذا (ططاوي)

المادة ٨٦٤ - * للواهب ان يرجع عن الهبة والمهذبة بعد

القبض برضى الموهوب له . وان لم يرض الموهوب له راجع
الواهب الحاكم وللحاكم فسخ الهبة ان لم يكن ثمة مانع من موانع الرجوع
التي سنذكر في المواد الآتية *

عطف الهدية على الهبة من عطف الخاص على العام . وثبت حق الرجوع
للواهب قضاء لا ينافي ان ذلك مكروه تحريماً ، لا رواه اصحاب السنن
الاربعة مرفوعاً : لا يحل لرجل ان يعطي عطية او يهب هبة فيرجم فيها ،
الا الوالد فيما يعطي ولده . ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها ، كمثل الكلب
يرجم في قيئه .

وبما ذكرنا يحصل الجمع بين هذا الحديث وبين ما استدلل به امتنا لصحة
الرجوع ، وهو ما رواه الحاكم وصححه مرفوعاً . من وهب هبة فهو احمق بها ، ما لم
يثب فيها اي لم يعوض ، فبالاول ثبتت كراهة التحريم ، وبالثاني ثبتت صحة
الرجوع (افاده في البحر مع زيادة) واطلق صحة رجوع الواهب فشمّل ما لو اسقط
حقه من الرجوع بأن قال اسقطت حقّي من الرجوع او ابرأته عنه ، فانه لا يسقط ،
لان بعض الحقوق لا يسقط وان اسقطها صاحبها كهذا الحق ، فهو نظير الميراث
والاستحقاق في الوقف ، ثبت جبراً ولا يسقط بالاسقاط .

واما لو صالحه من حق الرجوع على شيء ، فانه يصح باعتبار ان بدل الصلح
عوض عن الهبة ، فهو مانع عن الرجوع (ذكره في الخانية والبيزانية) قال في البحر :
وشمل ، يعني اطلاق صحة رجوع الواهب ، ما اذا قال لا اخرج لفلان عني
الف درهم فوهب المأمور كما امر ، كانت الهبة من الأمر ولا يرجع المأمور على الأمر
ولا على القابض ، وللأمر ان يرجع في الهبة ، والدافع يكون منطوعاً .

ولو قال هب لفلان الف درهم على اني ضامن ففعل ، جازت الهبة وبضمن
الأمر للمأمور ، وللأمر ان يرجع في الهبة ، ولا يرجع الدافع .
ثم انما يصح الرجوع في الهبة اذا كانت من الاعيان ، فلا رجوع في هبة
الدين للمدين بعد القبول ، بخلافه قبله ، اكونها اسقاطاً . اهـ ملخصاً .

وانما اشترط احدهما لصحة الرجوع لان ملك الموهوب له ثابت في العين ،
فلا يخرج عن ملكه الا بالرضا او القضاء ، ولا نه مختلف فيه بين العلماء ، وفي اصله
وهن اي ضعف ، وفي حصول مقصود الواهب وعدمه خفاء ، لانه يحتمل ان
يكون غرضه العوض الديني فيثبت له حق الرجوع ، ويحتمل ان يكون
الثواب في الآخرة او اظهار الجود والسماحة ، فلا يكون له الرجوع فلا بد من

الفصل بالقضاء او الرضاء ، فما لم يقض اقماضي او بفسخها بالتراضي ، يبقى ملك الموهوب له ثابتاً في العين حتى ينفذ تصرفه فيه من عتق وبيع وغير ذلك ولو كان بعد المرافعة الى الحاكم قبل الحكم . وكذا لو منعه وهلك في يده ، لا يضمن ، لقيام ملكه فيه . وكذا لو هلك بعد القضاء قبل المنع ، لأنه اوان القبض كان غير مضمون عليه ، فلا ينقلب مضموناً بالاستمرار عليه ، وان منعه بعد القضاء ، ضمن لوجود التعدي منه .

ثم اذا حصل الرجوع بالقضاء او بالتراضي يكون فسحاً من الأصل . وقال زفر رحمه الله تعالى : الرجوع بالتراضي عقد جديد ، فيجعل بمنزلة الهبة مبتدأة ، لأن الملك عاد اليه بتراضيها ، فأشبه الرد بالعيب . ولهذا لو رده في مرض موته براضه يعتبر من الثلث . ولنا ان عقد الهبة انعقد موجباً حتى الفسخ للواهب ، وهو بالفسخ يكون مستوفياً حقاً ثابتاً له بالعقد لأن العقد وقع غير لازم ، فإذا رفع رجع اليه عين ملكه كالعارية ، فيكون فسحاً في حق الكل فلا يمكن ان يجعل هبة مبتدأة ، ولهذا لا يشترط فيه قبض الواهب وبصح في الشايخ الذي يحمّل القسمة بأن وهب داراً ورجع في نصفها . ولو كان الرجوع هبة مبتدأة لما صح . ولهذا ايضاً اذا كان الواهب اشتراه من رجل آخر ثم بعد الرجوع اطلع على عيب فيه ، كان له ان يرده على بائعه مطلقاً سواء استرد بالهبة بقضاء او رضياً .

وهذا كله بخلاف الرد بالعيب بعد القبض ، لأن حقه فيه بوصف السلامة لا في الفسخ . ولهذا لو زال العيب امتنم الرد لوصل حقه اليه . لكن اذا لم يكن سلباً فات رضاه فيرجع بالمعوض ويلزم منه فسخ العقد ضرورة من غير ان يثبت حقه في الفسخ ، فاذا لم يكن له حق في الفسخ لم يصر مستوفياً حقه فيكون ملكاً مبتدأة ضرورة . غير انه اذا حكم الحاكم بالرد عند عجزه عن تسليم حقه جعلناه فسحاً لعموم ولايته — ولا كذلك المتعاقدان لانها لا ولاية لهما الا على انفسهما .

وانما اعتبر رده في المرض من الثلث لان حق الورثة تعلق بجمع ماله ، فلا يقدر ان يبطله باختياره . وان ابطله رد عليه كيفما كان ، استجساناً ، وفي القياس

ان لا يرد (ذكره بن سماعه ، كذا في الزبلي مع زيادة من حاشية الشاي ومن الدر وحواشيه)

واعلم ان مرادم بالفسخ من الأصل هو ان لا يترتب على العقد اثر في المستقبل ، لان يبطل اثره من كل وجه فيما مضى ، والا لعادت الزوائد المنفصلة المتولدة الى ملك الواهب برجوعه ، مع انه لا رجوع له فيها كما سيأتي في المادة (٨٦٩) ، ولأوجنا عليه زكاة ماله الموهوب اذا رجع فيه لما مضى من السنين ، مع انه لا يجب عليه (افاده في الدر وحواشيه و كذا في البحر)

المادة ٨٦٥ = * لو استرد الواهب الموهوب بعد القبض بدون حكم الحاكم وقضائه وبدون رضی الموهوب له يكون غاصباً .
وبهذه الصورة لو تلف او ضاع في يده يكون ضامناً *

هذه المادة مفرعة على المادة السابقة المتضمنة لاشتراط القضاء او الرضا لصحة الرجوع .
وفي الخانية : وهب ثوباً لرجل ثم اخفاه منه فاستهلكه ، ضمن الواهب قيمة الثوب له ، لان الرجوع في الهبة لا يكون الا بقضاء او رضاه اه .

المادة ٨٦٦ = * من وهب لأصوله وفروعه او لأخيه او اخته او لاولادها او لعمه او لعمته شيئاً فليس له الرجوع *

ومثل العم والعمة الخلال والحالة . وهذا مشروع في بيان العوارض المانعة من الرجوع في الهبة ، وهي سبعة يجمعها حروف (دمع خزفه) فالدال الزيادة ، والميم موت احد العاقدين ، والعين العوض ، واخاء خروج الموهوب عن ملك الواهب ، والزاي الزوجية ، والقاف القرابة المحرمية ، والهاء هلاك الموهوب . وقد نظمها

بعضهم فقال

منع الرجوع من الواهب سبعة فزيادة موصولة موت عوض
وخرجها عن ملك موهب له زوجية قرب هلاك قد عرض
وقد ذكرت مفصلة في هذه المادة وما يليها من المواد الآتية . وقد اشير في هذه
الى ان القرابة المانعة من الرجوع هي قرابة ذي الرحم المحرم منه ، اي من الرحم ،
لقوله عليه الصلاة والسلام * اذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها *
ولان المقصود منها صلة الرحم ، وقد حصل وفي الرجوع عطيمة الرحم ، فلا يرجع فيها
سواء كان القريب مسلماً او ذمياً او مستأمناً ، فخرج من القرابة ما لم تكن
كذلك . حتى لو وهب من ذي الرحم غير المحرم كابن العم او المحرم غير ذي الرحم
كالاخ رضاعاً والمحرّم بالمصاهرة كأمهات النساء والباثب وازواج البنين والبنات
اولذي الرحم المحرم الذي محرّمته لا من الرحم كابن العم هو اخ رضاعاً ، ثبت له
الرجوع (افاده في الدرر وحواشيه)

ثم ان العوارض السبعة المذكورة انما تتمتع من الرجوع في الهبة الصحيحة .
واما في الهبة الفاسدة فلا تتمتع ، لما قدمناه في التتمة ، آخر الباب الثاني ، من
انهم اجمعوا على ان الواهب هبة فاسدة له استردادها من الموهب له ولو كان ذا
رحم محرم من الواهب . وكما يكون للواهب الرجوع فيها يكون لوارثه بعد
موته ، لكونها مستحقة الرد وتضمن بعد الهلاك كالبيع الفاسد

وفي الطحطاوي عن القهستاني انه يصح الرجوع في الفاسدة . وان وجد احد
الموانع ، لان المقبوض منها مضمون بعد الهلاك ، انه الرجوع قبل قبضه اه .
وفي الدرر معزياً للدرر : وهب لاخيه ولاجنبي ما لا يقسم فقبضاه ، له
الرجوع في حظ الاجنبي لعدم المانع اه - فيدنيا لا يقسم لانها لا نصح الهبة
لاثنين فيما يقسم ، للشبوع كما سلف (طحطاوي)

وفي الدرر متناً وشرحاً : اتفاقاً ، اي الواهب والموهب له ، على الرجوع في
موضع لا يصح الرجوع من المواضع السبعة السابقة كالهبة لقربانه ، جاز هذا
الاتفاق منعاً (جوهره اه)

قال (ط) : وهل بعد رجوعاً فلا يشترط القبض ، او هبة مبتدأة فلا بد

من القبض (بجر) وظاهر كلامهم انه بعد رجوعاً لتعبيرهم به ام - والاولى ان يقول «وهل بعد فسخا الخ» لان كونه رجوعاً مصرح به، وكونه فسخاً هو المقابل لكونه هبة مبتدأة، كما تقدم.

المادة ٨٦٧ - ﴿لو وهب كل من الزوج والزوجة صاحبه شيئاً حال كون الزوجية قائمة بينهما فبعد التسليم ليس له الرجوع﴾

الشرط قيام الزوجية حال الهبة . فلو وهب لأجنبية ثم تزوجها ، يجوز له الرجوع وبالعكس ، وهو ما اذا وهب لزوجته ثم ابانها ، ليس له الرجوع - الأصل فيه ان الزوجية نظير القرابة ، حتى يجري التوارث بينهما بلا حاجب وترد شهادة كل واحد منهما للآخر ، فيكون المقصود في كل واحد منهما للآخر الصلة والتواد دون العوض ، كما في القرابة المحرمية ، وقد حصل فلا يرجع بعد حصول المقصود ، بخلاف الهبة للأجنبي لان المقصود فيها العوض على ما بينا ، فكان له الرجوع عند فواته .

ثم المعتبر في ذلك حالة الهبة ، فان كانت اجنبية كان مقصوده العوض ثبت له الرجوع فيها ، فلا يسقط بالتزوج . وان كانت حليقة له كان مقصوده الصلة دون العوض ، وقد حصل فسقط الرجوع ، فلا يعود بالابانة (زبلي) وفي البحر عن فتاوي قاضيخان من المهر : بعث الى امرأته متاعاً وبعثت ايضاً ثم اقرقا بعد الزفاف وادعى انه عارية واراد الاسترداد وارادت الاسترداد ايضاً ، يسترد كل ما اعطى ، لان المرأة زعمت ان الاعطاء كان عوضاً عن الهبة ، ولم تثبت الهبة ، فلا يثبت العوض اه .

المادة ٨٦٨ - ﴿اذا اعطي عن الهبة عوض وقبضه الواهب فهو مانع للرجوع . فلو اعطي للواهب شيئاً على ان يكون عوضاً لهبته

وقضه فليس له الرجوع ان كان من جانب الموهوب له او من آخر *

للحديث الذي رواه الحاكم المتقدم في شرح المادة (٨٦٤) ولان نبوت الرجوع في الهبة لخلل في مقصوده ، وقد زال الخلل فصار كما اذا وجد المشتري عيباً في المبيع (زبلي)

واعلم ان العوض نوعان : مشروط بالعقد ، ومتأخر عنه . وكل منهما مانع من الرجوع . اما العوض المشروط في العقد ، فقد تقدم الكلام عليه مستوفى في شرح المادة (٨٥٥) فراجعه فانه مهم .

واما العوض المتأخر عن العقد ، فالكلام فيه في موضعين : احدهما في بيان شرط جواز هذا التعويض وصيرورة الثاني عوضاً ، والثاني في بيان ماهية هذا التعويض اما الاول ، فله شرائط ثلاثة : الاول مقابلة العوض بالهبة ، وهو ان يكون التعويض بلفظ بدل على المقابلة ، نحو ان يقول هذا عوض عن هبتك او بدل عنها او مكانها او نخلتك هذا عنها او نصدت بهذا بدلا عنها او كافاتك او جازيتك او اثبتك او ما يجري هذا المجرى ، حتى لو وهب لانسان شيئاً وقبضه الموهوب له ثم ان الموهوب له ايضاً وهب شيئاً للواهب ولم يقل عوضاً بل كان هبة مبتدأة لكل واحد منهما حتى الرجوع .

والشرط الثاني ان لا يكون العوض بعض الموهوب . فلو كان بعضه ، لا يصح ولا يكون عوضاً ، الا اذا كان الموهوب قد تغير عن حاله تغيراً يمنع الرجوع ، فان بعض الموهوب حينئذ يكون عوضاً عن الباقي ، كما لو وهب له حنطة وطحن بعضها وعوضه دقيقاً من تلك الحنطة ، او وهب له ثياباً وصنع ثوباً بصغر او خاطه قيصاً وعوضه اياه ، او وهب له سويقاً فلت بعضه وعوضه كان ذلك جميعه عوضاً كوهذا اذا وهب شيئاً واحداً او شيئين في عقد واحد . فاما اذا وهب شيئين في عقدين فعوض احدهما عن الآخر فقال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى : يكون عوضاً ، لان اختلاف العقد كاختلاف العين . ولو وهب له شيئاً وتصدق عليه بشيء فعوضه الصدقة من الهبة ، كانت عوضاً بالاجماع

والشرط الثالث سلامة العوض للواهب ، فان لم يسلم بأن استحق من يده ، لم يكن عوضاً ، وله ان يرجع في الهبة ان لم يحدث فيها ما يمنع من الرجوع . فان كان قد هلك او استهلكه الموهوب له ، لم يضمه ، كما لو هلك او استهلكه قبل التعويض . وكذا اذا ازداد خيراً لم يضمن وان استحق بعض العوض ، فما بقي منه فهو عوض عن الهبة كلها ، وان شاء رد ما بقي في يده من العوض ويرجع بالهبة كلها ان كانت قائمة لم تخرج من ملك الموهوب له ولم يزد في بدنها ، واما سلامة المعوض ، وهو الموهوب ، فشرط التعويض ، حتى لو استحق الموهوب كان له ان يرجع فيما عوض . ولو استحق نصف الموهوب فلموهوب له ان يرجع في نصف العوض ان كان الموهوب مما لا يحتمل القسمة ، سواء زاد العوض او نقص في السعر او زاد في البدن او نقص فيه ، كان له ان يأخذ نصفه ونصف النقصان . وان قال ارد ما بقي من الهبة وارجع في العوض كله ، لم يكن له ذلك . وان كان العوض مستهلكاً ، ضمن قابض العوض بقدر ما وجب الرجوع للموهوب له به من العوض . واذا استحق كل الهبة والعوض مستهلك ، يضمن كل قيمة العوض . هذا اذا كان الموهوب او العوض شيئاً لا يحتمل القسمة فاستحق بعضه ، فاما اذا كان مما يحتمل القسمة فاستحق احدهما ، بطل العوض ان كان هو المستحق . وكذا تبطل الهبة ان كانت هي المستحقة . واذا بطل العوض رجع في الهبة ، واذا بطلت الهبة يرجع في العوض .

الموضع الثاني بيان ماهيته : فالتعويض المتأخر عن الهبة هبة مبتدأة بلا خلاف بين اصحابنا ، يصح بما تصح به الهبة ويبطل بما تبطل به الهبة ، لا يخالفها الا في اسقاط الرجوع ، على معنى انه يثبت حق الرجوع في الاولى ولا يثبت في الثانية . فاما فيما وراء ذلك ، فهو في حكم هبة مبتدأة . ولو وجد الموهوب له بالموهوب عيباً فاحشاً ، لم يكن له ان يرد ويرجع في العوض ، وكذلك الواهب اذا وجد بالعوض عيباً ، لم يكن له ان يرد العوض ويرجع بالهبة ، فاذا قبض الواهب العوض ، فليس لكل واحد منهما ان يرجع على صاحبه فيما ملكه ، سواء عوضه الموهوب له او اجنبي ، اذ يجوز تعويض الاجنبي سواء عوض بأمر الموهوب له او بغير امره ، وليس للاجنبي المعوض ان يرجع على الموهوب له سواء عوض بأمره او بغير

امره - الا ان يقول الموهوب له عوض فلانا عني على اني ضامن ، وهو كما لو قال هب لفلان عبدك هذا عني ، فان المأمور لا يرجع على الأمر الا ان يقول له الأمر "على اني ضامن" والاصل في جنس هذه المسائل ان كل ما يطالب به الانسان بالحبس والملازمة يكون الامر بادائه سبباً للرجوع من غير اشتراط الضمان . وكل ما لا يطالب به الانسان بالحبس والملازمة لا يكون الامر بادائه سبباً للرجوع الا بشرط الضمان .

ومن وهب لرجل جاريتين فولدت احدهما في يد الموهوب له فعوضه الولد عنهما ، لم يكن له ان يرجع فيهما (الكحل من الهندية) لانه ليس له الرجوع في الولد ، لصح العوض (رد المختار)

المادة ٨٦٩ - * اذا كان الموهوب ارضاً وحدث فيه الموهوب له بناء او غرس شجراً او حصل للموهوب زيادة منصلة كما لو كان حيواناً فسمن بتربية الموهوب له او تبدل اسمه كأن كان حنطة فطحنت وجعلت دقيقاً لا يصح الرجوع عن الهبة حينئذ *

لان الرجوع لا يصح الا في الموهوب ، والزيادة ليست بموهوبة ، فلا رجوع فيها ، والفعل متعذر ليرجع في الاصل دون الزيادة ، فامتتم اصلاً وبطل حق الواهب ، لان له حق التملك في الاصل دون الزيادة ، وحق الموهوب له حفيقة الملك فيها فكان اولى عند تمذر الفصل ، ولا يمكن ايجاب الضمان عليه ايضاً لان حق التملك لا يجوز اخذ العوض عنه ، فيبطل اصلاً .

اطلق البناء والغرس . ومراده اذا كان بوجب زيادة في الارض وان كان لا بوجب ، لا ينقطع حق الرجوع ، وان كان بوجب في قطعة منها بان كانت الارض كبيرة بحيث لا يعد مثله زيادة فيها كلها ، امتنع في تارك القطعة دون غيرها (زبلي)

لكن في المنح : رجله وهب لرجل ارضاً بيضاء اثبتت في ناحية منها نخلاً ،
او بنى فيها بيتاً او دكاناً ، كان ذلك زيادة فيها ولبس له ان يرجع في شيء منها اه
فتأمل ، فان التوفيق بين العبارتين ظاهر يؤخذ منها .
وفي الهندية : ومنها ، اي من العوارض المانعة من الرجوع ، الزيادة في
الموهوب زيادة متصلة سواء كانت بفعل الموهوب له او لا بفعله ، وسواء كانت
متولدة او غير متولدة ، نحو ما اذا كان الموهوب جارية هزيلة فسمنت او داراً فبنى
فيها او ارضاً ففرس فيها او نصب دولاباً او غير ذلك مما يمتسقى به وهو مثبت في
الارض ومبني عليها على وجه يدخل في بيع الارض من غير تسمية قليلاً كان او
كثيراً ، او كان الموهوب ثوباً فصبغه بمصفر او زعفران او قطعه قميصاً وخطاه او
جبة وحشاه او قباء ، وان صبغ الثوب بصبغ لا يزيد فيه ولا ينقصه ، فله
ان يرجع اه .

وعبارة الزيلعي : والمراد بالمتصلة هو الزيادة في نفس الموهوب بشيء يوجب
زيادة في القيمة كالفرس والبناء والسمن والجمال والخباطة والصبغ ونحو ذلك .
فان زاد من حيث السعر ، فله الرجوع لانه لا زيادة في العين ، فلا يتضمن الرجوع
ابطال حق الموهوب له ، وهو المانع . وكذا اذا زاد في نفسه من غير ان
يزيد في القيمة كما اذا طال الغلام الموهوب ، لانه نقصان في الحقيقة فلا يمنع
الرجوع . ولو نقله من مكان الى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج فيه الى مؤنة
النقل ، ذكر في المنتقى انه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ينقطع الرجوع ،
وعند ابي يوسف رحمه الله تعالى لا ينقطع ، لان الزيادة لم تحصل في العين ، فصار
كزيادة السعر . ولها ان الرجوع يتضمن ابطال حق الموهوب له في الكراء
ومؤنة النقل ، فبطل . ولو علم الموهوب له العبد الموهوب القرآن او الكتابة
او الصنعة لم يمنع الرجوع ، لان هذه ليست بزيادة العين فاشبهت الزيادة في
السعر . وفيه خلاف زفر رحمه الله ، ويرى الخلاف بالعكس اه .

لكن في الخانية : ولو علم القرآن او الكتابة او القراءة او كانت اعجمية
فعلمها الكلام او شيئاً من الحرف ، لا يرجع الواهب في هبته ، لحدوث الزيادة
في العين اه فالظاهر ان ما في الخانية مبني على ان الخلاف بالعكس ، يعني ان القابل

بعدم امتناع الرجوع هو زفر ، وابتنا الثلاثة بقولون بامتناعه ، وليحرر .
وذكر في حاشية الشلبي معزباً للملقطات بأن ما في الخانية من امتناع الرجوع
هو المختار ، لانها ازدادت اه .

وفي الزبلي : ولو وهب وصيفاً صغيراً فشب عند الموهوب له وشاخ حتى
صارت قيمته اقل من قيمته وقت الهبة ، ليس له ان يرجع فيه ، لانه حين شبت
وازدادت قيمته سقط الرجوع ، فلا يعود بعد ذلك اه .

لكن في حاشية الشلبي عن الكافي ما يخالفه ، حيث قال : رجل وهب
لرجل ارضاً فبنى الموهوب له فيها بناء ثم اراد الواهب الرجوع فخاصمه الى القاضي
فقال له القاضي ليس لك ان ترجع فيها ثم هدمها الموهوب اه ، كان للواهب ان
يرجع فيها . قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسييجاني : يريد به ان قول القاضي
لم يقع قضاء حتى لا ينقض ، وانما وقع فتوى على مانع ، فاذا زال المانع تغير الحكم اه
وتقل مثله الطحطاوي عن الخانية والظهيرية . ومثل ما في الزبلي عن المحيط .

ثم قال : فما قولان للمشايخ . واعتمد العلائي في شرح الملتقى ما في الخانية ،
وكذا القهستاني ، باعتبار الكونه من باب زوال المانع . وقد تقدم في المادة (٢٤)
انه اذا زال المانع عاد المنوع .

واورد عليه في رد المختار ما اذا كان المانع خروج الهبة من ملكه ، فانه لو
زال ذلك المانع بعوده الى ملكه بسبب جديد ، لا يعود المنوع ، وهو الرجوع
في الهبة . وكذا اذا كان المانع الزوجية ، فانه لو زالت الزوجية بالبينونة ، لا
يعود المنوع وهو مدفوع بأن المانع في المستلتم لم يزل . اما في المسئلة الاولى ،
فلأن المانع انما هو خروجه عن ملكه الذي تعلق به حق الرجوع ، وهوناب
لم يزل . والملك الذي عاد اليه بالسبب الجديد ملك آخر لم يتعلق به حق الرجوع
ولهذا لو عاد اليه بالسبب الاول بأن وهبه الموهوب له من آخر ثم رجع في هبته ،
يعود حق الرجوع للواهب الاول ، كما صرحوا به . وامافي المسئلة الثانية ، فلان
الزوجية المانعة من الرجوع هي الزوجية الكائنة وقت الهبة ، وهذه لم تزل ، بل
الزابل الزوجية الكائنة عند وقوع البينونة ، فافهم .

ثم اعلم ان في الهندية ذكر العوارض المانعة من الرجوع ثمانية ، وقال :

منها ان يتغير الموهوب بأن كان حنطة فطحنها او دقيقاً فخبزه او سو يقاتلته سمن ،
او كان لبناً فاتخذته جبناً او سماً او اقطا كذا في التارخانية اه وكذا في حاشية
الشبي على الزبلي ، فقال : ومنها التغير من جنس الى جنس ، فانه مانع من الرجوع
ايضاً لان هذا التغير يمنع حقيقة الملك اذا وجد من الغاصب ، فلان يقطع حتى
التملك بالطريق الاول اه .

والظاهر ان الحلة كغيرها اعتبرت هذا القسم من الزيادة المتصلة ولهذا ذكرته
مها في مادة واحدة ، فانه لا فرق بين جعل الحنطة دقيقاً بالطحن وبين جعل الثوب
قباء او جبة بالخياطة ، كما نقلناه اولاً عن الهندية .

وفي الخانية : رجلٌ وهب ثوباً قبله الموهوب له بالماء ، بطل حق الواهب في
الرجوع ، لان اسم الثوب قد زال وصار شيئاً آخر بخلاف ما اذا وهب سويقاً
قبله الموهوب له بالماء ، فانه لا يبطل حق الواهب في الرجوع ، لان اسم السويق
لا يبطل ، ولم يحدث فيه زيادة بل حدث فيه نقصان ، فلا يبطل حق الواهب في
الرجوع ، كما لو وهب حنطة قبله الموهوب له بالماء اه - وهو يفيد ان تغير الاسم
مانع للرجوع وان لم تحصل زيادة في الموهوب .

وفي البحر : ونقط المصحف باعرابه زيادة مانعة من الرجوع ، وقطع الشجرة من
مكائنها غير مانع كجعلها حطباً ، بخلاف جعلها ابواباً وجذوعاً ، وذبحها عن الضحية
او هدى او غيرها لا يمنع .

وفي المحيط : وهب ثوباً فشقه نصفين وخاط نصفه قبا ، له ان يرجع بالنصف
الباقى ، لانه لا مانع فيه . ولو وهب حلقة فركب فيها فصان كان لا يمكن تزعمه
الا بضرر ، لا يرجع . وان كان يمكن بغير ضرر ، يرجع . وان وهب له
ورقة فكتب فيها سورة او بعضها ، يرجع ، لانه لا يزيد في ثمنه وان قطعه مصحفاً
وكتب لا يرجع ، لانه يزيد في الثمن ، وان كانت دفاتر ثم كتب فيها فقها او
حديثاً او شعراً ، ان كان يزيد في ثمنها ، لا يرجع ، والا رجع اه .

❦ واما الزيادة المنفصلة فلا تكون مانعة للرجوع فلو حملت الفرس
التي وهبها احد لغيره فليس له الرجوع عن الهبة لكن له الرجوع بعد

الولادة. وهذه الصورة يكون فلوها للموهوب له *

هذا مختز قوله « متصلة » يعني انه في الزيادة المنفصلة كالولد والارش والمقر
والثمة يرجع الواهب في الاصل ، لا يمكن الفصل ، دون الزيادة ، فانها تبقى
لموهوب له . قال في الدر : ولا يرجع بالام حتى يستغنى بالولد عنها . كذا نقله
القهستاني . لكن نقل البرجندی وغيره انه قول ابي يوسف ، فليعنه له اه .
قال في رد المحتار : اقول : وظاهر الخانية اعتماد خلافه ، حيث قال : ولو
ولدت الهبة ولداً كان للواهب ان يرجع بالام في الحال . وقال ابو يوسف لا
لا يرجع حتى يستغنى الولد عنها ، ثم يرجع في الام دون الولد اه فهل على قول ابي
يوسف يلزم الموهوب له الأجر مدة الرضاع . ومقتضى القواعد ان ينظر الى الولد
تارة يقبل غير امه وتارة لا . فان لم يقبل الا اياها ، امسكها للرضاع ولا اجر
وامتنع اخذها . وان قبل غيرها ، لا تمنع الا برضى الواهب ، وله الأجر .
ويجوز اه (مطاوي)

اقول : ما احسن هذا التفقه ، فحمل قول ابي يوسف على ما اذا لم يقبل غير
امه ، وحمل قولها على ما اذا قبل ، ويجوز .
واقادت هذه المادة ان حبل الفرس زيادة فيها متصلة ، فتمنع من الرجوع .
وفي الدر . ولو حبلت ولم تلد ، هل للواهب الرجوع ؟ قال في السراج : لا . وقال
الزبلي : نعم اه .

ونقل قبله عن البزازية ما نصه : والحبل ان زاد خيراً منع ، وان نقص لا اه
وبهذه يحصل التوفيق بين ما في السراج وبين ما في الزبلي .
وفي الدر من باب خيار العيب عن النهر : ان الحبل عيب في بنات آدم لان في
البهائم اه اقول لا شك ان الحبل زيادة خير في البهائم كلها ، فهو مانع من الرجوع
كما افادته هذه المادة - اللهم الا اذا كان الحبل في سن لا تحتمله الدابة بأن
كانت صغيرة السن ، فانه ربما يكون نقصاً فيها ، والمرجع في ذلك اهل الخبرة والعرف .
وفي الهندية عن الجوهرة : وان وهب جارية حاملاً او بهيمة حاملاً فرجع
فيها قبل الوضع ، ان كان رجوعه قبل ان تمضي مدة يعلم فيها زيادة الحمل ، جاز

رجوعه ، والا فلا ، وان وهب له بيضا فصار فروحا ، ليس له ان يرجع في ذلك اه

تتمة *

لو اختلفا ، اي الواهب والموهوب له ، في الزيادة ، ففي المتولدة اي الحاصلة
بغير صنم العبد ككبر وسمن وجمال بأن قال الموهوب له وهبتها لي وهي صغيرة
فكبرت او مهزولة فسمت او قبيحة فحملت ، وقال الواهب وهبتها لي هذه الحالة ،
فالتقول للواهب ، لانه ينكر لزوم العقد ، وفي غيرها كبناء وخطابة وصنع بأن
قال الواهب وهبتها هكذا مبنية او محيطة او مصبوغة ، وقال الموهوب له احدثته ،
فالتقول للموهوب له . لكن صاحب المحيط استثنى ما لو كان لا يبنى في مثل تلك
المدة ، لتيقن كذب الموهوب له ، من حيث ان العادة تجبل احداث هذا البناء في
مثل هذه المدة (كذا في الدر وحواشيه)

المادة ٨٧٠ - * اذا باع الموهوب له الموهوب او اخرجه عن
ملكه بالهبة والتسليم لا يبقى للواهب صلاحية الرجوع *

لان الاخراج عن ملكه وتخليكه لغيره حصل بتسليم الواهب ، فلا يمكن من
تقضى ما تم من جهته . ولان تبدل الملك كتبدل العين ، فصار كمين اخرى ،
فلا يرجع فيها (زبلي)
لكن اذا كان الخروج بالهبة من آخر ثم عادت للملكه بوجوه عن الهبة ،
فللواهب الاول الرجوع ايضا ، لما تقرر ان الرجوع سواء كان بالرضى او القضا
فسخ للهبة . فاذا عاد الملك عاد بما نطق به - بخلاف ما اذا عادت للملكه بسبب
جديد كسواء او ارث او صدقة او وصية ، فان حق الرجوع للواهب الأول ، لا
يعود لانه لم يكن نائبا في هذا الملك كما في الدرر عن المحيط ، بل في ملك
آخر قد زاد .

والحاصل ان العين اذا عادت الى ملك الموهوب له بفسخ ، كان للاول الرجوع .
وان كان بسبب جديد ، فلا (يجر) ومقتضاه انه لو باع الموهوب من آخر فرده

الشئري بعيب بقضاء ، يرجع الواهب ، لانه يكون حينئذ فسخاً . لكن اطلق في الهندية عدم الرجوع ولعله محمول على ما اذا رده بالتراضي ، ويجوز . وفي البحر : واطلق في الخروج عن الملك فانصرف الى الخروج من كل وجه . فلو ضحى الموهوب له بالشاة الموهوبة او نذر التصدق بها وصارت لحمًا ، فانه لا يمتنع الرجوع في الهبة عند ابي حنيفة ومحمد ، لعدم الخروج عن الملك . وقال ابو يوسف بامتناعه ، لانها خرجت عن ملكه الى الله تعالى . ولو ذبحها من غير الضحية ، يبقى الرجوع بها اتفاقاً اهـ ولو طبخها بعد ان صارت لحمًا ، ينبغي ان لا يرجع ، لانهم ذكروا في باب الفصب ان الطبخ استهلاك ، ويجوز .

وفي الهندية : ولو ضحى الموهوب له بالشاة الموهوبة او ذبحها في هدي التمتع ، لم يكن له ان يرجع في قول ابي يوسف . وقال محمد يرجع فيها ويجزئه الاضحية والتمتع . واختلف المتأخرين رحمهم الله تعالى في قول ابي حنيفة . قال بعضهم انه كقول محمد ، وهو الصحيح كذا في المحيط اهـ .

وهل تجزئه عن النذر ؟ قال (ط) والظاهر عدم الاجزاء لعدم الوفاء بالنذرا اهـ اي لان النذر نذر بالتصدق باللحم ، ولم يحصل . فانهم .

وفي الهندية : رجل وهب لرجل درهما فقبضه ثم استقرضه الواهب من الموهوب له فاقرضه اياه ، جاز وليس للواهب ان يرجع عن هبته ابدأ اهـ لانها صارت مستهلكة ودبتا على الواهب ، كما في الخانية . ولو باع الموهوب له نصفها او وهبه ، رجع الواهب بالنصف الباقي كعدم بيع الشيء ، كما في الكنز وغيره . قال في البحر : لان المانع وجد في البعض ، فبمقتضى بقدره ، كما كان له ان يرجع في النصف . والعين كلها لم تخرج عن ملك الموهوب له ، لان له حق الرجوع في الكل ، فله ان يستوفي كله او بعضه اهـ .

المادة ٨٧١ - * اذا استهلك الموهوب في يد الموهوب له لا

يبقى للرجوع محل *

والهلاك مثل الاستهلاك . يعني ان هلاك العين الموهوبة مانع من الرجوع في الهبة لتمذره بعد الهلاك ، لانه غير مضمون على الموهوب له (زيلبي)
والقول فيه ، اي في الملاك ، قول الموهوب له ، لانه منكر لوجوب الرد عليه ،
فانسبه المودع .

وفي الخلاصة : لو قال الموهوب له ملكت ، فالقول قوله ولا يبين عليه .
وان قال الواهب هي هذه ، حلف المنكر انها ليست هذه ، كما يحلف ان الموهوب
له ليس باخيه اذا ادعى الاخ عليه ذلك (كذا في مجمع الانهر) وفي التنوير
وشرحه الدر : ولو تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن المستحق الموهوب
له ، لم يرجع على الواهب بما ضمن لانها عقد تبرع ، فلا يستحق فيها السلامة
والاعارة كالهبة هنا ، لان قبض المستعير كان لنفسه ، ولا غرور لعدم العقد اي
عقد المعاوضة . قال الطحطاوي : لان المبرور يرجع بأحد امرين : اما بقصد
المعاوضة او بقصد يكون للدافع اه وتماه فيما قدمناه في شرح المادة (٦٥٨)

المادة ٨٧٢ = * وفاة كل من الواهب والموهوب له مانعة من
الرجوع . بناء عليه ليس للواهب الرجوع عن الهبة اذا توفي الموهوب
له . كذلك ليس للورثة استرداد الموهوب اذا توفي الواهب *

لان يموت الموهوب له ينتقل الملك الى ورثته ، وهم لم يسبقفيدوه من جهة
الواهب ، فلا يرجع عليهم - كما اذا انتقل اليهم في حياته . ولان تبدل الملك
كتبدل العين ، فصار كعين اخرى فلا يكون له فيها سبيل . ويموت الواهب
يبطل خياره ، لانه وصف له لا يورث كخيار الروية والشرط . ولان الشارع اوجبه
للوهاب ، والوارث ليس بواهب (زيلبي)

وفي المحيط : ولو قال رجل : وهب لك وارثي هذا العبد فلم تقبضه في حياته
وانما قبضته بعد وفاته ، وقال الموهوب له بل قبضته في حياته ، والعبد في
يد الوارث ، فالقول للوارث ، لان القبض قد علم الساعة والميراث قد تقدم

القبض اهـ (بحر)

وذكر المسئلة بينها في الهندية عن الذخيرة . الا انه قال « والعين في
يد الذي يدعي الهبة » . فالتقييد بكون العين في يد احدهما اتفاقا ،
كما في (ط) لكن قال « وفيه تأمل »

المادة ٨٧٣ = * اذا وهب الدابن طلبه للمدبون فليس له الرجوع

انظر الى مادة (٥١) ومادة (٨٤٧) *

فان المادة (٥١) افادت ان الساقط لا يعود . والمادة (٨٤٧) افادت ان
هبة الدين من عليه الدين تصح ويسقط عنه الدين للحال . فظهر من مجموعها ان
الواهب لا يملك الرجوع بدونه الموهوب ، لان الساقط لا يعود . وهذا بخلاف
مالو وهب الدين من ليس عليه وسلطه على القبض وقبضه ، فانه يملك الرجوع به
لان هذا تملك لا إسقاط (صرح به في الخانية وغيرها)

المادة ٨٧٤ = * لا يصح الرجوع عن الصدقة بعد القبض بوجه

من الوجوه *

اعلم ان التملك بلفظ الصدقة كالتملك بلفظ الهبة من حيث انها لا تصح الا
بالقبض ، ولا في مشاع . يحتمل القسمة ، فيلزم فيها ما يلزم في الهبة . الا انه اذا
كان بلفظ الصدقة ، فلا رجوع فيها سواء كانت على فقير او غني ، لانها ان
كانت على فقير ، فلان المقصود فيها هو الثواب دون العوض ، وقد حصل . وان
كانت على غني ، فلان في ذكر لفظ الصدقة ما يدل على انه لم يقصد به العوض ،
ومراعاة لفظه اولي من مراعاة حال المملك . والتصدق على غني يكون قرابة
يستحق بها الثواب ، وقد يكون مالكا للنصاب وله عيال كثير ، والناس يتصدقون

على مثل هذا لنيل الثواب .
وكذا اذا كان بلفظ الهبة على فقير ، فإنه لا رجوع ، لان المقصود فيها
هو الثواب دون العوض .

وقيل ان الصدقة على الغني والهبة سواء ، فله الرجوع ، لأن المقصود في كل
منها العوض دون الثواب . الا ترى انه في حق التفرجات الهبة والصدقة سواء
فلا رجوع لهما (هذا ملخص ما في الدر وحواشيه والزياتي)

والأول استحسان كما في مجمع الأنهر ، واختاره في الهداية مقصراً عليه كما
في رد المحتار . لكن ذكر في التنوير وشرحه الدر قبيل باب الرجوع في الهبة
تبعا لعامة المتون ، ما نصه : « واذا تصدق بعشرة دراهم او وهبها لفقيرين ، صح ،
لأن الهبة للفقير صدقة ، والصدقة يراد بها وجه الله تعالى ، وهو واحد ، فلا شيع -
لا لفتين لأن الصدقة على الغني هبة فلا تصح للشيع ، اي لا تملك حتى لو قسمها
وسلمها ، صح اه فقوله « لان الصدقة على الغني هبة » بنا في ما تقدم من الاستحسان
وذكر في رد المحتار معزبا للخانية في كون الصدقة على الغني كالهبة روايتين عن الأمام
قلت : فلمله اختيرت رواية لنها كالهبة في مسألة عدم صحتها لفتين ، والختير
مقابلها في مسألة عدم رجوع المتصدق على الغني كما هو الاستحسان المختار
لصاحب الهداية .

وفي الدر عن الخانية : ولو اختلفا فقال الواهب هبة والآخر صدقة ، فالقول
للوأهباه وفي الحجر عن المحيط : رجل تصدق بصدقة وسلمها اليه ثم تقابلا الصدقة ،
لم يجز حتى يقبض ، لانها هبة مستقلة مستأنفة ، لانه لا رجوع فيها . وكذلك
الهبة اذا كانت لذي رحم محرم - قال ابو يوسف : لو تناقضا الصدقة فبات المتصدق
عليه قبل ان يقبضها المتصدق ، فالمنافضة باطلة . ولو كان ذلك في الهبة ، كانت
المنافضة جائزة ، لان له الرجوع فيها . فاذا فعلا شيئا لو تقديما الي القاضي فعله
اجزأته وان لم يقبض اه .

المادة ٨٧٥ = * اذا باع احد لاخر شيئا من مطومانه فليس

له التصرف فيه بوجه من لوازم التملك كالبيع والهبة . ولكن له الأكل والتناول من ذلك الشيء وبعد هذا ليس لصاحبه مطالبة قيمته . مثلاً إذا أكل أحد من بستان آخر بإباحته مقداراً من العنب فليس لصاحب البستان مطالبة قيمته بعد ذلك *

ولو قال لا آخر « انت في حل من مالي ، حيثما اصبحت فخذ منه ما شئت » عن ابي يوسف رحمه الله تعالى ان هذا على الدرهم والدنانير خاصة . ولو اخذ من ارضه او شجره فاكته او لوزة او حلب بقره او غنمه ، لا يجلب له ذلك . رجل قال ايجت لفلان ان يأكل من مالي ، والمباح له لا يعلم بذلك ، لا يباح له الاكل . فان تناول ذلك بالجهل ، فانه يتناول حراماً ولا يسهه ذلك ما لم يعلم بالاذن والاباحة .

رجل سيب دابته فاصلمها انسان ثم جاء صاحبها واراد اخذها واقر بانه قال حين خلى سبيلها « من اخذها فهي له » او انكر فاقبعت عليه البينة او استحلقت فنكل ، فهي للأخذ ، سواء كان حاضراً سمع هذه المقالة او غائباً فبلغه الخبر . سئل بن مقاتل عن قوم جالسين على خوان وتناولوا شيئاً من على خوان آخر ومن هو ليس يجالس معهم يخدمهم ، قال ليس لهم ذلك . ولو ناول من معه على خوانه ، لا بأس . قال الفقيه : هذا قياس . وفي الاستحسان ان كل من كان في تلك الضيافة اذا اعطاه جاز ، وبه نأخذ . ولو قال لا آخر ادخل كرمي وخذ من العنب ولم يزد على هذا ، فالخيار ان يأخذ منه شبعه . وان قال خذ من البر يأخذ منو ين (كذا في الهندية وتمامه فيها)

وفي الدر عن الجوهرية : دعى قوماً الى طعام وفرقهم على اخونة ، ليس لاهل خوان تناول اهل خوان آخر ، ولا اعطاء سائل وخدام وهرة هي لغير رب المنزل ولا لكلب . ولو كان لرب المنزل الا ان بناوله الخبز المحترق للاذن عادة اه .

المادة ٨٧٦ = * الهدايا التي ترد في عرس الختان والزفاف هي

لمن ترد بأسمه من المختون والعروس والوالد والوالدة وان لم يذكر لها
وردت لمن ولم يمكن السؤال والتحقيق عنها فعلى ذلك يراعى عرف
البلدة وعاداتها *

عبارة الهندية ، معزياً للظهيرية ، هكذا : اذا اتخذ الرجل عذيرة للختان فاهدى
الناس هدايا ووضعوا بين بدي الولد فسواء قال المهدي هذا للولد او لم يقل ، فان
كانت الهدية تصلح للولد مثل ثياب الصبيان ، او شيء يستعمله الصبيان مثل الصولجان
والسكرة ، فهو للصبي ، لان هذا تملك للصبي عادة . وان كانت الهدية لا تصلح
للصبي عادة كالدرام والدنانير ، ينظر الى المهدي ، فان كان من اقارب الاب
او معارفه ، فهي للاب . وان كان من اقارب الام او معارفها ، فهي للام ، لان
التمليك هنا للام عرفاً وهناك للاب ، فكان التعويل على العرف . حتى لو وجد
سبب او وجه يستدل به على غير ما قلناه ، يعتمد على ذلك . وكذلك اذا اتخذ وليمة
لزفاف ابنته فاهدى الناس هدايا ، فهو على ما ذكرنا من التقسيم . وهذا كله اذا
لم يقل المهدي شيئاً وتعذر الرجوع الى قوله اما اذا قال اهديت للاب او للام او
للزوج او للمرأة ، فالقول للمهدي اه اي لانه المملك .

وهذا كله على فرض ان المرسل هدية . اما لو ادعى المرسل انه قرض ، ففي
الفتاوي الخيرية ما نصته : سئل فيما يرسله الشخص الى غيره في الاعراس ونحوها ،
هل يكون حكمه حكم القرض فيلزمه الوفاء به ، ام لا ؟ اجاب : ان كان العرف
بأنهم يدفعونه على وجه البذل ، يلزم الوفاء به ، ان مثلياً فمثله ، وان قيمياً فقيمته ،
وان كان العرف خلاف ذلك بأن كانوا يدفعونه على وجه الهبة ولا ينظرون
في ذلك الى اعطاء البذل ، فحكمه حكم الهبة في سائر احكامه ، فلا رجوع فيه
بعد الملاك او الاستهلاك . والأصل فيه ان المعروف عرفاً كالشرط شرطاً اه
قال في رد المحتار : والعرف في بلادنا مشترك . نعم في بعض القرى يعدونه
قرضاً ، حتى انهم في كل وليمة يحضرون الخطيب يكتب لهم ما يهدى . فاذا
جعل المهدي وليمة يراجع المهدي الدقتر ، فيهدي الاول للثاني مثل ما

أهدى إليه : والعرف الغالب في حصصهم ينظرون في ذلك إلى إعطاء البدل ،
 وعليه فما يهدى في ذلك من أرز أو سكر أو سمن أو شاة حبة يكون قرضاً
 صحيحاً أو فاسداً فيطالب به من عمل الوليمة من اب أو غيره ، ومثل هذا ما يهدى به
 اقارب العروس من النساء والبنات بعد اسبوع من زفافها ويسمونه تقوطاً في بلادنا ،
 فلا شك أنه قرض استوفيه كل واحدة منهم إذا تزوجت أو تزوجت بنتها في

اليوم اسبوعاً ، والله يدعنا إلى ما يشاء من عباده ولا يهتدون إلا به ، والله اعلم بالصواب

الفصل الثاني

في هبة المريض

المادة ٨٧٧ = إذا وهب من لا وارث له جميع أمواله لأحد
 في مرض موته وسلمها بصح و بعد وفاته ليس لأمين بيت المال المداخلة
 في تركته *

لان عدم جواز تبرع المريض في ماله بأكثر مما قدره الشرع وهو الثلث
 كان لحنى الوارث الذي تعلق حقه بماله ، فاذ لم يكن وارثاً كان تصرفه جائزاً
 في كل ماله ، وبيت المال ليس يوارث وإنما توضع تركته من لا وارث له فيه باعتبار
 انه مال ضائع ، فصار فيما لجميع المسلمين ، وهذا عندنا ، خلافاً للشافعية ، كما في
 مجمع الانهر وغيره ، فصار في تصرفنا في هبة المريض في مرض موته ،
 ثم ان هبة المريض هبة عقد وليست بوصية ، فيشترط فيها استئثار شرائط
 الهبة ، ومن جملة شرائطها قبض الموهوب له قبل موت الواهب (صرح به في
 الهندية وغيرها) ولهذا قبلت الصفة في هذه المادة بقوله « وسلمها »
 وقول الهندية وليست بوصية ، اي من كل وجه ، فلا ينافي انه لما حكم

الوصية من حيث تعلق حق الوارث في الموهوب الموقوف عليه **المادة ٨٧٨** * إذا وهب مسلم كل من الزوج والزوجة جميع ماله لصاحبه في مرض موته ولم يكن له وارث سواه يصح وبعد الوفاة ليس لامين بيت المال المدخلة في التركة *

لما قررنا آنفاً على ان هبة المريض هبة عقده، ولهذا اشترط فيها التسليم، وليست بوصية الامن حيث تعلق حق الورثة في مال الواهب . وقد قلنا ان بيت المال ليس بوارث فصح تبرعه بجميع ماله وتخصيص الزوج والزوجة بالذكر لانها محل التوم ، اذ لو لم نصح الهبة لوضع الباقي بعد فرض احد الزوجين في بيت المال ، اذ لا يرد عليها شيء . واما غيرهما من الورثة فلا يتوم فيه ذلك ، لان التركة له على كل حال ، لانه عند عدم صحة الهبة يأخذ جميع التركة ايضاً ، اما بالنصب واما بالفرض والرد .

المادة ٨٧٩ * اذا وهب احد في مرض موته شيئاً لاحد ورثته وبعد وفاته لم تجز الورثة الباقون لا تصح تلك الهبة . واما لو وهب مسلم لغير الورثة فان كان ثلث ماله مساعداً لتمام الموهوب نصح . وان لم يكن مساعداً ولم تجز الورثة الهبة نصح في المقدار المساعد . ويتكون للموهوب له مجبوراً على رد الباقي *

حاصل هذه المادة ان هبة المريض مرض الموت لاحد ورثته لا تجوز الا ان يميزها الورثة الباقون بموت الواهب لان هبته وان كانت هبة حقيقة لكن لما حكم الوصية من حيث تعلق حق الوارث بها ، كما في البرازية . ومعلوم انه

لا وصية لوارث الا باجازة بقية الورثة .
والتقييد بكون الاجازة بعد موت الواهب ، اشارة لكونها قبل موته لا تعتبر ،
اذ لا حق للوارث وقتئذ ، وانما يثبت له الحق بعد موت المورث (افاده في رد المختار)
واما هبته اي المريض لاجنبي ، فتصح من كل ماله ان اجاز الورثة ، والا
فمن الثلث فقط . ويجب عليه رد ما زاد على الثلث لانه كما قلنا : للهبة حينئذ حكم
الوصية والوصية باكثر من الثلث لا تجوز .

المادة ٨٨٠ - * اذا وهب من استغرقت تركته بالديون امواله
لوارثه او لغيره وسلمها ثم توفي فلا أصحاب الديون الغناء الهبة وادخال
امواله في قسمة الغرماء *

لان الهبة في المرض وان كان لها حكم الوصية ، الا ان الوصية لا تعمل حال
قيام الدين ، كما في البرازية . اي لان الوصية انما تنفذ بعد وفاة الدين .
وانظر ما لو مات الواهب وقد باع الموهوب له العين الموهوبة والمسئلة مجالها ،
هل ينقض البيع ويرد الموهوب بعينه للتركة ، او لا ويضمن الموهوب له جميع
قيمتها للغرماء ؟ الظاهر الثاني ، لما في جامع الفصولين : وهب فنه ولا مال له غيره
فمات وقد باعه الموهوب له ، لا يفسخ بيعه ، بل يضمن قيمة ثلثي القن للورثة اه
ففي مسئلتنا حيث كان الواهب مديونا بمجسط ، يضمن جميع القيمة كما ذكرنا ،
والظاهر انه لو باعه بعد موت الواهب ، لا ينفذ البيع بل يتوقف على اجازة الغرماء ،
بدليل انه لو كان قنفا عتقه بعد موت الواهب ، لا يجوز عتقه كما في المنسدية
ورد المختار عن البرازية .

* فروع *

اذا رجع الواهب في هبته والموهوب له مريض وقد كانت الهبة في الصحة ،
فان كان بقضاء قاض فالرجوع فيه صحيح ولا سبيل لغرماء الموهوب له وورثته بعدموته

على الواهب وان كان ذلك بغير قضاء قاض ، كان رد المريض له حين طلب الواهب الرجوع فيها ، بمنزلة هبة جديدة من المريض ، فيكون من الثلث ان لم يكن عليه دين ، وان كان عليه دين يحبط بماله ابطت ذلك الرجوع وردت الهبة الى تزكاة الميت (كذا في الهندية عن المبسوط)

لكن ذكر في الفصولين ان هذا انما يتمشى على رواية ان الرجوع بالهبة بالتراضي ، هبة مبتدأة لا فسخ . واما على رواية انها فسخ كالرجوع بالقضاء ، فينبغي ان يعتبر الرجوع من كل ماله سواء بحكم او بدونه اه .

اقول: هذا البحث مدفوع بما قدمناه في شرح المادة (٨٦٤) عن الزبلي من ان الرجوع بالتراضي وان كان فسخاً على ما هو الصحيح الا ان اعتباره من الثلث فيما لو كان الموهوب له مريضاً لأن حق الورثة تعلق بجميع ماله فلا يقدر ان يبطله باختياره ، وان ابطله رد عليه كيفما كان ، استحساناً وفي القياس لا يرداه فما بحثه في الفصولين هو القياس . وقول المبسوط « بمنزلة هبة جديدة » حيث لم يقل هبة جديدة ، يشير الى ما قاله الزبلي ، يعني ان بمنزلة من حيث تعلق حق الوارث بكل مال الموهوب له ، تدير

وفي جامع الفصولين : قال الزوج : وهبت لي المهر في صحتها وقال ورثتها لا بل وهبت في مرضها ، قيل بصدق الزوج ، وقيل بصدق ورثتها واعتمد عليه اضافة للحادث الى اقرب الاوقات ، ولأنه دين اختلف في سقوطه .
مرضى له على وارثه دين فابراه ، لم يميز . ولو قال لم يكن لي عليه شيء ثم مات ، جاز اقراره قضاء لا ديانة .

ولو قالت مريضة « ليس لي على زوجي صداق » لا يبرأ عندنا ، خلافاً للشافعي لان سبب المهر وهو النكاح مقطوع به - بخلاف المسئلة الاولى . لجواز ان لا يكون عليه دين اه .

وفي الهندية : وتكلموا في حد مرض الموت . والمختار للفتوى انه اذا كان الغالب منه الموت كان مرض الموت ، سواء كانت صاحبة فراش او لم تكن . كذا في المضمرات . قال ابو اللبث رحمه الله تعالى : هو ان لا يقدر بصلي قائماً . وهو احب ، وبه نأخذ (كذا في الجوهرة) .

مربضة وهبت مهرها من زوجها ثم ماتت ، قال الفقيه ابو جعفر رحمه الله تعالى :
 ان كانت عند الهبة تقوم لحاجتها وترجع من غير معين على القيام فهي بمنزلة الصبيحة ،
 تصح هبتها (كذا في فتاوى قاضيخان) والمقعد والمفلوج والاشغل والمسالول ان
 تطاول ذلك ولم يخف منه الموت . فبنته من كل المال . (كذا في التبيين في
 كتاب الرضايا)

والمرأة اذا اعتذرت بالطلاق ، فما فعلته في تلك الحالة يعتبر من الثلث ، فان كانت
 سلمت ، جاز ما فعلته من ذلك كله . (كذا في الجوهرية) ولو وهبت المرأة مهرها من
 الزوج في حاله الطلق وماتت في النفاس ، لم يصح . كذا في السراجية .
 وهبت مهرها من زوجها في مرض موتها ، ومات زوجها قبلها ، فلا يجوز لها
 عليه ، لصحة اليراس . ما لم تمت ، فاذا ماتت منه ، فلورثتها دعوى مهرها
 (كذا في القية)

وفيها ، قبض الباب الثامن : اربض . وهب الصحيح عبداً بصاوي القبول لا مال له
 له غيره ، فعرضه الصحيح منه عوضاً وقبضه المربض ثم مات . والعوض عنده ، وان
 كان العوض مثل ثلثي قيمة العبد او اكثر ، فالهبة باقية ، وان كانت قبضت
 العوض نصف قيمة الهبة ، يربض ورثة الواهب في المستدين الهبة . وان كان
 العوض شرطاً في اصل الهبة ، فان شاء الموهوب سلكه رد الهبة فكلها اخذ العوض ،
 وان شاء رد سدى الهبة ولمسك الباقي . كذا في الجبلوط اربعة اقسام :
 رجل اقراه وهب لفلان هذا العبد ، قال بعضهم : يمكن ان يكون اقراً بالهبة
 والقبض جميعاً لان الاقرار بالهبة المطلقة اقرار بنية صحيحة تامة ، وكذلك لا
 يكون الا بالقبض والاضح ان الاقرار بالهبة لا يكون اقراراً بالقبض (اتفاقية)
 وفيها : رجل سقط منه الزوجة فوهبها لرجل وسقطت على طلبها وقبضها ، فطلبها
 وقبضها فالهبة باطلة ، لان في قيامها وقت الهبة خطر ، اذ الهبة تبطل بالاختطاف ،
 رجل وهب لرجل كيساً فيه دراهم فقال جميع فاني هبته لك ككيس لك
 وهو الف درهم ودرقه اليه فانه في الكيس اكثر من ذلك او كان فيه ونازبه
 كان الكيس وملكه للموهوب له . فتاوى القرواي والله اعلم بالصواب .
 (تجميعاً للمصنف) والله اعلم بالصواب . واستغفر الله العظيم .

الكتاب الثامن

في النصب والأنتلاف ويشتمل على المقدمة وبيان

المقدمة

في بيان الاصطلاحات للفقهية المتعلقة بالنصب والأنتلاف

المادة ٨٨١ - النصب هو اخذ مال احد وضبطه بدون اذنه

ويقال لاخذ غاصب وللمال المضبوط مفسوب ولصاحبه مفسوب منه

اعلم ان النصب ، كما في رد المحتار ، على ضربين : ما هو موجب للضمان ، فيشترط له ازالة اليد المحقة . وما هو موجب للرد ، فيشترط له اثبات اليد المبطله . فالتعريف المذكور في هذه المادة تعريف للضرب الثاني ، وهو ما يوجب الرد ، اعم من كونه موجبا للضمان او لا ، بدليل عقد فصل لنصب القمار من باب النصب ، مع ان غصبه يوجب الرد دون الضمان ، على قولها الذي اخذت به المتوفى ومشت عليه الحلة كما سيأتي ، خلافاً لمحمد . فما احسن ما اتت به من التعريف في هذه المادة ، وهو اخذ مال احد وضبطه بدون اذنه ، فانه افاد معنى قولم اثبات يد مبطله ، مع زيادة قيود خرج بها ما لا يكون غصباً ، فتخرج بلفظ الاخذ ما لو جلس على بساط غيره وما لو غصب دابة فتبعها اخرى او ولدها وما لو حبس المالك عن مواشيه حتى ضاعت ، فان التابع والضايع ليس مفسوباً ، فلا يضمن . وكذا اذا نخل الشصانكا في مغارة وترك ماله ولم ياخذها حتى ضاع ، وما اذا غصب عملاً فاستهلكه حتى يبس لبن امه ، يضمن قيمة العجل ونقصان الام ، وان لم يفعل في الام شيئاً ، فان جميع ما ذكر ليس من النصب . ووجوب الضمان فيها من حيث

وجود النعدي لا من حيث تحقق الغصب ، وخرج بلفظ المال ما لم يكن مالا
كالبيته غير السمك والجراد والحراد ، واخذ على وجه التغلب ومثله كف من تراب
او قطرة من ماء .

والمراد من قوله « احد » ان يكون من اهل دار الاسلام ، فخرج اخذ
مال الحرابي .

وخرج بقوله « بغير اذنه » مثل الوديعة والعارية .

ودخل في هذا التعريف غصب المقار وزوايد المنصوب المنفصلة كالثمرة
ونحوها وما ليس منقوماً من المال كالخمر والخنزير وما اخذ بسرقة ، فان هذه
جميعها يجب على الناصب ردها وان كان الخمر لمسلم وان لم تضمن بالهلاك ، كما في
رد المحتار وغيره .

واما صاحب التنوير فقد عرف كغيره الضرب الاول ، فاحتاج الى زيادة
قيود تخرج ما دخل في تعريف الضرب الثاني ، فقال : هو ازالة يد محقة باثبات
يد مبطله في مال منقوم محترم قابل للنقل بغير اذن مالكه لا بجنبة اه مع ان
اكثر هذه القيود يعني بعضها عن بعض ، كما يعلم من حواشي الدر .

المادة ٨٨٢ - * قيمة الشيء قائماً هي قيمة الابنية والاشجار حال
كونها قائمة في محلها وهو ان تقوم الارض تارة مع الابنية او
الاشجار وتارة تقوم على ان تكون خالية عنها فالتفاضل والتفاوت
الذي يحصل بين القهمتين هو قيمة الابنية او الاشجار قائمة *

وهذه القيمة تجب على من نعدى على شجر غيره فقطعه ، والحكم في
ذلك كما في الهندية : ان رب البستان بالخيار ان شاء دفع الاشجار المقطوعة للقاطع
وضمنه قيمة الاشجار قائمة . وطريق معرفة ذلك ما ذكر في هذه المادة ، وان
شاء امسك الاشجار وضمنه قيمة نقصانها قائمة لأنه اتلف عليه القيام وطريق

معرفة ذلك انك اذا عرفت قيمة الاشجار القائمة بالطريق الذي تقدم فبعد ذلك ينظر الى تلك القيمة والى قيمة الاشجار المقطوعة ، ففضل ما بينها قيمة نقصان القطع . وان كانت قيمتها مقطوعة وغير مقطوعة سواء ، فلا شيء عليه اه .

المادة ٨٨٣ = * قيمة الشيء مبنياً هي قيمة البناء قائماً *

وطريق معرفتها ما تقدم في المادة السابقة لان هذه المادة عين ما قبلها . وانما ذكرت لبيان ان مبنياً وقائماً بمعنى واحد ، وان لفظ « مبنية » الواقعة في المادة ٩٠٥ هي بمعنى « قائمة »

المادة ٨٨٤ - * قيمة الشيء مقلوعاً هي قيمة انقراض الابنية بعد

القلع او قيمة الاشجار المقلوعة *

هذه القيمة تجب على من اعاد ارضاً لغرس الاشجار والبناء عليها ولم يوفت الاعارة فبنى المستعير او غرس ثم رجع المعير في اعارته ، والقلع يضر بالارض ، فالمعير مخير بين ان يملك البناء والغرس بقيمتها مقلوعين ، وبين ان يكلف المستعير القلع ولا ضمان عليه . وقد تقدم الكلام على هذه المسئلة مستوفي في المادة ٨٣١ وشرحها .

المادة ٨٨٥ = * قيمة الشيء حال كونه مستحقاً للقلع هي القيمة

الباقية بعد تنزيل اجرة القلع من قيمة المقلوع *

هذه القيمة تجب اذا بنى الغاصب او غرس في الارض المفصولة ، والقلع مضر

بالارض المنصوبة المنصوب منه ان يمتلك البناء او الدرهم فيجوز سيقن القلع وهي
اقل من قيمته مقلوعا بمقدار اجرة القلع ووجبت في هذه المسئلة في المادة (٩٠٦) وشرها

المادة ٨٨٦ = * نقصان الارض هو الفرق والتفاوت الذي

يحصل بين اجرة الارض قبل الزراعة واجرتها بعدها * ٧٨٨

تفسير نقصان الارض بما ذكر في هذه المادة موافق لما قاله نصير بن يحيى .
ففي رد المحتار : واختلفوا في تفسير النقصان . قال نصير بن يحيى انه ينظر بكم
تستأجر هذه الارض قبل الاستعمال وبعده ، فيضمن ما تفاوت ما بينهما من
النقصان . وقال محمد بن سلمة يعتبر ذلك بالشراء ، يعني انه ينظر بكم تباع قبل
الاستعمال وبكم تباع بعده ، فنقصانها ما تفاوت من ذلك ، فيضمنه ، وهو الاقيس .
قال الحلواني : وهو الاقرب الى الصواب ، و به يفتى ، كما في الكبرى ، لان
المبرة لقيمة العين لا المنفعة اه .

اقول : ولعل المجلة اختارت القول الاول لانه ارفق بالناس وازجر للظلمة .
فان التفاوت بين القيمتين قبل الاستعمال وبعده قلما يظهر ، وربما تزداد قيمتها
بعد الاستعمال بزيادة الرغبات في شرائها او بتغير الاسعار ، بخلاف التفاوت بين
الاجرتين ، فان اجرة الارض اذا كانت مستريحة او مهيئة للزراع بالفلاحة تكون
بلا شك اكثر من اجرتها بعد زرعها ، بل ربما لا يرغب في اجارتها اصلا حتى
تستريح سنة بتركها بلا فلاحة ولا زرع ، فتضرر ذلك المظلوم المنصوب
منه صرراً فاحشاً . ولقد رأينا بعض الظلة عاملهم الله بعدله يضع يده على اراضي
بعض الضعفاء من الفلاحين وغيرهم فاذا شكى عليه بعد مدة لا تجديه فيها الدخالة
والتوسل ادعى ذلك الظالم ملكيتها ، فاذا قضى الله لها كما عادلا ، وقليل ما ام ،
وحكم له بها بالطريق السريحي ، استأنف الحكم الى محكمة هي اعلى من الاولى .
فان صدق له على الحكم ميزه لمحكمة التمييز ، فاذا تصدق الحكم بعد سنين عدبدة
امر ذلك الظالم برد الارض لصاحبها ، وقيمتها بعد زراعتها تلك السنين لانقص

عن قيمتها قبل ذلك ، فيكون ذلك الظالم استغل الأرض سنين عديدة وذلك المظلوم ينظر إليه نظرة الملهوف المتحسر ، وقد تكون تلك الأرض مدار معيشته

المادة ٨٨٧ - * الانلاف مباشرة هو انلاف الشيء بالذات

و يقال لمن فعله فاعله مباشر *

سواء كان الانلاف عن قصد او عن غير قصد ، كما سباني في المادة (٩١٢) غير ان الانلاف على ضربين : ما يتعلق به المأثم وهو ما وقع على العلم والثاني لا يتعلق به المأثم ، وهو ما وقع على الجهل ، كمن ائلف مال غيره وهو يظن انه له فانه بضمن ولا مأثم ، لقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن لمني الخطأ والنسيان ، معناه رفع مأثم الخطأ (افاده الثلبي)

المادة ٨٨٨ - * الانلاف نسبياً هو التسبب لتلف شيء بعني

احداث امر في شيء يفضي الي تلف شيء آخر على جري العادة ويقال لفاعله منسبب كما ان من قطع جبل فتدبيل معلقاً يكون سبباً مقصداً لسقوطه على الأرض وانكساره ويكون حينئذ قد ائلف الجبل مباشرة وكسره التفتدبيل نسبياً وكذا اذا شق احد طرفاً فيه سمن وتلف ذلك السمن يكون قد ائلف الطرف مباشرة والسمن نسبياً *

وسباني لهذا زيادة ابضاح وبيان في النعل الثاني .
المادة ٨٨٩ - * التقدّم هو التنبيه والتوصية بدفع الضرر

المحوظ وازالته قبل وقوعه *

وذلك كقول احد من العامة لصاحب الحائط المائل ان حائطك هذا مخوف
او مايل فانقضه كقبلا بسقط .

* الباب الاول *

(في الغصب ويحتوي على ثلاثة فصول)

- الفصل الاول -

« في بيان احكام الغصب »

المادة ٨٩٠ - * يلزم رد المنصوب عيناً وتسليمه الى صاحبه
في مكان الغصب ان كان موجوداً وان صادف صاحب المال الغاصب
في بلدة اخرى وكان المال المنصوب معه ، فان شاء صاحبه استرده
هناك وان طلب رده الى مكان الغصب فصاريف نقله وموئنة رده
على الغاصب *

اما لزوم رد عين المنصوب ، فلقوله عليه الصلاة والسلام * على اليد ما
اخذت حتى ترد * ولقوله عليه الصلاة والسلام * لا يحل لاحدكم ان يأخذ
مال اخيه لاعباً ولا جاداً وان اخذه فليرده عليه * ولأنه بالأخذ فوت عليه اليد ،
وهي مقصودة ، لان المالك بها يتوصل الى تحصيل ثمرات الملك من الانتفاع والتصرف ،

فيجب عليه نسخ فعله دفماً للضرر عنه بعوده الى ما كان .
واما لزوم الرد في مكان الغصب ، فلا نه اتم وجوه رد العين ، لان المالبه تختلف باختلاف الاماكن (زيلبي)

وعمل وجوب رد العين اذا لم يتغير تغيراً فاحشاً ، وهو ما يفوت بعض العين وبعض نفعها ، فانه حينئذ يتسلم الغاصب العين ويدفع قيمتها او بدفها ويضمن نقصانها ، والخيار في ذلك للمالك (افاده في الدر وحاشيته رد المختار ، وسياي) وكما تجب رد العين في مكان الغصب يجب اعتبار القيمة في مكان الغصب .

وقوله في هذه المادة « فان شاء صاحبه استرده الخ » محله ما اذا لم يشأ المالك اخذ القيمة ، لما في تكملة الطوري عن المتقي : غضب من آخر دواب بالكوفة ، فالمنصوب منه بالخيار : ان شاء اخذها ، وان شاء قيمتها بالكوفة . قال : وكذا الخادم ، وكذا ما له حمل ومونة ، الا الدرهم والدنانير ، فانه يأخذها حيث وجدها وان اختلف السعر ، لانها اثمان ، وليس له ان يأخذ القيمة اه .

وفي هذه المسئلة تفصيل ذكره في الخانية والبرازيق وغيرهما ولخصه في رد المختار معزيا للمنع فقال : لو غضب درهم او دنانير فطالبه المالك في بلدة اخرى ، عليه تسليمها وليس للمالك طلب القيمة وان اختلف السعر . ولو غضب عيناً ، فلو القيمة في هذا المكان مثلها في مكان الغصب او اكثر ، فللمالك اخذ المنصوب لا القيمة . ولو القبه اقل ، اخذ القيمة على سعر مكان الغصب ، او انتظر حتى يأخذه في بلده . ولو وجده في بلد الغصب وقد انتقص السعر ، يأخذ العين لا القيمة يوم الغصب . وان كان هلك وهو مثلي وسعر المكانين واحد ، يبرأ برد المثل . ولو سعر هذا المكان الذي التقيا فيه اقل ، اخذ المالك القيمة في مكان الغصب وقت الغصب ، او انتظر . ولو القيمة في هذا المكان اكثر ، اعطاه الغاصب مثله في مكان الخصومة او قيمته حيث غضب ، ما لم يرض المالك بالتأخير . ولو كانت القيمة في المكانين سواء ، للمالك ان يطالبه بالمثل اه .

ثم ان ظاهر هذه المادة ان الواجب الاصل هو رد العين ، والمثل او القيمة مخلص بصر اليه عند تعذر رد العين . وهو الصحيح ، كما في رد المختار . قال الزيلبي : ولهذا يطالب برد العين قبل الهلاك . ولو اتى بالقيمة او المثل لا يعتد به ، لكونه

فاصراً . وكذا ببراءة العين من غير علم المالك بأن سلمه اليه بجهة اخرى او
ومنه له او اظلمه اياه فأكله والمالك لا يدري انه ملكه او نحو ذلك من تسليم
بايداع او شراء . ولو لم يكن هو الواجب الاصيل ، الا اذا علم وقبضه
عليه كما في قبض المثل والقيمة .

وقيل الواجب الاصيل هو المثل او القيمة ، وورد العين مخلص . ولهذا لو ابرأه
عن الضمان حال قيام العين ، يصح ، حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك ، والابراء
عن العين لا يصح ، وكذا الكفالة بالمصوب ، تصح مع انها لا تصح بالعين اه
وتامة فيه .

وتفترغ على وجوب رد العين لكونه الواجب الاصيل ما في النكاح وشرحه
للزبلي : فان ادعى ، اي الناصب ، هلاكه ، حبسه الحاكم حتى يعلم انه لو بقي
لاظهره ، ثم قضى عليه بتدليله بمعنى المثل او القيمة ، لان حق المالك ثابت في العين ،
فلم يقبل قوله فيه حتى يثبت على ظنه انه صادق فيما يقوله ، كما اذا ادعى المدين
الافلاس وليس له حصة ، حدد مقدر ، بل هو موكل الى رأي القاضي ، ومثله في التوير
وشرحه الدر .

وفي الهندية : اقام بيعة على رجل انه غصب منه جارية حبسته حتى يجيء
بها فيردها عليه ، ذكر ابو اليسر والشرحستاني ما ذكر محمد رحمه الله تعالى من
ان هذه الدعوى والبيعة مسموعة ، اصح ، لان الغصب قد يكون بقنة فلا يمكن
لشهود معرفة صفتها وقيمتها ، فيسقط اعتبار علمهم بالادوات للتعذر ، وثبت
بشهادتهم فعل الغصب .

ذكر بكران لم تثبت هذه البيعة في حق القضاء ، تثبت في حق ايجاب
الحبس كما في السرقة . وفي الاقضية : هذا كله اذا ادعى المالك ان الجارية قائمة .
اما اذا قال هي هانكة ، بشرط صحة الدعوى بيان القيمة بالاتفاق . وقول محمد
رحمه الله تعالى « حتى يجيء بها فيردها » اي اذا اعاد البيعة على عينها ، يعني اذا
اختلفا في عينها بعد الاحضار . فان قال الناصب ماتت او ابيت او بهتها وسلمتها
ولا اقدر عايناً ، فان صدقه المدعي بقضي عليه بالقيمة ان اراد المدعي ذلك ،
وان كذبه يجبس مدة يثبت على رأي القاضي انه لو كان قادراً اخرجهما ، ثم يجليه

ويقول المذمعي ان رد التلوم على ظهور الجارية او ضمان القيمة فان اراد القيمة وانفق على شيء ، بقضي بتلك القيمة ، وان اختلفا في القيمة فالقيمة للمذمعي والقول للفاصل مع جيتوه فان نكل فهو كالأقرار فيقضي عليه به ، وان حلف اخذ المالك مما اقر به ، ثم لو ظهرت الجارية ، ان كان للمذمعي اخذ القيمة بيينة او بتصديق الفاضل اياه في دعوى القيمة او بنكول الفاضل ، فلا سبيل للمالك عليها ، وان اخذ بقول الفاضل ولم يكن راضيا به ، يجوز ان شاء رد القيمة واخذ الجارية ، وان لاضي بالقيمة فلجارية للفاضل قال الكرخي : هذا اذا ظهر ان القيمة اكثر مما قاله الفاضل ، وان كانت كقائه ، فلا سبيل للمالك عليها ، وفي ظاهر الرواية ، الجواب مطلق ، وهو الصحيح ، هكذا في المهبوط اه وسبباتي لهذا زيادة توضيح وتفصيل في التعمه آخر كتاب الفصب ان شاء الله تعالى

المادة ٨٩١ - * كما انه يلزم ان يكون الفاضل ضامنا اذا استهلك المفضول كذلك اذا تلف اوضاع بتعديه او بدون تعديه يكون ضامنا ايضا فان كان من القيميات يلزم الفاضل قيمته في زمان الفصب ومكانه . وان كان من المثليات يلزمه اعطاء مثله *

المراد بالفصب المذكور في هذه المادة هو الضرب الثاني من ضرب الفصب على ما ذكرناه في شرح المادة (٨٨١) وهو الفصب الموجب للضمان عند الملاك المشروط بغير ازالة اليد المحقة . ولهذا عمم فيه الضمان حال الاستهلاك وحال الملاك بعد او بغير تدفلا ، يتناول غضب العقار وزاوند المفضول المنفصلة وخمر المسلم ، فان هذه لا تضمن الا بالاستهلاك او التعدي . واقادت هذه المادة ان المفضول اذا كان قيميا تجب قيمته يوم الفصب مطلقا . سواء هلك او استهلك . وهو في صورة الملاك بالاجماع وفي صورة الاستهلاك قول الامام . وعندها قيمته يوم الاستهلاك . وفي جامع الفصولين : غضب شاة فسمنت ثم ذبحها ، ضمن قيمتها يوم غضب

لا يوم ذبجه عندهما ، وعندهما يوم ذبجه . ولو تلفت بلا اهلاكه ، ضمن قيمتها يوم
غصب اه (رد المختار) .

ثم ان لزوم رد المثل ان كان موجوداً . فان اقطع المثل عن ابدي الناس بأن
لا يوجد في السوق الذي يباع فيه ، وان كان يوجد في البيوت ، تجب قيمته يوم
الخصومة المعتبرة ، وهي ما تكون عند القاضي . وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
تعالى ، وعليه مشت المتون ، وهو الاصح كما في الخزانة ، وهو الصحيح كما في التحفة
وعند ابي يوسف يوم الغصب ، وهو اعدل الاقوال كما قال في النسخ ، وهو
المختار على ما قال صاحب النهاية .

وعند محمد يوم الانقطاع ، وعليه الفتوى ، كما في ذخيرة الفتاوي ، و به اثني
كثير من المشايخ (كذا في الدر وحواشيه)

وجه قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان المثل هو الواجب بالغصب ، وهو
باق في ذمته ما لم يقض القاضي بالقيمة . ولهذا لو انتظر الي عود المثل ، كان له
ذلك ، وانما ينتقل الي القيمة بالقضاء حتى لا يعود الي المثل بوجوده بعد ذلك ،
فتعتبر قيمته يوم الانتقال .

وجه قول ابي يوسف ان المثلي لما انقطع التحق بدوات القيم ، وفيها تعتبر
القيمة يوم الغصب ، فكذا فيما التحق به . ووجه قول محمد ان المثل هو الواجب
بغصب ذات المثل فلا ينتقل الي القيمة الا بالمجزعته والعجز عنه يحصل بالانقطاع ،
فتعتبر قيمته حينئذ (زبلي)

وقد علمت ان كلا من هذه الاقوال الثلاثة مرجح .

قال السيد ابو السعود : قال الاتقاني : ونحن نأخذ بقول محمد اه ، اي لان
لفظ « وعليه الفتوى » او كذا الفاظ الترجيح . لكن قال سيفي مجمع الانهر :
وفيه كلام ، لان يوم الانقطاع لا يضبط وذكر الطحطاوي : لو احضر الغاصب
مثل المنصوب يوم الانقطاع ، اجبر المالك على اخذه ، وليس له ان يطالب الغاصب
بقيمته اه .

واعلم ان المثلي المخلوط بخلاف جنسه سواء تمذر تمييزه او تعمس ، كسبير
مخلوط بشعير وشيرج مخلوط بزيت ، فيجب قيمته يوم غصبه وكذا الدهن

المتنجس ، قيمي ، بخلاف النجس كدهن البتة ، فإنه غير متقوم . وكذا كل
موزون يختلف بالصنعة ، كصقم وقدر ودبس ورب وفطر . والرب بضم الراء
صلافة كل ثمرة بعد اعتصارها . والقطر في عرف مصر والشام السكر المذاب على
النار ، لهذه كلها قيميات وان كانت من الموزونك ، لانها تتفاوت بالصنعة . لان
كل ما كان من صنيع العباد لا يمكنهم مراعاة المماثلة فيه لتفاوتهم في الخدافة .
وانما اعتبرت هذه قيميات لانها لو اوجبتنا مثل القيمة من جنسه ادى الى الربا ، او مثل
وزنه ابطنا حق المالك في الجودة والصنعة . والجبن قيمي في الضمان لانه يتفاوت
تفاوتا فاحشا ، مثلي في غيره كالسلم . والجبن بضم فسكون وضممتين كعتل . والقهم
والحم ولونياً والاجر ، قيمي .

كل مكيل وموزون مشرف على الهلاك مضمون بقيمته في ذلك الوقت
كسفينة موقورة اخذت في الفرق والقي الملاح ما فيها من مكيل وموزون ، بضمن
قيمتها ساعتها اه اي قيمته مشرقاً على الهلاك ، فان له قيمة وان قلت ، لاحتمال
النحاة . وهذا اذا القي بلا اذن واتفاق ، والاقية تفصيل يأتي في باب القسمة .
ولو صب ماء في حنطة فافسدها وزاد في كيلها ، ضمن قيمتها قبل عبه للماء
لا مثلها ، هذا اذا لم ينقلها بعني لم يحولها عن مكانها قبل الصب . فلو نقلها ضمن
المثل ، لانه غصبه . وهو مثلي ، بخلاف ما لو صب الماء في الموضع الذي فيه
الحنطة بغير نقل ، لان الغصب حصل بالاتلاف وليس سابقاً عليه ، كما مر ، وهو
حين الاتلاف لم يبق مثلاً فيضمن قيمته سابقاً عليه .

والحاصل ان كل ما يوجد له مثل في الاسواق بلا تفاوت يقتد به فهو مثلي .
وما ليس كذلك فقيمي اه من الدر وحواشيه . وسيأتي آخر كتاب الغصب ما لو
اختلف المالك والغاصب في الهلاك قبل الرد او بعده ، وباتي مسائل الاختلاف .

المادة ٨٩٢ - * اذا سلم الغاصب عين المقتصوب في مكان
الغصب يبرأ من الضمان *

وكذا يبرأ يرد المنصوب الى مكان الغصب ولو بغير علم المالك ، كما في التنوير وغيره . وكذا يبرأ لو اثبت المالك بده على المنصوب ولو بغير علم الغاصب ، لما في الهندية :

قال الكرخي : اذا احدث الغصب منه في الغصب حدثاً يصير به غاصباً لو وقع في ملك الغير ، صار مسترداً للغصب ويبرأ الغاصب به عن الضمان ، وذلك نحو ان يستخدم المنصوب ، لان الغصب اثبات اليد على المحل ، فاذا احدث حدثاً يصير به غاصباً فقد اثبت بده على المملوك ، وثبوت يد المالك يوجب سقوط الضمان عن الغاصب ، سواء عرف ذلك او لم يعرف ، لان الحكم يثبتني على السبب دون العلم ، ولا يكون الغاصب غاصباً بالغصب الأول بهذا ، الا ان يحدث غصباً مستقبلاً . وكذلك لو ان الغاصب كسا الثوب رب الثوب قلبه حتى تخرق ، عرفه او لم يعرفه . وكذا اذا كان باعه من صاحبه او وهبه له ولا يعرفه حتى لبسه وتخرق . وكذلك اذا غصب طعاماً ثم اطعمه عرفه او لم يعرفه ، يبرأ من الضمان . وان كان الغاصب خبز الدقيق او شوى اللحم ثم اطعمه لم يبرأ عن الضمان ، لانه ما اثبت بده على المنصوب في هذه الصورة . واذا اعوزت المنصوبة او سقطت منها في يد الغاصب ثم ردها على المالك ثم زال العور ونبت السن في يد المالك ، يبرأ الغاصب عن ضمان ذلك (كذا في الذخيرة) اه .

وفي البرازية : غصب فرساً وغصبه منه آخر ومعه المالك من الغاصب الثاني ثم ان الغاصب الثاني استرده منه بالقلبة وعجز المالك عن محاسبة الثاني ، ليس له ان يخاصم مع الاول ، لانه لما وصل الى المالك فقد يبرأ الاول عنه اه . وفيها : غصب داراً واستأجرها من المنصوب منه والدار ليست بحضورها فاذا اسكنها الغاصب او قدر عليه يبرئ الغاصب من الضمان اه .

وفي الخانية : ولو ان الغاصب استأجر العبد من المنصوب منه ليبي له حائطاً معلوماً ، فان العبد يكون في ضمانه حتى يأخذ في عمل الحايط يبرأ عن الضمان . وكذا اذا استأجره من المالك للخدمة اه ونقل مثله في الهندية عن المنتقى . ونقل ايضا عن العمادية انه لو اعار المالك المنصوب من الغاصب ، لا يبرأ حتى لو هلك قبل الاستعمال يكون مضموناً على الغاصب اه .

لكن نقل عن الذخيرة ما نصه : وقال محمد رحمه الله تعالى في الجامع ، رجل غصب من آخر عبداً ثم استأجره من المصوب منه ، صح وبصير المستأجر قابضاً له بحكم الاجارة بنفس المقد وبراء الفاصب عن الضمان . وهذا لان قبضه يتوب عن قبض الاجارة لانه يتوب عن قبض الشراء ، فاولى ان يتوب عن قبض الاجارة فاذا صار قابضاً بحكم الاجارة بنفس المقد صار اميناً وارفعم الضمان ، فلا يعود الضمان الا باعتداء مستأنف . فان مات العبد في مدة الاجارة مات امانة ويجب على الفاصب الاجارة فيما مضى من مدة الاجارة ويسقط الباقي . فان مضت مدة الاجارة والعبد حي ، لم يعد مضموناً ، فتأمل .

وفي البرازية : اخرج خاتم النائم ثم اعاده في النوم ، ببراء . وان استيقظ ثم نام واعاده في هذا النوم الثاني ، لا ببراء ، لان في الاول يجب الرد الى النائم وقد وجد . وفي الثاني يجب الرد الى اليقظان ، ولم يوجد .

والحاصل ان في اعادة الخاتم الى اصبع النائم والخلف الى رجله والقلنسوة الى رأسه ، الامام الثاني رحمه الله تعالى يعتبر اتحاد النوم في ازالة الضمان كما ذكر هنا ، ومحمد رحمه الله تعالى يعتبر اتحاد المجلس ، حتى اذا اعاده في المجلس ببراء عن الضمان ولو في نوم آخر . ولم يذكر مذهب الامام . والصحيح من مذهبه انه يعتبر التحويل للزوم الضمان ، فاذا لم يحوله عن مكانه واعاده الى اصبعه اي اصبع كان او رجله ، زال الضمان عنه . وان حوله ثم اعاده في تلك النوم او غيرها ، لا يبرأ ما لم يرده اليه حال اليقظة اه .

وفي الهندية : اذا امر المالك الفاصب ببيع العبد المصوب ، صح ، وبصير وكيلا ولا يخرج عن ضمانه بمجرد الامر بالبيع ولا بمجرد البيع ، حتى لو هلك العبد قبل التسليم بنقض البيع ولزم الفاصب قيمة العبد . وكذلك المصوب منه اذا باع المصوب بنفسه فقبل التسليم الى المشتري ، لا يخرج المصوب عن ضمان الفاصب .

ثم الفاصب اذا باع المصوب بأمر المصوب منه ورد المشتري المصوب بالعب على الفاصب ، ان كان الرد قبل القبض ، فهو في ضمان الفاصب على حاله . وان كان الرد بعد القبض ، لا يعود مضموناً (كذا في الذخيرة) ام

وفيها عن العادبة : رجل قطع غصناً فثبت مكانه آخر لا يبرأ عن الضمان
وكذلك لو حصد ذرعاً أو بقلاً فثبت مكانه آخر لا يبرأ عن ضمان المحصول
والمقطوع اهـ .

المادة ٨٩٣ - * إذا وضع الغاصب عين المنصوب امام صاحبه
بصورة بقدر على اخذه يكون قد زد المنصوب وان لم يوجد قبض في
الحقيقة . واما لو تلف المنصوب ووضع الغاصب قيمته امام صاحبه
بتلك الصورة فلا يبرأ ما لم يوجد قبض حقيقة * .

هكذا في جامع الفصولين . وفيه : اتى بقيمة التلّف فلم يقبلها المالك ،
قال ابو نصر : يرفع الامر الى القاضي حتى يأمره بالقبول فيبرأ .
وفيه : جاء بما غصبه فلم يقبله مالكه فحمله الغاصب الى بيته ، يبرأ ولم يضمن .
ولو وضعه بين يديه فلم يقبله فحمله الى بيته ، ضمن ، وهو الاصح ، لانه يتم
بالرد في الثانية بوضعه وان لم يقبله ، فاذا حمله بعده الى بيته فقد غصب ثانياً .
اما اذا لم يضعه بين يديه ، لم يتم الرد اهـ - والمراد بوضعه وضعه بحيث تناله يده ،
كما في البرازية .

وفيها : اما اذا كان في يده ولم يضعه عند المالك فقال للمالك خذهُ فلم يقبله ،
صار امانة في يده اهـ كذا في رد المختار .

وفي الهندية عن السراجية : ولو رد المنصوب الى احد من ورثة المنصوب
منه ، لم يبرأ عن نصيب الآخرين اذا كان الرد بتغير قضاء اهـ .

وفي البرازية : وضع المنصوب في حجر المالك فلم يعلم به المالك فجاء آخر
وذهب به اتلفه اولاً ، فالعهد على الثاني ، ويروي الاول . وان وضع بين يديه
لا في حجره ، فالضمان على الاول ايضاً اهـ .

وفي الهندية : رجل له على آخر دين فأخذ من ماله مثل حقه قال المصدر

الشهيد : المختار انه لا يصير غاصباً ، لانه اخذ باذن الشرع لكن به يصير مضموناً عليه ، لان هذا طريق قضاء الدين . ولو كان على رجل دين ، فأخذ غير صاحب الدين من المديون ودفع الى صاحب الدين ، اختلف المشايخ فيه . قال نصير بن يحيى : يصير قصاصاً عن الدين ، لان الآخذ بمنزلة المدين له على اخذ حقه ، والفوتوى على هذا القول اه .

وفها : اذا لبس ثوب غيره بغير امره حال غيبته ثم نزعه واعاده الى مكانه ، لا يبرأ عن الضمان قال مشايخنا : وهذا اذا لبس كما يلبس الثوب عادة . فاما اذا كان قيصاً فوضعه على عاتقه ثم اعاده الى مكانه ، لا يضمن في قولهم جميعاً . وفي المنتقى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى : في رجل اخذ ثوب رجل من بيته بغير امره فلبسه ثم رده الى بيته فوضعه فيه فهلك ، لا ضمان عليه استحساناً . وكذلك لو اخذ دابة غيره من معلقها بغير امره ثم ردها الى موضعها فذهب فلا ضمان عليه استحساناً . وان اخذ الدابة من يد المالك غصباً ثم ردها فلم يجد صاحبها ولا خادمه فربطها في دار صاحبها على معلقها فهو ضامن (نص عليه شمس الائمة السرخسي ، كذا في الذخيرة)

المادة ٨٩٤ = * لو سلم الغاصب عين المنصوب الي صاحبه في محل مخوف فله حق في عدم قبوله ولا يبرأ الغاصب من الضمان بهذه الصورة *

لانه يجب عليه تسليمه في مكان النصب كما تقدم في المادة (٨٩٠) ولانه ذكر في الهندية : غصب من آخر سفينته فلما ركبها وبلغ وسط البحر لحقه صاحبها ، فليس له ان يستردها من الغاصب . ولكن يؤجرها من ذلك الموضع الى الشاطئ مراعاة للجانبين . وكذلك لو غصب دابة ولحقها صاحبها في المغارة في موضع المهلكة لا يستردها ، لكن يؤجره ابائها ومثله في البرازية . فاذا روعي جانب الغاصب بدفع الضرر عنه . وهو ظالم ، فلا ن يراعي جانب المالك بدفع الضرر عنه ، وهو مظلوم اولي .

وهذا فيما اذا وقع النصب في محل آخر غير محل الخوف ، ظاهر . وينظر مالو
وقع النصب في نفس محل الخوف ، هل يجبر المالك على قبوله لانه مكان النصب ،
اولا لانه لما غصبه صار في ضمانه فلا يبرأ الا برده عليه في محل مأمون ؟
ومتقضى اطلاق هذه المادة الثاني ، وليجرر .

المادة ٨٩٥ = * اذا اعطى الفاضب قيمة المال المنصوب الذي
تلف الى صاحبه ولم يقبله راجع الحاكم وامره بالقبول *

فاذا امره القاضي بالقبول ، برأ كما قدمناه عن جامع الفصولين في شرح المادة
(٨٩٣ تأمل) .

وعبارة اخلائية : ولو كان المنصوب مستهلكاً فآتاه القيمة فلم يقبل ولم يرفع
الامر الى القاضي ووضع القيمة بين يدي المالك ، لا يبرأ . وان وضعه في يد المالك
او في حجره ، يبرأ عن الضمان . ولو وضع عين النصب او الوديعة بين يدي المالك
برأ عن الضمان اه .

وفي الهندية : ولو غصب من آخر شيئاً فغاب المنصوب منه فجاء الفاضب الى
القاضي وطلب منه ان يأخذه منه او يفرض له النفقة ، فالقاضي لا يأخذ ولا يفرض
له النفقة . فان كان الرجل مخوفاً متلاًفاً فرأى القاضي ان يأخذه منه وبببمه لا باس
به ، لان هذا نثار من وجهه ، فكان للقاضي في ذلك رأي . كذا في
الظهيرية اه .

المادة ٨٩٦ = * اذا كان المنصوب منه صيباً ورد الفاضب
اليه المنصوب فان كان مميزاً واهلاً لحفظ المال يصح الرد والا فلا *

و يكون بمنزلة ما اذا رفع السرج عن ظهر دابة الغير ثم اعاده الى ظهر الدابة ،

لا يصح ، يعني لا يبرأ عن الضمان . وان كان الفاعب استهلك الفصوب حتى ضمن القيمة فدفع القيمة الى الصبي ، ان كان الصبي ماذوناً له في التجارة ، صح وبراً من ضمانه . وان لم يكن ماذوناً له ، لا يبرأ ، لان دفع القيمة يتضمن معنى التحليك (كذا في كتاب جامع الصغار للاستروثنى)

وكذا اذا كان المصوب دراهم وقد استهلكها الفاعب ثم رد مثل ذلك على الصبي ، يبرأ ان كان ماذوناً ، وان كان محجوراً لا يبرأ . وهذا كله اذا رده عليه بعد ما اخذ منه وتحول . وان رد عليه قبل ان يتحول عن مكان الاخذ ، يبرأ استحساناً ، وان كان محجوراً او لا يعقل الحفظ (افاده في الهندية)

المادة ٨٩٧ = * اذا كان المصوب فاكهة فتغيرت عند الفاعب كان يبست فصاحبه بالخيار ان شاء استرد المصوب عيناً وان شاء ضمنه قيمته *

المراد ان يتغير المصوب بلا فعل من الفاعب ولا تصرف فيه ، كما في جمع الانهر ، قال : بأن صار العنب زيباً بنفسه او الرطب تمراً او مثله في الدرر . فقوله « بنفسه » احتراز عما اذا صار زيباً بواسطة فعل الفاعب وتصرفه فيه ، كما هو الواقع في بلادنا ، فان العنب انما يصير زيباً بنفسه بالزيت ونحوه . وعليه فيكون مما غيره الفاعب بزيادة شيء عليه ، فيكون حكمه كما سيأتي في المادة الآتية ، فانهم

المادة ٨٩٨ = * اذا غير الفاعب بعض اوصاف المصوب بزيادة شيء عليه من ماله فالمصوب منه مخير ان شاء اعطى قيمة الزيادة واسترد المصوب عيناً وان شاء ضمنه قيمته . مثلاً لو كان المصوب

شدينا كالثوب و كان قد صبغه الفاصب فالمنسوب منه مخير ان شاء
ضمن الفاصب قيمة الثوب وان شاء اعطى قيمة الصبغ واسترد
الثوب عيناً *

وكذا اذا غصب سويقاً فله الفاصب بسمن فالمنسوب منه مخير ان شاء ضمن
الفاصب مثل السويق وان شاء اعطاه مثل السمن واسترد السويق الملتوث ، لأن
الصبغ مال متقوم كالثوب ، ويجنأ به لا يسقط تقوم ماله ، فيجب صيانة حقها
ما امكن ، وكان صاحب الثوب اولى بالتخير لانه صاحب اصل والآخر صاحب
وصف ، وهو قائم بالاصل . وكذا السويق اصل والسمن تبع ، الا ترام
يقولون سويق ملتوث ؟ فيخير صاحبه لتعذر التمييز = بخلاف البناء والفرس ، لان
التمييز ممكن فيه بالنقض وله وجود بعد النقض ، فامكن ايصال حق كل واحد
منها اليه . والصبغ يتلاشى بالفسل فلا يمكن ايصاله لصاحبه ، وبخلاف
ما اذا انصبغ من غير فعل احد كالقاء الرمح حيث لا يثبت فيه لرب الثوب الخيار ،
بل يوهم صاحبه بدفع قيمة الصبغ الى صاحبه لانه لا جنأية من صاحب الصبغ
حتى يضمن الثوب بل يمتلك صاحب الثوب الصبغ بقيمته .

وقال ابو عصمة في مسألة الغصب ، يعني ما اذا صبغه الفاصب : ان شاء
رب الثوب باع الثوب فيضرب كل واحد منهما بقيمة ماله ، وهذا طريق حسن
ايضاً ، لامكان وصول حق كل واحد منهما به الى صاحبه . ويتأتى هذا فيما اذا
انصبغ الثوب بنفسه ايضاً . والجواب في اللت كالجواب في الصبغ ، غير انه يضمن
فيه مثل السويق والسمن لان السويق والسمن من الامثال ، بخلاف الصبغ
والثوب . وهذا كله فيما يزده الصبغ . فلو كان ثوباً بنقصه الصبغ بأن كانت
قيمته ثلاثين درهماً مثلاً اقتراجمت بالصبغ الى عشرين ، فمن محمد رحمه الله
تعالى ينظر الى ثوب يزبد فيه ذلك الصبغ . فان كانت الزيادة خمسة يأخذ رب
الثوب ثوبه وخمسة دراهم ، لان صاحب الثوب وجب له على الفاصب ضمان نقصان
قيمة ثوبه عشرة دراهم ، ووجب عليه للفاصب قيمة صبغة خمسة ، فالخمس بالخمس

فخاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة (رواه هشام عن محمد رحمه الله تعالى) وهو مشكل من حيث ان المنصوب منه لم يصل اليه المنصوب كله ، وانما وصل اليه بعضه ، وكان من حقه ان يطالب هو الي تمام حقه ، فكيف يتوجه عليه الطلب وهو لم ينتفع بالصنع شيئاً ولم يحصل له به الا تلف ماله ، وكيف يسقط عن الفاضل بعض قيمة المنصوب بالانكلاف ، والانكلاف مقرر لوجوب جميع القيمة ، وكيف صار مسقطاً له هنا؟ (كذا في الزيلعي)

قال في رد المحتار: واجاب عنه الطوري بما لا يشفي ، فراجعه .

اقول : وعلى ما قاله ابو عصمة ، المالك يخير بين ثلاثة اشياء ، اعطاء قيمة الزيادة واسترداد المنصوب ، او تضمين قيمة الثوب او ييمه والضرب في ثمنه . وعلى هذا اقتصر في الهندية عن المبسوط . وما احسن قول ابي عصمة لا سببا في مثله انصاع الثوب بنفسه . وفي الطوري عن المحيط : ولو غصب صاحب الثوب عصفراً وصنع به ثوبه فعليه مثله ، لانه مثلي . ولو غصب من رجل ثوباً ومن آخر عصفراً ، ضمن مثل عصفره ، وخير رب الثوب كما ذكرنا . ولو غصب ثوباً وعصفراً من رجل واحد وصنعه به ، كان له بها ان يأخذه مصبوغاً ويرا الفاضل من الضمان ، وان شاء ضمنه قيمة ثوبه ومثل عصفره . ولو كان العصفر لرجل والثوب لآخر فرضياً ان يأخذ الثوب مصبوغاً كالو كان لواحد ، ليس لها ذلك ، لانه لما اختلف المالك كان خلط المالكين استهلاكاً من كل وجه . واذا اتحد المالك يكون الخلط استهلاكاً من وجه دون وجه آخر .

وفي البرازية : وعن محمد : غصب عبداً قيمته نصف الالف وخمسة فلما برأ صارت قيمته الفاً ، تخير مالكة في تضمين قيمته يوم خصاه . وان شاء اخذته ولا شيء له ام .

وقوله في هذه المادة « بزيادة شيء عليه » احترز به عنها اذا قبله او غسله ، فان لصاحبه ان يأخذه ولا شيء للفاضل ، لأن القتل ليس بزيادة عين مال فيه ، وانما هو تغيير بعض اجزائه ، والفعل ازالة وسخه ، والاشتان والصابون لا يبقى له عين في الثوب وانما يتلف بالماء .

والمراد بالقتل ان يكون بنير حرير زابداً ، كقتل اهدابه ، والا فهو زيادة

كالصنع (كذا في الهندية) وفيها عن التجريد: ولو غصب حيواناً فكبر وازدادت قيمته، كان للمالك ان يأخذه ولا شيء للغاصب وكذلك لو غصب جريحاً او مريضاً فداواه حتى برى، وصح. وكذا لو غصب ارضاً فيها زرع او نخل فسقاه او كان نخلاً فأبره ولقمه وقام عليه، فهو له ولا شيء للغاصب فيما اتفق. ولو حصد الزرع او جذ الثمرة واستهلك، كان ضامناً لذلك اه.

المادة ٨٩٩ = إذا غير الغاصب المال المنصوب بصورة يتبدل اسمه يكون ضامناً ويبقى المال المنصوب له. مثلاً لو كان المال المنصوب حنطة وجعلها الغاصب بالطحن دقيقاً بضمن مثل الحنطة ويكون الدقيق له كما ان من غصب حنطة غيره وزرعها في ارضه يكون ضامناً للحنطة ويكون المحصول له *

قد بين في المادتين السابقتين ما اذا تغير المنصوب او غيره الغاصب على وجه لا ينقطع فيه حق المالك من المنصوب. و بين في هذه المادة ما اذا اغيره الغاصب على وجه ينقطع فيه حق المالك، وذلك بأن يتبدل اسم المنصوب، كأن يجعل الغاصب الحنطة المنصوبة دقيقاً او يذبح الشاة المنصوبة ويطبخها او يشويها او يجعل الدقيق خبثاً او العنب عصيراً او الزيتون دهناً او الغزل نسيجاً او الحديد سيقاً او الصفرآنية، كما في الدر وغيره.

وذكر في التنوير والملتقى شرطاً آخر لا تقطع حق المالك، وهو ان يزول مع تبدل اسمه اعظم منافعه، اي اكثر مقاصده، احترازاً عما اذا غصب دراهم فسكها بلا ضرب، فانها وان زال اسمها لكن يبقى اعظم منافعتها. ولذا لا ينقطع حق المالك عنها، عزاه في الدر الى المحيط وغيره.

وفي رد المحتار ان الاحتراز بتغير الاسم، عن كاغد غصبه فكسب عليه او قطن فزله او لبن فصبره مخيضاً او عصير فخلله، فانه لا ينقطع به حق المالك،

وقيل ينقطع = وعمّا اذا غصب شاة فذبحها فان ملك مالها لم يزل بمجرد الذبح حيث يقال شاة مذبوحة اه معزباً للدرر .

لكن في الهندية عن الذخيرة : لو غصب قطعاً وغزله ولم ينسجه فنيه اختلاف الشايخ . والصحيح انه ينقطع اه تتأمل .

وحكم قطع يد ما بؤ كل لحمه او رجله كذبحه ، اي ان المالك مخير بين ان يمسكها وبضمن الغاصب النقصان ، او يتركها وبضمنه قيمتها ، لان حق المالك لم ينقطع . وهكذا حكم ذبح ما لا بؤ كل لحمه ايضاً ، كحمار ، وكذا قطع يده او رجله ان كان يمكن الانتفاع به او بشيء منه ولو بجلده . وان كان لا يمكن الانتفاع بشيء منه بأن قتله قتلاً ، فالمالك مخير بين اخذه ولا بضمن الغاصب شيئاً ، اذ لا نقصان حينئذ حتى بضمنه اياه وانما هو استهلاك ، او يتركه وبضمنه جميع القيمة . هذا ملخص ما في المنقذ وشرحه مجمع الانهر والدرر وحواشيه . وافاد في رد المختار عن النهاية ان غير المأكول يشمل الفرس . وكما ينقطع حق المالك عن المصوب بالتغير وزوال الاسم ، ينقطع ايضاً اذا اختلط المصوب بملك الغاصب بحيث يمتنع امتيازه ، كاختلاط البر المصوب بيرة ، او يتعسر ، كاختلاط البر المصوب بشعيرة . ومتى انقطع حق المالك ملكه الغاصب .

اما في صورة التغير وزوال الاسم ، فلانه احدث صنعة متقومة واما في صورة الاختلاط ، لثلا يجمع البدلان في ملك المصوب منه . لكن لا يحل له الانتفاع به قبل رضی المصوب منه باداء ضمانه او الابراء عنه او تضمين القاضي . والقياس حله ، وهو رواية . فلو غصب طعاماً ففضه ، صار مستهلكاً يتلعه حلالاً في رواية ، وحراماً على المعتد ، حسماً لمادة الفساد . كذا في الدرر .

وفي رد المختار عن المنقذ : كل ما غاب صاحبه وبغاف عليه الفساد ، فلا بأس بأن ينتفع به بعد ما يشهد على نفسه بضمانه ولا يخرج ذلك من اثم الغصب اه وفيه : ومثل اختلاط المصوب بملك الغاصب ما اذا خلطه بمصوب آخر ، لما في التارخانية عن الينابيع : غصب من كل واحد منها الفأ فخلطهما ، لم يسعه ان يشتري بها شيئاً مأكولاً فيأكله ، ولا يحل له اكل ما اشترى ، حتى يودي عوضه اه

وفيها عن المتنى : معه سوبق ومع آخر سمن فاضطدما فانصب السمن سيفه
سوبقه ، بضمن مثل السمن ، لانه استهلكه دون الآخر ، لان هذا زيادة
في السوبق .

وفيها عن الخاية : اختلطت نورته بدقيق آخر بلا صنع احد ، بباع المختلط
ويضرب كل واحد منها بقيمته ، اذ ليس احدهما اولى بايجاب النقصان عليه اه .
وفيه ايضاً : لو ابى المالك اخذ القيمة في صورة تغير الاسم واراد اخذ
التميز ، لا يملك ذلك كما في النهاية اه .

ولا يرد على هذا ما في الهندية : رجل غصب من آخر كراً من حنطة ثم
دفعه الى المصوب منه وقال له اطعمه لي فطحن ثم علم انها كانت حنطه ، فلمصوب
منه ان يمك الدقيق . وكذا لو غصب غزلاً ثم دفعه الى المصوب منه وقال
انجه لي ثم علم به اه لان هذا التميز كان بفعل المصوب منه ، وب مجرد وصول
المصوب ليده صار مسترداً له .

ثم ان ما تقدم من انه يزول ملك المالك عن المصوب ويملكه الغاصب في صورة
تبدل الاسم يستثنى ما اذا كان المصوب احد الحجرين الفضة او الذهب ، فان
الغاصب اذا ضربها درهماً او ديناراً او صاعه اناء او حلياً ، لم يملكه ، وهو
لمالكه مجاناً عند ابي حنيفة ، فلا يضمن المالك للغاصب شيئاً لاجل الصياغة ، لانه
لم يوجه الا العمل المجرد ، الا اذا جعله من اوصاف ملكه بحيث يكون في نزعه
ضرد ، كما لو جعله عروة مزادة او صفائح في صقف (كذا في الدر وحواشيه) . واما
اذا سبك الفضة والذهب ولم يصنعها ولم يضربها دراهم ودنانير بل جعلها صفائح ،
لم ينقطع حق صاحبها عنها بالاجماع ، كما في الهندية . وكذا لو غصب دراهم
وسكبها ولم يضرب منها شيئاً ، فانه لا ينقطع حق المالك بلا خلاف ، كما تقدم
انفاً عن الدر .

تتمة

ذكر في البرازية : في كل موضع انقطع حق المالك فالمالك احق بالمعين من
ساير الثرماء الى ان يستوفي حقه وليس بمنزلة الرهن . فان ضاع فعلى الغاصب اه فهو

كالمشتري اذا قبض المبيع بغير اذن البائع قبل اقباض الثمن ، بل ادلى ، لأن الملك اقوى من اليد ، كما في الزبلي .

المادة ٩٠٠ = * اذا تناقص سعر المصوب وقيمته بعد النصب فليس لصاحبه ان لا يقبله ويطالب بقيمته التي في زمان النصب . ولكن اذا طرأ على قيمة المصوب نقصان بسبب استعمال الغاصب يلزم الضمان . مثلاً اذا ضعف الحيوان الذي غصبه وورده الغاصب الى صاحبه يلزم ضمان نقصان قيمته . كذلك اذا شقق احد الثياب التي غصبها وطراً بذلك على قيمتها نقصان فان كان النقصان يسيراً يعني لم يكن بالغاً ربع القيمة اي قيمة المصوب فعلى الغاصب ضمان نقصان قيمته وان كان فاحشاً اعني ان كان النقصان مساوياً لربع قيمته او ازيد فالمصوب منه بالخيار ان شاء ضمنه نقصان القيمة وان شاء تركه للغاصب واخذ منه تمام قيمته *

شروع في بيان احكام تقص المصوب في يد الغاصب ، بعد الفراغ من بيان احكام الزيادة عليه واحكام ملاكه حقيقة او حكماً بانقطاع حق المالك عنه . وقد تضمنت هذه المادة اربع مسائل : الأولى : اذا تراجع سعر المصوب فنقص عن سعره يوم النصب ، فان المالك ليس له الا اخذ عين المصوب بلا رجوع على الغاصب بشئ . وهذا لأن تراجع السعر بفتور الرغبات لا بفوات جزء من العين . لكن كون الحكم كذلك مقيد بما اذا كان الرد في مكان النصب . فلو كان في مكان آخر فالمالك مخير بين ثلاثة اشياء : ان يأخذ القيمة على سعر مكان النصب يوم الخصومة او ينتظر الى رده في مكان النصب او يرضى برده في المكان الذي وجده

فيه . كذا في شرح مسكين على الكنز مع حاشيته لأبي السعود .

الثانية : اذا نقص المنصوب بفوات وصف مرغوب فيه كما اذا ضعف الحيوان المنصوب او زال سمعه او بصره او حصل له عور او شلل او بفوات المعنى المرغوب في العين ، كالمبد اذا كان شاباً فصاد شيخاً او شابة فصارت عجوزاً او نسي الحرفة التي كان يعلمها او القران او صار آبقاً او سارقاً بعد ان لم يكن كذلك او جن ، فالمالك في جميع هذه الصور ليس له الا اخذ عين المنصوب والرجوع بالنقصان سواء حصل النقص بفعل الغاصب او بفعل اجنبي او بلا فعل احد ، كما صرح به مسكين على البكر ، لانه مضمون على الغاصب بمجرد النصب ، فلم يتفاوت هلاكه بفعله او بنير فعله ، ولذا وجب عليه قيمته يوم النصب .

ثم اذا كان النقص بفعل اجنبي ، فالمالك مخير بين ان يرجع بالنقصان على الغاصب ويرجع هو على الجاني ، او على الجاني ولا يرجع على احد ، لانه قرر على الغاصب ضماناً كان يمكنه ان يتخلص منه برد العين (اناؤه في رد المختار) و به ظهر ان تقييد النقصان في هذه المادة بكونه بسبب استعمال الغاصب تبعاً للدر ، قد ذكر اتفاقياً لا احترازياً .

المسئلة الثالثة : اذا نقص المنصوب بفوات جزء منه وكان النقص يسيراً كما اذا خرق الثوب خرقاً يسيراً ، فالحكم فيه كما في سابقه ، وهو ان المالك ليس له الا اخذ العين وتضمين النقصان ، وليس له خيار الترك على الغاصب . وذلك لان النقص لما كان يسيراً ، كانت العين قائمة من كل وجه . قيل : الا اذا وجد فيها الغاصب صنعة .

واقول : لا معنى لهذا الاستثناء ، لان تجديد الصنعة فيها لا توجب نقصاً بل زيادة في المنصوب ينقطع بها حق المالك ، كما تقدم في المادة (٨٩٩)

المسئلة الرابعة : اذا نقص المنصوب بفوات جزء منه وكان النقص فاحشاً كما اذا خرق الثوب خرقاً فاحشاً ، فصاحبه بالخيار : ان شاء ضمن الغاصب كل القيمة ويكون المنصوب للغاصب ، لانه حيث كان النقص فاحشاً ، مستهلك من وجه ، لانه صار لا يصلح لجيم ما كان صالحاً له قبله - وان شاء اخذ المنصوب وضمن النقصان للغاصب ، لانه تعيب من وجه وهو قائم في الحقيقة (هندية)

واختلف في الحدّ الفاصل بين النقص البسر والنقص الفاحش على اربعة اقوال مذكورة في الشرنبلالية ، اختارت منها المحلّة القول الأول منها ، وهو انه ان اوجب نقصان ربع القيمة فصاعداً فهو فاحش . وان دون ذلك فهو يسير اه وفي الهندية : قال شمس الائمة السرخسي : والحكم الذي في الخرق في الثوب من تحجير المالك اذا كان الفرق فاحشاً ، وامساك الثوب واخذ النقصان اذا كان الخرق يسيراً ، فهو الحكم في كل عين من الاعيان - الا في الاموال الربوية ، فان التعيب هناك فاحشاً كان او يسيراً موجب لصاحبها الخيار بين ان يمك العين ولا يرجع على الناصب بشيء ، وبين ان يلم العين ويضمنه مثله او قيمته ، لان تضمين النقصان متمذر لانه يوءدي الى الربا (كذا في النهاية) فلو غصب ثوباً فغفّن عنده او اصفر ، اخذه المالك وما نقصه .

وهذا اذا كان النقصان يسيراً . فاذا كان كثيراً ، يحجر بين الاخذ والترك . وان كان المنصوب مكبلاً او موزوناً فمفّن عند الناصب ، فعليه مثله ، وهذا المناسد للناصب ، وان شاء اخذ الطعام العفن ولا شيء عليه (كذا في المحيط) وبهذا يعلم ان الامساك واخذ النقصان في المسئلة الثانية ، وهي ما اذا كان النقص بفوات الوصف المرغوب او المعنى المقصود من المنصوب ، هو مقيد ايضاً بما اذا لم يكن من الاموال الربوية ، والا فهو موجب لصاحبها الخيار المذكور . فان النقص في الثوب الذي عفن او اصفر ، وكذا في الخنطة التي عفت ، حاصل بفوات الوصف المرغوب ، وهو اليبس كما لا يخفى .

وفي الهندية : كل اناه مصوغ كسره رجل ، فان كان من فضة فعليه قيمته مصوغاً من الذهب . وان كان من الذهب فعليه قيمته مصوغاً من الفضة (كذا في المبسوط) ومن اد على قلب رجل وهشمه وكان القلب من فضة كان صاحب القلب بالخيار : ان شاء اخذه مهشوماً ولا شيء له غيره ، وان شاء ضمنه قيمته مصوغاً من ذهب وثركه عليه . ولو اراد ان يضمنه قيمة النقصان وبأخذ المهشوم ، فليس له ذلك . وبعد ما قضى عليه بالقيمة من خلاف الجنس لو تفرقا قبل التقابض من الجانبين ، فانه لا يبطل القضاء ، لان القيمة قامت مقام العين . ثم الفضة والذهب بالصياغة لا يخرجان عن اعتبار الوزن وغيرهما من الحديد

والصفر والتحاس وغير ذلك قد يخرج بالصباغة عن حد الوزن ، وقد لا يخرج .
فما كان لا يخرج عن حد الوزن بالصباغة نحو ما اذا كان في موضع بيع وزناً ولا
يباع عدداً فيكون حكمه كالذهب والفضة المصوغ . فاذا كسره رجل واورث فيه
عيباً فاحشاً او بسيراً يغير صاحبه بين اخذ الجنس بغير شيء وبين التسليم الى الكاسر
واخذ القيمة من الدرهم والدنانير ، ولا يكون التقابض من شرطه بالاجماع . وان
كان يخرج بالصباغة عن حد الوزن وصار عددياً ، فان كان الكاسر لم يورث فيه
عيباً فاحشاً فليس لصاحبه خيار التترك ولكن يجبهه لنفسه ويضمنه النقصان من
جهة القيمة . وان كان الكاسر اورث فيه عيباً فاحشاً فصاحبه بالخيار : ان شاء اخذه
منه واخذ قيمة النقصان معه ، وان شاء سلمه الى الكاسر وضمنه قيمته صحيحاً غير
مكسور (كذا في شرح الطحاوي)

وفي الخاتمة : رجل غضب عبداً فابيضت عينه عند الفاصب فاسترده المالك
وضمن الفاصب ارش العين ثم انجلى البياض عند المالك كان للفاصب ان يترد من
المالك ما ضمن من ارش العين اهـ .

المادة ٩٠١ = * الحال الذي هو مساوٍ للغصب في ازالة التصرف
حكمه حكم الغصب كما ان المستودع لو انكر الودبعة يكون في
حكم الفاصب وبعد الإنكار اذا تلفت الودبعة في يده بلا تعد
يكون ضامناً *

قد عرفت المحلة الغصب في المادة (٨٨١) بأنه اخذ مال احد وضبطه بدون
اذنه . ولا يخرج بهذا التعريف مسائل لها حكم الغصب من حيث وجوب الضمان ،
بينت هذه المادة انه قد يدخل في حكم الغصب ما ليس بغصب ان ساواه في ازالة
نصرف المالك عن ملكه . فمن ذلك ما اذا قتل انسانا في مفازة وترك ماله ولم يأخذ
بنته شيئاً ، وما اذا غضب عبداً واستهلكه حتى يبيس لبن امه ، فانه يضمن المال في

المسئلة الأولى ، وبضمن العجل مع نقصان امه في المسئلة الثانية ، كما صرح به في الخانية ، كما هو حكم النصب ، مع انه ليس بنصب ، اذ لم يأخذ المال ولا الأم ولم يفعل فيها شيئاً .

كما ان من جمود الوديعة ثم هلكت عنده بلا تعد يكون ضماناً مع ان الوديعة قد كان اخذها باذن المالك ، فكان لها حكم النصب مع انها ليست بنصب . لكن كون الوديعة تضمن بمجرد الجعود هو احد قولين ذكرهما في جامع الفصولين كما تقدم في كتاب الوديعة ، وقيل لا بضمن ما لم يتقلها بعد الجعود من مكانها التي كانت فيه . والذي اقتصر عليه في الخلاصة عن المنتقى الضمان مطلقاً واطلاق هذه المادة بواقفه .

وانما كان جمود الوديعة له حكم النصب ، لأن فيه ازالة نصرف المالك حكماً ، لأن بد المودع كانت يد صاحب الوديعة قبل الجعود وبعده ازيلت يد صاحبها الحكيم ، كما في رد المحتار .

وكون وجوب الضمان في هذه المسائل من حيث وجود التعدي والانلاف نسبياً ، لا من حيث تحقق النصب ، كما تقدم في شرح (٨٨١) المذكورة ، لا يتاني ما ذكر من ان لها حكم النصب ، بل يؤيده ، لان جميع مسائل الانلاف لها هذا الحكم ، ولهذا ذكرت احكامها في كتاب النصب .

المادة ٩٠٢ = لو خرج ملك احد من يده بلا قصد مثلاً لو سقط جبل بما عليه من الروضة على الروضة التي تحته يتبع الاقل سيف القيمة الاكثر . يعني صاحب الارض التي قيمتها اكثر بضمن لصاحب الاقل ويملك تلك الارض . مثلاً لو كان قبل الانهدام قيمة الروضة الفوقانية خمسية وقيمة التحتانية الفأ بضمن صاحب الثانية لصاحب الأولى قيمتها ويملكها . كما اذا سقط من يد احد لؤلؤه قيمته خمسون والتقطه دجاجة قيمتها خمسة فصاحب اللؤلؤه يعطي الخمسة ويأخذ

الدجاجة انظر الى مواد ٢٧ و ٢٨ و ٢٩ *

وهي اي المواد الثلاثة المذكورات * الضرر الأشد يزال بالضرر الاخف *
و * اذا تمارض مفسدان روعي اعظمها ضرراً بارتكاب اخفها * و * يختاراهون
الشرب *

ومن مسايل خروج الملك من يد المالك بلا قصد ، لو ادخل بقر رجل رأسه
في قدر آخر ، او ادع فصلاً فكبر في بيت المودع ولم يمكن اخراجه الا بهدم
الحائط ، او سقط دبناره في محبرة غيره ولم يمكن اخراجه الا بكسرها ، ونحو
ذلك ، فان صاحب الأكثر يضمن قيمة الأقل (كذا في الدر)

قال في حاشية رد المحتار : فان كانت قيمتها على السواء ، يباع عليها ويقنسان
الثلث تاترخانية اه فان ابى صاحب الاكثر ان يدفع قيمة الأقل ، يباع الكل عليها .
ففي الحانية : شجرة القرع اذا نبتت في ملك رجل فصارت في حب رجل آخر وعظم
القرع فتعذر اخراجه من غير كسر الحب ، فهي بمنزلة اللؤلؤة اذا ابتلعها دجاجة ،
ينظر الى اكثر المالكين يقال لصاحبه ان شئت اعطيت الآخر قيمة ماله فيصير لك ،
وان ابى ، يباع الحب عليها ويكون الثلث بينهما .

وذكر في الحانية ايضاً : البعير اذا ابتلع لؤلؤة وقيمة اللؤلؤة اكثر ، كان
اصحاب اللؤلؤة ان يدفع اليه قيمة البعير . فان كان ثمن اللؤلؤة شيئاً يسيراً فلا
شيء على صاحب البعير اه فتأمل .

ونقييد الخروج بكونه بلا قصد ، لاختلاف الحكم اذا كان بالقصد . ففي
الهندية : ولو وقع درهم او لؤلؤة في محبرة وكان لا يخرج الا بكسرها ، ان
كان ذلك بفعل صاحب المحبرة وكان اكثر قيمة من المحبرة ، كسرت ولا غرم
على صاحب الشيء الواقع فيها . وان وقع بفعل صاحب الشيء او بغير فعله ، كسرت
ايضاً وعلى صاحب الشيء قيمة المحبرة . وان شاء صبر حتى تكسر (كذا
في الجوهرة)

وفي الهندية ايضاً : واذا دخلت ارنجة رجل في فارورة الآخر ، ينظر الى
اكثرها قيمة فيؤمر صاحبه بأن يدفع قيمة الآخر . ولو ادخل رجل ارنجة رجل

في قارورة الآ خر ، بضمن قبعة كل واحد منها لصاحبه ، ولا خيار لاحد لانه
انلقها ، ونكون الانزجة والقارورة له (كذا في مبسوط السرخسي) اه

﴿ تممة ﴾

ذكر في الدر ما حاصله : انه لو ابتلع لؤلؤة فوات ، لا يشق بطنه ، لأن
حرمة الآ دمي اعظم من حرمة المال . ثم نقل عن تنوير البصائر ان الاصح انه
يشق ، كما هو عند الشافعي ، وذكر في حاشية رد المحتار وفي البرازية : وعن محمد
لا يشق لودرة ، وعليه الفتوى ، لان الدررة تفسد فيه فلا يفيد الشق . والدنانير
لا تفسد .

وفي البيري عن للخيص الكبرى : لو بلغ عشرة دراهم ومات ، يشق . وافاد البيري
عدم الخلاف في الدرهم والدنانير ، لعدم فسادها . وقد علم اختلاف التصحيح في
الدررة ، وانقط الفتوى اقوى ، تأمل اه فأفاد انه لا يشق في الدررة مطلقاً على ما عليه
الفتوى ، ويشق في الدرهم والدنانير اذا بلغ قيمة العشرة دراهم ، لا اذا كانت اقل ،
تأمل هذا .

وفي الهندية ما نصه : رجل ابتلع درة رجل ومات ، فان ترك مالا اعطى
الضمان من تركته ، وان لم يترك مالا لا يشق بطنه ، ولو ابتلع درة غيره وهو
حي ، بضمن قيمتها ولا ينظر الى ان يخرج منه اه .

المادة ٩٠٣ = ﴿ زوايد المصوب لصاحبه واذا استهلكها
الفاصب بضمنها . مثلاً اذا استهلك الفاصب لبن الحيوان المصوب او
فلوه الحاصلين حال كون المصوب في يده او ثمر البستان المصوب
الذي حصل حال كون المصوب في يده ضمنها حيث انها اموال
المصوب منه . كذلك لو غصب احد بيت نخل العسل مع نخله
واستردّها المصوب منه بأخذ ايضاً العسل الذي حصل عند الفاصب ﴾

عبارة الدر شرحاً ومثلاً هكذا : وزايد المنصوب مطلقاً ، متصلة كسمن .
وحسن ، او منفصلة كدر وثمر ، امانة لا تضمن الا بالتعدي او النع بعد طلب
المالك ، ولو طلب المتصلة لا يضمن اه .

قال محبيه الحلبي . لان دفعها ، يعني المتصلة ، غير ممكن ، فلا يكون مانعاً اه .
وقال محبيه الرحمي : بقي ما لو طلبها مع الاصل بأن قال سلمني الجارية او
الدابة بعد الحسن او السمن ، فنعاه ، يعني ان يضمنه كالاصل ، وليجر اه .
وقال في رد المحتار ، بعد نقل ذلك ، اقول : ذكر في الجمع ان الزيادة
المتصلة لا تضمن بالبيع والتسليم قال شارحه : اي عند ابي حنيفة . اما المنفصلة ،
فمضمونة اتفاقاً ، لانه بالتسليم الى المشتري صار متعدياً اه فثبت لم يضمن بالتسليم
الى المشتري ، لا يضمن بالتمتع ايضاً اه مختصراً . يعني وان كان الطلب مع الاصل .
اقول : ذكر في الهنديه تقلا عن محيط السرخسي ان الغاصب لو استهلك
الزوايد المتصلة في غير الآدمي ، لا يضمن الزيادة عنده ، خلافاً لها ، وهو
الصحيح اه .

وفي البرازية : ولو استهلك الغاصب المنصوب بعد الزيادة بأن باعه وسلمه الى
المشتري فبذلك عند المشتري ، فالمالك بالخيار ، ان شاء ضمنه قيمته يوم الغصب
وجاز البيع والتمتع للغاصب ، او ضمن المشتري قيمته يوم القبض وبطل البيع ، وله
ان يرجع على الغاصب بالتمتع ، وليس له على الغاصب قيمته يوم التسليم عند ابي
حنيفة رحمه الله تعالى اه ومثله في شرح مسكين على الكنز .

وذكر محبيه ابو السمود : وفي توجيه قول الامام ان الزيادة المتصلة وصف لا
يقابله . شيء من التمن ، فلا تضمن ، بخلاف المنفصلة ، ولا انه لا يمكن تضمين
الزيادة المتصلة مع الاصل ، لان ضمان الاصل واجب بالغصب فلا يتصور ايجابه
بالتسليم ، يعني الاستهلاك ، لان اثبات الثابت محال = ولا يمكن تضمين
الزيادة بدون الاصل ، لانيها تبقى ببقاء الاصل ، فلا تنفرد عن الاصل بضمان ،
فامتنع التضمين ضرورة .

وفي توجيه قولهما انه بالتسليم الذي هو استهلاك فوت على المالك مكنة
استرداده المنصوب مع الزيادة نصار متمدياً فيها فبضمها كما يضمن المنفصلة اه

فقد ظهر ان تضمين الزوائد عند الاستهلاك او المنع بعد الطلب في المنفصلة ، متفق عليه . وفي المتصلة ، فيه خلاف : فعند الامام لا يضمن ، وعندهما يضمن كالمنفصلة .
واما ذكر بعضهم الخلاف المذكور في مسألة البيع والتسليم ، فليس لكون الخلاف خاصاً في هذه المسئلة بل لكون هذه المسئلة من جملة مسائل الاستهلاك ، كما ذكره ، كما صرحت به عبارة الهندية وعبارة البرازية . وتوجيه كل واحد من قولي الامام وصاحبيه المنقول آنفاً عن ابي السعود يشر بذلك ايضاً .

وبهذا علم ان بحث الرحمي السابق لا يتمشى على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، لان الزيادة المتصلة لا تضمن عنده بالاستهلاك حقيقة ، فضلاً عن المنع بعد الطلب . نعم يتمشى على قولها ، لكونها مضمونة كالمنفصلة . وظاهر اقتصار متن المجمع والبرازية على قول الامام كما تقدم ، يفيد ترجيحاً ، وكذا اقتصر عليه في الاقروية معزباً لمجمع الفتاوى .

واما قول الهندية عن مبسوط السرخسي كما تقدم « وهو الصحيح » فيجتمل ان الضمير فيه راجع لقول الامام ، لانه المحدث عنه . ويحتمل انه راجع لقولها لانه اقرب مذكور ، فتأمل وراجع لتقف على الصحيح . وعلى ما ذكرنا لا منافاة بين ما نقله في رد المحتار اولاً عن شرح المجمع لابن ملك من قوله « فلو قتله ، اي المصوب الفاصب ، ضمنه مع الزيادة » الشعر بأن تلك الزيادة متصلة ، وبين ما نقله بعد ذلك عن جامع الفصولين من قوله « غصب شاة فسمنت فذبحها ضمن قيمتها يوم غصب لا يوم ذبحه عند ابي حنيفة كما لو تلف بلا اهلاكه » اه لان النقل اولاً عن ابن ملك جارٍ على قولها . واقتصار هذه المادة على التمثيل بالزيادة المتصلة فقط ، مشعر بما ذكرنا ، ومشعر ايضاً باختيار قول ابي حنيفة ان الزيادة المتصلة غير مضمونة ، فتدبر .

واعلم ان الاكساب الحاصلة بلمستفلال الفاصب ليست من زوائد المصوب ، فهي غير مضمونة وان استهلكها ، لانها عوض عن منافع المصوب ، ومعلوم ان منافع المصوب غير مضمونة عندنا ، فكذا بدلها (رد المحتار عن الكفاية)

وفي هامش الاقروبي عن الضائبة : وكما ان باستهلاك الزوائد يعني المنفصلة ومنعها عن المالك اذا طلب بنفسه يضمن ، كذلك يضمن بالجحود اذا طلب

المادة ٩٠٤ = * عسل النحل التي اتخذت في روضة احد ماوى هو لصاحب الروضة واذا اخذه غيره واستهلكه بضمن *

لانه ملك صاحب الارض لحصوله من ثمنها وازالها وان لم يكن المالك قد اعدما لذلك كما نقله الشارح سليم باز عن الدر وحواشيه ، ولم اره الا ان .
والظاهر ان التقييد بالاستهلاك اتفاقيا والا فبالهلاك ايضا بضمن غاصب العسل ، كما هو حكم المال المنصوب . والظاهر ايضا انه لو غصب روضة فانخذ النحل فيها ماوى وهي في يد الغاصب ، ان يكون العسل الحاصل من ذلك النحل من زوائد المنصوب المنفصلة كالثمر ، فتكون امانة في يد الغاصب نضمن بالاستهلاك او المنع بمد الطالب ، لا بالهلاك كما تقدم ذلك في الثمر ونحوه ، ويجوز .

= الفصل الثاني =

- في بيان المسائل المتعلقة بنصب العقار -

العقار مثل سلام كل ملك ثابت له اصل كالدار والنخل ام (مصباح المنير) وقد منا في شرح المادة (٨٨١) ان الغصب على ضربين ، ما هو موجب للضمان فيشترط له ازالة اليد المحقة ، وما هو موجب للرد فيشترط له اثبات اليد المبطله . وان الحد المذكور في تلك المادة انما هو للضرب الثاني . فباعثاره بتحقيق الغصب في العقار اتفاقا بين امتنا الثلاثة ، اذ لا خلاف بينهم في وجوب الرد ، بل وفي جميع ما عدا حكم الضمان من احكام الغصب .

نعم الخلاف بينهم في حكم الضمان لو هلك بافة سماوية ، فالامان اشترطا لتحقيق الغصب الموجب للضمان ان يكون المنصوب منقولا ، لانه يشترط لذلك ازالة اليد المحقة كما علمت ، وهذه الازالة لا تتحقق الا بنقل المنصوب من

مكانه الى مكان آخر . وهذا لا يمكن في العقار . وقال محمد ان استيلاء الغاصب على العقار المنصوب قائم مقام الازالة ، فيكون مضموناً بالملاك .
وقولها مشت عليه المئون ، وعليه الفتوى الا في عقار الوقف واليتيم والمعد للاستغلال ، فان الفتوى فيها على قول محمد بالضمان ، اي ضمان ذات العقار اذا هلك بأفة سماوية كسيل غالب وما اشبهه - كما ان الفتوى على ان الغاصب يضمن منافعها ، مع ان منافع الغصب في غير هذه الثلاثة غير مضمونة اتفاقاً . هذا ملخص ما في الدر وحواشيه .

اقول : وكون المعد للاستغلال مضموناً كعقار الوقف واليتيم ، نقله في رد المحتار عن حاشية الاشباه معزياً للكمال . لكن في النفس منه شيء ، وهو انه انما اخذوا بقول محمد في عقار الوقف لقولهم انه يفتى بكل ما هو اتفق للوقف ، والحقوا به عقار اليتيم لوجوب النظر اليهما ، وليس المعد للاستغلال بهذه المثابة . نعم قالوا ان منافع المعد للاستغلال مضمونة ، لكن عللوا ذلك بأنه يحتمل استعمال الغاصب لها على الاجارة اي انه استعملها ليدفع اجرتمها للمالك او غلتها ، كما قدمناه في كتاب الاجارة . ولذا ذكر في الدر هنا انه يشترط علم المستعمل بكونه معداً حتى يجب الاجر ، وان لا يكون المستعمل مشهوراً بالغصب اه .
وفي رد المحتار عن الذخيرة ، قالوا : في المعد للاستغلال يجب الاجر اذا سكن على وجه الاجارة . عرف ذلك منه بطريق الدلالة . وذكر في مزارعتها ان في المعد للاستغلال تحمل على الاجارة ، الا اذا سكن بتأويل ملك اه .
وفي الاشباه : ادعى نازل الخان وداخل الحمام وما كن المعد للاستغلال الغصب ، لم يصدق . والاجر واجب . اه

فظهر ان المعدول عن قولها المفتى به الى قول محمد في ضمان ذات العقار المعد للاستغلال اذا هلك لا بفعل الغاصب ، لا وجه له بظهور . نعم اذا كان ما عزى للكمال منقولاً ، فليس لنا الا اتباعه ، فتأمل وراجع . وعلى قولها مشت الجملة كما يظهر من المواد الآتية .

والاصح ان الامامين بواقفان محمداً بالضمان في مستثنين غير الثلاث المذكورات الاولى : اذا باع الغاصب العقار وسلمه ، فانه يضمنه لكونه البيع والتسليم استهلاكاً

والثانية : اذا اودع عقاره من آخر ثم جرده المودع ، فانه بضمه ايضا لو ملك ، لانه ترك الحفظ الملتزم بالحدود .
وهناك مشكلة ثالثة ، ليست من باب النصب ، بضمن فيها العقار ، وهي ما اذا شهدا على رجل بالعقار ثم رجعا بعد القضاء ، فانها بضمنان .
وفيا عدا هذه الثلاثة والثلاثة قبلها ، فالعقار غير مضمون الا بالاستهلاك (افاده في الدر وحواشيه)

المادة ٩٠٥ - * المضمون ان كان عقاراً يلزم الغاصب رده الى صاحبه من دون ان يغيره و ينقصه . واذا طرأ على قيمة ذلك العقار نقصان بصنع الغاصب و فعله بضمن قيمته . مثلاً لو هدم احد محلاً من الدار التي غصبها او انهدم بسبب سكناه و طرأ على قيمتها نقصان بضمن مقدار النقصان . كذلك لو احترقت الدار من النار التي اوقدها الغاصب بضمن قيمتها مبنية *

عبارة البرازية : غير المنقول كالطاحونة والحانوت اذا انهدم عند الغاصب بأمة سماوية او جاء سيل فذهب بالبناء ، لا ضمان عليه عندها ولو تلف بسكناه او قطع اشجاره ، ضمن اجماعاً . وان هدمه آخر او قطع اشجاره ، فالمالك بالخيار بضمن ايها شاء . ولو زرع فيها فالخارج له وضمن نقصانها .
وقد تقدم في المادة (٨٨٢) وشرحها تفسير قيمة الابنية والاشجار قائمة ، وتفسير نقصانها قائمة . وفي المادة (٨٨٦) وشرحها تفسير نقصان الارض اذا زرعت . وان المجلة اعتمدت قول نصير بن يحيى انه ينظر بكم تستأجر هذه الارض قبل الاستعمال وبعده ، فالنقصان ما تفاوتت بينهما .
ثم اذا ذرع الغاصب الارض و دفع قيمة نقصانها للمالك ، هل يطيب له الباقي ؟ ذكر في رد المحتار ممزباً للتبيين ان الغاصب يأخذ راس ماله ، وهو

البذر ، وما غرم من القصان وما اتفق على الزرع ، ويتصدق بالنفل عند الامام
ومحمد . فلو غصب ارضا فزرعها كرتين فاخرجت ثمانية ولحقه من المونة قدر
كر وتقصانها قدر كر ، فانه بأخذ اربعة اكرار ويتصدق بالباقي . وقال ابو
يوسف لا يتصدق بشيء . ولو ادى للمالكه حل له التناول لزوال الخبث ، ولا
يصبر حلالاً بتكرار العقود وتداول الألسنة (ذكره القهستاني اه)

المادة ٩٠٦ - * ان كان المصوب ارضاً و كان الغاصب
انشأ عليها بناء او غرس فيها اشجاراً يومر الغاصب بقلعها . وان كان
القلع مضرراً بالارض فللمصوب منه ان يعطي قيمة البناء او الغرس
مستحق القلع ويملكه . ولكن لو كانت قيمة الاشجار او البناء
ازيد من قيمة الارض و كان انشأ او غرس بزعم سبب شرعي ، كان
حينئذ لصاحب الاشجار او البناء ان يعطي قيمة الارض ويملكها .
مثلا لو انشأ احد على العرصة الموروثة له من والده بناء بمصرف ازيد
من قيمة العرصة ثم ظهر لها مستحق فالباقي يعطي قيمة العرصة
و بضبطها *

اعلم ان المتون قاطبة الا الدرر اطلقت القول بأن الغاصب يومر بالقلع
ورد الارض فارغة للمالكها . وقال في مجمع الأنهر انه ظاهر الرواية ، لقوله
عليه الصلاة والسلام * ليس لعرق ظالم حق * اي لذي عرق ظالم . وصف
العرق بصفة صاحبه ، وهو الظلم مجازاً ، كما يقال صام نهاره وقام ليله اه وقيده في
الدرر ، وكذا بعض الشراح كالزبلي والدر المختار ومسكين على الكنز وغيرهم ،
بما اذا كانت قيمة الارض اكثر من قيمة البناء والشجر . فلو كانت قيمتها اكثر
من قيمة الارض ، فللغاصب ان يملك الارض بقيمتها . قال في رد المحتار : وهذا
قول الكرخي . قال في النهاية : وهو اوفق لمسائل الباب ، اي لسئلة الدجاجة اذا

ابتلعت لولوة لغير صاحبها ونحوها . لكن في العمادية : ونحن نفتي بجواب الكتاب ، اتباعاً لما يخناه ، فانهم كانوا لا يتركونه - اي من ابوه مر بالتمام والرد الى المالك مطلقاً .

وفي العمادية عن الانقروبي انه لا يفتي بقول الكرخي (صرح به المولى ابو السعود المفتي) ونعم هذا الجواب ، فان فيه سد باب الظلم .
ويمكن ان يفرق بين هذه وبين مسألة اللؤلؤة ونحوها بانها في تلك امر اضطراري صدر بدون قصد معتبر . واما النصب فهو فعل اختياري مقصود ام وفي مجمع الانهر : وبه ، اي بقول الكرخي ، يفتي بعض المتأخرين . لكن ظاهر الرواية ما ذكر في المتن ، وبه يفتي البعض في زماننا سد الباب الظلم اه .
نظير من هذا ان المجلة قد اخذت بظاهر الرواية الذي مشث عليه المتون في صورة يتحقق فيها ظلم الباني او الفارس ، واخذت بقول الكرخي في صورة يكون الباني او الفارس غير ظالم بالبناء والغرس . ونعم هذا التفصيل ، فان من بنى او غرس في ارض موروثه له عن ابيه مثلاً ليس بظالم ، فاذا استحققت يفتي بقول الكرخي من التفصيل ، تطبيقاً على قاعدة الضمر الاشد يزال بالضرر الاخف .
لكن لا يكتفي منه بمجرد دعواه وزعمه انه ورث ذلك عن ابيه ، ما لم يظهر ويتحقق لدى القاضي انها كانت في بدايته وتركها ميراثاً ، والآفات بعض الظلمة قد يحتاج لارض جاره ، وهو يعلم ان جاره لا يبيعها فيني فيها بناء قيمته اكثر من قيمة الارض ، فاذا عارضه الجار ادعى بان الارض ملكه ارثاً له عن ابيه او نحو ذلك . فاذا اثبتها المقصوب منه يقول اني بنيت بزعم سبب شرعي ، فانا امتلك الارض بقيمتها : وقد وقع مثل هذا من بعض الظلمة مع بعض الفقهاء وشاهدناه ، عامله الله بمدله . فمثل هذا لا ينبغي ان يعامل الا بظاهر الرواية من تكليفه القلع والرد للمالك ، زجرآ له ولا مثاله .

❖ نسيات ❖

الأول : ان خلاف الكرخي المذكور انما هو فيما اذا كالت الارض ملكاً اما اذا كانت وقتاً فيومر بالقلع والرد مطلقاً اتفاقاً ، كما صرح به في مجمع الانهر ،

لان الارض لا يجوز تملكها .

قلت ويظهر لي ان مثل ارض الوقف ، ارض اليتيم اذا لم يكن مضطراً لنفقة او وفاة دين ، لعدم صحة بيع عقاره حينئذ ، فتدبر .

الثاني : انما يكلف الباني قلم بنائه في الارض المنصوبة اذا كان البناء بغير تراب الارض ، والا فالبناء لرب الارض لانه لو امر بقضه بصير تراباً كما كان (كذا في رد المحتار عن الدر المنتقى)

اقول : يعني بأن كان البناء لبناً محضاً اخذه من تراب الارض . وانظر ما اذا امكن نقضه لبناً على هيئته ، هل يملكه الباني ويضمن قيمة التراب او نقصان الارض بأخذ التراب منها ؟ - الظاهر نعم ، لانه اخرج التراب عن اسمه يجعله لبناً بالصنعة ، فانقطع عنه حق المالك ، ويجوز .

الثالث : ضرر القلم المبيع لصاحب الارض ، ان يملك البناء او الشجر بقيمته مستحق القلم ، انما هو الضرر الفاحش اما لو كان الضرر يسيراً فيأخذ ارضه ويقلم الباني بناءه او شجره ويضمن نقصان الارض (كذا في رد المحتار عن الساجداني عن المقدمي)

اقول : ولا ننس ما مر في المادة (٩٠٠) من ان النقصان الفاحش ما كان مساوياً برهم القيمة فصاعداً .

الرابع : ان قيمة البناء او الشجر المستحق القلم هي اقل من قيمته مقلوعاً بقدر اجرة قلعه فاذا كانت قيمة الشجر المقلوع عشرة واجرة القلم درهم : يملكه بتسعة (كذا في رد المحتار عن المنع)

الخامس : قل في رد المحتار عن التارخانية انه بناء على قول الكرخي اذا كانت قيمة البناء او الفرس مساوية لقيمة الارض تباع الارض مع البناء او الشجر عليهما ويقسمان الثمن اه - وقد علمت ان المجلة اخذت بقول الكرخي فيما اذا لم يكن الباني ظالماً وكانت قيمة البناء او الشجر اكثر من قيمة الارض ، وصكت عما اذا كانت القيمة على السواء . فهل يؤخذ بقول الكرخي من البيه عليهما او بظاهر الرواية من الامر بالقلم والرد ؟ والظاهر الثاني ، لان هذه المادة افادت ان الاخذ بقول الكرخي مشروط بشرطين ، الاول ان تكون قيمة الاشجار او البناء

اكثر من قيمة الارض ، والثاني ان يكون يزعم سبب شرعي فاذا فقد احد الشرطين يتعين الأخذ بظاهر الرواية المذكور في صدر المادة ، فتدبر وانهم .
وهذه مسألة الساحة بالخاء . واما مسألة الساحة بالجيم ، وهي خشبة صلبة قوية ثبتت في بلاد الهند تستعمل في ابواب الدور و بنائها واساسها . فلو غصبها انسان وادخلها في بنائه وبنى عليها ، فإن كانت قيمة البناء اكثر منها ، ينقطع عنها حق المالك و يملكها الناصب بقيمتها . وان كانت قيمتها اكثر ، فلا ينقطع حق المالك عنها بل له هدم البناء واخذها ، كما في الدر و حواشيه . وكذا الحكم لو غصب خشبة وادخلها في بنائه او اجزا فادخله في بنائه او جصاً فبنى به ، كما في الهندية .

المادة ٩٠٧ - * لو غصب احد عرصة آخر وزرعها ثم استردها صاحبها بضمنه نقصان الارض الذي ترتب بزراعتها . كذلك لو زرع احد مستقلا العرصة التي يملكها مشتركا مع آخر بلا اذنه فبعد اخذ حصته من العرصة بضمنه نقصان حصته من الارض الذي ترتب على زراعتها *

هنا مسلتان : الاولى ان يزرع انسان في ارض ليس له فيها حق بل هي لغيره . والثانية ان تكون الارض مشتركة بينه وبين غيره فيزرعها كلها . وقد ذكر في هذه المادة ان حكم المسلتين واحد بعد رفع الزارع زرعه ورد الارض لصاحبها او لشريكه فيها وهو ان الزرع كله للزارع وبضمن لصاحب الارض او لشريكه فيها ما نقصته الارض بسبب الزرع ان حصل بها نقصان . وانما فصل بين المسلتين بقوله : وكذا الاشارة الى ان بينها فرقا فيما اذا كانت تلك الارض معدة للاجرة او للمزراعة ، كما سند كره .

وعبارة الهندية في المسئلة الاولى : غصب من آخر ارضا فزرعها ونبت ، فلصاحبها ان يأخذ الارض و يأمر الناصب بقلع الزرع فتربقا للملكه . فان ابى ان

يفعل فلمفصوب منه ان يفعله بنفسه ، فان لم يحضر المالك حتى ادرك الزرع ، فالزرع
لغاصب ، وهذا معروف ، وللمالك ان يرجع على الغاصب بنقصان الارض ، ان
انتقصت بسبب الزراعة .

ثم ان المشايخ رحمهم الله تعالى اختلفوا في معرفة النقصان . قال بعضهم : ينظر
بكم توجب قبل الزراعة و بكم توجب بعدها ، فمقدار التفاوت نقصان الارض . قال
شمس الائمة : وهو اقرب للصواب . وان حضر المالك والزرع لم يثبت بعد ، فان
شاء صاحب الارض تركها حتى يثبت الزرع ثم بأمره بالقلع ، وان شاء اعطاء قيمة
بذره ، لكن مبذوراً في ارض غيره ، وهو ان تقوم الارض غير مبذورة ومبذورة ،
فيضمن فضل ما بينهما (كذا في الذخيرة) اهـ

ثم نقل عن الظهيرية ان المختار انه يضمن قيمة بذره مبذوراً في ارض غيره ،
وهو ان تقوم الارض مبذورة يبذر له حتى القلم اذا نبت ، وغير مبذورة ، ففضل ما
بينهما قيمة بذر مبذوراً في ارض غيره اهـ .

ثم ان ما ذكر في هذه المادة من ان صاحب الارض ليس له الا تضمين
الغاصب نقصان الارض ان انتقصت ، انما هو فيما اذا كانت الارض ملكاً ولم يجر
عرف بلئها توه خذ مزارعة ولم يكن صاحبها اعداها للزراعة او الاجرة . والابان
كانت الارض في قرية اعتاد اهلها زراعة ارض الغير وكان صاحبها بمن لا يزرع
بنفسه ويدفع ارضه مزارعة ، فذلك على المزارعة ولصاحب الارض ان يطالب
المزارع بحصة الدهقان على ما هو متعارف اهل القرية ، النصف او الربع او ما شبه
ذلك (كذا في رد المختار عن الذخيرة)

قال : ومكذا ذكر في فتاوي النسفي ، وهو نظير الدار المدعة للاجارة اذا
سكنها لسان ، فانها يحمل على الاجارة . وكذا هاهنا اهـ .

وفي تنقيح الحامدية : والحاصل انها ان كانت الارض ملكاً فان اعداها ربهما
للزراعة ، اعتبر العرف في الحصة ، والا فان اعداها للايجار فالخارج للزارع وعليه لصاحب
الارض اجر المثل ، والا ف عليه النقصان ان انتقصت . وان كانت وقفاً ، فان ثمة
عرف وكان انفع ، اعتبر ، والا ف اجر المثل ، لقولهم يفتى بما هو انفع للوقف و كذا
لو كانت مال يتيم او سلطانية ، فاغنم هذا التحريم المفرد الجامع بين

كلامهم المبداه .

قلت : وذكر في الباب الثالث والعشرين في زراعة الاراضي بغير عقد من مزارعة الهندية مزيياً لفتاوى قاضيخان ؟ ما نصه لم وانما ينظر الى العادة اذا لم يعلم انه زرعها غصباً بأن اقر الزارع عند الزرع انه يزرعها لنفسه لاعلى المزارعة ، او كانت الرجل بمن لا يأخذ الارض مزارعة وبأنف من ذلك ، يكون غاصباً ويكون الخارج له وعليه تقصان الارض . وكذا لو اقر بعدما زرع وقال زرعتها غصباً ، كان القول قوله لانه ينكر استحقاق شيء من الخارج لغيره ام .

قال في تنقيح الحامدية ، بعد نقل نظير هذا عن البزازية والدخيرة ، ما نصه : لكن المشهور ، وهو المفتي به . ان منافع الغصب غير مضمونة الا في الوقف ومال اليتيم والمد للامتناع - الا اذا سكن المد للاستغلال بتأويل عقد او ملك وفي الاشياء ، ادعى نازل الخان وداخل الحمام وما كان المد للاستغلال الغصب ، لم يصدق ، والاجر واجب . قلت : وكذا مال اليتيم على المفتي به فتبه اه .

وفي تنقيح الحامدية ، مثل في ارض معلومة معدة للاستغلال جارية في ملك هند فوضع زيد عليها واستغلها واستوفى منفعتها مدة بلا اجارة ولا اجرة ، قامت هند تطالبه باجرة مثلها عن المدة الزبورة ، فهل لها ذلك ؟ - الجواب : نعم . ولو سكن داراً معدة للغلة او زرع ارضاً معدة للاستغلال من غير استئجاره يجب الاجر (جامع الفتاوى من الاجارة) وانظر ما كتبناه في شرح المادة (٥٩٦) وهذا كله فيما اذا لم يكن للغاصب حصة كربع او نصف في الارض المنصوبة . فلو كان شريكاً فيها وقد زرعها كلها بدون اذن الشريك ، فلا يجب عليه شيء من اجرة مثل او حصته من الزرع ، وان كانت معدة للاستغلال او المزارعة وجرى العرف بين اهل تلك القرية ، كما سيأتي التصريح به في المادة ١٠٧٦ ، لانه حينئذ قد استعملها بتأويل ملك . نعم ارض الوقف او اليتيم لا فرق فيها بين ان يكون الغاصب شريكاً فيها اولا ، كما تقدم في شرح المادة (٥٩٦)

وفي رد المحتار عن المحتسبي : ولو زرعها احد الشريكين بغير اذن صاحبه فدفع اليه صاحبه نصف البذر لكون الزرع بينهما قبل النبات ، لم يجز ، وبعبه يجوز . وان

اراد قلم الزرع من نصيبه بقاسمه الارض فيقلعه من نصيبه ويضمن الزارع نقصان الارض بالقلع اه

وفي الهندية معزباً للظهيرية : وعن محمد رحمه الله تعالى في رجلين بينهما ارض غاب احدهما ، فلتشربكه ان يزرع نصف الارض . ولو اراد في العام الثاني ان يزرع زرع النصف الذي كان زرع كذا ذكر هنا ، والفتوى على انه ان علم ان الزرع ينفع الارض ولا ينقصها فله ان يزرع كلها . واذا حضر الغائب فله ان ينتفع بكل الارض مثل تلك المدّة ، لان رضي الغائب في مثل هذا ثابت دلالة . وان علم ان الزرع ينقصها او الترك ينفعها ويزيدها قوة ، فليس للحاضر ان يزرع فيها شيئاً ، لان الرضى غير ثابت اه .

المادة ٩٠٨ - * اذا كرب احد ارض آخر غصباً ثم استردها صاحبها فليس للغاصب مطالبة اجرة في مقابلة الكراب *

كما لو قتل اهداب الثوب او ازال اوصاخه بالاشنان والصابون لان هذا ليس بزيادة عين مال في المصوب ، وانما هو تغيير صفة اجزائه . وفي اجارة الوقف من الخانية : رجل غصب ارضاً موقوفة وزاد في الارض من عنده ، ان لم تكن الزيادة مالا متقوماً بأن كرب الارض او حفر النهر او القى فيها المرفقين واختلط ذلك في التراب وصار بمنزلة المستهلك ، فان القيم يسترد الارض من الغاصب بغير شيء اه ومثله في الهندية من الباب التاسع من كتاب الوقف

المادة ٩٠٩ = * لو شغل احد عرصة آخر بوضع كناسة او غيرها فيها يجبر على رفع ما وضعه وتولية العرصة *

لان الرضع المذكوران كان باذن صاحب العرصة ، كان اعارة وللمعير ان

يرجع متى شاء . وان كان بلا اذنه فهو تصرف في ملك الغير بلا اذنه ،
وهو غير جائز فيجب على تفرغه .

وفي الهندية : دابة رجل دخلت في دار غيرها فاخراجها على صاحب الدابة
لانها ملكه شغلت دار غيره . وكذلك طائر الرجل مات في بئر غيره ، فاخراج
الطير على صاحب الطير وليس عليه نزع الماء . وفي مخالفة لما ذكره قبل ذلك
بقوله « ماتت دابة في دار رجل آخر ، ان كان لجلدها قيمة يخرجها المالك ، والا
يخرجها صاحب الدار » فتأمل .

= الفصل الثالث =

« في حكم غاصب الغاصب »

المادة ٩١٠ - * غاصب الغاصب في حكم نفس الغاصب . فاذا
غصب من الغاصب المال المقتصوب شخص آخر واتلفه او تلف في
يده فالمقتصوب منه مخير ان شاء ضمنه الغاصب الاول وان شاء ضمن
الغاصب الثاني . وله ان يضمن مقداراً منه الاول والمقدار الآخر
الثاني . وبتقدير تضمينه الغاصب الاول فهو يرجع على الثاني واما اذا
ضمن الثاني فليس للثاني ان يرجع على الأول *

مثل غاصب الغاصب مودعه ومرتهنه والمشتري والمستأجر والمستعير والمنتهب
منه والمتصدق عليه منه فان المالك مخير بين ان يضمن الغاصب او احد هؤلاء .
لكن ان ضمن المنتهب من الغاصب او المتصدق عليه او المستعير منه ، لا يرجعون بما
ضمنوا على الغاصب لانهم كانوا عاملين في القبض لانفسهم ، بخلاف المرتهن
والمستأجر والمودع فانهم يرجعون بما ضمنوا على الغاصب لانهم عملوا له . والمشتري

إذا ضمن قيمته يرجع بالثمن على الفاضل البائع لأن رد القيمة كرد العين
(رد المختار عن البزازية)

وكون المنصوب منه مخيراً بين تضمين الفاضل أو غاصب الفاضل ، يستثنى منه
ثلاث مسائل : الأولى ذكرها في التتوير أول النصب ، حيث قال : المنصوب منه
مخير بين تضمين الفاضل وغاصب الفاضل ، إلا إذا كان في الوقف المنصوب
بأن غصبه وقيمه أكثر وكان الثاني أملاً من الأول ، فإن الضمان على الثاني أه
أي لانه انعم للوقف ، لانه إذا كانت قيمته الفاضل غصب الأول ثم غصبه
الثاني من الأول بعد ما صارت قيمته الفاضل ، فالناظر يضمه القيمة الفاضل . ولو
ضمن الأول لضمه قيمته حين النصب ، وهي الف ، مع كون الثاني أملاً من الأول ،
فيتضمن على الناظر تضمين الثاني لان فعله منوط بما فيه منفعة الوقف . نعم لو كان
الأول أملاً من الثاني ، فالناظر مخير لتعارض المصلحين ، ومتى ضمن أحدهما
حينئذ يبرأ الآخر ، كذلك إذا اختار تضمين الفاضل الأول أو الثاني يبرأ الآخر
(صرح به في وقف الخانية آخر اجارة الاوقاف منها)

والمسئلة الثانية والثالثة ما في جامع الفصولين ، على ما نقله في رد المختار : هم
أبريق فضة لأحد ثم شتمه الآخر ، يري الأول من الضمان والثاني مثلها .
وكذا لو صب ماء على بر ثم صب عليه الآخر ماء ، وزاد في نقصانه ، يبرأ الأول
وضمن الثاني قيمته يوم صب الثاني ، إذا لا يمكن للمالك رد البر والأبريق إلى
الحالة التي فعل الأول ليضمه المثل أو القيمة أه .

قال في رد المختار بعد نقله ، تأمل هذا أه أقول : قوله « ليضمه المثل » أي
في المسئلة الأولى . وفيه انه لو أمكن رد الأبريق إلى حالته التي كانت قبل
المشم الثاني لكان المنصوب منه مخيراً بين أمساكه ولا شيء له وبين تضمين الأول
قيمه موصوفاً من خلاف جنسه ، كما قدمناه في شرح المادة (٩٠٠) عن الهندية
معرّباً للمبسوط ، لانه يضمه المثل . والظاهر ان العلامة ابن عابدين أشارة إلى
هذا امر بالتأمل في هذا . نعم في المسئلة الثانية لو أمكن رد الحنطة إلى حالتها
التي كانت قبل صب الماء عليها ثانياً ، لضمن القيمة كما قال دون المثل ، لأن
النصب إنما تحقق بالانلاف لا قبله ، والحنطة عند الانلاف لم تبق مثلية بل قيمية ،

كما قدمناه في شرح المادة ٨٩١ معزباً للدر وحواشيه ،
ثم اعلم ان المالك وان كان له الخيار في تضمين اي شاء من الغاصب او غاصب
الغاصب ، لكن متى اختار تضمين احدهما لم يملك تركه وتضمين الآخر . وقيل
يملك كما في الدر عن العادبة .

وفي الهندية عن المحيط : لو اختار تضمين احدهما ليس له تضمين الآخر عندهما .
وقال ابو يوسف له ذلك ما لم يقبض الضمان منه اه .
وظاهره انه بعد القبض لا يملك تضمين الثاني بلا خلاف . وفي رد المحتار :
وشمل تضمين احدهما البعض فليس له بعد ان ضمن احدهما البعض ، ان يضمن ذلك
البعض للآخر ، بخلاف الباقي اه .

وفي البرازية : اختيار تضمين الغاصب او غاصب الغاصب بالفعل ، ابراءً للآخر
عن الضمان . وان ضمن احدهما نصف القيمة او الثلث له ان يضمن الآخر الباقي ،
لان تضمين الكل تمليك للكل من الضامن ، فلا يملك التملك من الآخر بعد ذلك .
وتضمين البعض تمليك البعض فيملك التملك الباقي بعد ذلك من الآخر اه .

ثم ان اختيار تضمين احدهما انما يتحقق بأحد امرين : اما برضى من اختار
تضمينه منهما ، او يحكم الحاكم عليه بالقيمة . والافله تضمين الآخر اتفاقاً . ففي
البرازية ايضاً : اختار المالك تضمين الغاصب الاول ورضي به الغاصب او لم يرض
لكن الحاكم حكم له بالقيمة على الاول ، فليس له ان يرجع ويضمن الثاني . وان لم
يرض به الاول ولم يحكم به ، كان له ان يرجع ويضمن الثاني . وان اختار الاول
ولم يعطه شيئاً وهو مفلس ، فالحاكم يأمر الاول بقبض ماله على الثاني ويعطيه له .
فان ابى فالمالك يحضرهما ثم يقبل منه البينة على الغاصب الثاني للغاصب الاول وبأخذ
ذلك من الثاني فيقبضه اه ومثله في الهندية عن المحيط .

والحاصل انه لو اختار المالك تضمين احدهما ولم يرض هذا بذلك ولم يحكم
الحاكم عليه بالقيمة ، فله الرجوع وتضمين الآخر . والظاهر ان هذا لا خلاف
فيه ، وانه لو اختار وقبض منه الضمان فليس له الرجوع بلا خلاف ، وانه لو اختار
فرضي من اختاره او لم يرض لكن حكم الحاكم عليه بالقيمة ، ليس له الرجوع ايضاً ،
خلافاً لأبي يوسف الذي عبر عنه في العادبة بصيغة التمريض . واقتصار كثير من

الفقهاء على قولها يشعر بتصحيحه . وهذا نعلم ما في عبارة الشارح سليم باز
هنا فافهم .

* فروع *

استمرار الغصب بعد موت مالكة وارثه وهلك عنده ، برأ الغاصب
عن الضمان .

القاضي اذا علم ان الطالب غاصب ، لا يجبره على اعطاء القيمة . ولكن يضعه
عند عدل حتى يحضر المالك فيختار ضمان ايها شاء (بزازية)

قال في الجامع الكبير : رجل غصب من آخر جارية قيمتها الف درهم نفسها
من الغاصب رجل آخر ، وقيمتها يوم الغصب الثاني ايضا الف درهم ، فأبقت من
الغاصب الثاني ، فللاول ان يضمن الثاني قيمتها وان لم يضمن المالك الاول . فاذا
اخذ الغاصب الاول القيمة برأ الثاني عن الضمان ، وتكون القيمة المأخوذة من
الثاني مضمونة على الغاصب الأول ، حتى لو هلكت في يد الغاصب الأول كان
للمغصوب منه ان يضمنه قيمتها بالغصب . فاذا حضر المالك كان له الخيار : ان
شاء اخذ من الغاصب الاول القيمة التي اخذها من الغاصب الثاني وتصير الجارية
مملوكة للغاصب الثاني من جهة المالك ، وان شاء ضمن الاول قيمتها ابتداء بالغصب
وتصير الجارية مملوكة للغاصب الاول من جهة المالك ثم تصير للغاصب الثاني من
جهة الغاصب الاول . فان كانت قيمة الجارية يوم الغصب الاول الف درهم ويوم
الغصب الثاني الف درهم ثم ابقت من يد الثاني واخذ الاول من الثاني الف درهم
وهلكت في يد الاول ، لم يكن للمالك ان يضمن الاول الف درهم ، وانما يضمن
قيمتها يوم الغصب الف درهم . ولو ان المولى حضر ، والقيمة في يد الغاصب الاول
قائمة على حالها وقد ظهرت الجارية ، فالمالك بالخيار : ان شاء اخذ جاريته حيثما وجدت
وان شاء اخذ القيمة التي اخذها الغاصب الاول من الثاني ، وان شاء ضمن الغاصب
الاول قيمتها يوم الغصب . فان اختار المولى اخذ الجارية ، رجع الغاصب الثاني
على الغاصب الاول بالقيمة التي دفعها . فان كانت القيمة هلكت في يد الاول ، ضمن
الغاصب الاول ذلك للغاصب الثاني . وان اخذ المولى من الغاصب الاول القيمة التي

اخذها من الغاصب الثاني، سلمت الجارية للغاصب الثاني. وان ضمن المولى الغاصب الاول
قيمة الجارية يوم الغصب الاول، سلمت القيمة التي اخذها الغاصب الاول، الا انه
يصدق بأحد الالفين وهو الفضل على القيمة التي اداها الى المالك. وهذا قول ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى. واما على قول ابي يوسف رحمه الله تعالى فلا يصدق
بشيء، بل يطيب له (كذا في المنذبة عن المحيط)

المادة ٩١١ - * اذا رد غاصب الغاصب المال المنصوب الى الغاصب الاول يبرأ وحده *

عبارة جامع الفصولين هكذا: اذا رد الغاصب الى الغاصب الاول يبرأ.
ولو ملك في يده فادى القيمة الى الغاصب يبرأ ايضا، فليس للمالك ان يضمن الثاني
لقيام القيمة مقام العين.

وهذا لو كان قبض الاول قيمته معروفاً بيينة او بتصديق المالك سواء قبض
بمحكم او بدونه. واما لو اقر الغاصب بذلك صدق، ففي حق نفسه لا في حق المالك،
والمالك مخير بضمن ايها شاء اه.

قال محشيه الرملي: اقول: والظاهر ان الحكم في رد عين المنصوب كذلك.
فلو اقر الغاصب قبضه منه وانكره المالك، لا يصدق في حق المالك، لانه بنفسه
دخل في ضمانه، ويدعوى الرد يريد دفع الضمان عنه، فلا يصدق في حق نفسه،
فتأمل وراجع المنقول اه.

قال في رد المختار: ونقله الطحطاوي عن الحموي عن العمادي اه.

اقول: وقوله «فلا يصدق في حق نفسه» لعل صوابه الا في حق نفسه كالا
يحتج. ومعنى انه يصدق في حق نفسه انه لو اختار المالك تضمين الثاني يرجع على
الاول بما اقر قبضه. وكذا اذا اختار تضمين الاول واراد الاول الرجوع على
الثاني، ليس له ذلك، وما أخذة له باقراره. ولولا اقراره لرجع (افاده في
رد المختار)

✽ فرع ✽

اخذه من الغاصب ليرده الى المالك فلم يجده ، فهو غاصب الغاصب يخرج عن العهدة برده الى الغاصب الاول (رد المحتار عن الهندية) وان كان المنصوب كلبناً او وزنياً فاستهلكه الثاني فاخذ الاول قيمته دراهم او دنانير ، لا يبرأ الثاني لانه يمس ولبس له الا قبض عنه او مثله (افقروي عن القنية)

✽ الباب الثاني ✽

✽ في بيان الانلاف وبعثوي على اربعة فصول ✽

= الفصل الاول =

= في مباشرة الانلاف =

المادة ٩١٢ = ✽ اذا اتلف احد مال غيره الذي في يده او في يد امينه قصداً او من غير قصد بضمن . اما اذا اتلف المال المنصوب الذي هو في يد الغاصب احد غيره فالمنصوب منه بالخيار ان شاء ضمنه الغاصب وهو يرجع على المتلف وان شاء ضمنه المتلف . وبهذه الصورة ليس للمتلف الرجوع على الغاصب ✽

يعني ان المباشر للانلاف بضمن وان كان غير متمم الانلاف ، لما تقدم في المادة (٩٢) من ان (المباشر ضامن وان لم يتمم) حتى اذا رمى طيراً بهم او رصاص فاصاب دابة رجل ، بضمن قيمتها ، كما في الدر وغيره - وهذا بخلاف التسبب ، فانه لا يضمن الا بالتعمد كما مر في المادة (٩٣) وصياني هذا الحكم في المادة (٩٢٢)

وما بعدما .

وهذا كله اذا لم يميز المالك فعل المتلف . فان اجازته ثم اراد التضمين هل ،
يملك ذلك؟ ففي التنوير من باب الغصب ما نصه : الاجازة لا تلحق الاتلاف ، فلوانلف
مال غيره تعدياً فقال المالك اجزت او رضيت ، لم يبرأ من الضمان اه ونقله في شرحه
المنح عن البرازية .

لكن في شتى الورايا من التنوير ايضاً : الاجازة تلحق الافعال على الصحيح .
فلو غصب عينا لانسان فاجاز المالك غصبه ، صح ، فيبرأ الغاصب عن الضمان اه .
وفي اخر الرابع والعشرين من الفصولين : الاجازة لا تلحق الافعال عندابي
حنيفة رحمه الله تعالى ، وتلحقها عند محمد رحمه الله تعالى . فلو بث دينه بيد
رجل الى الدائن فجاء الرجل الى الطالب واخبره ورضي به وقال لمن جاء به اشتر
لي به شيئاً ثم هلك ، قيل يهلك من مال المديون ، وقيل يهلك من مال الطالب ، وهو
الصحيح ، اذ الرضى بقبضه في الانتهاء كالاذن بقبضه في الابتداء . وهذا التعليل
اشارة الى ان الاجازة تلحق الافعال ، وهو الصحيح اه .
وفي الثالث والثلاثين منه ان الاجازة تلحق الافعال (ذكره في النسخة من
غير خلاف وهو الصحيح) اه .

قال في المنح ، بعد نقل مثله عن العمادية : وعليه فتلحق الاجازة الاتلاف ،
لانه من جملة الافعال اه اي فيكون ما ذكره في كتاب الغصب تبعاً للبرازية من ان
الاجازة لا تلحق الاتلاف خلاف الصحيح . وكذا ما نقله البيري عن البرازية ،
كما في رد المختار حيث قال : اتخذ احد الورثة ضيافة من التركة حال غيبة
الاخرين ثم قدموا واجازوا ثم ارادوا تضمينه ، لم ذلك ، لان الاتلاف لا يتوقف
حتى تلحقه الاجازة اه .

نم في رد المختار عن الشيخ صالح ابن صاحب التنوير : الا ان يقال
المراد بالافعال ، يعني التي تليقها الاجازة على الصحيح ، غير الاتلاف ، عملاً بنقول
المشايع كلهم اه .

قال الحموي : يعني ان الافعال منها ما يكون اعداماً ومنها ما يكون ايجاداً ،
فيحمل قول المشايخ على الفعل الذي لا يكون اعداماً اه (ابو السعود على الاشباه)

تنبیه

جاء عند (الفصل الاول في مباشرة الاتلاف) في شرح المادة ٩١٢ نقول متعددة عند شرحها يتوهم منها ان في اختلاف تلك الاقوال التي نقلها العلامة الشارح تمارضاً والحقيقة لا تعارض وجميع تلك الفروع هي الصواب الموافقة لقواعد المذهب لكن نقلها ولم يوفق بينها ففروق لك بيان صحة الاقوال وعدم لزوم التعارض بين تلك المسائل المنقولة فنقول

ينبغي ان يعلم اولاً ان الفعل اذا كان مفضياً الى الشيء لا موثراً به وكان التأثير لعلّة متوسطة بينهما يقال لذلك الفعل سبب . ولذلك الشيء اي الحكم سبب . ولصاحب الفعل متسبب . ثم ان اللة المتوسطة بين السبب والمسبب ينظر فيها . ان كانت مما لا يصح اسناد الملول اليها يستد حينئذ الى السبب ويقال لهذا السبب عند الاصوليين سبب بمعنى اللة . ثم لاجل الضمان او عدمه ينظر . ان كان وقوع ذلك السبب اي الفعل من صاحبه بجق لا يضمن ما ترتب عليه من التلف . والا يضمن . مثلاً لو حفر بئراً في ارض هي ملكه وتلفت فيه دابة لغيره لا يضمن . لان الحفر ليس هو اللة الموترة للهلاك بل هو سبب افضى الى سقوط الدابة . واللة المتوسطة بين فعله وتلفها هو نقلها امكن لما كان حفره بجق لانه تصرف في ملكه لا يضمن . فلو كان الحفر في غير ملكه او في الطريق العام يضمن لانه اوجد السبب المفضى بغير حق . راجع شرح المواد ٩١ و ٩٢ و ٩٣ من قواعد المجلة تجد ما يعني عن اطالة الكلام هنا . والحاصل ان الاتلاف بالتسبب يشترط فيه للضمان ان تكون اللة المتوسطة بين السبب والملول مما لا يصح اضافة الملول اليها . وان يكون السبب بغير حق . فخرج بالاول ما يصح اضافة الملول اليها فلا يضمن الحافر حينئذ . كما لو حفر في ملك غيره خطأ شخصي وواقم دابة لغيره فيها لا يضمن الحافر بل الموقم لتخلل اللة بين الحفر وتلف الدابة وهو الايقاع

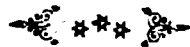
مباشرة بين الحفر وتلف الدابة وهو الإيقاع الصادر من ذلك الانسان
وتصح اضافة الإيقاع اليه .
وهذا بخلاف الاتلاف مباشرة وهو ما اشارت اليه المادة ٩١٢ . فان
المباشرة حصول التلف بفعله فكان هو صاحب العلة . ولهذا يضمن . طلقا .
تعمد ام لم يتعمد . والمتسبب ليس كذلك
وهنا بحث اطيل فيه الكلام لانه ينفك في كثير من المسائل اذا
وقفت على غوامضه . وتعلم ان كثيرا من الفقهاء زلت اقسامهم فيه
بسبب ما تراءى . لهم من تناقض في مسائل فروعية والحال لا تناقض فيها .
وهو ان الاتلاف بعد وقوعه هل تلحقه الاجازة اي يصح إلحاقها بان
يكون لها تأثير في رفع الضمان عن المثلف ام لا . كأن يثلف شخص
مال غيره بان يحرقه مثلا او يلقيه في البحر . فيقول المالك اجزت
الاتلاف او رضيت هل تصح هذه الاجازة فيبرأ المثلف من الضمان ويكون
بمؤلة قوله ابرأنتك . اضطربت في ذلك اقوال المشايخ . سببت اضطرابهم
ما تراءى . لهم من تلك المسائل ليستدل ببعضها على كون الاجازة من المالك
لا تمنع الضمان اي لا تصح فلا يرتفع الضمان ، واستدل ببعضها على
صحة الاجازة فيرتفع الضمان دليل الاول ما في التنوير او آخر القصب
قبيل فصل غيب ما غصبه قال الاجازة لا تلحق الاتلاف فلو اتلف مال غيره
تمدبا فقال المالك اجزت او رضيت لم يبرأ من الضمان ، وهو كلام حقيق
وقد غلط من انتقد عليه بان كلامه هذا ينافي كلامه في آخر كتابه من
مسائل شتى وهو قوله (الاجازة تلحق الافعال فلو غصب عينا لانسان
فاجاز المالك غصبه) - والعبارة الصحيحة كما في رد المحتار قبضه -
(صحت الاجازة فيبرأ الناصب من الضمان) . وبين وجه انتقاده بان
الاتلاف في عبارته الاولى من جملة الافعال فيكون في كلامه تناقض .
اقول والحق لا تناقض بينهما وكلاهما صواب كما سيأتيك بيانه ودليل الاول
ايضا ما في رد المحتار عن حاشية الاشبه للبيروني مغزيا للبرازية اتخذ احد
الورثة ضيافة من العركة حال غيبة الاخرين ثم قدموا واجازوا ثم ارادوا

تضمينه لهم ذلك لان الاتلاف لا يتوقف حتى تلحقه الاجازة اهـ .
واما تمسك القائل بان الاجازة بعد وقوع الاتلاف تصح فلا يضمن
فن ثلاث مسائل . الاولى عبارة صاحب التنوير الاخيرة في مسائل شتى
المر ذكرها وهي (الاجازة تلحق الافعال فلو غصب مينا لانسان فاجاز
المالك قبضه صح فيبدأ الغاصب من الضمان) بناء على ما توهم ان الاتلاف
الح فعل من جملة الافعال فبالاجازة يسقط الضمان . المسئلة الثانية
ما في الفصل ٢٤ من الفصولين ولو اودع مال العير فاجاز المالك يري . عن
الضمان وفيه [الاجازة في العقود تلحق الموقوف لا المفسوخ والاجازة لا
تلحق الافعال عند ابي حنيفة وتلحقها عند محمد محمد كعقود . حتى ان
الغاصب لو رد المقصوب على اجنبي فاجاز المالك يري . الغاصب عند محمد
لا عند ابي حنيفة . ولو بعت دينة بيد رجل الى الدائن فجاء رجل الى
الطالب واخبره به ورضي به وقال لمن جاء به اشتر لي به شيئا ثم هلك
قبل يهلك من مال المديون وقيل يهلك من مال الطالب وهو الصحيح اذا راضا
بقبضه في الانتها . كاذنه بقبضه في الابتداء . وهذا التعليل اشارة الى ان الاجازة
تلحق الافعال وهو الصحيح [المسئلة الثالثة . ما في البرازية (افسد الخياط
الثوب فاخذ صاحبها ولبسه عالما بالفساد ليس له التضمن) اي مع ان
اللبس مع العلم بالافساد اجازة وليس له التضمن لأنها تلحق الاتلاف .
فن عبارتي صاحب التنوير وغيره ولحقاء دقائق تلك المسائل المتخافة في سقوط
الضمان وعدمه . ولعدم التفريق بين المعنى المراد من الاتلاف في قولهم
الاجازة لا تلحق الاتلاف ، والمعنى المراد من الافعال في قولهم (الاجازة
تلحق الافعال) . نشأ الاختلاف المر ذكره . والآفلو حمل الاتلاف على
الاعدام من كل وجه كما هو مراد المشايخ هنا في مثل مسئلة البرازية في
اتخاذ احد الورثة ضيافة من الدكة لان اكل الطعام اعدام له كالا حراق والاقام .
في البحر لم يشبه عليه مسئلة البرازية فيا لو افسد الخياط الثوب فاخذ
صاحبه ولبسه الخ . حيث سقط الضمان لصحة التحاق الاجازة من كونه
ليس اعداما من كل وجه . بل تولوه في كتابي الغصب والاجازة منزلة

الاعدام الحقيقي بحيث يسوغ لصاحب الثوب تركه للقاصب او الاجير
وتضمن قيمته بذلك على ذلك قوله (فاخذه صاحبه ولبسه) والا فالمردوم
لايتأتى عليه الاخذ واللبس . ومثله المسئلتان المتقدمتان في عبارة الفصولين
المارة وهما (لو اودع مال الغير فاجاز المالك براءه عن الضمان) وقوله
(حتى ان القاصب لو رد المصوب على اجنبي فاجاز المالك براءه القاصب
عند محمد لا عند ابي حنيفة) فلو كانت هذه المسائل اعداما من كل وجه
ما وقع فيها خلاف بل الخلاف فيها لكونها افعالا ايجابية وقم الخلاف فيها
بين الامام ابي حنيفة ومحمد .

بقي الكلام على مسألة . وهي المذكورة في عبارة الفصولين التقدمية
اعني قوله (ولو بعث دينه بيد رجل الى الدائن فباع الرجل الى الطالب
اي الدائن واخبره به ورضي به وقال لمن جاء به اشتد لي به شيئا ثم هلك قيل
يهلك من مال المديون . وقيل يهلك من مال الطالب وهو الصحيح .
اذ الرضا بقبضه في الانتها . كأذا بقبضه في الانتها . وهذا التليل اشارة الى
ان الاجازة تلحق الافعال وهو الصحيح) اه كلامه

اقول يفهم من قوله (قيل) (وقيل) انه لانصر فيها عن ائمة المذهب .
بل هي من تحريج المشايخ قال والصحيح انه في هذه الصورة يهلك من
مال الدائن بلا خلاف بمقتضى قواعد المذهب ان الاجازة اللاحقة كالوكالة
السابقة لانه اي الدائن في اجازته اللاحقة يكون كأنه اذن للرجل ان
يقبض له ممثل دينه عن ذمة المديون . تلخص من هذا ان انواع الاجازة ثلاثة .
نوع في الائتلاف من كل وجه فهذا لا تلحقه الاجازة بالاتفاق . ونوع فيما
يكون من الافعال ايجابية لا اعدائية كالمسائل التقدمية فهذا النوع فيه
الخلاف بين الامامين ابي حنيفة ومحمد . ونوع يتضمن معنى العقد . وهذا تلحقه
الاجازة بالاتفاق . واليه يشير قول الفصولين المسار (الاجازة في العقود
تلحق الموقوف لا الموقوف)



اه ما في رد المختار .

لكن يعارض هذا الحمل والتوفيق ما ذكره بعد ذلك بقوله : اقول : ذكر
في البرازية : افسد الخياط الثوب فأخذه صاحبه ولبسه عالمًا بالفساد ، ليس له
التضمن اه قال في التارخانية : وبعلم من هذه المسألة كثير من المسائل اه فتأمل
فان افساد الخياط الثوب اتلاف ، وقد لحقته الاجازة كما ترى .

ورأيت في الرابع عشر في المتفرقات من غصب الهندية : اذا باع الفاصب من
رجل واجاز المالك يعمه صحت الاجازة اذا استجمعت شرابطها ، وهي قيام الباع
والمشتري والمعقود عليه . ثم قال : فان كان لا يعلم قيام المبيع وقت الاجازة بأن
كان قد ابق من يد المشتري ، ذكر في ظاهر الرواية ان الاجازة صحيحة فان
كان الفاصب قد قبض الثمن وهلك في يده ثم اجاز المالك المبيع ، هلك الثمن على
ملك المفصوب منه اعتبار الاجازة في الانتهاء بالاذن في الابتداء . (كذا في
في المحيط) وقد صرحوا بأن بيع الفاصب المفصوب وتسليمه للمشتري استهلاك
وقد لحقته الاجازة اه . وبهذا تعلم ما في كلام الشارح سليم باز هنا .

المادة ٩١٣ - * اذا زلق احد وسقط على مال آخر وانلفه بضمن *

لانه قد باشر الاتلاف بضمن وان لم يتعمد الاتلاف ، كما مر .
وفي جامع الفصولين : ولو حمل حملاً في الطريق فوقم على شيء ، فانلفه ، ضمن ،
لانه اثر فعله . ولو عثر احد بالحمل ، ضمن ايضاً ، لانه هو الواضع فلم ينقطع اثر
فعله . ولو اصاب العجلة صبياً فكسرت رجله وصاحبها راكب عليها وقال
كنت نائماً ، فعليه ارش الكسر . ولو وضع البياع خاوية من السقراط على
الشارع ورجع الفوادق بالمجلة الى السكة فانكسرت تلك الخاوية وكانت في
غير جانبها فلم يرها ، ضمن . ولو وضع خاوية على باب دكانه فجاء رجل بوفر شوك
فصادمها بفتة وهو يقول كوست كوست ، يعني اليك ، فكسرها قبل ضمن
مطلقاً ، وقيل ضمن لو علم ذلك ، والا فلا يضمن اه .

وفي الهندية عن الذخيرة ، امر غيره ان يذبح له هذه الشاة وكانت لجاره
ضمن الذابح علم اولا . لكن ان علم لا يكون له حق الرجوع على الامر ،
والارجع اه .

المادة ٩١٤ - * لو اتلف احد مال غيره على زعمه انه ماله بضمن *

لان هذا حق العبد فلا يتوقف على عمله وقصده ، كما في جمع الانهر نم
لا يتعلق به اثم ، كما تقدم في شرح المادة (٨٨٧)

المادة ٩١٥ - * لو سحبت احد ثياب غيره وشقتها بضمن تمام

قيمتها . اما لو تشبث بها وانشقت بجر صاحبها بضمن نصف القيمة .
كذلك لو جلس احد على اذيال ثياب ونهض صاحبها غير عالم بجلوس
الآخر وانشقت بضمن ذلك نصف القيمة *

قال في جامع الفصولين : تشبث بثوب فجذبه من يد مالكة فتخرق ، ضمن
جميع قيمته . ولو جذبه مالكة من يد المتشبث ، ضمن نصف القيمة اه .
وفيه : عض يد آخر فتزح يد من في العاض فكسر من العاض وجرح يده ،
هدر السن ، لانه مضطر في نزع يده ، وارش يده على العاض لانه جان .
وروي ان رجلا نزع يده من في العاض فانتزعت ثيابه فابطلها النبي صلى الله
عليه وسلم - وهذا بخلاف ثوب رفعه فأخذه مالكة فتجاذبا فتخرق ، ضمن
نصف قيمة الثوب ، اذ لا صبر له على المض فاضطر في النزع . وهنا يمكن الصبر
الى الرفع الى القاضي ، فلا ضرورة ، فحصل الخرق بفعلها بلا ضرورة ، فتنصفت
القيمة اه .

وفي الخاتمة : ولو جلس رجل على ثوب رجل وصاحب الثوب لا يعلم به فقام صاحب الثوب فاشتق الثوب من جلوس الجالس ، كان على الجالس نصف ضمان الشق . وعن محمد في رواية بضمن نقصان الشق ، والاعتماد على ظاهر الرواية انه مقتضى التقييد بكون صاحب الثوب لا يعلم بجلوس الجالس عليه ، انه لو كان عالماً به فلا ضمان على الجالس ، وهو الظاهر ، ويحمر .

اقول : تقدم في المادة (٩٠٠) ان النقصان الحاصل بشق الثياب ان كان اقل من ربع القيمة ، فعلى الجاني ضمان النقصان فقط . وان اكثر ، فالمنسوب منه بالخيار ، ان شاء ضمنه نقصان القيمة ، وان شاء تركه للغاصب واخذ منه تمام القيمة . وعليه فالمراد من الشق هنا اتلاف الثياب بالمرة او ان النقصان الحاصل بالشق فاحش ، وقد اختار المالك ترك الثياب وتضمن تمام القيمة . والظاهر انه في ضرورة تضمين الساحب نصف القيمة حيث كان الاتلاف بفعلها ، ان الثوب المتروك يصير مشتركاً بينه وبين صاحبه . تأمل وراجع لتظفر بالنقل .

المادة ٩١٦ - * اذا ائلف صبي مال غيره بلزم الضمان من ماله وان لم يكن له مال ينتظر الي حال يساره ولا بضمن وليه *

لان الصغير وان كان مجبوراً عليه لذاته ، الا ان الحجر عليه في اقواله لا يفي افعاله . فهو . واخذ بافعاله فيضمن ما ائلفه من المال . حتى ان طفلاً يوم ولد لو انقلب على مال انسان فائلفه ، يلزم الضمان . وكذا الجنون الذي لا يفيق اذا سرق ثوب انسان ، يلزمه الضمان ، لان الافعال لا تتوقف على القصد الصحيح (كذا في حجب رد المختار)

قال في كتاب احكام الصغار للاستروثني : صبي بال على السطح فخرج البول من الميزاب واصاب ثوب رجل فافسده ، يفرم الصبي في ماله . فان لم يكن له مال يكون ديناً عليه يواخذ به اذا ايسر .

وفي النوازل : لو رمى صبي سحاً فاصاب عين امرأة ، لا ضمان على والده ،

وانما يجب في ماله . وان لم يكن له مال ، فنظرة الى ميسرة . قال : وانما اوجب في ماله لانه لا يري للجم عاقلة . ويقول : العاقلة للعرب لانهم لا يتناصرون اه -
نم لو ان رجلاً امر صبيّاً بانلاف مال انسان ، يضمن الصبي . ثم الصبي يرجع على الامر ، كما في الاشباه وغيرها . وفي جنابيات الخانية ، قبيل فصل في اتلاف الجنين : ولو امر صبيّاً بشيء فلحقه غرم ، كان لولي الصبي ان يرجع على الامر اه .

المادة ٩١٧ - * لو اطراً احد على مال غيره نقصاناً من جهة

القيمة بضمن نقصان القيمة *

لان ثنقيص المالم سواء كان بثقوبت جزئ منه او وصف مرغوب فيه او معنى مرغوب فيه ، اتلاف كما في رد المختار ، فيضمن نقصانه ، كما بضمنه كاملاً لو اتلفه . وهذا لو كان المالم قيمياً والنقصان بسيراً لا يبلغ ربع القيمة . فلو كان فاحشاً ، فالمالك مخير بين تضمين النقصان مع اخذ المالم ، وبين تركه واخذ قيمته كاملة يوم الاتلاف . وان كان مثلياً فهو مخير بين اخذه ولا يضمن المتلف شيئاً حذراً من الربا ، وبين تركه للمتلف وبضمنه المثل ، كما تقدم في المادة (٩٠٠) وشرحها .

وهذا اذا قص المثلي . اما اذا اتلفه فيضمن قيمته سابقاً على الاتلاف ، لانه حين الاتلاف لم يبق مثلياً ، كما قدمناه في شرح المادة (٩٠١) نقلاً عن الدر وحواشيه ، فليتنبه لذلك .

وفي الخانية : وذكر الفقيه ابو جعفر رحمه الله تعالى : اذا سقى ارض نفسه فتعدى الى ارض جاره ، قال : هذه المسئلة على وجوه : ان اجري الماء في ارضه اجراء لا يستقر في ارضه وانما يستقر في في ارض جاره ، كان ضامناً . وان كان الماء يستقر في ارضه ثم يتعدى الى ارض جاره بعد ذلك . ان تقدم اليه جاره بالسكر والاحكام فلم يفعل ، كان ضامناً استحصاناً ، ويكون هذا بمنزلة الاشهاد على الحائط المائل . وان لم يتقدم اليه جاره بالسد والاحكام حتى تعدى الماء

الى ارض جاره ، لا يضمن . وان كانت ارضه في صعدة وارض جاره في هبطة
يعلم انه اذا سقى ارضه يمدى الى ارض جاره ، كان ضامناً وبوهمر بوضع السنة
حتى يصير مانعاً ، ويمنع من السقي قبل ان يضع السنة .

وفي الفصل الاول : لا يمنع من السقي . وان كان في ارضه ثقب او حجر
فأرة ، ان علم بذلك ولم يسده حتى فسدت ارض جاره ، كان ضامناً . وان كان
لا يعلم ، لا يكون ضامناً اى لانه هنا متسبب ، فلا يضمن بلا قصد - بخلاف
ما قبله ، فانه مباشر .

وفيها من كتاب الغصب : رجل جز صوف غنم انسان غصباً ، قال ابو نصر
رحمه الله تعالى : ان لم ينقص من قيمة الغنم شيئاً ، كان على الغاصب مثل صوفه .
وان نقص ، كان للمالك الخيار : ان شاء اخذ نقصان الغنم والصوف للغاصب ، وان
شاء اخذ مثل صوفه وقدر نقصان الغنم لا من جهة الصوف اه .

المادة ٩١٨ = * اذا هدم احد عقار غيره كالحانوت والمخازن
فصاحبه بالخيار ان شاء ترك انقاضه للهادم وضمنه قيمته مبنياً وان شاء
حط من قيمته مبنياً قيمة الانقاض وضمنه القيمة الباقية واخذ هو
الانقاض . ولكن اذا بناه الغاصب كالاول يبرأ من الضمان *

المراد بكونه كالاول ان لا يكون الاول اجيد منه ، كأن يكون الحابط
قبل الهدم مبنياً بتراب فاعاده كما هو ، او من خشب فبناه بخشبه . اما لو بناه بخشب
آخر ، فلا يبرأ ، اذ الخشب ليس بثلي فلا تكون الاعادة كالاول . حتى لو علم
ان الثاني اجيد يبرأ (صرح في البرازية وفي جامع الفصولين)

قلت : والحجر مثل الخشب في ديارنا ، بضمه اجيد من بعض ، فلا يبرأ الا
اذا كان الثاني مثل الاول او اجيد . وهذا اذا بناه من نلقاه نفسه ، والا فلا يجبر
على البناء بل عليه ضمان النقصان . ففي جامع الفصولين : ولو هدم جدار غيره ،

لم يجبر على بنائه ، فيخير مالكة : ان شاء ضمنه قيمته والنقص للضامن ، او اخذ
نقصه مع قيمة النقصان

وقال بعضهم : لو كان قديماً لا يؤمر بالاعادة ، ولو جديداً يؤمر اه .
واستثنى في الدر تبعاً للخانية ما اذا كان المهذوم حايط مسجد ، فان الهادم
يؤمر بتعميره كما كان . وجزم في رد المختار تبعاً للبيروني ان حايط اي وقف كان
كحائط المسجد ، يعني يؤمر هادمه بتعميره كما كان ، مستدلاً بما في الذخيرة « واذا
غصب الدار الموقوفة هدم بناء الدار وقطع الاشجار ، للقيم ان ضمنه قيمة الاشجار
والنخيل والبناء اذا لم يقدر الناصب على ردها . وبضمن قيمة البناء مبنياً وقيمة
النخل ثابتاً في الارض ، لان النصب ورد هكذا اه - ومقتضاه انه ان امكنه
رد البناء كما كان ، وجب ولم يفصل فيه بين المسجد وغيره » وبما في اجارات فتاوى
قاريه الهداية « فبين استأجر داراً وفقاً فهدمها وجعلها طاحوناً او فرناً ، اجاب
بأنه ينظر القاضي ان كان ما غيرها اتفق واكثر ريباً ، اخذ منه الاجرة ، وابقى
ما عمره للوقف ، وهو متبرع ، والا لزم بهدمه واعادته الى الصفة الادلى بعد
تعزيره بما بليق بحاله اه .

لكن يحتاج الى الفرق بين الملك والوقف . والعلة بأن الحائط ليس من ذوات
الامثال ، جارية في حائط الوقف ، كما في الهومي .

قال في رد المختار : ولعل وجه الفرق قولهم « يعني بما هو اتفق للوقف » ولا
شك ان لتعميره كما كان اتفق من الضمان تأمل اه

اقول : ويمكن ان يكون الفرق ان اخذ الضمان عبارة عن بيع ما اتلفه الهادم
وهذا في الوقف لا يجوز الا عند الضرورة ، بخلافه في الملك . هذا وفي رد المختار

عن الحاوي : لو التي نجاسة في بئر خاصة ، بضمن النقصان دون التزح . وفي بئر
العامة يؤمر بنزحها ، كما مر في هدم حائط المسجد ، لان للهادم نصيباً في العامة .
ويتعذر تمييز نصيب غيره عن نصيبه في ايجاب الضمان ، بخلاف الخاصة ه

وفي جامع الفصولين : حفر بئراً في فناء مسجد وهدم حائط المسجد ، يؤمر
بالتسوية ولا يقضى بالنقصان وكذا من حفر بئراً في فناء قوم يؤمر بالتسوية .
ولو هدم جدار رجل او حفر بئراً في ملكه ، ضمن النقصان اه ومثله في الخانية .

ومقتضى ذلك ان حائط الوقف اذا كان الوقف على قوم باعيانهم ، لا يكون كحائط المسجد ، لان هذا الحكم وهو لزوم التعمير كما كان او التسوية في البئر ، خاص فيما كان راجعاً للعامة كالسجد وفناء القوم المائد ايضاً للعامة . والعلة فيه ان لو اوجبت الضمان لكان المادم ضامناً لنفسه ، اذ لا يمكن تمييز نصيب غيره عن نصيبه . وعلى هذا فاطلاق الذخيرة وقاري الهداية حائط الوقف ، محمول على وقف المسجد ، فانه الراجع للعامة ، فلي تأمل .

المادة ٩١٩ - * لو هدم احد داراً بلا اذن صاحبها لاجل وقوع حريق في المحلة وانتقطع هناك الحريق فان كان المادم هدمها بأمر او لي الامر لا يلزم الضمان وان هدمها بنفسه يلزم الضمان *

في حاشية الفصولين للملي ما نصه : قال في التتارخانية : حريق وقع في محلة فهدم رجل دار غيره بغير امر صاحبها وبغير امر السلطان حتى ينقطع عن داره ضمن ولم يأثم اه - وفيه دليل على انه لو كان بأمر السلطان لا يضمن . ووجهه ان له ولاية عامة بصح امره لدفع الضرر العام ، وهي كثيرة الوقوع في القسطنطينية ، وبه صرح في الخانية بقوله « ولو ان هذا الذي هدم الدار عند وقوع الحريق هدم بأذن الامام ، لا يكون ضامناً اه »

قال في رد المحتار : اقول : والظاهر انه يضمن ما هدمه حال كونه مشرفاً على الهلاك ، نظير ما تقدم من مسألة السفينة الموقرة اه
وصرح في جامع الفصولين ان امر القاضي بالهدم كامر السلطان . قيد بالهدم لانه لو ركب دار غيره لاجل اطفاء حريق وقع في البلد فانهدم شيء بركوبه ، لم يضمن لأن ضرر الحريق عام ، فلشكل احد دفعه (كذا في الدر عن الجوهرة) اي فهو غير متعمد بالركوب - وفيه مخالفة لما في الخانية ، ونصها : وان اذن له بالجلوس على سطح فانخسف فوقع على سطح مملوك للاذن ضمن الجالس اه فتأمل .

المادة ٩٢٠ - * لو قطع احد الاشجار التي في روضة غيره بغير حق فصاحبها يحير ان شاء ، اخذ قيمة الاشجار قائمة وترك الاشجار المقطوعة للقاطع ، وان شاء حط من قيمتها قائمة قيمتها مقطوعة واخذ المبلغ الباقي والاشجار المقطوعة . مثلاً لو كانت قيمة الروضة حال كون الاشجار قائمة عشرة آلاف وبلا اشجار خمسة آلاف وقيمة الاشجار الفين فصاحبها بالخيار ان شاء ترك الاشجار المقطوعة للقاطع وان شاء اخذ ثلاثة آلاف والاشجار المقطوعة *

المراد بكون قيمة الاشجار الفين ان قيمتها مقطوعة كذلك ، وهو ظاهر . وزاد في الهندية « وان كانت مقطوعة وغير مقطوعة سواء ، فلا شيء على القاطع اه »

اقول : وقد تكون الاشجار المقطوعة ازيد قيمة منها قبل القطع ، كما اذا كانت يابسة لا بد من قطعها او كانت اشجار حور قد انتهى اوان قطعها ، فان مالكها يحتاج لدفع اجرة قطعها ، فلا شيء على القاطع ايضاً - وليس له ان يملكها بسبب الزيادة المذكورة ، لأن القطع ليس بزيادة فيها . وقد قدمنا في شرح المادة (٨٨٩) عن الهندية انه لو قتل اهداب الثوب او غسله بالصابون او كان المقصوب جريماً او مريضاً فداواه حتى يبرأ او كان نخلاً فأبره ، فهو للمالك ولا شيء للناصب . قال : لأن القتل ليس بزيادة عين مال فيه ، وانما تغيير لبعض اجزائه والفسل ازالة وصحة ، والأشنان والصابون لا تبقى له عين الخ اه ثم رأيت في التنوير : « كسر الخشب كسراً فاحشاً ، لا يملكه . ولو كسره الموهوب له ، لا ينقطع حق الرجوع اه »

قال في رد المحتار : قال في التارخانية : ولم يتعرض لما اذا زادت قيمته

بالكسر . وببغني ان لا يملكه ايضا اه .
قلت : وما تقدم عن الهندية نص فيها بحته .

المادة ٩٢١ = * ليس للمظلوم ان يظلم آخر بما انه ظلم مثلاً
لو ائلف زيد مال عمرو مقابلة بما انه تلف ماله يكونان ضامنين .
وكذا لو ائلف زيد مال عمرو الذي هو من قبيلة طي بما ان بكره
الذي هو من تلك القبيلة ائلف ماله بضمن كل منهما المال الذي ائلفه .
كما انه لو اخذ احد فخذ دراهم زابفة من احد فليس له ان
بصرفها لغيره . *

لان نفس الظالم لا يجوز ظلمه ، بل انصاه . ولهذا اوجبوا على الغاصب فيما اذا
زاد في المنصوب كما اذا صبغ الثوب او قتل اهدابه بجرير من عنده ضمن قيمة الثوب
المفصوب دون رد عينه ، لثلاث تعلق عليه الزيادة . وعللوا ذلك بأن الظالم لا
يظلم كما تقدم وهذا لقوله تعالى * ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما
اعتدى عليكم * قالوا : المثلية الكاملة لا تتحقق الا بأخذ مثل المتلوف ان مثلياً ،
او قيمته ان قيمياً . وهذا في نفس الظالم ، فكيف بمن كان من قبيلته كالمثال
الثاني ، او من نوعه البشري كما في المثال الثالث . وقد قال الله تعالى * ولا
تزر وازرة وزر اخرى * وصرحت المادة (١٩) ان لا ضرر ولا ضرار ،
وهو لفظ حديث اخرجه مالك في الموطأ والحاكم في المستدرک والبيهقي والدارقطني
من حديث ابي سعيد الخدري وابن ماجه من حديث ابن عباس وعبادة بن
الصامت رضي الله عنهم ، كما في القاعدة الخامسة (الضرر يزال) من الاشباه
وقال : ونسره في المغرب بأنه لا يضر الرجل اخاه ابتداءً ولا جزاءً اه

❖ الفصل الثاني ❖

❖ في بيان الاتلاف نسبياً ❖

المادة ٩٢٢ ❖ لو ائلف احد مال آخر او نقص قيمته نسبياً يعني
لو كان سبباً مفضياً الى تلف مال او نقصان قيمته بكون ضامناً ❖

اعلم ان الاتلاف نسبياً انما يكون موجباً للضمان بشروط اربعة ، احدها ان
بصدر من فاعله عن عمد كما صرح به المادة (٩٣) وعليه تفرعت المادة
(٩٢٣) الآتية :

ثانيها ان يكون متعدباً في فعل ذلك السبب ، كما اعربت عنه المادة
(٩٢٤) الآتية .

ثالثها ان يكون ذلك السبب مفضياً للاتلاف لا محالة ، بمعنى ان لا يوجد
للاتلاف سبب غيره ، كما اشير اليه في هذه المادة . وتفرع عليه مسائل
سيأتي ذكرها .

رابعها ان لا يتخلل بين السبب والتلف فعل فاعل مختار ، والا اضيف الحكم
اليه لا الى السبب ، لانه المباشر كما اعربت عنه المادة (٩٢٥) .
ثم الفاعل المختار عند الامامين اعم من ان يكون ذا عقل اولاً ، كالداية والطير .
وعند محمد هو ذو العقل خاصة . وعلى اعتبار هذه الشروط بنيت مسائل هذا
الفصل ، كما سيتضح .

❖ مثلاً اذ لم تمسك احد بثياب آخر وحال مجاذبتها سقط مما عليه
شيء وتلف او تعيب بكون المتمسك ضامناً ❖
كذا في جامع الفصولين رافراً الى الفتاوي ، واخى في الحامدية . ثم قال

العلامة بن عابدين في تنقيحها : وينبغي ان يكون القول للمتعلق في قدر ما سقط ، وكذا لو انكر السقوط اصلا ، ما لم يبرهن الآخر ، نظير ما ذكره من ان القول للغاصب يمينه ، وان القول قوله ايضا في قدر القيمة اه

لكن نقل في جامع الفصولين ايضا ، بعد ما تقدم عن التقنية : خرقت احدى المرأتين اذن الاخرى في المشاجرة فسقط القرط فضاع ، لم تضمن اه و ذكر ايضا بعد نحو صفحتين ، يرمض (عده) : رفع قلنسوة من رأس رجل فوضعها على رأس آخر فطرحها فضاقت ، ان كان بمرآى صاحبها وامكته رفعها من ذلك الموضع ، لم يضمن الطارح ، والا ضمن ، وحكم الرافع كحكم الطارح ، لانه في الوجه الاول يصير راداً الى المالك ، لا في الوجه الثاني ، ومنه يعلم حكم المتعلق وسقوط شيء من ماله

ثم رمض (ذ) : وقعت قلنسوة المصلي من رأسه فنحاهها رجل ، فلو نحاهها بحيث ينالها المصلي ، لم يضمن ، ولو نحاهها اكثر من ذلك ، ضمن اه .

وفي الخانية : رجل تعلق برجل وخاصمه فسقط من المتعلق به شيء وضاع ، قالوا بضمن المتعلق ، قال رضي الله عنه : وينبغي ان يكون الجواب على التفصيل ان سقط بقرب من صاحب المال وصاحب المال يراه ويمكنه ان يأخذ ، لا يكون ضامناً اه وبه علم ان عدم الضمان فيما لو خرقت احدى المرأتين اذن الاخرى محمول على ما اذا سقط القرط بقرب مالكته بحيث تراه . ثم رأيت في صرة الفتاوي بعد ان نقل عبارة الخانية المذكورة ، قال : قلت : ومثلة القرط ينبغي ان تكون على هذا التفصيل . لكن ثمة قالوا بعدم الضمان اه .

❖ وكذا لو سد احد ماء ارض لاخر او ماء روضة ويست

مزروعاته ومفروساته وتلفت او افاض الماء زيادة وغرقت المزروعات وتلفت يكون ضامناً ❖

لأن كلا من السد والافاضة سبب مفض الى ائلاف المزروعات والمفروسات لا محالة . وهذا بخلاف ما لو منع المالك من سقي زرعه حتى فسد زرعه ، فانه لا يضمن ، كما في جامع الفصولين ، لان منع المالك عن السقي ليس سبباً للائلاف ،

اذ يمكن ان يسقى وكييله او اجيره . ثم ان الافاضة انما تكون موجبة للضمان
اذا كان متمدها فيها . ففي فصل فيما يحدث في الطريق من جنابيات الخانية : لو
حفر نهراً في غير ملكه فانشق من ذلك النهر ماء واغرق ارضاً او قرية ،
كان ضامناً ، لانه سيل الماء في غير ملكه ، فيضمن ، كما لو مشى او سار على الدابة
في الطريق ، ولو كان ذلك الحفر في ملكه ، لا يضمن ، لانه مباح له مطلقاً
وفيها ، بعد صفحة ، رجل سقى ارضه من نهر العامة و كان على نهر العامة
انهار صغار مفتوحة فوهاتها فدخل الماء في الانهار وفسد بذلك ارض قوم ، قال
الشيخ الامام الاجل ظهير الدين رحمه الله تعالى : يكون ضامناً لانه اجرى الماء
فيها اه

واما لو سقى ارضه فخرج الماء منها وفسد ، فقد تقدم حكمه مفصلاً في شرح
المادة (٩١٧) معزياً للخانية ، فراجعه

✽ فروع ✽

لو نتح زق ميم او دبس فخرج ، ضمن ، لالو وقف ساعة ثم سال ، وهو الصحيح ،
اذ من طبع السابلات ان تسيل ، فاذا وقف ثم سال علم ان معنى آخر اخرجه مثل
اذابة الشمس او وقع عليه شيء فحركه . فاما اذا سال من ساعته ، فكانه
اراقه (كذا في جامع الفصولين مختصراً)

وفيه : القى شاة ميتة في نهر طاحونة فسال بها الماء الى الطاحونة فغرت ،
ضمن لو كان النهر يحتاج الى الكرى ، والا فلا : قال بنبغي ان يقال لو استقرت
في الماء كما القاها ثم ذهب ، لم يضمن على كل حال ، اذ ذهبها بعد ذلك يضاف
الى الماء لا الى الملقى .

وله امثلة كثيرة ، منها : لو ارسل دابته فأصابت شيئاً في فورها ، ضمن ،
لالو وقت ساعة ثم سارت

ومنها : لو القى رجلاً في الماء فمات ، فلو غرق من ساعته ، ضمن دية ، لالو
سبح ساعة ثم غرق اه

وفيه : حل سفينة مر بوطة في يوم ربيع ، ان ثبت بعد الحل اقل التليل ثم

سارت وغرقت ، لا يضمن اه

والوجه في هذه المسائل ما افادته هذه المادة من ان الضمان مشروط بأن يكون السبب مفضياً للضمان لا محالة ، كما ذكرنا . وفي هذه المسائل لم يتحقق افضاؤه الى ذلك ومن زعم لنها من المسائل التي اجتمع فيها المباشر والمتسبب فجعلها من المسائل الاخلاقية بين محمد والصاحبين وقال ما قال ، نقد اخطأ خطأ فاحشاً ، فانهم وفيه : القاء في حوض او نهر ومعه دراهم نسقطت في الحوض ، فلو سقطت عند القائه ، ضمن ، لأنه بفعله — لا لو سقطت وقت خروجه عن الماء ، لأنه بفعل مالكها اه وفي العمادية ، عن السير الكبير : اذا حبس رجلاً حتى ضاع ماله ، لا يضمن . ولو حبس المال من المالك ، يضمن اه — اي لانه في حبس المالك يكون غاصباً له ، فيضمنه ضمان الغصب . وفي حبس الرجل لا يكون غاصباً للمال حتى يضمنه ضمان الغصب ، وحبس المالك ليس سبباً مفضياً للهلاك حتى يضمنه ضمان الأتلاف — بخلاف ما لو غصب عجلاً واستهلكه حتى يبس لبن امه ، فانه يضمن قيمة العجل ونقصان الام ، كما قدمناه عن الخانية ، لأن استهلاك العجل يفضي الى نقصان الام لا محالة ، فيضمنه ضمان اتلاف ومقتضى تقييد الخانية باستهلاك الغاصب العجل انه لو هلك بنفسه يضمنه فقط دون نقصان الام ، لانه لم يفعل سبباً موجباً للنقصان ، تأمل .

✽ وكذا لو فتح احد باب اصطبل الآخر وقرت حيواناته وضاعت او فتح باب قفصه وقر الطير الذي كان فيه يكون ضامناً ✽

قد علمت ان من شروط ضمان المتسبب ان لا يتخلل بين السبب والتلف فعل فاعل مختار . واشترط محمد ان يكون ذا عقل ، خلافاً لهما .

وقدم في الخانية قول محمد ، فاناد نرجيحه حيث قال : ولو ان رجلاً اخذ مملوكه الآبق وقيده واغلق عليه الباب فحل رجل قيده وفتح الباب فذهب المملوك ، قال لا ضمان على الذي فتح الباب وحل القيد ، لان بني آدم لم عزيمة في الذهاب ، فهو الفاعل ، والبهيمة لبس لها عزيمة — فان كان في البئر ونحو ذلك ، قال هو ضامن المملوك ذاهب العقل لا يؤمن ان يلقي نفسه له ، لانه لا يعقل . اما ابو حنيفة

رحمه الله تعالى يقول لا يضمن في البهائم ايضاً اه وكذا نقل في الفصول العماوية
عن فتاوي اهل سمرقند ان الفتوى على قول محمد . ولذا اخذت المجلة قول محمد .
واخلاف بينهم فيما اذا قوت الدابة او الطير او هرب العبد المجنون فور فتح
الباب وحل القيد . اما لو مكث ولو قليلاً ثم فر او هرب ، فلا يضمن اتفاقاً الا
في رواية عن محمد في الطير . قال : لان الطائر مجبول على النفار (افاده سي في
جمع الأنهر)

وانما لا يضمن لو مكث ساعة ثم فر ، لان فتح الباب او حل القيد لم يفض
الى الفرار ، بل الى الوقوف والمكث ، فلا يضمن وان لم يتخلل فعل فاعل مختار على
قول محمد . واتفقوا انه لو زاد على ما فعل بأن فتح القفص وقال للطير كس كس
او باب اصطبيل فقال للبقر هس هس ، او للحمار هر هر ، يضمن اتفاقاً . واجمعوا
انه لو شق الزق والدهن سايل او قطع الجبل حتى سقط القنديل ، يضمن اه
(رد المختار)

وفي الفصول العماوية : لو فتح باب دار فسرق آخر منها متاعاً ، لا يضمن
الفاخ ، سواء سرق عقيب الفتح او بعهده . وكذا اذا حل رباط دابة فسرقها
انسان او فتح باب القفص فأخذ الطير انسان آخر لا ضمان على الذي حل . وفتح
بالاتفاق ، لانه التزم الحفظ . الا انه اذا دل العاصب او السلطان على الوديعة ،
ضمن ، وغيره لا يضمن . وفي المودع لا يختلف بين ان يقف ثم يذهب او يذهب
بغير توقف اه .

وفي جامع النصولين : نقب حائطاً نقاب فدخل منه رجل فسرق ، لا يضمن
الناب ، وبه يقتضى لانه مسبب والسارق مباشر . ولو حل بعض قطار ابل ، لم
يضمن اذا لم ينصب ابلا اه وذكر الاتقروي عن البزازية ان فيها خلاف محمد .
وفي العماوية : اذا كانت دابة رجل في مربوط ففتح انسان الباب فذهب ،
قال محمد : هو ضامن . وهذا خلاف جواب الأصل . وان كانت مشدودة والباب
مغلق فتحلها انسان وفتح الباب آخر ، فالضمان على فاتح الباب ، وكذلك الغنم اه
وفي جمع الانهر عن الاختيار : ذهبت دابة رجل ليلاً او نهراً بغير ارسال صاحبها
فالسدت زرع رجل ، لا ضمان عليه ، لانها ذهبت باختيارها وفعلها هدر . وان

ارسلها ضمن .

رجل وجد في زرعه او داره دابة فاخرجها فهلكت او اكلها الذئب ، لم يضمن لان له ولاية الاخراج . وان ساقها بعد الاخراج ضمن اه ومثله في جامع الفصولين قال محشيہ الرملي : ما احسن قول من قال « لو ساقها الى مكان بأمن منها على زرعه لم يضمن » وهو المروي عن ابي نصير الدبوسي ، وان كان اكثر المشايخ قالوا انه بضمن ، وعليه الفتوى اه .

وفي الخانية ، قبيل « فصل فيما يحدث في الطريق الخ » : ولو ان صاحب الزرع لم يخرجها ولكنه امر صاحبها ان يخرجها فأنفدت شيئاً في اخراجها ، قال الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى : لا يكون ضامناً لما انسدت ، لانه اخراجها بأمره . ولو انه قال لصاحب الدابة ان دابتك في الزرع ولم يقل اخراجها فأخرجها صاحبها فأنفدت شيئاً في اخراجها ، كان ضامناً . وقال ابو نصر رحمه الله تعالى في الوجه الاول يكون ضامناً ايضاً ، لوجود السوق من صاحبها ، وصاحب الزرع لم يرض بالفساد وانما طلب منه الصيانة اه .

المادة ٩٢٣ = * لو جفلت دابة احد من الآخر وفرت فضاعت

لا يلزم الضمان . واما اذا كان اجفلها قصداً بضمن . وكذا اذا جفلت دابة من صوت البندقية التي رماها الصياد قصداً للصيد فوقع وتلفت او انكسر احد اعضائها لا يلزم الضمان . واما اذا كان الصياد قد رمى البندقية بقصد اجفلها بضمن راجع المادة ٩٣ *

حيث صرحت بأن التسبب لا يضمن الا بالتمدد .

وفي الخانية ، فيما يضمن بالنار من كتاب النصب : رجل وضع في الطريق شيئاً ففرت منه دابة رجل فالتفت شيئاً ، لا يضمن الواضع اذا لم يصيبها الموضوع في الطريق . وكذلك رجل اشهد على حائط مائل الى طريق المسلمين فسقط

الحايط فنفرت منه دابة رجل فقتلت رجلاً ، لا يضمن صاحب الحائط المابل . انما يضمن صاحب الحائط اذا سقط الحائط على انسان او دابة فقتله (كذا في الاقروية) وفي هامشها ، عن فتاوي بن هشيم ، سئل عن رجل القى قشور البطيخ فولقت بها دابة عليها زق زيت فتلقت ، هل يضمن ؟ - اجاب : نعم يضمن اه .

المادة ٩٢٤ = * يشترط التعدي في كون التسبب . وجباً للضمان على ما ذكر آنفاً يعني ضمان المتسبب في الضرر مشروط بعمله فعلاً مفضياً الى ذلك الضرر بغير حق . مثلاً لو حفر احد في الطريق العام بئراً بلا اذن ولي الأمر ووقعت فيه دابة لآخر وتلفت يضمن اما لو وقعت الدابة في بئر كان حفره في ملكه وتلفت لا يضمن * .

وكذا لو هدم بيت نفسه فانهدم به بيت جاره ، لم يضمن ، اذ لم يتعد (جامع الفصولين) وان ادخل في دار رجل بغيراً ومثلاً وفي الدار بغير صاحب الدار فوقع عليه المعتلم ، اختلفوا فيه . قال ابو الليث : ان ادخله باذن صاحب الدار ، لا يضمن . وان ادخله بغير اذنه ، يضمن وعليه الفتوى . والبغير المعتلم هو الذي سكر من فرط شهوته (هندية عن الظهيرية)

وفيها عن الحاوي : سئل عن حفر في صحراء القرية التي هي مبيت دوابهم حفيرة يجذب فيها الغلة بغير اذن احد واوقد فيها النار رجل آخر فوقع فيها حمار ، قال : هذا على قياس ما قاله اصحابنا ان من حفر بئراً على قارعة الطريق فالقى فيها رجل حجراً فوقع في البئر رجل فأصابه الحجر الذي في البئر فمات ، ان الدابة على الحافر . وفي مسثلتنا متى احترق الحمار فالضمان على الحافراه .

وفي جامع الفصولين : حفر بئراً وغطى رأسها فرفع آخر الغطاء ، ضمن الاول . فلو كبس الاول بتراب او طين او بما يكبس به مثله ، ضمن الثاني . ولو كبسه بما لا يكبس به البئر كبر ودقيق ونحوهما ، ضمن الاول اه .

وفي الخانية : ولو حفر الرجل نهراً في ملكه فعطب به انسان او دابة لا
يضمن . وكذا لو جعل عليه جسراً او قنطرة في ارضه . ولو حفر نهراً في غير
ملكه فهو بمنزلة البئر ، يكون ضامناً . وكذا لو جعل جسراً او قنطرة
في غير ملكه . وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه لا يضمن وان
احدته في غير ملكه اذا كان بحيث لا يتضرر به غيره ، لانه محتسب ينفع الناس
بما احدته . وفي ظاهر الرواية يكون ضامناً ، الا اذا فعل ذلك باذن الامام ، كما
لو حفر بئراً في الموضع الذي يحتاج اليه الناس ، يكون ضامناً لما عطب به اذا
لم يفعل باذن الامام . وان مشى على جسره انسان متعمداً فانخسف به ، لا
يضمن واضع الجسر ، لانه لما مر متعمداً كان التلف مضافاً اليه .
وكذا لو احرق حشيشاً في ارضه او في حصائده او اجتمه فخرجت النار الى ارض
غيره واحرقت شيئاً ، لا يكون ضامناً ، لانه متصرف في ملكه . قيل : هذا اذا
كانت الرياح ساكنة حين اوقد النار . فاما اذا كان اليوم ريحاً يعلم ان الريح تذهب
بالنار الى ارض جاره ، كان ضامناً استحساناً ، كمن صب الماء في ميزاب له وتحت
الميزاب متاع لغيره ففسد به ، كان ضامناً . ولو اوقد النار في داره او تنوره ،
لا يضمن ما احترق به . وكذا لو حفر نهراً او بئراً في داره فنزت من ذلك ارض
جاره ، لا يضمن ، ولا يؤمر في الحكم ان يحول ذلك عن موضعه . لكن فيما بينه
وبين الله تعالى عليه ان يكف عن ذلك ان كان يتضرر به غيره اه .

وفيها : رجل احترف بئراً في ملكه ثم سقط فيها شخص وفيها انسان او دابة
فقتل الساقط ذلك الانسان او الدابة ، كان الساقط ضامناً دية من كان فيها .
وان كان البئر في الطريق كان الضمان على حافر البئر فيما اصاب الساقط والمسقوط
عليه ، لان الحافر اذا كان متعمداً في الحفر كان بمنزلة الدافع لمن سقط في البئر ،
والساقط بمنزلة المدفوع ، فيكون تلف الكل مضافاً الى الحافر .

اما اذا حفر في ملك نفسه فسقطه لا يكون مضافاً الى غيره ، فكان تلف
المسقوط عليه مضافاً الى الساقط ، كرجل تردى من جبل على رجل فقتله ،
يضمن دية القتيل .

رجل حفر بئراً في الطريق نجاء انسان والقي فيها نفسه متعمداً ، لا يضمن

الحافر . وان لم يوقم فيها نفسه فسقط فلم من الوقوع ومات فيها جوعاً او غماً ،
لا يضمن الحافر في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، وقال ابو يوسف رحمه الله
تعالى : ان مات فيها جوعاً فكذلك . وان مات غماً بأن اثر النعم في قلبه من
الوقوع مات من ذلك ، ضمن الحافر . وقال محمد يضمن الحافر في الوجوه كلها ،
لان الموت حصل بسبب الوقوع في البئر .

رجل حفر بئراً في الطريق فجاء آخر وحفر منها طائفة في اسفلها ثم وقع فيها
انسان ومات ، فالقياس يضمن الاول ، وبه اخذ محمد رحمه الله تعالى لأن
الاول كالدافع لمن سقط في القعر الذي حفره صاحبه في اسفله . وفي الاستحسان
يجب الضمان عليهما ، لان كل واحد منهما متمدد في الحفر .

رجل حفر بئراً في الطريق وعند البئر حجر وضعه انسان في الطريق فجاء
انسان ونقل بالحجر وسقط في البئر ومات فيها ، كان الضمان على واضع الحجر ،
لانه بمنزلة الدافع . وان لم يضع الحجر انسان وجاء به تيل عند البئر ، كان الضمان
على حافر البئر .

رجل حفر بئراً في الطريق فجاء رجل فسقط فيها فتملق هذا الرجل بوجه
آخر وتملق الثاني بآخر ووقعوا فيها جميعاً وماتوا ، ان لم يعلم كيف ماتوا ولم يقع
بعضهم على بعض ، فدية الاول تكون على الحافر ، لانه ليس لموته سبب سوى
الوقوع في البئر . ودية الثاني تكون على الاول لان الاول هو الذي اوقعه حيث
جره الى نفسه ، ودية الثالث تكون على الثاني لهذا المعنى . وان كان بعضهم
وقع على بعض في البئر ولا يعلم كيف كان حالهم ، ففي القياس ، وهو قول محمد
رحمه الله تعالى ، دية الاول تكون على عاقلة الحافر ودية الثاني على عاقلة الاول ،
ودية الثالث على عاقلة الثاني . وذكر في الكتاب ان فيها قولاً آخر . قيل : ذلك
قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى ، فالادية الاول تكون اثلاثاً
ثلثها على الحافر وثلثها على الثاني وثلثها هدر ، ودية الثاني نصفها هدر ونصفها على
الاول ، ودية الثالث كلها على الثاني . ووجهه مذکور في الكتاب .

رجل حفر بئراً في الطريق فسقط فيها انسان ومات فقال الحافر انه التقى
نفسه فيها وكذبه الورثة في ذلك ، كان القول قول الحافر في قول ابي يوسف

الآخر ، وهو قول محمد ، لان الظاهر ان البصير يرى موضع قدمه وان كانت
الظاهر ان الانسان لا يوقع نفسه فاذا وقع الشك لا يجب الضمان بالشك اهمنا في
الخاصية ، وتماه فيها في « فصل فيما يحدث في الطريق الخ »

وفي الهندية : واذا حفر رجل بئراً في ملك غيره فوقع فيه انسان فقال صاحب
الأرض انا امرته بذلك وانكر اولياءه الواقع ، فالقياس انه لا يصدق صاحب
الأرض . وفي الاستحسان يصدق .

وفيها : واذا حفر بئراً في الطريق فوقع فيها انسان وسلم من الوقعة وطلب
الخروج منها فتملق حتى اذا كان في وسطها سقط وعطب ، فلا ضمان . ولو مشى
في اسفلها فعطب بصخرة فيها ، فان كانت الصخرة في موضعها من الارض ، فلا
ضمان . وان كان صاحب البئر قلعها من موضعها ووضعها في ناحية البئر ، فعلى صاحب
البئر الضمان اه .

وفيها : استأجر الرجل اجيراً ليحفر له بئراً فحفر الاجير ووقع فيها انسان ومات
فان حفر في طريق معروف لعامة المسلمين يعرفه كل واحد ، يجب الضمان على
الاجير ، اعلمه المستأجر بذلك او لم يعلمه . وكذلك اذا حفر في طريق غير
مشهور واعلم المستأجر الاجير بأن هذا الطريق لعامة المسلمين . فاذا لم يعلمه بذلك
فالضمان على الآمر اه .

وفيها : ولو كانت دار بين ثلاثة فحفر فيها احدهم بئراً او بنى حائطاً بغير
اذن شريكه فعطب به انسان ، فعليه ثلثا الدية . وان كان الحفر او البناء باذن
الباقين ، فلا شيء عليه اه .

وفي الدر عن المجتبي : حفر في طريق مكة او غيره من الفياقي ، لم يضمن ،
بخلاف الامصار .

قلت : وبهذا عرف المراد بالطريق في الكتب ، الطريق في الامصار دون
الفيافي والصحاري ، لانه لا يمكن المدول عنه في الامصار غالباً دون الصحاري اه
لكن قيد في البرازية الحفر في الفياقي بما اذا كان في غير عمر الناس ، فيضمن
لو حفر في محجة الطريق بحيث يمر الناس والدواب عليها ، لا ان حفره يمتد او
يسر به لا يمر عليها . ولذا قال الطحاوي ان ما في الدر عن المجتبي من انه

يمكن العدول من المار عن مكان الحفر في طريق مكة ونحوه لا يظهر في نحو
الظلمة والبهائم المارة ، فيحمل المطلق على المقيد والله اعلم بالصواب اهـ (افاده في
رد المحتار) وقام هذه المسائل المذكورة في الخانية والهندية والبزازية وغيرها فلترجع

المادة ٩٢٥ = * لو فعل احد فعلا يكون سبباً لتلف شيء ثم
حال بين ذلك الفعل وبين التلف فعل اختياري يعني لو باشر ائلاف
ذلك الشيء شخص آخر يكون ذلك الفاعل المباشر الذي هو صاحب
الفعل الاختياري ضامناً . راجع مادة ٩٠ *

وهي اذا اجتمع المباشر والمتسبب اضيف الحكم الى المباشر . والتحميل بأن
المباشر شخص آخر يشير الى انه يشترط في صاحب الفعل الاختياري ان يكون ذا
عقل له عزيمة ، كما هو قول محمد رحمه الله تعالى ، وهو الذي مشت عليه المجله في
الفقرة الاخيرة من المادة (٩٢٢) حيث جزمت بضمان من فتح باب اصطبل
او باب قفص ففرت الدابة او الطير ، مع ان قول الامامين عدم الضمان لانه تخلل
بين فعل السبب وبين التلف فعل فاعل مختار ، وهو ذهاب الدابة وطيوان الطير ،
والاختيار عندهما لا يتعدم بانعدام العقل ، فيضاف التلف الى المباشر ، ويقع هدرأ
دون المتسبب ، كما في مجمع الانهر .

وقد علمت مما قدمناه هناك ان قاضي خان قدمه في فتاواه على قول الامامين
فأفاد ترجيحه ، وان فتاوي اهل سمرقند قد صرحت بأن الفتوى على قوله .
ثم ان كون الحكم يضاف الى المباشر دون المتسبب اذا اجتماعاً ، محله ما اذا
كان السبب شيئاً لا يعمل بانفراده كما في الحفر مع الالتقاء ، فان الحفر لا يعمل
بانفراده شيئاً بدون الالتقاء ، واما اذا كان السبب يعمل بانفراده ، فيشتركان في
الضمان على الصحيح ، كما لو نكس رجل دابة باذن راكبها فوطئت شيئاً فالتفتة ،
فان الضمان على الناكس والراكب مناصفة ، كما سنأني في المادة (٩٣٣) لان

تلف الموطوء وان كان مباشرة الراكب لكونه بثقله ، الا ان السبب وهو النخس
بمحل في الانلاف بانفراده . وان لم يكن على الدابة راكب فلا يلغى ، فكانت
الانلاف مضافاً اليها ، بخلاف الحفر . هذا هو الصحيح كما في التمهتاني ، خلافاً
لما في الدر (افاده في رد المحتار من باب جنابة البيهمة)

= الفصل الثالث =

(فيما يحدث في الطريق العام)

المادة ٩٢٦ = * لكل احد حق المرور في الطريق العام لكن
بشرط السلامة . يعني انه مقيد بشرط ان لا يضر غيره في الحالات
التي يمكن التحرز منها *

قال الزبلي : الاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح بشرط السلامة ،
لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه ، لكونه مشتركاً بين كل
الناس ، فقلنا بالاباحة مقيداً بالسلامة ليمتدل النظر من الجانبين فيما يمكن التحرز
عنه لا فيما لا يمكن ، لان تقييده بالسلامة مطلقاً يودي الى المنع من التصرف
وسد بابيه ، وهو مفتوح اه .

وعلى هذا الاصل تفرعت المادة ٩٣٢ والمادة ٩٣٣ . وكذا ما اشارت اليه
المجلة بقولها :

* فلو سقط عن ظهر الجمال حمل وانلف مال احد يكون

الجمال ضامناً *

سواء تلف بالوقوع او بالثرة به بعد الوقوع ، لان حمل المتاع في الطريق على
رأسه او على ظهره مباح له ، لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزله الرمي الى الهدف او

الى الصيد . وهذا بخلاف ما لو سقط عنه ردائه كان لا يسه على شيء فتلف به ،
فانه لا يضمنه . والفرق بينه وبين المحمول ان حامل الشيء يقصد حفظه فلا
يخرج بالتقيد بوصف السلامة ، واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيخرج بالتقيد
بوصف السلامة ، فجعل في حقه مباحاً مطلقاً .

وعن محمد رحمه الله تعالى : اذا لبس زيادة على قدر الحاجة او ما لا يلبس
هادة كاللبد والجواني والدرع من الحديد في غير الحرب ، ضمن ، لانه لاضرورة
الى لبسه ، وسقوط الضمان باعتبار الضرورة ، وعموم البلوي (زبلي)

ولو ادخل في مسجد المحلة واحد من اهلها حصيراً او بواري او علق فيه
قنديلا فسقط شيء منها على احد فاناقه او اتلف شيئاً من ماله ، لا يضمن . ولو
فعل ذلك احد من غير اهل تلك المحلة ، يضمن ، الا اذا كان ياذن اهل المحلة ،
لان فعل الاهل مباح مطلق غير مقيد بالسلامة ، وفعل غيرهم مباح مقيد بها ،
لان تدبير المسجد لاهله دون غيرهم - والظاهر ان مسجد الجماعة حكمه مع جميع
الناس حكم مسجد المحلة مع اهلها ، فلا يضمن بما ذكر .

ولو جلس في المسجد احد فتمثر به انسان ليلاً او اعمى فتلف او تلف شيء من
ماله ، فان كان الجلوس للكلام المحظور ، يضمن الجالس اتفاقاً وان كان للصلاة
وكذا لا تنتظارها ، او للاعتكاف على الصحيح ، لا يضمن اتفاقاً . وان كان لعمل
لا يكون له اختصاص في المسجد ، كقراءة القرآن ودرس الفقه والحديث والذكر ،
يضمن عند ابي حنيفة ، خلافاً لهما . ولا فرق في ذلك بين الجلوس في مجلس المحلة او
في غيره ، وبين ان تكون فريضة او نفلاً .

ونقل الزبلي عن الحلواني ان اكثر المشايخ اخذوا بقولها ، وعليه الفتوى .
وفي العيني : وبقولها قالت الائمة الثلاثة ، وبه يفتي اه (افاده في الدرر وحواشية
ومثله في الكنز وشروحه)

* وكذا اذا احرق ثياب احد كان ماراً في الطريق الشرارة
التي طارت من دكان الحداد حين ضرب الحديد بضمن الحداد ثياب
ذلك المار *

لا يخفى ان هذه الفقرة لا تعلق لها بهذا الاصل المذكور في صدر المادة ،
ولا هي متفرعة عنها .

وفي الخاتمة ما نصه : ولو ان حداداً ضرب الحديد على حديد محمي فانتزعت
شرارة من ضربه على ثوب رجل يمر في الطريق فاحترق ، ضمن الحداد كأنه
التي النار على ثوبه اه .

وذكر فيها ايضاً : ولو وضع في الطريق حجراً فاحترق به شيء ، كان ضامناً ،
لانه كان متعمداً بوضع النار في الطريق . وان حر كته الریح فذهبت به الى موضع
آخر ثم احترق به شيء ، لا يكون ضامناً ، لانه لما تحول عن ذلك المكان انتسخ
حكم الفعل الاول . قالوا : هذا اذا لم يكن اليوم ريحاً . فان كان ريحاً ، كان
ضامناً ، لانه علم حين القاء في الطريق ان الریح تذهب به الى موضع آخر ،
فيضاف التلف اليه ، فيكون ضامناً ، كالدابة المربوطة اذا جالت في رباطها
ففسدت شيئاً

ولو ان رجلاً مر في ملكه او في غير ملكه وهو يحمل ناراً فوقت منها شرارة على
ثوب انسان فاحترق ، ذكر في النوادر انه يكون ضامناً لانه لم يتخلل بين الحمل
والسقوط واسطة ، فكان التلف مضافاً اليه .

ولو طارت الريح بشرر ناره والفته على ثوب انسان ، لا يضمن ، لأن
الاحتراق حصل بالريح ههنا .

وذكر الزندوبسي رحمه الله تعالى : اذا مر بالنار في موضع له حق المرور
فهت به الريح فوقت على ثوب انسان فاحترق ، لا يكون ضامناً . فان لم
يكن له حق المرور في ذلك الموضع ، كان ضامناً .

ولو هبت الريح بعامة رجل والفته على فارورة انسان فكسرت ، لا يضمن
صاحب العمامة اه .

لكن في الهندية معزياً لخزانة المفتين ، قال بعض العلماء : ان مر بالنار في
موضع له حق المرور فوقت شرارة في ملك انسان او القتها الريح ، لا يضمن .
وان لم يكن له حق المرور في ذلك الموضع ، ان وقعت منه شرارة ، يضمن وان
هبت بها الريح ، لا يضمن . وهذا اظهر وعليه الفتوى اه .

المادة ٩٢٧ = * ليس لاحد الجلوس في الطريق العام ووضع
شيء واحداه بلا اذن اولي الأمر . واذا فعل بضمن الضرر والخسار
الذي تولد من ذلك الفعل . بناء عليه لو وضع احد على الطريق العام
الحجارة وادوات العمارة وعثر بها حيوان آخر وتلف بضمن . كذلك
لو كسب احد على الطريق العام شيئاً يزلق به كالدهن وزلق به
حيوان وتلف بضمن *

المراد بالطريق العام الطريق النافذة الواقعة في الامصار والقرى دون الطريق
في المفاوز والصحاري ، لانه يمكن المدول عنها غالباً ، كما في الزاهدي .
وطريق العامة ما لا يحصى قومه او ما تركه للمرور قوم بنوا دوراً في ارض غير
مملوكة ، فهي باقية على ملك العامة وهذا مختار شيخ الاسلام ، والاول مختار الامام
الطبراني ، كما في العادي (قسطناني)

ومقابلة الطريق الخاصة ، اي المملوكة ، وهي غير النافذة . وليس كونها
غير نافذة علة كونها مملوكة . فقد تنفذ وهي مملوكة ، وقد يسد منفذها وهي
للعامة . لكن ذلك دليل على الملك غالباً ، فاقم مقامه ووجب العمل به حتى يدل
الدليل على خلافه (كفاية عن الجامع الصغير لفخر الاسلام ، كذا في رد المختار)
وفي الزيلعي وجمع الانهر : ثم الكلام في هذه المسألة في ثلاثة مواضع ، احدها
في انه هل يحل له احداثه في الطريق ام لا .

والثاني في الخصومة في منعه من الاحداث فيه ورفعها بعده .

والثالث في ضمان ما يتلف بذلك المحدث

اما الاحداث ، فقد قال شمس الائمة رحمه الله تعالى : ان كان الاحداث بضر
بأهل الطريق ، فليس له ان يحدث . فان كان لا يضر بأحد لسعة الطريق ، حل
له الاحداث فيه ما لم يمنع احد منه ، لان الانتفاع في الطريق بالمرور منه من غير ان

بضر بأحد جائز ، فكذا ما هو مثله فيباحق به اذا احتاج اليه . واذا اضر بالمارة لا يجعل له ، لقوله عليه الصلاة والسلام ﴿ لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ﴾ وهذا نظير من عليه الدين ، فانه لا يسه التأخير اذا طالبه صاحبه . ولولم يطالبه جاز له تأخيره . وعلى هذا القعود في الطريق للبيع والشراء ، يجوز ان لم يضر بأحد . وان اضر لم يجز ، لما قلنا . وهذا ما مشت عليه المتون كالكتز والغرر والملتقى والتنوير وغيرها .

واما الخصومة فيه ، فقال ابو حنيفة رحمه الله تعالى : لكل احد من الناس مسلما كان او ذميا ان يمنعه من ذلك ، وان يكاف الرفع بعد الوضع ، سواء كان فيه ضرر او لم يكن اذا وضع بغير اذن الامام . واما بأذنه ، فلا لانتيات رأي الامام رأيه ، لان التدبير في امور العامة الى الامام .
واما الضمان بالانقلاب ، فما اشير في هذه المادة بقوله « واذا فعل يضمن الضرر والخسار الذي تولد من ذلك الفعل ، الى آخرها »

وهكذا تعلم ان ما في هذه المادة من انه ليس لاحد الجلوس في الطريق العام . . . الخ ليس المراد منه انه لا يجمل ، بل المراد ان لكل احد ان يمنعه ، سواء اضر او لم يضر حتى لو لم يمنعه احد ، بل له ذلك ما لم يضر بالعامه ، فافهم .
وحاصل ما ذكره في ضمان ما يتلف انه لو اخرج الى طريق العامة كنيفا او ميزابا او جرسنا كبرج او مجرى ماء يركب في الحائط ، او جذع يخرج منه الحائط ليبي عليه ، او يمر على العلو مثل الرف او خشبة توضع على جداري السطحين لهمكن من المرور او اشرع روشنا او ظلة او حفر في الطريق بالوعة او وضع فيها خشبة او غرس الشجر او رمى الثلج او جلس للبيع والشراء او وضع الحجارة او التي التراب او اتخذ الطين فسقط على حيوان او عثر به حيوان فتلف ، فان كان فعل شيئا من ذلك باذن ولي الامر ، لا ضمان عليه ، والا ضمن .

قال الزبلي : لانه متسبب لملاكة متعددي احدث ما يتضرر به المارة باشغال هواء الطريق به ، او باحداث ما يحول بينهم وبين الطريق . وكذا اذا عثر بنقضه انسان .

ولو عثر بما احدث هو رجل فوقع على آخر فانا ، فدينهما على عاقلة من

أحدثه ، لان الواقم كالمذفوع على الآخر .
ولو سقط الميزاب فأصاب ما كان في الداخل رجلا فقتله ، فلا ضمان على احد ،
لانه وضع ذلك الداخل في ملكه ، فلا يكون متعدياً فيه . وان اصابه ما كان
خارجاً منه ، فالضمان على من وضعه ، لانه متعد فيه بشغل هواه الطربق . ولو
اصابه الطرفان وعلم ذلك ، وجب النصف وهدر النصف ، فصار كما اذا جرحه
انسان وصعب ومات منها . ولو لم يعلم اي طرف اصابه ، ففي القياس لا يجب عليه
شيء منها . وفي الاستحسان بضمن النصف ، لانه في حال بضمن الكل ، وفي
حال لا بضمن شيئاً ، فيضمن النصف .

ولو اشرع جناحاً الى الطربق ثم باع الكل فاصاب الجناح رجلا فقتله ، او
وضع خشبة في الطربق ثم باع الخشبة وتركها المشتري حتى عطب بها انسان ،
فالضمان على البائع ، لان فعله لم ينسخ بزوال ملكه ، وهو الموجب ، بخلاف
الحائط المابل اذا باعه بعد الاشهاد عليه ثم سقط في ملك المشتري على انسان ،
حيث لا بضمن البائع ولا المشتري ، لان المشتري لم يشهد عليه ، وهو شرط في
الحائط المابل . وفي حق الباهم قد بطل الاشهاد الاول ، لان الملك شرط لصحة
الاشهاد ، فيبطل بخروجه عن ملكه ، لانه لا يتمكن من نقض ملك الغير . وفيما
نحن فيه نما بضمن باشغال هواه الطربق لا باعتبار الملك ، والاشغال باق بعد البيع ،
فيضمن اه .

وفي الخانية : رجل كئس الطربق فعطب بموضع كئسه انسان او دابة ،
لا بضمن شيئاً ، لانه لم يحدث في الطربق شيئاً ، وانما قصد اماطة الاذي
عن الطربق اه .

قال الزبلي : حتى لو جمع الكئاسة في الطربق وتعقل به انسان ، ضمن ،
لوجود التعدد بشغله الطربق . ولو وضع حجراً فنجاه غيره عن موضعه فتلفت به
نفس او مال ، كان ضمانه على من نجاه ، لان فعله الاول قد انتسخ ، وكذا اذا
صب الماء في الطربق او رش او توطأ فعطب به نفس او مال ، بضمن ، لانه متعد
فيه - بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة ، وهو من اهلها ، او قعد فيه
او وضع خشبه او متاعه ، لان لكل احد من اهلها ان يفعل ذلك لكونها من

ضرورات السكنى ، كما في الدار المشتركة - بخلاف الحفر ، فإنه ليس من ضرورات السكنى ، فبضمن ما عطف به ، كالدور المشتركة . قالوا هذا اذا رش ماء كثيراً بحيث يزلق فيه عادة . واما اذا لم يجاوز المعتاد ، لا يضمن . ولو نهد المرور في موضع الصب مع سلمه بذلك ، لا يضمن الراش ، لانه هو الذي خاطر بنفسه ، فصار كمن وثب في البئر من جانب الى جانب فوقع فيها - بخلاف ما اذا كان بنير علمه بان كان ليلاً او اعمى .

وقيل : يضمن مع علمه ايضاً اذا رش جميع الطريق ، لأنه مضطر الى المرور فيه . وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق وفي اخذها جميع الطريق او بعضه ولو رش فناء حانوت بأذن صاحبه ، فضمن ما عطف على الأمر استحساناً اه وفي الخناية : وحارس السوق اذا رش ، يضمن ما عطف به على كل حال اه . وفي رد المحتار : لو استأجره ليشرع له جناحاً في فناء داره وقال له انه ملكي ، ولي فيه حق الاشراع من القديم ولم يعلم الاجير فظهر بخلافه فسقط على انسان قبل الفراغ او بعده ، فالضمان على الاجير ، ويرجع على الأمر قياساً واستحساناً . وان اخبره بأن لا حق له في الاشراع او لم يخبره حتى بنى فسقط فأنلف ، ان قبل الفراغ ، ضمن ولا يرجع . وان بعده ، فكذلك قياساً ، انسداد الامر - كالأمره بالبناء في الطريق . وفي الاستحسان ، يضمن الأمر ، لصحة الأمر ، لان فناء مملوك له من حيث ان له الانتفاع بشرط السلامة ، وغير مملوك من حيث انه لا يجوز له بيعه . فمن حيث الصحة يكون قرار الضمان على الأمر بعد الفراغ . ومن حيث الفساد يكون على العامل قبل الفراغ . وان استأجره ليحفر له في غير فئانه ، ضمن الأمر دون العامل اذا لم يعلم انه غير فئانه ، لصحة الأمر حينئذ ، فنقل فعله الى الأمر لانه غرر . فان علم بذلك ، ضمن اذ لا غرور ، فبقي الفعل مضاعفاً .

ولو قال انه فئاني وليس لي فيه حق الحفر ، ضمن العامل قياساً ، اذ لا غرور . وفي الاستحسان يضمن الأمر ان كان بعد الفراغ .

ووجه الفرق بين الحفر والاشراع حيث ان الاجير في الاشراع اذا لم يعلم ضمن ورجم على الأمر ، وفي الحفر لم يضمن اصلاً ، هو ان الأمر منسب ، ومشروع الجناح مباشر = بخلاف الحائر ، فإنه منسب ايضاً ، والتسبب يضمن اذا كان

بمعدبا ، والمتمدي هنا هو الآخر فقط اهم مع بعض اختصار .
ثم افاد ان صاحب الهداية اخر الاستحسان مع دليله ، فدل على اعتماده .
وفي الهندية : اذا كان الهلاك بالثلج المرمي بأن زلق به انسان او دابة ،
فقد ذكر محمد رحمه الله تعالى : ان كانت السكة غير نافذة ، فلا ضمان على الرامي .
وان كانت نافذة ، يضمن الذي رمى بالثلج .

وقال الفقيه ابو الليث : هذا جواب القياس . ونحن نستحسن ونقول لا يجب
الضمان ، سواء كانت السكة نافذة او غير نافذة . وبعض مشايخ زماننا قالوا :
ان فعلوا ذلك باذن الامام او كانت السكة بحال بلحقمهم حرج عظيم بنقل الثلج حتى
عرف الاذن بالقائه الثلج وتركه دلالة ، فالجواب فيه كما قال الفقيه ابو الليث .
والا فالجواب كما قال محمد رحمه الله تعالى .

وفيها : ولو ان رجلاً مر في الطريق فسقط ميتاً من غير جنابة احد فعطب به
انسان ، لم يضمن ، لا الميت ولا عاقلته . ولو ادر كه مرض فوق منمي عليه او
ادر كه ضعف فلم يقدر معه على المشي فوق على انسان فقتله ، او وقع على الارض
حيماً ثم مات فعثر به انسان ، فالضمان واجب على عاقلته . فان كان وقع على انسان
فقتله ، فعليه الكفارة ولا ميراث له منه . وان كان وقع على الارض فعثر به
عائر ، فلا كفارة فيه ولا يجرم الميراث . وهذا قول ابي يوسف ومحمد
رحمهما الله تعالى اه .

المادة ٩٢٨ - لو سقط حايط احدواورث غيره ضرراً لا يلزم
الضمان . ولكن لو كان الحائط مايلاً للانهدام اولاً وكان قد نبه
عليه احد وتقدم بقوله اهدم حائطك و كان قد مضى وقت يمكن
هدم الحائط فيه يلزم الضمان . ولكن يشترط ان يكون المنبه من
اصحاب حق التقدم والتنبيه . اي اذا كان الحائط سقط على دار
الجيران يلزم ان يكون الذي تقدم من سكان تلك الدار ولا يفيد

تقدم احد من الخارج وتنبهيه . واذا كان قد انهدم على الطريق الخاص
يلزم ان يكون الذي تقدم ممن له حق المرور في ذلك الطريق وان
كان الانهدام على الطريق العام فلكل احد حق التقدم *

يجب ان يعلم بأن الحائط المائل ان بناه صاحبه مائلاً في الابتداء ثم سقط على
انسان فقتله او اتلف مال انسان ، فانه يضمن ، سواء تقدم اليه بالنقض او لم
يتقدم . وان كان بناه غير مائل ثم مال بمرور الزمان ثم سقط على انسان او على مال
فانقلبه ، هل يضمن صاحب الحائط ؟ - ان سقط قبل التقدم اليه بالنقض ، فانه
لا ضمان على صاحب الحائط في قول علاننا الثلاثة رحمهم الله تعالى . واما اذا سقط
بعد ما تقدم اليه بالنقض وتمكن من النقض بعد ذلك ولم ينقض ، فالقياس ان
لا يضمن ايضاً ، وفي الاستحسان يضمن (هندية)

وانما كان القياس عدم الضمان مطلقاً ، وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى ،
لانه لم يوجد منه صنع هو تمدد ، لا مباشرة علة ولا مباشرة شرط او
سبب ، لأن البناء كان في ملكه مستقياً ، والميلان وشغل الهواء ليس من فعله ،
فلا يضمن .

ووجه الاستحسان انه مروى عن علي رضي الله عنه وعن شريح والنخعي
والشعبي وغيرهم من ائمة التابعين ، ولان الحائط لما مال فقد اشغل هواء الطريق
بملكه ، ورفع في قدرته . فاذا طوبل بتفريغه ، لزمه ذلك . فاذا امتنع مع تمكنه
منه صار متعدياً ، بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره ، بصير متعدياً بالامتناع
عن التسليم اذا طوبل به ، حتى يضمن بهلاكه في يده بدهه ، بخلاف ما قيل
الاشهاد ، لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب (افاده الزيلعي وتماه فيه)

اقول : وما ذكرناه عن الهندية من ان صاحب الحائط يضمن فيما اذا بناه
مائلاً ، ظاهراً فيما اذا بناه بيده . اما لو استأجر رجلاً لبنينه مستقياً فبناه مائلاً ،
فالظاهر ان الضمان على الاجير الباني ، لانه هو المتعدي باشغال هواء الطريق .
ولا رجوع له على المالك الا اذا امره بأن يبنيه مائلاً ، ويجرر .

وافادت هذه المادة باسئراط كون الحليط مايبلا للانهدام اولاً ، اي قبل
المطالبة بالنقض ، انه لا يصح الطلب والاشهاد قبل ان يعي الحايط . و به صرح
في الهندية وغيرها . قال الز يامي : لانعدام التعدي ابتداء وانتهاء .
وافاد قولها « وكان قد نبه عليه احد الخ » الى ان شرط الضمان مجرد طلب
الهدم ، والاشهاد على ذلك ليس بشرط ، حتى لو طوبل بالهدم من غير اشهاد ولم
يهدم مع التمكن حتى سقط وتلف به شيء وهو يقر بالطلب ، ضمن .
وقالدة الاشهاد امكان اثبات الطلب عند الجعود ، كما في الدر
وحواشيه وغيرها .

وتفسير التقدم ان يقول صاحب الحق لصاحب الحائط « ان حائطك مخوف »
او يقول « مايل فانقضه حتى لا يسقط ولا يتلف شيئاً » ولو قيل له ان حائطك
مايل ينبغي لك ان تهدمه ، كان ذلك مشورة ولا يكون طلباً (هندية) ولو قال
اشهدوا اني تقدمت الى هذا الرجل في هدم حايطه هذا ، يصح ايضاً ، كما
في الطوري .

وفي التمثيل للتقدم بقوله « اهدم حائطك » حيث اضاف الحائط الى المتقدم
اليه ، اشارة الى انه يشترط لصحة التقدم ان يكون ممن له ولايةالنقض ، كالمالك
والاب والجد والوصي ، وكذا الام ، كما في الهداية ، فيما اذا كان الحائط عموداً
للصغير . قال في الدر المنتقى : فلو سقط حائط الصغير بعد الطلب من وليه ، كان
الضمان في مال الصبي . فلو بلغ او مات الولي بعد الطلب ، فلا يضمن بالتلف
بعده ، كما في العادية وغيرها اه .

وفي التنوير وشرحه الدر : ولو تقدم الى من لا يملك نقضه ممن يسكنها
باجارة او اعارة او الى المرعمن او الى المودع ، لا يعتد به ، لعدم قدرتهم على
التصرف . فلو سقط بعد التقدم الى من ذكر وتلف شيئاً ، فلا ضمان اصلاً لا
على ساكن ولا مالك اه .

وفي الهندية : ويشترط دوام تلك الولاية الى وقت السقوط حتى لو خرج عن
ملكه بالبيع بعد التقدم ، يراً عن الضمان ، ولا ضمان على المشتري . فان اشهد على
المشتري بعد شرائه ، فهو ضامن ولو جن جنوناً مطبقاً بعد الاشهاد او ارند

والعياذ بالله تعالى ولحق بدار الحرب وقضي بلحاظه فأفاق المجنون او عاد المرتد مسلماً فردت عليه الدار ثم سقط الحائط بعد ذلك فاتفق شيئاً ، كان هدرأ . وكذلك لو باع الدار بعدما اشهد عليه ثم ردت عليه بعيب بقضاء او غيره او بختيار روية او بختيار شرط للمشتري ثم سقط الحائط او اتلف شيئاً ، لا يجب الضمان الا باشهاد مستقبل بعد الرد ، ولو كان الخيار للبائع فان نقض البيع ثم سقط الحائط واتلف شيئاً ، كان ضامناً . واذا تقدم الي مشتري الدار في حائط منها مائل ، وهو في الخيار في الشراء ثلاثة ايام ، ثم رد الدار بالخيار ، بطل الاشهاد . ولو اوجب البيع لم يبطل . ولو كان اشهد على البائع في تلك الحالة ، لم يضمن . ولو كان الخيار للبائع فتقدم اليه فيه ، فان نقض البيع ، فالاشهاد صحيح . وان اوجبه بطل الاشهاد . ولو تقدم الي المشتري في تلك الحالة ، لم يصح التقدم اه .

ولا يشترط خروجه عن ملك البائع ان يقبضه المشتري ، كما في عامة الكتب . وما في الهداية من التقييد به ، اتفاني (افاده في رد المختار معزباً للقستاني)

وفي المنع : فان قلت : هل قولم خرج عن ملكه يبيع ، قبدأ اولاً = قلت : ؟ ليس بقيد ، بل غير البيع كذلك ، كالهبة ونحوها ، كما في الحاوي القدسي اه ويشترط في المتقدم (بكسر الدال) ان يكون من اهل الطلب . فيشترط

في الصبي والعبد اذن وليه ومولاه بالخصومة (كذا في الدر معزباً للزبلي) ويشترط فيه ايضاً ان يكون من اصحاب الحق . والحق في طريق العامة للعامة فيمكنني بطلب واحد من العامة . وفي السكة الخاصة لاصحاب السكة ، فيمكنني بطلب واحد منهم . وفي الدار يشترط طلب الساكن والمالك (هندية)

وفيها عن المحيط ما نصه : رجل مات وترك ابناً له وداراً وعليه من الدين ما يستغرق قيمتها وفيها حائط مائل الي الطريق ولا وارث للميت غير هذا الابن ، فالتقدم في الحائط اليه ، وان كان لا يملكها . وان وقع الحائط بعد التقدم ، كانت الدية على عاقلة الاب دون عاقلة الابن اه .

اقول : الظاهر انه لو كان المتلوف مالاً فضمانه في تركه المتوفي ، لا يمت العاقلة لا تضمن المال ، وليراجع .

وفي الهندية عن المبسوط : واذا تقدم في الحائط الي بعض الورثة ، فالقياس

ان لا ضمان على احد منهم ، ولكننا نستحسن فنضمن هذا الذي اشهد عليه بجمعة نصيبه مما اصابه من الحائط اه وكذا اذا تقدم الى احد الشركاء في الحائط ، فانه يضمن بقدر حصته منه استحساناً ، وفي القياس لا يضمن لعدم تمكنه من النقص وحده وجه الاستحسان انه يتمكن من النقص مباشرة طريقه ، وهو المرافقة الى القاضي بمطالبة شركائه ، فصار مفرداً فيضمن بقسطه (افاده في الدرر وحواشيه) وفي الهندية : رجل اشهد عليه في حائط مال الى دار رجل فسئل صاحب الحائط من القاضي ان يؤجله يومين او ثلاثة ففعل القاضي ذلك ثم سقط الحائط واتلف شيئاً ، كان الضمان واجباً على صاحب الحائط ، ولو اجله رب الدار او ابراه من المطالبة او فعل ذلك سكانها ، صح ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط . ولو سقط الحائط بعد مضي مدة الأجل ، كان ضامناً . ولو اشهد عليه في الطريق ثم استعمل من القاضي فأجله ، فهو باطل . وكذلك لو لم يؤخره القاضي ولكن اخره الذي اشهد عليه ، لا يصح ، لا في حق غيره ولا في حق نفسه اه .

واستظهر في رد المحتار ان الحائط المائل الى طريق الخاصة كذلك ، يعني كالطريق العامة من حيث انه لا بد من تأجيل كل اهلها او ابرائهم ، تأمل اه . وفي الخانية : حائط لرجل بعضه مائل الى الطريق وبعضه مائل الى دار قوم فاشهد عليه اهل الدار فسقط ما كان مائلاً الى الدار على اهلها ، كان صاحب الحائط ضامناً ، لان الحائط واحد فصيح الاشهاد من اهل الدار فيما كان مائلاً الى ملكهم وفيما كان مائلاً الى الطريق ، فاهل الدار من جملة العامة فصح اشهادهم . وان كان الذي اشهد على صاحب الحائط من غير اهل الدار ، صح اشهادهم فيما كان مائلاً الى الطريق . واذصح الاشهاد في البعض صح في الكل اه .

ويشترط للضمان ان تمضي مدة يتمكن فيها من النقص بعد الاشهاد ، حتى اذا اشهد عليه فسقط من ساعته قبل التمكن من نقضه ، لا يضمن ما تلف به ، كما في الزبلي وغيره . والى هذا الاشارة بقوله هنا « وكان قد مضى الخ »

قال في رد المحتار ، معزياً الى القهستاني : فلو ذهب بعد الطلب لطلب من يهدمه وكان في ذلك حتى سقط الحائط ، لم يضمن ، لان مدة التمكن من احضار الاجراء مستثناة في الشرع اه .

وفي الخانية : حائط مال الى دار قوم فاشهد عليه القوم او احدهم ثم سقط الحائط واتفق شيتا من القوم او غيرهم ، كان ضامنا . وكذا العلو اذا وهي او تصدع فاشهد اهل السفل على اهل العلو اه .

وفي الهندية : حائط اعلاه لرجل واسفله لآخر فال فتقدم الى احدهما ضمن المتقدم اليه نصف الدية اذا سقط كله . وان سقط اعلاه وقد تقدم الى صاحبه ، ضمن صاحب العلو دون صاحب السفل اه .

وفي الخانية : سفلى لرجل وعلو لآخر ، وهي الكل فاشهد عليهما ثم سقط العلو وقتل انسانا ، كان الضمان على صاحب العلو ، لان العلو غير مدفوع بل سقط بنفسه ، فصح الاشهاد فيه على صاحبه ، فما هلك بالعلو يضمن صاحبه اه .

وفي الخانية : حائط بعضه صحيح وبعضه واه فاشهد عليه فسقط الواهي وغير الواهي وقتل انسانا ، يضمن صاحب الحائط ، الا ان يكون الحائط طويلا بحيث وهي بعضه ولم يه البعض ، فيختم يضمن ما اصاب الواهي منه ولا يضمن ما اصاب الذي لم يه ، لان الحائط اذا كان بهذه الصفة يكون بمنزلة حائطين احدهما صحيح والآخر واه ، فالاشهاد يصح في الواهي لا في الصحيح اه ومثله في الهندية عن الظهيرية .

وليتأمل في قوله « بعضه صحيح وبعضه واه الخ » مع قوله « بحيث وهي بعضه الخ » ولينظر ما تفسير الطويل والقصير ، وليحزر .

الاشهاد على الحائط اشهاد على النقض بالكسر ، فلو وقع الحائط على الطريق بعد الاشهاد فقتل انسان بنقضه فمات ، ضمن ، لان النقض ملكه . فتفرغه عليه وان عثر رجل بقتيل ، مات بسقوطها اي الحائط لا يضمه ، لان تفرغه للآولياء لا اليه ، بخلاف الجناح ، حيث يضمن ربه القتل الثاني ايضا ، لبقاء جنايته ، فيلزمه تفرغ الطريق عن القتل ايضا . يوهده انه لو باع الحائط اذ النقض ، يرا . ولو باع الجناح ، لا (كذا في التنوير وشرحه الدر)

قال في حاشية رد المحتار : ان اشراع الجناح في نفسه جناية ، وهو فعله ، فصار كأنه القاه بيده عليه ، فكان حصول القتل في الطريق كحصول نقض الجناح في الطريق . ومن القى شيتا في الطريق كان ضامنا لما عطب به وان لم يملك

تفريغ الطريق عنه = بخلاف مسألة الحائط ، فان نفس البناء ليس بجناية . وبعد ذلك لم يوجد منه فعل بصير به جانباً . لكن جعل كالفاعل بترك النقص في الطريق مع القدرة على التفريغ . والترك مع القدرة وجد في حق النقص لا في حق القتل ، فلذلك جعل فاعلاً في حق القتل الاول لا في القتل الثاني اه .

مسجد مال حائطه ، فالاشهاد على من بناه ، والدية على عاقلة من بناه . وحائط الوقف على المساكين على عاقلة الواقف (كذا في الدر) قال في حاشية رد المحتار : واما جنبايات الاموال ، فاهست على العاقلة . فالظاهر انها في مال الباني والواقف فيحرر . وذكر الرملي انه لا يؤخذ من مال الوقف لانه لا ذمة له اه .

اذا كان الرجل على حائط له مايل او غير مايل فسقط به الحائط فأصاب من غير عمله انساناً فقتله ، فهو ضامن في الحائط المائل اذا كان قد تقدم اليه فيه ، ولا ضمان عليه فيما سواه ، ولو كان هو سقط من الحائط من غير ان سقط الحائط فقتل انساناً ، كان هو ضامناً . ولو مات الساقط نظرت في الاسفل : فان كان يمشي في الطريق ، فلا ضمان عليه ، وان كان واقفاً في الطريق قائماً او قاعداً او نائماً ، فهو ضامن لدية الساقط عليه ، وان كان الاسفل في ملكه ، فلا ضمان عليه ، وعلى الاعلى ضمان الاسفل في هذه الحالات ، وكذلك ان تغفل فسقط او نام فتقلب فسقط ، فهو ضامن لما اصاب الاسفل ، وعليه الكفارة في ذلك اه (هندية) وفيها : وضع جرة على حائط فسقطت على رجل فالتفته ، لم يضمن لانه قد سقط اثر فعله بوضعه على الحائط ، وهو في هذا الوضع غير متعمد ، فلا يضاف اليه التلف اه

وفيها : رجل تقدم اليه في حائط مايل له فلم ينقضه حمي وقع على حائط لجاره فهدمه ، فهو ضامن لحائط الجار ، ويكون للجار الخيار : ان شاء ضمنه قيمة حائطه والنقص للضامن وان شاء اخذ النقص وضمنه النقصان . ولو اراد ان يبيعه على البناء كما كان ، ليس له ذلك . ولو جاء انسان وعثر بنقص الحائط الاول ، فالضمان على عاقلة المتضمن اليه ، وهذا قول محمد رحمه الله تعالى ، وان عثر بنقص الحائط الثاني قبل تضمين صاحب الحائط الاول او بعده ، فلا ضمان على احد . ولو كان الحائط الثاني ملك صاحب الحائط الاول ايضاً ، يضمن

صاحب الحايض من عثر بالثاني .
حائطان ما بلان اشهد عليهما فسقط احدهما على الآخر فهدمه ، فاتفق بوقوع
الاول او الثاني او بنقض الاول ، فعلى مالك الاول . وما تلف بنقض الثاني ،
فهو هدر . ولو كان مكان الحايض الأول جناح اخرجته رجل الى الطريق ووقع
على حايض مائل لرجل تقدم اليه ووقع الحايض على رجل فقتله ، او عثر رجل بنقض
الحايض بعد ما وقع على الارض ، فذلك كله على صاحب الجناح (كذا في الهندية)

= الفصل الرابع =

* في جنابة الحيوان *

فد عقد الفقهاء في كتبهم باباً ذكروا فيه احكام جنابة الحيوان واحكام
الجنابة عليه . ولم يذكر في هذا الفصل سوى احكام جنابته ، اكتفاءً بالمواد
المتقدمة في الفصل الاول والثاني والثالث من هذا الباب .
لكن قد ذكرنا احكاماً لم نذكر في الفصول المذكورة ، فقالوا :
يجب في فقاء عين دجاجة وحمامة وغيرها من الطيور ، وكذا في فقاء عين شاة
وكلب وسنور ، ما نقصها . فتقوم صحيحة ومفقوة ، فيضمن الفضل ، لان وجوب
النقصان هو الاصل في ضمان المتلفات . ويجب في فقاء عين حمار وبغل وفرس ،
وكذا في فقاء عين بقرة وجزور وان معدة اللحم ، ربع القيمة على خلاف القياس
لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى
عمر رضي الله عنه . قالوا : لان فيها مقاصد سوى اللحم الى الركوب والزينة
والحمل والعمى . فمن هذا الوجه تشبه الآدمي . وقد تمسك للأكل ، ومن هذا
الوجه تشبه المأكولات . فعملنا بالشبهين ، بشبه الآدمي في ايجاب الربع دون
النقصان ، وبالشبه الآخر في ايجاب الربع دون النصف .
وعلى بعضهم بان اقامة العمل انما يمكن بأربعة اعين ، عينها وعينا مستعملها ،

فصارت كأنها ذات عينين اربع . واوردوا على هذا التعليل انه يلزم عليه وجوب نصف القيمة في فقأ عيني الحمار ، مع ان الذي ذكره الزيلعي ان المالك حينئذ مخير : ان شاء تركه على الفاقئ ، وضمنه القيمة ، وان شاء أمسكه وضمنه النقصان . هذا حاصل ما في الدر وحواشيه .

اقول : اما الايراد المذكور ، فمدفوع بأن ايجاب الربع في العين الواحدة ، ثبت بالنص على خلاف القياس ، كما علمت . وفي ايجاب الخيار للمالك في الاثني رجوع الى القياس ، فلا ملازمة .

واما التعليل الاول ، فيرد عليه انه لا يظهر وجه الشبه بالآدمي في فقأ عين الحمار والبغل ، فانه لا يمسك للأكل ولم ار من تعرض لهذا ، فليتأمل . وافادني رد المختار ان النقصان شامل للحاصل بالمرال من فقأ العين .

ثم ان التقييد بفقأ العين في الحمار وما عطف عليه ، لانه لو قطع اذنها او ذنبها بضمن نقصانها . ولو قطع لسان الثور او الحمار ، فقبل بضمن النقصان ، وقيل جميع القيمة ، لفوات الاعتلاف . وجزم بالاخير في تحفة الاقران والقنية . واما لو قطع يده او رجله ، فقد قدمت في شرح المادة (٨٩٩) ان قطع يده ما يوجب له كذبه ، فيخير المالك بين اخذه وبضمن الناصب النقصان ، او تركه وبضمنه جميع القيمة . وان كان مما لا يوجب له كذبه ، فان كان يمكن الانتفاع منه بشيء ولو بجملده ، فكذا الحكم ، والا بأن قتله قتلاً ، فالمالك مخير بين اخذه ولا بضمن الناصب شيئاً ، اذ لا نقصان حينئذ حتى بضمنه اياه . وانما هو استهلاك ، او تركه وبضمنه جميع القيمة . وعلى هذا يحمل ما ذكره في الدر في باب جنابة البهيمة وعاليتها .

وفي صرة الفناوي ، معرباً للخلاصة : رجل حلق شعر كتف دابة او ثقف الشعر من اذنها ، فأنه يوجب سنة كما في شعر الآدمي . فان نبت ، والآ يقوم مع الشعر ومع غير شعر ، فيرجع بنقصان ما بينها اه .
وفيها عن شرح الطحاوي : دبة الكلب الماشي خلف الغنم عشرون درهما ودبة كلب المزارعة قفيزان من الطعام . ودبة كلب البيت عشرون درهما اه .

المادة ٩٢٩ = * الضرر الذي ينشأ من تلقاء الحيوان لا يضمنه صاحبه . انظر الى المادة (٩٤) ولكن لو استهلك حيوان مال احد وراه صاحبه ولم يمنعه بضمن . و بضمن صاحب الثور النطوح والكلب المقور ما اتلفاه اذا تقدم احد من اهل محلته او قربته بقوله حافظ على حيوانك ولم يحافظ *

قد اندرج في هذه المادة ثلاث مسائل : الاولى : ما في الدر وحواشية من ان الدابة اذا انفلتت بنفسها ولو في الطريق او في ملك الغير ليلاً او نهاراً فاصابت مالاً او آدمياً ، لا ضمان على صاحبها ، لقوله صلى الله عليه وسلم * العجاء جبار * وفي رواية الصححين والامام مالك واحمد واصحاب السنن * العجاء جرحها جبار * وهذا معنى ما تقدم في المادة (٩٤) من ان جنابة العجاء جبار .

والتقييد بالمنفعة لاجرا المسوفة والركوبة والمقودة في الطريق او في ملك الغير او المرسل في الطريق ، فان فعلها معتبر كما سيأتي بيانه في هذا الفصل .
المسئلة الثانية : ما ذكره في الدر ، حيث قال : حمار يأكل حنطة انسان فلم يمنعه حتى اكل ، الصحيح ضمانه اه قال في رد المحتار : ظاهره ، ولو كان الحمار لغير الرائي ، وهو المستفاد من كلامه في كتاب اللقطة . والذي في القنية وغيرها (ارأى حماره الخ) بالاضافة الى ضمير الرائي ، تأمل .

ثم رأيت في حاشية الرمي على الفصولين في احكام السكوت ما نصه : اقول : فلورأى حمار غيره يأكل حنطة الغير فلم يمنعه ، صارت واقعه الفتوى ، فأجبت بانه لا يضمن . والفرق ظاهر ، وهو ان فعل حماره ينسب اليه مع رجوع المنفعة له وامكان دفعه ، فقويت علة الضمان = بخلاف حمار الغير تأمل اه .

المسئلة الثالثة ما حققه في رد المحتار من ان الحيوان الذي يخاف منه تلف الآدمي كالكلب المقور والثور النطوح والحصان الذي اعناد الكدم ، له حكم

الحايض المابل . فإذا تقدم الى صاحبه بالاشهاد عليه واعقبه تلف ، سواء كان المتلف مالاً او آدمياً ، فان صاحبه يكون ضامناً على ماعليه الاكثر ، و به صرح في الفصولين ، وافتي به في الخيرية والحامدية = خلافاً لما في الدر من باب القود فيما دون النفس من ان الاشهاد انما يفيد في الحايض لا في الحيوان .

قال في الخيرية : وفي المسئلة خلاف ، و الاكثر على الضمان كالحايض المابل اه . واما الحيوان الذي يخاف منه تلف المال دون الادمي كالكلب الذي اعتاد اكل العنب ، فان الاشهاد فيه لا يفيد شيئاً ، فلا ضمان على صاحبه لو اكل عنب الغير بعد الاشهاد اه = قال وقد وقع الاستفتاء عن من له نخل بضمه في بستانه فيخرج فيأكل عنب الناس ونواكهم ، هل يضمن رب النخل ما اتلفه النخل من العنب ونحوه ؟ - وجوابه انه لا يضمن ربه شيئاً مطلقاً ، اشهدوا عليه ام لا ، اخذاً من مسئلة الكلب ، بل اولى . ولان النخل ماذونة من الله تعالى بقوله تعالى ﴿ ثم كلي من كل الثمرات ﴾ هذا هو الموافق للمنقول صريحاً ودلالة ، خلافاً لما افتي به صاحب التنوير في فتاواه .

ثم هل يورث صاحب النخل المذكور بنحو بل ينحله عن ملكه ؟ = مقتضى ما افتي به المتأخرون من المشايخ من ان الانسان ليس له ان يتصرف في ملكه تصرفاً يضر بالجار ضرراً بيناً ، انه يورث بالتحويل اه (هذا ما حرره في رد المحتار) اقول : وقد حصروا الضرر البين فيما يهدم البناء او يوهنه او يمنع من الانتفاع بالكلية ، فتأمل .

المادة ١٣٠ = ﴿ لا يضمن صاحب الدابة التي اضرّت يديها او

رجلها او ذيلها حال كونها في ملكه راكباً كان او لم يكن ﴾

الا اذا وطئت يديها او رجلها وهو راكبها ، فانه يضمن لان الابطاء مباشرة ، لان الانلاف حصل بثقله حتى يحرم الميراث ونجب عليه كفارة القتل ، وغير الابطاء تسبب ، وفيه يشترط التعدي ، فصار كخفر البئر في ملكه ، وفي المباشرة لا يشترط التعدي .

بالكسر . وينبغي ان لا يملكه ايضا اه .
قلت : وما تقدم عن الهدية نص فيما بحثه .

المادة ٩٢١ = * ليس للمظلوم ان يظلم آخر بما انه ظلم مثلاً
لو ائلف زيد مال عمرو مقابلة بما انه نلف ماله يكونان ضامنين .
وكذا لو ائلف زيد مال عمرو الذي هو من قبيلة طي بما ان بكره
الذي هو من تلك القبيلة ائلف ماله يضمن كل منهما المال الذي ائلفه .
كما انه لو انخدع احد فاخذ دراهم زايغة من احد فليس له ان
بصرفها لغيره *

لأن نفس الظالم لا يجوز ظلمه ، بل انصافه . ولهذا اوجبوا على الفاسب فيما اذا
زاد في المنسوب كما اذا صبغ الثوب او نقل اهدابه بحرير من عنده ضمن قيمة الثوب
المفصوب دون رد عينه ، لثلاث تغلف عليه الزيادة . وعللوا ذلك بأن الظالم لا
يظلم كما تقدم وهذا لقوله تعالى * ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما
اعتدى عليكم * قالوا : المثلية الكاملة لا تتحقق الا بأخذ مثل المتلوف ان مثلياً ،
او قيمته ان قيمياً . وهذا في نفس الظالم ، فكيف بين كان من قبيلته كالمثال
الثاني ، او من نوعه البشري كما في المثال الثالث . وقد قال الله تعالى * ولا
تزر وازرة وزر اخرى * وصرحت المادة (١٩) ان لا ضرر ولا ضرار ،
وهو لفظ حديث اخرجه مالك في الموطأ والحاكم في المستدرک والبيهقي والدارقطني
من حديث ابي سعيد الخدري وابن ماجه من حديث ابن عباس وعبادة بن
الصامت رضي الله عنهم ، كما في القاعدة الخامسة (الضرر يزال) من الأشباه
وقال : وفسره في المغرب بأنه لا يضر الرجل اخاه ابتداءً ولا جزاءً اه

الضرر الذي ينشأ من تلقاء الحيوان لا يضمنه صاحبه ، لان العجاء جرحه جباراً ، اي هدر - بخلاف ما لو ادخلها هو في ملك غيره ، فانه يضمنه في جميع الاحوال ، لوجود التعدي بالادخال ، فلا فرق بين ان يكون مباشراً بأن وطئت وهو راكبها ، او متسبباً (افاده في رد المحتار وغيره)

المادة ٩٣٢ = * لكل واحد حق المرور في الطريق العام مع حيوانه . بناء عليه لا يضمن المار راكباً على حيوانه في الطريق العام الضرر والخسار الذين لا يمكن التحرز عنهما . مثلاً لو انتشر من رجل الدابة غبار او طين ولوث ثياب الآخر او رفصت برجلها الموءخرة او لطمت بذيلها واضرت لا يلزم الضمان . ولكن يضمن الراكب الضرر والخسار الذي وقع من مصادمتها او لطمة يدها او راسها لامكان التحرز من ذلك *

والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح بشرط السلامة ، بمنزلة المشي ، لان الحق في الطريق مشترك بين الناس ، فهو يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه ، فالإباحة مقيدة بالسلامة .

وانما تقيدت بها فيما يمكن التحرز عنه دون ما لا يمكن التحرز عنه ، لانا لو شرطنا عليه السلامة عما لا يمكن التحرز عنه ، بتعذر عليه استيفاء حقه ، لانه يمتنع عن المشي والسير مخافة ان يتلي بما لا يمكن ان يتحرز عنه ، والتحرز عن الوطي والاصابة باليد او الرجل ، والكدم وهو العض بمقدم الاسنان ، والحبط وهو الضرب باليد والصدم وهو الضرب بنفس الدابة وما اشبه ذلك ، وفي وسم الراكب اذا امعن النظر في ذلك ، واما ما لا يمكن التحرز عنه كما اذا نطقت برجلها ، يعني ضربت بجوارها او ذنبها ، فلا يضمن . وهذا اذا كانت سايرة . فاذا اوقفها

الراكب في الطريق ، ضمن بالنفحة ، سواء كان بالرجل او بالذنب ، لانه يمكن التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه التحرز عن النفع ، فصار متمدياً بالايقاف وشغل الطريق به (كذا في جمع الانهر) وتقدم هذا الاصل في شرح المادة (٩٢٦) معزباً للزبلي .

وذكر في الدرر وحواشيه انه لو عطب انسان بما راثت او بالت في الطريق سائرة او واقفة لاجل ذلك ، اي لاجل الروث او البول ، لانت بعض الدواب لا يفعله الا واقفاً ، لا يضمن ، لان الاحتراز عن البول او الروث غير ممكن ، فجعل عفواً . فلو اوقفها لغيره فبالت ، ضمن لتمديه بايقافها . وسيأتي تمامه في المادة (٩٣٤) وشرحها .

وكذا لا يضمن لو اصاب يديها او رجلها حصاة او نواة او اثار غباراً او حجراً صغيراً فقفاً عيناً او افسد ثوباً ، لعدم امكان الاحتراز عنه . وهذا اذا لم ينخسها ولم ينفرها . اما لو نخسها ونفرها فانارت غباراً او حصاة فانلفت شيئاً ، ضمنه . ولو كان الحجر المثار كبيراً ضمن مطلقاً ، لامكان الاحتراز عنه ، لان الظاهر انه من عنقه في السوق ، فيوصف بالتعدي فيؤاخذ به اه ملخصاً

تنبیه

لو اصطدم فارسان ، او ماشيان خطأ فماتا ضمن عاقلة كل واحد منهما دية الآخر عندنا ، لان هلاكه اما مضاف الى فعل نفسه او فعل صاحبه او فعلها معاً . لا سبيل الى الاول لان فعله مباح لا يصلح في حق نفسه ان يضاف اليه الهلاك ، فضلاً عن ان يصلح في حق الضمان . ولا الى الثالث لانت ما يركب من صالح وغير صالح ليس بصالح : ثبت الثاني ، فانه وان كان فعلاً مباحاً وهو المشي في الطريق ، الا انه في حق غيره يصلح ان يضاف اليه الهلاك ، فيصلح ايضاً في حق الضمان . قيدنا الاصطدام بكونه خطأ لانها لو كانا عامدين في الاصطدام ، يضمن كل واحد منهما نصف دية الآخر اتفاقاً .

وقيل هذا لو وقع كل واحد منهما على قفاه ، لتحقق فعل الاصطدام ، ولو وقع على وجهه ، فلا شيء على واحد منها . وان وقع احدهما على قفاه والاخر على وجهه ،

قدم الذي وقع على وجهه هدر ، كما لو تجاذبا حبلاً فانقطع الجبل فنانا ، فان وقعا على ظهرها فمها هدر ، لان كل واحد مات بقوة نفسه . وان وقعا على وجهها ، فعلى عاقلة كل منهما دبة الآخر ، لان كل واحد منها مات بقوة صاحبه . وان اختلفا اي وقع احدهما على القفا والاخر على الوجه ، فدية من وقع على وجهه على عاقلة من وقع على ظهره . والذي على القفا لا دبة له . وان قطع آخر الجبل ، اي ان تجاذبا الجبل فقطعه انسان آخر فوقع كل منهما على القفا فنانا ، فديتهما على عاقلته ، اي عاقلة القاطع ، لانه مضاف الى فعله ، فكان صيباً (كذا في ملتقى الابجر وشرحه مجمع الأنهر) قال في رد المحتار : وانما نصت الدية في العمدة لا في الخطأ ، لان في الخطأ فعل كل منهما مباح ، وهو المشي في الطريق ، فلا يعتبر في حق الضمان بالنسبة الى نفسه ، كالواقع في بئر الطريق ، فانه لو لامشيته ما وقع . ويعتبر بالنسبة الى غيره لتقيده بشرط السلامة . اما في العمدة ، فليس بمباح ، فيضاف اليه ما وقع في حق نفسه ، فصار هاتكاً بفعله وفعل غيره . فيهدر ما كان بفعله ويجب ما كان بفعله غيره اه .

وفي حاشية ابي السعود ما ذكر من مسألة الاصطدام ليس على اطلاقه ، بل هو محمول على ما اذا تقابلا ، لما في الاختيار : سار رجل على دابة فجاء راكب من خلفه فصدمه فعطب المؤخر ، لا ضمان على المقدم . وان عطب المقدم ، فالضمان على الآخر . وكذا في صفتين اه .

المادة ٩٣٣ = * القائد والسائق في الطريق العام كالراكب

يعني لا يضمنان الا ما يضمنه الراكب من الضرر *

وكذا المرتد في مثلهم ، فيضمنون ما حدث في الطريق العام ، الا النفع . ولا يضمنون ما حدث في ملكهم او في ملك غيرهم باذنه ، الا في الرطب الى آخر ما تقدم (رد المحتار) قال في الدر : وصحح في الدرر انه مطرد ومنعكس اه اي كل ما يضمن فيه الراكب يضمن فيه السائق والقائد ، وما لا ، فلا .

قال في حاشية رد المحتار: وخالف القدوري في السابق، فذكر أنه يضمن
النفحة بالرجل، لأنه يبرأى عينه، فيمكنه الاحتراز، وعليه بعض المشايخ.
واكثرهم على أنه لا يضمن، إذ ليس فيها ما يمنعها عن النفحة فلا يمكنه الاحتراز،
بخلاف الكدم، لأنه يمكنه كبحها بلجامها، كما في شرح المجموع. وما صححه في
الدرر هو قول الأثر، وصححه في الهداية والملتقى وغيرها. ثم كان الراكب
والسابق والقائد متساوون في الضمان حال الانفراد، فكذا هم متساوون حال
الاجتماع على الصحيح. فان وجد سابق وراكب أو سابق وقائد أو راكب وقائد،
فالضمان عليهما، كما في حاشية الشلبي على الزيلعي، معزياً للإمام الأسيبجاني. وقيل
لا يضمن السائق إذا وجد مع الراكب ما وطئت الدابة، لأن الراكب مباشر فيه
لما ذكرنا آنفاً، والسائق مسبب، والاضافة إلى المباشر أولى، والصحيح الأول خلافاً لما
في الدرر، لأن السبب إنما لا يضمن مع المباشر، إذا كان السبب شيئاً لا يعمل بانفراده
في الانتلاف كما في حفر البئر مع الالتقاء، فإن الحفر لا يعمل شيئاً بدون الالتقاء.
وأما إذا كان السبب شيئاً يعمل بانفراده، فيشتركان، وهذا منه، فإن السوق متلف وإن
لم يكن على الدابة راكب، بخلاف الحفر فإنه ليس يتلف بلا القاء وعند الالتقاء وجد
التلف بها فاضيف إلى آخرها، كما قالوا في سفينة مملوءة بالطعام إذا جاء رجل
وطرح فيها منازبداً ففرقت السفينة، كان الضمان على الذي وضم المنزلة الزائدة
ملخصاً من حاشية الشلبي ورد المحتار. قال فيه: وفي الولولجية: الراكب والسابق
والقائد والرديف في الضمان سواء حالة الانفراد والاجتماع - هو الصحيح، وإن
كان الراكب مباشراً، لأن السبب هنا يعمل في الانتلاف فلا يلغى، فكان التلف مضافاً
إليها بخلاف الحفر، ملخصاً. وبه علم أن الصحيح ما جزم به القهستاني بمعنى ضمان
كل منهم مع الراكب. وقد أقره في الهداية فاشمر بترجيحه كما أدته. وقدمه
في المواهب والملتقى وعبراً عن مقابله بقيل، فتنبه اه.

وهذا الذي ذكرناه حكم الضمان. وأما حكم الكفارة، فأنما تجب على الراكب
في الإبطاء فقط، وكذا على الرديف كما في رد المحتار عن الاتقاني. ولا تجب على
القائد والسابق ولا على الراكب في غير الإبطاء لأنهم متسببون، لأنه لا يتصل فيهم شيء
بالخل، بخلاف الراكب والرديف حالة الإبطاء لأنها مباشرة، لأن التلف

بتقلها . ونقل الدابة تبع لهما ، فان سير الدابة مضاف اليهما وهي آلة لهما . وكذا يتعلق
بالابطاء في حق الراكب ، حرمان الميراث والوصية دون السابق والقائد ، ودون
الراكب والرديف في غير الابطاء ، لانه يختص بالمباشرة ايضاً (افاده الزيلعي) وسيف
رد المحتار : وفي الهنديه عن المحيطي المنقح : اذا سار الرجل على دابة وخلفه رديف
وخلف الدابة سائق وامامها قائد فوطئت انساناً ، فالدابة عليهم ارباعاً وعلى الراكب
والرديف الكفارة اه .

المادة ٩٣٤ - * ليس لاحد حق توقيف دابته او ربطها في
الطريق العام . بناء عليه لو اوقف احد او ربط دابته في الطريق العام
يضمن جنايتها على كل حال سواء رفضت يدها او رجلها او ذبلها او
جنت بسائر الوجوه . واما المحال التي اعدت لتوقيف الدواب كسوق
الدواب ومحل وقوف دواب الكراء فمستثناة *

يعني ليس لاحد شغل الطريق بايقاف الدابة فيه . قال الرحمتي : فلو اوقفها
للازدحام او لضرورة اخرى ، ينبغي انه ان امكنه العود او التخلص ، يضمن ، والا
فلا . وقيد بالطريق لانه لو اوقفها في المفاوز في غير المحجة اي الطريق ، لا يضمن .
ولو بغير اذن الامام ، لانه بضر الناس - بخلاف المحجة (افاده في رد المحتار معزباً للاختيار)
ويستثنى من ذلك ما اذا اوقفها لاجل الرث او البول لان سير الدابة لا يخلو
عن روث وبول فلا يمكنه التحرز عنه ، فكما لا يضمن ما تلف به فيما اذا راثت او
بالت وهي تسير ، فكسدا لا يضمن فيما اذا اوقفها لذلك ، لان من الدواب ما لا يفعل
ذلك الا وفاقاً . وان اوقفها لغيره فبالت او راثت فعطب به انسان ، ضمن ، لانه متمتع
بالابقاف اذ ليس هو من ضرورات السير . وهو اكثر ضرراً ايضاً من السير لكونه
ادوم فلا يلحق به (افاده الزيلعي) وفي الدرر متناً وشرحاً فلو اوقفها لغيره اي لغير
الروث او البول ، ضمن لتمديه بالابقاف ، الا في موضع اذن الامام بايقافها ، فلا يضمن

ومنه سوق الدواب . واما باب المسجد ، فكالطريق ، الا اذا اعد الامام لها موضعاً اه
قال في رد المحتار : اي اعد للدواب اي لوقوفها موضعاً عند باب المسجد ، فلا ضمان
فيها حدث من الوقوف فيه (ط) وقيد بالوقوف لانه لو كان سايراً في هذه المواضع التي
اذن الامام فيها بالوقوف او قائداً او سابقاً ، فهو ضامن . ولا يزيل الضمان عنه اذن
الامام وانما يسقط ما حدث من وقوف دابته في هذا الموضع ، راكباً او لا ، دون
السير والسوق والقود (انقائي) اه .

والظاهر ان اذن ولي الأمر من طرف الامام كاذنه . يشعر بهذا قوله في هذه
المادة «اعدت الخ» بالبناء للمجهول ، تأمل . وتعبيره بـ «اولى الامر» في المادة (٩٢٧) تأمل
وفي جامع الفصولين : ولو اوقفها في الطريق ولم يشدها بعني يربطها فسارت عن
ذلك المكان وانلفت ، لم يضمن اذ لم يمكنها من ذلك ، فصارت كالمظلمة . وفي حاشية
الرملي عليه ، ممزجاً للحنائية : رجل اوقف دابة في غير ملكه وربطها فحالت في رباطها
فانلفت انساناً او شيئاً ضمن ، في اي موضع كان ما دامت في رباطها الى منتهى حبلها اه

المادة ٩٣٥ = * من سبب دابة في الطريق العام بضمن الضرر

الذي احدثته *

الأصل ان الفعل الاختياري يضاف الى فاعله ولا تجوز اضافته الى غيره ،
الا انا تركنا ذلك في فعل البهيمة اذا وجد من الغير السوق فاضفناه اليه استحساناً
صيانة للأفئس والاموال . واذا لم يوجد منه السوق بقي على الأصل ، ولا تجوز
اضافته اليه لعدم الفعل منه لا مباشرة ولا تسبباً . ثم ان كانت الدابة المرسلة مما
لا يحتمل السوق كالطير ، فمرسلها لا بضمن اتفاقاً وان كان الانلاف فور الارسال ،
لان بدنه لما كان لا يحتمل السوق صار السوق وعدمه سواء . واما ان كان مما يحتمله
كالدابة ، ضمن المرسل ما ائلفه فور الارسال مطلقاً سابقاً او لا ، لان سيرها
مضاف اليه ما دامت تسير على منبتها . ولو انمظفت بمنة او بسرة انقطع حكم الارسال ،
الا اذا لم يكن طريق آخر سواء . وكذا اذا وقفت ثم سارت . وان ردها راد ضمن

الراد ما اصاب في فعلها ذلك ، لانه سابق لما ولا يرجع على سابقها الا اول الا اذا كان بأمره . ولا فرق بين ارسال الكلب وارسال الدابة في هذا الحكم عند ابي يوسف رحمه الله تعالى . وقالوا بين الكلب والدابة فرق وهو انه اذا ارسل الكلب لا يضمن وان اصاب في نور الارسال ما لم يكن سابقاً له ماشياً خلفه ، لانه ليس يتمتع بارساله اذ لا يمكنه اتباعه واثبات اليد عليه ، والنسب لا يضمن الا اذا تعدى . ولو ارسل دابة يضمن ما اصاب في فوره سواء سابقاً ام لا ، لانه يتمتع بارسالها في الطريق مع امكان اتباعها واثبات اليد عليها . وقول ابي يوسف اخذ به عامة المشايخ ، وعليه الفتوى . هذا ملخص ما في رد المختار والزبلي والهداية . وفي الهندية : ان المشايخ اخذوا بقول ابي يوسف ، ونقل عن ابي الليث انه المختار للفتوى . قال في الهداية : وهذا بخلاف ما اذا ارسل الكلب الى صيد فأصاب نفساً او مالاً في فوره حيث لا يضمن من ارسله وفي ارسال البهيمة في الطريق يضمن لان شغل الطريق تعد فيضمن ما توله منه . واما الارسال للاصطياد فباح ولا تسيب الا بوصف التمدي اه . وقد افاد هذا التعليل ان ارسال الكلب او البازي في الطريق لاجل الاصطياد ، ليس يتمتع فلا ضمان ، بخلاف ارسال الدابة فيه فانه تعد فتأمل وراجع ما كتبه في تكملة فتح القدير .

المادة ٩٣٦ - * او دامت دابة مر كوبة لأحد على شيء بيدها
او رجلها في ملكه او في ملك الغير واتلفته بعد الراكب قد اتلف ذلك
الشيء مباشرة فيضمن على كل حال *

لما قدمناه في شرح المادة (٩٣٠) من ان الابطاء ، مباشرة لان الأتلاف حصل بشقله حتى يحرم الميراث وتجب عليه كفارة القتل . وفي المباشرة لا يشترط التمدي - بخلاف غير الابطاء فانه تسيب وفيه يشترط التمدي .

المادة ٩٣٧ - * لو كانت الدابة جوحاً ولم يقدر الراكب على

ضبطها واضرت لا يلزم الضمان *

ولو كان الراكب سكران لانه حينئذ ليس بمسير لها، فلا يضاف سيرها اليه، فهي كالتفلة المتقدم حكمها في المادة (٩٢٩) اناده في الدر. قال في حاشيته رد المحتار: وذكر الرمي انها لو اختلفا في عدم القدرة على ردها فالقول للخصم والبيئة على مدعي العجز لان انكاره لاجل الضمان في ضمن الدعوى لا يفيد بعد تحقق سببه تأمل اه ملخصاً اه.

المادة ٩٣٨ = * لو ائلفت الدابة التي كان قد ربطها صاحبها في ملكه دابة غيره التي اتى بها صاحبها وربطها في ملك ذلك بلا اذنه لا يلزم الضمان واذا ائلفت تلك الدابة دابة صاحب الملك يضمن صاحبها *

هذا مقيد بما اذا كان ربطها بغير اذن صاحب الملك لانه متعدد بالربط والمسبب يضمن اذا كان متعدداً. اما اذا كان الربط باذن صاحب الملك، فلا ضمان. كما لا يضمن صاحب الملك مطلقاً لان كل واحد منها غير متعد في الربط. اما صاحب الملك فظاهر، واما الاجنبي. فلانه بالاذن صار له ولاية الربط كما تقدم في المادة (٩٣١) كما لصاحب الملك فكانا كالشريكين في الملك، كما سيأتي في المادة الآتية. وبهذا تعلم ان تصوير المسئلة في هذه المادة بكون ربط الاجنبي بغير اذن المالك، انما هو تمهيد للمسئلة الثانية وهي ضمان الاجنبي ما ائلفت دابته، لا تقييد للمسئلة الاولى، وهي عدم ضمان صاحب الملك ما ائلفت دابته، فانه لا فرق في عدم ضمانه بين ان يكون ربط الاجنبي باذنه او لا، كما هو ظاهر، فانهم قال في الانقروبة معزباً للبرازبة: في داره بغير ادخل عليها آخر بغيراً مغتلباً او غير مغتلب باذن صاحبها قتل الداخل ذلك البعير، لا يضمن. وان بلا اذنه، ضمن ام والبعير المغتلب هو الذي سكر من فرط شهوته (فصولين).

المادة ٩٣٩ - * اذا ربط شخصان دابتهما في محل لهما حق الربط فيه فأنلفت احدى الدابتين الاخرى فلا يلزم الضمان . مثلاً لو أنلفت دابة احد الشريكين في دار دابة الآخر عند ما ربطاها في تلك الدار لا يلزم الضمان *

لما تقدم ان كل واحد من الشريكين له ولاية ايقاف الدابة وتسييرها في الملك المشترك وان كان احدهما شريكاً في جزء يسير فلم يكن احدهما متعدياً بالربط والتسبب بلا تعدد ، لا يوجب الضمان ، كما تقدم مراراً .

المادة ٩٤٠ - * لو ربط اثنان دابتهما في محل ليس لهما فيه حق ربط الحيوان وأنلفت دابة الرابط اولاً دابة الرابط مؤخرأ لا يلزم الضمان واذا كان الامر بالعكس يلزم الضمان *

ما ذكر في هذه المادة موافق لما في صرة الفتاوي عن غصب التارخانية وعن الفضيلي . حيث قال : ربط حمارة في موضع فجاؤ آخر وربط حمارة في ذلك الموضع فغصب احد الحمارين الآخر فان كان لهما ولاية على ذلك الموضع بأن لم يكن طريق العامة ولا ملك احد فلا ضمان . والا فان كان المتأخر هو العاص ، ضمن صاحبه . وان كان العاص هو الاول ، فلا ضمان اهـ

قلت : ووجهه انه وان كان كل واحد منهما متعدياً بالربط ، الا ان الذي ربط مؤخرأ هو المتسبب بالانلاف دون الذي ربط اولاً ، والمتسبب المتعدي هو الضامن دون المتعدي بلا تسبب ، ودون المتسبب بلا تعدد . هذا ما ظهر لي في توجيه هذه المادة لكن في الفصول العادية . مزباً للجر يد صاحب المحيط ربط : حمارة في موضع

فربط آخر حمارة في ذلك الموضع ايضاً فعرض احد الحمارين الآخر، لا يجيب الضمان
اذا كان المرابط في موضع لها ولاية الربط فيه . وذكر في الجامع وفي الفتاوي: ولو
رابط حمارة على سارية فجاء آخر وربط حمارة على تلك السارية فعرض احد الحمارين
الآخر، ان لم يكن الموضع طربقاً ولا ملكاً لأحد، فلا ضمان على صاحب الحمار
بعد ان يكون في المكان سعة، لأنه لو ضمن، ضمن بالربط والربط ليس بجناية . ذكر هذا
التعليل قاضي ظهير . فان كان ذلك على طريق المسلمين او في موضع لم يكن
لها ان يربط حمار بهاء، فهو ضامن لما اصاب حمارة لان الربط جناية فما تولد منه
ضمنه (التعليل من القاضي في فتاواه) وفي قاضي خان ذكر المسئلة ثم قال: ولو كان
ذلك الموضع ملكاً للأول، ضمن الثاني للأول ما افسد حمار الثاني . وان كاتب
ملكاً للثاني لا يضمن الثاني ما افسد حمارة ام كذا في حاشية الرملي على الفصولين
فانت تراه لم يفرق في الحكم بين من ربط اولاً ومن ربط مؤخرأ حيث ضمن من ليس
له حق الربط ما اتلفت دابته سواء كان متقدماً في الربط او متأخرأ، كما لا يضمن
من له حق الربط مطلقاً، فليتأمل وليراجع . ولعل المسئلة خلافية . وفي جامع الفصولين
راضراً لفتاوي القاضي ظهير: ارسل دابته في مرعى مباح فارسل آخر دابته فعرضت
الثانية الاولى، ضمن لو عضتها على الفور، والا فلا . ولو كان ذلك في مرابط اجدها
لم يضمن صاحب المرابط اه .

* فروع *

ولو ساق دابة فوق السرج او شيء من ادواته كاللجام ونحوه على رجل فقتله
ضمن لانه متمد في هذا التسبب، لان الوقوع بتقصير منه، وهو ترك الشدة والاحكام
فيه، فصار كأنه القايد فهو كوقوع ما حمله على عاتقه - بخلاف الرداء الملبوس
اذا سقط وكان مما يلبسه الانسان عادة لانه لا يمكن الاحتراز عنه اذ لا بد منه
(افاده في رد المحتار) قاد قطاراً فوطأ بعير انساناً، ضمن عاقلة القايد الدبة لان
القايد عليه حفظ القطار كالسابق وقد امكنه التحرز عنه . فصار متمدياً والتسبب
بوصف التعدي سبب للضمن . غير ان ضمان النفس على العاقلة وضمان المال عليه في
ماله . فاذا كان مع القايد سائق يجب على عاقلتها الضمان لاستوائهما في التسبب

لان قائد الواحد قائد للكل ، وكذا سابقه ، لان اتصال الازمة . هذا اذا كان السائق في جانب الابل . اما اذا توسطها واخذ بزمام واحد ، بضمن هو وحده ما عطب بما هو خلفه . وبضمنان ما تلف بما هو قدامه ، لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانقسام الزمام ، والسابق يسوق ما هو قدامه . ولو كان رجل راكباً على بعير وسط القطار ولا يسوق منها شيئاً ، لم بضمن ما اصاب الابل التي بين يديه ، لانه ليس بسابق لها ، وكذا ما اصاب الابل التي خلفه لانه ليس بقائد لها ، الا اذا كان اخذاً بزمام ما خلفه اما البعير الذي هو راكبه فهو ضامن لما اصابه فيجب عليه وعلى القائد غير ما اصابه بالابطاء . فان ذلك ضمانه على الراكب وحده ، لانه جعل فيه مباشراً حتى تجري عليه احكام المباشر ، على ما بيناه ، كذا في الزيلعي . اقول : لكن قد منا في شرح المادة (٩٣٣) عن محبيه الشلبي وعن رد المختار ، ان الصحيح ان المسبب انما لا بضمن مع المباشر اذا كان السبب شيئاً لا يعمل بانفراده ، وان الراكب والسابق والقائد والرديف في الضمان سواء حالة الانفراد والاجتماع ، وان كان الراكب مباشراً ، لان السبب يعمل في الانلاف فلا يلفي ، فليراجع . فكان ما ذكرناه عن الزيلعي خلاف الصحيح ، فليتنبه . وان ربط بعيراً على قطار بغير علم قائده فعطب بالبعير المر بوط انسان ضمن عاقلة القائد الدية ورجعت اي العاقلة بها على عاقلة الرابط (ملتقى) قال في شرحه مجمع الانهر : قالوا : هذا اذا ربط والقطار يسير لان الرابط امر بالقود دلالة واذا لم يعلم لا يمكنه التحفظ عنه ، ولكن جهله لا يفتي وجوب الضمان عليه ، لتحقق الانلاف منه . وانما يفتي الاثم فيكون قرار الضمان على الرابط = واما اذا ربط والابل واقفة ، ضمنها عاقلة القائد ولا يرجعون به على عاقلة الرابط ، لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحاً ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه على احده ومن ضرب دابة عليها راكب او نخصها ففحمت او ضربت بيدها احداً او فترت فصدته فمات ، ضمن هو لا الراكب ، ان فعل ذلك حال السير ، لان الضارب او الناخس متمد في تسببه والراكب غير متمد . وان اوقفها في غير ملكه والمسئلة بحالها فالضمان عليها نصفين . وان نفعت الدابة الناخس قدمه هدر لانه بمنزلة الجاني على نفسه . وان القت الراكب فمات ، فضمنه على الناخس اي على عاقلته . وهذا كله اذا فعل ذلك بلا اذن الراكب . فان فعله باذنه ، فهو كفعل الراكب ، فلا ضمان عليه في نفعها ،

لان الراكب له ولاية. نخس الدابة وضربها، فاذا أمر غيره بما يملك مباشرته، جعل فعل المأمور كفعل الأمر = لكن ان وطئت الدابة احداً في فورها من غير ان تميل يمنة او يسرة بعد النخس بالاذن، فدبته عليها، لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليها. ولا يرجع النخس على الراكب في الاصح، لانه لم يأمره بالابطاء، والنخس ينفصل عنه، والتلف انما حصل بالوطء كما لو امر صبياً بشتمسك على دابته بتسييرها فوطئت انساناً فمات، ضمن عاقلة الصبي ديبته، ولا يرجعون بما غرموا من الدبته على الأمر لانه امره بالتسيير، والابطاء ينفصل عنه اه

وكذا الحكم في نخسها ومعاها فائد او سابق، يعني من قاد دابة او ساقها فنخسها رجل آخر فانفلتت واصابت في فورها، فالضمان على النخس. وكذا اذا كان لها سابق فنخسها غيره، لانه مضاف اليه. وان نخسها شيء منصوب في الطريق فالضمان على من نصبه، لان الناصب متعدد بشغل الطريق، فاضيف اليه كما لو نخسها بفعل نفسه - ولا فرق بين كون النخس صبياً او بالغاً، لان الصبي كالبالغ يؤخذ بالعالمه، فيكون الضمان في ماله (اه من الملتقى وشرحه مجمع الأنهر)

اقول: قوله «وان اوقضها في غير ملكه الى قوله «عليها نصفين» كتب عليه في رد المحتار ما نصه: قال الرملي: اقول: ظاهره ولو كان، اي النخس، بغير اذنه، اي الراكب، اذ هو موضوع مسألة المتن. والمصرح به في الخلاصة والبرازبة خلافه. قال في الخلاصة: واذا كان بأذنه، فالضمان عليها الا بغير النفحة بالرجل والذنب، فانها جبار الا اذا كان الراكب واقفاً في غير ملكه فأمر رجلاً، فنخسها فنفتحت رجلاً، فالضمان عليها. وان كان بغير اذنه فالضمان كله على النخس اه

اقول: لا مخالفة بين ما في الخلاصة وبين ظاهر ما في الملتقى وشرحه وغيرها من المتون والشروح، الا في حالة واحدة، وهي ما اذا كان الانلاف بنفحة الرجل او الذنب، فان الراكب وان اوقف الدابة في الطريق، لا يضمن ما تلف بها، الا اذا نخسها الاجنبي بأمره، والا فالضمان كله على النخس فقط.

الوجه فيه انه وان كان كل منهما متعدباً، النخس بالنخس والراكب

بالإيقاف ، إلا ان سبب التلف القريب هو النخس لاتصاله به ، دون الإيقاف ، فإنه منفصل عنه كواثما ضمن اذا بنجسها بأمره ، لان فعل المأمور يضاف الى الأمر فكان الانلاف مضافاً اليهما . وتقل الطحطاوي عن المنتقى بالنون : رجل واقف على دابته في الطريق ، فأمر رجلاً فنخسها فقتلت رجلاً والآمر ، فدبة الرجل عليها ودم الآمر هدر . ولو سارت عن موضعها ثم نفحت من نور النخسة ، فالضمان على الناخس فقط . وان لم تسر فنفحت الناخس وآخر ، فدبة الاجنبي عليها ونصف دبة الناخس على الراكب اه ملخصاً .

قال في رد المحتار : وبه علم ان ضمانها مقيد ايضاً بما اذا لم تسر من موضعها ، والا ضمن الناخس فقط ، كما لو نخس بلا اذن الراكب اه .

وفي رد المحتار ايضاً : وفي الدر المنتقى ، وانما خص النخس لانه لو وضع يده على ظهر فرس عادته النفحة فذفع فانلف ، لم يضمن - بخلاف النخس ، لان الاضطراب لازم للنخس دون وضع اليد ، كما في البرجندي عن القنية ١٠١٠ .

وفي التتارخانية : وضع شيئاً في الطريق فنفرت منه دابة فقتلت رجلاً ، لا شيء على الواضع اذا لم يصب ذلك الشيء اه ومثله في الإقروية عن القنية : وذكرها في الخانية ايضاً ، ثم قال : وكذلك رجل اشهد على حابط مائل الى الطريق فسقط الحائط فنفرت منه دابة رجل فقتلت رجلاً ، لا يضمن صاحب الحائط المائل ، وانما يضمن اذا سقط على انسان او دابة فقتله اه - لكن في (ط) عن محيط السرخسي : لو نفرت من حجر وضعه رجل على الطريق ، فالواضع بمنزلة الناخس اه .

وفي الهندية : ولو لم يوقفها الراكب على الطريق ولكن حرنت ووقفت فنخسها هو او غيره لتسير فنفحت انساناً ، فلا شيء عليها اه .

وفيها : لو اكرى حماراً فاوقفه في الطريق على اهل مجلس فسلم عليهم فنخسه صاحبه او ضربه او ساقه فنفع ، ضمناً ، وهو كالآمر بالسوق . واذا جمعت الدابة فذمربها او كبحها بالبحام فضربت برجلها او بذنبها ، لم يكن عليه شيء . وكذا لو سقط منها فذهبت على وجهها فقتلت انساناً ، لم يكن عليه شيء اه ولو ربط دابة في الطريق ثم باعها فقال للمشتري خيلتك واياها فاقبضها ، كان ذلك قبضاً . فان جنت الدابة في رباطها ، فالضمان على البايع . وان جالت في رباطها عن موضعها ،

لا يبرأ البايع عن ضمانها ، ما لم يحل الرباط وتنتقل عن موضعها فقبل ذلك ما تلف
بها كان ضمانه على البايع (خائبة)

وفيها : رجل القى حية في الطريق ، فهو ضامن لما اصابته حتى نزول عن
ذلك المكان اه .

رجل ركب دابة رجل قد اوقفها ربهما في الطريق شفحت انساناً فقتلته
فالضمان على ربهما وعلى الراكب نصفان . واذا اوقف الرجل دابة رجل في الطريق
وربطها وغاب ، فامر رب الدابة رجلاً حتى نخسها فنفحت رجلاً او نفحت الآمر
فدبته على الناخس . وان كان الآمر اوقفه في الطريق ثم امر رجلاً حتى نخسها فقتلت
رجلاً فدبته على الآمر والناخس نصفان (هندبة عن محيط)

❖ الكتاب التاسع ❖

- في الحجر والاكراه والشفعة -

« ويشتمل على مقدمة وثلاثة ابواب »

انما جمع الحجر والاكراه والشفعة في كتاب واحد لان في كل واحد سلب
ولاية المختار عن الجري على موجب الاختيار ، كما لا يخفى .

= المقدمة =

❖ في الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالحجر والاكراه والشفعة ❖

المادة ٩٤١ - - ❖ الحجر هو منع شخص مخصوص عن تصرفه

القولي ويقال لذلك الشخص بعد الحجر محجور ❖

يقال حجر عليه حجراً من باب قتل ، منعه من التصرف ، فهو محجور عليه .
والفقهاء يجذفون الصلة تخفيفاً (رد المحتار) وإضافة المنع الى ما بعده من اضافة
المصدر الى مفعوله .

والفاعل اما الشرع كما في حجر الرقيق والصبي والمجنون والمعتوه ، واما الحاكم
كما في السفهه والمديون . والشخص المخصوص هو من يستحق الحجر بالاسباب
الآتية .

قال في الدرر : ونخص التصرف بكونه قولياً لان الحجر لا يتحقق في افعال
الجوارح ومسرته ان اثر التصرف القولي لا يوجد في الخارج ، بل امر يعتبره الشرع
كالبيع ونحوه . فاذا لم يوجد في الخارج ، جاز ان يعتبر عدمه = بخلاف التصرف
الفعلي الصادر عن الجوارح ، فانه لما كان موجوداً خارجياً لم يميز اعتبار عدمه ،
كالقتل وانلاف المال - والا كان الحجر منسطة اه .

والمراد من المنع عن التصرف القولي المنع عن نفاذه ، كما صرح به في المتقى
والدرر والنقابة والتنوير وغيرها ، يعني عن اثره المترتب عليه بحيث لا يفيد الملك
بالقبض في العقود الدائرة بين النفع والضرر ، او يلفوا اصلاً كطلاق الصبي
والمجنون واعتائهما . واورد على هذا التعريف انه غير جامع ولا مانع ، فان من
التصرف القولي ما ينفذ ولا يكون المحجور ممنوعاً منه ، كالذي تمحض نفعاً
كقبول الهبة والهدية والصدقة . ومن التصرف الفعلي ما لا تعتبر صحته من المحجور ،
كالزنا والقتل من الصبي او المجنون ، فانه محجور عليهما بالنسبة لحكمه ، وهو الحد
او القصاص . فالمناسب في تعريف الحجر ما في الايضاح حيث قال : هو عبارة عن
منع مخصوص بشخص مخصوص عن تصرف مخصوص او نفاذه اه = فدخل فيه نحو
الزنا والقتل من التصرف الفعلي حيث لم يثبت حكمه ، وهو الحد او القتل في حق الصبي
والمجنون . وخرج عنه نحو قبول الهبة والهدية والصدقة من التصرف القولي ، حيث
ثبت حكمه وهو الملك بالقبض . هكذا ينبغي تقرير هذا المحل اخذاً بما حققه في رد
المحتار .

وفي الهدية : هذه الماني الثلاثة ، يعني الصغر والمجنون والرق ، توجب الحجر
في الاقوال التي تتردد بين النفع والضرر ، كالبيع والشراء ، واما الاقوال المتمحضة

نفساً ، فالصبي فيها كالبالغ . ولهذا يصح منه قبول الهبة . والاسلام ولا يتوقف على اذن الوالي ، ومثله العبد والمعنوه . واما ما يتمحض منها ضرراً كالطلاق والعناق ، فانه يوجب الاعدام اصلاً في حق الصغير والمجنون ، دون العبد ولا توجب هذه المعاني الثلاثة الحجر في الافعال . حتى ان ابن يوم لو انقلب على قارورة فكسرها ضمنها في الحال . وكذا العبد والمجنون ان اتلفا شيئاً ، لزمها الضمان في الحال . واذا كان ذلك الفعل فعلاً يتعلق به حكم بندراً بالشبهات كالحدود والقصاص يجمل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون ، حتى لا يجب عليه الحد بالزنا والسرقه وشرب الخمر وقطع الطريق والقصاص بالقتل (اه معز بالشرح الهداية للصبي)

المادة ٩٤٢ - ﴿الاذن هو فك الحجر واسقاط حق المنع ويقال للشخص الذي اذن مأذون﴾

في الكرمانى ، يقال . مأذون له او لها . وترك الصلوة ليس من كلام العرب . وفي المصباح ان الفقهاء يحدفون الصلوة لفهم المعنى . وقوله « هو فك الحجر » اي في التجارة ، لان الحجر لا ينفك عن الصبي . والمعنوه في غير باب التجارة كالانراض والهبة ونحوها . وقوله « واسقاط حق المنع » كالتفسير لقوله « فك الحجر » (افاده في رد المحتار)

المادة ٩٤٣ - ﴿الصغير غير المميز هو الذي لا يفهم البيع والشراء يعنى من لا يعرف ان البيع سالب للملكية والشراء جالب لها . ولا يفرق بين الغبن الفاحش الظاهر كالتهريب في العشرة خمسة وبين الغبن اليسير . ويقال للذي يميز ذلك صبي مميز﴾

يظهر لي ان قوله « ولا يفرق بين النبن الفاحش الخ » لا حاجة اليه ، لأنه من لوازم كونه لا يعرف ان البيع سالب للملكية والشراء جالب لها . نعم زادوا هذا القيد في تعريف المميز حيث قالوا : هو من يعقل البيع سالباً للملكية والشراء جالباً ، لأن من يعقل ذلك لا يفرق بين النبن الفاحش والبسير ، فاحتاجوا لهذا القيد . ولما ورد على تعريف المميز ، كما في رد المحتار ، ان التفرقة بين النبن الفاحش والبسير مختصة بمذاق التجار ، اولوا هذا القيد بان المراد منه ما يكون بالنبن الفاحش فيه ظاهراً لكل ذي عقل ، وذلك بأن يعرف ان الخمسة فيما قيمته عشرة مثلاً غبن فاحش ، وان الواحد فيها يسير ، فمن لم يدرك الفرق بينها فهو غير مميز ، فتدبر .

المادة ٩٤٤ - * المجنون على قسمين احدهما المجنون المطبق وهو الذي جنونه يستوعب جميع اوقاته والثاني هو المجنون غير المطبق وهو الذي يكون في بعض الاوقات مجنوناً وبقية في بعضها *

يعني يزول عنه ما به بالكلية . وهذا كالماعقل البالغ في تلك الحالة (رد المحتار)

واقاد الطحطاوي ان الجنون داء يجل الدماغ باعثاً على الاقدام على ما يضاد العقل من غير ضعف في الاعضاء .

وفي التلويح : الجنون اختلال القوة المميزة بين الامور الحسنة والقيحة المدركة للمواقب بأن لا يظهر آثارها وتمطل افعالها اما لتقصان جبل عليه دماغه في اصل الخلقة واما لخروج مزاج الدماغ عن الاعتدال بسبب خلط او آفة اه

المادة ٩٤٥ = * المعتوه هو الذي اختل شعوره بان كان فهمه قليلاً وكلامه مختلطاً وتدييره فاسداً *

الا انه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون . وهذا احسن ما قيل في
تفسيره (رد المختار)

المادة ٩٤٦ = * السفية هو الذي بصرف ماله في غير موضعه
ويذر في مصارفه ويضيع امواله ويتلفها بالاسراف . والذين لا
يزالون يفتلون في اخذهم واعطائهم ولم يعرفوا طريق تجارتهم وتمتعهم
بحسب بلاهتهم وخلق قلوبهم بعدون ايضاً من السفهاء *

قال في فوائد شتى الاشياء المذكورة آخر فن الفروق : السفية المبذر المضيع
لماله سواء كان في الشر بأن يجمع اهل الشراب والفسقة في داره ويطعمهم ويسقيهم
ويسرف في النفقة ويفتح باب الجائزة والعتاء اليهم ، او في الخبر بأن يصرف ماله
في بناء المساجد واشياء ذلك ، فيحجر عليه القاضي صيانة لماله .

وذكر الزيلعي ان السفية من عادته التبذير والاسراف في النفقة ، وان
يصرف تصرفاً لا لغرض او لغرض لا يبعده العقلاء من اهل الديانة غرضاً ، مثل
دفع المال الى المغني واللعب وشراء الحمام الطيارة بثمن غال . والغبن في التحويلات
من غير محمدة . واصل المسامحات في التصرفات والبر والاحسان مشروع ، والاسراف
حرام كالاسراف في الطعام والشراب اه .

والفقلة من اسباب الحجر عندهما والغافل ليس يفسد ولا يقصده ،
لكنه لا يهتدي الى التصرفات الراجحة ، فيضن في البياعات لسلامة قلبه
(ذكره الزيلعي)

وفي شرحها للمحموي : الفرق بين التبذير والاسراف ان التبذير تجاوز
في موضع الحق ، فهو جهل بمواقع الحقوق . والاسراف تجاوز في الكمية ، فهو
جهل بمقادير الحقوق اه .

المادة ٩٤٧ - * الرشيد هو الذي يتقيد بمحافظته ماله و يتوفى من
السرف والتبذير *

فهو من ليس بمغفل ولا سفیه . وفي التنوير وشرحه الدر : هو من كان مصلحاً
في ماله فقط ، ولو فاسقاً اه قال في رد المحتار : هو معنى ما في البيهقي عن التنف .
الرشد عندنا ان بنفق فيما يحل ، ويمسك عما يحرم . ولا ينفقه في البطالة والمصيبة ،
ولا يعمل فيه بالتبذير والاسراف اه .

المادة ٩٤٨ - * الاكراه هو اجبار احد على ان يعمل عملاً بغير
حق من دون رضاه بالاخافة . ويقال له المكروه بفتح الراء . ويقال
لمن اجبر مجبر . ولذلك العمل مكروه عليه وللشي الموجب للخوف
مكروه به *

هذه الترجمة قلقة لان قوله « على ان يعمل عملاً » متعلق باجباره ، وقوله « بغير
حق » صفة له او حال منه . وقوله « من دون رضاه » متعلق بعمل او صفة
لعملاً . وقوله « بالاخافة » متعلق باجبار ، فالظاهر في الترجمة ان يقول : هو اجبار
احد بغير حق بالاخافة على ان يعمل عملاً من دون رضاه .

وتقييد الاجبار بكونه بغير حق ، لان الاجبار بحق لا يعدم الاختيار شرعاً ،
كالمعتاد اذا اكرهه القاضي على الفقرة بعد مضي المدة . الا ترى ان المدينون اذا
اكرهه القاضي على بيع ماله نفذ بيده ، بخلاف ما اذا اكرهه على البيع بغير حق
(افاده في رد المحتار)

و المراد بالعمل المجبر عليه ، ما يفهم اللفظ وعمل سائر الجوارح ، كما في الدرر .
و المراد بالاخافة يعني التهديد والوعيد ، ما يتناول الحكمي ، كما اذا امر بقتل رجل

ولم يهدد المأمور بشيء ، الا انه يعلم بدلالة الحال انه لو لم يقتله لقتله او قطعه الا مرة ،
فانه اكرهه كما في رد المحتار عن القهستاني .

المادة ٩٤٩ - * الاكراه على قسمين الاول هو الاكراه الملجبي الذي يكون بالضرب الشديد المؤدي الى ائلاف النفس او قطع عضو .
والثاني هو الاكراه غير الملجبي الذي يوجب الغم والألم فقط كالضرب
والحبس غير المبرح والمديد *

وكل من القسمين معدوم للرضى . لكن الملجبي ، وهو الكامل ، يفسد الاختيار
ايضاً . وسيأتي تمام الكلام على ذلك في الباب الثاني . وقوله « غير المبرح » صفة
للضرب . وقوله « المديد » صفة للحبس ، على طريق ترتيب اللف والنشر والمراد
بغير المبرح ما لا يحاف منه تلف النفس او العضو او عضو العضو كالأذنلة ، كما في
رد المحتار عن الشرنبلالية . ومثله في حاشية الشلبي . لكن لا بد من ان
يكون شديداً كما اشترط في الحبس ، او القيد ان يكون مديداً ، والا فحبس يوم
او قيده او ضرب غير شديد ، لا يكون اكرهاً ، اذ لا يبالي بمثلها عادة ، فلا
يعدم الرضى الا لذي جاء وعزة ، لان ضرره بذلك اشد من ضرر الضرب الشديد
لغيره ، فيفوت به الرضى (افاده في الدرر والفرر)

وفيه عن المبسوط : الحد في الحبس الذي هو اكرهه ما يجبي الاغتنام البين
به . وفي الضرب الذي هو اكرهه ما يجبد منه الألم الشديد ، وليس في ذلك حد
لا يزداد عليه ولا ينقص منه ، لأن المقادير لا تكون بالرأي . ولكنه على قدر
ما يرى الحاكم اذا رفع اليه . وسيأتي في الباب الثاني بيان شرائط الاكراه مع
بيان احكام كل من الاكراه الملجبي وغير الملجبي ، فانظر .

المادة ٩٥٠ = * الشفعة هي تملك الملك المشتري بمقدار الثمن

الذي قام على المشتري *

لا بد من تقدير مضاف بأن يقال « هي حق تملك الملك الخ » لان التملك
انما يوجد بعد القضا او الرضى ، ولأن حكم الشفعة جواز الطلب ، وحكم الشيء
بعقه او بقرانه . فلو حصل التملك قبل الطلب ، لزم بالطلب تحصيل الحاصل
(افاده في تكملة الفتح) وعبر في التنوير بالتملك بدلا عن التملك ، فلم يحتاج الى
تقدير المضاف المذكور ، لان فاعل التملك هو الشرع ، وتمليك الشرع انما يكون
بالقضا او الرضى بعد الطلب ، كما هو ظاهر . فما في رد المختار من ان الاولى التعبير
بالتملك تبعاً للكثير وغيره ، لانه من اوصاف الشفيع . وهو مالك لا يملك ، غير مسلم ،
لان الشفيع انما يصير مالكا بتمليك الشرع ، وهذا يحصل بالقضا او الرضى بعد
الطلب ، كما قلناه ولا حاجة في تعريف الشفعة الى زيادة قيد آخر وهو « جبراً على
المشتري » اذ لا فائدة فيه ، بل ربما يوهى انه احتراز عما لو رضى المشتري مع ان
التملك حاصل في حالة الرضى ايضاً ، ولانه قد يكون جبراً على البائع كما اذا اقر
بالبيع وانكر المشتري ، لان الشفعة تعتمد زوال الملك عن البائع لا على ثبوته
لمشتري . ولذا ثبت اذا باع بشرط الخيار للمشتري ، كما في رد المختار عن
الفتاوي الصغرى . والمراد بالملك المشتري ما كان عقاراً ، يعني غير منقول . فدخل
الكرم والرحى والبئر والعلو وان لم يكن طريقه في السفلى ، وخرج البناء والاشجار
فلا شفعة فيها الا بجمعية المقار . وان بيع بحق القرار كما سيأتي في الباب الثالث
وآثر التعبير بلفظ « الملك » على التعبير بالمقار او البقعة ، اشارة الى انها
لا تثبت في اراضي الوقف ولا في الاراضي السلطانية ، كما سيأتي ايضاً .
وقيد بالملك بكونه مشتري لاخراج ما ملك بلا عوض كما بالهبة والارث
والصدقة ، او بعوض غير عين كالمملوك بكونه مهراً او بدل اجارة او بدل
خلع او بدل صلح عن دم عمد . ودخل فيه ما وهب بعوض ، فانه شراء انتهاء
(افاده في رد المختار) وقوله بمقدار الثمن الذي قام على المشتري يريد انه مثله لو
مثلياً ، والا فبقيته كما في الدر . والمراد منه ما لزم المشتري من الموهن بالشراء ،
كما في رد المختار .

المادة ٩٥١ = * الشفيع هو من كان له حق الشفعة *

المادة ٩٥٢ - * المشفوع هو العقار الذي تعلق به حق الشفعة *

المادة ٩٥٣ = * المشفوع به هو ملك الشفيع الذي كان به الشفعة *

المادة ٩٥٤ = * الخليط هو بمعنى المشارك في حقوق الملك كحصص الماء والطريق *

وكذا المشارك في نفس الملك ، يعني المشفوع ، يسمى خليطاً . لكن هذا خليط بين نفس الملك المبيع ، وذلك خليط في حقوقه ، والخليط في نفس المبيع مقدم على الخليط في حقوقه ، كما سيأتي

المادة ٩٥٥ - * الشرب الخاص هو حق شرب الماء الجاري المخصوص بالاشخاص المملوذة . واما اخذ الماء من الانهر التي ينتفع بها العامة فليس من قبيل الشرب الخاص *

هذا ما عليه عامة المشايخ ، فانهم قالوا ، كما في رد المحتار معزياً للكفاية : الشركاء على النهران كانوا يحصون ، فخصير ، والا فكبير ، ثم اختلفوا فقيل : ما لا يحصى خمسة ، وقيل اربعون . وقيل الاصح تفويضه الى رأي كل مجتهد في زمانه اه .

ثم قال في رد المحتار : والظاهر ان المراد بالمجتهد الحاكم ذو الرأي المصيب ،

للعلم بانقطاع المجتهد المصطلح عليه اه .
لكن سيأتي في المادة (١٢٣٩) ان النهر الخاص هو الذي يتفرق وينقسم
الى اراضي اشخاص معدودة ، وعند انتهائه الى آخر اراضيهم يحمى ولا تبقى له
بقية مباحة ، ان الشفعة انما تجرى فيه لا في العام الذي هو عكسه . وحينئذ فلا
بد من اعتبار قيد الانحياز في هذه المادة ، توفيقاً بين المادتين ، فنبهه وارجم لما
كتبناه من شرح المادة (١٠٠٨) الآتية في باب الشفعة .

المادة ٩٥٦ - * الطريق الخاص هو الزقاق الذي لا ينفذ *

قال في رد المحتار : والمراد بعدم النفاذ ان يكون بحيث يمنع اهله من ان
يستطرقه غيرهم ، كما في الدر المنقى . فلو فيه مسجد ، فنافذ حكماً ، اذا كان مسجد
خطة لا محدثاً ، وتماه في البرازية اه .

اقول : وهذا مقيد بما اذا كان مسجد الخطة في اقصى الزقاق وظهره او جانبه
الى الطريق الاعظم ، كما سيأتي (نقله عن الهندية في شرح المادة ١٠٠٨)

* الباب الاول *

= في بيان المسائل المتعلقة =

« بالحجر وينقسم الى اربعة فصول »

= الفصل الاول =

* في بيان المحجورين واحكامهم *

اسباب الحجر السابق نمر بفه خمسة ، اثنان متفق عليهما : الصفر والجنون ،

ونلاثة فيها خلاف ابي حنيفة ، وهي السفه والغفلة والدين . و بقولها اخذت المجلة لان عليه الفتوى ، كما في الخانية .

واما الرق فليس سببا له في الحقيقة ، لان الرقيق مكاف محناج كامل الرأي كالحر ، ولهذا يؤخذ باقراره بعد الصق . واما عدوه من اسباب الحجر لعدم نفوذ اقراره في الحال ، رعاية لحق مولاه (ونماه في الزبلي)

والمجلة لم تنصرص لذكر شيء من احكام حجر الرقيق ، لانه معدوم في زماننا . واما ضرر العامة ، فليس سببا للحجر الشرعي المتقدم تعريفه ، وهو الذي يمنع نفوذ التصرف القولي ، بل هو سبب لمنع الحسي كما سيأتي التنبيه على ذلك في المادة (٩٦٤) فانهم .

المادة ٩٥٧ = * الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم *

اي بلا حاجة الي حجر الحاكم ، بخلاف السفه والمغل والمدبون كما سيأتي . قال الزبلي : اعلم ان الله تعالى خلق البشر اشرف خلق ، وجعلهم بكامل حكمته متفاوتين فيما يمتازون به عن الانعام ، وهو العقل ، وبه يسعد من سعد . وذلك ان الله تعالى ركب في البشر العقل والهوى ، وركب في الملائكة العقل دون الهوى ، وركب في البهائم الهوى دون العقل . فمن غلب من البشر عقله على هواه ، كان افضل خلقه لما يقامي من مخالفة الهوى ومكابدة النفس . ومن غلب هواه على عقله كان اردأ من البهائم . قال الله تعالى * انهم الا كالانعام بل هم اضل * فجعل بعضهم ذوي النهي ، وجعل منهم اعلام الدين وائمة الهدى ومصاييح الدجاء وابتلى بعضهم بما شاء من اسباب الردى ، كالجنون الموجب لعدم العقل ، والعصر والعتة الموجبين لنقصانه ، فجعل تصرفها غير نافذ بالحجر عليها . ولولا ذلك لكان مما ملكتها ضرراً عليها بأن يجر من يعاملها ما لها باحتياله الكامل ، وجعل من ينظر في مالها خاصاً وعماماً وواجب عليه النظر لها ، وجعل الصبا والجنون سبباً للحجر عليها ، كل ذلك رحمة منه ولطفاً اه .

المادة ٩٥٨ = ﴿الحاكم ان يجبر على السفينة﴾

هذا قول الامامين ، خلافاً لابي حنيفة . والدليل على قولها قوله تعالى ﴿ولا توتروا السفهاء اموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوم﴾ فهذا نص عليه اثبات الحجر عليه بطريق النظر ، فان الولي ، هو الذي يباشر التصرف في ماله على وجه النظر به .

وقوله تعالى ﴿﴾ فان كان الذي عليه الحق سفياً او ضعيفاً او لا يستطيع ان يمل هو فاملل وليه بالعدل﴾ وهذا نص على اثبات الولاية على السفينة وانه مولى عليه ، فلا يكون ذلك الا بعد الحجر عليه ، ولان النظر له واجب حقاً لإسلامه وليس من النظر ان يمكن من التصرف لا على وجه بتنفيذ العقل والحكمة ، فيجبر عليه نظراً له وهو من جملة التعاون على البر ، فصار كالصبي بل اولي ، لان الصبي انما حجر عليه لتوهم التبذير ، وهذا قد تحقق منه . ولهذا يمنع ماله من الابداء اجماعاً بطريق النظر له ، يعني اذا بلغ غير رشيد . ومنع المال من غير حجر عليه لا يفيد ، لان ما منع من يده يتلفه بلسانه ، فيجبر عليه نظراً له . وقام الكلام عليه مع بيان ادلة الامام مبسوطه في الزبلي .

قال في التنوير : ويقولها بنتى صيانةً لئلا له . وفي رد المحتار : قال في الجوهره : ثم اختلفا فيما بينهما ، قال ابو يوسف ، لا يجبر عليه ، يعني على السفينة ، الا يجبر الحاكم ، ولا يتفك حتى يطلقه . وقال محمد : فساد في ماله يجبره ، واصلاحه فيه يطلقه . والجمرة فيما باعه قبل حجر القاضي ، يجوز عند الاول ، لا الثاني اه . وظاهر هذه المادة اختيار قول ابي يوسف . قال في الدر : وعلى قولها المفتى به ، فيكون في احكامه كصغير .

ثم هذا الخلاف ، يعني بين الامام وصاحبيه ، في تصرفات تحتل الفسخ وبطلانها الهزل . واما ما لا يحتمله ولا يبطله الهزل ، فلا يجبر عليه بالاجماع ، فلذا قال ، يعني صاحب التنوير : الا في نكاح وطلاق وعناق واستيلاء وتدابير ووجوب

زكاة وفطرة وحج وعبادات وزوال ولاية ابيه او جده وفي صحة اقراره بالعقوبات
وفي الانتاق وفي صحة وضايه بالقرب من الثلث ، فهو في هذه كبالغ ، وفي
كفارة كعبد (اشباه)

والحاصل ان كل ما يستوى فيه المزل والجد ينفذ من المحجور ، وما لا
فلا ، الا باذن القاضي (خانية)

المادة ٩٥٩ = * للحاكم ان يحجر المدينون بطلب الغرماء *

قال في الدر المنتقى : ويشترط لصحة الحجر عندهما القضاء بالافلاس ثم الحجر
بناء عليه . ولا يشترط ذلك في الحجر بالسفه ، مع كونه يتم جميع الاموال . واما
الحجر بالدين فيخص بالمال الموجود ، حتى ينفذ نصرته في مال حدث بمسده
بالكسب ، كما يعلم من القهستاني والبرجندي فليحفظ اه

وفي رد المختار عن التتارخانية : الحجر بالدين يفارق الحجر بالسفه من وجوه
ثلاثة ، احدها ان حجر السفيه لغنى فيه ، وهو سوء اختياره ، لا لحق الغرماء ،
بخلافه بسبب الدين ، فيفتقر فيه للقضاء

الثاني : ان المحجور بالسفه اذا اعتق عبداً ووجبت عليه السعاية وادى ، لا
يرجع بما سعى على المولى بعد زوال الحجر ، بخلاف المحجور بالافلاس .

الثالث : ان المحجور بالدين لو اقر حالة الحجر ، ينفذ اقراره بعد زوال الحجر ،
وكذا حالة الحجر فيما يحدث له من المال حالة الحجر . والمحجور بالسفه لا يجوز
اقراره لا حال الحجر ولا بعده ، ولا في المال القائم ولا الحادث اه مخلصاً .

فات : ويزاد ما مر من توقف الحجر بالدين على القضاء ، اي على قول ابي
يوسف ، لكونه لحق الغرماء — بخلاف الحجر بالسفه ، فانه لحقه فلا يتوقف ،
كما اشير اليه فيما مر . وظاهر كلامهم ترجيحه على قول محمد اه ما في رد المختار .

المادة ٩٦٠ = * المحجورون الذين ذكروا في المواد السابقة وان

لم يعتبر نصرفهم القولي لكن بضمنون حالاً الضرر والخسارة اللذين
نشأ من فعلهم . مثلاً يلزم الضمان على الصبي اذا اتلف مال الغير وان
كان غير مميز *

لما علم انه لا حجر في افعال الجوارح ، لأن اعتبار الفعل لا يتوقف على القصد .
فان النائم ولو ابن يومه اذا انقلب على انسان او قارورة فانلفها ، ضمن وان عدم
القصد (ابو السعود)

وفي الدر عن الاشياء : الصبي المحجور موأخذ بافعاله ، فيضمن ما اتلفه من
المال لخال . واذا قتل ، فالدية على عاقلته - الا في مسايل : لو اتلف ما اقترضه
وما اودع عنده بلا اذن وليه وما اعير له وما بيع منه بلا اذن . ويستثنى من ابداعه
ما اذا اودع صبي محجور مثله وهي ملك غيرها ، فللمالك تضمين الدافع او الاخذاه
وقوله « الا في مسايل » قال في رد المختار : هو استثناء من قوله « فيضمن »
اي فلا يضمن في هذه ، لانه مسلط من المالك ، كما افاده في الاشياء اه .

وظاهر اطلاق الاشياء معها اتره من التعليل ان عدم ضمان الصبي في المسائل
المذكورة اتفاتي . لكن نقل في رد المختار عن ابي السعود معزباً للقنية ان
الضمان فيها ضمان عقد عندهما ، والصبي ليس من اهل التزام الضمان . وعند
ابي يوسف ضمان فعل ، وهو من اهل التزام الفعل اه .

ثم نقل عن التارخانية ما نصه : اودع صبياً او عبداً مالاً فاستهلكه ، لم
يضمن عند محمد . وقال ابو يوسف : يضمن العبد بعد العتق ، والصبي بعد زوال
الحجر اه .

ونقل في رد المختار ايضاً آخر كتاب المأذون عن الشربلاي معزباً للقنية :
استودع صبياً الفاً فاستهلكها ، لم يضمن عندهما ، وقال ابو يوسف يضمن في
ماله . ولو ركب الدابة الوديعه فعطبت ، على الخلاف . وان استودعها عبداً
محجوراً فاستهلكها ، ضمنها بعد العتق عندهما . وقال ابو يوسف يباع فيها . ولو
كانت عبداً فقتله الصبي او العبد ، فهو كقتلها ما ليس بعبد عندهما . والفرق ان

المولى لا يملك روح العبد ولا التسليط عليه ، بخلاف المانع والدابة . ولو اقرض
صياً وعبداً محجورين ، لا ضمان في الحال ولا المآل بلا خلاف . وقيل القرض
على الخلاف اه فتأمل . ولعل قولها المرجح ، ولذا اقتصر عليه في الاشياء .
ثم ان قول الاشياء « ويستثنى من ابداعه ما اذا اودع صبي محجور الخ »
قال في جامع الفصولين : هذه المسئلة من مشكلات ابداع الصبي . واجاب
في الاشياء بأنه لم يوجد فيها التسليط من مالها ، بخلاف ما مر اه = اي لأن
وضع المسئلة ان الصبي الدافع ليس مودعاً لمالكها . حتى لو كان المالك دفعها
اليه لم يكن له تضمين واحد منها ، لوجود التسليط . وبهذا يعلم سقوط ما اورده
الحوي على الاشياء بأنه وجد التسليط بنفس الدفع الى الاول (افاده في ردالمحتار)

المادة ٩٦١ - * اذا حجر السفية والمديون من طرف الحاكم

يشهد ويعلن الى الناس بيان سببه *

ذكر في الباب الثالث من حجر الهندسة معزباً للذخيرة ، ما نصه : ثم اذا
حجر عليه القاضي بسبب الدين ، يشهد انه قد حجر عليه في ماله . والاشهاد ليس
شروطاً لصحة الحجر ، وانما احتيج اليه لانه يمتلق بهذا الحجر احكام . وربما يقع
التجاعد فيحتاج الى اثباته ، فيشهد ليقع الأمن عن التجاعد وبين سبب الحجر ،
فيقول حجرت عليه بسبب الدين لفلان بن فلان عليه ، لان الحجر على قول من
يراه جائزاً تختلف اسبابه ، وهو باختلاف سببه يختلف في نفسه ، لان الحجر
بسبب السفه بيم الاموال كلها ، والحجر بسبب الدين يختص بالمال الموجود له في
الحال . فاما ما يحدث له من المال بالنكس وغيره ، فلا يؤثر الحجر فيه وينفذ
نصرته فيه اه .

المادة ٩٦٢ - * لا يشترط حضور من اريد حجره من طرف

الحاكم وبصح حجره غياباً . ولكن يشترط وصول خبر الحجر

الى ذلك المحجور ولا يكون محجوراً ما لم يصل اليه خبر انه قد حجر عليه . وتكون عقوده واقاريره معتبرة الي ذلك الوقت *

كذا في الهندية من الباب الثاني في الحجر للفساد ، معزياً لخزانة المفتين .
وكذا في الباب الثالث معزياً للمحيط . ومثله في الخانية .

المادة ٩٦٣ - * لا يحجر على الفاسق بمجرد فسقه ما لم يبذر
ويسرف في ماله *

وقال الشافعي رحمه الله تعالى : يحجر عليه زجراً له وعقوبة عليه ، كالسفيه .
فانه عنده يحجر عليه زجراً له وعقوبة على امرائه . فلنا : حجر السفيه عند
الامامين للنظر لماله ، والفاسق مصلح له فيدخل تحت قوله تعالى * فان آنتم
منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم * لان الرشد المذكور في الآية الاصلاح في
الال دون الاصلاح في الدين والاعتقاد . الا ترى ان الكافر لا يحجر عليه ؟ واي
فسق يكون اعظم منه (زبلي مختصراً) وهذه المسئلة اتفافية عندنا . وما في
الدرر من ان قولها في الحجر على الفاسق موافق لقول الشافعي ، مخالف لعامة الكتب ،
كانه عليه في رد المختار معزياً للزمية .

المادة ٩٦٤ = * يحجر على بعض الناس الذين تكون مضرتهم
عامة كالطبيب الجاهل . لكن المراد هنا من الحجر المنع من اجراء
العمل لا منع التصرفات القولية *

المراد بالطبيب الجاهل من يسقي الناس في امراضهم دواء مخالفاً يفسد ابدانهم لعدم علمه

ومثله المفتي الماجن وهو الذي لا يبالي ان يحرم حلالاً ويحل حراماً ، كأن يعلم المرأة الارتداد لتبين من زوجها او لتسقط عنها الزكاة ، ثم تسلم . وكالذي يفتي من جهل ، كما في الشربلالية عن الخانية .
وكذا المكاري المفلس ، لانه يأخذ الكراء اولاً ليشتري بها الجمال والظهر ويدفعه الى بعض ديونه مثلاً .

فان كل واحد من هؤلاء الثلاثة مضر للعامة ، الطبيب الجاهل يهلك ابدانهم ، والمفتي الماجن يفسد عليهم اديانهم ، والمكاري المفلس يثقل اموالهم ، فيحجر على هؤلاء عن عملهم لان المنع عن ذلك من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر (افاده في جمع الانهر)

والحجر على هؤلاء متفق عليه بين ائمتنا الثلاثة ، كما في رد المختار . ولذا اتفقت عليه المتون . قيل : والحق بهذه الثلاثة ثلاثة اخرى : المحتكر وار باب الطعام اذا تمدوا في البيع بالقيمة ، واما لو اسلم عبد النسي وامتنع من بيعه ، باعه القاضي . اه .

قلت : وباب الامر بالمعروف اوسع من هذا ، تأمل . نعم ينبغي ذكر المريض ، فانه ممنوع عن التصرف فيما فوق الثلث (رد المختار) وقد نهيت هذه المادة ان هذا الحجر ليس المراد منه انه من الحجر الذي تقدم تعريفه في المادة (٩٤١) وهو الذي يمنع نفوذ التصرف القولي . الا ترى ان المفتي لو اتفق بعد الحجر واصاب في الفتوى جاز ؟ وكذا الطبيب لو باع الادوية بعد الحجر ، نفذ بيعه ؟ وانما المراد المنع الحسي بأن يمنعوا عن عملهم حسياً منعاً لضرر العامة (افاده الزبلي وغيره)
وبه ظهران جعل ضرر العامة من جملة اسباب الحجر المحدود في المادة المذكورة ، ليس بسديد كما نبهنا عليه اول الفصل ، فانهم .

المادة ٩٦٥ = * اذا اشتغل احد بصناعة او تجارة في سوق فليس لار باب هذه الصناعة او التجارة ان يحجروه او يمنعوه عن اشتغاله بهذه الصناعة او التجارة قائلين انه بطراً على ربنا وكسبنا خلل *
المادة ٩٦٥ = * اذا اشتغل احد بصناعة او تجارة في سوق فليس لار باب هذه الصناعة او التجارة ان يحجروه او يمنعوه عن اشتغاله بهذه الصناعة او التجارة قائلين انه بطراً على ربنا وكسبنا خلل *

صواء كان ذلك الرجل متقناً لما او ير بدنعلمها كما انق به في الحامدية (رد المحتار)

- الفصل الثاني -

❖ في بيان المسائل التي تتعلق بالصغير والمجنون والمعتوه ❖

المادة ٩٦٦ - ❖ لا نصح تصرفات الصغير غير المميز القولية وان

اذن له وليه ❖

وكذا لو اجازها الولي لا نصح لبطلائها وخرج بالقولية التصرفات الفعلية
فانها معتبرة كما قدمناه في شرح المادة (٩٦٠)

المادة ٩٦٧ - ❖ يعتبر تصرف الصغير المميز اذا كان في حقه

نفعاً محضاً وان لم يأذن به الولي ولم يجزه كقبول الهدية والهبة . ولا

يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض وان اذنه بذلك وليه او

اجازه كأن يب لاخر شيئاً . واما العقود الدائرة بين النفع والضرر

في الأصل فتتقدم موقوفة على اجازة وليه . ووليّه مخير في الاجازة وعدمها .

فان رآها مفيدة في حق الصغير اجازها والا فلا . مثلاً اذا باع الصغير

المميز مالا بلا اذن يكون نفاذ ذلك البيع موقوفاً على اجازة وليه .

وان كان باعه باز يد من ثمنه لان عقد البيع من العقود المترددة بين

النفع والضرر في الاصل ❖

والعبرة بأصل وضعه دون ما عرض له باتفاق الحال . فسقط ما قيل ان سمي هذا البيع نفعاً ظاهراً فينبغي ان ينفذ بلا اجازة . قال في المنح : وتحقيق هذا المقام ان الصبي العاقل يشبه البالغ من حيث انه عاقل ، ميز ، ويشبه طفلاً لا عقل له من حيث انه لم يتوجه عليه الخطاب ، وفي عقله قصور ، ولهذا ثبت عليه للغير ولاية ، فالملق بالبالغ في النافع المحض ، وبالطفل في الضار المحض ، وفي الدابر بينهما ، بالطفل عند عدم الاذن ، وبالبالغ عند الاذن ، لرجحان جهة النفع والضرر بدلالة الأذن . وقبل الاذن يكون منقداً موقوفاً على اجازة الولي ، لان فيه منفعة لصيرورته مهتدياً الى وجوه التجارات اه .

ثم اعلم ان نفاذ بيعه او شرائه انما ينفذ باجازة وليه اذا كان ثمن المثل او غبن يسير . فان كان غبن فاحش ، لا يصح كما في رد المختار عن الجوهرة . ثم ان المراد بالمال الذي يتوقف نفاذ بيعه على اجازة الولي ، مال يجوز للولي بيعه ، وهو المنقول . فلو باع الصغير المميز عقاره ، لا ينفذ وان اجازه الولي ، الا اذا كانت لضرورة نفقة او قضاء دين ، لأن نفس الولي لا يصح بيعه بلا ضرورة ، فلا تعمل اجازته ، لبطلانه كما صرحوا به ، وهو ظاهر .

المادة ٩٦٨ = * للولي ان يسلم الصغير المميز مقداراً من ماله وبأذن له بالتجارة لاجل التجربة فان تحقق رشده دفع وسلم اليه باقي امواله *

نقل في تنقيح الحامدية عن البدائع ما نصه : ولا بأس للولي ان يدفع اليه شيئاً من امواله وبأذن له بالتجارة ، للاختبار عندنا ، فان آنس منه رشداً دفع اليه الباقي . والرشد هنا الاستقامة والاهتداء في حفظ المال واصلاحه اه .
ثم حقق ما حاصله ان علم الوصي بصلاحه ورشده يكفي في جواز دفع المال اليه ولو قبل البلوغ ، فلا يضمن الوصي . وانه لو عدم رشده ، لا يجوز وبضمن ولو بعد البلوغ . وانه لو بلغ ولم يظهر حاله ، فالظاهر انه يجوز ان

يدفع اليه ماله وتصح تصرفاته وان لم يثبت رشده وسيأتي لهذا المقام بقية في المادة (١٨٠) وما بعدها .

المادة = ١٦٩* العقود المكررة التي تدل على انه قصد منها الربح هي اذن بالأخذ والعطاء . مثلاً لو قال الولي للصغير بع واشتر او قال له بع واشتر المال للفلااني فهو اذن بالبيع والشراء . واما امر الولي الصبي باجراء عقد واحد فقط كقوله له اذهب الى السوق واشتر الشيء الفلاني او بعه فليس بأذن بل يعد من قبيل الاستخدام له نو كيبلاً على ما هو المتعارف المعتاد *

المراد ان الأذن بالعقود « المكررة التي تدل الخ . . هي اذن الخ . . » قال في المنح : التخصيص قد لا يكون مفيداً اذا كان المراد به الاستخدام ، لانه لو جعل ذلك اذناً لانسدت باب الاستخدام ، لانضائه الى ان من امر عبده بشراء بقل بفلسين كان مأذوناً بصح اقراره بديون تستغرق رقبته ويؤخذ بها في الحال ، فلا بد من حد فاصل بين الاستخدام والاذن بالتجارة ، وهو انه ان اذن بتصرف مكرر صريحاً ، مثل ان يقول اشتر لي ثوباً وبعه ، او قال بع هذا الثوب واشتر بثمنه ، او دلالة كأد الي الغلة كل شهر او اد الي الفأوانت حر ، فانه طلب منه المال وهو لا يحصل الا بالتكسب ، وهو دلالة الاذن بالتكرار - ولو قال اقم صباغاً او قصاراً ، لانه اذن بشراء ما لا بد منه دلالة ، وهو نوع من الانواع بتكرار بتكرار العمل المذكور ، كان ذلك اذناً . وان اذن بتصرف غير مكرر كطعام اهله وكسوتهم ، لا يكون اذناً كما قررناه

فان قلت : ينتقض هذا الأصل بما اذا غضب العبد مناعاً وامره مولا به ببيعه ، فانه اذن بالتجارة وليس الامر بعقد مكرر = قلت : اجيب عنه بأنه امر بالعقد المكرر دلالة ، وذلك لان تخصصه ببيع المنصوب باطل لعدم ولائته عليه ، والاذن

قد صدر منه صريحاً ، فاذا بطل التقييد ظهر الاطلاق اه وكلام الهداية يشير الى ان الفاصل هو التصرف النوعي والشخصي ، والاذن بالاول اذن دون الثاني اه (كذا في رد المحتار ببعض اختصار)

اقول : قول المنح : قلت « اجب عنه الخ » فيه نظر ، لان بطلان التقييد وظهور الاطلاق لا يفيد ان الامر يبيع المنصوب امر بالمقد المكرر ، لما تقرر في الاصول من ان الامر لا يقتضي التكرار ولا يفيد . والذي يظهر لي من عباراتهم ان مناط الفصل بين ما يكون من الامر اذناً بالتجارة وما لا يكون ، هو ان ما قصد به الربح والتكسب يكون اذناً بها ، والا فهو استخدام . ولا ينحصر ذلك فيما هو امر بالعقود المتكررة صريحاً او دلالة ، على ما تقدم عن المنح تبهما لا اكثر المعبرات ، ولا فيما هو امر بالتصرف النوعي على ما تقدم عن الهداية ، بل المراد ان كل امر يفيد قصد التكسب والربح ، يكون اذناً بالتجارة . وان كان بعقد غير مكرر او بتصرف شخصي لا نوعي كأمر العبد ببيع ما غصبه ، فانه لا يفيد الا اكتساب ثمن المنصوب والاتفاغ به وان كان حراماً لان بيع العبد لما غصبه ليس من حوائج سيده حتى يكون الامر به استخداماً . وبهذا يكون المراد من كلام الهداية وكلام غيرها واحداً ، فتدبر .

وفي الهندية ما نصه : قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى : اذا قال لعبد ببع ثوبي هذه لاجل الربح والناء ، او قال على وجه الربح والناء ، فهذا اذن له في التجارة — بخلاف ما اذا قال ببع ثوبي من فلان ، ولم يقل على وجه الناء اه . ثم رأيت في الزبلي ما نصه : ولو غصب العبد ثوباً فامر به . وولاه ببيعه ، كان اذناً له ، لانه لا يمكنه حمله على الاستخدام ، لعدم الملك ، فيتبين الاذن اه وهو عين ما قلته والله الحمد .

المادة ٩٧٠ = * لا بتقييد ولا بتخصص اذن الولي بزمان ومكان ولا بنوع من البيع والشراء . مثلاً لو اذن الولي للصغير المميز يوماً او شهراً يكون مأذوناً على الاطلاق ويبقى مستمراً على ذلك الاذن

مالم يجزئه الولي . وكذا لو قال له بع واشتر في السوق الفلاني
يكون مأذوناً في كل مكان . كذلك لو قال له بع واشتري المال
الفلاني فله ان يبيع ويشترى كل جنس من المال *

لما تقدم ان الاذن اسقاط من الولي لحق المنع ، وقد تقرر ان الاسقاطات لا
تقبل التقييد والتوقيت كما في الطلاق والعتاق ، لانها تنلأثنى عند وقوعها . ولا يقال
لو كان اسقاطاً لما ملك نهية ، لأننا نقول ليس الاذن اسقاطاً في حق ما لم يوجد ،
فيكون النهي متناعاً عن الاسقاط فيما لم يوجد (رد المحتار عن الزبلي)
ثم انه لا فرق فيما لو اذن بنوع ، بين ان بسكت عن غيره او بنهائه بطريق
التصریح ، نحو ان يأذن له في شراء البز وقال لا تشتري غيره ، حيث يكون الاذن
عاماً ، كما في رد المحتار عن التارخانية .

المادة ٩٧١ = * كما يكون الاذن صراحة يكون دلالة ايضاً .
مثلاً او رأى الولي الصغير المميز يبيع ويشترى ولم يمنعه وسكت
يكون قد اذنه دلالة *

سواء كان المتاع الذي يبيعه ملكاً للولي او للصغير ، او لاجنبي . لكن اذا
كان ملكاً للولي او للصغير لا يكون مأذوناً في بيع ذلك المتاع ، فلا ينفذ على
الولي يبيعه الا اذا اجازه بالنطق ، لانه يلزم ان يكون مأذوناً قبل ان يصير مأذوناً ،
وهو باطل .

والحاصل ان اثر ذلك الاذن السكوتي يظهر في المستقبل ، لا في ذلك المتاع -
بخلاف ما اذا كان لاجنبي ، فانه ينفذ بمجرد سكوت الولي ، لان البيع كان باذن
مالكه . فنفذ البيع ليس بسكوت الولي بل بامر صاحب المتاع . وهل العهدة على
الصغير او على صاحب المتاع ؟ اختلف فيه المشايخ .

وهذا كله اذا رآه يبيع . اما اذا رآه يشتري فسكت ، فانه يكون اذناً
و ينفذ الشراء مطلقاً ، لما ذكره في باب الفصولي من ان الشراء امرع نفاذاً ،
ففي الذخيرة ما نصه : واذا رأى عبده يشتري بماله يعني بمال المولى فلم ينهه ، فمذه
من المولى اذن له في التجارة . وما اشتراه فهو لازم ، وللمولى ان يسترد ماله .
ثم اذا استرد المولى ماله دراهم او دنانير ، لا ينتقض البيع . وان كان ماله عرضاً
او مكبلاً او موزوناً ، ينتقض البيع اه .
وانما انتقض لان الثمن اذا كان عرضاً او مكبلاً ، يكون ثمناً من وجه ومبهماً من وجه ،
لانذيم مقابضة . فمن حيث انه مبيع لا ينفذ على المولى ، فله ان يسترده . ويلزم من
استرداده تقض البيع ، لفوات رضى البايع بفوات ما جعل ثمناً - بخلاف ما اذا
كان الثمن دراهم او دنانير ، لانها لا تمنع بالتصين بل تجب في الذمة . ولذا لو
استرده المولى ينفذ البيع ولا ينتقض . وهذا ما حرره سي في رد المختار اوائل
كتاب المأذون .

واعلم ان المراد من الولي المذكور في هذه المادة غير القاضي ، لما في التنوير
آخر كتاب المأذون : رأي القاضي الصبي او المعتوه او عبدهما يبيع ويشترى
فسكت ، لا يكون سكوته اذناً في التجارة اه قال في رد المختار : لانه لاحق له في
مال الغير حتى يكون الاذن اسقاطاً لحقه اه يعني لاحق له في التصرف في مال
الصفير مع وجود وليه ، اعني الاب ، او وصيه او وصي وصيه او الجد او وصيه
او وصي وصيه . وانما يملك الاذن من يملك التصرف في مال المأذون ليكون الاذن
اسقاطاً لحقه .

اقول : لكن ذكر في التنوير قبل ما تقدم ان الولاية تثبت للقاضي او وصيه
عند عدم من ذكر . وقال شارحه العلائي : وايها تصرف ، صح نصرته اه .
وعليه فينبغي ان يكون سكوته اذناً عند عدم من ذكر ، لانه يملك التصرف
حينئذ ، فيملك الاذن الذي هو اسقاط لحقه : هذا ما يقتضيه التعليل المذكور .
ولم ار من تعرض لذلك ، فليتأمل . = نم في المادة (٩٧٤) الآتية لم يذكروا
القاضي في عداد الأولياء ، وليجرر .

﴿ نبيه ﴾

ذكر في رد المحتار نقلاً عن الحفائق ، ما نصه : انما يجعل سكوت المولى اذناً اذا لم يسبق منه ما يوجب نفي الاذن حالة السكوت ، كقوله : اذا رأيتم عبدي يتجر فسكت فلا اذن له في التجارة ، ثم رآه يتجر فسكت ، لا يكوت مأذوناً اتفاقاً اه .

المادة ٩٧٢ - ﴿ لو اذن للصغير من قبل وليه بكونه في الخصومات الداخلة تحت الاذن بمنزلة البالغ ونكون عقودة التي هي كالبيع والشراء معتبرة ﴾

اعلم ان تصرف الصبي والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء ، ان كان فانماً محضاً كالاسلام والانتهاج ابي قبول الهبة وقبضها وكذا الصدقة ، صح بلا اذن . وان ضاراً محضاً كالطلاق والعتاق ولو على مال (فانها وضما لازالة الملك) والصدقة والقرض ، لا يصح ، وان اذن به وليها ، لا اشتراط الاعلية الكاملة . وكذا لو اجازه بمد بلوغه ، الا اذا كان بلفظ يصلح لابتداء العقد كأوقعت الطلاق او العتاق وما تردد من العقود بين نفع وضرر ، كالبيع والشراء توقفت على الاذن - حتى لو بلغ فأجازه ، نفذ . فان اذن لها الولي ، فما في شراء وبيع كعبد مأذون في كل احكامه ، فيصير مأذوناً بالسكوت ، وبصح اقراره بما في يده من كسبه ولا يتقيد بنوع من التجارة ، ويجوز بيعه بالثمن الفاحش خلافاً لها - الى غير ذلك من الاحكام التي في العبد ، كذا في الدرر وحواشيه . وقد ذكروا قبل هذا ان العبد المأذون ، له ان يوكل بالبيع والشراء ويؤمن ويبيع الثوب والدابة وبسلم ويقبل السلم وله ان يبيع ويضارب اخذاً ودفعاً ، لان جميع ذلك من عادة التجار ، وله ان يأخذ الارض اجارة ومساقاة ومزارعة ، ويشترى بذراً يزرعه ، ويؤجر ويزارع ويشارك عناناً لا مفاوضة (لانها تتضمن الكفالة ، وهو لا

بملكها ، ففأوضته تنقلب عناناً) ويستأجر ويوجر ولو نفسه وبقر بودبعة وغصب
ودين ، لان الافرار من نواع التجارة ، لانه لو لم يصح اقراره لم يعامله احد .

ولو اقر بدين وهو مدبون ، فلو الافرار في صحته صح . ولو في مرضه ، قدم
غرماء العصة ، كما في الكبير البالغ . وله ان يهدي طعاماً بسيراً بما لا يعد صرفاً ،
ويضيف من يطعمه ويتخذ الضيافة البسيرة بقدره ، اله ويحط من الثمن بعيب ، قدر
ما يحط التجار . اما بدون عيب ، فلا يحط شيئاً اذ هو تبرع محض . وله ان
يحايي ابتداءً ويوجل ، لانه قد يحتاج اليه التاجر اه ملخصاً

وذكر في الدرر : لو اقر الصبي والمعتوه المأذونان لانسان بما معها من كسب
او ارث ، صح في ظاهر الرواية . وعن ابي حنيفة انه لا يصح فيما ورثه ، لان صحة
اقراره في كسبه لحاجته الى ذلك في التحارات ، ولا حاجة في الموروث .

وجه الظاهر ، انه بانضمام رأي الولي التحق بالبالغ ، وكل من المالمين
ملكه ، فيصح اقراره فيها اه .

قال في رد المحتار : والمراد بالانسان غير الأب الآذن ، لما في التتارخانية :
الصبي المأذون من جهة الأب اذا اقر لا ييه بمال في يده او بدين ، لم يصح
اقراره اه ومفهومه انه لو كان مأذوناً من جهة القاضي يصح اقراره لا ييه يدل عليه
ما في الروالجية : لو باع صبي مأذون له من ابيه وعليه دين بما يتغابن فيه ، جاز .
فان اقر بقبض الثمن ، لم يصدق الا بينة ، لانه اقرار للأب . وقد استفاد الاذن
منه كما لو ادعى الاب الابقاء اه .

وبهذا تعلم ان ما ذكره الشارح سليم باز هنا من ان اقرار الصبي والمعتوه
المأذونين لمن لا تقبل شهادتها له كالزوجة والاب والابن بالدين باطل ، وبالعين
صحيح ، ان لم يكن مديوناً قياساً على العبد المأذون المذكور في الدرر ، هو خطأ
فاحش ، لوضوح الفرق بينها وبين العبد المأذون . ومما يقضي بالعجب انه بعد ان
ذكر هذا ذكر ايضاً ما قدمنا نقله عن الدرر وعن رد المحتار معزباً للتتارخانية
والووالجية ، ولم يتنبه للتصحيح على اختلاف الحكم بين المقيس والمقيس عليه .

وهذا وفي الهندية من الباب الثماني عشر من كتاب المأذون : الصبي المأذون
اذا باع عبداً من ابيه ، فهو على وجوه : اما ان باعه بمثل القيمة ، او بأقل بحيث

ذلك الاذن . ولكن يشترط ان يحجره على الوجه الذي اذنه به . مثلاً
لو اذن للصغير وليه اذنًا عامًا فصار ذلك معلومًا لاهل سوقه ثم اراد
ان يحجر عليه فيشترط ان يكون الحجر ايضاً عامًا فيصير معلومًا
لا كثر اهل ذلك السوق . ولا يصح حجره عليه بمحضر رجلين او
ثلاثة في داره *

كذا في الباب الخامس من كتاب المأذون من الهندية . وقال بعده :
واذا كان الاذن خاصًا غير منتشر فيما بين اهل سوقه بان اذن للعبد بمحضر من
رجل واحد او اثنين او ثلاثة ، فاذا حجره بمحضر من هؤلاء ، وعلم العبد ، عمل
حجره . واذا كان الاذن بمحضرة العبد لا غير فحجره بمحضرة منه ، بعمل حجره .
وان حجر من غير علمه لا يعمل حجره . واذا اذن لعبده ولم يعلم العبد بالاذن
ثم حجر عليه ولم يعلم العبد بالحجر ، عمل حجره . ولو خرج العبد الى بلد للتجارة
فأتى المولى اهل سوقه فأشهدهم انه قد حجر عليه والعبد لا يعلم ذلك ، لم يكن
هذا حجرًا عليه . وكذلك لو كان العبد في المصر ولكنه لم يعلم بالحجر ، فليس
هذا يحجر عليه بل يتفد تصرفه مع اهل سوقه ومع غيرهم ، ما لم يعلم بالحجر . فاذا
علم به بعد يوم او يومين ، فهو محجور عليه حين علم . وما اشترى وباع قبل ان
يعلم ، فهو جائز اه . وذكر المسئلة ايضاً في اواخر الباب الثاني عشر من المأذون ،
ونقاه هناك .

وكون علم اكثر اهل السوق يكفي عن الكل ، استحسن ، لان علم الكل
منهذر او متعسر . فلو حجر عليه بمحضرة الاقل ، لم يصح محجوراً عليه . حتى لو
بايه من علم منهم ومن لم يعلم ، جاز البيع ، لانه لما صار مأذوناً له في حق من لم يعلم
صار مأذوناً في حق من علم ايضاً ، لان الحجر لا يقبل التخصيص ولا يتجزء كالاذن .
قال في النهاية : ثبت بهذا عدم صحة الحجر الخاص ، وان من شرط صحة الحجر
التصميم اه (كذا في رد المحتار)

بتضامن الناس في مثله ، او بأكثر من قيمته مطلقاً . ففي هذه الوجوه جاز بيعه عندم جميعاً . واما اذا باعه باقل من قيمته بحيث لا بتضامن الناس في مثله ، ففيه اختلاف الروايات عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى . والمذكور في بعض نسخ المأذون انه لا يجوز البيع في قولم جميعاً . واما اذا باع من وصبه ، فان كان للصغير فيه منفعة ظاهرة بان باع بأكثر من القيمة مقدار ما لا بتضامن الناس في مثله ، يجوز في قول ابي حنيفة والي يوسف رحمهما الله تعالى . والا بان باع بمثل القيمة او باقل مطلقاً ، فعلى قولها لا يجوز ، كما لو باع الوصي مال الصغير من نفسه . واما على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، يجب ان تكون المسئلة على روايتين . واذا باع من الاجنبي باقل من قيمته مقدار ما لا بتضامن الناس فيه ، يجوز عند الايام بانفلق الروايات ، خلافاً لها اهـ ملخصاً .

وفيها من الباب التاسع : والصبى الذي اذن له ابوه في التجارة او وصي ابيه ، بمنزلة العبد المأذون ، نسمع عليه البيعة فيما كان من ضمان التجارة وان كان الاذن غائباً . وكذلك الجواب في المعتوه المأذون ولو شهدوا على صبي مأذون او معتوه ، أذون بقتل عمداً او قذف او شرب خمر او زنى ، ففي القذف والشرب والزنى لا تقبل شهادتهم وان كان الاذن حاضراً . وفي القتل ، ان كان الاذن حاضراً ، تقبل شهادتهم وبقضي بالدبة على العاقلة . وان كان غائباً ، لا تقبل ، وان كان الشهود شهدوا على اقرار الصبي او المعتوه ببعض الاسباب التي ذكرناه ، لا تقبل الشهادة ، سواء كان الاذن حاضراً او غائباً اهـ .

وفيها : وتقبل الشهادة على الصبي المأذون والمعتوه المأذون بسرقة عشرة دراهم وان الاذن غائباً . ولا تقبل الشهادة على اقرارهما بالسرقة اصلاً اهـ .

وفيها في الباب الثالث عشر في المنقرقات : رجل ادعى على صبي مأذون شيئاً فانكر ، اختلفوا بينه تخليفه . وذكر في كتاب الاقرار انه : يخلف ، وعليه الفتوى اهـ .

المادة ٩٧٣ = * للولي ان يحجر الصغير بعد ما اذنه ويبطل

وذكر في الهندية ان القاضي كالأب والوصي اذا اذن للصغير او للمعتوه او لعيده في التجارة ثم حجر عليه ، يصح حجره اذا كان الحجر مثل الاذن اه .
وبهذا تعلم ان ما كتبه الشارح سليم باز هنا من ان المراد بالولي هنا غير القاضي ، غير سديد ، بل المراد به ما يشمله ايضاً ، فانهم .

المادة ١٧٤ = * ولي الصغير في هذا الباب اولاً ابوه ثانياً الوصي الذي اختاره ابوه في حال حياته ثالثاً الوصي الذي نصبه وصي الاب رابعاً جده الصحيح اي ابو ابي الصغير او ابو ابي الاب خامساً الوصي الذي اختاره الجد في حال حياته سادساً الوصي الذي نصبه هذا . واما الاقارب ان لم يكونوا اوصياء فاذنهم غير جائز * .

احترز بقوله « في هذا الباب » عن الولي في باب النكاح ، فانه لا مدخل للاوصياء فيه ، بل هو للاولياء . وللأم ولأبنة ايضاً عند عدم العصبية (افاده سي في رد المحتار) وبقي من الاولياء عند عدم من ذكر القاضي او وصيه ، كما صرح به في التنوير والمقتضى والدرر وغيرها ، ومما يبرتبة واحدة كما في الدر المنتقى .
قال في رد المحتار : وحاصله انه لا ولاية للجد مع وصي الاب ولا للقاضي مع الجد او وصيه ، وبعد الجد او وصيه لا ترتيب اه . يعني بين القاضي ووصيه ، فايها اذن للصبي . يصح اذنه .

واما قولم انه ليس للقاضي ان يتصرف مع وجود الوصي ولو منصوبه ، لان الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة ، كانت عليه المادة (٥٩) فذاك في التصرف في مال اليتيم ، لا في صحة الاذن له في التجارة ، فانهم .
وعبارة الزيلعي : والمراد بالولي ولي له تصرف في المال ، وهو ابوه ثم وصي الاب ثم جده ابوايه ثم وصي جده ثم القاضي او وصي القاضي . واما ما عدا الاصول من العصبية كالم والأخ او غيرهم كالأم ووصيتها وصاحب الشرطة ،

لا يصح اذنه له ، لانهم ليس لهم ان يتصرفوا في ماله تجارة ، فكذا لا يملكون الاذن له فيها ، والاولون يملكون التصرف في ماله فكذا يملكون الاذن له في التجارة اه .

المادة ٩٧٥ - للمحاكم ان بأذن للصغير المميز عند امتناع الولي الذي هو اقوى منه عن الأذن اذا رأى في تصرفه منفعة ولبس للولي الآخر ان يحجر عليه بعد ذلك *

حاصل المسئلة ان القاضي انما يصح اذنه لما عند عدم الولي . فان كان ، فلا = الا اذا امتنع الولي ، لان الاب صار عاضلا له ، فتنتقل الولاية الى القاضي بسبب عضله ، كالولي في باب النكاح ، ولا يلزم منه تأخر ولاية الاب عن القاضي . ولذا قال في التارخانية : فانه ، اي اذن القاضي عند امتناع الاب ، جائز وان كانت ولاية القاضي . مؤخره عن ولاية الاب والوصي (افاده في رد المختار)

المادة ٩٧٦ - اذا توفي الولي الذي جعل الصغير مأذوناً يبطل اذنه ولكن لا يبطل اذن الحاكم بوفاته ولا بعزله

ذكر في الدر وحواشيه ان المأذون ينحجر بموت الآذن وبجنونه مطبقاً وبلوغه بدار الحرب مرتدأ وان لم يعلم احد بالموت او الجنون او اللهو ، لانه صار محجوراً عليه في ضمن بطلان الاهلية ، فلا يشترط فيه علمه ولا علم اهل سوقه ، لان الحجر حكمي فلا يشترط فيه العلم ، كانهزال الوكيل بهذه الاشياء - بخلاف المأذون من قبل القاضي ، فانه لا ينحجر بموته لانه حكم .

وفي الهندية : لو اذن الوصي لليتيم ثم مات واوصى الى آخره ، فموت حجر عليه ، اي على اليتيم . وان اذن القاضي ثم عزل او مات او جن فهو على اذنه اه .

المادة ٩٧٧ = * الصغير المأذون من حاكم يجوز ان يجبر عليه
من ذلك الحاكم او من خلفه ولبس لأبيه او غيره من الاولياء ان
يجبر عليه عند موت الحاكم او عزله *

قال في حاشية الشلبي على الزيلعي ، معزباً للاتفاني : اذا كانت للصبي او
المعتوه اب او وصيه او جد ابو الاب فرأى القاضي ان يأذن للصبي او للمعتوه في
التجارة فأذن له وابي ابوه ، فأذنه جائز وان كانت ولاية القاضي مؤخره عن ولاية
الاب ، وذلك لان الاذن في التجارة حتى للصبي قبل الولي ، لانه ما ينفع به ، لانه
يتمدي بذلك الى التجارات ، فاذا طلب من الاب وابي ، صار عاضلاً فانتقلت الولاية
الى القاضي كالولي في باب النكاح اذا عضل ، انتقلت الولاية الى القاضي ، لان
الانكاح من الكفوه حتى المرأة قبل الولي ، فاذا امتنع الولي من الايفاء انتقلت
الى القاضي ، فكذا هذا . فان حجر عليه احد من هؤلاء ، فحجره باطل ، لان
الحجر فسخ الاذن والاذن صح من القاضي فلا يبطل بحجر غير القاضي . وان حجر
عليه هذا القاضي بعد ما عزل لا يعمل ، لانه انما يصح منه الحجر بولاية القضاء .
فاذا لم يبق له ولاية القضاء لم يبق له ولاية الحجر . وان حجر القاضي الذي قام
بمقامه ، عمل حجره ، لان الثاني نائب عن الامام الاكبر ، فكما يصح الحجر من
الامام الاكبر يصح من الذي قام مقامه اه .

المادة ٩٧٨ = * المعتوه هو في حكم الصغير *

قال : وفي الهندية : والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير
مأذوناً بأذن الاب والوصي والمجد دون غيرهم ، وحكمه حكم الصبي وفي الزيلعي :
هذا اذا بلغ معتوها . وان بلغ رشيداً ثم عته ، كان النقيه ابو بكر البلخي رحمه

الله تعالى يقول : لا يصح الأذن قياساً ، وهو قول أبي يوسف ، ويصح استثنائاً ، وهو قول محمد . وليس للصبي والمعتوه المأذون لها ان يتزوجا ولا يزوجا بمالكهما ، لانه ليس من التجارة الا ان يأذن لها الولي بالتزوج ، وتامه فيه .
وذكر ايضاً : وليس لابن المعتوه ان يأذن لايه المعتوه ولا ان يتصرف بغير ماله ، وكذا اذا كان الأب مجنوناً ، لأن ولاية التصرف في مال القرب لا تثبت الا اذا كان المتصرف كامل الرأي وافر الشفقة ، وليس لابنه وفور الشفقة فلا يملك . وتامه فيه .

المادة ٩٧٩ = * المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز *

فلا نتمقد تصرفاته ولا تلحقها الاجازة . والمراد بالمطبق من لا يفتق من جنونه مجال ولا يعقل اصلاً وهو المعبر عنه في التنوير بالمغلوب . واحترز به عما يعقل البيع سالماً للملك والشراء جالباً له ، وهو المعتوه المتقدم حكمه ، وعما يفتق من جنونه احياناً ، وهو المذكور في المادة الآتية .

المادة ٩٨٠ = * تصرفات المجنون غير المطبق في حال افاقته

كتصرف العاقل *

المذكور في الدر تبعاً لشرح الهداية ان من يجن ويفيق فتحكمه في حال افاقته كصغير مميز . قال في رد المحتار : وجعله الزبلي في حال افاقته كالعقل . والتبادر منه انه كالعقل البالغ فلا نتوقف تصرفاته . ووفق بينها الرحمي والساجاني بحمل ما هنا ، اي ما في الدر من انه كميز ، على ما اذا لم يكن تام العقل في حال افاقته . وما ذكره الزبلي على ما اذا كان تام العقل . ووفق الشلبي في حاشية الزبلي بحمل ما هنا على ما اذا لم يكن لافاقته وقت معلوم ، وما في شرح

الزبلي على ما اذا كان لها وثك معلوم ، اي لانه في الاول لا يتحقق صحوه اه -
ثم ذكر ما يفيد اختيار توفيق الرحمي والساجاني . وفي الحامدية : في رجل يحصل
له صرع في كل شهر مرة ثم يفيق بقية الشهر فاذا اقر او رهن او فرغ عن نبار
في حالة افاقته ، هل يكون ذلك صحيحاً منه ؟ - الجواب نعم ، لان المجنون في
حال افاقته كالعاقل ، كما صرح به الزبلي وغيره اه .

المادة ٩٨١ - * لا ينبغي ان يستعجل في اعطاء الصبي ما له
عند بلوغه بل يجرب بالتأني فاذا تحقق كونه رشيداً تدفع اليه
حينئذ امواله *

جارية فتاوي شهاب الدين الحلبي ، كما في رد المختار : والواجب على الوصي
ان لا يدفع اليه المال الا بعد الاختبار فاذا منعه لذلك ، كان منماً لواجب ، فلا
يكون متعدياً اه قال الرملي : وفي الخانية ما يشهد له اه
وافاد في تنقيح الحامدية عن حاشية المنج للرملي انه لو امتنع الوصي من دفع
ماله بعد الحكم بالرشد وبعد طلبه فذلك ، يضمن اذا تمكن من الدفع فلم يدفع لتعديه
بالمنع . واما اذا بلغ رشيداً فطلب ماله فتمعه قبل ان يتكشف حاله و يعلم رشده
وصلاحيته في نفسه بالاختبار فذلك ، لا يضمن اه .

المادة ٩٨٢ = * اذا بلغ الصبي غير رشيد لا تدفع اليه امواله
ما لم يتحقق رشده ويمنع من التصرف كما في السابق *

اما عدم دفع امواله اليه والحالة هذه الى ان يبلغ سنه خمساً وعشرين سنة ،
فتفق عليه بين ائمتنا الثلاثة . فاذا بلغها ، فنجد ابي حنيفة رحمه الله تعالى تدفع
وجوباً وان لم يكن رشيداً ، لانه قد بلغ سنك بتصور ان يصير جدياً ، ولأن منم

المال عنه كان للتأديب ، فاذا بلغ هذا السن فقد انقطع رجاء التأديب ، كما بيّن
الدرر وحواشيه . وعندها لا يدفع اليه ماله حتى يؤنس رشده وان صار شيئاً .
وظاهر هذه المادة اختيار قولها مع ان قول الامام هو الذي مشت عليه المتون ،
وعليه الفتوى ، كما في تنقيح الحامدية . واما تصرفانه فقها لا يجتدل الفسخ ولا يبطله
الهزل ، كالنكاح والطلاق واثباهاهما ، قدمناه في شرح المادة المذكورة ، صحيحة
اتفاقاً . وكذا فيما يحتمله ويبطله الهزل عند ابي حنيفة ، لانه لا يورى الحجر بالسفه
وانما يمنع عنه ماله الي ان يبلغ السن المذكور للتأديب ، وكذا عند ابي يوسف ،
الا اذا حجر عليه القاضي ، لانه لا يخرج عنده الا بحجر القاضي - وغير
صحيحة عند محمد مطلقاً ، لانه يقول فساد في ماله يحجره ، واصلاحه فيه يبطله .
وذكر في تنقيح الحامدية ان ظاهر كلامهم ترجيح قول ابي يوسف .

اذا علمت هذا تعلم ان حجر القاضي نافذ ولا يحتاج في نفاذه الى تنفيذ قاض
آخر ، لان الحكم بخلافه حكم بما يخالف امر السلطان فلا يتمشى عليه ما نقله في تنقيح
الحامدية عن فتاوي قاري الهداية وعن فتاوي صاحب التنوير من اشتراط تنفيذ
قاض آخر ، لانه مبني على قول الامام .

المادة ٩٨٣ = * وصي الصغير اذا دفع اليه ماله قبل ثبوت رشده
فضاع المال في يد الصغير او اتلفه بصير الوصي ضامناً *

كتب في تنقيح الحامدية : ان علم الوصي بصلاح الصغير ورشده ، يكفي في
جواز دفع ماله اليه ولو قبل البلوغ ، فلا يضمن الوصي . وانه لو علم عدم رشده لا
يجوز ، ويضمن . وانه لو ادعى الصبي الرشد بعد بلوغه وانكره الوصي ، لا يؤمر
بتسليم المال اليه ، ما لم يثبت رشده اه .

وبقي ما لو بلغ ولم يظهر حاله ، فهل يجوز ان يدفع اليه ماله ولا يضمن ، ام
لا بد من ثبوت رشده ؟ - ظاهر هذه المادة الثاني .

والمراد من ثبوت رشده تحققه عند الوصي ، لا اثباته بالبينة ، لما علمت ان من

علم الوصي برشده بكفي ، وانما يحتاج الى البينة لو ادعى الصغير الرشد وانكره الوصي . و يشهد لظاهر هذه الماوة ما نقله في رد المختار عن حاشية ابي السمود على الاشباه معزواً للولوالجية ، ونصه : وكما بضمن بالدفع اليه وهو مفسد ، فكذا بضمن بالدفع قبل ظهور رشده بمد الادراك اه .

وكذا ما نقله عن فتاوي العلامة الشلبي حيث سئل فيمن بلغت وعليها وصي ولها مال تحت يده ، فهل يثبت رشدها بمجرد البلوغ ؟ - الجواب : لا يثبت الا بجهة شرعية . فان بلغت رشيدة يسلم اليها مالها ، والا فلا ، حتى يونس .
فيها الرشد اه .

وكذا قوله تعالى ﴿ فان آتستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم ﴾ وقول الدر وغيره : وقال لا تدفع حتى يونس منه الرشد ، اي يعرف ويصر منه الرشد . ومعلوم ان من جهل حاله ، لم يعرف منه الرشد . لكن استظهر الاول العلامة ابن عابدين في تنقيح الخامدية ، وكذا العلامة الشلبي ايضاً في فتاويه ، فزعم ان من لم يظهر من حاله صفة ولا رشد ، يجوز الدفع اليه ولا بضمن ، مستدلين بتعليل الخانية ، فانه قال : يتم ادراك مفسداً غير مصلح وهو في حجر وصيه فحجر عليه القاضي او لم يحجر ، فسئل وصيه ان يدفع اليه ماله فدفع اليه المال وضاع في يده ، ضمن وصيه ، لأن دفع المال اليه مع علمه بأنه مضيع ، تضييع ، فيضمن اه المقصود منه .

وحمل العلامة ابن عابدين ما تقدم عن الولوالجية على ما اذا كان قبل البلوغ غير رشيد مبذراً لماله ، ثم بلغ ولم يظهر رشده .

وفي كل من الاستدلال والحمل نظر . اما الاول ، فلأن ما تقدم عن الولوالجية نص صريح في المسئلة ، فلا يعارضه ما يفيد تعليل قاضي خان . على انه قد يقال : كما ان دفع المال مع علم الوصي بأنه مضيع تضييع ، كذلك دفعه مع عدم تحقق رشده ، كيف وقد تقدم في شرح المادة (٩٨١) انه يجب على الوصي ان لا يدفع المال اليه حتى يجربه . حتى لو منع منه المال لذلك وهلك بعد الطلب ، لا يضمنه الوصي .

واعلم ان هذا كله مبنى على قول الصاحبين المفتي به ، وهو الحجر بالسفه .

واما على قول الامام ، فلا شك بعدم الضمان بالدفع اليه وان بلغ مفسداً ، كما حيف في رد المختار . كما ان تصرفات الصبي صحيحة على فوله مطلقاً وعلى قول ابي يوسف ، ما لم يجبر عليه القاضي ، كما تقدم في شرح المادة (٩٨٢)
وبهذا نعلم ان ما قاله في التنقيح من انه يلزم على عدم جواز الدفع اليه قبل ظهور رشده ان كل من بلغ لا تصح تصرفاته حتى يعلم رشده اهـ سافط ، لأن عدم ضمان الوصي بالدفع اليه قبل ظهور رشده مسألة ، وصحة تصرفات الصبي بعد ما بلغ مفسداً مسألة اخرى ، فتدبر .

المادة ٩٨٤ = * اذا اعطي الى الصغير ماله عند بلوغه ثم تحقق كونه سفياً يجبر عليه من قبل الحاكم *

لما تقدم في المادة (٩٥٨) من ان للحاكم ان يجبر على السفيه . والفرق بين هذه المادة والمادة (٩٨٣) ظاهر ، وهو ان تلك فيما اذا بلغ الصبي غير رشيد ، وهذه فيما اذا بلغ رشيداً وسلمت اليه امواله ثم عرض له السفه .
قال في منہوات تنقيح الحامدية : والحاصل ان الخلاف بين الامام وصاحبيه في مسألتين : احدهما ان من بلغ غير رشيد هل يمنع عنه ماله مدة معلومة ام لا ؟ - فعنده مدته خمس وعشرون سنة ، وعندهما لا مدة له معينة ، بل لا بد له من استئناس الرشد وان صار شيخاً .

والثانية ان هذا المنع هل هو حجر حتى لا تصح تصرفاته في اثناء المدة ، ام غير حجر ؟ - فذهب الامام ، الثاني ، ومذهبها الاول ، والمفتى به في المسئلة الأولى قول الامام ، والثانية قولها اهـ .

وقد علمت ان ظاهراً المواد الثلاثة المذكورات اختيار قول الامامين في المسألتين ، واختيار قول ابي يوسف باشتراط كون الحجر من الحاكم ، خلافاً للجهاد ، فتدبر .

المادة ٩٨٥ - * يثبت حد البلوغ بالاحتلام والأحبال والحيض

والحبل *

ولا اعتبار لنبات العانة ولا اللحية ، ولا لنهود الثدي ، ولا لثقل الصوت ، ولا لشعر الساق والأبط والشارب ، ويثبت بالانزال بأي سبب كان وهو الأصل ، فإن الاحتلام لا يعتبر إلا معه ، والأحبال لا يتأني إلا به . والاحتلام جعل اسمها لما يراه النائم من الجماع فنحدث معه انزال المني غالباً ، فنأب لفظ الاحتلام في هذا دون غيره من أنواع المنام لكثرة الاستعمال (الكل من الدر وحواشيه) .

المادة ٩٨٦ - مبدأ سن البلوغ في الرجل اثنا عشرة سنة ، وفي

المرأة تسع سنوات ، ومنتهاه في كليهما خمس عشرة سنة ، وإذا اكمل الرجل اثنا عشرة سنة ولم يبلغ يقال له المراهق ، والمرأة تسعاً ولم يبلغ يقال لها المراهقة إلى ان يبلغا *

يقال رفقه أي دنا منه رفقاً ، ومنه إذا صلى أحدكم إلى شجرة فليرفقها ، وصبي مراهق مدان للحلم وكون المبدأ كما ذكره المختار كما في كتاب جامع أحكام الصغار . وكون المنتهى كذلك قولها وهو رواية عن الإمام ، وبه قالت الأئمة الثلاثة ، وعند الإمام حتى يتم له ثمان عشرة سنة ، ولها سبع عشرة سنة . وقولها يفتى لقصر أعمار أهل زماننا (أفاده في الدر وحواشيه)

المادة ٩٨٧ - * من أدرك سن البلوغ ولم تظهر فيه آثار

البلوغ بعداً بالغاً حكماً *

عبارة التنوير: فان لم يوجد فيها شيء من ذلك ، يعني من الاحتلام وما عطف عليه فحتى يتم لكل منها خمس عشرة سنة . به يفتى اهـ ، لان علامة البلوغ لا تتأخر عن هذه المدة فيها غالباً فجمعوا المدة علامة في حق من لم تظهر له العلامة (درر ومجمم الانهر) .

المادة ٩٨٨ - * الصغير الذي لم يدرك مبدأ سن البلوغ اذا

ادعى البلوغ لا يقبل *

وان كان بحال يحتلم مثله ، لأن علامة البلوغ لا يتصور وجودها قبل هذا السن عادة . قال في الدر معرباً للخزانة: اقر بالبلوغ فقبل اثني عشرة سنة ، لا يصح الاقرار البتة ، وبعده يصح اهـ

المادة ٩٨٩ - * اذا اقر المراهق او المراهقة في حضور الحاكم

يلوغه فان كانت جثة ذلك المقر غير محتملة للبلوغ وكان ظاهر الحال مكذباً له فلا يصدق وان كانت جثته تجتمل للبلوغ ولم يكذب به ظاهر الحال يصدق ، وتكون عقوده واقاره يره نافذة معتبرة ، ولو اراد بمد ذلك ان يفسخ تصرفاته القولية بان يقول اني في ذلك الوقت اي حين اقررت بالبلوغ لم اكن بالغاً فلا يلتفت الى قوله *

تقييد كون الاقرار في حضور الحاكم لم اره في شيء من كتب المذهب فلعله اتفاني . نعم حكى في جامع الفصولين كما في رد المحتار عن القاضي محمود

السمرقندي ان مراهماً اقرت في مجلسه ببلوغه ، فقال بماذا ابلت ، قال باحتلام ، قال ماذا رأيت بعد ما ان انتهت ، قال الماء ، قال اي الماء فان الماء مختلف ، قال المني ، قال ما المني قال ماء الرجل الذي يكون منه الولد ، قال على ماذا احتملت على ابن او بنت او اتان ، قال على ابن واستحيا الولد ، فقال القاضي لا بد من الاستقصاء فقد يلحق الاقرار بالبلوغ كذباً ، قال شيخ الاسلام هذا من باب الاحتياط ، وانما يقبل قوله مع التفسير ، وكذا جارية اقرت ببيضه اه . قال في رد المحتار والظاهر ان المراد بقوله وانما يقبل قوله مع التفسير اي تفسير ما بلغ به من احتلام او احبال فقط بلا هذا الاستقصاء اه .

وفي الشرنبلالية : يقبل قول المراهقين قد بلغنا مع تفسير كل بماذا بلغ . بلا بين اه .

وفي شرح مسكين على الكنز ، بشرط بعد بلوغه اثني عشرة سنة ان لا يكون بحال لا يحتلم مثله اه . ونقل محبيه العلامة ابو السعود عن السيد الحموي عن شرح درر البحار انه بشرط لقبول قولها ان بيننا كيفية المراهقة حين السؤال عنه اه . وفي رد المحتار عن النح عن الخانية : صبي اقر انه بالغ وقاسم وصي الميت قال ابن الفضل ، ان كان مراهماً ويحتلم مثله يقبل قوله ويجوز قسمته وان كان مراهماً ، ويعلم ان مثله لا يحتلم لا يجوز قسمته ولا يقبل قوله لانه يكذب ظاهراً وتبين بهذا ان اثني عشرة سنة اذا كان بحال لا يحتلم مثله اذا اقر بالبلوغ لا يقبل اه .

* الفصل الثالث *

« في السفينة المحجور »

المادة ٩٩٠ - في السفينة المحجور هو في المعاملات كالصغير

المميز ولكن ولي السفينة الحاكم فقط وليس لايه وجده واوصيائه

عليه حق الولاية *

المراد بالمعاملات التي يكون فيها كالصغير المميز ، تصرفات تختمل الفسخ وبطلها الهزل ، كما قدمنا في شرح المادة (٩٥٨) ، ولذا قال في التنوير : فيكون يعني السفينة المحجور في احكامه كصغير ، الأ في نكاح وطلاق ، وعتاق واستيلاء ، وتديبر ووجوب زكاة ، وفطرة وحج وعبادات بدنية محضه ، وزوال ولاية ابيه او جده ، وفي صحة اقراره بالعقوبات كما لو اقر على نفسه بوجوب القصاص في نفس او نيا دونها ، وفي الانفاق ، اي على نفسه وولده وزوجته ومن تجب عليه نفقته من ذوي ارحامه من ماله ، وفي صحة وصاياه بالقرب من الثلث فانه في جميع ذلك كبالغ غير محجور .

وبهذا تعلم ان تخصيص زوال ولاية الاب والجد دون غيرها بالاستثناء هنا ، انما هو لافادة ان ولي السفينة المحجور هو القاضي ، حتي لو باع السفينة واشترى ، فليس النظر في ذلك للأب او الجد او الوصي ، وانما هو للقاضي . فما كان خيراً اجازته ، وما كان فيه مضرة رده . وفي الجموي ، عن الخلاصة : المحجور عليه بالسفه على نوعين ، محجور خلفه في عقله ، بأن كان سليم القلب لا يهتدي الى التصرفات ، والثاني ان يكون مسرفاً مضيعاً لماله اه . اقول : وتقدم هذا في المادة (٩٤٦) وشرحها

المادة ٩٩١ = * تصرفات السفينة التي تتعلق بالمعاملات القولية الواقعة بعد الحجر لا تصح ولكن تصرفاته قبل الحجر كتصرفات سائر الناس *

لا ننس ما تقدم في المادة (٩٦٢) من ان المحجور لا يكون محجوراً ، الا بعد وصول خبر الحجر اليه . فتكون عقوده واقاريه معتبرة الى ذلك الوقت

المادة ٩٩٢ - * ينفق على السفينة المحجور وعلى من لزمته

نفتهم من ماله *

الاصل في هذا ان كل ما وجب عليه بايجاب الله تعالى كالزكاة وحجة الاسلام او كان حقاً للناس ، فهو والمصلح فيه سواء ، لانه مخاطب ، الا ان القاضي يدفع قدر الزكاة اليه ليصرفها الى مصرفها ، ببني لاحتياجها للنية ، لكن يبعث اميناً معه لئلا يصرفه الى غير وجهه . وان طلب من القاضي مالا يصل به قرابته الذين يجبر على نفتهم اجابه الى ذلك ، ولكن القاضي لا يدفع اليه المال بل يدفعه بنفسه الى ذوي الرحم المحرم منه ، ولا ببني للقاضي ان ياخذ بقوله حتى تقوم البينة على القرابة وعسرة القريب (هندية)

وفيهما : ولو حلف بالله او نذر نذراً ، من هدي او صدقة ، او ظاهر من امرأة لا يلزمه المال ، ويكفر بيئنه وظهاره بالصوم ، فان صام احد الشهرين ، ثم صار مصلحاً ، لم يجره الا العتق بمنزلة معسر اسر . وان اراد حجة الاسلام لم يمنع منها ، ولا يسلم القاضي النفقة اليه ، بل يسلمها الى نفقة من الحاج بنفقها عليه في الطريق بالمعروف كبلا بذر ولا يسرق اه وقامه فيها .

المادة ٩١٣ - * اذا باع السفينة المحجور شيئاً من امواله لا يكون بيعه نافذاً ولكن اذا راى الحاكم فيه منفعة يجيزه *

الا انه يتبني للقاضي ان ينهي المشتري عن دفع الثمن اليه ، فان اجاز القاضي البيع ونهاه ان يدفع الثمن اليه فدفعه اليه ، فملك في يده لم يبرأ المشتري من الثمن ، ويجبر على ان يدفع الثمن مرة اخرى ، وليس له ان ينقض البيع ولا خيار له . وان اجاز القاضي البيع مطلقاً ولم ينهه عن دفع الثمن اليه فدفع اليه ، يجوز ويبرأ . ولو ان القاضي اجاز البيع مطلقاً ثم قال بعد ذلك ، بعني في غيبة المشتري : نهيت المشتري عن دفع الثمن

إليه ، فالهني باطل حتى لو دفع الثمن إليه جاز ، ويرأ عنه ، فان بلغ المشتري
نهي القاضي الآن ، لا يجوز له ان يدفع الثمن إليه ، وبثبت حكم النهي في
حقه باختيار واحد ، سواء كان عدلا او لم يكن عندهما وعلى قياس قول ابي حنيفة
رحمه الله تعالى لا يثبت حتى يخبره رجلان او رجل واحد عدل ، وان
كان قد قبض الثمن وهو قائم في يده ، وكان النظر في امضاء العقد ،
فان القاضي يمضيه ويجيزه ، وهذا كالصبي يبيع ويعلم الوصي به ، ثم ينزع الثمن من
هذا المستحق للحجر حتى يظهر رشده كما في ساير امواله .

وهذا اذا كان البيع بيع رغبة ، اما كان فيه محاباة ، فان القاضي لا
يجيز هذا العقد بل يبطله ، فان لم يكن قبض الثمن فقد يرى المشتري عن الثمن .
واسترد المبيع من يده ، وان كان قبض الثمن ، وكان الثمن قائما بعينه رده عليه ،
فاما اذا قبض وهلك الثمن في يده ، فان القاضي يرد عليه هذا العقد ولا يمضيه .
ثم لا يضمن المحجور للمشتري شيئا . وان كان المحجور استهلك الثمن .
فان كان في البيع محاباة ، فان القاضي لا يجيز هذا العقد . ثم ينظر ان
استهلكه فيما يحتاج اليه بان انفق على نفسه ، او حج حجة الاسلام ، او ادى زكاة
ماله ، فان القاضي يعطي الدافع مثله من مال المحجور ، وان كان بيع رغبة فانه
يجيز هذا البيع . وان استهلك الثمن فيما لا يحتاج اليه بان صرفه الى وجوه الفساد ،
ولا شك ان القاضي لا يجيز هذا البيع ، سواء كان بيع رغبة او فيه محاباة ، ثم
عند ابي يوسف يضمن المحجور مثله للمشتري ، وعند محمد لا يضمن ، كذا في الهندية :
وفيها . ولو ان امرأة محجورة بالسفه تزوجت رجلا بمهر مثلها او اقل ،
او اكثر ، ولا ولي لها ، ثم رفع ذلك الى القاضي ، فان كان الرجل لم يدخل بها
وهو كفوء لها . وقد تزوجها على مهر مثلها او اكثر او اقل بحيث يتغابن الناس في مثله ،
فالنكاح جائز وان باقل بما لا يتغابن الناس في مثله من كفوء ، فانه لا
يجوز ويخير الزوج ان شاء اكل لها مهر مثلها . وان ابي فرق القاضي بينها . ومتى
اختار الفسخ ، لا يلزمه من المهر شيء ، وان جاءت الفرقة من جهة الزوج . وان
تزوجت غير كفوء على مهر مثلها ، كان للقاضي ان يفرق بينهما . ولو اختلفت
هذه المرأة السفية من زوجها على مال ، جاز الخلع ، ولم يجب المال عليها لا في حال

الرجعة ولا في الثاني . ثم الطلاق ان وقع بما هو صريح في باب الطلاق ، كان
رجعياً بملك الزوج الرجعة ، ان كان دخل بها ، وان وقع بلفظ الخلع ، يقع
بانثاءه مختصراً

المادة = * ٩٩٤ لا يصح اقرار السفه المحجور بدين لاخر مطلقاً
يعني ليس لاقراره تأثير في حق امواله الموجودة في وقت الحجر
والحادثة بعده *

عبارة رد المختار عن التتارخانية : والمحجور بالسفه لا يجوز اقراره لاحال الحجر
ولا بعده ، ولا في المال القائم ولا الحادث اه . هذا بخلاف المحجور بسبب الدين ،
فان اقراره في المال الحادث بعد الحجر نافذ عليه . وقوله لاحال الحجر ولا بعده
متعلق بجوز بمعنى ينفذ ، يعني انه لا ينفذ اقراره لاحال فساده ولا حال صلاحه .
وفي الخانية : ولو ادع انسان عند محجور فاجر المحجور انه استهلك ، لا
يصدق . فلو صار مصلحاً بعد ذلك يستل عما اقر ، فان قال ما اقرت به كان
حقاً يؤخذ به في الحال ، وان قال ما اقرت به كان باطلاً لا يؤخذ به اه .
لكن عبارة الهندية عن المحيط ، بعد نقل ما مر عن الخانية هكذا :

ولو ان المحجور عليه بالسفه اودعه رجل مالا فاجر انه استهلكه ، لم يصدق
على ذلك ، فان صلح بعد ذلك سئل عن اقراره ، فان اقر انه استهلكه في
حال فساده ، لم يضمن شيئاً في قياس قول ابي حنيفة ، لو كان يرى الحجر بالسفه
وهو قول محمد . وعلى قياس قول ابي يوسف يضمن ، وان اقر انه استهلكه في حال
صلاحه ، ضمن ذلك اه . فاما ان يكون اطلاق ما في الخانية مقيداً بما اذا اقر انه
استهلكه في حال صلاحه ، واما ان يكون على اطلاقه واقتصاره على قول ابي
يوسف ، مشعراً بتصحيحه واختياره ، فتأمل .

وفي الهندية ايضاً ، عن المحيط ، ولو ان رجلاً اودع هذا السفه مالا
واستهلكه بحضور من الشهود ، لا يضمن ، لا في الحال ولا بعدما صار مصلحاً لماله

في قياس قول ابي حنيفة ، لو كان يرى الحجر ، وهو قول محمد ، وعند ابي يوسف
يضمن ، وكان الجواب فيه كالجواب في الصبي المحجور اذا استهلك ما كان
وديمة عنده ، يحضر من الشهود ، فانه لا يضمن عندهما . وضمن عند ابي يوسف اه
وهذا بخلاف ما لو اقر السفية المحجور انه اخذ مال رجل بغير اذنه فاستهلكه ،
فانه لو اقر بعد صلاحه ان ما اقر به كان حقاً ، به اخذ به ، سواء كان الائتلاف في
حال السفه او في حال الاصلاح انفاقاً ، لانه غير مساط من صاحب المال ، بخلاف الابداع
وفي الخاتمة : ولو ان رجلاً اقرض محجوراً او اودعه ، ثم صار مصلحاً فقال
لصاحب المال كنت اقرضتني في حال فسادي فانفقتها ، او قال اودعني في حال
فسادي فانفقتها ، وقال صاحب المال لا بل اقرضتك في حال صلاحك ، كان
القول قول صاحب المال ويضمن المحجور ، وان قال صاحب المال اقرضتك في حال
فسادك واستهلكته في حال صلاحك ، وقال المحجور ، اقرضتني في حال فسادي
واستهلكته فيه ، كان القول قول المحجور ، فان اقام صاحب المال البينة ، انه
اقرضه في حال فساده ، ولكن استهلكه في صلاحه ، قبل بينته اه .
وهذا في الوديعة ، اما لو اقرانه اخذ مال رجل بغير اذنه ثم بعد صلاحه
قال رب المال كنت محققاً في اقرارك ، وقال المحجور عليه بل كنت
مبطلا في الاقرار ، فالقول قول المحجور ، وعلى رب المال البينة انه
استهلكه ولو حال فساده ، كما في الهندية عن المحيط . وفيها عنه لا يصدق
السفيه في اقراره بالنسب اذا كان رجلاً الا في اربعة اشياء ، في الولد
والوالد والزوجة ومولى العتاقة ، وان كان السفية امرأة فانها تصدق في ثلاثة
اشياء في الوالد والزوج ومولى العتاقة ، ولا تصدق في الولد . ثم اذا صدق
في حق هو لاه ، ان ثبت غير هولاء بالبينة ، فانه تجب النفقة في ماله ، وان
لم يثبت غيرهم بالبينة ولكن السفية اقر ، فانه لا تجب النفقة وكذلك لو
اقر للمرأة بنفقة ما مضى لم تصدق الابينة اه

المادة ٩٩٥ - * حقوق الباس التي هي على المحجور تؤدى من ماله *

سواء كانت الحقوق ثابتة باسباب وقعت قبل الحجر او بعده كما اذا تلف مال
انسانه وهو محجور بلا تسليط من المالك ، كما قدمناه مراراً .

المادة ٩٩٦ - * اذا استعرض السفينة المحجور دراهم و صرفها في
نفقته فان كان صرفها بالمعروف اداها الحاكم من ماله وان كان قد
صرف زائداً عن القدر المعروف بوجهه مقدار نفقته ويبطل الزائد
عنها *

في الخاتمة : ولو ان سفينة محجوراً استقرض مالا ليعطي صداق المرأة ، صح
استقراضه ، فان لم يعط المرأة و صرف المال في بعض حوائجها لا يؤخذ به ، لا
في الحال ولا بعد البلوغ ، لأن السفينة المحجور بمنزلة الصبي والمجنون ، فلا يصح
التزامه ، لأنه ليس من اهل الالتزام او مختصراً اقول : قوله « في بعض حوائجها »
الظاهر ان المراد منه انه صرفها في حوائجها الغير الضرورية ، بان صرفها زائداً عن
القدر المعروف ، وليتأمل ويشهد له ما في الهنديّة عن المبسوط : ولو استقرض
مالاً فانفق على نفسه بنفقة مثله ، ولم يكن القاضي اتقى عليه في تلك المدة ،
قضاء من ماله ، وان كان انفقه بامرأه حسب القاضي للمقرض من ذلك مثل
نفقة المحجور عليه في تلك المدة ، وقضاء من ماله وابطل الزيادة على ذلك اهـ

المادة ٩٩٧ - * اذا اكتسب السفينة المحجور صلاحاً بفك

الحاكم حجره *

هذه المادة ظاهرة في اختيار قول ابي يوسف رحمه الله من ان السفينة سواء بلغ
سفينة او بلغ رشيداً ، ثم صار سفينة لا ينحجر الا بحجر القاضي ولا يفك الحجر عنه
الا بفك القاضي ، وقال محمد فساده في ماله بحجره ، وصلاحه بطلاقه ، فلو باع

قبل حجر القاضي ، جاز عند أبي يوسف لا عند محمد ، وقدهناه في شرح المادة (٩٨٢) عن رد المختار ان ظاهر كلامهم ترجيح قول أبي يوسف ، ووجهه كما في الزبلي ، ان السفه ليس بشيء محسوس ، وانما يستدل عليه بالقبوز في تصرفاته وذلك محتمل ، لانه يجوز ان يكون للسفه ويجوز ان يكون لفرض فيه منفعة ، فاذا تردد لا يثبت حكمه الا بقضاء القاضي . بخلاف الجنون والعمه والصغر ولان الحجر عليه نفسه متردد بين الضر والنفع لان اهدار اهليته ضرر عليه وابقاء ملكه نظراً له ، فلا بد من القضاء لينتزع احد الجانبين على الآخر . واذا كان الحجر لا يثبت الا بقضاء القاضي ، فلا يرتفع ايضاً الا به وان صار مصلحاً للماله ، كما في الهندية . ومنى ثبت صلاحه في ماله لدى القاضي الذي حجر عليه او لدى قاض آخر ، اطلقه . وقبل اطلاقه جميع تصرفاته غير صحيحة . ولو ادعى المحجور بالسفه الرشد وادعى خصمه بقاءه على السفه ، وبرهنا ، قدمت بينة الرشد كما نقله في رد المختار عن البيري وابي السمود معزباً لتخيرة الناظر . لأن السفه بعد الحكم تأكد وثبت ، فالأصل بقاءه والقول قول مدعي الأصل ، والبينة بينة مدعي خلافه . واما ما في الدر عن الاشياء من انه لا ينبغي تقديم بينة بقاء السفه فلم يتابعه عليه احد كما في رد المختار . ثم لو ادعى عليه السفه قبل الحكم وادعى هو الرشد فالقول قوله ، لأن الأصل في البالغ العقل وان يكون رشيداً ، وعلى مدعي السفه البينة ، لأنه بدعي خلاف الأصل . لان البينة شرعت لاثبات خلافه . وما نقله الشارح سليم باز عن الطحطاوي معزباً للظهيرية ، مما حاصله انه لو اختلف المحجور عليه والمشتري فقال المحجور اشترته في حال الحجر والبيع غير صحيح ، وقال المشتري بل في حال صلاحك ، وكذا لو اطلقه القاضي فقال المشتري اشترته بعدما اطلق عنك وقال المحجور بل اشترته في حال الحجر ، فانقول للمحجور في صورتين اه وايدبه ما تقدم عن البيري وابي السمود زاعماً انه نقل صريح في المسئلة حتى قال : فما في الاشياء لم يوافق المنقول ، فهو كلام خارج عن التفقة والتدبير لان ما تقدم مسئلة وهذه مسئلة اخرى بدعي احدهما صحة البيع والاخر فساده ومعلوم ان القول قول مدعي الصحة لانها الاصل ، والبينة بينة مدعي الفساد .

* نفيه *

قد علمت ان ابا حنيفة رحمه الله تعالى لا يرى الحجر بالسفه ، والقول بالحجر هو قول الصحابين رحمهما الله تعالى وبقولها بفتى كما تقدم فلو حجر القاضي عليه بصير محجوراً على اتفاق من الصحابين فلو رفع هذا الحجر الى قاض آخر ، فاطلقه وهو سفیه واجاز تصرفه الحاصلة قبل هذا الاطلاق اخذاً بقول ابي حنيفة لا يصح هذا الاطلاق ولا الحكم بصحة التصرفات لما علمت من ان المفتي به قولها وان المجلة قد اخذت به وقد امر السلطان نصره الله تعالى قضائه بالعمل باحكامها فكل قاض حكم بخلاف ذلك ، لا يصح حكمه لانه معزول بالنسبة الى الحكم بخلافه ولأن الحكم والفتوى بما هو مرجوح خلاف الاجماع كما في رد المحتار عن تصحيح العلامة قاسم وفيه عن فتاويه وليس للمقلدان يحكم بالضعيف لانه ليس من اهل الترجيح وعن ابن الغرس واما المقلد المحض فلا يقضي الا بما عليه العمل والفتوى وعن صاحب الحجر اما القاضي المقلد فليس له الحكم الا بالصحيح المتفق به في مذهبه ولا ينفذ قضاؤه بالقول بالضعيف اه .

واما ما في الدر والدرر والزبلي والخانية والهندية وغيرها : من انه لو رفع حجر القاضي الى قاض آخر فاطلقه واجاز ما كان صنعه المحجور من بيع وشراء يكون كل من الاطلاق والاجازة صحيحاً لانه مجتهد فيه والحكم الاول لم ينفذه قاض آخر حتى يكون لازماً الى آخر ما ذكره ، فانما هو في القاضي المجتهد الذي اطلق له السلطان لافي قضاة زماننا فليتنبه لذلك .

* الفصل الرابع *

- في المديون المحجور -

المادة ٩٩٨ - لو ظهر عند الحاكم ماطلة المديون في اداء دينه حال كونه مقتدرًا وطلب الفرءاء ببيع ماله ونأدية دينه حجر الحاكم ماله واذا امتنع عن بيعه ونأدية الدين باعه الحاكم واؤدى دينه فيبدأ بما

اهون في حق المديون بتقديم النقود اولاً فان لم تف فالعروض وان لم
تف العروض ايضاً فالعقار *

مسائل هذا الفصل على نوعين احدهما ان يكون المديون غنياً مقتدرراً على
ايفاء دينه فباطل الدائن . والحكم في هذا النوع ان القاضي بطلب الدائن اذا ظفر من
مال المديون بما هو من جنس دينه حقيقة ، بأن كان الدين دراهم فظفر بدراهم
المديون . او حكماً بان كان الدين دراهم فظفر بدنانيره لاتحادها في الثمنية كان
للقاضي ان يقضي دين الدائن منها بلا رضى المديون ، لآب للدائن ان يأخذ
بيده اذا ظفر بجنس حقه بغير رضى الدائن ، فكان للقاضي ان يعينه . وهذا متفق
عليه بين الامام وصاحبيه . وان لم يظفر بذلك وكان للمديون عرض او عقار ،
فعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، لا يبيع القاضي شيئاً من عرضه ، او عقاره لانه
لا يرى الحجر على المديون . ولكن يجبس المديون ، الى ان يبيع بنفسه ويقضي دينه
ولا يكون ذلك اكراهاً مبطلاً للبيع ، لانه بحق اذ هو ظالم بالنع . وعندها يبيع
القاضي عرضه وعقاره ، وكل ما هو ملك له ويقضي دينه . وبقولها يفتى كما سمع
التنوير وغيره ، وبها اخذت المجلة كما ترى . هذا ما صرح به في الدر وحواشيه وغيرها ،
وفي رد المحتار معزباً للتبيين . ثم عندها يبدأ القاضي ببيع النقود ثم العروض ، ثم
العقار ، وقال بعضهم يبدأ ببيع ما يخشى عليه التوى من عرضه ، ثم بما لا يخشى
عليه ثم بالعقار ، فالحاصل انه يبيع ما كان انظر له اه .

وفي الهندية : وهذا في المديون الحاضر عندها بلا خلاف بين المشايخ . وفي
المديون الغائب ، اختلف للمشايخ على قولها . بعضهم قالوا لا يجوز بيع القاضي عليه
اذا غاب الزوج وطلبت المرأة من القاضي ان يبيع ما له في نفقتها ، فالقاضي لا يبيع
عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، وكذلك عندها على قول بعض المشايخ . وان كان
مال الغائب شيئاً يخاف عليه الفساد يبيع بالاجماع . وكذلك اذا كان للغائب عبد
وخاف القاضي ان تستغرق نفقته قيمته ، فالقاضي يبيعه بالاجماع اه .

وهذا في حق اليعم ، واما الحجر فيصح عندها وان كان المحجور المديون غائباً

ولكن بشرط علم المحجور عليه بعد الحجر ، كما تقدم في المادة (٩٦٢) وشرحها . وهذا النوع هو المذكور في هذه المادة .

النوع الثاني : ان يكون المديون مفلساً ، بأن كانت ديونه تستغرق امواله او تزيد ، فان القاضي يطلب الدائنين بحجره عن التصرف في ماله ، وعن اقراره بدين لآخر ، وهذا النوع هو المذكور مع احكامه في المواد الباقية في هذا الفصل .
وفي الهندية : واذا باع القاضي عندهما مال المديون لقضاء ديونه ، او اسامينه بالبيع ، فان العهدة على المطلوب ، لا على القاضي وامينه . والعهدة هي ان المبيع لو استحق فانه يرجع بالثمن على المطلوب لا على القاضي وامينه اه .

المادة ٩٩٩ - * المديون المفلس الذي دبت مساوئ لماله او ازيد اذا خاف غرماؤه ضياع ماله بالتجارة او ان يخفيه او يجعله باسم غيره .
وراجعوا الحاكم على حجره عن التصرف في ماله او عن اقراره بدين لآخر حجره الحاكم و باع امواله وقسمها بين الغرماء ولكن تترك له من الألبسة ما يحتاج اليه . وان كان للمديون ثياب ثينة و كان يمكن الاكتفاء بما دونها باعها واشترى له من ثمنها ثياباً رخيصة تليق بحاله واعطى باقيا للغرماء ايضاً . وكذلك ان كان له دار ، و كان يمكن الاكتفاء بما دونها باعها واشترى له من ثمنها داراً مناسبة لحاله واعطى باقيا للغرماء *

في رد المحتار : قال في الدر المنقى ، وبشروط لصحة الحجر عندهما القضاء بالأفلاض ثم الحجر بناء عليه . ولا يشترط ذلك في الحجر بالسفه اه وفي التارخانية : ان حجر السفية ، لمخني فيه وهو سوء اختياره لا لحق الغرماء بخلافه بسبب الدين فينتقر للقضاء اه مختصراً .

إذا علمت هذا تعلم ان المفلس في هذه المادة بتشدب اللام من التفليس بمعنى المحكوم بافلاسه، وفي الزبلي: وقال صاحبان اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه، حجر عليه القاضي، وباع ماله ان امتنع من بيعه، وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص، ومنعه من تصرف بضر الغرماء كالأقرار وبيعه بأقل من قيمته، لما روي ان معاذاً ركب دین فباع رسول الله صلى عليه وسلم ماله وقسمه بين غرمائه بالحصص، ولأن في الحجر عليه نظراً للغرماء كي لا يلحق بهم الضرر بالأقرار والتلجئة، ولأن البيع واجب عليه لا يفاء دبه حتى يجس عليه، فإذا امتنع ناب القاضي منابه اه .

وفيه ايضاً: فالماصل ان القاضي نصب ناظراً فينبغي ان ينظر للمدين كما ينظر الى الدائن فيبيع ما كان انظر اليه ويترك عليه دست اي بدلة من ثياب بدنه وباع الباقي لان به كفاية، وقيل يترك دستان لانه اذا غسل ثيابه لا بد من ملبس . وقالوا اذا كان للمدين ثياب يلبسها ويكفي بدون ذلك، فإنه يبيع ثيابه ويقضي الدين ببعض ثمنها ويشترى بما بقي ثوباً يلبسه لان قضاء دبه فرض عليه فكان ادلى له من التجميل .

وعلى هذا اذا كان له مسكن ويمكنه ان يمتري، بما دون ذلك يبيع ذلك المسكن ويقضي ببعض ثمنه الدين ويشترى بالباقي مسكناً يكفيه . وعن هذا قال مشايخنا رحمهم الله تعالى يبيع ما لا يحتاج اليه في الحال حتى يبيع البد في الصيف والنطع في الشتاء اه وفي الهندية: يبيع الكانون من الحديد ويتخذ من الطين اه .

وذكر في رد المحتار: لو كان عنده عقارات وقف سلطاني زائدة على مسكنه، او صدقات في الدفاتر السلطانية لا يورثها، كما اتى به غير واحد من العلماء اه اي لا يورثها بالفراغ عنها اذ لا يجوز بيعها . نامل اه وفي تفتيح الحامدية: ولو كان للمدين المفلس معتملاً وفضل عنه وعن نفقة عياله شيء، بصرفه الي دبه، فللدائن ان يأخذ فضل كسبه اه .

ولها: اذا كان للمدين قدر استحقاق في وقف اهلي يوزع ما يفضل من قدر استحقاقه عن نفقته بين ارباب الديون بحسب ديونه اه .

المادة ١٠٠٠ - * ينفق على المحجور المفلس ، وعلى من لزمته نفقته في مدة الحجر من ماله *

لأن النفقة على المدينون المحجور وعلى زوجته واولاده الصغار وذوي ارحامه من حوائجه الاصلية . وحاجته الاصلية ، مقدمة على حق الغرماء (افاده الزيلعي) .
وفي الخاتمة : ولا يضيق عليه في ، أ كوله ومشروبه وملبوسه ، و يقدر له المعروف والكفاف اه .

المادة ١٠٠١ - * الحجر للدين بوثر في مال المدينون الذي كان موجوداً في وقت الحجر فقط ولا بوثر في المال الذي تملكه بعد الحجر *

الحجر له اثران اثر في مال المدينون بحيث يتعلق به حق الداين فلا يتمكن المحجور من ابطال حقه فيه ، فهو خاص بما كان موجوداً وقت الحجر ، فان لم يكن موجوداً وقت له ان يتصرف فيه كما يشاء . وبهذا الاثر ، يخالف الحجر بالسفه ، فأنه بوثر في المال ، الموجود وقت الحجر والمستفاد بعده ، كما مر في المادة (٩٩٤) وهذه المادة موضوعة لبيان حكم هذا الاثر ، واثري في تصرفات المحجور فيمنها من الصحة في كل ما بوثر في الى ابطال حق الداين ، والى بيان حكم هذا الاثر الاشارة بالمادة الآتية ، وهي :

المادة ١٠٠٢ - * الحجر بوثر في كل ما بوثر في الى ابطال حق الغريم كالهبة والصدقة وبيع مال بأنقص من ثمن مثله . بناء عليه لا تعتبر تصرفات المدينون المفلس وتبرعانه وسائر عقوده المضرة بمقوق الغرماء في حق امواله الموجودة وقت الحجر . ولكن تعتبر في حق

لمواله التي اكتسبها بعد الحجر . ولو اقر لاخر بدين لا يعتبر اقراره
في حق امواله التي كانت موجودة وقت الحجر ويعتبر بعد زوال
الحجر ويبقى مدبوناً بادلتها ذلك الوقت . وايضاً ينفذ اقراره على ان
يوه دي مما يكتسب بعد الحجر * .

تضمنت هذه المادة بيان الاثر الثاني للحجر وهو ما يتعلق بتصرفات المحجور
عليه مع توضيح ما اجمل في المادة السابقة . قال في رد المحتار : وفي التارخانية :
ثم اذا صح الحجر بالدين صار المحجور كمرهض عليه ديون الصحة ، فكل تصرف
ادى الى ابطال حق الغرماء فالحجر يؤثر فيه كالهبة والصدقة . واما البيع ، فإن
يمثل القيمة ، جاز . وان يغبن ، فلا ، ويتخير المشتري بين ازالة الغبن وبين
الفسخ - كبيع المرهض ، فان باع من الغريم وقاصه بالثمن ، جاز لو الغريم واحداً ،
والاصح البيع من احد لم يمثله القيمة دون المقاصصة . وكذا لو قضى دين
البعض دون البمض ، كالمريض اه ملخصاً اه .

اقول : وظاهره ان الغريم لو كان واحداً يصح بيعه منه ولو يغبن ، تأمل .
وقوله « وان يغبن ، فلا يعني » « ولو كان الغبن يسيراً » كافي المنديبة .
وفيها : ولو حجر القاضي على رجل لقوم لم ديون مختلفة فقضى المحجور دين
بعضهم فشاركه الباقيون فيما قبض ، يسلم له حصته و يدفع ما زاد على حصته الى
غيره من الغرماء . ولو اقر على نفسه بمجد او قصاص ، صح اقراره . وكذا لو اعتق
او دبر ، صح اعتاقه وتدييره .

والحاصل ان كل ما يستوى فيه الجذ والمزل ينفذ من المحجور ، وما لا ينفذ من
المازل لا ينفذ من المحجور الا بأذن القاضي .

ولو استهلك مال انسان بمعاينة الشهود لزمه ضمان ذلك . ومن له الضمان يحاص
الغريم الذي حجر لاجله فيما كان في يده . ولو اشترى المحجور جارية بمعاينة الشهود
باكثر من قيمتها ، فان بائع الجارية يحاص الغريم الذي حجر لاجله بمقدار قيمتها ،
وما زاد على قيمتها يأخذه من المال الذي يحدث بعد الحجر . اه

اقول : انظر قوله « وما لا ينفذ من المازل لا ينفذ من المحجور الخ » مما تقدم
قبله عن التارخانية من ان يبعه بمثل القيمة جائز الخ .

وفي الهندية عن المحيط : ولو كان سبب وجوب الدين ثابتاً عند القاضي بعلمه
او بشهادة الشهود بان شهدوا على الاستقراض او الشراء بمثل القيمة ، شاركه هو لاء
الغرماء غريمه الذي له الدين قبل الحجر اه .

اقول : قوله « بعلمه » يعني القاضي ، هذا مبني على ما عليه المتقدمون من ان
للقاضي ان يقضي بعلمه . اما على ما عليه المتأخرون وهو المفتى به ، فلا (افاده ابو
السعود ، ومثله في رد المحتار)

وفي الخانية : ولو اقر لانسان بدين ، لا يصح اقراره في حق الغريم الذي حجر
لاجله . فاذا زال دين هذا الغريم بظهر صحة اقراره السابق . وكذا لو اكتسب
ما لا ينفذ اقراره فيما اكتسب وحدث ، وان كان دين الغريم الاول قائماً . وتنفذ
تبرعته فيما اكتسب مع بقاء دين الاول ولو تزوج المحجور امرأة ، صح نكاحه .
فاذا زاد على مهر مثلها ، فمقدار مهر المثل يظهر في حق الغريم الذي حجر لاجله ،
يحاص الغريم في ذلك وما زاد على مهر المثل لا يظهر سببه في حق الغريم الذي حجر
لاجله ، فيظهر في المال الذي حدث له بعده اه .

وفي التنوير وشرحه الدر : افلس ، يعني حكم الحاكم بانفلاسه ، ومعه عرض
شراء فقبضه بالاذن من بائنه ولم يرد ثمنه ، فبايحه اسوة الغرماء في ثمنه . فان
افلس قبل قبضه او بعده ، والقبض بمير اذن بايحه ، كان له استرداده وحبسه بالثمن .
وقال الشافعي : للبايم الفسخ اه ومثله في المنتقى وشروحه .

وقوله « كان له استرداده » اي فيما لو افلس بعد قبضه بغير اذن . وقوله
« وحبسه بالثمن » فيما لو افلس قبله ، ففيه لف ونشر على عكس الترتيب ، تأمل
(كذا في رد المحتار)

اقول : ولا مانع من ان يكون الحبس والاسترداد فيما لو افلس بعد القبض ،
لان الاسترداد انما يكون لاجل حبسه بالثمن ، لا لاجل ارجاعه الى ملكه بفسخ
البيع ، فان هذا مذهب الشافعي كما علمت . واذا كان له الاسترداد والحبس ، كان
له الحبس قبل القبض من باب اولي ، فتدبر .

❖ الباب الثاني ❖

❖ في بيان المسائل التي تتعلق بالأكراه ❖

المادة ١٠٠٣ - ❖ يشترط ان يكون المجرم مقتدرًا على ايقاع تهديده بناءً عليه من لم يكن مقتدرًا على ايقاع تهديده واجرائه لا يعتبر اكراهه ❖

ذكر في الخاتمة ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى . وفي قول صاحبيه رحمهما الله تعالى يتحقق من كل متغلب يقدر على تحقيق ما هدده به ، وعليه الفتوى اه .

وذكر في التارخانية ان المكروه (بفتح الراء) اذا لم يتمكن من الاستماعة بغيره ، فالاكراه يتحقق من غير السلطان بالاجماع . اما اذا تمكن ، فهو على الاختلاف عند ابي حنيفة ، لا يتحقق ، وعندهما يتحقق اه .

وفي التهذيب عن المبسوط : ويعتبر في الاكراه معنى في المكروه (بالكسر) ومعنى في المكروه (بالفتح) ومعنى في ما اكراه عليه ، ومعنى فيما اكراه به . فالاعتبار في المكروه تمكنه من ايقاع ما هدده به ، فانه اذا لم يكن متمكنًا من ذلك فاكراهه هذبان . وفي المكروه ان يصير خائبًا على نفسه من جهة المكروه في ايقاع ما هدده عاجلاً ، لانه لا يصير ملجئًا محمولًا طبعًا الا بذلك . وفيما اكراه به ان يكون متلفًا او مزمنًا او متلفًا عضواً او موجباً غمًا بعدم الرضى . وفيما اكراه عليه ان يكون المكروه ممتنعاً منه قبل الاكراه اما لحقه او لحق آدمي آخر او لحق الشرع . وبحسب اختلاف هذه الاحوال يختلف الحكم اه .

وباعتبار هذه المعاني الاربعة صارت شروط تحقق الاكراه اربعة ، كما سيجي الدر والدرر وغيرهما . قال في الدر : وهذا يعني كون المكروه به موجباً غمًا بعدم

الرضى ، ادنى مراتب الاكراه . وهو يختلف باختلاف الاشخاص ، فان الاشراف
يضمون بالكلام الخشن والارزاق ربما لا يضمون الا بالضرب المبرح اه .
هذا وذكر في التنوير وشرحه الدر ما نصه : خوفها الزوج بالضرب حتى
وهبته مهرها ، لم تصح الهبة ان قدر الزوج على الضرب . وان هددها بطلاق او
تزوج عليها او تسري ، فليس باكراه (خانية)
وفي مجمع الفتاوى : منع امرأته المريضة عن السير الى ابويها الا ان تهبه
مهرها فوهبته ببعض المهر فالهبة باطلة ، لانها كالمكره .
قلت : ويؤخذ منه جواب حادثة الفتوى ، وهي : زوج بنه البكر من رجل
فان ارادت الزفاف ، منعها الاب ، الا ان يشهد عليها انها استوفت منه ميراث امها
فأقرت ثم اذن لها بالزفاف ، فلا يصح اقرارها ، لكونها في معنى المكره ، وبه
اتفق ابو السعود اه .
قال في حاشية في رد المختار : وكذلك اتفق به الرمي وغيره ، ونظمه في
فتاواه بقوله :

ومانع زوجته عن اهلها لتهب المهر بكون مكرها
كذلك منع والد بنته خروجها لبعلمها من بيتها

ثم قال : وانت تعلم ان البيع والشراء والاجارة كالاتجار والهبة ، وان كل
من يقدر على المنع من الاولياء كلاب للملة الشاملة ، فليس قيماً . وكذلك
البكارة ليست قيماً كما هو مشاهد في ديارنا من اخذ مهور من كرها عليين ، حتى
من ابن ابن الم وان بعد ، وان منعت اضر بها او قتلها اه .

المادة ١٠٠٤ - * يشترط خوف المكره من وقوع المكره به .
يعني يشترط حصول ظن غالب للمكره باجراء المجرم المكره به
ان لم يفعل المكره عليه *

هذا الشرط عبارة عن المعنى الذي يعتبر في جانب المكره (بفتح الراء) كما

علمت آتفاً .

﴿ تنبيه ﴾

قد شاهدنا في زماننا بعض من لا يخاف الله تعالى من الظلة ارباب النفوذ اذا اراد اخذ قرية من اهلها او كان له قرية في جوار بعض القرى فاراد الاستيلاء على قطعة عظيمة من اراضي تلك القرية المجاورة لقربته يوشى على اهل تلك القرية بجنابة او يدعي عليهم بانهم احرقوا له بيتاً من بيوت قريته او نحو ذلك مما يعد جنابة الى الحاكم او بعض اولي الامر المتهاقين على اكل الرشوة الذميمة فيلقونهم او بعضهم في السجن بمجرد الدعوى والاثام فلا يخرجهم الحاكم او ولي امر بلدة ذلك الظالم حتى يفرغوا له اراضيهم ، فلا شك ان فراغهم هذا باطل لانهم مكروهون عليه ، بل لو هددهم ذلك الظالم بالشكوى والاثام وعلّموا انهم لو لم يجيبوه الى ما طلب لفعل ما هدد به ، كان الأمر كذلك . ولا يبعد ان يكون مجرد طلبه البيع او الاقرار اكرهاً عليه ، ففي الخانية ما نصه : ونفس الامر من السلطان من غير تهديد يكون اكرهاً . وعندهما ان كان المأمور يعلم انه لو لم يفعل ما امره به يفعل به ما يفعله السلطان ، كان امره اكرهاً .

المادة ١٠٠٥ = ﴿ ان فعل المكروه عليه في حضور المجبر او من يتعلق به يكون الاكراه معتبراً . واما اذا فعله في غياب المجبر او من يتعلق به فلا يعتبر لانه يكون قد فعله طوعاً بعد زوال الاكراه . مثلاً لو اكره احد آخر على بيع ماله وذهب المكروه وباع ماله في غياب المجبر ومن يتعلق به فلا يعتبر الاكراه ويكون البيع صحيحاً ومعتبراً ﴾

لما في الخانية : وان غاب المكروه عن بصر من اكرهه يزول الاكراه اه .
اقول : الظاهر ان هذا فيما اذا كان المكروه به فعلاً يائمه المكروه او من

بتعلق به كقتل ونحوه فان كون الاكراه حينئذ يزول ، بغية المكره او من يتعلق به ظاهر . اما اذا لم يكن كذلك كأن هدده بان يفترى عليه جنابة حرق بيت مثلاً ويسعى بذلك الى حاكم ليحبسه المدد المتطاولة بمجرد السعي والشكاية والمكره يعلم انه لو لم يفعل ما امر به لفعل المكره ، ما هدده به ، فالظاهر ان الاكراه يتحقق وان غاب عن بصره من اكرهه ، لان الاكراه يمثل ما ذكرنا لا يزول بغية المكره كما لا يخفى ، ومعلوم ان الحكم بدور مع عاقبته وجوداً وعندما .

هذا وقتل في الدر عن المجتبي ما نصه : المكره على الاخذ والدفع يعني اخذ مال الغير ودفعه الى المكره انما يسعه ذلك ما دام حاضراً عنده المكره ، والآلم يحل ، لزوال القدرة والالغاء بالبعد منه . .

وبهذا تبين انه لا عذر لاعوان الظلمة في الاخذ عند غيبة الامير او رسوله ، فليحفظ اه .

وفي الهندية عن المبسوط : ولو اكرهه بوعيد تلف على ان يأخذ مال فلان وبدفع اليه ، رجوت ان يكون في سعة من اخذه ودفعه اليه . والضمان فيه على الامر وانما يسعه هذا ما دام عند الامر ، فان كان ارسله ليفعل فخاف ان يقتله ان ظفر به ان لم يفعل او يفعل ما هدده به ، لم يحل الاقدام على ذلك الا ان يكون رسول الامر معه على ان يردده اليه ان لم يفعل . ولو لم يفعل ذلك حتى قتله كان في سعة ان شاء الله تعالى . فلو كان المكره هدده بالحبس او القيد لم يسعه الاقدام على ذلك ، اه وان كان المكره حاضراً ، لان الاكراه ليس بملجى ، فتدبره ملياً فان فيه ما يريد ما استظمرناه ، والله سبحانه اعلم .

المادة ١٠٠٦ - * لا يعتبر البيع الذي وقع بالاكراه المشبر ولا الشراء ولا الأيجار ولا الهبة ولا الفراغ ولا الصلح والاقرار والابراء عن مال ولا تأجيل الدين ولا اسقاط الشفعة ملجئاً كان الأكره او غير ملجى . ولكن لو اجاز المكره ما ذكر بعد زوال الاكراه يعتبر *

تقدم في المادة (٩٤٩) بيان الاكراه الملجي، وغير الملجي، فراجعه . وكل
منها يهدم الرضى ، والرضى شرط لصحة هذه العقود ، فنفسد عند فواته .
ولا يبطل حق الفسخ بموت احدهما اي المكره ما المكره ولا بموت المشتري ، ويقوم
ورثة كل مقامه - ولا بالزيادة المنفصلة ، وتضمن بالتعدي لا بدونه ، سواء كانت
متولدة كالثمرة او لا كالارض ، وكذا المتصلة المتولدة كالسمن . واما غير المتولدة
كصنغ وخياطة ولت سوبق ، فيحنم الاسترداد الا برضى المشتري . كذا ذكروا
في البيع الفاسد . ذكره الرملي في حاشية المنع تفقها ، وامر بالتأمل ، وهو تفقه
حسن ، لانهم صرحوا بأن بيع المكره فاسد الا في اربع صور ستأتي ، كذا في
الدر المختار وحاشيته رد المحتار .

ثم ان تلك العقود نافذة عندنا وليست موقوفة ، خلافاً لغير (كذا في الدر)
فيثبت به ، اي بكل واحد من البيع والشراء ونحوهما ، الملك مطلقاً ، سواء كان
ملك عين او ملك منفعة عند القبض للفساد (كذا في شرح مسكن على الكنز)
فيصح من المكره (بالكسر) ، كل تصرف لا يمكن نقضه كالعتق والتدبير والاستيلاء
والطلاق ، ولزمه قيمته يوم الاعتاق او القبض ، بخلاف ما يمكن نقضه من يمه وهبته
وتصدقته ونحوها (افاده في الدر وحواشيه)

وحيث توقف انقلاب بيع المكره صحيحاً على رضى البايح واجازته ، فبقبضه
الثن او تسليمه المبيع طوعاً بنقلب صحيحاً ، لدلالتهما على الرضى والاجازة - بخلاف
ما اذا قبض الثمن مكرهاً ايضاً ، فان البيع لا يلزم ويرد الثمن ولا يضمنه ان هلك
في يده ، لانه امانة . وقيد بتسليم المبيع للاحتراز عن الهبة ، فاذا
اكره عليها ولم يذكر المكره الدفع فوهب ودفع ، يكون باطلاً ، لان مقصود المكره
الاستحقاق لا مجرد اللفظ ، وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد ، فدخل الدفع
في الاكراه على الهبة دون البيع (افاده ايضاً في الدر وحاشيته رد المحتار) وانما كان
للمكره الخيار بين الفسخ والامضاء مع ان البيع الفاسد يجب على المتعاقدين نسخه ،
لان فساد بيع المكره كان لحقه وهو فوت رضاه ، فاذا رضى فقد وصل اليه حقه بخلاف
البيع الفاسد بغير الاكراه ، فانه لحق الشرع . ولذا ذكر في الدر وحواشيه ان بيع
المكره يخالف البيع الفاسد في اربع صور : الاول يجوز بالاجازة القولية والفعلية ،

كقبض الثمن وتسليم المبيع طوعاً ، يعني ينقلب صحيحاً بها بخلاف غيره من البيوع
الفاصلة كبيع درهم بدرهمين مثلاً ، لا يجوز وان اجازاه ، لان الفساد فيه
لحق الشرع .

والثاني ان المكروه على البيع ينقض تصرف المشتري وان تداولته الايدي ،
لان الاسترداد فيه لحقه لا لحق الشرع .

الثالث : انه لو تصرف فيه المشتري تصرفاً لا يحتمل النقص كالاتاق ، يضمن
قيمه يوم التسليم الى المشتري ، وان شاء ضمن المشتري قيمته يوم احدث فيه تصرفاً
لا يحتمل النقص ، لانه اتلف به حق الاسترداد ، بخلاف المشتري شراء ، فاصداً
بغير الاكراه ، حيث لا يضمنه يوم الاحداث بل يوم قبضه .

اقول : وان شاء ضمن المكروه قيمته يوم تسليمه للمشتري ، كما في الهديبة عن
الدخيرة . وهذا فيما اذا كان المكروه رجلاً آخر غير المشتري ، والرابع ان الثمن فيما
اذا كان المكروه هو البائع والثمن فيما اذا كان هو المشتري امانة في يد المكروه وهو
البائع في الاول ، والمشتري في الثاني ، لاخذه باذن المشتري او البائع فلا ضمان بلا تعديده .

❀ فروع ❀

اكرها على بيع العبد وشرائه وعلى التقابض فهلك الثمن والعبد ، ضمنها المكروه
لها . فان اراد احدهما تضمين صاحبه ، مثل كل عمّا قبض . فان قال كل قبضت
على البيع الذي اكرهنا عليه ليكون لي ، فالبيع جائز ولا ضمان على المكروه .
وان قال كل قبضت مكرها لارده على صاحبه واخذ منه ما اعطيت وحلف كل
لصاحبه على ذلك ، لم يضمن احدهما الآخر . وان نكل احدهما ، فان كان المشتري
ضمن البائع ايّاً شاء ، فان ضمن المكروه قيمته رجع بها على المشتري . وان
ضمنها المشتري لم يرجع المكروه بها ولا على البائع بالثمن . وان كان الناكل البائع
فان شاء المشتري ضمن المكروه الثمن ورجع به على البائع ، وان شاء ضمنه البائع
ولم يرجع به على المكروه (رد المختار عن الهندية ملخصاً)

وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكروه والبائع مكروه ، ضمن قيمته
للبيع ، لان قبضه بحكم عقد فاسد ، فكان مضموناً عليه بالقيسة ، وللمكروه ان
يضمن المكروه لانه آله له فيما يرجع الى الانلاف ، وان لم يكن الآله له ففي حق

التكلم لعدم الصلاحية ، لان التكلم بلسان الغير لا يمكن فصار كأنه دفع مال البائع الى المشتري فيضمن ايما شاء كالفاصل و غاصب الفاصب . فان ضمن المكره رجع المكره على المشتري بالقيمة لانه باءاه الضمان ملكه ، فقام مقام المالك المكره ولو ضمن المشتري ثبت ملك المشتري فيه ولا يرجع على المكره ، كما لا يرجع غاصب الفاصب على الفاصب اذا ضمن . ولو كان المشتري باعه من آخر وباع الاخر من آخر حتى تداولته البياعات ، نفذ الكل بتضمن الاول ، وله ان يضمن من شاء من المشتريين ، فايهم ضمنه ، ملكه . وجازت البياعات التي بعده وبطل ما قبله بخلاف ما اذا اجاز المكره احد هذه البياعات حيث يجوز الكل ما قبله وما بعده . وبأخذ هو الثمن من المشتري الاول ، لأن البيع كان موجوداً والمانع من النفوذ حقه ، وقد زال المانع بالأجازة فجاز الكل (كذا في الكنز وشرحه للزبلي مختصراً)

رجل اكره على شراء جارية بفضة آلف درهم وقيمتها الف درهم فاشترها بأكثر من عشرة آلف درهم ، او اكره صاحب الجارية على بيعها بألف وقيمتها عشرة آلف درهم ، فباعها بأقل من الف ، جاز استحساناً ، وهو قول علمائنا رحمهم الله تعالى

ولو اكره على بيع جارية بألف درهم فباعها بدنانير قيمتها الف درهم ، فسد البيع في قول علمائنا . ولو اكره على البيع بألف درهم فباعها بعرض او حيوان قيمته الف درهم او اكره على ان يقرب بألف درهم فأقر بمائة دينار قيمتها الف درهم ، نفذ البيع والاقرار في قولهم . ولو اكره على البيع بألف درهم فباعه بألفي درهم ، جاز بيع الكل (خانية) ولو اكره على البيع فوهب ، كان جائزاً . وكذا لو اكره على الاقرار بألف فوهبها له (هندية عن المحيط)

وفيها عن المبسوط : ولو اكره الرجل على ان يهب نصف داره غير مقسوم او لم يسم له مقسوماً ولا غيره واكره على التسليم فوهب الدار كلها وسلمها له ، فهو جائز ، لانه اتى بغير ما اكره عليه اه .

وفيها عن الخانية : ولو اكره على بيع نصف داره مقسوماً فباع الكل ، لا يجوز البيع عندنا استحساناً اه = اقول : ولينظر ما وجه عدم الجواز مع انه

اني بغير ما اكره عليه . لو اكره الرجل على ان يقر لفلان بألف درهم فأقر بخمسية ،
لا يصح استحساناً ولا يلزمه المال . ولو اقر بألفي درهم او بألف وخمسية ، لزمته
الزيادة على ما كانت مكرهاً ولا يلزمه قدر ما كان مكرهاً فيه (خائفة)
ولو اكره على هبة جار يته لمبدالله فوهبها لعبدالله وزيد ، جازت الهبة في
حصة زيد وبطلت في حصة عبدالله ولو مكنتها الف فالهبة كلها باطلة في
قولم (هندية)

المادة ١٠٠٧ = * كما ان الاكراه الملجئ يكون معتبراً في
التصرفات القولية على ما ذكر في المادة السابقة كذلك في التصرفات
الفعلية . واما الاكراه غير الملجئ فيعتبر في التصرفات القولية فقط ولا
يعتبر في التصرفات الفعلية بناءً عليه لو قال احد لا آخر اتلف مال فلان
والا آفتلك او اقطع احد اعضائك واتلف ذلك يكون الاكراه معتبراً
ويلزم الضمان على المجبر . واما لو قال اتلف مال فلان والا اضربك او
احبسك واتلف ذلك فلا يكون الاكراه معتبراً ويلزم الضمان على
المتلف فقط *

حيث كان يتحمل عادة ، امنا ما لا يتحمل عادة كالضرب على المذاكير او
العين والضرب المبرح ، فان ذلك مما يخاف منه التلغ ، فهو من الاكراه الملجئ .
وقدر بعضهم الضرب المبرح بأدنى الحد وهو اربعون سوطاً . ورد بأنه لا وجه للتقدير
بالرأي والناس مختلفة فمنهم من يموت بأدنى منه . فلا طريق سوى الرجوع الى
رأي المتلى (رد المحتار)

قال الزيلعي : وهذا النوع من الاكراه يعني الاكراه القاصر وهو غير
الملجئ لا يؤثر الا في تصرف يحتاج فيه الى الرضى كالبيع والاجارة والاقرار .

الا ترى ان الهزل يؤثر فيه لعدم الرضى . والاول ، وهو الملجئ ، يؤثر في الكل فيضاف فعله الى المكروه فيصير كأنه فعله والمكروه آلة له ، فيما يصلح ان يكون آلة له كاتلاف النفس والمال . وان لم يصلح آلة له ، اقتصر الفعل على المكروه فيكون كأنه فعله باختياره . وذلك مثل الاقرار والاكل لان الانسان لا يتكلم بلسان غيره ولا يأكل بغير غيره فلا يكون مضافاً الى غير التكلم والآكل - الا اذا كان فيه اتلاف فيضاف اليه من حيث الاتلاف ، لصلاحيته الله له فيه ، حتى اذا اكرهه على الصنع يقع كأنه اوقفه باختياره حتى يكون الولاء له ويضاف الى المكروه من حيث الاتلاف ، فيرجع عليه بقيمته ، وكذا لو اكرهه على الطلاق ، يقع ويرجع عليه ، ان كان فيه اتلاف بأن كان قبل الدخول . ولو اكرهت المرأة على قبول الطلاق على مال فقبلت ، يقع الطلاق ولا يلزمها المال ، لعدم الرضى ، لان الرضى في حق المال شرط دون الطلاق اهـ

وفي الهندية متى حصل الاكراه بوعيد تلف على فعل من الافعال نقل الفعل المكروه فيما يصلح ان يكون المكروه آلة ، للمكروه ، فصار كأن المكروه فعل ذلك كالاكراه على قتل انسان واتلاف ماله .

ومتى حصل الاتلاف بوعيد تلف على قول من الأقوال ، ان كان قولاً يستوي فيه الجذ والهزل ويتعلق بثبوتنه بالقول ، كالطلاق والعتاق ، فتحكمه ان يعتبر المكروه ، آلة للمكروه ، في حق الاتلاف لان المكروه في الاتلاف يصح آلة للمكروه . وفي حق التلفظ به الذي لا يعتبر آلة فيه يعتبر مقصوداً على المكروه .

وان كان قولاً لا يستوي فيه الجذ والهزل كالبيع والاجارة والاقرار ، فتحكم الاكراه فساد ذلك القول . وكذلك اذا كان قولاً يستوي فيه الجذ والهزل الا انه لا يتعلق بثبوتنه بالتلفظ فتحكم الاكراه فساده حتى لا تصح ردة المكروه ، فالردة يستوي فيها الجذ والهزل ولا يتعلق بثبوتنها بالتلفظ . حتى ان من قصد ان يكفر فقبل ان يقر به يكون كافراً .

وان حصل الاكراه بالحبس والتقييد على فعل من الافعال ، فلا حكم له فيجعل كأنه فعل ذلك الفعل بغير اكراه . ومتى حصل الاكراه بتلك على قول من الأقوال - ان كان قولاً لا يستوي فيه الجذ والهزل ، فتحكمه فساد ذلك القول .

وان كان قولاً يستوي فيه الجذ والمزل ، فلا حكم له ، فيجعل كأن المكره باشر ذلك القول باختياره اه .
 ويتفرع على ما ذكر مسائل كثيرة مذكورة في الخاتمة والهندية والبزاية ،
 فلنراجع .

الباب الثالث

﴿ في بيان الشفعة وبتقسيم الى اربعة فصول ﴾

الشفعة لغة مأخوذة من الشفع وهو الضم ، ضد الوتر . يقال شفع الرجل شفعاً اذا كان لرداً فصار له ثان . والشفيع فيما نحن فيه يضم المأخوذ الى ملكه ، فلذلك
 سمي شفعة

ومعناها شرعاً تقدم موضعاً في المادة (١٥٠) وشرحها
 وحكمة مشروعيتها دفع الضرر الذي ينشأ من سوء المجاورة على الدوام ، لا
 سباً اذا كان المشتري يضاؤه وقد قيل : اضيق السجون معاشره الاضداد
 ودليلها ما رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم
 قضى بالشفعة بين الشركاء في الارضين والدور وقال صلى الله عليه وسلم
 ﴿ جار الدار احق بالدار من غيره ﴾

وركنها اخذ الشفيع من احد المتعاقدين عند وجود سببها
 وشرطها ان يكون المحل عقاراً سفلاً كان او علواً احتمال القسمة اولاً ،
 وان يكون العقد عقد معاوضة مال بمال .
 وحكمها جواز الطلب عند تحقق السبب
 وصفتها ان الاخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ ، حتى يثبت بها ما يثبت بالشراء نحو
 الرد بخيار الرؤية والعيب اه (مخلصاً من الزبلي وتكملة الطوري)

❖ الفصل الاول ❖

❖ في بيان مراتب الشفعة ❖

المادة ١٠٠٨ = ❖ اسباب الشفعة ثلاثة . الاول ان يكون مشاركاً في نفس المبيع كاشتراك شخصين في عقار شابعاً . الثاني ان يكون خليطاً في حق المبيع كالأشتراك في حق الشرب الخاص والطريق الخاص . مثلاً اذا بيعت احدى الرياض المشتركة في حق الشرب الخاص يكون اصحاب الرياض الأخر كلهم شفعاء ملاصقة كانت رياضهم او لم تكن . واما اذا بيعت احدى الرياض المسقية من نهر ينتفع به العموم او احدى الديار التي لها في الطريق العام باب فليس لاصحاب الرياض الأخر التي نسق من ذلك النهر او لاصحاب الديار الأخرى التي لها ابواب في الطريق العام حق الشفعة . الثالث ان يكون جاراً ملاصقاً ❖

قوله « اسباب الشفعة » يعني اسباب وجوبها . واما سبب مشروعيتها ، فهو دفع الضرر الذي ينشأ من سوء الجاورة كما تقدم آنفاً . وفي حاشية الشلبي عن البدائع : والسبب فيها اصل الشركة لا قدرها ، واصل الجوار لا قدره ، حتى لو كان للدار شريك واحد او جار واحد اخذ كل الدار بالشفعة كثر شركته او جواره او قلت اه .
وتخصيص كون اشتراك الشخصين في العقار ، يخرج به ما اذا كان شريكاً

في الجذوع او الجدار ، فانه لا يكون شريكاً لأن الشركة المنتهية ، هي الشركة في العقار لا في المنقول ، لكنه جار ملاصق اذا اتصلت بقمة احدهما بقمة الآخر ، ولا يرجع بذلك على غيره من الجيران . نعم لو كان المكان الذي عليه الجدار مشتركاً بينهما ، كان هو اولى من غيره من الجيران . وبأنني ذلك بأن بني الشريكان في المشترك ثم يقتصم الارض غير موضع الجدار ، فيبقى الجدار وموضعه على الشركة .

وانما كان اولى لانه شريك في بعض المبيع (افاده الشلبي في حاشيته على الزيلعي ، وسيأتي له زيادة ايضاح في شرح المادة (١٠١٢)
ثم ان الشركة في الحقوق هل تشمل الشركة في السبل لأنه من الحقوق ؟
لم اره ، وانظر ما سيأتي في المادة (١٠١٦) عن الدر عن المنتقى معزياً للبرجندي
ثم الكلام على هذه المادة من ثلاثة وجوه : الاول في بيان تحقيق معنى للشرب الخاص . الثاني في بيان تحقيق معنى الطريق الخاص . الثالث في بيان تحقيق معنى الجار الملاصق .

اما الشرب الخاص ، فهو الشرب من نهر صغير لا تجري فيه السفن ، كما في التنوير والمنتقى . قال في جمع الأنهر : حتى اذا كانا ، يعني الطريق والشرب ، عامين ، لم يستحق بهما الشفعة . فالنهر العام عند الطرفين ، يعني ابا حنيفة ومحمد ، ما تجري فيه السفن كدجلة والفرات . وذكر شيخ الاسلام : اختلفوا فيه ، فليل الخاص ما يفرق ماؤه بين الشركاء ولا يبقى اذا انتهى الى آخر الاراضي ولا يكون له منفذ . والعام ما يفرق ويبقى له منفذ . وعامة المشايخ على انه ما كان شركاؤه لا يحصون ، واختلفوا فيما لا يحصى من خمسين او مائة او اربعين او عشرة . وعن ابي يوسف : الخاص ان يكون نهراً يسقي منه قراحتان او ثلاثة ، وما زاد على ذلك فهو عام والاصح انه مفوض الى رأي كل مجتهد في زمانه ، وهو اشبه الاقويل اه .

وظاهره ان القول بالتفويض لرأي المجتهد ، مقابل للاقوال السابقة ، بمعنى ان المجتهد في زمانه ان رأى النهر كبيراً ، فهو كذلك ، والا فصغير . مع ان المفهوم من كلام الزيلعي ورد المختار وغيرها ان المفوض لرأي المجتهد هو كون اهله

من يمحسون او لا ، بمعنى ان المجتهد في زمانه ان رأى اهله كثيرين كانوا كثيرين ،
وان رأى قليلين كانوا قليلين ، فليأمل - قال في الهندية معزباً للذخيرة : قال
الشيخ الامام الزاهد عبد الواحد الشيباني : اراد بالسفن هاهنا البهاريات التي هي
اصغر السفن اه .

وقوله « قراخان او ثلاثة » يريد ارضين او ثلاثة . قال الشلبي : القراح
الارض البارزة التي لم يختلط بها شي . والماء القراح الذي لم يختلط به شي . اه .
وفي رد المحتار : الظاهر ان المراد بالمجتهد الحاكم ذو الرأي المصعب ، للعلم بانقطاع
المجتهد المصطلح عليه اه .

القول : تقدم في المادة (٩٥٥) ان الشرب الخاص هو حق شرب الماء
الجاري المخصوص بالاشخاص المدودة وسيأتي في المادة ١٢٣٩ ان النهر العام هو الذي
يتفرق ماؤه وينقسم بين الشركاء ، لكن لا يحى جميعه في اراضيهم بل تبقى
له بقية مباحة . والخاص هو الذي يتفرق وينقسم الى اراضي اشخاص معدودة ،
وعند انتهائه الى آخر اراضيهم يحى ، وان الشفة انما تجري في هذا النوع دون
الاول اه .

فقد اعتبرت جمعية المجلة . تفسير الشرب الخاص قيدين : احدهما ان
يكون لاشخص معدودة ، والثاني ان يحى في اراضيهم ولا تبقى له بقية مباحة .
وعليه فاذا فقد احد هذين القيدين لا يكون خاصاً ، بل عاماً . وهذا اختيار
الكل من القول المذكور اولاً فيما ذكره شيخ الاسلام ، ولقول عامة المشايخ على ما
تقدم نقله عن مجمع الانهر ، فوجب العمل بذلك لصدور الامر السلطاني به .
هذا وذكر في الهندية عن البدائع . ان النهر اذا كان صغيراً تسقى منه
ارضون معدودة او كروم معدودة فيبعت ارض منها او كرم ، وان كان الشركاء كلهم
شفعاء ، يستوي الملاصق وغير الملاصق . وان كان النهر كبيراً ، فالشفعة
لجوار الملاصق . ثم قال : ولو نزع من هذا النهر نهر آخر فيه ارضون او بساتين او
كروم فيبعت ارض او بستان شر به من هذا النهر النازع ، فأهل هذا النهر احق
بالشفعة من النهر الكبير . ولو بيعت ارض على النهر الكبير ، كانت اهله
واهل النهر النازع في الشفعة سواء ، لاستوائهم في الشرب ام .

ونقل في رد المختار عن التنف ما نصه : فلو باع حصته بشرها ، فالشفعة
للخليط ، ثم لأهل الجدول ، ثم لأهل الساقية ، ثم لأهل النهر العظيم اه .
وهذا مشكل ، لأن النهر الكبير او العظيم لا تثبت فيه الشفعة ، أصلاً حتى
لو بيعت ارض او كرم شربها منه ، فالشفعة للجار الملاصق لا لأهل الشرب
منه كما اتفقت عليه كلمتهم ، فوجب ان يكون المراد بالنهر الكبير في عبارة
الهندية وبالنهر العظيم في عبارة التنف ، النهر الخاص المملوك . وتسميته كبيراً في
الاولى بالنسبة الى النازع منه ، وعظيماً في الثانية بالنسبة الى الجدول والساقية .
وبهذا يتحل ما استشكله العلامة بن عابدين في رد المختار ، حيث قال بعد نقل
عبارة التنف : اقول : اصل مياه دمشق من بردى ويتشعب منه انهار ككنوات
وبانهاص وتورا ويتشعب منها لشرب البيوت طوالع وكل طالع قد يتشعب منه
طوالع ، وهكذا . ومقتضى ما في التنف ان يعتبر اخص الطوالع ثم ما فوقه ،
وهكذا الى ان ينتهي الى النهر العظيم ، وهو بردى الذي يسقي دمشق وقراها .
ومسافة ذلك اكثر من ثمان ساعات فلكية - وعليه فلو بيعت ارض شربها
من اصل بردى ولا شركة فيها نفسها ، فلجميع اهل تلك المسافة حق اخذها
بالشفعة . وفيه توسيع للدائرة جداً ، فلا جرم كان الاصح الا شبه تفويضه لرأي
المجتهد في كل زمان اه . فإن نهر بردى نهر عام على جميع التفاسير المسرودة آتفاً ،
حتى انه يمكن ان يجري فيه اصفر السفن وتبقى له بقية تخرج الى بحيرة عظيمة
مباحة ، وحينئذ فلا تجري الشفعة في عقار شربه منه اتفاقاً ، فتدبر .

واما الطريق الخاص ، وهو الزقاق الذي لا يتفذ كما تقدم في المادة (٩٥٦)
وقدمنا في شرحها عن رد المختار انه لو كان فيه مسجد ، فنافذ حكماً اذا كان
مسجد خطة لا محدثاً اه . وذكر في الهندية : درب غير نافذ في اقصاء مسجد
خطة ، وباب المسجد في الدرب وظهر المسجد او جانبه الى الطريق الاعظم ، فهذا
درب نافذ لو بيعت فيه دار لا شفعة الا للجار .

واراد بمسجد الخطة ، الذي اختطه الامام حين قسم بين الغائبين . وهذا لأن
المسجد اذا كان خطة وظهره الى الطريق الاعظم وليس حول المسجد دور تحول
بينه وبين الطريق الاعظم ، فهذا الدرب بمنزلة درب نافذ . ولو كان حول المسجد

دور تحول بينه وبين الطريق الأعظم ، كان لأهل الدرب الشفعة بالشركة ، لان هذا الدرب لا يكون نافذاً

ولو لم يكن مسجد الخطه في الأقصى ، لكنه كان في اول السكة ، فان كان من اول السكة الى موضع المسجد نافذاً ، لا تثبت فيه الشفعة الا للجار الملاصق ، وما وراء ذلك يكون غير نافذ حتى كان لاهل تلك البسكة كلهم الشفعة ولو لم يكن المسجد خطه بأن اشترى اهل الدرب من رجل من اهله داراً في اقصى الدرب ظهرها الى الطريق الاعظم وجعلوها مسجداً وجعلوا في الدرب باباً ولم يجعلوا الى الطريق الاعظم باباً او جعلوا ثم باع رجل من اهل الدرب داره ، فلاهل الدرب الشفعة بالشركة (كذا في المحيط)

واما الجار الملاصق فهو من كان عقاره متصلاً بالمبيع ولو حكماً ، كما اذا بيع بيت من دار فان الملاصق له ولاقصى الدار في الشفعة ، سواء .

وشمل ما اذا كان الجار متعدداً حتى ان الملاصق من جانب واحد ولو بشبر كالملاصق من ثلاثة جوانب ، فهذا سواء (افاده في رد المحتار)

ونقل عن الجوهرة ما نصه : ثم الجار هو الملاصق الذي الى ظهر المشفوعة وبابه من سكة اخرى لم دون المحاذي وبينهما طريق نافذ ، فلا شفعة له وان قربت الابواب ، لان الطريق الفارقة تزيل الضرر . وقيد الطريق بكونه نافذاً لانه لو كان محاذياً والطريق غير نافذ ، فهو خليط لاجار ، كما مر وبأني (رد المحتار) وحاصله ان العبرة للملاصقة من اي جانب كان لا قرب الابواب

المادة ١٠٠٩ = * حق الشفعة اولا للمشارك في نفس المبيع
ثانياً للخليط في حق المبيع ثالثاً للجار الملاصق وما دام الاول طالباً ليس
للآخرين حق الشفعة . وما دام الثاني طالباً فليس للثالث حق الشفعة *

وانما وجبت على الترتيب المذكور لانها وجبت لدفع الضرر الدائم ، فكل ما كان اكثر اتصالاً ، كان اخص بالضرر واشد تبعاً معه فكان احق بها ، لقوة

الموجب لها . فليس للاضعف ان يأخذ مع وجود الاقوى - الا اذا تركه فحينئذ يأخذ اذا كان اشهد على الطلب عند علمه بالبيع . وان لم يشهد عند ذلك ، سقط حقه . وعن ابي يوسف انه لا يأخذ وان تركه ، لانه محجوب به (زبلي) . وفي حاشيته للشلبي . وتفسير ذلك الترتيب : دار بين قوم فيها منازل منها ما هو مشترك بين بعضهم ومنها ما هي مفردة لبعضهم ، وساحة الدار موضوعة بينهم يتطرقون من منازلهم فيها و باب الدار التي فيها المنازل في زقاق غير نافذ فباع بعض الشركاء في المنزل نصيبه من شريكه او من اجنبي بمحقوقه من الطرق في الساحة وغيرها ، فالشريك في المنزل احق بالشفعة من الشركاء في غيره . فان سلم فالشريك في الساحة احق من الباقين . فان سلم الشريك في الزقاق الذي لا منفذ له احق من الجار الملاصق ، وجميع اهل الزقاق شركاء في الشفعة من كان في ادناه واقصاه سواء . فان سلم ، فالجار الملاصق ممن لا طريق له في الزقاق له الشفعة ، وليس لغير الملاصق من الجيران شفعة اذا لم يكن له طريق في الزقاق وهذا باتفاق امتنا . اهـ بتصرف .

المادة ١٠١٠ - اذا لم يكن مشترك في نفس المبيع او كان مشترك وترك شفعته يكون حق الشفعة للخليط في حق المبيع ان كان ثم خليط . وان لم يكن او كان واسقط حقه يكون الجار الملاصق شفيحاً على هذا الحال . مثلاً اذا باع احد ملكه العقاري المستقل او حصته الشائعة في العقار المشترك وترك المشارك حق شفعته يكون حق الشفعة للخليط في حق الشرب الخاص لو الطريق الخاص ان كان ثم خليط . وان لم يكن او كان واسقط حق شفعته فعلى كلتا الحالتين يكون حق الشفعة للجار الملاصق *

قال في رد المحتار : واعلم ان كل موضع سلم الشريك الشفعة ، فالتما ثبت
للجار ان طلبها حين سمع البيع وان لم يكن له حق الاخذ في الحال . اما اذا لم
يطلب حتى سلم الشريك ، فلا شفعة له (شرح المجمع ، ومثله في النهاية
وغيرها) اه .

اقول : والتقييد بالجار اتفاقا ، ومثله الشريك في الحقوق بالنسبة للشريك
في المبيع . فان عبارة الزبلي على ما قدمناه في شرح المادة (١٠٠٩) : ليس للاضعف
ان يأخذ مع وجود الأقوى الا اذا ترك فحينئذ يأخذ اذا كان اشهد على الطلب
عند علمه بالبيع وان لم يشهد عند ذلك سقط حقه اه .

وفي الهندية ، اول الباب السادس من كتاب الشفعة معزبا للخيرة : واذا
كان بعض الشفعا اقوى من البعض ففضى القاضي بالشفعة للقوى ، بطل حق
الضعيف . حتى انه اذا اجتمع الشريك والجار وسلم الشريك الشفعة قبل القضاء
له ، كان للجار ان يأخذها بالشفعة . ولو قضى القاضي بالدار للشريك ثم سلم
الشريك فلا شفعة للجاراه . وكذا لو تعدد الشفعا وهم بمرتبة واحدة ثم اسقط بعضهم
حقه ، فان كان الاسقاط قبل القضاء كان لمن بقي اخذ الكل ، لزوال المزاحمة .
وان بعده ، فليس له اخذ نصيب التارك لانه بالقضاء قطع حتى كل واحد منهم
في نصيب الآخر (افاده في الدر متنا وشرحا) .

وامتنكله في رد المحتار بأذنه قد تقرر ان الشفيع ثبت له الملك بمجرد الحكم قبل
الاخذ ، وانه ليس له تركها بعد القضاء . فان حمل الاسقاط هنا على انه تمليك
للبنائع او المشتري ، فلم لا يكون لمن بقي الاخذ بها ؟ - قال : ثم رأيت
الطحطاري نقل عن العلامة المكي ان عدم اخذ الباقيين نصيب التارك ، لعدم
صحته الترك ، لتقرر ملكه بالقضاء ، لا لاتقطاع حقهم به مع صحة الترك منه اه
وبه يزول الاشكال اه .

اقول : لا اشكال وان حمل الاسقاط على انه تمليك ، لأن المراد بقولهم
« ليس لمن بقي اخذ نصيب التارك » اي اخذه بناء على طلبه واشهاده الاولين ،
بل يحتاج الى طلب واشهاد آخرين حين العلم بالبيع الثاني
والخاص ان الاسقاط اذا كان مجرد ترك ، فهو غير صحيح ، لتقرر ملك

الشفيع بالقضاء ، وان كان مع تمليك اي بيع جديد للبايع او المشتري فلا بد من طلب واشهاد مجددين حين العلم ، كما لو باع من اجنبي ، وفي الهندية عن الذخيرة : « قوم ورتوا داراً فيها منازل واقتسموها فاصاب كل واحد منزل فرفعوا فيما بينهم الطريق فباع بعض من صار له منزل منزله وسلم الذين لم المنازل في الدار الشفعة ، كان لجار الشفعة اذا كان لزيد المنزل الذي بيع : وان كان لزيد الطريق الذي بينهم وليس بلزيد المنزل ، كان له ان يأخذ المنزل بطريقه بالشفعة . وان لم يكن لزيد المنزل ولا لزيد الطريق الذي بينهم وكان لزيد منزل آخر من الدار ، فلا شفعة . فهذه المسئلة دليل على ان الشفعة كما تجب لغير المبيع تجب لغيره ان حق المبيع ايضاً اه

وفيها عن المبسوط : واذا كانت الدار بين ثلاثة رجال الا موضع بئر او طريق فيها فباع الشريك في الجميع نصيبه من جميع الدار ، فالشريك الذي له في جميع الدار نصيب ، احق من الآخر الذي له في بعض الدار نصيب ، فان شريكه اعم . ومن يكون اقوى فهو مقدم في الاستحقاق اه وافاد الزيلعي انه لو كان بعض الجيران شريكاً في منزل من الدار او بيت منها فبيعت الدار كان هو احق في جميع الدار ، لانه شريك في بعض المبيع فيقدم على الجيران

هذا في قول ابي حنيفة ومحمد . ورواية عن ابي يوسف . وفي رواية اخرى عنه : هو والجار سواء في غير المنزل او البيت ، لان استحقاقه الشفعة في غير المنزل او البيت بالجار وغيره من الجيران يساوونه فيه ، بخلاف ما لو كانت دار بين رجلين ولاحدهما فيها بئر مشتركة بينه وبين آخر غير شريكه في الدار فباعها كان الشريك في الدار اولى بشفعة الدار ، لانه شريك فيها والاخر جاز ، والشريك في البئر اولى بالبئر لانه شريك فيها ، والاخر جاز . وهذا بالاتفاق ليس لابي يوسف في الرواية الثانية فيها خلاف ، لان كلا منهما شريك في بعض المبيع ، فليحفظ

المادة ١٠١١ = * اذا كانت الطبقة العليا من البناء ملك احد والسفلى ملك آخر بعد احدهما للاخر جازاً ملاصقاً *

الا اذا كان طريق العلو في السفلى او كان طريقهما واحداً فان احدهما يُعدّ شريكاً للآخر في الحقوق ، كما في الزبلي ورد المختار عن الذخيرة .

وفي حاشية الشلبي : ولو ان رجلاً له علو في دار وطريقه في دار اخرى الى جنبها فباع صاحب العلو علوه ، فاصحاب الذي فيه الطريق اولى بالشفعة ، وذلك انهم شركاء في الطريق ، وصاحب الدار التي فيها العلو جار ، والشريك سفي الطريق اولى من الجار . ولو ترك صاحب الطريق الشفعة وللعلو جار ملاصق ، اخذه بالشفعة مع صاحب السفلى ، لان كل واحد منهما جار للعلو . والتساوي في الجوار يوجب التساوي في الشفعة (كذا ذكر القدوري)

وفي رد المختار : وان كانت ثلاثة ابيات بعضها فوق بعض ، وباب كل الى السكة فيبع الاوسط ، تثبت للأعلى والاسفل . وان يبع الاسفل او الاعلى ، فالاوسط اولى .

وذكر الزبلي : لو كان سفلى بين رجلين عليه علو لاحدهما مشترك بينهما وبين آخر فباع هو السفلى والعلو ، كان العلو لشريكه في العلو والسفلى لشريكه في السفلى ، لان كل واحد منهما شريك في نفس المبيع في حقه وجار في حق الآخر ، او شريك في الحق اذا كان طريقهما واحداً .

وفي الهندية : لو كان السفلى لرجل والعلو لآخر فبيعت دار بجنبها ، فالشفعة لهما . وفي رد المختار عن الذخيرة : وان لم يأخذ صاحب العلو السفلى بالشفعة حتى انهدم العلو ، فعلى قول ابي يوسف بطلت ، لان الحوار بالاتصال ، وقد زال . كما لو باع التي يشفع بها قبل الاخذ . وعلى قول محمد يجب ، لأنها ليست بسبب البناء ، بل بالقرار ، وحق القرار باق اه و ذكر المسئلة في الهندية .

وفيها : قول ابي حنيفة كقول ابي يوسف .

ثم ذكر عازباً للذخيرة : ولو يبع السفلى والعلو منهدم ، فعلى قياس قول ابي يوسف لا شفعة لصاحب العلو ، بناء على ان عنده حق الشفعة بسبب البناء ، وقد زال . وعند محمد له حق الشفعة ، لان عنده حق الشفعة بسبب قرار البناء ، وحق قرار العلو باق اه .

وفي الهندية ايضاً عن الكافي : وان كان السفلى لرجل وعلوه لآخر فبيعت

وار يجنبها ، فالشفعة لها . فان انهدمت الدار يعني الذي فيها السفل والعلو قبل اخذ
الشفعة ، فالشفعة لصاحب السفل عند ابي يوسف ، لقيام ما يستحق به الشفعة
وهو الارض ، ولا شفعة لصاحب العلو لئوال ما كان يستحق به الشفعة . وقال
محمد : الشفعة لها لان حقه قائم ايضاً ، فانه بنى العلو اذا بنى صاحب السفل سفله ،
وله ان بنى السفل بنفسه ثم بنى عليه العلو ، ويمنع صاحب السفل عن الانتفاع
حتى يعطيه حقه اه .

✽ نبيه ✽

الفرق بين العلو حيث تجب به الشفعة وبين البناء والغراس حيث لا تجب
فيها كما يأتي في المادة (١٠١٩) مع ان كلاً منها حيث يعم بدون الارض
ليس بعقار ، هو ان العلو بماله من حق القرار على الدوام قد التحق بالعقار . ولا
يؤد البناء والغراس في الارض المحتكرة ، لانه وان كان له حق القرار لكن لا
على الدوام ، بدليل ان صاحب البناء اذا امتنع عن دفع اجرة مثل الارض
المحتكرة يؤمر برفع بنائه او غرسه وتسليم الارض فارغة لجهة الوقف او لبيت
المال ان كانت الارض من اراضي بيت المال . هذا ما حققه العلامة ابن عابدين
في رد المختار تبعاً للخبر الرملي رداً على ما جزم به ابن الكمال . وتبعه العلامة ابو
السعود في حاشيته على شرح مسكين . وقد استند الرملي ومن تبعه الى النقل الصريح
عن البرازية وغيرها ، وليس بعد النقل الا الرجوع اليه

المادة ١٠١٢ = ✽ المشارك في حايط الدار هو في حكم المشارك في نفس
الدار واما اذا لم يكن مشاركاً في الحايط ولكن كانت اخشاب
سقفه ممتدة على حائط جاره فيعد جاراً ملاصقاً ولا يعد شريكاً
وخليطاً بمجرد وضع رؤس اخشاب سقفه على حايط جاره ✽

وكذا الحكم لو كان شريكاً في تلك الاخشاب لانها من المنقولات والشركة

في المنقول لا توجب الشفعة . ثم ان المراد بكونه شريكاً في الحايط ، ان يكون شريكاً فيه وفي المحل القائم فيه الحايط ، والا فلا بعد خليطاً كما في الشريك في الاخشاب كما علمت .

ثم ان الشريك في الحائط على الوجه المذكور انما يقدم على الجار . واما اذا كان لصاحب الدار شريك آخر في نفس الدار مع الحائط ، فهو مقدم على هذا الشريك في الحائط ، لان شركته اعم . ومن يكون اقوى فهو مقدم في الاستحقاق ، كما قدمناه في شرح المادة (١٠١٠) عن الهندية معزياً للمبسوط . واما اذا كان شريكه الآخر في الدار ليس له شركة في الحائط ، فهو احق بشفعة الدار ، وشريكه في الحائط ، احق بشفعة الحائط ، لان كلاهما شريك في بعض المبيع وجار في حق الآخر ، كما قدمنا هناك عن الزبلي .

المادة ١٠١٣ = * اذا تعددت الشفعا يعتبر عدد الرؤس ولا يعتبر مقدار السهام يعني لا اعتبار لمقدار الحصص . مثلاً لو كان نصف الدار لاحد وثلاثا وسدسها لآخرين وباع صاحب النصف حصته لآخر وطالب الآخران بالشفعة يقسم النصف بينهما بالمناصفة وليس لصاحب الثلث ان يأخذ بموجب حصته زيادة على الآخر * .

لاستوائهما في استحقاق الكل لوجود علته ، فيجب الاستواء في الحكم . وشمل ما لو كان المشتري احد الشفعا وطلب منهم ، فيحسب واحداً منهم ويقسم المبيع بينهم (رد المختار معزياً للوهبانية وشروحها) .

المادة ١٠١٤ = * اذا اجتمع صنفان من الخلطاء يقدم الاخصر على الاعم . مثلاً لو بيعت احدى الرياض التي لها حق الشرب في الحرق ،

الذي احدث من النهر الصغير مع شربها بقدم ويرجع الذين لهم حق الشرب في ذلك الخرق . واما لو بيعت احدى الرياض التي لها حق الشرب في ذلك النهر مع شربها فالشفعة نعم من له حق الشرب في النهر ومن له حق الشرب في خرقة كما انه اذا بيعت دار بابها في زقاق غير سالك متشعب من زقاق آخر غير سالك لا يكون شفعياً الا من باب داره في المتشعب . واذا بيعت دار بابها في الزقاق المتشعب منه نعم الشفعة من له حق المرور في الزقاق المتشعب والمتشعب منه *

هذا اذا كان الزقاق المتشعب مستطيلاً او مربعاً . اما لو كان مستديراً ، فإن كان مثل نصف دائرة او اقل ، فالشفعة لأهل الزقاقين جميعاً اتفاقاً ، لأن لكل احد منهم حق المرور فيه ، لأنه حينئذ يكون كساحة مشتركة بين الجميع ، غاية الامر ان فيها اعوجاجاً . وان كان مثل اكثر من نصف دائرة ، فهو كالمستطيل على ما قاله صدر الشريعة ومثلاً مسكين .

والفرق انه اذا كان داخله اوسع من مدخلها يعتبر موضعاً آخر غير تابع الاول . لكن رده ابن الكمال وجعل المستدير مطلقاً كالساحة المشتركة . هذا ما افاده في رد المحتار من شقي القضاء وكتاب الشفعة .

وعبارة الهداية : فإن كانت سكة غير نافذة بتشتت منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فيبيعت دار في السفلى ، فلا لها الشفعة خاصة دون أهل العليا . وان بيعت في العليا ، فلا لأهل السكتين . والمعنى ما ذكرنا في كتاب ادب القاضي .

ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر اصغر منه ، فهو على قياس الطريق فيما بيناه . ولم يفرق في فتح القدير في المتشعبة اذا كانت مستديرة ، بين ان تكون مثل نصف دائرة او اكبر .

✽ فرع ✽

دار بيعت ولها بابان في سكتين ، فإن كانت هذه الدار منذ القديم دارين بلب احدها في سكة غير نافذة وباب الاخرى في السكة الاخرى مثلها فاشتراها رجل ورفع الحايط من بين الدارين حتى صارتا داراً واحدة ، فلاهل كل سكة ان يأخذوا الجانب الذي كان بابه في تلك السكة . وان كانت هذه الدار المبيعة في الأصل واحدة ولها بابان ، كانت الشفعة لاهل السكتين في جميع الدار بالسوية . وانما يعتبر في هذا القديم دون الحادث اه (خانية)

ارض بين قوم اقتسموها بينهم ورفعوا طريقاً بينهم وجعلوها نافذة ثم بنوا دوراً يمينه ويسرة وجعلوا ابواب الدور شارعة الى السكة فباع بعضهم داراً ، فالشفعة بينهم سواء . وان قالوا اجملناها طريقاً للمسلمين ، فكذلك الجواب ايضاً . قال الصدر الشهيد : هو المختار (هندبة عن المحيط) .

وفها : ولو ان رجلاً اشترى داراً في سكة غير نافذة ، ثم اشترى داراً اخرى في تلك السكة ، كان لاهل السكة ان يأخذوا الاولى بالشفعة ، لان المشتري لم يكن شفيحاً وقت الشراء الاول ، ثم صار هو شفيحاً مع اهل السكة في الدار الثانية اه (وتقام هذه المسائل فيها) .

رجل له نصيب في نهر فهو احق بالشفعة ممن يجري النهر في ارضه (خانية) .

المادة ١٠١٥ = ✽ اذا باع من له حق شرب خاص روضته فقط

ولم يبيع حق شربها فليس للخطاء في حق شربه شفعة . وليقس الطريق الخاص على هذا ✽

ذكر هذه المسئلة في رد المحتار وعزاها للقهستاني ، وعبارته : فلو بيع عقار بلا شرب ولا طريق وقت البيع ، فلا شفعة فيه من جهة حقوقه اه - لكن في الهندبة ، قبيل الباب الثالث في طلب الشفعة ، ما نصه : في نوادر بن سماعه

عن محمد رحمه الله تعالى : دار في سكة خاصة باعها صاحبها من رجل بلا طريق ،
فلاهل السكة الشفعة . وكذلك لو باع ارضا بلا شرب ، فلاهل الشرب
الشفعة . ولو بيعت هذه الدار وهذه الارض مرة اخرى ، فليس لم فيها
الشفعة هكذا في الظهيرية اه . فلعل في المسئلة اختلاف الرواية ، فتأمل وراجع .
ويمكن ان يقال ان قول القمستانى ، « بلا شرب الخ » صفة لعقار ،
فالمراد منه انه لو بيع عقار ليس له طريق ولا شرب وقت البيع ، فلا شفعة فيه من
جهة الحقوق ، وهو ظاهر اذ ليس له حقوق يشارك فيها احد . يرشد الى ما
ذكرنا قوله « وقت البيع » فإنه لفوا لو علق قوله « بلا شرب » بقوله « بيع »
تدبر

وهذا بخلاف ما في نوادر بن سماعه ، فإن المراد منه ان العقار الذي له
طريق في سكة خاصة او شرب من نهر خاص ، لو بيع بلا طريق ولا شرب ،
تجب فيه الشفعة لشركائه في ذلك . ولعل وجهه انه لا كان البائع شريكاً لأهل
السكة او النهر في الحقوق وقت البيع ، وجبت الشفعة لشركائه في ذلك ، لورود
البيع على عقار حقوقه مشتركة وان بيع العقار بدونها . يرشد الى ما ذكرنا قوله
« ولو بيعت هذه الدار او هذه الارض مرة اخرى فليس لم فيها الشفعة » اي
اكون البيع لا شركة له في الحقوق ، فقد ورد البيع على عقار ليس له طريق
او شرب . هذا ما ظهر لي ، فتدبره فإنه دقيق .

المادة ١٠١٦ = * حق الشرب مقدم على حق الطريق بناء عليه
لو بيعت روضة خليطها احد في حق الشرب الخاص والآخر في طريقها
الخاص يقدم ويرجع صاحب حق الشرب على صاحب حق الطريق *

قال في رد المختار : ولو شارك احد في الشرب وآخر في الطريق ، فصاحب
الشرب اولي . قال في الدر المنتقى : ونقل البرجندى ان الطريق اقوى من
المسبل ، فراجعه اه .

وفي نكته الطوري : ولم يتعرض المؤلف ، يعني صاحب الكنز ، لما اذا كان شرباً في الطريق والاخر في المسيل ، من 'يقدم' ؟
وفي التارخانية : وصاحب الطريق اولى بالشفعة من صاحب المسيل اذا لم يكن موضع مسيل الماء ملكاً له اهـ ما في النكته .
قلت : وفي الهندية عن المحيط ، بعد ان ذكر مثل ما في التارخانية : وصورة هذا اذا بيعت دار لرجل ولرجل فيها طريق وللآخر فيها مسيل ماء ، فصاحب الطريق اولى بالشفعة من صاحب مسيل الماء اهـ . ثم نقل بعد نحو ورقتين عن التارخانية ما نصه : لرجل مسيل ماء في دار بيعت ، كانت له الشفعة بالجواري وليس المسيل كالشرب تأمل اهـ ، فإن هذه العبارات مضطربة كما ترى . والذي يقتضيه قول التارخانية « وليس المسيل كالشرب » ان الشرب في المسيل لا يعد شرباً في الحقوق . نعم اذا كانت موضع المسيل ملكاً لصاحب المسيل ، كانت له شفعة الجوار لا شفعة الخليط في الحقوق ، وليجرر .
وفي الخانية : رجل له نصب في نهر ، فهو احق بالشفعة ممن يجري النهر في ارضه اهـ .

❖ الفصل الثاني ❖

(في بيان شرايط الشفعة)

المادة ١٠١٧ = ❖ يشترط ان يكون الشفوع عقاراً مملوكاً
بناء عليه لا تجري الشفعة في السفينة وسائر المنقولات وعقار الوقف
والأراضي الميربة ❖

يعني الأراضي السلطانية ، وتسمى أراضي الحوز لانها ليست بمملوكة فلا يصح بيعها . قال في رد المختار : وذكر في الخيرية ان كون الأراضي عشرية

او خراجة لا ينافي الملك ، ففي كثير من الكتب : ارض الخراج او العشر مملوكة يجوز بيعها وابقائها وتورث فتثبت فيها الشفعة - بخلاف السلطانية التي تدفع مزارعة ، لا تباع فلا شفعة فيها . فلوادعى واضع اليد ان الارض ملكه وانه يؤدى خراجها ، فالقول له وعلى من نازعه في الملكية البرهان ، ان صحت دعواه عليه . وانما ذكرته لكثرة وقوعه في بلادنا اه .

وقوله « ان صحت دعواه عليه » مراده ان لم يمض عليها زمن يمنع من سماع الدعوى . والمراد بالمقار ما ليس منقولاً سواء كان قابلاً للقسمة او لا . فثبتت الشفعة في بيت الرضى والبر والحمام والبيت الصغير - خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى ، لان وجوب الشفعة عنده لدفع مؤنة القسمة ، فلا يستحق الا فيما يقسم . ولهذا لا تثبت الشفعة عنده في الجوار (بجمع الأنهر) = قال : وفي عدم ثبوت الشفعة في السفينة خلاف مالك .

ودخل في المنقولات البناء والاشجار اذا بيعا فصداً وسيأتي في المادة (١٠٢٠) حكم ما اذا بيع المنقول تبعاً للمقار .

المادة ١٠١٨ - * يشترط ان يكون المشفوع به ملكاً ايضاً

بناء عليه لو بيع عقار مملوك لا يكون متولي عقار الوقف الذي في انصالة او المتصرف به شافعياً *

حاصل ما ذكر في الدر وحاشيته انه لو بيع عقار مملوك وفي جواره عقار موقوف او كان بعض ذلك المقار وفقاً وبعضه ملكاً فبيعت الحصة المملوكة ، فلا شفعة في ذلك لا لتيم الوقف ولا للموقوف عليه ، اذ ليس لهذا المقار المشفوع به مالك . ولا فرق في هذا بين ان يكون محكوماً بصحة وقفه ام لا . واما اذا بيع عقار موقوف وفي جواره عقار مملوك او كان بعض المقار وفقاً وبعضه ملكاً ، فان كان الوقف محكوماً بصحته ، فكذلك الحكم لبطلان بيمه . والا يكن محكوماً صحته ، تثبت فيه الشفعة للجوار الذي عقاره مملوك . وكذا للجوار الذي حصته

مملوكة ، لصحة البيع و بطلان الوقف به .

المادة ١٠١٩ = * الاشجار والابنية المملوكة الواقعة في ارض الوقف او الاراضي الأميرية هي في حكم المنقول لا تجري الشفعة فيها *

اما اذا كان الفرس او البناء بلا اذن المتكلم على الارض ، فظاهر ، اذ ليس لها حينئذ حق البقاء والقرار اصلا . واما اذا كان بالاذن كالبناء والفرس في الاراضي المحتكرة ، فلا نه وان كان لها حق البقاء والقرار ، لكن ليس ذلك على الدوام ، بدليل ان صاحب البناء او الفرس لو امتنع عن دفع اجرة المثل بوجهه بالقلم . وهذا بخلاف الملو كما قدمناه في شرح المادة (١٠١١) معزباً لرد المختار وفي رد المختار ايضاً : وسلك عما اذا بيعت دار فيها قطعة محتكرة فهل للجار الشفعة ، فاجبته بأنني لم ارها صريحاً . ولكن الظاهر ان له اخذ الدار سوى تلك القطعة وما عليها من البناء ، بشرط ان لا يكون جواره للدار المبيعة بملاصقته لتلك القطعة ، اخذاً من قولم : باع ارضين صنفه ورجل شفيع لو احده ، له اخذها فقط .

ومما سياتي في الحيل : لو باع عقاراً الا ذراعاً في جانب الشفيع ، فلا شفعة لعدم الاتصال ، تأمل اه

المادة ١٠٢٠ = * لو بيعت العرصه المملوكة معها عليها من الاشجار والابنية تجري الشفعة في الاشجار والابنية ايضاً تبعاً للأرض . واما اذا بيعت الاشجار والابنية فقط فلا تجري فيها الشفعة *

وإذا اشترى نخلاً ليقطعه فلا شفعة فيه . وكذلك إذا اشتراه مطاقاً . اما إذا اشتراهما باصولهما ومواضعهما من الارض ، ففيها الشفعة . وكذلك لو اشترى

زرعاً او رطبة ليجذها ، لم يكن في ذلك شفعة . وان اشترها مع الارض
وجبت الشفعة في الكل استحساناً ، وفي القياس لا شفعة في الزرع . واذا اشترى
ارضاً فيها شجر صغار فكبرت فثمرت او كان فيها زرع فادرك ، فللشفيع ان
ياخذ جميع ذلك بالثمن . كذا في المبسوط . واذا اشترى نخلاً ليقطعها ثم
اشترى بعد ذلك الارض وترك النخل فيها ، فلا شفعة للشفيع في النخل . وكذلك
لو اشترى الثمرة ليجذها او البناء ليهدمه ثم اشترى الارض ، لم تكن للشفيع الشفعة
الا في الارض خاصة (كذا في المبسوط)

ولو اشترى بيتاً ورحى ماء فيه ونهرها ومناعها ، فللشفيع الشفعة في البيت وفي
جميع ما كان من آلات الرحى المركبة في بيت الرحى ، لانها تابعة لبيت الرحى . وعلى
هذا اذا اشترى الحمام مع آلاتها المركبة من القدر وغيرها ، ولا يأخذ ما كان
مزابلاً للبيت في المسئلة الاولى وللحمام في المسئلة الثانية الا الحجر الأعلى من الرحى ،
فانه يأخذه بالشفعة استحساناً وان لم يكن مركباً . كذا في الظهيرية اه
(الكل من الهندية)

وقوله « الا الحجر الاعلى من الرحى الخ » بواقفه ما في حاشية (ط) عن
البدائع : لو باع العقار مع العبيد والدواب ، ثبت في الكل اهو كذا نقل في
رد المحتار عن شرح المجمع انها تثبت في آلة الحراثة تبعاً للأرض اه .
لكن يخالفه ما في تكملة الطوري عن المحيط : وبدخل في الرحى الحجر الاسفل
دون الاعلى لانه مبني في الارض اه ولعل ما في التكملة مبني على القياس .
هذا ومن مسائل المتون ابن الشفيع يأخذ الارض مع ثمرها ان كان المشتري
اشترى الارض والنخل مع ثمرها بأن شرطه في البيع او ثمر عند المشتري بعد
الشراء ، لان الثمر لا يدخل في البيع الا بالشرط ، والقياس ان لا يكون له
اخذ الثمر لعدم التبعية ، كالمقاع الموضوع فيها . ووجه الاستحسان انه بالانصال
خلفة صار تبعاً من وجه ، ولانه منولد من المبيع فيسرى اليه الحق الثابت في
الأصل (زبلي)

وذكر الشلبي في حاشيته عن شرح القدوري ان وجوب الشفعة في البناء
المتصل تبعاً للأرض ، لانه في حكم الجزء من العرصه بدلالة دخوله في العقد

من غير تسمية . واما اذا اهدمه ، فلا شفعة فيه عندنا . ومن اصحاب الشافعي
من قال : ياخذهم مع الدار . وهذا فاسدٌ لانه منفصل عما تعلق به الشفعة ،
فلم يكن للشفيع اخذه اهـ ملخصاً ، فتأمل .

المادة ١٠٢١ = * الشفعة لا تثبت الا بعقد البيع *

او ما كان بمنه كالحبة بشرط العوض ، كما سيأتي التصريح به في المادة الآتية
وكذا لو ادعى حقاً على انسان فصالحه على دار ، فللشفيع اخذها سواء كان
عن اقرار او انكار او سكوت ، لزعم المدعي انها عوض حقه ، فيؤخذ بزعمه . ولو
ادعى عليه داراً فصالحه على دراهم ، فإن عن اقرار ، تجب ، لزعمه ملكها بعوض -
لا ان كان عن انكار ، لزعمه انها لم تنزل عن ملكه ، او سكوت ، لزعمه ان
المعطي لانتداه بمينه (رد المختار عن درر البحار)

وفي الهندية ، اول كتاب الشفعة ، ما نصه : ولكن الشفع بقوم مقام المدعي
في اقامة الحججة . فان اقام البينة ان الدار كانت للمدعي او حلف المدعي
عليه فشكل ، فله الشفعة اهـ ولو صالحه عن جنابة خطأ ، تجب الشفعة ، لا
ان صالحه عن دم عمد ، لأن في الاول فيه مبادلة بالمال فكانت بمعنى البيع ،
بخلاف الثاني . فلو عن جنابتين عمدٍ وخطأً ، لا شفعة عنده . وعندهما تجب
فيما يخص الخطأ (افاده الطوري)

وفي رد المختار عن الذخيرة : اذا سلم الشفيع الشفعة ثم ان المشتري رد الدار
على البايع ، ان كان الرد بسبب هو فسخ من كل وجه نحو الرد بخيار الروية او
الشرط او بالبيع قبل القبض بقضاء او بغير قضاء وبعد القبض بقضاء ، لا يتجدد
للشفيع حق الشفعة . فإن كان الرد بسبب هو بيع جديد في حق ثالث نحو الرد
بالبيع بعد القبض بغير قضاء والرد بحكم الاقالة ، يتجدد للشفيع الشفعة اهـ
قال في الدر : لان الرد ببيع بلا قضاء يعني بعد القبض ، وكذا الاقالة ،

بمنزلة بيع مبتدأ اهـ .

قال في حاشية رد المحتار : وكون الاقالة بمنزلة بيع مبدأ ، اذا كانت
بلفظ الاقالة . فلو بلفظ مفاخرة او متاركة او نرايد ، لم تجمل فيما اتفقا ، كما
صرح في بلها (سائحاني)

المادة ١٠٢٢ = * الهبة بشرط العوض في حكم البيع . بناء
عليه لو وهب وسلم احد داره المملوكة لاخر بشرط عوض يكون
جاره الملاصق شفيحاً *

افاد ان الهبة لا تكون في حكم البيع ما لم يكن العوض مشروطاً في العقد .
وصورته ان يقول وهبت هذا لك على ان تعوضني كذا . اما لو كانت الهبة بدون
شرط العوض ثم عوضه بعدها ، فلا شفعة ، كما في رد المحتار عن الخانية .
وقال معزياً للاتقاني : واجمعوا انه لو قال وهبت لك هذا بكذا ، انه بيع اه
ثم ان الهبة بشرط العوض ، انما تكون في حكم البيع وتثبت فيها الشفعة ، اذا لم
يكن فيها شيوخ ، والا فلا شفعة فيها ، سواء كان الشيوخ في الموهوب او سبه
بدله المشروط بأن كان البديل عقاراً . وهذا في هبة ما يمكن قسمته ، لان هبة
المشاع فيما يقسم لا يجوز . واما في هبة ما لا يقسم كحمام وبيت صغير ونحوها ،
فتثبت لصحة الهبة حينئذ (افاده في الدر وحواشيه) اقول : الظاهر انه لو قال
وهبت لك نصف هذه الدار بكذا ، تثبت الشفعة ، لما علمت من ان هذا بيع اي
حقيقة . وبيع الحصة الشايعة صحيح ، بخلاف هبتها

والتقييد بكون الشفيح هو الجار الملاصق ليس احترازياً ، بل مثله الخليط في
الحقوق بأن وهب داره على ان يعوضه كذا وللدار شريك في حقوقها . وكذا
الشريك في نفس المبيع اذا كان الموهوب حصة شايعة من عقار لا يقبل القسمة .
اما من عقار تمكن قسمته ، فلا تثبت له فيه الشفعة ، لعدم صحة الهبة حينئذ ،
كما علمت آنفاً . وسيأتي في شرح المادة (١٠٢٩) ان حق طلب الشفعة سبه
الهبة المشروط فيها العوض انما يثبت وقت التقابض من الجانبين ، فانتظر

وفي الدر عن المبسوط : الهبة بشرط العوض انما تثبت الملك الموهوب له اذا قبض الكل . فلو وهب داراً على عوض الف درهم فقبض احد العوضين ثم سلم الشفيع الشفعة ، فهو باطل . حتى اذا قبض العوض الآخر كان له ان يأخذ الدار بالشفعة اهـ اي لأنه وقت انعقاد المعاوضة (رد المختار)

المادة ١٠٢٣ = لا تجري الشفعة في العقار الذي ملك لاخر بلا بدل كتملك احد عقاراً بهبة بلا شرط العوض او ببيراث او وصية *

لأن الوارث يملك على حكم ملك الميت ، ولهذا يرد على بائعه بالعيب ، فكأن ملكه لم يزل . ولان ما ملك بهبة لا بعوض او بصدقة او وصية ، ليس معاوضة مال بمال ، فصارت كالأرث (كذا في رد المختار)

* فائدة *

رجل أوصى له بدار ولم يعلم حتى بيعت دار مجنبها ثم قبل الوصية ، فلا شفعة له . ولو مات قبل ان يعلم بالوصية ثم بيعت الدار مجنبها فادعى الورثة شفعتها ، فلم لهم ذلك ، لان موته صار بمنزلة قبوله . ولو اوصى بقلعة داره لرجل و برقبته لاخر فبيعت الدار مجنبها ، فشفعتها لصاحب الرقبة (هندية)

المادة ١٠٢٤ = يشترط ان لا يكون للشفيع رضی في عقد البيع الواقع صراحة او دلالة . مثلاً اذا سمع عقد البيع وقال هو مناسب سقط حق شفيعته وليس له طلب الشفعة بعد ذلك . وكذا اذا اراد ان يشتري او يستأجر العقار المشفوع من المشتري بعد سماعه بعقد البيع يسقط حق شفيعته . وكذلك اذا كان وكيلاً للبايع فليس له حق

الشفعة في العقار الذي باعه *

وبالاولى لو كان اصيلاً في البيع كأن باع عقاراً له مجاوراً لعقار آخر له وللعقار المبيع جار طلب الشفعة ، فإنه لا يشار كنه البايع فيها . وكذا لو وكل هو يبيع عقاره وكان له عقار آخر يجنبه . وكذا لو ضمن الدرك ، يعني الثمن ، عند الاستحقاق ، فلا شفعة لزامته في عقار البايع ، لأنه كالبايع ، لأن ضمانه للدرك تقرير للبيع . وكذا لو كفل البايع بالثمن والأصل ان الشفعة تبطل باظهار الرغبة عنها ، لا بها . ولأن اخذها بالشفعة يكون سبباً في نقض ما تم من جهته ، وهو الملك ، واليد للمشتري ، فهو مردود عليه .

وهذا بخلاف من شري اصالة او وكالة او اشترى له بالوكالة ، فان له الشفعة ، لأنه محقق لما تم من جهته .

وبان ذلك : باع احد شريكين في دار حصته منها الآخر فاشترى لنفسه او لغيره ، بالوكالة او باع احدهما حصته لو كيل الشريك الآخر فجاء ثالث وطلب الشفعة ، فإن كان شريكاً ، قسمت بينه وبين المشتري في الاول ، او بينه وبين الموكل في الثاني . وان كان جاراً ، فلا شفعة له مع وجود المشتري او موكله ، لأنه شريك ما لم يسلم .

اشترى الجار داراً وله جار آخر فطلب الشفعة ، وكذا المشتري ، فهي بينهما نصفين ، لانها شفيهان وعلى هذا لو جاء ثالث ، قسمت اثلاثاً ، او رابع ، فأر باعاً (الكل من الدر وحواشيه)

وفي الهندية : وكذلك ، اي كالوكيل المضارب ، اذا باع داراً من مال المضاربة ورب المال شفيحها بدار اخرى له ، لا شفعة لرب الدار سواء كان في الدار المبيعة ربح او لم يكن فيها ربح اه .

وانما يكون الرضى والتسليم مبطلاً للشفعة اذا وقع بعد البيع ، كما يشعر به قوله هنا « في عقد البيع الواقع » اما التسليم قبله ، فلا يبطلها ، كما في جمع الانهر .

واقاد ايضاً انه لا فرق في سقوط الشفعة بين ان يسلم كل المشتراة او بعضها .
اما اذا سلم الكل ، فلانه صريح في الاسقاط . واما في البعض ، فلان حق الشفعة
لا يتجزأ ثبوتاً ، لانه يملكه كما يملكه المشتري ، والمشتري لا يملك البعض
لانّه تفريق الصفقة ، فلا يتجزأ اسقاطاً ، فيكون ترك بعضه كترك كله اه .

واقاد ايضاً انه لا فرق بين ان يكون الرضى والتسليم من نفس الشفيع او من
وكيله بطلب الشفعة . لكن اذا بصح التسليم عند الامام اذا كان في مجلس
القاضي . وعند ابي يوسف بصح مطلقاً . وعند محمد وزفر لا يصح تسليمه اصلاً .
ولو اقر هذا الوكيل على موكله بأنه سلم الشفعة ، جاز اقراره عليه عندها اذا
كان في مجلس القاضي . وان كان في غيره ، لا يجوز ، الاً انه يخرج من الخصومة .
وقال ابو يوسف يخرج مطلقاً اه

والاب والوصي مثل الوكيل ، فنسقط بسايعهما شفعة الصغير ، خلافاً لمحمد ،
فبما بيع بقيقته او اقل . فلو باكثر مما لا يتغابن الناس فيه ، جاز التسليم اتفاقاً ،
لانه لا يملك الاخذ حينئذٍ فلا يملك التسليم . وعليه فلو سلم فيما بيع باكثر ثم بلغ
الصبي ، له الطلب . وسكوت من يملك التسليم تسليم ، (كذا في الدر
وحواشيه)

وذكر سقوط الشفعة برضى الشفيع صريحاً او دلالة مع انها تسقط بمجرد
ترك طلبي الموائبة والاشهاد ، كما سيأتي ، لافادة ان الشفعة تسقط بالرضى . وان
حصل بعد طلبي الموائبة والاشهاد ، فلا يرد ان ذكر الرضى او التسليم مستدرك ،
للاستغناء عنه بذكر السقوط بترك الطلبيين المذكورين ، لدخوله بالاولى .
هذا ما ظهر لي .

وبقي مما يسقط به الشفعة . اور مذكورة في المتون والشروح . ففي الدر
وحواشيه ما ملخصه : انه يبطلها صلحه منها على عوض ، لانها ليست بحق متقرر
في المحل ، بل مجرد حق التملك ، فلا يصح الاعتياض عنه ، وعليه رده لانه
رشوة . ويبطلها بيع شفيعته بمال ولا يلزم المال . وهذا هو الاصح .

وما في الذخيرة ، من انه اذا وهبها او باعها لانسان لا يكون نسبياً لان
البيع لم يصادف عمله ، مبني على مقابل الاصح . ولو صالح على اخذ نصف الدار

بعض الثمن ، صح ولو صالح على اخذ بيت بخصته من الثمن ، لا ، لجهالة الثمن عند الاخذ . ولا تسقط شفيعته لانه لم يوجد منه الاعراض عن الاخذ بالشفعة . بخلاف ما اذا كان العوض غير المشفوع

فالحاصل ان صلح الشفيع مع المشتري على ثلاثة اوجه : في وجه يصح ، وهو ما اذا كان العوض بعض المشفوع ، كأن يصلح على اخذ نصف الدار بنصف الثمن . وفي وجه لا يصح ولا تبطل الشفعة ، كأن يصلح على اخذ بيت بعينه من الدار بخصته من الثمن . وفي وجه يبطل ولا يجب المالك ، كأن يصلح على ترك شفعة . ويطلبها موت الشفيع قبل الاخذ ، بعد الطلب او قبله ، لانها مجرد حق التملك ، وهو لا يبقى بعد موت صاحب الحق ، فكيف يورث - بخلاف موت المشتري ، فإنه لا يطلبها ، وكذا موت البائع ، لبقاء المستحق

ولا تباع في دين المشتري ووصيته . ولو باعها القاضي او الرصي او اوصى المشتري فيها بوصية ، فللشفيع ان يطلبه ويأخذ الدار ، لتقدم حقه . ولهذا ينقص تصرفه في حياته ويطلبها بيع ما يشفع به قبل القضاء بالشفعة بيعاً باناً مطلقاً ، علم ببيع المشفوعة وقت بيعه ما يشفع به او لا .

وهذا اذا باع كل ما يشفع به . اما اذا باع الدار التي يستحق بها الشفعة الا شفعا منها ، فلا تبطل شفيعته ، لان ما بقي يكفي للشفعة ابتداءً ، فيكفي لبقائها . وكذا تبطل لو جعل ما يشفع به قبل القضاء بالشفعة مسجداً او مقبرة او وقفاً مسجلاً ، لانها بمنزلة الزايل عن ملكه

وينبغي على القول بلزوم الوقف بمجرد القول ، ان تسقط به وان لم يجعل والتقييد يكون بيع ما يشفع به باناً ، لانه لو باعه بشرط الخيار لنفسه ، لا تبطل ، لبقاء السبب ، وهو اتصال ملكه بالمشفوعة ، لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه . ويطلبها شراء الشفيع من المشتري ، لانه بالاقدم على الشراء من المشتري اعرض عن الطلب ، وبه تبطل الشفعة . فلن دونه بان يكون شريكاً ، ولو للمبيع جار او مثله بان يكون كل منها شريكاً او جاراً ، الاخذ بالعقد الاول او الثاني . فلو كان الشراء الاول بالف وقد اشتراها منه الشفيع بالفين ثم حضر الشفيع الذي هو دونه او مثله واراد اخذها بالبيع الاول ، قال ابو يوسف : باخذها من ذي اليد بالف . ويقال

له اطاب بايمك بالف اخرى . وعندهما يشترط حضرة المشتري الاول . وان
طلب بالبيع الثاني لا يشترط حضرة الاول اتفاقاً ، وبطلها مساومة الشفيع المشفوع
من المشتري يماً او اجارة بعد علمه بالبيع ، كما هو مذكور في هذه المارة . وكذا
طلبه من المشتري ان يوليه عقد الشراء ، اي يبيعه بمثل الثمن الاول . ومثل
التولية المراجعة . وكذا لو طلبها مزارعة او مساقاة بعد علمه بالبيع ، لان كل
ذلك دليل الاعراض عنها .

وقيدنا المساومة بكونها المشفوع لانه لو اشترى داراً فساوم الشفيع داره
المشفوع بها وقد كان اشهد على طلبه ، فهو على شفيعته (الكحل من الدرر وحواشيه)
وذكر في الاشباه ان البراء العام من الشفيع للمشتري يبطلها ، سواء علم
انه وجبت له الشفعة ام لا اه .

وفي الهندية وما يبطل به حتى الشفعة بعد ثبوته نوعان اختياري ، وضروري .
والأختياري نوعان : صريح وما يجري مجراه ، ودلالة .

اما الاول ، فنحو ان يقول الشفيع ابطلت الشفعة او اسقطتها او ابرأتك
عنها او سلمتها او نحو ذلك ، سواء علم بالبيع او لم يعلم ان كان بعد البيع ، لان
اسقاط الحق صريحاً يستوي فيه العلم والجهل ، بخلاف الأقسام من طريق
الدلالة ، فانه لا يسقط حقه ثمة الا بعد العلم بالبيع . واما الدلالة ، فهو ان
يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه بالعقد وحكمه للمشتري ، نحو ما اذا علم بالشراء
فترك الطلب على الفور من غير عذر ، او قام عن المجلس او تشغل عن الطلب
بعمل آخر على اختلاف الروايتين . وكذا اذا ساوم الشفيع الدار من المشتري او
سأله ان يوليه اياه او استأجرها الشفيع من المشتري او اخذها مزارعة او معاملة .
وذلك كله بعد العلم (هكذا في البدائع) اه .

وفيهما : تسليم الشفعة قبل البيع لا يصح ، وبعده صحيح ، علم الشفيع بوجود
الشفعة او لم يعلم ، علم من اسقط اليه هذا الحق او لم يعلم (كذا في المحيط)
وفي الخاتمة : اذا قال الشفيع : سلمت شفعة هذه الدار ، كان تسليماً صحيحاً
وان لم يعين احدآ . وكذلك لو قال للبايع ، سلمت لك شفعة هذه الدار ،
والدار في يد البائع . ولو قال للبايع ، بعد ما سلم الدار الى المشتري : سلمت الشفعة

لك ، يصح استحقاقاً . ولو قال : سلمت الشفعة بسببك او لأجلك ، صح تسليمه قياساً واستحقاقاً اه .

وفي الهندية : واذا كان المشتري وكيلاً من جهة غيره بشراء الدار فقال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ولم يعين احداً ، كان تسليمها صحيحاً . وكذا لو قال للوكيل سلمت لك شفعة هذه الدار والدار في يد الوكيل ، صح التسليم قياساً واستحقاقاً . ولو قال ذلك للوكيل بعد ما دفع الدار الى الموكل ، صح التسليم استحقاقاً . واذا كان المشتري وكيلاً عن غيره بالشراء فقال له الشفيع : سلمت لك شفعة هذه الدار خاصة لك دون غيرك ، كان هذا تسليمًا صحيحاً للأمر اه . ولو قال الشفيع لاجنبي ابتداءً : سلمت شفعة هذه الدار لك ، او قال اعرضت عنها لك ، لا يصح تسليمه ولا تبطل شفيعته قياساً واستحقاقاً (خاتمة) ونظام هذه المسائل فيها .

وفي الهندية ، من الباب التاسع : قيل للشفيع انها بيعت بألف فلم ثم علم انها بيعت بأقل او ببر او شمير او عددي . متقارب . قيمته الف او اكثر ، فله الشفعة . ولو بان انها بيعت بدنانير او بعروض قيمتها الف ، فلا شفعة

والفرق بين العرض وبين البر والشمير والعددي المتقارب ان العرض قيمته ، والواجب فيه القيمة ، وهي دراهم او دنانير ، فلا يظهر فيه التيسير . وذاك مثلي . يؤخذ بمثله ، فربما يسهل عليه لمدم قدرته على الدراهم . واما الفرق بين مسألة الدنانير ، فلأنهما جنس واحد في المقصود ، وهو الثمنية عندنا ومبادلة احدهما بالآخر متيسرة عادة . ولو اخبر ان الثمن عروض كالتياب والعييد فبان انه مكيل او موزون ، او اخبر انه مكيل او موزون فبان انه جنس آخر منه ، فهو على شفيعته . وان بان انه جنس آخر من عروض او فضة او ذهب كقيمة ما بلغه ، فلا شفعة ، لعدم الغابذة . ولو علم ان المشتري زيد فسلم ثم بان انه بكر ، فله الشفعة . ولو بان ان المشتري هو مع غيره ، كان له اخذ نصيب غيره لعدم التسليم في حقه . ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم بلغه شراء الكل ، فله الشفعة في الكل . وفي عكسه بان اخبر بشراء الكل فسلم ثم ظهر شراء النصف ، لا شفعة له في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في كل ابعاضه ، بخلاف عكسه اه (ملخصاً

من الدر وحواميه)

قال الزلمي : وقيل : له الشفعة في العكس ايضاً ، لانه قد لا يتمكن من
تحصيل ثمن الجميع ، وقد نكون حاجته الى النصف لئتم به مرافق ملكه فلا يحتاج
الى الجميع . وشيخ الاسلام مال الى هذا ، وحمل ما ذكر في ظاهر الرواية على
ما اذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل . اما اذا تبين له ان ثمن النصف مثل نصف
الكل ، فله الشفعة والمعنى ما ذكرنا اهـ . وبه جزم في الذخيرة كما في رد المحتار ،
وكذا في الجوهره .

رجل باع داراً وهي في اجارة الغير والمستاجر شفيهما ، توقف البيع على
اجازة المستاجر . فان اجازته ، كان له ان يأخذ الدار بالشفعة . وهذا بخلاف
ما لو كفل الشفيهم بالثمن او بالدرك حيث تبطل شفعتهم . ولو ان المستاجر لم يجوز
البيع ولكنه طلب الشفعة ، كان طلب الشفعة نسخاً للاجارة ، وهو على شفعتهم
(خانية ملخصاً)

وفيها : ولو اشترى الاب داراً لنفسه وولده الصغير شفيهما ، ليس للصبي اذا
بلغ ان ياخذها بالشفعة . ولو باع الاب داره وولده الصغير شفيهما ، كان للصبي
ان ياخذها بالشفعة اذا بلغ اهـ وتتمام هذه المسائل سيأتي في شرح المادة ١٠٣٥

المادة ١٠٢٥ - * يشترط ان يكون البديل مالاً معلوم المقدار .
بناء عليه لا تجري الشفعة في العقار الذي ملكه بالبديل الذي هو غير مال .
مثلاً لا تجري الشفعة في الدار التي ملكت بديل اجرة الحمام لان بديل
الدار هنا ليس بمال وانما هي الاجرة التي هي من قبيل المنافع . كذلك
لا تجري الشفعة في العقار الذي ملكه بدلاً عن المهر *

وان قوبل ببعض العقار مال بان تزوج امرأة على دار على ان ترد عليه
الف درهم ، فانه لا شفعة في شيء منها ، لان معنى البيع تابع في هذا العقد ،

لانه وان اشتمل على نكاح وبيع لكن المقصود منه النكاح ، بدليل انه يتعد بلفظ النكاح - ولا شفعة في الاصل ، فكذا في البيع
وهذا عند الامام رحمه الله تعالى . واوجبها الصاحبان في حصة المال (اناده في الدر
وحواشيه)

وكذا لا تجري الشفعة في دار جعلت بدل خلع او بدل صلح عن دم عمد او عوض
عتق كما في علمة المتوفى . قال الزيلعي : لان الشرع لم بشرع التملك بالشفعة
الا بما تملك به المشتري صورة ومعنى او معنى بلا صورة . ولا يمكن ذلك اذا تملك
العقار بهذه الاشياء لانها ليست باموال ، ولا مثل لها حتى ياخذ الشفيع بمثلها ،
فلا يمكن مراعاة شرط الشرع فيه .

ولو تزوجها بغير مهر ثم فرض لها عقاراً مهرأ ، لم تكن فيه الشفعة ، لانه تعين
لمهر المثل ، وهو مقابل بالضع - بخلاف ما لو باعها العقار بمهر مثله او بالمسمى عند
المقد او بعده ، حيث ثبت فيه الشفعة لانه مبادلة مال بمال ، لان ما اعطاها من
العقار بدل عما في ذمته من المهر (اه مختصراً)

قال في حاشيته للشبلي ، عاز بالشرح الكافي : وكذلك لو تزوج امرأة بغير مهر
ثم فرض لها داراً مهرأ او صالحها على ان جعلها لها مهرأ او اعطاها اياها مهرأ ،
لم يكن فيه شفعة ، لانه في هذه الوجوه كلها تكون الدار عوضاً ، اذ الصلح
والعوض يكون تقديراً لمهر المثل . اه

وفي الهندية : رجل تزوج امرأة ولم يسم لها مهرأ ثم دفع اليها داراً ، فهذا على وجهين :
ان قال الزوج جعلتها مهرك ، فلا شفعة فيها . وان قال جعلتها بمهرك ، ففيها
الشفعة . اه

ثم ان جميع ما ذكر من هذه المسائل مفرعة على اشتراط كون البدل مالاً .
ويتفرع على اشتراط كون ذلك المال معلوم المقدار انه لو اشترى عقاراً بدرام
جزائفاً واتفق المتبايعان على انها لا يعلمان مقدار الدرهم وقد هلك في يد
البائع بعد التقابض ، فلا شفعة له في ذلك العقار ، لأن جهالة الثمن تمنع الشفعة
كما في الدر

وعن هذا ذكر في متني الفرر والتنوير وغيرها ان من حبل اسقاط الشفعة

ما لو اشترى بديار معلومة مع قبضة فلوس اشير اليها و جهل قدرها و ضيع الفلوس بعد القبض . لكن حقق في رد المختار ان هذا انما يتم اذا وانقضا الشفيع على عدم المعرفة اه

وسباني لما زاد كلام و تحقيق اواخر ما كتبناه من مسائل شتى آخر باب الشفعة عند الكلام على الحيل المبطله للشفعة .

المادة ١٠٢٦ - * يشترط ان يزول ملك البايع عن المبيع . بناء عليه لا تجري الشفعة في البيع الفاسد ما لم يسقط حق استرداد البايع و في البيع بشرط الخيار انما تجري الشفعة اذا كان الخيار المشتري فقط وان كان الخيار البايع فلا تجري الشفعة ما لم يسقط خياره و اما خيار العيب و خيار الروبة فليس ابما نعين ثبوت الشفعة *

يعني انه يتفرع على اشتراط زوال ملك البايع عن المبيع مسائل . منها : انه لا شفعة في دار بيعت بيما فاسداً حتى يسقط حق الفسخ بشيء يسقطه كالبناه ، لان البيع الفاسد قبل القبض لا يفيد الملك للمشتري فيكون ملك البايع باقياً على حاله فلا يثبت للشفيع فيه حق مع بقاء ملكه . و بعد القبض وان كان يفيد له لكن حق البايع باق فيها الا ترى انه واجب الرفع لدفع الفساد ، وفي اثبات حق الشفعة تقريره ، فلا يجوز ، لانه لو جاز لتحول ذلك الفساد بعينه الى الشفيع . ثم اذا سقط حق الفسخ انقطع حق البائع عن استرداده ، فنجب الشفعة اه (زبلي)

و بهذا تعلم ان شرط ثبوت الشفعة في البيع الفاسد في الحقيقة هو سقوط حق استرداد البايع المبيع . و اما سقوط حق الفسخ فهو ملزوم لهذا الشرط . فما قاله الشارح سليم باز من ان تعبير هذه المادة بلفظ « ما لم يسقط حق استرداد البايع » فيه نظر لان كلاً من المتعاقدين بقدر على فسخه اه ، فيه نظر ، بل هو خطأ

لحظ لان ثبوت حق الفسخ للمشتري لا اثر له في منم الشفعة . الا ترى ان الشفعة
ثبتت في عقار بيع بخيار للمشتري ، كما سيأتي .

وفي حاشية الشلبي ، معزباً للكافي : المشتري شراء فاسداً اذا بنى في الدار
بناء ، ينقطع حق الاسترداد عند ابي حنيفة ومتى انقطع لزم البيع فيظهر للشفيع
الشفعة ، لأن المانع من ثبوت الشفعة قيام حق الاسترداد للبائع ، وقد بطل ،
وعندها لا ينقطع حق الاسترداد فلا يثبت للشفيع حق الشفعة ، فيكون بعضي
على قول الامام ، للشفيع ان يأمر المشتري بهدم البناء ، لانه لو بناء في البيع
الصحيح يكون له حق النقص ، فاذا بناء في البيع الفاسد اولى اه

ثم ان انقطاع حق البائع لا يختص بالبناء ، بل ينقطع ايضاً باخراج المشتري
المبيع بالمبيع او الهبة او غير ذلك على ما عرف في البيع الفاسد . فإن اخرجه عن
ملكه بالبائع كان للشفيع ان يأخذها بأي اليمين شاء ، لا تقطاع حق البائع فإن
اخذها بالبائع الثاني اخذها بالثمن ، لان البيع الثاني صحيح ، والواجب فيه الثمن فيأخذها
به . وان اخذها بالبائع الاول اخذها بقيمتها ، لان الواجب فيه القيمة . ولا
يعود حق البائع بنقض البيع الثاني ليأخذها الشفيع ، لان البيع الثاني كان
صحيحاً مفيداً للملك ، وانما فسخ لحق الشفيع ، ولو عاد حق البائع لبطل حق الشفيع .
ومن الحال ان يبطل حقه بالفسخ لاجل حقه ، لان ما يكون من مقتضيات حق
شخص لا يثبت على وجه يبطل حقه . وكذا ان اخرجه عن ملكه بالهبة او جعله
مهرأ او غير ذلك ، نقض تصرفه واخذها بقيمتها ، لما ذكرنا .

وان بيعت دار مجنبها قبل القبض اي قبل ان يقبضها المشتري ، فللبائع الشفعة
في المبيعة ، لبقاء ملكة فيها . وان سلمها الى المشتري فهو شفيعها ، لان الملك
له ولا يؤدي اخذها الى تقرير الفساد ، لان الفسخ ممكن بعد الاخذ بالشفعة ،
ولا فساد في المأخوذة - بخلاف المشتراة شراء فاسداً ، لان اخذها بالشفعة يؤدي
الى تقرير الفساد على ما بينا .

ثم ان سلم البائع المبيع الى المشتري قبل الاخذ بالشفعة ، بطلت شفيعته كما اذا
باعها قبل الاخذ بالشفعة . وان سلمها بعد الحكم له بها ، لا يبطل ، لان ملكه في
المنفوعة قد تقرر بالحكم فلا يبطل باخراج الاولى عن ملكه . وانما يستحق

المشتري الدار المبيعة بمجنبها الشفعة اذا كان يبيعها بعد قبضه لا قبله ، لان الشفعة
انما تستحق بالملك ولا ملك له قبله . وان ييمت بعد القبض فاسترداها البايع منه
قبل ان يقضي له بالشفعة ، بطلت شفعتها لخروجها عن ملكه قبل الاخذ ، فصار كما
اذا باعها قبله . وان استرداها بعد الحكم له بها بقيت على ملكه ، لما ذكرنا (كذا
في الزيلعي) وقوله لما ذكرنا ، وهو قوله : « لان ملكه في المشفوعة قد تقرر بالحكم »
الخ .

ومنها ، اي من المسائل المتفرعة على اشتراط زوال ملك البايع ، ما ذكره
بقوله « وفي البيع بشرط الخيار الخ » يعني انه لا شفعة في دار ييمت بشرط
الخيار للبايع ، لان خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه . وقد علمت انه شرط
وجوب الشفعة ، فان اسقط الخيار وجبت الشفعة فيه لوجود السبب وزوال المانع .
واما الخيار المشروط للمشتري ، فلا يمنع من ثبوت الشفعة ، لان المبيع خرج من
ملك البائع بالاتفاق . وانما اختلف اصحابنا هل دخل في ملك المشتري او لم يدخل
والشفعة انما تجب برغبة البايع عن ملكه بدلالته لو ادعى انه باع داره من زبده
فجحد زبده ، وجبت الشفعة لاجل اعترافه بخروج الشيء عن ملكه وان لم يحكم بدخوله
في ملك المشتري . ولو كان المبيع بشرط الخيار لها جميعاً فلا شفعة ايضاً ، لان المبيع
لم يخرج عن ملك البايع بسبب خياره المشروط . ولو شرط البايع الخيار للشفيع
فلا شفعة له فيها ، لانه لما شرط الخيار للشفيع صار كأنه شرط الخيار لنفسه ،
فان اجاز للشفيع البيع جاز وبطلت شفيعته ، لان البيع من جهة الشفيع قد تم وصار
كأنه باع . وان فسخ فلا شفعة له ايضاً ، لان ملك البايع لم يزل . ولكن
الحيلة له في ذلك ان لا يبيح ولا يفسخ حتى يبيح البايع البيع او يجوز بمضي المدة ،
فحينئذ له الشفعة . ولو ان المشتري شرط الخيار للشفيع ، كان للشفيع الشفعة
لان اشتراط الخيار له كاشتراطه للمشتري وذلك لا يمنع من وجوب
الشفعة .

ثم ان كان الخيار للمشتري واخذها الشفيع ، لزم البيع لعجز المشتري عن
الرد ، ولا ينتقل خيار الشرط للشفيع لان الشرط كان للمشتري لا للشفيع فلا
يثبت للشفيع بدون شرط ، لان اسمه يبيح عنه . وهذا في الدار التي فيها الخيار

فلو بيعت دار بجنيها والخيار لاحدهما ، كان له الاخذ بالشفعة ، لان البايع لم يخرج المبيع عن ملكه ان كان الخيار له فله ان ياخذها بالشفعة ويسقط خياره وينسخ البيع ، لان الاخذ بالشفعة نقض منه للبيع ، لانه اراد بذلك استبقاء المبيع اذ لا تجب الشفعة الا لدفع ضرر على الدوام . وكذلك المشتري عندهما ان كان الخيار له ، لان المبيع دخل في ملكه عندهما ، لانه بصير بالاخذ مختاراً للبيع ، فيصير اجازة فيلزم . وكذا الحكم على قول الامام لانه صار احق بالمبيع من غيره . وذلك يكفي لاستحقاقه الشفعة - كالمأذون والمكاتب اذا بيعت دار بجنيب داره ، وكذا اذا اشترى داراً ولم يرها فبيعت دار بجنيبها ، كان له ان ياخذها بالشفعة ، لان ملكه في التي يشفع بها ثابت ، لكنه هنا اذا اخذ المشفوعة لا يسقط خياره لان خيار الروبة لا يسقط بصريح الاسقاط ، فبدلالته اولى .

ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى وهي التي اشترىها المشتري ، كان له ان ياخذها بالشفعة لان الشفيع اولى من المشتري ، وليس له ان ياخذ الثانية وهي التي اخذها المشتري بالشفعة اذا لم تكن متصلة بملك له آخر غير الدار التي اخذها بالشفعة ، لانعدام سبب الشفعة في حفيها . وانصالحا بالشفوعة لا يفيد له عدم ملكه فيها وقت بيع الاخرى . وان كانت متصلة بملكه ، كان له ان يشاركه فيها بالشفعة لوجود السبب ، وهذا لا يختص بالشراء بخيار شرط او روية بل كل من اشترى داراً وبيعت دار بجنيبها كان له هو ان ياخذها بالشفعة . ثم اذا جاء شفيع الاولى بعد ما اخذ المشتري الثانية بالشفعة كان لهذا الذي جاء ان ياخذ الاولى بالشفعة ، وليس له ان ياخذ الثانية بالشفعة الا اذا كانت متصلة بملكه على ما بينا . اهـ ملخصاً من الزبلي وحاشيته للشلبي .

ومن المسائل الفرعة على اشترط زوال ملك البايع ان خيار العيب وخيار الروبة لا يمنعان ثبوت الشفعة كما صرح به الفقرة الاخيرة من هذه المادة . قال الشلبي : لانها لا يمنعان من خروج المبيع من ملك البايع ، وهذا المعنى هو سبب الشفعة اهـ .

✽ تنبيه ✽

يشترط طلب الشفعة في البيع الفاسد وقت انقطاع حق البايع من الاسترداد اتفاقاً، كما في التنوير وغيره . واما في البيع بشرط الخيار للبايع ، فقبل عند سقوط الخيار ، وعليه مشى في الجوهرة والدرر والمنع والهداية ، واقره شراحها كما في رد المختار ، وعليه اقتصر الشارح الزبلي وقال انه الاصح ، ممللاً بان البيع انما صار سبباً لافادة الحكم في ذلك الوقت ووجوب الشفعة يثبت على انقطاع حق المالك وهو ينقطع به عنده . وقيل انه يشترط الطلب والاشهاد عند البيع حتى لو لم يطلب ولم يشهد عند البيع ثم جاز البيع بالإجازة او عند مضي مدة الخيار فلا شفعة له . وكل من القولين صحيح والاول اصح كما في الزبلي والكافي وغيرهما . لكن نقل في رد المختار عن الظهيرية ان الثاني هو ظاهر الرواية والاول رواية عن ابي يوسف . ثم قال : فقد ظهر تصحيح كل من القولين ، ولكن ان ثبت ان الثاني ظاهر الرواية لا يعدل عنه

وقيدنا بكون الخيار مشروطاً للبائع لانه لو كان للمشتري ثبت فيه للشفعة قبل الاجازة ، لخروج المبيع حينئذ عن ملك البائع ، كما قدمناه . فلا خلاف في اشتراط الطلب وقت البيع ، كما هو ظاهر .

المادة ١٠٢٧ = ✽ لا تجري الشفعة في تقسيم العقار . مثلاً لو قسمت دار مشتركة بين المتشاركين لا يكون الجار الملاصق شفعياً ✽

لان القسمة فيها معنى الافراز يعني تمييز الحقوق وتعديل الانصاء ، ولهذا يجري فيها الجبر . والشفعة لم تشرع الا في المبادلة المطلقة ، وهي المبادلة من كل وجه (زبلي)

(الفصل الثالث)

* في بيان طلب الشفعة *

المادة ١٠٢٨ - * يلزم في الشفعة ثلاث طلبات وهي طلب
الموائبة وطلب التقرير والاشهاد وطلب الخصومة والتملك *

سمي الطلب الاول طلب الموائبة تبركاً بلفظ الحديث وهو قوله عليه الصلاة
والسلام * الشفعة لمن وائبها * اي طلبها على وجه السرعة والمبادرة ، من الوئوب
على الاستعارة ، لان من يئب هو الذي يسرع في طي الارض بمئبه . اه
(شلبي)

وسمي الطلب الثاني طلب التقرير لانه يقرر الطلب الاول وهو الموائبة ، لانه
لما كان على الفور وقد لا يمكنه الاشهاد عليه احتاج لما يقرره وطلب الاشهاد ،
لانه يحتاج اليه لاثباته عند القاضي .
وسمي الطلب الثالث طلب خصومة لانه لا يحكم له بدونها . وطلب تملك لانه
هو المقصود من الخصومة * افاده الزبلي *

المادة ١٠٢٩ = * يلزم على الشفيع ان يقول كلاماً يدل على طلب
الشفعة في المجلس الذي سمع فيه في الحال كقوله انا شفيع المبيع او اطلبه
بالشفعة ويقال لهذا طلب الموائبة *

المراد بالسماع لازمه ، وهو العلم ، ليدخل ما اذا علم بالمبيع بكتابة ونحوها . قال

الزبلي : وبصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة في الحال . ولا يجب عليه الطلب حتى يخبره به رجلان غير عدلين ، او واحد عدل عندابي حنيفة رحمه الله تعالى ، او رجل وامرأتان - لان فيه الزاماً من وجه دون وجه ، فيشترط فيها احد شرطيه الشهادة ، اما العدالة او المدد . وعندهما يجب عليه الاشهاد اذا اخبره واحد ، حراً كان او عبداً ، صغيراً كان او كبيراً ، اذا كان الخبر حقاً . واذا لم يشهد بطلت شفخته . ولو اخبره المشتري بنفسه يجب عليه الطلب بالاجتماع كيفما كان ، لانه خصم فيه . والعدالة غير معتبرة في الخصوم اه ورسول المشتري كالمشتري فلا تشترط فيه العدالة كما في الدر وحواشيه .

وهل يشترط في الطلب ان يكون فور العلم او في مجلده ؟ - خلاف : قيل : الشرطان يطلب كما علم على الفور بدون تاخير ولا سكوت ، حتى لو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او وسطه فقرأ الكتاب الى آخره ، بطلت شفخته . وكذا لو سكت هنيئاً ، واليه ذهب مشايخ بلخ وعامة مشايخ بخارى ، كما في مجمع الانهر ، وعليه الفتوى كما في الدر عن جواهر الفتاوى . وهو ظاهر الرواية كما في رد المحتار عن الشرنبلالية .

وقيل : الشرطان يطلبها في مجلس علمه بالبيع وان امتد المجلس ، ما لم يصدر منه فيه ما يدل على الاعراض عنها . واليه ذهب الامام ابو الحسن الكرخي وبعض المشايخ ، وعليه مشت عامة متون المذهب ، وهو اصح الروايتين كما في الدر وغيره . فلو سكت او قال بعد ما بلغه البيع : الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم او سبحان الله ، لا تبطل شفخته على هذه الرواية ، لان الاول حمد على الخلاص من جوار البايع ، والثاني تعجب منه انصد الاضرار به ، والثالث لانتاج الكلام به ، ولا يدل شيء منه على الاعراض . وكذا اذا قال من ابتاعها : وبكم بيعت لانه يرغب فيها بشمن دون ثمن ، ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض ، فلا يدل ذلك قبل العلم به على الاعراض . وكذا لو قال : خلصني الله (كذا في الزبلي وغيره)

وقد اعتمد في الدر والدرر على اعتبار المجلس اخذاً برواية الكرخي موافقة لما عليه المتون . لكن ذكر في حاشية رد المحتار ان القول الاول هو المناسب لتسمية

طلب المواثبة ، ولظاهر الحديث المار ، وان ظاهر الهداية اختيار ، وظاهر الرواية كما في الشرنبلالية والخاصية والزبلي وشرح المجلة ، ان قول الجواهر : (وعليه الفتوى) ترجيح صريح مع كونه ظاهر الرواية ، فيقدم على ترجيح المتون بمشيم على خلافه ، لانه ضمنى اه

اقول : وصرح في الشرنبلالية ان رواية الكرخي خلاف ظاهر الرواية . لكن في حاشية الشلبي قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره : وان بيت الدار ولما شفيع فبلغ ذلك الشفيع ، فان محمداً قال في الاصل : ان لم يطلب مكانه ، بطلت شفيعته . قال القدوري في شرحه : وهذا يقتضي ان الطلب على المجلس اه

ثم نقل عن شرح القدوري ايضاً ما نصه : واذا ثبت انه على المجلس ، تصحیح الروايتين ، كان على شفيعته ما لم يتم او يتشاعل بغير الطلب اه وانت تعلم ان الاصل من كتب ظاهر الرواية ، فلا يصح القول بان رواية الكرخي خلاف ظاهر الرواية ، كيف وان المتون موضوعة لنقل مسائل ظاهر الرواية .

هذا وقد ذكر الشلبي ما نصه : قال الاتقاني : قال الشيخ ابو حسن الكرخي في مختصره بعد ما ذكر روايات الاصل والنوادر : وليس هذا عندي اخلاقاً في رواية ولا في معنى ، لان جميع العبارات انما اردها ان لا يكون الطلب متراخياً عن الحال تراخياً يدل على ترك المطالبة بالشفعة او الاعراض عنها ، وهو عندي على مثال ما قالوا في الخبيرة في الطلاق في رجل قال لزوجه امرك يدك ، وكحيار المشتري اذا اوجب له البائتم البيع ، فللمشتري خيار الرد او القبول في المجلس ما لم يظهر منه ما يستدل به على الاعراض عن الجواب او الترك اه

وما سيأتي في المادة (١٠٣٢) من تعليق سقوط الشفعة على الاعراض عند سماع عقد البيع او على قيامه من المجلس قبل الطلب ، صريح في ان المجلة اعتمدت على الاخذ برواية الكرخي موافقة لمتون المذهب . واما تقييد هذه المادة كون الكلام الدال على الطلب في الحال ، فيمكن حمل لفظ الحال على زمن المجلس الذي سمم فيه عقد البيع دفماً للتناقض بين المادتين ، فيكون قوله في الحال تأكيداً لقوله في المجلس الذي سمم عقد البيع لا تقييداً له ، فتدبر

تنبیه

ذكر في رد المحتار فروعاً ، منها . سمع وقت الخطبة فطلب بعد الصلاة :
ان بحيث يسمع الخطبة ، لا تبطل . والافقيه اختلاف المشايخ . ولو اخبر في
التطوع فجعله اربعاً او ستاً ، فالحتم انها تبطل ، لا ان اتم ما بعد الظهر اربعاً في
الصحيح . ولو ستاً ، تبطل . ولا تبطل ان اتم القبليّة اربعاً . وسلامه على غير
المشترى يبطلها . ولو عليه ، لا ، كما لو سبغ او حمدل او حوقل او شمت عاطماً
(تاترخانية) . اي على رواية اعتبار المجلس الكفاية وشربلا لية) اهـ

اقول : يعني ان قوله هو ولو عليه لا كما لو سبغ الخ » يتخرج على رواية اعتبار
المجلس . وعلى رواية اعتبار الفور تبطل ايضاً - بخلاف المسائل التي قبلها ، فان
بطلان الشفعة فيها متفق عليه . اما على اعتبار رواية الفور ، فظاهر . واما على
رواية اعتبار المجلس ، فلأن ما صدر منه من اشتغاله بالصلاة وهو بحيث لا يسمع
الخطبة ، ومن ثمّ شتم التطوع اربعاً وما بعد الظهر ستاً ، جميع ذلك ، يدل على
الاعراض عن الشفعة ، لانه اشتغال بامر آخر غير مندوب اليه ، تسقط وان
لم يتحول المجلس .

ومن ذلك ما في الهندية : ولو اخبر بعد ما كان قد اذبحه فلم يطلب حتى
قرأ الدعوات الى قوله ﴿ ربنا آتانا في الدنيا حسنة ﴾ ثم سلم ، بطلت .
وفي النوازل : اذا اراد ان يفتح الصلاة مع الامام بجماعة فلم يذهب في
طلبها ، تبطل شفعتها اهـ معرباً للتاترخانية ، فتنبه . (فائدة) ذكر في الخانية :
اذا سمع الشفيع يبيع الدار فسكت ، قالوا لا تبطل شفعتها ما لم يعلم المشتري
والثمن كالبكر اذا استوسرت ثم علمت ان الاب زوجها من فلان ، صح ردها اهـ
قال في رد المحتار : وبه افق المصنف التمرناشي رحمه الله تعالى في فتاواه المشهورة
اهـ ومثله في الزبلي حيث قيد بطلان الشفعة بالسكوت بما اذا كان ذلك بعد
علم المشتري والثمن ، معللاً بان السكوت انما يكون دليل الرضى بعد العلم بهما ، كالبكر
لا يكون سكوتها رضى الا اذا كان بعد العلم بالزوج اهـ

اقول : وهذا في سقوط الشفعة بالسكوت . اما في سقوطها بالتسليم الصريح

او ما يجري مجراه ، فلا يشترط العلم بنفس البيع ، كما قدمناه في شرح المادة (١٠٢٤) عن الهندية معزياً للبدائم . فلأنت لا يشترط العلم بالمشتري والثمن اولى .

وفي الهندية ايضاً عن المحيط: تسليم الشفعة قبل البيع لا يصح ، وبعده صحيح ، علم الشفيع بوجود الشفعة او لم يعلم ، علم من اسقط اليه هذا الحق او لم يعلم اه - فهذا صريح فيما قلنا . فان قيل قد يمرض هذا ما ذكر في المتون : قيل للشفيع انها بيعت بالف فسلم ثم علم انها بيعت باقل او انها بيعت من زيد فسلم ثم علم ان المشتري غيره ، فله الشفعة . قلت : يمكن التفريق بان تسليم الشفيع في مسئلة المتون مقيد بما اذا كان المشتري زيداً والثمن الفاً وفي مسئلتنا مطلق ، فيم ما اذا كان المشتري زيداً او غيره والثمن الفاً واقل هذا ما ظهر لي من الفرق دفماً للمعارضة بين ما في المتون وبين ما تقدم عن الهندية معزياً للبدائم والمحيط ، فتدبره .

بقي ما اذا كان التسليم بغير السكوت مما يدل على الاعراض عنها كالشروع في عمل آخر وما اشبهه ، هل له حكم السكوت فلا تبطل فيه الشفعة الا بعد العلم بالمشتري والثمن ، او له حكم الصريح فلا يشترط فيه ذلك ؟ والظاهر الثاني ، فان ما تقدم عن الخانية والزبلي من النصيب على اشتراط العلم بالثمن والمشتري ، مقتصر على ما اذا كان التسليم بمجرد السكوت كما علمت . فلا يمكن الاقناء باشتراط ذلك فيما اذا كان التسليم بغير السكوت مما يدل على الاعراض الا بنقل صريح . واما ما قدمناه في شرح المادة الآفة الذكر عن الهندية من ان الاسقاط من طريق الدلالة لا يسقط حق الشفعة الا بعد العلم بالبيع اه فليس نصاً في ان الاسقاط من طريق الدلالة لا يقطعها الا بعد العلم بالمشتري والثمن ايضاً ، مع ان وجه اشتراط العلم بالبيع ظاهر ولا يظهر وجه لاشتراط العلم بالثمن والمشتري . ويبان ذلك ان الدلالة على اعراض الشفيع عن الشفعة وهو لا يعلم بالبيع غير متصور ، بخلافه مع عدم علمه بالمشتري والثمن ، فانها ممكنة كما هو ظاهر بادنى تدبر . والحاصل ان النصوص عليه في الخانية والزبلي ان الشفعة انما تبطل بسكوت الشفيع عند اخباره بالبيع اذا علم بالثمن والمشتري . والنصوص عليه في الهندية

ان الاسقاط بطريق الدلالة انما يبطل الشفعة اذا كان بعد العلم بالبيع . اما اذا كان الاسقاط بذير السكوت مما بطريق الدلالة وهو بعد العلم بالبيع لكن قبل العلم بالثمن والمشتري فقد بقي مكوثاً عنه ، فيبقي داخلاً تحت عموم قولهم « الشفعة تبطل بالأعراض عنها » الا ان يوجد النقل الصريح بأن كل ما يدل على الاعراض ، له حكم السكوت من حيث اشتراط العلم بالثمن والمشتري . هذا ما تحور عندي فاغتنمه ، فاني لم ار من حرر هذه المسئلة .

ورأيت في شرح الزبلي ما نصه . وكذا ، اي لا تبطل الشفعة ، اذا قال الشفيع حين اخبر بالبيع من ابتاعها « بكم بيعت » لأنه يرغب ليها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض ، فلا يدل ذلك قبل العلم به على الاعراض اه فتأمل ، فإنه ربما يفهم منه انه لو تكلم بغير قوله « ابتاعها وبكم بيعت » مما يدل على الاعراض والمسئلة . مجالها ، يعني قبل العلم بالثمن والمشتري ، تبطل شفيعته .

ورأيت في الهندية ما نصه : وان سئل عن ثمنها فاخبره به ثم طلبها ، بطلت شفيعته . كذ في المضمرات اه وكان ما تقدم عن الزبلي مبني على رواية الكرخي المتقدمة ، وما في المضمرات على رواية الفور . وهذا ايضا يدل على ما قلنا ، لان الشفيع لا يسئل عن الثمن الا اذا كان غير عالم به ، وقد جعل سوءه هذا مسقطاً لشفيعته لانه لم يطلبها فور علمه بالبيع ، وما هذا الا لكون الاسقاط حصل بغير السكوت مما يدل على الاعراض ، والا كان مخالفاً لما تقدم عن الخانية والزبلي من اشتراط العلم بالثمن والمشتري ، فتدبره . وانما اشبعنا الكلام عليها لكثرة وقوعها في زماننا هذا الفاسد ، فقد رأينا من مضى على علمه بالبيع سنون قد جاءه يطلب الشفعة زاعماً انه لا يعلم الثمن مع انه قد بدا منه في تلك الاشهر والسنين ما يدل على الاعراض عنها كيما كان الثمن ، ولا قصد له في طلبها الا ان الاصرار لمنافرة بينه وبين المشتري او لحدوث حاجة له الى الدار او لتحسين سفي ثمنها لكثرة الرغبات فيها ، فلا جرم ان الاحرى للقاضي عدم سماع مثل هذه الدعوى اعتباراً لسقوط شفيعته بكلام او فعل يدل على الاعراض عنها قطعاً للاطماع الفاسدة ، والله سبحانه الموفق .

المادة ١٠٣٠ = * يلزم على الشفيع بعد طلب الموائبة ان يشهد
ويطلب طلب التقرير وهو ان يقول في حضور رجلين او رجل
وامرأتين عند المبيع ان فلاناً قد اشترى هذا العقار او عند المشتري
انت قد اشتريت العقار العلاني او عند البايع ان كان العقار موجوداً
في يده انت قد بعث عقارك وانا شفيعه بهذه الجملة و كنت طلبت
الشفعة والآن اطلبها اشهدا وان كان الشفيع في محل بعيد ولم يمكنه
طلب التقرير والاشهاد على هذا الوجه يوكل آخر وان لم يجد وكيلاً
ارسل مكتوباً *

اقصر الجملة على ذكر لزوم الاشهاد في هذا الطلب بشير الى ما اتفقت عليه
كلتم من ان الاشهاد في طلب الموائبة ليس بلازم الا لخافة الجحود . وعلاه
شرح الهداية كما في رد المحتار ، بان طلب الموائبة ليس لاثبات الحق بل ليعلم انه
غير معرض عن الشفعة اه وقولهم « الا لخافة الجحود » اي فيما اذا اخاف الطلب
الى وقت ماض بان قال علمت امس وطلبت ، فانه لا يصدق بقوله بل عليه اثباته
بالبينة ، لانه حكى امراً لا يملك استثنائه للحال فلا يصدق فيه الا بيينة - بخلاف
ما لو قال « طلبت حين علمت » فانه لما اطلق الكلام اطلاقاً جعل كأنه علم
بالشراء الآن وطلب الشفعة ، فيصدق بقوله مع اليقين . وعن هذا قال الزهلي
ثم اذا اخبر بمحضرة الشهود بشهدهم عليه وان لم يكن بمحضرة احد يطلب بغير
اشهاد ، لان هذا الطلب صحيح من غير اشهاد ، والاشهاد لخافة الجحود ،
والطلب لا بد منه كي لا يسقط حقه فيما بينه وبين الله تعالى ، وليمكنه الحلف اذا
حلف اه فقوله « لخافة الجحود » اي فيما اذا اسند الطلب الى وقت ماض . وقوله
« ليمكنه الحلف اذا حلف » اي فيما اذا قال طلبت حين علمت ، فلا يرد ان قوله

« لغافة الجحود » فيد ان القول قول المشتري ، وقوله « ليكنه الحلف »
يفيد عكسه ، وهو ان القول قول الشفيع .

ثم ان قولم « القول قول الشفيع ، فيما اذا قلنا « طلبت حين سمعت » يفيد
ان بينة المشتري على ترك الطلب تقبل وان قامت على النفي . وبه صرح في الدرر
قال : اما بان يقول للشفيع تركت الطلب ليكون في صورة الاثبات ، واما بان
يقول ما طلبت لانه وان كان قتيماً ظاهراً لكنه نفي محصور ، ليكون في حكم
الاثبات كما تقرر في الاصول . وعلى التقديرين : ان اقام البينة تقبل ، والا يخلف
المشتري الشفيع بأنه لم يترك او طلب اه لكن قال محشية الشرنبلالي : قوله
« اما بان يقول للشفيع تركت الطلب يعني بقول له انت قلت تركت الطلب
وتشده به البينة اه » وهذا يفيد ان البينة انما تقام على اقرار الشفيع بأنه ترك
الطلب فيكون قائمة على الاثبات لا على النفي . لكن تصوير صاحب الدرر
وتعليقه ، بناء على هذا التفسير ولعل الشرنبلالي قصد بهذا التفسير الرد على صاحب
الدرر بان اقامة المشتري البينة على الاثبات ممكنة وذلك بان يقيها على اقرار
الشفيع بأنه ترك الطلب ، فان صاحب الدرر لم يستند في تصويره المذكور الى
قول بعضه ، فتأمل .

ثم قال في الدرر : وان لم يكن للمشتري بينة على ترك الشفيع واقام الشفيع
البينة على طلبه ، تقبل . وان كانت لها بينة ترجح بينة المشتري لان الشفيع
يتمسك بالظاهر . ولهذا كان القول قوله فظهر ان الحكم ما هنا ان المشتري ان اقام
البينة حكم بها ، والا فان اقامها الشفيع حكم بها وان لم يكن لواحد منها بينة
حلف الشفيع حكم له بالسنة . اه باختصار .

وهذا كله فيما اذا لم يصف الطلب الى وقت ماض كما علمت اما اذا قال
« علمت امس وطلبت » فالقول قول المشتري لانه ينكر طلب الموائبة فيحلف
على العلم ، لانه يحلف على فعل غيره فيقول لا اعلم انه طلب كما في الدرر قال في رد
المختار هو موافق لما في التارخانية عن فتاوى ابي الليث اه وهذا الذي ذكرناه
من ان الاثبات في طلب الموائبة غير لازم قد علمت انه قد اتفقت كلمم عليه
اكن ذكر في الدرر في باب ما تكون الشفعة فيه او لا وما يطؤها متناً وشرحاً

ما هو صريح في ان الاشهاد على طلب الموائبة ، شرط اذا كان قادراً عليه بان كان
عنده حين اخبر رجلان او رجل وامراتان . وحمل قولم ان الاشهاد فيه ليس
بلازم على ما اذا لم يكن قادراً على ذلك بان اخبر بالبيم في محل خال عن بشهده ،
اغتراراً بقول صاحب الهداية : اذا ترك الشفيع الاشهاد على طلبها حين علم وهو بقدر
على ذلك بطلت شفيعته اه . ورده محشبه الثربلالي بان الشرط المطلب فقط دون
الاشهاد عليه اتفاقاً . وبما قوله الاكمل وغيره ان المراد بالاشهاد في قول الهداية
« اذا ترك الشفيع الاشهاد الخ » نفس طلب الموائبة ، بدليل قوله « لاعراضه عن
الطلب » وبان صاحب الهداية صرح قبل هذا بان المراد بقول القدوري « اشهد
في مجلسه » هو طلب الموائبة ، فلا تنافي بين كلامي الهداية اه ملخصاً .

ويمكن كما قال الطحطاوي ، حمل قول الهداية « اذا ترك الشفيع الاشهاد الخ » على
ترك الاشهاد في طلب التقرير على احد العاقلين او عند الدار . فان تركه مع
القدرة عليه يبطلها . لكن فيه انه ايضا لا يبطلها ، بدليل انه لو صدقه المشتري ،
صح كما ستعلمه قريباً (افاده في رد المحتار)

وبهذا تعلم ان ما لخصه الشارح سليم باز من عبارة الدرر مخالف لما فيه وان
كان موافقاً لما في عامة الكتب .

واقول : ما تقدم في اول هذه القولة عن الزيلعي مؤيد لما ذكره صاحب
الدرر . وكذا ذكر مثله في شرح مسكين على الكنز . ويمكن ان يقال : قول
الدرر « تبطل الشفعة بترك الاشهاد على طلب الموائبة اذا اخبر بمحضرة رجلين
او رجل وامراتين » ليس المراد منه ان الاشهاد على طلب الموائبة شرط ، بل المراد
انه يلزم من عدم شهادة الشهود على طلبه انه سكت ولم يبطل ، فبطلان الشفعة
امدم وجود الطلب لللازم لعدم الاشهاد ، لانه لو طلب لسمعه الشاهدان ، وعدم
اسماعها دليل الاعراض . يرشد الى ما قلنا قوله في تصوير المسئلة « بان كان عنده
رجلان او رجل وامراتان فسكت ولم يشهدهما على طلبه » اه فان قوله
« فسكت » ظاهر فيما قلنا . ولو كان المراد كما فهم الثربلالي من ان الاشهاد
شرط ، لقال « فطلب ولم يشهدهما »

والحاصل ان الطلب والاشهاد في هذه الحالة ، يعني اذا اخبر بمحضرة الشاهدين ،

متلازمان . فمضى كان احدهما شرطاً ، كان الاخر كذلك . لا يقال يمكن ان يطلب الشفعة في نفسه ولا بسمعه الشهود ، لانا نقول : الشرط ان يتلفظ بلفظ ينعم منه طلب الشفعة كما تقدم ، فطلبه في نفسه لا يكفي ، ولهذا اذا لم يطلب لفظاً لا يحل له الاخذ ديانة كما قدمناه عن الزبلي .

وفي حاشية الشلبي عن الاجناس : يحتاج الشفيع ان يطلبها ساعة بلغه البيع ويتكلم بلسانه بالطلب ، حضره الشهود او لم تحضره اه ويلزم من طلبها لفظاً ان يسمعه الشاهدان .

ومن تأمل في عبارة الدرر حتى التأمل ظهر له صحة ما ذكرناه . فتعجب الشرنبلالي من صاحب الدرر ونسبته الى السهو وعدم التباهة ، في غير عمله هذا ما ظهر لي ، فاحفظه . ثم ان هذه المادة صريحة في ان الاشهاد في طلب التقرير لازم ، وهو ظاهر عباراتهم كما في رد المختار ، قال : لكن رايت في الخاوية : انما سمي الثاني طلب الاشهاد لان الاشهاد شرط فيه ، بل يمكنه اثباته عند جحود الخصم اه تأمل اه قلت : وكذا ذكر في حاشية ابي السعود في اول باب ما تبطل به الشفعة عن الحموي معزياً للبدايع ان الاشهاد على طلب التقرير ليس شرطاً اه فلي هذا لو صدقه المشتري انه طلبها منه او من البائع وهي في بدءه او عند الدار ، لا تبطل شفيعته وان لم يكن اشهد ، وانه لو ادعاه الشفيع وانكره المشتري ، له تخليفه . وحينئذ لم يبق فرق بين هذا الطلب وبين طلب الموائبة الا من حيث ان القول قوله في طلب الموائبة انه طلب حين علم ، والقول قول المشتري في طلب التقرير انه لم يطلب منه او من البائع او عند الدار ، مع يمينه على العلم ان كان يجحد طلبه من البائع او عند الدار ، لانه على فعل الغير كما تقدم آنفاً . وان كان يجحد طلبه من نفسه حلف على البتات ، كما في الهندية .

وذكر الزبلي ان الاشهاد انما صح عند هؤلاء الثلاثة اعني المشتري او البائع او العقار المبيع ، لان المشتري والبائع فيه بالملك او باليد . واما عند العقار ، لتعلق الحق به ولا يكون البائع خصماً بعد تسليم المبيع الى المشتري ، ادمم المالك واليد ، فلا يصح الاشهاد عليه بعده هكذا ذكره القدوري والناظمي وذكر

شيخ الاسلام انه يصح استحضاراه لما مشى عليه هذه المادة تبعاً لقائمة المتون
قياس . قال الحلوي ، كما في حاشية بي السعدي : فهذه المسئلة ، ما قدم فيه القياس
على الاستحسان اه

ثم اذا لم يصح الطلب من البائع كما جرت عليه المجلة والمتون من القياس ،
هل تبطل شفيعته ايضاً حتى لو اشهد بعد ذلك على المشتري بلا تراخ لا يصح ؟ -
لم اره منقولاً وقد ذكر في الدرر متناً وشرحاً ما نصه : ويصح الطلب من وكيل
الشراء ان لم يسلم الى موكله . وان سلم ، لا ، وبطلت . هو المختار . ونقل
مثله في حاشية رد المختار عن الولاوية والنازخانية والقنية ، ثم قال : ولعل وجه
البطلان ان الوكيل بمد التسليم لم يبق خصماً ، وانما الخصم هو الموكل ، نصار
مؤخراً للطلب بطله من غير خصم مع القدرة على الطلب من الخصم ،
نأمل اه .

ونحن وان كنا لسنا من اهل القياس ، فليس لنا ان نقيس مسألة على مسألة
مثلاً . لكن التعليل المار ان صح يكون الحكم في مسألتنا كالحكم في مسألة الدر ،
لما صرحوا به من ان الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمه ، فتأمل ولا تعجل .
ففي الخالية : لو اشهد على البائع ولم تكن الدار في يده ، لا يصح الاشهاد
وبصير كأنه لم يطلبه - فإن قوله « وبصير كأنه لم يطلب » ربما يفيد انه يطلبه
من البائع ، لا بصير مؤخراً للطلب . والذي ينبغي الاتناء به لمن ابتلي بالاتناء ان
مجرد طلبه من البائع لا يسقط شفيعته ، بل اذا طلب من المشتري بعد ذلك بلا
تراخ يصح طلبه . وان تراخى مع القدرة ، تسقط . وبالافتاء على هذا الوجه لا يكون
خارجاً عن المذهب . فان صحة طلبه من البائع بمد تسليمه المبيع قد ذكره محمد في
الجامع الكبير ، كما في حاشية ابي السعدي ، وهو من كتب ظاهر الرواية ، وهو
الاستحسان كما علمت ، فتدبر .

وفي الدر متناً وشرحاً : وهذا الطلب ، يعني طلب ، الاشهاد ، لا بد منه .
حتى لو تمكن منه ولو بكتاب او رسول ولم يشهد ، بطلت شفيعته . وان لم يتمكن
منه لا تبطل . ولو اشهد في طلب الموثبة عند احد هولاء يعني البائع والمشتري
المقار ، كفاه وقام مقام الطالبين اه .

قال في رد المحتار : فيه اشارة الى ان مدته مقدرة بالتمكن منه . فلو افتتح الطوع بعد طلب الموائبة قبل طلب الاشهاد ، بطلت (خانية) واقفي في الخيرية بسقوطها اذا طلب عند القاضي قبل طلب الاشهاد ، فليحفظ .

وفي الخانية : ان كان المتبايعان والشفيع والدار في مصر والدار في يد البائع ، فالي ايهم ذهب الشفيع وطلب ، صح ولا يعتبر فيه الأقراب والأبدا ، لأن المصر مع تباعد الاطراف كمكان واحد ، إلا ان يمتاز على الأقراب ولم يطلب ، فبطل . وان كان الشفيع وحده في مصر آخر ، فالي ايهم ذهب صح وان احد المتبايعين في مصر الشفيع فطلب من الأبعد ، بطلت اه ملخصاً اه

للادة ١٠٣١ = * بلزم ان يطلب وبدعي الشفيع في حضور الحاكم بعد طلب التعرير والاشهاد ويقال لهذا طلب الخصومة والتملك *

لا تنس ما قدمناه في شرح المادة السابقة عن الخبرة من ان الشفيع لو طلب عند القاضي قبل طلب الاشهاد ، تبطل شفيعته . وصورة هذا الطلب كما في المتنق وغيره ان يقول الشفيع للقاضي : اشترى فلان دار كذا وانا شفيعها بسبب كذا فره بالتسليم الي اه

قال في الهندية : اذا تقدم لشفيع وادعى الشراء وطلب الشفعة عند القاضي ، يسئل القاضي اولاً المدعى قبل ان يقبل على المدعي عليه عن موضع الدار من مصر ومحلته وحدودها ، لانه ادعى فيها حقاً فلا بد ان تكون معلومة ، لان دعوى المجهول لا تصح ، فصار كما اذا ادعى ملك رقبته فاذا بين . ذلك سأل هل قبض المشتري الدار ام لا ، لأنه اذا لم يقبضها لا تصح دعواه على المشتري حتى يحضر البائم . فاذا بين ذلك سأل عن سبب شفيعته وحدود ما يشفع به ، لأن الناس مختلفون فيه فلهذا ادعاه بسبب غير صالح ، او يكوت هو محجوباً بغيره . فاذا بين سبباً صالحاً ولم يكن محجوباً بغيره ، سأل انه متى علم وكيف صنع حين علم ، لأنها تبطل

بطول الزمان وبالاعراض وبما يدل عليه ، فلا بد من الكشف . فإذا بين ذلك
سأله عن طلب التقرير كيف كان وعند من اشهد وهل كان الذي اشهد عنده
اقرب من غيره ام لا على الوجه الذي بيناه . فاذا بين ذلك كله ولم يجمل بشيء من
شروطه ، تمت دعواه واقبل على المدعي عليه وسأله عن الدار التي بشفع بها هل هي
ملك الشفيع ام لا ، وان كانت هي في يد الشفيع وهي تدل على الملك ظاهراً ، لان
الظاهر لا يصلح للاستحقاق فلا بد من ثبوت ملكه بحجة لاستحقاق الشفعة فيسئله
عنه . فإن انكر ان يكون ملكاً ، بقول للمدعي انم البينة انها ملكك . فان
عجز عن البينة وطلب بينه ، استخلف المشتري ما تعلم انه مالك للذي ذكره مما بشفع
به ، لأنه ادعى عليه حقاً لو اقر به لزمه ثم هو في يد غيره فيحلف على العلم . وهذا
عند ابي يوسف رحمه الله تعالى . كذا في التبيين وعليه الفتوى . كذا في السراجية اه
قال في رد المحتار : قال ابن ملك : وهذا اذا قال المشتري ما اعلم . ولو قال
اعلم انه غير مملوك ، يحلف على البتات اه فان نكل او قامت للشفيع بينة او اقر
المشتري بذلك ، ثبت ملك الشفيع في الدار التي بشفع بها وبثبت السبب . وبعد
ذلك يسئل القاضي المدعي عليه فيقول هل اشتريت ام لا . فإن انكر الشراء
قال للشفيع انم البينة انه اشترى . فان عجز عن اقامة البينة وطلب بين المشتري ،
استخلف بالله ما اشترى او بالله ما يستحق عليه في هذه الدار الشفعة من الوجه الذي
ذكره . فهذا تحليف على الحاصل ، وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى .
والاول على السبب وهو قول ابي يوسف رحمه الله تعالى . فإن نكل او اقر او
قامت للشفيع بينة ، قضى بها لظهور الحق بالحجة (كذا في التبيين)
وفصل في الدر تبعاً للقمرستاني فقال : يحلف على الحاصل في شفعة الخليط لان
ثبوت الشفعة فيه متفق عليه ، فيقول بالله ما استحق الشفيع في هذا المقار الشفعة
من الوجه الذي ذكره ، لان في الاستحلاف على السبب اضراً للمدعي عليه ،
لجواز ان يكون قد فسح المقدر - وعلى السبب في شفعة الجوار بأن يقول بالله
ما اشترت هذه الدار ، لانه لو حلف فيه على الحاصل يصدق في يمينه في
اعتقاده ، لكونه شافعي المذهب ، فلا يرى الشفعة في الجوار فيثبوت النظر في
حقي المدعي (افاده في رد المحتار)

وكيفية الشهادة ، كما في الهندية عن الذخيرة والمحيط ، ان يشهدوا ان هذه الدار التي يجوار الدار المبيعة ملك هذا الشفيع قبل ان يشتري هذا المشتري هذه الدار ، وهي له الى هذه الساعة لا نعامها خرجت عن ملكه . فلو قالوا ان هذه الدار لهذا الجار ، لا بكفي . ولو شهدا ان الشفيع اشترى هذه الدار من فلان وهي في يده ، او وهبها منه ، فذلك بكفي . فلو اراد الشفيع ان يخلص المشتري ، فله ذلك اه

ولا يلزم الشفيع احضار الثمن وقت الدعوى ، بل بعد القضاء . كذا في الكنز . وهذا ظاهر رواية الاصل . وعن محمد رحمه الله تعالى ان القاضي لا يقضي له بالشفعة حتى يحضر الثمن ، وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة احترازاً عن توي الثمن ، اذ لو قضى القاضي قبل احضار الثمن لم يأمن ان يكون الشفيع مفلساً فيسجل ملك الدار ويتاخر الثمن عن المشتري ، وهذا لا يجوز . وليس كذلك البيع ، لان الملك ينتقل برضى البائع ، فلذلك استوى ما فيه ضرر وما لا ضرر فيه . وجه الظاهر ان الثمن قبل القضاء غير واجب عليه ، ولان الاحضار للتسليم ولا يجب التسليم قبل الرجوع ، فلا معنى لاحضاره قبل القضاء .

ثم اذا قضى القاضي له بالشفعة قبل احضار الثمن ، فله المشتري ان يجبس العقار عنه حتى يدفع الثمن اليه ، لانها نزلا منزلة البائع والمشتري . وينفذ القضاء عند محمد رحمه الله تعالى لانه فصل مجتهد فيه فلو اخر دفع الثمن بعد ما قال ادفع الثمن اليه ، لا تبطل بالاجماع ، لناكدها بالقضاء - بخلاف ما اذا اخر قبل القضاء بعد الاشهاد عند محمد رحمه الله تعالى حيث تبطل لعدم التأكد اه (زبلي وحواشيه للثبني)

اقول : وما احسن قول محمد في هذا الزمان العاصم ، فان المشتري قد لا يكون له فصد بالاخذ بالشفعة الا اصرار المشتري باهلاك الثمن عليه ، او بان يبيعه اياه بثمن آخر فاحش .

عفا على هذا الزمان فإنه زمان عقوق لا زمان حقوق
ثم رابت في الخاتمة : قدم قول محمد في هذه المسئلة ونسب ما ذكر في المتون الى بعض المشايخ ، ثم قال : وكذا لو قال المشتري للشفيع مات الدرهم وخذ

شفتك ، فإن امكنه احضار الدرام في ثلاثة ايام ولم يحضر ما ، بطلت شفتمه عند
محمد رحمه الله تعالى اه . والخم للشفيع قبل التسليم ، هو البائع والمشتري ،
فيشترط حضورها للقضاء عليها ، لان لاحدهما بدأ وللآخر ملكاً فلا بد من
اجتماعها ، لان القضاء على الغائب لا يجوز وبعد التسليم المشتري وحده ، لان
المقد قد انتهى بالتسليم ، فصار البائع اجنبياً عنها . فاذا اخذ الدار بالشفعة من يد
المشتري ، فالبيع الاول صحيح وبدفع الشفيع الثمن الى المشتري . وعهدة الشفيع
على المشتري . وذلك لان الشيء انتقل من ملك المشتري فلم يجب بذلك فسخيمه
كالو باعه - بخلاف ما لو حكم الحاكم بالشفعة والدار في يد البائع ، فانه ينتقض
اييم الذي كان بين البائع والمشتري ويسلم الشفيع الثمن الى البائع ، وكانت عهدة
الشفيع على البائع بالثمن ، ويرجع المشتري على البائع بالثمن اذا كان قدده اه ملخصاً
من الدر وحواشيه والزبلي وحاشيته .

وفي حاشيه الشلبي ايضاً ، عند قول صلحب الكنز « والوكيل بالشراء خصم
للشفيع ما لم يسلم الى الموكل » عازباً للغاية : ومن اشترى داراً رجل باسمه وقبضها
ثم جاء الشفيع فطلب الشفعة ، فانه ينظر : ان كان الوكيل لم يسلم الدار الى
الموكل ، كان للشفيع ان ياخذ الدار منه ويكتب همدته عليه وينقد الثمن اليه
ويدفعه الوكيل الى الموكل . وان كان الوكيل سلم الدار الى الموكل اخذها
منه وينقد الثمن اياه ويكتب المهدة عليه (اه مختصراً)

المادة ١٠٢٢ - ان اخر الشفيع طلب الموائبة مثلاً لو وجد
في حال بدل على الاعراض عند استماعه عقد البيع ولم يطلب الشفعة
في ذلك المجلس بان اشتغل بامر آخر او بحث عن صدد آخر او قام من
المجلس من دون ان يطلب الشفعة بسقط حق شفتمه *

ولو جاء على شهود الطلب له ، لما في الغاية . رجلان ورناجمة ، واحدهما

لم يعلم الميراث، فيمت اجمة يجنبها فلم يطلب الشفعة، فلما علم ان له فيها نصيباً طلب الشفعة في البيعة، قالوا تبطل شفعتة والجعل ليس بعذر اه (كذا في رد المحتار)
وهذه المادة ظاهرة في ان الشفيع لو طلب في آخر المجلس بعد ان لم يكن صدر منه ما يدل على الاعراض عنها، لا تسقط شفعتة، وذلك، لأنها علفت سقوط الشفعة على احد الامرين، وما اشتغاله بما يدل على الاعراض عنها، او قيامه من المجلس قبل الطلب. ومعلوم ان مفاهيم الكتب حجة بعمل بها فهي ظاهرة كما قدمناه في اختيار رواية الكرخي من اعتبار طلب الموائبة على المجلس، كما تمت عليه المتنون، فاليهم.
ومن الاعراض ما لو سلم على غير المشتري ثم طلبها، فانها تبطل كما في الزبلي وغيره.
وليس منه ما لو سلم على المشتري، لانه محتاج الى الكلام مع المشتري، فكان محتاجاً الى السلام لان الكلام قبل السلام مكروه كما في الخانية وغيره، فلا يكون اعراضاً فلا تبطل به، كالرحمدل او حوقل او سبيع او شمت عاطساً، او قال، من باعها وبكم بيعت، وقال خلصني الله. وتبطل على رواية الفور به كما قدمناه في شرح المادة (١٠٢٩) فارجع اليها.

المادة ١٠٢٣ - * لو أخر الشفيع طلب التقرير والاشهاد منه

يمكن اجراؤه فيها ولو بارسال مكتوب يسقط حق شفعتة *

هذا صريح في ان مدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن منه. واشتراط ارسال مكتوب او وكيل او رسول اذا تمكن من ذلك، موافق لما قدمناه في شرح المادة (١٠٢٩) عن الدر وغيره. ولا يتأنيه ما ذكره الزبلي حيث قال: وان كانت الشفيع غائيباً بطلب طلب الموائبة حين يعلم. ثم يعذر في تأخير طلب التقرير بقدر المسافة الى احد هذه الثلاثة، بيني المتأقدين او العقار المبيع لا كما يتوهم حيث لم يشترط ارسال شيء من ذلك، لأن كلامه مفروض فيما اذا ذهب الى احد هذه الثلاثة بعد ان طلب طلب الموائبة ولم يتأخر بدليل قوله «بقدر المسافة» فيجمل ما في هذه المادة تبعاً للدر وغيره، على ما اذا تراخي عن التوجه الى احد هذه

الثلاثة ، فقدر (ابو السعود)

وعبارة الهندية عن المحيط : واذا كان الشفيع غايباً بوجله بعد العلم قدر مسيره لطلب الاشهاد . فان حضر هو او وكيله ، والا بطلت شفيعته اه وفي المنح : اذا كان الشفيع في طريق مكة فطالب طلب الموائبة وعجز عن طلب الاشهاد عن الدار او عند صاحب اليد ، يوكل وكيلاً ان وجد . فان لم يجد يرسل رسولا او كتابا ، فان لم يجد فهو على شفيعته . فاذا حضره طلب . وان وجد ولم يفعل ، بطلت شفيعته اه ومثله في الهندية عن الظهيرية

اقول : ينظر فيما لو اخبر بالبيع في طريق مكة ذاهباً اليها ، ولم يجد وكيلاً او من يأخذ الكتاب وامكنه الرجوع ، هل يعذر بالتأخير الى قضاء مناسك الحج ، كن اخبر بالبيع وهو شارع في الصلاة ، او بفصل بين ان يكون اخبر بالبيع وهو محرم بالحج والعمرة ، فيعذر ، او قبله ، فلا - كمن اخبر قبل تكبيرة الاحرام في الصلاة ، او بين ما يقصده من الحج فرضاً او نفلاً ؟ - لم ار من ذكره ، فليحمر . وذكروا في الهندية : اذا علم بالليل ولم يقدر على الخروج والاشهاد ، فان اشهد حين اصبح ، صح ، اه

المادة ١٠٣٤ = * لو اخر الشفيع طلب الخصومة بعد طلب

التقرير والاشهاد شهراً من دون عذر شرعي ككونه في دار اخرى

يسقط حق شفيعته *

هذا قول محمد ، وبه يفتى كما في رد المحتار عن شيخ الاسلام وقاضي خان في فتاواه وشرحه على الجامع . ومضى عليه في الوقاية والنقابة والذخيرة والفتي . وفي الشرنبلالية عن البرهان انه اصح ما يفتى به . ومقابلة ما في التنوير والكنز والهداية وغيرها ، وهو ظاهر الرواية ، من انه لا تسقط الشفيعه بتأخير طلب الخصومة مطلقاً .

ووجه قول محمد ، انه لو لم تسقط الشفيعه بالتأخير لزم ضرر المشتري ، لانه

يمنع عن التصرف في ملكه خشية ان باخذه الشقيع وينقض تصرفاته فيه ، كما
سيأتي . والجواب عن ذلك بان هذا الضرر يمكن دفعه بان يرفعه الى القاضي
ليأمره بالاخذ او الترك ، مدفوع بانه ليس كل احد بقدر على المرافعة ، وقد لا
يخطر في باله ان دفع الضرر في ذلك . لا يقال ان ظاهر الرواية لا يبدل عنه ، لا سيما اذا
كان مصححاً بان عليه الفتوى ، كما في التنوير وغيره ، لما في شرح المجمع عن
الجامع الخاني : الفتوى اليوم على قول محمد لتغير احوال الناس في قصد
الاضرار اه

وحيث كان افتاؤه بمخلاف ظاهر الرواية لتغير الزمان ، فلا يرجع ظاهر الرواية
عليه وان كان مصححاً ايضاً (المادة في رد المختار)

وافادت هذه المادة ان خلاف محمد ، فيما اذا كان التأخير بغير عذر . فلو كان
بغير كمرض او سفر او حبس ولم يجد من يوكل بالخصومة او لعدم قاض يري
الشفعة بالحوار في بلده ، لا نسقط شفعته اتفاقاً . وان طالت المدة لعدم
التمكن من الخصومة كما في رد المختار . وظاهر هذا انه لو كان مسافراً ووجد من
يوكله بالخصومة فلم يفعل حتى مضى الشهر ، لا يكون معذوراً . وذكر في الدر
وحواشيه او اخر باب طلب الشفعة انه لو طلب من القاضي قبل مضى الشهر ،
احضار الخصم فامتنع القاضي عن الاحضار والخصم عن الحضور حتى مضى الشهر ،
لا نسقط شفعته على قول محمد ايضاً - بخلاف سبب اليهودي ، فان القاضي يحضره
وان كان يوم السبت اذا كان يوم السبت آخر الشهر . هذا ان كانت الشفعة
واجبة عليه . وان كانت واجبة له ، فعليه ان يطلبها من القاضي وان كان يوم
السبت ، والا نسقط . ومثل السبت الاحد للتصراحي ، كما في الحموي اه

المادة ١٠٣٥ * يطلب حق شفعة المحجورين وليهم وان لم يطلب

الولي حق شفعة الصغير فلانبقي له صلاحية طلب الشفعة بعد

البلوغ *

اعلم ان الصغير كالكبير في استحقاق الشفعة ، وكذا الحمل في استحقاق الشفعة والكبير سواء . فان وضعت لاقبل من سنة اشهر منذ وقع الشراء ، فله الشفعة . وان جاءت به اسنة اشهر فصاعداً منذ وقع الشراء ، فانه لا شفعة له ، لانه لم يثبت وجوده وقت البيع لا حقيقة ولا حكماً ، الا ان يكون ابوه مات قبل البيع وورث الحمل منه ، حينئذ يستحق الشفعة وان جامت بالولد اسنة اشهر فصاعداً ، لان وجوده وقت البيع ثابت حكماً لما ورث من ابيه .

ثم اذا اوجبت الشفعة للصغير ، فالذي يقوم بالطلب والاخذ من قام مقامه شرعاً في استيفاء حقوقه ، وهو ابوه ثم وصي ابيه ثم جده ابو ابيه ثم وصي جده ثم الوصي الذي نصبه القاضي . فان لم يكن احد من هؤلاء ، فهو على شفخته اذا ادرك . فاذا ادرك وقد ثبت له خيار البلوغ والشفعة فاختر رد النكاح وطلب الشفعة ، فايها كان اولاً يجوز ويبطل الثاني .

والحيلة في ذلك ان يقول طلبتهما اي الشفعة والخيار . واذا كان له احد من هؤلاء فترك الشفعة مع الامكان ، بطلت الشفعة . حتى لو بلغ الصغير لا يكون له حق الاخذ ، وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى . واذا سلم الاب والوصي ومن هو بمنها شفعة الصغير ، صح تسليمه عندهما . حتى لو بلغ الصبي لا يكون له ان ياخذها بالشفعة ، سواء كان التسليم في مجلس القاضي او في غير مجلسه . ولو كان المشتري اشترى الدار باكثر من قيمتها بما لا يتخاف الناس في مثله والعبي شفيها فلم الاب الشفعة ، فمن اصحابنا من يقول يصح التسليم هنا عند محمد ايضا ، والاصح انه لا يصح التسليم عندهم جميعاً ، لانه لا يملك الاخذ لكثرة الثمن وسكونه عن الطلب ، وتسليمه انما يصح اذا كان مالكا للاخذ فيبقى الصبي على حقه اذا بلغ (كذا في الهندية) وقد مرنا هذا في شرح المادة (١٠٢٤)

ولو اشترى داراً لابنه الصغير والاب شفيها ، فله الشفعة ، فيقول اشتريت واخذت بالشفعة ، فتصير الدار له ، ولا يحتاج الى القضاء . وهذا اذا لم يكن فيه للصبي ضرر ظاهر ، كما في شرائه مال ابنه لنفسه . ولو كان مكان الاب وصي ، ففيه تفصيل ، وهو انه ان لم يكن في اخذ الوصي هذه الدار بالشفعة ، منفعة في حق

الصغير بأن وقع شراء الدار للصغير ، بمثل القيمة لا يكون للوصي الشفعة
بالاتفاق ، كما لا يكون للوصي ان يشتري من مال اليتيم شيئاً لنفسه بمثل القيمة
بالاتفاق . وان كان في اخذه منفعة للصغير بأن وقع شراء الدار للصغير بغبن
يسير بأن كانت قيمة الدار مثلاً عشرة وقد اشترها الوصي للصغير بأحد عشر ،
كان له الاخذ لان الغبن اليسير يجوز شراء الوصي به وبأخذ الوصي بالشفعة يرتفع
ذلك الغبن ، فكان في اخذ الوصي منفعة للصغير فكان له الاخذ بالشفعة - لكن
لا يكون كالأب من حيث انه لا يحتاج الى القضاء ، بل يلزمه بعد ان يقول اشترت
وطلبت ، احد الامرين : اما ان يرفع الامر للقاضي لينصب فيما عن الصغير
فياخذ الوصي منه بالشفعة ويسلم الثمن اليه ثم هو يسلم الثمن الى الوصي ، واما
انه يؤخر الخصومة الى بلوغ الصغير هذا ما حرره في رد المختار . وانظر قوله يؤخر
الخصومة الى بلوغ الصغير مع قول محمد المأخوذ به من انها تسقط بتأخير طلب
الخصومة شهراً . ولعل صغر المدعى عليه يكون عذراً في التأخير ،
نأمل .

وفي الهندية : اشترى الاب داراً وابنه الصغير شفيهما فلم يطلب الاب الشفعة
للصغير حتى بلغ الصغير فليس للذي بلغ ان يأخذ بالشفعة . فسكوت الاب يكون مبطلاً
للشفعة . ولو باع الاب داراً لنفسه وابنه الصغير شفيهما فلم يطلب الاب الشفعة للصغير ،
لا تبطل شفعة الصغير حتى لو بلغ الصغير كان له ان يأخذها ، لان الاب هنا لا يتمكن
من الاخذ بالشفعة ، لكونه بائناً ، وسكوت من لا يملك الاخذ لا يكون مبطلاً .
واما الوصي اذا اشترى داراً لنفسه او باع داراً له والوصي شفيهما فلم يطلب الوصي
الشفعة لليتيم ، فاليتيم على شفخته اذا بلغ . (كذا في الذخيرة ومحيط السرخسي)
ويجب ان يكون الجواب في شراء الاب داراً لنفسه وابنه الصغير شفيهما على
التفصيل : وهو ان لم يكن للوصي في هذا الاخذ ضرر بان وقع شراء الاب الدار بمثل
القيمة او باكثر من القيمة مقدار ما يتغابن الناس في مثله ، لا تكون للصغير
اشفعة اذا بلغ . وان كان للصغير في هذا الاخذ ضرر بان وقع شراء الاب
باكثر من القيمة مقدار ما لا يتغابن الناس بمثله ، كان للشفيع اذا بلغ الشفعة ،
لان الاب لا يملك التصرف في مال الصغير مع نفسه على وجه الضرر . فلم

يكن الاب متمكناً في الاخذ في هذه الصورة فلا يكون سكونه مبطلاً للشفعة
(كذا في المحيط) .

اذا قال الاب او الوصي اشترى هذه الدار بالف درهم للصغير ، فقال له
الشفيع اتق الله فانك اشتريتها بخمسة ، فصدقه ، لا يصدق وبأخذ الدار بالف
درهم حتى يقيم البيعة على المشتري بخمسة (كذا في التارخانية) .
الاب اذا اشترى لابنه الصغير داراً ثم اختلف مع الشفيع في الثمن ، فالقول
قول الاب لانه ينكر حق التملك للشفيع بما يدعيه ولا يمين عليه ، لان النكول
لا يفيد (كذا في محيط السرخسي) ادما في الهندية .

(الفصل الرابع)

✽ في بيان حكم الشفعة ✽

المادة ١٠٢٦ ✽ يكون الشفيع مالكا للمشفوع بتسليمه بالتراضي

مع المشتري او بحكم القاضي ✽

لا بمجرد طلي الموائبة والاشهاد ، لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى
الشفيع الا باحدهما . قال الكرخي . اذا اشترى داراً وقبضها ولها شفيع ، فهي في
ملك المشتري يجوز تصرفه فيها كما يجوز في سائر املاكه . ولا يمنعه وجوب
الشفعة من التصرف فيها ، الا ان يحكم للشفيع بها وله ان يهدم ويوَجِّر وتطيب له
الأجرة . ولو مات الشفيع بعد الطلبين قبل حكم الحاكم او قبل التسليم اليه بالتراضي
لا تورث عنه . ولو باع داره المستحق بها تلك الشفعة قبل ذلك ايضاً ، تبطل شفيعته .
ولو بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل ذلك لا يستحق شفيعتها لعدم الملك . ولو
كان كرمًا فأنثر في يد المشتري منين فاكله ثم حضر الشفيع لا يسقط شيء من
الثمن لعدم الاخذ ، وهو مخير ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك ، وكذا لو

باعه المشتري من آخر فبيعه جائز والشفيع بالخيار ان شاء اخذه بالمقد الاول بالثمن الاول وان شاء اخذه بالمقد الثاني بالثمن الثاني (كذا في الجوهره) ومتى قضى بالشفعة للشفيع فليس له تركها كما في التنوير . قال في الدر : لتحويل الصفقة اليه بخلاف ما قبل القضاء اهـ وكذا ليس له تركها بعد تسليم المشتري له بالتراضي ، لانها كما تملك بقضاء القاضي تملك بالتراضي كما علمت . فالقضاء في عبارة التنوير غير قيد ، كما في رد المحتار .

ثم ان لفظ التراضي يفيد انه بمجرد تسليم المشتري لا يدخل العقار في ملك الشفيع ما لم يرض بذلك الشفيع ، لان التراضي مفاعلة من الجانبين ولذا قال في الجوهره : وللشفيع ان يمنع من اخذ المبيع بالشفعة وان بذله المشتري حتى يقضي له القاضي ، لان في قضاء القاضي زيادة منفعة له وهي معرفه القاضي بسبب ملكه . وعلم القاضي بمنزلة وشهادة شاهدين ، فهذا احوط له من الاخذ بغير قضاء اهـ ومثله في الزبلي

ثم ان العهده يعني ضمان الثمن عند الاستحقاق ، على البائع قبل تسليم المبيع الى المشتري وعلى المشتري لو بعده ، لزوال الملك واليد عنه كما في التنوير وشرحه الدر . وقدمناه .

المادة ١٠٣٧ * تملك العقار بالشفعة هو بمنزلة الشراء ابتداء بناء

عليه الاحكام التي تثبت بالشراء ابتداء كالرد بخيار الروية وخيار

العيب ، تثبت في العقار المأخوذ بالشفعة ايضاً *

يعني ان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء من المشتري ان كان الاخذ بعد القبض ، وبمنزلة الشراء من البائع ان كان قبله ، لتحويل الصفقة اليه . تثبت له الخيار ان فيه كما اذا اشتراه منها باختيارهما ولا يسقط خياره بروية المشتري ولا بشرط البرائة منه اي من العيب ، لان المشتري ليس بنائب عن الشفيع ، فلا يعمل شرطه ورويته في حقه (رد المحتار عن الزبلي)

وفيد بخياري الروبة والعب لان خيار الشرط وكذا الاجل في الثمن لا يثبتان للشفيع لعدم اشتراطهما عليه . والحاصل ، كما في الهندية ، ان كلما ثبت للمشتري من غير شرط يثبت للشفيع . وما لا يثبت للمشتري الا بالشرط لا يثبت للشفيع .

وفي الدر عن الاشياء : الشفعة بيع في كل الاحكام الا في ضمان الغرور للغير اه قال في رد المحتار : فلو استحق المبيع بعدما بنى الشفيع لا يرجع بنقصان قيمة البناء على البائئ او المشتري لانه لم يصرف مفرورا لتملكه جبراً اه وهذا التعليل انما يستقيم في الاخذ بالقضاء . واما في الاخذ بالتراضي ، فلانه استوفى عين حقه لانه ياخذه بحق متقدم على بيع ، لكونه متقدماً على الدخيل . فالجبر وان لم يوجد حقيقة فهو موجود حكماً واعتباراً . وايضا عين الحق بقضاء او غيره سواء من حيث الحكم (افاده المحوي)

المادة ١٠٣٨ = * لو مات الشفيع قبل ان يكون مالكا للمشفوع بتسليمه بالتراضي مع المشتري او بحكم الحاكم لم ينتقل حق الشفعة الى ورثته *

لان الشفيع قبل الاخذ باحد الامرين ليس له بعد الطلبين الا مجرد حق التملك ، وهو لا يبقى بعد موت صاحب الحق فكيف يورث عنه ، كما في الدر وغيره .

المادة ١٠٣٩ - * لو بيع المشفوع به بعد طلب الشفيع على الوجه المشروح وقبل تملكه المشفوع يسقط حق شفيعه *

يعني تبطل الشفعة ببيع الدار التي بشفع بها قبل الاخذ بالشفعة ، لان سبب

اسمخافه قد زال قبل تملكه . ولا فرق بين ان يكون علماً وقت بيع داره بشراء المشفوعة او لم يكن علماً ولو باع التي يشفع بها بشرط الخبار لنفسه ، لا تبطل شفعتها لبقاء السبب ، لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه (زيلعي) وهذا اذا بيع كل المشفوع به ، كما هو الظاهر من هذه المادة . اما لو بيع بعضه ، ففي رد المختار عن الخاتبة : الشفيع بالجوار اذا باع الدار التي يستحق بها الشفعة الا شقصاً منها ، لا تبطل شفعتها ، لان ما بقي يكفي للشفعة ابتداءً ، فيمكن لبقائها اه وتقدم هذا في شرح المادة (١٠٢٤) وقد مرنا ايضاً ان جعل المشفوع به مسجداً او مقبرة او وقفاً مسجلاً او غير مسجل ، كاليه .

المادة ١٠٤٠ = * لو بيع عقار متصل بالعقار المشفوع قبل ان يملكه الشفيع على الوجه المشروح لا يكون الشفيع شفيعاً لهذا العقار الثاني ايضاً *

بل الشفعة فيه للمشتري لانعدام سبب الشفعة في حق المبيع ثانياً . وانصاه بالمشفوع لا يفيد ، لعدم ملكه فيه وقت بيع العقار الثاني ، لان الملك فيه ، كان نائباً للمشتري ، فكانت الشفعة له - الا اذا كان متصلاً بملك آخر له ، فان له ان يشارك المشتري بالشفعة لوجود السبب . والحاصل كما في الزيلعي ان كل من اشترى داراً ويمت دار يجنبها كان له هو ان يأخذها بالشفعة . ثم اذا جاء شفيع الاولي ، كان لهذا الذي جاء ان يأخذ الاولي بالشفعة . وليس له ان يأخذ الثانية بالشفعة الا اذا كانت متصلة بملكه اه ملخصاً .

والمراد من قوله « على الوجه المشروح » ان يملكه بالرضى او القضاء

المادة ١٠٤١ = * الشفعة لا تقبل التجزي بناءً على ذلك ليس

للشفيح حق في اخذ مقدار من العقار المشفوع وتترك باقيه *

جبراً على المشتري ، لانه لو اخذ البعض دون البعض يضرر المشتري بتفريق
الصفقة عليه بلا ضرورة . وهذه المسئلة ذكرها في التنوير وغيره قبيل باب طلب
الشفعة . وموضوعها : اذا كانت المشتري واحداً والبائع واحداً والمبيع واحداً
والصفقة واحدة بان اشترى رجل من آخر داراً صفقة واحد فاراد الشفيح ان
ياخذ بعضها دون البعض ، ليس له ذلك ، بلا خلاف بين اصحابنا ، كما في الهندية .
اما لو تعدد المشتري او البائع ، فقد ذكر في التنوير وشرحه الدر وحواشيه ، بعيد
ذكر الحيل ، ما حاصله : انه اذا اشترى جماعة عقاراً والبائع واحد ، وكذا لو
تمتدداً على ما يفيد التعليل الآتي ، يتمدد الاخذ بالشفعة بتمدد . فللشفيح ان
ياخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي . وبمكسه ، وهو ما اذا تعدد البائع واتخذ
المشتري ، لا يتمدد الاخذ بها بل ياخذ الكل او يترك ، لان فيه تفريق الصفقة
على المشتري ، بخلاف الاول ، لقيام الشفيح مقام احدم ، فلم تنفرق الصفقة —
ولان الجار متمدد فله ان يرضى باحدم دون غيره . اما اذا كانت المشتري
واحداً ورضي بجواره في نصيب واحد من البائعين ، فقد رضي ايضاً في انصاء
الباقيين ادم تجزي الجوار . ولا فرق في ذلك بين كونه قبل قبض المشتري
الدار او بعده على الصحيح ، الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدم اذا
نقد ما عليه من الثمن ما لم يتقد الآخر حصته ، كيلا يودي الى تفريق اليد على
البائع — بمنزلة احد المشترين اذا نقد ما عليه من الثمن لا يقبض نصيبه من الدار
حتى يودي المشترين ما عليهم من الثمن . وكذا لا فرق بين ان يسمي لكل
بعض ثمتاً او يسمي لكل جملة ، لان المبرة لا تحاد الصفقة لا لاتحاد الثمن . نعم
لو تعددت الصفقة بان اشترى نصيب كل بصفقة ، فللشفيح ان ياخذ اي نصيب
شاء ، لان المشتري راض بهذا العيب حيث اشترى كل بعض بصفقة . ثم ان
المتبرفي العدد والاتحاد العاقد لتعلق الحقوق به دون المالك . فلو وكل جماعة
واحداً بالشراء ليس للشفيح اخذ نصيب بعضهم . ولو وكل واحد جماعة به

فللشفيع اخذ نصيب احدم ، سواء اشتروا صفقة واحدة او صفقات متعددة ، كما صرح به الزبلي .

وما في رد المختار من ان قول الخطاوي : هذا اذا وكل كلا في نصيب . واما اذا وكل في شراء الجميع فلا شفعة الا في الجميع اه مقبول للنفس لوم بخالفه ما تقدم عن الزبلي اه ، غير مقبول للنفس ، لان قولهم « العبرة للعائد لتعلق الحقوق به » يرد ما قاله الخطاوي ، بقطع النظر عن مخالفته للمنقول ، لانه لا فرق في تعلق الحقوق بالجماعة بين ان يوكل كلا في نصيب او يوكلهم جميعاً في شراء الكل من حيث ان البائع له مطالبة كل واحد بما خصه من الثمن . الا ترى انه لو اشترى جماعة لا تقسم عقاراً ، للشفيع ان ياخذ نصيب اي شاء منهم بلا فرق بين ان يشتري كل نصيباً او يشتره جملة ، كما يقتضيه اطلاقهم ، فتدبر .

وهذا كله اذا كان المبيع واحداً كما ذكرنا . فلو متعدداً بان اشترى دارين او ثوبين صفقة واحدة ، اخذهما شفيهما او تركهما ، لا احدهما ، ولو كانت احدهما في مصر والاخرى في مصر آخر ، خلافاً لزمرو ، اذا كانتا في مصرين . قيل : والتوى على قوله . والتقييد بصفقة واحدة اذ لو بيعتا بصفقتين له اخذ ايها شاء اتفاقاً ، وبكونه شفيهما لهما اذ لو كان شفيهما لاحدهما ياخذ التي هو في شفعها اتفاقاً ، لان الصفقة وان اتحدت فقد اشتملت على ما فيه الشفعة وعلى ما ليست فيه ، فحكم بها فيما ثبت فيه ضرورة اداء حق العبد . هذا ما ذكره في الدرر وحواشيه . وفي اول الباب الرابع من الهندية عن فتاوى قاضي خان : رجل اشترى خمس منازل من رجل واحد في سكة غير نافذة بصفقة واحدة فاراد الشفيع ان ياخذ منزلاً واحداً ، قالوا : ان طلب الشفعة بحكم الشركة في الطريق ، لا ياخذ البعض ، لانه تفريق الصفقة من غير ضرورة وان اراد الشفعة بحكم الجوار وجواره في هذا المنزل الذي يريد اخذه لا غير ، كان له ذلك اه .

ثم انه في الصور التي لا يملك الشفيع فيها اخذ البعض وترك الباقي هل اذا طلب اخذ البعض يبقى على شفخته في الباقي او تبطل شفخته ؟ - ربما يشير ظاهر هذه المادة الى الاول ، كظاهر التنوير حيث قال قبيل باب طالب الشفعة : اراد الشفيع اخذ البعض وترك الباقي ، لم يملك ذلك جبراً على المشتري اه - قال في رد المختار :

فوه اشارة الى ان شففته لم تبطل اه . واضطرب كلام صاحب الدر كغيره ، فقال
في الحمل المذكور : لو طلب احد الشريكين النصف بناء انه يستحقه فقط ، بطلت
شففته ، اذ شرط صحتها ان يطلب الكل كما بسطه الزبلي اه . وقال بعد ذلك عند
ذكره الحيل : واعلم انه لو طلب الحصة فهو على شففته اه . وعبارة الزبلي : لو
كان احد الشفيعين حاضراً والآخر غائباً فطلب الحاضر الشفعة في النصف على
سباب انه يستحق في النصف ، بطلت شففته لانه يستحق الكل والقسمه للمزاحمة .
فاذا ترك في شيء منها وجد الاعراض في ذلك الشيء ، فسقطت في الكل ، يكون
الشفعة لا تجزأ . وكذا لو كانا حاضرين فطلب كل منهما النصف ، بطلت شففتها .
ولو طلب احدهما الكل والآخر النصف بطل حق من طلب النصف وللآخر ان
ياخذ الكل او يترك . وليس له ان ياخذ النصف لما ذكرناه وذاكر في رد المختار
ما نصه : وفي المجموع : ولا يجعل ، يعني ابا يوسف ، قوله اخذ نصفها نسبياً ،
وخالفه محمد اه . قال شارحه : وفي المحيط : الأصح قول محمد اه . ومثله سفي
غرد الأفكار وشرحه اه . ثم نقل عبارة الزبلي المارة وقال : اقول : والظاهر ان
المراد بالطلب هنا يعني في عبارة الزبلي طلب الموائبة والأشهاد وما قدمناه آنفاً
عن المجموع محمول على ما اذا طلب اخذ النصف بعدها ، فلا منافاة تأمل اه

اقول : عبارة الزبلي موافقة لعبارة المجموع غاية الامر ان الزبلي اقتصر على
قول محمد الذي هو الأصح ، فلا حاجة الى الحمل المذكور . نعم نقل في رد
لمختار بعيد ذكر الحيل عن التتارخانية ما نصه : واذا كان المشتري واحداً والبائع
ثنين وطلب الشفيع نصيب احدهما مع انه ليس له ان يأخذه ، هل يكون على
شففته ؟ - ذكر في الاصل نعم . قال بعضهم : هذا محمول على ما اذا كان بعد
طلب الموائبة وطلب الاشهاد في الكل . فلو طلب في النصف اولاً ، بطلت . وقال
مضم على اطلاقه اه . فهذا يفهم منه ان بعضهم حمل قول ابي يوسف بأنه يبقى على
بشففته على ما اذا كان طلبه البعض بعد طلب الموائبة والاشهاد في الكل . وحمل
قول محمد بأنه تبطل شففته على ما اذا طلب البعض اولاً ، يعني وقت طلبي الموائبة
والاشهاد . وبعضهم ابقي الخلاف على اطلاقه . والظاهر ان منهم صاحب المجموع .
ولعل قول البعض الاول هو الصحيح ، بدليل ان الزبلي حين ذكر ان شرط

صحتها ان يطلب الكل يعني وقت طلبي الموائبة والاشهاد ، لم يذكر على عادة
الخلاف المذكور في المجموع بين ابي يوسف ومحمد ، ولأن قاضي خان قال في
فتاواه : ولو ان الشفيع قال للمشتري سلم لي نصف الدار بالشفعة فابى المشتري ،
لا تبطل شفيعته هو الصحيح اه فان قوله « سلم لي » ظاهر في ان طلبه هذا بعد
طلبي الموائبة والاشهاد في الكل ، لان طلب التسليم لا يكون الا بعدها .
فيكون قوله هو الصحيح نصحيحاً لقول البعض الاول . وهناك احتمال آخر لعبارة
التتارخاية ، وهو ان يكون المراد من كلام البعض الاول ان الخلاف بين الامامين
مختصر فيما اذا طلب اخذ البعض بعد طلبي الموائبة والاشهاد في الكل . اما اذا
طلب البعض اولاً فلا خلاف في سقوط شفيعته ويؤيد هذا الاحتمال ان قاضي
خان ذكر نظير عبارة الزبلي المذكور آنفاً جازماً بما عازباً الى الكتاب . ثم بعد
ذلك كرر ذكر ما قلناه عنه قريباً فدل ذلك على انه لا خلاف في سقوط
الشفعة لو طلب البعض اولاً وانه لو طلب تسليم البعض بعد الطلبين في الكل
ففيه الخلاف . والصحيح انها لا تبطل على ما ذكره هو . والاصح انها تبطل على
ما ذكره في شرح المجموع عن المحيط . وكذا في شرح غرر الافكار .
والحاصل انه كيفما كان الحال فالذي ينبغي ان يعول عليه في الاتناء ان طلب
البعض اولاً يبطل الشفعة ، وطلبها بعد الطلبين في الكل لا يبطلها . فان الاتناء
على هذا الوجه لا يخرج عن دائرة الاقوال الصحيحة . فاعتنم هذا التقرير وكن
لتطويلي فيه خير عذير .

المادة ١٠٤٢ - * ليس لبعض الشفعاء ان يهبوا حصتهم

بعض وان فعل احدهم ذلك سقط حق شفيعته *

لاعراضه ، ويقسم بين الباقيين على عدد رؤسهم . وهذا قبل القضاء .
اما بعده فلا يسقط حقه (رد المحتار) اي انقرر ملكه في المشفوع ، فلا
يخرج عن ملكه الا بسبب جديد .

المادة ١٠٤٣ - * ان اسقط احد الشفعاء حقه قبل حكم
الحاكم فللشفيع الآخر ان يأخذ تمام العقار المشفوع . وان اسقط بعد
حكم الحاكم فليس للآخر ان يأخذ حقه *

لان الاسقاط بعد القضاء ان كان مجرد ترك فهو غير صحيح ، لما تقرر من ان
الشفيع يثبت له الملك بمجرد الحكم وانه ليس له تركها بعد القضاء ، فعدم اخذ
الباقين نصيب التارك لعدم صحة التارك . وان كان المراد من الاسقاط ان
بيع الشفيع نصيبه من البائع او المشتري ، فهو اي الاسقاط بهذا الوجه ، وان كان
صحيحاً لكن ليس للباقين اخذ ذلك النصيب بناء على طلبي الموائبة والاشهاد
السابقين ، بل لا بد لهم من تجديدهما لان هذا تملك جديد غير الاول - بخلاف
ما اذا كان الاسقاط قبل القضاء فان الاسقاط صحيح لان ملك الشفيع لم
يتقرر ، وانما له مجرد حق التملك فيسقط بالترك فمن بقي منه له اخذ نصيب
التارك لزوال مزاحمته لم يفي الاستحقاق ، حيث ترك حقه قبل تقرر ملكه .
وفي رد المختار عن النهاية : اذا سلم احد الشفيعين لم يكن للآخر الا ان يأخذها
كلها او يدها لان مزاحمة من سلم قد زالت ، فكانه لم يكن اه

المادة ١٠٤٤ - * لو زاد المشتري على بناء المشفوع شيئاً
من ماله كصيفه فشفيعه مخير ان شاء تركه وان شاء تملكه باعطاء
ثمن البناء وقيمة الزيادة . وان كان المشتري قد احدث على العقار
المشفوع بناء او غرس فيه اشجاراً فالشفيع بالخيار ان شاء تركه وان
شاء تملك المشفوع باعطاء ثمنه وقيمة الابنية والاشجار وليس له ان يجهز
المشتري على قلم الابنية والاشجار *

ما هنا مسألان : احدهما اتفاقية ، وهي ما لو دهن المشتري المقار المبيع بالوان كثيرة او طلاها بمجص كثير ، فان الشفيع يجبر بين ان يتركها وباخذها بالثمن وما زاد الصبغ فيها . ولا يكلف المشتري القلع ، لعدده على وجه يكون له فجة . وهذه المسئلة مذكوره في الدر عن الحادي الزاهدي ، وكذا في الهندية عن القنية .

ومثلا من حيث ان المشتري لا يوصى بالقلع ما اذا زرعه المشتري . ففي الزبلي ما نصه : وفي الزرع القياس ان يقلع ، الا انا استحسننا وقتنا لا يقلع لان له نهاية معلومة ، كيلا يتضرر المشتري بالقلع من غير عوض . وليس على الشفيع كبير ضرر بالتأخير لانه يترك بأجر اه - لكن في حاشيته للشلي قال الاتقاني : ولو ان المشتري زرع الارض ثم حضر الشفيع ، فان المشتري لا يجبر على قلعه بالاجماع . ولكنه ينظر الى وقت الادراك ثم يقضى للشفيع اه . ومثله في الهندية معزبا للبدائع والمحيط مصرحا بانه اذا تركت الارض في يد المشتري تترك بغير اجراه . وتقل مثله ايضا في رد المحتار عن الاتقاني عن شرح الطحطاوي ثم قال : ومقتضاه عدم الاجر ، اذ لم تخرج الارض عن ملك المشتري لعدم القضاء ، تأمل وقال السابحاني : الذي في المقدسي : ثم الارض تترك بغير اجر وعن ابي يوسف بأجر اه . ومثله في التارخانية اه . ما في رد المحتار .

اقول : تبين بهذا ان المسئلة فيها خلاف ابي يوسف في رواية عنه . ولنظ «ترك» في عبارتي المحيط والمقدسي يشعر بانها تترك بغير اجر ، ولو قضى للشفيع بالشفعة ، لان الترك انما يتحقق بعد تقرر الملك للمشتري ، وذا لا يكون الا بعد القضاء له . تأمل .

وتبين انه ايضا ان ما في الزبلي انما ينشئ على ما روي عن ابي يوسف . والتعبير بقوله «وعن ابي يوسف بأجر» مع اقتصار البدائم والمحيط وغيرها على مقابله يشعر بضعف ما روي عن ابي يوسف ، فتدبر . ولا يخفى انه على اعتبار تلك الرواية فالاجر انما يلزم من وقت القضاء بالشفعة الى وقت ادراك الزرع . وهذا كله اذا لم تنقص الارض بالزرع . ففي الهندية عن التارخانية ما نصه : وفي جامع الفتاوى : ولو اشترى ارضا فزرعها فنقصتها الزراعة ثم جاء الشفيع ، يقسم الثمن على الارض

ناقصة وعلى قيمتها يوم اشتراها فيأخذ بالشفعة بذلك الثمن اه
والمسئلة الثانية خلافية ، وهي ما اذا بنى المشتري بناء وغرس اشجاراً في
الارض المشفوعة . قال الزبلي : اذا بنى المشتري او غرس في الارض المشفوعة
ثم قضى للشفيع بالشفعة ، فالشفيع بالخيار : ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء
والغرس مقلوعين ، وان شاء كلف المشتري قلعها فيأخذ الارض فارغة وعن ابي
يوسف رحمه الله تعالى انه يكلف القلع ، ولكنه بالخيار : ان شاء اخذها بالثمن
وقيمة البناء والغرس ، وان شاء ترك . وبه قال مالك والشافعي لانه ليس بمتعدي
في البناء والغرس لثبوت ملكه فيه بالشراء فلا يعامل باحكام العدوان ، فصار
كالهوب له والمشتري شراء فاسداً وكذا اذا زرع المشتري ، فان كل واحد منهم
لا يكلف القلع لتصرفه في ملكه ، فكذا للمشتري في المشفوعة . وهذا لان
ضرر الشفيع بالزام قيمة البناء والغرس اهون من ضرر المشتري بالقلع ،
لان الشفيع يحصل له بمقابلة القيمة عوض ، وهو البناء والغرس ، فلا يعد ضرراً .
ولم يحصل للمشتري بمقابلة القلع شيء فكان الاول اهون ، فكان اولي بالتحمل .
ووجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من
جهة من له الحق فينقض اه وقامه فيه . وظاهر الرواية ، هو الذي مثبت عليه المتون
قاطبة وكان جمعية المجلة اختارت رواية ابي يوسف التي قال بها مالك والشافعي
رفقاً بالناس . وحيث صدر الامر السلطاني بالعمل به فليس للقاضي ان يحكم
بخلافه .

✽ مسائل شتى ✽

لو كان بهض الشفعاء غائباً ، يقضي بالشفعة بين الحاضرين في الجميع ،
لاحتتمال عدم طلبه فلا يورث بالشك . وان قضى لحاضر بالجيم ثم حضر آخر ،
يقضى له بالنصف . ولو حضر ثالث ، فبثلث ما في بد كل واحد ، تحقيقاً للتسوية .
هذا لو كان الذي حضر مثل الاول كشرىكين او جارين . فلو فوه ، كأن
يكون الاول جاراً والثاني شرىكاً ، فيقضى له بالكل ويبتل شفعة الاول
ولو دونه ، كمكس ما قلنا ، يبقى الحكم الاول ماضياً ويمنع الثاني

(كذا في الدر وحواشيه)

اسقط الشفيع الشفعة قبل الشراء ، لم يصح لفقد شرطه ، وهو البيع

(تنويز مع الدر)

حط البائع بمض الثمن عن المشتري ، يظهر في حق الشفيع فيأخذ بالباقي
او يرجع على المشتري بالزيادة ان كان اوفاه الثمن . والتقييد بالبائتم لانه لو حط
و كبل البائتم لا يظهر في حق الشفيع ، لانه ، وان صح حطه ويوالمشتري - الا
انه لا يلتحق الحط باصل العقد ، لان الوكيل بضمن ملاحظه ، فكأنه هبة مبتدأة .
ومثل الحط هبة البعض ، الا اذا كانت الهبة بعد قبض الثمن ، لانه صار
عيناً بالتسليم فلا يسترد الشفيع شيئاً . اما قبله ، فيسترد لانه هبة الدين في الذمة .
وحط الكل والزيادة لا يظهران في حق الشفيع ، فيأخذ بكل المسمى . اما حط
الكل ، فلا نه لا يلتحق باصل العقد ، والأي بقي العقد بلا ثمن ، وهو فاسد ولا
شفعة في الفاسد - لكنه اي حط الكل يظهر في حق المشتري . واما الزيادة ،
فلا نه ، وان التحقت ، ففيها بطلان حق الشفيع لاستحقاقه الاخذ بالمسمى قبلها : والمراد
الزيادة في الثمن . اما في المبيع فتظهر كما سبأني .

وفي التارخانية عن المحيط ما ملخصه : الحط والهبة والايراء اذا كانت قبل
القبض فلو كانت في بعض الثمن ، تظهر في حق الشفيع . ولو في كله ، فلا . واذا
كانت بعد القبض ، فالحط والهبة على هذا التفصيل . واما الايراء عن الكل او
البعض ، فلا يصح وعليه جرى القسستاني فتأمل

بقي ان يقال : اذا كان حط الكل او هبته لا يظهر حقه حق الشفيع ، فهل
بأخذ بالمسمى او بالقيمة . اما في صورة الحط ، فقد صرح الزبلي انه يأخذها بجميع
المسمى عند العقد . واما في صورة الهبة ، فقد قال الحموي : لم ار نقلاً صريحاً .
وفي الظهيرية : شري داراً بالف ثم تصدق بها على المشتري ، بأخذها الشفيع
بالقيمة . الا ان يكون بعد قبض الالف اه نعلي قباسه يقال : ان وهب الثمن قبل القبض ،
بأخذ الشفيع بالقيمة . والا فبالثمن اه (ملخصاً عن الدر وحواشيه) . وانما لا يظهر حط الكل
في حق الشفيع اذا وقع الحط بكلمة واحدة . اما اذا كان بكلمات ، بأخذ بالاخيرة
(جوهره) ووجهه ، كما في رد الحيار ، انه كلما حط شيئاً يلتحق بالعقد ويصح

التمن ما بقي . فإذا حط ما بقي يكون حطاً لكل التمن ، وهو ما بقي ، فياً أخذه به .
وفي الزبلي : لا فرق بين ما اذا كان الحط قبل الاخذ بالشفعة او بعده . فلو علم انه
اشترى بالف فسلم ثم حط البائع مائة ، فله الشفعة ، كما لو باعه بالف فسلم ثم زاد له
البائع جارية او متاعاً (درعن القنية)

قال في رد المحتار : وهل باخذ الزيادة بالشفعة ايضاً ؟ - توقف فيه بعضهم .
ثم رأيت في النهاية : قال : يأخذ الدار بحصتها من التمن اه ولا يخالفه ما في شرح
المجمع المكسي : باع عقاراً مع العبيد والدواب ، ثبت في الكل تبعاً للعقار اه -
لان المراد به الارض والحرائون وآلة الحرانة ، فتتحقق التبعية لوجود ما هو المقصود
من الارض . ولذا صح فيها الوقف تبعاً ، كما مر في موضعه ، بخلاف الجارية او
المتاع مع الدار . هذا ما ظهر لي ، فتأمل اه (ما في رد المحتار)

اقول : تلزم هنا مراجعة ما كتبناه في شرح المادة (١٠٢٠) على انه قد
يقال ما في شرح المجمع موضوعه ان البيع وقع على الارض مع العبيد والدواب ،
بخلاف ما في النهاية ، فإن زيادة الجارية او المتاع حصلت بعد البيع ، فلا معارضة
بين المستلنين . فلا جرم كان الاخرى ابقاء ما بي في النهاية على اطلاقه ،
فتدبر .

الشراء لا يخلو اما ان يكون بماله مثل كالكيلات والموزونات والعدديات
المقاربة ، او بما لا مثل له كالمذروعت المتفاوتة كالنوب والعبد ونحو ذلك . فإن
كان بماله مثل ، فالشبيع باخذ بمثله . وان كان بما لا مثل له ، بأخذ بقيمته عند
عامة العلماء . يعني وقت الشراء لا وقت الاخذ بالشفعة ، كما في الذخيرة . ولو
تبايعا داراً بدار ، فلشبيع كل واحدة من الدارين ان يأخذ بقيمتها ، لأن الدار
ليست من ذوات الامثال فلا يمكن الاخذ بمثلها . وعلى هذا يخرج ما لو اشترى
داراً بمرض ولم يتفاضوا حتى هلك العرض ، بطل البيع فيما بين البائع والمشتري ،
وللشبيع الشفعة . وكذا لو كانت المشتري قبض الدار ولم يسلم العرض
حتى هلك .

ثم ان الشبيع انما يأخذ بما وجب بالعقد لا بما اعطي بدلاً عن الواجب .
حتى لو اشترى الدار بالدرهم والدنانير ثم دفع مكانه عرضاً ، فالشبيع يأخذ

بالدراهم لا بالعرض . كذا في الهندية مع قليل زيادة من رد المختار عن الذخيرة .
وتقام هذه المسائل في الباب الثالث عشر في حكم الشفعة من الهندية .

الشفيع بأخذ المبيع من المشتري بضمن حال اذا كان الثمن مؤجلاً او بصبر
حتى يمضي الأجل فأخذها عند ذلك ، وليس له ان يأخذها في الحال بضمن مؤجل .
ثم ان اخذها من البائع بضمن حال ، سقط الثمن عن المشتري لتحويل الصفقة الى الشفيع ،
ورجع البائع على الشفيع بضمن حال . وان اخذها من المشتري ورجع البائع على المشتري
بضمن مؤجل ، لان الاجل ثبت بالشرط فلا يبطل باخذ الشفيع بضمن حال كما لا
يبطل ببيع المشتري اياه بضمن حال . وان اختار الانتظار ، كان له ذلك لان له
ان لا يلتزم الضرر الزايد ، وقوله « او بصبر » اي عن الاخذ . اما الطلب ، فلا
بد منه في الحال . حتى لو سككت ولم يطلب ، بطلت شفيعته عند ابي حنيفة ومحمد ،
خلاقاً لابي يوسف في قوله الاجر . لها ان حق الشفيع قد ثبت ولهذا كان له ان
ياخذ بضمن حال . ولولا ان حقه ثابت لما كان له الاخذ في الحال . والسكوت
عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل الشفعة (افاده الزبلي)

والمراد بالطلب طلب المواثبة لان حق الشفعة يثبت للشفيع قبله بعد البيع .
نم استقرار الشفعة يثبت بعد الطلبين . هذا اذا كان الاجل معلوماً . واما اذا كان
مجهولاً فهو الحصاد والدباس واشباه ذلك فقال الشفيع انا اعجل الثمن واخذها ،
لم يكن له ذلك لان البيع وقع فاسداً ، والفاسد لا تثبت به الشفعة . نعم لو
باع الى اجل فاسد فعجل المشتري الثمن جاز البيع وتثبت الشفعة (افاده
في الهندية ومثله في حاشية الشلبي) ورجع الشفيع بالثمن فقط ان اخذ
بالشفعة ثم بنى او غرس ثم استخقت ، ولا يرجع بقيمة البناء والغرس على احد ،
سواء تسلمها من البائع او من المشتري ، لانه ليس بمغرور - بخلاف المشتري فإنه
اذا استحق ما اشتراه بعد البناء يرجع عليه بما خسر ، لان البائع غره بالعقد .
واذا اشترى رجل داراً فحزبت بلا فعل احدٍ او بستاناً فجف الشجر كذلك ،
ف للشفيع الاخذ بكل الثمن .

والاصل ان الثمن يقابل الاصل لا الوصف ، ما لم يقصد اتلافه فيقابل حينئذ
بخصه من الثمن كما يأتي . وهذا اذا لم يبق شيء من نقض او خشب . فلو بقي واخذ

المشترى لا انفصاله من الارض ، تسقط حصته من الثمن حيث لم يكن تابعا للارض
فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقص يوم الاخذ (زبلي)
فات : فلو لم يأخذه المشتري كأن ملك بعد انفصاله ، لم يسقط شيء من الثمن
لعدم حبسه ، اذ هو من التوابيع والتوابيع لا يقابلها شيء من الثمن وبالأخذ بالشفعة
تحولت الصفقة الى الشفيع ، فقد هلك ما دخل تبعا قبل القبض ولا يسقط بمثله شيء
من الثمن - بخلاف ما اذا تلف بعض الارض بفرق حيث يسقط من الثمن
بحصته ، لان الفاتت بعض الاصل (زبلي) وبأخذ بحصة العرصه من الثمن ان
نقض المشتري البناء لانه قصد الاتلاف ، وفي الاول الآفة سماوية . والتبع اذا
صار مقصودا بالاتلاف يسقط ما يقابله من الثمن ، فيقسم الثمن على قيمة الارض
والبناء يوم العقد ، فتقوم الارض وعليها البناء وتقوم بغيره ، فبقدر التفات يسقط
من الثمن . فلو اختلفا في قيمة البناء فالقول للمشتري والبينة للشفيع عندها
للمشتري ايضا . ولو في قيمة الارض يوم وقع الشراء ، نظر الى قيمته اليوم ، لان
الظاهر انه كان كذلك . فمن شهد له كان القول له . ونقض الاجنبي كنقض
المشتري ، والنقض له اي للمشتري ، وليس للشفيع اخذه لزوال التبعية بانفصاله .
وانما اعتبرت قيمة البناء يوم العقد هنا ، وفي صورة الانهدام المتقدمة يوم اخذ النقص ،
لانه هناك صار مانعا يجسه فيقوم عليه بالحبس في يومه . كذا في الدرمتنا وشرحا
مع توضيح من حاشيته رد المختار .

ومن ابتاع ارضا وعلى نخله ثمر ، اخذها الشفيع بثمرها . ومعناه اذا ذكر
الثمر في المبيع لانه لا يدخل من غير ذكر . وهذا الذي ذكره استحسان .
وفي القياس لا يأخذه لانه ليس بتبع . الا يرى انه لا يدخل في المبيع بلا ذكر
فانته المتاع في الدار . وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للمعار ،
كالبناء في الدار . وما كان مركبا فيها فيأخذه بالشفعة . وكذلك ان
ابتاعها وليس في النخل ثمر فثمر في يد المشتري . يعني بأخذه الشفيع لانه
مبيع تبعا لان المبيع سرى اليه على ما عرف في ولد المبيع . فان جذه المشتري ثم
جاء الشفيع ، لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعا ، لانه لم يبتى تبعا للمعار وقت الاخذ ،
حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه . قال في الكتاب : فان جذه المشتري

سقط عن الشفيع حصته من الثمن . قال رضي الله عنه : وهذا جواب الفصل الاول ، يعني ما اذا اشراها بثمرها بالشرط ، لانه دخل في البيع مقصوداً فيقابلة شيء من الثمن . اما في الفصل الثاني يعني ما اذا اثمر عند المشتري بعد الشراء فيأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن ، لان الثمر لم يكن موجوداً عند العقد فلا يكون مبيعاً الا نبعاً فلا يقابله شيء من الثمن (هداية)

قال الزهلي : وكذلك الحكم لو هلك الثمر بأفة سماوية ، لانه في الفصل الاول لما دخل بالتسمية صار اصلاً ، فيسقط حصته من الثمن بفواته وفي الفصل الثاني الحادث من الثمر بعد القبض لا حصة له من الثمن ، بخلاف الحادث قبل القبض عند البائع ، لانه حدثت على ملك المشتري ويكون لها حصة من الثمن اذا صارت مقصودة بورود القبض عليها او بالاستهلاك اهـ

اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسم المشتري البائع ، اخذ الشفيع نصيب المشتري الذي حصل له بالقسمة . وان وقع في غير جانبه على الاصح . وليس له اي للشفيع تقضها مطلقاً ، سواء قسم بحكم او رضاء على الاصح ، لانها من تمام القبض لما عرف ان قبض المتاع فيها يحتمل القسمة قبض ناقص . وهذا بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من دار مشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع ، حيث يكون للشفيع تقضه . كقضه يعه وجهته لان هذه القسمة لم تجربين العاقدين فلا يمكن جعلها قبضاً بحكم العقد ، فجعلت مبادلة . وللشفيع ان ينقض المبادلة كما لو اشترى اثنان داراً وهما شفيعان ثم جاء شفيع ثالث بعد ما اقتسما بقضاء او غيره ، فله اي للشفيع ان ينقض القسمة ضرورة صيرورة النصف ثلثاً (كذا في الدر متناً وشرحاً مع بعض زيادة من رد المحتار)

وفي الهندية : لو باع نصف دار من رجل ليس بشفيع وقاسمه باس القاضي فقدم الشفيع ونصيب البائع بين دار الشفيع وبين نصيب المشتري ، فانه لا تبطل شفيعته . فان باع البائع نصيبه بعد التسمية قبل طلب الشفيع الشفعة الاولى ثم طلب الشفيع ، فانه ينظر : ان قضى القاضي بالشفعة الاخيرة جعلها بينهما نصفين ، لان المشتري قد صار جازراً لنصيب البائع كالشفيع ، فاحتوباً فيه . وان بدأ فقضى بالاولى للأول ، قضى بالاخيرة ايضاً ، لانه لم يبق للمشتري الاول ملك اهـ

إذا سلم الشفيع الشفعة ثم ان المشتري رد الدار على البائع ، ان كان الرد بسبب هو فسخ جديد من كل وجه نحو الرد بخيار الروية وبخيار الشرط والميب قبل القبض بقضاء او بغير قضاء وبعد القبض بقضاء ، لا يتجدد للشفيع حق الشفعة . وان كان الرد بسبب هو بيع جديد ففي حق الثالث نحو الرد بالميب بعد القبض بغير قضاء وبالرد بحكم الاقالة ، يتجدد للشفيع حق الشفعة . وأما اذا لم يسلم الشفيع الشفعة حتى فسخ البائع والمشتري العقد بينها ، لا يبطل حق الشفعة سواء كان الفسخ بسبب هو فسخ من كل وجه او بسبب هو فسخ من وجه بيع جديد من وجه (هندية عن الذخيرة ، وتمامه فيها)

المشتري مع الشفيع اذا اختلفا في الثمن ، كان القول قول المشتري مع يمينه . وان اقاما البينة يقضى بينة الشفيع في قول ابي حنيفة ومحمد . وقال ابو يوسف البينة بينة المشتري (خانية) وعلى قولها المتون . وان اختلفا في صفة الثمن بان قال المشتري اشترت بطن مجمل وقال الشفيع لا بل اشترته بطن مؤجل ، فالقول قول المشتري (هندية)

وفيها : رجل اشترى من رجل داراً وقبضها فجاء الشفيع فطلب الشفعة فقال المشتري اشترتها بالفين وقال الشفيع لا بل اشترتها بالف ولم يكن للشفيع بينة وحلف المشتري على ما ذكر واخذ الشفيع بالني درهم ثم قدم شفيع آخر فاقام بينة على الشفيع الاول ، ان البائع كان باع هذه الدار من فلان بألف ، فانه يأخذ نصف الدار بخمسائة ويرجع الشفيع الاول على المشتري بخمسائة حصة النصف الذي اخذه الشفيع الثاني . ويقال للشفيع الاول ان شئت اعد البينة على المشتري من قبل النصف الذي في يدك والا فلا شيء لك ، لان بينة الشفيع الثاني ثبت بها الشراء بالف في حقيق ذلك النصف الذي استحقه الشفيع الثاني لا في حق النصف الذي في يد الشفيع الاول فيحتاج الشفيع الاول الى اعادة البينة ليثبت الشراء بالالف في النصف الذي في يده فيستحق الرجوع على المشتري بالخمسائة الزائدة (اه ملخصاً)

وفيها وان اختلف الشفيع والمشتري فيما وقع عليه البيع انه وقع عليه بصفقة واحدة ام بصفقتين نحو ما اذا اشترى داراً فقال المشتري اشترت العرصة على

حدة بالف وقال الشفيح بل اشترتها جميعاً بالفين فالقول قول الشفيح
وايها اقام البيئته قبلت . وان اقامها جميعاً ولم يوقتا وقتاً فالبيئته بيئته المشتري عندها ،
وعند محمد البيئته بيئته الشفيح اه

وفيها : اتفق البائع والمشتري ، ان البيع كان بشرط الخيار للبائع وانكر
الشفيح ، فالقول قولها في قول ابي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف ،
ولا شفعة للشفيح لان البيع ثبت باقرارها . وانما ثبت على الوجه الذي اقراه به اه
وقوله « فالقول لها » يؤذّن بان البيئته على الشفيح . حتى لو اقام البيئته على ان
البيع وقع باتاً قبل بيئته ويعمل بها ما لم تعارضها بيئته المتباينين . على ان البيع وقع
بمخيار للبائع فتكون بينهما اولى ، لما في الانتزعية عن القنية : اختلفا في
شرط الخيار واقاما البيئته ، فبيئته مدعى الخيار اولى اه ويؤيد ما قلنا تعليقه بقوله
« لان البيع ثبت باقرارها ، فانه يفيد انه لو ثبت بيئته الشفيح لا يكون القول
قولها ، فيوافق ما مر عن القنية ، فتدبر .

وفيها : ولو قال المشتري : وهب لي هذا البيت بطريقه من هذه الدار ثم
اشترت بقيتها ، وقال الشفيح لا بل اشترت الكل ، فالشفيح الشفعة فيما اقرانه
اشترى ، ولا شفعة فيما ادعى من الهبة . وايها اقام البيئته قبلت بيئته . وان اقاما
جميعاً البيئته فالبيئته بيئته المشتري عند ابي يوسف رحمه الله تعالى ، لانها تثبت
زيادة الهبة وينبغي ان تكون البيئته بيئته الشفيح عند محمد رحمه الله تعالى لانها تثبت
زيادة الاستحقاق وان اقر الشفيح بهبة البيت للمشتري وادعى المشتري ان الهبة
كانت قبل الشراء فلا شفعة للجار ، لانه شريك في الحقوق وقت شراء الباقي والجار
يقول لا بل كانت الشراء قبل الهبة ولي الشفعة فيما اشترت ، فالقول قول
الشفيح . واذا قامت البيئته على الهبة قبل الشراء فان صاحبها اولى بالشفعة من
الجار . فان جحد البائع هبة البيت كان القول قوله مع يمينه . وان صدق البائع
المشتري فيما قال كان البيت للموهوب له ، ولا يصدقان على ابطال الشفعة في الدار
الا ان تقوم البيئته على الهبة قبل شراء الدار ، فيصير المشتري شريكاً في الدار
فيتقدم على الجار . ولو اشترى دارين ولهما شفيح ملاصق فقال المشتري اشترت
واحدة بعد واحدة فانا شريكك في الثانية ، وقال الشفيح لا بل اشترتها صفقة

واحدة فلي الشفعة فيها جميعاً ، فالقول قول الشفيع ، لان المشتري اقر بشرائها وذلك سبب لثبوت الحق ، ثم بدعي حقاً لنفسه بدعوى تفريق الصفقة فلا يقبل قوله الا بينة و كذلك اذا قال اشترت نصفاً ثم نصفاً وقال الشفيع اشترت الكل صفقة واحدة ، فالقول للشفيع . ولو قال المشتري اشترت ربماً ثم ثلاثة ارباع فلك الربع وقال الشفيع بل اشترت ثلاثة ارباع ثم ربماً ، فالقول للشفيع لان المشتري اقر بشرائها ثلاثة ارباع وهو سبب لثبوت حق الشفيع ، ثم ادعى ما يسقطه وهو تقدم الربع في البيع فلا يصدق . ولو قال المشتري اشترت صفقة واحدة وقال الشفيع اشترت نصفاً فانا اخذ النصف ، فالقول للمشتري ويأخذ الشفيع الكل او بدعي اه وقام هذه المسائل في الباب المباشر من كتاب الشفعة منها .

نكره الحيلة لاسقاط الشفعة بعد ثبوتها وفاقاً ، كقوله للشفيع اشتره مني . واما الحيلة لدفع ثبوتها ابتداءً ، فمند ابي يوسف لا نكره ، وعند محمد نكره . وينبغي بقول ابي يوسف في الشفعة وبضده ، وهو الكراهة في الزكاة (در المختار متناً وشرحاً) لكن مجرد قوله للشفيع اشتره مني لا يكون مسقطاً ما لم يقل الشفيع نعم او اشترى . فلو صكت او قال لا اشترى ، لا تسقط شفته (افاده في رد المختار وسياتي تمامه) الحيل في ابطال الشفعة منها ما يكون تزهداً عن طلب الشفعة ، ومنها ما يكون ابطالاً .

اما ما يكون ابطالاً ، فمنها ان يهب البائع الدار للمشتري ويشهد على الهبة والمشتري يهب الثمن للبائع ويشهد عليها ، فلا تثبت الشفعة ، اذ لم تكن بشرط العوض - الا ان هذه الحيلة لا يملكها بعض الناس لانها تبرع ومن الناس من لا يملك التبرع ، كالاب والوصي وغيرهما .

ومنها ان تصدق بالدار على انسان ثم المشتري يتصدق بمثل الثمن على البائع ، وهي الهبة سواء الا ان في الهبة للاجنبي يملك الرجوع ، وسيفي الصدقة لا يملك .

ومنها ان يهب الدار بشرط العوض ثم ياخذ الموهوب له الدار الا جزءاً منها ، وياخذ الواهب العوض الا دافعاً - فلا تثبت الشفعة للشفيع . فان في الهبة بشرط العوض قالوا انما يثبت الملك للموهوب له اذا قبض الكل . اما اذا لم يقبض

الكل لا يثبت له الملك ولا ينقطع حق الواهب ، ويكون للواهب ان يرجع من غير قضاء ولا رضا ، فيكون هذا كالبيع بشرط الخيار للبائع . ثم لا تثبت الشفعة للشفيع ما بقي حق البائع . هذا اذا كان الموهوب شيئاً يحتمل القسمة . فإن كان لا يحتملها كالبيت الصغير والحانوت ، اذا وهب منها جزءاً شائعاً ، جاز عند الكل ولا يكون للجار ان يأخذ بالشفعة (كذا في الخانية)

ومنها ان يتناع العقار الا ذراعاً مثلاً في جانب حد الشفيع ، فلا شفعة لعدم الاتصال . وكذا لو وهب هذا القدر للمشتري او باعه بعد بيع ما عداه ، لأنه صار شريكاً في الحقوق فلا شفعة للجار (اذاده في الدر مع حاشية رد المختار) .

ومنها ان يتناع سهماً منه بثمن ثم يتناع بقيمتها ، فالشفعة للجار في السم الاول فقط (تنوير) اي لانه حين اشترى الباقي كان شريكاً بشراء الجزء الاول ، واستحقاق الشفيع الجزء الاول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة ، لكونه في ملكه بعد ، فيتقدم على الجار (رد المختار) . وهذه الحيلة تبطل الشفعة في المبيع الثاني فقط . وحيلة اسقاط الشفعة في الكل ان يشتري جزءاً شائعاً كنسم او عشر بكل الثمن الا درهماً ثم الباقي بالباقي ، لانه وان ثبت له الشفعة في السم الاول ، لكنه اذا رآه بيع بمعظم الثمن ، نقل رغبته فيمتنع عن اخذه . وهذه الحيلة لتقليل رغبة الشفيع ، بخلاف ما قبلها . وكذا الحكم لو اشترى جزءاً معيناً كذراع مثلاً من اي جهة كانت بمعظم الثمن ، فإن الشفعة ايضاً للجار في الذراع المبيع اولاً فقط ، لان مشتري الذراع صار شريكاً في الحقوق فيقدم على الجار . وهذه الحيلة مضرة للمشتري لو كانت الدار لصغير لعدم جواز بيع الباقي بالباقي . لما فيه من الغبن الفاحش ، فيلزم المشتري السم بالثمن الكثير ولا يجوز شراؤه للباقي . (كذا في الدر وحاشيته رد المختار ، ومثله في الزباني)

قال في حاشية الشاي عليه : وقد يجوز ان يجتال بهذه الحيلة في دار الصغير ، وهو ان يبيع من دار الصغير جزءاً من مائة جزء او يبيع جزءاً من الف جزء بثمن اكثر من قيمته ثم يبيع بقية الدار بمثل ثمنه ، فانه يثبت له الشفعة في الجزء الاول خاصة . وهذه الحيلة للجار والخلايط في الحقوق . فاما اذا كان الشفيع شريكاً

في البيع ، فانه يأخذ نصف البقية بنصف ثمنها .

❖ فائدة ❖

إذا خاف أحدهما ان لا يوفي صاحبه ، يشترط الخيار لنفسه ثلاثة ايام .
فاذا لم يوف له في المدة فسخ فيها . وان خافا شرط كل منهما الخيار لنفسه ، ثم
يجوز ان معاً . وان خاف كل منهما اذا اجاز ان لا يجيز صاحبه ، يوكل كل منهما
وكيلاً ويشترط عليه ان يجيز بشرط ان يجيز صاحبه (افاده في رد المختار معزياً
للزبلي) .

ومن الحيل ان يوجر المشتري البائع شيئاً ببعض العقار الذي يريد شرائه ،
كالنوب مثلاً ، يوجره ليلبسه البائع يوماً ، يجزه شائع من العقار الذي يريد
شراؤه ثم يشتري الباقي ، لأنه لما ملكه منه جزءاً شائعاً صار شريكاً له . وليس
للسفيح فيه شفعة لانه ملكه بالأجارة ، ولا فيها اشتراء بعد ذلك ، لان الشريك
اولى اه (زبلي) .

وما تقدم من الحيل لا تدفع إلا الجار . والحيلة التي تدفع الشريك والجار
ان يتناع العقار باضاف قيمته ويعطيه بها ثوباً قيمته قدر قيمة العقار ، غير انه
يخاف ان يتضرر البائع بذلك ، لانه لو استحققت الدار تبقى الدرهم كلها في ذمة
البائع لوجوبه عليه بالبيع الثاني ، ثم براءته كانت حصلت بطريق المقاصة بثمن
العقار ، فاذا استحق تبين انه ليس عليه ثمن العقار وبطلت المقاصة . فيجب على البائع
الثمن كله .

والحيلة فيه ان يدفع اليه بدل الدرهم الثمن ودنانير بقدر قيمة العقار ، فيكون
صرفاً بما في ذمته من الدرهم . ثم اذا استحق العقار تبين ان لا دين على المشتري ،
فيبطل الصرف للافتراق قبل القبض ، فيجب رد الدنانير لا غير .

وحيلة اخرى نعم الشريك والجار وهي ان يشتره باضاف قيمته من الدرهم
ثم يوليه من الدرهم قدر قيمة العقار الا قدر قيمة الدينار مثلاً ، فيعطيه الدينار
بالباقى فيصير صرفاً فيه . ثم اذا استحق المشفوع يرد ما قبض كله - فغير الدينار
على انه بدل عن العقار المستحق ، والدينار لبطلان الصرف (زبلي) .

ومن الحيل كما في التنوير تبعاً للدرر ، ان يشتري بدرام معلومة بوزن او
اشارة مع قبضة فلوس اشير اليها وجهل قدرها وضيع الفلوس بعد القبض في
المجلس ، لان جهالة الثمن تمنع من الشفعة اه - لكن حقق في رد المختار ان هذا
انما يتم اذا واقفها الشفيع على عدم المعرفة - اما اذا قال اعلمها وهي مقدار كذا ،
فله الشفعة ويعطى الثمن على زعمه ، الا اذا اثبت المشتري زيادة عليه . ثم قال :
وقال الرطبي : ظاهر ما في الظهيرة ان الشفيع لا يحلف على ما زعم ، لان
التبايعين لم يدعيا قدراً معيناً انكره الشفيع ، بل اتفقا على انها لا يعلن قدر
الثمن ، فلا يقال انه منكر ، فلا يحلف اه

اقول : يمكن ان يقال ان المشتري يدعي بطلان شفعة الشفيع بسبب
جهالة الثمن ، والشفيع ينكر ذلك بزعمه المعرفة ، فقد انكر امرأ وهو الجهالة ،
لو اقر به للزومه موجه ، وهو بطلان الشفعة ، فينبغي ان يحلف عليه .
(تأمل) .

على ان ما حققه في رد المختار وكذا ما ذكره الرطبي مبني على عبارة نقلها في
رد المختار عن الظهيرة ، ونصها : اشترى عقاراً بدرام جزافاً واتفق التبايعان على
انها لا يعلن مقدار الدرهم وقد هلك في يد البائع بعد التقابض ، فالشفيع
كيف يفعل ؟ قال القاضي الامام عمر بن ابي بكر : يأخذ الدار بالشفعة ثم يعطى
الثمن على زعمه ، الا اذا اثبت المشتري زيادة عليه اه .

قال في رد المختار : اقول : وهذا مشكل اذ كيف يحل له الاخذ جبراً على
المشتري بمجرد زعمه ، مع ان الشفيع انما له الاخذ بما قام على المشتري من الثمن ،
اللام الا ان يكون علماً بقدره بقربنة قوله : الا اذا اثبت المشتري زيادة عليه ،
فانه يدل على ان الثمن علم قبل هلاكه ، فتأمل اه .

وانا اقول : ما في الظهيرة مشكل من وجوه اخري : الاول انه قال يأخذ
الدار بالشفعة ثم يعطى الثمن على زعمه ، فظاهره ان القاضي يحكم له بها مع جهالة
الثمن ، لان دفع الثمن يكون بعد حكم القاضي بها . وقد اتفقت المتون ان
الشفيع يأخذ بما قام على المشتري من الثمن ، ومعلوم ان القاضي عاجز عن الحكم
به عند جهله .

الوجه الثاني ان وضع المسئلة ان البيم وقع جزافاً بصرة مجهولة ضيقت في المجلس ، فالظاهر ان الشفيع لا يعلمها . وقد صرحوا بان القول لمن يشهد له الظاهر ، فكيف يحكم له القاضي بمجرد زعمه وهو يعلم انه كاذب فيه ، لان معرفة مقدارها بعد هلاكها مستحيل .

الوجه الثالث ان قوله « الا اذا اثبت المشتري زيادة عليه » صريح في ان القول للشفيع حيث اختلف مع المشتري في الثمن ، مع انه مخالف لما في المتون من انه لو اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول للمشتري . فلا جرم ان ما في الظهيرة فيه مخالفة للمتون ، فكيف ينحصر به اطلاق ما في الدرر والنزر والضممرات ؟ والذي ينبغي وبتفضيه الفقه تطبيقاً على الاحكام المذكورة في المتون والشروح ، ابقاء ما في النزر والضممرات على اطلاقه . نعم يكلف الشفيع لاقامة البينة على ما يدعيه من ان مقدار الصرة كذا وان عجز بحلف المشتري بالله ما يعلم ان مقدارها كذلك ، لما علمته من ان القول للمشتري اذا اختلفا في الثمن ، ولانه يدعي على المشتري . استحقاق الشفعة وذاك ينكر ، ولانه يدعي خلاف الظاهر والمشتري يتمسك به ، فتدبر ذلك متاملاً واتمس النقل في المسئلة ، فان الفكر خوان .

ولعله لما ذكرنا آنفاً ابقى العلامة الحموي في شرح الاشباه كلام الدرر والضممرات على اطلاقه وقال : ان ما فيها اولى مما في الظهيرة ، الخ ما قال ، فراجعه في كتاب الشفعة من الفن الثاني .

قال الزبلي : ثم الحيل التي تسقط الوجوب هي ان يعرضه ، كأن يقول المشتري للشفيع صالحتك على كذا درهماً ، على ان تسلم لي شفتك . فاذا قبل الشفيع الصالح وسلم ، بطلت شفته ولا يجب المال . وكذا اذا آجره من الشفيع . ومن الحيل التي تمنع الوجوب ، ان هو كلف البائع بييمها او يضمه الدرك او يجمل البائع الخيار اليه في عقد البيع اه

❖ تنبيه ❖

قال في الخاتمة عند ذكر الحيل ، آخر كتاب الشفعة : وفي هذه الفصول

اذا اراد الشفيع ان يحلف البائع او المشتري بالله ما فعل هذا فراراً عن الشفعة ،
ليس له ذلك . اما البائع ، فلان نكوله لا يكون حجة على المشتري . واما المشتري
فلانه يدعي عليه شيئاً لو اقر به لا يلزمه اه وقال قبل هذا في « فصل في ترتيب
الشفعاء » مانصه : رجل اشترى من رجل عشر ارض او دار بثمن كثير
ثم اشترى تسعة اعشارها بثمن قليل ، كان للجار الشفعة في البيع الاول دون
الثاني ، لانه بالبيع الاول صار شريكاً في نفس البقعة فيكون هو اولى من
الجار في البيع الثاني . فان اراد الشفيع ان يحلفه بالله ما اردت بذلك ابطالا
لشفعتي ، قال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى لا يحلفه
على هذا الوجه ، لانه لو اقر به لا يلزمه شيء . لكن لو اراد ان يحلف المشتري
يحلفه بالله ان البيع الاول ما كان تلجئة ، كان له ذلك لانه ادعى عليه معنى لو
اقر به يلزمه فكان له ان يحلفه على هذا الوجه . قال : وما ذكر في الاصل ان
الشفيع اذا اراد استخلاف المشتري انه لم يرد به ابطال الشفعة كان له ذلك ،
معناه اذا ادعى ان البيع كان تلجئة اه وذكر مثله في الدر عن مؤيد
زاده معزواً للوجيز . وقال في رد المختار : ومثله في اللجنيس والمزبد لصاحب
الهداية اه

ثم ذكر ما حاصله ان الفرق بين ما اذا اراد الشفيع تحليف المشتري بالله
ما فعل ذلك فراراً من الشفعة حيث لم يكن له ذلك ، وبين ما اذا اراد تحليفه
بالله ما كان ذلك للتلجئة حيث كان له ذلك ، ان بيع التلجئة هو ان يظهر عقداً
لا يردانه ، وهو ليس ببيع في الحقيقة بل كالهزل . وهذا بخلاف ما اذا قصدا
فعل ذلك واراداه حقيقة فراراً من الشفعة ، فان البيع فيه يكون جائزاً فيجاب
الشفيع الى التحليف لو ادعى الاول يعني التلجئة ، لا لو ادعى الثاني اه

اقول ان كان مراد الشفيع من دعوى التلجئة مجرد كون العاقدين
اظهرا عقداً لا يردانه فراراً من الشفعة ، فلا يذهب عليك ان هذه الدعوى
انما تنفع الشفيع في حيلة يكون فيها شراء العقار صفتين ، بحيث لو بطلت
الصفقة الاولى لكونها وقعت تلجئة ، ثبت الشفعة في الصفقة الثانية لكونه جارياً .
وقد ظهر ان المشتري لم يكن شريكاً في شرائه الاول حتى يكون ادلي من الجار .

والفرق حينئذ بين دعوى التلجئة وبين دعوى انها فعلا ذلك فراراً من الشفعة ، هو ما تقدم عن رد المختار من انه في دعوى التلجئة يدعي انها ما اراد البيع الاول ولا قصدها وانما اظهره فراراً من الشفعة ، فهو بيع باطل فله تحليف المشتري على ذلك ، لكي اذا نكل عن اليمين تثبت له الشفعة في البيع الثاني . وفي الدعوى الثانية يدعي انها اراد البيع الاول وقصدها لكن فراراً من الشفعة فلا يكون له التحليف ، لانه لو اقر بذلك يبيى البيم صحيحاً فكيف يحلف عليه . وبوهد ما قلنا ان قاضي خان قد ذكر دعوى التلجئة من الشفيع في صورة ما اذا اشترى عشر ارض ثمن كثيراً الخ ، ولم يذكرها عند ذكر الحيل كما سمعت عبارته آنفاً - وكذا صاحب الدر ايضاً لم يذكر دعوى التلجئة الا عند ذكر هذه الحيلة . واما ان كان المراد من دعوى التلجئة ان الشراء وقع اولاً بينه وبين البائع على وجه لا تبطل معه الشفعة ثم اظهره تلجئة على الوجه الذي تبطل معه الشفعة ، فدعوى التلجئة حينئذ تنفع الشفيع في جميع الحيل ، فتسمع منه لانه يدعي على المشتري عقداً صحيحاً ثبت له فيه الشفعة قبل العقد الذي اظهره تلجئة ، فيكلف لاثباته . وان عجز فله تحليف المشتري بالله ما فعله ، وبكون الفرق حينئذ بين المسئلتين ظاهراً . وبوهد هذا المعنى انه ذكر في الخاتمة قبل ما تقدم في فصل في ترتيب الشفعا ما نصه :

ولو ان دارين متلاصقين لرجلين فتصدق صاحب احدي الدارين بالحائط الذي يلي جاره على رجل بما تحته من الارض وقبض المتصدق عليه ثم باع داره من المتصدق عليه - ذكر الناطني رحمه الله تعالى انه لا يبقى الجار شفيعاً . فان طلب الجار يمين المشتري بالله ما فعل ذلك صاحب الدار ضرراً او فراراً من الشفعة على وجه التلجئة ، كان له ذلك لانه يدعي عليه امرأ لو اقر به يلزمه ، ويحلف فان حلف ، لا شفعة له . وان نكل ، كان له الشفعة لانه اقر انه جار ملاصق اه .

ومثله في رد المختار عن الولوجية ، فان التعليل بقوله « لانه اقر انه جار ملاصق » يقضي بأن الشفيع يدعي ان الشراء وقع اولاً صفقة واحدة على الدار مع الحائط لذي يلي الجار ، ثم اظهر التصديق بالحائط وييم باقي الدار تلجئة ، والا فلا يستقيم هذا التعليل لانه ان ثبت بسكول المشتري عن اليمين ، كون التصديق بالحائط كان تلجئة ، فلا فائدة للشفيع ، لانه اذا بطل التصديق بقي الحائط على

ملك البائع فيبقى فاصلاً بين الدار المبيعة وبين دار الشفيع ، وان ثبت ان بيع الباقي كان تلجئة ، وكذلك ، لان البيع يكون باطلاً ، والبيع الباطل لا شفعة فيه فكيف يحلف المشتري على امر لو اقر به لا يلزمه - على ان الشفيع ليس بمخضم بمجرد دعوى البطلان ، فلا نسمع منه فتأمل منصفاً .

اذا تمهد هذا تعلم انه ينبغي للقاضي اذا ادعى الشفيع التلجئة ان يسئله عن مراده فيها . فان اراد المعنى الاول سمعها منه في صورة ما اذا كان شراء العقار صفتين . وحلف له المشتري على ان البيع الاول ما كان تلجئة على ما تقدم بيانه - ورد ما في غير تلك الصورة لما قررناه آنفاً .

وان اراد من التلجئة المعنى الثاني سمع منه الدعوى في جميع صور الحيل المقطعة للشفعة و كلفه لاثبات ما يدعيه . فان عجز حلف المشتري على نفي ما يدعيه مما تقدم بيانه . فاعتنم هذا التحرير الذي لم اسبق اليه وعض بنواجذك عليه .

✽ ثم الجزء الثالث من شرح المجلة وبليّة الجزء الرابع ✽

فهرست

❖ كتاب الكفالة ❖

	صفحة
الصحيح ان المال المكفول به يثبت في ذمة الكفيل ايضاً	٤
يلزم لصحة الكفالة العلم بالمكفول به نفساً او ملاً	٨
الكفالة تكون بالوعد المعلق بلام وان لم تكن بلفظ بدل على الالتزام	٩
قال كفلته شهراً بدون من وإلى المعتد بصير كفيلاً في المدة فقط لا بعدها	١٠
قال كفلت الى ثلاثة ايام وانا بريء بعد ذلك لم بصير كفيلاً اصلاً	١١
كفل على انه كلما طالبه فله اجل شهر يفترق المحكم في ذلك بين الكفالة بالنفس والكفالة بالمال	١٢
كفالة الصبي باطلة الا اذا باشر ابوه شراء شيء له واذنه بالكفالة صححت بالمال لا بالنفس	١٤
جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة اذا كانت مضافة او منجزة	١٧
جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة بسيرة كانت الجهالة او فاحشة	١٩

- ٢٤ نصح الكفالة بالدين الصحيح وهو ما لا يسقط الا بالاداء
او البراءة دون الدين بين الضعيف وهو ما يسقط بدونها
- ٢٦ يستثنى من الدين الصحيح النفقة المفروضة بالتراضي او
القضاء نصح الكفالة بها مع انها دين ضعيف
- ٢٨ الايمان ان كانت مضمونة على الاصيل نصح الكفالة
بها والا فلا
- ٣٠ لا نصح الكفالة بالحد والقصاص ونصح الكفالة بنفس
من عليه بالحد والقصاص
- ٣٢ المادة ٦٣٢ - نصح كفالة من مات مفلساً وعليه ديون
لحقته في حياته عندها وعليه المحلة خلافاً لابي يوسف
- ٣٣ كفالة الوكيل لموكله والمضارب لرب المال فيما باعه باطلا
- ٤٠ المادة ٦٣٣ - الكفالة معلقة بشرط او مضافة الى مستقبل
اذا جعلها الكفيل القول قوله وعلى المكفول له اثبات
وقوع الشرط او المضاف
- ٤١ الكفالة المعاقمة بشرط نكدر وجوده هل يلزم الكفيل
باول مرة فقط ام بالجميع
- ٤٢ المادة ٦٣٨ - انما يؤخذ الكفيل بالدرك اذا حكم على
البائع برد الثمن وبالرجوع به على بائعه لا بمجرد الحكم

- بفسخ البيع فقط
- ٤٤ الكفيل بالدرك انما يؤخذ بالاستحقاق الناقل للملك لا المبطل
- ٤٧ المادة ٦٤٠ - ضمن لامرأة عن زوجها نفقة كل شهر جاز
وليس له الرجوع في راس الشهر راجع الفرق
- ٤٨ المادة ٦٤١ - الكفيل برد المنصوب للملكه يرجع باجرة
حملة على المعبر والمنصوب منه وفي الوكالة بالرد لا
- ٤٩ المادة ٦٤٢ - الكفيل بالنفس لا يجبس في اول مرة طلب
منه الاحضار الا اذا انكر الكفالة فثبت عليه يجبس
- ٥٠ اختلفا في جهالة مكان المكفول بنفسه القول للطالب
والبينة على الكفيل
- ٥١ الكفيل بالنفس اذا كانت الكفالة حالة يمنع من السفر
حتى يخرج من عهدة الكفالة وفي الموجلة لا
- ٥١ المادة ٦٤٣ - الكفيل ضامن في كل الاحوال فارجع اليها
- ٥٢ كفل احد آخر ثم كفل الكفيل آخر نصح ولا تبطل
الاولى بخلاف الحوالة فالاولى تبطل بالثانية
- ٥٣ المادة ٦٤٦ - كفل كل من احد المدبوينين صاحبه في دين
مشترك متحد السبب اذا ادى احدهما جانباً لا يرجع الا بما
زاد عن حصته

- ٥٦ المادة ٦٥٠ - الكفيلة على ان يودى الكفيل الدين من الامانة المودعة للمديون صحت وصح الاداء لكن ان كانت بأذن المديون المودع لا يضمنها والا يضمنها
- ٥٨ قال الكفيل هلكت الوديعة يريد الخروج من الضمان وقال صاحبها باقية القول قول الكفيل بانها هلكت
- ٦٠ المادة ٦٥١ - اختلفا في شرط لزوم المال على عدم الموافقة به فقال الكفيل واقتك به والطالب لم نواف القول للطالب وللمال لازم على الكفيل
- ٧٢ المادة ٦٥٢ - الكفيلة بالامر انما توجب الرجوع اذا كان الامر نفس المديون لا غيره
- ٧٨ المادة ٦٥٨ = التفرير لا يوجب الضمان الا في اربع مسائل
- ٨١ المادة ٦٥٩ = اجنبي سلم المكفول به الى الطالب بدون اذن الكفيل ان صرح بانه عن الكفيل وقبل الطالب براء الكفيل
- ٨٢ استحقاق المبيع المكفول او رده بعيب او باقالة ونحوه يوجب براءة الكفيل
- ٨٣ المادة ٦٦٠ = وهب الطالب الدين للكفيل ان غنيا او تصدق به عليه لفقره قبل صح ويرجع على الاصيل في

- البرائة من الكفالة بالنفس
المادة ٦٦٣ - نعلم المكفول بنفسه في السوق او المسجد ٨٧
الجامع لا يبرأ على قول زفر المفتي به لاختلاف الزمان في
البرلة من الكفالة بالمال
المادة ٦٦٨ - بيان مسائل رجوع المأمور على الأمر بما دفعه ٩٧
- ❖ الكتاب الرابع ❖
(في الحوالة ويحتوي على مقدمة وباين) ١٠٠
« للتقدمة »
- (في بيان الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالحوالة) ١٠٠
❖ الباب الاول ❖
(في بيان عقد الحوالة وينقسم الى فصلين)
« الفصل الاول »
(في بيان ركن الحوالة) ١٠٤
(الفصل الثاني)
« في بيان شروط الحوالة » ١٠٨
❖ الباب الثاني ❖
« في بيان احكام الحوالة » ١١٢
رجوع المحتال على المجهل عند التوى مقيد بعدم شرط الخيار ١١٤

- للمحال له او اذا لم يفسخا الحوالة
- ١١٩ ترجيح المحتال على 'غرماء المحيل في استيفاء دينه من تركة
المحيل الغير وافية عند التوى هو قول زفر مشت عليه المجلة
- ١٢٥ تصح الحوالة بدفع المحال به الى اجل غير فاحش كوقت الحصاد
١٢٦ تأجيل عقد الحوالة لا يصح
- ١٢٨ قال المحيل اد الي ما قبضته فقال المحال له احلنتي بدين
عليك فانكر المحيل القول للمحيل والبينة على الآخر
- ١٢٨ طالب المحتال عليه المحيل بما اداه فاختلفا فيما اداه هل هو عن دين
ام لا القول للمحتال عليه في انه ليس مديوناً
- هو الكتاب الخامس
- ١٣١ (في الرهن ويشتمل على مقدمة وثلاثة ابواب)
• المقدمة •
- ١٣١ (في بيان الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالرهن)
- ١٣٤ الرهن لا يلزم اي لا يترب عليه حكم الا بالقبض
- ١٣٤ القبض كما يكون حقيقياً يكون حكماً وهو التخلية بين
المرتهن والرهن
- ١٣٥ الرهن المقبوض قبل العقد إن قبض ضمانه يكفي والا
يلزم تجديده

	صحيحة
ايس الدائن من حقه فله الاخذ من مال المدينون رهنا بقدر حقه ولو من خلاف جنسه وعليه الفتوى	١٣٧
(الفصل الثاني)	
« في بيان شروط انعقاد الرهن »	١٣٨
لانعقاد لرهن شروط يلزم مراعاتها	١٣٨
لا فرق بين صحيح الرهن وفاسده من حيث ان كل حكم عرف في الصحيح يجري في الفاسد	١٤١
ما يؤخذ الرهن في مقابله ان ديناً جاز مطلقاً ديناً ظاهراً وباطناً او ظاهراً فقط	١٤١
الرهن في مقابلة الاعيان الغير مضمونة كالامانات باطل	١٤٤
لا يصح الرهن بالدرك خوف استحقاق المبيع ونصح الكفالة به	١٤٥
للمواضع التي يقع الرهن فيها باطلاً تكون امانته وللا رهن اخذه	١٤٦
(الفصل الثالث)	
« في زوائد الرهن المتصلة وفي تبديله وزيادته بعد عقد الرهن »	
المادة ٧١٣ - في تبديل الرهن باخر يبطل الاول ويكون الثاني رهناً بقيمة زائدة كانت او ناقصة انظر استدراك الشارح على ما في رد المحتار	١٤٧

- ١٥٣ الزيادة المتولدة رهن مع الاصل في حق الحبس وينقسم الدين على قيمة الاصل يوم قبضه وقيمة الزيادة يوم الفكك
- ١٥٣ انما تضمن الزيادة اذا بقيت الى يوم الفكك والا تذهب مجاناً والضمان على قيمة الاصل فقط

❦ الباب الثاني ❦

- ١٥٣ (في بيان مسائل تتعلق بالراهن والمرتهن)
- ١٥٤ انفراد المرتهن بالفسخ في خلاصه من ضمان الهلاك مشروط فيما لو رده الى الراهن فارجمه اليه والا يهلك عليه هلاك الراهن
- ١٥٦ الرهن يفسخ بايفاء الدين حتى يردده الى صاحبه بعد الايفاء
- ١٥٦ اشترى المرتهن بالدين عيناً او صالح عن الدين على عين الخ بطلت الحوالة فحكم الرهن وهو الضمان باق
- ١٥٧ تصادقا على ان لا دين والرهن قائم ثم هلك خلاف الصواب انه غير مضمون
- ١٥٨ المادة ٢١٩ = جاز اعطاء المكفول عنه رهناً لكفيله لانها كفالة بدين الا ان دين الطالب حال ودين الكفيل مؤجل الى وقت الاداء فجاز اعطاء الرهن به
- ١٥٩ جاز رهن المديون عيناً لدائنيه فان متجزئة يجبس كل منهما النصف والا نهائياً وكل في نوبته كالعديل في حق الآخر

١٦٠ انما يصح رهن عند رجلين اذا لم ينص على التبويض
والا لم يجوز

١٦٣ ﴿ الباب الثالث ﴾

« في بيان المسائل التي تتعلق بالرهون وينقسم الى فصلين »
(الفصل الاول)

١٦٤

« في بيان مؤنة المرهون ومصارفه »

١٦٤ كل فعل يفرم به المودع يفرم به المرتهن ومالا فلا الا ان
الرديمة لا تضمن بالتلف والرهن يضمن بالدين

١٦٦ مؤنة حفظ الرهن على المرتهن

١٦٦ اما مؤنة مدلواته وارجاع الناد اليه ان قيمة الرهن مثل
الدين فعلى المرتهن او اكثر تقسم على المضمون والامانة

﴿ الفصل الثاني ﴾

(في الرهن المستعار)

١٦٩ المادة ٢٢٨ - مستعير الرهن المتقيد بشروط المعير في

هلا كه عند المرتهن يضمن قيمته او مثله ان مرهوناً على مثل
الدين او اقل والا فقد المضمون والباقي امانة

١٧٠ هذا اذا هلك في يد المرتهن وفي هلا كه بيد الراهن قبل

رهنه او بعد ما اقتكه فان ضمان عليه

١٧١ اختلفا في قدر ما امره بالرهن به القول للمعير

١٧١ اختلف الراهن والمرتهن في قدر الدين ان كان الرهن قائماً تحالفاً وترادوا وان هالكا فالقول للمرتهن

❦ الباب الرابع ❦

« في بيان احكام الرهن وينقسم الى اربعة فصول » ١٧١

❦ الفصل الاول ❦

« في بيان احكام الرهن العمومية » ١٧١

١٧٢ الرهن الفاسد كالصحيح في الاحكام دون الباطل

١٧٤ لا يكف مرتين طلب دينه احضار رهن وضع عند المدل

١٧٦ المادة ٢٣٢ - يرجع المير على الراهن بما دفعه للمرتهن

١٧٧ ليفتك الرهن اذا كان ما دفعه مساوياً لقيمة الرهن او اقل

انما يسوغ للمير مطالبة المستمير بالرهن اذا كانت العارية

غير موقنة او موقنة ومضى وقتها .

١٨٢ اقام رجلان كل واحد بينة انه رهنه عبده الذي في يده

او يدها وقبضه فهو باطل

١٨٥ وقف الراهن العين بعد تسليمها للمرتهن نفذ ان موسراً

وتجبر على اداء دينه وان معسراً ابطله القاضي

١٨٦ نقصان قيمة الرهن بتراجع السعر لا نقصن بخلاف ثلثه

بعد تراجع السعر فانه مضمون

﴿ الفصل الثاني ﴾

- ١٨٧ (في تصرف الرهن والمرتهن في الرهن)
- ١٩٠ للمادة ٧٤٣ - ثمن المرهون رهن ان اجاز المرتهن للرهن يمه
فصح رهن الدين بقاء وان لم يصح ابتداء
- ١٩٠ احكام تتعلق في ايجار المرتهن للرهن بغير اذن الرهن
- ١٩٢ المادة ٧٤٨ - اعارة الرهن بالاذن لا تخرجه عن الرهينة
بمخلاف نحو البيع والاجارة والهبة الخ
- ١٩٣ اذا هلك الرهن في يد المستعير يسقط الضمان عن المرتهن
- ١٩٤ للمادة ٧٥٠ - المتفجع به بلا اذن ان متولداً من الرهن او
بدلاً عن جزء منه بضمن بالفا ما بلغ والقيمة رهن مع الاصل
- ١٩٥ حكم النماء المأكول بالاذن كحكم بقائه بعد هلاك الاصل
في قسمة الدين على قيمة المأكول وقيمة الاصل
- ١٩٦ يكره الانتفاع بالرهن لكونه قرضاً جر منفعة وبمجرم
لو شرط لانه ربا

﴿ الفصل الثالث ﴾

- ١٩٨ (في احكام الرهن الذي هو في يد العدل)
- ١٩٨ في المواضع التي لا يصلح ان يكون الانسان فيها عدلاً
لحفظ الرهن عنده
- ١٩٨ يجوز ان يكون الرهن عدلاً لكن بعد ان يقبض للمرتهن

- الرهن ثم يضعه على يده
- المادة ٧٥٢ - سلط العدل على بيع الرهن اد حل الاجل ١٩٩
 قام يقبضه حتى حل الدين الرهن باطل وو كالة البيع باقية
 ليس للعدل ان يجعل قيمة الرهن بعد ضمانه رهناً عنده لكن ٢٠٠
 بعد اخذها القيمة لما ان يرهناها عنده ثانية
 اذا كان الرهن ممالا يقسم والعدل اثنين فوضاه عند ٢٠١
 احدهما جاز

الفصل الرابع *

(في بيع الرهن)

- المادة ٧٥٧ - ليس للراهن عزل و كيله يبيع الرهن ولا ٢٠٥
 لورثته بعد موته
 تبطل الو كالة بموت الوكيل مطلقاً مرتهناً كان او عدلاً ٢٠٦
 المادة ٧٦١ - هلاك ثمن الرهن في يد العدل او المشتري منه ٢٠٧
 يعود على المرتهن والمعتبر ثمنه لا قيمته
 ليس للوكيل بيع الرهن بالنسيئة ان نهاء الراهن حين العقد ٢٠٧
 وان بعده له ذلك
 هل يجبر الوكيل على بيع الرهن اذا كانت الو كالة بعد ٢٠٩
 العقد قولان الاصح يجبر
 هلك الرهن في يد المرتهن ثم استحقه رجل يجبر بين تضمين ٢٠٩

- الراهن او المرتهن راجع احكام هذا البحث
 هل يصح الرهن برأس مال السلم وثن الصرف والمسلم فيه ٢١٢
 انظر احكامها
 في اختلاف الراهن والمرتهن في قدر المرهون ٢١٨
 اتفقا على ان الرهن كان بالف واختلفا في قيمة المرهون ٢١٨
 اتفقا على ان الرهن ثوبان هلك احدهما فاختلفا في قيمة المالك ٢١٨
 اختلفا في قدر الرهن كائن قال المرتهن رهنتي هذين ٢١٨
 التوين بالف درهم والراهن رهنت احدهما بعينه

❖ الكتاب السادس ❖

(في الامانات)

- الوديعة هي المال الذي يوضع عند شخص لاجل الحفظ ٢٢٠
 الباب الاول ❖
 (في بيان احكام عمومية تتعلق بالامانات ٢٢٤
 في حكم اللقطة اذا كانت مما يحتاج الى النفقة ٢٢٩
 الاصل ان كل عمل لا تفاوت فيه ماذون به دلالة لا ما فيه تفاوت ٢٣٢

❖ الباب الثاني ❖

(في الوديعة ويشتمل على فصلين)

« الفصل الاول »

في بيان المسائل المتعلقة بمقد الابداع وشروطه

- ٢٣٩ الحكم في الموضوع امام جماعة للحفاظ اذا تفرقوا انما بضمن
آخرهم فيما لا يقسم والا فالضمان على الجميع كل بحصته
- ٢٤١ لا بد لوجوب حفظ الوديعة من ثبوت اليد عليها واما
القابلية لوضع اليد فشرط لصحة العقد وبهذا يلتزم كلامهم
- ٢٤٢ الصبي للمستهلك مال الغير ولو غير وديعة عنده بضمن بالاجماع
- ﴿ الفصل الثاني ﴾
- (في احكام الوديعة وضمانها) ٢٤٣
- ٢٤٣ ضمان المودع اما بصنع غير مأذون به او لتقصير في الحفاظ
او كان المودع مستاجرا للحفاظ الوديعة الا في هلاك لا
يمكن التحرز عنه
- ٢٤٤ الضمان قد يكون بترك الحفاظ الملتزم والقصور فيه
- ٢٤٥ دفع الوديعة الى امين من امثاله ولم يكن في عياله فهلك
لا ضمان وهو قول محمد وعليه مشتت المجلة
- ٢٤٦ المراد بالعيال من يسكن معه حقيقة او حكماً لا من يمونه
لكن بشرط ان لا يعلم منه خيانه
- ٢٥١ تسليم احد المودعين لاخر فيما يقبل القسمة انما بضمن المسلم في
حصته اذا لم يكن المسلم من امثاله
- ٢٥١ الحكم في الضمان جازي المرتنين والمستبضين والوصيين
وعندي الرهن وو كيلي الشراء

- ٢٥٣ بضمن المخالف للنهي في عقد الوديعة الا في عدم امكان
مراعاته وهو القول الثاني في المادة ٧٨٤ من احوال ثلاثة
- ٢٥٤ الاصل في هذا الباب كل شرط تمكن مراعاته وبقيده فهو
معتبر وما لا تمكن مراعاته ولا يقيد فهو هدر
- ٢٥٥ غاب رب الوديعة وخيف فسادها يراجع القاضي لبيعها
وحفظ ثمنها
- ٢٥٥ قول المجلة في المادة ٧٨٥ غيبته منقطة تنصير على التوهم
وبالاولى عدم الضمان في الغيبة غير المنقطة
- ٢٥٨ دراهم الوديعة او دنانيرها او الموزونات انفق بعضها بضمن
ما انفق فقط وان ضم ما انفق الى الباقي بضمن الجميع
- ٢٥٩ اذا كانت الوديعة بضرها التبعض فاستهلك بمضه بضمن
الجميع
- ٢٥٩ تعدى على الوديعة بفعل لا يرضاه المودع بعد غاصباً فتخرج
عن الامانة اذا هلك بضمنها
- ٢٦٠ زوال الضمان بالعود الى الوفاق مقيد بقيود ثلاثة
- ٢٦٥ خلط الوديعة بغيرها بحيث لا يمكن او يتعسر التمييز
يشمل انواع الخلط الاربعة كما في اطلاق المادة ٧٨٨ هذا
هذا قول الامام
- ٢٦٨ في التنوير والبحر لا فرق بين الخلط باذن المودع وبين

- الاختلاط عند الامام بانها يشتركان في الصورة الاولى
لا الثانية
- ٢٦٨ وطى ما في الهندية الخلط والاختلاط سواء في ان حق
المالك يتقطع والضمان على المستودع
- ٢٢٠ اودع المودع الوديعه لا آخر بلا اذن الضمان على الاول
بخلاف ابداع الغاصب فالمالك يضمن ايا شاء
- ٢٧٣ الوديعه لا تودع ولا تاعار ولا تؤجر لا توهم يضمن
بفعل شيء من ذلك
- ٢٧٣ خلاف الامامين في تخيير المالك بين تضمين المودع او مودعه
هل يجري فيما لو آجره او اعاره او رهنه الظاهر نعم
- ٢٧٥ الامتناع من تسليمها بناء على طلبها من غير المودع لا
بوجب الضمان ان هلكت
- ٢٧٥ الاصح التفصيل في عدم تسليمها لو كبل المودع ان عن
معاينة التوكيل او ثبونه يضمن وعن تصديق لا
- ٢٧٦ انظر حاصل ما يقال في عدم تسليمها بعد الطلب متى يلزم
الضمان في هلاكها ومتى لا يلزم
- ٢٧٦ في الكلام على قوله من اخبرك بعلامة كذا
- ٢٧٨ انظر فروعاً مفيدة تتعلق في طلب الوديعه
- ٢٨٥ اعتمد المتون قول الامام في عدم الدفع عكس المادة ٢٩٦

- وهي قولها وتمنل المادة انه وان لم يقل بالدفع لكنه يوافق
صاحبه في عدم الضمان استحساناً الا في التصريح بالنهي عن
الدفع لاحد ثم حتى يجتمعوا
٢٨٧ انكر المودع وجود امانة عنده للغائب لتفق على من يلزمه
القول قوله ولا يجلف
- ٢٨٨ لو قال الزوج اسرني الغائب ان لا ادفع شيئاً لا يلتفت اليه
ويؤمر بالانفاق
- ٢٩٠ مات المودع ولم توجد الوديعة في تركته متى بضمها
الوارث وبشارك صاحبها غرماً الصحة
- ٢٩٢ اسباب الضمان للينة في الوديعة تجري في كل ابن مات
مجهلاً لما في يده من الامانة الا ما استثنى
- ﴿ الباب الثالث ﴾
- ٣٠٢ (في العاربة ويشتمل على فصلين)
« الفصل الاول »
- « في بيان المسائل المتعلقة بعقد الاعارة وشروطها »
- ٣٠٣ الاصل في منحك اعرنك مضافاً الى ما يمكن الانتفاع به
مع بقاء عينه بكون اعارة والا فقرضاً
- ٣٠٤ الفرق بين الجواب بنم وبين اعطيك غداً للقائل اعرنه غداً
فجاء في الغد فاخذه بدون اذن

- ٣٠٥ للمعير الرجوع عن الاعارة متى شاء الا في محلات الضرورة
فتترك باجر المثل
- ٣٠٦ انظر مسألة اذن صاحب الملك لجاره في وضع جذوع على
حائطه
- ٣٠٨ استعارة نحو الدراهم قرض لا عارية الا في تعيين جهة لها
غير الانلاف كتعبير الميزان
- ٣٠٩ يصح للصبي المأذون ان يعير ماله ولا يجوز ذلك لايه
* الفصل الثاني *
- ٣١١ وفي بيان حكم العارية وضمائنها «
- ٣١٢ استحققت العارية فضمنها المستعير للمستحق لا يرجع على
المعير بخلاف الـ شفعة
- ٣١٦ العارية المطلقة يد باول فعل من انواع الفعل فلا بفعل
غيره
- ٣١٧ تقييد العارية بالزمان يكون بالصریح وبككون بالدلالة
- ٣٢٠ الاعارة المطلقة فيما يختلف باختلاف المستعمل بتقيد بفعل
المستعير والاطلاق في الاجارة لا بتقيد بفعل المستأجر
- ٣٢٥ كما ان المستعير بضمن ان آجر او رهن ما استعاره المرتهن
بضمن ان آجر او رهن ما ارتهنه واذا اختار المالك الثاني
يرجع على الاول

- ٣٣٢ المستعير يملك الابداع والمودع لا يملكه في الاصح فيبين
العاربة والوديعة اختلاف في الاحكام
- ٣٣٣ العاربة باعتبار ردها لها ثلاث احوال في حالة لا تخرج عن
كونها عاربة فلا يضمن في ارسالها مع اجنبي
- ٣٣٤ في حالة تعتبر كأنها مفصولة فيضمنها مطلقاً مع امينه او
هلكت عنده
- ٣٣٥ في حالة لا تخرج عن كونها وديعة وفي هذه الحالة يضمن
ولو ارسالها مع امينه لان المودع لا يودع
- ٣٣٦ مسألة استعارة الارض لغرس الاشجار والبناء على اربعة اوجه
ارجع اليها
- ٣٣٦ اعار ارضه على انه ان كلف المستعير لرفع ما بناه يدفع له
قيمته ويكون للمعير صح ووجب عليه الوفاء بالشرط
- ٣٣٧ الحكم في الفراس لا للاستبقا بل للبيع والنقل انه بترك
باجر المثل

❖ الكتاب السابع ❖

« في الهبة ويشتمل على مقدمة وباين » ٣٤١

❖ المقدمة ❖

« في بيان الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالهبة » ٣٤٤

﴿ الباب الاول ﴾

- ٣٤٤ « في بيان المصطلح المتعلقة بركن الهبة وقبضها »
- ٣٤٤ على القول بر كينة القبول للهبة حث في لا يهب عبده
لفلان فوهب ولم يقبل وبالعكس حث
- ٣٤٦ كل موهوب متصل بملك الواهب اتصال خلقه وامكن
فصله لا يجوز بدون انفصال وتسليم والمتصل بجاورة يجوز
ان الموهوب شاغلاً لا مشغولاً
- ٣٥٣ القبض في الهبة بنوب عن القبول فلو نهاه الواهب عن
القبض يكون رجوعاً
- ٣٥٧ المبيع قبل قبضه يجوز ان يملكه مشتريه لاخر بنحو هبة
قبل قبضه عند محمد وعليه المجلة لا تملكه بنحو بيع قبل
قبضه مما هو عقد معاوضه
- ٣٥٨ تجانس القبضان ناب احدهما عن الآخر واذا اختلفا ناب
الاقوى عن الاضعف دون العكس
- ٣٦٣ كل عقد بتولاه الواحد يكتفي فيه بالايجاب فيملك
الصغير ما وهب له من وصيه بمجرد الايجاب بلا قبض
- ٣٦٥ كل عقد من شرطه القبض فالشرط لا يفسده
- ٣٦٦ التعليق بشرط كائن تنجيز
- ٣٦٧ جعل الموض عين الموهوب او بعضه كجهة دار على ان

- يردها عليه بطل الشرط وصحت الهبة
 المفهوم من بعض مواضع من الخاتمة ترجيح القول بصحة
 الهبة على عوض مجهول والمثال الثاني من مادة ٨٥٥ يشعر
 بشي المجلة عليه
- ❖ الباب الثاني ❖
- « في بيان شرائط الهبة » ٣٧٢
- فضولي وهب مال آخر لتقريبه المحرم فجاز المالك صحت
 والحقوق ترجع للمالك لا المباشر فللمالك الرجوع ٣٧٤
- نصح هبة المازح جواباً لمن طلبها منه مزاحاً وجهه ان
 تسليم الموهوب المشروط لتام الهبة رضي واجازة لما عقدها مزاحاً
 هبة المشاع فيما يمكن قسمته مع بقاء عين المنفعة فاسدة
 ام صحيحة خلاف ٣٧٧
- وهب المشاع ثم قسمه او امر الموهوب له ان يقسمه مع
 شريكه ففعل واستلمه مقسوماً صحت اجماعاً ٣٧٧
- نصح هبة المشاع الذي لا يقبل القسمة مع بقاء جنس
 المنفعة بشرط بيان القدر الموهوب ٣٧٩
- الشيوع الموثر هو الشيوع المقارن لا الطاريء ٣٧٩
- حيث كانت جهالة الموهوب تمنع صحة الهبة فلا سبيل الا
 الى التوفيق لدفع التضارب انظر ما ذكره الشارح ٣٨٠

﴿ الباب الثالث ﴾

- ٣٨١ (في بيان احكام الهبة ويشتمل على فصلين)
- ٣٨٣ للواهب حق الرجوع في هبته مع كراهة التحريم وان
قال اسقطت حقي من الرجوع او ابرأته
- ٣٨٤ الرجوع فسخ من الاصل فللواهب اذا وجد فيه عيباً رده
على بائعه
- ٣٨٥ المراد بالفسخ من الاصل ان لا يترتب على المقدار في المستقبل
ولهذا لا تعود لملك الواهب الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل
- ٣٨٨ للعوض المانع من الرجوع في الهبة اذا لم يكن مشروطاً في
العقد ثلاثة شروط التصريح بالمقابلة وان لا يكون
العوض بعض الموهوب وسلامته للواهب
- ٣٨٩ التعويض المتأخر عن الهبة كالهبة المتأخرة لا فرق بينهما
بحكم الا في اسقاط حق الرجوع في الاولى اعني التعويض
المشروط بالعقد دون الثانية اعني المتأخرة
- ٣٩١ المراد بالزيادة المتصلة المانعة للرجوع هو الزيادة في نفس
الموهوب بشيء يوجب زيادة في القيمة ولا عبرة لزيادة السعر
- ٣٩٤ واما الزيادة المنفصلة كالولد والارث فيرجع الواهب
بالاصل لامكان الفصل دون الزيادة
- ٣٩٥ العين اذا عادت الى ملك الموهوب له بفسخ كان للاول

- الرجوع وان بسبب جديد فلا
 ٣٩٩ اختلفا حين الرجوع فقال الواهب هبة والاخر صدقة القول
 للواهب
- ❖ الفصل الثاني ❖
- « في هبة المريض » ٤٠٢
- ٤٠٥ قال الزوج وهبت لي المهر في صحتها وورثتها في مرضها
 القول للورثة واعتمده في الفصولين
- ❖ الكتاب الثامن ❖
- ٤٠٧ في الغصب والانلاف ويشتمل على مقدمة وباين
 ❖ المقدمة ❖
- « في بيان الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالغصب والانلاف »
- ❖ الباب الاول ❖
- ٤١٢ « في الغصب ويحتوي على ثلاثة فصول »
- ❖ الفصل الاول ❖
- « في بيان احكام الغصب »
- ٤١٣ التغير الفاحش في المنصوب ما يفوت بعض العين او بعض
 نفعها فيتخير المالك بين تسليم الغاصب وتضمين القيمة او
 اخذه وتضمين النقصان
- ٤١٣ الواجب الاصلي في المنصوب هو رد العين والمثل او القيمة

- مخلص وهو الصحيح
 ٤١٤ اذا قال المالك المفضوب هالك بشرط لصحة الدعوى
 بيان القيمة
 ٤١٧ كل موزون يختلف بالصنعة فيمي كتممة
 ٤٢٢ غصب ماله في محل مخوف فرده في ذلك المحل الاظهر عدم
 اجبار المالك على قبوله
 ٤٢٢ الزيادة في المفضوب المغيرة بعض اوصافه ان قيمة قيمتها
 او مثلية فمثلها يدفعها المالك له ويسترد المفضوب ان شاء
 ٤٢٦ شرط في التنوير لانقطاع حق المالك في تغير المفضوب
 امرين تبدل الاسم وان يزول اعظم منافعه
 ٤٢٨ يستثنى في زوال ملك المالك عن المفضوب احد الحجرين
 اذا ضربها الغاصب دراهم او دنانير او صاغها اناة
 ٤٣١ نقص المفضوب بيد الغاصب ان يسيرا ضمن النقصان لملكه
 وان فاحشاً خير المالك بين تضمينه النقصان او تسليمه
 المفضوب وتضمين قيمته في غير الاموال الربوية
 ٤٣٤ انظر الفرق في الحكم بين خروج ملك احد من يده بلا
 قصد وبين خروجه بقصد
 ٤٣٦ ضمان زوائد المفضوب المنفصلة عند استهلاكها او منعها
 من الغاصب اتفاقي والمنصلة لا تضمن عنده خلافاً لما

٤٣٧ اقتصار المادة ١٠٣ على التمثيل بالزيادة المنفصلة مشعر باختيار
قول الامام

الفصل الثاني

٤٣٨ (في المسائل المتعلقة بنصب العقار

٤٣٨ العقار باعتبار ان اليد المبطله ثبتت عليه ويجب رده بتحقق
فيه النصب من هذه الجهة اتفاقاً لعدم اختلافهم في وجوب
الرد

٤٣٨ نشأ الخلاف بينهم في وجوب الضمان وعدمه لو هلك بافة
سماوية ان ازالة الهد في غير المنقول لا تحقق عندهما وعند
محمد تتحقق فيجب الضمان

٤٣٨ الحاصل ان العقار من حيث ان اليد المبطله ثابتة عليه ويجب
رده بتحقيق فيه جميع احكام النصب ما عدا الضمان اذا
هلك بافة سماوية

٤٤٣ تملك البناء او الشجر على الغاصب جبراً بقيته مستحق
القلع فيما لو كان في القلع ضرر فاحش والا يترك ويضمن
الغاصب نقصان الارض

٤٤٥ ضمان نقصان الارض في المادة (١٠٧) هو في ملك ما
نعورف مزارعتها ولا اعمدت لزراعة ولا استجار والا
فعلى الزارع حصه الدهقان المتعارفة

٤٤٦ احد الشريكين في ارض ملك لو زرع كلها غصباً ان
معدة للايجار فعليه اجر مثلها والا ف ضمان النقصان

« الفصل الثالث »

- (في حكم غاصب الغاصب) ٤٤٨
- الخيار للمفصوب في تضمينه الغاصب او غاصب الغاصب ٤٤٩
- الا في مسائل ثلاث فراجعها
- ليس للمفصوب منه بعد اختيار احدها مطالبة الآخر ٤٥٠
- لكن لا بتقرر اختياره الا يرضى من اختياره او بحكم الحاكم
- انما يبرأ الغاصب الثاني برده المفصوب الى الغاصب الاول ٤٥٢
- ان ثبت بيئته بقيتها الغاصب الثاني او بتصديق المالك اياه لا باقرار الغاصب الاول لعدم نفاذ قراره على الغاصب الثاني
- ❦ الباب الثاني ❦
- (في بيان الائتلاف ويحتوي على اربعة فصول) ٤٥٣
- « الفصل الاول في مباشرة الائتلاف »
- المادة ٩٢٢ - افادت ضمان السبب مطلقاً وفي الشرح فروع ٤٦٥
- على انه مقيد بعدم اطلاق صاحب المال حين السقوط ونحوه تدبر
- اكثر ما ذكر من الفروع عند قوله لو فتح زق سمن الخ ٤٦٦
- هي مسائل وجد فيها المباشر فقط ولا متسبب لعدم صلاحية المتخلل للسيببة كالشمس واضرابها فالظاهر ان الضمان فيها
- اتفاقي والقول بان الضمان غلط فاحش فيه نظر
- انما يضاف الحكم الى المباشر دون المتسبب فيما اذا كان ٤٧٤
- السبب لا يعمل بانفراده والا اشتركا في الضمان

* الفصل الثالث *

- (فيما يحدث في الطريق العام) ٤٧٥
- في الحائط المائل للانهدام يكفي للزوم الضمان التنبيه على صاحبه وفائدة الاشهاد اثبات الطلب عند الجحود ٤٨٤
- يشترط في المتقدم كونه من اهل الطلب ومن اصحاب الحق عاماً كان او خاصاً ٤٨٥

* الفصل الرابع *

- (في جنابة الحيوان) ٤٨٩
- هذا الفصل معقود لنفس جنابة الحيوان واما الجنابة عليه فانظر مفصلاً من الشارح ٤٨٩
- الحيوان الذي يخاف منه تلف ادبي اذا اشهد على صاحبه هل هو كالحائط المائل بضمن ما اتلف من نفس لو مال الاكثر نعم ٤٩١
- انما يضاف الحكم الى المباشر دون المنسب اذا كان السبب شيئاً يؤثر بانفراده كالحفر والا فيضاف الحكم الى كل من السائق والقائد والراكب ٤٩٧

* الكتاب التاسع *

- (في الحجر والاكره والشفعة) ٥٠٧
- « ويشتمل على مقدمة وثلاثة ابواب
- لا شفعة في موهوب وموروث وصدقة ولا فيها هو مهر
- او بدل اجارة او صلح عن دم عمد ٥١٤

- كل ما يستوي فيه المزل والجد ينفذ من المحجور وما لا
٥١٩ فلا الا باذن القاضي
- لما كان الحجر على الاقوال لا الافعال فالصبي موأخذ بافعاله
٥٢٠ الا في مسائل
- المراد من الحجر على مثل الطبيب الجاهل واضرابه الحجر
٥٢٣ الحسي اي منهم من ذلك
- الاسقاطات لا تقبل التقييد والتوقيت فهو عام صرح بالنهي
٥٢٨ عن غيره او لا
- تصرف الصغير باذن وليه انما هو كالبالغ فيما يتدد بين
٥٣٠ النفخ والضرر
- بعلم اختلاف الحكم من ذكر الفرق بين مادتي ٩٨٣ و ٩٨٤
٥٤١ ان المولى عليه لا يسلم له ماله الا بالرشد بخلاف من بلغ
رشيداً وتسلم ثم صار سفياً
- الولاية على السفه المحجور للحاكم وهو كالصغير المميز في
٥٤٤ تصرف بمحمل الفسخ
- السفيه كالمصلح في واجباته الدينية الا ان القاضي يدفع
٥٤٦ ما يلزم لما لذي رحم محرمة ثقة للانفاق خوفاً من ان ينفق في السعة
- يفترق المحجور عن المحجور بالدين بان الاول لا يصح
٥٤٨ اقراره مطلقاً والثاني يصح بالمال
- في الخاتبة السفه المحجور بمنزلة الصبي والمأذون فلا يصح التزامه
٥٥٠ ادعي المحجور بالسفه وخصمه البقاء على السفه قدمت
٥٥١

- بينه الرشد
- ٥٥٢ الحجر قول صاحبين المفتى به فلو رفع حكم الحاجر الى قاضٍ آخر فاطلقه لا يصح اطلاقه
- ❖ الفصل الرابع ❖
- (في المديون المحجور)
- ٥٥٢
- ٥٥٣ يباع مال الغائب ان خيف فساده او استغراق نفقة قيمته كما يحجر على ماله ان مديوناً بشرط علمه
- ٥٥٤ الفرق بين الحجر بالدين والحجر بالسفه اشتراط القضاء بالتفليس في الاول لا الثاني
- ٥٥٩ شروط تحقق الاكراه اربعة وادنى مراتبه الذي بعدم الرضا
- ٥٦٣ بيع المكروه يخالف البيع الفاسد في اربع صور
- ٥٧٥ اسقط شفيع الشركة حقه ان قبل الحكم انتقل الحق للجار وان بعد فلا الا بطلب جديد
- ٥٨٢ مبيع له حق شرب او مرور يبيع وحده هل للشركاء في هذا المبيع وحده حتى شفعة ام لا المجلة ليس لهم
- ❖ الفصل الثاني ❖
- « بيان شرائط الشفعة »
- ٥٨٣
- ٥٨٧ رد المبيع على البائع بعد تسليم الشفعة ان كان الرد فسخاً من كل وجه لا يتجدد والا ثبتت للشفيع مجدداً
- ٥٨٨ ثبوت الشفعة في الهبة بشرط العوض اذا لم يكن فيها

- شروع او كان ولكنه فيما لا يقسم كالرحا والحمام
الاصل ان الشفعة تبطل باظهار الرغبة عنها لايها واليه
اشارت المادة ١٠٢٤ فانظر ما ينفرد عليها ٥٩٠
- لا تجري الشفعة في عقار وقع بدلاً عما ليس بمال كبديل
خلع او بدل صلح عن دم عمد او عوض عتق ٥٩٦
- في البيع الفاسد يشترط طلب الشفعة وقت انقطاع حق
البائع عن الاسترداد ٦٠١
- يشترط في طلب الموائبة ان يكون فور العلم من عدد او
واحد عدل عند ابي حنيفة ٦٠٣
- هل يشترط طلبها فور السماع ام يمتد الى آخر المجلس ما لم
يوجد دليل الاعراض يخالف المحلة من مادتي ١٠٢٩ و ١٠٣٢
تحتلها . ٦٠٤
- الاشهاد على البائع بعد تسليمه المبيع الى المشتري هل تسقط
به الشفعة فلا يصح الاشهاد على المشتري بعد ذلك مفاد
المحلة السقوط ٦٠٨
- في شفعة الخليط يحلف المشتري على الشراء وفي شفعة الجوار
على السبب ٦١٤
- قضى بالشفعة قبل احضار الشفيع الثمن فللمشتري حبس
العقار حتى يقض الثمن ٦١٥
- يفهم من مادة ١٠٣٢ جواز الطلب في آخر المجلس ما لم
يوجد دليل الاعراض ٦١٧

- ٦١٩ تأخير طلب الخصومة ان زاد عن شهر لمرض او سفر او
سجن ولم يجد من يوكله لا يسقط حق طلبها
- ٦٢٠ تثبت الشفعة للحمل المولود لاقبل من ستة اشهر الا من مات
ابوه قبل البيع وورث منه فيستحق مطلقاً
- ٦٢٢ اخلف ابو الصغير والشفيع في ثمن دار شراها له القول
للأب ولا يمين عليه

❖ الفصل الرابع ❖

(في بيان حكم الشفعة)

- ٦٢٦ في العقار الواحد اذا تعدد المشتري والبائع واحد او متعدد
للشفيع اخذ نصبب احدهم فقط وبالعكس يأخذ الكل
او بترك
- ٦٢٦ المشتري واحد والبائع متعدد لكن تعدت الصفقة صح
اخذ نصيب اي شاء والمعتبر في الاتحاد العاقد لا المالك
- ٦٢٧ في رجل اشترى خمس منازل من رجل واحد في سكة
غير نافذة بصفقة واحد
- ٦٢٩ شر كاه الشفعة ان طلب احدهم قبل الموائبة والاشهاد
بطلت شفيعته وان بعد الطلبين لا
- ٦٣٢ كان بعض الشر كاه غائباً يقضي بها للحاضرين فلو حضر
شاركهم ان تساووا في القوة وعدمها والا فلا قوى
كالشريك والجار
- ٦٣٣ حط البائع بعض الثمن عن المشتري بظهور في حق الشفيع

- فيأخذ بالباقي او يرجع على المشتري بالزيادة ان كان اوفاه
الحط لا يلتحق باصل العقد ٦٣٣
- الشن ان مثلياً بوأخذ المشفوع بمثله وان قيمياً فقيمه
وقت الشراء ٦٣٤
- الشفيع انما ياخذ بماوجب بالعقد لا بما اعطي بدلا عن الواجب
الشفيع ياخذ المبيع بضمن حال وان كان مؤجلا على
المشتري ٦٣٥
- الشفيع لا يوخر طلب الشفعة الى حلول الاجل والابطال
شفعه ٦٣٥
- بني الشفيع او غرس بعد اخذه المبيع بالشفعة فاستحق
المشفوع لا يرجع على احد بقيمة البناء والفراس
ابتاع ارضاً عليها نخل لا ثم فيها فآثرت بيد المشتري اخذها
الشفيع مع الثمر الا اذا كان جذها المشتري ٦٣٦
- اتفق المتبايعان على شرطية الخيار للبائع وانكر الشفيع
القول لهما والبينة عليه وعند تعارض ترجح بينهما
انظر اقسام الخيل لابطال الشفعة ومواقع كراهتها ٦٤٠

تم فهرس الجزء الثالث

✽ اصلاح خطأ ✽

في صحيفة (٤٧١) للفظ لا يكون غلطاً في الطبع ، والاصوب يكون
في صحيفة (٤٨٦) لفظ الموافقة غلطاً في الطبع ، والاصوب الموافقة

الجزء الرابع

شرح المجتبه

تأليف

العلامة الكبير والفقير المحقق الشهير المرحوم مفتي حمص الاسبق

محمد بن عبداللہ

عني باقام ما فات المؤلف نشره من المواد وبارازه الى عالم
الطبوعات ولده مفتي حمص الحالي

محمد بن عبداللہ

المكتبة الجينية

كانسي روڈ ۰ کوئٹہ
پاکستان

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

الكتاب العاشر

«في انواع الشركة وبشتمل على مقدمة وثمانية ابواب»
المقدمة في بيان بعض اصطلاحات فقهية

المادة ١٠٤٥ - الشركة في الاصل هي اختصاص ما
فوق الواحد بشيء وامتيازهم به لكن تستعمل ايضا عرفاً واصطلاحاً
في معنى عقد الشركة الذي هو سبب لهذا الاختصاص فتقسم الشركة
بناء على هذا الى قسمين الاول شركة الملك وتحصل بسبب من
اسباب التملك كالاشتراء والانتهاج الثاني شركة العقد وتحصل
بالايجاب والقبول بين الشركاء وتأتي تفصيلات القسمين في بابها
المختص وسوى هذين القسمين شركة الاباحة وهي كون العامة
مشاركين في صلاحية التملك بالاخذ والاحراز للأشياء المباحة التي
ليست في الاصل ملكاً لآحد كالماء *

الشركة بكسر فسكون في المشهور ولك فتح الشين مع كسر الراء وسكونها
كافي رد المختار . وقوله «في الاصل» يعني النة . وقوله «هي اختصاص ما فوق

الواحد الخ» تعريف لمعناها اللغوي وهو اولى من قول بعضهم «هي لغة خلط النصبين بحيث لا يتميز احدهما» لانه لا يشمل الاختلاط بلا فعل احد ، ومن قول آخرين «هي اختلاط النصبين فصاعداً» لان الاختلاط صفة المال والشركة فعل الانسان فلا يصح تفسير احدهما بالآخر . وقوله « لكن نستعمل ايضاً عرفاً الخ» يعني فاطلاق الشركة على العقد مجاز علاقته السببية ، لان العقد سبب للاختصاص المذكور . وفي حاشية ابي السعود انه صار حقيقة عرفية . وقوله « فنقسم الشركة بناء على هذا» اي على معناها اللغوي . ولا يجوز ان تكون الاشارة الى معناها المجازي وهو العقد ، لئلا يلزم تقسيم الشيء الى نفسه والى غيره ، لان شركة العقد مقابلة لشركة الملك لا قسمة لها .

المادة ١٠٤٦ - * القسمة عبارة عن التقسيم تعريفها وتفصيلها
بأقي في بابها المخصوص *

لما كانت القسمة تستدعي سبق الشركة في المقسوم ، جعلت احكامها مبينة في المجلة في باب من ابواب كتاب الشركة على خلاف ما جرت كتب الفقهاء ، حيث ذكروا لبيان احكامها لفظ « كتاب » فقالوا « كتاب القسمة »

المادة ١٠٤٧ - * الحايط عبارة عن الجدار والطوبة والچيت وهو ما يعمل من الاغصان جمعه حيطان *

اصله حوطان ، لان الحائط مأخوذ من الحوطان . صارت الواو ياء لانكسار ما قبلها (صحاح)

المادة ١٠٤٨ * المارة كالعامية عبارة عن المارين والعايرين في الطريق العام *

المادة ١٠٤٩ - * القناة بفتح القاف مجرى الماء تحت الارض
قسطلاً أو سباقاً يجمع على قنوات *

المادة ١٠٥٠ - * المسناة بيم مضمومة وسين مفتوحة ونون
مشددة الحد والسد بيني في وجه الماء وحافات فوهات الماء
جمعها مسنياة *

كذا ضبطها في ابي السعود عن المغرب

المادة ١٠٥١ - * الاحياء عبارة عن التعمير وجعل الاراضي
صالحة للزراعة *

هذا التفسير ليس للاحياء مطلقاً بل لاجياء الاراضي . واطلاق لفظ
الاحياء على ما ذكر مجازاً كما هو ظاهر .

المادة ١٠٥٢ - * التحجير وضع الاحجار وغيرها في اطراف
الاراضي من واحد لاجل ان لا يوضع آخر يده عليها *

المادة ١٠٥٣ - * الانفاق عبارة عن صرف المال
وخرجه *

المادة ١٠٥٤ - * النفقة الدراهم والزاد والدخيرة التي تصرف
في الجوائح والتعبش *

المادة ١٠٥٥ - * التقبل تعهد العمل والتزامه *

المادة ١٠٥٦ - * المفاوضان عاقدا شركة المفاوضة *

المادة ١٠٥٧ - * رأس المال عبارة عن السرمابة *

المادة ١٠٥٨ - * الربح عبارة عن الكسب *

المادة ١٠٥٩ - * الابطضاع اعطاء شخص آخر رأس مال على
كون الربح تماماً عائداً له فرأس المال البضاعة والمعطي البضغ والآخذ
المستبضع *

الباب الاول

« في بيان شركة الملك ويشتمل على ثلاثة فصول »

الفصل الاول

(في تعريف شركة الملك ونقسيها)

المادة ١٠٦٠ = شركة الملك هو كون الشيء مشتركاً بين اثنين فأكثر أي مخصوصاً بها بسبب من اسباب الملك كاشتراء واتهاب وقبول وصية ونوارث او بخلط اموالهم واختلاطها في صورة لا تقبل التمييز والتفريق كأن يشتري اثنان مثلاً مالاً او يهبها واحداً او بوصي لهما وبقبلا او يرثاه فيصير ذلك مشتركاً بينهما ويكون كل منهما شريك الآخر في هذا المال . كذلك اذا خلط اثنان بعض ذخيرتهما ببعض او انخرقت عدولهما بوجه ما واختلطت ذخيرتا الاثنين فتصير هذه الذخيرة المخلوطة او المختلطة بين الاثنين مالا مشتركاً

المراد بالملك في قوله شركة الملك الاختصاص كما في رد المختار . وقوله هنا « اي مخصوصاً بها » يشير الى ذلك . فدخل اشتراكها في الحفظ المذكور في المادة (١٠٦٥) الآتية وان لم يجر في هذه جميع احكام الشركة وقوله « بسبب من اسباب الملك » اي سواء كان اختيارياً او جبرياً ، كما يأتي التصريح به . وشمل ما لو كان السبب متعاقباً كما لو اشترى شيئاً ثم اشرك آخر

فيه كما في الدر ، ومسئلة الاشراك فيما اشتراه مذكورة في الدرمتنا وشرحاً آخر
كتاب الشركة ، وفيها تفصيل لا محل لذكره هنا ، فلتراجع - وشمل لفظ الشيء في
قوله « كون الشيء مشتركاً الخ » الدين ، فإن الشركة في الدين من شركة الاملاك
على ما سيأتي التصريح به في المادة (١٠٦٦) والمادة (١٠٦٨)

المادة ١٠٦١ = * لو كان لرجل دينار ولا آخر من جنسه ديناران
فاختلط دينار الرجل بهما بحيث لا يقبل التمييز ثم ضاع اثنان منها
وبقي واحد بكون الباقي بينهما مشتركاً مثلاً ثلثاه لصاحب الدينارين
وثلثه لصاحب الدينار *

روي عن علي بن الجعد قال : سمعت علي بن عاصم قال سألت ابا حنيفة
رحمه الله تعالى عن درهم لرجل ودرهمين لآخر اختلطت فضاع درهمان وبقي درهم
من الثلاثة لا يعرف من ايها هو ، فقال الدرهم الباقي بينهما اثلاثاً . فلقبت بن شبرمة
فسئلته عنها فقال : أسألت عنها احداً ، قلت نعم ، سألت ابا حنيفة ، فقال انه
قال لك الدرهم الباقي بينهما اثلاثاً ، قلت نعم ، قال اخطأ ابو حنيفة لأننا نقول
درهم من الدرهمين الضامين لصاحب الدرهمين بلا شك ، والدرهم الثاني من الضامتين
يحتمل انه من الدرهمين ، ويحتمل انه الدرهم الواحد ، فالدرهم الباقي بينهما نصفان .
فاستحسن جوابه جداً وعدت الى ابي حنيفة وقلت له خولفت في المسئلة ، فقال
القت بن شبرمة وقال لك كذا وكذا ، وذكر جوابه بعينه ، فقلت نعم ، فقال
ان الثلاثة لما اختلطت صارت شركة بينهما بحيث لا تمييز فالصاحب الدرهمين ثلثا
كل درهم ، ولصاحب الدرهم ثلث كل درهم ، فاي درهم ذهب ، ذهب بحصته ،
فالدرهم الباقي بينهما اثلاثاً (كذا في الهندية في اليباب الرابع عشر في المتفرقات
من كتاب الفصيح معزواً للجوهرة)

وتقييد الخلط بالدرهم والدينار تمثيلي ، فان كل ما يتمذرفه التمييز بالخلط

كالخنطة بالخنطة والشعير بالشعير او يتمسر كالخنطة بالشعير ، كذلك ، كما في الدر وغيره .

المادة ١٠٦٢ - * شركة الملك تنقسم الى قسمين اختياري وجبري *

المادة ١٠٦٣ - * الشركة الاختيارية الاشتراك الحاصل بفعل المتشاركين كالاشتراك الحاصل في صورة الاشتراء والاتهاب وقبول الوصي وبخلط الاموال كما تجرر قبل *

انما تثبت الشركة بالخلط اذا كان برضى صاحبي المالكين او فعلهما . فلو خلط احد مال غيره بلا اذنه بماله فيما لا يمكن التمييز بينها بالقسمة ، كخلط دهن الجوز بدهن البذر ودقيق الخنطة بدقيق الشعير ، فالخالط ضامن ولا حق للمالك بالخلوط بالاجماع . وان امكن التمييز بينها بالقسمة ، كخلط الجنس بالجنس مثل الخنطة بالخنطة واللبن باللبن ، فكذلك عندابي حنيفة رحمه الله تعالى . وعندها المالك بالخيار : ان شاء ضمنه مثل حقه وان شاء شاركه في المخلوط واقتسامه على قدر حقه . كذا في الهندية من الباب الخمس من كتاب النصب ، وقامه فيها .

المادة ١٠٦٤ - * الشركة الجبرية الاشتراك الحاصل بغير فعل المتشاركين كالاشتراك الحاصل في صورتي التوارث واختلاط المالكين *

المادة ١٠٦٥ - * اشتراك الودعاء المتعددين في حفظ الوديعة

من قبيل الشركة الاختيارية . اما اذا هبت الريح واقت جبة احد في دارين جماعة فشركة اصحاب الدار في حفظ هذه الجبة نصير من قبيل الشركة الجبرية *

قال الطحطاوي : هذا ليس من قبيل الشركة التي تجري فيها احكام هذا الباب . واجاب في رد المختار بأن المقصود بيان اشتراك اصحاب الدار في الحفظ وثبوت الحق لهم لا لواحد فقط . ولا يلزم من ذكر مسألة في باب جريان جميع احكام الباب فيها ، كالدين المشترك فانه لا تجري فيه جميع احكام العين اه

المادة ١٠٦٦ - * شركة الملاك تنقسم ايضاً الى قسمين شركة عين وشركة دين *

هذا يعني على القول بان الدين يملك . ولذا جازت هبته ممن هو عليه . وقيل لا ، لانه وصف شرعي ولذا لم يجوز تمليكك ممن ليس عليه . والحق انه يملك ولذا لو صالح احد الدائنين عن نصيبه على عين كتوب مثلاً ، ملكه مشتركاً بينه وبين شريكه الآخر . ولو دفع المديون لاحدهما فللاخر الرجوع بنصف ما اخذ . وذكروا ان من حيل اختصاصه بما اخذه ان يهبه المديون ما دفعه اليه ويهب رب الدين المديون حصته من الدين . وهناك حيل اخرى مذكورة في كتاب الصلح (افاده في الدر وحواشيه)

المادة ١٠٦٧ - * شركة العين الاشتراك في المال المعين والموجود كاشتراك اثنين شائعاً في شاة او في قطيع غنم *

المادة ١٠٦٨ = * شركة الدين الاشتراك في مبلغ الدين
كاشتراك اثنين في قدر كذا غرثاً في ذمة انسان *

بأن كان دينها المشترك ناشئاً عن سبب واحد ، كما سيأتي بيانه في
الفصل الثالث

* الفصل الثاني *

« في بيان كيفية التصرف في الاعيان المشتركة »

المادة ١٠٦٩ - * كيفما يتصرف صاحب الملك المستقل بملكه
بتصرف ايضاً في الملك المشترك اصحابه بالاتفاق كذلك *

التقييد باتفاق الشركاء لافادة انه ليس لاحدم التصرف في المال المشترك
بلا اذن الباقين ، لان شركة الملك لا تتضمن الوكالة فكان كل واحد منهم
اجنبياً في حصة غيره ، على ما سيأتي بيانه في المادة (١٠٧٥) وما يليها

المادة ١٠٧٠ = * بسوغ لاصحاب الدار المشتركة ان
يسكنوا فيها جميعاً لكن اذا ادخل احدم اجنبياً الى تلك الدار
فللاخر منعه *

كذا افنى الخير الرملي في فتاواه قائلاً لا يجوز ، يعني ادخال الاجانب ،

لانه تصرف في ملك الغير بغير اذن الآخر ، وان كان مشتركا وهو حرام اه
وتبعه على ذلك في الحامدية . ثم نقل عن القنية ما نصه : دار بين اخوين واختين
ولها زوجتان وللأختين زوجان فالاخوة ان ينعوا زوجي الاختين من الدخول فيها
اذا لم يكونا محرمين لزوجاتها اه

اقول : وهذا مشكل من وجهين ، الاول ان تعليلا الخير الرملي بقوله « لانه تصرف
في ملك الغير الخ » يفيد ان المراد بالاجنبي من ليس له شركة في الدار
وعليه فلا فرق في زوجي الاختين بين ان يكونا محرمين لزوجي الاخوين ، او
لا ، فقيه مخالفة لما يقتضيه كلام القنية كما ترى ، لما علمت ان مفاهيم الكتب
حجة . والوجه الثاني ان تعليلا الخير الرملي المذكور يقتضي ان للاختين ايضا منع
زوجي الاخوين من الدخول لانه ايضا تصرف في ملك الغير بغير اذنه . وما
يقتضيه كلام القنية من تخصيص المنع بزوجي الاختين ، فتعكم ، لان عدم
المحرمة وصف مشترك بين زوجي الاخوين وزوجي الاختين ، فاعتباره في الثاني
دون الاول ترجيح بلا مرجع . ويمكن ان يقال ان الزوجة تابعة في السكنى لزوجها
لوجوب سكناها عليه ، فالسكنى تضاف اليه لا اليها ، فالاخوان لما اسكان
زوجيتيها لان السكنى تضاف اليها وهما شرهكان في الدار ، والاختان ليس لها
اسكان زوجيها لان السكنى تضاف الى الزوجين وهما اجنبيان لا شركة لها
في الدار ، فيمنعان من ذلك .

والظاهر ان مثل زوجي الاخوين اولادهما الصغار ومن تجب نفقته عليهما ،
وكلام والاخت . وبهذا لنحل الاشكال الثاني . لكن يبقى الاشكال الاول ،
تأمل وراجع ، فاني لم ار هذه المسئلة . موضحة في كتاب سوى ما تقدم عن
غريبة والقنية .

المادة ١٠٧١ - * يجوز لاحد اصحاب الحصص التصرف مستقلا

في الملك المشترك باذن الآخر لكن لا يجوز له ان يتصرف تصرفا
مضرا بالشريك *

المقصود من هذه المادة ، بيان ان الأذن المطلوب من احد الشريكين
للآخر بالتصرف في الملك المشترك انما يبيح له التصرف فيه على وجه غير مضر
بالشريك - حتى لو اذن له بتحميل الدابة مثلاً فحملها فوق طاقتها ، بضمن ، لان
مطلق الأذن ينصرف الى المتعارف ، وليس من المتعارف تحميلها فوق طاقتها
واما التصرف بلا اذن ، فستأتي احكامه مفصلة في المادة (١٠٧٥) وما يليها

المادة ١٠٧٢ - * ليس لاحد الشريكين ان يجبر الآخر بقوله
اشتر حصتي او بعني حصتك . غير ان المحل المشترك بينهما ان كان
قابل القسمة والشريك ليس بقائب يقسم . وان كان غير قابل القسمة
فلها التهايب * كما تأتي تفصيلاته في الباب الثاني *

ذكر في الحامدية عن فتاوى قارىء الهداية ، انه اذا باع الشركاء
حصتهم من الثمرة الا واحداً منهم عناداً والمشتري لا يرضى الا بشراء الجميع ،
وكذا اذا أجروا الا واحداً منهم ، لا يجبر الا بي ان يبيع مع الشركاء ، بل
يبعون حصتهم فقط ، اذ تجزئ الثمرة وتقسّم . وكذلك في الدار الموقوفة لا يجبر على
الأجارة بل يؤجر شركاؤه حصصهم ، والمستأجرون يهابشون الممتنع في السكنى
بقدر انصابتهم اه :

وفي الحامدية سئل في دار مشتركة بين زيد وعمرو غير قابلة للقسمة سكنها
زيد وحده ولا يرضى بالسكنى معه وقال اما ان تؤجرني حصتك او تستأجر
مي حصتي او يسكنها كل منا بمفرده بحسب حصته مدة ، فهل له ذلك ؟ - الجواب :
نعم ، وبأمر القاضي زهداً باختيار وجه من الالوجه الثلاثة ، او يخرج منها زيد
وتؤجر لاجني ويقتسم الأجرة بحسب حصصها والحالة هذه . وانني بذلك المرحوم
الجلد عبد الرحمن افندي الهادي اه

المادة ١٠٧٣ - في الاموال المشتركة شركة الملك تقسم
حاصلاتها بين اصحابها على قدر حصصهم . فاذا شرط احد الشريكين
في الحيوان المشترك شيئاً زائداً على حصته من لبن ذلك الحيوان او
تاجه لا يصح *

حتى ان آخذ تلك الزيادة المشروطة ، بضمها لشريكه الآخر . ففي تنقيح
الحامدية ما نصه : مثل فيما اذا كان لكل من زيد وعمرو عقار جار في ملكه بمفرده
فتوافقا على ان ما يحصل من ريع العقار يكون بينهما نصفين واستمرا على ذلك نسع
سنوات والحال ان ريع عقار زيد اكثر ويريد زيد مطالبة عمرو بالقدر الزائد
الذي دفعه لعمرو . بناء على انه واجب عليه بسبب الشركة المذكورة ، فهل يسوغ
لزيد ذلك ؟ - الجواب : الشركة المذكورة غير معتبرة ، فعبث كان ريع عقار
زيد اكثر تبين ان ما دفعه لعمرو من ذلك بناء على ظن انه واجب عليه ، ومن
دفع شيئاً ليس بواجب عليه فله استرداده ، الا اذا دفعه على وجه الهبة واستهلكه
القابض ، كما في شرح النظم الوهباني : وغيره من المعنبرات اه

المادة ١٠٧٤ - في الاولاد في الملكية تتبع الام . مثلاً اذا
كان لواحد حصان فعلا على فرس انثي لا آخر فالفلو الحاصل لصاحب
الفرس الانثي . كذلك اذا كان لواحد حمام ذكر ولا آخر انثي فالفراخ
الحاصلة منها لصاحب الانثي *

هذا ظاهر فيما اذا كان البيض ناتجاً من تلك الانثي . اما لو لم يكن كذلك

كبيض الدجاج فانه يأتي به صاحب الدجاجة من الخارج وتثمد عليه الاشي مدة فيحصل منه الفراخ ، فهل تكون تلك الفراخ للمالك ذلك البيض لانه نتج من ملكه ، او للمالك الدجاجة وعليه ضايف البيض للمالكه حيث افسده ؟ - لم اره ، فليراجع .

وفي الباب السادس من كتاب الشركة في الهندية : اعطى بذر الفيلق رجلاً ليقوم عليه وبعلفه بالاوراق على ان ما حصل فهو بينها ، فقام عليه ذلك الرجل حتى ادرك ، فالفيلق لصاحب البذر وللرجل الذي قام عليه فجمة الاوراق ، واجر مثله على صاحب البذر . ولو كان من احدهما البذر والاوراق ، ومن الآخر العمل ، فالفيلق لصاحب البذر وللعامل اجر مثل عمله . وكذلك لو كان العمل منها . وانما يجوز لو كان البيض منها والعمل عليها ، وان لم يعمل صاحب الاوراق ، لا يضره . وعلى هذا اذا دفع البقرة الى انسان بالطف ليكون الحادث بينها نصفين . فما حدث فهو لصاحب البقرة ولذلك الرجل مثل العلف الذي علفها ، واجر مثله فيما قام عليها . وعلى هذا اذا دفع دجاجة الى رجل بالعلف ليكون البيض بينهما نصفين . والحيلة في ذلك ان يبيع نصف البقرة من ذلك الرجل ونصف بذر الفيلق بثمن معلوم حتى تصير البقرة واجناسها مشتركة بينهما فيكون الحادث منها على الشركة . اهـ

المادة ١٠٧٥ - * كل واحد من الشركاء في شركة الملك اجنبي في حصة الآخر ليس واحد وكيلاً عن الآخر . فلا يجوز تصرف احدهما في حصة الآخر بدون اذنه لكن كل واحد من اصحاب الدار المشتركة . يعتبر صاحب ملك مخصوص على وجه الكمال في السكنى وفي الاحوال التابعة لها كالدخول والخروج * .

قال في الفصل (٣٥) من جامع الفصولين : والاصل ان الدار المشتركة

في حق السكنى وتوابعها تجعل كملك واحد لكل من الشريكين على الكمال ، اذ لو لم يجعل كذلك يمنع كل منهما من دخول وقعود ووضع ائمة ، فتتمطل عليهما منافع ملكها ، وهو لم يجوزاه ومن توابع السكنى الصعود الى سطحها . وكذا ربط الدابة والوضوء ووضع الخشب . ففي الباب التاسع والعشرين من كتاب الكراهية من الهندية : دار مشتركة بين قوم فلبعضهم ان يربط فيها دابة وان يتوضأ فيها ويضع فيها خشبه . ولو عطب به انسان لم يضمن . وليس له ان يحفر فيها بئراً او يني فيها بناء بغير اذن شريكه . وان حفر او بني ، ضمن النقصان ، ويؤمر برفع البناء اه قيد بالسكنى لانه ليس له اسكان غيره سواء كان الشريك حاضراً او غائباً لكن اذا كان غائباً لا يجوز له ذلك ديانة فقط . واما قضاء فلا يمنع منه ، اذ الانسان لا يمنع عن التصرف فيما بيده لو لم ينازعه احد . فلو اجر واخذ الاجر يرد على شريكه نصيبه لو قدر ، والا تصدق به لتمكن الخبث فيه بحق شريكه ، فكان كناصر اجر يتصدق بالاجر او رده على المالك . واما نصيبه ، فيطيب له اذ لا خبث فيه (افاده في الفصل المذكور من جامع الفصولين)

ثم اعلم ان احد الشريكين في الدار انما يحل له السكنى في مقدار حصته فقط ، كما سيأتي في المادة (١٠٨١) وان كان قضاء لا يلزمه اجر لو سكن كلها باعتبار انه مالك لكل الدار ، كما افاده قوله : واما احد الشريكين اذا سكن مدة في الدار الخ

* مثلاً احد الشريكين في البرذون اذا اعاره او آجره بدون اذن الآخر وتلف في يد المستعير والمستأجر فلهذا الآخر ان يضمه حصته . كذلك اذا ركب احدهما البرذون المشترك او حمله بلا اذن يكون ضامناً حصته الآخر . وكذا اذا استعمله مدة فصار مهزولاً ونقصت قيمته يكون ضامناً نقصان قيمة حصته . اما احد الشريكين اذا سكن مدة في الدار بدون اذن الآخر فهو ساكن في ملك نفسه فهذه الجهة لا يلزمه اعطاء اجرة لاجل حصته شريكه . ولا يلزمه

ايضاً ضمان لو احترقت هذه الدار بلا تعدد *

اما عدم لزوم اعطاء اجرة عن حصة الشريك ، فلما تقرر من اعتبار كل واحد من شريكي الدار مالكا لها على وجه الكمال - لكن هذا اذا لم تكن تلك الحصة وفقاً او مال يتيم ، والاّ وجب على الساكن اجرة مثلها . ففي الخيرية : سئل في دار معدة للاستغلال بين بالغ ويتيم وامرأة سكنها الشريك البالغ بلا استئجار حصة يتيم سنة ، هل يلزمه اجرة مثل حصة يتيم ؟ - اجاب : قد اتى كثير من المتأخرين بوجوب اجرة المثل في ذلك ، صيانة لمال يتيم اه . وانت تعلم ان مال يتيم والوقف اخوان . وتقييد الخير الرهلي يكون الدار معدة للاستغلال ، اتفاقاً ، فان الاجرة واجبة وان لم تكن معدة له - ولعله انما ذكر هذا القيد لافادة ان اجرة حصة المرأة الشريكة لا تلزمه وان كانت معدة للاستغلال ، لانه سكن بتأويل ملك . وقد تقدم التصريح بجميع ذلك في المادة (٥٩٦) وشرحها ، فلتراجع .

واما عدم لزوم الضمان لو احترقت بلا تعدد ، فلما سياتي في المادة (١٠٨٧) من ان حصة احد الشريكين في حكم الوديعة في بد الآخر . وقد تقدم في المادة (٧٧٧) ان الوديعة اذا هلكت بلا تعدد من المستودع وبدون صنعه ، لا يضمنها ، لما تقدم في المادة (٩٢) من ان الجواز الشرعي يتنافى الضمان - نعم لو خربت الدار بسبب سكني الشريك ، يضمنها ، لأن الخراب وقع بصنعه . ولذا قال في الدرر : دار بين اثنين سكن احدهما وخربت ، ان خربت بالسكنى ، ضمن اه .

* تنبيه *

ذكر في الحامدية هازبا لصره الفتاوى عن النخ وفتاوى قارىء الهداية مانصه : لما دابة قباع احدها نصيبه وسلمها الى المشتري بغير اذن شريكه فهلكت عند المشتري ، فالشريك يخير بين ان يضمن شريكه او المشتري . فان ضمن الشريك جاز بيعه ، فنصف الثمن له . وان ضمن المشتري ، رجع بنصف الثمن على بائعه ، والبايع لا يرجع بما ضمن على احد ، كما هو حكم الفاضل اه .
وقوله : فنصف الثمن له صوابه « فالثمن له » كما هي عبارة صرّة الفتاوى . او

يقول « فثن النصف له » وتوضيح هذه المسئلة كما يستفاد من جواب سؤال في
الخيرة انه ان ضمن الشريك ، فقد ملك الشريك حصته بالضمان مستنداً الى حين
تسليم الدابة ، فتبين انه دفع الى المشتري ملك نفسه لا ملك غيره ، ونفذ يبعه
النصف ، حتى تم له ملك ما قبض من الثمن ، فليس له الرجوع على المشتري بشيء .
وان ضمن المشتري ، فلا رجوع له بما ضمنه على بائنه ، لانه ايضاً متعد بقبض مال
غيره بلا اذنه ، لانه عامل في القبض لنفسه لا لبائنه ، فصار حكمه كفاصل الفاص
فانه لا رجوع له بما ضمنه على الفاصب - لكن لما كانت حصة الشريك شائعة ،
فالضمان ملكها شائعة ايضاً ، فبطل البيع في نصف ما اشتراه - كما لو اشترى نصف
الدابة من يدمشترها . واذا بطل البيع في النصف كان له الرجوع بنصف الثمن
واعلم ان مبنى الضمان كما في رد ائتمان هو التسليم للمشتري بدون اذن الشريك ،
اذ البيع وحده لا يوجب الضمان لعدم تحقق الغصب به ، كما ذكره في كتاب
الغصب . هذا وقد ذكر في الفتاوى الحامدية ما نصه : سئل في فرس مشتركة بين
زيد وعمرو نصفين وهي تحت يد زيد فدفعها البستاني لترعى في ارض البستان
وفارقه بلا اذن شريكه ثم فقدت منه بلا تعد من البستاني ولا تقصير في حفظها
وتعذر احضارها ، فهل يضمن زيد قيمة نصيب شريكه ؟ - الجواب نعم . والسر في ذلك
ان الشريك حكمه في حصة شريكه حكم المودع ، كما في الخيرة من الشركة ،
فيكون البستاني مودع المودع . قال في التنوير من الوديعة : ولا يضمن مودع
المودع ، فيضمن الأول فقط ان هلكت بعد مفارقتها . وان قبلها ، لا ضمان -
بخلاف مودع الفاصب فيضمن اياً شاء . واذا ضمن المودع رجع على الفاصب اه
واستشكل هذا منقحها العلامة بن عابدين من وجهين . الاول ان ما تقدم
عن صرة الفتاوى يتأني هذا ، لأن الشريك اذا باع نصفه وسلم الكل ، فقد اودع
المشتري نصف الشريك الذي لم يبع . ومع ذلك ثبت له الخيار بالرجوع على ابها
شاء . والثاني ان يكون الشريك مودعاً في حصة شريكه يتأني ما انفقوا عليه من
ان كل واحد من شريكي الملك اجنبي في حصة الآخر
اقول : وكل من الاشكالين ساقط . اما الاول فلان فرق بين قبض
مشتري النصف وبين قبض المودع ، فان الاول عامل لنفسه ، ولهذا لا يرجع بما

ضمن على بائعه . والثاني عامل في القبض لمودعه لأن منفعة حفظ الودبة عائدة الى المودع بخلاف المشتري . واما الثاني ، فانه لا منافاة بين كون احد الشريكين اجنبياً وبين كونه مودعاً . فان المودع ايضاً اجنبي من حيث انه ليس له استعمال الودبة ولا ابداعها ، كما تقرر في بابها . فاغتنم هذا التقرير ، وادفع به شبهة التعارض بين عبارات الفقهاء التجارير .

المادة ١٠٧٦ - * بزراعة احد الشركاء في الاراضي المشتركة لا صلاحية للآخر في طلب حصته من الحاصلات على عادة البلد مثل ثلث او ربع . ولكن اذا نقصت الارض بزراعته فله ان يضمن الشريك الزارع قيمة نقصان حصته *

اعلم ان الكلام على نصرف احد الشريكين بزراعة جميع الارض المشتركة من وجهين . الأول : هل يجوز له ذلك ام لا ؟ وسيأتي بيان حكم هذا في الماد (١٠٨٥) وشرحها . والثاني : ماذا يلزمه لشريكه الآخر لو فعل ، وهو المذكور في هذه المادة . وحاصل ما ذكره انه يلزمه قيمة نقصان الارض اذا نقصت بالزرع ، ولا يلزمه شيء من اجرة المثل او حصه من الزرع وان كانت معدة للاستغلال او المزارعة ، لانه استعملها بتأويل ملك - الا اذا كانت مال وقف او يتيم ، فانه حينئذ يفتى بما هو انفع للوقف ولليتيم . فان كان ثمة عرف في انها تؤخذ مزارعة بالحصه وكان انفع ، اعتبر ، والا فيجب اجر المثل . وان كان نصيبان نقصان الارض انفع منهما ، وجب ضمان النقصان فقط . وطريق معرفة النقصان ان ينظر بكم تؤجر قبل الزراعة وبكم تؤجر بعدها ، فمقدار التفاوت نقصان الارض ، وهذا هو الاقرب للصواب ، واعتمدت عليه المجلة في المادة (٨٨٦)

وهذا كله اذا حضر الشريك بعد ادراك الزرع . فلو حضر قبله واراد قلع الزرع من نصيبه ، يقاسمه الارض فيقلعه من نصيبه ويضمن الزارع نقصان الارض بالزرع . ولو اتفقا على ان يدفع الشريك للزارع نصف البذر لكون الزرع

بينها ، فقبل النبات لم يميز ذلك ، وبعده يجوز . وتقدم جميع ما ذكره موضحاً في
المادة (٩٠٧) وشرحها ، فلتراجع .

المادة ١٠٧٧ - * احد الشريكين اذا اجر لآخر المال المشترك
وقبض الأجرة يعطي الآخر حصته منها *

بني ديانة وان كانت الأجرة المساء تجب قضاء للعائد ، لان المنفعة قد
تقوم بعهده فكانت له . لكن يملكها ملكاً خبيثاً فيجب عليه ان يرد الى
شريكه قدر نصيبه منها لو قدر ، والا تصدق به لتمكن الخبث فيه بحق
شريكه ، كما قدمناه قريباً في شرح الفقرة الاولى من المادة (١٥٧٥) عن جامع
الفصولين . ونقل مثله في الفتاوى الحامدية عن نور العين . ثم اتى بعد ذلك بنحو
ورقئين انه لو اجر احد الشريكين جانباً من الدار المشتركة ثم حضر شريكه ،
فله ان يطالبه باجرة نصيبه من الجانب المأجور مستنداً لما نقله اولاً عن نور
العين ، فدل على ان مراده بقوله « فله ان يطالبه الخ » اي ديانة لا قضاء . وحينئذ
فلا مخالفة بين ما هنا وبين ما ذكره في الخانية وغيرها من انه لو اجر العاصب
المقصوب ، فالاجر المسمى له ولا شيء للمالك . وكذا حكم الفصولي لو اجر ملك
غيره ، وذلك لان المنافع لا تنفوم الا بالمقد ، فكانت الاجرة للعائد ، لان
هذا في القضاء فانهم . حتى لو كانت حصة العاصب مال يتيم او وقف ، كان
الاجر المسمى للعائد ووجب عليه اجرة المثل لجهة الوقف او اليتيم ان كان الأجر
المسمى مساوياً لاجر المثل او دونه . فلواكثر ، يرد الزيادة أيضاً ، بني ديانة ،
او لا تطيب له كما في الخانية ورد المختار وغيرها . ثم رأيت في فتاوى الاقروبي
ناقلاً عن القتيبة ما نصه (بم) : دار بين اثنين غاب احدها واجر الآخر واخذ
الاجرة ، فللعاصب ان يشاركه في الاجرة . قال رضي الله عنه : فهذا اشارة الى ان
العائد لم يملك الاجرة (ص) اشار الى انه يملكها ويتصدق بحصة شريكه للخبث ،
كالعاصب اه وكتب في الهامش : قال (شمس) : او يعطي شريكه لان الخبث

الحقه ، (كذا في حاشية الفقيه اه) وهو يفيد ان في ملك العاقد كل الاجرة
خلافاً ، فلعل المجلة قد مشت على القول بان العاقد لا يملكها ، وما اتفق به في
الحامدية ايضاً جار عليه ، فتأمل .

المادة ١٠٧٨ - يسوغ للحاضر ان ينتفع بقدر حصته من
الملك المشترك في حال غيبة الشريك الآخر اذا وجد رضاه دلالة على
الوجه الآتي بيانه *

حاصل ما ذكر في هذه المادة والمواد الثلاث التالية لها ، ان الحاضر من
الشريكين ليس له ان ينتفع بحصته من الملك المشترك ، الاً باذن الآخر ، لان
انتفاعه بحصته لا يمكن الاً مع انتفاعه بحصة الشريك ايضاً ، وهو غير متمكن من
القسمه او المهاياة لغيبه الشريك . وقد تقرر انه اجنبي في حصة الشريك فيتوقف
على اذنه صريحاً او دلالة ، فاما الاذن صريحاً ، فظاهر . واما الاذن دلالة ،
فضابطه ان الاستعمال الذي لا يختلف باختلاف المستعمل كسكنى الدار وخدمة
العبد وتحميل الدابة ، يكون مأذوناً فيه دلالة . وما يختلف باختلاف المستعمل
كركوب الدابة ولبس الثوب لا يكون مأذوناً فيه . ولا تنس ما تقدم في المادة
(١٠٧١) من ان تصرف احد الشريكين في الملك المشترك باذن الآخر صريحاً
او دلالة انما يجوز اذا لم يكن . مضراً . والا لم يميز ويضمن ، كما اذا حمل الدابة
فوق الحمل العنادر .

المادة ١٠٧٩ - انتفاع الحاضر بالملك المشترك بوجه لا
يضر الغائب بعد رضى من الغائب *

المراد من قوله « لا يضر الغائب » ان لا يكون مما يختلف باختلاف المستعمل

فلا يرد ان هذه المادة تقتضي ان مثل الركوب ولبس الثوب اذا كانت لا يضر
يكون مأذوناً فيه . يرشد الى ما قلنا ما سنذكره في شرح المادة الآتية عن
جامع الفصولين .

المادة ١٠٨٠ - * حيث لا يوجد من الغائب رضى دلالة
على الانتفاع بالملك المشترك المختلف باستعمال المستعمل فلا يجوز لبس
الانبسة المشتركة في غياب احد الشريكين . وكذا لا يجوز ركوب
البرذون المشترك في غيبة احد الشريكين . اما في الاشياء التي لا
تختلف باختلاف المستعمل مثل تحميل وحرث فله استعماله بقدر حصته .
كما لو غاب احد الشريكين في الخادم المشترك فللحاضر استخدامه
في نوبته *

قال في (٣٥) من جامع الفصولين : دار بينها غير مقسومة ، غاب احدهما ،
وجع الحاضر ان يسكن بقدر حصته ، فيسكن الدار كلها . وكذا خادم
بينها غاب احدهما ، فللحاضر ان يستخذه بحصته . وفي الدابة لا يركبها الحاضر
لتفاوت الناس في الركوب ، لا السكنى والاستخدام ، فيتضرر الغائب بركوبها
لا بما اه قال في رد المحتار : وافاد في شرح الوهبانية ان المنع في الركوب خاصة ،
لا في غيره ، كالحرث ونحوه اه

المادة ١٠٨١ - * السكنى في الدار لا تختلف باختلاف المستعمل
بناء عليه اذا غاب احد الشريكين في الدار المشتركة مناصفة فسكن
الآخر ستة اشهر وترك ستة اشهر فانه يجوز له الانتفاع على هذا الوجه .

لكن اذا كانت عياله كثيرة نصير من قبيل المختلف باختلاف المستعمل
وفي ذلك لا يوجد رضى الغائب دلالة *

في الخاتمة : للحاضر ان يسكن كل الدار بقدر حصته . وفي رواية : له
ان يسكن منها قدر حصته . ولو خاف ان تحرق الدار له ان يسكن
كلها اه

والفرق بين الروايتين ان الرواية المشهورة انه لو كان له نصف الدار مثلاً
يسكنها كلها مدة بقدر حصته ، كنصف سنة ، ويتركها نصف سنة . وعلى
الرواية الثانية يسكن نصفها فقط . وهذا اذا لم يخف خرابها بالترك ، فلو خاف
يسكنها كلها دائماً . في الخادم يستخدمه الحاضر بخصته . ومقتضاه انه يستخدمه
يوماً ويتركه يوماً بقدر حصة الغائب اه

وقوله في المادة السابقة « في نوبته » يقتضي ذلك ايضاً . ومثل استخدام الخادم
الحرث على الدابة وتحميلها ، كما هو ظاهر .

وقوله في هذه المادة « وترك ستة اشهر الخ » اختيار للرواية المشهورة . ولا
يخفى ان هذا بيان لما يجوز للحاضر ان يفعله ديانة ، بحيث لا يكون آثماً ، والآن
فانه لو سكنها كلها باعتبار انه مالك لكل الدار ، او في غير نوبته او استخدم
العبد او حمل الدابة كذلك ، فلا يلزمه اجر ، كما تقدم في شرح الفقرة الاولى
من المادة (١٠٧٥) ولكن لو تهدمت او هلك العبد او الدابة بأفة سماوية يكون
ضامناً لحصة الشريك ، لانه غاصب في حصة شريكه ، كما لو ركب الدابة او
لبس الثوب فهلك في نعمة - بخلاف ما اذا تهدمت الدار وهو ساكن في حصته
او نوبته ، فانه لا يضمن ، لانه حينئذ مودع في حصة شريكه ، حيث كان مأذوناً
دلالة . نعم لو كان الهلاك بسبب السكنى او الاستخدام او التحميل ، يضمنها
مطلقاً ، لان الهلاك حصل بضمنه ، فيضمن كيفما كان ، كما قدمناه في شرح الفقرة
الثانية من المادة (١٠٧٥)

وقوله « لكن اذا كانت عياله كثيرة الخ » هذا ما ذكره في رد المحتار بحقاً ،

حيث قال بعد نقل عبارة الفصولين : وهذا ظاهر اذا كان يسكن وحده . اما لو كان له اولاد وعيال كثيرون ، لا شك ان السكنى تنفاوت اكثر من الركوب ، وكذا الاستخدام تنفاوت بكثرة الاستعمال والاشغال ، فليتأمل اه وفيه نظر : فان كون السكنى تختلف عند كثرة السكان ، غير ظاهر . وكذا الاستخدام ، مع ان الخادم من اهل الاختيار . على ان البحث لا يجوز ان يتخصص به نص المذهب ، فتأمل .

المادة ١٠٨٢ - * لا يجوز للحاضر ان يسكن في حصة الغائب في الدار المشتركة اذا كانت الحصص مفرزة ومقسومة . لكن اذا خيف خرابها من عدم السكنى فالحاكم يجوز هذه الحصة المفرزة ويمحفظ اجرتها للغائب *

كذا في الباب السادس من شركة الهندبة ، معزياً لخزانة المفتين . فلو سكن يكون غاصباً وعليه اجرة المثل لو كانت معدة للاستغلال ، اذ لم يبق له شبهة ملك . واستظهر الشارح سليم باز ان المهايأة حكمها حكم القسمة ، اي انه لو تنابا الشريكان بان يسكن احدهما هذا الجانب من الدار والآخر الجانب الآخر ، او ان يسكن كل منهما شهراً ، فليس للحاضر اذا غاب احدهما ان يسكن في نوبة الغائب او في حصته المخصصة بحكم المهايأة اه اقول : لا شبهة انه لا يجوز للحاضر ذلك ديانة . لكن لو فعل هل يكون غاصباً فيضمنها لو هلكت ، وهل يلزمه اجرة المثل عن حصة شريكه الغائب ؟ الظاهر لا ، لما مر جوابه من ان المهايأة قسمة المنافع مع بقاء العين مشتركة ، تأمل .

المادة ١٠٨٣ - * المهايأة انما تعتبر وتجري بعد الخصومة . فاذا سكن احد الشريكين في جميع الدار المشتركة مدة مستقلة

ولم يدفع اجرة حصة الآخر فلا يسوغ لشريكه ان يقول له اما ان
تدفع لي اجرة حصتي عن المدة واما ان لسكن انا بقدر ما سكنت
وانما له القسمة اذا كانت الدار قابلة للقسمة ان اراد او تعتبر المهاباة من
بعد ذلك ان اراد . لكن اذا غاب احد الشريكين فسكن الحاضر
في الدار المشتركة مدة كما مر بيانه آنفا ثم حضر الغائب يجوز له
ان يسكن فيها بقدر تلك المدة *

افاد قوله « لكن اذا غاب الخ » ان صدر المادة موضوع فيما اذا سكن
والشريك الآخر حاضر . وما ذكر من التفرقة بين ما اذا كان حاضراً وبين ما اذا
كان غائباً هو الموافق للغة ، حيث ذكر ان الدار كالارض ، وان للغائب
ان يسكن مثل ما سكن شريكه ، وان الشايع استحسنوا ذلك وهكذا روي عن
محمد وعليه الفتوى (افاده في رد المختار) ومقابلته ما نقله في الدر آخر الشركة عن
الحية حيث قال :

لو واحد من الشريكين سكن	في الدار مدة مضت من الزمن
فليس للآخر ان يطالبه	باجرة السكنى ولا المطالبه
بانه يسكن مثل الاول	لكنه ان كان في المستقبل
يطلب ان يباين الشريكا	يجاب فافهم ودع التشكيكاه

قلت هذا يمكن حمله على ما اذا كان كل من الشريكين حاضراً اذ ليس
فيه التصريح بان احدهما غائب . نعم نقل في رد المختار عن القنية مثل ما
في الحية ، مصرحاً بان احدهما غائب ، فهو ماش على خلاف ما
عليه الفتوى .

ولا يخفى ان جميع ما ذكر اذا لم يكن حصة الشريك الآخر وفقاً
او مال يتم ، والا وجب اجر المثل كيفما كان ، كما تقدم ، وهو ظاهر .

المادة ١٠٨٤ - * احد الشريكين الحاضر اذا اجر الدار
المشتركة فاخذ من اجرها حصته وحفظ حصة الغائب جاز وحين
حضور الغائب ياخذ حصته منه *

ولو ضاعت في يده يضمنها للغائب ، كما نبيء عنه المادة (١٠٨٦) الآتية .
وفي جامع الفصولين : ارض و كرم بين حاضر وغائب او بين بالغ و يتيم فال حاضر
او البالغ يرفع الامر الى القاضي . ولو لم يرفع ففي الارض يزرع بحصته ويطيب
له ذلك ، وبقوم على الكرم لبييع ثمرة وياخذ حصته ، ووقوف حصة الغائب
ويسم له ذلك . واذا قدم الغائب ضمنه القيمة او اجاز البيع . وذكروا في موضع
آخر عند محمد رحمه الله تعالى : لو اخذ الشريك حصته من الثمر واكله ، جاز ،
وبيع نصيب الغائب ويحفظ ثمنه . فلو حضر صاحبه ، تخير ، كما مر . ولو لم يحضر
فهو كلقطة قال (ث) : هذا استحسان ، وبه نأخذ . قال : ولو ادى الخراج
كان متبرعا له - اي لانه قضى دين الشريك بغير امره وهو متمكن من ان يرفع
الامر الى القاضي ليأمره بذلك (خاتمة)

المادة ١٠٨٥ - * يجوز لاحد الشريكين في الارض المشتركة
ان يزرع كامل الارض عند غيبة الشريك الآخر اذا علم ان الزراعة
تنفعها ولا توجب نقصانها وعند حضور الغائب يزرع تلك الارض
بقدر تلك المدة التي زرعا الآخر . واذا علم ان ترك زراعة الارض
نافع لها وموئدا الى قوتها وزراعتها توجب نقصانها فحينئذ لا يوجد
اذن الغائب دلالة في زراعتها . بناء عليه فالشريك الحاضر يزرع من
تلك الاراضي مقدار حصته . مثلاً اذا كانت مشتركة مباصفة يزرع

نصفها وفي السنة الآتية اذا اراد الزراعة كذلك يزرع هذا النصف .
والا فلا يسوغ له ان يزرع في سنة هذا الطرف وفي السنة الثانية الطرف
الآخر . فلو زرع كامل الاراضي فيكون للغائب عند حضوره ان
بضمه نقصان حصته من الارض . وهذه التفصيلات السابقة على تقدير
عدم مراجعة الحاضر الحاكم في ذلك . اما عند مراجعة الحاكم فعلى كل
حال لاجل عدم ضياع العشر او الخراج بأذن له الحاكم بزراعة كامل
الارض . وعلى هذا التقدير لا يسوغ للغائب عند حضوره دعوى نقصان
الارض *

كذا في البحر والهندية ورد المختار وغيرها . وقوله « اما عند مراجعة الحاكم الخ »
هذه المسئلة نقلها في تنقيح الحامدية عن القنية معزيا لواقعات الناطني

المادة ١٠٨٦ - * اذا غاب احد الشريكين في البستان المشترك
يكون الآخر قائماً على ذلك البستان وعند ادراك الثمرة يأخذ حصته
منها وله ايضاً بيع حصة الغائب وحفظ ثمنها . لكن يكون الغائب عند
حضوره مخيراً ان شاء اجاز البيع واخذ الثمن المحفوظ وان شاء لم يجوز
وضمه حصته *

تقدم نقله عن جامع الفصولين في شرح المادة (١٠٨٤) ومثله في الخانية ايضاً

المادة ١٠٨٧ - * حصة احد الشريكين في حكم الودبعة في

يد الآخر . فاذا اودع احدهما المال المشترك بدون اذن فتلف يكون
ضامناً حصة شريكه راجع المادة (٧٩٠)

وليس له تضمين مودع الشريك الا اذا كان الهلاك بتمدد منه او نقصير ،
فحينئذ يخير في تضمين ابها شاء . فان ضمنها الشريك يرجع على المودع . وان
ضمنها المودع فلا رجوع له على احد ، كما صرحت به تلك المادة . وكذا لو
اطر او اجر او رهن فهلكت او انتقصت قيمتها كان ضامناً حصة شريكه ، كما
صرحت به المادة (٧٩٢) ولو منع احد الشريكين الدابة المشتركة من شريكه بعد
الطلب يكون ضامناً لو هلكت ، كما اتفق به في الحامدية والخيرية ، الا اذا كان
الذم لعذر كبعدها عنه حين الطلب ، والا اذا تركها الطالب وذهب راضياً بعد
المنع ، لانه انشاء ابداع كما هو حكم الودعة على ما مر في المادة (٧٩٤) وشرحها .
ودفع المواشي المشتركة الى الاجير العام كالراعي بلا اذن الشريك الاخر ابداعاً ،
فيكون ضامناً ، بخلاف ما اذا دفعها الى اجيره الخاص ، كما في جامع الفصولين
به اتفق في الحامدية .

المادة ١٠٨٨ - * احد الشريكين ان شاء باع حصته من شريكه وان
شاء باعها من اجنبي بدون اذن شريكه . راجع المادة (٢١٥) لكن
في صور خلط الاموال واختلاطها التي بينها في الفصل الاول لا يسوغ
لاحد الشريكين في الاموال المخلوطة او المختلطة ان يبيع حصته
لاخر بدون اذن شريكه *

والفرق ان الشركة اذا كانت بينها من الابداء بان اشترى باحطة او
ورثاها ، كانت كل حبة مشتركة بينها ، فيبيع كل منها نصيبه شائعاً جائزاً من

الشريك والاجنبي ، بخلاف ما اذا كانت بالخلط والاختلاط ، كان كل حبة مملوكة بجميع اجزائها ليس للآخر فيها شركة . فاذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على تسليمه الا مخلوطاً بنصيب الشريك فيتوقف على اذنه ، بخلاف بيعه من الشريك للقدرة على التسليم والتسلم اهـ (فتح ومجر) .

قلت ومثل الخلط والاختلاط بيع ما فيه ضرر على الشريك او البائع او المشتري ، كبيع الحصة من البناء او الفراس وبيع بيت معين من دار مشتركة اهـ ونقدم الكلام على جميع ذلك مستوفى في شرح المادة المذكورة اعلاه .

المادة ١٠٨٩ - بعض الورثة اذا بذر الحبوب المشتركة باذن الكبار او وصي الصغار في الاراضي الموروثة تصير جملة الحاصلات مشتركة بينهم ولكن لو بذر احدهم حبوب نفسه فالحاصلات له خاصة لكن بكون ضامناً لبقية الورثة حصة نقصان الارض بزراعته راجع المادة ٩٠٧ *

ذكر في رد المحتار آخر كتاب المزارعة نقلاً عن التارخانية وغيرها : مات رجل وترك اولاداً كباراً وصغاراً وامراً ، والكبار منها او من امراء غيرها ، فحراثت الكبار وزرعوا في ارض مشتركة او في ارض الغير كما هو المعتاد والاولاد كاهم في عيال المرأة تتعاهدم وهم يزرعون ويجمعون الغلات في بيت واحد وينفقون من ذلك جملة ، قال : نصارت هذه واقعة الفتوى . وانفقت الاجوبة انهم ان زرعوا من بذر مشترك بينهم باذن الباقيين لو كباراً او اذن الوصي لوصاراً ، فالغلة مشتركة وان من بذر انفسهم او بذر مشترك بلا اذن ، فالغلة للزارعين اهـ

المادة ١٠٩٠ = * اذا اخذ احد الورثة مبلغاً من الدراهم من

التركة قبل القسمة . ان اذن الآخرين وعمل فيه وخسر تكون
الخسارة عابدة اليه . كما انه اذا ربح لا يسوغ لبقية الورثة طلب حصة
منه *

لانه اما غاصب او مستودع ، وكل منها استرجع فيما في يده لنفسه ، يكون
ربحه له لا للمالك - لكن يملكه ملكاً خبيثاً سبيله التصديق به على الفقهاء .
وفي الحامدية عن الفتاوى الرحيمية : سئل عن مال مشترك بين ايتام وامم
استرجعه الوصي للايتام هل نستحق الام ربح نصيبها اولا ؟ - اجاب : لا
نستحق الام شيئاً مما استرجعه الوصي بوجه شرعي لغيرها ، كاحد الشريكين
اذا استرجع من مال مشترك لنفسه فقط ، ويكون ربح نصيبها كسباً خبيثاً ، ومثله
سبيله التصديق على الفقهاء اه

اقول : ويظهر من هذا وما قبله ، حكم ما لو كان المباشر للعمل والسعي
بعض الورثة بلا وصاية او وكالة من الباقيين اهما في الحامدية . اقول : الظاهر
ان الوصي لا يملك التصديق بما استرجعه للايتام ، لان ذلك صار ملكاً لهم وان
كان خبيثاً ، فلا يملك التبرع به . نعم اذا بلغ الايتام وعلموا بذلك ، يلزمهم
التصدق به . وليحذر .

(الفصل الثالث)

« في بيان الديون المشتركة »

المادة ١٠٩١ - اذا كان لاثنين او اكثر في ذمة واحد
دين ناشئ من سبب واحد فهو دين مشترك شركة ملك بينهم واذا
لم يكن سببه متحداً فليس بدين مشترك كما يظهر ويتضح في

المواد الآتية *

المراد ان الدين لا يكون مشتركاً بين الشريكين ما لم يكن سببه نخداً حقيقياً وحكماً . فلو اختلف حقيقة وحكماً او حكماً فقط ، لا يكون مشتركاً . ومن الثاني ما سياتي في المادة (١٠٩٥) من قوله « ولو ذكر حين البيع مقدار حصة كل واحد من الشريكين الخ » افاده في الهندية .

المادة ١٠٩٢ - * كما ان اعيان المتوفى المتروكة مشتركة بين الورثة على حسب حصصهم كذلك يكون الدين الذي له في ذمة شخص مشتركاً بينهم على حسب حصصهم *

ومثل الدين الموروث الدين الموصى به لرجلين ، فانه ايضاً مشترك بينهما ، كما في رد المختار عن حاشية ابي السعود .

المادة ١٠٩٣ - * من اتلف مالاً مشتركاً لانا س فبلغ الضمان يكون مشتركاً بين اصحاب المال *

الظاهر ان المراد من الاتلاف ما يعم الاتلاف الحكي ، كما اذا هلك المال المشترك في يد الغاصب مطلقاً ، او عند المودع او المستعير او المستأجر وقد تعدى او قصر او خالف اذن المالك . وكذا لو حفر بئراً في غير ملكه فتردى فيه حيوان مشترك بين اثنين حتى وجبت عليه قيمته ، فان مبلغ الضمان ايضاً دين مشترك بين مالكي المال ، وليراجع .

المادة ١٠٩٤ - * اذا اقترض شخصان مبلغاً مشتركاً بينهما

لآخر صار الدين الذي في ذمة المستقرض مشتركاً بينهما . واما اذا
اقترض اثنان الى آخر دراهم على طريق الانفراد كل على حدة فلا يكون
الدين الذي في ذمة المستقرض مشتركاً بين الاثنين بل كل واحد
داين على حدة . *

وان كتب على المستقرض صكاً واحداً بالفرضين ، لان كل فرض واجب
بمقد على حدة .

المادة ١٠٩٥ - * اذا بيع مال مشترك بصفقة واحدة ولم يذكر
حين البيع حصة كل واحد من الشركاء فالدين الذي في ذمة المشتري
من ذلك دين مشترك . ولو ذكر حين البيع مقدار حصة كل واحد
من الشركاء او تعين نوعها كان يقال مثلاً حصة احدهما كذا
وحصة الآخر كذا دراهم او حصة احدهما كذاخالصة وحصة الآخر
كذا مفشوشة مع تفريق الحصص وتمييزها صار كل واحد دايناً على
حده ولا يكون ثمن المبيع مشتركاً بين البائعين . كذلك لو
باع احدهما حصة شايعة الى رجل وباع الآخر حصة الى هذا الرجل
فكل واحد منهما داين ولا اشتراك في ثمن الجميع *

الاشترك في ثمن المبيع لا يشترط فيه ان يكون المبيع مشتركاً ، بل هو اعم
من ان يكون مشتركاً كما ذكر في هذه المادة ، او لا كما ذكر في المادة التالية لهذه .

وانما لم يكن الثمن مشتركاً فيما اذا ذكر حصة كل واحد من الثمن او يمين
نوعه ، لا ذكرنا في شرح المادة (١٠٩١) من ان الدين لا يكون مشتركاً ما لم
يتخذ سببه حقيقةً وحكماً . وفي هذه الصورة وان اتحد السبب حقيقةً لاتحاد
الصفة فيه ، لكنه مختلف حكماً لأن تفرق التسمية في حق الباعين كتفرق
الصفة ، بدليل ان المشتري ان يقبل البيع في نصيب احدها ، ومثل تفرق التسمية
بتمييز نصيب احدها عن الآخر وصفاً ، كما في المنح .

ثم ان اطلاق هذه المادة يقتضي ان الثمن لا يكون مشتركاً عند تفرق
التسمية او تعيينه وصفاً ، وان كانا متساويين فيه بان باعا بالف لكل خمسية .
وهكذا اطلق الزبلي فإنه قال في تصوير ما كان الدين فيه مشتركاً بأن كان
لكل واحد منهما عين على حدة او كان لهما عين واحدة مشتركة بينها وباعا الكل
صفة واحدة من غير تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما اه

وعبارة الهندية عن الظهيرة : وعن خزانة المفتين : ولو ستمى كل واحد منهما
لنصيبه ثمناً على حدة فقبض احدهما شيئاً من الثمن ، لم يكن للآخر ان يشاركه في
المقبوض في ظاهر الرواية اه فاطلاق هذه النصوص يشمل ما اذا كانا متساويين فيما
سماه كل واحد لحصته من الثمن ، كما ترى .

لكن ذكر في تكملة رد المحتار المسألة قرة عيون الأختيار ما نصه : وانما اتحد
الصفة اذا اتحد اللفظ وقدر الثمن ووصفه كأن قالوا بعناك هذا العبد بألف لكل
خمسية ، فقبل ، كان صفة واحدة . اما لو باع احدهما بخمسية ثم الآخر
بخمسية ، او باعاه بألف على ان لا يحدها خمسية بيضاء وللآخر سوداً ، او لاحدهما
ستائة وللآخر اربعمائة ، فذلك كله صفتان ، فلا يشارك احدهما الآخر فيما
قبض ، كما يفهم من المنح اه .

اقول : ما في المنح منقول عن النهاية ، ومن تأمله حق التأمل فهم منه غير
ذكره صاحب التكملة . وقد اوضح المراد منها محشى الزبلي ، اعني الشاي ، حيث
قال ، عند قول الزبلي في عبارته التي نقلناها عنه آنفاً « باعا الكل صفة واحدة »
ما نصه : قال الكالي ، واظنه هو صاحب النهاية : ولا بد من قيد آخر ، وهو ان يزداد على
هذا ويقال ، اذا كان صفة بشرط ان يساوبا في قدر الثمن وصفته لانها لو باعا صفة

واحدة ونصيب احدها اكثر ثم قبض احدهما شيئاً ، لم يكن للاخر ان يشاركه حتى يستوفي الزيادة . وكذلك لو كان نصيب احدهما دراهم نخبة ونصيب الآخر سوداً نقبض السود ، ليس للاخر ان يشاركه . (ذكره في المبسوط) اه - فافاد ان مشاركة احدهما للاخر فيما قبضه عند اتحاد سبب الدين يعني الصفقة حقيقة وحكماً ، مقيداً بما اذا كان المشر به كان في نفس الامر متساويين في ثمن المبيع قدرأ وصفة . حتى لو كانت حصة احدهما في نفس الامر اكثر من حصة الآخر فإن لصاحب الحصة الزائدة ان يختص بما قبضه الى ان بصيرا متساويين في قدر الدين . ومتى تساويا صاروا شر بكمين فيه . وكذا لو كانت حصة احدهما من الثمن أيضاً والآخر سوداً كانت للقباض ان يختص بما قبضه من نوع حصته . وبهذا تعلم سقوط قول صاحب النكلة « وانما اتحاد الصفقة الخ » فان هذه العبارة بالمعنى لا وجود لها في المنح ولا في غيره . فتلخص من هذا كله انه متى سمي احد الشريكين لحصته ثمناً او عين لها وصفاً ، لم يكن لاحدهما ان يشارك الآخر فيما قبضه ، لا اختلاف سبب الدين ، وهو الصفقة ، حكماً وان اتحاد حقيقة . ومتى اتحاد السبب ، وهو الصفقة ، حقيقة وحكماً ، كان له ان يشارك ، الا اذا كانت حصة احدهما في نفس الامر اكثر من حصة الآخر ، فإن المشاركة تمتنع الى ان بصيرا متساويين فيما بقي في ذمة المشتري ، والا اذا كان حصة احدهما في نفس الامر معينة وصفاً ، فحينئذ لا مشاركة اضلاً ، كالمعنى ما حين عقد البيع . وهذا على ما نقله في المنح وحاشية الشامي عن النهاية ، فتأمل . هذا ما ظهر لي ، فتدبره .

المادة ١٠٩٦ - * اذا باع اثنان مالهما بصفقة واحدة الى رجل مثلاً لو احد حصان وللآخر فرس فباعها معا بكذا غروشاً يكون المبلغ المذكور ديناً واحداً مشتركاً بين الباعين . وان سمي كل واحد منهما ثمناً معلوماً صار كل واحد منهما دائماً على حدة لا يكون ثمن الحيوانين ديناً مشتركاً . كذلك لو باع اثنان مالهما لآخر كل على حدة

فالثمن المبيع لا يكون ديناً مشتركاً بل كل منهما دابن مستقل *

لا فرق بين هذه المادة وما قبلها الا من حيث ان المبيع مشترك في تلك وغير مشترك في هذه . ولاننس ان تعين حصة كل واحد منها من الثمن وصفاً كتفريق نسبة الثمن

* فرع *

في تكللة رد المختار : سئل الشلي عن دار مشتركة بين ثلاثة اوقاف كل وقف له حصة معلومة ومستحقون مختصون به ، فاذا قبض بعض النظار شيئاً من الاجرة هل لباقي النظار ان يشاركه في المقبوض ، ام لا ؟ فاجاب بان لباقي النظار الشركة فيما قبضه اقدم ، حيث صدرت الاجارة منهم صفقة واحدة ، قياساً على ثمن المبيع صفقة واحدة اه وتعبه العلامة الحموي بان جوابه انما يصح اذا كان ما آجره كل من النظار مميئاً غير مشاع . واقول : هذا انما يرد لو صدرت الاجارة في بعض الدار ، لما يلزم عليه حينئذ من اجارة المشاع لغير الشرك . ولا شيوخ هنا لصدور الاجارة في كل الدار ، فتنبه اه ما في التكللة .
اقول : مراد الحموي ان جواب الشلي مسلم اذا آجر النظار جميع العقار صفقة واحدة . اما لو آجر كل واحد منهم حصة وقفه ، فلا وان كانت الاجارة غير صحيحة ، اقدم اتحاد السبب . تأمل .

المادة ١٠٩٧ - * اذا ادى اثنان دين رجل بسبب كفالتها

فان ادياه من مال مشترك بينهما فالمطلوب من المكفول دين

مشترك *

المادة ١٠٩٨ - * رجل امر ائتين بتأدية دينه كذا غروشاً

فادياه فان كان من مال مشترك بينهما فما يطلبانه من الامر يكون

ديناً مشتركاً . وان كان ما ادياه ليس بمشترك ولكن دفعاً ذلك معاً
فمجرد هذا الدفع لا يكون مطلوباً منه ديناً مشتركاً ❀

المراد ان كل واحد منها دفع نصف دين الأمر من ماله على حدة . اما لو خلط
المالين قبل الدفع بحيث لا يتميز احدهما عن الآخر ، ثم ادياه ، فقد صار الدفع
من مال مشترك بالخلط ، كما هو ظاهر .

هذا وقد ذكر في الهندية عازياً للمحيط ما نصه : ولو امر رجل رجلين ان
يشترى باله جارية فاشترىاها ونقدا الثمن من مال مشترك بينهما او من مال متفرق ،
لم يشتركا فيما يقبضان من الأمر ثم ذكر مثل ما تقدم في المادة (١٠٩٧) عازياً
لخراتمة المفتين والظهيرية . ومثل ما في هذه المادة عن المحيط ، فليُنظر الفرق
بين المستثنين .

المادة ١٠٩٩ - ❀ اذا كان الدين غير مشترك فكل واحد
من الدائنين يستوفي دينه من المدينون على حدة وما يقبضه كل واحد
يحسب من دين نفسه ليس للدائنين الآخرين بأخذ منه
حصه ❀

والمدينون في هذه الصورة ان يقدم من اراد من دائنيه ويؤخر من اراد ، لانه حي
قائم له ولاية على نفسه وامواله ، كما في الحامديه - الا اذا كان محجوراً عليه من
الحاكم بطلب بقية الغرماء ، كما تقدم في المادة (٩٥٩) والمادة (٩٩٩)

المادة ١١٠٠ - ❀ اذا كان الدين مشتركاً فكل واحد من
الدائنين له طلب حصه من المدينون . وفي غيبة احد الدائنين عند مراجعة

الداين الآخر الحاكم وطلب حصته من المديون بإمر الحاكم ذلك
المديون بأداء حصته ❀

في الفتاوى الاقروبية : لاحت الشر بكن او لاحت الورثة ان يطلب نصيبه
من المديون من الدين المشترك بينها بسبب واحد حال غيبة الباقيين اه معزباً للفتية .
وفي الهندية عن الصغرى : اذا كان لثلاثة دين مشترك على انسان فتاب اثنان منهم
وحضر الثالث فطلب حصته ، يجبر المديون على الدفع اه ومعلوم ان الجبر يكون من
طرف الحاكم .

المادة ١١٠١ = ❀ ما يقبضه كل واحد من الدائنين من الدين
المشترك يكون مشتركاً بينهما وللشريك الآخر اخذ حصته منه ولا
يسوغ للقابض ان يختص به وحده ❀

اذ يلزم عليه نسمة الدين قبل القبض ، وهذا غير جائز (جمع الانهر) وانما
بأخذ منه نصف ما قبض بعينه سواء كان اجود من الدين او ارداً . وان اراد
القابض ان يعطيه من مال آخر ، لا يكون له ذلك ، الا ان يرضى . وكذلك
لو اراد هو ان يأخذ من القابض مثلها ، ليس له ذلك الا يرضى القابض (هندية)
وقوله : « للشريك الآخر اخذ حصته منه » يعني ان شاء ، لانه عين حقه من
وجه ، فيرجع على الغريم بالباقي . وان شاء رجع على الغريم لأن حقه عليه في
الحقيقة . فلورجع على الغريم ثم نوى المال عليه بان مات مفلساً ، كان له ان يرجع
بحصته على القابض ، كما سيأتي في المادة (١١٠٥) لأن التسليم للقابض مقيد بشرط
سلامة الباقي له ، فاذا لم يسلم له ، رجع عليه كما في الحوالة - لكن ليس له ان
يرجع في عين تلك الدراهم المقبوضة ، لان حقه فيها قد سقط بالتسليم ، فلا يعود
حقه بالنوى ، ويعود الى ذمته في مثلها (زبلي) واعلم ان المقبوض قبل المشاركة

باق على ملك القابض ، لان المقبوض عين الحق من وجه ، حتى كان للطالب ان يأخذ منه اذا ظفر به بنير اذن الغريم . ولهذا الوجه كان للشريك اخذ حصته من المقبوض وغيره من وجه ، لان العين غير الدين حقيقة ، لان الدين وصف ثابت في الذمة وقد قبض العين بدلا عن حقه ، ولهذا الوجه يملكه القابض حتى ينفذ تصرفه فيه ، فيضمن لشريكه حصته (افاده في الدرر والزبلي)
ولو اراد القابض ان يختص بما يقبضه ولا يرجع عليه شريكه ، فالحيلة فيه ان يهبه الغريم قدر دينه وهو يبرىء الغريم عن دينه ، او يبيع الطالب من الغريم كتنا من زيب او نحوه بقدر نصيبه من الدين ، ثم يبرئه عن الدين وبأخذ ثمن الزيب (افاده في البحر وغيره) .

المادة ١١٠٢ - * اذا قبض احد الدائنين من الدين المشترك حصته واستهلكها فلشريكه ان يضمه حصته منها . مثلا مبلغ الف قرش دين مشترك بين اثنين مناصفة فقبض احدهما من المديون خمسمائة واستهلكها فللداين الاخر ان يضمه مائتين وخمسين وخمسمائة تبقي بين الاثنين مشتركة *

ومن الاستهلاك ما لو وهب القابض ما قبضه من آخر او قضى به دينه واشترى به شيئا فلشريكه ان يضمه حصته منه وليس له ان يأخذ عينها من الموهوب له او البائع ، كما في الهندية ، لما قدمنا اتفاقا من ان المقبوض قبل المشاركة يملكه القابض فينفذ تصرفه فيه ، والتقييد بالاستهلاك سيأتي محترزه في المادة (١١٠٦)

المادة ١١٠٣ - * احد الشريكين في الدين المشترك اذا اشترى بحصته متاعا من المديون ولم يقبض منه شيئا فلا يكون الدائن الاخر

شريكاً في ذلك المتاع لكن له ان يضمه حصته من ثمن ذلك المتاع . وان انفقا على كون المتاع مشتركاً بينهما كان كذلك *

وانما لم يكن له ان يشار به فيما اشتراه كما كان له ان يشار به فيما قبضه على ما تبين في المادة السابقة ، لان ما قبضه هناك عين حقه من وجه وبدله من وجه آخر ، كما قررناه هناك ، وما اشتراه هنا مبادلة من كل وجه ، فليس له ان يشار به فيه . ولكن يضمه حصته من الدين ان شاء ، لانه صار قابضاً لنصيبه بالمقاصة . وان شاء رجع على الغريم ، لان حقه عليه في الحقيقة (افاده الزبلي)

المادة ١١٠٤ - * اذا صالح احد الشريكين في الدين المشترك المديون على حقه منه على اثواب بزٍ وقبضها فهو مخير ان شاء اعطى شريكه مقدار ما اصاب حصته من الاثواب وان شاء اعطاه مقدار حصته من الحق الذي تركه *

حاصل هذه المادة وما قبلها ان احد الشريكين في الدين اذا اشترى بنصيبه صلعة ، ليس له الخيار بل يضمن له ربع الدين - بخلاف ما اذا صالح عن نصيبه على صلعة كالثوب مثلاً ، حيث يكون المصالح بالخيار : ان شاء دفع اليه نصف الثوب ، وان شاء دفع اليه ربع الدين .
وجه الفرق ان مبنى الصلح على الخطيئة والتجاوز بدون الحق ، وما صار اليه ، الا لضرورة داعية . فاذا الزمناه دفع ربع الدين يلزم الضرر ، لانه قد لا يبلغ قيمة الثوب كله ربع الدين ، بخلاف الشراء ، لان مبناه على الماكسة دون التجاوز ،

فلا يلزم الضرر في الزام دفع الربح .

ثم اذا اختار دفع نصف ما صالح عليه اثبتنا للشريك الخيار بين قبوله وبين رده والرجوع على الغريم بحصته من الدين ، فيسلم ما في ذمة الغريم له دفعا للضرر عنها بقدر الامكان اهـ (ملخصاً من الزبلي وحاشية الشامي عليه) .

ثم ان كون المصالح عليه ثوباً ، ليس قيداً وانما المراد منه ان لا يكون من جنس الدين . فلو صالح على ما هو من جنس الدين فإنه يشاركه فيه او يرجع على المدين ، وليس للقابض فيه خيار لانه بمنزلة قبض بعض الدين (مجمع الانهر) قال : ولا فرق بين ان يكون الصلح عن اقرار او سكوت او انكار اهـ

وقيد بكون المصالح منه ديناً مشتركاً لأنه لو كان الصلح عن عين مشتركة يختص المصالح بيد الصلح . وليس لشريكه ان يشاركه فيه لكونه معاوضة من كل وجه ، لان المصالح عنه مال حقيقة ، بخلاف الدين (زبلي) فليحفظ ، فإنه كثير الوقوع .

وفي الخاتمة : رجلان ادعيا ارضاً او داراً في بدرجل وقالوا هي لنا ورتناها من ايننا فمحمد الذي هي في يده فصالحه احدهما عن حصته على مائة درهم فاراد الابن الآخر ان يشاركه في المائة ، لم يكن له ان يشاركه ، لان الصلح معاوضة في زعم المدعي فداء عن اليمين في زعم المدعي عليه ، فلم يكن معاوضة من كل وجه فلا يثبت للشريك حق الشركة بالشك . وعن ابي يوسف في رواية : لشريكه ان يشاركه في المائة اهـ (كذا في رد المحتار)

اقول : تأمل في قوله « فلم يكن معاوضة من كل وجه » مع ما علل به الزبلي من انه معاوضة من كل وجه . وافاد الشلبي انه معاوضة من كل وجه ان كانت عن اقرار ، ومعاوضة في زعم المدعي ان كان عن انكار . ولا يخفى ان تعليل قاضي خان يقتضي انه لو كان معاوضة من كل وجه بأن كان الصلح عن اقرار كان لشريكه ان يشاركه في المائة ، وهو مخالف لما في الزبلي ، فإنه جعل كونه معاوضة من كل وجه علة لعدم المشاركة . وما في الزبلي هو الذي يقتضيه الفقه ، لان معنى كونه معاوضة ان المصالح باع حصته من المدعي عليه ، ولا شك ان احد شريكي الملك له بيع حصته من غير الشريك ، إلا في صورة الخاط

والاختلاط كما تقدم ، فلا يشاركه الاخر في ثمنها . وما في الزبلي هو المذكور
في اكثر شروح الكنز والملئقي والهداية وغيرها ، فليتأمل وليحور .
ثم رأيت في تكة رد المحتار قد نقل عبارة والده السابقة لكن قال بدل قوله
« فلم يكن معاوضة من كل وجه » « فهو معاوضة من وجه استيفاء من وجه »
فاذا كانت عبارة الخانية كما نقل امكن تطبيقها على عبارة الزبلي بأن يقال مراد
الخانية انه لو كان الصلح استيفاء من كل وجه لسكان للشريك ان يشاركه فيها
قبض . لكن لما كان الصلح معاوضة من وجه واستيفاء من وجه ، وقع الشك ، فلا
تثبت به المشاركة ، فيكون له حكم المعاوضة من كل وجه . غير اني راجعت الخانية
فرايت عبارتها آخر باب الصلح عن العقار كما نقلها في رد المحتار لا كما نقلها في التكة ،
فتأمل .

ثم رأيت في الهندية في الباب السادس من كتاب الشركة ، ناقلاً عن
الظهيرية ، ما نصه : رجلان لها في يدي رجل غلام او دار ، صالحه احدهما
عنه على مائة ، قال ابو يوسف : ان كان الذي في يديه الغلام مقراً ، فانه لا
يشاركه في المائة . وان كان جاحداً له ، يشاركه فيها . وقال محمد : ما صواب
لا يشاركه فيها الا ان يكون الغلام مستهلكاً اه - فافاد ان عدم المشاركة اذا
كان الصلح عن اقرار متفق عليه ، اي لانه معاوضة من كل وجه . وان كانت
عن انكار ، فيه خلاف ابي يوسف ، فصح ما قاله الزبلي . وقد علمت مما في
الخانية ان المعتمد قول محمد .

المادة ١١٠٥ - * احد الدائنين اذا قبض كامل الدين المشترك
او بعضه او اشترى بحصته منه مالا او صالح المدبون على مال بقدر
حصته فالداين الآخر مخير في جميع الصور ان شاء اجاز معاملة
شريكه واخذ حصته منه كما سبق آنفاً وان شاء لم يجوز وبطلب حصته
من المدبون . وان هلك الدين عند المدبون يرجع الداين على القابض .

وعدم اجازته قبل لا يكون مانعاً من الرجوع *

حاصل هذه المسائل ان الشريك الذي لم يقبض بخير في جميع الصور ، بين ان يجيز فعل الشريك وبين ان يتبع الغريم بحصته من الدين . ثم اذا اجاز فعل الشريك اخذ منه حصته مما قبض في صورة قبض الدين كله او بعضه او حصته مما صالح عليه في صورة الصلح او مقدار حصته من الحق الذي صالح عنه وتركه ، والخيار في هذا للمصالح . واما في صورة شراء الشريك سلفة بحصته ، يأخذ حصته من الدين لا غير ، الا اذا اتفقا على الاشتراك فيما اشتراه . وان لم يجز ما فعل الشريك واتبع الغريم بحصته من الدين ، فليس له الرجوع على شريكه القاسم في شيء ، الا اذا هلك الدين على المدين بان مات مفلساً ، ولا يمنع حينئذ رده لما فعل الشريك من الرجوع عليه ، لما قدمناه . من ان الرد مقيد بشرط سلامة حصته على المدين من الثرى . وتعليل ما ذكرنا من الاحكام تقدم في شرح المواد (١١٠١) وما يليها .

المادة ١١٠٦ - * احد الدائنين اذا قبض حصته من الدين المشترك من المدين وتلفت في يده بدون تعد منه لا يضمن حصة الشريك الآخر من هذا المقبوض . لكن يكون قد استوفى حصة نفسه والدين الباقي عند المدين يكون قائداً الى شريكه *

قد تقدم حكم ما لو استهلكها او تعدى عليها في المادة (١١٠٢) وعبارة الهندية : لو هلك ما قبض الشريك فلا ضمان عليه ويكون مستوفياً ، وما بقي على الغريم لشريكه . وكذلك لو وكل غيره بالقبض فقبض الوكيل فهلك في يد الموكل ، يهلك على الموكل . ولو كانت قائماً ، لشريكه ان يشاركه اه .
والظاهر ان التقييد بكون الهلاك في يد الموكل اتفاقي ، وان الحكم كذلك

لوهلك في يد الوكيل ، وليحزر .

المادة ١١٠٧ - * اذا استأجر احد الشركاء المديون
المشترك فللاخر ان يضمن شريكه مقدار ما اصاب حصته من
الاجرة *

لان الاجارة بيع المنافع ، نصار بمنزلة ما اذا اشترى بنصيبه شيئاً ، فانه يرجع
بربع الدين ، فكذا هذا .
واستشعار دار المديون ونحوها كاستئجار نفس المديون ، فلو استأجر احدها
من المديون داره سنة بحصته من الدين وسكنها ، يرجع عليه الشريك بنصف
نصيبه . وعن محمد رحمه الله تعالى انه اذا اضاف العقد الى الدين بان استأجره
بحصته من الدين ، لا يرجع الاخر عليه بشيء . وجعل هذا بمنزلة النكاح ، لان
المنفعة ليست بمال مطلقاً . فاذا كان كذلك يكون بدل نصيبه المنفعة ، فلا
يضمن باعتباره مالا لشريكه . اما اذا استأجره بحمسابة مطلقاً ، فيرجع عليه
شريكه اجمعاً ، لحصول القبض بالمقاصة امر مخلصاً من الزبلي وحاشيته . ومسئلة
النكاح على نصيبه من الدين صتاتي في شرح المادة (١١١٠)

المادة ١١٠٨ - * احد الشريكين الدائنين اذا اخذ من
المديون رهناً في مقابلة حصته وتلف الرهن في يده فلشريكه ان
يضمنه مقدار ما اصاب حصته . مثلاً مقدار الدين المشترك مناصفة
الف فأخذ احد الدائنين رهناً لاجل حصته التي هي خمسماية وهلك
في يده فمقد سقط نصف الدين فللداين الاخر ان يضمنه المائتين
والخمسين العابدة لخصته *

هذا ظاهر اذا كانت قيمة الرهن مثل حصته من الدين او اكثر . اما لو كانت قيمته اقل من الدين ، فانما يرجع الشريك عليه بمقدار نصف قيمة الرهن ، لما تقرر من ان الرهن يهلك بالاقل من قيمته ومن الدين . فلو كانت قيمة الرهن في هذه المسئلة ثلاثمائة يرجع عليه الشريك بماية وخمسين ، لانها هي التي استوفاهما من الغريم عن ضمان الرهن ، ويبقى لها في ذمة المدينين سبعمائة مشتركة بينهما . وهذا ظاهر وان لم اره صريحا .

وعبارة الهندية : ولو ارتهن احدهما بحصته فهلك عنده فلشريكه ان يضمناه ومثله في التارخانية . فلم يقيد الضمان بكونه لنصف حصته من الدين ، فتدبره .

المادة ١١٠٩ - * اذا احد الدائنين اخذ كفيلاً من المدينين بحصته من الدين المشترك او احاله بها على آخر فللدائن الآخر ان يشاركه في المبلغ الذي ياخذه من الكفيل او المحال عليه *

عبارة الهندية عن الذخيرة : ولو ان المطلوب اعطى احد الشريكين كفيلاً بحصته او احاله بذلك على رجل فما انتفضه هذا الشريك من الكفيل او الحوئل فللاخر ان يشاركه فيه اه

وظاهر تقييد هذه المادة بكون احد الدائنين اخذ الكفيل من المدينين ، وكذا تقييد ما سلف الهندية بأن المطلوب اعطى الكفيل لاحدهما ، انه لو كفل رجل لاحد الدائنين حصته من الدين المشترك بلا امر المدينين ، فليس للشريك ان يشاركه فيما قبضه منه ، وكذا لو دفع فضولي له حصته من الدين بلا امر المدينين . وله وجه لان القابض لم يستوف من عليه الدين المشترك حتى يشاركه الآخر فيما قبض - بخلاف ما اذا كان ذلك بامرهم ، فانه بسبب رجوع المأمور عليه يكون ذلك استيفاء منه مالا ، ولا يخرر بالنقل .

المادة ١١١٠ - * اذا وهب احد الدائنين المديون حصته
من الدين المشترك او ابراء ذمته منها فبينه او ابراءه صحيح ولا يكون
ضامناً حصته شريكه من هذا الخصوص *

لان هذا اتلاف لا قبض ، والرجوع يكون في المقبوض لافي المتلف (بجم الانهر)
ولان الابراء فوق الصلح في التبرع لانه لم يقبض شيئاً ، فاذا لم يضمن في الصلح
ففي هذا اولى ان لا يضمن . ولو ابراء عن البعض كانت قسمة الباقي بينها على ما
بقي من السهام ، لان الحق عاد الا هذا القدر . فلو ابراء احدهما المديون عن
نصف دينه والدين المشترك عشرون درهماً ، يكون للمبري المطالبة بخمسة دراهم ،
ولساكت بعشرة (زبلي وحاشيته للشلي)

وفي الهندية : لو ابراء احدهما عن مائة والدين الف ثم خرج شيء من الدين ،
اقتساماً بينها على قدر حقهما على الفريم ، وذلك من تسعة : للساكت خمسة
والمبري اربعة . وكذلك ان كانت البرائة بعد القبض قبل القسمة . اما
لو اقتسما المقبوض نصفين ثم ابراء احدهما عن شيء ، فالقسمة ماضية لا
تنتقض اه

ومثل هبة احد الدائنين او ابراءه ما اذا تزوج احدهما بنصيبه من الدين
بان كان لها دين على امرأة فزوجته نفسها على حصته من الدين ، او كان دينها
على مولى الامة فزوجها المولى منه عليه ، او على المكتوبة او على الامة المأذونة فتزوجها
عليه باذن المولى ، فان هذا ليس بقبض في ظاهر الرواية حتى لا يرجع عليه
شريكه ، لانه لم يسلم له شيء يمكنه المشاركة فيه ، اذ البضع لا يحتل
المشاركة ، فصار كالابراء . وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى ان الشريك
يرجع عليه لوجود القبض بطريق المقاصة . والصحيح الاول ، لانه اتلاف ،
ولان النكاح يتعلق بعين الدين عند الاضافة اليه ، فملكه بعينه ثم يسقط
عن ذمتها .

وهذا اذا اضاف العقد الى نصيبه من الدين . اما اذا لم يضاف العقد اليه بان سمى دراهم مطلقة فوقع التقابض بنصيبه ، فانه يرجع عليه شريكه بالاجماع ، لانها لم تملك نصيبه وانما ملكت غيره ، فالتقيا فصاصاً (افاده الزبلي) وصلاح احدهما على حصته من الدين عن جنابة العمد ليس بقبض . فلو جنى احدهما على المدينون جنابة عمد فيما دون النفس ، ارشها مثل دين الجاني ، فصالحه على نصيبه ، لا يرجع عليه شريكه . وكذا لو كان فيها قصاص لانه لم يملك بمقابلته شيئاً قابلاً للشركة (افاده في الدرر وحواشيه وغيرها) قيد بالعمد لان الخطأ يهلك فيه مسلك الاموال ، فكأنه قابض (كذا في تكملة رد المحتار عن النهاية) ثم قال : وفي الايضاح لايترتب له شريكه شيء ، لانه كالنكاح . وفي العنسية ، بعد ثقله ما تقدم : وارى انه قيد بذلك ، يعني بالعمد ، لان الارش قد يلزم العاقلة ، فلم يكن مقتضياً . ونعناه في تكملة قاضي زاده اه ، فتأمل .

المادة ١١١١ - * اذا اتلف احد الدائنين في الدين المشترك مال المديون وتقاصا بحصته ضماناً فلشريكه اخذ حصته منه . لكن اذا كان عند احد الدائنين للمديون دين خاص سابق على الدين المشترك ثم حصلت المقاصة بحصته من الدين المشترك فليس لشريكه ان يضمه حصته *

يعني لو غصب احد الدائنين عيناً من المدين او اشترى منه شراء فاسداً فهلك عنده او استعار منه شيئاً واستهلكه ، فهو قبض ، لانه يالهلاك او الاستهلاك وجب للغيرم عليه دين فالتقيا فصاصاً ، ودين الغيرم آخرهما فيكون قضاء من الغيرم واتقضاء من الطالب ، فيضمن لشريكه . اما اذا كان للمطلوب على احدهما دين قبل وجوب دينها عليه حتى صار دينه فصاصاً به ، فلا ضمان عليه ، يعني ليس للشريك ان يشاركه لانه قضي ديناً عليه ، لما علمت من ان

آخر الدينين قضاء لاولها . اما اولها لا يجمل قضاء لان القضاء لا يسبق الوجوب ،
ومعلوم ان الضمان وكذا المشاركة لا تجب بالقضاء ، وانما تجب بالافتضاء
(افاده الزبلي ومحبيه)

فيدنا الاتلاف بكونه بعد الفصب ونحوه لما في الزبلي : لو احرق احدهما
متاع المطلوب بالنار لا يكون قبضاً عند ابي يوسف رحمه الله تعالى ، حتى لا يرجع
عليه شريكه لانه لم يحصل في يده شيء . - بخلاف الفصب . ثم الاحراق بالنار
حيث يرجع عليه وان اتلفه بالاحراق ، لان الضمان حصل بالقبض فيستند اليه
فيملكه من ذلك الوقت - بخلاف ما اذا احرقه في يد مالكه من غير قبض . وعند
محمد رحمه الله تعالى هو قبض فيرجع عليه لانه بالاحراق وجب عليه الضمان ، انصار
دنياً في ذمته فالتقيا قصاصاً . وقد ذكرنا ان آخر الدينين قضاء للادول انصار
مقتضياً فيرجع عليه اه

وفي الهندية عن المحيط : وفي المنتقى عن ابي يوسف رحمه الله تعالى : لو ان احد
ربي الدين افسد على المطلوب متاعه او قتل عبداً له او عقر دابة له وصار ماله
قصاصاً لم يكن لشريكه ان يرجع عليه . ولو اخذه ثم احرقه او قتله فلشريكه ان
يرجع عليه بالاجماع . وكذا في من بشرى فاسد فباعه او اعتقه او هلك
عنده اه فتشيه .

ثم ان المسئلة اماية المذكورة في هذه المادة بقوله « لكن اذا كان عند
احد الدائنين اح » نظيرها في الحكم ما ذكره في الهندية ايضاً عازباً للمحيط :
لو ضمن احد الطالبين للمطلوب مالا عن رجل صارت حصته قصاصاً به ولا شيء
لشريكه عليه . فان اقتضى من المكفول عنه ذلك المال لم يكن لشريكه
ان يرجع عليه ايضاً ، فلا يشاركه في ذلك اه

وظاهر اطلاقه انه وان كانت الكفالة بعد ثبوت الدين في ذمته لها . وكان
وجهه ان ما انتفاء من المكفول عنه لا حق للشريك فيه وانما حقه فيما لها على
المطلوب وهو لم يقبض منه شيئاً ، فتدبره .

المادة ١١١٢ - * ليس لاحد الدائنين ان يوجب للمدين المشترك

بلا اذن الآخر *

ولا ان يؤجل نصيبه منه . ولو فعل لا يصح التأجل لافي الكل ، وهو ظاهر ،
لانه نصرف في حق الغير بلا اذنه ، ولا في نصيبه . وهذا عند ابي حنيفة رحمه
الله تعالى . وعند ابي يوسف يجوز في نصيبه . ومحمد معه ، كما في عامة روايات
الكتب . وقيل مع ابي حنيفة . والصحيح قول ابي حنيفة . قال في النهاية : والقول
ما قلت حزام .

وجه قول ابي حنيفة ان جواز التأجيل يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه ،
وهو لا يجوز ، ولان فيه ضرراً على الشريك الذي لم يؤجل من حيث انمه جعل
مؤنة الطلب عليه فقط . وقد اتفقوا ان ما يقبضه الذي لم يؤجل يشاركة فيه
المؤجل . غير ان المؤجل لم يبق له حق المطالبة ، وتقام توضيح دليل ابي حنيفة
مبسوط في الزيلعي وحاشيته . قال الزيلعي : ثم هذا الاختلاف في انشاء التأجيل .
اما لو اقر احد الشريكين ان الدين مؤجل وانكر الآخر ، صح اقراره
في نصيبه اه

قال في حاشية الشلبي مزيلاً لتقاني : هذا ، يعني صحة اقراره في نصيبه ، اذا اقر
بتأجيل كله الا انه ينفذ اقراره في نصيب نفسه وكان في زعمه ان الكل
مؤجل ، وفي زعم الآخر ان الكل حال . اما لو اقر بتأجيل نصيبه فحينئذ لا
يصح عند ابي حنيفة ، لانه اقر بما لا يملك انشاءه اه .

واعلم ان هذا كله فيما اذا كان الدين المشترك واجباً بعقدها معاً كانت باعاً
فرسماً مشتركاً بينهما صفقة واحدة كما تقدم ، او بلا عقد من احدهما كدين ورتاه
او قيمة دابة مشتركة اتلفها المديون . اما لو كان واجباً بعقد احدهما فقط فان كانا
شريكين شركة عنان فان آخر الذي ولي الادانة صح تأجيله في جميع الدين ،
وان آخر الذي لم يباشرها لم يصح في حصته ايضاً . وان كانا متفاوضين واجل
احدهما ايها اجل صح تأجيله كتأجيل الوكيل بالبيع الثمن . وان حط احدهما
ان كان عاقداً جاز حطه بهضاً وكلاً و يضمن نصيب شريكه ان حط الكل (افاده
في البحر) ويشتم بهذا قوله هنا بلا اذن الآخر . وسياًتيان كلاً من شر كتي العنان

❖ لاحقة ❖

المادة ١٠١٣ ❖ اذا باع واحد مالاً الى اثنين بطالب كل واحد بحصته على حدة وما لم يكن احد المشترين كفيلاً للآخر لا يطالب بدينه ❖

اي بدين الآخر . ولو كفّل كل منها الآخر باذنه كان للبائع ان يطالب كل واحد بكل الثمن . ولا يرجع الدافع الا بما ادى زائداً عن النصف ، لان كلاً منهما اصيل في النصف و كفيّل في النصف ، فما يؤدبه ينصرف الى ما عليه اصالة اذ لا مغارضة بين ما عليه اصالة وبين ما عليه كفالة ، لان الأول دين ومطالبة والثاني مطالبة فقط (درر في « فصل لما دين على آخر » من كتاب بالكفالة)

❖ الباب الثاني ❖

(في بيان القسمة وبشتمل على تسعة فصول)

(الفصل الاول)

« في تعريف القسمة وتقسيمها »

المادة ١١١٤ - ❖ القسمة هي تعيين الحصة الشائعة يعني افراز

الحصص بعضها من بعض بمقياس مئاً كالذراع والوزن والكيل ❖

صواب الترجمة « والميزان والمكيال » لأن الميزان والمكيال هو المقياس

كالذراع ، واما الوزن والكيل فهو فعل الفاعل .

ثم ان ما ذكر من تعريف القسمة موافق لما في الدرر . وعرفه في الكنز

والتنوير والملتنى بأنه جمع نصيب شائع في معين . وجعل الزبلي التعريف المذكور هنا

حكم القسمة فقال : وحكمها تعيين نصيب كل واحد من الشركاء ، حتى لا يكون

لكل واحد تملق بنصيب صاحبه اه

واقاد مسكين على الكنز ان القسمة نوعان : قسمة في الاعيان و قسمة في

المنافع ، وهي المسماة بالمهاياة . وما ذكر تعريف للنوع الاول . وتعريف النوع

الثاني « مبادلة المنفعة بنفسها » كما في ابي السعود عن الحموي ، وسيأتي في الفصل

التاسع .

وركنها هو الفعل الذي يحصل به الافراز والتميز بين النصيبين ، كالكيل

والوزن والعد والذرع .

وشرطها ان لا تفوت المنفعة بالقسمة . فاذا فانت بها منفعة الاصلية لا يقسم القاضي جبراً ، كالبر والرحى والحمام ونحو ذلك ، لأن الغرض المطلوب منها توفير المنفعة فإذا ادت الى فوائدها لم يجبر الحاكم عليها . وهي جائزة بالكتاب قال الله تعالى (ونبتهم ان الماء قسمة بينهم) وقال تعالى (واذا حضر القسمة) وبالسنة لانه عليه الصلاة والسلام باشرها في الفنائم والمواريث ، وعلى جوازها انه قد الاجماع . ولأن فيها انصاف الشركاء ، واطهار العدل بابصال الحق الى مستحقه ، فكان واجباً . وحكما ما تقدم (زبلي) . وسببها طلب الشركاء او بمنع الانتفاع بملكه على وجه الخصوص (تنوير) فلولم يوجد طلبهم لا تصح القسمة (در) .

المادة ١١١٥ - * القسمة تكون على وجهين : اما جمع الحصص الشايعة في كل فرد من افراد الاعيان المشتركة في اقسامها مثل قسمة ثلاثين شاة مشتركة بين ثلاثة عشرة عشرة ويقال له قسمة الجمع واما تعيين الحصص الشايعة في العين الواحدة المشتركة في اقسامها مثل قسمة عرصة بين اثنين يقال لها قسمة تفريق وقسمة فرد *

قوله « في كل فرد الخ » متعلق بقوله « الشايعة » وقوله « في اقسامها » متعلق بقوله « جمع » والمراد باقسامها هنا اعدادها . وقوله « في العين الواحدة » متعلق بالشايعة . وقوله « في اقسامها » متعلق بتعيين . والاقسام هنا بمعنى الاجزاء . ووجه التسمية في الوجهين ظاهر .

واعلم ان قسمة الجمع بطلب بعض الشركاء انما تجوز في الجنس التحد من كل وجه بان كانت الحانسة ثابتة بين الاعداد اسما ومعنى ، كما في الفم او البقر او المكبل او الموزون او الثياب ، فان القاضي يقسم اعداد كل جنس قسمة جمع

عند طلب بعض الشركاء . ولا تجوز في الاجناس المختلفة من كل وجه بان
يجمع نصب هذا في الغنم ونصيب ذاك في البقر او الدار او الثياب الا اذا رضي
جميع الشركاء بذلك . كذا في الهندية والتارخانية . وسيأتي تمامه في الفصل
الثالث من هذا الباب .

المادة ١١١٦ - **القسمة من جهة افراز ومن جهة مبادلة .**
مثلاً اذا كان كبل حنطة مشتركاً بين اثنين مناصفة فكل حبة منه
لكل واحد منها نصفها فقسمتها قسمين من قبيل قسمة الجمع وباعطاء
القسم الواحد الى واحد والثاني الى الآخر يكون كل واحد منهما افراز
نصف حصته وبادل بالنصف الآخر شريكه بنصف حصته . كذلك
عرضة مشتركة مناصفة بين اثنين حالة كون كل جزء منها لكل
واحد نصفه فقسمتها قسمين بين اثنين قسمة تفريق وباعطاء كل
واحد منها قسماً يكون كل واحد افراز نصف حصته وبادل شريكه
بالنصف الآخر بنصف حصته *

بني ان القسمة سواء كانت في المثليات او في القيميات وسواء كانت قسمة جمع
او قسمة تفريق ، لا تعرى عن معنى الافراز وهو اخذ عين حقه ، وعن معنى
المبادلة وهو اخذ بدل حقه ، لانه ما من جزء معين الا وهو مشتمل على النصيبين ،
فكان ما يجتمع في نصيب احدهما بمضه كان له وبمضه كان لصاحبه ، فصار له
عوضاً عما في يد صاحبه ، فكان مبادلة من حيث انه اخذ حق صاحبه من مقابلة
حقه ، وافرازاً من حيث انه يقبض حقه ايضاً (مسكين ودرر)

المادة ١١١٧ - **جهة الافراز في المثليات راجحة بناء عليه**

كل واحد من الشريكين في المثليات له اخذ حصته في غيبة الآخر بدون اذنه لكن لا تتم القسمة ما لم تسلم حصة الغائب اليه . ولو تلفت حصة الغائب قبل التسليم تكون الحصة التي قبضها شريكه مشتركة بينهما *

سبأني في المادة (١١١٩) بيان ما هو المثلي وما هو القيمي . وانما كانت جهة الافراز في المثلي راجحة لان المثلي اذا اخذ بعضه بدل بعض على ما بينا سابقا كان المأخوذ عين المأخوذ عنه حكماً ، لوجود المماثلة ، بخلاف القيمي كما يأتي . وبناء على رجحان جهة الافراز في المثلي كان لاحد الشريكين الذي في يده المثلي المشترك ان يقسم حصته وبأخذها بنية الآخر ، لانه اخذ عين حقه حكماً لا بد له حتى يشترط له حضور الآخر ورضاه . غير ان هذه القسمة لا تنفذ ما لم يصل الغائب اليه ، حتى لو هلك قبل ان يستل بطك القسمة وكان المالك عليها ، ورجع الغائب بنصف ما قبضه الحاضر . اما لو هلك ما بيد الحاضر قبل وصول نصيب الغائب اليه ، لا تبطل ، لان القسمة قد تمت من جهة حيث كان قابضاً . ففي الهندية عن الذخيرة : واذا كان بين رجلين شيء من الكيل او الموزون وهو في يد احدهما واقسماه ، فالذي ليس في يده لم يقبض نصيبه حتى هلك ، فالذي هلك بهلك عليهما ، والذي بقي فهو بينهما .

الاصل في هذه المسئلة واجناسها ان في قسمة الكيل والموزون اذا هلك نصيب احدهما قبل القبض ، تنتقض القسمة ويعود الامر الى ما كان عليه قبل القسمة . ولو كان المالك نصيب من كان الكيل والموزون في يده دون نصيب الآخر ، لا تنتقض القسمة . وعن هذا الاصل قلنا ان الدهقان اذا قال للاكار اقسام الغلة واعزل نصبي من نصيبك ففعل ثم هلك نصيب احدهما قبل ان يقبض الدهقان نصيبه ، ان هلك نصيب الدهقان فالقسمة تنتقض ويرجع الدهقان على الاكار بنصف ما قبض ، لان نصيب الدهقان هلك قبل قبضه . وان هلك نصيب الاكار ، لا تنتقض القسمة اه وتقل مثله في البرازية عن واقعات سمرقند ، كما في رد المحتار

لكن ذكر في الخانية ما نصه : اذا كان المكيل او الموزون بين حاضر وغائب او صغير وبالغ واخذ الحاضر او البالغ نصيبه فهلك الباقي ، ان هلك قبل ان يصل ذلك اليها ، لا يكون الهلاك على الصغير والغائب . وهذا كالصبرة اذا كانت مشتركة بين الدهقان والمزارع ، فقال الدهقان للمزارع اقتسمها وافرز نصيبي قسم المزارع ، والدهقان غائب ، فحمل نصيب الدهقان الى الدهقان فلما رجع فاذا هلك ما افترزه لنفسه ، كان الهلاك عليهما . وان قسم الصبرة وافرز نصيب الدهقان وحمل نصيب نفسه الى بيته اولاً فلما رجع واذا قد هلك ما افترزه للدهقان ، كان الهلاك على الدهقان خاصة كذا قاله بعض المشايخ اه .

قال في رد المحتار : ولا تخفى مخالفته لما تقدم . وامل قول قاضيجان « كذا قاله بعض المشايخ » فيه اشارة الى عدم اختياره اه ملخصاً :

اقول : هذا بعيد جداً فان قاضي خان لم يذكر قولاً غيره حتى يكون مختاراً له . وقد قال في اول فتاواه . واذا كان في المسئلة اقول اقتصرت على قول او قولين ، وقدمت ما هو الاظهر والاشهر . كيف وما في الخانية قد نقله في الدر المنخ وغيرها ، واقروه على ذلك . فالأولى تقرير المسئلة على وجه تندفع به المخالفة ، بأن يقال ان الصبرة المشتركة بين الحاضر والغائب ان لم تكن في يد واحد منها بان كانا وضعاها في محل مشترك بينهما او هو باشتجارها او هي عند مودعها ، فاي واحد من الشريكين حاضرأ او غائبأ هلكت حصته قبل ان يستلمها ، تنتقض القسمة ويوجع على شريكه بحصة من الحصص السائلة يرشد الى هذا ، قوله في الاصل المذكور اذا هلك نصيب احدهما قبل القبض تنتقض القسمة الخ . وان كانت الصبرة في يد الحاضر فهلاك حصة الغائب قبل ان يستلمها تبطل القسمة ويكون الهلاك عليها ، ولا تبطل بهلاك حصة الحاضر الذي الصبرة في يده لانه قابض والهلاك بعد القبض لا يبطلها .

اذا تم هذا نعلم ان ما في الدخيرة والبرازبة موضوعه اذا كانت الصبرة المشتركة بين الدهقان والمزارع في يد المزارع ، كما هو صريح صارتيهما . فاذا قسم المزارع يكون قابضاً لحصته بمجرد القسمة ، لان الكل باستلامه . فهلاك حصة شريكه الدهقان قبل وصولها اليه تنتقض القسمة ، لا بهلاك حصة نفسه . وما في

الخانبة موضوعه اذا كانت الصبرة ليست في يد المزارع بل في ايديها او في يد
مودعها ، على ما بينا آنفاً ، فقال له الدهقان اقم لي حصتي وافرزها ، كان هذا
توكيلاً له بالقبض والافراز ، ولا يكون بالتسمة قابضاً حصة نفسه - الا اذا
نقلها الى ملكه . فاذا نقلها تمت القسمة لحصول القبض من الشريكين ، الدهقان
بمباشرة وكيله المزارع ، والمزارع بمباشرة نفسه . فأي هلكت حصته هلكت
على صاحبها . وان لم ينقلها وقد هلكت حصته بعد ان حمل حصة الدهقان ،
بطلت القسمة لانه لم يقبضها ، فلا تتم القسمة .

وانما كان قول الدهقان للمزارع اقم حصتي وافرزها توكيلاً بالقبض فيما اذا
لم تكن الصبرة في يد المزارع كما هو موضوع مسألة الخانبة ، لا فيما اذا كانت
الصبرة في يده كما هو موضوع مسألة الذخيرة والبرازية ، لان التوكيل بالقبض
يمكن تحققه في الاولى لا في الثانية ، اذ لا يتصور ان يكون الشخص الواحد دافعاً
وقابضاً ، تأمل .

هذا ما ظهر لي في تقرير هذه المسئلة وبه تندفع المخالفة بين العبارات
المذكورة وينطبق كل واحدة منها على الاصل المذكور ، والله هو الموفق وولي التوفيق

المادة ١١١٨ = جهة المبادلة في القيميات راجحة وتجاوز
المبادلة بالتراضي او بحكم القاضي . فالاعيان المشتركة من غير المثليات
لا يجوز لاحد الشريكين اخذ حصته منها في غيبة الآخر بدون اذنه *

انما رجحت جهة المبادلة في القيميات للتفاوت بين ابعاضها ، فلا يمكن ان
يجعل كانه اخذ عين حقه لعدم المبادلة بيقين . وبناء على رجعتها لم يجوز لاحد
الشريكين اخذ حصته في غيبة الآخر ، لان المبادلة يشترط فيها رضی المتبادلين .
وانما يجبر احد الشريكين على القسمة في متحد الجنس عند طلب الآخر القسمة مع
ان جهة المبادلة الراجحة في القيميات تقتضي عدم الجبر ، لان جهة الافراز فيها
ملحوظة ايضاً ، وان كانت مرجوحة فباعتبارها يجري الجبر . على ان البسالة قد

يجري فيها الجبر عند تعلق حق الغير كما في الشفعة ويبيع ملك المدين لو فاء دينه .
وهذه مبادلة تعلق به حق الغير لان الطالب للقسمة يريد الاختصاص بملكه ومنع
غيره عن الانتفاع به فيجري الجبر فيها ايضاً (افاده في الدر وحواشيه وغيرها)
وقوله : في هذه المادة «وتجوز المبادلة بالتراضي او بحكم القاضي» جملة معترضة لا
تعلق لما قبلها ولا بما بعدها ، وانما جيء بها الاشارة الى ما ذكرنا من ان القسمة
«وا» كان في المثليات او القيمات وان كان فيها معنى المبادلة قد يجري فيها الجبر ،
لانها اذا كانت بحكم القاضي لا تكون الا جبراً .
واعلم ان ما يتفرع على كون جهة الافراز راجحة في قسمة المثليات وجهة
المبادلة راجحة في القيمات ما لو كانت الشريكان اشتريا ما اقتسماه ، فللكل واحد
منهما بعد القسمة ان يبيع حصته مرابحة على حصته من الثمن في الاول دون الثاني ،
كما في الزبلي وغيره .

المادة ١١١٩ - * المكيلات والموزونات والمعدنيات المتقاربة
كالجوز والبيض كلها مثليات لكن الاواني المختلفة باختلاف الصنعة
والموزونات المتفاوتة قيمة وكذلك الخنطة المختلطة بالشعير وكل جنس
مثلي خلط بخلاف جنسه في صورة لا يقبل التفريق والتمييز قيمي .
والذرعيات ايضاً قيمة لكن الجنس الواحد من الجوخ والبطاين من
اعمال الغابر بقات التي تباع على ان ذراعها بكذا غرماً ولا يوجد
التفاوت في افرادها مثلي ، والحيوانات والمعدنيات المتفاوتة التي يوجد
بين افرادها تفاوت بالقيمة مثل البطيخ الاخضر والاصفر قيمة وكتب
الخط قيمة وكتب الطبع مثلية حيث كانت متماثلة *

تقدم في المادتين ١٤٥ و ١٤٦ ان المثلي ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت
يعتد به . والقيمي ما لا يوجد له مثل في السوق ، او يوجد لكن مع التفاوت

المتد به في القيمة اه .

وذكر في الدرر: ثم المثلي قد يكون مصنوعاً فحيث تخرجه الصنعة عن المثلية يجعله نادراً بالنسبة الى اصله كالتمقمة والقدر والابريق يكون قيمياً . وقد يكون مصنوعاً بحيث لا تخرجه المثلية ببقاء كثرته وعدم تفاوته كالدرع والدنانير المقصورة اه .

وفي تنقيح الحامدية عن العمادية عن صدر الاسلام ابي اليسر: ليس كل مكيل مثلياً ولا كل موزون . انما المثلي من المكيلات والموزونات ماهي متقاربة . اما ما هو متفاوت فليس بمثلي فكانت المكيلات والموزونات والعدديات سواء اه . ثم بعد ان عدد يعني في تنقيح الحامدية المثليات وذوات القيم ، قال : ولا احتياج الى هذا التفصيل فما يوجد له المثل في الاسواق بلا تفاوت يعتد به ، فهو مثلي . وما ليس كذلك فن ذوات القيم . وما ذكر من الكيل والخيال واخوانه فبني على هذا . ومقتضى هذا ان المذروع الذي لا يتفاوت مثلياً ، كثوب كرباس نسج من غزل واحد . فن ائلاف ذراعاً من ذلك الثوب يضمه بمثله من ذلك الثوب او من ثوب آخر نسج من ذلك الغزل اذا لم يكن بينهما تفاوت يعتد به . ومثله يقال اذا كانت الشقة مشتملة على عدة ائواب ، يضم كل ثوب منها بثوب آخر منها حيث لا تفاوت بين ائوابها نسجاً او غزلاً يعتد به ، اي من حيث الرغبة او الثمن ، حتى يقال كل ثوب منها بكذا كما يقال كل ذراع من هذا الثوب بكذا . فهذا مثلي ايضاً لان المدار على عدم التفاوت لا على خصوص كون ذلك الشيء مكيبلاً او موزوناً او عددياً متقارباً . ولذا كان الموزون المختلف غير مثلي لوجود التفاوت اه وقامه فيه من كتاب القصب .

اقول وعلى هذا فحنطة بلادنا وشعرها من القيميات لان التفاوت بينها معتد به ، فلا تكاد حنطة قرية او ارض تماثل حنطة قرية اخرى او ارض اخرى في القيمة ، بل لا تكاد تجد حنطة صبرة من قرية تمثل حنطة صبرة اخرى من تلك القرية في القيمة لتفاوتها لونها او نظافة او نحو ذلك . وعليه فلا ائلاف انسان لا خر كيلة من حنطة صبرته انما يلزمه قيمتها يوم الائلاف ، اذ لا يوجد في الاسواق ما يماثلها في القيمة ، فليحفظ هذا .

المادة ١١٢٠ - * تنقسم كل من قسمة الجمع وقسمة التفريق الى نوعين قسمة الرضا وقسمة القضا *

الا ان قسمة الرضا تجري في قسمي الجمع والتفريق مطلقاً وقسمة القضا لا تجري بطلب احد الخصمين الا في متحد الجنس ، وفي مختلفه لا تجري الا برضاءهما معا وتقدمت الاشارة اليه في شرح المادة (١١١٥)

المادة ١١٢١ - * قسمة الرضا القسمة التي تجري بين المتقاسمين في الملك المشترك بالتراضي او برضى الكل عند القاضي *

المادة ١١٢٢ - * قسمة القضا تقسم القاضي الملك المشتري جبراً وحكماً بطلب بعض المقسوم لهم *

فلو قسم القاضي بطلب جميع الشركاء كانت قسمة رضا ، ثم ان القسمة بالتراضي أكد منها بقضاء القاضي كما في تنقيح الحامدية ، وسيأتي ما يترتب على ذلك .

- الفصل الثاني -

« في بيان شرائط القسمة »

المادة ١١٢٣ - * كون المقسوم عيناً شرط فلا يصح تقسيم الدين المشترك قبل القبض . مثلاً اذا كان للمتوفي ديون في ذمة اشخاص متعددين وافتسمها الورثة على ان ما في ذمة فلان من الدين لفلان

الوارث وما في ذمة فلان منه لفلان الوارث لا يصح . وفي هذه الصورة مها حصله احد الورثة يشاركه فيه الوارث الآخر . انظر الفصل الثالث من الباب الاول *

انما لا تجوز قسمة الدين لانها لا تتحقق قبل القبض ، لان القسمة افراز والدين مجتمع في محل واحد فلا يتحقق الافراز (حامدبة عن الولوالجية) وعلة الزبلي لان القسمة فيها معنى تمييز الحقوق والافراز وفيها معنى التملك والمبادلة والدين لا يتصور فيه التمييز ولا يجوز تملكه من غير من عليه الدين لانه وصف في الذمة اه وذكر في الباب الثامن من كتاب القسمة من الهندية : واذا قسمت الورثة الدين فيما بينهم فإن كان الدين للميت فاقسموا الدين والعين جملة بأن شرطوا في القسمة ان الدين الذي على فلان لهذا الوارث مع هذه العين والدين الذي على فلان الآخر لهذا الوارث الآخر مع هذه العين فهذه القسمة باطلة في الدين والعين جميعاً . وان اقتسموا الاعيان ثم اقتسموا الديون فقسمة الاعيان صحيحة وقسمة الديون باطلة . واذا كان الدين على الميت واقتسموا على ان يضمن كل واحد منهم دين غريم على حدة ، او اقتسموا على ان يضمن احدهم سائر الديون ، فان كان الضمان مشروطاً في القسمة ، فالقسمة فاسدة . وان لم يكن الضمان مشروطاً في القسمة وانما ضمن بعد القسمة بغير شرط ، ان ضمن بشرط اتباع التركة ، لم تكن القسمة نافذة ، على معنى ان له نقضها - وان ضمن على ان لا يتبع الميت ولا ميراثه بشيء ، او على ان يبرى الغريم الميت ، كان هذا جائزاً ، ان رضي الغرماء بضمانه . وان ابى الغرماء ان يقبلوا ذلك فلم تقض القسمة . فإن رضوا بضمانه وابتروا الميت ثم توى المال عليه ، رجعوا في مال الميت حيث كان . وان لم يشترط على ان يبرى الغريم الميت لا تنفذ القسمة ، وان رضي الغرماء بضمانه . والغريم الذي له على الميت دين اذا اجاز القسمة التي قسمها الوارث ثم اراد نقضها ، كان له ذلك اه .

المادة ١١٢٤ - * لا تصح القسمة الا بافراز الحصص وتميزها .
مثلا اذا قال احد اصحاب الصبرة المشتركة من الخنطة للاخر خذ
انت ذلك الطرف من الصبرة وهذا الطرف لي لا يكون قسمة *

لان حكم القسمة تعيين نصيب كل واحد منهم حتى لا يكون لكل واحد منهم
تعلق بنصيب صاحبه (زبلي وغيره)
واعلم ان قسمة المكيل والموزون لا تصح الا بالكيل والوزن ، لان
المجازفة في الاموال الربوية لا تجوز . وقد علمت ان القسمة مبادلة من وجه قال
في الخاية من نصل في قسمة الاب والوصي : شريكان بينها غيب ارادا قسمته
تجوز قسمته بالوزن بالقبان وبالميزان . وقال بعض المشايخ تجوز قسمته بالشرية
ايضا لقلة التفاوت . وهذا غير صحيح لانه وزني فلا تجوز قسمته بدون الوزن ،
اما القبان او بالميزان فلا تجوز قسمته بالشرية لانها مجازفة وقسمة التبن
بالاحمال . ذكر في النوازل انه يجوز . قال مولانا رحمه الله تعالى : لانه ليس
بوزني اه

والشرية بالشين المعجمة والجيم شيء من سف يحمل فيه البطيخ ونحوه ،
كما في القاموس .

وفي الشربلية : زرع بينها في ارض لما ارادا قسمة الزرع دون
الارض وقد سنبل ، لا يجوز ، لانه مجازفة وهي لا تجوز في الاموال
الربوية اه

وقد منا ان ركن القسمة هو الفعل الذي يحصل به الافراز والتميز بين
التصيين كالكيل والوزن والعد والزرع ، فتنبه .

المادة ١١٢٥ - * شرط المقسوم كونه ملك الشركاء حين
القسمة . فاذا ظهر مستحق للمقسوم بعد القسمة . بطلت وكذا اذا

ظهر مستحق لجزء شابع منه كنصفه وثلثه بطلت القسمة ويلزم تكرار قسمة كذلك اذا ظهر مستحق لمجموع حصته بطلت القسمة *

والباقي مشترك بين اصحاب الحصص . وان ظهر مستحق لمقدار معين من حصة او لجزء شابع منها فصاحب الحصة مخير . ان شاء فسخ القسمة ، وان شاء لم يفسخ ، ورجع بمقدار نقصان حصته على صاحب الحصة الاخرى . مثلاً عرصه مائة وستون ذراعاً بعد ان قسمت بين اثنين مناصفة اذا ظهر مستحق لنصف حصته فصاحب الحصة ان شاء فسخ القسمة وان شاء رجع بربع حصته على شريكه ، يعني بأخذ من حصته محل عشرين ذراعاً . ولو ظهر مستحق لمقدار معين من كلتا الحصتين فان كان على التساوي لا تفسخ القسمة وان كان في حصته اكثر من الاخرى فالمعتبر انما هو مقدار الزيادة ويكون كأنما ظهر مستحق لمقدار معين في حصة واحدة . ومن اصاب حصته اكثرية الاستحقاق ، يكون مخيراً كما مر : ان شاء فسخ القسمة وان شاء رجع على شريكه بمقدار النقصان .

حاصل هذه المسائل كما في الدرر وحواشيه والكنز وشروحه ان يقال : اما ان يرد الاستحقاق على احد النصيبين كله فتبطل القسمة ويصير النصيب الباقي مشتركاً بينهما ، وهو ظاهر ، واما على بعض منها فلا تبطل سواء كانت البعض شابعاً او معيناً . ولكن يخير المستحق منه ان شاء فسخ القسمة دفماً لغيره الشقيص وان شاء لم يفسخ ورجع بنصف ما استحق منه في حصة شريكه الآخر .

واما يخير اذا لم يكن باع شيئاً منها قبل الاستحقاق ، والا فليس له الا الرجوع . واما ان يرد الاستحقاق على بعض شابع في الحصتين معاً كربع الحصتين مثلاً ، فنقض القسمة دفماً للضرر عن المستحق بتفريق نصيبه في الحصتين . ومثله ما اذا ورد على بعض شائع في كل واحدة منهما كربع احدهما وثلث الاخرى ، فان القسمة تنقض ايضاً . واما على بعض معين فيهما ، فلا تنقض القسمة اتفاقاً .

ثم ان كان ما استحق مأخوذاً من حصنها على التساوي ، فلا رجوع لاحدها على الآخر بشيء ، كما لو استحق قطعة معينة هي من كل حصة خمسة اذرع مثلاً . وان كانت لا على التساوي بأن كان المأخوذ عشرة اذرع من احدى الحصنين وخمسة اذرع من الحصة الاخرى ، فالقسمة ايضاً لا تبطل ، لكن لمن استحق من حصته عشرة اذرع الخيار بين فسح القسمة وبين امضاؤها والرجوع على من استحق من نصيبه خمسة بذراعين ونصف ، فيكون نظير من استحق من حصته قطعة معينة دون الآخر .

وسيفي حاشية الشامي قال الاتقاني رحمه الله تعالى : والحاصل ان المسئلة على ثلاثة اوجه : ففي استحقاق بعض معين في احد النصبين او فيها جميعاً ، لا تنقض القسمة بالاتفاق . وفي استحقاق شيء شايح في النصبين ، تنقض القسمة بالاتفاق . وفي استحقاق بعض شائع في احد النصبين لا تنقض القسمة عند ابي حنيفة ، خلافاً لابي يوسف اه والاصح قول ابي حنيفة . والصواب ان محمداً مع ابي حنيفة ، كما في رد المحتار .

وقال الشامي ايضاً : قال الكرخي في مختصره : فإن كانت مائة شاة بين رجلين نصفين ميراثاً او شراؤها فاقنسهاها واخذ احدها اربعين شاة تساوي خمساية واخذ الآخر ستين تساوي خمساية فاستحقت شاة من الاربعين تساوي عشرة دراهم ، فإنه يرجع بخمسة دراهم في الستين ، فتكون الستون شاة بينهما يضرب فيها هذا بخمسة دراهم ويضرب فيها الآخر بخمساية درهم الا خمسة دراهم اه

اقول : وكذا الحكم لو استحق من الاربعين ربعاً مشاعاً ، فإن له ان يرجع بقيمة نصف ربع الاربعين في الستين ، فيضرب فيها باثنين وستين قرشاً ونصف ، والآخر باربعائة وسبعة وثلاثين قرشاً ونصف اذا اختار امضاء القسمة ، والا كان له الفسخ وتجديد القسمة في الباقي كما علمت . ولو استحق شاة من الاربعين قيمتها عشرة وثمانان من الستين قيمتها خمسة عشر ، رجع صاحب الستين باثنين ونصف في الاربعين ، فتكون الاربعون مشتركة بينهما يضرب فيها صاحب الستين باثنين ونصف ويضرب فيها صاحب الاربعين بخمساية الا اثنين ونصف . وعلى هذا نفس ، والله اعلم .

﴿ تمة ﴾

في رد المختار: اذا جرث القسمة في دارين او ارضين واخذ كل واحد واحدًا ثم استحققت احدهما بعد ما بنى فيها صاحبها ، يرجع على صاحبه بنصف قيمة البناء . قيل : هذا قول الامام لان عنده قسمة الجبر لا تجري في الدارين ، فكانت في معنى البيع . والاصح انه قول الكل (خانية) ولو في دار لا يرجع (تثارخانية) اه ما في رد المختار .

اقول : ولعل نوجه ان المنظور اليه في قسمة التفريق هي جهة الافراز . وان كانت جهة المبادلة في القيمات راجحة فلم يكن لمن بنى في حصته ثم استحققت ان يرجع على شريكه بنصف قيمة البناء لانها قصد الافراز ، لا المبادلة . والمنظور اليه في قسمة الجمع هي جهة المبادلة فكان له الرجوع لقصد المبادلة فنطاق الرجوع وعده هي قسمة التفريق وقسمة الجمع ، لا ما يجري فيها الجبر وما لا يجري . ولهذا كان الرجوع في قسمة الدارين متفقاً عليه على الاصح ، مع ان الامامين بقولان يجريان الجبر فيها .

وبما ذكرنا يسقط ما اورده الشارح سليم باز من ان قولهم «جهة المبادلة في القيمات راجحة» يقتضي التسوية بين المسئتين في الرجوع ، فانهم .

المادة ١١٢٦ - ﴿ قسمة الفضولي موقوفة على الاجازة قولاً او

فعلاً . مثلاً اذا قسم واحد المال المشترك بنفسه لا نكون القسمة جائزة . لكن اصحابه ان اجازوا قولاً بان قالوا احسنت او نصرفوا بالحصص المفردة نصرف الملاك يعني بوجه من لوازم التملك كبيع وبيعار فالقسمة صحيحة نافذة ﴿

لان كل عقد يصح التوكيل فيه ، بتوقف عقد الفضولي فيه على الاجازة ،

والقسمة مما يصح التوكيل فيه (خيرية)

هو في المندوبة عازباً للمبسوط والذخيرة : اقتسم القوم القرية وهي ميراث بينهم
بشتر قضاء ، فاقض ، وفيهم صغير ليس له وضي او غائب ليس له وكييل ، لم تجز
القسمة . فان اجاز للنائب او كبير الصبي واجاز ، فهو جائز لان لهذا العقد
مميزاً حال وقوعه الا يرى القاضي لو اجاز ، جاز ، وهو نظير ما لو باع احد مال
الصبي فكبر الصبي فاجاز ذلك ، جاز . وان مات النائب او الصغير فاجاز وارثه ،
لم تجز في القياس وهو قول محمد .

والاستحسان ان الحاجة الى القسمة قائمة بعد موت المورث كما كانت في حياته .
فلو تقضت القسمة احتيج الى اعادتها في الحال بتلك الصفة . وانما تكون اعادتها
برضى الوارث فلا فائدة في تقضها مع وجود الاجازة عند النفاذ برضاه .

ثم انما تعمل الاجازة من النائب او من وارثه او من الوصي او من الصبي بعد
البلوغ ، اذا كان ما وقع عليه القسمة قائماً وقت الاجازة ، كالبيع المحض الموقوف
انما تعمل فيه الاجازة اذا كانت المبيع قائماً وقت الاجازة . وكما ثبتت الاجازة
صريحاً بالقول ثبتت الاجازة دلالةً بالفعل ، كما في البيع المحض (اه مختصراً) .
فاستفيد من هذا ان قيام المميز وقت الاجازة ليس بشرط لصحتها ، على ما هو
الاستحسان وما عللوا به الاستحسان ، يقتضي ان قيام انتقاسمين ايضاً ليس بشرط
لظهور تلك العلة في ذلك ، وانما الشرط هو قيام ما وقعت عليه القسمة . واقتضاه
على ذكر هذا الشرط يفيد ما قلنا . فما قاله الشارح سليم باز من انه يشترط قيام
كل من العين والانتقاسمين والمميز حين الاجازة لانها لما فيها من معنى المبادلة ، كالبيع .
وقد تقدم في المادة (٣٧٨) انه يشترط لصحة اجازة بيع الفضولي ان يكون
كل من الباع او المشتري والمميز والمبيع قائماً غير مسلم . وعزوه ذلك الى المندوبة
قربة ، فان عبارة المندوبة كما سميت .

واعلم ان اطلاق هذه المادة تبعاً لاطلاق عبارات عامة المتعوت . يقتضي انه
لا فرق في هذا الحكم ، وهو كون القسمة تنفذ باجازة العائبي ونحوه ، بين ان
يكون ما وقع عليه القسمة مشتر كما بسبب الارث او لسبب غيره ، كالشراء
ونحوه . وجزم العائبي في الدرر ان هذا مقيد فيما اذا كان اشترى كه بسبب الارث

أما لو كانت بسبب غيره كالشراء، تكون القسمة باطلة . ومقتضاه ان لا تنفذ
باجازة من ذكر . واستند في ذلك لما في منية المفتي وغيرها ، وعبارتها هكذا :
اقتسم الورثة لا بأمر القاضي وفيهم صغير او غائب ، لا تنفذ الا باجازة الغائب او
ولي الصغير ، او يجيز اذا بلغ . اقتسم الشركاء فيما بينهم وفيهم صغير او غائب ،
لا نصح القسمة . فإن امرم القاضي بذلك صح اه .

قال محشبه في رد المحتار : سيذكر المصنف تبعاً لسائر المتون ان القاضي
لا يقسم لو كانوا مشترين وغاب احدهم ، فكيف نصح قسمة الشركاء بأمر
القاضي ، اللهم الا ان يراد به الشركاء في الميراث . لكن يبقى قول الشارح
« ولو شركاء بطلت » محتاجاً الى نقل اه

اقول : وفيه نظر ، لانه لو كان المراد منه الشركاء في الميراث ، لكان بين
عبارتي المنبة منافاة ، لان معنى عدم النفاذ المذكور اولا الصحة مع التوقف .
ولو قلنا ان قوله « لم تصح » بمعنى لم تنفذ ، كان قوله « فان امرم القاضي بذلك
صح » غير مستقيم ، فان النفاذ بالاجازة لا يشترط له امر القاضي لم بالقسمة ،
فمعين ان يكون المراد الشركاء بغير الميراث . واوراده المذكور يمكن
دفعه بان قول المتون « لا يقسم القاضي بين الشركاء لو كانوا مشترين وغاب
احدهم » معناه ان القاضي لا يباشر القسمة بينهم جبراً ، يعني قسمة قضاء .
وهذا لا يلزم منه انه لا يأمرهم بأن يقسموا فيما بينهم قسمة تراض ، كما لا يخفى ،
وسياتي في المادة (١٢٢٨) ما يؤيد هذا . نعم لا بد من بيان وجه الفرق بين قسمة
الميراث حيث نصح بغير امر القاضي ، موقوفة على اجازة الغائب ونحوه ، وبين
قسمة المشري حيث لا نصح الا بامره ، فليحذر . ولعل الفرق يؤخذ من قولهم
ان ملك المورث هو ملك خلافة عن الميت ، فهو باق على ملك الميت قبل القسمة ،
ولهذا ينتصب بعضهم خصماً عن الباقيين فيه ، كما صرحوا به ، بخلاف الملك بالشراء
فانه ملك جديد لهم بشرائهم ، تأمل .

المادة ١١٢٢ = * كونه القسمة عادلة يعني تعديل الحصص

بحسب الاستحقاق وعدم نقصانها فاحشاً لازم . فدعوى الغبن
الفاحش في القسمة نسمع . لكن بعد اقرار المقسوم لهم باستيفاء
الحق اذا ادعوا الغبن لا نسمع دعواهم *

فيد النقصان بكونه فاحشاً لانه لو سيراً بدخل تحت تقويم المومنين لا نسمع
الدعوى به ولا تقبل البينة عليه ، كما في ردالمحتار عن المتح . واطلق سماع
دعوى الغبن فمثل ما اذا وقعت القسمة بالتراضي - لكن سماعها اذا كانت القسمة
بالقضاء ، متفق عليه لان تصرف القاضي مقيد بالعدل والنظر ، وبظهور الغبن
الفاحش يتبين عدمها ، فتبطل . واما اذا كانت بالتراضي فقد قيل لا نسمع لان
القسمة بمعنى البيع فلا تنتقض بظهور الغبن الفاحش فيها كما في البيع . والصحيح
انها نسمع لان القيمة معتبرة في باب القسمة لتقع القسمة على سبيل المعادلة ، لان
التعديل يكون من حيث القيمة في الاشياء المتفاوتة . فاذا ظهر غبن فاحش في
القيمة فقد فات شرط جواز القسمة ، وهو المعادلة ، فيجب نقضها - بخلاف
البيع فانه غير مبني على المعادلة في القيمة (افاده الزيلعي) وبالتالي جزم اصحاب المتون
وصححه اصحاب الشروح

واقادة هذه المادة ان دعوى الغبن الفاحش انما نسمع اذا لم يكن منعيه قد
اقر بالاستيفاء ، والا فلا نسمع ، للتناقض . وهكذا ذكر في التنوير تبعاً للخانية
والمبسوط ، فقال : ولو ظهر غبن فاحش في القسمة ، بطلت . ولو كانت بالتراضي
في الاصح . وتسمع دعواه ذلك ، ان لم يقر بالاستيفاء . وان اقر به لا نسمع
دعوى الغلط والغبن ، للتناقض ، الا اذا ادعى الغصب ، فتسمع دعواه . وقامه
في الخانية اه (بزيادة من شرحه الدر)

لكن ذكر قبل هذا في التنوير ايضاً تبعاً لعامة المتون ، ما نصه : ولو ادعى
احد من نصيبه شيئاً في يد صاحبه غلطاً وقد كان اقر بالاستيفاء ، لم يصدق
الا بقرهان امر ومعلوم ان دعوى الغبن الفاحش هي مسألة من مسائل دعوى الغلط ،
كما يعلم من الخانية وحاشية السليبي . ولهذا لم يذكر احد من ارباب المتون مسألة

دعوى الغبن الفاحش بعد الاقرار بالاستيفاء ، كما فعل في التنوير . فن
قال ان دعوى الغلط نسمع ولو كان اقرب بالاستيفاء بخلاف دعوى الغبن الفاحش ،
فقد اخطأ . ولان الغبن انما ينشأ عن الغلط . وحقق في رد المختار ان سماع
دعوى الغلط والغبن الفاحش بعد الاقرار بالاستيفاء رواه ابن ، مشى المتوفى
قاطبة على رواية السماع ، لما قاله صدر الشريعة من ان وجه رواية المتوفى انه اعتمد
على فعل القاسم في اقراره ، ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله ، فلا يوافق
في ذلك الاقرار عند ظهور الحق اه

ومشى في الخانية والمبسوط على رواية عدم السماع للتناقض . قال في رد
المختار : المرجح ما في المتون ، لانها الموضوع لنقل المذهب . لما عليه الفتوى وعبرة
من المواهب : تقبل بينته ، وقيل لا . وفي الاختيار : وقيل لا تقبل دعواه
للتناقض . فاذا عدم اعتماد الثانية ، يعني رواية الخانية والمبسوط اه

اقول : ما في الخانية والمبسوط استحسنه صاحب الهداية واقره شراحها وافنى
به مفتي الروم علي افندي كما في فتاواه . ونقله عن الظهيرية وافنى به في الحامدية
والخيرية والتمرناشية . ولهذا مشى عليه الجملة كما سمعت .

ونقل في حاشية الشلبي على الزيلعي عن كافي الحاكم الشهيد ما نصه : وقال
ابو يوسف ومحمد في رجل مات وترك داراً وابنين فاقتساها الدار واخذ كل واحد
نصيبه واشهدا على القسمة والقبض والاستيفاء ثم ادعى احدهما بيتا في يد صاحبه غلطاً ،
لم يصدق في ذلك الا ان يقر صاحبه . فلم يهذبا ان لا تقبل بينته بعد الاقرار
بالاستيفاء كما قال صاحب الهداية . وذلك لانها اذا اشهدا على الوفاء فقد اقر كل
منها بوصول حقه اليه بجهة التمام . فاذا ادعى انه لم يصل لم يقبل للتناقض اه

وقوله « الا ان يقر صاحبه » اي لان التناقض يرتفع بتصديق الخصم . وعن
هذا قيل كما في رد المختار : المراد بالبرهان في قول المتون « لا يصدق الا ببرهان »
هو اقرار الخصم بالغلط . وقيل المراد بالغلط في عبارة المتون الغصب ، اذ لا شبهة
في ان دعوى الغصب بعد الاقرار بالاستيفاء مسموعة لعدم التناقض . وبهذا جزم
في تكملة فتح القدير لقاضي زاده حيث قال ان المراد بدعوى الغلط في عبارة الهداية
الموافقة لعبارة المتون ، ان تكون على وجه ينضم دعوى الغصب به بالاستيفاء ،

فهو لا يناقض الاقرار باصتيفاء حق من قبل كما لا يخفى اه وما احسن ما وفق به في الحامدية اخذاً من توجيه صدر الشريعة السابق حيث حمل ما في التون على ما اذا اقتسا واقر بالاستيفاء معتمداً في القسمة على قول الامين وحمل ما في الخانية على ما اذا باشر القسمة بنفسه واقر بالاستيفاء

* تبة *

ذكر في التنوير وشرحه الدر بعد قوله « ولو ادعى بعضهم ان من نصيبه شيئاً في يد صاحبه غلطاً الخ » كانقلناه آنفاً ما نصه : وان قال قبضته فاخذ شريكه بعضه وانكر شريكه ذلك ، حلف لانه منكر ، اي والاخر يدعي عليه الغصب . وان قال قبل اقراره بالاستيفاء بحيث لم يحصل منه اقرار اصلاً اصابني من كذا الى كذا ولم يسلمه اليّ وكذبه شريكه ، تخالفاً وتفسخ القسمة ، كالاختلاف في قدر المبيع . ولو اقتسا داراً واصاب كلاً طائفة فادعي احدهما يتنا في يد الآخر انه من نصيبه وانكر الآخر ، فعليه البينة لانه مدّع . وان اقامها فالمبرة لبينة المدعي لانه خارج ، فترجع بينته على بينة ذي اليد . هذا اذا شهدا على القبض ، والا تخالفاً وفسخت . وكذا لو اختلفا في الحدود بأن قال احدهما هذا الحد لي قد دخل في نصيبي وقال الآخر كذلك واقاما البينة ، بقضي لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه ، وان لاحدهما بينة ، قضى له . وان لم تقم لواحد تحالفاً كما في البيع اه (بزيادة من حاشية رد المحتار)

* تنبيهات *

الاول : لو تقاسما وقبض كل حصته وايراً صاحبه الابراء العام لا نسمع من احدهما الدعوي بالغبن الفاحش ، كما في منهوات الانقروبة عن نقد الفتاوى . وهو يده ما صيأتي في المادة ١٥٦٣ من ان الابراء العام يسقط الحقوق التي قبل الابراء . وفي المادة (١٥٦٥) ان من ايراً آخر عاماً ليس له ان يدعي عليه بحق قبل الابراء . وكذا ما في الحامدية : اذا اقر الرجل بأنه لا حق له قبل فلان ، دخل تحت البرائة كل حق هو مال او ليس بمال الخ . لكن بشكل عليه ما نقله

في الحامدية عن القنية رامزاً الى فتاوى برهان : قسماً ارضاً مشتركة واقتر
كل واحد منهما انه لا دعوى له على صاحبه وزرع نصيبه ثم اراد احدهما الفسخ
بالغبين ، فله ذلك اذا كان الغبن فاحشاً عند بعض المشايخ اه . فان هذا اللفظ
من الفاظ الابرأ العام ، كما علمت . وسيأتي التصريح بذلك في المادة
(١٥٦١)

وامل الخلاف الجاري في سماع دعوى الغبن بعد الاقرار بالاستيفاء جارياً ايضاً
في سماعها بعد الابرأ . وما تقدم عن القنية جار على احد القولين ، وهو ما في التون في
سماعها . لكن لا ينبغي ان المانع من سماعها بعد الاقرار بالاستيفاء هو التناقض ،
وهو في محل الخفاء عفو . والمانع من سماعها بعد الابرأ هو سقوط الحق بالابرأ ،
والساقط لا يعود ، فلا ينبغي ان يكون الخلاف الجاري في الاول جارياً في الثاني ،
فتأمل .

الثاني : تقدم في المادة (٣٥٩) ان المشتري المفرور اذا اطلع على الغبن الفاحش
ثم تصرف في المبيع تصرف الملاك سقط حق نسخه ، فهل اذا اطلع احد المتقاسمين
على الغبن الفاحش ثم تصرف في حصته بنحو اجارة او ر كوب دابة يسقط حق
نسخه ايضاً ، لم اره منقولاً ، فليحذر بالنقل الصريح ، اذ ليس لنا ان نقبس
مسئلة في القسمة على مسئلة في البيع ، فانهم .

الثالث : يؤخذ من جواب سؤأل في تنقيح الحامدية : رفع اليه سنة ١١٤٨
ان حضور احد المتقاسمين بيع الآخر حصته وتصدقه على صحة البيع وانه لا مطعن
له فيه له حكم الاقرار بالاستيفاء ، فلا نسمع منه دعوى الغبن الفاحش بعد ذلك ،
على ما ذكر في الخاتمة والمبسوط ، ومثت عليه المجلة . ونسمع على ما ذكر في
التون ، فراجع .

المادة ١١٢٨ - * يشترط في قسمة التراضي رضي كل واحد
من المتقاسمين . بناء عليه اذا غاب احدهم لا تصح قسمة التراضي .
واذا كان في جملتهم صغير فولبته او وصيته قائم مقامه وان لم يكن

للصغير ولي ولا وصي كان موقوفاً على امر الحاكم فينصب وصي
من طرف الحاكم وتصدر القسمة بمعرفته *

المراد بعدم الصحة في قوله « لا تصح » عدم النفاذ ، لما تقدم في المادة (١١٢٦)
من انها تصح موقوفة على اجازة النائب او اجازة الصغير بعد بلوغه او اجازة وليه
او وصيه او القاضي عند عدمها . وهذا اذا كان ما اقتسموه مملوكاً لهم بالارث .
فلو بالشراء ، فلا بد لصحة القسمة من اذن القاضي لهم بها ، والا تكون باطلة
كما قلناه في شرح المادة المذكورة عن الدر ممزباً للمنية . وتقدم تمام الكلام على
ذلك هناك فارجع اليه .

وقد افادت هذه المادة ان امر القاضي للشركاء ، ولو صبه النصب على الصغير
بالقسمة لا يخرج القسمة عن كونها بالتراضي ، فهي مؤبدة لما قلناه هناك
فتفتن واعلم ان المجنون له حكم الصغير ، كما في رد المحتار .

المادة ١١٢٩ * الطلب في قسمة القضاء شرط فلا تصح القسمة

جبراً من الحاكم الا بطلب احد اصحاب الحصص *

غبارة الدر وغيره : وسببها طلب الشركاء او احدهم ، الانتفاع بجمعه - حتى
اذا لم يوجد منهم الطلب لم تصح القسمة او واعلم انه لو حضر الشركاء عند القاضي
وفي ابدع اعيان مشتركة فان كانت تلك الاعيان ثقيلة قسمها بينهم
بطلبهم او بطلب احد منهم جبراً بمجرد اعترافهم بالاشتراك فيها اتفاقاً ، سواء
ادعوا الملك بالارث او بسبب غيره كالشراء والانتهاج ، او الملك المطلق عن
السبب . ومن النقلى البناء والاشجار حيث لم يتبدل المنفعة بالقسمة . وان تبدت
فلا جبر . وكذا الحكم ان كانت عقاراً وادعوا الملك بسبب غير الارث ، او
الملك المطلق ، يعني انه يقسمها اتفاقاً على الصحيح . وقيل : روي عن ابي حنيفة في

غير رواية الاصول أن القاضي لا يقسم العقار المشتري بينهم ، فسوى بين الشراء والارث . اما اذا ادعوه اي العقار بسبب الارث ، فعندهما الحكم كذلك ، فلم يفرقا بين الموقوف والعقار المشتري وبين العقار الموروث . وقال ابو حنيفة رحمه الله تعالى لا يقسم العقار الموروث حتى يبرهنوا على موت المورث وعدد الورثة . لها ان اليد دليل الملك ، لانه في ايديهم ولا منازع لم ولا منكر لتقوم عليه البينة . ويذكر القاضي في كتاب القسمة انه قسم بما عترفهم ليقنصر عليهم ولا يتعداهم ، حتى لا يمتق امهات اولاده ومدبروه لعدم ثبوت موته في حقهم - بخلاف ما اذا كانت القسمة بينة .

ولاي حنيفة ان القسمة ، قضاء على الميت اذا التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة ، حتى لو حدثت الزيادة منها قبل القسمة تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها ، بخلاف ما بعد القسمة . واذا كانت قضاء على الميت فالأقرار منهم ليس بحجة عليه ، فلا بد من البينة . وقد امكن ذلك بجعل احدم خصماً عن الميت وغيره عن انفسهم . واقرار الخصم لا يمنع من قبول البينة عليه اذا كان في قبولها فائدة . الا ترى انه لو ادعى انسان على ميت ديناً فافر الوارث به فاقام المدعي بينة ، فانها تقبل ، لانها تثبت الدين على الميت حتى يقدم على الورثة كلهم . ويؤاحم الغرماء . ولا كذلك اذا كان ثبوته باقرار الوارث ، فانه لا يثبت الا في حقه خاصة . وكذا الوصي اذا اقر بالدين تقبل البينة عليه مع اقراره لبطلات اقراره ، وهذا بخلاف المنقول لان في القسمة فيه نظراً ، لانه يخشى عليه التلف ، وفي القسمة حفظه . وجعله مضموناً على القابض والعقار محصن بنفسه وهو غير مضمون بالقبض ، فلا حاجة الى قسمته بغير ثبوت . والمشتري زال عن ملك البائتم قبل القسمة فلم تكن القسمة قضاء على الغير . هذا حاصل ما في الدرر وحواشيه والكنز وشروحه .

ثم ان ما ذكرناه في العقار المدعي بالملك المطلق من ان القاضي يقسمه بينهم بمجرد اعترافهم بالاشتراك فيه ، هو رواية كتاب القسمة ، وهي رواية القدوري . وتخالفها رواية الجامع الصغير . قال في الهداية : وفي الجامع الصغير : ارض ادعاهارجلان واقاما البينة انهما في ايديهما وارادا القسمة ، لم يقسما حتى

يقبى البينة انها لها ، لاحتمال ان تكون لغيرها بوجهة او اطارة او اجارة . ثم قيل :
هو قول ابي حنيفة خاصة . وقيل هو قول الكل ، وهو الاصح ، لان القسمة
اما لحق الملك تيمناً للمنفعة ، او لحق اليد تيمناً للعنف . فالاول يمنع لعدم الملك ،
والثاني غير محتاج اليه في المقار ، لانه محصن في نفسه (زبلي) فقد شرط في
هذه الرواية اثبات الملك بالبينة ولم يشترط في رواية القدوري ، بل فيها الاكتفاء
باقرار الشركاء . ونقل في تكملة فتح القدير عن تاج الشريعة ان اختلاف
الروايتين لاختلاف الوضع . فموضوع رواية القدوري في كتاب القسمة
فيما اذا ادعى الملك ابتداء . وموضوع رواية الجامع الصغير فيما اذا ادعى اليد
ابتداء ، فافترقا . بيانها : ادعى الملك ابتداء واليد ثابتة ومن في بده شيء
يقبل قوله انه ملكه ما لم ينازعه غيره ، اذا الاصل ان الاملاك في يد الملاك
فيعتبر هذا الظاهر وان احتمل ان يكون ملك الغير ، لانه احتمال بلا دليل ،
فيقسم القاضي بينهما بناء على الظاهر . اما اذا ادعى اليد واعراض عن ذكر الملك
مع حاجتها الي بيانه ، لانها طلبا القسمة من القاضي والقسمة في المقار لا تكون
الا بالملك ، فلما سكتوا عنه دل على ان الملك ليس لها ، فأكد ذلك الاحتمال
السابق ، فلا يقبل قولها بعد ذلك الا باقامة البينة ليزول هذا الاحتمال . وهذا
معنى قوله في الجامع الصغير « لاحتمال ان يكون لغيرها » فتبصر اه ونقل مثله في
حاشية ابي السعود ، وكذا في رد المحتار عن المقدسي . وعن الفرمية ، وقال :
وهو الظاهر من عبارة الهداية : واذا حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد
الورثة والدار في ايديهم ومنهم وارث غائب ، قسمها القاضي بطلب الحاضرين ،
وينصب وكيلاً يقبض نصيب الغائب . وكذا لو كانت مكان الغائب صبي ،
يقسم وينصب وصياً يقبض نصيبه ، لان فيه نظراً للغائب والصغير ، ولا بد
من اقامة البينة اي على الوفاة وعدد الورثة في هذه الصورة ايضاً ، عنده خلافاً
لها ، كما ذكرناه من قبل (هداية) اي فيما اذا كان كل الورثة كباراً حاضرين .
وهذا هو المراد بقول الدرر « ولا بد من البينة على اصل الميراث » لانه لا بد من
اقامة البينة على جهة الارث كالاخوة والاخوة ونحوها . هذا ما حققه في رد المحتار .
وعبارة المتدبرة عن الكافي كالصريحة في ذلك ، فانهم .

وان كان العقار في يد الوارث الغائب او شيء منه ، لم يقسم باقرار الحضور وكذا اذا كان في يد مودعه . وكذا اذا كان في يد الصغير او شيء منه لم يقسم (هندية) اي لثلا يلزم انقضاء عليهما باخراج شيء مما في ايديهما بلا خصم حاضر عنهما . ولا فرق في هذا بين اقامة البينة اي على الارث وعدمها . هو الصحيح ، كما في الهداية والتبيين والهندية .

والتقييد « بالوارثين » في قول الهداية في عبارته السابقة « واذا حضر وارثنان » ، للاحتراز عما اذا حضر وارث واحد ، فانه لا يقسم ، وان اقام ذلك الوارث البينة على موت الوارث وعدد الورثة اتفاقاً . اما عند ابي حنيفة القائل بلزوم اقامة البينة على ذلك ، فلان الواحد لا يصلح مخاصماً ومخاصماً . واما عند الامامين القائلين بلزوم ذلك ، فلان الواحد لا يصلح مقاسماً ومقاسماً ، فلا بد من حضور اثنين اذا كان احد الورثة غائباً او صغيراً ، ولو كان احد الاثنين صغيراً او موصياً له ، لان الموصى له شرك بمنزلة الوارث ، والصغير يمكن للقاضي ان ينصب عنه وصياً .

واعلم ان ما هنا مثله لا بد من معرفتها ، وهي ان القاضي اذا اراد ان ينصب وصياً على الصغير ، فان كان لاجل ان ينتصب خصماً عن الصغير كما اذا حضر وارث واحد وطلب قسمة عقار الميت ، فليس للقاضي ان ينصبه ما لم يكن الصغير حاضراً ، لانه اذا كان غائباً لا تصح الدعوى عليه ، فلم يتوجه عليه الجواب . والوصي انما نصبه ليجيب خصمه . وان كان لاجل قبض مال الصغير كما اذا حضر اثنان وطلب من القاضي قسمة عقار الميت وفي الورثة صغير غائب ، كان للقاضي ان ينصبه ، لان نصبه هنا انما هو لقبض حصة الصغير لا لتصحيح الدعوى وجواز القسمة ، لان ذلك موجود قبل القسمة يجعل احد الوارثين خصماً عن الميت والثاني خصماً عن نفسه وعن سائر الورثة ، فلم يلزم القضاء على الغائب . هذا خلاصة ما في الدرر وحواشيه والكتز وشروحه والهندية وحاشية ابي السعود .

وهذا كله اذا كان العقار مشتركاً بالارث . كالشراء والاتهاب ونحوهما ، فان القاضي لا يقسم بينهم بطلب بعضهم ، واحداً كان او اكثر اذا كان بعض الشركاء غائباً وان اقاموا البينة على الشراء ، لان في الشراء لا يصلح الحاضر خصماً عن

الغائب ، بخلاف الارث فان ملك الارث ملك خلافة - حتى يرد بالمعيب على بائع المورث ويورث عليه ، فانصب احدم خصماً عن الميت فيما في يده ، والآخر عن نفسه ، فصارت القسمة قضاء بمحضرة المتقاسمين . واما الملك الثابت بالشراء فملك جديد بسبب باشره في نصيبه ، ولهذا لا يرد بالمعيب على بائع بانه ، فلا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب ، فتكون البيعة في حق الغائب قائمة بلا خصم ، فلا تقبل (افاده في الدرر وغيره)

ولا فرق في هذا بين ان تكون الاعيان المشتراة عقاراً او متقولات كما في الخانية .

* نعمة *

في رد المختار : الشركة اذا كان اصلها الميراث فجرى فيها الشراء بأن باع واحد نصيبه او كانت اصلها الشراء فجرى فيها الميراث - بأن مات واحد منهم ، ففي الوجه الاول يقسم القساضي اذا حضر البعض ، لا في الثاني ، لانه في الاول قام المشتري مقام البائع في الشركة الاولى وكانت اصلها وراثه . وفي الثاني قام الوارث مقام المورث في الشركة الاولى وكان اصلها الشراء ، فينظر في هذا الباب الى الاول (ولوالجبة وغيرها)

وفي الهندية : في المتقي عن ابي يوسف رحمه الله تعالى : اذا اشترى رجل من احد الورثة نصيبه ثم حضرا يعني البائع والمشتري وطلبا القسمة ، فالقاضي لا يقسم بينهما حتى يحضر وارث آخر غير البائع . ولو اشترى منه نصيبه ثم ورث البائع شيئاً بعد ذلك او اشترى ، لم يكن خصماً للمشتري في نصيبه الاول في الدار حتى يحضر وارث آخر غيره . ولو حضر المشتري من الوارث ووارث آخر وغاب الوارث البائع واقام المشتري بيعة على شرائه وقبضه وعلى الدار وعدد الورثة - فان كان المشتري قبض الدار وصكنتها معهم ثم طلب القسمة هو ووارث آخر غير البائع واقام البيعة على ما ذكر ، فالقاضي يقسم الدار . كذلك اذا طلبت الورثة دون المشتري فالقاضي يقسم الدار بينهم بطلبهم وجعل نصيب الغائب في يد المشتري ولا يقضي بالشراء . وان لم يكن المشتري قبض الدار ، عزل نصيب الوارث الغائب ولا يدفع الى المشتري . ان

كان المشتري هو الذي طلب القسمة وابتى الورثة ، لم يقسم ، لاني لا اعلم انه مالك ، ولا اقبل بنته على ما اشترى ، والبائع غائب وفيه ايضاً عن ابي يوسف رحمه الله تعالى : دار بين رجلين باع احدهما نصيبه وهو مشاع من رجل ثم ان المشتري امر البائع ان يقاسم صاحب الدار ويقبض نصيبه فقاسمه ، لم تجز القسمة اه .

وذكر في الخانية : انه لو مات الرجل وترك امرأة حاملاً وابناً فان القاضي لا يقسم الميراث حتى تلد . فان كان الوارث اكثر من واحد ولم ينتظروا الولادة ، ان كانت الولادة بعيدة ، يقسم . وان كانت قريبة ، لا يقسم . ومقدار القرب والبعد مفوض الى رأي القاضي . واذا قسمت التركة بوقف نصيب الحمل .

واختلفوا في مقدار ما يوقف للحمل . والفتوي على انه يوقف نصيب ابن واحد . هذا اذا كانت الورثة ممن يرثون مع الحمل ان كان ابناً - فان كانوا لا يرثون مع الابن بأن مات عن اخوة وامرأة حامل ، يوقف جميع التركة ولا يقسم ، لان في حق الاخوة في طلب القسمة شكاً ، فلا يقسم اه .

المادة ١١٣٠ - * اذا طلب احد اصحاب الحصص القسمة وامتنع الآخر فعلى ما سيبين في الفصل الثالث والرابع ان كان المال المشترك قابلاً للقسمة يقسم الحاكم جبراً والا فلا يقسم *

وانما لكل واحد من الشركاء ان يسكن في بعض الدار مثلاً بقدر حصته كما في الفصل (٣٤) من العمادية ، وبه اتفق في الحامدية . وانظر اذا طلب احدهما ذلك والاخر المهاباة ايها يقدم ، وهي تقع كثيراً ، يقول لي خشبة اسكن تحتها ، فليحرر . والجواب يظهر ما سيأتي من ان الاصح ان القاضي يجبر على المهاباة بطلب احدهما رد المختار . وذكر في الدر : دار او حانوت بين اثنين لا يمكن قسمتها تشاجراً فيه فقال احدهما لا اكري ولا

انتفع وقال الآخر اريد ذلك ، امر القاضي بالمهاياة ثم يقال لمن لا يريد الانتفاع :
ان شئت فانتفع . وان شئت فاغلق الباب اه
وبهذا ظهر ان امر القاضي لهم بالمهاياة بدون طلب احد منهم كما زعم الشارح
صليم باز لا قائل به ، فانهم

المادة ١١٣١ -- * قابل القسمة هو المال المشترك الصالح للتقسيم
بمحيث لا نفوت المنفعة المقصودة من ذلك المال بالقسمة *

وهي المنفعة التي كانت قبل القسمة فلا يقسم ، نحو الحمام . وان كان ينتفع به
بعد القسمة لربط الدواب ونحوه ، قال في الدر عازباً للمجتبي حانوت لها يعملان فيه
طلب احدهما القسمة - ان امكن لكل ان يعمل فيه بعد القسمة ما كان يعمل فيه قبلها ،
قسم ، والا لا اه - الا اذا رضى الجميع بقسمته ، فانها تصح . وهذا ظاهر
في ان نحو الحمام والطاحون اذا كان كبيراً يمكن لكل من الشريكين الانتفاع به
كما كان بان كان الحمام ذا خزانين والرحى ذا حجرين يقسم . ولذا افق في الحامدية
بقسمة معصرة زيت لاثنين مناصفة وهي مشتملة على عودين ومطحنين وبترين للزيت
قابلة للقسمة بلا ضرر ، مستدلاً بما في خزنة الفتاوى : لا يقسم الحمام والحايط
والبيت الصغير اذا كان بحمال لو قسم ، لا يبقى لكل موضع يعمل فيه اه
(افاده في رد المحتار)

(الفصل الثالث)

* في بيان قسمة الجمع *

وهي جمع الحصص الشايبة في كل فرد من افراد الاعيان المشتركة في اقسامها
كما تقدم في المادة ١١١٥

المادة ١١٢٢ - * تجري قسمة القضاء في الاعيان المشتركة
المتحدة الجنس يعني ان الحاكم يطلب احد الشركاء بقسم سواء كان
ذلك من المثليات او القيمات *

لان القسمة تميز الحقوق ، وذلك ممكن في الصنف الواحد كالابل او البقر
او الفم او الثياب او الدواب او الخنطة او الشمير ، يقسم كل صنف من ذلك على حدة
(رد المختار عن الجومرة)

المادة ١١٢٣ - * لعدم الفرق والتفاوت بين افراد المثليات
المتحدة الجنس فقسمتها مع كونها غير مضررة باحد الشركاء بكون
كل واحد قد استوفى حقه وحصل على تمامية ملكه بها . كما لو كان
مقدار خنطة مشتركاً بين اثنين ففي قسمة ذلك بينهما على حسب
الحصص واستيفاء كل ما اصاب حصته من الخنطة بكون مالكا
لها مستقلاً . ومن هذا القبيل سبيكة ذهب كذا درهماً او سبيكة
فضة كذا اوقية او قطعة نحاس او حديد كذا وزناً او مقدار كذا
من ثوب جوخ متحد الجنس او كذا ثوب بزّ او عدد كذا
من البيض *

لما ذكر في المادة التي قبل هذه ان قسمة القضاء وهي المسماة بقسمة الجبر ، تجري
في الاعيان المتحدة الجنس ، اعم من ان تكون مثليات او قيميات ، اعقبها بالتفصيل .
فاناد هنا ان وجه جريان قسمة الجبر في المثليات المتحدة الجنس عوانه لما كانت

افراد المثليات غير متفاوته وكان معنى الافراز والتمييز فيها غالباً كما تقدم ، صار كل واحد من المتفاسمين مستوفياً كـ حقه ، يعني عينه ، لان المأخوذ نصفه عين حقه حقيقة ونصفه الآخر عين حقه حكماً ، لوجود المائلة ، فلا مبادلة حكماً ، ولا ضرر على أحد بعد استيفائه عين حقه فلم يشترط رضاه ولهذا لا يثبت فيها خيار الشرط ولا خيار الرؤية كما سيأتي في المادة (١١٥٥)

وقد استفيد من قوله « كذا درهماً ومن قوله كذا اوقية الخ » ، ان استيفاء كل كمال حقه لا يتم الا اذا كانت قسمة المكييل بالمكييل والموزون بالموزن والمذروع بالذرع والمعدود بالعد ، كما تقدم وبأني .
وان المراد بالمثلي ما لا تتفاوت افراده بالقيمة المعتد بها ، اعم من ان يكون من الاموال الربوية او من غيرها .

واشار بقوله « سبيكة ذهب الخ » الى انه لو كانت مصوغاً او دخلت فيه الصنعة كالابريق من الخماس والقمقم ونحو ذلك ، يخرج عن كونه مثلياً فلا يقسم جبراً كما تقدم في المادة (١١١٩) وبأني في المادة (١١٣٦)

المادة ١١٣٤ - * القيميات المتحددة الجنس وان وجد فرق وتفاوت بين افرادها لكن بحسب كونه جزئياً صار كأنه لم يكن وعدت قابلة القسمة ايضاً على ما مر . مثلاً خمسمية شاة مشتركة بين اثنين اذا قسمت نصفين فكاننا اخذ كل واحد منهما عين حقه . ومن هذا القبيل ايضاً مائة جمل ومائة بقرة *

يعني ان وجه جريان قسمة الجبر في القيميات المتحددة الجنس مع ان معنى المبادلة فيها غالب والمبادلة لا يجري فيها الجبر لانها تعتمد الرضى ، انه اذا كان التفاوت بين افرادها جزئياً نصير ملحقة بالمثليات ، وذلك كالحوانات من جنس واحد

كفتم كثير وبقر كذلك . وبسنتي من ذلك الرقيق كما في التنوير وغيره . قال في رد المحتار : لان التفاوت في الادمي فاحش فلا يمكن ضبط المساواة لان المعاني المقصودة منه العقل والفتنة والصبر على الخدمة وغير ذلك ، وذلك لا يمكن الوقوف عليها فصاروا كالاجناس المختلفة - بخلاف سائر الحيوانات ، لان تفاوتها بقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد اه

وهذا عندابي حنيفة . وقالوا لا فرق بين الرقيق وغيره من الحيوانات . قال الزهلي : وهذا الخلاف فيما اذا كان الرقيق وحدهم وليس معهم شيء من العروض ، وم ذكور فقط او اناث فقط . واما اذا كانوا مختلطين بين الذكور والاناث ، لا يقسم بالاجماع ، لان الذكور والاناث من بني آدم جنسان لا اختلاف المقاصد على ما عرف ، ولا يقسم الجنسان . وان كان مع الرقيق شيء آخر مما يقسم ، جازت القسمة في الرقيق تبعاً لغيره بالاجماع . ويجبرم القاضي بطلب البعض ، وكم من شيء يدخل تبعاً وان لم يميز دخوله قصداً اه

اقول : والظاهر ان الخيل الجياد يعني الاصابيل مع الخيل العمجة المساءة عند العامة بالكدر ، جنسان ، فحش التفاوت بينهما في القيمة ، ولان المعاني المقصودة منها مختلفة ، فلا يقسم بعضها في بعض بأن يعطي احد الشريكين كدشين او اكثر والآخر بمقابلة ذلك اصيلة . وافاد قوله ان الذكر والانثى من الحيوانات ما عدا الرقيق جنس واحد ، انه لو اعطى القاضي احد الشريكين الانثى من الغنم الكثير والآخر الذكر منها ، يجبر الآبي على القبول . وفي النفس من ذلك شيء ، وهي ان المعنى المقصود من الذكر هو اللحم ومن الانثى غالباً النسل واللبن ، وقد يريد احدهما الانثى للمعنى الثاني فكيف يجبر عليها ، فليحذر فان البحث لا يمارض النص .

المادة ١١٣٥ - لا تجري قسمة القضاء في الاجناس المختلفة

يعني في الاعيان المشتركة المختلفة الجنس سواء كانت من المثليات

او من القيميات يعني لا يسوغ للحاكم ان يقسمها قسمة جمع جبراً
بطلب احد الشركاء مثلاً بان يعطي الى احد الشركاء مقدار كذا
حنطة وفي مقابله لآخر مقدار كذا شعيراً او الى احدهم غنماً وفي مقابله
مقدار كذا ابلأ او بقرأ والى واحد سميناً والى آخر سرجاً او الى
احدهما داراً والى آخر دكاناً او ضيعة بطريق قسمة القضاء لا يجوز .
اما اعطاؤهم ذلك على الوجه المشروح حال كونه بالتراضي بينهم
قسمة رضاء فانه يجوز ❀

لوقوع القسمة حينئذ معاوضة لا تمييزاً ، فتعتمد التراضي دون جبر
القاضي ، لان ولاية الاجبار للقاضي تثبت بمعنى التمييز لا المعاوضة (كذا في
الدر وحواشيه)

المادة ١١٣٦ - ❀ الاواني المختلفة بحسب اختلاف الصنعة ولو
كانت مصنوعة من جنس معدن واحد تعد مختلفة الجنس ❀

عبارة الهندية عن العناية : والاواني المتخذة من اصل واحد كالاواني والتمقمة
والطست المتخذة من صفر ، ملحقة بمختلفة الجنس فلا يقسمها القاضي جبراً اه
اي لا يجوز ان يعطي احد الشريكين اجانة والاخر تمقمة وطستاً ، وان كان
الوزن واحداً ، لان الجنس وان اتحد حقيقة لكنه باختلاف الصنعة مختلف
حكماً . والظاهر ان الحكم كذلك لو كان المشترك تمقمتين او طستين
وصنعتها مختلفة ، اما لو كانت صنعتها واحدة ووزنها واحداً فلا شبهة في جواز
قسمة جبراً ، اذ ليس فيه اختلاف اصل ولا صنعة ، فهو داخل في متحد الجنس ،
فانهم .

المادة ١١٣٧ - * الحلبي وكبار اللؤلؤ والجواهر ايضاً من
الاعيان المختلفة الجنس . واما الجواهر الصغيرة مثل اللؤلؤ الصغير
الذي لا تفاوت في قيمته بين افراده واحجار الالماس الصغيرة فأنها تعد
متحدة الجنس *

عبارة الدرر عند قول المتن « ولا تقسم الجواهر » قيل : اذا اختلف الجنس
كالاتي والواقيت ، لا يقسم ، لان الجنس لما اختلف لم يتحقق معنى القسمة ،
وهو تكيل المنفعة . وقيل لا يقسم الكبار منها لغش العارات ، ويقسم الصغار
لقلة التفاوت . وقيل الجواب مجرى على اطلاقه لان جهالة الجواهر فحش من جهالة
الرقيق . ولهذا لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة او خالع عليها لا تصح التسمية . ولو
خالع او تزوج على عبد ، بصح ، فاولى ان لا يجبر على القسمة ام فئات
تري ان المجلة قدمت على القول الثاني وهو الوسط ، وخير الامور
اوساطها .

المادة ١١٣٨ - * الدور المتعددة والدكاكين والضباع
ايضاً مختلفة الجنس فلا تقسم قسمة جمع مثلاً بان يعطي الى احد
الشركاء من الدور المتعددة واحدة والى آخر اخرى بطريق قسمة
القضاء لا يجوز بل تقسم كل واحدة منها قسمة نفرين على الوجه
الاتي *

الدكاكين جمع دكان ، وهي الحانوث . والضباع جمع ضيعة ، وهي عرصة

غير مبنية ، كما في رد المختار . وظاهر هذه الترجمة ان الدكاكين وحدهما كالدور اجناس مختلفة ، فلا تقسم قسمة جمع . وظاهر المتون بخالفه ، فإن عبارة الكنز هكذا : دور مشتركة او دار وضيفة او دار وحانوت قسم كل واحدة على حدة . ومثله في التنوير والوقاية والدرر .

وعبارة القدوري : واذا كانت دور مشتركة في مصر واحد ، قسم كل دار على حدة في قول ابي حنيفة . وقالوا : ان كان الاصح لهم قسمة بعضها في بعض ، قسمها . وان كانت داراً وضيفة او داراً وحانوتاً ، قسم كل واحد منهما على حدة ، لاختلاف الجنس اه ومثله في الملتقى .

نعم ذكر في الهداية ان الاقربة المتفرقة المشتركة ، على هذا الخلاف الجاري في الدور . وهي جمع قراح ، قطعة من الارض على حياها لا شجر فيها ولا ماء ، كما في رد المختار . فالاقربة والضياح بمعنى واحد كما ترى .

وفي الخاتمة ما نصه : واذا مات الرجل وترك ارضين او دارين فطلب ورثته القسمة على ان يأخذ كل واحد منهم نصيبه من كلا الارضين والدارين ، جازت القسمة وان قال احدهم للقاضي اجمع نصبي من الدارين او الارضين في دار واحدة او ارض واحدة وابي صاحبه ، قال ابو حنيفة رحمه الله : يقسم القاضي كل دار وكل ارض على حدة ولا يجمع نصيب احد في دار واحدة ولا في ارض واحدة . وقال صاحبه : الرأي الى القاضي : ان رأى الجمع يجمع ، والا فلا اه .

والحاصل ان الاستفادة من كلامهم متوناً وشروحاً وفتاوى ان الدكاكين المتعددة باقية على اصلها من انها وحدهما جنس واحد ، في قسمها القاضي قسمة جمع . واما الدور المتعددة ، فكذلك عندما اذا كانت في مصر واحد لا في مصرين وكانت قسمتها كذلك اصح لهم ، لان الدور جنس واحد نظراً الى اتحاد الاسم والصورة . واصل السكنى اجناس ، نظراً الى اختلاف الاغراض وتفاوت منفعة السكنى باختلاف الحال ، فكان مفوضاً الى رأي القاضي . وقال ابو حنيفة ، وعليه المتون ، ان الدور اجناس مختلفة مطلقاً سواء كانت في مصرين او مصر واحد متصلة في بعضها او منفصلة ، لان المقصود يختلف باختلاف الحال

والجيران والقرب الى المسجد والماء ، اختلافاً فاحشاً ، فلا يمكن التعديل في
القسمة ، فلا يجوز جمع نصيب كل واحد في دار ، إلا بالتراضي (زبلي) وقام
التعليل فيه .

وقد تقدم عن الهداية والحانية ان الخلاف المذكور ، جارٍ في الاراضي والافرحة ،
وهي عين الضياع كما ذكرنا انفاً . والتقييد بكون الدور هي المختلفة الجنس للاحتراز
عن البيوت ، والمنازل جبل منزل اصغر من الدار واكبر من البيت ، لانه ديرة
صغيرة فيها بيتان او ثلاثة ، والبيت مسقف واحده دهليز كما في رد المحتار .
والحكم في البيوت انها تقسم قسمة جمع مطلقاً لتقاربها في معنى السكنى . واما
المنازل فإن كانت مجتمعمة في دار واحدة ، متلاصقة بعضها ببعض ، قسمت قسمة
واحدة ، والا فلا ، لان المنزل فوق البيت ودون الدار فالتحقت المنازل بالبيوت
اذا كانت متلاصقة ، وبالدار اذا كانت متباعدة (كذا في الدرر وشرح مسكين
والزبلي وغيرهما)

قال في رد المحتار : ولعل هذا في زمانهم ، والا فالمنازل والبيوت ولو من دار
واحدة تطاوت تفاوتاً فاحشاً في زماننا بدل عليه قولهم هنا «لان البيوت لا تتفاوت
في معنى السكنى ولهذا توجب اجرة واحدة في كل محلة» وكذا ما ذكره في خيار
الروية واتواهم هناك بقول زفر من انه لا بد من روية داخل البيوت ، لتفاوتها
تأمل اه

اقول : هذا البحث مع كونه مصادماً للشئقول ، فيه نظر ، لان التفاوت
الذي يكون سبباً لاختلاف الجنس هو التفاوت في المقاصد ، وهي انما تختلف
باختلاف الحال والجيران والقرب الى المسجد والماء ونحو ذلك ، فان هذا هو
الموجب لعدم امكان التعديل في القسمة . وهذا انما يوجد في الدور مطلقاً وفي
المنازل اذا كانت منفردة ، لا في البيوت من دار واحدة ولا في المنازل اذا كانت
مجتمعمة في دار واحدة متلاصقة ، كما هو ظاهر . واما اختلاف بيوت دار واحدة
قيمة وسمعة واحكاماً في البناء ونحو ذلك ، فلا يوجب اختلافها جنساً ، لان
التعديل في قسمتها قسمة جمع ممكن ، لما صرحوا به من ان العروة تقسم بالترع
والبناء بالقيمة ، فقد يعطي احد الشريكين بينين او اكثر في مقابلة بيت واحد

ليحصل المعادلة . على ان قسمة كل بيت على حدة ، قد توجب ضرراً للجميع ، ولذا قال الزهلي : واختلف بيوت دار واحدة لا يمنع القسمة ، لان في قسمة كل بيت على حدة ضرراً ، بخلاف الدوراه مختصراً . واما ما استدل به على ما ادعاه و كذا ما استدل به الشارح سليم بازناً بدلاً له : ففي معزل عن الدلالة عليه ، كما لا يخفى على من امن النظر اليه فانهم .

(الفصل الرابع)

❖ في بيان قسمة التفريق ❖

المادة ١١٣٩ - ❖ تفريق العين المشتركة وتبعضها ان لم يكن مضرراً باحد الشركاء . فهي قابلة للقسمة . مثلاً لو قسمت عرصة وفي كل قسم منها تنشأ الابنية وتغرس الاشجار وتحفر الآبار . فهذا الوجه المنفعة المقصودة من العرصة تكون باقية . كذلك دار فيها منزلان واحد للرجال وآخر للحرم ففي تفريقها وتقسيمها الى دارين لا تفوت منفعة السكنى المقصودة من المنزل . وكل واحد من الشركاء بصير صاحب دار مستقلاً . بناء عليه قسمة القضاء تجري في العرصة والمنزل يعني احد الشركاء اذا طلب القسمة وامتنع الآخر فالحاكم يقسم ذلك جبراً ❖

لان في القسمة تكيل المنفعة اذا كان كل واحد منهم ينتفع بتعيينه بعد القسمة ، فكانت القسمة حقاً لهم ، فوجب على القاضي اجابتهم (زهلي) .

❖ تنبيه ❖

قوله في هذه المادة « دار فيها منزلان الخ » يشمل ان يكون المراد ان

المنزل مع الدار جنس واحد لانه داخل في مسمى الدار ، كما ان بيوت الدار كذلك ، فلا يقسم المنزل وحده كما لا يقسم كل بيت وحده ، بل تقسم الدار مع المنزل قسمة واحدة ، فتكون القسمة بالنسبة لمسمى الدار قسمة تفريق ، وبالنسبة لكون الدار للنساء والمنزل للرجال قسمة جمع .

ويحتمل ان يكون المراد ، ان منزل الرجال يقسم وحده قسمة تفريق ، ومنزل النساء وهي الدار كذلك ، نظراً لكون المنزل جنساً آخر ، دون الدار وفوق البيت كما تقدم في شرح المادة السابقة .

والظاهر الاول ، فان قوله « وكل واحد من الشركاء بصير صاحب دار مستقلاً » ربما يشير الى ذلك ، تأمل وحرر .

المادة ١١٤٠ - * اذا كان تبويض العين المشتركة وتفريقها نافعاً لبعض الشركاء ومضراً بالآخر يعني انه مفوت للمنفعة المقصودة فاذا كان الطالب للقسمة هو المنتفع فان الحاكم يقسمها حكماً . مثلاً اذا كان احد الشريكين في الدار حصته قليلة لا ينتفع بعد قسمتها بالسكنى فيها وصاحب الكثيرة يطلب قسمتها فالحاكم يقسمها قضاء * .

هذا ما اعتمده الحنفية رحمه الله تعالى: ووجهه ، ان صاحب الكثير يطلب من القاضي ان يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه . وهذا منه طلب الحق والانصاف فان له ان يمنع غيره من الانتفاع بملكه فوجب على القاضي اجابته . ولا يعتبر ضرر الآخر لانه يريد ان ينتفع بملك غيره فلا يمكن من ذلك وان لحقه بالمنع ضرر . اما لو طلب صاحب القليل مع انه لا ينتفع به ، لا يجيبه ، لانه تمتعت في طلب الضرر على نفسه ، لان القاضي لا يشغل بما لا يفيد . وذكر الجصاص على عكسه . وذكر الحاكم ان اباها طلب القسمة يقسم

القاضي والاصح ما ذكره الحصاف (زبلي)

المادة ١١٤١ - * لا تجري قسمة القضاء في العين المشتركة التي تبعضها وقسمتها بضر بكل واحد من الشركاء . مثلاً الطاحونة اذا قسمت فلا تستعمل طاحونة . فمن هذا الوجه نفوت المنفعة المقصودة فلا يسوغ للحاكم قسمتها بطلب احد الشركاء وحده . اما بالتراضي فتقسم وكذلك الحمام والبئر والقناة والبيت الصغير والحائط بين الدارين ايضاً . وكل ما كان محتاجاً الى الكسر والقطع من العروض فهو من هذا القبيل كالحيوان والسرج والعجلة والجبنة وحجر الخاتم لا تجري قسمة القضاء في واحد منها *

لان القسمة لتكبير المنفعة وفي هذه نفوتها فيعود على موضوعه بالنقض . وانما جاز ذلك بالتراضي لان الحق لهم وهم اعرف بحاجتهم . ولكن القاضي لا يباشر ذلك وان طلبوا منه لان القاضي لا يشتغل بما لا فائدة فيه ، ولا يمنهم من ذلك لان القاضي لا يمنهم من اقدم على ائلاف ماله في الحكم ، وهذا من جملة (زبلي مختصراً)

ولا تنس ما قدمناه في شرح المادة (١١٣١) عن رد المختار من ان الحمام اذا كانت كبيراً ذا خزانتين والرحى ذا حجرين والمعصرة ذات عودين ومطحنين وبئرين للزيت ، تقسم كالبيت الكبير ، لانه بحال لو قسم يبقى لكل موضع يعمل فيه كما كان يعمل قبل القسمة .

المادة ١١٤٢ - * كما انه لا يجوز تقسيم اوراق الكتاب المشترك كذلك لا يجوز ايضاً تقسيم الكتاب المتعدد لاجزاء او

الجلود جلدًا جلدًا *

عبارة المنع عن جواهر الفتاوى ، هكذا : لا تقسم الكتب بين الورثة - ولكن ينتفع به كل واحد بالمبايأة . ولو ارادوا احد من الورثة ان يقسم بالاوراق ليس له ذلك ولا يسمع هذا الكلام منه ولا يقسم بوجه من الوجوه . ولو كان صندوق قرآن ، ليس له ذلك ايضا . ولو تراضوا جميعا فالقاضي لا يأمر بذلك . ولو كان مصحف لواحد وسهم من ثلاثة وثلاثين سهماً منه لآخر ، فانه يعطي يوماً من ثلاثة وثلاثين يوماً حتى ينتفع . ولو كان ذا مجلدات كثيرة كشرح المبسوط ، فانه لا يقسم ولا سبيل للقسمة في ذلك . وكذا في اجناس مختلفة ، ولا يأمر الحاكم بذلك . ولو تراضيا ان تقوم الكتب وبأخذ كل واحد بعضها بالقيمة بالتراضي ، يجوز ، والا فلا اه فإني في الدر من ان الكتب لا تقسم بالاوراق ولو يرضاهم ، فالظاهر ان معناه كما في حاشية رد المحتار ان القاضي لا يباشر قسمتها ، لما مر ان القاضي لا يباشر ذلك ولا يتمتع منه فانهم .

المادة ١١٤٣ - * ينظر في الطريق المشترك بين اثنين فاكثر وليس لغيرهم فيه حق اصلاً حين طلب احدهم قسمته وامتناع الآخر: ان كان بعد القسمة يبقى لكل واحد طريق يقسم . والا فلا يقسم جبراً الا اذا كان لكل واحد طريق ومنفذ غيره فانه في ذلك الحال يقسم *

كذا اطلقه الزبلي . وذكر في الهندي ان بعض المشايخ قالوا : المسئلة محمولة على ان الطريق بينهم على السواء وكان بحيث لو قسم بينهم لا يبقى لواحد منهم طريق ومنفذ . فاما اذا كانت الطريق بينهم على التفاضل بحيث لو قسم بينهم لا يبقى لصاحب القليل ويبقى لصاحب الكثير ، فالقاضي يقسم بينهم بطالب صاحب

الكثير ، كما في مسألة البيت اذا طلب صاحب الكثير القسمة - ومنهم من قال : الطريق لا يقسم في الحالين ، بخلاف البيت اهـ . فافادت هذه المادة تبعاً لاطلاق الزبلي ان الثاني هو المعتمد . ثم ان المراد بالطريق المشترك بين اثنين ما كان داخل ملكها كالسبي بالدهليز مثلاً ، لا ما يشمل السكة الغير النافذة ، لما في الحامدية من كتاب الحيطان ان سكة الغير النافذة ليس لاصحابها ان يبيعوها وان اجتمعوا على ذلك ولا ان يتقسموها فيما بينهم ، لان الطريق الاعظم اذا كثرت فيه الناس كان لهم ان يدخلوا هذه السكة حتى يحذف الزحام ، وعزاء للمادية والبرازية فلينبه .

المادة ١١٤٤ - * المسيل المشترك ايضاً كالطريق المشترك اي اذا طلب احدهما القسمة وامتنع الآخر فان كان بعد القسمة يبقى لكل واحد مجرى لمائه او يتخذ كل مسيلاً في محل غيره يقسم والأفلا *

لان هذا والطريق سواء ، كما في الهندية عن المبسوط . والظاهر ان مساحة الدار ليست كذلك ، بل تقسم بطلب ذي الكثير اذا كان ينتفع بمحصته وان لم ينتفع ذو الحصة القليلة ، كما هو الحكم في البيت . وما ذكره الشارح سليم باز عن الحامدية لا يدل على مدعاه ، الا ان يوجد نقل صريح في انه كالطريق ، فانهم .

* تنبيه *

ذكر في التنوير في باب دعوى الرجلين ما نصه : وذو بيت من دار فيها بيوت كثيرة ، كذوي بيوت منها في حق ساحتها ، فهي بينهما نصفين كالطريق ، بخلاف الشرب اذا تنازعا فيه اهـ (مع زيادة من شرحه الدر) لان الشرب يحتاج اليه لاجل سقي الاراضي ، فعند كثرة الاراضي تكثر الحاجة اليه ، فيقدر يقدر الاراضي - بخلاف الانتفاع بالساحة ، فانه لا يختلف باختلاف الاملاك

كالمرور في الطريق (زبلي)

قال في تنقيح الحامدية بعد نقله ما ذكر: والحاصل انه اذا وقع اختلاف اصحاب البيوت في ساحة الدار ولا بينة ، تقسم الساحة على عدد رؤوسهم . فمن كان له بيت من تلك الدار يساوي من كان له عشرة بيوت ، لان ارتفاع صاحب البيت بالساحة كان ارتفاع صاحب العشرة - بخلاف ما لو اختلفوا في شرب الاراضي ولا بينة ، فانه يقسم الشرب بينهم على قدر الاراضي لاعلى عدد رؤوسهم ، لان احتياج صاحب الاراضي المتعددة الى الشرب بينهم على قدر الاراضي لاعلى عدد رؤوسهم ، فيقسم بينهم على قدر اراضيهم عملاً بالظاهر .

والذي يظهر لي ويدين المصير اليه ان هذا كله عند عدم ظهور الحال . حتى لو باع صاحب البيوت العشرة بيوته من عشرة رجال لكل رجل بيتاً ، كانت نصف الساحة الذي كان للبائعين منقسماً بينهم ائشاراً ، ويبقى النصف للشريك الاول صاحب البيت الواحد . وكذا لو مات الشريك الاول صاحب البيت الواحد عن عشرين ولداً مثلاً ، لا ينتقل اليهم ، الا ما كان يملكه مورثهم ، وهو نصف الساحة . وكذا لو كانت هذه الدار كلها لرجل واحد مات عن ورثة ، تكون الساحة على قدر ارث كل واحد منهم ، لاعلى قدر رؤوسهم . وكذا يقال في شرب الاراضي . هذا ما ظهر لي تفقهاً وان لم اره منقولاً صريحاً . ولكن القواعد تقتضيه اهـ ما في التتبع .

اقول : وهو تفقه حسن موافق للمنقول . ففي تكملة رد المحتار عن القنية : الطريق يقسم على عدد الرؤوس لا بقدر الاملاك اذا لم يعلم قدر الانصاء . وفي الشرب متى جهل قدر الانصاء يقسم على قدر الاملاك لا الرؤوس اهـ فإن قوله « اذا لم يعلم قدر الانصاء » وكذا قوله « متى جهل قدر الانصاء » هو عين ما تفقه به رحمه الله تعالى . وقد علمت ان ساحة الدار كالطريق فما اطلقه الشارح سلم باز نقلاً عن الحامدية محله التقييد ، فلينبه له .

المادة ١١٤٥ - * كما انه يجوز ان يبيع شخص طريقه الملك على ان يبقى له حق المرور يجوز ايضاً ان يقسم اثنان عقارهما

المشترك بينهما على ان تكون رقبه الطريق المشترك يعني ملكيته
لاحدهما وللثاني حق المرور فقط *

قال في الهندية : واذا كانت الدار بين رجلين اقتساما فاخذ احدهما قدر النصف
واخذ الآخر قدر الثلث ورفعا طريقاً بينهما قدر السدس ، فذلك جائز . وكذلك
اذا شرط ان يكون الطريق لصاحب الاقل وللآخر فيه حق المرور . و ذكر
شمس الائمة السرخسي ما يدل على جواز هذه القسمة على الروايات كلها ، وان
كان في حق جواز يسمع حق المرور روايات ، قال : بان
كان عين الطريق مملوكاً لهما وكان لها حق المرور فيه . وقد جعل احدهما نصيبه
من رقبه الطريق ملكاً لصاحبه عوضاً عن بعض ما اخذه من نصيب صاحبه
بالقسمة وبقي لنفسه حق المرور . وهذا جائز بالشرط كمن باع طريقاً مملوكاً له من
غيره ، على ان يكون له حق المرور فيه ، وكن باع السفلى على ان له حق قرار
العلو ، فانه يجوز ، كذا هذا اه .

وفي التنوير : ولو شرطوا ان يكون الطريق في قسمة الدار على التفات ،
جائز . وان كان صهامهم في الدار متساوية ، لان القسمة على التفات بالتراضي
في غير الاموال الربوية جائزة اه .

المادة ١١٤٦ - * كما يجوز ترك الحائط الفاصل بين الحصنين

مشتركا في تقسيم الدار بين الشريكين تجوز ايضا القسمة على جملة
ملكاً لاحدهما خاصة *

لان القسمة على التفات بالتراضي في غير الاموال الربوية جائزة ، كما
في الدر . واذا وقع الحائط لاحد في القسمة وعليه جذوع الآخر واراد صاحب
الحائط ان يرفع الجذوع عن الحائط ليس له ذلك ، الا ان يكونا شرطا في
القسمة رفع الجذوع ، سواء كان الجذوع لاحدهما على الخصوص قبل القسمة

والخائط بينهما ، او كان السقف والجذوع مع الخائط مشتركاً بينهما ثم صار الخائط لاحدهما بالقسمة ، والسقف والجذوع لآخر . وكذلك درج او درجة او اسطوانة عليها جذوع . وكذلك روشن وقع لصاحب العلو مشرفاً على نصب الآخر ، لم يكن لصاحب السقف ان يقطع الرذش الا ان بشرطوا قطعه . كذا في الهندية من الباب الثالث من القسمة وصيأتي هذا في المادة (١١٢٠)

(الفصل الخامس)

« في بيان كيفية لقسمة »

المادة ١١٤٧ المال المشترك ان كان من المكهلات فبالكيل او من الموزونات فبالوزن او من المدديات فبالعدد او من الذرعات فبالذرع بصيرتقسيمه

لان ما كان من هذه المذكورات من الاموال الربوية لا تصح قسمته مجازفة ، لان القسمة فيها معنى المبادلة والمجازفة فيها في الاموال الربوية ولو بالنراضي لا تجوز . واما ما كان منها من القيميات ، فلان التعديل في ماليتها لا يحصل الا بما ذكره ، كما سيأتي توضيحه في شرح المادة الابنية

المادة ١١٤٨ - حيث كانت العرصه والاراضي من الذرعات فتقسم بالذراع واما ما عليها من الاشجار والابنية فيقسم بتقدير القيمة

ولا بد من ذرع الابنية ايضاً لتمكن التسوية في ماليتها . قال في الشرنبلالية

عند قول صاحب الدرر « وبذره اي يذرع القاسم ما يقم ويقوم ببناءه » بقوله :
« وبذره » شامل للبناء ، لما قال الزبلي : وبذره ويقوم البناء ، لان قدر
المساحة يعرف بالذرع ، والمالية بالتقويم ، ولا بد من معرفتها ليحكه التسوية في
المالية . ولا بد من تقويم الارض وذرع البناء اهو اقرب في رد المختار . وذكري
الحامدية عن الذخيرة قال محمد في الاصل : واذا كانت الدار بين ورثة فانقسموها
وفضلوا بعضها على البعض لفضل قيمة البناء ، فهذه القسمة وهذا التفضيل جائز .
وصورته اذا كانت بين وارثين وهي ثلاثون ذراعاً قيمة عشرة اذرع من جانب مثل قيمة
عشرين ذراعاً من الجانب الآخر - اما لاجل البناء ، والمعنى من المعاني فاقسما على
ان يكون لاحدهما هذه المشرة وللآخر عشرون ، فهذه القسمة جائزة فاكتفى
فيها بالمعادلة من حيث المعنى ، وهو المالية عند تعذر اعتبار المعادلة من حيث الصورة
بالذرعان هـ . وهذا ما ذكره بقوله :

المادة ١١٤٩ - * اذا كان في تقسيم الدار ابنية احدي الحصتين
اغلي ثمناً من الحصنة الاخرى فان امكن تعديلها باعطاء مقدار من
العرصة فيها والافتعدل بالنقود *

لان المعادلة في القسمة بين الانصبا واجبة صورة ومعنى ما امكن .
واذا لم يمكن اعتبار المعادلة في الصورة تعتبر المعادلة في المعنى (هندية)
اعلم ان الدرهم لا تدخل في القسمة امقار او منقول الآ برضام ، كما في عامة
المتون . قال الزبلي : واذا كان ارض وبناء فعن ابي يوسف انه يقسم باعتبار
القيمة ، لانه لا يمكن اعتبار التعديل فيه الا بالتقويم ، لان تعديل البناء لا يمكن
بالمساحة . وعن ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان الارض تقسم بالمساحة ، والمساحة
هي الاصل في المسوحات . ثم يرد من وقع في نصيبه البناء او من كان نصيبه اجود
درام على الآخر حتى يساويه ، فتدخل الدرهم في القسمة ضرورة . وعن محمد
رحمه الله تعالى انه يرد على شريكه بمقابلة السناد ما يساويه من العرصه . فاذا بقي

فضل ولم يكن تحقيق النسبة بأن لم تنف العرصة بقيمة البناء ، فحينئذ يرد دراهم لان الضرورة في هذا القدر ، فلا يترك الاصل وهو القسمة بالمساحة الا بالضرورة . وهذا يوافق رواية الاصل اهـ .

فما في هذه المادة منطبق على قول محمد الذي هو رواية الاصل . واما ما في الهندية عن المحيط ، حيث قال : « وهذا يعني قسمة الاراضي وفيها بناء على ثلاثة اوجه - اما ان اقتسا الارض نصفين وشرطوا ان من وقع البناء في نصيبه يعطي لصاحبه قيمة البناء ، وقيمة البناء معلومة ، واقتسا كذلك ، وقيمة البناء غير معلومة ، او اقتسا الارض نصفين ولم يقتسا البناء - ففي الصورة الاولى القسمة جائزة قياساً واستحساناً ، وفي الصورة الثانية جائزة استحساناً لا قياساً ، وفي الثالثة تجوز القسمة ثم يملك من وقع البناء في نصيبه نصف البناء بالقيمة اهـ . ملخصاً » فهو محمول على ما اذا اتفق الشركاء على ان تكون القسمة كذلك ، لا ان القاسم يجزئها كذلك بغير رضام تأمل هذا .

وقيد في الدرر تبعاً لابن الكمال والقهستاني وشراح الهداية : الدرهم في قولهم « لا تدخل الدرهم في القسمة » ، والتي ليست من التركة . ومقتضاه انه لو كانت الدرهم من التركة تدخل في قسمة العقار او المنقول . لكن ذكر الشرنبلالي في حواشيه عليه انه غير احترازي ، فلا تدخل في القسمة . ولو من التركة اهـ . والظاهر ان صاحب الدرر وغيره ذكروا هذا القيد لافادة ان حكم ما اذا كانت الدرهم من التركة ، معلوم بما تقرر من ان الجنسيتين المشتركين لا يقسمان قسمة جمع ، الا بالنراضي . ولهذا علل الزبلي عدم دخول الدرهم في القسمة ، بقوله « لانه لا شركة فيها » ، وبنوت به التعديل ايضاً في القسمة لان بعضهم يصل الى عين المال المشترك في الحال ودرهم الاخر في الذمة ، فيخشى عليها التوى ، ولان الجنسيتين المشتركين لا يقسمان ، فما ظنك عند عدم الاشتراك اهـ .

❖ تنبيه ❖

لو كان بعض المال المشترك ملكاً وبعضه وفقاً وادخلا في القسمة دراهم معلومة ، فان كان هو صاحب الملك ، لا يجوز ، لانه يلزم منه نقض بعض الوقف .

وان كان المعطي هو الواقف ، جاز وبصير ، كانه اخذ الوقف واشترى بعض ما ليس
بوقف من نصيب شريكه بدراممه . وانه جائز فتنقب حصة الوقف وفقاً وما اشتراه
يعني ما قابل الدرهم يبقى ملكاً له ، لان للوقف شروطاً وكلاماً لم يوجد شيء
منه في ذلك ، فلا بصير وفقاً بمجرد ذلك . كما قالوا فيما لو اشترى مستغلاً للوقف
من مال الوقف ، لا بصير وفقاً .

ولكن هذا يظهر فيما لو كانت الدرهم بمقابلة عين كذراع من ارض مثلاً .
اما لو كانت بمقابلة وصف كالجودة والحسن ، فلا (افاده في تنقيح الحامدية) .
والظاهر ان الحكم كذلك لو كان المعطي للدرهم هو ناظر الوقف بعد موث
الواقف من مال الوقف .

واستفيد مما تقدم انه لو كان المال مشتركاً بين وقفين او اكثر ، لا يجوز
ادخال الدرهم في قسمة ، وان كانت قسمة نصيب احد الوقفين وافرازه عن
نصيب الوقف الآخر جائزة اذا كان نصيب كل منهما على جهة غير الجهة الاخرى .
اما اذا كانا على جهة واحدة وطلب المستحقون قسمة ، فليس لهم ذلك ، لان
القسمة انما تكون في الملك ولا ملك للموقوف عليهم . هذا هو المذهب . وبعضهم
جوز ذلك (حامدية عن قارىء الهداية)

المادة ١١٥٠ - * اذا اريد قسمة دار مشتركة بين اثنين

على ان يكون فوقانها لواحد وتحتانها الاخر فيقوم الفوقاني والتحتاني
وباعتبار القيمة تقسم *

وكذا الحكم لو كان المشترك فوقانياً مجرداً وتحتانياً مجرداً بان كان سفلاً الاول
وعلو الثاني ملكاً لغيرهما . وهذا ، اي قسمته باعتبار القيمة ، قول محمد رحمه الله
تعالى ، وعليه الفتوى . وقال ابو حنيفة وابو يوسف : يقسم بالذراع ، لان
القسمة بالذراع هي الاصل في المذروع ، والكلام فيه والمعتبر التسمية في اصل
السكنى لا في المرافقة .

ولمحمد ان السفلى يصلح لما لا يصلح له العلو كالبنر والسرداب والاصطبل وغيره ، فصارا كالجنتين ، فلا يمكن التعديل الا بالقيمة . ولان العلو والسفل بناء ، والمعادلة في قسمة البناء بالقيمة ، لان في بعض البلدان قيمة العلو اكثر ، كما في مكة ومصر . وفي بعضها قيمة السفلى اكثر ، كما في الكوفة . وفي كل موضع يكثر الندوة فيه والسبخ يختار العلو . وفي كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح فيه يختار السفلى . وربما يختلف ذلك باختلاف الاوقات ايضا كما اصيف والشتاء ، فلا يمكن اعتبار المعادلة فيها الا بالقيمة . اهـ (زبلي مختصراً)

المادة ١١٥١ - * ينبغي للقسام اذا اراد قسمة دار ان يصورها على ورقة ويمسح بالذراع عرضتها ويقوم ابنتها وبعدها الحصص على ان لا يبقى نعلق لكل حصص في الاخرى ان امكن ويفرز الشرب والسيل والطريق ويلقب الحصص اي بالاول والثاني والثالث ثم يفرع فتكون الاولى لمن خرج اسمه اولاً والثانية لمن خرج اسمه ثانياً والثالثة لمن خرج اسمه ثالثاً ويسري على هذا الترتيب اذا وجد زيادة حصص *

بمعنى اذا شرع القسام في القسمة ينبغي ان يصور ما يقسمه اي يكتب على كاغدة انت فلاناً نصيبه كذا وفلاناً نصيبه كذا ليتمكن حفظه اذا اراد رفع تلك الكاغدة الى القاضي ليتولى الافراع بينهم بنفسه (ابو السعود عن العناية) وقوله « يمسح بالذراع عرضتها ويقوم ابنتها » فيه احتباك . يعنى يمسح بالذراع عرضتها ويقوم ابنتها بعد ان يذرعها ، كما قدمناه في شرح المادة (١١٤٨) عن الشرنبلالية ، انه لا بد من ذرع الابنية ايضا . وتقويم العرصه ليتمكن من التسوية في ماليتها .

وقوله « وبعدل الحصص » اي يسوي ما يقسمه على سهام القسمة .
وقوله : « على ان لا يبقى الخ » يعني ان يفرز كل نصيب بطريقه وشره
ومسيله ، لان القسمة لتكميل المنفعة وبذلك تكمل ، لانه اذا لم يفرز كذلك
يبقى انصيب بعضهم تعلق بنصيب الآخر فلم يحصل الانفصال من كل وجه . وهذا
بيان للافضل . فان لم يفرزه او لم يمكن ، جازاه حتى لو شرط القسام بقاء
طريق احد الانصبا او شره او مسيله في آخر ، جاز وكان شرطه معتبراً ، وان
كان خلاف الافضل . كما اذا سكت عن ذلك ولم يمكن تحويله ، كما سيأتي .

المادة (١١٦٦) وما يليها

وقوله : « وباقب الحصص الخ » لقب الحصص ليتمكن من الازام عند
خروج قرعة كل واحد منهم . و كفيته ان ينظر الى اقل الانصبا فيقدر به
اجزاء السهام . حتى اذا كان العقار مشتركاً بين ثلاثة نفر لادم النصف وللآخر
الثلث وللآخر السدس ، جعله اسداساً ، لانه اقل . فيكون لصاحب النصف
ثلاثة اسداس واصحاب الثلث سدسان وللثالث السدس ، يلقب النصيب من اي
جانب شاء بالاول ثم الذي يليه بالثالث ، ثم يكتب اسامي الشركاء ببطاقات
فيطوي كل بطاقة ويجعلها شبه البندقة ويدخلها في طين مثلاً ثم يخرجها حتى اذا
نشت وهي مثل البندقة بدل كها ثم يجعلها في وعاء او في كفة ثم يخرج واحداً بعد
واحد . فمن خرج اسمه اولاً فله السهم الاول ومن خرج ثانياً فله السهم الثاني ،
الى ان ينتهي الى الاخير . فان خرج اولاً في المثال الذي ذكرناه اسم صاحب
النصف ، كان له ثلاثة اسداس من الجانب الملقب بالاول . وان خرج ثانياً ،
كان له كذلك من الذي يلي الاول . وان خرج ثالثاً ، كان له كذلك من الذي
يلي الثاني . وعلى هذا كل واحد منهم .

ثم ان القرعة على هذا الوجه لتطيب قلوبهم وفي التهمة والحيل ، فهي ليست
بواجبة . حتى ان القاضي لو عين لكل واحد نصيباً من غير اقرار جاز ، لانه في
معنى القضاء ، فلك الازام كما في الهداية وغيرها .

المادة ١١٥٢ - * التكاليف الاميرية ان كانت لاجل

محافظة النفوس فتقسم على عدد الرؤوس ولا يدخل في دفتر التوزيع النساء ولا الصبيان . وان كانت لمحافظة الاملاك فتقسم على مقدار الاملاك لان الغرم بالغنم كما ذكر في المادة ٨٧ *

عبارة الخانية : اهل قرية غرمم السلطان ، فقال بعضهم يقسم ذلك على قدر الاملاك ، وقال بعضهم يقسم على عدد الرؤوس . وقال الفقيه ابو جعفر رحمه الله تعالى : ان كانت الغرامة لتحصين الاملاك يقسم على قدر الاملاك ، لانها موهنة الملك . وان كانت لتحصين الابدان الذي يتعرض لهم يقسم على قدر الرؤوس الذين يتعرض لهم ، لانهم موهنة الرأس . ولا شيء من ذلك على النساء والصبيان ، لانه لا يتعرض لهم اه .

اقول : بقي من التكاليفات في هذا الزمان ما هو ليس لحفظ املاك ولا حفظ ابدان ، كالاغارات التي يطلبها السلاطون عز نصره . وقد تكون مجرد ظلم وعدوان كالذي تأخذه المسكر المساة بالظبطية في زماننا ، وهم رسل الحكومة الواردين الى القرى باوامر ونواهي وامثال ذلك كتحصيل المطالبات ، وبسمنونه بالخدمة . فالقول بالتفصيل وهو قول الفقيه ابي جعفر ، لا يظهر في هذه الغرامات ، لانها لا تخص الابدان ولا الاموال . فالمناسب فيها ، كما في تنقيح الحامدية ، ان يعمل باحد القولين الاخرين ، وهو ان ذلك كله على الرؤوس او على الاملاك . وقد قدم فاضيلخان القول بقسمة الغرامات على الاملاك . وعادته ان يبدأ بما هو الاشهر والاطهر فيكون هو الارجح . وهو عين ما جرت عليه عادة اهل القرى في زماننا من قسمة ذلك الفدان او على ساعات شرب الاراضي من الماء ، فيعمل به .

هذا وذكر في الدر وحواشيه انه لو خاف اهل سفينة الفرق فانفقوا على القاء اتمعة ليخفف حمل السفينة ، فان ذلك لاجل حفظ الانفس خاصة ، فالغرم بعدد الرؤوس . وان كان لاجل حفظ الاموال خاصة بأن كان الموضع لا تفرق فيه الانفس وتلك فيه الاتمعة ، فهي على قدر الاموال . وان كان لاجل حفظ

الانفس والاموال بان كانت يخشى عليهما فالتقوا بعد الاتفاق لحفظها ، فملي قدرهما . فمن كان غائباً واذن بالالقاء اذا وقع ذلك ، اعتبر ماله لا نفسه . ومن كان حاضراً بماله اعتبر ماله ونفسه . ومن كان بنفسه فقط اعتبر نفسه فقط . قال في رد المحتار : والتنقييد باتفاقهم على ذلك ، يفهم منه انهم اذا لم يتفقوا على الالقاء لا يكون كذلك ، بل على الملتزم وحده . وبه صرح الزاهد في حاويه . قال راضياً : « اشرفت السفينة على الفرق فالتى بعضهم حنطة غيره في البحر حتى خفت ، بضمن قيمتها في تلك الحال اه (رملي على الاشياء) . وقوله « تلك الحال » متعلق بقيمتها ، اي بضمن قيمتها مشرفة على الفرق . ثم قال الرملي : ويفهم منه ان لا شيء على الغائب الذي له مال فيها ولم يأذن بالالقاء . فلو اذن بأن قال « اذا تحققت هذه الحال فالتقوا » اعتبر اذنه اه اقول : ولينظر فيما اذا كانت الغرامة على الانفس والاموال معاً ماذا يوزع منها على الانفس وماذا يوزع منها على الاموال ، فانهم قد يختلفون في ذلك ؟ - فليراجع .

(الفصل السادس)

* في بيان الخيارات *

المادة ١١٥٣ - * كما يكون خيار الشرط وخيار الروبة وخيار العيب في البيع كذلك يكون في تقسيم الاجناس المختلفة . مثلاً اذا قسم المال المشترك بالتراضي بين الشركاء على ان يكون لواحد كذا مقدار حنطة ولا آخر كذا مقدار شعير ولا آخر كذا غنما ولا آخر في مقابله كذا رأس بقر فان شرط احدهم الخيار الى ايام معلومة ففي هذه المدة ان شاء قبل القسمة وان شاء فسخ . وان كان

احدهم لم ير المال المقسوم يكون مخيراً . وان ظهرت حصة بعضهم
معينة فان شاء قبل وان شاء رد *

انما ثبتت الخيارات كلها في قسمة الاجناس المختلفة لما تقرر من ان قسمتها
بإدلة من كل وجه . ولذا لا يجبر الأبى عليها ، اذ التراضي شرط لصحة المبادلة .
فكل خيار ثبت في المبادلة يثبت فيها وقد اشار الى هذا بقوله « كما يكون الخ »

المادة ١١٥٤ - * خيار الشروط والروية والعيب يكون
ايضاً في قسمة القيمات المتحدة الجنس . مثلاً اذا قسمت مائة شاة
مشتركة بين اصحابها على قدر الحصص ان كان احدهم شرط الخيار
الى كذا يوماً ففي هذه المدة يكون مخيراً بين القبول وعدمه . وان
كان لم ير الغنم فحين يراها يكون مخيراً كذلك . وان ظهر عيب
قديم في الغنم التي اصاب حصة احدهم فكذلك يكون مخيراً ان شاء
قبلها وان شاء ردها *

هذا على رواية ابي سليمان ، وهو الصحيح وعليه الفتوى . وجهه ان قسمة
القيمات وان كانت متحدة الجنس . فان الغالب فيها معنى المبادلة ، فالتحت
بمختلف الجنس وعلى رواية ابي حفص لا يثبت خيار الروية ولا الشرط في قسمة
القيمات كقسمة المثليات الا آتي ذكرها

المادة ١١٥٥ - * خيار الشرط والروية لا يكون في قسمة
المثليات المتحدة الجنس لكن يكون فيها خيار العيب . مثلاً صبرة

حنطة مشتركة بين اثنين فاقسماها على ان احدها بالخيار الى كذا يوماً لا يكون الشرط معتبراً . واحد الشريكين اذا لم يور الحنطة فحين رؤيتها لا يكون له الخيار . اما اذا اعطي احدهم من وجه الصبرة والآخر من اسفلها فظهر اسفلها معيياً فصاحبه مخير ان شاء قبل وان شاء رد .

انما لا يثبت خيار الشرط والروية في قسمة المثليات لما تقرر من ان معنى الافراز فيها هو الغالب . ولهذا كان لكل واحد من الشريكين ان يأخذ نصيبه من غير اذن صاحبه . ولأنه لا فائدة فيها لانه باعادة القسمة يأخذ نصيبه او مثله بلا تفاوت ، بخلاف غيرها من المقار والعروض (زيلمي مختصراً) .
واما خيار العيب فيثبت في القسمة كيفما كانت لانه لدفع الضرر .
والحاصل ، كما في الهندية عن الفتاوى الصغرى ، ان القسمة ثلاثة انواع :
قسمة لا يجبر الآبي عليها كقسمة الاجناس المختلفة . وقسمة يجبر في ذوات الامثال ، كالمكيات والموزونات . وقسمة يجبر الآبي في غير المثليات ، كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم .

والخيارات ثلاثة : خيار شرط ، وخيار عيب ، وخيار روية . ففي قسمة الاجناس المختلفة يثبت الخيار اجمع . وفي قسمة ذوات الامثال كالمكيات والموزونات ، يثبت خيار العيب دون خيار الشرط والروية . وفي قسمة غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم ، يثبت خيار العيب . وهل يثبت خيار الروية والشرط ؟ - على رواية ابي سليمان يثبت ، وهو الصحيح وعليه الفتوى . وعلى رواية ابي حفص لا يثبت اه .

ومن وجد من الشركاء عيباً في شيء من قسمة ، فإن كان قبل القبض رد جميع نصيبه سواء كان المقسوم شيئاً واحداً او اشياء مختلفة ، كما في البيع . وان كان بعد القبض ، فان كان المقسوم شيئاً واحداً حقيقة وحكماً كالدار الواحدة او حكماً

لا حقيقة كالكيل والموزون ، يرد جميعه نصيبه وليس له ان يرد البعض دون البعض ، كما في البيع المحض . وان كان المقسوم اشياء مختلفة كالاغنام ، يرد العيب خاصة كما في البيع المحض . وما يبطل به خيار العيب في البيع يبطل به في القسمة . وان استخدم الجارية او داوم على سكني الدار بعد ما علم بالعيب ، رد بالعيب استحساناً . وان داوم على لبس الثوب او ركوب الدابة ، لا يرد بالعيب قياساً واستحساناً (هندية)

وفيهما ما حاصله انه لو سكن الدار احد المتقاسمين بعد ما علم بالعيب ، امتنع الرد . ولو كان ساكناً فعلم بالعيب ثم داوم على السكنى ، رد بالعيب . هكذا قال بعض المشايخ مفرقاً بين انشاء السكنى وبين المداومة عليها . وهذا يقول بأن خيار الشرط فيما ذكر خيار العيب . ومنهم من قال خيار العيب لا يبطل لا بانشاء السكنى ولا بدوامها . وهذا يقول بان خيار الشرط يبطل بانشاء السكنى وبدوامها ، لفرق بين الخيارين حينئذ ، وذلك ان السكنى في خيار العيب يحصل ان تكون لامكان الرد بالعيب ، لان مدة الرد بالعيب قد تطول ، لانه لا يكون الا بقضاء او رضى ، وعلى ان لا يرضى خصمه فيحتاج الى القضاء . والقضاء يعتمد سابقة الخصومة وعلى تطول . فتمنى لم يسكنها تخرب لان الدار تخرب اذا لم يسكن فيها احد ، فيعجز عن الرد حينئذ فيحتاج الى السكنى لينمكن من الرد بالعيب ، فلا يكون سكتاه اختياراً للملك ، ولذا لا يسقط خيار العيب . فاما في خيار الشرط فإنه متمكن من الرد بنفسه من غير توقف على قضاء او رضى ، فلا تطول مدة الرد فلا يحتاج الى السكنى ، فكانت سكتاه لاختيار الملك ، فيسقط بها خياره اه .

وفيهما عن المبسوط : واذا باع ما اصابه بالقسمة من الدار وهو لا يعلم بالعيب فرده المشتري عليه بذلك العيب ، فإن قبله بنبر قضاء قاض . فليس له ان ينقض القسمة . وان قبله بقضاء قاض فله ان ينقض القسمة والبيئة في ذلك واپاء البيتين سواء اه .

- الفصل السابع -

❖ في بيان فسخ القسمة واقالتها ❖

المادة ١١٥٦ ❖ بانسحاب القرعة كاملاً تتم القسمة ❖

وكذا تتم القسمة بخروج جميع السهام الا واحداً ، كما متراه في شرح المادة
الآتية (١١٥٨)

وفي الهندية عن الذخيرة : يجب ان يعلم بان الملك لا يقع لواحد من الشركاء
في سهم بعينه بنفس القسمة ، بل يتوقف ذلك على احد معان اربعة : اما القبض
او قضاء القاضي او القرعة ، او بأن يوكلوا رجلاً يلزم كل واحد منهم
سهماً اه

المادة ١١٥٧ - ❖ بعد تمام القسمة لا يسوغ الرجوع ❖

فبئذ بالقسمة لان المهاباة قد يجوز الرجوع فيها ، كما سيأتي . والمراد
بالقسمة ، الصحيحة ، اذ لو لم تكن صحيحة يسوغ الرجوع فيها . ولذا نقل في رد المحتار
عن حادي الزاهدي : اقتسموا ارضاً موقوفة بتراضهم ثم اراد احدهم بعد
صنين ابطال القسمة ، له ذلك لان قسمتها بين الموقوف عليهم لا تجوز
عند الجميع اه

المادة ١١٥٨ - ❖ في اثناء القسمة اذا خرجت قرعة الاكثر

مثلاً وبقي واحد فاراد اصحاب الحصص الرجوع بنظر ان كانت

قسمة رضا فله الرجوع وان كانت قسمة قضاء فلا رجوع ❊

لقد نبه صاحب مرآة المجلة في هامش المرأة على ان لفظ «واحد» في قوله «وبقي واحد» قد ذكر غلطاً . وصوابه «وبقي البعض» وان موه لني المجلة قد امره بأن يثبت في كتاب المرأة على ذلك . وان الصواب في بيان هذه المسئلة ان تكون ترجمته هكذا (في اثناء القسمة اذا خرجت قرعة بعض ارباب الحصص وبقي اكثر من واحد فاراد احد اصحاب الحصص الرجوع ، ينظر : ان كانت قسمة رضا فله الرجوع . وان كانت قسمة قضاء فلا رجوع . اما اذا خرج الاكثر وبقي واحد فكلا لا يكون له الرجوع في قسمة القضاء لا يكون له الرجوع في قسمة الرضا ايضاً) وحينئذ فيوافق ما في رد المختار معزباً للنهاية : قسم القاضي او نائبه بالقرعة فليس لبعضهم الالباء بعد خروج بعض السهام ، كما لا يلتفت الى ابائه قبل خروج القرعة . ولو القسمة بالتراضي ، له الرجوع ، الا اذا خرج جميع السهام الا واحداً لتعين نصيب ذلك الواحد ، وان لم يخرج ، ولا رجوع بعد تمام القسمة اه . ومثله في الهندية عن النهاية والمحيط .

المادة ١١٥٩ - ❊ اذا لقال اصحاب الحصص القسمة برضاهم بعد

تمامها وفسخوها فلهم ان يجعلوا المقسوم مشتركاً بينهم كما في السابق ❊

مقتضى اطلاق هذه المادة ، ان لا فرق في صحة الفسخ والاقالة بين ان يكون المقسوم عقاراً او غيره فيجماً او مثلياً مختلف الجنس او متحد . وهو ايضاً ظاهر اطلاق عبارة التنوير ، وبه صرح شارحه الملائي ، وعبارته مع المتن : والقسمة تقبل النقص لان قسمة التراضي مبادلة . وبصح فسحها واقالتها بالتراضي (بزابة) اه .

لكن ذكر في رد المختار ان المسئلة في البرازية موضوعة في قسمة الاراضي ، فهو خاص بالعقار ، وانه في الذخيرة عال المسئلة بأن القسمة في غير الموزون

والمكيل في معنى البيع ، فكان نقضها بمنزلة الافالة اه ثم استظهر منه ان القسمة في المثلي لا تنقض بمجرد التراضي ، لانها ليست بعقد مبادلة لان الراجح فيها جانب الافراز كما صرح . نعم اذا خلطوا ما اقتسموه من المثلي بوضام تجددت شركة اخرى اه .

اقول : يظهر لي ان في البرازية من وضع المسئلة في الاراضي وكذا ما في الذخيرة من التمايل ، انما هو لاجل التخصيص على التوهم . يسانه ان رجوع غير المكيل والموزون شائما بعد قسمته بتوهم عدم امكانه بخلاف الموزون والمكيل فانه يمكن بالخلط ، فاحتيج الى التخصيص على الاول بأنه يمكن بالفسخ والاقالة ، دون الثاني . وبهذا ظهر ان الاولى ابقاء هذه المادة وكذا عبارة التنوير على اطلاقها ، لان الحكم عام لان القسمة لا تنفك عن معنى المبادلة وان كان معنى الافراز في المثليات راجحا كما تقدم . وعبارة الهندية في متفرقات القسمة معزياً للتاريخانية ، هكذا : اذا قسم الورثة التركة فيما بينهم وافرزوا لكل واحد نصيبه ثم ارادوا ان يطلوا القسمة بالتراضي ويجعلوا الاراضي مشتركة مشاعاً كما كانت ، فلم ذلك اه فانظر كيف اطلق اولاً التركة المقسومة ، ثم عند ذكر ارادتهم اعادتها مشتركة خصص الاراضي بالذکر . وما ذاك الا لانها محل التوهم ، فان اعادتها بالخلط كالمثليات غير ممكن ، تأمل .

المادة ١١٦٠ - * اذا تبين الغبن الفاحش في القسمة تفسخ وتقسم تكراراً قسمة عادلة *

اما اذا كانت القسمة بالقضاء ، فلأن تصرف القاضي مقيد بالعدل ، وبظهور الغبن الفاحش تبين عدمه . واما اذا كانت بالتراضي ، فلأن القيمة معتبرة في باب القسمة لتقم القسمة على سبيل المعادلة ، فاذا ظهر غبن فاحش في القيمة فقد فات شرط جواز القسمة ، وهو المعادلة ، فيجب نقضها - بخلاف البيع فانه غير مبني على المعادلة في القيمة . وتامه مع بيان سماع دعوي الغبن وعدمه قد تقدم الكلام عليه

مستوفي في شرح المادة (١١٢٧) فلتراجع .

المادة ١١٦١ = * اذا ظهر دين على الميت بعد تقسيم التركة
تفسخ القسمة الا اذا ادى الورثة الدين و ابرأهم الدائنون منه او ترك
الميت مالا سوى المقسوم يفي بالدين فعند ذلك لا تفسخ القسمة *

في الهندية ما نصه : اذا اقتسم الورثة دار الميت او ارض الميت وعلى الميت دين فجاه
الغريم يطلب الدين ، فان لهم ان ينقضوا القسمة سواء كان الدين قليلا او كثيرا . واذا
طلبوا قسمة التركة من القاضي وعلى الميت دين والقاضي يعلم به وصاحب الدين
غائب ، فان كانت الدين مستغرقا للتركة فالقاضي لا يقسمها بينهم ،
لانه لا ملك لهم في التركة . وان كان الدين غير مستغرق ، فالقياس ان لا يقسمها
ايضا . وفي الاستحسان يوقف مقدار الدين ويقسم الباقي ولا يأخذ كفيلا منهم
بشيء ، عندده ، خلافا لها . وان لم يعلم القاضي بالدين سألم هل عليه دين ؟ فان
قالوا نعم سألم عن مقدار الدين ، لان الحكم يختلف . وان قالوا لا دين ، فالقول
لهم لان الورثة قائمون مقام الميت . ثم سألم هل فيها وصية ؟ فان قالوا نعم
سألم انها بالعين او مرصعة ؟ لان الحكم يختلف . فان قالوا لا وصية ، قسمها
حينئذ . فان ظهر بعد ذلك دين ، فنقض القاضي القسمة . وكذلك لو ان القاضي
لم يستل الورثة عن الدين وقسم التركة بينهم حتى جازت القسمة ظاهرا ثم ظهر
الدين ، فالقاضي ينقض القسمة الا ان يقضوا الدين من مالهم ، فحينئذ لا ينقضها
في الفصلين . وكذلك لو ابرأ الغريم عن الدين لا ينقضها . وهذا كله اذا لم يهزل
الورثة نصيب الغريم ولم يكن للميت مال سوى ما اقتسموا اما اذا عزلوا او كانت
للميت مال آخر ، فالقاضي لا ينقض القسمة . وكذلك لو ظهر وارث آخر او
ظهر موصى له بالثالث او الربع ، فان القاضي ينقض القسمة ثم يستأنفها بعد
ذلك . فان قالت الورثة نحن نقضي حق هذا الوارث او الموصى له من مالنا ولا
ننقض القسمة ، لا يلتفت الى قولهم ، الا ان يرضى هذا الوارث او الموصى له .

وإذا ظهر غريم أو موصى له بالف مرسلته فقاتل الورثة فحين نقضي حقه من مال ولا ننقض القسمة ، لم ذلك ، لان حق الوارث والموصى له بالثلث أو الربع ، في عين التركة فإذا ارادوا ان يعطوا حقه من مالمهم فقد قصدوا شراء نصيبه من التركة ، فلا يصح الا برضاه . واما حق الغريم والموصى له بالف مرسلته ، فليس في عين التركة ، بل في معنى التركة من حيث الاستيفاء من مال التركة وابناء حقه . من التركة ومن مال الوارث سواء . وكذلك لو قضى واحد من الورثة حق الغريم من ماله على ان لا يرجع في التركة ، فالقاضي لا ينقض القسمة ، لان حق الغريم قد سقط ولم يثبت للوارث دين آخر ، لانه شرط ان لا يرجع . فاما اذا شرط الرجوع او سكنت فالقسمة مردودة ، الا ان يقضوا حق القاضي من مالمهم لان دين القاضي في التركة بمنزلة دين الغريم . وهذا الجواب ظاهر فيما اذا شرط الرجوع ، مشكلا فيما اذا سكنت . وينبغي ان يجعل متطوعا اذا سكنت . والجواب انما لم يجعله متطوعا لانه مضطر في القضاء . الا يرى ان الغريم لو قدمه الى القاضي قضى القاضي عليه بجميع الدين لانه لا ميراث الا بعد الدين .

ثم ما ذكر ان الورثة اذا اقتسموا التركة ثم ظهر وارث آخر او موصى له بالثلث أو الربع فالقاضي ينقض القسمة ، فذلك اذا كانت القسمة بغير قضاء قاض . فلو به ثم ظهر وارث آخر او موصى له بالثلث ، فالوارث لا ينقض القسمة اذا عزل القاضي نصيبه . واما الموصى له فقد اختلف فيه المشايخ قال بعضهم لا ينقضها ، واليه اشار محمد رحمه الله تعالى ، وهو الاصح . وبعضهم قالوا ينقض (هكذا في المحيط) اه وفيما عن الذخيرة : ولو تبرع انسان بقضاء دين الميت ، لا يكون للغريم حق نقض القسمة .

وفي رد المحتار : اجاز الغريم قسمة الورثة قبل قضاء الدين ، له نقضها . وكذا اذا ضمن بعض الورثة دين الميت برضى الغريم ، فللغريم نقضها ايضا ، الا اذا ضمن الدين احد الورثة بشرط براءة الميت ، لانها تصير حوالة فينتقل الدين على الوارث ، وتخلو التركة عنه . وهي الحيلة لقسمة تركة فيها دين ، كما بسطه في البرازية اه . وفي الهندية : ولو ان وارثا ادعى لابن له صغير وصية بالثلث واقام البينة وقد

كانوا اقتسموا الدار ، فان هذه القسمة لا تبطل حق ابنه في الوصية - الا ان الاب ليس له ان يطلب وصية ابنه ولا ان يبطل القسمة ، لان القسمة تمت به . ومن سعى في نقض ماتم من جهته ، ضل سعيه . واقدمه على القسمة ، اعتراف بان لا وصية لابنه ، بخلاف الدين . وللابن اذا كبر ان يطلب حقه ويرد القسمة اه وقوله « بخلاف الدين » اي لما في الزيلعي ، حيث قال : ولو ادعى احد المتقاسمين للتركة ديناً في التركة ، صح دعواه لانه لا تناقض ، اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة . ولو ادعى عيناً باي سبب كان لم نسمع دعواه ، اذ الاقدام على القسمة اعتراف منه بأن المقسوم مشترك اه

اقول : ومفهوم التعليق ان وصية ابنه الصغير لو كانت بالف مرسلة ، كانت كالدين ، فله ان يبطل القسمة ، وهو ظاهر .

وفي الهندية : ميراث بين قوم لم يكن هناك دين ولا وصية فمات بعض الورثة وعلى الميت الثاني دين او وصية او كان له وارث غائب او صغير فاقسمت الورثة ميراث الميت الاول بنفي قضاء ، كان لغرما ، الميت الثاني ان يطلبوا القسمة . وكذلك لصاحب الوصية والوارث الغائب والصغير (كذا في التتارخانية) اه وفي الخالية : انقسم الورثة التركة ثم باع احدهم نصيبه من الآخرا من اجنبي ثم ظهر دين على الميت ، بطلت القسمة والشراء ، لانه تصرف من الوارث في التركة ، فلا يتفد مع قيام الدين على المورث اه

= الفصل الثامن -

* في بيان احكام القسمة *

المادة ١١٦٢ - * كل واحد من اصحاب الحصص يملك حصته مستقلاً بعد القسمة لا علاقة لواحد في حصص الآخر . وكل واحد يتصرف في حصته كيفما يشاء على الوجه الآتي بيانه في الباب الثالث .

فلو قسمت دار بين اثنين فاصاب حصة احدهم البناء وحصة آخر العرصة
الحالية يفعل بعرصته ما يشاء من حفر الآبار والسباق وانشاء الابنية
واعلاؤها الى حيث شاء لا يسوغ لصاحب الابنية منعه ولو سد عليه
الهواء او الشمس *

هذه ظاهرة الرواية ، وليس للآخر منعه ، وعليه الفتوى . وقال نصير
والصغار رحمهما الله تعالى: له منعه . كذا في متفرقات القسمة من الهندية . وسبأني
تمامه في الباب الثالث . وهذا كله بعد تمام القسمة ، والا فلكل واحد من
المتقاسمين الرجوع . قال في الهندية : وان كانت الدار بين رجلين فاقسما على ان
ياخذ احدهما الثلث من مؤخرها بجميع حقه وياخذ الآخر الثلثين من مؤخرها
بجميع حقه ، فلكل واحد منها ان يرجع عن ذلك ما لم تقع الحدود بينها . ولا
يعتبر رضاها بما قالوا قبل وقوع الحدود ، وانما يعتبر رضاها بعد وقوع الحدود
(كذا في التخييرة اه)

هذا وذكر في الدر متنا وشرحا ان المقبوض بالقسمة الفاسدة - كقسمة على
شرط هبة او صدقة او بيع من المقسوم او غيره يثبت الملك فيه ويفيد جواز التصرف
فيه لقابضه ويضمنه بالقيمة . كالمقبوض بالشراء الفاسد ، فانه يفيد الملك كما مر
في بابه اه وذكر في رد المحتار ان ما في الاشياء من ان القبض في فاسد القسمة
لا يفيد الملك مبني على ان الباطل والفاسد في القسمة سواء . والمنقول خلافه وان
الفتوى والعمل على انها تملك بالقبض اه

المادة ١١٦٣ * تدخل الاشجار في قسمة الاراضي من غير ذكر
وكذا الاشجار مع الابنية في تقسيم الضيعة يعني في اي حصة وجدت
الاشجار والابنية تكون لصاحب الحصة لا حاجة الى ادخالها بالتعير

العام حين القسمة كقولهم بجميع مرافقها او بجميع حقوقها او بالتصريح
بذكرها *

على هذا تفرع ما في الدر عن الخانية : اقتسموا داراً او ارضاً ثم ادعى احد
في قسم الآخر بناء او نخلاً زعم انه بناء او غرسه ، لم تقبل بينته اه - قال في
رد المحتار : لدخول البناء والنخل تبعاً اه اي وقد تقرر ان الاقدام على القسمة
اعتراف بالشركة ، وهذا بخلاف ما لو اقتسموا شجراً او بناء فادعى احد من الارض
كلها او بعضها ، فانه يجوز كما في رد المحتار . قال : لعدم التبعية لجواز كونه
مشتركا دون الارض . ففي الخلاصة وغيرها لو ادعى شجراً فقال المدعى عليه ساومني
ثمرة او اشترمني ثمرة ، لا يكون دفعا لجواز كون الشجر له والثمر لغيره . وهي
واقعة الفتوى . وافئيت بساعها لما ذكره رلمي ما خصا اه

لكن ذكر في الخانية انه لو اقتسموا ضيعة فجعلوا لاحد من النخل ولم يذكر
باصلا ، فله النخل باصلا . وكذلك لو اقر لانسان بنخلة كان للمقر له النخلة باصلا .
وفي كل موضع يستحق النخلة باصلا ، فان قلعها كان له ان يفرس مكانها اخرى اه
مختصراً ، فتأمل .

المادة ١١٦٤ - * الزرع والفاكهة لا يدخلان في تقسيم
الاراضي والضيعة الا بصريح الذكر . فان لم يذكر ابقيا مشتركين
كما كانا سواء ذكر التعبير العام حين القسمة كقولهم بجميع حقوقها
او لم يذكر *

لان الثمر والزرع ليسا من الحقوق كما تقدم في المادتين ٢٣٣ و ٢٣٥ والكاف
«في كقولهم» التمثيل لا المحصر . قال في الهندية : ولا يدخل الزرع والثمار في

قسمة الاراضي وان ذكروا الحقوق . وكذلك اذا ذكروا المرافق مكان
الحقوق لا تدخل الثمار والزرع في ظاهر الرواية . ولو ذكروا في القسمة بكل
قليل او كبير هو فيها او منها ، ان قال بعد ذلك « من حقوقها » لا تدخل الثمار
والزرع . وان لم يقل « من حقوقها » تدخل الثمار . والامثلة الموضوعة فيها لا
تدخل على كل حال اهـ - لانه ان قال « من حقوقها » كان بياناً للقليل والكثير ،
فدل على ان المراد تميم من كان من الحقوق خاصة . وقد علمت ان الثمار والزرع
ليس منها ، بخلاف ما لو لم يقل ذلك ، فانه يكون المراد منه حينئذ التميم مما
سوى الحقوق ، فيتناول الزرع والثمار لانها من الاراضي او فيها ، كما هو
ظاهر .

المادة ١١٦٥ - * حق الطريق والمسيل في الاراضي المجاورة
للمقسوم داخل في القسمة على كل حال بعني في اي حصة وقع يكون
من حقوق صاحبها سواء قيل بجميع حقوقها حين القسمة او
لم يقل *

احترز بقوله « في الاراضي المجاورة الخ » عما اذا كان الطريق او المسيل في الحصة
الاخري ، فانه سيأتي حكمه في المسألة الآتية . ثم ان قوله « سواء قيل بجميع
حقوقها الخ » هو ما ذكره الحاكم الشهيد في مختصره ، كما في الهندية ونصها : واما
الشرب والطريق هل يدخلان من غير ذكر الحقوق في القسمة ؟ - ذكر الحاكم
الشهيد في المختصر انها يدخلان . وهكذا كرمحمد رحمه الله في الاصل في موضع
آخر من هذا الكتاب ، فانه قال : اذا كانت الارض بين قوم ميراثاً اقتسموها
بغير قضاء فاصاب كل انسان منهم قراح على حدة ، فله شربه وطريقه ومسيل
مائه وكل حق لها . والصحيح انها لا يدخلان (كذا في المحيط) اهـ
ثم بعد مدة رأيت في الهندية عازباً للذخيرة ، ما نصه : وذكروا شيخ الاسلام

في باب قسمة الاراضي والقرى ان الطريق ومسيل الماء يدخلان في القسمة بدون ذكر الحقوق والمرافق اذا كان الطريق ومسيل الماء في ارض الغير ولم يكونا في انصائبهم . ولم يكن لكل واحد احداث هذه الحقوق في انصائبه حتى لا تفسد القسمة اه وعليه فمحمل كون الصحيح ان الطريق والمسيل لا يدخلان ، على ما اذا لم يكونا في ارض الغير . وهذا هو المراد من قوله هنا « في الاراضي المجاورة » تنظي .

المادة ١١٦٦ - * اذا شرط حين القسمة كون طريق الحصة أو مسيلها في الحصة الاخرى فالشرط معتبر *

هذا اذا لم يكونا موجودين قبل القسمة . ومثله بل اولى ما اذا كانا موجودين قبلها فاشترطا تركها على حالهما . وقوله « اذا شرط » احتراز عما اذا لم يشترط شيء . وحكمه ما ذكره بقوله

المادة ١١٦٧ - * اذا كان طريق حصته في حصة اخرى ولم يشترط بقاؤه حين القسمة فان كان قابل التحويل الى طرف آخر يحول سواء قيل حين القسمة بجميع حقوقها او لم يقل اما اذا كان الطريق غير قابل التحويل الى طرف آخر فينظر ان قيل حين القسمة بجميع حقوقها فالطريق داخل يبق على حاله وان لم يذكر التعبير العام كقولهم بجميع حقوقها تنفسخ القسمة والمسيل في هذا الخصوص كالطريق بعينه *

قال في رد المحتار : وتستأنف على وجه يتمكن كل منها من ان يجعل لنفسه طريقاً ومسيلاً لقطع الشركة . بقي اذا لم يمكن ذلك اصلاً وان استوفى فكيف الحكم ؟ والظاهر انها تستأنف ايضاً لشرط فيها ، فليراجع اه
اقول : قوله «تستأنف ايضاً الخ» لم يظهر لي معناه ولا وجهه ، تأمل .
ولعل قوله «لشرط فيها» محرف عن قوله «لشرط فيها» يعني ان القسمة تستأنف لاجل ان بشرط فيها بقاء الطريق في الحصة الاخرى .
وفي الهندية من الباب الثالث من القسمة : واذا كانت الدار بين رجلين وفيها صفة وفي الصفة بيت وطريق البيت في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فانتسما فاصاب احدهما الصفة وقطعة من ساحة الدار واصاب الآخر البيت وقطعة من ساحة الدار ولم يذكرا في القسمة الطريق ومسيل الماء واراد صاحب البيت ان يمر في الصفة على حاله ويسيل الماء على ظهر الصفة : ان امكن لصاحب البيت فتح الطريق وتسجيل الماء في نصيبه من موضع آخر ، فالقسمة جائزة وليس لصاحب البيت حق المرور في الصفة ولا حق تسجيل الماء على ظهرها سواء ذكرافي القسمة ان لكل واحد نصيبه بمحقوقه . او لم يذكرا ذلك . واذا لم يكن لصاحب البيت امكان فتح الطريق وتسجيل الماء . من موضع آخر ، فان ذكر ان لكل واحد منها نصيبه بمحقوقه ، دخل الطريق ومسيل الماء في القسمة ، وتجزئ القسمة . وان لم يذكرا ذلك لا يدخل الطريق ومسيل الماء في القسمة وفسدت القسمة . ذكر هذه الجملة شيخ الاسلام في شرح كتاب القسمة وذكر في آخر الباب : اذا اقتسما داراً فلما وقعت الحدود بينها اذا احدهما لا طريق له فإن كان يقدر على ان يفتح لنصيبه حيزه طريقاً آخر ، فالقسمة جائزة . وان كان لا يقدر على ان يفتح لنصيبه طريقاً ، ان علم وقت القسمة ان لا طريق له ، فالقسمة جائزة وان لم يعلم ، فالقسمة فاصدة . وعلى قياس المسئلة المتقدمة ينبغي ان يقال في مسئلة آخر الباب : اذا لم يقدر على ان يفتح لنصيبه طريقاً آخر انما نفسد القسمة اذا لم تذكر الحقوق . فلما اذا ذكرت الحقوق يدخل الطريق تحت القسمة . نصار حاصل الجواب نظر الى المسئلتين انه اذا لم يقدر على ان يفتح لنصيبه طريقاً آخر ، ان ذكرت الحقوق يدخل الطريق ومسيل الماء في القسمة ولا تفسد القسمة . وان لم تذكر الحقوق حتى

لم يدخل تحت القسمة ، ان علم وقت القسمة ان لا طريق له ولا مسيل ،
فالقسمة جائزة . وان لم يعلم فالقسمة فاسدة .

وذكر شيخ الاسلام في باب قسمة الارضين والقرى . ان الطريق ومسيل
الماء بدخلاف في القسمة بدون ذكر الحقوق والمرافق ، اذا كان الطريق ومسيل
الماء في ارض الغير ولم يكونا في انصبتهم ولم يكن لكل واحد احداث هذه
الحقوق في انصباته ، حتى لا تفسد القسمة (كذا في الاخيرة)

❖ تنبيه ❖

لو اختلف الشركاء في ادخال الطريق في القسمة بان قال بعضهم لا يقسم
الطريق بل يبي مشتركاً مثل ما كان قبل القسمة ، نظر فيه الحاكم — فإن كان
يستقيم ان يفتح كل في نصيبه ، قسم الحاكم من غير طريق ، يرفع لجماعتهم تكليلاً
للمنفعة وتحقيقاً للافراز من كل وجه — وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقاً بين جماعتهم
ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق . ولو اختلفوا في مقدار عرضه يجعل على قدر
عرض باب الدار بطوله ، اي ارتفاعه ، حتى انه يخرج كل واحد جناحاً في نصيبه ان
كان فوق الباب لا فيما دونه ، لان باب الدار طريق متفق عليه ، والمختلف فيه يرد
الى المتفق عليه ، ولأن في ذلك القدر كفاية في الدخول فكذا في السلك ،
فيبقى ملكهم في الطريق على قدر سهامهم من الدار لان القسمة وقعت فيما ورائه ولم
تقع فيه فيبقى على الشركة كما كان . ولو شرطوا ان تكون الطريق في الدار على
على التفاوت ، جاز . وان كانت سهامهم في الدار متساوية لان القسمة على التفاوت
بالتراضي في غير الاموال الربوية جائزة . وان كان ذلك ارضاً يرفع قدر ما
يجري فيه ثور لوقوع الكفاية به في المرور اهـ (زبلي)

المادة ١١٦٨ = ❖ دار بين اثنين مشتركة وفيها طريق لصاحب
دار اخرى فاراد ان قسمتها ليس لصاحب الطريق منعها لكنها يتركان
له طريقه على حاله حين القسمة وفي بيع هذه الدار المشتركة مع

طريقها ايضاً باتفاق الثلاثة ان كان هذا الطريق مشتركاً بينهم فتمنه
ايضاً يقسم بينهم اثلاثاً وان كانت رقبة الطريق لصاحبي الدار ولذلك
الآخر حق المرور فكل واحد يأخذ حقه هكذا تقوم العرصه مع حق
المور وخالية عنه فالفضل بين الوجهين لصاحب حق المرور والباقي
لصاحبي الدار والمسيل ايضاً كالطريق . يعني اذا كان لواحد حق
مسيل في دار مشتركة ففي قسمة الدار بينهما يترك المسيل على حاله *

الظاهرات كون حق المسيل كالطريق خاص بهذه الصورة ، وهي انه
يترك المسيل الواقع في دار مشتركة بين اثنين على حاله لو اقتسا الدار ، لا انه مثله
ايضاً في انه لو اتفق صاحب حق التسييل مع مالكي رقبته على بيعه مع الدار ، تقوم
الدار او عرصه المسيل مع حق المسيل وخالية عنه - فيكون الفضل لصاحب حق
المسيل والباقي لصاحبي الدار كما هو الحكم في حق المرور ، لما تقدم في شرح
المادة (٢١٦) من ان بيع حق المرور مقصوداً وحده صحيح على ما هو الصحيح ،
وعليه الفتوى - بخلاف حق المسيل ، فانه لا يجوز بيعه مقصوداً باتفاق المشايخ .
وكذا لا يجوز ايضاً بيع رقبة المسيل وحده الا تبعاً للأرض او الدار ، وبيان
الفرق قدمناه هناك ، فليراجع . وقدمناه هناك ايضاً ان بيع رقبة الطريق انما
يصح اذا كان مملوكاً للبايع بملك خاص كما مثل هنا . فاذا باع رقبة ، صح . فان
'حد' ، فظاهر ، والا فله بقدر عرض باب الدار . واما اذا كان غير مملوك
بملك خاص بل مع جماعة كسكة غير نافذة فيها دور خمسة مثلاً ، فلوا اجتمع
الخمس على بيعها او قسمتها بينهم ، لا يجوز ، لانها وان كانت ملكاً لهم ظاهراً
لكن للعامة فيها نوع حق . ولو باع احدهم نصيبه منها فالبيع جاز و ليس للمشتري
المرور فيها الا ان يشتري دار البايه اه

المادة ١١٦٩ = ~~يجوز~~ اذا كان في ساحة دار منزل لا آخر وصاحب

المنزل يمر فيها فاراد اصحاب الدار قسمتها بينهم فليس لصاحب المنزل منهم منها . لكن يتركون طر بقاً بقدر عرض باب المنزل حين القسمة *

هذا الحكم انما يكون على اطلاقه اذا كانت الساحة جميعها مملوكة لاصحاب الدار وليس لصاحب المنزل فيها سوى حق المرور الى منزله . اما اذا كانت رقبة الطريق فيها مملوكة لصاحب المنزل ، فالحكم كذلك اذا كانت الرقبة غير محدودة . فلو محدودة فالواجب ترك ذلك المحدود وان كان اعرض من باب المنزل . بدل على ذلك ما في الدار والدرر والمثقى والمدابة وغيرها مما حاصله ان بيع حتى المرور مقصوداً وحده جائز في رواية ، وهي المعصحة وعليها الفتوى . واما بيع رقبة الطريق فصحيح بلا خلاف سواء حد اي بين له طول وعرض اولاً . قال في الدرر : اما الاول فظاهر . واما الثاني فلانه اذا لم يبين ، بقدر بقدر عرض باب الدار العظمى . وعلى التقديرين يكون عيناً معلوماً فيصح بيعه وهبته اه

المادة ١١٧٠ - * دار قسمت بين اثنين وبين الاثنين حايط مشترك عليه رؤس جذوع لاحدهما ورؤسها الاخرى على حايط آخر فان شرط رفعها عن المشترك حين القسمة ترفع والا فلا ترفع . وكذلك حايط بين مقسمين لصاحب حصته عليه رؤس جذوع وقد خرج بالقسمة لصاحب الحصص الاخرى حيث تقاسما على كونه ملكاً له حكمه على هذا الوجه . اي ان شرط رفعها حينها تقاسما ترفع والا يبقى لها حق القرار على الحايط المملوك للآخر *

لا تخلوا هذه الترجمة عن ركافة . وعبارة الهندية هكذا « واذا وقع الحايط لأحد في القسمة وعليه جذوع الآخر واراد صاحب الحايط ان يرفع الجذوع عن الحايط ليس له ذلك الا ان يكون شرطاً في القسمة رفع الجذوع سواء كان

الجدوع لاحدها على الخصوص قبل القسمة والحايط بينها او كان السقف والجدوع
مع الحايط مشتركاً بينهما ثم صار الحايط لاحدها بالقسمة والسقف والجدوع
لآخر. وكذلك درج او درجة او اسطوانة عليها جذوع. وكذلك روشن وقع
لصاحب الطو مشرفاً على نصيب الآخر لم يكن لصاحب السفلى ان يقطع روشن
الا ان يشترطوا قطعه اه

قلت : ومنه يعلم ما اذا كان في حصة احدها شبايك تطل على ساحة حصة
الآخر ومقر نسائه ، وهو انه ان شرط حين القسمة سدها كان لصاحب
ساحة سدها ، والا فليس له ذلك ، تأمل .

المادة ١١٧١ اغصان الاشجار الواقعة في قسم اذا كانت مدلاة
على القسم الآخر فان لم يكن شرط قطعها حين القسمة فلا تقطع *

به يفتى ، كما في التنوير . قال في الدر : لانه استحق الشجرة باغصانها اه
اي على هذه الحالة (ط)

وما يناسب هذا ما في متفرقات القسمة من الهندية : وقع لاحدها في قسمة
بناء والآخر يجنبه ساحة فأراد صاحبها بناء بيت وهو يسد الريح والشمس على
صاحب البناء ، فله ذلك في ظاهر الرواية وليس له منعه ، وعليه الفتوى اه .
وفيهما ، من الباب الرابع في القسمة : كرم بين رجلين فاقسماه وجعلا
الطريق القديم لاحدهما وتركاً طريقاً حديثاً للآخر وفي الطريق الحديث اشجار ،
ينظر : ان جعلنا تلك الطريق بعني رقيبتها ، فالاشجار له لانها بمنزلة البيع
والاشجار تدخل في بيع الارض . وان جعلنا حق المرور له فالاشجار بينها كما
كانت ، لان الطريق لم نصر ملكاً له اه

المادة ١١٧٢ - * قسمت دار مشتركة لما حق المرور في طريق

خاص فلكل واحد من اصحاب الحصص ان يفتح كوة و باباً الى ذلك الطريق وليس لسائر اصحاب الطريق منعه *

اما فتح كل واحد من اصحاب الحصص كوة او باباً عالياً لاجل الاستضاءة والريح ، فلا خلاف فيه ، كما يعلم مما نقله في الدر في مسائل شتى القضاء عن العيني . واما فتحهم الابواب لاجل المرور ، فقيل : لم ذلك بلا تفصيل ، وهو مقتضى اطلاق هذه المادة تبعاً لما اطلقه في المنية كما نقله في رد المختار هناك . وقيل انما يكون لم ذلك اذا ارادوا فتح الابواب فيما قبل الباب القديم لا فيما بعده ، اذ ليس لم حق المرور فيما بعده . وفي كل من القولين اختلاف التصحيح والفتوي . قال في الخيرية : والمتون على القول الثاني من التفصيل ، فليكن عليه المعول اه وسياً في لهذا زيادة بيان في شرح المادة (١٢١٩)

ويمكن تطبيق هذه المادة على ما عليه المتون ، وعليه المعول ، وذلك بأن يراد بمن له حق المرور في طريق خاص من له حق المرور في جميعه لا في بعضه ، على ما هو الحقيقة في لفظ الطريق ، لان اطلاقه و ارادة جزئه مجاز فلا يصار اليه اذا امكن العمل بالحقيقة . وهذا ، اي حق المرور في الجميع ، لا يكون لان اذا كان باب الدار المقسومة في اسفل السكة اي في اقصاها من جهة الداخل ولهذا اطلقت جواز فتح الابواب . ولم تقيد بما اذا كان الفتح في اعلى السكة اي فيما يلي الدار المقسومة الى الطريق العام . وعليه فلو كان الباب في وسطها مثلاً ليس لم ان يفتحوا ابواباً فيما ورائه من اسفل السكة ، اذ ليس لم حق المرور فيه ، فتدبر .

المادة ١١٢٣ - * اذا بني احد اصحاب الحصص لنفسه في الملك المشترك القابل للقسمة بدون اذن الآخرين ثم طلب الآخرون القسمة تقسم . فان اصاب ذلك البناء حصه بانيه فيها وان اصاب حصه الآخر

فله ان يكلف بانيه هدمه ورفعہ *

قوله « نفسه » مثله لو بنى بلا اذن ليكون ما بناه مشتركاً فلم يجز الشركاء ما فعل ، كما يعلم من تنقيح الحامدية اول كتاب القسمة .
وقوله « القابل للقسمة » احتراز به عما اذا بنى فيها هو غير قابل للقسمة ، كالحمام ، فإنه هو من يهدمه للحال ويدفع له النقص ، كما اذا لم يطلب احد منهم القسمة .
وعليه يحمل ما في الباب الثالث عشر من الهندية حيث قال : احد الشركاء يكتسب اذا بنى في ارض مشتركة بغير اذن شريكه فلشريكه ان ينقض بناءه اه .
وقوله « ثم طلب الآخرون القسمة » مثله ما اذا طلبها نفس الباني ، فإن كل واحد من الشركاء اذا طلب قسمة ما يقسم يجاب اليها ويجبر الآبي عليها .
وقوله « بدون اذن الآخرين » قال في رد المحتار : وكنا لو بأذن الشريك لنفسه ، لانه مستعير لحصة الشريك الآخر والمعتبر الرجوع متى شاء . اما لو بأذنه للشركة ، يرجع بمحضه مما صرفه عليه بلا شبهة (رملي عن الاشياء) .
وقوله « فله ان يكلف بانيه هدمه ورفعہ » اي اذا لم يرض بدفعه قيمته له ، كما في الطحطاوي عن الهندية

قال في رد المحتار : اقول : وفي فتاوى قارىء الهداية : وان وقع البناء في نصيب الشريك ، قلع وضمن ما نقصت الارض بذلك اه .
وقد تقدم في كتاب الغصب متناً ، ان من بنى او غرس في ارض غيره ، امر بالقلع والمالك ان يضمن له قيمة بناء او غرس امر بقلعه ان نقصت الارض به .
والظاهر جريان التفصيل هنا كذلك ، تأمل اه (ما في رد المحتار) وصرح في الدر ان الغراس مثل البناء في جميع ما ذكر .

- الفصل التاسع -

« في بيان المهايأة » .

المادة ١١٧٤ - * المهايأة عبارة عن قسمة المنافع *

وهي جائزة استحساناً . والقياس ان لا يجوز لانها مبادلة المنفعة بجنسها ، لان كل واحد من الشريكين ينتفع في نوبته بملك شريكه عوضاً عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته ، ولكن يترك ذلك بالكتاب والسنة واجماع الامة كما هو مبسوط في الهداية وشروحها .

قال الزبلي : ولو لم تجز المهايأة لادى الى تعطيل الاعيان التي لا يمكن قسمتها ، وانه فيبيع لان الاعيان خلقت للانتفاع بها وهو ينافيه ، فتجوز ضرورة كقسمة الاعيان ، فيجري جبر القاضي فيها كما يجري في قسمة الاعيان - الا ان القسمة اقوى في استكمال المنفعة لأنها جمع المنافع في زمان واحد ، والتهابو جمع على التعاقب . ولهذا لو طلب احد الشريكين القسمة والاخر المهايأة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكيل . ولو وقت المهايأة فيما يجمصل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة . ولا تبطل المهايأة بموت احدهما ولا بموتها لانها لو بطلت لاستأنفها الحاكم ولا فائدة في الاستئناف وقامه فيه ، وسيأتي هذا في المادة (١١٩١)

* تنبيه *

ذكر في تنقيح الخامدبة ان تهابو المستأجرين او المستأجر مع المالك بأن استأجر بعض عقار شايعاً على مذهب من يراه ، صحيح ، ولكن لا يكون على طريق الجبر والازوم اذا امتنع عنه احدهما . واذا تراضيا فهو صحيح غير لازم ، بمعنى ان لكل منهما فتح المهايأة ولو بلا عذر ، وهو الموافق لظاهر الرواية في المهايأة

في الملك اه معزواً للتارخانية .

اقول: كون المهايأة لا تكون على سبيل الجبر مشكل فيها لا يقبل القسمة ،
لما تقدم آنفاً من انه يودي الى تعطيل الاعيان التي لا يمكن قسمتها ، وهو قبيح .
وعبارة رد المحتار : قال الساجاني : افاد في التارخانية ان تهايوه المستأجرين
صحيح غير لازم . وان شرطاً على الموهجر ، ان لاحدها مقدم الدار وللآخر
مؤخرها ، فسد العقد . ولو لم تسع سكنهما واحدها ساكن وطلب الآخر
التهايو زماناً ، يجاب كما في حيطان الخانية اه - فانت ترى ان قوله اخيراً « ولو
لم تسع سكنهما الخ » كالصريح في انه يجبر الآتي عليها ، لان المحب عند طلب
الآخر المهايأة انما هو القاضي وليست اجابته الا جبر الآتي كما لا يخفى ، فتأمل

المادة ١١٧٥ - * المهايأة لا تجرى في المثليات بل في القيميات

التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها *

لان المهايأة قسمة المنافع وانها جائزة في الاعيان المشتركة التي يمكن الانتفاع
بها مع بقاء عينها - فخرجت الاعيان المثلية جميعها لانها ليست كذلك . وخرج
من الاعيان القيمة ما لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها ، كالثمر ولبن الحيوانات ،
الا لبن الانسان كما يأتي في المادة (١١٨٢) وشرحها .

المادة ١١٧٦ - * المهايأة نوعان . النوع الاول المهايأة زماناً كما

لو تهاياً اثنان على ان يزرعا الارض المشتركة بينهما هذا سنة والآخر
سنة . النوع الثاني المهايأة مكاناً كما لو تهاياً اثنان في الارض
المشتركة على ان يزرع احدها نصفها والآخر نصفها الآخر او في
الدار المشتركة على ان يسكن احدها في طرفها والآخر في طرفها

الأخرى أو أحدهما في فوقانيها والآخر في تحتانيها أو في الدارين المشتركين
على أن يسكن أحدهما في الواحدة والآخر في الأخرى *

والنوع الأول متعين في العبد الواحد والدة الواحدة والبيت الصغير، وتحذر
التهابيه فيه مكاناً (أفاده في رد المحتار)

ولو اختلفا في التهابيه من حيث الزمان والمكان في محل يحملها، بأمرها القاضي
بالاتفاق، لأن التهابيه في المكان أعدل لاستوائها في زمان الانتفاع،
وليس فيه تقدم أحدهما على الآخر، فكان أعدل وفي الإمان أكل، لأن كل
واحد ينتفع في نوبته بجميع الدار فكان أكل، فلما اختلفت الجهة فلا بد من
الاتفاق فإن اختاراه من حيث الزمان بقرع في البداية بينها تطبيقاً لتلويها ونفياً
للتهمه عن نفسه زبلي)

قال في رد المحتار: وقيد بالزمان يعني قيد الأقرع بينها فيما إذا اختاراه
من حيث الزمان لأن التسوية في المكان تمكن في الحال بأن يسكن هذا
بعضاً والآخر بعضاً. أما في الزمان فلا تمكن إلا بمضي مدة أحدهما كفاية.
أقول: لكن قد يقع الاختلاف في تعيين المكان فينبغي أن يقرع، تأمل.
قال الرملي: ولو تشاح في تعيين المدة مثلاً بأن قال أحدهما سنة بسنة والآخر
شهوراً بشهر، لم أره، والظاهر تقويفه للقاضي - ولا يقال بأمرهما بالاتفاق
كالاختلاف من حيث الزمان والمكان، لأن مع كل وجهها فيها بخلافه هنا. وإن
قبل بقدوم الأقل حيث لا ضرر بالآخر لأنه أسرع وصولاً إلى الحق، فله
وجه، تأمل اه.

وعلى الأقرع في تعيين المكان مشت المحلة في المادة (١١٨٠) الآتية

المادة ١١٧٧ = كما تجوز المهايأة في الحيوان المشرك على استعماله بالمنابذة كذلك تجوز أيضاً في الحيوانات المشتركة على أن

يستعمل احدهما هذا والآخر الآخر *

ولو طلب احدهما المهايأة على هذا الوجه وابتدأ الآخر اجبره القاضي عليها ، كما سيأتي التصريح به في المادة (١١٨١) وهذا قولها اعتباراً بقسمتها على هذا الوجه . وعند ابي حنيفة لا يجوز التهاوب على الركوب الا بالتراضي ، لان الاستعمال بتفاوت بتفاوت الركابين ، فانهم بين حاذق واحذق . والتهاوب سفي الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا . وقد علمت ان الجهة اخذت بقولها فكان عليه المولى .

وظاهر التعليل الماران خلاف ابي حنيفة في التهاوب على الركوب في دابة واحدة او دابتين لا على الحمل ونحوه . مما لا يتفاوت كما تقدم في العاربة ، تأمل - وهذا بخلاف ما لو تهايباً في عبد او عبيدين على الخدمة ، فانه يجوز اتفاقاً على الاصح . اما عندهما ، فظاهر ، لان قسمة الرقبى جائزة عندهما ، فكذا المنفعة موافقاً عنده ، فلان قسمة الرقبى وان كانت لا يجزي فيها الجبر عنده ، لانها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً على ما تقدم بيانه ، لكن المتافع من حيث الخدمة ، فلا تتفاوت . ولو تهايباً يتعاضد على ان نفقة كل عبد على من يأخذه ، جاز استحساناً ، لان العادة جرت المسامحة في طعام المالك فلا تفضي الجهالة الى النزاع ، بخلاف كسوة المالك لانه لا تسامح فيها عادة (افاده الزبلي)

المادة ١١٧٨ = المهايأة زماناً نوع مبادلة فتكون منفعة

اصحاب الحصص في نوبته مبادلة بمنفعة حصه الآخر في نوبته بناءً على ذلك يلزم ذكر المدة وتعيينها في المهايأة مثل كذا يوماً او كذا شهراً *

لان فيه تمليك المنفعة بموض كالأجارة فاشترط فيها التأقبت كما اشترط في الاجارة (شلي على الزبلي)

المادة ١١٧٩ = *المهاياة مكاناً نوع فراز . فالشربكان
في دار مثلاً منفعتها شائعة يعني حالة كونها شاملة لكل جزء من
اجزائها فالمهاياة تجمع منفعة احدها في قطعة من تلك الدار ومنفعة
الآخر في قطعة اخرى فلا يلزم ذكر المدة ونعيينها في المهاياة مكاناً *

قال الزبلي : والتهايه في هذا الوجه ، يعني في المكان ، افراز لجميع الانصبا ،
لا مبادلة ، لانه لو كان مبادلة ، لما صح ، لانها لا تجوز في الجنس الواحد نسبة ، الربا .
وقيل هو افراز من وجه عاربه من وجه ، وانما قيل ذلك خشية الربا . وكلا القولين
مشكل لان كل واحد منهما يترك ماله من المنفعة فيما اخذه صاحبه بعوض ، وهو
الانتفاع بنصيب صاحبه ، فكيف ينصور ان يكون افرازاً للكل او عاربه سبه
البعض . والعاربه ايضاً غير لازمة والمهاياة لازمة . وقيل هو افراز من وجه مبادلة
من وجه كقسمة الاعيان . والاوجه انها افراز من كل وجه في المهاياة في المكان .
ولهذا لا يشترط فيها التاقيت . وجاز لكل منعم ان يستغل ما اصابه بالمهاياة على
الظاهر ، شرط ذلك في العقد او لم يشترط ، لحدوث المنافع على ملكه — ولا
كذلك العاربه والاجارة .

وفي المهاياة في الزمان افراز من وجه ، ويجعل كالمستقرض لنصيب شريكه ،
فكان مبادلة من وجه . وانما قلنا ذلك لان معنى الافراز يتحقق في المهاياة في المكان
دون الزمان اه فتأمل .

المادة ١١٨٠ — * كما انه ينبغي اجراء القرعة في المهاياة زماناً
لاجل البدأ يعني اي اصحاب الحصص ينتفع اولاً كذلك في المهاياة
مكاناً ينبغي تعيين المحل بالقرعة ايضاً

تقدم توجهه في شرح المادة (١١٧٦) فليراجع .

المادة ١١٨١ - * اذا طلب المهايأة احد اصحاب الاشياء المشتركة المتعددة وامتنع الآخر فان كانت الاعيان المشتركة متفقة المنفعة فالمهايأة جبرية . وان كانت مختلفة المنفعة فلا جبر . مثلاً داران مشتركتان طلب احد الشريكين المهايأة على ان يسكن احدها احدها والاخرى للآخر او حيوانان على ان يستعمل احدها واحداً والاخر الاخر وامتنع شريكه ، فالمهايأة جبرية . اما لو طلب احدها المهايأة على سكنى الدار وللآخر ايجار الحمام او على سكنى احدها في الدار وزراعة الاخر الاراضي ، فالمهايأة بالتراضي وان تكن جائزة الا انه اذا امتنع الآخر لا يجبر عليها *

لان اتحاد المنفعة فيما تجري فيه المهايأة التي هي قسمة المنافع - كاتحاد الجنس فيما تجري فيه قسمة الاعيان فكما ان قسمة الجبر انما تجري في الاعيان المتحدة الجنس دون المختلفة ، فكذلك المهايأة الجبرية انما تجري في المنافع المتحدة دون المختلفة . ولهذا كانت المهايأة الجبرية في الدارين متفقةً عليها بين ايمتنا الثلاثة على الاصح ، كما في الزبلي والفتح وغيرها ، لاتحاد المنفعة فيها ، وهي السكنى - بخلاف قسمتها يعني قسمة جمع ، فانها عند الامام جنسان ، لان المقصود من الدور مختلف باختلاف الجيران والحال ، فلا تقسم قسمة جمع كما تقدم في المادة (١١٣٨) وعندها جنس واحد اعتباراً باتحاد المنفعة ، وهي السكنى ، فتجري قسمة الجبر فيهما . وكذا كانت يعني المهايأة الجبرية في الحيوانين على الخلاف بين الامام وصاحبيه - كما تقدم في شرح المادة (١١٧٧) مع بيان وجه الخلاف مع اتفاقهم على جواز قبضتها جبراً

قسمة جمع كما تقدم في المادة (١١٣٤) و (١١٣٥) اقول : فإني الملتقى
وشرحه بجمع الأ نه حيث قال : وتجاوز المهاباة في عبد ودار على السكنى والخدمة -
وكذا في كل مختلفي المنفعة لسكنى الدار وزرع الارض ، وكذا الحمام والدار ، لان
كل واحدة من المنفعتين يجوز استحقاقها بالمهاباة اه فحمل على المهاباة بالتراضي .
بقي الكلام في المهاباة على استغلال الاعيان المشتركة : ففي الملتقى وشرحه
بجمع الانهر انه يجوز التهايبه في استغلال دار يستغلها هذا شهراً وهذا شهراً ،
او دارين هذا يستغل هذه وهذا يستغل الاخرى في ظاهر الرواية . وما زاد في
نوبة احدها في الدار الواحدة من الغلة على الغلة في نوبة الآخر مشترك لتحقيق
التعديل ، بخلاف ما اذا كان التهايب على المنافع فاستغل احدها في نوبته زيادة ،
لان التعديل فيما وقع عليه التهايب ، وهو المنافع ، حاصل فلا تضره زيادة
الاستغلال من بعد لا في الدارين . ففي الهداية : والتهايبه على الاستغلال في
الدارين جائز ايضاً في ظاهر الرواية . ولو فضل غلة احدها لا بشرط كان ، بخلاف
الدار الواحدة . والفرق ان في الدارين معنى الافراز . راجح لاتحاد زمان الاستيفاء ،
وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول ، فاعتبر قرصاً وجعل كل واحد في نوبته
كالو كميل عن صاحبه ، فلذا يرد عليه حصته من الفضل اه .
وفي التنوير : ولو تهايباً في غلة عبداً وفي غلة عبدين او في غلة بطل او بطلين
او في ركوب بطل او بطلين او في ثمرة شجرة او في لبن شاة ، لا يصح التهايبه في
المسايل الثمان اه لكن الثانية والرابعة والخامسة والسادسة عند الامام ، والباقي
بالانفاق . اما في عبد او بطل واحد ، فلان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء ،
فالظاهر التغير في الحيوان فتفوت المعادلة ، بخلاف الدار الواحدة ، لان الظاهر
عدم التغير في العقار . واما في عبدين او بطلين فلان التهايبه في الخدمة جوز
للضرورة لامتناع قسمتها ، ولا ضرورة في الغلة لانها تقسم . واما في ركوب
بطل او بطلين ، فتفاوته بالراكبين فلا تتحقق التسوية فلا يجبر القاضي عليه .
واما في ثمرة شجرة او لبن شاة ونحوه ، فلان التهايبه مخصص بالمنافع لامتناع قسمتها
بعد وجودها ، بخلاف الاعيان . اه (رد المحتار)

المادة ١١٨٢ - * اذا طلب القسمة احد اصحاب المال المشترك
القابل للقسمة والآخِر المهايأة تقبل دعوى القسمة . ولو لم يطلب
القسمة احدها وطلب المهايأة واحد وامتنع الآخر يجبر على المهايأة *

اما اجابة طالب القسمة ، فلان قسمة العين ابلغ من قسمة المنفعة في تكيل
الانتفاع ، لاجتماع المنافع في الزمان الواحد ، وفي التهاوي يحصل ذلك على التعاقب .
حتى لو طلب احدها قسمة العين بعد المهايأة ، قسم الحاكم وفسخ المهايأة ، لأن
الاصل القسمة (شلبي لمخصاً) واما اجابة طالب المهايأة عند عدم طلب القسمة
من احدها فلان المهايأة في المنافع ، جارية بحرى القسمة في الاعيان ، فيجري جبر
القاضي فيها كما يجري في قسمة الاعيان اه لمخصاً من الزبلي وحاشيته للشلبي .

المادة ١١٨٣ - * اذا طلب المهايأة احد الشريكين في العين
المشتركة التي لا تقبل القسمة وامتنع الآخر يجبر على المهايأة *

كما يجبر عليها الممتنع في الاعيان المتعددة المنفعة بخلافها اذا كانت مختلفة
المنفعة - كما تقدم مع بيان وجهه في المادة (١١٨١) ومشرحا . وانما يجبر الممتنع في
العين الواحدة التي لا تقبل القسمة لما قدمناه في شرح المادة (١١٢٤) من انه لو لم
يجبر على المهايأة فيها لأدى الى تعطيل الانتفاع فيها مع انها خلقت لذلك .

المادة ١١٨٤ - * كل ما ينتفع العامة باجرته من العقارات
المشتركة كالسفينة والطاحونة والقهوة والحمام تؤجر وتقسم اجرتها
بين اصحاب الحصص على قدر حصصهم . وان امتنع احد اصحاب الحصص

عن الايجار يجبر على المهابة . لكن اذا زادت غلتها اي اجرتها في نوبة
احدم تقسم تلك الزيادة بين اصحاب الحصص *

لان التهايه فيما يكون المقصود منه الاستغلال كالعقارات المذكورة
يتمحض كونه تهايه على الاستغلال ، وحينئذ فما يزيد في نوبة احدهما يكون
مشتركا ليتحقق التعديل ، كما قدمناه في شرح المادة (١١٨١) بخلاف ما اذا
كان التهايه على المنافع كما سيأتي في المادة (١١٨٦)

* تنبيهه *

وذكر في فتاوى قارى الهداية ان السفينة لا يجبر على التهايه فيها حملاً ولا
استغلاً ، لا من حيث الزمان بان يستغلها هذا شهراً والآخر شهراً ، بل بوجرايتها
والاجرة لها اه . وهو محمول على انه لا يجبر على وجه يختص كل منها بالزائد من
الغلة ، بدليل ان بعضهم علله بانه قد تكون غلة شهر ازهد من غلة آخر ، فلا
يوجد التساوي اه (افاده في رد المحتار) فلا يكون منافياً لهذه المادة .

المادة ١١٨٥ - * كما يجوز اكل واحد من ارباب الحصص بعد
المهابة زماناً او مكاناً ان يستعمل العقار المشترك في نوبته او القطعة التي
اصابت حصته بالذات ، يجوز له ان يوجر ذلك الى آخر ويأخذ
الاجرة لنفسه *

لما في الهداية : لكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهابة وان لم بشرط ذلك ،
لحدوث المنافع على ملكه اه .
وتقل في رد المحتار عن التناخانية : واذا تهايه في مملوكين استخداماً فمات
احدهما او ابني انقضت . ولو استخدمه الشهر كله الاثلاثة ايام نقص من شهر

الآخر ثلاثة ايام . ولو زاد ثلاثة ايام لا يزيه الا آخر ولو ابقى الشهر كله واستخدم
الآخر فيه فلا اجرة ولا ضامن . ولو عطب احد الخادمين وانهدم المنزل من
السكنى او احترق من نار او قدما ، فلا ضمان له به ظهر انه لو نقص العين المشتركة
باستعمال احد المتهايين في نوبته لا يكون ضامناً نقصان حصة شريكه ، وهو ظاهر
لا اله غير تمتد

المادة ١١٨٦ - * بعد ان حصلت المهايأة على استيفاء المنافع بدءاً
اذا اجر اصحاب المحصص في نوبتهم وكانت غلة احد في نوبته اكثر
فليس لبقية الشركاء مشاركة في الزيادة . اما اذا كانت على
الاستغلال من اول الامر مثلاً اذا تمهايتاً على اخذ واحد اجرة الدار
المشتركة شهراً والآخر شهراً فالزيادة مشتركة . لكن اذا حصلت
المهايأة على ان يأخذ احدها غلة هذه الدار والاخر غلة الدار الاخرى
وكانت غلة احد الدارين اكثر فلا يشاركه الاخر *

يعني ان الزيادة انما تكون مشتركة اذا وقع التهايوء ابتداءً على استغلال العين
المشتركة ، وذلك في صورتين : احدهما ان يكون المقصود من العين المشتركة
الانتفاع بأجزائها لا غير ، كالسفينة والحمام والطاحون كما تقدم في المادة (١١٨٤)
الثانية ان يصرح المتهايتان بذلك بأن تمهايتاً على ان يأخذ احدهما اجرة
هذه الدار والاخر اجرة الاخرى . ففي صورتين حيث كان التهايوء على
الاستغلال تكون الزيادة مشتركة ، ليتحقق التعديل فيما تمهايتاً عليه ، بخلاف ما
اذا كان التهايوء من اول الامر على المنفعة ، فان الزيادة لا تكون مشتركة ، لما
تقدم من ان التعديل فيما وقع عليه التهايوء وهو المنفعة ، حاصل فلا نضره زيادة
الاستغلال من بعد . ثم اذا كان التهايوء على الاستغلال فالزيادة انما تكون

مشتركة ايضاً اذا كان المسننل واحداً كالدائر الواحدة ، لا اذا كان متعدداً كالدارين . والفرق ان في الدارين معنى الافراز راجح ، لا اتحاد زمان الاستيفاء . وفي الدائر الواحدة بتعاقب الوصول ، فاعتبر قرضاً وجعل كل واحد في نوبته كالو كليل عن صاحبه ، فيرد عليه حصته من الفضل .

المادة ١١٨٧ - لا تجوز المهايأة على الاعيان فلا تصح المهايأة على ثمرة الاشجار المشتركة ولا على لبن الحيوانات وصوفها على ان يكون لاحد الشمر بكيين ثمرة مقدار من هذه الاشجار ولا آخر ثمرة مقدار منها . او على لبن قطيع من الغنم المشترك وصوفه لواحد ولبن قطيع آخر وصوفه للاخر .

لما قدمنا من ان النهابو مخصص بالمنافع لامتناع قسمتها بعد وجودها ، لانها اعراض لا تبقى زمانين ، بخلاف الاعيان . والمراد بالحيوانات في قوله هنا « ولا على لبن الحيوانات » ما عدا الآدمي ، لما في المنع والزليلعي وغيرهما : ولو لما جاربتان فتهابياً على ان ترضع احدها ولد احدها والاخرى ولد الآخر ، جاز ، لان لبن الآدمي لا قيمة له فجرى مجرى المنافع اه فان قيل : مقتضى كون الثمرة واللبن من الاعيان ان تصح فيها القسمة ، قلت : عدم صحتها لان ذلك معدوم حقيقة وحكماً ، لانها لم تجعل موجودة حكماً في حق التملك بعوض ، وهو الاجارة ، حتى نعتبر موجودة حكماً في حق القسمة . وقسمة المدوم لا تتحقق ، لانها افراز من وجه مبادلة من وجه ، وكلا الامرين لا يتحققان قبل الوجود (افادة الشلبي)

وحيلة المهايأة في الثمار واللبن ونحوهما ان يشتري حظ شريكه من الشجرة والشاة ثم يبيع كلها اي حصته وما اشتراه من شريكه ، او يستقرض لبن الشاة بان يزن ما يجلبه في كل يوم حتى تفرغ المدة ثم يرد في صاحبه مقداره في نوبته

وفي الخانية : نواضعاً في بقرة على ان تكون عند كل منها خمسة عشر يوماً
يجلب لبنها ، كان باطلاً ولا يجلب نفل اللبن لاحدهما وان جعله صاحبه في حل ،
لانه حبة المشاع في ما يقسم - الا ان يكون استهلكه فيكون ابراء عن الضمان ،
فيجوز ، افاده في الدرر وحاشيته رد المختار .

المادة ١١٨٨ - * وان جاز فسخ المهايأة الحاصلة بالتراضي لاحد
الشريكين لكن اذا اجر احدهما في نوبته لا تخر فلا يجوز لشريكه
فسخ المهايأة ما لم تنقض مدة التواجر *

صيانة لحق المسأجر (رد المختار) قال في الخانية : وينفرد احدهما بنقضها
بعذر وبغير عذر في ظاهر الرواية . وروي بن سماعة عن محمد انه لا ينفرد احدهما
بنقضها الا بعذر او بطلب قسمة عينها . هذا اذا كانت المهايأة بغير امر القاضي .
فان كانت بحكم الحاكم لا ينفرد احدهما بنقضها ما لم يلقاه وظاهر المادة ١١٩
الآتية اعتماد رواية ابن سماعة ، فانظر .

المادة ١١٨٩ . * وان لم يجز لواحد من ارباب الحصص ان
يفسخ المهايأة الجارية بحكم الحاكم فلكلهم فسخها بالتراضي *

حاصل هاتين المادتين ان المهايأة ان كانت وقعت بالتراضي ، فلكل واحد
من الشركاء ان ينفرد بفسخها ما لم يكن اجر احدهم في نوبته ، فحتى تنقضي
مدة الاجارة وان كانت وقعت بحكم الحاكم ، فليس لواحد منهم ان ينفرد بفسخها
ما لم يتفقوا جميعاً على الفسخ .

المادة ١١٩٠ = * اذا اراد احد اصحاب الحصص ان يبيع

حصته او يقسمها فله فسخ المهايأة اما لو اراد فسخها ليعيد المال المشترك الى حاله القديم بلا سبب فالحاكم لا يساعده على ذلك *

يعني لا يجيبه الى ما طلب ، اذ لا معنى لعدم المساعدة الا عدم الاجابة ، وقد علمت انفا ان المهايأة اذا كانت بحكم الحاكم ، فليس لاحد فسخها ، ما لم يتفق الشركاء على الفسخ ، فتعين ان يكون موضوع هذه المادة في المهايأة بغير حكم الحاكم - يعني بالتراضي ، فتكون المحلة آخذة برواية بن سماعه المارة في شرح المادة السابقة ، وبها اخذ شمس الائمة الحلواني كما في رد المحتار وعبارته عن القطارخانية : ولكل تقض المهايأة ولو بلا عذر في ظاهر المذهب ، قال الحلواني : هذا اذا قال اريد بيع حصتي او قسمتها اما لو اراد عود المنافع مشتركة ، فلا . وقال شيخ الاسلام ما في ظاهر الرواية ، من له تقضها ولو بلا عذر اذا حصلت بتراضيها فلو بالقضاء فلا ، ما لم يصطلحا لانه في الاول يحتاج الى ما هو اعدل وهو القسمة بالقضاء اه

المادة ١١٩١ - * بموت احد اصحاب الحصص او كلهم لا

تبطل المهايأة *

تقدمت هذه المسئلة عن الزبلي في شرح المادة ١١٧٤ ممثلة بانها لو بطلت لاسنا نقها الحاكم ، ولا فائدة في الابطال ثم الاستئناف اه .

- الباب الثالث -

« في بيان المسائل المتعلقة بالحيطان والجيران ويشتمل على اربعة فصول »

- الفصل الاول -

✽ في بيان بعض قواعد في احكام الاملاك ✽

المادة ١١٩٢ - ✽ كل يتصرف في ملكه كيف شاء لكن اذا تعلق حق الغير به يمنع المالك من تصرفه على وجه الاستقلال ، مثلاً سفل ملك واحد وفوقانيه لآخر ، فلصاحب الفوقاني حق القرار في التحتاني ، ولصاحب التحتاني حق السقف في الفوقاني يعني بستره من الشمس وتحفظه من المطر فليس لاحدهما ان يفعل شيئاً مضرّاً الاً باذن الآخر ولا ان يهدم بناء نفسه ✽

لان كون الشيء ملكاً لرجل يقتضي ان يكون مطلقاً في التصرف فيه كيفما شاء وكون حق الغير متعلقاً به ، مانع له من ذلك وقد تقدم في المادة (٤٦) انه اذا تعارض المقتضي والمانع يقدم المانع . وقوله فليس لاحدهما ان يفعل شيئاً مضرّاً الاً باذن الآخر - يفهم منه ان له ان يفعل ما لا يضر ، وهذا قول الامامين قال في تنقيح الحامدية في جواب سؤال اذا اراد صاحب السفل ان يتصرف في السفل تصرفاً نحو ان يفتح فيه باباً او ينقب فيه كوة ، او يدخل فيه جذعاً ، لم يكن قبل ذلك فليس

له ذلك الا يرضى صاحب العلو ، سواء كان يضر ذلك صاحب العلو او لا يضر
عند ابي حنيفة - خلافاً لما فيها لا يضر . وكذلك صاحب العلو اذا اراد ان
يبنى في العلو بناء او يضع عليه جذوعاً او يحدث فيه كنيفاً فعلى هذا الخلاف
واطال في العمادة في دليلها مؤخرآ دليل الامام اهو قال في جواب سؤال آخر
ما نصه : المختار للفتوى انه يمنع ذو العلو من الحاق الضرر بمالك البيت السفلي ،
ان علم بقينا وان علم عدمه يقيناً لا يمنع . وان اشكل ، يمنع الا يرضى ذي السفل
وبعلم ذلك بقول رجلين لها بصارة في ذلك اه . وقوله ولصاحب التحتاني حق
السقف الخ اي له حق في ان يسقف صاحب العلو علوه ليحفظ سفله من نفوذ
الشمس والمطر . وقوله ولا ان يهدم بناء نفسه مضاء - ان كل واحد منهما يكون
متمدياً يهدم بناء نفسه فيجبر على اعادته كما كان - اما اجبار صاحب السفل فلان
صاحب العلو لا يتمكن من الانتفاع بعلوه بدون السفل - واما اجبار صاحب
العلو ، فلان صاحب السفل لا يندفع ضرر الشمس والمطر عن سفله الا بسقف
العلو هذا ما تعطيه عبارة هذه المادة . وبعضه ما في جامع الفصولين ان لكل
منها حقاً في ملك الآخر لذي العلو حق قراره ولذي السفل حق دفع المطر
والشمس عن السفل اه .

وبه تعلم سقوط ما ذكره العلامة ابن عابدين في تنقيح الحامدية من مسائل
شقي القضاء حيث نقل عن جامع الفصولين ما نصه : لو هدم ذو السفل سفله وذو
العلو علوه اخذ ذو السفل بيناه سفله اذ فوت عليه حقا الحق بالملك فيضمن -
كما لو فوت عليه ملكاً اه ثم قال وظاهره انه لا جبر على ذي العلو وابده
بان صاحب السفل يمكنه الانتفاع بسفله بدون العلو فما وجه كون صاحب العلو
يجبر ، لان سقف السفل ملك صاحب السفل لما في البحر عن الذخيرة السفل : اذا
كان لرجل وعلوه لاخر لسقف السفل وجذوعه وهو اديه وبواربه وطينه ، لصاحب
السفل - غير ان لصاحب العلو سكنه اه واذا كان كل ذلك لصاحب السفل فلا .
يجب منه شيء على صاحب العلو وحينئذ فلا ضرر عليه في ترك صاحب العلو علوه
واما ما استظهره صاحب البحر - من ان صاحب العلو ايضاً يجبر مستنداً بما في
الفتح عن فتاوى النقلي من ان الحابط المشترك لو هدماه فإراد احدها بناءه وابي

الآخر يجبر ولو انهدم لا يجبر الخ ، فغير مسلم ، لان كل واحد من الشريكين في الحائط لا يمكنه الانتفاع الا ببنائه فلذا اجبر كل منهما بخلاف السفل فان صاحبه يمكنه الانتفاع بدون العلو اخصصا .

ووجه سقوطه انه ليس المناط في الجبر وعدمه ، التمكن من الانتفاع فقط بل دفع الضرر ايضا ومنه ضرر الشمس والمطر عن السفل واسقفته كما تقدم التصريح به عن جامع الفصولين - واما اقتضاره على ذكر اجبار ذي السفل على البناء في عبارته الثانية ، فليس لافادة ان ذالعلو لا يجبر على دفع ضرر الشمس والمطر عن السفل - بل لعدم الحاجة الى ذكره ، لانه لم يطلب من ذي السفل بناء سفله الا ليبنى علوه فوجه - نعم لو امتنع بعد بناء السفل عن سد ف علوه ، يجبر دفعا لضرر الشمس والمطر عن السفل كما صرح به قبله فتأمل منه منصفانعم ان ما نقله الشارح اللباني عن الحامدية من قوله فلو هدم ذو العلو علوه اجبر على بنائه اذا طالبه ذو السفل بذلك اه هو فرقة بلا مرتبة فاني لم ار هذه العبارة فيها ولا في غيرها نعم نقل في الحامدية عبارة الفضلي السابقة ، وهي موضوعة في الجدار المشترك كما تقدم . ثم ان التقييد بالهدم احتراز عما لو انهدم السفل بنفسه بلا صنع صاحبه ، فانه حينئذ لا يجبر على البناء اعدم التعدي . والمالك لا يجبر على اصلاح ملكه ، نعم لذي الطوان بيني حتى يبلغ موضع علوه . ثم بيني علوه اذا امتنع صاحب السفل من بنائه ليتوصل الى حقه ، اذ لا وصول الى حقه الا به ، وله ان يمنع صاحب السفل من ان ينتفع بسفله حتى يعطي صاحب العلو ما اتفق على السفل بالفا ما بلغ ان بني باذنه او اذن القاضي ، لان اذن القاضي كاذنه بنفسه لولائه وهذا الذي استحسنته المتأخرون وبه يقى والا يرجع ، بقيمة البناء يوم بني لا وقت الرجوع ، وهو الصحيح . كذا في تنقيح الحامدية ومثله في رد المحتار وغيره من المعتبرات ، هذا وفي الخلاصة عن فتاوى النسفي : داران لجارين سطح احدهما اعلى ومسيل ماء العليا على الاخرى ، فاراد صاحب السفلى ان يرفع سطحه او يبني على سفله له ذلك ، وليس لجار منه ، لكن يطالبه حتى يسبل مائه الى طرف الميزاب ، وان انهدم السفل او هدمه المالك ليس للآخر ان يكلفه بالعارة لاجل اسالة الماء - لكن بيني هو وينع صاحبه .

الانتفاع اهر ومثله في النزابة .

قال في تنقيح الحامدية : بعد نقله اقول قوله هنا او هدمه المالك ، محتالف لما مر في مسألة الملو والسفل ، حيث سوى هنا بين الهدم والانهدام ، فاما ان يكون ما هنا قولاً آخر او يخص ما مر بغير المسبل فتأمل اه

اقول : ويظهر لي الثاني ، لان الانتفاع بالعليا مع تعطيل المسبل ممكن مع نوع مشقة فلا يجبر صاحب السفلى على بناء ملكه ، فهو نظير ما سيأتي آخر هذه القولة عن الخبير الرملي : من ان السفلى اذا احتاج الى الاصلاح لا يجبر صاحبه على اصلاحه ، اذا امكن الانتفاع به مع نوع مشقة . واذا كان لا يجبر كان للآخر ان يبني توصلا لحقه . ثم يمنع مالكة عن الانتفاع به حتى يدفع له ما انفق او القيمة تأمل . ويؤيد ما قلنا قول الخلاصة او لانه ليس للجار منعه من رفع السطح او البناء عليه تأمل . ثم رأيت في متفرقات قضاء البحر عند قول المصنف لا يتد ذو السفلى الخ ما نصه : فرق بين حق التطي وبين حق التسبيل حيث لو هدم في الاول يجبر على البناء ولو هدم في الثاني لا يجبر اهو هو عين ما قلته والله الحمد . وفي تنقيح الحامدية ايضا اقول : بقي ما لو ترك صاحب السفلى الانتفاع بسفله وامتنع من اداء القيمة فهل يجبر على الاداء - فني جامع الفصولين انه لا يجبر لكن في حاشيته للخبير الرملي ، ان هذا لو بني ذو العلوبلا اذن القاضي فلو باذنه يجبر على اداء حصته ويجبس فيه لانه كاذنه بنفسه فيصير ديناً عليه فحكمه حكم سائر الديون تأمل اه .

اقول وفي النفس من هذا شيء لان الممتنع عن البناء اذا كان لا يجبر على البناء فكيف يجبر على دفع ثمنه وقد صرح في جامع الفصولين ان القاضي له ولاية الأمر بالاتفاق في كل موضع له ولاية الجبر لو حاضراً وانه اذا كان لا يجبره حاضراً ، فلا يأمر غيره بالبناء عليه وصرح ايضا بان البناء ملك لبانيه فاخذ قيمة البناء ببيع البناء من رب السفلى ولا يجبر احد على الشراء فهذه النصوص كلها ، تفيد ان المراد من قولم اذن القاضي كاذنه بنفسه ، انه مثله من حيث الحبس ليقبض ما انفق ، لا القيمة ، لا من حيث انه يجبر على دفع ما انفق ويجبس عليه وقد ذكر الرملي نفسه عند قول الفصولين في الحايط المشترك لو انهدم لا يجبر الا بي على

بناؤه ولكن بيني الآخر فيمنع - حتى يأخذ ما اتفق الخ مانصة ولا بد ان يكون
معنى قوله ولكنه بيني - اي بغير النقص المشترك انما به لا ، لانه تصرف في
المشترك تأمل اه ومقتضاه ان ذا الملو ايضاً عند امتناع ذي النقل عن البناء انما
بينى بغير نقص النقل لانه اذا كان لا يملك التصرف في المشترك فلان لا
تملكه فيما هو ملك الغير وليس له فيه حق اصلاً ، اولي وعليه يقال لو كان
اذن القاضي كاذنه من كل الوجوه ، لساغ له ان بينى بالملك المشترك في الحابط وفي
ملك الغير في السفل ، لانه يكون كالتصرف باذن المالك فكيف قال لا بد
من ان يكون البناء بغير النقص المشترك فتدبره منصفاً .

هذا وقد ذكر هذه المسألة في الخانية فقال : حائط بين رجلين انهدم لبناء
احدهما عند غيبة الشريك قال ابو القاسم رحمه الله تعالى ان بناء بنقص الحابط
الاول ، يكون متبرعاً لا يكون له ان يمنع شريكه من الخن عليه ، وان بناء
بلنن او خشب من قبل نفسه ، لم يكن للشريك ان يحمل على الحابط حتى يؤدي
نصف قيمة الحابط اه ثم رأيت التصريح بما قلته في الخانية في الحابط المشترك
في باب في المحيطان والطريق ومجاري المياه آخر كتاب الصلح فقال : وقال
القاضي الامام علي السفدي في مسألة الجدار ليس له ان يرجع على صاحبه لكن
له ان يمنعه من الانتفاع به حتى يوفيه حقه على التفصيل الذي ذكرنا اه ولعله
لهذا امر بالتأمل . وذكروا الرمي ايضاً انه لا شبهة في ان الممتنع له منع الباقي
عن الانتفاع بالسفل اذ ليس له سوى المنع وليس له التصرف فيه بالانتفاع اه
واعلم ان قولهم في تمثيل اصل المسئلة والمالك لا يجبر على اصلاح ملكه ،
يفيد ان وضع المسئلة في الملك نلو كان في الوقف فان الناظر عليه يجبر على
اصلاحه كما في حاشية الرمي على الفصولين قال وهي واقعة الفتوى علو لوقف
وسفل لوقف آخر انهدم السفل فبناء ناظر الملو باذن القاضي لغبية ناظر السفل
هل يرجع فاجبت انه يرجع وهنا يجبر الناظر اذا امتنع عن العمارة ، لما في البحر
عن الخصاص اذا امتنع الناظر من العمارة وله غلة اجبر عليها فان فعل كان بها والا
اخرجه القاضي من بده تأمل اه وستأتي هذه المسئلة في المادة ١٣١٩ وفي جامع
الفصولين . ولو اراد ذو السفل ان بينى في بقعة من السفل لو لا يضر بالملو ، فله

ذلك بلا رخصا ذي العلو ولا يضره فكذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، اذ ليس لذي العلو حق في بقعة السفل فيها كجارين . وعندها يمنع الا يرضاه ، اذ له حق في بقعة السفل اذ قوام العلو بالسفل وقوام السفل بالبقعة فلذي العلو حق في البقعة بهذا الوجه - بخلاف الجارين ثم رخص وقال لا خلاف انه يملك اذا لم يضر ولو اشكل لا يملك اه .

❁ نبيه ❁

ذكر الرمي في حاشية الفصولين ، العلم صرحوا بان السفل اجم لميني مسقف قال وبه علم جواب حادثة الفتوى وهي : مسقف السفل اذا احتاج الى اصلاحه هل يطالب به صاحب السفل ام صاحب العلو اتيت بأنه لا يطالب به واحد منهما ، اما صاحب السفل ، فلأن المالك لا يطالب باصلاح ملكه واما صاحب العلو ، فلأن الانسان لا يطالب باصلاح ملك الغير . فان شاء صاحب السفل اصلاح ملكه وان شاء ترك ، وموضوع المسئلة فيما اذا امكن الانتفاع به مع نوع مشقة اما اذا لم يمكن الانتفاع به مع نوع مشقة بان زال بانكابة وبقي الدائر فقط فهي مسئلة انهدم السفل فانه ام من انهدم السقف مع الدار او السقف فقط مع بقاء الدار ، لقولم ذو العلو مضطر اليه لاحياء حقه وقولم لتعاقب حق ذي العلو به وهو حق القرار وغير ذلك من كلامهم تأمل اه

المادة ١١٩٣ ❁ اذا كان باب الفوقاني والتحتاني من الجادة واحدا فصاحبا المهلين يستعملان الباب مشتركا فلا يسوغ لاحدهما ان يمنع الآخر من الخروج والدخول ❁

وان كان ممر صاحب العلو في عرصة السفل ، فليس لذي السفل ان يمنع عن المرور فيها كما سيأتي في المادة ١٢٢٥

المادة ١١٩٤ - * كل من ملك محلا صار مالكا ما فوقه وما تحته ايضا يعني يتصرف في العرصه التي هي ملكه بالبناء والعلو به كما يشاء و بسائر التصرفات كحفر ارضها واتخاذ مخزنا ونبشها كما يشاء عمقا وجعلها بئرا *

فمن ملك ارضا ملك ما فوقها من الهواء الى عنان السماء وما تحنها من القراري تخوم الارض اشباه وعليه تفرعت المواو الآتية :

المادة ١١٩٥ - * من احدث في داره بيتا نيس له ان يبرز رفرافه على هواه دار جاره فان ابرزه بقطع القدر الذي جاء على هواه تلك الدار *

وان لم يضر لانه تصرف في ملك الغير بدون اذنه و كذا احد الشرهين ليس له ان يبرز رفرافه الخاص به في الهواء المشترك بدون اذن شريكه لما قلنا

المادة ١١٩٦ = * من امتدت اغصان شجر بستانه الى دار جاره و بستانه فللجار ان يكلفه تفريغ هوائه بالربط او القمع لكن اذا ادعى الجار ان ظل الشجرة مضر بمزروعات بستانه لا تقطع الشجرة *

قد تضمنت هذه المادة مستثنين الاولى اذ اندك اغصان شجرة انسان لدار جاره او بستانه ، وللجار ان يكلفه تفريغ هوائه بالربط او القمع ، سواء تضرر الجار

بذلك ام لا ، لانه تصرف في ملك الغير بلا اذنه . وهذه المسئلة ذكرت مفصلة في الفصل ٣٤ من العادبة والفصل ٣٥ من جامع الفصولين قال فيه (فتت) ؛ باع ضيعة وللبائع اشجار في ضيعة اخرى يجنب هذه الضيعة المحصنها متدلية في المبيعة فالشترى ان يأخذ بتفريغ المبيعة من الاغصان المتدلية فيها وكذا لو ورثها وفي جنبها ضيعة ، كذلك لانه كمرثته (ن د) وقمت شجرة في نصيب احد المتقاسمين ، اغصانها متدلية الى نصيب الآخر ، يجير صاحبها على قطع الاغصان في رواية عن محمد - وعنه نترك كذلك ، وفي كتاب الصلح ، خرج شعب بخلفه الى جاره فللجار قطعها لتفريغ هوائه ، قالوا هذا على وجهين فلو امكن تفريغه بشدة الشعب على النخلة كله او تفريغ بعضه بشدة بعضها ، فله ان يأخذ رب النخلة بالشد ، لا بالقطع فيما امكن التفريغ بشدة .

واما ما لا يمكن تفريغه الا بقطعه فالاولى ان يستأذن ربها فيقطع بنفسه ، او بأذن له ، ولو ابى يرفع الى القاضي فيجبره على القطع ولو لم يفعل الجار كذلك ولكن قطع بنفسه ابتداءً - فلو قطع من محل ليس القطع من محل آخر اعلى منه او اسفل ، اتفق في حق المالك لم يضمن ولو كان القطع من محل آخر اتفق منه ، ضمن جلته (خ ه) اقول لو كان القطع من محل آخر اتفق ينبغي ان يضمن لو حصل معه التفريغ والا فينبغي ان لا يضمن والله اعلم قال (م ح) يقطعه في جانب ملك نفسه اذ ليس له ان يدخل بستان جاره ليقطعه وقال شيخنا انما يكون له القطع من جانب نفسه لو كان ضرره مثل ضرر القطع من جانب صاحبه - اما لو كان قطع من جانب صاحبه اقل ضرراً ليس له قطع فيرفع الأمر الى القاضي ليأمره بقطعه فلو ابى بعث القاضي من يقطعه من جانب رب النخلة . ثم في المحل الذي لا يضمن لو قطعه بنفسه لا يرجع على رب النخلة بما اتفق في موثقة القطع اذ لم يرفع الى القاضي ليأمره مع امكانه فكان متبرعاً اه المسئلة الثانية ان لا تتدلى اغصان شجرته على هواء دار الجار او ارضه وانما ارتفعت في هواء بستانه حتى منعت الشمس عن ارض الجار فلا تقطع تلك الشجرة ، وان تصرف في زرع الجار لما سيأتي في المادة الآتية من انه لا يمنع احد من التصرف في ملكه الا اذا كان ضرره لغيره فاحشاً وسيأتي في المادة ١١٩٩ ان الضرر الفاحش

ما يمنع من الحوائج الاصلية . ومنع الشمس والريح ، ليس منها بل من الحوائج الزائدة كما في جامع الفصولين عن الذخيرة قال : نصار كرجل له شجرة يستظل بها جاره اراد قطعها لا يمنع منه ولو تضرر به جاره اذرب الشجرة بالقطع بمنع عن الانتفاع بملكه اه

اقول : ان المنفعة الاصلية من ارض الزراعة او البستان هي الزراعة فكان ما يمنع منها نظير ما يمنع من السكنى في البناء على ماسياتي في المادة المذكورة وما بعدها الا ان يجب بلغى بين ما يمنع من الانتفاع بها اصلاً وبينه بقائلها بان نمنع بزراعتها مع نوع ضرر تأمل اه

المادة ١١٩٧ - لا يمنع احد من التصرف في ملكه ابدأ الا اذا كان ضرره لغيره فاحشاً كما يأتي تفصيله في الفصل الثاني *

الحاصل ان القياس في جنس هذه المسائل ، ان يفعل المالك ما بدا له مطلقاً ، لانه متصرف في خالص ملكه - لكن ترك القياس في موضع يتعدى ضرره الى غيره ، ضرراً فاحشاً ، وهو المراد بالبين ، واختاروا الفتوى عليه . فأما التوسع الى منع كل ضرر ما ، فيسد باب انتفاع الانسان بملكه . افاده في رد المختار عن الفتح . وسيأتي تفصيل الضرر الفاحش في المادة (١١٩٩)

قال في الهدى : وبقي ما لو اشكل هل يضر ام لا ، وقد حرر محشي الاشياء المنع قياساً على مسألة السفل والعلو ، انه لا يتبد اذا اضر ، وكذا ان اشكل على المختار للفتوى . فكنا نصره في ملكه ، ان اضر او اشكل بمنع ، والا لا اه .
بنوع اختصار

قال في حاشية رد المختار اقول : هذا غير مسلم ، لانه مخالف لكلام مع انه قياس مع الفارق وذلك أنك علمت ان اصل المذهب في مستلخنا عدم المنع مطلقاً ، لكونه تصرفاً في خالص ملكه ، وخالف المشايخ اصل المذهب فيما اذا كان الضرر بيناً ، ولا ينبغي ان التقييد بالبين مخرج للمشكل ، فالقول بمنع المشكل مخالف للقولين

وقياسه على المشكل في مسألة السفل غير صحيح ، لان المتون الموضوعة لنقل المذهب ، ماثية على منع التصرف فيها عكس مسئلتنا اه .
اقول قوله ولا يخفى ان التقييد بالبين مخرج للمشكل ، غير مسلم لانه ليس المراد بالبين ما قابل الخفي او المشكل حتى يكون مخرجاً له ، بل المراد به الفاحش كما سمعته آنفاً عن الفتح ، وهذا قد لا يتحقق سبية وجوده عن التصرف ، وذلك بأن اشكل حين اراد المالك التصرف في ملكه ، هل يكون ذلك موهناً للبناء .
مثلاً او لا ، فلا يكون ما قاله محشى الاشباه ، مخالفاً للقولين : نعم كون ما قاله قياساً مع الفارق ، مسلم لان كون ظاهر الرواية في مسألة الملو والسفل ، المنع من التصرف مطلقاً ، لتعلق حق الغير به ، يقتضي ان ما اشكل فيه الضرر يبقى على اصل المنع وكون ظاهر الرواية والمتون ، في مسئلتنا ، على ان المالك له التصرف في ملكه ، يقتضي ان ما اشكل فيه وجود الضرر الفاحش ، يبقى فيه المالك على ما هو عليه من عدم المنع .

- الفصل الثاني -

« في حق المعاملات الجوارية »

المادة ١١٩٨ - * كل احد له التعلي على حائطه المالك وبناء . ما يريد وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرراً فاحشاً *
* * *

ولا عبرة بزعمه انه يسد عنه الريح والشمس ، كما افنى به في الحامدية . لانه ليس من الضرر الفاحش الا في بيانه ، وفي الانقروبي ، انه ان يبني على حائط نفسه ازهد بما كان ، وليس لجاره منعه وان بلم عنان الساء اه معزياً للتمة .
اقول : هذا مسلم اذا كان التعلي يسد الريح والشمس عن مثل ساحة دار الجار ، لما اذا كان يسدها عن سطح بيته المسقف بالخشب ، فالظاهر : انه يمنع منه على ما افنى

به المتأخرون ، لان سد الريح والشمس عن السطح في بلادنا يمنع جفافه ، فيكثر
وكف ماء المطر في البيت المسقف به ، فيمنع صاحبه من القرار فيه وربما يتسبب
عنه وهن خشب السقف ، لتعفنه المؤدي الى سقوطه حتى ان الناس في بلادنا
بمدونه ضرراً فاحشاً ، ولا شك ان الضرر الحاصل منه ، اكثر من الضرر الذي
يحصل من دخان الفرن ، ورائحة معصرة ، ونحو ذلك تأمل .

المادة ١١٩٩ - * الضرر الفاحش كل ما يمنع الحوائج الاصلية
بمنع المنفعة الاصلية المقصودة من البناء كالسكنى او بضر البناء او
يجلب عليه وهنا ويكون سبب هدمه *

وستأتي مسائله منصلة في المواد الآتية وشرحها

المادة ١٢٠٠ - * بدفع الضرر الفاحش بأي وجه كان مثلاً
لو اتخذ في اتصال دار ، دكان حداد او طاحون فمن طرق الحديد
ودوران الطاحون يحصل وهن للبناء وباحداث فرن او معصرة لا
يستطيع صاحب الدار السكنى فيها لتأذيه من الدخان ورائحة المعصرة
فهذا كله ضرر فاحش باي وجه كان يدفع ويزال *

عبارة جامع الفصولين : برمز الذخيرة ، اراد ان يبني في داره نوراً للغزير الدائم
او رحي للطحن او مدقة للقصارين ، يمنع عنه لتضرر جيرانه ضرراً فاحشاً اه
قال في رد المحتار : فانه يأتي من الفرن الدخان الكثير والرحى والدق بوهن
البناء ، بخلاف التنور المعتاد في البيوت اه . وفي جامع الفصولين لو اتخذ داره
حماماً ويتأذى الجيران من دخانها فلم يمنع الا ان يكون دخان الحمام مثل دخان

الجيران اه .

* وكذا لو كان لرجل عرصة متصلة بدار آخر فشق فيها نهرا الى طاحونه وجري الماء يوهن جدار الدار او اتخذ احد في اساس جدار جاره مزبلة والقاء القمامة بضر الجدار فلصاحب الجدار تكليفه رفع الضر *

يمكن ان يقال ان القاء القمامة في اساس جدار الجار تصرف في ملك الغير بغير اذنه فيمنع منه ، وان لم يضر الا ان يكون المراد القاء في ملكه مجاوراً لاساس الجار بدون استناد عليه تأمل

* وكذلك لو احدث رجل بيدراً في قرب دار آخر وبعج الغبار منه بتأذي صاحب الدار حتى لا يطيق الاقامة فيها فله ان يكلفه رفع ضرره * ينبغي تقييده بالبيادر الكثيرة بحيث يكون محجياً الغبار دائماً قياساً على التنوير فانه اشترط في منعه ان يكون للبخير الدائم كما سمعت ، والا فان الغبار الذي يأتي من بيدر او بيدرينا و ثلاثة لا بعد من الضرر الفاحش تأمل .

وذكر في الدر ، انه لو دبع في داره وتأذى الجيران ان على الدوام يمنع وعلى النذرة بتحمل اه .

* كما لو احدث رجل بناء مرتفعاً في قرب بيدر آخر وسد مهب ريحه فانه يكلفه رفعه للضرر الفاحش كذلك لو احدث رجل دكان طباخ في سوق البزازين و كان الدخان يضر بامتعة الجار ضرراً فاحشاً فانه يكلفه رفع ضرره وكذلك لو كان لرجل سياق في داره فانشق ونضر جاره من جرى مائه ضرراً فاحشاً فبناء على دعواه يلزم تعميم ذلك السياق واصلاحه *

يعني بالمون والكلاب بحيث يمنع الضرر ، فلو امر بذلك ولم يفعل ، فلو تقدم

اليه جاره لذلك واشهد عليه ضمن الضرر كالأشهاد على الحائط المائل ، والالم
يضمن كما في تنقيح الحامدية ، قال وفي جامع الفصولين : فلو أجرى الماء في أرضه
أجزاء لا يستقر فيها سمن ، ولو يستقر فيها ثم يتعدى الى أرض جاره ، فلو تقدم
اليه بالسكر والاحكام ولم يفعل ضمن كالأشهاد على الحائط المائل اه
وانما لما في التنوير وغيره من مسائل شتى آخر الكتاب من قوله : اتخذ بئراً في
ملكه او بالوعة فنزل فيها حائط جاره ، وطلب جاره فهو له لم يجبر عليه وان سقط
الحائط منه لم يضمن اه ، فهو مبني على اصل المذهب ، لا على المفتي به المختار للشافعية ،
وقوله : وان سقط الحائط منه لم يضمن ، مقيد بما اذا لم يكن الجار تقدم اليه بالأشهاد
كما في رد المختار . اقول : وينبغي ان الضمان انما يشترط له التقدم والأشهاد على
قول ظاهر الرواية من ان له التصرف في ملكه ، وان أضر بالجار واما على المفتي به
فلا لانه ممنوع عن التصرف ، لما فيه ضرر فاحش على الجار فيكون متعدياً
باتخاذ البئر والبالوعة ونحوهما فتأمل .

وفي الاقروبي ، عن البرازية : داران متلاصقان ، جعل احدهما في داره
اصطبلآ ، وكان في القديم مسكناً ، وفيه ضرر للجار الملاصق . قال ابو قاسم ،
ان كان وجوه الدواب الى جدار الدار ، لا يمنع وان حوافرها الى جدار الدار
يمنع ، وعلى قول الامام في مسئلة الدواب لا يمنع كيفما كان . ثم اذا خرب
جدار الدار وعلم ان خرابه بسبب الاصطبل ، قال الامام ظهير الدين لا يضمن ،
لان فعل الدابة لا يضاف اليه ، وانما يضمن بالنسب والمسبب ، انما يضمن اذا
كان متعدياً . وهو في ادخال الدابة في ملكه ، غير متعدي فاندفع ما اذا صاق الدابة
الى زرع الغير لانه متعدي بالسوق اه . ومثله في جامع الفصولين والظاهر ان
قوله ثم اذا خرب جدار الجار الى آخر العبارة ، مفرع على قول الامام ، واما على
المفتي به الذي اختاره ابو القاسم ، اذا ربطها ، وحوافرها الى جدار الجار يكون
متعدياً بالربط فيضمن ، وان كان متسبباً هذا ما يفيد سباق المسئلة وتعليقها فتأمل
وفي الاقروبي عن القنية : نصب منوالاً لاستخراج الابريسم من الفيلق
فلا جبران المنع اذا تضرروا بالدخان ورائحة الديدان اه

وفيها عن البرازية : اراد اتخاذ داره بيتاناً ، لبس للجيران المنع ان الارض

صلبة لا يتمدى الى جدر الجيران ضرره وان رخوة لم المنع اه وفيها عن
منية المفتي : مثل ظهير الدين عن اخذد كأنه بيت قصار يمنع الجيران اذا
كانوا يتأذون بذلك قال لا قبل كيف يعمل قال يجاء بجناز ويعمل بجنبه حتى
يتضرر . وقيل ان ومن الخابط المشترك بدق القصار ، يمنع والا فلاه . وهذا
الثاني هو المفتي به . والاول قول الامام بدليل ما في الممادبة والقصولين :
حكى عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان رجلاً شكى اليه من حفر بئر، حفره
جاره في داره فقال احفر في دارك بقرب تلك البئر بالوعة فنهـل فنزت البئر
الاولى فكسبها ربهـا . الا يرى انه لم بأمر الشاكي بمنع الحافر وانما هداه الى
هذه الحيلة اه . ولو ان رجلاً زرع في ارضه ارزاً ويتضرر جاره بذلك فان كان
يخرج ماؤه الى ارض غيره ويفسدها بذلك ، كان للجار منعه . ولو اراد ان يتخذ
داره حظيرة للغم في سكة غير نافذة ويتأذى الجيران بنين السرقين ولا بأمنون
على الرعاة قال ابو القاسم للجيران منعه من ذلك اه خانية . والظاهر ان تقييد
المسئلة في سكة غير نافذة اتفاقاً ، اذ لا فرق بينها وبين النافذة اذا كان يتأذى
الجيران تأمل

المادة ١٢٠١ - منع المنافع التي ليست من الحوائج الاصلية
كسد الهواء والنظارة او منع دخول الشمس ليس بضرر فاحش لكن
سد الضياء بالكلية ضرر فاحش فاذا احدث رجل بناء فسد بسببه
شباك بيت جاره وصار بحال لا يقدر على القراءة معها من الظلمة فله
ان يكلف رفعه للضرر الفاحش لا يقال الضياء من الباب كاف لان
باب البيت يحتاج الى غلقه للبرد وغيره من الاسباب وان كان لهذا
المحل شباك كان فسدهما باحداث ذلك البناء فلا يعد ضرراً فاحشاً

استظهر العلامة ابن عابدين في تنقيح الحامدية ان الشباك كالباب من حيث انه قد يضطر الى غلقه لبرد ونحوه - فلعل المراد بالشباك المذكور في هذه المادة القمرية ، المعدة لجرد الضوء فاذا كان له قربتان او اكثر وكان لو سد بعضها ينتفع بالباقي ، لا يمنع من السد والامنع . واما الشباك المتسفل وان تعدد فلا اعتبار له ، لانه مضطر لقلقه في اكثر الاحيان - كما هو مشاهد في بلادنا - نعم لا يمنع من سد الشبايك اذا كان يأتي له الضوء من التمارى العالية ، لانه انما يمنع من الهواء والنظارة وهو ليس من الضرر الفاحش هذا ما ظهر لي من كلامهم . وقد اتيت في الحامدية بان له لو بنى بجانب داره وسد نصف شباك الجار قلل الضوء ولم يكن الضرر بيناً لا يمنع اه ثم ان منع دخول الشمس انما لا يكون من الضرر الفاحش اذا كان عن ساحة الدار وعن النوافذ التي تدخل منها الشمس الى داخل البيت او نحو ذلك - كما يشير الى ذلك لفظ الدخول في قوله هنا او منع دخول الشمس . واما منبها عن سطح البيت المستف لخشب وعن الارض المعدة للزراعة فانه في بلادنا يعدونه من الضرر الفاحش ، لانه يمنع من المنافع التي هي من الحوائج الاصلية المقصودة منها - كالسكنى في البيت والزراعة في الارض وارجع لما كتبتاه في شرح المادة ١١٩٦ والمادة ١١٩٨ وفي الاقروية : اراد هدم داره وفيه ضرر لاهل السكة بخراب المحلة المختار ان لم يتم . وان هدم مع هذا وانه يضر بالجيران ان كان قادراً على البناء قيل يجبره والاصح انه لا يجبر بزانية في الحيطان في نوع في مسيل الماء (مي ط) له دار في محلة عامرة فاراد ان يخربها فله ذلك قياساً لا استحساناً وبه اتيت (دحي) وقال (دنش) الفتوى اليوم على القياس لو هدم بيته ولم بين وجيرانه يتضررون به ، فلم يجبره على البناء لو قادراً على البناء كذا (فد) وقال حش : المختار انه لا يجبر اذا المره لا يجبر على بناء ملكه جامع الفصولين في ١٣٥ ولا شك ان الضرر الذي يحصل من منع الشمس عن سطح البيت وارض الزراعة المذكورين اعظم من الضرر الذي يحصل من هدم داره من محلة

المادة ١٢٠٢ = يجوز روية المحل الذي هو مقر النساء كصحن الدار

والمطبخ والبئر بعد ضرراً فاحشاً فاذا احدث رجل في داره شباكاً او بناءً مجدداً وجعل له شباكاً مطلقاً على المحل الذي هو مقر نساء جاره الملاصق او الفاصل بينهما طريقاً فانه يومئذ يرفع الضرر وبصير ذلك الرجل مجبوراً يدفع هذا الضرر بصورة تمنع وقوع النظر اما ببناء حائط او بوضع طبلية اكن لا يجبر على سد الشباك بالكلية كما اذا عمل ساتراً من الاغصان التي يرى من بينها مقر نساء جاره فانه يومئذ يسد محلات النظر ولا يجبر على هدمه وبناء حائط محله راجع مادة ٢٢ *

وهي ان الضرورات تقدر بقدرها . المقر اسم مكان محل القرار - كصحن الدار ومثله المطبخ والبئر لانه لا بد من القرار فيهما لاجل الطبخ وتهيئته ولاجل ادلاء الدلو واخراج الماء وكذا المشرقة والابواب ان اذا كان النساء يجلسن فيه ولو ليلاً او في الصيف مثلاً ويخرج به نحو الدرج ورأسه لانه ليس محل القرار والجلوس بل محل المرور والنزول والصعود - وعن هذا افتى في الحامدية فيما اذا كانت الشبايك تشرف على اسطحة جاره ورأس درجه انه لا يؤمر بسدها لان ذلك ليس محل جلوس النساء وقرارهن - واما لو فتح شبايك مقابل شبايك قصر الجار بحيث يمكن الاشراف منها على داخل القصر فلا يمنع منها لما افتى به في الخيرية - من انه لو فتح كوة مقابل كوة الجار وموضع كوة الجار موضع النساء فلا يمنع لانه لو ثبت للجار مطالبته بالمنع ثبت عليه للاخر مثله . والمنع من اصله خلاف القياس كما تقرر في كلامهم فليس له منه والحال هذه اهـ . على ان نحو القصر والبيت يمكن دفع ضرر الاشراف عليها باغلاق غلفات الشبايك والباب تأمل .

وهذا تعلم سقوط ما في تنقيح الحامدية للعلامة بن عابدين من ان القصر اذا كان النساء يسكن فيه في الصيف مثلاً او في الليل دون النهار فالظاهر انه اي الاشراف عليه من شبايك الجار من الضرر اليه اهـ قابلاً تأمل . ووجه السقوط

ان شبابيك الجار انما تشرف عليه بواسطة شبابيكه فاذا طالب الجار بالمنع ، الطالبه الجار بمنزله فاغتنم هذا التحريم . وبه تعلم حكمة اقتصار الجملة كغيرها من معتبرات المذهب على التمثيل اتمر النساء بصحن الدار والمطبخ والبيروم ولم يمثل احد منهم بنحو القصر والبيت فدبر

للمادة ١٢٠٣ - ✶ اذا كان لواحد شباك فوق قامة الانسان فليس لجاره ان يكلفه سد . لاحتمال انه يضع سماً وينظر الى مقر نساء ذلك الجار راجع المادة ٧٤ ✶

وهي قاعدة لا عبء بالتوم قوله : لاحتمال : ، علة للمنفى وهو ان يكلفه السد لا لانفي كما هو ظاهر . ثم ان تدليل تكليف صاحب الشباك سده بالاحتمال الذي هو مجرد التوم ، فيبد انه لو كانت تكليفه السد لتحقيق صعوده على نحو السلم لاجل الاطلاع على عورات الجار بان ثبت ذلك بالبرهان او بدلائل قطعية ، فالقاضي بأمره بمنع ذلك الضرر على الوجه الذي ذكر في المادة السابقة ، لما تقرر من ان مفاهيم الكتب حجة ولانه لا حجة مع الاحتمال الناشئ . عن دليل كما في المادة (٧٣) ولان الثابت بالبرهان كالثابت بالبيان كما في المادة ٧٥ . ولا معنى لماملة هذا بما تضمنته المادة ١٢٠٥ الآتية كازعم انشراح البناني ، لان الصاعد على الشجرة انما يصعد لقصد شرعي وهو قطع ثمر شجرته فهو مضطر لذلك فيلزمه الجهر للنساء قبل الصعود بخلاف من يتعمد الصعود على الشباك لاجل الاطلاع على نساء الجار فانهم .

للمادة ١٢٠٤ - ✶ لا تعد الجنيئة مقر النساء فاذا كان لرجل دار لا يرى منها مقر نساء جاره لكن ترى جنيئته فليس له ان يكلفه منع نظارته من تلك الجنيئة بمجرد خروج نسائه في بعض

الاحيان اليها *

تقييد كون خروجهن الى الجنينة في بعض الاحيان ، بشمر بانه لو كان في اكثر الاحيان - بان كانت بيوتهن ليس لها ساحة دار تكون مقراً لمن كما في كثير من البلدان او كمن بمن يشتغلان في الجنينة لاستغلال ارضها وخدمة مزروعاتها يكون الاشراف عليهما من شبائيك الجار من الفسرد الفاحش فيومر بمنعه باحد الوجوه السابقة ، لان الجنينة حينئذ تكون مقراً للنساء وقد تقرر ان المعلوم بدور مع علته وجوداً وعمداً .

المادة ١٢٠٥ = * اذا كان لرجل شجرة فاكهة في جنينته وفي صعوده اليها يشرف على مقر نساء جاره فيلزمه عند صعوده اعطاء النساء الخبز لاجل التستر فان لم يجبر بمنعه الحاكم عن الصعود بلا اخبار *

ذكر المسئلة في جامع الفصولين ، وقال المختار ان المشتري يجبرهم وقت الارتقاء مرة او مرتين لبستروا انفسهم ، اذ هذا جمع بين الحقين ولولم يفعل يرفع الى القاضي فلو رأى القاضي المنع فله ذلك اه .
وظاهره ان له المنع من الصعود مطلقاً لانه بلا لخيار تأمل . وفي الخانية في فصل فيما ينضمر به الجيران من كتاب البيوع : رجل اشترى حجرة سطحها و سطح جاره مستويان ، فأخذ جاره حتى يتخذ حائطاً بينه وبين جاره ، ليس له ذلك لان الانسان لا يجبر على البناء في ملكه ولو اراد الجار ان يمنعه من الصعود حتى يتخذ سترة - قالوا ان كان في صعوده يقع بصره في دار جاره ، كان له ان يمنعه من الصعود حتى يتخذ سترة - وان كان لا يقع بصره في داره لكن يقع بصره عليهم اذا كانوا على السطح ، لا يمنعه عن الصعود ، لان جاره شاركه

في الضرر اهـ .

اقول : وقد جرت عادة بعض البلدان الحارة انهم ينمون رجالاً ونساءً على اسطحة بيوتهم ليلاً فكانت الاسطحة بهذا مقراً للنساء فيومر الجاران بالتخساذ سنرة مشتركة بينهما كما سياتي في المادة الآتية

المادة ١٢٠٦ - * اذا اقتسم اثنان داراً مشتركة بينهما و كان

يرى من الحصة التي اصابتهما مقرر نساء الآخر بوهران ان
بتخذ اسنرة مشتركة بينهما *

ذكر المسئلة في الخانية وقال : ويخرج كل واحد منها من النفقة بمحضته بفعله القاضي على وجه المصلحة اهـ . لان الغرم بالغنم كما تقدم في المادة ٨٧ وفي ٢٦ من الفصولين : وقال بعضهم لا بد من بناء يكون سائراً بينهما وبه نأخذ ، وانما قال اصحابنا انه لا يجبر ، لانهم كانوا في زمن الصلاح ، اما في زماننا لا بد من حاجز بينهما اهـ . وعليه لو بناء احدهما فله الرجوع بما انفق على صاحبه لانه . مضطر على التفصيل المتقدم .

المادة ١٢٠٧ - * رجل يتصرف في ملكه تصرفاً مشروعاً

فجاء آخر واحداث عنده بناء فان كان هذا المحدث متضرراً فعليه دفع الضرر مثلاً اذا كان لدار قديمة شباك مشرف على مقر نساء دار محدثة فيلزم صاحب الدار المحدثه ان يدفع هو مضرته وليس له صلاحية ان يدعي على صاحب الدار القديمة كما لو احدث شخص داراً في عرصته المتصلة بدكان حداد فليس له ان يعطل دكان الحداد بقوله انه يحصل

لداره ضرر فاحش من طرق الحديد وكذا اذا احدث رجل دارا
بالقرب من بيدر قديم فليس له ان يمنع صاحب البيدر من التذرية
قائلاً ان غبار البيدر يجي على داري *

هذه المسئلة لم ارها منقولة فيما عندي من كتب المذهب ولعل جمعية المحلة
قد ذكرتها تفقها وهو نفعه حسن ، لان المحدث هو الذي جلب الضرر على نفسه
بينائه ، فهو المكلف لرفع الضرر عنها دون غيره ويمكن ان تكون المحلة اخذت
بقول ابي حنيفة الذي هو ظاهر الرواية من ان الانسان له التصرف في ملكه ، وان
اضر بغيره في مثل هذه المسئلة واخذت بما اتى به المتأخرون في غيرها فلم تخرج
عن المذهب . واما تخرج هذه المادة على قاعدة يبقى القديم على قدمه فغير صحيح ،
لما اتى به في الحامدية تبعاً لما في حاشية البحر للغير الرملي - من ان الضرر يزاح ولو
قديماً ، وانه لا فرق بين القديم والحادث حيث كانت العلة الضرر البين لوجودها
فيها . ولا منافاة بين هذا وبين ما ذكر في هذه المادة ، لانه لا فرق بين
القديم والحادث اي بالنسبة الى ضرر يجب ازالته لتعدي الآتي به فتدبر .

المادة ١٢٠٨ = * اذا كانت شبايك منزل قديم مشرفة على
عرصة خالية فاحترق هذا المنزل ثم احدث صاحب العرصة فيها داراً
وبعد اعاد صاحب المنزل منزله على وضعه القديم فصارت شبايك
مشرفة على مقر النساء من الدار المحدثه فصاحب هذه الدار هو يرفع
المضرة عن نفسه وليس له ان يجبر صاحب المنزل ويقول امنع
نظر منزلك *

لانه لما كان لصاحب المنزل القديم حتى اعادته كما كان ، لان ما كان قديماً يترك

على حاله ولا يغير الا بحجة كما في الخانية من الشرب ، صار صاحب الدار كأنه
احدتها حال قيام المنزل وقد تقدم الحكم في هذا في المادة السابقة

المادة ١٢٠٩ - * اذا احدث شخص شبايك في داره يمنع
اشرافها على مقر نساء تجاره بناء مرتفع لذلك الجار فهدم الجار هذا
البناء المرتفع وصارت الشبايك مشرفة على مقر نساء الجار فليس له
ان يقول للشخص سد الشبايك بمجرد كون الشبايك محدثة. بل يلزم
الجار ان يدفع مضره نفسه *

الظاهر ان الحكم كذلك لو انهدم الحايط بدون فعل صاحبه ولجور . واحترز
بكون البناء المرتفع للجار المنصره ، عما اذا كان مشتركاً بينه وبين محدث الشبايك -
فالظاهر ان الحكم فيه ما ذكره في الخانية بقوله : جدار بين دارين انهدم ولا حدتها
بنات ونحوه فاراد صاحب العيال ان يبنياه وأبى الآخر - فان كان اصل الجدار
يحمل القسمة ويمكن لكل واحد منها ان يبني في نصيبه سترة ، لا يجبر الآبي
على البناء وان كان اصل الحايط لا يحمل القسمة على هذا الوجه ، هو أمر الآبي
بالبناء اه بقي ما اذا كان البناء المرتفع لمحدث الشبايك خاصة - والظاهر انه لا
يجبر على بنائه لان الانسان لا يجبر على بناء ملكه ولكن يؤمر بمنع اشراف
شبايكه عن مقر نساء الجار على الوجه المذكور في المادة ١٢٠٢ ويجوز

المادة ١٢١٠ - * احد شريكى الحائط ليس له ان يعليه ولا
ان يزكب عليه بقصر ولا يغيره بدون اذن الآخر سواء كان ما يفعله
مضراً بالآخر او لا . لكن اذا اراد احدهما بناء بيت في عرصته فله
ان يضع روثرس جذوعه لكن ان وضع عشرة اخشاب كان لشريكه

ايضا حتى ان يضع قدرها وانما يضع نصف ما يتحمل الحايط من
الاخشاب ليس له ان يتجاوزها وان كان على ذلك الحايط ركوب
لها على التساوي و اراد احدهما ان يزيد في اخشابه فللاخر منعه

بمعنى ان الأصل في الحايط المشترك، ان كل واحد من الشريكين ممنوع
عن التصرف فيه - بان يبني عليه او يتخذ عليه سترة او يفتح كوة او بابا وللآخر
منعه من ذلك، لانه تصرف في المشترك فلا بد من اذن شريكه - لكن التماس
ترك في وضع الجدوع عليه لضرورة انا لو منعناه عن وضع الخشب الا باذن
شريكه ربما لا باذن له فيتعطل عليه منفعة الحايط لان الحايط يبني للتسقيف
عليه وهذه الضرورة منعدمة في غير وضع الخشب عليه جامع الفصولين

وحاصل ما ذكره في ذلك انه لو لا خشب واحد، فلا حدما ان يضع عليه خشبا
وللاخر وضع مثله لا منعه. ولو لا حدما عليه خشب فللاخر وضع مثله اذا
استويا في اصل الملك فيستويان في الانتفاع به. هذا اذا احتمل الحايط مثل ذلك
الخشب لو وضع عليه - فلو علم انه لا يحتمل، يؤمر شريكه برفع بعض خشبه - حتى
يبقى ما يحتمل الحايط مثله اذ رب الخشب لو كان وضعه بلا اذن شريكه،
فماصب ولو باذنه، فالآخر مغير انصبيه من الحايط. والمعبر ان يسترد العارية. ولو
جدوع احدهما اكثر فللاخر ان يزيد في جدوعه لو يحتمله الحايط ولم يفصلها
بين حديث وقديم. هذا ما يؤخذ من هذه المادة منطوقا ومفهوما وبه قال الامام
ابو القاسم وقلب الفقيه ابو الليث وبه تأخذ وبه اتفق شمس الائمة السرخسي
خلافا - للفقيه ابي بكر الباخي - حيث قال ان كانت حولة شريكه محدثة فللاخر
ان يضع مثل حمولته وان كانت حولة الشريك قديمة ليس للاخر ان يضع. هذا
خلاصة ما في الخانية والعمادة والفصولين وقد علمت ان المأخوذ به هو الأول
وعليه مشت الحجة فانهم وقوله لو يحتمله الحايط اي وان لم يحتمله يؤمر الشريك
برفع بعض خشبه حتى يبقى ما يحتمله اذا استويا كما افاده اول وهو ظاهر.

المادة ١٢١١ = * ليس لأحد المشربكين في الحايط المشترك
ان يحول محل اخشابه التي على الحايط بيناً او شمالاً ولا من اسفل الى
اعلى اما اذا كانت رؤس اخشابه عالية واراد تسفلها فله ذلك *

هذا اذا لم يكن للآخر عليه شيء، ففي ٣٦ من جامع الفصولين : حايط بينهما
ليس لاحدهما عليه شيء، وللآخر عليه جذوع في اعلاه فاراد ان يسفله، فله ذلك،
لانه اقل ضرراً ولو اراد ان يرفعها من السفلى الى الاعلى ليس له ذلك فلو احل
واحد جذوع، فلذي السفلى رفعها بهذا الاعلى لو لم يضر بالحائط. ولو اراد احدهما
نزع جذوعه من الحايط فله ذلك لو لم يضر بالحائط. ومثل ابو بكر عن جدار
بينهما لما عليه حمولة، وحمولة احدهما اسفل من حمولة الآخر فله ان يرفع حمولته
ويضعها بازاء حمولة صاحبه ولو كانت حمولة احدهما في وسط الجدار وحمولة الآخر
في اعلاه ورب الاوسط اراد ان يرفع حمولته في اعلى الجدار. فلو كان الجدار من
اسفله الى اعلاه بينهما ولا يتضرر رب الاعلى، فله ذلك لاولو يتضرر. ولو له بناء على
حايط بينهما فاراد ان يحول الجذوع عن مواضعها بان يسفله او يرفعها او يجعلها
من اليمين الى اليسار او بالعكس، ليس له ذلك الا ان يسفل الاعلى، لانه اقل
ضرراً بالحائط اذ الاساس محتمل ما لا يحتمله رأس الحايط اه

فللخص من هذا انه لو كانت الحمولة لاحدهما فقط فاراد ان يرفعها من الاسفل
الى الاعلى ليس له ذلك مطلقاً، لتحقق ان اسفل الحايط محتمل ما لا يحتمل اعلاه -
نعم اذا كانت حمولة احدهما اسفل فرفع حمولة بازاء صاحبه مقيد، بعدم الضرر
بصاحبه وبه تعلم منقوط ما تفقه به الشارح البناني فانهم

المادة ١٢١٢ - * اذا كان لشخصي بشر ماء حلوا واراد جاره
ان يبنى في قربه كنيفاً او سياقاً مالماً وكان ذلك يفسد ماء البئر فان

ضرره بدفع وان كان ضرره لا يقبل الدفع بوجه فذلك الكنيف
او السياق يردم كذلك اذا كان طريق ماء حلو فبني آخر عنده
سياقاً مالحاً وقدره بضر بالماء الحلو ضرراً فاحشاً ولم يمكن دفعه الا
بالردم فإنه يردم

المراد بالخلو الطاهر وبالمالح النجس كما هو ظاهر وقوله فان ضرره بدفع يعني
بأحكام بناء الكنيف او السياق بالكلس والموثن كما لو كان الكنيف او السياق
قديماً فانبت حتى تضرر به الجار كما تقدم في المادة ١٢٠٠ وفي الخانية من الطهارة
وبينفي ان يكون بين بئر البالوعة وبين بئر الماء مقدار ما لا يصل النجاسة
الى بئر الماء وقدر في الكتاب بخمسة اذرع او سبعة وذلك غير لازم انما الاعتبار
عدم وصول النجاسة وذلك يختلف بصلابة الارض ورخاوتها اه .

- الفصل الثالث -

* في الطريق *

المادة ١٢١٣ * اذا كان على طرفي الطريق لاحد دازان فاراد
انشاء جسر من واحدة الى الاخرى يمنع ولا يهدم بعد انشائه ان لم يكن
فيه ضرر على المارين لكن لا يكون لاحد حق قرار في الجسر والبروز
على الطريق العام فاذا تهدم الجسر المبني على الطريق العام على الوجه
المستور فاراد صاحبه اعادته يمنع *

وهكذا الحكم لو احدث كنيفاً او ميزاباً او هرصناً كبيراً وجذع وعمر علو

ومرطانة ونحوها كما في الدر وغيره
قال الزبلي : قال ابو حنيفة لكل احد من عرض الناس اي اضعفهم وارذلهم
ان يمنعه من الوضع وان يكافئه الرفع بعد الوضع - سواء كان فيه ضرر اولم يكن
اذا وضع بغير اذن الامام لافتياته على رأيه لان التدبير في امور العامة الى الامام
وعلى قول ابي يوسف لكل احد ان يمنعه من الوضع قبل الوضع لا بعده لانه
بالوضع صار في يده خاصة والذي يختص به بعد ذلك يريد ابطال يده الخاصة
من غير دفع ضرر عن نفسه فيكون متمتعا ولا كذلك قبل الوضع لانه ليس
فيه ابطال يده الخاصة ولكل احد يد فيه والذي يريد الاحداث بقصد ابطال
ايديهم العامة وادخاله في يده الخاصة - فكان لكل احد ان يمنعه من ذلك وعلى
قول محمد ليس لاحد ان يمنعه قبل الوضع ولا بعده اذا لم يكن فيه ضرر
الناس اه وقامه فيه

والحاصل انهم اتفقوا عند وجود الضرر للعامة ان لكل احد
المنع والرفع بعد الوضع - الا اذا كان الوضع باذن الامام . واختلفوا في المنع
قبل الوضع وفي الرفع بعد الوضع عند عدم الضرر وعدم الاذن من الامام على ما
بيننا . وانت ترى ان المجلة اختارت قول الامام وصاحبه الاول في المنع قبل الوضع
وقول صاحبين في عدم الرفع بعد الوضع الا اذا كان مضرأ . وافادت ايضا فائدة
سنية وهو انه لو انهدم ذلك الموضوع عاد الحكم الى اصله قبل الوضع فيجري فيه
الاخلاف السابق وقد علمت ما اختارته المجلة . وانما لم يثبت له حق التمرار لانه
بالانهدام زالت يده الخاصة فهو يريد بالاحداث مرة ثانية ، ابطال ايدي العامة
فلكل واحد منهم منعه فقد بر

واعلم ان هذا ما يتعلق بهذه المسئلة - من حيث الخصومة فيها واما ما يتعلق
بها من حيث حل الوضع وحل الانتفاع به بعده ومن حيث ضمان ما يتلف به ، فقد
تقدم الكلام عليه في المادة ٩٢٧ وشرحها فارجع اليه

تنبية

جميع ما ذكرنا بوضع في الطریق العام اما الطریق الخاص فسيأتي بيان

المادة ١٢١٤ - * ترفع الاشياء المضرّة بالمارين ضرراً فاحشاً ولو قديماً كالغرفة والبروز على الطريق العام الدائنين الوطيين *

هذه المادة تصرّح بمفهوم المادة السابقة وهو ان ما كان وضعه مضرّاً برفع اتفاقاً - لكن هذا اذا لم يكن الوضع باذن الامام والافليس لاحد منازعته ، وان ضرراً - كما صرح به مسكين حيث قال: اما اذا كان باذن الامام فليس لاحد ان يمنعه ولا ان ينازعه - لكن لا ينبغي للامام ان يأذن به اذا اضر بالناس بأن كان الطريق ضيقاً - لكن لو رأى المصلحة مع ذلك واذن جازاه - - لكن يأتي بالانتفاع بما هو مضر وان كان باذن الامام كما في رد المختار وعليه يحمل ما في الشئني انه مع الضرر لا يجوز بلا خلاف - اذن الامام او لم يأذن اه

المادة ١٢١٥ = * اذا اراد وضع الطين في الطريق لاجل تعمير داره فله وضعه في طرف منه وصرفه سريعاً الى بنائه بشرط عدم الضرر للمارين *

وكذا كل ما لا يبقى كوضع الخشبة وامساك الدابة على باب داره ومنه القعود فيه لبيع وشراء في التنوير: والقعود في الطريق لبيع وشراء على هذا التفصيل يعني المتقدم - وهو انه يجوز ان لم يضر باحد والا لاه قال في الدر وهذا في النافذ وفي جامع الفصولين اراد ان يتخذ طيناً فيه اي في غير النافذ فلو ترك من الطريق قدر المرور ويتخذ في الاحابن مرة ويرفعه سريعاً ، فله ذلك ولكل امساك الدواب على باب داره اه . فأذا اجاز ذلك في الغير النافذة مع انها مملوكة لاهلها ، فبالاولي ان يجوز في النافذة ، لانه ليس لاحد فيه ملك فيجوز الانتفاع به ما لم يضر بأحد ، ولانه اذا كان الطريق نافذاً كان حق العامة فيتعذر الوصول الى اذن الكل

فجعل كل واحد كانه هو المالك وحده في حق الانتفاع ما لم يضر باحد افاد
هذا الزبلي .

المادة ١٢١٦ - لو لدى الحاجة يؤخذ ملك كاي من كان
بالقيمة بأمر السلطان ويلحق بالطريق لكن لا يؤخذ من يده ما لم
يؤد له الثمن انظر الى مادتي ٢٥١ و ٢٦٢

فقد افادت الاولى ان البيع المطلق يتم على تعجيل الثمن وافادت الثانية
ان المقدم متى تم كان على المشتري ان يسلم الثمن اولاً تأمل .
ثم ان جواز اخذ ملك الغير جبراً لاجل الحاجة بالطريق لم ارقه الاّن نقلاً
صریحاً سوى ما ذكره في التنوير من كتاب الوقف حيث قال تؤخذ ارض
ودار وحانوت بجانب مسجد ضاق على الناس بالجمّة كرها او مثله في الدرر
والممادة وغيرها .

قال في رد المحتار لما روي عن الصحابة رضي الله عنهم لما ضاق المسجد الحرام
اخذوا ارضين بكره من اصحابها بالقيمة وزادوا في المسجد الحرام اه فيمكن الحاق
الطريق بالمسجد باعتبار حاجة عامة الناس اليها ويمكن ايضاً تجزيع المسئلة على
المادة ٢٦ من انه يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام وعلى المادة ٢٧ من
ان الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف كما جوزوا بناء عليهما بيع طعام المحتكر
جبراً عليه عند الحاجة اذا امتنع عن بيعه دفعا للضرر العام وكما جوزوا تملك مال
الغير جبراً عليه في مسائل كثيرة عند الحاجة ومنها ما اذا ابتلعت دجاجة رجل
لوهلة آخر تأمل .

ثم رابت النقل الصريح في المسئلة في الخانية من فصل احياء الموات آخر
كتاب الزكاة قبيل كتاب الحج حيث قال قالوا وللسلطان ان يجعل ملك الرجل
ظرفاً عند الحاجة اه .

المادة ١٢١٧ - * يجوز ان يأخذ شخص فضلة الطريق من جانب الميري بثمن مثلها و يلقحها الى داره حال عدم المضرة للمارين *

ذكر في الخانية آخر كتاب الزكاة في فصل احياء الموات مانصه: وفي نوادر ابن رستم للوالي ان يعطي من طريق الجادة احدآ ليني عليه اذا كان لا يضر بالمسلمين وان كان يضر لبس له ذلك ولبس هذا الأ للخليفة ٥١.

المادة ١٢١٨ - * يجوز لكل واحد ان يفتح باباً مجدداً الى الطريق العام *

لان له المرور فيه من اي جهة شاء ، لانه حق العامة - فله ان يفتح باباً آخر كيفما شاء (حامدبة) بخلاف السكة الغير نافذة فان لها اعلى واسفل فليس له ان يفتح باباً يكون اسفل من بابه ، لانه ليس له فيه حق المرور كما في شرح المادة الآتية فانهم .

المادة ١٢١٩ - * لا يجوز لمن لم يكن له حق المرور في طريق خاص ان يفتح عليه باباً *

لانه مملوك لاهله وفتح الباب اليه من غيرهم تصرف في مال الغير بغير اذنه فيمنع - حتى لو كان لرجل دار بابها في سكة وظهرها في سكة اخرى غير نافذة فأراد ان يجعل لداره باباً في هذه السكة الخاصة ، فالصحيح انه يمنع من ذلك ، اذا لم يكن له حق المرور في هذه السكة كما في الخانية قيد بقوله اذا لم يكن له حق المرور لما في الفصولين ، له دار في سكة لا تنفذ شرى

يجنب داره بيتاً ظهره في هذه السكة - قيل له ان يفتح من ظهره باباً في السكة وقيل لا . و فرق بينه وبينها اذا اراد ان يفتح باباً للبيت في داره ليدخل منه في داره وبتطرق من داره الى السكة فان له ذلك . والفرق انه لو فتح للبيت باباً في السكة بصير طريق السكة طريقاً للبيت ، اذ الدخول في البيت يكون من طريق السكة ، واما لو فتح للبيت باباً في داره فطريق السكة لا نصير طريقاً للبيت ، اذ لا يدخل في البيت من طريق السكة ، انما يدخل من داره بحكم الملك لا بحكم الطريق ، ولا يصير طريق الدار طريقاً للبيت - فلو أجر البيت المشتري وترك الدار لنفسه ثم اراد ان يفتح للبيت باباً في داره ليدخل المستأجر من طريق السكة في الدار ومن الدار يدخل في البيت ، يمنع منه ولو أجر البيت والدار من واحد و اراد المستأجر ان يفتح باباً في داره ليدخل كما مر ، لا يمنع من ذلك ، اقيام المستأجر مقام المأجر ولم يبق للمؤجر طريق فيكون المأر واحداً فلا يزيد الشريك . ولو كانت الدار ميراثاً بين قوم في سكة لا تنفذ واقسموها على ان يفتح كل منهم في نصيبه باباً فلم ذلك ، ولو ابي اهل السكة ، لان مؤرثهم في حياته ان يفتح باباً آخر في السكة ، اذ لا يزيد على حقه اذ مروره من باب واحد ومن عشرة ، على السواء ، اه مختصراً

وهذا تعلم ان ما في التنوير من فصل الشرب - من انه اذا اراد احد الشركاء في الطريق ان يفتح فيه باباً الى دار اخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحتها في هذا الطريق ، ليس له ذلك بخلاف ما اذا كان ساكن الدار من واحد حيث لا يمنع ، لان المارة لا تزداداه ، جار على القيل الاول اذ علمت ان المسئلة خلافه وفي الخاتمة : رجل له دار في سكة غير نافذة لها باب اراد ان يفتح لها باباً آخر اسفل من بابها اختلفوا فيه - والصحيح انه ليس له ذلك ولو اراد ان يفتح باباً آخر اعلى من بابها كان له ذلك اه

قال الرملي في حاشية الفصولين : ان في المسئلة اختلاف الفتوى والتصحيح فيرجع الى ظاهر الرواية وهو المنع الذي صححه قاضي خان وهو موافق لمذهب الشافعي ووجهه ظاهر وهو انه ليس له حق المرور فيما وراء باب داره القديم اه - وعليه فما تقدم اي في المادة ١١٢٢ من ان كل واحد من المتقاسمين له ان

يفتح في نصيبه بابها - اما ان يكون مخرجاً على القول المقابل لما صححه فاضي خان
لانه صحح ايضا كما علمت - واما انه مقيد بما اذا اراد وفتح الابواب فيما قبل
الباب القديم لا فيما بعده افادة في جامع الفصولين ورد المختار . وهذا هو الظاهر
من هذه المادة حيث افادت ان الذي يسوغ له ان يفتح في الطريق هو من له حق المرور
فيه فمن له حق المرور في جميعه - بأن كان بابه في اسفل السكة الى الداخل ، ان
يفتح باباً لتلك الدار من اي محل اراده ومن له حق المرور في بعضه - بان كان
بابه في وسط السكة مثلاً ، كان له فتح باب آخر فيما يلي باب داره الى جهة
الطريق العام فقط ، لانه هو الذي له حق المرور فيه لا فيما وراءه الى اسفل السكة
اذ ليس له حق المرور فيها . وهذا وافق لما قررناه في شرح تلك المادة وهي
المادة ١٧٢ اقليراجم . وفيه قال في النية : دار لرجل بابها في سكة غير
نافذة فاشترى بجنبها داراً بابها في سكة اخرى له فتح باب لها في داره الاولى لا
في السكة الاولى . وبه افق ابو جعفر وابو الليث وقال ابو نصير له ذلك ، لأن
اهل السكة شركاء فيها بدليل ثبوت حق الشفعة لكل اهـ لمخصاً

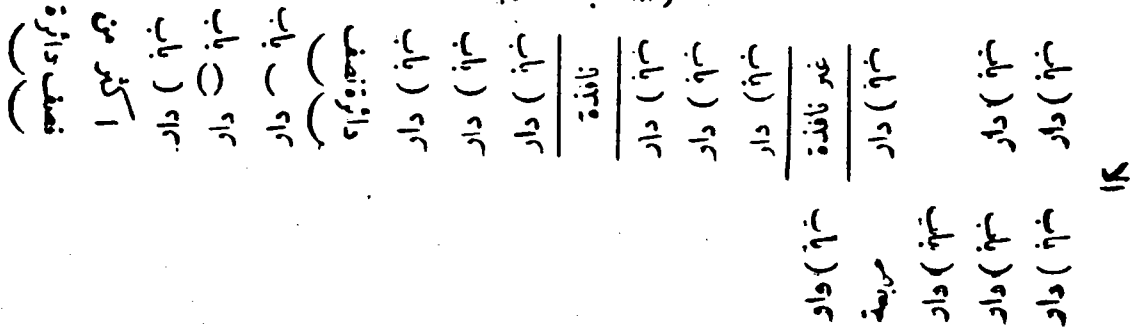
قلت الظاهر انه مبني على الخلاف السابق والله تعالى اعلم اهـ وفي التنوير
تبعا لعامة المتون مانصه : زائفة مستطيلة بتشعب عنها مثلها غير نافذة ، ومع اهل
الاولى عن فتح باب في القصى - وفي مستديرة لثق طرفاها ، لا يمنع اهـ فقوله زائفة
اي سكة زائفة اي حابذة على الطريق الاعظم وقوله مستطيلة اي طويلة من
استطال بمعنى طال وهي اعم من ان تكون نافذة او غير نافذة وقوله بتشعب عنها
سكة مثلها غير نافذة اي بتشعب عنها مثلها في كونها طويلة حال كونها غير نافذة .
واحتراز بكونها طويلة عن المستديرة و بكونها غير نافذة عن النافذة فان اهل السكة
الطويلة الاولى لا يمنعون عن فتح الباب فيما اوا في المستديرة فلأنها كساحة
مشتركة - واما النافذة ، فلأن الاحتطراق فيها حق العامة وهم من جملتهم - بخلاف
ما اذا كانت المتشعبة القصى طويلة وغير نافذة . ومثل الطويلة المربعة فان اهل
الزائفة ، يمنعون عن فتح الباب الى المتشعبة القصى ، اذ لا حق لم اي لاهل
الزائفة الاولى في المرور في المتشعبة القصى - بل هو لاهلها على الخصوص ، ولذا
لو بيعت دار في القصى لم يكن لاهل الاولى شفعة فيها بحق المشتركة في الطريق .

وهذا بخلاف اهل القصى فان لاحدم ان يفتح باباً في الاولى لأن له حق المرور فيها وهذا اذا فتح في جانب يدخل منه اليها اما في الجانب الآخر غير الناذ لا .

والحاصل ان الزايغة الاولى اذا كانت غير نافذة واراد واحد من اهل القصى فتح باب في الاولى له ذلك ان كانت داره منصلة بركن الاولى وكانت من جانب الدخول الى القصى اما لو كانت من الجانب الثاني فلا ، اذ لا حق له في المرور في الجانب الثاني - بخلاف ما اذا كانت الاولى نافذة فان له المرور من الجانبين فيكون له فتح الباب من الجانب الثاني ايضاً . وبهذا يظهر الفرق بين كون الاولى نافذة اولاً وبه يعلم ايضاً ان المتون ، جارية على ما تقدم تصحيحه عن قاضي خان - وهو انه لو اراد فتح باب اسفل من بابيه والسكة غير نافذة يمنع منه - وعن هذا قال في المحبرية والمتون على المنع فليكن المعول عليه .
واعلم ان الزايغة اذا كانت مربعة غير نافذة ، فهي كالطويلة الغير نافذة واذا كانت مربعة نافذة فهي كالطويلة النافذة ، لما علمت من ان الاحتراز بالطويلة عن المستديرة فقط . واعلم ايضاً ان المستديرة انما تكون كالساحة ولكل من اهل الزايغة الاولى حق المرور فيها ، اذا كانت مثل نصف دائرة او اقل - فلو كانت اكثر من ذلك كانت كالمربعة فيمنع اهل الزايغة الاولى من فتح باب فيها الا اذا كانت نافذة ، لانه اذا كان داخلها اوسع من مدخلها لا تكون كالساحة المشتركة - بل تصير موضعاً آخر غير تابع للزايغة الاولى قاله صدر الشريعة ومثلاً مسكين والقره في الدرر وفي حاشية ابي السعود على مسكين . هذا حاصل ما في الدرر وحواشيه والكثير وشروحه وقد صور العلامة بن عابدين في رد المحتار هذه المسائل بصورة جامعة للمستطيلة المنحرف عنها مستطيلة مثلها نافذة وغير نافذة ومستديرة نصف دائرة فأقل ومربعة وزدت فيها مستديرة اكثر من نصف دائرة فان لها حكم المربعة والطويلة - على ما ذكره صدر الشريعة ومثلاً مسكين كما تقدم وفي من الصور صورة المربعة اذا كانت نافذة وكذا المستديرة اكثر من نصف دائرة اذا كانت نافذة ولا حاجة الى ذكرها لان حكمها يعلم من الطويلة النافذة لانها مثلها واما - المستديرة نصف دائرة او اقل فلا فرق في حكمها بين ان تكون نافذة

او غير نافذة هكذا :

(المتشعبة الطويلة الاولى)



لا يخفى ان الذي يتصور ، له ان فتح بابا لداره في المتشعبة الثانية وهي القصى ، هو صاحب الدار الكائنه في ركنها ، لان جداره فيها . اما من قبله فلا يمكنه ذلك ، لان جداره في الاولى - فالدار الثالثة التي في ركن المتشعبة الغير النافذة لو كان بابها في المتشعبة الطويلة الاولى ، يمنع صاحبها عن فتح الباب في المتشعبة الثانية الغير النافذة ، لانه ليس له حق المرور فيها . ولو كان بابها في هذه المتشعبة الثانية الغير نافذة ، لا يمنع من فتح الباب في الاولى الطويلة . واما الدار الرابعة التي في ركن الثاني لو كان بابها في الطويلة يمنع من فتحه في المتشعبة الثانية المذكورة ، وكذا لو كان في المتشعبة الثانية يمنع من فتحه في الطويلة الاولى ، لانه ليس له حق المرور في ذلك الجاب - لكن هذا اذا كانت الطويلة الاولى غير نافذة . اما لو كانت نافذة فلا يمنع ، لان له حق المرور حينئذ من الجانبين كما قلنا . واما الدار الخامسة التي في ركن الاول من المتشعبة الثانية النافذة فلصاحبها فتح الباب فيها وفي الطويلة الاولى - بخلاف الدار السادسة التي في الركن الثاني من المتشعبة الغير نافذة . صوابه الثانية النافذة المذكورة فانه لو كان بابه فيها يمنع من الفتح في الطويلة لو غير نافذة لا لو نافذة كما علمت . واما الداران الكائنتان في ركني المستديرة نصف دائرة او اقل ، فلها حكم الدارين الكائنتين في ركني النافذة المذكورة ، لانها كساحة مشتركة بين اهل الطويلة الاولى كما تقدم بخلاف الدور الاربعة الكائنة على ار كان المربعة و المستديرة اكثر من

نصف دائرة فان لما حكم الدارين الكائنين في ركني الطويلة الغير النافذة لانها مثلها الا اذا كانتا مذتين فمكالنافذة فتبصر .

المادة ١٢٢٠ - * الطريق الخاص كالمملك المشترك لمن لهم فيه حق المرور فلا يجوز لاحد منهم ان يحدث فيه شيئاً سواء كان مضرًا او غير مضر الا باذن الباقيين *

هذا اذا كان ما يحدته مما يبني كالكنيف والميزاب والجرصن والظلة وما اشبهها - اما ما لا يبني فلا يمنع منه اذالم يكن مضرًا كوضع الخشبة وامسك الدابة على باب داره والتوضي ووضع في بعض الاحايين ويرفضه سريعًا كما تقدم نقله عن جامع النصولين في شرح المادة ١٢١٥

قال في رد المحتار مزيبًا للتناخانية : ان فعل في غير النافذة ما ليس من جملة السكنى لا يضمن حصة نفسه لو تلف به شيء . ويضمن حصة شركائه - وان من جملة السكنى فالقياس كذلك . وفي الاستحسان لا يضمن شيئًا اه .

وقوله الا باذن الباقيين اي ما دام الآذن باقياً على اذنه حتى لو رجع احد من عن اذنه وطالبه برفع ما احدثه كان عليه الرفع للاسيأتي في المادة ١٢٢٦ من ن المبيع له ان يرجع عن اباحته وبه صرح في الخيرية فقال : ولو اذن اصحاب الطريق لخاص لاحدم بتصب ميازيب على الطريق فله ان يطالبوه برفعها لان للمبيع الرجوع من اباحته اه وكذا المحكول باع الآذن من آخر فلمن اشترى منه ان يطالبه برفعه وان كان المشتري من غير اهلها كما في الخانية

المادة ١٢٢١ - * ليس لاحد اصحاب الطريق الخاص ان يجعل ميزاب داره التي بناها مجددًا الى ذلك الطريق الا باذن سائر اصحابه *

لان الميزاب مما بقى فكان كالكنيف والظلة والجرحن وخصه بالذكرا
لكثرة وقوعه ودفعاً لتوهم انه كوضع الخشبة . وفي قوله بناها مجدداً ، اشارة الى
انه لو كان قديماً ، فليس لاحد رفعه . وحد القديم اقصى الوقت الذي تحفظه
الناس افاده في رد المختار وفي الدر عن البرجندي : ثم الاصل فيما جهل حاله ان
يجعل حديثاً لو في طريق العامة وقديماً لو في طريق الخاصة اه وعلى هذا لو وقع
الاختلاف فيما هو على طريق العامة - من كنيف او ميزاب انه قديم او حادث ،
يكون القول قول من يدعي الحدوث ، لانه الظاهر والبينة بينه من يدعي القديم وفيما
هو على طريق الخاصة يكون القول قول من يدعي القديم والبينة على من يدعي
الحدوث ، لانها شرعت لاثبات خلاف الظاهر افاده في تنقيح الحامدية وسيأتي
له زيادة ابضاح في شرح المادة ١٧٦٨ .

المادة ١٢٢٢ - * اذا سد احد بابيه الذي هو الى الطريق الخاص
فلا يسقط حق مروره بسده اياه فيجوز له . ولن اشترى منه ان
يفتحه ثانياً *

هذا اذا كان اهل هذا الطريق يقرّون له بحق المرور - فان انكروا ذلك - فان
كان يدعي انه كان له حق المرور فيما مضى وتركه مدة تمنع من سماع الدعوى ،
تكون دعواه غير مسموعة كما سيأتي بيانه في المادة ١٦٦٢ والا ، فعليه اثبات ذلك
بالبينة الشرعية ففي الحامدية عن الفصل ٢٤ من العمادية : واذا باع الرجل داراً
بابها في سكة نافذة وقد كان باب تلك الدار في سكة غير نافذة واراد المشتري
ان يفتح باباً الى تلك السكة ومنعه الجيران عن ذلك ، ينظر ان اقر اهل السكة
بذلك الباب فله ان يفتحه ويمر منه ، لانه قائم مقام البايع وكان للبايع ان يفتح
ذلك الباب فكذلك ان قام مقابه وان جعد اهل السكة ذلك الباب ، فالقول
قولهم مع اليمين اذا لم يكن للمشتري بينة واذا حلفهم واحداً بعد واحد ان حلف
الاول سقط الايمان عن الباقي ، لان فائدة اليمين الكسول ولو نكلوا لبس له ان

بفتح لان للادول ان يمنه لما حلف انه لا طريق له وان نكل الاول ، فله ان يحلف
غيره ثم دثم فان نكلوا جملة كان له ان يفتح لانه كالاقرار منهم اه

المادة ١٢٢٣ = للمار بن في الطريق العام حق الدخول في
الطريق الخاص عند الازدحام فلا يسوغ لاصحاب الطريق الخاص
ان يديموه ولو اتفقوا ولا يسوغ لهم ان يقسموه بينهم ولا يجوز ان
يسدوا فيه *

قال الزلمي في حاشية الفصولين : وقد صرحوا ايضاً في السكة التي لا تنفذ
انه لا يجوز الدخول فيها عند عدم الزحام لانه دخول في ملك الغير بغير اذنه اه وفي
جامع الفصولين (ذ) شرى حجرة في سكة لا تنفذ واراد ان يجعلها طريقاً
لحاجته ونصير السكة نافذة ، يرفع الي القاضي نلو فيه ضرر فاحش ، ومنه ولو لم
يكن فاحشاً واستوثق من ذلك الباب ما يرفع الضرر ويقوم مقام الحايط لم يمنم من
ذلك (عن) عن مريح سكة لا تنفذ شرى في القصى داراً في ظرها طريق نافذ
فاراد ان يجعلها طريقاً نافذاً ، ليس له ذلك ولو اتخذها خاناً ينزل الناس فيه وجعل
له بابين ، فله ان ينزل من ابها شاء ، وليس لهم ان يتخذوه طريقاً وليس لاهل
السكة ، ان ينصبوا على رأس سكتهم درباً يعني باباً كبيراً ويسدوا رأس
السكة ، لان مثل هذه السكة ولو كانت ملكاً ظاهراً - لكن للعامة فيها نوع
حق وهو انه لو ازدحم الناس في الطريق كان لهم ان يدخلوها حتى يخف الزحام
(ند) قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى في سكة لا تنفذ ليس لاصحابها ييمها ولو
اتفقوا عليه ولا ان يقسموها فيما بينهم ولاصحابها ان يضعوا فيها الخشب ويربطوا
فيها الدواب وبثوضوا فلو عطب احد بالوضوء او الخشب او الدابة لا يضمن . ولو
حفر فيه احد من اهل الطريق بئراً او بنى فمطب به احد ضمن وهو خذ بطن البئر
وينقض الحفر اهوتامه فيه .

- الفصل الرابع -

✽ في بيان حق المرور والمجرى والمسبل ✽

المادة ١٢٣٤ - ✽ يعتبر القدم في حق المرور وحق المجرى وحق المسبل يعني تترك هذه الاشياء وتبقى على وجهها القديم الذي كانت عليه لان الشيء القديم يبقى على حاله بحكم المادة ٦ ولا يتغير الا ان يقوم الدليل على خلافه - اما القديم المخالف للشرع فلا اعتبار له يعني اذا كان الشيء المعمول غير مشروع في الاصل فلا اعتبار له وان كان قديماً ويزال ان كان فيه ضرر فاحش راجع المادة ٢٧ مثلاً اذا كان لدار مسبل فذر في الطريق العام ولو من القديم و كان فيه ضرر للمارة فان ضرره يرفع ولا اعتبار لقدمه ✽

وكذا لا اعتبار لقدمه ، اذا كان غير مشروع ، وان كان ضرره خاصاً - كما اذا كان لرجل كوة تشرف على مقر نساء جاره فانه يجب ازالة الضرر وان كان قديماً كما افق به في الحامدية ، قائلاً : ولا فرق بين القديم والحادث حيث كان الضرر بيناً اهـ فلو كان مشروعاً كما اذا ثبت بالبينة الشرعية ان الجار احدث بناء داره بعد ان كانت الكوة تشرف على ارض سليخة لا يجب عليه ازالة الضرر ، لما قلنا بل المكلف لرفه هو صاحب الدار المحدثه كما تقدم في المادة ١٢٠٨ ومن فروع هذه المادة ايضاً ما تقدم في المادة ١٢١٤ وذكر في التنوير وغيره واذا كان لرجل ارض ولا آخر فيها نهر فاراد رب الارض ان لا يجرى النهر في ارضه لم يكن له ذلك ويترك القديم على حاله اهـ .

وافتي في الحامدية : بان اهل الاعلى ليس لهم ان يسكروا ماء النهر الكبير
المشترك على اهل الاسفل اذا كان السكر يضرهم ، وان كانوا يفعلون ذلك من
قديم الزمان ، لانه تصرف في باطن النهر المشترك بدون اذن الشركاء ، وذلك لا
يجوز شرعاً وقيل غير الجائز ، ممنع من فعله الشرع فلا عبء بما فعله اهل الاعلى
من السكر قديماً على اهل الاسفل واذنهم لاهل الاعلى بالسكر عليهم ولا يجري على
المتأخرين فانه لا يلزم من رضى المتقدمين رضى المتأخرين ظلمتاً آخرين منع اهل الاعلى
من السكر في باطن النهر المشترك - حتى يسقي اهل الاسفل اراضيهم لانه يبدأ
بأهل الاسفل حتى يرووا القول ابن مسعود رضى الله تعالى عنه : اهل اسفل النهر
اسراء على اهل الاعلى حتى يرووا اه ملخصاً .
وفي جامع الفصولين : لو كان رجل بالوعة قديمة على نهر الشفة فلا عبء لقدمها
وترفع اه .

المادة ١٢٢٥ - * اذا كان لاحد حق المرور في عرصة آخر

فليس لصاحب العرصة ان يمنعه من المرور والعبور *

قال في جامع الفصولين : شرى شجرة وقطعها واستأجر ارضاً بجنب الشجرة
ولهذه المستأجرة طريق في بستان رجل ، فلمشتري الاشجار ان يمر في هذا
الطريق بخشبه ودوابه للحاجة الى الطريق وهو هذا - الا ترى ان رب الارض
المستأجرة لو اتخذ ارضه هذه مشجرة ، كان له ذلك بلا شك - فكذا هذا اه
وفي الانقروبة من الفصل الرابع من كتاب الدعوى : قال محمد رجل له
باب من داره في دار رجل فاراد ان يمر من ذلك الباب ومنعه صاحب الدار
عن المرور في داره وقال ليس لك حق المرور في داري وادعى صاحب الباب ان
له حق المرور ، فالقول قول صاحب الدار وعلى الخارج البينة فان جاء بشهود
شهدوا انه كان يمر في هذا الباب لم يستحق بذلك شيئاً وهذا قول ابي حنيفة
ومحمد وان شهدوا ان له طريقاً ثابتاً فيها وسموا حدوده وبينوا طولها وعرضه

الذرعان ، قبلت شهادتهم وقضى له بذلك و كذلك اذا لم يبينوا حدوده ولا طوله
وعرضه تقبل شهادتهم ويقضى به بقدر عرض الباب الاعظم عرضاً والى الساء
طولاً - وكذلك لو شهدوا ان اباه مات وترك طريقاً في هذه الدار ميراثاً له ،
قبلت الشهادة - وكذلك على هذا اذا كان له باب مفذوح من داره على حايطة
في زقاقهم فلهم منه - الا ان تقوم له بيعة على ان له طريقاً فيها على نحو ما ذكرنا:
المر في عمر لا يكون صاحب يد بعد ما خرج من الممر بل يكون صاحب اليد
صاحب الرقبة فلو اقام المر بيعة انه كان يمر قبل هذا زمناً طويلاً ، لا يقضى له
باليد ، لان هذه شهادة على اليد المنقضية وانها لا تقبل عند ابي حنيفة ومحمد -
ولكن لو اقر صاحب اليد بان المدعي كان يمر فيه ولكن بغير حق او اقام المدعي
بيعة على اقرار ذي اليد بذلك تقبل لان الاقرار باليد المنقضية صحيح اه

المادة ١٢٢٦ = * للمبيع صلاحية ان يرجع عن اباخته
والضرر لا يكون لازماً بالاذن والرضى فاذا لم يكن لواحد حق
المرور في عرصة آخر ومر فيها بمجرد اذن صاحبها مدة فلصاحبها بعد
ذلك ان يمنعه من المرور على ما شاء *

في الخانية في كتاب البيوع فيما يتضرر به الجار: رجل وضع جذوعه على
حايطة جاره باذن جاره او حفر سرداباً في داره باذن جاره ثم باع الجار داره
وطلب المشتري ان يرفع جذوعه ومردابه كان للمشتري ذلك - الا اذا كان
البايع شرط في البيع بقاء الجذوع والسرداب تحت الدار فحينئذ لا يكون
للمشتري ان يطالبه برفع ذلك ، لانه لا شرط ذلك صار كانه شرط لنفسه ذلك .
والوارث في ذلك بمنزلة المشتري الا انه للوارث ان يأمره برفع البناء والسرداب
على كل حال اه

المادة ١٢٢٧ = * اذا كان لواحد حق المرور في ممر معين

في عرصة آخر فاحدث صاحب العرصة بناءً على هذا المر باذن صاحب
حق المرور فقد سقط حق مروره ولم يبق له حق الخصام مع صاحب
العرصة انظر الى المادة ٥١ ❀

وهي ان الساقط لا يعود قيد بحق المرور ، لانه لو كان له رقبة الطريق كان
له بعد الاذن حق المنع من البناء وحق الرضم بعمده كما في الاتقروي ، لأن
الاذن حينئذ اعارة وللمعير ان يرجع متى شاء وفي الخانية في فصل في كرى
الانهار من كتاب الشرب : رجل له سيل ماء في دار غيره فباع صاحبه داره
مع السيل ورضي به صاحب السيل ، كان لصاحب السيل ان يضرب بذلك في
الثمن وان كان له حق اجراء الماء دون رقبة النهر ، لا شيء له من الثمن ولا
سيل له على السيل بعد ذلك - كرجل ادعى لرجل بسكنى داره فمات الموصى
فباع الوارث الدار ورضي به الموصى ، جاز البيع وبطل سكناه ولو لم يبع صاحب
الدار داره ولكن قال صاحب السيل ابطلت حقي في السيل فان كان له حق
اجراء الماء دون الرقبة ، بطل حقه فبمسا على حق السكنى - وان كان له رقبة
السيل ، لا يبطل ذلك بالابطال لان ملك العين لا يبطل بالابطال اهـ .

المادة ١٢٢٨ - ❀ اذا كان لواحد جدول او سياق ماء يبي
عرصة آخر جارياً من القديم فليس لصاحب العرصة منعه قابلاً لا
ادعه يجري فيما بعد وعند احتياجهما الى الاصلاح والتعمير يدخل
صاحبها في المجرى او الجدول ويعمرها ان امكن اما اذا لم يمكن
امر التعمير الا بالدخول في العرصة فصاحبها يأذن له بالدخول فان لم
يأذن يجبر من طرف الحاكم اي بقوله له اما ان تأذن بدخول العرصة
واما ان تعمر انت ❀

ثم لو كان الجدول او السياق في دار آخر ودخل باذنه لاصلاحه وتعميره فحفر في تلك الدار وهدم بعض البناء بدون اذن صاحب الدار فالحكم في ذلك اجاب في الحامدية بقوله : صاحب الدار بالخيار ان شاء ، ضمنه قيمته والنقض للضامن وان شاء اخذ النقض وضمنه النقصان كما في حواشي الاشباه للعموي نقلا عن شرح النقابة للعلامة قاسم اه

قال العلامة ابن عابدين في تنقيحه اقول وجهه ان البناء ليس من المثليات فلا يلزمه ان يبني لصاحب الدار مثله وبعبده كما كان - بل هو قيمي فيضمن بالقيمة لو بلا اذن ، لانه غاصب - لكن في هذه الصورة ليس له منعه من اصلاح طريق مائه لما نقله المؤلف في غير هذا المحل ونصه : ولو ان رجلاً له نهر سبغ ارض رجل ولا يمكنه المرور في بطن النهر قال محمد بن سلمة يقال لصاحب الارض اما ان تدعه بدخل الارض ويصلح ملكه او تطلعه انت قال الفقيه ابو الليث بهذا تأخذ - وكذلك مسألة الحايط قاضي خان . رجل له حائط ووجهه في دار رجل فاراد ان يطين حايطه ولا سبيل له الى ذلك الا بدخول دار جاره وصاحبه يمنعه من الدخول او انهدم الحايط ووقع الطين في دار جاره فاراد ان بدخل ويبل الطين فنعمه صاحب الدار - اوله مجري ماء في دار جاره فاراد حفره واصلاحه ولا يمكنه ذلك الا بدخول داره وهو يمنعه ، يقال لصاحب الدار اما ان يتركه بدخل ويصلح او يفعل صاحب الدار بما له خلاصة من او ابل كتاب الحيطان ومثله في البرازية وكذا في العادية في ٢٤ اه فحيث امتنع صاحب الدار من اصلاحه من ماله واجبرناه على ان يمكن الآخر من الدخول لاصلاح ملكه ، فالظاهر ان صاحب الملك يجبر ايضا على اصلاح ما خربه لصاحب الدار من حفر او هدم والا لزم ان يجبر صاحب الدار على تمكين الآخر من افساد داره والحاق الضرر به لاجل منفعة غيره وهذا مخالف لقواعد الشرع الشريف وقد قالوا الضرر الخاص يتحمل لاجل الضرر العام ولا يتحمل لاجل الضرر الخاص كما يعلم من الاشباه فان الضرر لا يزال بالضرر اه ما في التنقيح

اقول : لا يذهب عليك انه لا يلزم من الاذن لصاحب الجدول او السياق بدخول الدار لاجل اصلاحها الاذن له بالحفر والتخريب في ملك الآذن -

ولهذا قيد الهدم في الحامدية بكونه بدون اذن صاحبه حتى كان غاصباً فلا يصح الاستدراك عليه بكون صاحب الدار ليس له المنع من اصلاح طريق مائه نعم لو كان الحفر والهدم باذن صاحب الدار ، فلا يجب على المادام اصلاح ما خرجه ولا ضمائه - الا اذا كان مشروطاً عليه قبل الهدم صريحاً او دلالة و عرفاً ان يبيده كما كان فلا شبهة حينئذ فيما استظهره فتدير هذا وفي الخانية مانصه : نهر حفروه والقوا التراب في ارض رجل فيها هذا النهر ، يؤخذون برفع ما جاوز الحرم - وكذا سكة غير نافذة فيها نهر حفروه والقوا التراب فيها قال يؤخذون برفع التراب اه

المادة ١٢٢٩ - * لدار مسيل مطر على دار الجار من القديم

والى الآن فليس للجار منعه قابلاً لا ادعه بسبل بعد ذلك *

قال في الخانية: وهذا جواب الاستحسان في الميزاب ومسيل ماء السطح وفي القياس ليس له ذلك الا ان يقيم البيعة ان له مسيل الماء في داره والفتوى على جواب الاستحسان اه

المادة ١٢٣٠ - * دور في طريق لها ميازيب من القديم منصبة

على ذلك الطريق ومنه تمتد الى عرصة واقعة في ادغله جارية من القديم ليس لصاحب العرصة سد ذلك المسيل القديم فان سده يرفع السد من طرف الحاكم ويعاد الى وضعه القديم *

لانه يريد بالسد دفع الضرر عن عرصته وفي ذلك ضرر بالطريق الذي تنصب اليه الميازيب وهو لا يجوز ، لان ذلك الطريق ان كان خاصاً فبه دفع الضرر الخاص

بمثله . وقد تقدم في المادة ٢٥ ان الضرر لا يزال بمثله وان كان عاماً ففيه دفع الضرر الخاص بالضرر العام وقد تقدم في المادة ٢٦ انه يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام ولا سبيل الى رفع الميازيب عن الطريق الخاص لانها قديمة ولا عن الطريق العام لانه لم يتحقق الضرر حيث كانت مسيل ١٠٠ الى العرصة المذكورة قديماً فانضح بما قلنا ان المراد بالطريق في هذه المادة ما بهم الخاص والعام كما هو مقتضى الاطلاق فانهم

المادة ١٢٣١ = * ليس لاحد ان يجري مسيل محله المحدث الى دار آخر *

المراد انه ليس لاحد احداث مسيل محله الى دار آخر حتى لو كان محله قديماً فليس له ان يحول مسيله الى دار غيره سواء كان مضرراً اولاً لانه تصرف في ملك الغير بلا اذنه وقد تقدم في المادة ٩٦ انه لا يجوز حتى لو اذن له بذلك كان له الرجوع عن ذلك كما تقدم في المادة ١٢٢٦

المادة ١٢٢٢ = * حق مسيل لسياق مالح في داره ليس لصاحب الدار او لمشتريها اذا باعها منعه جريه بل يبقى كما في السابق *

نعم للمشتري اذا لم يكن عائناً بذلك وقت البيع خيار الفسخ لانه عيب وهو ثابت بحق لازم وليس للمشتري منعه كما في جامع الفصولين وفي الملتقى من فصل في كرى الانهار من كتاب الشرب: ومن له نهر يجري في ارض غيره فاراد رب الارض منع الاجراء فليس له ذلك فان لم يكن في يده او لم يكن جارياً فادعى ان النهر له او قصد اجرائه لا يسم بلا بينة انه له او انه كان له حتى الاجراء في هذا النهر فيقضى له به ، لاثباته بالحجة ملك الرقبة اذا كانت الدعوى فيه ، او

حق الاجراء باثبات الجري من غير دعوى الملك - وعلى هذا المصّب في نهر
او سطح والميزاب والمشي في دار الضير اه

المادة ١٢٣٣ = * اذا امتلأ السياق الجاري بحق في دار اخرى
او تشقق وحصل منه ضرر فاحش فلصاحب الدار ان يجبر صاحب
السياق على دفع هذا الضرر *

قوله بحق متعلق بالجاري وهذا لان الانسان وان كان لا يجبر على اصلاح
ملكه الا انه يجبر على دفع ضرره عن غيره . وهذا اذا كانت رقبة السياق ملكاً
لصاحبه كما هو الظاهر من تسميته بصاحب السياق - فان كانت رقبة ملكاً
لصاحب الدار وللآخر حق الاجراء فيه ، فكافي الخانية : رجل له مجرى ماء في
دار رجل فخرّب المجرى فأخذ صاحب الدار صاحب المجرى باصلاحه قال ابونصر
رحمه الله تعالى لا يجبر صاحب المجرى على اصلاحه . قال وهذا كرجل له مجرى
ماء على سطح رجل فخرّب السطح لم يكن لصاحب السطح ان يأخذ صاحب المجرى
باصلاح سطحه - فكذلك منا فان كان النهر ملكاً لصاحب المجرى اخذ باصلاحه
قال الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى وقد قال بعضهم : ان اصلاح النهر يكون على
صاحب المجرى وليس هذا كالسطح ، لان الماء الذي في النهر ملكه وحقه وهو
الذي يشتمل النهر بملكه فكان اصلاحه عليه - وهكذا عن ابي بكر البلخي
رحمه الله تعالى في مثل هذا وهو المختار اه ثم انما يجبر صاحب السياق على دفع
الضرر باصلاح سياقه ونحوه ولا يكلف الى اصلاح ما تحوب من دار الجار بسبب
ذلك لما في الحامدية عن البزازية والخلاصة : نهر جرى في ارض قوم فانشق
وخرّب بعض الاراضي ، للملاك مطالبة ارباب النهر باصلاح نهرهم دون عمارة
الاراضي اه

- الباب الرابع -

✽ في بيان شركة الاباحة ويشتمل على سبعة فصول ✽

- الفصل الاول -

✽ في بيان الاشياء المباحة وغير المباحة ✽

المادة ١٢٣٤ - ✽ الماء والكلاء والنار مباحة والناس في هذه
الاشياء الثلاثة شركاء ✽

الكلاء كعشب الجبل رطبة وبابسة قاموس قال في البحر ويدخل فيه انواع
ما ترعاه المواشي رطباً كان او يابساً - بخلاف الاشجار لأن الكلاء ما لا ساق له
والشجر له ساق فلا تدخل فيه الاشجار حتى يجوز بيعها اذا نبتت في ارضه لكونها
ملكه والكمأة كالكلاء اه رد المختار من باب البيع الفاسد . وصيأتي هذا في
المادة ١٢٤٢ وما بلها وفيه ان دليل اشترأ كما حدثت (الناس شركاء في ثلاث
في الماء والكلاء والنار) ومعنى الشركة في النار الاصطلاء بها وتجنيف الثياب
لا اخذ الجر الا باذن صاحبه ، وفي الماء الشرب وصقي الدواب والاستقاء من
الآبار والحياض والانهار المملوكة ، وفي الكلاء الاحتشاش ، ولو في ارض مملوكة
غير - ان لصاحب الارض المنع من دخوله ولغيره ان يقول ان لي في ارضك حقاً فاما
ان توصلني اليه او تحشمه او تستقي وتدفعه الي وصار كشوب رجل وقع في دار

رجل - اما ان ياذن للمالك في دخوله لياخذه ، واما ان يخرج به اليه فتح ملخصااه
وفيه من فصل الشرب وشركة التامس في هذه الثلاثة شركة اباحة لا شركة
ملك فمن سبق الى شئ من ذلك من وعاء او غيره واحرز به فهو احق به وهو ملك
له دون من سواه يجوز له تملكه بجميع وجوه التمليك وهو موروث عنه ويجوز به
وصاياه وان اخذه احد منه بغير اذنه ضمنه - وما لم يسبق اليه احد فهو لجماعة المسلمين
بباج ليس لاحد منع من اراد اخذه للشفعة اتفاني عن الكرخي اه

المادة ١٢٣٥ - * الماء الجاري تحت الارض ليس بملك احد *

فلا مخاصمة بين مالك البئر واخذ مائه بلا اذنه حتى ان رجلا لو نزع ماء
بئر آخر بغير اذنه حتى يصب لا شئ عليه لان صاحب البئر غير مالك للماء بخلاف
ما لو صب ماء رجل كان في الحب فانه يقال له املا الحب ماء كما كان لان صاحب
الحب مالك للماء وهو من ذوات الامثال فيضمن مثله رد المختار عن الولوالجية .
ويتفرع ايضا على كونه غير مملوك لاحد المواد ١٢٥١ و ١٢٨٨ و ١٢٩١ كما
ستعرفه

المادة ١٢٣٦ - * الآبار التي ليست بمحفورة بسمي شخص
مخصوص وعمله بل هي من القديم لانقاع كل وارد فهي من الاشياء
المباحة والمشاركة بين الناس *

فليس للامام ان يقطعها لاحد ، لانها مما لا غنى للمسلمين عنها كعادن الملح
والكحل والقار النفط - حتى لو افطمها لم يكن لاقطاعها حكم بل المقطع وغيره
سواء فلو منعهم المقطع كان بمنه متديبا وكان لا اخذه مالكا لانه متمد بالمنع
لا بالاخذ وعلى الامام كفه عن المنع وصرفه عن مداومة العمل ، لثلا يشقه

أقطاعه بالصحة او بصير معه في حكم الاملاك المستقرة كذا في التنوير وشرحه الدرر .
والمراد ان نفس الآبار المذكورة لا تكون مملوكة - امامياه الآبار قبل اخراجها
واحرازها فلا تملك وان كانت نفس الآبار مملوكة كما تقدم

المادة ١٢٣٧ - * البحر والبرك الكبيرة مباحة *

اعلم ان المياه اربعة انواع الاول ماء البحار ولكل احد فيها حق الشفة
مطلقاً - فلا يمنع من الانتفاع بها على اي وجه شاء - والثاني ماء الودبة
العظام كسبحون وسبحون والناس فيه حق الشفة مطلقاً وحق سقي الاراضي ان لم يضر
بالعامة - والثالث ما دخل في المقاسم اي المجاري المملوكة لجماعة مخصوصة وفيه
حق الشفة - والرابع المحرز في الاداني بنقطع حق غيره عنه وتامه في الهداية
وحاصله ان لكل احد في الاولين حق الشفة والسقي لارضه وفي الثالث حق
الشفة فقط ولا حق في الرابع لاحد كذا في رد المحتار . فهذه المادة قد تضمنت
بيان النوع الاول من هذه الاربعة قال في الهندية: وهذا النوع هو عام لجميع الخلق
الانتفاع به بالشفة وسقي الاراضي وشق الانهار والانتفاع بماء البحر كالانتفاع
بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على اي وجه شاء والنوع الثاني
تضمنت بيانه المادة الآتية وهي

المادة ١٢٣٨ - * ما ليس مملوكاً من الانهار العامة التي لم
تدخل في المقاسم يعني في المجاري المملوكة مباح ايضاً كالنيل والفرات
والطونة والطوبخة *

وسبحون وسبحون ودجلة قال في الهندية: للناس فيها حق الشفة على الاطلاق
وحق سقي الاراضي بان احيا واحد ارضاً ميتة وكري منها نهراً يسقيها ان كلن

لا يضر بالعامّة ولا يكون النهر في ملك احد ولم نصب الارحية والدوالي ان كان لا يضر بالعامّة ، والا فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك بان يميل الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت ضفته فتفرق القرى والاراضي وكذا شق الساقية والدالية اه واما النوع الثالث فهو المعنى بقوله

المادة ١٢٣٩ - * الانهار المملوكة بعني التي دخلت في المقاسم على الوجه المشروع نوعان الاول الانهر التي ماؤها يتفرق وينقسم بين الشركاء لكن لا يحى جميعه في اراضي هؤلاء بل له بقية مباحة فالانهر من هذا القبيل لكونها عامّة من وجه يقال لاحدهما نهر عام ايضاً والشفعة لا تجري فيها النوع الثاني النهر الخاص الذي يتفرق ماؤه وينقسم الى اراضي اشخاص معدودة والى انتهائه الى آخر اراضيهم يحى ولا ينفذ الى مفازة فالشفعة انما تجري في هذا النوع *

بعني ان الانهار المملوكة التي دخلت في المقاسم وان كانت في الحقيقة خاصة بالنسبة الى النوعين السابقين اذ ليس لاحد من العامة فيها حق - الا حق الشفعة ولا يجوز لاحد منهم ان يسقي ارضه منها بدون اذن ملاكها - الا انها بالنسبة الى استحقاق الشفعة تنقسم الى نوعين عام وخاص واختلف في تفسيرها على اقوال تقدم ذكرها في شرح المادة ١٠٠٨

وقد استفيد من هذه المادة ان جممية الحجة اعتبرت في تفسير الخاص قيدين - احدهما ان يكون النهر لاشخاص معدودين بعني يحصون - والثاني ان يسمي في اراضيهم ولا تبقى له بقية مباحة - وعليه فاذا فقد احد هذين القيدين يكون عاماً - فما كان اهله لا يحصون عام وان كان يحى في اراضيهم وما كان لا يحى في اراضيهم وتبقى له بقية مباحة عام ، وان كان اهله يحصون وقدمنا في شرح المادة

المذكورة انه اختلف في تفسير ما لا يحصى اي بعد من الاشخاص المالكين من خمماية او مائة او اربعين او عشرة ، وان الأصح انه مفوض الى رأي الحاكم ذي الرأي المصيب - لكن انت تعلم ان وجود هذا الحاكم نادر في زماننا وتقويضه الى رأي اي حاكم كان مشكل فليتأمل . ومعنى استحقاق الشفعة في الخاص من هذا النوع ، انه لو بيعت ارض او كره شربها من ذلك النهر المملوك ثبتت الشفعة فيها ان بشارتها في الشرب منه لا للجار الملاصق - بخلاف العام فان الشفعة في ذلك ثبتت للجار الملاصق دون الشريك في الشرب . وهناك شيء آخر يترتب على التقسيم المذكور ذكره في الهندية في الباب الثاني من كتاب احياء الاموات وهو ان النهر العام من الانهار المملوكة لو امتنع اهله عن كرهه واصلاحه يجبرهم الامام على ذلك ، لان فساد ذلك يرجع الى العامة لان فيه تفليل الماء على الشفة - بخلاف الخاص فان اهله لو امتنعوا عن كرهه واصلاحه لا يجبرهم الامام عليه وبخلاف الانهار العظيمة الغير مملوكة لاحد فان اصلاحها يجب على الامام في بيت المال فان لم يكن فيه مال فالامام يجبر العامة على اصلاحه

✽ تنبيه ✽

نهر العاصي في بلادنا هو نهر كبير ينبع من سفح جبل لبنان يمر في واد قديم مسافة نحو ثلاثة ايام ثم ينصب في بحيرة عظيمة محيطها نحو ست ساعات فلكية وفي اسفل تلك البحيرة يعني في منتهائها سد عظيم مبني بالحجارة العظيمة والموتى والكلس يقال انه من اعمال الرومان وفيه فوهات يجدر منها الماء من تلك البحيرة الى واد آخر قديم يسمى ايضا بالعاصي فيمر على مدن كثيرة منها حمص ومنها الى حماه ومنها الى انطاكية ومنها الى السويدية وتبقى منه بقية عظيمة تنصب في البحر بعد ان تستقي منه بلدان وقرى ومزارع من اوله لا آخره على مسافة نحو خمس عشرة مرحلة منهم من يستقي الاراضي منه صيحا - ومنهم من يسقيها بدواليب يديرها الماء على ذلك النهر من الارحية لسائر اهالي تلك البلدان ما لا يحصى وفي اعلى سده المبني المذكور فوهة يسيل منها الماء الى نهر يسمى بساقية حمص تستقي منه بساكني اهلها الكثيرة بواسطة فوهات بسمونه حلاقيم لكل جماعة

معلومين حلقوم مقسم بينهم بالايام والليالي يسقون منها بساتينهم ثم يمر على مسافة
قريبة من حمص فيسقي منه اهلها للشفة بالقرب ثم يسقي بساتين اخرى لاهلها ثم
تبقى منه بقية تنصب لذلك الوادي الذي ينحدر اليه الماء من البحيرة وهو المسمى
بالعاصي . والذي ظهر لنا من تقسيم الانهار الى الانواع المذكورة آنفا ان نهر العاصي
من مبداءه الى منتهاه هو من الانهار العظيمة كسبحون فهو غير مملوك لاحد فلعل
احد من العامة الانتفاع به من سقي الاراضي ونصب الدوابب وتعوير الأرحية
بشرط ان لا يضر باحد من العامة - واما نهر الساقية الذي يسيل اليه الماء من
الفوهة العليا من السد المذكور ويسقي بساتين حمص ، فهو من الأنهار المملوكة
لاهل تلك البساتين لدخوله في مفسهم فلا يسوغ لاحد ممن ليس له شرب منها ،
ان يسقي ارضه منه بدون رضام الا انه مملوك عام لان اهله لا يحصون على جميع
الاقوال المارة في تعريف ما لا يحصى ولانه لا يحصى في اراضهم بل تبقى منه
بقية تنصب للعاصي وهو الانهار المباحة كما ذكرنا فلا تثبت الشفعة لاهله على ما
بيننا سابقاً - واما الانهار الصغيرة الممتدة من فوهات نهر الساقية المسماة بالحلقيم
فهي ايضا مملوكة لاهلها ، لدخولها في مفاصمهم فليس لاحد ممن غيرهم فيها - الا
حق الشفة . ثم ان كان الماء يجرى فيها ولا تبقى منه بقية مباحة فهي مملوكة من
النوع الخاص فثبتت الشفعة فيه لاهله على ما تقدم بيانه والا فهو ايضا من العام
فلا تثبت فيه الشفعة - وهذا كله بناء على ما فهم من هذه المادة من تعريف الخاص
والعام - واما على ما في التنوير والمقتضى من تعريف الشرب الخاص - بانه الشرب من
نهر صغير لا تجري فيه السفن فان الشفعة كما تثبت للشركاء في الانهار الصغيرة
الممتدة من نهر الساقية بواسطة الفوهات المسماة بالحلقيم ، تثبت للشركاء ايضا في
نفس نهر الساقية المذكور الممتدة بواسطة الفوهة العليا من البحيرة السابق ذكرها ،
لان جميع هذه الانهار لا تجري فيها السفن ولا يخفى ما في ذلك من توسيع الدائرة
جداً لكن علمت ان العمل على ما مشى عليه المجلة لصدور الامر السلطاني به
فلا يجوز ان يؤخذ بغيره

واما نهر بردا في دمشق والانهار التي تنشعب منه كقنوات ويزيد وتورا
فقد تكلم فيه بما لا مزيد عليه في تنقيح الحامدية من كتاب الشرب وكذا في

رد المختار من كتاب الشفعة وقدمنا بمض الكلام عليه في شرح المادة ١٠٠٨
فاغتنم هذا التحرير فانه من مفردات هذا الكتاب

المادة ١٢٤٠ = * النهر اذا جاء بطين الى ارض احد فهو
ملكه لا يسوغ لآخر ان يتعرض له *

قال في رد المختار ولو اخذ الماء من ارض الغير التي جعلت مباحة فلا شيء
عليه وان صار الماء ملحقاً فليس له اخذه . والطين الذي جاء به النهر في ملك
انسان لا يجوز لاحد اخذه وضمن ان اخذه بلا اذن اه معزياً للتارخانية ومثله
في الهندية عن المضمرات

المادة ١٢٤١ - * كما ان الكلاً النابت في الاراضي التي لا
صاحب لها مباح كذلك الكلاً النابت في ملك شخص بلا تعاطي
سببه ايضاً مباح اما اذا تعاطى ذلك الشخص سببه كما اذا سقى ارضه
او جعل لها خندقاً او اعدّها وهيأها بوجه ما لأجل الانبات فالنباتات
الحاصلة في تلك الاراضي تكون ماله لا يسوغ لآخر ان يأخذ منها
شيئاً فان اخذ واستهلك يكون ضامناً *

المادة ١٢٤٢ = * الكلاً والحشيش هو النبات الذي لا ساق
له فلا يشمل الشجر والفطر ايضاً في حكم الحشيش *

وقدمنا في شرح المادة ١٢٣٤ ان الكأة ايضاً كالكلأ . وفي رد المختار هو

اي الكلاء ما ينسبط وينشر ولا ساق له كالأذخر ونحوه . والشجر ما له ساق
فعلی هذا الشوك من الشجر لان له ساقاً وبعضهم قالوا الاخضر وهو الشوك الابن
الذي تأكله الابل كلاء والاحمر شجر ، وكان ابو جعفر يقول الاخضر ليس بكلاء .
وعن محمد فيه روايتان اه .

المادة ١٢٤٣ * الاشجار التي تنبت بلا غرس في الجبال المباحة
بمعني غير المملوكة مباحة *

ولا يضر نسبتها الى قرية او جماعة ، ما لم يعلم ان ذلك ملك لهم وكذلك
الزرنيع والكبريت والثمار في المروج والادوية رد المختار عن المضمرات

المادة ١٢٤٤ = * الاشجار النابتة بلا غرس في ملك احد
هي ملكه ليس لآخر ان يحتطب منها الا باذنه فان يفعل يكن
ضامناً *

لا يخفى ان رقبة الاراضي في زماننا مملوكة لبيت المال وليس لمن هي في ايديهم
فيها ، سوى مشد المسكة وحق القرار المسمى بالطابو ولهذا لا تباع ولا تورث كما
تباع وتورث الاملاك - فالظاهر ان الاشجار النابتة فيها بلا غرس ، تكون ملك
بيت المال لانها تبع للارض المملوكة رقبتها له لا ملك المنصرف فيها بالطابو
فتأمل وحرر .

المادة ١٢٤٥ - * اذا طعم رجل شجرة فكما ان الخلف الذي
هو من قلم التطعيم يكون ملكه كذلك ثمرته ايضاً تكون له *

اطلق الشجرة فعم ما اذا كالت مباحة او ملك الغير يطعمها بدون اذن مالكيها .
وقايدته اذا كانت مباحة ، ان الخلف النابت من قلم التطعيم لا يكون مباحاً بل ملكاً
لصاحبه فليس لاحد ان يتناول ثمره بدون اذنه ولو فعل ضمنه فانهم .

والمسئلة من الفتاوى الخيرية حيث قال : في شجرة زيتون هلكت ونبت من
عروقها اغصان فتعدها رجل فقلظت فركزها يعني طعمها فاثمرت مما ركزها به
هل الثمرة للذي ركز ام لرب العروق ام لها اجاب الثمرة للرا كز لانها ثماء ملكة
قال في الحاوي الإاهدي (بخ) وصل غصنه بشجرة غيره وهو ما يقطع من غصنه او
يقشر من لحافه ، لتوصل به الشجرة فأثر الوصل فهو له والشجرة لصاحبها اه ،
وذكر اقوالاً أخرى - لكن القلب بطمن لهذا القول اذا الاصل بقاء ملك المالك
ولا وجه لتملك مال الغير بمنل هذا ونقل عن اسرار نجم الدين العلامة ما افظه :
غصب شجرة غيره وقطع راسها فركز غصنه في لحافه او شقها وركزه في نفسها
في موضع القطع فأثر يعني الغصن ، فأثر للرا كز الغاصب وعليه قيمتها غير مقطوعة
وقيمة ثمرها بدون الركز ان صلح لتناول بني آدم وقيمة ارضها - ان ضررها قلها
وقد قدمنا ما تطمنن به النفس والله اعلم .

اقول ما ذكره الرملي وجبه ، لكنه حكى عن بيان حكم ذلك الوصل هل
بوءن صاحبه بقلمه ام لا الظاهر نعم لان فيه اشغال ملك الغير بغير رضاه - حتى
لو كان باذنه فله الرجوع لانه اعارة ولو كان قطع الوصل بضر بالشجرة ، كان
لصاحب الشجرة ان يتملكه بقيمته مستحق القطع قياساً على ما لو غرس في الارض
المفصولة ويمكن ان يقال ان كان قد طعم الشجرة ببناء على زعم شرعي على ما
تقدم بيانه في المادة ٩٠٦ . بنظر الى الاكثر قيمة من الوصل ومن الشجرة فيتملك
صاحبه الاقل بقيمته والا فغلبه القطع . وهذا كله اذا كانت الشجرة بموكة للغير
فلو كانت مباحة فيحتمل ان يقال ان تطعيمها وتمهد صاحب الوصل لها ، يكون
احرازاً لها كسقي الكلاً او تحويطه بخندق او غير ذلك ويحتمل ان الشجرة تبقي
مباحة الا ذلك الوصل فهو ملك لصاحبه ولا حق لاحد من العامة ان يقطعه لان
صاحبه لا يمنع من الانتفاع به على هذا الوجه ما دام الوصل موجوداً فاذا يبس او
قطع عادت الشجرة مباحة ويجرد والله اعلم .

المادة ١٢٤٦ = * من بذر لنفسه فانواع الحاصلات من
البذر له لا يعترض له من طرف احد * *

سواء كان البذر ملكه او مضمواً وسواء كانت الارض ملكه او مفصولة -
فالمسئلة على اربعة اوجه الاول ان يبذر بذر نفسه في ارض نفسه - الثاني ان يبذر
بذر غيره في ارض نفسه - الثالث ان يبذر بذر نفسه في ارض غيره - الرابع ان
يبذر بذر غيره في ارض غيره وفي جميع هذه الصور اذا بذر لاجل نفسه لا لاجل
غيره يكون الحاصل من البذر له لاحق لغيره فيه - اما المسئلة الاولى فالوجه فيها
ظاهر - واما الثلاث الباقية فلان البذر المضموب قد استهلكه بالفائه في الارض
فملكه ، ووجب عليه ضمان مثله وقد صرحوا بان الخارج نماء البذر لا نماء الارض .
والتقييد بكونه بذر لنفسه احتراز عما لو بذر لاجل غيره بامرء فان الحاصل يكون
لمن بذره لاجله لان البذر - حينئذ اما ان يكون للامرء واما فان يكون للمأمور
وقد افرضه للامرء وفي صورتين الحاصل للامرء لانه نماء ملكه - ولا فرق في
ذلك بين ان تكون الارض للامرء او للمأمور او لاجنبي بامرءه او بلا امرءه هكذا
ينبغي تقرير هذا المحل ودليله بوهخذ من الحامدية والخيرية والدر وحواشبه وغيرها
وبه يظهر ثمة اطلاق البذر وعدم تعيين مالكه في هذه المادة وكذا اطلاق
الارض وعدم تعيين مالكها وثمره التقييد بكونه زرع لنفسه .

المادة ١٢٤٧ - * الصيد مباح * *

الصيد هو الاصطباذ في اللغة يقال صاد يصيد صيداً ويسمى به الصيد تسمية
للمنعول بالصدر فصار اسماً لكل حيوان متوحش ممنوع عن الآدمي مأكولاً او
غير مأكول والاصطياد مباح في غير الحرم لغير الحرم وكذا الصيد مباح فيما

يجل اكله . وما لا يجل فاحل اكله ، فصيده للاكل وما لا يجل اكله ، فصيده
لفرض آخر - اما الانتفاع بجلده او شعره او لدفع اذيته ودليل الاباحة قوله تعالى
(واذا حلتم فاصطادوا) وقوله عليه الصلاة والسلام لمدي ابن حاتم (اذا ارسلت
كلبك فأذكر اسم الله فان امسك عليه فأدر كته حياً فأذبحه وان ادر كته فقد
قتل ولم يأكل فكله فان اخذ الكلب ذكاة) رواه البخاري ومسلم واحمد ولانه
نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك فكان مباحاً كالاختطاب لئتمكّن
المكف من اقامة التكليف زهلي مع زيادة قليلة من حاشية الشلي عليه

- الفصل الثاني -

❖ في بيان كيفية استملاك الاشياء المباحة ❖

المادة ١٢٤٨ - ❖ اسباب التملك ثلاثة - الاول الناقل من مالك
الى مالك آخر كالبيع والهبة - الثاني كون واحد خلف آخر كالارث -
الثالث احراز شيء مباح لا مالك له . وهذا اما حقيقي وهو وضع اليد
حقيقة على شيء - واما حكمي وذلك بتهيئة سببه كوضع اناه لجمع ماء
المطر او نصب شبكة لاجل الصيد ❖

ونحوهما مما تقدم من حفر خنادق لارض الكلا وما سياتي في المادة ١٣٠٢
من اخلاق باب بيته حين دخله الصيد .

المادة ١٢٤٩ - ❖ كل من احرز شيئاً مباحاً كان مالكاً له
مستقلاً مثلاً لو اخذ من نهر ماء بيده او بوعاء - كالعلبة فباحرازه

وحفظه في ذلك الوعاء صار ملكه ليس لغيره صلاحية ان ينتفع منه
وإذا اخذه آخر بدون اذنه واستهلكه يكون ضامناً *

لكن فيه شبهة الشراكة لظاهر ما روينا وهو قوله عليه الصلاة والسلام
(المسلمون شركاء في ثلاث الخ) فيحمل فيما يسقط بالشبهة حتى لو سرقه في موضع
بعضه الماء وهو يساري نصاباً لم تقطع يده وإنما لم يكن حفر الانهار والآبار
والحياض احراراً - حتى كان للعامة فيها حق الشفعة لانها لم توضع للاحرار فصار
ذلك كالمصيد اذا تكسب في ارض انسان ولان الحاجة الى الماء لتجدد ساعة
فساعة ومن سافر لا يمكنه ان يشح ما يكفيه الى ان يرجع الى وطنه
فيحتاج الى ان ياخذ الماء من الآبار والانهار والحياض التي تكون على طريقه
لنفسه ودابته . وصاحبه لا يتضرر بذلك القدر فلو منع منه لحقه حرج عظيم وهو
مدفوع شرعاً افاده الزبلي .

المادة ١٢٥٠ - كون الاحراز مقروناً بالقصد لازم فلو وضع
شخص وعاء في محل بقصد اخذ ماء المطر فناء المطر المجتمع في ذلك
الاناء ملكه كذلك الماء المجتمع في الحوض والصهريج المبنيين لاجل
جمع الماء ملك لصاحبه اما لو وضع شخص اناء في محل بغير قصد فناء
المطر المجتمع فيه لا يكون ملكاً له فيسوغ لشخص غيره ان يملكه
بالاخذ راجع مادة ٢ *

وهي الامور بمقاصدها قال في الخبرة في جواب سئوال: واما الصهاريج التي
توضع لاحراز الماء في الدور فلا شبهة في ان ماها مملوك لاصحابها بمنزلة الحباب
والاواني وما صرحوا به في باب الشرب: رجل وضع طشتاً على سطح واجتمع فيه

ماء المطر فجاء رجل ورفع ذلك الماء وتنازعا فيه بنظر - ان كان صاحب الطشت وضعه لذلك فهو له وان لم يضعه لذلك فهو للرافع اه فعلم ان الفرق في قصد الاحراز او عدمه اه .

المادة ١٢٥١ - * بشرط في احراز الماء انقطاع جريه فالبئر الذي ينز ما فيه من الماء لا يكون ماء محرراً فلو اخذ شخص من الماء المجتمع في هكذا بئر ينز بدون اباحة صاحبه واستهلكه لا يلزم الضمان وكذلك الماء المتتابع الورد يعني ان ماء الحوض الذي يقدر ما يجري اليه الماء من طرف يخرج من طرفه الآخر بقدره غير محرر *

قوله ما فيه من الماء . مبتدأ وقوله لا يكون ماء محرراً خبر وجمله مبتدأ والخبر خبر قوله فالبئر الذي ينز وفاعل قوله ينز ضمير يرجع الى البئر وحاصله ان البئر المعين الذي ينز فيه الماء اي ينعم ماؤه ، غير مملوك لصاحب البئر - فلو نزحه آخر حتى يس لا ضمان عليه كما قدمنا - واما الحوض الذي يجري اليه الماء من نحو نهر فان كان ما يخرج منه بمقدار ما يدخل فيه فهو غير مملوك فلا يضمن آخذه وان كان اكثر فهو مملوك لصاحب الحوض لانه اعد الحوض لاحرازه . هذا ما تفيده هذه المادة - لكن ذكر في رد المحتار ما نصه : فلو احرز في جرة او حب او حوض مسجد من نحاس او صفر او جص وانقطع جريان الماء فيه فانه يملكه اه وفي الهندية اول كتاب الشرب والحوض الذي دخل فيه الماء بغير احراز واحتيال فهو بمنزلة النهر الخاص اه فتأمل .

المادة ١٢٥٢ = * يجرز الكلاً بجمعه وحصده وتجريزه *

ظاهره ان الاحراز لا يتحقق الا بجموع الثلاثة فلو حصده وجمع ولم يجرز

لم يكن محرزاً وفي الهدية عن المغمرات ولا يجوز بيع ما نبت في ارضه من الحشيش
الا اذا قطعة فعزمه اه وهذا بخلاف الاحتطاب كما ذكره بقوله

المادة ١٢٥٣ - * يسوغ الاحتطاب من اشجار الجبال المباحة
لكل احد كائناً من كان وبمجرد الاحتطاب بعني بجمعها بصير مالكا
لها والر بط ليس بشرط *

عبارة الهدية عن القنية: المحتطب بلك الحطب بنفس الاحتطاب ولا يحتاج
الى ان يشده ويجمعه حتى يثبت له الملك والرافى من البر لا يملك بنفس ملا
الدو - حتى ينحيه عن رأس البتراه

* الفصل الثالث *

- في بيان احكام الاشياء المباحة العمومية -

المادة ١٢٥٤ - * يجوز لكل واحد الانتفاع بالمباح لكنه
مشروط بعدم الضرر الى العامة *

فان اضر فان كان الضرر عاماً كان لكل واحد مسلماً كان او ذمياً، ومنعه كما
في رد المختار وسيأتي في المادة ١٢٦٥ - وان كان خاصاً بواحد من العامة، كان
لذلك المتضرر ان يمنع عمافيه ضرره ففي فداوي الاقروى عن البرازية: طاحونة
على نهر ازاد آخر ان يضع فوقها طاحونة اخرى وبسبب وضعها يقل ماء الطاحونة
القديمة ويختل دوراتها، فلصاحبها ان يمنع الثاني وان كان ينقص غلة الاولى
ينصب الثانية ليس للأول ان يمنع الثاني - كالتاجر اذا اتخذ في جنب تاجر آخر

حانوتاً بمثل تجارة الاول فكسدت تجارة الاول باخاذه ليس له المنع اه

المادة ١٢٥٥ = * قبل اخذ الشيء المباح واحرازه ليس لاحد
منع آخر عنه *

وان كان ينسب ذلك الى قرابة والى اهلهما - ما لم يعلم ان ذلك ملكهم كما
في الهندية وتقدم

المادة ١٢٥٦ = * لكل واحد ان يعلف حيوانه من الكلا النابت
في المحل الذي لا صاحب له وبأخذ منه وبجز قدر ما يريد *

المادة ١٢٥٧ = * الكلا النابت في ملك شخص بدون تسببه
وان يكن مباحاً فلصاحبه المنع من الدخول في ملكه *

في الهندية عن محيط السرخسي : قال مشايخنا اذا وقعت المنازعة بين صاحب
الارض وبين من يريد الكلا - ان كان المرید للكلا يجد الكلا في ارض
مباحة قرابة من تلك الارض ، فلصاحب الارض ان يمنعه من الدخول - وان
لم يجد ، يقال لصاحب الارض - اما ان تعطيه الكلا او تأذن له بالدخول
ليأخذ حقه اه . ومثله في الخانية وغيرها . وقوله في ارض مباحة اي في غير ملك
احد كما في الهداية قال في رد المحتار قال المقدسي ولم ار تقدير القرب و ينبغي
تقديره بالميل كما في التيسم اه

المادة ١٢٥٨ = * اذا جمع شخص اخطاباً من الجبال المباحة

وتركها فيها فجاء غيره واخذها فلذلك الشخص ان يستردها منه ❀

وان لم يكن شديدا وربطها - لانه ملكها بمجرد الاحتطاب كما مر في
المادة ١٢٥٣ - وهذا بخلاف الكلا فانه لا يصير محرراً مملوكاً - ما لم يجمعه
ويحصده ويمرزه كما مر في المادة ١٢٥٢

المادة ١٢٥٩ - ❀ لكل احد كائناً من كان ان يقطف فاكهة
الاشجار التي في الجبال المباحة وفي الأودية والمراعي التي لا صاحب لها ❀

المادة ١٢٦٠ - ❀ اذا استأجر شخص اجيراً لاجل جمع الاحطاب
المتكسرة او امسك الصيد فاجمه من الحطب او امسكه من
الصيد فهو للمستأجر ❀

لان الاجير عامل مستأجره ولا فرق في هذا الحكم بين ان تكون الاجارة
صحيحة - بأن بينا الوقت او فاسدة . غايبة الامر انه في الاجارة الفاسدة يجب له
اجر المثل لا المسمى فانهم - قال في الهندية في الباب السادس من الاجارة : قال
نصير سألت ابا سليمان عن استأجره ليحطب له الى الليل قال ان سمى يوماً جاز
والحطب للمستأجر ولو قال : هذا الحطب فالاجارة فاسدة والحطب للمستأجر
وعليه اجر مثله . ولو كان الحطب الذي عينه المستأجر ملك المستأجر جاز ،
قال نصير فان استعان بانسان يحطب له وبصطاد له قال الحطب والصيد للعامل .
وكذا ضربة القانص قال استاذنا وينبغي ان يحفظ هذا فقد ابتلي به الخاصة
والعامة يستعينون الناس في الاحتطاب والاختشاش وقطع الشوك فيثبت الملك
لاعاون فيها ولا يعلم الكل بها فينقونها قبل الاستيهاب بطريقة او الاذن فيجب
اعليهم مثلها او قيمتها وهم لا يشعرون لجهلهم وغفلتهم اعذنا الله تعالى من الجهل

المادة ١٢٦١ - * اذا اوقد شخص ناراً في ملكه فله ان يمنع غيره من الدخول الى ملكه لاجل الانتفاع بها *

واستظهر العلامة ابن عابدين في رد المختار من كلامهم ، انه ليس للطالب ان يقول للمالك اما انت تدعني ادخل او تخرجه لي - كما هو الحكم في الماء والكلاء قال : والفرق فيما يظهر لي ان الشركة ثابتة في عين الماء والكلاء ، لا في عين الحجر - فلا يجب عليه ان يخرج الحجر ليصطي به ، لانه لا شركة لغيره ولذا له استرداد حجر له قيمة من اخذه - بخلاف الكلاء والنار الغير المرزبن فلو اخذها احد من ارضه لا يستردها منه ، لان الشركة في عينها تأمل اه

* اما اذا اوقد شخص ناراً في صحراء ليست بملكه فلسائر الناس ان يذتفع بها وان بدفأ بها وان يخيط شيئاً في ضيلتها وان يشعل قنديله منها وليس لصاحب النار منعه لكن بدون اذن صاحبها ليس له ان يأخذ منها جراً *

لان ذلك حطب او فحم قد احوزه الذي اوقد النار وانما الشركة التي اثبتها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، في النار ، والنار جوهر الحردون الحطب والفحم فان اخذ شيئاً يسيراً من ذلك الحجر ينظر - فان كان ذلك شيئاً له قيمة اذا جمعه صاحبه فحماً ، كان له ان يسترده منه - وان كان شيئاً لا قيمة له ، فليس له ان يسترده منه وله ان يأخذه بغير استئذان لان الناس لا يمنعون هذا القدر عادة ، والمانع يكون متفتتاً لا متفتتاً وقد بينا ان التفتت ممنوع من التفتت شرعاً كذا في المبسوط . وذكر في موضع آخر : ان كانت النار بحال لو خمدت تصير فحماً ليس له ان يقتبس منها لان لها قيمة لا محالة وان كانت بحال لو خمدت تصير رماداً فله ان يقتبس منها . وقيل ان كانت النار من حطب

بإباح - بأن أوقد الشجر القائم كما يكون في الفيافي من عبران بحرزه أولاً ، كان له ان يقتبس منها ، وان كانت مجال لو خمدت نصير فخماً - وأما اذا حرزه أولاً حتى صار ملكاً له فهو على التفصيل الذي قلنا كذا في الهندية عن المحيط

❖ الفصل الرابع ❖

« في بيان حق الشرب والشفة »

المادة ١٢٦٢ - ❖ الشرب هو نوبة الانتفاع بسقي الحيوان

والزرع ❖

المادة ١٢٦٣ - ❖ حق الشفة هو حق شرب الماء ❖

عبارة التنوير والشفة شرب بني آدم والبهائم بالشفاه اه . والمراد استعمال بني آدم لدفع العطش او للطبخ او للتوضوء او الغسل او غسيل الثياب ونحوها . كما في المبسوط . والمراد به في حق البهائم ، الاستعمال للعطش ونحوه بما يناسبه رد المختار عن القهستاني

المادة ١٢٦٤ - ❖ كما ينتفع كل احد بالهواء والضياء يسوع

له ان ينتفع ايضاً بالبحور والبرك غير المملوكة ❖

❖ المادة ١٢٦٥ - ❖ اكل احد ان يسقي اراضيه من الأنهر

التي ليست مملوكة وله ان يشق جدولاً لسقي الاراضي وانشاء الطاحون

ولكن عدم المضرة للعامّة شرط فاذا فاض الماء واضر الناس او قطع الماء بالكلية او منع سير الفلك فانه يمنع ﴿

لا تنس ما كتبناه في شرح المادة (١٢٥٤)

المادة ١٢٦٦ - * للانسان والحيوان حق الشفة في الماء

الذي لم يجرزه *

في اناء فلو احرز في جرة او حب او حوض مسجد من نحاس او صفر او جص وانقطع جريان الماء فانه يملكه . وانما عبر بالاحراز اي لا الاخذ ، اشارة الى انه لو ملاء الدلو من البئر ولم يبعده من رأسها لم يملكه عند الشيخين اذ الاحراز جعل الشيء في موضع حصين - والى انه لو اغترف الماء من حوض الحمام باناء الحمامي فانه يبقى على ملك الحمامي لكنه احق به من غيره كما في المنية وغيرها كذا في المختار عن القهستاني

المادة ١٢٦٧ = * الانهار المملوكة بعني المياه الداخلة في المقاسم

اي المجاري المملوكة حق شربها لاصحابها وللعامّة فيها حق الشفة فقط فلا يسوغ لاحد ان يسقي اراضيه من نهر مخصوص بجماعة او جدول او بئر بلا اذنهم ولكن يسوغ له الشرب بسبب حق الشفة وله ايضاً ان يورد حيواناته من النهر والجدول او القناة المذكورات ان لم يخش من تخريبها بسبب كثرة الحيوانات و كذلك له اخذ الماء منها الى حنينته وداره بالجرة والقربة مثلاً *

قال في الهندية : نهر لقوم ولرجل ارض يجنبه ليس له شرب من هذا النهر ،
كان لصاحب الارض ان يشرب ويتوضأ ويسقي دوابه من هذا النهر وليس له ان
يسقي منه ارضاً وشجراً وزرعاً ولا ان ينصب دولاباً على هذا النهر لارضه وان
اراد ان يرفع الماء منه بالقرب والاواني ويسقي زرعه او شجره ، اختلف المشايخ
فيه - والاصح انه ليس له ذلك ولا لاهل النهر ان يمنعه . كذا في نواى قاضى بخان
والوجيز - وقال بعضهم لا يمنع من ذلك وهو الاصح . وهكذا في الهداية
والكافي والتبيين والظهريه . وان اراد قوم لبس لهم شرب من هذا النهر ، ان
يسقوا دوابهم منه قالوا : ان كان الماء لا ينقطع بسقي الدواب ولا بغنى لبس
لاهل النهر ان يمنعم - وان كان الماء ينقطع بسقيهم بان كانت الابل كثيرة
كان لهم حق المنع . وقال بعضهم ان كان تنكسر ضفة النهر ويجرب بالسقي ،
كان لهم حق المنع والا فلا - وكذا العين والحوض الذي دخل فيه الماء بغير
احراز واحتيال فهو بمنزلة النهر الخاص اه . وذكر في الحامية ايضاً : رجل اتخذ في
داره خضرة او شجرة واراد ان يسقي ذلك بالاداني من نهر لغيره - اختلفوا فيه
قال مشايخ بلخ رحمهم الله تعالى ليس له ذلك الا باذن صاحب النهر كما ليس له
ان يسقي زرعه وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى الاصح انه لا يمنع من
هذا المقدار ، لان الناس يتوسعون فيه والمنع من ذلك بعد من الدنائة .

* نبيه *

الشرب لا يباع ولا يوهب ولا يؤجر ولا يتصدق به ، لانه ليس بمال منقوم
في ظاهر الرواية وعليه الفتوى ، ولا يصلح بدل خلع او صلح عن دم عمد ومهر
نكاح وان صحت هذه العقود لانها لا تبطل بالشرط الفاسد - فان جعل بدل خلع
لا يكون له من الشرب شيء بل عليها ان ترد المهر الذي اخذته لانها غرته بالتسمية وان
جعل بدل صلح عن دم عمد سقط القصاص لوجود القبول وعلى القاتل رد الدية لان
الولي لم يرض بسقوط حقه مجاناً وان جعل بدل مهر وجب مهر المثل ثم انه لا
يقرض ولا يرهن ولا يبار
والحاصل ان الشرب لا يملك بسبب ما - حتى لو مات وعليه دين لم يعم

الشرب بلا ارض فلو لم يكن له ارض ، قيل يجمع الماء في كل نوبة في حوض فيباع الماء الى ان ينقضي دينه - وقيل بنظر الامام لأرض لا شرب لها فيضمه اليها فيبيعها برضاء ربه فينظر لقيمة الأرض بلا شرب ولقيمتها معه فيصرف تفاوت ما بينها الى الدين . وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت ارضاً بشير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعها فيصرف من الثمن الى ثمن الارض ويصرف الناضل الى قضاء الدين - غير ان الشرب يورث وبوصى بالاتفاق به ، لان الملك بالأرض بقم حكماً لا فصدأ . ويجوز ان يثبت الشيء حكماً وان كان لا يثبت فصدأ كالخمر تملك حكماً بالميراث وان لم تملك فصدأ بسائر اسباب الملك وما تجري فيه الارث تجري فيه الوصية ، لانها اخته وتعتبر الوصية فيه من الثالث قال بعضهم - بأن يسئل من المقومين من اهل ذلك الموضع ان العلماء لو اتفقوا على جواز بيعه منفرداً بكم يشترى فان قالوا بماية اعتبر من الثلث . واكثرهم على ان يضم الى هذا الشرب جريب من اقرب ارض اليه فينظر بكم تشتري معه وبدونه فيكون فضل ما بينها قيمته

ونصح دعوى الشرب بشير ارض استحصاناً ، والقياس ان لا تصح لاه مجهول جهالة لا تقبل الاعلام . وجه الاستحصان انه مرغوب فيه منتقم به ويمكن ملكه بلا ارض بارث ووصية كما تقدم . واذا كان لرجل ارض ولاخر فيها نهر واراد رب الارض ان لا يجري النهر في ارضه ، لم يكن له ذلك ويتركه على حاله وان لم يكن النهر في بد الآخر ولم يكن جارياً في الارض وقت الخصومة ولم يعلم جريانه قبلها ، فعليه البيان ان هذا النهر له اذا كان بدعي رقبة النهر او انه قد كان له مجرى الماء في هذا النهر اذا كان بدعي الاجراء فيه - اما اذا كان جارياً وقت الخصومة او علم جريانه قبلها بقضي به له - الا ان يبرهن صاحب الارض انه ملكه

ثم اعلم ان علامة كون النهر في بده كربه وغرس الاشجار في حافته وسائر تصرفاته . وعلى هذا المصوب في النهر او على سطح او الميزاب او المشنى كل لك في دار غيره اي ان لم يكن في بده ولم يكن جارياً اي ماشياً وقت الخصومة ولم يهد قبلها ، لا بد من البينة على ان المصب او الميزاب والمشنى ملكه

او انه كان له فيه التسيل او المشي . الكحل من الدر متناً وشرحاً ورد المختار قال في رد المختار : ولكن في الدخيرة عن ابي الليث لو كان مسيل سطوحه الى دار رجل وله فيها ميزاب قديم فليس له منعه وهذا استحسان جرت به العادة - اما اصحابنا فقد اخذوا بالقياس وقالوا ليس له ذلك الا ان يقيم بينة ان له حق المسيل . والفتوى على ما ذكره ابو الليث اه وفي البزازية وبه نأخذ اه وهو موافق لقاعدة ان القديم يترك على قدمه تأمل اه اقول وقد مننا مثله عن الخانية في شرح مادة ١٢٢٩ وعليه مشيت المجلة في المادة المذكورة

المادة ١٢٦٨ - * يسوغ لمن كان ضمن ملكه ماء متتابع الورد سواء كان حوضاً او بئراً او نهراً ان يمنع طالبه من الدخول في ملكه لكن اذا لم يوجد في قر به ماء مباح غيره للشرب يجبر صاحب الملك على اخراج الماء لذلك الطاب او اعطائه الرخصة بالدخول لاجل اخذ الماء وان لم يخرج له الماء فله حق الدخول واخذ الماء لكن بشرط السلامة يعني ان عدم الضرر شرط كتخريبه حافة الحوض او البئر او النهر *

ولو منع صاحب البئر او الحوض او النهر الذي في ملكه بأن لم يمكن منه الدخول ولم يخرج له ماء مباحاً بقر به وهو يخاف على نفسه او دابته العطش ، كان له ان يقاتله بالسلاح لا نزع عمر رضي الله تعالى عنه وهو ان قوماً وردوا ماء فستلوا اهله ان يدلوم على البئر فلم يدلوم عليها فقالوا ان اعناقنا واعناق مطابانا قد كادت تنقطع من العطش فلم يفعلوا فذكروا ذلك لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال فهلاً وضعت فيهم السلاح وان كان الماء محرزاً في الاواني قائله بغير سلاح - كطعام عند الخمصة اذا كان فيه فضل عن حاجته بأن كان

بكفى لدرمة هما فيأخذ منه البعض ويترك البعض والا تركه الملكه واذا اخذ
الفضل ضمن له ما اخذ لان حل الأخذ للاضطرار ، لا ينافي الضمان افاده
في الدر وحواشيه

المادة ١٢٦٩ - * ليس لأحد الشركاء في النهر المشترك
ان يشق منه نهراً يعني جدولاً الا باذن الآخر من وليس له ان يبدل
نوبته القديمة وليس له ان يسوق الماء في نوبته الى ارض له اخرى لا
شرب لها من ذلك النهر ولو رضي اصحاب الحصص بهذه الاشياء
فلهم او لورثتهم الرجوع بعده *

لانه اعارة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب ، باطلة والاعارة غير لازمة
هداية . وقد تضمنت هذه المادة ثلاث مسائل - الاولى ما اذا اراد احد الشركاء
في النهر ان يتصرف فيه - الثانية ما اذا كان ماء النهر مقسماً عليه بالنوب فاراد
احد من ان يبدل نوبته - الثالثة ما اذا كان لارض احد من شرب من النهر
المشترك فاراد ان يسوقه الى ارض له اخرى ليس لها شرب من ذلك النهر وفي
جميع ذلك يمنع مما اراد فعله - الا باذن جميع الشركاء - حتى لو اذنوا الا واحداً
منهم او كان احد من صغيراً او غائباً منع ايضاً - اما في المسئلة الاولى ، فلما في الدر
وحواشيه وغيرها - من انه ليس لاحد من الشركاء في النهر ان يشق منه نهراً
او ينصب عليه رحي او دالية كناعورة او جسراً او يوسع فم النهر لان في ذلك
كسر دفة النهر او شغل موضع مشترك او زيادة على مقدار حقه في اخذ الماء .
وكل ذلك لا يجوز بغير اذنهم سواء كان فيه ضرر على الشركاء او بعضهم ، او لم
يكن ، لانه تصرف في الملك المشترك بلا اذن الشريك - نعم لو اراد ان يضع
الرحى او الدولاب في ملكه - بأن تكون حافتا النهر وبطنه ملكاً له وليس
لشركاء الا حق الاجراء فيه او ان تكون له ارض ملاصقة لذلك النهر فيضع

فيها الرحي او الدولاب ، فلا يمنع من ذلك - الا اذا كان مضرراً بالنهر بأن يكسر ضفته او بالماء بأن يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه بأن يعوج الماء حتى يصل الى الرحي في ارضه - ثم يجري الى النهر من اسفلها لانه يتأخر وصول حقهم اليهم او ينقص واذا لم يضر احداً لا يمنع ، لانه تصرف في خالص ملكه ولا ضرر لغيره في ذلك . فمن منعه منه يكون متعنتاً فلا يلتفت اليه - واما الثاني فلما في الدر ايضاً وغيره - من انه ليس له ان يقسم الماء بالايام والحال انه قد كانت قسمته بالكوي لان القدم بترك على قدمه لظهور الحق فيه قال في رد المحتار قال القهستاني : وفيه اشعار بانه لو كان لرجل مياه في اوقات متفرقة في قرية لم يجوز جمعها في وقت الا يرضام كما في الجواهر - لكن في التتمة انه جاز ان

اقول لو لزم من بقاء القدم على قدمه ضرر على بعض الشركاء بأن قل ماء النهر كما يكون في بعض السنين وكانت كوة احدم في اعلى النهر تأخذ اكثر ماء النهر فلا يمتي لشركائه ما يكفي اراضيهم ، ينبغي ان يفتى بما ذكره القهستاني عن شيخ الاسلام فقد ذكر في الحامدية : انه ليس لاهل الاعلى ان يسكروا النهر المشترك عن اهل الاسفل وان كانوا يفعلون ذلك من قديم الزمان ، لانه تصرف في باطن النهر المشترك بدون اذن الشركاء وان لاهل الاسفل ان يمنعهم من ذلك حتى يسقوا اراضيهم لانه يبدأ باهل الاسفل حتى يرووا وان هذا ما اتفق به الخبير الرمي وغيره وهو المذكور في المتون كالمداية والملتقى . ثم قال وذكر القهستاني وتبعه العلاني في شرح الملتقى عن شيخ الاسلام انه استحسن المشايخ ان يقسم الامام بينهم بالايام اي اذا لم يصطالحوا ولم ينتفعوا بلا سكر فيسكروا كل في نوبته . وينبغي الافناء بهذا ان لزم قصر الضرر على اهل الاعلى فانه ربما يشرب اهل الاسفل جميع النهر فيلزم ان تيبس زروع اهل الاعلى مع ان لم حقاً في النهر تأمل اهل ملخصاً

قال في رد المحتار بعد ما ذكر عن شيخ الاسلام وانت خبير بان ما استحسنه مشايخ الانام من القسم بالايام فيه دفع الضرر العام وقطع التنازع والحصام اذ لا شك ان لكل في هذا الماء حقاً فتخصيص اهل الاسفل به حين قلة الماء به ضرر لاهل الاعلى - وكذا تخصيص اهل الاعلى به فيه ضرر

بأهل الاسفل مع العلم بأنه مشترك بين الكل فلذا استحسنوا ما ذكروا وارثوه .
ثم رأيت في كافي الحاكم الشهيد ما يدل عليه حيث قال : فان كان الاعلى منهم لا
يشرب حتى يسكر النهر ، لم يكن له ان يسكر النهر على أهل الاسفل ولكن
يشرب بخصته اه . فقوله ولكن يشرب بخصته يومئذ ، الى هذا حيث لم يمنعه من
الشرب اصلاً والله سبحانه اعلم اه .

واما في المسئلة الثالثة فلما في التنوير وغيره : ولبس له اي لاحد من الشركاء
ان يسوق نصيبه الى ارض له اخرى ليس لها منه اي من النهر شرب اه . قال
في رد المحتار لانه اذا تقادم العهد يستدل به على انه حقه هداية - اي فيلزم ان يقضي
له شرب الارضين جميعاً ، لانه اذا لم يعلم يقسم على مقدار الارضين اتقاني . وكذا
اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى حتى ينتهي الى الاخرى لانه يستوفي
زيادة على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل ان يسقي الاخرى هداية
وذكر خواهر زاده انه اذا املا الاولى وسد فوهة النهر لانه يسقي الاخرى من
هذا الماء ، لانه حينئذ لم يستوف زيادة على حقه وان لم يسد فلا كفاية اه
ما في رد المحتار .

اقول اناد قوله وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى الخ ، ان
موضوع مسئلة التنوير المارة ان يسقي الارضين معا وهي التي لها حق الشرب والاخرى
بتصيب الاولى وهو الذي يقتضيه التعاليل بانه يلزم ان يقضى له بشرب الارضين
مما كما لا يخفى ، وان موضوع هذه المسئلة ان يسوق حتى شرب الاولى فيها الى
الارض الاخرى فيسقيها فقط دون الاولى وعللوا منعه من ذلك بأن سوق النصيب
في ارضه الاولى ينشف بعض الماء قبل ان يسقي الاخرى فأفاد ان سقي الثانية
بشرب الاولى اذا لم يسقه في الاولى بان كانت الثانية محاذية للنهر ، لا يمنع منه
لعدم ظهور العلة حينئذ . ويستفاد من هذه التعاليل انه انما يمنع من سقي ارضه
الثانية في مسئلة التنوير ومن سوقه في الاولى الى الثانية في المسئلة الثانية وهي المنقولة
عن الهداية ، اذا كانت الماء مشتركاً بين اراضيهم اشتراكاً مطلقاً غير مقسم
بالايام او السكوى والا فلو بالايام بان كان لاحد من شرب يوم الخميس من كل
اسبوع مثلاً فاراد ان يسوق بعض نصيبه من ذلك الى ارضه الاخرى فيسقي

الارضين بنصيبه المذكور لا يمنع من ذلك اذ بثبوت حق الشرب للارضين حينئذ لا ضرر فيه على الشركاء حيث لا يأخذ من الماء الا شرب ذلك اليوم وهو حقه وكذا اذا كانت مقسمة بالكوى فان كونه الخاصة به اذا سقى منها ارضاً او ارضين او اكثر لا ينقص شيء من حقوق الشركاء وبوجه ما قلنا المسئلة الثالثة وهي ما ذكره خواهر زاده فانه فيها قد جاز له سقي الارض الثانية حيث لم يستوف زهادة عن حقه فيقال فيما ذكرنا كذلك .

ولا ينافي هذا عبارة الخانية وهي شرب من نهر لارض اشترى ارضاً اخرى ليس لها شرب من هذا النهر يجنب ارضه الاولى وليس له ان يجري الماء من الاولى اليها او يجعلها مكان الاولى وليس له ان يسقي نخيلاً له او زرعا له في ارض اخرى - الا ان يملأ الاولى ويسد عنها الماء ثم ينتحه الى الاخرى بفعله مرة بعد مرة اخرى اه فان قوله - ليس له ان يجري الماء من الاولى اليها يعني بان يسقي الارضين وهي مسئلة التنوير وقوله او يجعلها مكان الاولى - يعني بان يسقيها فقط بعد ان يجري الماء في الاولى اليها وهي مسئلة الهداية . وقوله ليس له ان يسقي نخيلاً له الخ يشير به الى ما ذكره خواهر زاده . ثم رأيت في الباب الثالث من كتاب الشرب من الهندية معزباً لمحيط بالسرخسي ما نصه : وفي النواذر ساقية بين قوم لهم عليها ارضون لكل واحد عشرة اجربة فكان في نصيب احد م فضل عما تحتاج اليه ارضه واحتاجه اصعباه الى تلك القضلة فان شركاءه اولى بتلك الفضلة وليس له ان يسوق ذلك الماء الى ارض له اخرى ولا يشبه ما لو كان له سدس الماء من نهر بين قوم او عشرة او اقل او اكثر فأخذ نصيبه من ذلك في نهر له خاصة له ان يسوقه الى ما شاء من الارضين ولو استغنى عنه ليس لشركائه عليه سبيل اه . وهذا كما ترى كالصرح فيما افادته التعاليل السابقة والله سبحانه اعلم

❁ فروع ❁

نهر بين قوم على حصص معلومة فصرف الوالي حصة بعضهم بعينه الى رجل كان نقصان ذلك على الجميع . رجل باع ارضاً بشرائها فللمشتري قدر ما يكتفيها وليس له جميع ما كان للبائع . قوم لهم اراض على نهر لا يعرف كيف كان بين اهلها

في الماضي اقتصروا في الشرب فهو على قدر اراضيهم لكل انسان بمحضته اي من الاراضي - بخلاف الطريق اذا كان بين جماعة ودار احدم اوسع من دار الباقي فانه لا يستحق بتلك الزيادة من الطريق لان الاستطراق الى الدار الكبيرة ، نحو الاستطراق الى الدار الصغيرة لا يتفاوت ذلك - بخلاف الشرب خانية . وفيها بعد ورقتين : نهر بين قوم لهم عليه ارض . لبعضهم عله سواق وللبعض عليه دوال . وللبعض ارض لبس لارضه على هذا النهر دالية ولا ساقية وليس لها شرب معروف من هذا النهر وهذه الارض على شاطئ النهر - ذكر في الكتاب ان النهر في القياس يكون بين اصحاب السواق والدوالي لا لصاحب الارض - وفي الاستحسان يكون النهر بينهم على قدر اراضيهم التي تكون على شط النهر - وان كان يعرف لهم شرب قبل ذلك فهو على ذلك المعروف ، وان لم يكن النهر بينهم على قدر اراضيهم . وان كان لهذه الارض شرب معروف من غير هذا النهر فلها شربها من ذلك النهر وليس لها من هذا النهر شرب لان الارض الواحدة لا يكون شربها من نهرين عادة ، فان لم يكن لها شرب معروف من غير هذا النهر وقضى لها القاضي بالشرب من هذا النهر بحكم الظاهر وكان لصاحبها ارض اخرى يجنب هذه الارض لبس لها شرب معروف ، ففي القياس لا يكون لهذه الارض الاخرى شرب من هذا النهر ، لان الارض الاخرى غيرمتصلة بهذا النهر بل الارض الاولى حايلة بين الارض الاخرى وبين النهر - وفي الاستحسان يكون لارضه شرب من هذا النهر لان الاراضي اذا كانت متصلاً بعضها ببعض فاذا جعل لبعضها شرب من هذا النهر كان شرب الكل من هذا ظاهراً او ومثله في التتارخانية وكذا في الهندية في الباب الرابع من كتاب الشرب معزياً للمبسوط وزاد فيه قوله : وان كانت الى ارضه ارض للاخر وارض الاول بين النهر وبينها وليس لهذه الارض شرب معروف ولا بدري من اين كان شربها ، فاني اجعل لها شرباً من هذا النهر ايضاً - الا ان يكون النهر معروفاً لقوم خاصة فلا اجعل لغيرهم فيه شرباً الا بيينة اه .

وفيها عن المحيط : رجل له ارضان على نهر احدهما في اعلى والاخرى في اسفل فادعي ان شربها من هذا النهر ، وانكر الشركاء شرب احدهما بعينها - ان

لم يكن يستقي تلك الارض من نهر آخر فالقول لصاحب الارض اه .
والحاصل من هذا ان من كان له ارض على شاطئ نهر مشترك لا يعرف لها
شرب من ذلك النهر ولا من غيره ، يعتبر زايد على النهر باسوة من شرب اراضيهم
من ذلك معروف فيكون القول قوله بان ارضه لها حق الشرب من ذلك النهر -
الا ان يقيم الآخرون بينة بان النهر جميعه ملكهم على الاختصاص ويلزم من
ذلك انه لو اقام الفريقان بينة على ما يدعيه تقبل بينتها ويقضي لصاحب الارض
بالاشتراك معهم قضاء ترك تدير .

* الفصل الخامس *

* في احياء الموات *

المادة ١٢٧٠ - * الاراضي الموات هي الاراضي التي ليست
ملكاً ل احد ولا هي مرعى ولا محتطبا لقصبه او قرية وهي بعيدة عن
اقصى العمران يعني ان جهير الصوت لو صاح من اقصى الدور في
طرف تلك القصبه او القرية لا يسمع منها صوته *

عبارة الكنز هي ارض تغذر زرعها لانقطاع الماء عنها او لغلبته عليها غير
مملوكة بعيدة عن العامر اه . وقوله او لغلبته عليها اي وما اشبه ذلك بان تصير
الارض سبخة او يغلب عليها الرمال شابي . وكذا اذا غلبت عليها الحجارة الكبيرة .
وعليه فالارض المسماة بالبور التي لم تفلح ونزرع من احقاب كثيرة - اذا كانت
فلاحتها الاعتيادية ممكنة لا تسمى مواتا فليحفظ لانها سميت مواتا اذا كانت
بهذه الصفة لبطلان الانتفاع بها تشبيها لما بالحيوان اذا مات وبطل الانتفاع به .
وقوله هنا التي ليست ملكاً ل احد اي ما دخلت في الاسلام في ملك احد ولو

ذمياً لان الميت عند الاطلاق يتصرف الى الكامل . وكاله بأن لا يكون مملوكاً
لاحد لانها اذا كانت مملوكة لمسلم او ذمي كان ملكه باقياً فيها لعدم ما يزيله فلا
تكون مواتاً ثم ان عرف المالك فهي له وان لم يعرف كانت اقطعة يتصرف فيها
الامام كما يتصرف في جميع اللقطات والاموال الضائعة . وجعل المملوك في الاسلام
اذا لم يعرف ملكه ، من الموات لان حكمه كالموات حيث يتصرف فيه الامام كما
يتصرف في الموات ، الا لانه موات حقيقة زيلني ملخصاً

وقوله ولا هي مرعى ولا محتطباً الخ ، اشارة الى الشرط الذي اعتبره محمد
رحمه الله تعالى في الموات وهو عدم ارتفاق اهل قصبة او قرية به سواء كانت
قريةً منها او بعيداً عنها . وقوله وهي بعيدة عن اقصى العمران اشارة الى الشرط
الذي اعتبره ابو يوسف رحمه الله تعالى وهو البعد عن القصبة او القرية سواء
كان محتطباً او مرعى او لم يكن قال لان الظاهر ان ما يكون قريباً من القرية لا
ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه هذا ما صرح به في الدر والهداية .
والظاهر ان الجملة اعتبرت الشرطين معاً فما كان مرتفقاً لاهل قرية لا يكون
مواتاً وان كان بعيداً عنها وما كان قريباً منها لا يكون مواتاً وان لم يكن
مرتفقاً فتدبر

المادة ١٢٧١ - * الاراضي القريبة الى العمران تترك الى
الاهالي مرعى ومحتصداً ومحتطباً ويقال لها الاراضي المتروكة *

هذا نصريح باعتبار ما شرطه ابو يوسف وهو ان لا يكون قريباً من القرية
سواء كان مرتفقاً لها او لا - كما ان قوله في المادة السابقة ولا هي مرعى ولا
محتطباً الخ نصريح باعتبار ما شرطه محمد وهو عدم الارتفاق سواء كانت قرية
او بعيدة قال في المنتقى ولا يجوز احياء ما قرب من الماسبل بترك مرعى لأهل
قرية ومطرحاً لحصاندهم لتحقق حاجتهم اليه تحقيقاً او تقديراً فصار كالنهر
والطريق ولا يجوز احياء ما عدل عنه ماء الفراء ونحوها كدجلة والشط وغيرها

واحتمل عوده اليه لحاجة العامة الي كونه نهراً فان لم يشمل عوده الي مكانه
جاز احيائه لكونه ملحقا بالموات اه مع زيادة من شرحه بجمع الأنهر

المادة ١٢٧٢ - * اذا احيا شخص ارضاً من الاراضي الموات
بالاذن السلطاني صار مالكا لها وان اذن السلطان او وكيله لشخص
باحياء ارض على ان لا يكون مملكاً بل مجرد الانتفاع فذلك
الشخص يتصرف بتلك الارض كما اذن له لكن لا يكون مالكاً
تلك الارض *

وانما له حق التصرف فيها انتفاعاً حسبما يأذن له السلطان - واما رقبته
فمملوكة لبيت المال فلا تورث عنه الميراث الشرعي ولا يبيعه كما يبيع مسائر
املاكه - وانما له الفراغ عنها لآخر باذن السلطان كما هو الحكم في ساير الاراضي
المملوكة رقبته لبيت المال وهي في تصرف الغير بالظهور - بخلاف ما لو احياها باذن
السلطان فانه يملك رقبته بالاحياء بدليل التعبير بلام الملك في الحديث وهو قوله
عليه الصلاة والسلام (من احيا ارضاً ميتة فهي له) صرح به في رد المحتار وما
ذكرناه هو ما يظهر من كلامهم ومن هذه المادة . ثم ان ما ذكر من الحكم هو قول
الامام رحمه الله تعالى وقال يملكها بلا اذن - حتى لو اذن له باحيائها على ان
ينتقم بها ولا يكون له الملك فاحياها يملك رقبته ايضاً عندها لان هذا شرط
لا اعتبار به عندها خلافاً لاابي حنيفة . له ان الارض مضمومة لاصتيلاء المسلمين
عليها فلم يكن لاحد ان يختص بها بدون اذن الامام كساير المقام وفي القهستاني:
وان كان مستأماً فلا يملكها اصلاً بالاتفاق بجمع الأنهر قال في رد المحتار وقول
الامام هو المختار ولذا قدمه في الخانية والمفتي كما دلتما وبه اخذ الطحاوي
وعليه المتون . ومحل الخلاف اذا ترك الاستئذان جهلاً اما اذا تركه نهاوتاً
كان الامام ان يستردّها زجراً اتفاقاً اه . وانادت هذه المادة ان اذنو وكيل السلطان

كاذنه بنفسه وبه صرح في مجمع الانهر فقال باذن السلطان او نائبه اه وفي رد
المختار عن التارخانية مانصه : والقاضي في ولايته بمنزلة الامام اه قال وفيها
قبيل كتاب الاحياء مثل السمرةندي في رجل وكل باحياه الموات هل هو
للو كليل كافي التوكيل بالاحتطاب والاحتشاش ام للموكل كافي سائر التصرفات
قال ان اذن الامام للموكل بالاحياء بقم له اه

المادة ١٢٧٣ = * فلو احيا شخص مقداراً من الاراضي وترك
باقيا فما احياه يكون مالكا له وباقيه ليس له لكن اذا بقي في وسط
الارض التي احياها محل خال فذلك المحل يكون له ايضا *

بني لو اذن السلطان لرجل باحياه ارض معينة فاحيا بعضها دون بعض ،
يملك ما احياه فقط دون ما تركه - الا اذا كان ما تركه في وسط ما احياه بحيث يكون
ما احياه محيطاً بما تركه فحينئذ يملك الجميع . ولا فرق في ذلك بين ان يكون ما
احياه اكثر من المتروك في الوسط او مثله او اقل وهذا قول محمد رحمه الله تعالى
واعتبر ابو يوسف الكثيره فقال ان عمرا اكثر من النصف يكون احياه لتلك
الارض المأذون له باحياها وان عمر نصفها له ما عمر دون ما بقي افاده في
المنذبه عن محيط السرخسي فظاهر ان المجلة قد اخذت بقول محمد رحمه الله
تعالى فانهم

المادة ١٢٧٤ = * اذا احيا شخص ارضاً من اراضي الموات وبعده
جاء آخرون ايضا واحبوا الاراضي التي في اطرافها الاربع يتعين طريق
ذلك الشخص في الارض التي احياها المحيي آخرأ يعني يكون طريق
الشخص منها ﴿

لقصد الاخير ابطال حق مروره الى ارضه لانه حين سكت عما قبل الاخير صار ما احياء الاخير طريقاً له فاذا احياء فقد احياء طريقه من حيث المعنى فيكون له طريق رد المختار عن الكفاية والعناية . وهذا اذا كانت احياء الاخرين على التعاقب كما هو صريح عبارة التنوير ويشير اليه هنا قوله المحيي آخرأ فلو احيوها مما فله التطرق من ايها شاء كما في رد المختار عن الظهيرية بقي ما لو كان الاحياء جميعه لواحد قال الطحطاوي فله ان يتطرق الى ارضه من اي جانب شاء اه . قال في رد المختار وهذا يشمل ما لو كان الاحياء من ذلك الواحد على التعاقب ايضاً وهل الحكم فيه كذلك يحتاج الى نقل والذي يظهر لي من التعليل انه كالاربعه اه . يعني فيتعين الطريق فيما احياء الواحد اخيراً اقول ما في كره الطحطاوي من الاطلاق ، منقول في المندبة عن الظهيرية ونصها : رجل احياء ارضاً ميتة ثم جاء انسان واحيا اراضي حولها حتى احاط الاحياء بجوانبها الاربعه كان له ان يتطرق الى ارضه من الارض التي احياها الاخر فان جاء اربعة واحيا كل واحد جانباً حتى احاط احياءهم بها ، كان له ان يتطرق الى ارضه من اي ارض شاء اذا احيوا جوانبها معاً اه . وانت تعلم ان المطلق يبقى على اطلاقه الا بقتل بوجوب تقييده .

المادة ١٢٧٥ = * كما ان البذر والغرس احياء للارض كذلك

الحرث والسقي او شق جدول لاجل السقي ايضاً احياء *

عطف السقي والحرث بالواو ، يشير الى ان احدهما بانفراده لا يكون احياء -
وعطف شق الجدول على السقي باو ، يشير الى ان احدهما بانفراده يكون احياء -
واما الواو العاطفة للغرس على البذر فلا شك في انها بمعنى او ، لان كلام من
البذر والغرس بانفراده احياء - اما البذر فلانه لا بد له من الكراب معه
ايضاً - واما الغرس فلانه مثل البناء وسيأتي في المادة . الآتية ان البناء احياء
وذكر في الدر ان احياء الموات ، بيناء او غرس او كراب او سقي اه وعبارة الهداية

هكذا: ولو كرهها فساتها فمن محمد انه احياها ولو فعل احدها يكون تحجيراً ولو حفر انهارها ولم يسقها يكون تحجيراً وان كان سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفلطين وان حوطها او سننها بحيث يعصم الماء يكون احياء اه . ونقل الزبلي عن المبسوط ما نصه : ولو كرهها او ضرب عليها المسناة او شق لها نهراً فهو احياء اه .

وعبار الخانية ان احياء الارض لا يكون بالسقي او الكراب وانما يكون بالقاء البذر والزراعة - حتى لو كرهها ولم يسقها او سقاها ولم يكرهها لم يكن احياء . وفي ظاهر الرواية اذا حفر لها النهر وسقاها يكون احياء وكذا اذا حوطها او سننها بحيث يعصم الماء يكون احياء اه فالجملية كما ترى اخذت بما في الهداية والخانية - من ان السقي وحده والكراب وحده لا يكون احياء بل لا بد له من وجود الفلطين واخذت بما في الزبلي عن المبسوط من ان شق النهر وحده بلا سقي يكون احياء

بقي هنا شيء وهو ان يقال ان ما ذكر هنا من ان السقي مع الحرث او شق النهر او القاء البذر ونحو ذلك يكون احياء ، مشكل معاً تقدم عن الكنتز في شرح المادة ١٢٧٠ ومثله في الهداية وغيرها ، من ان الارض الموات هي ارض تعذر زرعها لانتقطاع الماء عنها او لقلبتة عليها وما اشبه ذلك مما ينتمى الزراعة - كغلبة السباخ والملح والرمل والحجارة فان ما تعذر زرعها لما ذكر لا بد ان يكون له فعل آخر غير الحرث والسقي والبذر تزيل عنه الموانع لينتفع به بمثل الحرث والزرع والغرس ومقتضى كون مجرد الحرث مع السقي او البذر احياء انه لا يشترط في الموات التعمير المذكور .

قلت يمكن دفع هذا الاشكال بان المراد من مجموع كلامهم ان الاحياء الذي يكون سبباً للتملك بالاذن السلطاني ، انما يتم بما ذكر هنا وانما يسبقه من ازالة الموانع - كتظليلها من الحجارة ومن الشوك ومن الملح والسباخ والرمل المانعة من الكراب ، انما هو تحجير لا احياء كما سيأتي بيانه والا فان الارض التي يمكن الانتفاع بها بمجرد الكراب والقاء البذر ليست مواتاً حتى يكون الكراب والزرع احياء لها وانما هي حية بذاتها والانتفاع بها يمكن لا متمذرة وهي المملوكة لبيت المال ان لم يعرف

لها مالك - اما الموت ملا كما بلا وارث واما انما لم تقسم بين الغائمين وهي المتماة
باراضي الحوز غذا ماظهر لي فندبره .

المادة ١٢٧٦ - * اذا بنى شخص جداراً في اطراف ارض
من اراضي الموات او بنى مسناة بقدر ما تحفظها من ماء المسيل يكون
قد احيا تلك الارض *

لان البناء احيا كما تقدم عن الدر والهداية والمسناة بضم الميم وتشدب النون
ما بنى لدفع الماء عن الارض كما في ابي السعود عن المغرب وكذا لو حنمها بحيث
بضم الماء يكون احيا كما في الهداية

المادة ١٢٧٧ - * وضع الاحجار او الشوك او اغصان الاشجار
الياسة محيطة بجوانب الارض الاربعة او تنقية الحشيش منها او احراق
الشوك او حفر البئر ليس باحيا ولكنه تحجير *

المراد ان باقى بالاحجار وما عطف عليها من خارج وبضعها في جوانب
الارض فلا تكرر مع المادة الآتية

المادة ١٢٧٨ - * اذا حصد شخص ما في الارض الموات من
الحشيش او الشوك ووضع في اطرافها ووضع عليه التراب بوجه مانع
لوصول ماء السيل اليها ولم يتم مسناتها فلا يكون احيا تلك الاراضي
ولكن يكون حجرها *

بشدب الجيم ويموز فيه التخفيف لان المراد فيه منع النير من الاحياء وفي

المسوط اشتقاق الكلمة من الحجر وهو المنع لانه اذا علم في موضع الموات علامة فكانه منع من احياء ذلك فسمى فعله تحجيراً ورد المختار . وفيه عن غابة البيان ثم التحجير يحصل بوضع الحجر على الجوانب الاربعة - وكذا بوضع الشوك والحشيش مع وضع التراب عليه من غير اتمام المسناة - وكذا اذا غرس حول الارض اغصاناً بابسة او نقي الارض من الحشيش او احرق ما فيها من الشوك وغير ذلك اهـ - او حفر من البئر ذراعاً او ذراعين . وفي الاخير ورد الخبر هداية . والتحجير لا يحتاج فيه الى اذن لسلطان كما سيأتي التصريح به في شرح المادة ١٢٨٦ عن الهداية .

المادة ١٢٧٩ - * اذا حجر شخص محلاً من اراضي الموات يكون احق من غيره بذلك المحل ثلاث سنين فاذا لم يجبه الى ثلاث سنين لا يبقى له حق ويجوز ان يعطى لغيره على ان يجيبه *

لان التحجير ليس باحياء كما تقدم لكن اذا فعله كان هو احق باحيائها ما لم يرجع عن ذلك لقول عمر رضي الله عنه ليس للمتحجر بعد ثلاث سنين حق فبعد ان تحجر لا يكون لغيره ان يشتغل باحيائها - بل ينتظر الى ان يعلم انه ترك احياءها وذلك مقدر بثلاث سنين عرف بقول عمر رضي الله عنه . واذا مضت تلك المدة عرف بطريق الظاهر انه ترك احياءها فكان لغيره احياءها . وهذا بطريق الدبابة لانه سبق غيره فكان هو اولى به من غيره كمن سبق بمكان في المسجد او في الرباط او في المفازة كانت اولى به من الغير - اما في الحكم اذا احياءها غيره بعد التحجير باذن الامام ، كانت له خانية اي لانه لم يملكها بالتحجير على ما هو الصحيح في الهداية وقال شيخ الاسلام ان التحجير يفيد ملكاً مؤقتاً لثلاث سنين ، وعليه فلو احياءها غيره فيها لا يملكها رد المختار عن العناية . ثم ان التحجير بتقديم التاء على الحاء هو المذكور في الهداية والخانية وغيرها من المعبرات . وفي رد المختار عن الدر المنقى انه بتقديم الحاء على التاء قال وهو الاصح كما في

المقرب اي لانه من الاحتجار اه

المادة ١٢٨٠ - * من حفر بئراً في اراضي الموات باذن السلطان

فهو ملكه *

وكذا يملك حرمها على ما سيأتي بيانه في الفصل الآتي وانما يملك البئر وما
حولها من الحرم اذا اتمها حفرأ واما لو حفر منها ذراعاً او ذراعين كان ذلك تحجيراً
لا احياء فلا يملكها كما تقدم عن الهداية .

* الفصل السادس *

في بيان حريم الآبار المحفورة والمياه المجرأة والاشجار المفروسة

« بالاذن السلطاني في الاراضي الموات »

المادة ١٢٨١ - * حريم البئر يعني حقوقه من جهاته من كل

طرف اربعون ذراعاً *

المراد من البئر البئر المذكور في المادة السابقة وهو المحفور في ارض الموات
باذن السلطان - واما ما حفره الانسان في ملكه فسيأتي ذكره في المادة ١٢٩١
وما حفره في ملك الغير باباحته للبقعة او بشراء ونحوه فلا حريم له - الا ان
يشترطه والظاهر ان له الاستقاء باليد لانه لا ينتفع به الا بالاستقاء وفي الهندية
بئر لرجل في دار غيره ، لم يكن لصاحب البئر حق القاء الطين في داره اذا حفر
البئر فالنوع عن الالتقاء عن الاستقاء وما حفره في ارض الموات بلا اذن الامام لم يثبت
له الحرم المذكور ، لتوقف الملك بالاحياء على الاذن عنده وبدونه فيحمل الحفر

تجسراً أفاده في الدر وحواشيه . واطلاق البئر يشمل بئر الناضح وهي التي ينزع منها الماء بالعمير وبئر العطن وهي التي ينزع منها باليد . والعطن بفتح عين مناخ الأبل حول البئر فلا فرق بينهما . وهذا قول الامام . وقالوا حريم بئر الناضح ستون ذراعاً . وظاهر المتون والشروح ترجيح قول الامام فانهم قرروا دليله وايدوه بما لا مزيد عليه واخر في الهداية دليله فاقضى ترجيحه ايضاً كما هو عادته وذكر ترجيحه العلامة قاسم في تصحيحه .

المادة ١٢٨٢ - * حريم منبع الاعين يعني الماء المستخرج من الارض الجاري على وجهها لها من كل طرف خمسية ذراع * *

لقوله صلى الله عليه وسلم : (حريم العين خمسية ذراع) ولان العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجتمع فيه الماء ومن موضع يجري منه الى المزرعة قدره الشارع بخمسية ولا مدخل للرأي في المقادير . ثم قيل هو خمسية من الجوانب الاربعة من كل جانب مائة وخمسة وعشرون ذراعاً . والاصح انه خمسية ذراع من كل جانب . والذراع هي المكسرة وهي ست قبضات وكان ذراع الملك كسرى سبع قبضات فكسر منها قبضة زبلي

المادة ١٢٨٣ - * حريم النهر الكبير الذي لا يحتاج الى الكري كل وقت من كل طرف مقدار نصفه فيكون مقدار حريمه من جانبه مساوياً لعرضه

هذا في النهر المحفور في ارض الموات باذن الامام . قال في الخانية : ولو حفر نهراً في مفازة او في موضع لا يملكه احد باذن الامام قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى لا يستحق النهر حريمًا . وقال صاحباه يستحق مقدار عرض النهر حتى اذا كان

مقدار عرض النهر ثلاثة اذرع كان له من الحرم مقدار ثلاثة اذرع من الجانبين من كل جانب ذراع ونصف في قول الطحاوي رحمه الله تعالى . وعن الكرخي مقدار عرض النهر من كل جانب اه

قال في الهداية : وهذا رفق بالناس اه . لكن في رد المحتار عن الاتفاقية وغيره : ان للنهر في الموات حريماً اتفاقاً وان الحافر يستحقه اجماعاً - وانما الخلاف في نهر ملوك هو في ارض ملوكه للصير وسيأتي بيان حكم هذا في المادة ١٢٩٠ وشرحها قيد بالنهر الكبير لأن الصغير سيذكر حكمه في المادة الآتية

المادة ١٢٨٤ - * حريم النهر الصغير المحتاج للكروي يعني الجداول والقنى تحت الارض على مقدار ما يلزمها من المحل لاجل طرح الاحجار والطين حين كريبها *

لانه مقدر بمرض النهر كالكبير . وهذه حكمة افراد الصغير بالذكر قال الزليعي : وذكر في كشف الغوامض ان الاختلاف بين الامام وصاحبيه في نهر كبير لا يحتاج فيه الى الكروي في كل حين - اما الانهار الصغار يحتاج فيه الى كريبها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق اه فتقوله حريم النهر الخ مبتدا وقوله على مقدار الخ خبره والقنى جمع قناة وهي ما يجري فيها الماء تحت الارض وكون القناة كالجدول والنهر الصغير في استحقاق الحرم ، هو قول الامامين خلافاً لأبي حنيفة في الخانية : ولو حفر رجل قناة بغير اذن الامام في مفازة وساق الماء حتى اتى به ارضاً فاحياها فانه يجعل لقنانه ولخروج مائه حريم بقدر ما يصلح وهذا قولهما - واما عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى اذا فعل ذلك باذن الامام يستحق الحرم للموضع الذي يقع فيه الماء على وجه الارض وان كان بغير اذن الامام لاشي له لان عند ابي حنيفة من احتفر نهراً لا يستحق الحرم . والقناة الى ان يقع الماء على وجه الارض بمنزلة النهر الا ان في القناة يجري الماء تحت الارض فاذا وقع على وجه الارض يصير ذلك الموضع بمنزلة العين لان في العين يخرج الماء من الارض

ويسمى على وجه الارض . ومن استخراج عيننا باذن الامام يستحق الحرم ولهذا
قال يستحق الحرم للموضع الذي يقع الماء فيه على وجه الارض الا - ان في
الكتاب لم يبين مقدار ذلك - لكن قال يستحق حرماً على قدر ما يصلح لانه
لم يجد في هذا نصاً اه فالجملته اخذت بقول الامامين وهو ان لجرى القناة حرماً
بقدر ما يصلحها

المادة ١٢٨٥ = * حریم القناة الجاری ماؤها على وجه الارض
كالمين في كل طرف خمساية ذراع *

قال الإيلي عند قول صاحب الكنز والقناة حریم بقدر ما يصلحها . القناة
مجرى الماء تحت الارض ولم يقدر حریمه بشيء يمكن ضبطه وعن محمد رحمه الله
تعالى انه بمنزلة البئر في استحقاق الحرم وقيل هذا عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله
تعالى لا حریم لها . لما يظهر ماؤها على وجه الارض ، لانها نهر في الحقيقة
فتمتبر بالنهر قالوا عند ظهور الماء بمنزلة عين فواره فيقدر حریمها بخمساية
ذراع اه

والحاصل ان الجملة اخذت بقولها في ان مجرى القناة يستحق الحرم بقدر
ما يصلحها لاجل القاء الطين والحجارة الى ان يظهر الماء على وجه الارض
واخذت بقول الامام في ان لها حرماً كحریم العين بعد ظهور الماء من كل
جهة خمساية ذراع

المادة ١٢٨٦ - * حریم الآبار ملك اصحابها لا يجوز لغيرهم
ان ينصرف فيها بوجه من الوجوه ومن حفر بئراً في حریم آخر
يردم وعلى هذا الوجه ايضاً حریم الينابيع والانهر والقنوات *

فقد سمي حريمًا لأنه حرم على غير مالكه قال في الدرر فان حفر فللول ان يسده ولا يضمنه النقصان وان باخذه بردم ما احتفزه ، لان ازالة جنازة حفره به كما في كفاية بلقيها في دار غيره يؤخذ برفها وقيل بضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح اه
ومثله في الهداية : وفيها وما عطب في الاولى فلا ضمان فيه لانه غير متمدد ولو بلا اذن الامام - اما عندهما فظاهر ، واما عنده فلا انه يجعل الحفر تحجيراً وهو بسبيل منه بلا اذن وان كان لا يملكه بدونه . وما عطب في الثانية فيه الضمان لتعديه بالحفر في ملك غيره اه ملصقاً كذا في رد المحتار . وانا عن الاتقاني ان طريق معرفة النقصان ان تقوم الارض بلا حفر ومع الحفر فيضمنه نقصان ما بينهما اه

المادة ١٢٨٧ - ﴿ اذا حفر شخص بشراً بالاذن السلطاني في القرب من حريم بشر لاخر فحريم هذا البشر في سائر جهاته ايضاً اربعون ذراعاً لكن في جهة البشر الاول ليس له ان يتجاوز حريمه ﴾
حتى لو حفر الثاني في القرب من منتهى حريم الاول ، فلا حريم للثاني الا من الجوانب الثلاثة كما في التنوير وغيره . قال ابو السعود وبهم منه انه لو حفر ثالث اي في القرب من منتهى الاول ومن منتهى الثاني ، كان له الحريم من الجانبين فقط ، حموي عن المقدسي اه رد المحتار اي لسبق ملك الاولين كما في الدر .

المادة ١٢٨٨ - ﴿ اذا حفر شخص بشراً في خارج حريم بشر فذهب ماء البئر الاولى الى الثانية ، فلا شيء عليه كما لو فتح شخص دكاناً عند دكان اخر وكسدت تجارة الاولى فلا تغلق الثانية ﴾

لان الحاضر الثاني غير متعذر فيما صنع والماء تحت الارض غير مملوك لاحد
كما تقدم في المادة (١٢٣٥) فليس له ان يخاصمه في تحويل ماء بئر الى البئر
الثاني بجمع الانهر

المادة ١٢٨٩ - * خريم الشجر المفروسة بالاذن السلطاني في
اراضي الموات من كل جهة خمسة اذرع فلا يجوز لاحد غرس شجرة
في هذه المسافة *

لان من غرس اولاً محتاج الى الحرم لجذاذ ثمره والوضع فيه وقيد كون
الغرس الاول بالاذن السلطاني لانه بلا اذن لا يملك الحرم عند ابي حنيفة وهو
الذي مشت عليه المجلة كما علمت

المادة ١٢٩٠ - * ساقية لشخص جارية في عرصة آخر فطرفاها
بقدر ما يمسك الماء لصاحب الساقية واذا كان طرفاها مرتفعين فما
ارتفع منها ايضاً لصاحب الساقية وان لم يكن طرفاها مرتفعين ولم
يوجد دليل على ان احدهما ذوبيد بأن كان عليها اشجار مفروسة فالطرفان
لصاحب العرصة لكن لصاحب الساقية ان بطرح الطين على طرفيها
وقت كرمها *

قد علمت مما كتبناه في شرح المادة ١٢٨٣ ان النهر في الارض الموات له حريم
بالاتفاق على الصحيح وقد ذكر في هذه المادة ما اذا كان النهر في ارض الغير وقد تنازع
صاحب الارض وصاحب النهر في حريم النهري طرفه وكل منهما يقول هو ملكي . وقد
وقم خلاف في هذه المسئلة بين الامام وصاحبه فابو حنيفة يقول لا حريم للنهر اذا

كانت في ارض الغير فيكون القول في ذلك الحرم ، قول صاحب الارض انه ملكه لان الحرم اشبه بالارض صورة ومعنى ، لاتحاد المقصود فيها والظاهر شاهد لمن في يده ما هو اشبه به - كما لو تنازعا في مصراع باب ليس هو في ابدبها والمصراع الآخر سكب على باب دار احدها كان القول له - فكذا هذا الا ان يبرهن صاحب التهر على ان الحرم ملكه وقال الصاحبان ان صاحب النهر مستعمل للحريم لاستمساك مائه به . والاستعمال يد فيه فكان القول قوله وعلى صاحب الارض البينة - كما لو تنازعا في ثوب واحد واحدها لابسه كان القول قوله لانه صاحب يد بالاستعمال . والتون على قول الامام رحمه الله تعالى لانه لو كان صاحب النهر مستعملا له بامساك مائه به كان صاحب الارض ايضا مستعملا له بدفع الماء عن ارضه فاحتويا من هذا الوجه وترجع صاحب الارض من الوجه الذي تقدم فكان الحرم له . ثم ان موضع الخلاف ان يكون الحرم موازبا للارض ، وان يكون لا فاصل بينه وبين الارض ، وان لا يكون مشغولا بحق احدها مميئا معلوما فلولم يكن موازبا لها بان كان مرتفعا عنها او فصل بينه وبينها فاصل من بناء او طريق او خندق ، كانت القول قول صاحب النهر انه له وعلى صاحب الارض البينة . ولو كان مشغولا بحق احدها على التعمين بان كان له فيه بناء او غراس او طين او زرع كان القول فيه قول صاحب ذلك الشغل وعلى الآخر البينة - واما لو كانت فيه اشجار لا بدري من غرسها فهي مثل الحرم على هذا الخلاف قيل وكذا لو كان فيه طين لا بدري صاحبه فعلى الخلاف والصحيح انه لصاحب النهر ما لم يفتح ثم اذا كان الحرم لاحدها ابها كانت لا يمنع الآخر من الانتفاع به على وجه لا يبطل حق مالكه كالمروور فيه والقاء الطين عليه ونحو ذلك . بذلك جرت العادة ولا يفرس فيه الا المالك لانه يبطل حقه هذا ملخص ما في الزلمي ومثله في الهداية وشروحها

زاد في الهداية ولا نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للفرس اه وذكروا في الدر معزبا للثمة ان النهر في ارض الغير له حرم بالاتفاق بقدر ما يحتاج اليه لالقاء الطين ونحوه اه

قلت ومن نقل الاتفاق الشرنبلالي عن الاختيار وشرح المجمع اه

اقول وقولنا فيما لخصناه عن الزبلي والهداية بأن كان مرتفعاً عنها هكذا
فيد عدم الموازاة بالارتفاع في الهدية وغيرها وانظر هل مثله ما اذا كان منخفضاً
عنها لصدق عدم الموازاة عليه لم اره منقولاً فحرره نقلاً .

المادة ١٢٩١ - * لا حريم لبئر حفرها شخص في ملكه ولجاره
ايضاً ان يحفر بئراً آخر في ملك نفسه عند ذلك البئر وليس لذلك
الشخص منع جاره من حفر البئر بقوله انه يجذب ماء بئري *

لما تقدم مراراً من ان الماء تحت الارض غير مملوك لاحد فلا مخاصمة به
* خاتمة *

بني قصرأ في مفازة لا يستحق حريماً وان احتاجه لالفاء الكساسة فيه . انفق
ان يخرجنا نفقة لحفر بئر على انه لاحدهما وحريمه لآخر لا يجوزها بينهما ، وان
على ان يكونا بينهما نصفين - على ان ينفق احدهما اكثر ، لم يميز ولين انفق اكثر ان
يرجع بنصف الزيادة ، وان على ان يحفرا نهراً لاحدهما وارضاً للآخر لم يميز حتى
يكونا بينهما وان انفق اكثر ، ان يرجع ناتر خانية ملخصاً كذا في رد المحتار .

* الفصل السابع *

* في بيان المسائل العائدة الى احكام الصيد *

المادة ١٢٩٢ - * الصيد جائز سواء كان بالآلات الجارحة
كالرمح والبندقية او غيرها كالشبكة او بالحيوان المفترس المعلم كالكلب
او بالطائر الجارح كالصقر *

البندقية بضم الباء والذال طينة مدورة يرمى بها والمراد ما كان منها خفيفاً

ذا حدٍ اما الثقيلة لا تحمل ، وان جرحت كما في رد المختار اي لقتلها بالثقل فلا بد
لحلبها من الذكاة الاختيارية واما الرصاص فإن الجرح فيه به - انما هو بالاحراق
والثقل بواسطة اندفاعه العنيف اذ ليس له حد فلا يحل اكل ما صيد الا ان يدركه
فيذبحه ، ليكون ذكائه اختيارية افاده في رد المختار قال وبه انتهى ابن نجيم
وذكر الزيلعي ان الاصل ان الموت اذا حصل بالجرح ييقين ، حل وان بالثقل
او شك فيه فلا يحل - تماماً واحتياطاً اه . وقوله الصيد جائز اي مباح كما في التنوير -
الا للتلمي لان مطلق اللغو منهي عنه الا في ثلاثة مذكورة في الحظر والاباحة
والا في الحرم والا محرم سواء كان في الحل او الحرم كما في الدر وحواشيه .
وذكر في رد المختار : ان الصيد مباح بخمسة عشر شرطاً خمسة في الصائد
وهو ان يكون من اهل الذكاة ، وان يوجد منه الارسال وان لا يشاركه سيف
الارسال من لا يحل صيده ، وان لا يترك التسمية عامداً ، وان لا يشتغل بين
الارسال والاخذ بعمل آخر - وخمسة في الكلب ان يكون معلماً ، وان يذهب
على - من الارسال ، وان لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده ، وان يقتله
جرحاً ، وان لا يأكل منه ، وخمسة في الصيد ان لا يكون من الحشرات ، وان
لا يكون من نبات الماء الا السمك وان يمنع نفسه بجناحه او قوائمه وان لا
يكون متقرباً بناه او بمخلبه وان يموت بهذا قبل ان يصل الى ذبحه وبمجموع هذه
الشروط لما يحل اكله ولم يدركه حياً اه

المادة ١٢٩٣ - الصيد هو الحيوان المتوحش من الانسان

الصيد يطلق ويراد به المصدر من صاده اذا اخذه فهو صائد وذاك مصيد
ومنه قوله في المادة السابقة الصيد جائز ويسمى المصيد صيداً فيجمع صيوداً وهو
كل ممنوع متوحش طبعاً لا يمكن اخذه الا بجيلة (مغرب) فخرج بالممنوع مثل الدجاج
والبط اذ المراد منه ان يكون له قوائم او جناحان يملك عليهما ويقدر على الفرار من
جهتها ، وبالمتوحش مثل الحمام اذ معناه ان لا يألف الناس ليلاً ونهاراً وخرج

بطبعاً ما يتوحش من الاهليات فانها لا تحمل بالاصطياد وتعمل بذكاة الضرورة
ودخل به متوحش بألف كالظبي فانه وان كان بألف بعد الاخذ الا انه اذا
صيد قبله يحل بالاصطياد ودخل فيه ما لا يؤكل رد المختار .

المادة ١٢٩٤ - * كما ان الحيوانات الاهلية لا تصاد كذلك
الحيوان البري المستأنس بالانسان ايضاً لا يصاد بناءً على ذلك الحمام
المعلوم انه غير بري بدلالة امثاله او الصقر الذي برجله الجريس او الغزال
الذي في عنقه الطوق اذا امسكها احد تكون من قبيل اللقطة فيلزم
الاعلام بها كي تعطى لصاحبها *

قال في جمع الانهر : فالحيوان كالظبي والارنب اذا وقع في الشبكة او سقط في البئر
او كان ضعيفاً مجروحاً هو متوحش غير ممتنع - واذا استأنس بالادمي هو
ممتنع غير متوحش فلا يجري فيه حكم الصيد من الذبح الاضطراري وان كان
ممتنعاً ولم يكن متوحشاً في الاصل كالقمر لا يكون صيداً وان كان متوحشاً كالدب
والثعلب لا يكون من الذبائح لانه لا يؤكل بل يكون صيداً ينتفع بجلده اه وفي الهندية
عن المبسوط ومن اخذ بازباً او شبهه في مصر او سواد في رجليه سير او جلاجل
ويعرف انه اهلي فعليه ان يعرف ليرده على صاحبه - وكذلك ان اخذ ظبياً
وفي عنقه فلادة وكذلك لو اخذ حمامة في المصر يعرف ان مثلها لا يكون
وحشياً فعليه ان يعرفها لانه بمنزلة اللقطة . وبهذا تبين ان من اخذ بروج حمام
فاوكرت فيه حمام الناس فما يؤخذ من فراخها لا يحل له لان الفرخ يملك بملك
الاصل فهو بمنزلة اللقطة في يده - الا انه ان كان فقيراً يحل ان يتناول لحاجته وان
كان غنياً ينبغي ان يتصدق بها على فقير ثم يشتري منه بشيء فيتناول - وهكذا
كان يفعل شيوخنا الامام شمس الائمة رحمه الله تعالى وكان مولماً باكل الحمام اه

المادة ١٢٩٥ - * شرط الصيد كونه ممتعاً عن الانسان
بقدرته على الفرار برجليه او جناحيه فان صار الى حال لا يقدر على
الفرار والخلص كغزال مثلاً وقع في بئر فيكون قد خرج عن
حال الصيدية *

لانه وان كان منوحناً لكنه غير ممنوع فلا تجزي فيه الذكاة الاضطرارية
كما تقدم عن جمع الانهر في شرح المادة السابقة

المادة ١٢٩٦ - * من اخرج صيداً عن حال صيدته فكانه
قد امسكه *

الصيد يملك بالاخذ والاخذ نوعان حقيقي وحكي فالحقيقي ظاهر والحكي
باستعمال ما هو موضوع للاصطياد - قصد به الاصطياد او لم يقصد - حتى ان من
نصب شبكة لتمقل بها صيد ، ملكه صاحب الشبكة قصد بنصب الشبكة الاصطياد
او لم يقصد ، لان الشبكة انما تنصب لاجل الصيد - حتى لو نصبها للجفاف لتمقل
بها صيد لا يملكه لانه لا يصير آخذاً له بالشبكة . والاخذ الحكي يكون
ايضاً باستعمال ما ليس بموضوع للاصطياد اذا قصد به الاصطياد حتى ان من
نصب فسطاطاً وتمقل به صيد - ان قصد بنصب الفسطاط الصيد ملكه وان لم يقصد
به الصيد لا يملكه كذا في الظهيرية هندية

للمادة ١٢٩٧ - * الصيد لمن امسكه مثلاً اذا رمى شخص
صيداً ففر بجرح لا يقدر على الخلاص منه صار مالكاً له لكن اذا كان

جرحه خفيفا بصورة يتخلص معه فلا يكون مالكا له فبرمي آخر اياه او بمسكه بصورة اخرى يكون مالكا له وكذا لو رمى شخص صيدا وبعد ان اوقعه نهض هاربا فباخذ آخر اياه يستملكه *

رجل رمى صيدا الى صيد فاصابه وانخه بحيث لا يستطيع البراح ثم رماه آخر فقتله لا يحل اكله ، لان السهم الاول لما انخه فقد اخرجته من ان يكون صيدا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ويضمن الثاني للاول قيمته مجروحا لانه صار ملكا للاول وقد حرمه الثاني فيضمن قيمته . وان كان الصيد بعد ما اصابه السهم الاول يتحمل ويطير فرماه الثاني فقتله ، يكون للثاني ويحل اكله خائفة ملخصا وفي الهندية : نصب شبكة فتعقل بها صيد فجاء انسان واخذه قبل ان يتخلص ويطير فهو للاول ، لان سبب الملك انمقد في حق الاول ، لانه موضوع له ولم ينتقض السبب بعد - حتى لو اخذه الثاني بعد ما تجلس وطار فهو للثاني لانه انتقض السبب قبل اخذ الثاني كذا في الكبرى . ولو كان صاحب الشبكة اخذه ثم انفلت منه ثم اخذه آخر فهو ملك للاول ، لانه ملكه بالاخذ - وانفلتته بمنزلة اباق العبد وشروء البعير وذلك لا يوجب زوال ملكه كذا في محيط السرخسي اه

المادة ١٢٩٨ - اذا رمى صيادان صيدا برصاصها واصاباه

بصير ذلك الصيد مشترك بينهما مناصفة *

هذا اذا رمياه معا واصاباه معا لاستوائهما في السبب اما لو رمياه معا فاصابه احدهما قبل الآخر فانخه ثم اصابه الآخر او رماه احدهما ثم رماه الثاني قبل ان يصيبه الاول او بعد ما اصابه قبل ان يشخه فاصابه الاول وانخه او انخه ثم اصابه الثاني فقتله ، فهو الاول وهو كل خلافا لزنفر . والكاب في هذا كالسهم

حتى يملكه بانخانه ولا يعتبر امساكه بدون الاثنان - حتى لو ارسل بازيه فامسك
الصيد بجلبه ولم ينخنه فارسل آخر بازيه فقتله فهو الثاني ويحل لان يد البازي
الاول ليست بيد حافظه لتقام مقام يد المالك . ولو رمى سهما فانخنه ثم رماه ثانيا
فقتله حرم . ولو ارسل كلبين على صيد فضر به احدهما فوقه ثم ضربه الآخر
فقتله ، بوه كل كذا في رد المختار وفي الزيلعي : ولو رمى سهما فاصاب سهما موضوعا
على حائط فدفعه ومضى السهم الثاني واصاب صيدا فقتله ، حل لان اندفاع السهم
الثاني بواسطة الاول فاضيف الى راميه كانه رماه به ، ولو رمى سهما الى صيد
ورمى رجل آخر الى ذلك الصيد او غيره فاصاب السهم الثاني السهم الاول وامضاه
حتى اصاب الصيد وقتله جرحا ، ينظر ان كان السهم الاول بحال يعلم انه لا يبلغ
الصيد بدون دفع الثاني فالصيد للثاني ، لانه هو الاخذ له - حتى لو كان الثاني
مجوسيا او محرما لا يحل وان كان السهم الاول بحال يبلغ الصيد بدون السهم
الثاني فالصيد للاول لانه هو السابق في الاخذ لكن اذا كان الثاني مجوسيا او
محرما لا يحل استحسانا ، لانه اوجب زيادة قوة في السهم الاول فواجبه الحرمة
احتياطاً اه وتامه فيه فليراجع

المادة ١٢٩٩ - * اذا ارسل صيادان كليهما المعلمين واصابا
صيداً فذلك الصيد بين صاحبيهما مشترك واذا امسك كل واحد منهما
صيداً فما امسكه كل واحد منهما يكون لصاحبه وكذلك اذا ارسل
اثنان كليهما المعلمين فوقع احدهما صيدا والثاني قتله فان كان
الكلب الأول اوصله الى حالة لا يمكنه التخلص معها فذاك الصيد
لصاحبه والا فهو للثاني *

ها هنا ثلاث مسائل الاولى ان يرسل الصيادان كليهما معاً ويصيد الكلبان
الصيد معاً فالصيد بين صاحبيهما مناصفة - كما لو ربا بالبندقه او الرصاص معاً

واصابا معا على ما تقدم في المادة السابقة . المسئلة الثانية ان يرسل الصيادان كليهما معا او متعاقبا فيمسك كل كلب صيدا على حدة فما امسكه كل كلب يكون صاحبه خاصة وهذه ظاهرة . الثالثة ان يرسل كل واحد كلبه فيمسك احدهما الصيد ثم يقتله الآخر . والكلام على هذه المسئلة من وجهين الاول فبين يملك الصيد من صاحبي الكلبين . وهذا بينة هذه المادة بأنه ان كان الكلب الذي امسكه قد اتخنه اي اوصله الي حالة لا يمكن التخلص معها - يعني اخرجه عن خيز الامتناع فالصيد لصاحبه لانه باخراجه عن خيز الامتناع اخرج عن حالة الصيدية وصار ملكا لصاحبه وان لم يتخنه - بان امسكه و بقي سيفي حالة يمكنه التخلص معها فهو للثاني لانه بمجرد الامساك لم يخرج عن حالة الصيدية لان يد الكلب ليست بيد حافظة لتقوم مقام يد صاحبه كما قدمناه في شرح للمادة السابقة . الوجه الثاني في حل كلبه . والحكم في هذا ان الكلب الذي قتله ان كان ارسله صاحبه قبل ان يتخنه الاول ، حل اكله لانه حين الارسال الثاني كان صيدا اقدرته على الامتناع فيكون قتله ذكاة له وان ارسله بصد ان اتخنه الاول لا يحل اكله ، لانه حالة القتل كان خارجا عن حالة الصيدية فلا يحل الا بالذكاة الاختيارية وجنثذ بضمن الثاني للاول قيمته مجروحا لان الاول ملكه بانخان كلبه اباه والثاني ائلفه عليه بارسال كلبه وقتله فيضمنه معيبا بالجراحة كذا في المتنقى وشرحه بجمع الانهر

وحاصل هذا كما في الزبلي انه لاجل الحل يعتبر وقت الرمي والارسال لان الحل يحصل بفعل الصائد . وفعله هو الرمي والارسال ولجل الملك يعتبر وقت الاثخان لان به ثبت الملك خلافا لزفر فانه يعتبر وقت الاثخان مطلقا ونمام تفصيلات المسئلة مبسوطه في الزبلي فراجع ان شئت .

المادة ١٣٠٠ - ﴿ في ساقية شخص او جدوله مملك لا يمسك من غير صيد فلاخر ان يستملكه بالصيد ﴾

وكذاله ان يأخذه اذا كان السمك يمسك من غير اصطياد لان الصيد

انما يملك بالاخذ وصاحب الجدول والساقية لم يأخذه لاحقيقة ولا حكا حيث لم تكن معدة للاصطياد فالتقييد يكون السمك لا يمسك من غير صيد اتفاقي - كما تنبيه عنه المادة الآتية وفي الخاتمة : رجل حفر في ارضه حفيرة ووقف فيه صيد فجاء رجل واخذه ، فان الصيد يكون للاخذ - وان كان صاحب الارض اتخذ تلك الحفيرة لاجل الصيد فهو احق بالصيد اه اي لانه ملكه بالاخذ الحكمي كما قدمناه في شرح المادة (١٢٩٦)

ثم رأيت في الهندية غازياً للمحيط ما نصه : قال في الاصل : ومن اصطاد سمكة من نهر جار لرجل لا يقدر على اخذ صيده فهو للذي اخذه وكذلك ان كانت اجمة لا يقدر على اخذ صيدهما الاً بالاصطياد فصاحب الاجمة ما صار محرراً لما حصل فيها من السمك وانما المحرز الآخذ فان كان صاحب الاجمة احتال لذلك حتى اخرج الماء وبقي السمك فهو لصاحب الاجمة .

وذكر شمس الائمة الحلواني ان من مشايخنا من قال : ان اخرج الماء وابس قصده السمك فهو للاخذ وان نصب عنه الماء فان كان قصده اخذ السمك بنظر ان لم يتمكن اخذه الا بصيد فهو للاخذ وان امكن اخذه من غير صيد فهو لصاحب الاجمة اه فتأمل .

المادة ١٣٠١ - * شخص هياً محلاً في حافة الماء لاجل صيد السمك فجاءه سمك كثير واخذ الماء باثمة فان كان ذلك السمك يمسك من غير صيد فهو لذلك الشخص وان كان اخذ ذلك السمك محتاجاً الى الصيد لكثرة الماء في ذلك المحل فلا يكون السمك لذلك الشخص ويسوغ لآخر ان يستملكه بالصيد *

وفي الهندية ولو ان صيداً باض بارض رجل او تكمن فيها وجاء آخر واخذه ، فهو له هذا اذا كان صاحب الارض بعيداً من الصيد بحيث لا يقدر على اخذه لو مد يده

اما اذا كان قريباً بحيث لو مدّ يده اخذه ، فهو لصاحب الارض ، كذا في الظهيرية : واذا حفر بئراً ولم يقصد به الاصطياد فوقع الصيد فيها فجاء آخر واخذه ان دنا صاحب البئر من الصيد بحيث لو مد يده بقدر على اخذه فهو لصاحب البئر كذا في المحيطاه

المادة ١٣٠٢ - * اذا دخل صيد دار انسان فاغلق بابه لاجل اخذه بصير مالكاً له لكن لا بصير مالكاً له اذا لم يجرزه باغلاق بابه فلو جاء آخر واخذه ملكه *

عبارة الهندية هكذا : وذكر في العميون : اذا دخل الصيد دار انسان واغلق صاحب الدار الباب عليه وصار بحيث بقدر على اخذه من غير صيد ، فان اغلق الباب لاجل الصيد ملكه ، وان اغلقه لاسر آخر لا يملكه - حتى لو اخذه آخر ، كان لصاحب الدار في الوجه الاول . وفي الوجه الثاني ، يكون للاخذ قال مشايخنا : وليس معنى قوله بقدر على اخذه من غير صيد ، انه لا يحتاج في اخذه الى المعالجة - وانما معناه انه يمكن اخذه بقليل المعالجة من غير نصب شبكة اه

وفيها عن الذخيرة وذكر في المنتقى عن محمد رحمه الله تعالى : لو دخل طيبي دار رجل او حايطه او دخل حمار وحش دار رجل او حايطه - فإن كان هوخذ بغير صيد ، فهو لرب الدار . وكذلك الحظيرة للسك وهذا الجواب يخالف جواب الاصل . وفي الاصل لو ارسل كلبه على صيد فاتبه الكلب حتى ادخله في ارض رجل او داره كان لصاحب الكلب و كذا لو اشتد على صيد حتى اخرجه وادخله دار انسان ، فهو له لانه لما اخرجه واضطره فقد اخذه بيده اه

وفيها عن الظهيرية وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى في رجل اصطاد طائراً في دار رجل فان اتفقا على انه على اصل الاباحة فهو للصيد سواء اصطاده من الهواء او من الشجر - وان اختلفا فقال رب الدار اصطدت قبلك وانكر الصيد ذلك فان كان اخذه من الهواء ، فهو له وان كان اخذه من جدار داره او شجره

فالقول قول صاحب الدار وان اختلفا في اخذه من الهواء او الجدار فالقول
قول صاحب الداراه

المادة ٣ ١٣ - * اذا وضع شخص في محل شيئاً ما كالشرك
والشبكة لاجل الصيد فوقع فيه صيد فهو لذلك الشخص لكن اذا
نشئ شخص شبكة لاجل جفافها ووقع فيه صيد فلا يكون له كما لو
لو وقع صيد في حفرة في اراضي شخص فانه يجوز لآخر ان يستملكه
بالاخذ لكن اذا حفر صاحب الاراضي تلك الحفرة لاجل الصيد فانه
يصير به احق من سائر الناس راجع المادة (١٢٥٠) *

حيث صرحت بان كون الاحراز مقروناً بالقصد ، لازم - لكن قدمنا في
شرح المادة (١٢٩٦) ان ما هو موضوع لان بصطاد به كالشبكة ، لا يحتاج فيه
الى قصد الاصطياد ، بل يكفي فيه ان لا يقصد شيئاً - نعم يحتاج فيه الى ان
لا يقصد بوضعه شيئاً آخر كان يضع الشبكة لاجل الجفاف فارجع اليه . هذا
وذكر في المندبة عن الظهيرة ما نصه : وفي المتنق : نصب حباله فوقه فيما صيد
فاضطرب وقطمها وانفلت فجاء آخر واخذ الصيد ، فالصيد للاخذ ولو جاء
صاحب الحباله ليأخذه فلما دنا منه بجيئ بقدر على اخذه ان شاء ، اضطرب حتى
انفلت فأخذه آخر فهو لصاحب الحباله . وكذا صيد الكلب والبازي على هذا
التفصيل ، والحباله خيط مستدير يتعقل به رأس الصيد او رجله اه .

ويقال مثله فيما اذا وقع الصيد في حفرة ارض رجل كما تقدم عن المندبة في
شرح المادة (١٣٠١) وعليه فلا بد من تقييد قوله فانه يجوز لآخر ان يستملكه
ان لم يبا اذا لم يذن منه صاحب الشرك او الشبكة بجيئ يمكنه اخذه والا فلا
يجوز له الاستملاك لانه صار ملك صاحب الشبكة حيث اخذه ، حكماً
فاحفظه

المادة ١٣٠٤ - * إذا اتخذ حيوان وحشي عشاً في بستان شخص
وباض فيه فلا يكون ملكاً له فإذا جاء آخر واخذ بيضه او افراخه
فليس لصاحب البستان ان يسترد ذلك منه لكن اذا هيا صاحب
البستان بستانه لاجل ان يبيض فيه او يفرخ ذلك الحيوان الوحشي
فجاء وباض وافرغ فيه فيبيضه وافرغ له *

والظاهر ان نفس الحيوان الوحشي المذكور اذا صار بحال يقدر على مسكه
واخذه ، يكون له ايضاً كما لا يخفى - ثم ان قوله فليس لصاحب البستان ان يسترده
لا بد من تقييده بما اذا كان صاحب البستان بعيداً - اما لو كان قريباً منه بحيث
يقدر على اخذ البيض او الافراخ فقد ملكه . ولو اخذه آخر بعد ذلك يسترده
منه كما قدمنا التصريح به عن الهندية في شرح المادة ١٣٠١

المادة ١٣٠٥ = * شخص اتخذ في بستانه محلاً للنحل فمسلها له
لانه معدود من منافع بستانه لا يجوز لاحد ان يتعرض له لكن يلزمه
اعطاء عشرة الى بيت المال *

الظاهر ان هذه الترجمة خطأ ، وصوابها شخص اتخذ النحل في بستانه محلاً
فمسلها له الخ لان عبارة التارخانية هكذا : اذا اتخذ النحل موصلاً في ارض
انسان فحصل منه عسل كثير فهو لصاحب الارض وفيه العشر وليس لاحد عليه سبيل اه
ومثله في الخلاصة وغيرها .

وفي الهندية وفي المنتقى : روى ابن رشيد عن محمد رحمه الله تعالى : نحل اتخذت
كوارات في ارض رجل فخرج منها عسل كثير ، كان ذلك لصاحب الارض ولا

صبيلا لآحد على آخذة قال : ولا يشبه هذا الصيد وبيضة وآشار إلى معنى الفرق فقال انه يجمي ويزهب والبيض بصير طائراً وبطير وانما يشبه الطير في هذا النحل نفسها ولو آخذ النحل آحد كانت له - واما العسل فلم يكن ضيداً ولا بصير صيداً قط . وفيه ايضا عن ابي يوسف رحمه الله تعالى اذا وضع رجل كوارات النحل فتمسكت فهو لصاحب الكوارات كذافي الذخيرة اه

المادة ١٣٠٦ - النحل المجتمعة في كواراة شخص بعد مالاً محرزاً وعسلها ايضا مال ذلك الشخص *

فلا يجوز حينئذ ان ياخذ آحد ذلك النحل او بعضه لانه بعد اجتماعه في كواراة ذلك الشخص صار ملكاً له محرزاً - بخلاف ما اذا عسل في بستان شخص ولم يدخل في كوارته فانما يكون العسل حينئذ ملكه والنحل صيد فهو لمن آخذه . والظاهر ان دخول النحل في ملك صاحب الكواراة ، مشروط بان يكون قد هياماً للاصطياد او بان يكون قريباً منها بحيث يقدر على الاستيلاء عليه ليحصل الاحراز الحكمي كما تقدم مراراً في نظائره فتدبره .

المادة ١٣٠٧ - اذا طردت النحل من كواراة آحد إلى دار آخر وآخذها صاحب الدار فلصاحب الكواراة ان يستردها *

ذكر في الفتاوى الانقروبية في كتاب اللقطة معزياً للعاوي الزاهدي : ان نحل النحل من كواراة صاحبه إلى كواراة غيره فهو للمالك لانه لا يكون بمعنى الصيد وكذا لو خرج وله نخله ودخل في كواراة غيره او طار في الهواء فاتبعه آخر فاوقفه على شجرة او وقع بنير ضنعة على شيء فاخذه فهو للمالك ام .

- الباب الخامس -

✽ في بيان النفقات المشتركة وبشتمل على فصلين ✽
« الفصل الاول في بيان تعبيرات الاموال المشتركة »
(وسائر مصارفها)

المادة ١٣٠٨ - ✽ الملك المشترك متى احتاج الى التعمير والترميم
بعمرة اصحابه بالاشترك على قدر حصصهم ✽

لان الترمم بالغتم كما تقدم في المادة (٨٧) لان الغرامة التي لتحسين الاملاك
تقسم على قدر الاملاك كما تقدم في المادة (١١٥٢) - هذا ونقل العلامة ابن
عابدين في تنقيح الحامدية عن فتاوى الشيخ اسماعيل ما نصه :
سئل في نهر يستقي بساتين وقرى انهدم جانب منه واحتاج الى التعمير فاجاب :
تعميره على اربابه جميعاً على حسب حقوقهم من اعلاه اه - ثم قال لكن ينبغي ان
يقال من اسفله بدل قوله من اعلاه لان من كان من جهة اعلى النهر قبل موضع
الانهدام لا يحتاج الى التعمير - بخلاف من كان من جهة اسفله الى موضع
الانهدام فان الانهدام ينقص عليهم الماء فهم المحتاجون الى تعميره اه
اقول : مراده بقوله من اعلاه ان يكون الانهدام في اعلى النهر قبل جميع
اراضي المشتركين ليكون الجميع محتاجين الى تعميره والا لو كان الانهدام من
اسفله لم يصح جوابه بان تعميره على اربابه جميعاً فتدبر وسياق الكلام على موثقة
كري النهر المشترك وتعميره في الفصل الثاني

المادة ١٣٠٩ - ✽ اذا عمر احد الشريكين الملك المشترك باذن

الآخر وصرف من ماله قدراً معروفاً فله الرجوع بحصة شريكه يعني
بأخذ من شريكه مقدار ما اصاب حصته من الصرف *

وان لم يقل اصرف عليّ او لترجع عليّ كما في كفالة الحامدبة و٣٤ من
جامع الفصولين . ولو اختلفا في قدر النفقة هل يصدق المأمور بيمينه او لا بد له من
بينة فذكر في وكالة الخيرية معزباً للتاريخانية تفصيلاً بين ان يكون الاتفاق والصرف
من مال الأمر فيكون القول للمأمور بيمينه في مقدار ما صرف وذلك بان يدفع
له مالاً ليصرفه او بأمره باجارة المحل المشترك وصرف باجرته في عمارته او يحوله
على آخر يدين للأمر عليه فيقبضه وبصرفه ، وبين ان يكون ما صرفه من مال
نفسه ويريد الرجوع به على الأمر فلا يقبل قوله في ذلك الا بينة ، لانه في الصورة
الاولى امين ينكر الضمان ويدعي الخروج عن عهدة الامانة . والقول قول الامين
باليمين - الصورة الثانية يدعي الدين على الأمر والأمر ينكر . والبينة على المدعي
واليمين على المنكر اهـ ملخصاً

المادة ١٣١٠ - * اذا احتاج الملك المشترك الى التعمير واحد
الشريكين غائب و اراد الاخر التعمير فانه يستأذن الحاكم ويصير اذن
الحاكم قائماً مقام اذن الغائب صاحب الحصصه يعني ان تعميم صاحب
الحصصه الحاضر الملك المشترك باذن الحاكم في حكم اخذه الاذن من
شريكه الغائب فيرجع عليه بحصته من الصرف *

اقول قد منا في شرح المادة (٢١٩٢) عن جامع الفصولين ان القاضي انما يكون
له ولاية الأمر بالاتفاق في موضع له ولاية جبر الشريك الغائب عليه لو كان حاضراً
وانه اذا كان لا يجبره حاضراً فلا يأمر غيره بالبناء عليه . وعليه فلا بد من حمل

هذه المادة على ما اذا كان الملك المشترك لا يقبل القسمة - كالحمام والطاحون والخابط والدار الصغيرة ، لان ما يقبلها لا يجبر الشريك فيها على البناء - بل على انفسمة بطلب الآخر او يحمل على ما اذا كان انهدم الملك المشترك بفعل الشريك الحاضر - حتى يكون مجبوراً على بنائه. كما قالوا في السفل اذا هدمه صاحبه فلصاحب العلو جبره على بنائه ، لتعديده بالهدم ولو انهدم بنفسه لا يجبر على البناء - ولكن لصاحب العلو ان ينيسه ويجبس عن صاحبه حتى يدفع له قيمة البناء يوم بنى - الا اذا بنى باذنه او اذن القاضي ، فحتى يدفع له ما صرفه واذا كان لا يجبر فلا يملك القاضي الاذن للشريك الحاضر بالبناء عليه .

ثم اذا كان محل هذه المادة ما ذكرنا فانما يحتاج لاذنه او اذن القاضي لاجل ان يرجع عليه اذا حضر بحصته من المصروف على البناء بالفا ما بلغ اذ لو عمر بلا اذن منه او من القاضي فليس له الا حبس ما بناه عن الشريك حتى يدفع له قيمة ما بناه يوم بنى . وهذا اذا لم يبنه بانقاضه المشتركة والا كان متبرعاً فليس له الحبس ولا الرجوع بشي . هذا ما نحرر لنا في شرح المادة المذكورة آنفاً فراجعه وصيأتي بعضه في المواد الآتية فتأمل

المادة ١٣١١ = * اذا عمر شخص الملك المشترك بدون اذن من الشريك او من الحاكم يكون متبرعاً يعني ليس له ان يرجع على شريكه بمقدار ما اصاب حصته من المصروف سواء كان ذلك الملك المشترك قابل القسمة او لم يكن *

ثم اذا كان قابلاً للقسمة ، فليس له الرجوع بشي - كما اذا كان غير قابل للقسمة وقد عمره بانقاضه المشتركة كما قدمناه قريباً في شرح المادة السابقة - وان كان غير قابل للقسمة فله ، حبسه عن الشريك حتى يدفع له قيمة بنائه حين بنى لا حين الرجوع كما ستصرح به المادة ١٣١٣ . ونسبى الشريك متبرعاً في الصورة

الآخيرة ، لكونه لم يرجع بما انفقه فلا ينافي ان له الحبس حتى يقبض قيمة بنائه
اي ما خص شريكه الغائب منها فافهم .

* نبيه *

ذكروني الدر وحواشيه انه لو دفع احد الشريكين خراج الارض المشتركة
بدون اذن الآخر يكون متبرعاً بخلاف الاكار اذا دفع الخراج بدون اذن
صاحب الارض فان له ان يرجع عليه - وكذا المتأجر اذا اخذت منه الجباية
الرابية على الدور والخوانيت يرجع على المؤجر اه

المادة ١٣١٢ - * اذا طلب شخص تعيين الملك المشترك القابل
للقسمة وكان شريكه ممنعاً وعمره بدون اذنه يكون متبرعاً يعني
لا يسوغ له الرجوع على شريكه بحصته وان كان ذلك الشخص قد
راجع الحاكم عند امتناع شريكه فبناء على المادة ٢٥ لا يجبر على التعمير
لكن يجبر على القسمة وذلك الشخص بعد القسمة بفعل بحصته
ما يشاء *

يعني ان المادة ٢٥ وفي الضرر لا يزال بمنزلة ، تقتضي عدم جبر الممنوع على البناء
لانا لو اجبرناه لكان ضرره بالاجبار عليه ، كضرر الآخرباقتناعه عنه . والضرر
لا يزال بمنزلة بخلاف اجباره على القسمة فانه لا ضرر فيها على احد - وحيث كان
يجبر على القسمة فلا يكون الشريك الطالب للتعمير مضطراً لتعمير الشريك ، اذ
يمكنه الانتفاع بحصته بان يعمرها بعد القسمة فاذا عمر المشترك وهو غير مضطر
للتعمير ، يكون متبرعاً فيما انفقه بلا اذن الشريك فلا يرجع عليه بحصته ، ما انفقه
ولا بحصته من قيمة البناء - نعم له رفع . والله عين باقية ان لم يضر رفته بالبناء على
ما تقدم بيانه في البناء في الارض المنصوبة . وهذا بخلاف ما اذا كان الملك

المشترك غير قابل للقسمة كما ذكره بقوله .

المادة ١٣١٣ - الملك المشترك الذي هو غير قابل للقسمة كالطاحون والحمام اذا احتاج الى العمارة وطلب احد الشريكين تعميره وابلى الآخر بصرف عليه قدرًا معروفًا باذن الحاكم وبعمره ويكون مقدار ما اصاب حصة شريكه من المصارف التعميرية دينًا له عليه وله ان يستوفي دينه هذا من اجرته بايجار ذلك المثل المشترك وان عمر بنير اذن الحاكم فلا ينظر الى مقدار ما صرف ولكن له ان يستوفي المقدار الذي اصاب حصة شريكه من قيمة البناء وقت التعمير على الوجه المشروح *

بمعنى انه ينظر الى قيمة ما بناه يوم بنى فما خص حصة شريكه الغائب منها يستوفيه من اجرتها . وعبرة الانقروبي عن ضمانات الفضيلة هكذا : وفي الاجناس حمام بينها هاب قدره او حوضه او شيء منه - فابى احدها ان ينفق عليه يومم الآخر الذي يريد عمارته بان يصلح ذلك ويرجع في حصة شريكه من الفلة بنصف القيمة قال القاضي الامام بمنع الابي من الانتفاع حتى يودي حصته كذا قيل . والفتوى على هذا القول اه . وما ذكر في هذه المادة . واتفق لما في الاجناس كما ترى ولما في الدر عن الاشياء ونقله في جامع الفصولين عن فتاوى الفضلي حيث قلل : طاحونة لها اتفق احدهما في مرمتها بلا اذن الآخر لم يكن معبرًا اذ لا يتوصل الى الانتفاع بنصيبه الا به اه . ومثله في الانقروبية ووالغات المتنين عن منية المفتي . وعمله في هاشم الانقروبية معزبًا للكافي بان المتبرع من يقصد الاحسان الى الغير من غير ان يقصد دفع الضرر عن نفسه اصلا ولا شك ان المفتي يقصد بهذا الاتفاق دفع الضرر عن نفسه اه . وبه اتفق في الخبرية - لكنه يخالف لما حققه العلامة

ابن عابد بن في رد المختار حيث قال ما ملخصه ان هذا الحكم وهو الرجوع بما اتفق
لو باذن القاضي وينصف قسمة البناء لو بلا اذنه ، انما هو فيما لا يجبر الممتنع على
اعماره كالحايط المشترك والسفل اذا انهدم وعمره ذو العلو من ماله اما فيما يجبر عليه
مثل ما لا يقسم كالحمام والطلاحون فلا بد فيه عند امتناع الشريك من اذن
القاضي ، لما تقرر من ان المضطر للاتفاق اذا اتفق بلا اذن الاخر فان كان الاخر
المتنوع يجبر على العمل معه فهو متطوع لتمكته من رفته الى القاضي ليخبره وان لم يجبر
المتنوع لا يكون متطوعاً الى ان قال : والذي تحصل في هذا المحل ان الشريك اذا
لم يضطر الى العمارة مع شريكه بان امكنه القسمة فانفق بلا اذنه فهو متبرع
وان اضطر وكان الشريك يجبر على العمل معه فلا بد من اذنه او امر القاضي
ليرجع بما اتفق والا فهو متبرع وان اضطر وكان شريكه لا يجبر فان اتفق باذنه او
بامر القاضي رجع بما اتفق والا فبالقيمة فاغتنم تخوير هذا المقام الذي هو منزلة
اقدام الافهام اه . ما في رد المختار وقد نظم ما حرره سهيلاً لحفظه فقال

وان يعمر الشريك المشترك	بدون اذن للرجوع ما ملك
ان لم يكن لذاك مضطراً بان	امكنه قسمة ذلك السكن
اما اذا اضطر لذا وكان من	ابى على الشخير يجبر فان
باذنه او اذن قاض يرجع	وفعله بدون ذا تبرع
ثم اذا اضطر ولا جبر كما	في السقل والجدار يرجع بما
انفقه ان كان بالاذن بنى	لذا والا فبقسمة البناء اه

قلت صريح كلام الفصولين ان جبر الشريك الممتنع على عمارة ما لا يحتمل القسمة
كالحمام والطلاحون فيه خلاف فانه قال اولاً يرمز الواقعات : رحي ماء بينها سيف
بيت لها فخر بت كلياً حتى صارت صحراء ، لم يجبراً على العمارة وتقسيم الارض بينهما ولو
قائمة بينائها وادواتها - الا انه ذهب شيء منها ، يجبر الشريك على ان يعمر مع
الآخر . ولو ميسراً قيل لشريكه اتفق انت لو شئت فيكون نصفه ديناً على
شريكك - كذا الحمام لو تلف شيء منه يجبر الالباع على عمارته . ثم رمز الى التوازل
وقال : عن محمد رحمه الله تعالى : في حمام بينها انهدم منه او احتاج الى قدر ورممة وابى
احدهما ، لا يجبر ، ويقال - للآخر ان شئت فابنه انت وخذ من غلته نفقتك ثم

تستويان اه . فاعل ما في الجملة مبعاً للسراجية على ما نقله عنها في الدر وكذا
الاجناس والفضلى والمنية والاشباه وغيرها مخرج على القول بعدم جبر الشريك
هذا ويظهر لي في المسئلة وجه آخر وهو ان معنى قولهم يكون الباني بلا اذن
القاضي متبرعاً فيما يجري فيه الجبر على التعمير ، انه ليس له الرجوع بما انفق ،
وذلك لان البناء لم يصرف ملكاً للشريك حيث كان بلا اذنه بل هو باقٍ على
ملك بانيه فهو نظير من بنى في ارض غيره بلا اذنه - الا ان هذا غير مضطر الى البناء
فيومر بقلعه وفي مسئلتنا مضطر له دفعا للضرر عن نفسه فلا يؤمر بقاءه - لكن
للشريك ان يملك حصته من البناء فيجتمعا فإذا دفع قيمتها دخلت في ملكه
وحينئذ فلا منافاة بين كون الباني متبرعاً وبين كونه له حبس ما بناه حتى يقبض
نصف قيمته من الشريك الممتنع يرشد الى ما قلنا ما سمعت من تعليق الكافي - وكذا
مسئلة الحائظ المهتم فان كلمتهم قد انفتحت على ان عرصته لو كان لا يتحمل القسمة
وعمره احدها بدون اذن الآخر ولا اذن القاضي ، له منع الممتنع من الانتفاع به حتى
يدفع له نصف القيمة مع انه يجبر الابي على تعميده اتفاقاً اذا كانت عرصته لا يتحمل
القسمة وان احتملتها يجبر على الاشبه كما في جامع الفصولين وانقره في رد المحتار
ويؤخذ ما قلناه بما ذكره في جامع الفصولين - من ان ذا العلو اذا بنى
السفل بلا اذن القاضي يكون البناء ملك الباني لئانه بغير الامر كفاص - الا
ان الفاصب متمتع بالبناء فلم يميز له منع رب الارض من الانتفاع بملكه وذو العلو
حق بالبناء ، لانه مضطر اليه لاجياء حقه فله المنع منه . ثم اذا دفع اليه فجهته
ملك البناء ، وانما جاز له تملك البناء على الباني بلا رضاه ، لانه ليس له نقض هذا
البناء ، لما ان الباني غير متمتع فيه اه فثبت هذا يقال في مسئلتنا .

فقد تحصل لنا من هذا ان الشريك اذا لم يضطر الى العمارة مع شريكه - بان
امكنه القسمة فاتفق بلا اذنه ، فهو متبرع وما بناه يومر بقلعه ان لم يضرب وان
اضطر وكان شريكه يجبر على العمل معه - فان بنى باذنه او اذن القاضي كان
له الرجوع بما خص شريكه من النفقة وكان البناء ملك شريكه الممتنع - وان
لم يكن باذن من احدها ، كان متبرعاً بما انفقه فلا يرجع بما انفق على حصه الشريك
وكان البناء ملك الباني ولا يومر بقلعه لعدم تعديده لانه مضطر لاجياء حقه وله

منع الشريك من الانتفاع بخصته - حتى يتملك حصته من البناء ويدفع قيمتها للباقي . ومثل هذا في الحكم ما لو اضطر وكان شريكه لا يجبر فانه ايضا ان اتفق باذنه او باذن القاضي رجوع بما اتفق والا فبالقيمة هذا ما ظهر لي في هذا المقام وبه تدفع الشكوك والادعاء وتنسب الدام الافهام وقد غيرت بيته الزايم وابدلت ثم بكذا من بيته الخامس وزدت قبل الخامس بيتاً ليوافق ما قررته حيث مشت عليه المجلة .

نقلت بأذنه او اذن قاض رجما بمنفى اذ لم يكن تبرعا
اما بلا اذن له الحبس الى ان يقبض القيمة ممن قال لا
كذا اذا اضطر ولا جبر الخ

المادة ١٣١٤ - * اذا تهدم بالكلية الملك المشترك الذي هو غير قابل للقسمة كالطاحون والحمام وصار عرصة وظل احد اصحابه بنائه وامتنع الآخر تقسم العرصة ولا يجبر على البناء *

فلو بنى احدها بدون اذن الآخر يكون متبرعاً ، لانه حيث امكن قسمة العرصة لم يكن مضطراً كما تقدم واستظهر الشارح اللبناني معزياً الى رد المختار ان عرصة الحمام او الطاحون انما يجبر فيها الممتنع على القسمة اذا امكن اعادة كل حصه منها حماماً او طاحوناً والا فالجبر لا يجري في قسمتها اه ملخصاً بالمعنى .
وقد راجعت رد المختار فلم اذ فيه ما نقله عنه لا في كتاب الشركة ولا في كتاب القسمة مع ان فيه نظراً ظاهراً وهو ان عرصة الحمام بعد انهدامه لم يبق حماماً حتى يشترط في قسمتها عدم تبدل المنفعة المقصودة وليست المنفعة المقصودة من العرصة الحالية من البناء ان تكون حماماً او طاحوناً ولهذا فرقوا بين ان يهدم شيء من الحمام كقدره او حوضه فلا تجري فيه قسمة الجبر - حتى يجبر الممتنع على ترميمه ، وبين ان يهدم كله حتى يصير عرصة صحراء فلا يجبر الممتنع فيه على اعادته لامكان قسمته جبراً ولو كان الامر كما استظهر لما كان فرق بين

المادة ١٣١٥ - * اذا تهدمت الابنية التي فوقانيها لواحد وتحتانيها
لاخر او احترقت فكل واحد يعدر ابنيته كما في السابق ليس لاحدهما
ان يمنع الآخر ويقول صاحب القوة في لصاحب التحتاني عمر ابنيته
لا ركب انا بابنتي عليها فان امتنع صاحب التحتاني يستأذن صاحب
الفوقاني الحاكم وينشي الابنية التحتية والفوقانية ويمنع صاحب التحتاني
من التصرف حتى يعطيه حصة مصرفه *

ولو بنى بلا استئذان من الحاكم ، فحق يعطيه فيعده بنائه يوم بنى - كما في الحابط
المشترك المنهدم كما تقدم نقله عن جامع الفصولين في شرح المادة ١٣١٣ . وفي
رد المختار من القسمة عن الذخيرة : اذا انهدم السفل بغير صنع ، لا يجبر صاحبه
على البناء ويقال لذي العلو ان شئت فابن السفل من مالك لتصل لعمك فاذا
بناه باذن القاضي او امر شريكه رجع بما انفق والا فبقيمة البناء . وهذا هو
الصحيح المختار للمتوى فيمنع صاحب السفل من الانقاع حتى يأخذ ذلك منه جيراً
واما اذا هدمه بصره فانه يوه أخذ بالبناء لغوبته حقاً استحق وايصل صاحب العلو
لنفعه اه .

والظاهر ان المراد من قوله في هذه المادة ليس لاحدهما ان يمنع الآخر انه
ليس لاحدهما ان يكون مانعاً للآخر من الوصول الى حقه المتعلق بمالك صاحبه -
يعني ليس لصاحب العلو ان يمنع من بناء العلو ، لانه يكون مانعاً من وصول
صاحب السفل الى حقه في العلو وهو متر سفله من الشمس وتحفظه من المطر وليس
لصاحب السفل ان يمنع عن بناء سفله لانه يكون مانعاً من وصول صاحب العلو
الى حقه المتعلق بالسفل وهو حق البناء والقرار عليه فتكون هذه الجملة مقررة لما
مر التصريح به في المادة ١١٩٢ ولو لم يكن هذا هو المراد لكانت هذه الجملة لغواً

بالنسبة الى منع صاحب الوقافي لصاحب التمساني ، لان منه اياه عن البناء غير معقول وقليلة الجدوى بالنسبة الى منم صاحب التمساني لصاحب الوقافي لان هذا الحكم ظاهر لا يحتاج الى التنبيه عليه فتبصر

هذا وقد منا في شرح المادة المذكورة ان الخبر الرملي في حاشيته على الفصولين اخذ من قولهم اذن القاضي كاذن الشريك ان صاحب السفل لو ترك الانتفاع بسفله وامتنع من اداء ما اتفق عليه صاحب العلو في عمارة السفل ، يجبر على ادائه ويجبس فيه لانه حيث كان اذن القاضي كاذنه بنفسه بصير ديناً عليه فحكمه حكم سائر الديون وان ما صرح به جامع الفصولين من انه لا يجبر على ادائه ، محمول على ما اذا بنى بلا اذن القاضي ونظرنا فيه بان الممتنع عن البناء اذا كان لا يجبر على البناء فكيف يجبر على دفع نفقته .


وقد صرح في جامع الفصولين ان القاضي له ولاية الامر بالاتفاق في موضع له ولاية الجبر لو حاضراً وانه اذا كان لا يجبره حاضراً فلا يامر غيره بالبناء عليه وحررنا ان المراد بقولهم اذن القاضي كاذنه بنفسه انه مثله من حيث الحبس ليقبض ما اتفق عليه ، لا من حيث انه يجبر على دفع ما اتفق عليه ووجبس عليه وابدنا ذلك بما لا مزيد عليه فراجع ان شئت فافهم .

المادة ١٣١٦ - * اذا تهدم حايط بين جارين و كان عليه جمولة لها كقصر او رؤس جذوع وعمر احدهما عند امتناع الآخر فله منع شريكه من وضع جمولته على ذلك الحايط حتى يولد به نصف مصرفه *

هذه المسئلة ذكر فيها في جامع الفصولين تفصيلاً طويلاً وقد تلخصه في رد المحتار اخر كتاب الشركة فقال انه اي الحايط المشترك المهتم - اما ان يكون عليه جمولة او لا ففي الثاني ان طلب احدهما القسمة واني الاخر فقبل لا يجبر مطلقاً اذ ربما يخرج في قرعة كل منهما ما يلبي دار شريكه فلا يتنفع به وقيل يجبر لو عرضته عرضة .

وبه يفتى اي ويجعل نصيب كل منها ما يلي داره بلا قرعة تميمًا للمنفعة وان
طلب احدهما البناء لا القسمة فلو عريضة لا يجبر الآبي ولو غير عريضة - قيل
لا يجبر ايضا وقيل يجبر وهو الاشبه وان بنى احدهما قبل لا يرجع مطلقا وقيل لا
يرجع لو عريضة لانه غير مضطر فيه . وفي الاول وهو ما اذا كان عليه حمولة
فاما ان تكون الحمولة لهما او لاحدهما - فان كانت لهما - فان طلب احدهما قسمة
عرصة الحابط لا يجبر الآخر ولو عريضة اذ لكل منهما حق في كامل العرصة وهو
وضع الجذوع على جميع الحابط وان طلب احدهما البناء ، قيل لا يجبر الآبي
لو عريضة وقيل مطلقا وقيل يجبر مطلقا . وبه يفتى ، اذ في عدم الجبر تعطيل
حق شريكه وهو وضع الجذوع على جميع الحابط ولو بنى بلا اذن قيل لو
عريضة لا يرجع وقيل يرجع وهو الصحيح لانه مضطر - كما لو كانت غير عريضة
لكن من ان الفتوى على ان شريكه يجبر على البناء ولا اضطرار فيما يجبر عليه
لينبغي ان يفتى بانه متبرع . وان كانت الحمولة لاحدهما وطلب صاحبها القسمة
يجبر الآبي - لو عريضة وهو الصحيح وبه يفتى . ولو اراد ذو الحمولة البناء وابتى
الاخر فالصحيح انه يجبر ولو بنى ، فالصحيح انه يرجع لما انه مضطر ولو بناه الاخر
والعرصة عريضة فهو متبرع اجمع زيادة قليلة من الفصولين لاجل الابضاح . وقوله
فينبغي ان يفتى الخ بحث من صاحب جامع الفصولين فلا يعارض المنقول
الصحيح فتنبه .

وبما ذكرنا نعلم ان في جبر الآبي على البناء - اذا كانت عرصة الحابط لا
تحتل القسمة ، خلافا وان الاشبه الجبر فما في الحامدية من ان الممنوع يجبر على
البناء وان الباني بلا اذن لا يكون متبرعا لكونه مضطرا الخ ، ليس ما انفرد
بذكرة في الحامدية بل هو الاشبه على ما نقله في جامع الفصولين كما علمت -
واما ما قاله في جامع الفصولين من انه لا اضطرار مع الجبر لا يعارض المنقول
الصحيح في المذهب فانهم والله اعلم .

المادة ١٤١٧ -  اذا تهدم حابط بين دارين فصار يرى من

احدى الدارين بمقر نساء الاخرى واراد صاحب احدى الدارين تعمير
الحائط مشتركاً وامتنع صاحب الاخرى فلا يجبر لكن يجبر من طرف
الحاكم على اتخاذ سترة بينها بالاشتراك من دف او شي غير * *

والظاهر ان هذا محمول على ما اذا كانت عرصة الحائط عريضة بحيث اذا قسمت
بصيب كل حصه ما يمكن البناء فيه وطالب التعمير طلب تعميره مشتركاً ولم
يطلب قسمته فان الممتنع عن التعمير حينئذ لا يجبر عليه لكن يجبر على اتخاذ
السترة وتخرج النفقة من كل منها بحسب حصته كما في الهامدية عن الهامدية ، لان
الاطلاع على عورات الجار من الضرر الفاحش كما تقدم اما اذا كانت عرصته لا
تحتل القسمة على الوجه المشروح فان الممتنع يجبر على التعمير على ما هو الاشبه
كما قدمناه في شرح المادة السابقة عن جامع الفصولين . وفي الخانية في باب في الحيطان
والطريق ومجاري المياه آخر كتاب الصلح ما نصه : جدار بين دارين انهدم
ولا حدها بنات ونسوة فاراد صاحب العيال ان يبنيه وابتى الاخر قال بعضهم لا
يجبر الابي وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى في زهنانا يجبره لانه لا بد ان
يكون بينها سترة قال مولانا رحمه الله تعالى وينبغي ان يكون الجواب على التفصيل -
ان كان اصل الجدار يحتل القسمة ويمكن لكل واحد منهما ان يبنى في نصيبه سترة لا
يجبر الابي على البناء وان كانت اصل الحائط لا يحتل القسمة على هذا الوجه
بومر الابي بالبناء اه وهذا افق في الهامدية .

المادة ١٣١٨ - * اذا حصل للمائط المشترك بين جارين وهن
وخيف من سقوطه واراد احدها نقضه وامتنع الاخر فيجبر على النقض
والهدم بالاشتراك * *

وهل يجبر على اعادته بالاشتراك مع شريكه ان كان اس الحائط عريضاً يمكن

فسمته على الوجه المشروح في شرح المادة السابقة لا يجبر والا اجبر بخلاف ما اذا كان صحيحاً فهدماه فان الممتنع عن البناء يجبر عليه - كيفما كان اسمه ففي الباب العاشر في دعوى الحايط من كتاب الدعوى من الهندية ما نصه : وفي الاقضية حايط مشترك بين اثنين اراد احدهما نقض الحايط وابتى الآخر - اذا كان مجال لا يخاف منه السقوط ، لا يجبر وان كان بحيث يخاف - عن الامام ابي بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى ، انه يجبر فان هدماه و اراد احدهما ان يبني وابتى الآخر - ان كان اس الحايط عريضاً يمكنه ان يبني حائطاً في نصيبه بعد القسمة لا يجبر الشريك - وان كان لا يمكن بجبر وعليه الفتوى . وتفسير الجبر انه ان لم يوافق الشريك فهو ينفق في العمارة ويرجع على الشريك نصف ما انفق ان كان اس الحايط لا يقبل القسمة اه .

وفي الخانية : جدار بين رجلين لكل واحد منهما عليه حمولة فوهن الحايط فاراد احدهما ان يرفعه ليصلحه وابتى الآخر ، ينبغي لمن اراد ان يرفعه ان يقول لصاحبه ارفع حمولتك باسطوانات وعمدٍ ويخبره انه يريد رفعه في وقت كذا ويشهد على ذلك - فان فعل ذلك ثم رفع الجدار فسقطت حمولته لاضمان عليه . وعن الشيخ الامام ابي القاسم رحمه الله تعالى : جدار بين رجلين لاحدهما عليه حمولة وليس للآخر عليه شيء - قال الجدار الى الذي لا حمولة له عليه فاشهد عليه ولم يرفعه مع امكان الرفع بعد الاشهاد حتى انهدم وافسد شيئاً قال : اذا ثبت الاشهاد وكان مخوفاً وقت الاشهاد يضمن المشهود عليه نصف قيمة ما افسد بسقوطه اذ تمكن من رفعه بعد الاشهاد اه .

المادة ١٣١٩ - * اذا احتاج العقار المشترك بين صغيرين او وقفين الى التعمير و كان ابقاؤه على حاله مضرراً واحد الوصيين او احد المتولين بطلب التعمير والآخر يمتنع يجبر على التعمير مثلاً اذا كان بين داري صغيرين حايط مشترك خيف من سقوطه ووصي

احدها يطلب التعمير ووصي الآخر يأبى يرسل من طرف الحاكم امين
وينظر ان كان في ترك هذا الحابط على حاله ضرر معلوم في حق
الصغير بن فيجبر الآبي على تعمير ذلك الحابط مشتركاً مع وصي
الآخر من مال الصغير بن كذلك اذا كانت دار مشتركة بين
وقفين احتاجت الى التعمير وطلب احد المتولين التعمير وأبى الآخر
يجبر من طرف الحاكم على التعمير من مال الوقف *

نقل هذه المسئلة في شتي قضاء البحر عن وصايا الخانية في جدار بين واري
صغير بن بزيادة قوله : وليس هذا كآباء احد المالكين لان ثمة الآبي رضي بدخول
الضرر عليه فلا يجبر - اما هنا الوصي اراد ادخال الضرر على الصغير فيجبر ان يرم
مع صاحبه اه . ثم قال في البحر : قلت ويجب ان يكون الوقف كمال التيم فاذا
كانت الدار مشتركة بين وقفين احتاجت الى المرمة فارادها احد الناظرين وابى
الآخر يجبر على التعمير من مال الوقف وقد صارت حادثة الفتوى اه .

قال في شركة رد المختار بعد نقلها قلت بقي لو كانت الشركة بين بالغم وتيم
وتبني انه لو كان الضرر على البالغ لا يجبر وصي التيم - بخلاف العكس وكذا
لو بين تيمين والضرر على احدها بان كانت حمولة الجدار له فينبغي ان يجبر وصي
المتضرر لو امتنع وكذا يقال في الوقف مع الملك تامل اه .

اقول : قول الخانية وليس هذا كآباء احد المالكين الخ - وكذا تمثيل
البحر بالدار المشتركة بين الوقفين ، افاد ان احد الوصيين يجبر على تعمير ما وهن
او تهدم من مالهما المشترك وان كان في صورة لا يجبر فيها الممتنع ، لو كان الشريك
كبيرين - كما في الدار والحابط المشترك اذا كانت عرضته عريضة تمكن قسمتها
على الوجه المار ولا حمولة عليه لاحد فان ابى الآبي لا يجبر فيها على التعمير لو كان
الشريك كبيرين - بخلاف ما لو كانا صغيرين فان وصي احدها اذا امتنع
يجبر على البناء من مال الصغير - وهذا لان في ترك الوصي بناء ما وهن او تهدم

من مال الصغير ، ادخل ضرر عليه وهذا لا يجوز في حق الوصي - بخلاف
الكبير فإنه لا يجب عليه ازالة الضرر عن نفسه . وعن هذا اني الخبير الرملي كما
ذكره في حاشيته على الفصولين من الفصل ٣٦ في علو لوقف وسفل لوقف آخر انهدم
السفل ، بانه يجبر الناظر على وقف السفل اذا امتنع من العمارة ، لما في البحر نافلاً
عن الحصاف : اذا امتنع الناظر من العمارة وله غلة اجبر عليها فإن فعل فيها وسمعت
والا ، اخرج القاضي من بده اه . ملخصاً مع انه لو كان صاحب السفل كبيراً لا
يجبر على بنائه كما تقدم وعبارة الدر . ولا يجبر الشريك على العمارة الا في ثلاث
وصي وناظر وضرورة تعذر قسمة - ككروي نهر ومرسنة قناة وبئر ودولاب
وسفينة معيبة وحائط لا يقسم اساسه - فإن كان يحمل القسمة وينبغي كل واحد في
نصيبه السرة ، لا يجبر والا اجبر - وكذا كل ما لا يقسم كحمام وخان
وطاحون اه

والحاصل انه متى تحقق انهدام المشترك بين صغيرين او صغير وكبير او بين
وقفين او وقف ومالك او علم وهنه او خوف سقوطه يجبر الوصي او الناظر اذا امتنع
عن بنائه - بلا فرق بين ان يكون الحائط عليه حمولة للوقف والصغير او للشريك
الآخر او لا حمولة عليه لاحد - وان كان بحيث لو كان مشتركاً بين كبير بن
لا يجبر الا بي .

وبهذا تعلم ان ما نقلناه عن رد المحتار من قوله ، فلت بقي ما لو كانت الشركة
بين بالغ وبقيم الخ ، فيه ما فيه - وكيف يصح قوله بقي ما لو كان كذا وينبغي ان يكون
كذا وعبارة الدر صريحة بان الوصي او الناظر يجبر على عمارة ما تهدم من مال اليتيم
او الوقف كيفما كانت الشركة فاغتنم تحرير هذا المقام وادع لي بحسن الختام

المادة ١٣٢٠ - * اذا كان حيوان مشترك بين اثنين وأبي
احدهما عن تربيته وراجع الآخر الحاكم يأمر الحاكم الا بي بقوله اما
ان تباع حصتك واما ان تربى الحيوان مشتركاً *

عبارة التنوير مع شرحه الدر آخر كتاب النفقات دابة مشتركة بين اثنين
امتنع احدهما من الاتفاق اجبره القاضي لثلا بتضرر شريكه اه قال في حاشية
رد المختار - اي اجبره على الاتفاق عليها وهذا ذكره في المحيط وذكر الخفاف
ان القاضي يقول للآبي اما ان تبيع نصيبك او تنفق عليها رعاية لجانب الشريك اه
قال في البحر وعلم بما في الغاية ان الامر في البيع معناه بيع القاضي عليه .
وفي شرح الاقطم ما ذكر من البيوع ما ينبغي ان يكون على قولها لانها يربان
البيع على الحر لاجل حق الغير - فاما ابو حنيفة فانه لا يرى جواز البيع على
الحر - ولكنه يجسه حتى يبيعه اذا استحق عليه البيع اه وانت تعلم ان الجملة
اخذت بقولها يجوز البيع على الحر كما تقدم في الحجر

اذا علمت هذا تعلم انه لا حاجة الى ما ذكره اللباني نقلاً عن رد المختار
من انه لو امتنع الآبي عن كلا الامرين فالظاهر ان الحاكم بأذن الآخر بان
ينفق على الحيوان ويرجع على شريكه بمصنعه من النفقة اه على انه قد نقل في
نفقات البحر عن الخانية والخلاصة ان الدابة الضالة اذا وجدها رجل وعبد الودعة
اذا غاب احد الشريكين فيه فبإيه الواجد او المودع او الشريك الى القاضي
وطلب منه ان يأمره بالنفقة فالقاضي ينظر في ذلك ان خاف ان تأكله النفقة
امره القاضي بالبيع واساك الثمن والا امره بأن يوجر العبد وينفق عليه من
اجرته وان الحكم داير مع الاصلحية فتأمل . وهذا في الدابة المشتركة واما الدابة
التي لا شركة فيها فان مالكمها لا يجبر على الاتفاق عليها قضاء لان الدابة
ليست من اهل الاستحقاق بخلاف العبد - ولكن يأمره القاضي دهانة اما بالبيع
واما بالاتفاق لا قضاء على ظاهر المذهب وعن الثاني يجبر ورجحه الطحاوي والكمال
وبه قالت الائمة تنوير وشرحه الدر قال الكمال في فتح القدير : والحق ما عليه
الجماعة لان غاية ما فيه ان يتصور فيه دعوى حسبه فيجبره القاضي على ترك
الواجب ولا بدع فيه واقره في البحر والنهر والمنع رد المختار

❖ الفصل الثاني ❖

= في حق كرى الأنهار والمجاري واصلاحها =

المادة ١٣٢١ - ❖ كرى النهر الذي هو غير مملوك واصلاحه على بيت المال فان لم يكن وسعة في بيت المال يجبر الناس على كربه ❖

اي يجبرم الامام لانه نصب ناظراً وفي تركه ضرر عظيم على الناس وفلما يتفق العوام على المصالح باختيارهم فيجبرم عليه وفي نظيره قال عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج من كان بطبقه ويجعل مؤنته على المباسير الذي لا يطبقونه بانفسهم كما في تجهيز الجيوش زبلي

المادة ١٣٢٢ = ❖ كرى النهر المملوك المشترك على اصحابه يعني على من له حق الشرب لا يشار كهم في مؤنة الكرى والاصطلاح اصحاب حق الشفة ❖

لان منفعته لم على المخصوص فتكون مؤنته عليهم ، الغرم بالفنم زبلي ولان المؤنة تلحق المالك لان له الحق بطريق الاباحة بيزازية ولانهم لا يحصون لانهم اهل الدنيا جميعاً اتقاني كذا في رد المحتار

المادة ١٣٢٣ - ❖ طلب بعض اصحاب حق الشرب تطهير النهر المشترك واني البعض ينظر ان كان النهر عاماً يجبر الآبي على الكرى مع

البقية بالاشتراك راجع المادة ٢٦ وان كان النهر خاصاً فالطالبون يكرون ذلك النهر باذن الحاكم ويمنعون الممتنع عن الانتفاع بالنهر حتى يودي مقدار ما اصاب حصته من المصروف *

اعلم ان من ابى من اصحاب النهر المملوك من كرهه يجبر عليه سواء كان عاماً او خاصاً وقيل ان كان خاصاً لا يجبر والفاصل بين الخاص والعام ان ما يستحق به الشفعة خاص وما لا يستحق به عام وقد تقدم بيان ذلك في كتاب الشفعة فارجع اليه .

وجه الفرق بينهما على القول بانه لا يجبر في الخاص ان في العام دفع الضرر العام وهذا ضرر بقية الشركاء ومثل هذا جازم بالزام الضرر الخاص بل واجب اذا تعين مدفعا فبدون الضرر اولى لان الآبي لا يلغقه بذلك ضرر بل يحصل له نفع بمقابلته فاهـ كمن اجباره عليه بخلاف ما اذا كان خاصاً ، لانه ليس فيه ضرر عام وانما فيه ضرر خاص وهو ضرر شركائه والضرر الخاص لا يزال بالضرر العام راجع المادتين ٢٥ و ٢٦ ويمكن دفع ضرر شركائه بأن يرجعوا عليه بحصته من المونة اذا كان ذلك بأمر القاضي - بخلاف ما اذا كان عاماً لانه لا يمكن الرجوع عليهم لكثرتهم وربما لا تقبل المونة القسمة عليهم ولا يدري حصة كل واحد منهم افاده الزيلعي . وظاهره ترجيح القول بالجبر في الخاص ايضاً لانه عبر عن مقابله بقبل وفي رد المحتار : قال القهستاني في العام لو امتنع عنه كلهم او بعضهم يجبرون وفي الخاص لو امتنع الكل لا يجبرون الا عند بعض المتأخرين ولو امتنع البعض اجبر على الصحيح - كما في الخزانة اهـ .

اذا علمت هذا تعلم ان التفرقة بين العام والخاص في هذه المادة ، ليس من جهة ان الممتنع يجبر في العام ولا يجبر في الخاص بل من جهة انه لا ميبيل في العام الا حبس الممتنع حتى يكري معهم بخلاف الخاص فان الممتنع عن كرهه اذا تعنت بأمر القاضي طالب الكري ان يكري ويرجع عليه بما خصه من المونة لان هذا ممكن في الخاص دون العام كما سمعت آنفاً وعليه فلا يستهاد منها ان الآبي في الخاص لا يجبر على

الكري بل الاستفادة منها عكسه وهو انه يجبر كما في الصحيح كما تقدم آنفاً ، لأن فيها تقييد رجوع طالب الكري ان بكري باذن الحاكم - ولو كان لا يجبر لكان له الرجوع مطلقاً ، لانه مضطر للاتفاق - بخلاف ما اذا كان يجبر ، لانه لا اضطرار مع الاجبار كما في جامع الفصولين اذ يمكنه الرفع للحاكم ليجبره كما تقدم في نظائره . هذا وذكر في رد المحتار ما نصه : وفيها يعني الذخيرة وان لم يرفعوا الأمر الى القاضي هل يرجعون على الآبي بقسطه من النفقة وبمنع الآبي من شربه حتى يؤدي ما عليه - قيل نعم وقيل لا وذكر في عيون المسائل ان الأول قول ابي ح و ابي يوسف فليتأمل عند الفتوى اه مخلصاً ومثله في التارخانية والبرازية . وظاهره ان لا ترجيح لأحد القولين فلذا خيروا المفتي لكن مفهوم كلام الشارح يعني الملائي كالهداية والتبيين وغيرها ترجيح عدم الرجوع بلا امر القاضي . ثم هذا كله مبني على القول بأنه لا يجبر الآبي فانهم فرعوه عليه وقد مننا تصحيح الجبر اه ما في رد المحتار

اقول قوله ثم هذا كله مبني الخ ، فيه نظر - بل الصواب ان القول بالرجوع بلا اذن القاضي ، مبني على القول بأن الممتنع عن الكري لا يجبر والقول بعدم الرجوع الا باذنه ، مبني على القول بأنه يجبر اذ قد علمت ان الجبر هو الصحيح وانه في الدر والهداية والتبيين وغيرها رجحوا عدم الرجوع بلا امر القاضي وهذا هو الموافق للضابط الذي ذكره في شركة الدر وفي متفرقات قضاء الجرح عن الامام الحلواني - وهو ان كل من اجبر ان يفعل من شربه كما اذا فعله احدهما بلا اذن فهو متطوع والا لا اه - واما قوله : فانهم فرعوه عليه ، يعني على القول بأنه لا يجبر ، فغير مسلم اذ لم يفرع عليه احد - نعم عبارة الدر في كتاب الشرب تحتل ذلك احتمالاً وتحتل ايضاً ان يكون التفريع فيها على المتن وهو قوله ويجبر من ابى منهم على ذلك - يعني على الكري فاغتنم هذا القهرير

المادة ١٣٢٤ - * اذا امتنع كافة اصحاب حق الشرب من كرى
النهر المشترك فان كان النهر عاماً يجبرون على الكري وان خاصاً

لم يجبروا *

لانهم امتنعوا عن عمارة اراضيهم ولا يجبر الانسان على عمارة ملكه - بخلاف
ما اذا امتنع البعض وطلب كربة الباؤون فالصحيح انه يجبر كما قدمناه في شرح المادة
السابقة عن القهستاني معزباً للغزاة واذا تمت يومئذ الطالب بكربه والرجوع على
المتنوع بمحضته من النفقة كما تقدم في المادة السابقة

المادة ١٣٢٥ = في النهر العام مملوكاً او غير مملوك اذا كان
في حافة ارض لاخذ وليس من غيرها طريق فله - امة المرور من تلك
الارض لاجل الاحتياجات كشراب الماء واصلاح النهر وليس
لصاحبها المنع *

كذا في الخاتمة من كتاب الشرب في فصل الانهار ومثله في الهندي في الباب
الثالث من كتاب الشرب

المادة ١٣٢٦ = مؤنة كربي النهر المشترك واصلاحه يتبدأ
من الاعلى وجملة ارباب الحصص متشاركون في ذلك واذا جاوزوا
ارضاً لصاحب حصه يرى وهكذا ينزل الى آخره لان الغرم بالغنم
راجع المادة ٨٧ مثلاً نهر مشترك بين عشرة احتاج الى الكربي
فمصارف اعلى حصته الى نهاية اراضيها على الجميع وبعده على التسعة
واذا جاوز اراضي الثاني فيقسم على الثمانية بعده على هذا السياق يذهب

فصاحب الحصّة السفلى بشارك الجميع في المصرف وبعده يقوم بمصارف حصته وحده فمن هذه الجهة بصير مصرف صاحب الحصّة العليا اقل من الجميع ومصرف صاحب الحصّة السفلى اكثر منهم لان مجرى مائه من الاول الى الآخر *

وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وعليه الفتوى وقالوا مؤنة الكري عليهم جميعاً من اول النهر الى آخره بالحصص ، لان كل واحد منهم ينتفع بالاسفل كما ينتفع بالاعلى لانه يحتاج الى تسيل الفاصل من الماء فانه اذا سد عليه فاض الماء على ارضه وافسد زرعه فتبين ان كل واحد منهم ينتفع بالنهر من اوله الى آخره فلماذا يستون في استحقاق الشفعة فاذا استنوا في الغنم وجب ان يستنوا في الغنم . وله ان مؤنة الكري على من ينتفع بالنهر ويسقي الاراضي منهم فاذا جاوز الكري ارض رجل ، فليس له في كري ما بقي منفعة فلا يلزمه شيء من مؤنته وياتنفاعه في اسفل من حيث اجراء ما فضل من الماء فيه ، لا يلزمه شيء من عمارة ذلك الموضع باعتبار تسيل الماء - الا ترى ان من له حق تسيل ماء سطحه على سطح جاره لا يلزمه عمارة ذلك الموضع باعتبار تسيل الماء فيه ولانه يتمكن من دفع الضرر عن ارضه بد فوهة النهر من اعلاه اذا استغنى عنه فلا يحتاج الى الكري من الاسفل ، وزعم بعض اصحابنا ان الكري اذا انتهى الى فوهة ارضه من النهر فليس عليه شيء من المؤنة والاصح ان عليه مؤنة الكري الى ان يجاوز حد ارضه واليه اشار في الاصل لان له ان يتخذ الفوهة من اي موضع شاء من ارضه فكان منتفعاً بالكري انتفاع سقي الارض ما لم يجاوز حد ارضه كذا في الزبلي .

قلت : وقد اشارت هذه المادة الى هذا بقولها : الى نهاية اراضيها الخ ، وفي الحامدية عن التارخانية : وعلى هذا الاختلاف اذا احتاجوا الى اصلاح جانبي النهر او . ونقل في رد المحتار عن القهستاني : ان هذا في النهر الخاص ، اما العام فقد يرى اذا بلغوا فم نهر قربتهم او . ولم يظهر لي وجه مع ان ما ذكره الزبلي من

التعليل بقنضي الاطلاق فتأمل - ثم رأيت في الحامدية نقل عن شيخ الاسلام ما
نصه : ولو كان نهراً عظيماً عليه قرى يشربون منه فبلغوا بالكري فوهة نهر قرية
قال في النوادر : يرفع عنه مائة الكري اجماعاً وعلى قياس النهر الخاص ينبغي ان
لا يرفع حتى يجاوز اراضي قريتهم اهـ .

المادة ١٣٢٧ - * مؤنة تعزبل السياق المالح يتدامن الاسفل
هكذا الجميع يشتركون في مصرف حصه السياق الكابن في عرصه
صاحب الحصه السفلى وكلما تجاوز منه الى ما فوقه يبرأ صاحب الحصه
وهكذا يبرأون واحداً بعد واحد وصاحب الحصه العليا يقوم بحصته
وحده فمن هذه الجهة يكون مصرف صاحب الحصه السفلى اقل من الجميع
ومصرف صاحب الحصه العليا اكثر منهم لان مجرى قدره من
الاول الى الآخر *

يعني ان نهر المساط والاوزاخ الذي يسقط فيه فابض الماء والكثف الخارجه
من الدور والازفة كما في دمشق اذا احتاج الى الكري ، يكون على عكس نهر
الشرب فكما وصلوا في الكري من اعلاه الى دار رجل ، شارك من قبله كما انني
به في الحامدية وغيرها ، لان حاجة كل واحد ، الى تسبيل اوساخه من داره
الى آخر النهر ولا حاجة له الى ما قبل داره - فمن في الاعلى اكثرهم غرامة
لاحتياجه الى جميع النهر ودونه فيها ، من بعده الى الآخر فهو اقلهم غرامة بعكس
نهر الشرب .

وحاصل الفرق ان صاحب الشرب محتاج الى كروي ما قبل ارضه ليصله
الماء وصاحب الاوزاخ محتاج الى ما بعد ارضه ليذهب وسخه كذا في رد المختار .
وانتي في الحامدية ايضاً فيما اذا كان لاهالي محلة مساط على نهر مخصص بمعاة

فاحتاج الى التعزيل اكثر ما اجمع فيه من اوساخ المساقيط ، بان مونة تعزيل
الارواح من النهر المذكور على اصحاب المساقيط المذكورة دون اهل النهر دفعا
للضرر بقدر الامكان وانه اذا احدث بعض اهل المحلة مساقيط على النهر المذكور
بدون اذن اهله يسوغ لاهله مطالبتهم بسد ما عن نهرهم اه

المادة ١٣٢٨ - * تعمير الطريق الخاص ايضا كالسياق المالح
يبدأ من الاسفل ويعتبر فيه اي مدخله ادفل ومنتهاه اعلى وصاحب
الحصة التي في مدخله بصير مشاركا في المصارف التعميرية العائدة الى
حصته وحدها وصاحب الحصة التي في منتهاه بعد مشاركة كل واحد في
مصارف حصته يقوم هو بمصارف حصته وحده لان ممره من اول
الطريق الى آخره بعكس كرى النهر فان مجرى ماء الارض العليا
لا يتجاوزها *

عبارة البرازية كما في رد المحتار واما الطريق الخاص في سكة غير نافذة
اذا احتيج الى اصلاحه ، فصلاح اوله عليهم اجماعا فاذا فارقوا دار رجل قيل انه
على الخلاف في النهر وقيل يرفع بعني المصروف عن الرجل اجماعا اه والظاهر ان
الرجل المذكور يشاركهم الى ان تنتهي حيطان داره لا الى باب داره فقط هذا
ما يقتضيه قول البرازية : فاذا فارقوا دار رجل حيث لم يقل باب داره وقياسه على
النهر يقتضي ذلك ايضا كما تقدم كما في شرح المادة (١٣٢٦) تأمل

- الباب السادس -

* في بيان شركة العقد ويشتمل على ستة فصول *

- الفصل الاول -

* في بيان شركة العقد وتقسيمها *

المادة ١٣٢٩ - * شركة العقد عبارة عن عقد شركة بين اثنين او اكثر على كون رأس المال والربح مشتركاً بينهما او بينهم *

اضافة الشركة الى العقد من اضافة السبب الى سببه كما في الدر لان الشركة معناها الخلط اي خلط المالكين وهو مسبب عن العقد ، وقد نطلق على نفس العقد فتكون الاضافة بيانية وهو المذكور في الفتح .

المادة ١٣٣٠ - * ركن شركة العقد الايجاب والقبول لفظاً او معنى مثلاً اذا قال شخص لاخر شار كنتك بقدر كذا غرشاً رأس مال على ان تأخذ وتعطي وقال الاخر قبلت فتكون الشركة منعقدة بالايجاب والقبول لفظاً واذا اعطى شخص الف غرش الى الاخر قابلاً وضع انت الف غرش واشترى مالاً وفعل الاخر مثل ما قال نصير الشركة منعقدة بقبوله معنى *

اشار في التمثيل بقوله على ان تأخذ وتعطي الى ان الشركة تصح بهذا اللفظ
وان لم يبين جنس ما يكون به الاخذ والعطاء ونوعه وقدره - كما اذا نصا على البيع
والشراء كما في الهندية - اما اذا ذكر الشراء فقط ففيها عن البدائع : ان قال
رجل لغيره ما اشتريت من شيء فيبني وبينك او قال فيبتنا وقال الآخر
نعم - فان ارادا بذلك ان يكونا بمعنى شريك في التجارة كان شركة - حتى يصح
من غير بيان جنس المشتري او نوعه او قدر الثمن كما اذا نصا على الشراء
والبيع - وان ارادا به ان يكون المشتري بينهما خاصة بعينه ولا يكونا كشركي
التجارة - بل يكون المشتري بينهما بعينه كما اذا ورثا او وهب لهما ، كان وكالة
لا شركة فان وجد شرط صحة الوكالة جازت الوكالة والا لا ، وهو بيان جنس
المشتري وبيان نوعه ومقدار الثمن في الوكالة الخاصة وهي ان لا يفوض الموكل الراي
الى الوكيل او بيان الوقت او قدر الثمن او جنس البيع في الوكالة العامة اه
قال في البحر وذكر محمد كيفية كتابتها فقال : هذا ما اشترك عليه فلان
وفلان اشتركا على تقوى الله تعالى واداء الامانة - ثم يبين قدر رأس المال
من كل منهما . ويقول : وذلك كله في ابيهما بشريان وببيمان جميعا وشتي ويعمل
كل منهما براهه وبيع بالنقد والسئية . وهذا وان ملكه كل بمطلق عقد الشركة -
الا - ان بعض العلماء يقول لا يملكه واحد منهما الا بالنصرح به فلتحترز عنه
يكتب هذا - ثم يقول فما كان من ربح فهو بينهما على قدر رؤوس اموالها وما
كان من ضيمة او نعمة فكذلك اه .

المادة ١٣٣١ - * شركة العقد تنقسم الى قسمين فاذا عقد
اثنان او اكثر عقد الشركة بينهما او بينهم على المساواة التامة و كان
مالها او مالهم الذي ادخله في الشركة مما يصلح ان يكون رأس
مال للشركة و كانت حصتها متساوية من رأس المال والربح تكون
الشركة مفاوضة كما لو توفي رجل فاتخذ اولاده مجموع اموال ما

انتقل اليهم من ابيهم رأس مال على ان يشتروا وبيعوا من صابر
الانواع ويقسم الربح بينهم على التساوي يكون عقد شركة مفاوضة
لكن وقوع هكذا شركة على المساواة التامة نادر واذا اختلف شرط
من شروط المساواة التامة تكون شركة عنان *

المساواة التامة هي ان يتساويا في مالهما وتصرفهما ودينهما مندبة ، لان المفاوضة
نسبي عن المساواة وهي مشتقة منها قال الشاعر
لا يصاح الناس فوضى لامرأة لم ولا مرة اذا جهالم سادوا
وبعد هذا البيت كما في الفتح
اذا تولى سراة الناس امرهم نبي على ذلك امر القوم وازدادوا
تهدى الامور بأهل الرأي ما صلحت فان نوات فبالجهال تنقاد
ومعنى البيت لا يصلح امور الناس حال كونهم متساوين اذا لم يكن لهم
امراء سادات فانهم اذا كانوا متساوين تتحقق المنازعة بينهم ابو السعود
والمراد بالتساوي في المال ان يتساويا في رؤس الاموال في قدرها وقيمتها ، وان
يتساويا ايضا في الربح لا يفضل احدهما الآخر . والمراد من المال الذي تشتروا
المساواة فيه ، مال نصح فيه الشركة كالنفود كما سيأتي في المادة ١٣٣٨ وانما شرط
في المفاوضة ان يتساويا في التصرف لان المساواة تفوت عند فوات المسارات في
التصرف كالحر مع العبد والبالغ مع الصغير ، لان الحر البالغ يملك التصرف
بنفسه وهما لا يملكانه - الا باذن الوالي والمولى . وانما اشترط ان يتساويا في الدين
لان الاختلاف فيه يؤدي الى الاختلاف في التصرف فان الكافر اذا اشترى خمرا
او خنزيرا لا يقدر المسلم ان يبيعه . ومن شرطها ان يقدر على بيع جميع ما اشتراه
شريكه ، اكونه وكيلا له في البيع والشراء - وكذا المسلم لا يقدر على
شراؤها كما يقدر الكافر عليه ففات الشرط زباني . ثم ان انعقاد شركة المفاوضة
في المثال الثاني المذكور في قوله كما لو توفي رجل الخ مواء صرحوا بلفظ المفاوضة

او لم يصرحوا ، انما يتم بشروط منها ان يكون الاولاد المشار كون ذكوراً فقط او انانا فقط ليكونوا متساوين في قدر رأس المال . ومنها ان يكون ما ورثوه مما يصح ان يكون رأس مال للشركة كالتقود . ومنها ان لا يكون احدهم صغيراً او مجنوناً والافات التساوي في التصرف . ومنها ان لا يكون لاحد منهم مال سوى الموروث يصح ان يكون رأس مال للشركة العقد وليس للآخرين مثله . ومنها التخصيص على ان يكون كل واحد منهم كفيلاً عن الآخرين في كفا بلزمتهم من عهدة ما يشترونه - كما انه وكيل عنهم هذا اذا لم ينص على لمفاوضة والحاصل ان هذا المثال وان كان عادة يتوفر فيه كثير من شروط المفاوضة - الا انه لا بد من اعتبار ما ذكرنا لتتم المساواة والشروط ولهذا صرح في ردالمحتار والخيرية والحامدية ان ما يقع كثيراً في الفلاحين ونحوهم ان احدهم يموت فتقوم اولاده على تركته بلا قسمة وبمملون فيها من حرث وزراعة وبيع وشراء واستدانة كل ذلك على وجه الاطلاق والتفويض لكن بلا تصريح بلفظ المفاوضة ولا بيان جميع مقتضياتها - مع كون الشركة اكثرها عروض لا تصح فيها شركة العقد فلا شك انها ليس شركة مفاوضة بل يكون ما جمعه مشتركاً بينهم بالسوية وان اختلفوا في العمل والرأي كثيرة وصواباً . وما اشتراه احدهم لنفسه يكون له وبضمن حصة شركائه من ثمنه اذا دفعه من المال المشترك . وكل ما استدانه احدهم يطالب به وحده هذا ما حققه في ردالمحتار والحامدية وكذا في الخيرية وسيأتي تمامه في شرح المادة ١٣٦١

المادة ١٣٣٢ - الشركة سواء كانت مفاوضة او عناناً اما شركة اموال واما شركة اعمال واما شركة وجوه فاذا عقد الشركاء الشركة على رأس مال معلوم من كل واحد مقدار معين على ان يعملوا جميعاً او كل على حدة او مطلقاً وما يحصل من الربح يقسم بينهم تكون شركة اموال واذا عقدوا الشركة وجعلوا رأس المال عملهم على تقبل

العمل يعني على نعهده والتزامه من آخر والكسب الحاصل اي الاجرة
يقسم بينهم تكون شركة اعمال ويقال لها ايضاً شركة ابدان
وشركة صنايع وشركة تقبل كشركة خياطين او خياط وصباغ واذا
لم يكن لجماعة رأس مال وعقدوا الشركة على شراء سلع التجارة نسبة
وتقسيم ما يحصل بعد بيعها من الربح بينهم تكون شركة وجوه *

حاصلها ان اقسام شركة المقدسة شركة اموال وشركة اعمال وشركة وجوه
وكل منها امامفاوضة واماعتان . ثم ان في قوله فاذا عقد الشركاء الخ ، اشارة الى
ان شركة التقبل كغيرها ، لا بد فيها من العقد - حتى لو تقبل ثلاثة عملاً بلا
عقد شركة فعمله اعدم فله الاجر ولا شيء للآخرين . ولا بد ايضاً من ان يكون
العقد على التقبل والعمل ، لما في البحر عن القنية : اشترك ثلاثة من الخالين على ان يملأ
احدهم الجواتق وبأخذ الثاني فيها ويحملها الثالث الى بيت المستأجر والأجر بينهم
بالسوية ، فهي فاسدة اء . اي لانه لم يذ كر التقبل اصلاً بل مجرد العمل مقيداً
على كل واحد بنوع منه - لكن لا يشترط كون التقبل منهما معاً لما في البحر
ايضاً : لو اشتركا على ان يتقبل احدهما المتاع ويعمل الآخر او يتقبل احدهما
ويقطعه ثم يدفعه للآخر للخياطة بالنصف ، جاز اكن من شرط عليه العمل فقط
لو تقبل جاز فلو شرط على من عليه العمل ، ان لا يتقبل لا يجوز لانه عند السكوت
جعل ابانتها انتضاء ولا يمكن ذلك مع النفي افاده في رد المختار وتماه فيه . وذك
فيه ايضاً عن النهي ان المشترك فيه في شركة التقبل انما هو العمل ، ولذا قالوا
من صور هذه الشركة ان يجلس الرجل آخر على دكانه فيطرح عليه العمل
بالصف والقياس ان لا تجوز لان من احدهما العمل ومن الآخر الخانوت واستحسن
جوازها ، لان التقبل من صاحب الخانوت عمل - ومنها ما في البحر عن البرازبة :
لاحدهما آلة القصاره وللآخر بيت اشتركا على ان يعمل في بيت هذا والكسب
بينها جاز وكذا سائر الصناعات ولو من احدها اداة القصاره والعمل من الآخر

فدث والربح للعامل وعليه اجر مثل الاداة اه ٠ اي لما تقدم من ان المشتري فيه هو العمل ولا عمل من صاحب الاداة

❖ الفصل الثاني ❖

❖ في بيان الشرائط العمومية في شركة العقد ❖

المادة ١٣٣٣ - ❖ كل قسم من شركة العقد يتضمن الوكالة فكل واحد من الشريكين في تصرفه يعني في الأخذ والبيع وتقبل العمل من الناس بالأجرة وكيل عن الآخر فكما ان العقل والتمييز شرط في الوكالة فكذلك كون الشريكين عاقلين ومميزين شرط في الشركة ايضاً على العموم ❖

يعني ان كل صور عقود الشركة تضمن الوكالة وذلك ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما فيتحقق حكم عقد الشركة المطلوب منه وهو الاشتراك في الربح اذ لو لم يكن كل منهما وكيلاً عن صاحبه في النصف واصيلاً في الآخر، لا يكون المستفاد مشتركاً لان المشري مختص بمن اشتراه ولهذا لا تصح الشركة فيما لا تصح به الوكالة - كالاختطاب والاحتشاش والاصطياد والتكدي فان الملك في كل ذلك يختص بمن باشر السبب فما حصله احدها بدون عمل الآخر فله وما حصله معاً ثم خلطاه فلها نصفين، ان لم يعلم ما لكل وان باعاه بقسم الثمن على كيل او وزن ما لكل منها، وان لم يكن وزنياً ولا كيلياً قسم على قية ما لكل منها وان لم يعرف مقدار ما كان لكل منها، صدق كل واحد منها الى النصف لانها احتوباً في الاكتساب وكان المكتسب في ايديهما - فالظاهر انه بينهما نصفان فلا يصدق على الزيادة على النصف - الا بيينة لانه يدعى خلاف الظاهر وما حصله

أحدهما باعانة صاحبه فله واصاحبه اجر مثل عمله بالتأ ما يلزم عند محمد .
وعندابي يوصف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك . وقول محمد المختار للفتوي اهر من
الدر وحواشيه قال الزبلي : ولا يقال الوكالة بالمجهول لا تجوز فوجب ان لا تجوز
هذه الشركة اي شركة العقد لتضمنها الوكالة بمجهول الجنس - كما اذا وكله
بشراء ثوب ونحوه ، لانا نقول التوكيل بالمجهول لا يصح تصدأ ويصح ضمناً - حتى
صححت المضاربة مع الجهالة لانها توكيل بشراء شيء مجهول في ضمن عقد المضاربة
فكذا هذا او نقول الجهالة نفس العقد لانها مفضية الى المنازعة لاندائها وهنا لا
تنفي للمنازعة فتجوز اه

المادة ١٣٣٤ - شركة المفاوضة تتضمن الكفالة ايضاً

فاهلية المتفاوضين للكفالة شرط ايضاً *

ولهذا اشترط فيها تساوي الشركاء في التصرف كما تقدم فيكون كل واحد
من الشركيين فيما وجب اصاحبه بمنزلة التوكيل - وفيما وجب عليه بمنزلة الكفيل
رد المختار عن الحانية وما تقدم في شرح المادة السابقة من ان الوكالة بمجهول غير
صحيح ، يرد هنا بأن يقال جهالة المكفول له مفسدة للكفالة ويجاب عن ذلك
بما اجاب به هناك فتذكره

المادة ١٣٣٥ - شركة العنان تتضمن الوكالة خاصة ولا

تضمن الكفالة فحين عقدها اذا لم تذكر الكفالة فكل واحد من
الشركاء ليس بكفيل عن الآخر فيجوز للصبي المأذون عقد شركة
العنان لكن اذا كانوا بائنين وذكرت الكفالة حين عقد الشركة
يصير كل واحد من الشركاء كفيل الآخر *

ثم اذا كان باقي شروط المفاوضة متوفرة ، انعقدت مفاوضة وان لم تكن متوفرة كانت عناناً . ثم هل يبطل الكفالة يمكن ان يقال يبطل ، وان يقال لا يبطل لأن المتبر فيها اي في العنان عدم اعتبار الكفالة لا اعتبار عدمها قال في الفتح وقد يرجح الاول بانها كفالة بجهول فلا تصح الا ضمناً فاذا لم تكن مما تضمنها الشركة ، لم يكن ثبوتها الا فصدأ اه نهر

قلت لكن في الخاتبة ولا يكون في شركة العنان كل واحد منها كفيلاً عن صاحبه اذ لم يذ كر الكفالة - بخلاف المفاوضة اه - وقد قضاه انه يكون كفيلاً اذا ذكر الكفالة وهذا ترجيح الاحتمال الثاني ولعل وجهه ان الكفالة متى ذكرت في عقد الشركة ثبتت تبعاً لها وضمناً لا فصدأ لان الشركة لا تنافي الكفالة بل تستدعيها - لكنها لا تثبت فيها الا باقتضاء. اللفظ لها كلفظ المفاوضة او بذكرها في العقد تأمل كذا في رد المحتار

اقول قد مرنا في شرح المادة ١٣٢٣ عن الزباني ان الجهالة انما تصدبها الكفالة القصدية اذا كانت مفضية للمنازعة والا فلا وهي غير مفضية لها في مسئلتنا كما تقدم . وهذا يندفع توجهه صاحب الفتح للاحتمال الاول كما لا يخفى - على ان الاحتمال الثاني قد اقتضاه كلام الخاتبة فيكون نصاً في المسئلة لما علمت من ان مفاهيم الكتب حجة فلا يعارضه بحث الفتح ولهذا كان ظاهر هذه المادة جارياً عليه فنذبه .

واقول ايضاً هذا اذا ذكرت الكفالة بلفظها ولم تكن شروط المفاوضة متوفرة حين عقد الشركة كما هو موضوع مسئلتي الفتح وهذه المادة . والظاهر ان مثله ما اذا كانت متوفرة حتى انعقدت مفاوضة ثم انقلبت عناناً بطرود ما يبطل المفاوضة ويجعلها عناناً اذ لا فرق بظهور . بقي ما اذا انعقدت بلفظ المفاوضة بلا ذكر الكفالة سواء توفرت شروط المفاوضة ثم طرأ ما يبطلها ، او لم تتوفر حتى انعقدت عناناً . والظاهر ان الكفالة تبطل لانها تثبت ضمناً واقتضاء بلفظ المفاوضة فاذا بطلت هي بطل ما في ضمنها - كما قالوا في شركة العنان انها تتضمن الوكالة فاذا بطلت هي بطل ما في ضمنها من الوكالة - الا عند التصريح بالوكالة كما صرح به في متن التنوير و يشهد لما قلنا قول الخاتبة اذ لم يذ كر الكفالة فانه ظاهر في

ان الشرط ذكر الكفالة بلفظها هذا ما ظهر لي فليحفظ . وقوله في هذه المادة
فيجوز للصبي المأذون الخ - اي ولا يجوز له عقد شركة المفاوضة لانه يملك
الوكالة دون الكفالة كما تقدم في المادة ٦٢٨ و ٦٢٩

المادة ١٣٣٩ - * بيان تقسيم الربح بين الشركاء شرط فاذا
بقي مبهماً ومجهولاً نكون الشركة فاسدة *

لان الربح هو العقود عليه . وجهالة العقود عليه نوجب فساد العقد كما في
مرأة الجله عن قيد علي افندي للكفوري . واذا فسدت يكون الربح بقدر
المال ولا عبرة بشرط الفضل كما في التنوير

المادة ١٣٣٧ = * كون حصص الربح التي تنقسم بين الشركاء
كالنصف والثالث والرابع جزءاً شامعاً شرط فاذا تناول الشركاء على
اعطاء احدهم كذا غرضاً مقطوعاً نكون الشركة باطلة *

لان هذا شرط بوجب انقطاع الشركة في بعض الوجوه فلعله لا يخرج الا
العقد المسمى لاحدها - ونظيره في المزارعة اذا اشترط لاحدها قفزاتاً مسماً
بحر قال في رد المختار : وبيان القطع ان اشترط عشرة دراهم مثلاً من الربح لاحدهما
يستلزم اشترط جميع الربح له - على تقدير ان لا يظهر ربح الا العشرة والشركة
تقتضي الاشتراك في الربح وذلك بقطعها فتخرج الى القرض او البضاعة كما في
الفتح اه وحيث كانت علة الفساد هي القطع المذكور فلا يرد ان الشركة لا
تبطل بالشرط الفاسد فكان ينبغي ان يبطل الشرط دونها افاده في رد المختار وقد
علمت انه اذا فسدت الشركة فالربح على قدر المال

الفصل الثالث

= في بيان الشرائط المخصوصة في شركة الاموال =

المادة ١٣٣٨ - * كون رأس المال من قبيل النقود شرط *

لصحة شركة الاموال سواء كانت مفاوضة او عنائاً فلا تجوز بالعروض والمكيل والموزون عندنا ، لانه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل واحد منها رأس ماله وتفاضل الثمنان ، فما استحقه احدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يملك وما لم يضمن - بخلاف الدرهم والدنانير لان ثمن ما يشتره ، في ذمته اذ هي لا تتعين فكان ربح ما ضمن ولان اول التصرف في العرض البيع وفي النقود الشراء وبيع احدهما ماله على ان يكون الآخر شركاً في ثمنه لا يجوز وشراء احدهما شيئاً على ان يكون المبيع بينه وبين غيره جائز بحر

المادة ١٣٣٩ - * المسكوكات النحاسية الراجحة معدودة من

النقود غرقاً *

لانها تروج رواج الاثمان فالخفت بها . قيل هذا قول محمد - اما عند ابي حنيفة وابي يوسف ، لا تجوز الشركة والمضاربة بها لان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصدر ساعة وروي عن ابي يوسف مثل قول محمد وهو اقبس واظهر والاصح انها جائزة بالفلوس عندهما ايضاً لانها ائمان باصطلاح الكل فلا تبطل ما لم يصطلم على ضده كذا في البحر

المادة ١٣٤٠ - * غير المسكوك من الفضة والذهب ان جرى
التعامل فيه بين الناس عرفاً وعادة فهو في حكم النقود والا ففي
حكم العروض *

لأنها وان خافت للتجارة في الاصل - لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص
لان عند ذلك لا يصرف الى شيء آخر ظاهراً الا ان يجري التعامل باستعمالها ثمناً
فيترك التعامل بمنزلة الضرب فتكون ثمناً وتصلح رأس المال واطلاق الكثر صحتها
بالتبر ، محمول على ما اذا جرى التعامل باستعماله بجر

المادة ١٣٤١ - * كون رأس المال عيناً شرط فلا يجوز ان
يكون الدين بعني الذي في زعم الناس رأس مال الشركة مثلاً اذا
كان لاثنين في ذمة آخر دين فلا يجوز ان يتخذ رأس مال وتعتد
الشركة عليه وكذا اذا كان رأس مال احدهما عيناً ورأس مال
الآخر ديناً فالشركة غير صحيحة *

عبارة التنوير مع شرحه الدر ولا تصح بال غائب او دين مفاوضة كانت
او عناناً لتعذر المضي على موجب الشركة اه . اي من البيع والشراء بالمال والربح
به رد المختار ونقل في البحر عن البرازية مثل - سا في التنوير . ثم قال واراد بعني
البرازي ان حضور المال يشترط عند عقد الشراء به لا عند عقد الشركة مستدلاً
ا في البرازية ايضاً: اذا دفع لرجل الفأ وقال اخرج مثلاً واشترى وبيع والحاصل
ينتسب انصافاً فبرهن المأمور على انه فعل ذلك واحضر المال وقت الشراء جاز
اه - فان هذا يفيد جوازها . ووفقاً على احضار المال لكن نقل في البحر ايضاً

عن القنية ما يفيد انها نفسد بالافتراق عن مجلس العقد بلا دفع ثم تنعقد بالدفع حين
الشراء وهذا الذي جزم به العلامة ابو السعود ونظر فيما ذكره في النهر تبعاً لآخيه
صاحب البحر - من ان حضور المال انما يشترط عند الشراء به لا عند الشركة
لان هذا الحل يؤدي الى وقوع التنافي بين كلامي الزاوي . والذي في الفتح
يؤيد ما قاله صاحب البحر فانه قال : ولم يشترط بعني صاحب الهداية حضور المال
وقت العقد وهو صحيح بل الشرط وجوده وقت الشراء ثم ذكر ما لودفع الى رجل
الفا وقال اخرج مثلها الخ - على انه لم يظهر لي ثمة نترتب على هذا النزاع لانفاذ
انه ان حصل الدفع حين الشراء كانت الشركة صحيحة والا فهي فاسدة فتأمل .
ثم رأيت في الخانية اول كتاب الشركة : وشرط جوازها اي شركة الاموال
بان يكون رأس المال حاضراً في المجلس او غائباً يحضره عند الشراء اه . وهو
مؤيد لحل صاحب البحر وموافق لما في الفتح منه .

✽ فرع ✽

دفع الى رجل الفاء وقال اشتر بها بيني وبينك نصفين والربع لنا والوضيعة علينا
فذلك المال قبل الشراء لم يضمن وبعده ضمن المشتري النصف بحر عن الذخيرة
قلت ووجهه انه لما امره بالشراء نصفين صار مشتركاً للنصف وكالة عن
الامر وللنصف احالة عن نفسه وقد اوفى الثمن من مال الامر فضمن حصه نفسه .
والظاهر ان هذه الشركة شركة ملك لا شركة عقد وليست مضاربة لما قلنا
فتنبه لذلك فانه يقع كثيراً اه رد المختار . القول انظر ما نقلنا في شرح المادة ١٣٣٠
عن الهندية معزياً للبدائم

المادة ١٣٤٢ = ✽ لا يصح عقد الشركة على الاموال التي
ليست معدودة من النقود كالعروض والعقار بعني لا يجوز ان تكون
هذه رأس مال الشركة الا ان الشخصين اذا ارادا ان يتخذوا المال الذي
ليس من قبيل النقود رأس مال فكل واحد منهما يبيع نصف ماله

بنصف مال الآخر مثلاً وبعد حصول اشتراكها يجوز لها عقد الشركة
على هذا المال المشترك كما لو كان لاثنتين نوع مال من المثليات مثلاً لكل
واحد مقدار حنطة فخلطتا أحدهما بالآخر فبعد حصول شركة الملك
يجوز لهما ان يتخذا هذا المال المخلوط رأس مال وبعقد عليه الشركة *

بيان للحيلة في صحة الشركة بالعروض فان فسادها بها ، ليس لذاتها - بل
للأزم الباطل من امرين أحدهما لزوم ربيع ما لم يضمن كما أوضحناه في شرح
المادة ١٣٣٨ والثاني جهالة رأس مال كل منها عند القسمة وكل منها منتفب في
هذه الصورة فيكون كل ما يربحه الآخر ربيع ما هو مضمون عليه ولا تحصل جهالة
في رأس مال كل منها عند القسمة - حتى يكون ذلك بالجزر والتخمين ، لانها
مستويان في المال شريكان فيه فبالضرورة يكون كل ما يحصل بينهما مناصفة
كذا في البحر

قال الزبلي : وحمل بعضهم ما ذكرنا من بيع نصف ما لكل منها ، على
ما اذا كانت قيمتها على السواء واما اذا كانت قيمتها متفاوتة فيبيع صاحب الأقل
بقدر ما تثبت به الشركة - كما اذا كانت قيمة عرض أحدها اربعاً وقيمة عرض
الآخر مائة يبيع صاحب الأقل اربعة اخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير
المال كله بينهما اقساماً . وهذا الحمل غير محتاج اليه ، لانه يجوز ان يبيع كل واحد
منها نصف ماله بنصف مال الآخر وان تفاوتت قيمتها - حتى يصير المال بينهما
نصفين و كذا العكس جائز وهو ما اذا كانت قيمتها متساوية فباعاه على التفاوت -
بأن باع أحدهما ربع ماله بثلاثة ارباع مال الآخر حتى يكون المال كله بينهما
ارباعاً فعلم بذلك ان قوله باع نصف ماله بنصف مال الآخر وقع اتفاقاً او قصداً ،
ليكون شاملاً للمفاوضة والعتان لان المفاوضة شرطها التساوي بخلاف العنان .
وقوله بنصف عرض الآخر وقع اتفاقاً لانه لو باء بالدرام ثم عقد الشركة في
العرض الذي باع نصفه جاز ايضاً اه واقره في البحر وغيره

قال في رد المحتار : ولا يخفى ما فيه ان التصوير الذي ذكره البعض هو الواقع

عادة لان صاحب الاربعماية مثلا لا يرضى في العادة ببيع نصف عرضه بنصف عرض الآخر صاحب المائة حتى يصير العرضان بينهما نصفين وان امكن ذلك - لكن مطلق الكلام يحمل على المتعارف اه

اقول قوله: ولا يخفى ما فيه ، لا يخفى ما فيه ، لان المسئلة مفروضة فيما اذا اراد رجلان عقد شركة مفاوضة او عنان على عرضيهما الموجودين فيبيع كل منهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر تصحيحاً له فقد الشركة غير ناظرين الى قيمتها متساوية او متفاوتة - ولا بدع عادة في ان يتساح صاحب الاكثر مع صاحب الأقل لمزبة فيه - ككونه اعلم منه بأمر البيع والشراء ونحوها . والزبلي قد اشار الى ان ما صوزه هذا البعض وان كان ممكناً في ذاته الا انه لا تتصور معه الا عقد شركة العنان مع ان قول المتون: وصحت ان باع كل منهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر ثم عقداها ضمير صحت فيها عائد الى شركة الاموال الشاملة للمفاوضة والعنان كما صرح به الشراح قاطبة

المادة ١٣٤٣ - * اذا كان لواحد برذون ولاخر اكاف فاشتركا على ان يوجراه وما حصل من اجرنه يقسم بينهما فالشركة فاسدة والاجرة الحاصلة تكون لصاحب البرذون واما الاكاف فبسبب كونه تابعا للبرذون لا يكون لصاحبه حصة من الاجرة لكنه يأخذ اجر مثل اكافه *

انما كانت الشركة فاسدة لانها بمنزلة الشركة بالعروض خاتية وانظر ما سنكتبه في شرح المادة ١٣٩٢

المادة ١٣٤٤ - * اذا كان لواحد دابة ولاخر اتمة وتشارك

على تحميل الامتعة على الدابة وبيعها على ان ما حصل من الربح يكون
بينهما مشتر كما فالشركة فاسدة والربح الحاصل يكون لصاحب
الامتعة وصاحب الدابة يأخذ اجر مثل دابته والدكان ايضاً مثل الدابة
بأن كان لواحد دكان ولاخر امتعة فتشار كما على بيع الامتعة في
الدكان على ان ما يحصل من الربح مشترك بينهما فالشركة فاسدة وربح
الامتعة يكون لصاحبها وصاحب الدكان يأخذ اجر مثل دكانه *

وكذا لو كان لرجل سفينة فاشترك مع اربعة على ان يعملوا بسفينته وآلاتها
والخمس لصاحب السفينة والباقي بينهم بالسوية ، فهي فاسدة والحاصل لصاحب
السفينة وعليه اجر مثلهم كافي رد المختار عن البحر موافقا فسدت في المسائل الثلاث ،
لان رأس مال احدهما عرض ورأس مال الآخر منفعة فاذا فسدت الشركة
كان الربح لصاحب الامتعة في الدابة والبيت لانه بدل ملكه ولصاحب السفينة
في المسئلة الثالثة لانه ايضاً بدل منفعة ملكه ولصاحب الدابة والبيت والعملة في
السفينة اجرة مثل الدابة والبيت والعمل لانهم لم يرضوا بمخالفهم بتغير عوض افاده
في الخاتمة وذكر في الهندية : لو دفع شبكة ليصيد بها السمك بينهما نصفين
فالصيد للصاد ولصاحب الشبكة اجر مثلها . ولو ان قصاراً له اداة القصارين
وقصاراً له بيت اشتركا على ان يعملوا باداة هذا في بيت هذا على ان الكسب
بينهما نصفان ، كان ذلك جائزاً - وكذا كل حرفة . ولو كان من احدهما اداة
القصارين ومن الآخر العمل فاشتركا على هذا فالشركة فاسدة ويجب على العامل
اجر مثل الاداة والربح للعامل اه

* فرع *

اعطى بذر الفيلق رجلاً ليقوم عليه ويملفه بالاوراق على ان ما حصل فهو
بينهما فقام عليه ذلك الرجل حتى ادرك ، فالفيلق لصاحب البذر وللرجل الذي قام
عليه فيمة الوراق . واجر مثله على صاحب البذر . ولو كان من احدهما

البذر والاوراق ومن الآخر العمل ، فالفيلق لصاحب البذر وللعامل اجر مثل عمله - وكذلك لو كان العمل منهما وانما يجوز لو كان البيض منهما والعمل عليهما ان لم يعمل صاحب الوراق لا بضره - وعلى هذا اذا دفع البقرة الى انسان بالعلف ليكون الحادث بينهما نصفين فما حدث ، فهو لصاحب البقرة ولذلك الرجل مثل العلف الذي علفها واجرمثله فيما قام عليها - وعلى هذا اذا دفع دجاجة الى رجل بالعلف ليكون البيض بينهما نصفين . والحيلة في ذلك ان يبيع نصف البقرة من ذلك الرجل ونصف الدجاجة ونصف بذر الفيلق بثمن معلوم حتى نصير البقرة واجناسها مشتركة بينهما فيكون الحادث منها على الشركة كذا في المندبة

= الفصل الرابع =

- في حق ضوابط تتعلق بشركة العقد -

المادة ١٣٤٥ - العمل يكون متقوماً بالتقويم يعني ان العمل يتقوم بتعيين القيمة ومن الجائز ان يكون عمل شخص اكثر قيمة بالنسبة الى عمل شخص آخر مثلاً اذا كان شريكاً شركة عنان ورأس مالهما متساوياً وكلاهما ايضاً مشروط عمله وشرط اعطاء احدهما حصة زائدة من الربح يكون الشرط جائزاً لانه يجوز ان يكون احدهما في الاخذ والعطاء امهر وعمله از يد وانفع *

حتى لو شرطاً اكثر الربح لادناهما عملاً لا تصح الشركة اتفاقاً هذا ما يعطيه صياق هذه المادة ومبايقها - كما لا تصح ايضاً لو شرط العمل والحالة هذه على الذي حصته من الربح قليلة كما سيأتي التصريح به في المادة ١٣٧١ قال في

البحر عند قول الكنز ونصح مع التساوي في المال دون الربح وعكسة - يعني مع التفاضل في المال والتساوي في الربح ما نصه : وقد اطلق المصنف تبعاً للهداية جواز التفاضل في الربح مع التساوي في المال وقيده في التبيين وفتح التقدير بأن يشترط الاكثر للعامل منهما او لاكثرهما عملاً - اما ان شرطاه للقاعد او لاقلمها عملاً فلا يجوز اهـ وعجابه التبيين عند قول الكنز ما تقدم . ومعناه ان يشترط الاكثر للعامل منهما او لاكثرهما عملاً فان شرطاه للقاعد او لاقلمها عملاً فلا يجوز اهـ ولم يحك في ذلك خلافاً كما ترى . وبهذا نعلم ان ما ذكره الشارح اللبناني هنا من انه لو شرطوا اكثر الربح لادناهما عملاً صحح على الصحيح ما خطأ محض وانما يكون ما ذكره صحيحاً لو لم يكن العمل مشروطاً على احد على ما سيأتي بيانه قريباً مع ان منطوق هذه المادة ان كلا الشريكين مشروط عمله وكانه لم يفرق بين شركة الاوال وشركة الاعمال فان ما ذكره من الحكم والتعليل انما ذكره في شركة الاعمال وهي شركة التقبل كما سيأتي بيانه في المادة الآتية وكذا في المادة ١٣٩١ - وذلك لأن رأس المال المعقود عليه الشركة المذكورة هو العمل دون المال وكلاهما هنا في شركة الاموال كما هو صريح هذه المادة فانهم . وهذا كله اذا صرحا اشتراط العمل عليهما كما هو منطوق هذه المادة او على احدهما اما اذا سكتا عن اشتراط العمل فاشتراط التفاضل بالربح مع التساوي بالمال . صحيح في جميع الاحوال وان تبرع احدهما بالعمل وخده قال في رد المحتار بعد ان ذكر ما قدمناه عن البحر والفتح والتبيين والنهر : قلت وحاصل ذلك كله انه اذا تفاضلا في الربح فان شرط العمل عليها سوية جاز ولو تبرع احدهما بالعمل - وكذا لو شرط العمل على احدهما وكان الربح للعامل بقدر رأس ماله او اكثر ولو كان الاكثر لتغير العامل او لاقلمها عملاً لا يصح وله ربح ماله فقط . وهذا اذا كان العمل مشروطاً كما يفيد قول صاحب النهر اذا شرط العمل عليهما الخ - اما اذا لم يشترط على احد في عقد الشركة بل تبرع به احدهما فيجوز لصاحب الاقل مالا ان يأخذ من الربح بقدر ما شرط من نصف او اكثر او اقل وان لم يكن عاملاً اهـ ملخصاً ثم قال وبقي ما يقع كثيراً وهو ان يدفع رجل الى آخر الفاً بقرضه نصفها و يشاركه على ذلك على ان الربح ثلثاه للدافع وثلثه للمستقرض

فهنا تساوبا في المال دون الربح وهي صورة العكس وصريح ما مر عن الزبلي
والكحال، انه لا يصح للدافع اخذاً اكثر من نصف الربح - الا اذا كان هو العامل فلو كان
العامل هو المستقرض كما هو العادة كان له نصف الربح بقدر ماله - لكنه محمول
على ما اذا شرط العمل اليه وان لم بشرط صح التفاضل كما علمت .

ومما يكثر وقوعه ايضاً انه يكون لاحدهما الف فيدفع له آخر الفين ليصنع
بالكل ويشترط الربح اثلاثاً وهذا جائز ايضاً حيث كان الربح بقدر رأس المال
كما مر في عبارة النهر فلو شرط الربح ارباعاً مع اشتراط العمل لم يصح . وقد
علم مما مر ان العمل لو كان مشروطاً عليهما لا يلزم اجتماعهما عليه ولذا قال في
البرازية : اشتركا وعمل احدهما في غيبة الآخر فلما حضر اعطاه حصته ثم غاب
الآخر وعمل الآخر فلما حضر الغائب ابي ان يعطيه حصته من الربح - ان كان
الشرط ان يعمل جميعاً وشكى ، فما كان من تجارتهما من الربح فيبينها على الشرط
عملاً او عمل احدهما . فان مرض احدهما ولم يعمل وعمل الآخر فهو بينهما اه

والظاهر ان عدم العمل من احدهما لا فرق ان يكون بعذر او بدونه كما
صرح بمثله في البرازية في شركة التقليل معللاً بان العقد لا يرتفع بمجرد امتناعه
واستحقاقه الربح بحكم الشرط في العقد لا العمل اه ولا يخفى ان العلة جارية
هنا اه ما في رد المختار ببعض اختصار . قلت وما استظهره صرح به في الهندية عن
المضمرات حيث قال : ولا فرق فيما اذا شرط عمل الاثنين بين ان يعمل او يعمل
احدهما دون الآخر بعذر او بغير عذر فان عمل احدهما كما علمنا اه
وسياتي نقله في المادة ١٣٧٠

المادة ١٣٤٦ - ضمان العمل نوع من العمل فاذا تشارك

اثنان شركة صنایع بان وضع شخص في د كانه آخر من ارباب
الصنایع على ان ما يتقبله هو ويتعهد من الاعمال بعمل الآخر ذلك
وما يحصل من الكسب يعني الاجرة بينهما مباحصة تكون جائزة

واستحقاق صاحب الدكان حصة النصف بسبب كونه ضامناً وتمهداً
للعمل وفي ضمن ذلك ايضاً بصير نائلاً منفعة دكانه *

قوله ضمان العمل اي تقبله والتعهد به حتى صار مضحوناً عليه . وهو مبتدا
خبره قوله نوع من العمل . وهذه الجملة جواب عنها يقال ان رأس المال في شركة
الصنائع هو العمل كما سيأتي فاذا لم يكن من احدهما عمل كيف يستحق ما شرط
له . وكان القياس ان لا تجوز هذه الشركة لان من احدهما العمل ومن الآخر
الخانوت وجوابه ان نفس التقبل والتعهد عمل ، فبسببه يستحق ما شرط له وهذا
استحسان - ومنها ما في البحر عن البرازية : لاحدهما آلة القصار وللآخر بيت
اشتركا على ان يعملوا في بيت هذا والكسب بينهما ، جاز وكذا صائر الصناعات اه
وقدمنا هذه في شرح المادة ١٢٤٤ عن الهندية - لكن لا بد في ذلك من ان
يكون عقد الشركة على التقبل والعمل لما في البحر عن القنية : اشترك ثلاثة من
الجالين على ان يعملوا احدهم الجواني وبأخذ الثاني قفها ويحملها الثالث الى بيت
المستأجر ، والأجر بينهم بالسوية ، فهي فاسدة قال فسادها لهذه الشروط فان
شركة الجالين صحيحة اذا اشتركا في العمل والتقبل جميعاً اه - اي وهذا لم
بذكر التقبل اصلاً بل مجرد العمل مقيد ، على كل واحد بنوع منه - لكن لا
يشترط كون التقبل منها معاً ، لما في البحر ايضاً : لو اشتركا على ان يتقبل احدهما المتاع
ويعمل الاخر او يتقبل احدهما ويقطعه ثم يدفعه الى الاخر للقيامه بالنصف ، جاز
كذا في القنية - لكن من شرط عليه العمل فقط لو تقبل جاز . فلو شرط على
من عليه العمل ان لا يتقبل ، لا يجوز لانه عند السكوت جعل الثبوت اقتضاء ولا
يمكن ذلك مع النفي كذا في المحيط اه

قلت وبه علم ان الشرط عدم نفي التقبل عن احدهما لا التخصيص على تقبل
كل منهما ولا على عملها لانه اذا اشتركا على ان يتقبل احدهما ويعمل الاخر
بلا نفي كان لكل منهما التقبل والعمل لنضمن الشركة الوكالة قال في البحر :
وحكمها ان يصير كل واحد منهما وكيلاً عن صاحبه بتقبل الاعمال . والتوكيل

به جاز سواه كان الوكيل نجس مباشرة ذلك العمل اولاه رد المختار تم ان
التقييد بكون الربح مناصفة بينهما في هذه المادة اتفاني فانه يكون بينهما على ما
شرطاً مطلقاً اي سواء شرطاً للربح على السواء او متفاضلاً كما في الدر وحواشيه
وسبأني توضيحه في شرح المادة ١٣٤٩

المادة ١٣٤٧ = * كما ان استحقاق الربح يكون تارة بالمال
او بالعمل كذلك بحكم المادة ٨٥ يكون تارة بالضمان كما ان في
المضاربة يكون رب المال مستحقاً للربح بماله والمضارب بعمله فاذا
اخذ واحد من ارباب الصنائع تلميذاً عنده واعمله ما تقبله وتعهده
من العمل بنصف اجرته يكون جازاً والكسب يعني اجرته المأخوذة
من اصحاب العمل كما يكون نصفها مستحقاً لذلك التلميذ بعمله
يكون نصفها مستحقاً للاستاذ ايضاً بتعهده وضمان العمل *

يعني ان الربح لا يستحق الا باحد ثلاث وهي العمل كالمضارب في المضاربة
او المال كرب المال فيها او بالضمان كالاستاذ الذي يتقبل العمل من الناس ويلقيه
على التلميذ ليعمله بنصف اجرته او بأقل مما اخذ فيستحق الاستاذ ما يأخذه
بسبب كونه قد ضمن العمل والتزمه والربح لا يستحق بغير هذه الثلاث - الا
تري ان من قال لغيره تصرف في مالك على ان لي بعض ربحه ، لا يستحق شيئاً
لعدم هذه العاني . ثم ان استحقاق الربح في شركة الاموال بكل من المال
والعمل اذا كان العمل عليهما او احدهما وبالمال فقط اذا اشترط على احدهما - وفي
شركة الصنائع وهي النقبل بالعمل فقط - وفي شركة الوجوه بالضمان اي ضمان
قيمة ما يشتريه بانه بوجهها ولهذا لا يستحق الربح احدهما الا بقدر حصته من
المشري فان شرطاً مناصفة المشتري او مثالته ، فالربح كذلك وبطل شرط

الفضل كما صيأتي في المادة ١٤٠٢ وهذا اعني كون الضمان سبباً لاستحقاق الربح بحكم قوله صلى الله عليه وسلم (الخراج بالضمان) المذكور في المادة ٨٥ لان الخراج ما خرج من الشيء كالثمرة تخرج من الشجرة - يعني ان الربح والثمرة تكون بسبب الضمان اي ما كان مضموناً على الانسان تكون ثمرته له

واعلم ان المسئلة المذكورة في هذه المادة وهي مسئلة اخذ واحد من ارباب الصنائع تلميذاً الخ هي من مسايل الجامع الصغير كما في العيني على الهداية ذكرها ارباب المتون اواخر كتاب الاجارة . ثم ان صاحب الهداية خرجها على شركة الوجوه وتبعه في الدرر وغيره وعبارة الدرر مع الفرر : اقمه خياط او نحوه في دكانه من بطرح عليه العمل بالنصف ، جاز فان صاحب الدكان قد يكون ذا جاه وحرمة ولكن لا يكون حاذقاً في العمل فيقعد حاذقاً بطرح عليه العمل وكان القياس ان لا يجوز لانه استأجره بنصف ما يخرج من عمله وهو مجهول كقفيز الطحان لكنه جاز استحساناً لانه شركة الوجوه في الحقيقة فان هذا بوجاهته يقبل وذلك بمخافته بعمل فتتظم ولا يضره الجهالة فيما يحصل له ومثله في الهداية - لكن قال الزبلي بعد ان قرر المسئلة على انها من شركة التقبل ما نصه : وقول الهداية هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بمخافته بعمل ، فيه نوع اشكال فان تفسير شركة الوجوه ، ان يشتري كاعلى ان يشتري شيئاً بوجوهها وببيعا وليس في هذا بيع ولا شراء - فكيف يتصور ان تكون شركة الوجوه وانما هي شركة الصنائع على ما بيناه واجاب عنه في مجمع الانهر بان مراد صاحب الهداية بشركة الوجوه ليس ما هو المصطلح عليه في كتاب الشركة - بل مراده بها ما هنا ما وقع فيه تقبل العمل بالوجاهة يرشدك اليه قوله هذا بوجاهته يقبل وهذا بمخافته بعمل ويمكن بوجه آخر انه اطلق عليه شركة الوجوه تغليباً لجهة الوجاهة على جهة الضم لكونها سبباً له

قلت وهو يده ان جميع شراح الهداية كما يعلم من الفتح والعيني على الهداية قد قرروا المسئلة المذكورة على انها من شركة التقبل ولم ينظروا الى قول الهداية : هذه شركة الوجوه في الحقيقة . ثم لا يخفى ان هذه المسئلة هي عين المسئلة المذكورة في المادة السابقة - والظاهر ان القصد من ذكرها مرة ثانياً ، بيان وجه آخر

للأمتحمان ودفع الأيراد المذكور في شرح المادة السابقة - وهو انه على فرض تسليم ان ضمان العمل ليس بنوع من العمل فاستحقاق الربح لمن لم يعمل في هذه المسئلة ، انما هو بسبب كون العمل مضموناً عليه بسبب التزامه اياه وتعهده به وقد تقرر ان الضمان يكون سبباً لاستحقاق الربح كالمال والعمل . وظاهر كلامهم حيث ذكرت في الجامع الصغير والمتون مطلقة عن ذكر عقد الشركة ، ان الشريكين لم يقدوا فيها شركة الصنائع صريحاً وانما المشايخ قد خرجوا الحكم المذكور فيها على شركة الصنائع . وهذا يخالف ما قدمناه في شرح المادة ١٣٣٢ عن رد المختار من انه لا بد من ان يكون عقد الشركة على التقبل والعمل استدلالاً بما في الجهر عن القنية : اشترك ثلاثة من المالين الخ ويمكن الجواب بان هذا لا يشترط ان يكون صريحاً - بل يكفي فيه ان يكون العرف جارياً باعتباره . اشار الى ما قلنا الزبلي فليراجع

المادة ١٣٤٨ - * اذا لم يوجد واحد من الامور الثلاثة السالفة الذكر يعني المال والعمل والضمان فلا استحقاق للربح مثلاً اذا قال شخص لاخر انت اتجر بمالك على ان الربح مشترك بيننا فلا شركة وفي هذه الصورة ليس له اخذ حصة من الربح الحاصل *

اذ لا مال ولا عمل ولا ضمان .

المادة ١٣٤٩ - * استحقاق الربح انما هو بالنظر الى الشرط المذكور في عقد الشركة وليس هو بالنظر الى العمل الواقع فالشريك المشروط عمله ولو لم يعمل بعد كانه عمل مثلاً الشريكان شركة صحيحة في حال اشتراط العمل على كليهما اذا عمل احدهما ولم يعمل الآخر بمدر

او بعير عذر يقسم الربح بينهما على الوجه الذي اشترطاه حيث كل منهما
وكيل عن الآخر فبعمل شريكه بعد هو ايضاً كانه عمل *

يعني ان العمل بالفعل ليس شرطاً لاستحقاق الربح بل المدار على كون
العمل مشروطاً فالشروط عليه العمل يستحق الربح عمل او لم يعمل لان عمل
العامل يقع عن نفسه بالاصله وعن شريكه بالوكالة ، لما علم من ان الشركة
تتضمنها والمراد بكونه مشروطاً عليه العمل ان لا يشترط نفي العمل او التقبل
عنه - وذلك صادق بما اذا شرط كل من التقبل والعمل عليها او شرط احدهما
على هذا والاخر على ذلك . اما اذا شرط على احدهما ان لا يقبل او لا يعمل
فالشركة فاسدة كما مر في شرح المادة ١٣٤٦

وقوله يقسم الربح على الوجه الذي شرط فيه اشارة الى انه لا فرق فيما شرط
بين ان يكون على التساوي او متفاوتاً كما انه لا يشترط تساويها في العمل .
وقيل ان شرطاً اكثر الربح لادناهما عملاً لا يصح والصحيح الجواز افاده في البحر .
وهذا بخلاف شركة المال فانه لو اشترط فيها اكثر الربح للقاعد منها او لافلها
عملاً او لافلها مالا ، لا تجوز وقد تقدم جميع هذا في شرح المادة ١٣٤٥ وسيأتي
له زيادة بيان في شرح المادة ١٣٩١

المادة ١٣٥٠ - * الشريكان كل واحد منهما امين الآخر فال
الشركة في يد كل واحد منهما في حكم الوديمة اذا تلف مال الشركة
في يد واحد منهما بلانعد ولانه تصير لا يكون ضامناً حصة شريكه *

انما كانت يد كل واحد منهما في المال امانة ، لانه قبضه باذن صاحبه لا على
وجه المبادلة - حتى يكون كالمقبوض على سوم الشراء فيضمن بالقيمة الا على
وجه الوثيقة حتى يكون كالرهن فيضمن بالأقل من قيمته ومن الدين .

وتفرغ على كون المال في يد كل منها امانة انه يقبل قوله لبيته في مقدار
الربح والخسران وضياع المال كلاً او بعضاً ولو من غير تجارة وفي الدفع لشريكه ،
ولو ادعاه بعد موته لما في الوالدية : ولو وكل بقبض ودبعة ثم مات الموكل فقال
الوكيل قبضت في حياته وهلك وانكرت الورثة او قال دفعته اليه ، صدق ولو
كان ديناً لم يصدق ، لان الوكيل في الموضعين حكى امراً لا يملك استثنائه -
لكن من حكى امراً لا يملك استثنائه - ان كان فيه ايجاب الضمان على الغير
لا يصدق وان كان فيه نفي الضمان عن نفسه ، صدق . والوكيل بقبض الدبعة
فيما يحكي ، ينفي الضمان عن نفسه فصدق والوكيل بقبض الدين فيما يحكي ،
بوجب الضمان على الميت وهو ضمان مثل المقبوض فلا يصدق

وتوضيحه ان الوكيل بقبض الدين اذا قال قبضته من المدينون وهلك عندي
او قال دفعته للموكل ، لا يصدق بالنسبة الى برائة المدينون لان في ذلك الزام الضمان
على الميت فان الدينون تقضي بامثالها فيثبت للمدينون بذمة الدارين مثل ما للدارين
بذمته فيلتقيان قصاصاً - واما بالنسبة الى الوكيل نفسه فيصدق لانه امين وموت
الموكل لم ترتفع امانته ، وان بطلت و كالتة فلا يضمن ما قبضه ولا يرجع عليه المدينون .
ومعنى كون الوكيل بقبض الدبعة او الدين لا يملك استثناف ما حكاها ، انه لو كان
لم يقبض في حياته واراد استثناف القبض بعد موته ، لم يملكه لانه انعزل عن
الوكالة بموته افاده في الدر وحواشيه . والنقييد بكون الملاك بلا تعدد ولا
تقصير ، لانه لو هلك بسبب تعديه او تقصيره بكون ضامناً كما هو حكم سائر
الامانات . ومن التمدي . الو مات مجهلاً مال الشركة كما يأتي في المادة ١٣٥٥

وتفرغ على كون المال في يد كل منها امانة ما مثل عنه قاري ، الهداية
طالب محاسبة شريكه اجاب لا يلزمه ان يذكر الامر مفصلاً ومثله المضارب
والوصي والمتولي كذا في الدر وحواشيه . قال في رد المحتار وذكر في وقف الدر
عن القنية ان المتولي لا تلزمه المحاسبة في كل عام وبكتفي القاضي منه بالاجمال لو
معرفة بالامانة - ولو منهاً يجبره على التمييز شيئاً فشيئاً ولا يجسه بل يهدده . ولو
اتهمه بملفه اه . والظاهر انه يقال مثل ذلك في الشريك والمضارب والوصي
فيحمل اطلاقه على غير المتهم اي الذي لم يعرف بالامانة تأمل اه .

بقي ما لو ادعى على شريكه خيانة مبهمة ففي قضاء الاشباه لا يحلف ونقل
الحوي عن قارىء الهداية انه يحلف ، وان لم يبين مقداراً - لكن اذا نكل عن
اليمين لزمه ان يبين مقدار ما نكل فيه . ثم قال وانت خبير بان قارىء الهداية لم
يستند الى نقل فلا يبارض ما نقله في الاشباه عن الخانية كذا في رد المحتار
اقول : ما ذكرناه آنفاً عن وقف الدر معزباً للقنية من قوله ولو اتهمه يحلفه
ببني المتولي ، بوجه ما قاله قارىء الهداية فان الظاهر منه ان التحليف على خيانة
مبهمة وحينئذ فيل اطلاق ما نقله في الاشباه عن الخانية على ما اذا لم يكن
متهاً تأمل

❖ تمة ❖

لو اقر بمقدار ربح ثم ادعى الغلط فيه لا يقبل قوله كما في الاشباه عن كافي
الحاكم خلافاً لما في الحاوي الزامدي حيث قال : قال الشريك ربحت عشرة ثم
قال لا بل ربحت ثلاثة فله ان يحلفه انه لم يربح عشرة اه ومقتضاه ان القول له
يبينه - لكن لا يخفى ان الادجده ما في الاشباه لانه يرجوعه متناقض فلا
يقبل منه وما في كافي الحاكم نص المذهب فلا يبارضه ما في الحاوي كذا في
رد المحتار .

المادة ١٣٥١ - ❖ رأس المال في شركة الاموال يكون
مشاركاً بين الشريكين متساوياً او متفاضلاً لكن في صورة كون
رأس المال من واحد والعمل من آخر اذا كان المقابلة على ان الربح
مشارك بينهما تكون مضاربة كما يأتي في بابها المخصوص واذا كانت
الربح تماماً عائداً الى العامل يكون قرضاً واذا شرط كون الربح تماماً
عائداً الى صاحب رأس المال فيكون رأس المال في يد العامل بضاعة
والعامل مستبضعاً ومن كون المستبضع في حكم الوكيل المتبرع بصير

الربح او الخسارة تماماً عابداً الى صاحب المال ❁

ولو قال رب المال دفعت اليك بضاعة وقال المضارب لا بل مضاربة بالنصف او بمائة درهم ، كان القول قول رب المال لان الربح يستحق عليه من جهته - وكذا لو قال المضارب اقرضتني وقال مضاربة او بضاعة ، كان القول لرب المال لان المضارب يدعي عليه تملك المال والبينة للمضارب يجعل كانه اعطاه مضاربة ثم اقرضه . ولو قال رب المال اقرضتك وقال المدفوع له لا بل مضاربة ، كان القول للمضارب لان رب المال يدعي عليه الضمان بعد ان اتفقا انه اخذ المال باذنه والبينة بينة رب المال وقام الكلام على هذه المسائل في مضاربة فناروي انقروني

المادة ١٣٥٢ - ❁ اذا مات احد الشريكين او جن جنوناً مطبقاً
تنفسخ الشركة لكن في صورة كون الشركاء ثلاثة او اكثر
تنفسخ الشركة في حق الميت او المجنون وحده وتبقى بين الآخرين ❁

ومثل الموت الحقيقي الموت الحكي بان ارتد احدهما ولحق بدار الحرب وحكم بلحافه - وهذا لان الشركة تتضمن الوكالة فهي شرط لها ابتداءً وبقاءً لانه لا يتحقق ابتداؤها بولاية التصرف لكل منهما في مال الآخر ولا تبقى الولاية الا ببقاء الوكالة . والوكالة تبطل بالموت والحقاق على ما عرف في موضعه - ولا فرق بين ان يعلم موت صاحبه او لا يعلم لانه عزل حكي فاذا بطلت الوكالة بطلت الشركة يعني شركة العقد المنضمة للوكالة لعدم الفائدة - فلا يشترط علمه لثبوته ضمناً بخلاف الغزل انقضي كما سيأتي والمجنون المطبق كللوت من حيث بطلان الوكالة لان المجنون ليس اهلاً لها لكن لا يحكم بالنسخ الا باطباق الجنون وهو مقدر بشهر او بنصف حول على الخلاف فتبقى الشركة قائمة الى ان يتم اطباق الجنون فتتفسخ فاذا عمل بعد ذلك فالربح كله للعامل والوضيمة عليه وهو كلفص مال المجنون فيطيب

له ربح ماله لا ما ربح من مال المجنون فيتصدق به ، والظاهر انه يقال مثل ذلك فيما اذا تصرف احدهما بالمال في صور بطلان الشركة الآتية فان الربح يكون للعامل ويتصدق بما ربح من مال الآخر . وانما لا تنفسخ في حق الباقيين فيما اذا مات احد الشركاء الثلاثة لبقاء الو كالة بينهما كما هو ظاهر وتقييد الانفساخ بشركة العقد ، لان شركة الملك لا يجب لانفساخها بما ذكر اذ لا و كالة فيها اصلاً فلا تبطل الشركة بموت احد الشركاء بل يبقى المال مشتركاً بين الحى وورثة الميت على ما كان عليه

المادة ١٣٥٣ - * تنفسخ الشركة بفسخ احد الشريكين لكن علم الآخر بفسخه شرط فلا تنفسخ الشركة ما لم يكن فسخ احدهما معلوماً للآخر *

لانه عزل قصدي وهو نوع حجر فيشترط علمه دفعا للضرر عنه فسخ . ومن الفسخ ايضا ما اذا قال احدهما للآخر لا اعلم معك ففي البحر عن البرازية : اشتركا واشتربا ائمة ثم قال احدهما للآخر لا اعلم معك بالشركة وغاب فباع الحاضر الأئمة ، فالحاصل للبايع وعليه قيمة المتاع لأن قوله لا اعلم معك فسخ للشركة معه واحدهما يملك فسخها وان كان المال عروضاً بخلاف المضار به هو المختاراه - وكذا تنفسخ الشركة بانكارها ففي البحر عن المحيط : جحد احد المتفاوضين وقعت الفرقة وضمن نصف جميع ما في يده اذ ظهرت المفاوضة بالبينة العادلة ، لانه امين جحد الامانة فصار غاصبا وكذلك جحد وارثه بعد موته اه

واطلاق هذه المادة يقتضي صحة انفراد احدهما بالفسخ وان كان مال الشركة عروضاً . وهذا المختار كما علمت آنفاً وقيد الزباني فسخ احدهما الشركة بكون المال دراهم او دنانير فاناد عدمه لو عروضاً كما في المضاربة وهو قول الطحاوي واتفقوا في المضاربة انه لو فسخاها والمال عروض يصح الفسخ ولو فسخها احدهما لا يصح الا اذا كان تقوداً - والفرق ان مال الشركة في ايديها معار وولاية التصرف اليها جميعاً فيملك

كل نهي صاحبه عن التصرف في ماله نقداً كان او عروضاً بخلاف مال المضاربة
فانه بعد ما صار عروضاً ثبت حق المضارب فيه لاستحقاقه ربحه وهو المنفرد
بالتصرف فلا يملك رب المال نهبه فتح كذا في الدر وحواشيه مع زيادة من
البحر والزبلي

المادة ١٣٥٤ - * اذا فسخ الشريك الشراكة واقتسماها على
كون النقود الموجودة لواحد والديون التي في الذم لآخر لا تصح
القسمة وفي هذه الصورة معها قبض الآخر من النقود الموجودة يكون
مشتركا وما في الذم من الدين ايضاً يبقى مشتركاً راجع المادة ١١٢٣ *

فقد صرحت المادة المذكورة بأن تقسيم الدين المشترك قبل قبضه لا يصح
وصرحت المادة ١٠٩٥ بأنه اذا بيع مال مشترك بصفة واحدة ولم يذكر حين
البيع حصة كل واحد من الشركاء فالدين الذي في ذمة المشتري من ذلك دين
مشترك وصرحت المادة ١١٠١ بأن ما يقبضه كل واحد من الدائنين من الدين
المشترك يكون مشتركاً ولا يسوغ للقباض ان يختص به وهذا لان الدين معدوم
حقيقة لكن اعطي له حكم الوجود في حق الشراء ونحوه لحاجة الناس فيها فيبقى
على العدم في حق القسمة وقسمة المعدوم باطلة صرح بهذا في الحامدية والانقروية وغيرها

المادة ١٣٥٥ = * اذا اخذ احد الشريكين مقداراً من مال
التجارة ومات وهو في حال العمل مجهلاً تستوفي حصة شريكه من
تركته راجع المادة ٨٠١ *

الظاهر ان قوله ومات وهو في حال العمل لا مفهوم له فاني لم ار من قيد الموت

عن تجهيل بان يموت في حال العمل فتأمل . وتفاصيل مسائل موت المودع ونحوه
مجهلاً للودعة ونحوها من الامانات استوفينا الكلام عليها في شرح المادة (٨٠١)
المدكورة فراجع .

* الفصل الخامس *

- في بيان شركة المقايضة -

المادة ١٣٥٦ = * المقايضان احدهما كفيل الآخر كما بين
في الفصل الثاني فاقرار احدهما كما ينفذ في حق نفسه يكون نافذاً في
حق شريكه فاذا اقر احدهما بدين فللمقر له ان يطالب ايها شاء ومهما
ترتب دين على احد المقايضين من اي نوع كان في المعاملات الجارية
في الشركة كالبيع والشراء والاجارة يلزم الآخر ايضاً *

يعني ان كل دين لزم احدهما بتجارة او ما يشبهه يلزم الآخر بمقتضى تضمنها
الكفالة - فدخل تحت التجارة ثمن المشري في البيع الجائز وفيه في الفاسد
سواء كان مشتركاً او لنفسه ، واجرة ما استأجره سواء كان استأجره لنفسه او
لحاجة التجارة . ودخل تحت ما يشبه التجارة ، ضمان القصب والاستهلاك
والودعة المحدودة والمستهلكة - وكذا القارية لان تقرر الضمان في هذه المواضع
يفيد له تملك الاصل فيصير في معنى التجارة . ودخل ايضاً الاستقراض على ما
هو ظاهر الرواية ، لانه مبادلة معنى لان المستقرض بملك المال المستقرض و يلزمه
رد مثله فتشابه المصارفة او الامتارة - ودخله ايضاً ما لزمه بكفالة مال بأمر
المكفول عنه وهذا قول الامام وقال لا يلزم الآخر ، لانها تبرع . وله انها تبرع
ابتداء وانتهاء ومعاوضة انتهاء لان للكفيل تضمين المكفول عنه لو كانت بأمره

بمخلاف كفالة النفس لانها تبرع ابتداء وانتهاء وكذا كفالة المال بلا امر فلا يلزم صاحبه في التصحيح لانعدام معنى المعاوضة وخرج ما لا يشبه ضمان التجارة كهر وبدل خلع - كما لو عقدت امرأة شركة معاوضة مع آخر . ثم خالته زوجها على مال ، لا يلزم شريكها وكذا لو اقرت ببذل الخلع - وكأرش جنازة على الآدمي . اما الجنازة على الدابة او الثوب ، فيلزم شريكه في قول الامام ومحمد لما انه يملك المحني عليه بالضمان - وكذا كل ما لا نصح فيه الشركة كالصالح عن دم العمد والنفقة ولا فرق فيما يلزم بتجارة او ما يشبهها بين ان يثبت بينة او باقرار احدها فان ما يقر به احد الشريكين من ذلك ينفذ على شريكه ايضاً لانه اخبر عن امر يملك استثنائه - الا اذا اقرن لا تقبل شهادته له كاصوله وفروعه وزوجته ومعنته من طلاق ولو باثنا وعندهما يلزم شريكه ايضاً - الا لعبد ومكاتبه

وقاعدة لزوم اي لزوم احد الشريكين بدين لزم الآخر بمباشرة التجارة او ما يشبهها ، انه اذا ادعى احد على واحد منهما يعماً او نحوه مما تقدم فله تحليف الآخر اي الذي لم يباشر العقد او الاقرار به - لكن يحلف المباشر على البت اي القطع بان يحلف في ما يعتك مثلاً لانه قفل نفسه ويحلف الآخر على العلم بان يحلف في لا اعلم شريكه باعك . وانما يحلف للآخر لان الدعوى على احدها دعوى عليها ولو ادعى عليها يعني انها باعاه مثلاً يحلف كل واحد البتة لان كل واحد منهما يستحلف على فعل نفسه فابها نكل عن اليمين يمضي الامر عليها لان اقرار احدها كاقرارها - بمخلاف ما لو ادعى عليها ن احدها باشر العقد فان من لم يدع عليه المباشرة يحلف على العلم ، لانه فعل غيره - وكذا لو ادعى على الحاضر منها بان شريكك الغائب باعني له تحليف الحاضر على علمه - ثم اذا حضر الغائب له تحليفه على البت ، لانه يستحلفه على فعل نفسه . قال في البحر : ولو ادعى على احدها ارش جراحة خطأ واستحلفه على البت لم يكن له تحليف الاخر - وكذا المهر والخلع والصالح عن دم العمد لان هذه الاشياء غير داخله تحت الشركة اي لانها ليست مما يشبه التجارة كما تقدم - فلا يكون فعل احدها كفعلها

تنبية *

يشتمى من قولم وكل دين لزم احدهما بتجارة الخ ، ما اذا كان الدين

الشريك ، لما في الظهيرة : لو باع احدهما من صاحبه ثوباً ليقطعه فميصاً لنفسه او
امة ليطأها او طوما لاهله ، جاز البيع بخلاف ما اذا باعه شيئاً من الشركة لاجل
التجارة اه . ففي صورة الجواز لزمه الثمن ولم يلزم شريكه افاده في البحر قلت
و يكون الثمن نصفه له ونصفه لشريكه كما ذكره الخاكم في الكافي وانما جاز
البيع لان ذلك مما يختص به المشتري فلا يقع مشتركاً بينهما حيث اشتراه لنفسه -
بخلاف ما اذا اشتراه للتجارة فانه لا يصح ، لانه لا يفيد اذ لو صح عاد مشتركاً
بينهما كما كان ، ولهذا قال في الكافي وان كان لاحدهما عبد ميراث فاشتراه
الآخر للتجارة جاز وكان بينهما اه ووجهه ان الشراء هنا مفيد لانه لم يكن
مشتركاً قبل الشراء اه ملخصاً من الدر وحاشيته رد المختار مع قليل زيادة من البحر
* وكما ان ما باعه احدهما يجوز رده على الآخر بالعب كذا
ما اشتراه احدهما يجوز ان يردده الآخر بالعب *

عبارة الهندية في الفصل السادس من الباب الثاني من كتاب الشركة : واذا
اشترى احدهما شيئاً من تجارتها فوجد الآخر به عيباً ، كان له ان يردده والمشتري
من احدهما شيئاً من شركتها اذا وجد بالمشتري عيباً كان له ان يردده بالعب على
ابها شاه اه ومفهومه انه لو اشترى احدهما ما ليس من تجارتها - كطعام وكسوة
لا هله ودار اسكنه فليس للآخر ان يرددها بالعب - وكذا لو باع احدهما
ما ليس من شركتها كدار او دابة ورثها من ابيه مثلاً ، فليس للمشتري منه
ان يرددها بالعب على الآخر فليحفظ . وهو يده ما في الخانية : وان اجر احد المتفاوضين
عبداً خالصاً له من ميراث لم يكن للآخر ان يطالب بالاجر وكذا كل شيء هو له
خاصة باعه لم يكن لشريكه ان يطالب بالثمن ولا للمشتري ان يطالب الشريك
بتسليم المبيع اه . وفي الهندية ولو انكر احد المتفاوضين العيب فيما باعه هو ،
فلمشتري ان يحلفه على البتات وشريكه على العلم . ولو اقر احدهما نفذ عليه
وعلى شريكه ولو باع كل واحد منهما نصف سلعة من شركتهما ثم وجد بها
المشتري عيباً فله ان يحلف كل واحد منهما على النصف الذي باعه على البتات -
وعلى النصف الذي باعه شريكه على العلم يمين واحدة في قول محمد وقال

ابو يوسف يحلف كل واحد منهما على البتات فيما باع ونسقط عن كل واحد منهما
اليمين على العلم اه وفيها : اذا اقال احدهما في بيع باعه الآخر جازت الاقالة عليهما -
وكذلك اذا اقال في سلم باشره صاحبه . ولو باع احدهما شيئاً من تجارتهما ، لم
يكن لو احد منهما ان يشتره بأقل من ذلك قبل استيفاء الثمن . ولو باع احدهما
شيئاً نسيئة ثم مات ، ليس لصاحبه ان يخضم فيه فان اعطاه المشتري نصف الثمن
بريء منه . ولو باع احدهما شيئاً ثم وهب الثمن من المشتري او ابرأه ، جاز في
قول ابي حنيفة ومحمد وبضمن نصيب صاحبه - وان وهبه الآخر او ابرأه ، جاز في
نصيبه ولم يجوز في نصيب صاحبه اجماعاً - واذا اخر احدهما ديناً وجب لهما
جازنا خيره في النصيبين اجماعاً - سواء وجب الدين بعقد المؤخر او بهقدهما .
واذا كان عايبها دين ، وجب لأبطل احدهما الأجل بطل وحل المال عليهما جميعاً .
ولو مات احدهما ، حل على الميت حصته ولم يحل على الآخر وعن ابي يوسف اذا
كان لرجل على المتفاوضين مال فأبرأ احدهما عن حصته فما برآن جميعاً من
المال كله

المادة ١٢٥٧ - * المأكولات والألبسة وصاير الحوائج
الضرورية التي يأخذها احد المتفاوضين لنفسه واهله وعياله له خاصة
لاحق لشريكه فيها لكن يجوز للبايع مطالبة شريكه بشمن هذه
الاشياء بحسب الكفالة ايضاً *

قد اتفقت كلمة المتون ان جميع ما يشتر به احد المتفاوضين يقع مشتركاً بينهما -
الا طعام اهله وكسوتهم وكذا طعامه وكسوته قالوا والقياس ان يقع هذا
المستثنى ايضاً مشتركاً لان مقتضى العقد المساواة ، وكل واحد منهما قائم مقام
صاحبه في التصرف فكان شراء احدهما كشرائها - الا انهم استثنوا ما ذكر
استحساناً لانه مستثنى من المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبية معلومة الوقوع فلا

يمكن ايجابه على صاحبه ولا الصرف من ماله ولا بد من الشراء فيختص به
ضرورة واتفق ائسارحون ان المراد بهذا المستثنى ما كان من الحوائج الاصلية لا
خصوص الطعام والكسوة - فشمئ شراء بيت للسكنى او الاستئجار للسكنى
او للركوب لحاجته كالحج وغيره - وكذا الادام فلا يقع جميع ما ذكر
للشركة بل يختص به المشتري ومع ذلك يكون الآخر كفيلاً عنه حتى كان
اباهم الطعام والكسوة ونحوهما ان يطالب الآخر فان دفع له الثمن من مال
الشركة رجع على شريكه بجمته من ذلك وان من ماله الخاص رجع بكل ما دفعه
ثم ان ما يرجع به على شريكه بمجرد قبضه تبطل المفاوضة وتصبح عنائاً ان
كان من جنس ما تصح فيه الشركة وان كان عرضاً او عقاراً لا تبطل ، لانه فضل
شريكه بمال تصح فيه الشركة مع ان من شرطها المساواة في ذلك ، لاني العرض
ونحوه . وان كان الذي دفع الثمن هو المشتري فان كان دفع من مال الشركة
رجع عليه الآخر بنصف ما دفعه لانه وفي دينه من مال مشترك فيرجع عليه الشريك
بجمته منه وبوصوله الي هذه تبطل المفاوضة وتصبح عنائاً ان كان مما تصح فيه
الشركة لما قلنا وان كان عرضاً ونحوه فلا تبطل وان كان دفع من ماله الخاص
به فلا يرجع عليه الاخر بشيء لانه وفي دينه من ماله الخاص . ولا بد من ان
يكون المال الخاص به الذي وفي به دينه للبايع عرضاً ونحوه او نقداً ورثه مثلاً
ولم يقبضه بعد حتى احوال به صاحبه ، والا فلا مفاوضة بينهما لانه مالك للمال
زائد عن شريكه تصح فيه الشركة ويقال مثل هذا فيما اذا دفع الآخر بمشي غير
المشتري من ماله الخاص به

واعلم ان من مساهل المتون المذكورة آخر كتاب الشركة ما انه لو اشترى احد
المفاوضين امة باذن الاخر ليطأها فهي للمشتري لا للشركة بلا شيء وللبايع اخذ
كل واحد منهما بثمنها للكفالة اه قال الشارح الزيلعي وتبعه في البحر وغيره وهذا
عند ابي حنيفة وقالوا يرجع بنصف الثمن لان الملك وقع له خاصة - حتى حل له
وطؤها والثمن بمقابلة الملك فيكون عليه خاصة وقد قضا من مال مشترك فيرجع
عليه صاحبه بجمته كما في ثمن الطعام والكسوة . وله ان الجارية تدخل في
ملكها جرباً على مقتضى الشركة اذ لا يملكان تغييره . ثم الاذن يتضمن هبة نصيبه

لان الوطى لا يجمل الا بالملك - فصار كما اذا اشترى باهما ثم قال احدهما للاخر
اقبضها لك كانت هبة كما اذا قال شخص لآخر اقبض ديني على فلان لنفسك
فقبضه كان هبة له بخلاف طعام الامل والكسوة ، لان ذلك مستثنى من
الشركة للضرورة فيقم الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤدياً ديناً عليه من مال
الشركة ولا ضرورة في مسئلتنا فلا يستثنى فيدخل في ملكها فيكون قاضياً
دينياً عليهما وللبايع ان يأخذ بالثمن ايها شاء على التقديرين لما بينا في الطعام
والكسوة اه . وهذا صريح في ان شراء الامة للوطى ليس من من الحوائج
الاصلية المستثناة ولذا لا يقع الشراء خاصاً بالمشتري - الا بصريح الاذن كما في
الدو . وذكروا في البحر هنا اي آخر كتاب الشركة نظير ما نقلنا عن الزبلي -
لكن قال عند قول الكنز اوائل كتاب الشركة وما يشتره كل يقع مشتركاً الا
طعام اهله وكسوتهم مانصه : اراد بالمستثنى ما كان من حوائجه فشمّل شراء
بيت للسكنى او الاستئجار للسكنى او للركوب لحاجته كالحج وغيره - وكذا
الأدام والجارية التي بطاؤها بأذن الشريك فليس الكل على الشركة لما
ذكرناه - الا ان يقال ان عطف الجارية على ما قبله انما هو من حيث اشتراك
الكل في ان شرائه لا يقع على الشركة لا من حيث ان شراء الجارية ايضاً من
الحوائج الضرورية فنأمل - على انه ذكر في حاشية الشلي على الزبلي عازياً الى
الاتقاني ان التحقيق ان الحاجة الى الوطى من الحوائج الاصلية الا انها ليست بلازمة
كالطعام فلم تكن مستثناة من عقد الشركة بلا شرط اه - اي فاشترط لها صريح
الاذن من الشريك وفي شرح مسكين على الكنز : وقيد بقوله ليطأها لانه لو اذن
له بشرائها للخدمة ففعل فكذلك له خاصة ولا تثبت الهبة فيرجع عليه صاحبه
بنصف الثمن اه . اقول ولي في هذا اشكال وذلك انه زعم العلامة ابو السعود في
حاشيته على مسكين ان قول صاحب البحر فيما نقلناه آنفاً باذن الشريك يتعلق في
جميع ما كان من الحوائج الضرورية غير شراء الطعام والكسوة والأدام له ولأهله
فيتوقف خروجها عن الشركة على كون الشراء باذن الشريك ، وهو زعم ساقط
جداً يدفعه ما في البحر بعد تلك العبارة حيث قال : وانما قيدنا الجارية بأذن
الشريك لانه لو اشترى الوطى او للخدمة لنفسه بغير اذن شريكه فهي على الشركة

كما في المحيط اه فانه قد صرح بان التقييد بالاذن متعلق بالجارية فقط وصاحب البيت ادري بالذي فيه ولم نر احداً ذكر اشتراط الاذن الا في شراء الجارية للوطى . واطلاقهم شراء ما عدا الجارية عن التقييد بالاذن - وكذا تعليلاتهم للمسئلة معاً تقدم عن الزهلي ، كافر في الرد عليه فتدبر وتنبه .

المادة ١٣٥٨ = المفاوضان في شركة الاموال كما ان كونها متساو بين بمقدار رأس مالهما وحصتها من الربح شرط كذلك عدم وجود فضلة عن رأس مال احدهما تصلح رأس مال شركة بعني النقود والاموال التي في حكم النقود شرط اما اذا كان لاحدهما فضلة عن رأس مال الشركة لا تصلح رأس مال بعني عروضاً او عقاراً او ديناً في ذمة آخر فلا نضر المفاوضة اي فلا تنقلب عناناً *

معنى تساويهما بمقدار رأس مالهما ، ان يكون رأس مالهما على السواء من حيث القدر اذا كانا من جنس واحد ونوع واحد وان كانا من جنسين مختلفين نحو الدرهم والدنانير او كانا من جنس واحد الا انه اختلف نوعها نحو الكسور مع الصحاح ، بشرط مع ذلك التساوي في القيمة - وكذا يشترط ان لا يكون لكل واحد منهما من المال الذي يجوز عليه عقد الشركة - وى رأس المال الذي شاركه به صاحبه ابتداءً وانتهاءً . واذا كان المالان على السواء عند الشركة حتى صحت المفاوضة - ثم صار في احد المالين فضل قبل ان يشتريا - بان زادت قيمة احد التقدين بعد عقد المفاوضة قبل الشراء ، انتقضت المفاوضة وصارت عناناً - وكذا ان اشترى باحد المالين وزاد الاخر . وان حصل الفضل بعد الشراء بالمالين فالمفاوضة على حالها اي لان الفضل حصل للبائع لاصحاب المال . وان تفاضلا في الاموال التي لا تصح فيها الشركة كالعرض والعقار والدور جازت المفاوضة ولو كان لاحدهما ودبته فقد ، لم تصح المفاوضة ولو كان له دين صحت الى ان

يقبضه فإذا قبضه فسدت وصارت عناناً هندية وفي الدرر والفرار إذا ملك أحد
المفاوضين بارت أو هبة ما نصح فيه الشركة وقبض صارت المفاوضة عناناً لزوال
المساواة المعتبرة في المفاوضة اهـ

واعترضه الشرنبلالي بأن زيادة القبض غير مرضية لايهامها اشتراط القبض
في النقد الموروث وقد حصل ملكه بمجرد موت المورث فكان الملك كافياً لانقلاب
المفاوضة عناناً لزيادة مال احدهما وابده العلامة ابو السعود في شرح مسكين
بظاهر كلام الزبلي حيث قال : ولو ورث احدهما ديناً وهو دراهم او دنانير لا
ينبطل حتى يقبض لان الدين لا تصح فيها الشركة الخ . ثم حمل ما في الدرر من
اشتراط القبض على ما اذا كان الموروث من النقدين ديناً ، وما يقتضيه كلام
مسكين الموافق لما في الشرنبلالية من عدم اشتراط القبض ، على ما اذا كان الموروث
منهما عيناً اهـ ملخصاً واقره على ذلك محشوا الدر المختار .

اقول ما في الدرر من اطلاق اشتراط القبض ، موافق للخاتمة وعبارتها واذا
ورث احد المتفاوضين دراهم او دنانير كانت له خاصة ولا تبطل المفاوضة حتى
يقبض اهـ . وفي الهندية عن السراجية لو استفاد احد المتفاوضين مالا يجوز عايه
عقد الشركة بارت أو هبة أو وصية أو نحو ذلك ووصل اليه ، بطلت المفاوضة
وصارت شركتهما عناناً . وان ورث عروضاً او دهنوناً لا تبطل المفاوضة ما لم يقبض
الديون اهـ . فقد قيد بطلان المفاوضة بوصول ما استفاده بارت ونحوه اليه . واما
ما نقله عن الزبلي فلا يفيد ما ادعاه الشرنبلالي لان غاية ما فيه اشتراط قبض
الدين الموروث اذا كان من النقدين وهذا لا يقتضي عدم اشتراط القبض اذا كان
الموروث منهما عيناً ، لان اثبات حكم لشيء لا يقتضي نفيه عمماً عداه كيف وقد
قال الزبلي قبل تلك العبارة عند قول صاحب الكنز وتبطل ان وهب لاحدهما
او ورث الخ ما نصه : اي بطلت المفاوضة اذا وهب لاحدهما او ورث ما نصح به
الشركة ووصل الى يده وهو القندان اهـ فقد قيد بطلانها بوصول ما ورثه الى يده
كما ترى ولا سبيل الى حمله على ما اذا كان الموروث ديناً لان الدين لا تصح
به الشركة ولا يقال يمكن ان يكون قوله ووصل ليده ، قيداً للموهوب لا للموروث
لان هذا يرده عبارة الخاتمة المارة اذ لا ذكر للموهوب فيه وكذا ما في حاشية

الشلبي عليه عازباً للاتقاني ونصه : قلل في شرح الطحاوي ولو احتفاد احدهما
مالاً بالميراث او بالهبة او بالوصية او بالصدقة فانه ينظر ان كان ذلك المال
بما لا يقع عليه عقد الشركة ، لا تبطل المفاوضة وان كان مما يقع عليه عقد
الشركة لا تبطل ايضاً حتى يصل الى يده فاذا وصل الى يده بطلت المفاوضة
وصارت عناناً في جميع التجارات اه فان هذا لا يمكن ان يقال فيه ذلك كما
لا يخفى فظهر بهذا ان ما ذكره الشرنبلالي ، بحث مصادم للمقول فهو غير مقبول
وسياتي في المآزة ١٣٦٢ الانية ما يفيد انه يشترط لبطلان المفاوضة وصول
التقود الموروثة الى الوارث من احد المتفاوضين فانهم

المادة ١٣٥٩ - * الشريكان في شركة الاعمال اذا عقدا
شركتهما على ان يتقبل كل واحد منهما اي عمل كان وعلى السوية
ضمانها العمل وتمهدها وعلى تساويهما في الفائدة والضرر ومهما ترتب
بسبب الشركة على احدهما يكون الاخر كفيلاً له تكون مفاوضة
وفي هذه الصورة تجوز مطالبة كل واحد منهما ايها كان بأجرة الاجير
وبأجرة الدكان واذا ادعى شخص بمتاع واقربه واحد منهما بكون
قراره نافذاً عليهما وان انكره الاخر *

الا اذا كان اقراره لمن لا تقبل شهادته له كايه وامه وابنه وزوجته وما اشبه ذلك
كما تقدم واذا جنت يد احدهما فالضمان عليهما بواحد صاحب العمل ايها شاء
بجميع ذلك هندية عن المحيط ولا تنس ما قدمناه من انه يشترط ان يكون
المتفاوضان من اهل الكفالة . وذكر في رد المحتار ان لفظ المفاوضة في شركة
الاموال حقيقة وفي شركة التقبل والوجوه مجاز

المادة ١٣٦٠ - * إذا عقدت الشركة اثنان على اخذ المال نسبة وبيعه وكون المال المشتري وثمنه وربحه مشتركاً بينهما متصفة وكل واحد منها كفيل عن الآخر تكون مفاوضة شركة الوجوه *

لاستيعابها ذكر مقتضيات المفاوضة فيكفي ذلك عن التلطف بها بعد ان يكونا من اهل الكفالة ومتساويين تصرفاً ودينياً حتى لو سكتا عن ذكر واحد من تلك المقتضيات كانت عناناً الا ان بصرحاً بلفظ المفاوضة كما سيأتي في المادة الآتية وهكذا يقال في مفاوضة شركة الاعمال المذكورة في المادة السابقة. والمراد من هاتين المادتين بيان ان تقسيم الشركة اى مفاوضة وعنان كما يكون في شركة الاموال يكون في شركتي الوجوه والاعمال التكميل اقسام شركة العقد صفة كما في شرح المادة ١٣٣٢

المادة ١٣٦١ = * يشترط في عقد المفاوضة ذكر لفظ المفاوضة و تعداد جميع شرائطها واذا عقدت الشركة مطلقاً تكون عناناً *

عبارة الزبلي وغيره ولا نصح المفاوضة الا بلفظ المفاوضة او بالنس على جميع ما تقتضيه المفاوضة لان اكثر الناس لا يعرفون شرائطها فيشترط النص عاينها او على مقتضاها لتكون معلومة ظاهرة اه و ذكر في الفتح ان بيان جميع مقتضياتها بان يقول احدهما واما حران بالغان مسلمان او ذميان شاركتك في جميع ما املك من نقد وقدر ما تملك على وجه التفويض العام من كل منا للاخر في التجارات والنقد والنسبة ، وعلى ان كلا منا ضامن عن الآخر ما يلزمه من امر كل بيع اه . و ذكر في الدر وحاشية رد المحتار انها تصح بانظ المفاوضة وان لم يعرفا معناها لان لفظها علم على تمام المساواة في امر الشركة فاذا ذكر اه ثبت احكامها اقامة للفظ

مقام المعنى اه وفي الهندية : اذا اطلقا الشركة فهي عنان فاذا لم يتفاوضا ولكن اشتركا شركة مطلقة تعتبر عناناً في حق بعض الاحكام - حتى لو اقر احدهما بدين من ثمن صابون او اشنان مستهلك او عمل من اعمال النقلة او اجر اجير او اجر بيت لمدة هفت لم يصدق على صاحبه الا بيينة وبلزمه خاصة . وتعتبر مفاوضة في بعض الاحكام حتى لو دفع رجل الى احدهما او اليها عملاً ، فله ان يوه أخذ بذلك العمل ايها شاء ولكل واحد منها ان يطالب باجرة العمل والى ايها دفع برى وعلى ايها وجب ضمان العمل كان له ان يطالب الاخر به فقد اعتبرت هذه الشركة بالمفاوضة في حق هذه الاحكام استحقاقاً وان لم تعتبر بالمفاوضة في غير هذا الوجه في ظاهر الرواية ذكره القدوري في شرحه كذا في النخيرة

✽ تنبيه ✽

يؤخذ من اشتراط ذكر لفظ المفاوضة او تعداد جميع مقتضياتها انه ليس من المفاوضة ما لو مات رجل فقام اولاده على تركته بلا قسمة وعملوا فيها من حرث وزراعة وبيع وشراء واستدانة على وجه الاطلاق والتفويض كما حرره في تنقيح الحلةدية ورد المختار وتقدم نقله في شرح المادة ١٣٣١

المادة ١٣٦٢ - ✽ اذا فقد شرط من الشروط المذكورة في هذا الفصل على الوجه المار تنقلب المفاوضة عناناً مثلاً اذا دخل الى يد واحد من المتفاوضين في شركة الاموال مال بالارث او بطريق الهبة فاذا كان يصلح رأس مال للشركة كالتقود تنقلب المفاوضة عناناً لكن اذا كان الزائد على رأس المال لا يصح رأس المال كالعروض والعقار فلا يضر بالمفاوضة ✽

لا تنس ما قدمناه في شرح المادة السابقة عن الهندية من ان عنان شركة الاعمال تعتبر مفاوضة في بعض الاحكام . وقوله اذا دخل الى يد احد المتفاوضين

الخ ، يفيد ان ما ورثه احد المفاوضين من النقود لا تنقلب به المفاوضة عناناً ما لم يصل الى يده وان كان عيناً وهو الموافق للدرر والخاصية وغيرها كما مر بيانه في شرح المادة ١٣٥٨ خلافاً لما بجته الشرنبلالي من انها تبطل بمجرد موت المورث ووافقه ابو السعود و كذا في حواشي الدرر ثم اذا انقلبت المفاوضة عناناً هل تبطل الكفالة قدمنا تحقيقه في شرح المادة ١٣٣٥ فارجع اليه

المادة ١٣٦٣ = * كل ما كان شرطاً لصحة شركة العنان فهو شرط ايضاً لصحة المفاوضة ولا عكس *

اي بالمعنى اللغوي يعني انه ليس كل ما كان شرطاً للمفاوضة يكون شرطاً للعنان لان من شروط المفاوضة عقدها بلفظ المفاوضة او بذكر الكفالة مع جميع مقتضياتها ومن شروطها التساوي مالا ونصراً ودينياً وكل ذلك لا يشترط في العنان .

المادة ١٣٦٤ - * كل ما جاز من التصرف للشركيين شركة عنان يجوز ايضاً للمفاوضين ولا عكس *

فان احد المفاوضين يملك الشركة مع الغير و كذا الرهن اي رهن عين من مال الشركة و كذا الكتابة والاذن بالتجارة وتزويج الامة كل ذلك بدون اذن شريكه واحد شريكه العنان لا يملك ذلك الا باذنه صرح به في التنوير وشرحه الدر وهناك تصرفات كثيرة يملكها المفاوض ولا يملكها شريك العنان مذكورة في الهندية فلترجع

الفصل السادس

❖ في حق شركة العنان ويشتمل على ثلاثة مباحث ❖
- البحث الأول في بيان المسائل العائدة الى شركة الاموال -

المادة ١٣٦٥ - ❖ لا يشترط في الشريكين شركة عنان
كون رأس مالهما متساوياً بل يجوز كون رأس مال احدهما از بد من
رأس مال الآخر وكل واحد منهما لا يكون مجبوراً على ادخال جميع
نقده الى رأس المال بل يجوز ان بمقد الشركة على مجموعه او على
مقدار منه فهذه الجملة يجوز ان يكون لها فضلة على رأس مالهما تصلح
ان تكون رأس مال شركة كنفدها مثلاً ❖

وهذا بخلاف شركة المفاوضة كما تقدم في المادة ١٣٥٨

المادة ١٣٦٦ - ❖ كما يجوز كون عقد الشركة على عموم
التجارات كذلك يجوز ايضاً عقدها على نوع تجارة خاصة كتجارة
الذخيرة مثلاً ❖

بخلاف المفاوضة فلنما لا تكون الا عامة ففي جميع التجارات كما في الفتح
وغيره - لكن في البحر من التنازخانية من شرايط المفاوضة ان تكون عامة
في عموم التجارات اليه اشار محمد في الكتاب وذ كر شيخ الاسلام في آخر باب
شركة المفاوضة ، انها تجوز في نوع خاص ايضاً اه فليتنامل .

المادة ١٣٦٧ - * كيفما شرط تقسيم الربح في الشركة الصحيحة
فذلك الشرط 'براعي على كل حال *

اي وان اشترط اكثر الربح لافلها مالا وهذا بخلاف المفاوضة فانه لا بد
في تساوبها مالا وربحاً كما تقدم في المادة ١٣٥٨

المادة ١٣٦٨ - * يقسم الربح في الشركة الفاسدة على مقدار
رأس المال فاذا شرط لاحد الشريكين زيادة فلا تعتبر *

لان الاصل ان الربح تبع للمال كالربح وانما عدل عنه عند صحة التسمية
ولم تصح فيبطل شرط التفاضل ، لان استحقاقه بالعقد فيكون فيه تقرير الفساد
وهو واجب الرفع زيلعي . وفي رد المختار ان الشركة الفاسدة اما بدون مال
او به من الجانبين او من احدها فحكم الاولى ان الربح فيها للعامل ، والثانية بقدر
المال ولم يذكر ان لاحد اجر لانه لاجر للشريك في العمل بالمشرك كما ذكره
في ففيز الطحان ، وفي الثالثة لرب المال وللآخر اجر مثله اه .

المادة ١٣٦٩ - * الضرر والخسار الواقع بلا نعد ولا تقصير
ينقسم على كل حال على مقدار رأس المال واذا شرط على وجه آخر
فلا يعتبر *

قال في الهندية من الفصل الثاني من الباب الثالث في شركة العنان عن
المراجة ولو شرط العمل عليهما جميعاً صحت الشركة وان قل رأس مال احدهما

وكثيراً من مال الآخر واشترطاً الربح بينها على السواء او على التفاضل، فان
الربح بينها على الشرط والوضيعة ابدأ على قدر رؤس اموالها اه . وفيها عن محيط
السرخسي: اشتركا فجاه احدهما بألف والاخر بالفين على ان الربح والوضيعة نصفان،
فاله قد جائز والشرط في حق الوضيعة باطل فان عملاً وربما فالرح على ما شرطها
وان خسراً فالخسران على قدر رأس مالها اه .

المادة ١٣٧٠ = * اذا شرط الشريك تقسيم الربح بينهما على
مقدار رأس المال سواء كان رأس المال متساوياً او متفاضلاً يكون
صحيحاً وبقسم الربح بينهما على قدر رأس المال كما شرطاً سواء
شرط عمل الاثنين او شرط عمل الواحد وحده الا انه اذا شرط عمل
الواحد وحده يكون رأس مال الآخر في يده بضاعة *

فلذلك الآخر ربح ماله وعليه وضيئته وللعامل ربح ماله وهو متبرع بالعمل
بال الآخر . ولا فرق فيما اذا شرط عمل الاثنين بين ان يعملوا او يعمل احدهما
دون الآخر بعذر او بغير عذر فان عمل احدهما كعملها كما في الهندية عن
المضمرات

المادة ١٣٧١ - * اذا تسلوى الشريك في رأس المال وشرطاً
من الربح حصة زائدة لاحدهما مثلاً كثلثي الربح و كان ايضاً
عمل الاثنين مشروطاً فالشركة صحيحة والشرط معتبر راجع مادة
٣٤٥، اما اذا شرط عمل احدهما وحده فينظر ان كان العمل مشروطاً
على الشريك الذي حصته من الربح زائدة فكذلك الشركة صحيحة

والشرط معتبر وبصير ذلك الشريك مستحقاً ربح رأس ماله والزيادة بعمله - لكن حيث كان رأس مال شريكه في يده في حكم مال المضاربة كانت الشركة شبه المضاربة وان كان العمل مشروطاً على الشريك الذي حصنه من الربح قليلة فهو غير جائز فيقسم الربح بينهما على مقدار رأس المال لهذا اذا قسم الربح على الوجه الذي شرطاه فلا يكون شيء مقابل من مال او عمل او ضمان للزيادة التي يأخذها الشريك الذي لم يعمل واستحقاق الربح انما هو بواحد من هذه الامور الثلاثة راجع مادني ١٣٤٧ و ١٣٤٨ *

هذا بيان لحكم ما اذا تساوى الشريكان في المال ونفاضلا في الربح وتوضيحه انه تقدم في المادة ١٣٤٥ انه يجوز ان يتقوم عمل احدهما بقيمة هي اكثر من قيمة عمل الآخر ، لان العمل يتقوم بتعيين القيمة وعليه فيجوز ان يكون المال متساويًا والربح متفاوتًا اذا شرط العمل عليها - وكذا اذا شرط العمل على احدهما وكانت الزيادة المشروطة من الربح لمن شرط العمل على احدهما وكانت الزيادة المشروطة من الربح لمن شرط عليه العمل فيستحق نصف الربح بمقابلة رأس ماله والزايد عن النصف بعمله المشروط لكونه مضارباً برأس مال الآخر ، ولهذا لا يلحقه من الوضيمة يعني الخسران الا بنسبة رأس ماله وهو النصف كما تقدم

اما اذا شرط العمل على من شرطت له الحصة القليلة من الربح فالشرط يكون غير معتبر ويستحق من الربح بمقدار رأس ماله وهو النصف ، لما تقدم في المادة ١٣٤٧ من ان الربح لا يستحق الا بأحد ثلاث المال او العمل او الضمان وقد استحق من شرطت له الزيادة بمقدار رأس ماله وهو النصف ولا وجه لاستحقاقه شيئاً زائداً عليه اذا لا عمل له ولا ضمان . وهذا اذا صرحا باشتراط

العمل عليها او على احدها اما اذا اشترطت الفاضل بالربح وسكتنا عن ذكر اشتراط العمل يكون شرط الفاضل بالربح معتبراً سواء عملاً او عمل احدهما فقط لعذر او لعير عذر وسواء كانت الزيادة مشروطة لمن عمل او لا آخر كما قدمنا تحققة في شرح المادة ١٣٤٥ مبرها لرد المختار

المادة ١٣٧٢ = * اذا شرط تقسيم الربح على التساوي بين الشريكين اللذين رأس مالهما متفاضل مثلاً رأس مال احدهما مائة الف قرش ورأس مال الآخر مائة وخمسون الفاً يكون شرط اخذ حصة الزيادة من الربح بالنسبة الى الذي رأس ماله قليل كشرط زيادة الربح الى احد الشريكين المتساويين في رأس المال فاذا شرط عمل الاثنين او عمل الشريك ذي الحصة الزائدة من الربح بعني قليل رأس المال تكون الشركة صحيحة والشرط معتبراً وان شرط عمل ذي الحصة القليلة من الربح بعني الشريك الذي رأس ماله كثير فهو غير جائز ويقسم الربح بينهما على مقدار رأس مالهما *

هذا بيان لحكم ما اذا تفاضلا في المال وتساويا في الربح على عكس ما تقدم في المادة السابقة . ونوجبه ما ذكر ان من كان رأس ماله قليلاً لو استحق من الربح اكثر من رأس ماله وقد شرط العمل على الاخر لامتثقه لا بمقابلة مال ولا عمل ولا ضمان وقد علمت ان الربح انما يستحق باحد هذه الثلاثة ولا تنس ما تقدم في المادة ١٣٦٩ من ان الوضعية بعني الخسارة ابدأ على قدر رؤس اموالهما وان شرط خلاف ذلك

المادة ١٣٧٣ = * يجوز لكل واحد من الشريكين ان يبيع

مال الشركة سواء كان بالنقد او النسبة بما قل او كثر *

وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى كما في الفصل الثاني من الباب الثالث من المندبة . معزياً للسراج الوهاج وخصناه بالقيمة يعني بقيمة مثله كما ذكره في الوكيل بالبيع وقول الامام اصح الاقوال كما في رد المحتار عن اصح العلامة قاسم قال في رد المحتار عند قول التنوير : وبيع بما عزم وان اي له ان يبيع بشحن زائد وناقص . قيد بالبيع لأن الشراء لا يجوز الا بالمعروف كما في الرملي على المنع عن الجوهره اه وشملى قولهم بما قل وقولهم بما عازم ما لو باع بأقل من القيمة بعين فاحش وهو الذي يقتضيه التفرقة بين البيع والشراء كما لا يخفى - لكن يخالفه ما في الفصل الخامس من الباب الثاني من كتاب الشركة من المندبة عازماً للبدايع حيث قال : وله اي لكل واحد من المتفاوضين ان يبيع بقليل الثمن وكثيره - الا بما لا يتباين الناس في مثله اه الا ان يقال ان هذا مخرج على قول الامامين وهو تخصيص صحة البيع بما اذا باع بقيمة المثل لانه صحيح ايضاً كما في رد المحتار . وما اقتضته هذه المادة تبعاً للتنوير وغيره ، مخرج على قول الامام الذي هو اصح الاقوال كما تقدم وابتأمل

* نبيه *

قال في التنوير وغيره وصح بيع شريك مفاوض ممن نرد شهادته له كابنه وايه وينفذ على المفاوضة اجماعاً اه قال في رد المحتار عن ط عن الحموي : انظر هل المفاوض قيد في كلام المصنف اه

اقول الظاهر انه قيد لما صرحوا به من ان تصرف احد المتفاوضين كتصرفها مما بخلاف احد شريكي العنان لان غايته ما في شركة العنان انها تتضمن وكالة كل واحد منهما عن الآخر وقد صرحوا في كتاب الوكالة ان الوكيل بالبيع والشراء لا يفقد من لا تقبل شهادته له الا اذا قال له بع من شئت فتدبر

المادة ١٣٧٤ - * يجوز لاحد الشريكين ايها كان حال

كون رأس مال الشركة في يده ان يشتري الاموال بالنقد والنسيئة
لكن اذا اشترى مالا بالغبن الفاحش لا يكون المال للشركة بل
يكون له *

التقييد بكون رأس مال الشركة في يده سيأتي محترزه في المادة الآتية .
وحاصل المسئلة ان بيع احد شريكي العنان او المفاوضة وكذا بيع المضارب حكمه
حكم الوكيل بالبيع المطلق يجوز بيعه ولا . عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى بما عز
وهان وبنقد ونسيئة . وعندهما لا يجوز الا بالمعروف واما شراؤهم فلا
يجوز الا بالمعروف اجماعاً فان اشترى بخلاف المعروف والعادة او بغير
التقود نفذ شراؤهم على انفسهم وضمنوا ما فقدوا من مال غيرهم اجماعاً . وقد سئل
ان قول ابي حنيفة اصح الاوقاديل وعليه اصحاب التنوير الموضوع لنقل
المذهب بما هو ظاهر الرواية . والفرق لابي حنيفة بين البيع والشراء ان في
الشراء تحقق تهمة انه اشترى لنفسه ولما لم يوافق الحقه بغيره بخلاف البيع فانه
لا تهمة فيه افاده في رد المختار من كتاب الوكالة

المادة ١٣٧٥ = * لا يجوز لاحد الشريكين الذي ليس في
يده رأس مال الشركة ان يشتري مالا لاجل الشركة فان اشترى
يكون ذلك المال له *

اي خاصة لانه لو وقع مشتركا ضمن ايجاب مال زائد على الشريك وهو
لم يرض بالزيادة على رأس المال ولوالجبة . ومفاده انه لو رضي وقع مشتركا لانه
يملك الاستدانة باذن شريكه . وهذا في شركة العنان اما في المفاوضة فهو
عليها مطاقا كما في الخانية كذا في رد المختار وفي الهندية عن الخانية : رجلان
اشتركا شركة عنان في تجارة على ان يشتربا ويبيعا بالنقد والنسيئة فاشترى احدهما

شيئاً من غير تلك التجارة كان له خاصة فاما في ذلك النوع من التجارة فيبيع كل واحد منها وشراؤه بالنقد والنسيئة بتفد على صاحبه الا اذا اشترى احدها بالنسيئة بالمكيل او الموزون او النقود فان كان في يده من ذلك الجنس من مال الشركة جاز شراؤه على الشركة وان لم يكن كان مشترياً لنفسه وان كان مال الشركة في يده دراهم فاشترى بالدنانير نسبة في القياس بكون مشترياً لنفسه وفي الاستحسان بكون مشترياً على الشركة اهـ

المادة ١٣٧٦ - * اذا اشترى احد الشريكين بدراهم نفسه شيئاً ليس من جنس تجارتها بكون ذلك الشيء له خاصة ليس لشريكه منه حصة لكن مع كون رأس مال الشركة في يده احدها اذا اشترى مالا من جنس تجارتها ولو بمال نفسه بصير للشركة مثلاً اذا عقد الشركة اثنان على تجارة البز فاشترى احدهما حصاناً بمال نفسه بكونه اهـ وليس اشريكه حصة في ذلك الحصان لكن اذا اشترى ثوب بز يكون للشركة ولو اشهد حين شرائه بان قال هذا الثوب اشتريته لنفسى ليس لشريكي فيه حصة لا يفيد و بكون ذلك الثوب مشتركاً بينه وبين شريكه *

حاصل هاتين المادتين ان شراء احد شريكي المنان انما يقع للشركة بشرطين - اولها ان يكون في يده من مال الشركة دراهم او دنانير او مكيل او موزون اذا كان المشتري مكيلاً او موزوناً والا وقع الشراء له خاصة ما لم يرض الآخر بأن يكون للشركة على ما اقتضته عبارة اللولولية المذكورة في شرح المادة السابقة - الثاني ان يكون ما اشتراه من جنس تجارتها والا وقع الشراء له خاصة وهذا اذا كانت الشركة مقبدة بنوع من التجارة فلو كانت عامة في كل نوع من انواع التجارة

يقع الشراء للشركة وان اشهد انه اشتراه لنفسه فهو نظير ما لو اشترى ما هو من جنس تجارتها ثم اذا وقع الشراء للشركة فان كان دفع الثمن مال نفسه كان له الرجوع على شريكه بحصته مع بقاء مال الشركة لانه وكيل عنه في حصته فيرجع عليه بحسابه وان من مال الشركة فلا يرجع . وهذا اذا كانا مثقفين على ان الشراء للشركة وعلى ان دفع الثمن كان من مال المشتري فان كانت شراؤه للشركة لا يعرف الا بقوله ، فعليه الحجة لانه بدعي وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكر والقول للمنكر بيمينه كما في المنح ونحوه في الزبلي . وبقي ما لو صدقه في الشراء للشركة وكذبه في دعوى الاداء من مال نفسه قال الخبير الرملي والذي يظهر ان القول للمشتري لانه لما صدقه الآخر في الشراء ثبت الشراء للشركة وبه يثبت نصف الثمن بذمته . ودعواه انه دفع من مال الشركة ، دعوى وفائه فلا تقبل بلا بينة كذا في رد المختار

اقول ذكر في حاشية الشلبي على الزبلي ما نصه قال الاتقاني ثم اذا كان لا يعرف اداء الثمن من مال نفسه ولا من مال الشركة الا بقوله ، فعليه اقامة البينة على ذلك وان عجز عن ذلك فالقول لصاحبه بيمينه اه . وهذا يخالف ما استظهره الخبير الرملي فتأمل فان ما قاله الاتقاني اذا كان هو المتخصص بكون المعول عليه اذ ايسر بعد النهي الا الرجوع اليه وفي رد المختار : ثم لا يخفى انه في صورة ما اذا كذبه في الشراء للشركة ان كان ما اشتراه هالكاً ، فظاهر وان كان قائماً فهو له اه

اقول قوله وان كان قائماً فهو له فيه نظراً لما علمت من انه اذا كان من جنس تجارتها وفي الشركة دراهم او دنانير ناضية يقع الشراء للشركة فكيف يصح اطلاق انه له فتأمل . وان كذبه في اصل الشراء وادعى انه من اعيان الشركة فالقول للمشتري ان كان المال في يده ، لما قاله من انه لو قال ذو اليد استقرضت القاء فالقول له . واما لو ادعى الشراء لنفسه من ماله لا للشركة وقال الاخر هو من شركتنا فان كان ادعى شرائه قبل الشركة فالقول له بيمينه بالله ما هو من شركتنا كما في الخائبة قال لانه حر يعمل لنفسه فيما اشترى وان ادعى شرائه لنفسه حال الشركة ففيه التفصيل المذكور في هذه المادة موافقاً لما في البحر عن

المحيط وهو انه لو من جنس تجارته مما فهو للشركة ، وان اشهد عند الشراء انه لنفسه
لانه في النصف بمنزلة الوكيل بشراء شيء معين وان لم يكن من تجارته فهو له
خاصة افاده في رد المختار قال : وبقي شيء آخر يقع كثيراً وهو ما لو اشترى
احدهما من شريكه لنفسه هل يصح البيع ام لا لكونه اشترى ما يملك بعضه ذكر
في الفتح من البيع الفاسد ان في صحة البيع خلافاً وان الاصح صحة البيع في حصة
الشريك الباع بمحضتها من الثمناء ملخصاً

المادة ١٣٧٧ - حقوق العقداًنا تعود الى العاقد فاذا اشترى احد
الشريكين مالاً فقبضه مع تأدية ثمنه يكون لازماً عليه وحده فمن
هذه الجهة كان ثمن المال الذي اشتراه احدهما انما يطالب به هو ولا
يطالب شريكه وكذا احد الشريكين اذا باع مالاً فقبض ثمنه انما
هو حقه ومن هذه الجهة اذا ادى المشتري ثمنه الى الآخر يكون برئاً من
حصة الشريك الذي قبض وحده ولا يبرأ من حصة الشريك العاقد
وكذا اذا وكل الشريك العاقد شخصاً في قبض ثمن المال الذي باعه
فليس لشريكه عزله لكن اذا وكل احد الشريكين شخصاً في بيع
او شراء او اجارة فللشريك الآخر عزله *

لانه ليس لاحدهما قبض ثمن ما باعه الآخر ولا الخاصمة فيه فكذا ليس
له اخراج وكيهه بالقبض بخلاف الوكيل في البيع والشراء فان كلا من البيع
والشراء يملكه الآخر وقد تقرر ان كل ما كان لاحدهما فعله يصح نهي الآخر
عنه افاده في رد المختار وذكر في البحر : لو باع احدهما لم يكن للآخر قبض
الثمن وكذا دين وليه احدهما . والمدبون ان يمنع من الدفع اليه وان دفع اليه
يرى من نصيبه ولم يبرأ من حصة الدابن استثنائاً . والقياس ان لا يبرأ من حصة

القابض ايضاً . وفي الخانية ليس لاحدهما ان يخاصم فيما باع صاحبه وقبض النبي
باع ونو كيله جائز عليه وعلى شريكه . ولو وكل احدهما رجلاً في بيع او شراء
واخرجه الآخر عن الوكالة ، صار خارجاً عنها فان وكل البائع رجلاً بتقاضي ثمن
ما باع ليس الآخر ان يخرج من الوكالة اه وفي البحر عن المحيط وان كان لما اي
لشريكه الضان دين على آخر فهو على ثلاثة اوجه ان اجله الماقد جاز في النصيبين
ولا يضمن نصيب شريكه عندهما وعند ابي بصير يجوز في نصيبه لا في
نصيب شريكه

واصله او كبل بالبيع اذا ابرا عن الثمن او حط او اجله يصح عندهما خلافاً
لابي يوسف - الا ان هناك يضمن من ماله او كله عندهما وهنا لا يضمن ،
لان الماقد هاهنا لو اقال العقد ثم باعه بنفسه جاز فلما ملك انشاء البيع ثمن الى اجل
فلان يملك التأجيل فيه اولى . ولو اجل غير الماقد او عقداً جميعاً فاجله احدهما
لم يميز عند ابي حنيفة وعنهما يجوز في نصيبه اه وفي الخانية احد وليي الدين اذا
آخر عند ابي حنيفة لا يصح تاخيره اصلاً الا باذن الشريك وعند صاحبيه صح
تاخيره في خصته . وفي شركة المفاوضة اذا اخر احدهما صح تاخيره في الكل
في جميع الوجوه وفي كل . وضع صح التأخير لا يكون ضامناً اه .

المادة ١٣٧٨ الرد بالعيب ايضاً من حقوق العقد فيما اشتراه
احد الشريكين ليس للاخر رده بالعيب وما باعه احدهما لا يرد بالعيب
على الآخر *

واذا اقال احدهما في بيع باعه الآخر جازت الاقالة وان باع احدهما متاعاً فرد
عليه بعيب فقبله بغير قضاء ، جاز عليها - وكذا لو حط من ثمنه او اخر لاجل
العيب وان حط من غير علة او من غير امر يخاف منه ، جاز في حصته ولم يميز في
حصته صاحبه وكذا لو وهب له ولو بعيب في متاع جاز عليه وعلى صاحبه كذا
في الهندية .

المادة ١٣٧٩ = * كل واحد من الشريكين له ابداع وابداع مال الشركة وله ان يعطيها مضاربة وله عقد الاجارة مثلاً له استئجار دكان واجير لاجل حفظ مال الشركة لكن ليس له ان يخلط مال الشركة بماله ولا ان يعقد شركة مع آخر بدون اذن شريكه فان فعل وضاع مال الشركة يكون ضامناً حصة شريكه *

اما الابداع فلأنه اقامة حافظ للمال فاذا كان له ان يستحفظ بأجر كما يأتي فغير اجر اولى - واما الابداع يعني دفع المال بضاعة وهو ان يشترط الربح لرب المال ولا شيء للعامل ، فلأنه معتاد بين التجار ولان له ان يستأجر فيه فغير الاجر اولى - واما المضاربه وهو ان يدفع المال مضاربة فلان المضاربة دون الشركة والشئ يستقيم ما دونه ولانه بالدفع الى المضارب يصير المضارب مودعاً وبالتصرف و كميلاً وبالربح اجيراً وله ان يفعل هذه الاشياء كلها على الانفراد فكذا على الاجتماع . وتقييد المضاربة بأن يدفع المال مضاربة ، لانه لو اخذ احدهما مالاً من آخر مضاربة فان اخذه ليتصرف فيما ليس من تجارتها فالربح له خاصة - وكذا فيما هو من تجارتها فالربح له خاصة وكذا فيما هو من تجارتها اذا كان محضرة صاحبه ولو مع غيبته او مطلقاً عن التقييد بكونه من تجارتها كان الربح بينهما نصفه لشريكه ونصفه بين المضارب ورب المال واما عقد الاجارة - كان يستأجر من يتجر له او يحفظ له المال او يستأجر محلاً يتجر فيه او يحفظ فيه المال فلانه معتاد بين التجار ولانه قد يتمذر عليه مباشرة الكل بنفسه فلا يجد له بدأ منه افاده الزبلي ومثله في الهداية وكذا في الدر وحواشيه . زاد فيها ان لاحد الشريكين ان يوكل اجنبياً ببيع او شراء لان التوكيل بهما من اعمال التجارة والشركة انعقدت لها بخلاف الوكيل بالشراء قصداً فانه ليس له ان يوكل به ، لانه عقد خاص طلب به شراء شيء بعينه فلا يستتبع مثله وزاد ايضاً

ان لاحدهما ان يعير دابة الشركة او ثوبها او دارها او خادمها ولو اعارها حتى عطبت الدابة مثلاً تحت المستعير فالاستحسان ان لا يضمن قال في رد المختار : وهذا كله عند عدم النعي فلو نهاه عن فعل شيء مما ذكر صح نهييه ، لا في الفتح وكل ما كان لاحدهما فله فاذا نهاه شريكه لم يكن له فعله ولهذا لو قال له اخرج لدمياط ولا تجاوزها فجاوزها فملك المال ضمن شريكه لانه نقل حصته بغير اذنه - وكذا لو نهاه عن بيع النسبئة بعد ما كان اذن له فيه . ولا ينافي هذا ما صيأتي في المضاربة انه اذا صار المال عروضاً لا يصح نعي المضارب عن البيع نسبئة لانه لا يملك عزله في هذه الحالة ، لان الظاهر ان الشركة ليست كذلك لانه بملك فسحها مطلقاً كما صيأتي اه

واعلم ان جميع ما ذكر من الاحكام لا فرق فيها بين ان تكون شركة الشريكين مفاوضة او عنائاً كما هو صريح متن التوبير وغيره اما ما ذكر في ذيل هذه المادة من انه ليس له ان يخلط مال الشركة بماله الخ ، فهو خاص بشركة العنان اما المفاوض فله ان يعقد شركة العنان مع آخر ولو عقدها مفاوضة ان يادن شريكه صحت والا انعقدت عنائاً كما في الدر . وما خصه من الربح يكون بينه وبين شريكه كما في البحر . وانما جاز لشريك العنان ان يضارب ولم يجز ان يشارك لان المصاهرة دون الشركة الكون الوضعية تازم الشريك ولا تلزم المضارب فتضمن الشركة المضاربة ولا تتضمن الشركة لان الشيء لا يستقيم مثله افاده في مجمع الانهر ومثله في الزيلعي . وذكر في تنقيح الحامدية عن فتاوي قاريه الهداية الشريك اذا خلط مال الشركة وكذا المضارب اذا خلط مال المضاربة بغيره فملك ان قال لشريكه اعمل فيه برأبك فخلط مال الشركة او المضاربة بماله او بمال غيره لا يكون متعدباً واذا هلك لا يضمن وان لم يقل له ذلك يكون متعدباً بالخلط فيضمنه مطابقاً واذا اختلفا في الاذن ، فالقول قول المالك الا ان يقيم الاخر بينة على الاذن اه

المادة ١٣٨٠ - * لا يجوز لاحد الشريكين ان يقرض آخر

مال الشركة ما لم بأذن شريكه لكن له ان يستقرض لاجل الشركة
ومهما استقرض احدهما من الدراهم بكون دين شريكه ايضاً بالاشتراك

يعني ان احد الشريكين لا يملك افراض شيء من مال الشركة - الا
بأذن شريكه اذناً صريحاً فيه حتى لو قال اعمل بوايك لا يكفي كما صيأتي في
المادة ١٣٨٣ . اما الاستقراض فكل واحد منهما يملكه لانه تمليك مال بمال
فكان بمنزلة الصرف هذا ما ذكره في رد المحتار عن محيط الممرخي حيث قال :
لو استقرض احدهما مالاً لزمها لان الاستقراض ، تجارة وبادلة معنى لانه يملك
المستقرض ويلزمه زد مثله فشا به المصارفة او الاستعارة وايها كان نفذ على صاحبه
قال ومثله في الوالوجية وكذا في الخانية من فصل في شركة العنان . ثم
استدرك على هذا بما في الخانية ايضاً : قال احد شريكي العنان اني استقرضت من
فلان الف درهم للتجارة ، لزمه خاصة دون صاحبه ، لان قوله لا يكون حجة
لازام الدين عليه . وان أمر احدهما صاحبه بالاستدانة لا يصح الامر ولا يملك
الاستدانة على صاحبه ويرجع المقرض عليه لاعلى صاحبه لان التوكيل بالاستدانة
توكيل بالاستقراض وهو باطل لانه توكيل بالتكدي . ثم قال ويظهر لي من
هذا ان في المسئلة قولين . احدهما ما مر عن المحيط من ان لكل من شريك
العنان الاستقراض لانه تجارة اي مبادلة معنى . والثاني عدم الجواز ولو بصريح
الاذن وهو الصحيح لموافقته لقولهم ان التوكيل بالاستقراض باطل . ويتفرع على
ذلك ، انه لو استقرض ولو بالاذن وملك القرض ، يهلك عليهما على القول الاول
وعلى الثاني يهلك على المستقرض اه مختصراً

اقول التوفيق بين عبارتي الخانية وعبارتي الوالوجية والمحيط ممكن لمن تدبر
وتأمل وكيفما كان الحال فهذه المادة صريحة باختيار القول الاول فكاتب عليه
المعول . ثم هذا اذا علم الاستقراض بالبينة او باعتراف الشريك الآخر . اما اذا
قال استقرضت الف ولم يعلم ذلك الا بقوله ، فان كان مال الشركة في يده صدق
بيئته فانه حينئذ امين ادعى ان الالف حق الغير كما في الدرر وحواشيه والا فلا

بصدق الا بيينة لان قوله لا يكون حجة لالزام الدين عليه كما تقدم عن الخانية
وكذا لو قال لي في هذا المال الذي في يدي كذا بقبل ايضاً كما بقبل انه للغير
كما في رد المختار عن الرملي

المادة ١٣٨١ - * اذا ذهب احد الشريكين الى ديار اخرى
لاجل امور الشركة بأخذ مصرفه من مال الشركة *

بمعنى ان ما ينفقه على نفسه من كرائته ونفقته وطعامه وادامه من جملة رأس
المال في رواية الحسن عن ابي حنيفة قال محمد وهذا استحسان فان ربح تحسب النفقة من
الربح وان لم يربح كانت من رأس المال رد المختار عن الخانية وذكر في الهندية
انه لو خرج الى موضع يمكنه ان يبيت في اهله لا تحسب من مال الشركة اه اي
الا ان يأذن له الشريك الاخر كما هو ظاهر

المادة ١٣٨٢ - * اذا فوض احد الشريكين امور الشركة
الى رأي الآخر قابلاً لعمل برأيك او اعلم ما تريد فله ان يعمل كل
شيء من توابع التجارة فيجوز له رهن مال الشركة والارتهان لاجلها
والسفر بمال الشركة وخلط مال الشركة بماله وعقد الشركة مع
آخر لكن لا يجوز له اتلاف المال ولا التملك بغير عوض الا بصر بربح
اذن شريكه مثلاً لا يجوز له ان يقرض من مال الشركة ولا ان
يبب منه الا بصر بربح اذن شريكه *

لما في الدر عن السراج اذا قال له اعلم برأيك فله كل التجارة الا القرض

والهبة - واما كان انلاقاً للمال او تمليكاً بغير عوض ، فانه لا يجوز ما لم ينص عليه صريحاً ومثله في الحجر وغيره . قيد بالتفويض لانه بمجرد كون الشركة مطابقة لا يملك شريك العنان شيئاً مما ذكر ، لان الشركة وضعت للاسترباح وتوابه وما ليس كذلك لا ينتظمه عقدها كما في الدر والمراد بتوابه ، ما جرت فيه عادة التجار كالاغارة والابداع كما تقدم في المادة (١٣٧٩) وشرحها فلو رهن احدهما بدين عليها عيناً من مال الشركة لم يجوز ضمن ، ولو ارتهن بدين لها لم يجوز على شريكه فان هلك الرهن في يده وقبضته والدين سواء ، ذهب بحصته ويرجع شريكه بحصته على المطلوب ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لان هلاك الرهن في يده كالاستيفاء كذا في رد المختار .

اقول : وهذا اذا لم يكن المرتهن ولي عقد الدين بنفسه او امر من يلية والا كان له الارتهان كما ان له الرهن اذا كان هو العاقد في موجب الدين او امر شريكه بذلك كما في الهندية عن السراج والمحيط وفي رد المختار عن الخانية : ولو شارك احد شريكي العنان شركة عنان مع آخر فما اشتراه الشريك الثالث كان نصفه له ونصفه بين الشريكين وما اشتراه الذي لم يشارك فهو بينه وبين شريكه نصفين ولا شيء منه للشريك الثالث اه

المادة ١٣٨٣ = * اذا نهى احد الشريكين الآخر بقوله لا تذهب بمال الشركة الى ديار اخرى ولا تبع المال نسبة فلم يسمع وذهب الى ديار اخرى او باع نسبة بضمن حصته شريكه من الخسار الواقع *

مجم هذا ما قدمناه في شرح المادة (١٣٧٩) عن الفتح من ان كل ما كان لاحدهما فعله فاذا نهاه عنه شريكه لم يكن له فعله اه . وظاهر قوله اذا نهى الخ ،

ان التخصيص على المكان بلا نهي لا يكون تقييداً وعبارة البرازية : التقييد بالمكان صحيح - حتى لو قال اخراج الى خوارزم ولا تجاوزه صح فلو جاوزه ضمن وفي الجوهره من المضاربة : والفاظ التخصيص والتقييد ان يقول خذ هذا مضاربة بالنصف على ان يعمل به في الكوفة - اما اذا قال واعمل به في الكوفة بالواو ولا يكون تقييداً ، فله ان يعمل في غيرها لان الواو حرف عطف ومشورة وليست من حروف الشرط اه - فافاد ان مجرد التخصيص لا يكفي بل لا بد من امر يفيد التقييد كالشرط وكانه ي كذا في رد المحتار . وفي الدر عن البحر قد وقع حادثان الاولي نهاء عن البيع نسبة فباع فاجبت بنفاذه في حصته وتوقفه في حصة شريكه فان اجاز فالريج لها . الثانية نهاء عن الاخراج فخرج . ثم ربح فاجبت انه غاصب حصة شريكه بالاخراج فينبغي ان لا يكون الربح على الشرط اه . قال في رد المحتار قوله بالاخراج فيه نظر ، ففي مضاربة الجوهره وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه او في صلعة بعينها لم يجوز ان يتجاوز ذلك فان خرج الى غير ذلك او دفع المال الى من اخرجه ، لا يكون مضموناً عليه بمجرد الاخراج حتى يشتري به خارج البلد فان هلك المال قبل التصرف ، فلا ضمان عليه و كذا لو اعاده الى البلد عادت المضاربة كما كانت على شرطها ، وان اشترى به قبل العود صار مخالفاً ضامناً ويكون ذلك له ، لانه تصرف بغير اذن صاحب المال فيكون له ربحه وعطيه وضيعته لا يطيب له الربح عندهما خلافاً لا يي بوصف . وان اشترى ببعضه واعاد بقيته الى البلد ضمن قدر ما اشترى به ولا يضمن قدر ما اعاد اه . والظاهر ان الشركة كذلك اه . اقول يمكن دفع النظر بالفرق بين النهي الصريح عن الاخراج كما هو . موضوع كلام البحر وبين تخصيص التصرف في بلد بعينه كما هو . موضوع كلام الجوهره فتأمل

المادة ١٣٨٤ - اقرار احد الشريكين شركة عنان بدين في معاملتهما لا يسري على الآخر فاذا اقر بان هذا الدين انما لزم بمقده ومما ملكه خاصة بكون ايفاؤه . بتامه لازماً عليه وان اقر بأنه دين لزم

من معاملتها معاً يكون لازماً عليه تأدية نصفه وان اقر بأنه دين لازم
من معاملة شريكه خاصة فلا يلزمه شيء * ❊

لا ينافي هذا ما في الدر تصرف احد الشريكين في البلد والاخر في السفر
فقال ذو اليد قد استقرضت الفأ فالقول له ان المال في يده اه وعزاه في حاشية
رد المختار الى الجواهر ، لان ما لزمه من الدين الذي اقرانه ولي عقده ، ووجه
بنفسه اذا قال وضعته في مال الشركة وكان مال الشركة في يده فيصدق بيمينه لانه
امين ولو قال لي في هذا المال الذي في يدي كذا فيصدق كما يصدق انه للغير
كما في شرح المادة ١٣٨٠ واما ما ذكره في الدر ايضاً عند قول التنوير لا يصح
اقراره بدين من انه لو اقر بجارية في يده من الشركة انها لرجل لم يميز في حصة
شريكه ، فمحمول على ما اذا علم بينة او اقرانها من المال المشترك بينهما فانه حينئذ
لا يصدق على شريكه بل اقراره يقتصر عليه هذا ما استظهره في رد المختار
وامر باغتنامه قديره

= المبحث الثاني =

❊ في بيان مسائل عابدة الى شركة الاعمال ❊

وتسمى ايضاً شركة التقبل وشركة الصنائع وشركة الابدان كما تقدم في
المادة ١٣٣٢

المادة ١٣٨٥ - ❊ شركة الاعمال : عبارة عن عقد شركة على
تقبل الاعمال فالاجيران المشتركين كان يعقدان الشركة على تعهد والتزام
الععل الذي يطلب وبكلف من طرف المستأجرين سواء كانوا متساويين

او متفاضلين في ضمان العمل يعني سواء عقد الشركة على نمهد العمل
وضمانه متساوياً او شرطاً ثلث العمل مثلاً لاحدها والثلث للآخر *

هذا اذا كانت شركتها عناناً فلو كانت مفاوضة فلا بد من ان يكونا
متساويين بالفائدة والضرر كما تقدم في المادة ١٣٥٩

واستفيد من قوله عبارة عن عقد شركة الخ ، انه لا بد من العقد او لا بأن
بتفقا على الشركة ، لما في شركة الدر قبيل الفروع لو تقبل ثلاثة عملاً بلا عقد
شركة فعمله احدم لله ثلث الأجر ولا شيء للآخرين قال في حاشية رد المحتار
لان المستحق على كل منهم ثلثه بثلث الآخر فاذا عمل احدم الكل صار متطوعاً
في الثالثين فلا يستحق الأجر حلي عن البحر قال ابن وهبان هذا في القضاء اما في
الديانة فينبغي ان يوفيه بقية الاجرة لان الظاهر من حال العامل انه انما عمل الجميع
على ظن انه يعطيه جميع الاجرة فلا ينبغي ان يجيب ظنه اه

واستفيد من قوله على تقبل الاعمال انه لا بد من ان يكون عقد الشركة
على تقبلها لما في البحر عن القنية: اشترك ثلاثة من الحمالين على ان يلا احدم الجوالتي
وباخذ الثاني فمها ويحملها الثالث الى بيت المستأجر والا جر بينهم بالسوية فهي
فاسدة قال فسادها هذه الشروط فان شركة الحمالين صحيحة اذا اشتركوا في
التقبل والعمل جميعاً اه اي وهنا لم يذكر التقبل اصلاً بل مجرد العمل مقيداً على
كل واحد بنوع منه اه وتماه فيما كتبناه في شرحي المادة ١٣٤٦ والمادة ١٣٣٢
فليراجع

واستفيد من اطلاق الاعمال انه لا يلزم اتحاد الصنعة والمكان - حتى لو
اشترك خياط وصباغ تصح الشركة كما تقدم في المادة (١٣٣٢) لان المعنى المجوز
لشركة المذكورة من كون المقصود تحصيل الربح لا يشفاوت بين كون
العمل في دكاكين او دكان وكون العمل من اجناس او جنس افاده في رد المحتار
وافاد في الدر وحواشيه ان المراد من الاعمال ، اعمال يمكن ان يستحقها المستأجر
بمقد الاجارة ، ومنه تعاليم كتابة وقرآن وفقه على المفتي به - بخلاف شركة

الدلالين فان عمل الدلالة لا يمكن استخفافه بعقد الاجارة - حتى لو استأجر دلالاً يبيع له وبشئري ، فالاجارة فاسدة اذا لم يبين له اجلاً . ومنها شركة المغنين وشهود المحاكم لان الغناء حرام ولا يصح الاستئجار على الشهادة . ومنها شركة قراء المجالس والتعازي لان عادتهم القراءة بصوت واحد يشتمل على التمهيط وعلى قطع بعض الكلمات ، ولانه استئجار على القراءة المجردة والذي اجازه المتأخرون انما هو الاستئجار على التعليم ومن ذلك شركة الوعاط فيما يتحصل لهم بسبب الوعظ - وكذا شركة الشماذين لان التوكيل في ذلك لا يصح وما لا تصح فيه الوكالة لا تصح فيه الشركة اه

المادة ١٣٨٦ - * يجوز لكل واحد من الشرى بكن تقبل العمل ونهده ويجوز ايضاً ان يتقبل واحد وآخر بعمل ويجوز ايضاً للخياطين المشترى بكن شركة صنايع ان يتقبل احدهما المتاع وبقصه والاخر يخيظه *

بمعي كما انه يجوز ان يعقد الشركة على ان يتقبل كل منهما العمل ويجوز ان يعقداها على ان يتقبل احدهما ويعمل الاخر وعلى ان يكون التقبل وبعض العمل من احدهما وبانيه من الاخر - ثم بعد هذا من شرط عليه العمل لو تقبل جاز ومن شرط عليه التقبل لو عمل جاز ، ومن شرط عليه بعض العمل لو تقبل وعمل الكل جاز - لكن هذا اذا كان عقد الشركة خالياً عن نفي التقبل عن احدهما والا بان اشترط على احدهما ان لا يتقبل بنفسه الشركة . قال في رد المحتار ان شرط الصحة ، عدم نفي التقبل عن احدهما لا التنصيص على تقبل كل منهما ولا على عملها لانه اذا اشتركا على ان يتقبل احدهما او يعمل الاخر بلا نفي كان لكل منهما التقبل والعمل المضمن الشركة الوكالة قال في البحر . وحكمها ان يصير كل واحد منهما وكيلاً عن صاحبه بتقبل الاعمال . والتوكيل به جائز سواء كان الوكيل

يجوز مباشرة ذلك العمل او لا اه . ما في رد المختار وقدنا هذا في شرح
المادة (١٣٤٦)

المادة ١٣٨٧ = * كل واحد من الشريكين وكييل الآخر
في تقبل العمل فالعمل الذي يتقبله احدها يكون ابفاهه لازماً عليه
وعلى شريكه ايضاً فعمنان شركة الاعمال في حكم المفاوضة في ضمان
العمل حيث ان العمل الذي يتقبله احد الشريكين يطلب المستأجر
ابفاهه من ابها اراد وكل واحد من الشريكين يكون مجبوراً على
ابفاه العمل فليس لاحدهما ان يقول هذا العمل يتقبله شريكنا لاخالطه *

المادة ١٣٨٨ - * عنان شركة الاعمال في حكم المفاوضة في
اقتضاء البديل ايضاً يعني انه يجوز لكل واحد من الشريكين مطالبة
المستأجر بتمام الاجر واذا دفعه المستأجر ايضاً الى اي منهما بري *

ما ذكر في هاتين المادتين من الاحكام هو الاستحسان والقياس ان لا يطالب احد
الشريكين بعمل يتقبله الآخر وان لا يسوغ لمن لم يتقبل العمل منها ان يطالب المستأجر
بتمام الاجرة ، وان لا يبرأ المستأجر بتمام الاجرة للشريك الذي لم يتقبل العمل ، لان
هذه الاحكام من مقتضيات المفاوضة لتضمنها الكفالة دون الضمان . وجه الاستحسان
ما ذكره في الدرر من ان هذه الشركة مقتضية لوجوب العمل في ذمة كل منها
ولهذا يستحق الأجر بسبب تفاذه تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل
واقضاء البديل اه .

وتوضيح اقتضاؤها لوجوب العمل في ذمة كل منها ، ما ذكره الزبلي من
ان العمل هنا كالتمن في الشركة في المال فكما يرجع الشريك على شريكه ثمن

ما اشتراه لتجارتهما فكذا يرجع عليه هنا بالعمل ولا يمكن ذلك الا قبل العمل
لانه لو اخر الى ما بعده لسقط حقه في الرجوع اذ لا يمكن ضمان العمل بعد الفراغ
منه - بخلاف الثمن فهذا المعنى استوى في هذه الشركة حكم الغنان والمفاوضة
في الضمان اه وكذا في اقتضاء البدل

واما توجيه الاستحسان الذي نقله الشارح اللبناني عن مجمع الأنهر من ان هذه
الشركة متضمنة لضمان اي ضمان العمل على كل منهما ، ففيه مصادر على المطلوب
بالنسبة الى الحكم المذكور في المادة السابقة لانه استدلال بما هو عين المدعي
فقد تيره فانه دقيق

ثم في غير هذه الاحكام الثلاثة المذكورة في هاتين المادتين تعتبر عنانا في
جميع الاحكام - حتى لو اقر احدهما بدين من ثمن صابون او اشنان مستهلك او
عمل من اعمال النقلة او اجر اجير او اجرة بيت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه
الا ببينة ويلزمه خاصة اه هندبة . قال في البحر وتقييده بالاستهلاك وبمضي
المدة ، للاحتراز عما اذا كانت المبيع لم يستهلك ومدة الاجارة لم تمض فانه يلزمها
كما في المحيط اه

✽ نبيه ✽

في الهندبة ما نصه : رجل سلم ثوبا الى خياط ليخيطه بنفسه وللخياط شريك
في الخياطة مفاوضة فلصاحب الثوب ان يطالب بالعمل ايها شاء ما بقبت المفاوضة
بينهما واذا اترقا او مات الذي قبض الثوب لم يواخذ الآخر بالعمل كذا في
المبسوط وهذا بخلاف ما لو لم يشترط عليه ان يخيطه بنفسه ثم اترقا فانه يواخذ
الشريك الآخر بالخياطة كذا في الظهيرية اه وينبغي ان يكون الحكم كذلك في
المستأجرين اذا كانت الشركة عنانا لان عنان التقبل لها حكم المفاوضة من حيث
مطالبة ايها شاء بالعمل وقد اختصر الشارح اللبناني عبارة الهندبة المذكورة
اختصاراً مختلاً فليتنبه له

المادة ١٣٨٩ - لا يجبر احد الشريكين على ايفاء ما تقبله من

العمل بالذات بل ان شاء بعمله بيده وان شاء بعطيه الى شريكه او الى آخر لكن ان شرط المستأجر عمله بالذات يلزمه حينئذ راجع المادة ٥٧١ *

حتى لو اعطاه الى شريكه او الى آخر فنلف ضمنه كما افادته المادة المذكورة اي لتعديبه بالدم ولو اوفى الشريك العمل وسلمت فلا اجر له لان المستأجر قد استوفى غير العمل المقود عليه وليس لمن عمل على المستأجر شيء اهدم العقد بينها اصلاً كما ذكرناه في شرح المادة المذكورة . تمامه فيها . واذا كان الشرط على الخياط انه يخيطه بنفسه لا يطالب الاخر بحكم الكفاله كما في الخانية قال في البحر : وبه علم ان قولهم ما لزم احدهما من العمل يلزم الاخر بمقيد بما اذا لم يشترط المستأجر عمله بنفسه اه

المادة ١٣٩٠ - * يقسم الشركاء الربح بينهم على الوجه الذي شرطوه يعني ان شرطوا تقسيمه متساوياً بقسموه متساوياً وان شرطوا تقسيمه متفاضلاً كالثالث والثلثين مثلاً يقسم حصتين وحصه *

المادة ١٣٩١ - * اذا شرط التساوي في العمل والتفاضل في الكسب كان جازماً مثلاً اذا شرط الشريك ان يعمل متساوياً بين وان بقسما الكسب بينهما حصتين وحصه كان جازماً لانه يجوز ان يكون احدهما اوفر في صنفته واصنع في العمل *

هذا احتحان والتياس ان لا تجوز الشركة لان الضمان بقدر ما شرط عليه

من العمل فالزيادة عليه ربح ، ألم يضمن فلم يميز العقد كما في شركة الوجوه . وجبة الاستحسان ان ما يأخذه ليس ربحاً لأن الربح انما يكون عند اتحاد الجنس وهذا رأس المال عمل والربح مال فلم يتحد الجنس فكان ما يأخذه بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم اذا رضيا بقدر معين فيقدر بقدر ما قوم به فلم يؤد الى ربح ما لم يضمن - بخلاف شركة الوجوه حيث لا يجوز فيها التفاوت في الربح عند التساوي في المشتري لان جنس المال وهو الثمن الواجب في ذمتها ، يتحد والربح يتحقق في الجنس المتحد فلو جازت زيادة الربح لكان ربح ما لم يضمن كذا في رد المختار . ولو شرط اكثر الربح لادناها عملاً فالأصح الجواز ولو اشتركا واشترطا الكسب بينهما اثلاثاً ولم يبينوا العمل ، فهو جائز ويكون التصريح على التفاضل بياناً للتفاضل في العمل هندية

المادة ١٣٩٢ - الشريك في ضمان العمل يستحقان الاجرة فاذا عمل احد الشريكين وحده والآخر لم يعمل كما لو مرض او ذهب الى محل آخر او جلس بطلاً يقسم الربح والاجرة بينهما على الوجه الذي شرطاه *

يعني لا فرق في ذلك بين ان يكون عدم العمل من الآخر المذر او الغير عذر كما لو امتنع عنه بغير عذر لان العقد لا يرتفع بمجرد امتناعه واستحقاقه الربح بحكم الشرط في العقد لا العمل بجر

المادة ١٣٩٣ - * اذا تلف او تغيب المستأجر فيه بصنع احد الشريكين يكون ضامناً بالاشتراك مع الشريك الآخر والمستأجر يضمن ماله ايأ شاء منها ويقسم هذا الخسار بين الشريكين على مقدار

الضمان مثلاً اذا عقدت الشركة على تقبل الاعمال وتمهدها ثلثين وثلاثاً
بقسم الخسار ايضاً حصتين وحصمة *

لان الوضيمة يعني الخسران لا تكون بينهما الا على قدر الضمان - حتى لو
كانا اشترطا أن ما تقبله من شيء ثلثاه على احدها بعينه وثلثه على الآخر
والوضيمة نصفان ، فالقبالة على ما شرطنا واشترطها الوضيمة باطل وهي على قدر
ما اشترطا على كل واحد : منها من القبالة . ثم ان صاحب العمل يطالب ايها شاه
بجميع ذلك ان كانت شركتها مفاوضة ومتى كانت عنانا فانما يطالب به من
ياثر السبب دون صاحبه بقضية الوكالة الكمل من الهندية

المادة ١٣٩٤ = * عقد شركة الحمالين على التقبل والعمل على

الاشترك صحيح

بخلاف ما اذا اشتركا في العمل فقط فان الشركة لا تصح كما تقدم في شرح
المادة ١٣٨٥ وبخلاف شركة الدالين لان عمل الدلالة لا يمكن استحقاقه بمقد
الاجارة كما تقدم في شرح المادة المذكورة - اما عمل التحميل فانه يستحق
به وفي الهندية : فيجنان اشتركا في نقل كتب الحاج على ان مارزقها الله تعالى
فيه فينبها نصفان فهذه الشركة جائزة كذا في القنية اه . والمراد اشتركا في نقل
نقل كتب الحاج . ثم رأيت في البحر نقلها عن القنية بلفظ تقبل بدل قوله
نقل وهي النسخة الصحيحة تأمل . والفيجنان ثنية فيجن كهيدير هو المنحفي عن
وطنه والمراد به ما يسمونه الكتاب في زماننا والجوخدار

المادة ١٣٩٥ - * اذا عقدت الشركة اثنان بان يتقبلا العمل على

ان الدكان من احدهما والآلات والاثوات من الآخر يصح *

سواء شرط العمل عليها او على صاحب الادوات والقياس ان لا تصح في
الذانية لان من احدهما العمل ومن الآخر الخانوت واستحسن جوازها لان المشترك
فيه في شركة التقبل انما هو العمل كما تقدم عن النهر في شرح المادة (١٣٣٣) .
والتقبل من صاحب الخانوت عمل بخلاف ما لو اشتركا على ان من احدهما اداة
التقارة والعمل من الآخر فانها تفسد ويكون الربح للعامل وعليه اجر مثل الاداة
كافي البحر لما علمت من ان المشترك فيه هو العمل ولا عمل من صاحب الاداة
وليس بذي دكان ليكون تقبله عملاً هذا ما فهم من كلامهم

المادة ١٣٩٦ - * اذا عقد اثنان شركة الصنابع على ان الدكان
من احدهما ومن الآخر العمل يصح *

لما علمت من ان التقبل من صاحب الدكان عمل فقد حصل العمل المشترك
فيه من كل منهما .

المادة ١٣٩٧ - * اذا عقد اثنان شركة الاعمال ولا أحدهما
بغل والآخر حمل على تقبل وتعمد نقل الجمولة متساوياً يصح ويقسم
الكسب الحاصل والأجرة بينهما مناصفة ولا ينظر الى زيادة حمل
الجلل لان استحقاق البدل في شركة الاعمال يكون بضم الشريكين
العمل - لكن اذا لم يعقد الشركة على تقبل العمل بل على ايجار البغل
والجلل عيناً وتقسيم الأجرة الحاصلة بينهما فالشركة فاسدة واي يومجر

من بفل او حمل تكون اجرته عابدة لصاحبه - لكن اذا اعان احدهما
الآخر في العمل والنقل يأخذ اجر مثل عمله *

حاصل المسئلة انه اذا اشترك صاحب البفل مع صاحب الحمل على تقبل الحمل
متساويًا وتقبلا حمولة معلومة باجرة معلومة وحمل على البفل والحمل اللذين اضافا
عقد الشركة اليهما ، صحت الشركة و كانت الاجرة بينهما نصفين ، لان سبب
وجوب الاجر عاينا تقبل الحمل وقد استويا في ذلك ، ولا تعتبر زيادة حمل الحمل
على حمل البفل كما لا يعتبر في شركة التقبل زيادة عمل احدهما - كصباغين لاحدهما
آلة الصبغ وللآخر بيت يعمل فيه بخلاف ما اذا لم يقداها على تقبل الحمل - بل على
ان يوجر الدابنين والاجر يكون بينهما فان الشركة تكون فاسدة لانها سبب
معنى قول كل منهما للآخر بيع منافع دابنتك ودابنتي على ان يكون الثمن بينهما ٠ ثم
ان اجراهما بأجر معلوم صفقة واحدة في عمل معلوم ، قسم الاجر على مثل اجر
الحمل ومثل اجر البفل فلو الحمل يوجر بضمف ما يوجر به البفل مثلاً فلصاحب
الحمل ثلثا الاجرة ولصاحب البفل ثلثها ، وان اجر كل واحد دابته وشرطا عملها
فيها او عمل احدهما من السوق والحمل وغير ذلك كان الاجر مقسوماً بينهما على قدر
اجر مثل دابتهما وعلى مقدار اجر عملهما كما قبل الشركة اذاه في رد المختار .

* تنبيهات *

الاول ان التقييد في هذه المادة بكونها عقدا الشركة على التساوي ، تنصيص
على المتوهم كما يشير الى ذلك قوله : ولا ينظر الى زيادة حمل الحمل الخ ، فلو اشترطا
التفاضل في الكسب الحاصل يصح ايضا ويقسم على ما شرطا كما تقدم التصريح به
في المادة (١٣٩١) .

الثاني في استفاد من كلام رد المختار المار ان الكسب الحاصل انما يقسم بينهما نصفين
فيما اذا عقدا شركة التقبل على التساوي اذا تقبلا حمولات معلومة بأجرة معلومة
اما اذا اجر البفل والحمل باجرة معلومة يقسم الاجر على اجر مثل كل من البفل
والحمل وان كان عقد الشركة على التقبل ، لان الكسب لم يحصل بسبب التقبل

حتى يكونا فيه متساويين بل بسبب ايجار الدابتين وهما فيهما غير متساويين وكذا اذا اجر البطل وحده او الجمل وحده يكون كل الاجر لصاحبه ولو اعانه الآخر على التحميل والنقل كان له اجر مثله وهو الذي يفيد ايضا كلام الفتح فليراجع وليحفظ

الثالث قال في رد المختار لم يذكر ما لو كانت الدابة بين اثنين دفعها احدهما للآخر على ان يوجرها ويعمل عليها على ان تلمي الاجر للعامل والثالث للآخر وهي كثيرة الوقوع ولا شك في فسادها لان المنفعة كالمرض لا تصح فيها الشركة وعند فالاجر بينهما على قدر ملكهما وللعامل اجر مثل عمله ولا يشبه العمل في المشترك - حتى تقول لا اجر له لان العمل بما يحمل وهو لغيرها تأمل وتامه في حواشي المنع للرمل وبأني قريبا ما يؤيدهاه قلت ومراده بما يأتي هو ما قدمناه عنه في مسألة ما لو كان لاحدهما بطل وللآخر بعير من انه لو اجر كل واحد منها دابته وشرطا عملها او عمل احدهما الخ ما تقدم قبيل التنبيهات

الرابع ظاهر اطلاق اجر المثل المذكور آخر هذه المادة انه يجب على صاحب الدابة بالغا ما بلغ وهذا قول محمد رحمه الله تعالى وفي قول ابي يوسف للذي اعان اجر مثله لا يجاوز به نصف الاجر الحاصل صرح به في الخانية وقد ذكر في التنوير وغيره الخلاف المذكور فيما لو اشتركا في نحو احتطاب حيث قال وما حصله احدهما باعانة صاحبه فله واصاحبه اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز نصف ثمن ذلك اه وهناك ذكر في الدر وحاشيته رد المختار ما يفيد ترجيح قول محمد وهو يفيد ترجيحه ايضا في مسئلتنا لعدم الفرق بين المسئلتين ولذا اطلقت الخلة اجر المثل في هذه المادة

المادة ١٣٩٨ - * اذا عمل شخص في صنعة هو وابنه الذي في عياله فجميع الكسب لذلك الشخص وولده بعد معيناً له كما اذا اعان شخصاً ولده الذي في عياله حال غرضه شجرة فتلك الشجرة للشخص ولا يكون ولده مشاركاً له فيها *

قال في الفتاوي الخيرية قول علمائنا اب^{اب} وابن يكتسبان في صنعة واحدة ولم يكن لهما شيء ثم اجتمع لهما قال يكون كله للاب اذا كان الابن في عياله ، هو مشروط كما يعلم من عبارتهم بشروط منها انجاد الصنعة وعدم مال سابق لهما ، وكون الابن في عياله ابيه فاذا عدم واحد منها لا يكون كسب الابن للاب وانظر الى ما عللوا به المسئلة من قولهم لان الابن اذا كان في عياله ابيه يكون معيناً له فيما يصنع فمدار الحكم على ثبوت كونه معيناً له فيه فاعلم ذلك اهـ واجاب عن سؤال آخر بقوله حيث كان من جملة عياله والمعينين له في امره . واحواله فجميع ما حصله بكده وتعبه هو ملك خاص لايه لاشي له فيه حيث لم يكن له مال لانه في ذلك لايه معين حتى لو غرس شجرة في هذه الحالة فهي لايه اهـ واجاب ايضا عن سؤال آخر بقوله : ان ثبت كون ابنه واخوه عابله عليه وأمرهم في جميع ما يفعلونه اليه وهم معينون له فالمال كله له والقول قوله بيمينه فيما لديه فليتيق الله فالجزاء امامه وبين يديه . وان لم يكونوا بهذا الوصف بل كان كل مستقلاً بنفسه واشترى كوا في الاعمال فهو بين الاربعة بلا اشكال وان كان ابنه فقط هو المعين والاخوة الثلاثة بانفسهم مستقلين فهو بينهم اثلاثا يقين والحكم دائر مم عاتته باجماع اهل الدين الحاملين لحكته اهـ . اقول استفيد من كون مدار الحكم على ثبوت كون الابن معيناً لايه انه ليس المراد بانجاد الصنعة ، اتحادها نوعاً بل المراد ان يعملها بدأ واحدة ويكون الكسب الحاصل غير متميز - حتى لو كان كل منها حداً مثلاً الا ان كلاهما يعمل في ذلك له على حدة وامر الابن في عمله ليس عائداً لايه لا يكون معيناً له وان كان في عياله بل يكون كسبه له خاصة . وافاد قوله هنا ، اذا عمل شخص الخ - وكذا قولهم اب^{اب} وابن يكتسبان الخ ، انه لو لم يكن للاب عمل ولا كسب بل العمل والكسب للابن يكون المالك المتحصل للابن خاصة لان الاب حينئذ في عياله وهو ظاهر . ثم رأيت التصريح في الخانية وفي رد المحتار عن الخيرية . في زوج امرأة وابنها اجتمعا في دار واحدة واخذ كل منهما يكتسب على حدة ويجمعان كسبها ولا يعلم التفادوت ولا التساري ولا التمييز فاجاب بانه بينهما سوية وكذلك لو اجتمع اخوة يعملون في تركة ابيهم ونما المال فهو بينهم سوية ولو اختلفوا في العمل والرأي اهـ

والظاهر ان الأبن مع ابيه اذا كان يكتسب كل واحد منهما على حدة ،
كذلك فما في رد المختار من ان هذا في غير الابن مع ابيه لما في القنية : الاب
وابنه يكتسبان في صنعة واحدة ولم يكن لها شيء فالكسب كله للاب ان كان
الابن في عياله لكونه معيناً له اه ، فيه نظر فان ما في الخبرية : ان كلا منهما
يكتسب على حدة وما نقله عن القنية ان الاب وابنه يكتسبان في صنعة واحدة
فلا يدل على مدعاه اذ قد علمت ان الابن اذا كان كسبه على حدة يكون كسبه
له لا لأبيه فلا فرق اذاً بين المسئلتين ونقل بعد ذلك عن القنية ايضاً خلافاً في
المرأة مع زوجها اذا اجتمع بعملها اموال كثيرة فقيل هي لزوج وتكون المرأة
معينة له - الا اذا كان لها كسب على حدة فهو لها وقيل بينها نصفان اه والظاهر
ترجيح الاول لما قدمناه عن الخبرية من ان الاخوين قد يكونان معينين لاختيها
الكبير فكون المرأة معينة لزوجها في عملها معه ، اولى ثم اولى . ثم نقل عن الخانية
ما نصه : زوج بنه الخمسة في داره وكلهم في عياله واختلفوا في المتاع فهو للاب
وللبنين الثياب التي عليهم لا غير فان قالوا هم او امرأته بعد موتها
هذا استفدناه بعد موته فالقول لهم وان اقرروا انه كان يوم موته فهو ميراث من
الاب اه

= المبحث الثالث =

❖ في بيان مسابيل عائدة الى شركة الوجوه ❖

الما صحت بذلك لان من لا مال له لا يبيعه نسبة الا اذا كان له جاه ووجاهة
وقيل لانها تبذل فيها الوجوه لعدم المال ويقال لها شركة المتاليس افاده في
رد المختار . وهي ان يعقداها على ان يشتريا نوعاً خاصاً او اي نوع كان بالنسبة
بوجوهها ويبيعهما تقدماً او نسبة فما يحصل بالبيع يدفعان منه ثمن مشريتهما وما بقي
ربحاً يكون بينهما وتكون عناناً ومفاوضة كما تقدم

المادة ١٣٩٩ - * كون حصة الشريكين على التساوي في
المال المشتري ليس بشرط مثلاً كما يجوز كون ما اخذاه من المال
بينهما على المناصفة يجوز ايضاً ان يكون ثلثين وثلاثاً *

هذا اذا كانت عتائنا فلو عقداً مفاوضةً وكانا من اهل الكفاية فيشترط
تساويهما في ثمن ما اشترياه وفي الربح ومنى فقد منها شرط صارت عتائنا وكذا اذا
اطلقت كانت عتائنا كما في الدر وحواشيه

المادة ١٤٠٠ - * استحقاق الربح في الوجوه انما هو بالضمان *

اذ لا مال من كل منهما ولا عمل وقد تقدم في المادة (١٣٤٧) وشرحها ان
الربح لا يستحق الا باحدى ثلاث، المال او العمل او الضمان والمراد بالضمان ضمان
ثمن ما يشترطه بوجوهها .

المادة ١٤٠١ * ضمان ثمن المال المشتري يكون بالنظر
الى حصة الشريكين فيه *

هذه المادة وما قبلها ذكرنا تمهيداً وتعليلاً للمادة الآتية :

المادة ١٤٠٢ = * تكون حصة كل واحد من الشريكين
في الربح بقدر حصته في المال المشتري واذا شرط لواحد زيادة عن

حصته في المال المشتري يكون الشرط لغواً ويقسم الربح بينهما على مقدار حصتهما من المال المشتري مثلاً اذا شرط كون الاشياء المأخوذة بينهما مناصفة يكون الربح ايضاً مناصفة وان شرط كونها ثلثين وثلثاً كان الربح ايضاً ثلثين وثلثاً لكن في حال مشروطة الاشياء على النصفية اذا شرطنا تقسيم الربح ثلثين وثلثاً فهذا الشرط لا يعتبر ويقسم الربح مناصفة ❊

بني اذا علمت ان استحقاق الربح في الوجوه انما هو بالضمان وان ضمان ثمن المشتري يكون بالنظر الى حصة الشريكين ، فيه نعلم ان تقسيم الربح بينهما لا يجوز الا على مقدار حصتها فيه والا ادى الى استحقاق ربح ما لم يضمن وهو حرام لثمي النبي عليه الصلاة والسلام ، وهذا بخلاف شركة العنان في الاموال فان التفاضل في الربح فيها مع التساوي في المال ، صحيح لانها في معنى المضاربة من حيث ان كلاهما يعمل في مال صاحبه فجازت كما جازت المضاربة على خلاف القياس وليست العنان في شركة الوجوه ، بمعنى المضاربة اذ لا يعمل في مال معين . وتعيين المال هو الجوز للمضاربة وبخلاف العنان في شركة التقبل فانه يجوز فيها التفاضل كما تقدم لان المأخوذ فيها ليس بربح بل اجرة عمل كما مر اهـ لمختصاً من الهداية والزبلي ورد المختار .

المادة ١٤٠٣ = ❊ يقسم الضرر والخسار في كل حال على مقدار حصة الشريكين في المال المشتري سواء باسرا عقد الشراء بالاتحاد او باسره احدهما وحده مثلاً الشريكان شركة الوجوه في صورة خسارها في الأخذ والعطاء اذا عقدا الشركة على النصفية بينهما في

المال المشتري يقسم الخسار بينهما على التساوي وان عقدا الشركة على
كون الحصص ثلثين وثلثاً في المال المشتري يقسم الخسار ايضاً ثلثين
وثلثاً سواء اشترى بالمال الذي خسرا فيه بالاتحاد او اشتراه احدهما لاجل
الشركة ❀

لا يشترط شراء احدهما وحده لاجل الشركة كشرائهما معاً لما علمت من
ان جميع انواع شركة العقد تتضمن الوكالة وحيث تقدم في المادة (١٤٠١) ان
ضمان ثمن المشتري بقدر الملك يكون الحكم كذلك - حتى لو شرط التفاديت
في الخسارة يكون الشرط لغواً كما تقدم في المادة (١٤٦٩)

- الباب السابع -

❖ في حق احكام المضاربة ويشتمل على ثلاثة فصول ❖

❖ الفصل الاول ❖

(في بيان تعريف المضاربة وتقسيمها)

المادة ١٤٠٤ - ❖ المضاربة نوع شركة على ان رأس المال من طرف والسعي والعمل من طرف آخر ويقال لصاحب رأس المال رب المال وللعامل مضارب ❖

المراد بالشركة الشركة في الربح لان المضارب لا شركة له في رأس المال حتى لو شرطاً فيها الربح لاحدهما لا تكون مضاربة بل بضاعة ان شرط جميعه لرب المال ، وقرضا ان شرط للمضارب كما سيأتي والمضاربة مفاعلة من الضرب في الارض وهو السير فيها قال الله تعالى (وآخرون يضر بون في الارض) يعني الذين يسافرون لاجل التجارة وسمي هذا العقد بها لأن المضارب يسير في الارض غالباً لطلب الربح واهل الحجاز يسمون هذا العقد مقارضة وهو مشتق من القرض وهو القاطع لأن رب المال يقطع قدراً من ماله ويسلمه للعامل . والقياس ان يكون عقد المضاربة فاسداً لانه سمي الحقيقية استنجاها بالاجماع لكنها شرعت لشدة الحاجة اليها من الجانبين فان من الناس من هو صاحب مال ولا يهتدي الى التصرف ومنهم من هو بالعكس فشرعت لتنظيم مصالحهم فانه عليه الصلاة والسلام بعث والناس يتعاملونها فتركهم

عليها وتماثلها الصحابة رضي الله عنهم واطلق اسم المضارب على العامل لانه ضارب في الارض لا على رب المال لانه طالب للضرب اه ملخصاً من الزبلي وحاشيته للشلي وظاهره ان المضارب بكسر الراء

المادة ١٤٠٥ - * ركن المضاربة الايجاب والقبول مثلاً اذا قال رب المال للمضارب خذ هذا رأس مال مضاربة فاسع او اعمل على ان الربح بيننا مناصفة او ثلثين وثلثا او قال قولاً يفيد معنى المضاربة كقوله خذ هذه الدراهم واجعلها رأس مال والربح بيننا على نسبة كذا مشترك وقبل المضارب تكون المضاربة منمقدة *

قال في التكلة معزياً للحموي : وركنها اللفظ الدال عليها كقوله دفعت اليك هذا المال مضاربة او مفاوضة او معاملة او خذ هذا المال واعمل به على ان لك من الربح نصفه او ثلثه او قال ابتع به متاعاً فما كان من فضل فلك منه كذا او خذ هذا المال بالنصف - بخلاف خذ هذا الالف واشتر به هروياً بالنصف ولم يزد عليه فليس مضاربة بل اجارة فاسدة له اجر مثله ان اشترى وليس له البيع الا بأمر اه . فان باع بغير امره فحكه كحكم بيع الفضولي لا يجوز الا باجازة المالك فان تلف ما باع ولم يقدر على رده من المشتري ، فهو ضامن لقيمته حين باع . والثلث الذي باع به للمضارب فان كان فيه فضل على القيمة التي غرم ينبغي ان يتصدق به هندية وتماه فيها . والقبول ان يقول المضارب اخذت او رضيت او قبلت او نحو ذلك وبه يتم الركن بينما ذكره في الهنديه وغيرها

المادة ١٤٠٦ - * المضاربة قسمان مضاربة مطلقة ومضاربة

مقيدة *

المادة ١٤٠٧ - * المضاربة المطلقة هي التي لا تنقيد بزمان ولا مكان ولا نوع تجارة ولا بتعيين بابع ولا مشتر فاذا تنقيدت بواحد من هذه تكون مضاربة مقيدة مثلاً اذا قال في الوقت الفلاني او في المكان الفلاني او اشترى الاموال الفلانية او عامل فلاناً وفلاناً او اهالي البلدة الفلانية تكون المضاربة مقيدة *

قال الرباعي نقلاً عن الكافي ما يفيد التقييد من الالفاظ سنة دفعت اليك المال مضاربة على ان تعمل في الكوفة او لتعمل به او تعمل بالكوفة مجزوماً او مرفوعاً او فاعمل به في الكوفة او قال دفعت اليك مضاربة بالنصف بالكوفة . وما لا يفيد التقييد لفظان دفعت اليك مضاربة واعمل بالكوفة او قال اععمل بالكوفة

والضابط ان رب المال متى ذكر عقب المضاربة ، ما لا يمكن التناظر به ابتداءً ويمكن جعله مبنياً على ما قبله ، يجعل مبنياً عليه كما في الالفاظ الستة - وان استقام الابداء به ، لا يبنى على ما قبله ويجعل مبتدأً به كما في اللفظين الاخيرين فانه يستقيم الابداء - اما في الاول فظاهر - واما في الثاني فلأن الواو مما يجوز الابداء به لانه للاستئناف وحينئذ تكون الزيادة شوري كانه قال ان فعلت كذا فهو اذفع واحسن فكان له ان يعمل في الكوفة وغيرها . ولو قال خذه مضاربة على ان تشتري به الطعام ، او قال فاشتر به الطعام او قال انشتري به الطعام او قال خذه مضاربة بالنصف في الطعام ، فهذا كله مقيد فيعتبر فيه التقييد به ، ولو قال على ان تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد وليس له ان يبيع وبشترى من غيره لان هذا التقييد يفيد لتفارت الناس في المعاملة قضاء واقتضاء . ولو قال على ان تشتري به من اهل الكوفة او من الصبارفة وتبيع منهم فباع في الكوفة من غير اهلها او من غير الصبارفة ، جاز لان المقصود من مثل هذا الكلام عادة التقييد

بالمكان او بالنوع فيقيد بالمكان والنوع - حتى لا يجوز له ان يخرج من الكوفة في الاول ويبيع فيها من اهلها ومن غير اهلها ، ولا يجوز له ان يعمل في غير الصرف في الثاني ويشترى ويبيع من الصيارفة وغيرهم ، لان التقييد بالمكان او النوع مفيد فيعتبر - ولا يفيد التقييد بأهل الكوفة والصيارفة لان كل واحد منهم جمع كثير لا يمكن احصاؤهم فيجتمع فيهم الصالح والطالح فلا يفيد التقييد بهم فلا يعتبر . ويفيد التقييد بالمكان والنوع من حفظ المال على ما يرى هو فيعتبر وكذلك ان وقت المضاربة وفقاً تنفيذ به لانه توكيل فيتقيد به كما يتقيد بالنوع والمكان اه وفي حاشيته للشلي قال الاتقاني رحمه الله تعالى : والاصل فيه ان رب المال متى شرط على المضارب شرطاً في المضاربة ان كان شرطاً لرب المال فيه فائدة فانه يصح الشرط ويجب على المضارب مراعاته والا صار مخالفاً وعاملاً بغير امره وان كان شرطاً لا فائدة فيه لرب المال فانه لا يصح ويجعل كالمسكوت عنه اه وسبأني في المادة ١٤٢٠ وما بعدها من المواد ، حكم ما اذا تجاوز المضارب ما عينته المالك فانظر .

- الفصل الثاني -

= في بيان شروط المضاربة -

المادة ١٤٠٨ - * يشترط اهلية رب المال للتوكيل والمضارب

للو كالة *

لان المضارب و كيل عن رب المال في التصرف في ماله لانه يتصرف في ملكه بأمره ، ولهذا يرجع بما لحقه من المهدة على رب المال كالتوكيل بجمع الانهر فيشترط كون العاقدين اهلاً بغيري كونهما بالغبين عاقلين كما سبأني في الو كالة

المادة ١٤٠٩ - شرط رأس المال كونه مالا صالحا لرأس مال الشركة وانظر الفصل الثالث من باب شرط العقد فلا يجوز ان يكون العقار والعروض والدين في الذم رأس مال في المضاربة لكن رب المال اذا اعطي شيئا من العروض الى المضارب وقال بع هذا واعمل بئنه مضاربة وقبل المضارب وقبض ذلك المال وباعه واتخذ نقود ثمنه رأس مال للاخذ والاعطاء تكون المضاربة صحيحة كذلك اذا قال اقبض الدين الذي في ذمة فلان وقدره كذا وضارب به وقبل تكون صحيحة

لكن بكره ذلك كما في البحر والمنح . قال لانه اشترط لنفسه منفعة قبل العقد اه . والظاهر ان الحكم كذلك فيما لو قال بع هذا العرض واعمل بئنه مضاربة تأمل . وانما جازت المضاربة في هذا لانه وكاه ببيع العرض اولاً وهو كبيعه بنفسه ثم عقد المضاربة على الثمن المقبوض وهو كالمقبوض في يده فوجب القول بجوازه كما اذا قال له بع هذا العبد واشتر بئنه هذا العبد . وهذا لأن المضاربة ليس فيها الاتوكيل واجارة وكل ذلك قابل للاضافة على الانفراد فكذا على الاجتماع - اما لو دفع اليه العرض على ان قيمته الف درهم مثلاً ويكون ذلك رأس المال فهو باطل لان القيمة تختلف باختلاف القوتين فلا يمكن ضبطها فلا يصلح رأس المال . والحيلة في جوازها ما ذكر من امره ببيع العرض وجعل ثمنه رأس مال . وهناك حيلة اخرى ذكرها الخصاص وهي ان يبيع رب المال العرض من رجل يثق به ويقبض المال فيدفعه الى المضارب . مضاربة ثم يشتري المضارب هذا العرض من الرجل الذي اشتراه من صاحبه . وانما جازت اذا قال اقبض الدين الذي لي في ذمة فلان الخ ، لان هذا توكيل بالقبض واطراف

للمضاربة الى ما بعد قبض الدين . وذلك جائز على ما بينا - بخلاف
ما اذا قال اعمل بالدين الذي لي عليك حيث لا تجوز المضاربة لان الدين الذي
عليه لا يصلح راس مال المضاربة ، لكونه مضموناً عليه ومن شرط المضاربة ان
يكون راس المال امانة عند المضارب ولان التوكيل بقبض ما في ذمة نفسه لا
يصح فلا تصور المضاربة فيه . الكحل ملخص من الزيلعي وحاشية الشلبي . وفي البحر
ما نصه : ولو قال اقبض ديني على فلان ثم اعمل به مضاربة فعمل قبل ان يقبض
كله ، ضمن . ولو قال فاعمل به لا يضمن وكذا بالراو لان ثم للترتيب فلا يكون
مأذوناً بالعمل الا بعد قبض الكحل بخلاف الفاء والواو فانه يكفي قبل القبض .
ولو قال اقبض ديني لتعمل به مضاربة لا يكون مأذوناً ما لم يقبض الكحل اه
اقول المنقول في الهندية عن المحيط ان الفاء مثل ثم . ونصه من الباب الاول من
المضاربة : اذا كان لرجل على آخر الف درهم دين فقال لا آخر اقبض ديني من فلان
واعمل به مضاربة فقبض بعضه وعمل فيه ، جاز . ولو قال اقبض ديني من فلان
فاعمل به مضاربة او ثم اعمل به مضاربة فقبض بعضه وعمل فيه ، لا يجوز
وكذا اذا قال اقبض ديني لتعمل به مضاربة او تعمل . هكذا في المحيط اه .
والتعليل بأن ثم للترتيب الخ ، يؤيد هذا لان الفاء ايضا للترتيب وان كانت
تفيد التعقيب بلا مهلة فليتأمل . وفي مجمع الانهر عن المجتبي : لو قال اشتر لي عبداً
نسبة ثم بعه واعمل بثمنه مضاربة فاشتره ثم بعه وعمل فيه جاز . ولو قال رب
المال للغاصب او المستودع او المضع اعمل بما في يدك مضاربة جاز اه

المادة ١٤١٠ - * تسليم رأس المال الى المضارب شرط *

لان المضاربة لهما معنى الاجارة لان ما يأخذه ، مقابل بصله والمال محل
العمل فيجب تسليمه كلاجارة الحقيقية ولان المال امانة في يده فلا يتم الا
بالسليم كالوديعة . وهذا بخلاف الشركة حيث لا يشترط فيها تسليم المال الى
الآخر لان الشركة انمقدت على العمل منها فشرط انتفاء يد رب المال منها ،

يخرج العقد من ان يكون شركة ولا كذلك المضاربة لان المال فيها من جانب
والعمل من الآخر - فلا بد من تسليم المال الى العامل ليتمكن من العمل .
وشرط العمل على رب المال ، بنافي ذلك فلا يجوز سواء كان المالك عاقداً او
غير عاقد كالصغير والمعتوه ، لان بدنها على مالها بجهة الملك ، كالكبير فبقاؤها بدنها
يمنع كونه مسلماً الى المضارب - وكذا احد الشريكين اذا دفع المال مضاربة
فشرط ان يعمل شريكه مع المضارب ، لان للشريك فيه مالاً فيمنع بده من
تسليمه الى المضارب وان لم يكن العاقد مالكاً وشرط ان يتصرف في المال مع
المضارب فان كان العاقد ليس بأهل للمضاربة في ذلك ، نفسد كالمأذون بدفع
ماله مضاربة و يشترط عمله مع المضارب لانه كالمالك فيها يرجع الى التصرف فكان
قيام بده مانعاً لصحة المضاربة وان كان العاقد ممن يجوز ان يأخذ المال مضاربة ،
لم يفسد كالأب والوصي اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرط ان يعملها بانفسها
مع المضارب بجزءه من الربح فهو جائز لانها لو اخذها ماله مضاربة ليعملها بانفسها
بالنصف ، صح فكذا اذا شرطاً عملها مع المضارب بجزءه من الربح . وهذا لان
تصرف الاب والوصي ، راقم للصغير حكماً بطريق النيابة نصار دفعه كدفع الصغير .
وشرطه كشرطه فنشترط التخلية من قبل الصغير لانه هو رب المال وقد تحقت اه
زبلي . وفي الهندية : ولو وكل رجلاً ليدفع ماله مضاربة فدفع الوكيل وشرط عمل
نفسه مع المضارب وشيئاً معلوماً من الربح لنفسه كان ذلك فاسداً اه . وذكر في
جمع الانهر عن الطرسوسي ، انه ينبغي ان يشترط في صحة اخذ الوصي مال الصغير
مضاربة ، ان لا يعمل الوصي لنفسه من الربح اكثر مما يعمل لامثاله اه . وفي
حاشية الشلبي عن شرح السكافي للأسببجاني : واذا دفع رجل مالاً مضاربة
بالنصف فرده المضارب على رب المال وامره ان يبيع ويشترى على المضاربة ففعل
وربح فهو جائز على المضاربة والربح على ما اشترط لانه لم يوجد صريح النقص
ولا دلالة لانه صار مستعيناً به على العمل ومتى وقع العمل من رب المال اعانة لا
يجعل هذا استرداداً فلا تنتقض به اليد الثابتة للمضارب - بخلاف ما اذا شرط
عمل رب المال في العقد لان بده مانعة من تمام التسليم . والتسليم شرط صحة
المضاربة . ولو دفع المضارب المال الى رب المال . مضاربة فالمضاربة الثانية فاسدة

والاولى جائزة ويكون الربح بينهما على شرط المضاربة الاولى عندنا خلافاً لفرأه .
وذكر في تكملة رد المحتار ما نصه : وحكى الامام القاضي العاصمي عن محمد بن
ابراهيم الضرير ان شرط عمل رب المال مع المضارب انما يكون مفسداً اذا شرط
العمل جملة - اما اذا شرط رب المال لنفسه ان يتصرف في المال بانفراده . في
بداله ، وان يتصرف المضارب في جميع المال بانفراده . في بداله جازت المضاربة
كما في التخييرة اه . وفي الهندية عن الفصول العمادية : لو قال لمديونه ادفع الدين
الذي لي عليك ان تكون مضاربة بالنصف فدفع صح ذلك مضاربة اه مختصراً .

المادة ١٤١١ - * يشترط في المضاربة كشركة العقد كون
رأس المال معلوماً وتعيين حصة العاقدين من الربح جزءاً شايعاً كالنصف
والثلث لكن اذا عبر بالشركة على الاطلاق كقوله والربح مشترك
بيننا يكون مصروقاً الى المساواة ويقسم الربح مناصفة بين رب
المال والمضارب *

لان مطلق الشركة يقتضي المساواة . ولو شرط على مثل ما شرط فلان
لفلان من الربح فإن علماً بما شرط فلان لفلان من الربح تجوز المضاربة وان لم
يعلم او علم احدهما وجهل الاخر ، لا تجوز هندية . والمراد بعلم رأس المال
علمه بتسمية مقداره او بالاشارة اليه كما اذا عقدا المضاربة على صرة دراهم اشار
اليها وما لا يعرفان مقدارها فانه يجوز ويكون القول في قدرها وصفتها للمضارب
مع يمينه والبينة على المالك ، لانه يدعي الزيادة والمضارب ينكرها ، افاده في الدر
وحواشيه . ولا يضر في كونه معلوماً ، كونه مشاعاً لما في الخانية : لو دفع الى
زجل الفان نصفها قرصاً على المضارب ونصفها مضاربة ، جاز فان تصرف المضارب وربح
كان نصف الربح له خاصة وعليه وضيعته والنصف الاخر يكون على ما شرط .
ولو قال خذ هذه الالف على ان نصفها قرض على ان نعمل بالنصف الاخر على ان

يكون الربح لي ، جاز ولا يكره ، فان نصرف بالالف وربح كان الربح بينها بالسواء والوضيعة عليهما لان نصف الالف صار ملكاً للمضارب بالقرض والنصف الآخر بضاعة في يده . ولو قال خذ هذه الالف نصفها مضاربة بنصف الربح ونصفها هبة فقبضها غير مقسومة ، كانت المضاربة صحيحة والهبة فاسدة فان هلك المال في يده قبل العمل او بعده ، يضمن قدر الهبة لانها هبة المشاع فيما يقسم . ولو دفع الفاً نصفها بضاعة ونصفها مضاربة بنصف الربح لعمل وربح ، فنصف الربح يكون لرب المال لانه ربح البضاعة والنصف الآخر بينها على السواء لانه ربح المضاربة اه . وقوله يضمن قدر الهبة الخ قال في تكملة رد المحتار عازياً للمحيط : وهذه المسئلة نص على ان المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون على الموهوب له اه - لكن ذكر في الدر قبيل كتاب الابداع ان المعتمد المفتي به ، ان الموهوب هبة فاسدة يملك بالقبض فلا يكون مضموناً ونقل مثله في التكملة عن شرح الوهبانية للشرنبلالي ثم نقل عن الساجحاني انه لا تنافي بين الملك بالقبض والضمآن . وعن جامع الفصولين الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض وبه يفتي ثم اذا هلكت اقيمت بالرجوع للواهب هبة فاسدة ، لذي رحم محرم منه اذ الفاسدة مضمونة فاذا كانت مضمونة بالقيمة بعد الهلاك كانت مستحقة للرد قبل الهلاك اه ونقل عن نور العين ان الهبة الفاسدة تنقلب عقد مفاوضة فتكون كالمقبوض على حكم البيع الفاسد وهو مضمون اه

وقول هذه المادة . وتعيين حصة العاقدين من الربح الخ ، يشتمل اشترط ثلاثة امور الاول ان يكون نصيب كل منهما من الربح معلوماً حتى لو كان مجهولاً بان شرط للمضارب جزءاً او شيئاً او ردد بين النصف والثلث مثلاً تكون فاسدة لان الربح هو المقنود عليه وجهالته توجب فساد العقد الثاني ان يكون جزءاً شايحاً قل او كثر كالنصف او الثلث لان الشركة في الربح انما تتحقق به حتى لو شرطاً لاحدها مائة من الربح مثلاً او مائة مع الثلث او الثلث الأ مائة والباقي للآخر لم تجز المضاربة لانه بوؤدي الى قطع الشركة في الربح لجواز ان لا يربح الأ ذلك القدر زبلي وحاشيته للشئ الثالث ان يكون المشروط للمضارب مشروطاً

من الربح حتى لو شرطاً شيئاً من رأس المال أو منه ومن الربح فسدت المضاربة
كما في الهندية عن المحيظ

تنبية

ذكر في الدر عن الجلالية: كل شرط بوجب جهالة في الربح أو يقطع
الشركة فيه، بفسدها والابطال الشرط وصح العقد اعتباراً بالوكالة اه وتقله في
الهندية عن كتاب القدوري ومثله في الزيلعي وغيره قال والذي يؤدي الى جهالة
الربح من الشروط، ان يشترط رب المال على المضارب ان يدفع اليه ارضه ليزرعها
سنة او داره يسكنها سنة وذلك مفسد لأنه جعل بعض الربح عوضاً عن عمله
والبعض اجرة داره او ارضه ولا يعلم حصة العمل حتى تجب حصته ويحيط ما
اصاب منفعة الدار. ولو شرط ذلك على رب المال للمضارب صح العقد وبطل الشرط
لانه لا يفضي الى جهالة حصة العمل اذ نصيبه من الربح مقابل بعمله لا غير ولا
جهالة فيه. ثم هو شرط لا يقتضيه العقد فيبطل هو دونها لان المضاربة لا تبطل
بالشروط الفاسدة كالوكالة والهبة - وكذا اذا شرط الوضعية على المضارب تصح
المضاربة ويبطل الشرط لان هذا شرط زائد لا يوجب قطع الشركة في الربح ولا
الجهالة فيه فلا يكون مفسداً ويبطل الشرط اه قال ابو السعود: واورد الاكل
على هذه الكلية شرط العمل على رب المال فانه بفسدها وليس بواحد منها فلم
يطرد والجواب الصحيح عن ذلك ان هذا الشرط له حكم الشرط الموجب لجهالة الربح
لاشتركاها في العلة - بيان ذلك ان فساد المضاربة بشرط بوجب الجهالة في الربح،
معلل كما في حاشية الشلبي عن الدخيرة بأن ذلك يمنع موجب العقد فلا ينمقد
العقد معه اذ العقد شرع لاثبات موجه وهذا الشرط يمنع ولا شك ان شرط
العمل على رب المال يمنع موجب العقد اذ موجه تسليم المال الى المضارب وهذا
الشرط يمنع فاشتركاها في العلة بوجب اشتركاها في الحكم
والحاصل ان الكاية الحقيقية ان يقال كل شرط يمنع موجب العقد بفسدها
والا يبطل الشرط ويصح العقد - كاشتراط الوضعية على المضارب وما شاكله
فتدبر. واما ما ادعاه الشارح اللباني من انه يرد على الكلية السابقة اشتراط نصيب

المضارب في رأس المال فساقط جداً ، لان هذا الشرط يقطع الشركة في الربح
اما اذا شرطاه في رأس المال فقط ، فظاهر . واما اذا شرطاه منه ومن الربح
فلجواز ان لا يربحاً شيئاً كما في الزبامي فهو داخل تحت السكينة . وما يدخل
تحت الشق الثاني من هذه السكينة وهو قوله ، والا بطل الشرط وصح العقد ، ما
ذكره في التنوير وشرحه الدر من باب المضارب يضارب ، وملخصه انه لو شرط
بعض الربح للمساكين او للرحم او في الرقاب لم يصح الشرط ويكون المشروط
لرب المال لانه لما بطل الشرط كان الربح تبعاً لاصله وهو رأس المال وهو لرب
المال فكذا ربحه . ولو شرطاه لاجنبي او لامرأة المضارب او ولده او مكاتبه -
ان شرط عمله مع المضارب ، صح العقد والشرط - والا ، صح العقد وبطل الشرط
وكان المشروط لرب المال . ولو شرط البعض لمن شاء المضارب فان شاء لنفسه
او لرب المال صح الشرط والا بان شاء لاجنبي لا يصح ويكون لرب المال
لما تقدم . ولو شرطاً بعض الربح لقضاء دين المضارب او دين المالك ، جاز ويكون
للمشروط له قضاء دينه ولا يلزم بدفعه لفرمانه اه

المادة ١٤١٢ = * اذا فقد شرط من هذه الشروط المذكورة
مثلاً اذا لم تكن خصمة العاقدين من الربح جزءاً شايحاً بل تعين
لاحدهما من الربح كذا غرضاً تفسد المضاربة *

ويكون الربح كله لرب المال وللمضارب اجر المثل ان حصل ربح ولا يتجاوز
المقدار المشروط . وان لم يحصل ربح فلا شيء له كما سيأتي في المادة (١٤٢٦)
وبأني الكلام على ذلك . بقي ما اذا اختلف العاقدان في صحتها وفسادها ففي الدر
شرحاً ومتمناً : ولو ادعى المضارب فسادها فالقول لرب المال وبمكسه فللمضارب .
الاصل ان القول لدعي الفسخ في العقود الا اذا قال رب المال شرطت لك ثلث
الربح الا عشرة ، وقال المضارب الثلث فالقول لرب المال ولو فيه فسادها لانه
ينكر زيادة يدعيها المضارب اه . معزياً للغانية . وافاد بهذا الاستثناء ان قولهم .

القول لدعي الصحة في العقود ، ليس على اطلاقه بل هو مقيد بما اذا لم يدفع مدعي
الفساد بدعوى الفساد استحقاق مال على نفسه كما هنا والا كانت القول قوله كما
في الحموي عن الذخيرة . ولهذا لو قال رب المال شرطت لك الثلث وزيادة عشرة
وقال المضارب الثلث كان القول للمضارب لانه بدعي الصحة ورب المال لم يدفع
بدعواه الفساد استحقاق مال على نفسه . وما في الاشباه من ان القول لرب المال في
هذه المسئلة ايضاً خلاف الصواب كما نبه عليه الحموي وغيره لمخالفته للمنقول عن
الذخيرة وغير ما فهي داخلة تحت الاصل المذكور وفي التكلفة هنا كلام طويل غير
محرر فتدبر .

= الفصل الثالث =

* في بيان احكام المضاربة *

المادة ١٤١٣ - * المضارب امين رأس المال في بدئه في حكم
الودیعة ومن جهة تصرفه في رأس المال هو وكيل رب المال واذا
ربح يكون شريكاً فيه *

يعني ان المضارب يدفع المال اليه على وجه المضاربة يكون اميناً لانه قبضه باذن
مالكه لا على وجه البذل كالمقبوض على سوم الشراء ولا على وجه الوثيقة كالرهن
فالحيلة اذا اراد ان يجعله مضموناً الى ان يقرض رأس المال كله ويشهد عليه وبسلمه
اليه ثم يأخذه منه مضاربة ثم يدفعه الى المستقرض يستعين به في العمل فاذا عمل
وربح كان الربح بينهما على الشرط وأخذ رأس المال على انه بدل القرض وان لم
يربح اخذ رأس المال بالقرض وان ملك مالك على المستقرض وهو العامل او ان
يقرضه كله الا درهماً منه وبسلمه اليه وبه قد اشرك العنان ثم يدفع اليه الدرهم -
على ان يكون رأس مال القرض ورأس مال المستقرض جميع ما استقرضه على ان

بعملا فيه جميعاً وبشرط الربح بينهما ثم بعد ذلك بعمل المستقرض وحده في المال فان ربح كان بينهما على الشرط وان هلك ، هلك على المستقرض الا الدرهم فعلى رب المال

ولا يقال ان هذه شركة عنان شرط فيها العمل على الاكثر مالاً وهو لا يجوز بخلاف العكس فانه يجوز ، لانا نقول الفساد فيما اذا اشترط العمل على صاحب الاكثر فقط وفي مسألة الزبلي قد اشترط العمل عليهما وهو صحيح سالم من الفساد كما تقدم . وانما صار وكيلاً بالتصرف لانه متصرف بأمر المالك وهذا معنى الوكالة ولهذا يرجع بما لحقه من العهدة على رب المال كما في الدرر والمنح - حتى لو رد على المضارب بالهيب ولم يجد ما يؤدي ثمنه من مال المضاربة او استحق من يد المشتري ورجع على المضارب بثمنه ولم يجد ما يؤديه من مال المضاربة فادى من مال نفسه ، فالظاهر انه يرجع بما أدى على رب المال افاده في العكلة تأمل واتمس النقل الصريح . ويؤدي ما ذكر في الدرر وحواشيه في متفرقات القضاء من انه لو اشترى بألف المضاربة عبداً وهلك الثمن قبل النقد للبايع لم يضمن لانه امين بل يدفع المالك للمضارب الفأخرى ثم وثم اي كلما هلك دفع اخرى الى غير نهاية ، ويكون رأس المال جميع ما دفع فلا يكون للمضارب شيء من الربح حتى يصل رب المال الى جميع ما اوصله للمضارب على انه ثمن . وهذا بخلاف الوكيل اذا كانت الثمن مدفوعاً اليه قبل الشراء ثم هلك بعد الشراء فانه لا يرجع الا مرة واحدة لان يده ثانياً يد استيفاء لا امانة

بيانه ان كل ما قبضه المضارب من المال ، امانة ولا يمكن حمله على الاستيفاء لانه لا يكون الا قبض مضمون وقبض الوكيل ثانياً ، استيفاء لانه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبايع فاذا قبضه صار مستوفياً له فصار مضموناً عليه فيهلك عليه - حتى لو دفع له الموكل الثمن بعد الشراء لا يرجع اصلاً ، لانه ثبت له الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفياً بالقبض بعده بخلاف المدفوع اليه قبل الشراء فانه امانة وهو قائم على الامانة قبله فلم يصير مستوفياً فاذا هلك يرجع مرة فقط لما قلنا اه ملخصاً

وذكر الزبلي وجوهاً آخر للفرق بين الوكيل والمضارب : منها ان الوكيل

انتهت وكالته بالشراء مرة وانزل فلا يرجع بعد الانزال - بخلاف المضارب فانه لم ينزل بالنصرف بل لا ينزل الا بالميزل في بعض الصور فيرجع عليه ما دام متصرفاً له ٥٥٠ . وانما صار شريكاً لرب المال اذ اربح لان الربح هو المقصود من عقد المضاربة فصارت ثبوت الشركة فيه من ضرورة صحتها وصحة الاشتراط . هذا وقد ذكرنا للمضاربة احكاماً اخرى غير هذه الاحكام الثلاثة قال في البحر: وحكمها ان المضارب امين بعد دفع المال اليه ، ووكيل عند العمل وشريك عند الربح واجير عند الفساد فله اجر مثله والربح كله لرب المال الا في الوصي اذا اخذ مال الصغير مضاربة وشرط لنفسه عشرة دراهم فانه لا اجر له اذا عمل كما في احكام الصغار ، وغاصب عند الخلاف ، ومستقرض عند اشتراط كل الربح له ، ومستبضم عند اشتراطه لرب المال فلا ربح له ولا اجر ولا ضمان عليه بالهلاك ٥٥٠ . وانما اقتضت الجملة على الثلاثة الاول لانها احكام للمضاربة حقيقة بخلاف الاحكام الباقية فانها حالات للمضارب واوصاف له توجد عند انتفاء المضاربة كما هو ظاهر ، قال الزبلي : وانما صار اجيراً اذا فسدت لانه لا يستحق المسمى لعدم العهدة ولم يرض بالعمل مجاناً فيجب له اجر المثل فكان اجيراً . وانما صار غاصباً بالخلاف ، لوجود التمدي في مال الغير كالغصب - وهذا لان صاحبه لم يرض ان يكون في يده الا على الوجه الذي امره به فاذا خالف فقد تعدى فصار غاصباً فيضمن . وانما صار مستقرضاً باشتراط كل الربح له ، لانه لا يستحق كل الربح الا اذا صار مالكا للمال لان الربح فرع المال فاذا شرط ان يكون كل الربح له فقد ملكه جميع رأس المال اقتضاء ، فقضيته ان لا يرد رأس المال لان التمليك لا يقتضي الرد كالهبة وغيره - لكن لفظة المضاربة تقتضي رد رأس المال لجماناه قرضاً لاشتتاله على المعنيين عملاً بهما . وانما صار مستبضمّاً باشتراط جميع الربح لرب المال ، لان المضارب لم يطالب لعمله بدلاً وعمله لا يتقوم الا بالتسمية فكان وكيلاً متبرعاً وهذا هو معنى البضاعة فكانه نص عليها باختصار .

المادة ١٤١٤ - * المضارب في المضاربة المطلقة بمجرد عقد

المضاربة يكون مأذوناً بالعمل في لوازم المضاربة والاشياء التي تنفرع عنها فاولاً يجوز له البيع والشراء لاجل الربح لكن اذا اشترى مالا بالفن الفاحش يكون اخذه لنفسه لا يدخل في المضاربة ثانياً يجوز له البيع سواء كان بالنقد او بالنسيئة بقليل الدراهم وكثيرها لكن يجوز له اعطاء المهلة في المرتبة التي جرى العرف والعادة بين التجار والا فليس له بيع الاموال الى مدة طويلة لم تعرف بين التجار ثالثاً يجوز له قبول الحوالة بئس المال الذي باعه رابعاً يجوز له توكيل شخص آخر بالبيع والشراء خامساً يجوز له ابداع مال المضاربة والابضاع والرهن والارتهان والايجار والاستنجار سادساً يجوز له ان يسافر الى بلدة اخرى لاجل الاخذ والاعطاء *

بني للمضارب ان يفعل هذه الاشياء كلها اذا كانت المضاربة صحيحة مطلقة وهي التي لم تقيد بزمان او مكان او نوع او شخص من المعاملين بعينه كما تقدم في المادة (١٤٠٧) وتقدم تحقيق ذلك في شرحها . وذلك بان يدفع اليه مضاربة بالنصف مثلاً ولم يزد عليه لان المطلق يتناول الانواع كلها فله ان يفعل ما هو معتاد بين التجار ، لانه قد يربح في جهة من التصرف دون جهة او في نوع من الانواع دون نوع فيطلق له الكل ليحصل له غرضه وهو تحصيل الربح ، وجميع ما ذكر في هذه المادة من صنيعهم افاده الزبلي ونقل الشلبي عن شروح الجامع الصغير ، ان التصرفات في المضاربة ثلاثة اقسام قسم هو من باب المضاربة وتوابها فيملكها بطلاق الايجاب وهو الابداع والابضاع والاجارة والاستنجار والرهن والارتهان وما اشبه ذلك ، وقسم آخر ليس من المضاربة المطلقة لكنه يحتمل ان يلحق بها عند وجود الدلالة وهو اثبات الشركة في المضاربة بان يدفع الى غيره مضاربة او يخلط مال المضاربة بماله او يمال غيره فانه لا يملك هذا بطلاق المضاربة

لان رب المال لم يرض بشركة غيره وهو امر زائد على ما تقوم به التجارة فلا يتناول
عقد المضاربة - لكن يحتمل ان يلحق به فاذا قيل له اعمل برأيك فله ذلك ،
وقسم آخر ليس هو من المضاربة ولا يحتمل ان يلحق بها وهو الاقراض والاستدانة
على المال ، لان الاقراض ليس بتجارة والاستدانة على المال نصرف بغير رأس المال
والتوكيل مقيد برأس المال فلا يحتمل التعدي - الا ان ينص عليه فاذا
نص عليه اعتبر بنفسه حتى يصير بمنزلة شركة الوجوه لا مضاربة ، لانه ليس لاحدهما
فيما استدانه رأس مال اه - لكن في كون خلط مال المضاربة بماله او بمال
غيره من القسم الثاني ، كلام يأتي في شرح المادة الآتية . ثم ان اطلاق
البيع والشراء في قول المجلة هنا فاولاً يجوز له البيع والشراء الخ ، يشمل ما اذا كانا
فاصلين كما في الدرر والدرلان المبيع فيه يملك بالقبض فيحصل الربح بعقد
المعاوضة وهو من صنيع التجار - بخلاف الباطل تكلمة عن الاشياء قال ابو السعود
ولم يُرد به جواز مباشرة البيع الفاسد لانه حرام بل اشار به الى انه بالبيع فاسداً
لا يكون مخانفاً فلا يكون غاصباً فلا يخرج المال من ان يكون في يده
امانة اه .

ويشمل اطلاقها ايضاً ما اذا باع المضارب عروض المضاربة من رب المال او
اشتراها منه فانه جاز قال في الهندية عن المحيط : اذا باع رب المال مال المضاربة
من المضارب او باعه المضارب من رب المال فهو جاز سواء كان في المال فضل
على رأس المال او لم يكن غير انه متى باع رب المال من المضارب ، بطلت المضاربة
ومتى باع المضارب من رب المال ، لم تبطل المضاربة ويكون لرب المال الخيار ان
شاء دفع الثمن الى المضارب وبقيت المضاربة ، وان شاء امسك الثمن وتقضى
المضاربة اه . والاطلاق المذكور مشعر ايضاً بجواز تجارته مع كل واحد .
قال في رد المحتار : لكن في النظم انه لا يتجر مع امرأته وولده الكبير
ووالديه عنده خلافاً لهما ولا يشترى من عبده المأذون وقبل من مكاتبه
بالاتفاق فهستاه وفي ط عن سرى الدين : وانما يبيع ويشترى من غير
اصوله وفروعه اه وانظر هل المراد ان البيع والشراء من هؤلاء غير صحيحين او
بكونان غير نافذين على المضاربة ويكون المضارب مخالفاً ضماناً وليحرد ثم

رايت في الهندية اذا اشترى المضارب او باع من لا تقبل شهادته له بسبب القرابة او الزوجية او الملك - فان كان البيع والشراء بمثل القيمة جاز عندهم جميعاً وان كان بما لا يتغابن الناس بمثله لا يجوز عندهم جميعاً وان كان بما يتغابن الناس بمثله لم يجوز عند ابي حنيفة وعندهما يجوز الا من مكانه وعنده المديون اه . هذا وقد افادت هذه المادة ان شراء المضارب بمال المضاربة متاعاً بالغبن الفاحش وكذا بيعه به ، صحيحان نأيدان الا ان الشراء ينفذ عليه لا على المضاربة لان الغبن الفاحش تبرع وهو مأمور بالتجارة لا بالتبرع فيكون مخالفاً فيقع الشراء له فيكون ربحه له ووضعته عليه وهذا بالاجماع

واما بيعه بالغبن الفاحش فهو نافذ على المضاربة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما البيع موقوف على اجازة رب المال كبيع الفضولي وهذا الخلاف مبني على الخلاف في حكم الوكيل بالبيع المطلق فعند ابي حنيفة يجوز بما عز وهان وعندهما لا يجوز الا بالمعروف . والفرق لابي حنيفة بين البيع والشراء حيث ينفذ البيع على المضاربة ولا ينفذ الشراء الا على المضارب ، ان في الشراء تتحقق نعمة انه اشترى لنفسه ولما لم يوافق الحقه بغيره - بخلاف البيع فانه لا نعمة فيه . وقول ابي حنيفة اصح الاقوال وعليه المتون كما ذكرناه في شرح المادتين ٣٧٣ و ١٣٧٤ ولذا مشت عليه المحلة

❀ تنبيهات ❀

الاول كما يجوز للمضارب التوكيل بالبيع والشراء ، يجوز له التوكيل بالقبض والخصومة في الهندية : والاصل ان كل تجارة لو باشرها المضارب نصح على رب المال - فاذا وكل بذلك نصح على رب المال . ولو وكل المضارب غيره بالخصومة في الدين فأقر الوكيل ان المضارب اخذه ، جاز فان قال المضارب لم اقبضه ، فلا ضمان عليه وقد يرى الغريم كما لو اقر بالقبض من المطلوب فأنكر المضارب هندية . وفيها اذا وكل المضارب وكيلاً بقبض مال المضاربة من رب المال او بدفع شيء منه اليه كان جائزاً . واذا امر رب المال المضارب ان ينفق على اهله فوكل المضارب وكيلاً بالنفقة عليهم فهو جائز فاذا قال الوكيل انفتت عليهم مائة درهم في مدة

بنفق مثلها على مثلهم وقال المضارب انفتت ما بنى درهم في مدة بنفق مثلها على مثلهم
وقال رب المال ما انفتت شيئاً ، فالقول قول المضارب وذمب من المال ما بنى درهم ولا
بضمن الوكيل شيئاً . وانما يصدق المضارب لان المال في يده وكذا كل وكيل يدفع
اليه المال ويؤمر بأن ينفقه على شيء من الاشياء كان مصدقاً على ذلك بالمعروف اه
كذا في شرح اللبباني ولم ار هذه العبارة الا في كتاب المضاربة من الهندية
نعم ذكر في الحانية : وما جاز للمضارب ان يعمل بنفسه جاز له ان يوكل غيره
بذلك اه

الثاني لو كانت المضاربة مطانة لخصها رب المال بعد عقد المضاربة نحو ان قال له
لا تبع بالنسيئة اولا تشتر دقيقا ولا طعاما او لا تشتر من فلان او لا تسافر -
فان كان التخصيص قبل ان يعمل المضارب او بعد ما عمل فاشترى وباع وقبض
التمن وصار المال ناضجا جاز تخصيصه لانه في هذه الحالة يملك عزله واخراجه عن
المضاربة فيصح تخصيصه وان كان التخصيص بعد ما عمل وصار المال عرضا لا يصح
تخصيصه ، لانه لو نهاء عن البيع في هذه الحالة او اراد عزله لا يصح فلا يصح
تخصيصه - وكذا لو نهاء عن السفر في المضاربة المطلقة ان كان المال عرضا لا
يصح نهيه خانية فاذا اشترى ببعض المال شيئاً ثم قال لا تعمل به الا في الحنطة لم
يكن له ان يشتري بالباقي الا الحنطة فاذا باع ذلك الشيء وصار قدأ لم يشتري
به الا الحنطة كذا في الحاوي اه تكملة .

الثالث كما يملك المضارب البيع نسيئة يملك تأخير تمث ما باعه حالا في الخانية
وله ان يؤجل التمن بعد العقد عند الكل اه وفي رد المحتار : ولو اخر التمن جاز
على رب المال ولا يضمن - بخلاف الوكيل الخاص . ولو حط بعض التمن
ان كان ليعب طعن فيه المشتري وما حط حصته من الربح او اكثر يسيراً جاز
وان كان لا يتغابن الناس في الزيادة يصح ويضمن ذلك من ماله لرب المال وكان
رأس المال ما بقي على المشتري اه .

الرابع ذكر في التنوير ما نصه : ويملك المضارب في المطلقة البيع بنقد ونسيئة
متمارفة والشراء اه قال في التكملة قوله والشراء اي قدأ ونسيئة اه . اقول

فيه ان الشراء نسبة بعد ما صار رأس المال عرضاً ، استناداً على المضاربة وهو لا يملكها بلاذن رب المال فلا بد من تقييده بأن يكون في يده من رأس المال ، ما هو من جنس ثمن ما اشتراه نسبة ولا دلالة في عبارة التنوير على الاطلاق لان عطف الشراء على البيع لا يلزم منه ان يتعلق به قوله بنقد او نسبه كما تعلق بالبيع ولو كان مراده ذلك لقال ويملك البيع والشراء بنقد ونسبة متعارفة كما لا يخفى وانظر ما سنكتبه في شرح المادة ١٤١٨

* فوائد مهمة *

لو اشترى المضارب بأكثر من رأس المال كانت الزيادة له ولا يضمن بهذا الخلط الحكمي ولو كان المال دراهم فاشترى بغير الايمان كان لنفسه وبالذناير للمضاربة لانها جنس واحد هنا - كذا في رد المحتار . وله اي المضارب ان يستأجر ارضاً بيضاء ويشترى ببعض المال طعاماً ليزرعها ولو استأجر ارضاً بيضاء على ان يفرض فيها شجراً او اوطاباً فقال ذلك من المضاربة فهو جائز والوضيعة على رب المال والربح على ما شرط . ولو اخذ نخلاً او شجراً او اوطاباً معاملة على ان ينفق عليها من مال المضاربة ، لا يجوز ويضمن ما انفق من مالها وان كان له اعمل برأبك . ولو اخذ الارض مزارعة واستنبتها بطعام اشتراه ببعض مال المضاربة يجوز ان قال له اعمل برأبك ، وان كان البذر والبقرة من قبل رب الارض والعمل على المضارب فما حصل يكون للمضارب - وكذا لو شرط البقر على المضارب ولو دفع ارضاً يعني من مال المضاربة بغير بذر مزارعة جاز سواء قال له رب المال اعمل برأبك او لم يقل كذا في الهندية .

اقول اما جواز استئجار المضارب الارض ليفرض فيها فلان الاستئجار من باب المضاربة فيملكه مطلقاً واما اشتراط قول رب المال اعمل برأبك في اخذه الارض مزارعة ، فلان المزارعة ليست من بابها - لكن يمكن ان تلحق بها لانها في الحق استئجار ببعض الخارج فاشترط للجواز ذلك - واما عدم جواز اخذ النخل ونحوه معاملة ، فلان المعاملة ليست من المضاربة ولا يمكن ان تلحق بها فلا يجوز مطلقاً هذا ما ظهر لي . ويمكن ان يقال ان جميع هذه الاعمال ليست من

صنيع التجار في عرف زماننا فينبغي ان لا يملكها المضارب الا ان ينصا عليها
فتدبر . اذا اشترى المضارب بالمال متاعاً واراد امساكه ليربح به كثيراً واراد
رب المال بيعه لم يكن للمضارب امساكه الا ان يعطي لرب المال راس ماله ان لم
يكن فيه فضل او راس ماله وحصته من الربح ان كان فيه فضل - ثم اذا لم
يكن له حق الامساك هل يجبر على البيع - ان كان في المال فضل يجبر الا
ان يعطي رب المال راس ماله وحصته من الربح فحينئذ لا يجبر على البيع ويجبر
رب المال على قبول ذلك . وان لم يكن فضل لا يجبر على البيع ويقال لرب
المال: المتاع كله خالص ملكك فخذ به راس مالك او به حتى تصل اليه هندية
ملخصاً . المضارب السفر برآً وبحراً في ظاهر الرواية لان المضاربة مشتقة من الضرب
في الارض فيملكه بمطلق العقد اذ لفظها دال عليه زبلي وفي التكلة عن القهستاني:
ولا يانر سفراً مخوفاً يتحامي عنه الناس قال الرحمتي وله السفر برآً وبحراً اي في
وقت لا يغاب فيه الهلاك وفي مكان كذلك اهـ

المادة ١٤١٥ - * المضارب في المضاربة المطلقة لا يكون

مأذوناً بمجرد عقد المضاربة في خلط مال المضاربة بماله ولا في اعطائه
مضاربة لكن اذا كان في بلدة من عادة المضاربين فيها خلط مال
المضاربة بمالم في المضاربة المطلقة يكون المضارب ايضاً مأذوناً
في ذلك *

وكذا لا يملك المضارب دفع المال الي غيره شركة كما في الدر وغيره وقد مننا
في شرح المادة السابقة عن شروح الجامع الصغير ان كلاً من الدفع مضاربة
والخلط بماله او بمال غيره ، ليس من المضاربة فلا يملكه المضارب الا بالتنصيص
عليه او بالتصميم بقوله اعلم برأبك . وقوله ليس من المضاربة اي ليس من بابها
ولا من توابعها كما في رد المحتار عن الثناخانية . وعللوا ذلك كما في الدر وحواشيه

بان الشيء لا يتضمن مثله ولا اعلى منه والدفع مضاربة مثل . وكل من الدفع شركة ، والخلط بماله او بمال غيره اعلى من المضاربة لان فيها الاشراف في نفس المال . واورد على التعليل ، المستأجر والمستعير فان المستأجر له ان يؤجر والمستعير له ان يعير ما لم يختلف بالاستعمال

واجب بان الكلام في التصرف نيابة وهما يتصرفان بحكم المالكية لا النيابة ، لان كلام المستأجر المستعير ، مالك للمنفعة ذكره في رد المحتار - لكن قل في الهندية والتارخانية والخابية عن فتاوي ابي الليث : اذا دفع رجل الف درهم مضاربة ولم يقل له اعمل برأيتك الا ان . عاملة التجار في تلك البلدة ان المضاربين يخلطون وارباب الاموال لا يهنونهم عن ذلك وقد غلب التعارف في مثل هذا ، رجوت ان لا يضمن ويكون الاثر محمولاً على ما تعارفوا به وعبارة التارخانية على ما نقله عنها في التكملة : فان غلب التعارف في مثله وجب ان لا يضمن اه فالجمل اختارت قول ابي الليث وهل يكون الحكم كذلك لو غلب التعارف ان المضارب يدفع المال الى غيره . مضاربة او شركة وارباب الاموال لا يهنونهم بمرور . وفي رد المحتار عن التارخانية : دفع الى رجل الفاً بالنصف ثم الفاً اخرى كذلك فخلط المضارب المالكين فهو على ثلاثة اوجه اما ان يقول المالك في كل من المضاربين اعمل برأيتك او لم يقل فيها او قال في احدهما فقط وعلى كل فاما ان يكون قبل الربح في المالكين او بعده فيهما او في احدهما . ففي الوجه الاول لا يضمن مطلقاً . وفي الثاني ان خلط قبل الربح فيهما ، فلا ضمان ايضاً وان بعده فيهما ضمن المالكين وحصة رب المال من الربح قبل الخلط وان بعد الربح في احدهما فقط ، ضمن الذي لا ربح فيه ، وفي الثالث اما ان يكون قوله اعمل برأيتك في الاولى او يكون في الثانية وكل على اربعة اوجه اما ان يخلطها قبل الربح فيهما او بعده في الاولى فقط او بعده في الثانية فقط او بعده فيهما قبل الربح فيهما او بعده في الثانية فان قال في الاولى لا يضمن الاول ولا الثاني فيما لو خلط قبل الربح فيهما اه اقول توضيح هذه المسئلة وما شاكلها مذكور في الباب الحادي عشر من مضاربة الهندية بما لا مزيد عليه فلترجع

المادة ١٤١٦ - * اذا كان رب المال في المضاربة المطلقة قد
فوض الى رأي المضارب امور المضاربة قابلاً له اعلم برأيك يكون
المضارب مأذوناً بخلط مال المضاربة بماله و باعطائه مضاربة على كل حال
لكن في هذه الصورة لا يكون مأذوناً بالهبة والاقراض في مال المضاربة
ولا بالدخول تحت الدين الاً اكثر من رأس المال بل اجراء هذه
الامور موقوف على صريح الاذن من رب المال *

اما الخلط والاعطاء مضاربة ، فلا نعماء وان لم يكونا من المضاربة ولا من
نوابها - لكن يمكن الحاقها بها عند وجود القرينة وقد وجدت هنا باللفظ المفيد للمعنى
وهو قوله اعلم برأيك - بخلاف الهبة والاقراض فانها لا يمكن الحاقها بها لانها من
التبرعات المحضة والمقصود من المضاربة الاسترباح فلا بد من الاذن بها صراحة .
واما الاستدانة على رأس المال فلا لأنها تصرف بغير رأس المال . والتوكيل الحاصل
بمقد المضاربة ، مفيد برأس المال فلا يحتمل التمدي الا ان ينص عليه فاذا نص عليه
اعتبر بنفسه حتى يصير بمنزلة شركة الوجوه كما سيأتي في المادة ١٤١٨ وعليه فلا
يملك المضارب ان يأخذ سفتجة ولا ان يعطيها كما صرح به في البحر وحاشية الشلبي
والسفتجة هي السمة في زماننا بالبوليصة . اما الاخذ فلا أنه استدانة لانه يأخذ
من غيره مالا يدينه له في بلدة اخرى واما اعطائه ما فلا أنه قرض لانه يدفع
اغيره مالا يستوفيه منه في بلدة اخرى وقد علمت ان كلا من القرض والاستدانة
لا يملكها المضارب الا بصريح الاذن . ثم ان الاستدانة التي لا يملكها المضارب
الا بصريح الاذن ، مضمرة كما في رد المختار عن شرح الطحاوي ، بان يشتري
صائمة بدين وليس عنده من مال المضاربة شيء من جنس ذلك الثمن . فلو كان
عنده من جنسه كان شراء على المضاربة ولم يكن من الاستدانة في شيء اه وسيله
خاتمة : دفع الي رجل الفاً مضاربة لم يكن للمضارب ان يشتري شيئاً للمضاربة

ها أكثر من ذلك المال قال له رب المال اعمل برأيك أو لم يقل . فان اشترى سلعة
ها أكثر من الف كانت حصة الألف مضاربة وما زاد فهو للمضارب له ربحه وعليه
وضيئته وثمان الزيادة عليه خاصة ولا يضمن المضارب بذلك الخلل اه . وفي
الهندية : ولو اشترى بألف المضاربة سلعة ، لم يملك ان يشتري بعد ذلك شيئاً ولو
كان رأس المال دراهم فاشترى بغير الاثمان كالمكيل والموزون ونحوه كان
مشترياً لنفسه لانه اشترى بغير مال المضاربة فكان استدانته على المضاربة . ولو كان
رأس المال دراهم فاشترى بالدنانير او دنانير فاشترى بالدرهم ، نفذ على المضاربة
استحقاقاً لانها كجنس واحد في حق الثنية وفي حق المضاربة اه . وفيها ايضاً : لو
باع المضارب واشترى ونصرف في مال المضاربة فحصل في يده صنوف من
الاموال من المكيل والموزون والمدود وغير ذلك من سائر الاموال ولم يكن في
يده دراهم ولا دنانير ولا فلوس فليس له ان يشتري متاعاً بثمن ليس في يده مثله من
جنسه وصفته وقدره فان اشترى عبداً بكر حنطة وسط وفي يده الوسط جاز -
وكذا بكر حنطة جيدة وفي يده الجيدة وان كان في يده اجود واشترى به او
ادون ، لم يكن للمضاربة وكان للمضارب . ولو اشترى بحنطة نسيئة وفي يده
حنطة جازاه او ذكر في رد المختار ان الاستدانة التي يملكها المضارب عند صريح
الاذن بها ، هي ان يشتري سلعة بثمن دين كما تقدم اما لو استدان تقوداً فالظاهر
انه لا يصح مطلقاً لانه توكيل بالاستقراض وهو باطل . وفي الخانية من فصل
شركة العنان : ولا يملك الاستدانة على صاحبه ويرجع القرض عليه لا على
صاحبه لان التوكيل بالاستدانة توكيل بالاستقراض وهو باطل لانه توكيل
بالنكدي اه اقول قدمنا في شرح المادة (١٣٨٠) ان في جواز استقراض احد
شريكي العنان قولين وقد نقل في رد المختار من كتاب الشركة ، القول بالجواز
عن محيط السرخسي والولوية - وكذا عن الخانية وعللوا ذلك بان الاستقراض
تملك مال بمال فكان بمنزلة الصرف فهو تجارة ومبادلة معنى اه . وعلى هذا
القول اعتمدت المجلة في المادة المذكورة وشارت الى ذلك في هذه المادة ، لان
الدخول تحت الدين ، يشمل ما اذا استدان تقوداً كما لا يخفى فذنبه . ونقل في
في التكلفة عن البرازية ان الاخذ بالشفعة له حكم الاستدانة فلا يملكها المضارب

الا بصريح الاذن .

والظاهر ان وجهه ان الاخذ بالشفعة ليس من المضاربة ولا من لوابعها ولا
يحتمل الالحاق بها اذ لا يقصد به الاسترباح بل التخلص من اذى الجار تأمل .
وكا لا يجوز الاستدانة على مال المضاربة الا بصريح الاذن ، لا تجوز ايضا
على اصلاحه - فلو اشترى بجميع مالها ثيابا ثم استأجر على حملها او قصرها او
فتلها كان منطوعا عاقدا لنفسه تكلمة عن (ط) . والمراد من قوله او قصرها
ان يقصرها بالماء فلو قصرها بالنشاء ، كان كالمصنف من ماله بصنع يزيد فيها
والحكم في هذا انه ان قال له رب المال اعمل برأيك ، كان كالخاط فعمله
المضارب بالتميم وحينئذ يكون المضارب شريكا بقدر قيمة الصبغ فلو بيعت
الثياب كان حصة قيمة الصبغ للمضارب وحصة الثوب الابيض للمضاربة فلو كان
الثوب على تقدير انه ابيض يساوي خمسة ، وفي حالة كونه احمر مثلاً يساوي
سنة كان له سدس الثمن وخمسة الاسداس الباقية للمضاربة - رأس المال
لصاحبه وربع الابيض بينهما على ما شرط وان لم يقل اعمل برأيك لم يكن
شريكاً بل غاصباً فيخرج مال المضاربة عن ان يكون امانة فيضن ويكون
الربح له ورب المال بالخيار ان شاء اخذ الثياب واعطاه زيادة الصبغ وان شاء
ضمنه قيمة ثياب ابيض كما في الفصب . وهذا ان لم يكن في الثياب قبل صبغها فضل
على رأس المال فان كان فيها فضل بان اشترى الثياب بالف المضاربة وهي تساري
قبل الصبغ الفين كان رب المال مخير ان شاء ضمنه ثلاثة ارباع قيمته ابيض وان
شاء اخذ ثلاثة ارباعه واعطاه ما زاد الصبغ في ثلاثة ارباعه . وهذا كله اذا
كانت الثياب باقية فلو باعها المضارب قبل ان يختار رب المال شيئاً - فان باعها
مساومة قسم الثمن على قيمة الثياب غير مصبوغة وعلى ما زاد الصبغ فيها فتكون
حصة الصبغ للمضارب وحصة الثياب للمضاربة يستوفي رب المال رأس المال والباقي
ربح - وان باعه مرابحة يقسم الثمن على ما اشترى به المضارب الثياب وعلى قيمة
الصبغ يوم صبغ وان هلك في يده لا يضمن شيئاً له ملخصاً من الدر وحواشيه ومن
الهندية : وقوله وان هلك في يده الخ - يعني ان كان قال له اعمل برأيك والا
كان ضامناً كما علمت . وهذا اذا صبغ الثياب بغير السواد فلو بالسواد فهو بمنزلة

الحمل والقصارة عند ابي حنيفة لانه نقصان فلا حصة للمضارب من الثمن لانه متطوع ولا ضمان عليه . والاصح ان هذا في ثياب ينقص السواد من قيمتها فاما في ثياب يزيد السواد في قيمتها فهو بمنزلة ما لو صبغها اصفر او احمر افاده في الهندية

المادة ١٤١٧ - * اذا خلط المضارب مال المضاربة بماله فالربح الحاصل يقسم على مقدار رأس المال يعني ان ربح رأس ماله يأخذه هو وربح مال المضاربة يقسم بينه وبين رب المال على الوجه الذي شرطاه * *

هذا اذا اذن له رب المال بالخلط نصا او قال له اعمل برأيك - اما بدون ذلك يكون بالخلط غاصبا ضامنا - الا اذا جرت العادة بذلك من المضاربين على ما بيناه في شرح المادة (١٤١٥) وعلمت ما كتبناه في شرح المادة (١٤١٦) ، ان من صور الخلط ما اذا قصر ثياب المضاربة بنشاء او صبغها من ماله بما يزيد في قيمتها وعلمت احكام ذلك . بقي حكم ما اذا دفع المضارب مال المضاربة لآخر مضاربة وحاصل ما ذكره انه اذا كان الدفع بغير اذن رب المال ، لم يضمن بمجرد الدفع ما لم يتصرف اثنائي في ظاهر الرواية ، لان الدفع ابداع حقيقة وهو يملكه وانما يتقرر كونه للمضاربة بالتصرف فاذا تصرف الثاني كان رب المال بالخيار - ان شاء ضمن الاول رأس ماله لانه صار غاصبا بالدفع الى غيره بغير اذنه ، وان شاء ضمن الثاني لانه قبض مال الغير بغير اذن صاحبه ، وهذا ظاهر على اصلها ، لانهما بوجيان الضمان على مودع المودع - واما عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى فقد قيل ينبغي ان لا يضمن الثاني كمودع المودع وقيل يضمن الثاني عنده ايضا لانه قبضه لنفع نفسه - بخلاف مودع المودع فانه قبضه لمنفعة صاحب المال . وعليه فان ضمن الاول صححت المضاربة بين الاول والثاني والربح بينهما على ما شرطاه ، لانه باداء الضمان ملكه من وقت خالف فصار كما لو دفع مال نفسه مضاربة الى الثاني . وان ضمن الثاني يرجع بما ضمن على الاول ، اذ هو مفرور من جهته كمودع الغاصب وصحت المضاربة بينهما ، لانه لما كان قرار الضمان عليه ملك المدفوع مستندا الى وقت

التعدي يتبين انه دفع مضاربة مال نفسه ويكون الربح بينهما على ما شرطنا وبطبيب
للثاني ما ربح لانه يستحقه بالعمل ولا خبت في عمله ولا بطيب للاول لانه يستحقه
براس المال وملكه ثبت فيه مستنداً فلا يتخلوا عن شبهة فيكون سبيله التصديق .
هذا اذا كانت المضاربتان صحيحتين - واما اذا كانت احدهما فاسدة او كلاهما
فلا ضمان على واحد منهما لانه ان كانت الثانية هي الفاسدة ، صار اجيراً على ما
بيننا وللاول ان يستأجر من يعمل في المال - وان كانت الاولى فكذلك لان
فسادها يوجب فساد الثانية ، لان الاولى لما فسدت صارت اجارة ومار الربح
كله لرب المال فكانت الثانية فاسدة بالضرورة اذ ليس للاجيزان بشرك غيره
وكانا اجيرين وكذا اذا كانتا فاسدتين واذا كانا اجيرين لا يضمن واحد
منهما للمضارب الاول اجر مثله لان عمل الثاني وقع له فكانه عمل بنفسه . وللثاني
على الاول مثل ما شرط له من الربح ، لانه عمل بمضاربة صحيحة فاستحق ما سمي
له اه ملخصاً من الزبلي وحاشية الثلي . ومعنى قوله مثل ما شرط له من
الربح ان اجرة مثله لا تزيد على مثل ما شرط له من الربح هذا ما ظهر لي
تأمل .

ثم ان الثانية اذا كانت فاسدة والاولى صحيحة كان للثاني اجر المثل على
المضارب الاول ويرجع به الاول على رب المال والوضيعة على رب المال . والربح
بين الاول ورب المال على ما شرطنا بعد اخذ الثاني اجرته كما في البحر . واذا
في البحر ايضاً انه لو اختار رب المال ان يأخذ حصته من الربح ولا يضمن واحداً
منهما ، ليس له ذلك قال ط : لان المال بالعمل صار غصباً وليس للمالك ان يأخذ
الربح من الغاصب كذا ظهر لي اه مختصراً

هذا اذا ضارب المضارب بلا اذن فلو باذنه فسأن دفع المضارب الاول الى
المضارب الثاني بالثلث ، وقد كان رب المال قال للاول على ان ما رزق الله بيننا
نصفان او ما كان في ذلك من رزق فهو بيننا نصفان او قال خذ هذا المال مضاربة
بالتنصف وربح الثاني ، فلرب المال النصف وللمضارب الاول السدس وللمضارب
الثاني الثلث لان رب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى وقد
جعل الاول للثاني ثلثه فينصرف ذلك الى نصيبه فبقي له السدس وطيب الربح

لجميعه ، لان عمل الثاني عمل عن المضارب كلاجير المشترك اذا استاجر آخر بأقل مما استوهجر . ولو كان رب المال قال للاول ما رزقك الله بكاف الخطاب او ما ربحت من شيء او ما كان لك فيه من فضل الربح او ما كسبت فيه من كسب والمسألة بجملها ، فالثاني ثلثه والباقي بين الاول والمالك نصفان لان المشروط ما رزق الله المضارب الاول وهو هنا الثلث لان الثلث استحقه الثاني بشرط الاول وهو ماذون له فيه فلم يكن من رزق الاول الا الثلث فيكون ذلك بينها نصفين وبطييب لهم بلا شبهة - وكذا لو شرط للمضارب الثاني اكثر من الثلث او اقل منه فما بقي بعد ما ياخذه منه المضارب الثاني فهو بينه وبين رب المال لما قلنا . ولو كان رب المال قال للاول ما رزق الله فلي نصفه او ما كانت من فضل فيبتاع نصفان فدفع بالنصف ، فللمالك النصف وللثاني النصف ولا شيء للاول . ولو شرط للثاني ثلثيه والمسألة بجملها ، ضمن المضارب الاول للثاني سدس الربح من ماله لان رب المال شرط لنفسه النصف من مطلق الربح فله ذلك واستحق المضارب الثاني ثلثي الربح بشرط الاول لان شرطه صحيح اكونه ماذوناً - لكن لا ينفذ في حق رب المال فيفرم للثاني السدس لانه ضمن له سلامة الثلثين بالمقد فكأن كن استوهجر غليظة ثوب بدرم فدفعه الاجير الى من يخطه بدرم ونصف . والحاصل ان رب المال متى شرط لنفسه نصف الربح او ثلثه من مطلق الربح فله ما شرط من جميع الربح وان شرط لنفسه نصف ما ربحه المضارب الاول او ثلثه فله ما شرط مما فضل من نصيب الثاني فلا يمكن ان يخرج الاول في هذه بغير شيء وفي الاولى يمكن ذلك بل يمكن ان يضمن للثاني من ماله على ما بيناه اه ملخصاً من الهداية والزباني والبحر

✽ تنبيه ✽

نقل في التكملة عن الاشياء ما نصه اذا قال له اعمل برأبك ثم قال لا تعمل برأبك صح تنبيه الأ اذا كان بعد العمل اه وانظر ما نقلناه عن الخانية في التنبيه الثاني من شرح للمادة ١٤١٤

المادة ١٤١٨ = * المال الذي اخذه المضارب بالنسيئة زيادة

على راس المال باذن رب المال يكون مشتركا بينهما شركة وجوه *

فر بعه بينهما بقدر ملكها ووضعته كذلك وبيع مال المضاربة ووضعته
على حاله كما شرطنا قال في الهندية : لو كان رب المال اذن له في الاستدانة كان
الدين عليها نصفين ولو رهنه وقيمته والدين سواء ، كان على المضارب نصف
قيمته ، لان الاذن بالاستدانة عقد آخر وهو شركة الوجوه وكان الربح الحاصل
من مال المضاربة على ما شرطنا وما حصل بالاستدانة ان كان مطلقا يقتضي التساوي
سواء كان الربح في المضاربة نصفين او اثلثا لانه لا يتعلق لاحدهما بالاخر كذا
في المحيط اه . وفيها بعد نحو صفحتين لو دفع اليه الف درم مضاربة وامره ان
يستدين على المال على ان الربح بينهما للمضارب ثلثاه ولرب المال ثلثه فاشترى المضارب
بالف المضاربة جارية تساوي الفين واشترى على المضاربة غلاما بألف يساوي
الفين فباعها جميعا باربعة الاف ، فان ثمن الجارية يستوفي منه رب المال رأس ماله وما
بقي بينهما على ما شرطنا للمضارب ثلثاه ولرب المال ثلثه - واما ثمن الغلام فيؤدي منه
ثمنه والباقي بينهما نصفان . فان كان امره ان يستدين على المال على ان ما اشترى
بالدين من شيء فلرب المال ثلثه وللمضارب ثلثاه على ان الربح بينهما نصفان والمسئلة
بعالها ، فحصة جارية المضاربة بأخذ رب المال راس ماله الف درم والباقي
بينهما نصفان على ما اشترطنا وثن الجارية المشتراة بالدين بينهما اثلثا على قدر
ملكها واشترطنا المناصفة بالربح في هذا يكون باطلا اه . وقام فروع المسئلة فيها
من الباب التامم في الاستدانة على المضاربة . وبهذا تعلم ان ما نقله في رد المحتار
عن السائحاني من ان ظاهر المتن ان المشتري بالدين يكون لرب المال وربعه على
حسب الشرط وانه لا ينافي ذلك كون حكم شركة الوجوه ان الربح فيها على
حسب حصتها في المشتري لانه يقتدر في الضمني ما لا يقتدر في الصريح ، هو كلام
فاصد غير صحيح مخالف للمنقول كما نعتت لثنيه

المادة ١٤١٩ - * اذا ذهب المضارب في عمل المضاربة الى محل غير البلدة التي وجد فيها ياخذ مصرفه بالقدر المعروف من مال المضاربة *

بخلاف ما اذا عمل في مصره الساكن فيه فان نفقته حينئذ في ماله . والفرق ان النفقة تجب جزاء الاحتباس كنفقة القاضي والمرأة . والمضارب في مصره ساكن بالسكنى الاصلية واذا سافر صار محبوساً بالمضاربة فيستحق النفقة بجره . وانما قال اذا ذهب ولم يقل كغيره اذا سافر ، اشارة الى انه ليس المراد من قولم اذا سافره السفر الشرعي المقدر بثلاثة ايام بل المراد به مطلق الخروج - لكن لا بد من تقييده بحيث لا يمكنه ان يبيت في منزله وان خرج من المصر وامكنه ان يعود اليه في ليلته فهو كالمصر لا نفقة له كما في الزبالي وغيره

والمراد من البلدة التي وجد فيها المصر الذي اتخذ داراً سواء كان مصره الذي ولد فيه اولاً . اما لو نوى الاقامة بمصر ولم يتخذ داراً فله النفقة في مالها كما في البحر قال : فلو اخذ مالا مضاربة بالكوفة وهو من اهل البصرة وكان قدم الكوفة مسافراً ، فلا نفقة له في المال ما دام بالكوفة فاذا خرج منها مسافراً فله النفقة حتى يأتي البصرة لان خروجه لاجل المال ولا ينفق من المال ما دام بالبصرة لان البصرة وطن اصلي له فكان اقامته فيه لاجل الوطن لا لاجل المال فاذا خرج من البصرة له ان ينفق من المال الى ان يأتي الكوفة وله ان ينفق ايضاً ما اقام بالكوفة حتى يعود الى البصرة لان وطنه في الكوفة كان وطن اقامة وانه يبطل بالسفر فلو عاد اليها وليس له بها وطن تكون اقامته فيها لاجل المال اه

والمراد من المصرف في قوله ياخذ مصرفه ، طعامه وشرايه وكسوته وركوبه اي ما ركب ولو بكراء وكل ما يحتاجه في عادة التجار فدخل فيه غسل ثيابه واجرة من يخدمه من الخبز والطبخ وعلاف دابة الركوب والحمل ونفقة غلمانه الذين يعملون معه والتمسك في موضع يحتاج اليه كالحجاز واجرة الحمام والحلاق وقص

الشارب . وعمت الكسوة وجوب الفراش الذي ينام عليه افاده في البحر . واما الدواء واجرة الحجام والفضاد فلا تجب له في الظاهر من الرواية لان النفقة معلوم وقوعها والحاجة الى الدواء من العوارض فكان موهوماً فلا يجب كما لا يجب ذلك للمرأة على زوجها افاده الزبلي . قال الشلي : الا ان يكون في موضع جرت العادة فيه بذلك اه . وفي البحر عن الخلاصة : ولما كان المعبر عادة التجار كان له أكل الفاكحة وان لم تكن من النفقة وله الخضاب اه .

وقيد بقواه بالمعروف لانه لو اسرف فصرف زبادة عن المعروف كما في التكلفة بضمن الزايد عن المعروف وفي الزباني : ولو رجم الى بلده وفي يده شيء من النفقة رده الى مال المضاربة كالحاج عن الغير اذا بقي شيء في يده يرده على المحجوج عنه او ورثته اه . وكون النفقة من مال المضاربة ، غير قيد بل المراد انها تجب فيه حتى لو انفق من مال نفسه او استدان على المضاربة لنفقته يرجع بذلك في مال المضاربة ولو لم يرجع فيه حتى توى مال المضاربة ، لا يرجع على رب المال انوات محل النفقة - بخلاف ما اذا اشترى شيئاً للمضاربة او استأجر دابة ليجعل عليها مال المضاربة فضاع المال قبل ان يتقدم منه يرجع بذلك على رب المال ، لانه عامل لرب المال بخلاف نفقته لانه عامل لنفسه بحر

وقوله قبل ان يتقدم منه ، فيه اشارة الى انه كان في يد المضارب حين الشراء او الاستئجار من مال المضاربة بما هو من جنس الثمن او الاجرة - والا كان الشراء للمضارب وهو متبرع بالاستئجار لتحميل لان هذا استدانة وهو لا يملكها الا بصريح الاذن كما تقدم . والظاهر ان الاستدانة للاتفاق على نفسه لا يحتاج فيه الى الاذن الصريح لقول البحر لان التدبير في الاتفاق على نفسه مفوض اليه كالوصي اذا انفق على الصغير من مال نفسه اه تامل . واطلق الذهاب في عمل المضاربة فشمل السفر للتجارة ولطلب الدهون فيرجع بما انفق في سفره لاجل ذلك - الا اذا زاد ما انفق على الدين فلا يرجع بالزيادة بحر عن المحيط . وافاد ايضاً انه لا رجوع له فيما انفق في الخصومة لتقاضي الدين اه ووجهه انه كالدواء من العوارض فكان موهوماً فلا يجب الا بصريح الاذن هذا ما ظهر لي . واطلق المضاربة فانصرفت الى الصحيحة لان المضارب في الفاسدة اجبر لا نفقة له .

واطلق المضارب ليفيد انه لا فرق بين المضارب ومضاربه اذا كان اذن له في المضاربة والا فلا نفقة للتاني افاده في البحر . وذكر في الدر انه لو سافر بماله ومال المضاربة او خلط ماله بمال المضاربة باذن رب المال او بمالين لرجلين انفق بالحصة اه . ثم اذا انفق المضارب من رأس المال ياخذ المالك قدر ما انفق من الربح ان كان ثمة ربح فان استوفاه وفضل شيء من الربح ما اقتسامه على الشرط لان ما انفقه يجعل كالمالك والهالك يصرف الى الربح . وان لم يظهر ربح فلا شيء عليه اي على المضارب مما انفق على نفسه اي بل يذهب من رأس المال افاده في الدر متناك وشرحا قال في البحر : وفيه اشارة الى ان المضارب له ان يتفق على نفسه من مال المضاربة قبل الربح اه . واناد قبل هذا ايضا ان نفقة المضارب تجب في مال المضاربة اذا سافر في عملها وان لم يتفق له شراء شيء او بعضه وعزاه للخلاصة

❖ تنبيه ❖

لو باع المضارب المتاع مرابحة فما انفق على المتاع من اجرة حمل واجرة سمسار وقصار وصباغ ونحوه يحسبه مما قام عليه . وما انفق على نفسه لا كما في عامة المتون قال في البحر : والاصل ان ما يوجب زيادة في رأس المال حقيقة او حكما يضمه الى رأس المال وكذا ما اعتاده التجار كاجرة السمسار اه

المادة ١٤٢٠ - ❖ مما شرط رب المال وقيد بالمضاربة المقيدة

يلزم المضارب رعايته ❖

هذا اذا كان التقييد مفيداً والا فلا تجب رعايته ويجعل كالمسكوت عنه كما قدمناه في شرح المادة ١٤٠٧ وذكر في الدر ان الشرط الغير مفيد اصلاً لا يعتبر اصلاً كتهيبه عن بيع الحال - واما المفيد في الجملة كسوق من مصرفان صرح بالنهي صح والا لا اه . وفي الزبلي لو قيد له البيع في سوق معين من المصر لا يتقيد به لان المصر الواحد قلما يتفاوت جوانبه واسواقه لانه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد

— الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في هذا السوق ولا تحمل في غيره فحينئذ يتقيد به لان المال له وولاية التصرف فيه اليه ولعل ذلك مفيد — بخلاف ما اذا قال له بع نسبة ولا تبع حالا حيث كان له ان يبيعه حالا عند عدم اختلاف السعر بينهما ، لانه مخالفة الى خير بيقين فهو نظير من وكل شخصاً ببيع عبده بألف درهم ونهاه عن البيع بالزيادة فباعه الوكيل فانه يجوز لا قلنا فكذا هذا . وهذا لان الشرط اذا كان غير مفيد لا يعتبر اه مختصراً وفي الهندية : ولو امره ان يبيع بالنسيئة ولا يبيع بالنقد فباع بالنقد فهو جائز قالوا: وهذا اذا باعه بالنقد بمثل قيمته او اكثر او بمثل ما سمي له بالثمن فان كان بدون ذلك فهو مخالف اه

والظاهر ان قوله بمثل قيمته اي قيمته لو يبع نسبة تأمل . وقدمنا في شرح المادة ١٤٠٧ المذكورة ، الالفاظ التي تفيد التقييد والتي لا تفيد فلتراجع . ولا تنس ما قدمناه في التلييه الثاني من شرح المادة ١٤١٣ عن الخانية من ان التقييد بعد الاطلاق انما يعتبر اذا كان المال باقياً لم يتصرف فيه المضارب — اما بعد ان صار عروضاً فلا يعتبر الا اذا باع العروض وصار المال ناضجاً فحينئذ يعمل النهي

المادة ١٤٢١ — * اذا خرج المضارب عن مأذونيته وخالف الشرط يكون غاصباً وفي هذه الحالة يعود الربح والخسارة في اخذه واعطائه عليه واذا تلف مال المضاربة يكون ضامناً *

يعنى لو تجاوز بلداً عينها رب المال او شري سلعة غير التي عينها او في وقت او مع شخص كذلك ، كان غاصباً لانه تصرف في مال الغير بغير امره وكان ذلك الشراء له وله ربحه وعليه خسراته — غير انه يتصدق بالربح عندما لانه نماء مال الغير وعند ابي يوسف يطيب له الربح اصل الخلاف ، المودع اذا تصرف بالوديعة وربح وهذا في الشراء حيث وجد له

تفاداً فينفذ عليه اما لو باع مال المضاربة على خلاف امر رب المال ، كان بيعه
موقوفاً على اجازة رب المال كما هو عقد الفضولي . ثم اذا خرج بالمال الى بلدة غير
التي عينها رب المال قيل لا يكون غاصباً حتى يتصرف بالمال فلو ملك قبل
التصرف لا يضمن . والصحيح انه يكون غاصباً بمجرد الاخراج فيضمن بالملك قبل
التصرف - غير ان الضمان يتقرر بالتصرف اذ لو لم يتصرف فيه حتى عاد
للوفاق يرتفع الضمان وتبقى المضاربة على حالها كالودع اذا خالف في الوديعة ثم
عاد للوفاق فانها تعود امانة فبالصرف يزول احتمال الرد الى البلد الذي عينه
افاده في الدر وحواشيه . واناد ايضاً انه لو عاد الى الوفاق في البعض تعود المضاربة
في ذلك البعض خاصة اعتبار الجزء بالكل فان اشترى ببعضه في غير الكوفة ثم بما
بقي في الكوفة ، فهو مخالف في الاول وما اشتراه في الكوفة فهو على المضاربة لان
دليل الخلاف وجد في بعضه دون بعضه اه

المادة ١٤٢٢ = * اذا خالف المضارب رب المال حال نهيته
اياهم بقوله لا تذهب بمال المضاربة الى المحل الفلاني او لا تبع بالنسيئة
فذهب بمال المضاربة الى ذلك المحل فتلف المال او باع بالنسيئة فهلك
التمن يكون المضارب ضامناً *

لانه صار غاصباً بالمخالفة كما علمت . ولا يخرج عن كونه غاصباً لو اجاز
رب المال فعله بعد المخالفة كما في التنوير وغيره او ائبل كتاب المضاربة قال في
التح : حتى لو اشترى المضارب ما نهى عنه وتصرف فيه ثم اجاز رب المال لم يميز اه
اقول وهذا ظاهر في صورة الشراء مع المخالفة لان الشراء نفذ على المضارب ، لما
علم من ان عقد الفضولي متى امكن تنفيذه ، لا يتوقف - اما اذا باع المضارب متاع
المضاربة على خلاف امر رب المال فان البيع لما لم يمكن تنفيذه توقف على اجازة
صاحبه كبيع الغاصب كما تقدم في شرح المادة السابقة . اذا علمت هذا تعلم ان

المراد من قوله في هذه المادة يكون ضامناً اي لما هلك من ثمن ما باعه مع المخالفة ،
انه بضمنه لرب المال ان اجاز البيع او لمن اشترى منه ان فسخ رب المال البيع
واسند عين البيع هذا ما ظهر لي فتدبره .

المادة ١٤٢٣ = * اذا وقت رب المال المضاربة بوقت معين
فبمضي ذلك الوقت تنفسخ المضاربة *

بان دفع له المال مضاربة الى سنة مثلاً فقت . وعجالة الهندية عن الكافي
من الباب السادس من المضاربة : وان وقت للمضاربة وقتاً بعينه ، تنقيد به حتى
يبطل العقد بمضيه اه . اما لو شرط عليه ان يعمل في الصيف دون الشتاء
او على ان لا يعمل في شهر كذا ، فالظاهر ان العقد لا يبطل بمضي الصيف ولا في
الشهر المنهي عن العمل فيه حتى كان له العمل في صيف آخر او في الاشهر الاخر
اذ التوقيت لم يكن للمضاربة بل للعمل غاية الامر انه لو عمل في الشتاء او في الشهر
المنهي عن العمل فيه يكون بالمخالفة غاصباً ضامناً عاملاً لنفسه تامل .

* فرع *

لو دفع مالا مضاربة وقال تخرج الى الري فاربح في ذهابك ، فهو بيننا
نصفان وما ربح في رجوعك فبيننا اثلاثاً لك وثلثاً لي - او قال ربح هذا
الشهر بيننا نصفان والاشهر الثاني اثلاثاً فالمضاربة جائزة والربح بينها على ما شرطنا
لان كل شرط من هذه الشروط صحيح عند الانفراد فكذا اذا جمعه مع غيره
كذا في الحانية

المادة ١٤٢٤ - * اذا عزل رب المال المضارب يلزمه اعلامه
بعزله وتكون تصرفات المضارب الواقعة معتبرة حتى يقف على العزل
ولا يجوز له التصرف بالنقود التي في يده بعد وقوفه على العزل لكن

إذا كان في بده أموال غير النقود يجوز له أن يبيها ويبدلها بالنقد *

حاصل المسئلة أن المضارب ينزل بعزل رب المال إياه بشرط أن يعلم بالعزل لأنه وكيل من جهته فيشترط فيه العلم بعزله على ما بين في الوكيل والمراد بالعلم ما يستفاد من خبر رجلين مطلقاً أو خبر واحد عدل إذا كان فضولياً . وإن كان رسولاً من رب المال ، فكيفي أن يكون مميّزاً ، وإن كان انثى أو رقيقاً غير بالغ ولا عدل ، لأن الرسول والوكيل كالأصيل عند الامام خلافاً لها . ثم إذا علم المضارب بالعزل ، والمال عروض كان له بيع العروض بالنقد والنسيئة - وكذا الصفر بها وإن نهاه رب المال عن ذلك فكما لا يملك عزله والمال عروض لا يملك تخصيص الاذن له لأنه عزل من وجه

وأما ما ذكره في الدر من أنه لو مات رب المال والمال عرض تبطل في حق المسافرة لا في حق التصرف ، فهو مبني على غير الروايات المشهورة كما أنه عليه في التكلفة . وإنما لا ينزل إذا علم بالعزل والمال عروض ، لأن له حقاً في الربح ولا يظهر إلا بالنقض ثبت له حق البيع ليظهر ذلك - بخلاف الوكيل فإنه إذا علم بعزل موكله ، ينزل وإن كان المال عروضاً ، إذ لا حق له فيها . ثم إذا نصت فصارت نقوداً لا يتصرف في ثمنها لأن البيع بعد العزل كان للضرورة حتى يظهر الربح ولا حاجة إليه بعد النض

ثم إن المراد بالعروض هنا ما ليس من جنس رأس المال . والدرهم والدنانير ، جنسان هنا فإذا كان رأس المال دراهم وعزله ومعه دنانير له بيعها بالدرهم استحساناً - كما إن له بيع العروض قال في الهداية : لأن الربح لا يظهر إلا به فكان كالعروض هذا ملخص ما في الدر وحواشيه والبحر وغيره . قال الزبلي : وموت رب المال وازداده مع الحقوق وجنونه مطبقاً ، والمال عروض ، كعزله ، والمال عروض حتى لا يمنعه موت رب المال من بيعها كما لا يمنعه عزله منه لأن جواز بيعه لها بعد العزل لاجل حتى المضارب لاحتمال أن يكون فيه ربح فيظهر . وذلك لا يختلف بين أن يكون العزل حكماً أو قصدياً لأن حقه ثابت فيه على كل حال - بخلاف ما إذا لم يكن

له فيه حق بأن نض كله او كان و كيبلاً لا مضارباً حيث يختلف فيه الحكم بين
العزل القصدي والحكمي حتى لا ينزل في القصدي الا اذا علم . وفي الحكمي ينزل
بعلم او لم يعلم اه مختصراً

وحاصله ان الوكيل ينزل بالعزل الحكمي مطابقاً علم او لم يعلم - سواء كان
المال ناضاً او عروضاً وبالعزل القصدي لا ينزل الا اذا علم . واما المضارب فان المال
عروضاً لا ينزل سواء علم بالعزل او لم يعلم لان له حقاً في العروض ليظهر ربحه
- بخلاف الوكيل وان كان المال ناضاً فبالعزل الحكمي ينزل سواء علم بالعزل او
لم يعلم وبالقصدي لا ينزل ما لم يعلم بالعزل وهو الموافق لما في الخانية وعليه اطلاق
المادة ١٤٢٩ الآتية . وهو الظاهر من عبارات التون حيث اطلقوا بطلان
المضاربة في العزل الحكمي وقيدوه في العزل القصدي بشروط علم المضارب بالعزل
واما ما ذكر في المنع من ان المضارب لا ينزل الا بعد العلم سواء كان
العزل قصدياً او حكيمياً ، فقد تبع في ذلك شيخه صاحب البحر وهو لم ينقله عن
احد . ولعل صاحب البحر رحمه الله تعالى اشتبهت عليه مسألة باخرى وذلك انهم
صرحوا ان لا فرق بين القصدي والحكمي فيما اذا وقع العزل ، والمال عروض من
حيث انه لا ينزل في حق بيع العروض وان علم بالعزل فظن ان لا فرق بينهما
ايضاً فيما اذا كان المال ناضاً من حيث انه لا ينزل الا اذا علم . والدليل على ما
قلنا من الاشتباه ، ان عبارته هكذا : وشمل كلامه العزل الحكمي حتى كان له بيع
العروض بعد موت رب المال حقيقة او حكماً ولا ينزل في الحكمي الا بالعلم بخلاف
الوكيل حيث ينزل في الحكمي وان لم يعلم لانه لا حق له بخلاف المضارب اه
فانك قد علمت ان حق المضارب يثبت في العروض لا في النقود فتدبره . والعجب
من العلامة ابي السعود حيث نقل في حاشيته على مسكين ما ذكره صاحب المنع
عن البحر والزبلي مع ان كلام الزبلي صريح بخلافه كما سمعت فسبحان من ابي
العصمة لكتاب غير كتابه

واعلم ان من مسايل المتون انه لو اقرق ابي المضارب ورب المال ، وفي المال
ديون على الناس فان كان في المال ربح يجبر المضارب على اقتضاء الدين لانه
كالاجير والربح له كالاجرة وقد سلم له ذلك فيجبر على اتمام عمله كالسما

وانه يجبر على التقاضي لانه يبيع ويشترى باجرة وان لم يكن ربح ، لا يلزمه
الافتضاء لانه وكيل محض وهو متبرع ولا جبر على المتبرع فهو كالوكيل بالبيع
والمستبضع اذا امتنع احدهما عن التقاضي ، لا يجبر لما قلنا نم بوجه المضارب وكذا
الوكيل والمستبضع ، ان بوكل المالك بافتضاء الديون لان حقوق العقد تتعلق
بالعقد . ورب المال ليس بعاقده فلا يتمكن من المطالبة الا بتوكيله فيومر بذلك
كبيلا بضم حقه زبلي

✽ فرع ✽

قال في القبية اعطاء دنانير مضاربة ثم اراد القسمة له ان يستوفي دنانير وله
ان يأخذ من المال بقيمتها وتعتبر قيمتها يوم القسمة لا يوم الدفع اه - وعليه فلو علم
عدد المدفوع ونوعه فله اخذه ولو اراد ان يأخذ قيمته من نوع آخر ، يأخذه بالقيمة
الواقعة يوم الخلاف وهو يوم القسمة - وكذا اذا لم يعلم نوع المدفوع كما يقع
كثيراً في زماننا حيث يدفع انواعاً ثم تجهل فيضطر الى اخذ قيمتها لجهاتها فيأخذ
بالقيمة يوم الخصام والله اعلم تأمل كذا في رد المحتار باختصار
اقول : لا يخفى ان اخذ القيمة متوقف على العلم بالنوع فاذا جهل النوع من
ابن تعلم القيمة فليتأمل . وفي الخانية واذا صار مال المضاربة ديناً على الناس
فناه رب المال عن التقاضي مخافة ان يأكل المضارب فان كان في المال ربح
فالتقاضي يكون للمضارب والا فله رب المال ان يمنعه عن التقاضي ويجبر المضارب
على ان يحيل رب على المال الغرماء اه

المادة ١٤٢٥ - ✽ المضارب انما يستحق الربح في مقابلة عمله
والعمل انما يكون متقوماً بالعقد فاي مقدار شرط للمضارب في عقد
المضاربة من الربح يأخذ حصته بالنظر اليه ✽

المادة ١٤٢٦ = * استحقاق رب المال للربح بماله فيكون
جميع الربح له في المضاربة الفاسدة والمضارب بمنزلة اجيره يأخذ اجر
المثل لكن لا يتجاوز المقدار المشروط حين العقد ولا يستحق اجر
المثل ان لم يكن ربح *

اعتباراً بالمضاربة الصحيحة لانها رضيا ان يكون للعامل جزء من الربح لو
حصل وبالحرمان ان لم يحصل ولو اوجبتا عليه اجرا عند عدم الربح او زيادة على
المسمى اذا ربح ، لربت الفاسدة على الصحيحة . وهذا قول ابي يوسف وهو الصحيح
كما في رد المحتار عن الـايحائي ومثله في الطوطاوي عن العيني . وفي حاشية ابي السعود
عن ابن الغرس : وعند محمد رحمه الله تعالى وهو ظاهر الرواية ، انه يجب اجر المثل
مطلقا ربح او لم يربح زاد على المسمى اولا هذا ما نقله في الشرنبلالية عن التبيين
وشرح الجمع والخلاصة ، لانه لا يستحق المسمى لعدم الصحة ولم يرض بالعمل مجانا .
وان اجر الاجير يجب بتسليم المنافع او بتسليم العمل وقد وجد تسليم كل منها
هنا زيلعي . وقيل الخلاف بينها فيما اذا ربح واما اذا لم يربح فاجر المثل بالغا ما
بلغ . وقد علمت ان الصحيح ما امت عليه المحلة في هذه المادة

* تنبيهان *

الاول استثنى في التنوير وغيره من لزوم اجر المثل في المضاربة الفاسدة ما اذا
اخذ الوصي مال اليتيم مضاربة فاسدة كأن شرط لنفسه عشرة دراهم فانه لا شيء
له في مال اليتيم اذا عمل لان حاصل هذا ان الوصي يوجر نفسه لليتيم وانه لا
يجوز ام الثاني كل مضاربة فاسدة ، لا نفقة للمضارب فيها على المضاربة فان اتفق
على نفسه من المال حسب من اجر مثل عمله واخذ بما زاد ان كان ما اتفق منه
اكثر من اجر المثل هندية

المادة ١٤٢٧ - إذا تلف مقدار من مال المضاربة بحسب في
 اول الامر من الربح ولا يسري الى رأس المال واذا تجاوز مقدار الربح
 وسرى الى رأس المال فلا يضمنه المضارب سواء كانت المضاربة صحيحة
 او فاسدة ❊

اما كون الهالك بصرف الى الربح دون رأس المال ، فلا ت الربح نيم
 ورأس المال اصل . وصرف الهالك الى ما هو تابع ، اولى كما بصرف الى العنق في
 الزكاة ولان الربح فرع عن رأس المال فلا يثبت له حكم قبل ثبوت اصله نكالة -
 واما كون المضارب لا يضمن ما هلك من رأس المال فلان مال المضاربة في يده
 امانة سواء كانت المضاربة صحيحة او فاسدة فلا يكون صحيحا للتنافي بينها في شيء . واما
 زباني . ثم اذا قسم الربح وبقيت المضاربة على حالها ولم يفسخها بأن اقتسام بعض المال
 ونزكا بمضه في يد المضارب على أنه رأس المال والمقتسم ربح . ثم هلك المتروك في
 يده وهو امانة ، ترادوا الربح الذي اقتسماه حتى يستوفي رب المال رأس ماله ،
 لان الربح تابع ورأس مال اصل فلا يسلم الربح بدون سلامة الأصل فاذا
 فضل عن رأس المال بعد التراد شيء ، يكون بينها لانه ربح زباني ، وفي الباب
 السادس عشر من الهندية : الاصل ان قسمة الربح قبل قبض رب المال رأس
 ماله ، موقوفة - ان قبض رأس المال صححت القسمة والا بطلت اه ثم نقل عن التبيين :
 لو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها تانياً فهلك المال بعد ذلك ، لم يترادا
 الربح الاول . وهذه هي الحيلة فيما اذا خاف المضارب ان يسترد منه الربح بعد
 القسمة بسبب هلاك ما بقي في يده من رأس المال اه وفيها : ولو كان الربح الفين
 فأخذ كل واحد الفاً من الربح ثم ضاع رأس المال يعني وهو الف ، فالالف الذي
 قبض رب المال هو رأس ماله ويضمن له المضارب نصف الالف الذي اخذه وان
 استوفي رأس ماله ثم اقتسما الربح ثم دفع رب المال الالف الذي قبضه عن
 رأس ماله الى المضارب وقال اعلم على المضاربة التي كانت فان ربح او وضع لا
 تنتقض القسمة الاولى لان هذه مضاربة مستأنفة والمضاربة الاولى انتهت

نهايتها متى اقتسا وانما يريد بقوله على المضاربة التي كانت اي على الشرط الذي كان كذا في محيط السرخسي اه وتقام هذه المسائل فيها من الباب المذكور

المادة ١٤٢٨ - * على كل حال يكون الضرر والخسار على رب المال واذا شرط كونه مشتركاً عليه وعلى المضارب فلا يعتبر ذلك الشرط *

لان هذا الشرط زائد لا يوجب قطع الشركة في الربح ولا الجهالة فيه فلا يكون مفسداً وبطل الشرط كما قدمناه في شرح المادة (١٤١١)

المادة ١٤٢٩ - * اذا مات رب المال او جن جنوناً مطبقاً تنفسخ المضاربة *

سواء علم المضارب بموت رب المال او جنونه ما لم يعلم حتى لا يملك الشراء بعد ذلك بمال المضاربة ولا السفر ويملك بيع ما كان عرضاً لانه عزل حكيم خانية . وقد منا مثله عن البرازية والزيلبي ، وان ما ذكره في المنح تبعاً للبحر غير صحيح لانها لم يبرهاه لاحد وهو مخالف للمتنين وذلك في شرح المادة (١٤٢٤) - وكذا تنفسخ المضاربة بموت المضارب او جنونه مطبقاً او ارتداده ولحوقه قال في التنوير وشرحه الدر : وبطل بموت احدهما لكونها وكالة وكذا بقتله وحجر بطراً على احدهما ويجنون احدهما مطبقاً قهستاني . وفي البرازية : مات المضارب والمال عروض باعها وصيه اه . اي وصي المضارب لان العزل لا يمكن حينئذ في المضارب فلا يبري على وصيه وقيل ان ولاية البيع تكون لرب المال ووصي المضارب كليهما وهو الاصح نكلمة عن الحموي . ثم نقل عن المندبه فان لم يكن له وصي جعل القاضي له وصياً يبيعها فهو في رب المال راس ماله وحمته من الرجوع بعطي

حصّة المضارب من الربح غرماً، أي إن كان له غرماً، فغرماء المضارب لا يأخذون عروضها لأنها مال الغير اهـ. وفي الهندية من الباب الثاني عشر: لو اتى مصراً واشترى شيئاً فمات رب المال وهو لا يعلم فأتى المتاع مصراً آخر، فنفقة المضارب في مال نفسه وهو ضامن لما ملك في الطريق وإن سلم المتاع جاز بيعه لبقائها في حق البيع. ولو كان المضارب خرج بالمتاع من ذلك المصرب قبل موت رب المال لم يكن عليه ضمان وكانت نفقته في سفره على المال حتى ينتهي إلى المصرب ويبيع المتاع اهـ معزياً بالوجيز والمبسوط. ثم نقل عن محيط السرخسي: لو كان للمضارب في الطريق فمات رب المال يرسل عن السفر أو مات فله، إن توجه إلى أي مصرب أحب وكان نفقته في مال المضاربة فاما إذا كان مال المضاربة ناضجاً وهو في مصرب أو في الطريق فخرج إلى غير مصرب المال، بضمنه أمثله عن المبسوط أيضاً فالظاهر أن ما نقله أولاً عن الوجيز والمبسوط من أنه بضمن ما هلك في الطريق، مبني على غير الروايات المشهورة من أن له المسافرة بعروض المضاربة كما له بيعها سواء كان العزل قصباً أو حكماً كما تقدم فتفطن

والحاصل أنه إذا مات رب المال والمال في يد المضارب عروضاً له المسافرة بها إلى أي بلد شاء على الروايات المشهورة ونفقته في سفره في مال المضاربة فإذا باع العروض وصار المال ناضجاً، فليس له المسافرة به إلا لبلد رب المال وبضمنه إن سافر لغيره لا إليه وأما نفقته حينئذ ففي ماله على كل حال، لأنفساخ المضاربة من كل وجه وبقاء المال في يده أمانة فاعتنم هذا التحرير

المادة ١٤٣٠ = * إذا مات المضارب مجهلاً فالضمان في تركته

راجع مادتي ٨٠١ و ١٣٥٥ *

لأن مال المضاربة أمانة في يد المضارب فهو كالوديعة وقد تقدم في المادة ٨٠١، حكم تجهيل الوديعة وما به يكون التجهيل منفصلاً وقدّمنا في شرحها أن أحد الشرطيين أو المتفاوضين لها حكم المستودع فلتراجع تفاصيل المسئلة هناك

✽ مسائل متفرقة ✽

إذا مات المضارب وعليه دين ومال المضاربة في يده معروف وهو دراهم بديء
يؤب المال قبل الغرماء بأخذ رأس المال وهل يأخذ الربح - ان كان الربح
ظاهراً وقد عرف وصوله الى المضارب بأخذ نصيبه منه قبل الغرماء ثم ما بقي من
حصصة المضارب من الربح ، يكون بين غرمائه وان كانت المضاربة لا تعرف بمبناها
فرب المال اسوة للغرماء في جميع تركته . ولو اقر المضارب عند موته ، انه باع
واشترى بألف المضاربة فربح الفاً ثم مات ، والمضاربة غير معروفة للمضارب مال
فيه وفاء بالمضاربة وبالربح ، فان رب المال يأخذ من مال المضارب رأس ماله الفاً
ولا شيء له من الربح . ولو اقر المضارب انه قبض الربح حتى ثبتت يده على الربح ،
يكون ضامناً حصته من الربح . ولو ان المضارب قال في مرضه قد رجحت في
المضاربة الفاً ووصل الي فضاع المال و كذبه رب المال ، فالقول قول المضارب
بيمينه . وان مات قبل الاستحلاف فانه يستحلف الورثة على العلم فان حلفوا برئوا -
وان نكل واحد منهم عن اليمين ، لزمه رأس المال وحصصة رب المال من الربح ، من
نصيبه خاصة كذا في التاسع عشر من مضاربة الهندية . وتام هذه المسائل فيها .
إذا اشترى بألف المضاربة داراً تساوي الفاً او اقل او اكثر ، ورب المال شفيعها
بدار له ، فله ان يأخذها بالشفعة من المضارب ويدفع اليه الثمن فيكون على
المضاربة . ولو اشترى المضارب داراً ببعض مال المضاربة ثم اشترى رب المال داراً
لنفسه الى جنبها ، فله مضارب ان يأخذها بالشفعة بما بقي من مال المضاربة . ولو
باع المضارب داراً من المضاربة ورب المال شفيعها ، فلا شفعة له سواء كان
في الدار ربح او لم يكن . ولو باع رب المال داراً لنفسه والمضارب شفيعها
بدار من المضاربة - فان كان في يد المضارب من مال المضاربة ما به وفاء
بشحن الدار لم تجب الشفعة وان لم يكن في يده وفاء بشحن الدار فان لم يكن
في دار المضاربة ربح ، فلا شفعة وان كان فيها ربح ، فللمضارب ان يأخذها
لنفسه - كذا في الحادي والعشرين من مضاربة الهندية وتامه فيها . اذا دفع
المسلم الى النصراني مالاً مضاربة بالنصف فهو جائز الا انه مكروه فان انجر في الخمر

والحريز فربح ، جاز على المضاربة في قول ابي حنيفة وينبغي للمسلم ان يتصدق
بمصته من الربح وعندها تصرفه في الخمر والخنزير لا تجوز على المضاربة فان اشترى
ميتة فنقد فيه مال المضاربة فهو مخالف ضامن في قولهم جميعاً . وان رابى فاشترى
درهمين بدرهم ، كان البيع فاسداً ولكن لا يصير ضامناً لالمال المضاربة والمال بينهما على
الشرط ولا بأس بان يأخذ المسلم مال النصراني مضاربة ولا بكره له ذلك فان
اشترى به خمرأ او خنزيراً او ميتة ونقد مال المضاربة فهو مخالف ضامن فان
ربح في ذلك رد الربح على من اخذ منه ، ان كان يعرفه وان كان لا يعرفه
تصدق به ولا يعطي منه رب المال النصراني شيئاً ولو دفع المسلم ماله مضاربة الى
مسلم ونصراني جاز من غير كراهة - كذا في الباب الثاني والعشرين من الهندية
وتامه فيها . لو دفع اليه الف درهم مضاربة على ان يشتري به الثياب ويقطعها
بيده ويحيطها على ان ما رزق الله تعالى في ذلك من شيء فهو بينهما نصفان ،
فمن جاز على ما اشترط لان العمل المشروط عليه مما يصنعه التجار على قصد تحصيل
الربح ، وكذلك لو قال له بلى ان تشتري الجلود والأدم وتخزها خفاً ودلاء
فكل هذا من صنيع التجار فيجوز شرطه على المضارب - كذا في الباب الثالث
والعشرين في المنقرقات من الهندية . وفيها من المحل المذكور ولو قال خذ
هذا الالف مضاربة عندك شهراً فاذا مضى الشهر فهو قرض فهو كذلك فاذا
مضى الشهر وهو عنده ورق اي نقود ، كان قرضاً يعني اذا قبضه وان كان عرضاً
لم يكن قرضاً - حتى يبيعه فيصير ورقاً فيكون قرضاً عنده . ولو اقترضه شهراً
ثم بنى مضاربة لم يكن مضاربة اه . اي لان قبض الضمان لا ينوب عن قبض
الامانة - بخلاف العكس . وقوله يعني اذا قبضه اشار به الى انه لا يصير قرضاً
حتى يحدث له قبضاً ففيها عن المحيط : رجل عنده الف درهم مضاربة فقال لرب
المال اقرضنيه ففعل وهو قائم بعينه . ثم اشترى به قال اذا قبضه المضارب بيده من
بيته او صندوقه او كبسه وصرفه في حوائج نفسه ، فهو قرض عليه اه . اي والا
بقي في يده امانة . من دفع الى اخر القام مضاربة فاشترى عبداً بالف ولم يقل
عند الشراء انه اشتراه للمضاربة فلما قبضه قال اشتريته وانا انوي ان يكون
على المضاربة وكذبه رب المال فقال اشتريته لنفسك هل يصدق المضارب فيما قال

فهذه المسئلة لا تخلوا عن اربعة اوجه - اما ان يكون مال المضاربة والعبد قائمين وقت اقرار المضارب او كانا هالكين ، او كان العبد قائماً ومال المضاربة هالكاً ، او كان مال المضاربة قائماً والعبد هالكاً - ففي الوجه الاول القول قول المضارب مع يمينه فان هلك مال المضاربة في يده قبل التسليم الى البائع فانه يرجع على رب المال بثمنه ويسلمه الى البائع وفي الوجه الثاني ، لا يصدق المضارب من غير بينة وبضمن المضارب للبائع الف درهم ولا يرجع على رب المال بشيء . وكذلك الجواب في الوجه الثالث . وفي الوجه الرابع ، ذكر ان المضارب يصدق على رب المال في حق تسليم ما في يده من رأس مال المضاربة الى البائع واذا هلك في يده واراد ان يرجع على رب المال بالف آخر ، لا يصدق . ولو كان المضارب اشترى العبد بالف المضاربة ثم تقدمت منه من مال نفسه وقال اشتريته لنفسى وكذبه رب المال فالقول قول رب المال وبأخذ المضارب الف المضاربة قصاصاً بما اداه . ولو كان اشترى العبد بالف درهم ولم يسم مضاربة ولا غيرها ثم قال اشتريته لنفسى فالقول قوله - كذا في النوع الاول من الباب السابع عشر من الهندية . لو ادعى المضارب العموم في كل تجارة وادعى رب المال الخصوص فالقول للمضارب - ولو اقاما البينة فيما اذا ادعى احدهما العموم والآخر الخصوص ان وقت البينتان وقتا احدهما قبل الاخرى فانه يقضى ببينة الذي ثبت آخر الامرين - والا بان لم توفتا او وقتنا سواء او وقت احدهما ولم توفت الاخرى فانه يقضى ببينة الذي يدعى الخصوص - وكذا اذا اختلفا في المنع من السفر . وقامه في النوع الثاني من الباب السابع عشر من الهندية . اختلفنا فقال المضارب شرطت لي النصف اي نصف الربح وقال رب المال شرطت لك الثلث ، فالقول قول رب المال - وان اقاما جميعاً البينة ، فالبينة بينة المضارب . ولو هلك المال في يدي المضارب والمسألة بحالها فان المضارب يضمن السدس من الربح ويؤديه الى رب المال من ماله خاصة ولا ضمان عليه فيما سوى ذلك . اذا قال المضارب شرطت لي نصف الربح وقال رب المال شرطت لك مائة من الربح او ثلث الربح وعشرة وفسدت المضاربة ولك اجر مثل عمالك فالقول قول رب المال مع يمينه وان اقاما جميعاً البينة فالبينة بينة المضارب .

مضارب في يده الفان فقال لرب المال دفعت الي الفاً وربحت الفاً وقال رب المال بل دفعت اليك الفين فالقول للمضارب واذا اختلف رب المال والمضارب في رأس المال والربح فقال رب المال رأس المال الفان وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب رأس المال الف وشرطت لي النصف فالقول للمضارب في قدر رأس المال ولرب المال فيما شرطه من الربح وايها اقام البينة على ما ادعى من الفضل قبلت بيئته وتماه في النوع الثالث من السابع عشر من الهندية . قال المضارب لرب المال دفعت اليك رأس المال الف درهم وبقي هذا الالف رجماً وقال رب المال لم اقبض منك شيئاً فالقول لرب المال مع يمينه فاذا حلف اخذ الالف الباقي برأس ماله ولا ينتظر الى استحلاف المضارب ثم يستحلف المضارب بالله ما استهاجته ولا ضيعته فان حلف بريء عن الضمان ولم يثبت قبض رب المال وان نكل فقد اقر ان رأس المال كان عنده وقد ججده فصار ضامناً لرأس المال وظهر ان مال المضاربة الف دينار والف عين فياخذ رب المال الالف العين برأس ماله فيكون الالف الدين على المضارب رجماً فيرجع عليه رب المال بخمسة درهم حصته من الربح كذا في النوع الرابع من الباب السابع عشر من مضاربة الهندية وتماه هناك

- الباب الثامن -

✽ في بيان المزارعة والمساقاة وينقسم الى فصلين ✽

✽ الفصل الاول ✽

(في بيان المزارعة)

المادة ١٤٣١ = ✽ المزارعة نوع شركة على كون الارض من طرف والعمل من طرف آخر يعني ان الارض تزرع وحاصلاتها تقسم بينهما ✽

اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وشرعاً عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند الامام رحمه الله تعالى لانه استئجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان . وقالوا هي جائزة لانها عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتباراً اي على ما شرطاً من نصف او اقل او اكثر بالمضاربة . والفتوى على قولها الحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها . والقياس بترك التعامل كما في الاستصناع هداية ملخصاً وفي حاشية الشلبي عن الانقاضي : لما اي للمزارعة حكمان احدهما ثبت في الحال وهو الملك في منفعة الارض ان كان البذر من جهة المزارع ، او ثبوت الملك في منفعة العامل ان كان البذر من جهة رب الارض - وحكمها الثاني ثبت في المال وهو الشركة في الخارج اه ملخصاً

فتبين بهذا ان قوله في هذه المادة المزارعة نوع شركة الخ ، ليس تعريفاً للمزارعة بل بيان لاحد حكمها الذي ثبت في المال وهو الشركة في الخارج واتي بالعناية في

قوله يعني ان الارض ائخ نوضيحاً لجهة الاشتراك في الخارج . و اشار بهذا البيان الى ان جواز المزارعة معتبر بجواز المضاربة لان في المضاربة رأس المال من جهة والعمل من جهة اخرى وفي المزارعة الارض من جهة والعمل من جهة اخرى - فالارض في المزارعة بمنزلة رأس المال في المضاربة ولهذا لو اشترط العمل على رب الارض تفسد المزارعة كما سيأتي - كما تفسد المضاربة لو اشترط العمل على رب المال . ثم ان المزارعة لازمة من قبل من لا بذره حتى لا يملك القسح الا بمذرع غير لازمة من قبل من له البذر قبل القاء البذر في الارض حتى يملك القسح من غير عذر حذراً من اتلاف بذره - بخلاف المساقاة فانها لازمة من الجانبين لعدم لزوم الاتلاف فيها رد المختار عن البرازية وانظر ما سنكتبه في شرح المادة ١٤٣٨

المادة ١٤٣٢ * ركن المزارعة الايجاب والقبول فاذا قال صاحب الاراضي للفلاح اعطيتك هذه الارض مزارعة على ان حصتك من الحاصلات كذا وقال الفلاح قبلت او رضيت او قال قولاً يدل على الرضي او قال الفلاح لصاحب الارض اعطني ارضك على وجه المزارعة لا عمل فيها ورضي الآخر تنعقد المزارعة *

كما هو الحكم في جميع العقود ثم بعد هذا يشترط اصحتها شروطاً يأتي ذكرها . ان توفرت جميعها انعقدت صحيحة والا فاصدة . ولا مخالفة بين ما هنا وبين عبارة الدر حيث قال واركناها اربعة ارض و بذر وعمل وبقراه ، لان المراد بالركن هنا ما به يقوم عقد الزراعة والمراد به في عبارة الدر ما به يقوم فعلها تأمل .

المادة ١٤٣٣ - * كون العاقدين عاقلين في المزارعة شرط وكونهما بالغين ليس بشرط فيجوز للصبي المأذون عقد المزارعة *

ذكر في الهندية ان الشرايط الصحيحة لعقد الزراعة ، انواع بعضها يرجع الى المزارع وبعضها يرجع الى آلة المزارعة وبعضها يرجع الى المزرع وبمعضها يرجع الى الخارج من المزرع وبعضها يرجع الى المزرع فيه وهو الارض وبعضها يرجع الى مدة الزراعة - اما الذي يرجع الى المزارع فنوعان الاول ان يكون اقلا فلا تصح مزارعة المجنون والصبي الذي لا يعقل المزارعة واما البلوغ فليس بشرط لجوازها - حتى تجوز مزارعة الصبي العاقل المأذون دفعة واحدة . وكذلك الحرية ليست بشرط فتصح مزارعة المأذون دفعة واحدة والثاني ان لا يكون مرتدأ على قياس قول ابي حنيفة وعندها هذا ليس بشرط . ومزارعة المرتد نافذة للحال اه واما الذي يرجع الى المزرع فقد اشار اليه بقوله .

المادة ١٤٣٤ = * بشرط تعيين ما يزرع بعني ما يبذر او تعميمه على ان يزرع الفلاح ما شاء *

اتي بالعناية اشارة الى ان حقيقة المزرع هي الانبات وهو فعل الخالق تعالى قال الله تعالى * انتم تزرعونها ونحن المزرعون * فاطلاقه على اتمام البذر في الارض كاهنا ، مجاز من اطلاق لفظ المسبب على السبب كما في الزيلعي وغيره . ثم ان تعيين ما يزرع او تعميمه ، انما يكون شرطا لصحة المزارعة ، اذا كان البذر من قبل العامل ، لان بعض ما يزرع اضر بالارض من بعض آخر وقد علمت ان المزارعة لازمة في حق من لم يكن منه البذر فيتضرر صاحب الارض بزرع ما يضر بالارض . وبالتعميم يكون راضياً بالضرر - اما اذا كان البذر من قبل رب الارض ، فلا يشترط التعيين ولا التعميم لان المزارعة في حقه حينئذ غير لازمة وله ان يزرع ما شاء .

لا يقال ان الاجر بعض الخارج واعلام جنس الاجر شرط ، لانا نقول عند اتمام صاحب الارض البذر بصير الاجر معلوماً . والاعلام عند التأكد يكون بمنزلة الاعلام وقت العقد افاده في الهندية . ثم ان فسادهما يهدم التعيين او التعميم

إذا كان البذر من قبل العامل ، موقت بمدة كونها لم تزرع - حتى كان لصاحب الأرض فسخها للفساد فإذا زرعها شيئاً انقلبت جائزة لان صاحب الأرض خلى بين العامل وبينها وتركها في يده حتى اتى البذر فقد تحمل الضرر فيزول الفساد فتجوز افاده في الهندية . وذكر في حاشية الشلبي عن شرح الطحاوي ، ان صاحب الأرض لو شرط على المزارع ان يزرع شيئاً معلوماً فزرع غيره ، يكون مخالفاً سواء اضر بالأرض او لم يضر ، لان الاجرة هنا بعض الخارج والخارج يختلف باختلاف الزرع فإذا شرط الخنطة فقد رضي ان تكون اجرتها خنطة فإذا زرع الشعير ، صار مخالفاً - بخلاف ما اذا أجرها بدراهم والمسئلة بجالها فانه لا يكون مخالفاً الا اذا زرعها ما هو اكثر ضرراً مما عينه واذا كان مثله او دونه ، لا يكون مخالفاً لان بطلان العقد هنا لاجل المضرة اه . ملخصاً . والظاهر ان الواجب على المزارع اذا خالف ، نقصان الأرض فليتأمل وليجرح

واعلم ان المراد بتعيين ما يزرع ، بيان جنسه لا قدره كما في عامة التون قال في الدر : لعلمه اي القدر باعلام الأرض و شرطه يعني بيان القدر (في الاختيار اه) ونقله في رد المحتار عن الخانية ثم قال ما نصه : ومفاد التعليل ان معرفة الأرض شرط لكن في الخانية ايضاً : وينبغي ان يكون العامل يعرف الأرض لانه اذا لم يعلم ، والأراضي متفادته لا يصير العمل معلوماً اه . اقول : لا ينبغي ان ما يفى الخانية هو عين ما افاده التعليل فلا وجه للاستدراك . وتوجيهه بان معرفة الأرض لو كانت شرطاً ، لقال في الخانية يجب بدلاً عن قوله ينبغي ، او بان قوله ينبغي ، يبحث منه فلا تثبت به الشرطية ، مدفوع بما سيأتي التصريح به في شرح المادة ١٤٣٦ عن الهندية معزباً للبدائع - من ان كون الأرض معلومة شرط حتى لو كانت مجهولة لا تصح المزارعة لانها تؤدي الى المنازعة اه . فينبغي في عبارة الخانية بمعنى يجب واليه يشير التعليل بقوله لانه اذا لم يعلم الخ . وبهذا تعلم ايضاً ان ما في رد المحتار من قوله وقد يقال ان القللا ليس بشرط ان علمت الأرض والا فهو شرط وبه يحصل التوفيق بين ما في الخانية وبين ما في الاختيار ، غير مسلم لان اشتراط كون الأرض معلومة ، متفق عليه لعله اخرى وهو ان جهالتها تؤدي الى المنازعة كما مر عن الهندية ، وانها اذا لم تعلم ، لا يصير العمل معلوماً كما مر عن الخانية

المادة ١٤٣٥ = * يشترط حين العقد تعيين حصة الفلاح جزءاً
شائباً من المحاصلات كالنصف والثلث وان لم تتعين حصة او تعينت
على اعطاء شيء من غير المحاصلات او على مقدار كذا مد آمن المحاصلات
فالزراعة غير صحيحة *

هذا الشرط يرجع الى الخارج من الزرع قال في الهندية : وهو انواع منها
ان يكون مذكوراً في العقد حتى لو سكت عنه فسد العقد - ومنها ان يكون
لها حتى لو شرط ان يكون الخارج لاحدهما لا يصح العقد - ومنها ان يكون
حصة كل واحد من المزارعين بهض الخارج حتى لو شرط ان تكون من غيره ،
لا يصح العقد لان معنى الشركة لازم لهذا العقد فكل شرط يكون قاطعاً للشركة
يكون مفسداً للعقد - ومنها ان يكون ذلك البعض من الخارج ، معلوم القدر
من النصف او الثلث او الربع او نحوه - ومنها ان يكون جزءاً شائباً من الجملة - حتى
لو شرط لاحدهما قفزان معلومة ، لا يصح العقد - وكذا اذا ذكر اجزاً شائباً
وشرطاً زيادة افضة معلومة ، لا تصح المزارعة . وعلى هذا اذا شرط لاحدهما البذر
لنفسه وان يكون الباقي بينها ، لا تصح المزارعة لجوزان لا تخرج الارض الا قدر
البذراء وذكروا في الدر وحواشيه انه يفسد ما ان يشترط لاحدهما ما يخرج من
موضع معين وكذا اشتراط رفع رب البذر بذره او رفع الخراج الموظف وتخصيف
الباقي اذ يحتمل ان لا تخرج الارض الا ذلك المشروط فتقطع الشركة . وكل ما
يوهدي الى قطع الشركة في الخارج مفسد لما - بخلاف اشتراط رفع خراج المقاسمة
كثلث او ربع او رفع العشر سواء كان عشر الارض بأن كانت الارض عشرية
او عشرأ لاحدهما والباقي بينهما فانه يجوز ، لانه مشاع فلا يوهدي الى قطع الشركة .
وهذه حيلة لرب الارض اذا اراد ان يرفع بذره ولو لم يشترط عشر الارض على

واحد منها - ان كان البذر من رب الارض ، فعليه ولو من العامل ، فعليها . وهو تفصيل حسن . وتفسد لو شرط التبن لاحدهما والحب للآخر لقطع الشركة فيما هو المقصود - وكذا لو شرط تنصيف الحب بينهما وان يكون التبن لغير رب البذر لانه خلاف مقتضى العقد ولانه يؤدي الى قطع الشركة اذ ربما يصبب الزرع آفة فلا يخرج الا التبن وكذا لو شرط تنصيف التبن والحب لاحدهما لقطع الشركة في المقصود وكذا لو شرط تنصيف التبن وسكت عن الحب لعدم تعيين حصة المزارع فيما هو المقصود . وانصح ان شرط تنصيف الحب وان يكون التبن لصاحب البذر لانه شرط هو موجب العقد وكذا اذا لم يتعرض للتبن ، يصح وبكوت التبن لرب البذر وقيل بينهما تبعاً للعب . والاول ظاهر الرواية وهو الموافق للعرف اهـ ملخصاً وذكر في الهندية : ان بينا نصب احدهما ، ينظران بينا نصب من لا بذر من جهته جازت المزارعة قياساً واستحساناً وان بينا نصب من كان البذر من جهته جازت المزارعة استحساناً اهـ

المادة ١٤٣٦ - * يشترط كون الارض سالحة للزراعة وتسلمها

الى الفلاح *

هذا الشرط يرجع الى المزروع فيه وهو الارض قال في الهندية : وهو انواع منها ان تكون سالحة للزراعة حتى لو كانت سبخة او تراب ، لا يجوز العقد اما اذا كانت سالحة للزراعة في المدة لكن لا يمكن زرعها وقت العقد لعارض من انقطاع الماء او من زمان الشتاء ونحوه من العوارض التي هي على شرف الزوال في المدة تجوز مزارعتها - ومنها ان تكون معلومة فان كانت مجهولة ، لا تصح المزارعة لانها توهدى الى المنازعة ولو دفع الارض مزارعة على ان ما يزرع فيها حنطة فكذا وما يزرع فيها شعيراً فكذا فسد العقد لان المزروع فيه مجهول وكذا لو قال على ان يزرع بعضها حنطة وبعضها شعيراً لان التنصيص على التبعيض ، تنصيص على التجهيل . ولو قال على ان ما زرعت فيها حنطة فكذا ، وما زرعت فيها شعيراً

فكذا ، جاز لانه جعل الارض كلها ظرفاً لزرع الحنطة او لزرع الشعير فانعدم
التجهيل - ومنها ان تكون الارض مسلمة الى العاقد مخللة وهو ان يوجد من
صاحب الارض التخاية بين الارض والعامل حتى لو شرط المحل على رب الارض
او اشترط عملها جميعاً لا تصح المزارعة لانعدام التخاية . والتخاية ان يقول
صاحب الارض للعامل سلمت اليك الارض . ومن التخاية ان تكون الارض
فارغة عند العقد ، فان كان فيها زرع قد نبت يجوز العقد ويكون معاملة لا
مزارعة وان كان فيها زرع قد ادرك ، لا يجوز لان الزرع بعد الادراك لا يحتاج
الى المحل فتعذر تجويزها معاملة اه

* تسمية *

يبقى من الشرائط ما يرجع منها الى آلة الزراعة وما يرجع منها الى مدة
المزارعة - اما الاول فيشترط ان يكون البقر في العقد تاباً فان جعل مقصوداً في
العقد ففسد المزارعة . واما الذي يرجع الى المدة فيشترط ان تكون المدة معلومة
فلا تصح المزارعة الا ببيان المدة لتفاوت وقت ابتداء المزارعة - حتى انه لو
كان في وضع لا يتفاوت ، يجوز من غير بيان المدة وتقع المزارعة على اول زرع
يخرج . وان بينا وقتاً لا يتمكن فيه المزارع من الزراعة ، فسدت المزارعة وكذلك
اذا بينا مدة لا يعيش احدهما الى مثلها غالباً لا تجوز هندية . وفي الخانية : ولو
ذكروا للمزارعة سنة فزرع واستحصد الزرع وبقي الى تمام السنة ، ما لا يتمكن
فيه من الزراعة ، لا تبقى المزارعة لانه لا فائدة في بقائها اه - وذكر في الخانية
ايضاً ، انه يشترط صحة المزارعة ببيان من كان البذر من قبله لان البذر اذا
كان من قبل صاحب الارض كانت المزارعة استئجاراً للعامل - وان كان البذر من
قبل العامل كانت المزارعة استئجاراً للارض فكان المدة ودعايه مجهولاً واحكامه مختلف
ايضاً فان العقد في حق من لا بذر منه يكون لازماً في الحال وفي حق صاحب
البذر لا يكون العقد لازماً قبل القاء البذر ولهذا لو دفع الى رجل ارضاً وبذراً
مزارعة كانت جائزة . ثم ان رب الارض اخذ الارض والبذر وزرعها كان
ذلك نقضاً للمزارعة ولا يكون اعانة وقال الفقيه ابو بكر البلخي اذا سكننا عن

بيان من كان البذر من قبله ، يحكم فيه العرف ان كلن في موضع يكون البذر من قبل
العامل او من قبل صاحب الارض ، يعتبر فيه عرفهم ويجعل البذر على من كان
البذر منه في عرفهم ان كان العرف مستمراً وان كان مشتركاً لا تصح المزارعة .
وهذا اذا لم يذكر اللفظ بعلم به صاحب البذر فان ذكر اللفظ يدل عليه بأن قال
صاحب الارض دفعت اليك الارض لتزرع لي واستأجرتك لتعمل فيها بنصيب
كذا من الخارج ، يكون بياناً لكون البذر من قبل صاحب الارض وان قال
لتزرعها لنفسك ، كان بياناً لكون البذر من قبل العامل اهـ وذكر في الهندية
عازياً للذخيرة ما نصه : وقد ذكر ابن رستم عن محمد رحمه الله تعالى في نوادره ان
من قال لتبهر اجرتك ارضي هذه سنة بالنصف او قال بالثلث ، يجوز والبذر على
المزارع ولو قال دفعت اليك ارضي مزارعة او اعطيتك ارضي مزارعة بالثلث ،
لا يجوز اذ ليس فيه بيان من عليه البذر وانه شرط ولو قال استأجرتك لتزرع
ارضى هذه بالثلث فهو جائز والبذر على رب الارض اهـ

المادة ١٤٣٧ - * اذا فقد شرط من الشروط المذكورة

تكون المزارعة فاسدة * *

ومما يفسدها شرط العمل على صاحب الارض لان ذلك يمنع التسليم كما يفى
الهندية وتقدم التنبيه عليها ومنها شرط البقر على صاحب الارض اي مع كون
البذر على العامل كما يأتي قريباً - ومنها شرط الحصاد والرفع الى البدر والدياس
والتذرية .

والاصل ان كل ما يحتاج اليه الزرع قبل ادراكه وجفافه ما يرجع الى
اصلاحه من السقي والحفظ وقلم الحشاوة وحفر الانهار ونحوها فعلى المزارع - وكل
عمل يكون بعد نياح الزرع وادراكه وجفافه قبل قسمة الحب مما يحتاج اليه لخلوص
الحب وتبينته ، يكون بينها على شرط الخارج - وكل عمل يكون بعد القسمة من الحمل الى
البيت ونحوه مما يحتاج اليه لاحتراز المقسوم ، فعلى كل واحد في نصيبه . وعن ابي يوسف

رحمه الله تعالى انه اجاز شرط الحصاد والرفع الى البيدر والهداس والتذرية على المزارع ، لتعامل الناس وبعض مشايخنا ما وراء النهر يفتون به ايضاً وهو اختيار نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة من مشايخ خراسان قالوا هذا كله يكون على العامل شرط او لم يشترط بحكم العرف . قال شمس الائمة السرخسي وهذا هو الصحيح في في ديارنا وعن الشيخ ابي بكر محمد بن الفضل ، انه كان اذا استفتى ، يقول فيه عرف ظاهر كذا في الهندية قلت وعليه العرف السابع في ديارنا وان لم يصرحاً باشتراطه . وما يفسدها اشتراط التبن ان لم يكن البذر من قبله — ومنه ان يشترط صاحب الارض على المزارع عملاً يبقى اثره ومنفعته الى ما بعد انقضاء مدة المزارعة كبناء الحائط والشرفة واستحداث حفر النهر ورفع المسناة ونحو ذلك . واما الكراب فان شرطه في العقد مطلقاً عن صفة التثنية قال عامتهم لا تفسد المزارعة وهو الصحيح وان شرطه مع التثنية ففسدت المزارعة لان التثنية اما ان تكون عبارة عن الكراب مرتين مرة للزراعة ومرة بعد الحصاد ليرد الارض على صاحبها مكروبة وهذا شرط مفسد لا شك فيه لان الكراب بعد الحصاد ليس من عمل هذه السنة واما ان تكون عبارة عن العمل مرتين قبل الزراعة فانه عمل يبقى اثره ومنفعته الى ما بعد المدة فكان مفسداً — حتى لو كان في موضع لا يبقى منفعته لا تفسد كذا في الهندية .

واعلم ان الاركان التي تقوم بها لزراعة اربعة ارض وبذر وبقر وعمل وهي بالتقسيم الفعلي على المتعاقدين على صيغة اوجه لانه اذا كان من احدها احدها ولثلاثة من الآخر فهي اربعة واذا كان من احدها اثنان واثنان من الآخر فهي ثلاثة . ثم ان مسابيل المزارعة في الجواز وانفساد ، مبنية على اصل وهو انها تنمقد اجارة وتتم شركة . اذا علمت هذا تعلم ان المزارعة تصح في ثلاثة اوجه من الصيغة المذكورة وهي ان تكون الارض والبذر من واحد والبقر والعمل من الآخر — او تكون الارض وحدها منه والباقي من الآخر — او يكون العمل وحده منه والباقي من الآخر . ونما صحت في هذه الثلاثة لا علمت من ابن من جوزها انما جوزها على انها اجارة في الايتداء ففي الصورة الاولى يكون صاحب البذر والارض مستأجراً للمال وبقره نبع له لا تحاذ منه شيئاً لان البقر آله فصار كمن استأجر

خياطاً ليخيط له بايرته والاجر يقابل عمله دون الآلة فيجوز - وفي الصورة الثانية يكون صاحب البذر مستأجراً للارض باجر معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدراهم في الذمة - وفي الصورة الثالثة يكون صاحب البذر مستأجراً للعامل وحده بلا بقر باجرة معلومة من الخارج فيجوز ، لكن استأجر خياطاً ليخيط له قميصاً بايرة من عند صاحب الثوب ، والاصل فيها ان صاحب البذر هو المستأجر فتخرج المسائل على هذا كما علمت .

وتفسد المزارعة في الالوجه الاربعة الباقية وهي ان يكون الارض والبقر لاحدهما والاخران للآخر - او يكون البقر والبذر له والاخران للآخر - او البقر له والباقي للآخر - او البذر والباقي للآخر - اما الاول وهو ما اذا كانت الارض والبقر لواحد والعمل والبذر لآخر فلان صاحب البذر استأجر الارض واشترط البقر على صاحب الارض ، مفسد الاجارة لان البقر لا يمكن ان يجمل تبعاً للارض لان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان منفعتها الانبات ومنفعة البقر الشق وبينها اختلاف وشرط التبعية الاتحاد فصار شرطاً مفسداً - بخلاف ما اذا كان البقر مع العامل حيث يجوز ، لان البقر امكن جعله تبعاً للاتحاد منفضها لان منفعة البقر صلاحية بتمام العمل كبايرة الخياط . واما الثاني وهو ما اذا كانت البذر والبقر لواحد والباقي لآخر ، فلما ذكرنا ان الارض لا يمكن جعلها تبعاً لعمله لاختلاف المنافع ففسدت المزارعة . واما الثالث ، وهو ما اذا كان البقر من واحد والباقي من الآخر ، فانه وان كان ينبغي جوازه قياساً على العامل وحده او الارض وحدها - الا ان القياس ان لا تجوز المزارعة كما هو قول الامام لما فيها من الاستئجار ببعض الخارج وانما ترك بالاثروهو ورد في استئجار العامل او الارض فيقتصر عليه . واما الرابع ، وهو ما اذا كان البذر من واحد والباقي من الآخر ، فلان الارض لا يمكن جعلها تبعاً لعمله كما قلنا في الثاني فيصير رب البذر مستأجراً للارض والبقر والعامل جميعاً بالبذر . وهذا لم يرد به الشرح . هذا ما خص ما في الدرر وحواشيه والهداية والزبلي وحاشية الشلي . وقد نظم العلامة ابن عابدين الالوجه السبعة ما يصح منها وما يفسد كما ذكره في تنقيح الحامدية فقال :

ارض وبذر كذا ارض كذا عمل من واحد ذي ثلاث كلم - اوقات
والبذر مع بقر او لا كذا بقر لا غير او مع ارض اربع بطلت
ووضع جدولاً للصور السبعة بين فيه ما يجوز منها وما يفسد هكذا :

واحد	لاخر	واحد	لاخر	واحد	لاخر
ارض وبذر	بقر وعمل	عمل فقط	ارض وبقر وبذر	ارض فقط	عمل وبقر وبذر
جائز	جائز	جائز	جائز	جائز	جائز

واحد	لاخر	واحد	لاخر	واحد	لاخر
ارض وبقر	عمل وبذر	ارض وعمل	بقر وبذر	بقر فقط	ارض وبذر وعمل
فاصد	فاصد	فاصد	فاصد	فاصد	فاصد

واحد	لاخر
بذر فقط	ارض وعمل وبقر
فاصد	فاصد

ثم اعلم ان المحصر في هذه الصور السبعة مبني على ان بعض هذه الاركان
الاربعة من واحد والباقي من آخر كما رأيت . اما لو كانت بعضها من واحد
والباقي منها او بعضها منها والباقي من واحد فهي اكثر من سبعة كما لا يخفى -
وكذلك لو كانت المزارعة بين اكثر من اثنين - اما الاول وهو ما اذا كان
بعضها من واحد والباقي منها الخ ، فلم يذكر وانه ضابطاً يستخرج منه ما تصح به
المزارعة وما تفسد . ومن مسائل هذا القسم ما في الخانية ونحوه : فان كانت الارض
لاحدما وشروطا ان يكون البذر منها ان شرط العمل على غير صاحب الارض
وشروطا ان يكون الخارج بينها نصفين ، كانت فاسدة ، لان صاحب الارض
بصير قائلاً للعامل ازرع ارضي ببذري على ان يكون الخارج من بذري كله لي وازرع
ارض ببذرك على ان يكون الخارج من بذرك كله لك كان فاسداً لان هذه
مزارعة بجميع الخارج بشرط اعارة نصف الارض من العامل - وكذا لو

شرطان ان يكون الخارج بينهما اثلاثا ثلثاه للعامل وثلثه لصاحب الارض او على العكس كان فاسداً لان فيه اعارة الارض اه قال في تنقيح الحامدية : والظاهر ان مثل هذه الصورة ١٠٦ بقع كثيراً في زماننا من كون العمل من واحد والارض من آخر والبقر والبذر منها لوجود العلة المذكورة . ثم قال في الخانية : واذا فسدت المزارعة كان الخارج بينها على قدر بذرها ويسلم لصاحب الارض ما اخذ من الخارج ، لانه نماء ملكه حصل في ارضه وله على الآخر اجر نصف الارض لان الآخر استوفى منفعة ارضه بعقد فاسد . وما اخذ من الخارج يطيب له لانه نماء ملكه في ارضه ويطيب للعامل قدر بذره ويرفع من الباقي اجر نصف الارض وما انفق ايضاً ويتصدق بالفضل ، لان الزيادة حصلت له من ارض الغير بعقد فاسد ولو كانت الارض لاحدهما والبذر منهما وشرط العمل عليها على ان يكون الخارج بينهما نصفين ، جاز لانه كل واحد منهما عامل في نصف الارض يبذره فكانت هذه اعارة نصف الارض لا بشرط العمل له بخلاف الاول اه . قال في رد المحتار اي فلم تكن مزارعة حتى يقال شرط فيها اعارة . وفي الهندية : رجل له ارض اراد ان يأخذ بذراً من رجل حتى يزرعها ويكون الخارج بينهما نصفين ، فمن الجيلة له في ذلك ان يشتري نصف البذر منه ويبرئه الباعع من الثمن ثم يقول له ازرعها بالبذر كله على ان الخارج بيننا نصفين اه ثم قال في الخانية : ولو كانت الارض بينهما وشرطان ان يكون البذر والعمل من احدهما والخارج بينهما نصفان ، لا يجوز لان من لا بذر منه يكون قائلاً للآخر ازرع ارضك ببذرك على ان يكون الخارج كله لك وازرع ارضي ببذرك على ان يكون الخارج كله لي فكان في حقه العقد مزارعة بجميع الخارج فلا يجوز . ولو كان البذر من الدافع والعمل على الآخر والخارج بينهما نصفان لا يجوز ايضاً لان صاحب البذر شرط لصاحبه هبة نصف البذر او اقراض نصف البذر بمقابلة العمل له في نصف الارض وذلك باطل . وكذا لو شرطا ثلثي الخارج للعامل ، والثالث للدافع او بالعكس لان الدافع شرط لنفسه زيادة شيء من الخارج بمجرد البذر ولو كان البذر من العامل وشرطا ثلثي الخارج للعامل ، جاز لان من لا بذر له صار دافعاً ارضه مزارعة ليزرعها العامل يبذر العامل على ان يكون ثلث الخارج للعامل وذلك جائز . ولو كانت

الارض والبذر منها وشرطا العمل على احدهما على ان يكون الخارج بينها نصفين ،
جاز وبكون غير العامل مستعينا في نصيبه . ولو كانت الارض والبذر منها
فشرطا للدافع ثلث الخارج ولشئين للعامل ، لا يجوز في اصح الروايتين لان الخارج
نماء بذرها فاذا كان البذر منها كان الخارج مشتركا بينها فصاحب الثلثين انما
ياخذ الزيادة بحكم العمل ومن عمل في محل مشترك لا يستوجب الاجر . ولو شرطا
ثلثي الخارج للدافع ، لا يجوز ايضا لان الدافع شرط لنفسه شيئا من نصيب العامل
من غير ارض ولا بذر ولا عمل ولو كانت الارض لها وشرطا لثلي البذر على
الدافع على ان يكون الخارج بينها نصفين ، لا يجوز لان الدافع شرط لصاحبه
بمقابلة عمله اقراض سدس البذر ، ولو شرطا لثلي البذر على العامل على ان يكون
الخارج بينها نصفين ، لا يجوز لان الدافع في التقدير بصير كانه قال للعامل ازرع
ارضك ببذر على ان يكون الخارج لك وازرع ارضي ببذري وبذرك على ان
يكون الخارج لي وانها مزارعة بجميع الخارج فلا يجوز اه . واما الثاني وهو ما
اذا كان المزارعة بين اكثر من اثنين فقد وضعوا له ضابطا كما نقله في تنقيح الحامدية
عن البرازية والخلاصة والفصولين وهو ان كل وجه لا يجوز اذا كان المزارع واحدا ،
لا يجوز اذا كان اثنين قال في جامع الفصولين وعلى هذا لو اخذ رجلان ارض
رجل مزارعة على ان البذر من احدها والبقر والعمل من الاخر فالمزارعة فاسدة
والخارج لرب البذر وعليه اجر ارض وبقر وعمل

وجه الفساد ان المزارعة لا تجوز اذا كان البذر من واحد والباقي من آخر كما
نقدم فكنا اذا كان الباقي من اثنين فان الارض في هذه الصورة من ثان والعمل
والبقر من ثالث . ومنه ما في الخانية لو اشترك ثلاثة او اربعة ومن البعض البقر
وحده او البذر وحده ، فسدت قال في تنقيح الحامدية وعد في الفصل الثلاثين
من جامع الفصولين من الصور الفاسدة ، ما لو كان البذر لواحد والارض لثان
والبقر لثالث والعمل لاربع او البذر والبقر لواحد والارض لثان والعمل لثالث او
البذر والارض لواحد والبقر لثان والعمل لثالث او البذر والارض لواحد
والبقر لثالث والعمل لثالث . وتام الكلام فيه فراجعه ووجه ذلك بناء
على ما مر من الضابط ، انه اذا كان البذر وحده او البقر وحده او كل

منها من احدها والباقي من آخر لا يجوز فكذا اذا كان الباقي من اثنين او ثلاثة اه

المادة ١٤٣٨ = * كيفما شرط العاقدان في المزارعة الصحيحة
تقسم الحاصلات بينهما كذلك *

لما تقدم من ان المزارعة تكون شركة في الخارج انتهاء فكان من احكامها ان يكون الخارج بينها على ما شرطا حتى لو لم تخرج الارض شيئاً او اصطلم الزرع آفة فلا شيء لو احد منها على صاحبه ومن احكامها جواز الزيادة على الشرط الذي شرطاه من نفس الخارج والحط عنه . والاصل ان كل ما احتمل انشاء العقد عليه احتمل الزيادة وما لا فلا والحط جائز في الحالين جميعاً والزيادة او الحط في المزارعة على وجهين اما ان يكون من المزارع واما ان يكون من صاحب الارض ولا يخلو ا ان يكون البذر من المزارع واما ان يكون من صاحب الارض فبعد ما استحصد الزرع والبذر من قبل العامل وكانت المزارعة على النصف مثلاً فزاد المزارع صاحب الارض السدس في حصته وجعل له الثلثين ورضي به صاحب الارض ، لا تجوز الزيادة والخارج بينهما على الشرط . وان زاد صاحب الارض المزارع السدس في حصته وتراضيا ، فالزيادة جائزة لان الاول زيادة عن الاجر بعد انتهاء عمل المزارع باستيفاء المفقود عليه وهو المنفعة وانها لا تجوز - والثاني حط عن الاجرة وانه لا يستدعي قيام العقود عليه . هذا اذا كان البذر من قبل العامل واذا كان البذر من قبل صاحب الارض فزاد صاحب الارض ، لا يجوز وان زاد المزارع جاز . هذا اذا زاد احدهما بعد ما استحصد الزرع فان زاد قبل ان يستحصد جاز ايها كان . ومنها ولاية جبر المزارع على الكراب يعني فلاحه الارض وعدمها . وهذا على وجهين اما ان شرطا الكراب في العقد او سكنا عن شرطه فان شرطاه ، يجوز عليه وان سكنا عنه بنظر ان كانت الارض مما تخرج الزرع بدون الكراب زرعا متنادا يقصد مثله في عرف الناس ، لا يجبر المزارع عليه وان كانت لا تخرج

اصلاً او تخرج شيئاً قليلاً لا يقصد مثله بالعمل يجبر على الكراب . وعلى هذا اذا امتنع المزارع عن السقي ان كانت الارض مما تكفي بماء السماء وتخرج زرعاً معناداً بدونه لا يجبر على السقي - وان كانت مما لا تكفي بماء السماء يجبر ومن احكامها ان هذا العقد غير لازم في جانب صاحب البذر ولازم في جانب الاخر - حتى لو امتنع بعد ما عقد عقد المزارعة وقال لا اريد زراعة الارض له ذلك سواء كان له عذر او لم يكن . ولو امتنع صاحبه ليس له ذلك الا من عذر ولو التقي البذر في الارض نصير لازمة من الجانبين حتى لا يملك احدهما الفسخ بعد ذلك الا بعذر هندية . وفي رد المحتار : انما لا يجبر رب البذر على المضي لانه لا يمكنه ذلك الا بانلاف بذره ولا بدري هل يخرج ام لا فصار نظير ما اذا استأجره لهدم داره ثم امتنع منع قال الرملي : اما اذا لم ياب لكن وجد عاملاً ارخص منه او اراد العمل بنفسه يجبر لهدم العلة بدل عليه التشبيه اذ لو لم يمتنع عن الهدم لكن وجد ارخص منه او اراد هدمها بنفسه ليس له ذلك . وعلى هذا للعامل تحليفه عند الحاكم على الامتناع لانه يجوز ان يريد غير ما اظهره وقد ذكر في الجوهره في - مثله بداء المستأجر عن السفر ما يفيد هذه الاحكام وهي كثيرة الوقوع تأمل اه . وذا كر في الدر وحواشيه ان رب الارض لو امتنع عن المضي فيها لكون البذر من قبله ، وقد كرب العامل في الارض فلا شيء له اي للعامل لان ما اتى به ، مجرد منفعة وهي لا تنقوم الا بالعقد والعقد قومه يجزه من الخارج وقد فات . وهذا قضاء واما ديانة فيلزمه استرضاءه بان يوفيه اجر مثله لانه صار مفروضاً بعمله من جهة رب الارض بالعقد اه

المادة ١٤٣٩ = * تكون كل الحاصلات في المزارعة الفاسدة

لصاحب البذر وللآخر اجرة ارضه ان كان صاحب ارض وان كان فلاحاً فله اجر المثل *

اي اجر مثل عمله غير ان اجر المثل لا يجب في المزارعة الفاسدة ما لم يوجد

استعمال الارض فاذا استعملها المزارع وجب اجر المثل ، وان لم يخرج الارض شيئاً لان اجر المثل يجب في الذمة ولا نفوت الذمة بدم الخارج - بخلاف المزارعة الصحيحة فانه لا يجب شيء اذا لم يخرج الارض شيئاً ، لان استحقاقه ، الشركة ، في الخارج فيفوت الاستحقاق بصدمه ولا يزيد على المشروط عندهما . وعند محمد يجب تماماً اي بالغاً ما بلغ . وهذا اذا كان حصة كل واحد منهما مساة في المقدر . وان لم تكن مساة ، يجب تماماً بالاجماع

والخاص ان الخارج كله يكون لصاحب البذر ، لانه نماء ملكه سواء كان البذر من رب الارض او من المزارع . ثم ان كان البذر من قبل صاحب الارض كان للعامل عليه اجر مثل عمله - وان كان من قبل المزارع ، كان عليه لرب الارض اجر مثل ارضه . ولو كان البقر مشروطاً على رب الارض ، استحق اجر مثل الارض والبقر في الصحيح وقيل اجر مثل الارض مكروبة . ثم ان البذر اذا كان من قبل رب الارض وغرم للعامل اجر مثله ، فالخارج كله طيب له واذا كان من قبل العامل وغرم لصاحب الارض اجر مثل ارضه ، فالخارج كله لا يطيب له بل يأخذ من الزرع قدر بذره وقدر اجر مثل الارض ويطيب له ذلك ويتصدق بالفضل كما تقدم ولا يعتبر اجرة نفسه لعدم المقدر على منافعه لانه صاحب الاصل الذي هو البذر . واذا اراد رب الارض والمزارع ان يطيب لهما الخارج في موضع فسدت فيه المزارعة عندهم جميعاً او عند ابي حنيفة القائل بعدم صحتهما ، وان استكلت شروط العمة عندهما ، ان يميزا نصيبهما ويقول رب الارض للمزارع وجب لي عليك اجر مثل الارض او تقصانها او وجب لك علي اجر مثل عملي ونيرانك وقدر بذرك فهل صالحتي على هذه الخنطة وعلى ما وجب لك علي عما وجب لي عليك فيقول المزارع صالحتي او يقول المزارع ذلك ايضاً ويقول رب الارض صالحتي فاذا تراضيا على ذلك ، جاز ويطيب لكل واحد منهما ما اصابه من الخنطة ، لان الحق بينهما لا يبدوهما فاذا تراضيا فقد زال الموجب للثبوت وهو كون الكسب بعقد فاسد

المادة ١٤٤٠ = اذا ماب صاحب الارض والزرع اخضر

قال الفلاح بدوام على العمل الى ان يدرك الزرع فلا يسوع لورثة المتوفي
منعه واذا مات الفلاح فوارثه قائم مقامه ان شاء داوم على العمل الى
ان يدرك الزرع فلا يسوع اصحاب الارض منعه *

لكن اذا قال الوارث لا اعمل ولا يجير عليه ويكون لصاحب الارض ثلاث
خيارات كما سيأتي وحاصل ما ذكره ان القياس ان تبطل المزارعة بموت احد
المتعاقدين لانها اجارة ابتداء وهي تبطل بموت احدها اذا عقداها لانفسهما كما تقدم
في الاجارة . وفي الاستحسان اذا مات احدها وقد نبت الزرع ، يبقى العقد حتى
يستحصد ذلك الزرع مراعاة للمعقنين - سواء كان البذر من قبل رب الارض او
من قبل العامل فيعمل العامل فيما اذا مات رب الارض او يعمل ورثته فيما اذا مات
هو . ولا تكون اجارة مبتدأة فلا يجب على العامل او ورثته شيء من اجرة الارض
فاذا حصد بقسم على ما شرطوا . ثم اذا كان العقد على اكثر من سنة يبطل سنة
الباقى على ما هو القياس كما يبطل لو مات رب الارض مثلاً قبل الزراعة . ولو كان
المزارع كرب الارض وحفر الانبار وسوى المسناة فلا شيء له في مقابلة ذلك
لان عمه تقوم بالخارج ولا خارج فلا يجب له شيء لا قضاء ولا ديانة - بغلاف
ما اذا امتنع رب الارض من المضي عليها لكون البذر من قبله حيث يقتضي ديانة
بارخاته باجرة البذر كما تقدم في شرح المادة ١٤٣٨

والفرق انه في المسئلة الاولى كان مغروراً من جهته بالامتناع باختياره ولم
يوجد ذلك هنا ، لان الموت يأتي بدون اختياره . وهذا اذا قال المزارع او ورثته
لا اقلع الزرع فان قال انقلعه وابتى عن العمل كان له ذلك ولا يجبر على العمل ،
لان الاستحسان في بقاء العقد كان مراعاة لحقه في الزرع فاذا رضي بالانقاص رجعت
الى القياس وهو يبطلانها وبثبت حينئذ رب الارض او ورثته ثلاث خيارات ان
شاءوا فاموا الزرع معه ويكون المقلوع بينهم وان شاءوا انقلعوا على الزرع بأمر
القاضي حتى يرجعوا على المزارع بجميع النفقة مقدراً بالحصة - وان شاءوا غرموا
حصة المزارع من الررع ويصير الزرع كله لهم

بقي ما اذا مات رب الارض بعد الزراعة قبل النبات هل تبقى المزارعة كما
اذا نبت او تبطل كما اذا لم يزرع ؟ اختلف فيه المشايخ هذا حاصل ما في الدر
وحوشيه والزبلي والهندية وغيرها . والظاهر ان اختلاف المشايخ في المسئلة
الاخيرة مبني على الخلاف في ان الفاء البذر في الارض هل هو استهلاك فلا يوجب
بقاء عقد الزراعة او هو استثناء فيوجبه كما متعلمه في المسائل الآتية . وهذا
الذي ذكرناه في موت احد المالكين - اما اذا لزم فسخ الزراعة اهذر كما اذا كان
على رب الارض دين لا وفاء له الا من ثمن الارض فان كان قبل الفاء البذر في
الارض ففسخ الزراعة وتباع بالدين لانها كالاجارة تفسخ بالاعذار وهذا عند
وليس للمعامل ان يطالبه بما كرتب الارض . حفر الانهار بشي لان المنافع لا تقوم
الا بالهدد وتقومها وقع بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شي . ولو نبت الزرع
ولم يستحصد لم تبع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق
المزارع والتأخير اهون من الابطال لكن يخرج القاضي المدينون من الحبس ان
كان حبسه به لانه لا لم يجز بيع الارض لم يكن هو ماطلاً فلم يكن ظالماً والحبس
جزاء الظلم بالمحاطلة ولا كذلك لو زرع الارض ولم تنبت بعد في رواية ، لانه
ليس لصاحب البذر في الارض عين مال قائم ، لان التبذير اي الفاء البذر في
الارض ، استهلاك ولهذا لو امتنع صاحب البذر عن المضي على المزارعة كان
عنداً لانه امتناع عن الاستهلاك فصار البذر مستهلكاً . والمستهلك ليس بمال فاذا
لم تكن له عين فيها تباع في الحال للدين كما تباع قبل الزراعة في الحال . وهل يضمن
له صاحب الارض مثل بذره على قول ابي يوسف نعم . وقال محمد تقوم الارض
مبدورة وغير مبدورة وبضمن ما زاد البذر ، لانا احتجنا الى قطع حقه للمال فتجب
القيمة للحال . وقيل لا تباع حتى تستحصد كما لا تباع بعد النبات حتى يستحصد ،
لان التبذير ليس باستهلاك وانما هو استثناء - الا ترى ان الاب والوصي يملكان
زراعة مال الصغير . ولو كان استهلاكاً لا ملكاه فكان البذر فيها عين مال فلا تباع كما
لا تباع بعد النبات زبلي مع زيادة من حاشيته للشلي . ولو لم يمت احدهما ولكن المزارع
قد كان اخر الزراعة فزرع آخر السنة واقضت السنة ، والزرع بقل لم يستحصد فاراد
رب الارض ان يقطع الزرع وابى المزارع ، لا يتمكن رب الارض من القلع وتثبت

اجارة بينها في نصف ارض الزرع حكماً - الى ان يستحصد الزرع ، صيانة لحق
المزارع في الزرع فيجب على المزارع نصف اجر مثل الارض لرب الارض ، وهذا
بمخلاف ما اذا مات المزارع فانه لا اجرة على العامل عن الارض ولا على صاحب
الارض شيء من العمل ونفقة الزرع - بل يكون جميعه على المزارع

والفرق ان هنا انتقضت مدة المزارعة وانتهى العقد فوجب اجرة المثل باجارة
مبتدأة ووجب عليها مائة الزرع بقدر ملكها لانه مال مشترك بينهما . وفي
صورة الموت قبل الادراك ابقينا عقد الاجارة استحساناً فامكن استمرار العامل او
ورثته على ما كان من العمل لبقاء العقد . ثم اذا وجبت عليها نفقة الزرع في
صورة انتقضاء المدة قبل الادراك ، ولو اتفق احدها على الزرع بغير امر القاضي وبغير
امر صاحبه فهو متطوع ، لانه لا ولاية له عليه ولا هو مضطر الى ذلك . ولو اراد
رب الارض ان يأخذ الزرع بقله ليس له ذلك ، لانه من الاضرار بالآخر .
ولو اراد المزارع ان يأخذه بقله ، فيقبل لصاحب الارض اقلع الزرع ان شئت فيكون
ينكما او اعطه قيمة نصيبه او اتفق انت على الزرع لترجع انت عليه بما انققت دفعا
للضرر عنه اه ملخصاً من الدر وحواشيه والزيلبي والهندية . وفيها ولو هرب العامل
قبل ان يستحصد الزرع فاتفق صاحب الارض بامر القاضي على الزرع حتى استحصد
ثم قدم المزارع فلا سبيل له على الزرع حتى يوفي صاحب الارض جميع نفقته ولا
بأمر القاضي بالاتفاق حتى يقيم البينة عنده على ما يقول ويقبل هذه البينة منه
ليكشف الحال بغير خصم فاذا اقام البينة كانت امر القاضي اياه كما مر المودع
لو كان حاضراً فيكون له ان يرجع بجميع ما اتفق وان اختلفا في مقدار النفقة
فأقول قول المزارع يبينه على العلم وتامه فيها

* فروع *

واذا قصر المزارع في سقي الارض حتى هلك الزرع ، لم يضمن المزارع في
المزارعة الفاسدة ويضمن في الصحيحة لوجوب العمل عليه فيها كما مر وهي في بدء
المانعة فيضمن بالتقصير . وفي السراخية اكار ترك السقي عمداً حتى ييس ضمن

وقت ما ترك السقي ، فيحتمه نابثا في الارض وان لم يكن للزرع قيمة قومت الارض
مزروعة وغير مزروعة فيضمن فضل ما بينها . اخر الاكار السقي ان تأخيراً معتاداً
لا يضمن والا ضمن . شرط عليه الحصاد بناء على ما هو الاصح من صحة اشراطه
عليه فتنازل حتى هلك ضمن - الا ان يؤخر تأخيراً معتاداً . ترك حفظ الزرع حتى
اكله الدواب ضمن . وان لم يرد الجراد حتى اكله كله ان امكن طرده ضمن والا
لا كذا في الدر متناً وشرحا . وهذا اذا لم يدرك الزرع فاما اذا ادرك فلا
ضمنان على المزارع بترك الحفظ هندية عن اللخيرة وسيأتي انه على العامل للعرف .
زرع ارض رجل بلا امره ، طالبه بحصة الارض - فان كان العرف جرى في
تلك القرية بالنصف او بالثلث ونحوه وجب ذلك . حرث بين رجلين ابي احدهما
ان يسقيه ، اجبر فلو فسد قبل رفعه للحاكم ، لا ضمان عليه وان رفع الامر الى
القاضي وامره بذلك ثم امتنع ، ضمن . وكون احد الشريكين يجبر هو احد قولين
ثانيتها انه لا يجبر ويقال للطالب اسقه وانفق ثم ارجع بنصف ما اتفقت . ونقل
الثاني في التارخانية عن جسامع الفتاوي مقصراً عليه . شرط البذر على المزارع
ثم زرعها رب الارض ان على وجه الاعانة فزراعة والا فتقض لها . دفع الارض
المستأجرة من الموءجر مزارعة ، جاز ، ان البذر من المستأجر - لا اذا كان من
الموءجر . وهذا التفصيل قول ابي يوسف وقال محمد لا يجوز سواء كان البذر من
الموءجر او المستأجر لان صاحب الارض يصير اجيراً بنصف ما يخرج من ارضه -
الا ان يكون استأجره بدرام وهو الاصح اعتمد . ولو ان المستأجر دفعها للموءجر
معاملة ، لا يجوز اتفاقاً . استأجر ارضاً ثم استأجرها صاحبها يعمل فيها عملاً غير
المعالمه ، جاز كذا في الدر متناً وشرحا مع زيادة من حاشية رد المحتار .

المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة ، انواع بعضها يرجع الى صاحب الارض
وبعضها يرجع الى المزارع - اما الاول فهو الدين الفادح الذي لا قضاء له الا
من ثمن هذه الارض يفسخ المقدم بهذا العذر اذا امكن الفسخ بان كان قبل
الزراعة على ما تقدم بيانه آنفاً - واما الثاني فنحو المرض لانه يعجز عن العمل
وكذا السفر لانه يحتاج اليه وكذا ترك حرفة الى حرفة لان من الحرف ما
لا يفتيه من جوع ، وكذا ما منع ينمعه عن العمل ويجب ان يكون فصل المرض

والسفر على التفصيل ان اخذه مزارعة ليحصل بنفسه واجرائه لا يكون مرضه او سفره عذراً وان يعمل بنفسه يكون عذراً هندية ملخصاً .

وفيها من الباب العاشر لو كان البذر مشروطاً على المزارع وزرعها المزارع فاستحق الارض آخر ، اخذها المستحق بدون الزرع وله ان يأمر المزارع بقامه ، وان كان بطلاً . ولا لترك الارض بيده باجارة الى ان يستحصل ويكون القلع عليه وعلى الدافع مناصفة . ثم المزارع بالخيار - ان شاء رضي بنصف المفلوع ولا يرجع على الدافع بشيء ، وان شاء رد المفلوع عليه وضمنه قيمة حصته من زرع له حتى اقرار . ثم يضمن المستحق نقصان الارض المزارع خاصة ويرجع المزارع على الذي دفع له الارض وهذا قولهما ، وقد محمد المستحق بالخيار ان شاء ضمن نقصان الارض الدافع وان شاء المزارع ، ثم يرجع به المزارع على الدافع وهو بناء على مسألة غصب العقار .

هذا اذا كانت البذر من قبل المزارع ، فان كان من قبل الدافع وامرها المستحق بالقلع وقاما ، فالمزارع بالخيار ان شاء رضي بنصف المفلوع ولا شيء له غيره وان شاء تركه للدافع ورجع عليه بأجر . مثل عمله على قول الفقيه ابي بكر الباخي وبقيمة حصته من الزرع على قول ابي جعفر . ولو ان المستحق اجاز المزارعة ، ذكر شيخ الاسلام ان الجواب فيه على التفصيل - ان كان البذر من جهة رب الارض لا تعين اجازته وان كان من قبل العامل ، صحت قبل المزارعة لا بعدها كمن اجر دار غيره شهراً فان اجازها لكها الاجارة قبل مضي المدة جاز وان بعدها لا اه . ثم نقل فيها عن المتني ، ان معنى صحة جواز اجازة الزراعة من المستحق ما ان لا يكون للمستحق بعد الاجازة ما ان يطالب المزارع بقلع الزرع وقبل الاجازة كان له ذلك ، لا ان يصير الزرع للمستحق رب الارض - بل جميع ذلك بين المزارع والدافع اه ملخصاً . زرع ارض غيره فلما حصد الزرع قال صاحب الارض كنت اجيري زرعها بيدي وقال المزارع كنت اكاراً وزرعت بيدي كلت القول قول المزارع ، لانها اتفقا على ان البذر كان في يده فيكون القول قول ذي اليد خانية وتما يبان مسائل الاختلاف الواقع بين رب الارض ، مبسوط في الباب الثاني والعشرين من مناهجة المهدي .

❖ الفصل الثاني ❖

❖ في بيان المساقاة ❖

المادة ١٤٤١ - ❖ المساقاة نوع شركة على ان يكون اشجار من طرف وتربية من طرف آخر ويقسم ما يحصل من الثمر بينهما ❖

وتسمى المعاملة في لغة اهل المدينة وبها عبر في كثير من العتبات كالخانية والهندية . ويقال هنا ما قلناه في شرح المادة (١٤٣١) من انه ليس المراد من هذه المادة تعريف المساقاة بل المراد منها ، ان جوازها معتبر بجواز المضاربة لان في المضاربة رأس المال من جهة والمحل من جهة اخرى ، وفي المساقاة الاشجار من جهة وتربيتها من جهة اخرى . وفيها ايضا اشارة الى بيان حكم من احكامها وهو الشركة في الثمر على ما شرطا اذا كانت صحيحة

واما تعريفها فهو كما في عامة المتون معاقدة على دفع الشجر الى من يصلحه بجزء من ثمره . والمراد من الشجر كل نبات بالفعل او بالقوة يبقى في الارض سنة او اكثر فيشمل جميع الاشجار حتى الحور والصفصاف لان المراد بالثمر في التعريف ما يتولد منه ويشمل اصول الرطاب والباذنجان والقوة وبصل الزعفران وخرج بذلك ما لو دفع الغنم والدجاج او دود القز او النحل بالمحلة ليقوم عليه بمحضته من ثمراته فانه لا يجوز - وكذا لو اعطاه بذر الفيلق ليقوم عليه وبمائه بالاوراق على ان الحاصل بينهما - فهو لرب البذر ، ولالرجل عليه قيمة الاوراق واجر مثله . وهي اي المساقاة كالزراعة حكما وهو انها تصح على المفتي به ، وخلافه اي بين الامام وصاحبيه ، وشروطها تمكن هنا - واما ما لا يمكن منها هنا فلا تشترط كشرط بيان البذر وجنسه ومن هو عليه وصلاحيته الارض للزراعة فانها غير ممكنة في المساقاة . وتحالف المساقاة المزراعة في اربعة اشياء الاول انها تعقد لازمة

من الطرفين فاذا امتنم احدهما عن المضي يجبر عليه - بخلاف المزارعة فان رب
البذر اذا امتنع قبل الاتقاء لا يجبر عليه كما تقدم الثاني اذا انقضت مدة المساقاة قبل
انتهاء الثمر تترك بلا اجر لان الشجر لا يجوز استنجاره وبعمل العامل ايضاً بلا اجر لانه
لما لم يجب عليه اجر الارض وجب عليه العمل بلا اجر - بخلاف المزارعة فان رب الارض
يستوجب اجرة مثل ارضه بعد انقضاء مدة الزراعة لان الارض يجوز استنجارها حينئذ
فلا يستوجب العمل في نصيبه على العامل بعد انقضاء المدة . الثالث اذا استحق النخيل
يرجع العامل باجر مثله وفي المزارعة بقيمة الزرع ثابتاً له حق القرار . وهذا اي
استحقاق العامل اجر مثله ، مقيد بما اذا كان النخيل فيه ثمر وقت الاستحقاق والا
فلا اجر له لان النافع اذ لم تصر عيناً لا تكون مضمونة - بخلاف ما اذا صارت
عيناً الرابع بيان المدة ليس بشرط في المساقاة للمعلم بوقته عادة فيقع على اول ثمر
يخرج فيكون اول المدة وقت العمل في الثمر المعلوم وآخرها وقت الادراك المعلوم
وقدمنا في المزارعة انه اذا كان لا يتدأ الزرع وقت معلوم عرفاً تجوز ايضاً وعليه
التنوي وعليه فلا فرق بين المزارعة والمساقاة من هذا الوجه هذا حاصل ما سفي
الدر وحواشيه

وذكر الزبلي ان المساقاة اذ لم تبين فيها المدة تجوز استحساناً لان وقت
ادراك الثمر معلوم وقلما يتفات فيه فيدخل ما هو المتيقن به . وادراك البذر في
اصول الرطبة في هذا ، بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط فيها بيان
المدة - بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف . والانتهاء مبني عليه فتدخله الجهالة
الفاحشة - وبخلاف ما اذا دفع له غرساً قد نبت ولم يثمر بعد معاملة حيث لا
يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الاراضي وضعفها تفاوتاً فاحشاً فلا يمكن
صرته الى اول ثمرة تخرج منه - وبخلاف ما اذا دفع نخيلاً او اصول رطبة على
ان يقوم عاينها حتى تذهب اصولها ونبتها لانه لا يعرف متى ينقطع النخيل او
الرطبات لان الرطبة تنمو ما دامت متر كبة في الارض فنكون المدة مجهولة
فتفسد المساقاة - وكذا اذا اطلق في الرطبة ولم يزد قوله حتى تذهب بخلاف
ما اذا اطلق في النخيل حيث يجوز وينصرف الى اول ثمر يخرج منه
والثري ان ثمر النخيل ، لادراكه وقت معلوم فينصرف اليه ولا يعرف في الرطبة

اول - جزة منه حتى لو كان معروفاً جاز لعدم الجهالة نصار كبذره وثمار النخل .
ولو اطلق في التخيل ولم يثمر في تلك السنة اتقضت الماملة فيها لانتهاء مدتها فان
مما مدة يعلم ان الثمر لا يخرج في تلك المدة فسدت المعاملة لغوات المقصود وهو
الشركة في الثمار وان ذكر امددة محتملة لطاوع الثمر فيها جازت المزارعة لعدم
التيقن بغوات المقصود . ثم ان خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد
وان تاخر فللعامل اجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطأ في المدة المساة نصار كما
لو علم ذلك من الابتداء - بخلاف ما اذا لم يخرج اصلاً فانه لا يتبين ان العقد
كان فاسداً فيبقى العقد صحيحاً ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه اهـ

المادة ١٤٤٢ - * ركن المساقاة الايجاب والتبول فاذا قال
صاحب الاشجار للعامل اعطيتك اشجاري هذه بوجه المساقاة على ان
تأخذ من ثمرتها كذا حصة وقبل العامل بعني الذي يربي الاشجار
تتعقد المساقاة *

لازمة من الطرفين بخلاف المزارعة كما تقدم ولا بد لصحتها من ان يقع العقد
على ما هو في حد النمو بحيث يزيد في نفسه بعمل العامل رد المختار فان كان
المدفوع نخلاً فيه طلع او بسر قد احمر او اخضر - الا انه لم يتناه عظمه جازت
المعاملة وان كان قد تناعي عظمه - الا انه لم يربط بالمعاملة فاسدة ويكون
الخارج كله لصاحب النخل مندبة . وللعامل اجر مثل عمله ان قام عليه وحفظه
حتى صار ثمرأ و كذلك الغنم وجميع الفاكهة في الاشجار وكذلك الزرع ما لم
يباغ الاستحصاد واذا استحصد لم يجز دفعه لمن يقوم عليه ببعضه والجواب فيه
كالاول رد المختار

* فرع *

يجوز اضافة المزارعة والمساقاة الى وقت في المثل قبل رد المختار عن البرازية ا

المادة ١٤٤٣ = * كون العاقدين عاقلين شرط *

فلا يجوز عقد من لا بعقل واما البلوغ فليس بشرط وكذا الحرية كما هو الحكم في المزارعة كأن تقدم

المادة ١٤٤٤ = * كون حصة العاقدين في عقد المساقاة جزءاً شامعاً كالنصف والثلث شرط ايضاً كما في المزارعة *

المراد انه بشرط ذكر حصة كل واحد من العاقدين او حصة العامل منها فقط كما في رد المختار. وفيه اشارة انه لا بد ان يكون الخارج لها فلو شرط ان يكون الخارج لاحدهما نسدت كما نفسد لو شرط ان تكون حصته من غير الخارج او شرطاً لاحدهما ففزان معلوماً ذكرنا جزءاً شامعاً وشرطاً زيادة انفزة معلومة الى آخر ما ذكرناه في شرح المادة ١٤٣٥

المادة ١٤٤٥ - * تسليم الاشجار الى العامل شرط *

المراد من التسليم التخيلية بين الاشجار وبين العامل كما في رد المختار حتى لو شرط العمل عليها نسدت لان هذا الشرط يمنع من التسليم

المادة ١٤٤٦ - * تقسيم الثمر في المساقاة الصحيحة بين العاقدين

على الوجه الذي شرط *

من النصف او الثلث او نحو ذلك لصحة الالتزام . وان لم يخرج شيء من
الثمر ، فلا شيء للعامل لان استحقاقه في الشركة في الثمر ولا ثمر . وهذا اذا كان
عقد المساقاة مطلقاً عن بيان المدة بحيث وقع العقد على اول ثمر يخرج - اما اذا
ذكر امددة يمكن فيها خروج الثمر ويمكن عدمه فخرج من الثمر شيء يرغب في
مثله في المعاملة ، فالحكم كذلك يعني يكون الثمر على ما شرطاً ولا شيء للعامل -
وكذا اذا لم يخرج ثمر اصلاً لآفة سماوية فانه لا شيء للعامل لصحة العقد حينئذ
اما اذا خرج شيء قليل لا يرغب في مثله او تأخر خروج جميع الثمر عن المدة
المضروبة كان للعامل اجر مثل عمله والذي يخرج من الثمر بعد المدة يكون
لرب الاشجار لانه بتأخر خروج ما يرغب في مثله في المساقاة تبين فساد عقد المساقاة
فصار كما اذا ضرب لها مدة لا يمكن فيها خروج الثمر كما قدمناه في شرح المادة ١٤٤١ .
واقاد في الحامدية اخذاً من كلامهم ، انه لو برز بعض يرغب في مثله من الثمر في
المدة وتأخر بعضه عن المدة ، كان للمساقي الحصة المشروطة فيها برز ولا شيء له
فيما تأخر بروزه عن المدة وانما له اجر مثل عمله عليه الى انتهاء المدة وانه لو
خرج في المدة شيء قليل لا يرغب في مثله في المعاملة تفسد ، وان تتابع خروجه
بعد انتهاء المدة فلترجع

المادة ١٢٤٧ - * يكون الثمر الحاصل في المساقاة الفاسدة

بتامه لصاحب الاشجار ويأخذ العامل اجر المثل *

صوابه اخرجت الاشجار تمراً او لم يخرج لان المساقاة الفاسدة بمعنى الاجارة
الفاسدة بجمع الأنهر . قال في الهندية : ومن احكام المساقاة الفاسدة ان وجوب
اجر المثل لا يجب على الخارج بل يجب وان لم يخرج الشجر شيئاً - واما ما نقله
الشارح اللباني عن بجمع الأنهر من ان الاشجار اذا لم يخرج شيئاً فلا شيء للعامل ،
فهو فرية بلا صرحة وانما ذكر هذا الحكم في المتقى وغيره في الاجارة الصحيحة كما
نبه عليه في شرحه بجمع الأنهر فليراجع . واقاد في الهندية ان اجر المثل يجب فيها

مقدراً بالمسمى لا يتجاوز عنه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعند محمد رحمه الله
تعالى يجب تماماً . وهذا الاختلاف اذا كانت حصة كل واحد منها مساة في العقد
فان لم تكن مساة يجب اجر المثل تماماً بلا خلاف اه
والظاهر انه اذا لم تخرج الاشجار ثمرأ يرتفع الخلاف ايضاً كما اذا لم تسم حصة
كل منها لمدم ما يرجع اليه حينئذ وليراجع

المادة ١٤٤١ - اذا مات صاحب الاشجار والاثار فجئة يقوم
العامل على العمل الى ان ينضج الثمر فلا يسوغ لورثة المتوفي منعه واذا
مات العامل فوارثه بكون قائماً مقامه ان شاء داوم على العمل فلا
يسوغ لصاحب الاشجار منعه

دفعاً للضرر عن الوارث وان شاء ترك العمل لانه رضي بالضرر فلا يجبر
عليه لكن حينئذ يختار الدافع بين ان يقسم الفسخ ، على الشرط ، وبين ان يعطي
الوارث قيمة نصيبه من الفسخ ، وبين ان ينفق على الفسخ باذن القاضي فيرجع بجميع ما
انفقه في حصة الوارث ان كان قدرها او دونها لا بالزائد عليها . وكذا لا يجبر ورثة
العامل هنا على العمل - كذلك لا يجبر العامل في الصورة الاولى ، وهي ما اذا
مات الدافع ، والتمس فسخ اي في - واذا رضي بالضرر وترك العمل ، كانت الخيارات
الثلاثة لورثة الدافع على ما وصفنا . ولو مات كل من الدافع والعامل فالخيار بين
العمل والترك لورثة العامل دفعاً للضرر عنهم فلو اتزمو للضرر وابتوا عن العمل لا
يجبرون عليه وكان لورثة الدافع الخيارات الثلاثة وكذا لو لم يمت احدهما بل
انقضت مدة المساقاة ، وثمر في كان الخيار للعامل ان شاء عمل ولا يسوغ
للدافع منعه - وان شاء ترك العمل وكان للدافع الخيارات الثلاثة المذكورة
والحاصل ان المساقاة كاللزعة تبطل بالموت وبمضي المدة لكن يبقى حكمها
استحساناً دفعاً للضرر ولم يفرقوا بين المساقاة والمزاعة في جميع هذه الاحكام

الأ من وجه واحد وهو انه في المسافة اذا كان البطلان لمضي المدة ، لا يجب على العامل اجر حصته من الشجر الى ان يدرك لان الشجر لا يجوز استنجاره - بخلاف المزارعة حيث يجب عليه اجر مثل الارض - وكذا العمل كله على العامل ، وفي المزارعة عليها وقد قدمنا هذا في شرح المادة (١٤٤١) هذا ماخص ما في الدر وحواشيه وغيرها قال في رد المختار : ثم اعلم ان ظاهر التقييد بأمر القاضي انه لا رجوع بدونه فتنبه اه - لكن ذكر في الهندية عن السراجية : دفع كرمه معاملة فوات العامل في السنة فانفق رب الكرم بغير امر القاضي لم يكن متبرعا ورجع به في الثمر ولا سبيل للعامل على الفلحة حتى يعطيه نفقته - وكذا في الزرع ولو غاب والمسئلة بمجالها لم يرجع اه فتأمل

* مسائل متفرقة *

دفع ارضا بيضاء بغيرس وتكون الارض والشجر بينهما ، لا تصح لاشترائط الشركة فيما هو موجود قبل الشركة فكان كقفيز الطحان فنفسد . والثمر والفرس لرب الارض تبعا لارضه وللآخر قيمة غرسه يوم الغرس واجر مثل عمله - كذا في التنوير وشرحه الدر .

قيد باشتراط كون الارض والشجر بينهما ، لانه لو شرط ان يكون هذا الشجر بينهما فقط تصح اذا ضربا لذلك مدة قال في الخانية : دفع اليه ارضا مضمدة معلومة على ان بغيرس فيها غرامسا على ان ما تحصل من الاغراس والثمار يكون بينهما ، جازاه وتصريحهم بضرب المدة صريح في فسادها بدمه - ووجهه انه ليس لادراكها مدة معلومة وهذه تسمى مناصبة وممارسة ويقولونها في زماننا بلا بيان مدة وقد علمت فسادها رد المختار . واذ افسدت اعدم المدة هل يكون الفرس والثمر لرب الارض وللآخر قيمة الفرس واجرته مثل عمله كما لو فسدت باشتراط بعض الارض لتساويها في العلة اجاب الرمي بجنك نعم قال وهي واقعة الفتوى . ونقل العلامة ابن عابدين في رد المختار عن الذخيرة والتتارخانية ، ما يفيد ان الغراس في هذه الصورة للغراس لا للدافع كما في الصورة الاولى وانه يكلف اقله ثم ادعى الفرق بين المسئلتين - وهو انه عند اشتراط نصف الارض يكون

العامل مشتملاً نصف الارض بالفراس المجهول فيفسد العقد فاذا غرسه في الارض باذن صاحبها فكان صاحبها فعل ذلك بنفسه فيصير قابضاً ومتهاماً بالملوك فيجب عليه قيمته واجر المثل - واما اذا كانت الفساد لعدم المدة فهو في معنى استئجار الارض بنصف الحارج واذا فسد العقد لعدم المدة بقي الفراس للفارس نظير ما مر في المزارعة انها اذا فسدت فالخارج لرب البذر . ومعلوم ان الفرس كالبذر اه مخلصاً وهو كلام وجيه . ثم قال : وينبغي لزوم اجر مثل الارض كما في المزارعة هذا ما ظهر لي اه . وهذا ليس بوجيه لان ابقاء الزرع بأجر المثل الى ان يدرك فيه نظر للجانين لان ادراك الزرع له وقت . معلوم بخلاف الشجر ولهذا كان . مستحق القلع كما يعلم مما نقله عن الدخيرة والتاريخانية فتأمل . ذهبت الربح بنواة رجل واقتتها في كرم آخر فنبت منها شجرة فهي لصاحب الكرم اذ لا قيمة للنواة وكذا لو وقعت خوخة في ارض غيره فنبتت لان الخوخة لا تنبت الا بعد ذهاب لحمها وبعد ذهاب العم لا قيمة للنواة (در) بخلاف الصيد اذا فرخت في ارض انسان او باضت لان الصيد ليس من جنس الارض ولا متصل بها

رد المختار

وتفسخ المساقاة بالبذر كالمزارعة كما في الاجارات . ومنه كون العامل عاجزاً عن العمل وكونه سارقاً يخاف على ثمره او سقته اي غصنه دفماً للضرر تنوير . وهل يحتاج في الفسخ الى قضاء القاضي فيه روايتان ذكرناهما في المزارعة . وهل سفر العامل عذر فيه روايتان قال في البرازية : والصحيح انه يوفق بينهما فهو عذر . اذا شرط عليه عمل نفسه وغير عذر اذا اطلق وكذا التفصيل في مرض العامل كذا في رد المختار

الاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كمتي وتلقيح وحفظ فعلى العامل وما بعده كجذاد وحفظ . فلهما ولو شرط على العامل فسدت اتفاقاً كذا في الدر عن الملتني قال في الهداية لانه لا عرف فيه اه . اقول مفاده انه لو كان فيه عرف لا يفسد وقد مرنا في شرح المادة ٤٣٧ ا عن ابي يوسف انه اجاز شرط الحصاد والرفع الى البيدر والديهاس والتذرية . على المزارع لتعامل الناس وبه يفنى بعض مشايخ ما وراء النهر وانه اختار نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة من مشايخ خراسان

حتى قال هذا كله يكون على العامل شرط او لم بشرط بحكم العرف وان شمس
الابنة السرخسي قال وهذا هو الصحيح في ديارنا الخ ومعلوم ان المسافة كالزراعة
في جميع الاحكام الا من وجه واحد ، قدمناه في شرح المادة السابقة فتأمل
وذكر في رد المحتار عن التارخانية ان اشترط ما لا تبقى منفعة بعد المدة
على المسافي كالتقيح والتأبير والسقي ، جازي وما تبقى منفعة بعدها كالفاء السرقين
ونصب المرائب وغرس الاشجار ونحو ذلك مفسد اه . من احكام المسافة الصحيحة
جواز الزيادة على الشرط والحط عنه . والاصل فيه ان كل موضع احتمل انشاء
العقد احتمل الزيادة والا فلا . والحط جازي في الموضعين فاذا دفع نخلاً بالنصف
معاملة فخرج الثمر فان لم يتناه عظمه جازت الزيادة منها ايها كان ولو تناهى عظم
البسر جازت الزيادة من العامل لرب الارض ولا تجوز الزيادة من رب الارض
للعامل شيئاً كذا في الهندية وتقدم نظيره في شرح المادة ١٤٣٨ في الزراعة .
دفع الشجر لشريكه مسافة لم يميز اذا شرط له اكثر من النصف واذا فسدت
فالخارج بينهما نصفان على قدر نصيبها في النخيل . ولا اجر للعامل لانه شريك
في عمل نفسه اصالة ولنغيره تبعاً فافعل في زماننا من المسافات مع
الشريك فاسد فليتنبه

وقيد بالمسافة لان الزراعة بين الشريكين في ارض وبذر منها ، تصح في
اصح الروايتين . والفرق كما في الذخيرة ، ان معنى الاجارة في المعاملة راجح على
معنى الشركة وفي الزراعة بالعكس - كذا في الدر وحواشيه . ونقل في رد المحتار
عن التارخانية ان مسافة احد الشريكين لاجنبي ولو بأذن الشريك الاخر لا
تصح مسافة احد الشريكين للآخر - خلافاً لما يجزه الزملي وسبقه الى ذلك صاحب
التنوير في فتاواه . دفع اليه معاملة ولم يقل له عمل برأيك فدفع الى آخره فالخارج
لمالك النخيل وللعامل اجر مثله على العامل الاول بالقما ما بلغ ولا اجر للاول لانه
لا يملك الدفع اذ هو ايجاب الشركة في مال الغير ، وعمل الثاني غير مضاف اليه لان
العقد الاول لم يتناوله رد المختار مختصراً وتماه فيه . دفع الي رجل كرمًا معاملة
وفيها اشجار لا تحتاج الى عمل سوى الحفظ ، قالوا ان كانت بحال لولم تحفظ لذهب
ثمرتها قبل الادراك جازت المعاملة ويكون الحفظ ههنا للنماء والزيادة . وان كان بحال

لا تُذهب ثمرتها قبل الادراك لو لم تحفظ ، لا تجوز المعاملة في تلك الاشجار ولا يكون
للعامل نصيب من ثمارها . ولو دفع شجر الجوز الى رجل معاملة قال الشيخ الامام
ابو بكر محمد بن الفضل جاز دفعها . معاملة وللعامل حصته . منها لانه يحتاج الى السقي
او الحفظ حتى لو لم يخرج الى احدهما لا يجوز كذا في الخانية . اكار غرس في
ارض الدافع تالة بامر فانت كانت التالة للدافع ، فالاشجار له وان كانت للاكار
وقد قال للاكار اغرسها لي فكذلك وللأكار قيمة التالة . ولو قال اغرسها ولم يقل لي
فغرسها بغراس من عنده ، فالغراس للغراس ويكافه المالك فاعلم . ولو قال اغرسها
على ان الاغراس انصافاً جاز - كذا في الهندية . دفع كرمه الى غيره . معاملة
وقام عليه العامل مدة ثم تركه ثم جاء عند الادراك يطلب الشركة ان كان رده على
صاحبها بعد ما خرجت الشجرة والجنب وصار بحال لو قطعت كان لها قيمة لا تبطل
شركته وهو الشرك على الشرط المتقدم - وان كان رده قبل خروج الشجرة او
بعد خروجها ، ولكن في وقت لو قطعت لم يكن لها قيمة فلا شركة فيها هندية عن الذخيرة .
دفع كرمه معاملة فثمر وكان الدافع واهل داره يدخلون الكرم كل يوم فيأكلون
منه ويحملون والعامل لا يدخل الا قليلاً - فان اكل اهل دار الدافع او حملوا
بغير اذن الدافع ، فالضمان عليهم دون الدافع كالاجنبي وان اخذوا باذنه وهم ممن
تجب عليه نفقتهم فهو ضامن نصيب العامل كما لو قبض هو بنفسه ودفع اليهم . وان
لم يكونوا ممن تجب عليه نفقتهم لا ضمان عليه لان اكثر ما فيه انه دل على
اتلاف مال الغير وهناك لا يضمن هندية عن الفتاوى الكبرى

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الكتاب الحادي عشر في الوكالة

❖ ويشتمل على مقدمة وثلاثة ابواب ❖

المقدمة

(في الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالوكالة)

المادة ١٤٤٩ - ❖ لو وكالة تفويض احد امره لآخر واقامته مقامه ويقال لذلك الشخص موكل ولمن اقامه وكيل ولذلك الامر موكل به ❖

الوكالة بفتح الواو وكسرهما اسم للتوكيل من وكله بكذا اذا فوض اليه ذلك والوكيل هو القائم بما فوض اليه والجمع الوكلاء فانه فعيل بمعنى مفعول لانه موكل اليه الامر اي مفوض اليه فتح . وتفسيرها الشرعي ، تفويض احد امره لآخر الخ وعبارة المنتقى هي اقامة الغير مقام نفسه في التصرف اه وعبارة الدرر التوكيل تفويض التصرف الى غيره اه وعبارة التنوير هو اقامة الغير مقام نفسه في تصرف جازم معلوم اه قيل لا حاجة الى قوله جازم معلوم لان التصرف اذا اطلق يتصرف اليه . وذكر في الدرر المنتقى ان اقامة غيره مقام نفسه في التصرف لا يشمل الوكالة بالحفظ لانه ليس من التصرف مع انه لو قال انت وكيل في كل شيء يتصرف

الى الادنى وهو التوكيل بالحفظ فينبغي ان يزداد الحفظ اه بالمعنى . فلك
واعلم لهذا لم يذكر لفظ التصرف في تفسيرها هنا لان الأمر يشمل التصرف والحفظ
كما لا يخفى

وهي نابتة بالكتاب والسنة والاجماع كما في الفتح والزيلعي قال في الفتح :
ثم ان من محامن مشروعيتها ، ان فيها قضاء حوائج المحتاجين الى مباشرة افعال لا
يقدرون عليها بانفسهم فان الله تعالى خالق الخلائق على هم شتى وطبائع مختلفة
واقرباء وضعفاء وليس كل واحد يرضى ان يبشر الاعمال بنفسه ، ولا كل يهتدي
الى المعاملات فست الحاجة الى شرعية الوكالة فتبيننا صلى الله عليه وسلم باشر
بعض الامور بنفسه الكريمة تعليماً لسنة التواضع وفوض بعضها الى غيره ترفيهاً
لاصحاب المروآت اه

واعلم ان التوكيل خاص - كأنك وكيلى في شراء هذا البيت مثلاً ، وعام
كانت وكيلى في كل شيء ، جاز امرك ، او صنعك ، او ما صنعت من شيء فهو جاز
او امرك جاز في كل شيء . ولو قال انت وكيلى في كل شيء ، او قال انت وكيلى
بكل قليل وكثير يكون وكيلاً بالحفظ لا غير وهو الصحيح كما في الخانية ، فهو من
الخاص . واختلف فيما اذا كان التوكيل عاماً فعند محمد رحمه الله تعالى يميز
وكيلاً في البياعات والاجارات والهبات والطلاق والعتاق وعند ابي حنيفة
في المعاوضات فقط ولا يبي العتق والتبرع وعليه الفتوى . وينبغي ان لا يملك الابراء
والحط عن المديون لانها من قبيل التبرع وكذا لا يملك ايضاً الهبة بشرط العوض
لانها تبرع ابتداءً فلا يملك ذلك الا من يملك التبرعات ولذا لا يجوز للوصي اقراض
مال اليتيم ولا هبته بشرط العوض وان كانت معاوضة انتهاء . وظاهر العموم ان
الوكيل العام يملك قبض الدين واقتضائه وايقائه والدعوى بحق الموكل وسماع
الدعوى بحق على الموكل والاقارير على الموكل بالمديون ولا يختص ذلك بمجلس
القاضي لان ذلك في الوكيل بالخصومة لا في الوكيل العام اه . ملخصاً من رد المحتار
قول . وقوله والاقارير على الموكل فيه نظر فتأمل

المادة ١٤٥٠ - في الرسالة هي نبليغ احد كلام الآخر من

دون ان يكون له دخل في التصرف ويقال للمبلغ رسول ولصاحب الكلام مرسل وللآخر مرسل اليه *

الفرق بين الارسال والتوكيل اي ما به يكون رسولا او وكيلًا فان الارسال يكون بالفاظ الرسالة والتوكيل يكون بالفاظ الوكالة . والفرق بين الرسول والوكيل ان الرسول لا بد له من اضافة العقد الى مرسله لانه معبر وسفير بخلاف الوكيل فانه لا يضيف العقد الى الموكل الا في مواضع كالتكاح والخلع والهبة والرهن ونحوها فان الوكيل في هذه كالرسول - حتى لو اضاف التكاح لنفسه كان له كما سيأتي . واما مجرد الامر كقوله لاخر افعل كذا او امرتك ان تفعل كذا فان وجد ما يفيد كون فعل المأمور بطريق النيابة عن الامر ، كان توكيلا والا فلا قال في الوالوجبة: دفع له الفأ وقال اشتر لي بها او سلعة وقال بعها او قال اشتر بها او بع ولم يقل لي ، كان توكيلا - وكذا اشتر بهذه الالف جارية و اشار الى مالك نفسه . ولو قال اشتر هذه الجارية بالف درهم ، كان مشورة والشراء للمأمور - الا اذا زاد على ان اعطيك لاجل شركتك درهما لان اشتراط الاجر له يدل على النيابة اه . افاده في رد المختار والحامدية وذكر في البحر : لو ادعى انه رسول عن المشتري ، وقال البائع انه وكيل وطالبه بالثمن فالقول للمشتري والبينة على البائع ، لان المشتري منكر اضافة العقد الى نفسه والبائع يدعي عليه بذلك والقول قول المنكر بيمينه اه ومفهومه انه لو اضاف العقد لنفسه ثم ادعى انه رسول لا يقبل قوله لان اضافة العقد الى نفسه تنافي الرسالة وبه صرح في تنقيح الحامدية .

- الباب الاول -

« في بيان ركن الوكالة وتقسيمها »

اعلم ان الوكالة من العقود الجائزة الغير اللازمة حتى ملك كل واحد من الوكيل والموكل المزل بدون صاحبه . والوكيل امين فيما في يده كالودع فيضمن بما يضمن به المودع ويبرأ به والقول قوله في دفع الضمان عن نفسه . فلو دفع له مالا وقال افضه فلانا عن ديني فقال قضيت وكذبه صاحب الدين ، فالقول للوكيل في يراثة ذمته ، وللدائن في عدم قبضه فلا يسقط دينه ولا تجب اليمين عليها مما وانما تجب على الذي كذبه الا امر دون الذي صدقه - فان صدق المأمور بالدفع فانه يحلف الاخر باق الله ما قبض لان حلف لا يسقط دينه ولم يظهر القبض وان نكل ، ظهر قبضه ويسقط عن الامر دينه وان صدق الاخر انه لم يقبضه وكذب المأمور ، فانه يحلف المأمور خاصة - لقد دفعه اليه فان حلف برى وان نكل لزمه ما دفع اليه هندية .

الوكالة المجردة لا تدخل تحت الحكم ، قال في الصغرى الوكيل يقبض الدين اذا احضر خصماً فاقرب بالوكيل وانكر الدين لا تثبت الوكالة - حتى لو اراد الوكيل اقامة بيته على الدين لا تقبل واذا ادعى ان فلانا وكله بطلب كل حق له بالكوفة وبقبضه والخصومة فيه ، وجاء بالبينة على الوكالة ، والموكل غائب ولم يحضر الوكيل احداً عليه للموكل حق ، فان القاضي لا يسمع شهوده حتى يحضر خصماً جاحداً ذلك او مقراً به فحينئذ يقرر الوكالة فان احضر بعد ذلك غريباً يدعي عليه حقاً للموكل لم يحتج الى اعادة البينة . ولو كان يدعي انه وكله بطلب كل حق له قبل ان يبينه بشرط حضرة ذلك بعينه . ولو اثبت ذلك بمحض من ذلك المعين . ثم جاء بمنضم آخر يدعي عليه حقاً ، يقيم البينة على الوكالة مرة اخرى - كذا في الدرر وبتمامه في الهندية . وفيها ادعى انه وكيل فلان يقبض دينه الذي

على هذا الحاضر ويرهن على الوكالة والدين برهانا واحدا ، قال الامام بقبل على
الوكالة ويحكم بها . ثم تعاد البينة ثانيا على الدين بعده . وقال محمد اذا اقامها على
الكل جملة بقضى بالكل ولا يحتاج الى اعادة البينة على الدين وهو الاستحسان
والفتوى على قوله اه

المادة ١٤٥١ = * ركن التوكيل الايجاب والقبول وهو ان
يقول الموكل وكتتك بهذا الخصوص فاذا قال الوكيل قبلت او قال
كلاما آخر يشعر بالقبول تنعقد الوكالة كذلك لو لم يقل شيئا ونسبت
باجراء ذلك الخصوص يصح تصرفه لانه يكون قد قبل الوكالة دلالة
ولكن لو ردها الوكيل بعد الايجاب لا يبقى له حكم بناء عليه لو قال
الموكل وكتتك بهذا الخصوص ورد الوكيل الوكالة بقوله لا اقبل
ثم باثر اجراء الموكل به لا يصح تصرفه *

فلو وكل رجلا بطلاق امراته فأبى ان يقبلها اي الوكالة ثم طلقها لا يقع وان
لم يرد ولم يقبل صريحا ولكن طلقها يصح استحسانا ويكمل اقدامه على الطلاق
قبولا للوكالة دلالة - كذا في الهندية اول كتاب الوكالة وفيها من الباب السابع
واذا وكل رجلا بقبض دين له فأبى الوكيل ان يقبل ثم ذهب الوكيل بعد ذلك
فقبضه فان الغريم لا يبرأ منه والدين على حاله وصار قبضه كقبض الاجنبي

المادة ١٤٥٢ = * الاذن والاجازة توكيل *

قال في تكملة رد المحتار عن البدائع الايجاب من الموكل ، ان يقول وكتتك

بكذا او افعل كذا او اذنت لك ان تفعل كذا ونحوه وزاد في الهندية : لو قال
شئت ان تبيع كذا فسكت وباع جاز ولو قال لا اقبل بطل كذا في محيط
السرخسي اه . اذا قال لغيره ان لم تبيع عبدي هذا فامرأني كذا بصير ذلك
الغير وكيلاً بالبيع كذا في النخبة . رجل قال لغيره سلطتك على كذا فهو
بنزلة قوله وكلتك . وفي المحيط البرهاني اذا قال الرجل لغيره احببت ان تبيع عبدي
هذا او قال هويت او قال رضيت او قال شئت او قال اردت او قال وافقني فهذا
كاه نوكيل وامرأ بالبيع اه ولو قال لغيره انت وكيلي بقبض هذا الدين بصير وكيلاً
وكذا لو قال انت حر بي وكذا لو قال انت وصيتي في حياتي ولو قال انت وصيتي
لا يكون وكيلاً اه ما في التكملة وفي الخانية : رجل قال لغيره اجزت ان تبيع
عبدي بصير وكيلاً ولو قال لغيره لا انهاك عن طلاق امرأني لا يكون وكيلاً
بالطلاق حتى لو طلق لا يقع اه وفيها رجل قال لرجلين وكلت احدكما ببيع عبدي
هذا صح وايعا باع جاز ولو قال الرجل بع عبدي هذا او هذا فباع احدهما ، جاز اه

المادة ١٤٥٣ = * الاجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة
مثلاً لو باع احد مال الآخر فضولاً ثم اخبر صاحبه فاجازه بكون
كامل و كاه اولاً *

فيصير الثمن مملوكاً له امانة في يد الفضولي بنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالملاك
في يده سواء هلك بعد الاجازة او قبلها لان الفضولي بالاجازة اللاحقة صار
كالوكيل فيكون الثمن في يده امانة قبل الهلاك من حين قبضه فيهلك على المجيز ،
وان كانت الاجازة بعد الهلاك . وهذا اذا كان الثمن من النقود اما اذا كان
عرضاً فان هلك بعد الاجازة كان الحكم كذلك يعني يهلك على المجيز لما ذكرنا انه
امانة في يد الفضولي وان هلك قبل الاجازة فقد بطل العقد ولا تلحقه الاجازة وبضمنه
الفضولي للمشتري بمثله ان مثلياً وبقيمتته ان قيمياً لانه قبضه بعقد فاسد . وهذا
لان الثمن اذا كان عرضاً كان مبيعاً من وجه فيشترط لصحة الاجازة ، ان يكون

فإنما وقتها افاده في رد المختار في فصل الفضولي من البيوع قال وفي جامع الفصولين المالك اذا اجاز بيع الفضولي يترتب عليه احكام التوكيل بالبيع حتى لو حط من الثمن ثم المالك اجاز البيع ثبت البيع والحط سواء علم المالك الحط او لم يعلم الا انه اذا علم بالحط بعد الاجازة ، ثبت له الحبار . والفقهاء فيه ان يصير بالاجازة كوكيل . ولو حطه الوكيل لا يتمكن الموكل من مطالبة المشتري به كذا هذا اهـ اما لو ابرأ الفضولي المشتري من الثمن او حط عنه بعد الاجازة فانه يصح ويضمن ذلك للمحيز كما في الهندية . وانت تعلم ان الاجازة انما تلحق ببيع الفضولي اذا حصلت وكل من البايع والمشتري والمحيز والمبيع قائم والا فلا حكم لها كما تقدم في المادة ٣٧٨ وشرحها فارجع اليه وفي الخانية . رجل عليه دين لرجل فجاء رجل الى المدبون وقال له ادفع الي ما لفلان عليك من الدين فانه يستجيز قبضي وانه ما وكلني قبضه فدفع المدبون اليه المال فضاع المال في يد القابض . ثم جاء صاحب الدين واجاز قبضه ، لا تصح اجازته اهـ .

المادة ١٤٥٤ - ✎ الرسالة ليست من قبيل الوكالة مثلاً لو اراد الصيرفي اقراض احد دراهم وارسل المستقرض خادمه للان يان بها يكون الخادم رسول ذلك المستقرض ولا يكون وكيلاً بالاستقراض كذلك الشخص الذي ارسله احد الى السمسار ليشتري منه فرساً اذا قال له ان فلاناً يريد ان يشتري منك الفرس الفلاني وقال السمسار بعته اياه بكذا اذهب وقل له وسلم هذه اليه . فاذا اتى الشخص وسلم الفرس اليه وقبل المرسل ذلك على المنوال المشروح بنمقد البيع بين المرسل والسمسار ولا يكون ذلك الشخص الا واسطة ورسولاً وليس بوكيل وكذلك لو قال احد للجزار اعط لاجلي كل يوم مقدار كذا لهما الى خادمي فلان الذي يذهب ويأتي الى السوق واعطاه ذلك على الوجه المذكور

يكون ذلك الخادم رسول سيده ولا يكون وكيله *

فلا يتعلق به شيء من حقوق العقد كتسليم مبيع وقبضه وقبض ثمن ورجوع به عند استحقاقه وخصومة في عيب وغيرها . والحاصل ان الرسول ليس بماقد وانما هو سفير يهودي عبارة المرسل - بخلاف الوكيل فانه هو الماقد فتتعلق به حقوق العقد ولهذا لو كان العقد مما يشترط فيه تقابض البدلين كالصرف او قبض احدهما كالسلم ، تكون مفارقة الوكيل فيها مجلس العقد قبل القبض ، مفسدة له ، لا مفارقة الرسول - فلو قال ان فلانا ارسلني اليك لتصرف له هذا الدينار او لتقبل منه السلم في كذا بكذا وقام الرسول قبل قبض بدل الصرف او رأس مال السلم ، لا يفسد العقد وانما يفسد العقد اذا قام المرسل اليه او المرسل قبل القبض . والوكيل بالعكس فان العقد يفسد بقيامه لا بقيام موكله وعليه فلو لم يحضر المرسل المجلس لا يتم العقد ويكون حراما لخلوه عن القبض - فالخلاص ان موكله بالصرف او الاسلام ولو بالامر افاده في الدر وحواشيه من باب الوكالة بالبيع والشراء وقد علمت ان الرسول كالوكيل من حيث انه امين فيما في يده من مال مرسله قال في الثالث من جسام الفصولين ولو بعث رجلا لا آخر يستقرضه فافرضه فضاغ في يد الرسول فلو قال الرسول اقرض المرسل ضمن مرسله ولو قال اقرضني للموسل ضمن الرسول اه .

اقول وهذا لان التوكيل بالاستقراض غير صحيح فتفتن . وفي وكالة الخانية بعث رسولا الى بزاز ان ابعث الي ثوب كذا بثمن كذا فضاغ الثوب قبل ان يصل الى الامر وتصادقوا على ذلك واقروا به فلا ضمان على الرسول في شيء وان بعث البزاز مع رسول الامر فالضمان على الامر لان رسوله قبض الثوب على المساومة وان كان مع رسول رب الثوب فاذا وصل الثوب الى الامر يكون ضامنا والا فلا - كما لو ارسل رسولا الى رجل وقال ابعث الي بعشرة دراهم قرضا فقال نعم وبعث بها مع رسول الامر فالامر ضامن لها اذا اقر بان رسوله قبضها وان بعث بها مع غيره فلا ضمان على الامر حتى يصل اليه - وكذلك رجل له على رجل دين فبعث الي المدينون رسولا ، ان ابعث الي بالدين الذي لي عليك فان

بعث به مع رسول الأمر ، فهو من مال الأمر والافه من مال المدبون حتى
يصل الى الأمر اه

المادة ١٤٥٥ - * يكون الامر نارة من قبيل الو كالة ونارة
من قبيل الرسالة مثلاً لو اشترى خادم من تاجر مالا بأمر سيده يكون
وكيله بالشراء . واما لو اشترى المولى المال من التاجر وارسل خادمه
ليأتيه به يكون رسول سيده ولا يكون وكيله *

ونارة يكون الامر مشورة كما لو قال اشتر هذه الجارية بألف درهم ولم يقل لي
ولم بشر الى الف عي للأمر كما قدمناه عن الولوالجية في شرح المادة ١٤٥٠ فارجع
اليه . والفارق في ذلك القرائن فان وجد ما يدل على ان فعل المأمور بطريق الرسالة
كما في المثال الثاني من هذه المادة ، كان المأمور رسولا وان وجد ما يدل على
ان فعله بطريق النيابة ، كان وكيلاً وان لا ولا كان مشوراً عليه ويقع الفعل له لا لأمره
وافاد في البحر انه لا فرق بين ان يكون الأمر بالصيغة كقوله افعل
كذا او بالمادة كقوله امرتك بفعل كذا . وفي الهندية عن الذخيرة قال للمدبون
ابعث به مع فلان او ارسل به مع ابني او قال مع ابنك او مع غلامي او مع
غلامك ففعل المدبون فضاع منه ، فهو من مال المطلوب لانه رسوله . وقوله ابعث
مع فلان ليس توكيلاً . ولو قال ادفع الى ابني او الى ابنك او غلامي او غلامك
بأبني به ، فهذا توكيل وان ضاع فن مال الطالب اه : وفي الخانية لو ان رجلاً
بعث الى رجل بكتاب مع رسول ان ابعث الى ثوب كذا بثمن كذا ففعل وبعث
به مع الذي اتاه بالكتاب لم يكن من مال الأمر حتى يصل اليه و كذلك القرض
والاقتضاء وهذا لان الرسول انما هو رسول بالكتاب اه

المادة ١٤٥٦ - * يكون ركن التوكيل مرة مطلقاً بعني لا

يكون معلقاً بشرط او مضافاً الى وقت او مقيداً بقيد ومرة يكون معلقاً بشرط مثلاً لو قال وكتك على ان تباع فرسي هذا اذا اتى فلان التاجر الى هنا وقبل الوكيل ذلك ننقد الوكالة معلقة بمجيء التاجر وللوكيل ان يبيع الفرس اذا اتى التاجر والا فلا ومرة يكون مضافاً الى وقت مثلاً لو قال وكتك على ان تباع دوابي في شهر نيسان وقبل الوكيل ذلك يكون وكيلاً بمجول الشهر المذكور وله ان يبيع الدواب في الشهر المذكور واما قبل حلوله فليس له ان يبيع ومرة يكون مقيداً بقيد مثلاً لو قال وكتك على ان تباع ساعتى هذه بألف غرش نكون وكالة الوكيل مقيدة بعدم البيع باقل من الف قرش *

فيه اشارة الى انه لو باعها بأكثر من الف يجوز لانه مخالفة الى خير وبه صرح في الدر قبيل فصل لا يقيد وكيل البيع والشراء الخ مزيماً للتخلص - وكذا الحكم لو كان وكيلاً بالشراء بثمن معين فاشترى بأقل منه فإنه ينفذ على الأمر ، اذا كان المأمور بشرائه معيناً او موصوفاً بصفة فاشترى بتلك الصفة باقل من ذلك الثمن فإنه يجوز على الأمر كما سيأتي في المادة ١٤٧٩ ونقلاً في التكملة عن كافي الحاكم وقد تضمنت هذه المادة بيان ثلاثة احكام من احكام الوكالة الاولى انها يصح تطبيقها بالشرط فلو قال اذا حل مالي فاقبضه او اذا قدم فلان فتقاضى ديني عليه او اذا اثبت شيئاً فانت وكيلى في قبضه او اذا قدم الحاج فاقبض ديني صحت الوكالة معلقة على ما ذكر الثاني انها تصح اضافتها لتقبل التقييد بالزمان والمكان فلو قال بعه غداً ، لم يجوز بيعه اليوم . ولو وكله ان يتقاضى دينه في الشام ليس له ان يتقاضاه في الكوفة كما اجر والهندية وغيرها . بقي ما لو قال له بعه اليوم فبأه غداً هل يجوز قال في الخانية فيه روايتان بعضهم قالوا : الصحيح ان الوكالة لا

تبقى بعد اليوم وقال بعضهم تبقى ، وذكر اليوم للتعجيل لا لتوقيت الوكالة - الا اذا دل الدليل عليه اه ونقل في البحر عن البدائع القول الثاني مقتصرأ عليه - كذا نقله في التكملة عن نور العين عازباً الى العيون ونقل عن الفصل الاول من البرازية من كتاب الوكالة ما نصه : الوكيل الى عشرة ايام لا تنتهي وكالته بمضي العشر في الاصح اه وانت تعلم ان لفظ الاصح او كد من لفظ الصحيح على ان قاضيخان وان كان من اجل من يعتمد على تصحيحه - الا انه لم يصححه وانما نقل تصحيحه عن بعضهم ثم نقل القول الثاني ممللاً له

وربما تشير هذه المادة الى اختيار ما في البرازية فتدبر . وبوهد ما قلنا ان صاحب الخانية ذكر في باب الحج عن الغير ما نصه : اذا دفع الوصي الى رجل ليحج عن الميت في هذه السنة فأخر الحج وحج من قابل ، جاز عن الميت ولا يكون ضامناً مال الميت لان ذكر السنة يكون للاستعجال دون التقييد كما لو وكل رجلاً بان يعتق عبده غداً او يبيع غداً فاعتق او باع بعد غدٍ جاز اه . فانت تراه قد اقتصر على القول المقابل لما نقل تصحيحه عن بعضهم . واما ما ذكره الحموي على الاشباه من الوكالة من الفن الثاني بعد نقله عبارتي الخانية في الحج والوكالة من ان ذكر الغد للاستعجال لا للتوقيت قولاً واحداً - بخلاف ذكر اليوم ، فإن فيه خلافاً فهي دعوى لا دليل يدل عليها من كلام الخانية ولا من غيرها ، اذ لا فرق يظهر بين اليوم والغد والسنة فتدبر .

والظاهر ان الخلاف فيما اذا لم يدل دليل على ارادة احد الامرين التعجيل او التوقيت - اما لو دل الدليل على احدهما كان هو المراد بلا خلاف كما يشعر به قوله الا اذا دل الدليل عليه فافهم . الثالث انها لا تبطل بالشروط الفاسدة قال في الخانية اي شرط كان ولا يصح شرط الخيار فيها لان شرط الخيار شرع في لازم يمتثل الفسخ والوكالة غير لازمة - حتى ان من قال انت وكيبي كذا على اني بالخيار ثلاثة ايام ، فالوكالة جائزة والشرط باطل اه في

✽ فرع ✽

وكله بقبض دينه وامره ان لا يقبض الا جميعاً فقبض كله الا درهما لم يجز

قبضه على الأمر وللطالب ان يرجع بكل حقه وكذا لو قال لا تقبض درهما دون
درهم معناه لا تقبض متفرقا فلو قبض شيئا دون شيء لم يبرأ الغريم من شيء -
كذا في ٣٤ من احكام الوكلاء من جامع الفصولين ومثله في التوزيع تبعاً للبحر
المازي الى كافي الحاكم ، قال في تكملة رد المحتار بعد نقل عبارة الفصولين
المذكورة : ولو استوفى جميعه بعد قبض البعض فهلك ، هلك عليه لمخالفته
ويرجع الأمر على الغريم اه ولم يميزه لاحد ونقله الشارح البيناني واقره .
وفيه نظر بل الظاهر ان القبض يعود صحيحاً اذا استوفى الباقي قبل هلاك
الاول بدليل ما نقله ايضاً بعد هذا عن نفس جامع الفصولين : وكيل قبض
الوديعة قبض بعضها ، جاز فلو امر ان لا يقبضها الا جميعاً فقبض بعضها ، ضمن
ولم يميز القبض فلو قبض ما بقي قبل ان يهلك الاول جاز القبض على الموكل اه
اذ لا فرق يظهر بين الوكيل بقبض الدين والوكيل بقبض الوديعة . ثم رأيت
في منهوات الفتاوى الانقروية عازياً للمنايا ما نصه : ولو قال له الطالب لا تقبض
الا جملة فقبض البعض ثم قبض الباقي قبل هلاك الاول ، جاز اه وهو عين ما
قلته والله الحمد فانهم .

- الباب الثاني -

✽ في بيان شروط الوكالة ✽

المادة ١٤٥٧ = ✽ يشترط ان يكون الموكل مقتدرآ على ابقاء
الموكل به بناء عليه لا يصح توكيل المجنون والصبي غير المميز واما في
الامور التي هي ضرر محض في حق الصبي فلا يصح توكيله وان اذنه
الولي كالهبة والصدقة وفي الامور التي هي نفع محض يصح توكيله وان
لم يأذنه الولي كقبول الهبة والصدقة واما في التصرفات المتعلقة بالبيع
والشراء المترددة بين النفع والضرر فان كان الصبي مأذونآ بها فله ان
يوكل والا فالتوكيل بنعقد موقوفآ على اجازة وليه ✽

شروط الوكالة انواع كما في الهندية منها ما يرجع الى الموكل ومنها ما يرجع
الى الوكيل ومنها ما يرجع الى الموكل به والمذكور في هذه المادة هو الاول وهو ان
يكون ممن يملك التصرف ، لان الوكيل يستفيد التصرف منه ويقدر على التصرف
من قبله فلا يتصور ان يستفيد الولاية ممن لا ولاية له ولا قدرة له على التصرف
زبلي - فلا يصح التوكيل من المجنون والصبي الذي لا يعقل اصلاً اي وان كان
بما ينفعه لان الوكيل قائم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون الموكل من
اهل العبارة ليكون قادراً على التصرف وذلك بالعقل - وكذا لا تصح من الصبي
العاقل بما لا يمكنه بنفسه كالطلاق والعتاق والصدقة ونحوها من التصرفات الضارة
المحضة . وبصح بالتصرفات النافعة المحضة كقبول الهبة والصدقة من غير

اذن الولي

واما الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والاجارة فان كان ماذوناً بالتجارة
بصح منه التوكيل بها وان كان محجوراً ينقذ موقوفاً على اجازة وليه او على اذن
وليه بالتجارة كما اذا فعله بنفسه كذا في الهندية مع زيادة من الزبلي . والمراد
بالصبي العاقل ان يعقل ان البيع سالب للمبيع جالب للثمن وان الشراء بالعكس
كما في التكملة وغيرها . زاد الزبلي وان يعرف العين الفاحش من اليسير ويقصد
بذلك ثبوت الحكم والربح ، لا الهزل اه وفيه تأمل فان هذا لا يعرفه الا مهرة الرجال
ثم رأيت في التكملة قد ذكر هذا البحث بعينه عن اليعقوبية وغيرها مع الجواب
عنه وبيان المراد منه فليراجع . والمراد بالضرار ما كان فيه ضياع المال في الدنيا
وان كان فيه نفع في العقب كالصدقة على ان نفع الصدقة بحسن النية وهي لا تكون
الا بتمام العقل تكملة ملخصاً . ولا يرد الوكيل حيث يملك التصرف الذي وكل
به ولا يجوز له ان يوكل به غيره الا باذن ، لان المراد بالتصرف ان يعقده بنفسه
لنفسه لا ما استفاده من جهة غيره من التصرفات لان ذلك بتقيد بامر امره وكذا
لا يرد جواز توكيل المسلم الذمي ببيع الحجر والخنزير لانه عكس والنقض لا يكون
الا بالطرد افاده الزبلي

اقول وقوله لان المراد بالتصرف الخ فيه بحث وهو ان ولي الصغير ووصيه
يجوز ان يوكل غيره ببيع شيء للصغير او شراء شيء له او بالحصومة وبكل ما يجوز
ان يفعل بنفسه للصغير كما في الهندية مع انه يعقد لنفسه وقد استفاد ذلك من
جهة غيره فتأمل . ثم ان المجنون الذي يجن ويفيق ، اذا وكل في حال جنونه لا
بصح وان كان في حال افاقته يجوز قالوا هذا اذا كان لافاقته وقت معلوم حتى تعرف
افاقته من جنونه بيقين فاما اذا لم يكن لافاقته وقت معلوم فلا يجوز . والمعنوه
المغلوب اذا وكل رجلاً لبشئ له شئاً او ببيع له شيئاً لا يجوز كذا
في الهندية

المادة ١٤٥٨ = * بشرط ان يكون الوكيل عاقلاً مميزاً

ولا يشترط ان يكون بالغاً فيصح ان يكون الصبي المميز وكيلاً
وان لم يكن مأذوناً ولكن حقوق العقد عابدة الى موكله وليست
بعائدة اليه *

هذا على اطلاقه اذا كان الصبي غير مأذون بالتجارة فهو كالرسول والقاضي
وامينه فتتعلق الحقوق بموكله . ولو قبض مع هذا صح قبضه لانه هو العاقد فكان
اصيلاً فيه وانتفاء اللزوم يعني لزوم الحقوق له لا يدل على انتفاء الجواز بلبي
اما اذا كان مأذوناً ففي جامع احكام الصغار اذا كان الصبي مأذوناً بالتجارة فصار
و كيوماً بالبيع بشمن حال او مؤجل فباع جاز بيعه و لزمته المهدة وان كان و كيوماً
بالشراء - فان كان بشمن مؤجل لا تلازمه المهدة قياساً واستحساناً ونكون
المهدة على الأمر - حتى ان البائع يطالب الأمر بالشمن دون الصبي . وان
و كيه بالشراء بشمن حال فالتقياس ان لا تلازمه المهدة وفي الاستحسان تلازمه اه
وتقل مثله الزبلي عن الذخيرة واطال في توجيهاته لكن نقل بعد ذلك عن الابضاح
ما يخالف هذا فيما اذا امره بالشراء نسبة فاشترى كما امره حيث جعل الشراء له
اي للصبي لا ان الشراء للموكل والمهدة عليه كما في الذخيرة وجامع احكام
الصغار .

اقول ولعل التوفيق ان يحمل ما في الجامع والذخيرة على ما اذا اضاف
الصغير العقد الى الموكل وما في الابضاح على ما اذا لم يصفه اليه بدليل نهليل
الزبلي فان عبارته هكذا : ولو امره بالشراء نسبة فاشترى كما امره ، كان
ما اشتراه له دون الأمر ، لان الثمن اذا كان نسبة لم يملك حبس المبيع فظهر معنى
التبرع بالتزام الدين فلا يصح واذا لم تصح الوكالة صار مشترياً لنفسه اه . ومعلوم
انه اذا اضاف العقد الى الموكل لا يكون مشترياً لنفسه ، ولم ار من تعرض له او
ذكر في المسئلة خلافاً فتدبر وانظر ما كتبه العلامة ابن عابدين في حاشيته على
البحر عند قول صاحب الكتروالحقوق فيما يضيفه الوكيل الى نفسه الخ . ثم ان
الصبي اذا لم تلازمه المهدة لكونه غير مأذون او لكونه مأموراً بالشراء بالنسبة على ما

في الجامع والخبرة اذا بلغ بعد ذلك لا تلحقه المهدة - بخلاف ما اذا كان الوكيل عبداً غير مأذون او كان مأذوناً ولكنه وكيل بالشراء نسبة فانه وان لم تلزمه المهدة حال رقه لكن اذا اعتق بعد ذلك تعود المهدة عليه

والفرق ان المانع من لزوم المهدة على العبد ، هو حق المولى مع اهليته وقد زال بالعتق - والمانع في الصبي حق نفسه ولا يزول ذلك بالبلوغ افاده الزبلي ثم ان اطلاق التون على اشتراط عقل الوكيل يقتضي عدم صحة وكالة المجنون وبه صرح في البحر حيث قال : لا يصح توكيل مجنون وصبي لا يعقل وكذا في الهندية عن البدايم - لكن نقل في تكملة رد المحتار عن المقدسي ما نصه : ولو وكل مجنوناً بطلاق امرأته فقبل الو كالة في حال جنونه ثم افاق فهو على وكالته لان الافاقه تزيد التمكن من التصرف ولا تزال الثابت

قلت وفيه بحث لان قبول المجنون ، لغو فلم يثبت اه ثم قال في التكملة قلت بوجه هذا البحث ان هذا الفرع مخالف للمتون التي هي معتمد المذهب اه اقول ان كان الفرع المذكور منقولاً عن ائمة المذهب او مشايخه فلا يعدل عنه يبحث المقدسي واضرابه - واما كونه مخالفاً لما في التون من اشتراط كون الوكيل عاقلاً ، فيمكن دفع المخالفة بان الشرط المذكور انما هو لصحة الوكالة وقد صرحوا بان الوكيل فيما لا يستغنى عن اضافته للموكل كالطلاق ونحوه ، رسول وان الرسول سفير وهو يركب عبارة مرسله فالطلاق في الفرع المذكور واقع بعبارة الموكل يعني المرسل حتى لو اداها حال جنونه ايضاً يقع كما يظهر من قواه لان الافاقه تزيد التمكن من التصرف ولا تزال الثابت فتامل ملياً او فراجع لعلك تظفر بنقل صريح بخالف الفرع المذكور . ثم رأيت في حاشية العلامة بن عابدين على البحر قبيل باب الوكالة بالبيع والشراء عند قول صاحب البحر نعلي هنا معنى الاضافة مختلف الخ ما نصه : وصرحوا بانه يصح توكيل الصبي والمجنون وبصير كانه علق الطلاق على تلفظها به وفي طلاق الهندية : الوكيل في الطلاق والرسول سواء اه وهو عين ما قلته والله الحمد وفي الخانية او اسط فصل في التوكيل بالبيع والشراء : الوكيل بالبيع والشراء اذا اختلط عقله بالنبيذ الا انه يعرف البيع والقبض قال ابو سليمان الجوز جاني رحمه الله تعالى جاز بيعة وشراؤه على الموكل كما لو باشر ذلك لنفسه وان اختلط

عقل الوكيل بالبنح لا يجوز عقده على الموكل لانه بمنزلة المعشوه وقال غيره في شرب
النبيذ ايضاً لا يجوز عقده على الموكل لان بيع المكورات انما جاز زجرآ له فلا
يجوز عقده على موكله اهـ . وقد نقل الاول في الهنديه عن خزانه المفتين وفي التكملة
عن الواقعات الحسامية مقتصرين عليه - لكن توجه القول الثاني اظهر فانه لا
ذنب للموكل - حتى ينصرف الزجر له كما نقله في التكملة عن العلامة المقدسي فتدبر

* تلمة *

من الشروط التي ترجع الى الوكيل علم الوكيل او من يعامله الوكيل بالوكالة
فإن علم احدهما بالوكالة شرط بلا خلاف - حتى لو وكل رجلاً ببيع عبده
فباعه الوكيل قبل علمه بالوكالة وقبل علم الرجل المشتري بالوكالة لا يجوز بيعه حتى
يبيزه الموكل او الوكيل بعد علمه بالوكالة

واما علم الوكيل به على التعمين هل هو شرط فيه روايتان في الزيادات انه شرط
وذكر في الوكالة انه ليس بشرط فاذا قال لرجل اذهب بثوبي هذا الى فلان حتى
يبعه او اذهب الى فلان حتى يبيحك ثوبي الذي عنده فهو جائز وهو اذن منه
لفلان في بيع ذلك الثوب . ان اعلمه المخاطب بما قاله المالك جاز بيعه رواية واحدة
وان لم يعلمه ففيه روايتان . ولو قال اذهب بهذا الثوب الى القصار حتى يقصره
او الى الخياط حتى يخيطه فبيصاً فهو اذن منه للقصار والخياط في ذلك العمل حتى
لا يصير ضامناً بعمله بعد ذلك . وفي وكالة الاصل اذا قال لبيده اذهب الى فلان
حتى يمتك او حتى يكانيك فاعتقه فلان ، جاز وبصير فلان وكيلاً بالاعتاق علم
او لم يعلم . ولو قال لامرأته انطقي الى فلان حتى بطلبك فطابقها فلان ولم يعلم
بالوكالة يقع كذا في الهنديه ، وحاصله ان العلم بالوكالة في الجملة شرط بلا
خلاف ، اما علم الوكيل واما علم من يعامله الوكيل . واما علم الوكيل على
التعمين ففي اشتراطه روايتان - ولعل اختلاف الرواية في ذلك ، مبني على الخلاف
في انه هل يتم عقد الوكالة بالايجاب وحده ام لا بد من القبول . ففي الهنديه ايضاً
اول كتاب الوكالة : وقبول الوكيل ليس بشرط لصحة الوكالة استحقاقاً - ولكن
اذا رد الوكيل ثوبه هكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى في الاصل كذا في الذخيرة اهـ

فات ويمكن ان يؤخذ من هذا الجواب عما استشكله المتقدمي كما ذكرناه
آنفاً فيما لو وكل مجنوناً بطلاق امرأته ثم افاق فطلق وقع لان قبوله حالة جنونه وان
كان لنفواً الا ان التوكيل يتم بالايجاب وحده وقد صدر من عاقل تأمل

ومنها اي من الشروط التي ترجع الى الوكيل ، ان يكون من اهل دار الموكل
ففي الهندية : وان وكل مسلم حربياً في دار الحرب والمسلم في دار الاسلام ،
فالوكالة باطلة - وكذا لو وكل حربياً في دار الحرب مسلماً في دار الاسلام . واذا
وكل الحربية مسلماً او ذمياً او حربياً في دار الحرب بتقاضي دين له في دار الاسلام
واشهد على ذلك من اهل الاسلام بفرج وكيله من دار الحرب بطلب ذلك ، فهو جائز -
وكذا اذا وكل ببيع او شراء او قبض ودبعة او ما اشبه ذلك . واذا وكل المسلم
او الذمي حربياً مستأثراً في دار الاسلام بمخومة او ببيع او غير ذلك ، جاز
واذا التحق بدار الحرب بطلت وكالته كذا في الحاوي . وتجوز وكالة المرتد
بان وكل مسلم مرتدأ ، وكذا لو كان مسلماً وقت التوكيل ثم ارتد فهو على وكالته
الا ان يلحق بدار الحرب فتبطل وكالته كذا في البدائع اه

وبقي من الشروط الراجعة للوكيل ، ان لا يكون اي الوكيل مجهولاً جهالة
فاحشة ففي الدر المختار ما نصه : وفي الاشياء قال لمديونه من جاءك بعلامة كذا
ومن اخذ اصمك او قال لك كذا فادفع اليه لم يصح لانه توكيل لمجهول فلا
يبرأ بالدفع اليه وفي الوهبانية

ومن قال اعط المال قابض خنصر فاعطاه لم يبرأ بالمالك 'يخصر'
اه يعني ان المديون لا يخرج عن الدين بالدفع لمن اتاه بتلك العلامة وهذا اذا لم
يكن امر رب المال بعد ذلك انساناً بعينه بالقبض اما لو قال لانسان بعد ذلك
القبض دهبني على فلان واقبض خنصره علامة صدقك ، صار وكيلاً ولكن اذا
انكر المالك هذا يحتاج الدافع الى اثباته اي اثبات قوله الثاني ولا يثبت ذلك بمجرد
قبض الخنصر - فلم ان المراد انه بالقول الاول لا بصير وكيلاً كما نقله في التكملة
عن الشرنبلالي . ونقل في الاشياء مسألة ما اذا قال لمديونه من جاءك بعلامة
كذا الخ عن القنية من باب الوكالة بقبض الدين . نقل الحموي عنها آخر الكتاب
في المسائل التي لم يوجد فيها رواية منصوصة ولا جواب من المتأخرين اذا قال

المودع للمودع من جائك بعلامة كذا بان اخذ من اصبعك او قال لك كذا فادفع اليه الوديعة هل يصح هذا التوكيل ام لا يصح لكون الوكيل مجهولا وبضمن بالدفع اه قال الحموي لقد جزم هنا يعني في مسألة المدينون مع دابته بعدم صحة الوكالة لكونه توكيل مجهول وتزد هناك يعني في مسألة المستودع مع مودعه مع ان في كل منها توكيل مجهول فتأمل اه

اقول لو تأملنا حتى التأمل للاح لنا فرق بين المستئين يستدعي فساد توكيل المجهول في مسألة الدين، وعدمه في مسألة الوديعة وهذا منشأ التردد في الثانية دون الاولى فامعن النظر

المادة ١٤٥٩ - * يصح ان يوكل احد غيره في الخصوصات التي يقدر على اجرائها وابقاء واستيفاء كل حق متعلق بالمعاملات مثلا لو وكل واحد غيره بالبيع والشراء والايجار والاستجار والرهن والارتهان والابداع والاستبداع والهبة والانتهاج والصلح والابراء والاقرار والدعوى وطلب الشفعة والقسمة وابقاء الديون واستيفائها وقبض المال يجوز ولكن يلزم ان يكون الموكل به معلوما * *

اما اذا كانت الوكالة خاصة فالمراد من كونه معلوما ان لا يكون مجهولا جهالة فاحشة تمنع الوكيل من الامتثال ولا يمكن تداركها والا لا تصح الوكالة كما سيأتي توضيحه في شرح المادة ١٤٦٨ . واما اذا كانت عامة فالمراد ان يكون معلوما في الجملة حتى لو لم يكن معلوما اصلا لكن كثرت معاملته بطل التوكيل كذا في حاشية المحطاي تأمل . وذكروا في المنع والفتح وغيرهما انه لو جهل الموكل فيه كما لو قال وكنك بمالي او قال انت وكيلى في كل شيء ثبت الادني وهو الحفظ اي كان وكيلا بالحفظ كما في المنع .

ثم ان المراد بالخصوصات التي يقدر الموكل على اجرائها ، التصرفات التي يجوز

له اجراءها فيخرج ما اذا وكل الصبي العائل غيره بطلاق امرأته او عنق عبده او هبة ماله كما تقدم في شرح المادة ١٤٥٧. والمراد بايفاء كل حق متعلق بالمعاملات، دفع ما عليه، واستيفائه قبض ماله سواء كان ديناً له او عليه او لا فليس قوله بعد هذا وايفاء الديون واستيفائها مكرراً مع هذا - بل هو تصريح بالخاص بعد دخوله في العام - كما ان عطف ايفاء كل حق واستيفائه على الخصوصات من عطف الخاص على العام لان الخصوصات اهم من ان تكون ايفاء او استيفاء او غيرها كالبيع والشراء وعجالة الهندية اعلم ان الحقوق نوعان حق الله تعالى وحق العبد وحق الله نوعان نوع منه يكون الدعوى فيه شرطاً كحد القذف وحد السرقة فهذا النوع يجوز التوكيل فيه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى في الاثبات سواء كان الموكل حاضراً او غائباً ويجوز في الاستيفاء اذا كان حاضراً ولا يجوز اذا كان غائباً ونوع منه لم تكن الدعوى فيه شرطاً كحد الزنا وحد الشرب فهذا النوع لا يجوز التوكيل في اثباته ولا في استيفائه. ثم الخلاف انما في حق اثبات الحد اما التوكيل باثبات المال في السرقة فمقبول بالاجماع

واما حقوق العباد فعلى نوعين نوع لا يجوز استيفاؤه مع الشبهة كالقصاص فيجوز التوكيل باثباته عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى. واما التوكيل باستيفاء القصاص فان كان الموكل وهو الولي حاضراً جاز وان كان غائباً لا يجوز، ونوع يجوز استيفاؤه مع الشبهة كالديون والاعيان وسائر الحقوق فيجوز التوكيل بالخصومة في اثبات الدين واليمين وسائر الحقوق سوى القصاص يرضى الخصم بلا خلاف. ويجوز التوكيل بالتقرير اثباتاً واستيفاءً بالاتفاق وللوكيل ان يستوفي سواء كان الموكل حاضراً او غائباً ويجوز التوكيل بالبياعات والاشترية والاجارات والنكاح والطلاق والعتاق والحام والصلح والاهارة والاستعارة والهبة والصدقة والابداع وقبض الحقوق والخصومات وتقاضي الديون والرهن والارثمان. ولا تصح الوكالة في المباحات كالاغتشاش والاحتطاب والاستقاء واستخراج الجواهر من المعادن فما اصاب الوكيل شيئاً من ذلك فهو له وكذا التوكيل بالتكدي يعني الشحادة. ولا يصح التوكيل بالاستقراض فلا يثبت الملك فيما استقرض للموكل الا اذا بلغ على مبدل الرسالة فيقول ارساني اليك فلان يستقرض كذا فحينئذ

ثبت الملك للمستقرض وما استقرضه الوكيل فهو للوكيل ، وله ان يمنعه من الأمور ولو هلك هلك من ماله . ويجوز التوكيل بطلب الشفعة والرد بالعيب والقسمة والاصتياب . وليس للوكيل في الهبة ، ان يرجع بها ولا للوكيل في الابداع ، ان يقبض الوديعه ، ولا للوكيل في الاقراض ، ان يقبض القرض ممن هو عليه ، ولا للوكيل بالرهن ان يقبض الرهن من المرتهن . وان كانت هذه الوكالة من الملتبس لذلك من المالك - بان وكل رجلاً ان يرتن عبد فلان بدنيته او يستعيره له او يستوهبه فان الوكيل في ذلك يضيف الى موكله ولا يضيف الى نفسه فيقول ان زيدا يستوهبك عبدك او يستوهبك بماله عليك من الدين او يستعير منك . وان اضافه الى نفسه فقال هب لي او اعرفني او اقرضني فذلك كله للوكيل دون الموكل اه بزيادة ابضاح قليلة وذكر في البحر ان من ساهل التوكيل بالابفاء قالوا لو وكله بقضاء الدين - يعني وكله بان يدفع الوكيل من مال نفسه الى دائن الموكل فجاء الوكيل وزعم قضاءه وصدقه موكله فيه فلما طالبه وكيله يرد ما قضاه لاجله قال الموكل اخاف ان يضر الدائن وينكر قضاءه وكيلى وبأخذ مني ثانياً ، لا يلتفت الى قول الموكل وبوجهه بالخروج عن حق وكيله فاذا حضر الدائن واخذ من الموكل يرجع الموكل على الوكيل بما دفعه اليه وان كان صدقه بالقضاء . وفي كتاب الحوالة امره بقضاء دينه يعني من ماله اي الأمور فقال قضيت وصدقه الأمر ثم حلف الدائن على عدم وصوله اليه وأخذ الدين من الأمر ، لا يرجع المأمور على الأمر لان الأمر كذب في اقراره حيث قضى عليه بالدين ، ولان المأمور وكيل بشراء ما في ذمة الأمر بثله وبتقد الثمن من ماله اي مال المأمور وانما يرجع على الأمر اذا سلم له ما في ذمته كالمشترى - اي كمن وكل آخر بشراء متاع انما يوجهه بتسلم الثمن الى الوكيل اذا سلمه الوكيل ما اشتراه اه مختصراً

قال العلامة الحموي نقلاً عن العلامة المقدسي : هذا اي قول البحر لا يلتفت الى قول الموكل وبوجهه بالخروج عن حق وكيله الخ ، اذا قال اخاف ان ينكر الدائن القبض فلو قال ان الدائن انكر القبض وطالبني هل يكون كما لو قال اخاف ، او يتوقف . ينبغي انه ان برهن على انكاره ، يرجع والا فلا لان الوكيل يبرأ بحلفه كما ذكره في الكافي اه وهذا كله اذا كان الوكيل مأموراً بان يدفع للدائن من

مال نفسه اما لو دفع اليه دراهم وقال له اقض بها ديني الذي لزيد فادعى الوكيل
الدفع الى الدين وكذبه كل من الموكل والذائن ، فله قول للوكيل في برائة نفسه
ليبينه والقول للدين في انكاره القبض ليمينه ايضا كما في فتاوى قارى . الهداية
كذبا في التكلفة - لكن تجب اليمين على احدهما فقط فيجاف من كذبه الموكل دون
من صدقه كما في التكلفة ايضا عن البدائم وقد ناه في شرحنا لقول المجلة الباب
الاول في بيان ركن الوكالة وتقسيمها عن الهندية .

ومن مسائل التوكيل بالاستيفاء يعني بقبض الدين ، ما في البحر: الوكيل بقبض
الدين يقبل قوله في قبضه وضياعه ودرهه الى الموكل ويبرأ الغريم ولو كان ممن لا تقبل
شهادته له - بخلاف اقراره بقبض الطالب ولو وجب على الوكيل بالقبض مثله
لمدبون موكله وقعت المقاصة وكان الوكيل مدبون الموكل . ولا يملك الوكيل بقبض
الدين الا براء والمهبة واخذ الرهن ويملك اخذ الكفيل بخلاف الوكيل بالبيع
حيث يملك النكاح . وليس للوكيل بالقبض ، قبول الحوالة وبصح التوكيل بالقبض
وبقضاء الدين بلا رضى الخصم ولا ينزل بموت المطلوب وينزل بموت الطالب اه
وتامه فيه

- الباب الثالث -

✽ في بيان احكام الوكالة ويشتمل على ستة فصول ✽

= الفصل الاول =

« في بيان احكام الوكالة العمومية »

المادة ١٤٦٠ - ✽ يلزم ان يضيف الوكيل العقد الى موكله في الهبة والاعارة والابذاع والرهن والاقرض والشركة والمضاربة والصلح عن انكار وان لم يصفه الى موكله فلا يصح ✽

اي لا ينفذ على الموكل ، وان كان بعضها يصح على الوكيل وبعضها لا يصح اصلاً . وليس المراد من قوله في الهبة والاعارة ، الحصر في هذه العقود بل مثلها الوكيل بالنكاح والطلاق والخلع والعتق على مال والمكاتبه والصلح عن دم الحمد كما في عامة التوف ، وكذا في الابراء كما في الاشياء عن الخزانة ، وكذا بالصدق كما في التنوير وغيره فان جميع هذه العقود يلزم اضافتها الى الموكل . والمراد من اضافتها الى الموكل ان يذكر الموكل اثنا عشر سواء اصند الوكيل الفعل الى نفسه او الى موكله - حتى اذا كان وكيلاً من جانب المرأة يقول للزوج خالع امرأتك على هذه الالف فاذا قال الزوج خالعت بين العقد بقول الوكيل ، قبلت كما صرحوا به في الخلع - او قال خالع على الف ولم يذكر المرأة والمسئلة بما لا يتم الخلع . ولو كان وكيلاً من الجانبين فقال خالعت فلانة من زوجها على كذا جاز افاده العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر .

وانما اشترط اضافة هذه العقود الى الموكل على الوجه الذي ذكرناه لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانها من قبيل الاسقاطات والوكيل اجنبي عن الحكم فلا بد من اضافة العقد الى الموكل ليكون الحكم مقارناً للسبب - اما النكاح فلان الاصل في البضع الحرمة فكان النكاح اسقاطاً لها والساقط يتلاشى فلا يتصور صدور السبب عن شخص على سبيل الاصاله ، ووقوع الحكم لغيره فيعمل سفيراً ليقارن الحكم السبب - حتى لو اضاف النكاح الى نفسه ، وقع له بخلاف البيع فان حكمه يقبل الفصل عن السبب كما في البيع بخيار فيجاز صدور السبب عن شخص اصاله ووقوع الحكم لغيره خلافة . واما الخلع فلانه اسقاط للنكاح والتامح المره والمنكوحه المرأة والوكيل اما منه او منها وعلى التقديرين يكون سفيراً محضاً فلا بد من الاضافة الى الموكل . واما الصلح عن انكار فانه ايضا اسقاط لا يشوبه معاوضة فلا بد من الاضافة الى الموكل وكذا الصلح عن دم العمد فانه اسقاط محض . والوكيل اجنبي سفير فلا بد من الاضافة الى الموكل وكذا الحال في البواقي هذا ملخص ما ذكره القوم في هذا المقام كذا في الدرر وقرب منه في الزيلعي

هذا وذكر العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر ما نصه : ثم الذي يظهر لي من كلامهم ان المراد بالوكيل هنا الذي يلزم ان يضيف العقد الى موكله ، من يكون وكيلاً من جهة من يثبت له الملك بقربة التمليل بأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب ففي النكاح بقول وكييل الزوج زوج بنتك فلان يضيفه الى الموكل ولو قال زوجني وقم له لا للموكل واما وكييل الزوجة فيقول زوجت فهصح وفي الطلاق بما ل يقول وكييل الزوج طلق فلانة بألف وفي الخلع يقول خالعتها على الف واما وكييل المرأة فيقول قبلت بدون اضافة لها وكذا في العتق على مال والكتابة . ولو كان الطلب من جهة وكييل المرأة او العبد يقول طلق فلانة بالف او اخلمها على الف او اعتق عبدك على كذا او كاتبه على كذا فيقول وكييل الزوج او السيد فلت فيكفي بالاضافة من احد الجانبين ، لان الملك من كل منهما فان المرأة تملك نفسها وكذا العبد كما ان الزوج او السيد يملك العوض . وفي الصلح عن انكار او دم عمد يقول الوكيل صالح فلانة عن دعواك عليه هذا المال او الدم فيقبل المدعي

ولو قال الوكيل في هذه المواضع اعتقني او طلقني او كاتبني او صالحني لم يصح بخلاف بعني واجرني فانه يصح اضافتها الى نفسه و كذا بقية الصور الآتية بقول الوكيل من جهة طالب التملك هب فلانا او تصدق عليه او اعره او اودعه او ارهن عنده كذا او اقرضه كذا . ولو قال هبني او تصدق علي او اعرفني الخ يقع له لا للموكل . واما الوكيل من الجانب الآخر كما اذا دفع لرجل مالا ووكله بان يهبه لفلان مثلاً فانه يقول وهبتك او تصدقت عليك او اعزتك او اودعنتك من غير ان يقول وهبتك هذه الالف التي لفلان الموكل

ثم اعلم ان هذه المذكورات يفتوق بعضها عن بعض من حيث ان ما كانت منها اسقاطاً بضيفه الوكيل الى نفسه مع التصريح بالموكل فيقول زوجتك فلانة وصالحتك عما تدعيه على فلان من المال او الدم . اما ما كان منها تمليكاً لعين او منفعة او حفظ فلا بضيفه الى نفسه بل الى الموكل فقط كقوله هب لفلان كذا او اودعه كذا او اقرضه كذا فلا بد في هذا من اخراج كلامه مخرج الرسالة فلا يصح ان يقول بعني كذا كما مر ولا هبني لفلان او اودعني لفلان . وعلى هذا فقولم التوكيل بالاستقراض باطل ، معناه انه في الحقيقة رسالة لا وكالة فلو اخرج الكلام مخرج الوكالة لم يصح بل لا بد من اخراجه مخرج الرسالة كما قلنا . وبه علم ان ذلك غير خاص بالاستقراض بل كل ما كان تمليكاً - اذا كان الوكيل من جهة طالب التملك لا من جهة المملك فان التوكيل بالاقتراض والاعارة صحيح ، لا بالاستقراض والاستعارة بل هو رسالة هذا ما ظهر لي فتأمل اه

وهو كلام وجيه - لكن يعكروا عليه ما في التكلفة عن الاشياء معزباً للغزاة الوكيل في الابرأه اذا ابرأه ولم يصفه الى موكله لم يصح اه ، فان هذا وكيل عن المملك لا عن من يثبت له المالك ولم يصح ابرأه ما لم يصفه الى موكله . ويمكن ان يقال المراد بقوله ولم يصفه الى موكله انه لم يذكر موكله وهذا لان ذكره لا بد منه كما علمت ولهذا لو قال ابرأتك عن الدين الذي لفلان عليك ، يصح مع انه اسند الابرأه الى نفسه بخلاف الوكيل عن المدين الذي يثبت له التملك فانه لو قال ابرأني عن دينك الذي على فلان فقال له الدابن ابرأتك لا يصح على ما تقدم وانه يصح لو قال ابرأت فلانا بعني من عليه الدين تأمل

✽ نبيه ✽

حيث علمت ان الوكيل في هذه العقود سفير محض وان اسند العقد في بعضها
لنفسه بعد ذكر الموكل على ما بينا تعلم ان حكمه حكم الرسول من حيث ان حقوق
تلك العقود تتعلق بالموكل دون الوكيل كما سيأتي في المادة ١٤٦٢ وشرحها

المادة ١٤٦١ - ✽ لا يشترط اضافة العقد الى الموكل بالبيع
والشراء والاجارة والصلح عن اقرار فان لم يضاف الوكيل الى موكله
واكتفى باضافته الى نفسه صح ايضاً وعلى كلتا صورتين لا تثبت
الملكية الا لموكله ولكن ان لم يضاف العقد الى الموكل تعود حقوق
العقد الى العاقد يعني الوكيل وان اضيف الى الموكل تعود حقوق العقد
الى الموكل ويكون الوكيل بهذه الصورة كالرسول مثلاً لو باع
الوكيل بالبيع مال الموكل واكتفى باضافة العقد الى نفسه ولم يصفه
الى موكله يكون مجبوراً على تسليم المبيع الى المشتري وله ان يطلب
ويقبض الثمن من المشتري واذا خرج للمال المشتري مستحق وضبطه
بعد الحكم يرجع المشتري على الوكيل يعني يطلب الثمن الذي اعطاه
اباه منه والوكيل بالشراء اذا لم يضاف العقد الى موكله على هذا
الوجه يقبض المال المشتري ويجبر على اعطاء ثمنه للبائع من ماله وان
لم يستلم الثمن من موكله واذا ظهر عيب قديم في المال المشتري فالوكيل
حق الخصامة لاجل رده ولكن اذا كان الوكيل قد اضاف العقد

الى موكله بان عقد البيع بقوله بت بالو كالة عن فلان او اشترت
لفلان فعلى هذه الحال تعود الحقوق للمينة آنفاً كلها الى الموكل ويبقى
الوكيل في حكم الرسول في هذه الصورة ❊

انما لا يشترط اضافة هذه العقود الى الموكل لانها معارضات للحكم فيها يقبل
الانفصال عن السبب - الا ترى ان البيع بالخيار صحيح مع ان الحكم وهو
دخول المبيع في ملك المشتري لم يحصل فثبت انفصل الحكم عن السبب فلا مانع
من ان يصدر السبب من الوكيل باضافته الى نفسه ويقع الحكم وهو الملك للموكل
بخلاف العقود التي هي اسقاطات فان الساقط بتلاشي فلا يتصور ان يصدر السبب
من شخص ويقع الحكم لاخر كما تقدم

وحاصل ما ذكره في المسئلة ان الوكيل باحد هذه العقود مختار بين ان يضيف
العقد الى موكله وبين ان يضيفه لنفسه وكيفما فعل فالملكية لا تثبت الا للموكل -
حتى لو اشترى الوكيل قريب موكله يفتق عليه او زوجته فيفسد نكاحها - لكن
ان اضاف العقد الى الموكل تثبت له الملكية اصالة وان اضافه الى نفسه تثبت له
خلافة عن الوكيل بمعنى ان الوكيل اصيل في حق العقد - لكن في حق الحكم
يخلفه الموكل فيقع له من غير ان يكون اصلاً فيه - كالعبد يتهب او بصطاد فان
المولى يثبت له الملك فيما اتهمه العبد او اصطاده خلافة عنه . وهذا هو الاصح
وقيل يثبت للوكيل . ثم ينتقل الى الموكل وقيل الوكيل نائب في حق الحكم اصيل
في الحقوق ، ولم يذكر هذا الاختلاف ثمة ، لاتفاقهم على عدم عتق قريب
الوكيل لو اشتراه وعدم فساد نكاح زوجته لو اشترها ، لان الملك على القول الثاني
لم يستقر للوكيل . والموجب للعتق وفساد النكاح الملك المستقر افاده في
البحر .

اقول يمكن ان تظهر الثمرة فيما لو علق طلاق زوجته على دخول شيء معين
في ملكه ثم اشتراه بالو كالة فلا نطلق زوجته على القول الاول والثالث وتطلق
على الثاني تأمل . ثم ان الوكيل ان اضاف العقد الى نفسه تتعلق حقوق العقد به

ولو كان غائباً ظو باع ثم غاب لا يكون الموكل قبض الثمن ولو مات الوكيل فنقل الحقوق الى وصيه لا للموكل وان لم يكن له وصي يرفع الى الحاكم ينصب وصياً عند القبض وهو المعقول ، وقيل ينتقل الى موكله ولا ية قبضه فيحطأ عند الفتوى . وجزم في البرازية بما هو المعقول وقال في البحر وبه اتبعت بعد ما احتطتاه . ملخصاً من البحر . وهذا ان لم يكن محجوراً فلو محجوراً كالمبد والصبي المحجورين تتعلق حقوق عقدهما بالموكل وان اضافاه الى انفسها ، اذ لا يصح المحجور من التزام العهدة حتى مولى المبد ولقصور اهلية الصغير - غير ان العبد اذا عتق تعود العهدة عليه والصبي اذا باع ، لا . واما المأذون منها فان كان وكيلاً بالبيع تتعلق به العهدة مطلقاً وان كان وكيلاً بالشراء فان اشترى بثمن حال فكذلك وان يموء جل ، فالعهدة على الموكل ايضاً لانه في معنى الكفالة وهو ليس بأهل لها وقد تقدم في المادة ١٤٥٨ اشرحها فلترجع . والحقوق التي تتعلق بالوكيل منها ما هو له وليس بواجب عليه لانه متبرع - لكن بوجه من ان يوكل بها الموكل كقبض المبيع وقبض الثمن والمخاصمة في العيب والرجوع بثمن المستحق وهذا شامل للمثلثين

الاولى ما اذا كان الوكيل بايعاً وقبض الثمن من المشتري ثم استحق المبيع فان المشتري يرجع بالثمن على الوكيل سواء كان الثمن باقياً في يده او سلمه الى الموكل وهو يرجع على موكله

الثانية ما اذا كان مشترياً فاستحق المبيع من يده فانه يرجع بالثمن على الباع دون موكله كما ان المخاصمة في العيب شاملة لمثلثين ان يكون الوكيل بايعاً فيرده المشتري عليه ، وان يكون مشترياً فيرده الوكيل على الباع - لكن بشرط كونه في يده فان سلمه الى الموكل فلا يردده الا باذنه والوكيل لو رضي بالعيب فله . ثم الموكل ان شاء ازم الوكيل وان شاء قبله . وقبل ان يلزم الوكيل لو هلك على الموكل ولو مات الوكيل بالشراء ووجد الموكل بالمشتري عيباً يردده وارث الوكيل او وصيه والا فالموكل والوكيل بالبيع اذا مات ووجد مشتريه به عيباً رده على وصي الوكيل او وارثه والا فلي الموكل . والوكيل بالشراء لا يملك ابراء الباع عن العيب عند ابي حنيفة ومحمد واختلفوا في قول ابي يوسف واستفيد من كون قبض الثمن من حقوقه انه لو ضمن الوكيل الثمن اي كفه

لا يصح ضمانه ولو احوال المشتري الوكيل على وكيله به بشرط برائة المشتري ، لم يصح ولو احوال الوكيل موكله بالثمن على المشتري صحت . وهي وكالة لا حوالة ، لانه لا شيء للموكل على وكيله ، وان الوكيل لو منع المشتري من دفع الثمن الى موكله ، صح وله الامتناع عن الدفع اليه اي وان لم يمنعه الوكيل ولكن لو دفع اليه ، صح وبري . استحسننا وانه يصح ابراء الوكيل وحوالته على الاملاء والمائل والأدون واقالته وحطه وتأجيله والتجوز بدون حقه عندهما وبضمن خلافاً للثاني هذا قبل قبضه اما بعد قبضه لا يملك الحط والابراء والاقالة . وبعد ما قبل بالثمن حوالة لا يصح كما بعد الاستيفاء . والوكيل بالاجارة اذا فسخا قبل مضي المدة صح لا بعد مضيها . وبعد قبض الاجرة ديناً كان او عيناً ، لا يصح الفسخ ، وان الوكيل لو وكل موكله بقبض الثمن صح وله عزله الا اذا خاصمه الموكل في تأخير المطالبة فازم القاضي الوكيل ان يوكل موكله لا يملك عزله .

ومنها ما هو عليه كتسليم الثمن والمبيع ونحوهما فهذه يجبر عليها بطلب البايع والمشتري ونحوهما . وله ان يسلم المبيع قبل قبض الثمن حتى اذا قال له الموكل بعد البيع لا تدفع المبيع حتى قبض الثمن ، جاز له دفعه قبل قبض الثمن وكان النعي باطلاً عندهما خلافاً للثاني كما في القنية - لكن قيده في البرازية بما اذا كان المبيع في يد الوكيل فلو في يد الموكل واى عن الدفع قبل قبض ثمنه له ذلك . اما لو نهاه عن البيع حتى يقبض الثمن لم يجز بيعه حتى يقبضه من المشتري ثم يقول بعتك بهذه الدراهم التي قبضتها منك اه الكل من الدر وحواشيه . واقاد في الهندية عن السراج ، ان المشتري من الوكيل اذا اثبت العيب على الوكيل ورد عليه بقضاء القاضي اخذ الثمن من الوكيل اذا تقدم اليه وان تقدم الى الموكل ، اخذه من الموكل وكذا اذا استحق من يده رجع بالثمن على الوكيل ان تقدم اليه . وان تقدم للموكل رجع به عليه اه ماخصاً من البحر

قال العلامة ابو السعود واقول لم يظهر لي وجه ما في القنية من بطلان النعي عن تسليم المبيع قبل قبض الثمن مع ان المصرح به ان المشتري يوهى بتسليم الثمن اولا حيث كان الثمن حالاً وعلواً ذلك بقولهم ليمين حتى البايع فيه اما المشتري فقد تعين حقه في البيع بمجرد العقد لان الثمن لا يمين بالتعيين حتى لو اضيف العقد

الى درام معينة كان له ان ينقد غيرها - فالظاهر ان ما في القنية من بطلان
النهي عن تسليم المبيع قبل قبض ثمنه ضعيف اه
اقول ما في القنية نقل مثله في البحر عن الخلاصة وكذا في البرازية ، مقيداً
كما سمعت ووجهه ظاهر وهو ان المبيع بعد البيع صار ملك المشتري . وتسليمه او
امساكه حتى يقبض الثمن ، حق الوكيل وصرح الزبلي بان الموكل اجنبي عن العقد
وعن حقوقه حتى قال في كافي الحاكم كما نقله في البحر : لو وكل القاضي وكيلاً
بيع شيء فباعه ثم خاصمه المشتري في عيبه جاز قضاء القاضي للوكيل اه فكيف
يصح نهيه عما ليس من حقوقه بل هو فيه اجنبي . فقوله ان ما في القنية ضعيف ،
ضعيف فتنبه .

وقوله في هذه المادة مثلاً لو باع الوكيل بالبيع مال الموكل الخ ، دخل فيه ما
لو كان وكيلاً بالاجارة فان له قبض الاجرة وعليه تسليم العين الى المستأجر وبه
صرح في كافي الحاكم حيث قال ان لو وكيل بالاجارة المخاصمة في اثباتها وقبض
الاجرة وحبس المستأجر به فان وهب الاجر للمستأجر او ابرأه جاز ان لم يكن
عيناً ويضمنه وان عيناً ، لا . وان ناقض الوكيل المستأجر الاجارة قبل ان يعمل
فيها شيئاً ، جازت ديناً كان الاجر او عيناً ويبرئ المستأجر الا ان يكون الوكيل
قبض الاجر اه . فما في منية المتني من ان الوكيل بالاجارة ليس له قبض الاجرة
وحبس المستأجر به ، سبق فلم افاده في البحر - لكن نقل في حاشيته للعلامة ابن
عابدين عازباً للرولي ، ان ما في منية المتني صرح به في السراجية والله تعالى اعلم اه
وقال : وعلى هذا يطالب الوكيل بالامتنع بالاجرة كالوكيل بالشراء اه . ثم لا
فرق في كون الحقوق تتعلق بالوكيل اذا اضاف العقد الى نفسه بين ان يكون
الموكل حاضراً حالة عقد الوكيل او غائباً لان الوكيل هو الماقد حقيقة وحكماً
كما في التنوير وغيره خلافاً لما في الجوهره من انه لو كان الموكل حاضراً فالمهدة
على اخذ الثمن لا الماقد وخلافاً لما قاله القاضي الامام ابو المعالي ان المهدة على الموكل
لانه اذا كان حاضراً كان كالمباشر بنفسه كما في الدرر وحواشيه

وفيها ان شرط الموكل عدم تمام الحقوق بالوكيل ، لغو كما لو وكله بالبيع بشرط
ان لا يقبض الثمن فان الشرط باطل ايضاً ولو كتب المالك باسم الموكل لا يسقط

حق الوكيل في قبض الثمن الا ان يقر الموكل بقبضه اه وفي البحر عن البرازية :
لو ان المشتري من الوكيل باعه من الوكيل . ثم استحق من الوكيل رجم الوكيل على
المشتري منه وهو على الوكيل ، والوكيل على الموكل وتظهر فإيدته عند اختلاف الثمن اه
فلو ان الوكيل باعه من زبد بالف ثم باعه زبد من الوكيل بالف ومائة ثم استحق
من الوكيل رجع الوكيل على باعه زبد بالف ورجع زبد باعه عليه بالف وهو
الثمن الذي اشتراه به ثم الوكيل على الموكل بما دفعه له وهو الالف

* تنبيه *

ما ذكرناه انفاً من ان الوكيل في هذه العقود ، مختار بين ان يضيف العقد الى
موكله وبين ان يضيفه الى نفسه وكيفما فعل ثبتت الملك للموكل ابتداءً ، هو
الموافق لما في شرح المجموع لابن مالك معزباً للفصول ومثله في المجتبى والزيلعي تبعاً
لما في شرح الطحاوي - لكنه مخالف لما في الخلاصة والبرازية تبعاً لما نقله قاضيان
عن الجامع الاضمر حيث قالوا : وكيل شراء العبد جاء الى مالكه فقال اي المالك
بعث هذا العبد من الموكل وقال الوكيل قبلت ، لا يلزم الموكل لانه خالف
حيث امره ان لا يرجع العبد اليه وقد ارجع قال ابو القاسم الصغار : والصحيح ان
الوكيل بصير فضولياً ويتوقف العقد على اجازة الموكل اه . وعمل الزيلعي الاول
بان الداخل في الوكالة بالشراء ، شراء مطلق غير مقيد بالاضافة الى احد فكل شيء
اقر به لا يكون مخالفاً اه . وذكر في نور العين بعد ان استظهر ما في شرح الطحاوي
ان غاية ما في الباب ان المسئلة فيها روايتان ، او يكون احد ما ذكر في شرح
الطحاوي وقاضي خان غير صواب كما لا يخفى على ذوي الالباب اه هذا حاصل ما
ذكره العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر قابلاً فتأمل في هذا المحل فانه من
مداحض الاقدام اه وأما ما اتى به من التوفيق بين ما في الخلاصة والبرازية وبين
ما في شرح المجموع واطال في بيانه ابنه في التكملة وحاصله ان ما في شرح المجموع
مقيد بما اجاز الموكل العقد بناء على توقف نفاذه على اجازة الموكل كما قال الصغار
ثم بعد الاجازة ينفذ عليه البيع وتعلق به الحقوق ، فقيه ابن تامل الزيلعي المار
بنفذه كما لا يخفى . وانت على علم بان هذه المادة صريحة في الاعتماد على ما في

شرح المجمع تبعاً للزبلي وشرح الطحاوي فكانت عليه الممول فلا التفات الى
نفقه او ناول

المادة ١٤٦٢ = * تعود حقوق العقد في الرسالة الى المرسل ولا

تتعلق بالرسول اصلاً *

لأن الرسول ليس بماقد بل هو سفير يوهدي عبارة المرسل والعاقد في
الحقيقة هو المرسل كما قدمناه في شرح المادة ١٤٥٤ ، ولان الوكيل اذا اضاف
العقد الى موكله تعلق الحقوق بموكله فما بالك بالرسول الذي شرطه ان يضيف
العقد الى موكله كما في البحر وغيره - حتى اذا اخرج الرسالة مخرج الوكالة بان
اضاف العقد الى نفسه خرج من كونه رسولا وصار فضولياً فان باع نوقف البيع
على اجازة مرسله وان اشترى نفذ الشراء عليه لان الشراء متى وجد تفاقداً لا
يتوقف قال في البرازية والرسول في البيع والطلاق والعتاق والنكاح ، اذا اخرج
الكلام مخرج الوكالة بان اضاف الى نفسه بان قال طلفتك وبتك وزوجت فلانة
ملك ، لا يجوز لان الرسالة لا تتضمن الوكالة لايها فوقها . وان اخرجه
مخرج الرسالة جاز بان يقول ان مرسلتي يقول بت منك اه وارجم لما كتبناه
في شرح المادة المذكورة

المادة ١٤٦٣ = * المال الذي قبضه الوكيل بالبيع والشراء

وابفاء الدين واستيفائه وقبض العين من جهة الوكالة في حكم الودبة
في يده فاذا تلف بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان والمال الذي في يد
الرسول من جهة الرسالة ايضاً في حكم الودبة *

في الحامية رجل دفع الى رجل الف درهم وامره ان يشتري له عبداً فوضع
الوكيل الدرهم في منزله وخرج الى السوق واشترى له عبداً بألف درهم وجاء
بالعبد الى منزله فاراد ان يدفع الدرهم الى البائع فاذا الدرهم قد صرفت وهلك
العبد في منزله فجاء البائع وطلب منه الثمن وجاء الموكل بطلب منه العبد كيف
يفعل ، قالوا بأخذ الوكيل من الموكل الف درهم ويدفعها الى البائع . والعبد والدرهم
هلكا على الامانة في يده ، قال الفقيه ابو الليث هذا اذا علم بشهادة الشهود انه
اشترى العبد وهلك في يده اما اذا لم يعلم ذلك الا بقوله فانه يصدق في نفي الضمان
عن نفسه اه

وفيها الرسول امين والعين في يده امانة فاذا ادعى رد العين الى صاحبها او
ادعى الموت او الهلاك يصدق مع يمينه بالاتفاق - الا ان يكذبه الظاهر . وفي
البحر ان وكيل البيع لو دفع المبيع الى الدلال ليعرضه على من يرغب فيه فغاب
وضاع في يده قيل لم يضمن لكن المختار الضمان كما في البرازية لكونه دفع ملك
الغير بغير اذنه وان كان اصيلاً في الحقوق . وفي البرازية وكيل البيع قال
بتمه وسلحته من رجل لا اعرفه وضاع الثمن عند المشتري قال القاضي يضمن
لانه لا يملك التسليم لمن لا يعرفه قبل قبض ثمنه . وهذه المسئلة تخالف مسئلة
التمقمة المذكورة في التارخانية عن الظهيرية وهي كما في الفروع آخر الدر : دفع
اليه تمقمة ليدفعها الى انسان يصلحها ونسي من دفعها اليه لا يضمن الوكيل
بالدفع لانه فعل ما امر به ولم يكن متعمداً بالنسيان اه بزادة من حواشيه . وتوجه
الفرق بين المستثنين ، يعلم من تمليلها قال العلامة ابن عابدين في حاشيته
على البحر وينبغي تقييده اي ضمان وكيل البيع اذا دفع للدلال وغاب وضاع ، بما اذا
لم تكن العادة جارية في ذلك . اما اذا كانت شيئاً لا يبيعه الوكيل بنفسه بل
يدفع في العادة الى دلال ليعرضه على البائع لا يضمن لانه يقتضى العادة بكون
مأذوناً بذلك . وفي الفتاوى الظهيرية : سهل فيما اذا جرت العادة بين التجار ان يبعث
بعضهم الى بعض بضاعة يبيعها ويبعث بثمنها مع من يختاره من المكارية بحيث اشتهر
ذلك بينهم اشتهاراً شامخاً فيهم ويبيع المبعوث اليه البضاعة المبعوثه في مدينته
وارسل مع من اختار من المكارية لباعثها ثمنها على دفعات متعددة حسبما يسر له

وانكر المبعوث اليه بعض الدفعات هل يكون القول قول باع الثمن لبيته وان لم يعلم تفاصيل ذلك اطول المدة ام لا بد له من البينة - اجاب القول قوله يمينه اذ له بعشه مع من يختاره و يراه اميناً لانه امين لم تبطل امانته والحالة هذه بالارسال مع من ذكر . وقد ذكر الزاهدي راسماً لبكر خواهر زاده جرت عادة حاكمة الرستاق انهم يعشون الكرايس بيد شخص ظنه اميناً وابقى ذلك الرسول لا يضمن الباعث اذا كانت هذه المادة معروفة عندهم قال اسنادنا رحمه الله تعالى وبه اجبت انا وغيري اه وقد عطف به بقولهم : المعروف عرفاً كالشروط شرطاً والمادة محكمة والعرف قاض الى غير ذلك اه ما في الخبرية اه وذكر مثله في الحامدية وذكر في التكلفة عن الولوجية : رجل غاب وامر تلميذه ان يبيع السلعة ويسلم ثمنها الى فلان فباعها وامسك الثمن عنده ولم يسلمه حتى هلك فلا يضمن لان استاذة لا يضيق عليه عادة فلا يصير بتأخير الاداء ضامناً .

المادة ١٤٦٤ * لو ارسل المديون دينه الى الدايين وقبل الوصول اليه تلف في يد الرسول فان كان رسول المديون يتلف من مال المديون وان كان رسول الدايين يتلف من مال الدايين ويبرأ المديون من الدين *

انظر ما نقلناه عن الخانية في شرح المادة (١٤٥٤) . وفي البحر عن الواقعات الحسامية : المديون اذا باع الدين على يد وكيله فجاه به الى الطالب واخبره ورضي به وقال اشتر لي شيئاً فذهب واشترى ببضه شيئاً وملك منه الباقي قال بعضهم يهلك من مال المديون وقال بعضهم من مال الطالب . وهذا اصح لان امره بالشراء بمنزلة قبضه اه وليس هذا مخالفاً لما في القنية حيث قال ولو وكله بقبض دينه على فلان فاخبر به المديون فوكله ببيع سلته وانباه ثمنه الى رب الدين فباعها واخذ الثمن وملك يهلك من مال المديون لاستحالة ان يكون قاضياً ومقضياً والواحد لا يصلح ان يكون وكيلاً للمطلوب والطالب في القضاء والاقتضاء اه لان ما في الواقعات سبق نوكيل المطلوب وما في القنية فيها اذا سبق نوكيل الطالب كما لا

يخفى اه افاده البحر وفي الخانية : المديون اذا دفع الى صاحب الدين عينا وقال له
عه وخذ حقك منه فباعه وقبض الثمن وهلك في يده يهلك من مال المديون - ما
لم يحدث رب الدين فيها قبضا لنفسه . ولو قال به بمحقق فباعه وقبض الثمن بصير
قابضا حقه حتى لو هلك بعد ذلك يهلك من مال القابض اه وفيها ولو ان رجلا
بعث الى رجل بكتاب مع رسول ان ابعث الى ثوب كذا بثمن كذا ففعل وبعث
به مع الذي اتاه بالكتاب ، لم يكن من مال الاخر حتى يصل اليه وكذلك
القرض والانتضاء . وفي هذا انما الرسول رسول الكتاب اه وفيها مديون دفع
الدرام الى صاحب دينه وامره بان يتقدمها فهلك في يده هلكت من مال
المديون والدين على حاله ولو دفع الدرهم الى صاحب الدين ولم يقل شيئا ثم ان
الطالب دفع الدرهم الى المديون ليتقدمها فهلكت في يده هلكت من مال الطالب
كما لو دفعها الطالب الى اجنبي ليتقدمها اه اي لان القبض في الثانية قدم بخلافه
في الاولى فانه لا يتم الا بعد النقد المأمور به . وفي الدرر وحواشيه ادعى انه وكيل
القائب بقبض دينه فصدقه الغريم امر بدفعه اليه عملا باقراره ولا يصدق لو ادعى
الابطاء الا ان يقيم البينة عليه فلو برهن على الابطاء ، يقبل لان الوكيل بقبض
الدين وكيل في الخصومة فيه - لكن ان عجز عن اقامة البينة واراد تحليف الوكيل
انه لم يعلم بالابطاء ، لا يحلف اذ لو اقر به لم يميز على موكله لانه على الغير هذا ما
صرح به في البحر والزبلي وجامع الفصولين وغيرها فما قاله الشارح اللبناني من انه
لا سبيل له ليبرهن على الوكيل لان الوكيل بالقبض لا يملك الخصومة فربة بلا
مربة فلينتبه له . ثم ان حضر القائب فصدقه في التوكيل فيها ونعمت وان كذبه
وحلف امر الغريم بدفع الدين اليه ثانيا لفساد الاداء الى الوكيل بانكاره التوكيل
مع يمينه ففي البحر عن البرازية وان اراد الغريم ان يحلفه بالله ما وكلته ، له ذلك .
وان دفع عن سكوت ، ليس له الا اذا عاد للتصديق وان دفع عن تكذيب
ليس له ان يحلفه ، وان عاد الى التصديق لكنه يرجع على الوكيل بما دفعه اليه على
كالحال ان كان ما دفعه باقيا في يده ولو حكا بان استهلكه فانه بضمن مشفه فهو
في حكم الباقي . وان ضاع في يد الوكيل او ادعى دفعه الى موكله فلا يرجع الغريم
عليه لانه بتصدقه اعترف انه محق بالقبض فيكون امينا الا في ثلاث صور فيضمن

الاولى ان يكون قد ضمنه عند الدفع بان قال له الغريم انت و كبله ولا آمن
ان يجحد التوكيل ويأخذني ثانياً فيقول له الوكيل انا ضامن لما يؤخذ منك
ثانياً لان هذا في زعمها يأخذه ظلماً فيكون في حكم المضمون فيصح ضمانه . اما
اذا قال له انا ضامن لما قبضته منك فلا يصح ضمانه لان هذا امانة في يده
لضمانه اياه غير صحيح

الثانية ان يقول مدعي الوكالة للغريم حين قبض منه الدين قبضت منك
على اني ابرأتك من الدين فهو كما لو قال الاب للحنن عند اخذ مهر ابنته آخذ
منك هذا على اني ابرأتك من مهر ابنتي فان اخذته البنت ثانياً رجع الحنن على
الاب فكذا هذا

الثالثة اذا كان الغريم لم يصدقه اي لم يصدق لمدعي الوكيل على كونه وكيلاً
بان دفع له على زعمه اما عن مكوث او عن تكذيب لو كانه لانه انما دفع على
رجاء الاجازة من الدائن فلما انقطع رجلاه حق له الرجوع ففي هذه الصور
الثلاثة بضمن الوكيل بني مدعي الوكالة ما قبضه من الغريم عند هلاكه وفيما
عداها لا بضمن

وفي هذه الوجوه كلها ليس للغريم استرداد ما دفعه لمدعي الوكالة حتى يحضر
الغائب . وان يبرهن انه ليس بوكيل او على اقراره بانه ليس بوكيل او اراد استخلافه
لم يقبل لسعيه في تقض ما اوجبه للغائب - نعم لو يبرهن ان الطالب جحد الوكالة
واخذ مني المال ، تقبل لان التقض حينئذ من الموكل لان الثابت بالبينة كالثابت
بالعيان . ولو مات الموكل وورثه غريمه او ووجه له اخذه قائماً . ولو مالكا ،
ضمنه الا اذا كان صدقه على الوكالة فيأخذه لو كان قائماً حقيقة او حكماً لا لو
كان مالكا . ولو اقر بالدين وانكر الوكالة حلف ما يعلم ان الطالب وكله
بقبض دينه فاذا حلف لم يدفع اليه ، وان نكل قضي عليه بالمال للوكيل . وهذا
كله اذا ادعى انه وكيل بقبض الدين - اما لو ادعى انه وكيل عن الغائب بقبض
وديته فصدقه المستودع او ادعى شراءها من المالك وصدقه ، فانه لا يبرهه بالدفع
اليه على المشهور ، لانه اقرار بمال الغير - بخلاف الاول فانه اقرار بمال نفسه لان
الدين يقضي بثله لا بعينه فلو ملكت الوديعة في يده بعد ما منع قيل لا بضمن

وكان ينبغي الضمان لانه منهما من وكيل المودع في زعمه . ولو سلمها له لمهلكته في
يده وانكر المودع الوكالة ، بضمن المستودع بتسليمه . وله تخليفه انه ما وكاه
فان نكل يثبت ذمته وان حلف ، ضمن ولا يرجع على الوكيل لان في زعمه المودع
ظالم بتضمينه وليس للمظلوم ان يظلم الا اذا ضمنه عند الدفع كما مر . ولو دفع له
ولم يصدقه على الوكالة بان سكت او كذب رجم عليه مطلقاً سواء كانت العين
قائمة او هالكة ولو كانت قائمة اخذها في كل الوجوه لانه ملكها بالضمان . ولو اراد
استردادها بعد الدفع لم يملكه لما مر من انه يكون مساعياً في تقضى ما اوجبه
للغالب . ولو ادعى انتقالها بالارث او الوصية من الغائب وصدقه امر بالدفع اليه
لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقاً على ملك الوارث

وهذا اذا لم يكن على الميت دين مستغرق فان كان ودفع الوديعة الى الوارث
او الموصى له ، ضمن وان انكر المستودع ، ونه او قال ادري لا يؤمر بالدفع ما لم
يبرهن مدعي الارث او الوصية . ودعوى انه اقامه وصياً ، كدعوى الوكالة فليس
لمودع الميت او مديونه الدفع لمن يدعي الوصاية قبل ثبوت انه وصي ولو لا وصي
لدفع الى بعض الورثة ، برى عن حصته فقط . ولو وكل رجلاً بقبض مال فادعى
الغريم ما يسقط حق الموكل كاداء او ابراء او اقرار الغائب بانه ملكي دفع الغريم
المال ولو عقاراً اليه اي الى الوكيل ، لان جوابه المذكور اقرار بالدين وبالوكالة
- ما لم يبرهن فان برهن على دعوى الابقاء مثلاً ، قبل على الوكيل لان الوكيل
يقبض الدين ، وكيه بالخصومة وله تخليف الموكل اذا عجز عن البرهان لا الوكيل
لانه لو اقر لم ينفذ على الموكل وكذا لو نكل . الكل من الدر وحواشيه والبحر
وحاشيته .

المادة ١٤٦٥ = ~~لو~~ اذا وكل واحد شخصين في امر فليس لاحدهما
وحده التصرف في الخصوص الذي وكل به ولكن اذا كانا قد وكلا
رد وديعته او ابقاء دين فلاحدهما ان يوفي الوكالة وحده واما اذا
وكل احد آخر في امر ثم وكل غيره رأساً في ذلك الامر فابهما اوفى

الوكالة جاز

حاصل ما ذكره في هذا المقام ان احد الوكيلين ، ليس له ان يتصرف وحده فيما
وكلما فيه لان الموكل رضي برأبها لا برأي احدها ، ولو كان البديل مقدرًا لها من جهة
الموكل لان تقديره لا يتم استعمال الرأي في الزيادة والنقصان ، وفي اختبار البائع
والمشتري ونحو ذلك . وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الرأي ويمكن اجتماعها وكان
توكيلها بلفظ واحد . واما ما يحتاج فيه الى الرأي كطلاق وعناق بلا بدل وكرد عين
هي ودبحة او عارية او مفضوية او مبيحة فاسداً وكفضاء دين وتسليم هبة ، فيجوز
لاحدهما ان يتفرد فيه بالتصرف لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي وكذا
يجوز لاحدهما الاتفراد فيما لا يمكن اجتماعها فيه كالخصومة فان اجتماعها في التكلم
في مجلس القاضي متعذر لانه يودي الى التلبس على القاضي والى الشغب وهي وان
كان يحتاج فيها الى الرأي الا ان الرأي فيها سابق عليها - ولهذا شرطوا ان
تكون خصومة احدهما برأي الآخر ولو بدون رأيه لا تجوز عندنا ولا يشترط
حضور صاحبه وقت الخصومة عند عامتهم لانه لا يتعلق بساعة الخصومة وهو
ساکت ، فابده الا انه اذا انتهت الخصومة الى قبض المال لا يجوز قبض احدهما
حتى يجتمعا لان القبض مما يتأتى فيه الاجتماع بخلاف الخصومة لما ذكرنا -
وكذا يجوز لاحدهما الاتفراد لو كان توكيلها على التعاقب بأن قال لاحدهما
وكتلك بيم هذا مثلاً ثم قال للآخر كذلك لانه حينئذ رضي برأي كل واحد
منها على الاتفراد وقت توكيله فلا يتغير ذلك - بخلاف ما اذا قال وكتلكا
بكتذا وبخلاف الوصيين اذا وصي الى كل واحد منها بكلام على حدة حيث لا
يجوز لاحدهما ان يتفرد بالتصرف في الاصح ، لان وجوب الوصية بالموت وعند
الموت صارا وصيين جملة واحدة والوكالة يثبت حكمها بنفس التوكيل فاذا افرد كل
واحد منها بالعقد استبد كل واحد منها بالتصرف . واذا وكلها بكلام واحد
لا يتفرد به احدهما وان كان احدهما حراً بالثأ عاقلاً والآخر عبداً وصياً
مجبوراً عليه

فقدنا الطلاق والعناق بكونها بلا بدل لان ما كان منها بمقابلة بدل

يحتاج فيه الى الرأي فلا يجوز فيه انفراد احدهما ولا بد ايضا من تقييد ذلك بان يكون التوكيل بطلاق امرأة بعينها او عبد بعينه والا لا ينفرد احدهما ايضا لانه مما يحتاج الى الرأي بخلاف المين ورد الوديعه لا يحتاج فيه الى الرأي وكذا ما عطف عليه فرد احدهما كردها

والتقييد برد الوديعه ونحوها للاحتراز عن استردادها فان احدهما لا ينفرد فيه كافتضاء الدين لان اجتماعها فيه ممكن والموكل فيه غرض صحيح لان حفظ اثنين خير من حفظ واحد فاذا قبضه احدهما فضاع من بده ضمن كله لانه قبض بغير اذن المالك اذ امره بان يقبضه مجتمعين لا متفرقين فلم يكن مأمورا بي في حالة الانفراد بقبض شيء منه

وفي الولوجية وكلها الواهب في تسليم الهبة للموهوب له فلاحدهما ان ينفرد واذا وكلها الموهوب له في قبضها من الواهب فليس لاحدهما الانفراد فالاول كرد الوديعه والثاني كاستردادها . وفي الخانية من باب الوصي : ولو وكل رجل رجلين بأب يهبا هذه العين ولم يعين الموهوب له عندهما لا ينفرد احدهما بذلك وعند ابي يوسف ينفرد وان عين الموهوب له ينفرد احدهما عند الكل اه . وفي الذخيرة رجل وكل رجلا يقبض كل حق له ثم فارقه ثم وكل آخر يقبض كل دين له فقبض الوكيل الاول شيئا ليس من الدين كالساعة فليس للوكيل الثاني ان يقبضه من الاول لان الساعة مثلا عين وليس بدين ولو وكل الثاني يقبض كل شيء له فلثاني ان يقبضه من الاول اي لان ما قبضه الاول شيء . ولو وكل رجلا يقبض داره التي في موضع كذا التي في يد فلان . ثم وكل آخر بعده بمثل ما وكل به الاول يعني في قبض هذه بعينها فان كان الاول قد قبض الدار قبل توكيل الثاني فلثاني ان يقبضها من الاول وان وكل الثاني قبل ان يقبض الاول الدار فليس للثاني ان يقبضها لانها صارت مقبوضة لصاحبها اه واعلم ان المراد من قولهم لا يتصرف احد الوكيلين الا ان تصرفه وحده لا يتفدلا انه لا يصح فلو باع احدهما بمحضرة الآخر فان اجاز الآخر جاز والا فلا . ولو كان غاييا فاجازه لم يجز في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى . ولو باع احدهما من صاحبه شيئا لم يجز لما في وصايا الخانية ولو باع احد الوصيين شيئا من التركة لصاحبه

لم يجز عند أبي جنيفة ومحمد ويجوز عند أبي يوسف اه ملخصاً من الدر وحواشيه
ومن البحر وحاشيته ومن الزبلي .

اقول : وقوله فان اجاز الاخر جاز والا فلا هذا مقيد بما عدا الشراء فانه
يتفدى على العاقد ولا يتوقف لان الشراء اذا وجد نفاذاً على العاقد لا يتوقف
بخلاف البيع فانه يتوقف على اجازة الموكل او الوكيل الاخر كما في حاشية
الشلي على الزبلي .

المادة ١٤٦٦ = * ليس لمن وكل في خصوص ان يوكل غيره
به الا ان يكون قد اذنه الموكل بذلك او قال له اعمل برأيتك فعلى
هذا الحال لو وكيل ان يوكل غيره وبهذا الوجه يكون الوكيل الذي
وكله الوكيل وكيلاً للموكل ولا يكون وكيلاً لذلك الوكيل
حتى انه لا ينزل الوكيل الثاني بعزل الوكيل الاول او بوفاته *

وينزل الوكيلان بعزل الموكل او وفاته . وهذا يعني كون الوكيل الثاني
لا ينزل بعزل الوكيل الاول اذا اذن له بالتوكيل او قال له اعمل برأيتك -
اما لو قال له اصنع ما شئت فملك الوكيل الاول عزل الوكيل الثاني لما بي
البحر عن الخلاصة : رجل وكل رجلاً ببيع شيء له وشراؤه وقال له اصنع
ما شئت فوكل الوكيل رجلاً بذلك ثم مات الوكيل الاعلى فالوكيل الاسفل على
وكالته . ولو اخرج الوكيل الذي وكله ، جاز . ولو اخرج الموكل جاز
ايضاً سواء كان الوكيل الاول حياً او ميتاً وتقل مثله في الفتح عن الخانية
معللاً بانها لما فوضه الى صنعه فقد رضي بصنعه . وعزله من صنعه ونقل في البحر
عن الخانية ايضاً : اذا وكل ثم قال للوكيل وكل فلاناً فان الوكيل لا يملك
عزله الا اذا قال له وكل فلاناً ان شئت او وكل من شئت فملك عزله اه وما
ذكر في هذه المادة هو الموافق لما في الهداية

قال في الفتح ان قول المص يعني صاحب الهداية حتى لا يملك الاول
عزله ، ظاهر في صورة ان بأذن له الموكل في التوكيل لان الاذن في ذلك لا يقتضي
الاذن في العزل ايضا - واما في صورة ان يقول له اعمل برأبك ، فهو مشكل
لانهم صرحوا ان قوله اعمل برأبك توكيل عام فيدخل في عمومه توكيل الوكيل
غيره وصرحوا باثبات صفة المالكية للوكيل فيملك توكيل غيره كالمالك فحينئذ
ينبغي ان يملك الوكيل الاول عزل الوكيل الثاني ايضا بعموم وكالته عن الموكل
الاول ، وبكونه كالمالك باثبات صفة المالكية له ثم ابداه بما تقدم عن الخانية
ثم قال ولا يخفى ان الموكل الاول فيما نحن فيه يعني فيما اذا قال له اعمل برأبك رضي
بان يعمل الوكيل الاول برأبه ، وان عزله الوكيل الثاني من عمله برأبه فينبغي ان يجوز
عزله اياه . والفرق بينهما اي بين قول الموكل الاول اعمل برأبك وبين قوله اصنع
ما شئت مشكل دونه خرط القتاد اه ونقل العلامة ابن عابدين في حواشيه على
الدر وعلى البحر عن الحواشي السعدية والحواشي اليعقوبية نظير ما ذكر في الفتح
والحاصل ان المنصوص عليه في الهداية وفي هذه المادة انه اذا قال له الموكل
اعمل برأبك ، لا يملك الوكيل الثاني والمنصوص عليه في الخانية والخلاصة
انه اذا قال له اصنع ما شئت يملك عزله - وكذا اذا قال له وكل فلانا ان
شئت او وكل من شئت يملك عزله كما تقدم عن الخانية آنفا وما ذكرناه عن الفتح
والسعدية واليعقوبية بحيث لا يصادم المنقول فليتنا ان نعمل في كل مسألة بالمنصوص
عليها وان كان الفرق بينها مشكلا واما دعوى صاحب البحر ظهور الفرق بينهما ،
فغير ظاهرة نعم نقل في التكملة عن منية الملقى ما نصه : وكل الوكيل وقد قيل له اعمل برأبك
صار الثاني وكيل الموكل وينزل الاول والثاني بموت الموكل ولا ينزل الثاني
بموت الاول وانزاله ويملك الاول عزل الثاني اه فقوله ويملك الاول عزل الثاني
موافق لما بحثه في الفتح والسعدية واليعقوبية فلعل في المسئلة روايتين لكن لا ينبغي
ان يعدل هما في الهداية لا سيما وقد اخذت به المجلة هذا ما ظهر لي في تقرير هذا
الهل والتوفيق على الله عز وجل

واعلم ان قولم ليس للوكيل ان يوكل بلا اذن ولا اعمل برأبك ، يستثنى
منه كما في البحر والتنوير وشرحه الدر ثلاث مسائل

الاولى ان يوكله في دفع زكاة فانه يصح لهذا الوكيل ان يوكل غيره في دفعها
حق لو وكل الوكيل ثم وثم فندفع الاخير جاز ولا يتوقف سواء امره بالدفع الى
معين او غير معين ، لان المقصود منها البرائة من سمة الجمل في حق المزكي ونعم
الفقير القابض لها ولا فرق في ذلك بين نائب ونائب

الثانية ان يكون وكيلًا بالبيع فيوكل الوكيل غيره ويقدر له الثمن
فان بيع الوكيل الثاني يجوز ولا يتوقف على اجازته لان رأي الوكيل الاول
يحتاج اليه الموكل لتقدير الثمن ظاهراً وقد حصل بخلاف ما اذا قدر الموكل الثمن
للكيل الاول فان الوكيل الثاني لو باع بغيبة الوكيل الاول يعني موكله لا
يجوز وان كان بالثمن الذي قدره الموكل الاول ، ما لم يميزه الوكيل الاول في
عامة الروايات كما في الخانية وهو الاصح كما في منية المفتي . والفرق ان الموكل اذا
فوض مع تقدير الثمن كان غرضه رأي وكيله في الزيادة على ما قدره وفي اختيار
المشتري الذي لا يماطل بتسليم الثمن - اما اذا لم يقدر الثمن كان غرضه رأي الوكيل
في معظم الامور اي امر عقد البيع وهو التقدير في الثمن هذا ما صرح به في الهداية
وشروحها . وذكروا الرمي ان الخلاف الجاري فيما اذا قدر الموكل الثمن لو وكيله
هو بعينه جار فيما اذا قدر الوكيل لو وكيله وان تصحيح التهمة عدم الجواز وقول
الخانية انه لا يجوز في عامة الروايات ، تضعيف لما في الهداية ووجهها ذلك بان
تقدير الوكيل الثمن لو وكيله يمنع النقصان ، لا الزيادة ، ولا اختيار المشتري اه
ملخصاً ونقله الملامة بن عابدين في حاشيته على البحر ثم نظر فيه ، بان وجود الخلاف
فيما اذا قدر الموكل لو وكيله لا يلزم منه وجود الخلاف ايضاً فيما اذا قدر الوكيل
لو وكيله الا بنقل صريح اه ملخصاً

قلت وفيه نظر فان الرمي نقل عن الكفاية انه قال عند قول صاحب الهداية
ولو قدر الاول يعني الوكيل الاول للثاني فعقد بغيبته يجوز ما نصه : اطلق الجواز
وهو رواية كتاب الرهن وقد اختارها لان الرأي يحتاج فيه لتقدير الثمن ظاهراً
وقد حصل وفي كتاب الوكالة لا يجوز لان تقدير الثمن لمنع النقصان لا لمنع الزيادة
وربما يزيد الاول على هذا الثمن لو كان هو المباشر للمقده ونقل مثله في حاشية
الشبي عن الكافي وهذا نقل صريح في ان الخلاف جار ايضاً في صورة تقدير

الوكيل الاول لو كيله فليتا مل

هذا وقد كتب في تكملة رد المحتار في هذه المسئلة عند قول صاحب التنوير
الا عند تقدير الثمن الخ كلاماً غير مستقيم ونقل بعضه الشارح اللبناني في شرح
هذه المادة فلينبه له

الثالثة ان يكون الوكيل وكيلاً في قبض الدين فانه اذا وكل من عياله
يصح وبيعاً المديون بالدفع اليه اما نو كيله لمن لم يكن في عياله لا يصح فلو قبض
الوكيل الثاني وهلك في يده كان للموكل الاول الرجوع بدينه على المديون كما في
الهدر وحواشية اي وللمديون الرجوع على الوكيل الاول بجره وتماه في الذخيرة اه
وفيها عدا هذه الثلاثة لا يصح نو كيل الوكيل بغير اذن او تفويض
لان الموكل انما فوض اليه التصرف دون التوكيل به وكذا الوكيل الثاني ليس
له نو كيل ثالث بدون اذن الوكيل الاول وان فوضه الاول ففي البحر عن البرازية
قيل للوكيل اصنع ما شئت له التوكيل ولو قال الوكيل الاول ذلك لو كيله لا يملك
الثاني نو كيل ثالث ولو قال السلطان للقاضي استخلف من شئت فاستخلف اخر صح
- وكذا من استخلفه القاضي لو قال لآخر استخلف من شئت فاستخلف صح ثم و ثم اه
قال في البحر والمراد انه لا يوكل فيما وكل فيه فيخرج التوكيل بمقوق العقد فيما
ترجع فيه الحقوق الى الوكيل فله التوكيل بلا اذن لكونه اصيلاً فيها ولذا لا
يملك الموكل نهيها عنها وصح نو كيل الموكل فيها كما قدمناه اه .

قال اللبناني بشكل على هذا ما في الخانية الوكيل بالبيع اذا باع ووكل غيره
بقبض الثمن قبض وهلك الثمن عند القابض قال ابو حنيفة الضمان على الوكيل
بالبيع لا على القابض فعنده القابض بمنزلة مودع المودع اه . وفيها: رجل وكل
رجلاً بان يشتري له ثوباً سماه فاشترى الوكيل وغاب وامر رجلاً اجنبياً بقبض
الثوب من البائع فقبض الاجنبي وهلك الثوب عنده ، قال محمد يضمن الوكيل
لانه اودعه عند القابض اه ووجه الاشكال ان قبض الثمن من حقوق العقد
الراجعة للوكيل - وكذا قبض الثوب الذي اشتراه لموكله فكان ينبغي ان
لا يضمن بئو كيله آخر بالقبض لانه وكل بحق يعود اليه اه
قلت لا اشكال في المسئلة فان الوكيل انما ضمن لكونه سلم ودبعت في يده

لاجنبي بلا اذن مالكها الا ترى كيف فيد في الخانية المأمور بكونه اجنبياً .
وكون القبض من حقوقه لا يستلزم عدم ضمان ودبحة سلمها لاجنبي وقد علمت
آخراً ان الوكيل بقبض الدين اذا وكل اجنبياً فقبضه وملكه يكون مضموراً عليه
لا اذا وكل من في صياله فانهم .

❖ تنبيه ❖

المراد من عدم صحة توكيل الوكيل بدون اذن وتفويض عدم النفاذ - حتى
لو وكل الوكيل بدونها فاجاز الموكل نفذ فيكون فضولياً بالتوكيل يعلم هذا
من قولهم كل ما صح التوكيل به اذا باشره الفضولي يتوقف . افاده في التكلفة عن
الاشياء والرملي كما ان المراد من عدم صحة عقد الوكيل الثاني عدم نفاذه - حتى
لو وكل الوكيل غيره بدونها فمقد الثاني فاجازه الوكيل الاول صح وتعلق حقوقه
بالمقاد على الصحيح . ولا بد لنفاذه من اجازة الوكيل الاول او موكله وان كان
الوكيل الاول حاضراً وقت عقد الثاني لان توكيل الوكيل لما لم يصح التحق بالمدم
فيكون الثاني فضولياً وعقد الفضولي لا يتم بمجرد حضرة المجهز ما لم يجز ، وقيل اذا
عقد الثاني بحضرة الاول يجوز من غير اجازة منه لان المقصود وهو حضور رآه
قد حصل بنفس العقد باذنه والمعتمد الاول واله ذهب عامة مشايخنا كما في حاشية
الشلي وغيرها .

ولا تنس ما قدمناه من ان الوكيل الاول لو بين ثمن ما وكل يبيعه للوكيل الثاني
يجوز عقد الوكيل الثاني بلا توقف على اجازة الاول . والمراد بالمقد الذي
يتوقف على اجازة الاول ، ما عدا الشراء فان هذا لا يتوقف بل ينفذ على المقاد
حيث وجد نفاذ كما تقدم وذكره في البحر وفيه : التقييد بالمقد للاحتراز عن
الوكيل بالطلاق والعتاق اذا وكل غيره وطلق الثاني بحضرة الوكيل الاول وكذا
اذا طلق الاجنبي فاجاز الاول فانه لا يقع ، لان الموكل علقه بلفظ الاول دون
الثاني وهو يتعلق بالشرط - بخلاف البيع ونحوه . ويزاد الابراء عن الدين لما في
القنية وكله بان يبرى ، غريمه عن الدين فوكل الوكيل فايراه بحضرة الاول لم يصح اه
وتزاد ايضاً الخصومة وقضاء الدين فلا تكفي الحضرة كما في شرح المجمع وبخالفه
في الخصومة ، ما في الخانية ، وان خاصم الوكيل الثاني والموكل حاضراً لان الاول

اذا كان حاضراً صار كأن الاول خاص بنفسه كالوكيل بالبيع اه ما في البحر
ثم ان الفواض الى رأي الوكيل كأعمل برأبك كالاذن له في التوكيل الا
في طلاق وعناق لانها بما يخلق به فلا يقوم غيره مقامه كما في التنوير وشرحه
الدر عن القنية

المادة ١٤٦٧ = * اذا اشترطت الاجرة في الوكالة واوفائها
الوكيل يستحقها وان لم نشترط ولم يكن الوكيل ممن يخدم بالاجرة
يكون متبرعاً وليس له مطالبته باجرة *

الضمير في قوله واوفائها عايد الى الوكالة بمعنى الموكل فيه يعني واوفى الوكيل
العمل الذي وكل فيه والضمير البارز في قوله يستحقها عايد الى الاجرة اعم من ان
نكون هي المسمى او اجرة المثل لان استئجار الوكيل ان كان صحيحاً بأن كان
المعقود عليه العمل وقد بين بياتنا يمنع النزاع او منفعة الوكيل وقد بينت فيه المدة
يجب المسمى وان لم تكن صحيحة لفقد ما ذكرناه ووجب اجر المثل لا يزداد على المسمى
ان كان الاجر مستقياً وبالفاً ما بلغ ان لم يكن مستقياً وانما يجب للوكيل اجر
على عمله ان شرط له ذلك صريحاً او بدلالة العرف والعادة بان كان الوكيل ممن
جرت عادته ان يعمل باجرة كالدلال والسماور وكتجار زماننا فان العرف
والعادة قد جرت بان اخدم يعمل لغيره باجرة يسمونها معلوماً وكوكلاء الدعاوي
فانهم كذلك فان مثل هذا يستحق اجرة مثل عمله على ما بينا وان لم يشترط له ذلك
صريحاً لان المعروف كالمشروط وقد تقدم هذا في المادة ٥٦٣ وقد اجاب في تنقيح
الحامدية عن اهل قرية وكلاهما زيداً ليتعاطى امورهم ونياشراعمالهم في القرية وجعلوا له
على ذلك مبلغاً معلوماً من الدرهم وتعاطى زيد ذلك بانه يجب له اجرة مثله وعمن وكل
زيداً في تقاضي دينه الذي بذمه فلان وشرط له على ذلك اجراً معلوماً في مدة معلومة
وتقاضاه زيد بقوله حيث شرط له ذلك ووقت له وقتاً وياشر ذلك ، يستحق ما ذكر كما
صرح بذلك في الاشياء من كتاب الامانات وفي البرازية: وكله يقبض ودبعته وجعل

له الاجر صح وان وكله قبض دبه وجعل له الاجر لا يصح الا اذا وقت مدة معلومة
وكذا لو وكيل بالتقاضي ان وقت جاز اه . ومثله في الخالية مطلقاً بان قبض الودعة
والانبان بها عمل معلوم لا بطول فصح التوكيل به بدون بيان مدة - بخلاف
الخصومة والتقاضي لان هذا بقصر ويطول فان وقت جاز والا فلا اه .

= الفصل الثاني =

❖ في بيان الوكالة بالشراء ❖

المادة ١٤٦٨ = ❖ يلزم ان يكون الموكل به معلوماً بمرتبة
يكون ابفاء الوكالة قابلاً على حكم الفقرة الاخيرة من المادة ١٤٥٩
وهو ان يبين الموكل جنس الشيء الذي يريد شراؤه وان لم يكن بيان
جنسه كافياً بأن كانت له انواع متفاوتة يلزم ان يبين نوعه او ثمنه
وان لم يبين جنس الشيء او بين واكن كانت له انواع متفاوتة ولم
يعين النوع او ثمنه لا تصح الوكالة الا ان يكون قد توكل بوكالة
عامة مثلاً لو وكل احد غيره بقوله اشتر لي فرساً تصح الوكالة واذا
اراد احد ان يوكل غيره ليشترى له قماش ثياب يلزم ان يبين جنسه
يعني قماش حرير او قماش قطن مع بيان نوعه بقوله هندي او شامي
او ثمنه بقوله ان تكون طاقته بكذا درهم وان لم يبين جنسه بان قال
اشتر لي دابة او ثياباً او قال ثياب حرير ولم يبين نوعه او ثمنه فلا تصح
الوكالة ولكن لو قال اشتر لي قماش ثياب او حرير من اي جنس

ونوع كان فهو مفوض الى رأبك تكون الوكالة عامة وللو وكيل ان
يشترى من اي نوع وجنس شاء *

الاصل ان الجهالة اذا كانت تمنع الامتثال ولا يمكن دركها تمنع صحة
الوكالة والافلا والجهالة ثلاثة انواع: جهالة فاحشة ، وهي الجهالة في الجنس فتمتنع
صحة الوكالة سواء بين الثمن او لم يبين كما لو وكله بشراء ثوب او دابة او
نحو ذلك .

والثانية جهالة بسيرة ، وهي ما كانت في النوع المحض كما لو وكله بشراء فرس
او حمار او ثوب مروى او مروى ونحو ذلك فانه تجوز الوكالة وان لم يبين الثمن
لان جهالة النوع لا تخل بالمقصود ويمكن دفعها بصرف التوكيل الى ما يلبق
بمال الموكل حتى لو ان عامياً وكل رجلاً بشراء فرس فاشترى فرساً يصلح للملوك
لا يلزمه .

والثالثة ، جهالة بين النوع والجنس كما لو وكله بشراء عبد او جارية او
دار . ان بين الثمن او النوع جازت الوكالة وان لم يبين واحداً منها لم تجز لانه
يبين الثمن يعلم من اي نوع يريد وبيان النوع يعلم ثمنه فتبقى الجهالة بعد ذلك
بسيرة وهي لا تمنع صحة الوكالة زيلعي . ثم قال وهذا الذي ذكرناه كله اذا لم
يكن فيه دلالة على العموم والابان قال اتبع لي ما رأيت جازت الوكالة لانه
فوض الامر الى رايه فاي شيء اشتراه له يكون مثلاً - وكذا لو قال اشتر لي
بالف ثياباً او دواباً او اشياء او ماشيت او مارأيت او ادنى شيء حضره او ما يوجد
او ما يتفق ، جاز لان التخصيم دلالة التفويض الى رايه - وكذا لو قال اشتر لي
بالف او بع جازت الوكالة وبصيرته: قرضاً للالف منه وبصير البائتم قابضاً للامر او لا
بحكم القرض ثم بصير قابضاً لنفسه وكذا اذا قال اجعله بضاعة لان لفظ البضاعة
يدل على العموم - وكذا لو قال اشتر لي به ولم يزد فانه يصح استحساناً لانه
تفويض عام فكأنه قال اشتر لي ما بدا لك او قال سلطنتك على الشراء وكذا لو
قال اذنت لك ان تشتري به لما بيننا اه وكون الدار من النوع الثالث اي بين جهالتي

الجنس والنوع ، هو المذكور في الكنز والملئق نبعاً للمبسوط وجعلها في الهداية من النوع الاول اي من جهالة الجنس فلا يجوز التوكيل بشرائها ولو بين الثمن لانها تختلف اختلافاً فاحشاً باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فتعذر الامتثال وان سمي ثمن الدار ووصف جنسها والثوب جاز معناه نوعه اه يعني بين النوع وفي حاشية الشلبي عن قاضي خان والدار ملحقة بالجنس من وجه لانها مختلفة لقله المرافق وكثرتها فان بين الثمن الحقت بجهالة النوع وان لم يبين الثمن الحقت بجهالة الجنس والتأخرون قالوا في ديارنا لا يجوز بدون بيان المحلة لانها تختلف باختلافها وبما سمي من الثمن وجد الدار في كل محلة اه

وحمل في البحر ما في الكنز على ما اذا كانت في ديار لا تختلف اختلافاً فاحشاً كما هو مذهب المتقدمين وما في الهداية على ما اذا كان اختلافها فاحشاً كما هو مذهب التأخرين افاده في مجمع الانهر وعليه مشت المجلة كما يأتي في المادة ١٤٧٥ وفي حاشية ابو السعود على مسكين: لو وكله بشراء ثياب صح وبشراء اثواب لا يصح لان ثياباً يراد به الجنس مفوضاً الى الوكيل لدلالته على العموم لكونه جمع كثرة بخلاف اثواب خلافاً لما في البحر لانه عكس الحكم وعلى هذا فعلى المترجم ان يقول بدلا عن قوله بأن قال اشتر لي دابة او ثياباً اشتر لي دابة او اثواباً لما عرفت من الفرق بين الثياب والاثواب وهي الاقرب لعبارتها التركيبية

المادة ١٤٦٩ - * يختلف الجنس باختلاف الأصل او المقصد او الصنعة ايضاً مثلاً خام القطن وخام الكتان مختلفاً الجنس باختلاف اصلهما وصوف الشاة وجلدها مختلفا الجنس بحسب اختلاف المقصد لان المقصد من الجلد اعمال الجراب ومن الصوف اعمال الخصوصات المغايرة لذلك كتنسج الجوخ وما اشبهه وجوخ الافرنج مختلف الجنس مع جوخ الروم بحسب اختلاف الصنعة مع كون كل منها معمولاً من الصوف *

فلو وكله بشراء خام لا يصح التوكيل وان عين الثمن ما لم يعين انه من حام القطن او خام الكتان لاختلافهما جنساً باعتبار اصلهما وكذا لو وكله بشراء جوخ لا يصح ما لم يعينه من الجوخ الا فرنجي او الرومي لاختلافهما جنساً باعتبار صنعتهما لان الاول ينسج نسجاً والثاني بذلك دلماً واما صوف الشاة وجلدهما فانهما وان كانا مختلفي الجنس باعتبار اختلاف المقصد من اتحاد اصلهما الا انني لم اقف على لفظ يكون جنساً ينتظمها نظير الخام والجوخ ويظهر لي ان نظير ذلك ما اذا وكله بشراء خشب فانه جنس ينتظم فيه ما كان حطباً لاجل الاحراق وما نشر الواحاً ليجعل نحو باب ، وما قطع ليتخذ جذوعاً لاجل السقف فالظاهر انه لا يجوز التوكيل بشرائه ما لم يعين من اي نوع من الانواع الثلاثة لان هذه الانواع وان كانت متحدة اصلاً وصنعة الا انها مختلفة جنساً باعتبار اختلاف المقصد من كل منها

هذا وقال الزبلي ان الجنس ما يدخل تحته انواع متمايزة والنوع اسم لاحد ما يدخل تحت اسم فوقه وقيل الجنس اسم دال على كثيرين مختلفين بالنوع والنوع اسم دال على كثيرين مختلفين بالشخص وقيل كل اسم منظم شيئاً ، نوع باعتبار ما فوقه ، جنس باعتبار ما دونه اه وذكروا في مجمع الانهر ان المراد بالجنس ما يشمل اصنافاً وبالنوع الصنف لا ما اصطلح عليه اهل المنطق اه فتدبر .

المادة ١٤٧٠ = * اذا خالف الوكيل في الجنس يعني لو قال الموكل اشتر من الجنس الفلاني واشترى من غيره لا يكون نافذاً في حق الموكل وان كانت فائدة الشيء الذي اشتراه ازيد بل يبقى المال الذي اشتراه الوكيل عليه ولا يكون مشترياً للموكل *

ولا تعمل فيه اجازته لنفاذ الشراء على الوكيل وعدم توفقه كما في الهامدية ونقل فيها عن التارخانية وما كان خلافاً من الوكيل في الشراء لزم الشراء للوكيل

ولا يتوقف على اجازة من اشتراه له الا اذا لم يجد نفاذاً على الوكيل كالصبي والعبد
المحجور اه

وتقييد كون المخالفة في الجنس للاحتراز عما اذا خالف في الوصف او القدر
فان الحكم فيه انه ان كانت المخالفة الى خير بنفذ الشراء على الموكل كما اذا قال له
اشتر هذا العبد بألف فاشتره بألف او اشتره بألف قدراً فاشتره بألف نسبة
بمخلاف ما لو قال اشتر هذا بألف درهم فاشترها بمائة دينار قيمتها الف درهم فانه
لا ينفذ على الأمر في قولهم في المشهور من الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله
تمالي انه يلزم الأمر . وان اشترى بما سوى الدرهم والدنانير لا ينفذ على الموكل
اجماعاً وان كانت قيمتها مثل الألف درهم او اقل كما في الهندية عن المحيط والحاوي .
وذكر في الدر معزباً للخلاصة والدرر : الوكيل اذا خالف ان خلافاً الى خير في
الجنس كبيع بالف درهم فباع بالف ومائة نفذ ولو بمائة دينار لا ولو خيرا اه فما نقله
في التكملة عن المنح معزباً للبرازية امره ان يشتريه بمائة دينار فاشتره بمائة
درهم قيمتها مثل الدنانير لزم الموكل خلافاً لفر و محمد ولو بعرض قيمتها مثل النقد
لا يلزم اجماعاً اه ، مبني على غير الرواية المشهورة فتأمل

المادة ١٤٧١ - لو قال الموكل اشتر لي كلباً واشترى

الوكيل نعجة لا يكون الشراء نافذاً في حق الموكل وتكون النعجة

لاو كليل

وكذا لو وكله بشراء عنق وهو الانثى من ولد المزم فاشترى جدياً وهو
الذكر منه كما في الهندية . وفيها عن الصراج ولو امره ان يشتري له فرساً او
برزوناً وسمى له ثمناً فاشترى له رمكة من الخيل او البرازين ، فان هذا لا يجوز
على اهل الامصار ويجوز في البلدان التي يتخذ فيها الحجور والرمالك واما البغال فيجوز
فيها الذكر والانثى في الامصار وغيرها ما لم يسم انثى فيخالف الى ذكر او ذكراً
فيخالف الى انثى اه

الفرس يقع على الانثى والذكر من الخيل والحبر الانثى من الخيل وجمعه مجوز
والبرذون بالذال الدابة والرمكة الانثى من البراذين والجمع رماك ورمكات وارماك
كذا في الصحاح . ومعنى مسئلة الهندية انه لو وكله بشراء فرس او برذون وكان
الموكل من اهل الامصار لا تقع الوكالة على الانثى من الفرس او البرذون بل على
الذكر فقط منها الا اذا كان في بلدان يتخذ فيها الاناث من ذلك . واما لو وكله
بشراء بقل فتقع الوكالة على الذكر والانثى فيجوز للوكيل شراء ابها شاء وبلم
الموكل الا اذا قيد بالذكر فخالف الى الانثى او بالعكس . وتوجيه هذا ان التوكيل
يصرف الى ما يليق بحال الموكل كما تقدم وانت تعلم ان هذا يختلف باختلاف العرف
والعادة وعادة اهل الامصار في زماننا بخلاف ذلك - لكن لا يخفى ان التمثيل
بالبرذون ، مشكل لما علمت انه بمعنى الدابة وقد علمت ان التوكيل بشراء الدابة
غير صحيح وان سمي الثمن ما لم يبين النوع لفحص الجهالة فيها لكونها في الجنس -
الا ان يحمل على ما اذا فوزه من اي نوع اراد من انواعه . وفيها البقر يقع
على الذكر والانثى وكذا البقرة في رواية الجامع وهو الصحيح . والدجاج على الذكر
والانثى ، والدجاجة على الانثى ، والبعير على الذكر ، والناقة على الانثى ولا يقع
اسم البقر على الجاموس وان كان من جنس البقرا اه قلت وفي عرفنا الفرس لا يقع
الا على الانثى والبقرة كذلك فتدبر

المادة ١٤٧٢ = لو قال للوكيل اشتر لي العرصة الفلانية ثم
انشيء على العرصة بناء فليس للوكيل ان يشتريها ولكن لو قال اشتر
لي الدار الفلانية ثم اضيف اليها حائط او صبغت فلو وكيل ان يشتريها
بالوكالة على هذا الحال *

لان العرصة اسم لكل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء فاذا احدث فيها
بناء لم تسم عرصة - واما الدار فهي في العرف اسم لعرصة فيها بناء وقد ذكر

في الباب التاسع من وكالة الهندية ان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة تفيير الموكل به حتى لو وكله ببيع هذا البسراو شرائه فصار رطباً او تمراً بطلت الوكالة لتغير الاسم واذا صار بعض البسر رطباً بطلت فيما صار رطباً ولم تبطل فيما بقي بسراً الا اذا كان الذي صار رطباً شيئاً قليلاً كرمطين او ثلاثة فحينئذ ينفي الوكالة في الكل . والرطب اذا صار تمراً ، لم تبطل الوكالة في البيع والشراء استحصاناً - بخلاف العنب اذا صار زيبياً والبسر الصخبر اذا صار كبيراً فانها لا تبطل في البيع والشراء . وفيها من الباب المذكور عن الحاوي ولو امره ببيع بيض او شرائه فخرج منه فراريج ، او بيع طلع فصار تمراً ، او بيع عصير او عنب فصار خلاً او زيبياً او عصيراً او بيع لبن فصار زبدآ او سمنآ ، خرج الوكيل من الوكالة . ولو امره بشراء ابن حليب بعينه فحمض ثم اشتراه لم يميز على الموكل . وان لم يسم حليباً جاز لانه يطلق عليه اسم اللبن . ولو امره ببيع لبن حليب فحمض ثم باعه ، جاز لان الحبل الذي وكله ببيعه لم يستهلك اذ المقصود من البيع تحصيل الثمن . ولو امره بشراء صوبق بعينه فذلت بسمن او زيت او حلي بعسل او مسكراً لم يميز على الامر . والبيع ي يجوز . ولو امره بشراء سمس بعينه فربي بعد ذلك يبنفسج لم يميز الشراء على الامر والبيع يجوز ولو امره بشراء ثوب ابيض بعينه فصنع لم يميز الشراء على الامر والبيع يجوز وكذا اذا لم ينسبه الى البياض في الامر ولكن اشار اليه يجوز البيع ولا يجوز الشراء . ولو امره بشراء سمس بعينه طري فالتخذ مالحاً ثم اشتراه ، لم يميز على الامر في الشراء ويجوز هذا في البيم اهلخصاً وذكر في الفصل الخامس عشر من التارخانية ولو امره بشراء دار وهي ارض بيضاء فبنيت فاشتراها ، لم يميز على الامر . ولو كانت مبنية فزاد فيها حابطاً او جصتها او طينها ، فهو جائز على الامر وكذلك الوكالة بالبيع في هذه الدار وفي نوادر ابراهيم عن محمد رحمه الله تعالى : اذا امر رجلاً ان يشتري له ارضاً كىضاً فبني فيها صاحبها ثم اشترى المامور قال البناء لو وكيل والارض للامر بمصونها . ولو قال اشتر لي هذه الارض البيضاء او هذه القراح او قال بعه . ثم غرس نخلا او اتخذ بستاناً فزبدفيه ، فالبيع والشراء في هذا جائز على الامر .

اقول يظهر لي ان قوله في هذا الخ الاشارة فيه الى المذكور من الارض البيضاء

او القراح ليوافق ما قبله فان هذا وما قبله موضوعها في التوكيل بشراء ارض معينة كما لا يخفى على المتدبر تامل . وفي الباب الثاني من وكالة الهندية معرباً لمحيط السرخسي : ولو وكله بشراء دار فاشترى داراً لا بناء فيها ، جاز لان الدار اسم للمرصعة . هذا اذا اشترى صحراء كانت مبنية في الاصل ثم خربت . فاما اذا لم تكن مبنية في الاصل فانه يلزم الوكيل لان ما اشترى لا يسمى داراً وفي عرفنا لا يلزم الامر الوجهين لان في عرفنا لا تسمى الصحراء داراً اه

المادة ١٤٧٣ - * لو قال الموكل اشتر لي لبناً ولم يصرح بكونه

اي لبن يحمل على اللبن المعروف في البلدة *

من لبن البقر والغنم وكذلك السمن وان تساوبا فهو محمول عليها هندية عن الحاوي وفيها : ولو وكله ان يشتري له لحماً فاشترى مشوباً او مطبوخاً لم يجز على الامر الا اذا كان مسافراً نزل خاناً . والتوكيل بشراء البيض بنصرف الى بيض الدجاج خاصة ولو وكله بشراء دهن ، فهو على كل دهن يباع في السوق وكذا اذا قال فاكهة فهو على كل فاكهة تباع في السوق . ولو دفع الى رجل دراهم وامره ان يشتري بها طعاماً ذكر في الكتاب ان التوكيل بنصرف الى الخنطة ودقيقها قال الشيخ الامام الاجل المعروف بجواهر زاده : ان كانت الدراهم كثيرة بحيث يشتري بها الخنطة لا غير لا ينصرف الى الدقيق والخبز وان كانت قليلة بحيث لا يشتري بها الدقيق والخنطة فهو على الخبز لا غير ، وان كانت بين القليل والكثير ، فهو على الخنطة والدقيق ولا ينصرف الى الخبز قالوا هذا في عرفهم اما في عرفنا فاسم الطعام بنصرف الى المطبوخ كاللحم المطبوخ والمشوي وما يبوكل مع الخبز او وحده قال الصدر الشهيد وعليه الفتوى اه

المادة ١٤٧٤ = * لو قال الموكل اشتر ارزاً فلو وكيل ان

بشترى من الارز الذي يباع في السوق اي نوع كان *

وان لم يبين الموكل الثمن لان الجهالة في النوع المحض لا تمنع صحة التوكيل لانها لا تغل بالمقصود حيث يصرف التوكيل الى ما يلبق بحال الموكل كما تقدم في شرح المادة ١٤٦٨ . اما لو قيد الموكل النوع بوصف ككون الارز مصرياً او جنوبياً او انكليزياً فان التوكيل بتقييد بذلك الوصف حتى لو خالف الوكيل نفذ الشراء عليه لا على موكله

المادة ١٤٧٥ - * لو وكل احد آخر على ان يشتري له داراً يلزم ان يبين ثمنها والمحلة التي هي فيها وان لم يبين فلا تصح الوكالة *

هذا ما ذهب اليه المتأخرون ومضى عليه في الهداية حيث جعل الجهالة في الدار من جهالة الجنس لغشها فلا يجوز التوكيل بها وان بين الثمن ما لم يبين المحلة ايضاً لانها تختلف باختلافها وما سماه من الثمن ، توجد الدار به في كل محلة وقدمنا هذا في شرح المادة ١٤٦٨

المادة ١٤٧٦ - * لو وكل احد آخر على ان يشتري لولوة او ياقوتة حمراء يلزم ان يبين مقدار ثمنها والا فلا تصح الوكالة *

حتى لو اشتراها الوكيل بقمم الشراء له لا للموكل كما في الهندية . وهذا لان الجهالة في الالوة والياقوتة الحمراء من الجهالة المتوسطة فان بين فيها الثمن التحقت بجهالة النوع فصحت الوكالة والا كانت من جهالة الجنس فلا تصح . وبفهم من تقييد الياقوتة بالحمراء هنا وفي الهندية وغيرها ، انه لو اطلق الياقوتة كانت الجهالة في

الجنس فلا يصح التوكيل ، وان بين الثمن ما لم يبين نوعها احمر او اخضر

المادة ١٤٧٧ - * يلزم بيان مقدار ثمن الموكل به في المقدرات
مثلاً لو وكل واحد آخر ليشتري له حنطة يلزم ان يبين مقدار كيلها
او ثمنها بقوله بكذا دراهم والا فلا تصح الوكالة *

بمعني انه بشرط صحة التوكيل بشراء المقدرات بيان الثمن الذي يريد الشراء
به او بيان المقدار الذي يريد شراءه منها ، لان جهالة القدر في المكيلات
والموزونات كجهالة الجنس من حيث ان الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الامر
الا بتسمية الثمن او تسميته المقدار افاده الزبلي . هذا وقد قيد في البحر صحة
التوكيل بشرائها بان يدفع له الدرهم ويقول له اشتر لي بها حنطة حيث قال ولم
يقيد المؤلف صحة التوكيل بدفع الدرهم ولا بد منه او بيان مقدار الطعام .
والظاهر ان المقصود بيان كمية الدرهم التي يريد الشراء بها لا دفعها بالفعل كما هو
صرح هذه المادة وهو الذي يفيد التاميل المار فندبر .

* تمة *

ذكر في التنوير وشرحه الدر ما نصه وكله بشراء عشرة ارطال لم بدرم
فاشترى ضعفه بدرم مما يباع منه عشرة بدرم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم
خلافاً لها والثلاثة . قلنا انه مأمور بارطال مقدرة فينفذ الزايد على الوكيل ولو
شري ما لا يساوي ذلك ، وقع للوكيل اجماعاً كثير موزون اه فقوله ضعفه
احترز به عن الزيادة القليلة كعشرة ارطال ونصف فانها لازمة للامر لانها
تدخل بين الوزنين فلا يتحقق حصول الزيادة كما في حاشية رد المحتار عن البحر
وقوله ولو شري ما لا يساوي ذلك اي لا يساوي عشرة ارطال منه درهماً بل اقل
لدنائه فان الشراء يقع للوكيل اجماعاً لخالفه امر الموكل حيث امره بشراء لم
سجين مثلاً فشراء مهزولاً هذا ما صرح به في البحر وغيره . ثم ان المراد بالضعف

ان تكون الزيادة كثيرة وهي ما لا تدخل تحت الوزنين فتصل ما اذا كانت الزيادة رطلاً فصاعداً في مثلتنا حتى لو اشترى احد عشر رطلاً بدرم والمسئلة بحالها وكانت العشرة من ذلك اللحم تساوي درهماً ، نفذ على الموكل عشرة ارطال بما يحصلها من الدرهم وهو عشرة اجزاء من احد عشر جزءاً منه وهكذا - اما لو كانت الزيادة قليلة وهي ما تدخل بين الوزنين بان كانت اقل من رطل ، ينفذ البيع على الموكل لعدم تحقق حصول الزيادة وقس على هذا ما اذا وكله بشراء عشرة دراهم او اوق او عشرة قناطير من كل موزون فان الدرهم وما فوقه والواقية وما فوقها والقنطار وما فوقه كثيرٌ وما دون ذلك ، قليل لانه يدخل تحت الوزنين وبهذا تعلم ان تمثيل الشارح اللباني للزيادة القليلة بان يامر به شراء عشرة ارطال بدرم فيشترى احد عشر رطلاً بدرهم غير صحيح فتنبه . ثم ان كل موزون ومكيل وعددي متقارب ، مثل اللحم فيما ذكر من الحكم كما في التكملة فلم يخرج به الا القيميات فانه لو وكله بشراء ثوب هروي بعشرة فاشترى له ثوبين هرويين بعشرة مما يساوي كل واحد منها عشرة ، لم يلزم الموكل لان ثمن كل واحد منهما مجهول اذ لا يعرف الا بالحذر بخلاف اللحم لانه موزون مقدر فيقسم الثمن على اجزائه بحر . وهذا في القيمي اذا لم يكن معيناً والا فقي التكملة عن البرازية ولو امره بشراء ثوب بعينه والمسئلة بحالها ، لزمه ذلك الثوب بحصته من عشرة وكذا لو امره بشراء حنطة بعينها اه

المادة ١٤٧٨ - لا يلزم بيان وصف الموكل به بشرائه يعني لا يلزم بيانه بقوله اعلى او ادنى او وسط لكن يلزم ان يكون وصف الموكل به موافقاً لحال الموكل مثلاً لو وكل المكارى احداً بشراء دابة له فليس للوكيل ان يشتري بعشرين الف غرش نجدباً وان اشترى لا يكون نافذاً في حق الموكل يعني لا يكون ذلك الفرس مشتري للموكل وانما يبقى على الوكيل

وكذا لو وكل القاضي رجلاً بشراء حمار له فانه ينصرف الى ما يركبه مثله حتى لو اشترى مقطوع الذنب او الاذنين بقمع الشراء للوكيل كما في الهندية والخنانية وهذا لانه بعد اعلام الجنس لم يبق الا الجهالة في الصفة وهي متحملة في الوكالة لان التفاوت بين النوع والنوع يسير فلا يمنع من الامثال - لكن تنصرف الوكالة الى ما يليق بحال الموكل ولانا لو شرطنا الاستقصاء في الصفة والبيان في النوع ربما لا يتمكن الوكيل من القيام بذلك وضاق الأمر على الناس وخرجوا والهرج مدفوع زبلي مختصراً مع زيادة من حاشيته للشلي

المادة ١٤٧٩ = ~~لو~~ اذا قيدت الوكالة بقيد فليس للوكيل مخالفته فان خالف لا يكون شراؤه نافذاً على الموكل ويبقى المال الذي اشترى عليه ولكن اذا خالف بصورة فائدتها ازيد في حق الموكل فلا تعد مخالفة معنى مثلاً لو قال احد اشتر لي الدار الفلانية بعشرة الاف واشتراها الوكيل بازيد فلا يكون شراؤه نافذاً في حق الموكل وتبقى الدار عليه واما اذا اشتراها بانقص يكون قد اشتراها للموكل كذلك لو قال اشتر نسبته واشترى الوكيل نقداً يبقى المال على الوكيل واما لو قال الموكل اشتر نقداً واشترى الوكيل نسبته فيكون قد اشترى للموكل *

الما بقمع الشراء للموكل فيما اذا خالف الى خير اذا كانت المخالفة في مجرد الوصف او القدر كما يشير الى ذلك المثالان المذكوران فلو كانت المخالفة في الجنس كما اذا وكله بشراء الدار بألف دينار فاشراها بالف درهم بقمع الشراء للوكيل في المشهور من الرواية خلافاً لرواية الحسن عن ابي حنيفة ولو اشتراها بما سوى النقدين لا يلزم الموكل اجمعاً ، وان كان الماني به انفع من المأمور به كما قدمناه عن الهندية

في شرح المادة ١٤٧٠ واليه تشير تلك المادة فلنراجع وفي الخانية : ولو وكله بشراء عبد بالف فاشترى الوكيل عبداً يساوي الفاً على ان الوكيل بالخيار ثلاثة ايام ثم نراجعت قيمة الفلام الى خمسية فاختر الوكيل العبد كان الفلام للوكيل في قول محمد وكذا في قياس قول ابي حنيفة اه

المادة ١٤٨٠ = * اذا اشترى احد نصف الشيء الذي وكل باشرائه فان كان تعيب ذلك الشيء مضراً لا يكون نافذاً في حق الموكل والأى بنفذ مثلاً لو قال اشتر لي طاقة فاش واشترى الوكيل نصفها فلا يكون شراؤه نافذاً في حق الموكل ويبقى ذلك على الوكيل اما لو قال اشتره اكيال حنطة واشترى ثلاثة فيكون قد اشترى للموكل *

عبارة الهندية الوكيل بشراء عبد بعينه اذا اشترى نصفه ، فالشراء موقوف ان اشترى باقيه قبل الخصومة لزم الموكل عند اصحابنا الثلاثة ولو خاصم الموكل الوكيل الى القاضي قبل ان يشترى الوكيل والزم القاضي الوكيل ثم ان الوكيل اشترى الباقي يلزم الوكيل اجمعاً وكذلك هذا في كل ما في تعيبه ضرر وفي تشقيصه عيب كالعبد والامة والدابة والثوب وما اشبه ذلك . وان وكله بشراء شيء ليس في ابعيذه ضرر ولا في تشقيصه عيب فاشترى نصفه لزم الموكل ولا يتوقف لزمه على شراء الباقي نحو ان وكله بشراء كرحنطة بمائة درهم فاشترى نصف الكرحنحة بمائة وكذا لو وكله بشراء عبيدين بالف درهم فاشترى احدهما بخمسية لزم الموكل اجمعاً وكذا لو وكله بشراء جماعة من العبيد فاشترى واحداً منها كذا في البدائع . ولو وكله ان يشترى له عبيدين باعيلتهما بالف فاشترى احدهما بستماية لم يجوز على الامر اذا اشترى باكثر من حصته من الالف وان كان اشترى بخصته منه او باقل جاز - وكذا اذا اشترى الباقي بالباقي حاز الكل على الامر كذا في الحاوي اه . وفي الخانية رجل وكل رجلاً بان يشترى له داراً بعينها فاشترى نصفها ثم اشترى الموكل النصف الباقي لا يلزم الامر

النصف الذي اشتراه الوكيل . ولو كان الموكل اشترى نصف
الدار اولاً ثم اشترى الوكيل النصف الباقي جاز لان في الوجه الاول
تصرف الوكيل وقع للوكيل بحكم الخلاف فلا يصير بعد ذلك للموكل الا بتملك
جدهد . اما في الوجه الثاني تصرف الوكيل لم يقع تشقيها بل وقع تمحيها فلا يهد
خلافاً فان استحق النصف الذي اشتراه الموكل اولاً ، كان له ان يرد الباقي لان شراء
الوكيل كشراء الموكل . ولو اشترى الموكل كل الدار ثم استحق نصفها كان له
ان يرد الباقي . رجل امر رجلاً ان يشتري له داراً بالف فاشترى نصف دار وورثها
الموكل مع اخيه جاز لانه اذا كان النصف للموكل لا يتضرر هو بشراء النصف الباقي
بل يزول عيب الشركة . ولو امر رجلاً بان يشتري له نصف دار غير مقسومة
بالف فاشترى وقاسم الوكيل البائع جاز شراؤه وبطلت قسمته . وان كان
ذلك فيما يكال او يوزن ، يجوز الشراء والقسمة لان القسمة فيما يكال ويوزن ،
افراز محض فكانت القسمة تمحياً للقبض وفيما لا يكال ولا يوزن مبادلة فلا
يجوز اهـ . وفي الهداية : ومن امر رجلاً ان يشتري له عبيدين باعيانها ولم
يسم لهما ثمناً فاشترى له احدهما جاز لان التوكيل مطلق عن قيد شرائها متفرقين
او مجتمعين وقد لا يتفق الجمع بينها في البيع الا فيما لا يتغابن الناس فيه لانه توكيل
بالشراء وهو لا يتحمل الفتن الفاحش بالاتفاق وهذا كله بالاجماع . ولو امره بان يشتريها
بالف وفي قيمتها سواء فعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان اشترى احدهما بخمسةائة او اقل
جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الامر لانه قابل الالف بها وفي قيمتها سواء فيقسم
بينها نصفين دلالة فكانت امراً بشراء كل واحد منها بخمسةائة ثم الشراء بها ،
موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة الى شر . قلت الزيادة او كثرت فلا
يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحساناً لان شراء الاول
قائم لم يتغير حاله بالخصومة وقد حصل غرضه المصريح به وهو تحصيل العبدتين
بالالف وما ثبت الانقسام بالسوية الا دلالة والمصريح بنفوقها يعني اذا جاء الصريح
وامكن العمل به بطلت الدلالة . وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ان
اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن فيه ، وقد بقي من الالف ما
بشترى بمثله الباقي ، حاز لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالتمارف وهو فيما قلنا

ولكن لا بد ان يبقى من الالف باقية بشئ مما يملأ الباقي ليتمكن من حصول غرض
الامرأه بزيادة قليلة من العناية

المادة ١٤٨١ - * اذا قال الموكل اشترى جوخ جبة ولم يكن
الجوخ الذي اشتراه الوكيل كافياً للجبة فلا يكون شراؤه نافذاً
ويبقى الجوخ عليه *

لانه خالف تقييد الموكل وفي المندبة ولو وكله ان يشترى له دابة يركبها
فاشترى مهراً او هماً او مقطوعة اليد لم يلزم الأمر ولو وكله ان يشترى له
نوباً يهودياً بقطعه فميصاً فاشترى نوباً لا يكفيه تميصاً لا يلزم الأمر . ومثله
في الانقروبة عن العناية بزيادة قوله الا ان يكون سيراً اه . والظاهر ان
اسم يكون المضموم يعود الى النقص المفهوم من قوله لا يكفيه نامل . وفي المندبة
ايضاً ولو وكله ان يشترى ويشترط الخبار للموكل فاشترى بغير خيار لزم الوكيل اه

المادة ١٤٨٢ - * كما يصح لاحد اشتراء الذي وكل به من دون
بيان قيمة بقيمة مثله كذلك يصح له ان يشترى به بغير بصير ولكن لا
يعنى الغبن اليسير في الاشياء التي سعرها معين كاللحم والخبز واما اذا
اشترى بغير فاحش فلا ينفذ شراؤه على كل حال ويبقى المال
على ذمته *

اعلم ان الوكيل بالبيع المطلق يصح بيعه ولو باقل من قيمته بغير فاحش
وبالعرض وبالنسبة عند الامام رحمه الله تعالى لان التوكيل مطلق فيجري على
اطلاقه في غير موضع التهمة . وقالوا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتفان الناس فيه

ولا يجوز الا بالدرام والدنانير لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف . والمتعارف البيع
بمثل الثمن وبالتقود . ومتون المذاهب على قول الامام وعليه المجلة كما سيأتي في
المادة (١٤٩٤)

اما الوكيل بالشراء المطلق فقد انفقت الائمة الثلاثة انه لا يجوز له الشراء الا
بمثل القيمة او مع غبن يسير - اما مع الغبن الفاحش ، فلا ينفذ على الموكل - اما
عندهما فلما ذكرنا من ان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف . والمتعارف الشراء بمثل
القيمة لا مع الغبن الفاحش - واما عنده فلتحقق التهمة في الوكيل بالشراء .
اذ يحتمل انه كان اشترى لنفسه ثم اغلأ ، ثم حوله للموكل وهذه التهمة لا توجد
في الوكيل بالبيع .

قال في مجمع الانهر اطلقه يعني الوكيل بالشراء فشمّل ما اذا كان وكيلًا
بشراء شيء بعينه فلا يملك الشراء بغبن فاحش ، وان كان لا يملك الشراء لنفسه
لانه بالمخالفة يكون مشترياً لنفسه فكانت التهمة باقية كما في التبيين - لكن
في الهداية خلافه فانه قال حتى لو كانت وكيلًا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ
على الامر لانه لا يملك شرائه لنفسه . وفي العناية ان ما في الهداية قول
عامة المشايخ وبمضمونهم قال لا ينفذ على الامر تتبع اه قلت وقد قالوا انه اذا اختلف
المشايخ في مسألة يؤخذ بقول الاكثر يعني عامتهم وبهذا تعلم ان الشارح اللبناني
قد اختصر عبارة مجمع الانهر اختصاراً محلاً

فيد بكون الموكل لم يبين ثمنًا لانه لو بينه ، فليس للوكيل ان يشتري باكثر
منه ، ولو كانت الزيادة فليسًا ولو فعل يقع الشراء له لا للموكل ومثلهما لو كان سعره
معلومًا عند الناس كالخبز واللحم والخبز وما اشبهها ، لانه لما كان سعره معلومًا عند
الناس صار بمنزلة المعين من الموكل فلا يعنى فيه عن الزيادة وان قلت افاده في
الدر وحواشيه وقال في البحر قيد بالوكيل بالشراء لان الوكيل بالنكاح اذا زوج
الموكل باكثر من مهر مثلها ، فانه يجوز لعدم التهمة اه وفيه ولا يتقيد الموكل فيه
الا بما قيد به الموكل فلو وكاه بشراء جارية فاشترى له اخته رضاعًا او من حلف
بعتقها ان ملكها او امه او اخته ان قال جارية لاطأها فعلى المأمور وان كان
اطلق فعلى الامر اه ونمامه فيه

المادة ١٤٨٣ - * الاشتراء على الاطلاق بصرف الى الشراء
بالتقود وبهذه الصورة الوكيل بشراء شيء اذا بادل عليه بشيء آخر
لا ينفذ في حق الموكل ويبقى على ذمة الوكيل *

لان التمازف الشراء بالتقود وقد تقدم ان الشراء المطلق كالبيع المطلق
ينصرف الى التمازف ولان الشراء بغير التقدين مقايضة والمقايضة شراء من وجه
وبيع من وجه والموكل وكله بالشراء لا بالبيع كما في الهداية وشروحها والزبلي .
ثم ان اطلاق هذه المادة يقتضي انه لا فرق في كون الشراء لا ينفذ في حق الموكل
ويبقى على ذمة الوكيل ، بين ان يكون ما اشترى به الوكيل معيناً مملوكاً للموكل
او معيناً مملوكاً للوكيل كما اذا اشترى بعرض او مكيل او موزون معين هو مملوك
لواحد منها او يكون غير معين ، كما اذا اشترى بمكيل او موزون في الذمة .
والذي يظهر ان قوله في هذه المادة ويبقى على ذمة الوكيل ، مقيد بما اذا اشترى
بمعين مملوك له او بمكيل او موزون في ذمته . اما اذا اشترى بمعين مملوك للموكل
بتوقف على اجازته فان لم يميز انتقض الشراء ولا يبقى على ذمة الوكيل لان الشراء
انما ينفذ عليه عند المخالفة اذا وجد نفاذاً وكيف يمكن نفاذه عليه وايند ملأ
غيره هنا ما ظهر لي ولم ار من اعطى هذه المسئلة حقها من التوضيح ولعل ذلك
لظهورها فلتراجع . وفي المندية واذا وكله بشراء عبد بعينه او شراء جارية بعينها
فاشترى بمكيل او موزون بعينه او اشترى بعرض ، لا يجوز بلا خلاف بين
علمائنا . ولو اشترى بمكيل او موزون بغير عينه لم يذكر هذا الفصل في الأصل
وقد اختلف المشايخ فيه كذا في المحيط اه وفيها عنه : وان كان الامر ان
يشترى له هذا العبد بعينه ولم يسم له الثمن ان اشترى الامور باحد التقدين ، بصير
مشترياً للامر ، وان كان نوى الشراء لنفسه او صرح به . وان اشترى بشيء آخر غير
الدرهم والدنانير بصير مشترياً لنفسه عند علمائنا اه ثم رأيت في الاقروية عن
القاعدة : وكل رجلاً بشراء شيء بعينه ولم يبين الثمن فاشترى بغير الاثمان من

المكبل والعروض لنفسه هل يكون للوكيل اجاب نعم لان المطلق ينصرف الى
الاثمات فيكون هذا خلافاً وايها الشراء بمرض الغير مقايضة ، بيع من
وجه وشراء من وجه فن حيث ان شراء ، ينفذ على الماقد ويكون اجازة صاحب
المرض ، اعارة ، للعرض منه وعليه فيحتمه ومن حيث انه بيع ، بتوقف على اجازة المالك
والاصل هو النفاذ ، نفذ اه فتدبره

المادة ١٤٨٤ - * اذا وكل احد آخر بشراء شيء لازم لموسم
معين تصرف الو كالة لذلك الموسم مثلاً لو وكل احد آخر في موسم
الربيع باشتراء جبة شالية يكون قد وكله بشراء جبة على ان يستعملها
في الصيف فاذا اشتراها الو وكيل بعد مرور موسم الصيف او في ربيع
السنة الآتية لا ينفذ شراؤه في حق الموكل وتبقى الجبة له

وكذا بتقيد التوكيل بشراء الفحم بايام البرد وبشراء الجمد بسكون الميم
وهو ما جمد من الماء بشدة البرد ، بايام الصيف وبالاضحية بايام النحر او قبلها كل
ذلك من تلك السنة - حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الامر وهذا
لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقفها عنابة . وذكر في الكفاية ان
هذا مروى عن ابي يوسف - واما عند ابي حنيفة فهي على اطلاقها لا تتقيد بزمان
الحاجة ثم انما نتقيد على قول ابي يوسف بدلالة الغرض لا بدلالة العادة لان
الغرض من شراء الفحم دفع ضرر البرد وذلك يختص بالشتاء والغرض من
شراء الجمد دفع ضرر الحر وذلك يختص بالصيف حتى لو انعدمت هذه الدلالة
بان وجد التوكيل عن بيعاد تربص الفحم كالحدادين او تربص الجمد كالفقاعين ،
لا يتقيد التوكيل - وكذا التوكيل بشراء الاضحية بتقيد بايام النحر بالغرض لا
بالعادة لان غرض الموكل خروجه عن عهدة الوجوب الذي يلحقه في ايام تلك
السنة اه وفي الخاتمة دفع الى رجل عشرة دراهم وامره بان يشتري له بها حنطة

يزرعها ودفع اليه درام ليزرع الحنطة فاشترى المأمور الحنطة فزرعها في وقت لا يخرج الزرع قالوا ان كان اشترهاها الوكيل في اوان الزراعة فزرعها في غير اوانها يجوز الشراء على الأمر وعلى المأمور مثل تلك الحنطة لانه صار مستهلكاً بالقائها في الارض بغير اوان الزرع ، وان كان المأمور اشترى الحنطة في غير اوان الزراعة كان المأمور مشترياً لنفسه فيضمن درام الأمر لان الأمر بالشراء للزراعة بتقيد باوان الزراعة كالأمر بشراء الجمد والفحم اه

المادة ١٤٨٥ - * ليس للوكيل ان يشتري لنفسه الشيء الذي وكل باشرائه ولو قال عند اشترائه لشتريت هذا لنفسي لا يكون له ويكون للموكل الا ان يكون اشتراه بشئ ازيد من الثمن الذي عينه الموكل او بغير فاحش ان لم يكن الموكل قد عين الثمن فحينئذ يكون ذلك المال للوكيل وايضاً لو قال الوكيل اشتريت هذا المال لنفسي حال كون الموكل حاضراً يكون ذلك المال للوكيل *

بني لو وكله بشراء شيء بعينه لا يشتره لنفسه يعني لا يتصور ان يشتره لنفسه بل لو اشتراه بنوي الشراء لنفسه او تلفظ بذلك ، يكون للموكل لان في الشراء لنفسه عزل نفسه من الوكالة وهو لا يملك عزل نفسه والموكل غائب - حتى لو كان الموكل حاضراً وصرح بأنه يشتره لنفسه كان المشتري له لان له ان يعزل نفسه بمحضرة الموكل وليس له ان يعزل نفسه بغير علمه لان فيه تغريراً له اه زبلي .

والتقييد في هذه المادة الوكيل بالشراء لانه لو وكله بأن يزوجه امرأة معينة كان له ان ينكحها من نفسه واو يمثل المهر المأمور به . والفرق ان النكاح الموكل به نكاح مضاف الى الموكل والموجود منه ليس بمضاف اليه حيث انكحها من نفسه فإن الانكاح من نفسه هو ان يقول تزوجتك وليس ذلك بمضاف الى

الموكل لا محالة فكانت المخالفة موجودة بخلاف التوكيل بشراء شيء بعينه فان
الموكل به شراء مطلق بمثل الثمن المأمور به لا شراء مضاف الى الموكل فاذا اتى
بذلك يقع على الموكل عناية مع زيادة من تكلفة فتح القدير . ثم ان تقييد الشراء
بكونه لنفسه يشير الى انه ليس له ان يشتريه لموكل آخر لانه اذا لم يملك الشراء
لنفسه ، فاولى ان لا يملك الشراء لغيره فلو اشتراه للموكل الثاني كان للاول ،
ان لم يقبل وكالة الثاني بمحضرة الموكل الاول والا فهو للثاني . وان كان الاول وكله
بشراؤه بألف درهم والثاني بمائة دينار ، فاشترى بمائة دينار فهو للثاني لانه يملك شراؤه
لنفسه بمائة دينار فيملك شراؤه لغيره ايضاً بخلاف الفصل الاول يجوز عن الجزئية
قال في تكملة رد المحتار عازياً للمقدسي فلو اضافه الى الثاني ينبغي ان يكون للثاني
كما لو قبل وكالة الثاني بمحضرة الاول او شراه بما عينه الثاني مخالفاً للاول اه
اقول في هذا البحث نظر ظاهر لان هذا قياس مع الفارق لان قبوله الوكالة
بمحضرة الموكل ، نظير ما اذا صرح انه يشتري لنفسه بمحضرة الموكل وان شراؤه
بما عينه الثاني مخالفاً للاول ، نظير ما اذا اشترى لنفسه بثمن ازهد مما عينه الموكل
او مخالف له في الجنس . واما اضافته الشراء الى الثاني فهو نظير ما اذا شهد انه
يشتريه لنفسه في غيبة الاول تدبر . وفي الخاتمة امر رجلاً ان يشتري له عبداً
بعينه بينه وبين الآخر فقال المأمور نعم ثم ذهب واشترى واشهد انه يشتريه لنفسه
خاصة فالعبد بينهما على الشرط اه . وفي الهندية عن الذخيرة اذا قال الرجل لا خير
اشترى عبد فلان بيني وبينك فقال نعم ثم لقي المأمور رجلاً آخر وقال اشترى عبد فلان
بينى وبينك فقال نعم ثم اشترى المأمور ، فهو بين الأمرين ولا شيء للمأمور . ولو
لقيه ثالث قبل الشراء فقال له اشترى عبد فلان بينى وبينك فقال نعم ثم اشترى
المأمور فان كان المأمور قبلاً الوكالة بمحضرة من الاولين فالعبد بين الأمرين
والثالث نصفان ولا شيء للاولين وان كان قبل الوكالة من الثالث بغير محضر
من الاولين ، فالعبد بين الاولين نصفان ام وفيها عن السراج ولو وكله بشراء عبد
بعينه بخمسة مائة فاشترى مع عبد آخر بألف صفقة واحدة ، كانا جميعاً للوكيل ولم
يلزم الموكل منها احد عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقال للموكل ما عينه منها ان
كان حصته من الثمن خمسين او اقل . هذا اذا سمى الثمن عند التركيب اما اذا لم

لسمه فيجوز اجماعاً ، اذا كانت حصه المشتري للآمر من الثمن مثل قيمته او اكثر بما يتضاهي الناس فيه اه وتماه فيه

والمراد بالشيء الذي وكله باشرائه ، ان يكون غير الموكل بكسر الكاف وغير الموكل بفتحها لانه لو وكل العبد رجلاً بان يشتري له نفسه من مولاه او رجل وكل العبد بان يشتري له نفسه من مولاه فاشترى لا يكون الشراء للآمر مالم يصرح به للمولى انه يشتريه فيها للآمر مع انه وكيل بشراء شيء بعينه كذا في الدر وحواشيه والمنح والبحر . والتوجيه مذکور فيها . ثم ان قوله الا ان يكون اشتراه ثمن ازهد اخ اي ولو كانت الزيادة قليلة وبشير الى انه لو اشتراه باقل بقم الشراء للآمر لانه مخالفة الى خير في القدر

واستفيد من هذا ان المخالفة لا الى خير بالقدر لما حكم المخالفة في الجنس من انها توجب نفاذ الشراء على الوكيل دون الموكل وهو الموافق لما نقله في البحر عن كافي الحاكم - لکن اقتصر في الهداية على ذكر المخالفة في الجنس حيث فرع على المخالفة بقوله فلو كانت الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه بان سمي دراهم مثلاً فاشترى بدنانير او لم يكن مسمى فاشترى بشير النقود اه

اقول يمكن ان يقال ان ما في الهداية لا يخالف ما في الكافي لان تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه تامل . وذكر في الهداية وغيرها ان من المخالفة ما اذا وكل الوكيل بالشراء وكيلاً بشرائه فاشترى الثاني في غيبة الاول فانه يقع الشراء للوكيل الاول لا لموكله لانه اي الوكيل الاول خالف امر الموكل لانه مأمور بان يحضر رآه ولم يتحقق ذلك حال غيبته نعم لو اشترى الوكيل الثاني بحضور الوكيل الاول وقم الشراء للموكل الاول لانه حضر رآه فلم يكن مخالفاً وهذا لانه اذا كانت حاضراً بصير كأنه هو المباشر للمقداه يتصرف وزيادة من فتح القدير قال في الكفاية وهذا بخلاف الوكيل بالطلاق فانه لو طلق الثاني بحضور الاول لا يقع لان فعل الاول جعل بمنزلة الشرط لو وقع الطلاق فلا يقع بدونه ولا كذلك هنا لانه من قبيل الاثبات فلا يكون قابلاً لتطبيق المعنى في المسئلة انه امكن له عزل نفسه بنسبة الموكل في ضمن المخالفة لافي ضمن الموافقة اه

✽ نديه ✽

جميع ما ذكر في هذه المادة وشرحها فيما اذا قبل الوكيل وكالة الموكل صريحاً اما اذا وكله فسكت ولم يقل نعم ولم يقل لا فسبأني حكمه في المادة الآتية .

✽ تمة ✽

في الهندية وكل رجلاً ان يشتري له شيئاً بعينه بثمن سماه فاشترى بمثل ذلك الثمن حتى كان الشراء للامر ثم وجد بالمشتري عيباً فرده على بائعه ثم اراد ان يشتريه لنفسه بعد ذلك فان كان الرد بعد القبض بقضاء او قبل القبض بقضاء او بغير قضاء لا يملك الوكيل ان يشتريه لنفسه الا اذا اشتراه بجنس آخر او بجنسه ولكن بالزيادة عليه وان كان الرد بعد القبض بغير قضاء كان له ان يشتريه لنفسه ويصير المشتري له بأي ثمن اشتراه كذا في الذخيرة . ولو امر رجلاً ان يشتري له عبداً بعينه بالف درهم فاشتراه بالف ومائة ثم حط البائع المائة عن المشتري كان العبد للمشتري كذا في البحر الرابع اهـ

المادة ١٤٨٦ - ✽ لو قال احد اشتر لي فرس فلان ومن دون

ان يقول الوكيل لا او نعم لو ذهب واشترى ذلك الفرس فان قال عند اشتراؤه اشتريته لموكلي يكون لموكله وان قال اشتريته لنفسي يكون له وان قال اشتريته ولم يقيد بنفسه او موكله فان كان قال هذا قبل تلف الفرس او حدوث عيب به يصدق وان كان قال هذا بعد ذلك فلا ✽

فكذا في البحر عن البرازية ونقل مثله في حاشية البحر عن التتارخانية معزباً للعبون

وزاد فيه قوله: وهذا كله رواية الحسن عن ابي حنيفة اه . وكذا نقله في الهندية
عن الخلاصة بلا هذه الزيادة - لكن بعكس عليه ما ذكره في البحر اول الوكالة
من ان ركنها ما دل عليها من الايجاب والقبول ولو حكما ليدخل السكوت اه .
وكذا ما في الاشباه من ان سكوت الوكيل قبول ويرتد برده وكذا ما في
الهندية اول الوكالة عن الذخيرة وقبول الوكيل ليس بشرط لصحة الوكالة استثنائاً
ولكن اذا رد الوكيل الوكالة ترتد هكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى في الاصل اه
يريد ان التصريح بالقبول ليس بشرط لصحتها مع السكوت . وجه الاشكال
انه اذا كان السكوت قبولاً كان ينبغي ان شراء الوكيل يكون للموكل وان
صرح انه يشتره لنفسه كما اذا قبل الوكالة صريحاً كما تقدم بيانه في المادة السابقة
تبعا لعامة المتون وفي حاشية البحر للعلامة ابن عابدين عن كافي الحاكم : رجل وكل
رجلاً بشراء امة بعيها فقال الوكيل نعم فشراها لنفسه ووطنها فقبلت منه يدرأ
عنه الحد وتكون الامة وولدها للامر ولا يثبت النسب اه . قال الرملي يستفاد من
قول الوكيل ، نعم انه لو لم يقبلها لم يكن كذلك وهو ظاهر فاذا لم يقبلها واشترى
وقع الشراء له اه اللهم الا ان لا يراد باضافة النرس الى فلان في المثال المذكور
- وكذا في عبارة البزازية ، كونها معينة بل يراد منها ان النرس غير معينة كما
نعمه صاحب البحر من عبارة البزازية حيث نقلها في سياق ما اذا كان المأمور بشراؤه غير
معين لكن فيه انه لو كان المراد ذلك ، لما كان للتقييد بقوله سكت ، فائدة لان الوكيل
بشراء شيء غير معين اذا اشترى يقع شراؤه له وان قال نعم الا ان يقول اشتريته
للامر او يشتره بمال الامر على ما سياتي بيانه مفصلاً . وعن هذا استظهر العلامة
ابن عابدين ان الاضافة الى فلان مراد بها تعيين المأمور بشراؤه وان الوكالة وان
كانت تصح مع السكوت كما تصح بالقبول الصريح الا انه يفرق بينهما في انه
يكون شراء الوكيل اذا صححت بالسكوت على التفصيل المذكور في هذه المادة
تبعا للبزازية وغيرها واذا صححت بالقبول الصريح يكون الشراء للامر . هذا ما
استظهره العلامة ابن عابدين قلت وما تقدم عن الرملي مؤيد له وانت اذا
راجعت المادة ١٤٥١ وجدتها صريحة في التفرقة بين قبول الوكالة صريحاً وبين
قولها بالسكوت وقد افادت ان السكوت يتم قبولا اذا تشبث الوكيل باجراء

ما وكل فيه وهذا لا يكون الا اذا صرح بانه يشتريه للموكل او قال انه نوي
شرائه للموكل حال كون المشتري قائم فتدبر

ثم اعلم ان الوكيل بالشراء اما ان يكون ما وكل بشرائه مينا وقد افادت
المادة السابقة حكمه وهو انه اذا اشتراه الوكيل بقرع الشراء للموكل وان صرح ان
يشتريه لنفسه ما لم يصرح بذلك بحضرة الموكل ان يشتريه باكثر من الثمن الذي
عينه الموكل او بخلاف جنسه . واما ان يكون غير معين وهذا حكمه انه يقع
شراؤه عند الاطلاق للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال
الموكل او ينقد ثمنه من مال الموكل فهذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم
الامر كان للامر وهو المراد بقوله لو يشتريه بمال الموكل وان اضافته الى دراهم
نفسه كان لنفسه حملاً لحالة على ما يحل له شرعاً او بفعله عادة اذ الشراء لنفسه
باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعاً وعرفاً وان اضافته الى دراهم مطلقاً فان
نواها للامر فهو للامر وان نواها لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل
للامر في هذا التوكيل يعني في التوكيل بشراء شيء بغير عينه فكانت نيته
معتبرة وان تكاذبا في النية فقال الوكيل نويت لنفسي وقال الموكل نويت لي يحكم
التقد بالاجماع فمن نقد الثمن من ماله كان المبيع له لان التقيد دلالة ظاهرة على ما
ذكرناه وان توافقا على انه لم تحضره نية قال محمد رحمه الله تعالى هو للعاقدة لان
الاصل ان كل احد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جملة لغيره وذلك بالاضافة الى ما
له او بالنية وقد فرضنا انه لم يثبت وعند ابي يوسف يحكم التقيد كما اذا تكاذبا لان
ما اوقفه مطلقاً يحتمل الوجهين فيبقى موقوفاً فمن اي المالكين فقد فقد ذلك المحتمل
لصاحبه كذا في الهداية مع زيادة من شروحا

ولو امره ان يشتري له فرساً بالف مثلاً ثم قال المأمور اشتريت لك
فرساً وقال الامر اشتريته لنفسك فهذه المسئلة على ثمانية اوجه اما ان يكون
مأموراً بشراء عبد بعينه او بغير عينه وكل وجه على وجهين اما ان يكون
الثمن منقوداً او غير منقود وكل وجه على وجهين اما ان يكون الفرس حياً حين
اخبار الوكيل بالشراء او ميتاً فان كان مأموراً بشراء عبد بعينه فان اخبر بشرائه
العبد حي قائم فالقول للمأمور اجماعاً منقوداً كان الثمن او غير منقود لانه اخبر

عن امر بملك استثنائه والمخبر به في التحقيق والنبوت يستغنى عن الاشهاد فيصدق .
وان كان الفرس ميتاً حين اخبر فقال هلك عندي بعد الشراء وانكر الموكل فان
كان الثمن غير منقود في يد الوكيل فالقول للآمر لانه اخبر عما لا يملك
استثنائه لان المبت ليس بمحل لانشاء العقد فيه وغرضه الرجوع بالثمن والامر
منكر فكان القول قوله وان كان الثمن منقوداً فالقول للمأمور مع يمينه لان الثمن
كان امانة في يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة من الوجه الذي امره به
فكان القول قوله وان كان الفرس غير معين فان كان حياً فقال المأمور اشترته
لك وقال الامر لا بل اشترته لنفسك فان كان الثمن منقوداً فالقول للمأمور
لانه اخبر عما يملك استثنائه وان لم يكن منقوداً فالقول للامر عند ابي حنيفة
لانه موضع تهمة بانه اشتراه لنفسه فاذا رأى للصفة خاسرة الزمها الامر وعندها
القول للمأمور لانه اخبر عما يملك استثنائه نصح كما في الامين . وان كان ميتاً
والمسئلة بما لها فان كان الثمن منقوداً فالقول للمأمور لانه امين ادعى الخروج عن
عهدة الامانة وان كان غير منقود فالقول للآمر اتفاقاً لانه اخبر عما لا يملك
استثنائه وغرضه الرجوع بالثمن والامر منكر

فحاصله ان الثمن ان كان منقوداً فالقول للمأمور في جميع الصور وان كان
غير منقود ينظر فان كان الوكيل لا يملك الانشاء بان كان هاتكاً فالقول للآمر
وان كان يملك الانشاء فالقول للمأمور عندها وكذا عند ابي حنيفة في غيره . موضع
التهمة وفي موضع التهمة القول للآمر اه . ملخصاً من الزبلي وحاشيته للشايجي .

المادة ١٤٨٧ - * لو وكل شخصان كل منهما على حدة واحداً

بان يشتري شيئاً فلا يها قصداً الوكيل ولو اد عند اشتراء ذلك الشيء
يكون له *

ثم اذا صرح حين الشراء باسم من قصد الشراء له فظاهر والآ فالقول قوله
انه نوى الشراء له لانه لما كان ما امر بشرائه لم يكن معيناً من احد الموكلين

كان له ان يعمل لابعها شاء كما ان له ان يعمل لنفسه كما تقدم في المادة السابقة فكانت نيته معتبرة .

والظاهر ان هذا اذا اضاف العقد الى دراهم مطابقة - اما اذا اضافه الى دراهم احدها وقع الشراء له ولا عبرة بقوله نوبت الشراء للاخر لان اضافة العقد الى دراهم احدها مع ان الشراء للاخر مستنكر شرعاً و عرفاً كما هو مستنكر لو اضاف العقد الى دراهم الموكل مع ان الشراء لنفسه كما علمت فيما تقدم . وهذا كله اذا كان ما وكل بشرائه غير معين - اما لو كان معيناً فان الشراء يكون للموكل الاول وان صرح انه يشتره للثاني لانه حينئذ لا يملك شراءه لنفسه فمن باب اولي ان لا يملك شرائه لموكل آخر كما تقدم التصريح بذلك في شرح المادة (١٤٨٥) وقدمنا هناك ان هذا اذا لم يكن الوكيل قبل وكالة الثاني بمحضرة الاول والا كان الشراء للثاني لان قبوله وكالة الثاني حينئذ يكون عزلاً لنفسه عن وكالة الاول وهو يملك عزل نفسه بمحضرة الموكل لا بغيبته كما لو وكله بشراء فرس معين بالف درهم ثم وكله آخر بشراء ذلك الفرس بمشرين ديناراً فاشتراه بمشرين ديناراً فانه يقع الشراء للثاني دون الاول ، لانزاله عن وكالة الاول بالمخالفة حيث اشترى بخلاف المسمى

المادة ١٤٨٨ = * لو باع الوكيل بالشراء ماله لموكله

لا يصح *

المزاد ان الوكيل بالشراء لا يملك شراء مال نفسه لموكله كما ان الوكيل بالبيع لا يملك بيع مال موكله من نفسه كما ستصرح به المادة (١٤٩٦) وشراؤه مال طفله وعبد الذي لا دين عليه لموكله - وكذا يبيع مال موكله منها ، كشرائه ويبيعه من نفسه كما في الدر والهداية وغيرها . ولا فرق في هذا بين ان يكون في الشراء والبيع المذكورين خير للموكل او لا كما في الخانية من فصل فيما يكون قبولاً للوصية من كتاب الوصايا .

واما شراء الوكيل او بيعه من لا تجوز شهادته له كأبويه واولاده الكبار

وزوجته فان باع بأكثر من القيمة في البيع وناقل منها في الشراء ، فهو جازب بلا خلاف وعكسه غير جائز بلا خلاف وبغضن يسير كذلك على ما ذكر في الكتاب وشرح الطحاوي وعلى ما ذكره في الذخيرة جازب عندهما خلافاً له ويمثل القيمة عندهما جازب باتفاق الروايات غير جازب عند أبي حنيفة في ظاهر الرواية عنه .

وهذا في مطلق الو كالة - واما اذا قيد الو كالة بعموم المشيئة بان قال بع من شئت فيجوز بيعه وشراؤه مع هـ لاء بلا خلاف ومثله في بالاولى ما اذا صرح الموكل بان يبيعه من احد هـ لاء بخلاف البيع من نفسه او من ابنه الصغير او عبده ولا دين عليه فانه لا يجوز هـ وان امره الموكل بذلك صريحاً وعلوا ذلك بان الواحد لا يتولى طرفي العقد لانه يصير مستزبداً ومستقصاً قابضاً ومسلماً مخاصماً ومخاصماً في العيب وفي ذلك من التضاد ما لا يخفى . وهذا ما صرح به في النهاية ومعراج الدرابة عن المبسوما كافي تكلية الفتح ومثله في البحر عن السراج ولم يذكروا في المسئلة خلافاً في حاشية الشاسي قال الامام الاصبغاني في شرح الطحاوي ولا يجوز شراء الوكيل لنفسه ولا بيعه منها وكذلك اذا امره الموكل ان يبيعه من نفسه او يشتري من نفسه لم يميز ايضاً وكذلك اذا باعه الوكيل من ابن له صغير لم يميز كانه باعه من نفسه ولو باعه من نفسه لم يميز وكذلك لو باعه من عبده او مكاتبه لم يميز بالاجماع وان باعه من ابويه وان علوا او باعه من اولاده وان سفلوا او باعه من زوجته او الزوجة اذا باعته من زوجها او باعه ممن لا تجوز شهادته له لا يجوز عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعنهما يجوز . ولو امر الوكيل بالبيع من هـ لاء او اجاز له ما صنع فبيعه من هـ لاء جازب بالاجماع الا ان يبيعه من نفسه او ولده الصغير او من عبده ولا دين عليه فانه لا يجوز . وكذا حكم الوكيل بالشراء اذا اشترى من هـ لاء الى هنا لفظ شرح الطحاوي اه وفيها ايضاً عن شرح الكافي

ثم الوكيل بالبيع لا يجوز ان يبيع من نفسه عندنا والشافعي واحمد في ظاهر مذهبه وعن احمد في رواية يجوز وبه قال مالك والاوزاعي اذا لم يجاب لعدم التهمة . قلنا لوجاز بو دي الى التضاد في الاحكام فانه يكون مستزبداً ومستقصاً ومخاصماً والعيب ومخاصماً وفيه من التضاد ما لا يخفى . ولو قال له بع عن نفسك أو لشتر من

نفسك لم يميز ايضاً له لكن نقل في البحر عن البرازية ما نصه : الوكيل بالبيع لا يملك
شراؤه لنفسه لان كل الواحد لا يكون مشترياً وباباً فيبيعه من غيره ثم يشتره منه .
وان امره الموكل ان يبيعه من نفسه او اولاده الصغار او ممن لا تقبل شهادته له
فباع منهم جازاه . قال العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر ومثله في الذخيرة
عازباً الى الطحاوي ولا يخفى ما بين هذا وما تقدم من المخالفة اه وزعم العلامة
الطحاوي عدم المخالفة حيث قال ان ما تقدم عن السراج محله ما اذا امره بأن
يعقد مع من لا تجوز شهادته له فعقد من نفسه ، وما في البرازية محله ما اذا امره بان
يعقد من نفسه اه وهو مردود بان ما في السراج وكذا ما قدمناه عن شرح الطحاوي ،
صريح في انه لا يعقد من نفسه وان امره الموكل بذلك

واما قول العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر وكان في المسئلة قولين
والوجه ما في النهاية الا اذا اجاز الموكل بعد البيع اه ، ففيه ان احد الفريقين لم
يذكر في المسئلة خلافاً وظاهر ما تقدم عن حاشية الشلي انه لا خلاف في المسئلة
عندنا وتعليقهم بان الواحد لا يتولى طرفي العقد ، يقتضى عدم التفرقة بين ان يأمره
الموكل بالبيع من نفسه اولاً وتصريحهم بأن العقد من نفسه غير صحيح ، يمنع قوله
الا اذا اجاز الموكل بعد البيع لان الاجازة انما تلحق البيع الموقوف لا الفاسد او
الباطل ويرده ايضاً ما في السابع والعشرين من جامع الفصولين بيع الوكيل
من نفسه او طفله او قن له غير مديون لم يميز ، ولو امر به موكله او اجاز ما
صنم ولو امره ببيع من ابويه او ولده البالغ او زوجته او زوجه بان كان الوكيل
امراً او ممن لا تقبل شهادته له او اجاز صح اه

فالتدي يظهر ان ما نقل عن البرازية لا يخلو عن تحريف او فيه اختصار اخل
بالمراد بدليل انه نقل في الهندية عن البرازية ما نصه : الوكيل بالبيع لا يملك شراؤه
لنفسه لان الواحد لا يكون مشترياً وبائناً اه . ثم نقل عبارة السراج الوهاج
فاقتضاه من عبارة البرازية على ما ذكر يشير الي ان زيادة قوله وان امره الموكل
ان يبيعه من نفسه الخ ، غير مسلحة وكذا ما في الذخيرة عن الطحاوي بدليل انه
مخالف لما قدمناه عن حاشية الشلي معزباً لشرح الطحاوي للامام الاسيبغاني وكيفما
كان الحال فاطلاق هذه المادة وكذا المادة ١٤٩٦ الآتية موافق لما في السراج

وشرح المحاوي وشرح الكافي والمبسوط فليس الا عليه العمول

✽ تنبيهات ✽

الاول الوكيل بالاجارة والمصرف والسلم ونحوها كالتزويج له حكم الوكيل بالبيع او الشراء فيقال فيه ما قيل في الوكيل بالبيع والشراء كما في الدر وحواشيه وفي البحر عن البزاية وكله بتزويج لزوج ابنته الصغيرة لا يجوز بغير اتفاقا .

ولو كبيرة او من لا تجوز شهادته لما لا يجوز عنده خلافا لما اهـ

الثاني المضارب كالوكيل بالبيع لا يبيع من لا تجوز شهادته له الا اذا كان بمثل القيمة فينتدب يجوز اتفاقا لانه متصرف لنفسه من وجه الوصي لو باع منهم بمثل القيمة فانه يجوز لعدم التهمة . وان حابى فيه لا يجوز وان قل والمضارب كالوصي لمحاوي عن السراج . وفيه عن جامع الفصولين لو باع القيم مال الوقف او اجره من لا تقبل شهادته له لا يجوز عند الامام الا باكثر من اجر المثل كبيع الوصي . ولو اجره من نفسه يجوز لو خيرا والا لا اهـ .

الثالث : تقييد عدم صحة العقد مع من لا تقبل شهادته للوكيل بالاحتراز عما اذا عقد الوكيل مع من لا تقبل شهادته للموكل كايه وابنه ومكاتبه وعبد المديون فانه يجوز كما في البحر .

الرابع : التقييد بوكيل العقد للاحتراز عن وكيل القبض كما لو وكل شخص اخر بقبض دينه على ابي الوكيل او ولده او مكاتبه او عبده فقال الوكيل قبضته وهلك وكذبه الطالب فالقول قول الوكيل كما في البحر عن كافي الحاكم

المادة ١٤٨٩ ✽ اذا اطلع الوكيل على عيب في المال الذي

اشتراه قبل ان يسلمه الى الموكل فله ان يرده بلا اذنه ولكن ليس له ان يرده بلا امر الموكل ونوكيله بعد التسليم اليه ✽

هذا اذا اضاف الوكيل العقد الى نفسه والا بان قال اشتريت لبلان

فليس للوكيل الرد بلا اذنه مطلقاً لانه حينئذ بمنزلة الرسول فتعوق العقد تتعلق بالموكل لابه كما تقدم في المادة (١٤٦١) وشرحها وصرح به في السابع والعشرين من جامع الفصولين حيث قال : الوكيل يبيع وشرائه لو اضاف العقد الى موكله لم ترجع حقوقه الى وكيله اه فليتبه لهذا

وحاصل ما ذكره في الوكيل بالشراء اذا اضاف العقد الى نفسه انه اذا كان ما اشتراه باقياً في يده او في يد البائع فله ان يرده ببيع اطلع عليه سواء اذن له الموكل بالرد او لم يأذن لان الرد بالعيب من جملة حقوق العقد وهي كلها تتعلق به لو كان حياً وبوارثه او وصيه لو ميتاً فان لم يكونا فله موكل . اما لو اطلع على العيب بعد التسليم الى الموكل فليس له الرد بلا اذن الموكل لانتهاء الوكالة بالتسليم اليه ولان في الرد ابطال يد المالك الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه زهلي وغيره . قال في الهندية عن الدخيرة : الوكيل بالشراء اذا سلم المشتري الى الامر . ثم جاء يخاضع البائع في العيب لم يكن له ان يرده الا ان يجيء بينة ان الامر امره بالرداه . وهكذا حكم الوكيل بالبيع فان لم يشتري منه ان يرده عليه بالعيب ما دام حياً عاقلاً من اهل لزوم المهدة فان كان محجوراً يرد على الموكل بجر . وفي الفصل السابع من الباب الثامن من بيوع الهندية عن وجيز الكردي ، المشتري من الوكيل بالبيع يرد بالعيب عليه وان وصل الثمن الى الموكل اه

فيد بالعيب لانه لو وكله ببيع متاعه فباعه يباعاً فاسداً وقبض الثمن وسلمه الى الموكل فله ان يفسخ ويسترد الثمن من الموكل بغير رضاه لحق الشرع - كذافي الدرر والمنع عن القنية .

اقول : وكذا لو وكاه بشراء متاع فاشتراه فاسداً وسلمه الى الموكل فان له الفسخ بدون رضى الموكل لحق الشرع وهو ظاهر . وفي كون الرد بالعيب من حقوق الوكيل ، اشارة الى انه لو رضي بالعيب فانه يلزمه . ثم الموكل ان شاء قبله وان شاء ازم الوكيل ، وقبل ان يلزم الوكيل اذا هلك بهلك من الموكل - كذا في البحر عن البرازية اي ويرجع الموكل على الوكيل بحصة العيب كما في الهندية عن السراج . وفيها عن المحبط لو لم تمت الجارية لكنهما اعورت لزم

الأمر وكان له ان يرجع على الوكيل بحصة العيب الذي رضي به . ولو لم
نعور ، واختار الزام الوكيل الجارية فالزمها اياه وقبض الثمن ثم وجد بها الوكيل عيبا
آخر وقد كان ذلك عند البايع لم يستطع ردها بذلك العيب على الأمر ولا على
البايع اهـ ، والى ان الموكل اجنبي في الخصومة بالعيب فلو اقر الموكل وانكر الوكيل
فانه لا يلزم الموكل ولا الوكيل شيء ، لأن الخصومة فيه من حقوق العقد والموجب
اجنبي فيسه ، والى ان اقرار الوكيل بوجوب رده عليه ، ولو انكر الموكل لكن
اقراره صحيح في حق نفسه لا في حق الموكل لانتهاء وكالته بالتسليم فلا يكون
قوله ملزما على الموكل الا ان يكون عيبا لا يحدث مثله في تلك المدة للقطع بقيام
العيب عند الموكل وان امكن حدوث مثله في المدة لا يردده الوكيل على الموكل
الا ببرهات على كونه عند موكله والا يحلفه فان نكل رده والا لزم الوكيل بحر
عن البرازية

اقول عبارة الهندية عن الكافي هكذا: ومن امر رجلا يبيع عبده فباعه من
رجل وسلمه وقبض الثمن او لم يقبضه حتى وجد المشتري عيبا لا يحدث مثله فرده
بقضاء بيينة او باباء يمين او باقرار المأمور ، فللمأمور ان يرده على الأمر . وان
كان عيبا يحدث مثله فان رده بيينة فهو لازم للموكل وكذا ان رده بالنكول .
وان كان رده باقرار لزم الوكيل وان كان المشتري رده بنفسه بغير قضاء القاضي
والعيب مما يحتمل الحدوث لزم الوكيل ولا يكون له ان يخاصم موكله بحال وان
كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقرار الوكيل يلزم الموكل بلا
خصومة في رواية وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصم الموكل بل يلزم الوكيل اهـ
فتأمل . وتام هذه المسائل في الفصل السابع من الباب الثامن من كتاب البيوع
من الهندية . وفيه عن شرح الطحاوي وجد المشتري عيبا فباعه اشتراه رجع بالثمن
على الوكيل ان كان تقدم الثمن . وان كان تقدم من الموكل اخذه من الموكل ولم
يذكر ما اذا تقدم الثمن الى الوكيل ثم اعطاه هو للموكل . ثم وجد المشتري عيبا
يرده على الوكيل ام على الموكل اتفق القاضي انه يرده على الوكيل اهـ . وفي الهندية
واذا كانت الجارية في يد الوكيل بالشراء فاراد ان يردها بالعيب فادعى البايع
رضى الأمر بهذا العيب لم يصدق على ذلك من غير بيينة . وان اراد البايع استجلاف

الوكيل على علمه يرضى الأمر لم يكن له ذلك فان لم يكن للبايع بينة على رضى
الأمر بالعيب ورد الوكيل الجارية على البايع بالعيب ثم حضر الأمر وادعى الرضى
واراد اخذ الجارية فأبى البايع ان يدفعها فان القاضي لا يلتفت الى قول البايع
ويرد الجارية على الأمر . قيل هذا قول محمد وقيل هذا قول الكل وهو الاصح .
ولو ان الوكيل حين رد الجارية على البايع بالعيب اخذ الثمن من البايع فضاع الثمن
من يده ضاع من مال الوكيل ويغرم الوكيل للأمر من مال نفسه . ثم اذا صدق
الأمر البايع في الرضى بالعيب وقبض الجارية ، يدفع الأمر الثمن الى البايع من مال
نفسه وليس له ان يقول للبايع انك اقررت مرة قبض الثمن من الوكيل فليس لك
ان تقبض مني مرة اخرى فان وجد الأمر بها عيباً آخر كان هو الخصم بالرد دون
الوكيل . ولو كان الوكيل بعد ما ردها بالعيب وبعد ما فسخ القاضي البيع اقر
يرضى الأمر بالعيب كان البائم بالخيار ان شاء امسك الجارية وان شاء ردها على
الوكيل . ولو اقر الأمر انه كان رضى بالعيب كانت الجارية للأمر بأخذها الوكيل
من البايع ويدفعها الى الأمر ويكون الثمن للبايع على الوكيل ان كان الوكيل قبض
الثمن من البايع حين رد الجارية عليه . ولو وجد بالجارية عيباً آخر كان هو الخصم
فيه كذا في المحيط اه وفيها عن المحيط ايضاً الوكيل بالشراء اذا اشترى عبداً
يساوي ثلاثة الاف درهم بالف درهم فوجد به عيباً فليس له ان يرده . ولو كان ذلك في
خيار روية او خيار شرط فله ان يردها وفي فصل في تصرفات الوكيل من بيع الخانية:
الوكيل بالشراء اذا اشترى ولم يقبض فعلم بعيبه ، كان له ان يرد بالعيب يسيراً كان العيب او
فاحشاً فان رضى بالعيب ان كان العيب يسيراً لزم الموكل وان كان فاحشاً وهو ما يفوت
جنس المنفعة كاعمى وقطع اليدين لا قطع احدهما ولا يياض احدى العينين ،
لزم الوكيل ولو قال الموكل للوكيل بعد ما علم بالعيب لا ترض به فرضي به الوكيل
لا يلزم الأمر ويكون للأمر ان يلزم الوكيل . وهو بمنزلة ما لو علم الوكيل
بالعيب بعد القبض فرضي به ان رضى به الموكل جاز وان لم يرض لزم الوكيل اه
مختصراً وقامه فيها

المادة ١٤٩٠ - * اذا اشترى الوكيل المال مؤجلاً فهو في

حق الموكل مؤجلاً ايضاً وليس له ان يطالب بضمنه نقداً ولكن
بعد اشتراء الوكيل نقداً اذا اجل البايع الثمن فلو وكيل ان يطالب
الثمن من الموكل نقداً *

كذا في التنوير وعبارته ولو اشتراء الوكيل بنقد ثم اجله البايع كان للوكيل
المطالبة حالاً اه قال في شرحه المنح وهي الحيلة يعني في تاجيل الثمن عن الوكيل
دون الموكل كما في الخلاصة

ايد بكونه اشتراء بنقد لان الوكيل لو اشتراء بضمن مؤجلاً تاجل سيفي
حق الموكل ايضاً فليس للوكيل طلبه حالاً اه. والظاهر انه لو اشتراء بضمن
لم يذكر فيه حلول ولا تاجيل ثم اجله يكون حكمه كما لو اجله حين العقد لما في
الهندية عن المحيط الوكيل بشراء شيء بعينه اذا اشترى ولم ينقد الثمن حتى اخر
البايع الثمن عن الوكيل صح وثبت التأخير في حق الموكل حتى لم يكن للوكيل
ان يرجع على الموكل قبل حلول الاجل اه. وفي الخاتمة الوكيل بالشراء اذا اشترى
بالنسيئة فمات الوكيل حل عليه الثمن ويبقى الاجل في حق الموكل . الوكيل
بشراء عبد بعينه بالف اذا اشتراء بالف ومائة ثم البايع حط مائة عن المشتري ،
كان العبد للوكيل لان العقد وقع للوكيل فلا يتغير بالحط اه . وذكر في الدر
وحواشيه ان البائع لو وهب كل الثمن للوكيل رجوع الوكيل بكه على الموكل ولو
وهبه بعضه رجوع بالباقي فلو كان الثمن الفاً فوهب له النصف ثم وهب له النصف
الاخر لا يرجع الوكيل على الاخر الا بمحمسائة الاخرى ، لان الاولى حط والثانية
هبة . وهذه المسئلة مبنية على ما تقدم في البيوع ان هبة بعض الثمن حط لاهبة
كله لان الحط يلتحق باصل البيع وفي حط البعض ينفي البيع بالباقي فيرجع به على
موكله . ولو جعل هبة الكل حطاً اصراراً بلاماً من فيفسد به البيع فلذلك
جعل هبة مبتدأة للوكيل فيرجع على الموكل بالثمن المعقود عليه فلو وهبه اياه
بدفتين او اكثر كان ما قبل الاخير حطاً وكانت الهبة الاخرى مبتدأة فيرجع
على الموكل بقدرها اه . وافاد في الهندية نقلاً عن المحيط والخاتمة ان الجواب سيفي

ابراء البائع الوكيل عن كل الثمن او بعضه كالجواب عن هبته فليراجع

المادة ١٤٩١ * اذا اعطى الوكيل بالشراء ثمن المبيع من ماله قبضه
فله ان يرجع على الموكل يعني له ان ياخذ الثمن الذي اعطاه من
الموكل وله ايضاً ان يحبس المال المشتري وبطلب ثمنه من موكله
الى ان يتسلم الثمن وان لم يكن قد اعطاه الى البائع *

حاصله ان الوكيل بالشراء اذا قبض ما اشتراه كان له مطالبة موكله بثمنه
وحبس المشتري عنه حتى يستوفي ثمنه . ولا فرق في هذا بين ان يكون دفع
الوكيل الثمن من ماله للبائع ام لا

لا يقال انه اذا دفع الثمن من ماله بلا امر الموكل يكون متبرعاً كمن ادق
دين غيره بلا امره ، لانقول قد انقذت بينهما مبادلة حكومية فصار الوكيل كالبايع
من الموكل ولهذا اذا اختلف في الثمن يتخالفان واذا وجد الموكل شيئاً باشتري يرد
على الوكيل وكل من المحالفة والرد المذكورين من خواص المبادلة ولان التبرع انما
يتحقق اذا كان الدفع بغير امر الموكل والامر ثابت هنا دلالة لان الموكل لما علم
ان الحقوق ترجع الى الوكيل ومن حملتها دفع الثمن علم انه مطالب بالدفع لقبض
المبيع فكان راضياً بذلك امرأه دلالة كذا في الهداية وشروحا والكترو شروحه
ولا تنس ما تقدم في المادة السابقة من ان الوكيل اذا اشتراه بثمن مؤجل ،
يكون الثمن مؤجلاً في حق الموكل ايضاً وحينئذ فليس له المطالبة بالثمن - الا
عند حلول الاجل ، ولا يحبس السبع لقبضه كما هو ظاهر ونبه عليه في المنح ونقل
في البحر عن كفالة الخانية : لو ادعى الوكيل بالشراء دفع الثمن من ماله وصدقه
الموكل وكذبه البائع ، لم يرجع الوكيل على الموكل ا

قال العلامة ابن عابدين في حاشيته عليه ولا يخفى ان معنى قوله لم يرجع على
الوكيل على الموكل ، انه لا يرجع بما ضاع عليه بيجود البائع حيث وجب عليه

ان يدفعه له ثانياً - والا فالثمن الذي وجب له بالعقد الحكمي بطالبه به بلا شبهة ، لان الوكيل بالشراء منزل منزلة البايع من الموكل كما تقدم اه
والحاصل ان الوكيل اذا دفع الثمن الى البايع مرتين لجموده الدفع اول مرة فلا يرجع على الموكل الا بواحد ، وان صدقه الموكل على دفع ما جرده البايع . فتصدق الموكل تنصيص على التوهم ، لانه لو كذبه فبالاولى عدم الرجوع كما في الحاشية المذكورة عن حاشية الرملي

واعلم ان مثل الوكيل بالشراء الوكيل بالاستئجار فان له ان يواخذ الموكل بدفع الاجرة اليه قبل ان يودعها الوكيل الى المودع كما في الهندية - لكن ليس له حبس المأجور لقبض الاجرة ، لانه في حاشيته لو كان وكيلًا بالاستئجار وقبض الوكيل الدار ، ليس اه ان يحبسها عن الموكل بالاجرة ، ولو شرط تهجياها . فان حبسها حتى مضت المدة فقبل الاجر على الوكيل ، يرجع على الموكل وقبل يسقط عن الموكل اه وذكروا في البحر عن البرازية : وان نقد الوكيل بالشراء الثمن من ماله ثم اقبه الموكل في بلد آخر ، والمشتري ليس عند الوكيل وطلب منه الثمن فأبى الا ان يسلم المشتري - فان كان الامر طالبه بتسليمه حين كان المشتري بحضورها ولم يسلمه حتى قبض الثمن ، له ان لا يدفع الثمن حتى يقبض المشتري - وان كان الامر لم يطلبه منه حال حضرة المشتري ، ليس له ان يمتنع عن دفع الثمن ، لانه صار دينًا في ذمة الامر اه وفي الهندية عن الذخيرة : الوكيل اذا اشترى عبداً بألف درهم الى سنة وقبضه فلم يقبضه الامر حتى حل المال واخذ البايع الوكيل به فاراد الوكيل منعه من الموكل حتى ياتي به بالثمن ، لم يكن له ذلك . ولو منعه صار ضامناً ولو قبضه الامر ثم حضر الوكيل واخذه بغير محضر من الامر ولم يذكر انه ياخذ حتى يعطيه الثمن فقات في يده بطس الثمن عن الامر وجعل الاخذ منعاً لا لصداً كانه منه حتى يعطيه الثمن اه

المادة ١٤٩٢ - اذا تلف المال المشتري في يد الوكيل بالشراء

او ضاع قضاء بتلف من مال الموكل ولا يسقط من الثمن شيء ولكن

لو حبسه الوكيل لاجل استيفاء الثمن وتلف في ذلك الحال او ضاع
يلزم على الوكيل اداء ثمنه *

لان الوكيل في قبضه المشتري من البايع عامل ، للموكل فيصير الموكل قابضاً
بقبض الوكيل حكماً فالتمنع منه ، لا يكون مسترداً له فاذا هلك هلك من
مال الاثر فكان للوكيل ان يرجع عليه بثمنه - بخلاف ما اذا حبسه عنه ثم
هلك ، لانه بالحس صار مسترداً له . او نقول ان قبض الوكيل في الابتداء
متروك بين ان يكون لتتميم مقصود الموكل ، وان يكون لاحياء حقه اي الوكيل
وانما يتبين احدها بالحس فان لم يجسه عن الموكل عرفنا انه كان عاملاً للموكل
فهلا كه في يده كهلا كه في يد الموكل . وان حبسه ، عرفنا انه كان عاملاً
لنفسه وان الموكل لم يصر قابضاً بقبضه فاذا هلك يكون مضموناً عليه اي على
الوكيل اه ملخصاً من الزبلي والعناية . ثم اذا حبسه الوكيل فهلك ضمنه ضمان
المبيع اذا هلك في يد البايع فيلزمه اداء الثمن للبايع من ماله بلا رجوع على الموكل ،
لما تقدم من انه منزل منزلة البايع من موكله

وهذا عند محمد وهو قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى وعليه المتون وبه اخذت
الجملة كما ترى وعند ابي يوسف رحمه الله تعالى يضمنه ضمان الرهن فيهلك بالاقبل
من قيمته ومن الثمن . وعند زفر يضمنه ضمان الغصب يعني جميع قيمته حتى لو كان
الثمن اكثر من قيمته رجوع الوكيل بذلك الفضل على الموكل على قول ابي يوسف
وزفر . هذا حاصل ما في الهداية وشروحا والكنز وشروحه وهذا اذا هلك المبيع -
اما اذا ذهب عينه عند الوكيل بعد حبسه لم يسقط شيء من الثمن لانه وصف ،
والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن - لكن يخير الموكل ان شاء اخذه بكل الثمن
وان شاء ترك افاده في البحر . وهذا كله اذا كان الذي هلك في يد الوكيل هو
المبيع - اما لو كان الهالك في يده الثمن ففي البرازية عن جامع الفصولين : دفع اليه
الفايشري به فاشترى وقبل ان ينقده للبايع هلك ، فن مال الاثر - وان
اشترى ثم نقده الموكل فهلك الثمن قبل دفعه للبايع عند الوكيل ، يهلك من مال

الوكيل كذا في البحر وانظر ما نقلنا عن الخانية في شرح المادة ١٤٦٣
وذكر في الهندية لو هلك الدرهم المدفوعة من الموكل في يد الوكيل بعد
الشراء ورجع على الأمر واخذ منه ثانياً فهلك المأخوذ ثانياً في يد الوكيل لم يرجع
على الأمر بعد ذلك اه وعبارة البحر عن الجامع الصغير: وكله بشرائه ودفع له الفكا
فاشتري ولم يتقد رجع به مرة فان دفع وهلك ثانياً لا يرجع اخرى . والمضارب
يرجع مراراً والكل رأس المال اه اي لان يد الوكيل ثانياً يد استيفاء لا يد
امانة بخلاف المضارب وتوضيح هذه المسائل تقدم في شرح المادة ١٤١٣
وفي الهندية الوكيل بشراء جارية بالالف اذا اشتراها بالالف كما امر وتقد
الالف وقبضها ولم يجسها عن الأمر حتى تقده الأمر خمسية ثم طلبها منه فمنها
فهلك في يده ٤ سلم للوكيل الخمسية المقبوضة وبطلت الباقية عن الأمر . ولو
كان جسها في الابتداء فعليه رد المقبوضة ايضاً . ولو كان الأمر امره ان يشتري
له جاريتين كل جارية بألف درهم او امره ان يشتريهما جميعاً بالف درهم فاشترها
وقبضها ثم الأمر طلب منه احدهما بعينها فمنها اياه حتى ماتت ٤ بطل ثمنها فان
قال الأمر لا حاجة لي في الباقية لا يلتفت اليه ولزمته بمحضتها . فان لم تمت التي
منها وماتت الاخرى فالباقية لازمة للأمر وعليه ثمنها جميعاً اه وتامه فيها .
وفي البحر عن يوع البرازية الوكيل بالشراء اذا اخذ المشتري على وجه السوم مع
فرار الثمن فراه الموكل ولم يرض به فهلك في يد الوكيل ضمن الوكيل قيمة
السلعة للبايع ثم يرجع على الموكل ان كان امره بالاخذ على وجه السوم والا فلا اه

المادة ١٤٩٣ * ليس للوكيل بالشراء ان يقبل البيع بدون

اذن الموكل *

وهذا بالاجماع كما في السابع والعشرين من جامع الفصولين ومثله في حاشية
الحموي عن التقنية وفي الاشياء من كتاب البيوع من الفن الثاني: من باع او
اشترى او آجر ٤ ملك الالة الا في مسايل - اشترى الوصي من مدهون

المبت داراً بمشرين وفيمنها خمسون ، لم نصح الافالة - المشرى المأدون غلاماً بألف وقيمتها ثلاثة الاف لم تصح ، ولا يملك الرد بالعيب ، يملكه بخيار شرط او روية - والتولي على الوقف لو آجر الوقف ثم المال ولا مصلحة ، لم تجز على الوقف والوكيل بالشراء ، لا نصح افالته - بخلاف الوكيل بالبيع تصح ويضمن . والوكيل بالسلم على خلافه وسيأتي الكلام على افالة الوكيل بالبيع في المادة ١٥٠٥ ومشرحها

= الفصل الثالث =

* في الوكالة بالبيع *

المادة ١٤٩٤ - * للوكيل بالبيع مطلقاً ان يبيع مال موكله بالثمن الذي يراه مناسباً قليلاً كان او كثيراً *

نقداً كان او عرضاً ولو بغبن فاحش هذا ما يعطيه قوله بالثمن الذي يراه مناسباً لان الوصول من الفاظ العموم فيم المرض فافهم . وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى . وقالوا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدرام والدنانير ، لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف ، لان التصرفات لدفع الحاجات فتقيد بمواقفها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالتقود . ولا يبي حنيفة ان التوكيل بالبيع مطلق ، فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة ويتقيد في موضعها كالوكيل بالشراء فانه لا يجوز له الشراء بالغبن الفاحش لانه متمم ، لاحتمال انه اشتراه لنفسه ولما رأى الصفقة خاسرة ، الحقة بالموكل وذلك لا يمكن في البيع - سلمنا ان المطلق يتقيد بالمتعارف - لكن البيع بالغبن او بالعين اي العرض متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن وعند الفجر والتبرم من العين فكان العرف مشتركاً لا يصلح دليلاً لها ، ملخصاً من الهداية وشروحها ومن الزهلي قال في التكملة : قال العلامة قاسم في تصحيحه

ورجع دليل الامام وهو الممول عليه عند النسفي وهو اصح الاقاويل والاختيار . عند
المجوبي ووافقه الموصلي وصدر الشريعة وعليه اصحاب المتون الموضوعة لنقل المذهب
بما هو ظاهر الرواية وقد قالوا في بقول ابي حنيفة على الاطلاق خصوصاً مع ظهور
وجهه اه . ولهذا اختارته المجلة كما ترى وان نقل في الدر عن البرازية ان بقولها
بفتى . وكلام التنوير مع شرحه المنع ، يفيد ان جواز بيع الوكيل بالعرض
وكذا بالنسيئة على قول ابي حنيفة ، مقيد بما اذا لم يتم قرينة لفظية او حالية على
عدم ارادته من الموكل وسيأتي تحقيقه في شرح المادة ١٤٩٨

هذا في الوكيل بالبيع اما الوكيل بالعرض فلا يجوز له الصرف بالفين اجماعاً
اما اذا اتحد الجنس ، فلا يجوز ولو بفين بسير للربا . واما اذا اختلف كدينار
بدرام ، فلانه بيع من وجه شراء من وجه والوكيل بالشراء لا يجوز له الشراء
بالفين الفاحش اتفاقاً كذا في الدر وحواشيه . فان قلت كان الصرف بيع من
وجه شراء من وجه لان البيع لا بد له من مبيع وثمن وليس احد البدلين اولى من
الآخر في جملة مبيعاً او ثمناً كذلك البيع بالعرض وهو المقايضة مثله لما ذكر من
التعليل فلماذا صح للوكيل بالبيع ان يبيع بالفين الفاحش في بيع المقايضة على
قول ابي حنيفة في ظاهر الرواية عنه ولم يصح له ان يصرف بالفين الفاحش على قول
الكل باتفاق الروايات وما وجه الفرق بينها مع اتحاد العملة . قلت الفرق بينهما ان
الوكيل بالصرف يملك المقدم من نفسه بان يصرف دينار الموكل بدرام نفسه كما
صرح به في المبسوط فكان محلاً للتهمة كما قالوا في الوكيل بالشراء انه لا يملك
الشراء بالفين للتهمة اذ من الجائز انه عقد لنفسه فلما علم بالفين اراد ان يلزم به
الموكل واما في بيع المقايضة فليس للوكيل ان يبيع من نفسه ولا ان يشتري لنفسه
عرض الآخر بمقابلة عرض الموكل فلم ترد التهمة التي وردت في حق الوكيل
بالشراء فلم يمنع الجواز لذلك على قول ابي حنيفة في ظاهر الرواية وايضاً الشراء اصل
في عقد الصرف لان الثمنية في الدرهم والدنانير اصل والمبرة للاصل فكان الوكيل
بالصرف معتبراً بالوكيل بالشراء من كل وجه والفين الفاحش لا يتحمل في الوكيل
بالشراء بالاتفاق واما عقد المقايضة فالبيع اصل فيه لان الاصل في العرض ان
يكون مبيعاً لا ثمناً فكان الوكيل فيه معتبراً وكيلاً بالبيع من كل وجه والفين

الفاحش يتحمل في الوكيل بالبيع في ظاهر الرواية على قول ابي حنيفة اه ملخصاً من تكملة الفتح . وفي الهندية الوكيل بالبيع اذا اخر الثمن عن المشتري او ابراه منه او قبل الحوالة او اقتضى الزبوف وتجاوز به ، جاز وضمن الثمن للامر وهو قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى واجمعوا على ان الثمن اذا كان عيناً فوهبه الوكيل من المشتري ، انه لا يصح . وكذلك لو كان ديناً فقبضه الوكيل ثم وهبه من المشتري لا يصح بالاجماع كذا في الذخيرة اه . وافاد في التكملة ان وكيل المرأة كالوكيل بالبيع له ان يزوجها بما قل وكثر فلو زوجها باقل من مهر مثلها صح وعزاه الى البرازية وهل فيه خلاف الامامين يراجع . وافاد ايضاً عازباً الى الذخيرة ان التوكيل بالاجارة كالوكيل بالبيع . ومن المشايخ من قال قولها كقول ابي حنيفة في الاجارة اه وفي الهندية من الباب الرابع في الوكالة بالاجارة : ولو وكيل بالاجارة ان يوجر بمرض او خادم والوكيل بالاستئجار يملك الاستئجار بالدرهم والدنانير والمكيل والموزون اذا كانت بغير عينه ولا يملك الاستئجار بمرض بعينه ولا بمكيل او موزون بعينه اه

المادة ١٤٩٥ - * ليس للوكيل ان يبيع بانقص مما عينه الموكل يعني اذا كان الموكل قد عين ثمناً فليس للوكيل ان يبيع بانقص من ذلك واذا باع بنقص البيع موقوفاً على اجازة موكله ولو باعه بانقص مما عينه بلا اذن الموكل وسلم المال الى المشتري فله موكل ان يضمه ذلك النقصان *

هذه الترجمة غير صحيحة وصوابها فله موكل ان يضمه ذلك المال يعني المال المأمور ببيعه لان نص الفقرة الاخرة من هذه المادة هكذا (وخود بخود نقصانه صانوه يده مالي مشتري به تسليم يتكده موكله كما اول مالي تضمين اتيديه بلور) اه وحاصل المسئلة ان الوكيل بالبيع اذا خالف فباع بانقص مما عينه الموكل انعقد

موقوفاً على اجازة موكله ، لما اقرر من ان الوكيل بالبيع اذا خالف لا ينفذ بيعه بل يتوقف على اجازة موكله بخلاف الوكيل بالشراء فانه اذا خالف يقع الشراء له لان الشراء متى وجد نفاذاً لا يتوقف . ثم لو خالف الوكيل بالبيع وباع وسلم المبيع للمشتري ثم هلك في يد المشتري يكون الوكيل ضامناً لقيمته لانه بالخالفه صار غاصباً قال في مرآة المجلة نقلاً عن ضمانات الفضلية : ولو وكله بيعه بألف فباعه الوكيل بتسماية بصير الوكيل غاصباً بالبيع والتسليم وضامناً للقيمة للموكل اه وفي البحر ان الوكيل امين فيما في يده كالمودع فيضمن بما يضمن به المودع ويبرأ بما يبرأ به اه . ولعموم ان المودع اذا سلم الوديعة لاجنبي بلا اذن مالكها بصير غاصباً ويضمنها لو هالكت

وانظر هل ينجيز الموكل بين تضمين المشتري وهو يرجع بما ضمنه على الوكيل ، وبين تضمين الوكيل وهو لا يرجع على احد . الظاهر نعم كما هو حكم مودع الغاصب لان استلام المشتري كان باذن بايحه الوكيل لكن لم افق الان على نص صريح في المسئلة وفي الهندية عن الذخيرة : واذا وكل الرجل رجلاً ان يبيع عبده بألف درهم وقيمته الف او خمسمائة فباعه بالف الى العطاء وسلمه الى المشتري فوات في يده او اعتقه فلا ضمان على الوكيل وعلى المشتري القيمة ويكون حق قبض القيمة للوكيل اه

اقول اما قوله فلا ضمان على الوكيل فلا نه لم يخالف واما قوله وعلى المشتري القيمة فلا نه ملكه بمقد فاسد وهو البيع الى العطاء . وفيها عن المحيط امر رجلاً ان يبيع عبده بألف درهم فباعه بخمسمائة الى العطاء وقيمته الف او خمسمائة وقبضه المشتري ، لا يملكه فلو مات في يد المشتري كان للأمر الخيار ان شاء اخذ القيمة من المشتري وان شاء اخذ من الوكيل . فان اخذها من المشتري لم يرجع بها على غيره وان ضمن الوكيل رجوع بما ضمن على المشتري اه وقامه فيها اقول لا يخفى ان قوله اولاً لا يملكه ، مشكل لان كون المشتري لا يملكه يقتضي رجوعه على البايح وعدم رجوع البايح عليه لانه حينئذ يكون كمودع الغاصب لا كالمشتري فاسداً لان المشتري فاسداً يملك ما اشتراه بقيمته فتأمل

❖ نفيه ❖

ذكر في الهندية والخانية لو وكله ببيع عبده بالف درهم وقيمته الف فتغير
السر وصارت قيمته الفين ليس للوكيل ان يبيعه بالف وكذا اذا وكله ببيع
جارية بالف فولدت ولداً يساوي الفاً وكذا اذا اثمر النخيل اهـ

المادة ١٤٩٦ - ❖ اذا اشترى الوكيل بالبيع مال موكله
لنفسه لا يصح ❖

وكذا لا يصح شراؤه لولده الصغير وعبده الذي لا دين عليه وان اذن
له الموكل بذلك صريحاً او قال له بع من شئت او اجاز عقده بعد الشراء لان
الواحد لا يتولى العقد من الطرفين فلا يكون بائناً ومشترياً - بخلاف بيعه من
اولاده الكبار او اصوله او زوجته او من لا تجوز شهادته له كاسيأتي في المادة
الآتية . هذا ما صرح به في شروح الهداية وفي البحر عن السراج - وكذا
في حاشية الشاي عن شرح الطحاوي - وكذا في جامع الفصولين وغيرهما .
واما ما ذكره في البرازية من ان شرائه لنفسه وطلعه وعبده ، كبيعه من لا
تجوز شهادته له يصح ان اذن له الموكل فيه صريحاً او تعميماً او اجازته بعد عقده فهو
مخالف اصح كلامهم مع عدم ظهور وجهه هذا ما حققناه في شرح المادة ١٤٨٨
فارجم اليه . وقد قال في الهداية : ان الحيلة لمن اراد ان يشتري ما وكل
بيعه لنفسه او طفله ان يبيعه من اجنبي ثم يشتريه منه لنفسه او طفله فالهم

المادة ١٤٩٧ - ❖ ليس للوكيل بالبيع ان يبيع مال موكله
لمن لا تجوز شهادتهم له الا ان يكون قد باعه بازيد مما يباع فيقتنذ
بصح وايضاً ان كان الموكل قد وكله وكالة عامة بقوله بع من شئت

ففي ذلك الحال يجوز بيعه بثمن مثله لهؤلاء *

قال في الهندية الوكيل بالبيع اذا باع من لا تقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة يجوز بلا خلاف وان كان باقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع وان كان بغبن يسير لا يجوز عند ابي حنيفة وان باع بمثل القيمة فيه روايات عن ابي حنيفة . والظاهر انه لا يجوز . وان امره الموكل بالبيع من هؤلاء او اجاز له ما صنع او قال بع ممن شئت فانه يجوز بيعه من هؤلاء بالاجماع الا ان يبيعه من نفسه او من ولده الصغير او من عبده ولا دين عليه فانه لا يجوز له ذلك قطعاً ، وان صرح له الموكل بذلك وكذلك حكم الوكيل بالشراء اذا اشترى من هؤلاء اه .

المادة ١٤٩٨ - * للوكيل المطلق بالبيع ان يبيع مال موكله نقداً او نسبة لمدة معروفة بين التجار في حق ذلك المال وليس له ان يبيعه لمدة طويلة مخالفة للعرف والعادة وايضاً ان كان قد وكل بالبيع بالنقد صراحة او دلالة فليس له ان يبيع نسبة مثلاً لو قال الموكل بع هذا المال نقداً او بع مالي هذا واذا دني فليس للوكيل ان يبيع ذلك نسبة *

في حاشية الشلبي عن التهمة الوكيل بمطلق البيع يملك البيع نسبة عندنا خلافاً للشافعي ثم قيل يجوز البيع بالنسيئة على قول ابي حنيفة طالت المدة او قصرت وعندهما لا يجوز الا باجل متعارف في تلك السلمة وهو الماخوذ به اه وذكر قبله عن التهمة عن ابي يوسف ان وكله بالبيع على وجه التجارة فله ان يبيعه بالنسيئة وان وكله بالبيع لحاجته الى النفقة او قضاء الدين او ما اشبهه

ذلك فليس له ان يبيعه بالنسيئة اه ونقل مثله في تكملة رد المحتار عن المنية وقد علمت ما هو المأخوذ به وفي البحر عن البرزبية وبفتى بقولها . والظاهر ان البيع بالنسيئة اذا لم يكن متعارفا لا يملكه الوكيل على قولها المفتى به كبيع الوكيل غلال دبارنا في مدينة طرابلس او في الغانات المدة لبيع الغلال . وجعل ابو السعود هذا مما يقنضه قولها وقال انها حادثة الفتوى ، ولذا مشى عليه المحلة هنا .

وفي تكملة الفتح عن الذخيرة انما يجوز البيع بالنسيئة اذا لم يكن في لفظه ما يدل على البيع بالنقد فاما اذا كان في لفظه ما يدل على البيع بالنقد لا يجوز البيع بالنسيئة نحو ان يقول بع هذا العبد فاقض ديني ، او قال بع فان الغرماء بلازموني ، او قال بع فاني احتاج الى نفقة عيالي ، ففي هذه الصور ليس له ان يبيع بالنسيئة اه يعني اتفاقا - وكذا لو لم يكن في اللفظ ما يدل على البيع بالنقد لكن دل عليه القرينة الحالية كما صرح به في التنوير حيث قال : وان الحاجة لا يجوز يعني البيع بالنسيئة كالمرأة اذا دفعت غزلاً الى رجل لبيعه لها ويتعين النقد اه قال في شرحه المنع وبه يفتى وهو مذکور في الخلاصة وكثير من المعنرات - كأنه الموكل قال بع فاني محتاج الى ثمنه وهو لو صرح بذلك لم يجوز بيعه نسيئة كما في المنتقى وبني ان يكون الحكم كذلك في كل موضع قامت الدلالة على الحاجة ، وقد اتيت بذلك في جندي عينه السلطان للسفر الى مكان بعيد يحتاج الى مصرف كثير فوكل رجلاً ببيع غلاله فباعها نسيئة فكنت في رقعة الفتوى لم يجوز ذلك لوجود الدلالة الظاهرة على ارادة خلافه والله اعلم اه

اقول والظاهر انه يقال مثله لو باع الوكيل بالعرض او بالقبض الفاحش فانه وان كان الوكيل بالبيع المطلق يملكه على قول الامام المأخوذ به وعليه المتون الا انه لا بد من تقييده بما اذا لم توجد قرينة لفظية او حاوية تدل على التقييد يكون البيع بالنقد او يثنى المثل فان بيع المرأة للحاجة الى النفقة كما هي قرينة حاوية على ارادتها التوكيل بالبيع حالاً - كذلك هي قرينة على ارادتها البيع بالنقد لا بالعرض لان البيع بالعرض لا يدفع حاجتها - وكذا لو قال اني اخشى ان اغيب في بيع سلعتي فاريد ان تباعها بربك صيانة لي عن ضياع مالي ، فان الظاهر

انه ليس له ييمها بالنبن الفاحش بقيام القرينة التنظيمية على تقييد التوكيل بالبيع
بشمن المثل ولا ينبغي التوقف في الاتفاء بهذا لانه ليس التوكيل حينئذ يبيع
مطلق بل يبيع مقيد بشمن المثل و بالتقد لا بالمرض ثم رأيت في الهندية عن
القنية وكله يبيع متاعه فقال بكم ايحه ، فقال انت اعلم بذلك وبثمنه لباعه بشمن
حقير فله الرد وبه يفتى اه

* نبيه *

لو اختلف الموكل والوكيل فيما عينه الموكل فالقول للموكل سواء كانت اختلافهما
بالتقييد والاطلاق او في تعيين القيد .

فالاول: بان باع الوكيل نسيئة فقال الموكل امرتك بالبيع نقداً وقال الوكيل
بل اطلفت او باع نسيئة بنبر كفيل فقال وكنك بالبيع بكفيل وقال الوكيل
اطلقت .

والثاني : بان ادعى الموكل تعيين شيء ، وادعى الوكيل تعيين آخر كما اذا باع
الوكيل بمخمسائة فقال الامر امرتك بالف او قال امرتك بدينار او بمخسطة او
او شمير او باعه بنسيئة فقال امرتك بالحال ، فالقول في هذا كله قول الامر
و كذا هذا في النكاح والاجارة لان الامر يستفاد من جهته ولا دليل يدل على
الاطلاق ولا على ما عينه الوكيل افاده في البحر

المادة ١٤٩٩ - * ليس للوكيل ان يبيع نصف المال الذي في

تبعيضه ضرر وان لم يكن فيه ضرر فله ذلك *

المراد ان يبيع الوكيل نصف ما في تبعيضه ضرر او ربه او شقصاً منه كالدار
والدابة والثوب تنوقف صحته على بيع الباقي قبل ان يجامسه الموكل في ذلك فان
باع الباقي قبل الخاصة ، صح البيع والا بطل . اما البطلات فلان فيه ضرر
الشركة وهو غير متعارف او هو عيب تنتقص به القيمة فلا يدخل تحت الامر
المطلق . واما توقيفه على بيع الباقي قبل الخاصة فلان يبيع النصف قد يقع وبسيلة

الى الامتثال بان لا يجد من يشتره جملة فيحتاج الى التفريق فيتبين ذلك ببيع
الباقى بعده فكان كسراء الوكيل بالشراء حيث يتوقف شراؤه على شراء الباقي
قبل الخاصة اجماعاً كما تقدم في المادة ١٤٨٠ - بخلاف المكيل والموزون ونحوها
لانه لا ضرر في تبييضه ولا تنقص قيمته في ذلك . وهذا قولها وقال ابو حنيفة
رحمه الله تعالى بصح بيع ما في تبييضه ضرر ولا يتوقف لان اللفظ مطلق عن قيد
الاجتماع فيجوز مجتمعاً ومنفرداً كما يجوز بيع المكيل والموزون كذلك ولانه لو
باع كله بهذا القدر من الثمن جاز عنده فينصفه اولى ان يجوز
والفرق لابي حنيفة بين الوكيل بالبيع والوكيل بالشراء ان في الشراء
تتحقق ترحته انه اشتراه لنفسه على ما مر بيانه في شرح المادة ١٤٨٠ اهـ ملخصاً من
الزبلي قال وقولها استحصان والقياس ما قاله ابو حنيفة اهـ وحيث كانت قولها
الاستحصان مشت عليه الجملة كما نرى وان كانت المتون على قول ابي حنيفة
لان الاستحصان مقدم على القياس

✽ فرع ✽

اذا وكل رجلاً بمدل زطي او جراب مروى يبيعه له فان باع المدل جملة
صفة واحدة بمثل قيمته او اقل مما يتقاضى الناس فيه ، يجوز في قولهم جميعاً وان باع
باقل من قيمته بحيث لا يتقاضى الناس في مثله فالمسئلة على الاختلاف . واما اذا
باع ثوباً ثوباً حتى انى على جميع المدل ان كان ثمن ما باع بصفقات متفرقة يبلغ ثمن
جميع المدل لو باع المدل جملة او اقل من ثمن الكل لو باع جملة بحيث يتقاضى
الناس في مثله ، فانه يجوز عندهم جميعاً . وان كان ثمن ما باع بصفقات متفرقة يبلغ
ثمن جميع المدل لو باع المدل جملة او اقل من ثمن الكل لو باع جملة بحيث لا
يتقاضى الناس بمثله ، لا شك انه يجوز على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى . واما
على قولها فقد اختلف المشايخ قال بعضهم انه لا يجوز ومنهم من قال يجوز على
قولها . واما اذا باع ثوباً واحداً ولم يبيع الباقي ذكر ان على قول ابي حنيفة رحمه الله
تعالى يجوز سواء اضر بالباقي ضرراً لا يتقاضى الناس في مثله او يتقاضى الناس في
مثله . وعلى قولها ان كان لا يضر بالباقي او اضر بالباقي ضرراً يتقاضى الناس في

مثله بأن كان يدخل تحت تقويم المقومين ، يجوز وان كان لا يتغابن الناس في مثله لا يجوز

وهذا الذي ذكرنا في الثياب واما اذا امره ببيع مكبل او .وزون في وعاء فباع البعض ولم يبع الباقي يجوز عند جميعا كذا في الهندية عن المحيط . رجلان وكلا رجلاً ببيع عبدٍ لهما فباع الوكيل نصفه وقال الوكيل هو نصف فلان فهو جائز وان لم يبين عند البيع اي النصفين ببيع جاز يعمه في نصف شابع للامرين في قياس قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ولا يجوز في قول صاحبه رحمه الله تعالى كذا في الخانية

المادة ١٥٠٠ - * لـو كـيـل ان يأخذ في مقابلة ثمن المال الذي باعه بالنسيئة رهناً لو كفيلاً ولا بضمن اذا تلف الرهن او افلس الكفيل *

يعني مات الكفيل مفلساً وقد كان حكم القاضي ببرائة الاصيل بان تحاكم المشتري مع الوكيل المكفول له لدى قاض يرى برائة الاصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك رحمه الله تعالى فحكم ببرائة الاصيل ثم توى المال على الكفيل بموته مفلساً . وانما قلنا هذا لان المال لا يتوى بموت الكفيل مفلساً بل له اخذه من المكفول عنه وهو المشتري و لأن توى عليهما بأن مات كل منهما مفلساً فهذا التوى ليس سبباً عن اخذ الكفيل حتى يتوم انه . موجب للضمان بخلاف التوى الذي يحصل بمد حكم القاضي ببرائة الاصيل فانه مسبب عن اخذ الكفيل اذ لولاه لما حصل فربما يتوم انه . موجب للضمان لكنه ايضاً لا بوجه كما لا بوجه اخذ الرهن الموجب لتلف الثمن اذا سادت قيمة الثمن . وهذا لان الوكيل اصيل في الحقوق . وقبض الثمن منها . والكفالة توثق . والارتبان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكها واذا كان يملكها لا بضمن للموكل ما هلك من الثمن لهلاك الرهن او لتوى المال على الكفيل لان الجواز الشرعي بناقي الضمان كما مر في

المادة ٤٩١ ، ولان قبض الرهن كقبض الثمن من حيث انه قائم مقامه ثم الثمن كان امانة في يده بعد القبض فكذا الرهن . وهذا بخلاف الوكيل بقبض الدين فانه لا يملك اخذ الرهن به اتفاقاً لانه يقبض الدين نيابة حتى اذا نهاء عن القبض صح نفيه وقد استتابه في قبض الدين دون الرهن . واما الوكيل بالبيع فيقبض الثمن اصالة لا نيابة ولهذا لا يملك حجره عن القبض حتى لو هلك الرهن في يده بعد الحجر سقط الثمن عن المشتري اذا كانت قيمة الرهن مساوية للثمن ويظهر هذا السقوط في حق الموكل اه ماخصاً من الزيلعي والدر وحواشيه وغيرها . وكذا لا يملك الوكيل بقبض الدين اخذ كفيل به لما قلنا في الرهن على ما في الهداية وشروحها - لكن قال في البحر هو مخالف لما في الخلاصة والبرازية من ان الوكيل بقبض الدين له اخذ الكفيل فيحمل كلام الهداية على اخذ الكفيل بشرط برائة الاصيل فانها حينئذ حوالة وهو لا يملكها ، لما في البرازية ولو اخذ به كفيلاً بشرط البرائة فهو حوالة لا يجوز للوكيل بقبض الدين قبولها اه

فك وفي الهندية ما يؤيد كلام البحر فانه نقل في فصل في احكام التوكيل بتقاضي الدين وقبضه من الباب السابع من كتاب الوكالة عن الخاوي ما نصه : وليس للوكيل بقبض الدين ان يهب الدين للغيرم او ان يؤخره او ان يبرئه منه او ان ياخذ رهناً ولو اخذته كفيلاً بالمال جاز فان كان اخذ الكفيل على ان يبرأ للغيرم لم تجز البرائة ولو اخذ الطالب منه كفيلاً لم يكن للوكيل ان يتقاضى من الكفيل اه

ثم حيث كان الوكيل بقبض الدين لا يملك اخذ الرهن فاذا اخذ فضع في يده ، لا يسقط من دين الموكل شيء ولا ضمان على الوكيل كما في البحر عن البرازية . وذكر في الهندية عن المحيط تفصيلاً فقال فان هلك الرهن في يد الوكيل هل للمطلوب ان يضمه الاقل من قيمته ومن الدين فهذا على وجهين الاول ان يقول الوكيل امرني الطالب بقبض الرهن فدفع المطلوب اليه رهناً ففي هذا الوجه له ان يضمه . ذكر المسئلة في الاصل مطلقاً وذكر شيخ الاسلام في شرحه فقال ان كذبه المطلوب في الوكالة او سكت او صدقه وشروط عليه الضمان له ان يضمه وان صدقه ولم بشرط عليه الضمان فليس له ان يضمه

الوجه الثاني اذا قال الوكيل لم يأمرني بأخذ الرهن ومع ذلك دفع اليه المطلوب
رهنًا وهلك في يد الوكيل لا ضمان على الوكيل اه
واعلم ان الوكيل بالبيع اذا اخذ بالثمن رهنًا انما لا يكون ضمانًا اذا
هلك الرهن في يده اما لو رده للراهن فانه بضمن الموكل الاقل من قيمته ومن
الثن لان رده الرهن يجوز ، وان كان اخذ الرهن بقع للموكل وعند ابي يوسف
لا يصح رده ذكره في البحر عن المراج . والخلاف المذكور جار ايضاً في
الوكيل بالبيع اذا وهب الثمن من المشتري او ابرأه او حط منه فانه يجوز
عند الطرفين وبضمن الوكيل كل الثمن لموكله في الحال . وعند ابي يوسف
لا يجوز اذ لا ملك له والمالك لم يأمره بما فعل . ولها ان حقوق العقد راجعة
الى العاقد . وهذه التصرفات من حقوقه فيملكها . ودفع الضرر حاصل بتضمينه
في الحال على جه الكمال وكذا الخلاف جار فيما لو اجله على ما اختاره في الملتقى
افاده في مجمع الانهر . وصياتي الكلام على اقالة الوكيل بالبيع في المادة ١٥٠٥
ولا تنس ما قدمناه في شرح المادة ١٤٩٤ عن المندوبة من انهم اجمعوا ان الثمن
لو ديناً مقبوضاً او عيناً فوهبه للمشتري لا يصح وقدمنا في شرح المادة ١٤٦١ عن
الدر وحواشيه والبحر ، ان الموكل لو نهي الوكيل عن تسليم المبيع قبل قبض الثمن
يكون نهيه باطلاً عندهما خلافاً للثاني وهذا اذا كان المبيع في يد الوكيل . اما
اذا كان في يد الموكل وابتى عن التسليم حتى يقبض الثمن فله ذلك ولو ان الموكل
نهاء عن البيع حتى يقبض الثمن لم يجوز بيعه حتى يقبض الثمن من المشتري ثم
يقول بعنك بهذه الدراعم التي قبضتها منك اه

المادة ١٥٠١ - * ليس للوكيل ان يبيع بلا رهن ولا كفيل

اذا قال له موكله بع بالكفيل او بالرهن *

سواء اكدته بالنفي او لم يوه كد . واذا قال برهن ثقة لم يجوز الا برهن يكون
في قيمته وفاء بالثمن او تكون قيمته اقل بمقدار ما يتغابن فيه واذا اطلق جاز

بالرهن القليل هندية عن المحيط . وفيها الموكل اذا شرط على الوكيل شرطاً مفيداً من كل وجه بان كان ينفعه من كل وجه فانه يجب على الوكيل مراعاته اكدته بالنفي او لم يوه كده كما اذا قال به بخيار فباعه بلا خيار لا يجوز وان شرط في العقد شرطاً لا يفيد اصلاً بل بضره ، لا تجب على الوكيل مراعاته اكدته بالنفي او لم يوه كده كما اذا قال به بالف نسيئة او قال لا تبعه الا بالف نسيئة فباعه بالف نقد يجوز على الامر واذا شرط شرطاً مفيداً من وجه ولا يفيد من وجه ان اكدته بالنفي تجب مراعاته كما اذا قال به في سوق كذا فباعه في سوق آخر فان لم يوه كده بالنفي ، ينفذ على الامر وان اكدته بالنفي ، لا ينفذ على الامر وكذا لو قال بم عبدي هذا واشهد او به بشهود فباع ولم يشهد ، جاز ولو قال لا تبع الا بشهود او قال وكلتك ببيعه على ان تشهد فباعه ولم يشهد لم يجوز اه . وفيها لو وكله وامره ان يشترط الخيار ثلاثة ايام الامر فباع وشرط الخيار للامر نفذ نصرته عليه وبثبت الخيار له ولا امره ولو كان امره امره بالبيع مطلقاً فباع وشرط الخيار للامر او للاجنبي صح اه

المادة ١٥٠٢ - لا يجبر الوكيل بالبيع على اداء الثمن اي ثمن المال الذي باعه من ماله اذا لم يأخذ ثمنه من المشتري *

بخلاف الوكيل بالشراء فانه اذا لم يكن اخذ الثمن من الموكل بطالب بدفعه من ماله كما في الخانية - وكذا لا تصح كفالته اي بالبيع بالثمن لموكاه كما لا تصح كفالة المضارب لرب المال بالثمن فيما باعه ، لان حق القبض لها بجهة الاصاله في البيع ولهذا لا يسقط حقها في القبض بموت الموكل ورب المال ولا بالعزل . وكذا جاز ان يكون الموكل وكيلاً عن الوكيل ، ورب المال عن المضارب . وللوكيل والمضارب عزله لرجوع الحقوق اليها - بخلاف الرسول بالبيع فان كفالته بالثمن عن المشتري صحيحة لعدم تعلق الحقوق به كما قدمناه ولهذا لو كفل الوكيل بترويض المرأة المهر لهاصح لكونه سفيراً ومعبراً ، وبخلاف مالو وكل البائع

رجلا بقبض الثمن فكفل به الوكيل فانه بصح لانت قبضه ليس حقا من حقوقه بل هو نائب فيه عن الموكل ولهذا يملك بهد التوكيل منعه عن القبض ثم الوكيل بالبيع لو كفل بالثمن لو كله . ثم ضمنه له يعني دفعه اليه بناء على كون كفالته صحيحة ، فله الرجوع عليه بما دفعه اذ لا عبرة بالظن البين خطأه . وما لو دفعه اليه بغير ضمان جاز ولا يرجع لانه متبرع بدفعه . هذا ما كتبناه في شرح المادة ٦٣٣ نقلاً عن البحر وجامع الفصولين وفيه من السابع والعشرين الوكيل بالبيع لو لم يقبض ثمن المبيع حتى لقي الموكل فقال بت ثوبك لفلان وانا افضيك الثمن عنه فهو متطوع ولا يرجع على المشتري ولو قال افضيكه على ان يكون الثمن الذي على المشتري لي ، لم يجوز ويرجع الوكيل على موكله اذا دفع اه .

المادة ١٥٠٣ = * اذا قبض الموكل ثمن المبيع بصح وان كان

القبض حق الوكيل *

قال في الهداية واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه ، لما ان الحقوق الى الماند فان دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل ان يطالب به المشتري ثانياً لان نفس الثمن المقبوض ، حقه وقد وصل اليه فلا فائدة في الاخذ منه ثم الدفع اليه . ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين تقع المقاصة ولو كان عليها له دين تقع المقاصة بدين الموكل ايضاً دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده تقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لما انه يملك الابراء عنه عندها ولكنه يضمنه للموكل في فصلي الابراء والمقاصة اه

وهذا في غير الصرف واما في الصرف فقبض الموكل لا يصح لان جواز البيع في الصرف ، بالقبض فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز فكذا اذا ثبت له حق القبض وقبض الموكل

كذا في العناية وغيرها . واناد في الخافية ان الوكيل بالبيع لو لم يسلم المبيع
للمشتري حتى ملك في يده بطلت المقاصة ولا ضمان على الوكيل لو كله اي لانه
بالهلاك انفسخ البيع من اصله . وذكر في التكملة عن الذخيرة ان مثل المقاصة
في جانب الوكيل يقال فيما اذا باعه من دابته بدبته لانه يصح ويرى وضمن
الوكيل للموكل اه . وفي الهندية من الباب الثالث الوكيل ببيع العبد اذا باع ثم
اقر الوكيل ان موكله قبض الثمن من المشتري كان القول قوله مميته ويبرأ
المشتري عن الثمن فاذا حلف الوكيل ، لا ضمان عليه وان نكل ضمن الثمن للموكل .
ولو اقر الوكيل ان الموكل استقرض الفاً من المشتري او اغتصب منه الفاً قبل
الشراء برى المشتري من الثمن وضمن الوكيل الثمن للآمر في قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله تعالى ثم يحلف الموكل عندها فان ابى ، برى الوكيل وان حلف ،
ضمنه ولو اقر ان الآمر اغتصب او استقرض منه الف درهم بعد الشراء كان
القول قوله مع يمينه وكذا لو امر ان الموكل جرح المشتري بعد الشراء او قبله
جراحة ارشها الف درهم حال في ماله يعني انها عمد ، فهو كالاقرار بالابراء
وكذا لو كان المشتري امرأة فامر الوكيل ان الموكل تزوجها على الف مثل
الثمن ودخل بها واقرت المرأة بذلك وانكر الآمر . وكذا لو اقر ان الآمر استأجر
المشتري بمال هو مثل الثمن واوفاه المشتري عمه حتى صار الثمن قصاصاً بالاجر .
وكذا لو اقر على الآمر انه اشترى مائة دينار من المشتري بالثمن وانه قبض
الدينار اه وقامه ايها وذكر هذه المسائل ضابطاً للتبراجم

المادة ١٥٠٢ - ~~يجوز~~ اذا كان الوكيل بغير اجرة فلا يكون

مجبوراً على استيفاء ثمن المال الذي باعه ولا على تحصيله ولكن يلزم
ان يوكل موكله على قبض الثمن وتحصيله اذا لم يحصله برضائه واما
الوكيل بالبيع باجرة كالللال والسمسار فهو مجبور على تحصيل
الثمن واستيفائه ~~ب~~

فدعنا في شرح المادة ١٤٦١ عن الدر وحواشيه ان الحقوق التي تتعلق بالوكيل .
منها ما هو له وليس بواجب عليه لانه متبرع لكن بوجه من ان يوكل بها الموكل كقبض المبيع
وقبض الثمن والمخاصمة في العيب والرجوع بشمن المستحق . ومنها ما هو عليه كتسليم
الثمن والمبيع ونحوها فهذه يجبر عليها بطلب البائع او المشتري او نحوها . وفي
الاشياء ولا يجبر الوكيل بغير اجر على تقاضي الثمن وانما يجبل الموكل اه ونقل شارحه
الحموي عن الخانية مثله . ثم قال وذكر المصنف في الفن الثالث فيما اترق فيه
الوكيل والوصي . انه لو استأجر الموكل الوكيل فان كان على عمل معلوم صحته
والا لا اه . وفي شرح المجمع للسلامة ابن الضياء بعد كلام : واما الذي يبيع
بالاجر كالبيع والاسمار فيجعل كاجارة صحيحة بحكم المادة ويجبر على التقاضي
والاستيفاء لانه وصن اليه بدل عمله كالمضارب اذا كانت ربح . ولو ضمن
الماعد رب المال هذا الدين لم يجز لانه امين اه . ما ذكره الحموي . ثم اذا
كل وكيلى موكله بقبض الثمن بغير الزام ولا مخاصمة يجوز له عزله وان كان
وكله بالزام القاضي اياه بعد ان خاصمه الموكل لا يجوز له ذلك كما في التكملة .

المادة ١٥٠٥ = * الوكيل بالبيع له ان يقبل البيع بلا اذن
موكله ولكن لا تنفذ هذه الاقالة في حق موكله ويلزم الوكيل
اعطاء الثمن للموكل *

ويسقط الثمن عن المشتري عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند الثاني لا
يسقط عن المشتري لانه اضرار بالموكل فيبقى الثمن للموكل في ذمة المشتري الا ان
الاقالة لما كانت عنده بيعاً ، صار الوكيل مشترباً لنفسه المبيع من المشتري فكان
الوكيل مدبراً للمشتري ينال الثمن . ولها انه عاقد فيصح تصرفه فيضمن الثمن
للموكل افاده في المتن وشرحه مجمع الانهر والتقييد بالبيع لان الوكيل
بالشراء لا يملك الاقالة اجماعاً كما تقدم في المادة (١٤٩٣) وشرحها ، وظاهر
اطلاقي هذه المادة تبعاً لثن المتن في البرازية وغيرها ، انه لا فرق في صحة اقالة

وكيل البيع وضائه الثمن للموكل ، بين ان تكون اقالته قبل قبض الثمن او بعده وهو الذي عول عليه الخبير الربلي في الفصل ٢٧ من حاشيته على الفصولين . وفقاً بين هذا وبين قول الفصولين : الوكيل بالبيع لو قبض الثمن لا يملك الاقالة اجماعاً اهـ وبين قول الظهيرية : وانما يضمن الوكيل بالبيع اذا اقال بعد قبض الثمن اما قبله فيملكها في قول محمد اهـ ، بان معنى قول الفصولين لا يملكها اجماعاً ، اي على الموكل فلا يعود المبيع الى ملكه ونصح الاقالة عليه ، ومعنى قول الظهيرية فيملكها في قول محمد ، اي على الموكل فيعود المبيع الى ملكه .

فتحصل من هذا ان اقالته تصح عند الامام قبل القبض وبعده وبضمن عند محمد بملكها قبله على الموكل فتصح ولا يضمن . وبعده تصح وبضمن وعند ابي يوسف لا تصح مطلقاً ولا بضمن اهـ . قال في رد المحتار بعد نقله وهو توفيق لطيف . ثم نقل عن البرازية والفتية ، ما هو صريح بان قول محمد كقول الامام قبل قبض الثمن وبعده . ثم قال ولعل ما في الظهيرية رواية اخرى عن محمد .

اقول : لكن ذكر الداماد في جمع الانهر عند قول الملتقى ولو اقال الوكيل بالبيع صح وسقط الثمن عن المشتري ولزم الوكيل اخ ما نصه : هذا اذا لم يقبض الثمن فلو قبضه ثم اقال لا يصح - وكذا اذا كانت على الوكيل دين لرجل فاحاله على المشتري لياخذ الثمن ثم اقال لا يصح كما في شرح المجموع اهـ . فان هذا لا ينطبق على شيء مما تقدم ويهدم ما ذكر من التوفيق وان كان هو المسلم وقد يشهد لما في جمع الانهر ما في الخانية ، الوكيل بالاجارة اذا ناقض الاجارة مع المستأجر قبل استيفاء المنفعة جازت مناقضته سواء كانت الاجرة ديناً او عيناً - الا ان يكون الوكيل قبض الاجر فحينئذ لا تجوز مناقضته ، لان المقبوض صار ملكاً للموكل وثبتت عليه بد الموكل بيد الوكيل فاما قبل القبض ان كان الاجر عيناً لم يصر ملكاً للموكل بنفس العقد وعند اشتراط التمجيل لم تثبت عليه بد الموكل اهـ فان الثمن في مسألة البيع كالاجرة في مسألة اقالة الاجارة فاقيل في هذه من ان المقبوض صار ملكاً للموكل يقال في تلك وعليه تكون اقالة الوكيل بعد قبض الثمن غير صحيحة عليه ولا على الموكل كما لو قال اجني تأمل

لكن قد علمت ان الممول علمه في الفتوى هو قول ابي حنيفة وقول محمد في احدي

الروابنين عنه وهو صحة اقالة الوكيل وضانه الثمن سواء اقال قبل القبض او بعده وهو الذي يقتضيه اطلاق هذه المادة فقد ير قال في رد المحتار وبه يظهر وجه فرع ذكره في البحر عن القنية لو باعت ضيعةً مشتركةً بينها وبين ابنها البالغ واجاز الابن البيع ثم اقال واجاز الابن الاقالة ثم باعها ثانياً بغير اجازته يجوز ولا يتوقف على اجازته لان بالاقالة يعود المبيع الى ملك العاقد لالى ملك الموكل والمهيزاه قال ويظهر مما ذكرنا ان اقالة المتولي والرصي البيع فيما تقدم تصح عليه وبضمنه

الفصل الرابع

في بيان المسائل المتعلقة بالمأمور

المادة ١٥٠٦ - إذا امر احد غيره باداء دينه الذي هو لاحد اوليت المال واداه المأمور من ماله رجع بذلك على الأمر شرط الأمر الرجوع او لم يشترط بعني سواء شرط الأمر رجوع المأمور بتعبير كقوله ادّ ديني على ان اوّديه لك بعد لو اوف ديني وبعده خذه مني او لم يشترط ذلك بأن قال ادّ ديني فقط

جمله مسائل رجوع المأمور على الأمر اربعة الاسام

الاول ما يرجع به المأمور على الأمر مطلقاً

الثاني ما يرجع به ان كان صديقاً او خليطاً له او في عياله

الثالث ما يرجع ان قال عني

الرابع ما لا رجوع فيه الا بشرط الرجوع فاذا قال اقض ديني او نائبني ، او اكفل لفلان بألف على ، او انقده التما على ، او اقض ماله علي ، او اتفق على عيالي

او في بناء داري ، يرجع مطلقاً بشرط الرجوع اولا قال علي اولا . ولو قال
ادفع الي فلان كذا او الف فلاناً كذا ولم يقل علي ولا علي الي ضامن ولا علي
انها لك علي فان كان المأمور شريكاً للأمر او كانت خليطاً له او صيرلياً او
احدهما في عيال الاخر يرجع اعتباراً للعرف . وان لم يكن كذلك لا يرجع ما
لم يقل له الأمر ادفع علي او علي الي ضامن . ولو قال هب الفلانة علي الفأ او
المرضة الفأ او عوضه عن هبته لي او كدر عن يميني بطعامك ، او ان ذكاة مالي
ممالك ، او اخج علي رجلاً ، او اعنى علي عمداً عن ظهاري ، فلا رجوع الا
بشرط الرجوع وان كان المأمور خليطاً او قال علي . افاده في تنقيح الحامدية من
الوكالة وتامه فيها . وفي الهندية ان الشروط الضمان بان قال علي الي ضامن
كصريح الشروط الرجوع ولقدنا بعض هذا في شرح المادة ٦٥٧ وسهالي ذكر
الاسماء الثلاثة في المادة ١٥٠٩ وفي شرحها والقسم الاول من الاسماء الاربعة
هو المذكور في هذه المادة وفي المادة ١٥٠٨ الآية وذكر في الحامدية عازياً
للغاية رجل قال لغيره وليس بخليط له ادفع الي فلان الف درهم فدفع
المأمور لا يرجع به على الأمر لكن يرجع به على القابض قال : لانه لم يدفع
المال اليه على وجه يجوز دفعه اه للبحر

تتمة

قال في البحر اول الوكالة ما نصه : لو ادعى المأمور انه ادب الدين وكذبه
الأمر والطالب ولا بينة له ، فالقول قولها مع اليمين ويحلف الطالب على البتات
والأمر على نفي العلم وان صدقه الموكل دون الطالب رجح المأمور عليه بما صدق به
ويرجع الطالب ايضاً على الأمر بدينه وهو الاشبه كما في البدائع اه
القول وبخالفه ما قلناه في شرح المادة ١٤٥٩ عن البحر ايضاً امره بقضاء دينه
يعني من ماله اي المأمور فقال قضيت وصدقه الأمر ثم حلف الدين على عدم
وصوله اليه واخذ الدين من الأمر ، لا يرجع المأمور على الأمر = حتى لو كان
الأمر دفع للأمر ما صدقه بدنه رجح به عليه لان الأمر كذب في الرواية
حيث قضى عليه بالدين اه وتامه فيها ذكرناه هناك فراجع . وفي فتاوي علي القندي

بصد نقل العبارة الاولى عن البحر ما نصه والمذكور في الذخيرة والبرازية الثاني فقط اه قلت وكذا نقل في المندبة عن البحر العبارة الثانية فقط وهي رواية الجامع وبها افق ابن نجيم كما نقل فتواه بذلك في فتاوي علي افندي قبل هذا فليراجع . ولو ادعى المودع انه امره بدفعها الى فلان وكذبه صاحبها فالقول له انه لم يأمره وقد وقعت حادثة الفتوى : دفع الى آخر مالا ليدفعه الى آخر ثم اختلفا في تعيينه فقال الامر امرتك بدفعه الى زيد وقال المأمور الى عمرو وقد دفعت له فاجبت بان القول قول الوكيل لانها اتفقا على اصل الاذن فكان امينا اه بحر . ولو ان الامر جحد القضاء فاقام المأمور بينة على القضاء ليرجع بذلك على الامر ورب الدين غائب قيات بينته حتى لو حضر والكر القبض لا يلتفت الى انكاره كذا في المندبة عن المحيط . وفيها عن الفتاوى الصغرى امر غيره بان يقضي دينك عليه لفلان فقضاء ثم جاء الى الامر ليرجع عليه فقال الامر للمأمور ما كان لفلان علي دين ولا امرتك ان تقضيه ولا انت قضيت شيئا والدان غائب فاقام المأمور البينة على الدين والامر بالقضاء فان القاضي يقضى بالمال على الامر للغائب وبالرجوع للمأمور على الامر، وان كان صاحب الدين غائبا اه وفيها عن شرح الطحاوي اذا دفع الى رجل مالا بدفعه الى آخر فذكر انه دفعه اليه وكذبه في ذلك الامر والمأمور له بالمال فالقول قوله في براءة نفسه عن الضمان والقول قول الاخر انه لم يقبض ولا يسقط دينه عن الامر ولا تجب اليمين عليها جميعا وانما تجب على الذي كذبه دون الذي صدقه فان صدق المأمور في الدفع فانه يحلف الاخر بالله ما قبض فان حلف لا يسقط دينه وان نكل ، سقط وان صدق الاخر انه لم يقبضه وكذب المأمور فانه يحلف المأمور خاصة لقد دفعه اليه فان حلف بري وان نكل لزمه ما دفع اليه . ولو كان المال مضمونا على رجل كالمضروب في يد الغاصب او الدين فامره صاحب الدين او المضمون منه بان يدفعه الى فلان فقال المأمور قد فعلت ذلك وقال فلان لم يقبض لا يصدق المأمور بعني الغاصب او المدبون على الدفع الا بينة الا اذا صدقه الامر في الدفع فحينئذ يبرأ عن الضمان ولا يصدقان على القابض والقول قوله انه لم يقبض مع يمينه . ولو كذب الامر المأمور في الدفع وطلب المأمور يمينه يحلفه على العلم ما يعلم انه دفع فان حلف

أخذ منه الضمان وان نكل سقط عنه الضمان اه

المادة ١٥٠٧ - * المأمور بإيفاء الدين من ماله بدراهم مفشوشة
إذا ادعى الدين دراهم خالصة يأخذ من الأمر دراهم مفشوشة والمأمور
بإيفاء الدين دراهم خالصة إذا ادعى الدين دراهم مفشوشة يأخذ من الأمر
دراهم مفشوشة أيضاً ولو باع المأمور بإيفاء الدين ماله للدائنين وقاصه
بدين الأمر يأخذ من الأمر مقدار الدين وليس للأمر المديون أن
يحط الزيادة من دينه وان كان المأمور قد باع ماله للدائنين باز يد من
ثمن مثله *

تضمنت هذه المادة مستثنين الأولى أن المأمور بإيفاء الدين إذا قضى أجود
بما أمر به يرجع بمثل ما أمر به ولو قضى أردأ مما أمر به يرجع بمثل ما أدى وبه
صرح في الهنديّة عن الذخيرة وهذا بخلاف الكفيل بالمال فإنه يرجع بما ضمن
لا بما أدى حتى لو كان الدين زيوراً فادى عنها جيداً فإنما يرجع بالزيوف أو كان
الدين جيداً فادى عنه زبافاً ونجوز الطالب بها يرجع بالجيد
والفرق أن الكفيل يرجع بحكم الكفالة وحكمها أنه يملك الدين بالاداء
فيرجع بصفة الدين والمأمور يرجع بحكم الأمر فيرجع بما أدى لأنه لم يملك الدين
بالاداء وقد تقدم هذا في المادة ٦٥٢ وشرحها .

الثانية أن المأمور بإيفاء الدين من ماله يجوز له بيع عرض له أو نحوه من
الدائن ويجعل ثمنه قصاصاً عن دين الأمر ولا يكون بذلك منطوعاً . وفي
الهنديّة عن البسوط دفع إلى رجل الف درهم وقال ادفعه إلى فلان قضاء عني
يدفع الوكيل غيره واحتبسه عنده كان القياس أن يكون منطوعاً ويرجع الألف
الذي احتبسه عنده إلى الموكل . وجه الاستحسان أن مقصود الأمر تحصيل البرائة

لنفسه ولا فرق في هذا بين الالف المدفوع الى الركيل وبين مثله من مال الموكل
ثم نقل فيها عن المحيط رجل دفع الى رجل الف درهم وامره ان يطيئه غيره فاعطاه
المأمور غيره من عنده او باعه به ثوباً او كان عليه للمأمور الف درهم فجعله قهراً
منه ، فهذا كله جائز ولا يكون متطوعاً لبا ادى . وان دفع اليه غلاماً وقال به
واعط اللاناً ثمنه فضا له ماله على فاعطاه من عنده . مثل ثمن الغلام قبل ان يبيعه
فضا بماله على رب الغلام فهو متطوع في هذا

فائدة

في نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى رجل امر رجلاً بقضاء دينه .
ثم ان الامر قضى دين الطالب من ماله . ثم المأمور دفع اليه المال فان المأمور
يرجع بما دفع على القابض ولا يرجع به على الامر فقد ثبت العزل بدفع الامر
حتى لم يثبت للمأمور حتى الرجوع على الامر ولم يشترط علم المأمور بدفع الامر وذكر
هذه المسئلة في وكالة الاصل وشترط علم المأمور بدفع الامر وان اقام المأمور
بينة على انه كان قضاء بعد الامر قبل قضاء الامر فللمدفع ان يرجع بماله ان شاء على
القابض وان شاء على الامر = كذا في الهندية عن المحوط

المادة ١٥٠٨ = اذا امر احد آخر ان يصرف عليه او على اهله
وعياله بأخذ مصروفه بقدر المعروف من الامر وان لم يكن اشترط
رجوعه بقوله اصرف وبعده انا اعطيتك مصروفك كذلك لو امره
بانشاء داره فانشاها المأمور بأخذ ما صرفه بقدر المعروف من الامر
وان لم يشترط رجوعه

قولُه بقدر المعروف مطلق باسم المفعول وهو مصروفه وقوله من الامر مطلق
بقوله بأخذ يعني ان المأمور بالصرف والاتفاق من ماله يرجع على الامر بما صرفه

سواء شرط الرجوع او لا قال عني او لا كان المأمور خليطاً للأمر او لانهو كالمأمور
بإبقاء الدين كما تقدم في المادة ١٥٠٦ وشرحها - لكن انما يرجع بالنفقة المعروفة
بين الناس لا بما زاد على ذلك لان الأمر بالاتفاق امر بالشراء كما في الخبرية اي
شراء ما يلزم من طعام وكسوة وهو ينصرف الى ما يهلك بحال الموكل والى
ما هو المتعارف فيكون مقرباً بالاتفاق ما زاد عليه وهذا كله اذا اعترف الأمر
بان المأمور اتفق ما يدعيه اما لو انكره او انكر بهمه بان ادعى المأمور اتفاق
الف لكذبه الأمر بمنحسابة كان القول قول الأمر بهمه وعلى المأمور البينة
لانه يدعي وبناء على الأمر وهذا بخلاف ما لو ادعى الأمر ورام وأمر المدفوع له
بالتفاهم اختلافاً على الوجه المشروح فان القول حينئذ يكون للمأمور بهمه لانه
امين يدعي الخروج عن عهدة الامانة وقيل في هذه الصورة ايضاً القول قول الأمر
لان الوكيل بالاتفاق وكيل بالشراء والوكيل بالشراء يجب له على الموكل مثل ما
وجب عليه للبايع كما صرحوا به فلا يقبل قوله والذي يجب ان يقول عليه هو الاول
لانه وان كان كذلك غير انه يدفع الدرهم له قبل الاتفاق فامين محض لانه لم
يجب عليه وقت الدفع شيء فالقول قوله افاده في الخبرية

المادة ١٥٠٩ - لو امر احد آخر بقوله اعط فلاناً مقدار كذا
قرضاً او صدقة او عطية وبعده انا اعطيكه فاعطى ذلك يرجع على
الأمر واما ان لم يشترط الرجوع بكلام كقولك انا اعطيك او
خذه مني بعد اذ قال اعط فقط ، ليس للمأمور الرجوع وان كان
رجوع المأمور متعارفاً ومعتاداً لكونه في عيال الأمر او شرهه
يرجع وان لم يشترط الرجوع

لدينا في شرح المادة (١٥٠٩) نقلاً عن نقيح الحامدية ان السام رجوع
المأمور على الأمر اربعة السام ذكر الاسم الاول منها في تلك المادة وفي المادة ١٥٠٨

وذكر منها في هذه المادة فسان وهما القسم الثاني وهو ما يرجع به المأمور اذا كان رجوعه متعارفاً لكونه صبرياً او شربكاً او خليطاً او احدها في عيال الآخرة . والقسم الرابع وهو ما لا رجوع فيه الا بشرط الرجوع . وبقي عليه القسم الثالث وهو ما يرجع به المأمور اذا قال له الامر عني - كادفع الى فلان كذا او اقض فلاناً كذا فان المأمور يرجع به سواء اشترط الرجوع او لا واذا لم يقبل عني فلا يرجع ما لم يكن رجوعه متعارفاً بان كان المأمور واحداً ممن ذكرنا . هذا وقد ذكرنا لهذه المسائل اصولاً منها ما في كفاية الاشياء من الفن الثاني ونقله في كفاية الدر من قام عن غيره بواجب امره رجوع بما دفع وان لم يشترطه كالامر بالاتفاق عليه وبقضاء دينه الا في مسائل امره بتعويض عن هبته وباطعام عن كفارته وبإدائه عن زكاة ماله وبان يهب فلاناً عني القاه . ومثله ما اذا امره ان تصدق عنه كما في الحجر . وفي استثناء الاخيرين نظر كما في الحموي لعدم دخولها تحت قوله من قام عن غيره بواجب - وكذا ما اذا امره بتعويض عنه .

الا اذا كان المراد الهبة المشروط فيها التعويض وازت تعلم ان هذا الأصل لا ينتظم حكم الرجوع بما ليس بواجب على الامر ومنها ما في الاشياء ايضاً - وكذا في الحجر والدر في كل موضع يملك المدفوع اليه المال مقابلًا بملك مال فان المأمور يرجع بلا شرط الرجوع وما لا فلا اه . واوردوا عليه الامر بالاتفاق فانه يرجع بلا شرط مع انه ليس بمقابل ملك مال وكذا الامر بإدائه التوائب واعتراض الشارح اللباني الايراد المذكور بان الوكيل بالاتفاق وكيل بالشراء ولو وكيل بالشراء لو دفع الثمن من ماله يرجع على الامر بدون شرط اه . وهو اعتراض في غاية السقوط لان الايراد ليس على ثبوت رجوع المأمور اذ هو مسلم عندهم جميعاً وانما هو على اطراد الاصل المذكور كما هو ظاهر . ونقل الحموي عن السراج والظهريه اصلاً آخر فقال الاصل في جنس هذه المسائل ان كلما يطالب به الانسان بالحبس والملازمة يكون الامر بإدائه مثبتاً للرجوع من غير اشتراط الضمان وما لا فلا الا بشرط الضمان اه وهو منقوض بالامر بالاتفاق على البناء والامر بشراء الاسير كما في الحجر وغيره ونقل في تنقيح الحامدية عن السراج ضابطاً آخر فقال ان الواجب الذي

سقط عن الأمر بدفع المأمور ان كان من احكام الآخرة فقط لم يرجع بلا شرط الرجوع لانه لو رجع لرجع باكثر مما اسقط ، وان كان من احكام الدنيا رجع بلا شرط اه وهو كما ترى خاص بما اذا كان المأمور بدفعه فيه اسقاط واجب عن الأمر فلا يشمل الأمر بنحو الاتفاق في بناء داره ونحوه وعن هنا ذكر في تنقيح الحامدية ان حصر مسائل الرجوع في الاقسام الاربعة المارة يستغنى بها عن جميع تلك الاصول لكونها غير ضابطة .

❖ فروع ❖

لو قال غيب لملان عني الفأ تكون من الأمر ولا رجوع للمأمور عليه ولا على القابض وللأمر الرجوع فيها والدافع مطوع . ولو قال على اني خائن ضمن للمأمور . وللأمر الرجوع فيها دون الدافع وهو المأمور كذا في كفالة رد المختار عن الغانية . لو اشترى الاب لولده الصغير الطعام والكسوة يوجع بثمنه عليه وان لم يشهد عليه لانه مأمور به غير متطوع فيه بخلاف شراء الدار والعقار كذا في الهندية والذي حرره في باب شهادة الاوصياء من رد المختار ان الاب او الوصي لو اشترى للصغير شيئاً من نفقة او دار او عقار . وتقد ثمنه من ماله مع حضور مال اليتيم او غيبته ، لا يملك الرجوع به في مال اليتيم قضاء الا ان يشهد حين التقدي ان قدده ليرجع به في ماله وهذا هو الاستحسان وقيل انه بشرط الاشهاد للاب وكذا للام اذا كانت وصية على اولادها لان الغالب من شفقة الوالدين الاتفاق على الولد للبر والصلة لا للرجوع بخلاف الوصي الاجنبي فلا يحتاج في رجوعه الى الاشهاد . وكون القول الاول هو الاستحسان يقتضي ترجيحه . وعليه متى صاحب التنوير قبيل باب عزل الوكيل . وهذا كله في القضاء اما في الدبابة فانه اذا تقد الثمن على هذه التية وسعه الرجوع في مال الصغير تقدير .

المادة ١٥١٠ - ❖ لا يجزى امر احد الا في حق ملكه مثلاً

لو قال احد لا آخر خذ هذا المال واقه في البحر واخذه المأمور والقاء

في البحر حال كونه عالمًا بأنه مال غير الأمر فلصاحب المال ان يضمن
الذي القاه ولبس على الأمر شيء ما لم يكن مجبراً

لما تقدم في المادة ٨٩ ان الفعل يضاف الى الفاعل لا الى الأمر ما لم يكن
مجبراً لان الأمر من حيث هو أمر ليس بمكروه ولا ملزم بل هو طالب لابقاع
المأمور به والامل انما يحصل باختيار الفاعل المأمور فيضاف الحكم اليه ولان الاصل
الاضافة الى العلة وهي التي عند وجودها يوجد المعلول لا الى السبب فان وجوده
لا يوجب وجود السبب نعم اذا كان السبب في معنى العلة كان توار الضمان عليه
كما اذا كان الأمر مجبراً وقادراً على ايقاع ما مدد به المأمور وكما اذا كان الأمر
بالقاع عاقلاً والمأمور صبيها وكما اذا كان المأمور غير عالم بان المأمور بانثاله ، غير
مال الأمر فانه في جميع هذه الصور يجب الضمان اولا على المأمور لانه علة الفعل
ثم يرجع مر على الأمر لانه وان كان سبباً الا انه في معنى العلة لكان توار الضمان عليه

المادة ١٥١١ = لو امر احد آخر باداء دينه بقوله ادّ ديني
الذي مقداره كذا من مالك فوعده بتأديته ثم امتنع عن اداء لا يجبر
على ادائه بمجرد وعده

لان المواعيد اذا لم تكسب صور التعاقب لا تكون لازمة فلا يجب الوفاء بها
لغناه ولان الوكيل لا يجبر على فعل ما وكل له كالقدم مراراً الا في مسائل
سقاني في المادة الآتية وفي المادة ١٥٢٢

المادة ١٥١٢ = لو اذا كان للأمر دين في ذمة المأمور او نقد
مودع عنده وامره باداء دينه منه يجبر على ادائه اما لو قال بع مالي

الفلافي واد ديني فلا يجبر ان كان المأمور وكيلاً متبرعاً وان كان
وكيلاً بالاجرة يجبر على بيع المال واداء دين الأمر *

لانه وصل اليه بدل عمله المستأجر عليه فيجب عليه ايفاءه وكذا يجبر الوكيل
بدفع عين لاخر كما اذا قال ادفع هذا الثوب الى فلان فيجبر على الدفع ، لان
الثوب يحتمل ان يكون ملك فلان فيجب دفعه اليه كما في العكسلة عن الخانية .
والمراد ان تكون العين ودبعة او غصباً في يد الموكل فيوكل آخر بتسليمها لصاحبها
كما هو ظاهر وهل يبرأ الموكل عن عهدة ضمانها - ان كانت ودبعة . ان كان الوكيل ممن
بئوله الموكل او اميناً له يبرأ والا فلا كما تقدم في المادة (٧٩٥) وشرحها كما يبرأ
لو كان الوكيل وكيلاً من جانب صاحبها باستلامها - وكذا يجبر الوكيل ببيع
الرهن على بيعه وايفاء دين الرهن سواء كان تسليطه على بيع الرهن مشروطاً في
عقد الرهن او بعهده على ما هو الاصح - وكذا يجبر لو كان وكيلاً بالخصومة من
المدعى عليه بطلب المدعى ، وانما يجبر الوكيل على فعل ما وكل فيه في هذه المسائل
اذا غاب الموكل اثلاً يضرر الآخر . اما اذا كان الموكل حاضراً فلا ، لعدم
الضرر القاهه في الدر وحواشيه .

المادة ١٥١٣ - * اذا اعطي احد آخر مقداراً من الدراهم وقال
اعطها لدائي فلان فليس لسائر غرمائه اي الأمر صلاحية ان يأخذوا
من تلك الدراهم حصّة وليس للمأمور ان يعطي تلك الدراهم الا المدائن
الذي عينه الأمر *

فلو دفع لغير الذي عينه الأمر بضمن مخالفته امر الموكل وهل له الرجوع على
من دفع المال اليه او يكون متبرعاً لانه اوفى دين غيره بغير امره بمرور . وانما لم
يكن للغماء ان يخاصروا في المال المأمور بدفعه لاحدم لان المديون يملك

ايشار بعض الفرما على بعض كما في الحامدية . وهذا اذا كان المدبون غير مريض
مرض الموت والا فلباقي الفرما اذا كان الدين محيطا ان يسترجعوا ما دفعه المريض
لا حدم ليكون تركة بينهم كما في التنوير وغيره .

المادة ٤ ١٥ - لو اعطى احد آخر مقداراً من الدراهم على ان
يؤدي دينه وقبل ان يعطي المأمور الدائن ذلك المبلغ وبوصله اليه لو
علم موت الأمر ترجع تلك الدراهم الي تركة الأمر ويلزم الدائن ان
يراجع التركة

لأنها قبل ان يقبضها لم تدخل في ملكه وبجوب الموكل انعزل الوكيل كما سنصرح
به المادة (١٥٢٧) فبقي المال في يده . دبعة نصارت من تركة الميت فوجب على
الوكيل ردها الى التركة وذلك بتسليمها لورثة الميت وان كانت التركة مستغرقة
بالدين لان الوارث له اخذ ودائم الميت وقضاء دينه منها الا اذا كان الوارث ممن
يحاف عليه استهلا كما فيلزمه حينئذ ان يرفع الامر الى القاضي فان دفع بلا امره
ضمن كما افاده في الخانية ومثله في البحر عن جامع الفصولين وما نقله في التكملة عن
البحر فيه ما فيه . وظاهر التقييد بقوله : لو علم موت الأمر انه لو مات الأمر فدفعها
المأمور غير عالم بموته لا ترجع الدرهم الى التركة ولا بضمنها الأمر ، تأمل قوله ولا
بضمنها الأمر لعل صوابه الأمور فتأمله مع قولهم ان الوكيل ينزل بموت
الموكل وان لم يعلم بموت الموكل ولبحر

المادة ١٥١٥ = لو اعطى احد آخر مقداراً من الدراهم على ان يعطيها
لدائنه حال كونه قد نهاه عن تسليمها بقوله لا تسلمها له ما لم يجعلها
ظهيرية بسندي الذي هو في يد الدائن او تاخذ منه وثيقة تشعر

بقبضها فإذا سلمها من دون ان يفعل كما امره وانكرها الدائن ولم
نثبت قبضها واخذها الدائن ثانياً فله ان يضمها للمأمور

الموكل متى شرط على الوكيل شرطاً مفيداً من كل وجه ، يجب على الوكيل مراعاته اكد
بالنفي ام لا . وان كان شرطاً لا يفيد ولا ينفعه بل يضره ولا تجب مراعاته وان اكد
بالنفي . وان كان شرطاً مفيداً نافعاً من وجه ضاراً من وجه . ان اكد به بالنفي تجب
مراعاته . وان لم يوه كده لا تجب . مثال الاول به بختيار فباعه بغير خيار لا يجوز لان
شرط الخيار نافع مفيد من كل وجه لانه لا يزيل ملكه للحال فيجب على الوكيل
مراعاته . ومثال الثاني لو قال بع هذا العبد نسيتة بالف او قال لا تبعه الا
بالنسيتة بالف فباع بالنقد بالف جاز وكذا لو قال لا تبعه الا بالنسيتة فباع نقداً
لن لا يباع باكثر منه بالنسيتة فانه يجوز لان البيع بالنسيتة على الوجه المشرح
يضره وبالنقد ينفعه فلم تجب عليه مراعاته . ومثال الثالث ادفع بشهود او بحضرة
فلان فدفع غير ذلك لم يضمن . وان قال لا تدفع الا بشهود او بحضرة فلان ففناه
بغير شهود او بغير حضرة فلان يضمن كذا في التكلة عن المحيط وعن الذخيرة
ومثله في الهندية . وفي الدر قال به بشهود او برأي فلان او علمه او معرفته وباع
بدونهم ، جاز بخلاف لا تبع الا بشهود او الا بمحضر فلان به بفق . وبه علم حكم
واقعة الفتوى دفع له مالا وقال اشتر لي زيتاً بمعرفة فلان فاشترى بلا معرفته
فهلك الزيت لم يضمن اي اهدم وجوب مراعاة شرطه فكان في يده امانة بخلاف
لا تشترا الا بمعرفة فلان فليحفظ امره في التكلة عن الكافي ولو قال لا تدفع الدين
الا بمحضر فلان فدفع بلا محضره ضمن . ولو ادعى الوكيل انه دفع بمحضره او
قال لا تدفع الا بشهود فادعى دفعه بشهود وانكر الدائن القبض حلف الوكيل
انه دفع بشهود فاذا حلف لم يضمن امره وظاهره وان انكر الشهود انه اشهدم وليحذر

الفصل الخامس في حق الوكالة بالخصومة

المادة ١٥١٦ - لكل من المدعي والمدعي عليه ان بوكل من شاء بالخصومة ولا يشترط رضا الاخر *

التوكيل بالخصومة جائز عند الامامين سواء كان الموكل طالباً او مطلوباً شريفاً او وضيعاً رضي به الخصم او لا حاضراً كان الموكل او مسافراً مخدرة او لا يحسن الدعوى او لا قال في الدر وبه قالت الائمة الثلاثة وعليه فتوى ابي الليث واختاره المتأبى وصححه في النهاية لان التوكيل تصرف في خالص حقه وهذا لانه وكله اما بالجواب او بالخصومة وكلاهما حق الموكل فاذا كان كذلك فلا يتوقف على رضاه غيره كالتوكيل بتقاضي الدين بجر وعليه مشت المجلة كما ترى الا محيد عنه . وفي البحر عن خزانه المفتين واذا وكله بالخصومة عند القاضي فلان كان للتوكيل ان يخاصمه الى قاض آخر ولو وكله بالخصومة الى فلان الفقيه لم يكن له ان يخاصمه الى فقيه آخر اه قال محضيه العلامة ابن عابدين كان وجهه انه جعل هذا الفقيه حكماً فلا يكون الاخر حكماً بدون امره بخلاف القاضي الاخر فان ولايته نابتة وان لم يامر تأمل اه وفي الهندية وكل رجلاً بالخصومة في داره وببعضها لباع الذي في يده الدار وقبضها المشتري كان للتوكيل ان يخاصم المشتري ولو كان وكيلاً بالخصومة مع فلان في هذه الدار فباعها من آخر لم يكن للتوكيل ان يخاصم المشتري ولو وكله ان يخاصم فلاناً بهذه الدار فاذا الدار في يد غيره فلان لم يكن له ان يخاصم غيره . وان لم يسم احداً كان له ان يخاصم من وجدت الدار في يده اه ملخصاً

المادة ١٥١٧ = * اقرار الوكيل بالخصومة على موكله ان كان
في حضور الحاكم يعتبر والا فلا يعتبر وينعزل هو من الوكالة *

وصحح ابو يوسف اقراره مطلقاً وابطله زفر مطلقاً وهو القياس لكونه
مأوراً بالخصومة وهي منازعة والاقرار ضدها لانه مسئلة فالامر بالشيء لا يتناول
ضده ولذا لا يملك الصلح والايراء

وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح وصحته تتناول ما يملك الموكل وذلك مطلق
الجواب سواء كان انكاراً او اقراراً دون احدها فيصرف اليه تحريماً للصحة
فابو يوسف يقول هو قائم مقام الموكل فلا يختص اقراره بمجلس القضاء . وما
يقولان ان التوكيل يتناول جواباً يسمى خصومة حقيقة ان انكر وبجازاً ان اقر
والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً لانه خرج في مقابلة الخصومة جواباً عنها
نسمي باسمها او لان الخصومة سبب له . وانما اختص بمجلس القضاء ، لان الظاهر
ان يأتي بالمستحق عليه وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به - لكن اذا
اقيمت البيئة على اقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتي لا يؤمر
الخصم بدفع المال اليه لانه صار مناقضاً وصار كلاب والوصي اذا اقر في مجلس
القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليهما لزمهما بطلان حتى الاخذ . وانما لا يصح
اقرارها لان ولايتها نظرية ولا نظر في الاقرار على الصغير . واما التفويض من
الموكل فقد حصل مطلقاً غير مقيد بشرط النظر فيدخل تحته الاقرار والانكار
جميعاً غير ان الاقرار تختص صحته بمجلس القضاء على ما ذكرنا كذا في الهداية
اطلق اعتبار اقرار الوكيل بالخصومة في حضور الحاكم وهو مقيد بشئ الحد
والقود فلا يصح اقرار الوكيل على موكله بها للشبهة . وقيد التوكيل بالخصومة لان
الوكيل بغيرها لا يصح اقراره مطلقاً ومنه الوكيل بالصلح كما في كافي الحا
ان الوكيل بالخصومة لا يملك الصلح بحرمة زيادة من حاشيته

المادة ١٥١٨ - * اذا وكل احد آخر واستثنى اقراره عليه يجوز
فلا يصح اقرار الوكيل على الموكل بهذه الصورة راجع الفقرة الاخيرة
من مادة ١٤٥٦ واذا اقر في حضور الحاكم حال كونه غير مأذون
بالاقرار بنعزل من الوكالة *

يعني اذا استثنى الموكل اقراره بان قال وكلتك بالخصومة مع فلان غير جاز
الاقرار علي ثم اقر بحضور الحاكم لا يصح اقراره على الموكل لما تقدم في المادة ١٤٥٦
من ان الوكالة قد تكون مقيدة فتلزم مراعاته وبنعزل من الوكالة لان اقراره على
الموكل يتضمن الاقرار على نفسه بأنه ليس له ولاية الخصومة فيقبل في حق نفسه
لا في حق الموكل زبلي . قال في البحر وفي البرازية ولو وكله بالخصومة غير جاز
الاقرار صح ولم يصح الاقرار في ظاهر الرواية لو موصولاً وفي الاقضية ومفصلاً
ايضاً ولو وكله غير جاز الانكار يصح عند محمد ولو غير جاز الاقرار والانكار
قيل لا يصح الاستثناء لمدم بقاء فرد تحت وقيل يصح لبقاء السكوت اه فالحاصل
انها على خمسة اوجه كما في الذخيرة الاول ان يوكله بالخصومة فيصير وكيلاً بها
الثاني ان يستثنى الاقرار فيكون وكيلاً بالانكار فقط الثالث عكسه فيصير وكيلاً
بالاقرار فقط في ظاهر الرواية لان الموكل ربما يضره الانكار بان كان المدعي به
امانة ولو جحد ما الوكيل لا يصح دعوى الرد بعده وبصح قبله ففيه فائدة الرابع
ان يوكله بها جاز الاقرار فيكون وكيلاً بها الخامس ان يوكله بها غير جاز
الاقرار والانكار ففيه اختلاف التأخرين اه وفي الخلاصة ولو كان التوكيل
بسؤال الخصم واستثنى الاقرار موصولاً صح ومفصلاً لا يصح اه وبصح التوكيل
بالاقرار لا يصير به الموكل مقراً الى منا عبارة البحر قال بحسبه العلامة ابن عابد بن
وعن الطوايبي معناه ان يكون بالخصومة ويقول خصم فاذا زابت لحق
مؤنسة او خوف عار علي فاقر بالمدعي يصح اقراره على الموكل كذا في البرازية اه

قلت ويظهر من هذا ان كون الوكيل بالاقرار لا بصير اقراراً وجه احتمال انه
وكله بالاقرار خوفاً من الشغب والخصومة وان لم يكن عليه شيء لان كل احد لا
يقدر عايتها كما قالوا في صلح المنكر افاده في التكلفة . وذكر في الدرر والشرنبلانية
وكله بخصوماته واخذ حقوقه من الناس على ان لا يكون وكيلاً فيما بدعي على
الموكل فلو اثبت المال له ثم اراد الخصم الدفع لا يسمع على الوكيل اي وبمحكم بالمال
على المدعي عليه ويتبع الدائن بدفعه كما في البرازية اه وفي الهندية عن الذخيرة
اذا كان الموكل بالخصومة هو المطلوب فوكل رجلاً بخصومة الطالب وقال على ان
لا يجوز اقراره عليه فهو جائز في قول ابي يوسف على ما ذكره به
قال محمد رحمه الله اذا كان المطلوب هو الذي ينصب الوكيل فقال الطالب
لا ارضى الا ان تقيم لي رجلاً يقوم مقامك ويجوز اقراره عليك والافاضل
وخاصمني فانه يقال للمطلوب خاصمه او اقم رجلاً يجوز اقراره عليك وكذلك لو
كان الموكل هو الطالب فقال المطلوب لا ارضى الا ان تخصمني او توكل من لا
يمنتع عن خصومتي وحجتي اذا جئت بها ويجوز اقراره عليك بقبض المال ، فله
ذلك اذا كان الطالب حاضراً وان كان غائباً ووكل وكيلاً لا يجوز اقراره
عليه لا يكون له الامتناع من خصومة الوكيل اه

المادة ١٥١٩ - * الوكيل بالخصومة لا تستلزم الوكالة بالقبض
بناء عليه ليس للوكيل بالدعوى صلاحية قبض المال المحكوم به
ما لم يكن وكيلاً بالقبض ايضاً *

ومما قول زفر لانه رضي بخصومته . والقبض غيرها ولم يرض به وعندنا
الثلاثة هو وكيل بالقبض لان من ملك شيئاً ملك اتمامه وتمام الخصومة وانتهائها
بالقبض . والفقوى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة في الوكالة . وقد يؤتمن على
الخصومة من لا يؤتمن على المسال . ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على
اصل الرواية لان التقاضي بمعنى القبض وضاعاً لما في الاساس تقاضيته ديني

وبديني واقتضيه ديني واستقضيه واقتضت منه حقي ابي اخذته الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع . والفتوى على انه لا يملك كذا في الهداية . وفي الفتاوى الصغرى التوكيل بالتقاضي ، يعتمد العرف . ان كان في بلدة كان العرف بين التجاران المتقاضي هو الذي يقبض الدين كان التوكيل بالتقاضي توكيلاً بالقبض والا فلا اه .

فيد بالوكيل لان الرسول بالتقاضي يملك القبض لانه بمنزلة الرسول بالقبض ولا يملك الخصومة اجماعاً كذا في الصغرى بجر قال محشيه ابن عابدين نقل في المنع عن السراجية ان التوكيل بالتقاضي يعتمد العرف وعليه الفتوى . ومثله في القهستاني عن المضمرة اه .

والظاهر ان المحكوم عليه بالمال لو دفع المال المحكوم به الى وكيل الخصومة لا يبرأ منه بل يضمنه للموكل . يرجع به على الوكيل ولجور . في الهندية عن ادب القاضي للخصاف : ولو وكل رجلاً يقبض حقوقه والخصومة فيها على ان لا يجوز صاحبه ولا تعديله شاهداً . يشهد عليه بشئ . يبطل حقاً ، فالوكالة على هذا الشرط جائزة فان اقر هذا الوكيل ان الطالب قبض هذا الحق من الغريم لم يجز ذلك على الموكل فان قال الوكيل قد قبضت انا هذا الحق من الغريم فضاع او قال دفعته الى الطالب صح اقراره وبرئ الغريم اه .

المادة ١٥٢٠ - * الوكالة بالقبض لا تستلزم الوكالة

بالخصومة *

هذا في الوكالة بقبض الدين ، متفق عليه بين ائمتنا الثلاثة واماني الوكالة بقبض الدين فعند ابي حنيفة تستلزمها بمعنى ان الوكيل يقبض الدين يملك الخصومة مع المديون حتى لو اقيمت عليه البيعة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده وقالوا لا يكون خصماً وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة ، لان القبض غير الخصومة . وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضاء

بالقبض رضاه بها بجر وفي بجم الانهر ان قولها قول الائمة الثلاثة وهو رواية
عن الامام اه . واطلاق هذه المادة يقتضي اختيار قولها . قال في الخامس من
جامع الفصولين ولو وكله بقبض دينه فبرهن على الايفاء الى موكله ، يقبل عند
ابي حنيفة بخلاف العين ويوقف عندها في الكل العين والدين . والحق ان قولها
اقوى وهو رواية عنه كذا في (عده) وغيره اه ملخصاً

ومعنى قوله يوقف عندها انه لا يدفع للوكيل بل يبقى بيد ذي اليد حتى
يحضر الغائب وهذا استحسان لانه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض
فتقصر يده حتى لو حضر البايع تعاد البيعة على الايفاء او الابراء في الدين وعلى
البيع مثلاً في العين وصار كما اذا اقام البيعة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها
تقبل في قصر يده كذا هذا وكذا الوكيل بنقل الزوجة او الامة اذا اقامت
المراة البيعة على الطلاق والامة على الاعتناق تقبل في قصر يدهم حتى يحضر الغائب
استحساناً كما اذا ادعى ذو اليد الارتهان من الموكل وبرهن تقصر يد الوكيل عن
القبض افاده في البحر : وانفقوا على ان وكيل القاضي يقبض ديون الغائب لا يملك
الخصومة كما في الدر قال واما وكيل قسمة واخذ شفعة ورجوع هبة ورد بعيب
فيملكها مع القبض اتعاقب اما وكيل القسمة بأن وكل احد الشريكين
رجلاً بالقسمة مع شريكه فقال الشريك ان موكلك استوفى نصيبه وانكر
الوكيل فاقام الشريك البيعة على الاستيفاء فانها تقبل . واما اخذ الشفعة بأن
اقام المشتري البيعة على الوكيل بأخذ الشفعة على ان الموكل سلمها تقبل . واما الرجوع
بالهبة بان اقام الموهوب له بيعة على ان الواهب اخذ عوضاً او احدث الموهوب له
فيه زيادة فانها تقبل . واما الرد بالعيب بأن وجد المشتري عيباً فوكل رجلاً
بالرد به فقال البايع رضي المشتري بهذا العيب وانكر الوكيل فاقام البايع البيعة
على الرضا تقبل تكملة عن ابن مالك

ولو وكله بقبض امة او شاة فولدت كان للوكيل ان يقبض الولد مع الام
ولو ولدت قبل ان يوكله بقبضها لم يكن له قبض الولد . وثمرة البستان بمنزلة
الولد ولو كان المستودع باع الثمرة في رومس النخل بأمر رب الارض لم يكن
للكيل ان يقبضها واذا كانت الودعة مما يكال او يوزن فوكله بقبضها ثم استهلكها

رجل قبض المستودع من المستهلك مثلاً ، لم يكن للوكيل اخذه قياساً ولكن استحسن ان يأخذه ولا اراه مثل قيمة العبد رأيت لو اكلها المستودع اما كان للوكيل اخذ مثلاً منه . واذا وكله بقبض ودبضة ثم قبضها الموكل ثم اودعها ثانياً لم يكن للوكيل قبضها علم او لم يعلم وكذا لو قبضها الوكيل ودفعها للموكل ثم اودعها الموكل فلو قبضها كان لرب المال تضمينه او تضمين المودع فان ضمن الوكيل لم يرجع على المودع وان ضمن المودع رجع على الوكيل . واذا وكله بقبضها اليوم فله قبضها غداً استحساناً كذا في البحر عن كافي الحاكم قال محشيه ابن عابدين قوله لم يكن للوكيل قبضها ، يخالف لما قدمناه عن الذخيرة قبيل قول المتن الا في خصومة والظاهر ما هنا

اقول الذي قدمه هناك هكذا : وكل رجلاً بقبض عبد له بعينه في يد رجل ثم قبضه المولى ثم اودعه انساناً آخر فالوكيل ان يقبضه منه اه ومثله في الخلاصة اه ووجه كون ما في الكافي هو الظاهر - ان كان كافي الحاكم الشهيد فقد جمعت فيه كتب ظاهر الرواية تأمل : وفي الهندية وكل رجلاً بقبض عين فاستهلك العين رجل قبل القبض ليس للوكيل ان يخاضم المستهلك بأخذ القيمة ولكن لو كان الوكيل قبض العين فاستهلكها رجل كان للوكيل ان يخاضمه بقبض القيمة اه . وفيها الوكيل يقبض الدين اذا اخذ العروض من الغريم والموكل لا يرضى ولا يأخذ العروض فالوكيل ان يرد العروض على الغريم وبطالته بالدين اه اقول الظاهر ان هذا اشترى العروض للموكل بما في ذمة البائع من الدين - اما لو اشترى له بثمن في الذمة فالظاهر انه ينفق على الوكيل لان الشراء متى وجد نفاذاً لا يتوقف كما مر مراراً فتأمل .

الفصل السادس

« في بيان المسائل المتعلقة بعزل الوكيل »

المادة ١٥٢١ - * للموكل ان يعزل وكيله من الوكالة ولكن ان تعلق به حق آخر فليس له عزله كما اذا رهن مديون ماله وحين عقد الرهن او بعده وكل آخر يبيع الرهن عند حلول اجل الدين فليس للراهن الموكل عزل ذلك الوكيل بدون رضى المرتهن كذلك لو وكل احد آخر بالخصومة بطلب المدعي ليس له عزله في غياب المدعي *

لان المدعي انما خلى سبيل المدعي عليه اعتماداً على انه يتمكن من اثبات حقه عليه متى شاء فلو جاز عزله في غيبته لتضرر به الطالب عند اختفاء المطلوب فصار كالموكل بالمشروطة يبيع الرهن - بخلاف ما اذا كانت المطلوب حاضراً او كانت الوكالة من غير التماس الطالب او كانت من جهته بان كانت هو الموكل لتمكنه من الخصومة مع المطلوب في الوجه الاول ولعدم تعلق حقه بالوكالة في الوجه الثاني اذ هو لم يطلب . وفي الوجه الثالث العزل الى الطالب وهو صاحب الحق فله ان يعزله ويباشر الخصومة بنفسه وله ان يترك الخصومة بالكلية وعلى هذا قالوا لو قال الموكل للوكيل كلما عزلتك فأنت وكيلى لا يملك عزله لانه كلما عزله تجددت الوكالة له وتسمى هذه الوكالة وكالة دورية والصحيح انه لا طريق لعزل الوكيل فيها الا ان يقول رجعت عن الوكالة المعلقة ثم يقول وعزلتك عن الوكالة المنجزة ولا يقدم العزل عن المنجزة على الرجوع عن المعلقة لانه اذا قدم العزل عن المنجزة تنجزت وكالة اخرى من المعلقة فلا يعزل بعد

عنها بالرجوع عن المعلقة افاده في التبيين والبحر . ومعنى كون الحصومة يطلب المدعي ، ان يقول للمدعي عليه اني اخاف ان تضيق فوكل وكيلاً ان غبت اخاصمه فيقضي لي عليه فاذا اخذه بهذا حتى جعل له وكيلاً في الحصومة فقد تعلق بهذه الوكالة حق المدعي وهو الطالب فلا يمكن ابطالها الا بعلمه كذا في حاشية الشلبي عن شرح الطحاوي

ثم اذا كان التوكيل بطلب المدعي فعزله بحضرته اي المدعي صح العزل رضي به المدعي او منوط لتمكينه من الدعوى على نفس الموكل حينئذ وان كان التوكيل بطلب القاضي حال غيبة المدعي فعزله بمحضرة القاضي ، صح وان كان الطالب غائباً . وان عزله بمحضرة الطالب ، صح العزل ايضاً كما في الهندية عن المحيط اي وان كان القاضي غائباً . والمراد بالآخر في قوله ولكن ان تعلق به حق آخر الخ ما عدا الموكل فيشمل ما اذا تعلق به حق نفس الوكيل لما في الهندية وكل رجلاً يبيع عين من اعيان ماله ثم اراد اخراجه من الوكالة فله ذلك الا اذا تعلق بها حق الوكيل نجوات يأمره ان يبيع ويستوفي الدين من ثمنه كذا في الذخيرة اه قلت فهو نظير المرهون اذا وكله الراهن ببيع الرهن عند حلول الاجل وعليه فلا خصوصية لكون الوكيل مرتهناً او عدلاً في يده الرهن . ثم رأيت في حاشية البحر لابن عابدين كتب على ما نقله في البحر عن المحيط وهو عين ما نقله في الهندية عن الذخيرة ما نصه : هذا اذا لم يكن الدين موجلاً اما اذا كان موجلاً ففي القوسناني عن الجواهر ولو وكل الداين بدين موهـ جل يبيع داره بسؤاله عند الاجل كان له عزله قبله اه وبه يظهر وجه الخصوصية بكون الوكيل مرتهناً فتدبر . وذكر الزبلي قال بعض المشايخ اذا وكل الزوج وكيلاً بطلاق زوجته بالتامها ثم غاب لا يملك عزله وليس بشيء بل له عزله في الصحيح لان المرأة لا حق لها في الطلاق اه ويستثنى من صحة عزل الموكل وكيله ما اذا وكل الوكيل بالبيع ، وكله بقبض الثمن من المشتري بامر القاضي فانه لا يملك عزله وان لم يكن بامر انقاضي فله عزله كما تقدم افاده في البحر

المادة ١٥٢٢ - لا يملك الوكيل ان يعزل نفسه من الوكالة ولكن

لو تعلق به حق آخر كما ذكرنا انفاً يسكون مجبوراً على ابقاء الوكالة *

فلو عزل المدل يعني الموكل ببيع الرهن نفسه لا يصح العزل ، وان كان
بمحضرة المرهن ما لم يرض به لتعلق حقه به وكذا الوكيل بالخصومة بطلب المدعي
لو عزل نفسه ، لا يصح عزله ، وان كان بمحضرة المدعي ما لم يرض به كما في التنوير
وشرحه الدر وهو في المستثنين يجبر على ابقاء ما وكل فيه عند غيبة المدعي عليه
لئلا يتضرر المرهن والمدعي كما تقدم في شرح المادة ١٥١٢

المادة ١٥٢٣ = * اذا عزل الموكل الوكيل يبقى على و كالتة
الى ان يصل اليه خبر العزل ويكون تصرفه صحيحاً الى ذلك الوقت *

لان العزل التصدي خطاب مازم مقصود وحكم الخطاب لا يثبت في حق
المخاطب ما لم يبلغه ولان بانزاله قبل العلم بالعزل اضراراً به لانه قد يتصرف
بعد العزل قبل ان يباغه فيلزمه الضمان بذلك . والضرر مدفوع شرعاً وانما يكون
علم الوكيل بالعزل شرطاً لانزاله اذا كان للعزل قهدياً اما اذا كان حكيمياً
كوت الموكل او جنونه مطبقاً كما سيأتي في المادتين ١٥٢٧ و ١٥٣٠ فلا يشترط
علمه لان العزل فيه لضرورة عدم المحل فلا يتوقف على العلم

وقيد بالوكيل لان الرسول بعزل قبل العلم به حتى اذا ارسله في البيع او
غيره فعزله قبل التبليغ ، انعزل لانه مبلغ عبارة المرسل وناقل لما فيكون عزله
رجوعاً عن الايجاب واه ذلك قبل القبول بخلاف الوكيل فانه يعقد بعبارة من
عنده وان كانت الحقوق لا ترجع اليه كما في النكاح وامثاله وليس بناقل عبارة
المرسل فلا يعتبر التوكيل فيه ايجاباً وانما الايجاب من الوكيل فلا بعزل حتى
يلغى اه ملخصاً من الزبلي

وذكر في البحر ان محل اشتراط علم الوكيل بالعزل ، ما اذا كان عالماً بالوكالة .
اما اذا وكاه وقبل ان يعلم الوكيل بالوكالة عزاه فانه يصح عزله وان لم يعلم

بالعزل كما في البرازية ارملمخصاً قال محبيه العلامة ابن عابدين فيه نظر فانه
قبل علمه لا يكون وكبلا حتى لو باع لا ينفذ ولا يكون يبعه اجازة للوكالة
بخلاف الوصي وحينئذ فعزله قبل علمه ليس عزلاً حقيقة تأمل اه
اقول نظهر فائدة ما في البرازية فيما لو وكله ثم عزله ثم علم بالوكالة لا بالعزل
فباع فانه فضولي بالبيع لصحة عزله مع انه حين البيع كان غير عالم
بالعزل تدير .

* تنبيه *

ثبت العزل بمشافهته به وبكتابة مكتوب بعزله وارساله رسولا مميّزاً عدلاً
او غيره اتفاقاً حرّاً او عبداً صغيراً او كبيراً صدقه او كذبه اذا قال الرسول :
الموكل ارسلني اليك لابلئك عزله اياك عن وكالته ولو اخبره فضولي بالعزل فلا بد
من احد شطري الشهادة عدداً او عدالة كذا في التنوير وشرحه الدر واحترز بقوله
الموكل ارسلني اليك الخ عما اذا قال له ان الموكل عزلك مثلاً فانه يكون مخبراً
له حكم لفضولي كما في التكملة فيثبت باخبار فضولي واحد عدل او باخبار فضولين
متوربين . وبهذا تعلم خطأ ما نقله الشارح اللبناني عن التنوير والتكملة

* فروع *

جحود الموكل بقوله لم او كلك لا يكون عزلاً كما في الشرح يعني شرح الزبلي
الا ان يقول والله لا او كلك بشي . فقد عرفت انها ونك فيمزل كما في الخلاصة
والبرازية كذا في البحر وفي حاشيته قال ابو السعود ورأيت بخط السيد الحموي عن
الولوالجية تصحيح ان الجحود يكون رجوعاً قال وعليه الفتوى وفي شرح
القهستاني : ويدخل فيه يعني في العزل جحود الوكالة فان جحود ما عدا النكاح
فسخ وفي رواية لم يعزل بالجحود اه . قول الوكيل بعد القبول بمحضرة الموكل
الغيب توكيلي او انا بري من الوكالة ليس بعزل تنوير : لو قال الوكيل عزلني
موكلي وهو غائب وكذبه المدعي لا يقبل قوله بجر عن القنية . امر رجلاً يبيع
عبده ثم اخرجه من الوكالة وهو لا يعلم فباع العبد وقبض الثمن فهلك في يده ومات

المبد في يده ايضاً قبل التسليم كان للمشتري ان يرجع بالثمن على الوكيل ويرجع
الوكيل على الامر هندية . وفيها اذا وكل رجلاً وكالة معلقة بالشرط ثم عزله
قبل وجود الشرط صح عند محمد وعليه الفتوى اه ومثله في البحر وغيره . دفع
المدبون مالا الى رجل ووكله بدفعه الى الدابن ثم ان الدابن وهب الدين من
المدبون - ان دفع الوكيل عالماً بالهبة بضمن بالدفع وان لم يعلم بذلك لا بضمن
خانية . وفيها وكل رجلاً ببيع عبده ثم قال الموكل اخرجتك عن الوكالة فقال
الوكيل قد بعته امس لا يصدق الوكيل ولو اقر الوكيل اولا بالبيع لانسان
بعينه فقال الامر اخرجتك من الوكالة جاز البيع وبقبل قول الوكيل ، اذا ادعى
المشتري ذلك اه

المادة ١٥٢٤ = * اذا عزل الوكيل نفسه يلزم عليه ان يعلم
الموكل بعزله وتبقى الوكالة في عهده الى ان يعلم الموكل بعزله *

عبارة الاشياء هكذا لا يصح عزل الوكيل نفسه الا يعلم الموكل الا الوكيل
بشراء شيء بغير عينه او ببيع ماله وكذا الوكيل بالنكاح والطلاق والعناق
فانحصر الحكم في الوكيل بشراء شيء معين وبالخصومة اه فاذا ان الوكيل له ان
يعزل نفسه في هذه المستثنيات وان لم يعلم الموكل . ولم يبق مما يشترط فيه لصحة
عزله نفسه علم الموكل الا الوكيل بالخصومة والوكيل بشراء شيء معين كأن
يوكله بالخصومة مع زيد ثم يغيب الموكل فيعزل الوكيل نفسه في غيبته فانه لا
ينعزل ما لم يعلم الموكل . وكان هو كله بشراء عبد معين فيعزل الوكيل نفسه
في غيبة الموكل وقبل علم الموكل بعزله يشتربه لنفسه فانه لا يصح العزل ويقع
الشراء للموكل كما تقدم هكذا قيل

اقول لا يذهب عليك ان المراد من هذه المادة ان الوكيل لو عزل نفسه بقوله
عزلت نفسي ونحوه ثم قبل علم الموكل بعزله فعل ما وكل به للموكل يقع للموكل
ولا يكون فضولاً بتوقف فعله على اجازة الموكل وهذا لا يفرق فيه بين المستثنيات

وبين الوكيل بشراء شيء معين او بالخصومة كما لا يخفى . وعبارة الدرر مع
الغزل الوكيل ينزل بعزل الموكل لان الوكالة حقه فله ان يبطله ، وبعزل نفسه
بان بقول عزلت نفسي بشرط علم الآخر فيها حتى اذا لم يلقه الغزل فهو على
وكالته . وتصرفاته جائزة حتى يعلم اه مختصراً

المادة ١٥٢٥ - * للموكل ان يعزل وكيله بقبض الدين في غياب
المديون ولكن ان كان الدين قد و كاله في حضور المديون فلا يصح
عزله بدون علم المديون وعلى هذه الصورة اذا اعطاه المديون الدين من
دون ان يعلم عزله يبرأ *

وهذا لان في صحة عزله بلا علم المديون ضرراً ونقيراً له لانه انما دفع اعتماداً
على ما علم من وكالته فلو صح عزله بدون علمه لكان مفزوراً والظاهر انه لو كاله
بغير حضرة المديون . ثم علم المديون بالتوكيل كان له حكم التوكيل بحضرة
فينبغي ان يتوقف عزله حينئذ على علمه لان علمه مثل حضوره افاده الرحي -
كذا في التكملة ملخصاً .

هذا ويستفاد من هذه المادة ومن المادة (١٥٢٣) ان التوكيل متى كان بحضرة
المديون اشترط لصحة الغزل علم كل من المديون والوكيل ولا يخفى علم احدهما عن
الآخر ، وعليه فلو علم الوكيل ولم يعلم المديون لم يصح ولم يبرأ المديون بالدفع اليه
ويكون المال في يد الوكيل امانة - وكذا الحكم اذا علم المديون بالغزل دون الوكيل
لما قلنا من ان صحة الغزل . وتوقف على علم كل منهما . والظاهر ان عزل الوكيل نفسه بعلم
الموكل والمثلة بما لما كوزل الموكل اياه فلا يصح بلا علم المديون لظهور العلة فيه
وهي التفويض ولتعلق حق المديون بهذه الوكالة هذا ما يقتضيه كلامهم فتبصر وحرر

المادة ١٥٢٦ - * ننهي الوكالة بختام الموكل به وينزل الوكيل

من الوكالة بالطبع عزلاً حكماً *

بمعنى ان الوكيل بعزل بلا عزل صريح بنهاية الشيء الموكل فيه سواء كانت النهاية بفعل الموكل او بفعل الوكيل كما اذا وكله بقبض دينه فقبضه الموكل بنفسه او الوكيل - وكالو وكله بتكاح امرأة معينة فتزوجها بنفسه او بواسطة الوكيل حتى لو ادان الموكل ذائياً للمدبون او طلق الموكل المرأة المذكورة لا يملك الوكيل قبض دينه الحادث ولا تزويجه المرأة المطلقة مرة ثانية لانتهاء الوكالة - بخلاف ما لو وكله بتكاح امرأة فتزوجها الوكيل ووطنها وطلقها وبعد المدة زوجها من الموكل فانه يصح لبقاء الوكالة افاده في رد المختار .

واشارت هذه المادة بكون هذا العزل حكماً الى انه لا يشترط فيه علم الوكيل حتى انه بعزل بنهاية ما وكل فيه بفعل الموكل وان لم يعلم بفعل الموكل فلو تصرف قبل العلم لا ينفذ تصرفه - لكن بشكل عليه كما في رد المختار عن الصنابة : ان من وكل بقضاء الدين فقضاء الموكل . ثم قضاء الوكيل قبل العلم لم يضمن مع انه عزل حكماً واجيب بان الوكيل بقضاء الدين مأمور بان يجعل المؤدي مضموناً على القابض لان الدينون تقضى بامثالها وذلك يتصور بعد اداء الموكل بمعنى فلم يكن . او كل فيه منتهباً ولذا بضمنه القابض لو هلك - بخلاف الوكيل بالتصدق اذا دفع بعد دفع الموكل فلوم يضمن الوكيل بتضرر الموكل لانه لا يتمكن من استرداد الصدقة من الفقير ولا تضمينه اه معزباً للسايجاني قال في الدر المختار : ولو باع الموكل والوكيل معاً يعني بوقت واحد او لم يعلم السابق منها فبيع الموكل اولى عند محمد وعند ابي يوسف يشترك المشتريان ويخيران اي يثبت لكل منها خيار تفريق الصفقة اه ببعض توضيح قال الطحطاوي ومقتضى القواعد ان الاعتماد قول ابي يوسف اه

المادة ١٥٢٧ = * يعزل الوكيل بوفاة الموكل ولكن اذا

تعلق به حق آخر لا يعزل راجع المادة ٧٦٠ *

هذا عزل حكى - فلم الوكيل بوفاته ليس بشرط فيه كما في البحر وغيره
قال في الهندية : لو مات الطالب ولم يعلم المطلوب فدفع المال الى الوكيل لا يبرأ
وله ان يسترده ولو علم بموته ليس له ان يضمن الوكيل لو ضاع المال عنده اه .
وزعم في البحران فقد الموكل بحيث لا يعلم مكانه ولا موته ولا حياته كونه فيعزل به
الوكيل عن التصرف فيما وكل فيه ونص عبارته وفي التجنيس : رجل غاب وجعل
دارآ له في يد رجل ليعمرها فدفع اليه مالا ليحفظه ثم فقد الدافع فله ان يحفظه وليس
له ان يعمر الدار الا باذن الحاكم ، لانه لعله قد مات ولا يكون الرجل وصيا
للمفقود حتى يحكم بموته اه .

وبهذا علم ان الوكالة تبطل بفقد الموكل في حق التصرف لا في حق الحفظ اه
ما في البحر ونظر فيه المقدسي بان ما في التجنيس لا يدل على هذا الاستنباط
لان الامر انما دفع المال ليحفظه لا ليعمر به فكونه ممنوعا عن التعمير بالمال
لعدم الاذن له بذلك ولو كان ماذونا بالتعمير منه لكان له ذلك . ورد التنظير
العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر بقوله : اقول كيف يصح قوله اكان
له ذلك مع التعليل بانه لعله قد مات وليس هذا وصيا الخ

ثم لا يخفى ان امره بالتعمير لا يخلو اما ان يكون من هذا المال المدفوع او
من مال آخر دفعه له او من مال المأمور وعلى كل فقوله ليس له ان يعمر الدار الخ ،
يدل على عزله في التصرف دون الحفظ ثبت ما قاله المؤلف فتأمل منصفاه اه
اقول التعليل بانه لعله قد مات لا يفيد الانعزال بل توفقه على تحقق موته ،
او الحكم به الا ترى انه لو عمر الوكيل حال نقد الموكل ثم جاء حيا يكون
تصرفه صحيحا ولا يضمن نعم لو ظهر موته او حكم به الحاكم يكون غير نافذ على
الموكل لانعزاله بموت الموكل لا بفقده . فظهر بهذا ان الوكيل لا ينعزل بفقد
الموكل كما ينعزل بموته . واما قول التجنيس وليس له ان يعمر الدار الخ فمعناه انه
ليس له ذلك على ان يكون نافذا على الموكل بلا تردد هذا ما يشعر به التعليل
المذكور فلم يثبت ما قاله في البحر كيف ولو كان ما قاله في البحر ثابتا لقد كروا
انعزال الوكيل بفقد الموكل كما ذكروا انعزاله بوفاته مع الحاقه ويجنونه مطبقا
فتأمل منصفاه .

وقد افادت هذه المادة ان انعزال الوكيل بموت الموكل له حكم العزل القسدي من حيث انه يشترط فيه ان لا يتعلق به حق الغير - لكن ليس هذا على اطلاقه بل هو مقيد بما عدا الوكيل بالخصومة بطلب الخصم فانه ينعزل بموت الموكل ، وان تعلق به حق الخصم الطالب بخلافه بالعزل القسدي لان الخصومة بعد موت الموكل متعذرة ولان الحق المتنازع فيه ينتقل الى غيره فتكون الخصومة متجددة مع من خلف الموكل . والوكيل ليس بوكيل عنه . وعبارة التنوير هكذا : وينعزل الوكيل بموت احدهما وجنونه مطبقاً ولبحوقه مرتداً الا اذا وكل الراهن العدل والرهن ببيع الرهن عند حلول الاجل فلا ينعزل بموت الموكل وجنونه كالوكيل بالامر باليد والوكيل ببيع الوفاء اه

فانت تراه لم يستثن الوكيل بالخصومة . وقول التنوير كالوكيل بالامر باليد معناه ان الزوج لو وكل رجلاً بان يجعل امر زوجته بيدها فقال لها الوكيل بالوكالة عن الزوج امرك بيدك فانت قبل ان تطلق نفسها لا تنعزل الزوجة بموته ولها ان تطلق نفسها مع انها وكيلة عنه بطلاق نفسها وهذا التعلق حقها به كالمرتبة . وتصوير المسئلة بان الزوج لو مات بعد ان جعل امر زوجته بيدها لا تنعزل عن وكالته لها بايقاع الطلاق عليها غير صحيح اذ بموت الزوج انقطعت الزوجية فلا معنى لكونها لم تنعزل بموته

وقوله وكالوكيل ببيع الوفاء معناه ان البيع بالوفاء له حكم الرهن على بعض الاقوال الصحيحة . والوكيل عن اخر بان يرهن ملك موكله عند دابنه اي دابن موكله لا ينعزل بموت موكله لانه مما يتعلق به حق الغير وهو المشتري الذي هو بمنزلة الراهن افاده في رد المختار

واعلم ان المراد بالموكل الذي ينعزل الوكيل بموته ما هم الاعم من ان يكون هو صاحب الحق الموكل بشانه او وصيه ففي الخانية وكل رجلاً ببيع مال ولده الصغير ثم مات الصغير وورثه الاب بطلت الوكالة عندنا خلافاً لفر - وكذا لو لم يمت الصغير بل مات الاب او مثله في الهندية عن الخلاصة وزاد قوله وان بلغ الصبي قبل ان يصنع الوكيل شيئاً من ذلك انعزل الوكيل عن الوكالة ووكل الاب ووكل الصبي على السواء اه

المادة ١٥٢٨ - * ينعزل وكيل الوكيل ايضاً بموت الموكل

راجع المادة ١٤٦٦ *

ذكر في التذكرة عن نية المتني ما نصه : وكل الوكيل ومدقيل له اعلم برأيك صار الثاني وكيل الموكل وينعزل الاول والثاني بموت الموكل ولا ينعزل الثاني بموت الوكيل الاول وانعزاله اه . المقصود منه وقد تقدم الكلام على هذه المسئلة مستوفى في شرح المادة (١٤٦٦) فليراجع .

المادة ١٥٢٩ - * الو كالة لا تورث يعني اذا مات الوكيل

يزول حكم الو كالة وبهذا لا يقوم وارث الوكيل مقامه -

اعلم انه اقتصر في الوقاية والدرر والمتقى على ذكر انعزال الوكيل بموت الموكل فقط ولم يذكروا انعزاله بموته قالوا لعدم الفائدة لظهور ان المبت ليس اهلاً للوكالة وعم في التنوير قوله انعزاله اي انعزال الوكيل بموته تبعاً للهداية والكافي فقال وتبطل الو كالة بموت احدها - وذكر الشراح لموت الوكيل فائدة وهي : دفع نوم ان الو كالة تورث كما تورث حقوق المقدم فان حقوق المقدم الثابتة لو قيل البيع والشراء ثبتت لوارثه كما تقدم - لكن في التذكرة عن اليعقوبية ان نوم ذلك في غاية البعد فالجمله ثبتت الوقاية وغيرها ونهت على الفائدة التي ذكرناها في هذه المادة ونعم ما فعلت .

المادة ١٥٣٠ - تبطل الو كالة بمجرد موكل والوكيل -

لان الوكالة عقد جائز غير لازم فكان لبقائه حكم الابتداء فيشترط لقيام القيام الامر في كل ساعة ما يشترط للابتداء وشروط في الجنون ان يكون مطبقاً اي مستوعباً من قولهم اطبق الغيم السماء اي استوعبها لان كثيره كالنور وقليله كالانعام وحد المطبق ان يستوعب شهراً عند ابي يوسف رحمه الله تعالى لانه يسقط به الصوم وعنه أكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس وعند محمد حولاً كاملاً وهو الصحيح لانه يسقط به جميع العبادات حتى الزكاة زبلي قال في حاشية البحر لکن في الشرنبلالية عن المضمرات مقدر بشهر وبه يفتى وكذا في التقيتاني والباقاني وجهه قاضي خان قول ابي حنيفة وان عليه التتوى فليحفظ كذا في الدر المختار اه ولا تنس ما قدمناه في شرح المادة ١٥٢٧ عن التنوير من ان الجنون مثل الموت فيستثنى من بطلان الوكالة فيه وكالة الوكيل ببيع الرهن عند حلول الاجل والوكيل بجعل امر زوجة الموكل بيدها والوكيل ببيع مال الموكل من زيد ببيع وفاء فلا ينزل الوكيل بجنون الموكل في هذه الصور كما لا ينزل بموته لتعلق حق الغير به وقد علمت انه ليس كل وكالة تعلق بها حق الغير يكون حكماً كذلك فإن الوكيل بالخصومة بطلب الخصم ينزل بموت الموكل وجنونه وان نطق به حق الخصم كما ذكرناه هناك فافهم .

وهل تعود الوكالة بافاقة الموكل او الوكيل من جنونه اضبط في البحر بما سبأني في المرتد انها لا تعود وسبأني له زيادة ابضاح .

* تمة *

ذكر في التنوير وغيره مسائل ينزل فيها الوكيل لم تذكر في المجلة منها حكم الحاكم بلحوق الموكل بدار الحرب مرتدأ وقيل ينزل بمجرد اللحاق مرتدأ وان لم يحكم به الحاكم وقيل ينزل بمجرد الارتداد ان كان الموكل رجلاً وان كان امرأة فلا حتى تموت او تلحق بدار الحرب والاول هو الذي عوتل عليه في الدر ونقل في حاشية البحر عن الكفاية ما يفيد ان هذا الخلاف اذا كان المرتد هو الموكل فانه قال وان لحق الوكيل بدار الحرب مرتدأ فانه لا ينزل عن الوكالة عندهم جميعاً ما لم يقض القاضي بلحاقه اه .

ونقل في حاشية البحر عن الحواشي اليعقوبية ان الوكيل ان عاد مسلماً بعد
لحوقه بدار الحرب مرتداً والقضاء به تعود الوكالة عند محمد رحمه الله تعالى ولا
تعود عند ابي يوسف رحمه الله تعالى ولو عاد الموكل مسلماً بعد المحرق والقضاء به
لا تعود الوكالة عندهم في ظاهر الرواية .

والفرق لمحمد ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال برده
والقضاء بلحاظه ، وفي حق الوكيل على معنى قائم به وهو الاهلية وهي قائمة لم تنزل
بالقضاء بلحاظه اه . ومثله في الهداية قال في البحر واذا بطلت بالحقاق من احدها لا
تعود بعوده مسلماً على المذهب الظاهر موكلاً كان او وكيلاً ومقتضاه انه لو
افاق بعد جنونه مطبقاً لا تعود وكالته اه .

ومن المسائل التي ينعزل بها الوكيل افتراق الشريكين فان الوكالة التي
تضمنها عقد الشركة تبطل بافتراقها وان لم يعلم الوكيل بالافتراق - لكن اذا
كان الافتراق بالفسخ لا يتصور عدم العلم به لان احد الشريكين لا يتفرد به
بلا علم الآخر وانما يتصور اذا كان الافتراق بغيره كما اذا افتراقا ببطان الشركة
لملاك المالكين او احدهما قبل الشراء فتبطل الوكالة الضمنية وان لم يعلم بهلاك المال
الذي هو سبب البطان . وكذا اذا وكل الشريكان او احدهما وكيلاً للتصرف
في المال ثم فسخا الشركة او بطات فان هذا الوكيل ينعزل في حق غير الموكل منها
اذا لم يصرح بالاذن بالوكيل وان لم يعلم بالفسخ . هذا ملخص ما في الدر
وحواشيه والبحر والزهلي وذكر في البحر عن كافي الحاكم اذا وكل احد المتفاوضين
وكيلاً ثم تفرقا واقتسا المال واشهدا ان لا شركة بينهما ثم امضى الوكيل ما وكل
به وهو يعلم او لا يعلم ، جاز ذلك عليها جميعاً - وكذا لو كان وكلاء جميعاً لان
وكالة احدهما جائزة على الآخر وليس تفرقها تفضاً للوكالة لان اثر النقص لا
يظهر في نوابع عقود باشرها احدهما قبل ذلك اه وتامه فيه .

ومنها اي من المسائل التي ينعزل بها الوكيل ، عجز الموكل لو . كاتبا وحججه
لو ما أدونا . قال في البحر لما ذكرنا ان قيام الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل
بالعجز والحجر علم او لم يعلم . وليس هذا على اطلاقه بل هو مقيد بما اذا كان
وكيلاً في العقود والخصومات - واما الوكيل بقضاء الدين واقتضائه فلا ينعزل

بها ، لانها بوجيان الحجر عن انشاء التصرف لا عن قضاء الدين وافتضائه فكذا
لا يوجب عزل وكيله فيها - وكذا الوكيل يقبض الودعة لم ينزل بعجز
الموكل وحجره كما في كافي الحاكم . ولا تعود الوكالة بكتابة موكله واذنه اه
وتمامه فيه .

ومنها تصرف الموكل فيما وكل فيه بنفسه فان به ينزل الوكيل علم بذلك او
لم يعلم لا تقضاء الحاجة به وهذا داخل تحت قول المجلة في المادة (١٥٢٦) تنتهي
الوكالة بمختم الموكل به الخ على ما ذكرناه في شرحها من ان الختام اعم من ان يكون
من طرف الوكيل او الموكل قال في البحر : وليس هذا بعني الانزال بتصرف
الموكل فيما وكل فيه على اطلاقه بل هو مقيد بتصرف بعجز الوكيل عن التصرف
معه كما لو وكله بتزويج امرأة او بشراء شيء معين ففعل بنفسه ، او بطلاق نطقها
الزوج ثلاثا او واحدة فانقضت عدتها ، او بالخلع فخالها بنفسه . واما ما لا يعجز
عنه فلا تبطل به كما لو طلقها واحدة والعدة باقية فالوكيل ان يطلقها اخرى . ولو
وكله بطلاقها فخالها الزوج وقع طلاق الوكيل عليها ما دامت في العدة . ولو وكله
بالبيع فباعه الموكل ثم رد عليه بما هو فسخ ، فالوكيل على وكالته وان رد بما لا
يكون فسخا لا تعود الوكالة كما لو وكله بهبة شيء ثم وهبه الموكل ثم رجع في
هبته لم يكن للوكيل الهبة ولو وكله بالبيع ثم رهنه الموكل او آجره فسلحه فهو على
وكالته في ظاهر الرواية ولو وكله ان يوجر داره ثم آجره الموكل بنفسه ثم انفسخت
الاجارة يعود على وكالته - كذا في القنية وفي البزاية ولو وكله ببيع داره
ثم بنى فيها ، فهو رجوع عنها عند الامام ومحمد لا التخصيص بعني لا لو جصتها .
وكذا لو وكله ببيع ارض ثم غرس فيها بخلاف ما اذا وكله ببيع ارض وزرع
فيها فان الوكيل يبيع الارض دون الزرع لان البناء والغرس يقصد بها القرار لا
الزرع اه ما في البحر وتمامه فيه والله اعلم واستغفر الله العظيم .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الكتاب الثاني عشر في الصلح والابراء

« ويشتمل على مقدمة واربعة ابواب »

المقدمة

- في بيان الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالصلح والابراء -

المادة ١٥٣١ - الصلح هو عقد يرفع النزاع بالتراضي -

الصلح اسم للمصالحة وهو خلاف الخصومة واصله من الصلاح وهو استقامة الحال وفي الشريعة عبارة عن عقد يرفع النزاع . وركنه الايجاب القبول كما في الكنز وغيره قال في البحر وطلب الصلح كاف عن القبول من المدعى عليه ان كان المدعى به مما لا يتمين بالتميين وهو الدرهم والدنانير وان كان مما يتمين فلا بد من قبول المدعى عليه ومع ذلك بشرط له شرائط ذلك المقدم للمحقق به من بيع واجارة كما سيأتي . وحكمه في جانب المصالح عليه وقوع الملك فيه للمدعي سواء كان المدعي عليه مقراً او منكرأ وفي المصالح عنه وقوع الملك فيه للمدعى عليه ان كان مما يحتمل التملك كالمال وكان المدعى عليه مقراً به وان كان مما لا يحتمل التملك كالتقصص وقوع البرائة كما اذا كان منكرأ مطلقاً . وشروطه كون المصالح عليه معلوماً ان كان يحتاج الى قبضه والا لا تشترط معلومته فان من ادعى حقا في دار وادعى المدعى عليه قبله حقا في حانوته فنصالحا على ان يترك كل

وأحد منها دعواه قبل صاحبه ، نصح وان لم يبين كل منهما مقدار حقه ، لان جهالة الساقط لا تنفي الى المنازعة كقضية . وشرطه ايضاً كما في البحر ان يكون المصالح عنه حقاً يجوز الاعتياض عنه ولو غير مال كالقصاص معلوماً كان او مجهولاً لا مالا لا يجوز الاعتياض عنه حتى الشفعة وحد القذف والكفالة بالنفس . وجوازه ثبت بقوله تعالى والصلح خير عرفه بالالف واللام فيقضى ان كل صلح خير وكل خير مشروع وقوله عليه الصلاة والسلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الحديث وانمقد الاجماع على جوازه كذا في الكفاية

المادة ١٥٣٢ - * المصالح هو الذي عقد المصالح *

فيشمل كل واحد من المتصلحين

المادة ١٥٣٣ - * المصالح عليه هو بدل الصلح *

المادة ١٥٣٤ - * المصالح عنه هو الشيء المدعى به *

المادة ١٥٣٥ - * الصلح ثلاثة اقسام : القسم الاول الصلح عن الاقرار وهو الصلح الواقع على اقرار المدعى عليه . القسم الثاني الصلح عن الانكار وهو الصلح الواقع على انكار المدعى عليه . القسم الثالث الصلح عن السكوت وهو الصلح الواقع على سكوت المدعى عليه بان لا يقر ولا ينكر *

تقسيم الصلح الى الاقسام الثلاثة ضروري لان المدعى عليه عند دعوى المدعي
اما ان يجيب او لا فان اجاب فلا يخلو اما ان يقر او لا يقر وهو الانكار وان لم
يجب فهو السكوت وانما لم يتنوع السكوت لانه عبارة عن عدم الجواب . والعدم
لا يتنوع كقافية قال في الهداية وكل ذلك اي كل واحد من الاقسام الثلاثة
جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه الصلاة والسلام كل صلح جائز
فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقال الشافعي لا يجوز مع
انكار او سكوت اه . وتام بيان دليلنا ودليله مبسوط فيها وفي شروحا
واطلقت الجملة الاقرار فشمّل الاقرار حقيقة وهو ظاهر وحكما كطلب الصلح
والابراء عن المال او الحق كما في التكلفة وصيأتي في المادة ١٥٨٢ ثم ان وقع
الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال . وان
وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات والصلح عن السكوت والانكار في حق
المدعي معاوضة وفي حق المدعى عليه فداء يمين وقطع نزاع كما في عامة المتون
وصيأتي هذا موضحا في الباب الثالث ومتى صح الصلح ثبتت الاحكام المذكورة
في الباب الرابع الآتي

المادة ١٥٣٦ - * الابراء على قسمين الاول ابراء الاسقاط
والثاني ابراء الاستيفاء اما ابراء الاسقاط فهو ان يبرئ احد الآخر
باسقاط تمام حقه الذي هو عند الآخر او بمطمة مقدار منه عن ذمته وهو
الابراء المبحوث عنه في كتاب الصلح هذا واما ابراء الاستيفاء فهو
عبارة عن اعتراف احد بقبض واستيفاء حقه الذي هو في ذمة الآخر
وهو نوع من الاقرار *

وكل واحد من القسمين اذا وقع صحيحا يمنع المدعي من الدعوى فيما ابرأ
منه على ما باتي بيانه في الفصل الثاني من الباب الرابع . وذكر العلامة ابن

عابدين في رسالته المسماة اعلام الاعلام باحكام الاقرار العام ان كلاً من الاقرار والابراء يراد به قطع النزاع وفصل الخصومة فالمراد منها واحد ولذا عبروا بكل واحد منهما عن الآخر ، وان اختلفا مفهومهما اه . هذا وفي الاقروى عن مداينات الاشياء الايواء بعد قضاء الدين صحيح لان الساقط بعد القضاء المطالبة لا اصل الدين اي لان الدين تقضى بأمثالها لا باعيانها فيرجع المديون بما اداه اذا ابراء براءة اسقاط واذا ابراء براءة استيفاء فلا رجوع واختلفوا فيما اذا اطلقها كذا في الذخيرة وصرح به ابن وهبان اه

المادة ١٥٣٧ - * الابراء الخاص هو ابراء واحد آخر من دعوى متعلقة بخصوص ما كدعوى الطلب من دار او ضيعة او جهة اخرى *

قال الشرنبلالي في رسالته المسماة تنقيح الاحكام في حكم الابراء والاقرار الخاص والعام واما الخاص فاما ان يكون خاصاً بدين كقوله ابرأت زبدآ من دين كذا فيختص به او عاماً في كل دين كقوله ابرأت زبدآ مالي عليه فيبرأ عن كل دين ولا يبرأ عن العين . واما الخاص بالعين فان كان عنها فهو غير صحيح من جهة ان له الدعوى بها على المخاطب وغيره ، صحيح من جهة الابراء عن وصف الضمان للمخاطب . وان كان عن دعواها فهو صحيح سواء انشأ الابراء عن دعوى عين خاصة كقوله ابرأت زبدآ عن دعوى هذه العين او ععم انشاء الابراء عن دعوى كل عين كالاقرار بالابراء اه . يعني كما لو اخبر عن الابراء اخباراً بان قال هو برى عن دعوى كل عين وقوله صحيح من جهة الابراء عن وصف الضمان الخ يعني بان كانت العين مفصولة في يد المخاطب فانها بالابراء عنها تخرج عن كونها مضمونة وتصير في يده امانة وسيأتي لهذا زيادة تحقيق وبيان في الفصل الثاني من الباب الرابع فانتظر

المادة ١٥٣٨ - * الایراء العام هو ابراء واحد آخر من صائر

الدعاوی *
*

الایراء العام يكون على صیيل الاخبار قیبراً به عن كل عين ودين - كلاحق
او لا دعوى او لا خصومة لي قبل فلان او هو يری من حتی او لا دعوى لي علیه
او لا تملق لي علیه او لا استحق علیه شيئاً او ليس لي معه امر شرعي وتكون على
صیيل الانشاء كقولہ ابرأ أنك من حتی او عما لي قبلك . وحكمه كالاول بعني ببراء
به عن كل دين وعین على ما حققه الشرنبلاي واقره العلامة ابن عابدین . ثم انما
براء عن العین قضاء لا ديانة لان انشاء الایراء اسقاط والعین لا تقبل الاسقاط
ومعنى براءته عنها في القضاء ان الدعوى بها بعد الایراء لا نسمع وسبأني لهذا
زيادة تحقیق .

- الباب الاول -

« في بيان من يعقد الصلح والابراء »

المادة ١٥٣٩ - * يشترط ان يكون المصالح عاقلاً ولا يشترط ان يكون بالغاً فلا يصح صلح المجنون والمعتوه والصبي غير المميز اصلاً ويصح صلح الصبي المأذون ان لم يكن فيه ضرر بين كما اذا ادعى احد على الصبي المأذون شيئاً واقرب به يصلح صلحه عن اقرار وللصبي المأذون ان يعقد الصلح على تاجيل وامهال طلبه واذا صالح على مقدار من طلبه وكانت له بينة على تمامه لا يصح صلحه وان لم تكن له بينة وتحقق ان خصمه سيخلف يصح وان ادعى على آخر مالا فصالح على مقدار قيمته يصح ولكن اذا صالح على نقصان فاحش عن قيمة ذلك المال لا يصح *

وكذا لا يصح صلح النائم والمبرص والمدهوش والنمى عليه لاشتراكهم مع المجنون واخوته في انه ليس لهم قصد شرعي كما في الفصول . واما السكران فلا يدخل فيهم لانه مخاطب زجراً له وتشديداً عليه لثواب عقله مجرم ولذا قال في نية المفق صلح السكران جائزاه . كذا في التكملة وقوله ان لم يكن فيه ضرر بين صادق في ثلاث صور ان يكون نفعاً محضاً او لا نفع فيه ولا ضرر او فيه ضرر غير بين وخرج به صورة رابعة وهو ما كان فيه ضرر بين لصلحه فيها

غير جائز . فالعلامة الطحاوي فاذا ادعى الصبي المأذون على انسان دبتا وصالحه على بعض حقه فان لم يكن عليه بينة جاز الصلح اذ عند انعدامها لا حق له الا الخصومة والحلف والمال انفع منها . وان كانت البينة ، لم يجوز لان الحط تبرع وهو لا يملكه ومثال ما لا ضرر فيه ولا نفع صلحه عن عين بقدر قيمتها ومثال ما لا ضرر فيه بين ما اذا اخر الدين فانه يجوز لانه من اعمال التجارة اه

وظاهر قوله اذ عند انعدامها الخ ان تحقق حلف الخصم ليس بشرط لصحة الصلح بل يكفي فيه ظن ذلك تأمل . وانظر ما لو كان له بينة لكن خاف ان لا يقبلها القاضي وما سيأتي نقله عن كتاب جامع احكام الصغار في شرح المادة الآتية ليس فيه التقييد بتحقيق حلف الخصم وفيه التقييد بكون البينة عادلة فتأمل . ثم انظر ايضا ما لو علم انه لا يتمكن من الاثبات وحكم القاضي على الخصم ، حتى يصرف من ماله مقدار ما يفوته بالمصالحة او اكثر . ويظهر لي ان صلحه حينئذ يصح لان الضرر غير بين بل هذا الصلح والحالة هذه يقدم عليه اعقل الناس واحرصهم .

المادة ١٥٤٠ = * اذا صالح ولي الصبي عن دعواه يصح ان لم يكن فيه ضرر بين وان كان فيه ضرر . بين لا يصح بناء عليه لو ادعى احد على صبي كذا درهم وصالح ابوه على ان يعطي كذا درهم من مال الصبي يصح ان كان للمدعي بينة وان لم تكن له بينة لا يصح واذا كان للصبي طلب في ذمة آخر وصالحه ابوه بحط مقدار منه لا يصح صلحه ان كانت له بينة وان لم تكن له بينة وتحقق ان المديون سيخلف يصح ويصح صلح ولي الصبي على مقدار مال يساوي مقدار طلبه ولكن اذا وجد غبن فاحش لا يصح *

عبارة كتاب جامع احكام الصغار هكذا : واذا كان للصبي دار او عبد
فادعى رجل فيه دعوى فصالحه ابوه على شيء من مال الصغير فهذا على وجهين ان
كان للمدعي بيعة على دعواه وكان ما اعطاه الاب من مال الصبي مثل حق المدعي
او اكثر منه فقيمة مقدار ما يتخاين الناس فيه ، جاز لانه بمنزلة البيع ويجوز البيع بمقدار
القيمة او بزيادة قليلة يتخاين الناس فيها . ولو صالح على مال نفسه فحينئذ يصح قليلاً
كان او كثيراً . وان لم يكن للمدعي بيعة لا يجوز ان يصالح الا ان يصالح من
مال نفسه . ولو كان للصبي دين على رجل فصالحه الاب على مال قليل فان لم يكن
له بيعة والاخر منكر للدين جاز صلحه . وان كانت الدين ظاهراً بالبيعة او
بالاقرار فان صالحه على محاباة يتخاين الناس فيها ، جاز بمنزلة البيع وان حط مقدار
ما لا يتخاين الناس فيه ، لا يجوز وان كان الدين وجب بمعاودة الاب جاز صلحه
على نفسه وضمن للاب مقدار الدين عند الطرفين وقال ابو يوسف لا يجوز . والجد
والوصي في جميع ما ذكرنا كالأب اه

وفي كتاب آداب الاوصياء عن الولوالجية صلح الوصي على وجهين - اما ان
بصالح عن حق المبت على انسان او عن دعوى الغير على المبت ، ففي الوجه الاول
المسئلة على اربعة اوجه ان يكون للمبت بيعة او يكون من عليه الحق مقراً او يكون
القاضي قد قضى له بذلك او لم يكن له شيء من هذه الثلاثة ففي ما سوى الاخير
لا يجوز صلحه وفيه اي في الاخير يجوز . اما عدم الجواز في الاول فلان مبنى
الصلح على الاغماض والتجاوز بدون الحق فلا يكون خيراً للمبت فلا يجوز من
الوصي ، لان مبنى تصرفاته الخيرية وقد فقدت . واما الجواز في الثاني فلان فيه
تحصيل بعض الحق لليتيم في حال توى كله فلا شك في خيرته اه . وفي كل من
هذين الكتابين اطلق جواز الصالح اذا لم تكن بيعة على مدهون الصبي ولم يقيد
بان تحقق الوصي ان المدهون سيخلف ثمنه وحرر .

وفي فتاوى علي افندي عن حاوي الزاهدي ادعى على رجل الف الف لليتيم ولا
بيعة له فصالح بخساية عن انكار ثم وجد بيعة عادلة فله ان يقبها - وكذا الصبي
اذا وجد بيعة بمد البلوغ اه

المادة ١٥٤١ = لا يصح ابراء الصبي والمجنون والمعتوه
مطلقاً *

سواء كان ابرأ امتينفاً او ابرأ اسقاط لان الاول اقرار واقرارم غير
صحيح والثاني تبرع وم ليس من اهل التبرع وليست هذه المادة مكررة مع المادة
١٥٣٩ لان تلك في صاح المجنون واخوته وهذه في ابرائهم .

المادة ١٥٤٢ = * الوكالة بالخصومة لا تستلزم الوكالة بالصلح بناء
عليه اذا وكل احد آخر بدعواه وصالح الوكيل عن تلك الدعوى
بلا اذن لا يصح صلحه *

وكذا الوكيل بتفاضي الدين لا يملك الصلح اجماعاً كما ان الوكيل بالصالح لا
يملك الخصومة كما في التنوير وقدمناه في كتاب الوكالة

المادة ١٥٤٣ - * اذا وكل احد آخر على ان يصالح عن دعواه
وصالح الوكيل بالوكالة يلزم المصالح عليه للموكل ولا يواخذ الوكيل
بذلك ولا يطالب به الا ان يكون الوكيل قد ضمن المصالح عليه فعلى
هذا الحال يواخذ الوكيل بحسب كفائه وايضاً لو صالح الوكيل عن
اقرار بمال عن مال واطاف الصلح الى نفسه فينشد يواخذ الوكيل
بمعني يواخذ بدل الصلح منه وهو يرجع على الموكل مثلاً لو صالح
الوكيل بالوكالة على كذا دراهم يلزم الموكل اعطاء ذلك المبلغ ولا

يكون الوكيل مطالباً به لكن لو قال صالح على كذا وانا كفيل به
بوخذ ذلك المال منه وهو يرجع على موكله وايضاً لو وقع الصلح عن
اقرار بمال عن مال بان كان قد عقد الوكيل الصلح بقوله للمدعي صالحني
عن دعوى فلان بكذا بوخذ بدل الصلح منه لانه في حكم البيع
وهو يرجع على الموكل *

حاصل المسئلة ان الوكيل بالصلح من طرف المدعى عليه ان صالح صلحاً لا
يمكن حمله على المعاوضة بان كان اسقاطاً محضاً - كما اذا صالح عن دم العمدة او
عن جنابة العمدة فيما دون النفس ، او عن بعض ما يدعى عليه من الدين ، فلا
يكون هو اي الوكيل مطالباً بالمال المصالح عليه يعني بدل الصلح لانه حينئذ
سفير محض فلا تعلق به الحقوق - الا ان يضمنه فيكون حينئذ موأخذاً بعقد
الضمان لا بعقد الصلح . ولا فرق في هذا بين ان يكون الصلح عن اقرار او انكار
او سكوت وان كان الصلح مما يحمل على المعاوضة كالصلح عن مال بمال كأن
صالح عن دعوى عليه في دار بعد او بكذا دراهم فان كان الصلح عن انكار
او سكوت فكذلك الحكم يعني لا يطالب الموكل ببديل الصلح ما لم يضمنه لان
الصلح في المعاوضات اذا كان عن انكار يكون معاوضة باسقاط الحق فكانت
كالاسقاط المحض . وان كان عن اقرار فالبديل يطالب به الوكيل لان الصلح
حينئذ يكون بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون هو المطالب
ببديل الصلح

فحصل من هذا انه ان الوكيل بالصلح لا يلزمه بدل الصلح الا في

صورتين .

الاولى ان يضمنه بان يقول صالحك على اني ضامن او كفيل ببديل الصلح
والثانية ان يكون الصلح عن مال ليس يدين وهو عن اقرار ففي هاتين الصورتين
يلزمه المال ومتى دفعه من ماله كان له الرجوع به على موكله وان لم يأمره بالكفالة

او بالدفع لان التوكيل بعقد الصلح امر بالاداء عنه ليعيد الامر فابذنه اذ الصلح جاز بغير امره فكان فائدة امره الرجوع عليه اذا ضمن هذا ملخص ما في الهداية وشروخها والكنز وشروحه وذكر في حاشية الزبلي معزياً للافتقاني ان الوكيل اذا اضاف عقد الصلح الى نفسه بان قال صالحني ، او اضاف البديل الى مال نفسه بان قال صالحتك على مائة درهم من مالي او على عبدي هذا كان كما اذا ضمنه لانه ان اضاف العقد الى نفسه فقد جعل نفسه اصلاً في العقد وكذا اذا اضاف الى مال نفسه وانتمز المال فقد جعل نفسه اصلاً وانه يصلح اصلاً في هذا العقد ثم يرجع بما ضمن على الامر لانه بمنزلة الوكيل بالشراء او بمنزلة الوكيل بالخلع وهذا بخلاف ما اذا اضاف الصلح الى غيره بان قال صالح فلاناً فانه يكون سفيراً ولا عهدة على السفير . وكذلك ان قال صالحتك ولم يذكر فلاناً فهو بمنزلة الاضافة الى فلان لان الصلح لقطع الخصومة . والخصومة بين المصالح وبين فلان فصار هذا والاضافة الى فلان سواء اهل مخلصاً

وهذا اي كون المال على الموكل ، او كون الوكيل له الرجوع به عليه اذا اطلق الموكل الوكالة وفوضها لراي الوكيل او قيدها والوكيل لم يخالف والا فلا يلزم الموكل بدل الصلح . قال في الهندية لو وكله ان يصلح بالف درهم ويضمن المال فصالح بالفين او بمائة دينار وتقدمه من ماله او صالح على شيء من العروض او المكيل او الموزون من عنده فالصلح جاز ولا يرجع على الموكل بشيء . ولو صالحه على اقل من الف درهم وضمنه جاز على الموكل اي لانه مخالفة الى خير . وكلما خالف الوكيل في جنس ما امره بالصلح عليه او وصفه جاز على الوكيل دون الموكل اه . وقامه فيها من الباب السابع في التوكيل بالخصومة من كتاب الوكالة

المادة ١٥٤٤ - * اذا صالح احد وهو فضولي يعني بلا امره عن دعوى واقعة بين شخصين فان كان ضمن بديل الصلح او اضاف بديل الصلح الى ماله بقوله على مالي الفلاني او اشار الى التقود او العروض

الموجودة بقوله على هذا المبلغ او هذه الساعة ار اطلق بقوله صالحت
على كذا ولم يكن ضامناً ولا مضيفاً الى ماله ولا مشيراً الى شيء ، وسلم
المبلغ ، يصح الصلح بهذه الصور الاربع ويكون المصالح متبرعاً واذا
لم يسلم بدل الصلح في الصورة الرابعة يكون موقفاً على اجازة المدعي
عليه فان اجاز يصح الصلح ويلزمه البدل وان لم يجز يبطل وتبقى
الدعوى على حاتها *

حاصله ان الصور خمس اربع يتم فيها الصلح ويكون الفضولي المصالح متبرعاً وواحدة
وهي الاخيرة منها لا يتم الصلح بل يتوقف على اجازة المدعي عليه . وذكر في الخاتمة
وشروح الهداية صورة اخرى يصح فيها الصلح ويكون الفضولي متبرعاً وهي ما اذا
اضاف العقد الى نفسه بان قال صالحني عن دعواك على فلان على الف قالوا لانه
اذا اضاف عقد الصلح الى نفسه بقوله صالحني نفذ العقد عليه فكان ملتزماً للمال
بتقابلة اسقاط ليمين عن المدعي عليه فيصح الصلح ويكون الفضولي متبرعاً وعليه
تكون الصور ستة ، لان الفضولي عند الصلح اما ان يقرن بذكر المال ضمان
نفسه ، او لا . والاول هو الصورة الاولى . والثاني اما ان يضيف بدل الصلح الى مال
نفسه ، او لا . والاول هو الصورة الثانية والثاني اما ان يضيف عقد الصلح الى نفسه
بان يقول صالحني عن دعواك على فلان على الف ، او لا . والاول هو الصورة الثالثة .
والثاني اما ان يشير الى مال موجود كصالحتك على هذا الالف او على هذا العبد ،
او لا . والاول هو الصورة الرابعة . والثاني اما ان يسلمه البدل او لا . والاول هو الصورة
الخامسة . والثاني هو الصورة السادسة وهو ان يقول صالح فلاناً عن دعواك عليه
على الف ولم يضمنها ولم يقل صالحني ولم يقل من مالي ولم بشر اليها ولم يسلمها
للمدعي ففي الخمس الاولى يتم الصلح ويكون الفضولي المصالح متبرعاً وفي الاخيرة
يتوقف على اجازة المدعي عليه فان اجازه ، جاز ولزمه بدل الصلح لان الاجازة
بمنزلة ابتداء التوكيل والحكم في التوكيل كذلك كما تقدم في المادة السابقة وشرحها

وان لم يجز يبطل الصلح لانه لم يوجب المال والمدعى به لا يسقط
وانما كان الحكم كما ذكرنا لانه لم يحصل للمدعي عليه الا البرائة عن المال
المدعى به ان كان مقرراً او عن الخصومة فيه ان كان منكرراً والمدعى بنفرد بهذا
الايراء غير انه لم يرض بسقوط حقه مجاناً فاذا سلم له العوض من جهة المتبرع صح
ولزم لتمام رضاه والا توقف على اجازة المدعى عليه . وسلامة العوض تكون بالضمان
لانه ان لم يلزمه بالمقد لكونه سفيراً فيه ، لزمه بالضمان لولا بته على نفسه . وكذا
بالاضافة الى مال نفسه كقوله صالحتك على النبي او الف من مالي او على عبدي
او اضاف الصلح الى نفسه كقوله صالحني على دعواك على فلان على الف لان
اضافه المال او العقد الى نفسه التزام منه للتسليم الى المدعي وهو قادر على ذلك
فوجب عليه تسليمه - وكذا بالعرف المشار اليه كصالحتك على هذا الالف او هذا
العبد ، لانه كما اضاف الى مال نفسه من حيث انه تمين للتسليم بشرطه فيتم به
الصلح . وكذا بتسليم العوض اليه لانه بتسليم العوض حقيقة تم رضاه فصار فوق
الضمان ، والاضافة الى نفسه فاذا حصل له العوض في هذه المواضع الخمسة ، تم رضاه
ويرى المدعى عليه من الدعوى ولا يكون لهذا الفضولي المصالح شيء من المدعى
به يعني لا بصير الدين المدعى به ملكاً للمصالح وان كان المدعى عليه مقرراً وانما
يكون ذلك للذي بيده يعني في ذمته لان تصحيح الصلح بطريق الاسقاط كما
سرا لا بطريق المبادلة فاذا سقط لم يبق شيء . فاي شيء يثبت له بعد ذلك
ولا فرق في هذا اي في ان المصالح لا يملك الدين المدعى به بين ما اذا كان
الخصم مقرراً او منكرراً . اما اذا كان منكرراً ، فظاهر لان في زعمه ان لا شيء
عليه وزعم المدعي لا يمدى اليه . واما اذا كان مقرراً فالمصالح كان ينبغي ان يصير
المصالح مشترباً ما في ذمته بما ادى الا ان شراء الدين من غير من عليه الدين
لا يجوز

وهذا بخلاف ما اذا كان المدعى به عيناً والمدعى عليه مقرراً فان المصالح بصير
مشترباً لنفسه حيث كان بغير امره لان شراء الشيء من مالكه صحيح وان كان
في يد غيره . ولو استحق بدل الصلح في الوجوه التي تقدمت او وجده المدعى زبوقاً
او متوقفة لم يرجع على الفضولي المصالح بشيء ، لانه متبرع التزم تسليم شيء معين

ولم يلتزم الايفاء من غيره فلا يلزمه شيء آخر لم يلتزمه اذ ليس على المحسنين من سبيل - ولكن يرجع بالدعوى لانه لم يرض بتك حقه محاماً الا في صورة الضمان فانه يرجع على المصالح لانه التزمه بالضمان فصار ديناً في ذمته ولهذا لو امتنع من التسليم يجبر عليه بخلاف غيرها من الصور هذا ملخص ما في العناية والزيلي وشروح الهداية .

- الباب الثاني -

✽ في بيان بعض احوال المصالح عليه والمصالح عنه ✽

« وبعض شروطها »

المادة ١٥٤٥ - ✽ ان كان المصالح عليه عيناً فهو في حكم المبيع وان كان ديناً فهو في حكم الثمن فالشيء الذي يصلح ان يكون مبيعاً او ثمناً في البيع يصلح لان يكون بدلاً في الصلح ايضاً ✽

ولهذا قالوا ان وقع الصالح عن مال بمال وكان عن اقرار يكون بيعاً وتجري فيه احكام البيع كما سيأتي . وهذه المادة مذكورة بلفظها قبيل الفصل الثاني في الصلح في الدين من الهندية معزوة للمحيط وذكر في التكملة عن الزيلي انه ينظر ان وقع على خلاف جنس المدعى فهو بيع وشراء ان كان عن اقرار . وان وقع على جنسه فان كان باقل من المدعى فهو حظ وايواء يعني لما زاد عن البدل وان كان يثله فهو قبض واستيفاء وان كان باكثر منه فهو اي الزايد فضل ورباً اه ثم ان هذه المادة اصل وما بعدها من المواد مفرع عليها

المادة ١٥٤٦ - يشترط ان يكون المصالح عليه مال
المصالح وملكه وبناءً عليه لو اعطى المصالح مال غيره لبيكون بدل
الصلح لا يصح صلحه *

ولهذا لو استحق المصالح عليه بطل الصلح كما تقدم في شرح المادة ١٥٤٤ وبأني
في المادة ١٥٥٠ اما لو كان البدل مضموناً على المصالح ثم بعد ان صالح ضمن
فيمنه لملكه كان الصلح ماضياً على الصحة كما هو ظاهر

المادة ١٥٤٧ - يلزم ان يكون المصالح عليه والمصالح عنه
معلومين ان كانا محتاجين الى القبض والتسليم والا فلا مثلاً لو ادعى
احد من الدار التي هي في يد الآخر حقاً وادعى هذا من الروضة التي
هي في يد ذلك حقاً وتصالها على ان يترك كلاهما دعواهما من دون
ان يعينا مدعاها بصح كذلك لو ادعى احد من الدار التي هي في يد
الآخر حقاً وصلحه على بدل معلوم ليرتك الدعوى بصح ولكن
لو تصالها على ان يعطي المدعي للمدعى عليه بدلاً وان يسلم هذا
حقه لذلك لا يصح *

عبارة المدابة وبفسده اي الصلح جهالة البدل لانها هي المنفعة الى المنازعة
دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط اهـ . وهكذا عبارات المتون كالكتر والمكتفي
والتتوير وغيرها وكانها مبنية على ما هو الغالب من ان المدعي هو الذي يأخذ
البدل لاسقاط دعواه عن المدعى عليه فيشترط ان يكون البدل معلوماً ، لانه

يحتاج الى قبضه وتسليمه . وجهاله تمنع من ذلك بخلاف جهالة المصالح عنه لانه لا يحتاج فيه الى القبض . وهذا التعليل يقتضي انه لو وقع الصلح في صورة يحتاج فيها الى قبض المصالح عنه يعني المدعي به اشترط فيه علم المدعي به وعن هذا قال في المناهية في شرح قول الهداية السابق مانعه . وهذا ليس على اطلاقه بل فيه تفصيل احتجنا الى ذكره وهو ان الصلح باعتبار بدليه على اربعة اوجه - اما ان يكون عن معلوم على معلوم وهو جاز لا محالة ، واما ان يكون عن مجهول على مجهول فان لم يحتاج فيه الى التسليم والتسلم مثل ان يدعي حقا في دار رجل وادعي المدعي عليه حقا في ارض بيد المدعي واصطالحا على ترك الدعوى جاز ، وان احتج اليه بان اصطالحا على ان يدفع احدها مالا ولم يبينه على ان يترك الاخر دعواه او على ان يسلم اليه ما ادعاه لم يميز - واما ان يكون عن مجهول على معلوم وقد احتج فيه الى التسليم - كما لو ادعي حقا في داره يد رجل ولم يسمه فاصطالحا على ان يمطبه المدعي مالا مطوما ليسلم المدعي عليه الى المدعي ما ادعاه وهو لا يجوز . وان لم يحتاج فيه الى التسليم كما اذا اصطالحا في هذه الصورة على ان يترك المدعي دعواه ، جاز . واما ان يكون عن معلوم على مجهول وقد احتج فيه الى التسليم لا يجوز وان لم يحتاج اليه جاز . والاصل في ذلك كانه ان الجهالة المفضية الى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم ، هي المفسدة فالا يجب فيه التسليم والتسلم ، جاز اي لان الصلح حينئذ يكون اسقاطا وجهالة الساقط لا تنفي الى المنازعة وما وجبا فيه لم يميز من الجهالة لان القدرة على تسليم البديل شرط لكونه في معنى البيع اه ولهذا صرح المتون باشتراط القدرة على تسليم بدل الصلح - فاستفيد منها انه لا يصح الصلح على عبده الا بق وطيره في الهواء ، وسمكه في الماء ، وجذعه في السقف ، وذراع من ثوبه الذي نضره القسمة ، وحمل جاريته او فرسه كما افاده في التكلفة

هذا وقد بين في جامع الفصولين كيفية كون البديل المصالح عليه معلوما او مجهولا فقال في الفصل الثلاثين منه : الصلح على مال لا يخلو من خمسة اوجه - وجه يحتاج الى ذكر القدر فقط ، ووجه يحتاج الى ذكر القدر والصفة ، ووجه الى قدر وصفة ومكان تسليم ، ووجه الى صفة واجل ، ووجه الى اشارة وتعيين

اولها : صلح على دراهم او دنانير او فلوس اذ التعامل يفتي عن بيان الصفة
يقم على نقد غلب في البلد .

ثانيها : صلح على نبر او وزني او كيلي مما لا حمل له ولا مونة فيحتاج الى
قدر وصفة اذ هذه الاشياء لها ثلاثة اوصاف جيد ووسط وورديء وليس بعضها
باغلب من بعض عند الناس فلا بد من بيان .

وثالثها : صلح على كيلي او وزني مما له حمل ومونة فيحتاج الى قدر وصفة
وكذا الى مكان تسليمه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى كما في السلم .

ورابعها : صلح على ثوب فلا بد من بيان ذرع وصفة واجل اذ الثوب لم
يكن دبتا الا في السلم وهو عرف موجدلا وليس هذا ككيلي ووزني اذ يجوز فيه
السلم والقرض فلو بين الاجل يرد حكمه الى السلم ولو لم يبين فالى القرض - واما
الثوب دبتا في الذمة فليس له الا السلم فلا يرد الا اليه .

وخامسها : صلح على حيوان ولا يجوز الا بعينه اذ الصلح من التجارة والحيوان
لا يصلح دبتا في التجارة اه .

- الباب الثالث -

« في المصالح عنه وبشتمل على فصلين »

- الفصل الاول -

❖ في الصلح عن الاعيان ❖

المادة ١٥٤٨ - ❖ ان وقع الصلح عن الاقرار على مال معين

عن دعوى مال معين فهو في حكم البيع ❖

لما كان الاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه كما صرحوا به بينت

هذه المادة وما بعدها من مواد هذا الفصل تبعاً للقدوري وعمامة التوث ضابطة يعرف بها انه على اي عقد يحمل افاده في تكملة الفتح . ثم قال وكون الصلح عن اقرار في معنى البيع اذا وقع عن مال على مال ، انما هو اذا وقع على خلاف جنس المدعى - واما فيما اذا وقع على جنسه - فان كان باقل من المدعى فهو حطوا براء ، وان كان بمثله فهو قبض واستيفاء ، وان كان باكثر منه فهو فضل وربما صرح به في التبيين وغيره اه . وقد مننا هذا في شرح المادة ١٥٤٥ عن الزبلي وذكر في البحران الصلح ان وقع عن مال على مال اعتبر بيعاً ان كان على خلاف الجنس الا في مستثنين .

الاولى اذا صالح عن الدين على عبد والمدعى عليه مفر بالدين وقبض العبد ليس له المراجعة من غير بيان

الثانية اذا تصادقا على ان لا دين بطل الصلح كما لو استوفى عين حقه ثم تصادقا ان لا دين ولو كان بيعاً وتصادقا على ان لا دين لا يبطل البيع اه

✽ فكما يجري فيه خيار العيب والروية والشرط كذلك تجري فيه الشفعة ايضاً ان كان المصالح عليه او المصالح عنه عقاراً ✽

اما خيار العيب فكما اذا كان البطل عبداً فوجد المدعي فيه عيباً ، فله ان يردّه بيسير العيب وفاحشه . ولو كان الصلح عن انكار فلا يردّه الا بفاحشه . واما خيار الروية فاذا كان المدعي لم ير البطل حين العقد فله رده اذا رآه كما هو حكم البيع وكذلك يرد المصالح عنه ان كان لم يره . واما خيار الشرط فكان يتصالحا على شيء ، فيشترط احدهما الخبر لنفسه مدة معينة افاده في تكملة رد المختار . ونقل عن المنبع ان الصلح يبطل بالرد باحد هذه الخيارات الثلاثة اه

اقول قوله وكذلك يرد المصالح عنه ان كان لم يره : فيه وقفة لان الصلح اذا كان عن اقرار كما هو فرض المسئلة . وقد دفع المدعي مالا للمدعي عليه ليستلم ملكه دفعا للمخاصمة فكيف يرد ملك نفسه بخيار روية او عيب فامعن النظر . ثم ان قوله في هذه المادة ان كان المصالح عليه او المصالح عنه عقاراً او العاطفة فيه

لمن الخلو لا لمنع الجمع فنثبت الشفعة في كل منها لو كان كل منها عقاراً لان
الصلح اذا كان عن اقرار يكون بيعاً في حق كل منها - بخلاف ما اذا كان
عن انكار او سكوت كما سيأتي في المادة ١٥٥٠ فان الشفعة انما تجري في العقار
المصالح عليه لا في المصالح عنه وهذا اذا اصطالحا على ان يأخذ المدعي الدار الاخرى
وتبقى الدار المدعى بها في يد المدعى عليه - اما لو اصطالحا على ان يأخذ المدعي
الدار المدعى بها ويعطيه داراً اخرى فان كان الصلح عن انكار يجب في كل واحدة
من الدارين الشفعة بقيمة الدار الاخرى ، لان الصلح اذا كان عن انكار ،
كانت هذه ببدالة دار بدار وان كان الصلح عن اقرار فلا يصح الصلح ولا تجب
الشفعة فيها جميعاً لان الدارين جميعاً ملك للمدعي - كذا في حاشية الشلبي

عن شرح الطحاوي اه

اقول فاقله في تكلة رد المختار عن القهستاني واستشكله من قوله ويلزم الشفيع
مثل بدل الآخر لو مثلياً وقيته لو قيمياً غير عقار حتى لو كان البدلان عقاراً لا
شفعة في واحد منها اه ، محمول على ما اذا كان الصلح عن اقرار والمدعى دفع
داراً للمدعى عليه المقر واستلم الدار المدعى بها فيوافق ما في شرح الطحاوي .

❖ ولو استحق كل المصالح عنه او بعضه يسترد هذا المقدار
من بدل الصلح كلاً او بعضاً ولو استحق بدل الصلح كله او بعضه
يطالب المدعي من المدعى عليه ذلك المقدار من المصالح عنه كلاً او
بعضاً مثلاً لو ادعى احد على آخر داراً ونصالحها على ان يعطيه كذا
دراهم مع ان المدعى عليه اقر بكون الدار له بكون كان المدعي باع
تلك الدار للمدعى عليه ويجري في هذا احكام البيع ❖

لان الصلح لكونه عن اقرار مما وضة مطلقه كالبيع وحكم الاستحقاق في
البيع ، هذا عناية فكل واحد من المصالح عنه والمصالح عليه عوض عن الآخر
فايها استحق عليه ما اخذه رجع على الآخر بما دفع ان كلاً فبالكل وان بعضاً
فبالبعض بمحضه لانه حكم الماوضة زبلي - لكن الرجوع بكل المصالح عنه او

بعضه اذا استحق المصالح عليه بعني البديل ليس على اطلاقه بل هو مقيد بما اذا كان بدل الصلح عيناً ولم يميز المستحق الصلح كما في الكفاية قال فلو اجاز سلم العين للمدعي ورجع المستحق بقيمته على المدعي عليه ، ان كان من ذوات القيم . وان كان بدل الصلح ديناً كالدرام والدنانير والمكيل والموزون بغير اعيانها او ثياب موصوفة موجهة ، لا يبطل الصلح بالاستحقاق ولكنه يرجع بمثله لانه بالاستحقاق يبطل الاستيفاء فصار كأنه لم يستوف بعد كذا في شرح الطحاوي اهـ . وذكر في البحر انه اذا ادعى عليه الفاء فصالحه على مائة وقبضها ثم استحققت فانه يرجع عليه بمائة سواء كان الصلح بعد الاقرار او قبله كما لو وجدها ستوقه او نهبه رجة - بخلاف ما اذا كان من غير الجنس كالدينانير هنا اذا استحققت بعد الاقتراق فان الصلح يبطل وان كان قبله رجوع بمثلها ولا يبطل الصلح كالفلوس اهـ

هذا وكتب في رد المحتار عند قول صاحب التنوير هنا لانه اي الصلح عن اقرار معاوضة ، بمثلها ونصه : مفتضى المعاوضة انه اذا استحق الثمن فان مثلياً رجوع بمثله او قيمياً بقيمته ولا يفسد المقدم فالصلح يجري على هذا اهـ . اي على ان استحقاق البديل لا يوجب بطلان الصلح بل الرجوع بمثل البديل ان مثلياً وبقيمته ان قيمياً اهـ .

وقد علمت ان هذا مخالف لظاهر عامة المثون والشروح . ويمكن دفع البحث المذكور بان بدل الصلح لا يتعين ان يكون بمنزلة الثمن في البيع الا اذا كان مما يثبت في الذمة كالدرام والدنانير - وكذا المكيل والموزون بغير اعيانها ومثلها ثياب موصوفة موجهة اعتباراً بمقد السلم والا فكل من بدل الصلح والمصالح عنه ثمن ومبيع باعتبارين وبطلان الصلح باعتبار كونه مبيعاً . وهذا بخلاف استحقاق الثمن في البيع فانه يتمين بدخول الباء عليه فلا فرق بين ان قيمياً او مما يثبت في الذمة . وعبارة الكفاية المارة آنفاً تشير الى ذلك فتدبر .

✽ فروع ✽

رجل ادعى نصف دار في يد انسان فصالحه الذي في يده الدار على درام مائة ودفع الدرهم اليه . ثم استحق نصف الدار فهل يرجع المدعي عليه على المدعي

شيء من بدل الصلح فهو على وجهين - اما ان كان المدعي بدعي نصف الدار شائماً او بدعي نصفاً معيناً فان ادعى نصفاً شائماً فهو على وجوه ثلاثة - اما ان قال المدعي النصف لي والنصف للمدعى عليه او يقول النصف لي ولا ادري النصف الآخر لمن هو او قال النصف لي والنصف الآخر لفلان غير المدعى عليه فان قال النصف لي والنصف الآخر للمدعى عليه فصالحه المدعى عليه على الدرام ثم استحق نصف الدار يرجع المدعى عليه على المدعي بنصف البدل ولو قال النصف لي ولا ادري النصف الآخر لمن هو، او قال النصف لي وسكت ثم استحق نصف الدار شائماً لا يرجع المدعى عليه على المدعي بشيء من البدل لانه ما اقر بالنصف الآخر للمدعى عليه فلا يرجع بشيء كما لو ادعى حقاً في دار فصالحه المدعى عليه على شيء ثم استحق شيء من الدار فان المدعى عليه لا يرجع بشيء . وان قال المدعي النصف لي والنصف لفلان آخر غير المدعى عليه ثم صالحه المدعى عليه فاستحق نصف الدار لا يرجع المدعى عليه على المدعي بشيء من البدل ، لان قوله النصف الآخر لفلان باطل لانه اقرار بما في بد الغير فلا يصح اقراره فيصير كأنه قال النصف لي وسكت . وان كان المدعي ادعى نصفاً معيناً فصالحه المدعى عليه ثم استحق النصف الذي كان يدعيه المدعي رجع المدعى عليه بجميع البدل على المدعي . وان استحق النصف الآخر ، لا يرجع بشيء وان استحق نصف شايح من الدار رجع المدعى عليه بنصف البدل على المدعي اعتباراً ببعض الكل اهـ خانية

المادة ١٥٤٩ - * ان وقع الصلح عن الاقرار على المنفعة في دعوى المال فهو في حكم الاجارة ويجري احكام الاجارة مثلاً لو صالح احد آخر عن دعوى روضته على ان يسكن مدة كذا في داره بكون قد استأجرتلك الدار في مقابلة الروضة تلك المدة *

بفني ان الصلح عن اقرار ان وقع عن مال بمنفعة يكون اجارة لما تقدم من ان الصلح يجعل على ائبه عقده اذ العبرة للمعاني فوجب حمله على الاجارة هنا لوجود معناها فيه وهو تملك المنافع بعوض زهلي . لكل منفعة يجوز استحقاقها بعد الاجارة ، يجوز استحقاقها بعد الصلح ، وما لا فلا . حتى انه لو صالح على سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة ، جاز . وان قال ابدأ او حتى يموت لا يجوز وكذلك ان صالح على ان يزرع ارضاً له بعينها سنين مساة ، يجوز وبدون بيان المدة لا يجوز كما في الاجارة كفاية

والحاصل انه يشترط التوقيت فيما يحتاج اليه كخدمة العبد وسكنى الدار بخلاف صبغ الثوب ونحوه مما تعلم المنفعة فيه بالتسمية او بالاشارة كقفل هذا الطعام الى كذا فالمدار على العلم بالمنفعة كما تقدم في الاجارة وانه يبطل بموت احد المتصلحين ان عقد المنفعة لنفسه وكذا نفوات المحل قبل الاستيفاء ولو كان بعد استيفاء يلغى ، يبطل فيما بقي ويرجع بالمدعى بقدره افاده في البحر . ثم قال وانما يعتبر اجارة اذا وقع على خلاف المدعى به فان ادعى داراً فصالحه على سكنها شهرآ فهو استيفاء لبعض حقه لا اجارة ولهذا تصح اجارته للمدعى عليه اه

ثم ان اعتبار الصلح عن مال على منفعة بالاجارة على الاطلاق ، قول محمد رحمه الله تعالى وعند ابي يوسف ليس الصلح كالاجارة من كل وجه حتى لو ادعى داراً ثم صالح عنها على سكنى دار ، او خدمة عبد سنة او ركوب هذه الدابة الى بغداد او ليس هذا الثوب شهرآ ثم ملك المدعى او المدعى عليه او محل المنفعة قبل الاستيفاء ، يبطل الصلح قياساً على قول محمد رحمه الله تعالى فيعود على رأس الدعوى وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى ان مات المدعى عليه لا يبطل الصلح والمدعى يستوفيه وان مات المدعى فكذلك في خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه ويبطل في ركوب الدابة وليس الثوب لان الصلح لتقطع المنازعة وفي ابطال الصلح بموت احدها اعادة المنازعة بينها والناس يتفاوتون في الركوب واللبس فلا يقوم الوارث فيه . مقام المورث للضرر الذي ياهق المالك فيبطل ضرورة كذا في الكفاية . والذي يقتضيه اطلاق المتوفى هو قول محمد .

بقي انه لم يذكر في هذه المادة ما اذا وقع عن منفعة بمال او بمنفعة والمذكور في الدر وحواشيه انه مثل الاول يعني حكمه كالاجارة ايضاً الا ان بينها فرقاً من حيث ان المصالح عنه اذا كان مالا كما هو موضوع هذه المادة فانما يكون الصلح معتبراً بالاجارة اذا وقع عن اقرار . اما اذا وقع عن انكار او سكوت ، فلا لانه حينئذ يكون فداء عن اليقين او قطعاً للخصومة فلا يكون مبادلة في حق المدعي عليه بخلاف ما اذا كان المصالح عنه منفعة فانه يكون معتبراً بالاجارة مطلقاً سواء وقع عن اقرار او انكار او سكوت صرح بهذا في العناية والكفاية وتكلمة رد المختار وغيرها . ولهذا لما كان موضوع هذه المادة في الصلح عن اقرار لم يذكر فيها ما اذا كان المصالح عنه منفعة بما اذا ادعى في دارسكنى سنة وصية من رب الدار فنجده الوارث او اقر به فصالحه الوارث على مال او على منفعة كخدمة عبد المدعي عليه سنة او ركوب دابته الى بغداد ، فانه يجوز لانه جاز اخذ العوض عنها بالاجارة فكذا بالصلح اه . واستشكل هذا التعليل بان المصالح عنه اذا كان منفعة كيف يكون حكمه كالاجارة واستشجار المالك منفعة ملكه باطل واجاب عنه في تكلمة فتح القدير بما ملخصه ان الوصي له بالسكنى مثلاً وان لم يقدر على تمليك المنفعة الموصى بها حقيقة - الا انه يقدر على تمليكها حكماً من حيث انه يقدر على اسقاطها بيدل لان السكنى الموصى بها حق معتبر بوازي الملك فاحتمل التقوم اه .

ثم انما يجوز الصلح عن منفعة بمنفعة اذا كانت المنفعتان مختلفتي الجنس وان كانتا منفتحين بان يصلح عن السكنى على السكنى او عن الزراعة على الزراعة فلا يجوز استشجار المنفعة بجنسها فكذا الصلح . وعند اختلاف الجنس يجوز استشجارها بالمنفعة فكذا الصلح - كذا في التبيين ومثله في الجهر وجمع الانهر وغيرها . ونقل مثله في تكلمة فتح القدير عن البدائع - لكن نقل قبل هذا عن الاصيلجاني في شرح الكافي - وكذا عن التمام - اية عن المغني ما يدل على جواز الصلح عن المنفعة وان اتحد جنس المنفتحين حيث جوتاً مصالحة الوارث عن خدمة عبد على خدمة عبد آخر . ثم قال : هو مخالف لما ذكر في كثير من الكتب المتبررة لان المصريح به في كثير من المعبرات عدم جواز الصلح عند اتحاد جنس المنفعة

تقديره ملخصاً .

القول : لعلهم اعتبروا الخدمة اجناساً فخدمة هذا العبد جنس وخدمة عبد آخر جنس آخر . فان ما يقدر عليه احدهما من انواع الخدمة قد لا يقدر عليه الآخر وهذا بخلاف السكنى وركوب الدابة ونحوها وبه يحصل التوفيق بين كلامهم تقدير - لكن بمكر على ما قلنا ما نقله في تكملة رد المحتار عن القهستاني من انه لو اوصى بسكنى دار لرجل ثم مات فادعى الموصى له السكنى فصالح الوارث عن هذه السكنى على سكنى دار اخرى او دراهم مساة انه يجوز اه - لكن ذكر في اوائل الدر ان القهستاني لا يتابع على ما بذكره مخالفاً لغيره لكونه مجهولاً والله اعلم .

المادة ١٥٥٠ - (الصلح عن الانكار او السكوت هو في حق المدعي معاوضة وفي حق المدعى عليه خلاص من اليمين وقطم للمنازعة فتجري الشفعة في العقار المصالح عليه ولا تجري في العقار المصالح عنه ولو استحق كل المصالح عنه او بعضه يرد المدعي الى المدعى عليه هذا المقدار من بدل الصلح كلاً او بعضاً وبياصر الخصومة بالسحق ان شاء ولو استحق بدل الصلح كلاً او بعضاً يرجع المدعي بذلك المقدار الى دعواه)

انما كان الصلح عن الانكار او السكوت معاوضة في حق المدعي ، لانه يدعى انه محق في دعواه والذي اخذه عوض عن حقه . والمره موأخذ بزعمه فيجعل في حقه بعض المعاوضة . والمدعى عليه يزم ان المدعي يبطل في دعواه والذي يعلبه لعدم الخصومة والشغب والذب عن نفسه ولعدم اليمين شلي . قال الزيلعي : ويجوز ان يكون لشيء واحد حكان مختلفان باعتبار

شخصين كالنكاح موجه الحل في التناكحين والحرمة في اصولها فهو أخذ كل منها بما يزعم . وهذا في الانكار ظاهر لانه يتبين بالانكار ان ما يعطيه لقطع الخصومة وفداء اليمين وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والانكار فجهة الانكار راجحة اذ الاصل فراغ الذمم فلا يجب عليه بالشك ولا يثبت به كون ما في يده عوضاً عما دفع بالشك اه

وقد افادت هذه المادة انه يتفرع على هذا مسثلتان :

الاولى : انه تجري الشفعة في العقار المصالح عليه ولا تجري في العقار المصالح عنه يعني لو ادعى على المنكر او الساكت داره فصالح عنها بدفع شيء آخر لم تجب في داره الشفعة لانه بدعي انها داره وانه يستقيها على ما كانت له وان المدفوع للمدعي ليس بموضع عنها وانما هو لاقضاء اليمين وقطع الخصومة - لكن للشفيح ان يقوم مقام المدعي فيدلي اي يتوصل بحجة المدعي الى اثبات الدعوى على المنكر او الساكت فان كان للمدعي بينة اقامها الشفيح عليه واخذ الدار بالشفعة لانه باقامة البينة تبين ان الصالح كان في معنى البيع . وكذا لو لم يكن له بينة خلف المدعي عليه فتكفل ولو ادعى عليه شيء فصالح عنه على دار فدفعها الى المدعي وجبت فيها الشفعة لان المدعي بدعي انه يأخذها عوضاً عما ادعى فكان معاوضة على زعمه فتجب فيها الشفعة لان كل انسان يوه أخذ بزعمه - حتى لو ادعى عليه داراً فانكر فصالحه عنها على دار اخرى وجبت الشفعة في التي صالح عليها دون الاخرى لما ذكرنا وانكار الاخر المعاوضة لا يمنع وجوب الشفعة فيها الا ترى ان رجلاً لو قال اشترت هذه الدار من فلان وفلان ينكر يأخذها الشفيح منه بالشفعة زبلي مع زيادة من الدر وحواشيه .

اقول ، كون الشفعة لا تجري في المصالح عنه ليس على اطلاقه بل هو مقيد بما اذا لم يكن المنكر او الساكت هو الذي قبض بدل الصلح لما في الخانية لو جرى الصلح بين المدعي والمدعى عليه على ان يعطي المدعي للمدعى عليه دراهم مساة ويأخذ الدار كان للشفيح فيه الشفعة ووجه الفرق ظاهر اه هذا وذكر في تكلفة رد الحمار ما نصه : قال في : الخانية ادعى ارضاً في يد رجل بالارث من ايها فوجد ذو اليد فعالمه احدهما على ملبة لم يشاركه الاخر لان الصلح

معاوضة في زعم المدعي فداءً يمين في زعم المدعي عليه فلم يكن معاوضة من كل وجه فلا يثبت للشريك حق الشركة بالشك وفي رواية عن ابي حنيفة بشاركة اه ماخصاً .

اقول لم لم يؤخذ بزعمه كما يأتي نظيره ولعل العلة في ذلك انه باع نصيبه فقط ولا شركة لاختيه فيه بخلاف ما لو صالح المدبون على مقدار معلوم حيث بشاركة اخوه كما هو ظاهر اه وهو كلام حسن الا ان الاشكال ، في تليل الخائبة فان قوله لان الصلح معاوضة في زعم المدعي الج ، يقتضي انه لو كان معاوضة في حقها بان كان الصلح عن اقرار يثبت للوارث الاخر حق الشركة في بدل الصلح مع ان صريح كلام الخائبة او اخر باب الصلح عن العفار وما يتعلق به ان احد الوارثين صالح عن حصته فقط فلا وجه يظهر اثبات شركة من لم يصالح فيما صالح عليه الاخر لانه ثمن حصته فتأمل .

والمسئلة الثانية المتفرعة على ما تقدم من ان السكوت او الانكار معاوضة في حق المدعي وفداء عن اليمين في حق المدعي عليه ، هي انه لو استحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد البديل . ولو بعضه ، فبقدره يعني لو ادعى رجل على شخص شيئاً فانكر او سكت ثم صالحه على شيء ثم استحق المدعي كله او بعضه رد المدعي العوض الذي اخذه كله او بعضه قدر ما استحق على المدعي عليه ورجع هو بالخصومة مع المستحق لانه اخذه على زعمه عوضاً عما ادعى فاذا استحق ذلك يرجع عليه المدعي عليه بناء على زعمه كانه اشتراه منه ، ولان المدعي عليه لم يدفع العوض الا ليدفع خصومته على نفسه ليبقى المدعي في يده من غير خصومة احد فاذا استحق لم يحصل له مقصوده وتبين ايضاً ان المدعي لم يكن له خصومة فيرجع عليه . وانما يرجع المدعي بالخصومه لان المستحق قام مقام المدعي عليه حين اخذ المدعي منه فيكون له ان يجازمه - كذا في الزلمي .

قال محبيه الشلبي قال الكاكي وهذا بخلاف ما لو اعطى المدعي شيئاً للمدعي عليه بطريق الصلح ثم استحققت الدار المدعي بها فان المدعي لا يرجع على المدعي عليه بشيء لان في زعم المدعي ان ما دفع اليه ليس بواجب عليه ، لانه يقول اخذت ملكي فكنت متبرعاً فيما اعطيت ولا رجوع فيه بسبب الاستحقاق اه

ونماه فيه .

وفي العنايه : ولو استحق المصالح عليه او بعضه رجع الى الدعوى في كله او بعضه لان المدعي ما ترك الدعوى الا ليسلم له البديل فاذا لم يسلم ، رجع بالمبدل وهو الدعوى - بخلاف ما اذا وقع الصلح بلفظ اليمين بان قال احدهما بعنك هذا الشيء بهذا ، وقال الاخر اشتهرت حيث يرجع المدعي عند الاستحقاق على المدعي عليه بالمدعي نفسه لا بالدعوى لان اقدام المدعي عليه على المبايعه اقرار منه بان المدعي ملك المدعي فلا يعتبر انكاره - بخلاف الصلح لانه لم يوجد منه ما يدل على انه اقر بالملك له اذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة زبلي .

وهذا اي رجوعه الى الدعوى عند استحقاق البديل ، لو كان البديل مما يصين بالتصين والا بان كان لا يصين بالتصين كالدرهم والدنانير ، لم يبطل الصلح بل يرجع بمثل ما استحق فلوادع عليه الفأفصاله على مائة وقبضها فانه يرجع عليه بالمائة عند استحقاقها كما قدمناه عن البحر في شرح الفقرة الثالثة من المادة ١٥٤٨ . وسبأني في المادة ١٥٦٠ حكم ما اذا ملك كل البديل او بعضه وهو ان ملاكه كاستحقاقه . وذكر في التكملة انه اذا استحق البديل يعني المصالح عليه رجع بالمبدل وهو الدعوى الا اذا كان الصلح مما لا يقبل النقص كالتقصاص والعتق والنكاح والخلع كما في الاشياء عن الجامع الكبير اهـ . قال الحموي قوله والعتق الخ : اقول لم يجعل في الجامع الكبير العتق وما عطف عليه مثالا لا اذا كان المصالح عنه لا يقبل النقص بل نظير التقصاص في عدم قبول النقص ومن ثمة قال بعض الفضلاء تصوير المسئلة فيها يحتاج الى امان النظر والتأمل اهـ .

﴿ تنبيه ﴾

عما يتفرع على كون الصلح عن انكار معاوضة في حق المدعي انه لو اصطالحا على دراهم عن دعوى دراهم يبطل الصلح لو تفرق المتصالحان قبل القبض كما في التكملة وقدمناه

المادة ١٥٥١ - (لو ادعى احد مالا معيناً كالروضة مثلاً وصالح

على مقدار منها وإبرأ المدعى عليه عن دعوى باقية يكون قد اخذ
مقداراً من حقه وترك دعوى باقية اي اسقط حق دعواه
في باقية)

المراد بقوله مالا معيًا ما لا يكون ديناً في الذمة فان الصلح على مقدار منه ،
صحيح مطلقاً كما سيأتي في المادة الآتية هذا ونقل في الكفاية عن الذخيرة ما نصه :
رجل ادعى داراً في يد رجل واضطلحا على بيت معين من دار فهذا على وجهين -
ان وقع الصلح على بيت معلوم من دار اخرى للمدعى عليه فهو جائز وان وقع على
بيت من الدار التي وقع عليها الدعوى فذلك الصلح جائز لان في زعم المدعي انه
اخذ بعض حقه وترك البعض وفي زعم المدعى عليه انه فدى عن يمينه فاذا جاز
هذا الصلح هل تسمع دعوى المدعى بعد ذلك وهل تقبل يمينه على باقي الدار
ففيها اذا وقع الصلح على بيت من دار اخرى لا نسمع دعواه باتفاق الروايات لان
هذا معاوضة باعتبار جانب المدعي فكانه باع ما ادعى بما اخذ . وفيها اذا وقع على
بيت من هذه الدار ذكر الشيخ الامام نجم الدين النسفي رحمه الله تعالى في شرح
الكافي انه تسمع دعواه وذكر شيخ الاسلام في شرحه انه لا يسمع وهو جواب
ظاهر الرواية وجه من قال تسمع ان المدعي بهذا الصلح استوفى بعض حقه وإبرأ
عن الباقي اي لان الصلح والحالة هذه اسقاط للباقي وهو بمعنى الابراء الا ان الابراء
عن الاعيان باطل فصار وجوده وعدمه بمنزلة واحدة . ووجه ظاهر الرواية ان
الايراء لاقي عيناً ودعوى فان المدعي كان يدعي جميع الدار لنفسه والايراء عن
الدعوى صحيح ، وان كان الابراء عن العين لا يصح فان قال لغيره ابراءك
عن دعوى هذه العين يصح ابرائه حتى لو ادعى بعد ذلك لا تسمع اه . وقد
مشى في الهدية على خلاف ظاهر الرواية وتبعه صاحب التنوير وعبارة الهداية
هكذا : ولو ادعى داراً فصالحه على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من
عين حقه وهو على دعواه في الباقي . والوجه فيه يعني الحيلة في تصحيح الصلح احد
امرئين اما ان يزيد درهماً يعني ادنوياً في بدل الصلح فيصير ذلك عوضاً عن حقه

فيما بقي ، او يلحق به ذكر البرائة عن دعوى الباقي . يعني بان يقول برأت من دعواي في هذه الدار لان الابراء عن دعوى العين يصح حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء بيينة لم تقبل سواء بقيت الدار في يد المصالح او انتقلت الى غيره - بخلاف ما اذا قال ابرأتك عن خصومتي او عن دعواي في هذه الدار فان له ان يخاصم فيها غير المصالح ، لان هذا خطاب للواحد فله ان يخاصم غيره - واما في قوله برئت من دعواي او على ابي بري . من دعواي في هذه الدار فقد اضاف البرائة الى نفسه مطلقاً فيكون هو بريئاً نقله في الصنابة عن الواقعات الحسامية

قلت وحاصله ان الابراء الصريح ان وقع عن العين لا يصح مطلقاً وان وقع عن دعواها فان خاطب بها واحداً بري . ذلك المخاطب فقط فلا تسمع دعواه بها عليه - لكن لو انتقلت لآخر تسمع بها الدعوى على ذلك الاخر . وان اضاف البرائة لنفسه بان قال انا بري . او برئت من دعواي بها لا تسمع دعواه بها على احد ولو كان الابراء ضمياً يعني تضمنه الصلح على بعض المدعى به فعلى ما الهداية والتنوير لا يصح الصلح وتسمع الدعوى به بعده - الا ان يزيد في البديل درهماً او ثوباً او يلحق بالصلح ابراء الصريح عن دعوى الباقي . وهذا لان الصلح على بعض المدعى به اسقاط للباقي فيكون بمعنى الابراء عن العين وهو غير صحيح وعلى جواب ظاهر الرواية يصح الصلح ولا تسمع الدعوى بعده لان هذا الصلح بمعنى الابراء عن دعوى العين لا عن العين

وهل المراد من عدم سماع الدعوى بعده على جواب ظاهر الرواية ، عدم سماعها على المدعى عليه فقط فتسمع على غيره لو انتقلت العين اليه نظير ما اذا قال ابرأتك عن دعوى هذه الدار او عدم سماعها مطلقاً نظير ما اذا قال انا بري . او برئت من دعوى هذه الدار ، محل توقف هذا وفي تكملة رد المحتار ما نصه : وفي منتقى ابراهيم بن رستم عن محمد : رجل ادعى داراً في يد رجل فصالحه المدعى عليه على نصفها وقال برئت من دعواي في النصف الباقي او قال برئت من النصف الباقي او قال لا حق لي في النصف الباقي ثم اقام البيينة على جميع الدار ، لا تقبل بيئته . ولو قال صالحتك على نصفها على ابي ابرأتك من دعواي في النصف الاخر ثم اقام بيئته كان له ان يأخذ الدار كلها وافرقت بين قوله برئت

وبين قوله ابرائك . قال الاترى ان عبدآ في يد رجل لو قال رجل برئت منه كان برئاً منه ولو قال ابرائك منه كان له ان يدعيه وربما ابراه من ضانه قال : وقال اصحابنا رحمهم الله تعالى انت مني برى . وانا منك برى . كان له ان يدعى في العبد اه فتأمله وفي (ط) ما نصه : قال في الخاتمة الابراء عن العين المنصوبة ، ابراه عن ضمانها وتصير امانة في يد القاصب ولو كانت العين مستهلكة صح الابراء وبرى من قيمتها اه . فقولهم الابراء عن الاعيان باطل ، معناه انها لا تكون ملكاً له بالابراء والا فالأبراه عنها لسقوط ضمانها ، صحيح او يحمل على الامانة اه ملخصاً اي ان البطلان عن الاعيان محله اذا كانت الاعيان امانة لانها اذا كانت امانة لا تلحقه عهدتها فلا وجه الابراء عنها تأمل

وحاصله ان الابراء المتعلق بالاصيات - اما ان يكون عن دعواها وهو صحيح بلا خلاف مطلقاً وان تعلق بنفسها فان كانت منصوبة هالكة صح ايضاً كالدين وان كانت قائمة فمعنى البرائة عنها ، البرائة عن ضمانها لو هلكت وتصير بعد البرائة من عينها ، كالامانة لا تضمن الا بالتعدي عايبا وان كانت العين امانة فالبرائة لا تصح ديانة بمعنى انه اذا ظفر بها مالكها اخذها ونصح قضاء فلا يسمع القاضي دعواه بعد البرائة .

هذا ملخص ما استفيد من هذا المقام اه واستحسنه في رد المحتار . ثم قال : بقي لو ادعى عليه عينا فانكر ثم ابراه المدعي عنها فهو بمنزلة دعوى النصب لانه بالانكار صار غاصباً وهل تسمع الدعوى بعده لو قائمة الظاهر نعم اه قلت : وهذا كله في الابراء الصريح عن الاعيان واماني الابراء الذي تضمنه عقد الصلح على بعض العين المدعاة فالدعوى في باقيها لا تسمع كما هو جواب ظاهر الرواية لان الصلح انما تضمن الابراء عن الدعوى في الباقي لا عن العين كما علمت من توجيه جواب ظاهر الرواية والى هذا يشير قوله في هذه المادة اي اضبط حتى دعواه في باقيها فالجمله اخذت بجواب ظاهر الرواية لا بما في التنوير تبعاً للمداية وستأتي الاشارة الى هذا في المادة ١٥٤٩

المادة ١٥٧٠ - * اذا ابرأ الذي في مرض الموت احد ورثته من دينه فلا يكون صحيحاً ونافذاً واما اذا ابرأ من لم يكن وارثه فيعتبر من ثلث ماله *

المادة ١٥٧١ - * اذا ابرأ من تركه مستفزة بالديون في مرض موته احد مديونية لا يصح ابرأؤه ولا ينفذ *

حاصل هاتين المادتين ان المريض مرض الموت اذا كان مديوناً مستفرك فلا يجوز ابرأؤه مديونه مطلقاً لتعلق حق الفرء بجميع تركته فلا ينفذ تصرفه في شيء منها وان كان غير مديون مستفرك فكذلك لا يجوز ان كان من ابرأه وارثاً ما لم تجز بقية الورثة ولم يكن له وارث آخر بلا فرق بين ان يكون اصيلاً او كفيلاً عن اجنبي لان هذا الابرء له حكم الوصية وهي لو ارثه لا يجوز . وان كان من ابراه اجنبياً جاز الابرء من ثلث ماله اي من ثلث ما يبقى من ماله بعد ابقاء ما عليه من دين غير محيط بلا فرق ايضا بين ان يكون اصيلاً او كفيلاً عن الوارث وهذا لان براءة الكفيل لا تستلزم براءة الاصيل . ويستثنى من جواز ابرء الاجنبي ، ما اذا كان وارث المريض كفيلاً له فانه لا يجوز ايضا ، لان براءة الاصيل تستلزم براءة الكفيل ، قال في كتاب الاقرار من الرابع والثلاثين من الفصولين : وجاز ابرأؤه بعني المريض الاجنبي من دين له عليه الا ان يكون الوارث كفيلاً عنه فلا يجوز اذ يبرأ براثته اه

* تنبيه *

اذا اقر المريض انه ابرأ وارثه عن دين له عليه لا يصح ، حكايه بان يستد الابرء الى حال الصحة ويقول قد كنت ابرأته عنه وانا صحيح ولا ابتداء بان

ما بقيت عينه ، عدم صحة برآة قضاة زماننا عما ياخذونه من الرشوة وبطلبوت
الابراه فيبروه نعم بل ما اخذ من الرشا اعرق في التحريم من الربا بما منع عدم الحل
في كل اه .

قلت وهذا اي طلبم البرائة كان في زمانم اي في زماننا فيأخذون الرشا
غير مبالين ابرام الدافم ام لا . ولا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم

تنبیه

استفيد من كون الصلح المذكور في هذه المادة استيفاء للبعض واسقاطاً للباقي ،
ان قبض البديل فيه غير شرط لصحته لانه ليس معاوضة حتى يشترط فيه قبض
البديل تخلصاً من الاقتراق عن دين بدين نعم لو وقع الصلح على بدل ليس من
جنس الدين المدعى به كان معاوضة فيشترط فيه القبض

قال في الدرر اثناء كتاب الصلح صالح عن كر حنطة على عشرة دراهم فان
قبض اي المشرة في المجلس صح الصلح لما عرفت ان الصلح في صورة اختلاف
الجنس في معنى البيع فيجب قبض احد البديلين في المجلس والا فلا اي وان لم
يقبض المشرة فلا يصح الصلح لانه حينئذ يكون بيم الدين بالدين وهو باطل
وان قبض خمسة وبقي خمسة فتفرقا صح في النصف فقط لوجود المصحح في ذلك
القدر - كذا العكس يعني لو صالح عن عشرة عليه ، على مكيل او موزون
فان قبض في المجلس ، جاز والا فلا لما عرفت اه

ونقل في في الحامدية عن العادبة عن الاستروشي رحمه الله تعالى قال : رأيت
في اصول الفقه لبعض المتقدمين من اصحابنا رحمهم الله تعالى اذا وجب لرجل على آخر دين
فصالحه عن ذلك على جنس غيره بغير عينه ولم يقبض حتى افرقا لم يجز ذلك الا في
خصلة وهي ان المرأة اذا صالحت عن الدرام اي دراهم النفقة على كذا منا من الدقيق
بغير عينه جاز وان لم يقبض اه . وفي الخانية : رجل ادعى على آخر الف درهم فانكرو
فاصلحا على عشرة دنانير جاز ، فان افرقا قبل القبض يبطل لان الصلح على
غير الجنس لا يكون الا مبادلة والصرف يبطل بالاقتراق من غير قبض اه
وفيها . ولو كان لرجل على رجل مائة درهم ومايه دينار فصالحه من ذلك على

خمسين درهماً وعشرة دنانير الى اجل جازاه . وفيها رجل له على رجل كره حنطة فصالحه عن اقرار او انكار على نصف كره حنطة ونصف كره شمير الى اجل بطل كله اه .

المادة ١٥٥٣ - * اذا صالح احد على تأجيل وامهال كل نوع طلبه الذي هو معجل يكون قد اسقط حق تعجيله *

يعني انه يصح الصلح عن الف حال على الف مؤجل لان تأجيل الدين المديون بدينه ، احسان كما ان تعجيل المديون دينه للدين احسان وما على المحسن من صيل . وهذا بخلاف ما اذا صالحه عن الف مؤجل على خمسية مجلة فانه لا يجوز ، لان المعجل لم يكن مستحقاً بالعقد حتى يكون استيفاؤه استيفاء لبعض حقه والتعجيل خير من النسبة لا محالة فيكون خمسية بمقابلة خمسية مثله من الدين والتعجيل في مقابلة الباقي وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام الا ترى ان الشرع حرم ربا النسبة وليس فيه الا مقابلة المال بالاجل بالاجل شبهة فلان يكون مقابلة المال بالاجل حقيقة حراما اولى عناية .

قال في الكفاية والاصل فيه ان الاحسان متى وجد من الطرفين يكون محمولاً على المعاوضة كهذه المسئلة فان الدين اسقط من حقه خمسية والمديون اسقط حقه في الاجل في الخمسية الباقية فيكون معاوضة - بخلاف ما اذا صالح عن الف على خمسية فانه يكون محمولاً على اسقاط بعض الحق دون المعاوضة لان الاحسان لم يوجد الا من طرف رب الدين اه

اقول : ولا بد من تقييد هذا بما اذا لم يكن بعض الدين المؤجل مقابلاً بالاجل فان كان كذلك صح ان يخص منه ما قابل الاجل ويعجل الباقي بدليل ما في التنوير قبيل كتاب الفرائض قضى المديون الدين المؤجل قبل الحلول او مات فحل يموت فاخذ من تركته لا يأخذ من المراجعة التي جرت بينهما الا بقدر ما مضى من الايام وهو جواب المتأخرين اه قال (ط) صورته اشترى شيئاً بعشرة تقدأوباعه

لاخر بعشرين الى اجل هو عشرة اشهر فاذا قضاها بعد تمام خمسة او مات بعدها يأخذ البائع خمسة ويترك خمسة اه . اي يترك خمسة من الربح ويأخذ منه خمسة مع العشرة التي اشترى بها . وفي رد المختار عن الخانية ان الدين اذا كان مؤجلاً نقضه المدبور: قبل حلول الاجل يجبر الدابن على القبول اه . وافنى سيني الخامدبة بما في التنوير وعزاه الى الفتية قال وافنى به علامة الروم مولانا ابوالسعود والخانوتي اه وتامه فيها

ووجه منقحها العلامة ابن عابدين بان المشتري لم يشتر السلعة بشمن غال الا في مقابلة الاجل فان الاجل وان لم يكن مالا ولا يقابله شيء من الثمن الا انهم اعتبروه مالا هنا لكونه مقابلاً بزيادة الثمن فلو اخذ كل الثمن قبل الحلول كان اخذه اي اخذ بعضه بلا عوض وفيه شبهة الربا وشبهة الربا ملحقة بالحقيقة فاذا مات وحل الاجل سقط عنه من ثمن السلعة بقدر ما بقي منه فهو نظير فوات الوصف المرغوب من المبيع - كما اذا اشترى عبداً بالف على انه كاتب مثلاً فظهر بخلافه فان له رده وان امتنع الرد لعله رجم بالنقصان في الاصح اه

وعلى هذا بتخرج جواز ما تعورف بين تجار زماننا وهو ان سلعة التجارة اذ كانوا يبيعونها بالف نقداً تكون ثمنها الى اجل شهر بالف وعشرة قروش والى اجل شهرين بالف وعشرين وهكذا كما زاد الاجل شهراً او نصفه كان يحسبه حتى صار ذلك عرفاً مطرداً بين التجار يعرفه البائع والمشتري فلو اشترى احدكم تلك السلعة بالف ومائة الى اجل عشرة اشهر واراد ان يعجل الثمن بعد مضي شهر ويخصم منه تسعين قرشاً التي كانت مقابلة بالتسعة اشهر يجوز له ذلك ويجبر البائع على قبوله كما تقدم عن الخانية

والظاهر ان البائع لو اراد ذلك لا يجاب اليه الا برضى المشتري لان الاجل حقه فله اسقاطه وله الامتناع منه . وهذا بخلاف ما اذا لم يكن في ذلك عرف كما اذا اشترى داراً بالف الى اجل سنة مثلاً فاراد المشتري او اصطلمها على دفع تسعائة معجلة ، فانه لا يجوز لان المائة المذكورة ليست مقابلة بالاجل لا صريحاً ولا عرفاً فلا يجري فيه جواب التساخرين بل يبقى داخلاً تحت قول عامة المتون ان الصلح عن الف مؤجل على نصفه معجلاً لا يجوز للملأ المذكورة آتفاً غنم

هذا التحرير ثاني لم اجد من نبه عليه

المادة ١٥٥٤ - * اذا صالح احد عن طلبه الذي هو سكة خالصة على ان يكون في بدله سكة مفضوشة يكون قد اسقط حق طلبه سكة خالصة *

ولا فرق بين ان يكون المشروط اخذه حالاً او موقلاً لانه يجعل مسقطاً للقدر في الاول وللقدر والصفة وهي التعجيل في الثاني ، لان من استحق الجياد يعني السكة الخالصة استحق السكة المفضوشة ولهذا تجوز به في الصرف والسلم . وهذا بخلاف عكسه وهو ما اذا كان له الف سكة مفضوشة وصالحه على خمسية جياد حيث لا يجوز لانه لا يمكن حمله على انه استوفى بعض حقه واسقط الباقي لانه لا يستحق السكة الخالصة فيكون معاوضة ضرورة فلا يجوز التفاضل فيها لان جيدها وردبها سواء على ما عرف في موضعه . وهذا كالمو كان الف موجلة فصالحه على خمسية حالة لا يجوز كما تقدم في شرح المادة السابقة والاصل في جنس هذه المسائل انه متى كان الذي وقع عليه الصلح ادون من حقه قدرأ ووصفاً ووقتاً او في احد هذه الاشياء فهو اسقاط لبعض واستيفاء للباقي لانه استوفى دون حقه . وان كان ازيد منه بمعنى انه دخل فيه ما لا يستحقه من وصف او ما هو بمعنى الوصف كتعجيل الموجل ومن اختلاف الجنس ، فهو معاوضة لتعذر جعله استيفاء في غير المستحق فيشترط فيه شروط المعاوضة زبلي .

* تنبيه *

صحة الصلح عن سكة خالصة على سكة مفضوشة لا بد من تقيده بامرين احدهما ان تكون السكة المفضوشة ، مساوية وزناً للسكة الخالصة او اقل وزناً منها . اما اذا كانت اكثر وزناً كما اذا كان الدين مائة من الريال المجيدي

فضالجه على اربعماية من الزهراوي المعروف في زماننا ، فانه لا يجوز لان وزن
المائة ريال من المجيدي سبماية درهم ووزن الاربعماية من الزهراوي اكثر من الف
درهم وقد علمت ان الاموال الربوية جيدها وردبها سواء فيكون الدابن
قد استوفى ازهد من دينه فتعين ان يكون معاوضة لتعذر كونه اسقاطاً
فيحرم فيه التفاضل .

الثاني ان تكون السكة المشوشة غالبية الفضة فلو كان مغلوبه بالنحاس
كالبسلك والمتاليك في زماننا لا يصح الصلح ايضاً الا بقبض البدل قبل الافتراق
لتعذر جملة اسقاطاً باختلاف الجنس ، لما عرف في موضعه من ان غالب النحاس
هنا سقط واهله كالنحاس فيكون معاوضة وفيها يشترط قبض البدل اثلاً بفترفاً
عن دين بدين كما تقدم

فانتمم تحرير هذا المحل والتوفيق من الله عز وجل

المادة ١٥٥٥ - * يصح الصلح باعطاء البدل لاجل الخلاص
من اليمين في دعوى الحقوق كدعوى حق الشرب والشفعة
والمرور *

كذا في التنوير وزاد فيه حق وضع الجذوع وعزاه في الدر الى المجبي
وعبارته كافي المنح وتكلة رد المختار صالح عن دعوى حق الشرب او حق الشفعة
او حق وضع الجذوع ونحوه فقيل لا يجوز افتداء اليمين لانه لا يجوز شراؤه تصدأ
والاصح انه يجوز لان الاصل انه متى توجهت اليمين نحو الشخص باي حق كان فاقدي
اليمين بدراهم يجوز على الاصح . وكذا لو ادعى قبله نمريراً بان قال كفرني او ضلاني او
رمانني بسوء ونحوه حتى توجهت اليمين نحو فانتداها بدراهم يجوز على الاصح - وكذا
لو صالحه عن يمينه او عن دعواه اه وزعم في تكلة رد المختار ان هذا مناف لما تقدم
من ان شرط صحة الصلح كون المصالح عنه حقاً يجوز الاعتياض عنه ولما اطبقوا
عليه من ان الصلح عن حق الشفعة على مال يسقطها والبدل غير لازم ويجب رده

بعد قبضه لانه رشوة ثم وفق بما ملغصه : ان المراد من صحة الصلح هنا سقوط دعوى الشفعة ولا يلزم من صحة الصلح لزوم البديل املخصاً .

وهو كلام غير سديد لان ما في المجتبى ، ظاهر في صحة الصلح ولزوم البديل والحق انه لا منافاة بين كلامهم اصلاً بل هما مسئلتان مختلفتان .

اولاها: ان يدعي عليه شفعة او حق مرور او حق شرب او حق وضم الجذوع فينكر المدعي عليه ذلك وصورة الانكار في الشفعة ان ينكر شراءه الدار المشفوعة او ينكر مالكية الشفع لا يشفع به . ثم ان المدعي عليه يفتدى يمينه بدفع مال للمدعي فهذا صلح صحيح في الاصح ويلزم فيه البديل وتسقط به الدعوى وهذه هي المرادة هنا

الثانية : ان تكون دعوى مدعي الشفعة او حق الشرب ونحوها ثابتة باقرار المدعي عليه او بنكوله عن اليمين او بيينة المدعي ثم يصلحه عن حقه الثابت فهذا لا يجوز والبديل فيه غير لازم والحق المدعي به ، يسقط لانه اعتياض عن حق مجرد . وهذه هي المرادة من قولهم لا يجوز اخذ المال بمقابلة اسقاط حق الشفعة .

والحاصل ان الصلح عن دعوى الحقوق المذكورة قبل ثبوتها لدفع اليمين ، صحيح وبعد ثبوتها باقرار المدعي عليه او نكوله او باثبات المدعي ، لا يجوز هذا ما يعطيه كلام المجتبى وهذه المادة كما يفهم من كلامي العلامتين (ط) وابن عابدين في حواشيهما على الدر . ثم اذا لم يصح الصلح عن الحقوق المذكورة تسقط دعوى الشفعة كما صرحوا به لان الاعراض عنها يسقطها ، وهل تسقط الدعوى بحق المرور والمسبل ووضع الجذع ذكر في التكلفة انها تسقط ولم يفرز الى احد ولم ادره منقولاً فليحذر .

* نبيه *

ما ذكرنا من عدم صحة الصلح عن حق المرور والمسبل ووضع الجذع ، لا يتأبه ما في الخانية رجل ادعى في حائط رجل موضع جذع او ادعى في داره طريقاً او مسبل ماء فجدد المدعي عليه ثم يصلحه على دراهم مساة فهو جائز لانه

صاح عن المجهول على معلوم لان هذا فيما لو ادعى رتبة الطريقى او السبل او موضع
الجدع وهو مال يجوز الاعتياض عنه بخلاف حق المرور والشرب ووضع الجذع
وهو ظاهر نعم ما نقله الشارح البناني عن التكملة شكل ونصه : ولو ادعى بمرأه
مسيلاً على سطح او شرباً في نهر فاقر او انكر ثم صالحه على شيء مضموم جازاه
لان الظاهر من قوله او مسيلاً على سطح الخ ان الدعوى به حق التسييل او حق
الشرب على اني لم ار هذه العبارة في التكملة

وفي الخاتمة وان ادعى رجل حقاً في دار فصالحه على طريق فيها جازاه . ا . ا . ا .
اذا صالح على ان تكون رتبة الطريقى المدعى فهو جازر باتفاق الروايات لان ييم
رقة الطريقى يجوز باتفاق الروايات فكذا الصلح على الطريقى . وان كان الصلح على
حق المرور فيه فبغير روايات لان في جواز ييم حق المرور اختلاف الروايتين
يجوز في رواية ولا يجوز في رواية - فكذا الصلح على حق المرور . اما ييم مسيل
الماء ويبيع حق وضع الجذوع لا يجوز باتفاق الروايات - فكذا الصلح على ذلك اه

- الباب الرابع -

في بيان احكام الصلح والابراء ويشتمل على فصلين

الفصل الاول

« في المسائل المتعلقة باحكام الصلح »

المادة ١٥٥٦ - لو اذا تم الصلح فليس لواحد من الطرفين فقط
الرجوع ويملك المدعى بالصلح بدله ولا يبقى له حق في الدعوى وليس
للمدعى عليه ايضاً استرداد بدل الصلح

قوله فقط قيد للمعنى احتراز به عما اذا اتفق المتصلحان على فسخ الصلح فان

ليه تفصيلاً بأني بيانه في المادة (١٥٥٨) وقوله : يملك المدعي بالصلح بدله يعني هذا حكم الصلح من جهة المصالح عليه يعني البدل . ولا فرق في ذلك بين ان يكون عن اقرار او انكار او سكوت . واما حكمه من جهة المصالح عنه فهو وقوع الملك للمدعي عليه ان كان مما يحتمل التملك كالمال وكان المدعي عليه مقرأ به وان كان مما لا يحتمل التملك كالفقاص او كان المدعي عليه منكرأ فهو وقوع البرائة - حتى لو انكر فصالح ثم قر لا يلزمه - وكذا لو اقام المدعي بيته بعد صلحه لا يقبل بجز اي لسقوط المدعي به بالبرائة والناظر لا يعود .

اقول والظاهر ان قوله لا يقبل بالنسبة الى الاقرار ، مقيد بما اذا كان المدعي به ديناً لما في البرازية ان الابرأ العام انما يمنع اذا لم يقربان العين للمدعي فان اقر بعده ان العين للمدعي سلمها له ولا يمنعه الابرأ ، قال العلامة ابن عابدين في رسالته اعلام الاعلام في حكم الابرأ العام بعد نقل ما في البرازية وهذا بخلاف الاقرار بالدين بعد الابرأ العام قال في الاشباه ابرأ عاماً . ثم اقر بعده بالمال المبرء منه لا يعود بعد سقوطه اه . ثم نقل عن الشرنبلالي توجيه الفرق بينهما الا ان بدعي الفرق بين الابرأ لذي تضمنه الصلح وبين الابرأ العام شامل .

وقوله : اذا تم الصلح الخ ، فيه اشارة الى انه لو ظهر بطلان الصلح او عرض له ما يبطله يسوغ لاحدهما نسخه وقد فرعوا على ذلك مسائل كثيرة منها ما بينه العاشر من جامع الفصولين : ادعى داراً فانكر ذو اليد فصالحه على الف على ان تلم الدار لذي اليد . ثم برهن ذو اليد على صلح قبل هذا الصلح بمضى الصلح الاول ويبطل الثاني لان كل صلح بعد صلح فالثاني باطل اه ملخصاً .

وهذا اذا كان الصلح على سبيل الاصقاط او على سبيل المعاوضة ووقع الثاني بمثل العوض الاول - اما اذا كان معاوضة وكان البدل في الثاني اقل منه ففي الاول او اكثر او بخلاف الجنس ، فالثاني هو الجائز وينسخ الاول كالبيع بعد البيع اتفاده في رد المختار . ومنها ما في الدر وحواشيه - من انه لو اقام المدعي عليه بعد الصلح عن انكار بيته ان المدعي قال بعد الصلح ما كان لي قبله حق بطل الصلح لانه باقراره هذا زعم انه اخذ البدل بعد الصلح بغير حق - بخلاف ما لو برهن بعد الصلح على اقراره هذا قبل الصلح فانه لا يقبل لجواز ان يملكه بعد

اقراره قبل الصلح اه ملخصاً . قاضي الاشياء عن العادة : ادعى فانكر
فصاله ثم ظهر بعده ان لاشيء عليه بطل الصلح اه ، يجب ان يقيد قوله ثم ظهر
بغير الاقرار قبل الصلح لما تقدم افاده في المنع قال وبه صرح مولانا في بحره اه .
ومنها ما في حاشية الفصولين للرملي نقلاً عن الظهيرية وغيرها ادعى المديون
القضاء وانكر رب الدين ذلك وحلف . ثم ان المديون صالح رب الدين عن
ذلك على شيء ثم اقام البينة انه كان قضاء الدين هل تسمع بينته ، اختلف المشايخ
رحمهم الله تعالى

وذكر في كتاب الصلح مسائل تدل على القبول وصورتها ، رجل : استمار
من آخر دابة وهلكت الدابة تحت بد المستمير وانكر رب الدابة الاعارة وصاله
المستمير على مال ، جاز فان اقام المستمير بعد ذلك البينة على العارية ، فبكت بينته .
ولو اراد استعلاف المير ، فله ذلك اه

وفيهما عن التارخانية : ولو ان المدعي عليه قال للمدعي حين ادعى عليه الدين
قد كان لك علي الف لكني قضيتكها امس وقال المدعي ما قضيتي شيئاً فدفع
الالف اليه او صالحه على خمسية ثم شهد الشهود للمدعي عليه انه دفع اليه الف
امس كان له ان يرجع عليه بما اعطاه والصلح باطل اه .

ومنها ما في الحامدية ضاع الجمل مع الاجير المشترك فصالح صاحبه على
شيء ثم وجد الجمل ، فصاحبه اخذه وللاجير ابطال الصلح . ومنها ، اني التنوير
والدرر وغيرهما ادعى عيباً في شيء اشتراه وانكر البايع فصالحا على مال على ان
يعري المشتري البايع من العيب ثم ظهر انه لم يكن عيب او كان ولكنه قد زال
فلبايع ان ينقض الصلح ويرد البديل اه .

ومنها ما في التنوير وشرحه الدرر لو استحق المدعي به او بعضه بعد الصلح
يرد المدعي حصته من العوض اي البديل ان كلاً فكللاً او بعضاً بمصفاً . ولو استحق
البديل او بعضه وكان مما يتعين بالتعيين يرجع المدعي بحصته من المدعي اه ومنها
ما اذا وقع الصلح عن مثال بمنفعة ثم مات احدهما قبل استيفائها فانها تبطل
فيا بقي من المدة فيرجع في المصالح عنه بقدره وكذا الحكم اذا هلك محل
المنفعة اه . وقد تقدم

المادة ١٥٥٧ - * اذا مات احد الطرفين فليس لورثته

فسخ صلحه *

اى ما لم يظهر بطلانه او يمرض له ما يبطله كما تقدم في شرح المادة

السابقة .

المادة ١٥٥٨ - * اذا كان الصلح في حكم المعاوضة فللطرفين

اذا تراضيا فسخه واقالته وان لم يكن في معنى المعاوضة بل كان متضمناً لاسقاط بعض الحقوق فلا يصح نقضه وفسخه اصلاً راجع

المادة ٥١ *

القائلة بان الساقط لا يعود كما ان المردوم لا يعود وانظر ما اذا كان الصلح معاوضة وكان عن دار بمال هل يكون فسخها الصلح يماً جديداً في حق ثالث كالشفيع كما هو حكم الاقالة مقتضى تعليل بان المعاوضة تجوز فيها الاقالة نعم ويجوز نقلاً

المادة ١٥٥٩ - * اذا عقد الصلح للخلاص من اليمين على

اعطاء بدل بكون المدعي قد اسقط دعواه وحق خصومته ولا يحلف

المدعي عليه بمد ذلك *

ولا تسمع فيه بينة المدعي بل لو اقر به المدعي عليه لا يلزمه كما قدمناه في

شرح المادة ١٥٥٦ عن البحر . ولا فرق في ذلك بين ان يكون المدعى به دينياً او عينياً حيث كان هذا الصلح اسقاطياً للدعوى وحق الخصومة على ما هو ظاهر الرواية . والابراء عن دعوى العين والخصومة فيها ، صحيح اتفاقاً فلا تسمع الدعوى بها بعده خلافاً لما في التنوير تبعاً للهداية من ان هذا الصلح يتضمن الابراء عن العين والابراء عن العين عبر صحيح فتصح به الدعوى بعد الصلح ما لم يصرح ببراءته عن الدعوى وقد تقدم تحقيق هذا في شرح المادة ١٥٥١ فليراجع

المادة ١٥٦٠ = ~~لو~~ اذا تلف كل بدل الصلح او بعضه قبل ان يسلم للمدعي فان كان مما يتعين بالتعيين فهو في حكم المضبوط بالاستحقاق فيطلب المدعي كل المصالح عنه او بعضه من المدعى عليه في الصلح الواقع عن اقرار ويرجع المدعي الى دعواه في الصلح الواقع عن انكار او سكوت راجع مادتي ١٥٤٨ و ١٥٥٠ وان كان بدل الصلح ديناً اي مما لا يتعين بالتعيين ككذا غرضاً فلا يأتي على الصلح خلل ويلزم المدعى عليه اعطاء مثل المقدار الذي تلف للمدعي *

وان كانا اشارا اليها عند عقد الصلح لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود والفسوخ فلا يتعلق المقدم بها عند الاشارة اليها وانما يتعلق بثمنها في الذمة فلا يفسوخ فيه الهلاك منعه . هذا اذا هلك البدل - اما اذا هلك المتنازع فيه يعني المصالح عنه ، فالظاهر انه لا يرجع المدعى عليه بشيء لان الصلح ان كان عن اقرار حتى صار معاوضة فقد هلك ما اشتراه وهو مقبوض بيده وان كان عن انكار فقد هلك في يده ما يزعم انه ملكه وان ما دفعه فداءً عن البسبين . وهذا ظاهر اذا وقع الصلح على ان يكون المتنازع فيه للمدعى عليه - اما لو وقع

على ان يصير المنازع فيه للمدعي على مال يدفعه للمدعي عليه ثم هلك قبل ان يستلمه من المدعي عليه فأما ان يكون الصلح عن اقرار فلا شك ان الصلح ماض على الصحة لاتفاقها ان المنازع فيه ملك المدعي وقد ابرأه عن ضمانه بالصلح وانه تبرع في دفع البدل اليه ، واما ان يكون عن انكار فالجواب عنه مشكل اذ يمكن ان يقال ان المدعي عليه يزعم ان البدل الذي قبضه عوض عن المنازع فيه فيجب عليه رده حيث هلك ما باعه قبل ان يقبضه المشتري . ويمكن ان يقال ان المدعي يزعم انه تبرع بما دفعه للمدعي عليه وان المنازع فيه ملكه وقد ابرأه عن ضمانه بالصلح فهلك المنازع فيه عليه وليس له استرداد البدل ولم ار احداً تعرض لذكر هذه المسئلة فلتحجروا!

- الفصل الثاني -

(في بيان المسائل المتعلقة باحكام الابراء)

المادة ١٥٦١ - * اذا قال واحد ليس لي مع فلان دعوى ولا نزاع او ليس لي عند فلان حق او فرغت من دعواي التي عني مع فلان او تركتها او ما بقي لي عنده حق او استوفيت حقي من فلان بالتام يكون قد ابرأه *

بمعنى يكون قد ابرأه في الجملة وليس المراد انه يكون قد ابرأه ابراءً عاماً في جميع هذه الصور فان قول المبرئ فرغت او صرت فارغاً من دعواي التي على فلان ، ظاهر في البرائة عن دعوى معينة مع فلان فلا يكون هذا ابراءً عاماً ففي القنية والبرازبة انه اذا ادعى عليه دعوى معينة ثم صالحه واقر ان لا دعوى له عليه ثم ادعى دعوى اخرى نسمع وينصرف الابراء الى ما ادعى اولاً لا غير - الا اذا عم فقال اية دعوى كانت امره فهذا اذا اطلق فكيف اذا قيد ابراءه بانه عن

تلك الدعوى كما هو الظاهر من هذا اللفظ . واما قول المبري ليس لي عند فلان حق وكذا قوله ليس لي مع فلان حق او شيء ، فلذلك كور في كتب المذهب كالخبرة وغيرها تبعاً لما نص عليه في الاصل والجامع ، ان لفظي عند ومع ، لا يستعملان الا في الامانات فلا تتناولان ما اصله مضمون كالغصب والدين - كما ان افضة على لا تستعمل الا في الديون فاذا قال ليس عند فلان حق او ليس لي مع فلان شيء كان ابراء عن الامانات فقط فتسمع الدعوى بعده بالديون وبما اصله مضمون ولو قال ليس لي على فلان شيء كان ابراء عن الديون فقط فتسمع الدعوى بعده بما اصله امانة .

نعم لفظ قبيل بكسر القاف وفتح الباء تتناول العين والدين والمضمون والامانة فاذا قال لا حق لي قبيل فلان كان ابراء من كل قليل وكثير دين ووديعة وكفالة وحد وسرقة وقذف وغيرها لان قوله لا حق لي نكرة في النفي فتعم سائر انواع الحقوق المالية وغير المالية ولفظة قبل يستعمل في العين والدين والمضمون والامانة جميعاً كما علمت هذا ما ذكره العلامة ابن عابدين في رسالته اعلام الاعلام في حكم الابراء الخاص والعام - لكن ذكر بعد هذا بحثاً ان العرف في زماننا في لفظي عند ومع مخالف لما تقدم فانها في زماننا يستعملان في الامانات والمضمونات كالديون فينبغي انه اذا قال المبري لا حق لي او لا دعوى لي عند فلان او مع فلان ان يتناول الديون ايضاً وابده بما في الخائبة الكفيل اذا قال عندي هذا المال يكون كفالة وقال الزيلعي مطابقة يحمل على العرف ، وبما في الاشياء الافارير نبني على العرف الا فيما نذكره .

اقول وهكذا استعمال لفظي عند ومع في عرف زماننا ايضاً وهو بحث وجيه وما استدلل به كاد ان يكون نصاً فيه ويظهر من منطوق المادة ١٥٦٥ ان المحلة قد اعتمدت عليه واخذت به كيف وقد صرح رحمه الله تعالى في رسالته نشر العرف في بناء بعض الاحكام على العرف فان العرف الخاص اذا عارض النص المذهبي المنقول عن صاحب المذهب يكون معتبراً سواء كان قديماً او حادثاً اه وسياً في شرح المادة المذكورة آنفاً ما يترتب على الابراء العام مع تمام الكلام فيه

المادة ١٥٦٢ - * اذا ابرأ واحد آخر من حق يسقط حقه ذلك وليس له دعوى ذلك الحق راجع المادة ٥١ *

ثم اذا كان ذلك الحق ديناً كان سقوطه قضاء وديانة لان ما في القصة يقبل الاسقاط وان كان عينياً كان سقوطه قضاء لا ديانة حتى لو ظفر به اخذه لكن لو ادعاه بعد البراء لا تسمع دعواه . وهذا اذا ابرأه عن نفس العين واما اذا ابرأه عن دعواها كان سقوطها قضاء وديانة هذا ما حققه العلامة ابن عابدين في رسالته المذكورة .

ثم قال ولعله اي الفرق بين البراء عن العين وبين البراء عن دعواها ان البراء عن دعواها يقتضي تملك العين اولاً كما في اعتق عبدك عني بالف فانه بمعنى به مني واعتقه عني فيصح قضاء وديانة بخلاف البراء عن الاعيان فانه باطل وديانة فقط لانه حيث لم يمكن اسقاط العين بالبراء لم يمكن تضمنه معنى التملك بخلاف اسقاط الدعوى فانه صحيح فيصح تضمنه التملك هذا ما ظهر لي تماماً .

وحيث فلا فرق في القضاء بين البراء عن الاعيان وعن دعواها من حيث انه لا تسمع الدعوى بعده على الشخص المبرء فقط وهذا اذا اضاف البرائة الى المخاطب فلو اضافها الى نفسه لا تسمع دعواه على احد اصلاً اه

ولا يكر على هذا ما لخصه العلامة الطحاوي كما قلناه عنه في شرح المادة ١٥٥١ وكذا ما قلناه هناك عن رد المختار من ان الظاهر انه لو ادعى عليه عيناً فانكر ثم ابرأه المدعي عنها تسمع دعواها بعده لو قائمة اه . لان ما حققه هنا من عدم سماع دعوى العين بعد البراء عنها فيما اذا كان المدعي عليه منكراً كون العين للمدعي المبرى وما تقدم هناك من ان البراء عن العين ابراء عن ضمانها وانها لو كانت قائمة تسمع الدعوى بها بعد البراء عنها ، مقيد بما اذا كان المدعي عليه مقرأً انها للمدعي وانما يمسك بالابراء عنها هذا ما استظهره العلامة ابن عابدين

في رسالته المذكورة مستدلاً بما في البرازية والاشباه ان الابرأ العام انما يمنع اذا لم يقربان العين للمدعي فان اقر بعده ان العين للمدعي سلمها له ولا يمنعه الابرأ - وهذا بخلاف الاقرار بالدين بعد الابرأ العام فانه لا يفيد شيئاً لان الدين قد سقط بالابرأ والساقط لا يعود بخلاف العين فانها لا تقبل الاسقاط وقد تقدم هنا في شرح المادة ١٥٥٦ وصياً في هذه المسئلة زيادة توضيح وتفصيل في شرح المادة ١٥٦٥ .

✽ فائدة ✽

ذكر في رد المختار ادعى عليه مالا فبرهن المدعى عليه انه ابرأني عن هذا الدعوى ثم ادعى المدعى ثانياً انه اقر بالمال بعد ابرأني فلوقال المدعى عليه ابرأني وقيلت الابرأ او قال صدقته فيه لا نسمع دعوى الاقرار ولو لم يقل ذلك نسمع لاحتمال الرد والابرأ يرتد بالرد فيبقى المال عليه بخلاف قبوله اذ لا يرتد الابرأ بالرد بعده ولو ادعى مالا فقال المدعى عليه انك ابرأني من هذه الدعوى فقال المدعي انك اقررت بالمال بعد الابرأ لا نسمع دعوى الاقرار وان قال انك اقررت به بعد دعواك القراري به بالابرأ فسمع اه

المادة ١٥٦٣ - ✽ لبس للابرأ شمول لما بعده يعني اذا ابرأ واحد آخر تسقط حقوقه التي قبل الابرأ وله دعوى حقوقه الحادثة بعد الابرأ ✽

يعني ان البرائة السابقة لا تعمل في الدين اللاحق لاث البرائة نكون بعد الوجوب صرح به هنا في الخانية وقال الشرنبلالي لا يصح الابرأ عن الدين قبل لزوم ادائه الا في مسائل نبه عليها في البحر من باب خيار الشرط اه . وعن هذا قالوا : لو ابرأ المالك الغاصب من العين المفصولة ثم استهلكها الغاصب او منعها من المالك بعد طلبها بضمن قبيلتها لان الابرأ من المفصولة ابرأ عن ضمان رده لا عن

ضمان فيحتمه لان الواجب حال قيام العين رد عينها لا ضمان قيمتها فلا يتعلق الا براء
بالقيمة لعدم وجوبها حال قيام العين ونقل الشارح اللباني عن الخانية ما نصه :
لو ابرأه عن كل حق ودعوى . ثم ادعى عليه كفالة بالدرك تسمع دعواه وعلله
تقلاً عن رد المختار بقوله لان المشتري لم يكن له وقت الا براء حق الرجوع
بالتنن لانه يتوقف على وجود الاستحقاق . ثم على القضاء للمشتري على البائع بالتين
فلم يجب على الاصيل رد التين فلا يجب على الكفيل وحيث لم يثبت ذلك الحق في
الحال لم يدخل في الا براء المذكور اه قلت : وما نقله عن الخانية وان لم اره فيها
بهذا اللفظ صريحاً ولا في رد المختار الا انه هو الفقه وقد رأيت في الخانية فروعاً
تؤيده ، قال في فصل الكفالة بالدين لو كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به
الى سنة فعليه المال وهو الف درهم ثم اعطاه المكفول عنه بالمال رهناً ، كان الرهن
باطلاً لانه لم يجب المال للكفيل على الاصيل بعد - وكذا لو قال الكفيل للطالب
ان مات فلان ولم يؤدك المال فهو علي ثم اعطاه المكفول عنه رهناً ، لم يجوز . ولو
ابراه الطالب عن هذه الكفالة لا يجوز الا براء . وكل حق لا يجوز الرهن به لا
يجوز الا براء عنه . ولو باع داراً وكفّل رجل للمشتري بذلك عنه رهناً فالرهن
باطل ولا ضمان على المرتهن والكفالة جائزة اه . فهذا صريح في ان البرائة عن
الكفالة بالدرك غير جائزة لانه حق لا يجوز الرهن به لعدم وجوبه على الاصيل
حين البرائة والرهن فهو مفيد لما نقله اللباني عنها . وفي الحامدية عن الذخيرة :
وان ادعى حقاً بعده اي الا براء العام واقام بينة فان ارخ و كان التاريخ قبل
البرائة لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته وان كان التاريخ بعد البرائة تسمع دعواه
وتقبل بينته وان لم يؤرخ بل ابهم الدعوى ابهاماً فالقياس ان تسمع دعواه ويحمل
ذلك على حق واجب له بعد البرائة وفي الاستحسان لا تقبل بينته اه .

وفي الخانية : رجل جاء بشاهدين على رجل بالف درهم وجاء المطلوب بشاهدين

بالبرائة عن الف درهم فهذا على وجوه ثلاثة

احدها ان يكون المال مؤرخاً والبرائة كذلك ، او لا يكون احدهما مؤرخاً ،
او كان احدهما مؤرخاً والاخر لا يكون ، ففي الوجه الاول ان كان تاريخ البرائة
بعد تاريخ المال ، يقضى بالبرائة لأنه لا بدعي عليه الا مالاً واحداً . وقد ثبتت

البرائة عن الف درهم ما صرفت البرائة الى ذلك المال ، وان كان تاريخ صك المال بعد تاريخ البرائة ، يقضى بالمال لان البرائة السابقة لا تعمل في الدين اللاحق ، وان لم يكن احدهما مؤرخاً يعمل بالبرائة لان البرائة تكون عن الدين الواجب وليس هاهنا دين آخر - وكذا لو كان تاريخها سواءً بعمل بالبرائة . وان كان صك المال مؤرخاً والبرائة غير مؤرخة او على العكس يعمل بالبرائة لان البرائة تكون بعد الرجوب عادةً اهـ

المادة ١٥٦٤ - اذا ابرأ احد آخر من دعوى متعلقة بخصوص
يكون ابراءه خاصاً ولا تسمع بعد ذلك دعواه التي تتعلق بذلك
ولكن له دعوى حقه الذي يتعلق بغير ذلك الخصوص مثلاً اذا ابرأ
احد خصمه من دعوى دار فلا تسمع دعواه التي تتعلق بتلك الدار
بعد الابراء ولكن تسمع دعواه التي تتعلق بالاراضي والضياع
وسائر الامور ❊

راجع ما كتبناه في شرح المادة ١٥٣٧ ممزياً لرسالة الشرنبلالي وذكر
العلامة ابن عابدين في رسالته اعلام الاعلام ان البرائة الخاصة اما خاصة بدين
خاص كابرأته من دين كذا او بدين عام كابرأته بما لي عليه فيبرأ عن الدين
الخاص في الاول وعن كل دين في الثاني دون العين . واما خاصة بعين خاصة
كهذا العبد ، او بكل عين ، او بالامانات دون المضمونات فاما ان تكون البرائة
على سبيل الاخبار ، او على سبيل الانشاء وعلى كل فاما ان تكون عن العين نفسها ،
او عن الدعوى بها فان كانت عن العين على سبيل الانشاء ، فان اضاف المبرئ
البرائة الى نفسه كقوله لمن في يدي عبد برئت انا من هذا العبد تصح فلا تسمع
دعواه اصلاً وان اضافها الى المخاطب كابرأتك منه كانت برائة عن ضمان رده فله
ان بدعيه ، وان كانت على سبيل الاخبار كلاحق لي في هذا العبد ، تصح فلا تسمع

بعدها دعوى انه ملكه . وكذلك قوله هو برى . مما لي عنده لانه اخبار عن ثبوت البرائة فيحمل على سبب تصور البرائة بذلك وهو النفي من الاصل ، او الرد الى صاحبه تصحيحا لتصرفه فيبرأ عما اصله امانة دون ما اصله مضمون لان كلمة عند تستعمل في الامانات دون المضمونات على خلاف ما هو عرف الناس في زماننا ويتبني على عرفنا ان يبرأ مطلقا . وهذا كله في القضاء اما في الدبائة فلا يصح الابراء عن الاعيان اصلاً لان الابراء اسقاط والاعيان لا تسقط بالاستقاط بخلاف ما في الذمة من الدين فانها ليست باعيان لان الذمة لا تستقر فيها اعيان بل اوصاف اعتبارية فلماذا تسقط بالاستقاط

وان كانت البرائة عن دعوى المين فان كانت على طريق الخصوص كدعوى هذه الدار او البعد فان اضاف البرائة الى نفسه كقوله برئت من دعواي في هذا العبد تصح فلا تسمع دعواه اصلاً لاعلى المخاطب ولا غيره وان اضافها الى المخاطب كقوله ابرأتك عن خصومي في هذه الدار فتصح في حق المخاطب فله ان يجانص غيره وان كانت على طريق العموم كقوله ابرأتك عن جميع الدعاوي صحت البرائة مطلقاً .

المادة ١٥٩٥ - اذا قال احد ابرأت فلاناً من جميع الدعاوي او ليس لي عنده حق ابدأ يكون ابرأه عاماً وليس له ان يدعي بحق قبل الابراء حتى لو ادعا حقاً من جهة الكفالة لا تسمع يعني ليس له ان يدعي بقوله كنت قبل الابراء كفيلاً فلان او ان يدعي على غيره بقوله انت كنت لمن ابراته كفيلاً انظر الى مادة ٦٦٢ *

اما في الصورة الاولى فلان المدعي عليه قد برى عن الكفالة بابراء الطالب اياه ابرأه عاماً وان يكن المال باقياً على الاصيل لان برائه لا توجب براءة

الاصيل كما تقدم في المادة ٦٦١

واما في الصورة الثانية فلأن المدعى عليه قد برى ببراء الطالب للاصيل

لان براءته توجب براءة الكفيل كما تقدم في المادة ٦٦٢

ثم ان ما ذكر هنا من انه لو قال ليس لي عنده حق بكون ابراء عامًا انما

يتمشى على ما يجته العلامة ابن عابدين من ان العرف في زماننا استعمال لفظي عند ومع

في الامانات والمضمونات على خلاف ما هو المنصوص عليه في كتب المذهب من

انها انما يستعملان في الامانات دون المضمونات كالدبون كما قدمنا ذلك في شرح

المادة ١٥٦١ وقد منّا انه بحث وجهه وجيه

وقوله هنا وليس له ان يدعي بحق قبل البراء الخ ، يعني ليس له ذلك مطلقا

سواء وقع هذا البراء عقب دعوى ام لا ، لان البراء في الصورتين المذكورتين

صريح في التعميم بخلاف ما لو قال المبرى لاحق لي قبل فلان او لا دعوى لي

عليه وما اشبهها لان هذا انما يكون من البراء العام اذا لم يقع عقب دعوى معينة

والا انصرف ابرائه الى ما ادعاه او لا فتسمع دعواه بعده في غيره ما لم يصمم

بقوله اية دعوى كانت او بقوله من جميع الدعاوي ونحو ذلك كقوله ابدأ كما قدمناه

في شرح المادة (١٥٦١) معزبا للقنية والبرازية .

ولهذا اقتصر هذه المادة على ذكر المثاليين المذكورين فيها مع ان الفاظ

البراءة العامة كثيرة كلاحق ا، لا دعوى او لا خصومة لي قبل فلان او هو برى

من حقي ، او لا دعوى لي عليه ، او لا تعلق لي عليه ، او لا استحق عليه شيئا ، او

ليس لي معه امر شرعي ، وهذا اذا كانت على سبيل الاخبار - واما اذا كانت على

سبيل الانشاء كقوله ابرأتك من حقي او مما لي قبلك فهو كذلك . ولا فرق في

الابراء العام بين ان يكون على وجه الانشاء او على وجه الاخبار من حيث انه لا نسمع

الدعوى بعده بشي سابق على الاقرار سواء كان دينا او عينا لانه يدخل تحت

البراءة كل حق هو مال وليس بمال كالكفالة بالنفس والقصاص وحد القذف وما

هو بدل عما هو مال كالثلث والاجرة ، او عمال ليس بمال كالهر وارش الجنابة وما

هو مضمون كالمصوب ، او امانة كالوديعة والماربة هذا ما حققه العلامة الشرنبلالي

في رسالته تنقيح الاحكام .

واما التفرقة بين ان يكون على وجه الانشاء فلا تثبت به البرائة عن الاعيان،
وبين ان تكون على وجه الاخبار فتثبت فذاك في الابراء الخالص عن الاعيان كما
قدمناه في شرح المادة ١٥٦٤ . ولا يشكل على هذا ما في مداينات القنية اترق
الزوجان و ابرأ كل واحد منها صاحبه عن جميع الدعاوي وكان للزوج بذر في
ارضها واعيان قائمة فالحصار والاعيان القائمة لا تدخل في الابراء عن جميع
الدعاوي اهـ . لان هذا مبني على ان الزوجة مقررة بان الاعيان المذكورة للزوج كما يفيد
قوله و كان للزوج بذر في ارضها واعيان قائمة والا كان مقتضى التعبير وادعى الزوج
بذراً الخ وحينئذ فقوله لا تدخل في الابراء يعني لا نصير ملكاً للزوجة ونوه صر
بدهمها للزوج لان الاعيان لا تسقط بالابراء وقد ذكر في البرازية والخلاصة ما
هو صريح في انه لا نسمع دعوى العين بعد الابراء عن الدعاوي بصفة التعميم فقد
ظهر انه اذا ابرأه عن جميع الدعاوي، لا نسمع دعواه في عين ولا دين ما لم يقر المدعي
عليه فتسمع دعواه في العين لا في الدين وانه لا فرق في صحة الابراء عن دعوى
العين في صورة التعميم بين الاخبار والانشاء هذا ما حققه العلامة الشرنبلالي في
رسالته تنقيح الاحكام واقره العلامة ابن عابدين في رسالته اعلام الاعلام
والمراد من قوله لا نسمع دعوى المبري بعد ابرائه العام بشي . سابق او بعد
ابرائه الخالص بذلك الشيء الذي ابرأ عنه ، انه لا نسمع دعواه به لنفسه - اما لو
ادعاه لغيره بوكالة او وصاية فتسمع كما سيأتي في المادة ١٦٤٩ وفي جامع الفصولين
ابراءه عن جميع الدعاوي فادعى عليه مالا بوكالة او وصاية نسمع - بخلاف ما
لو اقر بعين لغيره فكما لا يملك ان يدعيها لنفسه لا يملك ان يدعيها لغيره بوكالة او
وصاية اهـ .

فان قلت قد رأينا فروعا تخالف ما ذكرت اتفقهم عليه من عدم سماع الدعوى

بدين او عين بعد الابراء العام

الاول ما ذكره في القنية : مات عن ورثة فانتسموا التركة و ابرأ كل واحد
منهم صاحبه من جميع الدعاوي ثم ان احد الورثة ادعى ديناً على الميت ،
نسمع اهـ .

الثاني ما ذكره في الاشباه عن البرازية اذا صالح احد الورثة و ابرأ ابراء

عاماً ثم ظهر شيء من تركته لم يكن وقت الصلح الاصح جواز دعواه في
حصته اه .

الثالث ما ذكره في الاشياء ايضاً الوارث اذا ابرأ ابرأ عاماً بان اقر انه
قبض تركة مورثه ولم يبق له فيها حق الا استوفاه ثم ادعى شيئاً من تركة مورثه
ويروى عن علي بن ابي طالب عليه السلام ان قال له رجل يا ابا طالب اني
ادعوك على تركة مورثك فقال له اني قد ابرأتك من تركته ما لم يكن
فيها حق لك من مورثك اه .

قلت اما الاول فاجابه ان المدعى عليه في الحقيقة الميت والوارث قائم مقامه
كالوكيل والابراء العام انما يمنع سماع الدعوى على الورثة لان الابراء لم فلا يمنع
سماع الدعوى على الميت وان قام الورثة مقامه .

واما الثاني فالجواب عنه ان ما ادعاه عين من اعيان التركة اعترف بها بقية
الورثة الذين صالحوه بقريظة قوله ثم ظهر شيء من تركة اي ظهر وتبين لم ما كانوا
غافلين عنه وقت الصلح . وبدل على هذا ما نقله في البرازية عقب ما تقدم عن المحيط
لو ابرأ احد الورثة الباقي ثم ادعى التركة وانكر والا تسمع دعواه وان اقر
بالتركة امروا بالرد عليه اه . فانها صريحة في الفرق بين الانكار والافرار .
وكذا ما في التنوير آخر كتاب الصلح صالحوا احدهم ثم ظهر للميت دين او عين
لم يعلموها هل يكون داخلاً في الصلح قولان اشهرهما لا اه فانه صريح بعلم الورثة
بذلك وعدم انكارهم

واما الثالث فاجابه ان مسألة الاشياء ليست مسأحة على اطلاقها بل موضوعها
في ابراء الصبي وصيه بعد بلوغه كما هي عبارة الخانية والعمادية والفصولين
وغيرها .

وتوجيهها انها مستثناة من عموم قولهم لا تسمع الدعوى بعد الابراء العام
استحساناً لقوة شبهة عدم معرفة الصبي بما يستحقه من قبل والده فان الابن قد
يكون طفلاً عند موت ابيه ولا بدري بما كان الوصي يتصرف فيه فاذا اشهد بعد
بلوغه ثم ظهر له شيء من متروكات ابيه وقامت على ذلك بينة عادلة كان الاوجه
سماعها لقوة القرينة المرجحة بصحة دعواه ولا سيما في هذه الازمان التي شاعت فيه
خيانة الاوصياء واذا كانت مسألة الوصي مستثناة مما اجمعوا عليه من عدم سماع
الدعوى بعد الابراء العام فلا يمكن الحاق غيرها بها فلا تقاس عليها ما اذا

تقاسم الورثة التركة ثم اقر واحد منهم مثلاً بأنه استوفى من بقية الورثة جميع ما خصه من التركة ولم يبق له فيها حق وائراً ابراء عاماً فلا تسمع دعواه لعدم وجود النقل في سماعها . والفرق بين المستثنين ان الوصي تصرفاً في مال الصبي يستقل به بلا علم الصبي فيخفى عليه بخلاف احد الورثة فانه لا يتصرف بدون اطلاق الاخر واذا كان فيهم صبي فوصيه يقوم مقامه فصار كأنه مطلع بنفسه فاذا بلغ واقر باستيفاء حقه منهم لم يعذر وهذا فرق حسن ولعل عندكم فرقاً آخر احسن منه فلا يبدل عما اجمعوا عليه من عدم سماع الدعوي بعد الابراء العام خلاقاً لما افق به الشيخ الرملي مستنداً لما في الاشباه اه ملخصاً جميعه من رسالة العلامة ابن عابدين المذكورة آنفاً

لكن ذكر فيها ان تعليل استثناء مسألة الوصي بقيام جهل الصبي بمعرفة ما لوالده على التفصيل ، يقتضي بانه لو اقر بانه قد اطلم على جميع متروكات والده واحاط علمه بها على سبيل التفصيل وانه قبض ما خصه من الوصي ولم يبق له قليل ولا كثير الا استوفاه كما جرت به العادة في كتابة الصكوك انه لا تسمع دعواه على وصيه المنكر بشيء . بعد ذلك لعدم العلة المذكورة لانه صار مقراً بعدم جهله ولا عذر لمن اقر اه ، هذا بحث في المنقول وهو مدفوع بانه لما كان المحل محل الخفاء يكون اشهاده واقراءه واقعيين على ما ظهر له وقد سماه باعتبار جميع ما ترك والده فلا يضره ذلك اشارة الى هذا الشيخ الرملي في حاشية الفصولين آخر الفصل الثامن والعشرين .

❖ تنبيه ❖

ذكر في الرسالة المذكورة فابدين .
الاولى لو قبض الابراء فاقر انه لا حق لي قبل فلان فيما اعلم ثم اقام بينة له عليه بحق مسمى قبل هذا الاقرار فانها تقبل بينته وهذه البرائة ليست بشيء وكذا اذا قال في قلبي اورايني او فيما اظن او فيما احسب او حسباني او كتابي فهذا كله من باب واحد ولو قال قد حملت انه لا حق لي على فلان لم اقبل منه بينة اه معزياً الى خزانة المفتين والتاريخانية

الثانية انه اذا تزب الابرء على الصلح ثم ظهر فساد الصلح فان كان الابرء
خاصاً بتلك الدعوى المصلح فيها يبطل الابرء فاذا اراد المدعي العود الى دعواه
نسمع دعواه لان الابرء والاقرار في ضمن عقد فاسد لا يمنع صحة الدعوى لان
بطلان المنضمين يدل على بطلان المنضمين - الا ان بصرح بقوله ابرأته عن تلك الدعوى
ابرءا غير داخل تحت عقد الصلح . وان كان الابرء عاماً من كل حق ودعوى لا
يبطل الابرء لكونه غير خاص بتلك الدعوى التي وقم عليها الصلح وان لم يذكر
قوله غير داخل تحت الصلح نم يمكن ان يفسد الابرء العام فيما اذا صالحه على شيء
حق يبرئه عن جميع دعاوي او بقر له اقراراً عاماً ثم ظهر فساد الصلح باستحقاق
بدله ونحوه هذا ما ظهر لي اهـ ملخصاً فاغتر الطويل في هذه المسئلة بما حوته من
التفاصيل والاعتبارات المشكله

المادة ١٥٦٦ - * اذا باع واحد مالاً وقبض ثمنه وابرأ المشتري
من سائر الدعاوي التي تتعلق بالمبيع والمشتري كذلك ابرأ البائع من
سائر الدعاوي التي تتعلق بالثمن المذكور وتعاطبا بينهما وثائق على
هذا الوجه ثم ظهر للمبيع مستحق وضبطه فلا يكون للابرء
ناثير ويسترد المشتري الثمن الذي كان اعطاه للبائع انظر الى
المادة ٥٢ *

المقصود من هذه المادة بيان ان الابرء في ضمن العقد الفاسد لا يمنع من
سماع الدعوى لا تقدم في المادة ٥٢ من انه اذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه وقد
علمت مما كتبناه آخر شرح المادة السابقة ان هذا اي بطلان الابرء اذا بطل
العقد الذي تضمنه فاذا كان الابرء خاصاً فيما يتعلق في ذلك العقد كالتفيدة هذه
المادة اما لو كان عاماً عن كل حق ودعوى فلا يبطل لما في القنية ابرأه بعد الصلح
عن جميع دعاويه وخصوماته ، صح وان لم يحكم بصحة الصلح اهـ . فهو صريح في انه

إذا كان الإبراء عاماً لا عن خصوص ما وقع عليه الصلح لا يفسد الإبراء أصلاً
وكذلك الحكم إذا كان خاصاً إلا أنه لم يبين على العقد الفاسد بان قال المبرئ
إبرأته عن تلك الدعوى إبراء غير داخل تحت الصلح فإنه حينئذ لا يبطل الإبراء
هذا ما حققه العلامة ابن عابدين كما علمت - لكن لا ينبغي أن توجه المسئلة
المذكورة في هذه المادة بأنه لما بطل البيع باسحقاق المبيع بطل ما في ضمنه من
الإبراء فلا يكون مانعاً من الرجوع بالثمن غير ظاهر لأنه يقتضي أنه لو كان
الإبراء عاماً أو كان خاصاً غير داخل تحت البيع على ما بيناه لا يملك المشتري
الرجوع بالثمن لعدم بطلان الإبراء حينئذ وفيه نظر فإن الظاهر أن له الرجوع به
مطلقاً لأن الإبراء إنما يتناول ما كان واجباً وقته حتى لو قال إبرأتك عن ثمن
ما تشتره مني غداً لا يصح الإبراء ومعلوم أن رجوع المشتري بالثمن لم يكن واجباً
وقت الإبراء حتى يصح الإبراء منه وهذا لما قدمناه في شرح المادة ١٥٦٣ من
أنه لو إبرأ من كل حق ودعوى ثم ادعى عليه كفاالة بالدرك نسمع دعواه ولا
يمنع من ذلك الإبراء العام لأن المشتري حين إبرأ لم يكن له حق الرجوع بالثمن
لأنه يتوقف على وجود الاستحقاق ثم على القضاء بالرجوع بالثمن فلم يجب على الأصل
البائع رد الثمن فلم يجب على الكفيل فلم يتعلق به الإبراء اهـ . ومن أن الإبراء
عن الدين قبل لزوم أدائه لا يصح . والحاصل أن علة رجوع المشتري بالثمن على
البائع عند استحقاق المبيع بعد الإبراء منه حين البيع ليس هو بطلان الإبراء
إبطالان البيع باسحقاق المبيع بل هو عدم تناول الإبراء له لأنه امر حدث بعد
الاستحقاق وبعد الحكم بالرجوع به وكل ذلك بعد الإبراء - على أن إبراء البائع
للمشتري من كل دعوى في المبيع - وكذا إبراء المشتري للبائع من دعوى تتعلق
في الثمن لا معنى له لأن البرائة سواء كانت بمعنى الإسقاط أو بمعنى الاستيفاء
لا تنطبق عليهما كما لا ينبغي فإن كان المراد أن المشتري إبرأ البائع من الثمن أن
استحق المبيع من يده ، كان الإبراء حينئذ غير صحيح

قال في رد المحتار قبل باب السلم بصفحتين عازباً للفتح لو قال لا أرجع
بالثمن أن ظهر الال - شحاق فظهر كان له الرجوع ولا يعمل ما قاله لأن الإبراء
لا يصح نعليه بالشرط اهـ . هكذا ينبغي تحقيق هذا المقال وبه تعلم ما فيها كتبه

الشارح اللبناني هنا من الخلل والسلام

المادة ١٥٦٧ - * يلزم ان يكون المبرون معلومين ومعينين بناءً عليه لو قال احد ابرأت سائر مدبوني او ليس لي عند احد حق لا يصح الابراء . واما لو قال ابرأت اهالي المحلة الفلانية وكأن اهل تلك المحلة معينين وعبرة عن اشخاص معدودين فيصح الابراء *

ذكر العلامة ابن عابدين في رسالته ان الابراء عن المجهول صحيح قضاء ودبابة - لكن بشرط ان يكون لشخص معين او قبيلة معينة محصورة فابراً المجهول ولو عن شيء معلوم لا يصح - بخلاف ابراء المعلوم ولو عن المجهول فانه صحيح ثم قال : وفي الخانية من كتاب الوصايا رجل قال ابرأت جميع غرمائي ولم يسمهم ولم ينو احداً منهم بقلبه ، قال ابو القاسم : روى ابن مقاتل عن اصحابنا انهم لا يبرأون . وفي الظهيرية : لو قال استوليت جميع مالي على الناس من الدين لا يصح . وكذلك ابرأت جميع غرمائي لا يصح ، الا ان يقول قبيلة فلان وهم يحصون فحينئذ يصح اقراره وابطاؤه اه

قال في الحامدية وهذا بخلاف الاباحة لكل من يأكل ثمرة بستانه . مثلاً فانه يجوز وبه يفتى اه . قال ان تناول فلان من مالي فهو له حلال فتناول فلان قبل العلم لا يضمن وتجاوز الاباحة وان عمم وقال كل انسان فأكل منه انسان قال ابن سلعة يضمن لانه ابرأ وبراء المجهول لا يصح وقال ابن سلام لا يضمن لانه اباحة والاباحة من المجهول جائزة وبه يفتى كذا في الشرنبلالية

هذا حكم ابراء المجهول - واما حكم الاقرار للمجهول فحاصل ما ذكره كما في رسالة العلامة ابن عابدين ان قول ذي اليد ليس هذا ملكي اولي ، او لا حق لي فيه . ان لم يكن له منازع حين هذا القول لم يصح اقراره وله الدعوى به اتفاقاً لان اليد دليل الملك ونقي المالك ملكه عن نفسه من غير اثباته لغيره لا يجوز فلنا اتفاقاً

وان كان له منازع ففيه خلاف فعلي رواية الجامع يكون اقراراً بالملك للمنازع بقربة النزاع، وعلى رواية الاصل لا يكون اقراراً بالملك له، لانه بالملك بدليل اليد . والملك لا يتنى بمجرد التني فيستل القاضي ذا اليد اهو ملك المدعي فان اقر به امره بالتسليم اليه وان انكر بأمر المدعي باقامة اليانة عليه وهذا الثاني هو الراجح وان كان المقر ليس بذئ يد فيه خلاف قيل يصح اقراره فلا نسمع دعواه بعده انه ملكه لان يد المدعي عليه قربة على اقرار المدعي له بالملك وقيل لا يصح فتسمع لجهالة المقر له فلا يكون تناقضاً وهذا هو المذكور في الخانية والخلاصة وحرر في الفصل الماشر من جامع الفصولين ان الخلاف ليس الا فيما لو اقر المدعي قبل النزاع - واما لو قال مع وجود النزاع ينبغي ان ينفذ اقراره وفقاً لانه نقي عن نفسه . ملك غيره ظاهراً وهذا حق ظاهر نصرف الى انه اقرار به لذي اليد وفقاً بقربة اليد والنزاع قال في الرسالة المذكورة ولا يخفى انه تحقيق حسن بلايين ولذا اقره عليه نور العين اهـ ثم قال وهذا كله حيث قال هو ليس لي ولم يزد - اما لو قال وانما هو لفلان او قال ابناً هو لفلان صح اقراره حيث لم يكذبه فلان ولا نسمع دعواه للتناقض وعدم جهالة المقر له والله سبحانه اعلم اهـ .

المادة ١٥٦٨ - * لا يتوقف الابرأ على القبول ولكن يكون مردوداً بالرد اي اذا ابرأ احد اخر فلا يشترط قبوله ولكن اذا رد الابرأ في ذلك المجلس بقوله لا اقبل يكون ذلك الابرأ مردوداً وايضاً اذا ابرأ المحال له المحال عليه او صاحب الطلب الكفيل ورد ذلك المحال عليه او الكفيل لا يكون الابرأ مردوداً *

قال الحموي عازباً للملفظ خمس مسائل لا يحتاج فيها الى القبول - الاقرار اذا سكت المقر له جاز وان قال لا اقبل او ليس لي عليك شيء بطل

الثانية الابراء اذا قال لا اقبل بطل وان سكت جاز
الثالثة اذا وكله ببيع عبده فسكت الوكيل وباع جاز ولو قال لا اقبل

بطل .

الرابعة اذا وهب دبتاً بمن له عليه دين فسكت جاز وان قال لا اقبل بطل
الخامسة اذا قال جعلت ارضي وفقاً على فلان فسكت فلان جاز وان قال لا
اقبل بطل عند هلال وفي اوقاف الخصاص لا يبطل اه .

وسمى شرح الوهبانية الصدقة بالواجب في الذمة اسقاط كصدقة الدين على
الغريم وهبة الدين له فيتم بغير قبول وكذا سائر الاسقاطات تتم بغير القبول -
الا اذا كان فيه تمليك مال من وجه فيقبل الارتداد بالرد وما ليس فيه تمليك
مال لم يقبل كابطال حق الشفعة والطلاق وهذا ضابط جيد فيلحفظ اه .
واستثنى في الاشياء من قوله الابراء لا يتوقف على القبول الابراء في بدل
الصرف والسلم .

قال الحموي والفرق بينها وبين سائر الديون هو ان الابراء عنها يوجب
انقضاء عقدهما ، لانه يوجب فوات القبض المستحق بعقدهما ، لان قبض بدل
الصرف ورأس مال السلم ، مستحق فالمهبة والابراء يسقطان بدلها ويفوتان القبض
المستحق . وفوائده يوجب بطلان العقد . واذا ثبت ان هبة بدل الصرف والسلم
والابراء عنها ينقض عقدهما ، لم ينفرد احد الماقدين به فيتوقف على قبول الآخر
لذلك - بخلاف الابراء عن سائر الديون لانه ليس فيه معنى الفسخ لعقد ثابت
وانما فيه معنى التمليك من وجه ومعنى الاسقاط من وجه . وعلى هذا اذا ابرأ رب
السلم المسلم اليه عن السلم فيه ، يتوقف على قبوله لانه به يفوت القبض المستحق بعقد
السلم كذا في التذخيرة اه

اقول لكن قوله وعلى هذا اذا ابرأ رب السلم الخ فيه نظر فان ما اتى به من
التعليل لا يتطبق على ما ذكره من الحكم . ومع هذا يخالفه ما نقله بعد هذا عن
البدائع وعبارته الابراء عن رأس المال يتوقف على قبول رب السلم فان قيل
انفسخ العقد بخلاف الابراء عن السلم فيه فانه جائز بدون قبول المسلم اليه لانه
ليس فيه اسقاط شرط وبخلاف الابراء عن ثمن المبيع فانه صحيح بدون قبول

المشترى لكنه يرتد بالرد ولا يجوز الابراء عن المبيع لانه عين واسقاط العين لا يصح اه .

ثم رابت في باب السلم من رد المختار ما نصه: في المبسوط لو ابرأ رب السلم المسلم اليه عن طعام السلم صح ابرأه في ظاهر الرواية وروى الحسن انه لا يصح ما لم يقبل المسلم اليه فان قبله كان فسخا لعقد السلم ولو ابرأ المسلم اليه رب السلم من رأس المال وقبل الابراء يبطل السلم فان رده لا

والفرق ان المسلم فيه لا يستحق قبضه في المجلس بخلاف رأس المال نهرا اه . فالظاهر ان ما نقله الحموي عن الدخيرة يمتشى على رواية الحسن على خلاف ظاهر الرواية لكن يبقى التنظير في نطيله فتأمل .

وقوله ولكن يكون مردوداً بالرد الى آخر المادة عبارة الاشياء هكذا: الابراء يرتد بالرد الا في مسائل

الاولى اذا ابرأ المحتال المحتال عليه فرده لم يرتد كما ذكرناه في شرح الكنز الثانية اذا قال المدينون ابرأني فابراه فرده لا يرتد كما في البرازية الثالثة اذا ابرأ الطالب الكفيل فرده لم يرتد كما ذكره في الكفالة وقبل يرتد

الرابعة اذا قبله ثم رده لم يرتد كما ذكر الزهلي في مسائل شتى من القضاء اه .

بقي الكلام على توجيه هذه المسائل المستثناة

اما الاولى فلأن ابرأ المحال للمحال عليه من دين الحوالة اسقاط محض ليس فيه معنى التمليك وما كان كذلك لا يرتد بالرد لان المال يسقط بمجرد الابراء والاسقاط لا يمود وكونه اسقاطاً محضاً على القول بان الحوالة نقل المطالبة فقط ظاهر . واما على القول بانها نقل المطالبة مع الدين فلان الدين انما انتقل من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه موثقاً بدليل انه لو توى المال على المحال عليه يرجع به المحال على المحيل فاعتبر الدين باقياً على المحيل وبهذا الاعتبار صار الابراء اسقاطاً محضاً حتى لو وهب المحال دين الحوالة من المحال عليه توقف على قبوله ويرتد برده لان الهبة تمليك فيرجع به المحال عليه على المحيل ان لم يكن للمحيل عليه وبين والا صار

فصاحاً بما عليه من الدين كما في البحر ورد المختار اول كتاب الحوالة . وبه سقط ما في الحموي من كتاب المداينات من انه لا يظهر له وجه
واما الثانية فلان طلب المديون الابرأء ابتداءً ، قام مقام القبول فكانت نظير
المسئلة الرابعة الآتية

واما الثالثة فلان ابرأ الطالب الكفيل ، اسقاط محض اذ لا مال له عليه وانما
له حق المطالبة فقط وما كان اسقاطاً محضاً لا يحتمل الرد كما تقدم في
المسئلة الاولى

واما الرابعة فلان الابرأء قد تم بالقبول فلم يبق محلاً للرد كما في
الزيلعي .

❖ تنبيه ❖

جزم الشارح اللبناني ان قول المجلة هنا في ذلك المجلس ، قيد احترازي حتى
لو رد الابرأء بعد تفرق المجلس لا يصح الرد وهذا محتاج الى التثبيت بالنقل
الصريح .

وقد ذكر في البحر وحواشيه من الكفالة وكذا الحموي في المداينات
مسئلة تدل على خلاف ما ذكر وهي انه لو وهب الطالب المال من المطلوب او ابرأه
منه فمات قبل الرد ، فهو بريء ، وان لم يموت ورد الهبة فرده صريح اه . فانظر
كيف اطلق صحة الرد قبل موت المطلوب فانما انه لا فرق في صحته قبل القبول
بين ان يكون في مجلس الابرأء او بعده في مجلس آخر والله اعلم

❖ المادة ١٥٦٩ - يصح ابراء المبت من دينه ❖

فلا رجوع له به في التركة بعده ولذا لو كفيل بما على المبت من الدين بشرط
براءة ذمته منه يصح كما قدمناه في شرح المادة ١١٦١

المادة ١٥٧٠ - * اذا ابرأ الذي في مرض الموت احد ورثته
من دينه فلا يكون صحيحاً ونافذاً واما اذا ابرأ من لم يكن وارثه
فيعتبر من ثلث ماله *

المادة ١٥٧١ - * اذا ابرأ من تركه مستغرة بالديون في مرض
موته احد مدبونه لا يصح ابرائه ولا ينفذ *

حاصل هاتين المادتين ان المريض مرض الموت اذا كان مدبونا مستغرق فلا
يجوز ابرائه مدبونه مطلقاً لتعلق حق الفرءاء بجميع تركته فلا ينفذ تصرفه في
شيء منها وان كان غير مدبون مستغرق فكذلك لا يجوز ان كان من ابراء وارثاً ما
لم تجز بقية الوربة ولم يكن له وارث آخر بلا فرق بين ان يكون اصيلاً او
كفيلاً عن اجنبي لان هذا الابراء له حكم الوصية وهي لو ارثه لا يجوز . وان كان
من ابراء اجنبياً جاز الابراء من ثلث ماله اي من ثلث ما بقي من ماله بعد ابقاء
ما عليه من دين غير محيط بلا فرق ايضا بين ان يكون اصيلاً او كفيلاً عن
الوارث وهذا لان براءة الكفيل لا تستلزم براءة الاصيل . ويستثنى من جواز
ابراء الاجنبي ما اذا كان وارث المريض كفيلاً له فانه لا يجوز ايضا ، لان
برائة الاصيل تستلزم براءة الكفيل ، قال في كتاب الاقرار من الرابع والثلاثين
من الفصولين : وجاز ابرائه يعني المريض الاجنبي من دين له عليه الا ان
يكون الوارث كفيلاً عنه فلا يجوز اذ يبرأ براثته اه

* تنبيه *

اذا اقر المريض انه ابرأ وارثه عن دين له عليه لا يصح ، كما يبان بان
الابراء الى حال الصحة ويقول قد كنت ابرأته عنه وانا صحيح ولا ابتداء بان

يقصد ابراهه عنه الان . اما الثاني فظاهر . واما الاول فلا أنه حكى امراً لا يملك استثنائه وان اقر بذلك لاجنبى فلا فرق فيه ايضاً بين كونه حكاية او ابتداء حيث ينفذ كل منها من الثلث فقط على ما في البدائع والجواهر خلافاً لما في الفصول العمادية من انه ان حكى انه ابراهه في الصحة يجوز من كل المال والا بان انشأ ابراهه يجوز من الثلث لانه تبرع هذا ما حققه في تنقيح الحامدية

واستظهر تقديم ما في البدائع والجوهرة على ما في الفصول لكونها من الشروح والوجه لها انه اذا استند البرائة الى زمان متقدم حكنا بوجودها في الحال وهو في الحال لا يملك التبرع الا بالثلث . وهذا كله اذا اقر المريض بالابراه اما لو اقر باستيفاء الدين فسيأتي حكمه في المادة ١٦٠٠ والمادة ١٦٠٣

بقي ما اذا اقر المريض ببرائة مديونه الاجنبى وهو مديون بمجبط وظاهر انه لا يجوز اقراره بها وان اسندها الى حال الصحة لانه حكى امراً لا يملك استثنائه في الحال لانه ممنوع عن التبرع بشيء من تركته لتعلق حق الغرماء بها . اما لو اقر باستيفاء الدين والحالة هذه فسيأتي حكمه في المادة ١٦٠٣ وشرحها

تتمة *

لم تذكر في المجلة احكام التخارج كما هي مذكورة في فصل مخصوص آخر كتاب الصلح من اكثر كتب الفقه لندرة وقوعها اذ قلما يرضى احد ان يخرج من البين بغير استيفاء نصيبه فتح ولانه يمكن استخراج احكامه من صحة وفساد من المواد السابقة وما تنبهاً للفائدة نلخص ما ذكره الفقهاء في ذلك الفصل فقول .

التخارج تفاعل من الخروج ومعناه ان يتصلح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم اذا كانت التركة بين ورثة فخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركة عقار او عروض جاز قليلاً كان ما اعطوه او كثيراً لانه امكن تصحيحه بيعاً ثم لا يضره جهالة مقدار حصته من التركة ولا جهالة المصالح عنه لان جهالة ما ذكر انما تفسد البيع اذا كانت الجهالة نفسي الى النازعة بان كان يحتاج فيه الى تسليم المبيع وهذا لا يحتاج الى تسليم لان المبيع في ايدي باقي الورثة

فلا يفضى الى المنازعة . وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهباً او كان ذهباً فاعطوه فضة ، فهو كذلك ، لانه ييم الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي - لكن يعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير ان الذي في يده بقية التركة ان كان جاحداً ، يكتفي بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح . وان كان مقراً لا بد من تجديد القبض لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وذلك بان يرجع الى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضه . وان كانت التركة ذهباً وفضة وغير ذلك فصالحوه على ذهب او فضة فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه مثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازاً عن الربا فان كان مساوياً لنصيبه او اقل او لا يعلم مقدار نصيبه بطل الصلح لوجود الربا . اما اذا كان مساوياً فلزيادة العروض واذا كانت اقل فلزيادة العروض وبعض الدرهم . وان كانت مجهولاً ففيه شبهة ذلك فتعذر تصحيحه بطريق الماوضة ولا يصح بطريق الابراء ايضاً لان التركة عين والابراء عن الاعيان باطل ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب او الفضة لانه صرف في هذا القدر

قال الشلبي في حاشيته على الزبلي قال الانقائي قال شيخ الاسلام الاسبيجاني قال ابو الفضل يعني الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح على اقل من نصيبه من العين او على مثل نصيبه منها ، في حالة التصادق . اما في حالة المناكرة فالصالح جائز لانه ان لم يمكن تصحيحه معاوضة يمكن تصحيحه اسقاطاً

ثم قال شيخ الاسلام والصحيح انه باطل في الوجهين لانه يكون معاوضة في حق المدعي فيدخل فيه معنى الربا من الوجه الذي قلناه

اقول لو اعتبر الصلح حال المناكرة اسقاطاً ، لما بطل فيما اذا كانت التركة ذهباً فصالحوه على اقل من حصته منه حال المناكرة ولما اشترط فيه التقابض فيما اذا كانت التركة عروضاً وذهباً واعطوه اكثر من حصته من الذهب مع ان المتون قاطبة اطلات بطلان التخارج في الصورة الاولى واشترط التقابض في صورة الثانية ، فلا جرم ان المعول عليه هو نصحيح شيخ الاسلام فاقتصر الشارح اللساني نقلاً عن تنحة رد المحتار على ما قاله الحاكم الشهيد خلاف الصحيح

فليتبّه له .

ثم رأيت في نكلة فتح القدير رداً على الحاكم الشهيد من وجه آخر فليراجع
وذكر في العناية ما قاله الحاكم الشهيد بانظ قيل المفيدة للضعيف . ولو كان بدل
الصلح عرضاً جاز مطلقاً لعدم الربا ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح
دراهم ودنانير ايضاً جاز الصلح كيفاً كان صرفاً للجنس الى خلاف الجنس كما في
البيع - لكن بشرط التقابض لكونه صرفاً . واذا كان في التركة دين على
الناس فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لم ، فالصلح
باطل لان فيه تمليك الدين وهي حصة المصالح من غير من عليه الدين وهم بقية
الورثة . والعقد اذا فسد في بعض العقود عليه فسد في الكل . وان شرطوا ان
يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم نصيب المصالح ، فالصلح جائز لانه اسقاط
وهو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز وهذه حيلة الجواز . واخرى ان
يتمتعوا قضاء نصيبه متبرعين به وفي الوجهين ضرر بقية الورثة لعدم رجوعهم على
الغرماء . والاوجه ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه وبصالحوا عما وراة الدين
ويجلبهم على استيفاء نصيبه من الغرماء فانه لا ضرر عليهم في هذه الصورة الا
ضرر النقدي فان المدين خير من الدين . والاوجه منه ان يبيعه كفاً من تمر او
نحوه بقدر الدين ثم يجلبهم على الغرماء او يجلبهم ابتداءً ليقبضوه له ثم يأخذه
لانفسم .

اقول لا يخفى ان على المصالح الخارج ضرراً فيما اذا باعوه كفاً من تمر بقدر الدين
فانه اذا نوى المال على الغرماء كان للورثة الرجوع على المصالح بثمن الكف
من التمر فكانت الصورة الاخيرة اوجه الصور ، ولولم يكن في التركة دين
واعيانها غير معلومة . والمصالح على المكيل والموزون ، قيل لا يجوز لاحتمال الربا
بان كان في التركة مكيل او موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح او اقل .
وقال الفقيه ابو جعفر ، يجوز هذا الصلح لانه يحتمل ان لا يكون في التركة من
جنسه ويحتمل ان يكون فيها واذا كان فيها ، يحتمل ان يكون الذي وقع عليه
الصلح اكثر . وان احتمال ان يكون مثله او دونه . هو احتمال الاحتمال فكان القول
بعدم الجواز مؤدباً الى اعتبار شبهة الشبهة وهي ساقطة الاعتبار

وفي فتاوى قاضيخان رحمه الله تعالى والصحيح ما قاله ابو جعفر . في الزبلي
هذا هو الصحيح . ولو على الميت دين محيط بطل الصلح والقسمة لان الورثة لا
يملكون التركة في هذه الحالة لان الدين المستغرق يمنع من دخول التركة ففي
ملك الوارث لان حاجته مقدمة على الارث الا ان يضمن الوارث الدين بشرط ان
لا يرجع في التركة او يضمن اجنبي بشرط براءة الميت او يؤدوا دينه من مال آخر
وان لم يكن مستغرقاً صح الصلح والقسمة ويرفعون عنها قدر الدين حتى لا يحتاجوا
الى تقض القسمة

والاولى ان لا يملوا ذلك حتى يقضوا الدين فان لم يملوا قبل الرفع او القضاء
جاز استحساناً . والقياس ان لا يجوز لان كل جزء من اجزاء التركة مشغول
بالدين لعدم الاولوية بالصرف الى جزء دون جزء فصار كالمستغرق فيحتم من
دخوله في ملك الورثة . وجه الاستحسان ان الانسان لا يجاؤ عن دين قبل فلو
منع غير المستغرق تملك الوارث ، ادى الى الحرج او الى ان لا يملكوا اصلاً
فقلنا بانهم يملكونه دفعا للضرر عنهم الا انهم يرفعون من التركة قدر الدين
كي لا يحتاجوا الى تقض القسمة اه ملخصاً من الهداية وشروحا والكنز وشروحه
والدر المختار .

وفي التوزيع وشروحه الدر ما نصه : ولو اخرجوا واحداً من الورثة فحتمته تقسم
بين الباقي على السواء ان كان ما اعطوه من مالهم غير الميراث وان كان المعطي بما
ورثوه فلي قدر ميراثهم يقسم بينهم ويان قسمة التركة بينهم حينئذ مذكور في
كتاب القرائض فليراجع

وقيد الخصاص بكونه عن انكار فلو عن اقرار فعلى السواء اه . قال في
التكملة نقلاً عن شرح الوهبانية للشرنبلالية : والوجه انما في الاقرار بكونان
مشتريين فيتنصف وفي الانكار مدعيين للتركة فكيف يكون على قدر الانصاف
واختاره البعض اه .

ولا يخفى ان التساوي بينهم لا يظهر الا اذا كانوا متساوين فيما دفعوه سواء
كان من مالهم او من مال التركة ولا يظهر عند تفاوتهم في ذلك كما اشار الى ذلك
العلامة (ط) على الدر فليتأمل .

وفي رد المختار رجل مات عن زوجة وبنت وثلاثة ابناء عم عصبة وخلف تركة
انقسموا بينهم . ثم ادعت الورثة على الزوجة بان الدار التي في يدها ملك مورثهم
المتوفي فانكرت دعواهم فدفعت لهم قدراً من الدرهم صلحاً عن انكار فهل يوزع
بدل الصلح عليهم على قدر موارثهم او على قدر رؤسهم الجواب . قال في
البحر وحكمه في جانب المصالح عليه وقوع الملك فيه للمدعي سواء كان المدعي
عليه مقرأ او منكرأ وفي المصالح عنه وقوع الملك فيه للمدعي عليه اه . ومثله في
المنع فمقتضى قوله وقوع الملك فيه للمدعي ان يكون على قدر موارثهم وفي
الذخيرة ما هو بيده اه .

وكا يصح الصلح مع بعض الورثة عن كل اعيان التركة يصح عن بعضها
اعتباراً للجزء . بالكل فصلح احد من بعض الاعيان صحيح كما في الدر والتكلمة .
الموصى له يبلغ من التركة كوارث فيها قدمناه من مسألة التخارج بتفاصيلها در
قال في الهندية رجل مات واوصى لرجل بثلث ماله وترك ورثة صفاراً وكباراً
فصلح بعض الورثة الموصى له عن الوصية على درهم معلومة ان يسلم لهذا الوارث حق
الموصى له فهذا وما لو صلح بعض الورثة البعض ، سواء ان لم يكن في التركة
دين ولا شيء من النقود يجوز الصلح . وان كان فيها دين على رجل ، لا يجوز .
وان كان في التركة نقد فان كان ثلث النقد مثل بدل الصلح ادا اكثر لا يجوز
وان كان بدل الصلح اكثر من ثلث النقد جاز اذا قبض الموصى له بدل الصلح
قبل الاثراق وان اثراقاً قبل القبض بطل في النقد اه .

وفيه رجل اوصى لرجل بعبد او دار وترك ابناً وبنتاً فصالح الموصى له من
العبد على مائة درهم ان كانت المائة من مال الميراث فالعبد بينهما اثلاثاً وان كانت
المائة ماله غير الميراث فالعبد نصفين لانه معاوضة بينهما كذا في محيط السرخسي اه
وهذا التفصيل متفق عليه ان كان عن انكار فان كان عن اقرار فعلي ما تقدم عن
الخصاف ان العبد بينهما نصفين مطلقاً

وفي الخاتمة ولو ان داراً في يد ورثة ادعى رجل فيها حقاً ، وبعض الورثة
حاضر وبعض غائب فصالح المدعي عليه الحاضر منهم على شيء مسمى من
جميع حقه ، جاز ذلك ويكون متبرعاً في هذا الصلح في حمة شركائه و صلح الاجنبي

على ماله جايز ، فهذا اولى ولا يرجع على شركائه بشيء وان كان صالح على ان يكون حق المدعي للوارث الحاضر خاصته دون غيره فهو جايز ايضاً لان هذا الوارث يمتلك حق المدعي بهذا العقد ثم هو يقوم مقام المدعي في اثبات حقه ان اثبت مسلم له وان لم يقدر على اثباته بطل الصلح في حصة الشركاء ويرجع على المدعي بمحصنه ذلك من البدل - كما لو اشترى عبداً من رجل هو غصب في يد آخر ان اثبت المدعي ملك نفسه على الغاصب مسلم له وان عجز يرجع على البائع بالثمن اه .

وذكر في التنوير وشرحه الدر صالح الورثة اقدم ثم ظهر للميت دين او عين لم يعلموها هل يكون ذلك داخلاً تحت الصلح المذكور قولان اشهرهما لا هل يكون الذي ظهر بين الكل وهو المعتمد على ما في الخانية والاصح كما في البزازية اه ملخصاً

قال في رد المحتار وفي المحيط لو ابرأ احد الورثة الباقي ثم ادعى التركة وانكروا لا نسمع دعواه وان اقرروا بالتركة امروا بالرد عليه اه اقول انظر ما كتبناه في شرح المادة ١٥٦٣ والله سبحانه وتعالى اعلم واستغفر الله العظيم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الكتاب الثالث عشر في الاقرار

❖ ويشتمل على اربعة ابواب ❖

- الباب الاول -

« في بيان بعض الاصطلاحات الفقيه المتعلة بالاقرار »

المادة ١٥٧٢ - ❖ الاقرار هو اخبار الانسان عن حق عليه

لاخر ويقال لذلك مقر ولهذا مقر له وللعق مقر به ❖

الاقرار مأخوذ من القرار وهو اذنة الثبات يقال لغة قر الشيء اذا ثبت بعدان كان منزلاً واقر فلان الشيء اذا اثبتته . هذا ان كان حسيًا فان كان قولياً يقال اقر به حموي . وافاد ابو السعود ان اقر في استعمال الفقهاء لازم بتعدي بالحرف وهو الباء لتضمنه معنى اخبر وعند اللغويين متعد بالهمزة اه . ثم ان كون الاقرار اخبار الانسان عن حق عليه لاخر ، هو الموافق لما في الكنز وغيره من المتن . والذي ذكره في البحر ومشي عليه في التنوير انه اخبار بحق عليه من وجه انشاء من وجه . وفرع في الدر وحواشيه على الوجه الاول وهو الاخبار مسائل الاولى صح اقراره بمال مملوك للغير فاذا اقر بملك الغير يلزمه تسليمه الى المقر له اذا ملكه برهة من الزمان لنفاذه على نفسه ولو كان انشاء لا صح لعدم وجود الملك . ولهذا لو اقر بوقفية دار ثم شراها او ورثها ، صارت وقفاً مؤآخذة له بزعمه

كما في الاشياء . وهذا بخلاف ما اذا غصب داراً من رجل فوقها ثم اشترها حيث لا يجوز وقفه .

والفرق ان فعل الغاصب انشاء في غير ملكه فلا يصح لان شرط صحته ملكه بخلاف الاقرار لكونه اخباراً لا انشاء قال ابو السعود : ويؤخذ من هذا انه لو ادعى شخص عبثاً في يد غيره فشهد له بها شخص فودت شهادته لتهمة ونحوها كنفرد الشاهد ثم ملكها الشاهد يومئذ بتسليمها الى المدعي الثانية لا يصح اقراره بطلاق وعتاق مكرها ولو كان انشاء اصح لان الانشاء لا يتخلف مدلوله عنه وقد علمت ان كلاً من طلاق المكره وعتقه واقع

الثالثة صح اقرار الماذون بعين في يده والمسلم يخمر قائمة بيده وينصف داره مشاعاً والمرأة بالزوجة من غير شهود . ولو كان انشاء ، لا صح في هذه المسائل لانه في الماذون يصير تبرعاً وهو ليس اهلاً له ، وفي الخمر يكون تملكاً مبتدأً والمسلم لا يملك تملكه ، وفي الثالثة يكون هبة . وهبة المشاع القابل للقسمة لا تصح ، وفي الرابعة يكون انشاء نكاح وهو لا يصح بلا شهود الرابعة لا تسمع دعواه عليه بانه اقر له بشيء معين بناء على الاقرار له بذلك لانه من حيث كونه اخباراً يحتمل الصدق والكذب فلا يكون سبباً للملك ولو كان انشاء ، لا احتل الكذب لان الانشاء لا يتخلف عن مدلوله كما تقدم فيصير سبباً للملك فتسمع الدعوى والمفتى به عدم السماع كما سيأتي تحقيقه في المادة ١٦٢٨ وشرحها

وفروع على الوجه الثاني وهو كونه انشاء مستلثين الاولي انه لو رد المقر له اقراره ثم قبل لا يصح ولو كان اخباراً لصح واما بعد القبول فلا يرتد بالرد ولو اعاد المقر اقراره فصدق المقر له لزمه ، لانه اقرار آخر وسيأتي لهذا زيادة تحقيق في المادة ١٥٨٠ وشرحها الثانية ان الملك الثابت به ابي بالاقرار ، لا يظهر في حق الزايد سواء كانت قايمة او مستهلكة ولو كان اخباراً للملكها قال في اغانية رجل في يده جارية وولدها اقر ان الجارية لفلان لا يدخل فيه الولد . ولو اقام بينة على جارية ائتماله يستحق اولادها وفي التكملة عن

نور العين شري امة فولدت عنده لا باستيلاده . ثم استنجت بيينة يتبعها ولدها ولو
اقر بها لرجل ، لا

والفرق انه بالبينة يستحقها من الاصل . ولذا قلنا ان الباعة يتراجعون فيما
بينهم - بخلاف الاقرار حيث لا يتراجعون . ثم الحكم بامة ، حكم بولدها وكذا
الحيوان اذ الحكم حجة كاملة بخلاف الاقرار فانه لم يتناول الولد لانه حجة ناقصة .
وهذا لو الولد بيد المدعى عليه فلو في ملك آخر هل يدخل في الحكم اي في صورة
ما استنجت بيينة اخف المشايخ اه . وما شئت عليه المجلة تبعاً لعامة المتون
من ان الاقرار اخبار لا انشاء اصلاً هو المعول عليه لان الصحيح ان الاقرار لا
يكون سبباً للملك

والجواب عن المسئتين الاخيرتين اللتين استدلت بهما على انه انشاء مطلقاً او
من وجه ، بان عدم صحة قبول المقر له بعد رده الاقرار ليس لكون الاقرار انشاء
بل لكونه اخباراً يحتمل الصدق والكذب فاذا كذبه المقر له صار كأن لم يكن
فلا يصح رجوعه الى القبول ما لم يصدر من المقر اقراراً آخر كما يشير الى ذلك ما
بأقي في المادة ١٦٢٨ وشرحها

وذكر الحموي انه انما يرتد بالرد فيما ذكر لوجود معنى الانشاء فيه لا انه
انشاء محض وبان عدم تناول الاقرار للزوايد ليس ايضاً لكونه حجة ناقصة
كما يفهم من التعليل المار عن نور العين ، او لان الاقرار مظهر لما كان ثبت قبل
الاقرار وهو صادق بما اذا كان ثبوته بصد حدوث الزوايد فلا يتناولها الاقرار .
ولهذا لم تعمل المجلة على ما في البحر والتنوير

بقي ان تعريف الاقرار بكونه اخباراً لانسان عن حق عليه لا يدخل فيه
الاقرار بان لا حق له على فلان ولا الابراء واسقاط الدين ونحوه كاسقاط الشفعة
وقد يقال في هذا ايضاً اخباراً يحق عليه وهو عدم وجوب المطالبة فيكون داخل

المادة ١٥٧٣ - يشترط ان يكون المقر عاقلاً بالغاً بناء عليه

لا يصح اقرار الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة

ولا يصح على هؤلاء اقرار اوليائهم واوصيائهم ولكن الصغير
المميز المأذون في حكم البالغ في الخصوصيات التي صحت
ماذونته فيها *

نوضح هذه المادة انه بشرط لصحة الاقرار كون المقر من اهل التكليف
فلا يصح اقرار الصبي والمجنون والمعتوه وان اجازه الولي لان الاجازة لا تلحق
الباطل وهذا باطل لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي ماذوناً له بالتجارة
فيصح اقراره بالمال لكونه من ضرورات التجارة لانه لو لم يصح اقراره لا
يعامله احد فدخل في الاذن كل ما كان طريقه التجارة كالدبوع والودائع والمواري
والمضاربات والنصوب فيصح اقراره بها لانها في حقها بالبالغ الماقل - بخلاف
ما ليس من باب التجارة كالمهر والجنابة والكفالة حيث لا يصح اقراره بها لان
التجارة مبادلة المال بالمال والمهر مبادلة المال بغير مال ، والجنابة ليست مبادلة ،
والكفالة تبرع ابتداءً فلاندخل تحت الاذن . ثم ان النائم والنمى عليه كالمجنون لانعدام
التمييز . واما السكران فاقراره جائز مطلقاً اذا كان سكره بطريق محظور لانه لا يتنافى
الخطاب - الا اذا اقر بما يقبل الرجوع كالحودود الخالصة كالردة وحد الزنا وشرب
الخمر بان اقر وهو سكران بانه شرب الذي هو فيه او غيره لا يصح اقراره فلا يقام
عليه الحد وانما يترب على البينة لان السكران لا يكاد يثبت على شيء . فاقم
السكر مقام الرجوع فيما يحتمل الرجوع . ولو اقر بالسرقة بضمن المسروق ولا
يقام عليه حد السرقة ، وان سكر بطريق مباح كالشرب مكرماً او مضطراً ، لا
يلزمه شيء - وكذا لو سكر من اتخذ من الحبوب او العسل عندها خلافاً لمحمد
رحمهم الله تعالى زبلي بزيادة من الدر وحواشيه ، قال في الاشباه واختلف
التصحيح بما اذا سكر من الاشربة المتخذة من الحبوب او العسل . والفتوى على
انه سكر محرم فيقع طلاقه وعتاقه ولو زال بالبنج لم يقع وعن الامام انه ان
كان يعلم انه بنج حين يشرب يقع والا فلا . وفي التكلة عدم وقوع طلاق
السكران بالبنج والافيون لعدم المعصية فانه يكون للتداوي غالباً فلا يكون

زوال العقل بسبب هو معصية^٣ - حتى لو لم يكن للتداوي بل للهو وادخال الآفة
قصداً ينبغي ان نقول بقبح . وقال ايضاً اتفق مشايخ الحنفية والشافعية بوقوع
طلاق من زال عقله باكل الحشيش وهو المسمى ورق القنب لفتواهم بحرمته اتفاقاً
من متأخريهم اذ لم يظهر امر الحشيش في زمن المتقدمين اه وفي الاشباه ان
السكران بحرم كالصاحي الا في مسائل منها : الاشهاد على شهادة نفسه فانه
لا يصح .

الثانية تزويج الصغير والصغيرة باقل من مهر المثل او اكثر فانه لا ينفذ وان
كان في زيادة مهر الصغيرة ونقص مهر الصغير مصلحة لها لعدم اعتبار عبارته الثانية
الثالثة : الوكيل بالطلاق صاحباً اذا سكر فطلق لم يقم الطلاق
الرابعة : الوكيل بالبيع لو سكر فباع لم ينفذ على موكله
الخامسة : غضب من صاح . رده عليه سكران اه غير ان محشيا المحوري قد
رد الثانية بان ما قاله المص قول والصحيح الوقوع كما في الحانية والبحر .

ورد الرابعة بان المنقول في العادة ان حكم السكران في هذه المسئلة حكم
الصاحي وحينئذ لا يصح استثناء هذه المسئلة بل هي داخلة في العموم اه
واعلم ان الفقرة الثانية من هذه المادة وهي قوله ولا يصح على هؤلاء اقرار
اوليائهم وادعيائهم وان كانت مسئلة مستقلة لا تعلق لها باول المادة واخرها - الا
ان ذكرها هنا مناسبة ظاهرة فانه كما لا يجوز اقرار هؤلاء على انفسهم لكونهم غير
مكلفين ، كذلك لا يجوز اقرار غيرهم عليهم وان كان له ولاية التصرف في
اموالهم كالاولياء والادعياء . وهذا لان اقرار الانسان على غيره باطل ، قال في
الدرر لا يجوز اقراره اي الوصي بدين على الميت ولا بشيء من تركته انه افلان
لكونه اقراراً على الغير الا ان يكون الميراثاً فيصح في حصته لانه اقرار
على نفسه اه .

وفي كتاب آداب الادعياء ما نصه : ذكر في الاخيرة انه اذا اقر الوصي على
الميت بدين لا يصح اقراره لكن لا يخرج به عن ان يكون خصماً للغيرم . وهذا
بخلاف وكيل المدعي عليه بالخصومة في الدين اذا اقر بالدين حيث يخرج به عن
الوكالة فلا تكون له الخصومة ، حتى لو برهن عليه المدعي بالدين لم يقبل لعدم

صححة الدعوى فلو اقام على التزم بينة بالدين الذي اقر به له تقبل بينته . اما اذا اقر بعدد في يده انه لفلان ثم ادعى انه للصغير لا نسمع دعواه . وفي الثانية اقر وصي الصغير باستيفاء المبت دينة لم يكن للوصي تقاضيه فنصب الوصي وصياً آخر يقبض ذلك الدين اه

وفيه عن الذخيرة والمنتقى رجل اتفق على بعض الورثة ثم بعد ما اتفق ادعى انه اتفق باسم القاضي او الوصي واقر به الوصي ، صدق في اقراره وان لم يعلم اتفاه الا بقول الوصي ان كان الذي اتفق عليه صغيراً اه

وفيه في فصل في الاتفاق عن فتاوى المتأبي : الاصل فيه ان الوصي يصدق فيما ساط عليه ولا يصدق فيما لم يسلط عليه . ومثله في الجامع الكبير فانه قال الاصل ان الوصي متى اقر بتصرف في مال الصغير بعد بلوغه ، والوصي منكر بنظر ان كان تصرفاً هو مسلط عليه من جهة الشرع فانه يصدق فيه ويقبل قوله يمينه . وان كان تصرفاً لم يكن هو مسلط عليه من جهة الشرع فانه لا يصدق فيه ولا يقبل قوله بدون البينة فلو قال اتفقت عليك مالك في صفرك ، والنفقة نفقة مثله في مثل المدعة وانكر الصبي صدق الوصي يمينه لانه مسلط على الاتفاق بنفقة المثل شرعاً . اما لو لم تكن النفقة نفقة المثل وكانت زائدة عليه بكثير لا يصدق في الفضل لانه ليس بمسلط عليه شرعاً لانه اصراف فلا يصدق يمينه اه

❁ فروع ❁

ذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى في اقرار الاصل رجل اقر انه كان اقر ، وهو وصي لفلان بالف درهم وقال الطالب لا بل اقرت بها لي بعد البلوغ فالقول قول المقر ميمنه لانه اضاف الاقرار الى حالة معهودة تنافي الضمان . ولو قال اخذت منك الف درهم وانا صبي او ذاهب العقل من مرض يعرف انه كان له عليه ، فهو ضامن للحال لان الاخذ فعل موجب الضمان على الاخذ سواء كان صيباً او بالغاً مجنوناً كانت او عاقلاً اه . المدعى عليه جاء بغط البرائة انه ابراه عن هذا المال فادعى المدعي اني وقت البرائة كنت صيباً ، صح لانه اسند البرائة الى حالة معهودة تنافي صحة البرائة الصبي اذا اقر بالبلوغ ثم قاصم الوصي

ان كان مراهقاً صح الاقرار والقسمة ولا يقبل قوله اني لم اكن بالغاً وان لم يكن مراهقاً بل كان مثله لا يحتمل عادة لا يصح الاقرار والقسمة اهـ . من كتاب احكام الصغار وقامه فيه

المادة ١٥٧٤ - لا يشترط ان يكون المقر له عاقلاً بناء عليه لو اقر احد بمال للصغير غير المميز يصح ويلزمه اعطاء ذلك المال

ولا يصح اقرار المقر بعد ذلك للغير ولو كان المقر له رضيعاً فيصير الشيء المقر به ملكاً للرضيع بمجرد الاقرار وان بين المقر سبباً غير صالح كالاقرار بثمان مبيع بان قال اقرضني الرضيع او باعني لانه اقر بوجود الدين بسبب وان لم يثبت السبب الا ترى انه لو كذبه المقر له في السبب بان قال لك علي الف غصباً فقال المقر له بل دبتنا يلزمه المال وان لم يثبت السبب كذا هذا تكلمة عن المحيط والحواشي المحوية

وهذا التعليل اولي مما عمل به في الاشياء وحواشيه واثار له في الدر من انه يحمل اسناد المقر بالسبب الى الرضيع على المجاز والباشر حقيقة هو الولي لانه يقتضي انه اذا لم يمكن حمل الاسناد على المجاز بان قال باعني او اقرضني الرضيع بنفسه لا يباشرة وليه لا يصح الاقرار مع انهم اطلقوا صحتهم .

وهذا اذا كان المقر له صغيراً ولو رضيعاً فان كان حمالاً اي جنيناً فله ثلاث صور اما ان يبين المقر سبباً صالحاً كالارث والوصية ولا ثالث لهما بان يقول المقرات ابوه فورثه او اوصى له به فلان فيجوز بالاجماع واما ان يبين سبباً غير صالح فلا يجوز بالاجماع واما ان يبين بان يسكت عن ذكر السبب فعند ابي يوسف لا يجوز كما اذا بين سبباً غير صالح وعند محمد يجوز وحمله على السبب الصالح واختار في الهداية قول ابي يوسف على ما هو دأبه في ترتيب المسائل وتبعه صاحب الوهابة

حيث اقتصر عليه ، وعليه أكثر الشراح حيث قوا دليله فكان هو المختار والفرق بين الرضيع والحمل يعني الجنين حيث جاز الاقرار للاول وان بين انه فرض او عن مبيع ولم يميز الثاني ان الرضيع من اهل ان يستحق الدين بهذا السبب بتجارة وليه والجنين لا يتصور البيع معه ولا يلي عليه احد . وتوجيه قول ابي يوسف فيما اذا اجهم ولم يذكر سبباً لان . طلق الاقرار بنصرف الى الاقرار بالتجارة ولذا حمل اقرار المأذون واحد المتفاوضين عليه فيصير كما لو صرح به فلا يصح فكذا هذا .

ثم اذا صح الاقرار للجنين فان ولدته حياً لاقل من نصف حول منذ اقرار ان كانت ذات زوج او لاقل من سنتين ان كانت معتدة ، فله المقر به . وان ولدته ذات الزوج لاكثر من ستة اشهر لا يستحق شيئاً لعدم تحقق وجوده حين الاقرار وان ولدت حين فلها نصفين ولو احدها ذكراً والاخر انثى فكذلك في الوصية - بخلاف الميراث فانه للذكر ضعف الانثى وان ولدت ميتاً فيرد لورثة ذلك الموصي والمورث لعدم اهلية الجنين وان هذا الاقرار في الحقيقة لهما اي للموصي والمورث وانما ينتقل للجنين بعد ولادته حياً ولم يتفصل حياً فيكون لورثتها

بقي الكلام على الاقرار بالحمل لاخر وهو صحيح سواء كان حمل امه او بهيمة بان يقول حمل امي او حمل شاتي لفلان وان لم يبين له سبباً لان لتصحبه وجهها واحداً وهو الوصية من غيره لان الحمل وحده لا يملك الا بالوصية فتصيرت صبيكاً كان اوصى رجل بحمل شاة مثلاً لاخر ومات فاقر ابنه بذلك فحمل عليه وان لم يبينه بخلاف ما اذا اجهم السبب في مسألة الوصية للحمل بشيء فان له طريقين كما قدمنا وهما الوصية والارث وليس احدهما بأولى من الآخر فيبطل ولا بد لصحة الاقرار من ان يكون الحمل المقر به محقق الوجود حين الاقرار بان تله الامه لدون نصف حول لو مزوجة او لدون حولين لو معتدة لانه لما حكم الشارع بثبوت نسبه من المطلق كان حكماً بوجوده وقت الاقرار ولو كان الحمل غير ادعي ، بقدر بأدنى مدة يتصور ذلك عند اهل الخبرة كما في الزبلي اه ملخصاً من الدرر وحواشيه .

المادة ١٥٧٥ - * يشترط في الاقرار رضا المقر بناء عليه
الاقرار الواقع بالجبر والا كراه لا يصح انظر المادة ١٠٠٦ *

ونها لا يعتبر البيع الذي وقع بالا كراه المعبر ولا الشراء . ولا الايجار
ولا الهبة ولا الفراغ ولا الصلح والاقرار والايواء عن مال ، ولا تأجيل الدين ولا
ولا اسقاط الشفعة ملجئاً كان الا كراه او غير ملجئ - ولكن لو اجاز المكره
ما ذكره بعد زوال الا كراه ، يعتبر اه . وذكر في الدرر وغيره ان الا كراه
مطلقاً 'بعدم الرضى والرضى شرط صحة العقد فيفسد بفواته اه

وما ينفع على اشتراط الرضى لصحة الاقرار عدم جوازه تلجئة او هزلاً
لانعدام الرضى بالحكم كما تقدم تحقيقه في التتمة التي كتبناها في شرح المادة (٤٠٣)
فارجع اليها .

وفي الهندية لو اتفقا ان يقرابيع لم يكن فاقرا بذلك فهو باطل ولا يجوز
باجازتها اه . فان قلت قوله ولا يجوز باجازتها مخالف لما ذكر في المادة ١٠٠٦
من انه لو اجازه المكره بعد زوال الا كراه يعتبر اه

قلت لا مخالفة فان مسألة الهندية قد افرا تلجئة بعقد لم يحصل اصلاً فلم
يقبل الاجازة وما في المادة المذكورة عقداً عقداً لا ير بدانه فاذا اجازاه ينقلب
صحيحاً كما قدمناه في شرحها هذا ما ظهر لي .

وفي تنقيح الحامدية وكذا لا يجوز بيع التلجئة لا يجوز الاقرار بالتلجئة بان
يقول لا آخر اني اقر لك في العلانية بمال وتواضعا على فساد الاقرار لا يصح اقراره .
وان ادعى احدهما ان الاقرار هزل وتلجئة وادعى الآخر انه جد ، فالقول لدعي
الجد وعلى الآخر البينة كما في التتارخانية وتمامه فيما كتبناه في شرح المادة
المذكورة .

وفي الخانية لو اكره الرجل على ان يقر لفلان بالف درهم فافر بخمسائة لا
يصح استحساناً ولا يلززه المال ولو اقر بالف درهم او لف وخمسائة لزمته الزيادة

على ما كان مكرها ولا يلزمه قدر ما كان مكرها فيه اه

✽ تنبيه ✽

قال في الدر اقرار المكره باطل الا اذا اقر السارق مكرها فاقضى بمضم
بصحته ظهوره اه . قال في التكملة ناقلاً عن اكره البرازية: من المشايخ من
اتفق بصحة اقراره مكرها قال وهو الذي يسع الناس وعليه العمل والا فالشهادة
على السرقات من اندر الامور .

ونقل عن الزيلعي جواز ذلك سياسة وبتبني التعويل عليه في زماننا لغلبة الفساد
وحكى عن عصام انه سئل عن سارق ينكر فقال عليه اليمين فقال الامير سارق
ويمين هاتوا بالسوط فما ضربوه عشرة حتى اقر فاقى بالسرقة فقال عصام سبحان
الله ما رأيت جوراً اشبه بالعدل من هذا اه .

المادة ١٥٧٦ - ✽ بشرط ان لا يكون المقر محجوراً انظر

الى الفصل الثاني والثالث والرابع من كتاب الحجر ✽

فان كان المقر محجوراً فلا قراره احكام تختلف صحة وفساداً ونفاذاً وتوقفاً باختلاف
كون الحجر بسفه او دين او ورق او صفر وباختلاف كون المقر اجاز ما اقربه
بعد فك الحجر عنه اولاً وباختلاف كون المقر به مالاً او عقداً او قصاصاً او
حداً قد ذكرت مفصلة في الفصول المذكورة فلترجع .

ونقل الشارح اللبناني عن الهندية ان اقرار المحجور يرق او سفه او بافلاس ،
يتوقف لبعده فك حجره اه .

فات وفي الهندية آخر الباب الرابع من كتاب الاقرار اذا حجر القاضي على
حرم ثم اقر المحجور عليه بدین او غصب او بيع او عتق او طلاق او نسب او قذف
او وزنا ، فهو جائز عليه عند ابي حنيفة والحجر على الحر باطل في قوله . وقال لا
يجوز اقراره بدین ولا بيع موكل شيء . يبطل في الهزل فهو في الحجر

باطل وكل شيء يجوز عليه في المنزل فهو في الحجر جائز كذا في المحيط ام والمصح
قولها وعليه المجلة .

المادة ١٥٧٧ - * يشترط ان لا يكذب ظاهراً الحال الاقرار
بناء عليه اذا اقر الصغير الذي لم تتحمل جثته البلوغ بقوله بلغت لا يصح
اقراره ولا يعتبر *

وان كان مراهما بان بلغ الصبي اثني عشر سنة والصبية عشر سنوات واذا
لم يبلغ ذلك فلا يصح اقراره ، وان كانت جثته تتحمل ذلك كما تقدم في المادة
٩٨٨ لان علامة البلوغ لا يتصور وجودها قبل هذا السن عادة فكان ظاهر الحال
مكذوباً له . قال في الاشباه من كتاب الاقرار في الفن الثاني الاقرار بشيء محال
باطل كما لو اقر له بارش يده التي قطعها خمس مائة درهم وبداه صحيحتان
لم يلزمه شيء كما في التنازخانية من كتاب الحيل وعلى هذا اقيمت بطلان اقرار
انسان بقدر من السهام لو ارث وهو ازيد من الفريضة الشرعية لكونها محالاً
شرعاً مثلاً لو مات عن ابن وبنت فاقر الابن ان التركة بينهما نصفان بالسوية
فلاقرار باطل لما ذكرناه . قال شارحها الحموي وهل منه ما اذا اقرت عقب
العقد ان مهرها لزيد مثلاً وسيأتي في كتاب المداينات انها اذا اقرت وقالت المهر
الذي لي على زوجي لفلان او لو الذي فانه لا يصح كما في شرح المنظومة
والقنية .

اقول : ولا يمكن تصحيح اقراره على ان يكون ابتداء تملك كما لو قال
داري هذه لزيد كما سبأني لان تملك الدين من غير من عليه الدين ، لا يجوز .
وبوخذ من هذا ان الرجل اذا اقر لزوجته بنفقة بمدة ماضية هي فيها ناشئة
او من غير سبق قضاء او رضاء وهي معترفة بذلك فاقراره باطل لكونه محالاً
شرعاً وهي واقعة الفتوى ، قال بعض الفضلاء وقد اثبت آخذاً من ذلك بان
اقرار ام الولد لمولاها بدين لزمها بطريق شرعي باطل شرعاً وان كتب به وثيقة

لعدم تصور دين للمولى على ام ولده اذ الملك له فيها كامل والمملوك لا يكون عليه دين للمالك

ثم ان الفرار الابن ان تركه ابيه بينه وبين اخته نصفان كما تقدم ، ينبغي صحته اي الاقرار ما لم يزد في اقراره بالارث ، اذ بتصور ان تكون التركة بينهما نصفين بالوصية مع الاجازة او غيرها مع وجود التملك كما هو ظاهر اه ما في شرح الحموي . قلت وجميع هذه المسائل تندرج تحت اشتراط ان لا يكذب ظاهر الحال المقر اذ لا شك ان من اقر بالتمثيل شرعاً كاذب في اقراره ومن ذلك ما تقدم في شرح المادة ١٥٧٤ من الاقرار للجنين بال لا يصح ما لم يبين ميباً صالحاً لان ما اقر به مستحيل فيكون كاذباً في اقراره لكن لا بد ان يكون مستحيلاً من كل وجه كما في الاشياء فلا يرد ما تقدم في شرح المادة المذكورة من انه لو اقران لهذا الصغير على الف درهم فرضاً اقرضيه او تمن مبيع باعنيه صح الاقرار مع ان الصبي ليس من اهل البيع والقرض ولا بتصور ان منه لانه انما صح الاقرار باعتبار ان هذا المقر محل لثبوت الدين للصغير عليه في الجملة فيتصور بان البيع صدر من بعض اوليائه فاضافه الى الصغير مجازاً فلم يكن مستحيلاً من كل وجه بخلاف الاقرار للحمل فانه لا ولاية لاحد عليه كما تقدم هناك . ومن ذلك ما لو اقر لمن لا يولد مثله لكه بانه ابنه فلا يصح اقراره وان صدقه المقر له وكانت غير معروف النسب لانه اقرار بالتمثيل فكان ظاهر الحال مكذباً له - نعم لو قال هو ابني وله في ذمتي كذا بواخذ المقر من حيث استحقاق المال وان لم يثبت النسب كما في الدر وحواشيه

❖ تنبيه ❖

جمل في التكلفة من الاقرار بشيء محال ما لو اقر ان فلاناً اقرضني كذا في شهر كذا وقد مات المقر له قبله ولم يذكر هذا في الاشياء المنقول عنها ولا في شروحه ولا في الدر وحواشيه ولم اره لغير صاحب التكلفة وفي النفس منه شيء فلا بد من نقل صريح بوجهه فلينبه له

المادة ١٥٧٨ - يشترط ان لا يكون المقر له مجهولاً
جهالة فاحشة اما الجهالة البسيرة فلا تكون مانعة لصحة الاقرار مثلاً
لو اقر احد بقوله ان هذا المال لرجل مشيراً الى المال المعين الذي هو في
يده او هذا المال لاحد من اهالي البلدة الفلانية ولم يكن اهالي تلك
البلدة معدودين لا يصح اقراره . ولما لو قال ان هذا المال لاحد
هذين الرجلين او لاحد من اهالي المهلة الفلانية وكان اهل المهلة قوماً
محصورين يعني عبارة عن اشخاص معدودين فيصح اقراره وعلى ما ذكر
لو قال احد ان هذا المال لاحد هذين الرجلين لهما ان يأخذا ذلك المال
من المقر ويملكانه بعد الاخذ بالاشتراك اذا انفقا وان اختلفا فلكل
منها ان يطلب من المقر اليمين بعدم كون المال له فان نكل المقر عن
يمين الاثنين يكون ذلك المال مشتركاً بينهما وان نكل عن يمين احدهما
يكون ذلك مستقلاً له اي لمن نكل عن يمينه وان حلف للاثنين
يبرأ المقر من دعواهما ويبقى المال المقر به في يده *

ثم لو اراد ان يطلعا فأخذا العبد منه فانه يكون لما ذلك في قول ابي
يوسف رحمه الله تعالى اولاً وهو قول محمد رحمه الله تعالى ثم رجع ابو يوسف
عن هذا وقال لا يجوز اصطلاحهما بعد الحلف كذا في المحيط هندية .
اعلم ان الجهالة التي تتعلق بالاقرار لا تخلو عن ثلاثة اوجه كما في الكفاية .
اما ان تكون في المقر له وهي تجتمع صحة الاقرار اذا كانت فاحشة وهي المذكورة
في هذه المادة او تكون في المقر به وهي لا تمنع وهي المذكورة في المادة الآتية .

واما في المقر فهي تمنع نحو ان يقول لك على احدنا الف درهم لان المقضي عليه مجهول .
ونظر في تكة التمتع في تمثيل جهالة المقر بالمثال المذكور بان الجهالة فيه في المقر
عليه لافي المقر لانه متمين وهو المتكلم قال والاولى التمثيل بان يقول احد جماعة
او احدائين لك علي الف ولا يدري ايهم او ابها قال ذلك اه .

اقول وعليه فتكون اوجه الجهالة اربعة . والظاهر ان حكم هاتين الجهالتين
اي جهالة المقر وجهالة المقر عليه ، واحد وهو عدم الصحة لان المقضي عليه فيها
مجهول . ويمكن ان يراد بالمقر في عبارة الكفاية ، الموأخذ باقراره فيصم
الصورتين فتدبر .

وعبارة التبلي هي هكذا : الجهالة في المقر له تمنع صحة الاقرار سواء تفاحش
الجهالة بان قال علي الف درهم لواحد من الناس او لم تفاحش بان قال علي الف
لاحد هذين لان المجهول لا يصلح مستحقا اذ لا يمكن جبره من غير تعيين المدعي
فلا يفيد فائدته

هكذا ذكر شمس الائمة . وذكر شيخ الاسلام في مبسوطه والناطقي في
واقفاته انها اذا تفاحشت ، لا يجوز وان لم تفاحش ، جاز لان صاحب الحق لا
يصد ومن ذكره . وفي مثله يومر ، بالتذكر لان المقر قد ينسي صاحب الحق ولا
يجبر على البيان لانه قد يؤدي الى ابطال الحق عن المحققين والقاضي نصب
لا يصال الحق الى مستحقه لا لابطاله - فصار نظير ما اذا اعتق احد عبده ثم
سبه ولان المقر لها اذا اتفقا على الاخذ من المقر واصطلاحا بينهما امكن دعواها
فيصح اقراره وقال في الكافي وهو الاصح

ولو كان المقر عليه مجهولاً بان قال لك على احدنا الف لا يصح لان المقضي
عليه مجهول اه

وذكر في التكة وغيرها ان القاضي يخلصه لكل منها يمينا على حدة ويبدأ
بيمين ابها شاء او بقرع . وله ايضا ان يخلصه لها يمينا واحدة وذكر في شرح
الحموي على الاشياء ان شراح الهداية وغيرها مثلوا الفاحشة بان يقول لواحد من
الناس ولنبر الفاحشة بان يقول لاحد كما ووقع تردد في درس شيخ مشايخنا بين
اهل المدرس فيما لو قال لاحدكم وهو ثلاثة او اكثر محصورون هل هو من الثاني

او الاول قال بعضهم الى انه من قبيل غير الفاحشة وانصر له بما في الخانية :
لو قال من بابك من هو لاء واشار الى قوم معينين معدودين فانا قبيل ثمة ،
جازاه . قال في التكملة : قال الساجاني وبظهر لي ان المتفاحش مائة اه .
واستظهر في التكملة ان المتفاحش ما زاد على المائة فان حد الاحصاء مائة فا
دونها وما زاد عليها لا يحصون وعزاه الى الصيرفية عن جواهر الاخلاطي
وفي الهندية ولو قال لفلان علي الف درهم ولفلان علي مائة دينار او لفلان ،
فالالف للاول وللآخرين ان بصطلحا في المائة دينار ولو قال لفلان علي مائة
دينار ولفلان علي كرحنطة او لفلان كرشعير ، فاندنانير للاول ثابتة ولا
شيء للآخرين ولكن لكل واحد منها ان يحلفه على ما يدعيه عليه كذا في
المبسوط .

ولو قال لفلان علي مائة درهم ولفلان او لفلان فللاول عليه نصف المائة
والنصف الثاني يحلف عليه لكل واحد من الآخرين الا ان بصطلحا عليه فيكون
بينها نصفين ولو قال لفلان علي مائة درهم او لفلان ولفلان ، فالنصف للثالث
والنصف الباقي بين الاولين على ما وصفنا كذا في الحاوي . ولو قال لفلان
علي مائة درهم ولفلان او فلان ولفلان فللاول الثلث وللرابع الثلث ويحلف للثاني
والثالث الا ان بصطلحا كذا في محيط السرخسي

* تنبيه *

مسئلة المتون وهي ما لو قال هذا الالف ودبعة فلان ليست من قبيل الاقرار
لمجهول لان المقر له فيها معلوم وانما هي في معنى الاستثناء ولذا ذكرها في باب
الاستثناء وقالوا ان الالف للاول وعلى المقر مثله للثاني ، قال الزهلي لأنه لما
اقر به للأول ، صح اقراره له وصار ملكاً له . وقوله بعد ذلك لا بل ودبعة
لفلان اضراب عنه ورجوع فلا يقبل قوله في حق الاول ويجب عليه ضمان
مثله للثاني لأنه اقر له بها وقد اتلفها باقراره بها للاول فيضمن له لأنه متمد
باقراره للاول في حقه - بخلاف ما اذا قال هي لفلان لا بل لفلان بلا
ذكر ابداع حيث لا يجب عليه للثاني شيء لأنه لم يقر بالابداع منه وانما اقر به

الاول ثم رجوع وشهد به الثاني فرجوعه لا يصح وشهادته لا تقبل وسيأتي مسألة الكتاب يعني الكذاقر بالابداع من الثاني وقد عجز عن رد الودية بفعله فصار مستهلكاً لها فيضمن .

وعلى هذا لو كانت الالف غير ممين بان قال لفلان علي الف لا بل لفلان يلزمه لكل واحد الف لان رجوعه عن الاول لا يصح واقتراره للثاني صحيح فيلزمه لها . ولو كان المقر له واحداً بان قال لفلان علي الف درهم لا بل الفان يلزمه اكثرهما استحساناً . والقياس ان يجب عليه المالا ان وهو ثلاثة الاف وهو قول زفر وجه الاستحسان انها اقراران لانه لا يملك الرجوع عن الاول - لكنه عند اتحاد الجنس والمقر له ، امكن جملة تكراراً كما اذا اقر له مرتين بأن قال لفلان علي الف درهم ، ثم قال له علي الفان فانه يجب عليه الفان فكذا هذا ولا يمكن ذلك عند اختلاف الجنس واختلاف المقر له ، لانه عند اختلاف الجنس يستحيل جملة تكراراً ، وعند اختلاف المقر له يكون رجوعاً عن الاول واقتراراً به للثاني فرجوعه لا يصح واقتراره صحيح .

ولو كان ذلك في الوصف بان قال علي الف درهم جياذ لا بل زبوف او الف زبوف لا بل جياذ ، لزمه الجياذ استحساناً لانه استدراك الغلط في الصفة فيلزمه افضل الصفتين كما يلزمه في الاستدراك في الغلط في المقدار اكثر المالمين في الجنس التحد ، لان الابدأ داخل في الاجود كما ان الاقل داخل في الاكثر .

قال : غصبت فلاناً مائة درهم ومائة دينار وكر حنطة لا بل فلاناً لزمه اكل واحد منها كله لانه اقر بالغصب منهما وهو فعل منه ولو كانت بعينها فهي للاول وعليه للثاني مثلها . ولو قال غصبت من فلان الف درهم وفلاناً مائة دينار وفلاناً كره حنطة لا بل فلاناً فانه يفرم للرابع ما اقر به للثالث لانه استدراك ورجوع عن الاخير فصح اقتراره لا رجوعه اه .

- الباب الثاني -

✽ في بيان وجوه صحة الاقرار ✽

المادة ١٥٧٩ - ✽ كما يصح الاقرار بالمعلوم كذلك يصح
الاقرار بالمجهول ولكن كون المقر به مجهولاً في العقود التي لا
تكون صحيحة مع الجهالة كالبيع مانع لصحة الاقرار مثلاً اذا قال
احد لفلان عندي امانة او قال سرقت مال فلان او غصبته يصح
اقراره ويجبر على تعيين الامانة المجهولة او المال المسروق او المنصوب
واما لو قال بعت لفلان شيئاً او استاجرت من فلان شيئاً فلا يصح
اقراره ولا يجبر على بيان ما باعه او استاجره لانه لسنده الى حال
منافية للضمان ✽

اعلم ان المقر بالمجهول تارة يطلق وتارة بين سبباً لا تضره الجهالة كالنصب
والجنابة وتارة بين سبباً تضره الجهالة فالاول يصح ويحمل على ان المقر به لزمه
بسبب لا تضره الجهالة والثاني ظاهر والثالث لا يصح الاقرار به كالبيع والاجارة
فان من اقر انه باع من فلان شيئاً او آجر من فلان شيئاً او اشترى من فلان
شيئاً قوله شيئاً كذا شيء لم توجد لفظه شيئاً بالكلمة ولا في الدرر للبتأمل
بالصواب كذا شيء لا يصح اقراره ولا يجبر المقر على تسليم شيء تكلمة عن
الدرر والشرنبلالية.

وفي الهداية وشروحاتها جهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزم

بجهولاً بان ائلف مالاً لا يدري قيمته او يخرج جراحة لا يعلم ارشها او ثبت عليه باقية حساب لا يحيط بها علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به ويقال له بين الجهول لان التجهيل من جهته فصار كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره القاضي على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره وذلك بالبيان فان قال لفلان علي شيء لزمه ان يبين ما له قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها اي النعمة فاذا بين غير ذلك يكون رجوعاً عن الاقرار وذلك باطل ، فاذا بين ما له قيمة يثبت في الذمة مكيلاً كان او موزوناً او عددياً بنحو كره حنطة او فلس او جوزة ، فاما ان يصدقه المقر له او لا فان صدقه اخذه والا فالقول قول المقر مع يمينه لان المقر له بدعي الزيادة عليه وهو منكر . وكذلك اذا قال لفلان علي حق ، لما بينا من انه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها . وذكر في المحيط والمستزاد ، ولو قال الرجل لفلان علي حق ، ثم قال مفصلاً عنت به حق الاسلام ، لا يصدق وان قال موصولاً يصدق لانه بيان يعتبر باعتبار العرف لانه لا يراد به في العرف حق الاسلام ، وانما يراد به حقوق مالية كذا في الكافي - وكذا لو قال غصبت منه شيئاً ، وجب عليه ان يبين ما هو مال حتى لو بين ان المفصوب زوجته او ولده لا يصح وهو اختيار مشايخ ما وراء النهر وقيل يصح وهو اختيار مشايخ العراق والاول اصح لان الغصب اخذ مال فحكاه لا يجري فيما ليس بمال ولا بد ان يبين ما يجري فيه التام حتى لو بين في حبة حنطة او في قطرة ماء لا يصح لان المادة لم تجر في غصب ذلك فكانت مكذبة له في بيانه ولو بين في القمار او خمر المسلم صح بيانه لانه مال يجري فيه التام وان كان الغصب لا يتحقق في القمار في قول ابي حنيفة ولا في خمر المسلم لانه غير مال في حقه لان حقيقة الغصب الشرعية تترك في ذلك بدلالة المادة واذا قال في اقراره لفلان علي مال فرجع البيان اليه اي الى المقر ، لكونه الحمل والرجوع في بيان الحمل الى الحمل وبقبل قوله فيما بين الا انه لا يصدق في اقل من درهم والقياس قبوله لانه مال . وجه الاستحسان انه لا يعد مالاً عرفاً والحقيقة تترك بدلالة المادة ولو قال له علي مال عظيم فلا بد من البيان بما يعد عظيماً عند الناس والغنى بالنصاب لان صاحبه يعد غنياً في الشرع

والعرف فان بين بالمال الزكوي فلا بد من بيان اقل ما يكون نصاباً هي الابل
خمس وعشرون ، لانه اقل نصاب يجب فيه الزكاة من جنسه . وفي الدثار بعشرين
مثقالاً وفي الدرهم مائتي درهم . وان بين بغير الزكوي فلا بد من بيان قيمة
النصاب . وهكذا الحكم لو قال ابتداء له علي مال عظيم من الدرهم او من
الدينار او من الابل

فان قيل ينبغي ان بقدر في الابل بخمس لانه نصاب يجب فيه شاة فكانت
صاحبها بها غنياً قلنا هي مال عظيم من وجه حتى يجب فيها الزكاة وليست بمال
عظيم من وجه حتى لا يجب فيها من جنسها فاعتبرنا ما ذكرنا ليكون عظيماً مطلقاً
اذ المطلق ينصرف الي الكامل . ولو قال له علي اموال عظام فالتقدير بثلاثة نصيب
من اي نوع سماه اولاً او بينه ثانياً اعباراً لادنى الجمع . فلو قال من الدرهم
كان التقدير بستائة درهم ولو قال من الدينار كان بستين مثقالاً الى غير ذلك
من الاجناس ولو فسرها بغير المال الزكوي اعتبر قيمة ثلاثة نصيب كما تقدم .
ولو قال له علي مال نفيس او كريم او خطير او جليل قال الناطقي لم اجده منصوحاً
وكان المرجاني يقول يلزمه ما بان . ولو قال له علي درهم نهي ثلاثة بالانفاق
لانها اقل الجرم الا ان بين اكثر منها لاحتمال اللفظ واكونه عليه فلا تهمة
وبنصرف الى الوزن المعتاد . ولو قال درهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة
عند ابي حنيفة لان المشرة اقصى ما يذكر بلفظ الجمع فكان هو الاكثر
من حيث اللفظ وقال لا يصدق في اقل من نصاب لانه هو الاكثر كثرة
شرعية . ولو قال له علي درهم او دينار بالتصغير فعليه درهم تام ودينار تام لان
الصغير قد يذكر بالتصغير لصغر حجمه فلا ينقص عن الوزن ، وروى ابن
سماعة عن ابي يوسف اذا قال علي درهم مضاعفة فله ستة دراهم لان ادنى
الجمع ثلاثة دراهم وضعتها ستة . ولو قال درهم اضاعف مضاعفة يلزمه ثمانية عشر
درهماً لان اضاعفاً جمع واقله ثلاثة تصير تسعة ومضاعفة التسعة ثمانية عشر ، واذا
قال له علي كذا درهماً لزمه درهم على التعمد ومثله ما اذا رفع درهم او سكه
لانه تفسير للمبهم ، وان قال كذا درهم بالخلف لزمه مائة لان المائة اقل عدد
يضاف اليه الدرهم . ولو قال كذا درهماً لم يصدق شيء اقل من احد عشر

درهماً ، لانه ذكر عددین مبهمین لبس بینهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد عشر .

ولو قال كذا و كذا درهماً لم یصدق في اقل من احدٍ وعشرين لانه ذكر عددین مبهمین بینهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون ، ولو ثلث كذا بغير واو فاحد عشر لانه لا نظیر لكذا كذا كذا غیر احد عشر الي تسعة عشر فيلزمه اقلها وهو احد عشر حملاً للائتین من اللفظت الثلاثه على احد عشر ، والثالثه على التكرار والتاكيد . وان ثلث بالواو بان قال كذا وكذا و كذا درهماً بلزمه مائة واحد وعشرون ، وان ربع یزاد علیها الف فيلزمه الف ومائة واحد وعشرون لان العدد الذي ذكرنا انه یلزم في صورتی التثلیث والتربیع ، نظیر ما ذكر آنفا اي انه اقل ما یبعبر عنه بثلاثة اعداد او اربعة مع العاطف قال الامام الزبلي : ولو خمس بالواو ینبغي ان یزاد عشرة آلاف ولو سدس یزاد مائة الف . ولو سبع یزاد الف الف وعلى هذا كلما زاد كذا معطوفاً بالواو یزد عليه ما جرت المادة به الى ما لا یتناهی اه ملخصاً عن الهدایة وشرحها .

وفي الهندية : ولو قال الف دراهم ثلاثة آلاف . ولو قال الف كثيرة فمشرة آلاف . ولو قال له علي مال لا قليل ولا كثير فعليه مايتا درهم . ولو قال مال قليل لزمه درهم واحد . ولو قال له علي زهاء الف درهم او جل الف درهم او قرب الف درهم فهذا كله اقوال بخسامة وزيادة شيء . وكذلك هذا في الفصب والودیمة وفي الكبلي والوزني والشیاب ، وعن محمد اذا قال لفلان علي غیر الف فعليه الفان . ولو قال لفلان غیر الفین فعليه اربعة آلاف . ولو قال غیر درهم فعليه درهماً . ولو قال غیر درهمین فعليه اربعة . ولو قال حنطة كثيرة ، فعندها على خمسة اوسق وعند ابي حنیفة الی ان الیه بمدان یبین ربع الهاشمي وهو الصاع

ولو قال بضع وخمسون درهماً فالبضع ثلاثة فصاعداً . ولو قال لفلان علي عشرة دراهم ونيف فالبيان في النيف الیه ، فلو یبینه باقل من درهم جاز . ولو قال له علي مائة ودرهم فعليه مائة درهم ودرهم عندنا . وكذلك لو قال مائة ودينار ، او مائة وفضیض حنطة فذكر شیتاً من المكین والموزون . ولو قال عشرة

دراهم ودانق او قيراط فهو من الفضة . ولو قال له علي ما هنا مقال ذهباً وفضة او
كذا حنطة وشميراً ، فعليه من كل واحد منها النصف . وكذلك لو سمي اجناساً
ثلاثة فعليه من كل واحد الثلث . ولو قال مائة وعبد او قال مائة او شاة او مائة وثوب
او مائة وثوبان فالقول في بيان المائة ، قوله ، ولو قال مائة وثلاثة اثواب ، فالكل
من الثياب . ولو قال لفلان جزء من داري فاليه البيان وله ان يقربا شاء .
وكذلك الشقص والنصيب والطائفة والاطعمة — واما السهم فهو عند ابي حنيفة
على السدس وعندما يورس بالبيان اه وقامه فيها .

المادة ١٥٨٠ — لا يتوقف الاقرار على قبول المقر له ولكن
يكون مردوداً برده ولا يبقى له حكم واذا رد المقر له مقداراً من
المقر به لا يبقى حكم الاقرار في المقدار المرذود ويصح الاقرار في
المقدار الباقي الذي لم يردده المقر له *

اما كون الاقرار لا يتوقف على قبول المقر له فلما تقدم في المادة ١٥٧٣ من
ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق للمقر له فيما مضى لا انشاء الحق ابتداءً حتى
يشترط له القبول . واما كونه يرتد برد المقر له فلوجود معنى الانشاء فيه كما
قدمناه عن الحموي في شرح المادة المذكورة . وعن هذا ذكر في الهندية وغيرها
ان الاقرار في حق ملكية المقر به ، يعتبر اظهاراً حتى يحكم بملكيته للمقر له بنفس
الاقرار ولا يتوقف على تصديق المقر له . اما في حق الرد فيعتبر تمليكاً مبتدأً
كالمبني حتى يبطل برد المقر له اذا كان المقر له يبطل بالرد حق نفسه خاصة .
اما اذا كان يبطل حق غيره ، فلا يعمل رده كما اذا اقر الرجل اني بنت هذا
العبد من فلان بكذا فرد المقر له اقراره ، وقال ما اشترت منك شيئاً . ثم
قال بعد ذلك اشترت فقال البائع ما بتسكه لزم البائع البيع بما سمي لانه جحد
البيع بعد تمامه وجحد احد المتعاقدين لا يضر حتى ان المشتري متى قال ما

اشتربت وصدقه البائم وقال نعم ما اشتربت ثم قال لا بل اشتربت ، لا يثبت
الشراء وان اقام البينة على ذلك لان الفسخ تم بمجرد ما . ثم في كل موضع بطل
الاقرار برد المقر له لو اعاد المقر ذلك الاقرار فصدقه المقر له كان للمقر له ان
بأخذه ، وهذا استحسانه . وكذا لو لم يعد المقر اقراره لكنه بقي ما كتبا مصرأ
على اقراره الاول كما في الاشياء ، قال شارحه الحوي لان الاصرار على الاقرار
بمنزلة انشائه فيصادف التصديق اقراراً مبتدأ لم يبطله الرد وان لم يكن مصرأ على
اقراره لا يفيد عدد المقر له الى تصديقه لان الاقرار الذي صدقه فيه قد ارتد بالرد ولم
يتجدد اقرار آخر بمصادفه التصديق فبطل اه . وافاد في الدر ان الاقرار بمد القبول
لا يرتد بالرد وعلة في رد المختار بانه صار ملكه ونفي المالك ملكه عن نفسه عند
عدم المنازع لا يصح - نعم لو تصادقا على عدم الحق ، صح لما تقدم في البيع
الفاصد انه طاب ربح مال ادعاه على آخر فصدقه على ذلك فاوفاه اياه ثم ظهر عدمه
بتصادفها انه لم يكن عليه شيء . فانظر كيف التصادق اللاحق نقض السابق
مع ان ربحه طيب حلال اه

اقول وتعليه عدم صحة الرد بمد القبول بقوله لانه صار ملكه الخ فيه نظر فانه
قد صار ملكاً له بمجرد اقرار المقر كما سمعت التصريح به عن الهندية وغيرها
وقد اتفقوا ان الاقرار يرتد بالرد مع ان فيه نفي المالك ملكه عن نفسه
فتأمل .

ثم اعلم انه اذا اختلف المقر والمقر له فاما ان يكون اختلافهما في نفس المقر
به اي في جنسه او نوعه كما لو اقر بالدين والمقر له يدعي العين او على العكس .
وهذا يمتح صحة الاقرار لان المقر له لما ادعى غير ما اقر به المقر ، كان ردأ لاقراره
وهو يرتد بالرد كما عرفته وما ادعاه المقر له لا يثبت لان المقر ينكره . واما ان
يقم الاختلاف في بعض المقر به وهذا هو المذكور في هذه المادة . وحكه ان
القدر اژائد الذي رده المقر له يبطل ويصح الاقرار فيما بقي . هذا يختلف
المشهود له اذا اكدب شاهده في بعض ما شهد له به حيث تبطل شهادته في
الجميع لان التكذيب تفسيق والتسقي مانع من قبول الشهادة لا من صحة
الاقرار . واما ان يكون اختلافهما في السبب كما اشار اليه بقوله

المادة ١٥٨١ - * اذا اختلف المقر والمقر له في سبب المقر به فلا يكون اختلافهما مانعاً لصحة الاقرار مثلاً لو ادعى احد الفأ من جهة القرض واقر المدعى عليه بالف من جهة ثمن المبيع فلا يكون اختلافهما هذا مانعاً لصحة الاقرار *

بل ثبت المقر به وببطل السبب ، لانه هو الذي فيه الاختلاف فاذا بطل وصار كأن لم يكن ، بقي اقرار بمال مطلق غير مقيد بالسبب وهو مقبول لان صحته غير مفتقرة الى ذكر السبب افاده الحموي عن شرح تلخيص الجامع . وفي الهندية قال لغيره هذه الالف ودبعة لك عندي وقال المقر له ليست بودبعة ولي عليك الف من قرض او ثمن مبيع ثم جحد المقر الدين والودبعة واراد المقر له ان ياخذ الودبعة قضاء عن الدين الذي يدعيه لم يكن له ذلك لان اقراره بالودبعة اولاً ، بطل بالرد . ولو قال المقر له ليست بودبعة ولكنني اقرضتكها بعينها وجحد المقر القرض كان للمقر له ان ياخذ الالف بعينها - الا ان يصدقه المقر في القرض فحينئذ لا يكون للمقر له ان ياخذ الالف بعينها . اذا قال لفلان علي الف درهم من ثمن متاع فقال فلان ما كان لي عليه قط الف درهم من ثمن متاع لكن لي عليه الف من قرض كان له الالف . ولو قال ما كان لي عليه قط الف درهم من ثمن متاع وسكت ثم ادعى الالف انه قرض ، لا يصدق واذا قال لفلان علي الف درهم من ثمن متاع باعينه الا انني لم اقبضه ، فانه لا يصدق في عدم القبض في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى وصل ام فصل صدقه المقر له في الجهة ام كذبه وقال يصدق مطلقاً . ولو قال ابتعت منه شيئاً بالف درهم الا اني لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع . ولو قال لفلان علي الف درهم من ثمن هذا العبد وكان العبد في يد المقر فان صدقه المقر له فيما اقر لزمه الف درهم . وان قال المقر له هذا العبد عبدي وانما بعثك عبداً غيره واخذ العبد منه ، لا يلزمه شيء . ولو قال العبد عبداً وانما بعثك عبداً غيره وقبضته ولي عليك الف درهم ثمنه فانه يلزمه الف درهم . ولو قال لفلان علي الف درهم من ثمن هذا

العبد الذي هو في يد المقر له فان اقر الطالب سلمه له واخذه بالمال وان قال العبد عبدك لم ابعك انما بعثك غيره ، فالمال لازم له . وان قال العبد عبي ما بعثك فحكاه ان لا يلزم المقر شي . ولو قال العبد عبي ما بعثك انما بعثك غيره يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وهو الصحيح واذا تخالفا ، بطل المال وان كان العبد في يد ثالث ان صدقه المقر له وامكته تسليمه ، لزمه المال والا فلا . ولو قال لفلان علي الف درهم ثمن خمر او خنزير يلزمه المال ولا يصدق في السبب اذا كذبه المدعي فيه وصل ذلك ام فصل . وكذا لو قال علي الف درهم من القمار وان صدقه الطالب في ذلك فانه لا يلزمه شي . في قولهم جميعا . وكذا لو قال علي الف درهم حرام او ربا او زورا او باطل ان صدقه المقر له فلا شي . عليه وان كذبه لزمه اه وتماه فيها والتعليل يطلب من الرباعي .

وفي الخانية رجل قال لغيره اخذت منك الفاً ودببة والفاً غصباً فصاعت الدببة وهذه الالف النصب وقال المقر له لا بل هلك النصب وبقيت الدببة كان القول قول المقر له باخذ هذه الالف ويغرم المقر الفاً اخرى . ولو قال المقر له بل فصبتني الالفين فالجواب كذلك اه .

وفي الهداية ومن قال لا آخر اخذت منك الف درهم ودببة فهلكت فقال لا بل اخذتها غصباً فهو ضامن يعني ان القول قول المقر له مع يمينه فالقر ضامن الا ان ينكل المقر له عن اليمين وان قال اعطينيها ودببة فقال لا بل غصبتني لم يضمن .

والفرق ان في الفصل الاول اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرأ به وهو الاذن والآخر ينكر فيكون القول له مع اليمين ، وفي الثاني اضاف الفعل الى غيره وذاك يدعي عليه بسبب الضمان وهو النصب فكان القول لشكره مع اليمين . والقبض في هذا كالاخذ والدفع كالاغطاء .

فان قال قابل اعطاؤه . والدفع اليه لا يكون الا بقبضه فلناقد يكون بالتخلية والوضع بين يديه . ولو اقتضى ذلك ، فالمتضى ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان لان اثبات ضرورة ، عدم في غير موضعها . وهذا بخلاف ما اذا قال اخذتها منك ودببة ، وقال الآخر لا بل قرضاً حيث يكون القول للمقر ،

وان اقر بالاخذ ، لانما توافقا هناك على ان الاخذ كان بالاذن الا ان المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والاخر ينكر فاقترقا . وان قال هذه الالف كانت ودیعة لي عند فلان فاخذتها فقال فلان هي لي فانه بأخذها لان المقر اقر باليد له وادعى استحقاتها عليه وهو ينكر والقول للمنكر . ولو قال آجرت دابتي هذه فلاناً فر كبتها وردها او قال آجرت ثوبي هذا فلاناً فلبسه وردده وقال فلان كذبت وهما لي فالقول قوله عند ابي حنيفة ، وقال ابو يوسف ومحمد القول قول الذي اخذ الدابة والثوب وهو القياس . وعلى هذا الخلاف الاعارة والاسكان . ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته . وقال فلان الثوب ثوبي ، فهو على هذا الخلاف في الصحيح .

وجه القياس ما بيناه في الوديعة . ووجه الاستحسان ، هو الفرق ان اليد في الاجارة والاعارة ضرورة ثبتت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدماً فيما وراء الضرورة فلا يكون اقراراً له باليد مطلقاً بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة فان المقصود من الوديعة الحفظ ، والحفظ لا يكون بدون اليد . الابداع اثبات اليد قصداً فيكون الاقرار به اقراراً باليد للمودع . ووجه آخر للاستحسان ان في الاجارة والاعارة والاسكان اقر بيد ثابتة من جهة فيكون القول قوله في كیفيته ولا كذلك في مسألة الوديعة لانه قال فيها كانت ودیعة وقد تكون من غير صنعه كالقطة - حتى لو قال اودعتها كان على هذا الاختلاف وهذا الذي ذكر في الاجارة واختيها - بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه ، واقرضته القائم اخذتها وانكر المقر له حيث يكون القول قوله ، لان الديون نقضي بامثالها وذلك انما يكون يقبض مضمون فاذا اقر بالافتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى ملكه عليه ، بما يدعيه من الدين مقاصة والاخر ينكره . اما هاهنا فالقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فاقترقا . ولو اقر ان فلاناً زرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاهما فلان وقال المقر لابل ذلك كله لي استغنت بك ففعلت او فعلته باجر ، فالقول للمقر لانه ما اقر له باليد وانما اقر بمجرد فعل منه . وقد يكون ذلك في ملك في يد المقر وصار كما اذا قال خاط لي الحياط قبضى هذا بنصف درهم ولم

بقل قبضته منه لم يكن اقراراً باليد ويكون القول للمقر لما انه اقر بفعل منه وقد
يحيط ثوباً في يد المقر كذا هذا اما في الهداية وفي الزيلعي : لو اقر ان هذا اللبن ،
او هذا السمن ، او هذا الجبن من بقرة فلان ، او هذا الصوف من غنمه ، او هذا
التمر من نخله وادعى فلان انه له ، امر بالدفع اليه لان الاقرار بملك الشيء اقرار
بما يتولد منه لانه بملك بملك الاصل اه .

المادة ١٥٨٢ - * طلب الصلح عن مال يكون اقراراً بذلك
المال واما طلب الصلح عن دعوى مال فلا يكون اقراراً بذلك المال
فاذا قال احد لاخر لي عليك الف اعطني اياه وقال المدعي عليه
صالحني عن المبلغ المزبور بسبعمائة يكون قد اقر بالالف المطلوب
ولكن لو كان طلب الصلح بمجرد دفع المنارعة كما اذا قال صالحني
عن دعوى هذا الالف بكذا فلا يكون قد اقر بالمبلغ
المذكور *

عبارة التنوير مع شرحه قبيل فصل في دعوى الدين من كتاب الصلح هكذا:
طلب الصلح والايراء عن الدعوى ، لا يكون اقراراً بالدعوى عند المتقدمين
وخالقهم المتأخرون والاول اصح بوازية - بخلاف طلب الصلح عن المال والايراء
عن المال فانه اقرار اشباه اه .

وقد ذكرها في الاشباه في كتاب الصلح من الفن الثاني وعلها بان الصلح عن
الدعوى او الايراء عنها المقصود منه قطع النزاع فلا يفيد ثبوت الحق بخلاف
طلب الصلح او الايراء عن الحق فانه يقتضي ثبوت حقه وحينئذ يلزمه المدعى به اه .
وقل شارحها الحموي عن البزازية اذا صالحه من حقه فقد اقر بالحق والقول في
بيان الحق له لانه المحمل وان صالح من دعوى الحق لم يكن اقراراً اه . والتقييد

بسمابة في مثال هذه المادة اتفاني اذ لو قال صالحني عن الالف او عن المدعي به
كان اقراراً كما هو ظاهر

المادة ١٥٨٣ - * اذا طلب احد شراء المال الذي في يد شخص
آخر او استجاره او استعارته او قال هبني اياه او اودعني اياه او قال
لاخر خذه ودبعة وقبل ذلك يكون قد اقر بعدم كون المال له *

قال الخبير الرمي في حواشيه على الفصولين وكذا الاسترمان بان قال ارهنه
عندي وهي واقعة الفتوى لانه اقرار بانه لا ملك له فيه اذ الشخص لا يرهنت
ملك نفسه ومثله الاقسام وهي واقعة الفتوى ايضاً اهـ . واقتصر هذه المادة على
افادة كون هذه الافعال اقراراً بعدم الملك لفاعلها بشير الى اختياراتها لا تكون
اقراراً بالملك لذي اليد وهذه رواية الزيادات قال الرمي في حاشيته المذكورة
والحاصل ان كون هذه الاشياء اقراراً بنفي ملكه هو باتفاق الروايات فلا تسمع دعواه
بها لنفسه اتفاناً وفي كونها اقراراً بالملك لذي اليد اختلاف فمن يقول انه اقرار به لا تسمع
دعواه ايضاً لغيره بوكالة او وصاية او ولاية ومن لا يقول به يقول تسمع دعواه لغيره اهـ
ونقل في رد المحتار عن الساجياني عن الاقرووي ان الاكثر على تصحيح ما
في الزيادات وانه ظاهر الرواية قال ففتى به لانه ترجح بكونه ظاهر الرواية وان
اختلف التصحيح اهـ . وعن هذا اشارت هذه المادة الى اختياره قال في رد المحتار
والامتنان من غير المدعي عليه كالاقتناء من المدعي عليه في كونه اقراراً
بانه لا ملك للمدعي حتى لو يرهنت يكون دفماً قال في جامع الفصولين بعد نقله
عن الصغرى اقول : ينبغي ان يكون الاستيداع - وكذا الاستيهاج ونحوه
كالاقتناء اهـ . ولا فرق بين ان يكون ذلك الغير وكبلاً عن ذي اليد
او اجنبياً .

اقول : وقوله يكون دفماً اي اذا كان يدعيه لنفسه كما هو ظاهر وفي جامع
الفصولين قال له ادفع الي هذا الدار اسكنه او قال اعطني هذا الثوب البسه او

هذا الفرس ار كبه فابى ان يدفع ثم ادعاه لنفسه نسمع ولو قال اسكني هذه الدار
الدار او اعزني هذا ثم ادعاه لنفسه لا نسمع اه اي لان طلب الدفع والاعطاء لا
يكون استمارة بخلاف طلب الاسكان او الاعارة . وفيه ادعى انه له فاراد ذو اليد
ابطال دعواه فقال للمدعي خذه وديعة الى الغد فاخذه المدعي بطلت دعواه لان قبول
الوديعة ، اقرار انه لا ملك له وبني ان لا تبطل دعواه لان قبول الوديعة بدل على
عدم الملك دلالة وقد ادعى صريحا انه ملكه والدلالة لا تعتبر مع التصريح بخلافها اه
قلت : وقد يؤيد هذا ما في شرح الحموي على الاشباه حيث قال قواه
الاستحجار اقرار بعدم الملك قيل عليه يجب تقييده بما اذا لم يكن ملكه فيه ظاهرا
فانهم صرحوا بان الراهن اذا استأجر الرهن او البائع وناه اذا استأجر المبيع لا
يصح وهو كالصريح في عدم كون الاستحجار اقرارا بعدم الملك اه وفي الفصولين ايضا ادعى
عليه كرمًا فبرهن المدعي عليه ان المدعي آجر نفسه مني ليعمل في الكرم اي المدعي به
او اخذ الارض مزارعة تندفع ويكون اقرارا بان لا ملك للمدعي فيه اه .
ثم قال بعد مسائل الحاصل من جملة ما مر ان المدعي لو صدر عنه ما يدل على
ان المدعي ملك المدعي عليه بطل دعواه لنفسه ولغيره لتناقض ولو صدر عنه ما
يدل على عدم ملكه ولا يدل على ملك المدعي عليه بطل دعواه لنفسه لا لغيره
لانه اقرار بعدم ملكه ، لا يملك المدعي عليه ولو صدر عنه ما يحتمل الاقرار
بملك المدعي عليه وعدمه فالترجيح بالقراين والافلا يكون اقرارا بالشك . واقول
وعلى هذا لو غضب رجل عيناه وخاف تلفه فحجز عن وصوله اليه في ذلك الوقت
الا بحيلة الاستيداع او نحوه ففعل ثم ادعاه ووفق بما مر بنفي ان يسمع اه .
هذا ونقل الشارح اللبناني عن الهندية ما نصه : اعلم ان الاستيلاء اقرار
ضمنا لا قصدا وليس هو كالاقرار صريحا بان العين ملك ذي اليد والتفاوت
يظهر فيما اذا وصلت العين الى يد المقر بعد الاقرار فانه يومس يرددها الى المقر له
في فصل الاقرار الصريح ولا يومس في فصل المساومة . يانه اشترى متاعا من
انسان وقبضه ثم ان ابا المشتري استحقه بالبرهان من ابنه المشتري واخذه ثم مات
الاب ورثه الابن المشتري لا يومس يردده الى البائع ويرجع بالثمن على البائع ويكون
المتاع في يد المشتري هذا بالارث ولو اقر عند البيع بانه ملك البائع ثم استحقه

ابوه من يده ثم مات الاب وورثه الابن المشتري لا يرجع على البائمه لانه في يده بناء على زعمه بحكم الشراء لما تقرر ان القضاء للمسئق لا يوجب فسخ البيع قبل الرجوع بالثمن اهـ . ومثله في رد المختار عن البزازية

اقول قوله لا يرجع على البائع لانه في يده الخ يخالفه ما سنذكره في شرح المادة ١٥٨٧ عن الاشياء ممزبا للخلاصة من ان له الرجوع على بائمه وان اقرانه للبائع اهـ . ويمكن ان يحمل ما هنا على ما اذا لم يامر الحاكم بالرجوع بالثمن وبقي البيع في يده الى ما بعد موت الاب يرشد الى هذا قوله لانه في يده بناء على زعمه الخ وكذا تطيل الفصولين الآتي هناك لمسئلة الخلاصة بان الرجوع بالثمن مقتضى الشراء الى آخر ما سنذكره فتدبره ملياً

واقول ايضا ان التنبيه على التفاوت المذكور انما يحتاج اليه على القول بان الاستشراء ونحوه اقرار بان المشتري ملك البائع واما على رواية الزيادات الذي هو ظاهر الرواية وشارت المحلة الى اختياره من انه ليس اقراراً بملك البائع وانما هو اقرار بان لا مملك فيه للمشتري فلا حاجة اليه كما لا يخفى

✽ تنبيه ✽

قال في التنوير وكذا الاحتيايم والاحتيايم والاحتيايم والاحتيايم والاحتيايم والاحتيايم ولو من وكيل اهـ . يعني كل ذلك اقرار - فزعم الشارح اللباني ان المراد وكيل ذي اليد وهو خطأ لان الاحتيايم ونحوه من غير ذي اليد وان كان غيره وكيلاً ، اقرار بنفي الملك عن نفسه كما قدمناه آنفاً وانما المراد وكيل المدعي بالخصومة فانه محل للتوهم

قال في الاتقروية في الفصل الثاني عشر في التناقض من كتاب الدعوى عازباً الى العناية : الوكيل بالخصومة في عياد اذا ادعى العبد فاقام المدعي عليه بينة ان الوكيل ساوم هذا العبد منه في مجلس القضاء بطلت خصومة الوكيل والموكل جميعاً ولو اثبت بالبينه انه ساومه في غير مجلس القضاء بطلت خصومة الوكيل دون الموكل . ولو وصل العبد الى الموكل يوماً لا يومه بالدفع الى المدعي عليه وكذلك لو اقام المدعي عليه البينة ان الوكيل استتاره او استتوبه او

استودعه منه فالجواب ما قلنا . ولو وكله بالخصومة واستثنى اقراره ثم ثبتت مساومته في مجلس القضاء ، بطلت خصومته دون خصومة الموكل اه

✽ نبيه ✽

آخر ما ذكر في الدر وحواشيه معزياً للشرنبلالي موثقاً بين روايتي الجامع والزيادات انه لو قال يعني او هبني او آجرني هذا يكون اقراراً بالملك لذي اليد فلا تسمع الدعوى بعده لنفسه ولا لغيره اخذاً برواية الجامع . وان قال اتبيخ ، او هل انت بايع لا يكون كذلك بل يكون اقراراً بنفي الملك عن نفسه اخذاً برواية الزيادات التي هي ظاهر الرواية فسمع الدعوى بها لغيره لا لنفسه . قالوا لانه حينئذ لا يكون اقراراً بل استفهاماً لانه يحتمل ان يقصد بذلك استظهار حاله هل يدعي الملكية وجواز البيع له اولاً ، او يكون مراده طلب اشهاد على اقراره بارادته بيع ملك القابل فيلزمه به بعد ذلك اه ملخصاً

اقول وفيه ان هذا التعليل يقضي ان قوله اتبيخ او هل انت بايع هذا لا يكون اقراراً اصلاً لا ينفي الملك عن نفسه ولا بكونه ملك ذي اليد وهو الذي يظهر لان كونه اقراراً لا يثبت بالشك نعم لو قال هل تبيني هذا او تبيع مني هذا يكون اقراراً بنفي الملك عن نفسه فقط وقد علمت ان المجلة قد اختارت رواية الزيادات من ان المساومة ونحوها ليس الا اقراراً بنفي الملك عن نفسه فلا حاجة الى جميع ما ذكر .

✽ فروع مهمة ✽

سادم ثوباً ثم ادعى انه كان له قبل المساومة او كان لابيّه يوم مات قبل ذلك وتركه ميراثاً ، لا تسمع . اذ لو قال كان لابي وكلك بالبيع فساومته ولم يتفق البيع ، بسمع ولو ادعاه ابوه بسمع ايضاً - وكذا لو قال قضي لابي ومات قبل القبض وتركه ميراثاً لي بسمع ايضاً ، وان لم يقض للاب حتى مات وتركه ميراثاً ، لا يقضي لان دوام الخصومة شرط ولا يمكن لانه لا يصلح خصماً بعد المساومة . وعلى هذا لو ادعى رجل شراء ثوب وشهد له بالشراء من المدعى

عليه ونفى اولاً ثم زعم احد الشاهدين ان الثوب له او لايه وورثه هو عنه ،
لا يسمع دعواه لما قلنا . ولو قال عند الشهادة هذا الثوب باعه منه هذا لكنه لي
اولاي وورثته عنه ، يقضي بالبيع ويسمع دعوى الشاهد فاذا برهن على مدعاه قضي
له لانعدام التناقض . ولو قال قولاً ولم يؤد بها الشهادة ثم ادعاه لنفسه او انه لايه
وكله بالطلب ، يقبل - وكذا اذا شهد بالاستئجار او الاستيداع او الاستيهاب
او الاستعارة من المدعي بطل دعواه لنفسه او لغيره وسواء طلب تحقيق هذه
العقود المدعي من المدعي عليه او غيره . ولو ساوم ثم ادعاه مع آخر
يقبل في نصيب الآخر ولا يقبل في نصيب المساوم . ومساومة الابن لا تمنع دعوى
الاب لكن بعد موت الاب لا يملك الدعوى وان كان الاب ادعاه ونفى له به
اخذه الابن وقبل القضاء لا لما مر آنفاً ، ولو برهن . وفي الافضية ساوم ولد جارية او
زرع ارض او ثمة نخلة ثم برهن على ان الاصل ملكه ، تقبل . وان ادعى الفرع
مع الاصل يقبل في حق الاصل لا الفرع - فعلى هذا لو ادعى شجراً فقال المدعي
عليه ساومني ثمره او اشترى مني لا يكون دفناً لجواز ان يكون الشجر له والثمر
لغيره . وفي الخزانة ادعى عليه شيئاً فقال اشتريته من فلان واجزت البيع لا يكون
دفناً لان الانسان قد يبيز بيع الغير ملك الغير . وفي المحيط برهن على ان هذا الكرم
له فبرهن المدعي عليه انه كان اجر منه نفسه في عمل هذا الكرم يندفع تكلمة
عن البرازية .

شراؤه امة متنقبة ، اقرار بالملك للبائع . والضابط كما في البرازية ان الشيء
ان كان مما يعرف وقت المساومة كالجارية القائمة المتنقبة بين يديه ، لا يقبل
الا اذا صدقه المدعي عليه في عدم معرفته اياها فيقبل وان كان مما لا يعرف
كثوب في مندبل او جارية قاعدة على رأسها غطاء لا يرى منها شيء ، يقبل .
والثوب في الجراب كهو في المندبل كما في القواكه البدرية خلافاً لما في التنوير .
والضابط المذكور مؤيد لما في القواكه افاده في التكملة . قال لي عليك الف فقال
انزله او انتقده او اجاني به او قضيتك اياه او ابرأتني منه او تصدقت به علي او
وهبت لي او احلتك به علي زهد ونحو ذلك كاحل به غرمائك او من شئت منهم او
خذها او تناولها ، فهو اقرار له بها لرجوع الضمير اليها في كل ذلك فكان جواباً .

وهذا اذا لم يكن على سبيل الاستهزاء فان كان وشهد الشهود لم يلزمه شيء .
اما لو ادعى الاستهزاء لم يصدق ويستدل عليه بالقرائن . وبلا ضمير مثل ائزن الخ ،
وكذا تتحاسب او ما استقرضت من احد سواك او غيرك او بعدك لا يكون
اقراراً لعدم انصرافه الى المذكور فكان كلاماً مبتدأ .

والاصل ان كل ما يصلح جواباً لا ابتداءً يحمل جواباً وما يصلح للابتداء لا
للبناء او يصلح لها يحمل ابتداءً لئلا يلزمه المال بالشك اختيار . وهذا اذا كان
الجواب مستقلاً فلو غير مستقل كقوله نعم كان اقراراً مطلقاً حتى لو قال اعطني
ثوب عبدي هذا او افتح لي باب داري او جصص لي داري هذه او اسرج دابتي
هذه او اعطني مرجها او لجامها فقال نعم كان اقراراً منه بالعبد والدار
والدابة كذا في الدر وحواشيه وقامه فيها .

المادة ١٥٨٤ - * الاقرار المعلق بالشرط باطل ولكن

اذا علق بزمان صالح لحلول الاجل في عرف الناس يحمل على
اقراره بالدين المؤجل مثلاً لو قال احد لاخر اذا وصلت المحل
الفلاني وقضيت مصلحتي الفلانية فاني مديون لك بكذا يكون
اقراره هذا باطلاً ولا يلزمه تادية المبلغ الزبور ولكن اذا قال ان
اني ابتداء الشهر الفلاني او يوم قاسم فاني مديون لك بكذا يحمل
على الاقرار بالدين المؤجل ويلزم عليه تادية المبلغ عند حلول ذلك
الوقت راجع المادة ٤٠ *

وهي القابلة ان الحقيقة تترك بدلالة العادة . وتوضيحه ان قول الرجل ان
اني ابتداء الشهر الفلاني الخ حقيقة ، اقرار معلق بالشرط فكان القياس ان لا
يصح لان الاقرار كما تقدم اخبار عما هو ثابت في الماضي فلا يحتمل التعليق -

لكن العرف جارٍ بان يراد بمثل هذا التعليق الاخبار عن محل الاجل فتركت الحقيقة في كلام المقر وحمل على ما جرت به العادة .

وعبارة الهداية مع زيادة من شروها ومن اقر بحق وقال ان شاء الله متصلاً باقراره لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال او تعليق فان كان الاول فقد بطل وان كان الثاني فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لانه اخبار عما سبق . والتعليق انما يكون بالنسبة الى المستقبل وبينها منافاة واما لانه شرط لا يوقف عليه . والتعليق بما لا يوقف عليه غير صحيح لانه يكون اعدماً من الاصل . وكذا كل اقرار علق بالشرط او الخطر نحو قوله لفلان على الف ان شاء فلان فقال فلان قد شئت او ان دخلت الدار او ان امطرت السماء او ان هبت الريح او ان قضى الله تعالى ، او ان اراده او رضيه او قدره او يسره او ان بشيرت بولد ، او ان اصبت مالا ، او ان كان كذلك ، او ان كانت حقاً ، فهذا كله مبطل للاقرار اذا وصله بالكلام للمعنى الذي ذكرنا بخلاف ما اذا قال لفلان علي الف درهم اذا مت او اذا افطر الناس لانه في معنى بيان المدة وذلك من حيث العرف لان الناس يتادون بذكر هذه الاشياء محل آجال فحسب لان الدين المؤجل بصير حالاً بالموت ومحبي رأس الشهر والفطر من آجال الناس فتركت الحقيقة للعرف فيكون ناجيلاً اي دعوى الاجل آتى الاوقات المذكورة لا تعليقاً حتى لو كذبه المقر له في الاجل ، يكون المال حالاً ، لان دعوى الاجل من المقر غير مقبولة عندنا الا ان يثبت بالبينة او بصدقة المقر له اه

فظهر بهذا ان ما صرح به هذه المادة من انه يلزم عليه اي على المقر تأديسة المبلغ عند حلول ذلك الوقت محمول على ما اذا صدقه المقر له على الاجل او اثبته المقر بالبينة .

وفي الجوهره وان قال لفلان علي الف ان مت فالالف لازمة ان عاش او مات لانه اقر وذكر اجلاً مجهولاً ليصح اقراره وبطل الاجل اه . وانما كان التعليق على الموت ناجيلاً لان الموت كائناً لا محالة والتعليق على ما هو كائناً لا محالة لغو بصان عنه كلام العاقل فحمل كلامه على الاقرار بمال مؤجل الى وقت الموت وهو مجهول فصح الاقرار وبطل الاجل

وفي المندبية عن البسوط : ولو قال له علي الف درهم الا ان يبدو لي او الا ان ارى غير ذلك فالاقرار باطل سواء بداله او منات قبل ان يبدو له او رأى غير ذلك اه .

وفيهما عن المتقي عن ابي يوسف رحمه الله تعالى : اذا قال اذا قدم فلان او قال ان قدم فلان فله علي الف درهم فهذا باطل ولو قال لك علي الف درهم اذا قدم فلان فهذا جائز اذا كان الطالب يدعي ان له علي القادم الف درهم وانه كفيل لي بما عليه اذا قدم كذا في المحيط اه اقول . مفهومه انعلو قدم قوله اذا قدم فلان او اتى بان الشرطية لا يجوز الاقرار وان كان الطالب يدعي عليه ما ذكر وهو الظاهر . وفي التكملة عن البحر : ولو قال المدعى عليه ان حلفت انها لك دفعتها فحلف المدعي ودفعت المدعى عليه الدرهم ان كان دفع له بحكم الشرط فهو باطل وللدافع ان يسترداه

✽ تنبيه ✽

التمثيل الواقع في هذه المادة بما لو قال احد لاخر اذا وصلت المحل الفلاني وقضيت المصلحة الفلانية انغ مشكل لان الظاهر ان هذا استتجار فان بين الفعل او وقت وجب له اي للعامل المسمى والا وجب اجر المثل لانسداد الاجارة ففي المندبية عن البسوط ولو قال له علي الف درهم ان حمل متاعي الى منزلي بالبصرة ففعل ذلك وقد كان حاضراً بسم هذه المقالة فهو جائز والمال واجب . وكذلك لو قال لك علي الف درهم ان حملت هذا المتاع الى بيتي فهو استتجار اه .

ويمكن ان يقال المراد من هذا المثال ان المقر له اذا لم يحمل شيئاً لا يجب له شيء على المقر بناء على ان قوله هذا اقرار وهذا لا ينافي انه استتجار فتدبر .

✽ فروع ✽

لو قال لفلان علي الف درهم فيما اعلم او في علمي او فيما علمت قال ابو حنيفة ومحمد رحمه الله تعالى هذا باطل كله وقال ابو يوسف هو اقرار

صحيح واجموا على انه لو قال علمت ان فلان علي الف درهم او قال لفلان علي درهم وقد علمت ذلك ان ذلك اقرار . ولو قال له علي الف درهم فيما اظن او فيما ظننت او فيما احسب او فيما حسبت او فيما ارى او فيما رأيت فهو باطل . ولو قال له علي الف درهم في شهادة فلان او في علم فلان لا يلزمه شيء . ولو قال بشهادة فلان او بعلم فلان كان اقراراً لأن حرف الباء اللاصاق فيقتضى وجود الملتصق به . ولو قال في قول فلان او بقوله او في حساب فلان او بحسابه او في كتاب فلان او بكتابه ، لا يلزمه شيء . خانية وهندبة وقامة فيها اقر بشيء على انه بالخيار ثلاثة ايام لزمه بلا خيار ، لان الاقرار اخبار فلا يقبل الخيار ، وان صدقه المقر له في الخيار لم يعتبر تصدقه الا اذا اقر بعقد بيع اي اقر بدين لزمه بسبب عقد بيع وقم بالخيار له فيصح باعتبار العقد اذا صدقه المقر له او اقام عليه بينة - وكذا اذا اقر بدين بسبب كفالة على انه بالخيار في مدة ولو طويلاً فإنه يصح اذا صدقه لان الكفالة عقد ايضاً - كذا في الدر وحواشيه وقوله ولو طويلاً هذا في الكفالة . تنفق عليه لانها عقد تبرع . واما في البيع فهو على قولها الذي مشتهر عليه المجلد في المادة ٣٠٠ . وهذا اذا كان الخيار من جانب المقر فان كان من جانب المقر له فالمقر له اذا لم يصدق المقر في الخيار ، لا يثبت له الخيار . وان صدقه قالوا ينبغي ان لا يثبت له الخيار . ثم اذا كذبه فاراد هو ان يقيم بينته على الخيار ، قالوا ويجب ان لا نسمع بينته هندبة ملخصاً .

المادة ١٥٨٥ - * الاقرار بالمشاع صحيح فاذا اقر احد الآخر بحصته شائعة من ملك العقار الذي في يده كالنصف او الثلث وصدقه المقر له ثم توفي المقر قبل الاقرار والتسليم فلا يكون شيوع المقر به مانعاً لصحة هذا القرار *

وان كان الشيوع فيما يقبل القسمة لا تقر ان الاقرار الجسار ولو كان

انشاء لكان مبة وهبة المشاع القابل للقسمة ، لا يتم قبل القسمة والتسليم . وفي الخانية ولو قال ثلث هذه الدار لفلان يكون اقراراً . اهـ
وفي الهندية عن المحيط : اذا قال لفلان جزء من داري فاليه البيان وله ان يقر بما شاء و كذلك الشقص والنصيب والطايفة والقطعة . واما السهم فهو عند ابي حنيفة السدس وعندهما يومس بالبيان اهـ . ثم ان التقييد بقوله وصدقه المقر له ، اتفاقاً او للاحتراز عما اذا رده لما تقدم من ان الاقرار لا يتوقف على القبول لكنه يرتد بالرد .

المادة ١٥٨٦ - * اقرار الاخرس باشارته المهودة معتبر ولكن اقرار الناطق باشارته لا يعتبر مثلاً لو قال احدنا لناطق هل لفلان عليك كذا دراهم فلا يكون قد اقر بذلك الحق اذا خفض رأسه *

الاشارة من الاخرس معتبرة وقائمة مقام العبارة في كل شيء من بيع واجارة وهبة ورهن ونكاح وطلاق وعتاق وايواء واقرار وقصاص - الا في الحدود والشهادة فلا تقبل شهادته في حادثة ما وكتابة الاخرس كاشارته واختلفوا في ان عدم القدرة على الكتابة شرط للعمل بالاشارة اولا والمتمد لا . ولا بد في اشارة الاخرس من ان تكون معهودة والا لا تعتبر ، واما اشارة غير الاخرس - فان معتقل اللسان لمرض او فالج ، ففيه اختلاف والفتوى على انه ان دامت العقلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة والاشهاد عليه ومنهم من قدر الامتداد بسنة وهو ضميم . وان لم يكن معتقل اللسان لم تعتبر اشارته مطلقاً الا في اربع الكفر والاسلام والنسب والافناء اشباه من احكام الاشارة من الفن الثالث ملخصاً

وذكر في رد المحتار انه يشترط ان يكون القاضي عالماً باشارة الاخرس

والا فيجب ان يستخبر من يعرفها من اصدقائه وجيرانه واخوانه فيترجم له حتى يحيط علماً بذلك ويبني ان يكون المترجم عدلاً مقبول القول وتعتبر اشارة الاخرس ولو كان مقتدرأ على الكتابة وهو المعتمد لان كلاً منها حجة ضرورية اهـ.

- الباب الثالث -

✽ في بيان احكام الاقرار وفيه فصول ✽

- الفصل الاول -

✽ في بيان الاحكام العمومية ✽

المادة ١٥٨٧ - ✽ يلزم الرجل باقراره بموجب المادة التاسعة والسبعين ولكن اذا كذب بحكم الحاكم فلا يبقى لاقراره حكم وهو انه اذا ظهر مستحق وادعى الشيء الذي اشتراه احد و كان في يده وعند المحاكمة قال ذو اليد هذا كان مال فلان باعني اياه واثبت المستحق دعواه وحكم الحاكم بذلك يرجع ذو اليد على البائع ويسترد ثمن المبيع منه وان كان قد اقر حين المحاكمة بكون ذلك الشيء مال البائع وانكر دعوى المستحق لان اقراره كذب بحكم الحاكم ولم يبق له حكم فلا يكون مانعاً للرجوع

هذا بالنسبة الى الرجوع بالثمن واياً بالنسبة الى تسليم عين المبيع لو وصل الى

يده بوجه من الوجوه فلا بل حكم الاقرار باق . قال في الاشباه من كتاب الاقرار من الفن الثاني : المقر اذا صار مكذبا شرعا بطل اقراره فلو ادعى المشتري الشراء بالف والبائع بالفين واقام البينة فان الشفيع ياخذها بالفين لان القاضي كذب المشتري في اقراره وكذا اذا اقر المشتري بان المبيع للبائع . ثم استحق من يد المشتري بالبينة بالقضاء له الرجوع بالثمن على بايحه وان اقرانه للبائع كذا في قضاء الخلاصة ومنه ما في الجامع ادعى عليه كفاالة معينة فانكر فبرهن المدعي وقضى على الكفيل كان له الرجوع على المديون اذا كان باصره

وخرج من هذا الاصل مستثنان في قضاء الخلاصة يجمعهما ان القاضي اذا قضى باستصحاب المال لا يكون تكذيبا له

الاولى لو اقر المشتري ان البائع اعتق العبد قبل البيع وكذبه البائع فقضى بالثمن على المشتري لم يبطل اقراره بالعنق حتى يفتق عليه

الثانية اذا ادعى المديون الايفاء او الابرأه على رب الدين فجدد وحلف وقضى له بالدين لم يصر العرق مكذبا حتى لو وجدت بينة تقبل . وزدت مسائل الاولى اقر المشتري بالملك للبائع صريحا . ثم استحق بيينة ورجع بالثمن لم يبطل اقراره فلو عاد اليه يوما من الدهر فانه يهرم بالتسليم اليه الخ اه .

وفي الدر من باب الاستحقاق عن القنية لو اقر بالملك للبائع ثم استحق من يده ورجع ، لم يبطل اقراره فلو وصل اليه بسبب ما امر بتسليمه اليه - بخلاف ما اذا لم يقر صريحا فانه محتمل بخلاف النص اه يعني بخلاف ما اذا كان اقراره ضمنيا فانه كما لا يمنعه من الرجوع بالثمن ، لا يوجب عليه تسليم عين المبيع للبائع لو وصل اليه .

والحاصل ان الاقرار الضمني كالشراء والمساومة والامتيهاب والاستيداع وغيرها مما تقدم في المادة ١٥٨٣ وشرحها اذا كذب بحكم الحاكم يبطل مطلقا فلا يكون مانعا من الرجوع بالثمن ولا يوجب على المقر رد عين المبيع لو وصل اليه لانه وان كان اقرارا بالملك على رواية الجامع - الا انه محتمل بخلاف النص يعني الاقرار الصريح اذا كذب بحكم الحاكم فانه لا يمنع من الرجوع من الثمن لان الرجوع به مقتضى الشراء وقد انسخ الشراء بالاستحقاق لينسخ الاقرار هكذا

علل في جامع الفصولين . ولكنه بوجوب رد عين المبيع للبائع اذا وصل اليه يوماً من الدهر لان رد العين مقتضى اقرار المشتري صريحاً بأنه ملكه وهذا لم يفسخ بالاستيفاء فيبقى حكمه هكذا ينبغي تحقيق المحل ، والحمد لله على توفيقه وسماحي لهذه المسئلة ذكر في شرح المادة (١٦٥٤)

المادة ١٥٨٨ = * لا يصح الرجوع عن الاقرار في حقوق العباد وهو انه اذا اقر احد لآخر بقوله لفلان علي كذا ديناً ثم رجع عن اقراره فلا يعتبر رجوعه ويلزم باقراره *

لانه ثبت الملك للمقر بالمقر به بمجرد الاقرار كما تقدم فلا يملك ابطاله بالرجوع وهذا لان الاقرار حجة على المقر كما دل عليه الكتاب والسنة والاجماع ونوع من المعقول قال الله تعالى (وليمثل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا ينجس منه شيئاً) امر الله بالاملاء من عليه الحق فلو لم يلزمه بالاملاء او كان يملك الرجوع عنه لما امر به والاملاء لا يتحقق الا بالاقرار وقوله تعالى اقررتم واخذتم على ذلكم امري قالوا قررنا فانه طلب منهم الاقرار ولو لم يكن الاقرار حجة لما طلبه وتماه في الهداية وشروحها . وهذا بخلاف الاقرار بما يوجب عليه حداً من الحدود التي هي حقوق الله تعالى فانه يصح لان الحدود تدرأ بالشبهات . وما يتفرع على عدم صحة الرجوع عن الاقرار ، ما في الهندية اذا قال لفلان علي الف لابل خمسمائة فعمله الف . ولو قال له علي درهم ابيض لابل اسود فعمله افضلها . وكذلك الجيد والردى .

والاصل ان كلمة لابل اذا دخلت بين مقدارين فان كان المقر له اثنين ، لزمه المالاان جميعاً اتحاد الجنس او اختلف وان كان المقر له واحداً - ان كان الجنس مختلفاً ، لزمه المالاان جميعاً ايضاً وان كان الجنس متحداً لزمه اكثر المالاين وافضلها . فلو قال لفلان علي كذا دقيق ردي لابل من حوارى ، فهو حوارى . ولو قال لفلان علي دقيق حوارى لابل خشكار ، لزمه الحوارى ولو

قال كره حنطة لا بل كره دقيق لزمه الكران . وكذا لو قال له علي رطل من
سمن الغنم لا بل من سمن البقر ، فعليه الرطلان . ولو قال لفلان علي الف درهم لا
بل لفلان لزمه المالان . ولو قال لفلان علي الف درهم ثمن جارية باعنيها لا بل باعنيها
فلان بألف درهم فعليه لكل واحد منها الف درهم الا ان يقر الثاني انها للاول
فيكون عليه الف واحد الاول استحساناً . ولو قال هذا العبد لفلان ثم قال لفلان ،
يقضي للاول فان دفع للاول بغير قضاء ، ضمن قيمته للآخر وان دفع بقضاء
لا بضمن . ولو قال غصبت هذا العبد من فلان لا بل من فلان ، فالعبد
للالول وللثاني قيمته سواء دفعه للاول بقضاء او بغير قضاء . وكذلك
الوديعة والمارية وهو قول محمد . فاما عند ابي يوسف في الوديعة والمارية
ان دفع الاول بقضاء القاضي لم بضمن للثاني شيئاً وان دفع بغير
قضاء ، فهو ضمن للثاني اهـ . ولو قال غصبتنا الف من فلان ثم قال
كنا عشرة انفس مثلاً وادعى المصوب منه انه هو وحده غصبتها ، لزمه الالف
كلها ، لان هذا الضمير يستعمل في الواحد . والظاهر انه يخبر بفعله دون غيره
فيكون قوله كنا عشرة ، رجوعاً فلا يصح نعم لو قال غصبتنا كلها صح اتفاقاً
لانه لا يستعمل في الواحد . ومثله لو قال اقرضنا او اودعنا او له علينا او اعارنا .
ولو قال رجل اوصى ابي ثلث ماله لزيد بل لعمرو وبل لبكر فالثلث للاول و ليس
لغيره شيء لان نفاذ الوصية في الثلث وقد اقر به للاول فاستحقه فلم يصح رجوعه
بعد ذلك للثاني لنفاذه من الكل . ولو اقر بشيء ثم ادعى الخطأ لم يقبل الا اذا
اقر بالطلاق بناء على اثناء المفتي ثم تبين عدم الوقوع لم يقع يعني ديانة اما بين يدي
القاضي فلا يصدق في البناء المذكور ام ماخصاً من الدر وحواشيه في مسائل شتى
الاقرار . وفيه من الاستثناء وان قال له علي الف من ثمن عبد ما قبضته موصولاً
باقراره وعين العبد وهو في يد المقر له فان سلمه الى المقر لزمه الالف والا لالانه
اقر له بالعبد على صفة فاذا لم توجد الصفة التي اقر بها ، لا يلزمه وان لم يعين العبد
لزمه الالف مطلقاً وصل ام فصل ، لان الصدر موجب وانكار قبض مبيع غير معين
ينفيه فيكون قوله ما قبضته ، لغواً لانه رجوع كما لو قال له علي الف من ثمن
خنزير او خمر او حر او ميتة او دم او من قمار فبيلزمه مطلقاً وان وصل لانه رجوع

الا اذا صدقه او أقام بينة فلا يلزمه ولو قال له علي الف درهم حرام او ربا فهي لازمة مطلقاً وصل ام فصل ، لا احتمال حله عند غيره كما اذا باع ما اشتراه قبل قبضه من بايعه بثمن اقل مما اشتراه به فالزيادة هذه عندنا حرام او ربا وعند الشافعي يجوز وليس زيادة احد الثمنين حراماً ولا ربا . ولو قال له علي الف زوراً او باطلاً لزمه ان كذبه المقر له والا بان صدقه لا يلزمه . والاقرار بالبيع تلجئة على هذا التفصيل ان كذبه لزم البيع والا لا ولو قال علي الف درهم زبوف ولم يذكر السبب كمن مبيع او غضب او ودبعة فهي كما قال على الاصح . ولو قال له علي الف من ثمن متاع او قرض وهي زبوف مثلاً لم يصدق مطلقاً وصل ام فصل بل يلزمه الجياد لان العقد يقتضيها فدعوى الزيف رجوع عما اقر به بخلاف ما اذا قال الا انها وزن خمسة وتقد البلد وزن سبعة حيث يصح موصولاً لا مفصولاً لانه استثنى القدر فصار مغيراً فيصح بشرط الوصل . ولو قال له علي كره حنطة من ثمن دار اشته يتها منه الا انها رديئة يقبل موصولاً ومفصولاً لان الردانة نوع لا عيب فطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها بخلاف الجودة . ولو قال علي الف من غضب او ودبعة الا انها زبوف او نهرجة ، صدق مطلقاً وصل ام فصل لان الغضب والودبعة لا يقتضيان وصف السلامة من العيوب وهو قابض والقول للقابض اميناً كان او ضميراً اهـ . من الدرر وحواشيه

واعلم ان الفقهاء عقدوا في كتاب الاقرار باباً للاستثناء وما في معناه جميع مسائله ترجع الى هذا الاصل وهو ان الرجوع عن الاقرار باطل ولهذا اكدت المجلة بهذه المادة عن ذكر تلك المسائل ولكن لا بأس من تلخيص ما ذكرنا في ذلك الباب تفصيلاً لما اجمل في هذه المادة لتتم الفائدة فاقول : الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا بضم فسكون وفي آخره الف مقصورة بمعنى الاستثناء فيكون الاستثناء عندنا لبيان ان الصدر لم يتناول المستثنى وشرط فيه الاتصال بالمستثنى منه - الا لضرورة كنفس او سعال او اخذ فم . والنداء بينها لا يضر لانه للتنبيه والتأكيد كقولك له علي الف درهم بافلان الا مائة بخلاف لك علي الف فاشهدوا الا كذا ونحوه مما بعد فاصلاً فمن استثنى بعض ما اقر به صح استثناءه سواء استثنى الاقل او الاكثر فلما قال فلان علي الف الا تسعماية وخمسين درهما فان الاستثناء

بصح وبكون مقراً بخمسين درهما وهذا عندنا ، وقال مالك وابو يوسف في غير رواية الاصول وعليه الفرع من التحريم لا يصح استثناء الاكثر ويلزمه الالف فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لما قلنا من انه تكلم بالحاصل ولا حاصل بعده فيكون رجوعاً . والرجوع عن الاقرار في حقوق العباد باطل ، وان كان موصولاً . وكذا الحكم لو استثنى اكثر من الالف بالاولى . وقيل ان الاستثناء المستفرد باطل وليس يرجوع لانهم قالوا في الموصي اذا استثنى جميع ما اوصى به بطل الاستثناء والوصية صحيحة ولو كان رجوعاً لبطلت الوصية ، لان الرجوع فيها جائز وهذا اي بطلان استثناء المستفرد اذا كان من جنس لفظ المستثنى منه اي بينه او بمساوية فالاول كنسائي طوائق الانسائي وعبيدي احرار الا عبيدي ، والثاني كنسائي طوائق الزوجاتي وعبيدي احرار الا عماليكي . اما اذا كان من غير جنسه بصح الاستثناء وان اتى على جميع المستثنى منه نحو ان يقول نسائي طوائق الا هؤلاء او الا زنب وعمرة وهند وليس له نساء الا هؤلاء يصح الاستثناء ولم تطلق واحدة منهم . وكذا لو قال عبيدي احرار الا هؤلاء او الا سالماً وغانماً وراشداً وليس له عبيد غير هؤلاء لم يعتق واحد منهم . وكذلك لو قال اوصيت بثلاث مالي لفلان الا ثلث مالي بطل الاستثناء . وكان الموصي له ثلث ماله . ولو قال اوصيت بثلاث مالي الالف درهم ومات ، وثلاث ماله الف درهم ، صح الاستثناء وبطلت الوصية والفقهاء في هذا انه اذا اختلف اللفظ ، بتوم بقاء شيء من المستثنى منه اذ اللفظ صالح له وذلك بكفي لصحة الاستثناء ولا يشترط حقيقة البقاء لان الاستثناء يتبع صحة الكلام لفظاً لا يتحقق ما دخل تحته لانه تصرف لفظي فتبنى على صحة اللفظ لا صحة الحكم الا ترى انه اذا قال لامرأة انت طالق ست طلقات الا اربعاً بصح الاستثناء حتى يقع تطليقتان وان كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم لان الطلاق لا مزيد له على الثلاث ومع هذا لا يجعل كانه قال انت طالق ثلاثاً الا اربعاً لما ذكرنا من صحة الاستثناء بتبع صحة اللفظ دون الحكم اهـ ملخصاً من الدرر وحواشيه والهداية وشروحها والزبلي .

وفي الهندية : واستثناء خلاف الجنس لا يجوز قياساً وهو قول محمد . وفي

الاستثنائات وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف ان كان بين المشتق والمشتق
منه موافقة في الوجوب في الذمة في عقود التجارات بان كان كل واحد منهما يجب
في عقود التجارات حالاً وموجلاً ، يصح الاستثناء حتى لو قال لفلان علي الف
درهم الا ديناراً لو قال الا كرحنطة او الا عشرة افلس كان الاستثناء جازياً
ويطرح قدر قيمة المشتق من المشتق منه . وان لم يكن بينهما موافقة فيما ذكر
ان كان المشتق منه يجب في الذمة في عقود التجارات حالاً وموجلاً والمشتق لا
يجب في الذمة في عقود التجارات اصلاً او كان يجب موجلاً لا حالاً ، لا يصح
الاستثناء حتى لو قال لفلان علي الف درهم الا ثوباً ، او قال الا حيواناً او ما اشبه
ذلك ، لا يصح الاستثناء اه . وقوله يصح الاستثناء يعني فيما اذا كان بين المشتق
والمشتق منه موافقة في الوجوب في الذمة ، يشمل ما اذا كانت قيمة المشتق
تستغرق ما اقر به - لكن في الشربلاية عن البيزاية ان استثناء الدرهم من
الدنانير وعكسه اذا كان مستغرقاً ، يبطل الاستثناء ويثبت المشتق منه في ذمة المقر
وعليه مشى في البحر ونبهه في التنوير مطلقاً بقوله لاستغراقه في المساوي وهو مخالف
لما نقله في الشربلاية عن الجوهرة والذخيرة والنيايح ولهذا استندرك في الدر على ما في
التنوير بما في الجوهرة وغيرها قال العلامة ابو السعود قلت ولا شك ان ما في الجوهرة
اوجه لما سبق من ان بطلان الاستثناء المستغرق مقيد بما اذا كان بلفظه او بما يراد به اه
قلت واطلاق عامة التون التسوية في الحكم بين قفيز الحنطة وبين الدينار في
استثنائها من الدرهم ، مؤيد لما في الذخيرة والنيايح وغيرها الا ترى ان القدوري
لما قال في منته : فان قال له علي مائة درهم الا ديناراً او الا قفيز حنطة لزمه المائة
درهم الا قيمة الدينار والقفيز اه ، فرع عليه صاحب الجوهرة بقوله يطرح عنه بما
اقر به قيمة ذلك المشتق . وان كانت قيمة المشتق تأتي على جميع ما اقر به فلا يلزمه
شيء اه . وهكذا فعل قاضي زاده في تكملة الفتح شارحاً لقول الهداية الذي هو
نص القدوري بعينه . وقد فرع قاضيخان على صحة استثناء الكبيلي والوزني من
المقدرات التي ثبتت في الذمة من الدرهم والدنانير فقال : لو قال له دينار الا درهما
او الا قفيزاً او الا مائة جوزة صحح ويطرح من المقدم قدر قيمة المشتق فان كانت
قيمتها تأتي على جميع ما اقر به ، لا يلزمه شيء اه . وناهيك بقاضي خان قدوة .

واما قوله عقيب عبارته المارة : وان لم يكن المستثنى من جنس ما اقر به
وليس له جنس من مثله كقوله دينار الا ثوبيا او شاة لم يصح الاستثناء وان
كان من جنسه صح الاستثناء في قولهم الا ان يستثنى جميع ما تكلم به فلا يصح
الاستثناء اهـ ، فحمول على ما اذا كان من جنسه والاستثناء بلفظه او بماويه
كقوله له علي الف دينار الا خمساية وخمساية فلا مخالفة بين اول كلامه
وآخره كما افاده ابو السعود

وبدل على هذا قوله في قولم اي جميعا فان التفتق عليه هي مسألة الاستثناء
بلفظ المستثنى منه او بماويه بخلاف مستثنا فانما على قولها خلافا لمحمد وزفر
كما تقدم .

واما الفرع الذي ذكره البزاري كاللذليل على ما زعمه كما نقله في الشرنبلالية
وهو ما في هذا الكبس من الدرهم لفلان الا الف ، ينظران فيها اكثر من الف فالزيادة
للمقر له والالف للمقروان الف او اقل فلما للمقر له لعدم صحة الاستثناء اهـ ، فلا
دليل فيه لان الاستثناء بلفظ المستثنى منه او بماويه كما لا يخفى ثم اذا استثنى عددان
بينهما حرف الشك كان الاقل هو المخرج نحو له علي الف درهم الا مائة درهم او
خمسين درهما فيلزمه تسعماية وخمسون على الاصح ، لان الالف متيقنة الثبوت والخمسين
متحققه الخروج وتام المائة مشكوك في خروجها والمتيقن ثبوته لا يبطل بالمشكوك
بخروجه وهو اتمام المائة بل بالمتيقن خروجه وهو خمسون وهذه رواية ابي سليمان
وفي رواية ابي حفص يلزمه تسعماية فقط لما تقدم من ان الاستثناء تكلم بالباقي بعد
الثبوت عندنا والباقي بعد الثبوت مشكوك فيه والاصل فراغ الذمة فلا يلزمه الزايد على
التسعماية بالشك . واذا كان المستثنى مجهولا ثبت الاكثر نحو له علي مائة درهم الا
شيئا او الا قليلا او الا بعضا لزمه احد وخمسون لوقوع الشك في المخرج فيحكم
بمخرج الاقل وهو ما دون النصف لان استثناء الشيء استثناء الاقل عرفا فأوجبنا
النصف وزيادة درهم لان ادنى ما يتحقق به القلة النقص عن النصف بدرم كذا
في الدرر وحواشيه .

ولو قال له علي درهم الا رطل زيت او قربة ماء جاز اي الاستثناء فيه على
هذا درهما الا قبة رطل زيت او قربة ماء . ولو قال له علي عشرة ارطال زيت

الارطل ممن كان الاستثناء باطلاً - وكذلك لو قال له علي عشرة ارطال
ممن الا درهمها او علي كرحنطة الا خمساية ارطال زيت هندية . وذكر
في الهداية وشروحها ومثله في عامة المتون وشروحها ، ان من اقر بدار
واستثنى بنائها لنفسه فلمقر له الدار والبناء ، والاستثناء لا يصح لان البناء
داخل في هذا الاقرار معنىً وتبعاً وكل ما هو داخل في الشيء ، معنى لا يصح
استثاؤه منه لان الاستثناء في الملفوظ - والفصح في الخاتم والنخلة في البستان
نظير البناء في الدار لانها تدخل فيه تبعاً لا لفظاً - بخلاف ما لو قال هذه الدار
لفلان الا ثلثها او الا يتا منها حيث يصح الاستثناء ويكون للمقر له ما عدا الثلث
وما عدا البيت لان كل واحد من الثلث والبيت داخل في الصدر الذي هو الدار
لفظاً ومقصوداً . ولو قال بناء هذه الدار لي والعروة لفلان فهو كما قال لان
العروة عبارة عن البقعة التي ليس فيها بناء فلما اعتبر في معناها الخلو عن البناء لم
يتمها البناء في الحكم فكانه قال يياض هذه الارض دون البناء لفلان - بخلاف
ما اذا قال مكان العروة ارضاً كما اذا قال بناء هذه الدار لي والارض لفلان
حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء بناء على ان
الارض اصل والبناء تبع والاقرار بالاصل اقرار بالتبع فكان كالاقرار بالدار
حيث يكون البناء ايضاً للمقر له وان استثناء نفسه كما تقدم اه ملخصاً

وحاصله ان العروة بالنسبة الى البناء او الى البيت ، غير فلا يدخلان فيها لا
اصلاً ولا تبعاً فالاقرار بها اي بالعروة لا يكون اقراراً بها فاستثاؤها منها ،
لا معنى له لعدم دخولها في المستثنى منه - بخلاف لفظي الدار والارض فان كل
واحد منهما بالنسبة للبيت ، كل والبيت جزء منه فالاقرار بها ، اقرار بالبيت اصلاً
لا تبعاً فيصح استثاؤه منها كما يصح استثناء الثلث او الربع وبالنسبة الى البناء ،
اصل وهو تبع لها بمنزلة الوصف لها فالاقرار بها اقرار به تبعاً لا اصلاً فلا
يصح استثاؤه منها لان الاستثناء تصرف في الملفوظ وهو اية البناء غير
داخل في لفظها اية الدار والارض كما لا يصح استثناء وصف
الشيء منه .

فان قلت بشكل على هذا ما لو قال البناء لفلان والارض لاخر فانه كما قال

كما صرحوا به حتى يكون البناء للاول والارض للثاني ولم يقولوا هنا الاقرار
بالارض اقرار بالبناء ، فوجه الفرق
قلت قد ذكر شراح الهداية تقلاً عن الذخيرة ان ما هنا خمس مسائل وتخریجا
على اهلین .

احدهما ان الاقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس
والثاني ان اقرار الانسان حجة على نفسه وليس بحجة على غيره . اذا عرفنا هذا
فنقول اذا قال بناء هذه الدار لي وارضها لفلان كانت الارض والبناء لفلان
لان بقوله البناء لي ادعى البناء وبقوله الارض لفلان اقر لفلان بالبناء تبعاً للاقرار
بالارض . والاقرار بعد الدعوى صحيح . واذا قال ارضها لي وبنائها لفلان فهو على ما اقر
لان بقوله ارضها لي ادعى البناء لنفسه تبعاً وبقوله والبناء لفلان اقر بالبناء لفلان . والاقرار
بعد الدعوى صحيح ويومر المقر له بنقل البناء من ارضه . واذا قال ارض هذه
الدار لفلان وبنائها لي ، فالارض والبناء للمقر له لان بقوله ارضها لفلان اقر
لفلان بالبناء تبعاً وبقوله والبناء لي ادعى البناء لنفسه والدعوى بعد الاقرار لا
تصح . واذا قال ارض هذه الدار لفلان وبنائها لفلان آخر فالارض والبناء للمقر
له الاول لان بقوله ارض هذه الدار لفلان صار مقرراً لفلان بالبناء تبعاً للارض
وبقوله وبنائها لفلان آخر كان مقرراً على الاول والاقرار على الغير لا يصح واذا
قال بناء هذه الدار لفلان وارضها لفلان آخر فهو كما قال لان بقوله أولاً بناء هذه
الدار لفلان صار مقرراً بالبناء له وبقوله وارضها لفلان آخر صار مقرراً على الاول
بالبناء للثاني والاقرار على الغير باطل . قال في تكملة رد المحتار

اقول وهذا يعني التفرقة في الحكم بين العرصة والارض حيث لا يدخل البناء
في الاقرار بالاولى ويدخل تبعاً في الثانية ، مخالف للعرف الآن فان العرف
ان الارض بمعنى العرصة وعليه فينبغي ان لا يكون البناء تابعاً للارض
تأمل اه .

قلت وكون العرف الآن كما قال لا شبهة فيه فانهم يقولون ارض هذه
الدار واسعة او ضيقة مثلاً ولا يريدون به الا عرصتها ولا يخطر في بال احد
ان المراد الارض وما يتبعها من البناء وكلامه هذا وان كان يحتمل الا انه قد صرح

في جامع الفصولين كما نقله العلامة ابن عابدين في رسالته نشر العرف ان مطلق الكلام فيما بين الناس ينصرف الى المتعارف اه . وكذا في شرح السير الكبير للسخسي انه يعتبر في كل موضع عرف اهل ذلك الموضع فيما يطلقون عليه من الاسم اه . ثم ذكر في رسالته المذكورة بعد نقله مسابيل كلها مبنية على اعتبار العرف ما نصه : فهذه النقول ونحوها دالة على اعتبار العرف الخاص وان خالف المنصوص عليه في كتب المذهب ما لم يخالف النص الشرعي يعني نص الشارع كما قدمناه وكيف يصح ان يقال لا يعتبر مطلقاً مع ان كل متكلم انما يقصد ما يتعارفه اه . فتدبر

ثم ان ظاهر ما تقدم عن الذخيرة من ان الدعوى بعد الاقرار لا تصح يفيد ان من قال الارض لفلان وبنائها لي ان لا تسمع بينة عليه لان سماع البينة فرع عن صحة الدعوى وبهذا صرح في الذخيرة كما نقله عنها في تكملة رد المحتار فقال : لو اقر بارض او دار لرجل دخل البناء والاشجار حتى لو اقام المقر بينة بعد ذلك على ان البناء والاشجار له لم تقبل بينته اه . لكن يخالفه ما في الخانية قبيل فصل في القبض والايراء ونصه : ولو قال هذه الدار لفلان ولكن هذا البيت لي او قال وبنائها لي او قال هذه الارض لفلان ونخلها لي او النخل باصولها لفلان والشري كان الكل للمقر له ولا يصدق المقر الا بحجة اه .

وفيها بعد سطرين لو قال هذا البستان لفلان الا نخيله بغير اصلها فانه لي او قال هذا الخاتم لفلان الا فسه فانه لي او قال هذا السيف لفلان الا حليته فانها لي لا يصح الاستثناء . وان كان موصولاً ويكون الكل للمقر له الا ان يقيم المدعي البينة على ما ادعى اه .

وكذا ما في العناية ولو قال هذه الدار لفلان وهذا البيت لي كان الكل للمقر له لانه اقر بكلها ثم ادعى بشيء منها بعد ذلك فلا يصدق الا بحجة اه . ووفق الساجاني كما في التكملة بحمل ما في الذخيرة من عدم سماع البينة على ما اذا ادعى الغراس او البناء موصولاً عن اقراره بالارض وما في الخانية من سماعها على ما اذا ادعاه موصولاً به كما اشار اليه في الخانية اه .

اقول واشارة كلام الذخيرة اليه اوضح فان الظاهر ان قوله بعد ذلك ظرف

للدعوى ايضاً فكانه قال حتى لو ادعى المقر بعد ذلك واقام البينة على ان البناء
والاشجار الخ وبعده الدعوى تؤذن بكونها مفصلة عن الاقرار . واقول
ايضاً انه ليس في كلام الخاتبة ما يشير الى هذا التوفيق اصلاً والذي ينبغي
ان يعول عليه في الفتوى ابتعاؤه على اطلاقه وناهيك بفقهاء النفس قاضي خان فانه
من اجل من يعتمد على تصحيحه كما في التقيح وغيره

وتوجيه كلامه ان دخول البناء والاشجار في الاقرار بالارض تبعاً لما لا
يلزم منه تناقض المقر في دعواه لانه لم يقربها صريحاً بل ولا قصد الاقرار بها اصلاً
نعم يلزم منه ان يكون مقراً باليد عليها للمقر له لقيامها في الارض فيصير المقر
له ذا بد عليها حتى يثبت المقر بالبينة . ويؤيد ما قلناه ما في الاقروية لو اقر
بارض لانسان فيها زرع دخل الزرع فيه من غير ذكر . وان اقام المقر البينة
ان الزرع لي قبلت قال استاذنا فلم يكن اقراره بالزرع مانعاً من قبول بينته عليه
لما كان اقراره بذلك تبعاً وضمننا لاقراره بالارض ويخرج على هذه المسئلة كثير
من المسائل اه .

وليه عن البزازبة ادعى داراً وبرهن وحكم له بالبناء تبعاً ثم اقر المقضي له ان
البناء للمقضي عليه او برهن المقضي عليه على ذلك فالبناء للمقضي عليه ولا يبطل
القضاء في حق الارض اه وقامه فيها

وانظر لما قدمناه قريباً عن العناية فانه مع كون البيت داخل في الاقرار بالدار
قصداً لا تبعاً لكون البيت جزء من الدار حتى صح استثناءه منها كما عرفت افاد
انه تقبل حجة المقر على البيت ولم يجعله متناقضاً وما ذاك الا لكونه لم يقر له
بالبيت صريحاً . وقد ذكر في الهندية اول الباب الثامن من كتاب الدعوى ان
التناقض الذي يمنع استماع الدعوى هو تعارض القولين المتضادين المتناقضين من
المدعي في الدعوى اه .

وقد قدمنا في شرح المادة (١٥٨٣) عن جامع الفصولين ما نصه : ادعى انه له
فاراد ذو اليد ابطال دعواه فقال لمدعي خذ ودبعة الى الغد فاخذه المدعي
بطلت دعواه لان قبول الودبعة اقرار انه لا ملك له . وقيل ينبغي ان لا تبطل
دعواه لان قبول الودبعة يدل على عدم الملك دلالة وقد ادعى صريحاً انه ملكه

والدلالة لا تعتبر مع التصريح بخلافها اه . فيمكن ان يقال في مسئلتنا دخول البناء او الاشجار في الاقرار بالارض تبعاً لا يعتبر مع التصريح بخلافه وقدمنا هناك ايضاً عن شرح الاشياء للمحموي عند قول الاشياء الاستنجاز اقرار بعدم الملك ما نصه : قبل عليه يجب تقييده بما اذا لم يكن ملكه فيه ظاهراً فانهم صرحوا بان الراهن اذا استأجر الرهن او البائع وفاقه اذا استأجر المبيع لا يصح وهو كالصريح في عدم كون الاستنجاز اقراراً بعدم الملك اه اي في مثل هذه المسئلة .

ويمكن ان يقال هنا ان الاقرار بالارض لا يدخل فيه البناء والاشجار حيث كان ملك المقر فيها ظاهراً يعرفه كل احد حتى ناظر الوقف . ثم رأيت في الباب الثاني من اقرار الهندية ما يؤيد توفيق الساجاني فانه قال عازباً للواقعات الحسامية رجل قال هذه الارض لفلان وفيها زرع كانت الارض بزرها لفلان ولو اقام المقر البينة ان الزرع له قبل القضاء او بعده ، تقبل بينته . ولو كان في الارض شجر نخيل فكذلك لانه لو اقام البينة ان الشجرة لي لا تقبل بينته الا ان يكون مقرراً بان الارض له وشجرها لي فيمنئذ لا يقضى بالشجر للمقر له اه

فقد افاد ان الفرق بين الزرع والنخيل ان بينته على الزرع تقبل وان ادعاه مفصلاً عن الاقرار بالارض - واما بينته على النخيل فلا تقبل الا اذا ادعاه موصولاً مع الارض بان يقول الارض له والنخيل لي فتدبر
وانما اطلقنا الكلام على هذه المسئلة لانها كثيرة الوقوع فان اكثر بساتين بلادنا اشجارها قائمة في اراضي وقف محكرة . وكذا كثير من الحوانيت والدكاكين والبيوت ابنتها قائمة في اراضي اوقاف بوجه شرعي بموجب حجج احتكار واذن، واحترام من نظار الاوقاف وهي في ايدى اربابها بتوارثونها ويتبايعونها ويتصرفون فيها وبدفعون لنظار الاوقاف اجرة مثل الارض خالية عن اشجارهم وابنيبتهم وقد يكون القراس مشتركاً بين الفارس وجهة الوقف نصفه او ثلثه للفارس والباقي لجهة الوقف فساقبه ناظر الوقف بعد ان بوجهه بياض ارض الوقف فاذا اختلف احد النظار مع المتأجر في اجرة مثل الارض يرفع الناظر

الامر للحاكم الشرعي فيسئل الحاكم المتأجر عن تلك الارض فيقر بان له فيها
البناء او الغراس كله او ثلثه والباقى وهو الارض او هي وثلثا الغراس جار
في الوقف

وقد وقعت هذه الحادثة من عهد قريب فحكم القاضي بجميع الغراس لجهة
الوقف لاقراره بالارض ودخول جميع الغراس تبعاً في الاقرار وامره برفع يده
عن كامل البستان وتسليمه لجهة الوقف مع ان الناظر يعلم ويعترف بان الكرदार
مع الغراس او ثلثه ملك محترم لهذا المقر ثابت بوجه شرعي بموجب حجج شرعية
مصدق عليها اما منه نفسه او من اسلافه من نظار الوقف لكن ما الفائدة
من ذلك واقرار الناظر على الوقف غير نافذ . هذا مع ان المرافعة الواقعة
بين الناظر والمتأجر انما كانت بشأن زيادة الاجرة فهي قريبة على ان مراد المتأجر
بالارض التي اقر بها للوقف هي العرصه لانها هي المطالب باجرتها فضلا عن
كون العرف جارياً بان المراد بالارض العرصه كما تقدم آنفاً عن نكالة
رد المختار . وهب ان المراد الارض معناها اللغوي حتى ثمرات منابت الاشجار
لكن دخول الاشجار تبعاً في الاقرار بالارض انما بوجب كون
اليد على الاشجار لجهة الوقف وحينئذ فلا مانع من سماع دعواه وقبول بيئته
على ما صرح به في الخانية والعناية لا سيما اذا كانت دعواه بها متصلة باقراره
بالارض فانه على وفق ما قدمناه عن السامحاني من التوفيق بين ما في الذخيرة
والخانية يكون سماع البيئته متفقاً عليه ولبت شعري لو سئل القاضي او
الناظر صاحب الغراس والبناء هل تعلم ان منابت الاشجار ومواضع اس البناء
جارية في الوقف ام لا فاعلاه ان يجيب وهو يعلم انها جارية في الوقف
ومصرح به في حجة احتكاره او شرائه من المحتكر ان قال نعم ضاع بناؤه
وغرامه على ما في الذخيرة وان انكره وادعاه لنفسه كذب وضاع دينه
وكذبته حجة احتكاره التي هي مستنده ولا يخفى ما في ذلك من المخرج فلا
جرم ان الذي يجب التعويل عليه سماع دعوى هذا المقر بالبناء والغراس وقبول
بيئته عليها اخذاً بما في العناية والخانية .

فتلخص من هذا كله انه ان اريد بالارض المقر بها العرصه اي البقعة الخالية

من البناء والاشجار كما هو العرف لا سيما اذا دلت قرابين الاحوال عليه كان البناء والاشجار المقر لانه لم يقر بها لا قصداً ولا تبعاً ولا بلف اريد بالارض معناها القوي الشامل لمنابت الاشجار ومواضع اس البناء - فان كان الادعاء بها . ووصولاً بالاقرار بالارض كان سماع دعوى المقر وقبول بينته محل انفاق من الذخيرة والحانية على ما وفق به الساجاني حيث جعل محل ما في الذخيرة على ما اذا كانت مفصولاً كما اشار اليه في الذخيرة . وان كان الادعاء بها مفصولاً عن الاقرار بالارض فعلى ما في الذخيرة لان سماع دعواه ولا تقبل بينته وعلى اطلاق ما في العنايه والحانية نسمع دعواه وتقبل بينته وانت تعلم ان قاضيجان من اجل من يضمن على نصيحته لانه يقبه النفس

وهذا كله يقطع النظر عما اذا كان ملك المقر للبناء والاشجار مظهراً فان كان كذلك كان لا عبرة بالاقرار على ما قدمناه عن شرح الحموي على الاشياء . وكذا يقطع النظر عما قدمناه عن جامع الفصولين من انه لا عبرة بالاقرار دلالة مع الادعاء صريحاً على ان الجود على ما في الذخيرة من عدم قبول بينته المقر مع انه لم يخطر قط بباله ان الاقرار بالارض يكون اقراراً بالبناء والاشجار يؤدي الى ضياع حقوق عظيمة للناس ويفتح باباً عظيماً لاختلال نظام ثابت من قديم الزمان ، والله الموفق وبه المستعان

المادة ١٥٨٩ = * اذا ادعى احد كونه كاذباً في اقراره الذي وقع بحلف المقر له على عدم كون المقر كاذباً مثلاً اذا اعطى احد سنداً لآخر محرراً فيه انه قد استقرضت كذا درهم من فلان ثم قال وان كنت اعطيت هذا السند لكنني ما اخذت المبلغ المذكور منه بحلف المقر له على عدم كون المقر كاذباً في اقراره هذا *

وهذا قول ابي يوسف وهو استحسان وعليه الفتوى لتغير احوال الناس وكثرة الخداع والخيانات والمقر يتضرر بذلك ان كان كاذباً في اقراره والمدعي

لا يضره اليمين ان كان صادقاً زبلي ، وافاد اطلاق صدر هذه المادة ان الحكم كذلك سواء كان المقر به ديناً او غيره من الحقوق وقد صرح به في مسائل شتى الفرائض من متن الكنز فقال اقر بدين او غيره ثم قال كنت كاذباً الى آخره - وكذا قال في متن المتق اقر بمعنى ثم قال كنت كاذباً في اقراره الخ . وذكر فيها الهامد بة ان قارىء الهداية سئل عن رجل اشترى شيئاً واقربوه بيه عند الشهود . ثم بعد قبضه ادعى انه لم يكن رآه واراد رده فاجاب اذا ادعى المشتري بعد اقراره بروية المبيع اني اقررت بذلك ولم اكن رايت المبيع وكذبه البائع حلف البائع ان اقراره بذلك كان بعد الروية والمعرفة به فان حلف لم يثبت الى انكار المشتري وان نكل فللمشتري الرد اه وعبارة التنوير وشرحه الدر اقر ثم ادعى المقر انه كاذب في الاقرار يحلف المقر له ان المقر لم يكن كاذباً في اقراره عند الثاني وبه يفتي درر سو كذا الحكم بجمري لو ادعى وارث المقر فيحلف . وان كانت الدعوى على ورثة المقر له فاليمين عليهم بالعلم انا لا نعم انه كان كاذباً صدر الشريعة اه

واعلم ان تحليف المقر له مقيد بقيدين . الاول ان لا يكون المقر محكوماً عليه بالاقرار فان كان لا يحلف . قال في الفتاوى الخيرية في جواب سؤال يحلف المقر له على ان المقر ما كان كاذباً في اقراره اذا لم يصر محكوماً عليه بالاقرار وان صار محكوماً بالاقرار لا يحلف كما هو صريح كلام البزازي وغيره اه .
وصورته ان يكون منكر الاقرار فيثبته مدعيه بالبينة ويحكم عليه القاضي به ثم يدعي انه كان كاذباً فيه فلا يحلف .

الثاني ان لا يكون المقر قد ابرأ بعد اقراره ابراء عاماً للمقر له فان كان ابرأ ثم ادعى انه كاذباً في اقراره السابق ، لا يحلف المقر له كما في رد المختار . وكأنه لان الابراء العام يسقط كل حق . والتحليف من جملة الحقوق - لكن نقل في رد المختار عن العلامة ابن نجيم في رسالة له ان التقييد بهذا القيد مسلم فيما اذا كان المقر قد دفع المقر به للمقر له لانه بدعي استرجاع المال . والبراءة مانعة منه اما اذا لم يكن دفع المقر له ، فله تحليفه لانه لم يدع استرجاع شيء . وانما يدفع عن نفسه فاترقا

وفي التنوير وشرحه الدر من مسائل شتى القضاء ومسائل شتى الاقرار معزباً للفتية : اقر رجل بمال في صك واشهد عليه ثم ادعى ان بعض هذا المال قرض وبعضه

ربا عليه اي على القرض فان اقام على ذلك بية تقبل، وان كان متناقضاً لانا نعلم انه مضطر الى هذا الاقرار اه

وانتمى به في الحامدية والخيرية ونقله ابن الشحنة في شرح الوهبانية واقره الكن قال في الدر وحرر شارحها الشربلالي انه لا يفتى بهذا القرض اي لانه انفرد بنقله في القنية لانه لا عذر لمن اقر غايته ان يقال بانه يحلف المقر له على انه لم يكن بضه ربا بل كله دين ثابت في ذمته شرعاً على قول ابي يوسف المختار للفتوى من انه اذا ادعى المقر انه اقر كاذباً يحلف المقر له لان مسئلة دعوى الربا من المراد هذه المسئلة

ووفق العلامة ابن عابدين بين ما نقل عن القنية وبين كلام الشربلالي بان يقال ان قامت البينة على اقراره بالمال ببني ان لا نسلم على ان بضه ربا وان قامت على ان بضه ربا تقبل فتأمل اه . اقول وهو توفيق لم افهم له حاصلًا فتأمل

المادة ١٥٩٠ - اذا اقر احد لآخر بقوله لك في ذمتي كذا دراهم وقال الآخر هذا المبلغ ليس لي وانما هو لفلان وصدقه ذلك يكون المبلغ له ولكن يكون حق قبضه للمقر له الاول يعني لا يجبر المديون على اداء المقر به الى المقر له الثاني اذا اطالبه به واذا اعطى المديون المقر به للمقر له الثاني برضاه تبرأ ذمته وليس للمقر له الاول ان يطالبه به

لا حاجة الى قوله برضاه لان دفع المديون دينه برضى الدين ، بوجب برائه ولو كان المدفوع له غير مقر له اصلاً ولهذا اطلق في التنوير براءة المقر بالدين بالمدفع الى المقر له الثاني وكذا في الخانية وعبارتها: رجل اقر له انسان بالدين فاققر المقر له ان الدين لفلان وصدقه فلان صح ويكون حق القبض للادول دون الثاني ولو ادى الي الثاني برى اه .

وبؤيده ما تقدم في المادة ١٥٠٣ وشرحها ان حق قبض الثمن لو وكيل البيع لان حقوق العقد ترجع اليه لكن ان دفع المشتري الثمن الى الموكل صح ولو مع نعي الوكيل استحساناً ولا يطالبه الوكيل ثانياً لعدم الفائدة لان الثمن المقبوض حق الموكل وقد وصل اليه نعم لو لم يكن الاقرار اختياراً بل تملكاً بان اضاف المقر المال المقر به لنفسه كما سيأتي في المادة الآتية بشرط لبرائة الدافع ان يكون باذن المقر له لعدم صحة تملكه قبل التسليم ما لم يسلطه على القبض وسيأتي تمامه والحاصل ان اقرار المقر له الاول للمقر له الثاني بالدين في مسئلتنا هو اخبار عن امر ثابت لا انشاء بملك فيفيد الملك للمقر له الثاني بمجرد التضاد وان لم يسلط المقر له على القبض او نقل اسمي في الصك عارية ويكون المقر له الاول كالوكيل عن المقر له الثاني فتدبر

ثم ان قوله لك في ذهني كذا دراهم الخ ، مثال - ومثله ما اذا كان المقر به حيناً ففي الخانية ايضاً رجل في يديه دار اقر انها لفلان لاحق لي فيها فقال المقر له ما كانت لي قط لكنها لفلان وصدقه فلانث فهي للثاني اه - وهذا ونقل في الهندية قبيل الفصل الخامس عشر في الاقرار بالتلجئة عن المحيط ما نصه : قال محمد رحمه الله تعالى في الجامع دار في يدي رجل اقر وقال هذه الدار لفلان لا حق لي فيها فقال المقر له ما كانت هذه الدار لي قط واكتنها لفلان يريد به رجلاً ثالثاً وصدقه الثالث في ذلك فان القاضي يقضي بالدار للثالث هذا اذا قال المقر له الاول واكتنها لفلان موصولاً بقوله ما كانت لي هذه الدار قط واما اذا قال ذلك مفصلاً فلا اه - اي بل يكون قوله ما كانت لي هذه الدار قط رد الاقرار المقر الاول فيطل فتنبه لهذا

- الفصل الثاني -

❖ في بيان نفي الملك والاسم المستعار ❖

المادة ١٥٩١ - ❖ المقر اذا اضاف المقر به الى نفسه في اقراره

يكون قد وهبه للمقر له ولا يتم ما لم يكن هناك تسليم وقبض وان لم يصفه الى نفسه يكون قد نفى الملك عن المقر به واقر بكونه ملكاً للمقر له قبل الاقرار مثلاً لو قال احد ان ساير اموالي واشيائي التي في يدي هي لفلان وليس لي فيها علاقة يكون قد وهب جميع امواله واشيائه لذلك ويلزم التسليم والقبض وان قال ان سائر الاموال والاشياء التي نسبت لي ما عدا ثيابي التي علي هي لفلان وليس لي فيها علاقة يكون قد نفى عن ملكه سائر الاموال والاشياء المنسوبة له يعني التي قبل انها له ما عدا ثيابه التي عليه واقر بكونها لذلك ولكن لو ملك اشياء بعد اقراره هذا لا يكون اقراره هذا شاملاً لتلك الاشياء . كذلك لو قال ان سائر اموالي واشيائي التي في دكاني هذا لبني الكبير وليس لي فيها علاقة يكون قد وهب في ذلك الوقت جميع اشياه وامواله التي هي في الدكان لابنه الكبير ويلزم التسليم . وان قال ان جميع هذه الاشياء والاموال التي هي في دكاني هذا هي لابني الكبير فلان وليس لي فيها علاقة يكون حينئذ قد نفى الملك عن نفسه واثبته لابنه الكبير باقراره عن جميع الاشياء والاموال الموجودة في ذلك الحانوت ولكن لو وضع بعد ذلك اشياء اخرى في ذلك الدكان لا يكون اقراره هذا شاملاً لتلك الاشياء . وكذلك لو قال احد حانوتي الذي في المحل الفلاني هو لزوجتي يكون قد وهبه لها ويلزم التسليم . وان قال ان الدكان الفلاني الذي نسبته لي ، هو لزوجتي

يكون ذلك الخائون لزوجه قبل الاقرار ويكون قد اقر بان
الذكان ليس ملكه *

قالوا الاصل ان المقر متى اضاف المقر به الى ملكه ولم يأت بلفظة في ، كان
اقراره مبةً فلا بد لصحة من التسليم كما اذا قال جميع مالي او ما املكه لفلان او
قال له من مالي او من دراهمي كذا لان ماله او ما ملكه ، يتمتع ان يكون كله او
بعضه ، لاخر في ذلك الحال فلا يصح اقراراً لانه اخبار عن ملك ثابت من قبل واللفظ
يحتمل الانشاء فيحمل عليه ويكون مبة فيشترط فيه ما يشترط في الهبة
اما لو اتي بلفظة في كما لو قال له في مالي او في دراهمي هذه الف درهم ،
كان اقراراً بالوديعة ان كانت الالف مميزة والا بالشركة . قال في الاصل اذا
قال في وصيته سدس داري لفلان فهو وصية ولو قال لفلان سدس في داري
فاقرار لانه في الاول جعل له سدس دار جميعها مضاف الى نفسه . وانما
يكون ذلك بقصد التمليك . وفي الثاني جعل دار نفسه ظرفاً للسدس الذي لفلان
وانما يكون داره ظرفاً لذلك السدس اذا كان السدس مملوكاً لفلان قبل ذلك
فيكون اقراراً . اما لو كانت انشاء ، لا يكون ظرفاً لان الدار كلها له فلا
يكون البعض ظرفاً للبعض . وعلى هذا اذا قال له الف درهم من مالي فهو وصية
استحساناً اذا كان في ذكر الوصية وان قال في مالي فهو اقرار اه

ولا يرد على منطوق هذا الاصل ما لو قال ما في بيتي او في منزلي لفلان فانهم
قالوا يكون اقراراً ويدخل فيه الدواب التي يبعثها في النهار وتأوى اليه في
الليل مع ان الاضافة موجودة فيه ، لانا نقول المقر به ليس مضافاً في المثالبين وانما
المضاف فيها هو البيت والمنزل . والمقر به هو المظروف فيهما لا هما - على ان
اضافة نفس البيت والمنزل كلا اضافة لانها اضافة نسبة لا اضافة ملك اذ يحتمل ان
البيت والمنزل ملك غير المقرهما في يده بالاجرة او الاعارة او غيرها ولا يرد على
مفهوم الاصل المذكور وهو انه اذا لم يصفه يكون اقراراً ، ما لو قال الاب الارض
التي حدودها كذا لطفلي فقد قيل انها مبة مع ان الاب لم يصف الارض الى ملكه

لانا نقول هذه المسئلة اختلف فيها النقل فقيل هو اقرار اي اخبار عن ملك سابق للطفل فلا تكون وارده على الاصل المذكور وقيل هو هبة تحملها صاحب النسخ على ما اذا كان المقر به قد اشتهر بين الناس انه ملك الاب المقر وادعى ان الاضافة التي تقتضي كون الاقرار تمليكاً اما ان تكون صريحة او تقديرية تعلم بالفراين كأن كان مشهوراً بين الناس انها ملك المقر . ورد الساجاني بانصوص الفقهاء تشير الى عدم اعتبار ما يعهده الناس بل العبرة للفظ فان ما في البيت وما يعرف به وينسب اليه يكون معلوماً لكثير من الناس انه ملكه وقد صرحوا بانه اقرار . والمشهور في المذهب هو ما مر من الاصل فلا يلتفت الى قول من قال ان اقرار الاب هبة في الفرع المذكور اهـ ملخصاً من الدر وحواشيه .

وبهذا تعلم ان ما نقله في الدر عن النسخ من انه لو اقر لآخر بمعين ولم يفضه لكن من المعلوم لكثير من الناس انه ملكه فهل يكون اقراراً او تملكياً ينبغي الثاني فيراعى فيه شرائط التملك اهـ ، هو بحث من صاحب النسخ بناء على ما زعمه من ان في شهرة كونه ملكه بين الناس اضافة لنفسه تقديرية . وقد علمت دره من الساجاني فانهم

وفي الهندية من الباب الثاني من الاقرار : لو قال له من مالي الف درهم فهذه هبة وليس باقرار ولو قال له من مالي الف درهم لاحق لي فيها فهذا اقرار بالدين اهـ مختصراً ولا يخفى ان ما ذكرناه للمثال الاول من هذه المادة الا ان يدعى الفرق بين لا تعلق لي فيها وبين لاحق لي فيها تأمل وانظر ما سنكتبه في شرح المادة (١٦٠١) وفي الحامدية ما نصه وذكر في الجامع : رجل قال ما في يدي من قابل او كثير او عبد او غيره لفلان ، صح اقراره لانه عام وليس بجهول فان حضر المقر له واراد ان يأخذ شيئاً مما في يده واختلفا في عبد في يده انه كان في يده يوم الاقرار او لم يكن ، كان القول قول المقر . وكذا لو قال جميع ما في حائوتي خانية من الاقرار . وسئل الحائوتي فيمن اشهد على نفسه جماعة ان جميع ما بمنزله البكائن بمحلة كذا ، ملك لزوجته فلانة ولم يعلم الشهود وقت تحمل الشهادة بشي . من ذلك فهل اذا ادعت الزوجة بجميع ما ذكر على ورثة الزوج وشهد الشهود بذلك ، تقبل شهادتهم ولا تكون شهادتهم بجهول فاجاب الشهادة

صحيحة لانها على سبيل العموم والعموم من قبيل المعلوم لا المجهول - نعم لو انكرت
ورثة الزوج ان هذه الامتعة كانت في المنزل يوم الاقرار كان القول لهم وكان
على الزوجة اثبات ذلك كما في الخانية اه مختصراً . وذكر في جواب سؤال اخر
قال ابو القاسم الصغار ان علمت المرأة ان جميع ما اقربه الزوج كان لها بيع او
هبة اي مع قبض حل لها ذلك بحكم اقرار الزوج وان علمت انه لم يكن بيع
ولا هبة لا بصيرها ملكاً بهذا الاقرار خانية اه ، بقليل اختصار يعني لا يحل لها ان
تأخذ لان الاقرار لا يكون نسباً للملك كما تقدم مراراً . وفي الحامدية داري
هذه لو لذي الاصغر يكون باطلاً لانها هبة فاذا لم يعين الاولاد كانت باطلاً
وان قال هذه الدار للاصغر من اولادي فهو اقرار وهي لثلاثة من اصغرم لانه
لم يصف الدار الى نفسه اه

نبيه

لو قال الدين الذي لي على فلان لفلان فان قال واسمي في كتاب الدين
عارية ، كان اقراراً ، وان كان فيه اضافة الدين الى نفسه ، لان قوله
واسمي في كتاب الدين عارية ، قرينة على ان الاضافة المذكورة اضافة نسبة لا
اضافة ملك فيكون اخباراً وولاية قبض الدين للمقر لكن ببراء المديون بالدفع الى
المقر له وان كان يغير رضى المقر كما قدمناه في شرح المادة السابقة . وان لم يقل
واسمي في كتاب الدين عارية كانت ابناء هبة فلا تصح الا ان يسلط المقر
على القبض لانه تمليك الدين من غير من عليه الدين - حتى لو دفع المديون
الى المقر له بلا تسلط على الدفع ولا اذن من المقر ، لا يبرأ - فما في
التنوير من انه لو قال الدين الذي لي على فلان لفلان او الوديعة التي عند
فلان لفلان آخر اقرار له وحق القبض للمقر ولكن لو سلم الى المقر له بربي اه ،
محمول على ما اذا قال واسمي في كتاب الدين عارية ونحوه مما يفيد ان
اضافة الدين لنفسه اضافة نسبة لا اضافة ملك هذا ما حققه في الدر وحواشيه
واشرنا اليه في شرح المادة السابقة

المادة ١٥٩٢ - * اذا قال احد في حق الد كان الذي هو في
يده وتصرفه بسند انه ملك فلان وليس لي فيه علاقة والاسم المحرر في
الوثيقة هو مستعار او قال في حق د كان مملوك اشتراه من اخر كنت
قد اشتريته لفلان والدرام التي اعطيتها في ثمنه هي ماله ايضاً والاسم
المحرر في السند قيداً مستعار بكون قد اقر بان الد كان ملك فلان
في نفس الامر *

المادة ١٥٩٣ - * اذا قال احد ان الدين الذي هو في ذمة
فلان بموجب سند وهو كذا غرشاً وان كان قد تحرر باسمي الا انه
هو لفلان واسمي الذي تحرر في السند هو مستعار بكون قد اقر بان
المبلغ المذكور في نفس الامر هو حق لذلك *

انما كان قول المقر واسمي الذي تحرر في السند مستعاراً ، شرطاً لكون
قوله المذكور في المادتين اقراراً لاهبة لان المراد بالسند في قوله وتصرفه بسند
وفي قوله بموجب سند اي سند يتضمن كون الدكان والدين ملكه فكانه قال
د كافي او ديني الذي هو في ذمة فلان فكان المقر به مضافاً الى ملكه وقد تقدم
في المادة ١٥٩١ ان المقر اذا اضاف المقر به الى نفسه بكون اقراره هبة فكانت
حقه ان يكون في المادتين المذكورتين هبة لكن اقام المقر قوله واسمي في السند
مستعاراً ، فربته على ان الاضافة المذكورة اضافة نسبة لا اضافة تمليك فصح كون
قوله المذكور اخباراً بان الدكان في المادة السابقة والدين في هذه المادة ، ملك
المقر به في نفس الامر

والظاهر ان قوله في الفقرة الثانية من المادة السابقة انني قد كنت اشترطه
لفلان ودفعت الثمن من ماله لا بكفي في كونه قريبة وان لم يقل واسمى في السند
مستعار لانه يفيد ان الاضافة اضافة نسبة لا اضافة ملك فتدبر هكذا ينبغي تقرير
هذا المحل فانه الموافق لما لحصناه عن الدر وحواشيه في التنبيه المذكور انما آخر
شرح المادة ١٥٩١

المادة ١٥٩٤ = * اذا كان احد قد نفى الملك باقراره على ما
ذكر او اقر يكون اسمه مستعاراً في حال صحته بكون اقراره
معتبراً ويلزم به في حال حياته وتلزم به ورثته بعد ماته ولكن
لو اقر بالوجوه المذكورة في مرض موته فتحكمه بعلم من الفصل
الآتي *

وهذا لما قدمناه في شرح المادة ١٥٨٨ من ان الاقرار حجة على المقر كادل عليه
الكتاب والسنة والاجماع والوارث قائم مقام المورث حقيقة وحكماً فامنع منه المورث
منع منه الوارث

= الفصل الثالث =

* في بيان اقرار المريض *

المادة ١٥٩٥ - * مرض الموت هو الذي يخاف فيه الموت
في الاكثر، الذي يعجز المريض عن روية مصالحه الخارجة عن داره
ان كان من الذكور ويعجزه عن روية المصالح الداخلة في داره ان

كان من الاناث ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة صاحب فراش
كان او لم يكن وان امتد مرضه دائماً على حال ومضي عليه سنة
يكون في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما
لم يشد مرضه ويتغير حاله ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات
بعد حاله اعتباراً من وقت التغير الى الوفاة مرض موت * ❀

حاصله ان مرض الموت الذي اخنصت بصاحبه احكام ليست للصحيح يعتبر
لحقته ثلاثة امور .

الاول ان يكون مرضاً يخاف فيه الموت اي يقاب على صاحبه الملاك فلو لم
يكن كذلك ، لا يكون مرض الموت وان اعجز صاحبه عن القيام
بمصلحه .

الثاني ان يعجز صاحبه عن القيام بمصلحه خارج بيته ان كان رجلاً وداخله
ان كان انثى فلو لم يعجزه لم يكن مرض موت . وان كان يخشى فيه
الموت .

الثالث ان يتصل به الموت بان لا يمر عليه سنة وهو على حالة واحدة في ذلك
المرض حتى لو امتد مرضه الذي يخشى فيه الموت وقد اعجز صاحبه عن القيام
بمصلحه سنة وهو على حالة واحدة ، لا يكون مرض موت نعم اذا زاد المرض
واشتد الى ان مات فيعتبر مرض موت من حين زيادته واشتداده ولا اعتبار لكون
المرض صاحب فراش او لا . هذا ما تضمنته هذه المادة تبعاً للتوير وغيره .
ولسر في الدر المعجز عن المصالح ، بان يعجز الفقيه عن الاتيان للمسجد والسوق عن
الاتيان له كانه وفي حق المرأة ان تعجز عن جميع مصالحها داخل البيت حتى لو
اعجزها عن صعود السطح لا عن الطبخ لا يكون مرض الموت . واستظهر في
رد المحتار ان المراد بالمصالح المصالح القريبة في حتى كل مريض اذ لو كان محترفاً
بجرعة شاقة كالو كان مكاربياً او حمالاً او نجاراً او نحو ذلك مما لا يمكن اقامته

مع اي مرض كان وعجز عنه مع قدرته على الخروج الى المسجد او السوق ، لا يكون مريضاً مرض الموت وان كانت هذه مصالحه والا لزم ان يكون العجز عن الخروج الى المسجد او الدكان مرضاً وغير مرض بحسب اختلاف المصالح اه .
ثم قال في رد المختار ان هذا يعني اشتراط العجز عن القيام بالمصالح ، انما يظهر في حق من كان له قدرة على الخروج قبل المرض اما لو كان عاجزاً عنه قبل المرض لكبر او لهلة في رجليه فلا يظهر فينبغي اعتبار غلبة الملاك فقط في حقه واعتبار غلبة الملاك فقط مطلقاً في قول ابي الليث وينبغي اعتياده لما علمت من انه كان يفتى به الصدر الشهيد وان كلام محمد يدل عليه ولا ضطراده فيمن كان عاجزاً قبل المرض ويويده ان من الحق بالريضة كمن بارز رجلاً ونحوه انما اعتبر فيه غلبة الملاك دون العجز عن الخروج ، ولان بعض من يكون مطعوناً او به استسقاء قبل غلبة المرض عليه ، قد يخرج لقضاء مصالحه مع كونه اقرب الى الملاك من مريض ضعف عن الخروج لصداع او هزال مثلاً . وقد يوفق بين القولين بانه ان علم ان به مرضاً مهلكاً غالباً وهو يزداد الى الموت ، فهو المعتبر وان لم يعلم انه مهلك يعتبر الخروج للمصالح هذا ما ظهر لي اه

اقول ويمكن تطبيق هذه المادة على هذا التوفيق الذي هو بالقبول حقيق فان من به داء السل اذا مات قبل ان يمر عليه سنة يمكنه الخروج الى المسجد او الدكان هذا وقد الحقوا بالريضة مرض الموت من بارز رجلاً سواء كان اقوى منه او لا كما في البحر والفتح وغيرهما ، او قدم ليقتل من قصاص او رجم ، او بقي على لوح من السفينة بعد انكسارها ، او تلاطمت الامواج بالسفينة وخيف الفرق ولا بد من اتصال الموت في جميع ما ذكر . وذكر في رد المختار عن مراجع الدراية لو اختلطت الطائفتان للقتال وكل منهما مكاثرة للاخرى او مقهورة فهو في حكم مرض الموت وان لم يختلطوا فلا اه . والمرأة اذا اخذها المطلق ، كالريضة والمراد به وجع يقترن به انفصال الولد ، لان المعتزلي مرض الموت ما يتصل به الموت . والمرض الذي يعقبه السكون في حكم الصحة ، كمرض يعقبه البرء بزانية في الثامن من الطلاق . وعبارة الهندية على ما نقله الشارح البناني عنها هكذا : والمرأة اذا اخذها المطلق فما فعلته في تلك الحالة يعتبر من ثلث مالها وان سلمت من ذلك

جاز ما فعلته من مالها كله اه ، فلم يقبده بالوجع الذي يقترن به انفصال الولد فما
في البرازية تضيق للحلقة جداً فتأمل

وفي فتاوى الاقروى معزباً للقنية في هبة المريض مانصه : (قص) مرض الموت
يعرف بالدلائل لا بالموت نفسه لانه يحتمل انه مات فجأة لابه (ص) . طلق امرأته
في مرضه ثلاثاً ثم قتل او مات من مرض آخر وهي في العدة فانها ترثه وان لم يموت
من ذلك المرض ، وهذا لان مرض الموت ما يكون قائلاً غالباً وهو ما يكون
مضيقاً ملقياً على الفراش لا ما يموت منه ، لان الموت لا يكون من مرض لانه
يحدث ساعة فساعة ويزداد حتى يموت فلم يكن مرض الموت ما يموت به بل يخاف
المريض على نفسه الملاك فيه اه

المادة ١٥٩٦ - * اقرار من لم يكن له وارث او لم يكن له
وارث سوى زوجته او المرأة التي لم يكن لها وارث سوى زوجها في
مرض الموت يعتبر اقراره على انه نوع وصية فاذا نفى الملك من لا وارث
له في مرض موته عن جميع امواله واقربها لغيره يصح وليس لأمين
بيت المال ان يتعرض لتركته بعد وفاته كذلك لو نفى الملك عن
جميع امواله في مرض موته من لا وارث له سوى زوجته واقربها لها
او نفى الملك من لا وارث لها سوى زوجها عن جميع امواله
واقربها به له يصح وليس لأمين بيت المال ان يتعرض لتركة احدها
بعد الوفاة *

وهذا لان بيت المال ليس يوارث وانما يوضع فيه مال الميت بلا وارث على انه
فيئ للمسلمين فلا يزاحم الوصية ولا الاقرار ولا المحاباة عندنا خلافاً للشافعي رحمه
الله تعالى ذكره في الدر وغيره . وقد هذا الحكم وهو صحة الاقرار بكونه من

احد الزوجين للآخر لانه لو كان الوارث المقر له غير واحد منها ولم يكن للمبت المقر وارث غيره كانت جميع التركة له وان لم يقر له المبت بشيء لانه يجوز كل المال ، اما نصيبا ، واما فرضا وردا بخلاف احد الزوجين . ثم معنى اعتبار هذا الاقرار نوع وصية ، انه تجري فيه احكام يعني ان المقر له حكم الموصى له . وقد قال في الجوهرية النيرة اول كتاب الوصايا عند قول القدوري ولا يجوز بما زاد على الثلث : يعني اذا كان هناك وارث يستحق جميع الميراث - اما اذا كان لا يستحق جميع المال كالزوج والزوجة فانه يجوز ان بوصى بما زاد على ذلك ولا يمنع من ذلك استحقاقها ما يرثانه لانها يستحقان سها من الميراث لا يزداد عليه مجال فما زاد على ذلك فهو مال المربض لا حق فيه لاحد فجاز ان بوصى به .

وعلى هذا قال محمد اذا تركت المرأة زوجها ولم تترك وارثا غيره واوصت لاجنبي بنصف مالها ، فالوصية جائزة ويكون للزوج ثلث المال والموصى له النصف ويبقى السدس لبيت المال . وانما كان للزوج الثلث لانه لا يستحق الميراث الا بعد اخراج الوصية فيحتاج الى ان يخرج الثلث اولا للموصى له لانه يستحقه بكل حال فيبقى الثلثان يستحق الزوج نصفه ميراثا ويبقى الثلث للموصى له السدس تكملة للنصف ويبقى السدس لا مستحق له فيكون لبيت المال . وكذا اذا اوصت بذلك لزوجها كان المال كله له نصفه ميراثا ونصفه وصية لانه لا يستحق الوصية قبل الميراث بخلاف الاجنبي لان الزوج وارث وانما جازت له الوصية لانه لا وارث لها تتوقف صحة الوصية على اجازته وعلى هذا اذا ترك زوجة لا وارث له غيرها واوصى لرجل بجميع ماله كان لما سدس والموصى له خمسة اسداس لانها لا تستحق من الميراث شيئا حتى يخرج الثلث للوصية فاذا خرج الثلث استحق ربع الباقي وما بقي بعد ذلك يكون للموصى له بالجميع

واصله من اثني عشر للموصى له اربعة وهو الثلث يبقى الثلثان ثمانية للزوجة وربما اثنان يبقى ستة تعود للموصى له فيكون له عشرة من اثني عشر وذلك خمسة اسداسها او تمام تفاربع المسئلة فيها

وذكر في الخانية واذا مات الرجل وترك امرأة ليس له وارث غيرها واوصى لاجنبي بجميع ماله ولزوجته بجميع ماله باخذ الاجنبي ثلث المال بلا تنازعة

والمرأة ربع ما بقي وهو السدس بحكم الميراث يبقى نصف المال يكون بينها وبين الاجنبي نصفين . ولو ان امرأة ماتت واوصت بجميع مالها لزوجها وليس لها وارث سواء واوصت بجميع مالها لاجنبي ما واوصت لكل واحد بنصف المال بما اخذ الاجنبي اولاً ثلث المال بلا منازعة يبقى ثلثا المال للزوج نصف ذلك لان الوصية بقدر الثلث للاجنبي مقدم على الميراث يبقى ثلث المال يكون ذلك بين الزوج والاجنبي اثلاثاً ثلث ذلك يكون للاجنبي وثلثاه للزوج اه .

المادة ١٥٩٧ - * لو اقر احد حال مرضه بمال ل احد ورثته ووافق بعد اقراره من ذلك المرض يكون اقراره معتبراً *

لما تقدم ان مرض الموت يشترط لتحققه ان يتصل به الموت قال في الهندية ممزباً لخزانة المفتين من يمرض يومين ويصح ثلاثة او يمرض يوماً ويصح يومين فاقر لابنه يدين فان فعل ذلك في مرض صح بعده جاز ما صنع وان فعل في مرض الزمه الفراش واتصل بموته لم يجز اه .

المادة ١٥٩٨ - * اذا اقر احد في مرض موته بدين او عين ل احد ورثته ثم مات يكون اقراره موقوفاً على اجازة باقي الورثة فان اجازوه كان معتبراً والا فلا ولكن اذا كان قد صدقه باقي الورثة في حال حياة المقر فليس لهم الرجوع عن تصديقهم وبكون ذلك الاقرار معتبراً وايضاً الاقرار للوارث بالامانة صحيح على كل حال وهو انه اذا اقر احد في مرض موته بكونه قد قبض امانته التي عند وارثه او اقر لكونه قد استهلك امانة وارثه المعلومة التي اودعها عنده يصح اقراره

مثلاً لو اقر في مرض نمونه بقوله اخذت وقبضت امانتي التي اودعتها عند ابني فلان بصح اقراره ويكون معتبراً وكذا لو قال ان ابني فلاناً اخذ طلبي الذي هو علي فلان بالوكالة وسلمه لي بكون اقراره معتبراً وكذلك لو قال بت خاتم الماس الذي كان ودبعة او عارية عندي لابني فلان وقيمته خمسة الاف قرش وصرفت ثمنه في اموري او استهلكته بكون اقراره معتبراً ويلزم تضمين قيمة ذلك الخاتم من التركة *

تضمنت هذه المادة مسائل الاولى : ان اقرار المريض مرض الموت لو ارثه لا ينفذ الا ان تجزئه بقية الورثة ، قال في الهداية لانه في مرضه نعلق حق الورثة بماله ولهذا يمنع من التبرع على الوارث كهبه او وصية ففي تخصيص بعض الورثة بما له ، ابطال حق الباقيين وهو جور عليهم فيرد ولا يظهر هذا التعلق في حق الاجنبي ، لانه لو انجبر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه . اما الوارث فقلا تقع المعاملة معه . ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوا حقهم فبصح اقراره اه

واقاد قوله الا ان تجزئ بقية الورثة انه لو لم يكن له وارث اخر غير المقر له لا يبقى محل للتوقف لان التركة كلها للوارث اما تمصياً واما فرضاً ورداً . هذا اذا كان الوارث غير الزوج او الزوجة فان كان احدهما كان اقرار الآخر له نافذاً كما لو اوصى له بالباقي من التركة بعد ارثه كما تقدم في المادة ١٥٩٦ وشرحها وكما لا يصح اقرار المريض لو ارثه بدين او عين ، لا يصح اقراره بقبض دين له عليه او غصبه او رهنه ونحو ذلك مما له عليه كما في الدر ، للتمهة - حتى لو اقر بقبض دينه من الاجنبي يتوقف اذا كان وارث المقر كقبلاً للاجنبي لان برائة الاصيل توجب برائة الكفيل فكأنه اقر بقبضه من الوارث صرح به في

جامع الفصولين وتقدم في كتاب الكفالة . وفي الخاتمة لا يصح اقرار المريض بقبض الدين من وارثه ولا من كفيل وارثه ان كانت الكفالة في الصحة . وكذا لو اقر بالقبض من اجنبي بتطوع عن وارثه بقضاء الدين اه .

وفي الهندية عن المحيط : مريض اقر لوارثه ولا جنبي بدين فاقراره باطل تصادقا في الشركة او تكاذبا في قولها ، وقال محمد اقراره للاجنبي بقدر نصيبه جازم اذا تكاذبا في الشركة وانكر الاجنبي الشركة . واذا كذبه الوارث في الشركة وصدقه الاجنبي ، فالاصح انه لا يجوز بالاتفاق فان صدقها المقر في نفي الشركة ، وقال لم يكن مشتركا وانما اقرت بالشركة كاذبا فعيند .
بصح الاقرار للاجنبي اه

لما ان الاقرار اخبار ولا يصح ان ينفذ على خلاف الوجه الذي اقر به فاذا اقر مشتركا لا يمكن ان ينفذ غير مشترك نكته عن نور العين . وقول الهندية جازم اذا تكاذبا هكذا في نسختي . والظاهر ان المراد منه ان يتفقا على نكته المقر بالشركة . ويمكن ان يكون ضمير تكاذبا عائدا الى الفريقين المقر والمقر لها تأمل .

المسئلة الثانية : ان تصدق الورثة اقرار الميت في حياته . معتبر وليس لهم الرجوع عنه بعد موته وهو موافق لما اشار اليه في الهداية وانفتى به ابنه نظام الدين وحفيده عماد الدين كما في رد المحتار عن القهستاني ولما في حاشية ابي السعود على مسكين ونصه : فاذا صدقوه في حياة المقر فلا حاجة الى التصديق بعد الموت - بخلاف الوصية بما زاد على الثلث حيث لا ينفذ الا باجازة الورثة بعد موت الموصى حموي عن العمادي اه - لكن يخالفه ما في رد المحتار عن خزانه المفتين من انه لا عبرة لاجازتهم قبل موت المقر اه

ونقل في رد المحتار ايضا عن النسيبة انه قال بعد نقله عبارة ابي السعود المارة فلم تجعل الاجازة كالتصديق لانهم اقروا اه وهو توفيق حسن جداً فان تصديق الورثة اخبار المريض بدين عليه لوارثه او بقبضه دينه منه ، وانما هو عبارة عن قولهم صدق المريض في قوله المذكور او نحوه فيكون اقراراً منهم بما اقر به المريض فلا يملكون الرجوع عنه وعليه يحمل ما في حاشية ابي السعود تبعا لما اشار اليه في الهداية وانفتى به ابنه وحفيده . واما الاجازة فهي عبارة عن قولهم اجزنا اقرار

المريض او رضينا به ونحو ذلك وهذا لا يستلزم اقرارهم بما اقر به المريض فلا يعتبر في حياة المريض بل بعد موته لان حق الاجازة وعدمها انما ثبت لهم بعد الموت وعلى هذا يحمل ما في خزائنة المفتين ويرشد الى هذا التوفيق التعبير في هذه المادة عن رضى الورثة بعد الموت بلفظ الاجازة وقبله بلفظ التصديق - وكذا تسمية ذلك التصديق اقراراً ليس لهم الرجوع عنه ولا يخفى ان الذي يحتمل التصديق انما هو اخبار المريض بدين اللوارث عليه او قبض دينه منه . اما ما يكون منه انشاء كالوصية والبيع فانه لا يحتمل التصديق . واجازته لا تعتبر قبل الموت وان وقعت بافظ التصديق وهذا لان الاجازة او عدمها انما تثبت حقا لهم بعد الموت لا قبله كما قلنا فليحفظ .

المسئلة الثالثة ان اقرار المريض بالامانة المعروفة للوارث ، صحيح نافذ لكن ليس المراد ان يقر المريض بان هذه المدين التي في يدي وديعة لوارثي فلان فان هذا اقرار بالمدين للوارث فلا يصح الا ان تجيزه بقية الورثة كما افاده صدر المادة . وانما المراد ان يقر قبض وديعته التي كانت عند وارثه او بأنه قبض من وارثه المالك الذي كان وكله بقبضه من الاجنبي او بأنه استهلك وديعة وارثه فان اقراره بجميع ذلك صحيح ولا يتوقف على اجازة بقية الورثة . اما الاولى والثانية فلانه لا تهمه في هذا الاقرار لان القول ، للوارث في رد الامانة اقر المريض او لم يقر فلا فائدة في رد اقراره . وفي الاشياء وشرحه للمحموي ان اقراره بقبض الامانات كلها كمال الشركة والعارية ، كاقراءه بقبض الوديعة . والمعنى في الكل انه ليس فيه اشارة للوارث على بقية الورثة لما ذكرنا . واما الثالثة فلانه لو لم يقر ومات مجهلاً كانت الوديعة ديناً في ماله فاذا اقر باستهلاكها فاولى فلا فائدة في رد اقراره . وهذا اذا كانت الوديعة معروفة بقية الورثة بان كانوا مقرين بها او اثبتت الوارث المقر له بالينة - فلوم تكن معروفة باحد هذين الوجهين ، لا يقبل اقرار المريض باستهلاكها الا ان تجيزه بقية الورثة كما في الزبلي وغيره . وذكر في جامع الفصولين لو اقر المريض بقبض ثمن ما باعه بالوكالة عن وارثه لاجنبي او بالولاية عليه لاجنبي ، لم يصدق لانه اقر بدين لوارثه الا ان يدعي الخلاك اي بان يقول قبضته وهلك لانه حينئذ لم يصر ديناً في الشركة ، فلو قال

قبضت الثمن وانلفته بيرا المشتري ولو ادى ، لم يرجع اي لانه يكون متبرعا بالدفع . وكذا لا يصدق في قبض ثمن ما باعه لوارثه بالوكالة عن الاجنبي الا ان يقول ضاع عندي او دفعته الى الامراء . بتصرف وابطاح

وقوله قبضت الثمن وانلفته ، هو مثل اقراره باستهلاك الوديعة فيتقيد قبض الثمن بكونه معروفاً لباقي الورثة او ثابتاً بالبينة كما عرفت فإني التكلفة من انه يتقيد المعاينة بمعاينة الشهود ، فيه قصور لان الوديعة انما هي الثمن المقبوض فقبضه بيد المريض يجب ان يكون بمعاينة الشهود وتقريره .

وفي التكلفة عن جامع الفصولين : ولو اقر المريض بتلف وديعة وارثه سفي يده فنكل عن اليمين ومات لم يكن لوارثه في ماله شيء اه

اقول والظاهر ان معنى هذه العبارة ان الوارث ادعى عليه انه استهلك الوديعة فانكر فكلفه اليمين فنكل عنه فان نكوله وان كان اقراراً بالاستهلاك الا انه لا يقبل منه بعد ان اقر بالهلاك الذي يوجب برائته من الضمان الا بتصديق باقي الورثة لمكان التهمة . وعليه فالتكول عن اليمين ، ليس قيداً بل مثله ما لو اقر صريحاً انه استهلكها فانه ايضا لا يصدق حيث اقر اولاً بالهلاك الذي لا يوجب الضمان لمكان التهمة فتأمل

واعلم انه لو اقر المريض لوارثه بومر المريض في الحال بتسليمه الى الوارث فاذا مات ولم تجزه بقية الورثة يرد الوارث - كذلك في الدر عن البرازية . وفيه عن القنية نصرقات المريض نافذة وانما تنقض بعد الموت . وفي الخانية لو اقر لوارثه بعد فقال ليس لي لكنه لفلان الاجنبي فصدق الاجنبي ، ثم مات المريض فالجبد للاجنبي وبضمن الوارث قيمته وتكون بينه وبين سائر الورثة اه

المادة ١٥٩٩ = * المراد من الوارث في هذا المبحث من كان

وارثاً للمريض في وقت وفاته واما الورثة الحاصلة بالسبب الحادث في وقت وفاة المقر ولم تكن قبل فلا تكون مانعاً لصحة الاقرار كما انه اذا اقر احد بمال لامرأة اجنبية في مرض موته ثم تزوج بها ومات

يكون اقراره نافذاً واما الاقرار لمن كانت وراثته قديمة ولم تكن
حاصلة بسبب حادث فلا يكون نافذاً مثلاً لو اقر من له ابن بال واحد
اخوته من ابويه ثم مات بعد موت ابنه لا يكون اقراره نافذاً لما ان
اخاه يرثه من حيث كونه اخاله *

عبارة الدر متنا وشرحاً هكذا : والمبرة لكونه وارثاً وقت الموت لا وقت
الاقرار فلو اقر لاخته مثلاً ثم ولد له صح الاقرار لعدم ارثه الا اذا صار وارثاً
وقت الموت بسبب جديد كالتزويج وعقد الموالاة فيجوز كالأقرب الاجنبية ثم تزوجها
صح - بخلاف اقراره لاخته المحجوب بكفر او ابن اذا زال حجبه باسلامه او
بموت الابن فلا يصح لان ارثه بسبب قديم لا جديد ، وبخلاف الهبة لما في مرضه
والوصية لما ثم تزوجها فلا نصح ، لان الوصية تملك بعد الموت وهي حينئذ
وارثه اه .

قال الزبلي فحاصله ان الوصية لا تعتبر الا عند الموت على كل حال . واما
الاقرار فلا يخلو اما ان يكون المقرر له وارثاً وقت الاقرار دون الموت او
كان وارثاً فيها ولم يكن وارثاً فيما بينها او لم يكن وارثاً وقت الاقرار وصار
وارثاً وقت الموت فان كان وارثاً وقت الاقرار دون وقت الموت بان اقر لاخته مثلاً
ثم ولد له ولد يصح الاقرار لعدم كونه وارثاً وقت الموت . وان كان وارثاً فيها
لا فيما بينها بان اقر لامرأته ثم ابانها وانقضت عدتها ثم تزوجها ، او والي رجلاً
فاقر له ثم فسخ الموالاة ثم عقداها ثانياً لا يجوز الاقرار عند ابي يوسف لان
المقرتهم في الطلاق وفسخ الموالاة وعند محمد يجوز لان شرط امتناع الاقرار ان
يبقى وارثاً الى وقت الموت بذلك السبب ولم يبق ولانه لما صار اجنبياً فقد الاقرار
كما لو انشأه في ذلك الوقت الا ترى انه لو لم يعقد ثانياً كان جائزاً فكذا اذا عقد
وقيل ان ابا يوسف رجع عن قوله . ووافق محمد اذ ان لم يكن وارثاً وقت الاقرار
ثم صار وارثاً وقت الموت بنظر فان صار وارثاً بسبب كان قائماً وقت الاقرار
بان اقر لاخته وله ابن ثم مات الابن قبل الاب ، لا يصح اقراره . وان صار وارثاً

بسبب جديد كالتزوج وعقد المولاة ، جاز وقال زفر لا يجوز لان الاقرار للوارث وقت الموت نصارك اذا صار وارثاً بالنسب . ولنا ان الاقرار حين صدر حصل للاجنبي لا للوارث فنقد ولزم فلا يبطل - بخلاف الهبة فانها وصية ولهذا تعتبر من الثلث فتعتبر وقت الموت بخلاف ما اذا صار وارثاً بالنسب بان اقر مسلم مريض لاخيه الكافر ثم اسلم قبل موته او كان محجوباً بالابن ثم مات الابن حيث لا يجوز الاقرار له لان سبب الارث كان قائماً وقت الاقرار . ولو اقر لوارثه ثم مات المقر له ثم المريض ووارث المقر له من ورثة المريض لم يجوز اقراره عند ابي يوسف اولاً ، لان اقراره حصل للوارث ابتداءً وانتهاه وقال اخر آيجوز وهو قول محمد لانه بالموت قبل موت المريض خرج من ان يكون وارثاً . وكذلك لو اقر لاجنبي ثم مات المقر له ثم المريض وورثة المقر له من ورثة المقر لان اقراره كان للاجنبي فيتم به ثم لا يبطل بموته . وكذلك لو اقر المريض بعد لاجنبي وقال الاجنبي هو لفلان وارث المريض بصح اقراره لما ذكرنا . ولو اقر الاجنبي ان العبد المقر به حر الاصل او كان اعتقه عتق ولا شيء عليه اه . وقوله وكذلك لو اقر لاجنبي الخ ، اي الحكم والخلاف السابق كذلك كما في حاشية الشلبي . ولو اقر لمن طلقها باثنا في مرض موته فلها الاقل من الارث والدين و يدفع لها ذلك بحكم الاقرار لا بحكم الارث حتى لا تصير شريكة في اعيان التركة .

وهذا اذا كان موته قبل انقضاء العدة وطلقها بستوالها فاذا مضت العدة قبل موته سواء كان الاقرار قبل مضيتها او بعده ، جاز لعدم التهمة واذا طلقها بلا ستوالها ، فلها الميراث بالتمام ما بلغ ولا يصح الاقرار لها لانها وارثة اذ هو فارح كما بينوه في طلاق المريض - بخلاف ما اذا طلقها بستوالها فانها لا ترث لكن لما اقر لها بالدين بقيا متهمين فيه لان الزوجين قد يتفقان على الطلاق لينفتح باب الاقرار لها فتعطي اقلها ، رداً لقصدتها ولا تهمة في الاقل . وعلى هذا اذا اوصى لها تعطى الاقل من ميراثها منه ومن الوصية . ولو اقر لامرأته في مرضه بدين من مهرها صدق فيما بينه وبين مهر مثلها وتخاص غرماء الصحة به ، لانه اقر بما يملك انشاء فانعدت التهمة .

هذا اذا كان قبل الدخول وأن بعد الدخول قال الامام ظهر الدين قد

جرت العادة بجمع نفسها قبل قبض مقدار من المهر فلا يحكم بذلك القدر يعني لا يصح اقراره به اذا لم تعترف هي بالقبض . والصحيح انه يصدق الى تمام مهر مثلها ، وان كان الظاهر انها استوفت شيئاً منه ولو اقر فيه في المرض لامرأة التي ماتت عن ولد منه بقدر مهر مثلها وله ورثة اخرى لم يصدقوه في ذلك قال الامام ظهير الدين لا يصح اقراره . ولا يناقض هذا ما تقدم لان الغالب هنا بعد موتها استيفاء ورثتها او وصيها المهر بخلاف الاول اه . ولو اقرت المرأة في مرضها بقبض المهر من زوجها لم تصدق لانها اقرت بدين للزوج لان القبض يوجب مثل المقبوض في الذمة . ثم يلتقيان قصاصاً والاقرار بالدين لا يصح اه . ملخصاً من الدرر وحواشيه والزميلي وحاشيته للشلبي . والمسئلة الاخيرة منقولة من حاشية الشلبي . ويجب ان يكون المهر الذي اقرت بقبضه من الزوج هو المهر الذي شرط تأجيله الى الفرقة بالموت او الطلاق او يكون اقرارها بقبضه قبل الدخول ، لان المفتي به كما سفي التنوير وجامع الفصولين والحامدية والخيرية وسائر الشروح ، ان دعوى المرأة او ورثتها بما شرط تمجيله بعد الدخول بها لا تسمع لان العرف جار بانها لا تسلم نفسها قبل قبض ما شرط تمجيله فيكون العرف مكذباً لما فليحفظ

تمة *

اتفقت المتون على انه لو اقر بسلام مجهول بولد لثله اي مثل المقر انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه ولو المقر مريضاً وشارك الورثة ، قال الشارحون لان النسب من الحوائج الاصلية اي فلا يجبر عنه المريض وهو ايضاً اقرار على نفسه وليس فيه ضرر على غيره قصداً فيصح . وقد افادت عبارة المتون المذكورة انه يشترط كسبوت النسب ثلاثة شروط ان يكون الغلام مجهولاً اي لا يكون له نسب معروف في بلد هو فيها سواء كانت مسقط رأسه ام لا ، لانه اذا كان له نسب معروف لا تصح دعوى نسبه اذ النسب الثابت من احد لا يقبل الفسخ الثاني ان يولد مثله لثله اي مثل هذا الغلام يمثل هذا المريض بان يكون الرجل اكبر منه بأثنتي عشر سنة ونصف والمرأة اكبر منه بنسب سنين ونصف كما في مجمع الانهر عن المضمرات وهذا لثلا يكذبه الظاهر . الثالث ان يصدق المقر له لان الحق له فلا يثبت بدون

تصديقه . وهذا اذا كان مميزاً بعبء عن نفسه والام لم يمنح الي تصديقه لانه في يد غيره لينزل منزلة البهيمة فلم يعتبر تصديقه فاذا صح الاقرار شارك الغلام الورثة في الميراث لانه من ضرورات ثبوت النسب واذا لم يثبت لفقد شرط من هذه الشروط يصح اقراره له بالمال حتى لو اقر لاجنبي بمال ثم اقر بينوته فان توفرت الشروط الثلاثة حتى ثبت النسب بطل اقراره له بالمال لانه صار وارثاً . وان لم يثبت لفقد واحد منها ، ينفذ اقراره له بالمال لانه لم يصر وارثاً لعدم صحة اقراره بالبنوة .

ثم ان المراد بالغلام الولد فيم البنت . ثم ان الرجل سواء كان صحيحاً او مريضاً كما يصح اقراره بالولد على ما بينا ، يصح اقراره بالوالدين اي بالاب والام بالشروط المذكورة في الولد الا ان في دعواه هذا ابي يشترط ان يكون المقر مجهول النسب وان يولد مثل المقر لمثل المقر له وهذا لانه اقرار على نفسه وليس فيه حمل النسب على الغير .

وكذا يصح اقراره بالزوجة بشرط خلوها عن زوج وعدته ، وبشرط ان لا يكون تحت المقر من لا يحل جمعها معها في عقد نكاحها كاختها وخالتها وعمتها ، وان لا يكون تحتته اربع سواها او معه حرة واقر بنكاح الامة ، وبشرط ان تكون الزوجة سالمة لنكاحه بان لا تكون مجوسية ولا وثنية ولا محرمة عليه بالرضاع . وكذا يصح اقراره بالمولى من جهة العتاقة سواء كان المقر اعلى او اسفل اي سواء اقر انه معتوقه او عاتقه ان لم يكن ولاؤه ثابتاً من جهة غير المقر وانما صح اقراره بالزوجة او المولى لان موجب اقراره يثبت بينها بتصادقها من غير اضرار باحد فينفذ وان كان المقر مريضاً

واما للمرأة فيصح اقرارها بالوالدين وبالزوج والمولى لان الاقرار بهؤلاء ليس فيه الا الزام نفسها فيقبل وينفذ وكذا بالولد ان شهدت قابلة او صدقها الزوج اي بقبل اقرار المرأة بالولد بهذا الشرط لان قول القابلة حجة في تعيين الولد والنسب يثبت بالفراش لقوله عليه الصلاة والسلام (الولد للفراش والزوج هو صاحب الحق) فاذا صدقها فقد اقر به فلزمها بالاقرار له . وهذا اذا كانت ذات زوج او معتدة له وادعت ان الولد منه لان فيه تحميل النسب عليه فلا يلزمه بقولها اما اذا لم يكن

لها زوج ولا هي معتدة او كان لها وادعت ان الولد من غيره صح اقرارها لان
فيه الزاماً على نفسها دون غيرها فينفذ عليها فصار كما اذا ادعى هو الولد فانه لو ادعى
انه ولده من امراته لا يصدق في حقها الا بتصديقها
والقابلة ليست قيداً بل كل امرأة مثلها بشرط العدالة ولا بد من تصديق
المقر له في جميع ما تقدم ذكره لان اقرار غيرم لا يلزمم لان كلامهم في يد نفسه
الا اذا كان المقر له صغيراً في يد المقر وهو لا يبرهن نفسه او عبداً له فيثبت نسبه
بجرد الاقرار ولو كان عبداً لغيره بشرط تصديق مولاه وصح التصديق من المقر
له بعد موت المقر الا تصديق الزوج بعد موتها يعني اذا اقر بنسب او نكاح
ثم مات المقر فصدق المقر له بعد موته صح تصديقه - الا اذا اقرت المرأة
بالزوج فصدقها بعد موتها فانه لا يصح اما الاول فلان النسب يبقى بعد
الموت وكذا اقرار الزوج بالزوجة فصدقته بعد موته لان حكم النكاح باقٍ في
حقها وهو العدة فانها من آثار النكاح ولهذا جاز لها غسله ميتة كما في حالة
الحياة . واما الثانية وهي ما اذا اقرت المرأة بالزوجة فصدقها بعد موتها فلانه
بموتها زال النكاح بعلاقته في جانبه اذ يجوز له ان يتزوج اختها او اربعا سواها
ولا يحل له ان يفصلها عندنا فالتصديق منه لا يفيد شيئاً . واما الارث فعلم ثبت
بعد الموت والنكاح انما ينتهي في حق حكم كان قبل الموت وهذا قول
ابي حنيفة رحمه الله تعالى . وعندنا يجوز تصديقه بعد موتها كما جاز تصديقها بعد
موتها لان النكاح يبقى بعد موتها في حق الارث . والافراد قائم لان التكذيب
من الزوج لم يوجد فصح التصديق في هذه الحالة فيثبت النكاح بتصادقها فيرث
منها وتماه في الزبلي . والمتوفى على قول ابي حنيفة وقدمه في الملتقى واخر دليله في
الهداية فكان هو الصحيح

ولو اقر رجل او امرأة بنسب فيه تحميل على غيره كالاخ والعم والجد
وابن الابن اذا كان في حياة ابيه كما في حاشية ابي السعود عن الحموي ،
لا يصح الاقرار في حق غيره الا ببرهان يقيم المقر او المقر له على المقر عليه
وهو من حمل عليه النسب وبصح في حق نفسه حتى تلزمه الاحكام من
النفقة والحضانة اي ضم المقر له اليه اذا كان بنتاً بنحشي عايشاً ، والارث اذا تصادقا

عليه اي ذلك الاقرار لان اقرارها حجة عليها فان لم يكن لهذا المقر وارث
غيره مطلقا لا قريبا كذوي الارحام ولا بعيدا كولي الموالاة ورثته . والا لا .
لان نسبه لم يثبت فلا يزاحم الوارث المعروف . والمراد غير الزوجين لان وجودهما
غير مانع . ثم للمقران يرجع عن اقراره وان صدقه المقر له لانه وصية
من وجه . ومن مات ابوه فاقرباؤه وهو بصدقه شاركة في الارث ولم يثبت نسبه لان
الميراث حقه . فيقبل فيه قوله . واما النسب ففي ثبوته تحمیل النسب على الغير فلا
يقبل فيه - فلو كان لشخص مات ابوه اخ معروف فاقرباؤه آخر فكذبه اخوه
المعروف اعطى المقر نصف ما في يده لان في زعم المقر انه يساويه في الاستحقاق
والنكر ظالم بانكاره فيقبل ما في يد المنكر كالمالك فيكون الباقي بينهما بالسوية .
ولو اقر باخت تأخذ ثلث ما في يده . ولو اقر ابن و بنت باخ وكذبها ابن و بنت
آخران ، فبسم نصيب المقرين اخماسا . ولو اقر باسرة انها زوجة ابيه اخذت ثمن
ما في يده . ولو اقر بجدة هي ام الميت اخذت حدس ما في يده فيعامل فيها في يده كما
يعامل لو ثبت ما اقر به . ولو اقر احد الابنتين المعروفتين بزوجة الميت اخذت نسبي
ما في يده لان في زعم المقر ان التركة بينهم على ستة عشر سهما للزوجة سمان
ولكل ابن سبعة اسهم فلما اخذ اخوه اكثر من حقه في زعمها صار ذلك كالمالك
فتضرب في بقدر حقتها وم سمان ويضرب الابن بقدر حقه وهو سبعة فيحصل لهما
سمان من نسبه وله سبعة اه ما خص من الزبلي والدرو حواشيه وجمع الانهر وتكملة
الفتح لفاضل زاده

المادة ١٦٠٠ - اقرار المريض حال كونه في مرض موته
بالاستناد الى زمن الصحة في حكم الاقرار في زمان المرض فلو اقر
احد في مرض موته بانه قد استوفى طلبه الذي على وارثه في زمان
صحته لا ينفذ اقراره ما لم يميزه باقي الورثة كذلك لو اقر احد بانه كان

قد وهب ماله الغلاني لغلان الذي هو من ورثته و كان سلمه اياه لا
ينفذ اقراره ما لم يثبت بينة او يجره باقي الورثة

فيد الاقرار في المتأين بكونه للوارث ، لانه لو اقر في مرض موته انه قبض
دبته من الاجنبي في حالة صحته ، بكون اقراره نافذاً من كل ماله لانه حكم
امراً بملك استثنائه كما في جامع الفصولين وغيره وبأقبي . ولو اقر بانه كان وهب
في صحته ماله الغلاني لغلان الاجنبي بنفذ من ثلث ماله ، ان لم يكن مديوناً
فان كان مديوناً يجبط لا يصح الا برض الغرماء ليطاق حقهم في جميع
ماله ومثل الاقرار بانه كان وهب في صحته ، الاقرار بانه كان ابراه عن دبته
في صحته .

والحاصل ان المريض لو اقر يقبض دبته من وارثه او ابراه منه او وهبه له لا
يجوز مطلقاً الا ان تجيزه بقية الورثة . ولو كان مكان الوارث اجنبي فاقراره يقبض
دبته ، صحيح من كل ماله . واما ابراه وهبته دبته او عيناً ، فيصحان من
ثلث ماله اذ ليس للمريض ان يتبرع باكثر من الثلث . هذا خلاصة ما حققه العلامة
ابن عابدين في تنقيح الحامدية موثقاً بين عبارات للفقهاء متعارضة ومعتمداً على ما
في الجوهرية والبدائع واطلاق المتن والشروح . ثم ان هذه الاحكام بعينها تجري
فيما اذا اقر في مرضه انه كان فعل ما ذكر في حال صحته كما افادته هذه المادة
موافقاً لما في الاشياء حيث قال اقر في مرض موته بشي ، وقال كت فله بالصحة
كان بمنزلة اقراره في المرض من غير استيفائه الى زمن الصحة . وفي جامع
الفصولين في كتاب الاقرار من احكام المرض من الرابع والثلاثين : الاصل في
مسائل اقرار المريض باستيفاء الدين انه اذا اقر باستيفائه من غريم فلو كان الدين
وجب له على الاجنبي في صحته ، جاز اقراره باستيفائه ، ولو عليه دين معروف
سواء وجب الدين الذي اقر يقبضه بدلاً عما هو مال كتمن ، او بدلاً عما ليس
بمال كبديل الصلح عن دم العمدة وكالمهر ونحوه . ولو دينا وجب في مرضه وعليه
دين معروف او دين وجب في مرضه بمائة الشهود فلو كان دين اقر يقبضه بدلاً عما

هو مال لم يجوز اقراره بقبضه ولو بدلاً عما ليس بمال جاز اقراره بقبضه ولو عليه دين معروف اه .

وفي الاقروية عن التارخانية ولو كان في يد المريض عبد فاقراره باعه من فلان في صحته وقبض الثمن ، لا يصدق في الاسناد وبكون الثمن دين المرض فلا يصدق فيه قبضه في حق الترماء ، ويقال للمشتري ادفع الثمن مرة اخرى او انقض البيع ، ان كان العبد قائماً في يد المشتري ، او في يد البائع - الا اذا عرف موت العبد قبل مرض البائع . ولو عرف ان البيع كان في الصحة صدق في استيفاء الثمن سواء كان في الثمن رهن او لم يكن اه

المادة ١٦٠١ - اقرار المريض بعين او دين لاجنبي اي لمن لم يكن وارثه في مرض موته صحيح وان احاط بجميع امواله ولكن ان ظهر كذب المقر بكونه قد ملك المقر به بسبب من الاسباب في وقت الافرار وانتقل اليه ارثاً او اتبه او اشتراه في ذلك الوقت ينظر على هذا الحال الى ان الاقرار هل كان في اثناء مذاكرة الوصية ام لا فان كانت ليس في اثناء مذاكرتها بكون بمعنى الهبة فيلزم التسليم وان كان في اثناء مذاكرتها يحمل على معنى الوصية وعلى كلتا الحالتين لا يعتبر اقراره الا من ثلث ماله *

لان كلاً من الهبة والوصية ، تبرع . والمريض مرض الموت ليس له ان يتبرع بما زاد على الثلث لتعلق حق الورثة بالثلثين . ثم ان نفاذ اقراره للاجنبي من كل المال ، استحسان . والقياس ان لا يبع اصلاً كما في حق الوارث او بما زاد على الثلث كبرعائه ، لان الشرع قصر تصرفه على الثلث وعلق حق ورثته بالثلثين فكذا اقراره - لكن ترك بالاثر وهو ماروي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما انه

قال اذا اقرض المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته والاثر في مثله كالخبر لانه من المقدرات فلا يدرك بالقياس فيحمل على انه سمعه من النبي صلى الله عليه وسلم (ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية) لان فيه تفريغ ذمته. ورفع الحائل بينه وبين الجنة فيقدم على حق الغرماء كسائر حوائجه لان شرط تملق حقهم ، الفراغ عن حقه ولذلك يقدم كفته عليهم ولانه غير متهم في حق الاجنبي فينفذ اقراره في الجميع كالصحيح بخلاف اقراره لو ارث حيث لا يصح لانه متهم لجواز اقراره على باقي لورثة كما تقدم زبلي بزيادة من حاشية الشلبي عليه ، قوله الغرماء - كذا في اثر زبلي قال بحسبه الشلبي صوابه على حق الورثة فأمل ثم اعلم ان حاصل المراد من قوله ولكن ان ظهر كذب المقر بكونه قد ملك الى آخر المادة هو انه اذا علم كذب المقر باقراره وذلك بان كان المقر به قد دخل في ملك المقر حال اقراره يعني في المجلس الذي اقر فيه كأن اشترى او ورثه او اتجهبه فيه فاقراره المذكور لا يكون اخباراً عن ملك ثابت للمقر له في المقر به بل يحمل حينئذ على كونه انشاء . ثم ان كان الاقرار في انشاء مذاكرة وصية كان انشاء وصية ، والا كان انشاء هبة وتقليك فيشترط لصحته التسليم . وعلى كلتي الحالتين لا ينفذ اقراره الا من ثلث ماله كما هو شان تبرعات المريض . وقد ذكر صاحب التنوير في كتابه المسمى بمعين المفتي ما نصه : قال في الاصل اذا اقر الرجل في مرضه لغير وارث فانه يجوز وان احاط ذلك بماله وان اقر لو ارث ، فهو باطل الا ان يصدق الورثة وهكذا في عامة الكتب المتبررة من مختصرات الجامع الكبير وغيرها - لكن في الفصول العمادية ان اقرار المريض للوارث لا يجوز حكاية ولا ابتداء ، واقراره للاجنبي يجوز حكاية من جميع المال وابتداء من ثلث المال اه

قلت وهو مخالف لما اطلقه المشايخ ليجتاج الى التوفيق وينبغي ان يوفق بينهما بان يقال المراد بالابتداء ما يكون صورته صورة اقرار وهو في الحقيقة ابتداء تمامك بان يعلم بوجه من الوجوه ، ان ذلك الذي اقر به ملك له وانما قصد اخراجه في صورة الاقرار حتى لا يكون في ذلك منة على المقر له او لثلاثي يمسد على ذلك من الورثة فيحصل منهم ابتداء في الجملة بوجه ما . واما الحكاية فهو على حقيقة الاقرار . وهذا

الفرق اجاب بعض علماء عهدنا من المحققين اه

ثم لعل عن القنية ما يفيد ان المريض اذا اقر بعين في يده للاجنبي ، فانا يصح اقراره من جميع المال ، ان لم يكن تملكه اياها حال مرضه معلوماً - حتى امكن جعل اقراره اظهاراً فاذا علم تملكه في حال مرضه ، فاققراره به لا يصح الا من تلك المال . وانه حسن من حيث المعنى اه اي لان اقراره حينئذ يحمل على التملك فيكون الحكم فيما اذا علم تملك المقر للمقر له في مرضه ، حكم ما اذا اضاف المقر به الى ملكه فانه يكون هبة وبشروط لصحته ما يشترط في الهبة كما تقدم في المادة ١٥٩١

وقدمنا ايضا في شرح المادة المذكورة ان صاحب التنوير ذكر في منعه بحثاً ان الاضافة التي تقتضي كون الاقرار تملكاً - اما ان تكون صريحة او تقديرية حتى لو اقر المريض لاجنبي ولم يصفه الى ملكه لكن من العلوم لكثير من الناس ، انه ملكه ينبغي ان يكون تملكاً فيما فيه شرائط التملك اه . وان العلامة الساجاني رد هذا البحث بان نصوص الفقهاء تشير الى عدم اعتباره ما بعده الناس بل العبارة لفظ فان ما في البيت وما يعرف به وينسب اليه يكون معلوماً لكثير من الناس انه ملكه وقد صرحوا بانه اقرار اه فهل ما رد به الساجاني على صاحب النسخ يصلح رداً لهذه المادة ، الظاهر ، لا للفرق بين ما بعده كثير من الناس بسبب معاينتهم يد المقر وبين ما يعلمونه قطعاً بسبب دخول المقر به في ملك المقر في مجلس الاقرار فان هذا علم لا يحتمل الخطأ بخلاف العلم المبني على مجرد معاينة اليد فانه يحتمله كما لا يخفى

ثم ان ما اطلقته المتون والشروح من نفاذ اقرار المريض لاجنبي من كل ماله ، مقيد بما اذا لم يعلم قطعاً انه اراد بالاقرار الهبة او الوصية بان ورث او اشترى او اتهم في مجلس اقراره عملاً بما في الفصولين والمادة من ان اقرار المريض لاجنبي يجوز حكاية من كل المالك وابتداء من تلك المال

والحاصل ان ما ذكره صاحب التنوير في منعه ومعينه ورده الساجاني ، هو ان اطلاق المتون والشروح صحة اقرار المريض للاجنبي من كل المال ، مقيد بما اذا لم يعلم ان المقر به ملك المقر ولو بالشهرة بين اكثر الناس بناء على معاينة

اليد، وما ذكر في هذه المادة هو ان الاحلاق المذكور مقيد بما اذا لم يعلم ان المقر به قد دخل في ملك المقر في مجلس اقراره بنحو هبة او ارث او شراء . ولا شك ان هذا التقييد لا بد منه لان العلم به يفيد العلم القطعي بان المقر اراد بهذا الاقرار انشاء هبة او وصية كما تفيد اضافة المقر به الى ملكه وهذا معنى كلام الفصولين والعمادية المار ولان الاقرار انما يكون اخباراً اذا احتتمل التصديق والكذب والاخبار يكون المقر به ملك المقر له مع انه دخل في ملك المقر حال الاقرار ، لا يحتمل التصديق اصلاً فكيف يمكن اعتباره اخباراً . وعن هذا افتى في الخيرية في جواب سؤال ، ان قول البنت كل ما في يدي لوالدي بعد ان قال لها الاب لا ادخلك على الزوج ما لم تقرى بجميع ما تملكينه لي هبة فشرطها في الوهب ان يكون مقبوضاً غير مشاع مميّزاً غير مشفول اه اي لان قول الاب لما ذلك قرينة على ان المقر به ملك المقر وانه يفيد باقراره الهبة هكذا ينبغي تحرير هذا المحل والحمد لله عز وجل .

المادة ١٦٠٢ * ديون الصحة مقدمة على ديون المرض يعني تقدم الديون التي تعلق في ذمة من كانت تركته غريبة في حال صحته على الدين التي تعلقت بذمته في مرض موته باقراره وهو انه تستوفي ديون الصحة من تركته المريض ثم تؤدى ديون المرض ان بقيت فضلة ولكن الديون التي تعلقت بذمة المريض باسباب معروفة اي اسباب مشاهدة ومعلومة عند الناس غير الاقرار كالشراء والاستقراض واتلاف مال فهي في حكم ديون الصحة واذا كان المقر به شيئاً من الاعيان فحكمه على هذا المتوال ايضاً يعني اذا اقر احد لاجني باي شيء كان في مرض موته لا يستحقه المقر له ما لم تؤد ديون الصحة او الديون التي هي في حكم ديون الصحة وهي التي لزمّت باسباب معروفة كما

ذكر آتفا

حاصل المسئلة انه اذا اقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون لزمته في صحته سواء لزمته باسباب معروفة او بمجرد الاقرار في الصحة وسواء كانت للوارث او لاجنبي ، ودبون لزمته في مرض موته باسباب معلومة من القرض والشراء والتزج بمهر المثل ، وقد عاين الشهود هذه الاسباب فدين الصحة والديون المعروفة الاسباب ، مقدم على ما اقر به في مرضه ، ولو كان ما اقر به ودبعت لان المريض محجور عن الاقرار بالدين ما لم يفرغ عن دين الصحة . فالدين الثابت بالقرار المحجور لا يزاحم الدين الثابت بلا حجر . وانما ساوت ديون المرض المعروفة الاسباب لديون الصحة لانها وجبت باسباب معلومة لا مرد لها وبشروط السبب انتفت التهمة - نم يقدم الدين الذي اقر به في مرضه على الارث فاول ما يوفى من تركة الميت الديون التي لزمته في صحته والديون التي لزمته في مرضه باسباب معروفة . ثم اذا فضل في التركة شيء يوفى منها الدين الذي اقر به في مرضه فان فضل شيء قسم بين الورثة . وانما قيد التزج بمهر المثل لان الزيادة عليه باطله الا ان تجيزها الورثة لانها وصية للزوجة الوارثة وان كان النكاح صحيحا . وانما جعل المهر من الدين الذي يجب تقديمه لان النكاح من الحوائج الاصلية كالماكل والملبس وثمان الادوية واجرة الطبيب واجرة المسكن .

فان قيل لو تزوج وهو شيخ كبير لا يولد له عادة او المرأة آيسة وكان لا يحتاج اليها بسبب ان له نساء وجواري ينبغي ان لا يشارك لان هذا النكاح لم يكن من الحوائج الاصلية بل من التبرعات . قلنا النكاح في اصل الوضع من الحوائج والمعبرة للاصل لا للمعارض وهذه العوارض مما لا يوقف عليها البنى الامر عليها اشهر له في الاسرار افاده في الدرر وحواشيه والكتز وشروحه .

فرع

قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيجاني في شرح الكافي : ولو مرض

وفي بدء الف درهم لا مال له غيره وليس عليه دين الصحة فافر بدين الف درهم ثم
اقر بان الالف التي في بدءه ودبعة لفلان او مضاربة ، ثم اقر بدين الف درهم ثم
مات ، فسمت الالف بينهم اثلاثاً ، لانه لما اقر بالدين اولاً فقد تعلق حق الفراء بالالف
التي في بدءه فاذا اقر بانها ودبعة فقد اقر بانها ودبعة مستهلكة لانه لا يمكن التسليم
الى المقر له فيكون اقراراً بالدين معنى . والكحل في حالة المرض فاستوت الدهون في
التعلق . ولو قال صاحب الدين الاول لاحق لي قبل الميت او قد ابرأته من ديني ، كانت
الالف بين صاحب الودبعة والغريم الآخر نصفين لان البرائة وجدت بعد تعلق
الكحل فلا يتغير الحكم ولا يبطل حق الآخر بابراء الاول ولو لم يبرئه الاول ولكنه
اكذبه في الاقرار ورده ، كانت الالف كلها للمقر له بالودبعة لانه بالاكذاب
يبين انه لا حق له ولا تعلق فيكون الاقرار بالودبعة بعينها سابقاً على الاقرار
بالدين يسبقه في التعلق لما بينا كذا في حاشية الشلبي عن الانتفاء عن شرح
الكافي . وفي حاشية (ط) عن الحموي لو اقر المريض بدين ثم بودبعة ، تحاماً
لانه لا يبدأ بالاقرار بالدين تعلق حق الغريم بالالف التي في بدءه فاذا اقر انها
ودبعة ، يريد ان يسقط حق الغريم عنها ، فلا يصدق الا انه قد اقر بودبعة تعذر
نسخها بفعله فصارت كاستهلكة فتكون ديناً عليه يساوي الغريم الآخر في
الدين . ولو اقر بودبعة ثم بدين ، فصاحب الودبعة ادلى بها لانه لا يبدأ بالودبعة
تملكها للمقر له بعينها فاذا اقر بدين لم يجز ان يتعلق بمال الغير اه .
وفي التكلفة : واقراه بمال في بدءه انه بضاعة او مضاربة حكماً مساو للودبعة كما
في البدايم اه .

وفي الهندية دين الصحة مقدم على الودبعة التي يقر بها في المرض اه وفيها عن
الخلاصة رجل اقر في صحته انه غصب من رجل جارية ثم قال في مرض موته هي هذه
ولا مال له غيرها وعايه دين فهذا جائز وهو مصدق وكذا لو اقر في صحته
ان فلان عنده الف درهم ودبعة ثم قال في مرض موته هي هذه الالف
بعينها صدقه واجمل صاحب الودبعة ادلى من صاحب الدين اه .

المادة ١٦٠٣ - إذا اقر احد في مرض موته بكونه قد

استوفى طلبه الذي في ذمة اجنبي ينظر ان كان هذا الدين تعلق في ذمة الاجنبي حال المرض بصح اقراره ولكن لا ينفذ في حق غرماء الصحة وان كان تعلق في حال الصحة فيصح على كل حال يعني سواء كانت عليه ديون صحة او لم تكن مثلاً لو اقر المريض حال مرضه بانه قبض ثمن المال الذي باعه في ذلك الحال بصح اقراره ولو كان اذا كان له غرماء صحة فلهم ان لا يعتبروا هذا الاقرار وان باع مالا في حال صحته واقر بقبض ثمنه في مرض مونه بصح على كل حال وان كان له غرماء صحة فليس لهم ان يقولوا لا نعتبر هذا الاقرار

موضوع هذه المادة ان الغريم الذي اقر المريض باستيفاء دينه منه ، اجنبي كما هو صريح قوله في ذمة اجنبي . اما لو كان وارثاً للمريض فلا يصح اقراره باستيفائه سواءه وجب هذا الدين في حال الصحة او في حالة المرض وسواء كان عليه دين الصحة او لم يكن حتى لو كان الدين وجب على الوارث في حال صحة المقر واسند في مرضه القبض الى حال الصحة ، كان كما لو اقر بقبضه حالة المرض كما تقدم في المادة ١٦٠٠ وانظر لما كتبناه في شرحها . وعبارة الهندية ابسط مما هنا ونصها : اذا اقر المريض باستيفاء دين وجب له على غيره فاما ان يكون الدين وجب بدلاً عما هو مال بان اقرض او باع حتى وجب الثمن في ذمة المشتري ومثل القرض في ذمة المستعرض ، واما وجب مما ليس بمال كالبر وبديل الخلع واشباه ذلك فان كان بدلاً عما هو مال ، والغريم اجنبي ، صح اقراره بالاستيفاء اذا كان الوجوب في حال الصحة سواء كان عليه دين الصحة او لم يكن وان كان الوجوب في حال المرض لا يصح الاقرار بالاستيفاء في حق غريم الصحة اذا كان عليه دين الصحة .

وهذا اذا علم وجوبه في حالة الصحة بالبينه فاما اذا لم يعلم ذلك الا بقول

المريض وقول من دأين معه بان قال المريض لرجل بعينه قد كنت بعثك هذا
العبد في صحتي بكذا وانت قبضت العبد وانا استوليت الثمن وصدقه في ذلك
المشتري ولا يعرف ذلك الا بقولها فان كان العبد قائماً في يد المشتري او في يد
البائع وقت الاقرار ، او كان هالكاً وقت الاقرار الا انه عرف قيامه وحياته في
اول المرض او لا يدري انه هلك في حاله المرض او في حالة الصحة ، ففي هذه
الوجوه كلها لا يصح اقرار المريض بالاستيفاء اذا كذبه في ذلك غرماً بالصحة .
وان علم ان العبد هلك في حالة الصحة صح اقراره به . وان كان الغرم
وارثه فلا يصح اقراره بالاستيفاء سواء . وجب في حالة المرض او
في حالة الصحة وسواء كان عليه دين الصحة او لم يكن واذا وجب الدين بدلاً
عما ليس بمال والغرم اجنبي فاقرب بالاستيفاء في حالة المرض صح الاقرار سواء وجب
هذا الدين في حالة الصحة او في حالة المرض وسواء كان عليه ديون الصحة او لم
تكن . واذا وجب بدلاً عما ليس بمال والغرم وارث ، لا يصح اقرار المريض
بالاستيفاء سواء . وجب هذا الدين في المرض او في حالة الصحة . بتصرف
قليل ولا تنس ما قدمناه في شرح المادة ١٥٩٨ عن جامع الفصولين من ان المريض
اذا اقر قبض دينه من الاجنبي لا يصح اذا كان وارث المريض كفيلاً له لان
يراثه الاصيل توجب براءة الكفيل فكأنه اقر قبضه من الوارث . وكذا اذا
كان الاجنبي كفيلاً عن الوارث لا يصح اقرار المريض قبض الدين منه
ولا من الاصيل الوارث - وكذا لا يصح لو اقر قبض الدين من اجنبي بتطوع
عن الوارث بقضاء الدين كما تقدم هناك عن الخانية . وهذا كله في اقرار المريض
قبض دينه . بقي ما لو اقر المريض غريمه بغير قبض لفي الخانية ان اقر الوارث ،
لا يصح اقراره اصيلاً كان الوارث او كفيلاً وان اقر الاجنبي فان كان الاجنبي
كفيلاً عن الوارث صح اقراره كانت الكفالة بأسرها بغير امر . وان اقر
الاجنبي ، ووارثه كفيلاً ، لا يصح اقراره لان اقرار الاصيل ابراء الكفيل . ولو
لن المريض قبض المال من وارثه الذي عليه الدين او من الذي تبرع عن الوارث
بمعاينة الشهود جاز قبضه لانتفاء التهمة عن القبض المعائن اه
وقوله صح اقراره اي الاجنبي يعني من الثلث فان كان لميت مال يخرج

ذلك من ثلثه ، فالإبراء صحيح ولا سبيل على الكفيل والدين على الوارث على حاله . وان لم يكن لثمن مال غيره بصح الإبراء من ثلثه ولورثة الخيار في ثلثي الألف الدين ان شاءوا اخذوه من الأصل الوارث وان شاءوا اخذوه من الكفيل . والثلث الباقي يؤخذ من الأصل لا غير افاده في الهندية . وذكر في الخانية : ولو ان رجلاً وكل رجلاً بييم عبده فباعه الوكيل من وارث الموكل ثم مرض الموكل واقر بقبض الثمن من وارثه ، او اقر ان الوكيل قبض الثمن ودفعه الى الموكل ، لا يصدق . وان كان المريض هو الوكيل والموكل صحيح فاقرو الوكيل انه قبض الثمن من المشتري وجهد الموكل صدق الوكيل ولو كان المشتري وارثاً للوكيل والوكيل والموكل مريضان فاقرو الوكيل بقبض الثمن ، لا يصدق لان مرض الوكيل يكفي لبطلان اقراره لو ارثه بالقبض فمرضها اولى اه .

المادة ١٦٠٤ - ليس لاحد ان يؤدي دين احد غرمائه في مرض موته ويبطل حقوق باقيهم ولكن له ان يؤدي ثمن المال الذي اشتراه او القرض الذي استقرضه حال كونه مريضاً *

قوله ويبطل حقوق باقيهم معطوف على قوله يؤدي عطف اللازم على الملزوم لان ابقاء دين الغرماء يلزم منه ابطال حقوق الباقيين فيما اداه فيمنع من ذلك . ثم ان هذه المسئلة من متعلقات المسئلة المذكورة في المادة السابقة وهي ان غرماء المريض باسباب معروفة ، يشار كون غرماء الصحة - فانادت هذه المادة ان تلك الغرماء الثابتة باسباب معروفة ، نوعان نوع لو قبضه الهائين من المريض في مرضه يستقل به وليس للباقيين ان يشاركوه فيه وذلك كثنمين مبيع اشتراه المريض بثنم المثل في مرضه ونبت شراره بالبينة ، وبدل قرض استقرضه المريض في مرضه وثبت ابقياً بالبينة فان هذا النوع اذا قضاه المريض في مرضه يجوز وليس لبقية الغرماء ان يشاركوه فيه

ونوع لو قبضه الهائين من المريض في مرضه لا يجوز وبسوغ لبقية الغرماء ان

يشاركه فيه وذلك كهر امرأة تزوجها في مرضه واجرة دار استأجرها في مرضه فان هذا النوع اذا قضا المريض لا يستقل به المرأة ولا الزوج بل يسوغ لبقية الغرماء ان يجاصوها في المقبوض

قال في تكملة الفتح معزباً للنهابة وذكر في الدخيرة فان قضى المريض ديون هولاء هل لغرماء الصحة ان يشاركهم فيما قبضوا - قالوا لا يشاركون المقرض والبايع ويشاركون المرأة والاجر ، لان المريض بقضاء دين المقرض والبايع لم يبطل حق الغرماء الباقين لان غرماء الصحة تعلق حقهم في معنى مال المريض لا في اعيانه وهذا لا يكون ابطالاً لحقهم - بل كان نقلاً لحقهم وله ولاية النقل . الا ترى انه لو باع ماله لهوني حقوقهم كان له ذلك . فاما في النكاح والاجارة فبقضاء المهر والاجراء ابطال حق غرماء الصحة عن عين المال وعن ماليته لان ما وصل اليه من المنفعة لا يصلح لقضاء حقوقهم نصار وجود هذا العوض في حقهم وعدمه ، بمنزلة واحدة فكان ابطالاً لحقهم وليست له ولاية الابطال اه

❦ نبيه ❦

التقييد بكون المبيع والمقرض ثابتاً بالينة لانه لو لم يثبت الا باقرار المريض كانت من دين المرض فيتأخر عن ديون الصحة وما الحق بها فلا يسلم للبايع والمقرض ما قبضه من المريض ويكون جميعه لغرماء الصحة حتى يستوفوا جميع ديونهم كما مر . والتقييد بكون المريض قد دفع ثمن ما اشتراه في مرضه او بدل ما استقرضه فيه لانه لو لم يدفعه حتى مات يكون البايع او المقرض اسوة الغرماء الا في صورة البيع اذا كان المبيع باقياً في يد البايع فانه حينئذ يباع ويقضى من ثمنه ما له فان زاد رده في التركة وان نقص حاصص بنقصه كما تقدم في المادة (٢٩٦) والتقييد بكون الثمن الذي اشترى به المريض ثمن مثل القيمة ، لانه لو كان اشتراه باكثر من ثمن المثل تكون الزيادة تبرعاً لهي وصية لا تنفذ اذا كانت التركة مستغرقة . والا تنفذ من الثلث . هذا وزعم في تكملة رد المحتار ان هدم سلامة المقبوض للموخر ، مقيد بها اذا كانت منفعة الأجر مستوفاة قال:

واما اذا كانت الاجرة مشروطاً تمجّلها وامتنع الموجر من تسليم العين الماجورة حتى قبض الاجرة فهي كسئلة المبيع الذي امتنع البائع من تسليمه حتى قبض ثمنه اودومي التي ذكرناها قريباً . وذكر الشارح البناني بلا عزو جيم عبارة السئلة الا في التشبيه حيث قال فهي كسئلة ثمن المبيع الآتية في الفقرة الآتية يعني بذلك قول المجلة في هذه المادة : ولكن له ان يؤدي ثمن الذي اشتراه لآخر المادة .

ولا يخفى ان كلاً من الكلامين غلط فاحش والتشبيه الثاني افحش غلطاً من الاول لان الاجرة المدفوعة للموجر اذا لم تسلّم له مع استيفاء المريض المنفعة فلان لا تسلّم له عند عدم استيفائه المنفعة من باب اولي . وهذا لان المريض للتأجر اذا مات قبل ان يستوفى فقد انقضت الاجارة يمونه فتصير الاجرة المدفوعة للموجر دهباً في ذمته اي الموجر لتركة التملقة بها حقوق الزمات فامضى كون للسئلة حينئذ كسئلة ثمن المبيع الذي لم يدفعه المريض حتى مات او كسئلة ثمن المبيع الذي اشتراه المريض ودفع ثمنه في مرضه فتدبر وتنبه

المادة ١٦٠٥ - كسئلة بالمال في هذا البحث في حكم الدين الاصيل بناء عليه لو كفل احد دين وارثه او طلبه في مرض موته لا يكون نافذاً واذا كفل للاجنبي يعتبر من ثلث ماله . واما اذا اقر في مرض موته بكونه قد كفل في حال صحته فيعتبر اقراره من مجموع ماله ولكن تقدم دون الصيغة ان وجدت ✽

يعني ان كسئلة المريض بالمال لما حكم اقراره بالمال فلا تنفذ كفالته بدين لوارثه على اجني او لاجني على وارثه - الا باجازة باقي ورثته . ونصح كفالته بدين لاجني على اجني من ثلث ماله ان لم يكن عليه دين الصحة . فان عليه دين الصحة ، تبطل ان كان محبطاً والانتفد من ثلث ما يبق . وان اقر في مرضه انه كان

كفل في صحته ، كانت كدين الرض فيأخر عن دين الصحة وعن دين الرض
المعروف السبب وان كان ينفذ من كل المال قال في ٣٤ من جامع الفصولين في
كتاب الكفالة من احكام المرضى : مريض كفل عن وارثه او له تبطل (وجع) كفالة
المريض تعتبر من الثلث ولو اقر في مرضه انه كفل في صحته تعتبر من كل ماله اه
وقدمنا في شرح المادة ٦٢٨ عن الخلاصة والبرازية كفالة المريض على ثلاثة اوجه
في وجه كدين الصحة بان كفل حال الصحة وعلق ذلك بسبب وحصل ذلك في
المرض بان قال ما ذاب لك على فلان فعلي او ما وجب لك على فلان فعلي ثبت
له على فلان في المرض . وفي وجه بمنزلة دين الرض بان اخبرني المرض اني كنت
كفلت لفلان في حال الصحة لا يصدق في حق غرماء الصحة والمكفول مع غرماء
المرض وفي الاول مع غرماء الصحة . وفي وجه كسائر الوصايا بان انشاء الكفالة
في المرض الذي مات فيه اه .

ولو كفل ولا دين عليه ثم اقر بدين محيط لاجنبي ثم مات فالمقر له اولي
بتركته من المكفول له وان لم يحيط فان كانت الكفالة تخرج من ثلث ما بقي
بعد الدين صحت كلها والا فبقدر الثلث اه كذا في رد المحتار اول كتاب الكفالة
مزيًا للتارخانية

وانظر ما وجه قوله فالمقر له اولي بتركته من المكفول له مع ان كلاً
من الدين المقر به والدين المكفول دين الرض فلا ينفذ الا من الثلث . ويمكن
ان يراد بالدين المقر به ان يكون معروف السبب في المرض فهو ملحق بدين الصحة
كما مر فتأمل ولا تغفل ان هذا بحث في المنقول فان ما ذكرناه ايضاً قد اتفقت عليه
كلمة الفقهاء ومن المقرر ان المطلق يجب حمله على التقييد

وفي الخاتمة من الكفالة رجل كفل في صحته فقال ما اقر به فلان لفلان
فهو علي ثم مرض الكفيل وعليه دين محيط بماله فاقر المكفول عنه ان افلان عليه
الف درهم ، لزم المريض جميع ذلك من جميع ماله . وكذا لو اقر المكفول عنه
بذلك بعد ما مات الكفيل لزم الكفيل ويخاص المكفول له غرماء الكفيل اه
اي لان المكفول له ايضاً غريم صحة فلو كان كل منهم غريم مرض كما في مسألة
التارخانية السابقة ، لتخاصها

✽ فروع ✽

رجل مات وعليه دين لرجل فقال الدابن قبضت منه في صمته الالف التي كانت لي عليه وقال غرماء الميت لا بل قبضت في مرضه الذي مات فيه ولنا حق المشاركة فيما قبضت منه قالوا أن كانت الالف المقبوضة قائمة شاركوه فيها لان الاخذ حادث فيحال الى اقرب اوقاته وهو حالة المرض . وان كانت الالف المقبوضة مالكة ، لا شيء لغرماء الميت قبيلته لانه انما يصرف الى اقرب الاوقات بنوع ظاهر يصلح للدفع لا لايجاب الضمان فحال قيام الالف هو بدعي لنفسه سلامة المقبوض والغرماء ينكرون ذلك وقد اجمعوا على ان المقبوض كان ملكاً للميت فيصلح الظاهر شاهداً لهم ويمد مالك المقبوض حاجة الغرماء الى ايجاب الضمان فلا يصلح الظاهر شاهداً لهم خانية اي فمليهم اليه ان القبض كان في المرض ليجب الضمان عليه . ولو اقر المريض ان لفلان قبضه حقاً فصدقوه بما قال ثم مات المريض فان ابا حنيفة رحمه الله تعالى قال يصدق الطالب فيما بينه وبين الثلث واحسن ذلك فان ادعى اكثر من ذلك حلف الورثة على علمهم فاذا حلفوا اخذ الثلث فان اقر المريض بدين مسمى مع ذلك كان الدين المسمى اولى بما تركه كله . ولو لم يقر بدين واوصى بثلث ماله لرجل قال وصية المساة اولى ويقال للورثة اقروا له في الثلثين بما شئتم ويقال للموصى له بالثلث اقر له في الثلث بما شئت فاي الفريقين اقر بشيء يؤخذ به ويحلف على الباقي مندبة

وفيهما وان مات وترك ثلاثة بنين وله على احد م الف درهم فافر في مرضه بقبضه وصدقه الابن الغريم واخ وكذبه الثالث ، يرى . الابن الغريم من ثلثيه ثلثه وثلث المصدق وغرم نك المنكر . ولو ترك الميت الفاً آخر اقسموا بينهم اثلاثاً الثلث للمكذب وبقي ثلثان للمصدق والغريم فباخذ الابن الغريم ثلثاً بحكم دينه وبقي نك آخر ليقسم بينهما نصفين اه وتماه فيها

- الباب الرابع -

❦ في بيان الاقرار بالكتابة ❦

المادة ١٦٠٦ - ❦ الاقرار بالكتابة كالاقرار باللسان

راجع المادة ٦٩ ❦

وهي الكتاب كالخطاب قال في الهندية من الباب الثاني من كتاب الاقرار، الاقرار بالكتابة على وجوه منها ان يكتب على وجه لا يكون مستيناً بان كتب على الهواء او على الماء او على الجند لا يجب به شيء ، وان اشهد عليه ومعنى قوله اشهد عليه ان يقول لجماعة اشهدوا علي بهذا ولم يقرأ عليهم ذلك اما اذا قرأ عليهم ذلك يلزمه المال وحل لمن سمع ان يشهد عليه بذلك وهكذا في التخيير . ومنها ان يكتب على وجه يكون مستيناً وانه على وجوه منها كتاب الرسالة وهو ان يكتب على يابض وبصدره بالتسمية ثم بالدعاء ثم يبين المقصود فيكتب ان لك علي الف درهم من قبل هذا ، يكون اقراراً استحساناً ويحل ان عين كتابته ان يشهد عليه بذلك بشرط ان يعلم الشاهد ما كتب اشهده على ذلك ام لم يشهد هكذا في المحيط . ولو كتب رسالة من فلان الى فلان : اما بعد فانك كتبت الي اني ضمننت لك من فلان الف درهم لم اضمن لك الفاً انما ضمننت لك خمسمية وعنده رجلان شهدا كتابته ثم يحى كتابته شهدا عليه بذلك لزمه وان لم يقل لها اشهدا ولا اختا . وكذلك الطلاق والعتاق وكل حق يثبت مع الشبهات كذا في المبسوط . ان كتب على وجه الرسالة في تواب او خرقه او نحوها لم يكن ذلك اقراراً ولا يحل لهم ان يشهدوا عليه بذلك المال الا ان يقول اشهدوا علي بهذا المال كذا سبغ فتاوى قاضي خان ولو كتب غير مرسوم على القرطاس مستيناً ان فلان عليه

حقاً كذا لا يجوز الا اذا قال اشهدوا بما كتبت فيجوز لهم ان يشهدوا كذا في محيط السرخسي .

ومنها كتاب صك اذا كتب الرجل ذكر حق على نفسه بشهادة قوم او كتب وصية ، ثم قال اشهدوا بهذا لفلان علي ولم يقرأ عليهم الصك ولم يقرأوه عليه ، فهذا جائز اذا كتب بين ايديهم او املاه على انسان . وان لم يحضروا كتابته ولا املاه لم تجز شهادتهم كذا في المبسوط . وان كتب الصك نفسه بين قوم ولم يقرأ عليهم ولم يقل اشهدوا علي ذكر في الكتاب انه لا يكون اقراراً حتى لا يجعل لهم ان يشهدوا عليه بذلك المال وقال القاضي الامام ابو علي النسفي رحمه الله تعالى ان كان المكتوب مصدرأ مرسوماً نحو ان يكتب بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما اقر فلان بن فلان على نفسه لفلان بالف درهم وعلم الشاهد بما فيه ، وسعه ان يشهد عليه بالكتاب وان لم يقرأ عليه وان لم يشهدم . ولو انه كتب الصك وقرأ على الشهود حل لهم ان يشهدوا بذلك المال وان لم يقل اشهدوا كذا في فتاوى قاضي خان . ولو ان غير الكاتب قرأ عليه الكتاب بين يدي الشهود ، وقال الكاتب اشهدوا علي بما فيه كانت اقراراً وان لم يقل اشهدوا لا يكون اقراراً - كذا في خزنة المفتين اه

المادة ١٦٠٧ - امر احد آخر بان يكتب اقراره هو اقرار حكماً بناء عليه لو امر احد كاتباً بقوله اكتب لي سنداً يحتوي اني مديون لفلان بكذا دراهم ووضع فيه امضائه او ختمه يكون من قبيل الاقرار بالكتابة كالسند الذي كتبه بخط يده .

عبارة الدرر والفرر هكذا الامر بكتابة الاقرار اقراراً حكماً يعني لو قال للمكاتب اكتب لفلان خط اقرارتي بالف علي ، يكون اقراراً ويجعل للمكاتب ان يشهد عليه بالمال - وكذا لو قال اكتب بيع هذه الدار

يكون اقراراً بالبيع كذب او لم يكتب . ولو قال للصكاك اكتب طلاق امراتي نطلق كذب او لم يكتب كذا في العادة
وانما قال حكماً لان الامر انشاء والاقرار اخبار فلا يكونان متحددتين حقيقة بل المراد ان الامر بالكتابة اي كتابة الاقرار اذا حصل ، حصل اه .
ومثله في التنوير وشرحه الدر والمنح و اشار اليه في الخانية ايضاً فقد ظهر ان الامر بكتابة الاقرار ليس من الاقرار كتابة بل هو من الاقرار لساناً فقوله هنا ووضع فيه امضاه الخ ليس شرطاً في كون امره بالاقرار اقراراً لما سمعت من ان الاقرار حصل بمجرد الامر بكتابه كنه المأمور او لم يكتبه نعم تكون المسئلة من نوع الاقرار كتابة لو لم يتكلم بشيء وكتب بخطه صك اقراره بالف مثلاً لفلان وكان الصك مصدراً مرصوماً على ما سيأتي بيانه في المادة (١٦٠٩) وشرحها .

والظاهر ان من هذا النوع ما لو كان الصك مكتوباً بخط الدين او خط كاتبه او غيره الا ان المديون في اخره كتب بخطه امضاه بلفظ المقر بما فيه فلان فان كتابته المذكورة اقرار بالدين الذي تضمنه الصك على ما جرت به العادة في زماننا . وعليه لو كانت كتابته المذكورة بمحضرة شهود حل لهم ان يشهدوا عليه باقراره المذكور ، وان لم يقرأه عليهم او يقل اشهدوا علي بما فيه اذا كانوا عالمين بما فيه وكان مصدراً مرصوماً على ما قاله القاضي الامام ابو علي الذي كما قدمناه في شرح المادة السابقة عن الهندية معزياً لفتاوى قاضيان .

ثم ان قوله في هذه المادة ووضع امضاه او ختمه يقتضي ان وضع ختمه وحده يكفي في كونه من قبيل الاقرار بالكتابة وان كان السند والامضاء بخط غيره وفيه وثقة فاني لم ار احداً من الفقهاء ذكر ان الخاتم وحده يكون من الاقرار كتابة نعم ذكره في رد المحتار مقروناً مع الخط وعبارته فاذا كتب وصولاً او صكاً بدين عليه وختمه بخاتمه المعروف فانه في المادة يكون حجة عليه بحيث لا يمكنه انكاره ولو انكره بعد بين الناس مكابراً اه .

وانت تعلم ان الخاتم قد ينتقل ويتحول عن صاحبه بنحو ضياع او سرقة بل شاهدنا من كبس اتملة من انامله فوق كاغد مهور يختم ثم كبس بتلك الاتملة

لوق كاغد آخر فصار محتوماً طبق الختم الاول فبالختم وحده كيف يحصل العلم
ببرائة السند من شايبة النزوير وشبهة التصنيع ولهذا لا يعتبر تجار زماننا الختم
اصلاً وانما يعتبرون خط الامضاء وحده نعم للختم اعتبار في معاملات الحكومة
فلينأمل في هذا

المادة ١٦٠٨ - القيد التي هي في دفاتر التجار المقيد بها هي
من قبيل الاقرار بالكتابة ايضاً مثلاً لو كان احد التجار قد قيد في
دفتره انه مديون لفلان مقدار كذا يكون قد اقر لذلك بدين مقدار
ذلك ويكون معتبراً ومرعياً كاقراءه الشفاهي عند الحاجة

الظاهر ان المراد من التجار كل من يبيع وبشئري وبدين وبستدين وان
كان ذا صنعة كحداد ونجار وصانغ وفلاح يدليح بمذليل انهم اطلقوا لفظ البياع في قولهم
بهمل بما يكتبه البياع او الصراف او السمسار في دفتره مما هو عليه ، وان المراد
بكون الدفاتر معتداً بها ان تكون موضوعة لكتابة ماله على الناس وما للناس
عليه حفظاً لذلك من الذين وان لا يكتب فيه شيئاً على سبيل التجربة للخط او على
سبيل الهواو اللعب وان تكون مكتوبة بخطه لا بخط غيره وخالية من
شايبة الشبهة والنزوير ، لا ان تكون منقولة من دفاتر يومية ولها دفتر كبير
يسمونه بدفتري الجزير ونحو ذلك مما لا يعرفه الامهرة الكتاب وكبار التجار .

ثم ان المثال المذكور في هذه المادة يشير الى ان المحرر في دفتر التاجر يعني البياع
انما بهمل به فيما يكتبه على نفسه لا فيما يكتبه لنفسه . وهذا هو المراد كما في
رد المحتار وتنقيح الحامدية وغيرهما ، لان هذا من قبيل الدعوى على الغير
كتابة لا من قبيل الاقرار بكتابة وهو ظاهر قال في رد المحتار . قال في الخزانة :
صراف كتب على نفسه بمال معلوم وخطه معلوم بين التجار واهل البلد ثم مات
فخاء غريمه بطالب الورثة وعرف الناس خط الميت بمحكم به في شركته ان

ثبت انه خطه وقد جرت العادة بين الناس بثله حجة اه . قال (ط) بهد نقله والاد ان خطه المروف بعمل به وان كان في غير دفتره اه . وهو كلام وجيه فان اطلاق الخزانة . وكذا غيرها من الكتب المتبرة يقتضي ذلك فما ذكره العلامة ابن عابدين في رد المحتار من قوله ويجب تقييده ايضاً بما اذا كان دفتره محفوظاً عنده فلو كانت كتابته فيما عليه في دفتر خصمه فالظاهر انه لا يعمل به خلافاً لما بحثه الخططاوي لان الخطط مما يزور اه ، فيه نظر فان ما ذكره (ط) ليس بحثاً وانما هو مقتضى اطلاقهم وقد تقرران المعلق بقي على اطلاقه حتى يوجد نص صريح بوجوب تقييده . فن قيده بما ذكره ، هو الطالب بالنص وكيف يصح ما قاله ، وقد ذكر قبل هذا انه يعمل بالخط اذا كان على وجه الرسالة . صدرأ مضموناً وكذا اذا كتب على نفسه صكاً على الرسم والعادة فان كلاً من الكتاب المرسل الممنون والملك الذي يكتب على الرسم والعادة انما يكون في يد الخصم فكما لا يشترط في هذين ان يكونا محفوظين عنده ، كذلك لا يشترط ذلك فيما كتبه في دفتر خصمه . واما تعاليه لذلك بان الخطط مما يزور فمدفوع من وجوه

منها ان امكان تزوير الخط نادر قلما يقع وهو اندر من امكان تزوير الشهود - على ان هذا التعليل ، وارد ايضاً على مستلني المكتوب على وجه الرسالة والملك المكتوب على الرسم والعادة فلماذا عملوا بها ولم يقولوا ان الخطط مما يزور ومنها ان هذا التعليل لا يصح هنا لان المسئلة مفروضة فيما اذا كان مقراً بان الخط خطه وانما يصح اذا كان منكراً كون الخط خطه على ما صيأتي بيانه سي في المادة (١٦١٠) وشرحها

ومنها ان المتأخرين عللوا المسئلة بمجرد ان العرف والعادة كما سمعت وقد نقل هو يعني العلامة ابن عابدين عن العلامة العيني ان البناء على العادة الظاهرة ، واجب وان العمل بالخط في الحقيقة انما هو لوجب العرف لا بمجرد الخط وقد جرى العرف كثيراً ان بعض الناس يشتري من البياع بضاعة بثمن غير مقبوض ويكتب ذلك على نفسه في دفتر البياع ويمضيه اعتياضاً بهذا عن كتب الملك المتاد

وانما قلنا ان الدفاتر المتعد بها هي ما كانت بخط صاحبها التاجر لانها لو كانت

بخط كاتبه لا يكون معنداً بها فيما عليه أيضاً كما جزم به في رد المخار وعبارته :
وكذا لو كان له كاتب والدفتر عند الكاتب لاحتمال كون الكاتب كتب ذلك عليه
بلا علمه فلا يكون حجة عليه اذا انكره او ظهر ذلك بعد موته وانكره
الورثة اه و ذكر مثله في التنقيح

اقول ويفهم من قوله والدفتر عند الكاتب ومن قوله وقد كتبه عليه بلا
علمه ، انه لو كان الدفتر محفوظاً عنده اي التاجر او كان عالماً بما كتبه الكاتب
عليه يكون حجة عليه ولا يذهب عليك ان مواخذه التاجر بخطه فيما عليه ، مبني
على قولهم ان الاقرار كما يكون باللسان يكون بالبنان ؛ حيث لا فرق في عدم مواخذه
التاجر فيما كتبه عليه الكاتب في دفتره بين ان يكون الدفتر محفوظاً عند الكاتب
او عنده وبين ان تكون كتابة الكاتب بغير علم التاجر او بعلمه وهو ساكت لان
كتابة الكاتب بينانه لا تزيد على اقراره بلسانه ولو اقر الكاتب صريحاً ان على
التاجر لفلان دين كذا والتاجر ساكت ، لا يوافق به لانه اقراره على الغير فكذا لو
كتبه عليه بينانه اللهم الا اذا ثبت انه امر الكاتب بكتابه او املاه عليه فانه
حينئذ يكون اقراراً منه باللسان حكماً كما تقدم في المادة السابقة فتدبر .

* تنبيه *

ذكر في تنقيح الحامدية من كتاب الدعوى انه راي في فتاوى العلامة
الحانوتي مثوالياً حاصله فيما يكتبه التجار على احمالهم من العلامة الدالة على اسم صاحبها
هل تدل العلامة على ان الحمل ملك صاحب العلامة الجواب ان كان صاحب
العلامة او وكيله واضع اليد على الحمل فلا كلام في ان وضع اليد دليل
الملك بلا بينة ما لم يثبت بالبينة الشرعية خلافه وان لم يكن هناك وضع
بدفلاصل ايضاً ان الحمل لصاحب الاسم حيث لم يثبت بالبينة الشرعية انها لغيره اه .

المادة ١٦٠٩ = اذا كتب احدٌ سنداً واستكتبه واعطاه لاحد
مضياً او مختوماً يكون معتبراً ومرعياً كتقريره الشفاهي لانه اقرار

بالكتابة ان كان مرسوماً يعني ان كان ذلك السند كتب موافقاً
للرسم والمادة . والوثائق التي تعلم القبض المسماة بالوصول هي من
هذا القبيل ايضاً *

ذكر في الدر وكذا في المنتقى والزبلي من مسائل شتى آخر الكتاب ان
الكتاب المستبين الرسوم وهو ان يكون معنوياً اي مصدرأ بالعنوان وهو ان
يكتب في صدره من فلان الي فلان على ما جرت به العادة فهذا كالنطق فلزم
حجة اه

ونقل في تنقيح الحامدية عن فتاوى قارىء الهداية انه سئل عن شخص
ادعى على شخص مجنى واظهر خط يده بذلك وانكر المدعى عليه اجاب اذا
كتب على رسم الصكوك يلزمه المال وهو ان يكتب يقول فلان بن فلان ان
في ذمته لفلان بن فلان الفلاني كذا كذا فهو اقرار يلزم وان لم يكتب على هذا
الرسم فالقول قوله مع يمينه اه .

ونقل في تكملة رد المختار عن الرابع عشر من دعوى البرازية : ادعى المدعيون
ان الدائن كتب على قرطاس بخطه ان الدين الذي لي على فلان بن فلان ابراه
عنه ، صح وسقط الدين لان الكتابة المرسومة المعنونة كالنطق به وان لم يكن
كذلك لا يصح الابراء اه . لكن ذكر في الدر عن الخانية ما يخالفه وقال انه
الصحيح . ثم عن شرح الوهبانية والمنقط ما بواقفه .

والحاصل كما في التنقيح ورد المختار ان كلامهم قد اضطرب في مسألة
العمل بالخط ولعله مبني على اختلاف الرواية او ان فيه قولين والذي عليه عامة
علمائنا المتأخرين انه لا يعمل بالخط الا في مسائل فانهم قد استثنوها من قاعدة انه
لا يعمل بالخط . الاولى البراءة السلطانية وقيودات القدر الخاقاني المنون بالطرفة
السلطانية وعليه مشت المجلة في المادة ١٧٣٧ . الثانية سجلات المحاكم السالمة من الفساد
والحيلة المحفوظة وعليه مشت المجلة في المادتين ١٧٣٨ و ١٧٣٩ . الثالثة قيود دفاتر
التجار كالبيع والصراف والسهماء وهو من يتوسط بين الباع والمشتري كما في

حاشية (ط) لا الدال - لكن انما يعمل بها فيما عليهم لا فيما لهم بشرط ان تكون مكتوبة بخط من عليه الدين سواء كانت في دفتره او في دفتر الدائن على ما حققناه في شرح المادة السابقة وهي المادة (١٦٠٨) وقد مئت عليه المجلة في المادة المذكورة . قال في تنقيح الحامدية عازباً للمجتبى . واما خط البياع والصراف والسمسار ، فهو حجة وان لم يكن معنوياً ظاهراً بين الناس وكذلك ما يكتب الناس فيما بينهم يجب ان يكون حجة للعرف اه . ثم قال وبه جزم الجماعة المذكورون يعني البرزاري والسرخسي وقاضيخان وايمه بلخ وكفى بالامام السرخسي وقاضيخان قدوة اه . الرابعة ما يكتبه الناس فيما بينهم من السندات والصكوك والوثائق والوصلات المسماة بالعلم والخبر والرسالات المسماة بالتخاريق فانها معتبرة بعمل ما تضمنته من الاقرار اذا كانت هي او الامضاء تحتها بخط المقر او ختمه بشرط ان تكون مصدرة معنوية على الرسم العادة وعليه مئت المجلة في هذه المادة قال في رد المحتار قلت والعادة اليوم في تصديروها بالضنوان ان يقال سبب تحريره هو انه تروى في ذمة فلان ابن فلان لفلان ابن فلان كذا الخ . وكذا الوصول الذي يقال فيه وصل البن من يد فلان الفلاني وكذا ما يكتبه الرجل في دفتره علم بسان الذي في ذمتنا لفلان الخ اه .

قلت والعادة في زماننا في نوع من السندات يسمى بالقامبيالة ان تصدر اولاً بذكر مبلغ بالرقم الدين الهندي ثم بذكره بالرقم الحرقى وبسمونه بالتفقيط ثم يكتب فيه من بعد مرور كذا شهراً اذفع انا الواضع اسمي فيه ادناه المبلغ المشروح اعلاه وقدره كذا لفلان الفلاني والقيمة وصلتي عدأً وتقداً او ثمن كذا ثم يضع امضائه بالذيل ولا بد من ذكر التاريخ في اعلاه او في اسفله . واما المادة في تصدير الوصلات ان يذكر في اعلى الوصول وهو المسمى بالعلم والخبر مبلغ الدين الواصل للمقر بالرقم الهندي ثم بالرقم الحرقى المسمى بالتفقيط تحت الرقم الهندي ثم يقول وصلني المبلغ المرقوم اعلاه وقدره كذا الخ ، ثم يضع امضائه او ختمه . واما تصدير الرسالات والمكاتبات فبات بذكر في اعلاه اسم المرسل اليه بعد ذكر القاب تليق به ثم يكتب ما يرغب كتابته ثم يضم امضائه او ختمه المعروفين ولا بد من ذكر تاريخ الكتاب في اعلاه او في اسفله حتى اعتادوا ايضاً ذكر البلد الموجود فيها المرسل اليه

والبلد الموجود فيها المرسل فجميع ما ذكرناه من السندات والقامبيلات والمحارير وفي
المراملات والوصولات اذا كانت مصدرية مضمونة على الوجه الذي بيناه موافقاً لما
جرت به العادة اذا اعترف بانها خطه او ان الامضاء خطه او ان الختم ختمه ، يلزمه
المال ولا يلتفت الى انكاره ان انكره . واذا لم تكن كذلك وقد انكر المال
لا يلزمه وان اعترف بكونه كذب بخطه لاحتمال انه كتب ذلك على سبيل التجربة
وغوما . اما قترالبيع والصراف والسماز فلا يشترط فيه ان يكون مضموناً مصدرأ
كما تقدم عن المجتبى وغيره

تنبیه

المراد من قوله في هذه المادة او استكتبه ان يكتب السند غيره بلا امره ثم يفضيه
بخطه او يختمه بختمه فيكون الامضاء او الختم هو المرعي المعتبر كتنقيح الشفاهي
وانما قلنا هذا لما قدمناه في شرح المادة (١٦٠٧) عن الدرر والدر وغيرهما
من ان الامر بكتابة الاقرار اقرار بالالسان حكماً سواء كتب المأمور او لم
يكتب فلفظن .

المادة ١٦١٠ = اذا انكر من كتب سنداً او استكتبه
واعطاه مضمياً او محتوماً الدين الذي جواه فلا يعتبر انكاره ويلزم عليه
اداء ذلك الدين . واما اذا انكر كون السند له فلا يعتبر انكاره ان
كان خطه او ختمه مشهوراً ومتعارفاً ويعمل بذلك السند وان لم يكن
خطه او ختمه معروفين يستكتب ذلك المنكر ويعرض على اهل الخبرة
فان اخبروا بانها كتابة شخص واحد يجبر ذلك على اعطاء الدين المذكور
والحاصل انه يعمل بالسند ان كان بريئاً من شايبة التزوير وشبهة
التصنيع . واما اذا لم يكن السند بريئاً من الشبهة وانكر المدبون

كون السند له وانكر اصل الدين ايضاً فيحلف بطلب المدعي على ان
السند ليس له وانه ليس بمديون للمدعي *

قد تضمنت هذه المادة احكاماً منها ان من كان مقرأ بكتابة السند المصدر المرسوم
على ما بيناه في المادة السابقة انها خطه اذا انكر الدين بان قال الخط خطي وليس
المال علي لا يعتبر انكاره وهذا لا يوافق اقراره بكون المكتوب بالسند خطه ما اقرار
بالمال على ما مشت عليه الجملة . ثم هل يحلف الدائن المقر له ان المقر لم يكن كاذباً
فيما اقر به كتابة ، او لا يحلف مكنت هذه المادة عن بيانه . وقد نقل في تنقيح
الحامدية عن فتاوى قارى الهداية انه اجاب عن سؤال بانه اذا اعترف انه خطه
وانكر ما كتب فيه حلف المقر له ان المقر به قبضه المقر وقضي له وان لم يحلف لا
يقضي له اه . وهو كلام وجيه لانه يلزم من الاقرار بالخط مع انكار المال ادعاء
انه كان كاذباً فيما كتبه وقد تقدم المادة (١٥٨٩) انه اذا اعطى سنداً لا آخر
محرراً فيه اني قد استقرضت كذا دراهم من فلان ، ثم قال : وان كنت اعطيت
هذا السند لكنني ما اخذت المبلغ المذكور منه يحلف المقر له على عدم كون المقر
كاذباً في اقراره هذا اه .

ولا يخالفه قولهم ان السند اذا كان مصدراً مضموناً فهو حجة ملازمة كالنطق ، لان
الشبه به وهو النطق الصريح لو ادعى المقر انه كاذباً فيه يحلف المقر له انه ما
كان كاذباً فيه كما صرحت به المادة المذكورة وبهذا تعلم سقوط ما كتبه الشارح
البناني على هذه الفقرة من هذه المادة ولعل السكوت عن مسألة التخليف هنا
للاكتفاء بذكره في المادة السابقة على ان التخليف انما يجب بطلب الختم كإسباني
في القضاء فافهم

ومنها ان انكار كون الخط خطه او الختم ختمه غير معتبر اذا كانا مشهورين
معارفين حتى ان المقر له لا يكلف الى اثبات ذلك على الوجه الذي يأتي
بيانه قريباً .

والظاهر ان المراد بالشهرة والتعارف ان تكون بين جميع من يعامله من معارفه

واهل صنفته بحيث ان كل واحد من هؤلاء متى رأى السند او الامضاء او الختم يقول ان هذا خط فلان او ختمه فانه بهذا القدر نعلم برائة السند من شايبة التزوير وشبهة التصنيع - بخلاف ما اذا اختلفوا . وما زعمه الشارح اللبناني من ان طريقة التعارف والشهرة ان يشهد به جماعة لا يتصور اتقاقهم على الكذب تطبيقاً على المادة (١٧٣٥) ففيه تضييق للعلاقة فان التواتر الذي هو موضوع تلك المادة ما افاد العلم الضروري الذي يستحيل خلافه وما نحن فيه يكفي فيه مطلق العلم ، ولو امكن خلافه لانه لو شهد اثنان عدلان بانها عينا كتابته لهذا الصك المعلن المصدر المرسوم عالين بما كتب فيه فالظاهر انه تقبل شهادتهما ويحكم عليه بانه خطه لما قدمناه في شرح المادة (١٦٠٦) عن الهندية ممزياً للمحيط وكذا للمبسوط والخانية من انه يحل لمن عاين كتابة الرسالة المصدرة المرسومة ان يشهد على كاتبها بما تضمنته من الاقرار بالمال بشرط ان يعلم الشاهد ما كتب فيها واذا حل للشاهد ان يشهد بالاقرار بالمال ، فلان يحل له ان يشهد انه عاين كتابته اولى وقد صرحوا ان الثابت لدى القاضي بالبينة كالنائب عياناً ولا شك انه لو عاين القاضي كتابته الممنونة المرسومة يحكم عليه بما اقر به كتابةً فكذا لو ثبت كتابته بالبينة الشرعية ولانه قد انكر خطه بيده فعلى مدعيه اثباته بالبينة الشرعية . وهو يده ما نقله في تنقيح الحامدية عن قارى الهداية انه سئل عن شخص ادعى على شخص محقق واظهر خط يده بذلك وانكر المدعى عليه بحلفه القاضي انها ليست خطه ام على عدم الاستحقاق او بسنكته القاضي اجاب بسنكته القاضي فاذا كتب وقال اهل الخبرة ما خط واحد لزمه الحق اه المقصود . ثم رابت في فتاوي الاتقروي التصريح بذلك ونصه فان جحد الكتاب فبرهن عليه انه كتبه او املاه جاز كما لو ادعى اقراره وجحد بخلاف الحدود والقصاص فان المرسوم فيه كغير المرسوم لا يكون حجة بوازبة في او ابل الشهادات اه

وفي هامش الاقروي وذكر القاضي الامام المعروف بالصاعدي اذا كتب خطاً بدين باسم رجل يحكم به عليه اذا كتب على الوجه الذي مثل حجة بين الناس ولو انكر انه خطه يستخاف عليه ولو نكل عن اليمين يحكم به عليه وذكر الاسبغاني ما يوهيد قول الامام الصاعدي كذا في الثالث من اقرار جواهر

الفتاوى بنوع تلخيص اه . نعم لو لم يعاين الشاهدان كتابته بيده بل شهدا انه مشابه لما يهدونه من خطه فشهادة الاثنين حينئذ لا تكون كافية بل لا بد من شهادة كثير من اهل معاملته ومعارفه بحيث يحصل للقاضي العلم ببرائة السند عن شايبة التزوير وشبهة التصنيع وهذا لان مبنى شهادتهم حينئذ على الظن لا على العلم هذا غاية ما تحرر لي في هذا المقام فتأمله .

ومنها انه اذا لم يكن خطه معروفا ومشهورا وقد انكره فطريق ثبوت انه خطه ان يامر القاضي بان يكتب على قرطاس ثم يمرض السند والقرطاس على اهل الخبرة بالخطوط وهم حذاق الكتابة فاذا قالوا جميعا انها خط شخص واحد يحكم عليه القاضي بانه خطه ولا يلتفت الى انكاره . وهذا لانه هذا القدر يحصل العلم ببرائة السند من شايبة التزوير وشبهة التصنيع وانت تعلم ان هذا الطريق اعني طريق الاستكتاب لا يثبت به العلم الضروري الذي يستحيل خلافه فهو موافق لما ذكرناه آنفا فلا تغفل . ثم لا يذهب عليك ان هذا الطريق غير متمين على القاضي بحيث لا يقبل اثبات كون السند خط المنكر بخلافه لانه لو اقام المقر له شاهدين على انهما عابنا كتابته بيده تقبل شهادتهما ويحكم بها كما حققناه آنفا - وكذا لو استخلفه المقر له على انه ليس خط بيده فنكل عن اليمين كما تقدم عن فتاوى قارىء المدابة . وتخصيص الشيء بالذكر لا يفتي الحكم عما عداه . ولعل التخصيص على طريق الاستكتاب لافادة ان جمية الحجة قد جازمت بالاخذ به وان كان الصحيح خلافه على ما ذكره في الدرر متنا وشرحا من كتاب الشهادات مراعاة لاحوال الزمان ولان معاينة الشهود كتابة المقر لهذا السند المحفوظ عند المقر له قل ان تقع فيندر جدا ثبوت ذلك بالشهادة فيلزم على عدم اعتبار طريق الاستكتاب ضياع حقوق كثيرة للناس - لا سيما والعرف الان جار بين التجار على اعتباره حتى انهم يعتبرون الخطوط والمشابهة بينهما اكثر من اعتبارهم الشهادة على المعاينة فلا جرم انه صدر الامر السلطاني بالعمل بهذا الطريق اي طريق الاستكتاب فوجب على القاضي ان يعتبره ويحكم بوجبه

بقي شيء وهو ما لو استكتبه القاضي فلم يكتب او كان غائبا او ميتا او المنكر هو او وكيله او وارثه ولا شك ان القاضي ينظر الى كتابة كاغد اتفق

التداعيان على انها خط من عليه السند وبعطيه مع السند الى اهل الخبرة ليجزاهما هل
ها خط كاتب واحد او لا وفي المادة (٩٩) من قانون المحاكمات المحقوية توضيح
لهذه المسئلة باوسع مما هنا على ان طريقة الاحتساب المذكورة لا تتصور فيما اذا
انكر كون الختم ختمه لان اصل الختم هو حفر غيره لا حفره ولو طلب القاضي ختمه
ليطبق عليه ربما يظهر ختماً آخر او ينكره او يدعي ضياعه فلا يتصور
الوصول الى ما يزيل شائبة النزوي وشبهة التصنيع الذي عليه المدار كما
استفيد من قوله والحاصل الا بمقابلة ختم السند على ختم له على قرطاس آخر قد
اتفق التداعيان على انه ختمه ، وفي النفس من هذا شيء . يعلم مما كتبناه آخر
شرح المادة (١٦٠٧) مومنها انه اذا لم يثبت كون الخط خطه باحد الوجوه
المارة ، مع كونه شكراً الخط والدين فالقاضي يحلفه بطلب الخصم على الامرين مما
حتى لو حلف على احدهما فقط ونكل عن اليمين على الاخر يحكم عليه بالدين لان النكول
اقرار ، واي الامرين اقر به لزمه المال كما تقدم . وهذا اذا كان مصدراً معنوياً على
الرسم والعادة كما هو موضوع المسئلة ، والا فان نكل عن اليمين على الخط فقط
لا لزمه المال لانه لو اقر والحالة هذه صريحاً انه خطه لا يلزمه شيء . كما عرفت مما تقدم

المادة ١٦١١ - * اذا اعطى احد سنداً عليه بدين حال كونه
مرسوماً ثم توفي بلزم وراثته بايافته من التركة ان كانوا معترفين بكون
السند للمتوفي . واما اذا كانوا منكرين ذلك فلا يعمل بذلك السند
الا اذا كان خطه وختمه معروفين *

فيعمل به وان كان الوارث صغيراً او مجنوناً لانه حينئذ يكون حجة ملازمة
كما تقدم ، والوارث قائم مقام مورثه ثم لو لم يكن خط الميت وختمه معروفين وفي
الورثة بالغ وصغير فافر البالغ بانه خط الميت . وكذا لو كانوا بالعين فافر بعضهم
بذلك دون الباقين فالقرار بنفذ على المقر فقط لانه حجة قاصرة فلا يتجاوز المقر

كما تقدم في المادة (٧٨) فيلزمه من الدين مقدار ما يصيب حصته منه لا من
التركة على ما صرحت به المادة (١٦٤٢) الآتية اخذاً بما قاله الفقيه ابو الليث فانهم
ولو ان هذا المقر شهد مع رجل آخر انما عابنا كتابة الميت لهذا السند فالظاهر
انها تقبل كما لو شهدا على الميت بذلك الدين على ما يأتي بيانه

المادة ١٦١٢ - * اذا ظهر كيس مملوء بالنقود في تركة احد
محرر عليه بخط الميت ان هذا الكيس مال فلان وهو عندي
امانة ياخذ ذلك الرجل من التركة ولا يحتاج الى الاثبات بوجه
آخر *

عبارة رد المختار من باب كتاب القاضي الى القاضي ومثله اي مثل الصك
المرسوم ودفتر البياع ونحوه ، ما اذا وجد في صندوقه مثلاً صرة دراهم مكتوب
عليها هذه امانة فلان الفلاني فان العادة تشهد بانه لا يكتب بخطه ذلك على
دراهمه ام

* مسائل شتى من كتاب الاقرار *

رجل مات وعليه دين لرجل فقال الدايين قبضت منه في صحته الالف التي
كانت لي عليه وقال غرماء الميت لا بل قبضت في مرضه الذي مات فيه ولنا
حق المشاركة فيما قبضت منه ، قالوا ان كانت الالف المقبوضة قائمة شاركه فيها
لان الاخذ حادث فيحال الى اقرب اوقاته وهو حالة المرض وان كانت الالف
المقبوضة هالكة ، لا شيء لغرماء الميت قبله لانه انما يصرف الى اقرب الاوقات
بنوع ظاهر يصلح للدفع لا لايجاب الضمان فعلى قيام الالف هو بدعي لنفسه سلامة
المقبوض والغرماء ينكرون ذلك وقد اجمعوا على ان المقبوض كان ملكاً للميت
فيصلح الظاهر شاهداً لهم وبعد ملك المقبوض حاجبة الغرماء الى ايجاب

الضمان فلا يصلح الظاهر شاهداً لهم خانية . اذا قال لغيره لي عليك الف درهم فقال اما خمسين منها فلا ، او قال اما خمسين منها فلا اعرفها فقد اقر بخمسين ولو لم يقل منها والمسئلة مجالها فهذا ليس باقرار هندية . وفيها قال لي عليك الف فقال الحق او الصدق او اليقين او قال حقاً او صدقاً او يقيناً او قال الحق الحق او الصدق الصدق او اليقين اليقين او حقاً حقاً او صدقاً صدقاً او يقيناً يقيناً او قال البر الحق الحق او الحق البر الخ ، فهو اقرار ولو قال الحق حق الخ ، وكذا لفظ البر مفرداً او مكرراً غير منضم الى الحق واليقين او الصدق لا يكون اقراراً اه
رجل قال قبضت من بيت فلان مائة درهم . ثم قال هي لي او هي لفلان آخر فانه يقضي بالمائة لصاحب البيت ويقرم القرمثه للذي اقر انها له . واقراره باخذ المائة من بيته ، بمنزلة قوله غضبت منه او اخذت . وكذا لو قال قبضت من صندوق فلان او من كبيه الف درهم او من سبط فلان ثوباً او من قرية فلان كره حنطة او من نخل فلان كره تمر او من زرع فلان كره حنطة كل ذلك بمنزلة الاقرار بالتبض من يده . ولو قال قبضت من ارض فلان عدل زطبي ، يقضي بالزطبي اي فقط لفلان . ولو قال اخذت من دار فلان الف درهم كنت ساكناً فيها او كانت الدار في يدي باجارة لا يصدق وان اقام البينة ان الدار كانت في يده يرى من الضمان (خانية)

رجل اقر على نفسه بمائة درهم واشهد شاهدين ثم اقر له بمائة درهم في موطن آخر واشهد شاهدين فقال المقر هي مائة واحدة وقال الطالب هي مائتان فهذه المسئلة على وجوه - اما ان يضيف اقراره الى سبب والسبب واحد او مختلف اولا يضيف الى سبب فان اضاف الى سبب بان قال له علي الف درهم ثمن هذا العبد ثم اقر بعد ذلك في ذلك المجلس او في مجلس آخر ان عليه لفلان الف درهم ثمن هذا العبد والمبد واحد ففي هذا الوجه لا يلزمه الا مال واحد على كل حال ففي قولهم جميعاً . وان كان السبب مختلفاً بان قال لفلان علي الف درهم ثمن هذه الجارية ثم قال له علي الف درهم ثمن هذا العبد ففي هذا الوجه يلزمه المالات في قولهم سواء اقر بذلك في موطن واحد او في موطنين . وان لم يصف الاقرار الى سبب لكن عقد على نفسه بالمال صكاً فان كان الصك واحداً كان المال واحداً

عند الكل وان عقد على نفسه صكبين كل صك بالف درهم واشهد على ذلك
لزمه المالات في كل حال واختلاف الصك بكون بمنزلة اختلاف السبب .
وان لم يعقد صكاً ولكنه اقر مطلقاً فان كان اقراره الاول عند غير القاضي
بمحضرة شاهدين واقراره الثاني عند القاضي يلزمه مال واحد وكذا ان اقر اولاً
عند القاضي ثم اقر في مجلس آخر عند غير القاضي . وكذا لو اقر اولاً عند القاضي
بالف واثبت القاضي ذلك في ديوانه ثم اعاده الى القاضي في مجلس آخر فاقر بالف
وادعى الطالب مالين والمطلوب يدعي انه مال واحد كان انقول قول المطالب .
وان كان الاقراران عند غير القاضي او كان الاقرار الاول عند القاضي والثاني
عند غيره فان كان اشهد على كل اقرار شاهداً واحداً فالمال واحد عند الكل كان
ذلك في موطن او موطنين وان اشهد على اقراره الاول شاهداً واحداً
وعلى الثاني شاهدين او اكثر في مجلس آخر على قول ابي يوسف ومحمد ، بكون
المال واحداً واختلف المتساخ في قول ابي حنيفة والظاهر ان عنده بكون المال
واحداً ايضاً . وان اشهد على اقراره الاول شاهدين وعلى اقراره الثاني في موطن
آخر شاهدين فنسبها المال واحد سواء اشهد على الاقرار الثاني شاهدين الاولين
او غيرها . وعند ابي حنيفة ان اشهد الشاهدين الاولين فالمال واحد وان
اشهد غيرها يلزمه المالات في ظاهر الرواية هكذا ذكر الخفاف وذكر الجصاص
على عكس هذا . وان كان الاقراران في موطن واحد فنسبها بكون المال واحداً
بكل حال . واما عند ابي حنيفة : اذا اشهد على الاقرار الاول شاهدين ثم اشهد
على الاقرار الثاني شاهداً واحداً او اكثر فالقياس على قوله ان بكون المال مثني
واستحسن وقال المال واحد واليه ذهب الامام السرخسي . وان جاء بشاهدين على
اقراره بالف ثم جاء بشاهدين آخرين على اقراره بالف ولا يدري ان ذلك في
موطن او في موطنين ونسي الشهود ذلك ، فها مالات - الا ان يعلم انه كان
في موطن واحد هندية وتماه فيها

وفي الخانية لو اقر المريض ان لفلان قبله حقاً فصدقه بما قال ، ثم مات المريض
قال ابو حنيفة يصدق الطالب ما بينه وبين الثلث واستحسن ذلك فان ادعى اكثر
من ذلك حلف الورثة على علمهم اذا حلفوا اخذ الثلث فان اقر المريض يدين

مسمى مع ذلك ، كان الدين المسمى اولى بما ترك كله ولولم يقر بدين واوصى
بثلث ماله لرجل فالوصية المسماة اولى ويقال للورثة اقرؤا له بالثلثين بما شئتم ويقال
للموصى له بالثلث اقر له في الثلث بما شئت فاي الفرقين اقر بشيء يؤخذ به ويحلف
على الباقي اه

باع الوصي مالا للورثة فاشهد انه استوفى جميع ثمنه وهو مائة فقال المشتري
بل كانت مائة وخمسين فالقول للوصي ولا يضمن الغريم ولا الوصي شيئاً . ولو
اقر الوصي انه استوفى مائة وهو جميع الثمن وقال المشتري الثمن مائة وخمسون
فالوصي قبض الخمسين الفضل منه . وكذلك لو باع مال نفسه : ولو اقر الوصي
انه استوفى جميع ما للميت على فلان وهو مائة درم فقامت البينة انه كان
له عليه ما ينا درم فان الغريم يؤخذ بالمائة الفاضلة ولا يصدق الوصي على ابطالها .
واذ اقر الوصي انه قبض كل دين لفلان الميت على الناس فجاء غريم للميت فقال
دفعت اليك كذا . وقال الوصي ما قبضت منك شيئاً وما علمت ان للميت عليك
شيئاً ، فالقول قول الوصي ويؤخذ الغريم بذلك ولو قامت البينة على اصل هذا
الدين لم يلزم الوصي منه شيء ، لانه لم يقر بقبض شيء من رجل بعينه . وكذلك
لو قال قبضت كل دين لفلان في الكوفة وكذلك الوكيل بالقبض . ولو امر
الوصي انه استوفى ما لفلان الميت على الناس من دين استوفاه من فلان ابن
فلان . وقامت البينة ان للميت على رجل الف درم فقال الوصي ليس هذا
فيما قبضت فانه يلزم الوصي اذا اقر الوصي انه استوفى ما على فلان من دين
للميت وقال الغريم كانت له علي الف درم وقال الوصي نعم ولكنك اخطيت
خمسائة في حياته للميت وخمسائة دفعتها اليه بموته وقال الغريم بل دفعت
الكامل اليك ، يضمن الوصي الف درم ولكن نستخلف الورثة على دعواه كذا في
الباب العشرين من كتاب الاقرار من الهندية ونمامه فيها

الاصل انه متى ذكر مقداراً وازاد الى صنفين من المال يجب من كل واحد
منها لانه اضاف المقدار اليها بالسوية فيوزع عليهما بالسوية كما لو اضاف الى
رجلين بالسوية كانت بينهما بالسوية . والمساواة في الاضافة تقتضي التوزيع على
سبيل السوية . لو قال استودعني عشرة اثواب هرديّة وهرديّة كان من كل واحد

النصف . اذا قال لفلان علي مايتا مثقال ذهباً وفضة فان عليه من كل واحد
النصف وليس للمقر ان يجعل الفضة اكثر والقول قوله في الجيد من ذلك والردي .
اذا قال لفلان عندي الف درهم قرصاً وودبمة ، فهو ضامن لنصفها قرصاً والنصف
الآخر وودبمة . وكذلك لو قال له قبلي الف درهم مضاربة وقرصاً فان وصل
الكلام فقال ثلاثمائة منها قرص وسبعماية مضاربة كان القول قوله وان فصل
الكلام كان عليه من كل واحد النصف هندبة من متفرقات الاقرار
وتمامه فيها .

رجل وقف ضيعة له وكتب صكاً واشهد الشهود على ما في الصك ثم قال
الواقف اني وقفت على ان يمي فيه جايز الا ان الكتب لم يكتب ذلك الشرط
ولم اعلم بالذي كتب في الصك قال الفقيه ابو بكر البلخي : ان كان الواقف
رجلاً فصيحاً يحسن العربية فقرأ عليه الصك فاقر بجميع ما فيه ، فالواقف صحيح
كما كتب ولا يقبل قوله ، وان كان الواقف اعجمياً لا يفهم العربية ولم يشهد
الشهود على تفسيره فالقول قول الواقف اني لم اعلم ما في الصك واشهدت الشهود
على ما فيه من غير ان اعلم ما فيه . وان قال الشهود قري . عليه الكتاب بالفارسية
فاقر به واشهدنا عليه لا يقبل قوله وهذا لا يختص بالوقف بل البيع وسائر التصرفات
تكون كذلك (خانية)

لو اقر ابن فلاناً وارثي والمقر ابن فلان الابن ثم مات المقر ولا وارث ،
فكل ماله للمقر له بحكم الوصية لان قوله ذلك وصية - حتى لو قال هو قريبي
ومات المقر وترك امرأة فلها الربع والباقي للمقر له . اقر رجل له ابن ان فلاناً اخي
لا يعتبر اقراره في حق اثبات النسب ، فلو مات ابنه ثم مات المقر فجميع ماله للمقر
له لرضاه بان يأخذ هو ماله ، فصار كوصى له بجميع المال وليس شرط صرف المال
الى المقر له ان يكون اقراره في حال عدم الوارث . ولكن في اي حالة اقر
ومات ولم يبق له وارث يكون ذلك للمقر له ولو كان المقر له معروف النسب فقال
المقر هذا ابن اخي او ابن عمي ومات ولا وارث . فكذا الجواب لما مر من رضاه فيصير
في معنى الوصية . كذا في اواخر الفصل الماشر من الفصولين واستغفر الله العظيم .

✽ انتهى الجزء الرابع من شرح المجلة ويليها الجزء الخامس ✽

صواب	خطأ	سطر	صحيفة
بها	بها	٦	٧
الوصية	الوصي	٧	٩
ولا يرضى عمرو بالسكنى	ولا يرضى بالسكنى	١٧	١٣
فبالضمان	فالضمان	٠٨	١٨
لبستاني	البستاني	١٣	١٨
كون	يكون	٢٣	١٨
المادة	الماد	١١	١٩
وكذا في الخادم	في الخادم	٠٩	٢٣
المشترك	المشترك	٠١	٢٨
المستقرض	المستقرض	٠٣	٣٢
حصته	حصته	١٤	٣٢
ولا يكون	لا يكون	٢٢	٣٤
حصته	حصته	١٩	٣٦
او اشترى	واشترى	١٦	٣٨
فداء	فداء	١٦	٤٠
المديون بمقابلة حصته من الدين المشترك هذا النقص في عبارة المادة ١٦٠٧	المديون المشترك	٠٣	٤٣
الى هذا القدر	الا هذا المقرر	٠٧	٤٤
ثلاثة عشر ويقال (هذا متن المجلة)	ثلاثة عشرة عشرة	١٢	٥١
ثلاثة عشر	ثلاثة عشرة عشرة	١٢	٥١
ويقال لها	ويقال له	١٢	٥١
نصيب الغائب	يصل الغائب	١١	٥٣
من جهته	من جهة	١٣	٥٣

صواب	خطأ	سطر	صفحة
بجسته	بجصة	١٨	٥٤
متن المادة ١١١٩	قيسة	١٤	٥٦
بجمله	بجمله	٠٣	٥٧
الى ما قبل قوله حاصل هذه	من قوله والباقي مشترك	٠٣	٦١
المسائل متن المادة ١١٢٥			
مكتوبة مع الشرح غلطا			
يلزم التنبيه له			
الا يرى ان القاضي	الاثري القاضي	٠٥	٦٤
الغائب	العائبي	٢٤	٦٤
الموروث	المورث	٢١	٦٥
بالاستيفاء.	بالاستفاء.	٠٤	٦٨
بالاستيفاء.	بالاستيقاء.	٠٩	٦٨
تحالفا	تحالفا	١٠	٦٨
مخططين	مخططين	٠٩	٧٩
الدرهم	الدرهم	١٧	٩٢
ثم الذي يليه بالثاني ثم الذي	ثم الذي يليه بالثالث	١٤	٩٦
يليه بالثالث			
لانها	لانهم	٠٨	٩٧
ذلك على الفدن	ذلك الفدن	٠٩	٩٧
الشرط (متن المجلة)	الشروط	٠٦	٩٩
غيرها	غيرها	٠٩	١٠٠
نصيبهم	نصيبه	٠٣	١٠٦
هذه عبارة الهندية من الباب	يطلبوا	١٣	١٠٧
الثاني في قسمة التركة :			
(ميراث بين قوم الخ) وان			
تسكن بلفظ (يطلبوا القسمة			

صواب	خطأ	سطر	صفحة
فالظاهر من سوق كلامها (ان يطلوا القسمة ولفظ (يطلوا) من غلط الطبع فتدبر			
	(الفصل الثامن)		١٠٧
	في بيان احكام القسمة		
وراءه	ورائه	١٦	١١٣
وعرصة	او عرصة	١٠	١١٤
الدر	الدار	٠٧	١١٥
عيناً	لفظ عيناً مطموسة	١١	١١٥
لا تخلوا	لا تخلوا	١٩	١١٥
ان قوله اي شرطاً الخ ان تكون من عبارة الدرغ لا المطة	اي ان شرط الخ	١٧	١١٥
كسكنى الدار	لسكنى الدار	٠٤	١٢٥
الاستمنا	الاستيفاء	١٤	١٢٥
في غلة عبد	في غلة عبداً	١٧	١٢٥
بصارة	بصارة	٠٧	١٣٣
بالخشب	لخشب	١٢	١٤٦
وبيننا	وبينها	٠٢	١٦٠
عن الطريق	على	١٧	١٦١
من المتشعبة الثانية النافذة هذا تصحيح الغلط وما جاء به الطبع من قوله صوابه فهي زيادة من الطبع ليست في نسخة المؤلف وان كانت صواباً	بجلاف الدار انساده التي في الركن الثاني من المتشعبة الغير نافذة	١٣	١٦٣

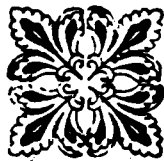
صحيفة	سطر	خطاً	صواب
١٦٦	١٢	عن عن م ر ح	وعن عن م ر ح
١٦٦	٠١	الدرعان	بالذرعان
١٧٦	٦	للشفة	للشفة
١٧٧	٢	مملوكة	مملوكة
١٧٨	٨	لاحدما	لاحدها
١٨٣	١	كالت	كانت
١٨٦	٦	الشفة	الشفة
١٨٦	٧	تكبس	تكبس
١٨٩	٧	ما يزيد	ما يريد
٢٠٧	١	فاسقها	فسقها
٢١٤	٨	ملصحا	ملخصا
٢١٥	١	الحاضر	الحافر
٢٢٣	٥	بيته	بيته
٢٣٢	٢١	بياه	بيانه
٢٣٣	٢٠	المفق	المنفق
٢٣٧	١١	لنمك	لنمك
٢٣٨	٢٢	مطاما	مطلقاً
٢٣٩	١٣	الحمولة	الحمولة
٢٤٥	٩	والاصطلاح	والاصلاح
٢٥٥	٧	في كالم	في كل ما
٢٥٩	٧	اذ	اذا
٢٦٨	١٥	منطوف	منطوق
٢٦٩	٢٠	اعمل	العمل
٢٧٧	١٤	بولاية	الابولاية
٢٧٧	٢١	فيطلب مطموسه	فيطلب

صواب	خطأ	مسطر	صحيفة
تبرع ابتداء ومعاوضة انتها.	تبرع ابتداء وانتهاء	٢٠	٢٨٠
يلخف الآخر	يلخف للآخر	١٥	٢٨١
فتكون	مطموسة	٠٩	٢٨٩
او تعداد متن المجلة	تعداد	١٢	٢٨٩
من مال نفسه	مال نفسه	١٢	٣٠٠
وكذا فيما هو من تجارتها اذ كان	وكذا فيما هو من تجارتها	١٤	٣٠٣
بحضرة صاحبه	فالربح له خاصة		
لا يكون	ولا يكون	٠٥	٣٠٨
او تعيب	او تعيب	١٨	٣١٥
الشريكين فيه ، تعلم	الشريكين ؛ فيه	٠٨	٣٢٣
فاسم واعمل	فاسم او اعمل	٠٥	٣٢٦
ولا دلائك	ولا دلالة	١٣	٣٣١
مضمونا ان يقرضه	مضمونا الى ان يقرضه	١٥	٣٣٦
فاسدين	فاسدين	١٠	٣٤٠
الاصلية	الاصلي	٠٦	٣٤٣
مخلاة	مخلاة	٠٢	٣٧٦
المعاملة	الماملة	٠٢	٣٩٣
المعاملة	المزارعة	٠٤	٣٩٣
يضعه	يضعه	٢١	٤٢٥
على بائنه زيد بالف رومية	على بائنه زيد بالف	٠٥	٤٣١
ورجع زيد بائنه	ورجع زيد بائنه	٠٥	٤٣١
اتاه	تاه	٠٦	٤٣٥
كل حال	كلحال	٢٤	٤٣٥
واما مالا يحتاج	واما ما يحتاج	٠٦	٤٣٨
يخصها	يخصها	٠٤	٤٥٦

صواب	خطأ	سطر	صحيفة
الموكل به	الموكل به بشرائه	١٨	٤٥٦
متن المجلة	جاز	٢٢	٤٥٨
او يشتره	ان يشتره	٠٥	٤٦٩
فرس	عبد	٢٣	٤٦٩
فرس	عبد	٢٥	٤٦٩
لان الواحد	لان كل الواحد	٠٢	٤٧٣
بتدريج	بتدريج	٠٥	٤٧٤
هذا اذا اضاف	مطموسة	٢٢	٤٧٤
المشترى	المشترى	١٢	٤٧٥
وقبضه متن المجلة	ققضه	٠٢	٤٧٩
وان نوى	ولئن توى	١٦	٤٩٢
ليس سبياً	ليس سباً	١٧	٤٩٢
ثقة	ثقة	٢٢	٤٩٤
واما	وما	٠٥	٤٩٦
يقيل (متن المجلة)	يقبل	١٤	٤٩٨
اقال	قال	٢٥	٤٩٩
بينها	بينها	٠٣	٥٠٠
اذا ادى	اذا ادعى	٠٣	٥٠٣
فدفع	مطموسة	٢٠	٥٠٣
بل يضره لا يجب	بل يضره ولا يجب	١٤	٥١١
ايضا	ايضا	٠١	٥٢٨
اضافة	اضافه	٠٩	٥٤٤
ان يكون قيسياً	ان قيسياً	٢٠	٥٥١
بشيء	بشيء	٠١	٥٥٢

صواب	خطا	سطر	صحيفة
الصواب اتصال الكلام ببعضه وعدم الفصل بخط على حدة لان قوله قلت مقول القول اقوله قال في رد المحتار	قال في رد المحتار بعد هذا قلت ويظهر الخ	٠٨	٥٦٢
اما في زماننا اطبقوا اقر	اي في زماننا اطبقوا قر	٠٤ ٢٢ ٠٦	٥٦٣ ٥٦٧ ٥٧٠
وكفل رجل للمشتري الدرك فاخذ المشتري بذلك رهنا	وكفل رجل للمشتري بذلك عنه رهنا	١٤	٥٧٨
بينته صحيح	بيته صريح	٢١ ١٦	٥٧٨ ٥٩١
تركنه متن المجلة	تركة	٠٤	٥٩٢
او لم	ولم	٠٩	٥٩٣
فصالح المدعى الحاضر	فصالح المدعى عليه الحاضر	٢٥	٥٩٧
يسلم	مسلم	٠٤	٥٩٨
المتعلقة متن المجلة	المتاعة	٠٤	٥٩٩
ذيه	مطموسه	١٨	٦١٣
وديعة فلان لابل وديعة فلان ليست او اشترى من فلان كذا بشي.	وديعة فلان ليست او اشترى من فلان كذا شيئا	١٨ ١٤	٦١٣ ٦١٥
كذا بشي.	كذا شي.	١٥	٦١٥
لكذا كذا	لكذا كذا كذا	٠٥	٦١٨
عود	عدد	٠٧	٦٢٠
باعنيه	باعينه	١٧	٦٢١
والايداع	لا يكون بدون اليد	١٣	٦٢٣

صواب	خطأ	سطر	صحيفة
جهته	جهة	١٥	٦٢٣
الآخر متن المجلة	آخر	٠٥	٦٢٥
بجته متن المجلة	بجته	١٩	٦٣٣
للمقرلة بالمقرب	للمقر بالمقرب	٠٨	٦٣٧
بل لعمرو بل لبكر	بل لعمرو وبل لبكر	١٦	٦٣٨
ويطرح	ويطرح	٢٥	٦٤١
فكلها	فلكها	١٢	٦٤٢
كان كاذبا	كاذبا	٢٠	٦٥٠
مضافاً	مضاف	١١	٦٥٤
يبقى من الثالث	يبقى الثالث	١٤	٦٦٢
بكونه متن المجلة	نكونه	١٩	٦٦٣
او يكون	او يكون	١١	٦٧٠
لها	لها	١٦	٦٧٣
اقرب	اقرب	٠١	٦٧٦
الورثة	الفرماء	٠٤	٦٧٦
بما شئت	وبما شئت	١٥	٦٨٧
والمذكر	او المذكر	٢٥	٦٩٩
في الثلثين	بالثلثين	٠٢	٧٠٤
اذا	اذا	٠٢	٧٠٤



فهرس الجزء الرابع

	صفحة
ثبوت الشركة بالحاط او الاختلاط اذا كان برضى صاحبي المالين او فعلها والا فالحاط ضامن	٩
على القول بان الدين يملك فشركة الملك قيمان شرکه عين وشركة دين دار لاثنين غير قابلة للقسمة سكنها احدها وابي الآخر السكنى معه	١٠
احد الشريكين في الدار سكنها مدة بدون اذن الآخر لا يلزم اجر حصة شريكه الا في الوقف ومال اليتيم	١٧
يفتي بما هو الانفع في ارض الوقف واليتيم اذا زرعا الشريك	١٩
لا ينفع احد الشريكين بحصة نفسه من المال المشترك الا باذنه صريحا او دلالة	٢١
ضابط الدلالة هو الاستعمال الذي لا يختلف باختلاف المتعمل	٢١

الفصل الثالث

٣٠

في بيان الديون المشتركة

احد الشريكين في الدين اذا سمي لحصته ثمنا او عين له وصفا لا يشاركه الآخر فيما قبضه	٣٤
عند اتحاد الدين حقيقة وحكما له ان يشاركه الا فيما زاد لاحدها من الدين عن حصة الآخر	٣٤
الشريكان في الدين لا يجوز لاحدها تاجيل كله اتفاقا وفي تاجيل نصيبه منه لا يجوز ايضا عند ابي حنيفة	٤٨
هذا في انشاء التأجيل اما الاقرار به فيصح لكن في حصة المقر فقط	٤٨
حكم التأجيل يختلف فيما اذا كان وجوب الدين بعقدها او لا بعقدها عما اذا كان يعقد احدها	٤٨

(ب)

صحيفة

(الباب الثاني)

٥٠

[في بيان القسمة ويشتمل على تسعة فصول]

(الفصل الاول)

[في بيان القسمة ويشتمل على تسعة فصول]

(الفصل الاول)

[في تعريف القسمة وتقسيمها]

٥٣ القسمة في المثليات تصح واحد الشريكين غائب لكن لا تنفذ حتى

يقبض النائب نصيبه

٥٣ لا خلاف في الحقيقة بين ما في الخانية والبزاية كما توهمه في رد المعتار

٥٦ اشتريا مثليا ثم اقتسامه يجوز لكل بعد القسمة بيعه مراجعة على خصته

من الثمن دون القيمي

(الفصل الثاني)

٥٨

[في بيان شرائط القسمة]

٦٤ قسمة الفضولي تتوقف على الاجازة من المالك بشرط بقاء ما وقعت

عليه القسمة ولا يشترط بقاء المالك

٦٥ غاب احد الشركاء فاقسموا بغيابه صحت موقوفة على اجازته وفي غير

الارث لا يجبرهم القاضي ويأمرهم بقسمة التراضي

٧١ قال ابو حنيفة لا يقسم العقار الموروث حتى يبرهنوا على موت المورث

وعدد الورثة

٧٣ يجوز للقاضي نصب وصي عن الصغير الغائب في قبض ماله لا في جعله

خصما عنه الا اذا كان حاضرا

(ج)

صحيفة

(الفصل الثالث)

٧٦

(في بيان قسمة الجمع)

لا تقسم الدور جبدا قسمة جمع الا بالتراضي ويجوز الجبر في البيوت ٨٤
النازل في الدار الواحدة حكمها كالبيوت والمتباينة في حكم الدور ٨٣

(الفصل الرابع)

٨٤

(في بيان قسمة التفريق)

المراد بالطريق المبين حكم قسمته في المادة ١١٤٣ ما كان ملكا لها ٨٨
كالدهليز لا السكة الغير نافذة
اقتسوا دارا على ان يكون الحائط بين الحصتين ملكا لاحدهما صح ٩٠
لكن ليس للملكه حق رفع جذوع الآخر الا بالشرط
دار ذات سفلى وعلو اقتسماها العلو لهذا والسفلى لهذا وفي العلو روتشتن ٩١
يطل على ساحة السفلى ليس اصاحب السفلى منعه الا بالشرط
قسمة الاراضي وفيها بناء على ثلاثة اوجه ٩٣
لا يجوز ادخال الدراهم في قسمة ما هو مشترك بين وقفين او اكثر ٩٤
وجاز بدون ادخالها

(الفصل السابع)

١٠٣

(في بيان فسخ القسمة واقالتها)

خرجت قرعة الاكثر وبقي اكثر من واحد ففي قسمة التراضي للباقي ١٠٣
الاكثر من واحد الرجوع ولا رجوع للواحد

(د)

صحيفة

- ١٠٦ اقتسموا التركة بدون قضاء القاضي ثم ظهر وارث آخر نقضها القاضي
١٠٨ المقبوض بالقسمة الفاسدة يثبت الملك فيه ويفيد جواز التصرف
١١١ الطريق والمسيل يدخلان في القسمة بدون ذكر الحقوق والمرافق اذا
كانا في ارض الغير لا في انصاء المقتسمين

(الفصل التاسع)

١١٩

(في بيان المهايأة)

- ١٢٥ التهايؤ في الاعيان المشتركة ان كان على الاستغلال فالزائد في نوبة
احدهما مشترك ان كان المستغل واحدا وان على المنافع اختص به
صاحب النوبة

(الباب الثالث)

١٣٢

(في بيان المسائل المتعلقة بالحيطان والجيران ويشتمل على اربعة فصول)

(الفصل الاول)

(في بيان بعض المسائل المتعلقة في احكام الاملاك)

- ١٣٩ تدلت اغصان شجرته على هواه جاره ولم يمكن تفريقه الا بالقطع
يستأذن جاره لقطعها وتماه هناك
١٤٠ خلاصة كلامهم المالك له التصرف في ملكه كيف شاء الا انه يمنع
في الضرر الفاحش لا المشكل
١٤١ وفي مسأله العلو والسفل يمنع في المشكل فضلا عن الفاحش لتعلق
حق الغير

(الفصل الثاني) (في حق المعاملات الجوية)	١٤١
اذن احد اصحاب الطريق الخاص لاحدهم باحداث ميزاب ونحوه يطالبونه جميعا بالرفع وللآذن الرجوع باذنه	١٦٤
حد القديم في الحقوق الجوية اقصى الوقت الذي تحفظه الناس	١٦٥
(الباب الرابع) (في بيان شركة الاباحة ويشتمل على سبعة فصول)	١٧٥
(الفصل الاول) (في بيان الاشياء المباحة وغير المباحة)	
المياه اربعة انواع	١٧٧
النهر الخاص تثبت الشفعة للشريك في حق الشرب ثم للجار الملاصق	١٧٩
(الفصل الثالث) (في بيان احكام الاشياء المباحة العمومية)	١٨٨
استعان بانسان للاختطاب او الاصطياد فعمل فالخطب والصيد للعامل	١٩٠
(الفصل الرابع) (في بيان حق الشرب والشفقة)	١٩٢
الشرب لا يباع ولا يوهب ولا يوزجر ولا يتصدق به	١٩٤

(و)

	صحيفة
(الفصل الخامس) (في احياء الموات)	٢٠٢
(الفصل السادس) (في بيان حريم الابار المحفورة والمياه المجرأة والاشجار المفروسة) (بالاذن السلطاني في الاراضي الموات)	٢١٠
(الفصل السابع) في بيان المسائل العائدة الى احكام الصيد الصيد مباح بمجمعة عشر شرطاً	٢١٧ ٢١٨
﴿ الباب الخامس ﴾ في بيان النفقات المشتركة ويشتمل على فصلين الفصل الاول في بيان تعبيرات الاموال المشتركة - وسائر مصارفها -	٢٢٩
اتفق احد الشريكين على تعمير المشترك واختلفا في قدر النفقة هل القول قوله ام يلزم البينة فيه تفصيل	٢٣٠
دفع احد الشريكين خراج الارض المشتركة بدون اذن الآخر يرجع على شريكه بخلاف الاكار والمستاجر	٢٣٢
خلاصة احكام الشريك في عمارته مع امكان القسمة او عدمه والاضطرار للعمارة او عدمه واذن القاضي او عدمه	٢٣٥
[الفصل الثاني] (في حق كرى الانهار والمجاري واصلاحها)	٢٤٥

(ز)

صحيفة

[الباب السادس]

٢٥٢

(في بيان شركة العقد ويشتمل على ستة فصول)

[الفصل الاول]

(في بيان شركة العقد وتقسيمها)

- ٢٥٥ الحكم في المزارعين ونحوهم مات احدهم واكثر تركته عروض
فقامت اولاده على العمل الخ
٢٥٧ عقدا شركة تقبل فالمشترك بينهما هو العمل ظاهرا وا
معنى وعليه اجر
مثل الآخر

[الفصل الثاني]

٢٥٧

(في بيان الشرائط العمومية في شركة العقد)

- ٢٥٩ لا يكون كل واحد منها كفيلا للآخر في شركة العنان اذا لم
تذكر الكفالة

[الفصل الثالث]

٢٦١

(في بيان الشرائط المخصوصة في شركة الاموال)

- ٢٦٩ شرط زيادة الربح للاقل عملا تصح في شركة الاعمال فقط لا في شركة
المال والعمل
٢٧٥ الامين يقبل قوله في دفع الضمان عن نفسه لا في ايجاب الضمان على الغير
٢٧٥ يكفي الاجمال في محاسبة التولي المعروف بالامانة وعند التهمة يلزمه
التفصيل ويخلف
٢٧٨ يموت احد الشركاء او جنونه تنسخ شركة العقد لا الملك

(ح)

صفحة

[الفصل الخامس]

٢٨٠

(في بيان شركة المفاوضة)

٢٨١ ضمان احد الشريكين في المفاوضة يلزمها في كل ما يشبه مال التجارة
وما الا فلا

[الفصل السادس]

٢٩٢

(في حق شركة العنان ويشتمل على ثلاثة مباحث)

« البحث الاول »

(في بيان المسائل العائدة الى شركة الاموال)

٣٠٣ لاحد الشريكين عانا ان يدفع المال لغيره مضاربة وفيها تفصيل

٣٠٤ المفاوض له ان يعقد شركة العنان مع آخر ولو عقدها مفاوضة صحت
باذن شريكه

« البحث الثاني »

٣٠٩

(في بيان مسائل عائدة الى شركة الاعمال)

(البحث الثاني)

٣١١

(في بيان الشركة العائدة الى شركة الاعمال)

٣١١ في شركة الاعمال لكل منها العمل والتقبل الا اذا نص على نفي
التقبل فتفسد

(ط)

٣٢٠ ما اكتبه الاب والابن وها في صنعة واحدة انما يكون للاب
لا للابن بشروط .

٣٢١ ﴿ المبحث الثالث ﴾

(في بيان مسائل عائدة الى شركة الوجوه)

٣٢٥ ﴿ الباب السابع ﴾

(في حق احكام المضاربة ويشتمل على ثلاثة فصول)

﴿ الفصل الاول ﴾

(في بيان تعريف المضاربة وتقسيمها) ٣٢٥

﴿ الفصل الثاني ﴾

(في بيان شروط المضاربة) ٣٢٨

٣٣١ احد الشريكين اذا دفع المال الى المضارب وشروط عمل شريكه معه لا يجوز

٣٣٣ يشترط ثلاثة امور لتعيين الحصة من الربح في شركة المضاربة

٣٣٤ كل شرط يوجب جهالة في الربح او يقطع الشركة فيه يفسدها

والا بطل شرط الخ

٣٣٦ القول لمدعي الصحة في العقود مقيد بما اذا لم يدفع مدعي الفساد

استحقاق مال على نفسه

﴿ الفصل الثالث ﴾

٣٣٦

(في بيان احكام المضاربة)

- الحيلة في رأس المال المضاربة ان يكون مضموناً على المضارب لا امانة ٣٣٦
المضارب لا يتجر مع امراته وولده الكبير ووالديه خلافاً لها الا
بمثل القيمة او اكثر .
الاصل كل تجارة لو باشرها المضارب تصح على رب المال فاذا وكل
في ذلك تصح عليه ايضاً .
دفع الى رجل الفاً بالنصف ثم الفاً كذلك فخلط الماين فهو على ثلاثة اوجه ٣٤٥
بيان صورة الاستدانة على المضاربة التي لا يملكها المضارب الا بالاذن ٣٤٦
العزل الحكمي والقصدي سواء في عدم منم المضارب من بيع المال ٣٥٩
الوكيل ينزل بالعزل الحكمي مطلقاً علم ام لم يعلم وبالقصدي لا الا اذا علم ٣٦٠
مات المضارب مديوناً فرب المال ياخذ ماله مع نصيبه من الربح الباقي للفرما ٣٦٦
دفع الفاً مضاربة فاشترى عبداً بالف الخ السنة على اربعة اوجه ٣٦٧
ادعى المضارب العموم في كل تجارة ورب المال الخصوص القول للمضارب ٣٦٨

﴿ الباب الثامن ﴾

٣٧٠

(في بيان المزارعة والمساقاة وينقسم الى فطين)

﴿ الفصل الاول ﴾

(في بيان المزارعة)

- فساد المزارعة ادم تعيين ما يزرع او يقينه مقيد بمدة عدم الزرع ٣٧٢
وبالزرع يرتقم الفساد .
تحالف المساقاة المزارعة في اربعة اشياء ٣٩١

﴿ الكتاب الحادي عشر - في الوكالة ﴾ ٤٠١

- ويشتمل على مقدمة وثلاثة ابواب -

- ك -

المقدمة

(في الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالوكالة)

الباب الاول

٤٠٤

(في بيان ركن الوكالة وتقسيمها)

الباب الثاني

٤١٣

(في بيان شروط الوكالة)

٤١٧ من الشروط الراجعة الى الوكيل علم الوكيل بالوكالة او علم من يعامله

٤٢٠ حقوق الله نوعان وحقوق العباد على نوعين فانظر ما يجوز فيه

التوكيل وما لا يجوز

الباب الثالث

٤٢٣

(في بيان احكام الوكالة ويشتمل على ستة فصول)

الفصل الاول

(في بيان احكام الوكالة العمومية)

٤٢٤ الوكيل اذا لم تصح اضافته العقد الى نفسه كالوكيل عن الزوج في الطلاق

يكون رسولا لا وكيلا

٤٣٣ وكيل البيع دفع السلمة الى الدلال فغاب فضاءت في يده المختار يضمن

الوكيل الا اذا جرت العادة في ذلك

- ل -

- ٤٣٥ ادعى انه وكيل النائب نقض دينه فصدقه الغريم امر بدفعه اليه عملاً
بإقراره ولا يصدق لو ادعى الايعاء .
- ٤٤١ ليس للوكيل ان يوكل بلا اذن ولا اعمل برأيك الا في ثلاث مسائل
- ٤٤١ - الوكيل بشراء جارية بدون بيان انها للوطى . فاستدى للموكل اخته
رضاعاً يقم للموكل .
- ٤٦٩ امره بشراء فرس فقال المأمور اشتريته لك والامر لنفسك للمسئلة
ثمانية اوجه
- ٤٧٤ لا يجوز عقد الوكيل مع من لا تقبل شهادته له وتجوز مع من لا تقبل لموكله
- ٤٧٦ الحكم فيمن امر رجلاً ببيع عبده فباع وسلم فوجد به المشتري عيباً
لا يحدث مثله الخ
- ٤٧٨ الوكيل بشراء عبد بعينه بالف اذا شراء بالف ومائة ثم حط عنه
البائع مائة العمد للوكيل
- ٤٨٣ كل بائع او مشتر او مستاجر يملك الاقالة الا في مسائل منها
أجر المتولي الوقف ثم اقال ولا مصلحة لم تجز .

﴿ الفصل الثالث ﴾ ٤٨٣
(في الوكالة بالبيع)

- ٤٨٩ الوكيل بالبيع المطلق يجوز بيعه نيئة وبالنبن الفاحش اذا لم
توجد قرينة التقييد
- ٤٩٠ اختلف الوكيل والموكل في الاطلاق والتقييد او في تعيين العير القول للموكل

﴿ الفصل الرابع ﴾ ٥٠٠
(في بيان المسائل المتعلقة بالامور)

﴿ ٥١٢ الفصل الخامس في حق الوكالة بالخصومة ﴾

٥١٥ وكله بخصوماته على ان يكون وكيلًا فيما بينه لا وكيلًا عنه في دفع
يأتي به المدعي عليه يصح

﴿ الفصل السادس ﴾

٥١٩ (في بيان المسائل المتطقة بعزل الوكيل)

٥٢٠ عدم جواز عزل الوكيل فيما يتعلق به حق الغير شامل لنفس الوكيل اذا
تعلق له حق بوكالته

٥٢٣ يشترط لعزل الوكيل نفسه علم الموكل والا فتصرفه فيما وكل فيه بعد
العزل وقبل علم الموكل عائد للموكل

٥٢٩ مسائل ينعزل فيها الوكيل لم تذكر في المجلة

﴿ ٥٣٢ الكتاب الثاني عشر في الصلح والابراء ﴾

(ويشتمل على مقدمة واربعة ابواب)

المقدمة

(في بيان الاصلاحات الفقهية المتطقة بالصلح والابراء)

٥٣٥ الابراء الخاص بالعين غير صحيح من جهة جواز الادعاء بها صحيح في
عدم ضمانها

﴿ الباب الثالث ﴾

٥٤٨

في المصالح عنه ويشتمل على فصلين

﴿ الفصل الاول ﴾

(في الصلح عن الاعيان)

- صحيفة
- ٥٥٣ عند محمد الصلح عن مال على منفعة يعتبر اجارة . طلقا خلافا للثاني
المتون على قول محمد
- ٥٥٤ شرط جواز الصلح عن منفعة بمنفعة اتفقاها جنسا
- ٥٥٦ كون الشفعة لا تجري في المصلح مقيد بما اذا لم يكن المنكر قبض
بدل الصلح
- ٥٥٩ الصلح على بعض المين المصلح عنها صحيح ويحمل على الابراء عن الدعوى
بها وهو ظاهر الرواية

﴿ الفصل الثاني ﴾ ٥٦٢

(في بيان الصلح عن الدين اى الطلب وسائر الحقوق)

- ٥٦٦ انظر الضابطه لصحة الصلح عن سكة خالصة على سكة منشوشة
وتقييد جوازه بامرئ
- ٥٦٨ الصلح عن دعوى حق الشفعة والشرب ووضع الجذوع لدغم اليمين
جائز وبعد الثبوت لا يجوز تسقط الدعوى

﴿ الباب الرابع ﴾ ٥٦٩

(في بيان احكام الصلح والابراء ويشتمل على فصلين)

﴿ الفصل الاول ﴾ ٥٧٤

(في المسائل المتعلقة باحكام الصلح)

﴿ الفصل الثاني ﴾

(في بيان المسائل المتعلقة باحكام الابراء)

- ٥٨٩ الابراء اذا كان اسقاطا محضا يتم من غير قبول وان تملكها من وجه
يقبل الارتداد بالرد

(س)

صحيفة

٦٠٥ لا يشترط بيان سبب صالح اصحة الاقرار لرضيع او صغير بخلاف الجنين
٦١١ لجهة المتعلقة بالاقرار اما في المقر له او المقر به او المقر

﴿ الباب الثاني ﴾ ٦١٥

(في بيان وجوه صحة الاقرار) ٦١٥

٦٢٠ في كل موضع بطل الاقرار يرد المقر له لو اعاد الاقرار فصدقه المقر له
اخذه استحسانا

٦٣٦ الاصل بطلان الاقرار بتكذيب الحاكم الا في مستثنين

٦٥٠ ادعى انه كاذب في اقراره يحلف على عدم الكذب الا في مستثنين

﴿ الفصل الثاني ﴾ ٦٥٢

(في بيان نفي الملك والاسم المستعار)

﴿ الفصل الثالث ﴾ ٦٥٨

(في بيان اقرار المريض)

٦٦٥ اقرار المريض الاجنبي بدين نافذ بتصديق الورثة ولا حاجة لتصديقه

بعد الموت بخلاف الوصية بما زاد على الثلث °

٦٦٨ في الوصية العبرة لكونه وارثا ام لا عند الموت وفي الاقرار تفصيل
فارجع اليه

٦٧٢ اقر بنسب او نكاح ثم مات المقر فصدقه المقر له بعد موته صح تصديقه

٦٨٢ قضاء المريض دينه لبعض الفرما، نوعان نوع لهم مشاركة الدائن فيما
قضه ونوع لا

٦٨٦ كفاية للمريض ثلاثة اوجه كدين الصحة وبمثلة دين المرض وتارة

كسائر الوصايا راجعها

(ع)

صحيفة

﴿ الباب الرابع ﴾
(في بيان الاقرار بالكتابة)
« مسائل شتى من كتاب الاقرار »

٦٨٨

٧٠١



الجزء الخامس

شرح المجمل

تأليف

العلامة الكبير والفقير المحقق الشهير المرحوم مفتي حمص الاسبغ

محمد الأستغاثي

عني بإتمام ما فات المؤلف نشره من المواد وإبرازه الى عالم
الطبوعات ولاة مفتي حمص الحالي

محمد الأستغاثي

المكتبة الجديية

كانسي رود كوتله
باكستان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله حق حمده ، والصلاة والسلام على نبيه وعبداه ؛
وعلى آله وصحبه والتابعين وتابعيهم من بعده ، امين

الكتاب الرابع عشر

في الدعوى

- ويشتمل على مقدمة وفصلين -

- المقدمة -

في بيان الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالدعوى

المادة ١٦١٣ - الدعوى هي طلب احد حقه من آخر في حضور
الحاكم ويقال للطالب المدعي وللمطلوب منه المدعى عليه

الدعوى اسم وليس بمصدر والفعل ادعى والمصدر ادعاء والف الدعوى
للتأنيث فلا تنون وتجمع على دعاوي بكسر الواو على الاصل وبفتحةا محافظة
على الف التأنيث قبل الفتح اولى وقبل الكسر وقيل هما سواء. ومثله
الفتوى والفتاوي بجر عن المصباح وما في الكافي والعيني من انه بالفتح لا
غير تعقبه غرمي بقوله ومن صححه بالفتح والكسر ابن الشحنة في شرح
الرهانية (ابو السرور)

والدعوى لغة اضافة الشيء الى نفسه مطلقاً سواء كان في حالة المنازعة اولاً وشرعاً كما في الكثر وغيره اضافة الشيء الى نفسه حال المنازعة فقط فاضافة الرجل شيئاً الى ملكه ، ولا منازع له فيه تسمى دعوى لغة لا شرعاً . وتعريفها بانها طلب احد حقه من اخر الخ كما في هذه المادة تبعاً للتنوير ، اغني عن التقييد بكونها حالة المنازعة ، لان الطاب من الاخر يشعر بانه هو المنازع ولم يقل هنا كما قال في التنوير قول مقبول يقصد به طلب حق قبل غيره الخ ليشمل ما اذا لم يقدر على الدعوى بالقول فان كتابته حينئذ تكفي لما في التكملة عن خزانة المفتين ولو كان المبدعي عاجزاً عن الدعوى عن ظهر القلب يكتب دعواه في صحيفة ويدعي بها فتسمع دعواه اه . قال في مجمع الانهر : وفيه اشارة الى انه لو كتب صورة الدعوى بلا عجز عن تقريرها لا تسمع كما في التمهتاني اه .

قيل ان التعريف المذكور في هذه المادة ، غير جامع اذ يخرج عنه دعوى دفع التعرض فانها صحيحة مسوعة ، مع انه لا يطلب فيها حق من آخر فال في التكملة عازيا الى البرازية والفتوى على ان دعوى دفع التعرض صحيحة فانه ذكر في الجامع الصغير : ارض يدعيها رجلان كل يقول في يدي لا يقضى باليد لواحد منها ولو اقر احدهما باليد لآخر لا يقضى له به ولو برهن احدهما باليد يقضى له باليد ، لانه قام على خصم لتزاعه له في اليد . دل هذا على ان دعوى دفع التعرض ، مسوعة لعدم ثبوت اليد للآخر اه واجيب بان هذا مسلم لو اريد بالحق الذي يطلبه المدعي الامر الوجودي كأن يقول هذا المال لي اريد ان يسلمه اليّ فلو اريد ما يعم الوجودي وهو هذا والعدمي - كان يقول لاحق لهذا في مالي واثبت كونه ذا يد عليه واطلب ان لا يتعرض لي فيه ، لم يحتج الى هذه الزيادة لان عدم التعرض حق ، لكنه عدمي اه . ملخصاً من الدرر وحواشيه وقد ظهر مما تقدم عن البرازية ان دعوى دفع التعرض عبارة عن اثبات يده على الشيء . باليدنة الشرعية في وجه من ينازعه فيها ليدفع تعرضه له وان نتيجة الحكم له باليد ليس الا دفع تعرض المنازع له بغير حق فما دام لا حجة له ، فهو ممنوع عن التعرض حتى يجد

حجة فيتعرض بها وعليه فالحكم لمدعى اليد بكون اليد له مانع للمقضي عليه من الخصومة في اليد المحكوم بها وكفى بهذا فائدة للحكم فما نقله في التكملة عن الحموي من انه لا فائدة هذا الحكم وكذا ما اجاب عنه في التكملة ساقط فافهم وهذا بخلاف دعوى قطع النزاع بينه وبين غيره فانها لا تسم كما في الدر وحقيقتها كما في التكملة عن فتاوى قارى. الهداية ان يطلب من القاضي قطع النزاع بينه وبين شخص ان كان له حق فليطالبه به والا يشهد عليه انه لا يستحق عليه شيئاً من الحقوق فلا تسم هذه الدعوى لان المدعي لا يجبر على الدعوى لان الحق له ثم ان المراد بالحكم في قوله هنا في حضور الحاكم ما يعم المحكم فيما يجوز به التحكيم بشروطه الآتية في كتاب القضاء وعبارة الملتقى مع شرحه مجمع الانهر هي اي الدعوى اخبار عند القاضي او المحكم فانه شرط كما في الكافي وغيره اه . ثم ان المدعى كما في الكثر والفرر والملتقى والتنوير ، من اذا ترك ترك والمدعى عليه بخلافه وهو معنى قول القدوري ان المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر عليها اذا تركها

وقوله يقال للطالب المدعي وللمطلوب المدعى عليه فيه نوع لشارة الى هذا الحد لان الطالب من حيث انه طالب غير مجبور على الخصومة والمطلوب من حيث انه مطلوب مجبور عليها تأمل قال الزيلعي تبعاً للهداية وقد اختلف عبارة المشايخ في حدها فما ذكر هنا يعني في متن الكثر وهو حد صحيح لكونه جامعاً للحدود مانعاً من دخول غيره فيه وقيل المدعى من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يستحق بقوله من غير حجة كصاحب اليد . وقيل المدعي من يلمس خلاف الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر . وقيل المدعى من يشتم كلامه على الاثبات فلا يصير خصماً بالتكلم بالنفي فان الخارج لو قال لذي اليه هذا النبي . ليس لك لا يكون خصماً ومدعياً ما لم يقل هو لي والمدعى عليه من يشتم كلامه على النفي فيكتفى به منه فان ذا اليد لو قال ليس هذا لك كان خصماً بهذا القدر وقوله هو لي فضلة في الكلام غير محتاج اليه وقيل كل من يشهد بما في يد غيره لنفسه ، فهو مدع وكل من يشهد

بما في يد نفسه لنفسه فهو منكر ومدعى عليه وكل من يشهد بنا في يد غيره لغيره فهو شاهد وكل من يشهد بنا في يده لغيره فهو مقر اه . وتامه فيه ومن اراد الوقوف على انتقاض هذه الحدود جما او مناقطيه بشروح الهداية وقد علمت ان الحد الصحيح ما ذكر في الكتز وغيره تبعا للقدوري وانما اختلفت عبارات المشايخ في حده ، لان معرفة الفرق بين المدعي والمدعى عليه من اهم ما ينبغي عليه مسائل الدعوى كما في الزيلعي والهداية قال قاضي زاده فان النبي صلى الله عليه وسلم قال البينة على المدعي واليمين على من انكره والانسان قد يكون مدعيا صورة ومع ذلك يكون القول قوله مع يمينه كما في المودع اذا ادعى رد الوديعة على ما ذكر في الكتاب فلا بد من معرفتها اه .

المادة ١٦١٤ - المدعى هو الشيء الذي ادعاه المدعي ويقال له المدعى به ايضا .

وفي طلبة الطلبة ولا يقال مدعى فيه وبه وان كان تتكلم به المتفقه الا انه مشهور فخر خير من الصواب المهجور حموي وحينئذ يستغنى عما قيل من ان الادعاء يتضمن معنى الاخبار فيعدى بالباء كذا في حاشية ابي السعود .

المادة ١٦١٥ - التناقض هو سبق كلام من المدعي مناقض لدعواه اي سبق كلام موجب لبطلان دعواه .

التناقض لغة التدافع يقال تناقضا اي تدافعا كأن كل واحد منهما نقض الآخر . وفي كلامه تناقض اذا كان بعضه يقتضي ابطال بعض (مصباح) وهو اعم من معناه الاصطلاحي فانه تدافع المدعي في كلامه بين يدي القاضي كما هو صريح هذه المادة وهل يشترط كون كل من الكلامين المتدافعين ، عند القاضي قيل نعم واختاره صاحب النهر لان متعلق التناقض هو الدعوى ومن شروطها ان تكون لدى القاضي وقيل يكفي ان يكون الكلام الثاني عند القاضي

لان به التناقض واختاره صاحب البحر وفي شرح المقدسي ينبغي ان يكفي كون احدهما عند القاضي بل يكاد ان يكون الخلاف لفظيا لان الذي حصل سابقا على مجلس القضاء لا بد ان يثبت عنده ليرتب على ما عنده حصول التناقض والثابت بالبيان كالثابت بالعيان فكانها في مجلس القاضي فالذي شرط كونها في مجلسه يعم الحقيقي والحكمي في السابق واللاحق اه . اقول واستظهر العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر ترجيح عدم اشتراط كون الكلامين عند القاضي وظاهر كلامه وكلام المقدسي انه لو كان الكلام الاول فقط عند القاضي يثبت التناقض والمذكور في البحر انهم اختلفوا في اشتراط كون الكلامين عند القاضي فمنهم من شرطه ومنهم من شرط كون الثاني فقط عند القاضي ذكر القولين في البرازية ولم يرجح اه . وهو ظاهر في انه لم يقل احد منهم انه يكفي في حصول التناقض ، ان يكون الكلام الاول فقط عند القاضي فما قالاه مصادم للنقول وان كان له وجه وجيه فليأمل والذي يظهر لي انه ان اريد بالتناقض التناقض بالدعوى وهو ما يكون . انما للقاضي من سماع دعوى المدعي من دون ان يكلف احد المتخاصمين الى بينة او عيّن ، فلا بد فيه من اشتراط كون الكلامين عنده كأن يدعي شخص لدى القاضي عينا في يد اخر بالشراء ، ثم يدعيها بالارث فان القاضي بتجرد دعواه يتمه وان اريد به التناقض بالكلام وهو ما يكون سببا لرد دعواه بعد ان سمعها القاضي فشرطه ان يكون احد الكلامين فقط عند القاضي سواء كان الاول كان يدعي عليه عينا ثم يطلب شراؤها منه في غير مجلس القاضي او الثاني كان يدعي عليه عينا ، وقد كان طلب شراؤها منه قبل الدعوى فان هذا النوع من التناقض لم يمنع القاضي عن سماع دعواه ولهذا يكلف مدعي الكلام الثاني او الاول لاثباته بالبينة واذا عجز كان له تحليف منكره نعم هو سبب لرد دعواه بعد ثبوته بخلاف النوع الاول فانه يتم القاضي من سماع دعواه بمجرد كلاميه المتدافعين لديه والذي يظهر لي ان التناقض نوعان تناقض في الدعوى وهو ما يكون انما للقاضي من سماع دعوى المدعي بدون تكليف

احد المتخاصمين لينة او عين وهذا اذا يتحقق اذا كان كل من الكلامين المتدافعين عند القاضي كان يدعي شخص لدي القاضي عينا في يد اخر بالشراء ثم يدعيها لديه بالارث فان القاضي بمجرد دعواه ينعمه من الدعوى لتناقضه فيها وهذا النوع هو المراد لمن اشترط كون الكلامين عند القاضي وتناقض في الكلام وهو ما يكون سببا لرد دعواه بعد ان سمعها القاضي وهذا انما يتحقق اذا كان الكلام الثاني فقط عند القاضي كأن يدعي على اخر عينا بانها ملكه ارثاً له عن ابيه ثم اثبت المدعي عليه انه كان طلب شراءها منه قبل الدعوى فان القاضي يرد دعواه التي كان سمعها لانها متناقضة مع كلامه الاول وهذا هو المراد لمن اشترط كون الكلام الثاني فقط عند القاضي ومن تتبع المسائل والفروع المبنية على التناقض في كتب الفقهاء وجد بعضها مبني على النوع الاول منه وبعضها على النوع الثاني لا غير فان قيل ان رد القاضي دعوى المدعي بعد سماعها يتحقق اذا كان الكلام الاول فقط عند القاضي كان يدعي عليه عينا ثم قبل الحكم يطلب شراءها من المدعي عليه فان القاضي يرد دعواه مع انه لم يتحقق شرط التناقض وهو كون الكلام الثاني فقط عند القاضي فرجنا الى ما اقتضاه كلام المقدسي وابن عابدين من انه يكفي ان يكون احد الكلامين سواء كان الاول او الثاني عند القاضي قلنا رد هذه الدعوى التي وجد فيها الكلام الاول فقط عند القاضي ليس للتناقض بل لرجوع المدعي عن دعواه بتكذيب اياها الا ترى انه حين الدعوى لم يكن متناقضا بخلاف ما اذا كان الكلام الثاني عند القاضي فان رد دعواه بعد سماعها ليس الا لتناقضه حين الدعوى فتأمله جداً فانه دقيق .



الباب الاول

في شروط الدعوى وامطامرها ودفعتها

- ويشتمل على اربعة فصول -

الفصل الاول

في بيان شروط صحة الدعوى

المادة ١٦١٦ - يشترط ان يكون المدعي والمدعى عليه عاقلين فدعوى المجنون والصبي غير المميز ليست بصحيحة ولكن يصح ان يكون اولياؤها واوصياؤها مدعين او مدعى عليهم في محلها .

واذا لم يكن للصبي وصي وطلب المدعي من القاضي ان ينصب عنه وصيا اجابه القاضي الى ذلك (تكلمة) وفي جامع احكام الصغار الدعوى من الصبي المحجور وعليه ، غير صحيحة اما الصبي المأذون له فدعواه صحيحة ان كان مدعيا وان كان مدعي عليه فجوابه ايضا صحيح اه .
الصبي العاقل المأذون له يستحلف ويقضى عليه بالنكول ولا يستحلف الاب في مال الصبي والوصي في مال اليتيم ولا التولي في مال الوقف ، الا اذا ادعى عليهم العقد فيستحلفون حينئذ زيلعي

وفي التكملة ذكر بعض المتأخرين ان حضرة الصغير عند الدعاوي شرط وفي جامع احكام الصغار ولو ادعى على صبي محجور شيئا وله

وصي حاضر لا يشترط حضور الصبي هكذا ذكر شيخ الاسلام ولم يفصل
بينما اذا كان المدعى ديناً او عيناً وجب الدين مباشرة هذا الوصي اولا .
وذكر الناطقي في اجناسه اذا كان الدين واجباً مباشرة هذا الوصي لا يشترط
احضار الصبي . وفي ادب القاضي للخفاف اذا وقع الدعوى على المحجور
عليه اذا لم يكن للمدعي عليه بينة ، فليس له حق احضاره الى باب
القاضي لانه لو حضر لا يتوجه عليه اليمين لانه لو نكل لا يقضى بنكوله
وان كانت له بينة وهو يدعي عليه الاستهلاك ، كان له حق احضاره ،
لان الصبي موأخذ بافعاله والشهود يحتاجون الى الاشارة اليه فكان له
حق احضاره ولكن يحضر معه ابوه حتى اذا لزم الصبي شيء . يؤدي
عنه ابوه من ماله اه .

المادة - ١٦١٧ يشترط ان يكون المدعى عليه معلوماً بنآء
عليه اذا قال المدعي لي على احد من اهل القرية الفلانية او
على اناس من اهلها مقدار كذا لا تصح دعواه ويلزم عليه
تعيين المدعى عليه .

لعدم امكان القضاء على مجهول وعن هذا افتى في الحيرية في جماعة يضربون
بالبنديق فاصابت بندقة منهم وجه صغير فبضته ولم يعلم الضارب بعينه
بانه حيث لم يعلم الضارب ولم يعين لا تسع الدعوى على جميع الضاربين
حيث لا يتصور الضرب منهم باجمعهم لان ذلك محال اه . وبمثله
افتى في الحامدية .

المادة ١٦١٨ - يشترط حضور الخصم حين الدعوى واذا
امتنع المدعي عليه من المجيء . الى المحكمة وارسال وكيل عنه
اليها فالمعاملة التي تجري في حقه تستدكر في باب القضاء
المراد من المحكمة هنا مجلس القضاء . اي محل جلوس القاضي له

حيث اتفق ولو في بيت او دكان كما في التكملة وعبارة التنوير مجلس
القضاء وحضور خصمه اه . فيؤخذ من مفهوم هذه المادة بيان الشرط
الاول وهو مجلس القضاء فان مجلس الدعوى في مجلس غيره ، لا تصح حتى
لا يجب على المدعى عليه جوابه كما في الدرر ومن منظورها بيان الشرط
الثاني وهو حضور الخصم فانه لا يقضى على غائب كما في الدرر ويأتي في
القضاء . وهل يحضر القاضي الخدم بتجرد الدعوى

قال في البحر : ان كان في المصر او قريباً منه بحيث لو اجاب بيت
في منزله نعم ، وان ابعد منه قيل يامر باقامة البينة على موافقة دعواه
لاحضار خصمه والمستور في هذا يكفي فاذا اتاها يامر انسانا يحضر
خصمه وقيل يلغفه القاضي اي بالله انه صادق فيما يدعي فان نكل اقامه
عن مجلسه وان حلف امر باحضاره اه . قال قاضيان فاذا اقام البينة
قبل بيته للشخص اي الاحضار ، لا للقضاء . فاذا حضر اعاد البينة
ثانياً فان عدت قضي عليه كما في شرح ادب القاضي قال الشلبي وعمل
قضاة زماننا على خلاف ما تقدم فاذا اتى لهم شخص فقال لي دعوى
على شخص يامرون باحضاره من غير ان يتفسروا المدعي عن دعواه
ليعلموا صحتها من فادها . وهذا منهم غفلة عما ذكره او جهل به اه .
قال في البحر ولم يذكر الشارحون هنا حكم استيفاء ذي الحق حقه
من الغير بلا قضاء . واجبت جمعه هنا من مواضعه كثيراً للفوائد وتيسيراً
على طالبها فان كان الحق حد قذف ، فلا يستوفيه بنفسه ، لان فيه حق
الله تعالى اتفاقاً والاصح ان الطالب فيه حقه تعالى فلا يستوفيه الا من
يقم الحدود ولكن بطلب المقذوف كما بيناه في بابه وان كان قصاصاً
فقال في جنایات البرازية قتل الرجل عمداً وله ولي ، له ان يقتضي بالسيف
قضى به اولاً ويضرب علاوته يعني رأسه ولو رام قتله بغير سيف منع
وان فعل عزر ولكن لا يضمن لاستيفائه حقه اه . وان كان تعزيراً
ففي حدود القنية . ضرب غيره بغير حق وضربه الضروب ايضاً انها
يعزران ويبدأ باقامة التعزير بالبادي . منها لانه اظلم والوجوب عليه

سبق اه . واما اذا شتمه ، فله ان يقول له مثله والاولى تركه . وقالوا
للزوج ان يؤدب زوجته وفي جامع الفصولين من التحليف ومن عليه
التغزير لو مكن صاحب الحق منه اقامه اه . وان كان عيناً ، ففي اجارة
القنية ولو غاب المستأجر بعد السنة ولم يسلم المفتاح الى الاجر ، فله ان
يتخذ له مقطاحاً آخر ولو اجره من غيره بغير اذن الحاكم جاز اه . وقد
صارت حادثة الفتوى . مضت المدة وغاب المستأجر وترك متاعه في الدار
فاقتت بان له ان يفتح الدار ويسكن فيها واما المتاع فيجمله الى ناحية
الى حضور صاحبه ولا يتوقف الفتح على اذن القاضي ، اخذاً مما تقدم
عن القنية وفي غصب منية المفتي : اخذت اغصان شجرة انسان هوا . دار
اخر فقطع رب الدار الاغصان فان كانت الاغصان بجبال يمكن ان يشدها
بجبل ويفرغ هوا . داره ، ضمن القاطع ، وان لم يمكن لا يضمن اذا قطع
من موضع لو رفع الى الحاكم امر بالقطع من ذلك الموضع اه .
وان كان بناً ففي مداينات القنية رب الدين اذا ظفر من جنس حقه
من مال المديون على صفته فله اخذه بغير رضاه ولا ياخذ خلاف جنسه
كالدرهم والدنانير وعند الشافعي له اخذه بقدر قيمته وعن ابي بكر
الرازي له اخذ الدنانير بالدرهم وكذا اخذ الدرهم بالدنانير استحساناً لا
قياساً . ولو اخذ غير رب الدين جنس الحق من القريم ودفعه لرب الدين
قال ابن سلمة هو غاصب والداين غاصب الغاصب فان ضمن الآخذ لم
يصر قصاصاً بدينه وان ضمن الداين صار قصاصاً . وقال نصير بن يحيى
صار قصاصاً بدينه والآخذ معين له وبه يفتى ولو غصب جنس الدين من
المديون فقصبه منه الداين فالمختار هنا قول ابن سلمة اه .
وظاهر قول اصحابنا ان له الاخذ من جنسه مقراً كان او منكراً له بيينة
اولاً . ولم ار حكماً ما اذا لم يتوصل اليه الا بكسر الباب ونقب الجدار
وينبغي ان له ذلك حيث لا يمكنه الاخذ بالحكم . واذا اخذ غير جنس الحق
بغير اذنه قتل في يده ضمنه ضمان الرهن كما في غصب البرازية ولم ار
حكماً ما اذا ظفر بتال مديون مديونه والجنس واحد فيها وينبغي ان

يجوز الى هنا عبارة البحر

المادة ١٦١٩ - يشترط ان يكون المدعى به معلوماً فلا
تصح الدعوى اذا كان مجهولاً .

قال في البحر لان فائدتها الاثام بواسطة اقامة الحججة . والاثام في
المجهول لا يتحقق . ويستثنى من فساد الدعوى بالمجهول دعوى الرهن والقبض
لما في الخاتمة مغزياً الى رهن الاصل اذا شهدوا انه رهن عنده ثوبا ولم
يسوا الثوب ولم يعرفوا عينه جازت شهادتهم والقول للمرتين في اي ثوب
كان وكذلك في القصب اه . فالدعوى بالاولى . ولم ار اشتراط لفظ
مخصوص للدعوى وينبغي اشتراط ما يدل على الجزم والتحقيق ولو قال
اشك او اظن لم تصح الدعوى اه . قال محشي العلامة ابن عابدين اقول
وفي المراج وفساد الدعوى اما ان لا يكون لزمه شي . على الخصم او
يكون المدعى مجهولاً في نفسه ولا يعلم فيه خلاف الا في الوصية بان
ادعى حقاً من وصية او اقرار فانها يصحان بالمجهول وتصح دعوى الابراء
عن المجهول بلا خلاف اه . فبلفت المستثنيات خمسة تأمل اه .

واعلم ان معتبرات المتون كالقدوري والكتز والوقاية والملقى ، اطلقت
القول في انه لا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئاً معلوماً في جنسه وقدره مع ان هذا
في دعوى الدين لا في دعوى العين كما صرح به صدر الشريعة في شرح
الرقاية ، وكذا قاضي زاده في تكملة الفتح فان العين اذا كانت حاضرة
تكفي الاشارة اليها بان هذه ملك لي وان كانت غائبة يجب ان يذكر
قيمتها على ما سيأتي تفصيله في المادة الآتية . فلعل اطلاق المتون اشتراط
ذكر الجنس والقدر في الدعوى وعدم تقييد ذلك بالدين بناء على ان فهم
المراد بها مما يذكر بعدها من تفصيل احوال دعوى الاعيان . والمتأخرون
كصاحب الدرر والتنوير وغيرهما قد لاحظوا وجوب تقييد ذلك الاشتراط

بالدين فغيرها في متونهم الى التصريح بكل نوع من الدعاوي على حدة مع بيان شرايطه المخصوصة وعلى هذا جرت المجلة حيث لم تقيد بمعلومية المدعى بيان جنسه وقدره كما ترى .

المادة ١٦٢٠ - معلومية المدعى به بالاشارة او الوصف

والتعريف وهو انه اذا كان عينا منقولاً وكان حاضراً في مجلس المحاكمة فالاشارة اليه كافية ، وان لم يكن حاضراً فالوصف والتعريف وبيان قيمته ، يكون معلوماً وان كان عقاراً يعين ببيان حدوده وان كان ديناً يلزم بيان جنسه ونوعه ومقداره كما يتضح في المواد الآتية

حاصله ان المدعى به اما ان يكون ديناً او عينا والعين اما ان تكون منقولة او غير منقول والمنقول اما ان يكون قائماً او هالكا والقائم اما ان يكون حاضراً او غائبا والغائب اما ان يكون ممكن الحضور بلا كلفة اولا ولكل قسم من هذه الاقسام حكم على حدة مبين في مادة من المواد الآتية فاما اذا كان المدعى به ديناً فلا تصح الدعوى به الا بعد بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته وسيأتي بيانه في المادة ١٦٢٦ واما اذا كان عينا منقولاً - فان كان حاضراً في مجلس المحاكمة او ممكنا حضوره بلا مصرف ، فالاشارة اليه كافية وان كان غائبا لا يمكن احضاره الا بكلفة او كان هالكا فلا بد من تعريفه وبيان قيمته وسيأتي اقسام هذا في المادة ١٦٢١ الآتية . واما اذا كان غير منقول اي عقاراً فلا بد من ذكر بلده وقريته ومحلته وزقاقه وحدوده على ما سيأتي توضيحه في المادة ١٦٢٣ وسنذكر في شرح هذه المواد ما لا بد للحاكم من الوقوف عليه وهذا كله في دعوى الدين او العين اما دعوى العقد من بيع واجارة

ووصية وغيرها من اسباب الملك فلا بد من بيان الطوع والرغبة بان يقول باع منه طائفا ورابعا في حال نفاذ تصرفه لاحتمال الاكراه . وفي ذكر التخارج والصلح عن التركة لا بد من بيان انواع التركة وتحديد العقار وبيان قيمة كل نوع ، ليغام ان الصلح لم يقع على ازيد من قيمة نصيبه لانهم لو استهلكوا التركة ثم صالحوا المدعي على ازيد من نصيبه لم يجز عندهم كما في القصب . وفي دعوى البيع مكرها لا حاجة الى تعيين المكره هذا ما حررته من كلامهم كذا في البحر وفي التكملة عن جامع الفصولين : ولو ادعى مسيل ماء في دار آخر لا بد ان يبين انه مسيل ماء المطر او ماء الوضوء . وينبغي ان يبين موضع المسيل انه في مقدم البيت او مؤخره ولو ادعى طريقا في دار الاخر ينبغي ان يبين طوله وعرضه وموضعه من الدار ، وفي دعوى الاكراه على بيع وتسليم ينبغي ان يقول بتمه مكرها وسلمته مكرها ولي حق فسخه . فانسخه ولو كان قبض ثمنه يذكر قبضت ثمنه مكرها ويبرهن على كل ذلك . اما لو ادعى عليه انه ملكه وفي يده بغير حق فلا تسمع اذ يبيع المكره يفيد الملك بقبضه فالاسترداد بسبب فساد البيع ينبغي ان يكون كذلك ولو ادعى فساد البيع يستفهمه القاضي عن سبب فساد ، لجواز ان يظن الصحيح فاسداً وفي دعوى البيع مكرها لا حاجة الى تعيين المكره كما لو ادعى السعاية فلا حاجة الى تعيين العوان ام . وفي دعوى الوديعة لا بد من ذكر موضع الابداع انه في اي مصر سواء كان له حمل ووثنة ام لم يكن وفي دعوى القصب اذا لم يكن له حمل وموثنة لا يشترط له ذكر موضع القصب كذا في الخلاصة . وفي غصب غير المثلي واستهلاكه ، ينبغي ان يبين فيه يوم القصب في ظاهر الرواية كذا في الفصول العادية . ولو ادعى على غيره انه باع عينا مشتركا بيني وبينه واني قد اجزت البيع حين وصل الي خبر البيع فواجب عليه تسليم نصف الثمن الي ، لا تصح هذه الدعوى ما لم يذكر في الدعوى ، ان هذا كان قائما في يد المشتري وقت الاجازة . ولا بد من ذكر رواج الثمن وقت الاجازة وكذا لا بد من ان يذكر قبض البائع الثمن من المشتري ويسئل القاضي المدعي ان العين كان مشتركا

بينكما شركة ملك ام شركة عقد فان قال شركة ملك، لا بد من ذكر هذه الشروط، وان قال شركة عقد، لا حاجة الى قيام العين وقت الاجازة - ولكن يشترط قبض الثمن لتصح مطالبته باداء نصف الثمن كذا في الفصول العادية وفيها : اذا ادعى انه قبض مني بمجة السوم كذا زنديجيا طوله كذا وعرضه كذا وقيمته كذا فواجب عليه تسليم عينه ان كان قائما او قيمته ان كان هالكا فهذه الدعوى لا تصح ، ما لم يقل قبض بمجة السوم ليشتري بكذا اذا رضي اه . الكل من الهندية .

المادة ١٦٢١ - اذا كان المدعى به عيناً منقولاً وحاضراً بالمجلس يدعيه المدعى بقوله هذا لي مشير اليه وهذا الرجل قد وضع يده عليه بغير حق فاطالب اخذه منه وان لم يكن حاضراً في المجلس ولكن يمكن احضاره بلا مصرف يجلب الى مجلس الحكم ليشار اليه في اليمين والشهادة وان لم يكن احضاره ممكناً بلا مصرف عرفه المدعي وبين قيمته ولكن لا يلزم بيان قيمته في دعوى الغصب والرهن مثلاً لو قال غصب خاتمي الزمرد تصح دعواه وان لم يبين قيمته او قال لا اعرف قيمته .

قد اشتملت هذه المادة على اربع فقرات كل فقرة تستدعي كلاماً على حدة . الفقرة الاولى قوله اذا كان المدعي به عيناً الى حد قوله وان لم يكن حاضراً يعني يلزم لصحة دعوى المنقول الحاضر في مجلس المحاكمة اربعة اشياء ، ان يقول هذا لي مشير اليه او هذا ملكي ، وان يقول هذا الرجل يعني المدعى عليه قد وضع يده عليه ، وان يقول بغير حق ، وان يطلب اخذه من المدعى عليه اما الاول فلأن الاشارة الى الشيء

اقصى ما يمكن من تعريفه فلا حاجة معه الى بيان الجنس والنوع والصفة والقيمة قال في الحائزية فان كان العين الذي يدعيه قائما حاضرا في المجلس ، لا بد ان يشير اليه باليد فيقول هذا العين لي ولا بد الشهود ايضا ان يشهدوا بالمالك له ويشيروا بايديهم الى المدعي والى العين المدعى بها . والاشارة بالرأس لا تكفى الا اذا علم باشارتهم الاشارة الى العين المدعى به اه .
واما الثاني وهو ذكران المدعى به في يد المدعى عليه ، فلأن الدعوى انما تسمع على ذي اليد واليد تثبت بقول المدعى وتصديق المدعى عليه اذا كان المدعى به منقولاً - بخلاف ما اذا كان عقاراً كما يأتي - حتى لو شاهد القاضي يد المدعى عليه على المنقول المدعى به حين الدعوى ، لم يجتج المدعي الى قوله وهي في يده لتحقق ان دعواه على ذي اليد ولهذا لم يشترطوا ذكرانها في يد المدعى عليه الا في العقار والمنقول حال غيبته ليحضره المدعى عليه لمجلس الحكم .

واما الثالث وهو بغير حق فلدفع احتمال كونه مرهونا في يد المدعى عليه ، او محبوسا بالثمن فان الشيء قد يكون في يد غير المالك بحيث كالهون في يد المرتهن والبيع في يد الباع لاجل قبض الثمن .

واما الرابع وهو طلب اخذه من المدعى عليه ، فلأن طلبه المذكور هو الحق الذي يدعيه فلا بد من ذكره كما في الهداية قال صدر الشريعة في شرحه على الوقاية : هذه العلقيني عليه لزوم ان يزيد قوله بغير حق وهي دفع احتمال كونه مرهونا او محبوسا بالثمن ، تشمل العقار ايضا فلا ادري ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم اه . واجاب عنه في الدرر بما زيفه العلامة الشرنبلاني في حاشيته عليه وكذا المولى عبد الحلیم على ما نقله عنه في التكملة وذكر عنه ، انه اجاب عنه بجواب مطول فليراجع في التكملة ، لكن زيفه سمدي جلي في حاشيته على العناية ثم اجاب عن الاشكال بجواب اطول زيفه كذلك قاضى زاده في تكملة الفتح .

وقد تلخص لنا من مجموع الاشكالات واجوبتها وتربطتها المذكورة في هذا المقام ، تقرير اشكال جامع لهامع جواب عنها يؤخذ من جواب قاضى

زاده ومن اجوبة غيره فنقول اتفقت كلمة الثون، انه في دعوى المنقول يلزم المدعي ان يزيد على قوله وهو في يده اي المدعى عليه، قوله بغير حق، دفعا لاحتمال كونه مرهونا او محبوسا بالثمن. وفي دعوى العقار، يكفي قوله وهو في يده ولا يلزمه ان يقول بغير حق لكن يلزمه ان يذكر المطالبة به اي بتزعه من ذي اليد. وعبارة الهداية ملخصة، يجب في دعوى العقار ان يحدده وان يذكر انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به لان المطالبة حقه اي المدعي فلا بد من ان يطلب المدعى به حتى يجب على القاضي اعانته، ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال، اذ لو كان مرهونا او محبوسا بالثمن، لما طالب بانتداعه. من ذي اليد قبل اداء الدين والثمن. وعن هذا قالوا في المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق اه. بتوضيح من بعض شروحا

فتشاء من مجموع هذا اشكاله وتقريره ان ذكر المطالبة بالمدعى به ان كان شرطا لصحة الدعوى مطلقا سواء كانت بالدين او بالعقار او بالمنقول كما تفيد العلة الاولى من تطيل الهداية وهي ان المطالبة بالمدعى به حق المدعي، بمعنى انها الحق الذي لاجله ادعى فلا وجه لاشتراط زيادة قوله بغير حق في المنقول، لان شبهة كون المدعى به مرهونا في يد المدعى عليه او محبوسا لاجل قبض الثمن كما هي موجودة في دعوى المنقول، موجودة في دعوى العقار وصريح العلة الثانية من تطيل الهداية المار آنا، ان تلك الشبهة تندفع بذكر المطالبة فقط فاي حاجة لاشتراط زيادة بغير حق، وان كان ذكر المطالبة بالمدعى به شرطا في دعوى العقار فقط دون دعوى المنقول كما يقتضيه كلام غير الهداية من تخصيص ذكر المطالبة بالمدعى به في دعوى العقار، وتخصيص زيادة بغير حق في دعوى المنقول، فعليه يقال ما النسب الداعي لهذا التخصيص فان شبهة كون المدعى به مرهونا او محبوسا لاجل قبض الثمن سواء كانت في دعوى العقار او في دعوى المنقول، تندفع بواحد من هذين اللفظين

بأنفراده كيفما اتفق.

وتقرير الجواب ان ذكر المطالبة بالمدعى به ، لا بد منه في كل من دعوى العقار ودعوى المنقول لانها الحق الذي لاجلها ادعى المدعى كما تقدم التصريح به عن الهداية حتى في دعوى الدين - لكن في دعوى المنقول انما يجب ذكر المطالبة بعد حضور المدعى به لمجلس الحكم والاشارة اليه وكلامنا في شرط صحة الدعوى التي توجب احضار المدعى والمدعى به الى مجلس الحكم لاجل الاشارة اليها والمطالبة باخذ المدعى وقتئذ ، لم تكن واجبة عليه فكان محتاجا في تصحيح دعواه الى زيادة قوله بنور حق دفعا لاحتمال الزهن والحبس

وجد في نسخة المؤلف صحيفة نصفها ممزق اقتضى المضي على كلامه الذي هو بعد التمزيق وتركنا للممزق هذ البياض .

وتفسير الحمل والموتة كونه مجال لا يحمل الى مجلس القاضي الا
بأجرة، لا مجاناً كما في الثرنبلالية وان قلت الموتة كما في الدر عن ابن
كمال معزيا للخزانة وقوله يجلب الى مجلس الحكم يعني يجب على المدعى
عليه احضاره اليه كما في الدر . وعيارة الهداية وهو لفظ القدوري في
تختصره كلف المدعى عليه احضارها ليشير اليها بالدعوى الخ . وانظر ما لو
كلفه القاضي لاحضاره فامتنع هل يجبسه ام كيف يفعل لم اره منقولاً .
والظاهر ان قولهم يجبر على احضاره ان يجلس حتى يحضره ، لانه تمتعت
ويمكن ان يقال ان القاضي يرسل من يحضرها رغماً عن المدعى عليه
لان المسألة مفروضة فيما اذا كان محلها . طوماً ولا يجتلع في احضارها
الى مصرف كما بينا . واما ما نقله الشارح اللباني عن الحانية من انه
يجبسه شهرين الخ ، فذاك فيما لو ادعى عليه غضب عين فانكر وقال
المدعى لم ادر انه هالك او قائم ولم ادر كم كانت قيمته كما سيأتي في
شرح الفقرة الرابعة من هذه المادة

وجد في هذا البحث من نسخة نصف صحيفة ممزقة بقي
منها النصف الآخر فتركنا مقدار هذا الناقص بياضاً .

وفي البحر قال في جامع الفصولين ادعى عيناً في يده واراد احضاره
مجلس الحكم فانكر المدعى عليه كونه في يده فبرهن المدعى بانه كان
بيد المدعى عليه قبل هذا التاريخ بسنة - هل يقبل ويجبر المدعى عليه على
احضاره بهذه البينة ام لا كانت واقعة الفتوى وينبغي ان تقبل اذا ثبت
انه في يده في الزمان الماضي ولم يثبت خروجه من يده فتبقى ولا
ترول بشك اه .

قال محيي العلامة ابن عابدين قال في نور العين الظاهر انه قوله ينبغي،
لا ينبغي لان ما ذكره يسمى في علم الاصول استصحاباً وهو حجة في
الدفع لا في الاثبات ولا شك ان ما ذكره من قبيل الاثبات قال
صاحب التوضيح ومن الحجج الفاسدة الاستصحاب وهو حجة عند
الشافعي في كل ما يثبت وجوده بدليل ثم وقع الشك في بقاءه وعندنا
حجة للدفع للاثبات ، اذ الدليل الموجب لا يدل على البقاء وهذا ظاهر اه .

اقول ما ذكر في جامع الفصولين بحثاً رأيت منقولاً في الفصل الثاني
فما يتعلق بدعوى العين المنقولة من كتاب الدعوى من الهندية ونصه :
ادعى عيناً في يد رجل فاراد احضاره مجلس القضا فانكر المدعى عليه
ان يكون في يده فبأن المدعى بشاهدين شهدا ان هذا العين كان في يد
المدعى عليه قبل هذا التاريخ بسنة تسمع ويجبر المدعى عليه على احضاره
كذا في خزنة المفتين اه .

ويمكن ان يقال ما في نور العين مخدوش بلامين لان الاستصحاب
كما في التحرير الحكم ببقاء امر محقق لم يظن عدمه وما نحن فيه ليس
كذلك بل هو بشبوت امر قد ظن عدمه . توضيحه ان المدعي هنا لم
يقيد كونها في يد المدعى عليه في وقت - معين وكذا المدعى عليه
انكر كونها في يده مطلقاً غير مقيد ايضاً بوقت فاذا
شهد الشهود بان العين كانت في يد المدعى عليه قبل
الدعوى بسنة فقد ثبتت يده على العين المدعى بها في وقت ينتظمه
دعوى المدعي وانكار المدعى عليه فيجبر على احضارها لا بمحكم

الاستصحاب بل لان الاصل بقاء ما كان على ما كان ولان ما ثبت بيقين لا يزول بشك . نعم لو ادعى المدعي وجودها في وقت معين وانكر المدعي عليه وجودها في يده بذلك للوقت المعين فلا يجوز الحكم ببقاؤها . وجودها الى ذلك الوقت المعين لان هذا استصحاب وهو دليل فاسد عندنا ، لان موجب الوجود لا يوجب البقاء لجواز الفناء بعد الوجود . وعن هذا اقر في البحر ما بحثه في جامع الفصولين وجزم به القهستاني كما في التكملة وقد علمت ان ما بحثه في الفصولين موافق للمنتول فتنبه (الفقرة الثالثة) قوله وان لم يكن احضاره ممكناً بلا مصرف عرفه المدعي وبين قيمته هذا ظاهر في ان المراد بعدم امكان الاحضار ، ما يشمل المتعذر احضاره بان كان هالكا او غائبا لا يدري مكانه . والمتعذر بان كان يحتاج في احضاره الى حمل وموتة كصبرة طعام وقطيع غنم ورحى . ففي جميع هذه الصور يكفي ذكر القيمة مع التعريف على ما سنبينه . ويؤيده ما في الثرنبلالية حيث قال عند قول صاحب الفرر وذكر قيمته ان تعذر ما نصه : ومن المتعذر ان يكون له حمل وموتة وهو ان لا يحمل الى مجلس القاضي الا باجرائح . وصرح به في الدر ايضاً فقال عند قول التنوير وذكر قيمته ان تعذر بان كان في نقلها موتة وان قلت ابن كمال عن الحزانة اهـ .

اعلم انه قد اتفقت كلمة المتون ، انه يكفي ذكر قيمة المنتول المدعي به عند تعذر احضاره الى مجلس الحكم . ثم اختلف الشراح فمنهم كشراح الكثر والهداية ، من فسر التعذر بان يكون المدعي به هالكا او غائبا لا يدري مكانه حتى لو كان قائماً لكن يحتاج في نقله الى موتة كرحى وصبرة طعام وقطيع غنم بخير القاضي ان شاء حضر مكان المدعي به لو تيسر له ذلك وان شاء بعث امينه . قال في البحر وانما قيدنا التعذر بالهلاك او القيمة لنلا يرد الرحي وصبرة الطعام ونحو ذلك مما يتعذر احضاره مع بقاءه فان القاضي يبعث امينه ولا يكفي بذكر القيمة . وفي الدابة بخير القاضي ان شاء خرج اليها وان شاء بعث من

يسم الدعوى والشهادة بحضرتها اه .

قال في حاشية الشاي : وهو نظير ما اذا كان القاضي في داره ووقعت الدعوى في جمل لا يسهه باب داره فانه يخرج الى باب داره او يامر نائبه حتى يخرج ليشير اليه الشهود بحضرتها اه .

ومنهم من فسر التعذر بما يشمل المتصر . وعليه مثل المجلة تبعاً للدر والثرنبلاية وغيرهما من المعتبرات كايضاح الاصلاح وغيره على ما نقله في التكملة . والظاهر مما مر عن الشلي فيه انه اذا كان المدعى به دابة لا يمكن ادخالها مجلس القاضي لحضور القاضي لمكانها او ارسال امينه متفق عليه وحاصل ما في التنوير وشرحيه المنح والدر ، ان المدعى به ان امكن احضار عينه ولم يكن له حمل وموتة كلف المدعى عليه احضاره وان لم يمكن بان تعذر لهلاك العين او غيبتها مع جهل مكانها او تعسر بان كان في نقلها موتة ، ذكر المدعي القيمة وان كانت قايمة حاضرة - لكن يمكن احضارها الى مجلس القاضي لتعذره كرحى ثقيلة او خشبة كبيرة او تعسره كصبرة طعام وقطيع غنم ، خير القاضي ان شاء حضر لموضعها او بعث امينه للاشارة اليها في الدعوى والشهادة واليمين فعلى هذا الحاصل تكون المسئلة ذات ثلاثة فصول ذكر الفصلان الاولان منها في هذه المادة وبقي الفصل الثالث مسكوتا عنه فيها وعلى ما تقدم يكون الفصل الثالث مندرجا تحت ما له حمل وموتة فتكفي فيه ذكر القيمة . وقد علمت ان المجلة اعتمدت على تفسير ما له حمل وموتة بما يحتاج في احضاره الى مجلس الحكم الى مصرف وان قل فتدبر وقوله عرفه المدعي وبين قيمته يفيد انه لا بد مع بيان القيمة بذكر جنسها ونوعها وصفتها ، من تعريف العين المدعاة ببيان جنسها ونوعها وصفتها وهذا احد قرلين وبه جزم العلامة ط كما يعلم من حاشيته على الدر و اشار اليه في مجمع الانهر حيث علل قول الملتقى (وان تعذر اي احضار المنقول يذكر قيمتها) بقوله ليصير المدعى معاوما بها لان القائب لا يعرف الا بالوصف والقيمة اه

ويؤيده ما سنذكره عن الذخيرة من قوله وان وقت الدعوى في
عين لا يعرف مكانه فان بين الجنس والصفة والقيمة فدعواه
مسموعة الخ اه .

وما نقله في البحر عن السراجية ادعى عبيداً بين جنسهم وسنهم
وصفتهم وحيلتهم وقيستهم وان كان المدعى حاضراً كفت الاشارة اه .
القول الثاني انه عند ذكر القيمة وبيان جنسها ونوعها وصفها لا حاجة
الى ذكر جنس العين المدعاة ونوعها وصفها . وهو الذي يقتضيه اقتصار
عامة المتون على ذكر القيمة وبيانها - حتى ان عبارة التنوير ، صريحة في انه
يكفي بذكر القيمة وكذا تؤيده مسألة ما اذا ادعى اعياناً مختلفة
الجنس والنوع والصفة وذكر قيمة الكل جملة فانه يكفي ذلك كما
سيأتي في المادة الآتية فان هذه المسئلة ظاهرة في انه يلزم ذكر
اجناس الاعيان واعيانها وصفاتها ونقل في رد المحتار عند قول التنوير اكفي
بذكر القيمة عن شرح ابن الكمال مانصه : ولا عبرة في ذلك للتوصيف
لانه لا يجدي بدون ذكر القيمة وعند ذكرها لا حاجة اليه واشير الى
ذلك في الهداية اه .

اي لانه علل ذكر القيمة عند علم حضور العين بقوله لان العين لا
تعرف بالوصف والقيمة شي . تعرف به العين اه .

وقد صرح بان المسئلة خلافية في الفصل السادس من جامع الفصولين فقال
ادعى مائة قفيز برأ وكذا منا من قطن او قرأ من سفرجل وقال فامر به باحضاره
لا برهن عليه لا يؤمر باحضاره اذ الجبر لا يجري فيما له حمل وموتة - ولكن
يرسل اليه امينه ليرى ثم يحكم ثمة . هذا في القائم فلو كان العين هالكا فهذا في
الحقيقة دعوى الدين فيشترط فيه بيان القدر والجنس والنوع والصفة
كائر الديون ولو ادعى قيمة دابة مستهلكة هل يحتاج الى ذكر
الانوتة والذكورة اختلف فيه المشايخ - قيل لا بد منه ومن بيان السن
وهذا على اصل ابي حنيفة مستقيم لان عنده الحكم بقيمة المالك بناء
على الحكم بملك المالك لبقاء حق المالك عنده في المالك فانه قال

يصح الصلح عن المالك على اكثر من قيمته . فلو لم يكن المالك ملكه لم يجز هذا الصلح ، لانه حينئذ تجب له القيمة وهو دين في الذمة والصلح عن الدين على اكثر من جنسه ، لم يجز واذا كان الحكم بالقيمة بناء على الحكم بملك المالك لا بد من بيان المالك في الدعوى والشهادة ، ليعلم الحاكم باذا يحكم وهذا القايل يقول مع ذكر الاثوثة والذكورة لا بد من ذكر النوع ، بان يقول فرس او حمار ونحوه ولا يكتفى بذكر اسم الدابة ، لانها مجبولة فالخاص ان ظاهر مذهب ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان حق المالك قائم في المالك وينتقل الى القيمة بقبضها او بحكم القاضي . وظاهر مذهبهما ان حق المالك ينقطع بنفس المالك وقد ذكر في بعض الكتب (صك) خلاف ذلك وبمض المنايخ (ص) الى ذكر الاثوثة والذكورة ، اذ الغرض في دعوى المالك قيمته والمدعي والشهود يستفنون عن ذلك ببيان القيمة الا يرى ان من ادعى على اخر مالا وشهدا له فمثلها القاضي السبب فقالا استهلك دابة فالقاضي يقبل ذلك منها لما راه .

وقوله او العبارة فيشترط بيان القدر والجنس والنوع والصفة الخ اي سواء كان مثلياً او قيمياً اذ في الاول يثبت المثل في الذمة ديناً وفي الثاني تثبت القيمة كذلك افاده محشية الرملي فافاد ان الشرط بيان قدر العدل وفي كتاب المعاصر والسجلات من الهندية ما نصه ورد محضر صورته ادعى فلان على فلان انه قطع من اشجار كرمه كذا وكذا وقرأ من الحطب قيمتها كذا وغصب من كرمه كذا وكذا وقرأ من العنب فرد المحضر بعله انه ليس فيه بيان نوع العنب والحطب فقيل هذا الجواب مستقيم في العنب لانه مثلي غير مستقيم في الحطب ، لان الحطب من ذوات القيم فيبين مقدار قيمة الحطب ويكتفى به . وقيل الاول اصح لان القيمة تتفاوت بتفاوت النوع والصفة لان قيمة الجوز والفرصاد اكثر من قيمة الخلاف وكذلك قيمة اليباس اكثر من قيمة الرطب فلا بد

من ان يبين نوع الخطب مع مقدار القيمة حتى يعلم هل هو صادق في تعيين هذا المقدار من القيمة اه .

قال في رد المحتار وفي القمستاني في قوله وذكر قيمته ان تعذر ، اشارة الى انه لا يشترط ذكر اللون والذكرة والاتوتة والسن في الدابة وفيه خلاف كما في العمادية . وقال السيد ابو القاسم ان هذه التعريفات للمدعي لازمة اذا اراد اخذ عينه او مثله في المثلي - اما اذا اراد اخذ قيمته في القيمي ، فيجب ان يكتبني بذكر القيمة كما في محاضر الخزانة اه .

والذي تلخص لنا من مجموع هذه النقول ان المتعذر احضاره ان كان مثلياً وتعذر الاحضار لهلاكه او لكونه غايباً لا يدري مكانه فلا بد من بيان قدره وجنسه ونوعه وصفته وان كان التعذر لكونه يحتاج في احضاره الى موتة ومصرف ، فالقاضي مخير ان شاء حضر الى موضعه ليشار اليه في الدعوى والشهادة ويحكم به هناك ، والا فان كان مأذوناً بالاستخلاف ارسل خليفته فيحكم الخليفة ، والا بعث امينا ليشار اليه في الدعوى والشهادة بحضوره - فاذا سمع يخبر القاضي بذلك فيقضى باخبار امينه وخذه انقروي عن القنية . قال وفي الثاني من دعوى التارخانية مغزياً للينابيع وكان شيوخنا يقولون ان شاء حضر عندها وان شاء بعث اليها امينين من امنائه اه .

واما ذكر القيمة هنا فلا معنى له لان المثلي مضمون بالمثل لا بالقيمة قال في الهندية عازباً للبرازية : وان ادعى عباً قائماً ، يشتر ولا يحتاج الى ذكر الاوصاف والوزن والنوع ، وان دينا في او انه لا بد من بيان قدره ونوعه وصفته فيقول كذا امنا طائفية ابتن بيض ويذكر الجودة والوسط وان بعد انقطاعه عن ايدي الناس في السوق الذي يباع فيه يقول الحاكم ماذا تريد . ان قال العنب لا يصفى الى دعواه ؛ وان قال قيمته يامر به بذكر السبب لانه اذا كان العنب ثمن مبيع انفسخ البيع بالانقطاع عن ايدي الناس كما في الدراهم والدنانير

وان بسبب السلم والاستهلاك او القرض لا يسقط بل يطالبه باقية اذ كان لا ينتظر اوانه اه

هذا اذا كان مثليا اما اذا كان قيميا . فان كان المدعي يطلب اخذ عينه وهذا لا يتصور الا اذا كان قائما وقد تعذر احضاره لثقله كالرحى والحشبة الثقيلة او كان دابة لا يسما باب القاضي او كانت غايية لا يدري مكانها بان ادعى عليه عينا وقال انها قائمة في يده والمدعي عليه ينكر . قيل ان ذكر القيمة مع بيانها يكفي لصحة الدعوى لان المقصود معرفة العين المدعاة وهي انما تعرف بالقيمة لا بالتوصيف مما يولج فيه كما في الهداية وغيرها ، وقيل لا بد مع ذكر القيمة من تعريف العين المدعاة ، لان العين وان كانت لا تعرف بالتوصيف - الا ان القيمة تتفاوت بتفاوت النوع والصفة فاشتراط التوصيف مع بيان القيمة ، ليلزم هل هو صادق في تعيين هذا المقدار من القيمة كما تقدم نقله عن كتاب السجلات والمعاصر من الهندية و اشار اليه في الكفاية - فانه قال عند قول صاحب الهداية والقيمة تعرف به العين ما نصه : وقيل ان العين لا يعرف بالوصف وان يولج في وصفه لمشاركة كثير من الاعيان اياه في ذلك الجنس والوصف - لكن بيان الوصف طولا وعرضا وغير ذلك تعرف قيمته اه .

وان كان المدعي يطلب قيمتها ، وهذا لا يتصور الا اذا كانت هالكة ، فلا بد من بيان جنس القيمة ونوعها وصفتها ، لانه حينئذ يدعي ديناً في ذمة المدعي عليه فلا بد من بيانه على الوجه الذي ذكرناه - الا اذا عين القيمة بالفروش فانه يكفي حينئذ بيان القدر مع بيان انه من السكة الخالصة او المشوشة على ما سيأتي بيانه في المادة ١٦٢٦ وهل يلزم مع هذا ، بيان جنس العين الهالكة ونوعها وصفتها حتى لو كان المدعي دابة فلا بد فيها من ذكر الانوثة والذكورة والسن فيه اختلاف المشايخ قيل لا يلزم ذلك . وهذا الذي يقتضيه اطلاق عامة المتون ، لان القرض من دعوى المالك قيمته والمدعي والشهود

يستنون عن ذلك ببيان القيمة . وقيل لا بد منه وهو قول ابي الليث
لان عند ابي حنيفة الحكم بقيمة المالك بناء على الحاكم بنفس المالك
كما تقدم عن جامع الفصولين ومثله في كثير من المعتبرات .

وظاهر اطلاق هذه الفقرة ان جمية المجلة اختارت القول الثاني من كل
من الخلافين المذكورين وهو انه لا بد مع بيان القيمة من بيان جنس
العين المدعاة ونوعها وصفتها - سواء كان يطلب في دعواه العين بان
كانت قائمة ، او قيمتها بان كانت هالكة هذا غاية ما ظهر لي في
تحرير هذا المقام الذي هو من مزالق اقدام الافهام .

الفقرة الرابعة قوله (ولكن لا يلزم بيان قيمته في دعوى النصب
والرهن مثلاً لو قال غصب خاتمي الزمرد تصح دعواه وان لم يبين قيمته
او قال لا اعرف قيمته) قال في الدرر والغرر : ولو قال غصب مني عين
كذا ولا ادري اهو هالك او قاييم ولا ادري كم كانت قيمته - ذكر في عامة الكتب
انه تسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان قيمته لتضرر به
اقول فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه
اليمين على الخصم اذا انكر ، والجبر على البيان اذا اقر او نكل عن
اليمين فليتأمل فان كلام الكافي لا يكون كافياً الا بهذا التحقيق اه .
قال العلامة ابو السعود : وفي هذا التحقيق نظر لان الجهالة كما
تمنع قبول البيينة تمنع الاستحلاف - الا اذا اتهم القاضي وصي اليتيم او قيم
الوقف وجينئذ لا يتم ما ذكره اه .

اقول وفي هذا التنظير نظر فانه لم يقل احد ان هذه الجهالة
الفاحشة في دعوى غصب العين او رهنها مانعة من سماع بيينة المدعي
بلى المصرح به في عبارة الخانية الآتية سماع البيينة وفي الزيلعي وغيره
انه اذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود ايضاً بل
اولى لانهم ابعد عن ممارسته اه .

وعن هذا قال العلامة بن عابدين في حاشيته البحر : وهذا اي
كون فائدتها اليمين حيث لا بيينة والا بان اقامها المدعي فقائدتها

الجنس اه .

وقد بين معنى الجنس في الخانية فقال لو ادعى عليه غصب عين فانكر وقال المدعي لا ادري انه هالك او قائم ولا ادري كم كانت قيمته - ففي عامة الروايات انه تسمع دعواه وتقبل بيته وان لم يبين القيمة وحينئذ يؤمر المدعي عليه باحضار العين فان ابى حبه شهرين فان احضر عيناً من ذلك الجنس يقال للمدعي هذا الذي ادعيته فان صدقه اخذه وان كذبه كلف المدعي عليه باحضار عين اخر الى ان يواقفه المدعي في ذلك فان عجز المدعي عليه وظهر عجزه يقضى عليه بالقيمة والقول في مقدار القيمة قول المدعي عليه اه .

وذكر في جامع الفصولين ان عامة المشايخ على ان هذه الدعوى والبينة تقبل ولكن في حق الجنس . واطلاق محمد في الكتاب يدل عليه ومعنى الجنس ان يجبه حتى يحضر ليبيد البينة على عينه فلو قال لا اقدر عليه جنس قدر ما لو قدر احضره ثم يقضى عليه بالقيمة اه .

اقول وقول الخانية والفصولين ثم يقضى عليه بالقيمة مشكك جداً فان القيمة اذا كانت مجهولة للمدعي وللحاكم كيف يحكم بها والقضاء بالمجهول غير ممكن كما صرحوا به - ولعل هذا يعني القضاء عليه بالقيمة ، مقيد بما اذا بينا المدعي في دعواه وعن هذا نقل في فتاوى الانقروبي عن الخامس والشرين من قضاء التارخانية بعد نقله عمارة الفصولين السارة ما نصه : هذا اذا قال المدعي انه قائم في يديه فان قال انه هلك في يديه او قال لا ادري اقام او هالك فانه يشترط لصحة الدعوى بيان القيمة باتفاق الروايات اه .

ونقل مثله في هامشها عن النوع الثالث من الفصل السابع من قضاء البرازية فتأمل . هذا وللعلامة قاضي زاده في تكملة الفتح بحث طويل في هذه المسئلة قال في آخره وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال من ضروب الاشكال اه .

- الا انه بحث في المنقول فهو غير مقبول قال في رد المحتار قال في البحر : والحاصل انه في دعوى النصب والرهن ، لا يشترط بيان الجنس والقيمة في صحة الدعوى والشهادة ويكون القول في القيمة للغاصب والمرتهن اه . قلت وزاد في المراج دعوى الوصية والاقرار قال : فانها يصحان في المجهول وتصح دعوى الابراء المجهول بلا خلاف اه . فهي خمسة اه . اقول وفي عدم اشتراط بيان الجنس عند عدم بيان القيمة ، نظر اذ ليس في كلامهم ما يدل عليه بل المفهوم من كلامهم ان تعريف المنصوب او الرهن ببيان جنسه ونوعه وصفته لا بد منه قال في جامع الفصولين : لو ادعى انه غصب منه ثوبا او قنأ ، ولا يدري قيامه وهلاكه - فلو بين الجنس والصفة والقيمة تقبل دعواه ، وان لم يبين قيمته اشار في عامة الكتب الى انها تقبل الخ اه .

فان الظاهر من هذا ان بيان الجنس والصفة لا بد منه وليت شعري كيف يسمع القاضي دعوى شيء لا يطم جنسه ولا صفته ولا قيمته وما اشبه مثل هذه الدعوى بالهذيان فتدبر

تنبه دعوى النصب ان يقول غصب مني كذا . اما لو قال هذا ملكي وذو اليد احدث يده عليه بغير حق ، فهذا لا يكون دعوى النصب على ذي اليد وكذا لو قال المدعي في دعواه هذا ملكي كان في يدي وان صاحب اليد احدث يده عليه بغير حق . ولو قال هو ملكي وكان في يدي الى ان احدث المدعي عليه يده عليه بغير حق ، يكون هذا دعوى النصب على ذي اليد كذا في جامع الفصولين وعزاه الشارح اللبثاني الى الحانية ايضا .

المادة - ١٦٢٢ اذا كان المدعى به اعيانا متخالفة الجنس والنوع والصفة يكفي ذكر مجموع قيمتها ولا يلزم تعيين قيمة كل منها على حدة .

قال في الدر لانه لما صح دعوى النصب بلا بيان القيمة فلان يصح

اذا بين قيمة الكل جملة بالاولى اه .

والمراد بالاميان المتخالفة في هذه المادة ، ما كان من القيميات فهو كانت مشتركة يعني ان بعضها مثلي فلا بد من بيان المثلي منها لان المثلي لا يعرف بالقيمة بل ببيان المثل ففي التكملة عن الذخيرة لو كان المدعى مكياً لا بد من بيان جفسه بانه حنطة او شعير ، ونوعه بانها سقية او بزية وصفتها بانها جيدة او رديئة وقدره بان يقول كذا قفيزاً وسبب وجوبها اه .

المادة - ١٦٢٣ اذا كان المدعي به عقاراً يلزم ذكر

بلده وقريته ومحله وزقاقه وحدوده الاربعة او الثلاثة واسماء اصحاب حدوده وان كان لها اصحاب واسماء ابانهم واجدادهم وايكن يكفي ذكر اسم الرجل المعروف والمشهور وشهرته فقط ولا حاجة الى ذكر اسم ابيه وجده كذلك لا يشترط بيان حدود العقار اذا كان مستغنياً عن التحديد لشهرته في الدعوى والشهادة وايضاً اذا ادعى المدعي بقوله ان العقار المحررة حدوده وفي هذا السند هو ملكي تصح دعواه .

قوله اذا كان المدعى به عقاراً ليس المراد بالعقار هنا ما تجب فيه الشفعة فان البناء والقراس في الارض المحتكرة معدودان هناك من المنقولات على ما تقدم التصريح به في المادة ١٠١٩ وان يبا بمالها من حق القرار مع انها من العقار هنا فقد نقل في البحر عن الفتاوى الصغرى عند قول صاحب الكتر : وقيل حصه اعطه كفيلاً ما نصه : طلب المدعي بنفس الدعوى من القاضي وضع المنقول على يد عدل

ولم يكتب بكفيل النفس - فان كان المدعى عليه عدلاً لا يجيبه
القاضي ولو كان فاسقاً يجيبه . وفي العقار لا يجيبه الا في الشجر الذي عليه
الشمر لان الشمر ثقلي اه

قال صاحب البحر هناك وظاهره ان الشجر من العقار وقد منا خلافه اه
قلت لا ضير في عده من المنقول في كتاب الشفعة ومن العقار في تعريفه
للدعوى فان العقار قد يطلق لفة على الشجر كما سيأتي عن المصباح ففي السابع
من الفصولين بعد ان رمز الى جامع الفتاوي انه لو ادعى سكنى داره ونحوه
وبين حدوده لا يصح اذ السكنى ثقلي فلا يحد رمز الى فتاوي رشيد الدين
انه وان كان السكنى ثقلياً لكن لما اتصل بالأرض اتصالاً ثابتاً كان تعريفه
بنايه تعريف الارض ، اذ في سائر الثقليات انما لا يعرف بالحدود ، لامكان
احضاره فيستغنى بالاشارة اليه عن الحد اما السكنى فنقله لا يمكن لانه مركب
في البناء تركيب قرار فالتحقيق بنا لا يمكن نقله اصلاً اه

والمراد بالسكنى ما ركب في الأرض اي من بناء او شجر كما يظهر . مما
بعده كما في حاشية البحر لابن عابدين وفي المصباح العقار كلام كل ملك
ثابت له اصل - كالدار والنخل وربما اطلق على المتاع والجمع عقارات اه
والحاصل انه ان لم يكن الشجر من العقار حقيقة فهو لاحق به قال
العلامة بن عابدين في حاشيته على البحر وكيف يمكن تحديد شجرة بستان
بين اشجار كثيرة اه

اقول هذا وارد على ما اذا ادعى ذراعاً من وسط ارض كبيرة فالجواب
عن هذا يكون جواباً عن تلك تدبر

وفي الفصولين شري عاو بيت لاسفله يحد السفلى لا العاو اذ السفلى مبيع
من وجه من حيث ان اقرار العلو عليه فلا بد من تحديده . وتحديده يعني عن
تحديد العاو اذ العلو عرف بتحديد السفلى ولان السفلى اصل والعلو تبع
فتحديد الاصل اولى :

قال طي يعني في شرح الطحاوي هذا اذا لم يكن حول العلو حجر فلو
كانت فينبغي ان يحد العاو لانه هو المبيع فلا بد من اعلامه وهو يحدده وقد

امكن اقول الغرض هو العلم به فينبغي ان يجوز بأيهما كان اذ علم بكل
منها ولكن الكلام في الأولوية اه

قوله ويلزم ذكر بلده وقريته ومحلته وزقاقه ، لانه تعذر تعريفه بالإشارة
لتعذر نقله الى مجلس الحكم فتعين التحديد ، اذ العقار يعرف به زيلمي . وفي
مجمع الأنهر عن الفصولين في دعوى العقار لا بد ان يذكر بلدة فيها العقار ثم
المحلة ثم السكة اختياراً لقول محمد فان مذهبه ان يبدأ بالاعم ثم بالاخص
وقيل يبدأ بالاخص ثم بالاعم اه

وفي جامع الفصولين اذا ادعى محدوداً في موضع كذا وبين الحدود ولم
يبين المحدود ما هو كرم او ارض او دار وشهد الشهود كذلك هل تسمع
وهل تصح الدعوى والشهادة؟ حكى شمس الاية السرخسي انه لا تصح
الدعوى والشهادة وحكى فتوى شيخ الاسلام الازجيني ان المدعي اذا
بين المصر والمحلة والحدود تصح الدعوى ولا يوجب ترك بيان المحدود جهالة
في المدعى . وكان ظهير الدين المزيغيني يكتب في جواب الفتوى لوسمع قاض
هذه الدعوى تجوز اه .

قوله وحدوده الاربعة او الثلاثة، يعني يكتفي بذكر الثلاثة عندنا خلافاً
لغيره ، لان للاكثر حكم الكل كما في الزيلمي ، ولان الطول يعرف بذكر
الحدين والمرض باحدهما يعني الحدين الآخرين . ولو كان المدعى به بثلاثة
حدود بأن كان مثلثاً روي عن ابي يوسف يكفي الاثنان وقيل الواحد افاده
في مجمع الأنهر

قال في البحر واذا اكتفي بالثلاثة فيجعل الرابع يمضي بازاء الحد الثالث
حتى يجازي الحد الاول يعني على الاستقامة اه

وفي الملتقى فان ذكر ثلاثة وترك الرابع ، صح وان ذكره وغلط فيه لا
يصح لانه يختلف المدعى ولا كذلك بتركه . بزيادة من الشرح

قال الزيلمي ونظيره اذا ادعى شراء شيء بشن منقود فان
الشهادة تقبل ، وان سكتوا عن بيان الشن ولو ذكروا ذلك واختلفوا
فيه لم تقبل وكما يشترط ذكر الحد في الدعوى يشترط في الشهادة ايضاً لانه

بها يصير معلوما للقاضي اه .

وفي الفصولين الشاهد لو غلط في حد لا تقبل شهادته - بخلاف تركه احد الحدود . والفرق ان المشهود به يختلف بالغلط لا بالترك وانما يثبت الغلط باقرار الشاهد اني غلطت فيه اما لو دعاه المدعي عليه لا يسمع ولا تقبل بينته لان دعوى غلط الشاهد من المدعى عليه ، انما تكون بعد دعوى المدعي وجواب المدعى عليه . والمدعى عليه حين اجاب المدعي قد صدقه ان المدعى ، بهذه الحدود فيكون بدعوى الغلط يعد مناقضا او نقول تفسير دعوى الغلط في احد الحدود ان يقول المدعى عليه احد الحدود ليس ما ذكره الشاهد او يقول صاحب الحد ليس بهذا الاسم الذي ذكر الشاهد وكل ذلك نفي والشهادة على النبي لا تقبل اه

ثم حقق انه لو كان اجاب المدعى عليه للمدعي بان هذا ملكي ثم ادعى غلط الشاهد ، لا تقبل دعواه للتناقض . وان كان اجابه ان هذا ليس ملكك ثم ادعى غلط الشاهد تقبل لعدم تحقق التناقض وقد اعترض عليه محبيه العلامة الرملي بتادفعه ظاهر وفي الفصولين برمز (شخ) ان الشاهد لو اخطأ في بعض الحدود ثم تدارك واعاد الشهادة واصاب ، قبلت شهادته لو امكن التوفيق سواء تدارك في المجلس او في مجلس آخر . ومعنى امكان التوفيق ان يقول كان صاحب الحد فلانا الا انه باع من فلان آخر وما علمنا به ، او يقول كان صاحب الحد بهذا الاسم الا انه سمي بعد ذلك بهذا الاسم الآخر وما علمنا به وعلى هذا القياس . فافهم هذا اذا ترك الشاهد بعض الحدود او غلط فيه فلو ترك المدعى احد الحدود او غلط فيه ، فحكمه كالشاهد جملة (ط) وفي (فش) لو غلط الشهود في الحد الرابع ثم ذكروا على وجه الصواب فلو قالوا هذا هو الشهادة بالدعوى لا تقبل للتناقض اه

وفي الحنية في فصل في دعوى الدور والأراضي ولو ذكر الحدود الثلاثة وسكت عن الرابع لا يضر وان لم يسكت ولكنه اخطأ في الرابع لا يصح حتى لو قال المدعى عليه ليس هذا المحدود في يدي او قال ليس علي تسليم هذا المحدود فانه لا يتوجه عليه هذه الخصومة وان قال المدعى عليه وهذا المحدود

في يدي غير انك اخطأت في الحدود لا يلتفت اليه الا اذا توافقا على الخطأ
فحينئذ يستأنف الحصرمة اه

قوله واسماء اصحاب حدوده ان كان لها اصحاب (واسماء ابائهم واجدادهم)
اي ليشير عن غيرهم ، لان تام التعريف يحصل به في الصحيح من مذهب الامام
مجمع الأنهر فان لم يكن لها اصحاب كالطريق ونحوه ، ففي الهندية الطريق
يصلح حداً ولا حاجة فيه الى بيان الطول والعرض على الاصح . والنهر لا يصلح
حداً والاصح انه يصلح كالحندق وهل يشترط ذكر طول النهر وعرضه الاصح
انه لا يشترط واذا جعل الحد طريق العامة لا يشترط ان يذكر طريق القرية او
طريق البلدة وفي ظاهر المذهب ان السور يصلح حداً وهو الاصح والمقبلة
لوربوة تصلح حداً والا فلا اه

وفي جامع الفصولين لو ذكر في الحد لزيد ارض الوقف ، لا يكفي وينبغي
ان يذكر انها وقف على الفقراء وعلى مسجد كذا او نحوه

اقول ينبغي ان يكون هذا وما يتاوه من جنسه على تقدير عدم المعرفة - الا
به والا فهو تضييق بلا ضرورة (ش) جعل احد الحدود ارض الوقف على مصالح
كذا ولم يذكر انه في يد من لا تصح ولو ذكر ارض الوقف على مسجد
كذا يجوز ويكون كذكر الوقف . وقيل لا يثبت التعريف بذكر الواقف ما لم
يذكر انه في يد من (عده) لو كان الحد ارض وقف لا بد ان يذكر المصرف
وكذا في (فش) وقال حتى يكون المصرف معرفاً كما في ذكر اسم الاب
والجد في غير الوقف للمالك الارض (جف) وذكر اسم جد مالك الحد ، شرط
وكذا ذكر جد الواقف لو كان الحد وفقاً اه .

اي اذا لم يذكر المصرف ولا انه في يد من ، ولا انه على مسجد كذا فتدبر
وفي جامع الفصولين ايضاً لو ذكر لزيد ملك ورثة فلان ، لا يكفي اذ
الورثة مجهولون منهم ذو فرض وعصبته وذو رحم فجهلت جهالة فاحشة الا
يرى لمن الشهادة بان هذا وارث فلان لا تقبل لجهالة في الوارث (فش) لو
ذكر لزيد دار ورثة فلان لا يحصل التعريف اذ التعريف بذكر الاسم والنسب .
وقيل يصح ذكره حداً لانه من اسباب التعريف (عده) لو كتب لزيد

ارض ورثة فلان قبل القسمة قبيل يصح وقيل لا (شيء) كتب لزيد دار من
تركة فلان يصح حداً اه .

وفي الهندية فاذا جعل احد الحدود ارضاً لا يدري مالها لا يكفي ما
لم يقل هي في يد فلان حتى تحصل المعرفة . واذا ذكر احد الحدود لزيد ارض
الملكه يصح ، وان لم يذكر انها في يد من - لكن يشترط ان يقول والفاصل
بينها كذا اه

قوله : لكن يكفي ذكر اسم الرجل المعروف والمشهور وشهرته فقط
ولا حاجة الى ذكر اسم ابيه وجده الى آخر المادة .

قال في جامع الفصولين ولو قال لزيد دار فلان ولم يذكر اسم الجد لا
يصح وذكر الاسم والنسب في الرجل انما يحتاج اليه لو لم يكن مشهوراً . اما
الدار فلا بد من تحديده ولو مشهوراً عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وتام حده
بذكر جد صاحب الحد وعندها التحديد ليس بشرط في الدار المعروف كدار
عمرو بن الحرث بالكوفة فلي هذا لو ذكر لزيد دار فلان ولم يذكر اسمه
ونسبه وهو معروف يكفي اذ الحاجة اليها لاعلام ذلك الرجل وهذا ما
يحفظ جداً اه

وفيه قال المدعي ان الدار التي حدودها مكتوبة في هذا المعضر ، ملكي
وقال الشهود ان الدار التي حدودها مكتوبة في هذا المعضر ملكه صح
الدعوى والشهادة اه

﴿ فروع ﴾

اشترى عشر ديرات ارض وحدد التسع لا الواحدة او كانت هذه الواحدة
في وسط التسع تقبل ويقضى بالجملة ، لا لو على طرف (فصولين) . لو كان احد
حدود المدعى او كلها متصلاً بملك المدعى عليه يحتاج الى ذكر الفاصل . وقيل
لو ارضاً فنعم وان بيتاً او داراً او متراً ، لا ، لان الجدار فاصل والكرم . بمنزلة
المنزل لانه ذو جدار وكذا الحكم اذا كان متصلاً بملك الغير اما اذا كان
متصلاً بملك المدعى فلا حاجة الى ذكر الفاصل مطلقاً كما في البزازية . ذكر
ثلاثة حدود فقال في الحد الرابع متصل بملك المدعى عليه او قال الرابع ملك

المدعى عليه ولم يذكر الفاصل قال الامام ظهير الدين يصح لانه كالكسوت
عن الحد الرابع وذكر القاضي ان الشهود اذا قالوا الرابع متصل بملك المدعى
او المدعى عليه ولم يذكروا الفاصل ، تقبل كما اذا تركوا الرابع . ولو قالوا
الرابع ملك المدعى عليه ولم يذكروا الفاصل ، لم تقبل في الاراضي وتقبل
في الكروم والبيوت . واذا كان احد الحدود يلاصق ارض رجلين او ارض
رجل وهـ . بعد فذكر احدهما لا يكفي لانه جعله لثيق ارض واحد فيقتضى
ان يكون لثيقه فاذا كان بمضه لثيقه ، لم يساو الحد هذا المحدود فصار كما اذا
غلط في الحد الرابع الكل من الانقروية ٤

قلت وهذه المسئلة الاخيرة حرامها للبرزنية وفي الحاتية خلافه فانه قال :
لو- كان الحد الرابع ملك رجلين لكل واحد منها ارض يجب المدعى ، قالوا
في بيان الحدود والحد الرابع لثيق ارض فلان ذكروا احد الجارين ولم يذكروا
الاخر جاز ايضاً وكذا لو كان الحد الرابع ارض رجل ومسجد فقالوا الحد
الرابع لثيق ارض فلان ولم يذكروا المسجد جاز اه فتأمل
وانت تعلم ان قاضي خان قيه النفس . وجل ادعى داراً في يد رجل فقال
القاضي هل تعرف حدودها قال لا ثم ادعاها وبين الحدود لا تسمع اما اذا قال
لا اعرف اسامي اصحاب الحدود ثم ذكر في المرة الثانية فسمع ولا حاجة الى
الترفيق ولو انه قال لا اعرف الحدود ثم ذكر الحدود وقال عنيت بقولي لا
اعرف الحدود لا اعرف اسما . اصحابها قبل ذلك منه وتسمع دعواه اه (هندية)
اقول ينظر ما رجه عدم سماع دعواه او قال لا اعرف حدودها ثم عرفها
وذكرها فان من لا يعرف اذا عرف لا يكون متناقضاً اذا قال عرف ما لم
اكن اعرف فان الانسان قد لا يعرف نفس ملكه فضلاً عن حدوده لا سيما
اذا كان في غير بلده فتأمل

المادة ١٦٢٤ - اذا اصاب المدعى في بيان الحدود واخطأ

في بيان مقدار ذراع العقار او دونه لا يمنع صحة دعواه

قال في الحاتية ادعى محدوداً وذكر حدوده واصاب وقال في تعريفه

وفيه اشجار وكان خالياً عن الاشجار لا تبطل الدعوى وكذا لو ذكر مكان الاشجار حيطاناً ، لانه غير محتاج الى ذكر الشجر ولو قال في تعريفه ليس فيه شجر ولا حايط فاذا فيه اشجار عظيمة لا يتصور حدوثها بعد الدعوى ، بطل دعواه ولو ادعى ارضاً وحددها وقال هي عشر ديوات ارض او عشر اجربة وكان اكثر او اقل لا تبطل دعواه لانه خلاف المحتمل التوفيق وهو غير محتاج اليه اه

والديوات قطعة من الارض تررع تكملة عن القاموس والجرب من الارض ، مقدار معلوم (صاح) وهذا اذا كان الخطأ في بيان المقدار من المدعى امنا لو اخطأ فيه الشاهد ففي هامش الانقروى عن السابع من جامع الفصرتين ما نصه : (ذ) لو شهدا بملكية ارض وحداه وقال خمسة مكاييل بذر والمدعي يدعي ذلك واصابوا في الحد لا المقدار فظهر انه يسع فيه ثلاثة مكاييل بذر ، قيل ترد وهو الاظهر والاشبه بالفقه وقيل يقبل اذ بيان القدر لا يحتاج اليه فصار ذكره وعدمه سواء . ونص في السيد الكبير ان ذكر الشاهد في شهادته ما لا يحتاج اليه للحكم بالشهود وعدم ذكره سواء وقيل لو شهدا بحضرة الارض وشارا اليه يقبل ويلغو ذكر الوصف وهو قدر البذر ولو شهدا بنية الارض لا يثبت بشهادتهما ملكية ارض يسع فيه خمسة مكاييل بذر جملة (ط) اه .

اقول ذكره في المحيط في الثاني عشر من الشهادات وقال فيه بعد ذكر هذا التفصيل وقيل لا تقبل البينة على كل حال وهو الاظهر والاشبه بالفقه وغير صاحب الفصولين عبارة المادة ولم يصب اي حيث لم يقل على كل حال اه . ما في الانقروى
اقول وعلل هذا في الفصل السادس بانه يظهر الاختلاف بالوصف يظهر كذب الشهود وبه تحتل الشهادة اه

المادة ١٦٢٥ - لا يشترط بيان حدود ثمن العقار

في الدعوى .

الصواب في ترجمة هذه المادة ان يقال لا يشترط بيان حدود العقار في الدعوى بشئ لان اصل المادة في اللغة التركية هكذا :
(عقارك ثمنى دعواه حدود ينك بياني شرط دكلدر)

قال في البحر وقيد بدعوى المحدود اذ لو ادعى ثمن المحدود لم يشترط بيان حدوده كذا في السراجية وفي جامع الفصولين : ولو ادعى ثمن مبيع لم يقبض ، لا بد من احضار المبيع مجلس الحكم حتى يثبت البيع عند القاضي بخلاف ما لو ادعى ثمن مبيع قبض فانه لا يجب احضاره لانه دعوى الدين حقيقة اه

اقول وذكر في الفصولين قل هذا ما نصه ولو ادعى ثمن مبيع قبض ولم يبين ما هو او ثمن محدود ولم يجده تقبل لانه دين كذا في (فئ) وفي (ذ) تقبل وهو الاصح وكذا لو ادعى مال الاجارة المنسوخة لم يجب تحديد المستاجر لانه دعوى الدين حقيقة اه .

فانت ترى انه اطلق المحدود ولم يقيد بكونه قبض كما اطلقه في السراجية فلمعل التفصيل بين المقبوض وغير المقبوض في دعوى ثمن غير المحدود وليحرر . وعليه فتبقى هذه المادة على اطلاقها كما اطلقها صاحب الدر .

المادة ١٦٢٦ - اذا كان المدعى به ديناً يلزم المدعى

بيان جنسه ونوعه ووصفه ومقداره مثلاً يلزم ان يبين جنسه بقوله ذهباً او فضة ونوعه بقوله سكة آل عثمان او الانكليز ووصفه بقوله سكة خالصة او مفشوشة ومقداره

بقوله الفأ ولكن اذا ادعى بقوله كذا غروشاً على الاطلاق تصح دعواه وتصرف على الغروش المهدودة في عرف البلدة واذا كان المتعارف نوعين من الغروش وكان اعتبار احدهما ورواجه ازيد، تصرف الى الادنى كما انه اذا ادعى بقوله كذا عدداً من البشلك تصرف دعواه الى البشلك الاسود الذي هو من المسكوكات المنقوشة .

قد تحصل من هذه المادة، انه لو ادعى عليه مائة ليرة عثمانية او مائة ريال مجيدي او مائة بشلك تكون دعواه صحيحة لانه قد بين جنس الدين ونوعه ووصفه ومقداره - اما الاول والثالث فلأن الليرة اسم لقطعة مضروبة من الذهب المطلوب غشه . والريال اسم لقطعة مضروبة من الفضة المطلوب غشها والبشلك اسم لقطعة مضروبة من الفضة الغالب غشها وبذلك يتبين الجنس والوصف .

واما الثاني فلان قوله عثمانية او مجيدي ، اخرج ما يشاركه في نوعه والبشلك ليس له ما يشاركه في نوعه حتى يلزم اخراجه لو اطلق الريال ايضا ولم يقيد بكونه مجيدياً تصح الدعوى ايضا لان الريال وان كانت له انواع كالريال العامودي والشوشي والفسى الا ان هذه غير راجحة في بلاد الدولة العثمانية لمنع السلطان عن تداولها فينصرف لفظ الريال الى الراجح المتعارف حتى لو كان بقيمة الانواع مساوية للريال المجيدي في الرواج ومخالفة له في المالية لا تصح الدعوى حتى يبين النوع .

واما الرابع يعني القدر فقد بينه بقوله مائة لان التعامل بلفظ المجيدي والليرة والبشلك بالعدد على ان يبان عدد الليرة والمجيدي يؤذن ايضا ببيان الوزن لان لكل واحد من الليرة والمجيدي وزناً معلوماً لا يتغير هذا اذا ادعى عليه ديناً هو نوع معين من انواع النقود المضروبة فلو ادعاه غير معين بنوع كما اذا ادعاه عدداً معلوماً من الغروش فان

دعواه صحيحة ببيان القدر فقط ولا يلزمه بيان الجنس والنوع والصفة ، لان المدينون بالف غرش مثلاً له ان يدفع ما قيمته الف غرش من اي نوع اراده من انواع العملة المضروبة سواء كانت ذهباً او فضة او مفشوشة . وهذا لان الغرش في زماننا اسم لجزء من العملة المضروبة معلوم الكم ومدوم الكيف تقوم به انواع العملة المضروبة من الذهب والفضة والمفشوشة فمنها ما يساوي مائة غرش ومنها ما يساوي اكثر ومنها ما يساوي اقل فاذا اشترى شيئاً بمائة غرش فالعرف ان المشتري يدفع ما اراد مما يساوي المائة غرش من انواع العملة المتداوية في الرواج ، وان اختلف في المائتين سواء كانت من الفضة او الذهب الخالصين او مفشوشها هذا اذا كانت انواع العملة متساوية في الرواج فلو كان بعضها اروج من بعض فالذي صرح به هذه المادة ان الدين المدعى به يصرف الى الادنى يعني الى ١٠ هو اقل رواجاً - لكن لم اقف على نقل صريح فيه وقد قدمنا في شرح المادة ٢٤٠ تباعاً لما حققه العلامة بن عابدين في رد المحتار وفي رسالة تنبيه الرقود ، انه لو اشترى شيئاً بالف غرش وكان بعض العملة اروج من بعض ، يجب على المشتري ان يدفع ما قيمته الف غرش من الارواج ، لانصراف العقد اليه وعليه لو بين المدعي سبب الدين بانه تمز مبيع او بدل اجارة ، فلا شك انه تنصرف الدعوى الى ما قيمته مبلغ الدين المدعى به من العملة الاكثر رواجاً في زمن العقد ومكانه كما يعلم من رد المحتار والرسالة المذكورة فليتأمل وفي الهندية مغزياً الى الذخيرة والدعوى يعني دعوى الدين ان كانت بسبب البيع فلا حاجة الى ذكر الصفة اذا كان في البلد نقد واحد معروف - الا اذا كان قد مضى من وقت البيع الى وقت الخصومة زمان طويل بحيث لا يعلم نقد البلد في ذلك الوقت حينئذ لا بد من بيان ان نقد البلد في ذلك الوقت كيف كان ، وبيان صفته بحيث تقع المعرفة من كل وجه اه .

وفيها عن المحيط ان كان في البلد نقود مختلفة والكل في الرواج

على السواء لا صرف اي لا فضل للبعض على البعض يجوز البيع ويعطى المشتري اي التقدين شاء - الا ان في الدعوى يعين احدهما وان كان الكل في الزواج على السواء وللبيع صرف على البعض كما كانت العطفية والمعدالية في ديارنا قبل هذا لا يجوز البيع الا بعد بيانه وكذا لا تصح الدعوى من غير بيانه اه .

وان كان احد التقدين اروج وثلاخر فضل فالعقد جائز وينصرف الى الاروج .

ورأيت بخط الاستر وشي اذا كان في البلد نقود واحدها اروج ، لا تصح الدعوى ما لم يبين كذا في الفصول الهادية اه

هذا اذا كان الدين المدعى به نقوداً - فان كان المدعى مكيلا فانما تصح الدعوى اذا ذكر المدعي جنسه بانه حنطة او شعير ، ونوعه انها سقية او برية خريفية او ربيعية ، وصفته انها جيدة او مسطحة او رديئة ، وقدرها بالكيل فيقول كذا قفياً ، لان المقدار في الحنطة الكيل ويذكر بقمير كذا لان القفزان تتفاوت في ذاتها اه كفاية

وفي الهندية لو ادعى الحنطة او الشعير بالامنا . يعني بالارطال فالمتعار للفتوى انه يسئل المدعى عن دعواه - فان ادعى بسبب القرض او الاستهلاك لا يفتى بالصححة ، وان ادعى مكيالة حتى صحت بلا خلاف واقام البينة على اقرار المدعى عليه بالحنطة والشعير ولم يذكر الصفة في اقراره ، قبلت البينة في حق الجبر على الاداء . وفي الذرة والمج يعتبر العرف يعني في كونه وزنياً او كيلياً . واذا ادعى الدقيق بالقفيز لا تصح ومتى ذكر الوزن حتى صحت دعواه ، لا بد ان يذكر انه دقيق منقول او غير منقول ويذكر مع ذلك انه محجوز او غير محجوز والجودة والوساطة والردائة اه .

المادة ١٦٢٧ - اذا كان المدعى به اعياناً فلا يلزم بيان سبب الملكية بل تصح دعوى الملك المطلق بقوله

هذا المال لي اما اذا كان ديناً فيسئل عن سببه وجهته
يعني يسئل هل هو ثمن مبيع او اجرة او دين من جهة
اخرى والحاصل انه يسئل من اي جهة كان ديناً .

اعلم انه لم يشترط احد من ارباب المتون لصحة دعوى الدين
بيان سبب وجوبه - الا صاحب التنوير فانه قال ولو كان ديناً ذكر
وصفه وفي دعوى المثليات لا بد من ذكر الجنس والنوع والصفة والقدر
وسبب الوجوب اه .

قال في شرحه منع الغار . ولذا قال في البحر مغزياً للخزانة واذا
ادعى عليه عشرة اقترزة حنطة ديناً عليه ولم يذكر باي سبب ، لا تسمع
ولا بد من بيان السبب ، لانها اذا كانت بسبب السلم فانما يكون له
حق المطالبة في الموضع الذي عيناه وان كانت بسبب القرض او بكونه
ثمن مبيع ، يتعين مكان القرض والمبيع مكاناً للايفاء ، وان كانت
بسبب القصب والاستهلاك فيكون له حق المطالبة بتسلم الحنطة في
مكان القصب والاستهلاك اه .

الى هنا عبارة المنع . وما عزاه الى البحر ذكره في شرح قول
الكثر وان كان ديناً ذكر وصفه وذكر قبله في شرح قول الكثر : ولا
تصح الدعوى حتى يذكر شيئاً علم جنسه وقدره ما نصه : ولم يشترط
المصر بيان السبب وفيه تفصيل فان كان المدعى ديناً لم يشترط للقاضي
ان يسأله عن سببه فان لم يبين لم يجز كما في الحانية . ولو كان
المدعى مكياً فلا بد من ذكر سبب الوجوب ، لأختلاف الاحكام
باختلاف الاسباب حتى ان من اسلم يحتاج الى بيان مكان الاستيفاء .
ويمنع الاستبدال قبل قبضه . وثن المبيع بخلافه فيها . وان من قرض
لا يلزم التأجيل اه .

وعبارة الحانية مجرورها : وان ذكر مدعي الدين جميع ذلك

يعني القدر والجنس والصفة ولم يذكر السبب فقال المدعي عليه سله من اي وجه يدعي ، يسئله القاضي عن ذلك - فان ابى ان يبين ، ذكر عامة الروايات ان القاضي لا يجبره على بيان السبب وذكر الشيخ الامام علي بن محمد البزدوي ان القاضي اذا سئله عن السبب لا يجب عليه ان يجيب ، لان المدعي قد يستحي عن بيان السبب او يشق عليه بيانه فان بين المدعي عليه وقال هذا المال الذي يدعي علي من ثمن خر او ميتة قال ابو حنيفة يصير مقراً بالمال اذا كذبه المدعي في السبب وقالوا ان بين مفصلاً فكما قال ابو حنيفة وان بين مفصلاً يصح بيانه واصل المسئلة اذا قال لغيره لك علي الف درهم من ثمن جارية بعثتها الا اني لم اقبض قال ابو حنيفة يؤخذ بالمال وقالوا كذلك ان فصل - وان وصل لم يلزمه شي . ولو ابتداء بالسبب وقال انه باعني الخمر او الميتة بكذا ، لا يصير مقراً بالمال اه .

وفي الانقروية مغزياً للغانية من باب اليمين وشرح ادب القاضي : لو طلب المدعي عليه من القاضي ان يستل المدعي من اي وجه يدعي علي هذا المال - ان سألته القاضي عن ذلك فهو حسن وان لم يبين لا يجبره القاضي على ذلك ، لان الواجب على المدعي تصحيح الدعوى ودعوى مطلق المال دعوى صحيحة كدعوى المال مع السبب اه .

وفي السادس من الفصولين برمز (ش) : لا بد في دعوى دين البر من بيان السبب فانه لو بسلم فله مطالبته في مكان عيناه ولو بفض او بقرض او ثمن مبيع يتعين مكان الغصب والقرض والبيع للايفاء اه .

وفيه بعد اسطر : ذكر الامام جلال الدين دعوى المثليات لا تصح - الا بيان السبب لاحتمال ان السبب هو الغصب وانه يختلف باختلاف موضع الغصب في المطالبة (ج) يذكر في دعوى غصب القدرى سوى الدراهم والدنانير مكان الغصب ، ليعلم هل له ولاية المطالبة (عده) في دعوى الوديعة لا بد من ذكر بلد الايداع سواء له حمل

ومونة اولاً وفي دعوى النصب لو لم يكن له حمل ومونة لا يشترط بيان مكان النصب اه .

وفيه بعد نحو ورقة في دعوى العطارفة والعدالي والفلوس لا بد من بيان السبب بخلاف سائر الدعاوي من دعوى الاملاك والاعيان والكيلى والوزني والذهب والفضة فانه لا يحتاج الى ذكر السبب ولا فرق بين ذكره وتركه - بخلاف العطارفة والعدالي والفلوس لانه يجوز ان يكون بسبب البيع ولم تقبض العطارفة حتى كسدت فيفسد البيع .

قال رحمه الله تعالى لم يشترط جلال الدين في دعوى غير العطارفة والعدالي والفلوس بيان السبب لصحتها في هذا المختصر وذكر في موضع اخر لو ادعى على اخر قدراً من بر او غيره من الوزني وطلبه بالمثل لا تصح بلا بيان السبب لاحتمال ان السبب الموجب هو النصب وانه يختلف باختلاف المكان اه .

واضطرب كلام الاشياء هنا قال في كتاب الدعوى : للقاضي ان يسئل عن سبب الدين احتياطاً فان اى الخصم عن البيان لا يجبر عليه كما اذا طلب الخصم اخراج دنته الحساب يامر القاضي باخراجه ولكن لا يجبره اه .

وعزاه للخانية ثم ذكر فيه بعد نحو كراس ما نصه : لا يشترط في صحة الدعوى بيان السبب الا في دعوى المين كما في البرازية اه

قال شارحها الشيخ مصطفى الرملي لان القاضي لا يعلم منها باي ملك يقضى فالملك بالهبة غير الملك بالبيع في احكام كثيرة كما في البرازية اه .

مع ان عبارة البرازية على ما في شرحها للحموي هكذا واعلم ان مشايخ فرغانة ذكروا ان الشرط في دعوى العقار في بلاد قدم بناؤها، بيان السبب ولا تسع فيه دعوى الملك المطلق لوجود ثلاثة - منها ان دعوى الملك المطلق دعوى الملك من الاصل بسبب الحطة ومعلوم ان

صاحب الخطة في مثل تلك البلاد غير موجود فيكون كذباً لا محالة فكيف يقضى به الى اخر الوجوه الثلاثة قالوا وهذه الموانع غير متحققة في المنقول ، لعدم المانع من الحمل على التملك من الاصل اهـ

قال الحموي ومنه يعلم ما في نقل المص من الخلل من وجوه - الاول ان البرازية لم يذكر هذا الاستثناء الذي ذكره المص الثاني ان البرازي عبر بالمقار وهو اخص من العين الثالث ان البرازي نسب ذلك الى مشايخ فرغانة ولم يطلق الرابع ان مشايخ فرغانة قيدوا ذلك ببلاد قدم بناؤها ولم يطلقوا اهـ .

ثم ذكر في الاشياء ايضاً بعد ما تقدم بنحو ست ورقات ما نصه : لا يلزم المدعي بيان السب ويصح بدونه - الا في موضعين في المثليات ودعوى المرأة الدين على تركة زوجها اهـ .

قال الحموي يعني لو ادعت المرأة مالاً على ورثة الزوج لم تصح ما لم تبين السب لجواز ان يكون دين النفقة وهي تسقط بموته جملة اهـ .

والحاصل ان كلامهم في هذه المسئلة مضطرب والذي يظهر من مجموع هذه النقول ان المسئلة خلافية - فمنهم من قال لا يلزم المدعي بيان السب مطلقاً - لكن ينبغي للقاضي ان يستلثه عن السب فان بينه والا فلا يجبر على البيان وهو المذكور في الحانية وعليه عامة الروايات ويؤيده خلو جميع المتون واكثر الشروح عن ذكر هذا الشرط لصحة الدعوى ومنهم من اشترط لصحة دعوى الدين فقط ، بيان سبه لكن لا مطلقاً بل اذا كان الدين المدعى به مثلياً له حمل وموته كالحنطة ونحوها وكذا اذا ادعت امرأة ديناً على زوجها بعد موته كما تقدم عن الاشياء وهذه منصوص عليها ايضاً .

في السادس من جامع الفصولين ومنهم من اشترط بيان السب في دعوى المقار فقط في بلاد قدم بناؤها عللوا ذلك بتلاثة اوجه قدمنا

احدها وهم مشايخ فرغانة فقط وقد اشار الحموي وغيره الى ضعفه . ومنهم من اشترطه في دعوى النقود ، من غير الذهب والفضة اذا كانت كاسدة وقت الدعوى كالنظارفة والمدالي والفلوس كما تقدم نقله عن جامع الفصولين واما اشتراط بيان السبب لصحة دعوى دين الدراهم والدنانير وما اشبهها بما ليس له حمل وموتة فلم يقل به احد ومن تأمل فيما نقلناه عن جامع الفصولين والبحر والانقروية وغيرها . وفي امثلتهم وفي تعليلهم للزوم بيان السبب في المثليات جزم بما قلناه وحينئذ فقوله في هذه المادة لما اذا كان دينه فيمثل عن سببه الخ .

يحتمل ان يكون المراد منه انه ينبغي للقاضي ان يسئل عن سبب الدين وان كانت دعواه صحيحة بدون بيانه السبب . وهذا هو الظاهر كما لا يخفى فتكون المجلة جارية على ما في الحانية عملاً بما ذكر في عامة الروايات ، ويحتمل ان يكون المراد من الدين المدعى به ما كان من المثليات التي لها حمل وموتة كالخطة ونحوها

والمراد من قوله يسئل عن سبب الدين ان يسئل لتصح دعواه اخذاً بما ذكره في المنع تبعاً للبحر وغيره كالبرزاية والظهيرية لكن لو كان المراد هذا لكان حق العبارة ان يقول اما اذا كان ديناً فيلزم بيان السبب لتم المقابلة بينه وبين قوله في دعوى الاعيان لا يلزم بيان سبب الملكية فتدبر واغتم هذا التحرير الذي سكتت عن توضيحه الاحلاء التعاريف

ثم اعلم ان بيان المدعى سبب الوجوب قد يوجب عليه بيانا اخر لا تصح دعواه بدون سبب . كانت دعواه بالعين او بالدين فقد ذكر الشارح اللبناني عازياً للانقروية لكنني لم اراه فيها الآن ، انه لو بين السبب فقال هو ملكي بسبب وقوعه في حصتي عند القسمة ، فلا بد من ان يذكر ان القسمة كانت بالقضاء او الرضى كما في البرزاية وانه لو ادعى شيئاً بسبب الشراء ان ادعاه من صاحب اليد صحت الدعوى بهذا القدر .

وذكر في الجامع انه يشترط ان يقول والبائع يملكه وان ادعاه من غيره لا يصح حتى يذكر احد الاشياء الثلاثة اثبات الملك لباعه

وقت العقد او اثبات الملك لنفسه في الحال او اثبات القبض او التسليم .
ولا بد من ذكر الثمن فيهما حتى لو ادعى انه ملكه اشتراه من فلان
وهو يملكه ولم يبين الثمن لا تقبل - اما لو قال اشتريت ونقدت الثمن
تقبل وان لم يبين الثمن . والفرق انه اذا لم يقل نقدت الثمن كان العقد
قاننا ولم يكن منتهاً فكان المدعى هو العقد والقضاء بالعقد لا يمكن
الا بالقضاء . بالثمن وانه مجهول واذا قال نقدت الثمن كان العقد منتهاً
فكان المدعى هو الملك والقضاء بالملك ممكن ام

وذكر في البحر انه لو ادعى ديناً هو قيمته بضاعة او وديعة بسبب
الموت مجهلاً لا بد ان يبين القيمة يوم موته اذ الواجب عليه قيمته يوم
موته وفي دعوى مال المضاربة بموت المضارب مجهلاً لا بد من ذكر ان
مال المضاربة يوم موته نقد ، او عرض لانه لو مرضا فله ولاية دعوى
قيمة العرض . وفي دعوى مال الشركة بموته مجهلاً لا بد من ذكر ان مات
مجهلاً لمال الشركة ام للمشتري بمال الشركة ، اذ مال الشركة مضمون
بالمثل والمشتري بمال الشركة مضمون بالقيمة . ولو ادعى مالاً بكفالة لا
بد من بيان المال انه باي سبب لجواز بطلانها اذ الكفالة بنفقة المرأة اذا
لم تذكر مدة سلومة ، لا تصح الا ان يقول ما عشت او ما دمت في
نكاحه والكفالة بمال الكتابة لا تصح وكذا بالدية على العاتلة ولا
بد ان يقول واجاز المكفول له الكفالة حتى لو قال في مجلسه
لم يجز اه .

قلت وهذا اي قوله لا بد ان يقول واجاز المكفول له الخ - لانا
يتمشى على قول ابي حنيفة ومحمد من ان من شرط صحة الكفالة قبول
المكفول له او قبول فضولي عنه في مجلسها وهو الذي مشت عليه المتون
اما على قول ابي يوسف المقتى به على ما في الدر والدرر وعليه مش
المجلة في المادة ٦٢١ فلا حاجة الى ان يقول المدعى واجاز المكفول
له الخ كما هو ظاهر فانهم .

وذكر في البحر ايضاً ان في دعوى الدين على الميت لو قال توفي

بلا ادائه وخلف من التركة بيد هذا الوارث ما يفني تسمم هذه الدعوى وان لم يبين اعيان التركة وبه يفنى - لكن انما يامر القاضي الوارث ماداء الدين لو ثبت وصول التركة اليه ولو انكر وصولها اليه لا يمكن اثبانه الا بعد بيان اعيان التركة في يده بما يحصل به الاعلام. ولو ادعى الدين بسبب الوراثه ، لا بد من بيان كل ورثة الميت وفي دعوى السعاية لا يجب ذكر قابض المال ولكن في محضر دعواها لا بد ان يفسر للسعاية لتتظر انه هل يجب الضمان عليه لجواز انه سمي بجي فلا يضمن .

وفي دعوى القعد من بيع واجارة ووصية وغيرها من اسباب الملك ، لا بد من بيان الطوع والرغبة بان يقول باع منه طاباً وراغباً في حال ففاد تصرفه لاحتمال الاكراه - وفي دعوى التخارج والصلح عن التركة لا بد من بيان انواع التركة وتحديد المقار وبيان قيمة كل نوع ليعلم ان الصلح لم يقع على ازيد من قيمة نصيبه لانهم لو استهلكوا التركة ثم صالحوا المدعي على ازيد من حصته لم يجز عندهم كما في الغصب - وفي دعوى البيع مكرها لا حاجة الى تمييز المكره اه .

وفي التكملة عن جامع الفصولين : وفي دعوى الاكراه على بيع وتسلم ينبغي ان يقول بعت مكرهاً وسلمته مكرهاً ولي حق فسخه فافسخه ولو قبض ثمنه يذكر وقبض ثمنه مكرهاً ويبرهن على كل ذلك ولو ادعى فساد بيع ، يستفسر عن سبب فساده لجواز ان يظن الصحيح فاسداً اه .

وفي فتاوي الانتقوي : وفي دعوى الاجارة المفسوخة ينبغي ان يذكر اول المدة واطرها وتسلم المستاجر ولو لم يذكر واحداً منها لا تصح الدعوى فلو اعاد الدعوى بعد مدة وذكر تسليم المستاجر واول المدة واطرها صح . وكذا في دعوى ثمن البيع اذا لم يذكر تسليم المبيع ثم اعاد الدعوى بان تعلم من عالم في مجلس القضاء. صحت الدعوى وكذا لو ذكر المدعي اول المدة واطرها وذكر التسليم وشرايط اخر ولم يذكر الشاهد ثم

ذكر تقبل اه .

وفيها ادعى انه باع مشتركاً بيني وبينه فاجزته فلزم تسليم نصف الثمن الي لم تجز هذه الدعوى ما لم يذكر ان هذه العين كان قائماً بيد المشتري وقت الاجازة - ولا بد ايضاً من ذكر رواج الثمن وقت الاجازة فانه لو كسد وقتها لا تعمل الاجازة - ولا بد ايضاً من ذكر قبض الباع ثمنه من المشتري ، اذ الاجازة في الانتها . كاذن ابتداءً والوكيل لا يطالب بتسليم الثمن قبل قبضه من المشتري ويسئل القاضي المدعى ان العين كان مشتركاً بينكما شركة ملك او عقد فلو قال شركة ملك لا بد من ذكر هذه الشروط - ولو قال شركة عقد لا حاجة الى قيام العين وقت الاجازة ، اذ العقد نفذ حال وجوده ولكن يشترط قبض الثمن اه .

وفي الهندية ويذكر في السلم شرائط صحته . ولو قال بسبب السلم الصحيح ولم يبين شرائط صحة السلم كان القاضي الامام شمس الاسلام محمود الاوزجندي يفتي بصحتها وغيره من المشايخ لا يفتون بصحتها . وفي دعوى البيع بان قال بسبب بيع صحيح صحت الدعوى بلا خلاف وعلى هذا كل سبب له شرائط كثيرة لا بد فيه من تعداد الشروط لصحة الدعوى عند عامة المشايخ . وان لم تكن له شرائط كثيرة يكتفي بقوله بسبب صحيح ويذكر في دعوى القرض القبض وصرف المستقرض ذلك الى حاجة نفسه ليحير ذلك ديناً عليه بالاجماع وكذلك يذكر في دعوى القرض انه اقرضه كذا من مال نفسه اه .

اي لجواز ان يكون وكيلاً بالاقراض والوكيل بالاقراض سفير ومعتبر ليس له ان يطالب بالاداء . وفي الهندية رجل ادعى على آخر كذا مالاً بسبب حساب بينهما - ذكر هذا السبب ليس بصحيح ، لان الحساب ليس بسبب لوجوب المال .

المادة ١٦٢٨ - حكم الاقرار هو ظهور المقر به وليس حدوته بداءة ولهذا لا يكون الاقرار سبباً للملك بناءً عليه لو

ادعى المدعي على آخر شيئاً وجعل سببه اقراره فقط ، لا تسمع دعواه مثلاً لو ادعى المدعي بقوله ان هذا المال لي وان هذا الرجل الذي هو ذو اليد كان اقر بانه مالي تسمع دعواه ، واما اذا ادعى بقوله ان هذا المال لي لان هذا الرجل الذي هو ذو اليد كان اقر بانه مالي ، تسمع دعواه - وكذلك لو ادعى المدعي بقوله ان لي في ذمة هذا الرجل كذا غروشاً من جهة القرض حتى انه كان اقر بانه مديون لي بهذا المبلغ من هذه الجهة تسمع دعواه ، واما اذا ادعى بقوله ان لي في ذمة هذا الرجل كذا غروشاً لانه كان اقر بانه مديون لي بالمبلغ المذكور من جهة القرض فلا تسمع دعواه .

حاصله ان الاقرار عبارة عن اظهار ما بين ثابتاً قبله لما تقدم في المادة ١٥٧٣ من ان الاقرار اخبار الانسان عن حق عليه لآخر فيكون حكمه ظهور المقر به لا ثبوته ابتداءً وحيث كان كذلك لا يكون سبباً للملك لان المسبب لا يتقدم على سببه وكون الاقرار اخباراً محضاً هو مقتضى اطلاق عامة التون خلافاً لما مشى عليه صاحب التنوير تبعا للبحر من انه اخبار بحق عليه من جهة انشاء من وجه ولن قال انه انشاء محض فان كلا القونين مخالف للصحيح وقد منّا تحقيق ذلك في شرح المادة المذكورة وحيث تقرر ان الاقرار اخبار لا سبب للزوم المقر به على المقر فاذا علل المدعي وجوب المدعى به على المقر باقراره يصير كأنه قال اطالبه بما لا سبب لوجوبه عليه او لزمه الا اقراره لا يحل له تناول المقر به واما اذا قال هو ملكي وانه اقر لي به تسمع دعواه منح

وفي جامع الفصولين اذا ادعى انه له لما انه اقر به ذو اليد او

ادعى عليه دراهم وقال لما انه اقر بها لي او قال ابتداء انه اقر ان هذا العين لي او اقر ان لي عليه كذا قيل تصح هذه الدعوى وقيل لا وهو قول عامة المشايخ لان نفس الاقرار لا يصلح سبباً للاستحقاق فان الاقرار كاذباً لا يثبت الاستحقاق للمقر له فقد اضاف الاستحقاق الى ما لا يصلح سبباً - وكذا اختلفوا انه هل يصح دعوى الاقرار من طرف الدفع - حتى لو برهن المدعى عليه ان المدعي اقر ان لا حق له على المدعى عليه او ان المدعي اقر ان هذا ملك المدعى عليه - قيل لا يقبل والعامه على انها تقبل وتصح الدعوى . واجمعوا انه لو قال هذا ملكي وهكذا اقر به ذو اليد او قال لي عليه كذا وهكذا اقر به المدعى عليه فانه يصح وتسمع البيئه على اقراره اذ لم يجعل الاقرار سبباً للوجوب .

وفي هذه الصورة لو انكر هل يحلف على اقراره فيه خلاف بين صاحبين - قيل يحلف لانه لو نكل ثبت اقراره ويفتي بعدم تحليفه على اقراره وانما يحلف على المال . وفي دعوى الدين لو قال المدعى عليه ان المدعي اقر باستيفائه وبرهن عليه فقد قيل لا يسمع لانه دعوى الاقرار في طرف الاستحقاق ، اذ الدين يقضي بثله فني الحاصل هذا دعوى الدين لنفسه فكان دعوى الاقرار في طرف الاستحقاق فلا تسمع اه .

قال في رد المحتار ومثل ما في الفصولين في البرازة وزاد فيها : وقيل يسمع لانه في الحاصل يدفع اداء الدين عن نفسه فكان في طرف الدفع ذكره في المحيط وذكر شيخ الاسلام : برهن المطوب على اقرار المدعي بانه لا حق له في المدعى او بانه ليس بملك له او ما كانت ملكاً له تندفع الدعوى ان لم يقر به لانها معروف . وكذا لو ادعاه بالارث فبرهن المطوب على اقرار المورث كما ذكرنا وقامه فيها اه .

لكن نقل بعده عن الدرر لو اقام المدعى عليه بيئه ان المدعي اقر ان هذا العين ملك المدعى عليه قال بعضهم لا تقبل وعامتهم هنا على القبول اه . فتأمل

المادة ١٦٢٩ - يشترط ان يكون المدعى به محتمل
الاثبات بناء عليه لو ادعى ما وجوده محال عقلاً او عادة لا يصح
الادعاء مثلاً اذا ادعى احد في حق من هو اكبر منه
سناً او في حق من نسبه معروف بأنه ابنه لا تكون
دعواه صحيحة .

اما عدم سماع دعوى المستحيل العقلي كالمثال المذكور في هذه المادة
فمنصوص عليه في كتب المذهب كما في الهندية وغيرها وذكره في البحر
اول كتاب الدعوى واما عدم سماع دعوى المستحيل العادي ، فقال في
البحر لم ار حكمه ثم ذكر اخر باب التحالف ان صاحب الملتقط
لستبط من فرع ذكر في نوادر هشام عن محمد رجل يعرف
بالحاجة والفقير ليس في بيته الا بورية ملقاة صار بيده غلام عرف باليسار
وعلى عنق العبد بكرة فيها عشرون الف دينار فادعاه رجل يعرف باليسار
وادعاه صاحب البيت فهو للذي عرف باليسار وكذا كئاس في منزل
رجل وعلى عنق الكئاس قطيفة فقال هي لي وادعاه صاحب المنزل
ايضا فهي لصاحب المنزل اه ، ان من شرط سماع الدعوى ان لا
يكذب المدعي ظاهر حاله كما هو مصرح به في كتب الشافعية
قلو ادعى فقير ظاهر الفقر على رجل اموالا عظيمة قرضا او ثمن مبيع لا
تسمع فلا جواب لها .

ثم قال صاحب البحر ثم رأيت بن الفرس في الفوائد الفقهية صرح
به والله اعلم هل هو منقول او قاله تفقها كما وقع لي فقال ومن
شروط صحة الدعوى ان يكون المدعي به مما يحتمل الثبوت بأن لا
يكون مستحيلاً عقلاً او عادة فان الدعوى والحال ما ذكر ظاهرة
الكذب لان المستحيل العادي كالمستحيل العقلي مثال المستحيل عادة

دعوى من هو معروف بالفقر والحاجة وهو يأخذ الزكاة من الاغنياء على
اخر انه اقترضه مائة الف دينار ذمها نقداً دفعة واحدة وانه تصرف
فيها لنفسه وانه يطالبه برد بدلها .

فمثل هذه الدعوى لا يلتفت اليها القاضي لخروجها مخرج الزور والفجور
ولا يسئل المدعى عليه عن جوابها اه .

قلت اللهم الا اذا ادعى عليه مالا عظيماً كان ورثته من مورثه
المعروف بالنسبة حينئذ تسمع اه .

كلام البحر قلت وقد افق الخير الرملي في كتاب الدعوى من
فتاويه وكذا الشيخ اسماعيل الحايك تبعاً لما ذكر في فتاوى ظهير الدين
بان دعوى المرأة على زوجها او على ورثته بعد موته بمجمل مهرها بعد
تسليم نفسها لزوجها ، لان العادة قد جرت انها لا تسلم نفسها قبل قبضها
الشروط تعجيله من المهر وما ذاك الا لان الدعوى بالمتحيل عادة لا
تسمع لكن المذكور في الحانية والبزازية والفصولين والمادية وغيرها ،
ان القول قول الزوج او ورثته بعد موته في الدفع ، لتسكه بالظاهر
وهو شهادة العرف والعادة لها وهو يقتضى سماع الدعوى وهذا هو الظاهر
اذ ليس كل ما خالف العادة يعد مستحيلاً عادة لا سيما اذا كانت
المادة تتخلف في بعض البلدان ولذا في دعوى المرأة مهرها بعد الدخول رسالتان
احدهما رفع الاشتباه واللبس في سماع دعوى المرأة ما شرط لها
تعجيله من المهر بعد تسليمها النفس

والثانية اشارة النصل على القول الفصل ردونا بها على بعض
المعاصرين المكابرين .

المادة ١٦٣٠ - يشترط ان يكون المدعى عليه محكوماً
وملزماً بشي . على تقديم ثبوت الدعوى مثلاً لو اعار احد
آخر شيئاً وخرج شخص آخر وادعى بقوله انا من متعلقاته

قلبعرني لا تصح دعواه كذلك لو وكل احد آخر بخصوص
وخرج شخص آخر وادعى بقوله انا جاره وبوكالته انسب
فليوكاني لا تصح دعواه لان لكل واحد ان يدير ماله من
شاء وبتقدير ثبوت هذه الدعاوي وامثالها لا يترتب في
حق المدعى عليه حكم .

لان الدعوى اذا لم تكن ملزمة شيئاً على الخصم على تقدير ثبوتها
تكون مبثاً، ولذا لا تصح دعوى التوكل على موكله الحاضر لا مكان
عزله كما في البحر عن الضاية وكذا لا تصح الدعوى من احد على غيره
انه وكيله، لامكان عزل نفسه . وفي فتاوي الانقرووي معزياً للقنية ادعى
على آخر اذك وكيل في تسليم المتاع الذي اشترته من فلان بتوكيله
اياك لا تسمع لانه وان ثبت وكالته به لا يلزمه التسليم ا هـ .

وفيه عن دعوى النصاب لو قال اشترى وكيلي منك هذه الدار
لاجلي بكذا، لا تسمع لان الوكيل بالثمراء يشترى لنفسه اولاً وهو لا
يملك اثبات الملك للغير لكن هذا التعليل يكون على ما ذهب اليه
الكرخي من ان الملك يثبت للوكيل اولاً ثم ينتقل الى الموكل وفي
اواخر دعوى الخلاصة مسألة تدل عليه حيث قال ادعى داراً في يد
رجل فقال المدعى عليه اشترى وكيلي منك لا يصح هذا الدفع
وقال في الحادي والعشرين من المادية الوكيل بالثمراء اذا اشترى
قريبه لا يعنى واذا اشترى زوجته لا يفسد النكاح وان كان الملك
يثبت للمشتري اولاً وذهب ابو طاهر ان الملك يثبت للموكل اولاً
اي ابتداءً .

وفي اواخر الخامس من وكالة البرازية وهو الاصح وهو المختار
في الكتز وغيره ا هـ .

وعليه فتصح دعوى ان وكيلي اشترى منك هذه الدار لاجلي

وتسع فتبه .
وفي السادس من الفصولين ادعى على اخر ان وصي باع منك
اقشتي كذا وكذا في حال ضغري بكذا ومات . ولم ياخذ ثمنها فادفعه الي
فقد قيل لا يصح هذه الدعوى اذ حق القبض لوارث الوصي او وصيه
وعلى قول (ض) في وكيل البيع اذا مات قبل قبض الثمن
فحق قبضه لموكله ينبغي ان ينتقل هنا حق القبض الى البالغ
ويصح دعواه اه .



الفصل الثاني

في رفع الدعوى

تنبيهات

الاول دفع الدعوى لا يصح من غير المدعى عليه الا اذا كان
ضرر الدعوى عابداً عليه كما في هامش الاقروري كما اذا كان المدعى
عليه احد الورثة فبرهن الوارث الاخران المدعي اقر بكونه مبطلاً في
الدعوى فانه يقبل كما في البحر والاشباه عن البرازية وكما اذا استحق
المبيع من يد المشتري فبرهن البايع على المستحق انه باعه منه قبل ان
ان يبيعه هو من المشتري فيقبل هذا الدفع من البايع وان لم تكن
الدعوى عليه .

كما في جامع الفصولين رامزاً للذخيرة . ويمكن ان يقال لا استثناء
اصلاً لان كلا من الوارث الاخر في المسئلة الاولى والبايع في المسئلة
الثانية مدعى عليه معنى .

الثاني الدفع الصحيح للدعوى الفاسدة التي اتفقت الائمة على فسادها

صحيح في الاصح كما في البرازية

قال في البحر بعد نقله فان قلت ما فائدة دفع الدعوى الفاسدة
مع ان القاضي لا يسما قلت تفقها ولم اره قائده لو ادعاها على وجه
الصحة كان الدفع الاول كافياً اه .

اقول وفي الانتروية مغزياً للتاريخانية لو ادعى المدعى عليه دفع
الدعوى الفاسدة يطالب باثبات دفعه ولا يطالب المدعي بتصحيح دعواه
وعليه الاعتماد وبه ينقضي اه ملخصاً .

الثالث قال في البحر وكما يصح الدفع قبل البرهان يصح بعد
اقامته ايضاً وكما يصح قبل الحكم يصح بعده ودفع الدفع ودفعه ون
كثير صحيح في المختار وقيل لا يسع بعد ثلاث اه .

ومثله في جامع الفصولين قال فيه حتى لو برهن على مال وحكم له
ثم برهن خصه ان المدعي اقر قبل الحكم انه ليس له عليه شيء
بيطل الحكم اقول ينبغي ان لا يبطل الحكم لو امكن التوفيق
يحدوثه بعد اقراره اه .

ودفع بان هذا مسلم على القول بالاكتفاء بمجرد مكان التوفيق وما
تقدم مبني على اختيار اشتراط التوفيق بالفعل افاده محشي البحر عن نور
العين . ونقل في البحر عن خزانة الاكمل والفصول ان القاضي لو قضى بينة
المدعي ثم برهن ذو اليد على ان المحكوم به وديعة فلان عندي او
غصبته منه ونحوه لم تسمع ثم قال ان قولهم ان الدفع بعد الحكم
صحيح مخالف له الا ان يخص من الكلي اه .

فتكون دعوى الابداع ونحوه مستثناة من قولهم الدفع بعد

الحكم صحيح .

ونقل محشي البحر العلامة ابن عابدين عن نور العين انه قال ولعل ما
نقل عن خزانة الاكمل مبني على القول بان الدفع بعد الحكم لا يسم
وهو خلاف القول المختار او يجاب بان المدعى عليه اذا لم يدع الابداع
اولا وادعاه ولم يبرهن عليه لم يظهر ان يده ليست بد خصومة فتوجهت

عليه دعوى الخارج وصح الحكم بها بعد اقامة البينة على الملك لانها قامت على خصم ثم اذا اراد المدعي عليه ان يثبت الابداع لا يمكنه ، لانه صار اجنبياً يريد اثبات الملك للفائب وايداعه فام تتضمن دعواه ابطال القضاء السابق . والدفع انا يصح اذا كان فيه برهان على ابطال القضاء كما سنذكره ولما لم يقبل برهانه ولا دعواه لما قلنا لم يظهر بطلان القضاء وعلى هذا لا ترد مسائل خمسة الدعوى على القول المختار من ان الدفع يقبل ولو بعد الحكم فليأمل اه .

اي لان الدفع الذي يقبل بعد الحكم هو دفع المدعى عليه ومدعي الابداع ونحوه خرج بعد الحكم عن كونه مدعى عليه ، لانه صار اجنبياً . ثم ان صورة ما زاد على دفع الدفع كما في حاشية البحر عن نور العيز : ادعى ملكاً مطلقاً فقال المدعى عليه اشتريته منك فقال المدعي قد اقلت البيع فاو قال الاخر انك اقررت اني ما اشتريته يسمع اذا ثبت العدالة اه .

والظاهر ان المراد بالعدالة عدالة الشهود لان القول المختار ، فيما لو كان الشهود عدولا كما في البحر او يحتمل ان يكون المراد بها عدالة مدعى الدفع فقي الفصولين رانزاً الى فتاوي ظهير الدين : متقدموا مشايخنا جوزوا دفع الدفع . وبعض متأخريهم على انه لا يصح وقيل يصح ما لم يظهر احتيال وتلبيس اه .

الرابع دفع الدعوى يطلق ويواد منه رد دعوى المدعي فيما يدعيه لاسباب شتى اعم من ان تكون لعدم صلاحية المدعى عليه لان يكون خصماً له فيما يدعيه او غير ذلك ككون المدعى متناقضاً في دعواه او كونه استوفى الحق الذي يدعيه او ابرأ المدعى عليه منه الى غير ذلك من الاسباب وهذا النوع هو المعنى بهذا الفصل . ومسائله كثيرة لا تحصر ذكرت متفرقة في ابواب كتب الفقه ومن جملتها المسائل المذكورة في المادة الاتية وقد يطلق ويواد منه رد خصومة المدعى لكون المدعى عليه لا ينتصب له خصماً فيما يدعيه وهذا النوع مخصوص في خمسة الدعوى المترجم

له في التنوير وغيره بفضل في دفع الدعوى ولهذا لم يذكر في ذلك الفصل من صور دفع الدعاوي الا خمسة الدعوى، ولا بد من بيانها فنقول لو ادعى على اخر عيناً منقولاً كان او عقاراً بالملك المطلق فقال المدعى عليه هذا الشيء المدعى به اودعني او اعارني او اجرائني او رهنه زيد الغائب او غصبته منه وبرهن عليه والعين قائمة وقال الشهود نعرف الغائب باسمه ونسبه او بوجهه فقط ، دفعت خصومة المدعي . وهذا قول الامام وقال محمد لا بد من ان يعرفه الشهود بوجهه وباسمه ونسبه . ومحل الخلاف بينها اذا ادعاه الخصم من معين بالاسم والنسب فشهدا بمجهول الاسم والنسب وقالوا نعرفه بوجهه - اما لو ادعاه من مجهول لم تقبل الشهادة اجماعاً وعلى قول محمد تعويل الائمة كما في البرازية وقال ابو يوسف ان كان المدعى عليه صالحاً فكما قال ابو حنيفة ومحمد وان كان معروفاً بالحليل لا تندفع الدعوى ، وان برهن ، لانه قد يدفع مال غيره الى مرید سفر فيودعه مرید السفر بشهادة الشهود حتى اذا جاء المالك واراد اثبات ملكه اقام ذو اليد بينة على ان فلاناً الغائب اودعه فيطبل حقه بالحيلة قال في الملتقى وبه يؤخذ واختاره في المختار فصارت اقوال ائمتنا في هذه المسئلة ثلاثة .

قال في البحر وفي البرازية : لو قال الشهود اودعه من نعرفه بالطرق الثلاثة لكن لا نقوله ولا نشهد به ، لا تندفع . ومقتضاه ان المدعى عليه لو اجاب بذلك لا يكفي وكذا لو قال اعرفه الا اني نسيته اه .

وقال بن شبرمة ان الدعوى لا تندفع مطلقاً لانه تعذر اثبات الملك للطالب ، لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه .
قلنا مقتضى البينة شيان اثبات الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فثبت .
وقال ابن ابي ليلى تندفع بدون بينة لاقراءه بالملك للغائب قلنا صار خصماً بظاهر يده فهو باقراره يريد ان يحول مستحقاً على نفسه فلا يصدق

الابحجة - فصار في المسئلة اقوال خمسة علماء. فسيت المسئلة الخمسة
لذلك ، ولان صورها خمس وديعة واجارة واعارة ورهن وغصب كاتقدم .
واعترض بان صورها لا تنحصر في الخمسة المذكور فان الحكم
كذلك لو قال وكاني الغائب يحفظه او اسكنني فيها او سرقة منه
او اخذته منه او ضل منه فوجدته او هو يبدي بالزرعة منه - واجيب
بان الست الزيدة راجعة الى الخمسة الاصول ، لان الاووين راجعان الى
الوديعة ، لان الكل امانة والثلاثة بعدها راجعة الى الغصب ان لم يشهد
في الاخيرة ، لان الكل مضمون وان يشهد فالى الوديعة . والصورة
الاخيرة الى الاجارة من حيث ان العامل اذا دفع البذر منه كان مستأجراً
لها ، او الى الوديعة من حيث عدم الضمان لتسبب صاحبه اذا ضاع منه
بلا تعد . وقيدنا بكون المدعي ادعاها بالملك المطلق ، لانه لو ادعى
فعلأ على ذي اليد بان ادعى انه شراه من ذي اليد ونقد ثمنه ، او ان ذا اليد
رهنه منه او آجره او وهبه له او تصدق به عليه وقبضه وبرهن ذواليد على ايداع
الغائب ونحوه ، لا تندفع به الخصومة وهو الصحيح وهو الظاهر من المذهب .
والظاهر ان من مسائل دعوى الفسل على ذي اليد
ما لو ادعى ان ذا اليد غصبه بمن غصبه من المدعي ، لما
سنتقله في شرح المادة ١٦٣٨ عن الانقروية مغزياً لمجمع الفتاوي . ومثله
في البزازية ابضاً والهندية ونصه : غاصب الغاصب ومودع الغاصب ينتصب
خصماً للمالك حتى ان من ادعى مالاً في يد رجل انه ملكه غصبه منه
فلان وغصبه وارودعه هذا الرجل من فلان تسمع دعواه . وكذلك لو برهن انه
غصبه منه وارودعه هذا الرجل وقال ذو اليد اودعني فلان الذي يدعي
المدعي الغصب منه لا تندفع الخصومة .

وبما قلنا يحصل التوفيق بين هذا وبين ما في التنوير لو ادعى انه
له غصبه منه فلان الغائب وبرهن وزعم ذو اليد ان هذا الغائب اودعه
عنده اندفعت اه .

فان ما في التنوير ليس فيه دعوى فعل الغصب على ذي اليد وان

اتى به ذو اليد في دفعه - بخلاف عبارة مجمع القناري ولو لم يكن الامر كما قلنا ، لا شكل الامر لما في كلامهم من التنافر مع ان احداً لم يذكر في المسئلة خلافاً فتأمل .

وسياقي تمامه في شرح المادة ١٦٣٨ . اما لو ادعى الملك بواحد من هذه الاسباب ممن يدعي ذو اليد الايداع ونحوه منه فان الخصومة تندفع عنه بلا بينة على الايداع ونحوه ، لاتفاقها ان اليد تزيد لكن يخلف ذو اليد على الايداع كما سيأتي عن الفصولين اخر هذه القولة وهذا لو ادعى المدعى عليه الايداع من نفس فلان الغائب فلو ادعاه من وكيله لم تندفع بلا بينة لان الوكالة لا تثبت بمجرد قوله . ولو ادعى انه اشتراه من الغائب ووكله بالقبض وبرهن ، لا تندفع ويؤمر ذواليد بدفعه اليه لانه صار احمى بالحفظ . وهذا بخلاف ما لو ادعى انه ثوبى سرقة مني زيد وقال ذو اليد اودعني زيد المذكور فان الخصومة لا تندفع عنه استحيانا لان الغصب ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطله فاليد للغاصب - بخلاف السرقة اذ اليد فيها لذي اليد ، اذ لا يد للسارق ولهذا العبارة نكتة لا تحصى . ولو ادعى انه ملكه سُرق منه بالبناء للمفعول فهو دعوى فعل على ذي اليد مثل قوله سرقت لو غصبت بتناء الخطاب - بخلاف قوله غصب مني او اخذ مني بالبناء للمفعول فانه مثل قوله غصب مني الغائب فتدفع بها الخصومة . والفرق ان بناء سرق مني للمفعول لدره الحد عنه - بخلاف غصب مني فان الحد لا يجب فيه فلا يحمل على ان المراد منه الخطاب فبقى على احتمال ان الغاصب او الآخذ غير ذي اليد . ولو قال المدعى هذا ملكي وهو في يد المدعى عليه غصب او سرقة ، لا تندفع على الصحيح لانه جعل يد المدعى عليه ظرفاً للغصب فدل على دعوى الغصب عليه . ولو قال ذو اليد في غير مجلس الحكم انه ملكي ثم قال في مجلسه انه وديعة وبرهن المدعى على مقالته الاولى ، يحمله خصما ولا يقبل قول المدعي بلا برهان - بخلاف دعوى الفعل عليه فانه يقبل بلا برهان .

ففي الفصولين : ادعى غصباً على ذي اليد فبرهن على الملك ، لا على الغصب فبمجرد دعوى الفعل وهو الغصب عليه من غير اقامة بينة عليه لا يتمكن المدعى عليه من دعوى الايداع كذا (فشر) يحفظ هذا فانه حيلة في دفع دعوى الايداع اه .

لكن ذكر بعد كراس ونحو ثلاث ورقات برمز (فقط) انه لو اراد المدعي دفع دعوى الايداع او الرهن او الاجارة يدعى عليه فعل الغصب ويبرهن عليه فتندفع دعوى ذي اليد اه . وظاهره اشتراط البرهان فتأمل .

وقيدنا بكون المدعى قائماً ، اذ لو كان هالكا لا تندفع الدعوى لان الدعوى حينئذ في القيمة والقيمة دين . ومحل الدين النسيئة فالمدعى عليه ينتصب خصماً بذمته . وبالبينه انه كان في يده وديعة ، لا يتبين ان ما في ذمته لغيره فلا تتحول الخصومة عنه . ثم اذا حضر الغائب وصدقه في الايداع او الاجارة او الرهن رجع عليه بما ضمن للمدعي - اما لو كان غصباً لم يرجع وكذا لو كان عارية . والاباق مثل الهلاك هاهنا فان عاد العبد يوماً يكون عبداً لمن استقر عليه الضمان .

وظاهر تقييدهم جواب المدعى عليه بقوله او دعنيه او اعارنيه الخ انه لا بد لاندفاع الدعوى عنه من دعواه ايداع الكل او اعارته الخ .

فان ادعى ان نصفه ملكه ونصفه الاخر وديعة في يده فلان الغائب قيل لا تندفع الدعوى الا في النصف واليه الاشارة في بيوع الجامع الكبير كما في الذخيرة - وقيل تبطل في الكل لتعذر التمييز وعليه كلام المعيط والحانية ونقله في البحر عن الاختيار واقتصر عليه - لكن نظر صاحب العمادية والفصولين في هذا ولم يبين وجه النظر وكذا صاحب نور العين الكل من الدر وحواشيه والبحر

اقول ولعل وجه النظر ان التمييز ليس بشرط لصحة دعواه في النصف الذي هو ملك المدعى عليه لان دعوى الحصة المشاعة صحيحة تأمل .

وفيه عن خزانة الأكل والفصول انه لو برهن ذو اليد على اقرار المدعى انه لفلان الغائب ولم يزيدوا فالخصومة بينها فائة اه .
لكن نقل قبل هذا عن خزانة الأكل ايضاً وعن الحانية انه لو اقر المدعى ان رجلاً دفعه اليه اي الى ذي اليد او شهدوا على اقراره بذلك ، فلا خصومة بينها اه .

ثم نقل بعد ذلك عن البرازية انه لو شهد الشهود انها لفلان الغائب فقط ، لم تقبل ولو شهدوا على اقرار المدعي انها لفلان الغائب ، اندفعت اه .
فكان المسئلة خلافة .

وفي جامع الفصولين اودمه نصف دار لم يقسم او نصف قن ثم باع منه النصف الاخر فبرهن رجل ان نصفه له فبرهن ذو اليد على الشراء .
والوديعة ، تندفع الخصومة حتى يحضر بائعه اذا المدعي او استحق نصفه يظهر ان البائع كان شريكاً للمدعي فانصرف بيعه الى نصيبه والمشتري ليس بنحصر في نصفه الاخر لانه مودع فيه اه

وفي البحر عن البرازية مغزياً للذخيرة : من صار خصماً لدعوى الفعل عليه ان برهن على اقرار المدعي بايداع الغائب منه ، تندفع وان لم تندفع باقامة البينة على الايداع ، لثبوت اقرار المدعي ان يده ليست يد خصومة اه .

واعلم ان قولهم ان دعوى الوقف من قبيل دعوى الملك المطلق ، يقتضى انه لو ادعى ان الدار وقف عليه فدفعه ذو اليد بما ذكر من دعوى ايداع الغائب ونحوه ان تندفع وبه صرح في الاسعاف كما في حاشية البحر للعلامة ابن عابدين وفي الفصولين برمز (فش) : اذا طلب المدعي بين ذي اليد انه وديعة ، ليس له ذلك لانه جعل نفسه مدعياً في انه وديعة ولا يمين على المدعي . ولو حلف لا تندفع عنه الخصومة ولو اراد ذو اليد تحليف المدعي على العلم بالايداع فله ذلك لان المدعي منكر للايداع فيحلف لانه لو اقر تبطل دعواه فاذا انكر يحلف اه .

ثم ذكر بعد نحو صفحة برمز (ج) : لو ادعى شراء من يدعي ذو اليد الايداع منه تندفع عنه الخصومة بلاينة لو حلف ذو اليد على الايداع فلو نكل صار خصماً . ولو قال حين التحليف ما اودعنيه ولكن غصبته منه وحلف على ذلك ، لا يعتبر يمينه للتناقض . فيكون خصماً اه .

وعليه فما في البحر عن البزاية : اذا ادعى ذو اليد الوديعة ولم يبرهن واراد ان يحلف ان الغائب اودعه عنده ، يحلف الحاكم المدعى عليه لقد اودعها اليه على البت لا على الظن لانه وان كان فعل الغير لكن تمامه بقبوله اه ، محمول على صورة لا يلزمه فيها البرهان . كان ادعى الشراء من يدعي ذو اليد الايداع منه فقول البزاية : ولم يبرهن اي لم يلزمه البرهان . وبهذا يحصل التوفيق بين ما في الفصولين والبزاية فتدبر .

المادة ١٦٣١ - الدفع هو الاتيان بدعوى من قبل المدعى عليه تدفع دعوى المدعى مثلاً اذا ادعى احد كذا غروشاً من جهة القرض

كونه من جهة القرض ليس قيماً احترازياً . بل مثله ما ادعاه من جهة ثمن مبيع او بدل اجارة او قيمة متلف . او نحو ذلك كما هو ظاهر .

وقال المدعى عليه كنت اديت ذلك او انت كنت ابرأتني من ذلك او كنا تصالحنا

اي علي مبلغ كذا والصلح على بعض المدعى استيفاء للبعض وبراءة عن الباقي كما مر في المادة ١٥٥٢ وهذا اي قبول هذا الدفع اذا لم

يسبق من المدعى عليه قبله اقرار بالدين او انكار له . فاما اذا اقر بالدين
اولا ثم ادعى الايفاء والابراء او الصلح فقد ذكر في رد المحتار من
شئ القضاء عن البحر مغزيا لحرارة المفتين : انه ان كان كلا القولين
في مجلس واحد لم يقبل للتناقض وان تفرقا عن المجلس ثم ادعاه
واقام البينة على الايفاء بعد الاقرار تقبل لعدم التناقض وان ادعى
الايفاء قبل الاقرار لا يقبل اه .

ومثله في العاشر من الفصولين - لكن حقق محشيه الزملي ان هذا
اذا ادعى الايفاء او الابراء مفصولا عن الاقرار يدل على هذا قوله ثم
ادعى الخ لان ثم للتراخي اما لو ادعاه موصولا بالاقرار ، فتسم دعواه
لان هذا بمعنى الاستثناء وقد صرحوا ان شرط صحة الاستثناء ، ان يكون
متصلاً . ثم استدل على ما قاله بما في التارخانية نقلاً عن اليتيمة : ولو ان
المدعى عليه قال للمدعى حين ادعى عليه صدقت قد كان لك علي الف
درهم لكنني قد قضيتكم وقال المدعي ما قضيتي شيئاً فدفعت الف
اليه او صلح على خمماية ثم شهد الشهود للمدعى عليه انه دفع اليه
الف بالامس كان له ان يرجع عليه بما اعطاه والصلح باطلاً اه .
وبما في الهادية ادعى ديناً فاقربه وادعى الايفاء او الابراء
فانكر فصالحه ثم برهن عليه ، يقبل . لان الصلح هنا ليس
لافتداء اليين اه .

اقول ويأوح لي ان دعواه الايفاء او الابراء بعد اقراره بلفظ كان
لك علي هذا المال تقبل ، وان ادعاهما مفصولا عن هذا الاقرار لعدم
التناقض اذ لا يلزم من الاقرار بالدين في الزمان الماضي الاقرار به في
الحال تأمل .

وراجع واما اذا ادعاهما بعد انكاره الدين ففي الدر متناً وشرحاً
ادعى عليه مالا فقال المدعى عليه ما كان لك علي شيء قط فبرهن
المدعي ان له عليه الفاً وبرهن المدعى عليه على الايفاء او الابراء يقبل
ولو بعد حكم القاضي بالمال المدعى به اذ الدفع بعد قضاء القاضي

صحيح الا في المسئلة الخمسة وانما قبل برهانه مع تناقضه ، لامكان التوفيق ،
لان غير الحق قد يقضى ويبرأ عنه دفعا للخصومة اه
وكذلك الحكم لو ادعى ايفاء البعض لما في التكملة عن مجموع
التوازل : ادعى عليه شيئاً فاجاب قايلا اني آتي بالدفع فقيل له اعلى الايفاء .
او الابرأ . فقال على كليهما يسع قوله ، ان وفق بان قال
اوفيت البعض وابرأني عن البعض او قال ابرأني عن الكل لكن
لما انكر اوفيته اه .

قال في البحر ولا يخفى ان على القول بان امكان التوفيق كاف
يسع مطلقاً .

قلت وفي الهندية مغزياً لجواهر الفتاوي ادعى مائة درهم فقال المدعى
عليه دفعت اليك منها خمسين وانكر المدعي فبرهن المدعى عليه على انه
دفع للمدعي خمسين درهماً لا يكون دفعةً ما لم يشهدوا انه دفع اليه
او قضاة هذه الحسين الذي يدعي اه .

ثم ان الحام لفظ كان ولفظ قط في عبارة الدر المارة ، تنصيص على
المتوهم اذ لو قال ما لك علي شي . او ليس لك علي شي . يكون
سماع دعوى الايفاء . او الابرأ . من باب اولى لان مالك او ليس لك
علي شي . لنفي الحال فلا تناقض بينه وبين دعوى الايفاء اصلاً - بخلاف
ما كان لك علي شي . فانه لنفي الماضي - لا سيما اذا تاكد النفي بلفظ
قط فان التناقض بينه وبين دعوى الايفاء او الابرأ . ظاهر - الا ان التوفيق
فيه ممكن كما تقدم هذا اذا قال ما كان لك علي شي . قط ولم يزد
فان زاد عليه قوله ولا اعرفك ونحوه كما رأيتك او ما جرى بيني
وبينك معاملة او مخالطة ولا اخذ ولا عطاء . او ما اجتمعت معك في
مكان فلا يقبل منه دعوى الايفاء او الابرأ . لتعذر التوفيق

نعم لو ادعى اقرار المدعي بالوصول او الايصال او اقراره بالابرأ .
والحالة هذه تسع ، لان التناقض هو الذي يجمع بين كلامين متناقضين
وهنا لم يجمع ولذا لو صدقه المدعي مياناً لم يكن متناقضاً .

وحكى صاحب الكافي قبول البيعة على الابرأء باتفاق الروايات - يعني وان زاد قوله لا اعرفك ، لان الابرأء يتحقق بلا معرفة وقيل ان مدعي الايفاء ايضا اذا كان محتجبا لا يتولى الاعمال بنفسه ، او كان مخدرة تسمع منه الايفاء او الابرأء ، لان مثل هذا قد يتأذى من الشغب على بابہ فيأمر بارضاء الخصم ولا يعرفه ثم يعرفه اه . ملخصا من الدر وحواشيه .

اوليس هذا المبلغ قرضاً بل هو ثمن المال الفلاني الذي كنت بعتہ لك او كنت حولتك على فلان بطلي الذي هو ذلك المقدار وانت اعطيتني ذلك المقدار عوضه يكون قد دفع دعواه .

وكذا اذا قال المدعي عليه ان هذا المبلغ الذي قبضته منك هو عن دين كان لي عليك ، او هو وديعة كانت لي عندك او قبضته منك لانتك وهبته لي او قبضته بالوكالة عن فلان وكان ديناً له عليك ، او قال وهبته لفلان فامرني بقبضه ودفتمه اليه . وكذا اذا كان المدعي به داراً فقال المدعي عليه قد كنت اجرتك هذه الدار وسلمتها اليك ثم اخذتها وقال المدعي بل الدار داري واخذتها مني ظلماً فاذا برهن المدعي عليه على دفعه في جميع هذه المسائل ، تندفع دعوى المدعي كما يعلم ذلك من مسائل المذكورة في القول لمن في القناري الانقروية .

وفي البرازية برهن عليه انه دفع اليه عشرة فقال دفعته الي لادفمه الى فلان فدفعت ، يصح الدفع اه .

وفي الفصولين ادعى : انه اخذ منه هذه الدراهم بغير حق فبرهن خصمه اني اخذتها بحق ، لاني بعت منك كذا وقد اخذت ثمنه تندفع الخصومة لانه اثبت المبايعه اه .

ولو قال الخصم اني اخذتها بحق ولم يزد على ذلك ، فعلى ما نقله في
الفصولين عن قاضيخان وفتاوي رشيد الدين ، لا تندفع دعوى المدعي وتقبل
بينته سواء كان المدعى قائماً او هالِكاً ، لانه خارج وعلى ما نقله
عن الذخيرة تندفع دعوى المدعى ، لان المدعى اذا كان هالِكاً ، فالمدعي
يدهي الضمان وبينته المدعى عليه تدفعه - وان كان قائماً فتصادقها انه كان بيد
المدعي يكون المدعي ذا يد حقيقة والمدعي عليه خارجاً فيبينته اولى . قال صاحب
الفصولين والصواب عندي رواية الذخيرة لما مر من تصادقها والعبرة للمعنى
لا للصورة وقد مر في معرفة الخارج وذوي اليد عن فتاوي رشيد الدين
ما يويد ما في الذخيرة والله اعلم اه .

وكذا اذا ادعى احد على آخر بقوله كنت قد كفلت
طلبي الذي هو في ذمة فلان كذا دراهم وقال المدعى
عليه كان المديون ادى ذلك المبلغ يكون قد دفع
دعوى المدعي .

قال في الفصولين من الفصل الخامس : ويتصب الكفيل خصماً عن
المديون ، اذ لا يمكنه دفع الدائت الا بهذا اه .
وفيه من العاشر : ادعى ديناً بكفالة له او لمورثه فبرهن خصمه ان
الاصيل اذاه اليك او الى مورثك او برهن ان مورثه اخرجني الكفالة
او برهن انك اخرجتني منها بعد موت ابيك يندفع المدعي .
وفي الانقروي عن القنية : ادعى عليه مالا بحكم الكفالة فقال
ما تكلفت اصلاً ثم اقام بينة عليه فادعى ان الاصيل اذاه لا يسمع
منه لانه انما يسمع على اعتبار كونه كفيلاً والا فهو فضولي فتضمنت
دعوى الاصيل في مقام الخصومة ، الاقرار بالكفالة وانه انكرها في الابتداء
فهو متناقض اه .

وفيها عن البرازية ادعى انه كفيل له عن مديونه بالف فانكر

الكفالة وبرهن الدائن وحكم به الحاكم واخذ المكفول له المال ثم ان الكفيل ادعى على المدين ان كفل عنه بامرته وبرهن على ذلك ، يقبل عندنا . ويرجم على المكفول بما كفل لانه صار مكذبا شرعاً بالقضاء . اه .

وفيهما عن شرح المجمع : ادعى على رجل انه كفل له عن فلان بامرته بكذا فانكر فبرهن فادى ما كفل بالزام القاضي حكمتنا له بالرجوع اي على الاصيل لانه صار مكذبا شرعاً بقضاء القاضي فصار جحوده كعدمه اه .
يعني يحكم له بالرجوع بلا دعوى على الاصيل هنا لان الكفالة المحكوم بها كفالة بالامر - بخلاف مسألة البرازية قبلها فان الحكم ليس بكفالة بالامر فيها تأمل .

لكن يعارض مسألة البرازية ما في الانقروية ايضاً عن خزانه الاكمل نقلًا عن المنتقى : ادعى على رجل انه كفل له بمال عن فلان فانكر الكفيل الكفالة فاقام المدعي البينة عليه فالزمه القاضي وادى المال ثم اقام البينة انه كفل بامر المكفول عنه لا تسمع بينته اه .
وهو مخالف لما تقرر من ان التناقض يرتفع بتكذيب الحاكم كما يرتفع بتصديق الخصم فتأمل .

ادعى الكفيل مالا فقال الاصيل المال غير واجب على لاني اقررت مكرهاً - فقد قيل لا يسمع هذا الدفع اذ المدعي لم يدع على الاصيل الا يرى ان البيع لو استحق من يد المشتري فبرهن البايع على المستحق انه باعه منه قبل ان يبيعه هو من المشتري يسمع هذا من البايع ، لو لم تكن الدعوى على البايع فصولين . وفيه ايضاً ادعى ديننا بارت فبرهن خصمه ان اباك احوال به فلانا ودفعته اليه وصدقه فلان ، تندفع لان المحتال يصير وكيلاً بقبض الدين والوكيل بقبض الدين او العين اذا اقر بالقبض يصح على الموكل وبيراً الغريم اه .

كذا اذا ادعى احد مالا في يد غيره بانه مالي

واجاب المدعى عليه بانك حين ما ادعى هذا المال فلان كنت
قد شهدت لدعواه يكون قد دفع دعوى المدعى

في فتاوي الانقروي رجل ادعى الطيلسان باثراء فشهد به رجلان
له فقضي له او لم يقض ثم ادعى احد الشاهدين الطيلسان لا تسمع
دعواه - الا اذا قال عند الشهادة ان هذا الطيلسان لي او لابي وقد باعه
فلان من فلان تقبل شهادتها على البيع ولا يقبل قولها انه لي او لابي
ثم اذا اقام البينة ان الطيلسان له ورثه من ابيه ، تقبل لانعدام التناقض
ولو قالوا قولاً ولم يذكر لفظ الشهادة . ثم ادعى الطيلسان او ادعى
انه وكله ابوه يسمع اه .

قال في هامشها وعبارة العتالي في شرح الزيادات اذا قال ان صاحب
اليد باع الطيلسان من فلان ولم يتلفظ بلفظ الشهادة ثم ادعى لنفسه
يقبل لان الخبر لم يلزم شيئاً بل مجرد حكاية عن بيع فضولي اه .
وفيها عن العمادية وغيرها : الاقدام على الاستبراء والاستيابة والاستيداع
والاستجار اقرار بان لا ملك له فيه باتفاق الروايات حتى لو اقام المدعى
عليه بينة ان المدعى استأجره مني او استأجره مني او استأجره مني يكون
دفعاً لدعوى المدعى . ولو ادعى المدعى التوفيق وقال كان ملكي - لكنه
قبضه مني ولم يدفعه الي فلان استأجرتها منه ، لا يسمع هذا من المدعى ،
لان المناقضة ثابتة بين قوله ملكي وبين قوله ليس بملكى والاستبراء
من غير المدعى عليه في كونه اقراراً انه لا ملك فيه للمدعى ، نظير
الاستبراء . من المدعى عليه حتى لو اقام المدعى عليه بينة ان المدعى
استأجره هذه العين من فلان و اقام البينة يكون دفعاً اه .
وفيها عن البرازية والقنية استام الشيء . ثم شهد به لغيره
تسمع اه .

قال في هامشه لتحقق الاستيامة من غير المالك كالوكيل - كذا علله بعضهم

والظاهر ان هذا على رواية الزيادات من ان الاستيلاء ، اقرار بانه لا ملك له فيه وليس اقراراً بالملك الذي اليد وقد جزم الكردي يعني صاحب البرازية بكونه اقراراً بانه لذي اليد اه .

اي وعليه بناء على هذا التعليل لا تسمع شهادته - كما لو شهد به لفلان ثم ادعاه لنفسه وفيه : لو يبرهن على اقرار المدعي ان شهوده فسقة او على اقراره انه استاجرهم او على اقرارهم انهم لم يحضروا في مجلس كان هذا الامر فيه ، يكون مبطلاً لشهود المدعي اه .

كذلك لو ادعى احد من تركة الميت كذا دراهم واثبت دعواه بآء على انكار الوارث ثم ادعى الوارث ان المتوفي كان قد ادى هذا المبلغ في حال حياته يكون قد دفع دعوى المدعي

لان الميت لو كان حياً وادعى ايفاء الدين بعد انكاره والبرهان عليه من الدائن تسمع دعواه - فكذا وارثه ، لانه قائم مقامه .
وفي الفصولين برمز الذخيرة : ادعى وصية وانكرها الوارث فبرهن الموصى له فادعى الوارث الرجوع قيل لا تسمع وقيل تسمع وهو الاصح لانه مما يخفى لعل الموصي اوصى ثم رجع ولم يعلم بها وارثه فانكر فاذا ادعى الرجوع والتناقض لا يضر في مثله . ولو برهن على وجود الموصي الوصية تقبل على رواية كرون الجحود رجوعاً ، لا على رواية انه ليس برجوع اه .

وفي اخر الرابع عشر من دعوى البرازية : ادعى ديناً على وارث وبرهن ثم ان غيره من الورثة صالح معه ثم ان غير المصالح من الورثة برهن على ايفاء مورثه ذلك الدين ، يسمع ولا يعطى له بدل الصلح وان وان يبرهن المصالح لا يسمع ويلزمه تسليم البدل اه .
ولا يخفى ان دعوى الابراء عن الدين كدعوى ايفائه

﴿ فروع ﴾

ادعى الفا فقال خصمه ادبته في سوق سمرقند وعجز عن البينة ثم قال ادبته في قرية كذا وبرهن ، يقبل اذ التوفيق يمكن بان يقول قضيتها في سوق سمرقند وعجزت عن اثباته بالبينة فقضيتها ثانية في قرية كذا وهكذا يدل على امكان التوفيق يكفي من غير دعوى التوفيق . ثم قال برمز (بق) ادعى ادا . دينه بسمرقند ثم برهن على ادائه ببخارى كان تناقضا الا اذا وفق انقروي عن العاشر من الفصولين .

اقول وسيأتي في المادة ١٦٥٧ ان امكان التوفيق لا يكفي في جميع صور التناقض وان هذا هو المعتمد وفيها عن جواهر الفتاوي : رجل ادعى على آخر دينا فقال المدعى عليه قد ادبته ثم ادعى انه ابراه ، يكون مسموعا ولا يكون متناقضا لانه لا تناقض فيه يقال براءة قبض واستيفاء . اه .

ادعى على غيره كذا دراهم فادعى المدعى عليه الايفاء . وجاء بشهود شهدوا ان المدعى عليه دفع هذا المال كذا درهما لكن لا ندري باي جهة دفع هل يقبل القاضي هذه الشهادة وهل تندفع بها دعوى المدعي - عن بعض مشايخنا انه يقبل وتندفع بها دعوى المدعي وهو الاشبه والاقرب الى الصواب اه .

ومثله في العاشر من الفصولين وقال رانزا الى (شى) هو الصحيح وقيل لا يقبل اه .

اقول فانا نقلناه في شرح الفقرة الثانية من هذه المادة عن الهندية مغزيا لجواهر الفتاوي من عدم القبول خلاف الاشبه والصواب والصحيح فليتبه له .

هذا ونقل في التكملة عن المحيط : ادعى على اخر مائتي درهم وانه استوفى منها مائة وخمسين وبقي عليه خمسون واثبتها بالبينة ثم برهن

المدعى عليه انه اوفاه الحسين لا تسمع حتى يقولوا هذه الحسين التي يدعى لان في مائة وخمسين وخمسين اه .

فالظاهر ان قوله لان في مائة وخمسين وخمسين يشير الى التفرقة بين هذه وبين المسئلة السابقة - فأن هنا يحتمل ان الحسين المشهود بدفعها هي مما اقر المدعى بقبضه تدبر .

ادعى اربثاً فبرهن المدعى عليه ان مورثه اقر ان المدعى ليس له او هو ملك المدعى عليه او على اقرار الوارث قبل موت مورثه او بعده انه لم يكن لابييه ، او على اقراره ان اياه مات والدار ليست له ، كان كله دفعا . ولو شهدوا ان الوارث اقر انه ليس لابييه كان دفعا ، لا لو شهدوا ان الوارث اقر انه ليس لابي ، لانه وهبه لي او باعه مني في صحته ادعاه اربثاً عن ابيه فبرهن خصمه ان ابك باعه من فلان في صحته وانا شريته منه - قيل لا يصح هذا الدفع لاحتمال التوفيق وقيل يصح وهو الاصح فصولين وفيه : ادعى انه اخذ منه مالا كذا وكذا وصفه بما يعرف به فبرهن خصمه ان المدعى اقر ان هذا المال المفسر ، اخذه منه فلان الاخر لا تدفع اذ لا منافاة بينها ، لجواز ان فلانا اخذه ثم رده عليه ثم اخذه المدعى عليه .

ادعى قادراً من البر انه اخذه من زرعي الذي كان لي في ارض كذا ولم يثبت دعواه حتى ادعى هذا البر على هذا الوجه على الاخر ، ينبغي ان تسمع اذ لا منافاة ، لجواز انه اخذ البر من زرعه فلان ثم اخذه منه فلان الاخر عمادية واقره في الفصولين . وقوله منه ضميره عائد الى الزرع كما يقتضيه قوله على هذا الوجه . ولا يعارضه ما في فتاوي الانقروبي والتكلمة والمنح وغيرها عن البرازية والقنية : ادعى على زيد انه دفع له مالا ليدفعه الى غريمه وحلفه اي بعد انكاره ثم ادعاه على خالد وزعم ان دعواه على زيد كان ظناً لا يقبل ، لان الحق الواحد كما لا يستوفى من اثنين لا يخاصم مع اثنين بوجه واحد اه .

لان فرع البرازي فيه ما يمنع التوفيق لانه صدره بقوله ادعى

على زيد انه دفع له مالا الخ وقال فيه ان المدعي زعم ان دعواه على زيد كان ظناً - بخلاف فرع العادي فانه صدره بقوله ادعى على زيد قدراً من البر انه اخذ من زرعه الخ فليس فيه ما يمنع التوفيق افاده العلامة الرملي في حاشيته على الفصولين من الفصل العاشر

اقول اكن ذكر المسئلة في فصل الاستمراء قبيل كتاب الاقرار من الدرر والعرر وليس فيها دعوى الدفع ولا زعم ان دعواه على الاول كان ظناً وعبارته متناً وشرحاً : ادعى زيد مالا ولم يثبت فادعاه على آخر ، لم تسمع كذا في القنية اه فتامل

ثم رأيت في الخانية ذكر المسئلة الاولى - كما في العادية والفصولين ولم يحك خلافاً وقال بعدها : وان شهد شهود المدعى عليه ان المدعي اقر ان فلانا آخر وكيل المدعى عليه اخذ مني هذا المال ، كان ذلك اكذاباً لشهوده وبطل دعواه اه

ولعل صاحب الدرر اختصر عبارة القنية اختصاراً اخل بالمراد منها فان ما نقلته معتبرات المذهب عن القنية هو ما مر آنفاً فتدبر

ادعى البيع مكرها فبرهن المشتري على تسليمه او اخذ ثمنه طوعاً ، تندفع . وكذا لو ادعى الهبة مكرها فبرهن الموهوب له على اخذ العوض طوعاً تندفع فصولين . وافاد ايضاً انه لو برهن انه ابرأني عن هذه الدعوى ثم ادعى المدعي ثانياً انه اقر لي بالمال بعد ابرأني - فلو قال المدعى عليه ابرأني وقبيلت الابراء لا يصح هذا الدفع يعني الاقرار - ولو لم يقله ، يصح الدفع ، لاحتمال الرد . والابراء يرتد بالرد فيبقى المال عليه - بخلاف قبوله اذ لا يرتد بالرد بعد قبوله . ولو ادعى مالا فبرهن خصمه انك اقررت بالابراء فبرهن المدعي انك اقررت بهذا المال بعد اقرارني بالبرائة ، صار مقراً في هذه الحالة بالابراء . ولما اقر بها ثبت سقوط المال من ذمته - فاقرار المدعي عليه بعده بهذا المال لغو وكذب فلا يعتبر . وهذا بخلاف ما لو برهن المدعي انك اقررت لي بهذا المال بعد دعواك اقرارني بالبرائة فانه يقبل فانه لا اقرار بالبرائة في هذه الحالة اه .

ملخصاً : والظاهر انه في صورة ما لو كان دفع المدعى عليه بلفظ
اقررت بالابراء ، لا حاجة ان يقول وقبلت الابراء ، لان هذا اخبار بابراء
من قبل فلا حاجة فيه الى القبول تامل .

المادة ١٦٣٢ - اذا اثبت من ادعى دفع الدعوى
دفعه ، تندفع دعوى المدعي والا يحلف المدعي الاصيلي
بطلب صاحب الدفع - فان نكل المدعي عن اليمين ؛
يثبت دفع المدعى عليه وان حلف تعود دعواه الاصلية .

ثم ان الدفع الذي ادعاه المدعى عليه - ان كان فعل المدعي في
دعوى الدفع المذكورة في متن المادة السابقة ، يحلفه القاضي على البتات
اي على انه لم يستوف المال الذي يدعيه ، او لم يبرأ المدعى عليه
منه . وهكذا وان كان فعل غيره - كما اذا كان بقوله اودعنيه الغائب
او اجرنيه الى اخر خمسة الدعوى المذكورة فيما كتبناه اول هذ
العصل ، يحلفه على العلم اي على انه لا يعلم ان المدعى به ودبعة
او رهن او مستأجر الخ . وهذا الثاني هو المعنى بقول صاحب رد
المحتار : ويحلفه هنا على العلم لانه على فعل الغير - فاطلاق الشارح
البنائي كونه هنا على العلم غير شديد - على انه لا ذكر لهذا النوع
الثاني في هذا الفصل اصلاً . ثم ان تكليف مدعي الدفع فيما اذا كان
الدفع من المسائل الخمسة لاقامة البرهان على دفعه ، مقيد بما اذا لم
يدع المدعي شراء ممن يدعي ذو اليد الايداع منه - والا فلا يكلف
ذو اليد لاثباته بالينة ولا المدعي الى اليمين - وانما يحلف نفس مدعي
الدفع حينئذ على ايداع الغائب منه - حتى لو نكل عن اليمين يكون
خصماً ولا تندفع دعوى المدعي . والتحليف يكون على البتات ، لان الايداع
وان كان فعل الغائب الا ان قامه بقول المودع وهو المدعى عليه .
وقد تقدم التصريح بهذا اخر ما كتبناه على قوله فصل في دفع الدعوى

تقلاً عن جامع الفصولين فارجع اليه .

المادة ١٦٣٣ - اذا ادعى على اخر طلباً كذا دراهم وقال المدعى عليه كنت قد حولتك بهذا المبلغ على فلان وكل منكما قبل الحوالة واثبت المدعى عليه قوله هذا حال كون المحال عليه حاضراً يكون قد دفع دعوى المدعي وخلص من مطالبته وان لم يكن المحال عليه حاضراً يكون دفع دعوى المدعي موقوفاً الى حضور المحال عليه .

لانه ادعى تاخير المطالبة واسقاطها عن نفسه ولا يمكنه اثباته الا بان يصير خصماً عن المحال عليه ولولا بينة له على الحوالة ، فله ان يحلف المدعي على الحاصل - بالله بان ما يدعيه حق عليه . فلو ادعى مالاً على كفيل فبرهن الكفيل ان الاصيل احالك به على فلان وانه قبل الحوالة ، ينبغي ان يقبل قياساً على هذه المسئلة وقياساً على ما لو برهن ان الاصيل اذاه كذا في الفصولين . ثم ان انكار المدعي للحوالة لا يمنعه من الرجوع على المعال عليه ، لانه صار مكذباً شرعاً - فلحق انكاره بالعدم فلم يكن متناقضاً افاده محشيه العلامة الرملي . وعبارة الحثانية : رجل عليه دين نجاء الطالب يتقاضى دينه فقال المطلوب قد احلتك به على فلان ، وفلان غائب وقت الخصومة فقال الطالب لم اقبل الحوالة ، كان القول قول الطالب والبينة على الطالب وهو المحيل - وان اقام الطالب بينة على ما ادعى ذكر في الاملاً ان القاضي يقبل البينة ويؤخر الامر حتى يحضر الغائب فانه خصم مع الطالب فاذا قدم الغائب فانكر الحوالة ، امر المطلوب باعادة البينة في وجهه ولا يقضى عليه بتلك البينة اي بالبينة التي قامت على الطالب بغيته . وان لم يكن للمطلوب بينة على ذلك وطلب بين الطالب قبل حضور الغائب ، كان له ذلك فان نكل الطالب ، يرى المطلوب عن الدين اه . ومعنى قولهم دفعت دعوى المدعي دفعها القاضي اي حكم بدفعها

فأفاد انه لو اعاد المدعي الدعوى عند قاض آخر لا يحتاج المدعي عليه الى اعادة الدفع - بل يثبت حكم القاضي الاول كما صرحوا به كذا في البحر (ذ) : ادعى ثمن قن فانكر خصمه الشراء - فبرهن عليه المدعي فبرهن خصمه على ايفاء ثمنه ، لا يسمع للتناقض اقول ينبغي ان يسمع في رواية عن ابي يوسف قياساً على ما لو انكر البيع فبرهن عليه المشتري فوجد عيباً فاراد ردها فبرهن البايع انه بريء من كل عيب ، لم تقبل للتناقض اذ البرائة بلا بيع محال وقد انكر البيع . وعن ابي يوسف تقبل ، لامكان التوفيق - بان باعها وكيله ولم يعلم به فكذا هنا كذا في الفصولين اقول يمكن دفع هذا البحث بان التوفيق غير ممكن فيما لو انكر الشراء ثم ادعى ايفاء الثمن لان ايفائه الثمن يمنع من ارادة ان وكيله اشترى ولم يعلم به فكانت اتفاقية - بخلاف ما لو انكر البيع ثم ادعى البرائة من العيب لان ابراء المشتري اياه من كل عيب ، لا تمنع من ارادة ان وكيله باع ولم يعلم هو البيع . وحيث امكن التوفيق كانت المسئلة خلافية . ثم بحث ايضاً في المسلتين المذكورتين من وجه اخر وحاصله انه ينبغي ان تقبل البيئنة في المسلتين عندنا وفاقاً - خلافاً لفر ، لان كلام من منكر الشراء في الاولى ومنكر البيع في الثانية صار مكذبا شرعا بيئنة المدعي فلحق انكاره بالعدم فصار كما في الكفالة من ان رجلاً لو برهن ان له على الغائب الفاء وهذا كفييل عنه بامر الخ . يرجع الكفييل على الغائب ، ولو انكر الكفالة اصلاً ، لانه صار مكذبا شرعا في انكاره فلحق بالعدم . وهنا يقال كذلك قد لحق انكار كل من المشتري والبايع بالعدم فلم يتحقق التناقض فينبغي ان تصح الدعوى وفاقاً ، لعدم التناقض اه . ملخصاً

اقول وهذا البحث ايضا يمكن دفعه بان التناقض انما يرتفع بحكم القاضي كما قدمناه لا بمجرد اقامة البرهان ، اذ بالحكم يصير مكذبا شرعا . ومسئلة الكفالة المذكورة قد اتصل بالحكم بالبيئنة التي اقيمت عليها كما تقدم التنصيص عليه فيما نقلناه في شرح للفقرة الرابعة من

المادة ١٦٣٠ عن البرازية فارتفع التناقض فيها ، لان المدعي صار مكذبا بالحكم وليس في المسئتين المبعوث فيها ، ما يفيد اتصال الحكم بالبينة التي اقيمت فيها على الشراء في الاولى وعلى البيع في الثانية - بل الظاهر من العطف بالقاء ان منكر الشراء برهن على الايفاء ومنكر البيع برهن على البرائة من العيب قبل الحكم بينتي الشراء والبيع فلم يرتفع التناقض المانع من سماع الدعوى تامل . حكم له بمال ثم دفعا الى قاض اخر وجاء المدعى عليه عند هذا القاضي بالدفع يسع ويبطل الحكم الاول . لو اتى بالدفع بعد الحكم في بعض المواضع ، لا تقبل لجواز ان يبرهن بعد الحكم ان المدعي اقر قبل الدعوى ان لا حق له في الدار فانه لا يبطل الحكم ، لجواز التوفيق بان شراء بخيار فلم يملكه في ذلك الزمان ثم مضت مدة الخيار وقت الحكم فلكه - فلما احتمل هذا لم يبطل الحكم الجائر بشك . ولو برهن قبل الحكم تقبل ولا يحكم اذ الشك يمنع الحكم ولا يدفعه . ادعى البرائة واستهل يومين فلم يأت بالدفع وحكم عليه ثم برهن ، فالمختار انه يقبل ويبطل الحكم (ذ) لو قال المدعى عليه لي دفع يمله القاضي الى المجلس الثاني (قضه) لا يمله على وجه يبطل به حق المدعي وانما يمله ثلاثة ايام وما اشبه ذلك (فش) لو قال لي دفع ولم يبين وجهه ، لا يلتفت اليه ويحكم عليه - ولو بين وجه الدفع لكن قال بينتي غائبة عن البلدة فكذا الجواب - وكذا لو بين دفعا فاسدا ، فالجواب كذلك . ولو كان الدفع صحيحا وقال بينتي حاضرة في المصر يمله الى المجلس الثاني - فان لم يبرهن يحكم عليه (ذ) لو ادعى برائة من دين وقال لي بينة في المصر ، يوجهه الى ثلاثة ايام (شي) ادعى عينا فقال ذو اليد شريته من هذا المدعي يتزع من يده قياسا حتى يبرهن على الشراء وبه افتي (ظه) ويترك في يده ثلاثة ايام استحسانا ويكفل وعليه المديون اذا ادعى الايفاء (فقط) لو ادعى النكاح فدفعه دعوى طلاق او اقرار به او اقرار بمجومة المصاهرة او رضاع . ادعى رجوعا في هبة ، فدفعه دعوى التعويض والزيادة المتصلة او

انه ذو رحم محرم من الواهب . ادعى شراء دار من فلان ، فدفعه ان يدعي ذو اليد شراؤه من فلان ذلك . برهن انه شراه من فلان يوم كذا سنة كذا - فبرهن ذو اليد ان فلانا ذلك اقر قبل تاريخ شرائك او قبل شرائك بسنة انه ملك اخيه فلان وصدقه اخوه وانا شريته من اخيه المقر له ، اتفقت اجوبة المفتين على صحة هذا الدفع ثم استفتوا بعده ان المدعي لو طلب من ذي اليد بيان وقت ذلك الاقرار انه متى كان وفي اي شهر كان هل يكلف عليه ، اتفقت اجوبتهم ايضاً انه لا يكلف ، لانه بين مدة بقدر الحاجة حيث قال قبل شرائك او قبل تاريخه . ادعى دابة ملكا مطلقا او بالتنازع وبرهن ، فدفعه ان يدعي ذو اليد نتاجها . ادعاه مطلقا فقال ذو اليد ان المدعي اقر ان ذا اليد شراه من فلان وان هذا اقراره بانه لا ملك له فيه هل يندفع في (خ) مثله تدل على انه لا يندفع - وهي ادعاه فقال ذو اليد اودعني فلان وقال المدعي ما اودعه فلان - ولكنه وهبه او باعه منك ، يخاف ذو اليد انه لم يهبه ولم يبعه منك بعد ايداعه فان نكل ، فهو خصم للمدعي وهذا دل على ان المدعي لو اقر ان المدعي عليه شري المدعي من فلان لم يكن اقراراً منه بانه لا ملك له فيه (فش) ادعى داراً ارثاً له ولاخيه فقال المدعي عليه انك اقررت ان اخاك باعه منك وسلم ، هذا اقرار انه ملك الاخ فلا يصح منك دعوى الارث قيل لا تندفع ، لانه لم يقر ان اخي باع بيها جازراً لكن اقر بالبيع فقط . ومن اقر ان فلانا باعه ثم ادعى انه ملكه يسمع - الا اذا اقر انه باع بيها جازراً فينئذ لا تسمع دعواه بعد وقيل لو قال باع والدار في يده وقت البيع او قال باع وسلم فهذا يكفي ، لانه مما يدل على الملك الكلي من جامع الفصولين ومن اراد الوقوف على كثير من مسائل دفع الدعوى فعليه بمراجعة الفصل العاشر منه والله سبحانه وتعالى اعلم واستغفر الله العظيم .



الفصل الثالث

في يانه منه طاه فصما ومن لم يكسه

قال في الانقروية عازيا لقضاء القنية (جس) قد لا يكون خصما في
البينة ولا في اليمين ولو اقر به لا يجبر - ولكن لو دفع جاز (ص) - كمن
ادعى انك اشتريت هذا العبد من وكيلي فلان فاقر المشتري بالثراء ؛
والوكيل غائب لا تقبل بينة المدعي على انه كان وكيله بالبيع ولا
يخلف به المدعى عليه ولو اقر لا يجبر عليه اي على دفع الثمن - ولكن
لو دفع جاز . وقد لا يكون خصما في البينة ولا في اليمين ولكن لو
اقر به يجبر عليه (ص) - كمن ادعى عبداً في يد رجل فانكر دعواه
فصالح رجل آخر مع المدعي على دراهم ودفعها اليه على ان يكون العبد
له . ثم جاء المصالح الى ذي اليد واقام البينة على ان العبد كان للمدعي
واراد اخذه ، لم تقبل بيئته ولم يخلف عليه المدعى عليه - لكن لو
اقر ذو اليد ، يؤسر بدفع العبد الى المصالح بتزلة المشتري ونص محمد انه
لا تقبل البينة ولا اليمين - ولكن لو اقر به يواخذ باقراره . وقد يكون
خصماً في اليمين ولا يكون خصماً في البينة - كمن اشترى عبداً وقبضه
ثم اقر انه اغير البايع وهو فلان ابن فلان ودفعه الى المقر له ثم اقام
بينة انه كان للمقر له يرجع بالثمن على البايع ، لم تقبل بيئته - ولكن
له ان يخلف البايع بالله ما كان للمقر له فان نكل ، يرد الثمن . وقد
يكون خصماً في البينة دون اليمين وعلى هذا عشر مسائل او اكثر منها .
ادعى عبدان في يد رجل فانكر ثم صالحه من دعواه على احدهما
بعينه ثم اقام البينة ان العبدان له ، له ان يأخذ الاخر - ولو اراد ان
يخلف ذا اليد ليس له ذلك ومنها ان الوكيل بالثراء رد المبيع باليب فقال
البايع رضي الأمر به تقبل البينة عليه على رضا الأمر وليس له ان يخلف

الوكيل . ومنها الوكيل بطلب الشفعة ادعى عليه المشتري ان الموكل سلم الشفعة ، تقبل بيته ولا يحلف الوكيل عليه ومنها الوكيل بقبض الدين ادعى عليه المدينون انه اوفى رب الدين دينه واقام بيته عليه ، يقبل ولا يحلف الوكيل بالعلم اذا لم تكن له بيته . ومنها انه اذا ادعى على رجل انه وصي الميت ، تقبل بيته ولا يحلف المدعى عليه . ومنها اذا ادعى اني وكيل فلان فاتكر تقبل البيته ولا يحلف المنكر . ومنها اذا ادعى ان فلانا الميت اوصى الي والى هذا فاتكر تقبل البيته عليه ولا يحلف . ومنها ان الأب فيما يدعي على ابنه الصغير خصم في سماع البيته دون اليمين . ومنها ان من ادعى على ميت مالا او حقاً من الحقوق وقدم وصيه الذي ليس يوارث الى الحاكم فليس له ان يحلفه ، لان اليمين لرجاء النكول والنكول بذل او اقرار وليس للموصي ولا للاب في حق الصغير ذلك ولو كان الوصي وارثاً ، يحلف لانه يملك البذل في حصته اه .

المادة ١٦٣٤ - اذا ادعى احد شيئاً وكان يترتب على اقرار المدعى عليه حكم بتقدير اقراره يكون بانكاره خصماً في الدعوى واقامة البيته وان كان لا يترتب حكم على اقرار المدعى عليه اذا اقر لم يكن خصماً في انكاره .

لعدم صحة انكاره ، لان من يصح اقراره يصح انكاره - فيكون خصماً في اقامة البيته عليه ومن لا يصح اقراره لا يصح انكاره الا في المستثنيات الآتية . وهذا احد اصلين بنيت عليه مسايل هذا الفصل كما في فتاوي الانقرووي مغزياً لشرح ادب القاضي - وتليهما ان من ادعى مالا على غائب فاراد ان يقيم البيته على رجل حاضر فان الحاضر انما ينتصب خصماً عنه اذا كان ما ادعى على الحاضر حقاً لا يتوصل اليه الا باتبات ذلك على الغائب اه

وسياتي لهذا زيادة توضيح - ثم ان هذين الاصلين لبيان كون المدعى عليه يصلح خصماً للمدعي اولا . وهناك اصل آخر لبيان كون المدعي يصلح خصماً في اقامة البيئة على المدعى عليه اولا ذكره في الاشباه فقال في كتاب القضاء والشهادات والدعاوي : من عمل اقراره قبلت بينته ومن لا ، فلا الا اذا ادعى ارثاً او نفقة او حضانة فلو ادعى على اخر انه اخوه او جده او ابن ابنه لا تقبل بخلاف الابوة والبنوة والزوجية اه .

وتوضيح هذا كما في حواشيه للحموي ، ان البيئة لا تثبت شيئاً الا اذا قامت من خصم على خصم وشرط كون المدعى به مما يجوز اقراره به ويلزم ويثبت اذا صدقه المدعى عليه فان كذلك يكون خصماً والا ، فلا - كما اذا ادعى رجل على آخر بانه اخوه او جده او عمه او ابن ابنه فانه لا تقبل منه البيئة على ذلك فان اقراره باخوة المدعى عليه لا تجوز وبتصديق المدعى عليه لا تثبت ولا تلزم وهذا لان في كل من الدعوى والتصديق تحميل القسب على الغير فلو قبلت بينته عليها ، لقامت على الغير الغائب . والمدعى عليه ليس خصماً عن الغائب لا قصداً ولا حكماً - اما قصداً فلان المدعى عليه ليس وكيلاً ولا وصياً - واما حكماً ، فلانه لا حق يقضى به على المدعى عليه ليصير ثبوت النسب على الغائب تاباً لذلك ، لان الوارث انما يصير خصماً عن الميت فيما يقبل الانتقال اليه وهو المال او الحقوق المتصلة بالمال - ولهذا استثنى من قوله من عمل اقراره قبلت بينته ما اذا ادعى ارثاً او نفقة او حضانة فانه لو اقام حينئذ بينة على الاخوة ونحوها ، تقبل بصورة دعوى الارث يقول انت اخي ومات ابوك وترك مالا في يدك وهو ميراث بيني وبينك . وصورة دعوى النفقة ان يدعي انه اخوه ويطلب من القاضي فرض نفقته عليه . وصورة دعوى الحضانة رجل التقط صغيراً لا يعبر عن نفسه فاقامة امرأة بينة انه اخوها ولها حق حضنته فان البرهان على الاخوة في هذه المسائل يقبل ولا يحكم بها وان كانت مما لا يجوز الاقرار بها والمصادقة عليها لانه ادعى حقاً وهو المال وفرض النفقة وحضانة الصغير ولا يتوصل الى ذلك الا بانبات ابوة الغائب فكان ما يدعيه على

القائب سياً لا يدعيه على الحاضر فانتصب خصماً لذلك وهذا - بخلاف دعوى الايوه والبنوة والزوجية فانها تسمع والبينة عليها تقبل، وان لم يكن معها دعوى ارث ونحوه، لان اقرار الرجل بالوالدين صحيح وبمصادقة الاخر تلزم وتثبت، اذ ليس فيها تحميل نسب على احد وكذا المرأة الا في الولد فان فيه تحميل النسب على الاباه ملخصاً من الحوي

مثلاً اذا اتى احد من ارباب الحرف وادعى على احد بقوله ان رسولك فلان اخذ مني المال الفلاني اعطني ثمنه يكون المدعى عليه خصماً للمدعي اذا انكر لانه يكون مجبوراً على دفع الثمن وتسليمه عند اقراره وتسمع دعوى المدعي وبينته على هذه الحال واما اذا ادعى المدعي بقوله ان وكيالك بالشراء اشترى وانكر المدعى عليه فلا يكون خصماً للمدعي لانه لو اقر لا يكون مجبوراً على دفع الثمن للمدعي وعلى هذه الحال لا تسمع دعوى المدعي .

وهذا لما تقرر في المادة ١٤٥٤ وكذا في المادة ١٤٦١ وكذا في المادة ١٤٦٢ وشرحها - من ان الرسول سفير ومعبود والعقد حقيقة مرسله، فلا تتعلق بالرسول شيء من احكام العقد - وعليه فيترتب على اقرار المدعى عليه بالرسالة حكم - وهو ان للمدعي حق المطالبة بالثمن فكان خصماً لاثبات الرسالة - واما الوكيل فحقوق العقد تتعلق به لا بموكله فلو ان المدعى عليه اقر بالتوكيل وبشراء الوكيل من المدعي لا يترتب على اقراره حكم لما قلنا - فلا يكون خصماً لمن يدعي عليه التوكيل والمراد من الوكيل في قوله ان وكيالك بالشراء الخ، الوكيل حقيقة وهو من يضيف العقد الى نفسه، لان المطلق ينصرف الى الكامل - واما ان اضاف الوكيل العقد الى موكله فقد خرج عن كونه وكيلاً وصار في حكم الرسول كما تقدم

في المادة ١٤٦١ وكان داخلاً في المثال الاول فلا يرد ان اطلاق لفظ الوكيل هنا في محل التقييد فافهم والظاهر ان نظير هذا المثال ما اذا قال في دعواه على آخر ان رسولي فلانا لمشتري كذا واطلب منك تسليبي اليه فانكر ذو اليد دعواه - حيث يكون خصماً للمدعي ، لانه يتدرب على اقراره بدعواه حكم وهو وجوب تسليم المبيع للمدعي ، لان حق قبضه له لا لرسوله - اما لو قال في دعواه عليه ان وكيلي بالشراء اشتري منك كذا لاجلي فالحكم ليس كذلك اتفاقاً ، ان اقر بالببيع لفلان وانكر كون الشراء للمدعي لانه لو اقر بهذا ايضاً لم يتدرب على اقراره حكم شرعي ، لان حق قبض المبيع للوكيل لا لموكله فلا يكون خصماً له وان انكر البيع لفلان الطالب اصلاً فالحكم كذلك عند ابي حنيفة لما ذكرنا خلافاً لابي يوسف .

قال في الفصل الثالث من الفصولين : ادعى بيتاً في يد رجل بان فلانا الطالب اشتراه منك لاجلي وانكر ذو اليد البيع تسمع الدعوى وكذا لو كان المشتري حاضراً ينكر الشراء . وهذا كمن ادعى بيتاً في يد رجل وقال شريته من فلان وفلان شراء منك اه

وقوله تسمع الدعوى اي على قول ابي يوسف كما يوضحه قوله ايضاً رانراً للمنتقى قال ابو يوسف لو قال ذو اليد قد كنت بعته من فلان الذي ترعم انك وكلته بشرائه لك وفلان غائب فلا خصومة بينه وبين ذي اليد . وكذا لو قال كنت بعته من فلان الذي ترعم انك شريته منه وهو في يدي حتى يدفع الثمن - او قال اودعني فلا خصومة بينهما . وكذا بيت بين قوم بارث ادعى رجل انه شري من بعضهم نصيبه وهو غائب واقرت الورثة بنصيبه فيه فبرهن على الشراء لا تقبل . ولو قالوا هو لنا وانكروا نصيب الغائب تقبل بيته المدعي . جاء بصك باسم غيره على رجل وقال هذا المال الذي في هذا الصك باسم فلان عليك قد اقر به فلان لي ولي البيته على ذلك - فلو انكر المدعي عليه ان يكون لفلان الغائب عليه شي . فهو خصم تقبل بيته هذا المدعي لا لو اقر وهو قول ابي يوسف وعن

محمد انه لا تقبل بيته ولو انكر المدعى عليه .
ادعى بيتا انه كان لفلان وانه باعه من فلان وانا شفيعه فقال ذو
اليد هو بيتي ولم يكن لفلان قط فبرهن المدعي على دعواه قال محمد اما
على قولي وهو قياس قول ابي حنيفة فلا خصومة بينهما حتى يحضر المشتري
- لو قبض البيت من البايع - وحتى يحضروا جميعا لو لم يقبضه وعند ابي يوسف
ذو اليد خصم ويقضى للشفيع ويدفعه اليه ويأخذ الثمن منه ويضمه على
يد عدل فيكون ذلك قضا. على البايع والمشتري ولو كان المشتري حاضراً
منكراً للشراء. قال محمد اقضي بالبيت للشفيع واجعل المهدة على المشتري
وادفع الثمن اليه جملة .

وفي فتاوي الانقروي عن البرازية عبد في يد رجل قال هو لي
وقال رجل هو لفلان اشترته منه وبعته ثمنه وبرهن ، يقضى باليد على
هذا الحاضر ويمضي النفاذ على الغائب حتى لو حضر وجد لا يلتفت
الى انكاره اه .

وفي الثالث من الفصولين رامزاً للذخيرة : الموصى له بعين ، خصم لمدعي
ذلك العين بسبب الشراء من الموصي والغريم ليس بنخصم للغريم - قبض
الغريم الاول شيئا او لم يقبض والموصى له ليس بنخصم للغريم . وهذا لو
كان موصى له بالثلث لا غير فان كان . موصى له بما زاد على الثلث وصحت
- بان لم يكن له وارث ، فهو خصم للغريم ويصي كوارث ، اذ استمقاق ما
زاد على الثلث من خصائص الوارث . والمودع او الغاصب او المديون ليس
بنخصم للموصى له لو كان الذي من قبله المال مقراً بان المال للميت والنخصم
في ذلك وارثه او وصيه ولو قال من بيده المال هذا ملكي وليس عندي
من مال الميت شي . ، صار خصماً ولو جعله القاضي خصماً ، يقضى له بثك ما
في يد المدعي عليه . والنخصم في اثبات الوصاية عليه وارث او موصى
له او غريم للميت عليه دين او بالعكس وقيل من له دين على الميت
ليس بنخصم اه

وجميع هذه المسائل تنطبق على هذا الاصل المذكور في هذه المادة

والولي والوصي والمتولي مستثنون من هذه القاعدة فانه اذا ادعى احد مال اليتيم او مال الوقف بانه مالي فلا يترتب على اقرار الولي او الوصي او المتولي حكم لانه ليس بنافذ واما انكارهم فصحيح وتسمع عليه دعوى المدعي وبينته .

فيه اشارة الى ان تصحيح انكارهم انما هو لاجل سماع دعوى المدعي وبينته عليهم فقط - حتى لو اتجهت اليمين على جهة الصغير او الوقف لا يخلفون - الا فيما يتعلق بقعودهم كما سيأتي في الفقرة الآتية . وهذا لان الفائدة من اليمين رجاء النكول وهو اي النكول اما بذل او اقرار ولا يملك احد منهم الاقرار عليها ولا بذل مالها لان صحة تصرفاتهم ، مقيدة بالمصلحة ولا مصلحة في البذل والاقرار عليها . وهذا اي كون الوصي لا يخلف فيما يدعي على مال الصغير ، مقيد بما اذا لم يكن الوصي وارثا مع الصغير حتى او ادعى احد على مورثه ومورث الصغير مالا او حقا من الحقوق ، يخلف الوصي ، لانه يملك البذل او الاقرار في حصته كما قدمناه اول هذا الفصل نقلاً عن فتاوي الانقروي .

والظاهر انه لو نكل عن اليمين - انما ينفذ نكوله على نفسه ، دون اليتيم .

وفي الهندية لو ادعى ضيعة في يد رجل انها له وقال ذو اليد هي لابني الصغير فلان لا يستحلف المدعي عليه ولو استحلف فنكل ، لا يصح نكوله فان قال المدعي ان هذا استهلك داري باقراره لولده الصغير فيصير ضامنا عند النكول فانا اطلب يمينه فعندهما لا يستحلف وعلى قول محمد رحمه الله تعالى يستحلف لان عند محمد رحمه الله تعالى المقار يضمن بالقبض وقال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل باقراره لولده الصغير لا تسقط عنه اليمين .

وقال القاضي الامام ابو علي النسفي : اذا اقر للصبي ، سقطت عن اليمين سواء كان الصغير ابناً له او لغيره ولو قال نلدي عليه هذه الدار لابني الكبير فلان ، فهذا وما لو اقر بذلك لاجنبي سواء لا يسقط عنه اليمين فان حلف فنكل ، تدفع الدار الى المدعي فان حضر الغائب بعد ذلك وصدقه كان له ان ياخذ للدار لسبق اقراره . وكذلك في الاقرار للولد الصغير عند من لا يسقط عنه اليمين يحلف فان نكل تدفع الدار الى المدعي واذا بلغ الصغير فادعاها ، تدفع اليه اه .

نقلًا عن قاضي خان وفيها عن الهادية ادعى الشفعة بالحوار . فقال القاضي للمدعي عليه ماذا تقول فيما ادعى فقال هذه الدار لابني هذا الطفل ، صح اقراره . فان قال الشفع للقاضي حلفه بالله ما انا شفيعها فانه لا يحلفه ، وان اراد الشفع ان يقيم البينة على الشراء ، كان الاب خصماً ، وتسمع البينة عليه اه .

وفيها عن المحيط الصبي اذا كان مجبوراً ان لم يكن للمدعي بينة ، لا يكون له حق احضاره الى باب القاضي لانه لا تتوجه عليه اليمين ، لانه لو نكل لا يقضى عليه بنكوله فان كانت له بينة وهو يدعي عليه الاستهلاك كان له حق احضاره لان الصبي يواخذ بانعاله والشهود يحتاجون الى الاشارة اليه - لكن يحضر معه ابوه حتى اذا ازم الصبي شيئاً يؤمر الاب بالاداء عنه من ماله اه .

اي من مال الصبي وفي غير دعوى الاستهلاك لا حاجة الى الاشارة اليه فلا حق له في احضاره كما هو ظاهر

ثم اعلم ان التلخيص على كون كل من الولي والوصي ومتولي الوقف انما يكون خصماً في الدعوى واقامة البينة دون اليمين ليس لنفي هذا الحكم عما عداهم بل لانهم هم المستنونون من القاعدة المذكورة في صدر هذه المادة والا فقد قدمنا فيما كتبناه اول هذا الفصل عن فتاوي الاقرومي مغزياً للقنية ان غير هؤلاء ايضاً قد يكون خصماً في اقامة البينة دون اليمين وذلك في عشرة مسائل او اكثر ذكرناها هناك لكن اكثر تلك المسائل ، ليس مستثنى من هذه القاعدة

لان المدعى عليه فيها بمن يترب على اقراره حكم . والحاصل ان تخصيص
الشيء بالذكر لا ينفي حكمه عما عداه .

ولكن يعتبر اقرار الولي والوصي والمتولي في الدعوى على
عقد صادر منهم مثلاً لو باع ولي الصغير ماله بمساع شرعي
ووقعت من قبل المشتري دعوى تتعلق بذلك يعتبر اقراره .

كما اعتبر انكاره لانه حينئذ يكون اضلاً في الحقوق - حتى ان اليمين
عند انكاره تتجه عليه كما في التكملة فلو ادعى على المشتري عيياً في
المبيع الذي باشره اعدم او خيار شرط او اقالة فاقر اعدم بذلك ، بصح
اقراره ولو انكر يحلف عليه على البتات لان المحلوف عليه فطه ولو نكل
عن اليمين يعتبر نكوله وكذا الحكم - لو ادعى على اعدم نفس العقد
فانكره قال في الدرر متناوئاً وشرحا : ولا يحلف احد منهم اي من الوصي والولي
والمتولي الا اذا ادعى عليه العقد فيستحلف اهـ .

وهذا فيما عدا عقد النكاح من العقود ، متفق عليه اما لو ادعى احد
على ولي الصبية انه زوجه اياها فانكر الولي ولا بينة ، فعند ابي حنيفة لا يحلف ،
لان اليمين عنده بذل والنكاح لا يجري فيه البذل ، وعندهما يحلف لان
اليمين عندهما اقرار واقرار الولي على مواليته الصغيرة بالنكاح صحيح عندهما .
وعلى هذا الخلاف ايضاً ، ما اذا ادعى رجل نكاح امرأة او امرأة نكاح
رجل وانكر الاخر ولا بينة فانه لا يحلف المنكر عنده ويحلف عندهما ،
لما قلنا - اما لو ادعى على الولي تزويج بنته الكبيرة فلا يمين عليه اتفاقاً
لان اقرار الولي على وليته الكبيرة لا يجوز اجماعاً - بخلاف الصبية ولكن
تحلف الكبيرة على الطم لانه على فعل التبر . ثم على قول ابي حنيفة
اذا لم يحلف فلو قالت المرأة للقاضي لا يمكنني التزوج لانه زوجي وانكر
يقول له القاضي قل لها ان كنت اسرأتي فانت طالق فيتخلص لو كانت

امراته ولا يلزمه شيء. لانه لم يصر مقرأً بالنكاح وهذا كله اذا لم يدع المدعي مع النكاح مالا اما لو ادعاه بان ادعت طلاقاً ومهرأ او نكاحاً ونفقة يخلف وفقاً كذا في ١٥ من الفصولين والمفتي به قولها بالتعليق مطلقاً كما في الدر وحاشية الزملي على الفصولين .

المادة ١٦٣٥ الحصر في دعوى المين هو ذو اليد فقط

حق لو اشترى شيئاً فوجده في يد غيره فادعى عليه به تسمع وان لم يكن. نقد الثمن لباثمه

ففي جامع الفصولين راجزاً لفتاوي رشيد الدين : وفي ظاهر الرواية تسمع دعوى المشتري الاول على الثاني فيما باعه البائع من اخر قبل نقد الثمن اذ الاصل ان من كان يدعي الملك لنفسه وذو اليد يقول لا بل هو ملكي فذو اليد خصه لكن لا ياخذ المين من يده بل اتسلم منه هـ .

ومثله في فتاوي الانقروبي عن البرازية معزيا لفتاوي الوتر فلن قلت نقل العلامة الزملي في حاشيته على الفصولين معزيا للخانية ان من اشترى شيئاً فوجده في يد غيره قبل ان يتقد الثمن لا يكون له ان ياخذه من صاحب اليد الا ان يدعي الوكالة بالقبض عن البايع هـ .

وكذا نقل في الانقروبي عن التارخانية ما لفظه : رجل اشترى من اخر ثوباً او غير ذلك ولم يدفع الثمن او دفع البعض وبقي المبيع في يد البايع محبوساً بالثمن كله او بعضه فباع البايع المبيع من غير المشتري الاول ثم حضر المشتري الاول وادعى الشراء على المشتري الثاني واراد استرداد المبيع من يد المشتري الثاني ، ليس له ذلك وان كان المشتري نقد الثمن كله للبائع او كان اشتراه بشئ موكل به كان له ولاية الخصومة مع المشتري الثاني للاسترداد اصل هذه المسئلة مسئلة المنتقى وصورتها رجل باع من آخر داراً فلم يقبضها المشتري حتى غضب رجل الدار من البايع

فان كان المشتري نقد الثمن ، فالخصم في الاسترداد من يد الناصب ، هو المشتري - وان كان المشتري لم ينقد الثمن فالخصم هو الباع اه .
فهل في هذين النقلين مخالفة لما تقدم عن الفصولين قلت لا مخالفة اصلاً
اما عبارة الخانية فتطبيقها على ظاهر الرواية ظاهر ، اذ ليس فيها تصريح بانه
لا خصومة بين المشتري الاول والمشتري الثاني . وقوله لا يكون له ان يأخذه
من صاحب اليد معناه انه لا يكون له ذلك بدون تسليم الثمن اليه
اي الى المشتري الثاني ، لان حق حبسه لقبض جميع الثمن باق للباع . ويد
المشتري الثاني عليه هي يد البائع حيث كان قبضه باذنه - واما عبارة
التاريخانية فتطبيقها على ما هو ظاهر الرواية ، ممكن ايضاً ، لان غاية ما ذكر
فيها ان المشتري لا يكون خصماً للمشتري الثاني في الاسترداد وهذا لا
تزاع فيه فان الكلمة متفقة انه لا يملك الاسترداد ما لم ينقد الثمن - وانما
التزاع في انه هل يملك الخصومة على المشتري الثاني في دعوى العين بالثمن .
- ففي ظاهر الرواية ، يملكها وهذا ما صرح به صدر هذه المادة وعبارة
التاريخانية ساكتة عنه فان حمل على انه يملكها كان موافقاً لما هو ظاهر
الرواية والا كان جارياً على القول المقابل لظاهر الرواية وكيفاً كان الامر
فالاستدراك على هذه الفقرة من هذه المادة بعبارة التاريخانية المذكورة
غير سديد فانهم .

مثلاً اذا غصب احد فرس الاخر وباعه لشخص آخر
واراد صاحب الفرس استرداده فلا يدعيه الا على الشخص
الذي هو ذو اليد واما اذا اراد تضمين قيمته فيدعى ذلك
على الناصب .

في آخر الفصل الثالث من الفصولين (فث) غصب قناً فبرهن عليه
آخر انه قنه فقضي له ثم المنصوب منه برهن على غاصبه ان القن ملكي

لا تقبل بيته اذ دعوى الملك المطلق لا تصح الا على ذي اليد - لكن لو ادعى على غير ذي اليد انك غضبه مني يسمع في حق الضمان الا يرى ان دعواه على الغاصب الاول تصح ولو كان العين في يد غاصب الغاصب ولو برهن المصوب منه على المقضي له ان هذا القن ملكي تقبل وكذا لو برهن عليه ان القن ملكي غضبه مني فلان تقبل (صل) دعوى الغصب على غير ذي اليد تقبل لا دعوى الملك اه .

وفيه من الفصل السادس باع دار غيره وسلمه الى المشتري فادعاه المالك على البايع واراد اخذ الدار من البايع ، لا تصح دعواه اذ ليس في يد البايع ولو اراد تضيئه بنصب فقيه روايتان . ولو اراد اجازة ييمه واخذ منه تصح دعواه كذا في (فشر) .

قال الرومي وقوله فيه روايتان اقول الروايتان بناء على تصوير الغصب في العقار وعدمه اه

اقول لا يذهب عليك ان قول الامام وصاحبه الاول : عدم تحقق الغصب في الدور والعقار وهو الذي مشت عليه المتون وعليه الفتوى كما تقدم في كتاب الغصب - وعليه فلا قسح دعوى المالك على البايع ، وان اراد التضمن ولهذا قال في الاشياء الدعوى على غير ذي اليد لا تسمع الا في دعوى الغصب في المنقول واما في الدور والعقار فلا فرق اه .

اي لا فرق في عدم سماع دعوى الغصب فيها بين كونها على ذي اليد او على غيره ، لعدم تحقق الغصب فيها - غير ان المفتي به في مسألة بيع دار غيره وتسليمها ، صحة دعوى الغصب والضمان على البايع لا اخذاً بقول محمد من تحقق غصب العقار - بل لان البيع والتسليم ، استهلاك في احدي الروايتين عن الامام وهو الصحيح المفتي به فتكون الدار مضمونة وان لم يتحقق فيها الغصب

ففي الانقروية مفرزا للبرازية : باع دار غيره وسلمها فادعى المالك على بايع الدار - ان ادعى الدار لا يصح لانه ليس في يده فاشبه دعوى المصوب على الغاصب حال كون العين في يد غاصب الغاصب وان اراد ضمانه فعلى الخلاف المعروف - وهو ان العقار هل يضمن بالبيع والتسليم ام لا فن قال

بالضمان قال تصح ومن نفاه قال لم تصح الدعوى وقد مر ذكره اه .
وذكر قبل هذا معزيا للبرازية ايضاً وهي عن المحيط ، انه يفتى برواية
وجوب ضمان العقار بالبيع والتسليم وكذا في جامع الفصولين فظهر بهذا
ان قول الرمي الروايتان بناء على تصور الغصب في العقار وعدمه ، غير
سديد - بل الصواب ان الروايتان ، هما كون البيع والتسليم استهلاكاً اولاً .
والحاصل ان دعوى العين على الغاصب حال كون العين في يد غيره لا
تصح مطلقاً واما دعوى غصبها وضمانها والحالة هذه - فان كانت منقولاً
كالفرس ونحوها تصح مطلقاً ، لكونها مضمونة بمجرد الغصب وان كانت
داراً او عقاراً - فان كان انتقلها لذلك الغير ببيع الغاصب وتسليمه ، فالحكم
كذلك اي تصح الدعوى ، لان العقار وان لم يكن مضموناً على الغاصب
لده . تحقق الغصب فيه على قولها المفتى به خلافاً لمحمد - لكنه بالبيع
والتسليم يصير مضموناً على الغاصب لانه استهلاك على الرواية المفتى بها عن
الاملم وان كان انتقلها بغصب من الغاصب ونحوه ، لا تصح الدعوى ، اذ لا
غصب ولا بيع مع تسليم فلا ضمان .

المادة ١٦٣٦ - اذا ظهر مستحق للمال المشتري وادعاه
ينظر الى ان المشتري هل كان قبضه ام لا فان كان يكون
هو الخصم فقط في الدعوى والشهادة ؟ ولا يشترط حضور
البايع وان كان لم يقبضه من البايع يلزم حضورهما حين الدعوى
والشهادة حيث ان المشتري مالك والبايع ذو اليد .

ذكر في الدر وحواشيه من باب الاستحقاق انه لو اشترى شيئاً ولم
يقبضه حتى ادعاه آخر ، انه لا تسمع دعواه بدون حضور البايع والمشتري
للقضاء عليهما ، لان الملك للمشتري واليد للبايع والمدعي بدعيها فشرط

القضاء عليها حضورها ولو قضي له بحضرتها . ثم برهن احدهما على ان
المتحقق باعه من البايع ، ثم البايع باعه من المشتري ، قبل برهانه ولزم
الباع لان القضاء بان المتحقق باعه يقرر القضاء . بانه ملك المتحقق
ولا ينتقذه . وهذا اي لزوم البيع مقيد بما اذا لم يفسخ القاضي البيع - فلو
فسخه القاضي بطلب المشتري ثم برهن البايع ان المتحقق باعها منه ، ياخذها
وتبقى له ولا يعود البيع المنتقض . بقي لو قال المتحقق لا بينة لي واستحلها
خلف البايع ونكل المشتري فانه يواخذ بالثمن - فاذا اداه اخذ العبد وسلمه
الى المدعي وان حلف المشتري ونكل البايع لزم البايع كل قيمة العبد
الا ان يجيز المتحقق البيع ويرضى بالثمن كما في البرازية وجامع الفصولين اه .
ان قلت ما ذكر في هذه المادة معارض بما في الفصولين برمز
فتاوي رشيد الدين : للمتحقق ولاية الدعوى على البايع وان لم يكن
المبيع في يده ، لانه غاصب والمشتري غاصب الغاصب وتصح الدعوى على
الغاصب وان لم يكن العين في يده اه .

قلت لا معارضة لان ما في الفصولين ، محمول على ما اذا ادعى المتحقق
على البايع الغصب وطلب قيمة المعصوب لا عينه كما حققناه في شرح المادة
السابقة وقدمنا هناك ان دعوى الغصب على غير ذي اليد تقبل لا دعوى الملك .
واعلم ان المشتري شراء فاسداً كالمشتري شراء صحيحا بعد
القبض من حيث انه يكون خصما للمدعي واما قبل القبض فالخصم
هو البايع وحده صرح به في الثالث من الفصولين - بخلاف المشتري
شراء باطلاً فانه لا يكون خصما للمدعي وان كان المبيع في يده كما في
البحر لانه امانة في يده . ونظير الاستحقاق الاخذ بالشفعة .

ففي رد المحتار من كتاب الشفعة عن ابن الكمال الخصم للشفيع
البايع والمشتري ان لم يُسَلِّم المبيع - احدهما بيده والاخر بملكه فلا تسع
البينة على البايع - حتى يحضر المشتري وان سلم الى المشتري يشترط حضور
البايع ، لزوال الملك واليد عنه اه .

وذكر في البحر ان من اشترى شيئاً بالخيار فادعاه اخر ، يشترط

حضرة الباع والمشتري اه . وظهره انه لا فرق بين ان يكون مقبوضاً
بيد المشتري او لا ، لان حق الباع لم ينقطع

﴿ تنبيه ﴾

تنبيه قدمنا فيما كتبناه عقب كتاب البيوع من احكام الاستحقاق ،
انه لو استحق المبيع من يد المشتري فاراد الرجوع بالثمن على بايعه ، تسمع
منه اي من الباع دعوى التاج في ملكه او ملك مائه او مورثه ويكون
المشتري خصماً له في ذلك ولا يشترط لساها حضرة المستحق على ما هو
الاشبه واللاظهر وان ما في البرازية من ان الاشبه واللاظهر اشتراط حضرته ،
سقى فلم - كما انه لا يشترط حضرة المبيع على ما افقته به القاضي
ظهير الدين وقد حقق هذه المسئلة بما لا مزيد عليه في رد المختار وتنقيح
الحامدية من باب الاستحقاق فارجع اليها

المادة ١٦٣٧ - يشترط حضور الوديع والمودع والمستعير
والمعير والمستأجر والمؤجر والمرتهن والراهن ماعاً عند دعوى
الوديعة على الوديع والمستعار على المستعير والمأجور على
المستأجر والمرهون على المرتهن ، ولكن اذا غصب الوديعة
او المستعار او المأجور او المرهون ؛ فلولوديع والمستعير والمستأجر
والمرتهن ، ان يدعي بأولئك على الغاصب فقط . ولا يلزم
حضور المالك وليس للمالك ان يدعي وحده ما لم يحضر هؤلاء .

قد تضمنت هذه المادة مسلتين احدهما ان احد هولاء - يعني الوديع
والمستعير والمستأجر والمرتهن ، لا تسمع الدعوى عليه بالمودع والمستعار
والمأجور والمرهون - الا بحضور المالك كما ان الدعوى بها على المالك لا

تسم - الا بحضور احد هولاء ، لان الملك للمالك واليد للوديع والمستعير الى اخره فلا تسمع الدعوى على احدهما بدون حضور الاخر - الا اذا ادعى على احدهما الفعل كالغصب ونحوه حينئذ تسمع . وفي دعوى الضياع هل يشترط حضرة المزارعين قبيل يشترط وقيل لا . وقيل لو كان البذر لهم يشترط ، لانهم مستأجرون للارض - لا لو ارب الارض لانهم اجراء . له . هذا لو ادعى مطلقاً - اما لو ادعى الغصب على رجل والارض في يد المزارع لا يشترط حضرة المزارع اه فصولين

وفي الهندية عن الخلاصة اقتصر على القول الاخير اعني التفصيل وزاد فيه : انه ان لم يكن البذر من المزارع ، فان ثبت الزرع ، فكذلك يشترط حضوره وان لم يثبت فلا يشترط اه .

وكان وجهه ان المزارع له حصة في الزرع النابت فاشترط حضوره لئلا يحكم بقلعه في غيبته - او ان هذا التفصيل فيما اذا ادعى الخارج ، غصب الارض بزرعها او اطلق - حتى دخل الزرع تبعاً للارض فاشترط حضوره ، لئلا يحكم عليه بحصته من الزرع غياباً تأمل .
واعلم ان دعوى الخارج الاجارة والرهن على احد هولاء كدعوى الملك المطلق على ما هو الصحيح .

قال في اول الثالث من الفصولين المستأجر هل يصلح خصماً . مثلاً ادعى عليه انه استأجر الدابة قبله او انها ملكه اختلف فيه التأخرون فقيل انه خصم لانه يدعي ملك المنفعة - ومن يدعي الملك لنفسه في شيء . ينتصب خصماً لمن يدعيه سواء . كان ملك المنفعة او غيره قال (صد) هذا القول اقرب الى الصواب . وقيل لا ينتصب خصماً الا اذا ادعى الفعل عليه - بان يقول غصبها مني - اما بدون دعوى الفعل عليه بان قال مثلاً استأجرتها قبلك وسلمها اليك لا الى لا ينتصب خصماً وبه افتى (ط) وقال (شخ) هو الصحيح ، اذ لا يدعي ملك العين كاستعير فلا يكون خصماً .

والحاصل ان المستأجر ليس بنحصر لمن يدعى اجارة او رهنا او شراء

والمشتري يكون خصماً لكل وكذا الموهوب له وإلى هذا القول مال
(ضه) كذا (ذ فقط) اهـ . وكون المشتري يكون خصماً لمدعي
الاجارة والرهن هو المذكور في الحانية او ايل كتاب الاجارات - حيث
قال : لو اجر ثم باع وسلم بجا. المتاجر وادعى الاجارة ، قبلت بيته
على المشتري وان كان الآجر غايياً ، لان المشتري يدعي الملك انفسه فكان
خصماً لكل من يدعي حقاً في ذلك العين - وكذا لو رهن رجل عند
انسان عينا وسلم ثم انتزعه من يده بغير اذنه وباع وسلم ثم جاء المرتهن
وادعى الرهن واراد ان يسترده من المشتري واقام البيعة على الرهن ،
قبلت بيته وان كان الرهن غايياً ويؤخذ العين من يد المشتري ويسلم
الى المرتهن لما قلناه . ذكر مسألة الرهن في الزيادات ومسئلة الاجارة في
المختصر اهـ - لكن ذكر في الفصولين بعد هذا (ذ) : باع منه شيئاً
فادعى ثالث ان الباع آجر منه المبيع او رهنه منه قبل بيعه ، لا يصير
المشتري خصماً فلو حضر الباع فبرهن عليه المدعي الان تقبل بيته كذا
صرح خواهر زاده اهـ .

ولم ار تصحيحاً لاحد القولين ، - سوى اقتصار قفيه النفس قاضيان
على الاول

المسئلة الثانية ان احد هؤلاء. لو غصب ما في يده كان هو الخصم
لغاصب دون المالك

قال في الانتقوية مغزياً للفصولين والبزازية : غصب داراً من يد
مستاجر فمدعى المالك على الغاصب لم تجز بلا حضرة المتاجر اذ اليد
له ودعى المستاجر على الغاصب بلا حضرة المالك تسمع اذ ملك المنفعة
له بعقد الاجارة فله الخصومة بلا حضرة المالك اهـ . وفيها عن الخلاصة
والفصولين ايضاً وفي الجامع الصغير : وجد المستعير المتعار في يد احد
فهو خصم الا ان يدعي ذو اليد كونه مودع الغير اهـ . وفيها عن
الفصولين اخذ لقطة ثم ضامت منه فوجدها في يد آخر فلا خصومة بينهما
- بخلاف الوديعة . والفرق ان للثاني ولاية اخذ اللقطة كالاول بخلاف الوديعة اهـ

فهذا نص في ان الوديع كالمستأجر والمستعير في كونه خصما لمن غصب الوديعة منه فلا يرد ان تعليل الفصولين والبزاية لكون المستأجر خصما للغاصب بان ملك المنفعة له ، يقتضى ان لا يكون الوديع خصما للغاصب اذ لا ملك له في منفعة الوديعة - ولعل العلة في هذا ان طلب استرداد الوديعة من الغاصب ، من الحفظ الواجب عليه ولان اليد له والعلل لا تتراحم تأمل .

المادة ١٦٣٨ - لا يكون الوديع خصما للمشتري .

ولا لكل من يدعي حقا سواء كان ملكا مطلقا او شراء او اجارة او رهنا على ما هو الصحيح - الا اذا ادعى عليه الفحل كما قدمناه في شرح المادة السابقة . والمستأجر والمرتهن والمستعير والغاصب ، كالوديع في هذا الحكم كما افادته المادة السابقة فذكر الوديع والمشتري في هذه المادة ، تخصيصا بعد التصميم وهذه هي خمسة الدعوى التي بينا احكامها في صدر هذا الفصل . ووديع الوديع كالوديع

ففي الثالث من الفصولين : الوكيل بالحفظ من جهة الغائب لو اودع عند غيره ومات فذو اليد يكون خصما لكل من ادعاه - الا ان يبرهن ان فلانا الغائب دفعه الى الميت الذي دفعه الي وغاب - فيخرج عن الخصومة اه .

ثم قال : اقول لو برهن انه وصل اليه من الغير ينبغي ان يخرج من الخصومة وان لم يذكر الدافع الى الميت على ما هو مقرر في المسئلة الخمسة . ومثله في البزاية على ما في الانقروية ونقل الشارح اللبثاني عن الفساري الحيدرية : رجل اشترى ثلثي فرس وتسلمها منه فادعت امرأة ان لها ربا فيها فلا تسمع دعواها على المشتري سواء جدقته على الشراء او كذبتة واقام برهانها اذ المشتري ليس بجزم لكونه مودعا في القدر المدعى به

عن الغائب كما صرح به في جامع الفصولين اه .
وهذا لانه بالاستحقاق يظهر ان البايع كان شريكاً للمرأة المدعية
فانصرف بيعه الى نصيبه والمشتري ليس بنجم في ثلثه الاخر ، لانه مودع
فيه اما لو ادعت المرأة جميع الفرس والمسئلة بجاها فقسم دعواها بالنسبة
الى الثلثين وتندفع دعواها عنه بالنسبة الى الثلث الباقي على ملك البايع
على ما اشار اليه في بيع الجامع الكبير - خلافاً لما عليه كلام المحيط
والحانية والاختيار . من ان دعواها تندفع في الكل لتعذر التمييز كما
بيناه اول هذا الفصل .

فاذا ادعى احد تسليم الدار المودعة عند الآخر بقوله
اني اشتريت هذه الدار من الشخص الفلاني فسلمني اياها
وقال الوديع هي امانة اودعها عندي ذلك الشخص تندفع
خصومة المدعي ولا حاجة الى اثبات الايداع

لاتتفق كل من الوديع ومدعي الشراء على ان اصل الملك للغائب
اعني الشخص الفلاني - وكذا الحكم لو ادعى الخارج انه استأجر او ارتهن
ممن يدعي ذو اليد الايداع منه او انه غصبه او استعاره منه فانها تندفع
الخصومة عنه بلا بينة لما قلنا - لكن حينئذ يلجأ ذو اليد على الايداع
حتى لو نكل يصير خصماً كما قدمنا التصريح به عن الفصولين اول هذا
الفصل - ولعل العلة في ذلك انه لما اتفقا على ان اليد للغائب ، كان
الظاهر شاهداً لمدعي الايداع مع كونه ذا يد والقول لمن يشهد له
الظاهر مع يمينه .

ثم وقدمنا هناك ايضاً ان هذا اذا ادعى ذو اليد الايداع من نفس
من ادعى الخارج الشراء منه فلو ادعاه من وكيله ، لم تندفع عنه الخصومة
بلا بينة ، لان الوكالة لا تثبت بمجرد قوله ، وفي فتاوي الانقروبي عن

القنية : خياط وعنده ثياب للناس وغاب عن البلد فهل لاصحاب الثياب ان يطلبوها من زوجته - ان كان عيز ثيابهم عندها فلهم الطلب والاخذ - ووجهه ان للمالك ان يأخذ ملكه اينما وجده - الا اذا اثبت ذو اليد انه مودع فحينئذ يندفع عنه الحصومة فاما قبل دعواه فحجوب المفتي ان للمالك طلب ملكه منه اه . ملخصاً .

ولكن لو قال المدعي نعم ان صاحب الدار كان اودعها عندك لكن بعد ذلك باعها لي ووكانني بقبضها وتسلمها منك واثبت ذلك اخذ الدار من الوديع .

لانه اثبت بينته انه احق بامساكها هداية . وفي قوله هنا واثبت ذلك اي بالبينه ، اشارة الى ان الوكالة لا تثبت باقرار ذي اليد قال في الدر ولو صدقه في الشراء ، لم يؤمر بالتسليم ، لتلا يكون قضاء على الغائب باقراره اه .

وقد تقدم في كتاب الوكالة ان المودع لو اقر لآخر ان المودع وكله بقبض الوديعة ، لا يؤمر بالدفع اليه لعدم نفوذ اقرار المودع على المودع في ابطال يده . ولو برهن على الوكالة ، امر بالدفع اليه - بخلاف مديون الغائب اذا ادعى عليه شخص الوكالة بالقبض وصدقه فانه يؤمر بالدفع اليه ، لان الديون تقضى بامثالها فكان اقراراً على نفسه لا على الغائب اه .

تكملة قال المحقق سعد بن جبلي في حاشية العناية : فان قيل انه باقامة المدعى البينة ايضاً يلزم الحكم على الغائب بانه وكله قلنا لا مخدور فيه فان ما يدعي على الغائب وهو التوكيل سبب لما يدعي على الحاضر وهو التسليم اه . غاصب الغاصب ومودع الغاصب ينتصب خصماً للمالك - حتى ان من ادعى مالا في يد رجل انه ملكه غصبه منه فلان وغصبه هذا الرجل من فلان واقام على ذلك بينة ، تسمع دعواه وكذلك لو اقام البينة

ان فلانا غصبه منه واودعه هذا الرجل وقال ذو اليد اودعني فلان الذي يدعي المدعي الغصب عليه ، لا تندفع عنه الحصومة ويقضى بالبعد للمدعي كذا في فتاوي الانتقروي عن مجمع الفتاوي . وهذا لان المدعي ادعى على ذي اليد فعلاً وهو انه غصب المدعى به من يد غاصبه . وبهذا تندفع المخالفة بين ما نقله الانتقروي عن مجمع الفتاوي .
ومثله ايضاً في البرازية والهندية ، وبين ما ذكره في التنوير ونصه :
ولو ادعى انه له غصبه منه فلان الغائب وبرهن وزعم ذو اليد ان هذا الغائب اودعه عنده ، اندفعت اه .

وجه اندفاع المخالفة ، ما في مجمع الفتاوي وغيرها فيه دعوى فصل الغصب على ذي اليد - بخلاف ما في التنوير فتامل وراجع ما كتبناه في شرح قول المجلة الفصل الثاني في دفع الدعوى المودع والغاصب لو مقراً ، لا ينتصب خصماً للمشتري وينتصب خصماً لوارث المودع او المفضوب منه حتى لو ادعى رجل انه وارثه ، والمودع او الغاصب مقر بالمال لكتة قال لا ادري امات فلان ام لا او قال لا ادري انك وارثه فبرهن على الموت او الوراثة ، تقبل . هذا لو مقراً اما لو انكر وادعى الملك لنفسه فانه ينتصب خصماً للمدعي الشراء - كذا في الفصولين وفيه برهن ذو اليد على الرهن فبرهن المدعي انه قال في غير مجلس القضاء انه ملكي ، يصير خصماً لانه سبق منه ما يمنع صحة دعوى الرهن اه .

المادة ١٦٣٩ - لا يكون الوديع خصماً لداين المودع بناء عليه اذا اثبت الدائن طلبه الذي هو في ذمة المودع في مواجهة الوديع فليس له ان يستوفي الدين من الوديعة التي عنده .

الصواب في ترجمة هذه الفقرة هكذا بناء عليه ليس للدائن ان يثبت طلبه الذي هو في ذمة المودع في مواجهة الوديع ولا ان يستوفي دينه

من الوديعة التي عنده هذا ما تعطيه عبارتها التركية والا كانت هذه
الفقرة متناقضة .

ولكن من كانت نفقته واجبة على الغائب له ان يدعي
نفقته على الوديع ليأخذها من دراهم الغائب التي هي امانة
عنده على ما ذكر في المادة ٧٩٩

المراد من تجب نفقته على الغائب ، الزوجة والزمن والائتي من اصوله
وفروعه لان هؤلاء لهم ان يأخذوا من ماله للنفقة بغير قضاء ولا رضا والقضاء
في حقهم امانة وفتوى من القاضي - واما غيرهم من الاقرباء كالاخ والعم ،
فان نفقتهم انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه والقضاء على الغائب لا يجوز
فلا تسم دعواهم على الوديع مطلقاً .

ثم ان سماع دعوى الزوجة وما عطف عليها بالنفقة على الوديع ، مقيد
بان تكون الوديعة دراهم او ما يصلح لنفقة الزوجات من طعام او كسوة
وبان يكون الوديع مقرأ بالوديعة وبانها في يده وبالزوجة او النسب - فلو
كانت الوديعة حيوانا او متاعاً ونحوه او كان الوديع منكرأ الوديعة او
الزوجة او النسب ، فلا تسمع عليه دعوى النفقة - اما في الاول فلأنه
يحتاج فيه الى بيع الوديعة وقد اجمع الفقهاء انه ليس للقاضي بيع مال
الغائب للاتفاق - واما الثاني ، فلأن الوديع ليس بنجسم لهؤلاء في اثبات
الملك للغائب ولا في اثبات الزوجة ونحوها ولا يمين عليه لانه انما يحلف
من كان خصماً صرح بهذا في البحر والدر والدرر وغيرها وتسامه فيما
كتبناه في شرح المادة ٧٩٩ المذكورة وقدمنا هناك عن الخانية انه لو كان
للغائب دين على رجل والغريم يقر بالمال والنكاح ، فالدين بمنزلة الوديعة فليحفظ .

المادة ١٦٤٠ - لا يكون مديون المديون خصماً للدائن

فليس لمن كان له في ذمة الميت طلب ان يثبت طلبه في مواجهة مديونه ويستوفيه منه .

لكن اذا ثبت الدين في التركة في وجه من يكون خصما كالوارث والرصي واقر المديون عند الحاكم ان عليه لهذا الميت كذا ، يامر الحاكم بدفع ما عليه الى دائن الميت كما في الرابع من دعوى البزازية ، واما ودع المديون فعدم كونه خصما للدائن ، قد صرحت به المادة السابقة فالتنبه عليه هنا تكرار محض قافهم .

وهذا اي عدم كون مديون الميت خصما ، متفق عليه اذا لم يكن الدين محيطاً بالتركة - اهـ اذا كان الدين محيطاً ، ففيه خلاف . فقد نقل في الانتقوية عن وصايا قاضيخان : رجل مات وترك وارثا وعليه دين محيط بتركته . قال الفقيه ابو بكر الوارث لا يكون خصما للفرماء ، لانه لا يرث وقال علي بن احمد الوارث يصير خصما ويقوم مقام الميت في الخصومة وبه تأخذ اهـ . ونقل عنها ايضا ان الصحيح ان الوارث يكون خصما لمن يدعي على الميت ديناً وان لم يملك شيئاً اهـ . - لكن في الحاتية ايضا اوائل كتاب الدعوى : رجل ادعى ديناً على ميت بجزرة وارثه او وصيه - ذكر في الجامع في الوصايا انه لا تسمع دعواه لان الوارث لا يكون خصما لمن يدعي على الميت اذا لم يترك الميت شيئاً اهـ . ولعله مكاية لقول الفقيه ابي بكر المار الذي هو - خلاف الصحيح المأخوذ به تأمل .

وفي الانتقوية عن الثامن والشرين من العادية : ذكر رشيد الدين ان في التركة المستغرقة ، الخصم في اثبات الدين انما هو الوارث ، لانه خلف الميت وتسمع البينة عليه - لكن لا يحلف عليه لانه لو نكل لا ينفذ اقراره على الفرما . اهـ .

وفيهما عن فتاوي قاضيخان رجل مات وعليه دين محيط بجميع ماله

فادعى رجل على الميت ديناً وعجز عن اقامة البينة - قال ابو نصر : ليس له ان يستحلف اصحاب الديون او الورثة واذا كانت له بيعة يقيس على الوصي وان لم يكن للميت وصي ، جعل القاضي رجلاً وصياً فان كان في مال الميت فضل عن الديون ، كان له ان يستحلف الوارث اه .

وفيهما عن المتقى الموصى له بجميع المال عند عدم الوارث والوصي ، خصم لمن يدعي ديناً على الميت . ولو ادعى رجل على ان الميت اوصى اليه وقدم غريباً للميت تسمع كما تسمع دعوى الوكيل على غريم الموكل وان ادعى على الميت ديناً ، فالخصم هو الوارث او الوصي ولا تسمع على الغريم الذي له على الميت دين او للميت عليه دين اه .

وفيهما عن البرازية والرابع من الفصولين : اثبات الدين على من بيده مال الميت هل يصح - ذكر فيه اختلاف المشايخ - وصورته المريض مرض الموت وهب كل ماله في مرضه او اوصى بجميع ماله اي ولا وارث له ثم ادعى رجل ديناً على الميت ، قال السندي ينصب القاضي وصياً ويسمى الخصومة عليه وقال شمس الائمة يسمع على من بيده مال الميت اه .

ثم نقل عن التارخانية والمحيط ، ان القاضي لا يسمع الدعوى على من بيده المال واذا لم يسمع دعواه لا يحلف المدعى عليه ولو اقام بيعة لا تسمع بيته اه . ولم يذكر خلافاً . وفيها عن فتاوي قاضيخان : رجل باع اقواماً ومات قبل استيفاء الديون ولم يترك وارثاً ظاهراً فلنخذ السلطان ديونته من الغرما . ثم ظهر له وارث ، كان على الغرما اداء الديون الى الوارث ثانياً ، لانه لما ظهر الوارث ظهر انه لم يكن للسلطان حق الاخذ اه - لكن ذكر في هامشها ان قاضي زاده افتي - بخلاف هذا فليتأمل .

وفي التكملة : رجل وهب جميع ماله لانسان وسامه اياه ثم مات ، فادعى عليه آخر ان هذه العين له او ان له على الميت كذا من الدين فانها تسمع دعواه عليه ، لان في الاولى العين التي يدعيها في يد الموهوب له - وفي الثانية الدين متعلق في التركة وهي في يده - ولكن في الثانية يشترط ان تكون الهبة في مرض الموت لان الدين انما يتعلق

بها فيه اه .

اقول الظاهر ان ما ذكره في دعوى العين محل اتفاق لما تقدم في المادة ١٦٣٥ من ان الخصم في دعوى العين هو ذو اليد فقط ولما قدمناه مراراً من ان مدعي ملك عين في يده يكون خصماً لكل من يدعيها - واما ما ذكره في دعوى الدين فانما يتشئ على ما قاله شمس الائمة وقد علمت ان ما قاله السندي من انه ينصب القاضي وصياً ويسمى الخصومة عليه هو المقدم في عبارة البرازية والفصولين واقتصر عليه في التارخانيه والمحيط فليتأمل .

المادة ١٦٤١ - لا يكون المشتري من المشتري خصماً للبايع مثلاً لو باع احد لآخر مالا وبعد القبض باعه المشتري لآخر فليس للبايع الاول ان يطلب ويدعي الثمن على المشتري الثاني بقوله ان المشتري الاول كان اشترى مني هذا المال وقبضه بدون ان يدفع لي ثمنه فاعطني ثمن المال او المال لا حبسه الى استيفاء الثمن لا تسمع دعواه هذه على المشتري الثاني .

لا يخفى ان عدم سماع دعوى البايع الاول على المشتري الثاني - فيما اذا كان قبض المبيع باذنه ، ليس لكون المشتري الثاني ليس بخصم - بل لكونه لا حق له في مطالبته في الثمن لانه ليس بمشتر منه ولا بكفيل عن المشتري ولا في استرداد المبيع ليجب به بالثمن لانه ليس له ذلك لو بقي المبيع في يد المشتري الاول لسقوط حق حبسه بتسليمه فإياك باسترداده من المشتري الثاني - فيتمين ان يكون المراد ان المشتري الاول قبض المبيع بدون اذن بايعه ليكون له حق استرداد المبيع ليجب به بالثمن - الا ان

المشترى اذا انكر دعواه القبض بلا اذنه لا يكون خصماً له في اثبات ذلك وانما الخصم في ذلك هو المشتري الاول .
قال في الهندية : رجل اشترى من اخر جارية بالف درهم ولم يتقد عنها وقبضها بغير اذن البايع وباعها من رجل اخر بمائة دينار وتقابضا وغاب المشتري الاول وحضر بايعه واراد استردادها من يد المشتري الثاني - فان اقر المشتري الثاني ان الامر كما وصف البايع الاول ، كان للبايع الاول ان يستردها من المشتري الثاني وان كذب المشتري الثاني البايع الاول او قال لا ادري احق ما قاله البايع الاول او باطل فلا خصومة بينهما حتى يحضر المشتري الاول كذا في المحيط اه .

ونقلها في الباب الرابع من كتاب البيوع عن الذخيرة بزيادة قوله واذا استردها بطل البيع الثاني اه - يعني وان استردها باقرار المشتري الثاني ان الامر كما وصف بطل البيع الثاني وهذا لما قدمناه في شرح المادة ٢٧٧ من ان قبض المشتري المبيع قبل اداء الثمن بغير اذن البايع غير معتبر وللبايع استرداده ونقض ما يلحقه النقض من تصرفات المشتري كالباع والهبة والرهن والاجارة فليراجع . ثم اذا حضر المشتري الاول كان هو الخصم لبايعه في اثبات حق الاسترداد والحبس فاذا ادعى ان القبض كان بأذن البايع او ان الثمن مشروط تأجيله ، كان عليه اثبانه بالبينة وعلى البايع اليمين عند العجز لانكاره ما يسقط حق حبسه - فاذا عجز المشتري الاول عن اثبات ما يدعيه وحلف البايع على عدم الاذن بالقبض او على عدم اشتراط تأجيل الثمن ، بطل البيع الثاني كما علمت وثبت له حق الاسترداد من المشتري الثاني والحبس

والظاهر انه يشترط حضور المشتري الثاني ايضاً عند المخاصمة ، لانه صاحب اليد على المبيع وان اقرار المشتري الاول بانه قبضه المبيع كان بغير اذن بايعه ، لا ينفذ على المشتري الثاني لانه اقرار على الغير وليراجع هذا وقد اختصر الشارح اللبناني تباعاً لمرأة المجلة عبارة الهندية اختصاراً محلاً فلم يبق لحل المراد من هذه المادة محلاً فليتبه له .

المادة ١٦٤٢ - يصح ان يكون احد الورثة خصماً في الدعوى التي تقام على الميت او له

اي ويكون خصماً عن الباقيين وتخصيص احد الورثة بهذا الحكم ، ليس الا لكون هذه المادة قد ذكرت فيها تفصيلات واحكام مختصة بالوارث والا فان الوصي وكذا الموصى له بكل المال عند عدم الوارث يكون خصماً فيما يُدعى على الميت او له كما قدمنا النقل فيه في شرح المادة ١٦٤٠ . وكذا الموصى له بالعين يكون خصماً لمن يدعي شراؤها او نحوه من الميت كما في الفصولين والهندية وغيرها وعبارة الفصولين : الموصى له بعين خصم لمدعي ذلك العين بسبب الشراء . من الموصى والغريم ليس بخصم للغريم قبض الغريم الاوّل شيئاً او لم يقبض . والموصى له ليس بخصم للغريم - وهذا لو كان موصى له بالثلث لا غير فان كان موصى له بما زاد على الثلث وصحت بأن لم يكن له وارث فهو خصم للغريم ويصير كوارث اذ استحقاق ما زاد على الثلث من خصائص الوارث اه . ومثله في الهندية بزيادة اي والوارث خصم للغريم . ونظير احد الورثة في انتصابه خصماً عن الباقيين احد نظائر الوقف .

ففي رد المحتار من كتاب الوقف عن السارخانية وقف ارضه على قرابته فادعى رجل انه منهم والواقف حي فهو خصمه والا فالقيم ولو متعدداً وان ادعى على واحد جاز ولا يشترط اجتماعهم اه . وكذا احد الموقوفين عليهم ينتصب خصماً عن الكل اذا كان اصل الوقف ثابتاً كما في التنوير . قال في حاشية رد المحتار والمسئلة في المحيط والتقنية وقف بين اخوين بات احدهما وبقي في يد الحي واولاد الميت فبرهن الحي على احدهم ان الوقف بطنا بعد بطن والباقي غيب والواقف واحد يقبل ويتنصب خصماً عن الباقيين ولو برهن الاولاد ان الوقف مطلق علينا وعليك ، فيبينة الاول

اولى اه .

وقامه في رد المعتار وفي حاشية الرمي على الفصولين من الفصل الثامن والعشرين احد الوصيين او الثلاثة لا يشترط اجتماعهم بل تكفي الدعوى على احدهم كما صرح به في التارخانية .

ولكن المحصم في دعوى عين من التركة هو الذي في يده تلك العين والوارث الذي لم يكن ذا يد ليس بمحصم

استدراك على اطلاق الفقرة المارة فان احد الورثة لا يكون خصما لمن يدعي عيناً في التركة ما لم تكن العين المدعاة جميعها في يده حتى لو كان بعضها في يده فهو خصم فيها في يده فلو قضى عليه ينفذ القضاء بقدره كما في الخلاصة - ولذا ذكر في جامع الفصولين انه في دعوى العين انما يكون ذو اليد خصما عن بقية الورثة اذا لم تكن العين مقسومة - اما اذا كانت قد قسمت واخذ كل نصيبه فلا يكون الحاضر خصما الا في حصته فقط اه اي وان كانت حصص الباقيين المفروزة في يد ذلك الحاضر بالاغارة او الاجارة وهو ظاهر لان يده حينئذ ليست يد خصومة وفي البحر من مفترقات القضاء احد الورثة ينتصب احدهم خصما عن الباقيين بشروط ثلاثة كون العين في يده وان لا تكون مقسومة وان يصدق الغائب انها ارث عن الميت اه . وافاد الخبير الرمي في حاشيته على الفصولين ان اشتراطهم كون العين في يد المدعى عليه ، يشمل ما لو كان المدعي بعض الورثة على بعض فتسمع الدعوى بشراء الدار من المورث وهي واقعة الفتوى اه . كذا في رد المحتار وقوله فتسمع الخ - يعني تسمع الدعوى من الوارث على وارث اخر اذا كانت العين المدعاة في يد هذا المدعى عليه ويكون هذا خصما عن الباقيين وهذا اذا كانت دعوى العين على الوارث اما لو ادعاها احد الورثة على ذي اليد عليها فانما يكون

خصما عن الباقي لو ادعى جميعا ارثا له ولباقي الورثة - اما لو ادعى حصته منها فقط فلا يكون خصما عنهم حتى ان القضاء سواء كان له او عليه لا يتعداه اليهم - بخلاف ما اذا ادعى جميعا كما في البحر والفصولين وغيرها وفي مسائل شتى القضاء من البحر تنبيهات مهمة فلتراجع

مثلاً يصح لاحد الورثة ان يدعي دين الميت الذي هو في ذمة آخر وبعد الثبوت يحكم بجميع الدين المذكور لجميع الورثة وليس للوارث المدعي ان يقبض الا حصته من ذلك ولا يقبض حصص سائر الورثة

ليس هذا الحكم خاصاً في الدين بل الحكم كذلك لو ادعى بعض الورثة عيناً للميت في يد اخر سواء كان عقاراً او منقولاً فانه بعد الثبوت ليس له ان يقبض منها سوى حصته على قول ابي حنيفة وعليه جميع المتون اي يقبضها مشاعاً لا مقسومة كما في البحر والفصولين

قال في الهداية في فصل في قضاء الموارث من شتى القضاء : واذا كانت دار في يد رجل واقام الاخر البينة ان اياه مات وتركها ميراثاً بينه وبين اخيه فلان الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الاخر في يد الذي هي في يده ولا يستوثق منه بكفيل . وهذا عند ابي حنيفة وقالوا ان كان الذي هي في يده جاحداً اخذ منه وجعل في يد امين وان لم يجحد ترك في يده - لها ان الجاحد خاين فلا يترك المال في يده - بخلاف المقر فانه امين - وله ان القضاء وقع للميت مقصوداً واحتمال كونه مختار الميت ثابت فلا تنقض يده كما اذا كان مقراً وجعوده قد ارتفع بقضاء القاضي . والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي . ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه الى الحفظ والتزاع ابلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها وقيل المنقول

على الخلاف ايضاً وقول ابي حنيفة رحمه الله تعالى اظهر حاجته الى الحفظ .
والحفظ بالترك في يده ، اتم لانه يصير محفوظاً بصورة ومعنى لانه لو هلك في
يده يجب عليه الضمان لانه بالانكار صار ضامناً ولو اخذه من يده ووضع
في يد امين لا يصير محفوظاً معنى ، لانه غير مضمون عليه وانما لا يواخذ
الكفيل لانه انشاء خصومة والقاضي انما نصب لقطعها وهذا لانه ربما لا
يجد كفيلاً او لا يسمح باعطائه والاخ الحاضر يطالبه به فتشور الخصومة
ثم اذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البيعة ويسلم النصف اليه بذلك
القضاء لان احد الورثة ينتصب خصماً عن الباقي لان المقضي له وعليه ، انما
هو الميت في الحقيقة . وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك - بخلاف
الاستيفاء . نفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائباً عن غيره ولهذا لا
يستوفي الا نصيبه اه بقليل اختصار وقليل زيادة من الكفاية والفتح

كذلك لو اراد احد ان يدعي بدين على التركة فله ان
يدعي في حضور واحد من الورثة فقط سواء وجد في يد ذلك
الوارث من التركة مال او لم يوجد

بخلاف دعوى العين فان الدعوى بها على احد الورثة لا تسمع ما لم
تكن العين جميعها في يده كما تقدم في الفقرة الثانية من هذه المادة وشرحها
والفرق ان حق الدين شايع في جميع التركة - بخلاف العين المدعى بها
زيلمي وفي البرازية ادعى على الميت ديناً والكبار غيب والصغير حاضر ،
نصب على الحاضر وكيفلاً فاذا اقضى على الوكيل فهو قضاء على الكل
ويستوفي دينه من نصيب الحاضر اذا لم يقدر على نصيب الكبار واذا
حضروا يرجع عليهم لان الدين مقدم على الميراث اه .
ولا تنس ما قدمناه في شرح المادة ١٦٤٠ من ان الوارث خصم لمن
يدعي ديناً على الميت وان لم يترك الميت شيئاً او كانت تركته مستغرقة

بالدين على ما هو الصحيح المأخوذ به .

فاذا ادعى هكذا بحضور واحد من الورثة ديناً واقربه
ذلك الوارث يؤمر باعطاء ما اصاب حصته من ذلك الدين ولا
يسرى اقراره الى سائر الورثة

وهذا لان الاقرار حجة قاصرة لا يتمدى المقر - بخلاف اليئنة - وكلاقرار
النكول عن اليئنة قال في البرازية وان اقر احد الورثة بالدين يلزمه في
حصته حتى يستفرقها

قال الفقيه ابو الليث وهو القياس وبه اخذ علمائنا - لكن الاختيار
عندي ان يؤخذ منه ما يخصه من الدين وهو قول الشعبي والثوري وابن
ابي ليلى والشافعي وانه ابعد من الضرر واقرب الى الصواب
ومثله في التاسع والعشرين من جامع الفصولين وقال هو اي ما اختاره
ابو الليث قول الشعبي والحسن البصري ومالك وابن ابي ليلى وسفيان الثوري
وغيرهم ممن تابعهم وهذا القول اعدل وابعد عن الضرر اه .

ولهذا اخذت به جمعية المجلة وهذا الخلاف ، جار فيما لو اقر بعض
الورثة بالدين - اما لو اقر بالوصية بالثلث فقد اتفقوا على ان الوصية تلزمه
في ثلث حصته فقط - كما في الدر وعبارة الفصولين : احد الورثة لو اقر
بالوصية يؤخذ منه ما يخصه وفاقا اه - وعليه لو كانت الوصية بالف مثلاً
وحصة المقر من التدكة الربع يلزمه من الف الوصية ربعها . وهذا اذا
صدق احد الورثة بالدين وكذب الباقيون - اما لو صدقوا جميعا لكن على التفاوت
كرجل مات عن ثلاثة بنين وثلاثة آلاف درهم فاقسموها واخذ كل واحد
الفا فادعى رجل على ابيهم ثلاثة آلاف فصدته الاكبر في الكل والارسط
في الاقنين والاصغر في الالف اخذ من الاكبر الفا ومن الارسط خمسة
اسداس الالف ومن الاصغر ثلث الف عند ابي يوسف وقال محمد في

الاصغر والاكبر كذلك وفي الاوسط ياخذ الفاً . ووجه كل الكافي كذا في رد المحتار ومثله في الدر . وتوجيه قول ابي يوسف كما في الهندية ان المقر له ياخذ الفاً من الاخوة الثلاثة ، لاتفاقهم عليها وياخذ من الاوسط والاكبر الفاً متناصفة ، لاتفاقها عليها فيبقى في يد كل منها سدس الالف فيأخذ من الاكبر ما بقي في يده وهو سدس الالف ويبقى في يده وهو سدس الالف ، اذ لا يجب عليه من الالف الثالثة شي . ، لان الاكبر قد انفرد بالاقرار بها . وبقي في المسئلة تفصيل وخلاف ذكره قبيل الثامن من اقرار الهندية فليراجع :

وانت خبير بان هذا مبني على ما هو ظاهر الرواية من ان المقر يلزمه جميع الدين حتى يستغرق حصته - اما على قول ابي الليث الذي مبني عليه المجلة ، فلم ار من ذكر الحكم فيه - ولعل الظاهر انه ياخذ من الاكبر الفه ، لانه يلزمه من الدين المقر به بقدر حصته من التركة وحصته منها الثلث وقد اقر بثلاثة ومن الاوسط ثلثي الفه لانه اقر بالفين فيلزمه ثلث الالفين وهو ثلثا ما بيده ومن الاصغر ثلث ما بيده لانه اقر بالف فيلزمه ثلثا لان حصته من التركة الثلث - ار لان اقرار الاكبر بكل الدين يتضمن اقراره بان لا حق له في التركة واقرار الاوسط بالفين منه ، يتضمن اقراره بان حقه من التركة ثلث الف وما زاد عليه هو حق الدائن - واقرار الاصغر بالف يتضمن اقراره بان حقه من التركة ثلث الفين وما زاد عليه حق الدائن تأمل وراجع لتظفر بالنص . وذكر في رد المحتار مغزياً للمعادة من الفصل التاسع والثلاثين : احد الورثة اذا اقر بالوصية يؤخذ منه ما يخصه بالاتفاق . واذا مات ثلاثة بنين وترك ثلاثة الاف درهم فاخذ كل ابن الفاً فادعى رجل ان الميراث اوصى له بثلث ماله وصدق احد البنين ، فالقياس ان يؤخذ منه ثلاثة اخماس ما في يده وهو قول زفر وفي الاستحسان يؤخذ منه ثلث ما في يده وهو قول علمائنا رحمهم الله تعالى - لنا ان المقر اقر بالف شايح في الكل وثلث ذلك في يده وثلثاه في يد شريكه وما كان اقراراً فيما في يد غيره لا يقبل فوجب ان يسلم الى الموصى له

ثالث ما في يده اه . وتوجيه القياس مذکور في شرح الزيلعي من كتاب الوصايا
فليراجعه من شاء .

تنبيه

اتفقت الشروح والقاري على ان المقر بالدين لو شهد مع اخر بالدين
المقر به تقبل شهادته . وتخريج هذا الفرع على قول ابي الليث الذي مشى
عليه المجلة ، ظاهر لا اشكال فيه - واما على ما هو ظاهر الرواية وعليه
التون من ان المقر يلزمه جميع الدين حتى يستغرق حصته ، فشكل ،
لان هذا المقر بشهادته يدفع عن نفسه مفرماً - وحيث ان هذا الفرع من
كلام محمد في الزيادات ولم يذكر فيه خلاف لاحد من المشايخ ، استدلوا
به على ان الدين انما يحل جميعه في حصة المقر - كما هو ظاهر الرواية
- بقضاء القاضي لا بمجرد اقراره ، اذ لو كان يحل في نصيبه بمجرد اقراره ، ما
قبلت شهادته لما فيها من دفع المقر قال في جامع الفصولين راجعاً للخانية :
ينبغي للقاضي ان يسئل المدعى عليه هل مات مورثك فان قال نعم يسئله
عن دعوى المال فلو اقر وكذبه ببقية الورثة ولم يقض باقراره حتى شهد
هذا المقر واجنبي معه ، يقبل ويقضى على الجميع وشهادته بعد الحكم عليه
باقراره لا يقبل اه . وقوله حتى يشهد هذا المقر واجنبي - التقييد فيه
بكون الشاهد الاخر اجنبياً ، لان وضع المسئلة في ان باقى الورثة منكرون
فلو كان المقر من الورثة اثنين شهدا على الميت بحضور باقى الورثة او
بعضهم ، تقبل كما هو الظاهر ، اذ لا مانع من قبولها على ان عبارة
الدر كثيره ولو شهد هذا المقر مع اخر الخ فهو شامل لما اذا كان الاخر
وارثاً مثله فتدبر .

وبما قررناه تعلم سقوط ما بحثه الملامه الطحطاوي وتبعه في التكملة
- من انه ينبغي تخريج هذا الفرع على قول ابي الليث ، لان اقرار

الانسان حجة في حق نفسه اي ولا حاجة في حجيته الى حكم القاضي به . ووجه السقوط ان هذا الفرع لم يذكروا فيه خلافاً لاحد فكيف يكون مخرجا على ما هو خلاف ظاهر الرواية الذي جرت عليه المتون . بقي هنا شي . وهو انه ما المراد بقضاء القاضي هل هو الحكم على المقر بانه اقر او الحكم عليه بمحاول كل المال المقر به في حصته بسبب اقراره - والظاهر الثاني ، اذ لا معنى للحكم على المقر بانه اقر وعبارة البرازية وغيرها مما يحفظ ان الدين لا يحل بمجرد الاقرار وانما يحل بالقضاء . وعلم ذلك بمسئلة ذكرها في الزيادات ان الوارث المقر بالدين اذا شهد مع رجل آخر بالدين على الميت تقبل ولو كان حل في حصته باقراره ، لما قبل لما فيه من دفع المهر اه . وفيها ايضا من الباب الرابع في دعوى الدين من كتاب الدعوى : ولو اقر احد الورثة بالدين يستوفى كله من نصيبه حتى يستفرقه قال مشايخنا فيه قيد لم يذكره احد وهو ان يحكم الحاكم بذلك اما بمجرد الاقرار فلا يحل في حصته اه . ونظيره في الباب الثاني من دعوى الهندية مزريا لتاوي قاضيخان فان الظاهر من هذه القول ان المقضى به هو حلول الدين في حصته بسبب اقراره .

فتلخص من هذا كله ان الخلاف بين ظاهر الرواية وبين قول ابي الليث ثابت من حيث انه يلزم المقر كل الدين في حصته - او يلزمه منه بقدر حصته من الميراث - حتى لو ترفع المقر والدان لدى القاضي فعلى ظاهر الرواية يقضي بالاول وعلى قول ابي الليث يقضي بالثاني واما من حيث قبول شهادة المقر مع اخر ، فلا خلاف لانفاق القولين على قبولها قبل القضاء . وعلى عدم قبولها بعده لما في شهادته من دفع المهر اذ بالقضاء يتقرر حلول جميع الدين في حصته اتفاقاً ، لان القضاء في مجتهد فيه يرفع الخلاف فكيف اذا كان القضاء موافقا لما هو ظاهر الرواية - فاستظهار الشارح اللبناني انه على قول ابي الليث تقبل شهادة المقر مع اخر سواء كان قبل القضاء . او بعده ، غير مسلم

وان لم يقر واثبت المدعي دعواه في حضور ذلك الوارث فقط يحكم على جميع الورثة واذا اراد ان يأخذ طلبه الذي اثبتته من التركة فليس لسائر الورثة ان يقولوا له اثبت ذلك في حضورنا ايضاً

لما تقرر من ان القضاء بالينة على بعض الورثة قضاء على جميعهم - ثم لو كان الاثبات بعد قسمة التركة فهل للداين اخذ دينه كله من حصة الحاضر قال المصنف يعني صاحب التنوير في فتاواه : اختلفوا فيه فقال بعضهم نعم فاذا حضر الغائب يرجع عليه وقال بعضهم لا يأخذ منه الا ما يخصه اه ملخصاً - كذا في رد المحتار وفي البحر من تنبيهات ذكرها في مسايل شتى القضاء : اذا اثبت المدعي دينه على بعض الورثة ، وفي يده حصته ، فانه يستوفي جميع دينه مما في يد الحاضر ثم يرجع الحاضر على الغائب بحصته اه مغزياً لحزارة المفتين

وعبارة البرازية ادعى على الميت ديناً والكبار غيب والصغير حاضر ، نصب عن الحاضر وكيلًا فاذا قضى على الوكيل فهو قضاء على الكل ويستوفي دينه من نصيب الحاضر اذا لم يقدر على نصيب الكبار - واذا حضروا يرجع عليهم ، لان الدين مقدم على الميراث . وهذا دليل على ان الدين اذا ثبت على واحد بالينة يستوفي كله من حصته . وقال بعض المشايخ في الاقرار يستوفي الكل من نصيبه كما مر عندنا . ولو ثبت بالينة لا يستوفي كله من حصته بالاجماع اه . وفي قوله وقال بعض المشايخ ، اشارة الى ضعفه وقد اقتصر على القول الاول في الفصولين وفيه راي الى فتاوي رشيد الدين : التركة لو لم تحط بدين واثبت غريم ديناً على احد الورثة يبيع الحاضر نصيبه ويقضي بالحصه وليس له بيع نصيب غيره للدين ، لانه ملك الغير ولو احاطها الدين لا يملك الوارث يبعه الا برضى الغرماء .

- حتى لو باع لا ينفذ . ادعى بعض الورثة ديننا على مورثه وصدقه البعض وانكر البعض فانه ياخذ من نصيب من صدقه بعد ان يطرح نصيب المدعي من ذلك الدين اه . وقوله ياخذ الدين الخ اي اخذاً بظاهر الرواية - واما على قول الفقيه الي اللبث فيأخذ من نصيبه بقدر حصته كما علمت . وفي فتاوي الانقروي . ولو قضى الوارث دين الميت من التركة باقراره فجاه . دائن آخر يضمن له وان اداه بقضاء . لم يضمن ويشارك الاول اه

لكن لهم صلاحية دفع الدعوى

اي لان قولهم لا يصح دفع الدعوى من غير المدعى عليه يستثنى منه ، ما اذا كان المدعى عليه . احد الورثة لان ضرر الدعوى عايد على غير المحكوم عليه منهم او لان الباقيين مدعى عليهم معنى لان المقضي عليه كان قائماً مقامهم قال في الخامس عشر من دعوى البرازية : الدفع من غير المدعى عليه ، لا يسمع ودفع احد الورثة انما يسمع ، وان ادعى على غيره لقيام بعضهم مقام الكل حتى لو ادعى مدع على احد الورثة داراً فبرهن الوارث الاخر ان المدعي اقر بكونه مبطلاً في الدعوى يسمع اه .

وفيها اخر الفصل الرابع عشر : ادعى ديناً على وارث فبرهن - ثم ان غيره من الورثة صالح معه ثم ان غير المصالح من الورثة ادعى ايقاف مورثه ذلك الدين وبرهن عليه يسمع ولا يعطى له بدل الصلح وان برهن المصالح لا يسمع ويلزمه تسليم بدل الصلح اه

وانظر ما كتبناه في اول شرح الفصل الثاني في دفع الدعوى

واما اذا اراد ان يدعي احد من التركة قبل القسمة الفرس الذي هو في يد واحد من الورثة بقوله هذا فرسي وكنت اودعته عند الميت فالخصم من الورثة هو ذو اليد

فقط وان ادعى على احد من باقي الورثة لا تسمع دعواه
واذا ادعى على ذي اليد وحكم باقراره فلا يسري اقراره الى
سائر الورثة ولا ينفذ اقراره الا بمقدار حصته ويحكم بكون
حصته في ذلك الفرس للمدعي وان انكر الوارث الذي
هو ذو اليد واثبت المدعي دعواه يحكم على جميع الورثة
راجع المادة ٧٨

اوضحت هذه الفقرة انه لا فرق في الاحكام المارة في دعوى العين
من التركة بين ان يكون المدعي اجنبياً او وارثاً حيث لا تسمع على
من لم تكن العين في يده واذا حكم على هذا المدعي عليه باقراره ، لا
يتعداه الحكم الى باقي الورثة لعدم نفاذ اقراره عليهم . ومثل الاقرار
نكوله عن اليمين - كما يعلم من باب اليمين من دعوى الخانية واذا حكم
عليه بالبينة يكون الحكم نافذاً على باقي الورثة وليس لهم بعد ذلك
الا دفع الدعوى لما تقدم في المادة ٧٨ من ان البينة حجة متعديّة والاقرار
حجة قاصرة - غير انه اذا كان المدعي وارثاً فانما تسمع دعواه قبل قسمة
التركة اما بعدها فلا لانه يصير متناقضاً كما سيأتي التصريح به في المادة
١٦٥٦ ثم حيث كان المدعى به في هذه الفقرة فرسا تثبت اليد بمجرد
تصادقها اي المدعي والمدعى عليه على ذلك ولا حاجة في ثبوتها الى اقامة
البينة - بخلاف ما اذا كان المدعى به محدوداً كما سيأتي التصريح
بذلك في المادة ١٧٥٤ والعجب من الشارح اللبناني انه قال هنا لا يثبت
كونه ذا يد اي الفرس بمجرد اقراره بل لا بد من بيينة ثم قال انظر
المادة ١٧٥٤ .

واعلم ان الحكم انما ينفذ على باقي الورثة اذا حضر الغائب وصدق
ان العين ميراث بينه وبين الحاضر المحكوم عليه - اما لو ادعى انه
اشتراها او ورث نصيبه من رجل اخر لا يكون القضاء على الحاضر قضاءً

عليه فتمسم دعواه وتقبل بينته كما في الفصولين . وذكر في البحر ادعى بيتاً فقال ذو اليد انه ملكي ورثته من ابي - فلو قضي عليه فظهر على جميع الورثة ، وليس لاحد ان يدعيه بجهة الارث اذ صار مورثهم مقضياً عليه فلو ادعاه احدهم ملكاً مطلقاً ، تقبل اذا لم يقض عليه في الملك المطلق فلو ادعاه ذو اليد ملكاً مطلقاً لا ارثاً ، لا تصير الورثة مقضياً عليهم فلهم اخذه بدعوى الارث - لكن ليس لذي اليد حصة فيه اذا قضي عليه ا هـ .

فروع

اقر احد الورثة بالدين ومع ذلك اراد التبريم ان يبرهن حتى يتعدى الدين الى كل انصبا الورثة ، له ذلك كالكيل بقبض الوديعة اراد ان يبرهن على انه وكيل بالقبض مع اقرار المودع - او الموصى له بالثلث اراد ان يبرهن على الوصية مع اقرار الوارث - او الوكيل بالبيع اقر بقبض الثمن فاراد المشتري ان يبرهن على نقد الثمن له ذلك بزاية اخر دعوى الدين . ولو اقر كل الورثة بالدين فاقام المدعى بينة تقبل لاحتياجه الى الاثبات في حق غيرهم ايضاً ، اذ ربما يظهر غريم آخر ودينه ظاهر ودين المقر لا يظهر في حقه باقرار الورثة - وكذا لو اقروا بالوصية فاقام البينة تقبل ايضاً (مح) : تقبل البينة على دينه ولو اقر به بعضهم لانه ربما لا يفي نصيب المقر بحقه فبالبينة يتضى حقه من جميع التركة ، واقرار الوارث يقتصر على نصيبه ولا يجوز اقرار الوصي بدين على الموصي الا ان يشهد هو ومعه اخر فيصح على معنى الشهادة كذا في الثاني والمشرين من الفصولين وفيه (فـش) ولو ادعى وصيه ديناً عليه ، فالحاكم ينصب وصياً اخر يدعي عليه اذ دعواه على نفسه لم يصح ا هـ .

ادعى الدين في التركة لا حاجة الى ذكر كل الورثة - بل اذا ذكر واحداً وبرهن عليه انه واجب عليه اداء الدين من تركته التي في

يده يكفي ولو كان الوارث صغيراً يبرهن على وصيه وان ادعى دين الميت على احد لا بد من بيان عدد الورثة اه .

انقروي عن البرازية : ترك اخيرين فافر اخ باخ اخر وانكره الاخر يهطى المقر نصف ما في يده برازية . وفيها عن الجامع الاصغر مات عن الف فبرهن عليه على الف وقضى ثم ادعى آخر الف فانكره الوارث وصدقه المقضي له فالاتفق بينها انصافاً وبه اخذ الفقيه اه . وفيها برهن على دين على الميت وعلى وفا. التركة به لا بد من بيان التركة حتى لو كان عقاراً لا بد من بيان حدوده . وان ادعى اقرار الورثة بالوفا . لا يحتاج الى بيان التركة . والاصح انه يقبل بلا بيان التركة وعليه الفتوى - وان استوفى غريم وبرهن على الوفا. وبين التركة ثم برهن غريم اخر لا يحتاج الى اثبات التركة والوفا. بلا خلاف اه . لو ان رجلين لهما على رجل الف درهم وهما شريكان فيه والمديون يجمع فحضر احدهما واقام البينة على دينها والشريك الاخر غائب ذكر في المنتقى ان على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى يقضى للحاضر بحسابة واذا حضر الغائب كلف اعادة البينة ولا يجعل الحاضر خصماً عن الغائب في وجه من الوجوه - الا ان تكون الالف ميراثاً بينهما من شخص واحد وان حضر الغائب ولم يقدر على اعادة البينة دخل مع شريكه في الحسابة التي قبضا

كذا في فتاوي قاضيخان . رجل ادعى على رجلين مالا في صدك واقام البينة واحدهما حاضر والاخر غائب والحاضر يجمع ، يقضى على الحاضر بنصف المال على المختار - الا ان يكون كفيلاً عن الغائب بامر فانه يقضى عليه بجميع المال كذا في خزنة المتين : رجل يدعي ديناً على رجل وكل المدعى عليه رجاين فاقام المدعي شاهداً على احد الوكيلين وشاهداً على الاخر ، جاز ولو اقام شاهداً على الموكل وشاهداً على الوكيل او اقام شاهداً على المدعى عليه وشاهداً على وصيه او وارثه او كان للميت وصيان فاقام على احدهما شاهداً وعلى الاخر شاهداً ، جاز - كذا في فتاوي قاضيخان هندية .

احضر ورثة وادعى على مورثهم ديناً ولم يخلف الميت تركة يخلف الورثة ان انكروا الدين ، لان غرضه اثبات الدين لا الاستيفاء . وعن الفقيه ابي جعفر رحمه الله تعالى انه يسمع البينة قبل ظهور التركة ولا يخلف وبه اخذ الفقيه بزاية .
وفيه ادى مديون الميت الى وصي الميت يبرأ وان لم يكن له وصي فدفع الى بعض الورثة ، يبرأ عن حصته خاصة به .

المادة ١٦٤٣ - ليس لاحد الشركاء في عين ملكوه بسبب غير الارث ان يكون في الدعوى خصماً للمدعي في حصة الاخر مثلاً لو ادعى احد في حضور احد الشركاء الدار التي ملكوها بطريق الشراء بانها ملكه واثبت ما ادعاه وحكم بذلك يكون الحكم مقصوراً على حصة الشريك الحاضر فقط ولا يسري الى حصص الباقيين .

والفرق بين هذا وبين احد الشركاء في العين المورثة ، ان الدعوى قائمة في الثاني على الميت وكل من الورثة قائم مقامه حقيقة وحكما فينوب واحد منهم عن الباقيين - وفي الاول قائمة على كل واحد من الشركاء . فلا يقوم احدهم مقام الاخر قصداً بغير وكالة او ولاية او نحوها . ثم اذا كانت الشركة بغير الارث ، لا فرق في عدم كون احدهم خصماً عن الاخرين ان يكون مدعى عليه كما في المثال المذكور في هذه المادة وبين ما اذا كان مدعياً - كما اذا ادعى رجل على اخر ابي وفلان الغائب اشترينا منك هذه الدار بالف درهم وتقدنا الثمن واقام البينة على ذلك فانه يقضى للحاضر بنصف الدار فاذا قدم الغائب كلف اعادة البينة كما في الهندية وجامع الفصولين - وكذا لا فرق بين ان يكون المشترك المدعى به عيناً

كالدار او ديننا - كما لو ادعى ان له وللغائب عليه الفاء وبرهن فانه يحكم له بنصف الالف فاذا قدم الغائب ، كلف لاعادة البينة وليس له اتباع الغريم قبل اعادتها وله اتباع القابض لاقواره بالشركة - وكذا لو ادعى انه باعه وفلانا عبدا بالف وبرهن ، يقضى على الحاضر بنصف الثمن لا على الغائب - الا ان يحضر الغائب ويبيد عليه البينة كما في البرازية والفصولين - ثم ان ما ذكر - من ان الحكم على احد الشركاء بغير الارث يقتصر على المحكوم عليه ولا يسري على حصص الباقيين ، ليس هو من المسائل الاتفاقية بين ائمتنا الثلاثة وقد اضطربت عبارات المشايخ في كيفية الخلاف بين الائمة قال في جامع الفصولين رانما لصاحب الاقضية في بعض هذه المسائل ان الحكم على قول ابي حنيفة يقتصر على الحاضر وذكر في بعضها انه يتمدى الى الغائب وتارة ذكر قول ابي يوسف مع ابي حنيفة وتارة ذكر قوله : بخلاف قوله وكان عن ابي حنيفة روايتين في الفصول كلها سواء كان احد الشركاء مدعيا او مدعى عليه وكذا عن ابي يوسف ومحمد روايتان واما الفرق فلا وجه له اقول ويحتمل ان يكون اختلاف الروايات فيه بناء على اختلاف الروايات في جواز الحكم على الغائب وافقه اعلم اهـ - وكيفما كان فالمرور عليه ما اعتمده المجلة من اقتصار الحكم على المحكوم عليه وعدم سريانه الى حصص الشركاء الباقيين في الفصول كلها - كما يقتضيه اطلاقها وهذا اذا لم يكن الحاضر المدعى عليه كفيلا عن الغائب والا فان الحكم يتمدى الى الغائب .

ففي جامع الفصولين باع منها بالف على ان كل واحد منها كفيل عن الاخر بامرته فانه يحكم على الحاضر بالف نصفه اصالة ونصفه كفالة - فلو حضر الغائب قبل اخذ الالف لم يكن للبايع ان ياخذ بمن حضر الا خمماية الاصلية ، اذ الحكم على كفيله حكم عليه والحكم على المكفول عنه ليس بحكم على الكفيل وفيه له عليه الف فكفل بامرته فبرهن على الاصيل ان لي عليك كذا وفلان كفل به بامرئك ، يقضى على الاصيل ولا يكون هذا قضاء على الكفيل فلو لقي الكفيل ، ليس له ان ياخذ منه شيئا قبل ان يعيد البينة ولو برهن على الكفيل اولا ببيعة الاصيل

وثبت كفايته بامرہ ثبت المال علیہ وعلى الغائب ويتنصب الكفيل خصما
عن الاصيل - اما الاصيل فلا يتنصب خصما عن الكفيل اه
. قيد كون الكفالة بامر لان الحكم على الكفيل بلا امر لا
يتمدها الى الاصيل قال في البرازية : قال الرازي رحمه الله تعالى يتعدى على
الغائب اذا كانت الكفالة بامر لان ما يدميه على الكفيل ، عين ما
ثبت على المكفول عنه ، لثبوت حق الرجوع له بذلك فلو كانت الكفالة
بغير امره لا يتعدى الى الغائب لان المدعى على الكفيل ليس سبياً لما
يدعي على الاصيل - حتى لا يرجع عليه فلا يكون خصماً عنه اه .
وفيها وفي المنتقى عن الثاني : ادعى ان له نصف هذه الدار ونصفا
لفلان وبرهن فقال ذو اليد نصفها لي ونصفا لفلان يحكم له بالنصف
والنصف الباقي بين ذي اليد وفلان انصافاً اه .

والظاهر ان المراد بفلان الثاني عين فلان المذكور في دعوى المدعي
بان قال المدعي نصفها لي ونصفا لزيد وقال ذو اليد نصفها لي ونصفا
لزيد المذكور . وهذا لما في جامع الفصولين عن المنتقى عن الثاني ايضا : قال
ذو اليد هو لي ولفلان بغير ارث وقال المدعي هو لي وغائب غير من
سميته بغير ارث فبرهن المدعي ان نصفه له ، يقضى له بربعه اذ النصف
الذي هو في يد الحاضر هو بين المدعي وبين من زعم انه شريكه
نصفان - ولو قال المدعي نصفه لمن سميته ونصفه لي فبرهن يقضى له
بالنصف اه . والفرق انه اذا صدق المدعي ان النصف لمن سماه ذو اليد
يثبت ذلك النصف لمن سماه فتتحصر دعواه بالنصف المعين الذي يدعيه
ذو اليد لنفسه فاذا برهن يقضى له به - بخلاف ما اذا قال النصف لفلان
اخر - يرشد الى هذا ما نقله في جامع الفصولين بعد هذا برمز فتاوي
رشيد الدين دار لها : ادعى رجل نصفه على احدهما يكون مدعياً بربعه
وهو نصف ما بيده اذ في يده النصف فلو كان مدعياً للنصف الذي بيده
يكون مدعياً للنصف المعين وهو لم يدع النصف المعين اه - ولا شك
انه لو كانا متفقين على ان النصف للغائب يكون مدعياً على الحاضر نصفه

المين فاذا برهن يحكم له به .

وبما قررناه تعلم سقوط ما بجته صاحب الفصولين حيث قال اقول على هذا اي على ما في فتاوي رشيد الدين فيما مر في الفرع الثاني من مسائل المنتقى - وهو ان يقول المدعي نصفه لمن سميته ونصفه لي الخ ينبغي ان يقضى بربعه لا بنصفه بعين هذا التعليل مع انه قال يقضى له بنصفه اه فتدبر . وفيه اي في جامم الفصولين لو استحق مال المضاربة - فيه ربح فالمضارب خصم بقدر حصته ولا يشترط حضرة رب المال في هذا القدر ولو لا ربح فالخصم رب المال لا المضارب اه .

اقول والظاهر ان احد شريكي الشان كالمضارب اذا كان في المضاربة ربح فهو خصم في حصته دون حصة الاخر واما احد شريكي المفاوضة ، فالظاهر ان احدهما يكون خصماً عن الاخر والحكم عليه يسري الى الاخر ، لتضمنها كفالة كل واحد منها للاخر بالاذن ولم اره صريحاً فتأمل وراجع .

وفي البرازية : ادعى صدقة او هبة او رهناً من رجلين واحدهما غائب والمدعى في يد الحاضر واهل الغائب وهم مقرون بنصيب الغائب ويرهن على مدعاه وعلى القبض فقل قول الامام لا يقضى بشيء . وعلى قول الثاني في الصدقة والهبة يحكم على الحاضر في حصة غير مقسوم فاذا حضر الغائب يحكم عليه ايضاً وفي الرهن لا يحكم قبل حضور الغائب فاذا قدم اعادها بحضرتها اه . ولينظر في كيفية توجيه هذه المسائل

المادة ١٦٤٤ - تسمع دعوى واحد من العامة اذا صار مدعياً ويحكم على المدعى عليه في دعاوي المحال التي يعود نفعها الى العموم كالطريق العام .

المادة ١٦٤٥ - يكفي حضور البعض من الطرفين في دعوى الاشياء التي منافعتها مشتركة بين اهالي قريتين كالنهر والمرعى اذا كانوا قوماً غير محصورين واما اذا كانوا قوماً محصورين فلا يكفي حضور بعضهم بل يلزم حضور كلهم او وكلائهم .

المادة ١٦٤٦ - اهالي قرية الذين عددهم يزيد على المائة يعدون قوماً غير محصورين .

استفيد من مجموع هذه المواد الثلاث ، انه كما ينتصب احد الورثة خصماً عن الباقيين فيما يدعي على الميت او له - كذلك احد العامة ينتصب خصماً عن الباقيين من العامة في المطال التي منفعتها عائذة الى العموم صرح بهذا في الدر من كتاب الوقف عند قول التنوير وبعض مستحقه ينتصب خصماً عن الكل وفي ٣٥ من الفصولين قال محمد رحمه الله تعالى - بني حابطاً على الفراء واتخذ عليه رعي او بني في طريق العامة فخاصه احد ولو من اهل الذمة غير العبيد والصبيان يقضى عليه بهدمه اضر بالعامّة اولا قال بعض المشايخ انما لم يقض بهدمه لو لم يضر لان الخصم متعت حينئذ . وجه ما في الكتاب انه عسى يضرهم في الثاني وان لم يضر الآن بان تكثر الرحمة في الطريق فلا يجد الناس سبيلاً الى التطرف قال الصفار انما يلتفت الى خصومته فيما ذكر ونحوه ، لو لم يكن للخصم مثل ما للمدعى عليه فله مثله لا يلتفت الى خصومته لتعنته اذ لو اراد دفع الضرر عن العامة بدأ بنفسه . وهذا لو بني في طريق العامة لنفسه اما لو بني للعامة - بان بني في بعض الطريق مسجداً لا يهدم لو لم يضر وعن محمد لا بأس بان يجعل بعض الطريق مسجداً او بعض المسجد طريقاً اذ الحق في الكل للعامة اه .

وانت تعلم ان المادة ١٢١٣ من المجلة اختارت قول الامامين من ان من اراد احداث شي على طريق العامة يمنع - لكن لا يهدم بعد الانشاء ما لم يكن فيه ضرر على العامة فتذكر واستفيد ايضاً ان ما كانت منفعة عابدة الى قوم غير محصورين يثبت فيه هذا الحكم وهو ان بعضهم ينتصب خصماً عن الباقيين في الدعوى فيه سواء كان مدمياً او مدعى عليه والحكم له او عليه يسري الى الباقيين ، وان الشركاء في منافع المدعى به ان زادوا على المائة فهم غير محصورين فلا ينتصب احدهم خصماً عن الباقيين والحكم له او عليه يقتصر ولا يسري اليهم قال في رد المختار مغزياً للاتقاني في بحث كرى الانهار الملوكة المشتركة اشتراكاً عاماً او خاصاً واختلف في تحديد العام والخاص واحسن ما قيل ان كان لدون المائة فالشركة خاصة والا فطامة اه مختصراً

وفي الهندية من كتاب الشرب من الرابع مغزياً للمحيط بعد كلام قلت ارأيت هؤلاء الذين لا يحصون اذا ادعى بعضهم هذا النهر واقام البينة انه لقرى مطومة لا يحصى اهلها ايقضى بها لاهل تلك القرية بدعوى هذا واقامة البينة والمدعى عليهم لا يحصون وقد حضر بعضهم وفيهم الصغير والكبير - قال محمد رحمه الله تعالى اذا كان هذا على ما تصف ، فان هذا النهر بمنزلة طريق من طرق المسلمين نافذ فان اقام قوم البينة انه لهم دون غيرهم استحقوه وخرج من ان يكون نهراً لجماعة المسلمين وصار لاهل تلك القرى خاصة واكتفى القاضي بواحد من المدعين وبواحد من المدعى عليهم وان كان النهر خاصاً لقوم معروفين يحصون لم يقض عليهم بجزرة واحد منهم وقضى على من حضر منهم اه .

ومثله في فتاوي الانقرووي مغزياً للخانية ولا تنس ما قدمناه في شرح الفقرة الثامنة من المادة ١٦١٢ - من ان الحكم على احد الورثة انما يسري على الباقيين اذا كان بالبينة اما اذا كان بناء على اقرار المحكوم عليه او على نكوله فلا لان الافرار حجة قاصرة لا تتعدى المقر - بخلاف البينة ولا شك ان الحكم على احد العامة او على احد القوم الغير محصورين

كذلك - ولا يخفى ان ما قدمناه عن الهندية والانقروية مغزيا للمحيط
والخانية صريح في ان الحكم لشخص على واحد من العامة او واحد
من اهل قرية غير محصورين ، يسري على الباقيين بلا اشكال اصلاً فلا
حاجة معه الى التفقه فافهم .



الباب الرابع

في ياه تناقض

المادة ١٦٤٧ - التناقض يكون مانعاً لدعوى الملكية .

اي ملكية العين او المنفعة لما في الصغرى : طلب نكاح الامة يمنع
دعوى تملكها وطلب نكاح الحرة مانع من دعوى نكاحها در زيادة
من رد المختار وقدمنا في شرح المادة ١٦١٥ تحقيق معنى قولهم يشترط
كون الكلامين المتناقضين او الكلام الثاني منها ، عند القاضي بما لا مزيد
عليه فارجم اليه .

وفي رد المختار وهذا اي كون التناقض يمنع دعوى الملك - اذا كان
الكلام الاول قد اثبت لشخص معين حقاً - والا لم يمنع كقوله لا حق لي
على احد من اهل سمرقند ثم ادعى على احد منهم شيئاً فان دعواه تصح
- كما في المويديّة عن صدر الشريعة اه - وهذا لانه يشترط لصحة
الابراء ان يكون لشخص معين او قبيلة معينة محصورة كما قدمناه في شرح
المادة ١٥٦٧ وقدمنا في شرح المادة المذكورة نقلاً عن رسالة العلامة
ابن عابدين في الابراء ، ان قول ذي اليد ليس هذا ملكي او ليس لي

اولا حق لي فيه - ان لم يكن له منازع حين هذا القول ، لم يصح اقراره
وله الدعوى به اتفاقا لان اليد دليل الملك ونفي المالك ملكه عن نفسه
من غير اثباته لغيره لا يجوز فلما اتفقا . وان كان له منازع ففيه خلاف
فعلى رواية الجامع يكون اقراراً بالملك للمنازع بقريئة النزاع وعلى رواية
الاصل ، لا يكون اقراراً بالملك له لان المقر هو المالك بدليل اليد والملك
لا ينتفي بالنفي . وهذا الثاني هو الراجح وان كان المقر ليس بذئ يد
ففيه خلاف قيل يصح اقراره - فلا تسمع دعواه بعده انه ملكه لان يد
المدعي عليه قريئة المدعي بالملك له وقيل لا يصح فتسمع لجهالة المقر له فلا
يكون تناقضا . والثاني هو المذكور في الحاتية والخلاصة اه وتامه هناك

مثلاً لو اراد احد ان يشتري مالا ثم ادعى بانه ملكه
قبل الاستبراء لا تسمع دعواه

لان طلب شراء المال اقرار بانه ليس ملكه فيكون متناقضاً بادعائه
الملك قبله . ومثل الاستبراء ، الاستجار والاستطارة والاستيهاب والاستيداع
والاسترهان وقبول الوديعة كما تقدم في المادة ١٥٨٣ .

وفي الانقروية عن القنية : اذا استعمل في قضاء الدين ثم ادعى الابراء
لا تسمع اه - ولا فرق بين ان يكون الاستبراء ونحوه من المدعى
عليه او من شخص آخر لان الاستبراء من غير المدعى عليه . وهذا اذا
ادعاه بعد هذه الاشياء لنفسه كما هو منطوق هذه الفقرة اما
لو ادعاه لغيره بوكالة او وصاية او ولاية فتسمع ، لان الاكثر
على تصحيح رواية الزيادات من ان هذه الاشياء اقرار بنفي
ماكه لا بالملك لذي اليد وهو الذي مشت عليه المجلة في المادة المذكورة ،
لانه ظاهر الرواية وقدمنا الكلام على هذه المسئلة مستوفى في شرح
المادة المذكورة فارجع اليه ان شئت وفي الهندية : اشترى ثوبا او ساومه
او استوهبه ثم ادعى انه كان ملكه قبل الشراء او قبل المساومة او
قبل الاستيهاب - او ادعى انه كان ملك ابيه يوم المساومة فبات وتركه

ميراثا له او وهبه له لا تسمع دعواه الا اذا صرح بذلك ابيه عند المساومة بان اثبت انه قال عند المساومة ان هذا الثوب لابي ووكلك ببيعه فبعه مني فلم يتفق بينهما بيع ثم ادعى الارث عن ابيه يقبل لعدم التناقض - وكذا لو قال عند الدعوى كان لايه وكله ببيعه فاشتريته ثم مات فترك ثمنه ميراثا لي يسمع ويقضى له بالثمن لانه ليس بتناقض اه .
وفيها عن الخلاصة : ساوم بولد امة او ثمة نخل او نخل في ارض في يد غيره - ثم اقام البينة ان الامة والنخلة او الارض له يقضى له بالامة او النخلة او الارض - دون الولد والثمرة والنخل : ولو ادعى الام مع الولد او النخلة مع الثمرة او الارض مع النخل لا تسمع دعوى النخلة والثمرة والولد اه .

وكذا لو قال ليس لي حق عند فلان ابداً ثم ادعى عليه شيئاً لا تسمع دعواه

اي بشي . سابق على تاريخ البرائة سواء كان ديناً او عيناً - واما دعواه بشي . وجب بعد تاريخ البرائة فتسمع لعدم شمول البرائة له فلم يكن متناقضاً كما تقدم التصريح به في المادة ١٥٦٣ . وقدمنا في شرح تلك المادة عن الحامدية مغزياً للذخيرة ، انه اذا لم يوزخ سبب وجوب المدعى به ولا البرائة بل ابهم الدعوى ايهاماً ، فالقياس ان تسمع دعواه ويحمل ذلك على حق واجب له بعد البرائة وفي الاستحسان لا تسمع اه .
وقدمنا ايضاً عن الحانية انه اذا لم يوزخها او ارخها سواء او ارخ احدهما فقط ، ففي الوجوه الثلاثة يعمل بالبرائة لان البرائة تكون بعد الوجوب عادة اه .

ونقل في الحامدية عن الفصول العاوية ان الاصل ان الموجب والمسقط اذا تعارضا يحمل المسقط آخرأ لان السقوط بعد الوجوب - سواء اتصل القضاء بالاول او لم يتصل اه

وكذا لو ادعى احد على اخر بقوله كنت اعطيتك كذا مقداراً من الدراهم على ان تعطيتها الى فلان والحال انك ما اعطيتها له ولكونها في يدك اطلبها منك وانكر المدعى عليه ذلك فاقام المدعي البينة ، ثم رجع المدعى عليه و اراد دفع الدعوى فقال نعم كنت اعطيت ذلك المبلغ وانا دفعته الى من امرت فلا يسمع دفعه .

قال في العاشر من الفصولين : انكر الوديعة فبرهن المدعي على ابداعه فادعى خصمه الهلاك او الرد - لو قال في انكاره ليس لك علي شيء . يسمع هذا الدفع لامكان التوفيق . ولو قال لم تودعني اصلاً ، لا تسمع دعواه لعدم امكان التوفيق اه .

اقول قوله لامكان التوفيق فيه تسامح اذ لا تناقض اصلاً بين دعوى الرد او الهلاك وبين قوله ليس لك علي شيء . فان من رد الوديعة او هلكت بيده ليس عليه شيء . وسيأتي لهذا تحقيق في شرح الفقرة الثالثة من المادة ١٦٥٧

وكذلك لو ادعى احد الدكان الذي هو في يد غيره - بانه ملكه واجاب ذو اليد بقوله نعم كان ملكك - ولكنك بعثتي اياه في التاريخ الفلاني وانكر المدعي ذلك بقوله لم يجر بيننا بيع ولا شراء . قط فاقام المدعى عليه البينة واثبت ما ادعاه - ثم رجع المدعي فادعى بان قال اني كنت بعته لك في ذلك التاريخ لكن هذا البيع كان عقد بطريق الوفاء او بشرط مفسد هو كذا فلا يسمع دفع المدعي .

وفي البرازية : ادعى عليه البيع فانكر فبرهن على البيع فادعى المدعى

عليه فسخه ، يسمع ولا يكون متناقضاً لان جعود ما عدا النكاح فسخ .
ادعى عليه شراء عبده فانكر فبرهن عليه فادعى عليه انه رده عليه
بالعيب يسمع ، لانه صار مكذباً في انكار البيع فارتفع التناقض
بتكذيب الشرع كما يرتفع بتصديق الخصم . ادعى عليه مهر مورثته
فقال الزوج كانت ابرأتني عنه فبرهن الوارث على اقراره بالمهر بعد موتها ،
تقبل ويبطل الدفع . ولا خفاء ان الزوج لو دفع وقال علمت بابرأتها بعد
اقرارى - ينبغي ان يقبل ، لما سر انها تستبد بالابراء وقد تقرر ان دفع
الدفع وان توارد يقبل في المختار اه .

وفي الهندية عن العادية : ادعى رجل على رجل انه باع منه هذه
الجارية بالف درهم وقال ذو اليد لم ابعا منه قط فلما اقام المدعي البينة
على الشراء وقضى له بذلك وجدها اصعباً زائدة واراد ان يردها
على المقضي عليه فقال المقضي عليه انه بوى . الي من كل عيب بها ، لا
تقبل بيته اه .

وفيها عن فتاوى قاضيخان . ادعت امرأة على رجل نكاحاً فقال الرجل لا
نكاح بيني وبينك فلما اقامت المرأة البينة على النكاح ، اقام هو البينة على انها
اختلفت منه تقبل بيته وان قال الرجل في انكاره لم يكن بيننا نكاح قط
- او قال ما تزوجتها قط فلما اقامت المرأة البينة على النكاح اقام هو البينة
على انها اختلفت منه قال رضي الله عنه - ينبغي ان تكون هذه
المسئلة ومسئلة البيع سواء وثمة في ظاهر الرواية لا تقبل البينة على البرائة من
العيب وكذلك الخلع عندنا لان الخلع طلاق . والطلاق يقتضى سابقة النكاح
وكان هو في دعواه الطلاق متناقضاً فلا يسمع اه

اقول تأمل هذا وما تقدم قبله عن العادية مع ما نقلناه قبلها عن
البرازية وتعليل البرازية بان التناقض يرتفع بتكذيب الشرع . ثم رأيت
في العاشر من الفصولين بعد ان ذكر مسئلة العادية المذكورة آنفاً عن
الهندية ما ملخصه : اقول بل ينبغي ان تقبل بيته في هذه المسئلة عندنا وفاقاً
- خلافاً لفر ، لانه صار مكذباً شرعاً بيينة المدعي فلحق انكاره بالعدم فصار

كما في الكفالة - من ان رجلاً لو برهن ان له على الغائب الفاء وهذا كفيلاً عنه بامر الخ يرجع الكفيل على الغائب، ولو انكر الكفالة اصلاً لانه صار مكذباً في انكاره فلحق بالعدم اه . ثم اجاب عن مجته هذا ثم كر على الجواب بالرد قائلاً فينبغي ان تصح الدعوى لعدم التناقض على اصل مر اه . وهو ان التناقض يرتفع بتكذيب الشرع فتأمل فان عدم صحة الدعوى في مسألة العيب كما هو المذكور في العادة هو ظاهر الرواية كما في الفصولين وقدمناه .

واعلم ان مسائل التناقض كثيرة جداً قد ذكرت مفرقة في كثير من ابواب الفقه . وكثير منها مذكور في كتب الفتاوي كجامع الفصولين والحانية والهندية والبزازية والتارخانية وغيرها فلترجع عند الحاجة . والقول الجامع فيها ما في الهندية عن المحيط السرخسي . متى ثبت عند الحاكم تعارض القولين المتضادين المتناقضين من المدعي في الدعوى يتمتع استماع الدعوى اه .

وقد ذكر الشارح اللبناني منها جملة مطولة - لكن كثير مما ذكره ، . بنى على القول بان امكان التوفيق كاف في دفع التعارض مع ان الصحيح انه لا بد من التوفيق بالفعل وهو الذي يفيد ما في المادة ١٦٥٧ الآتية فلينبه لذلك والله اعلم .

المادة ١٦٤٨ - كما انه لا يصح لاحد ان يدعي المبال الذي اقر بكونه لغيره بقوله هذا مالي كذلك لا يصح ان يدعيه بالوكالة او بالوصاية عن آخر

الا اذا وفق قال في رد المحتار كما اذا ادعى انه لفلان وكله بالخصومة ثم ادعى انه لفلان آخر وكله بالخصومة لا تقبل - الا اذا وفق وقال كان لفلان الاول وقد وكلني بالخصومة ثم باعه من الثاني وركني ايضاً

والتدراك ممكن - بان غاب عن المجلس وجاء بعد فوت مدة وبرهن على ذلك على مانص عليه الحصري في الجلامع - فدل على ان الامكان لا يكفي نهر عن البزازية

واعلم ان هذا اذا اقر بالمال لغيره صريحا كما هو منطوق هذه المادة - اما لو تقي ملك نفسه فقط بان قال لا ملك لي في هذا المال ونحو ذلك ثم ادعاه فقد تقدم الكلام عليه في شرح الفقرة الاولى من المادة السابقة فراجعها .

المادة ١٦٤٩ - ابرأ احد اخر من جميع الدعاوي فلا يصح له ان يدعي عليه بعد ذلك مالا لنفسه ولكن يصح له ان يدعي عليه لغيره بالوكالة او الوصاية

افادت هذه المادة فرقا بين ان يقر الرجل بمال لغيره وبين ان يبرئه عنه حيث لا تسمع دعواه به لغيره بوكالة او وصاية في الاول، لتناقضه لان المال الواحد لا يكون لشخصين. في حالة واحدة - وتسمع في الثاني لعدم التناقض ، لان ابرأ الرجل عن جميع الدعاوي المطلقة بماله لا يقتضي عدم صحة دعوى مال لغيره على ذلك الرجل افاده في الدرر . اقول وكذا ابرأه عن دعوى عين في يده ، لا يقتضي عدم صحة دعوى ذلك المال لغيره كما هو ظاهر . وهذا نظير ما قالوا انه اذا اقر ان لا ملك له في عين هي في يد غيره ثم ادعاه لغيره بوكالة او وصاية فتسمع لان اقراره ان لا ملك له فيه ، لا ينالني انه لغيره . وقيدنا كون العين في يد غيره لانه لو اقر بان لا ملك له في عين هي في يده وليس هناك منازع له فيها تسمع دعواه لنفسه ولغيره اتفاقا لعدم صحة اقراره حينئذ لجباله المتره وفي عدم صحة دعواه لغيره اذا كان ثمة منازع خلاف قدمناه في شرح الفقرة الاولى من المادة ١٦٤٧

المادة ١٦٥٠ - اذا ادعى احد مالا لآخر فلا يصح له بعد ذلك ان يدعي به لنفسه ولكن يصح له ان يدعيه لآخر بعد ما ادعاه لنفسه لان الوكيل بالدعوى قد يضيف الملك الى نفسه ولكن عند الخصومة لا يضيف احد ملكه لغيره .

عبارة الفصولين ادعاه لنفسه ثم لغيره بوكالة ، تسمع اذ لا منافاة بين الدعويين اذ وكيل الخصومة قد يضيف الملك الى نفسه - على معنى ان له حق المطالبة - ولو ادعاه لغيره بوكالة ثم لنفسه ، لا تسمع لان ما هو ملكه لا يضيفه الى غيره عند الخصومة فتسكنت المنافاة - وكذا لو برهن انه لفلان آخر وكله بخصومة فيه لا تسمع ، اذ وكيل الخصومة من جهة زيد لا يضيفه الى غيره فيتمكن التناقض بين الدعويين على وجه لا يمكن التوفيق . والدين في هذا الحكم كالعين - كما لو ادعى الفاعل في صك جاء به باسمه ثم برهن ان ذلك المال بعينه لفلان وهو وكلي بخصومته ، تقبل لما مر ان الوكيل قد يضيف الملك الى نفسه اه .

وذكر في التنوير وشرحه الدرر ما ملخصه - لو ادعى ان الدار وقف عليه ثم ادعاه لنفسه او ادعاه لغيره ثم ادعاه لنفسه ، لم تقبل للتناقض ولو ادعى الملك لنفسه ثم ادعى الوقف عليه تقبل كما لو ادعاه لنفسه ثم لغيره اه قال العلامة الطحطاوي : قوله ثم ادعى الوقف عليه كذا في المتح والذبي في البحر والحموي ، عدم التقييد بقوله عليه . وعليه فالتوفيق ممكن ان تكون ملكا لنفسه ثم وقفها - واما على التقييد به فلا يظهر توفيق لانه تناقض ظاهر لا توفيق فيه ويمكن جريانه على مذهب الثاني القائل بصحة وقفه على نفسه اه .

اقول وهو كلام غير محدد لان التقييد بعليه موجود في اكثر العبارات كالفصولين والبزازية والهندية وكذا في الدرر والبحر من فصل في الاستحقاق .

والعلة في سماع دعوى الوقف بعد ان ادعاها لنفسه انه تصح اضافة العين المدعى وقفها الى نفسه باعتبار الاخضية انتفاعاً - فلا تناقض صرح به في البرازية وعلل في الفصولين من التاسع والثلاثين صحة دعواه لغيره بعد ادعاؤها لنفسه ، بان هذا رجوع عن اضافة ملك الغير لنفسه فيقبل منه فيقال مثله في دعوى الوقف بعد ادعاؤه ملكية لنفسه ثم ان المراد من دعوى وقفيتها بعد ادعاؤها لنفسه ، ان يدعي انها وقف فلان عليه فان عبارة الفصولين في العاشر هكذا : ادعى داراً لنفسه ثم ادعى انه لفلان وقفه عليه تسمع الخ لا انها وقف نفسه على نفسه ، لان الاول محل توهم التناقض فاحتيج الى التنصيص على دفعه - بخلاف الثاني فانه اذا ادعى انها ملكه ثم زاد عليه انه وقفها على نفسه لا يتوهم فيه التناقض اصلاً - لا سيما على القول بعدم صحة الوقف على نفسه فتدبر هذا وفي الثالث عشر من الفصولين ادعى انها ملكي ورثتها من ابي ثم ادعى ان ابي وقفها علي لا تسمع للتناقض - وكذا لو ادعى الوقف اولاً ثم ادعى ارثه لا تقبل - الا اذا وفق وقطال وقف ابي لكن لم يلزم عند ابي حنيقة فمات ابي حينئذ تقل ام - اقول والوجه في الصورة الاولى ان قوله ورثتها من ابي يتم احتمال انه اضاف الملك لنفسه باعتبار الاخضية انتفاعاً تأمل .

المادة ١٦٥١ - كما ان الحق الواحد لا يستوفي من كل واحد من الشخصين على حدة بتمامه كذلك لا يدعي الحق الواحد من جهة واحدة على رجلين

اصل المسئلة من البرازية والقنية كما في الدرر والمنح والانقرورية والتكلمة وغيرها وعبارتها : ادعى على زيد انه دفع له مالا ليدفعه الى غيره فانكر وحلفه - ثم ادعاها على خالد وزعم ان دعواه على زيد

كان ظناً لا يقبل لان الحق الواحد كما لا يستوفي من اثنين لا يخصم مع اثنين بوجه واحد اه .

وذكر العلامة الرملي في حاشيته على الفصولين من الفصل العاشر ، انه لا منافاة بين هذا وبين ما في الفصولين والهادية حيث قالوا : ادعى انه اخذ منه مالا كذا وكذا ووصفه بما يعرف به فبرهن خصمه ان المدعي اقر ان هذا المال القسر اخذه من فلان الاخر ، لا تدفع اذ لا منافاة بينهما ، لجواز ان فلانا اخذه ثم رده عليه ثم اخذه المدعي عليه . ادعى قدراً من البر انه اخذه من زرعي الذي كان لي في ارض كذا ولم يثبت دعواه حتى ادعى هذا البر على هذا الوجه على آخر ، ينبغي ان تسمع اذ لا منافاة لجواز انه اخذ البر من زرعه ، فلان ثم اخذه منه فلان آخر اه - لان فرع البرازية والقنية فيه ما يمنع التوفيق لانه صدره بقوله ادعى على زيد انه دفع مالا الخ وقال فيه ان المدعي زعم ان دعواه على زيد كان ظناً - بخلاف فرع الهادي فانه ليس فيه ما يمنع التوفيق اه ملخصاً هذا ما كتبناه في الفروع المذكورة في شرح الفقرة الاخيرة من المادة ١٦٣١ .

واستدركنا هناك على كلام الرملي المذكور بان المسئلة المذكورة في الدرر وليس فيها دعوى الدفع ولا زعم ان دعواه على الاول كان ظناً وعبارته في فصل الاستبراء قبيل كتاب الاقرار متناً وشرحاً ادعى زيد مالا ولم يثبت فادعاه على اخر لم تسمع كذا في القنية اه قلنا ولعل صاحب الدرر اختصر عبارة القنية اختصاراً اخل بالمراد منها فان ما نقلته معتبرات المذهب عن القنية هو ما مر فتأمل

ثم ظهر الآن فرق اخر بين فرع البرازية والقنية والدرر وبين فرع الفصولين والهادية وهو ان عجز المدعي وتحليف المدعي عليه الاول في الفرع الاول ، يمنع من التوفيق بان فلانا رده عليه ثم اخذه منه المدعي عليه بخلاف الفرع الثاني فانه ليس فيه ما يمنع . وبهذا يتضح وجه عبارة الدرر وفي الحانية اواخر الباب قريباً من فصل في الدعوى تخالف الشهادة

١٠ نصه : رجل ادعى على رجل انه اخذ منه الفاء ووصف الفاء فاقام
المدعى عليه البينة ان المدعى اقر ان هذا المال المفسر المسمى اخذه منه
فلان آخر وانكر المدعى الاول اقراره قال محدرحه الله تعالى لا تبطل
بهذا دعوى المدعى الاول ولا تبطل بيته ، لان الوقت غير مذكور في الشهادتين
فيجعل كان فلانا اخذ اولاً ثم ردها على المدعى ثم اخذها منه المدعى
عليه . ولو ادعى المدعى اولاً ان هذا اخذ منه الفاء واقام البينة . ثم ان
المدعى عليه اقام البينة ان هذا المدعى اقر ان فلان ابن فلان وكيل
المدعى عليه اخذ منه هذا المال ، كان ذلك ابطالا لدعوى المدعى الاول
وتكديبا لبيته ، لانه لما اقر بقبض الوكيل ثم ادعى الاخذ على الموكل
كان هذا الاخذ الذي يدعي ، عين الاخذ الذي ادعاه على وكيله ، لان
اخذ الوكيل يضاف الى الموكل فيجعل كذلك كيلا يلزمنا اثبات اخذ
آخر مع امكان حمل الثاني على الاول فيكون دعواه الاخذ على الوكيل
ابراء المدعى عليه عن دعوى الاخذ بطريق الاصل . اما في المسئلة
الاولى اذا لم يكن احدهما وكيلاً عن الاخر في الاخذ كان الثابت
بكل شهادة اخذ اخر وعند القضاء بالاخذين كان له ان يطالب المدعى
عليه اه ثم اعاد المسئلة بعينها في باب ما يبطل دعوى المدعى تاركا لتعليل
المسئلة الثانية المذكور .

بقي ما لو ادعى اولاً ان فلانا وكيل هذا اخذ منه الفاء ثم دفع
المدعى عليه ان هذا المدعى اقر ان المدعى عليه اخذ هذا المال ، لا يكون
ذلك ابطالا لدعوى المدعى ولا تكديبا لبيته لان اخذ الوكيل يضاف
الى الموكل دون العكس

قال في التاسع والثلاثين من المفصولين ادعى عليه مالا فقال
مرادوني تسيت يعني ليس لك علي شيء . لاني دفعت الى وكيلك فلم يقدر
علي اثباته فقال دفعت اليك لا يقبل قوله بلا توفيق ولو وفق وقال
دفعت الى وكيلك يقبل . ولو قال دفعت اليك ثم قال دفعت الى وكيلك
قبل قوله ولم يكن متناقضا وان لم يوفق هذا

وذكر الخبر الرمي في حاشية الفصولين في الفصل العاشر ايضاً قبل ما تقدم بنحو كراس عند قول الفصولين برمز (ذ) ادعى مالاً بشركة في يده ثم ادعى ذلك المال ديناً عليه تسمع لا في عكسه لان مال الشركة قد يصير ديناً بمجوده والدين لا يصير شركة اه . ونصه ما في البرازية : ادعى على زيد انه دفع له مالاً ليدفعه الى غريمه الخ عبارته المسارة ثم قال : وفي القاعدي غاب له ثوب من المقصرة فادعاه على احد تلاميذ القصار ثم ادعاه على آخر ، تسمع ولا تناقض بينهما ، لما ذكرنا ان الحال متى كان مما يشبهه يعنى كما حكيناه عن محمد رحمه الله تعالى في مسألة الجارية المتقبة والمنديل اه .

قلت ونقل هذه المسئلة في الانقروية ، وكذا في واقعات المفتين لقدري افندي بما لفظه : اودع شيئاً في دكان رجل وله تلامذة فقب المئاع فاخذ احدهم وحاطفه ثم اتهم تلميذاً آخر هل له ان يخاصه ويحلفه اذا اقر اولاً ان الاول هو الخائن ام لا اجاب : نعم لانه صار مكذباً في حق الاول اه . - اي والتناقض في محل الخفاء فهو على التعليل الاول ويرتفع بتكذيب الشرع على التعليل الثاني .

اقول وهذا التعليل الثاني ربما يعارض ما تقدم عن البرازية والقنية فانه يقتضي ان دعوى المدعي على خالد تسمع حيث صار بعد عجزه عن البينة وتحليفه المدعى عليه الاول ، مكذباً في دعواه عليه فتأمل . ثم ينبغي ان فرع الفصولين والعمادية مبني على القول بان امكان التوفيق كاف في دفع التعارض وهو القياس وسيأتي ان الاستحسان انه لا بد من التوفيق بالفعل ، تأمل .

وفي الانقروي مغزياً للقنية والقاعدي : ادعى اني دفعت الى فلان دراهم وقبضتها انت منه ثم ادعى انك قبضتها مني لا يصير مناقضاً لان يد المودع يد المودع اه . اقول ينبغي قياساً على ما نقلنا آنفاً عن الخانية والفصولين في التاسع والثلاثين ، انه لو ادعى اولاً انك قبضتها مني ثم ادعى اني دفعت الى فلان الخ ان يصير مناقضاً لان يد المودع (بالكسر)

ليست يد المودع تأمل . والتمس النقل . ادعى نصف دار . ثم ادعى كله قبل لا يسمع وعلى العكس يقبل والصواب انه يقبل في الوجهين جميعاً كذا في الاتقوي عن العاشر من الفصولين وذكر في الهامش ان فيه اختلاف المشايخ فيحاط عند الفتوى وفي نوع الدفع من دعوى البرازية : والفتوى على انه اذا لم ينف الملك في الزايد تسمع دعوى الزائد وان نفاه لا اه مخلصاً . وفي السادس عشر من دعوى البرازية قبيل كتاب الاقرار : ادعى على رجل انه كان باع منه عبداً واستحق منه واراد الرجوع عليه ثم ادعى هذه الدعوى على غيره وقال كانت الدعوى الاولى غلطاً لا يصح للتناقض الا ان يوفق ويقول كان الاول باعه مني فانكر فباعه من الثاني فله شريكته منه فينذر يسع اه .
اقول ينبغي ان يكون قوله وكانت الدعوى الاولى غلطاً مانعاً من هذا التوفيق فالظاهر ان المراد انه لم يقل هذا ثم يوفق . فتأمل وراجع .

المادة ١٦٥٢ - يتحقق التناقض في كلام الشخصين اللذين هما في حكم المتكلم الواحد كالوكيل والموكل والوارث والمورث كما يوجد في دعوى المتكلم الواحد فاذا اقام الوكيل دعوى منافية للدعوى التي سبقتمت من الموكل في خصوص واحد لا تصح .

وكذا اذا اقام الوارث دعوى في شيء . لا تسمع فيه دعوى مورثه ، لا تصح فاندراج تحت هذه المادة ثلاث مسائل الاولى ادعى عليه بكذا فدفعه المدعى عليه بان وكيلك في الخصومة بهذا اقر في مجلس الحكم ان لا حق لك فيه واستامه مني او استأجره او استعاره او استوهبه ، يسمع هذا الدفع وتبطل دعوى المدعي قال في البرازية من الدعوى في نوع من المساومة . ولو برهن على مساومة وكيل المدعي في مجلس القضاء

خرج الوكيل وموكله من الخصومة وان في غير مجلسه ، خرج الوكيل فقط وان برهن الموكل على ان توكيله غير جاز فبرهن المدعى عليه على اقرار الوكيل فالموكل على دعواه وخرج الوكيل عن الخصومة ا هـ .

الثانية عكسها بان ادعى الوكيل عليه بكذا لموكله فدفعه المدعى عليه بان موكلك اقر به لي او استامه مني الخ ، يسمع ايضاً وتندفع دعوى الوكيل وهذه وان لم ارها الآن صريحة - لكن عدم ذكرها لشدة ظهورها لانه اذا الدفع دعوى الموكل باقرار وكيله او استيامه مع انه اقرار على الغير فاندفاع دعوى الوكيل باقرار الموكل او استيامه اولى

الثالثة ادعى على آخر بكذا ارثاً عن ابيه فدفعه المدعى عليه بان مورثه اقر له به او استامه الخ ، تندفع دعوى الوارث قال في البرازية : برهن على ان هذا ارث له عن ابيه فبرهن المطلوب على اقرار ابيه حال حياته انه لا حق له فيه او برهن على اقرار المدعي حال حياة ابيه او بعد مماته انه لم يكن لايه ، بطل دعوى المدعي وبرهانه ا هـ . ومثله في الفصولين وغيره . وفي حاشية ابي السمود عن فتاوي الشيخ الشلبي انه حكى الاجماع ان دعوى الوارث لا تسمع في شيء ، لا تسمع فيه دعوى مورثه ان لو كان حياً - كما اذا اقر مورثه بقبض ما يخصه من التركة وابراً ابواه عاماً لا تسمع دعوى الوارث بعده . واذا عرفت هذا في الابراء فكذا في غيره من الموانع ا هـ . قلت وهو معنى قولهم جميعاً ان ما منع منه المورث منع منه الوارث واما عكس هذه وهي منع دعوى المورث باقرار وارثه ونحوه فغير ممكنة الوقوع كما لا يخفى

المادة ١٦٥٣ - يرتفع التناقض بتصديق الخصم مثلاً لو ادعى احد على آخر الفأ من جهة القرض ثم ادعى ان المبلغ المذكور من جهة الكفالة فصدق المدعى عليه

يرتفع التناقض .

والمراد ان يصدقه الخصم في كلامه الثاني الذي به حصل التناقض او بكلامه الاول وقد رجع المدعى اليه .
واما تفسير العلامة الطحطاوي في شتى القضاء التصديق بان يصدقه في كلاميه المتناقضين ، ففيه نظر لا يخفى . ثم لا فرق بين ان يكون التصديق حصل بحضرة القاضي او بغير حضرته ثم ثبت لديه بالبينه ، لما في الانقروي عن الفنية باع بعشرة وكتب في الصك واشهد على نفسه بقبض الثمن ثم ادعى على المشتري انه اقر انه بقي عليه نصف الثمن واقام بينته تسمع قال استاذنا وان كان ما ذكره شيخ الاسلام بصح وجها له - لكن الوجه الصحيح انه وان كان متناقضاً الا انه لما ادعى اقرار المشتري بذلك فقد ادعى تصديق الخصم فيه واثبت بالبينه والثابت بالبينه كاثبات عيانا ولو عاين اقراره ببقاء شي من الثمن تسمع دعوى البايع ولا يكون التناقض مانعاً اه .

المادة ١٦٥٤ - ويرتفع التناقض بتكذيب حكم الحاكم مثلاً ادعى احد المال الذي هو في يد غيره انه مالي وانكر ذلك المدعى عليه بقوله ان هذا المال كان لفلان وانا اشتريته منه واقام المدعي بينة على دعواه وحكم بذلك يرجع المحكوم عليه بثمن المال على البايع لان التناقض الذي وقع بين اقراره بكون المال للبايع وبين رجوعه بالثمن عليه بعد الحكم قد ارتفع بتكذيب حكم الحاكم اقراره

لكن في هذه الصورة لو وصل المستحق الى المشتري يوماً من الدهر ،

يؤمر بتسليمه الى البايع - بخلاف ما اذا لم يقر به للبايع صريحاً .
قال في السادس عشر من الفصولين : شراء فاستحق ثم وصل اليه
يوماً من الدهر لا يؤمر بتسليمه الى البايع ، لانه وان جعل مقراً بالملك للبايع
- لكنه بمقتضى الشراء وقد انسخ الشراء بالاستحقاق فينسخ الاقرار .
ولو اقر نصاً انه للبايع والباقي بحاله ، يؤمر بتسليمه الى البايع لان اقراره
لم يبطل اه . وانظر ما كتبناه في شرح المادة ١٥٨٧ .

وفيه رانراً للذخيرة : استحق فطلب ثمنه من بائنه فقال ان المبيع لي
وشهدوا بزور فقال المشتري انا اشهد انه لك وانها شهدا بزور فالمشتري
ان يرجع بثمنه على بايعه مع هذا الاقرار اذ المبيع لم يسلم له فلا يحل
ثمنه للبايع اه - لكن قال محبيه الرملي : اقول قال الزاهدي في كتاب
القسمه من حاويه رانراً لنجم الايمه الحكمى : استحق بعض نصيب
احد الورثة بعينه بعد القسمه بينه وقضا . فقال اخذه المدعي ظلماً بغير حق
ليس له ان يرجع على بقية الورثة بشي . - وكذا المشتري اذا استحق
عليه المبيع بينه اذا قال ذلك ، لا يرجع على بايعه بالثمن اه . وهو
مخالف لما هنا فتأمل اه .

اقول قد تقرر ان ما في القنية لا يلتفت اليه اذا كان مخالفاً لغيره
والظاهر ان هذا الخلاف لو قال ذلك بعد الحكم اما لو قاله قبله فقد
ارتفع بتكذيب الحاكم كما تقدم . ومن المسائل الفرعية على كون
التناقض يرفع بتكذيب الحاكم ما في البحر وغيره : ادعى على آخر
انه كفل عن مديونه بالف فانكر الكفالة وبرهن الدائن انه كفل عن
مديونه وحكم به الحاكم واخذ المكفول له منه المال - ثم ان الكفيل
ادعى على المديون انه كفل عنه بامرهم وبرهن على ذلك ، يقبل عندنا
ويرجع على المديون بما كفل ، لانه صار مكذبا شرعاً بالقضاء اه .

اقول ذكر في الاتقوية عن شرح المجمع ما نصه : ادعى على
رجل انه كفل له عن فلان بامرهم بكذا فانكر فبرهن فادى ما كفل
بالزام القاضي حكماً له بالرجوع اي على الاصيل لانه صار مكذبا بقضاء

القاضي فصار جموده كعدمه اه . فالظاهر من هذا ان المحكوم عليه بالكفالة
انما يحتاج لاقامة الدعوى على الاصيل واثبات كون الكفالة بالامر ، اذا
لم تكن الكفالة المحكوم بها عليه ، كفالة بالامر والا فان رجوعه على
الاصيل ، محكوم به فلا حاجة الى الدعوى واقامة البرهان على الامر بها .
وفي جامع الفصولين ما يؤيد ما قلنا فتدبر وقد قدمنا هذا في شرح الفقرة
الثالثة من شرح المادة ١٦٣٦ ومنها ما في الفصل ١٦ من الفصولين برمز
فتاوي رشيد الدين : استحق فاراد ان يرجع على بايعه فقال بايعه انه نتج
في ملكي وعجز عن اثباته حتى اخذ منه الثمن فاراد ان يرجع على بايعه
فانكر بايعه البيع فبرهن مدعي النتاج انه باعه مني له ان يرجع ، لانه
لما حكم عليه واخذ منه الثمن التحق دعواه النتاج بالعدم اه . اقول تأمل
في هذا التليل فان دعوى النتاج انما وقعت بعد الحكم فكيف يقال
انها التحقت بالعدم لتكذيب الحاكم اياها ثم ان ما ذكر من الحكم
موافقا لما قدمناه آنفا عن الفصولين برمز النخيدة فالأظهر تطيل ما هنا
بالعلة المذكورة هناك . والظاهر ان مخالفة الزاهدي تبعا لنجم الايعة الحكمي
جارية هنا فتأمل .

ومنها ما في حاشية الراسلي على الفصولين من الفصل الباسر : ادعى
عليه ديننا فادعى انه احواله به على فلان الغائب فانكر الحوالة فاقام
عليه البينة يرجع مدعي الدين المنكر لها على فلان لانه صار مكذبا
شرا وقد لحق انكاره بالعدم اه . ومنها ما في رد المحتار من الاستحقاق
لو زعم البايع انه ليس له الرجوع لانكاره البيع كان له الرجوع على
بايعه لانه لما حكم عليه بيينة التحق زعمه بالعدم اه .

ومنها ما في البرازية وغيرها ادعى عليه شراء عبده فانكر فبرهن
عليه فادعى عليه انه رده عليه باليب او انها تقاسمها او تقايلاه تسمع
لانه صار مكذبا شرا في انكار البيع فارتفع التناقض بتكذيب الشرع
كما يرتفع بتصديق الخصم . واستشكل هذا في الفصولين بما في الكثر
والتنوير وغيرهما من المتون قال في العمادية والحانية وهو ظاهر الرواية

عن الكل الا في رواية الحصاف عن ابي يوسف : ادعى على آخر انه باعه
امته فقال لم ابها منك قط فبرهن المدعي على الثراء فوجد بها عيبا واراد
ردها فبرهن البايع انه يرى اليه من كل عيب ، لم تقبل بينته ، للتناقض .
قالوا لان اشتراط البرائة تغير للعقد ، من اقتضاء وصف السلامة الى غيره
فيقتضى وجود العقد وقد انكره فكان متناقضا ، وبنا في الذخيرة وغيرها :
ادعى ثمن قن فانكر خصمه الثراء فبرهن عليه المدعي فبرهن خصمه على
ايفاء الثمن او الابداء منه ، لا يسمع للتناقض . قال في الفصل العاشر منه :
ينبغي ان تقبل البينة في المسئلتين عندنا وفاقا - خلافا لرفر لانه صار
مكذبا شرعا بيينة المدعي فلحق انكاره بالعدم فصار كما في الكفالة
- من ان رجلا لو برهن ان له على الغائب التا وهذا كفيله بامر الخ ،
يرجع الكفيل على الغائب ، ولو انكر الكفالة اصلا لانه صار مكذبا
شرعا في انكاره فلحق بالعدم اه .

وقال في الفصل السادس عشر بعد ما ذكر ان للبايع الرجوع على بايعه ،
وان زعم انه ليس له الرجوع لانكاره البيع ، لانه لما حكم عليه بيينة
التحق زعمه بالعدم ما نصه : اقول على هذا لو ادعى عليه مالا فقال ليس
او ما كان لك علي شي . قط ولا اعرفك فبرهن وهو برهن على القضاء او
الابداء ، ينبغي ان تقبل بيينة المدعى عليه - وكذا لو انكر البيع فبرهن
عليه المشتري فوجد عيبا فبرهن البايع انه يرى من كل عيب ينبغي ان
تقبل بيينة البايع لما مر ان الحكم عليه بالبيينة يلحق زعمه بالعدم - الا انهم
صرحوا بانها لا تقبل

والحاصل انه ينبغي ان يتحد الحكم نفي او اثباتا اه وقد اجاب عنه في البحر بما
نظر فيه العلامة الرملي والطحطاوي واقره العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر
واوضح فيه وجه النظر ثم قال ما نصه : واقول الجواب النافع انشاء الله ما يستفاد
من كتاب نور العين في غير هذا المعمل وفي غير هذه المسئلة وهو ان الكفيل لما
التحق زعمه بالعدم وثبت خلافه وهو كونه - كفيلا لم يسع في اعادة زعمه
ولم يرد نقض البيينة - بل رضي بوجوبها حتى جطه مبنى لدعواه الرجوع على

الاصيل واما البايع في مسئلتنا فقد سمى في اعادة مال زعمه وهو برائة
ذمته بعد التحاقه بالعدم ، بشبوت خلافه ، و اراد نقض ما اثبتته البيئنة وهو
عدم برائة ذمته فهذا فرق واضح حق وكذا يقال في دعوى الاقالة لانها
فسخ للعقد الذي اثبتته الخصم بالبيئنة فيه تقرير لموجبها ومثله يقال في مسألة
البزازية الاخيرة فاحفظه فانه ينفعك في كثير من امثال هذه المسائل اه .
اقول فيه انه يمكن ان يقال ان البايع في مسألة المتون ايضا قد
كانه زعم بانكاره البيع ، عدم وجوب تسليم المبيع ثم لما التحق زعمه بالعدم
اثبات البيع لم يسم في اعادة زعمه المذكور ولم يرد نقض البيئنة بل
رضي بموجبها حتى جعله مبني دعواه البرائة عن العيب فكانت كمشكلة
الكفالة وكذا يقال في دعوى الاقالة والفسخ ورد المبيع بالعيب ان مال
زعم البايع بانكاره البيع عدم وجوب تسليم المبيع عليه للمشتري ويريد
بعد اثباته والحكم عليه نقض ما اثبتته البيئنة من وجوب التسليم عليه فهو
ساع في اثبات مال زعمه وهو عدم وجوب التسليم - فكان ينبغي ان لا
تقبل دعوى الاقالة والفسخ والرد بالعيب - كما لا تسع دعوى البرائة من
العيب في مسألة المتون فاي وضوح لهذا الفرق

والحاصل ان الجواب النافع عن هذا البحث صعب جداً فقاية ما يقال فيه ان مسألة
المتون وكذا وهو عدم ساع دعوى البرائة من العيب بعد الحكم على منكر البيع بالبيئنة
مسألة الذخيرة وهي من مسائل المتون ايضا وهي عدم ساع دعوى الايفاء
او الابراء من منكر الثراء بعد الحكم عليه بيئنة مدعي البيع قد
نص عليها اصحاب المذهب في ظاهر الرواية على خلاف هذا الاصل فلفله
استحسان على خلاف القياس هم اعلم بوجهه وكذا يقال في كل مسألة نصوا
عليها على خلاف هذا الاصل فتدبر والله سبحانه اعلم

تنبيه

قولهم التناقض يرتفع بتكذيب الحاكم وكذا تقييد المسئلة في هذه
المادة تبعا لعامة الكتب بقوله وحكم بذلك صريح في ان التناقض لا

يرتفع بمجرد اقامة البرهان وعليه فلو اقام مدعي الشراء البرهان على شرائه في مسألة البرازية ثم قبل ان يحكم الحاكم بذلك البرهان ادعى منكر البيع ، رد المبيع باعيب او فسخه او اقالته ، لا تسمع دعواه . للتناقض لان البيئة التي قامت على البيع لم يتصل بها القضاء فكان التناقض باقيا قائل .

المادة ١٦٥٥ - يعفي التناقض اذا ظهرت معذرة المدعي وكانت محل خفاء ، مثلاً اذا ادعى المستأجر على المؤجر بعد استئجار الدار بانها هي ملكه وكان ابوه قد اشتراها له في صغره ولم يكن له خبر بذلك عند الاستئجار وبرز سنداً يحوي هذا المنوال تصير دعواه مسموعة . كذلك لو استأجر احد داراً ثم حصل له علم بان تلك الدار منتقلة اليه من ابيه ارباً وادعى بذلك تسمع دعواه .

التقييد بقوله وبرز سنداً الخ ، اتفاقي فان اثبات ما يدعيه بالبيئة الشرعية كافٍ وعبارة الكثر كغيره : والتناقض يمنع دعوى الملك لا الحرية والنسب والطلاق اه . قال في البحر لان مبناها اي هذه الثلاثة على الحفاء فيعذر في التناقض ، لان النسب يمتنى على العاوق والطلاق والحرية ينفرد بها الزوج والمولى اه . وفيه - واما التناقض المفقو في النسب فصورته لو باع عبداً ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البايع الاول انه ابنه ، تسمع دعواه ويبطل الشراء الاول والثاني لان النسب ينسب على العاوق فيعذر في التناقض هكذا صورته العيني . وظاهره ان النسب في كلام المص خاص بالاصول والفروع واما تناقض ما عداهم فانه يمنع ، لما قدمناه من انه اذا انكر اخوته عند طلب الاتفاق عليه

فأت فادعى بعده انه اخوه طالباً ميراثه ، لم تسمع ولو قال هذا الولد ليس مني ثم تلاعنا ثم قال مني يصدق الحفاء المأوق - بخلاف ما لو قال هذه الدار ليست لي ثم ادعاها كما مر . وفي جامع الفصولين قال لست وارثا ثم ادعى انه وارثه وبين الجهة تسمع ، لان التناقض في النسب مغر عنه اه . وعلى هذا اقيت فيمن اقر انه ليس ابن فلان ثم ادعى انه ابنه انها تسمع اه .

اقول اطلاق عبارة الفصولين تقتضي انه لو بين جهة الارث بسبب الاخوة تسمع ، فتأمل مع قول البحر آنفاً ان التناقض فيما عداهم اي الاصول والفروع يتبع الا ان يقال ان اطلاق الفصولين يحمل على ما اذا بينها بسبب الابوة والبنوة تأمل وفيه : واما الطلاق فصوره العيني با اذا اختامت من زوجها ثم اقامت بينة انه كان طلقها ثلاثاً قبل الخلع فانه تقبل بينتها ولها ان تترد ببدل الخلع ، وان كانت متناقضة ، لاستتلال الزوج بايقاع الثلاث عليها من غير ان يكون لها علم بذلك وفي البرازية : ادعت الطلاق فانكر ثم مات لا تملك مطالبة الميراث اه . ثم قال وليس المراد حصر ما يفي فيه التناقض بهذه الثلاثة - بل المراد ان ما كان مبنياً على الحفاء . فانه يفي فيه التناقض فمن ذلك ما في الظهيرية : اشترى داراً لابنه الصغير من نفسه واشهد على ذلك شهوداً فكبر الابن ولم يعلم بما صنع الاب ثم ان الاب باع الدار من رجل وسلمها اليه ثم ان الابن استأجر الدار من المشتري ثم علم بما صنع الاب فادعى الدار على المشتري وقال ان ابي اشترى هذه الدار لي من نفسه في صغري وهي ملكي واقام على ذلك بينة فقال المدعى عليه في دفع الدعوى انك متناقض لان استجارك مني اعتراف منك ان الدار ليست لك قال : الصحيح ان هذا لا يصلح دفماً وان كان متناقضاً لان هذا التناقض لا يمنع صحة الدعوى ، لما فيه من الحفاء فان الاب يستقل بالثراء للصغير ومن الصغير لنفسه ، والابن لا علم له بذلك اه . وفي البرازية جنزياً الى الصغرى : اشترى ثوباً في منديل ثم زعم انه لم يعرفه قال تقبل وفي

الذخيرة قيل لا يقبل في المسائل كلها وفي العيون : قدم بلدة واشترى او استأجر داراً ثم ادعاها قابلاً بانها دار ابيه مات وتركها ميراثاً له وكان لم يوفها وقت الاستيلاء ، لا تقبل قال والقبول اصح وفي المنية : اثنان اقتسما التركة ثم ادعى احدهما ان اياه كان جعل له هذا الشيء . المعين من الذي كان داخلاً تحت القسمة - ان قال انه كان في صفري تقبل وان مطلقاً لا . اشترى جارية في نقاب ثم ادعاها وزعم انه لم يعلمها او اشترى ثوباً في منديل ثم ادعى انه له - قال محمد . النظر الى ذلك الشيء . ان كان مما يمكن ان يعرف وقت المساومة كالجارية القائمة المتقبة بين يديه ، لا تقبل - الا اذا صدقه المدعى عليه في عدم معرفته اياها فتقبل وان كان مما لا يعرف كثوب في منديل او جارية قاعدة على رأسها غطاء لا يرى منها شيئاً ، يقبل ولاجل هذا اختلفت اقوال العلماء في القبول وعدمه في المسائل اه .

اقول بما في الاتقروي عن التارخانية : ادعى ثوباً ثم صبغ ذلك الثوب وعرض عليه فساومه لم تصح دعواه اه ، ينبغي ان يجري فيه الخلاف للذكور وان يكون الاصح الصحة لانه لا يعرف وقت النظر اليه فيعذر تأمل - ومنها ما في البرازية : ادعى المالك على الغاصب قيمة العين المالكة ثم ادعى انها باقية وبرهن تقبل لانه موضع الحفاء الكحل من البحر - ومنها ما في الدرر من فصل في الاستسراء . ادعى الوصية وانكرها الوارث فاقام بينة فادعى الوارث الرجوع ، تقبل وهو الصحيح لان هذا تناقض في طريقه خفاء . اذ لعل الموصي قد اوصى ولم يعلم به الوارث ورجع ولم يعلم بالرجوع فجدد بناء على ذلك اه - ومنها ما في اخر الجزء الاول من التكملة عن التنقيح : المدينون بعد قضاء الدين لو برهن على ابراء الدائن والمختلعة بعد اداء بدل الخلع لو برهنت على طلاق الزوج قبل الخلع ، يقبل - وكذلك الرثة اذا قاسموا مع الموصي له بالمال ثم ادعوا رجوع الموصي يصح لانفراد الموصي بالرجوع اه - ومنها ما في الخاتمة دفع الوصي الى اليتيم ماله بعد البلوغ فاشهد الابن على

نفسه انه قبض منه جميع ما كان في يده من تركة ابيه ولم يبق له منها عنده قليل ولا كثير الا وقد استوفاه ثم ادعى بعد ذلك في يد الوصي شيئاً وقال هو من تركة والدي واقام البينة ، تقبل بيته اه .

هكذا في شرح البناني وفيه ان هذه المسئلة ليست من مسائل التناقض وانما هي مسئلة مستثناة مما اجمعوا عليه من عدم سماع الدعوى بعد البراء العام استحساناً كما قدمناه في شرح المادة ١٥٦٥ - ومنها ما افتي به في الحامدية من انه اذا مات زيد عن ورثة بالعين وخلف حصة من دار وصدق الورثة ان بقية الدار لفلان وفلانة ثم ظهر وتبين ان مورثهم المذكور اشترى بقية الدار من ورثة فلان وفلان في حال صغر المصدقين وانه خفي عليهم ذلك ، تسمع دعواهم لان هذا تناقض في محل الحفاء فيكون غوراً اه ملخصاً .

المادة ١٦٥٦ - الابتداء الى تقسيم التركة اقرار بكون

المقسوم مشتركاً بناه عليه اذا ادعى احد بان المقسوم مالي بعد التقسيم فهو تناقض مثلاً لو ادعى احد الورثة بعد تقسيم التركة بانني كنت اشترت احد هذه الاعيان المقسومة من المتوفي او قد وهبه وسلمه لي في حال صحته لا تسمع دعواه ولكن لو قال ان الميت كان قد وهبه لي حال كوني صغيراً ولم اكن اعلم بذلك حين القسمة يكون معذوراً وتسمع دعواه

نقل الساجاني عن المقدسي اقتضا التركة ثم ادعى احدهما ان اياه كان جمل هذا المين له - ان كان قال في صغري يقبل وان مطلقاً لا اه لان التناقض في موضع الحفاء غرورد المحار من القسمة وتقدم آناً . ثم التئيد بالابتداء الى القسمة بمعنى الاقدام عليها ، لافادة انها اذا كانت

القسمة جبراً على المدعي تسم دعواه ولا يكون متناقضاً وبه صرح في رد المختار مغزياً للرملية . والتقييد بكون المدعى به عيناً من اعيان التركة ، لانهم لو ادعى احد المتقاسمين للتركة ديناً في التركة ، صح دعواه لانه لا تناقض لتعلق الدين بالمعنى والقسمة للصورة كما في الدر متناً وشرحا . والتقييد بكون المقسوم اعيان التركة لانهم لو اقتسموا غلة كرم منها. ثم ادعى احدهم الكرم ان والده ملكه اياه في حال صحته وسلمه له تسم دعواه وتقبل بينته ولا يمنع من ذلك اقتسام الغلة لجواز ان يكون الغلة مشتركة بينهم والكرم لاحدم وقد صرح بذلك في البرازية والخلاصة والتارخانية ومجمع الفتاوي كما في الخيرية وفيه عن الخانية : اقتسموا داراً او ارضا ثم ادعى احدهم في قسم الاخر بناء او نخلاً زعم انه بناء او غرسه ، لم تقبل بينته اه . قال في رد المختار لدخول البناء والنخل تبعا فلو اقتسموا شجراً او بناء فادعى احدهم الارض كلها او بعضها جاز لعدم التبعية لجواز كونه مشتركاً دون الارض ففي الخلاصة وغيرها لو ادعى شجراً فقال المدعى عليه ساومني ثمرة او اشتري مني لا يكون دفعا لجواز كون الشجر له والثمرة لغيره وهي واقعة الفترى واقبت بسامعها لما ذكر (رملية ملخصاً) اه اقول قول الخانية لم تقبل بينته يخالفه ما ذكر فيها ايضا قبيل فصل في القبض والابراء : ولو قال هذه الدار لفلان - ولكن هذا البيت لي او قال وبنائها لي او قال هذه الارض لفلان ونخلها لي او النخل باصولها لفلان والشمر لي ، كان الكل للمقر له ولا يصدق المقر الا بحجة اه وهذا صريح بان بينته مقبولة فتأمل وراجع لما كتبناه في شرح المادة ١٥٨٨ .

المادة ١٦٥٧ - لو امكن توفيق الكلام الذي يرى متناقضاً ووقفه المدعي ايضاً يرتفع التناقض مثلاً لو اقر انه كان مستأجراً داراً ثم ادعى انها ملكه لا تسمع دعواه - ولكن لو قال كنت

مبتأجراً ثم اشتريتها بكون قد وفق بين كلاميه فتسمع دعواه

هذه المادة ظاهرة في ان امكان التوفيق لا يكفي لماع دعوى المتناقض - بل لا بد منه بالفعل . وهذا احد اقوال اربعة مذكورة في البحر وغيره - الثاني كفاية الامكان . طلقا اي من المدعي او المدعى عليه - تعدد وجه التوفيق او التحد . - والثالث انه يكفي من المدعى عليه لا من المدعي ، لان الظاهر عند الامكان وجوده ووقوعه والظاهر حجة في الدفع لا في الاستحقاق والمدعي مستحق والمدعى عليه دافع . والظاهر يكفي في الدفع لا في الاستحقاق . - الرابع كفاية الامكان ان التحد وجه التوفيق لا ان تعددت وجوهه . وهذا الخلاف يجري في كل موضع حصل فيه التناقض من المدعي او منه ومن شهوده او من المدعى عليه كما في البحر وذكر فيه ان الاكتفاء بامكان التوفيق هو القياس . والاستحسان ان التوفيق بالفعل شرط وذكره محشيه الرمي عن منية المفتي ان جواب الاستحسان هو الاصح كذا في رد المعتار .

وذكر في البرازية ما يقويه عن الفتاوي ثم قال : قال بكر يعني خواهر زاده : ومحمد ذكر التوفيق في البعض فيجعل المسكوت على المذكور اه . وعليه فكل مسألة من مسائل التناقض ذكر فيها انها تسمع لامكان التوفيق لا بد لماعها من التوفيق بالفعل فليتبه لذلك . ثم ان المثال المذكور في هذه الفقرة لما اذا كان التوفيق ممكنا والمثالان المذكوران في الفقرة الآتية لما اذا لم يكن كذلك

﴿ تنبيه ﴾

ذكر في اوخر عشر الفصولين برمز فتاوي رشيد الدين لو اتى المدعى عليه بالدفع بعد الحكم في بعض المواضع لا يقبل كأن يبرهن بعد الحكم ان المدعي اقر قبل الدعوى انه لا حق له في الدار فانه لا

يبطل الحكم لجواز التوفيق - بان شراء بخيار فلم يملكه في ذلك الزمان ثم مضت مدة الخيار وقت الحكم فلكه فلما احتمل هذا لم يبطل الحكم الجائز بشك ولو برهن قبل الحكم تقبل ولا يحكم للمدعي، اذ الشك يمنع الحكم ولا يدفعه اه . وهذا يفيد ان اشتراط التوفيق بالفعل على القول به وهو ما اعتمدت عليه المجلة ، مقيداً بما اذا ثبت تناقض المدعي قبل الحكم له بيينة - اما لو ثبت بعده كما مثل فلا يشترط - بل يكفي الامكان قولاً واحداً ، لان التوفيق اذا كان ممكناً يوقم شكاً في حصول التناقض والشك لا يدفع الحكم الحاصل - نعم يتمه قبل حصوله الى ان يرتفع التناقض بالتوفيق فعلاً فتدبره فانه رجيح جداً

وكذلك لو ادعى احد على آخر الفأ من جهة القرض وانكر المدعى عليه ذلك بقوله ما اخذت منك ديناً ولا اعرفك واقام المدعي بيينة على دعواه ثم قال المدعى عليه كنت اوفيتك المبلغ المذكور او كنت ابرأتني منه فلا تسمع دعواه لكونها متناقضة لانكاره .

هذا مثال لما اذا كان التوفيق متعذراً لان قوله ولا اعرفك ونحوه - كما رأيتك او ما جرى بيني وبينك معاملة او مخالطة او اخذ وعطاء او ما اجتمعت معك بمكان ، يتعذر معه التوفيق بان غير الحق قد يقضى او يبرأ عنه لان الایفاء او الابراء سواء كان عن حق او غير حق ، لا يتصور وجودهما مع غير معروف او معامل او مخالط . قال في الدرر ونقل القدوري عن اصحابنا انه يقبل ايضاً اي وان قال ولا اعرفك ونحوه لان المحتجب او المخدرة قد يؤذي بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه فكان التوفيق ممكناً . قالوا وعلى هذا اذا كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بيئته . وقيل تقبل البيينة على الابراء . في هذا الفصل بانفاق الروايات لانه اي الابراء يتحقق بلا

معرفة كذا في الناية اه .

اقول ولا يذهب عليك ان قبول البينة من المحتجب او المخدرة على ما نقله القدوري عن اصحابنا - وكذا قبولها على الابرار . وان كان ممن يتولى الاعمال بنفسه على ما قيل ، انما يتمشى على قول من اعتبر امكان التوفيق واما على قول من شرط التوفيق بالفعل ، فلا بد من ان يوفق المدعي بما ذكر بان يقول اوفيته ولم اعرفه تاذيا من شعبه على باب داري او ابراني في حال غيبي واخبرني بذلك الشهود ولم اعرفه

ولكن لو قال بعد ادعاء المدعي ليس لك علي دين قط واثبت المدعي كونه مديونا وقال المدعى عليه نعم كنت مديونا ولكن اوفيتك او ابرأتني منه واثبت دعواه هذه يدفع دعوى المدعي

وكذا الحكم لو لم يقل قط بالاولى . ومثل قوله ليس لك علي دين ما كان لك علي شيء كما هي عبارة عامة المتون . قال في الكثر ومن ادعى على اخر مالا فقال ما كان لك علي شيء . قط فبرهن المدعي على الف وهو برهن على القضاء او الابرار . قبل وان زاد ولا اعرفك لا اه . وعلل الاول في البحر وغيره من الشروح بان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه اه .

واعلم ان في هذه الفقرة اشكالا وهو ان قول المدعي نعم كنت مديونا و ابرأتني منه يتعذر معه التوفيق بان غير الحق قد يقضى لانه مؤكد للتناقض الواقع بين قوله ليس لك علي دين وبين دعوى الايفاء او الابرار المستلزمة للاقرار به . ويمكن دفع الاشكال بان التوفيق الذي ذكره وهو ان غير الحق قد يقضى ويبرأ عنه - لفا يحتاج اليه فيما اذا قال المدعي عليه ما كان لك علي شيء . قط كما هي عبارة الكثر وغيره من المتون . وهذا لانه نفى للدين في الماضي متصلاً لزمان الحال فيناقضه ادعاء الايفاء والابرار - ما لم يوفق بما ذكر - بخلاف ما اذا قال ليس لك علي شيء . او ما لك او لا يستحق علي شيئاً فانه لنفي الدين في الحال فقط وهو لا يستلزم

فيه في الماضي فلا تناقض فيه أصلاً . ويؤيد ما قلنا ما في جامع الفصولين :
ولو قال لا نكاح بيني وبينك فلما برهنت على النكاح برهن هو على
الحلم ، تقبل بينته ولو قال لم يكن بيننا نكاح قط او قال لم اتزوجها
والباقى بحاله ينبغي ان يكون هذا ومسئلة العيب سواء . وثمة في ظاهر
الرواية لا تقبل بينة البرائة من العيب لان البرائة منه اقوار بالبيم
- فكذا الحلم يقتضي سابقة النكاح فيتحقق التناقض ا هـ - وكذا
مسئلة الوديعة المذكورة في الفقرة الاتية تبأ للبحر عن الخلاصة وكذا
يؤيده ما سنذكره عن الانتقروي آخر شرح الفقرة الاخيرة من هذه المادة
فانه كالصريح في الفرق بين نفي الحال ونفي الماضي وقدمنا في شرح
الفقرة الرابعة من المادة ١٦٤٧ عن الفصولين مثل ما في البحر عن الخلاصة
- الا انه علل هناك سماع دعوى الرد او الهلاك بعد قوله ليس لك
علي شي . بامكان التوفيق وهو يفيد تحقق التناقض وقلنا هناك ان
فيه تسامحاً اذ لا تناقض اصلاً اذ لا شك ان من رد الوديعة او هلكت
بيده لا شي . عليه فليراجع .

وبما قررناه يندفع اشكال آخر وهو ان هذه الفقرة ظاهرة في ان
امكان التوفيق كافٍ لسماع دعوى التناقض مع ان صدر المادة ظاهر في
اختيار القول باشتراط التوفيق بالفعل . ووجه الاندفاع انه لا تناقض اصلاً
في المثال المذكور فاي حاجة الى التوفيق - لكن سنذكر في شرح الفقرة
الاخيرة من هذه المادة عن البرازية ، ما يفيد ثبوت التناقض في المثال المذكور
الا ان التوفيق فيه واضح فليأمل

وكذلك لو ادعى احد وديعة على اخر وانكر المدعى عليه
بقوله ما اودعت عندي شيئاً واثبت ذلك وقال المدعى عليه بعد
الاثبات كنت رددتها اليك وسلمتها لك فلا يسمع دفعه هذا
وياخذ المدعى الوديعة عيناً ان كانت موجودة عنده ويضمن

قيمتها ان كانت مستهلكة

ومثله ما اذا ادعى انها كانت هلكت في يده ، وانما لا تسم دعوى الرد والهلاك لان عدم الابداع الذي زعمه يقتضي انعدام الوديعة . ورد المدوم او هلاكه مستحيل - ولعل الاصول ان يقال هنا وعليه ضمان قيمتها بدلا من قوله ويأخذ المدعي الوديعة عيناً الخ ، لان وضع المسئلة ان لا وجود لعين الوديعة في يد المدعى عليه كما يقتضيه قوله كنت رددتها اليك او كانت هلكت بيدي فتدبر

واما لو انكر المدعى عليه بقوله ليس لك عندي وديعة بعد ما ادعى المدعي بالوجه المشروح ثم اقام المدعي البيينة وقال المدعى عليه كانت لك عندي تلك الوديعة ولكن رددتها وسلمتك اياها فتسمع دعواه .

قال في البزاية في نوع في الدين من الباب الخامس عشر من كتاب الدعوى وذكر في الاضية : ادعى عليه الفاء وديعة فانكر فلما برهن على الابداع ادعى الرد او الهلاك - ان كان قال ما اودعتني اصلاً ، الدفع باطل لان الرد والهلاك يستدعيان وجود الابداع فلم يمكن التوفيق - وان كان قال ليس لك عندي وديعة بسم دعوى الرد والهلاك لوضوح التوفيق لانه يمكن له ان يقول ليس لك عندي وديعة لاني رددتك او هلكت .

فعلى هذا في مسألة الدين التي ذكرناها عن الجامع الصغير ينبغي ان يفصل الجواب فيقال ان قال ليس لك علي يسع دعوى الايفاء . ولو قال ما استدنت منك ، لا لعدم امكان التوفيق هـ . ثم فرق بين المسئلتين بما توضحه - ان ايفاء الدين او الابراء عنه يتحقق عند انعدامه لان الايفاء قد يكون بباطل والابراء لا يعتمد قيام الدين اذ يكون عن دعواه

يرشد الى هذا تعليمهم لمسئلة الدين بان غير الحق قد يقضى ويبرأ عنه فلا فرق اذا بين ان يقول ما استندت منك او ليس لك علي دين - بخلاف رد الوديعة او هلاكها فانها لا يتحققان عند انعدامها لان رد المعدوم او هلاكه . مستحيل فكان بين قوله ما اودعتي شيئا وبين قوله ليس لك عندي وديعة فرق ظاهر .

ثم اعلم ان عدم سماع دعوى الرد بعد انكار الابداع ، مقيد بما اذا ادعى ردها قبل الجحود فلو ادعى ردها بعد الجحود تسمع دعواه ويقبل برهانه لانه ليس بمتناقض - غاية الامر انه اقر بما كان جمده ظلما او نسيانا فاذا ادعى ردها بعد الجحود يقبل برهانه - كما يقبل برهان التائب على رد المنصوب لملكه - وكذا تسمع دعواه الرد قبل الجحود اذا وفق وقان غلظت في الجحود او نسيت او ظننت اني دفعتها ثم لم تودعني شيئا بعد دفعها . وهذا لانه بالتوفيق المذكور ارتفع التناقض صرح به في الدر وحواشيه من كتاب الوديعة . وهذا اذا ادعى الرد - اما لو ادعى الهلاك - فان كان جحد الابداع بان قال لم تودعني يكون ضامنا وبينته . على الهلاك مردودة - سواء شهد الشهود على الهلاك قبل الجحود او بعده - اما اذا شهدوا على الهلاك قبل الجحود فلتناقض واما اذا شهدوا عليه بعده فلعدم الفائدة لانها صارت بالجحود مضمونة وان جحد الوديعة بان قال ليس لك عندي وديعة فان اقام البينة على الهلاك بعد الجحود كان ضامنا وان اقامها على الهلاك قبله فلا ضمان وان اقامها على الهلاك مطلقا ولم يتعرضوا لكونه قبل الجحود او بعده فهو ضامن ايضا - اي لان الحادث يضاف الى اقرب اوقاته وهو زمن التكلم . واذا لم يقم البينة وطلب تحليف المدعي ما هلكت الوديعة قبل جحوده ، حلقه القاضي على العلم فان حلف ضمنه وان نكل برى . المدعى عليه هذا ما كتبناه في شرح المادة ٧٩٥ اخر الفروع فليراجع .

ودعوى العارية كدعوى الوديعة في الاحكام المذكورة كما في الدر من كتاب الوديعة وكذا دعوى الشركة كما في الانقروبي قال فيه عازبا

للحيط : ادعى على اخر ان له في يده كذا وكذا من مال الشركة فانكر المدعى عليه الشركة ثم ادعى دفع ذلك المال الى المدعي - فان كان انكر الشركة اصلاً بان قال لم يكن بيننا شركة اصلاً او قال ما دفعت الي شيئاً من المال اصلاً ، لا يسمع دعواه دفع المال لمكان التناقض وان انكر الشركة والمال في الحال بان قال لا شركة بيننا او ليس لك في يدي مال شركة ، يسمع منه دفع المال ولا تناقض .

المادة ١٦٥٨ - اذا اقر احد بصدور عقد بات صحيح منه وربط اقراره هذا بسند ثم ادعى بان ذلك العقد كان وفاقاً او فاسداً فلا تسمع دعواه راجع المادة ١٠٠ مثلاً لو باع احد داره لآخر في مقابلة ثمن معلوم وسلمها ثم ذهب الى حضور الحاكم واقرب قوله اني بعث داربي المحدودة بهذا الحدود لفلان في مقابلة هذا الثمن بيعاً باتاً صحيحاً وربط اقراره هذا بوثيقة شرعية وبعد ذلك ادعى ان بيعي المذكور كان عقد بطريق الوفاق او بشرط فاسد هو كذا فلا تسمع دعواه كذلك لو صالح احد اخر عن دعوى بينهما واقرب في حضور الحاكم بان ذلك الصلح قد عقد صحيحاً وربط اقراره هذا بسند ثم ادعى بان ذلك الصلح كان بشرط مفسد فلا تسمع دعواه

حاصل المسئلة ان المتعاقدين اي عقد كان بيعاً او اجارة او صلحاً اذا اقر او احدهما ان العقد قد وقع صحيحاً باتاً ثم ادعى المقر انه كان وفاقاً او فاسداً او موقوفاً تكون دعواه هذه غير مسموعة شرعاً ، لتناقضه نفيًا واثباتاً ولانه ساع في نقضه ، ثم من جهته فيكون سمي مردوداً عليه كما صرحت به المادة ١٠٠ . والظاهر ان قوله وربط اقراره بسند ليس قيداً احترازياً وانما هو مماشاة مع العادة الغالبة من ان المتعاقدين يربطان

عقدهما يسند ويصرحان فيه بان العقد مربوط فيه وقم صحيحا باتاً خاليا من الشروط المفسدة والقيود المبطلّة ونحو ذلك - حتى لو لم يربط عقدهما بسند لكن ثبت اقرارهما بما ذكر بالبيّنة الشرعية ، يكون الحكم كذلك لما صرحوا به من ان الثابت بالبرهان كالتأبث بالاميان . ولو ذكر في السند مجرد الايجاب والقبول ولم يذكر فيه الاقرار بوقوع العقد صحيحا باتاً ، فالظاهر انه تسمع دعوى الوفاء والفساد ونحوها ، لان مجرد ذكر الايجاب والقبول ، لا ينافي ان العقد وقع فاسداً او موقوفاً - فلا يكون مدعي الفساد ونحوه متناقضاً ولا يكون ساعياً في نقض ما تم من جهته بل هو ساع في نقض ما لم يتم من جهته على زعمه فتسمع دعواه هذا ما يقتضيه مفهوم هذه المادة وهو الذي يظهر فتدبر .

ثم ان عدم سماع دعوى فساد البيع بعد الاقرار المذكور ، مقيد بما اذا لم يدع ان الاقرار بالبيع الصحيح البات كان تلجئة - فان ادعى كذلك وفسر التلجئة بانه قد تواضع مع المشتري مثلاً ، على ان يقرأ ببيع صحيح بات بحضرة القاضي وهما لا يريدانه لضرورة امر لجاؤا اليه خوف عدو او ظالم او نحو ذلك واشهدا على ذلك تسمع دعواه وتقبل بينته ففي الهندية ما نصه : ولو اتفقا على ان يقرأ ببيع لم يكن فاقرا بذلك فهو باطل ولا يجوز باجازتها اه .

وفي تنقيح الحامدية : وكما لا يجوز بيع التلجئة ، لا يجوز الاقرار بالتلجئة بان يقول لآخر اني اقر لك في العلانية بما ل وتواضعا على فساد الاقرار ، لا يصح اقراره وان ادعى احدهما ان الاقرار هزل وتلجئة وادعى الاخر انه جد فالقول لمدعي الجد وعلى الاخر البيّنة كما في التارخانية اه وقامه فيما كتبناه في شرح المادة ١٥٧٥ وكذا في التمه التي كتبناها في شرح المادة ١٠٣ ومن فروع هذا الاصل المذكور في هذه المادة ما في الاتقروي عن العمدة : الاب اذا باع عقار ابنه الصغير بغبن فاحش لا يجوز وله ان يخاصم - الا اذا اقر وقال بضمن المثل وكتب ذلك في الصك اه - اي حينئذ لا يجوز له ان يخاصم تناقضه نفيًا واثباتًا وعند عدم

الاقرار هو غير متناقض ولا ساع في نقض ما تم من جهته بل في نقض ما لم يتم من جهته فتدبر .

المادة ١٦٥٩ - اذا باع احد مالا على انه ملكه في حضور آخر لشخص وسلمه ثم ادعى الحاضر بانه ملكه مع انه كان حاضراً في مجلس البيع وسكت بلا عذر ينظر الى ان الحاضر هل كان من اقارب البايع ام لا فان كان من اقاربه او زوجها او زوجته لا تسمع دعواه هذه مطلقاً وان كان من الاجانب فلا يكون حضوره وسكوته في مجلس البيع فقط مانعاً لدعواه بل بعد حضوره وسكوته في مجلس البيع بلا عذر ان تصرف المشتري في ذلك الملك تصرف الملاك بناء او هدماً او غرساً ورآه الحاضر ثم بعد ذلك لو ادعى بقوله هذا ملكي او لي فيه حصة لا تسمع دعواه

الكلام على هذه المادة من وجوه : الاول انه ليس في اصل المادة المترجمة ، ما يفيد تقييد الاقارب بكونهم محارم . ولم ار هذا القيد في كلام الفقهاء والمذكور في كتب اللغة ان القرابة هي قرب الرحم مطلقاً وعليه فالمراد من الاقارب ما يعم المحارم وغيرها فافهم .

الثاني ان قوله باع مالا - على انه ملكه ، يشير الى انه لو لم يصرح بكون المبيع ملكه ، تسمع دعوى قريبه الحاضر وهذا وان لم اره صريحاً - الا ان له وجهاً وجيهاً وهو انه اذا لم يصرح بكون المبيع ملكه كان احتمال انه باع مال غيره فضولياً ثابتاً - فلا يكون سكوت قريبه الحاضر اقراراً بانه ملك البايع .

وقد قال في البزازية اخر الباب الخامس عشر من الدعوى : والمالك اذا بيع ملكه وهو حاضر ساكت لا يكون سكوته رضى عندنا خلافاً

لابن ابي ليلى اه .

ويشير الى ما قلنا ما في الخيرة حيث سنل بما حاصله في صك بيع ذكر فيه ان فلانا باع من فلانة ما هو جار في ملكه جميع الحصة الشايمة وقدرها كذا من المحدود الفلاني بثمان هو كذا وصدقت اخت البايح لاييه ووالدتها على البيع المذكور ثم برزت الاخت وامها المذكورتان يدعيان حصة في المبيع بطريق الارث عن والد البايح هل تسمع دعواهما ام لا فاجاب بما لفظه : حيث صرح بانه يبيع ملكه وقت عقد البيع كما ذكر في الصك وحضرتا وصدقتا كما ذكر فيه لا تسمع دعواهما عليه اذ فيه صريح الاعتراف منها بانه باع ملكه فدعواهما الملك فيه بعده مناقضة منها فلا تسمع كما هو ظاهر اه .

الثالث لا بد من تقييد القريب الحاضر بكونه عالماً بالبيع - كما قيده في الكتز والمتقى والتنوير وعبارة التنوير بزيادة قليلة من الدر : باع عقاراً او حيواناً او ثوباً وابنه او امرأته او غيرها من اقاربه حاضر يعلم به ثم ادعى الابن مثلاً انه ملكه لا تسمع دعواه - بخلاف الاجنبي فان سكوته ولو جاراً ، لا يكون رضى - الا اذا سكت الجار وقت البيع والتليم وتصرف المشتري فيه زرعا وبناء حينئذ لا تسمع دعواه اه - فاو كان حاضراً ولم يعلم به تسمع دعواه . وذكر في رد المحتار عن الرمي ان المراد من الحضور ، الاطلاع وهو يشير الى انه لو لم يكن حاضراً وانما اخبره البايح وغيره بانه امس مثلاً باع كذا على انه ملكه فسكت يكون الحكم كذلك اي لا تسمع دعواه وليداجم النص .

الرابع قال في رد المحتار وفي فتاوي المص يعني صاحب التنوير اذا ادعى يعني القريب الحاضر عدم العلم بانه ملكه وقت البيع يصدق وقال في نهج النجاة : اقول وهذا اذا لم يكن المدعي معذوراً والا فتسمع دعواه فقد قالوا يعذر الوارث والوصي والمتولي بالتناقض للجهل في موضع الخفاء . اه .

وقال الاستروثني اشترى داراً لطفله من نفسه فكبر الابن ولم يعلم

ثم باعها الاب وسلمها للمشتري ثم استأجرها الابن منه ثم علم بما صنع
الاب فادعى الدار، تقبل ولا يصير متناقضا بالاستئجار لان فيه خفاً لان
الاب يستبد بالثراء للضيق وعسى لا يعلم بعد البلوغ اه سايجاني اه
اقول ولا بد من تقييد ما في فتاوي صاحب التنوير بان يكون المتناقض
فيه محل خفاء بان يدعي مثلاً ان اياه كان شراء له في حال صفه وهو لا
يعلم على ما قدمناه في شرح المادة ١٦٥٦ . وفي نقل عبارتي نهج النجاة
والاستروشتي اشارة الى ما قلنا . وما في حاشية ابي السعود على شرح مسكين
من ان تعليهم لعدم سماع دعوى الحاضر بان سكوته في هذه الحالة
كلا فصاح بالاقرار، ظاهر في انه اذا ادعى ان المبيع له وانه حالة البيع
لم يكن يعلم انه له لم يقبل منه وان ما اجاب به القري يعني صاحب
التنوير من ان دعواه تسمع سواء كان قريباً او اجنيا لدعواه عدم العلم
حالة البيع بان المبيع ملكه ، فيه نظر ظاهر اه ، لما تقرر
من التناقض في محل الخفاء فهو فاذا ادعى عدم العلم وكان المتناقض فيه
محل خفاء كمثل الاستروشتي السابق وكما اذا كان المبيع ثوباً ملفوفاً
في منديل او جارية متقبعة جالسة وما اشبه ذلك تسمع دعواه ، لانهم صرحوا
بباعها بعد الثراء . والمساومة فكيف مع السكوت عند البيع .

الخامس انه كما لا يسمع دعوى القريب الحاضر في المبيع لا تسمع
دعواه ايضاً في الثمن على ما استظهره الرمي كما في رد المحتار اخذاً من
تعليهم المسئلة بان حضور القريب وتركه الباع فيما يصنع اقرار منه بانه
ملك الباع وان لا حق له في المبيع .

السادس المراد بالبيع في قوله اذا باع اجد مالا الخ ، الاخراج عن
الملك فيشمل ما اذا وهب او تصدق وسلم . ويخرج عنه ما اذا آجر او
رهن او اعار ثم ادعى الحاضر فان دعواه تسمع اذ ليس من لوازم ذلك
الخروج عن الملك وقد يرضى الشخص بالانتفاع بملكه ولا يرضى بالخروج
عن ملكه ، ولانه في البيع ونحوه على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس
رد المحتار عن الرمي قال ومثل البيع الوقف كما افتي به الشهاب الشلي

ووافقه على ذلك ثلاثة عشر عالماً من اعيان الحنفية في عصره اه .
السابع ان قوله بناء او هدايا او غراسا ، تمثيل لتصرف المشتري في
المبيع تصرف الملاك - فالمراد كل تصرف لا يطلق الا للمالك - كما في رد
المختار فمثل هذه الثلاثة سكنى الدار او الدكان او نحوهما - وكذا
اجارتها واعارتها وكذا ليس نحو الثوب وركوب نحو الدابة واستعمالها
بفلاحة او غيرها وكذا زراعة نحو الارض وفلاحتها وكذا اجارة جميع ذلك او
اعارته فان جميع هذه التصرفات لا تطلق الا للمالك .

الثامن ان قيل ما الفرق بين القريب حيث منع من سماع الدعوى
بمجرد سكوته وقت البيع وبين الاجنبي حيث لم يمنع ما لم يتصرف
المشتري فيه زمانا قلت : قال في رد المختار قال الرولى اقول انذي يظهر
لي في الفرق ان الاطباع الفاسدة في القريب اغلب فظنة التليس فيه ارجح
ولذلك غلب في الاقرباء خصوصا في دعوى الارث لسهولة اثباته بخلاف
الاجنبي فان طمعه في مال من هو اجنبي عنه ، نادر فلا بد من مرجح يرجح جهة
التدوير وهي ان يتصرف فيه المشتري زمانا اه .

التاسع ان قوله وان كان من الاجانب الى اخر المادة ظاهر في ان
عدم سماع دعوى الاجنبي ولو جارا مشروط بسكوتين سكوت
حالة حضوره البيع وسكوت حالة اطلاعه على تصرف المشتري زمانا
فسكوته في احدي الحالتين المذكورتين فقط ، لا ينعى من سماع
الدعوى وهذا ما تعطيه عبارة التنوير المارة ومثلها عبارة الكثر والملقى
وسائر الشروح والفتاوي .

قال في القنية : باع ارضا وسلمها الى المشتري وتصرف فيها مدة
زرعاً وبناء ، وجاره ساكت ثم الان يدعي انها ملكه ، لا تسع دعواه ان
كان حاضراً وقت البيع والتسليم وساكتا وقت تصرف المشتري قيل له
فاو لم يتصرف فيها المشتري - ولكن كان ساكتاً وقت البيع والتسليم قال
لا تسقط دعوى الجار بهذا القدر - بخلاف ما اختاره المتأخرون فيما اذا
باع وسلم وولده او زوجته حاضرة ساكتة حيث تسقط بهذا القدر

دعواهما اه .

- لكن استظهر العلامة ابن عابدين في كتابه رد المحتار وتنقيح الحامدية ان السكوت عند البيع والتسليم مانع من سماع دعوى الزوجة والقريب - واما السكوت عند التصرف بقيد البيع والتسليم ، فيمنع من سماع الدعوى مطلقا - سواء كان قريبا او اجنيا واستدل لذلك بما في جامع الفتاوي عن الخلاصة : رجل تصرف في ارض زمانا ورجل اخر يري تصرفه فيها ثم مات المتصرف ولم يدع الرجل حال حياته لا تسمع دعواه بعد وفاته اه .

وبما في الولوجية رجل تصرف زمانا في ارض ورجل اخر يري الارض والتصرف ولم يدع ومات على ذلك لم تسمع بعد ذلك دعوى ولله فتدك على يد المتصرف اه .

قال في التنقيح : ان ما في الولوجية والخلاصة ، يدل على ان البيع غير قيد بالنسبة الى الاجنبي ولو جاراً بل مجرد الاطلاع على التصرف ، مانع من الدعوى - وانا فائدة التقييد بالبيع هي الفرق بين القريب والاجنبي فان القريب للبايع لا تسمع دعواه اذا سكوت عند البيع - بخلاف الاجنبي فانه لا تسمع دعواه اذا اطلم على تصرف المشتري وسكت فالمانع لدعواه عند الاطلاع على التصرف لا السكوت عند البيع فلاجل الفرق بينهما صور المسئلة بالبيع اه - واستدلاله هذا يقتضى ان السكوت عند التصرف مانع من سماع دعوى كل من القريب والاجنبي وان لم يسبقه بيع وانه لو سبقه بيع فلم يسكت الحاضر - بل اعترض وقال هذا ملكي ولا ارضى بيده ثم تصرف المشتري في المبيع وهو مطلم فسكت لا تسمع دعواه ، لان مناط المنع السكوت عند الاطلاع على التصرف وقد حصل ولي في هذا الاستظهار نظر من وجوه ارها ان من القواعد المقررة انه لا ينسب لساكت قول كما في الاشباه واستثنى منها ثلاثين مسألة منها قوله الرابعة والعشرون سكوته عند بيع زوجته او قريبه عقاراً ، اقراره بانه ليس له على ما افتى به مشايخ سمرقند خلافاً لمشايخ بخارى الخامسة

والعشرون رآه يبيع ارضا ار دارا فتصرف المشتري زمانا وهو ساكت
تسقط دعواه ا ه . قال شارحا الحموي هذا الفرع فيه ما قبله زيادة
تصرف المشتري بعد الشراء زمانا وهو ساكت وهو قيد في الاجنبي لا في
الزوجة والقريب ا ه .

وقد سمعت النصريح بذلك عن تنوير الابصار والقنية وغيرها فلو
كان مجرد السكوت عند التصرف مانعا من دعوى الساكت ، لما قيد
التصرف بكونه مسبقا بالسكوت عند البيع بل كان اطلق وجعل مجرد
الاطلاع على التصرف من المسائل المستثناة .

فتقرر بهذا المستثنى من القاعدة سكوت الزوجة او القريب عند البيع
وسكوت الاجنبي ولو جاراً عند كل من البيع والتصرف فبقي السكوت
عند التصرف وحده داخلاً تحت عموم القاعدة غير مستثنى منها - ثانياً
قد علمت ان المراد بالتصرف ، كل تصرف لا يطلق الا لذلك فيعم نحو
السكنى والاجارة والاعارة والفلاحة وغيرها كقفل بابها وحفظ مفاتيحها
ومنع غير من ان يفتحها وينتفع بها فلو كان مجرد السكوت عند الاطلاع
على شيء من هذه التصرفات مانعاً لما كان لقولهم لا تسمع الدعوى
بعد ثلاثين سنة مثلاً كما هو النصوص عليه في كتب الفقهاء او خمسة
عشرة سنة كما ورد به الامر السلطاني ، فائدة وكون الذي نعى عليه
الفقهاء او ورد به الامر السلطاني هو منع سماع الدعوى بمجرد الترك هذه
المدة بلا اطلاع على التصرف ممنوع - بان ترك الدعوى بدون اطلاع
على شيء من هذه التصرفات لا يتصرف عادة في جميع هذه المدة - الا اذا
كان المدعي غائبا او صيباً مجنوناً ولهذا استثنوهم وقالوا ان هؤلاء تسمع
دعواهم وان طالت مدة تركهم وهذا الان المدعى عليه لا بد ان
يكون ساكناً في الدار والدار كان او مؤجرها او معيها او حافظاً مفاتيحها
ومانعاً غيره من التعرض اليها او زارها للارض او مزارعاً عليها او بانياً
او غارساً فيها والا فلا يكون زايد عليها اصلاً فان خصصتم ذلك التصرف
بالهدم والبناء والفرس ، قلنا لا فرق بين هذه الثلاثة وبين ما ذكرناه من

التصرفات من حيث انها لا تطلق الا للمالك فان زعمت ان السكنى والاجارة وغيرها قد تطلق لغير المالك كالمستأجر والمستعير قلنا كذلك الهدم والبناء والفرس تطلق لغير المالك كالوكيل والأجير والمستأجر والمستعير .

ثالثا انه لو كان مجرد السكوت عند التصرف مانعا ، لكان سكوت الاجنبي عند البيع مانعا ايضا - كسكوت القريب لان التصرف بالدعى به بالاجراج عن ملكه ، اقوى من التصرف فيه هدماء وبناء ، لما سمعت من تعليلهم من ان الانسان قد يرضى بالانتفاع بملكه ولا يرضى بالاجراج عن ملكه فاذا لم يكن سكوته عند التصرف الاقوى مانعا فكيف يكون سكوته عند الادنى مانعا .

رابعا ان ما تقدم آنفاً عن المختار مغزيا للرمل من وجه التفرقة بين القريب والاجنبي ، يتنافى ما استظهره - من ان مجرد السكوت عند الاطلاع على التصرف وان لم يسبقه بيع ، مانع من سماع دعوى الاجنبي اذ لم يوجد حينئذ مرجح يرجح جهة التدوير في جانب الاجنبي بل اللازم ضمنها لما علمت من ان السكوت عند الاطلاع على التصرف ، ادنى منه عند الاطلاع على البيع والتسليم .

خامسا انه اذا ذكر في الفتاوي الخيرة ان في مسألة السكوت عند البيع والتسليم اقوالاً اخر منها سماع الدعوى في الكل مطلقا ا - يعني انه تسمع دعوى كل من القريب والاجنبي مطلقا - اي تصرف فيه المشتري اولا فكيف يقال بعد هذا ان مجرد السكوت عند الاطلاع على التصرف ، مانع مع انه على هذا القول لا يمنع وان كان مسبوقا بالسكوت عند البيع .

سادسا انه لو كان مجرد السكوت عند الاطلاع على كل تصرف لا يطلق الا للمالك مانعا ، لما كان لذكر مسألة السكوت عند البيع والتسليم ، ولا للتفرقة بين القريب والاجنبي ، ولا للخلاف في ان الزوجة ملحقة بالقريب والاجنبي ، معنى - بل كان يكفي ان يقال ان السكوت

عند الاطلاع على تصرف المدعى عليه مانع من سماع الدعوى . ومعلوم ان البيع والتسليم من اقوى التصرفات فاذا اطلع عليه المدعى وسكت لا تسمع دعواه بلا فرق بين ان يكون قريباً او زوجة او اجنبياً فتدبره منصفاً .

والحاصل ان المصرح به عند السكوت المانع من سماع الدعوى على ما عليه الفتوى ثلاثة انواع سكوت القريب والزوجة عند مجرد اطلاعها على البيع والتسليم وعلوا ذلك كما في رد المحتار عن الرمي بان الاطعام الفاسدة في القريب اغلب ، فظنة التليس فيه ارجح لجعل سكوتها عند مجرد البيع والتسليم كالاتقرار الصريح بان لا حق لها في المبيع - النوع الثاني سكوت الاجنبي ولو جاراً عند كل من البيع والتسليم مع تصرف المشتري بالمبيع بعد الشراء وعلوا ذلك بان طعم الانسان في مال من هو اجنبي عنه ، نادر فلا بد من مرجح يوجب جهة التدوير وهي ان يتصرف فيه المشتري زهاتاً - والنوع الثالث السكوت بمعنى ترك الدعوى مدة طويلة هي خمس عشرة سنة على ما ورد به الامر السلطاني وثلاثون سنة او ثلاث وثلاثون او ست وثلاثون على ما ذكره الفقهاء وقيل ثلاث سنوات فقط وهو قول مهجور ولا يعمل به وعلوا ذلك بان ترك الدعوى جميع هذه المدة مع التمكن منها يدل على عدم الحق ظاهراً . وهذا السكوت اعم من ان يكون مع اطلاع على تصرف المدعى عليه او بدونه - هذا على فرض امكان وجود تصرف بدون اطلاع عليه - واما مجرد كون السكوت عند الاطلاع على تصرف هو غير البيع والتسليم ولو زمنياً قليلاً مانعاً من سماع الدعوى فلم يز من صرح به بل جميع كلامهم ينسأفيه فبقي داخلاً تحت قاعدة لا ينسأ الى ساكت قول .

واما ما تقدم عن الخلاصة والولوية فالاول مسوق لبيان ان من لا تسمع الدعوى عليه لا تسمع الدعوى على ورثته ايضاً لان الوارث قائم مقام مورثه والثاني مسوق لبيان ان من لا تسمع دعواه على رجل لا تسمع دعوى ورثته على ذلك الرجل ، لان ما منم منه المورث يمنع منه الوارث

فدلالة هذين النصين على ان التصرف مطلقاً زماناً مطلقاً ، مانع من سماع الدعوى انما هو باشارة النص لا بعبارته - بخلاف دلالة ما قدمناه عن التنوير والقنية ومثله في كثير من المعتبرات فان دلالتها على ما قررناه ، بعبارة النص والمعنى المدلول عليه بعبارة النص ، لا يعارضه المعنى المدلول عليه باشارته كما ذكره الاصوليون - على ان كلا من لفظ التصرف والزمان ، مطلق . ومن المقرر ان المطلق يجب حمله على المقيد فاما ان يحمل اطلاق الزمان على زمان يمنع مروره من سماع الدعوى - واما ان يحمل اطلاق التصرف على التصرف بالبيع والتسليم مع تصرف المشتري به زماناً - ان كان التصرف اجنبياً وبدونه ان كان قريباً او زوجة - نعم يشكل على ما قلنا ، ما نقله في تنقيح الحامدية عن فتاوي صاحب التنوير من انه سئل عن رجل له بيت سكنه مدة تريد على ثلاث سنوات وله جار يجانبه والرجل المذكور يتصرف في البيت المذكور هدماً وبناء مع اطلاع جاره على تصرفه في المدة المذكورة فهل اذا ادعى البيت او بعضه بعد ما ذكر من تصرف الرجل المذكور هدماً وعمارة تسمع دعواه ام لا فاجاب لا تسمع دعواه على ما عليه الفتوى اه - فانه لوئيد لما استظهره العلامة ابن عابدين - لكنه لم يستند في ذلك الى نقل صريح وقد علمت ان ما في الخلاصة والولولجية ليس ناصحاً فيما اتفق به ، لانه مدلول عليه بالاشارة لا بالعبارة مع امكان حمل اطلاقه على ما قيدته به المتون والشروح والفتاوي ويعارض فتواه هذه ما في الخيرة من كتاب الدعوى حيث سئل عن رجل بنى في ارض يزعم شخص انها ملكه وهو ساكت فهل اذا ثبت انها ملكه يكون البناء للباقي ام سكوته يكون اذا يكون البناء للمالك فاجاب لا ينسب لساكت قول الا في مسائل ليست هذه منها فالبناء للباقي وللمالك الرفع - الا ان يضر بالارض فله تمامه مقلوعاً اه - فانظر الى قوله يزعم الخ ، والى قوله فهل اذا اثبت الخ ، فانه صريح في ان المدعى عليه خصم منازع له في الارض . وقد اتفق بان يكون سكوت مدعي الارض مع اطلاعه على تصرف المدعى عليه

بناء ، لا يمتعه من سماع دعواه لانه لا ينسب لساكت قول - ولعل
قول السائل ثلاث سنوات في السؤال المرفوع الى صاحب التنوير محرف
عن ثلاثين سنة ويؤيده قوله في آخر الجواب على ما عليه الفتوى فان
ما في الخلاصة والولولة ان كان استناده في فتواه عليها لم يذيلها بان
عليه الفتوى وانما الذي عليه فتوى المتأخرين ، هو القول بعدم سماع الدعوى
بعد تركها ثلاثين سنة او بعد حضوره البيع والتسليم في الزوجة والقريب
ومع التصرف بهما هدماً وبناءً في الاجنبي ولو جاراً وان لم نقل
بالتحريف ، فلا وجه له الا كونه مبنياً على القول بان ترك الدعوى ثلاث
سنوات يمنع من سماعها وهو قول مهجور لا يعول عليه كما في تنقيح
الحامدية فاعتم هذا التحرير الفريد واخلع عنك ربقة التقليد .



الباب الثاني

- في هو مرور الزمانه -

قد علمت مما ذكرناه قريباً ان السكوت المانم من سماع الدعوى
ثلاثة انواع سكوت القريب او الزوجة او الزوج عند الاطلاع على بيع
المدعى به وتسليمه الى المشتري . الثاني سكوت الاجنبي ولو جاراً عند
تصرف المشتري بالمبيع بنحو الهدم والبناء . بعد ان كان سكت عند البيع
والتسليم وهذان النوعان هما المذكوران في المادة السابقة . والنوع الثالث
السكوت بمعنى ترك الدعوى مدة طويلة بغير عذر وهذا هو المذكور في
مواد هذا الباب وقد اختلف الفقهاء في تحديد هذه المدة فقول هي ثلاث
سنوات وهو قول مهجور لا ينفذ القضاء به كما في تنقيح الحامدية ورد

المختار والحيدة وقيل هي ثلاثون سنة وقيل ثلاث وثلاثون وقيل ست
وثلاثون سنة ونقل في التنقيح عن جامع الفتاوي ان المتأخرين من اهل
الفتوى قالوا لا تسع بعد ست وثلاثين سنة - الا ان يكون المدعي
غائباً او صيباً او مجنوناً وليس لها ولي او المدعي عليه اميراً جابراً
يخاف منه وعللوا ذلك بان ترك الدعوى جميع هذه المدة مع التمكن
منها دليل على عدم الحق ظاهراً .

قال في التنقيح وبعبارة وليس هذا مبنياً على بطلان الحق في ذلك وانما
هو مجرد منع للقضاء من سماع الدعوى قطعا للتروير والحيل مع بقاء الحق
لصاحبه في الاخرة حتى لو اقر به الخصم يلزمه - فلا يرد ما في قضاء
الاشباه من ان الحق لا يسقط بتقادم الزمان . ثم لما كثرت الفساد في الزمان
وفشى التروير والتحيل في كل مكان صدر الامر السلطاني من لدن
سيدنا امير المؤمنين كما اشعرت به المادة الآتية وذلك تبعاً لاوامر اسلافه
الكرام من خافاء آل عثمان العظام بمنع القضاة عن سماع كل دعوى تركها
المدعي خمس عشرة سنة بلا عذر من الاعذار الآتية اذا كان المدعي به
عينا او ديناً او حقاً من الحقوق او عشر سنوات - اذا كان المدعي به
مشد مسكة او حق قرار في اراض اميرية رقبته مملوكة لبيت المال .
واستثنوا من ذلك دعوى الوقف بعيني الدعوى فيما يعود لاصل الوقف
حيث اطلقوا سماع الدعوى فيه ما لم تمض عليها المدة الطويلة وهي ست
وثلاثون سنة على ما افتى به المتأخرون من اهل الفتوى كما تقدم . وقد
افاد في رد المختار ان القاضي الممنوع من سماع دعوى مضى عليها خمس
عشرة سنة لو سمعها وحكم ، لا ينفذ قضاؤه لانه مغزول عن سماعها ،
لما تقرر ان القضاء يتخصص بزمان ومكان وخصومة - الا ان باصره
بسماعها بعد هذه المدة فينشد يجب عليه سماعها . ثم نقل عن الاشباه ان
السلطان الذي منع قضاؤه عن سماع الدعوى بعد مضي المدة الزبودة يجب
عليه ان يسمعها بنفسه او يأمر بسماعها كيلا يضيع حق المدعي .
ثم قال والظاهر ان هذا حيث لم يظهر من المدعي اشارة التروير اه

وهذا ، بخلاف ما اذا مضى عليها ست وثلاثون سنة فان القاضي لا يسمعها وان امره السلطان بسماعها لان عدم سماعها بعد هذه المدة ليس مبنياً على المنع السلطاني بل هو منع من الفقهاء وكذا في التفتيح رد المعتار .

وعبارة الشارح اللبناني هكذا : واما عدم سماع الدعوى بعد ثلاثين سنة فهو مبني على منع الفقهاء كما تقدم فليس للسلطان ان ينقضه لان امر السلطان انما ينفذ اذا وافق الشرع والا فلا كما نصر عليه في الاشباه من القاعدة الخامسة اه .

اقول وفي هذا نظر فان المنع بعد مضي المدة المذكورة ، قول اختاره المتأخرون من اهل الفتوى كما علمت فاذا امر السلطان نصره الله تعالى قاضياً بسماع دعوى مضت عليها المدة المرقومة لمصلحة رأها عملاً بالقول المقابل لما اختاره المتأخرون من الفتوى ، لا شك انه يجب على القاضي الامور ، سماعها لانه امره بالاخذ بقول مجتهد فيه فلا تجوز مخالفته - وما نقله الشارح اللبناني عن الاشباه لا يشهد له لان امره بسماعها والحالة هذه وان كان مخالفاً لما اختاره المتأخرون من اهل الفتوى - لكنه ليس مخالفاً لاصل الشرع وقد قال صاحب الاشباه في بجره ناقلاً عن ائمتنا اطاعة الامام في غير المعصية واجبة فلو امر الامام بصوم يوم وجب اه .

المادة ١٦٦٠ - لا تسمع دعوى الدين والوديعة وملك العقار والميراث وما لا يعود من الدعاوي الى العامة ولا الى اصل الوقت كدعوى المقاطعة او التصرف بالاجارتين والتولية المشروطة والغلة في المقارنات الموقوفة بعد ان تركت خمس عشرة سنة

صريح هذه المادة ان دعوى الارث غير مستثناة فلا يلتفت الى ما في الحموي من انها مستثناة فان صاحب البيت ادري والحاصل ان كل

دعوى تركت خمس عشرة سنة بلا عذر من الاعذار الآتية ما عدا
الدعوى المائدة الى اصل الوقف او الى العامة لا تسمع - فيشمل
دعوى الارث والقصاص ودعوى ارش الجناية او الدية ودعوى الهبة او
الفص او قيمة المتلوف ودعوى الاستحقاق في غلة الوقف والاحقية في
في التولية عليه ودعوى المقاطعة في الوقف كالفراس او البناء في الارض
المحتكرة وما يسمونه جدكاً او خلواً في دكان الوقف وحانوته وكر داراً
وقيمة في بستانه ومرصداً في داره . ومبدأ هذه المدة ، من حين صلاحية
المدعي للدعاء كما يأتي . واعلم ان عدم سماع الدعوى بعد مرور خمس
عشرة سنة انما هو لمنع السلطان قضائه عن سماعها حيث كان المنوع هو
القاضي كان للمحكم ان يسمها .

قال صاحب التنوير في كتابه معين المفتي ان القاضي لا يسمها من
حيث كونه قاضياً فلو حكمه الحصان في تلك القضية التي مضى عليها
المدة المذكورة فله ان يسمها اه . كذا في رد المحتار

اقول وينبغي على هذا انه لو رفع اليه حكم المحكم
الذي سمع هذه الدعوى ببنده . ولا يشكل عليه ما في الدر
وحواشيه من ان حكم المحكم اذا رفع الى القاضي ببنده ان وافق
مذهبه والا بطله اه ، لان سماع الدعوى الذي مضى عليه اقل من ست
وثلاثين سنة على ما عليه فتوى المتأخرين هو مذهب من حيث كونه
حنفي المذهب وان كان هو ممنوعاً عن سماعها من حيث كونه قاضياً اللهم
الا ان يمنه السلطان من تنفيذ حكم المحكم كما منعه من سماعها تأمل
واعلم ان مرور المدة المانعة من سماع الدعوى انما يثبت باتفاق
التداعيين كأن يدعي عليه عيناً اتفاقاً انها في يد المدعي عليه من اكثر
من خمس عشرة سنة او يدعيها ارثاً عن ابيه وقد اتفاق ان اباه مات قبل
المدة المذكورة - اما لو اختلفا في مرورها فاما ان يتنازعا باليد والتصرف
- بان ادعى كل منهما اليد والتصرف او ادعى احدهما التصرف مدة تمتع
من سماع الدعوى وادعى الاخر انها كانت في يده وتصرفه الى ان احدث

المدعى عليه يده عليها من نحو عشر سنوات مثلاً بنحو غصب او استعارة او استتجار ، فتكون المسئلة حينئذ من باب التنازع في اليد الآتي بيان احكامه في الباب الرابع من كتاب الشهادة - واما ان يختلفا في الوقت الذي مات فيه الاب مثلاً في دعوى الارث المذكورة - بان يقول مدعي الارث مات ابي من عشر سنوات مثلاً وقال المدعى عليه مات ابوك من خمس عشرة سنة ففي هذه القول قول المدعي ، لان الموت حادث والحادث يضاف الى اقرب اوقانه كما تقدم في المادة الحادي عشرة وبهذا افتى الحيد الرملي من كتاب الدعوى من فتاواه قايلاً ولا تقبل بينة المدعى عليه اي على انه مات قبل ذلك اذ يوم الموت لا يدخل تحت القضاء - بخلاف يوم القتل كما نص عليه في الهادية والظهيرية والولولجية والبزاية وغيرها من الكتب اه .

قلت ومقتضى التعليل ان يكون القول قول المدعي بلا عين كما اطلقه الرملي فانه قال القول قول المدعية ولم يقل بيمينها وهذا لان اليمين كالبينة والاقرار طريق لحكم القاضي بموت المورث في التاريخ الذي ذكره المدعي وقد علمت ان الموت لا يدخل تحت القضاء فتأمل .

هذا وذكر في رد المحتار عند قول صاحب التنوير من كتاب القضاء يوم الموت لا يدخل تحت القضاء ما نصه : اي لا يقضى به تصدأ بان تنازع الحصان يوم موت اخر انه كان في يوم كذا - بخلاف ما اذا كان المقصود غيره كتقدم ملك احدهما ولذا قال في البزاية : فان ادعى الميراث وكل منهما يقول هذا لي ورثته من ابي ان في يد ثالث ولم يورثا او ارثا تاريخاً واحداً ، فانصافا وان احدهما اسبق فهو له عند الامامين وليس فيه القول بدخول يوم الموت تحت القضاء لان النزاع وقع في تقديم الملك تصدأ اه

وفيها : ادعى على اخر ضيعة بانها كانت لفلان ورثتها منه اخته فلانة فانت وانا وارثها وبرهن ، تسنع ولو برهن المطلوب ان فلانة ماتت قبل فلان يعني مورثها صح الدفع ، وفيه نظر لما تقرر ان زمان الموت لا يدخل

تحت القضا. قيل النزاع لم يقع في الموت المجرى فصار كالورثة تنازعا في تقديم موت المورث من المورث الاخر قبله وبعده كأبن الابن مع الابن اذا تنازعا في تقديم موت ابيه قبل الجد او بعده اه .
اقول قد يدعى ان النزاع في مسألة الخيرية المارة لم يقع ايضاً في الموت المجرى - بل فيما يترتب عليه من مرور المدة المانعة من سماع الدعوى ، او عدم مرورها ويدفع بالفرق بين ما اذا كان المترتب على زمان الموت اصل الملك في المدعى به كما في مسألتى البرازية المذكورتين ، وبين ما اذا كان المترتب عليه عدم سماع الدعوى بالمدعى به فان النزاع في الثاني ليس الا في الموت المجرى فتدبر .

المادة ١٦٦١ - تسمع دعوى المتولي والمرتقة التي هي في حق اصل الوقف الى ست وثلاثين سنة ولا تسمع بعد مرور ست وثلاثين سنة مثلاً اذا تصرف احداً في ملك ستاً وثلاثين سنة ثم ادعى متولي وقف انه من مستغلات وقفي فلا تسمع دعواه

هذا اذا كان للوقف متول ولم يدع في اثناء هذه المدة ولم يمنعه من الدعوى مانع شرعي . ومثله فيما يظهر اذا كان المتولون عليه في هذه المدة اربعة مثلاً ومضى على كل واحد منهم تسع سنوات ولم يدع . اما اذا مضت هذه المدة والوقف شاغر او انتصب له متول واحد فقط ولم تقض عليه المدة المذكورة ثم ادعى او مضت المدة وهو غائب عن محل المدعى عليه مدة سفر ، فالظاهر ان المرور حينئذ لا يمنع من سماع الدعوى لعدم تحقق تركها في الاول والثاني ، ولكون المتولي معذوراً في تركها في الثالثة واعلم ان التصرف ستاً وثلاثين سنة كما يكون بناء على انه ملك المتصرف يكون بناء على كونه وفقاً تحت تولية .
ففي الحامدية سنل في بناء حوانيت جار في وقف اهلي قايم في ارض

وقف محتكرة ونظار وقف البناء متصرف فيه لجهة الوقف ويدفعون محاکرة الارض للمتولين على وقف البر من مدة تزيد على ستين سنة بلا مراض لهم في ذلك والان قام متولي وقف البر يكلف ناظر الوقف الاهلي، اظهار حجة احتكار تشهد لجهة الوقف الاهلي فكيف الحكم الجواب يعمل بوضع يد نظار الوقف الاهلي ولا يكلف الناظر الى ما ذكر بعد مضي المدة المرقومة - الا بوجه شرعي اذ لا يتزع شيء من يد احد الا بحق ثابت معروف وقالوا ان اليد والتصرف المدد المتطاولة دليل الاستحقاق ظاهراً اه مختصراً .

ثم اعلم ان اطلاق هذه المادة يفيد ان الدعوى في حق اصل الوقف قبل مضي ست وثلاثين سنة تسمم من المرتقة يعني الموقوف عليهم والمذكور في الدر من كتاب الوقف نقلاً عن العادية ان الموقوف عليه لا يملك الدعوى لو غصب منه الوقف الا بتولية او اذن قاض ولو الوقف على رجل معين على ما عليه الفتوى اه .
ومثله في جامع الفصولين وزاد فيه ان مستحق غلة الوقف لا يملك غلة الوقف وانما يملكها المتولي اه .

قال في رد المحتار بعد نقله فافاد ان دعوى الموقوف عليه بالغلة كدعوى عين الوقف اه - اي فلا تسمع الا باذن القاضي - لكن نقل بعد هذا عن التارخانية مغزياً للمحيط : ارض في يد رجل يزعم انها ملكه فادعى قوم انه وقفها عليهم قبلت بينتهم وحكمت عليه بالوقف واخرجتها من يده قال وهذه المسئلة تصريح بان الدعوى من الموقوف عليه صحيحة اه .
قلت وفي الفصل السابع من وقف البرازية ادعى ان هذه الارض وقف عليه لا يسمع وانما يسمم من المتولي وقيل يصح والفتوى على الاول .
واشار الحصاف في مسايل الى ان الدعوى من الموقوف عليه صحيحة . منها ارض في يد غاصب ادعى بعض المصارف ان فلانا وقفها علينا ومات وهو يملكها يقضى بالملك لا بالوقف علل وقال لانه يجوز انه ملكها بعد ما وقفها ولم يعمل بان الدعوى لم تصح . ومنها قوم ادعوا ارضاً بانها وقف

فلان علينا ، لا تسمع لان الانسان قد يقف ما لا يملك ولم يطل بعدم صحة الدعوى - وكذا لو شهدوا انه اقر واشهدنا انه وقف هذه الارض وفقاً صحيحاً وكانت في يده متى مات لا يقبل ولو قالوا بما ذكرنا وكان مالهما ، تقبل ويقضى بكونها وفقاً ويتزع من يد الغاصب وهذا صريح في صحة دعوى المصرف ولولا ذلك لكانت الشهادة بلا دعوى وانها لا تقبل في حقوق العباد ٥١ .

اقول في استدلال البرازي على سماع دعوى الموقوف عليه بهذه المسائل الثلاث ، نظر فان دعوى المصرف في المسئلة الاولى انما هي بملكية الارض لا بوقفيتها بدليل قوله ومات وهو يملكها والحكم بالملكية له لا للدعوى عليه الغاصب والتعليل بقوله لانه يجوز انه ملكها بعدما وقفها ، انما هو لصحة دعوى المصرف الملكية وانه لا تناقض فيها - وكذا هو تعليل لتوجه الحكم له بالملكية فامعنى التعليل بان الدعوى ، لا تصح

واما المسئلة الثانية فان عدم التعليل فيها بعدم صحة الدعوى لا يقتضي ان دعوى الموقوف عليه صحيحة بلا تولية ولا اذن قاض اذ يجوز ان يكون للحكم علاناً وبقتصر على ذكر احدهما لان الملل لا تتراحم

واما المسئلة الثالثة فانه لا ذكر فيها للدعوى اصلاً فهي مخرجة على القول المصحح من ان اصل الوقف من حقوق الله تعالى فتقبل فيها الشهادة حسبة بلا دعوى فلا يكون فيها اشارة الى سماع دعوى الموقوف عليه اصلاً وعلى فرض ان الوقف من حقوق العباد وانه لا بد لقبول الشهادة فيه من الدعوى فاما المانع من ان تكون الدعوى المطوي ذكرها صادرة من المتولي او المأذون له بها . واما ما تقدم عن التارخانية مغزياً للمحيط فالظاهر ان القوم المدعين مأذون لهم بالدعوى من القاضي بدليل قوله قبلت بينتهم وحكمت عليه بالوقف واخرجتها من يده فان كلا من قبول السنة والحكم بموجبها والاخراج لا يكون الا من القاضي وذلك ينبي عن اذنه لهم بالدعوى ولا نزاع في سماع دعوى الموقوف عليه اذا كان مأذوناً بها من القاضي فليس في هذه المسئلة دليل على سماع دعوى الموقوف عليه بلا تولية ولا

اذن من القاضي فضلاً عن ان تكون صريحة فتدبر .
فان العدول عن القول الصحيح المقتى به الى مقابله غير مسلم وبما
ذكرنا تعلم ان ما كتبه هنا في رد المختار ، غير محرر ولا حاصل له وما نقله
عن فتاوي الحانوتي من قوله والحق ان الوقف اذا كان على معين تصح
الدعوى منه وكذا ما نقله عن نور العين من ان الغلة غاء الوقف فيزوال
الوقف تزول الغلة فيصير كأن الموقوف عليه ادعى شرط حقه فينبغي
ان تكون رواية الصحة هي الاسح اه ، لا يلتفت اليه لانها ليسا من
اهل التصحيح والترجيح وما بجثاه لا يقاوم النص الصحيح المقتى به من
الذهب وعليه فاطلاق هذه المادة يحمل على القيد وهو ان يكون
الموقوف عليه مأذوناً بالدعوى من القاضي

واعلم ان هذا كله في دعوى الموقوف عليه ، عين الوقف او غلته على
ذي يد على العين المندعى بها يزعم انها ملكه اما دعواه على متولي
الوقف الثابت الذي لا نزاع فيه انه من الموقوفين عليهم وان له حقاً في
الغلة او ان حقه اكثر مما كان يعطيه . فقد قال في رد المختار ينبغي
عدم التردد في سماعها لانه يريد مجرد اثبات حقه .

ونقل عن الاسناف والبرازية ما يؤيده ولا يشكل عليه ما تقدم عن
العادية والنصولين وغيرها من ان دعوى الغلة كالعين لا تسمع بلا اذن
من القاضي لان ذلك فيما اذا ادعاهما على غاصب يزعم انها ملكه وعن
هذا قال العلامة الحلبي في حاشية الدر ان ما تقدم من عدم سماع دعوى
الموقوف عليه فيما لو غصبه غاصب اما دعوى المستحق استحقاقه من غلة
الوقف فلا شبهة في صحتها ولا يحتاج هذا الى التدبر اه .

المادة ١٦٦٢ - ان كانت دعوى الطريق الخاص والمسبل وحق

الشرب في عقار الملك فلا تسمع بعد مرور خمس عشرة سنة وان
كانت في عقار الوقف فللمتولي ان يدعيها الى ست وثلاثين سنة

ولا تسمع دعوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب التي هي في الاراضي الاميرية بعد ان تركت عشر سنين كما لا تسمع دعوى الاراضي الاميرية بعد مرور عشر سنين

حاصله ان دعوى حق المرور او حق المسيل او حق الشرب تعتبر بدعوى ما هي من حقوقه فيمنع من سماع دعواها اذا كانت حقاً لارض مملوكة ، مرور خمس عشرة سنة ولارض موقوفة ، مرور ست وثلاثين سنة ولارض اميرية مرور عشر سنوات . وكون مرور عشر سنوات يمنع من دعوى مشد المسكة في الاراضي الاميرية المذكور في قانون الاراضي تبعاً لما ذكره الفقهاء . ففي جامع الفصولين : والفتوى في زماننا ان الدعوى اذا تركت عشر سنين في الاراضي الاميرية لا تسمع بعدها اه

وتال الشارح اللبناني هنا ما نصه : هذه صورة المظبطة التي نظمتها لجنة المجلة بخصوص مرور الزمان بحق الدعاوي التي تحدث من التخزينه الجليلية على عامة الناس وصدرت الارادة السنية الشاهانية باجراء الجاها (احيل قبلاً الى لجنة عجزنا من جانب نظارة العدليه الجليلية تذكرة سامية مؤرخة في ٢٨ ربيع اول سنة ١٢٩٧ واردة للنظارة المشار اليها من مقام رآسة الوكلاء الجليل ولفوف بها تذكرة من نظارة المالية الجليلية مضمونها حيث ان بعض المعامك تتردد عن دفع ورد دعوى بعد مرور الزمان التي يدعيها المهدون والمترمون الذين بذمتهم دين بقايا من الاموال القديمة للتخزينه الجليلية لا تكون مقيدة في الدعاوي المتعلقة بها بمرور الزمان المذكور في المادة العاومة من كتاب الدعوى من المجلة وعليه يطالب في التذكرة السامية الاشارة بالمتضى في هذا الخصوص وفي التذكرة المتقدمة من لجنة هؤلاء العاجزين جواباً على التذكرة السامية المذكور ان المباحثة جارية في اللجنة بخصوص المعاملات اللازم اجراؤها لدى المحاكم في هذا الشأن من بعد نشر الكتاب المذكور وباقي القوانين الجديدة وان الدعاوي الكائنة

من هذا القبيل قبل التواريخ المذكورة فمن مقتضى الحال والمصلحة ان ترى حسب اصولها السابقة وان على المحاكم ان تجري المعاملة وقتياً على الوجه المشروح ولدى التذكار تقرر انه حيث لم يكن في المادة ١٦٦٠ من المجلة استثناء. فهي اذا شاملة للدعاوي التي يقيمها مأمور الجزينة فيما يكون لها من المطالب عند الناس وكذا بالعكس اي الدعاوي التي يقيمها عامة الناس فيما يكون لهم من المطالب قبل الجزينة الجليلة وبناء على ذلك يتضح ان مثل هذه الدعاوي اذا تركت خمس عشرة سنة بدون عذر فينبغي ان لا تسمع وحيث بعض المحاكم تتردد في هذا الامر فلنكي لا يبقى محل للتردد لزم الايضاح - وهو ان الدعاوي المذكورة التي تتك خمس عشرة سنة بلا عذر لا تسمع بعد المدة المذكورة ومأمور الجزينة الذين ينبى مرور الزمان الى تكاسلهم يكونون ضامين ومسئولين ثم قد صرح في قانون الاراضي الهامبوني ان مدة مرور الزمان في حق الاراضي الاميرية هي عشر سنين وقد ادرج ذلك في المجلة اجمالاً - الا ان هذا القول هو بحق التصرف بالاراضي الاميرية وحيث ان مدة الدعاوي التي يقيمها مأمور الاراضي الاميرية على مراقبي الاراضي مسكوت عنها ومن المعلوم انه اذا وقعت دعوى على رقبة الارض بين بيت المال والوقف فتسمع دعوى متولي الوقف الى ست وثلاثين سنة فيجب اذاً ان تسمع دعوى مأموري الاراضي المتعلقة برقبة الارض حتى ست وثلاثين سنة واما الدعاوي الكائنة قبل تاريخ نشر واطلاق كتاب الدعاوي فيجب ان ترى وتفصل حسب الاصول والمعاملات السابقة على ما تبين في مذكرتنا المتقدمة وبكل الوجوه الخ ، تاريخ الارادة السنية في ٢٢ محرم سنة ١٣٠٠ و ٢٢ تشرين ثاني سنة ١٢٩٨ .

المادة ١٦٦٣ - والمعتبر في هذا الباب يعني مرور الزمان المانع لاستماع الدعاوي ليس هو الا مرور الزمان الواقع بلا عذر واما

الزمان الذي مر بعدد شرعي ككون المدعي صغيراً او مجنوناً او معتوهاً سواء كان له وصي او لم يكن او كونه في ديار بعيدة مدة سفر او كون خصمه من المتغلبة فلا يعتبر مثلاً لا يعتبر الزمان الذي مر على حال صغر المدعي وانما يعتبر من تاريخ وصوله الى حد البلوغ كذلك اذا كان لرجل مع احد المتغلبة دعوى ولم يمكنه الادعاء لامتداد زمان تغلب خصمه ووجد مرور الزمان لا يكون مانعاً لاستماع الدعوى وانما يعتبر مرور الزمان من تاريخ زوال التغلب .

الكلام على هذه المادة من وجوه الاول ان قوله سواء كان له وصي او لم يكن ، موافق لما في الفتاوي الحيرية ولما في فتاوي علي افندي وغيرها نقلاً عن الحاروي الزاهدي من اطلاق استثناء دعوى الصغير والمجنون وعدم تقييده بان لا يكون له ولي - لكنه يخاف لما نقله في رد المحتار والحامدية عن جامع الفتاوي ونصه : قال المناخرون من اهل الفتوى لا تسمع الدعوى بعد ست وثلاثين سنة - الا ان يكون المدعي غائباً او صيباً او مجنوناً وليس لها ولي او المدعى عليه اميراً جابراً اهـ فانه يفيد انه لو كان للصبي او المجنون ولي في تلك المدة تكون دعوى الصغير بعد باوغه او المجنون بعد افاقته غير مسموعة ولعل جمعية المجلة اختارت اطلاق استثناءها رحمة بها وحفظاً لحقوقها فان اكثر الاوصياء في هذا الزمان الفاسد لا يهمهم ترك الدعوى في حقوق الصغير او المجنون اما لمنفعة خصوصية لهم او ضناً منهم بصرف اوقاتهم لمصلحة ذلك الصغير او المجنون مع انشغالهم بصرفها لمصالحهم الذاتية فلا جرم كانت دعواهما مسموعة بعد البلوغ والافاقه وان كان لها ولي قبل ذلك - الا ان تمر المدة المذكورة على دعواهما بعد البلوغ والافاقه ويا ليت ان مرور الزمان مها طال لا

يكون مانعاً من سماع دعوى الوقف ايضاً سواء كان له متولٍ او لم يكن - فان ما يقال في اوصياء هذا الزمان، يقال في المتولين ايضاً لا سيما في المتولين على اوقاف المساجد والزاويا واشباهها على ان لقائل ان يقول ان الناظر على الوقف لو اقر صريحاً بان هذا العقار مثلاً ملك زيد ولا حق للوقف فيه يكون اقراره غير معتبر على الوقف كما صرحوا به ولا يكون مانعاً من سماع دعوى متولٍ آخر ينتصب بعده على الوقف فكيف يكون مجرد سكوتة عن الدعوى تلك المدة مانعاً من سماعها من غيره فتأمل .

ثانيها الضمير في قوله او كونه في ديار بعيدة الخ، وان كان راجعاً هنا الى المدعي - الا ان غيبة المدعى عليه ايضاً تكون عذراً للمدعي في ترك دعواه - حتى لو ترك المدعي دعواه لغيبة المدعى عليه مسافة القصر يكون معذوراً في تركه الدعوى هذه المدة فتسمع دعواه بعد حضور المدعى عليه - الا اذا كان مرور الزمان بعد حضوره . قال في الخيرية من المقرر ان التارك لا يتأتى من التائب له او عليه لعدم تأتّي الجواب منه في الغيبة . والملة خشية التروير ولا يتأتى بالغيبة الدعوى عليه فلا فرق فيه بين المدعي والمدعى عليه اه .

ثالثها ان قوله او كون خصمه يعني المدعى عليه من المتغلبة فيه اشارة الى انه لا يشترط في كونه متغلباً ان يكون اميراً . والتقيد بكونه اميراً جائزاً ، اتفاقي او جرى على الغالب - حتى لو لم يكن اميراً ولا مأموراً لكنه صاحب نفوذ وله وجهة عند اولياء الامور وهو مع ذلك شرير يزور الدعاوي الجنائية الكاذبة على من يتاومه او يعانده يكون من المتغلبة بل تغلبه وهو في هذه الحالة اشد من تغلبه لو كان اميراً فقد شاهدنا من امثال هؤلاء . كفى الله عباده من شرورهم كثيراً ممن استولى على اراضي وعقارات وخلافها من اناس قد منهم الخوف من شره ان يدعوا عليه في محكمة ما فتل هؤلاء . لا يكون مرور الزمان مانعاً من سماع الدعوى عليهم الا اذا كان من تاريخ زوال تغلبهم .

المادة ١٦٦٤ - مدة السفر هي ثلاثة ايام اي مسافة ثمانى عشرة
ساعة بالسير المعتدل

وهو سير الابل ومشي الاقدم وخرج سير البقر بحر العجلة ونحوه
لانه ابطاء السير كما ان اسرعه سير الفرس والبريد بحر . واعلم ان مسافة
السفر الموجب لقصر الصلاة هي ثلاثة ايام من اقصر ايام السنة وقيل من
معتدلا ولا يشترط سفر كل يوم الى الليل بل الى الزوال لان الزوال اكثر النهار
الشريعي الذي هو من الفجر الى الغروب وهو نصف النهار الفلكي الذي
هو من الطلوع الى الغروب ثم ان من الفجر الى الزوال في اقصر ايام
السنة في مصر وما ساواها في العرض سبع ساعات الا ربعا فمجموع الثلاثة
ايام عشرون ساعة وربع ويختلف بحسب اختلاف البلدان في العرض ح
قلت ومجموع الثلاثة ايام في دمشق عشرون ساعة الا تلك ساعة تقريبا
لان من الفجر الى الزوال في اقصر الايام عندنا ست ساعات وثلثي ساعة
الا درجة ونصفا وان اعتبرت ذلك بالايام المعتدلة كان مجموع الثلاثة ايام
اثنين وعشرين ساعة ونصف ساعة تقريبا لان من الفجر الى الزوال سبع
ساعات ونصفا تقريبا كذا في رد المحتار من باب صلاة المسافر

فالظاهر ان تقدير ما بين الفجر الى الزوال بست ساعات كما في هذه
المادة مبني على عرض الاستانة وما ساواها فيه . بقي شي . وهو ما لو
كانت المسافة اقل من مدة السفر الا ان الطريق غير آمن من اللصوص
وقطاع الطريق هل تكون النية حينئذ عذراً في ترك الدعوى لم ار
من ذكر ذلك او اشار اليه فليحرج

وزعم الشارح اللساني ان ما يريد كونه عذراً ما في فتاوي علي افندي
حيث مثل بما نعيه اذا باع زبيد المستامن من عمرو الدمي في دار
الاسلام مقدارا من المتاع بشمن معلوم وسلمه المبيع وقبل ان يستوفي منه
الثلث ذهب المستامن البايع الى دار الحرب ومكث فيها ثلاثين سنة ولم

يستوف الثمن ولكن حال ما خرج من دار الحرب بالامان طلب الثمن المذكور من عمرو فدفعه عمرو بمجرد قوله ان حقه قد سقط بمرور ثلاثين سنة فهل يقدر على عدم دفع الثمن الجواب لا يقدر اه .
وانت تعلم انه ليس في هذه المسئلة ما يشير الى زعمه فضلاً عن كونه يؤيد مدعاه لان سماع دعوى الباع المستأمن بشن ما باعه ، ليس لكون الطريق غير آمن بل لكون الذمي المشتري قد دفع دعواه بمجرد قوله ان حقه قد سقط الخ فهو مقر بالبيع . وبقاء الثمن بقوله المذكور وكأنه ظن ان المراد من لفظ المستأمن من كان طريقه مأموناً وان العلة في سماع دعواه بعد هذه المدة هو عدم امن الطريق فافهم .

المادة ١٦٦٥ - سا كنا بلدين بينهما مسافة سفر احتمالاً في بلدة ولو صرة ولم يدع احدهما على الاخر شيئاً وكانت محالتهما ممكنة فبعد ما وجد مرور الزمان بهذا الوجه لا تسمع دعوى احدهما على الاخر بتاريخ اقدم من مدة مرور الزمان

افاد قوله وكانت محالتهما ممكنة انه لو لم تكن كذلك بان اجتمعا في قرية او قرية لا حاكم فيها او ما امكنت المعاينة بينها لمرض باحدهما او لذهاب المدعى عليه بسرعة او نحو ذلك ، يكون ذلك الاجتماع كمدمه فيعذر المدعي في ترك الدعوى كما اذا لم يجتمعا وزعم الشارح اللبناني ان هذه المادة صريحة في ان الغيبة انما تكون عذراً اذا كانت منقطعة قال وهذا هو الصواب اه مختصراً . وهو زعم فاسد فان الغيبة المنقطعة هي ما لا يدري فيها مكان الغائب ولا موته ولا حياته كما صرحوا به . وهذا ليس شرطاً لكونها عذراً كما لا يخفى على من شئ راحة الفقه فان اراد بانقضية المنقطعة ، ما لم يجتمع فيها التدايمان يكون استصوابه المذكور ابرء من اليخ لانه فسر الما . بعد الجهد بالماء .

المادة ١٦٦٦ اذا ادعى احد على اخر مالا في حضور الحاكم في كل برهة مرة ولم تفصل دعواه ومر على هذا الوجه خمس عشرة سنة فلا يكون هذا المرور مانعاً لاستماع الدعوى واما ما لم يكن في حضور الحاكم من الادعاء والمطالبة لا يدفع مرور الزمان بناء عليه اذا ادعى احد في غير مجلس الحاكم وطالب به وعلى هذا الوجه وجد مرور الزمان فلا تسمع دعواه

حاصله ان عدم سماع الدعوى بعد مرور الزمان حيث تحقق تركها هذه المدة فلو ادعى في اثنتائها ، تسمع دعواه ثانياً ما لم يكن بين الدعوى الاولى والثانية هذه المدة ثم ان شرط الدعوى مجلس القاضي فلو ترك دعواه على عمرو مدة خمس عشرة سنة لكن طالبه بحقه مراراً في غير مجلس القاضي لا تسمع لان المطالبة في غير مجلس القاضي ليست دعوى - نعم لو ادعى عند القاضي ولم تفصل الدعوى ومضت المدة تسمع لانه صدق عليه انه لم يتركها عند القاضي افاده في رد المختار .

المادة ١٦٦٧ - يعتبر مرور الزمان من تاريخ وجود صلاحية الادعاء بالمدعى به فمرور الزمان في دعوى دين مؤجل انما يعتبر من حلول الاجل لانه ليس للمدعي صلاحية دعوى ذلك الدين ومطالبته قبل حلول الاجل مثلاً لو ادعى احد على آخر بقوله لي عليك كذا دراهم من ثمن الشيء الفلاني الذي بعتك اياه قبل خمس عشرة سنة مؤجلاً الى ثلاث سنين تسمع دعواه لانه يكون قد مر اثنتا عشرة سنة اعتباراً من حلول الاجل

وعليه فلو كان الدين موجلاً الى حين طلب الدين كما يقع كثيرا في زماننا يعتبر مرور الزمان من تاريخ السند الذي تحرر بالدين لان صلاحية الدعوى للدين ثابتة من حين التأجيل لعدم صحته بسبب جهالة المدة

كذلك لا يعتبر مرور الزمان في دعوى البطن الثاني بالوقف المشروط للاولاد بطناً بعد بطن الا من تاريخ انقراض البطن الاول لانه ليس للبطن الثاني صلاحية الدعوى ما دام البطن الاول موجوداً

فالو ان عقار وقف هر في تصرف جماعة من ذرية واقفه يتناولون غلته مدة تمتع من سماع دعوى الاستحقاق ثم ماتوا عن اولاد يزعمون انهم مستقاون بغلة الوقف فادعى رجل هو من ذرية الواقف ان له استحقاقاً في غلته بمقتضى ان جدهم الواقف قد شرط صرف غلته لاولاده واولاد اولاده واعقابه بطناً بعد بطن اي طبقة بعد طبقة وانه من اهل البطن الثاني مثلاً وقد انقرض الآن اهل البطن الاول فوصلت نوبة الاستحقاق اليه باسوتهم فالو انكر المدعى عليهم شرط الواقف على هذا الوجه وادعوا ان الوقف عليهم خاصة ، تسمع دعواه المذكورة ولا يمنع من سماعها مرور الزمان - ما لم يكن مبدأه من تاريخ انقراض البطن الاول اذ لا صلاحية فيه للدعوى الا من ذلك الوقت . هذا هو المراد من هذه الفقرة وفي فتاوي المرحوم شيخ الاسلام علي افندي ما تعريبه في وقف مشروطة توليته وغلته لاولاد الواقف واولاد اولاده بطناً بعد بطن فباع زيد الذي هو من اولاد الواقف منزل الوقف من عمرو وسلمه اياه وبعد ان تصرف فيه المشتري ثلاثين سنة ، مات زيد البايص فصارت نوبة الاستحقاق في المذكور الى بكر الذي هو من اولاد اولاد الواقف قام بكر يريد الدعوى بمنزل الواقف المذكور على عمرو المشتري فدفعه عمرو بمجرد قوله دعواك غير مسوعة بعد مرور المدة المذكورة فهل يكون عمرو قادراً على منع بكر من دعواه المذكورة .

الجواب لا يكون قادراً ومرت مسئلته قبل مسئلة ا هـ . وتعريب المسئلة التي مرت قبل هذه هكذا في منزل وقف ضبطه زيد تغلباً وبعد اربعين سنة قام المتولي على الوقف المذكور يريد الدعوى على زيد بذلك فهل اذا كان زيد معترفاً ودفع عمرو المتولي بمجرد قوله ان دعواك بعد مرور اربعين سنة لا تسمع ولا يكون قادراً على منع دعوى المتولي .

الجواب لا يكون قادراً على ذلك ا هـ . ولا يخفى ان السؤال المحال عليه مصرح فيه ان المدعى عليه مقر فيكون السؤال الثاني الذي قال انه مرت مسئلته قبل مسئلة مثله ويشير الى كونه مثله قوله فدفعه بمجرد قوله دعواك غير مسموعة كما هو ظاهر فتكون علة سماع الدعوى في المسئلتين وعدم اندفاعها بمرور الزمن ، هي كون المدعى عليه مقراً فلا تنطبق على هذه الفقرة - فتشيل الشارح البناني لهذه الفقرة بمسئلة الفتاوى المذكورة غير صحيح - كما انه ايضاً لا يصح تمثيله لما بما لو وقف احد عقاراً وشرط غلته لاولاده الذكور وبعد انقطاعهم على بناته فباع اولاده الذكور ذلك العقار من رجل وسلسوه اياه وبعد ستين سنة مثلاً انقطعت اولاد الذكور فأقامت بناته الدعوى على المشتري بذلك العقار تسمع دعواهن ولا يمنها مرور الزمان المذكور لان حق اقامة الدعوى لم يثبت لمن الا بعد انقطاع الذكور ا هـ .

وانما لا يصح التمثيل لهذه الفقرة بالثالين المذكورين ، لان المدعى عليه اذا انكر دعوى المدعي وادعى انه ملكه وفي تصرفه تلك المدة الطويلة ، فالظاهر ان الدعوى عليه تكون غير مسموعة ، لما تقرر من ان الدعوى باصل الوقف بعد ست وثلاثين سنة على ما رجعت المجلة ، لا تسمع . وكون صلاحية الادعاء للمدعي لم توجه الا بعد انقراض البطن الاول في المثال الاول وبعد انقراض الذكور من اولاد الواقف في المثال الثاني ، غير مسلم لان صلاحيته لا يشترط فيها ان يكون المدعي مستحقاً بالفعل وانما شرطها ان يكون المدعي متولياً او مأذوناً له بالدعوى من الحاكم وان كان غير موقوف عليه اصلاً فالسحق بالفعل اذا لم يكن

متولياً ولا مآذونا ليس فيه صلاحية الدعوى على ما هو الصحيح المتى به
كما تقدم - الا ترى انه لو ترك نظار الوقف الدعوى بعقار هو في يد
زيد وتصرفه مدة ستة وثلاثين سنة ثم وصلت نوبة التولية الى رجل
واراد الدعوى بذلك العقار لا تسمع دعواه بعد مرور هذه المدة مع ان
صلاحية الدعوى له لم توجد الا حينها صار متولياً .

والحاصل ان المراد من هذه الفقرة ان دعوى الاستحقاق في الوقف
ينعم من ساعها مرور الزمان ان كان المرور من بعد صلاحية المستحق
للدعوى كما قلنا في صدر هذه المقالة والا فلا يكون مانعاً . واما الدعوى
باصل الوقف فليس مما تنطبق عليه احكام هذه الفقرة هكذا ينبغي تقرير
هذا المحل والحمد لله عز وجل

وكذلك يعتبر مرور الزمان في المهر المؤجل من وقت الطلاق
او من تاريخ موت احد الزوجين لان المهر المؤجل لا يكون معجلاً
الا بالطلاق او الوفاة

اما لو كان بعض الشروط تعجيله قبل الفرقة بالموت او بالطلاق او
كله مؤجلاً الى وقت معين فيعتبر مبدأ مرور الزمان من وقت حلول
الاجل كما في سائر الديون وفي رد المختار ما ملخصه : ثم لا يخفى ان
ترك الدعوى انما يتحقق بعد ثبوت حق طلبها فلو مات زوج المرأة او
طلقها بعد عشرين سنة مثلاً من وقت النكاح فلها طلب المهر، لان حق
طلبه انما ثبت لها بعد الموت او الطلاق لا من وقت النكاح . وبه يعلم
جواب حادثة الفتوى في رجل له كدك مشتمل على منجور وغيره وضعه من
ماله في الدكان باذن ناظر الوقف من نحو اربعين سنة وتصرف فيه هو
وورثته من بعده هذه المدة ثم انكره الناظر الان وانكر وضعه بالاذن
وازداد الورثة اثباته واثبات الاذن بوضعه والذي ظهر لي في الجواب سماع
البينة في ذلك لانه حيث كان في يدهم ويد مورثهم هذه المدة بدون

معارض لم يكن ذلك تركا للدعوى .

ونظير ذلك ما لو ادعى زيد على عمرو بدار في يده فقال له عمرو كنت اشتريتها منك من عشرين سنة وهي ملكي الى الآن وكذبه زيد في الشراء فتنسح بينة عمرو على الشراء المذكور بعد هذه المدة ، لان الدعوى توجهت عليه الآن وقبلها كان واضح اليد بلا معارض فلم يكن مطالباً باثبات ملكيتها فلم يكن تاركاً للدعوى - ومثله فيما يظهر ان مستأجر دفتر الوقف يعمرها باذن الناظر وينفق عليها مبلغاً من الدراهم يصير له ديناً على الوقف ويسمى في زماننا مرصداً ولا يطالب به ما دام في الدار فاذا خرج منها فله الدعوى على الناظر بمرصده المذكور وان طالت مدته حيث جرت العادة بانه لا يطالب به قبل خروجه - ولا سيما اذا كان في كل سنة يقطع بعضه من غير اجرة الدار فليتأمل اه .

اقول ان ضمير طلبها من قوله ثم لا يخفى ان ترك الدعوى انما يتحقق بعد ثبوت حق طلبها ، عايد الى الدعوى مراداً بها المدعى به كما تنبى .
عنه الامثلة بعد هذا والا فان حق طلب الدعوى لا يثبت المدعى به ثابت في كل وقت وان لم يكن له حق طلب المال المدعى به ففي الثالث من دعوى الدين من الانقروية اذا ارادت المرأة اثبات بقية مهرها على الزوج فلها ذلك وان لم يكن لها حق المطالبة ببقية المهر في الحال .
وكذلك من له الدين الموجل اذا اراد اثباته الله ذلك وان لم يكن له حق المطالبة في الحال اه . فكان الاصول ان يقول بعد ثبوت حق طلب المدعى به فتدبر .

واقول ايضاً ان تعاطيه لجواب حادثة الفتوى بانه حيث كان في يدهم وبند مورثهم هذه المدة الخ ، لفا يظهر فيما اذا كان النزاع بين مدعي الجدك وبين المتولي في عين المنجور الموضوع هل هو ملك المستأجر او هو جار في الوقف تبعاً لحالوته . اما لو كان النزاع بمجرد كون المستأجر وضعه باذن المتولي ليكون له حق القرار او بغير اذنه ليكلفه القلع فلا يظهر كما لا يخفى . نعم يمكن تعطيل سماع الدعوى حينئذ بانه حيث

كان يدفع للتولي اجرة مثل يدكان خالية عن جدكه الموضوع ، لم يكن محتاجا لدعوى انه وضعه باذنه لان منعه من الجدك قد كان يستوفيه فلم يتحقق تركه للدعوى فتكون هذه المسئلة ، كسئلة دعوى الدين على رقة الوقف المسمى بالمرصد الذي استظهر ان الدعوى به على الناظر تسمع ، وان طالت مدته حيث جرت العادة بان الا يطالب به قبل خروج الدار من يده فان العلة في المسئلين واحدة - لكن افتي في الحامدية من كتاب الدعوى بان مرور الزمان يمنع من سماع دين المرصد وان كان المدعي مستقدا الى حجة تتضمن الدين من عشرين سنة وحكم الحاكم بثبوته فهو مخالف لما استظهره هنا الا ان يحمل ما افتي به في الحامدية على ما اذا لم تكن دار الوقف في يد مدعي المرصد وقد مضى على خروجها من يده وتسليمها لجهة الوقف مدة تمنع من سماع الدعوى فليتامل .

المادة ١٦٦٨ - لا يعتبر مرور الزمان في دعوى الطلب من المفلس الا من تاريخ زوال الافلاس مثلا لو ادعى احد ممن تمادى افلاسه خمس عشرة سنة وتحقق ايساره بعد ذلك بانه قبل خمس عشرة سنة كان لي عليك من الجهة الفلانية كذا دراهم ولما كنت مفلسا من ذلك التاريخ الى الان لم يمكنني الادعاء ولاقتدارك الآن على ايفاء الدين ادعي عليك به تسمع دعواه

ذكر هذه المسئلة في رد المحتار قبيل باب التحكيم وعزاها الى الحامدية ولم ارها في الحامدية لا في كتاب الدعوى ولا في كتاب القضاء نعم ثبت بهذه المادة ان السلطان نصره الله تعالى اذن للقضاة بماع الدعوى فيها فوجب عليهم سماعها .

المادة ١٦٦٩ - اذا ترك احد الدعوى بلا عذر ووجد مرور

الزمان على ما ذكر آنفاً فكما لا تسمع تلك الدعوى منه في حياته كذلك لا تسمع من ورثته بعد مماته ايضاً

لان ما يمنع صحة دعوى المورث يمنع صحة دعوى الوارث كما قدمناه في شرح المادة ١٦٥٩ عن الحامدية مغزياً للولولجية وقد منا هناك عنها مغزياً للخلاصة ان من لا تسمع عليه الدعوى بشي. لا تسمع الدعوى بذلك التي. على وارثه لان الوارث قائم مقام مورثه .

المادة ١٦٧٠ - اذا ترك المورث الدعوى مدة وتركها الوارث ايضاً مدة وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمان فلا تسمع

حتى لو سمها القاضي والحالة هذه وحكم لذلك الوارث بعد سماع بيئته لا يكون حكمه نافذاً لان السلطان لم يوكل بجماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة كذا في فتاوي المرحوم علامة الروم علي افندي .

المادة ١٦٧١ - البايع والمشتري والواهب والموهوب له كالوارث والمورث مثلاً اذا كان احد متصرفاً في عمرسته متصلة بدار خمس عشرة سنة مع سكوت صاحب الدار ثم عند ما بيعت الدار ادعى المشتري بان هذه العرصه طريق خاص للدار التي اشتريتها فلا تسمع دعواه كذلك لو سكت البايع مدة وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمان لا تسمع دعوى المشتري

والظاهر ان مثل المورث والوارث ايضاً الموصي والموصى له فلا تسمع دعوى الموصى له ان الارض المذكورة طريق خاص للدار الموصى بها بعد

ان ترك الموصي الدعوى بها مدة والموصى له مدة وكان مجموع المدتين خمس عشرة سنة . وهذا لان الوصية والميراث اخوان . والظاهر ان العلة في هذه المسائل كلها ، ان القاضي منهي عن سماع دعوى تركت خمس عشرة سنة والترك المذكور حاصل بمجموع ترك المدعي وترك من تلقى الملك من جهته .

المادة ١٦٧٢ - لو وجد مرور الزمان في حق بعض الورثة في دعوى مال الميت الذي هو عند آخر ولم يوجد في حق البعض الاخر لعذر كالصغر وادعي به واثبته يحكم بحصته في المدعى به ولا يسري هذا الحكم الى سائر الورثة

لان مرور الزمان على الوارث الذي ترك الدعوى بلا عذر منع من سماع دعواه فلا ينتصب الوارث الاخر الذي كان معذورا بترك الدعوى لصغر او جنون او غيبة مدة القصر خصما عنه - الا ترى انه لو اقر بعض الورثة ان لا حق لمورثه في هذا المدعى به ينفذ اقراره على نفسه ثم اذا ادعاه البعض الاخر واثبته يحكم له بحصته منه ولا يسري هذا الحكم الى الوارث المقر .

المادة ١٦٧٣ - ليس لمن كان مقراً بكونه مستاجراً في عقار ان يملكه لمرور زمان ازيد من خمس عشرة سنة واما اذا كان منكرأ وادعى المالك بانه ملكي و كنت آجرتك اياه قبل بسنين وما زلت اقبض اجرته فتسمع دعواه ان كان ايجاره معروفاً بين الناس والا فلا

قد ذكر في باب العدة من الدر وحواشيه ان الشهرة بين الناس هي عبارة عن الاشهاد على الشيء. ولو لرجلين وان الاشهاد اشهر ومعلوم ان كون الشيء معروفاً لا يعني انه مشهور بل المعروف اخص من المشهور فلعل المراد من كون الايجار معروفاً ان يكون مشهداً عليه ولو بشاهدين فقط والا كان مشكلاً كما سيأتي تقريره في شرح المادة الآتية فتأمل .

المادة ١٦٧٤ - لا يسقط الحق بتقادم الزمان بناء عليه اذا اقر واعترف المدعى عليه صراحة في حضور الحاكم بان للمدعي عنده حقاً في الحال في دعوى وجد فيها مرور الزمان بالوجه الذي ادعاه المدعي فلا يعتبر مرور الزمان ويحكم بموجب اقرار المدعى عليه واما اذا لم يقر المدعى عليه في حضور الحاكم وادعى المدعي بكونه اقر في محل آخر فكما لا تسمع دعواه الاصلية كذلك لا تسمع دعوى الاقرار ولكن الاقرار الذي ادعى ان كان قد ربط بسند حاوٍ لخط المدعى عليه المعروف او ختمه مقدماً ولم يوجد مرور الزمان من تاريخ السند الى مدة الدعوى تسمع دعوى الاقرار على هذه الصورة

اقول فهم المراد من هاتين المادتين على وجه معقول ، مشكل من وجوه اولها ما الفرق بين ما اذا اقر المدعى عليه بالمدعى به في حضرة القاضي وبين ان يثبت اقراره المذكور بالبينه الشرعية لدى القاضي وقد اتفقوا على ان الثابت بالبينه كالثابت بالعيان وهذا صرحت المادة ٧٥ وقد نقلنا في شرح المادة ١٦٥٢ عن فتاوي الانقروي مغزياً للقنية ما نصه : باع بضرة وكتب في الصك واشهد على نفسه بقبض اثن ثم ادعى على المشتري انه اقر انه بقي عليه نصف الثمن واقام بينة ، تسمع .

قال استاذنا وان ما ذكره شيخ الاسلام يصح وجها له لكن الوجه الصحيح انه وان كان متناقضاً الا انه لما ادعى اقرار المشتري بذلك فقد ادعى تصديق الحُصم فيه واثبته بالبينة والثابت بالبينة كالثابت بالعيان ولو عين اقراره ببقاء شيء من الثمن تسمع دعوى البايع ولا يكون التناقض مانعاً . فاذا سمعت دعوى الاقرار من المدعي اذا تناقض صريحاً فلأن تسمع منه حال كون تناقضه موهوماً مبنياً على احتمال مجرد ، اولى ونقل في تكملة رد المحتار عن فتاوي الاسماعيلية ما نصه : فيما اذا كانت دار بين زيد وهند فوضع زيد يده على الدار المزبورة مدة تزيد على خمس عشرة سنة وطلبت هند منه في اثناء المدة ان يقم لها حصتها واجابها الى ذلك ومات ولم يقم لها فطلبت اولاده بحصتها في الدار فذكروا بان والدهم تصرف اكثر من خمس عشرة سنة ولم تدع عليه هند ولم يمنعها من الدعوى مانع شرعي فلا تسمع دعواها بذلك فهل تسمع دعواها حيث كان معترفاً بان لها في الدار حصة اجاب تسمع دعواها حيث كان معترفاً بان لها حصة اه

قال في التكملة بعد هذا الى غير ذلك من الاجوبة - الا انه لم يعز ذلك لاحد كما هو عادته لكن يؤيد اطلاق التقيح ايضاً اه . قلت هو غير مطالب بالنقل لان المسئلة ليست من مسائل المذهب وانما هي مبنية على منع السلطان ايده الله قضاة عن سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة - الا اذا كان المدعى عليه مقراً ويكفيه نصاً لما اجاب به ، اتفاهم على ان الثابت بالبينة كالثابت بالعيان حتى ان الامر السلطاني صدر بهذا ايضاً فالمطالب بالنص من زعم خلاف ذلك .

فان قيل ان صدور الامر السلطاني بعدم سماع دعوى مضى عليها خمس عشرة سنة ، انما كان لقطع مادة الحيل والتدوير وان مجرد اقامة البينة على الاقرار المذكور ، لا يخلوا عن هذا الاحتمال ، ولهذا اذا كان ذلك الاقرار مربوطاً بسند خارج لخط المدعي او ختمه المروفين تسمع اذ لا يبقى حينئذ اثر لاحتمال الحيلة والتدوير قلنا ان كون المدعى به في

يد المدعى عليه مدة تمنع من سماع الدعوى ما قد لا يثبت الا بشهادة شاهدين يقيما المدعى عليه بعد انكار المدعي فلماذا سمعت بيته على ذلك ولم تسمع بيته المدعي على اقراره مع ان احقال التزوير قائم في الطرفين على ان هذا الاحتمال قائم في كل بيته يحكم لها القاضي ولم يامر بالشرع الا بالاحتياط في قبولها وذلك بالتركيبه سراً وعلناً ونحو ذلك على ان اشتراط كون الاقرار مربوطاً بسند حار لحظ المدعى عليه او ختمه يقال عليه لو ان المدعى عليه انكر خطه او ختمه فاثبات ذلك لا يخلو اما ان يكون باقامة بيته يقيما المدعي فما قد قبلتم منه الدعوى على مدعي مرور الزمان وسمعت عليه البيته واما ان يكون بطريق التطبيق بمعرفة اهل الخبرة حسبما صرحت به المادة ١٦١٠ اخذاً باحد قولين للعلماء وحكمتهم عليه بان الخط خطه والحتم ختمه بما هو اطعم من البيته فلماذا سمعت عليه الدعوى ها هنا ولم تسمعوها عليه بانه اقرار لتأجر مع ان احقال التزوير قائم في الوجهين وكذلك لو اعتذر المدعي عن تركه الدعوى تلك المدة المانعة بان المدعى عليه كان ذا شوكة وانكر المدعى عليه ذلك فهل يثبت كونه ذا شوكة الا باقامة شاهدين عدلين فلماذا سمعت منه هذه الدعوى وقبلتم بيته على ذلك ولم تسمعوها على اقراره اي المدعى عليه بالمدعى به .

الوجه الثاني ان قوله فكما لا تسمع دعواه الاصلية كذلك لا تسمع دعوى الاقرار ، يقال عليه بان المنع من سماع دعوى المدعي بعد مرور الزمان كان مسبباً عن تركه الدعوى تلك المدة مع تمكنه منها وهذا السبب لم يوجد في دعوى الاقرار الحادث بقياس دعوى الاقرار الحادث على دعوى التملك الذي مضى عليها مرور الزمان قياس مع الفارق وكيف لا تسمع دعوى اقرار لو ثبت لكان حجة على صاحبه وقد صرحت المادة التاسعة والسبعين ان المرأ مواخذ باقراره وقالوا انه لا عذر لمن اقر .

الوجه الثالث ما معنى كون الايجار معروفاً بين الناس وما المراد من

لام التريف الداخلة على الناس هل للاستفراق فيكون مشاراً بها الى الحقيقة في ضمن كل فرد او الجنس فيكون مشاراً بها الى الحقيقة من حيث هي او العهد الخارجي فيكون مشاراً بها الى الحقيقة في ضمن حصة معينة من الجنس فان كان معنى كون الايجار معروفاً ان يكون متواتراً واللام للاستفراق النسبي المجازي بان يجبر به جم غفير لا يجوز العقل اتفاقهم على الكذب بحيث يفيد العلم الضروري ، كان هذا تضيقاً عظيماً يؤدي الى ضياع حقوق كثيرة فان كثيراً ما تكون دكان او دار او حانوت مشتركة بين رجل واخته مثلاً فيؤجرها الاخ بتفويضها ويقبض اجرتها ويدفع لاخته ما خصها من الاجرة كل سنة بسنتها ويمضي على ذلك زمان يمنع من سماع الدعوى وقليل من الناس من يطلع على ذلك وكثيراً ما يستأجر انسان دكاناً او داراً او حانوتاً وتبقى في يده مدة تمنع من سماع الدعوى وهو في كل سنة يدفع اجرتها وقليل من الناس من يعرف ان الدكان ملك فلان فاذا كان التواتر شرطاً لجماع دعوى الاخت او مالك الدكان ولقبول بينته ، ضاعت حقوق كثير من الناس - وان كان المراد بكون الايجار معروفاً بين الناس ان يجبر به جماعة هم اكثر عدداً من نصاب الشهادة لكن لم يبلغ خبرهم حد التواتر ، فتكون اللام الداخلة على الناس ، مشاراً بها الى حصة معينة من الجنس وهي المائة بلام العهد الخارجي فليت شعري بماذا يكون تعيين تلك الحصة هل بعدد محدود او بوصف معين وما مقدار ذلك العدد او ما هو ذلك الوصف فان هاتين المادتين لم توضحاه فهل توضيح ذلك مفوض الى رأي قضاة زماننا ووجدانهم هذا مشكل عظيم .

الوجه الرابع من المقرر ان عدم سماع الدعوى بعد مرور الزمان ، معطل بان ترك المدعي دعواه تلك المدة المانعة ، دليل على ان لا حقه بالمدعي به ظاهراً واذا كانت العلة ما ذكرنا فلا بد لمنع سماع دعواه من تحقق اتيك ومعلوم ان هذا الترك لم يتحقق من تلك الاخت ولا من ذلك المدعي الموجر في المثالين السابقين ما دام ان الاخت تدعي ان اخاها

كان يدفع لها ما خصها من الاجرة في كل سنة وذلك المدعي المزجر يدعي ان المدعى عليه كان يستأجر منه المدعى به في كل سنة وكل واحد يطلب ان يثبت ذلك بالبينة الشرعية او تحليف خصه اليمين على ذلك اذ يكون حيثذ غير محتاج الى الدعوى لعدم المنازع له في ملكه فما اسهل اختلاس ذلك الاخ ملك اخته او ذلك المستأجر ملك مزجره حيث لا تسمع على واحد منها بيينة ولا يكلف احدهما الى يمين لان كلاً من قبول البيينة وتحليف اليمين فرع عن سماع الدعوى اذا تمهد هذا فلا بد من عرض هذه الاشكالات على المشيخة الاسلامية العظمى ليأمر بكيفية حلها وكشف مطلقا .

المادة - ١٦٧٥ - لا اعتبار لمروور الزمان في دعاوي المحال التي يعود نفعها للموم كالطريق العام والنهر والمرعى مثلاً لو ضبط احد المرعى المخصوص بقرية وتصرف فيه خمسين سنة بلا نزاع ثم ادعاه اهل القرية تسمع دعواهم

لان التاركين للدعوى من هؤلاء العامة لو تقروا بصريح الاقرار ان الطريق او النهر او المرعى هو ملك فلان ، لا يكون اقرارهم نافذاً على من سواهم من اطفالهم وغيابهم ومن سيحدث من العامة - فكيف يكون مجرد تركهم الدعوى مانعاً من سماع دعوى هؤلاء . وهذا لأن حقوق هؤلاء لم تصل اليهم بالارث عن آباؤهم مثلاً - حتى يقال ان ما يمنع منه المورث يمنع منه الوارث بل هي بالاصالة لكونهم من العامة على ان ذلك المتصرف لا يقتضي تصرفه ان يكون منبثاً عن ملكيته الخاصة فانه لكونه من جملة العامة له حق الانتفاع حال كون الباين تاركين حقوقهم منه تامل .

الكتاب الخامس عشر

في البيئات والتخفيف

ويشتمل على مقدمة واربعة ابواب

المقدمة

في بيان الاصطلاحات الفقهية

المادة ١٦٧٦ - البيئة هي الحجة القوية .

المادة ١٦٧٧ - التواتر هو خبر جماعة لا يجوز العقل اتفاقهم

على الكذب .

نقل العلامة المرحوم السيد محمود افندي الحنزاوي في كتابه المسمى
ترجيح البيئات انه لا بد لعدم التجوز المذكور ، من ان يكون دائماً
اول الخبر واوسطه واخره فافاد انه لو لم يدم بان اخبر جماعة غيرهم
- بخلاف ما اخبر به الآخرون يخرج ذلك الخبر الاول عن كونه متواتراً
لان الشك قد تطرق لذلك العلم الذي حصل اولاً فخرج عن كونه
متواتراً لان التواتر يفيد العلم الضروري الذي لا يدخله الشك كما في
البزاية وغيرها .

المادة ١٦٧٨ - الملك المطلق هو الذي لم يتقيد بسبب من

اسباب الملك كالارث والشراء والملك الذي يتقيد بمثل هذه
الاسباب يقال له الملك بالسبب .

قال الشارح البناني ولكن دعوى الارث وان كانت من قبيل الملك
بسبب الا انها في حكم دعوى الملك المطلق على ما عليه الاكثر وسيتضح
احكام ذلك ا هـ .

اقول ليس هذا على اطلاقه بل في بعض المسائل ولا خصوصية في
هذا لدعوى الارث بل دعوى الشراء قد يكون لها حكم دعوى للملك
المطلق كما سيأتي بيانه في الفصل الثاني من ترحيح البيئات من الباب الرابع

المادة ١٦٧٩ - ذو اليد هو الذي وضع يده على عين بالفعل او
الذي ثبت تصرفه تصرف الملاك

فدو اليد على المنقولات هو من شوهد المنقول في يده ودو اليد
على العقار هو من كان العقار في تصرفه تصرف الملاك لان كون العقار
في يده لا يتصور الا كذلك .

المادة ٢٦٨٠ - الخلدج هو البري . عن وضع اليد والتصرف
بالوجه المشروح

فدو اليد على الدار ، ساكنها لا من بيده مفتاح بيت منها لبناني عن
الخيرية وفي الهندية من الباب التاسع في دعوى الرجلين من كتاب
الدعوى : لو تنازعا في دابة او قيص واحدهما راكبها او لابسها والاخر
متعلق بلجامها او بكمه فاراكب واللابس ، اولى في كونه ذا اليد . واذا
كان احدهما راكباً في السرج والاخر رديفه فاراكب اولى - بخلاف ما

اذا كنا راكبين حيث يكون بينهما . ولو كان احدهما يقود الدابة
والاخر يسوقها قضي بالدابة للقائد . واذا كان احدهما ممسكاً بلجام الدابة
والاخر متعلقاً بذنبها . قال مشايخنا : ينبغي ان يقضى للذي هو ممسك
بلجامها . واذا تنازعا في بيعه وعليه حمل لاحدهما فصاحب الحمل اولى .
دابة تنازع فيها رجلان لاحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق او مخللة
معلقة ، فصاحب الحمل اولى . رجل يقود قطاراً من الابل وعلى بعير
منها رجل راكب وادعى الراكب والقائد كل منهما الابرة كلها قال
ان كان على الابرة حمولة للراكب ، فالابل كلها للراكب والقائد اجبر
وان كانت الابرة عراة فللراكب البعير الذي هو عليه والباقي للقائد
هشام عن محمد رحمه الله تعالى . في قطار ابل على البعير الاول رجل
راكب وعلى وسطها رجل وعلى اخرها رجل وادعى كل واحد منهم
القطار كله ، فلكل واحد البعير الذي هو راكبه وما بين البعير الاول
والاوسط ، للاول وما بين الاوسط والاخر ، بين الاول والاوسط نصفين
وليس للاخر الا ما ركبه فان قامت لهم بيعة فها ركبه كل واحد منهم
بين الاخرين نصفين والذي بين الاول والاوسط ، بين الاوسط والاخر نصفين
والذي بين الاوسط والاخر ، نصفه للاخر ونصفه بين الاول والاوسط
نصفين اه . وقامه فيها ^(١) وفي البرازية من نوع في اثبات اليد من

(١) ذكر عبارة الهندية من الفصل الرابع في تنازع الايدي ، اولى من
عبارة البرازية المذكورة ونصها عن الظهيرية ابن سماعة عن محمد رحمه الله
تعالى اجمه او غيضة تنازع فيها فريقان كل فريق يدعي انها له وفي يديه
وشهد الشهود لاحد الفريقين انها في يديه او للفريقين انها في ايديهما فان
لم يسئلها القاضي عن تفسير ذلك ولم يزيدوا على ما ذكر ، فهو مستقيم وان
سئلهم عن تفسير ذلك فهو ارفق واحسن ثم بين ما تعرف به اليد على
الغيضة والاجمه فقال في الفيضية اذا كان يقطع الاشجار ويبيعها او ينتفع
بها منفعة تقرب منها وقال في الاجمة اذا كان يقطع القضب ويأخذها
لاصرف الى حاجة نفسه او للبيع او ما لشبه ذلك ام هكذا يوجد بخط المؤلف .

الدعوى عن الاقضية : واليد على الاجمة والفيضة تثبت بقطم الشجرة
وبيعها بلا منازع ولو شهدوا في الاجمة والفيضة بانها في يده ، تقبل بلا
تفسير كيفية اليد وان سألهم الحاكم عن الكيفية فهو احوط وان قالا في
الشهادة رأينا غلمانه ودوابه يدخلون في هذه الدار لا يقضى باليد حتى
يقولوا كان ساكناً فيها اه . وفيها : وان غلب انسان على ملك غيره
واحدث فيه يداً لا يحمل بالقلمة صاحب اليد واليد لا تثبت على العقار
الا بالبينة وان علم الحاكم باحداث يده اسره بالرد الى الاول وان انكر
التغلب الاحداث حلفه بطلب الخصم اه . وفيها عن الفتاوي الصغرى : اذا
ادعى على آخر ضيعة فاقر للمدعى عليه انها في يده فاقام المدعي اليه
انها ملكه وقضى القاضي بذلك لا ينفذ قضاؤه ما لم يعرف القاضي انها
في يده او قامت البينة عليه اه . - وهو يفيد انه يكفي لثبوت اليد
معرفة القاضي بها وعبارة الهندية : اذا تنازع رجلان في دار يدعي كل
واحد منهما انها في يده فان عرف القاضي كون الدار في يد احدهما جعله
صاحب اليد وان لم يعرف كونها في يد احدها وعرف انها ليست بيد
ثالث فكل واحد منها مدع ومدعى عليه فان اقام البينة على اليد قضي
لها وتجهل الدار في ايديهما . ولو وجدها في يد ثالث يتزعمها من يده عند
طالبها وقبل ذلك لا يتزعمها من يد ثالث . وان قامت لاحدهما بينة قضي
باليد له وان لم تكن لها بينة ولا لاحدهما ، يحلف كل منهما على صاحبه
فان حلفا برى . كل واحد عن دعوى صاحبه ويؤلف القاضي الدار الى ان
تظهر حقيقة الحال ولا يحملها في يد واحد منها وان نكل احدهما عن
اليمين وحلف الاخر ، لم يحملها القاضي في يد الحالف - ولكن يمنع الناكل
من ان يتعرض للدار وان وجد القاضي الدار في يد الثالث لا يتزعمها من
يد الثالث اه . وفي التكملة عن البحر : اخذ عينا من يد آخر وقال
اني اخذته من يده لانه كان ملكي وبرهن على ذلك ، تقبل لانه وان
كان ذا يد بحكم الحال لكنه لما اقر بقبضه منه فقد اقر ان ذا اليد
في الحقيقة هو الخارج . ولو غصب ارضاً وزرعها فادعى رجل انها له

وغضبها منه فلو برهن على غضبه واحداث يده يكون هو ذا يد والزراع
خارجاً ولو لم يثبت احداث يده فالزراع ذو يد والمدعي خارج ولو كان
بيده عقار فاحث الآخر عليه يده لا يصير به ذا يد فلو ادعى عليه
انك احداثت اليد وكان بيدي فانكر يجلف وبه علم ان اليد الظاهرة
لا اعتبار لها . ٥١ .

المادة ١٦٨١ - التحليف هو تكليف اليمين على احد الخصمين

المادة ١٦٨٢ - التحالف هو تحليف الخصمين

المادة ١٦٨٣ - تحكيم الحال يعني جعل الحاضر حكماً هو من
قبيل الاستصحاب والاستصحاب هو الحكم ببقاء امر محقق غير
مظنون عدمه وهو بمعنى ابقاء ما كان على ما كان

اختلف في حجية الاستصحاب كما في الاشياء قليل انه حجة مطلقاً
وقيل انه حجة للدفع لا للاستحقاق اي لا للاثبات - بمعنى انه لدفع
الزام الغير لا لأزام الغير . وقيل انه ليس بحجة . مطلقاً لا في الدفع ولا
في الاستحقاق وهذا هو الاوجه عند المحققين كما في التحرير - اما عدم
حجيته في الاستحقاق فلأن الاثبات الاصيلي علة للشبوت لا للبقاء . فلا يوجب
الاثبات كما ان اليجاد علة للوجود لا للبقاء . فلا يوجب اليجاد ولو كان
اليجاد موجباً للبقاء . كما كان موجباً للوجود ، لما تصدد الافناء . بعد اليجاد
لاستحالة الفناء . مع البقاء . فلما صح الافناء ، علم ان اليجاد لا يوجب
البقاء . فتقرر بهذا ان الاستصحاب لا يكون حجة في الدفع كما لا يكون
حجة في الاستحقاق . وقوله في هذه المادة وهو بمعنى ابقاء ما كان على
ما كان يشير الى اختيار قول المحققين لافادته ان الدفع عبارة عن استمرار

العدم لان العدم قد كان فيبقى على ما كان فانهم .



الباب الاول

في الشهادة

ويشتمل على ثمانية فصول

الفصل الاول

في بيان تعريف الشهادة ونصابها

المادة ١٦٨٤ - الشهادة هي الاخبار بلفظ الشهادة يعني يقول
اشهد باثبات حق احد هو في ذمة الاخر في حضور الحاكم ومواجهة
الخصمين فيقال للمخبر شاهد وللمخبر له مشهود له وللمخبر عليه
مشهود عليه وللحق مشهود به .

قوله بقول اشهد اي لا يتغيره - كأعلم واثبتن واثبتن قال في الدر
لتضمنه معنى مشاهدة وقسم واخبار للحال فكأنه يقول اقسم بالله لقد
اطلعت على ذلك وانا اخبر به وهذه المطايع مفقودة في غير هذا اللفظ
فتعين - حتى لو زاد فيما اعلم بطسلسل للشك ا . وقوله باثبات حق ،
كذا في ترجمة الجوائب والصواب لا ثبات حتى باللام وهي تتعلق باخبار

يعني ان الشهادة هي الاخبار لاجل اثبات حق احد على آخر بلفظ اشهد .
وقوله في حضور الحاكم المراد منه ان يكون الاخبار في مجلس الحكم
فاخبار الحاكم في غير مجلس الحكم لا يقدر شهادة ، وان كان بلفظ
اشهد كما سيأتي في المادة ١٦٨٧ ثم ان كان الحاكم منصوب الامام وجب
ان تكون الشهادة في المجلس الذي عينه له الامام للحكم وفي محل
ولايته ، وان كان محكما من المتداعيين فلا يتقيد حكمه في مجلس دون
مجلس بل كل مجلس حكم فيه كان مجلس حكمه فوجب ان تكون
الشهادة فيه كما في التكملة . وخرج بقوله لاثبات حق ، ما يقوله
القايل في مجلس الحكم اشهد بروية كذا لبعض العرفيات فهو ليس
بشهادة . وقوله ومواجهة الخصمين لم يذكره الفقهاء في تعريف الشهادة
- نعم ذكر في التنوير وشرحه الدر من الشهادة ما نصه : وهي اي
الشهادة ان كانت على حاضر يحتاج الشاهد الى الاشارة الى ثلاثة مواضع
اعني الخصمين والمشهود به لو عيناً لا ديناً - وان على غائب او ميت ،
فلا بد لقولها من نسبه الى جده الخ اه . معلوم ان هذا يستلزم ان
تكون الشهادة بمواجهة الخصمين اذ لا تمكن الاشارة المذكورة حال غيبتها
او غيبة احدهما ثم ان المراد بالخصمين ما يشمل وكيل كل منهما او
وصيه ففي الخاتبة : ادعى ديناً على رجل فوكل المدعى عليه رجلين
بالخصومة فاقام المدعى شاهداً على احد الوكيلين وشاهداً على الوكيل
الاخر جاز - وكذا لو اقام شاهداً على الموكل وشاهداً على الوكيل او
اقام على الكدبي عليه شاهداً وعلى وصيه او وارثه بعد موته شاهداً
او كان للبيت وصيان فاقام المدعى على احدهما شاهداً وعلى الاخر
شاهداً جاز اه .

المادة ١٦٨٥ - نصاب الشهادة في حقوق العباد رجلان او
رجل وامرأتان ولكن تقبل شهادة النساء وحدهن في حق المال فقط

في الحال التي لا يمكن اطلاع الرجال عليها

كالولادة فان شهادة المرأة الواحدة في حق الارث ، تقبل عندها خلافا لابي حنيفة . ويقولها قال الشافعي واحد وهو ارجح كما في الفتح . واما في حق ثبوت النسب فتقبل اجماعا وكأستهلال المولود فان ثبوته بشهادتها على الخلاف السابق في حق الارث - واما في حق الصلاة فيثبت اجماعا ولا تقبل شهادة الرجل فيها لان اطلاعه على ذلك ، فسق ان تعمدته حتى لو قال في شهادته لم اتعمد النظر ولكن فاجأتها فاتفق نظري عليها ، وقبل اذا كان عدلا لانه اذا جاز قبول امرأة واحدة فقبول رجل واحد ، اولى وفي المنع عن السراج : وقال بعض مشايخنا تقبل شهادته ايضا وان قال تعمدت للنظر اليها اه .

وفي الزيلعي ما يفيد مرجعية القبول وان تعمد النظر لاجل تحمل الشهادة افاده في التكملة - وكالبكارة فانه لو ادعت على زوجها انه عنين وادعى انه وصلها فشهدت امرأة انها بكر ، يؤجله القاضي سنة فاذا مضت فقال وصلت اليها وانكرت ، يريها النساء فان قلن انها بكر يخبرها فان اختارت المفارقة فرق للحال كذا في شروح الهداية - وكعيوب النساء فيما لا يطلع عليه الرجال كالقرن والرتق والثيوبة فلو اشترى امة فادعى انها قرناء او رتقاء . واراد ردها بالهيب وانكر البايع ، او اشتراها على انها بكر ثم اراد ردها بدعوى انها ثيب وانكر البايع يريها القاضي النساء . ويقبل شهادتهن في قيامه للحال . ثم ان كانت الدعوى بعد القبض لا يرد بقولهن بل لا يبد من تخليف البايع - وان قبل القبض يرد بشهادتهن عند محمد وهو قول ابي يوسف لآخر . والمرأة الواحدة والمراتان سواء والمراتان اوثق واما عيب الجبل فيثبت بقول النساء في حق الخصومة ولا ترد بشهادتهن كذا في التكملة عن الحانية ونقل مثله عن المنع وليس فيه رجوع اليه يوسف الى قول محمد واقتصر في الفتح على قول ابي حنيفة وهو عدم الرد سواء قبل القبض او بعده فقال ما حاصله ان شهادة النساء

بانفراد من فيما لا يطلع عليه الرجال ، حجة اذا تليدت بمؤيد والا تعتد
لتوجه الخصومة ، لا للازام الخصم فلو اشترى جارية على انها بكر ثم
اختلفا قبل القبض او بعده في بكارتها يريها النساء فان قلن انها بكر
لزم المشتري تأييد شهادتهن بمؤيد هو الاصل وهو البكارة - وان
قلن هي تيب لم يثبت حق الفسخ لان حق الفسخ قوي وشهادتهن ضيقة
ولم تتأيد بمؤيد لكن ثبت حق الخصومة فتوجه اليمين على البائع لقد
سلمتها بحكم البيع وهي بكر فان لم يكن قبضا ، حلف باثه لقد
بعها وهي بكر فان نكل ردت عليه وان حلف لزم المشتري اه .

واعلم ان قوله في حقوق العباد يشمل ما لو كان ذلك الحق مالا او
غير مال مثل النكاح والطلاق والعتاق والمنة والحالة والوقف والصلح
والوكالة والوصية ونحو ذلك كالرجعة والنسب والمهبة والاقرار والابراء فتح .
ثم تقييد كون نصاب الشهادة ما ذكر في حقوق العباد لان نصاب الشهادة في حد
الزنا اربعة رجال لقوله تعالى (واللاتي ياتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا
عليهن اربعة منكم) وقوله تعالى (ثم لم يأتوا باربعة شهداء) ولفظ اربعة
نص في العدد والذكورة كما في البحر . وجه هذا الاشتراط انه تعالى
يجب السر على عباده واعد بالعذاب لمن احب اشاعة الفاحشة على
المؤمنين وفي اشتراط الاربع ووصف الذكورة ، تحقيق معنى السر وشرط
للقصاص . ولبقية الحدود رجلان (لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من
رجالكم) فلا تقبل شهادة النساء لقول الزهري مضت السنه من لدن
رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفين من بعده ان لا شهادة للنساء
في الحدود والقصاص - ولشبهة البدلية لانها قايمة مقام شهادتهم والحال
ان الحدود والقصاص تندرى بالشبهات كذا في مجمع الانهر . وشمل
القصاص ما كان في النفس وما دونها . وقيد بالقصاص لما في الحانية
ولو شهد رجل وامرأتان في قتل الخطأ او يقتل لا يوجب القصاص ، تقبل
شهادتهم وكذا الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي لان موجب
هذه الجنابة المال فتقبل فيه شهادة النساء مع الرجال اه .

تنبيه

قال في الدر نقلاً عن البر جندي عن الملتقط ان المعلم اذا شهد منفرداً في حوادث الصبيان تقبل شهادته اه فليحفظ
واطلاق المعلم يشمل معلم الحرفة . فاف في الدر ايضاً عن التهستاني من التقييد بصبيان المكتب ، الظاهر انه انفاقي تكملة عن ابي السعود وفي تكملة رد المختار ان الحموي ذكر في شرحه عن الحاوي القدسي تقبل شهادة النساء وحدهن في القتل في الحام في حكم الدية ، لسلايدر الدم ومثله في خزانة الفتاوى اه .

وفيه عن الحموي عن الملتقط من كتاب المواريث : ادعت امرأة الميت انها حبلية ، تعرض على امرأة ثقة او امرأتين فان لم يوقف على شيء من علامات الحمل ، قسم ميراثه فان وقف على شيء من علامات الحمل توقف نصيب ابنين . ونحوه عن ابي يوسف ومحمد اه معزياً الى ط وفي الاشباه مع زيادة شرحه للحموي : يقبل قول الواحد العدل في احد عشر موضعاً كما في منظومة ابن وهبان في تقويم التالف يعني لو اتلف شخص لشخص شيئاً وادعى ان قيمته كذا وانكر المدعى عليه ان يكون ذلك القدر قيمته ، يقبل قول الواحد العدل في قيمته ونقل في البحر من باب خيار العيب عن البزازية انه يحتاج الى تقويم عداين لمعرفة النقصان فيحتاج الى الفرق . ثم استثنى من التقويم تقويم نصاب السرقة فلا بد من اثنين . الثاني في الجرح والتعديل وهذا في تركية السر وقال محمد لا بد من اثنين الثالث في الترجمة اي يقبل قول الواحد العدل في الترجمة عن من لا يعرف القاضي لفته من الاخصام وقال محمد لا يكفي بالواحد الرابع في جودة المسلم فيه وردائه يعني اذا ادعى المسلم اليه جودة المسلم فيه وانكر المسلم او عكسه يكفي فيه قول الواحد العدل .

الخامس في الاخبار بالا فلاس بعد مضي المدة يعني اذا اخبر القاضي بافلاس
المجسوس بعد مضي مدة الحبس اطلقه . السادس في رسالة القاضي الى المزكي .
السابع في اثبات العيب يعني يقبل قول الواحد العدل في اثبات العيب
الذي يختلف فيه البايع والمشتري . الثامن في روية هلال رمضان اذا كان
في السماء علة وهذا ظاهر المذهب وعند الحسن يقبل بلا علة . التاسع في
اخبار الشاهد بالموت هو المختار كما في الفتح وصحح في الظهيرة ان الموت
كفيره لا بد فيه من اخبار عدلين . العاشر في تقدير ارش المتلف .
الحادي عشر يقبل قول امين القاضي اذا اخبر بشهادة شهود على عين
تعذر حضورها كما في دعوى القنية - بخلاف ما اذا بشه لتحليف
المخدرة فقال حلفتها لم تقبل الا بشاهد آخر معه كما في الصغرى اه ما في
الاشباه وشرحه للحموي .
اقول الظاهر ان المراد بقول الاشباه وفي اخبار الشاهد بالموت ، ان
المرأة اذا اخبرها واحد عدل بموت زوجها الغائب ، حل لما ان تعدد وتزوج
بغيره . ويحتمل ان اخبار ، مضاف الى مفعوله فالمراد ان الشاهد اذا اخبره
من يثق به بموت احد حل له ان يشهد بالموت بناء على اخباره وان لم
يقبل المخبر اشهد كما سيأتي . وقوله وصحح في الظهيرة ان الموت
كفيره الخ سيأتي تصحيح خلافه وان عليه الفتوى . وهذا اذا وقع في قلبها
صدقه . وقوله وفي تقدير ارش المتلف يظهر لي انه مكرر مع قوله في
تقويم المتلف ولم ينبه عليه الحموي وليتأمل ولعل المراد بالارش ارش الجناية .

المادة ١٦٨٦ - لا تقبل شهادة الاخرس والاعمى

لان الاداء . يفترق الى التمييز بالاشارة بين الشهود له والشهود عليه
ولا يميز الاعمى الا بالنعمة وهي غير معتبرة لشبهها بنعمة اخرى مجمع

الانهر . واطلق الاعمى قشمل الاعمى وقت الشهادة قبل التحمل او بعده
خلافاً لابي يوسف فيما اذا تحملها بيطيراً . وهذا الخلاف فيما اذا شهد بالدين
او العقار اما لو شهد بالمنقول ، فلا تقبل شهادته مطلقاً اتفاقاً لانه في
المنقول يحتاج الى الاشارة اليه - بخلاف الدين فانه يعرف ببيان الجنس
والوصف . والعقار بالتحديد وكذا في الحدود لا تقبل اتفاقاً بمجمع الانهر
وشمل اطلاقه ايضاً ما اذا عمي بعد الاداء قبل القضاء قال في الهداية :
ولو عمي بعد الاداء . يمتنع القضاء عندهما . خلافاً لابي يوسف لان
قيام اهلية الشهادة شرط وقت القضاء ، لصبروتها حجة عنده وصار
- كما اذا خرس او جن او فسق - بخلاف ما اذا مات الشاهد او
غاب لان الاهلية بالموت قد انتهت وبالغيبه ما بطلت . وشمل
ايضاً ما كان طريقه السماع كما اذا شهد بالنسب او الموت وما تجوز
الشهادة عليه بالشهرة والتسامح خلافاً لابي يوسف ايضاً . وهذه الخلافات
في الاعمى اما الاخرس فلا تقبل شهادته مطلقاً اتفاقاً لان لفظ الشهادة
لا يتحقق منه اذ لا عبارة له اصلاً - بخلاف الاعمى اه ماخصاً . من
البحر والتكلمة .

اقول ذكر في البرازية في الباب الثاني فيما يقبل وما لا يقبل من
الشهادات مزيماً للنصاب ، ان شهادة الاعمى تقبل فيما تجوز به الشهادة
بالسماع كالنسب والموت واقتصر عليه ولم يذكر فيه خلافاً . ولا تقبل
شهادة المماوك والصبي كما في البحر ، لانها اي الشهادة من باب الولاية
ولا ولاية لها على انفسها فكيف على غيرهما - الا انها اهل لتحمل الشهادة
حتى لو تحملها في لرق والصغر فادياها بعد التقى والباوغ ، يجوز لان
التحمل ، بالمشاهدة والسماع ويبقى الى وقت الاداء بالضبط وهما لا يناميان
ذلك اذا صار اهلاً للاداء . بحر . وهذا بخلاف الاعمى فانه ليس اهلاً
لتحمل الشهادة كما في الدر وحواشيه . ثم ان الصغير انما يكون اهلاً
لتحمل الشهادة اذا كان مميزاً والا كان مثل المجنون كما في التكلمة .
ولم يذكر المص يعني صاحب الكثر المجنون ولا خفاء . في عدم قبول شهادته اه

وفي الخاتمة : واهلية الشهادة انما تكون بالعقل الكامل والضبط والولاية
والقدرة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه فلا تقبل شهادة الصبيان
والمجانين . والمتوهة بمنزلة المجنون اه . وفي البحر عن المحيط : ومن يحن
ساعة ويفيق ساعة فشهد في حال الصحة تقبل شهادته لان ذلك بمنزلة
الاعما . والاعما لا يمنع قبول الشهادة وقدر بعض مشايخنا جنونه بيوم
او يومين حتى لو جن يوماً او يومين ثم افاق فشهادته جازة في حال
الصحة اه . وهو يفيد انه لو جن اكثر من يومين ثم افاق ، لا تقبل
شهادته في حال الصحة وفي البحر ايضاً عن المحيط : قال محمد في رجل
اعجمي صوام قوام مغل يحنى عليه ان يلقي فيؤخذ به : قال هذا
شر من الفاسق في الشهادة وعن ابي يوسف اجيز شهادة المغل ولا اجيز
تعديله لان التعديل يحتاج فيه الى الراي والتدبير والمغل لا يستقصى في
ذلك اه . وهو يفيد ترجيح قول محمد لان ما عن ابي يوسف رواية
عنه ولهذا اقتصر في الدر على قول محمد وقد نقل في التكملة عن ابي
يوسف ايضاً انه قال انا زد شهادة اقوام تزجو شفاعتهم يوم القيامة معناه
ان شهادة المغل وامثاله لا تقبل وان كان عدلاً صالحاً اه . معزيا
للتاريخانية ونقل عن مؤيد زاده ان من اشتدت غلته لا تقبل شهادته اه
وفي البحر عن الخلاصة : متى ردت شهادة الشاهد لعله ثم زالت العلة
فشهد في تلك الحادثة لا تقبل - الا في اربعة العبد والكافر على
المسلم والاعمى والصبي اذا شهدوا فردت ثم زال المانع فشهدوا في تلك
الحادثة فانها تقبل اه - فملى هذا لا تقبل شهادة الزوج والاجير والمغل
والمتهم والفاسق بعد ردها اه ما في البحر - بخلاف الاربعة المستثناة
وقول الخلاصة : والاعمى والصبي يعني اذا كان تحملها الاعمى بصيراً
والصغير ممزاً لما علمت من ان البصر والتمييز شرط لصحة تحمل
الاعمى والصغير .

المادة ١٦٨٧ - لا تعتبر الشهادة التي تقع في خارج مجلس المحاكمة

لان شرط الشهادة مجلس القضاء كما تقدم في المادة ١٦٨٤ وشرحها
موضعا فليراجع .



الفصل الثاني

في يانه كيفية اداء الشهادة

المادة ١٦٨٨ - يلزم ان يكون الشهود قد عاينوا بالذات
الشهود به وان يشهدوا على ذلك الوجه

يعني لا يحل للشاهد ان يشهد بشي ما لم يهكن عاينه فيشهد بما
سمع ان كان من المسموعات وبما راي ان كان من المرئيات فيصدق
على كل من المسموع والمرئي انه معين وها هنا فوايد لا بد من ذكرها
والتنبيه عليها .

القائدة الاولى ان ما يتعمله الشاهد على نوعين احدهما ما يثبت الحكم
بنفسه من غير ان يحتاج الى الاشهاد مثل البيع والاقرار والنصب والقتل
وحكم الحاكم فاذا سمع الشاهد ما كان من المسموعات كالبيع والاقرار
وحكم الحاكم ، صح اوراي ما كان من البصيرات كالنصب والقتل ، جاز
له ان يشهد به وان لم يشهد عليه فيقول لشهد انه باع اشهد انه قضى .
فلو كان البيع بيع معاطاة قضى الذخيرة يشهدون على الاخذ والاعطاء
وقيل يشهدون على البيع كالتقلي واذا سمع المبايعنة ولم يشهد عليها

يقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع الاقرار من وراء حجاب لا يجوز ان يشهد . ولو فسر للقاضي بان قال اشهد بالسامع من وراء حجاب لا يقبله لان النعمة تشبه النعمة الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد ثم جلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه ، له ان يشهد لانه حصل العلم في هذه الصورة . وفي المحيط : شهدا على امرأة سبها ونسيها وكانت حاضرة فقال القاضي اترافنا فقالا لا نعرفها لا تقبل شهادتها ولو قالا تحملناها على المساء بفلان بنت فلان الفلاصية ولا ندرين انها هذه ام لا ، صحت الشهادة وكلف المدعي ان يأتي باخوين يشهدان انها فلانة بنت فلان - بخلاف الاول لانها هناك اقرا بالجملة فبطلت الشهادة . وانما جاز الاداء بلا اشهاد لانه علم الموجب بنفسه اي علم السويع لاداء الشهادة وقد قال الله تعالى (الا من شهد بالحق وهم يعلمون) فافاد ان من شهد علماً بحق كان ممدوحاً وقال عليه الصلاة والسلام (اذا علمت مثل الشمس فاشهد) فامر بالشهادة عند العلم يقيناً فمن هذا صرحوا بانه لو قال لا تشهد علي بما سمعته مني ثم قال بمحضته لرجل بقي لك علي كذا حل له بل يجب ان يشهد عليه . وفي الخلاصة اشترى عبداً وادعى على البائع عيبا به فلم يثبت فباعه من رجل فادعى المشتري الثاني عليه هذا العيب فانكر فالذين سمعوا منه حل لهم ان يشهدوا على العيب في الحال اه .

النوع الثاني من الشهادة مالا يثبت الحكم فيه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء . فلا بد من الاتانة والتحليل فاذا سمع شاهداً يشهد بشيء لم يجره ان يشهد على شهادته ما لم يشهده اي يأمره بأن يشهد على شهادته على ما سيأتي بيانه في باب الشهادة على الشهادة - وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسمع للاسماع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره الفايدة الثانية لا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا اذا تذكر شهادته التي صدرت منه فان لم يتذكر وجزم انه خطه لا يشهد لان

هذا الجرم ليس مجزم - بل تخيل الجرم لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم . قيل هذا على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما محل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق - يعني ان القول بانه لا يحمل للشاهد اذا راي خطه ان يشهد الخ ، متفق عليه وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة الشاهد في ديوانه او راي حكمه فيه لان ما يكون في قطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره . وعلى هذا الخلاف اذا تذكر الشاهد المجلس الذي كان فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق به انا شهدنا نحن وانت اه منحصراً من الهداية وشروحا . ونقل في التكملة عن الجوهرة ، ان عدم حل الشهادة اذا راي خطه ولم يتذكر الحادثة هو قولها وقال ابو يوسف محل له ان يشهد . وفيها عن البزدوي الصغير اذا استيقن انه خطه و علم انه لم يزد فيه شيء . بان كان محبوباً عنده او علم بدليل آخر انه لم يزد فيه لكن لا يحفظ ما سمع فمدهما لا يسه ان يشهد وعن ابي يوسف يسه وما قاله ابو يوسف هو المعمول به وقال في التقويم قولها هو الصحيح اه . وفي البحر وحوز محمد للكل اي للشاهد والقاضي والراوي الاعتماد على الكتاب اذا تبين انه خطه وان لم يتذكر ، توسعة الامر على الناس وجوزه ابو يوسف للراوي والقاضي دون الشاهد اه . فانت ترى الرواية عن الصاحبين مضطربة فالظاهر ان عن كل واحد منها روايتين قال في البحر وقال شمس الائمة الحلواني : ينبغي ان يفتى بقول محمد وهكذا في الاجناس كذا في الخلاصة وجزم في البرازية بانه يفتى بقول محمد وفي المبتهى بالعين المعجمة من وجد خطه وعرفه ونسي الشهادة وسعه ان يشهد اذا كان في حوزة وبه نأخذ اه . وعزاه في البرازية الى النوازل . وفي الفتوح اني ارى انه اذا كان محفوظاً مأموناً عليه من التغير كأن يكون تحت ختمه في خربطته المحفوظة عنده ، ان يترجع العمل بها بخلاف ما اذا كان عند غيره لان الخط يشبه الخط وراينا كثيراً تتحاكى خطوطهم وبهذا اجاب محمد بن مقاتل حين كتب اليه نصير بن يحيى فيمن

نسي شهادته ووجد خطه وعرفه هل يسمه ان يشهد قال اذا كان الخط في
حرزه يسمه ان يشهد ا هـ . وذكر في رد المحتار من باب كساب القاضي
الى القاضي معزياً للحموي ما نصه : قال في خزانة الاكل اجاز ابو يوسف
ومحمد العمل بالخط في الشاهد والقاضي والراوي ، اذا راى خطه ولم يتذكر
الحادثة قال في العيون والفتوى على قولهما ، اذا تيقن انه خطه سواء كان
في القضاء او الرواية او الشهادة على الصك ، وان لم يكن الصك في يد
الشاهد ، لان الغلط نادر واثر التضيير يمكن الاطلاع عليه وقتلا يشبه الخط
من كل وجه فاذا تيقن جاز الاعتماد عليه توسعة على الناس ا هـ .

قات وقد علمت ما اختاره في الفتح وما اجاب به محمد بن مقاتل .
ثم هذا كله في حل الشهادة وعدمه اما لو فسر للقاضي بقوله اني اشهد
من غير تذكر للحادثة بل لمعرفة خطي لم تقبل شهادته كما في الفتح وانما
اكثرنا النقول في هذه المسئلة ، لانها كثيرة الوقوع في الشاهد وقد كان
شيخنا العلامة الورع الزاهد الشيخ سليم صافي تعمده الله برضوانه اذا تحمل
شهادة يكتبها في خطه في دفتر صغير مخصوص محفوظ معه لا يفارقه
اصلاً وكان يأمرنا بذلك ويقول هذا له فائدتان الاولى انه كل مدة
يراجعها فلا تذهب الحادثة عن ذاكرته . الثانية انه لو فرض انه نسيها
ياخذ بقول محمد على وجه لا تردد فيه . الفائدة الثالثة ان من كان في
يده شيء سوى الادمي وسعك ان تشهد انه له فن رأى عيناً سوى
الآدمي في يد انسان ثم راها في يد غيره والاول يسدعي عليه الملك ،
وسعه ان يشهد للدمي لان الملك يعرف بالظاهر . واليد بلا منازع ، دليل
ظاهر فيه لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة
في الاسباب كلها . وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه يشترط مع ذلك
ان يقع في قلبه انه له فان وقع في قلبه انه ملك غيره لا يحل له ان
يشهد بالملك لذي اليد قول الصدر الشهيد : ويحتمل ان يكون قول
ابي يوسف المذكور قول الكل وبه نأخذ وقال ابو بكر الرازي هذا
قولهم جميعاً . ووجهه ان الاصل في حل الشهادة اليقين لا عرف فعند

تعذره يصار الى ما يشهد به القلب لان كون اليد مسوغاً بسبب افادتها،
ظن الملك فاذا لم يقع في القلب ذلك فلا ظن فلم يفد مجرد اليد
ولهذا قالوا اذا رأى انسان درة ثمينة في يد كناس او كتاباً في يد جاهل
ليس في آبائه من هو اهل له ، لا يسمه ان يشهد بالملك له فعرف ان
مجرد اليد لا يكفي وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه
قال بعض مشايخنا وهو الحصاف وهو قول مالك لان اليد تنوع الى ملك
ونياحة وضمان . قلنا وكذا التصرف ايضاً فلم يزل احتمال عدم الملك
بالتصرف كذا في الفتح .

قلت وعبرة متن الملتقى هكذا : من رأى شيئاً سوى الادمي في يد
متصرف فيه تصرف الملاك يشهد انه له اي للتصرف ان وقع في قلبه
ذلك اه . وهذا ظاهر باختيار ما قاله الحصاف من اشتراط التصرف .
وفي حاشية الشلبي عن الولوجي بعد كلام : ولهذا قالوا من رأى عينا في يد
انسان لا يحل له ان يشهد بالملك بمجرد اليد ولو رآه يتصرف فيه تصرف
الملاك حل له ان يشهد بالملك لهذا اه - لكن اطلاق عامة المتون
وصريح الشروح المعتبرة ، يخالفه قال الزيلعي وشرط النسفي في الكافي
التصرف مع اليد وان يقع في قلبه انه له لان الاصل في الشهادة الاحاطة
والتيقن وجوابه ان العلم القطعي . متعذر فيشترط فيه غاية ما يمكن وهو
اليد فيكتفي بظاها تيسيراً اه . ويشترط ايضاً ان لا يجزئه عدلان
بانه لغيره فلو اخذاه لم تجز له الشهادة بالملك له كما في البحر عن الخلاصة
- بخلاف ما اذا شهد به عدل واحد لان شهادة الواحد لا تزيل ما كان
في قلبك انه فلاول فلا يحل لك ان تمتنع عن الشهادة - الا ان يقع
في قلبك ان هذا الواحد صادق فيثبت لا يحل لك ان تشهد به له اه
تكملة عن حاشية الشلبي . ثم ان المسئلة على اربعة اوجه - ان يعاين
المالك والملك يعني المماوك بان عرف المالك باسه ووجهه ونسبه وعرف
الملك بحدوده ورآه في يده بلا منازع ووقع في قلبه انه له ثم رآه في
يد آخر بخا . الاول وادعاه وسمه ان يشهد للاول بالملك بناء على يده الثاني

ان يعاين الملك دون المالك بان عاين ملكاً مجدوده ينسب الى فلان بن فلان الفلاني وهو لا يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي نسب اليه الملك وادعى ملك هذا المحدود على شخص ، حل له ان يشهد له استحساناً . والقياس ان لا تجوز ، لان الجهالة في الشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا في المشهود له . وجه الاستحسان ان الملك المشهود به معلوم والنسب يثبت بالتسامع فصار المالك مطلوباً بالتسامع ايضاً . فلو كان المالك امرأة لا تخرج ولا يراها الرجال - فان كان الملك مشهوراً انه لها جاز ان يشهد عليه لان شهرة الاسم كالمعينة . الثالث ان لا يعاين الملك ولا المالك بل سمع ان فلان بن فلان الفلاني ضيعة في قرية كذا حدودها كذا وهو لم يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها ، لا يحل له ان يشهد بالملك له لانه مجازف في هذه الشهادة . الرابع ان يعاين المالك بان عرفه معرفة تامة وسمع ان له ضيعة في كورة كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسمع ان يشهد له بالملك فيها لانه لم يحصل له العلم بالمحدود كذا في الفتح وغيره . وفي البرازية شهدا ان فلان بن فلان مات وترك هذه الدار ميراثاً ولم يدركا الميت ، فشهادتهما باطلة لانها شهدا بملك لم يعاينا سيه ولا رأياه في يد المدعي . ولو شهدا دابة تتبع دابة وترضع منها له ان يشهد بالملك والنتاج ا ه ط . وفي البحر ولو رآه على حمار يوماً لم يشهد انه له لاحتمال انه ركبه بالعارية . ولو رآه على حمار خمسين يوماً او اكثر ووقع في قلبه انه له وسمع ان يشهد انه له ، لان الظاهر ان الانسان لا يركب دابة مدة كثيرة الا بالملك ا ه . كذا في التكملة وانفقوا انه لو قيد شهادته لدى القاضي بمعينة اليد لا تقبل . الفائدة الرابعة لو راى انساناً جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد بكونه قاضياً وان لم يعاين تقليد الامام اياه لان ذلك علامة ظاهرة . الفائدة الخامسة من راى رجلاً وامراً يسكنان معا في بيت وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الأزواج حل له ان يشهد بانها زوجته ، وان لم يعاين عقد النكاح . وشرط التزليعي مع هذا ان يسمع من الناس انها زوجته قال

في العناية . فان سئل القاضي هل كنت حاضراً وقت النكاح فقال لا
تقبل شهادته لانه محل له ان يشهد بالتسامع كما يشهد بامهات المؤمنين
ازواج النبي صلى الله عليه وسلم فعلى الرواية اولى . وقيل لا تقبل لانه
لما قال لم اعين العقد تبين للقاضي انه شهد بالتسامع ولو قال اشهد لاني
سمعت لا تقبل فكذا هذا هـ ا . وبجث فيه في حاشيتها لسعدي افندي
بان قوله لم اعين العقد لا يلزم منه انه شهد بالتسامع لجواز انه شهد
لرويته الانبساط المذكور هـ ا . موضعاً وهو يفيد بانه لو صرح بقوله
اشهد لاني رايتها منبسطين انبساط الازواج تقبل شهادته . الفائدة السادسة
ان من شهد دفن فلان او صلى على جنازته حل له ان يشهد بموته ،
وان لم يعان موته ، لان هذا معاينته حتى لو فسر للقاضي انه لم يعان
موته وانما دفنه او صلى عليه قبله لانه لا يدفن ولا يصلى عليه الا
الميت كذا في الهداية وشروحها .

ولا يجوز ان يشهدوا بالسمع يعني ان يشهد الشاهد بقوله
سمعت من الناس ولكن اذا شهد بكون محل وقفاً او بوفاة احد
بقوله سمعت من الثقة يعني لو قال اشهد بهذا لاني سمعت من ثقة
هكذا تقبل شهادته وتجاوز شهادة الشاهد في خصوص الولاية
والنسب والوقف والموت بالسمع من دون ان يفسر وجه شهادته
يعني بدون ان يتكلم بلفظ السماع مثلاً لو قال ان فلاناً كان
بالتاريخ الفلاني والياً او حاكماً في هذه البلدة وان فلاناً مات في
وقت كذا وان فلاناً هو ابن فلان اعرفه هكذا فشهد بصورة
قطعية من دون ان يقول سمعت تقبل شهادته وان لم يكن قد
عان هذه الخصوصات وان لم يكن سنه مساعداً للمعاينة ما شهد

به - وايضاً اذا لم يقل سمعت من الناس بل شهد قائلاً باننا لم نعلم
هذا الخصوص - لكنه مشتهر بيننا بهذه الصورة نعرفه
هكذا تقبل شهادته .

وكذا الشهادة بالنكاح وبالدخول بالزوجة فالمسائل المستثناة من قوله
لا تحمل الشهادة بالتسامع ستة على ما في الكثر والمتقى والهداية والتنوير
وسقط من متن القدوري الوقف والمراد بالولاية ما يعم ولاية الامير كما في
البحر ، وقد نظم ذلك بعضهم في بيتين فقال :

افهم مسائل ستة واشهد بها من غير رؤياها وغير وقوف
نسب وموت والولاد وناكح وولاية القاضي واصل وقوف

وقوله والولاد هكذا وجدته في رد المحتار والتكملة - والصواب
ابداله بالدخول لان الولاد داخل في النسب ولذا لم يذكر في المتون ولا
في غيرها . والحق بها في الدر نقلاً عن شرح الوهبانية العتق والولاء عند
الثاني والمهر على الاصح وشرائط الوقف على المختار - لكن ذكر في
التكملة ان المتمد عدم القبول في العتق والولاء وان القبول في المهر
احدى روايتين عن محمد صححها في البرازية والظهيرية والحترانية ، لانها من
توابع النكاح واما شرائط الوقف فنذكر ما قيل فيها . وهذا اي استثناء
هذه الستة ، استحسان . والقياس ان لا يحل لان الشهادة لا تحمل الا عن
علم على ما بينا آنفاً ولا يتحقق العلم الا بالمشاهدة والعيان او الخبر
المتواتر . وجه الاستحسان ، ان هذه الامور يختص بهاينة اسبابها خواص من
الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انتضاء القرون والاعصار فلو لم تقبل
بالتسامع ، لادى الى الخرج وتمطيل الاحكام فتزلت الشهرة فيها منزلة العيان ،
ولان الناس قاطبة ، مجمعون على انهم يشهدون بهذه الاشياء بالشهرة ، الا
ترى انا نشهد ان علياً رضي الله عنه تزوج فاطمة ودخل بها وان الحسن

والحين ابتاه منها ، وان شريحا كان قاضياً ولو تعلقت بحقيقة العلم ، ادى الى عدم الشهادة بها اصلاً هذا ما علل به الزلمي وغيره وهو لا يظهر في الشهادة على اصل الوقف . والطة له كما في الفتح ، انه وان كان قولاً مما يقصد الاشهاد عليه والحكم به في الابتداء لكنه في توالي الاعصار تبيد الشهود والاوراق مع اشتهار وقضيته فيبقى في البقاء سايبة ان لم تجز الشهادة به بالتسامع فست الحاجة الى ذلك ا هـ .

ثم ان الشهرة الميعة للشهادة بهذه الاشياء ، اما حقيقة او حكمة فالحقيقية ، ان يسمع من قوم كثيرين لا يتصور تواطؤهم على الكذب . وهذا لا يشترط فيه عدالة المخبرين ولا لفظ الشهادة - والحكمة ان يشهد عنده عدلان او رجل عدل وامرأتان كذلك بلفظ الشهادة الا في الشهادة بالموت فانه يكفي الشاهد ان يسمعه من رجل عدل او امرأة كذلك . قال الزلمي ولا يشترط في الموت لفظ الشهادة لانه لا يشترط فيه العدد فكذا لفظ الشهادة ، لان الغالب في الموت بان يقع في موضع لا يكون فيه الا واحد بخلاف الباقي من الستة فان الغالب فيها ان تكون بين الجماعة . قال ولولو لم يضر الموت الا شخص واحد واراد ان يشهد بموته وهو يعلم ان القاضي لا يحكم الا بشهادة عدلين اخبر بذلك رجلاً عدلاً ثم يشهدان بذلك عند الحاكم وهو من اعجب المسائل ا هـ .

ثم ان اخبار العدل بالموت انما يعتمد الشاهد عليه ، اذا قال المخبر عاينته ميتاً او شهدت جنازته ، لا لو قال اخبرني مخبر به كذا في التكملة عن جامع الفصولين . ويشترط ايضاً ان لا يكون المخبر متهاً كوارث وموصى له كما في الدر المنتقى مغزياً لشرح الوهبانية .

والحاصل انه كما يحمل لمن راي انساناً جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم ، ان يشهد بكونه قاضياً ولمن راي رجلاً وامرأة يسكتان معاً وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الأزواج ، ان يشهد بانها زوجته ولمن شهد دفن فلان او صلى عليه ان يشهد بموته ، وان لم يعاين قولية الامام او عقد النكاح او الموت - كذلك يحمل له ان يشهد على

هذه الاشياء اذا سمعها ممن يثق به من الناس على الوجه الذي بيناه من الشهرة الحقيقية او الحكمية . ثم وان حل للشاهد ان يشهد بهذه الاشياء الستة بناء على التسامع - لكن ينبغي ان يطلق الشهادة فاما اذا فر للقاضي انه يشهد بالتسامع ، لم تقبل كما ان من شهد بالملك بناء على معاينة اليد لو فر للقاضي انه يشهد بمعاينة اليد لم تقبل لان التسامع او الروية في اليد مجوز للشهادة . والقاضي يلزمه القضاء بالشهادة اذا كانت عن عيان ومشاهدة او عن اطلاق لتكون المشاهدة محتمة فيحمل شهادته عليها - اما اذا كانت عن تسمع او روية في اليد فلا يزيده علماً فلا يجوز له ان يحكم بها الا ترى انه لا يحكم ببيع نفسه ولو تواتر عنده ولا بروية نفسه الشيء في يد انسان فاولى ان لا يجوز ببيع غيره او روية غيره كذا في الهداية والزيامي وغيرهما .

واطلاق عدم القبول عند التفسير في كل ما تحمل به الشهادة بالتسامع، هو المذكور في عامة المتون لكن استثنى في متن التنوير الوقف والموت حيث قال : وان فر الشاهد للقاضي ان شهادته بالتسامع يعني فيما تحمل به الشهادة بالتسامع ومعاينة اليد ردت على الصحيح - الا في الوقف والموت اذا فرما وقالوا اخبرنا من نثق به تقبل على الاصح ا هـ . وعزاه الشارح في الدر الى الخلاصة قائلاً بل في الغزمية عن الحاشية معنى التفسير ان يقولوا شهدنا لانا سمعنا من الناس اما لو قالوا لم نعان ذلك ولكنه اشهر عندنا جازت في الكل وصححه شارح الوهبانية وغيره ا هـ . وفي التكملة عن حاشية العلامة نوح الشهادة بالشهرة ان يشهد الشهود ان هذه الضبعة وقف على كذا مشهور والشهادة بالتسامع ان يقول الشاهد اشهد بالتسامع ا هـ . ثم قال نقلاً عن والده ولا يخفى ان المآل واحد وان اختلفت المادة ا هـ .

اقول وفي هذا نظر فان قول الشاهد وقف على كذا مشهور ينبغي عن كون الشهادة به عن علم وتيقن قلب ولا كذلك اذا قال اشهد بالتسامع فانه في هذا يريد ان يحمل العهدة على غيره ، وعن هذا قال في الكفاية

والفرق بين الاطلاق والتفسير انه اذا اطلق يعلم انه وقع في قلبه صدق محبته فتكون شهادته به عن علم ولا كذلك اذا فسر وقال سمعت كذا وعن هذا كان المراسيل من الاخبار اقوى من المسانيد عندنا هـ . اي لان المسند يريد ان يجعل العهدة على غيره .

فتلخص من هذا كله ان ما هنا ثلاث مسائل كلها مندرجة في هذه المادة طبقاً لما في التنوير وشرحه الدر . الاولى هي ان الشهادة اذا كانت بناء على الشهرة والقامع في هذه الاشياء الستة تقبل اذا اطلق الشاهد شهادته ولم يفسر ، وان علم القاضي ان شهادته في نفس الامر مبنية على السماع - بأن لم يكن منه مساعدا لمعاينة ما يشهد به او نحو ذلك . وهذا لما ذكرنا من ان الاطلاق ينبي . عن ان ما سمعه وقع في قلبه صدقه فكانت شهادته عن علم - بخلاف ما اذا فسر . وهذه المسئلة هي المرادة من قوله في هذه الفقرة وتجوز شهادة الشاهد في خصوص الولاية والنسب والموت الخ المسئلة الثانية هي ان الشهادة في الوقف والموت مستثناة من قولهم ان الشاهد لو فسر للقاضي انه يشهد بالسماع لا تقبل ففيها تقبل ، وان فسر . اما في الوقف لفظاً للاوقاف القديمة عن الاستهلاك والضياع ولما تقرر انه يفتى بكل ما هو انفع للوقف فيما اختلف العلماء . كما في التكملة . واما في الموت فلاننا نشهد ان ابا بكر قد مات ولم نعلم موته كما في الفتح . وهذه المسئلة هي المرادة من قوله ولكن اذا شهد يكون محل وقفاً او يوفاة احد الخ . المسئلة الثالثة هي ان معنى التفسير ان يقول اشهد لانني سمعت من الناس او من الثقة . وليس منه ما اذا قال اشهد لانه اشتهر عندي ذلك او لان هذا وقف مشهور او لان موته مشهور او اشتهر عندي . وهذا على ما تقدم تصحيحه عن الدر معزيا لشرح الوهبانية . والظاهر ان الوجه في هذا ان هذا اللفظ ينبي . عن حصول العلم بالمشهود به عند الشاهد وان شهادته عن علم ويقين - بخلاف لفظ السماع على ما قررناه آنفاً نقلاً عن الكفاية . وهذه المسئلة مستفادة من قوله مثلاً لو قال ان فلاناً كان بتاريخ الفلاني الخ . المادة كما لا

يخفى على ادنى ذي مسكة من فهم . وبهذا التقرير تعلم سقوط ما زعمه الشارح اللبناني - من ان ذكر الموت مع الولاية والنسب في فقرة وتجوز شهادة الشاهد الخ . مخالف لما تقدم في الفقرة قبلها من انه لو شهد بوفاة احد لانه سمع من ثقة تقبل ، مستظراً ان ذكر الموت في الفقرة الثانية سهو . وجه السقوط ان كلامه هذا ، مبني على ان قوله فيها اي في الفقرة الثانية من دون ان يفسر وجه شهادته الخ ، خارج مخرج الشرط بمعنى ان جواز الشهادة في الولاية والنسب والموت ، مشروط بان لا يفسر وجه شهادته الخ . وهذا خطأ فان هذا لم يذكر ليكون شرطاً للجواز وانما ذكر لبيان انه عند الاطلاق اي عدم التفسير تجوز الشهادة في الكل فذكر الموت مع النسب والولاية ، للاشارة الى ان الحكم بين جميع مسائل ما تحل به الشهادة بالتسامع ، واحد وهو الجواز عند عدم التفسير .

فقد تاخص من هذا كله ان المجلة قد اعتمدت على ما في الدر من كتاب الشهادة من ان الشهادة بالتسامع في هذه الاشياء العدودة يجوز اي يحل ، وانه لو فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لا يقبل القاضي شهادته الا في الوقف والموت لما قررناه ، وان معنى التفسير هو ان يقول اشهد لاني سمعت من الثقة او نحو ذلك ، وان قوله لانه اشتهر عندي او لان هذا مشهور عندي ليس من التفسير بل هذا له حكم ما اذا اطلق ولم يفسر حتى لو قال هذا في جميع مسائل ما تحل به الشهادة بالتسامع ، لا يمنع من قبول شهادته . والظاهر ان مثله ما اذا قال تواتر عندي او هذا متواتر عند الناس بل هو اولي ثم هذا كله اذا شهدوا على الوقف بالتسامع اما اذا شهدوا على التسامع والشهرة بالوقف فلا تقبل اتفاقاً لما في الخيرية لما سنل عن محضر فيه ان شهود الوقف شهدوا بانهم سمعوا بانه وقف فاجاب لا يثبت الوقف بهذه الشهادة بلا شبهة باجماع علمائنا لانها ليست شهادة على الوقف بالسماع وانما هي شهادة على السماع بالوقف والشهادة على الوقف بالسماع ان يقول الشاهد اشهد بالوقف لاني سمعت من الناس او بسبب اني سمعت من الناس اه . هكذا

ينبغي تقرير هذا المحل والحمد لله عز وجل .

تنبیه

قد علمت من صريح هذه المادة ان الشهادة بالوقف تقبل وان فسر الشاهد انه يشهد بالتسامع - لكن هل المراد من الوقف اصله او ما هو الاعم من اصله ومن شرايطه ، احتمال لان قوله ولكن اذا شهد بكون محل وقفاً الخ . وان كان يشعر بالاول - الا ان تخصيص الشيء بالذكر لا ينبغي الحكم عن ما عداه والاول هو الذي اقتضت عليه المتون لكن نقل الملائي في الدر من كتابي الوقف والشهادات عن المجتبى ، ان المختار قبولها على شرائطه ايضاً قال واتهمه في المراج واقره الثرنبلالي وعزاه الى العلامة قلم وقواه في الفتح بقولهم يُسلك بمنقطع الثبوت المجهولة شرائطه ومصارفه ما كان عليه في دواوين القضاة اه . قال في حاشية رد المحتار اي لان الشهادة بالتسامع هي ان يشهد بما لم يعينه والعمل بما في داووين القضاة عمل بما لا يعين وايضاً قولهم المجهولة شرائطه ومصارفه يفهم منه ان ما لم يجهل منها يعمل بما علم منها وذلك العلم قد لا يكون بشهادة الواقف بل بالتصرف القديم وبه صرح في الذخيرة اه . اي وهو عين الثبوت بالسمع - لكن نقل في الهندية عن الذخيرة ان ما في المتون عليه الفتوى وعليه فلا يعدل عنه الى ما اختاره في المجتبى وقواه في الفتح وان قال الطحطاوي انها قولان مصححان لان لفظ عليه الفتوى اقوى الفاظ التصحيح مع ان المتون مشت عليه . ثم ان المراد باصل الوقف كلما تنطبق به صحته وثبوت عليه كما في التنوير من الشهادات والا فمن شرائطه كما في الدر وفيه من كتاب الوقف وبيان المصرف من اصله لترقف صحة الوقف عليه فتقبل بالتسامع اه . قال في حاشية رد المحتار وكونه وقفاً على الفقراء او على مسجد كذا تثبت عليه صحته - بخلاف اشتراط صرف غلته لزيد او للذرية فهو من الشرائط لا من الاصل ولعل هذا اي توقف

صحة الوقف على بيان الجهة مبني على قول محمد باسقاط التصريح في الوقف بذكر جهة لا تنقطع وتقدم ترجيح قول ابي يوسف بعدم اشتراط التصريح به فاذا كان ذلك غير لازم في كلام الواقف ينبغي ان لا يلزم في الشهادة بالاولى ، لعدم توقف الصحة عليه عنده . ويؤيد هذا ما في الاسعاف والخاتية : لا تجوز الشهادة على الشرائط والجهات بالتسامع ٥١ . قال ولا يخفى ان الجهات هي المصارف فقد ساوى بينها وبين الشرائط الا ان يراد بها الجهات التي لا تتوقف صحة الوقف عليها والحاصل انه على القول بان بيان المصرف مما تتوقف عليه صحة الوقف وهو قول محمد يكون من اصل الوقف فتقبل فيه الشهادة بالتسامع وعلى القول بعدم توقف صحة الوقف عليه وهو قول ابي يوسف ، الراجح لا تقبل . وما نقله عن الخاتية والاسعاف يؤيد الثاني وكذا نقل ما يؤيده عن التارخانية والفصولين . وهذا كله مبني على ما في المتون من ان الشهادة بالتسامع انما تقبل على اصل الوقف لا على شرائطه . واما على ما ذكره في الدر مغزياً للمجتبي من قبول الشهادة بالتسامع على شرائط الوقف كما تقبل على اصله فلا فرق بين ان يكون بيان المصرف من اصله او من شرائطه كما لا يخفى واعلم ان الشهادة على الوقف بالتسامع تقبل بلا فرق بين ان يكون الوقف قديماً او حادثاً عملاً باطلاق المتون الشامل لها وبه اتفق في الخيرية ثم قال فان قيل عللوا ذلك ببيند الشهود وفناء الاوراق فكان هو الميث للحكم قلنا انتفاؤها لا ينفي الحكم بعله اخرى كما صرحت به اصحاب الاصول من ان انتفاء العلة لا يوجب انتفاء الحكم عند تعددها اهـ . اقول لا تعدد في العلة هنا فينبغي ان يدور الحكم مع علته الوحيدة وجوداً وعدمياً كما صرحوا به ايضاً والجواب المنع هو ان السؤال ساقط من اصله لان التعليل الذي قدمناه عن الفتح قبل خمس صفحات وهو ان الوقف بتوالي الاعصار تبيند شهوده واوراقه مع اشتهاه وفتيته فيبقى في البقاء سائبة ان لم تجز الشهادة به الخ ينتظم قديم الوقف وحادثه فان الحادث سيصير قديماً ويبقى سائبة ان لم تجز الشهادة به

وحاصله ان بيد الشهود بقاء هو العلة لجواز الشهادة بالسمع في الوقف
الحادث فتدبره . ويؤيد هذا ما في البرازية : وفي الوقت الصحيح انه
يقبل بالسمع على اصله لا شرائطه لانه يبقى على الاعصار لا شرائطه اه
فانظر كيف اطلق الوقف وجه العلة كونه يبقى على الاعصار وهو
عين ما قلنا .

المادة ١٦٨٩ - اذا لم يقل الشاهد اشهد بل قال اني
اعرف الخصوص الفلاني هكذا او اخبر بهذا لا يكون
قد ادى الشهادة .

عبارة الدر متناً وشرحاً ورتب في الكل من المراتب الاربع لفظ
اشهد بلفظ المضارع بالاجماع . وكل ما لا يشترط فيه هذا اللفظ كطهارة
ما . وروية هلال فهو اخبار لا شهادة اه . والمراد بالمراتب الاربع ما
يكون فيه نصاب الشهادة ارباعاً كالزنا وما يكون رجلين عدلين كبقية
الحدود وما يكون رجالان او رجل وامرأتان عدول - كحقوق بين العباد
وما يكفي فيه النساء . وذلك فيما لا يطلم عليه الرجال ففي كلها لا بد
من ان يقول الشاهد اشهد بكذا حتى لو قال اعلم او اتيقن او شهدت
لا تقبل شهادته . قال في الهداية لان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر
فيها بهذه البنظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله اشهد من الفاظ اليمين
كقوله لشهد بالله فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة اشهد اه .
واختيار لفظ اشهد لانه يني . عن ان شهادته في الزمان الحال بخلاف قوله
شهدت فانه يحتمل الاخبار عن ما مضى فلا يكون شاهداً في الحال .

ولكن على قوله هذا لو سأل الحاكم بقوله اشهد بهذا

واجاب بقوله نعم هكذا اشهد يكون قد اداها .

الظاهر ان الحكم كذلك لو قال نعم وان لم يقل هكذا اشهد ولم
اره الان صريحاً . وهذا لما تقدم في المادة ٦٦ من ان السؤال معاد في
الجواب . قال في الاشباه قال البرازي في فتاواه من اخر الوكالة وعن
الثاني قال امرأة زيد طالق وعنده ح وعليه المني الى بيت الله الحرام
ان دخل هذا الدار فقال زيد نعم كان زيد حائفاً بكلمة لان الجواب
يتضمن اعادة ما في السؤال ا. وفيها عن البرازية ايضاً من كتاب
الطلاق قالت انا طالق فقال نعم تطلق ولو قالت طلقني فقال نعم لا
وان نوى ا .

ونقل الشارح اللبناني في شرح المادة المذكورة عن الدر انه لو سأل
الحاكم المدعى عليه قائلاً ان المدعي يدعي عليك بالف ديناً من جهة
كذا فاذا تجيب فاجاب نعم فيكون قد اقر بالالف ا . فهذه النقول
جميعها تشهد لما قلنا من ان قوله نعم فقط يكفي لاداء الشهادة في مسئلة
هذه المادة . هذا وذكر في البرازية في نوع في الفاظها اي الشهادة ما نصه :
وفي الصغرى شهد احدهما مفسراً والثاني على شهادته او مثل شهادته لا
يقبل ولو قال اشهد مثل شهادة صاحبي لا يقبل عند الحصاص . وعامة
المشايع على انه يقبل قال الحلواني ان كان فصيحاً لا يقبل منه الاجمال
وان عجبياً يقبل - بشرط ان يكون بجال ان استفسر منه ، بين قال السرخسي
رحمه الله تعالى : ان احس القاضي بجزالة يعني في الشهادة كلفه التفسير والا
لا . قال شمس الاسلام يقبل اذا قال للمدعي على هذا المدعى عليه وقتوى
القاضي الامام على هذا . وبه يفتي وذكر الامام الحلواني لو قرأ المدعي
او وكيله فقال الشاهد اشهد بما ادعاه هذا المدعي على هذا المدعي عليه
او قال ان المدعى في يد المدعى عليه بغير حق يصح عندنا ا . وفي
الهندية من الباب الثالث في الشهادات هذه الاقاريل فيما اذا قال الثاني
اشهد بما شهد به الاول او بثقل ما يشهد به الاول - اما اذا قال اشهد

على شهادة الاول او على مثل شهادة الاول لا يقبل اجماعاً ، لان هذه شهادة على الشهادة . واذا كتب شهادة لشاهد في بياض وقرى . عليه ذلك فقال اشهد ان لهذا المدعي جميع ما سمي ووصف في هذا الكتاب على هذا المدعي عليه او قال هذا المدعي به الذي قرى . ووصف في هذا الكتاب في يد هذا المدعي عليه بغير حق فواجب تسليمه الى هذا المدعي ، فهذه شهادة صحيحة كذا في المحيط ٥١ . ولا يجزئ عليك ان الشاهد في مسئلة هذه الفقرة لما قال نعم فقد فسر لان المشار اليه بقول الحاكم اتشهد هكذا هو ما فسر الشاهد في اخباره اولاً فيكون معاداً في الجواب فلا تجري الخلافات والتفاصيل المارة فيه .

ولا يشترط لفظ الشهادة في الافادات الواقعة لمجرد استكشاف الحال كاخبار اهل الخبرة لانها ليست بشهادة وانما هي من قبيل الاخبار المجرد .

اي وكما كان من قبيل الاخبار لا يشترط فيه العدد ولا لفظ اشهد وقدنا في شرح المادة ١٦٨٥ ان المواضع التي تقل فيها اخبار الواحد العدل احد عشر موضعاً فلترجع .

المادة ١٦٩٠ - تكفي اشارة الشاهد عند الشهادة الى كل من المشهود له والمشهود به اذا كانوا حاضرين ولا يلزم عليه ذكر اسم ابي المشهود له والمشهود عليه ولا جدتهما ، واما الشهادة المتعلقة بالموكل او الميت فيلزم على الشاهد ذكر ابيهما وجدتهما ولكن اذا كان كل منهما مشهوراً ومعروفاً يكفي ذكر الشاهد اسمه وشهرته لان المقصد الاصيل تعريفه

بوجه يميزه عن غيره .

الإشارة الى المشهود به ، انما تمكن اذا كان عيناً فلو ديناً فلا بد من ذكر قدره وجنسه ونوعه وصفته كما تقدم في الدعوى وعبارة التنوير مع الدر هكذا : وهي اي الشهادة ان على حاضر يحتاج الشاهد الى الإشارة الى ثلاثة مواضع اعني الحصين والمشهود به لو عيناً لا ديناً وان على غائب كما في نقل الشهادة او ميت ، فلا بد لقبولها من نسبه الى جده فلا يكفي ذكر اسمه واسم ابيه وصناعته - الا اذا كان يعرف بها اي بالصناعة لا محالة بان لا يشاركه في المصنوعه فلو قضى بلا ذكر الجد ، نفذ فالمعتبر التعريف لا تكثير الحروف حتى لو عرف باسمه فقط او بلقبه وحده كفى جامع الفصولين وملقط ٥١ .

وقوله بان لا يشاركه في المصنوعه في التكملة : لم يشترط هذا في جامع الفصولين شرنبلالية ٥١ . وقال في الفصولين : والحاصل ان المعتبر حصول المعرفة وارتفاع الالتباس باي وجه كان ٥١ . وقول الدر او بلقبه قال في التكملة وكذا بصفته كما افتى به في الحامدية فيمن شهد ان المرأة التي قتلت في سرق كذا يوم كذا وقت كذا قتلها فلان تقبل بلا بيان اسمها وابيها حيث كانت معروفة لم يشاركها في ذلك غيرها وقال في الاشياء وتكفي النسبة الى الزوج لان المقصود الاعلام . وفي البعد اسمه واسم مولاه واي مولاه ولا يكفي الاقتصار على الاسم الا ان يكون مشهوراً ٥١ .

اقول والظاهر انه في النسبة الى الزوج ايضاً لا بد من تعريفه بما يميزه عن غيره . ويشترط ايضاً ان لا يكون له زوجة غيرها كما لا يخفى . ثم ان قول التنوير : وان على حاضر يحتاج الشاهد الخ ، يقتضي اطلاقه ان التعريف بذكر الاب والجد لا يكفي حالة الحضور بل لا بد من الإشارة وهو الذي يظهر لان الإشارة ابلغ من التعريف فلا يقوم التعريف مقامها عند امكانها - لكن لم اره الآن صريحاً فليراجع .

تنبيه

لم يذكر في هذه المادة حكم ما اذا كان المشهود به غائباً اكفاء
تأ في المادة ١٦١٩ وما يليها من المواد المتكفلة ببيان ما يشترط لصحة
الدعوى اذا كان المدعى به غائباً ، لما تقرر ان كل ما يشترط لصحة
الدعوى به يشترط لصحة الشهادة به فلا حاجة الى ذكره هنا اذ قد
استوفينا عليه الكلام هناك .

المادة ١٦٩١ - يلزم في الشهادة بالمقار بيان حدوده
ولكن اذا لم يذكر الشاهد حدود المشهود به وتعهد بأرآته
وتعيينه في محله يذهب الى محله لآرآته .

تقدم الكلام على هذه المسئلة متوفى في المادة ١٦٢٤ وفي المادة ١٦٢٥
وشرحها فراجعها اذ في اعادته تطويل عمل . واعلم ان بيان الحدود انما
يلزم اذا شهدوا بالمقار كما هو منطوق هذه المادة اما في الشهادة بالاقرار
به ، فلا ففي السابع من جامع الفصولين ما نصه وفي فئش (يعني فتاوي
رشيد الدين) . ادعى داراً انه ملكي فبرهن ذو اليد ان المدعي اقر
ان هذا المحدود ملكي لكن الشهود لم يحدوه ، تقبل شهادتهم على الدفع
اذا لم يشهدوا بالملك وانما شهدوا بالاقرار به وبهذا يحصل الدفع . وجهاً لهم
بالحد لا تتم قبول شهادتهم باقراره . وجنسه وقع وصورته برهن المشتري
ان الشفيع قال له بعه منى وهو مسلم الشفعة الا انهم شهدوا بمقائه ولم
يذكروا الحدود ولا عرفوها ، ينبغي ان تقبل هذه البينة ، اذ شهدوا
باقراره انه سلم الشفعة في هذا المحدود ٥٠٠ . ومثله في فتاوي الانقروبي
عن البرازية والخلاصة وفي جامع الفصولين ايضاً : ولو شهدا ان الدار

التي في بلد كذا في محلة كذا التي تلاصق دار فلان بن فلان الغلاني التي هي في يد هذا المدعى عليه لهذا المدعي ولكن لا نعرف حدودها فقل المدعي للقاضي انا آتيك بشهود آخرين يعرفون حدودها واتى بهم فشهدوا ان حدودها كذا، ذكر في بعض النسخ ان القاضي يقبل ذلك ويحكم بها للمدعي كما في المسئلة الاولى وذكر في بعضها انه لا يقبل اذ الشهادة الاولى في هذه المسئلة ليست بجمعة اصلاً بدون الشهادة الثانية فلستوى وجودها وعدمها - وكذا الترية وجميع العقارات ذكرت هذه المسئلة في (ضطه) وقال اختلفت الروايات في هذه المسئلة . والاظهر انها تقبل ، لان تحمل الشهادة غالباً يكون على هذا الوجه فانه اذا شهد البايع على البيع في البلدة والقار في السواد ، فالظاهر ان الشهود لا يعرفون حدود البيع لكن يسمون ذكر الحدود فيشهدون على تلك الحدود المذكورة في البيع ولو كانوا لا يطمون الحدود حقيقة اه .

اقول وفي هذا التعليل نظر للفرق بين ما اذا ذكر الشهود لساها الحدود وبينها على ما سمعه من البايع وهم لا يطمونها حقيقة كما هو موضوع المسئلة المطل بها وبين ما اذا لم يذكرها اصلاً وهم مع ذلك لا يطمونها فاظهري الرواية القائلة بالقبول في المسئلة الاولى ، غير ظاهرة ثم رأيت في الحانية قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني هنا مسائل ثلاثة احدها ان تقول الشهود لهذا المدعي دار في محلة كذا في سكة كذا لصيق دار فلان في زقبة كذا اغتصها منه هذا المدعى عليه وانها في يده بغير حق ولم يذكروا حدودها وقالوا لا نعلم حدودها وجاء المدعي بشهود آخر فشهدوا بحدودها فان القاضي لا يقضي للمدعي لان الذين شهدوا بالملك لم يشهدوا بالحدود والذين شهدوا بحدود الدار لم يشهدوا له بملك الدار . والمسئلة الثانية لو قال الشهود نحن نعلم حدودها احد حدودها كذا والثاني كذا والثالث كذا والرابع كذا ولكن لا ندرى هل هذه الحدود حدود تلك الدار فانا تحملنا الشهادة بهذه الحدود واقرب البايع بهذه الحدود لكن ما رأيناها ولا مررتا بتلك المحلة ولا نسكنها واكثر

تحمل الشهادة على الدار والارض على هذا الوجه يسمي البايع حدودها والشهود يتعاونون الشهادة بتعريف البايع وفي هذه المسئلة القاضي يبيث امينين الى الدار ليبينوا ان هذه الحدود هل هي حدود تلك الدار فان وافق ، قضي بها للمدعي اذا رجعا اليه وشهدا عنده ان حدودها هذه الحدود . وان خالف لا يقضي - اما المسئلة الثالثة اذا قال الشهود ان لهذا المدعي داراً في محلة كذا نعرف حدودها اذا قمنا عند حيطانها ونشير ان احد حدودها الى هنا والثاني الى هنا والثالث الى هنا والرابع الى هنا ولكننا لا نعلم جيرانها فان هنا اذا اراد القاضي ان يقضي للمدعي يأمر الشهود بان يذهبوا الى الدار ويبيث معهم شاهدين او امينين من امانته فيبينوا الحدود الى الامينين ثم يتعرف الامينان جيرانها ويستلوا اساميهم فاذا رجعوا الى القاضي وشهد اميناه ان الشهود بينوا حدود الدار واثاروا اليها وانا نعرفنا عن جيرانها فوجدنا دار فلان وفلان وفلان في سكة كذا فان القاضي يقضي بشهادة الشهود الذين شهدوا بملك الدار للمدعي ا هـ . ما في الخانية .

فانظر كيف جعل فرقا في الحكم بين المستثنين الاولين وهما المذكورتان في جامع المصولين واقتصر على الرواية القائلة بعدم القبول في شهادة من لم يذكر الحدود وان اتى المدعي بشهود آخرين على الحدود واخذ برواية القبول في شهادة من ذكروا الحدود حسبا سمعوا من البايع وان قالوا لا نعرفها بعينها . ومعلوم ان اقتصاره على الرواية القائلة بعدم قبول الشهادتين فيما لو شهد اثنان بالملك في المحدود واخران في الحدود تصحيح لها . وفي الانقروية عن دعوى القاعدية : شهدا على شراء الدار وبيننا موضعها وحدودها فقيل لها لو ذهبتما الى ذلك الموضع هل تعرفانها بعينها فقالا لا نعرفها هل تقبل شهادتهما قال نعم ، لوقوع الاعلام بالبيان ثم قال : واذا قبلت وقضى بها فقال المدعي عليه الدار التي في يدي ليست تلك الدار التي شهدا بها احتيج الى شاهدين آخرين يشهدان ان هذه الدار هي التي شهدا بها لتعين ا هـ . ومثله في جامع الفصولين ايضا

فا نقله الشارح اللبناني عن الدر المختار وكذا في فتاوي الانقروزي عن
القنية، مبني على الرواية الاخرى التي لم يعرج عليها فقيه النفس قاضيخان
وناهيك به من امام هو من اجل من يعتمد على تصحيحه .

فروع

ادعى داراً فقال له القاضي هل تعرف حدوده قال لا ثم اعاد وبين
حدوده، لا تسمع ولو قال لا اعرف اسامي الجيران ثم ذكر في المرة
الثانية اسمهم يسمع كذا في آخر السابع من الفصولين .
والظاهر ان الشهود كالدعي فيما ذكر لما تقرر من ان كل ما لزم المدعي
بيانه في الدعوى لزم الشهود بيانه في الشهادة . وفي الهندية الشهود اذا لم
يعرفوا الحدود وسألوا الثقات وفسروا عنده الحاكم تقبل اهـ . وفيها اذا ذكر
في الدعوى او الشهادة احد حدود الارض المدعاة لرب ارض فلان ولفلان
في القرية التي فيها الارض المدعاة ارض كثيرة متفرقة ، صحت الدعوى
وصحت الشهادة وان كان فيه نوع جهالة الا انها تحملت للضرورة . اذا
شهدوا بملكية الارض وبينوا حدودها وقالوا هي بمقدار خمس مكابيل
بذر والمدعي يدعي ذلك واصابوا في بيان الحدود واخطأوا في بيان
المقدار فظهر ان الارض تسع قدر ثلاث مكابيل بذر ، حكى عن شيخ
الاسلام ابي الحسن الصفدي انه قال : لا تبطل الدعوى وللشهادة واجاب
بعض مشايخ زمانه ببطلان الدعوى والشهادة وقيل يجب ان تكون المسئلة
على التفصيل ان شهدوا بحضرة الارض المدعاة وشاروا اليها تقبل وان
شهدوا ببقية الارض لا تثبت بهذه الشهادة ملكية ارض تسع خمسة
مكابيل بذر وقيل لا تقبل هذه البينة على كل حال وهو الاظهر والاشبه
بالفقه اهـ . مزيماً للعادية قيد بالبينة لان الدعوى لا تبطل .
والفرق ان الشهادة تختم بالكذب فلا تقبل - بخلاف الدعوى ولان
المدعي له ان يدعيها ابتداءً فيقول هذه الارض التي تسع ثلاثة مكابيل

ملكي ولما في الفصولين : ادعى زندنجياً طوله كذا فبرهن انه ملكه
بحضرة المدعى به وهو زندنجي تسم - لكن يذرع فلو نقص في الذرع
لو زاد لا تقبل بيته ، لظهور كذبا . والوصف في الاشارة لعم في البيع
والايمان اما في باب الشهادة اذا شهدوا بوصف فظهر بخلاف ما شهدوا ،
لا تقبل كما لو ادعى دابة وقال هذه الدابة التي سنها اربع سنين ملكي
وشهدوا كذلك فظهر انها ازيد او انقص لا تقبل لظهور كذبيهم كذا هنا ٥١ .
واما ما نقله في الفصولين عن الذخيرة : ادعى حديداً وذكر ان
وزنه كذا والحديد محضر في مجلس الحكم فوزن فزاد على قدر المذكور
او نقص ، تصح الدعوى والحكم اذا وجدت الشهادة عليه اذ الوزن في
المشار اليه تمو فالتفاوت لا يمنع صحة الدعوى ٥١ ، فمحول كما في الفصولين
على ان الشهود لم يذكروا الوزن في شهادتهم فلم يظهر كذبيهم . اذا
تمهد هذا تعلم ان ما تقدم في المادة ١٦٢٤ من انه اذا اصاب المدعى
في بيان الحدود واخطأ في بيان مقدار ذراع المقار او دونه لا يمنع من
صحة دعواه ، لا ينافي ما هنا لما علمت من الفرق بين الدعوى والشهادة
وبه تعلم ايضاً ان ما كتبه الشارح اللباني هنا في غاية السقوط .

المادة ١٦٩٢ - اذا ادعى المدعى بالاستناد الى الحدود
التي هي في السند وشهد الشهود بان المقار المحررة حدوده
في هذا السند ملكه تصح شهادتهم كما ذكر في المادة ١٦٢٣

عبارة جامع الفصولين قال المدعى ان الادار التي حدودها مكتوبة
في هذا المحضر ملكي وقال الشهود ان الادار التي حدودها مكتوبة في
هذا المحضر ملكه ، صحت الدعوى والشهادة - وكذا لو شهدا ان المال
الذي كتب في هذا الصك عليه تقبل والمعنى فيه انه اشار الى المعلوم اه
ومثله في البرازية وقدمنا في شرح الفقرة الاخيرة من المادة ١٦٨١ حكم

ما اذا فر احد الشاهدين شهادته ثم قال الآخر : اشهد بمثل شهادة صاحبي
او على شهادته موضعاً فليراجع .

المادة ١٦٩٣ - اذا ادعى احد بان لمورثه في ذمة فلان
كذا دراهم وشهدت الشهود بان للميت في ذمة المدعى عليه
المقدار الذي ادعى يكفي ولا يحتاج الى التصريح بانها
صارت موروثه للورثة واذا ادعى عيناً يعني لو ادعى بان في
يد فلان عيناً من مال المورث فالحكم بهذا الوجه ايضاً .

الاصوب في الترجمة ان يقول لو ادعى عيناً معينة في يد فلان انها
من مال المورث كما لا يخفى وقوله فالحكم بهذا الوجه ايضاً اي لو شهد
الشهود بان هذه العين مال المورث يكفي ولا يحتاج الى التصريح بانها
صارت موروثه للورثة - لكن لا بد لصحة الشهادة من ان يقيد الشهود
كون العين من مال المورث وقت الموت . وعن هذا قال في الفتح وقد
ظهر ان محل الخلاف يعني الخلاف الآتي في لزوم الجبر على قولها وعدمه
على قول ابي يوسف ، هو شهادتهم انه كان ملك الميت بلا زيادة ولو
شهدا انها لابييه لا تقبل ذكرها محمد بلا ذكر خلاف فقيل تقبل عند
ابي يوسف وقيل لا تقبل بالاتفاق اه . ثم ذكر فيه بعد نحو صفحتين ما
نصه : تنمة شرط الشهادة بالارث ان يشهدوا انه كان لمورثه - فلو
قالوا انه لمورثه تقدم ان محمداً رحمه الله تعالى قال لا يصح ولم يحك خلافاً
لان المورث ان كان حياً فالمدعي ليس خصماً وان كان ميتاً فاثبات الملك
للميت حالاً محال وتقدم قول بعضهم انها تصح على قول ابي يوسف وهو
غير بعيد لأننا نقطع بان الشاهد لم يرد هذا المعنى بل ملكه حال حياته
فكان كالأول اه . وفي البزازية من العاشر من كتاب الدعوى ولو قالوا
انها اي العين لابييه ولم يقولوا مات وتركها . يرثها له قيل على الخلاف

واختار الفضلي انه لا تقبل وهو الاصح ا هـ . وفي جامع الفصولين من
الفصل السادس : ولو شهدا انه كان لايه او كان في يده ولم يزيدا عليه
قال من رح تقبل وقال لا وهو قول س اولاً ولو شهدا انه لايه ولم
يزيدا قيل لا تقبل وفاقاً وهو الاصح وقيل هو على الخلاف واما لو زادا
وقالا تركه اراثاً له او شهدا انه كان في يد ابيه يوم موته ولم يزيدا
تقبل ا هـ . ومثله في الباب السادس من الهندية معزياً للخلاصة والهادية
اي لانه بهذه الزيادة يتعين ان مرادها ملك الميت حال حياته فتدبر
فلينتبه لهذا .

وتوضيح المسئلة انه اذا ادعى الوارث عيناً في يد انسان انها ميراث
ايه واثام شاهدين فشهدا ان هذه كانت لايه ، لا يقضى له حتى يجر
الميراث فيقول مات وتركها ميراثاً له او يقول كانت لايه يوم موته او
كانت في يده او يد من يقوم مقامه من المستعير وغيره . ومن هذا
الاخير ما في الهداية وغيرها والعبارة لها : ومن اقام بينة على دار انها كانت
لايه اعادها او اودعها الذي هي في يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة
انه مات وتركها ميراثاً له ا هـ . قال في الفتح لان الشهادة على الملك
وقت الموت او اليد وقت الموت تقوم مقام الجرح وهو قول الشهود مات
وتركها ميراثاً له وقد وجد الثاني في مسئلة الكتاب يعني الهداية ، لانه
اثبت اليد عند الموت حيث شهدا انها معارة منه او مودعة عند الموت
لان يد المستعير والمودع والمستأجر كيد المعير واخويه ا هـ . قال الزيلعي :
الاصل فيه ان الجرح شرط وهو ان يقول الشاهد مات وتركها ميراثاً له
- ولكن اذا ثبت ملكه عند الموت كان جراً حكماً لانه اثبت ملكه
وقت الانتقال الى الوارث فيثبت الانتقال ضرورة فيكون اثباتاً للانتقال
- وكذا اذا اثبت يده عند الموت لان اليد وان تنوعت الى يد غضب
وامانة وملك فانها عند الموت من غير بيان ، تصير يد ملك ، لما عرف ان
كلا من التاصب والمودع اذا مات مجهلاً يصير المفضوب والوديعة ملكه
لصيورته مضموناً عليه شرعاً والمضمون ملك الضامن فيكون اثبات اليد

في ذلك الوقت اي وقت الموت اثباتاً للملك فيغني اثبات الملك وقت الموت عن ذكر الجر فاكفي به عنه . وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى الجر ليس بشرط بل اذا اثبت الوارث ان العين كانت للمورث يكفي ، لان ملك الميت قد ثبت بقول الشهود كانت له وملك الوارث خلافة عنه ولهذا يرد بالميت ويرد عليه به ويصير مغروراً فيما اشتراه والمورث فيكون ملك الوارث عين ملك المورث مستمراً الى هذا الوقت لا ملكاً اخر غيره كما في الحمي اذا اثبت انها كانت له ، يحكم له بها ولا يكلف اقامة البينة على ان ملكه ثابت في هذا الوقت - وكما اذا ادعى عيناً في يد انسان انه اشتراها من فلان غير ذي اليد واقام البينة على الشراء منه وانكر ذو اليد انها ملك البايع فاقام المشتري بينة انها كانت له يكفي بذلك ويقضى له بها ولا يكلف اقامة البينة انها كانت للبايع وقت البيع . وهذا لان ما ثبت فهو باق الى ان يوجد ما يزيله لاستغناء البقاء عن دليل . ولها ان ملك الوارث متجدد ثبت له بعد ان لم يكن ثابتاً - الا ترى انه يثبت في حقه احكام لم تكن ثابتة في حق المورث من استبراء الجارية وحل وطنها لو كانت حراماً على المورث او بالعكس وكذا يحل للوارث الفني اكل صدقة ورثها من الفقير ولولا تجدد الملك لما حل له فاذا كان متجدداً ، فلا بد من اثبات النقل اليه وذلك بما ذكرنا من الجر لا باثبات ملك الميت قبل الموت ، لان بقاء ملكه الى الموت يثبت باستصحاب الحال وهو حجة لابقاء ما كان لا لاثبات ما لم يكن وحاجتنا اليه لان مالكية الوارث لم يكن ثابتاً قبل موت المورث فكان متجدداً ضرورة فلا يثبت باستصحاب الحال - الا ترى ان الشفع لا يستحق الشفعة بظاهر يده في الدار المشفوع بها وان كان يدفع دعوى غيره لما ذكرنا بخلاف ما اذا اثبت الحمي انها كانت له حيث يحكم له بها لانا اعتبرنا فيه استصحاب الحال لبقاء ما كان على ما كان وهو حجة فيه على ما بينا وبخلاف ما اذا اقام البينة انه اشتراها من فلان حيث لا يكلف اقامة البينة انه

كان مسالكاً وقت البيع لان ملك المشتري مضاف الى الثراء الثابت
بالينة لا الى استصحاب الحال ببقاء ملك البايع لان الثراء كسبب موضوع
للملك حتى لا يتحقق بدون اثبات الملك فيكون ثابتاً بالثراء - واما في
الموت فثبتت الملك للوارث مضاف الى كون المال ملك المورث وقت الموت
لا الى الموت لان الموت ليس سبباً موضوعاً للملك بل هو سبب موضوع
لابطاله فكيف من موت ليس فيه ايجاب الملك لاحد الا ترى ان الوارث
لو علق الصق بموت مورثه بان قال ان مات سيدك فانت حر ، لا يصح
ولو كان سبباً للملك ، يصح كما اذا قال لعبد الغير ان اشتريتك فانت
حر ا ه . ما في ازيلعي بقليل زيادة من حاشية الشلبي .

والحاصل ان ما هنا ثلاث مسائل الاولى ان يقول الشاهد في شهادته
ان هذه العين كانت ملك الميت ولا يزيد على ذلك فهذه المسئلة موضع
الخلافا قال الامام ابو حنيفة ومحمد : لا تقبل بلا جر وهو ان يقول مات
وتركها ميراثاً للمدعي وقال ابو يوسف تقبل ولا حاجة الى الجر . الثانية
ان يقول الشاهد كانت العين ملك الميت الى وقت موته ، او مات وهو
يملكها او يقول كانت ملك الميت وفي يده الى ان مات ، او مات وهي
في يده او يد مودعه او المستاجر منه او المستعير منه او مرتهنه ففي
هذه المسائل تقبل الشهادة اتفاقاً لوجود الجر حكماً كما تقدم - الثالثة
ان يشهد بان العين ملك الميت ولا يزيد عليه شيئاً فقبل انها على الخلافا
السابق بين ابي يوسف والصاحبين وقيل لا تقبل اتفاقاً وهو الاصح كما
تقدم . وهناك مسئلة رابعة وهو ان يشهد الشهود على اقرار المدعي عليه بان
العين كانت ملك الميت فتقبل شهادتهم - ولا يشترط لقبولها الجر كما في
الحانية والهندية اي لا حقيقة ولا حكماً وافاد في البحر ان الجر انما
يشترط لصحة دعوى الوارث ملك العين المدعى بها اما لو ادعى شراء
المورث لها من المدعي عليه ، فلا قال لما في الظهيرية : ادعى داراً في
يد رجل ان اياه اشتراها من ذي اليد بالف درهم ومات ابوه فنجحد
البائع ذلك صح دعواه وان لم يذكر في دعواه ان اياه مات وتركها

ميراثاً له ا هـ . قلت وفي الهندية معزياً للذخيرة قال في كتاب الاقضية :
دار في يد رجل اقام احد البينة ان ابي اشتراها منه بالف درهم وقد
مات ابي والبائع يحسد ذلك فاني لا اكافه البينة ان اباه مات وتركها
ميراثاً له ولكن اسئله البينة انهم لا يعلمون له وارثاً له غيره فان اقامها
امرته بدفع الدار اليه . ولو كانت الدار في يد غير البائتم كلف كليهما هـ
معزياً للذخيرة ومحيط السرخسي .

بقي هنا شي . وهو انه هل يلزم الجبر على قول ابي حنيفة ومحمد
فما اذا ادعى الوارث ديناً في ذمة آخر ميراثاً له عن ابيه كما يلزم في
دعوى العين فمقتضى اتفاق كلمة المتون والشروح والفتاوي على وضع المسئلة
الخلافية بين الامامين وبين ابي يوسف في دعوى العين فقط ، عدم لزومه
في الشهادة . وقد يشير الى هذا ما في البزازية من الباب العاشر في النسب
والارث من كتاب الدعوى حيث قال : وفي الجامع وضع المسئلة في العين
كالثوب ، دل على انه لا فرق في اشتراط الجبر بين العين والقار ا هـ .
وقد صرح في مجمع الانهر وكذا افاده في الهندية وغيرها ، ان ملك
الوارث انما يتجدد في حق الاعيان لا في حق الديون وقد علمت ان قولها
بازوم الجبر مبني على تجدد ملك الوارث حيث لا يتجدد ملك الوارث في
الديون عندهما لا يلزم الجبر فيكفي قول الشاهد كان للميت دين كذا في
ذمة المدعى عليه ولا يلزم ان يقول تركه ميراثاً للمدعي .

والفقه في هذا ان ما في ذمة المدعى عليه من الدين ، ليس محمولاً
قبل قبضه للمورث ولا لوارثه لانه وصف في الذمة فلا معنى لقول الشاهد
تركه ميراثاً للمدعي - لكن ذكر في الحنية في فصل دعوى الملك بسبب
من كتاب الدعوى ما نصه : رجل ادعى ديناً لابيه الميت على رجل فشهد
الشهود انه كان لابي المدعي هذا على المدعى عليه كذا ، لا تقبل هذه البينة
في قول ابي حنيفة ومحمد ا هـ - فاذا كانت علة عدم القبول هي عدم
الجبر كان نصاً في المسئلة وليس بعد النهي الا الرجوع اليه لكن يشكل
عليه ما تقدم من ان لزوم الجبر على قولها مبني على تجدد ملك الوارث

وقد قالوا ان الملك لا يتجدد في حق الديون اللهم الا ان يقال ان الذي يتجدد ملكه للوارث هو حق المطالبة بالدين فقول هذا الحق الذي انتقل الى الوارث منزلة العين فما لم يجزه الشهود الى الوارث فيقولوا كان لاب المدعي على المدعي عليه مبلغ كذا وترك حق المطالبة به اراثا لابنه المدعي ، لا تقبل شهادتهم هذا ما ظهر لي من دفع التنافر واللوم عن عبارات القوم . هذا وقد نقل الشارح اللبناني عبارة الخاتبة وزاد فيها بعد قوله لا تقبل شهادتهم ما لفظه : حتى يقولوا وصار الطلب المذكور موروثا للورثة اه . فان كان مراده بالطلب معناه المصدرى اي حق المطالبة فنعمت الزيادة - الا ان الطلب بهذا المعنى لم يكن شيئا مذكورا قبل فكيف وصفه بالمذكور - وان كان مراده انه بمعنى المطلوب يعني الدين كما هو الظاهر ففيه ما علمت من ان الدين وصف في الذمة لا يملك فكيف يكون موروثا . ولا يبعد انه لو قال الشهود وصار الدين المذكور موروثا للورثة ترد شهادتهم ، لان الدين المذكور ما كان ملكا للمورث حتى ينتقل الى الوارث وانما الذي كان ملك المورث ثم انتقل الى الوارث ، هو حق المطالبة به فهو الذي يلزم الشهود جره ونقله الى الوارث كما قررناه فتدبر .

تنبيهات

الاول قد علمت ان الشهادة باليد للمورث عند الموت ، شهادة له بالملك عنده فيفني هذا عن الجر قال في الخاتبة : وكذا لو شهدوا ان المورث مات وهو ساكن فيها تقبل ويقضى بها للمدعي . ولو شهدوا ان اياه يعني المورث مات في هذه الدار او ان اياه دخل هذه الدار ومات ، لا يقبل لانهم لم يشهدوا له بالملك ولهذا لو اقر المدعي عليه انه كان فيها او كان داخلا فيها ، لا يكون اقرارا ولو شهدوا ان اياه مات وهو لابس هذا الثوب او هذا الخاتم ، وصاحب اليد يجحد تقبل شهادتهم . وان كانت دابة فشهدوا ان اياه مات وهو راكب هذه الدابة او ان اياه مات وهو

حامل هذه المتاع يقبل ولو شهدوا انه مات وهو قاعد على هذا البساط او على هذا الفراش او قائم عليه ، لا تقبل ا هـ . قال في الهندية : والاصل في جنس هذه المسائل ان الشهود اذا شهدوا على فعل من المورث في العين عند موته فهذا على وجهين - اما ان يشهدوا بفعل هو دليل اليد او بفعل ليس هو بدليل اليد فالذي هو دليل اليد في الثقليات فعل لا يتصور ثبوته بدون النقل كاللبس والحمل ، او فعل يحصل عادة للنقل كالركوب في الدواب - وفي غير الثقليات دليل اليد فعل يوجد من الملاك في الطالب كالسكنى في الدار فهذا النوع من الفعل اذا قامت البينة على وجوده من المورث في العين عند موته ، يقضى بالمدعى للمدعي . والذي ليس بدليل اليد في الثقليات ، فعل يتأتى بدون النقل ولا يحصل في الطالب للنقل كالجلاس على البساط . وفي غير الثقليات الذي ليس بدليل اليد ، فعل يوجد من غير الملاك في الطالب كالجلاس والنوم في الدار ، فهذا النوع من الفعل اذا قامت الشهادة على وجوده من المورث في العين عند موته لا يقضى بالعين للمدعي ا هـ . مغزياً للمحيط . التنبيه الثاني كما يشترط لقبول الشهادة في الارث الجر على ما بيناه آنفاً ، يشترط بيان سبب الورثة كالبنوة والايوة والاخوة مثلاً قال في الخاتمة ادعى انه وارث فلان الميت واقام شاهدين فشهدا انه وارث فلان الميت لا وارث له سواء فان القاضي يسئلهما عن السبب ولا يقضى قبل السؤال لاختلاف اسبابها والقضاء بالمجهول متعذر فان مات الشاهدان او غابا قبل ان يسئلهما لا يقضى بشي . ا هـ . ويشترط ايضاً توضيح ذلك السبب وهو ان الميت اخوه لاييه وامه او لاحدهما وكذلك العم وابن العم والجد . قال في الهندية : ولو شهدوا انه ابن ابنه او اخوه او جده او جدته او مولاه ترد بلا بيان وذلك بان يقولوا في الاول بانه وارثه وفي الاخ اخوه لاييه وامه او لاييه او لامه ووارثه وفي الجد ابو ابيه او ابو امه وفي الجدة ام امه او ام ابيه وفي المولى معتقه او معتقه ووارثه لا نعلم له وارثاً غيره ولو شهدوا انه عمه او بن عمه لا يجوز حتى ينسبوا الميت والوارث حتى

يلتقيا الى اب واحد وبينوا انه عمه او ابن عمه لاييه او لاييه وامه واته وارته . وفي الشهادة بانه ابنه او بنته او امه او ابوه لا يحتاج الى قوله ووارته وعليه الفتوى ولا يشترط ذكر اسم الميت حتى لو شهدوا انه جده ابو ابيه ووارته ولم يسوا الميت قبله . وفي السادس من جامع الفصولين ولو شهدوا انه اخو الميت لاييه وامه او لاييه ووارته لا نعلم له وارثاً غيره جاز ولا يشترط ذكر الاسماء (فث) . ادعى انه ابن عم الميت يحتاج الى ان يذكر نسبة الاب والام الى الجد ليصير معاوماً لان انتسابه بهذه النسبة ليس بثابت عند القاضي فيشترط البيان ليعلم . ادعى انه اخوه لاييه وامه وشهدوا ولم يذكروا اسم الام والجد لا تقبل وقيل تقبل لانه ذكر محمد في (كت) برهن انه اخوه لاييه وامه تقبل ولم يشترط ذكر الجد وغيره اما لو ادعى انه ابن عمه لا بد ان يذكر اسم ابيه وجده . قال محشي الرمي قوله ادعى اني اخوه لاييه وامه الخ . اقول سئلت عن ادعى ان الميت ابن ابن اخته شقيقته وشهدوا ولم يذكروا اسم ابي الميت ولا اسم ام ابيه ولا اسم ابي ام ابيه فاجبت بعدم القبول لما ذكره . والحاصل ان ذكر اسم الميت واسم ابيه وابي الوارث في دعوى انه اخوه لاييه وكذا ذكر اسم الام وابيها ايضاً في دعوى انه اخوه لايويه قيل شرط قبول الشهادة وقيل لا واما ذكر اسماء الجميع في دعوى بنوة العم لاب وكذا ذكر اسم الجدة وابيها ايضاً في دعوى بنوة العم لايوين فالظاهر انه شرط اتفاقاً اذ لم يذكروا في ذلك خلافاً والظاهر ان دعوى العمومة كذلك كما تشعر به عبارة الهندية السابقة . وتحصل لنا ايضاً ان تصريح الشهود بان المدعي وارث الميت ، شرط ايضاً الا في دعوى ان الميت ابو المدعي او امه او ولده فان الفتوى على عدم اشتراطه وكذا كل ما لا يجب بحال كالزوجة والزوج كما في الفتح لكن استظهر في رد المحتار ان الجر وهو قول الشهود مات وتركه ميراثاً للمدعي مع قولهم لا نعلم له وارثاً غيره ، يعني عن اشتراط تصريح الشهود بان المدعي وارث الميت فليتأمل . التنبيه الثالث ذكر في الترمذ

وشرحه الدر انه يشترط ايضاً لقبول الشهادة في الارث ، ان يقول الشهود لا وارث له غيره او لا نعلم له وارثاً غيره . هـ . وذكر في البحر مغزياً للبرازية ان هذا انما يشترط لاسقاط التلوم عن القاضي . وكل مما ذكرناه ليس على اطلاقه فان في المسئلة تفصيلاً ذكره في فتح القدير فقال : واذا شهدوا انه كان لمورثه تركه ميراثاً له ولم يقولوا لا نعلم له وارثاً غيره فان كان بمن يرث في حال دون حال ، لا يقضى لاحتمال عدم استحقاقه - او يرث على كل حال يحتمل القاضي وينتظر مدة هل له وارث آخر او لا فان لم يظهر يقضى بكماله وان كان نصيه يختلف في الاحوال يقضى بالاقبل فيقضى في الزوج بالربع وفي الزوجة بالثلث الا ان يقولوا لا نعلم له وارثاً غيره ، وقال محمد وهو رواية عن ابي حنيفة يقضى بالاكثر . والظاهر الاول ويأخذ القاضي كفيلاً عندهما ولو قالوا لا نعلم له وارثاً في هذا الموضع كفى عند ابي حنيفة خلافاً لها هـ .

قال في رد المحتار فقد علم ان الوارث ان كان بمن قد يجب حجب حرمان فذكر هذا الشرط لاصل القضاء - وان كان بمن قد يجب حجب نقصان فذكره شرط للقضاء بالاكثر - وان وارثاً دائماً ولا ينقص بغيره فذكره شرط للقضاء حالاً بلا تلوم هـ . التنبيه الرابع ذكر في الدر مغزياً للبرازية انه يشترط لقبول الشهادة في الارث ان يدرك الشاهد الميت والا فباطلة لعدم معاينة السبب هـ . اي سبب الملك . وقد تقرر ان الشهادة بالملك لا تثبت بالتسامع . وعبرة البرازية على ما في التكملة اذا شهد شاهدان ان فلان مات وترك هذه الدار ميراثاً لابنه هذا ولم يدركا الميت ، فشهادتهما باطلة لانها شهدا بملك لم يعاينا سببه ولا رأياه في يد المدعي اه قال في المنتقى هذا اذا كان نسب المدعي معروفاً من الميت وان لم يكن نسبه معروفاً منه فشهدا انه ابن فلان بن فلان الميت وان فلاناً الميت ترك هذه الدار ميراثاً له ولم يدركا الميت لم يذكر هذا الفصل هنا وذكر في المنتقى اجيز شهادتهما في النسب وابطلها في الميراث كذا في المحيط وقال في التكملة بعد نقل عبارة البرازية المارة ما نصه : اقول

قال الصدر الشهيد في شرح ادب القاضي وان عين الملك دون المالك بان عين ملكاً مجدوده ينسب الى فلان بن فلان الفلاني وهو لم يعين فلانا بوجه ولا يعرفه بنفسه ، القياس فيه ان لا يحل الشهادة والاستحسان يحل لان النسب مما يثبت بالتسامع والشهرة فيصير المالك معروفاً بالتسامع ، والملك معروف فترفع الجهالة لكن انما تقبل اذا لم يفسر الشاهد اما اذا فسر فلا اء . قلت وقدمنا هذا في الفائدة الثالثة من شرح الفقرة الاولى من المادة ١٦٨٨ عن الفتح وغيره . وقوله نكن انما تقبل اذا لم يفسر الشاهد الخ . يشير الى انه لا منافاة بين هذا وبين ما تقدم عن البرازية والمحيط آنفاً لان الشاهد لما لم يدرك الميت صار كأنه فسر ان شهادته بالتسامع فلا تقبل في حق المال وان قبلت في حق ثبوت النسب لانه مما يثبت بشهادة التسامع كما تقدم هناك فتدبر .

وفي الهندية : لو شهدوا لو شهدوا على دار في يد رجل انها كانت لفلان جد هذا المدعي وقد ادركوا الجد ، والمدعي يدعي انها كانت لايه فان جروا الميراث بان شهدوا انها كانت لجد هذا المدعي فلان مات وتركها ميراثاً لابي هذا المدعي ثم مات الاب وتركها ميراثاً لهذا المدعي ، تقبل الشهادة ويقضى بالدار للمدعي - وان لم يجروا الميراث فان لم يعلم تقدم موت الجد على موت الاب ، لا يقضى بالدار للمدعي بالاجماع وان علم ، فكذلك الجواب عند ابي حنيفة ومحمد والي يوسف اولاً . وبعض مشايخنا قاوا في هذه المسئلة لا يقضى بالدار للمدعي بلا خلاف ولو شهدوا على اترار ذي اليد ان هذه الدار كانت لجد هذا المدعي ولم يجروا الميراث فان القاضي يقضى بالدار للمدعي اذا لم يكن له وارث آخر هكذا في الذخيرة اء . وفيها ايضاً قال في الاصل دار في يدي رجل جاء ابن اخي صاحب اليد واقام بيعة ان هذه الدار كانت لجده مات وتركها ميراثاً بين ابيه وعمه هذا الذي الدار في يده نصفين ثم مات ابوه وترك نصيبه ميراثاً له فالتقاضي يقبل هذه البيعة ويقضى بالدار بين المدعي وبين عمه نصفين فان لم يقض القاضي بيعة ابن الاخ حتى اقام العم بيعة ان اخاه وهو

ابو هذا المدعي مات قبل موت الجد وورث الجد منه السدس ثم مات
الجد وصار جميع الدار ميراثاً لي فهذه المسئلة على وجهين . الاول ان لا
يكون في يد ابن الاخ شي . من تركه ابيه وفي هذا الوجه بينة ابن الاخ
اولى والوجه الثاني ان يكون في يد ابن الاخ شي . من ميراث ابيه وباقي
المسئلة بجالها وفي هذا الوجه ميراث الجد كله للعم وميراث الاخ كله لابن
الاخ ويجعل كأنها ماتا معاً كذا في المحيط اه . وقوله وورث الجد منه
السدس يعني سدس تركه اخيه لا سدس الدار المدعى بها وهو ظاهر .
وتوجيه هذه المسئلة انه اذا لم يكن في يد ابن الاخ شي . من تركه
ابيه تكون دعواه سدس ما تركه ابو المدعي ارثاً من الجد ، غير مسموعة
فلم تبق الا دعواه موت اخيه قبل الجد فلا ، تقبل لما تقرر ان دعوى
الموت المجردة لا تسع لان الموت لا يدخل تحت القضاء اما اذا كان
بيد ابن الاخ شي . من تركه ابيه تكون دعواه بسدس ما بيده من تركه
ابيه مسموعة فتسعم دعواه موت ابيه قبل جده حيث كانت ضمن دعوى
مال الا ان الشهادة القائمة على موت ابي المدعي قبل الجد سقطت كما
سقطت بينة ابن الاخ على موت الجد قبل ابي المدعي تهاترهما فيجسل
كأنها ماتا معاً فقام الدار جميعها للعم المدعى عليه ويسلم للمدعي جميع
ما تركه ابوه هذا ما ظهر لي فتأمله . ويرشد الى بعض ما ذكرنا ، ما
في الهندية ايضاً عن الذخيرة : اذا كانت الدار في يدي رجل وابن اخيه
فادعى كل واحد ان اباه مات وتركها ميراثاً له لا وارث له غيره قضي
بها بينهما نصفين فان قال العم كانت بين ابي واخي نصفين وصدقه ابن
الاخ الا ان العم قال مات اخي قبل الجد وصار النصف الذي لاخي
بين الجد وبينك اسدساً ثم ملت الجد فورثت السدس منه وقال ابن
الاخ مات الجد اولاً وصار الذي للجد بينك وبين ابي نصفين ثم مات
ابي فورثت ذلك منه فان لم تقم لها ولا لاحدهما بينة يحلف كل واحد
على دعوى صاحبه فان حلفا برئنا وصار الحال بعد الحلف كالحال قبله .
وقبل الحلف كانت الدار بينهما نصفين وان حلف احدهما ونكل الآخر

يقضى للطالب بما نكل له صاحبه وان اقام البينة احدهما قضي له بما شهدت له بيته وان اقاما جميعاً قضي بالدار بينهما نصفين ا. هـ . وقام هذه المسائل فيها قبيل الباب السابع من كتاب الشهادات .

المادة ١٦٩٤ - اذا ادعى احد من التركة كذا ديناً وشهدت الشهود بان للمدعي في ذمة الميت مقدار ما ادعى من الدين يكفي ولا حاجة الى التصريح بكونه باقياً في ذمته الى مماته وكذا اذا ادعى بعين يعني لو ادعى انه كان له في يد الميت عين فالحال على هذا المنوال .

قد وقع في ترجمة هذه الفقرة الاخيرة ، خطأ فان عبارتها التركبية هكذا (دين يربته عين ادعا اولنديغي صورته يعني اول كسه متوفانا نك يد نده كندوسنك بر مال معيني اولد يعني دعوى ايتد كده دخي حال يومنوال اوزره در ام .) فانت ترى انه ليس فيها ما يفيد ادعاء ملك العين في الماضي يعني ليس فيها ما ترجمته انه كان له في يد الميت عين فصواب الترجمة ان يقال يعني لو ادعى ان له في يد الميت عيناً معينة فالحال على هذا المنوال وبناء على هذا الخطأ قد كتب الشارح اللبناني ما كتبه في شرح هذه المادة وما يليها وستعلم تحقيق حكم هذه المسئلة في شرح المادة الاتية

وحاصل المراد من هذه الفقرة انه كما لا يحتاج في دعوى الدين الى تصريح الشهود بكونه باقياً في ذمة الميت الى مماته كذلك لا يحتاج في دعوى العين الى تصريحهم بكون العين باقية في يده الى مماته وهذا لان المدعي ادعى الدين او ملك العين في الحال والشهود شهدوا له بها كذلك . والظاهر ان المراد بكون العين معينة ان المدعي بين جنسها ونوعها وصفها وليس المراد انها حاضرة حين الدعوى فانه لا معنى حينئذ للشهاد

بانها في يده الى ماته كما لا ينبغي هذا ما ظهر لي في تقرير المراد
من هذه الفقرة فتدبره .

المادة ١٦٩٥ - اذا ادعى على آخر ديناً فان شهد الشهود
بان المدعى به دين في ذمة المدعى عليه للمدعي يكفي ولكن
اذا سئل الخصم عن بقاء الدين الى وقت الادعاء فقال الشهود
لا ندري ترد شهادتهم .

حاصل المراد من هذه المادة والتي قبلها ، انه لو ادعى احد ديناً على
آخر ميت او حي للحال بان لم يقل كان لي عليه كذا وشهد الشهود له
به كذلك يعني لم يقولوا كان له عليه كذا تكفي الشهادة ولا حاجة الى
ان يصرح الشهود بان الدين باق في ذمة الميت الى ماته او في ذمة الحي
الى حين الادعاء نعم لو سأل الخصم الشهود عن بقاء الدين في ذمة الميت
الى ماته او في ذمة الحي الى حين الادعاء فقالوا لا ندري ، ترد شهادتهم
وهذا لان قولهم هذا صريح في انهم لا يشهدون به للحال بل في الماضي
بجلاف ما اذا كانت شهادتهم ، مطلقة فان الظاهر انها شهادة للحال فتحمل
عليه . بقي شيء . لم تتعرض هذه المادة ولا التي قبلها لذكره وهي ما اذا
ادعى شيئاً للحال فشهدا به في الماضي او ادعاه في الماضي فشهدا به
للحال او كانت كل من الدعوى والشهادة في الماضي اما الاول فحاصل ما
ذكره في الدر والبحر والفتح وجامع الفصولين فيما اذا كان المشهود به عيناً
انها تقبل قالوا لان الشهادة بالملك المنقضي مقبولة لا باليد المنقضية ، لان
اليدين تنوع بجلاف الملك ولان الشهادة اثبتت الملك في الماضي فيحكم
بها في الحال ما لم يُعلم الزيل قال في الفتح قال رشيد الدين بعدما
ذكر هذا ما معناه ولا يجلب للقاضي ان يقول للشهود هل تعلمون انه
ملكه اليوم نعم ينبغي للقاضي ان يقول هل تعلمون انه خرج عن ملكه

فقط ذكره في المحيط ٥١ . قال في البحر اي لانهم لو قالوا لا نعم انه ملكه اليوم ، لا تقبل شهادتهم فيضيع حق المدعي ظاهراً فلا يسئلهم - بخلاف ما اذا قال لهم هل تعلمون انه خرج عن ملكه فانهم اذا قالوا لا نعم انه خرج عن ملكه لا تبطل شهادتهم كما هو ظاهر ٥١ .

قلت وهذا اذا كان الشهود به الملك المطلق - اما اذا شهدوا على العقد الموجب للملك ، فلا تبطل شهادتهم ، وان قالوا لا نعم انه ملكه الان لما في البرازية وغيرها : لو شهدا انها زوجت نفسها ولا نعم انها في الحال امرأته او لا - او شهدا انه باع منه هذه العين ولا ندري انها ملكه في الحال ام لا ، يقضى بالنكاح والملك للحال بالاستصحاب . والشاهد في العقد شاهد في الحال ٥١ . هذا وقد بحث في الفصولين تبعاً للفصول العادية في قبول الشهادة فيما اذا شهدا بالملك في الماضي بان هذا عمل بالاستصحاب وهو عمل بالظاهر والظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق كما هو مقرر في محله وكلامنا في الاستحقاق فينبغي ان لا تقبل الشهادة فيه قال : ولكن فيه حرج فينبغي ان تقبل دفعا للحرج ٥١ . قال في نور العين على ما في التكملة قوله دفعا للحرج هذا التعليل عليل كما لا يخفى على ذي فهم جليل ٥١ .

اقول وبالله التوفيق بحث الفصولين ساقط لان ملك المدعي قد ثبت بشهادة الشهود له بالملك في الماضي ولم يثبت بالاستصحاب الا بقاؤه - وقد ذكر في رد المعتار اواخر باب الاختلاف في الشهادة نقلاً عن الفتح ، ان الاستصحاب وان لم يكن حجة لاثبات ما لم يكن لكنه حجة لابقاء الثابت . والحاصل ان الثابت هنا بالاستصحاب بقاء ملك المدعي لحين الدعوى ، لا تجرده . ويرشد الى هذا تعليلهم لهذه المسئلة بان الشهادة اثبتت الملك في الماضي فيحكم بها في الحال ما لم يعلم الزيل فتدبر .

هذا ما ذكره ، فيما اذا كانت الدعوى والشهادة في العين - اما لو ادعى ديناً فشهد الشهود انه كان له عليه دين كذا ، فقد ذكر في الدر

ما نصه : شهدا في دين الحي بانه كان له عليه كذا تقبل - الا اذا
سألها الخصم عن بقاءه الآن فقالا لا ندري . وفي دين الميت لا تقبل
مطلقاً حتى يقول مات وهو عليه ا هـ . مغزياً للبحر .
اقول كلام البحر هنا مضطوب فانه ذكر اولاً ان القول بقبول الشهادة
في الدين ، بحث من العمادي فانه قال بعد ان ذكر قبول الشهادة في العين
فعلى هذا لو ادعى الدين فشهدوا انه كان له عليه كذا ينبغي ان يقبل :
كما في العين ، وانه استدل على القبول بما في الواقعات : لو اقر بدين
عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين انه قضى دينه ، ان شاهدي
الاقرار يشهدان ان كان عليه دين ولا يشهدان ان له عليه فقال : هذا
دليل ايضاً على انه اذا ادعى الدين وشهدوا انه كان له عليه تقبل ثم
نقل عن الفتح انه قال : وهذا الاستدلال غلط فانه اي صاحب الواقعات
انما تعرض لما يسوغ له ان يشهد به لا للقبول وعدمه - بل ربما يؤخذ
من منعه من احدى العبارتين دون الاخرى ثبوت القبول في احداهما دون
الاخرى كيف وقد ثبت بشهادة العدلين عند الشاهدين انه قضاء فلا يشهدان
حتى يجزوا القاضي بذلك وان القاضي حينئذ لا يقضي بشي . ا هـ . ثم قال :
والحاصل ان المنصوص عليه في العين ما سمعته يعني القبول - واما في
الدين فالمنصوص عليه عدم القبول ا هـ . ثم بعد هذا كله قال فتحرر انهما
اذا شهدا في دين الحي بانه كان له عليه كذا تقبل الا اذا سئلها الخصم
عن البقاء فقالا لا ندري وفي دين الميت لا تقبل مطلقاً ا هـ . فليت شعري
كيف تحرر له هذا مع ان الذي سبق له من التحرير ينافيه وقد كتب
العلامة بن عابدين في حاشيته على البحر عند قول العمادي ينبغي ان تقبل
كما في العين ما نصه : قال الرملي مع ان المنصوص عليه خلافه وسيأتي
ان بحثه لا يعارض المنصوص ، اذ لا عبرة للابحاث في مقابلة النصوص ا هـ
وذكر في هامش فتاوي الانقروي من منهواته في الفصل الثامن في الاختلاف
بين الدعوى والشهادة واختلاف الشاهدين نقلاً عن ابن نجيم يعني صاحب
البحر من تعليقاته على الفصولين ما نصه : اعلم ان عدم القبول يعني فيما

اذا شهدا انه كان له عليه دين مجزوم به في النقل السابق - واما قوله ينبغي فهو من كلام المهادي في فصوله فلا يفتي به واما قوله ان الفرع يعني فرع الواقعات يدل على القبول ، فقد رده في فتح القدير بانه غلط ولا يدل على القبول فكان المعتمد في المذهب عدم القبول وكذا اثبت به مراراً لكنه يحتاج الى الفرق بين الشهادة في العقد وبين الدين فان المصرح به في البرازية وغيرها بانه في العقد تقبل اهـ .

اقول لعل الفرق ان الشهادة بالعقد اثبتت الملك في الماضي فيثبت بقاؤه بالاستصحاب ما لم يعلم الزيل كما تقدم - بخلاف الدين فان الشهادة به في الماضي ، لم تثبت ملكاً لاحد لان الدين وصف في الذمة لا يملك ولهذا قالوا الديون تقضى بامثالها واذا لم يثبت بها الملك فلا يتصور ثبوت بقائه بالاستصحاب - نعم يحتاج الى الفرق بين الشهادة بالعقد الماضي حيث تقبل وان قالوا لا ندري انه ملكه الان ام لا كما تقدم عن البرازية ، وبين الشهادة بالملك المطلق في الماضي حيث ترد اذا قالوا لا ندري انه ملكه الان ام لا كما قدمناه عن البحر فليتأمل .

والظاهر ان مرادهم بالنص القائل بعدم القبول في الشهادة بالدين ، هو ما ذكره في الفتح : شهدا على اقرار رجل بدين فقال المشهود عليه اتشهد ان هذا القدر علي الان فقلا لا ندري اهو ملكك الان ام لا لا تقبل الشهادة اهـ . وكذا ما في القنية ادعى ديناً على مورثه وشهدا انه كان له على الميت دين كذا ، لا يقبل حتى يشهدا انه مات وهو عليه اهـ . لكن قال في البحر ان موضوع الاول في الشهادة على الاقرار وان الشاهد قال لا ادري اهو ملكك الان ام لا وهو ساكت عما اذا شهدوا انه كان له عليه كذا وقد بحث المهادي انه ينبغي القبول وليس يعارض للنصوص عليه كما علمت اهـ . وعلى كلامه هذا بني قوله فتحرر انهما اذا شهدا في دين الحي الى آخر ما نقلناه آنفاً عنه فقد اعتبر بحث المهادي فيما لا يعارض النصين يعني في دين الحي لثلا يعارض نص القنية وفيما اذا لم يقولوا لا ندري انه ملكه الان ام لا لثلا يعارض نص الفتح .

وفيه نظر فان ما في القنية ، وان كان نصاً في دين الميت لكنه ظاهر
ايضاً في دين الحي ، انه لا تقبل ما لم يشهدوا ان الدين عليه حين الادعاء
والفرقة بين دين الحي ودين الميت ، يحتاج الى نص صريح في المذهب
واين هو . وقد علمت ان القبول في الشهادة بالعين في الماضي ، مبني
على انه ثبت اصل الملك بتلك الشهادة ثم ثبت بقاؤه بالاستصحاب لحين
الدعوى . وهذا في الشهادة بالدين في الماضي لا يمكن لان الدين وصف
في الذمة لا يملك . واذا لم يثبت الملك فلا يتصور ثبوت البقاء بالاستصحاب
فقد تحجر من هذا كله انه لو ادعى عيناً انها له فشهدا انها كانت
له تقبل ما لم يقولوا لاندري انها الآن ملكه ام لا - الا اذا شهدا بالقد
فانها تقبل وان قالا ذلك . واما لو ادعى ديناً فشهدا انه كان له عليه
دين كذا فانه لا تقبل حتى يقول مات وهو عليه - في دين الميت او
يقول وهو عليه الان - في دين الحي هذا هو المنصوص عليه على ما قاله
صاحب البحر في بجره وكذا في تطبيقه على الفصولين كما تقدم ، وعلى
ما جزم به الرملي كما نقلناه عن حاشية البحر - خلافاً لما بجته الهادي من
ان الشهادة بالدين تقبل كاشهادة بالعين ، ولما زعمه في البحر وتبعه في
الدر من انها تقبل في دين الحي دون دين الميت نعم ذكر في الدر
وحواشيه تباعاً للمنع ان ما في القنية يعارضه ما في معين الحكام عن
المعيط من ان الدين يثبت على الميت بمجرد بيان الشاهد سببه من غير
حاجة الى ان يقول مات وهو عليه كما اذا شهدا على رجل انه جرحه
ولم يزل صاحب فرائض حتى مات ، يحكم به وان لم يشهدوا انه مات
من جراحته لانه لا علم لهم به ذكره في البرازية . قال ابن عابدين في
حاشية البحر ونقل بعض النضلا . ان المقدسي قوى ما في معين الحكام
وانه قال ان الاول ضعيف وان الاحتياط في امر الميت يكفي فيه
تحليف خصه مع وجود بينة وان . في هذا الاحتياط ترك احتياط آخر
في وفاة دينه الذي يجبه عن الجنة وتضييع حقوق اناس كثيرين لا
يجدون من يشهد لهم على هذا الوجه ا . وبه اعترض في نور العين على

صاحب جامع الفصولين ا هـ . ما في حاشية البحر . وهو كلام حسن لكن يعكر عليه ما نقله قبل هذا وذكره ايضاً في التكملة من ان العلامة الرملي قال : ان ما نقل عن المحيط لا يعارض ما في القنية فان ما فيها فيما اذا ادعى الدين للحال فشهدا به في الماضي فلذا اتجم الشاهدان لفظ كان . وما فيه فيما اذا ادعى الدين للحال فشهدا كذلك ولذا لم يقولوا كان وبه يحصل التوفيق فتأمل ا هـ . اي فلا معارضة حينئذ بين النقلين حتى يقال ان ما في القنية ضعيف فاغتم هذا التحرير فانه من مفردات هذا الكتاب .

بقي الكلام على الصورة الثانية وهي ما اذا ادعى الملك في الماضي فشهدا له بالحال عكس الاولى وعلى الصورة الثالثة وهي ما اذا ادعاه في الماضي وشهدا له به كذلك فقال في جامع الفصولين ولو ادعى ملكا في الماضي وشهدا به في الحال بان قال كان هذا ملكي وشهدا انه له قيل تقبل وقيل لا تقبل وهو الاصح - وكذا لو ادعى انه كان له وشهدا انه كان له ، لا تقبل لان اسناد المدعي يدل على نفي الملك في الحال اذ لا فائدة للمدعي في الاسناد مع قيام ملكه في الحال - بخلاف الشاهدين لو اسندا ملكه الى الماضي ، لان اسنادهما لا يدل على النفي في الحال لانهما لا يعرفان بقاءه الا بالاستصحاب والشاهد قد يجتزئ عن الشهادة بما ثبت باستصحاب الحال لعدم تيقنه - بخلاف المالك اذ كما يعلم ثبوت ملكه يقيناً يعلم بقاءه يقيناً ا هـ . هكذا في البحر .



الفصل الثالث

- في شروط الشهادة الاصلية -

المادة ١٦٩٦ - يشترط سبق الدعوى في الشهادة بمحقوق الناس

لان ثبوت حقوقهم يتوقف على مطالبتهم ولو بالتوكيل - بخلاف حقوق الله تعالى حيث لا يشترط فيها الدعوى لان اقامة حقوق الله تعالى، واجبة على كل احد فكل احد خصم في اثباتها فصار كأن الدعوى موجودة كذا في الدرر . قال في الحواشي السعدية : هذا لا يدل على شرطية سبق الدعوى بل على شرطية وجودها مطلقاً . والاصوب ان يقال لان الشهادة شرعت لتحقيق قول المدعي في حقوق العباد ولا يكون ذلك الا بدعواه سابقاً ٨١ قلت وهذا الشرط اصل بني عليه اشتراط الموافقة بين الدعوى والشهادة - وبين شهادة الشاهدين كما سيأتي بيانه في الفصل الرابع الآتي .

المادة ١٦٩٧ - لا تقبل البينة التي اقيمت على خلاف

المحسوس مثلاً اذا اقيمت البينة على موت احد وحياته مشاهدة او على خراب دار وعمارها مشاهد فلا تقبل ولا تعتبر .

قال في الخيرية ومن الشهادة التي يكذبها الحس ، لو كانت البينة الشاهدة بمسوغات الاستبدال يكذبها - كما لو شهدوا مثلاً بان الدار سائفة للاستبدال ، لانهدامها وحكم القاضي بشهادتهم ويبت كما ذكر

ثم شهدت اخرى لدى حاكم بانها عاسرة حين الاستبدال الى هذا الزمان ، وكان الحس يقضي بان عمارتها اوان الاستبدال ، هي العماره القائمة في هذا الزمان ، فالقضاء بشهادة شهود الاستبدال حينئذ ، باطل اذ هو مبني على بينة يكذبها الحس الظاهر فهو بمنزلة من جاء حياً بعد الحكم بموته - اما اذا لم تكن كذلك فلا اء . قال في الحاميه وافق بذلك المرحوم الجدد على هامشها فتاوي اخرى من الائمة اء .

المادة ١٦٩٨ - لا تقبل البينة التي اقيمت على خلاف المتواتر .

اي عند الناس كما ان الدعوى بخلاف المتواتر لا تسمع كما في فتاوي المرحوم علي افندي عن المحيط البرهاني لان التواتر يفيد علم اليقين كما سيأتي في المادة ١٧٣٣ فقبول البينة على خلافه تكذيب للثابت بالضرورة . والضرورات بما لا يدخله الشك عندنا . وسياتي في شرح المادة المذكورة وما يليها تحقيق معنى التواتر وقد افق المرحوم علامة الروم علي افندي ، انه لو قضى القاضي بالبينة التي قامت على خلاف المشهور المتواتر لا ينفذ حكمه .

المادة ١٦٩٩ - انما شرعت البينة لظهار الحق بناء عليه

لا تقبل الشهادة بالنفي الا في كقولك فلان ما فعل هذا الامر والشئ . الفلاني ليس لفلان وفلان ليس بمديون لفلان .

ولا فرق في عدم القبول بين ان يكون المشهود به مما لا يحيط به علم الشاهد كالمثله المذكورة او مما يحيط به علمه كثال الفقرة الآتية . قال الحموي في شرح الاشباه يعني لان وضع الشهادة لاثبات خلاف الظاهر ولهذا تقدم احدي البيتين على الاخرى اذا كانت اكثر اثباتاً اء .

وهذا بمعنى قوله هنا انما شرعت البيئة لظهار الحق يعني لظهار الحق بعد ان لم يكن ظاهراً - اي وما كان موضوعاً للاثبات لا يقبل للنفي - وهذا لان النفي ، عبارة عن العدم والعدم ظاهر بنفسه لانه اصل فلا يحتاج الى اظهار تدبر .

وتقييد هذه المادة النفي بكونه صرفاً ، يشير الى ان الشهادة بالنفي الذي يقصد منه اثبات امر وجودي ، تقبل وذلك في عشر مسائل ذكرها في الاشياء منها ما اذا علق طلاقها او عتقه على عدم دخول الدار مثلاً فشهدا انه لم يدخلها اليوم ، تقبل ، وان كانت على النفي لان الغرض من الشهادة اثبات امر وجودي وهو الطلاق او العتق . ومنها ما اذا ادعت على زوجها انه قال المسيح ابن الله وكفروبت منه ولم يقل قول النصارى وقال قلت قول النصارى موصولاً بقولي المسيح بن الله فشهدا انه لم يقل قول النصارى ، تقبل ويقضى بالفرقة وهذا بخلاف ما لو قال سمعنا يقول المسيح بن الله ولم نسمع منه غيره فانها ترد .

والفرق انهما شهدا هنا على عدم السماع لا على عدم القول فيجوز انه قال قول النصارى ولم يسمعا والنكاح ثابت بيقين فلا يزال بالشك . وقال في البحر في توجيه قبول الشهادة على النفي في هذه الصورة ، انها في المعنى شهادة على امر وجودي وهو السكوت لانه عبارة عن انضمام الشفتين عقب التكلم بالموجب ا هـ . افاده الحموي . ومنها ما اذا شهدا بخلع او طلاق ولم يستثن قال الحموي : لانه في المعنى شهادة على امر وجودي وهو ضم الشفتين عقب التكلم بالموجب ا هـ . ومنها ما اذا شهدا ان الاجل لم يذكر في عقد السلم .

اقول ينبغي ان يقال في هاتين المسئلتين ما قيل في المسئلة قبلها من التفرقة بين قول الشاهدين لم يستثن او لم يذكر الاجل في عقد السلم وبين قولها ما سمعنا الاستثناء او ما سمعنا ذكر الاجل وليراجع . ومنها في الشهادة بالارث اذا قالوا لا وارث له غيره . ومنها اذا شهدا ان الظئر ارضعت الصبي بلبن الشاة لا بلبنها . قال الحموي لان النفي داخل

في ضمن الاثبات حتى لو اقتصرنا على قولها ما ارضته بلبسها لا تقبل
قيامها على النفي مقصوداً . ولو برهننا فيينة الظن اولى كما في جامع الفصولين اهـ
ملخصاً وانظر هل يقال في المسائل قبلها كذلك يعني لو برهن كل من
مدعي دخول الدار في مسألة التعلق ومدعي انه قال قول النصارى المسيح
ابن الله ومدعي الاستثناء ومدعي ذكر الاجل في عقد السلم على دعواه
تكون بيته اولى لم اره ولا يرجع .

ولكن بينة النفي المتواتر مقبولة مثلاً لو ادعى احد
باني اقرضت فلاناً في الوقت الفلاني في المحل الفلاني كذا
مقداراً من الدراهم واثبت المدعي عليه بالتواتر انه لم يكن
في الوقت المذكور في ذلك المحل بل كان في محل آخر تقبل
بينة التواتر ولا تسمع دعوى المدعي .

كون بينة النفي المتواتر مقبولة ، ليس على اطلاقه - بل هو مخصوص
بما اذا كان النفي المشهود به مما يحيط به علم الشاهد كما هو في المثال
المذكور هنا فان علم الشاهد يحيط بنفي المشهود به ، اذ انه يستحيل
عادة ان يوجد المشهود به في زمان معين ومكان معين مع وجود المشهود
عليه في مكان آخر في ذلك الزمان المعين فشهادة التواتر على ذلك يفيد
علماً ضرورياً بان شهود الاثبات كذبة - بخلاف ما اذا قامت شهادة التواتر
على ان المشهود عليه ، لم يقل او لم يفعل او لم يقر فان علمهم لا يحيط
بنفي المشهود به فان غاية استنادهم في هذه الشهادة على عدم مشاهدتهم
القول وعدم سماعهم القول والاقرار ، وهذا لا يلزم منه تكذيب شاهدي
الاثبات لجواز ان يشهدوا او يسما ما لم يشاهده او يسمعه غيرهما . يرشد
الى ما قلنا ، قول الاشباه لا فرق في عدم قبول شهادة النفي يعني الغير
المتواتر بين ان يحيط به علم الشاهد او لا اهـ . فان قوله هذا مع قوله

ان بينة النفي المتواتر مقبولة قد يرشد الى ان قبول بينة النفي المتواتر
انما هو فيما يحيط به علم الشاهد اذ حينئذ تظهر ثمرة التعميم في عدم
قبول شهادة النفي الغير المتواتر ولو كانت تقبل شهادة النفي المتواتر مطلقاً
اي سواء احاط به علم الشاهد اولاً ، لما كان للتعميم في عدم قبول شهادة
النفي الغير المتواتر ثمرة . وعبرة البرازية في نوع في الشهادة على النفي من
الشهادات هكذا : شهدا انه استقرض من فلان في يوم كذا في بلد كذا فبرهن
على انه لم يكن في ذلك اليوم في ذلك المكان بل كان في مكان
اخر ، لا يقبل لان قوله لم يكن فيه نفي صورة ومعنى . وقوله بل كان
في كذا ، نفي معنى واصله ما ذكر في النوادر عن الثاني : شهدا عليه بقول
او فعل ، يلزم عليه بذلك اجارة او بيع او كتابة او طلاق او عتاق او
قتل او قصاص في مكان وزمان وصفه فبرهن الشهود عليه انه لم
يكن يومئذ ثمة ، لا تقبل - لكنه قال في المحيط ان تواتر عند الناس
وعلم الكل عدم كونه في ذلك المكان والزمان لا تسم الدعوى عليه
ويقضى بفراغ الذمة ، لانه يلزم تكذيب الثابت بالضرورة والضروريات
مما لا يدخلها الشك عدلاً الى كلام الثاني وكذا كل بينة قامت على ان
فلاناً لم يقل ولم يفعل ولم يقرأ هـ . كلام البرازية فانظر كيف اطلق
عدم قبول بينة النفي حتى فيما يحيط به علم الشاهد ثم استدرك عليه بما
في المحيط من ان بينة النفي اذا تواترت تقبل في تلك الصورة يعني فيما
يحيط به علم الشاهد ثم عدل الى كلام الثاني يعني ابا يوسف القايل بعدم
قبول شهادة النفي فقال وكذا كل بينة اي وان كانت متواترة اذا قامت
على ان فلاناً لم يقل الخ لا تقبل لان مثل هذا النفي لا يحيط به علم
الشاهد لما قلنا من ان شاهدي الاثبات قد يشاهدان ويسمان ما لم يشاهده
او يسمعه غيرها هذا . وقد ذكروا انه لو ادعى انه ابن عم الميت لايه
واقام بينته على النسب وذكر الشهود اسم ابي الميت وجده والمدعى عليه
اقام البينة ان جد الميت فلان آخر غير ما اثبت المدعى قالوا لا تقبل
لانه قامت على النفي .

ويظهر لي انه لو قامت بينة التواتر على ذلك تقبل لان كون جد الميت فلاناً غير ما اثبته المدعي، مما يحيط علم الشاهد به فيثبت ذلك بالضرورة فيلزم من قبول شهادة المدعي تكذيب الثابت بالضرورة فترد فاعتنم هذا التحرير المستطاب فانك لا تجده في غير هذا الكتاب .

المادة ١٧٠٠ - يشترط ان لا يكون في الشهادة دفع مفرم او جر مفرم يعني ان لا تكون داعية لدفع المضرة او جلب المنفعة .

لما في الخانية ومن التهمة المانعة عن الشهادة ان يجز الشاهد بشهادته الى نفسه مغلماً او يدفع عن نفسه مفرماً ٥١ .

بناء عليه لا تقبل شهادة الاصل للفرع والفرع للاصل يعني لا تقبل شهادة الاباء والاجداد والامهات والجدات لاولادهم واحفادهم ولا شهادة الاولاد والاحفاد للاباء والاجداد والامهات والجدات .

لان المنافع بين الاولاد والاباء متصلة ولهذا لا يجوز دفع الزكاة اليهم واتصالها يوجب ان تكون الشهادة لنفسه من وجهه او ان تتمكن فيه الشبهة هداية اما الولد من الرضاع فتقبل الشهادة له فتح . قال في البحر وقيد بالشهادة لهم لان الشهادة على اصله وفرعه مقبولة - الا اذا شهد الجد على ابنه لابن ابنه قلنا انها لا تقبل لوجود المانع من المشهود له . وفي المحيط قال محمد رجل شهد لابن ابنه على ابيه تقبل لانه حين شهد عليه لم يصر جداً لولده بل يصير جداً بعد حكم الحاكم

بشهادته فينئذ يصير جداً والكثير لا ينفي موجب نفسه ا هـ . وهذا التعليل
يفيد ان الكلام في شهادة الاب على اقرار ابنه بان ما ولدته زوجته
ابنه لا في الاموال والاول في الاموال ا هـ . ما في البحر وعليه فما ذكره
في الاشياء من ان شهادة الاصل لفرعه لا تقبل الا اذا شهد الجد لابن
ابنه على ابيه ا هـ ، ليس على اطلاقه بل هو في صورة مخصوصة وهي ان
يشهد بابنية ابن ابنه لا في مال . ووجهها ما تقدم من انه حين الشهادة لم
يكن جداً لابن الابن وانما يصير جداً بعد حكم الحاكم . قال الحموي
في شرحه على الاشياء : وهذا التوجيه متعين وذكر انه لا وجه لاطلاق
صحة الشهادة لابن الابن على الابن حتى يصح استثنائها ا هـ . وجزم
بهذا ابو السعود في حاشيته على شرح مسكين لكن قال في المنح قلت
وفي شرح النظم الوهباني لشيخ الاسلام عبد البر بن الشحنة ذكر ان
شهادة الانسان لابن ابنه على ابنه مقبولة وغزاه الى قاضيخان واطلقه ولم
يقيده بحق دون حق . ولعل وجه القبول ان اقدمه على الشهادة على ولده
وهو اغز عليه من ابن ابنه ، دليل على صدقه فتنتفى التهمة التي ردت
لاجها الشهادة ا هـ . اقول عبارة قاضي خان هكذا : امرأة ولدت ولداً
وادعت انه من زوجها هذا وجحد الزوج ذلك فشهد على الزوج ابوه
وابنه ان الزوج اقر انه ولده من هذه المرأة قال في الاصل جازت شهادتها
ولو شهد ابو المرأة وجدها على اقرار الزوج بذلك لا تقبل شهادتها لانها
يشهدان لولدهما ولو ادعى الزوج ذلك ، والمرأة تجحد فشهد عليها ابوها انها
ولدت واقرت بذلك ، اختلفت فيه الرواية قال في الاصل لا تقبل شهادتها
في رواية هشام وتقبل في رواية ابي سليمان واذا شهد الرجل لابن ابنه
على ابنه جازت شهادته انتهت بحروفها .

وهي تتضمن ثلاث مسائل الاولى ان تدعي المرأة ان الولد من زوجها
هذا ويجحد فشهد على الزوج ابوه وابنه تقبل شهادتها لان الجد لم يصير
جداً للولد المجحد الا بعد الحكم بشهادته . الثانية ان يشهد على الزوج ،
والمسئلة بجالها ابو المرأة وجدها ، لا تقبل لان بنوة الولد المجحد لبنتها

ثابتة باقرارها فتكون شهادة لفرعه . الثالثة ان يدعي الزوج ان الولد ابنه من زوجته هذه فتشكر فيشهد ابوها وجدها على اقرارها بانها ولدته ففي رواية هشام لا تقبل . وكأنه لان هذه الشهادة في نفس الامر للولد ومما جده لامة وفي رواية ابي سليمان تقبل لان الولد المجهود لم يصر ابن ابنها الا بعد الحكم بشهادتها نظير المسئلة الاولى فاذا ظهر انه اعقبا بقوله واذا شهد الرجل لابن ابنه على ابنه يريد به ان يشهد بينوته له كما هي المسئلة الاولى وقصد باعادة ذكرها ترجيح رواية ابي سليمان ، اذ لا فرق يظهر بين المسئلتين حيث لم يصر الولد المجهود ابن ابن الا بعد الشهادة .

وبقيت مسئلة رابعة لم تتعرض لها عبارة الخانية وهي ما اذا ادعى الزوج وانكرت المرأة فشهد ابو الزوج وجده على اقرار المرأة بانها ولدته . والظاهر انها لا تقبل نظير المسئلة الثانية لان كونها جداً للولد المجهود ، ثابت باقرار ابيه الذي هو ابنها وليراجع فظهر بما قررناه ان قول الخانية اخر مجارته المارة واذا شهد الرجل لابن ابنه على ابنه تجوز ، ليس على اطلاقه بل هو مخصوص في تلك الصورة وعليه فلا منافاة بين ما في الخانية وبين ما نقله صاحب البحر عن المحيط لان ما لها واحد ويشهد لذلك اعلاق عامة المتون والشروح والفتاوى عدم جواز شهادة الاصل لفرعه وان سفل بلا استثناء . واستناد العلامة ابن الشحنة فيما قاله على فاضيلخان ، ليس في محله وما اتى به صاحب المنح من التعليل ، عليل لان شهادة الاصول للفروع والفروع للاصول ، شهادة للنفس لان المنافع بينهم متصلة كما قدمناه عن الهداية ولو صح هذا التعليل ، لقبيل شريح شهادة الحسن لابييه علي رضي الله عنهما لتحقق ارتفاع التهمة عن الحسن بقول النبي صلى الله عليه وسلم للحسن والحسين (هما سيدا شباب اهل الجنة في الجنة) مع انه ردها وقال اعلي صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن اثبت بشاهد آخر وهذه القصة دوازة في الكتب وللعلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر ، تعليل لمسائل الخانية الثلاثة غير ما ذكرناه ، ثم

كلامه متدافع امرضنا عن ذكره وتركناه فراجعه ان شئت فاغنم تحقيق هذه المسئلة واتبد ما ذكره الشارح اللبناني هنا وما نقله ثم نقل عن فتاوي الشيخ شهاب الدين الشلبي انه افق بعدم قبول شهادة الام لبنتها على بنت لها اخرى لان شهادة الام على احد البنتين وان كانت مقبولة - لكن لما تضمنت الشهادة للاخرى ردت وانه افق ايضاً بعدم قبول شهادة الاب على ولده لابنته اه . وفي البحر عن اللؤلؤية وتجوز شهادة الابن على ابيه بطلاق امراته ، ان لم يكن لامه او لضررتها لانها شهادة على ابيه وان كانت لامه او لضررتها لا تجوز لانها شهادة لامه اه .

وقوله وان كانت لامه الخ . يعني وكانت الام تدعي اذ لو كانت تجحد ، قلت . يدل عليه ما صرح هو به مزمياً للؤلؤية ايضاً حيث قال . وفيه عنها رجل : شهد عليه بنوه انه طلق امهم ثلاثا وهو يجحد - فان كانت الام تدعي فالشهادة باطلة وان كانت تجحد فالشهادة جائزة لانها اذا كانت تدعي فهم يصدقونها فيما تدعي ويميدون البضم الى ملكها بعد ما خرج واما اذا كانت تجحد فيشهدون على امهم وهذه من مسائل الجامع الكبير . واورد ان الشهادة باطلاق شهادة بحق الله تعالى فوجود دعوى الام وعدمها ، سواء لعدم اشتراطها واجيب بانه مع كونه حقاً لله تعالى ، فهو حقاً ايضاً فلم تشترط الدعوى للاول واذا وجدت اعتبرت مانعة للقبول عملاً بها اه ملخصاً .

وفي التكملة عن خزائن الاكل شهد ابناه ان الطالب ابرأ اباهما واحتمل بدينه على فلان ، لم تجز اذا كان الطالب منكراً وان كان المال على غير ابيهما فشهدا ان الطالب احال به اباهما والطالب ينكر والمطالب يدعي البرائة والحوالة ، جازت اه . وفيها عن المحيط البرهاني وان شهد ابنا الوكيل على عقد الوكيل فهو على ثلاثة اوجه ، الاول ان يقر الموكل والوكيل بالامر والمقد وهو على وجهين فان ادعاه الخصم قضى القاضي بالتصادق لا بالشهادة وان انكر فعلى قولها لا تقبل ولا يقضى بشي . الا في الحلم فانها يقضى بالطلاق بغير مال لاقرار الزوج به وهو الموكل وعند

محمد يقضى بالعقد الا بعقد ترجع حقوقه الى العاقد كالبيع . الثاني ان ينكر الوكيل والموكل فان جمعد الخصم لا تقبل والا تقبل اتفاقاً . الثالث ان يقر الوكيل بها ويجمعد الموكل العقد فقط فان ادعاه الخصم يقضى بالعقد كلها الا النكاح على قول ابي حنيفة وقامه فيه ١٠٠ ما في التكملة . وفي واقعات المتين لقدرى افندي مزيماً للبرازية : شهدا لايها ان امراته ارتدت والياذ بالله تعالى ان كانت امها حية لا تقبل لان فيه نفع الام وهو اندفاع الضرة عنها - وان كانت ميتة ان ادعى الاب ذاك لا تقبل لان الفرقة تقع باقراره فإثر الشهادة في اسقاط الصداق ونفقة العدة فكانت للاب وان جمعد الاب تقبل لان فيه ضرراً له بزوال الزوجية وان كان فيه نفع فذاك محمود مشوب بضرر ١٠٠ . وفي فتاوي الانقروى ولو وكاه بدین له على رجل وغاب وشهد على ذلك ابنا الطالب ، والمطلوب يجمدها ، لم تقبل الشهادة . وان اقر المطلوب بها وادعى اخذها جازت وكذا في الوكالة بالخصومة وشهادة ابني الوكيل على الوكالة لا تقبل وكذا شهادة ابويه واجداده واحفاده ١٠٠ . وفي واقعات المتين مزيماً لقاضيخان : رجل شهد على قضاء ابيه لرجل قسال ابو يوسف لا تجوز شهادة الرجل على قضاء ابيه لرجل وتجاوز شهادته على شهادة ابيه وقال الحسن بن زياده واذا شهد ابنا القاضي لرجل على رجل ان اباعها قضى لهذا على هذا ، لم تقبل شهادتها عند ابي حنيفة قال وفيها قول اخر انها تجوز وبه نأخذ . رجل ادعى على رجل حقاً فشهد للمدعي ابنا القاضي قال محمد القاضي يقبل شهادة الابنين ولو شهدا ان اباعها قضى للمدعي على هذا المدعى عليه لا تقبل شهادتها ١٠٠ . وفي البرازية ذكر في شفة الاصل : اذا شهد البايع واولاده ان الشفيع قد طلب من المشتري والمشتري ينكر والدار في يد المشتري ، لا تقبل شهادتهم ، لان البايع يريد بهذا تحويل المهدة عن نفسه وروى ابن ساعة لو شهدا ابنا البايع ان الشفيع سلم الشفعة ، جاز . ولو شهد البايع بذلك ، لم يجوز ولو شهدا ابنا البايع ان المشتري سلم الشفعة للشفيع لم يجوز ١٠٠ .

وهكذا شهادة الزوجين للآخر

اطلقه فمثل ما لو كان الشهود له منها مملوكا ففي الهندية عن
الحاوي ولا تقبل شهادة الزوج لامرأته وان كانت مملوكة ايضاً ولا
شهادة المرأة لزوجها وان كان مملوكاً ايضاً هـ . وعلله في البحر عن
البرازية بان الشهود له منها له حق في الشهود به وشمل ما اذا كانت
الزوجية بينها حكمية ، لما في الدر عن القنية طلقها ثلاثاً وهي في العدة ،
لم تجز شهادته لها ولا شهادتها له . وفي الخانية وان شهد الرجل لامرأة
بمجن ثم تزوجها ، بطلت شهادته ولو شهد لامرأته وهو عدل ولم يرد
الحاكم شهادته حتى طلقها بائناً وانقضت عدتها روى بن شجاع ان القاضي
ينفذ شهادته هـ . قال في البحر بعد نقله عبارة الخانية وبه علم ان
الزوجية انما تتم منها وقت القضاء . لا وقت الاداء . ولا وقت التحمل هـ .
قال ط وانظر ما لو شهد لها ثم تزوجها ثم طلقها وانقضت عدتها هل يقضي بها هـ
اقول كون الزوجية لا تتم وقت القضاء ، لا وقت الاداء ، قد علم من عبارة الخانية المذكورة .
واما كونها لا تتم وقت التحمل فانما تعلم مما نقله في المنح عن البرازية
لو تحملها حال نكاحها ثم ابانها وشهد لها بعد انقضاء عدتها تقبل هـ .
لكن هذه العبارة التي نقلها عن الخانية لم ارها فيها بهذا اللفظ في فصل
فيمس لا تقبل شهادته للتهمة وانما عبارتها في هذا الفصل هكذا : شهد
الاجير لاساتذه وهو اجير شهر فلم ترد شهادته ولم يعدل حتى مضى
الشهر ثم عدل لا تقبل شهادته لان شهادته لم تكن مقبولة فلم تصر
مقبولة كمن شهد لامرأته ثم طلقها قبل التعديل لا تقبل شهادته . وان شهد
ولم يكن اجيراً ثم صار اجيراً قبل القضاء . بطلت شهادته لان قيام الشهادة
الى وقت القضاء . شرط لجواز القضاء . وهو كما لو شهد وهو عدل ففتى
قبل القضاء . ولو ان القاضي لم يرد شهادته وهو غير اجير ثم صار اجيراً

ثم مضت مدة الاجارة ، لا يقضي بتلك الشهادة ، وان لم يكن اجيراً عند الشهادة ولا عند القضاء ، لان اعتراض الاجارة على الشهادة ابطال للشهادة فلو ان القاضي لم يبطل شهادته ولم يقبل فاعاد الشهادة بعد انقضاء مدة الاجارة ، جازت شهادته الثانية وهو كما لو شهد لامرأته فلم يرد القاضي شهادته حتى ابانها ثم اعاد الشهادة جازت شهادته ولو ان القاضي رد شهادته الاولى لامرأته ثم اعادها بعد البيئونة لا تقبل شهادته لان شهادته ردت في هذه الحادثة وكل شهادة ردت في حادثة لا تقبل بعد ذلك ابدأ فكذلك في مسألة الاجير اه فانت ترى انه ليس فيها ان القاضي ينفذ شهادة احد الزوجين للاخر اذا اداها حال الزوجية ولما فيه انه لو اعاد الشهادة بعد البيئونة وانقضاء العدة تقبل شهادته الثانية ، اذا لم يكن ردها القاضي .

وكيف يقال ان شهادته التي اداها حال الزوجية تقبل بعد البيئونة مع انه لو كان اداها بعد الزوجية ثم تزوجها ثم ابانها لا يقضى بها كما سمعت وهي الصورة التي توقف فيها العلامة الطحطاوي في حاشيته على الدر وامر بالنظر فيها فاذا كان اعتراض الزوجية مبطلاً لها ، فلأن تبطل اذا ادبت حال الزوجية اولى - حتى لو فرض ان ما نقله عن الخانية بلفظه المذكور موجود فيها في غير هذا الفصل لوجب حمل قوله ان القاضي ينفذ شهادته ، على ما اذا اعادها توفيقاً بين كلامي الخانية او يقال ان ما رواه ابن شجاع رواية اخرى غير ما نقلناه عنها .

فقد ظهر بهذا ان ما جزم به محشي الدر العلامة الرحمتي رحمه الله على ما نقله في التكملة من ان الزوجية مانعة من الشهادة عند القضاء وعند الاداء لا عند التحمل ، هو الصواب ، وان تكلف في اخراج كلام الدر عن ظاهره - فان ما نقلناه عن الخانية شاهد له وما نقله في البحر عن الخانية لو سلم وجوده فيها ، لا يعارضه على ما قرنتاه . وهذا اي منع الزوجية من الشهادة عند القضاء او الاداء في باب الشهادة قال في البحر : واما في باب الرجوع في الية فهي مانعة منه وقت الية لا وقت الرجوع

فلو وهب لاجنبية ثم نكحها فله الرجوع بخلاف عكسه وفي باب اقرار المريض الاعتبار لكونها زوجته وقت الاقرار فلو اقر لاجنبية ثم نكحها ومات وهي زوجته صح وفي باب الوصية الاعتبار لكونها زوجته وقت الموت لا وقت الوصية اه .

واعلم ان قول الخانية فيما نقلناه عنها وكل شهادة زدت في حادثة الخ ، يستثنى منه اربعة العبد والصبي والاعمى والكافر على المسلم فانه لو شهد احداهم فردت ثم عتق وبلغ وابصر واسلم وشهد بتلك الحادثة بعينها تقبل كما في الدر قال : وادخال الكمال احد الزوجين مع الاربعة ، سهو واقره على ذلك محشوه . وفي فتاوي الانقريدي عن زبدة الفتاوي : اخ واخت ادعى ارضا وشهد زوجها ورجل اخر ترد شهادتهما في حق الاخت والاخ فان الشهادة متى رد بعضها يرد كلها اه . وفيها عن القاعدية ملت وترك ابنا وبتين فادعى الابن بالارث عيناً والاختان لم تدعى فشهد زوجها البتتين للابن على ذي اليد لا تقبل لان ما ثبت له ثبت لزوجته الشاهد اه .

واما الاقرباء الذين هم ماعدا هؤلاء . تقبل شهادة احداهم للاخر

في الخانية شهادة الاخ لاخته ولاولاده جائزة وكذلك الاعمام واولادهم والمات والحالات والاخوال وتجوز شهادة الرجل لام امراته وابيها ولزوج ابنته ولامراة ابنه اه . وفي التكملة عن الوهبانية اذا كان مع المدعي اخ او ابن عم يخاصان له مع المدعى عليه ثم شهد لا تقبل شهادته في هذه الحادثة بعد هذه الخصومة وكذا كل قرابة وصاحب تردد في المخاصمة ستين لانه بطول التردد صار بمنزلة الخصم للمدعى عليه اه . لكن في الدر عن الخزانة لو تخاصم الشهود والمدعى عليه تقبل لو عدولا اه . قال في البحر وينبغي حمله على ما اذا لم يساعدوا المدعي في الخصومة او لم يكثر ذلك توفيقاً اه . وهو بمعنى قول بعضهم معنى تخاصم الشهود في قول الخزانة ان يخاصه عند اداء الشهادة عليه بان نسبها الى الكذب فدفعها عن نفسها .

ووفق الرمي بغير هذا فقال مفهوم قوله لو عدولا انهم اذا كانوا مستورين لا تقبل وان لم تمتد الخصومة للتهمة بالخاصة واذا كانوا عدولا تقبل لارتفاع التهمة مع العدالة فحمل ما في القنية وهو المذكور في الوهبانية على ما اذا لم يكونوا عدولا قال وما قلناه اشبه لان المعتمد في باب الشهادة العدالة اه

وكذلك لا تقبل شهادة من يتعيش بنفقة شخص له ولا شهادة الاجير الخاص لمستأجره واما الذين هم خدام الشخص فتقبل شهادة كل منهم للآخر

المراد من المتعيش بالنفقة من كان خادماً بغير اجر طمعا في طعام المخدم وشرا به او تابعا وهو من كان عالة عليه ياكل معه وفي عياله وان لم يخدمه ومثلها التلميذ الخاص وهو الذي يتعلم منه علما او غيره من الصنائع ويدخله في نفقته . ووجه عدم قبول شهادة هؤلاء انهم يعدون ضرر المخدم والمتبوع والاستاذ ضرراً لهم ونفعه نفعاً لهم وقيد الاجير بكونه خاصاً لان الاجير العام تقبل شهادته . والفرق ان الاجير الخاص منافعه مستحقة للمستاجر ولهذا لا يجوز له ان يوترج نفسه من اخر في تلك المدة فلو جازت شهادته للمستاجر كانت شهادة بالاجر لان شهادته من جملة منافعه فلا تقبل - بخلاف الاجير العام فانه لا يستوجب اجراً الا بعمله فاذا لم يستوجب بشهادته شيئاً انتفت الشبهة عن شهادته ولا فرق في الاجير الخاص بين ان يكون مستاجراً مشاهراً او مسانهاً او مياومة على ما هو الصحيح كما في التكملة عن الخلاصة . وفي منوات الفتاوى الانقروية عن الميرون ان اجير المياومة تقبل شهادته لمستاجره بخلاف اجير المشاهرة والمسانة ، لانها يعدان من عياله يدخلان عليه وياكلان طعامه ولا كذلك اجير المياومة اه - لكن ما قدمناه من التليل يقتضي عدم الفرق . وفي البرازية عمم عدم قبول شهادة الاجير الخاص ثم

قال وفي الميون قال محمد استاجره يوماً فشهد له في ذلك اليوم القياس ان لا يقبل اه . واما شهادة الاستاذ للتلميذ والمستاجر للاجير ، فمقبولة لان منافعتها ليست بمملوكة للشهود له كما استنبط صاحب الفتح من العلة والحديث - لكن نقل في النكلمة عن التارخانية عن الفتاوي الفائية ولا تجوز شهادة المستاجر للاجير ونقل عن حاشية القتال عن محيط السرخسي قال ابو حنيفة في المجرى لا ينبغي للقاضي ان يجيز شهادة الاجير لاستاذه ولا الاستاذ للاجير اه . وليس بعد النقل الا الرجوع اليه . وفي البحر لا تقبل شهادة المستاجر للاجر بالمستاجر والمستجير للمعير بالمستعار اه . وفي الهندية ذكر في المنتقى لو استاجر داراً شهراً فسكن الشهر كله ثم جاء مدع آخر فشهد بها المستاجر ورجل آخر معه فالقاضي يسئل المدعي عن الاجارة اكانت بامره او بغير امره - فان قال كانت بامري ، لم تقبل شهادة المستاجر لانه مستاجر شهد بالمستاجر للاجر وان قال كانت بغير امري تقبل شهادته لانه ليس بمستاجر في حقه ولو لم يسكن الشهر كله لم تجز شهادته وان لم يدع المدعي ان الاجارة كانت بامره اه - لكن في الحاشية ما نصه مستاجر الدار اذا شهد مع رجل اخر ان الدار للذي آجره او شهد للمدعي ان الدار للمدعي ذكر الناطقي رحمه الله تعالى انه تجوز شهادته في الوجهين في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، وان كانت شهادته في الوجه الاول لتصحيح الاجارة وفي الوجه الثاني لاتبسات حق الفسخ لنفسه ومع ذلك قال تجوز شهادته سواء كانت الاجارة رخيصة او غالية وقا ابو يوسف رحمه الله تعالى لا تجوز شهادته في الوجه الثاني في اثبات حق الفسخ لما فيه من اسقاط الاجارة عن نفسه ولو كان الشاهد ساكناً في الدار بغير اجر جازت شهادته في الوجهين اه . ونقل مثله في الهندية ايضا عن محيط السرخسي - فقد افاد ان جواز شهادة المستاجر للاجر بالمستاجر متفق عليه وانا خالف ابو يوسف الامام في شهادته للمدعي فقال لا تجوز لما فيه من اسقاط الاجارة عن نفسه . ثم ان هذا التعليل يقتضي ان هذا في شهادته اثنا مدة الاجارة والا فهذا التعليل لا يظهر فيما اذا شهد له

بعد انقضاء مدة الاجارة كما لا يخفى فتأمل وذكر في الهندية ان شهادة
اجير احد الشريكين للشريك الاخر لا تقبل ووجهه ظاهر .

وكذلك لا تقبل شهادة احد الشركاء للاخر في مال الشركة.

لانا شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهم فيه وهذا لانه يصير شاهداً لنفسه
في البعض . وشهادة المرأ لنفسه ما غير مقبولة فاذا بطلت في نصيبه بطلت في
نصيب شريكه ايضا لانها شهادة واحدة فلا تتجزأ . ولو شهد له بما
ليس من شركتها تقبل لانقضاء التهمة ذيلمي .

قال في البحر واطلق الشركة فشملة شركة الاملاك وشركة العقود عنانا
ومفاوضة ووجوها وصنائم . وفي الهندية قال محمد رحمه الله تعالى في الاصل
اذا شهد رجلان ان لها وفلان على هذا الرجل الف درهم فهذا على وجوه
الاول ان ينصا على الشركة بان شهدا لفلان ولها على هذا الرجل الف
درهم . مشترك بيننا وفي هذا الوجه لا تقبل شهادتهما اصلاً الثاني اذا نصا
على قطع الشركة بان قالوا شهد ان لفلان على هذا خمماية وجبت على
حدة ولنا عليه خمماية وجبت بسبب على حدة وفي هذا الوجه تقبل شهادتهما
في حق فلان الثالث اذا اطلقا الشهادة اطلاقا وفي هذا الوجه لا تقبل
الشهادة اصلاً اه . ولو شهد رجلان لرجلين على آخر بالف درهم ثم شهد
المشهود هما للشاهدين على ذلك الرجل بالف ايضا فان كان المشهود عليه
حيا قبلت هذه الشهادة اتفاقا وان كان ميتا تقبل ايضا على قول ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى خلافا لابي يوسف رحمه الله لان كل فريق
يشهد بالدين في الذمة وهي تقبل حقوقا شتى فلم تقع الشركة ولو شهد
كل فريق للاخر بعين من تركة الميت قبلت الشهادة اتفاقا اما لو شهد
كل فريق للاخر بان الميت اوصى له بالثلث فلا تقبل اتفاقا لان حقهم في
التركة وهو الثلث ، يتم بينهما فهي شهادة في مشترك بينهما وهو حق شائع

في جميع المال فكانت شهادة الشريك لثريته وهي لا تصح - بخلاف شهادة اثنين ان الميت اوصى بهذه العين لهذين الشخصين ثم شهد المشهود لهما للشاهدين بين آخر فانها تقبل لانه لا شركة في ذلك لان كلاً شهد بعين اخرى فلم يبقوا شركاء. هذا ما لخصه الشارح اللبناني من الدر والتكملة من باب القبول وعدمه من كتاب الشهادات وقد ذكرت هذه المسائل في فصل في شهادة الاوصياء. من كتاب الرصايا من الدر متناً وشرحاً وفيها زيادة ما لو شهد الرجلين بوصية عين كعبد ثم شهد المشهود لهما للشاهدين بالوصية بثك ما له او بدراهم مرسله ، فلا تقبل لاتباتها الشركة في المشهود به اذ الثلث محل الوصية فيكون مشتركاً بينهم . وقد نقل ط هناك بعد ذكر المسئلة الاولى الخلافية عن شرح الحموي ما نصه : قال الشيخ قاسم في حاشيته على المجمع وعلى قول ابي يوسف اعتمد النسفي والمجوي . قال المقدسي ان اراد النسفي صاحب الكنز ، فان ما فيه قول محمد وهو قبولها في الدين فقط . ثم قال وينبغي عند الفتوى في مثل هذا ان كان الشهود معروفين بالخير ، ان يعمل بقول محمد ومع ابو حنيفة والا فبقول ابي يوسف اه . ووجه قول ابي يوسف ان الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة يشاركه الاخر فكانت الشهادة فيه مثبتة للشركة فتحقت التهمة رد المحتار قال في البحر .

وهنا مسائل متفرعة على عدم قبول شهادة الشريك لثريته الاولى شهد ان زيدا اوصى بثك ماله لقبيلة بني فلان وهما من تلك القبيلة صحت ولا شيء لها منها . الثانية لو اوصى لفقراء جيرانه وهما منهم فالحكم كذلك . الثالثة لو اوصى لفقراء اهل بيته وهما منهم ، لم يضح ولو كانا غنيين صحت والفرق بين الاولين والثالثة انه يجوز فيها تخصيص البعض منهم بخلاف في الثالثة . الرابعة لو اوصى لفقراء جيرانه فشهد من له اولاد محتاجون منهم لم تقبل مطلقاً في حق الاولاد وغيرهم والفرق بينها وبين اولادها ان المخاطب لم يدخل تحت عموم خطابها فلم

يتناولها الكلام بخلاف الاولاد فانهم داخلون تحت الشهادة وانما ادخلنا المتكلم في مسألة الشهادة لفقراء اهل بيته باعتبار انهم يحصون بخلاف فقراء جيرانه وبني تيم وذكر قاضي خان في فتاواه من الوقف لو شهدا انها صدقة موقوفة على فقراء جيرانه وهما منهم جازت ولو على فقراء قرابته لا قال الناظمي في الفرق ان القرابة لا تزول والجوار يزول فلم تكن شهادة لنفسه لا محالة اهـ . واهل بيت الانسان لا يزول عنهم الاسم لانهم اقاربه الذين هم في عياله اهـ وقامه فيه . وفي المندية عن الوجيز للكردي اهل القرية او اهل السكة الغير النافذة شهدوا على قطعة ارض انها من قرابتهم او من سكنهم، لا تقبل . وان نافذة ان ادعى لنفسه حقا لا تقبل وان قال لا اخذ شيئا تقبل اهـ . وفي التكملة عن قاضي خان دار بيت ولها شفعة وانكر البايع البيع فشهد بذلك بعض الشفاء ان كان لا يطلب الشفعة وقال ابطلت شفعتي جازت شهادته والا لا لان حق الشفعة مما يحتمل الابطال اهـ . وفيها عن البرازية شهادة اهل المدرسة على وقفية وقف عليها وكذا الشهادة على وقف مكتب وللشاهد صبي في المكتب وشهادة اهل المحلة في وقف عليها وشهادتهم بوقف المسجد والشهادة على وقف المسجد الجامع وكذا شهادة ابنا السبيل اذا شهدوا بوقف على ابنا السبيل فالتمسد القبول في الكل اهـ وتوجيه القبول في هذه المسائل ان كون الشاهد من فقهاء المدرسة او ان له صبيا في المكتب او كونه من اهل المحلة وهكذا غير لازم بل يزول فلم يكن شهادة لنفسه لا محالة بخلاف ما اذا شهد احد من ذرية زيد بوقفية زيد وقفا على ذريته فان ذلك لا يزول فلا تقبل وقام تحقيق ذلك في البحر ثم قال :

﴿ تنبيه ﴾

وهذا الكلام كله في شهادة الفقهاء باصل الوقف على المدرسة اما شهادة المستحق فيا يرجع الى الغلة لشهادته باجارة ونحوها لم تقبل لان له

حقاً في الشهود به فكان متهاً فكان داخلاً في شهادة الشريك
شريكه فهو نظير شهادة احد الدائنين بدین مشترك بينهما وقامه فيه .

ولا تقبل شهادة الكفيل بالمال بان الاصيل ادى المكفول
به ولكن تقبل شهادة احدهما للاخر في سائر الخصومات .

بما لا تطق له بالكفالة وكذا الحكم لو شهد الكفيل بان المكفول
له ابرأ الاصيل من الدين لما في الهندية واذا كان لرجل على ثلاثة نفر
الف درهم شهد اثنان منهم ان صاحب الدين ابراهما وفلانا عن الالف
الذي كان له عليه وعليهما فان كان البعض كفيلاً عن البعض لا تقبل
شهادتهما اصلاً وان لم يكن البعض كفيلاً عن البعض فان شهدا انه ابراهما
وفلانا بكلمة واحدة لا تقبل شهادتهما اصلاً وان شهدا انه ابراهما على
حدة وفلانا على حدة ، تقبل شهادتهما في حق فلان اه . وفي الخانية :
رجل اشترى جارية وكفل له رجلان بما يلحقه فيها ثم شهد الكفيلان ان
البائع انتقد الثمن لا تقبل شهادتهما وكذا لو شهد ان البائع ابراه عن
الثمن اه . وفي البرازية في نوع في الشهادة على النفي من الشهادات :
الكفيل بنفس المدعى عايه شهد ان المدعى عليه قضى المال الذي كانت
الدعوى والكفالة لاجله ، لا يقبل في الصحيح اه . ووجه عدم قبول
شهادة الكفيل في المسئلتين ، انه بشهادته يجر نفعاً لنفسه ذلك ببرائته
من المال في الصورة الاولى ، اذ برائة الاصيل توجب برائته منه ومن
المطالبة في الصورة الثانية .

فروع

رجل معه شاة مر عليه انسان فقال له الذي في يده اذبحها ثم جاء

رجل وادعى ان صاحب اليد اعتصب الشاة منه واقام البينة على ذلك شاهدين احدهما الذابح قال في الاصل لا تقبل شهادة الذابح لانه اقر على نفسه بالاضان للمشهود له وقال عيسى بن ابان رحمه الله تعالى ينبغي ان تجوز هذه الشهادة . رجلان عندهما وديعة فشهدا على من اودعهما بذلك المال للمدعي جازت شهادتهما . ولو شهدا على اقرار المدعي لمن اودعهما والمال قائم او مستهلك لم تقبل شهادتهما لانها غاصبان في حق المدعي منها يريدان بشهادتهما اخراج انفسهما عن عهدة الضمان . ولو شهدا بذلك بعد ردهما المال على من ، اودعهما جازت شهادتهما . اذا شهد الرصي بدين للميت والورثة صغار او بعضهم صغار ، لا تقبل شهادته لانه يثبت بشهادته حق نفسه . ولو كانت الورثة كباراً جازت شهادته . ولو شهد بدين على الميت جازت شهادته على كل حال . الغاصب اذا شهد بالمغصوب لغير المغصوب منه والمغصوب في يده لا تقبل شهادته وان شهد بعد رد المغصوب على المغصوب منه جازت شهادته . تجوز شهادة رب الدين لمدينه بما هو من جنس دينه ولو شهد لمدينه بعد موته بما لم تقبل شهادته لان الدين لا يتعلق بمال المدين في حياته ويتعلق بعد وفاته . رجل باع عبداً وسلمه الى المشتري ثم ادعى رجل انه اشتراه من المشتري وانكر المشتري فشهد البائع للمدعي لا تقبل شهادته لان فيه تبعية الهبة عن نفسه . رجلان شهدا على رجل انه باع داره من هذا المدعي بالف درهم على انها كفيلان بالثمن قال محمد رحمه الله تعالى : ان كان ضمانها في اصل البيع لم تقبل شهادتها لان البيع يتم بضمانها فكانها باعا . وان لم يكن الضمان في اصل البيع جازت شهادتهما . ثلاثة نفر لهم على رجل دين فشهد اثنان منهم على الثالث انه ابرأ المدين عن حصته لا تقبل شهادتهما لانها يدفعان شركة الثالث فيما يقبضان من المدين - وكذا لو قبضا شيئاً من المدين ثم شهدا انه ابرأه عن حصته - وقال محمد رحمه الله تعالى ان شهدا بذلك قبل ان يقبضا شيئاً من المدين تقبل شهادتهما وان شهدا بذلك بعد القبض لا تقبل . رجل مات وارصى الى رجلين فحلف رجل

وادعى ديناً على الميت فقضى الوصيان دينه بغير حجة ثم شهدا له بالدين لا تقبل شهادتهما ويضمنان ما دفعا . ولو شهدا اولاً ثم امرهما القاضي بقضاء الدين وقضيا لا يلزمهما الضمان - وكذا لو شهدا الوارثان على الميت بدين جازت شهادتهما قبل الدفع ولا تقبل بعد الدفع الكل من الخاتبة من الشهادات الا الاخيرة فمن فصل في تصرفات الوصي من الوصايا . مات الرجل عن ورثة فاقر وارثاه بدين على الميت لرجل ثم شهدا بهذا الدين لذلك الرجل عند القاضي قبل ان يلزم القاضي باقرارهما الدين في حصتها من التركة تقبل لان بمجرد اقرارهما قبل القضاء عليها لا يحل الدين في تسطها وان قضى عليها باقرارها ثم شهدا به له عليه لا يقضى بشهادتهما لانها يريدان ان يحولا بعض ما لزمهما على باقي الورثة فكانت جر مغرم ودفع مغرم بزازية في الشهادة على النفي وفيها في نوع آخر في شهادة المودعين : شهد المودعان بكون الوديعة ملك المدعي ، يقبل ولو شهدا ان المدعي اقر انه ملك المودع ، لا الا اذا شهدا به بعد ما رد الوديعة على صاحبها ولو شهد المرتهنان للمدعي ، قبلت وبعد هلاك الرهن ، لا ويضمن قيمته للمدعي لاقراره بالقصب ولو شهدا على اقرار المدعي بكون المرهون ملك المرهون لا يقبل قائماً كان او هالكاً الا اذا شهدا بعد رد الرهن على المرهون وكذا اذا انكر المرتهنان فشهد المرهون بذلك لا يقبل وضمانا قيمته للمدعي لما ذكرنا . شهد الغاصبان بالملك للمدعي لا يقبل الا بعد الرد على المصوب منه وبعد الهلاك في يدها ، لا تقبل . شهد المستقرضان بالملك للمدعي لا تقبل بعد الرد وقبله لان رد عينه ~~كرد~~ مثله لعدم التعين اه . وتوجيه هذه المسائل يعلم من الخاتبة . شهادة الوكيل للموكل بعد الغزل ان خاصم لا تقبل وان لم يخصم تقبل وهو قول ابي حنيفة كذا في الذخيرة . ولو وكله بكل حق له قبل فلان بجضرة القاضي لخاصمه في الف فغزل فان شهد بذلك الالف ردت شهادته للموكل وان شهد بآل آخر لا ترد وان لم يعلم القاضي بوكالته وانكر فلان وكالته واتبها بالبينة ثم عزل وشهد ردت شهادته للموكل في كل حق قائم وقت

التوكيل الا اذا شهد بحق حادث بعد تاريخ الوكالة حينئذ تقبل كذا في الكافي . رجل ادعى عند القاضي على رجل ان فلاناً وكله بالخصومة في كل حق له قبل هذا المدعى عليه وقبل فلان وفلان واقام البينة على الوكالة بالصفة التي ادعى وقضى القاضي بذلك او لم يقض ثم عزله الموكل فشهد الموزول للموكل بحق قبل هذا الذي احضره او قبل الاخرين ، لا تقبل شهادته الا ان يشهد بحق حادث بعد التوكيل او على رجل غير النفر الثلاثة فتقبل شهادته كذا في صنوان الفقهاء . رجل وكل رجلاً بالخصومة في كل حق له وقبضه من الناس مطلقاً او في مصر وقدم الوكيل رجلاً واقام البينة وجعله القاضي خصماً ثم اخرج الموكل من الوكالة ، لم تجز شهادته لا على هذا الرجل ولا على غيره ممن كان للموكل عليه حق يوم وكله ، ولا ما حدث بعد ذلك على الناس الى يوم اخرجه من الوكالة كذا في الخلاصة . ولو شهد بحق حدث بعد العزل قبلت شهادته كذا في المعيط . الوكيل يقبض الدين ، تجوز شهادته بالدين كذا في الوجيز للكردي الكل من الهندية وتقام المسائل فيها .

المادة ١٧٠١ - شهادة الصديق لصديقه مقبولة ولكن اذا وصلت صداقتها الى مرتبة يتصرف احدهما في مال الاخر فلا تقبل شهادة احدهما للاخر .

للتهمة رهذه المسئلة نقلها في الدر عن فتاوي صاحب التنوير مغزياً لمعين الحكماء .

المادة ١٧٠٢ - يشترط ان لا يكون بين الشاهد والمشهود عليه عداوة دنيوية وتعرف العداوة الدنيوية بالعرف

تقييد العداوة بكونها دنيوية لاخراج ما اذا كانت دينية فانها لا

تتم لانها تدل على كمال دينه وعدالته . وهذا لان المعادة قد تكون واجبة بان راي منكرأ شرماً ولم ينته بنيه الا ترى ان شهادة المسام على الكافر تقبل معا بينها من العداوة الدينية وهذا بخلاف العداوة الدنيوية اي الناشئة عن اسباب دنيوية فانها حرام فن ارتكابها لا يؤمن عليه من القول افاده الزيلعي وغيره وهو يقتضي ان غلة رد شهادته فسقه بارتكابه المحرم وعليه فكما لا تقبل شهادته على عدوه لا تقبل على غيره كما استنبطه ابن وهبان من التليل مطلقاً بان الفسق لا يتجزأ حتى يكون فاسقاً في حق شخص عدلاً في حق غيره ووال اليه صاحب البحر واستوجه العلامة ابن عابدين في حاشيته عليه بل قال العلامة ابو السود في حاشيته على مسكين مقتضى التليل بان العداوة فسق وهو لا يتجزأ ، رد شهادة العدو مطلقاً سواء كانت على عدوه او له لكن سياق كلام البرجندي على ما نقل عنه الحمري تخصيص المنع بما اذا كانت عليه فلوله قبل لدم التهمة .

وحاصله ان تليل رد الشهادة بالفسق ، يقتضي المنع من القول مطلقاً سواء كانت الشهادة على العدو او له . والتليل بالتهمة ، يقتضي تخصيص المنع بما اذا كانت الشهادة عليه فلوله قبل وامل في المسئلة قولين لان منهم من علل بالاول ومنهم من علل بالثاني اه . ونقل العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر عن محبيه الرملي ما نصه : الظاهر من كلامهم ، ان عدم القبول انما هو للتهمة لا للفسق ويؤيده ما يأتي عن ابن الكمال في اصلاح الايضاح حيث قال ان شهادة العدو لعدوه جائزة عكس شهادة الاصل امره اه . وما صرح به يعقوب بلشا وكثير من علمائنا صرح بان شهادة العدو على عدوه لا تقبل فالتقييد بكونها على عدوه ينفي ما عداه وهو المتبادر للافهام فتأمله اه .

اقول يمكن ان يقال ان العداوة بسبب الدنيا وان كانت فسقا لانها عبارة عن الحقد المحرم الا ان الحقد امر خفي لانه من افعال القلوب فلا يصلح ان يكون مداراً لدم قبول شهادة من ادعى عليه ارتكابه

فقط اعتباره ما لم يظهر للقاضي ما يدل عليه ولو كان له اعتبار لما تصور وقوع الخلاف ألاقي لان كاستهم متفقة على ان الفسق يمنع من قبول الشهادة . يرشد الى ما قلنا ما في مجمع الانهر حيث قال في شرح قول الملتقى ولا تقبل شهادة العدو بسبب الدنيا على عدوه ما نصه : لان العداوة لا حل الدنيا حرام فيظهر بالشهادة عليه عداوته اما اذا شهد لمنفته قبلت لعدم ظهور فسقه من عداوته فيحمل على تركها . وما يؤيده ايضاً ما صرح به في البحر وغيره من ان في المسئلة قوانين مصححين احدهما ان العداوة بسبب الدنيا لا تتم ما لم يفسق بسببها او يجلب منفعة او يدفع بها . مضرة عن نفسه واختارها ابن وهبان واقره ابن الشحنة قبحاً للتنبية والثاني انها تتم مطلقاً اي وان لم يفسق الشاهد بسببها ولم يجلب منفعة او يدفع مضرة وهو اختيار المتأخرين ومنهم اصحاب المتون كالكثر والوقاية والفرر والتنوير . ومعلوم ان معنى التفسيق ان يكون سبب العداوة مفسقاً كذنف الشاهد للشهود عليه وقطعه الطريق عليه وما اشبه ذلك وهذا ظاهر في ان الفسق بنفس العداوة التي هي عبارة عن الحقد المحرم ، غير متلفت اليه - والا لما تصور وقوع الخلاف في المسئلة ولا تصور اشتراط التفسيق وما عطف عليه على القول الاول ، لانفاق كاستهم ان الفسق مانع من قبول الشهادة وهو حاصل بنفس العداوة . ثم ان علة عدم القبول على القول الاول ، هي الفسق او جاب المنفعة او المضرة ليس الا - وعلى القول الثاني هي كل من التهمة والفسق اذا كان سبب العداوة مفسقاً او التهمة فقط فنيا اذا لم يكن كذلك .

ومتى كانت العلة هي الفسق سواء كان وحده او مع التهمة امتنع القبول . مطلقاً سواء كان على العدو او له او على غيره ، لما تقدم من ان الفسق لا يتجزأ . فتحرر من هذا ان العداوة الكائنة بين المتقاذفين او المتشاجرين على محرم كقمار ولعب وشرب خمر تمنع من قبول شهادة كل منهما على الاخر وله وعلى غيره اتفاقاً للفسق والعداوة الكائنة بين القاذف والمقذوف وبين الجارح والمجروح وبين المقطوع عليه الطريق والقاطم

وبين المقتول وليه والقاتل تمنع من قبول شهادة القاذف على المذوف والجارح على المجرّح الخ اتفاقا ايضا لما ذكرنا كما لا تقبل شهادة هولاء ايضا على الغير واما شهادة المذوف على القاذف والمجرّح على الجارح الخ فعلى القول الاول تقبل لان سبب العداوة لم يفسق بها الشاهد وانما فسق بها المشهود عليه وعلى القول الثاني لا تقبل لتهمة بالعداوة المحرمة حيث ظهر اثرها بالشهادة عليه حتى لو شهد له تقبل وبما حرناه بتوفيق الله تعالى يحصل التوفيق بين ما ظاهره التنافر والتعارض في كلامهم . وبه ايضا يستغنى عن ما وفق به الملا عبد الحلیم في حاشيته على الدرر على ما نقله عنه في التحكمة حيث قال ان التحقيق ان من العداوة ما هو موثر في العدالة كعداوة المجرّح للجارح وعداوة المقتول وليه للقاتل ومنها ما هو غير موثر كعداوة شخصين وقتت بينهما مضاربة او مشاقمة او دعوى مال او حق في الجملة فشهادة النوع الاول لا تقبل كما هو المصرح في غالب كتب اصحابنا والمشهود على السنة فقهاؤنا . وشهادة النوع الثاني ، تقبل لانه عدل قال : وبهذا التحقيق يحصل التوفيق بين الروايتين وبين المتن يعني الفرر والشرح يعني الدرر وان لم يهتد اليه المص الحمد لله الذي هدانا لهذا ا هـ . على ان في النفس من هذا التصديق اشياء لا تخفى على ذي فطنة .

﴿ تنبيهات ﴾

الاول ذكر في البحر ان العدو من يفرح لحزنك ويحزن لفرحك وقيل يعرف بالعرف ا هـ . وانت ترى ان المجلة اقتضرت على الثاني وهو الذي ينبغي التعويل عليه لان عداوة الشاهد للمشهود عليه يمكن ظهورها للقاضي بواسطة العرف والعادة فان سبب العداوة التي يدعيها المشهود عليه ان كان يودي الى العداوة بموجب العرف والعادة يكلفه القاضي الى اثباته بخلافها على التعريف الاول فان كون الشاهد يفرح لحزن المشهود عليه ويحزن لفرحه

هو امر خفي لا يمكن ظهوره للقاضي فكيف يكون مداراً للحكم عليه بانه عدو . الثاني ذكر في البحر عن ابن وهبان ما نصه : قد يتوهم بعض المتفقه والشهود ان كل من خاص شخصاً في حق وادعى عليه حقاً ، انه يصير عدوه فيشهد بينها بالعداوة وليس كذلك بل العداوة تثبت بنحو ما ذكرت - نعم لو خاص الشخص آخر في حق لا تقبل شهادته عليه في ذلك الحق كالوكيل لا تقبل شهادته فيما وكل فيه ونحو ذلك لانه اذا تخاصم اثنان في حق لا تقبل شهادة احدهما على الآخر لما بينها من الخاصة ا . وبني في ذلك الحق كما ذكر اولاً . والظاهر ان مراده بنحو ما ذكرت عداوة المقذوف للقاذف والمقطوع عليه الطريق للقاطع كما في البحر وكذا المقتول وليه للقاتل والمجروح للجراح كما في حاشية ابي السعود وهذا قريب مما تقدم آنفاً عن الملا عبد الحليم وليس المراد حصر العداوة بانها لا تثبت الا بهذه الاشياء كما اشار الى ذلك بقوله نحو ما ذكرت فان الخاصة بين اثنين في حق من الحقوق كارض او دار اغتصبها احدهما من الآخر على زعم انها ملكه اذا طالت وامتدت بينها الشكاوي والخصومات قد تؤدي في العرف والمادة الى عداوة بينها وقد يحكم لاحدهما على الآخر فيبقى المحكوم عليه مقهوراً لزمه انه حكم عليه ظلاً او بشهادة زور او نحو ذلك فتسكن فيه العداوة ولربما يؤخذ هذا مما جنحت اليه المجلة من تحكيم العرف يعني في معنى العداوة وثبوتها فليحفظ هذا قال في البحر : واعلم انه لو شهد رجل على آخر ثم خاصه في شيء قبل القضاء لا يمتنع القضاء بشهادته الا اذا ادعى انه دفع له كذا لتلا يشهد عليه وطلب الرد واثبت دعواه بينة او اقرار او نكول فحينئذ بطلت شهادته وهو جرح مقبول كما صرحوا به وسيأتي ا . الثالث ذكر في البحر عن ابن وهبان لو ادعى شخص عداوة آخر يكون بمجرد دعواه اعترافاً منه بنفسه ولا يكون ذلك قادماً في عدالة الشاهد انه عدو ما لم يثبت المدعي انه عدو له ا . هكذا اطلق .

والظاهر ان كيفية اثبات كونه عدواً له ان يثبت السبب الذي تثبت به العداوة بحكم العرف . وهذا لما قدمناه من ان العداوة التي هي عبارة عن الحقد ، امر خفي لا يمكن اطلاع الشاهد او القاضي عليه ولا يعلم الا باخبار الحاقده عن نفسه فليحفظ هذا . الرابع ذكر في البحر لو قضى القاضي بشهادة العدو على عدوه او على غير عدوه هل يصح اولاً ان قلنا ان الماتم من قبول الشهادة هو الفسق فيكون حينئذ صحيحاً نافذاً لان القاضي اذا قضى بشهادة الفاسق نفذ قضاؤه ويصح وان قلنا انه لمعنى آخر اقوى من الفسق لا يصح في حق العدو ويصح في حق غيره اهـ . قال محميه العلامة ابن عابدين قال الرمي وصرح يعقوب باشا في حاشيته بعدم نفاذ قضاء القاضي بشهادة العدو على عدوه اهـ يعني وان كان سبب العداوة مفسقاً ، لان رد شهادته حينئذ ليس لمحض الفسق بل للفسق مع التهمة ايضاً كما قررناه انفاً - بخلاف شهادته على غير عدوه فانه ترد

لمحض الفسق فينفذ القضاء بشهادته عليه تقدير . الخامس نقل العلامة ابن عابدين في حاشية البحر عن معين الحكام ان من موانع قبول الشهادة العصبية وهو ان يبغض الرجل الرجل لانه من بني فلان او من قبيلة كذا ثم قال : اقول من التعصب ان يبغضه لانه من حزب فلان او من اصحابه او من اقاربه او المنسوين اليه اهـ . وقدم قبل هذا بورقتين عند نقله عن يعقوب باشا عدم نفاذ قضاء القاضي بشهادة العدو على عدوه ما نصه : اقول وقياسه يقتضى ان العصبية كذلك فلا ينفذ قضاء القاضي بشهادته ، لانه الذي يبغض الرجل لكونه من بني فلان او من قبيلة كذا اهـ .

وقد كنت سئلت عن مطران الطائفة اليعقوبية من النصرارى ترك مذهب اليعقوبية واعتنق مذهب الكاثوليك وصار مطراناً في كنيسة هولاء . حتى تعصب عليه افراد الطائفة اليعقوبية فادعى عليه مطران الطائفة اليعقوبية الذي صار خلفاً له ان جميع الدار الملانية والدكاكين الشرية وذكر حدودهم

التي انشأها المدعى عليه انما انشأها من مال الكنيسة اليعقوبية حتى انه اقر بذلك وبانه وقفها على الكنيسة المذكورة وهو ينكر ويريد المدعي اقامة بيئته على اقراره المذكور ووقفه ذلك من افراد الطائفة اليعقوبية فاجبت بعدم قبول شهادة هؤلاء. حيث كانوا من افراد الطائفة المتعصبين عليه لتركه مذهبهم الى مذهب اخر لان العصبية من موانع قبول الشهادة كما في معين الحكام وقد ذكر في الدر ان شهادة الاشراف من اهل العراق لا تقبل لتعصبهم قال محشوه لانهم قوم يتعصبون فاذا ناب احداً منهم نائبة اتى سيد قومه فيشفع له فلا يؤمن ان يشهد له بزور اه وفي البحر وعلى هذا كل متعصب لا تقبل شهادته اه .

المادة ١٧٠٣ - ليس لاحد ان يكون شاهداً ومدعياً
بناءً عليه لا تصح شهادة الوصي لليتيم والوكيل لوكله

اي ولو بعد الغزل والبلوغ غير ان الوصي لا تقبل شهادته لليتيم وان لم يخاصم قبل غزله او قبل بلوغ الصبي لحاوله محل الميت ولذلك لا يملك عزل نفسه بلا عزل قاض فكان كالميت نفسه فاستوى خصامه وعدمه - بخلاف الوكيل لو شهد بعد غزله للموكل فانه ان خاصم في مجلس القاضي ثم شهد بعد الغزل لا تقبل اتفاقاً للتهمة والا قبلت عندهما لعدما . وقال الثاني لا تقبل ايضاً كالوصي لان عنده بمجرد الوكالة يصير خصماً وان لم يخاصم افاده في الدر متناً وشرحا . وما ذكره من عدم قبول شهادة الوصي بعد خروجه من الوصاية هي رواية الزيادات وهي المذكورة في اكثر الكتب . والذي في شرح حيل الخصاص ، ان شهادة الوصي بعد ما خرج من الوصاية للميت ، مقبولة وهو المذكور في التهمة كذا في هامش الفتاوي الانقروية عن المحيط البرهاني قال وقد ذكرت المسئلتان في البرازية ولم يتعرض لهما بينهما من المخالفة اه .

اطلق الوصي فشمّل وصي الميت والقاضي وكما لا تصح شهادته اي شهادة الوصي لليتيم لا تصح للميت ولا فرق في عدم صحة شهادة الوصي لليتيم بين ان يكون المشهود به مالا او غير مال كما اذا شهد له انه طلب الشفعة وان فلانا ابراه من كذا ، او شهد له بنسب ولا فرق ابضاً بين ان يكون المشهود به موروثا عن الميت اولا . والمراد بالوكيل الذي ترد شهادته للموكل ، الوكيل بالخصومة حتى لو كان وكيلاً بقبض الدين تجوز شهادته بالدين الذي وكل بقبضه لموكله كما صرح به في شرح تحفة الاقران . قيدنا المخاصمة بكونها في مجلس القاضي لانه لو خاصم في غيره قبلت عندهما خلافاً للثاني كما لو شهد في غير ما وكل فيه او شهد عليه كما في جامع الفتاوي . ووضح هذا في البرازية حيث قال وكله عند القاضي بالخصومة فخاصم المطلوب بالف درهم عند القاضي ثم عزله فشهد ان لموكله على المطلوب مائة دينار تقبل - بخلاف ما لو وكله عند غير القاضي وخاصم المطلوب بالف وبرهن على الوكالة ثم عزله الموكل عنها فشهد على المطلوب بمائة دينار مما كان للموكل على المطلوب بعد القضاء بالوكالة ، لا تقبل لان الوكالة لما اتصل بها القضاء صار الوكيل خصماً في حقوق الموكل على غرمائه فشهادته بعد الغزل بالدنانير شهادة الخصم فلا تقبل بخلاف الاول ، لان علم القاضي بوكالته ليس بقضاء فلم يصر خصماً في غير ما وكل به وهو الدراهم فتجوز شهادته بعد الغزل بحق اخر اه ملخصاً من التكملة

وقوله ما كان له على المطلوب بعد القضاء بالوكالة الخ تنصيص على التوهم لان عدم القبول اولى اذا كانت المائة دينار المشهود بها على المطلوب قبل القضاء بالوكالة - لكن هذا بعد حمل ما ذكره على ما اذا كانت الوكالة التي اتصل بها القضاء ، عامة بان وكله بالخصومة في كل حق له قبل الناس او قبل اهل هذا البلد فان خصومة الوكيل حينئذ تنصرف الى كل حق للوكيل حتى الى الحادث بعد الوكالة قبل الغزل فلا تقبل شهادة ذلك الوكيل الذي خاصم بعد عزله في شيء من الحقوق الا في حق حدث

بعد العزل -- بخلاف ما اذا كانت الوكالة خاصة كما اذا وكله في الحصومة في كل حق له على رجل معين وبقبضه منه فانها لا تتناول الحادث بعد الوكالة فار خاصم ثم عزل ثم شهد بحق للموكل حادث بعدها تقبل .
والحاصل ان في الوكالة العامة بعد الحصومة لا تقبل شهادة الوكيل لموكله على المطلوب ولا على غيره في القاعة والحادثة الا في الحادث بعد العزل واما في الخاصة فلا تقبل فيما كان على المطلوب قبل الوكالة وتقبل في الحادث بعدها . هذا ملخص ما في البرازية والتكلمة والفتاوي الانقروية . قال في التكلمة والذي يظهر لي ان هذا كله على قول ابي يوسف والا تناقض الكلام بعضه تأمل اه .

وقد تأملنا فوجدنا ان ما ظهر له ، غير ظاهر فانه لا خلاف بين ابي يوسف والامامين الا في ان الحصومة المانعة من قبول الشهادة تثبت بمجرد الوكالة عنده ولا تثبت عندهما الا بقضاء القاضي بالوكالة او بالمخاصة عنده بالفعل كما تقدم فاي مناقضة في الكلام بعد هذا فتدبر . ولقد بني في الدر مسائل شهادة الرصي لليتم والوكيل للموكل على اصلين ذكرهما الزبلي في باب القسامة . الاول كل من صار خصماً في حادثة لا تقبل شهادته فيها . والثاني كل من كان بعرضية ان يصير خصماً ولم ينتصب خصماً بعد تقبل قال الزبلي - وهذان الاصلان متفق عليهما غير انها يجعلان اهل المعلة مما له عرضية ان يصير خصماً وهو يجعلهم ممن انتصب خصماً وعلى هذين الاصلين يتخرج كثير من المسائل فمن جنس الاول الوكيل بالحصومة اذا خاصم عند الحاكم ثم عزل لا تقبل شهادته والشفيع اذا طلب الشفعة ثم تركها لا تقبل شهادته بالبيع . ومن جنس الثاني ان الوكيل اذا لم يخاصم والشفيع اذا لم يطلب وشهدا تقبل شهادتهما . ولو ادعى الولي على رجل بعينه من اهل المعلة فشهد شاهدان من اهلها عليه لم تقبل شهادتهما عليه ، لان الحصومة قائمة مع الكل والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متمماً الا في رواية عن ابي يوسف ذكرناها من قبل اه . ونظر

في التكملة تبعاً لرد المختار في كون هذين الاصلين متفقاً عليها لان
ابا يوسف لم يجوز شهادة الوكيل وان لم يخاصم مع انه بعرضية ان يخاصم ام .
وفي هذا التنظير نظر لان ابا يوسف يجعل الوكيل من جنس الاصل الاول
لان عنده بمجرد الوكالة يصير خصماً وهما يجعلانه من جنس لاصل الثاني .
وهذا لا يلزم منه ان يكون الاصلان غير متفق عليها او على احدهما
وكلام نفس الزبلي يدل على ما قلنا كما لا يخفى فانهم .

﴿ تمة ﴾

قال في البرازية ولو شهد الوصيان لبعض الورثة على الميت - ان
كان المشهود له صغيراً لا يجوز اتفاقاً وان بالفاً فكذلك عنده وعندهما
يجوز ولو شهد الكبير على اجني يقبل في ظاهر الرواية . ولو شهدا
للوارث الكبير والصغير في غير ميراث ، لا يقبل ولو شهد الوصيان على
اقرار الميت بشي . معين لوارث بالغ يقبل اه . وقوله وعندهما يجوز اي
ان كان الكبير كبيراً وقت قبول الوصي الوصاية - اما لو كان صغيراً
وقت القبول كبيراً وقت الشهادة فانه لا تقبل شهادته له عندهما ايضاً
كما صرح به في كتاب ادب الارصيا . وقوله في غير ميراث لا تقبل ،
تنصيص على التوهم فانه لو شهدا لها في ميراث لا تقبل بالاولى كما
صرح به في الهندية . وفيها لو ان الوصي لم يقبل الوصاية بعد موت
الموصي ولم يرد حتى شهد عند القاضي فان القاضي يقول له اتقبل
الوصاية ام تردها فان قبل ، بطلت شهادته وان رد ، امضى شهادته
وان سكت ولم يجب بشي . توقف القاضي في شهادته .

المادة ١٧٠٤ - لا تقبل شهادة شخص على فعله بناء
عليه لا تعتبر شهادة الوكلاء والدالين على افعالهم بقولهم كنا

بعنا هذا المال .

قال في الدر وكذا الدلال اي لا تقبل شهادته اي فيما عقده والوكيل لو باثبات النكاح . اما لو شهد انها امراته تقبل والحيلة ان يشهد بالنكاح ولا يذكر الوكالة بزانية وتسهيل اه . قال في التكملة عازياً للامامة والده : مقتضاه ان من لا تقبل شهادته لعله يجوز له ان يخفيها ويشهد كما اذا كان عبداً للمشهود له او ابنه او نحو ذلك . ثم ايد ذلك بما في البحر عن الملقط ان لشارب الخمر ان يشهد اذا لم يطلع عليه وانه لا يحل له ان يهتك ستره بذكر فسقه وابطال حق المدعي اه قلت ويؤيده ايضا ما في الخاتبة شهدا على رجل انه قال لها ان مست جسدك فبدي ح و وانه قد مس جسدك قال محمد لا تقبل اي لانها شهدا على امر لا يتم بالخالف بل بها وبه . ولو شهدا انه قال ان مست ثيابك فبدي ح و وانه مس ثيابها جازت شهادتهما لان الثياب غيرها قالوا اذا اراد الشهود في هذه المسائل ان يشهدوا بالعتق او الطلاق فطريقتهم ان يشهدوا بها لا غير اي بلا بيان السبب . وكذلك رجل له شهادة على كتاب وصية ميت وله فيه وصية ينبغي ان يقول اشهد على جميع ما في هذا الكتاب الا على هذا ويضع يده على ما اوصى به . ومن ابي القاسم رحمه الله : اذا ادعت امرأة على ورثة الزوج نكاحها وكان الشاهد تولى تزويجها قال يشهد على النكاح ولا يذكر العقد عن نفسه اه . ونقل ابن عابدين في حاشية البحر عن الخاتبة : الشاهد اذا كان فاسقاً في السر وهو في الظاهر عدل فاخبر الشاهد القاضي عن نفسه انه ليس بعدل صح اقراره على نفسه الا انه اذا كان صادقاً في الشهادة لا يسعه ان يخبر انه ليس بعدل لان فيه ابطال حق المدعي اه . وعبارة البرازية : وشهادة الوكيلين او الدالين اذا قالوا نحن بعنا هذا الشيء . او الوكيلان بالنكاح او الخلع اذا قالوا نحن فعلنا هذا الخلع والنكاح ، لا يقبل اما لو شهد الوكيلان بالبيع او النكاح انها منكوحته او ملكه ، تقبل اه

كذلك لا تصح شهادة حاكم منفصل عن بلدة على
الحكم الصادر منه قبل العزل اما اذا شهد بعد العزل على
اقرار من اقر في حضوره قبل العزل فتمتبر شهادته

هكذا نقله في مرآة المجلة عن مبسوط السرخسي وعن التجنيس
للاستروشي وفي الحانية : محضر ضاع من ديوان القاضي وفيه شهادة
الشهود بحق ، والقاضي لا يذكر ذلك فشهد عنده كاتبه ان شهود هذا
شهدوا بكذا ، لا ينبغي للقاضي ان يقضي بشهادتها . ولو ضاع سجل
من ديوان القاضي فشهد كاتبه عنده ان هذا اقر عندك لهذا بكذا
فان القاضي يقبل ذلك . وكذا لو ضاع اقرار رجل فشهد عند القاضي
كاتبه ان هذا اقر عندك لهذا بكذا وقد سمعناه فان القاضي يقبل
ذلك لان في مسألة المحضر شهدا الكاتبان على شهادة الشهود وهي باطلة
لا تقبل بلا تحمیل ولم يوجد وفي مسألة السجل والاقرار شهدوا على حق
محكوم به او على اقرار الخصم لجازت شهادتهم اه . وفيها اذا شهد
القاسمان فيما اتقما جازت شهادتهما في قول ابي حنيفة والي يوسف رحهما
الله تعالى وصورة ذلك اذا اتقما الدار بين الوارثين ثم شهدا ان هذا
النصف لهذا الوارث وهذا النصف لهذا الوارث الاخر كذا وقع ذلك في
قسمتها وانما تقبل الشهادة في قولها لان الملك لا يثبت بقسمتها ما لم
يتراضيا على ذلك او يستعملا القرعة اه . قال في البزاية والخلاف بينها
وبين محمد في القسمة بغير اجر اما لو باجر لا يقبل اجماعا اه . ومثله في
البزاية قال في الجوهرة : واما اذا قسما بالاجرة فان لها منفعة ، اذا صحت
القسمة فآثر ذلك في شهادتهما بالاجماع لانها يدعيان ايفاء عمل استؤجرا
عليه . وفي المصنف شهادتهما مقبولة سواء قسما باجر او بغير اجر وهو
الصحيح فان شهد قاسم واحد لا تقبل ، لان شهادة الفرد غير مقبولة اه .

فأفاد ان الصحيح قبول شهادة القاسمين على قولها وان استوجرا على القسمة
وعليه مثنى في الدر متنا وشرحا من القسمة . احد الشاهدين قال هذا
الشي ملك المدعي كان لي بعته منه وقبضت الثمن لا تقبل شهادته قنية
وخانية . لو شهد البايع بالملك لمشتره والعين في يد غيره بان قال هذا
العين ملكه لاني بعته منه لو قال كان ملكاً لي فبعته منه او كان
المدعي ادعى الشراء منه لا تقبل شهادته لانها شهادة على قول نفسه
فصولين وعمادية كذا في فتاوي الانقروي . لو شهدا انه امرنا ان نبلغ فلاناً
انه وكله ببيع عبده واعلمناه ، او امرنا ان نبلغ زوجته انه جعل امرها
بيدها فبلغناها وطلقت نفسها ، تقبل . اما لو قالنا نشهد انه قال لنا
خيرا امراتي فغيرناها فاخترت نفسها ، لا يقبل وكذا لو قالنا امرنا ان
نجعل امرها بيدها فخطناه وطلقت نفسها لا يقبل . وفي المنتقى شهدا انه
قبض منه الفأ وهو ينكر وقالنا نحن وزنا لك - ان قالنا كان رب المال
حاضراً ، تقبل والا لا وذكر بعده : وزن الغريم له المال ووضعه بين يديه
وقال خذ مالك فقال المقضي له للاخر ناولنيه فناوله ثم شهد على المقضي
له انه الذي دفع اليه المال ، يقبل . وذكر هلال في الشروط انه لا
تقبل شهادة الذي كال في المكيال وتقبل شهادة الذي زرع في المزرع
ولو قالوا في الخطة جاء بها بدواينا وكنا مستأجرين لحملها ، يقبل
لانه ليس فيه تحويل الضمان عن انفسهم . قال لعبد ان دخلت دار
هذين الرجلين او مست ثوبها فانت حر ففعل العبد ذلك فشهد الرجلان
او ابناهما على تحقق الفعل تقبل ولو قال ان كلمتا عبدي هذا او
مستما ثوبه فشهدا على تحقق الفعل ، لا يقبل . ولو قال لعبد ان
كلمت فلانا وفلانا فانت حر فشهدا انها كلماه لا تقبل . حلف بعتق عبده
على ان لا يستقرض فشهدا انه اقرباه لا يقبل ولو شهدا انه طلب منها
الاقراض الا انها لم يقرباه يقبل الكل من البرائة . رجل ادعى داراً
في يد رجل فشهد له شاهدان بها وان المدعي استأجرنا على بنائها وغير ذلك
مما لا يجب عليها الضمان في ذلك ، جازت شهادتها وان قالنا استأجرنا على

هدما فهدمناها ، لا تقبل شهادتها بالملك للمدعي ويضمنان قيمة البناء للمدعي عليه خانية . وفيها ذكر في اطلاق الاصل : لو شهدا على رجل انه امرها ان يزوجه فلانة وانها قد فعلا ذلك جازت شهادتهما اه . وفي المحيط شهدا ان فلانا امرها بتدويج فلانة منه او ان يخلعها منه او ان يشتريا له عبداً ففعله فالمسئلة على ثلاثة اوجه - اما ان ينكر الموكل الامر والعقد او يقر بالامر لا العقد او يقر بها - وكل على وجهين اما ان يدعي الخصم العقد مع الوكيل او ينكر فان كان الموكل ينكر ، لا تقبل في الفصول كلها وان كان الامر يقر بها والخصم يقر بالعقد ، قضي بالاقرار لا بشهادتهما . الخلع والنكاح والبيع فيه سواء . وان كان الخصم ينكر العقد ، لا يقضى بالنكاح والبيع ويقضى في الخلع بالطلاق بلا مال باقرار الزوج لا بشهادتهما وان اقر الامر بالامر ولكن جحد العقد فان كان الخصم مقراً يقضى بالعقد كلها الا في النكاح عند الامام اه . كذا في فتاوي الانقروي . رجل قال ان دخل داري احد فامرته طالق فشهد ثلاثة انهم دخلوا داره قال ابو يوسف رحمه الله ان قالوا دخلنا جميعاً لا تقبل شهادتهم ، وان قالوا دخلنا ودخل هذا معنا جازت شهادتهم . وسئل ابن ابي يوسف رحمه الله تعالى عن هذه المسئلة فقال اذا شهد اربعة او ثلاثة انا قد دخلنا جميعاً تقبل شهادتهم وان كانا اثنين لا تقبل فقال له الحسن بن زياد اصبت وخالفت اباك خانية

المادة ١٧٠٥ - يشترط ان يكون الشاهد عدلاً

انما تشترط عدالة الشهود لوجوب الحكم على القاضي لا لصحته حتى لو قضي بشهادة الفاسق نفذ وكان القاضي عاصياً فيأثم الا ان يمنع الامام القاضي من القضاة . بشهادة الفاسق فلا ينفذ حينئذ كذا في التنوير وشرحه .

وتيد في الدرر نفاذ القضا. بشهادة الفاسق بما اذا غلب على ظنه صدقه قال وهو مما يحفظ قال في رد المحتار وظاهر قوله وهو مما يحفظ اعتاده اه ونقل عن جامع الفتاوي . واما شهادة الفاسق فان تحرى القاضي الصدق في شهادته تقبل والا فلا اه

اقول قد علمت انهم اطلقوا القول بان القاضي اذا قضى بشهادة الفاسق يكون عاصيا آثما ومماوم ان كونه قد تحرى الصدق في شهادة الفاسق او غلب على ظنه صدقه امر لا يعلم الا باخبار القاضي وكيف يركن الى اخبار من اثم وعصا بقبول شهادة الفاسق ويفوض امر نفاذ قضاؤه وعدمه اليه فسد ذلك الباب عن ذلك الاثم العاصي ، اولى واحكم والله اعلم .

والمادل من تكون حسناته غالبية على سيئاته بناه عليه لا تقبل شهادة من اعتاد حالا وحر كة تخل بالناموس والمرؤة كالراقص والمسخرة ولا تقبل شهادة المعروفين بالكذب

تعريف العدل بمن تكون حسناته غالبية على سيئاته هو المذكور في الدرر وشروح الملتقى واكثر الكتب ارايل كتاب الشهادة . واتفتت المتون في باب القبول وعدمه ان من ارتكب صغيرة بلا اصرار واجتنب الكبائر كلها تقبل شهادته فاناد مفهومها ان من ارتكب كبيرة او اصر على صغيرة لا تقبل شهادته قال الزبلي الاصل ان العدالة شرط لقبول الشهادة وهي الاستقامة يقال طريق للجادة والاستقامة بالاسلام واعتدال العقل اذ قد يعارض العقل هو يضل ويصده عن الاستقامة وليس للاستقامة حد يدرك مداه ويكتفي لقبول الشهادة بادناه كيلا يؤدي الى تضييع الحقوق . وادناه رجحان جهة الدين والعقل على الهوى والشهوة . واختلفوا في ذلك فقيل من ارتكب كبيرة او اصر على صغيرة سقطت

عدالته وصار متهاً بالكذب لظهور رجحان جهة المولى على العقل واحسن ما قيل فيه ، ان العدل في الشهادة ان يكون مجتنباً عن الكباير ولا يكون . صراً على الصغائر ويكون صلاحه اكثر من فساده وصوابه اكثر من خطائه الخ .

قال في الفتح بعد هذا وفيه قصور حيث لم يتعرض لامر المروءة بل اقتصر على ما يتعلق بامر المعاصي اه اي وقد انفقوا على عدم قبول شهادة من يبول او ياكل على الطريق او يمشي في السرق ومجامع الناس بسرابل واحدة ويمد رجليه عند الناس او يكشف رأسه في موضع لاعادة فيه . وعللوا عدم القبول بان تلك الافعال وان لم تكن من المعاصي الا انها مخللة بالمروءة . ونقل في الفتح عن الفتاوي الصغرى ان المعتبر في الصغائر الغلبة فمن غلبت حسناته على سيئاته اي بعد ان يكون مجتنباً للكباير ، عدل ومن لا فلا قال وهو حسن وعليه الممول . ثم ان ارتكاب الكبيرة او الاصرار على الصغيره انما ترول به العدالة اذا كان ظاهراً بعرفه القاضي والمتركون فمن ارتكب كبيرة او اصر على صغيرة سراً ولم يظهرها للناس لا تسقط عدالته في باب الشهادة لان الامور الخفية لا يتعلق بها حكم قاض الا ترى ان شرب قطرة من الخمر كبيرة وقد شرطوا اسقوط عدالة شارب الخمر الادمان ، وان نياحة المرأة في مصبتها في بيتها حرام وقد شرطوا لسقوط عدالتها ان تكون نائمة في مصيبة غيرها في غير بيتها . وما ذلك الا لكون الادمان والنياحة في غير بيتها سبباً لظهور ذلك . وما قيل ان المراد بالادمان المشروط في شرب الخمر الادمان في النية يعني بان يشرب ومن نيته ان يشرب بعد ذلك اذا وجده فقد زيفه في الفتح بان هذا هو معنى الاصرار وقد علمت ان سقوط العدالة لا يتوقف في الكباير على الاصرار بل على ان يأتيها ويعلم . وانما ذلك في الصغائر وبأن النية امر مبطن لا يظهر للناس . والمدار الذي يتعلق به حكم القاضي بوجوده لا بد ان يكون ظاهراً . فظهر بهذا ان كلا من ارتكاب الكبيرة والاصرار على الصغيرة وفعل ما

هو مقط للمروءة ، لا يكون مستقلاً لعدالة الشاهد ما لم يكن ظاهراً بين الناس . هذا ما يعطيه كلام الفتح والزبلي وغيرها . تأمل فيمن ذكروا انه لا تقبل شهادته تجده لا يخرج عن كونه مرتكباً امراً من هذه الامور الثلاثة ومتظاهراً فيه . قالوا لا تقبل شهادة المخك وهو بالفتح من يفعل الردي . من افعال النساء . من الذين بزيتهن والتشبه بهن في الفعل والقول فالفعل مثل كونه محلاً للواطء والقول مثل تليين كلامه باختياره تشبها بالنساء . تكلمة عن المغرب . قال وجعل بعضهم الواو في قوله واتقول بمعنى او فاحدها كاف لان التشبه بقولهن حرام للرجال لحديث لمن الله المخشين من الرجال والمر تجلات من النساء . اما اذا كان في كلامه لين وفي اعضائه تكسر خاقاً ولم يشتهر بشي . من الافعال الرديئة فهو عدل مقبول الشهادة كما في الهندية عن التبين اه . ملخصاً .

اتول يمكن ان يقال عطف الثاني على الاول بالواو دون او لان كونه محلاً للواطء امر خفي لا يظهر للقاضي - بخلاف تليين الكلام وتكسر الاعضاء . وعجاجة الزبلي : والمخك لا تقبل شهادته وهو الذي في كلامه لين وتكسر ومراده اذا كان يعتمد ذلك تشبهاً بالنساء . وفي عرف الناس هو الذي يباشر الردي . من الافعال ويدين كلامه عدماً كل ذلك معصية فلا تقبل شهادته الخ اه وقالوا لا تقبل شهادة مغنية ولو لنفسها كما في الدرر وقال في الدرر وينبغي تقييده بمداومتها ليظهر عند القاضي كما في مدمن الشرب على اللها اه . ولا نايحة في مصيبة غيرها كما في التنوير والهداية اما في مصيبة نفسها تقبل وان كان معصية لان الكلام في قبول القاضي شهادتها ، لذلك . وذلك يحتاج فيه الى الشهرة ليصل الى القاضي فالتقييد بكون نياحتها في مصيبة غيرها لهذا المعنى . وفي الدرر وحواشيه ولا تقبل شهادة مجازف في كلامه وهو المكثر منه الذي لا يتحرى الصدق فان من كثر كلامه كث سقطه روي ان الفضل بن الربيع وزير الخليفة شهد عند ابي يوسف فرد شهادته فعاتبه الخليفة وقال لم رددت شهادته فقال لانني سمعته يوماً يقول للخليفة انا عبدك فان كان

صادقاً فلا شهادة للعبد وان كان كاذباً فكذلك لانه اذا لم يسأل في مجلسك بالكذب فلا يبالي في مجلسي فمذره الخليفة اه زاد في فتح القدير والذي عندي ان رد ابي يوسف شهادته ليس للكذبة لان قول الحر لغيره انا عبدك انما هو مجاز باعتبار معنى القيام بخدمته . والتكلم بالمجاز ليس كذبا محظوراً شرعاً ولذا وقع المجاز في القرآن ولكن رده لما يدل عليه خصوص هذا المجاز من اذلال نفسه لاجل الدنيا فرما يضر هذا الكلام اذا قيل للخليفة فعدل الى الاعتذار باسم يقرب من خاطره اه .

وفي المندية الشاعر ان كان يهجو لم تقبل شهادته وان كان يمدح وكان اغلب مدحه الصدق قلت . الرجل الصالح اذ تغنى بشعر فيه فحش لا تبطل عدالته لانه حكى فحش غيره والذي تعلم شعر العرب ان كان تعلم لاجل العربية لا تبطل عدالته وان كان فيه فحش . رجل كان يشتم اهله ومالكه واولاده ان صدر منه احيانا لا يوتر في اسقاط العدالة لان الانسان قلما يخلو منه وان كان عادة له سقطت عدالته وكذا الشتام للحيوان كدابته اه .

وفي التكملة عن الصيني لا تقبل شهادة من يظهر سب السلف بالاجماع لانه اذا اظهر ذلك فقد اظهر فسقه - بخلاف من يكتفه لانه فاسق مستور ومثله في الجوهرة اه وذكر في الدرر ان العدالة تسقط بسب المسلم وان لم يكن من السلف كما في السراج والنهاية فالتقييد بالسلف اتساعاً لكلامهم والسلف في اصطلاح اهل الحديث الصدر الاول من التابعين ومنهم ابو حنيفة والخلف بالفتح من بعدهم وفي اصلاح الفقهاء السلف هو الصدر الاول الى محمد بن الحسن . والخلف من محمد بن الحسن الى شمس الائمة الحاواني . والمتأخرون منه الى الامام حافظ الدين البخاري . وفي البحر عن العناية عن ابي يوسف لا اقبل شهادة من سب الصحابة واقبلها ممن تبرأ منهم لانه يعتقد ديناً وان كان على باطل فلم يظهر فسقه بخلاف الساب . وفي الدرر وحواشيه ايضا تقبل من اهل الاهواء اي اصحاب بدع لا تكفر كجبر وقدر ورفض وخروج وتشبيه وتمطيل الا الخطائية

وهم صنف من الروافض يرون الشهادة لشيعتهم ولكل من حلف انه
محق فردهم لا لبدعتهم بل لتهمة الكذب . قبول شهادة اهل الاهواء
التي لا تكفر عام على المسلمين وغيرهم .
وفي الهندية لا تقبل شهادة آكل الربا المشهور بذلك المقيم عليه ولا شهادة من
اشتهر باكل الحرام . وترد شهادة آكل مال اليتيم باكله مرة واحدة وهذا لانه
بجرة يظهر للقاضي لانه يجاسبه عليه فيعلم انه استنقص المال بخلاف آكل
الربا وغيره من المال الحرام فانه لا بد فيه من الشهرة ليظهر للقاضي على
ما قرناه من انه لا بد من الظهور للقاضي . هذا ما صرح به في الفتح .
وفي الهندية كل فرض له وقت معين كالصلاة والصوم اذا اخره الشاهد
من غير عذر تسقط عدالته وما ليس له وقت معين كالزكاة والحج قيل ان
تأخيره لا يسقط العدالة وبه اخذ محمد بن مقاتل وقيل يسقطها وبه اخذ
الفتية ابي الليث قال القاضي الامام غفر الدين الفتوي على ان بتأخير الزكاة
من غير عذر تسقط العدالة وتأخير الحج لا تسقط خصوصا في زماننا .
وان ترك الجمعة ثلاث مرات يصير فاسقا كذا ذكر في بعض المواضع
وبه اخذ شمس الاية السرخسي وذكر في بعض المواضع انه يبطل العدالة ولم
يقدر ولم يذكر العدد وقال شمس الاية الحلواني وعليه الفتوى وهذا اذا
تركها مجانة ورغبة عنها من عذر وان بعذر كالمرض او بعده من المصر
او بتاويل بان كان يفتق الامام وما اشبهه لا ترد شهادته . اذا ترك
الرجل الصلاة بالجماعة استخفافا بان لا يستعظم تقويت الجماعة كما
تفعله العوام او مجانة او فسقا لا تجوز شهادته وان تركها متأولا بان كان
الامام فاسقا فكره الاقتداء به ولا يمكنه ان يصرفه فصلي في بيته وحده
او كان ممن كان يضل الامام ولا يرى الاقتداء به جازياً فهذا مما لا يسقط
العدالة . لا تقبل شهادة المقامر قامر بالشطرنج او باي شي غيره وان لعب
بالشطرنج يقامر ولم يقامر ان داوم على ذلك حتى شغله عن الصلاة او كان
يخلف باليمين الباطلة في ذلك ، لا تقبل شهادته لان كل ذلك حرام وكذا
لا تقبل شهادة من يلعب به على الطريق وهذا لانه من الافعال المستحقرة

كما في الفتح ومن يلعب بالزرد فهو مردود الشهادة على كل حال . لا
تقبل شهادة الرقاص والمشوذ ولا شهادة من يلعب بالحمام ويطيرهن فاما
اذا كان يمسك الحمام يستأنس بها ولا يطيرها عادة فهو عدل مقبول الشهادة
الا اذا كانت تجر حمامات اخر مملوكة لغيره فتفرخ في وكرها فيأكل
ويبيع منه . ولا تقبل شهادة من يعني للناس ويسمهم اما لو كان لاسماع
نفسه حتى يزيل الوحشة عن نفسه من غير ان يسمع غيره ، فلا بأس به
ولا تسقط عدالته في الصحيح ا ه . ما في الهندية . وذكر في الفتح ان
المراد بالمنفي الذي لا تقبل شهادته من كان الغناء حرفة التي يكتسب
بها المال الا ترى انه اذا قيل ما حرفة فلان او ما صناعته يقال مغن
كما يقال خياط وحداد الخ كلامه . ثم حقق ان التنفي المحرم هو ما
كان في اللفظ ما لا يحل كصفة الذكر والمرأة المينة الحية ووصف الخمر
المهيج اليها والديرات والحانات والهجاب . لمسلم او ذمي اذا اراد التكلم
يعني المنفي هجاءه لا اذا اراد انشاده الاستشهاد به او لتعلم فصاحة وبلاغة
واستدل على كون وصف المرأة الغير المينة غير مانع بانشاد ابي هريرة
رضي الله عنه وهو محرم

قامت تريك رهبة ان تهضا ساقاً بجنداة وكعباً ادرماً^(١)
وبانشاد بن عباس رضي الله عنها ان يصدق الطيرنك ليسا

لان المرأة فيها ليست معينة فلو لا ان انشادها فيه وصف امرأة
كذلك جازي لم تقله الصحابة ومما يقطع به في هذا قول كعب بن زهير

و.اد سعاد غداة البين اذ رحاوا الا اغن غضيض الطرف مكحول

ولكثير في شعر حسان رضي الله عنه من هذا . فاما الزهريات

(١) الساق البجندة كطلنداة تامة القصب وكعب ادرم اي واره اللحم

كما في القاموس ا ه منه

المجردة عن ذلك المتضمنة وصف الرياحين والازهار والمياه المطربة فلاوجه لمنه على هذا . نعم اذا قيل ذلك على الملاهي امتنع وان كان مواظ وحكما اللات نفسها ، لا كذلك التفني ثم قال واما القراءة بالالحن فاباحها قوم وخطرها قوم . والمختار ان كانت الالحن لا تخرج الحروف عن نظمها وقدر ذواتها فباح والا فغير مباح كذا وقد قدمنا في باب الاذان ما يفيد ان التلحين لا يكون الا مع تغير مقتضيات الحروف فلا معنى لهذا التفصيل اه يعني فتحسين الصوت بالقراءة بدون تغيير لا يسمى تلحيناً .

وفي البحر عن المراج الملاهي نوعان محرم وهو الآلات المطربة من غير الغناء كالزمار سواء كان من عود او قصب كالشبابة او غيره كالعود والطنبور والنوع الثاني مباح وهو الدف في النكاح وفي معناه ما كان من حادث سرور ويكره في غيره اه مختصراً . وفي الهندية المعروف بالكذب لا عدالة له فلا تقبل شهادته ابداً وان تاب بخلاف من وقع في الكذب سهواً او ابتلى به مرة ثم تاب والمعروف بالعدالة اذا شهد بزور وتاب تقبل شهادته وعليه الاعتماد وانفاق اذا تاب لا تقبل شهادته ما لم يمض عليه زمان يظهر عليه اثر التوبة والصحيح ان ذلك مفوض الى راي القاضي وغير العدل اذا شهد بزور ثم تاب جازت شهادته اه .

وفيهما رجلان شهدا على رجل انه طلق زوجته ثلاثا وهو صاحب فراش وقالوا انه اشهدنا عليه قبل ذلك الا انه قال اكتبنا فكتبنا ، لا تقبل شهادتهما لانهما اقرا على انفسهما بالقسق والفاق لا قول له . اذا شهد اثنان على طلاق امرأة او عتق امة وقالوا كان ذلك اول عام ، جازت شهادتهما قال مولانا رضي الله عنه ينبغي ان يكون ذلك وهناً اذا علموا انه يسكها امساك الزوجات والاماء لان الدعوى ليست شرطا لهذه الشهادة فاذا اخروها صاروا فسقة قال الشيخ الامام المعروف بمجوهر زاده : ان في حقوق المباد اذا طلب المدعي من الشاهد ليشهد له فاخر من غير عذر ظاهر ثم ادى بعد ذلك لا تقبل شهادة هذا الشاهد لان بالتأخير من غير عذر صار فاسقا اه .

وفي صرة القتاري سنل محمد بن شجاع عن شهادة السائل هل
تقبل ام لا اجاب ان عجز عن الكسب ولم يكن عنده قوت يومه تقبل
شهادته ان كان عدلا وان قدر على الكسب او لم يقدر ولكن عنده قوت
يومه ، لم تقبل وفيها ولا تقبل شهادة الجاهل على العالم لان الشهادة من
باب الولاية ولا ولاية للجاهل على العالم وكذا لا تقبل شهادة العالم على
العالم المدعي الاستواء معه في العلم والنسب او بينهم تحاسد لانه لكثرة
الحسد بينهم لا يجتاطون في الكذب فيما بينهم . من شهادة الحارثي القدسي
قال صاحب المنح في فتاواه المراد من العالم الذي لا تقبل شهادة الجاهل
عليه من يستخرج المعنى من التركيب كما يحق وينبغي كما صرحوا وقال :
الغيبه هو الذي يدقق النظر في المسائل الشرعية وان كان ثلاث مسائل
مع ادلتها يدخل في الوصيه مع الفقهاء . اه . وفيها سنل ابو السعود العادي
عن شهادة الاصم واجاب بان شهادته مقبولة اذا كان المشهود به يراه ولو
كان كلاماً لا تقبل وفي جواب الاطروش روايتان والاصح جوازه واما
شهادة الاخرس فلا تقبل مطلقاً لان لفظ الشهادة شرط لقبولها وهو لا
يقدر على التلفظ بها اه .



الفصل الرابع

في بيان موافقة الشهادة للدعوى



قال في الدر مبني هذا الباب اي باب الاختلاف في الشهادة على اصول
مقررة . منها ان الشهادة على حقوق المباد ، لا تقبل بلا دعوى بخلاف
حقوقه تعالى . ومنها ان الشهادة باكثر من المدعي ، باطلة بخلاف الاقل

للاتفاق فيه . ومنها ان الملك المطلق ازيد من المقيد لثبوته من الاصل
والملك بالسبب مقتصر على وقت السبب . ومنها موافقة الشاهدين لفظاً
ومضى وموافقة الشهادة الدعوى . معنى فقط وسيوضح اه .

المادة ١٧٠٦ - تقبل الشهادة ان وافقت الدعوى والا لا .

لان تقدم الدعوى في حقوق المباد شرط قبول الشهادة كما نقلناه عن
الدر . وتقدم في المادة ١٦٩٦ فاذا انعدمت الموافقة انعدمت الدعوى
لظهور ان ليس المراد من تقدم الدعوى تقدم اية دعوى كانت بل تقدم
دعوى ما يشهد به الشهود ومعلوم انه عند المخالفة صارت الدعوى بشي .
اخر كما يعلم من الفتح والحواشي السعدية .

وقد استفيد من هذا ان التوافق بين الدعوى والشهادة انما يشترط
في شهادة يشترط لقبولها الدعوى وهي ما اذا كانت في حقوق المباد والا
فلا تشترط الموافقة كما في رد المحتار مغزياً للبحر وتنوير البصائر قال
وهو ظاهر لان تقدم الدعوى اذا لم يكن شرطاً كان وجودها كمدتها
فلا يضر عدم التوافق اه .

ومن هذا ما نقله في التكملة عن جامع الفتاوي ادعت على زوجها
انه وكل وكيلاً بطلاقها فطلقها وشهد الشهود انه طلقها الزوج بنفسه يقع
الطلاق اه اي عملاً بالشهادة وحدها - وكذلك لو ادعت عليه الطلاق
وشهدا بالخلع تقبل لما قلنا كما في البحر . وفي المناسبات : والموافقة بين
الدعوى والشهادة ، هي ان يتحدا نوعاً وكماً وكيفاً وزماناً ومكاناً وفعلاً
وانفعلاً ووصفاً وملكاً ونسبة فان ادعى على اخر عشرة دنائير وشهد
الشاهد بعشرة دراهم ، او ادعى عشرة دراهم وشهد بثلاثين ، او ادعى
سرقة ثوب احمر وشهد بابيض ، او ادعى انه قتل وليه يوم النحر
بالكوفة وشهد له بذلك يوم الفطر بالبصرة ، او ادعى شق زقه واتلاف

ما فيه به اي بالشق وشهد بانشقاقه عنده ، او ادعى عقاراً بالجانب الشرقي
عن ملك فلان وشهد بالقرابي منه ، او ادعى انه ملكه وشهد انه ملك
ولده ، او ادعى انه عبده ولدته الجارية الفلانية وشهد بولادة غيرها ،
لم تكن الشهادة موافقة للدعوى اه .

وفي البحر عن البرازية لو وقعت المخالفة بين الدعوى والشهادة ثم
اعادوا الدعوى والشهادة واتفقتا تقبل اه . واطلاقه القبول رواية عن
ابي حنيفة وابي يوسف وفي ظاهر الرواية مقيد بما اذا لم يبرح عن المجلس
وجعل في المحيط اطالة المجلس كالقيام عنه وهو رواية هشام عن محمد .

وقيد في الكافي تبعاً للهداية اشتراط عدم البراح عن المجلس ، بان يكون
ما وقعت فيه المخالفة موضع شبهة ، كالزيادة والنقصان في قدر المال ونحوه .
اما اذا لم يكن كذلك مثل ان يدع لفظ الشهادة وما يجري مجراه فلا
باس باعادة الكلام وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلاً وعلى
هذا لو وقع الغلط في الحدود او بعض النسب ثم تذكر ذلك ، تقبل
لانه قد يبطل به في مجلس القاضي اه ماخصاً من الفتح والحواشي السعدية
وتنقيح الحامدية .

ومن صور المخالفة بين الدعوى والشهادة ، ما في الهندية ادعى الايفاء
فشهدا بالهبة او الصدقة او النحلة او الاحلال ، او ادعى الهبة فشهدا
بالاستيفاء ، لا تقبل . وفيها اذا كانت الدعوى بلفظ الدار وشهدوا بلفظ
البيت لا تقبل وقيل ينبغي ان تقبل في عرفنا وهو الاظهر والاشبه . وفي
البرازية ادعى ان له نصف هذه الدار مشاعاً والدارا في يد رجلين اقتسماها
وغاب احدهما فخاصم الحاضر وفي يده نصفها المقسوم فشهدا ان له هذا
النصف الذي في يد الحاضر ، لا يقبل لانه ازيد مما ادعى لانه ادعى
النصف مشاعاً . ادعى داراً واستثنى منها بيتاً ومدخلها وحقوقها ومرافقها
فشهدا ولم يستلوا شيئاً مما ذكره المدعي ، لا يقبل الا اذا وفق وقال
الكل لي الا اني بعت البيت والمدخل فحينئذ تقبل وفي الهندية واذا
شهدوا بدار لرجل فقال المشهود له هذا البيت منها فلان غير المدعى

عليه ليس هو لي فقد اكدب شهوده . ان قال هذا قبل القضاء . لا يقضى له ولا لفلان بشيء . وان بعد القضاء . قال ابو يوسف اجزت اقراره لفلان وجعلت له البيت واراد ما بقي من الدار الى المقضي عليه ويضمن قيمة البيت للشهود عليه . ادعى داراً في يد رجل انها له اشتراها من فلان غير ذي اليد وشهدا ان فلانا وهبها له وقبضها منه وهو يملكها لا تقبل حتى يوفى ويقول شريتها منه فجعدني ثم وهبني بعد ذلك واقام البيعة على ذلك تقبل شهادتهم ولا تقبل قبل التوفيق لوجود المخالفة صورة ومعنى اما الصورة فظاهر . واما المعنى فلأن الملك الحاصل بالهبة ، غير الملك المستفاد بالثراء . لان الملك بالهبة بغير عوض ولا يكون فيها خيار روية وعيب ولا تكون لازمة وفي الثراء . يثبت جميع ذلك . ادعى شراء دار من رجل فشهدا له بالثراء . من وكيله ، او ان فلانا باع وهذا المدعى عليه اجاز بيعه لا تقبل وفي البحر عن التقنية ادعى المديون على الايصال الى الدين متفرقا وشهدوا بالاتصال مطلقا او جملة لا تقبل ا هـ . وقدمنا في شرح المادة ١٦٦٥ حكم ما اذا ادعى ملكا او ديناً للحال وشهدا له به في الماضي او العكس فليراجع

ولكن لا اعتبار باللفظ وتكفي الموافقة معنى مثلاً اذا كان المدعى به وديمة وشهد الشهود على اقرار المدعى عليه بالايديع او كان غصباً وشهد الشهود على اقرار المدعى عليه بالنصب تقبل شهادتهم كذلك اذا ادعى المديون انه ادى الدين وشهد الشهود ان الدين ابرأ المديون تقبل شهادتهم

لان الشهادة وان خالفت الدعوى لفظاً الا انها اتفقتا معنى من حيث المقصود بها واحد وهو تحقق الايديع والنصب وبرائة ذمة المطلوب . ولو كان هذا الاختلاف بين الشاهدين بطلت شهادتها حيث تتدرط الموافقة

فيها لفظا ومعنى على الوجه الذي يأتي تحقيقه في الفصل الآتي . ثم ان الشهادة في مسئتي الايداع والنصب ، مطابقة للدعوى بالتام واما في مسألة دعوى ايفاء الدين فهي شهادة باقل من المدعي . بيان ذلك ان القاضي يقضي فيها من غير سوال ويكون الثابت بقضائه ، براءة التريم بالاستقاط لا براءة بالاستيفاء حتى لو كان التريم كفيلاً كفل باسم المكفول عنه كان لصاحب المال ان يرجع بدينه على الاصيل ولا يكون للكفيل ان يرجع على المكفول عنه بشي . كما في الخانية .

اما اذا ادعى التريم ان صاحب المال ابرأه او حله وشهدا على اقرار صاحب المال بالاستيفاء . فان القاضي يسئل التريم عن البرائة او التحليل اكانت بالاستقاط او بالاستيفاء . فان قال كانت بالاستيفاء . قبلت وان قال كانت بالاستقاط لا تقبل وان سكت لا يجيره على البيان لكن لا يقبل شهادته ما لم يوفق كما في الهندية والبزازية والبحر .

ومن الشهادة بالاقبل ما في الخلاصة لو ادعى نكاح امرأة بسبب انه تزوجها بمهر كذا فشهدوا انها منكوحته بلا زيادة تقبل ويقضى بمهر المثل كان قدر ما ساه او اقل . فان زاد عليه لا يقضى بالزيادة كذا في غير نسخة منها اي الخلاصة والظاهر ان هذا انما يستقيم اذا كانت هي المدعية اه . كذا في الفتح .

اقول وجه عدم الاستقامة اذا كان هو المدعي ان الذي ساه لو كان الفأ وهو المثل ثمانية ، يكون مكذبا لها لانه بدعواه اوجب على نفسه الفأ وهما شهدا ان الواجب عليه ثمانية حتى العبارة ان يقال يقضى بمهر المثل ان كان قدر ما ساه او اكثر فان كان اقل يقضى بالمسمى نعم لو كانت هي المدعية كانت العبارة مستقيمة لكن ما نقله عن الخلاصة هو بعينه في البزازية فليأمل .

المادة ١٧٠٧ - موافقة الشهادة للدعوى اما بصورة مطابقتها

لها بالتام او يكون المشهود به اقل من المدعى به مثلاً اذا ادعى المدعى ان هذا المال ملكي منذ سنتين فكما تصح شهادتهم اذا شهدوا بكونه ملكه منذ سنتين كذلك تصح شهادتهم اذا شهدوا بكونه ملكه منذ سنة كذلك اذا ادعى المدعى بالف وشهد الشهود بخمسائة تقبل شهادتهم في حق الخمسائة فقط .

اشار بذكر المثاليين الى انه لا فرق في الموافقة بنوعها بين ان يكون المشهود به ديناً او عيناً . ثم ان قبول الشهادة بالاقل لا يحتاج الى التوفيق كما صرح به في البحر وغيره لكن يشكل عليه ما نقله في البحر عن البرازية ادعى النتاج وشهدا على الثراء لا تقبل ام مع انه صرح في البحر كغيره ان الملك بسبب وكذا الملك المطلق اقل من الملك بالنتاج ويمكن دفعه بان هذا اي قبول الشهادة بالاقل بلا حاجة الى التوفيق مقيد بما اذا كان ذلك لاقل يصلح بيانا لما ادعاه المدعى والا فلا بد من التوفيق . هذا ما استظهره العلامة ابن عابدين في حاشية البحر من كلام الحاشية وهو اذا ادعى داراً في يد رجل انها له وشهدا انه اشتراها من ذي اليد جازت شهادتها لانها شهدا بالاقل وما شهدوا به يصلح بيانا لما ادعاه المدعى فانه لو قال ملكي لاني اشتريتها من ذي اليد يصح وبكون كلامه بيانا للاول - بخلاف ما اذا ادعى اولاً النتاج وشهدا بالثراء من ذي اليد لا تقبل الا ان يوفق لان دعوى النتاج على ذي اليد لا يجتمع دعوى ملك حادث من جهته لانه لو قال هذه الدابة ملكي بالنتاج من جهة ذي اليد لا يصح كلامه فلا يمكن ان يجعل كلامه بيانا للاول ولا تقبل الشهادة الا بالتوفيق ام .

واعلم ان ما ذكر في هذه المادة كالتفصيل والبيان لما اجمل في المادة التي قبلها وقد تحصل لنا من مجموعها ان كل صورة قالوا فيها بعدم

قبول الشهادة انما هو لكونه اكثر من المدعي وفي كل موضع قالوا بالقبول مع صورة المخالفة فانما هو لكون المشهود به اقل وبهذا صرح في البحر ولا تنس ما قدمناه عن الدر اول هذا الفصل من ان الاصول التي بنى عليها مسائل هذا الباب ان الشهادة باكثر من المدعي باطلة - بخلاف الاقل للاتفاق فيه . ومنها ان الملك المطلق اكثر من المقيد فالدائل البنية على هذا الاصل الاخير سيأتي ذكرها في المادة ١٧٠٩

واما المسائل البنية على الاصل الاول ففنها المسائل التي سردناها في شرح المادة السابقة . ومنها ما في البحر ادعى المديون الابراء . وشهد الشهود ان المدعي صالح المدعى عليه بمال معلوم تقبل ان كان الصلح مجنس الحق لحصول الابراء عن البعض بالاستقاط . ادعى عليه خمسة دنانير يوزن سمرقند وشهدوا بها يوزن مكة تقبل ان تساوي الوزنان او كان وزن مكة اقل لا اكثر . ادعت انها اشترت هذه الجارية من زوجها بمهرها وشهدا ان زوجها اعطاها اياها مهرها من غير ان يجري العقد بينهما تقبل . ومنها ما في الهندية ادعى على اخر انه اجر منه داره وقبض منه مال الاجارة ومات وانفسخت الاجارة بموته فطلب مال الاجارة فشهد الشهود ان الآخر اقر بقبض مال الاجارة ، تقبل وان لم يشهدوا على عقد الاجارة . ادعى على آخر الف درهم من ثمن مبيع وشهد له الشهود بالانك من ضمان جارية غصبها وقد هلكت لا تقبل شهادتهم وبمثله في الاقرار تقبل ٥١ . يعني لو شهدوا على اقراره بالالف من ضمان جارية تقبل . وفيها ادعى قرضاً على رجل وشهدوا ان المدعي دفع اليه عشرة دراهم ولم يقولوا قبض المدعى عليه بثبت قبض المدعى عليه ويكون القول قول القابض اني قبضت بجهة الامانة فان ادعى الدافع انها قبض بجهة القرض يحتاج الى اقامة البينة على القرض اه . وفي البرازية شهدا انه اقر انه كفل بالف عن زيد فقال الطالب نعم

انه اقر كذلك - لكن الكفالة عن خالد بها له ان ياخذ المال وتقبل الشهادة لاتفاقها على المقصود فلا يضره اختلاف السبب ولو قال الطالب لم يقر كذلك بل اقر بكفالة خالد لا تقبل لانه اكذب شهوده اه . وفيها ادعى عليه استهلاك فرس فشهدا كذلك وسئل القاضي المدعي عن طريق الاستهلاك فقال اركب عليها اثنين حتى هلكت ، لا موافقة بين الدعوى والشهادة . ادعى عليه عشرة امنا . دقيق مع النخالة فشهدا بالدقيق بلا نخالة لا تقبل وكذا لو ادعى دقيقاً منخولاً فشهدا بمطلق الدقيق او بغير المنخول . ولو ادعى عليه نقرة جيدة فشهد بمطلق النقرة ولم يذكر الصفة اصلاً يقبل ويقضى بالردى . لانه ادنى لان الجودة والردائة صفة في النقرة بخلاف النخالة . ادعى عليه مائة قفيز حنطة بسبب سلم صحيح مستجمع شرائط الصحة وشهدا انه اقر بمائة قفيز حنطة ، لا تقبل للتفاوت بين الواجب بالسلم والواجب بدین اخر اه .

وفي البحر عن جامع الفصولين ادعى انه قبض من مالي كذا قبضا موجبا للرد وشهد انه قبضه ولم يشهدوا انه قبضه قبضا موجبا للرد تقبل في اصل القبض فيجب رده . ولو شهدوا انه اقر بقبضه ينبغي ان تقبل قياسا على النصب . ادعى انه اهلك اقشتي كذا وعليه قيمتها وشهدا ان المدعى عليه باعها وسامها لفلان يقبل لانه اهلك ولو ذكروا بيما لا تسليا لا يكون شهادة باهلاك اه .

وفي الفتح عن الخلاصة : ادعى على رجل الفا من ثمن بيت فشهدوا له بالف من ضمان جارية غضبها منه وهلكت عنده لا يقبل اه . وفيه لو ادعى الدين او القرض فشهدوا على اقراره بالمال تقبل اه . وفيه ادعى انك قبضت من مالي جملاً مثلاً بغير حق وذكر سنه وقيمه فشهدوا انه قبضه من فلان غير المدعي تقبل ويجب على احضاره لانه قال من مالي ولم يقل قبضت مني فلا يكون ما شهدا به يناقضه فيحضره ليشير اليه بالدعوى اه .

وفي جامع الفصولين ولو ادعى انه قبض مني كذا درهما بغير حق

اليه بالدعوى اه .

وفي جامع الفصولين ولو ادعى انه قبض مني كذا درهما بغير حق وشهد انه قبضه منه بجبة الربا تقبل . ولو ادعى العصب وشهدا بقبضه بجبة الربا ، لا تقبل اذ العصب قبض بلا اذن والقبض بجبة الربا قبض باذن ولو ادعى انه غصبه منه وشهدا انه ملك المدعي وفي يد المدعي عليه بغير حق ، لا تقبل لا على الملك لانها لم يقولا غصبا منه ولا على العصب لانها شهدا انه بيده بغير حق ويجوز ان يكون بيده بغير حق لا من جهة المدعي بان غصبه من غير المدعي لا منه .

اقول هكذا علل في الفصولين وفيه نظر والاقرب ان يذكر تمليل الملك في العصب وتعليل العصب في الملك وفيه نظر ايضاً لان قولها انه ملك المدعي قرينة على انه بيده من جهة المدعي فالاولى ان يمل بان المدعي فعل العصب ولم يبرهن عليه فبرهن لا على المدعي فلم يقبل ، للاختلاف وهذا غاية . اتيسر ان يقال هنا . وفيه نظر ايضاً لان هذا الاختلاف ينبغي ان لا يمنع قبول الشهادة لانها شهدا باقل مما ادعى لان في دعوى العصب منه دعوى انه بيده بغير حق معنى مع زيادة دعوى الفعل فينفي ان تقبل مع ان عدم القبول في امثاله يفضي الى الحرج والتضييق ونضيق كثير من الحقوق وامرنا بيسر لا بعسر والحرج مدفوع شرعاً فلما ظهر بالبينة للقاضي انه له وبيده بغير حق وهو يطلبه ينبغي ان يحكم له به - الا ان ياتي الخصم بدفع صحيح الى هنا عبارة جامع الفصولين .

اقول ما ذكره عن الفصولين مذكور بعينه في البرازية وما ذكره من البحث انما هو بحث في المقول فلا يلتفت اليه ولهذا نقل صاحب البحر المسئلة عن جامع الفصولين واقراها ولم يتعرض الى شي . مما بحثه على ان قوله في التنظير الاخير لان هذا الاختلاف الى اخر العبارة ، انما يسلم لو كان الملك مدعى به كالعصب وليس الامر كذلك ، لان وضع المسئلة ان الدعوى بمجرد فعل العصب فعدم القبول لكونهم شهدوا باكثر من

المدعى من هذا الوجه اذ لا يازم من دعوى النصب دعوى الملك لجواز ان تكون وديعة في يده. والمودع يملك الدعوى بها على غاصبها من يده كما هو مقرر في محله وعليه فينبغي تعليل المسئلة هكذا - لا تقبل على الملك لانه غير مدعى به ولا على النصب لان الشهادة اذا بطلت في بعض المشهود به بطلت في الباقي فانه تعليل لا يتطرق اليه نظر . ويلزم على هذا انه لو كان الملك مدعى به كالنصب والمسئلة بجالها ان تقبل هذه الشهادة وهو الذي يقتضيه الفقه لان الشهادة بالملك مطابقة للدعوى به والشهادة بالنصب وان خالفت الدعوى افظا لكنها باقل من المدعى على ما تقرر في البحث السابق وبهذا يندفع الحرج وتضيق كثير من الحقوق فان الشاهد غالباً يتحقق ملكية المدعى فيشهد بها ولا يشاهد النصب فيشهد انه بيد المدعى عليه بغير حق لكن ربما يعكز على ما قلنا انه في الهندية ذكر المسئلة بهذا اللفظ : ادعى انه نصب حماره وشهدوا ان هذا الحمار ملك المدعى وفي يد هذا بغير حق لا تقبل اه .

فان الظاهر من اضافة الحمار الى ضمير المدعى ان ملكية الحمار مدعى بها ويمكن ان يقال ليست الاضافة المذكورة نصاً في ان ملكية الحمار مدعى بها وان الاضافة قد تكون لادنى ملازمة فتأمل والتمس النقل الصريح في عدم قبول الشهادة اذا كان الملك مدعى به صريحاً مع دعوى النصب وباقي المسئلة بجالها فان لم تجده فالوجه قبولها لموافقها للدعوى معنى كما قررنا .

المادة - ١٧٠٨ اذا كان المدعى به اقل مما شهدت به الشهود وكان المشهود به اكثر لا تقبل شهادتهم الا ان يكون الاختلاف الذي بين الشهادة والدعوى قابلاً للتوفيق ويوفق المدعى بينهما ايضاً فينثذ تقبل .

فلو لم يكن قابلاً للتوفيق تلفو الشهادة كما اذا ادعى داراً بسبب
الشراء فشهدا له بالملك المطلق لانها شهدا له باكثر مما ادعى ملكاً حادثاً
وهما شهدا له بملك قديم وهما مختلفان فان الملك يثبت من الاصل - حتى
ان المشهود له يستحق الدعوى بزوايده وترجم الباعة بعضهم على بعض ولا
كذلك في الملك الحادث فصارا غيرين والتوفيق متعذر لان الحادث لا
يتصور ان يكون قديماً ولا القديم حادثاً فلفت الشهادة .

وقيدنا الدعوى بالدار للاحتراز عن دعوى الدين لان فيه اختلافاً فقي
فتح القدير : لو ادعى الدين بسبب القرض فشهدا بملك مطلق لا تقبل
وفي المحيط ما يدل على القبول وعندني الوجه القبول لان اولية الدين
لا معنى لها بخلاف العين بجر وذكر محشية العلامة ابن عابدين ان ما
تفق به صاحب الفتح من القبول كان يفتي به الشيخ الامام ظهير الدين
المرغنياني كما في التارخانية ونقل عن نور الدين انه الصحيح وانه الذي حرره
مثلاً علي التركماني في مجموعته الكبرى وقامه فيه قلت وسيأتي تصحيحه
ايضاً في شرح المادة ١٧٠٩ عن الخانية مغزياً للاصل وقد افادت هذه
الفقرة انه لا بد من التوفيق وهذا هو الاستحسان والقياس ان التوفيق
اذا كان ممكناً يحمل عليه وان لم يدع التوفيق تصحيحاً للشهادة وصيانة
اكتلامه . وجه الاستحسان ان المخالفة بين الدعوى والشهادة ثابتة صراحة
فاذا كان التوفيق مراداً تزول المخالفة وان لم يكن التوفيق مراداً لا
تزول بالشك فاذا ادعى التوفيق ثبت التوفيق وزالت المخالفة فلو قال
المدعي ما كان لي عليه الا الف درهم فقط لا تقبل شهادتهم بجر عن الخانية

مثلاً اذا ادعى المدعي بان هذا المال ملكي منذ سنتين
وشهد الشهود بكونه ملكه منذ ثلاث سنوات لا تقبل
شهادتهم كذلك اذا ادعى المدعي بخمسة اشهر وشهد الشهود بالف
لا تقبل شهادتهم ولكن اذا وفق بين الدعوى والشهادة بقوله

كان لي عليه الف ولكن ادى منها خمماية وبقي خمماية وليس للشهود علم بذلك تقبل شهادة الشهود .

وكذا اذا قال ابراته عن خمماية وبقي لي خمماية ولم يعلم به الشهود، تقبل وكذا في الالف والالفين ولا يحتاج الى اثبات التوفيق بالبينة لان الشيء انما يحتاج الى اثباته اذا كان سببا لا يتم بدونه ولا يتفرد باثباته - كما اذا ادعى الملك بالثرا فشهد للشهود بالهبة فان ثمة يحتاج الى اثباته بالبينة كذا في الخانية .

والظاهر ان اقتصار هذه المادة على ذكر التوفيق في المسئلة الثانية لكون التوفيق في المسئلة الاولى متعذر لما قدمناه في شرح الفقرة السابقة من ان الحادث لا يتصور ان يكون قديما والقديم لا يتصور ان يكون حادثا . ومعلوم ان الملك المورخ من سنتين ، حادث بالنسبة الى المورخ من ثلاث سنوات . وعن هذا ذكر في الخانية بعد ان سرد مسابيل يمكن فيها التوفيق ما نصه : ولو ادعى داراً في يد رجل انها له منذ سنة فشهد الشهود انها له منذ عشرين سنة بطلت شهادتهم اه فقوله بطلت ، قد يشعر بما قلنا . هذا اذا كانت الدعوى والشهادة بالملك المطلق اما لو كانت بملك مقيد بسبب من الاسباب فقد ذكره في الخانية لو ادعى امة في يد رجل وقال اشتريتها منه بعدي هذا منذ شهر فجدد البايع ذلك ثم جاء بشهود فشهدوا انه اشتراه منه منذ سنة لا تقبل لمكان التناقض الا ان يوفق فيقول اشتريتها منه منذ سنة كما شهد به الشهود ثم بعثها منه ثم اشتريتها منذ شهر فاذا وفق على هذا الوجه وشهد الشهود بالبيع والشراء بعد ذلك يصح التوفيق ويقضى له انتهى .

قال في التكملة بعد نقلها وفي هذا نظر لانه صار مدعيها بالاخير وهما شهدا بالاول الا اذا اعاد الشهادة بالاطلاق اه .

اقول ليس مراد الخانية بقبول الشهادة على الثراء منذ سنة ان

القضاء له بالشراء يكون بها بل المراد ان المدعي لما صدق بها ولم يكنها ثم وفق بما ذكر لم تكن الشهادة مناقضة لدعواه حتى لو اقام بينة على بيعها من المدعي بعد الشراء الذي شهد به الشهود ثم شرائها منه منذ شهر تسمع دعواه وتقبل بينته على البيع والشراء الاخير ويقضى له بها . ولو لم تكن تلك الشهادة بعد التوفيق المذكور مقبولة لما قبلت منه دعوى الشراء منذ سنة لان تصديقه لهم بالشراء منذ سنتين يناقض دعواه الشراء منذ سنة . وهذا اذا صدق بتلك الشهادة ولم يكنها . اما لو كذبها ردت من اصلها اما لنسبة الشهود الى الكذب او لانهم شهدوا بما لم يدعه وحينئذ يكلف لاقامة شاهدين غيرها على ما ادعاه من الشراء منذ شهر هذا ما ظهر لي في تقرير هذه العبارة وبه يندفع النظر السابق وتخرج عليه مسائل ذكرها في الخاتمة . منها ادعى داراً في يد رجل انها كانت لابيه فلان مات وتركها ميراثاً له منذ سنة فجهد المدعى عليه فجاه المدعي بشهود فشهدوا بانه اشتراها من الذي في يده منذ سنتين وادعى المدعي ذلك لا تقبل هذه الشهادة الا ان يوفق فيقول اشتريتها من ذي اليد منذ سنتين كما شهدوا ثم بعها من ابي ثم مات ابي فورثها منه فاذا وفق على هذا الوجه وشهد الشهود بذلك يقضى له ولا يثبت هذا التوفيق ما لم يشهد الشهود بالبيع من ابيه لان دعوى البيع من ابيه دعوى على الاب فلا يثبت الا بينة . وكذا لو ادعى الارث اولا فشهد الشهود بالهبة او الصدقة مكان الشراء لا تقبل ما لم يوفق .

بعد في يد رجل ادعى رجل ان الذي في يده تصدق به عليه منذ سنة وقبضه وجهد الذي في يده فجاه المدعي بشهود شهدوا انه اشتراه من ذي اليد منذ سنتين لا تقبل - الا ان يوفق فيقول اشتريته منذ سنتين ثم بعته ثم تصدق به علي منذ سنة فاذا وفق على هذا الوجه فشهد الشهود على البيع منه ثم بالصدقة يقضى له . ولو ادعى اولا الشراء من ذي اليد منذ سنة فشهد الشهود بالصدقة منذ سنتين وادعى المدعي ذلك لا تقبل - الا ان يوفق فيقول تصدق علي منذ سنتين وقبضته ثم بعته

منه منذ سنة ثم اشترته وشهد الشهود له بذلك اه .
وفيها : لو ادعى الصدقة منذ سنة فشهد الشهود انه اشتراه منه منذ
شهر ، لا تقبل الا ان يوفق فيقول تصدق به علي منذ سنة وقبضته ثم
وصل اليه بسبب من الاسباب او جحد الصدقة فاشترتها منه منذ شهر
فاذا وفق علي هذا الوجه واثبت بالينة ، قبلت بينته . ولو ادعى ميراثا
عن ابيه منذ سنة وشهد الشهود انه اشتراه من ذي اليد بعد ما قام
من عند القاضي لا تقبل فان وفق فقال جحد في الميراث واشترته منه
الآن ، قبلت بينته لكن اذا اعاد الينة على ذلك لان الشراء من ذي
اليد دعوى على ذي اليد فلا يثبت بدون الينة . والشهادة الاولى قامت
قبل الدعوى فلا تعتبر . ولو ادعى امة في يد رجل وقال اشتريتها منه بعدي
هذا منذ شهر فجحد الباع ذلك وجاء المدعي بشهود فشهدوا انه اشتراها
منه بالف منذ قام من عند القاضي ، لا تقبل لمكان المخالفة الا ان
يقول اشتريتها بالمد منذ شهر ثم جحدني فاشتريتها منه بالف درهم بعد
ذلك فاذا وفق علي هذا الوجه واعاد الينة على الشراء بالف يقبل ذلك اه
ما في الحانية .

قلت لا يخفى ان قبول الينة التي خافت الدعوى في المسائل الثلاث
الاخيرة بعد ان وفق المدعي وادعى بما شهد به شهوده ، ظاهر لا
اشكال فيه وافاد كلامه انه لا بد من اعادة شهادتهم بعد التوفيق وادعاء
المدعي بما شهد به الشهود لان شهادتهم الاولى كانت قبل ادعاء المدعي
فلا تعتبر .

المادة ١٧٠٩ - اذا ادعى المدعي الملك المطلق بقوله هذا
البستان ملكي مثلاً وشهدت الشهود بالملك المقيد بقولهم ان
المدعي اشترى هذا البستان من فلان تقبل شهادتهم واذا شهد
الشهود بالملك المقيد على ذلك الوجه سأل الحاكم المدعي ابهذا

السبب تدعي الملك ام بسبب اخر فان قال المدعي نعم انا ادعي الملك بهذا السبب قبل الحاكم شهادة الشهود وان قال ادعيه بسبب اخر او لا ادعيه بهذا السبب رد الحاكم شهادة أولئك الشهود .

لتكذيب المدعي شهوده حينئذ وانظر ما لو سكت ولم يجب بشي . او اجاب بقوله انا ادعيه بالملك بالمطلق . والظاهر ان القاضي يقضي بتلك الشهادة حينئذ ولا يجبره على الجواب بنعم او بلا لاطلاق عامة المتون والتسروح قبولها . قالوا لانه لما ادعى الملك المطلق فقد ادعى الملك في الحال وفيما مضى والشهود اذا شهدوا بالشراء فقد شهدوا له بالملك في الحال فقط فكانت شهادتهم باقل مما ادعى فتقبل وعبارة الهندية : اذا ادعى ملكاً مطلقاً فشهدوا بسبب معين ، تقبل كذا في التبيين وينبغي للقاضي ان يسئل مدعي الملك ألك بهذا السبب الذي شهد به الشهود او تدعيه بسبب اخر ان قال ادعيه بهذا السبب فالقاضي يقضي له بالملك وان قال ادعيه بسبب اخر او لا ادعيه بهذا السبب فالقاضي لا يقبل شهادتهم كذا في المحيط اه ومثله في اول الحادي عشر من جامع الفصولين .

ومتناه ان السؤال المذكور غير واجب على القاضي لكن عبارة الفتح هكذا ولو ادعى ملكاً مطلقاً فشهدوا بسبب تقبل كذا في الجامع الكبير وزاد في الاجناس في القبول ان القاضي يسئل المدعي الخ ومثله في البحر الا انه قال اطلقه في الكتاب وقيده في الخلاصة بان يسئل القاضي المدعي الخ وصاحب الاجناس هو صاحب الخلاصة فليأمل فان ما في البحر يقضي ان القول باقبول مقيد بان يسئل المدعي فيجب بانه يدعي بالسبب الذي شهد به الشهود وذكر في الفتح عن فتاوي رشيد الدين انه لو ادعى ملكاً مطلقاً فشهدوا عليه بسبب ثم شهدوا على المطلق لا تقبل لانهم اذا شهدوا على الملك بسبب حمل دعوى الملك المطلق عليه فلا

تقبل شهادتهم على المطلق بعد ذلك ولو شهدوا على المطلق ثم شهدوا على الملك بسبب تقبل لانهم شهدوا ببعض ما شهدوا به اولا فتقبل اه .
وفي اوائل باب الدعوى من الحانية : وان ادعى رجل ديناً على رجل ولم يبين السبب فشهدت الشهود بالسبب جازت شهادتهم وان ادعى ديناً بسبب فشهدت الشهود بالدين المطلق قيل لا تقبل شهادتهم كما لو ادعى ملكاً بسبب فشهدت الشهود بالملك المطلق والصحيح انها تقبل ذكره في كفاية الاصل اه قلت وقد معنا هذا في شرح المادة ١٧٠٨ عن الفتح .

المادة ١٧١٠ - اذا ادعى المدعي بستاناً ملكاً مقيداً مثلاً ينظر الى قوله فان قال اشتريته ولم يذكر بانه او قال اشتريته من احد مبهما وشهد الشهود بالملك المطلق بهولهم هذا البستان املكه تقبل شهادتهم لكون الدعوى في حكم دعوى الملك المطلق

لانه لما لم يبين البايع صار كانه ادعى الملك المطلق ، اذ اكثر ما فيه انه اقر بالملك لبايعه وهو لم يجز لانه اقر لمجهول وهو باطل فكأنه لم يذكر الثراء . جامع الفصولين وذكر في البحر ان دعوى الملك بالثراء

انما تكون من قبيل دعوى الملك المقيد بسبب شرطين . الاول ان يدعيه من رجل معروف بان قال ملكي اشتريته من فلان وذكر شرائط المعرفة - اما اذا قال ملكي بالثراء لو اشتريته من رجل او قال من

زيد وهو لا يدري والشهود شهدوا على الملك المطلق تقبل . الثاني ان لا يدعي القبض مع الثراء فان ادعاهما فشهدوا على الملك المطلق تقبل اه .
وذكر في جامع الفصولين في هذه خلافا قيل تقبل لان دعوى الثراء مع القبض ، ملك مطاق الا ترى انه لا يشترط اصحة هذه الدعوى اعلامه

حتى - ان من قال لغيره بعث منك قنا بكذا وسلمته صح دعواه ولو كان الثمن مجهولا وقيل لا تقبل لان دعوى الشراء معتبرة في نفسها هنا الا ترى انه لا يحكم له بالزوايد اه .

ومثله في الفتح ولم يرجعوا احد القولين على الاخر . وذكر في متن الكثر ان دعوى الارث دعوى ملك مقيد بسبب كدعوى الشراء من معلوم لكن المشهور انه كدعوى الملك المطلق كما في البحر وبه جزم في الخلاصة والبرزازية . وعليه لو ادعى الملك بسبب ارث وشهدوا له بالملك المطلق تقبل - لكن في الخانية ما نصه : لو ادعى انها داره ورثها من ابيه والشهود شهدوا انها داره لا تقبل شهادتهم اه فانت ترى تاضيخان قد اقتصر على القول المذكور في متن الكثر فليتأمل عند الفتوى .

واعلم ان عدم قبول الشهادة بالملك المطلق اذا ادعاه بسبب ، مقيد بما اذا كان للملك اسباب متعددة اما اذا لم يكن له الا سبب واحد فشهدوا بالمطلق تقبل كما لو ادعى انها زوجته بسبب انه تزوجها بكذا فشهدوا انها منكوحته ولم يذكرها انه تزوجها تقبل ويقضى بهر المشل اذا كان بقدر المسمى او اقل فان زاد على المسمى لا يقضى بالزيادة كما في البحر عن الخلاصة وانظر ما كتبناه على هذه المسئلة في شرح الفقرة الثانية من المادة ١٧٠٦ .

واعلم ايضا انه لو ادعى الملك بسبب النتاج فشهدوا له بالملك المطلق تقبل لان المطلق اقل من النتاج لان الملك المطلق يفيد الاولوية على الاحتمال والنتاج على اليقين وفي قلبه وهو دعوى المطلق فشهدوا بالنتاج لا تقبل كذا في فتح القدير وقال في جامع الفصولين بعد هذا وهذه المسئلة تدل على انه لو ادعى نتاجا ثم مطلقا تقبل لا لو ادعى مطلقا ثم نتاجا اه .

ولكن اذا صرح البايع بقوله اشتريته من فلان وشهد الشهود على الملك المطلق فلا تقبل شهادتهم لانه اذا اثبت

الملك المطلق يثبت وقوعه عن اصل ويلزم ان يكون المدعي مالكا لزوايدة كلزوم كون المدعي مالكا لشر البستان الذي حصل قبل مزلا ولكن اذا اثبت البيع المقيد لا يثبت الا اعتباراً من تاريخ وقوع السبب كتاريخ وقوع الشراء وبهذه الجهة يكون المطلق بالنسبة الى الملك المقيد اكثر وبهذه الصورة تكون الشهود قد شهدت بالاكثر لا تقبل شهادتهم .

توضيحه ان مدعي شراء البستان يدعي دخوله في ملكه من تاريخ الشراء ويلزم على دعواه هذه ان زوايد البيع وهي الثمر الحاصل قبل تاريخ الشراء لم يدع به وشهادة الشهود له بالملك المطلق توجب له الملك من الاصل فيلزم على قبولها ان يحكم له بشي . زايد على ما يدعيه فكانت شهادة باكثر فردت لتكذيب المدعي شهوده وبهذا يظهر كون دعوى الملك بسبب الارث كدعوى الملك المطلق على ما حزم به في البزازية والخلاصة كما تقدم في شرح الفقرة السابقة وهو ان دعوى الملك بسبب الارث تستدعي الدعوى بالزوايد لان الارث كما افاد المدعي ملك الموروث افاده ملك زوائده فلم تكن الشهادة بالملك المطلق باكثر من دعوى الملك بسبب الارث بخلاف دعواه بسبب الشراء هذا وذكر في الخانية عازيا لاشارة الكتاب تمليلاً اخر لعدم قبول الشهادة بالملك المطلق لمن يدعيه بسبب الشراء وهو ان المدعي قد اقر بالملك لمن ادعى الشراء منه ثم ادعى الانتقال الى نفسه بالشراء ولم يثبت الانتقال لانهم لم يشهدوا به فلا تقبل شهادتهم :

وبهذا التعليل يظهر وجه كون دعوى الشراء مع القبض كدعوى الملك المطلق على ما نقلناه في شرح الفقرة السابقة وهو ان دعوى الشراء مع القبض اقرار بملك قد انقطع وعقد قد تم وانتهى فلا يحتاج فيه الى

الاثبات فصار كدعوى الملك المطلق وهذا التوجيه اظهر من توجيه صاحب
التكلمة وتوجيه الشارح اللبناني .

﴿ تمة ﴾

ذكر في الفتح مانصه : ولو ادعى الشراء بسبب ارخه فشهدوا له به بلا
تاريخ تقبل لانه اقل وعلى القلب ، لا تقبل ولو كان للشراء شهران فارخوا
شهوراً تقبل وعلى القلب لا . ولو ارخ المطلق بان قال هذه العين لي منذ
سنة فشهدوا انه له منذ سنتين لا تقبل وعلى القلب تقبل اه - لكن ذكر
في البحر ان الملك المؤرخ اقوى منه بلا تاريخ ثم فرع على ذلك ما في
الخلاصة لو ارخ في دعوى الملك واطلق شهوده لا تقبل وفي عكسه المختار
انها تقبل اه . ولا يخفى ان كون الملك المؤرخ اقوى منه بلا تاريخ ، يقتضي
القبول في مسألة الخلاصة لان الشهود شهدوا بالاقل مع ان ما في الخلاصة هو
المصرح به في المنتقى كما في الهندية مغزياً للمختار .

ثم ان ظاهر ما في الخلاصة والمنتقى مخالف لظاهر ما في الفتح وعن هذا
استظهر العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر ان الشهادة بالملك بدون تاريخ
اقوى منه بعد دعواه مورخا لانه بدون تاريخ محتمل الاولية ففي الشهادة به
زيادة اه . اي وما في الخلاصة كل من الدعوى والشهادة في الملك المطلق .
ولهذا قال لا تقبل بخلاف الشهادة بالملك بسبب كالشراء بدون تاريخ فانه اقل
منه بعد الدعوى به مورخا ولهذا قال في الفتح انه تقبل وعلل بانها شهادة بالاقل .
والحاصل ان دعوى الملك بسبب مؤرخ اقوى منه بلا تاريخ وعليه
يتفرع ما في الفتح ودعوى الملك المطلق بلا تاريخ اقوى منه مؤرخا
وعليه يتفرع ما في الخلاصة فقول البحر ان الملك المؤرخ اقوى منه بلا
تاريخ - ان اراد بالملك الملك بسبب فهو صحيح لكن لا يصح تفريع
ما في الخلاصة عليه وان اراد بالملك المطلق فهو غير صحيح لمخالفته
لما تقدم عن الفتح فاغتم تحرير هذه المسئلة .

المادة ١٧١١ - لا تقبل الشهادة اذا كانت مخالفة للدعوى

في سبب الدين مثلاً اذا ادعى المدعى الفأ على رجل انه ثمن مبيع وشهد الشهود على المدعى عليه بكونه مديوناً بالف من جهة القرض فلا تقبل شهادتهم .

اما لو شهدوا على اقرار المدعى عليه بكونه مديوناً بالف من جهة القرض فتقبل كما في الهندية عن المحيط والحلاصة والذخيرة . وفي جامع الفصولين ادعى مائة قفيز بر بسبب سلم صحيح وشهدا ان المدعى عليه اقر ان له عليه مائة قفيز بر ولم يزيدا قيل تقبل لانه اختلاف في سبب الدين وانه لا ينم قبول الشهادة وقيل لا تقبل وهو الاصح لانهما لم يذكر اقراره بسبب السلم . والاختلاف في سبب الدين انما لا ينم قبولها لو لم يختلف الدين باختلاف السبب . ودين السلم مع دين اخر يختلفان اذ الاستبدال قبل القبض لم يجز في السلم وجز في دين البر بلا سلم فلم يشهدوا بدين يدعيه فلا تقبل - بخلاف ما لو ادعى بسبب القرض وشهدوا انه اقر ولم يذكر سبب القرض تقبل ولو ادعى ديناً وشهدا باقراره بالمال تقبل وتكون اقامة البينة على اقراره كاقامة البينة على السبب وافتي (شين) بانه لا تقبل

كذلك لو ادعى المدعي بان هذا المال لي موروث من والدي وشهدت الشهود بانه موروث له من ابيه فلا تقبل شهادتهم .

لانه لا وجه للتوفيق بين الدعوى والشهادة والظاهر ان الحكم كذلك لو شهد الشهود على اقرار المدعى عليه بان المدعي ورثها من امه لما في البرازية من ان السبب انما لا يعتبر اي فيما اذا شهدوا على الاقرار

اذا كان حكم السيين واحدا كما اذا ادعى الفأ بسبب القرض فشهد
الشهود على اقرار المدعى عليه بالف من ضمان مضمون فان الالف الواجب
بالقرض والغصب ، واعد اماها هنا حكم السيين مختلف لان الموروث
من الاب يتضمن حقوقاً غير ما يتضمنه الموروث من الام من قضاء ديون
الاب وتنفيذ وصاياه وغير ذلك فلا تقبل اه . وهو قريب مما نقلناه قريباً
من جامع الفصولين فتدبر .



الفصل الخامس

في ياه اختلاف الشهود



اعلم ان الموافقة بين شهادة الشاهدين شرط لقبولها كما كانت شرطاً
بين الدعوى والشهادة لان القضاء لا يجوز الا بحجة وهي شهادة المتى فا
لم يتفقا فيما شهدا به لا تثبت الحجة مطلقاً الا انهم اتفقوا على ان الموافقة من
حيث المعنى فقط ، تكفي بين الشهادة والدعوى واختلفوا فيما بين شهادة
الشاهدين فعندما تكفي ايضاً من حيث المعنى فقط وقال ابو حنيفة رحمه
الله تعالى لا بد من اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى وعلى قوله مشت
المتون والمراد بالاتفاق في اللفظ ، تطابق لفظي الشاهدين على افادة
المعنى بطريق الوضع سواء كان بعين ذلك اللفظ او بمرادفه - حتى لو
شهد احدهما بالهبة والاخر بالعطية تقبل واما تطابق النفظين على افادة
المعنى بطريق التضمن فلا يكفي عنده حتى لو ادعى رجل مائة درهم
فشهد شاهد بدرهم واخر بدرهمين واخر بثلاثة واخر باربعة واخر بخمسة
لم تقبل في شي عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لعدم الموافقة لفظاً وتقبل
على اربعة عندهما لان الاربعة مدلول عليها مطابقة في شهادة الاربعة وتضمنا

في شهادة الخمسة . وكذا ان شهد احدهما بالف والاخر بالعين ، لم تقبل عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي بالعين وعلى هذا الخلاف المائة والمائتان والطلقة والطلقتان او الثلاث . لما انها اتفقا على الاقل وتقردهما بالزيادة فيثبت ما اتفقا عليه لوجود الحجة دون ما تفرد به احدهما لعدمها فصار كما اذا شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسة والمدعي يدعي الالف والخمسة - بخلاف ما اذا ادعى الاقل حيث لا يثبت شيء لان المدعي كذب من يشهد بالزيادة وبشهادة الفرد لا يثبت الحق . ولا يبي حنيفة رحمه الله تعالى ، ان اختلاف اللفظ يدل على اختلاف المعنى لان لفظ الواحد غير لفظ الاثنين ولفظ الالف غير لفظ الاثنين ولهذا لا يراد باحدهما الاخر ولم يثبت واحد من اللفظين لانه لم يشهد على كل واحد منهما الا واحد . ولا يقال أن الالف موجود في الالفين لانا نقول نعم موجود فيه اذا ثبت الاثان ثبت الالف ضمنا فاذا لم يثبت المتضمن لا يثبت المتضمن الا ترى انه لو شهد احدهما انه قال لاسرانه انت خلية وشهد الاخر انه قال برة لا يقع شيء . وان اتفق اللفظان في المعنى لعدم ثبوت واحد منها فلم بذلك ان اتفقا الشاهدين في اللفظ والمعنى شرط القبول - بخلاف الدعوى واليئة حتى لا يشترط اتفقاها في اللفظ الا ترى ان المدعي لو ادعى العصب والقتل وشهدا باقرار المدعي عليه بذلك ولو شهد احدهما بالعصب او القتل والاخر بالاقرار به لا تقبل وبخلاف الالف والخمسة لان الشاهدين اتفقا على الالف لفظا ومعنى وتقردهما بالزيادة على سبيل العطف . والمعطوف غير المعطوف عليه فيثبت ما اتفقا عليه ونظيره الطلقة والطلقتة ونصف ، والمائة والمائة والخمسون بخلاف المشرة وخمسة عشر حيث لا تقبل لانه مركب كالالفين اذ ليس بينها حرف عطف . ولو لم يدع المدعي الاكثر فشهادة من شهد بالاكثر باطلة لانه كذب المدعي بالزيادة الا ان يوفق فيقول كان حقي كما قال الا اني استوفيت الايد او ابراته عنه فيثبت تقبل في الاقل لظهور التوفيق كذا في الزبلي

وفي صدر الشريعة على الوقاية ما نصه : ولا شك ان قولها اظهر
وفرق ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، ضيف وهو انها متفقان على الالف في
شهادة احدهما والاخر بالف ومائة غير متفقين في شهادة احدهما بالالف والاخر
على الالفين اه . وفي الفتح ما نصه وعلى هذا لو شهد احدهما بباة والاخر
بمايتين او بطلقة وطلقتين او طلقة وثلاث لا يقضى بطلاق اصلاً عنده
وعندهما يقضى بالاقول وعلى هذا الخمسة والعشرة والعشرة والخمسة عشر
والدرهم والدرهمان .

وهذا في دعوى الدين اما في دعوى العين بان كان في كيس الف درهم
فشهد احدهما ان جميع ما في الكيس وهو الف درهم له وشهد الاخران
جميع ما في الكيس له وهو الف درهم قبلت شهادتهما لان ذكر المقدار
في المشار اليه مستغنى عنه ذكره الجازي اه . وعلى هذا يتخرج ما في
الدر والدرر وغيرها من انه لو شهد احدهما ان هذين البدين له والاخر
ان هذا البد له ، قبلت على البد الواحد الذي اتفقا عليه اتفاقاً اه .
واعلم ان ما قدمناه عن الزيلعي من انه لو شهد احدهما بشرة والاخر
بخمسة عشر لا تقبل الخ ، هو المصرح به في الهداية وعامة الشروح والفتاوي
فلا يلتفت الى ما قاله في القنية من انه ينبغي ان تقبل وان نقله صاحب
النكحلة وقال انه الاشبه مطلقاً بان العاطف مقدر فيه ولذلك بني والمقدار
كالمفروض الى اخر ما قاله مما هو مدفوع بادنى تأمل .

واعلم ان من المسائل المذكورة في اوقاف الحصاص ما يخالف اصل
ابي حنيفة ذكرها ولم يذكر فيها خلافاً بل اشار الى انها اتفاقية فانه ذكر
فيها اذا شهد احدهما انه جعلها صدقة موقوفة ابداً ان يزيد ثلث غلتها
وشهد الاخران يزيد نصفها قال اجعل يزيد ثلث غلتها الذي اجما عليه والباقي
للمساكين وكذا اذا سمي احدهما مالا يزيد من هذه الصدقة والاخر اقل
منه احكم يزيد بما اجتمعا عليه وكذا اذا شهد احدهما انه قال يعطى
زيد من غلة هذا الوقف في كل سنة ما يسمه ويسم عياله بالمعروف وقال
الاخر يعطى الفاً قال اقدر نفقته وعياله في العام فان كانت اكثر من

الف حكمت له بالالف او الالف اكثر اعطيته نفقته والباقي للمساكين
هذا بعد ان ادخل الكسوة في النفقة ثم اورد على نفسه فقال قلت فام
اجزت هذه الشهادة وقد اختلفا في لفظها قال المعنى فيه انه انما اراد الواقف
ان يزيد بعض هذه الفة فاجعل له الاقل . ثم قال هذا استحسان والقياس
ان الشهادة باطلة اه .

وذكر في الدر وحواشيه ما ملخصه . لو ادعى غصباً او قتلاً فشهد
احدهما به والاخر بالاقرار به لم تقبل لان اختلافها في الانشاء والاقرار
وقع في الفعل فتم قبول الشهادة . وكذا لا تقبل في كل قول جمع مع
فصل بان ادعى الفاً فشهد احدهما بالدفع والاخر بالاقرار به . وكذا لو
شهد احدهما بنكاح والاخر باقراره به ، او ادعى رهناً فشهد بمباينة
القبض وشهد الاخر ان الرهن اقر بقبض المرهن . وكذا لو شهد ان
المدعي بيد المدعى عليه والاخر اقر انه بيده . ولو شهد احدهما بايداعه والاخر
انه اقر بايداعه فعلى قياس الغصب لا تقبل للجمع بين قول وفعل بخلاف
شهادة احدهما ببيع او قرض او طلاق او عتاق والاخر بالاقرار به حيث
تقبل لاتحاد صنعة الانشاء والاقرار فانه يقول في الانشاء بعت واقترضت
وفي الاقرار بعت واقترضت او كنت بعت واقترضت فلم يمنع القبول
كما لو شهد احدهما بالف للمدعي على المدعى عليه وشهد الاخر على اقرار
المدعى عليه بالف فانه يقبل لانه ليس بجمع بين قول وفعل - بخلاف
شهادة احدهما بقتله بسيف عمداً والاخر به بسكين لم تقبل لعدم تكرر
الفعل بتكرر الآلة اما لو شهد احدهما على اقراره انه قتله عمداً بالسيف
وشهد الاخر على اقراره انه قتله عمداً بالسكين فقال ولي المتول انه اقر
بما قالوا واكفنه والله ما قتله الا بالسيف او قال صدقاً جميعاً واكفنه والله ما قتله
الا بالرمح فهذا كله سواء ويقتص من القائل اه .

ثم هذا كله في اختلاف الشاهدين اما الاختلاف بين الدعوى والشهادة
في القول والفعل فلا يمنع لما في حاشية الرمي على الفصولين معزيا لشهادات
الجامع وليس آاختلاف بين الشاهدين بمنزلة الاختلاف بين الدعوى والشهادة

لان شهادة الشاهدين ينبغي ان تكون كل واحد منها مطابقة للآخرى في اللفظ الذي يوجب خللاً في المعنى . اما المطابقة بين الدعوى والشهادة ، فينبغي ان تكون في المعنى خاصة ولا عبرة للفظ حتى لو ادعى القصب وشهد احدهما على القصب والآخر على الاقرار بالقصب لا تقبل ولو شهدا على الاقرار بالقصب تقبل اه .

وفي الفصل الحادي عشر من الفصولين رامزاً الى الفتاوي الصغرى لو اختلف الشاهد ان في زمان او مكان او انشاء او اقرار بان شهد احدهما على انشاء . والآخر على اقرار فان كان هذا الاختلاف في الفعل حقيقة وحكما يعني في تصرف فعلي كجناية وغصب ، او في قول ملحق بالفعل كتكاح لتضمنه فعلاً وهو احضار الشهود ، ينع قبول الشهادة وان كان الاختلاف في قول محض كبيع وطلاق وبراءة وتحريم ، او في فعل ملحق بالقول وهو القرض ، لا ينع القبول وان كان القرض لا يتم الا بالفعل وهو التسليم لان ذلك محمول على قول المقرض اقرضتك فصار كطلاق وتحريم وبيع . ولو شهدا برهن واختلفا في زمانه او مكانه وها بشهان على معاينة القبض تقبل . وكذا شراء وهبة وصدقة لان القبض قد يكون غير مرة ولو شهدا باقرار واهب او متصدق او رهن بالقبض تقبل اه .

ونقل مثله برمز الخلاصة . وكون القرض فعلاً ملحقاً بالقول ، هو الموافق للخانية بالكن ذكر بعد هذا رامزا بلفظ (صك) ان القرض قول ملحق بالفعل معلاً ان قوله اقرضتك قول والتسليم فعل بعه يتم به القرض فالحق به حكمه اه . قال محشيه الرملي فقد اختلف فيه والظاهر ترجيح ما في ص وخ يعني الفتاوي الصغرى والخانية تأمل اه .

﴿ تمة ﴾

ذكر في البحر اثنتين واربعين مسألة خرجت عن ظاهر قول الامام بوجود مطابقة الشهادتين لفظاً ومعنى وان امكن رجوعها اليه في الحقيقة وكثير

من هذه المسائل المذكور فيما كتبناه آنفاً وقد اخترنا ذكرها الآن تبعاً للبحر وان استدعى ذلك تطويلاً لما في ذلك من تسهيل استخراج احكامها لمن ابتلى بالافتاء او القضاء .

الاولى ما في الصلة شهد احدهما ان له عليه الف درهم وشهد الاخر انه اقر له بالف درهم تقبل .

الثانية ادعى كره حنطة فشهد احدهما بانها جيدة والاخر رديئة والدعوى بالافضل يقضى بالاقبل .

الثالثة ادعى مائة دينار فقال احدهما نيسابورية والاخر بخارية والمدعي يدعي النيسابورية وهو اجود يقضى بالبخارية بلا خلاف ينقل ومثله ما لو شهد احدهما بالف بيض والاخر بالف سود والمدعي يدعي الافضل تقبل على الاقل ووجهه في المسائل الثلاث انها اتفقا على الكمية وانفرد احدهما بزيادة وصف . ولو كان المدعي يدعي الاقل لا تقبل الا ان وفق بالابراء اه . اقول الظاهر انه ليس من هذا القبيل ما لو شهد احدهما انها مائة ليرة عثمانية والاخر انها مائة ليرة فرساوية والمدعي يدعي المائة العثمانية لان العثمانية والفرساوية وان اتحدا من حيث الكم عدداً الا انها مختلفان من حيث الكم وزنا لان العثمانية اقل وزنا من الفرساوية فقد انفردت احدهما بزيادة في الكم كما انفردت بزيادة في الوصف فتأمل وراجع .

الرابعة مسألة الهبة والعتية اي لو شهد احدهما انه وهبه والاخر انه اعطاه اي لما قدمناه من انه لا يشترط في الموافقة لفظاً ان يكون بعين ذلك بل اما بعينه او مرادفه .

الخامسة مسألة النكاح والتزويج اي لو شهد احدهما بانه تزوجها والاخر بانه نكحها وهذا لما قلنا قريباً .

السادسة شهد احدهما انه جعلها صدقة موقوفة ابدأ على ان تزيد ثلث غلتها وشهد الاخر ان تزيد نصفها ، تقبل على الثلث والباقي للمساكين ومحلها ما اذا كان المدعي يدعي الاكثر قال ط ولا فرق بين ان يكون

المدعى عليه يقر بالوقف وينكر الاستحقاق او ينكرها واقامت البينة
بما ذكره ا ه .

السابعة ادعى انه باع بيع الوفاء فاذا شهد احدها بالبيع والاخر
شهد بالاقرار به ، تقبل كما في فتح القدير ولا خصوصية لبيع الوفاء بل
كل قول كذلك - بخلاف الفعل كما فيه ايضاً . والنكاح كالفعل اقول وقد
تقدم هذا قريباً عن جامع الفصولين .

الثامنة شهد احدها انها جاريته والاخر انها كانت له تقبل كما في
الفتح لان شهادة الثاني اثبتت الملك في الماضي فيحكم به في الحال ما
لم يعلم المزيل لكن لو سئله القاضي هل تعلم ان ملكه اليوم فقال
لا اعلم ترد شهادته كما تقدم في المادة ١٦٩٥ وشرحها ويراجع ما كتبناه
هناك فانه مهم .

التاسعة ادعى الفأ مطلقاً فشهد احدها على اقراره بالف قرض والاخر
بالف وديعة ، تقبل لاتفاقها على انه وصل اليه منه الالف وقد جعله
فصار ضامناً . وان ادعى احد السبين لا تقبل لانه اكذب شاهده
وكذا في البرازية - بخلاف ما اذا شهد احدها بالف قرض والاخر
بالف وديعة فانها لا تقبل لعدم اتفاق الشهادتين لا لفظاً ولا معنى كما
هو ظاهر .

العاشرة ادعى الابرأ فشهد احدها به والاخر على انه وهبه او
تصدق عليه او حله جاز - بخلاف ما اذا شهد احدها على الهبة والاخر
على الصدقة لا تقبل برزازية .

الحادي عشرة ادعى الهبة فشهد احدها بالبرائة والاخر بالهبة او
انه حله جاز .

الثاني عشرة ادعى الكفيل الهبة فشهد احدها بها والاخر بالابرأ
جاز ويثبت الابرأ لا الهبة لانه اقلها فلا يرجع الكفيل على الاصيل
بخلاف هبة الطاب الكفيل .

الثالث عشرة شهد احدها على اقراره انه اخذ المبد والاخر على اقراره

بانه اودعه منه تقبل لاتفاقها على الاقرار بالاخذ .
الرابع عشرة شهد احدها انه غصبه منه والاخر ان فلانا اودعه منه
يقضى للمدعي ولا يقبل من المدعى عليه بيته بعده لان الشاهدين شهدا
على اقراره بالملك .

الخامس عشرة شهد احدها انها ولدت منه والاخر انها حبلت منه تقبل
السادس عشرة شهد احدها انها ولدت منه ذكراً وقال الاخر انثى
تقبل وتصوير هاتين المسكتين ان يملق طلاق زوجته على ولادتها في هذه
وعلى حبلها في سابقتها وتوجيه القبول في هذه ان الملق عليه الطلاق هو
الولادة وقد شهدا بها والملق عليه في سابقتها هو الحبل والولادة يلزمها
الحبل هذا ما ظهر لي .

السابع عشرة شهد احدها انه اقر ان الدار له والاخر انه سكن
فيها تقبل وتثبت اليد للمقر له فقط لاتفاق الشاهدين عليها او يثبت
له الملك لان الاصل في اليد الملك فتكون شهادة الثاني موافقة لشهادة
الاول حرره نقلاً .

الثامن عشر انكر اذن عبده فشهد احدها على انه اذنه في الثياب
والاخر على انه اذنه في الطعام ، تقبل بخلاف ما اذا قال احدها اذنه
صريحاً وقال الاخر رآه يبيع ويشترى فسكت لا تقبل .

التاسع عشرة اختلف شاهد الاقرار بالمال في كونه اقر بالعربية او
بالفارسية تقبل بخلافه بالطلاق قال في الاشياء والاصح القبول فيهما .

العشرون شهد احدها بانه قال لعبده انت حر وقال الاخر قال
له ازدي تقبل .

الحادية والعشرون قال لامراته ان كلمت فلانا فانت طالق فشهد احدها
انها كلمته غدوة والاخر عشية طلقت .

الثانية والعشرون قال ان طلقتك فعبدي حر فقال احدها طلقها اليوم وقال
الاخر طلقها امس يقع الطلاق والعتاق لان الملق عليه طلاق مستقبلي وهو
قول يعاد ويتكرر .

الثالثة والعشرون شهد احدهما انه طلقها ثلاثا البتة والآخر انه طلقها اثنتين البتة يقضى بطلقتين ويملك الرجعة لانه لا يحتاج الى قوله البتة في ثلاث بحر عن العيون .

قال في رد المحتار عند سرد صاحب الدر هذه المسائل اخر كتاب الوقف وبيانه ان الثلاث طلاق بان فقوله البتة لغو فكانه لم يذكره وانفرد بذكره الشاهد الثاني فصار الاختلاف بين الشاهدين في مجرد العدد وقد اتفقا على الثنتين فيقضى بها وتلفوا الثالثة لانفراد احدهما بها كالتام . لفظ البتة لذلك فلذا كان الطلاق رجماً اه . ثم استظهر ان قبول الشهادة مبني على قول محمد لانه في البرازية عزاه اليه وعند ابي حنيفة لا تقبل اصلاً ما تقدم وصرح به في البحر وغيره من انه لو شهد احدهما بالف والآخر بالفين لا تقبل عنده وعندهما تقبل على الف اذا كان المدعي يدعي الفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث وقد عزاه في البحر الى الكافي واستدرك به على ما في البرازية بان ما في الكافي هو المذهب اه وبه تعلم ان ما كتبه هنا في حاشيته على البحر غير محرم .

الرابعة والعشرون شهد احدهما انه اعتق بالعربي والآخر بالفارسي تقبل للاتفاق في المعنى بخلاف ما اذا شهد احدهما انه قدفوه بالعربي والآخر بالفارسي ، لا تقبل لان العبارة في الحدود للصورة والمعنى جميعاً احتياطاً للدرا وهي مكررة مع الشرين وان وقع في اللفظ بعض اختلاف . الخامسة والعشرون اختلفا في مقدار المهر ، يقضى بالاقل كما في البرازية . وفي جامع الفصولين شهدا ببيع او اجارة او طلاق او عتق على مال واختلفا في قدر البدل لا تقبل الا في النكاح تقبل ويرجع في المهر الى مهر المثل وقالوا لا تقبل في النكاح ايضاً اه قال العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر الظاهر ان ما في جامع الفصولين ، فيما اذا انكر الزوج النكاح من اصله وكذا البيع ونحوه ، وما في البرازية فيما اذا اتفقا على النكاح واختلفا في قدر المهر . ووجه عدم القبول في البيع

ونحوه ان العقد بالف مثلاً ، غير العقد بالفين وكذا النكاح على قولها وعلى قوله باستثناء النكاح ان المال فيه غير مقصود ولذا صح بدون ذكره بخلاف البيع ونحوه اه .

السادسة والعشرون شهد احدهما انه وكله بخصومة مع فلان في دار سهاها وشهد الاخر انه وكله بخصومة فيه وفي شي . آخر تقبل في دار اجتماعا عليه ، اذ الوكالة تقبل التخصيص وفيما اتفق عليه الشاهدان تثبت الوكالة لا فيما تفرد به احدهما فلو ادعى وكالة معينة فشهد بها والاخر بوكالته عامة ينبغي ان تثبت المينة . ولو شهدا بوكالته وزاد احدهما انه عزله تقبل في الوكالة لا في العزل . ولو شهد احدهما انه وكله بطلاقها وشهد الاخر انه وكله بطلاقها وطلاق فلانة الاخرى فهو وكيل في طلاق التي اتفقا عليه .

السابعة والعشرون شهد احدهما بانه وقفه في صحته والاخر انه وقفه في مرضه قبلا اذ شهدا بوقف بات الا ان حكم المرض ينقض فيما لا يخرج من الثلث وبهذا لا يمنع الشهادة كما لو شهد احدهما انه وقف ثلث ارضه والاخر انه وقف ربعها كذا في جامع الفصولين . ولو قال احدهما وقفها في صحته وقال الاخر حملها وفاقاً بعد وفاته بطلت الشهادة وان كانت تخرج من الثلث لان الشهادة بانه وقفها بعد موته شهد بانها وصية والشاهد بانه وقفها في صحته قد امضى الوقف وهما مختلفان كذا في حاشية البحر من الاساف .

الثامنة والعشرون لو شهد شاهد انه اوصى اليه يوم الخميس واخر انه اوصى اليه يوم الجمعة جازت لانها كلام لا يختلف بزمان او مكان .

التاسعة والعشرون ادعى . الا فشهد احدهما ان المحتال عليه احوال غريبه بهذا المال وشهد الاخر انه كفل عن غريبه بهذا المال تقبل اه .

وصورته كما في رد المحتار اخر كتاب الوقف ادعى زيد على عمرو غير ان احد الشاهدين شهد ان المال لزمه بطريق الاحالة عليه والاخر شهد بان المال لزمه بطريق الكفالة فيقضى بالكفالة لانها الاقل

الثلاثون شهد احدهما انه باعه بكذا الى شهر وشهد الاخر بالبيع

ولم يذكر الاجل .

الحادية والثلاثون شهد احدهما انه باعه بشرط الخيار ثلاثة ايام ولم يذكر الاخر الخيار تقبل فيها اي في هذه المسئلة والتي قبلها والمراد انه يثبت البيع وان لم يثبت الاجل والشرط كما في رد المحتار آخر كتاب الوقف .

الثانية والثلاثون شهد واحد انها وكله بالخصومة في هذه الدار عند قاضي الكوفة واخر قال عند قاضي البصرة جازت شهادتها اي على اصل الوكالة بالخصومة .

الثالثة والثلاثون شهد احدهما انه وكله بالقبض واخر انه جراه تقبل لان الجراية والوكالة سواء والحري والوكيل سواء فقد اتفق الشاهدان في المعنى واختلفا في اللفظ وانه لا ينعم قبول الشهادة .

الرابعة والثلاثون شهد احدهما انه وكله بقبضه والاخر انه سلطه على قبضه تقبل .

الخامسة والثلاثون شهد احدهما انه وكله بقبضه والاخر انه اوصى اليه بقبضه في حياته تقبل .

السادسة والثلاثون شهد احدهما انه وكله بطلب دينه والاخر بتقاضيه تقبل .

السابعة والثلاثون شهد احدهما انه وكله بقبضه والاخر بتقاضيه او طلبه تقبل .

الثامنة والثلاثون اختلفا في زمن اقراره بالوقف تقبل .

الاربعون اختلفا في مكان اقراره به تقبل .

الحادية والاربعون اختلفا في وقفه في صحته او في مرضه تقبل

وهي مكررة مع السابعة والعشرين .

الثانية والاربعون شهد احدهما بوقفها على زيد والاخر على عمرو

تقبل وتكون وقفاً على الفقراء اهنا في البحر مع زيادة من حاشيته

ومن رد المحتار وزاد في زواهر الجواهر مسائل ذكرها في الدر منها

ما هو مكرر مع ما سبق ومنها ما هو معلوم حكمه مما قررناه قبل

سرد هذه المسائل ولهذا اعرضنا عن ذكرها هنا خشية من الملل .

المادة ١٧١٢ - اذا اختلف الشهود في المشهود به لا
تقبل شهادتهم مثلاً لو شهد احد الشهود بالف قرش ذهباً
والاخر بالف فضة لا تقبل شهادتهما

لان احد الشاهدين كاذب ييقن ومثله ما اذا شهد احدهما بـ كـ
حنطة والاخر بـ كـ كما في الفتح . اما لو شهد احدهما بالف قرصاً
والاخر بالف ثمن متاع فليس من الاختلاف في جنس المشهود به بل في
الشيء المتعلق به كما سيأتي في المادة الآتية فافهم . ومسائل اختلاف
الشاهدين في جنس المشهود به كثيرة ومنها ما لو شهد احدهما على الغصب
والاخر على الاقرار به او ادعى بالمبيع عيياً فشهد احدهما انه اشتراه وبه
هذا العيب وشهد الاخر على اقرار البائع به ، او ادعى عينياً انه له
فشهد احدهما انه ملكه والاخر على اقرار ذي اليد انه ملكه . ومثله
دعوى الرهن فشهد احدهما بـ ماينة القبض والاخر على اقرار الرامن بقبضه
وكذا الوديعه لو ادعاها فشهد احدهما بها والاخر بالانقراض بها ، لا تقبل على
قياس الغصب وعلى قياس القرض تقبل كما في الفتح .

وعلة عدم القبول في جميع المسائل المذكورة اختلافها في جنس المشهود
به لان الفعل جنس والقول جنس آخر بخلاف نحو البيع والاجارة والقرض
حما هو قول محض فان شهادة احد الشاهدين به والاخر بالاقرار به لا
يمنع من القبول لان المشهود به جنس واحد .

ومن مسائل اختلاف الشاهدين في الجنس ما لو ادعت على زوجها
البيئونة فشهد احدهما انه قال لها انت بريه والاخر انت خليه فانه لا
يقضى بيئونة اصلاً بخلاف ما لو شهد احدهما على التزويج والاخر على
النكاح حيث تقبل كما تقدم . والفرق ان التزويج والنكاح مترادفان
لغة واتفق الشاهدين بالمرادف يكفي - بخلاف خلية وبرية فانها متباينان

لفظاً ومعنى لان البرائة عقب الشغل والحلو الفراغ المطلق وان كان يلزمها لازم واحد وهو وقوع البيئونة فاختلف معناها دليل اختلاف تحمل الشاهدين فان هذا يقول ما وقعت البيئونة الا بوصفها مجلية والآخر يقول لم تقع الا بوصفها بيرية فاختلف في المشهود به فلا يقضى بينونة فتح بزيادة قليلة من حاشية الشاهي على الزيلعي . ومنها ما لو شهد احدهما انه سرق بقرة والآخر انه سرق ثوراً او حماراً كما في الهندية .

المادة ١٧١٣ - اذا اوجب اختلاف الشهود في الشيء المتعلق بالمشهود به الاختلاف في المشهود به لا تقبل شهادتهم والا تقبل .

يعني لو اختلف الشهود في شيء يتعلق بالشهود به فان كان ذلك الاختلاف يوجب اختلافاً في المشهود به كان مانعاً من قبول الشهادة والا فلا فمن الاول ما لو شهد احدهما بالف قرصاً والآخر بالف ثمن مبيع فان الشهود به واحد وهو الف درهم مثلاً لكن اختلاف الشاهدين في سببه يوجب اختلافاً في نفسه فان الالف الواجبة بالقرص ، غير الالف الواجبة بكونها ثمن مبيع فلا تقبل . ومنه ما اذا اختلف الشهود في آلة القتل بان شهد احدهما بالقتل بعصا وشهد الآخر بالقتل بسيف لا تقبل وكذا اذا شهد احدهما انه قتله عمداً وشهد الآخر انه قتله خطأ او قال احدهما قتله بالسيف وقال الآخر لا احفظ الذي قتله به كما في الهندية . ومنه ايضا ما لو اختلف الشهود في لون المصوب او في كونه ذكراً او انثى في دعوى العصب كما سيأتي في المادة ١٧١٤ وما اذا اختلف الشهود في مقدار البدل في دعوى العقد كما سيأتي في المادة ١٧١٥ .

ومن الثاني وهو ما لا يوجب اختلافاً في المشهود به ما لو ادعى المديون ان الدين وهب منه الدين فشهد احدهما بالهبة والآخر بالابراء حيث

تقبل كما في الحائية وقدمناه لان اختلافها هذا لا يوجب اختلافا في المشهود به وهو برائة ذمة المدين . ومن الاول ايضا ما اذا كان المشهود به فعلاً او قولاً ملحقا بالفعل كالنكاح واختلف الشهود في زمانه او مكانه او في كونه انشاء واقراً . ومن الثاني ما اذا اختلفا في الزمان او المكان وكان المشهود به قولاً او فعلاً ملحقا بالقول كالقرض والى هذين الاشارة بقوله .

بناء عليه اذا شهد احد الشهود بالفعل في زمان معين وشهد الاخر بالفعل في زمان اخر او مكان اخر في الخصومات التي هي عبارة عن الفعل الصرف كالقصب وايفاء الدين فلا تقبل شهادتهما لان اختلافهما هذا يكون موجباً للاختلاف في المشهود به واما اختلاف الشهود في الزمان او المكان في الخصومات التي هي من قبيل القول كالبيع والشراء والاجارة والكفالة والحوالة والهبة والرهن والدين والقرض والابراء والوصية فلا يكون مانعاً لقبول شهادتهم لانه لا يكون موجباً للاختلاف في المشهود به مثلاً اذا ادعى احد انه كان قد ادى دينه وشهد احد الشهود انه قد اداه في بيته وشهد الاخر بانه اداه في حانوته لا تقبل شهادتهما واما اذا ادعى احد المال الذي بيد الاخر بقوله كنت بعثني هذا المال بكذا دراهم فسلمني اياه وشهد احد الشهود بانه باعه اياه في الحانوت الفلاني وشهد الاخر بانه باعه اياه في الدار الفلانية تقبل شهادتهما لان الفعل لا يكرر ولا يعاد ولكن القول يمكن ان يكرر ويعاد لا سيما حيث تكون صورة الاخبار كصورة الانشاء كبعث واشتريت .

في البحر عن الكافي ما نصه : واذا اختلف الشاهدان في المكان

او الزمان في البيع والشراء والطلاق والعتق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبرائة والكفالة والحوالة والقذف ، تقبل وان اختلفا في الجناية والغصب والقتل والنكاح ، لا تقبل

والاصل ان المشهود به اذا كان قولاً كالبيع ونحوه فاختلف الشاهدين فيه في الزمان والمكان ، لا يمنع قبول الشهادة لان القول مما يعاد ويكرر . وان كان المشهود به فعلاً كالغصب ونحوه او قولاً لكن الفعل شرط صحته كالنكاح فانه قول وحضور الشاهدين فعل وهو شرط فاختلفهما في الزمان او المكان ، يمنع القبول لان الفعل في زمان او مكان ، غير الفعل في زمان او مكان آخر فاختلف المشهود به ثم قال ابو يوسف ومحمد اذا اختلف شاهدا القذف في مكان او زمان ، لا تقبل وان كان قولاً لان كل واحد منهما ان كان انشاء فهو غير الاخر وليس على كل قذف شاهدان . وان كان احدهما انشاء والاخر اخباراً فما لا يتغيبان لان الانشاء ان يقول زنيته او انت زان والاخبار ان يقول قذفتك بالزنا وابو حنيفة رحمه الله تعالى يقول انه سمع احدهما الانشاء والاخر الاخبار فثبت عندهما قذفه فشهدا به اه .

ثم قال في البحر والحاصل كما في جامع الفصولين ان الاختلاف لا يجلو من وجوه ثلاثة اما في زمان او مكان او انشاء او اقرار . وكل منها لا يجلو من اربعة اوجه اما في الفعل او في القول او في فعل ملحق بالقول او عكسه . اما في الفعل فيمنع قبول الشهادة في الوجوه الثلاثة واما في القول المحض كبيع ونحوه فلا يتم مطلقاً واما في الفعل الملحق بالقول وهو القرض والرهن فلا يمنع واما عكسه كمنكاح فيمنع اه .

ثم قال في البحر ثم اعلم ان ظاهر اطلاقهم من ان الاختلاف في الزمان في الاقوال غير مائم ، شامل لما اذا تفاحش اولاً - الا انهم يثرونه بامس واليوم وهو ليس بتفاحش . وفي القنية اقام شاهدين على الصلح فالجأها القاضي الى بيان التاريخ فقال احدها اظن انه كان منذ سبعة اشهر او اقل او اكثر وقال الاخر اظن انه منذ ثلاث سنين او ازيد لا تقبل

لما اختلفا هذا الاختلاف الفاحش وان كانا لا يحتاجان الى بيان التاريخ اهـ .
وفي الفتح مزييا الى كافي الحاكم لو اختلفا في الوقت او المكان
او الزمان بان شهد احدهما انه طلقها يوم النحر بمكة والآخر انه طلقها
في ذلك اليوم بالكوفة ، فهي باطلة لتيقن كذب احدهما . ولو شهدا
بذلك في يومين متفرقين بينها من الايام قدر ما يسير الواكب من
الكوفة الى مكة ، جازت شهادتهما . ولو شهد اثنان انه طلق عمرة يوم
النحر بالكوفة والآخر انه طلق زينب يوم النحر بمكة ، فشهادتهما باطلة
ولو جاءت احدى البيتين ففضي بها ثم جاءت الاخرى لم يلتفت اليها اهـ .
وهذا ايضا مقيد لقولهم ان الاختلاف في الزمان لا يضر في الاقوال
فيقال الا اذا ذكرا مكانين متاعدين اهـ ما في البحر .

وفي الحانية ولا تبطل الشهادة باختلاف الشاهدين فيما بينها في الايام
والبلدان الا ان يقولوا كنا مع الطالب في موضع واحد في يوم واحد
فاذا اقرنا بذلك ثم اختلفا في الايام والمواطن والبلدان فان ابا حنيفة رحمه
الله تعالى قال اجيز الشهادة وعليهم ان يحفظوا الشهادة دون الوقت وقال
ابو يوسف رحمه الله تعالى الامر كما قال ابو حنيفة في القياس وانا
استحسن وابطل هذه الشهادة بالتهمة الا ان يختلف في الساعتين من يوم
واحد يتفاوت فيجوز . ولو اختلفا في الثياب التي كانت على الطالب
او المطلوب او المركب او قال احدهما كان معنا فلان وقال الاخر لم
يكن معنا فلان ذكر في الاصل انه يجوز ولا تبطل الشهادة اهـ . وفي
الحادي عشر من الفصولين سكت شاهد البيع عن بيان الوقت والمكان
فسألها القاضي فقالا لا نعلم ذلك تقبل شهادتهما لانها لم يكلفنا حفظ ذلك اهـ .

المادة ١٧١٤ - اذا اختلف الشهود في لون المال المنصوب
او في كونه ذكراً او انثى فلا تقبل شهادتهم مثلاً اذا شهد
احد الشهود في حق الدابة المنصوبة بكونها شهباء وشهد

الآخر بكونها سوداء او حمراء او شهد احدهما بكونها ذكراً
وشهد الآخر بكونها انثى فلا تقبل شهادتهما .

اتفاقاً لان اختلاف الشاهدين فيما ذكر ، يوجب اختلافاً في المشهود
به لان غصب الشبها غير غصب السوداء والحمراء وكذا غصب الذكر
غير غصب الانثى فلم يتم نصاب الشهادة على احدهما . وهذا في دعوى
الغصب اما في دعوى السرقة الموجبة للقطع فالحكم كذلك لو اختلفا في
الذكرة والانوثة بلا خلاف . اما لو اختلفا في اللون فعند ابي حنيفة
تقبل . حتى يقطع بها السارق خلافاً لها الا اذا عين مدعي السرقة لونها فلا
تقبل اتفاقاً لتكذيب المدعي احد شاهديه وتوجيه كل من قول الامام وقول
الامامين المذكور في الهداية وشروحها والبحر وغيرها .

المادة ١٧١٥ - اذا اختلف الشهود في مقدار البدل في
دعوى العقْد لا تقبل شهادتهم مثلاً اذا شهد احدهما بان المال
بيع بخمسة مائة والاخر انه بيع بثلاثمائة لا تقبل شهادتهما .

قيل هذا التمثيل غير ظاهر ، لان علة عدم القبول فيه هي اختلاف
الشاهدين فيه لفظاً ومعنى كما تقدم فكان ينبغي التمثيل بما اذا شهد
احدهما انه بيع بالف والاخر بالف ومائة ويجاب بان كون عدم القول
في المثال المذكور مطلقاً بما ذكر ، لا ينافي ان له علة اخرى وهي اختلاف
الشهود في مقدار البدل لان العلل لا تتراحم وفي الفتح عن الجامع رجل
يدعي على رجل انه باعه هذا العبد بالف وخمسة مائة فينكر البايع البيع
فيقيم عليه شاهداً بالف وشاهداً بالف وخمسة مائة فالشهادة باطلة لان المقصود
اثبات السبب وهو العقد وهو يختلف باختلاف الثمن فاختلف الشهود به ولم
يتم العدد على واحد ولا تناقض بين هذا وبين ما اذا شهد احدهما بالف

والاخر بالف وخمماية والمدعي يدعي بالف وخمماية حيث يقضى بالالف بالاتفاق كما تقدم ، لان ذلك فيما اذا ادعى ديناً فقط والمقصود هنا دعوى العقد لان المدعي يدعي البيع والمدعى عليه ينكره والبيع يختلف باختلاف الثمن لان الثمن من اركانه . والمركب الذي بعض اجزائه مقدار خاص ، غير مثله بمقدار اكثر منه ولم يتم على احدهما نصاب الشهادة فلا يثبت البيع اصلاً اه ملخصاً .

ولا فرق بين ان يكون المدعي هو البائع او المشتري كما في الهداية قال فيها ومثل البيع عقد الكتابة يعني لو ادعى انه كاتبه على الف فشهد احدهما كذلك والاخر على الف وخمماية لا تقبل لان المقصود هو العقد فان كان المدعي هو العبد فظاهر وكذا اذا كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب ومثله الخلم والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد ، اذا كان المدعي هو المرأة او العبد او القاتل ، لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه اما اذا كانت الدعوى من الجانب الاخر وهو الزوج والمولى ولي القتل فهو بمنزلة دعوى الدين فيما تقدم من الوجوه وهو انه اذا ادعى اكثر المالين فشهد به شاهد والاخر بالاقبل فان كان الاكثر بعطف مثل الف وخمماية قضي بالاقبل اتفاقاً وان كان بدونه كالف والفين ، فكذلك عندها وعند ابي حنيفة لا يقضى بشي . وهذا لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقيت الدعوى في الدين .

واما الرهن فان كان المدعي هو الراهن بان ادعى على اخر انه رهنه على الف وخمماية فشهد احدهما كذلك وشهد الاخر على الف ، فلا تقبل هذه البينة اصلاً لعدم صحة هذه الدعوى لان الراهن لاحظ له في الرهن اي لا يقدر على استرداده ما دام الدين قائماً فلا فائدة لهذه الدعوى فلم تصح وان . كان المدعي هو المرتهن فان دعواه هكذا : اطالبه بالف وخمماية لي عليه رهن له عندي - فليس المقصود الا المال وذكر الرهن زيادة اذ لا يتوقف ثبوت دينه عليه - بخلاف دين الثمن في البيع

وحينئذ تقبل على الاقل وان كانت دعواه هكذا : اطالبه باعادة رهن
كذا وكذا كان رهنه عندي على كذا ثم غصبه او سرقه مثلاً فلا شك
ان هذه دعوى المقدم فاختلف الشاهدين في اذنه رهنه بالف او الف وخماسة
يوجب ان لا يقضى بشي لان عقد الرهن يختلف به : واما عقد الاجارة
فان كان في اول المدة فهو كالبيع بان ادعى المستأجر والآجر انه آجره
هذه الدار سنة بالف وخماسة فشهد واحد كذلك وآخر بالف لا تثبت
الاجارة كالبيع اذ قبل استيفاء المنفعة لا يستحق البديل فكان المقصود
اثبات العقد وهو يختلف باختلاف البديل فلا تثبت الاجارة ، وان كان بعد
مضيها سواء استوفى المنفعة او لم يستوفها بعد ان سلم فان كان المدعي
هو المرزوق فهو دعوى الاجارة فان شهد احدهما بالف والاخر بالف وخماسة
وهو يدعي الاكثر يقضى بالف اذ ليس المقصود بعد مضي المدة الا الاجارة .
وان شهد الاخر بالفين والمدعي يدعيها ، لا يقضى بشي . عنده وعندهما
بالف وان كان المدعي هو المستأجر فهو دعوى المقدم فلا يثبت
بهذه الشهادة للاختلاف المذكور لكن يقضى على المستأجر بما اعترف به
من مال الاجارة .

واما في النكاح بان ادعت انه تزوجها على الف وخماسة فشهد احدهما
كذلك والاخر على الف فانها تقبل عند ابي حنيفة استحساناً وقالاهي
اي الشهادة باطلة في النكاح ايضاً لهما ان هذا الاختلاف في المقدم لان
المقصود من الجانبين السبب . فاشبه البيع . ولا يبي حنيفة رحمه تعالى ان المال
في النكاح ثابت والاصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما
هو الاصل فيثبت . ثم اذا وقع الاختلاف في التبع يقضى بالاقل
لاتفاقها عليه ويستوى دعوى اقل المالين او اكثرهما في الصحيح اه .
ملخصاً من الهداية .

وفي البحر اطلقه فمثل ما اذا ادعت اقل المالين واكثرهما وهو الصحيح
وشمل ما اذا كان المدعي الزوج او المرأة وهو الاصح اه - لكن قال
في فتح القدير وهذا مخالف للرواية فان محمد رحمه الله تعالى في الجامع قيده

بدعوى الاكثر حيث قال جازت الشهادة بالف وهي تدعي الفاً وخمسة .
والمفهوم معتبر رواية وبقوله ذلك ايضاً يستفاد لزوم التفصيل في المدعى به
بين كونه الاكثر فيصح عنده او الاقل فلا يختلف في البطلان لتكذيب
المدعي شاهد الاكثر كما عول عليه محققوا المشايخ فان قول محمد وهي
تدعي الخ يفيد تقييد جواب قول ابي حنيفة بالجواز اذا كانت هي المدعية
للاكثر دونه فان الواو فيه للحال والاحوال شروط فيثبت العقد باتفاقها
ودين الف ٥١ .

قال في الثرنبلالية قلت الا ان الزيلعي رحمه الله تعالى اشار الى جواب
هذا فقال ويستوى فيه دعوى اقل المالين واكثرهما في الصحيح لاتفاقهما
في الاصل وهو العقد فالاختلاف في التبع لا يوجب خلافاً فيه لكنه لا
بد من وجوب المال فيجب الاقل لاتفاقهما عليه ولا يكون بدعوى
الاقل تكذيباً للشاهد لجواز ان الاقل هو المسمى ثم صار الاكثر
بالزيادة ٥١ .

اقول بقي شي . لم ار من نبه عليه وهو انه هل الحكم كذلك
يعني انه يقضى بالاقل لو شهد احدهما بالنكاح على الف والاخر على الفين
او ترد هذه الشهادة لان اختلاف الشاهدين في الالف لا الاتفين يمنع من
قبول الشهادة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لعدم اتفاق الشاهدين لفظاً
كما تقدم . والظاهر الاول لما تقدم من ان المال في النكاح تابع ولا
اختلاف فيما هو الاصل ولهذا يقضى بالاقل ، وان كانت الزوجة تدعي الاقل
مع انها مكذبة لشاهد الاكثر هذا ما ظهر لي وليحرر .

فروع

شهد احدهما انه اقر انه نكح من فلان هذا المبد والاخر انه اقر
انه اخذه منه ، يقضى به للمدعي ويجعل المدعى عليه على حجته لان
اقراره بالاخذ ليس اقراراً بالملك . ولو شهد احدهما انه اقر انه اخذه

منه والاخر انه اقر بانه له ، لم يقض للمشهود له بشيء . ولو شهد انه اقر انه غصبه منه والاخر انه اقر بان المدعي اودعه اياه تقبل . ولو قال للمدعي والمسئلة بجالها اقر بما قالاً لكنه غصبه مني تقبل ويجعل ذو اليد مقراً بملكية الثوب للمدعي فلا تقبل بينة المدعي عليه على الثوب بعده . اما في شهادة احدهما على اقراره بالاخذ والاخر على اقراره بالايديع اذا قال المدعي انما اودعته منه فانها لا تقبل لعدم اجتماعها على الاقرار بملك ولا باخذ لان شاهد الوديعة لم يشهد بالاخذ . شهد انه اقر بانه اشترى هذا العين من المدعي والاخر على اقراره بايداعه المدعي اياه ، قضي للمدعي ولو كان الشاهد الثاني شهد بانه اقر بان المدعي دفع اليه هذا العين قضي به للمدعي ايضاً - لكن لو برهن ذو اليد على شرائه منه بعد القضاء تقبل الا ترى ان رجلاً لو قال دفع الي فلان هذا العين ثم برهن على انه اشتراه منه تقبل الكل من فتح القدير .

وفي الهندية ادعى المستاجر انه تكارى دابة الى بغداد بعشرة ليركبها ويحمل عليها واقام شاهدين شهد احدهما انه تكاراه ليركبها بعشرة وشهد الاخر انه تكاراه ويحمل عليها هذا المتاع المعروف بعشرة ، فالشهادة باطلة ولو شهد انه تكارى دابة بعينها باجر مسمى الى بغداد وشهد الاخر انه تكاراه ليحمل عليها حمولة معروفة الى بغداد بعشرة دراهم لا تقبل سواء ادعاها المستاجر او رب الدابة . وكذلك اذا شهد احدهما انه تكاراه ليركبها وشهد الاخر انه تكاراه ليحمل عليها . لو ادعى انه سلم الثوب الى صباغ وجعد الصباغ فشهد احد الشاهدين انه دفعه اليه ليصبغه احمر وشهد انه دفعه اليه ليصبغه اسود او اصفر ، لا تقبل هذه الشهادة وكذلك ان جعد رب الثوب وادعاه الصباغ - اذا شهد رجلان على رجل انه كفل بالف درهم لفلان عن فلان فقال احدهما الى شهر كذا وقال الاخر حالة وادعى الطالب الحلول وجعد الكفيل ذلك كله ، او اقر بالكفالة وادعى الاجل فالمال حال في الوجهين واذا اقام شاهداً واحداً ان فلانا احاله على هذا بالف درهم واقام شاهداً اخر انه احاله بماية دينار

لا تقبل شهادتها على الالف اذا كان المدعي يدعي الدرهم والدنانير جملة - اما اذا كان يدعي الدرهم وحدها لا تقبل الشهادة . لو ادعى الكفالة وشهد احدهما على الكفالة والاخر على الحوالة تقبل الكفالة ويحكم بها لانها اقل قال في جامع الفصولين وهذان اللفظان جملا كلفظة واحدة الا يرى ان الكفالة بشرط برائة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ان لا يبرأ كفالة ا ه .

شهد احد الشاهدين بهذا اللفظ : اشهد ان فلانا قال ان لم يعط فلان مال فلان هذا لسته اشهر فانا ضامن اني اعطي هذا المال وشهد الاخر بهذا : اشهد ان فلانا قال ضمنت هذا المال لفلان ابن فلان هذا لسته اشهر ، لا تقبل الشهادة . لو شهد احد شاهدي الوكالة انه وكله بالخصومة فيها وفي شي . اخر جازت الشهادة في الدار التي اجتمعا عليها ولو شهد احدهما انه وكله بطلاق فلانة وحدها وشهد الاخر انه وكله بطلاقها وطلاق فلانة الاخرى فهو وكيله في طلاق التي اجتمعا عليها .

ومن جنس هذا صارت واقعة الفتوى وصورتها ادعى الوكالة في شي . معين او في خصومة معينة واقام شاهدين شهد احدهما انه وكله بالخصومة مع فلان في هذا الشيء . المعين وشهد الاخر انه وكله وكيلاً مطلقاً عاماً في سائر التصرفات قال في الفصول العادية ينبغي ان تثبت الوكالة المعينة . اذا ادعى الملك المطلق وشهد احد الشاهدين بسبب والاخر مطلقاً تقبل ويقضى بالملك الحادث . وان ادعى بسبب وشهد احدهما به والاخر مطلقاً ، لا تقبل . ولو شهد احدهما على الملك المورخ والاخر على الملك المطلق ان ادعى المدعي الملك المورخ لا تقبل شهادتها وان ادعى الملك المطلق تقبل ويقضى بملك مورخ .

الفصل السادس

في تزكية الشهود

المادة ١٧١٦ - اذا شهد الشهود سئل الحاكم المشهود عليه بقوله ما تقول في شهادة هذين اهما صادقان ام لا فان قال المشهود عليه هما عدلان او صادقان في شهادتهما هذه يكون قد اقر بالمدعى به ويحكم باقراره وان قال هما شاهدا زور او هما عدلان ولكن اخطأ في هذه الشهادة او نسيا الواقعة او قال هما عدلان وانكر المدعى به لا يحكم الحاكم ويحقق عدالة الشهود وعدمها بالتزكية سراً وعلناً .

حاصل هذه المادة ان قول المشهود عليه بعد ان شهد عليه الشاهدان انها صادقان في هذه الشهادة او هما عدلان اقرار بالمدعى به للمدعى فينتقطع النزاع ويقضى عليه باقراره فلا حاجة الى التحقيق عن عدالة الشهود فان في التكملة مغزياً لشرح ادب القاضي لو قال عدول فيما شهدوا به علي يكون مقراً بالمدعى به اهـ .

ومثله ما اذا قال هم عدول صدقة كما في العناية اما اذا قالا هما شاهدا زور ونحوه فلا يحكم عليه الحاكم ما لم يحقق عدالة الشهود سراً وعلناً لطمئن المشهود عليه في عدالتها وكذلك الحكم لو قال هما عدلان ولكن اخطأ في هذه الشهادة او نسيا الواقعة او قال هما عدلان ولم يزد عليه الا انه بقي مصرأ على جحود المدعى به لان قوله هذا وان كان فيه تعديل للشهود الا ان في زعم المدعى وشهوده انه ظالم كاذب في

الجعود مبطل في الاصرار عليه . وتركية الكاذب لا تصح لاتفاقهم على اشتراط عدالة الزكي . ولا فرق في هذا بين ان يكون المشهود عليه عدلا يصلح للتعديل في نفس الامر اولا هذا هو ظاهر الرواية عن الامام رحمه الله تعالى كما في الهداية وشروحها وعليه المتون كالكتز والملتقى والفرع والوقاية والقُدوري حيث انفقت على انه لا يصح تعديل الخصم يعني المشهود عليه مطلقاً اي وان كان عدلا وانفقت الشراح على التعليل بما سبق .

واعلم ان تقييد عدم قبول التعديل من المشهود عليه في صورة ما اذا قال هما عدلان ولم يزد عليه ، بما اذا كان منكرأ كما تراه في هذه المادة ، يشير الى انه لو لم يكن منكرأ بان كان ساكتأ عند جواب المدعي عليه وبعد ان شهد عليه المشهود ان القاضي يقبل تعديله للمشهود ويحكم عليه بلا تحقيق عن عدالتهم وقد صرح بهذا في التكملة مغزياً لمنية المفتي فقال المشهود عليه اذا كان ساكتأ غير جاهد للحق فقال هم عدول لكن اخطئوا او نسوا ففي صحة التعديل روايتان اه ويشير الى هذا ايضا تليل الشراح المتقدم فانه لو لم يكن منكرأ لا يصح ان يزعم المدعي وشهوده انه كاذب في انكاره حيث لم يصدر منه انكار لكن لا بد حينئذ من ان يكون المشهود عليه عدلا يصلح للتركية لما علمت من ان اشتراط العدالة في الزكي متفق عليه .

ثم ان الاكتفاء بتعديل المشهود عليه اذا كان عدلا انما يتمشى على قولها انه يكفي للتركية عدل واحد . وما على قول محمد فلا بد من ضم مذكور اخر عدل لاشتراط العدد في التركية عنده كما سياتي التصريح به . ومقابل ظاهر الرواية المذكور في هذه المادة قول الصاحبين ان تعديل الخصم المشهود عليه يصح اذا كان عدلا صالحا للتعديل سواء اقتصر على قوله هم عدول او زاد عليه قوله لكنهم اخطأوا في هذه الشهادة او نسوا لكن عند محمد رحمه الله تعالى لا بد من ضم آخر اليه لانه لا يجوز تعديل الواحد عنده وابو يوسف يجوز كذا في الزيلعي والفتح والبحر

وغيرها وهذا ما مشى عليه في التنوير تبعاً للبرازية . قال في الخاتمة وفي بعض الروايات عن محمد فيما اذا قال هم عدول ولم يزد عليه ان القاضي يقول للخصم ماذا تقول اصدتوا في هذه الشهادة ام كذبوا ان قال صدقوا فقد اقر بما ادعى به المدعي وان قال كذبوا لا يقضى يعني ما لم يعدل الشهود وكذا اذا لم يصح تعديله لكونه فاسقاً او مستوراً يسئل القاضي الخصم اصدق الشهود ام كذبوا الخ، وهناك ايضا روايات اخرى وتفصيلات مذكور فيها .

وقد علمت . ا هو ظاهر الرواية الذي مشى عليه المجلة تبعاً للفتون المتبعة . وذكر في الخاتمة اذا شهدا عليه فقال الذي شهد به فلان علي حق او هو الحق الزمه القاضي باقراره وان قال ذلك قبل ان يشهدا عليه بان قال الذي يشهد به فلان علي حق او هو الحق فلما شهدا عليه قال للقاضي سل عنهما فانها شهدا علي بباطل وما كنت اظن انها يشهدان علي بما شهدا به يسئل القاضي عنهما فان عدلا امضى شهادتهما والا لا ، لان قوله الذي يشهد به فلان علي ليس باقرار في الحال وانما يكون اقراراً بعد الشهادة فيكون هذا بمنزلة تطبيق الاقرار بالشرط والاقرار لا يحتمل التعليق اه .

المادة ١٧١٧ - تركي الشهود سراً وعلناً من الجانب الذي

ينسبون اليه يعني ان كانوا من طلبة العلم يزكون من مدرس المدرسة ومن اهلها المعتمدة وان كانوا من المسكرية فمن ضابط الطابور وكاتبه وان كانوا من الكتبة فمن ضابط قلمهم وان كانوا من التجار فمن معتبري التجار وان كانوا من الاصناف فمن كتخدائهم ولجنتهم وان كانوا من سائر الصنوف فمن متعمدي واهالي محلتهم او قريتهم ومؤتمنيهم .

اطلاق هذه المادة ظاهر في اختيار قول صاحبين وهو وجوب التركيبة

سواء طعن المشهود عليه في عدالة الشهود او لم يطعن وقال ابو حنيفة
رحمه الله تعالى ان القاضي يكتفي بظاهر العدالة في المسلم ولا يسئل
عن حال الشهود حتى يطعن الخصم في عدالتهم لان الظاهر من حال المسلم
الالتزام عما هو محرم في دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع قال
في الهداية وهو اختلاف عصر وزمان . والمتروى على قولها في هذا الزمان
لان الغالب في زمان ابي حنيفة الصلاح - بخلاف زمانها وهذا اذا كان
المشهود به من الحقوق التي تثبت بالشبهات فوجوب السؤال وان لم يطعن
المشهود عليه متفق عليه لانه يحتمل لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان
الشبهة فيه دائرة ومحل الخلاف ايضا ما اذا جهل القاضي مجاهم كما في
البحر نقله عن الدر عن البحر واقره وعبارة البحر ومحمل السؤال على
قولها ، عند جهل القاضي بمجاهم ولذا قال في الملتقط القاضي اذا عرف الشهود
بجرح او عدالة لا يسئل عنهم اه . وهو ظاهر في انه لو عرفهم بجرح
يودهم بلا سوال وان عرفهم بالعدالة يقبلهم كذلك ثم انه قوله هنا يركي
من الجانب الذي يفسون اليه الى اخر الفقرة ، ينبغي تقييده بما اذا كان
المسؤل من هؤلاء . ممن يثق القاضي بعدالته وقد يشير الى هذا قوله من
من اهله المتمددة . وقوله فمن معتبري التجار والاسئل من غيره ممن يثق
به لما في البحر وينبغي للقاضي ان يختار في المسئلة عن الشهود من هو
اخبر باحوال الناس واكثرهم اختلاطا بالناس مع عدالته عارفا بعني المسؤل
بما لا يكون جرحا وما يكون جرحا غير طماع ولا فقير كي لا ينجذع
بالمال فان لم يكن في جيرانه ولا اهل سرقه من يثق به سال اهل محله
وان لم يجد فيهم ثقة اعتبر فيهم تواتر الاخبار اه معزيا للزيلعي .

وزاد في الهندية عن المحيط ما لفظه : وان وجد عالما فقيراً وغنيا ثقة
غير عالم او عالما ثقة لا يخاطب الناس وثقة غير عالم يخاطب الناس اختار
العالم والاولى ان لا يكون الزكي مغفلاً ولا يكون متروياً عن الناس لا
يخاطبهم اه . ولا بد من تقييد العالم في المسئلة الاولى بكونه ثقة كما
يدل عليه ما بعده . وانما اختير العالم بعد ان يكون ثقة لانه يعلم ما يحل

له به الاقدام على التركية وما لا يحل قال في البحر قال محمد كم من رجل اقبل شهادته ولا اقبل تعديله يعني ان الشهادة على الظواهر ولا كذلك التعديل كذا في الملتقط فيشترط لجواز التركية شروط الاول ان تكون الشهادة عند قاضي عدل عالم الثاني ان تعرفه وتخبره بشركة او معاملة او سفر . الثالث ان تعرف انه ملازم للجماعة . الرابع ان يكون معروفاً بصحة المعاملة في الدينار والدرهم . الخامس ان يكون مزدياً للامانة . السادس ان يكون صدوق اللسان . السابع اجتناب الكبائر الثامن ان تعلم منه اجتناب الاصرار على الصفات وما يحل بالمروة والكل في شرح ادب القضاء للخصاف فاذا لم يتحقق المزي وجود هذه الصفات في الشاهد المسئول عن عدالته لا يجوز له ان يزكيه وقد علمنا من اكثر قضاة زماننا انهم لا يتحرون للتركية عدولاً يوثق بتعديلهم فيرساون الورقة المستورة غالباً الى مختار محلة الشهود ومنتخبها وهم قوم جهلة ان لم يندعوا بالرشوة من المدعي على ما هو العائب او بالحيا . او الخوف منه او من شهوده فلا علم لهم بالشروط التي تسوغ لهم التركية وهي المذكورة آنفاً ولهذا قل بل ندر انهم يجرحون شاهداً حتى كثرت لذلك شهادة الزور والعياذ بالله تعالى مع انه نقل في البحر وغيره عن الملتقط عن غسان ابن محمد المروزي انه قال قدمت الكوفة قاضياً عليها فوجدت فيها مائة وعشرين عدلاً لبست اسرارهم فرددتهم الى ستمة ثم اسقطت اربعة فلما رأيت ذلك استغفيت واعتلت اه هذا في زمانه فكيف في زماننا ولا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم نعم قد قيل لو استصحب القاضي مثل ذلك لضايق الامر ولا يوجد مؤمن بغير عيب لكن ما لا يدرك كله لا يترك كله .

عفا على هذا الزمان فانه زمان عقوق لا زمان حقوق

المادة ١٧١٨ - التركية في السر تجري بورقة يعبر عنها

بالمستورة في اصطلاح الفقهاء بان يكتب الحاكم في تلك الورقة اسم المدعي والمدعى عليه والمدعى به واسماء الشهود وشهرتهم وصنعتهم واشكالهم ومحالمهم واسماء ابائهم واجدادهم او ان يحور اسمائهم وشهرتهم ان كانوا مشهورين وان يعرفهم ويبينهم بوجه يتميزون به عن غيرهم وبمد وضعها في ظرف وختم فيها يرسلها الى الذين انتخبوا مزككين ثم عند ورودها يفتحصها المزكون ويقرأونها فان كان الشهود المحررة اسمائهم فيها عدولا كتبوا تحت اسم كل منهم عدل ومقبول الشهادة .

وقيل يكفي ان يقول هو عدل قال في البحر واختار السرخسي انه لا يكفي بقوله عدل لان المحدود في قذف بعد التوبة عدل غير جازي الشهادة وكذا الاب اذا شهد لابنه فلا بد من زيادة جازي الشهادة كما في الظهيرية وينبغي ترجيحه اهـ . وفي الهندية ينبغي للزكي ان يعدله قطعاً ولا يقول انهم عدول عندي لان الثقة اخبروني بعدالتهم . ولو قال لا اعلم منهم الا خيراً فالاصح انه تعديل ولو قال هم فيما علمناهم عدول الاصح انه ليس بتعديل اهـ . وفيها عن المحيط ان عرف المزكي الشهود بالعدالة غير انه علم ان دعوى المدعي باطلة او ان الشهود او هموا في بعض الشهادة ينبغي ان يبين للقاضي ما صح عنده من عدالة الشهود وايهامهم في بعض الشهادة او بطلان دعوى المدعي ثم القاضي يتفحص عما اخبره المزكي غاية التفحص فان تبين له حقيقة ما اخبر به المزكي رد شهادة الشهود وان لم يتبين له قبل اهـ .

وفي البحر اطلق في السؤال عن الشهود فشم للمسلم وغيره فيسئل عن النصراني اذا شهد على مثله وتركية الذمي ان يزكيه بالامانة في دينه واسانه ويده وانه صاحب يقظة اهـ . ونقل بعد هذا عن المحيط والاختيار

ان القاضي يسئل عن الشهود اهل الذمة عدول المسلمين والا فيسئل عنهم
عدول اهل الذمة اه .

وفيه عن الملتقط نصراني عدل ثم اسلم تقبل شهادته واذا سكر
الذمي لا تقبل شهادته اه . شمل السؤال عن الشاهد اذا شهد حين بلغ
وهو ظاهر الخانيه . وفي الملتقط صبي احتلم لا اقبل شهادته ما لم اسئل
عنه ولا بد ان يتأني بعد البلوغ بقدر ما يقع في قلوب اهل مسجده
ومحلته كما في الغريب انه صالح او غير صالح اه . وفرق بينها كما في
الظهيرية بان النصراني كان له شهادة مقبولة قبل اسلامه - بخلاف
الصبي وهذا يدل على ان الاصل عدم العدالة اه . ما في البحر وفيه
ان القاضي يسئل في الشهادة على الشهادة عن الشاهد الاصيل والفرعي
فيسئل المزكي عن الكل وعن محمد يسئل عن الاولين فان زكيا يسئل
عن الآخريين اه .

وان لم يكونوا عدولا كتبوا ليسوا بعدول وامضوا بدون
ان يوقفوا على مضمونها احداً وختموا فوق الظرف واعادوها
الى الحاكم .

مع امينه الذي ارسل معه المستورة . وكل ذلك في السر كيلا يظهر
فيخدع المزكي او يقصد بالاذى فتح والمراد ان يكتبوا ما يفيد الجرح
صريحاً او دلالة كما باقي التصريح به في المادة الآتية :

المادة ١٧١٩ - اذا اعيدت المستورة مختومة الى الحاكم ولم
يكتب فيها من قبل المزكين في حق الشهود انهم عدول ومقبولوا
الشهادة بل كتبوا فيها كلاماً يفيد الجرح صراحة او دلالة بان

كتبوا فيها ليسوا بعدول او لم نعلم مجالمهم وهم مجهولوا الاحوال
او الله اعلم ولم يكتبوا شيئاً فينثذ لا يقبل الحاكم شهادتهم

وان زكاهم بعد ذلك غيرهم لان الجرح مقدم على التعديل كما سيأتي
نعم ذكر في الهندية مغزياً لشرح ادب القاضي والحانية والظهيرية وغيرها ،
انه لو قال المدعي بعد الجرح المذكور انا اتى بن يعد لهم من اهل الثقة
والامانة او قال اسمي لك اقواماً من اهل الثقة فاسئل عنهم بذلك فسمى
له قوماً يصلحون للمسئلة فان القاضي يسمع قوله فان جاء بقوم وعدلوا
او سئل اولئك فعدلوا ينبغي للقاضي ان يسأل اولئك الذين طعنوا فيهم
بما طعنون فيهم ، لانهم يجوز ان يكونوا جرحهم بشي . يكون جرحا
عندهم ولا يكون ذلك جرحا عند القاضي وعند المدلين فبعد ذلك المسئلة
على وجهين - اما بينوا كذلك او بينوا بما يكون جرحا عند الكل
ففي الوجه الاول لا يلتفت الى ذلك وياخذ بقول الذين عدلوا وفي الوجه
الثاني الجرح اولي .

وكذا لو عدل المزكي الشهود وطعن الشهود عليه وقال للقاضي سل
عنهم فلانا وفلانا وسمى قوماً يصلحون للمسئلة عن الشهود فان القاضي
يسئل منهم فان جرحوا وبينوا جرحا صالحا كان الجرح اولي اه .
اقول الظاهر ان بيان الجرح اذا كان محرداً يلزم ان يكون سراً
لئلا يفسق الجرح باشاعة الفاحشة كما سيأتي تحقيقه في شرح المادة ١٧٢٤
وفي البحر واذا جرح الجرح الشهود بقول القاضي للمدعي زدني شهوداً
او يقول لم يحمد شهودك اه . والظاهر ان تقييد المزكين بعدم العلم
بجالمهم في قولهم لم نعلم مجالمهم ، انهم لو قالوا لا نعلم اشخاصهم او ذواتهم لا
يكون ذلك جرحا كما لا يكون تعديلاً وارجع . وافادت المادة ان
سكوت المزكين وعدم كتابتهم شيئاً يكون جرحا وهو الذي نقله في
البحر عن غاية البيان ونصه فن عرف الشاهد بالعدالة كتب تحت اسمه

هو عدل جازر الشهادة ومن لم يعرفه بشي. كتب هو مستور ومن عرفه بالفسق لم يصرح بل يسكت احترازاً عن هتك السر او يكتب الله اعلم به الا اذا عدله غيره وخاف انه لو لم يصرح بذلك يقضى القاضي بشهادته فحينئذ يصرح بذلك اه - لكن ذكر في البحر ايضاً بعد صفحة ما نصه : ويكتفي بالسكوت من اهل العلم والصلاح فيكون سكوته تركية للشاهد لما في الملتقط وكان الليث بن مساور قاضياً فاحتاج الى تعديل شاهد وكان المزكي مريضاً فعاده القاضي وساله عن الشاهد فسكت المعدل ثم ساله فسكت فقال اسئلك ولا تجيبني فقال المعدل اما يكفيك من مثلي السكوت اه . قال محشيه العلامة ابن عابدين هذا يخالف لما قدمه من غاية البيان . ثم رأيت بخط ثقة معزيا الى المقدسي بعد ما ذكر ما في الملتقط قال ابو نصر كان سكوته طعناً في الشهادة اه . اقول وهو الذي يقتضيه الفقه لان العالم الصالح انما يسكت عند الجرح تحزراً عن هتك السر واما عند التركية فلا مانع ينعمه من التصريح بها ولذلك اعتمدت المجلة ما في غاية البيان ثم رأيت الشارح اللبناني نقل في شرح المادة ١٧٣٠ عن الهندية معزيا للمحيط اذا سئل المزكي عن حال الشاهد فسكت فهو جرح اه .

وان كان كتب فيها عدول ومقبولوا الشهادة يستدر الحاكم في المرتبة الثانية الى التركية علناً

قال في البحر لا بد من تقديم تركية السر على العلانية لما في الملتقط عن ابي يوسف لا اقبل تركية للعلانية حتى يزكى في السر اه ، اقول الشارح اللبناني ينبغي ان تكون التركية السرية الخ مما لا ينبغي لا سيما وقد علمت ما في البحر .

المادة ١٧٢٠ - التركية علناً تجزي بالوجه الآتي وهو ان

يجلب المزكون الى حضور الحاكم حال كون المترافعين حاضرين
وتركي الشهود او يرسل الشهود والمترافعان مع نائب التزكية
الى محل المزكين وتركي الشهود علناً

نقل في حاشية الشلبي عن الخلاصية ما نصه : شرط الخصاص ان
يكون المزكي في العلانية غير المزكي في السر اما عندنا فالذي يزكيهم
في السر يزكيهم في العلانية اه .

وقال في العنابة والثانية يعني تركية العلانية ان يجمع الحاكم بين المعدل
والشاهد فيقول المعدل هذا الذي عدلته يشير الى الشاهد لتنتفي شبهة تعديل
غيره فان الشخصين قد يتفقان في الاسم والنسبة اه . وعبرة الكفاية :
ويقول القاضي للمعدل اهنا الذي عدلته ، او يقول للمزكي بحضرة الشهود
اهولاء عدول مقبولوا الشهادة اه .

وفي الفتح والزيلعي والحانية وغيرها نظير هذا وظاهر وجوب كون
المعدل في السر هو المعدل في العلانية لكن عبارة البحر عازبا للبرازية ولو
زكى من في السر علنا يجوز عندنا والخصاص شرط تغايرهما اه . وهذا
صريح في الجواز وعدم الوجوب عندنا بسل نقل العلامة ابن عابدين في
حاشيته عليه عن شرح الوهبانية لابن الشحنة مانصه : ولا بد من المغايرة
بين شهود السر والعلانية اه . وعليه فالاحوط الجمع بين الامرين
فيزكيهم اولاً علناً ممن زكاهم في السر لتنتفي شبهة تركية الغير كما هو
المذكور في اكثر معتبرات المذهب ثم ممن يصلح لتزكية اهلاً بما قاله
الخصاص وجزم به ابن الشحنة وقد رأينا القضاة اليوم يطلبون التزكية
العلنية ممن يكون حاضراً لديهم في المحكمة سواء كانوا اهلاً للتزكية
اولاً عارفين باحوال من يزكونه اولاً فيزكي اولئك الجهة الشهود على
علامتهم وبعدون ذلك قرابة كتزكية الميت ولا حول ولا قوة الا بالله العلي
العظيم . وفي الهندية عن الذخيرة عن نوادر ابن سماعة قلت لمحمد ايامر

القاضي المشهود له ان يأتي بمن يعدل شهوده قال لا اه .

المادة ١٧٢١ - ينبغي ان يكون المزكي في التزكية السرية
اثنين رعاية للاحتياط وان كان مزك واحداً كافياً فيها

وهذا عندهما وقال محمد لا يجوز الا اثنان لانها في معنى الشهادة لان ولاية القاضي تنبني على ظهور العدالة وهو بالتركية فيشترط فيه العدد كالعدالة وتشترط الذكورة في المزكي في الحدود ولها انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة ومجلس القضاء. واشترط العدد في الشهادة امر تعدي في الشهادة فلا يتعداها . ومحل الاختلاف ما اذا لم يرض الخصم بتزكية واحد فان رضي بتزكية واحد فزكى جاز اجماعاً بجر عن الولوجية .

واطلق في الواحد فشمّل العبد والمرأة والاعمى والمحدود بالقذف ، اذا تاب والصبي واحد الزوجين للآخر والوالد لولده وعكسه والعبد لمولاه وعكسه كما في البحر وغيره . وعبارة الكثر وغيره من المتون والواحد يكفي للتزكية والرسالة والترجمة والمراد بالرسالة والترجمة ، رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشهود وكل ذلك على الخلاف الذي ذكرنا والمعنى ما بيننا من الجانبين والاحوط في الكل اثنان زيلعي . ثم قال وهذا الذي ذكرناه كله في تزكية السر واما في تزكية العلانية فيشترط فيها جميع ما يشترط في الشهادة من الحرية والبصر وغير ذلك سوى لفظ الشهادة بالاجماع لان فيها معنى الشهادة اظهر فانها تختص في مجلس القضاء . اه . وقد صرحت بهذا المادة الآتية .

المادة ١٧٢٢ - التزكية العلانية من قبيل الشهادة وتعتبر فيها شروط الشهادة ونصابها ولكن لا يلزم على المزكين ذكر

لفظ الشهادة .

قال في الحانية اجمعوا على ان ما يشترط في الشاهد من العدالة والبلوغ والحرية والبصر، يشترط ذلك في الزكي في تزكية العلانية فلا يصح تعديل الاعمى والصبي والبد والفاسق اه وتقدم نظير هذا آنفاً عن الزيلعي .

﴿ تنبيه ﴾

نقل العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر عن شرح ابن السحنة على الوهبانية ان شاهدي تعديل العلانية لا تشتط تزكيتها ظاهراً بعد سؤال القاضي سراً ممن يثق به من امانته واخباره بعد التهم اه . اقول يعني انه يكتفي بما ظهر له من عدالتهم باخبار امينه الثقة لحصول المقصود والا لا حرج الي مزك آخر في الثاني والثالث والرابع وهو امر يؤدي الى التسلسل كما افاده في العناية والكفاة .

المادة ١٧٢٣ - لا يشتغل الحاكم بتزكية الشهود الثابتة عدالتهم في ضمن خصوص عنده اذا شهدوا بخصوص آخر في حضور ذلك الحاكم ان لم يمض عليها ستة اشهر وان كان مضى عليها ستة اشهر زكاهم الحاكم مرة اخرى .

عبارة الهندية عن المحيط السرخسي لو ثبتت عدالة الشهود عند القاضي وقضى بشهادتهم ثم شهدوا عند القاضي في حادثة اخرى اذا كان المهدي قريباً لا يشتغل بتعديلهم وان كان بعيداً يشتغل به . واختلفوا في الحد الفاصل بينها والصحيح فيه قولان احدهما انه مقدر بستة اشهر والثاني انه مفوض الى رأي القاضي اه .

وقد اعتمدت المجلة على تصحيح الاول ونعم ما فعلت . وقوله ثم شهدوا عند القاضي يعني القاضي الذي ثبتت عنده عدالتهم كما هو صريح الحثية وهو يفيد انهم لو شهدوا عند قاض آخر لا يكتفي بما ثبت من عدالتهم عند الاول وهو مفاد هذه المادة ايضاً كما ترى . هذا وذكر في الفرر والدرر او اخر كتاب القبول وعدمه . ان من رد القاضي شهادته في حادثة فليس لقاض آخر قبوله فيها لان الظاهر ان رد الاول بوجه شرعي فلا يجوز مخالفة الثاني له اه .

اقول قول الدرر فليس لقاض اخر قبوله فيها ربما يفيد ان له قبولها في حادثة اخرى وفيه تأمل لا سيما اذا كان الرد لعل فاسق فان الفاسق لا تقبل شهادته في اي حادثة كانت وقد قدمنا في شرح المادة ١٦٨٧ قبيل الفصل الثاني في كيفية اداء الشهادة عن البحر مغزياً للخلاصة : متى ردت شهادة الشاهد لعل ثم زالت اللة فشهد في تلك الحادثة لا تقبل الا في اربعة المسد والكافر على المسلم والاعمى والصبي اذا شهدوا فردت ثم زال المانع فشهدوا في تلك الحادثة فانها لا تقبل اه .
وتمامه هناك .

المادة ١٧٢٤ - اذا طعن المشهود عليه قبل التزكية او بعدها بالشهود باسناد شي . مانع لقبول الشهادة كدفع مغرم او جر مغرم طلب الحاكم منه البينة على ذلك فاذا اثبت المشهود عليه هذا بالبينة رد الحاكم شهادة اولئك الشهود وان لم يثبت زكاهم ان كان لم يزكهم وحكم بموجب شهادتهم ان كان قد زكاهم .

وعند عجز المشهود عليه عن اثبات ما ادعاه من الطعن لا يحلف المدعي ولا الشاهد على ما ذكره صاحب البحر فانه نقل عن البرازية : طعن

المدعى عليه في الشاهد بانه كان ادعاها لنفسه ورام تحليفه لا يحلف وان
يرهن تقبل اه . ثم قال فعلى هذا كل طعن يقبل الرهان عليه لا تحليف
عليه عند عدم البرهان لا على الشاهد ولا على المدعى . وهل يقبل اقرار
الشاهد به وبصير كالبرهان لم اره وينبغي القبول ولذا قال الزيلعي لو برهن
على اقرار الشهود انهم لم يحضروا المجلس الذي كان فيه الحق تقبل اه .
اقول سيأتي في التنبيه الثاني من هذه القولة عن البحر ايضاً ان فسق
الشاهد يثبت بالبينة او اقرار او نكول فيما اذا ادعى اجنبي انه دفع
له كذا لتلا يشهد على فلان . والظاهر ان الحكم كذلك لو كان
دعوى دفع المال من الشهود عليه اذ لا فرق وعليه فقوله كل طعن الخ ،
مقيد بما اذا لم يكن في الطعن دعوى دفع مال يطلب استرداده والا
فيحلف عليه عند عدم البرهان . ثم ان قوله وينبغي القبول ، يستثنى منه
ما لو ادعى المدعى عليه انه استأجرهم ولم يدع دفع المال يعني سيأتي
في المحل المذكور ايضاً انهم لو اقرروا والحالة هذه لم تسقط العدالة اه .
والظاهر ان وجهه ان الاستنجار اي طلب الايجار بلا دفع مال ،
فعله لا فعلهم فلا يقتضى ذلك فسقهم تأمل ولم يذكر ما اذا اقر به
المدعى والظاهر ان القبول فيه اولى لانه من باب اقرار الانسان على
نفسه تأمل وراجع .

واعلم ان طعن الشهود عليه في الشهود نوعان احدهما طعن يمنع من

قبول الشهادة بلا اخلال في عدالة الشهود . والثاني طعن يمنع من قولها
ويجزل بعدالة الشهود ويسمى هذا جرحاً لان الجرح في اصطلاح الفقهاء .
اظهار فسق الشاهد فالنوع الاول تقبل الشهادة عليه وان كان لا يدخل
تحت حكم الحاكم ومنه المذكور في هذه المادة بدليل قوله اذا طعن حيث
لم يقل اذا جرح وبدليل التمثيل بدفع المهر او جر المغنم وهو على ما
تقدم في المادة ١٧٠٠ ان يشهد الاصل لفرعه وعكسه ، او يشهد احد
الزوجين للآخر ، او يشهد من يتعش بنفقة شخص له ، او يشهد الاجير الخاص

لمستأجره . ومن ذلك ما اذا طعن انهما عبدان او شريكان مفاوضة ،
او ان الشاهد كان وكيلاً عن المدعي وخاصم ، او ان الشاهد عدوه
بسبب الدنيا اذا قلنا ان عدم قبول شهادته للتهمة لا ان قلنا انه للفسق
لانه حينئذ كان جرحاً فلا تقبل الشهادة عليه فان المشهود عليه اذا طعن
باحد هذه الاشياء يقبل برهانه عليه علناً وان كان كل واحد منها لا
يدخل تحت حكم الحاكم . وهذا لانه ليس يجرح محل بالمعالة . هذا
ملخص ما ذكره في البحر او اخر باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل
تبعاً للصاية وغيرها . ثم قال وينبغي ان يكون الطعن بما يجحل بالروية مما
لم يكن فسقاً مقبولاً اهـ

قلت وعليه فتقبل بينة المشهود عليه ان الشاهد يبول او يأكل على الطريق
بمراى من الناس او يفرط في المزاج المفضي الى الاستخفاف او يصعب
الارذال او يستخف بالناس فقد ذكروا ان هذا وامثاله مما يجحل بالروية
بشرط الادمان عليه ويمنع من قبول الشهادة وان لم يكن محرماً ولا
فرق في قبول الشهادة على ما تقدم بين ان يكون قبل التعديل او بعده لانه
قبل التعديل يكون كقول المزكين انه غير مقبول الشهادة وبعد التعديل
يكون من باب تقديم الجرح على التعديل اذا تعارضاً .

اما النوع الثاني وهو جرح الشهود بما يفستهم فلم تعرض المجلة لبيان
احكامه وقد تكلم عليه في الدر وخواشيه كلاماً طويلاً يكاد ان لا
يفهم منه حاصل . وحاصل ما تجرح لي منه ومن الفتح والزيلعي ان
الجرح المذكور ان لم يتضمن اثبات حق لله تعالى او للعبد ، فهو مجرد
وان تضمن اثبات حق لله تعالى او للعبد ، فهو جرح مركب فالاول
مثل ان يشهدوا ان شهود المدعي فسقة او زناة او اكلة ربا او شربة
الخمر او على اقرارهم انهم شهدوا بالزور او على اقرارهم انهم لا شهادة
لهم على المدعي عليه في هذه الحادثة او على اقرارهم انهم اجراء في هذه
الشهادة او على اقرارهم بان المدعي مبطل في هذه الدعوى . وحكمه
ان الشهادة به علناً لا تقبل لوجوب احدها ان الشهادة انما تقبل للحكم

بموجبها فلا بد من كون المشهود به مما يدخل تحت الحكم لان الحكم
لزام وليس في وسع القاضي الزام الفسق لاحد لتمكنه في رفعه في الحال
بالتوبة . الثاني بمجرد هذه الشهادة يفسق الشاهد فلا تقبل شهادته وهذا
لان فيه اشاعة الفاحشة وهو حرام فان قيل ليس المقصود منه اشاعة الفاحشة
بل دفع الضرر عن المشهود عليه اجيب بان دونه ليس ينحصر في افادة
القاضي على وجه الاشاعة اذ يندفع باخبار القاضي به سرأ ولا يرد ما لو
شهدوا على اقرار المدعي انهم فسقة او شهدوا بزور او نحوه فانها تقبل
كما سيأتي مع ان فيه اظهار الفاحشة لانا نقول انهم ما شهدوا باظهار
الفاحشة وانما حكوا اظهارها عن غيرهم فلا يصرون فسقة بذلك ولان
اقرار المدعي بذلك اقرار على نفسه فيواخذ به . وكذا لا يرد ما لو
اقام المشهود عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود لاداء الشهادة فانها لا
تقبل لانها شهادة على جرح مجرد كما تقدم آنفاً ان الاستتجار امر زايد
يدخل تحت الحكم ، لانا نقول الاستتجار وان كان امراً زائداً لكن المشهود عليه
ليس خطا في اثباته اذ لا تعلق له بالاجرة . حتى لو ادعى انه استأجرهم
واعطاهم الاجرة من ماله تقبل كما سيأتي لانه خصم في ذلك ومعنى عدم
قبول الشهادة على الجرح المجرد ، ان الحاكم لا يلتفت اليها بل يحكم
بشهادة المجروحين ان كانت عدالتهم سرأ وعلناً ، ثابتة لديه قبل الجرح والا
زكاهم سرأ وعلناً ثم حكم .

وهذا كله اذا شهدوا على الجرح المجرد علناً اما لو ادعاه المدعي
فشهدوا به سرأ لدى الحاكم بان الشهود فسقة او زناة والمخبرون بذلك
عدول فانها تقبل حتى لا يعتبر تعديلهم السابق لان الجرح عارضه فيترجع
عليه ، وان لم يسبق تعديلهم فلا يستل عن عدالتهم احداً لان الجرح
قد سبق فلا فائدة في السؤال لترجع بية الجرح على بينة التعديل . ولا
فرق في هذا بين ان يدعيه المشهود عليه سرأ او علناً لان فسقه باعلان
الفاحشة لا يسقط حقه - بخلاف فسق الشهود فانه يسقط شهادتهم . واما

الثاني وهو الجرح المركب يعني ما تعلق به حق الله تعالى او للبعد وفيه تفسيق للشاهد فحكمه ان الشهادة عليه سواء كان قبل التعديل او بعده ، تقبل ، وان كان فيها اشاعة الفاحشة لان فيه حقا لاحدهما فست الحاجة لحيائه وترتب على قبولها لحيائه ، رد شهادتهم ولهذا سمي جرحا مركبا حيث ترتب على القبول شيان احياء حق الله تعالى او العبد ، ورد الشهادة وذلك مثل ان يشهدوا بان الشهود محدودون في قذف لان شهادة القاذف من تمام حده فكان حقا لله تعالى فصار مركبا . وقيل في تعليقه ان هذه الشهادة ليس فيها اشاعة الفاحشة لان الاشاعة حصلت باقضاء وانما هم حكوا اظهارها وعليه فلا يكون هذا جرحا بل هو طعن يمنع من قبول الشهادة فهو من جزئيات الطعن المذكور في هذه المادة ومثل ان يشهدوا انه قاذف والمقذوف يدعيه وانما اشترط ادعاء المقذوف لان ما تعلق به حقان حق الله تعالى وحق للعبد ، لا تقبل فيه الشهادة الا بعد ادعاء العبد كما في التكملة .

ومثل ان يقولوا انهم زنوا ووصفوه او سرقوا مني كذا وبينه او شربوا الخمر ولم يتقدم العهد في جميعها بان لم يزل الريح في الخمر ولم يرض شهر في الباقي فلو كان متقادما يكون جرحا مجردا وتقدم حكمه قال الزبلي : وعلى هذا ما ذكر في الكافي وغيره من ان الشهود لو شهدوا ان الشهود زناة او شربة خمر ، لم تقبل وان شهدوا انهم زنوا او شربوا الخمر او سرقوا تقبل يحمل الاول على ما اذا كان متقادما والا فلا فرق بين قولهم زناة او زنوا اه .

ومن مسائل الجرح المركب ما لو ادعى المشهود عليه ان المدعي استاجرهم للشهادة علي بكذا واعطاهم ذلك بما كان لي عنده من المال وانا اطلب منهم ذلك او اني صالحتهم على كذا ودفعته اليهم ان لا يشهدوا علي زورا وقد شهدوا وانا اطلب منهم ما اعطيتهم . قال الزبلي دعواه صحيحة لما فيه من وجوب رد المال على المشهود عليه وهو مما يدخل تحت الحكم . ولو لم يقله اي دفعته اليهم وانا اطلبه لا تقبل

للشهادة لان الدعوى غير صحيحة فكان جرحاً مجرداً اه . قال في البحرية :
وكذا ادعى اجنبي انه دفع لهم كذا مالا لتلا يشهدوا على فلان بهذه
الشهادة وطلب رده وثبت اما بيينة او اقرار او نكول فانه يثبت به
فسق الشاهد فلا تقبل شهادته .

وقيد بدفع المال ومفهومه لو ادعى المدعى عليه انه استاجرهم ولم
يدع دفع المال فاتروا لم تسقط المدالة وبه صرح الشارحون اه . وذكر
في الدر من مسائل الجرح المركب ما لو شهدوا ان الشهود قتاوا النفس
عمدا اه . وهكذا اطلقه تبعا للعيني ونظر فيه صاحب التكملة بما
معناه ان موجب القتل العمد وان كان من حقوق الله تعالى الا ان فيه
حقا للعبد ايضا وهو الولي فان لم يبين المقتول ثم يدعيه الولي يكون
جرحاً مجرداً اه وهو تنظير حسن جدا .

ومن مسائل الجرح المركب كما في الدر معزبا للعيني ومثله في الفتح
والزلمي ، ما لو شهدوا على اقرار الشهود انهم لم يحضروا المجلس الذي
كان فيه الحق اه ولم يذكر ما وجه كونه جرحاً مركباً مع ان الظاهر
انه لم يتضمن حقاً لله تعالى او للعبد وليت شعري ما الفرق بين هذا
وبين ما اذا شهدوا على اقرارهم انهم شهدوا بزور او انهم لا شهادة لهم
على المدعى عليه فتأمل .

واعلم ان صاحب الدر ادخل في مسائل الجرح المركب ما اذا ادعى
ان الشهود عبيد ، او ان الشاهد ابن المدعي او ابوه ، او انهم شركاء
المدعي والمدعى مال وهو غير سديد لان مثل هذا طعن يمنع من قبول
الشهادة لا جرح يحل بعدالة الشهود اذ ليس فيه اظهار فسق الشاهد فهو
من المسائل الذي ينتظمها الطعن بدفع المفرم او جر المغم المذكور في هذه
المادة وفي التكملة اشارة الى ما قلنا

﴿ تنبيهات ﴾

الاول ان الجرح بما يوجب التعزير دون الحد بان شهدوا بان الشاهد خلا باجنبية او قبلها ، هو يكون من الجرح المركب لان التعزير من حقوق الشرع ايضا فتقبل البينة عليه ولو علنا ام لا قال في البحر من الشهادات : الظاهر ان مراده من الحق الحد فلا يدخل التعزير لقولهم وليس في وسع القاضي الزامه لانه يدفعه بالتوبة لان التعزير حقاً لله تعالى ، يسقط بالتوبة بخلاف الحدود فوضح الفرق . ويدل عليه انهم مثوا للمجرد باكل الربا مع انه لا يوجب التعزير فتمين ارادة الحدود اه - لكن ذكر هو في باب التعزير ما يخالف ما هنا فليراجع وليتأمل .

الثاني اطلق في التنوير الشركة فيما اذا طعن المشهود عليه ان الشهود شركاء المدعي والمدعى مال وهو غير سديد ، لان طعن المشهود عليه بان الشاهد شريك المدعي في المال المشهود به اقرار بالملك لها فيعود على موضوعه بالنقض . وتقييدها بما اذا كانت شركة عقد كما نقل في البحر ايضا ، غير سديد لان شركة العقد تنتظم شركة العنان وهي لا تستلزم ان يكون الشاهد شريكاً في المشهود به فان قال ان المشهود به من عروض شركة العنان كان اقراراً لها به كما ذكرنا فالصواب تقييد شركة العقد بكونها مفاوضة فكان الطاعن يقول مها حصله المدعي من هذا الباطل يكون للشاهد فيه منفعة . ثم لا بد ايضا من تقييد المال المدعى به بكونه مما لا تصح فيه المفاوضة ليخرج نحو العقار وطعام اهله وكسوتهم مما لا تصح فيه المفاوضة اه ملخصاً من الفتح والبحر وحواشي الدر .

وفي الهندية عن المحيط وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى رجل ادعى داراً في يدي رجل فاقام على ذلك شهوداً واقام المشهود عليه شهوداً ان هذا الشاهد كان يدعيها ويؤعم انها له فهذا جرح ان عدلت بينته وكذلك لو اقام بينة ان الشاهد كان يدعي الشركة اه .

الثالث يجوز اثبات فسق رجل عند القاضي اذا كان ضرره عاما كرجل يوذى الناس بيده ولسانه ليمنعه من ذلك ويخرجه عن البلد وفي كراهية الظهيرة : رجل يصلي ويضر الناس بيده ولسانه فلا باس باعلام السلطان به ليخرجه . ٥١ .

كذا البحر وقامه فيه - لكن قال محبيه العلامة ابن عابدين قال الرمي هذا لا يفيد اثبات الفسق المجرد على طريق الشهادة الشرعية بل يفيد جواز اعلام السلطان به ليخرجه .

ومن ثم اجاب شيخ الاسلام ابو السعود العادي مفتي الديار الرومية لما سئل عن جماعة من المسلمين شهدوا على رجل انه اذا صحب من له امر ونهي من القضاة والولاة وغيرهم يتناول على بعض الناس بالسب والشتم واخذ المال بغير حق ولا يزال المسلمون يتضررون بذلك منه فاذا يلزمه اجاب هذه الصورة ليست من باب الشهادة الشرعية ولكن اذا كان متواترا عندهم لا بد من تعزيره بالضرب المبرح ثم حبسه الى ان تظهر منه التوبة والصلاح . ٥١ .

المادة ١٧٢٥ - اذا عدل بعض المزيكين الشهود وجرحهم بعضهم يترجح طرف الجرح فلا يحكم الحاكم بشهادة اولئك الشهود

هذا اذا كان الجارح اثنين والمعدل اثنين او اكثر او كان كل منهما واحدا اما اذا كان الجارح واحدا والمعدل اثنين فالمرجح هو المعدل دون الجارح قال في الخانية اذا كان المزيكي اثنين فعدهم اجدهما وجرحهم الاخر قال ابو حنيفة وابو يوسف الجرح اولى لانه اعتمد على دليل غير ظاهر الحال فكان الجرح اولى كما لو عدلهم اثنان وجرحهم اثنان كان الجرح اولى في قولهم جميعا . وقال محمد اذا عدلهم واحد وجرحهم الآخر فالقاضي يتوقف لا يقضي بشهادتهم ولا يرد بل ينظران جرحهم الاخر يثبت

الجرح وان عدلهم ثبتت العدالة وان جرحهم واحد وعدلهم اثنان تثبت
العدالة في قولهم لان قول الاثنين حجة مطلقة في الاحكام كلها بخلاف
قول الواحد . وان جرحهم اثنان وعدلهم عشرة كان الجرح اولى لان قول
الاثنين يساوي قول الجماعة كما في دعوى الملك اذا اقام احد المتداعين
اثنين والاخر عشرة لا يترجع صاحب العشرة اه . وقال في البحر ان
الجرح اولى - الا اذا كان بينهم تعصب فانه لا يقبل جرحهم لان اصل
الشهادة لا تقبل عند التعصب فالجرح اولى اه .

المادة ١٧٢٦ - اذا مات الشهود او غابوا بعد اداء الشهادة
في المعاملات فللمحاكم ان يزكّيهم ويحكم بشهادتهم

بخلاف ما اذا عموا او خرسوا لان قيام لاهلية حين القضاء شرط لصحته
ثم اذا غاب الشاهد واراد القاضي تركيته فالمدل انما يعدله اذا كانت
الغيبة قريبة والا فلا ففي الهندية عن المحيط : لو ان رجلاً عدلاً مشهوراً
بالرضى غاب ثم حضر وشهد وسئل المدل عنه فان كانت الغيبة قريبة
كان للمدل ان يعدله وان كانت منقطعة مسيرة ستة اشهر او نحوه فان
كان الرجل مشهوراً بالرضى كابي حنيفة وابن ابي ليلى فله ان يعدله وان لم
يكن مشهوراً فان المدل لا يعدله .

وانظر هل تقييد هذا الحكم بكونه في المعاملات احترازي او
اتفاقي . الظاهر هو الثاني فان عبارة الهندية عن خزنة المفتين هكذا :
والشاهدان لو عدلا بعد ما ماتا فالقاضي يقضي بشهادتهما وكذا لو غابا ثم
عدلا ولو خرسا لم يعميا ثم عدلا لا يقضي بشهادتهما اه . ومثله في البحر
عن البزاية ومن باب اولى ان للقاضي ان يحكم بشهادتهم اذا غابوا او
ماتوا بعد ان زكاهم سراً وعلناً كما لا يخفى .

المادة ١٧٢٧ - اذا ألح المشهود عليه على الحاكم بتحليف

الشهود على انهم لم يكونوا في شهادتهم كاذبين وكان لزوم
لتقوية الشهادة باليمين فلحاكم ان يحلف الشهود وله ان يقول
لهم ان حلفتم قبلت شهادتكم والا فلا .

في قوله وكان لزوم لتقوية الشهادة الخ اشارة الى ما في الاشياء عن
الصيرفية - من ان جواز التحليف ، مقيد بما اذا رآه القاضي فان الظاهر منه
ان يرى لزوماً له بان كان عنده نوع ارتياب في عدالة الشهود او الزكين لا
سيما اذا كان الحاكم غريباً لا وقوف له على احوال الشهود ولا احوال
الزكين كما هو الغالب في زماننا قال في البحر وفي تهذيب القلانسي وفي
زماننا لما تعذرت التزكية لغلبة الفسق اختار القضاة استعلاف الشهود
لحصول غلبة الظن اه . ولا يضعفه ما في الكتب المتمدة كالحلاصة من
انه لا يمين على الشاهد لانه عند ظهور عدالته . والكلام عند خفتها خصوصاً
في زماننا فان الشاهد مجهول الحال وكذا الزكي غالباً والمجهول لا يعرف
المجهول الخ اه ما في البحر .

ولا شك ان غلبة الفسق في زماننا توقع الحاكم في ريبة من عدالة
الشهود ومن عدالة الزكين فيجوز له ان يتحرى لدفع تلك الريبة ليحصل
على غلبة الظن خصوصاً اذا الخ المشهود عليه بطلب التحليف فان ذلك
بما يزيد ويقوي الريبة في صدق شهادتهم فما في الاشياء عن مناقب
الكردي من ان تحليف المدعي او الشاهد امر منسوخ باطل والعمل
بالمسوخ حرام

وقد ذكر في فتاوي القاعدي وخزانة المفتين ان السلطان اذا امر
قضاته بتحليف الشهود يجب على العلماء ان ينصحوا السلطان ويقولوا له لا
تكلف قضائك الى امر ان اطاعوك يلزم منه سخط الخالق وان عصوك
يلزم منه سخطك اه ، محمول على ما اذا كانت العدالة محققة عند
القاضي ولا ريبة له فيها كما تفقه به صاحب البحر وهو تفقه حسن وعليه

فامر السلطان نصره الله تعالى بالعمل بما تضمنته هذه المادة ليس امراً بالعمل بالمنسوخ الباطل لان ذلك هو تحليف وتشهدوا والمدعي مطلقاً اي في كل حادثة . وما تضمنته هذه المادة هو التحليف عند ما يرى لزوماً له لتحصل له غلبة الظن في صدق الشهود وعدالتهم التي هي شرط لجواز قضائه فانهم والله اعلم .



الفصل السابع

في رجوع الشهود عنه الشهادة



المادة ١٧٢٨ - اذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد اداء الشهادة وقبل الحكم في حضور الحاكم تكون شهادتهم في حكم العدم كأن لم تكن ويعزرون .

اعلم ان للرجوع ركناً وحكماً وشرطاً فركنه قول الشاهد رجعت عما شهدت به او يقول شهدت بزور فيما شهدت به او كذبت في شهادتي وشرط جوازه ان يكون الرجوع عند القاضي . وحكمه وجوب التعزير فقط ان رجع قبل القضا . والضمان مع التعزير ان رجع بعد القضا . وكان المشهود به مالا وقد ازاله بغير عوض (كفاية بزيادة من البحر) . ومعنى كون الشهادة كأنها لم تكن بعد الرجوع عنها انه لا يقضى بها وهذا لان كلامهم متناقض حيث قالوا نشهد بكذا لا نشهد به ولا يقضى بالتناقض لان كلامه الذي ناقض به وهو المتاخر في احتمال الصدق كالاول فليس القضا باحدهما بعينه اولى به . من الاخر فوقف كل منهما فتح .

وقوله وبمزرون اي بالتشهير بالاسواق فقط عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالوا مع ذلك نوجعه ضربا ونجسه كذا في عامة المتون وبه قال الشافعي وما لك كما في الفتح قال العيني في شرحه على الهداية قال شيخ الاسلام رحمه الله تعالى في مبسوطه شاهد الزور هو الذي يقر على نفسه بالكذب في الشهادة متعمدا او يشهد بقتل رجل ثم يجيء المشهود بقتله حياً حتى يثبت كذبه بيقين فاما لو قال غلطت او اخطأت او ردت شهادته بتهمة او لمخالفة بين الدعوى والشهادة لا يمزر اصلاً . وتال الامام الحاكم ابو محمد الكاتب رحمه الله تعالى هذه المسئلة على ثلاثة اوجه اما ان يرجع على سبيل التوبة والندامة لا يعذر بلا خلاف وان رجع على سبيل الاصرار يعزر بالضرب بلا خلاف . وان كان لا يعلم فقل الاختلاف اه . يعني يكتفي بالتشهير عند الامام ويضاف اليه الضرب والجلس عندها ومعنى رجوعه على سبيل الاصرار ان يقول شهدت بهذه بالزور ولا ارجع عن مثل ذلك كما في الفتح واما بحثه في الفتح ايضاً في صورة ما اذا لم يعلم حاله من ان وجوب التعزير عليه لا يتخلو عن نظر لان الرجوع ظاهر في انه توبة عن تمسك الزور ان تعمد او عن التهور والعجلة ان كان اخطأ في الشهادة ولا تعزير على التوبة ولا على ذنب ارتفع بها وليس فيه حد مقدار اه ، فقد رد في البحر بان رجوعه قد يكون لقصد اطلاق الحق ولجواز ان يكون المشهود عليه غره بما لا للتوبة ولكن هذا خاص بما قبل القضاء واما بعد فقد يظن مجمله انه اطلاق على المشهود له مع ان اطلاق لماله بالغرامة اه .

ونقل في البحر عن جامع الفصولين ان رجوع الشاهد عن بعض الشهادات كالرجوع عن كفاها كما لو شهدا بدار وبنائها او باتان وولدها ثم رجعا في البناء والولد لم يقض بالاصل لان الشاهد فسق نفسه وشهادة الفاسق ترد . وفيه عن منية المفتي شهدا على رجل فلم يقض بشهادتهما حتى شهد رجلان عليهما انهما رجعا عن تلك الشهادة فان كان اللذان اخبرا عنها بالرجوع يعرفها القاضي ويعملها وقف الامر ولم ينفذ شهادتهما .

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

والحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث
رحمة للعالمين والآل والصحب اجمعين

هذا ما وصل اليه قلم العلامة المرحوم لانتهاء اجله المحتوم
فتطفت باكمالها وانا الفقير اليه تعالى ولده الحقير

محمد ظاهر الآل

مفتي حمص غفر الله له ولسائر المسلمين آمين

المادة ١٧٢٩ - اذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد الحكم
في حضور الحاكم فلا ينقض حكم الحاكم ويضمن الشهود
المحكوم به راجع مادة (٨٠)

سواء رجعوا عن كل ما شهدوا به فيضمنون كله او بعضه فيضمنون
ذلك البعض كما لو شهدوا بالدار ثم بعد الحكم رجعوا وقالوا ليس البناء
للمدعي او بالجارية وولدها فقالوا ليس الولد للمدعي . واما رجوعهم في
البعض قبل الحكم فيوجب رد شهادتهم لانهم فسقوا انفسهم باظهار
كذبهم فلا تقبل .

قيده بعد الحكم احترازاً عما تقدم انه قبل الحكم يوجب التعزير

ان قبل الحكم ، يوجب التفرير فقط ولا ضمان عليها ، لان الشهادة لا تصير حجة الا بالقضاء . فلا تقع سبباً للانقلاب بدونه . وقيد بحضور الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة وهو مجلس القاضي اي قاض كان ، ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان هداية .

وفي الفتح يتفرع على اشتراط المجلس انه لو اقر شاهد بالرجوع في غير المجلس واشهد على نفسه به وبالترام المال ، لا يلزمه شي . ولو ادعى عليه بذلك لا يلزمه اذا تصادقا ان لزوم المال عليه كان بهذا الرجوع . ولو اقر في مجلس قاض انه رجع عند قاضي كذا صح باعتبار كون هذا رجوعاً عند هذا القاضي لا الذي اسند رجوعه اليه . ولو رجعا عند القاضي ثم جعدا تقبل البينة عليهما ويقضى بالضمان

واورد على هذين التليلين في اشتراط صحة الرجوع بما حاصله ان لا ملازمة بين اشتراط المجلس للاداء والرجوع عنها لان اداها لا يتصور الا بحضور القاضي واما الرجوع فيتصور بدونه لان موذاه الاقرار على نفسه بتحقيق سبب الضمان فلا يتوقف على مجلس القضاء ، وبان اعلان التوبة على الذنب لا ينحصر في مجلس القضاء . بل يتأق فيه وفي غيره بان يظهر رجوعه للناس ويشهدم عليه ويبلغ ذلك القاضي بالبينة فكيف لا يكون بمثل هذا معلناً واطال البحث فيما اجاب به صاحب النهاية فارجع اليه . وانما وجب الضمان على الشهود لا القاضي مع انه مباشر في حكمه ولا المدعي وان اخذ ما ادعاه مع امكان الاسترداد منه لان القاضي كاللجأ من جهة الشرع الى القضاء . بعد ظهور العدالة كيلا يفسق بتأخيره وقد مر في المادة ٩١ ان الجواز الشرعي ينافي الضمان فلا بالك بالواجب والا اوجب عدم قبول القضاء من احد والمدعي اخذ بحق ظاهر تأكد بالقضاء لان كلا من اداء الشهادة والرجوع عنها يحتمل الصدق والكذب وليس الرجوع عنها اولى بالصدق من ادائها وقد تأكد بالقضاء فلا يجبر على اعطاء ما اخذ ، ولان الشاهد في الرجوع عن شهادته ، منهم في حق المشهود له لجواز

ان المشهود عليه غره بمال او غيره يرجع عن شهادته فيظهر كذب المدعي في دعواه فلم يصدق في الرجوع في حق المشهود له للتهمة اذ التهمة كما تمنع قبول الشهادة تمنع صحة الرجوع عنها فلا ينقض القضاء في حقه - على ان الشاهدين متناقضان في رجوعهما فكما ان القاضي لا يقضي بالكلام المتناقض لا ينقض ما قضاه بالكلام المتناقض فترك العين المشهود بها في يده ويصار الى البدل فيضمن الشهود لتسيبهم بالاتلاف .

وفهم من اطلاق المجلة ، الضمان مطلقاً ، ولو لم يقبض المدعي المال ديناً كان او عيناً . قال في البرازية وعليه الفتوى خلافاً لما في الهداية والمبسوط والبدائع والكافي - وفصل في الذخيرة ان كان المشهود به عيناً فللمشهود عليه ان يضمن الشاهد بعد الرجوع قبض المشهود له العين او لم يقبض - بخلاف ما اذا كان المشهود به ديناً (كذا في الهدية) - وجه الفرق كما في الفتح ان ضمانها ضمان اتلاف مقيد بالمائة فاذا كان المشهود به عيناً فالشاهدان ازالاه عن ملك المشهود عليه بشهادتها عند اتصال القضاء بها حتى لا ينفذ تصرفه فيه فلو ازلنا قيمته عن ملكها ثبتت المائة - اما اذا كان المشهود به ديناً فالشاهدان اوجبا عليه ديناً بغير حق فلو استوفى الضمان منها قبل ان يستوفي المشهود له من المشهود عليه انتفت المائة لان المستوفي منها عين في مقابلة دين اوجباه .

واعلم ان الشرط في وجوب الضمان على الشهود ان يكون المتلف بالشهادة مالا عيناً لا منفعة ، وان لا يكون المتلف حصل بمقابلة عوض سواء كان العوض مالا او منفعة فلو لم يكن مالا عيناً كما لو شهدوا على ولي القتل انه عفا عن القتل وقضى القاضي ثم رجعا فلا ضمان عليهم في ظاهر الرواية لانهم لم يوجد منهم اتلاف المال ولا النفس لان شهادتهم قاهت على الضو عن القصاص والقصاص ليس بمال - وكذا النسب فلو شهدوا ان هذا الغلام ابن هذا الرجل والاب يحمده فقضى القاضي بشهادتها ثم رجعوا لا يبطل النسب ولا ضمان على الشهود لانعدام اتلاف المال منها سواء كان رجوعهم في حال حياة الاب او بعد وفاته اما في حال حياة

الاب فلاتها لم يشهدا على الاب بالمال وانما شهدا عليه بالنسب والنسب ليس بمال . واما بعد وفاته فلائهم لو ضمنوا اضمنوا ما ورث الابن المشهود له لسائر الورثة ولا يجوز ذلك لان استحقاق الميراث يضاف الى الموت الا ان الاب لا الى النسب لان الميراث يستحق بالنسب والموت جميعا والموت آخرهما وجودا وكل حكم ثبت بطله ذات وصفين يضاف الى آخر الوصفين وجودا .

ومثله الولاء . فلو اقام شاهدين ان هذا مولاه اعتقه وهو يملكه وقال المشهود عليه انا حر الاصل ثم رجعوا بعد القضاء بشهادتهما لم يضمننا شيئا لانها الزمات الولاء بشهادتهما والولاء كالنسب ليس بمال . ولو مات فورته ثم رجعا عن شهادتهما لم يضمننا شيئا والملة ما ذكر في النسب - كذلك النكاح قال في الفتح بان ادعى رجل على امرأة نكاحا بقدر مهر مثلها او ادعاء باقل بان ادعاء بمائة ومهر مثلها الف فشهد كذلك شاهدان فقضى بمقتضى شهادتهما ثم رجعا لا يفسخ النكاح برجوعها ولا يضمنان شيئا في في الصورتين وذلك لان البضم وان كان متقوما حال الدخول لخطره لكنهم ما اتفقوه عليها كليا بل او كسوا في المنفعة والمنفعة ليست عين مال حقيقة وانما يعطى لها حكم الاموال بعارض عقد الاجارة - وكذلك لو ادعت امرأة على رجل انه طلقها على الف درهم ، والزوج ينكر فشهد شاهدان فقضى القاضي ثم رجعا لم يضمنوا للزوج شيئا لانها بشهادتهما اتلفا على الزوج المنفعة لا عين المال .

ومثله لو ادعى رجل انه استأجر هذه الدار من فلان بعشرة دراهم واجر مثلها مائة درهم والمؤجر ينكر فشهد شاهدان وقضى القاضي ثم رجعا لا يضمنان للمؤجر شيئا لانها بشهادتهما اتلفا المنفعة لا عين المال - بخلاف العكس وهو ما اذا كان المدعي هو المؤجر بان ادعى انه اجر داره من فلان شهراً بعشرة دراهم وكان اجر مثلها خمسة والمستأجر ينكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي ثم رجعا فانها يضمنان الزيادة لان التلف بقدر الزيادة حصل بغير عوض - ففي صورة ادعاء المستأجر

على الموجر كان الدعوى عليه بمنفعة والمنافع لا تضمن فلا ضمان - واما
المكس فالادعاء يبدل المنفعة لا بها وهو زائد عن اجر المثل وهو
مال عين فيضمنان .

ومن هذا القبيل الشفعة فلو ادعى رجل على آخر الشفعة وشهد له
شاهدان بان المشفوع به ملكه فقضى القاضي بها ثم رجعا عن شهادتهما
لا ضمان عليهما لانها من الحقوق المجردة ليست مالا - وعلى هذا فقس
كل مشهود به متلف ليس مالا عينا ، او منفعة ليس بمال عين ، او من
الحقوق المجردة فهذه الاحكام ماخوذة بعضها بنوع تلخيص من المبسوط والبدائم
والبحر والفتح والهداية فارجع اليها .

ومن شروط الضمان ان يكون اتلاف المال العين بغير عوض حصل
للمشهود عليه فان تعرض عنه ، فلا ضمان على الشهود سواء كان العوض
عين مال ، او منفعة لما حكم عين المال - فملى هذا لو شهدوا على بايع
بييع بمثل القبضة او اكثر ثم رجعوا لم يضمنوا لانه ليس باتلاف معنى نظراً
الى العوض وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان لانها اتلنا هذا الجزء
بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع بائنا او فيه خيار البائع لان
السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فيضاف
التلف اليهم الا اذا اوجب البيع في المدة فلا ضمان على الشهود لانه ازال
ملكه باختياره فلم يتحقق الاتلاف (هندية) .

قال في الفتح هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن فلو شهدا
به وبنقد الثمن ثم رجعا فاما ان ينظما هما في شهادة واحدة بان شهدا
انه باعه هذا بالف واوفاه الثمن او في شهادتين بان شهدا بالبيع فقط
ثم شهدا بان المشتري اوفاه الثمن ففي الاول يقضى عليهما بقيمة المبيع لا
بالثمن وفي الثاني يقضى عليهما بالثمن للبايع والفرق هناك فارجع اليه .
يقول الفقير قوله (يقضى بالثمن للبايع) اي مع ضمان النقصان اذا
كانت قيمته اكثر والا تانف على البايع فرق النقصان بلا مقابلة عوض
- ولو كانت الدعوى من المشتري بانه اشترى منه هذا بانف وشهد له

فان كانت قيمته مثل الثمن المذكور او اقل لا ضمان على الشاهدين للبايع لما قلنا وان اكثر ضمنا الزيادة للبايع لان شهادتها وقت ائلافها بغير عوض والحكم في البتات والخيار واحد كما تقدم الا اذا اجاز من له الخيار في المدة - ومثال ما لو كان العوض منفعة لها حكم المال ، ما اذا ادعت امرأة على رجل انه تزوجها على الف درهم والرجل ينكر فشهد لها بذلك وقضى القاضي بالنكاح بالف ثم رجعا ، - ينظران مهر مثلها الفاً او اكثر لم يضمنا للزوج شيئاً وان اتلفا عليه عين المال لانها اتلفاه بعوض له حكم المال وهو البضع لانه يعتبر مالا حال دخوله في ملك الزوج بدليل ان الاب يملك ان يزوج من ابنة امرأة . ولو لم يعتبر البضع مالا حال دخوله في ملك الزوج ، لما ملك لان الاب لا يملك على ابنة معاوضة مال بغير مال (بدائع) .

وفي البحر ما ملخصه ثم اعلم ان تضييع الشاهد لا ينحصر في الرجوع بل يكون في غيره فيما اذا ظهر كذب الشاهد لما في تلقيح المحبوبي : شهدوا على رجل في دعوى اقراض ان المدعي اقرضه الف درهم ثم بعد حكم القاضي اقام المقضي عليه بينة انه دفعها قبل الحكم تسترد له ولا يضمن الشاهدان - ولو شهدوا في هذه القضية ان له عليه الف درهم ضمنوا - والفرق ان الشهادة بلفظ اقراض لا تفيد قيام الدين في الحال لجواز وقوع الايفاء او الابراء بعد الاقراض فلم يتيقن بكذب الشاهدين وبلفظ له عليه الف درهم يفيد قيام الدين في الحال فعليهم الضمان لتيقن كذبها - ومن هذا ما في تلخيص الجامع اخذ الولي دية القتل بناء على قضاء القاضي بالشهادة بقتله فظهر المشهود بقتله حياً ان شاء المحكوم عليه ضمن الولي لانه قبض الدية ظلماً ولا يرجع على احد لسلامة بدله او الشاهد لانه السبب الملجبي لحكم القاضي . ولو شهدوا على اقرار المدعي عليه بالقتل او على التحمل لشهادة غيرهم ضمن الولي فقط لعدم التيقن بكذبهم لجواز ان يكون المقر او شاهد الاصل كاذبين . ثم في هذه المسئلة اي دعوى القرض لو اثبت المقضى عليه الابراء

ضمن شاهد الدين لظهور كذبه دون شاهد القرض والوجه ظاهر - ونقل العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر عن ابي الشحنة في سان الحكم ضابطاً في تضمين الشاهدين بلا رجوع حيث قال : دقيقة في ايجاب الضمان على الشاهدين الشاهدان متى ذكرا شيئاً هو لازم للقضاء. ثم ظهر - بخلافه ضمناً . ومتى ذكرا شيئاً لا يحتاج اليه القضاء. ثم تبين بخلاف ما قالوا لا يضمنان شيئاً حتى ان مولى الموالاة اذا مات وادعى رجل ميراثه بسبب الموالاة فشهد شاهدان ان هذا مولى هذا الذي اسلم والاه وعاقده وانه وارثه لا نعلم له وارثاً غيره فقتضى له القاضي ميراثه فاستهلكه وهو مصر ثم ان رجلاً آخر اقام البينة انه كان نقض الولاية الاول ووالى هذا الثاني وانه توفي وهذا الثاني مولاه ووارثه لا وارث له غيره ، فالقاضي يقضي بالميراث للثاني فيكون الثاني بالخيار ان شاء. ضمن الشاهدين الاولين وان شاء. ضمن المشهود له الاول ، لانه ظهر كذب الشاهدين الاولين فيما للحكم به تعلق .

وبيان ذلك في مسألة الولاية قولها هو وارثه لا وارث له غيره امر لا بد منه للقضاء. له فانهم اذا شهدوا باصل الولاية ولم يقولوا وارثه فالقاضي لا يقضي له بالميراث وانما اخذ الاول الميراث بقول الشاهدين انه مولاه ووارثه اليوم وقد ظهر كذبها فضمننا .

بخلاف مسألة النكاح فانها اذا شهدا انه مات وهي امرانه زيادة غير محتاج اليها فانها لو قالوا كانت امراته فان القاضي يقضي لها بالميراث فصار وجود هذه الزيادة كالعدم ولو انعدمت هذه الزيادة بان شهدا بانها زوجته ولم يقولوا مات وهي امراته لكان لا يجب عليها شيء لانها شهدا بنكاح كان ولم يظاهر كذبها في ذلك ثم ذكر مسألة الفرق اه كلامه .

يقول المبد الضعيف هذا الضابط ليس كلياً لعدم انطباقه على شهود القتل المارة اذ ليس مع الشهادة بالقتل شيء لازم لا بد من ذكره للحكم بالدية فالذي يظهر ان القاعدة للاضمان هي ظهور كذب الشاهدين

وفي مسئتي الشهادة بالموالة وبالنكاح لا يتيقن كذبها الا اذا ذكرا ذلك القيد الموجب للقضاء بالارث كما لا يخفى .

﴿ تنبيه ﴾

اذا علمت الضابط الذي يوجب الضمان والذي لا يوجه كما نقلناه لك ملخصاً عن البدائع والبحر والفتح والهداية ، سهل عليك معرفة ذلك عند حدوث القضايا في جميع ابواب الفقه وعلمت ان الفروع التي ذكرها الفاضل علي حيدر افندي من قبيل المثال لا على وجه الاستقصاء .

المادة ١٧٣٠ - اذا رجع بعض الشهود على الوجه المذكور آنفاً فان كان باقهم بالغاً نصاب الشهادة يضمن الذي رجع مستقلاً نصف المحكوم به ان كان واحداً وان كانوا ازيد يضمنون النصف سوية بالاشترار

فان قيل ان مجموع شهادة الاثنين هو العلة لحكم القاضي وواحد منها لا يصلح علة فكما ان في ابتداء الشهادة لا يتحقق الطية الا بالجميع فبعد الحكم اذا رجع احدهما كان ينبغي ان يكون الباقي في حكم العدم ويجب ضمان الجميع على الرجوع اعتباراً بقاء العلة بائتمانها الجواب يجوز ان يبقى بعض الحكم ببعض العلة ولا يثبت ابتداء بعضها - وفي الهداية الاصل المتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع .

وفي التتبع وهذا لان الشهادة انما تثبت المال والرجوع انما يوجب الضمان لانه اتلاف فاذا بقي بعد رجوع من رجع من يستقل باثبات المال ، بقي المال ثابتاً فلم يتحقق بالرجوع اتلاف شي . ومن المحال ان يضمن مع عدم اتلاف شي . واما ما اورد من انه ينبغي اذا رجع واحد من الاثنين ان لا يبقى شي . من المال لان الواحد لا

يثبت بشهادته شيء اصلا فيقتضى ان يضمن الواحد الراجع كل المال وهو مصادم للاجماع على نفيه . وانما كان الاجماع على نفيه لان عدم ثبوت شيء بشهادة الواحد انما هو في الابتداء . ولا يلزم في حال البقاء ما يلزم في الابتداء . اهـ .

فعلى هذا ينظر لمن بقي بعد الرجوع لا لمن رجع فان كان في الباقي نصاب الشهادة فلا يترتب على من رجع سوى التعزير لان شهادة الباقي اثرت في الحكم . وان كانت بعض العلة ابتداء . كالنصاب فانه في معنى العلة لوجوب الزكوة لكن يتراخى الحكم الى حولان الحول ويبقى بقاء بعض النصاب (بجر) . وفيه مسائل الجامع الكبير اربعة شهدوا على آخر باربعائة وقضى بها فرجع واحد عن مائة وآخر عن تلك المائة ومائة اخرى واخر عن تلك المائتين ومائة اخرى فعلى الراجعين خمسون درهما اثلاثا لان الشهادة قائمة بقدر ثلاثائة وخمسين اهـ . وذلك لان الذي لم يرجع بقي شاهداً باربعائة والراجع الاول بقي شاهداً بثلاثائة فبقي على ثلاثائة حجة كاملة فلا يجب ضمانها على احد بقي على المائة الزائدة واحد وهو الثابت على شهادته فبقي من يقوم به نصف الحق فبقي نصفها فظهر ان التالف برجوعهم نصف المائة فيجب على الراجعين لاستوائهم في ايجابها فان رجع الرابع عن الجميع ضمنوا المائة ارباعاً وضمنوا سوى الاول خمسين ايضاً اثلاثا لانه بقي من الشهادة من يقوم به مائتان وخمسون كذا في المحيط اهـ كلامه .

اقول بيانه ان الجميع اتفقوا على الرجوع عن المائة الرابعة فيضمنونها ارباعاً واما المائة الثالثة فالراجع الاول ثابت عليها بشهادته وحده فتنصفت الحجة فوجب نصفها وهو خمسون على الثلاثة اثلاثا لانه بقي من الشهادة من يقوم به مائتان وخمسون فتأمل .

يتفرع على ما ذكر ما في البدائم وغيره اذا شهد رجلان بمال ثم رجع احدهما ، عليه نصف المال لان النصف محفوظ بشهادة الباقي ولو كان الشهود اربعة فرجع واحد منهم لا ضمان عليه وكذا اذا رجع اثنان لان الاثنتين يحفظان المال ولو رجع منهم ثلاثة فعليهم نصف المال لا

النصف عندنا بشهادة شاهد واحد ولو شهد رجل وامرأتان بمال ثم رجع الرجل ، غرم نصف المال لان النصف بقي بثبات المرأتين ولو رجعت المرأتان غرمتا نصف المال بينهما نصفين لبقاء النصف بثبات الرجل - ولو رجع رجل وامرأة فطليهما ثلاثة ارباع المال نصفه على الرجل وربعه على المرأة لان الباقي ببقاء امرأة واحدة ، الربع فكان التالف بشهادة الرجل والمرأة ثلاثة ارباع . والرجل ضعف المرأة فكان عليها الربع وعلى الرجل النصف ولو رجعوا جميعا فنصف المال على الرجل والنصف على المرأتين بينهما نصفان .

ولو شهد رجلان وامرأة ثم رجعوا فالضمان على الرجلين ولا شيء على المرأة لان المرأة الواحدة في الشهادة وجودها وعدمها بمنزلة واحدة لان القاضي لا يقضي بشهادتها - ولو شهد رجلان وامرأتان ثم رجعت المرأتان فلا ضمان عليهما ، لان الحق يبقى محفوظا بالرجلين ولو رجع الرجلان يضمنان نصف المال ، لان المرأتين يحفظان النصف . ولو رجع رجل واحد لا شيء . عليه لان رجلاً وامرأتين يحفظون جميع المال . واو رجع رجل وامرأة فطليهما ربع المال بينهما اثلاثا ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة لانه بقي ثلاثة ارباع ببقاء رجل وامرأة فكان التالف برجوع رجل وامرأة ، الربع . والرجل ضعف المرأة فكان بينهم اثلاثا ولو رجعوا جميعاً فالضمان بينهم اثلاثا ثلثاه على الرجلين وثلثه على المرأتين لما ذكرنا ان الرجل ضعف المرأة فكان التالف بشهادته ضعف ما تلف بشهادتها . ولو شهد رجل وعشر نسوة ثم رجعوا جميعاً فالضمان بينهم اسداس سدسه على الرجل وخمسة اسداسه على النسوة . وهذا قول ابي حنيفة . وعندهما الضمان بينهم نصفان نصفه على الرجل ونصفه على النسوة .

وجه قول ابي حنيفة ان كل امرأتين بمنزلة رجل واحد في الشهادة فكان قسمة الضمان بينهم اسداسا وجه قولها ان النساء . وان كثرت فلهن شطر الشهادة لا غير فكان التالف بشهادتهن نصف المال والنصف بشهادة الرجل فكان الضمان بينهم انصافاً ولو رجع الرجل وحده ضمن نصف المال

لان النصف محفوظ بشهادة النساء. وكذا لو رجعت النسوة غرمن نصف المال لان النصف محفوظ بشهادة الرجل هذان النصفان يوثقان قولها في الظاهر ولو رجع ثمان نسوة فلا ضمان عليهن لان الحق بقي محفوظاً برجل وامراتين . ولو رجعت المرأة بعد ذلك فعليها وعلى الثمان ربع المال لانه بقي بثبات رجل وامرأة ثلاثة ارباع المال . ولو رجع رجل وامرأة فعليها نصف المال اثلاثا ثلثاه على الرجل والثلث على المرأة لان تسم نسوة يحفظن المال فكان التالف بشهادة رجل وامرأة النصف والرجل ضعف المرأة فكان بينهما اثلاثا .

ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع الرجل وامرأة فعلى الرجل نصف المال ولا شيء على المرأة في قياس قولها . وفي قياس قول ابي حنيفة نصف المال يكون عليها اثلاثا ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة . ولو رجعوا فالضمان بينهم اخص عند ابي حنيفة خمسه على الرجل وثلاثة اخصاه على النسوة لان الرجل ضعف المرأة وعندهما نصف الضمان على الرجل ونصفه على المرأة لما ذكرنا ان لمن شطر الشهادة وان كثرت فكان التالف بشهادة كل نوع نصف المال (بدائم) وقد مشت المجلة على اختيار قول ابي حنيفة .

وعلى هذا يخرج ما اذا شهد شاهدان انه طلق امراته ثلاثا والزوج ينكر وشهد شاهدان بالدخول فقضى القاضي بشهادتهم ثم رجعوا فالضمان عليهم ارباعا على شاهدي الطلاق ربع المهر وعلى شاهدي الدخول ثلاثة ارباع لان شاهدي الدخول شهدا بكل المهر لان كل المهر يتأكد بالدخول وللمؤكد حكم الموجب . واما شاهدا الطلاق فقد شهدا بالنصف فقط لان نصف المهر يتأكد بالطلاق وقد اشترك فيه الشهود كلهم وانفرد شهود الدخول بالنصف الاخر .

- ﴿ ١٠٠ ﴾ قسمة ﴿ ١٠٠ ﴾ -

اعلم ان قضاء القاضي بالعقود والفسوخ والنكاح والطلاق والعناق

بشهادة الزور غير عالم بذلك ينفذ ظاهراً وباطناً في قول الامام الاعظم وقواه في المبسوط وفي الفتح هو الوجه - قیدنا بكونه غير عالم لان عدم العلم شرط للنفذ باطناً خلافاً للامام محمد والائمة الثلاثة والي يوسف في قوله الاخير قالوا ينفذ ظاهراً لا باطناً حتى اذا ادعى نكاح امرأة واقام شاهدي زور فقضى القاضي له بالنكاح غير عالم بذلك وسعه ان يظانها ولا يحل له في قول محمد والي يوسف الاخير احتجوا بقوله تعالى (ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام) ومحدث (انكم تختصمون الي الخ) فقد نهى عن اكل مال الغير بالباطل احتجاجاً بحكم الحاكم .

والمنفي فيه ان قضاؤه اعتمد شهادة الزور وهو سبب باطل فلا ينفذ باطناً ولان شهادة الزور كبيرة فكيف تكون حجة للشروع وهو القضاء وايضا القضاء اظهر لشيء سبق وجوده وكان خفياً وما قضى فيه بشهادة الزور لا وجود له ولا يجوز ان يجعل قضاؤه هذا انشاء لان ولاية الانشاء لم تثبت له لان دعوى المدعي وشهادة شهوده في عقد سابق فلا يتمكن اذاً من انشاء شيء لم يدعه المدعي ولانه في قضاؤه هذا لم يقصد انشاء العقد بل امضاء ما كان والحال انه لم يكن .

وحجة الامام الاعظم ان رجلاً ادعى نكاحاً بين يسدي علي رضي الله تعالى عنه واقام شاهدين فقضى علي بالنكاح بينهما فقالت المرأة ان لم يكن بد يا امير المؤمنين فزوجني منه فقال شاهدك زواجه . وهذا من سيدنا علي كالرفوع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا لا دخل فيه للرأي .

واما استدلال الصاحبين والائمة بالآية الكريمة والحديث فهذا وارد في الاملاك المرسله وهي التي لم يذكر لها سبب معين ومثله الارث والديون التي لم تبين اسبابها فان القضاء فيها لا ينفذ باطناً بالاجماع فلا يحل للمقضى له الوطى والاكل واللبس وحل للمقضى عليه - بخلاف القضاء في العقود والفسوخ والطلاق والعتاق ينفذ باطناً وان وقع بشهادة الزور

اذ ليس في وسعه الوقوف على حقيقة صدقهم او كذبهم ولا سبيل له سوى التمعن عن احوالهم بالتركيب سرأ او علناً فاذا بذل بهذا مقدوره وظهرت عدالتهم وجب عليه القضاء باسم الله تعالى فيما له ولاية الانشاء وقضائه باسم الله تعالى يكون نافذاً حقيقة لاستحالة ان يامر الله تعالى بالقضاء ولا ينفذ ذلك القضاء فاذا قضى بالزوجية مثلاً فلذلك طريقان اما اظهار نكاح ان كان واما انشاء عقد بينها ان لم يكن فاذا لم يسبق بينها عقد تعذر اظهاره بالقضاء فيتمين الانشاء فيثبت له ولاية الانشاء بهذا النوع من الدليل لكن شرطه المحلية حتى اذا كانت المرأة منكوحه الغير او محرمة عليه بسبب لا ينفذ قضاؤه فكذلك الشهادة شرطه الا ان مجلس القاضي لا يخلو عن شاهدين فهذا لم يذكر الشهادة .

وفي الهندية عن الذخيرة ومنهم من قال حضرة الشهود وقت القضاء في هذه الصورة ليست بشرط وهذا في العقود وله صور كثيرة - واما في الفسوخ فمن صورها امرأة ادعت على زوجها انه طلقها ثلاثا ولقامت شهود زور وقضى القاضي بالفرقة بينها وتزوجت باخر بعد انقضاء العدة فعلى قول الامام لا يحل للزوج الاول وطونها ظاهراً وباطناً ويحل للثاني ظاهراً وباطناً - وفي هذا حكمة بالغة وهو ان لا يجتمع رجلان على امرأة واجدة لاحدهما نكاح ظاهر والآخر نكاح باطن .

واما الاملاك المرسلة كدعوى ملكية عين او دعوى دين لم يبين سببه او ارث فليس للقاضي هناك ولاية الانشاء لانه تمليك المال من الغير بغير سبب فاذا لم يكن له ولاية الانشاء لم يكن للحكم موضع الا بولاية اظهار الملك فاذا لم يكن في نفس الامر ملك سابق فلا يتصور اظهاره بالقضاء .

يوضحه ان القاضي في الاملاك المرسلة لا يقول للمدعي ملكتك هذا المال وانما يقصر يد المدعى عليه عن المال ويأمر بالتسليم ليأخذه على انه ملكه كما يدعيه وقضائه بهذا نافذ وفي العقود والفسوخ والطلاق والعتاق يقول قضيت بالنكاح بينكما وجعلتها زوجة لك فيثبت بالنكاح

بينها بقضائه .

المادة ١٧٣١ - يشترط ان يكون رجوع الشهود في حضور الحاكم ولا اعتبار لرجوعهم اذا كان في محل آخر بناء على ذلك اذا ادعى الشهود عليه رجوع الشهود عن شهادتهم في محل آخر فلا تسمع دعواه واذا شهدوا في حضور الحاكم ثم رجعوا بعد ذلك عن شهادتهم في حضور حاكم آخر يعتبر رجوعهم .

تقدم الكلام على هذا في شرح المادة (١٧٢٩) فارجع اليه . وفي البحر وانما اشترط في الرجوع ان يكون عند القاضي لانه فسخ للشهادة فيختص بما يختص به الشهادة من مجلس القاضي ولان الرجوع توبة وهي على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان - اطلقه فمثل القاضي المشهود عنده وغيره فاذا لم يصح الرجوع عند غير القاضي ولو شرطياً كما في فتح القدير .

ولو ادعى الشهود عليه رجوعها واراد يمينها ، لا يحلفان وكذا لا تقبل بيئته عليها لانه ادعى رجوعاً باطلاً حتى لو اقام بيئته انه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل لان السبب صحيح - ولو اقر عند القاضي انه رجع عند غير القاضي فانه صحيح وان اقر برجوع باطل لانه يجعل انشاء للحال - وفيه عن خزنة المقتين اذا رجعا عن شهادتهما واشهدا بمال على انفسهما لاجل الرجوع ثم جعلوا ذلك فشهد عليهم الشهود بالمال من قبل الرجوع والضمان لا تقبل اذا تصادفا عند القاضي ان الاقرار بهذا السبب فالقاضي لا يلزمها الضمان .

وفي المحيط ولو ادعى رجوعها عند القاضي ولم يدع القضاء بالرجوع والضمان لا تسمع منه البيئته ولا يحلف عليه لان الرجوع لا يصح ولا

يصير موجباً للضمان الا باتصال القضاء به كالشهادة .

فروع

في البرازية شهدا على رجل باعناق عبده واربعة اخر على انه زنى وهو محصن فعكهم بالعتق والرجم ثم رجعوا فالقيمة على شهود العتق للمولى والدية على شهود الزنى للمولى ايضا - والمولى وان كان جاحداً للعتق وهو يمنع اخذ القيمة لكن زعمه بطل بالحكم وصار كالمعدوم .

فان قلت المحل الواحد صار مضموناً مرتين حيث ضمنوا ديته وقيمة رقبته ذلك لاختلاف الجهة فان ضمان قيمة الرقبة من جهة المالية ، لان المملوك من هذه الجهة حكمه حكم الاموال الساخرة والدية من جهة النفس المعصومة وقد اتلفوها بالشهادة وعن هذا صرح بصحة اقراره بقتل عمد فيجري عليه القصاص كما في البدائع وغيرها . ولو اقر بجال لا ينفذ على مولاه وبطالب به بعد العتق وعن هذا ايضا نقلت الهندية عن الحاروي ، انه لو كان احد شاهدي العتق احد الاربعة ضمن حصته من الدية مع حصته من القيمة .

وفي المبسوط ولو شهدوا لرجل مسلم كان ابوه نصرانياً ان اباه مات مسلماً وللميت ابن نصراني فقضى القاضي بالمال لابنه المسلم ثم رجعوا عن شهادتهم ضمنوا الميراث كله للانصراني ، لانه لولا شهادتهم كان القول قول الابن النصراني باستصحاب الحال والميراث كله له لانه عرف نصرانية ابيه في الاصل فانما صار الميراث كله مستحقاً لابن المسلم بشهادتها فنقد الرجوع يضمنان ذلك .

ولو كان صبي في يد رجل لا يعرف انه حر او عبد فشهد شاهدان على اقراره انه ابنه فاثبت القاضي نسبه منه ثم مات الرجل فقضى له ميراثه ثم رجعا لم يضمننا شيئاً ، لانها شهدا بالنسب في حياته واستحقاق الميراث انما يحال على آخر الوصفين وجرداً وهو الموت دون ما شهدا

به (مبسوط) .

ولو شهدا برهن دابته والراهن مقر بالدين جاحداً للرهن فقضى القاضي بالدابة رهناً ثم رجعا فان لم يكن في قيمة الدابة فضل على الدين فلا ضمان عليهما لانها شهدا بثبوت يد الاستيفاء . ولو شهدا على المطلوب بحقيقة ايفاء الدين بمال في يده وهو مثل الدين لم يضمننا عند الرجوع فكذلك اذا شهدا بثبوت يد الاستيفاء للمرتهن في ماله . وان كان في قيمته فضل على الدين لم يضمننا ما دامت الدابة حية لانه باق على ملك المطلوب وهو متمكن من اخذه بقضاء الدين وهو مقر بالدين فاذا ماتت عند المرتهن ضمنا ذلك الفضل ، لانها اتلغا الفضل عليه بغير عوض حين اثبتنا حق الحبس فيه للمرتهن ولم يسقط شي . من الدين باعتباره .

ولو كان الراهن هو الذي ادعى الرهن وجحد المرتهن ذلك فقضى القاضي بشهادتهما فلا ضمان عليهما لانها ما اتلغا على المرتهن شيئاً فان حقه في المطالبة بالدين بعد الرهن كما كان من قبل وهو متمكن من رد الرهن لان عقد الرهن لا يتعلق به اللزوم في جانب المرتهن - فان قيل لماذا تقبل البينة عليه وهي لا تازم شيئاً قلنا اثبات السبب بالبينة صحيح وان كان لا يتعلق به اللزوم في الحال كما في البيع بشرط الخيار للبائع او للمشتري الا ان يكونا شهدا عليه برهن هالك في يده فحينئذ هذا بمنزلة شهادتهما عليه باستيفاء الدين لان الاستيفاء يتم بهلاك الرهن فيكونان متلفين للمال عليه فيضمنان له ذلك عند الرجوع .

وفيه واذا عمل المضارب بالمال وربح فادعى انه اخذه مضاربة بالنصف وشهد له شاهدان ورب المال يقول بالثلث واخذ المضارب نصف الربح ورد الباقي ثم رجع الشاهدان ضمنا السدس الذي شهدا به لان القول قول رب المال لولا شهادتهما فما زاد على الثلث الى تمام النصف انما استحقه المضارب على رب المال بشهادتهما وقد اقرا بالرجوع انهما اتلغا ذلك عليه بغير حق . ولو كان الربح كله ديناً لم يضمننا شيئاً حتى يقبض فما قبض منه اقتسماه نصفين ويضمن الشاهدان سدسه لرب المال لان وجوب الضمان

عليها بتفويت اليد ولا يتحقق ذلك ما لم يقبض الدين وتصل الى المضارب
حصته فعند ذلك يتم التفويت عليه بسبب شهادتهما .

وفي الهندية اربعة شهدوا على رجل بالزنى وشهد شاهدان عليه بالاحصان
فاجاز القاضي شهادتهم وامر برجمه ثم رجعوا جميعا عن شهادتهم فبطلان
شهود الزنا يضمنون الدية ويمجدون عند القذف عند ثلاثين الثلاثة ولا
ضمان على شهود الاحصان كذا في المحيط . يقول الفقير وجه ذلك
ان الاحصان شرط للرجم والملة هي الزنى والحكم يضاف الى العتق لا الشرط
وفيهما . ولو شهد اربعة على رجل بالزنى ولم يضمن فجلده الامام وجرحته
السياط ثم رجعوا عن الشهادة فعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ليس عليهم
له ارش الجراحة خلافا لها . وجه قول الامام ان الذي ترتب على
شهادتهم هو الجلد فهي الملة له . والجرح انما حصل من جهالة فاعل الجلد
وهو الجلاد المأمور ولو رجم واحد من الشهود قبل ان يحكم بها حدوا
اي لان شهادتهم لم تتأكد بحكم الحاكم الذي هو علة اقرب فاذا نقص
نصاب الشهادة برجع واحد منهم اصبحت شهادة الباقيين كالمقدم فيحدون
جميعا حد القذف .

ولو شهد اربعة على رجل بالزنى والاحصان فقضى القاضي بذلك وامر
برجمه فرجعوا عن الشهادة وجرحته الجراحة وهو حي فان القاضي يدرأ
عنه الرجم وهم ضامنون ارش جراحته . اقول الفرق بين هذه المسئلة
والتي قبلها على قول الامام ابي حنيفة ان القاضي لما كان مأموراً سرياً برجمه
بناء على شهادتهم بالزنى والاحصان ، فالجرح داخل في الرجم فكانت
شهادتهم الموجبة للرجم موجبة للجرح من باب اولي .

وفيهما ولو شهد اربعة على العتق والزنا والاحصان فامضى القاضي ذلك كله
ثم رجعوا عن العتق ضمنوا القيمة ولا شي عليهم من الدية . بيانه انهم
باتون على شهادتهم بالزنى . ولو رجع اثنان عن الزنى واثنان آخران
عن العتق لا شي . على اللذين رجعا عن العتق . وذلك لانه مهدور الدم

بمقتضى الشهادة على الزنى والاحضان وقد وليها اجراء الحد فلم يتلفره على
المولى بشهادة العتق (وعلى اللذين رجما عن الزنى نصف الدية وحد القذف)
وجبه ظاهر (وفيها شهدوا على مودتهم اي ليبيهم او اخيهم او عهدهم المعصن
بالزنى رجما ولا تقتدر تهمة استعجال الارث) اي لا ترد شهادتهم لهذه التهمة
لانه عارضها امر آخر ديني وهو الاحتساب في هذه الشهادة لاقامة الحد
(فان رجما ولم يصيوا مقتله) اي لان الشهود هم اللذين يبدون بالرجم قبل
غيرهم (فرجع واحد غرم ربع ديته وورث الراجع) اي لما تقدم من عدم
التهمة في استعجال الارث (فان اصابوا مقتلاً فرجع واحد وكذبوه في الرجوع
لم يغرم شيئاً) لانهم بتكذيبهم له بالرجوع اعترفوا بعدم وجوب الغرامة
عليه . واما ارثه فلان ما فعله معهم في اصابة المقتل لا يمنع الارث (وان
قالوا شهدت بباطل لانك ما رأيت زناه ورأيتاه غرم ربع الدية لهم ولا
يرث) علمته بظاهرة (وان قالوا شهدت بباطل لانك ما رأيت زناه ورأيتاه غرم
ربع الدية لهم ولا يرث) وجهه ظاهر (وان كذبوه في الشهادة وصدقوه في
الرجوع غرموا ديته وحدوا للقذف وحرموا من الارث وصرف الى اقرب
الناس اليه) الوجه ظاهر .

قال في البحر واعلم ان الضمان يسقط عنها باشيء الاول ضمنها نصف
المهر ثم اقر به رده اليها الثاني ضمنها قيمة العين ثم اقر بالاعتساق رده
الثالث ضمنها قيمة العين ثم وهبها المشهود له للمشهد عليه رده اليها الرابع
رجع الواهب في هبته بقضاء بعد ما ضمن الشاهدين رد الضمان الخامس
ورثه المقضى عليه رد الضمان بخلاف ما لو اشتراه (الكل من الغناية) .

المادة ١٧٣٢ - لا اعتبار لكثرة الشهود يعني لا يلزم

ترجيح شهود احد الطرفين لكثرتهم بالنسبة الى شهود الطرف
الآخر الا ان يكون كثرتهم قد بلغت درجة التواتر .

لان الترجيح انما يكون بقوة الدليل لا بكثرتهم فلو وجد في احد

الطرفين شاهدان وفي الاخر اربعة فاكثرة الشهود لا تزيد قوة في الحجة لان كل بينة مع قطع النظر عن غيرها ، حجة مستقلة في تأثيرها وقد صرحوا في الاصول ان من الترجيح الفاسدة الترجيح بكثرة الدليل .

فعلی هذا لا يترجح قياس على قياس آخر يوافقه في الحكم بسبب تعدد الملل في احدهما دون الاخر لان هذا من قبيل تعدد الادلة . وتعددها لا يؤثر في الترجيح كملة الربا هي الطعم عند الشافعي وعند مالك هي الطعم والادخار وكل واحد من العلتين يوجب حرمة بيع الحفنة بالحفتين عندهما لا عند اثنتا لان العلة عندهم الكيل او الوزن وهذا لا يجري في الحفنة والحفتين .

فحيث كان الترجيح بقوة الدليل لا بكثرتة فلا يقال يترجح قياس مالك مثلاً على قياس الشافعي في نحو العدس والحمص الملحق بالحفنة والشعير لوجود الطعم والادخار باعتباره رويًا دون ما وجد فيه الطعم فقط كالطنخ باعتباره رويًا عند الشافعي .

كذلك لا ترجح الآية بآية اخرى ولا الخبر بخبر آخر انما الترجيح يكون بقوة في ذات الدليل بان تكون تلك القوة وصفاً ذاتياً له كأن يكون احدهما نصاً والاخر ظاهراً او محكماً والاخر محتملاً او متواتراً والاخر خبر الاحاد كما سيأتي في الفقرة بالاستثنائية .

كذلك لا ترجيح بزيادة العدالة بان يكون شهود احد الطرفين ازيد عدالة من الطرف الاخر لانه متى وجد اثر العدالة اثرت وليس لها حد اه شرح مرآة المجلة عن المجمع مع زيادة ابضاح خلافاً لما قال بترجيح زيادة العدالة دون العدد وفرق بينها بان الترجيح بالعدد يؤدي الى كثرة النزاع وطول المخاصمات فاذا ترجح احدهما بزيادة عدد سعى الآخر في زيادة عدد بينته وتطول الخصومة وتعطل الاحكام . واما العدالة فليس في قدرة احدهما ان يجعل بينته اعدل فلا يطول النزاع كذا في الفروق .

الا ان تكون كثرتهم قد بلغت درجة التواتر .

فان الكثرة الى هذه الدرجة يحصل منها هيئة اجتماعية تمنع التوافق على الكذب قال في شرح التلويح وحاصل الكلام في هذا المقام ان الكثرة ان ادت الى حصول هيئة اجتماعية هي وصف واحد قوى الاثر وكانت صالحة للترجيح والا فلا تصلح فالمرجح هو القوة لا الكثرة ان غابته ان القوة حصلت بالكثرة .

والحاصل ان الادلة العديدة اذا كان كل واحد منها مستقلاً بنفسه لا ترجيح لها على الدليل الواحد - الا اذا حصل من كثرتها هيئة اجتماعية لان كثرة اجزاء العلة توجب قوتها بخلاف كثرة جزئياتها وعن هذا يترجح احد القياسين على الاخر بكثرة اصوله التي يقاس عليها لا بكثرة العلة يتضح لك هذا في العلة الحسية للاحكام الشرعية التي وقم الاجماع فيها على عدم الترجيح بكثرة العلة كأنسان جرحه واحد جراحة وآخر عشر جراحات فسات متأثراً من ذلك كله كانت الدية عليها نصفين في الخطأ ولا ينظر الى عدد الجراحات وانما ينظر الى الجرح لان الانسان قد يموت من جراحة واحدة ويسلم من عشر وقد يموت من عشر ويسلم من واحدة فلا ينظر الى كثرة الملل - نعم لو قطع انسان يده واخر رقبته فالقاتل هو الثاني فقط لان قطع الرقبة علة موجبة للموت قطعاً وفي قطع اليد احتمال لجواز ان يعيش مقطوع اليد فكانت العلة في قطع الرقبة اقوى والله سبحانه اعلم .

المادة ١٧٣٣ - التواتر يفيد علم اليقين بناء عليه لا تقام البيئة بخلاف المتواتر كما ذكر آنفاً .

اعلم اولاً ان العلوم الضرورية تنحصر في ستة اقسام وذلك لان جزم

العقل بالحكم بعد طرفي القضية ان كان بمجرد تصور طرفيها لا يحتاج الى امر آخر يستعين به على التصديق فهي الاوليات نحو الواحد نصف الاثنين والمتناقضان اذا صدق احدهما كذب الاخر والاثنان اكثر من الواحد فهذه القضايا متى تصور العقل طرفيها يحكم بصحتها ضرورة بلا حاجة الى واسطة وان احتاج الى واسطة تنضم معه فتلك الواسطة لا تخلو اما ان تكون الحس الظاهر وتسمى المشاهدات كالحكم بان النار حارة والشمس مضيئة فادراك العقل لذلك يحتاج الى اللمس والبصر - واما الحس الباطن وتسمى الوجدانيات كالحكم بان لنا خوفاً وغضباً . وان كانت الواسطة ليست حساً ظاهراً ولا باطنياً فلا يخلو اما ان تكون امراً لازماً من لوازم القضية لا يعزب العقل عنها عند تصور الطرفين وتسمى الفطريات نحو الاربعة زوج فهذه القضية يحتاج العقل في تصديقها الى امر لازمه لها وهو الانقسام الى متساويين ومن ثمة يقال لها قضايا قياساتها معها . وتقول الاربعة زوج لانها منقسمة الى متساويين وكل منقسم الى متساويين زوج .

واما ان لا تكون الواسطة امراً لازماً للقضية لكن بانضمامه للعقل يجزم العقل بالحكم بين طرفي القضية فهذا لا يخلو اما ان تكون تلك الواسطة تكرار المشاهدة لان لوقوع المتكرر على نهج واحد لا بد له من سبب وان لم يعرف ما هيته قطعاً وتسمى المجربات ويعبر عنها باطراد العادات نحو السقمونيا مسهل للاصفراء والحمر مسكرة والحبز مشع . واما ان تكون الواسطة كثرة المخبرين بامر ممكن مستند الى المشاهدة كثرة يتنع بها قواطعهم على الكذب عادة وان جاز بالنظر للامكان الذاتي وتسمى التواترات فهذه القضايا يجزم العقل بها بواسطة تكرار التأثير بدون تخلف على طريق القياس الخفي باعتبار انها سبب وكما علم وجود السبب علم وجود السبب .

فاذا تأملت هذا عرفت ان العقل انما حكم بالتصديق بعد التكرار على الحس بواسطة قياس خفي ارتسم فيه ولم يشعر به ولم يلتفت اليه ولم

يشنّه بلفظ فكأن العقل يقول في المجربات او لم يكن هذا السبب يقتضيه لما اطرد في الاكثر ولو كان بالاتفاق لاختلف لكنه اطرد ويقول او لم يكن الخبر حقا لما اتفق على الاخبار به الجمع الغير محصور مع اختلاف احوالهم لكن اتفقوا فيكون حقا .

واما ان تكون الوساطة حدسا او ظنا قويا من النفس يزول معه الشك ويحصل اليقين بمشاهدة القرائن وتسمى الحدسيات كالحكم بان نور القمر مستفاد من نور الشمس لما يرى من اختلاف تشكيلات نوره بحسب اختلاف اوضاعه من الشمس وذلك انه يضيء دائما جانبه الذي يلي الشمس وينتقل ضوءه الى مقابلة الشمس فيحدس العقل بانه لو لم يكن نوره من الشمس لما كان ذلك فهي كالمجربات في تكرار المشاهدة ومقارنة القياس الحفي .

ومن نوع الحدسيات الموجبة لليقين ، القرينة القاطمة التي جعلوها من اسباب الحكم كما في مادتي ١٧٤٠ و ١٧٤١ حيث كان التواتر من مدارك اليقين ومعدوداً من اليقينات السبع المتقدمة ، كان اقوى من الشهادة العادية عند التعارض في سائر المواضع والاحوال ، وقوته باعتبار الهيئة الاجتماعية كما بيناه في شرح المادة ١٧٣٢ غابته ان هذه القوة حصلت بالكثرة كالجليل المؤلف من شعرات

وفي شرح التلويح فان قبل جواز كذب كل واحد يوجب جواز الاخرين لعدم المناقاة مع ان المجموع ليس الا نفس الاحاد فجواز كذب كل واحد يوجب جواز كذب المجموع . وايضا يلزم جواز القطع بالنقيضين عند تواترهما . وايضا اذا عرضنا على انفسنا وجود اسكندر وكون الواحد نصف الاثنين نجد الثاني اقوى بالضرورة فلا كانا ضروريين لما كان بينهما فرق . وايضا الضروري يستلزم الوفاق وهو منتف في المتواتر لمخالفة السمنية والبراهمة .

اجيب اجمالا بانه تشكيك في الضروري فلا يستحق الجواب كسبه السوفسطائية - وتفصيلاً بان حكم الجملة قد يخالف حكم الآحاد

كالسكر الذي يفتح البلاد وتواتر النقيضين محال عادة ولا امتناع في اختلاف انواع الضروري بحسب السرعة والوضوح بواسطة الالاف والطادة وكثرة الممارسة والاختطار بالبال ونحو ذلك مع الاشتراك في عدم احتمال النقيض والضروري لا يستلزم الوفاق لجواز المكابرة والعداكا للسوفسطائية .

المادة ١٧٣٤ - كما لا يشترط لفظ الشهادة في التواتر كذلك لا تتحرى العدالة بناء عليه لا حاجة الى تركية المخبرين .

لانه يوجب علم اليقين ضرورة كما تقدم حتى انه يحصل ذلك لمن لا يقدر على الاستدلال كالصبيان ولا يفتر الى ترتيب قياس بالوجدان ولو اخبر جمع غير محصور من الكفار بوفاة ملكهم حصل لنا اليقين .
والتركية في البينات انما هي للطائفة بصدق الشهادة لكونها ظنية بخلاف المتواتر . وعن هذا بطل قول من اعتبر العدد المعين نحو اثني عشر او عشرين او سبعين فالعبارة ان يكون من جمع وصل عدده الى حد يتنعم عند العقل توأطنهم فيه على الكذب فلو لم يتنعم عند العقل بان اخبروا بشي . يجوز فيه توأطنهم على الكذب لغرض كما شهد ذلك في بعض الحوادث لا يكون متواتراً - وهذا ما نصت عليه المادة ١٧٣٥ الآتية ومثله في فتاوي علي افندي فلا يتوهم ان التواتر يتحقق بقدار عشرة مثلاً اعني حدا قليلاً لا يتنعم العقل عنده من اعتقاد توأطنهم على الكذب .
ثم هذا الجمع ورد في عبارة الفقهاء بالفاظ مختلفة كقولهم (اذا علمه كل صغير وكبير وعالم وجاهل) (اذا كان الحجد مستفيضاً) (اي اذا كان مشهوراً) (يعرف الكل) اي يعرف العامة الى غير ذلك من الالفاظ مرادهم مجمع ذلك التواتر .

ولكون التواتر حجة قطعية يقبل في سائر الاحوال على الاثبات والذني سواء كان الذني صورة ومعنى او معنى لا صورة وسواء كان احد

الطرفين مدعيا او مدعى عليه قبل الحكم او بعده .
ففي الهندية عن الذخيرة اذا اقام رجل البينة على آخر انه قتل اباه
عدا في ربيع الاول فاقام المدعى عليه البينة انهم راوا اباه حيا بعد
ذلك الوقت، او انه كان حيا واقرضه الف درهم بعد ذلك الوقت وانها عليه ديناً،
او اقام رجل على اخر بيينة انه اقرض فلانا اباه امس الف درهم وانها
عليه ديناً واقام الاخر البينة ان اباه مات قبل ذلك الوقت او اقامت
امراة رجلين ان فلانا طلق امراته يوم النحر بالكوفة واقام فلان البينة
انه كان ذلك اليوم حاجا بنى فالبينة بيينة المدعي ولا يلتفت الى بيينة
المدعى عليه الا ان تأتي العامة وتشهد بذلك فيؤخذ بشهادتهم وان كانت
على النفي معنى لانها متواترة كما لا يخفى .

وبما ان التواتر الذي هو موضوع البحث هنا هو التواتر الذي يستند
عليه احد الخصمين في اثبات مدعاه ، لا في الاخبار الواردة عن النبي صلى
الله عليه وسلم في الاحكام الشرعية اختلفوا في الدرجة الموجبة لطأنية
القلب على انه متواتر ففي البرازية لا بد من جماعة يقع العلم اي
اليقين بمجرهم وقدره الامام الثاني مجسدين رجلاً ومحمد بتواتر الخبر من
كل جانب وعنه انه يفوض الى رأي الامام وعن خلف خمماية يبلغ قليل والبقالى
الف ببخارى قليل . وفيه در المجلة حيث قالت جما غفيرة لا يجوز العقل
اتفاقهم على الكذب .

وعن هذا لفساد الزمان وقضاة اهله ذكر الفاضل علي افندي في شرحه
انه صدر قرار من هيئة الفتوى خانه بان التواتر في الخصومات لا يكون
اقل من عشرين ولمحكمة التمييز قرار مؤرخ في ١٣ ايلول سنة ٣٠٩
مرداه ان عدد شهود التواتر لا يكون اقل من خمسة وعشرين - وفي
كلا القرارين شيء لان مثل هذا المدد قليل في بلدة كالاستانة ومصر لا
يطمنن اليه القلب .

يقول العبد الضعيف وبمقتضى المجلة حيث كان المدار على حكم العقل
وقناعته لامتناع اتفاقهم على الكذب وعدمه فكما ان قلة العدد وكثرته

تعتبر بحسب جسامه البلدة وضررها على ما مر آنفاً من النقل كذلك ينبغي النظر في احوال المخبرين في حادثة الدعوى فقد يكون عشرون رجلاً من البلدة مشهورون بالعدالة والامانة والصلاح يطعن القلب لحبرهم اكثر من خمسين ليسوا كذلك .

فان قلت اذا كان التواتر من اليقنيات لا تقام بينة على خلافه فلو وقعت حادثة وكل من الطرفين اقام عليها بينة التواتر يشكل الامر لان العمل بكل منها يوجب الجمع بين النقيضين في الاثبات وابطال كل منها يوجب الجمع بين النقيضتين في النفي وباحدهما دون الاخر ترجيح بلا مرجح فكيف الحكم ؟ الجواب اعلم ان التعارض وهو اقتضاء كل من دليلين عدم اقتضاء الاخر لا يقع في الاحكام فيستلزم الكذب والشرع مته عن ذلك لكونه امانة العجز والجهل - واما ما يظهر لنا من التعارض في بعض المواضع فليس تعارضاً في نفس الامر بل بحسب ما يظهر لنا فهو تعارض صورة لا حقيقة لجلنا بالمتقدم منها فيكون منسوخاً بالتأخر او يحمل كل دليل على معنى يقتضيه فيرتفع التعارض الصوري .

واما في غير الشرعيات فيجوز وقوعه حقيقة كما في السؤال لكن لما كان موزداً الى التناقض وهو محال عقلاً وعادة نضطر في ذلك الى ترجيح احد التواترين على الاخر بقدر ما يمكننا من تقبم المقرآن او احوال المخبرين من الطرفين او كثرة العدد الى غير ذلك لمنع به تواتر الآخر .

وهذا مصداق ما في فصول البدائع في القسم الثالث فيما فيه الاستفتاء . قال (لا تقليد في العقليات كوجود الباري وما يجوز ويجب ويتم من الصفات وانما قال ابو حنيفة بان ايمان المقلد معتبر ، لمطابقة الواقع لا جواز التقليد فانه بالتقليد آم ثم قال لنا اي دليلنا على عدم جواز التقليد في العقليات ان معرفة الله تعالى واجبة اجمالاً ويتمم التقليد لوجوه ثلاثة الاول جواز الكذب على المخبر الثاني اجتماع النقيضين في الحقيقة اذا قلنا اننا اثنتين في النقيضين ولم نقل اذا قلنا واحد لاثنتين لئلا يرد ان تقليد احدهما مانع

من تقليد الاخر عادة كما يمنع تواتر احد النقيضين من تواتر الاخر اه كلامه
فهذه الفقرة الاخيرة افادت ان التعارض في غير كلام الله تعالى يقع لكن
يمنع واحد منها لاستلزام التناقض .

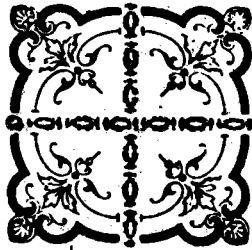
اذا عرفت هذا ظهر لك ان ما ذكره العلامة المرحوم الحزاري مفتي
الشم في اخر كتابه ترجيح البيئات في بحث التواتر انه تذاكر مع احد
افاضل النواب في مسألة استثناء الحصين الى التواتر فقال ذلك النائب
تعارضا قساقطا تحريجا على قولهم البيتان المتعارضتان تسقطان فاجابه بقوله
قلت ذلك اي التعارض في الحجة الظنية الجائر تعارضها لا في القطعيات التي
تعارضها محال فانقطع .

فيه غطر يقول الفقير كما ان النائب غير شديد حيث جعل التواتر بمنزلة البيئات
العادية في السقوط عند التعارض فجواب العلامة ايضا بان التعارض في الحجج
القطعية على الاطلاق لا يكون ، غير شديد لانه ان كان مراده في القطعيات
الاحكام الشرعية الواردة عن الشارع فسلم لما تقدم ان كلام الله ورسوله
صلى الله عليه وسلم منزه عن ذلك لاستلزامه التناقض ، وان كان غير
الاحكام الشرعية كما هو موضوع بحثه مع النائب فغير مسلم بل يقع
وها هو قد وقع حيث استند الطرفان الى التواتر فنمنع احد المتواترين
بالاخر كما ذكره في فصول البدائع بالترجيح باحد الاسباب المقدمة .

فكانه تبادل الى فكره قول فصول البدائع (كما يمنع تواتر احد
النقيضين من تواتر الاخر) انه لا يقع التعارض في القطعيات الغير الشرعية
مع ان كلام الفصول تشبيه في منع التقليد في العقليات المؤدي الى التناقض
يمنع احد المتواترين المتعارضين في غير الشرعيات لئلا يؤدي الى التناقض
واصرح من هذا قوله (كما يمنع تواتر احد النقيضين الخ) فهذا ظاهر في ان
المنع انما يكون لاحدهما لا لعدم الوقوع ويؤيده قول المحقق ابن الهمام في
التحرير ، تناقض ! يتحقق في الاحكام الشرعية) فلو لا انه قد يقع في
غيرها لما قيد بها والله سبحانه اعلم .

المادة ١٧٣٥ - ليس في التواتر عدد معين للمخبرين ولكن يلزم ان يكونوا جماعاً غفيراً لا يجوز العقل اتفاهم على الكذب

لان التحديد بعدد ، غير مستند الى دليل فالعبارة لما مئت عليه المجلة وهو الجم الغفير الذي الخ - واعلم ان للمخبر المتواتر شروطاً احدها ان يكون المخبرون بحيث يتمتع صدور الكذب منهم بصورة لا تنقطع سلسلته بان يكون اوله كآخره وآخره كاوله واطسطه كطرفيه . الثاني ان يكون المخبرون عالين بما اخبروا به علما مستنداً الى الحس كالسمع والبصر لا الى غيره كدليل فانه لو اخبر اهل خوارزم مثلاً بمجدوث العالم لا يحصل لنا العلم بنجرهم بل يحصل لنا ذلك بالاستدلال . الثالث ان يكون المخبر به ممكناً مشاهداً ولو بالتجربة فلو اخبر جميع العالم بما هو مستحيل عقلاً او من المعقول الغير المشاهد لا يفيد اليقين الا خبر النبي صلى الله عليه وسلم في المعقول الغير المشاهد فانه حق فان قيل ان الخبر يفيد بسبب التواتر فالعلم موقوف على التواتر كذلك لا يتحقق انه متواتر الا اذا افاد العلم فيستلزم الدور وهو توقف كل من التواتر والعلم على الآخر وهو باطل لاستلزامه توقف الشيء على نفسه اجيب بان العلم موقوف على نفس التواتر وتحقق التواتر ليس موقوفاً على نفس العلم بل على العلم بان العلم حصل بالتواتر فالوقوف عليه العلم بالعلم والموقوف نفس العلم فلا دور .



الباب الثاني

في بيان الحجج الخطية والقريينة القاطعة

ويشتمل على فصلين



الفصل الاول

في بيان الحجج الخطية

اعلم ان الاقرار بالكتابة كالاقرار الشفاهي ولهذا قال في المبسوط من باب الاقرار بالكتابة اذا كتب الرجل ذكر حق على نفسه بشهادة قوم او كتب وصية ثم قال اشهدوا بهذا لعلان علي ولم يقرأ عليهم الصك ولم يقرأه عليه فهذا جائز اذا كتبه بين ايديهم بيده او املاه على انسان فكتبه لان المكتوب معلوم لهم وهو بقوله اشهدوا بهذا فلان علي ، صار مقراً بجميع ما في الكتاب مشهداً لهم على ذلك . ولا اظهار اتم من هذا فالاقرار بيان باللسان وذلك بالاملاء .

اقول ومن هذا ما ذكره في باب كتاب القاضي الى القاضي وهو نقل الشهادة ويسمى الكتاب الحكمي فلا يعمل القاضي المكتوب اليه بموجبه الا اذا قرأه القاضي الكاتب على شهود الطريق عند الامام الاول والثالث واكتفى الامام ابو يوسف باشهادهم انه كتابه وعليه الفتوى ثم ذكر في المبسوط ما . لو كتب شخص لآخر كتاباً ولم يشهد عليه فقتل - وان كتب رجل كتاباً الى رجل من فلان الى فلان اما بعد

فان لك علي من قبل فلان كذا وكذا درهما وهذا جاز عليه اذا
كتب ما يكتب الناس في الرسائل - وفي القياس لا يجوز هذا لان
الكتاب محتمل قد يكون لتجربة الخط والقرطاس وقد يكون لتعلم
كتب الرسالة والمحتمل لا يكون حجة ولكنه يجوز استحسانا للمعادة
الظاهرة بين الناس انهم انما يكتبون كتاب الرسائل بهذه الصفة لظهور
الحق واعلام ما عليه من الواجب .

يقول الفقير بمقتضى هذا الفرع الاخير حيث لم يكن اشهد على كتابته لو
اعترف بكتابته وانكر الدين ففي القياس لا تكون كتابته هذه حجة
ويكلف الطالب الى البينة . وفي الاستحسان يلزم بالدين ولا عبرة لجموده
اذا كان خطه مشهورا معروفاً عند الناس والا فيستكتب ويعرض على
اهل الخبرة فان قالوا الخط خطه ، يلزم والا لا الا بالبينة ، وقد مثلت
المجلة على الاستحسان المرجح على القياس اذا كان سالماً من شبهة التصنيع
والتزوير واعتبرته حجة وقد مر بيانه في الباب الرابع من كتاب
الاقرار ولهذا قالت .

المادة ١٧٣٦ - لا يعمل بالخط والختم فقط ولكن اذا
كان سالماً عن شبهة التزوير والتصنيع يكون معمولاً به يعني
يكون مداراً للحكم لا يحتاج الى الثبوت بوجه آخر .

اي اذا كان المطلوب منكراً غير معترف بالحق ولا بالخط والختم فلا
عبرة للخط والختم سواء كانا معاً او احدهما اذ يجتمل ان تكون الكتابة
على سبيل التجربة ولان خطه قد يشبه خط غيره وكذلك الخاتم قد
يشبه خاتم غيره بل ربما يصنع نظيره او يكون فقد من المدعى عليه
ووقع في يد المدعي الى غير ذلك من الاحتمالات ولا حجة مع الاحتمال
والتشابه . والتزوير في الختم اقرب وقوعاً من الخط حتى لو قال هذا الخاتم

ختمي لكن ما ختمته وانكر اصل الدين لا شيء عليه الا بالينة او النكول ولو قال هو ختمي وختمته يلزمه .

ولكن اذا كان سالماً عن شبهة التزوير والتصنيع يكون معمولاً به يعني يكون مداراً للحكم لا يحتاج الى الثبوت بوجه آخر .

فان الاعتراف بان الخط خطه او افادة اهل الخبرة اذا انكره اقرار حكما وان كان جاحداً للدين ما لم يوجد شائبة تصنيع او تزوير والشواذب كثيرة تدرك من وجود اثر حك او محو في السند ومن تتبع القرائن والامارات واحوال الطرفين واسباب الحادثة وغير ذلك .

ثم ان الخط والحاتم الخالين من شائبة التصنيع والتزوير يعمل بها باي صورة كما لو حرر سنداً عليه لفلان وسلمه اياه كما في المادة (١٦٠٩) او كتب في دفتر معاملته المحفوظ عنده ان لفلان علي كذا وكذا كما في المادة (١٦٠٨) او وجد في صندوقه صرة مكتوب عليها بخطه هذه امانة افلان يعمل بجميع ذلك ولا حاجة الى الاثبات .

المادة ١٧٣٧ - البرائة السلطانية وقيود الدفاتر الخاقانية

لكونها امينة من التزوير معمول بها .

ذكرنا في المادة قبلها لا يعمل بالخط والحتم فقط قياساً الا اذا كانا سالين من شائبة التصنيع والتزوير فيعمل استحسانا وكان محط الكلام هناك ان المدار على الامن من التزوير ولهذا العلة قال في الحامدية و اشار العلامة البيري الى ان قولهم لا يعتمد على الخط ولا يعمل بمكاتب الوقف الذي عليه خطوط القضاة الماضين الخ يستثنى منه ما وجده القاضي في

أيدي القضاة الماضين وله رسوم في دواوينهم ويشير إليه ما قدمه في الاسراف من ان ذلك استحسان واستثنى ايضا ما في الاشياء تبعا لقاضيخان والبزازية وغيرهما خط البياع والسمسار والصراف فيما عليهم وجزم به في البحر فهو حجة وان لم يكن معنونا ظاهراً بين الناس وكذلك ما يكتب الناس فيما بينهم يجب ان يكون حجة للعرف .

ثم قال بعده قال العلامة العيني والبناء على العادة الظاهرة واجب اذ لم تجر العادة في هذه المراضع ان يكون الخط على سبيل التجربة والهزل فلو لم يعمل بها لزم ضياع اموال الناس اذ غالب ببياعتهم بلا شهود فلهم الضرورة جزم به الجماعة المذكورون - وهذا في البرآت السلطانية والدفاتر الخاقانية ، من باب اولي اما البرآت السلطانية فالعادة انها اذا صدرت ارادة السلطان تكتب وتكتب في قلم الديوان وهذا القيد يحافظ عليه في مكانه المحفوظ ويترتب الجزاء الشديد على من عيس ذلك بادنى تصنيع او تزوير فلو صدر مثلاً امر سلطاني بان الدعوى الفلانية بعد ذلك لا تسمع ووجد ذلك مقيداً على اصوله المذكورة ، يعمل به ولا حاجة الى الالتيان .

واما قيود الدفاتر الخاقانية ففي ايام السلاطين الماضية من آل عثمان وبالاخص السلطان سليمان والسلطان مراد الثالث كانوا انتخبوا رجلاً من اهل الفضل والاستقامة ليصير التحري بعرفتهم بكمال الاعتناء والتدقيق من جميع القرى والمزارع والمراعي الموجودة في المملكة العثمانية المربوطة لجهة من الجهات ويصير قيدها بصورة خالية من كل شبهة . وعليه صار الاعتناء على هذا الوجه وحصل ذلك وهي محفوظة الان بصناديق الحديد المقفولة بالانفال المتينة مع كمال المحافظة عليها بحيث لا يمكن الودول اليها لاحد - فلو فرض صدور امر سلطاني بتبديل مربوطة قرية او مزرعة عن مربوطينها القديمة لمصلحة ، فعلى الاصول المرعية بعد تلاوة فرمان بحضور امين الدفاتر الخاقانية تقيده خلاصته على حاشية القيد الاصلي بخطه تحت امضاءه وختمه فيعاد الى مخزنه المخصوص لحفظه . ويحافظ على ذلك فرمان ايضاً بعرفة مأموره المخصوص وهذه المعاملات الوثيقة لم يطرأ عليها خلل

الى يومنا هذا فهي سالمة من شبهة التصنيع والتزوير فلو وجد في تلك الدفاتر ان المكان الفلاني وقف على المدرسة الفلانية يعمل به من غير بينة فهذه الدفاتر مقصورة على ما يتعلق بالتأسيسات الخيرية العائدة للعموم لا في الاراضي والعقارات الملكية الخصوصية المقيدة في عهدة زيد وعمرو وما هو بالتصرف لاحد بالاجارتين ولا في الاوقاف الذرية فامثال هذه مقيدة في ادارة السندات ، غير امينة من التصنيع والتزوير .

وكثير من الاحكام من يظن ان قيود ادارة السندات والسند التي تعطى منها هي مدار للحكم بلا بينة وهو غلط موجب لاضاعة حقوق العباد . ثم وان نشر في بعض القوانين انه على العموم يلزم العمل بالقيود الخاقانية بلا بينة - لكن اذا لم تكن القيود الخاقانية حاترة الصفة المطالبة الموجبة للعمل بها فلا الا بالبينة .

فلو ادعى زيد على عمرو ان الارض التي بيدك هي لي لان صاحب الارض فرغها لي وابرز سنداً من مأمور الدقتر الخاقاني لا يعمل بمجرد السند لانه مجرد خط كما في المادة (١٧٣٦) نعم يعمل اذا تبينت كيفية الفراغ بصورة سالمة من شائبة التصنيع بان وجد امضاء المدعى عليه بخطه مكتوباً في اوراق الفراغ انه اقر واتفق بالبيع فيعمل حينئذ كما في احكام المادة (١٦٠٦) و(١٦٠٩) و(١٦١٠) .

المادة ١٧٣٨ - يعمل ايضاً بسجلات المحاكم اذا كانت قد ضبطت سالمة عن الفساد والحيلة على الوجه الذي يذكر في باب القضاء .

و- لامتها اذا روعيت فيها الشروط المدرجة في تعليمات السندات الشرعية التي صار نشرها بموجب الارادة السلطانية بتاريخ ٤ جمادي الاولى سنة ١٢٩٦ فراجعها لانها تكون خالية من الفساد والحيلة وان لم تكن كذلك لا

يؤمن من وقوع تصنيع او تزوير فلا يعمل بها حينئذ الا اذا شهد الشهود على ان الحاكم حكم بضمونها عند المرافعة بحضورهم وليس على شهود الحكم ان يذكروا اسماء الشهود الذين حكم القاضي بشهادتهم كما في بهجة الفتاري .

والحاصل ان سجل الحاكم متى كان محفوظاً بيد الامناء على الوجه المحرر في التعليقات لا يزور عادة والمحكمة التمييز قرار مؤرخ في ١٠ كانون الاول سنة ١٣٠٣ مؤداه انه لا يجوز العمل بسجل المحكمة اذا لم يكن ممضي من الرئيس ورئيس الكتاب ج م عدد (٧٥٥) .

المادة ١٧٣٩ - لا يعمل بالوقفية فقط ولكن اذا كانت مقيدة في سجل المحكمة الموثوق به والمعتمد عليه تكون معمولاً بها على ذلك الحال .

لان التسجيل اذا استكمل فيه شرائط تعليقات السندات الشرعية يكون موثقاً به فار كان عقار في ملكية زيد يتصرف به تصرف الملاك وادعى عليه آخر انه وقف وابرز من يده وثيقة تتضمن انه وقف عليها خطوط القضاة واسماء الشهود لا يعمل بها لان الخط يشبه الخط فلا بد من الاثبات على مضمونها لكن اذا كانت مسجلة في سجل القاضي المحفوظ يعمل بها لان سجله المحفوظ لا يكون مزوراً عادة .

وفي الفتاوي الحامدية سئل فيما اذا كان بيد زيد ارض معلومة متصرف فيها بطريق الارث بلا معارض له ولمورثه قبله من مدة تزيد عن ستين سنة والان قام ناظر وقف اهلي يعارضه فيها مدعياً جرياتها في الوقف المزبور مستنداً في ذلك لمجرد ذكرها في كتاب وقف بيده منقطع الثبوت ولم يسبق له ولا لمن قبله وضع يد عليها لجهة الوقف فهل حيث كان الامر كذلك يمنع الناظر من معارضة زيد فيها ويعمل بوضع اليد

والتصرف ولا عبء بمجرد ذكر الارض في كتاب الوقف بدون سبق تصرف شرعي لجهة الوقف المزبور ، الجواب نعم لان حجج الشرع ثلاثة البينة والاقرار والنكول .

وسئل فيما اذا وجد شرط في كتاب وقف . منقطع الثبوت ولم يسبق للمقروم السابقين تصرف به اصلاً فقام رجل من الذرية يكلف الناظر التصرف به بمجرد ذكره في كتاب الوقف فهل ليس له ذلك ، الجواب لا يعمل بمجرد ذكره في كتاب الوقف المذكور ويكلف الرجل اثباته على تلفظ الواقف به ولكونه شرطاً لا تقبل فيه الشهادة على السماع بخلاف الشهادة بالسماع على اصل الوقف . لكن في فتاوي الشيخ اسماعيل ان الناظر لو اعترف في كتاب الوقف . المنقطع الثبوت المشتمل على ذلك الشرط يجبر على التصرف بمقتضاه .

في بياض القرينة القاطنة

المادة ١٧٤٠ - احد اسباب الحكم القرينة القاطنة

اعلم اولاً ان طريق القاضي الى الحكم يختلف باختلاف المحكوم به . والطريق فيما يرجع الى حقوق العباد المحضة عبارة عن الدعوى والحجة وهي اما البينة او الاقرار او اليمين او النكول عنه او للقسامة وهي من نوع ما اخذ فيه بالقرائن كما سيأتي او علم للقاضي على خلاف المفتي به في زماننا او القرائن الواضحة كالمثال في المادة (١٧٤١) كذا في قضاء رد المختار عن ابن الفرس . اما البينة والاقرار واليمين والنكول عنه فكل منها مسطور في كتاب الدعوى والشهادة والاقرار . واما حكم

القاضي بطمه فكما لو شاهد حادثة في غير مجلس الحكم كأقراض زيد
لمرو . إلا لم تذكره المجلة لعدم الفتوى به في زماننا . واما القسامه فكما
لو وجد قتيل في محله ولم يعلم قاتله يختار ولي القتل خمسين رجلاً يحلف
القاضي كل رجل اليمين على انه لم يقتله ولم يعلم قاتله فاذا حلفوا تفرض
الدية على جميع اهل المحلة ومن نكل ، ينظر ان كان ولي القتل يدعي
قتلاً موجباً للقصاص حسب الناكل حتى يقر او يحلف وان موجباً للدية
يحكم بها عليه كما في سائر المعترات .

المادة ١٧٤١ - القرينة القاطمة هي الامارة البالغة حد
اليقين مثلاً اذا خرج احد من دار خالية خائفاً مدهوشاً في
يده سكين ملوثة بالدم فدخل في الدار ورؤى فيها شخص
مذبوح في ذلك الوقت فلا يشتبه في كونه قاتل ذلك الشخص
ولا يلتفت الى الاحتمالات الوهمية الصرفة كأن يكون الشخص
المذكور ربما قتل نفسه راجع المادة (٧٤) .

فالقول بانه ذبحه آخر ثم تصور الحائط او انه ذبح نفسه ، احتمال بعيد
لا يلتفت اليه اذ لم ينشأ عن دليل - والقرينة القاطمة هي التي تصير
الامر في حيز المقطوع - وفي معين الاحكام قال بعض العلماء على الناظر
ان يلاحظ الامارات والعلامات اذا تعارضت فما ترجح منها قضى بجانب
الترجيح وهو قوة التهمة ولا خلاف في الحكم بها وفي تبصرة الاحكام قال
الله تعالى (تعرفهم بسيماهم) دل على السيا المراد بها حال يظهر على
الشخص . والامارات مأخوذة من الشريعة قال الله تعالى (و جاوما على قيصه
بدم كذب) قال عبد المنعم بن الفرس روى ان اخوة يوسف طيه الصلاة
والسلام لما اتوا بقميص يوسف الى ابيهم يعقوب عليه السلام تأمله فلم

يُجد فيه خرقاً ولا اثر ناب فاستدل بذلك على كذبهم وقال متى كان الذئب حلياً يأكل يوسف ولا يحرق قميصه .

قال القرطبي في التفسير لما ارادوا ان يحلوا الدم علامة صدقهم فرق الله بهذه العلامة علامة تعارضها وهي سلامة القميص من التمزيق اذ لا يمكن افتراس الذئب ليوسف وهو لابس القميص واجموا على ان يعقوب عليه السلام استدل على كذبهم بصحة القميص فقال (بل سوت لكم انفسكم امراً) وورد في السنة ان النبي صلى الله عليه وسلم حكم بموجب اللوث في القسامة وجوز للمدعين ان يحلفوا خمسين رجلاً مينا ويستحقوا دم المقتول فاستدل الفقهاء من ذلك على اعمال الامارات في مسائل كثيرة من الفقه .

وقد اورد في معين الحكم مسائل عديدة متفرقة في ابوابها اتفقت عليها المذاهب الاول قالوا يجوز وطى الرجل المرأة اذا اهديت اليه ليلة الزفاف وان لم يشهد عنده عدلان من الرجال ان هذه فلانة بنت فلان التي عقدت عليها وان لم يستنطق النساء ان هذه امرأته اعتماداً على القرينة الظاهرة المقتلة منزلة الشهادة . الثاني ان الناس قديماً وحديثاً لم يزالوا يعتمدون على قول الصبيان والامام المرسل معهم بالهدايا وانها رسالة اليهم فيقبلون اقوالهم ويأكلون الطعام المرسل به . الثالث انهم يعتبرون اذن الصبيان في الدخول الى المنزل . الرابع ان الضيف يشرب من كوز صاحب البيت ويتكى على وسادته ويقضي حاجته في مرحاضه من غير استئذان ولا يعد في ذلك تصرفاً في ملكه بغير اذنه الخامس جواز اخذ ما يسقط اذا لم يعرف صاحبه مما لا يتبعه الانسان كالفلس والثمرة والعصا التالفة الثمن ونحو ذلك السادس جواز اخذ ما يبقى في الحوائط والاقرحه من الثار والحب بعد انتقال اهله عنه وتخليته وتسييه . السابع جواز اخذ ما يسقط من الحب عند الحصاد مما لا يعتني صاحب الزرع بلقطه . الثامن ان صاحب المنزل اذا قدم الطعام للضيف جاز له الاقدام على الاكل وان لم يأذن له لفظاً اذا علم ان صاحب الطعام

قدمه له خاصة وليس ثمة غائب ينتظر حضوره اعتباراً بدلالة الحال الجارية مجرى القطع . التاسع انه صلى الله عليه وسلم جوز للار بشر الغير ان يأكل من ثمره ولا يحمل منه شيئاً وحمل ذلك بعضهم على غير المحوط وما ليس له حارس .

العاشر جواز قضاء الحاجة في الاقربة والمزارع التي فيها الطرقات العظام بحيث لا ينقطع منها المارة وكذلك الصاوة فيها وان كانت مملوكة ولا يكون ذلك غصبا لها ولا تصرفاً ممنوعاً .

الحادي عشر الشرب من المصانع الموضوعة على الطرقات وان لم يعلم الشارب اذن اربابها في ذلك لفظاً اعتماداً على دلالة الحال ولكن لا يتوضأ منها لان العرف لا يقتضيه الا ان يكون هناك شاهد حال يقتضى ذلك فلا بأس بالوضوء حينئذ .

الثاني عشر قولهم في الركاز اذا كان عليه علامة المسلمين ككلمة الشهادة سمي كترأ وهو كاللقطة وان كان عليه شكل الصليب او الصور او اسم ملك من ملوك الروم فهو ركاز . ونص كلام صاحب الهداية هنا وان وجد ركاز اي كترأ وجب الخمس عليه ثم قال في آخره ثم ان كان على ضرب اهل الاسلام كاللكتوب عليه كلمة الشهادة فهو بمنزلة اللقطة وقد عرف حكمه . وان كان على ضرب اهل الجاهلية كالمنقوش عليه اسم الضم ففيه الخمس على كل حال ا هـ . فهذا عمل في المعاملات فتأمل ذلك .

الثالث عشر اذا استاجر دابة جاز له ضربها اذا قصرت في السير اي الضرب المعتاد وان لم يتاذن مالكيها .

الرابع عشر جواز اذن المستاجر للدار لاضيفه واصحابه في الدخول والمبيت وان لم يتضمن ذلك عقد الاجارة .

الخامس عشر جواز غسل المستاجر الثوب المستاجر اذا اتسخ وان لم يتاذن المجرى في ذلك .

السادس عشر اذا وجد هدياً مشعراً منحوراً وليس عنده احد ، جاز الاكل

منه القرينة الظاهرة .

السابع عشر لو اشترى طعاماً او حباً في دار رجل فله ان يدخل داره من الدراب والرجال من يحول ذلك وان لم يأذن له المالك .

الثامن عشر القضاء بالنكول واعتباره في الاحكام وليس هذا الا الرجوع الى مجرد القرينة الظاهرة فقدمت على اصل برائة الذمة .

التاسع عشر قال اصحابنا اذا تنازع الزوجان في متاع البيت فان للرجل ما يعرف للرجال وللمرأه ما يعرف للنساء . وقد تقدم في بابه .

العشرون معرفة رضی البكر بصمتها اعتماداً على القرينة الشاهدة بذلك الحادي والعشرون اذا دخل الرجل بامرأته وارخى الستر عليهما ثم طلق وقال لم اسمها وقالت قد وطنني صدقت وكان عليه الصداق كاملاً

الثاني والعشرون اذا وجد في تركة ابيه بخط ابيه ان له عند زيد كذا جاز له الدعوى بذلك اعتماداً منه على صحة ما يكتبه ابوه لما يعلمه من صدقه وتثبته فيما يضع به خطه .

الثالث والعشرون لو اشترى سمكة فوجد في بطنها جوهره مثقوبة ، فعليه تعريفها وان كانت غير مثقوبة مما يعلم ان الملاك لم تتداولها قال في المحيط عن النوادر لو اشترى صدفة او سمكة فوجد فيها لؤلؤة فهي للمشتري لانها تتولد من الصدف فصارت كالبيضة في بطن الدجاجة والسمك يأكل ما في البحر فصار تبعاً له كما لو وجد سمكة في بطن سمكة ولو اشترى دجاجة فوجد فيها اللؤلؤة فهي للبائع لانها لا تتولد من الدجاجة بل ابتاعتها ملك الغير انظر تمام ذلك في المحيط في باب بيع ما هو على خطر الوجود .

الرابع والعشرون جواز شهادة الشاهد على القتل الموجب للقصاص انه قتله عدواناً محضاً وهو لم يقل قتله عمداً والعمدية صفة قاتلة بالقلب فجاز لشاهد ان يشهد بها اكتفاء بالقرينة الظاهرة .

الخامس والعشرون وجوب الحد على من وجدت منه رائحة او قآها .
السادس والعشرون انعقاد التبایع بالمعاطاة من غير لفظ اكتفاء بالقرآن

والامارات الدالة على الرضا .

السابع والعشرون منعوا سماع الدعوى التي لا تشبه بالصدق غير ان
المرف يدل على كذبها كدعوى رجل الدار بيد حاتر التصرف بالمدم
والهارة مدة والمدعي مشاهد ساكت فان ذلك قرينة دالة على كذب
الدعوى .

الثامن والعشرون دعوى المرأة الاستكراه في الزنى وهي متعلقة بالمدعى
عليه او بها اثر او اماره كالصياح وشبه ذلك فان ذلك قرينة يدرأ عنها
الحد لاجلها الى غير ذلك من القرائن القاطمة .

المادة ١٧٤٢ - احد اسباب الحكم اليمين او النكول
عنه ايضاً وهو انه اذا اظهر المدعي العجز عن اثبات دعواه
يخلف المدعى عليه بطلبه ولكن اذا ادعى احد على آخر
يقوله انت وكيل فلان وانكر الوكالة فلا يلزم تحليفه . كذلك
اذا ادعى كل من الشخصين المال الذي في يد آخر بانه اشتراه
منه واقر المدعى عليه بانه باعه لاحدهما وانكر دعوى الآخر
فلا تتوجه عليه اليمين . والاستتجار والارتهان والانهاب كالاقتراء .
في هذا الخصوص احد اسباب الحكم اليمين او النكول عنه .

لكن الحكم بناء على اليمين يكون قضاء ترك بخلاف النكول ثم
لا بد من سؤال القاضي المدعي بعد انكار الخصم هل يطلب التحليف
ليتمكن من الاستحلاف لان النبي صلى الله عليه وسلم قال للمدعي الك
بينة فقال لا فقال لك يمينه سئل ورتب اليمين على فقدان البينة فلا بد
من السؤال ليتمكن الاستحلاف ولا بد من طلب المدعي اليمين كما في
المادة ١٨١٨ لان اليمين حقه وقد يكون له راي في تأخير الاستحلاف

فربما يرجو ان يحضر شهوده ولا يأمن ان تكون خصومته عند قاض لا يرى قبول البينة بعد الاستحلاف فيؤخر استحلافه لذلك (مبسوط).

وفيه الاستحلاف يكون في كل موضع يجوز فيه القضاء بنكول المدعى عليه ولهذا لا يستحلف في الحدود لانه لا يقضى فيها بالنكول والنكول قائم مقام الاقرار وفي الحدود الخاصة لله تعالى لا يجوز اقامتها بالاقرار بعد الرجوع فكيف تقام بالنكول الا انه يستحلف في السرقة ليقضى عند النكول بالمال دون القطع

وانما كانت اليمين حق المدعي لان المنكر قصد اتواء حقه على زعمه بالانكار فكفنه الشارع من اتواء نفسه باليمين الكاذبة وهي القموس ان كان كاذباً كما يؤعم وهو اعظم من اتواء المال . وان صادقاً يحصل للعائف الثواب بذكر اسم الله تعالى وهو صادق على وجه التظيم - ولا بد ان يكون النكول في مجلس القضاء لان المعتد بين قاطعة للخصومة ولا عبرة لليمين عند غيره - ولو حلفه القاضي بغير طلبه ثم طلب المدعي التحليف فله ان يحلفه ثانياً كما في العادية ولو حلف لا يبطل حق المدعي حتى لو اقام بينة بعد اليمين تقبل وهو الصحيح لقول شريح اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة العادية والتحليف انا يكون من القاضي فلو حلف بطلب المدعي بغير استحلاف القاضي فهذا ليس بتحليف لان التحليف حق القاضي ولو اصطلمح على ان يحلف عند غير القاضي ويكون بريئاً فهو باطل بجر عن البرازية - واثار الى ان ابراء المدعي عن التحليف غير صحيح لكونه حق القاضي كما في البرازية ايضاً . وفيه عن منية المفتي حلفه في مجلس قاض ليس له ان يحلفه ثانياً ولو حلفه عند قوم له ان يحلف ثانياً عند القاضي . واعلم انه يحلف بلا طلب في اربعة مواضع عند ابي يوسف في الرد بالعيب يحلف المشتري بالله ما رضيت بالعيب والشئيع بالله ما ابطلت شفقتك والمرأة اذا طلقت فرض النفقة على زوجها التائب تحلف بالله ما خاف لك زوجك التائب شيئاً ولا اعطاك النفقة . والرابع يحلف المستحق بالله ما بعت ولا اخرج عن ملكك بوجه من الوجوه واجموا على ان من ادعى ديناً على الميت يحلفه

القاضي بلا طلب الوصي والوارث بالله ما استوفيت من المدينون ولا من احد
اداه اليك عنه ولا قبضه لك قابض بامرك ولا ابرأته منه ولا شيئاً منه
ولا اخلت بشي. من ذلك احدأ ولا عندك بشي. منه رهن .

قال في البحر ولم ار حكم من ادعى انه دفع للميت دينه وبرهن
هل يحلف وينبغي ان يحلف وفيه عن المحيط ذكر محمد في الاستحلاف
لو قال المصوب منه كانت قيمة ثوبي مائة وقال القاصب ما ادري قيمته
والكن علمت ان قيمته لم تكن مائة فالقول قول القاصب مع يمينه
ويجبر على البيان لانه اقر بقيمة مجهولة فاذا لم يبين يحلف على ما يدعي
المصوب منه في الزيادة فان حلف يحلف المصوب منه ايضاً ان قيمة
ثوبه مائة ويأخذ من القاصب مائة فاذا اخذ ثم ظهر الثوب فالقاصب
بالخيار ان شاء رضي بالثوب وسلم القيمة للمصوب منه وان شاء رد
الثوب واخذ القيمة وهو انه اذا اظهر المدعي العجز عن اثبات دعواه
يحلف المدعى عليه بطلبه ، لان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز
عن اقامة البينة وهذا قول ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه مشته عليه
المجلة . فار قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستخلف وقيل
لخصمه اعط كفيلاً بنفسك ثلاثة ايام . وقيد بقوله قال المدعي الخ لانه
لو كان له بينة عادلة حاضرة ولم يجبر القاضي بها فهو مخير بين الاستحلاف
وبين اقامة البينة .

واظهار العجز ان يقول لا بينة لي او هي غائبة عن المصر مدة سفر
او انهم امتنعوا عن اداء الشهادة او في المصر الا انهم مرضى بخلاف
ا. لو قالوا هم في المصر او في محل بينه وبين المصر دون مدة سفر فلا
يكون عجزاً - وانما اشترط العجز لان اليمين كالحلف عن البينة فلا
يصار اليه الا عند العجز عنها ولكن ينبغي ان يعلم انه في كل موضع
لو اقر لزمه فاذا انكره يستخلف الا في مسائل لا تحليف فيها منها
خمس مسائل ذكرتها المجلة الاولى :

اذا ادعى احد على آخر بقوله انت و كليل فلان

بإدائه دينه مثلاً والا فجرد الوكالة لا تصح الدعوى بها إلا في ضمن دعوى حق وانكر الوكالة فلا يلزم تخليفه لعدم الفائدة إن نكل إذ له أن يعزل نفسه وانكاره الوكالة استعفاء عنها لكن إذا تعلق بها حق الغير كالوكيل ببيع الرهن لا يملك عزل نفسه وهل يستحلف لم يجد إلا نفيًا صريحًا وينبغي تخليفه تفقها لأن في نكوله إنكاراً لما يجبر عليه من العمل رعاية لحق الغير فيحلف - كذلك إذا وكل المدعى عليه وكيلًا بالخصومة مع المدعي بالتاس المدعي فعزله المدعى عليه بغير حضرة المدعي لا ينزل لما ذكرنا (وكالة البدائع) الثانية :

[كذلك إذا ادعى أحد كل من الشخصين المال الذي هو في يد آخر بأنه اشتراه منه]

ينظر فإن انكر يحلف لكل منها طبقاً لقاعدة لو أقر بشي. لزمه فإذا انكره يستحلف

ولكن لو أقر المدعى عليه بأنه باعه لأحدهما وانكر دعوى فلا تتوجه عليه اليمين الأخر

بعد ذلك لأنه بإقراره صار ملكاً للمقر له فلا فائدة حينئذ بتخليفه للآخر إذ لو نكل يصير إقراراً على الغير فلا يجوز وهذه المسئلة المذكورة في الفتاوى الهندية في الفصل الثالث من اليمين .

قيد بالشراء احترازاً عن الغصب والوديعة فعند أبي يوسف يحلف في الغصب فقط وعند محمد فيه وفي الوديعة أيضاً وإن نكل يضمن البذل .

واعلم أن الحكم المار هو في دعوى الأملاك المقيدة بسبب . وأما الأملاك المطلقة فقد ذكر في الهندية من الفصل المذكور ما خلاصته : في يده عين جاء وجلان كل منهما يدعي أنها له أو أنها له غضبها ذو اليد منه أو أودعها عنده فسنله القاضي فإن أقر لأحدهما وجد للآخر يومئذ بالتسليم للمقر له ولا يحلف للآخر بل للآخر الخصومة مع

المقر له يعني في المطلق . وفي دعوى العصب والوديعة يحلف للعصب لا الوديعة عند ابي يوسف فان حلف برى . وان نكل قضي له عليه بقيمتها وهكذا الحكم في الوديعة عند محمد . ولو جحد دعوى الاثني قال بعض المشايخ يحلف لها يمينا واحدة بالله ما هذه العين لها لا لهذا ولا لهذا وقال بعضهم يحلف لكل واحد يمينا على حدة والرأي للقاضي يبدأ بايها اراد وان شاء اقرع بينها .

ثم اذا حلف لكل واحد يمينا على حدة فالمسئلة على ثلاثة اوجه ان حلف لها برى . من دعواهما وان حلف لاحدهما ونكل عن الآخر قضي لمن نكل عنه بكل العين . واذا نكل ابتداء ثم حلف للآخر ينبغي للقاضي ان لا يعجل بالقضاء للاول بل يحلف للآخر وينظر حاله معه اي ان نكل للثاني ايضا ، يقضى لها بالعين فقط في دعوى الملك المطلق وبها وبالقيمة في دعوى العصب عند ابي يوسف . ومثله الوديعة عند محمد ولو نكل لها جملة بان حلفه القاضي لها يمينا واحدة كما هو قول بعض المشايخ او نكل لها على التعاقب بان حلفه القاضي لكل منها على حدة ، فالحكم في الرجعين واحد في دعوى الملك المطلق يقضى بالعين بينها وفي دعوى العصب يقضى بالعين وبقيمتها عند ابي يوسف ومثل العصب في الحكم الوديعة عند محمد .

وجه قول الامام محمد ان اقراره بها لاحدهما تسليط للمقر له على اخذها وهذا ترك لحفظها في حق الآخر فيضمن . وجه قول ابي يوسف ان تسليطه لم يكن باقراره بل بحكم الحاكم وهو العلة القريبة فلا يضمن الثالثة والرابعة والخامسة ما افادته بقولها

والارتهان والانتهاج كالاقتراء في هذا الخصوص

وهو عدم التحليف فلو ادعى شخصان على رجل بعين في يده احدهما انه اشتراها منه بشمن معلوم والآخر انه استأجرها او ارتنها منه فاقر لاحدهما بالثراء لا يحلف لاجل دعوى الآخر بانه استأجرها او ارتنها

لعدم الفائدة لان تلك العين بعد ما صارت ملك المقر له بالاتقرار لا يصح جعلها لغيره بنكواه عن اليمين (راجع المادة ٩٦) .
ولو اقر اولاً للمدعي الارتهان او الاستجار فهذا غير مانع من تحليفه للمدعي الثراء لكون العين باقية على ملكه فان حلف ، انتهت وان نكل ، ثبت الثراء للمدعي وهو بالخيار ان شاء صبر الى انتهاء مدة الاجارة او فك الرهن وان شاء فسخ البيع .

- تمة -

تضمنت هذه المادة عدم التحليف في المسائل الخمس واصلها في الحانية الى ستة وثلاثين بعضها متفق عليه وبعضها مختلف فيه ومن المختلف فيه المذكور في كتاب الدعوى وهي النكاح سواء انكره الزوج او المرأة ، والرحمة جدها هو او هي بعد عدة ، والفي . في الايلاء انكره احدهما بعد عدة والاستيلاء تدعيه المرأة ، والرق والنسب والولاء والحد واللطان فهذه الاشياء لا تحليف فيها عنده خلافا لها فارجع اليها هناك . وقد اوصلها العلاني في آخر كتاب الوتف الى نحو اثنين وخمسين ننقلها اكالا للفائدة .

في تزويج البنت صغيرة او كبيرة اي اذا ادعى عليه انه زوجه ابنته صغيرة او كبيرة فانكر لا يستحلف وعندهما يستحلف الاب في الصغيرة . وفي تزويج المولى امنه لا يستحلف خلافا لها ، وفي دعوى الايلاء بان ادعى على رجل انك وصي الميت فادفع لي ديني من تركته فانكر ، وفي دعوى الدين على الوصي ، وفي الدعوى على الوكيل في المستلثين كالوصي بان ادعى الدائن على الوكيل بالوكالة فانكرها او ادعى عليه الدين وهو ثابت الوكالة فانكره ففي المستلثين لا يحلف كالوصي فيها ، وفيما اذا ادعى احدهما الصدقة والقبض والآخر الثراء فافر لاحدهما لا يحلف ، وفيما اذا ادعى كل منهما الاجارة فافر لاحدهما او نكل

لا يحلف بخلاف ما اذا ادعى كل منهما على ذي اليد النصب منه فاقتر
لاحدهما او حلف لاحدهما فنكر يحلف للثاني كما لو ادعى كل منهما الابداع
فاقر لاحدهما يحلف للثاني وكذا الاعارة ويحلف مساله عليك كذا ولا
قيمته كذا وكذا فاستخرج ذلك مما قدمناه وفيما اذا ادعى البائع رضي
الموكل بالعيب لم يحلف وكيهه ، وفيما اذا انكر توكيله له بالنكاح لا يحلف
لانه في الحقيقة انكار للنكاح ، وفيما اذا اختلف الصانع والمستصنع في
في المأمورة لا يمين على واحد منهما وكذا لو ادعى الصانع على رجل انه
استصنعه في كذا لا يحلف ، وفيما لو ادعى انه وكيل عن الغائب
بمض دينه وبالخصومة فانكر لا يستحلف المديون لانه لو نكل يلزمه
الدفع وهو ضرر به اذ قد لا يصدق الموكل الوكيل عند حضوره فيضيع
عليه ما دفعه ان هلك عند الوكيل بلا تعد فلا بد من البينة لمن يدعي
الوكالة ، وفيما لو ادعى على الامر رضاه وصورتها كما في رد المختار
اشترى الوكيل شيئا فظهر به عيب فاراد الأمر اي الموكل رده بالعيب
فادعى البائع على الأمر انك رضيت بالعيب لا يحلف الأمر لان الرد
يثبت للوكيل ما دام حيا ولوصيه من بعده لا للموكل ، وفي الوكيل بقبض
الدين اذا ادعى المديون ان الموكل ابرأه عن الدين وطلب يمين الوكيل
على العلم لا يحلف وان اقر لزم الوكيل بمقتضى اقراره وهو ترك المخاصمة
معه لا انه يلزم الموكل ما اقر به وكيهه (رد مختار عن ط) .

وفي البايع اذا انكر قيام العيب لانحال لا يحلف عند الامام يبرهن المشتري
انه ابق عنده لتوجه الخصومة على البائع وهذه خلافة - وفي الشاهد
اذا انكر رجوعه لا يستحلف واو اقر به ضمن ما تلف بها ولا يستحلف
الاب في مال الصبي ولا الوصي في مال اليتيم ولا المتولي للمسجد والارواق
الا اذا ادعى عليهم العقد فيحلفون بان ادعى على احدهم انه آجر كذا
من مال الوقف او الصبي مثلا وانكر فانه يحلف لمن ادعى الاستتجار
وفيما لو ادعى على رجل شيئا واراد استحلافه فقال المدعى عليه هو
لابني الصغير لا يحلف لكن في فتاوي الفضل انه يحلف فهي خلافة

وفيا لو اشترى الاب لابنه الصغير داراً ثم اختلف مع الشفيع في مقدار الثمن فالقول للاب بلا يمين كما في اكثر كتب المذهب .

وفيا لو ادعى السارق انه استهلك المسروق ورب المسروق انه قائم عنده فالقول للسارق ولا يمين عليه . وفيا لو وهب لرجل شيئاً واراد الرجوع فادعى الموهوب له هلاك الموهوب فالقول قوله ولا يمين عليه (خانية) وغيرها .

وفيا لو قال الواهب اشترطت العوض وقال الموهوب له لم تشتطه فالقول للموهوب له بلا يمين لان الاصل في الهبة ان تكون بلا عوض . وفيا لو اشترى الصبي شيئاً فقال البائع انت محجور وقال الصبي انا مأذون فالقول له بلا يمين لان اقدام البائع على بيعه اعتراف منه بالاذن فلا تسع دعواه لتناقضه .

وفيا لو باع القاضي مال اليتيم فرده المشتري عليه ببيع فقال القاضي ابرأني منه فالقول قوله بلا يمين وكذا لو ادعى رجل قبله اجارة ارض اليتيم واراد تحليفه لم يحلفه .

وفيا لو كان لرجل على آخر الف درهم فاقر بها ثم انكر اقراره هل يحلف بالله ما اقررت قال الديوسي نعم وقال الصغار لا وانما يحلف على نفس الحق (مجمع الفتاوي) وهذه خلافة - وفيا لو ادعى رجل على رجل انه خرق ثوبه واحضر الثوب معه للقاضي واراد استعلافه على السبب بان يقون والله ما خرقته لانه قد يُخرقه باذنه او على ملكه ثم يبيعه له مخروقاً ولا بينة له بل يحلف لا ضمان عليه بهذا الخرق .

المادة ١٧٤٣ - اذا قصد تحليف احد الخصمين يحلف باسمه تعالى بقوله والله او بالله مرة واحدة .

لما ذكر في المادة قبلها نفس اليمين وفي اي موضع يحلف ذكر هنا

صفتها وهي كيفية التحليف والصفة تقضي سبق الموصوف فقال .

[يحلف باسمه تعالى]

لقوله صلى الله عليه وسلم من كان منكم حالفاً فليحلف او ليذر
- قال في كتاب الايمان اليمين بالله تعالى او باسم آخر من اسمائه
كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفاً كعزة الله تعالى
وجلاله وكبريائه وهذا صريح في ان اليمين كما تكون بالله تعالى تكون
ايضاً بصفاته التي يعرف بها في المتعارف اهـ (فتح) .

استفيد منه ان اقتصار المجلة على قولها باسمه تعالى لا يقتضى الحصر
بل كما تكون باسمائه الذاتية المقدسة تكون بالاسماء الصفاتية وفيه
عن المبسوط ان الحر والمساك والرجل والمرأة والقاسق والصالح والكافر
والمسلم في اليمين سواء .

واما الصفات المقدسة المتعارف بها التحليف كالعزة والجلال فلا ينافي
التحليف بها كون التحليف لا يكون الا باسمه تعالى لان المشهور من
مذهب اهل السنة ان صفات الله تعالى ليست عين الذات ولا غيرها .
وفهم من قول المجلة (باسمه تعالى) انه لا يستحلف بالطلاق ولا
العناق حتى لو طلب المدعي تحليفه بذلك لا يجيبه القاضي وهو ظاهر الرواية
وبعدهم جوز ذلك (خانية) .

وفي العناية قالوا ان نكل عن اليمين بها لا يقضي عليه بالنكول
لانه نكل عما هو منهي عنه شرعاً ولو قضي به لم ينفذ قضاؤه - قال
في الفتح وفيه اشكال لان فائدة التحليف القضاء بالنكول فاذا لم يجز
القضاء بالنكول عما ذكر فكيف يجوز التحليف .

لكن نقل في البحر عن خزانة المفتين كما في منية المفتي وزاد فلو
حلفه القاضي بالطلاق فنكل وقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه على قول الاكثر
فيفهم منه ان عدم نفوذ القضاء على قول الاكثر انه لا يحلف بها فلا
اعتبار بنكوله عنهما واما من قال بالتحليف بها في زماننا فيعتبر نكوله

ويقضى به لان التحليف بها لرجاء النكول فيقضى به والا فلا فائدة .
قال في الهداية وفتح القدير وقد تؤكد بذكر اوصافه تعالى وهو
التغليظ مثل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم
الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا يقبلك
هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شي . منه - وللقاضي ان
يزيد في التغليظ على هذا او ينقص منه لان المقصود من الاستعلاف
النكول واحوال الناس مختلفة فمنهم من يمتنع اذا غلظ عليه اليمين ويتجاسر
اذا حلف بالله فقط ثم منهم من يمتنع بادنى تغليط ومنهم من لا يمتنع
الا بزيادة تغليط فللقاضي ان يراعي احوال الناس الا انه يمتاط فيه بان
يذكر بغيره واو اذ لو ذكر بالله والرحمن والرحم بالواوات صارت ثلاثة ايمان
وتكرار اليمين غير مشروع لان المستحق عليه يمين واحدة - والاصل
في التغليظ ما اخرجته مسلم في الحدود ان النبي صلى الله عليه وسلم مر
بيهودي محمم من حمته وجهه اذا سودته بالفحم فدعاهم فقال هكذا
تجدون حد الزنى في كتابكم قالوا نعم فدعا رجلاً منهم وهو
عبد الله بن سوريا فقال نشدتك الله الذي انزل التوراة على موسى عليه
السلام هكذا تجدون حد الزنى في كتابكم فقال اللهم لا فتو لا انك
نشدتني بهذا لم اخبرك . حد الزنى في كتابنا الرجم ولكن كثر في اشرافنا
فكنا اذا اخذنا الرجل الشريف تركناه واذا اخذنا الضيف اتقنا عليه الحد
فقلنا تعالوا نجتمع على شيء نقيه على الرفيع والوضيع فاجتمعنا على التحميم
والجلد وتركنا الرجم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم اني اول
من احيا امرك اذ اماتوه فامر به فرجم - وقيل يغاظ في الخطير من
المال دون الحقير وقيل لا يغاظ على المعروف بالصلاح ويغظ على غيره
- ويستحلف اليهودي تغليظا بالله الذي انزل التوراة على موسى عليه السلام
والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عليه السلام لان اليهودي
يعتقد نبوة سيدنا موسى والنصراني نبوة سيدنا عيسى عليها الصلوة والسلام
فيغظ عليها بذكر المثل على نبيه .

ثم التحليف بالكيفية المتقدمة انما هي في حق الملل الغير مسلمة
الذين يعترفون بوجود الصانع جل وعلا . واما الدهرية والزنادقة والاباحية
من لا يعترفون بواجب الوجود سبحانه وتعالى فيم يحلف اولئك الضالون
الخاسرون قال عبد الحليم في حاشيته على الدرر انهم الى يومنا هذا لم
يتجاسروا لظهار نحلهم ومعتقداتهم بحق الله ذلك الى يوم القيمة .

المادة ١٧٤٣ - لا تكون اليمين الا في حضور الحاكم او
نائبه ولا اعتبار بالنكول عن اليمين في حضور غيرها

لان اليمين تقطع الخصومة والخصومة انما تكون في حضر الحاكم وفي
الفصل الخامس عشر من جامع الفصولين ادعى عليه مالا فانكر فاصطلحا
على ان يحلف المدعى عليه وهو بري . من المال خلف المدعى عليه بطل
الصلح والمدعي على دعواه لو برهن اخذه والا يحلفه القاضي لو لم يكن
الحلف الاول عند القاضي اذ اليمين عند غير القاضي لا تعتبر اذ المتبر
بين قاطمة للخصومة واليمين عند غير القاضي غير قاطمة ولو كان الحلف
الاول من القاضي لا يحلفه ثانيا - وكذا لو اصطلحا ان المدعي لو
حلف فالمدعى عليه ضامن للمال وحلف بطل الصلح ولا شيء . على المدعى
عليه ورمز للخصائل النفسى كما ان النكول عند غير القاضي لا يعتبر
فكذا التحليف .

(او نائبا)

اي القاضي وذلك فيما لو كان مأذونا بالاستنابة فاستناب للحكم غيره
فحكمه حكم المنتيب في اعتبار اليمين بحضوره - (روفا) لو توجهت
اليمين على المدعى عليه وكان له عذر مانع من حضور مجلس القاضي لمرض
او لكونه من المخدرات ييمث القاضي نائبا عنه لتحليفه) لكن في هذه
الصورة اذا لم يكن القاضي مأذونا بالاستنابة او مأذونا لكن لم يستعلمه

غير التحليف يلزم ان يكون تحليفه بحضور امينين من طرف القاضي يشهدان على ذلك بحضوره (واقعات المفتين) ودر المختار .

بقي شيء وهو ما لو توارى المدعى عليه ولم يمكن احضاره جبراً وجرت المحاكمة غياباً كما سيأتي في المادة (١٨٣٤) ولم يكن للمدعي بيعة لاثبات مدعاه بمواجهة الوكيل المسخر وطلب الحكم عليه غياباً حكماً مطلقاً على نكوله عن اليمين عند الظفر به لا يجاب طلبه لكن لا كما قال الفاضل علي حيدر افندي من ان التعليق ليس من اسباب الحكم وذلك لانه اعتبر النكول المقدر وقوعه سبباً لحكم قد وقع وهذا لا يخلو عن حزازة وذلك لان نفس الحكم ليس مطلقاً بل المطلق هو صحته ونفاذه على تقدير النكول فالحكم من حيث هو ليس مطلقاً بل المطلق هو صحته ونفاذه فاذا كان المطلق هو الصحة فالحكم لا يصح اعدام القائدة من حكم لا ينفذ ويصح ما لم يحضر الغائب وينكل عن اليمين فهو اذا متوقف على ما تنقطع به الخصومة فالحكم لا يجيبه لكونه اذا حكم فنفذ حكمه متوقف على النكول فبطلانه لهذا لا لكون نفس حكمه وقع مطلقاً فكان القاضي يقول اذا حضر الغائب ونكل بحضوري يكون حكمي هذا صحيحاً وناقذاً

ولا اعتبار بالنكول عن اليمين في حضور غيرها

فلو ان للمدعى عليه وكيلاً في المرافعة فتوجهت اليمين على موكله فقال ان موكلي لا يحلف وينكل عن اليمين لا يسوغ للقاضي ان يحلف على موكله لانه اسند اليه نكولاً في غير حضور القاضي واما لو اراد تحليفه فبرهن المدعى عليه ان المدعي حافني على هذه الدعوى عند قاضي بلد كذا تقبل ولو لو تكن له بيئته فله تحليف المدعي لانه يدعي ايقافه حقه في اليمين .

ولو ادعى المدعى عليه انه ابرأني عن هذه الدعوى ليس له تحليفه انه لم يبرأني عنها اذ المدعي بدعواه استحق الجواب على المدعى عليه

والجواب اما اقرار او انكار وقوله ابرأني ليس باقرار ولا انكار فلا
يسمع ويقال له اجب خصك ثم ادع عليه ما شئت
وهذا بخلاف ما لو قال ابرأني عن هذا الالف فانه يحلف لان دعوى
البراءة على المال اقرار بوجوده . والاقرار جواب ودعوى الابراء مسقط فيترتب
عليه اليمين . ومنهم من قال الصحيح انه يحلف على دعوى البراءة عن
الدعوى كما يحلف على دعوى التحليف واليه مال شمس الاثمة الحلواني اه
فصولين من الفصل الخامس عشر .

المادة ١٧٤٥ - تجري النيابة في التحليف ولكن لا تجري
في اليمين بناء عليه لو كلاء الدعاوي ان يحلفوا الخصم ولكن
اذا توجهت اليمين الى موكلهم يلزم ان يحلفوا هم بالذات ولا
يصح تحليف وكلائهم .

تجري النيابة في التحليف

بغني يجوز لكل شخص نائب عن آخر ولذلك الآخر حق على غيره
ان يطلب تحليف المدعى عليه اذا عجز عن اقامة البينة - وهذا ضابط
كلي لكل طالب حق من آخر اصاله او نيابة وانما كان يملك التحليف لانه
لما كان يملك الطلب وقد عجز عن البينة فيحلف خصمه اذ لا مانع من ذلك

[ولكن لا تجري] اي النيابة [في اليمين بناء عليه لو كلاء
الدعاوي ان يحلفوا الخصم]

وهم الوكلاء في الخصومات لا الوكلاء باجراء عقد من العقود التي

يضيفونها الى انفسهم كبيع واجارة وصلح عن اقرار فان اليمين تجزي عليهم كما سيأتي بيانه - بخلاف وكلاء الحصرات اه ملخصاً من الدر وغيره - وذلك لانه يقصد به النكول يقضى به والنكول اقرار او بذل على الخلاف بين الامام وصاحبيه . والوكيل في كل موضع لا يصح فيه اقراره على الاصيل حكمه حكم المتولي والوصي والي الصغير في عدم صحة اقرارهم على الاصيل ، او بذل ماله فلا يجاز اذ الاصل في التحليف ان كل من اذا اقر بهي. لزمه فاذا انكره يستطفت فالتولي والوصي وابو الصغير لما كان لا يلزمهم شي. بالاقرار على الوقف واليتم والصغير لم يحلفوا الا في دعوى عقد صدر منهم .

وخرج عن هذه القاعدة وكلاء الحصرات في حقوق العباد مع انهم ينفذ اقرارهم على موكلهم واذا انكروا فاليمين لا تتوجه عليهم بل على موكلهم كما تتوجه على اليتم والصغير بعد البلوغ دون الوصي والولي .

مثال وكيل الخصومة ما لو ادعى شخص بالوكالة عن زيد على آخر وقال لموكلي عليك كذا فادها فاجاب المدعى عليه بانها كانت عليه الا انه اوقاها له وبعجز عن البينة فاليمين على عدم القبض تتوجه على موكله ولا يحلف الوكيل على عدم العلم - ففي هذه الصورة ان كان موكله غائباً ، يلزم المديون بدفع المبلغ الى الوكيل حسب اقراره ثم اذا حضر الموكل تعرض عليه اليمين فان حلف فيها والا يسترد المبلغ منه اه انقروية وانما صح اقرار الوكيل بالخصومة لانه انما ملك الاقرار لكونه من افراد الجواب وهذا بخلاف الوكيل باجراً. عقد تتعلق حقوقه بالوكيل اذا اضافه الى نفسه فانه يحلف الوكيل لانه لو اقر على موكله صح اقراره

مثاله باع عيناً بالوكالة عن غيره فطلب المشتري ردها عليه بعبق قديم وجده بعد الشراء فانكر الوكيل العيب تتوجه عليه اليمين فان نكل رد عليه لانه لو اقر بالعيب صح اقراره على موكله فيعتبر نكوله بخلاف وكيل الشراء .

وصورته اشترى شيئاً لموكله ثم اراد رده على بائنه بنجيار عيب وجده فيه بعد الشراء. فادعى البايع ان موكلك قد رضي بهذا العيب وعجز عن البينة لا يحلف على عدم علمه برضى موكله (عبد الحليم على الدرر) لان الاصل ان الشراء متى لم ينفذ على الامر ينفذ على المأمور وقد اعترف بان به عيباً فلا يصح اقراره على موكله بالرضى فلا يحلف لعدم فائدة النكول .

واعلم ان المجلة ذكرت ان لوكله. الدعاوي تحليف الخصم ولم تصرح بان لهم التحليف مطلقاً وان لم يفوض اليهم التحليف من قبل موكلهم ام يشترط التصريح لهم بذلك لم اجد لذلك نقلاً صريحاً غير انه ذكر في الفتاوي الهندية من كتاب المحاضر والسجلات في نوع آخر في التوكيل بخصوصية كل الناس وفي نوع آخر في التوكيل بخصوصية خاصة التصريح في صك التوكيل بالاستحلاف نحو وكلك بكذا وبالاستحلاف فلا ادري هل هذا القيد شرط لا بد منه لصحة استحلاف الوكلاء. ام يذكر لزيادة الايضاح ورفع الاجاهم .

وذكر الشارح اللبناني انه بتاريخ ٧ ربيع الاول سنة ١٢٩٢ صدر مذكرة سامية عن قرار ديوان الاحكام العدلية مدرجة في صحيفة ٦٩١ من الجلد الثالث من الدستور حاصلها بما ان التحليف يتب عليه مسئولية معنوية فاذا عجز المدعي عن اثبات دعواه ولم يكن وكيله ماذونا صريحاً في سند التوكيل الذي في يده بطلب التحليف فلا يكون تكليف المدعى عليه لليمين كتكليف الاصيل ولو طلب وكيل المدعى عين المدعى عليه بصورة خارجة عن ماذونيته وقبل المدعى عليه اليمين فلا يلزم من ذلك سقوط المدعي الاصيل من دعواه وذكر الشارح علي حيدر افندي بان لهم التحليف مطلقاً لكن بلا نقل .

يقول الفقير ان كان قرار ديوان العدلية عن نقل فلا كلام ويؤيده ما في الفتاوي الهندية والا فالنظر يتجاذب بين الامرين اما القرار المذكور فله وجه لان مشارب الناس تختلف في التحليف فمنهم من يعرض

عنه خوفاً على الخائف من الملاك خصوصاً اذا كان من اقاربه ومنهم من لا يرضى بهتك حرمة اسمه تعالى ويعلم ان ما له من الخطر هو ضياع حقه ومنهم من لا يتجاسر عليه عملاً بقاعدة ان ما حرم فعله حرم طلبه وان كانت هذه المسئلة مستثناة منها الى غير ذلك

واما ما ذكره علي حيدر افندي فقواعد المذهب لا تردده لان الوكيل بالشيء. وكيل باتمامه والخصومة اذا وجد فيها الانكار يكون اتمامها بالتحليف وهذا ظاهر اطلاق المجلة ايضاً وعلى كل ينبغي التصريح به في صك الوكالة حماً للاشتباه ويستثنى من ان النيابة لا تجزي في الحلف ما نفله في التكملة عن شرح الوهابية ان الاخرس الاصم الاعمى يحلف وليه كما صرح به العلامة ابو السعود .

المادة ١٧٤٦ - لا يحلف الا بطلب الخصم ولكن يحلف

من قبل الحاكم في اربعة مواضع بلا طلب الاول اذا ادعى احد من التركة حقاً واثبته فيحلفه الحاكم على انه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بوجهه ولا ابراه ولا حاله على غيره ولا اوفى من طرف احد وليس للميت في مقابلة هذا الحق رهن ويقال لهذا يمين الاستظهار . الثاني اذا استحق احد المال واثبت دعواه حلفه الحاكم على انه لم يبيع هذا المال ولم يهبه لاحد ولم يخرج عن ملكه بوجه من الوجوه . الثالث اذا اراد المشتري رد المبيع لعيب حلفه الحاكم على انه لم يرض بالعيب قولاً او دلالة كتصرفه تصرفه الملاك على ما ذكر في المادة (٣٤٤) . الرابع تحليف الحاكم الشفيع عند الحكم بالشفعة بانه لم يبطل شفעתه يعني لم يسقط حق

شفعته بوجه من الوجوه .

جاءت المجلة بهذه المادة لبيان مواضع مخصوصة خرجت عن الاصل المتفق عليه وهو ان اليمين لا تكون الا بطلب من الخصم وهو المدعي وقد خرجت المسائل الاربع عن هذا الاصل بان المدعي نفسه يلزم تحليفه وان لم يكن خصمه طالباً بيمينه . واحدة منها متفق عليها والباقي على قول ابي يوسف مشتب عليه المجلة فقالت

الاول اذا ادعى احد من التركة حقاً

دينا كان او عينا ولا خصوصية للدين بل في كل موضع يدعي حقاً في التركة هندية وغيرها

واثبته بالبينت

وكذا لو كان المريض اقر به ذكره الخصاص رد المحتار عن البحر وعزاه للوالمالية ثم قال ولم ار حكماً من ادعى انه دفع للميت دينه وبرهن هل يحلف وينبغي ان يحلف احتياطاً اه قال محشيه الرمي قد يقال انما يحلف في مسألة مدعي الدين على الميت احتياطاً لاحتمال انهم شهدوا باستصحاب الحال وقد استوفاه في باطن الامر واما في مسألة دفع الدين فقد شهدوا على حقيقة الدفع فانتهى الاحتمال المذكور كما نقله في الخلاصة عن ادب القاضي للخصاص

فيحلفه الحاكم على انه لم يستوف هذا الحق

ولا شيئاً منه [بنفسه و] لا بواسطة [غيره] بوكالة او امر [ولا ابراه] عن كله او بعضه [ولا احواله] بكل او بعض على غيره وقبل الحوالة [ولا ارفي] كلا او بعضاً من طرف احد (وليس للميت) بمقابلة هذا الحق كلا او بعضاً (رهن ويقال لهذا عين الاستظهار) يلزم على القاضي

تحليف المدعي وان لم يطلب الوارث او الوصي لانه حق الميت انه ما استوفى حقه وهو مثل حقوق الله تعالى يحلف من غير دعوى نكلمة عن الوالدية - ولو حكم بدون تحليف لا ينفذ حكمه وهذه المسئلة اتفاقيه

الثاني اذا استحق احد امال

بانكار المستحق عليه [واثبت] المدعي دعواه بالبينة [حلفه الحاكم على انه لم يبع هذا المال ولم يهبه لاحد ولم يخرجه عن ملكه بوجه من الوجوه] فان حلف حكم له بالاستحقاق وان نكل رد دعواه - لكن لو اقر المستحق عليه انه ملك المستحق لا يحتاج الى تحليف المستحق - ويظهر من قول المجلة اذا استحق احد امال الخ ان هذا التحليف انما يكون في احد نوعي الاستحقاق وهو الاستحقاق الناقل للملك من شخص الى آخر اعني الاستحقاق بالملك لا الاستحقاق المبطل للملك بالكلية بحيث لا يبقى لاحد عليه حق التملك كالتمتق والحرية الاصلية كما لا يخفى .

الثالث لو اراد المشتري رد المبيع لعيبه

ان اثبت حين الدعوى وجود العيب والبائع منكر فقبل الحكم له بالرد [حلفه الحاكم على انه] بعد الاطلاع على العيب [لم يرض بالعيب قولاً] كقبلته ورضيت به [او دلالة كتصرفه] بالبيع [تصرف الملاك] كما هو مسطور في المادة الآتفة لان الرضا بنوعيه يسقط خيار الرد فان حلف حكم له بالرد والا رد دعواه .

وجه التحليف ان المشتري قد يكون رضي بالعيب ، والبائع لا علم له حتى يدعي بذلك فيحلف المشتري ثم لو كان البائع يعلم ان المشتري ما اسقط حقه في خيار العيب فقال لا اريد تحليفه لا يحلف .

الرابع تحليف الحاكم الشفيع عند الحكم له

بالشفعة بانه لم يبطل شفعتها

فان حلف حكم له بالشفعة والا رد دعواه ولو علم ان الشفيع لم يسقط شفعتها فطلب ان لا يحلف فالظاهر انه لا يحلف - فالاولى من المسائل الاربع اتفاقية والباقي على قول الامام ابي يوسف .
وذكر في الفتاوي الهندية زيادة على ما ذكر ثلاث مسائل الاولى اذا سنلت من القاضي ان يفرض لها النفقة في مال الزوج الغائب يحلفها بالله ما اعطاك نفقتك حين خرج قال ويح ان تكون مسألة النفقة في قولهم جميعا كذا في الفصول العادية . الثانية يحلف مدعي الآباء مع البينة بالله انه باق على ملكه الى الان لم يخرج ببيع ولا هبة كذا في البحر الرائق الثالثة البكر اذا بلغت فاخترت الفرقة وطلبت التفريق من القاضي يستحلفها بالله تعالى لقد اخترت الفرقة حين بلغت وان لم يطلب الزوج .
واعلم ان الاستحلاف كما في الهداية وغيرها انما يكون في الدعاوي الصحيحة لا الفاسدة

المادة ١٧٤٧ - اذا حلف المدعى عليه بطلب الخصم

قبل ان يكلفه الحاكم فلا تعتبر يمينه ويلزم ان يحلف من قبل الحكم مرة اخرى .

لان التحليف حق الحاكم فلا يعتبر تحليف غيره كما انه لا عبء بتحليف الحاكم بدون طلب الخصم فيحلفه تكراراً الا فيما استثني من المواضع في المادة (١٧٤٢) وشرحها فهو اصطلاحاً على ان المدعي ان حلف فالخصم ضامن للال وحلف اي المدعي لم يضمن الخصم لان فيه تغيير الشرع (در مختار) .

وفي الهندية عن الذخيرة ادعى على آخر مالا وانكر المدعى عليه ثم

ادعى عليه في مجلس آخر أنك استهتت مني هذا المال وصرت مقراً
بالمال والمدعى عليه ينكر المال والاستهتال يحلف على المال دون الاستهتال
لان بالاستهتال يصير مقراً والاقرار حجة المدعي والمدعى عليه لا يحلف
على حجة المدعي فانه لا يحلف بالله ما للمدعي بينة .

فائدة تتعلق بهذا الفرع ذكر له ولغيره في الهندية اصلاً حيث قال :
الاصل في جنس هذه المسائل ان الانسان لما يستحلف على حق خصمه او
على سبب حقه ولا يحلف على حجة خصمه والاستهتال ليس حقاً ولا
سبب حق بل هو عبارة عن اقرار بالمعنى اتخذه المدعي حجة ولا يحلف
الحصم على حجة خصمه .

وهذا الاصل ينبك على ان المسائل المار ذكرها في شرح المادة
(١٧٤٢) اعني التي خرجت عن قاعدة من اذا اقر بشيء لزمه فـ اذا
انكره يستحلف لو امضت فيها النظر تجب في اكثرها ان المنكر لو حلف
لم تكن يمينه على حق خصمه ولا على سبب اوجب تقريره في ذمته من
اتلاف مال او عقد من العقود مثلاً بل تكون يميناً على نفي الحجة التي
يستند اليها خصمه وهذا خلاف الاصل الذي وضعت له اليمين فلا يحلف
نعم يوجد بعض من تلك المسائل لم يمنعوا التحليف فيها لهذه اللمة
بل لوجه آخر وهو انه لو حلف فعلى تقدير النكول يكون اقراراً بالشيء
للغير بعد دخوله في ملك آخر بسبب اقراره الاول او نكوله كما في
المسائل المذكورة في المادة ١٧٤٢ وما شاكلها ما عدا الاولى منها وقد
سبق بيان ذلك فراجعه فرحم الله ائمة الاصول والفقهاء ما ابعد غورهم
وادق نظرهم فكان المكر يقول في مثل تلك المسائل ايها الحصم هات
بينه على ما تخرج به ولا تكلفني الى عين ليست على حق او سبب
حق بل على حجة ان برهنت عليها فيها والا فلا يلزميني عين عليها

المادة ١٧٤٨ - اذا حلف احد على فعله يحلف على

البتات يعني يحلف على القطع بان هذا الشيء هكذا او ليس بكذا واذا حلف على فعل الغير يحلف على عدم العلم يعني يحلف على عدم علمه بذلك الشيء.

في الهندية للتخليف كيفيات مختلفة لان الدعوى اذا وقعت على فعل المدعى عليه ينظر ان كانت على فعله من كل وجه او على فعله من وجه وفعل غيره من وجه بان كان الفعل لا يقوم الا باثنين يحلف على البتات اي التقطع وان كانت على فعل غيره من كل وجه يحلف على عدم العلم مثال الاول ادعى عليه انك سرقت هذا العين مني او غصبته يستحلف على البتات ما سرقت ما غصبته .

مثال الثاني اشترت مني استأجرت مني استقرضت مني يحلف على البتات صكالاول .

ومثال الثالث وهو ما كان على فعل غيره من كل وجه . ادعى احد ديناً على ميت بحضرة وارثه بسبب الاستهلاك او ادعى ان اباك سرق هذا العين مني او غصبه مني يحلف الوارث على العلم والله لا اعلم ان ابي فعل - هذا مذهبتنا قال شمس الاثمة الخوافي هذا الاصل مستقيم في المسائل كلها ان التخليف على فعل الغير يكون على العلم لعدم علمه بما فعله غيره ظاهراً فلو حلف على البتات لامتنع عن اليمين مع كونه صادقاً فيتضرر به فطراب بالعلم فاذا لم يقبل مع الامكان صار باذلاً او مقراً (درر) وخرج عن هذا الرد بالعيب بان اشترى عبداً ثم ادعى ان العبد سارق او آبق واثبت اباقه وسرقته في يد نفسه وادعى انه آبق او سرق في يد البائع واراد تخليف البائع يحلف على البتات بالله ما آبق وما سرق في يده فالاباق فعل الغير وهو العبد وقد حلف البائع على البتات دون عدم العلم مع انه فعل الغير لان البائع ضمن تسليم المبيع سليماً عن النيوب والتخليف يرجع الى ما ضمن بنفسه فيكون على البتات

ثم انما يحلف في فعل الغير على العلم اذا قال المنكر لا علم لي بذلك واما اذا قال لي علم بذلك فيحلف على البتات ونقل في البحر ما اخذه الزيلعي عن النهاية وكذا في الفتح قاعدتين الاولى ان كل موضع وجب فيه اليمين على البتات خلف على العلم لا يكون معتبراً حتى لا يقضى عليه بالنكول فيبحث في قوله (لا يقضى عليه بالنكول) لان في النكول عن الحلف على العلم نكولاً عن البتات من باب اولي .

القاعدة الثانية عكس الاولى وهي كل موضع وجبت فيه اليمين على العلم خلف على البتات تعتبر اليمين حتى تسقط عنه اليمين على العلم ويقضى عليه اذا نكل لان الحلف على البتات اكد فيعتبر مطلقاً بخلاف المكسر هـ . وبحث ايضاً في قوله في الفقرة الثانية (ويقضى عليه اذا نكل بان البتات غير واجبة عليه فكيف يقضى عليه اذا نكل .

ثم نقل في الفتح من الامام عماد الدين في فصوله عدم جواز القضاء بالنكول عن الحلف على البتات لعدم وجوبه عليه وحط كلامه على قوله في القاعدة الاولى (حتى لا يقضى عليه بالنكول) بانه يلزم من النكول عن الحلف على العلم النكول عن الحلف على البتات من باب اولي وانه يقضى عليه . ورد ما ذكر من اليراد على هذه القضية من البحث والجواب عنه بانه منظور فيها وقد اطال في بيان ذلك فراجع

واعلم ان التحليف له كيفيات اربع ذكر منها في هذه المادة كيفيتين وهما التحليف على البتات او العلم وقد علمت في شرح هذه المادة الضابط في التحليف على البتات او العلم وبقي كيفيتان وهما التحليف على الحاصل اي الحصول في الحال او السبب وهذا يكون بحسب ما يقتضيه الحال من لزوم ترك النظر للمدعي او المدعى عليه لدرأ الضرر عنها والكيفيات تتداخل فان التحليف في فعل الغير على البتات فيه ترك النظر للمنكر الا اذا قال لي علم بذلك فيحلف حينئذ على البتات كما في فتح القدير .

وتحليف الانسان في فعل نفسه على العلم مخالف للمقول وفيه ترك
النظر للمدعي - فالنظر للطرفين في هذه الاحوال يدخل في جميع الكيفيات
كما ستقف عليه . مثلاً في دعوى الدين او العين على الوارث يحلف على
العلم حيث لا يعلم كيف كان مورثه وصلت اليه او ثبت الدين في
ذمته ومع هذا ففي تحليفه على البتات ترك النظر اليه اذ لعدم علمه قد
ينكل عن اليمين على البتات فيتضرر .

وفي البحر الرائق وحاصل ما ذكره الصدر في دعوى الدين على الوارث
ان القاضي يسئل المدعي عليه اولاً عن موت ابيه ليكون خصماً فان اقر
به يستوفيه المدعي من نصيبه فقط وان انكر فبهرن المدعي استوفاه من
التركة والا ، وطلب يمينه ، استحلفه القاضي على العلم فان حلف انتهت والا
قضى عليه فيستوفى من نصيبه ان اقر بوصوله اليه والا اي وان لم يقر
بوصوله اليه فان صدقه المدعي عليه فلا شيء عليه والا استحلف على
البتات ما وصل اليه قدر المال المدعى ولا بعضه فان نكل لزمه القضاء
والا لا - هذا اذا حلف على الدين اولاً فان حلف على الوصول اولاً
خلف فله تحليفه على الدين ثانياً لاحتمال ظهور مال فكان فيه فائدة
منتظرة وهي احتمال ظهور مال للميت - ولو اراد المدعي استحلافه على
الدين والوصول معاً ، فليل له ذلك وعامتهم انه يحلف مرتين ولا يجمع
وان انكر موته حلف على العلم فان نكل حلف على الدين . اه
ودعوى الوصية على الوارث ، كدعوى الدين فيحلف على العلم لو انكرها
واذا تنازعا في كونها ميراثاً فقال المدعى عليه ورثتها فاحلف على العلم
وكذبه المدعي ، حلف على البتات لان سبب الاستحقاق قد تقرر وهو
ظهور الدار في يده وهو يريد اسقاط يمين البتات فاقول للمدعي فاذا
اراد المدعي عليه تحليفه انه ما يعلم انها وصلت اليه بالميراث فله ذلك
فان نكل حلف على العلم والا فعلى البتات .

ثم اعلم ان مدعي الدين على الميت اذا ادعى على واحد من الورثة
به وحلفه فله ان يحلف الباقي لان الناس يتفاوتون في اليمين وربما لا

يعلم الاول به ويعلم به الثاني واذا كان في الورثة صغير او غائب .
وقد ادعى على الميت حق يكلف البالغ الحضور ويؤخر الصغير حتى
يدرك والغائب حتى يقدم ثم يحلفان لانه تعذر تحليف الصغير والغائب
فيؤخران الى ان يمكنهما التحليف اه معين الحكام

ولو ادعى احد الورثة ديناً على رجل للميت وحلفه ليس للباقي تحليفه
لان الوارث قائم مقام المورث وهو لا يحلفه الا مرة كذا في الخاتية وفي
الصحاح والقاموس : الذي بمعنى القطع ، البت لا البتات .

وقول المجلة (يحلف على القطع بان الشيء هكذا او ليس بكذا)
يقول الحقير هذا لا يحلو ان كان فعل نفسه حقيقة فالتحليف عليه بتاتا
يكون على النفي نحو بالله ما فعلت وان كان في حكم فعل نفسه بان
كان فعل الغير لكنه متصل به او قال لي علم به ففي هذا قد يكون
التحليف على الاثبات بحسب الظاهر لما في فتح القدير ان المردع اذا قال
قبض صاحب الوديعة مني فانه يحلف على البتات بان يقول والله سلمته
اليك فاقول للمودع لانه ينفي الضمان عن نفسه لكن هذا الاثبات
معناه النفي وهو انك لا تستحق عندي شيئاً . وكذا الوكيل بالبيع اذا
باع وسلم الى المشتري ثم اقر البائع ان الموكل قبض الثمن وجهد الموكل
فالقول قول الوكيل يبيئه فاذا حلف برى . المشتري ويحلف الوكيل
على البتات بالله لقد قبض الموكل اثبات فيه معنى النفي .

هذا وان كان تحليفاً على فعل الغير ولكن الوكيل يدعي ان له
علماً بذلك فانه قال قبض الموكل فكان له علم بذلك فيحلف على
البتات - ومثال النفي ما تقدم من دعوى سرقة العمد واراد رده بعد
اثبات وجود العيب عنده يحلف البائع على النفي بالله ما ابتى بالله ما
سرق في يدك وهذا تحليف على فعل الغير ، وهذا لان البائع
ضمن تسليم المبيع سليماً عن العيوب . والتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه
فيكون على البتات .

المادة ١٧٤٩ - اليمين اما بالسبب او بالحاصل وهو ان
اليمين بوقوع خصوص او بعدم وقوعه يمين بالسبب واليمين
ببقائه او بعدم بقائه يمين بالحاصل مثلاً اليمين في دعوى
البيع والشراء بعدم وقوع عقد البيع اصلاً هو يمين بالسبب
واما اليمين ببقاء العقد الى الان او بعدم بقائه فهو يمين
على الحاصل .

مضى كون اليمين على السبب ان يكون منصباً على نفس السبب
المؤدي الى حصول مسيئه هل هو واقع ام لا كدعوى عقد البيع الموجب
لتملك العين ، والاجارة لتملك المنفعة ، والكفالة لاشتغال الذمة وتوجه المطالبة
ومضى كونه على الحاصل ان السبب الذي ينشأ حصوله عن حصول
سببه المدعى به هل الى الان لم يزل حاصلًا باقياً ام لا - وذلك في
الاشياء التي تقع ثم قد ترتفع برفع كالتكاح والطلاق والقبض والقود
السائرة من بيع واجارة وكفالة ونحوها فيحلف على الحاصل بالله ما بينكما
تكاح قائم وما هي بائن منك الآن وما يجب عليك رده ، ولا ضمان
قيسته من الوجه الذي يدعيه - وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
تعالى وقال ابو يوسف رحمه الله يحلف على السبب لان اليمين حق المدعي
فيحلف على وفق دعواه والمدعي هو السبب - الا اذا عرض المدعي عليه
بان قال قد وقع البيع ثم تقابلنا فانه حينئذ يحلف على الحاصل نظراً له
كيلا يفوت حقه - وعنه انه ينظر الى انكار المدعي عليه فان انكر
السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل ورجحه قاضيخان
وقال نحو الاسلام يفوض الى رأي القاضي - وهذا الخلاف فيما اذا كان
السبب يرتفع برفع وليس في تحليفه على الحاصل ضرر بالمدعى فان كان

سبياً لا يرتفع برافع فانه يحلف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى التتق على مولاه - وكذا اذا كان في التحليف على الحاصل ضرر بالمدعي مثل ان يدعي شفعة بالجرار والمدعي عليه لا يعتقدها ومثل ان تدعي المبتوة النفقة والزوج لا يعتقدها فانه حينئذ يحلف على السبب بالاجماع لان في تحليفه على الحاصل ترك النظر في جانب المدعي اذ هو تحليف على عدم وجوب الشفعة عليه وعدم وجوب النفقة اذا كان شافياً على اعتقاده فيطرد حق المدعي اه (زيلمي) .

وفي البحر حكاية عن القاضي الي عاصم انه كان يدرس والحليفة اي نائبه بمحكم فاتفق ان امرأة ادعت على زوجها نفقة العدة فانكر الزوج حلفه بالله ما عليك تسليم النفقة من الوجه الذي تدعي فلما تهاها ليحلف نظرت المرأة اليه فلم لماذا نظرت اليه فنادى خليفته سل الرجل من اي المحلة هو حتى ان كان من اصحاب الحديث حلفه ما هي معتدة منك لان الشافعي لا يرى النفقة للمبتوة وان كان من اصحابنا حلفه ما عليك تسليم النفقة اليها من الوجه الذي تدعي نظراً لما اه ولا خصوصية لهاتين المسئلتين بل كل ما كان من هذا القبيل هذا حكمه - وفيه فان قلت قد راعيت هنا جانب المدعي وتركت النظر للمدعي عليه لجرار انه اشترى ولا شفعة للمدعي بان سلم او سكت عن الطلب قلت اشار الصدر الى جوابه بان القاضي لا يجد بدأ من الحاق الضرر باحدهما فكان مراعاة جانب المدعي اولى واوجب لان السبب الموجب للحق له وهو الشراء اذا اثبت ثبت الحق له وسقوطه انما يكون باسباب عارضة فيصح التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض .

وقد رأيت ان انقل لك ما في معين الحكام من الضوابط الحسنة لتقوى بها للملكه على استعمال كل تحليف في افراد المسائل بما يناسبها .
قال من القسم الخامس في ذكر اليمين ثم الاستحلاف على قسمين احدهما على العقود الشرعية والآثر على الافعال الحسية ، اما الاول فهو ان القاضي يحلفه على الحاصل بالعقد بالله ما له قبلك ما ادعى من الحق

ولا يخلفه على السبب وهو البيع والاجارة والكفالة ونحوها وروي عن ابي يوسف يخلفه على السبب بالله ما اشترت ولا استأجرت ولا كفلت ونحوها - الا ان يمرض للقاضي فيقول كم من مشتر او مستأجر يفسخ العقد فيخلفه على الحاصل ، لان اليمين تجب على حسب الدعوى ودفعه والدعوى وقع في العقد لا في الحاصل به .

واما القسم الثاني وهو الاستحلاف على الافعال الحسية وهي نوعان :
نوع يستحلف على الحاصل لا على السبب كالقصب والسرقة ان كان المقصوب والمسروق قائما يخلفه بالله ما هذا التوب لهذا ولا عليك تسليمه ولا تسليم شيء منه الى المدعي وان كان مستهلكا يستحلف على القيمة لا غير .
واما النوع الثاني وهو ما اذا ادعى على رجل انه وضع على حائطه خشبة او بنى عليه بناء او اجرى على سطحه او في داره ميزابا او فتح عليه في حقه باباً او رمى ترابا في ارضه او ميتة او نحو ذلك مما يجب على صاحبه نقله واراد استحلافه على ذلك فانه يخلفه على السبب بالله ما فعلت هذا لانه ليس في التحليف هنا ضرر بالمدعى عليه اذ بعد ما ثبت هذا الحق للمدعي وهو استحقاق رفع هذه الاشياء عن ارضه لا يتضرر بسقوطه بسبب من الاسباب فانه لو اذن له في الابتداء ان يضع الخشبة على حائطه او يلقي الميتة في ارضه كان ذلك اعارة منه فتمى بدا له كان له ان يطالبه برفعه وان باع منه ذلك لا يجوز لان هذا بيع الحق وبيع الحق لا يجوز ا . اي فهذه الافعال الحسية كالاسباب التي لا ترتفع برفع نحر دعوى العبد المسلم العتق على مولاه فالتعريف على السبب لا يضر المدعى عليه .

ولزيادة الايضاح نذكر لك بعضاً من الامثلة لكل نوع ففي الفصل الخامس عشر من الفصولين ادعى على احد انه باع ولم يسلم ولم يقبض ثمنه يخلف ما هذا لك بهذا البيع الذي يدعي بهذا الثمن المسمى وهذا ظاهر الرواية . ولو ادعى كفالة بمال او بمرض حلف على الحاصل ولكن انا يخلفه لو ادعى كفالة صحيحة منجزة او مطلقة بشرط متعارف

وذكر ان الكفالة كانت باذنه او ذكر اجازة الكفالة في مجلس الوكالة - اما بدون ذلك فلم يكن مدعياً كفالة صحيحة ولا يترتب عليه التحليف واذا حلفه يملفه ما له قبلك هذا الالف بسبب الكفالة التي يدعيها لثلا يتناول كفالة اخرى .

ادعى ديناً ولم يذكر له سبباً يحلف على الحاصل بالله ما له قبلك ما ادعاه ولا شيء منه وكذا لو ادعى ملكاً في عين حاضر او حقا في عين حاضر ادعاه مطلقاً ولم يذكر له سبباً، على يحلف الحاصل ما هذا لقلان ولا شيء منه ولو ادعاه بناء على سبب بان ادعى ديناً بسبب قرض او شراء او ادعى ملكاً بسبب بيع او هبة او ادعى غصبا او وديعة او عارية يحلف على الحاصل في ظاهر الرواية لا على السبب بالله ما استقرضت ما اودعني ما شريت منه ما بعته منه .

وفي الخانية امرأة ادعت على زوجها انه حلف بطلاتها ثلاثا ان لا يدخل هذه الدار وانه قد دخلها بعد اليمين فان انكر اليمين والدخول يحلف على الحاصل بالله ما هذه المرأة بائنة منك بثلاث طلاقات كما ادعت وفيها لو ادعى رجل على غيره انه حفر في ارضه حفيرة اضر ذلك بارضه وطلب النقصان فان بين موضع الحفر وحدودها ومقدار الحفيرة والنقصان يملفه القاضي على الحاصل بالله ما له عليك هذا الحق الذي يدعي ولا يملفه على السبب، لان هذا السبب مما يحتمل السقوط بالرضا او الابراء او الصلح .

قال شمس الاثمة الحلواني عند بعض العلماء يجب عليه كبس الحفيرة ولا يجب عليه النقصان فعلى هذا القول لا يحلف على الحاصل لانه ربما يميل الى ذلك القول فيحلف فكان ينبغي ان يحترز عن قول ذلك القائل ولا يملفه على الحاصل الا ان الحصاص رحمه الله تعالى لم يعتبر ذلك القول ولم يلتفت اليه ثم ذكر في الكتاب حفر في ارضه حفيرة اضر بالارض - وهذا اشارة الى انه اذا لم يضر بالارض ولا يدخل نقصان في ارضه بذلك لا يجب عليه شيء .

ولو ادعى رجل انه شق في ارضه نهراً وساق الماء فيه الى ارض له فان القاضي لا يسمع دعواه حتى يبين الارض ويبين موضع النهر في الارض انه على اليمين او على اليسار ويبين مقدار النهر طولاً وعرضاً وعمقاً فاذا بين ذلك ان اقر المدعى عليه بذلك لزمه اي الرفع وان انكر حلفه بالله ما احدثت في ارض هذا الرجل هذا النهر الذي يدعي وكذا لو ادعى غرس الشجر في ارضه فاذا بين المدعي ذلك ان اقر المدعى عليه امر برفع البناء والشجر وان انكر حلفه بالله ما بنيت هذا البناء وما غرست هذا الشجر في ارض هذا الرجل فان نكل . يرفع البناء والشجر .

يقول الضيف الفرق بين هذا الفرع والذي قبله ان الاول مطابقة بضم ن نقصان الارض بسبب الفعل المضر وهذا يحتمل السقوط برفاء او ابراء فلذا حلف على الحاصل بخلاف هذا الفرع فانه مطابقة برفع ما احدثه وهو لا يحتمل السقوط بوجه - حتى لو اذن له يصح رجوعه عن الاذن لانه اعارة ولهذا حلف على السبب

المادة ١٧٥٠ - اذا اجتمعت دعاوى مختلفة يكفي فيها عين واحدة ولا يلزم التحليف لكل منها على حدة

[اذا اجتمعت دعاوى مختلفة] كما لو ادعى اشياء مختلفة الجنس والنوع والصفة كثياب ودواب فان تحتها اطلاقاً ولكل نوع منها اوصاف وبتين ذلك في دعواه وذكر قيمة الكل جملة كفى ذلك الاجمال وتقبل بيئة وعند عدم البيئة يحلف خصمه على الكل مرة (درر وتنوير مع شرحه للملائي) .

وقد شرط بعضهم التفصيل بذكر قيمة كل عين على حدة لكن الاكتفاء بالاجمال هو الصحيح كما مئت عليه المجلة . واعلم ان العين

المنقول المدعي انما يشترط بيان قيمتها اذا لم يمكن احضارها للمجلس ، او يحتاج في احضاره الى مصرف او كان هالكا وادعى قيمته والا فشاهدته في المجلس تفني عن ذكر القيمة (راجع المواد ١٦٢٠ و ١٦٢١ و ١٦٢٢) الا في دعوى الغصب فلا يشترط بيان القيمة هالكا كان المصوب او قائما . فلو قال غصبت مني كذا ولا ادري اهو هالك او قائم ولا ادري كم كانت قيمته ، ذكر في عامة الكتب انه تسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعلم قيمة ما له فلو كلف بيان القيمة ، لتضرر به وفائدة صحة الدعوى مع الجهالة توجه اليين على الخصم فالقول بقيمته قول القاصب يمينه .
ومثل دعوى الغصب دعوى الرهن كما لو ادعى انه رهن عنده ثوبا وهو ينكر تسمع دعواه ، وكذا دعوى الوصية والاقرار والابراء فهي خمسة (تكملة) من كتاب الدعوى .

ولو كان ما يدعيه ديناً مكيلاً او موزوناً نقداً او غيره فلا بد من ذكر الجنس كمنظة والنوع كبكديّة او حورانية والصفة كجيدة وسبب الوجوب بان يقول بسبب بيع صحيح جرى بينهما فلو ادعى كروي ولم يبين سبباً لم تسمع (تنوير ودر مختار)

يكفي يمين واحدة الخ

لان الدعوى واحدة وتنوع المدعى به لا يوجب تعددها . وتكرار اليين غير مشروع

﴿ تنبيه ﴾

ذكر الفاضل علي حيدر افندي في شرح هذه المادة انه يستثنى من ذلك ما لو كانت الدعوى الثانية لا تسمع الا اذا حسنت الدعوى الاولى يمين فينشد يحتاج الى يمين اخرى في الدعوى الثانية ومثلها بما لو

ادعى انسان على آخر بان فلانا الغائب له عليك كذا وانا وكيل عنه بالخصومة وقبض دينه منك فانكر المدعى عليه كلا من الوكالة والدين فاذا عجز عن البينة يحلف المدعى اولا على عدم علمه بتوكيل الغائب اياه . فاذا نكل فيها ، صار مقراً بنكوله وثبتت الوكالة فاذا ثبتت وكالته وعجز بعد ذلك عن اثبات الدين يحلف المدعى عليه لاجل اثبات الدين ثانيا اه . يقول الضيف فيه نظر لان المراد بالدعوي المختلفة في المادة تنوع المدعى به في ضمن خصومة واحدة كما علمت والوكالة المجردة لا تصح الدعوى بها الا ان تكون في ضمن دعوى مال فالوكالة تثبت بهذه الصورة اولا ثم تتوجه الخصومة لاثبات الدين ثانيا وهذا غير ما نحن فيه اذ هما دعويان ترتبت ثانيتهما على الاولى يعلم ذلك من عبارة الدرر قبيل عزل الوكيل عند قول المصنف الوكالة المجردة لا تدخل تحت الحكم .

ثم هذه الوكالة لا تجري في حق الغائب الا ببينة يقيها مدعي الوكالة لا باقرار المدين او نكوله كما هو صريح قول الدرر وغيره هناك : مصدق التوكيل بقبض لو غريبا امر بدفع دينه الى الوكيل فان كذبه الغائب دفع المصدق اليه ثانيا ويرجع به على الوكيل ان بقي في يده وان ضاع لا - ثم انه يستفاد من كلامه ان المطلوب اذا انكر وكالة خصمه المدعى بها ضمن دعوى الدين يحلف عليها وتثبت بنكوله وهذا ايضا فيه نظر لان الوكالة التي يحتج بها الخصم ليست بحق ولا سبب حق حتى يحلف عليه (راجع شرح المادة ١٧٤٧) .

وما ذكرناه عن الهندية يتضح لك هذا . غاية الامر انه اذا اقر بها وبالدين يجبر على الاداء . مواحدة له باقراره وهي حجة قاصرة لا تعدى الى الموكل تأمل وراجع الثرنبلالي محشي الدرر عند قول صاحب الدرر الوكالة المجردة لا تدخل تحت الحكم .

المادة ١٧٥١ - اذا كلف الحاكم من توجه اليمين في

الدعاوي المتعلقة بالمعاملات باليمين ونقل عنه صراحة بقوله لا
احلف او دلالة بالسكوت بلا عذر حكم الحاكم بنكوله واذا
اراد ان يحلف بعد الحكم فلا يلتفت اليه ويبقى الحكم
على حاله .

اذا كلف الحاكم من توجهه اليه اليمين

في الدعاوي المتعلقة بالمعاملات

قيد بالمعاملات احترازاً عن الدعاوي المتعلقة بالعقوبات فلا يقضى فيها
بالنكول ولهذا صرحوا لو نكل عن اليمين في السرقة ضمن المال ولم
يقطع - . وافاد اطلاق المجلة ان حكم الحاكم بعد نكوله مرة واحدة
صحيح وينفذ وهو الصحيح لان النكول بذل او اقرار وليس تكرار
النكول بشرط في شيء منها (عناية) لكن الاولى عرض اليمين عليه
ثلاث مرات احتياطاً بان يقول له القاضي اني اعرض اليمين عليك ثلاث
مرات فان حلفت والا الزمتك المدعي ثم يقول له احلف بالله ما
لهذا عليك هذا المال الذي يدعي وهو كذا وكذا ولا شيء منه فان
ابى ان يحلف بالله في المرة الاولى يقول له في المرة الثانية كذلك فان
ابى ان يحلف في المرة الثانية يقول بقيت الثالثة ثم اقضي عليك ان لم
تحلف ، ثم يقول له ثالثاً احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال ولا شيء
منه فان ابى ان يحلف يقضى عليه بدعوى المدعي - وان قضى بالنكول
في المرة الاولى نفذ قضاؤه اه (فتح)

قال صاحب الكافي ولا بد ان يكون النكول في مجلس القضاء
- وهل يشترط ان يكون القضاء على فور النكول اختلاف - قال في
البحر ولم يبين الفور بماذا يكون - اتول اي هل بان يكون الحكم
عقب النكول بدون ادنى تاخير او ان لا يتخلل بين الحكم والنكول

انشغال القاضي بامر آخر في ذلك المجلس ، او هو مقيد بذلك المجلس
مها امتد ولا يضر وجود الفاصل او ما لم يمض ثلاثة ايام مثلاً لم يعثر
في هذا على نقل - وعلى كل فن اشترط الحكم على فور النكول فاذا
تأخر فلا يمتد بما سبق من عرض اليمين بل لا بد من عرض جديد لما فيه
عن الحانبة ولو ان المدعى عليه بعد ما عرض عليه اليمين مرتين استسهله
ثلاثة ايام ثم مضت وقال لا احلف فان القاضي لا يقضي عليه حتى
ينكل ثلاثا ويستقبل عليه اليمين ثلاثا ولا يعتبر نكوله قبل الاستمهال
وقبل الانذار لاعلامه بالحكم ، اذ ربما يظن ان النكول لا يوجب الحكم
عليه لان الشافعي يقول لا يقضى عليه بل ترد اليمين على المدعى فان
حلف قضى به وان نكل انقطعت المنازعة لان النكول يحتمل التورع
عن اليمين الكاذبة ويحتمل الترفع عن اليمين الصادقة كما وقع لسيدنا
عثمان رضي الله تعالى عنه فالاول يقضى بالحكم عليه والثاني لا ،
ويحتمل اشتباه الحلال بان لا يدري انه صادق في انكاره فيحلف او
كاذب فيه فيمتنع فلا ينتصب نكوله حجة مع الاحتمال فيصير الى يمين
المدعي لانه دليل على ظهور كونه محقاً .

ولنا ان دلالة النكول على كونه باذلاً او مقراً اقوى وارجح من
تلك الاحتمالات المذكورة في دليل الشافعي رضي الله عنه - بيانه ان
العاقل الدين لا يترك الواجب عليه اعني اليمين بمقتضى ان لفظ (على)
الايجاب في الحديث ولا يترك دفع ضرر الحكم عن نفسه من تلك
الوجوه المحتملة اما الترفع عن اليمين الصادقة فظاهر اذ ليس ضروريا
حتى يترك به الواجب ودفع الضرر عن النفس - واما التورع عن
اليمين الكاذبة فلان المتورع لا يترك الواجب عليه بل يعطى حق خصمه فيسقط
الواجب عن عهده فعدم اقدمه على اليمين ينفي احتمال كونه متورعاً لان
حمل الاقدام على البذل او الاقدام على البذل او الاقرار هو التورع وهو
اجدر من حمله على التورع عن اليمين الصادقة .
كذلك اشتباه الحلال لا يوجب ترك الواجب عليه بل يتحرى فيقدم

على اقامة الواجب عليه او يعطي حق خصمه فيسقط عنه عمدة الواجب فان لم يعتبر الناكل باذلا او مقراً حين عدم اقدامه على اليمين انتفى هذا الاحتمال ايضاً اه .

قال في الفتح وبالجملة فقول المصنف اي صاحب الهداية (آذ لولا ان النكول بذل او اقرار لاتدم على اليمين اقامة للواجب) ، كلمة جامعة يندفع بها الوجوه المحتملة المذكورة في دليل الشافعي باسرها فيترجح كون الناكل باذلا او مقراً بالضرورة - ثم اذا حلف المدعى عليه فالمدعى على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه الا انه ليس له ان يخاصه ما لم يقيم البينة على وفق دعواه فان وجد بينة اقامها عليه وقضى له بها وهمل يظهر كذب المقر باقامة البينة . الصواب انه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يحنث في يمينه انه كان لقان علي الف فادعى عليه فانكر خلف ثم اقام المدعي البينة ان له عليه الفاً . وقيل منذ ابي يوسف يظهر كذبه وعند محمد لا يظهر اه بنوع تلخيص وايضاح من الغاية والهداية وفتح القدير والبحر .

ونكل صراحة بقوله لا احلف

وهذا نكول حقيقة [او دلالة بالسكوت] وهذا نكول حكماً ، وحكمه كالحقيقي لكن اذا كان السكوت [بلا عذر] فاما عن عذر كالطرش والحرس فلا يكون سكوته نكولا ومن كان به آفة الحرس فاما ان يحسن الكتابة او يسمع ، او لا يحسن شيئاً فاذا لم يسمع وله اشارة معروفة فاشارته كالبيان . وان كان مع ذلك اعمى نصب القاضي له وصياً ويامر المدعي بالخصومة معه اذا لم يكن له اب او جد او وصيها - واذا كان لم يسمع يقول له القاضي عليك عهد الله وبيثاقه ان كان كذا فان اوماً أي نعم فانه يصير حالفا بهذا الوجه ولا يقول له بالله ان كان كذا لانه ان اشار برأسه نعم لا يصير حالفا بهذا الوجه بل مقراً كذا في التكملة عن شرح الوهبانية .

حكم الحاكم بنكوله

لا تقرر ان النكول بذل او اقرار [واذا اراد ان يحلف بعد الحكم]
احترافاً عما لو اراد ان يحلف قبل الحكم بعد ان كلف ثلاث مرات
ولم يحلف فانه يحلف اذ ليس في هذه الصورة ما يستلزم نقض حكم
الحاكم - بخلاف ما بعد الحكم .

فلا يلتفت اليه ويبقى الحكم على حاله

قيد بارادة الحلف لانه لو اراد اقامة البينة بما يبطل الحكم تسمع
في بعض المواضع لما في البحر عن الحانية من باب ما يبطل دعوى المدعي
رجل اشترى من رجل دابة فوجد بها عيباً فخاصم البائع فانكر البائع ان
يكون العيب عنده فاستحلف فنكل فقضى القاضي عليه والزمه العبد
ثم قال البائع بعد ذلك قد كنت تبرأت اليه من هذا العيب واقام
البينة قبلت بينته .

يقول الفقير دعوى التبرأ من العيب بعد انكار وجوده عنده يؤكد
عدم استحقاق الرد فلا يوجد تناقض يمنع سماع البينة .

وكما لو ادعى عيباً في يد انسان فانكر فطلب المدعي تحليفه لمعجزه
عن البينة فحكم عليه لنكوله عن اليمين ثم بعد الحكم دفع المدعي
عليه دعوى المدعي واقام بينة انه اشتراها منه ، تسمع ويبطل الحكم
الاول (واقعات) نعم بعد الحكم بالنكول لو اتى المحكوم عليه
بدفع فيه تناقض واراد اثباته ، لا يقبل كما لو ادعى رجل على آخر ثمن
قن فانكر خصمه الثراء فبعد الحكم عليه بناء على النكول لو ادعى
انه دفع ثمنه واراد اثباته بالبينة لا يسمع للتناقض (فصولين) .

المادة ١٧٥٢ - تعتبر يمين الاخرس باشارته المهودة .

في الهندية عن الذخيرة من الباب الثالث في اليمين وان علم القاضي ان بلسانه آفة بان علم انه اخوس يامرہ ان يجيب بالاشارة ويعمل باشارته فان اشار بالاقرار تم الاقرار وان اشار بالانكار عرض عليه اليمين فان اشار بالاجابة كان يميناً وان اشار بالاباء يكون نكولاً فيقضى عليه بالنكول (راجع المادة ٧٥) وكيفية التحليف ان يقول له القاضي عليك عهد وميثاق ان كان كذا وكذا فان اوما يراسه ان نعم صار حالفاً وان لا صار ناكلاً .

﴿ لاحقة ﴾

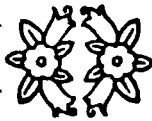
المادة ١٧٥٣ - اذا قال المدعي ليس لي شاهد اصلاً ثم اراد ان يأتي بشهود او قال ليس لي شاهد سوى فلان وفلان ثم قال لي شاهد آخر لا يقبل قوله

اي سواء كان على طريق النفي كما في الفقرة الاولى او على طريق الحصر كما في الفقرة الثانية لا يقبل قوله وهذا قول الامام محمد مشتم عليه المجلة وجهه ان في تقديم الشهود بعد قوله السابق ليس لي شاهد اصلاً او ليس لي شاهد سوى فلان وفلان تناقضاً والتناقض مردود . ويقبل في قول الامام ابي حنيفة على ما في العادية لان اليمين الفاجرة احق بالرد من البينة العادلة .

قال في الدر المختار وعلى هذا الخلاف لو قال لا دفع لي ثم اتى

بدفع او قال الشاهد لا شهادة لي ثم شهد . والاصح القبول لجواز النسيان
ثم التذكر وحيث كان بين اثنتا خلاف في هذه المسئلة نقل الفاضل
علي حيدر افندي في شرحه ان جمعية المجلة الملقاة كانت اعطت ايضاحا لهذه
المادة وهو انه في الدعاوي والشهادات الحسبية التي لا يجوز تأخيرها لغير
عذر وفيها هو عائد لبيت المال والوقف واليتيم وغير الرشيد (اقول) وفي
حكمها المعتوه والمجنون والصفير لو قال المدعي حسبة او امين بيت المال
او المتولي او الرصي او الولي لا شاهد لي في هذه الدعوى ثم ازاد ان
يأتي بشهود فلا مانع من قبول بينتهم على ذلك اتباعاً لقول بعض الاغمة .
واما غيرهم فينتظران وفق المدعي بين قوله كأن قال اني بعد ان قلت
لا شاهد لي اصلاً تجدد لي علم بان المدعى عليه كان اشهد على نفسه
بالحق شهوداً لم يكن لي بهم علم حتى الان والان حيث علت بذلك
اقدامهم للشهادة ، يقبل منه - وان لم يوفق بين كلاميه كأن قال
كنت ذكرت انه لا شاهد لي اصلاً لاني كنت ناسياً والان تذكرتهم
ولم يبد عذراً مقبولاً يرفع التناقض فلا يقبل بموجب هذه المادة .

يقول الفقيه هو ايضاح وجيه جامع بين القولين حارٍ لما هو الارفق
في الجهتين - بقي ما لو قال الشهود لا شهادة لنا في هذه الدعوى ثم
شهدوا بها فهذه ايضاً خلافية كما تقدم ولم تعرض لها المجلة والذي يظهر
انه يستدل من ترك التعرض لها على اختيارها قول الامام الاعظم لان
المعمل في المذهب انما هو عند الاطلاق ما لم يتقيد بامر سلطاني المعمل
بقول مجتهد غيره - ووجهه ظاهر لان ظاهر المدالة مع الوعيد بنص (ومن
يكتسبها فانه آثم قلبه) يقتضى قبول توفيقهم اذا قالوا نسينا الحادثة ثم
تذكرناها خصوصاً وهي من طرفهم عبادة محضة وليسوا باخصام ولا
متهمين بعذر النسيان .



الباب الرابع

- في باب التنازع بالأيدي -

اعلم اولاً ان معرفة الخارج من ذي اليد عند التنازع بالأيدي مهم جداً لان بذلك يتميز المدعي من المدعى عليه ويترب على ذلك تعين المحل الذي تطالب فيه اليين ومن يكون خصماً في الدعوى ومن لا يكون وفي اي حالة يقضى قضاء ملك واستحقاق وفي اي حالة يقضى قضاء ترك الى غير ذلك من الاحكام ويعرف هذا بظاهر الحال مع التحليف ان لم تكن بينة .

في التناوي الانتزوية في نوع في معرفة الخارج من ذي اليد ادعى كل منها انه في يده ان كان بني فيه احدهما او حفر بئراً فهو له ولو برهن كل على اليد يجعل بينهما لكن لا يقم حتى يبرهن على الملك او يعترف بالاشتراك بطريق الارث .

ثم رمز لقاضيئنا ادعى كل منها انه له وفي يده ذكر محمد في الاصل ان على كل منها البينة والا فاليمين اذ كل منها مقر بتوجيه الخصومة عليه لما ادعى اليد لنفسه . فلو برهن احدهما حكم له باليد ولا يصير مدعى عليه والآخر مدعياً ولو برهننا يجعل المدعي في يدهما لتساويهما في اثبات اليد .

وفيها عن الفصولين تنازعا في اليد واراد احدهما تحليف الآخر ينبغي ان يحلف لانه يظهر بنكوله يده في حق الناكل فيؤمر الناكل بترك التعرض الى ان يبرهن على اليد - واليد الحادثة بالقلبة لا عبدة لها لما فيها ايضاً وان غلب انسان على ملك غيره وحدث فيه يدا لا يحصل بالقلبة صاحب اليد وان علم الحاكم باحداث يده امره بالرد الى الاول

وان اتكر المتطلب بالاحداث حلقه بطلب الخصم ومثله في البرازية من نوع في اثبات اليد .

وفي البرازية لو برهن على انه في يده منذ عشر سنين وهذا احداث فيه يده قضى له بها لكن لا يكون هذا قضاء بالملك حتى لو برهن عليه المقضى عليه بانها ملكه قضى له بها .

واعلم انه لا عبرة لما يحدث من التبدل في اثناء دعوى اليد لما في الخاتمة في فصل في دعوى المنقول : رجل ادعى عينا في يد رجل فطوب بالبيئة فلما قاما من عند القاضي باعها صاحب اليد من رجل بالف وتقابضا ثم اودعه المشتري عند البائتم وغاب ثم جاء المدعي بالبيئة فان كان القاضي يعلم بما صنع ذو اليد او اقر به المدعي لا تسمع بيئة المدعي على ذي اليد وان لم يعلم به القاضي ولا اقر به المدعي تقبل بيئة المدعي ولا تقبل بيئة صاحب اليد انه باعه من فلان ثم اودعه فلان عنده وان اقام البيئة على اقرار المدعي بذلك قبل بيئته وتدفع عنه الخصومة والهبة والصدقة اذا اتصل بها القبض بمزلة البيع في ذلك .

وفيها ايضا لو ان رجلاً ادعى عينا في يد رجل قبل ان يقيم البيئة باعه المدعى عليه من رجل بحضور من الشهود ثم اقام المدعي البيئة على المدعى عليه ان العبد له فان القاضي يقضي به للمدعي ولا تقبل بيئة المدعى عليه انه باعه - فان جاء المشتري بعد ذلك واقام البيئة على المقضى له ان المين ملكه وهو في يده بغير حق يقضى به للمشتري . ثم ان ظاهر الحال في وضع اليد تكون في كل شي . بحسبه فقي الدار مثلاً تكون بالسكنى واحداث الابنية وفي الجدار باتصال التريم بان تكون لبسات الجدار المنازع فيه مشبكة بجدار احد الحصين وكالراكب على سرج الدابة اولى في اليد من الرديف - ولايس الثوب اولى من الاخذ بالكم وهكذا مما هو مسطور في كتب المذهب من كتاب الدعوى وينبغي لك مراجعة شرح المادة ٦٨ (وهي دليل الشيء في الامور الباطنة يقوم مقامه) يعني انه يحكم بالظاهر فيما يتعسر الاطلاع على حقيقته

كان هناك فروعا تناسب هذا المقام .

المادة ١٧٥٤ - يلزم اثبات وضع اليد بالبينة في العقار المازع فيه ولا يحكم بتصادق الطرفين يعني لا يحكم بكون المدعى عليه ذا اليد باقراره عند دعوى المدعى - ولكن اذا ادعى المدعى قائلاً اني كنت اشتريت ذلك العقار منك او كنت غصبتة مني فلا حاجة الى اثبات كون المدعى عليه بالبينة وايضاً لا حاجة الى اثبات ذي اليد في المنقول على الوجه الذي ذكر آنفاً وهو في يد اي شخص كان فهو ذو اليد وتصادق الطرفين كاف في هذا .

[يلزم اثبات وضع اليد بالبينة في العقار المنازع فيه ولا يحكم بتصادق الطرفين يعني لا يحكم بكون المدعى عليه ذا اليد باقراره عند دعوى المدعى .]

اعلم ان الحكم بالملكية في العقار لا يكون الا بعد اثبات وضع اليد بالبينة وعن هذا صرح المتون لا تثبت اليد في العقار بتصادقها بل بينته بخلاف المنقول - ولو كان شهود وضع اليد هم ايضاً شهود الملك يكفي وذلك لان العقار كما في الفتح قد يكون في غير يد المتخاصمين بان كان في يد مالكة الحقيقي بعيد عن العقار عادة فيتواضعان على ان يصدق المدعى عليه المدعي في ان ذلك العقار في يد المدعى عليه فيقيم المدعي البينة على المدعى عليه بان ذلك العقار له فيحكم القاضي للمدعي بكونه له فيصير هذا قضاء له بالغير الذي كان العقار في يده

في الواقع ويفضي ذلك الى نقض القضاء عند ظهوره في يد ذلك الغير - بخلاف المنقول فان اليد فيه مشاهدة فلا مجال للمواضعة المذكورة بل ولا للشهود بان يشهدوا بخلاف الواقع فالتهمة في المنقول متفية (بزازية) وينبغي ان يعلم ان هذا الشرط اعني ثبوت وضع اليد بالبينة انما هو لصحة القضاء بالملكية للمدعي اذا اثبتها بالبينة لا لصحة الدعوى والا لما جاز تخليف المدعى عليه اذا انكر اليد مع انه يحلف غير انه اذا نكل عن اليمين يتزع العقار من يد المدعى عليه ويسلم للمدعي قضا. ترك لما في الفصولين عن الفتاوي الصغرى ادعى منقولا فاقر المدعى عليه انه في يده يقبل اقراره لا في العقار حتى يبرهن فلو انكر اليد ولم يكن للمدعي بيينة يحلف .

وفيه ايضاً عن فتاوي قاضيخان انكر المدعى عليه كون العقار بيده يحلف حتى يقر فار اقر باليد حاب على الملك اي انه ليس بملك المدعى في قنوك نكل يؤمر بتك الترض اي يسلم العقار للمدعي قضا. ترك بحيث لا يحكم له بالملكية ما لم يثبت بالبينة وضع يد المدعى عليه

[ولكن اذا ادعى المدعي قائلاً اني كنت اشترت ذلك العقار منك او كنت غصبته مني فلا حاجة الى اثبات كون المدعى عليه ذا اليد بالبينة]

يعني ان الدعوى في العقار انما تحتاج الى اثبات يد المدعى عليه اذا ادعاه بالملك المطلق بلا بيان سبب الملك - بخلاف بيان السبب فانه دعوى الفعل بان ادعى بانه شراء منه او غصبه او سرقة منه المدعى عليه ، فلا حاجة حينئذ لاثبات اليد لان هذا دعوى فعل وهو تملك وتقليك وازالة يد وهي كما تصلح على ذي اليد تصلح على غيره ولا مكان تحقق الفعل من ذي اليد وغيره - مثلاً لو ادعى على آخر عقاراً بانه ملكي

وقد غصبته مني وطلب رده اليه صح بدون اثبات اليد بالينة كما تصح لو قال غصبته وبعته من فلان واستلمه فاطلب منك قيمته (راجع مادة ١٦٣٥) وفي الانتقوي عن البرازية ادعى شيئاً في يد غيره وقال هو ملكي كان في يدي وان هذا احدث فيه يده بغير حق فهذا دعوى النصب على ذي اليد وكذا لو قال هو ملكي وكان في يدي الى ان احدث المدعى عليه يده بغير حق يكون هذا دعوى النصب

قال في البحر واما دعوى الملك المطلق فدعوى ترك التعرض بازالة اليد . وطلب ازالتها لا يتصور الا من صاحب اليد بإقراره لا يثبت كونه ذا يد لاحتمال المواضع كما تقدم وفي الخاتمة : والحاصل ان اشتراط ثبوت اليد في العقار لا تسم الا على صاحب اليد ودعوى اليد تقبل على غير صاحب اليد اذا كان الغير ينازعه في اليد فيجعل مديماً لليد مقصوداً ومديماً للملك تبعاً للملك اليد اي وحيث كانت دعوى الملك تبعاً للملك اليد يصح سماع الدعوى بالملك وان لم تثبت اليد بالينة فيحلف ويقضى له اذا نكل قضا. ترك [وايضاً] كدعوى الفعل من شراء او غصب او سرقة

لا حاجة الى اثبات اليد في المنقول

لانه كما في المادة (١٦٢١) المنقول يحضر الى مجلس الحاكم ليشار اليه في الدعوى والشهادة وبهذا يتبين صاحب اليد فليس في تصادق الطرفين احتمال المواضع المذكورة .

والحاصل ان ثبوت اليد في المنقول يكون بالمشاهدة والاقرار ويكون بالينة حتى لو انكر المدعى عليه كون المنقول في يده واثبت المدعي انه كان في يده منذ سنة يعتبر المدعى عليه صاحب اليد كما في الهندية [على الوجه الذي ذكر آنفاً] وهو الاثبات بالينة ولا بد

وهو في يد اي شخص كان كاف في هذا

المادة ١٧٥٥ - اذا تنازع شخصان في عقار وادعى كل منهما كونه ذا اليد في ذلك العقار تطلب البينة من كل واحد منهما على كونه ذا اليد فاذا اقام كل منهما البينة على ذلك ثبت يدها معاً على العقار فيشتركان فيه واذا اظهر احدهما العجز عن اثبات وضع يده واقام الآخر البينة على كونه واضع اليد يحكم بكونه ذا اليد ويعد الآخر خارجاً . وان لم يثبت احد من الخصمين كونه ذا اليد يحلف كل منهما بطلب الآخر على عدم كون خصمه ذا اليد في ذلك العقار ويشتركان فيه . وان نكل احدهما وحلف الآخر يحكم بكون الحالف ذا اليد مستقلاً بذلك العقار ويعد الآخر خارجاً . وان حلفا معاً فلا يحكم لاحد منهما بكونه ذا اليد ويوقف العقار المدعى به الى ظهور حقيقة الحال .

اذا تنازع شخصان في عقار وادعى كل
منهما كونه ذا اليد في ذلك العقار

لا كان الكلام اولاً بخصوص التنازع في الملكية بين في هذه المادة حكم التنازع باليد قال الامام السرخسي في مبسوطه لان دعوى اليد مقصودة كما ان دعوى الملك مقصودة لان باليد يتوصل الى الانتفاع بالملك وقد تقدم عن الحانية في شرح المادة قبلها ان دعوى اليد تقبل على غير صاحب اليد اذا كان الغير ينازعه في اليد

[تطلب البينة من كل واحد منهما على كونه ذا اليد فاذا اقام كل منهما البينة على ذلك تثبت يدها معاً على العقار فيشتركان فيه].

اي في كون كل منهما ذا اليد لا غير لان البينتين هنا وان كانا متعارضتين الا انها متساويتان في سببية الاستحقاق . والمساواة في سببية الاستحقاق توجب المساواة في الاستحقاق فلم يكن لاحدهما رجحان على الاخرى والمحل قابل للاشتراك ليس من قبيل مثل النكاح فيقضى لكل واحد منهما بالنصف لمضى الضيق والمزاحمة في المحل (مبسوط) .
وثبت يدها بالاشتراك لا يستلزم الملكية لان اليد تتنوع الى يد استتجار وغصب وارتهان (خيرية) والقضاء بالملكية لا يكون الا بينة او اقرار - ولو ارضا في دعوى اليد وتاريخ احدهما سبق يقضى لصاحب التاريخ المتاخر لما في الخانية من دعوى المنقول : ولو تنازع رجلان في شيء فاقام احدهما البينة انه كان في يده منذ شهر واقام الآخر البينة انه في يده الساعة اقره القاضي في يد مدعي الساعة - وكذ لو اقام احدهما البينة انه في يده منذ شهر واقام الآخر البينة انه في يده منذ جمعة جعله القاضي في يد مدعي الجمعة - ولو ان احدهما ادعى اليد استقلالاً والاخر اشتراكاً معه وكل منهما اثبت مدعاه بالبينة هل ترجح بينة الاستقلال قياساً على في مادتي ١٧٦٢ و ١٧٥٦ لم اجد لهذا نصاً لكن يؤخذ من تعطيل المبسوط بان دعوة اليد مقصودة كدعوى الملك لان باليد يتوصل الى الانتفاع بالملك والتصرف فيه ، ترجيح بينة الاستقلال ولان مدعي الاستقلال يكون خارجاً بالنسبة للمقدار الذي يدعيه صاحبه وبينة الخارج اولى .

[واذا اظهر احدهما المعجز عن اثبات وضع يده واقام

الآخر البينة على كونه واضع اليد يحكم بكونه ذا اليد [

مستقلاً في ذلك المقار ومدعى عليه [ويعد الاخر خارجاً] ومدعياً فتكون بيته على الملك هي المقبولة - لكن لو برهن الخارج على ملك وتاريخ ذي اليد اسبق او برهنا على النتاج او سبب ملك لا يتكرر او الخارج على الملك وذو اليد على الشراء فذو اليد احق (در مختار وكتر) وشهادة اليد لا بد وان تكون عن معاينة فاذا شهدوا باليد يسلم القاضي فان قالوا نشهد عن اقرار ذي اليد رد شهادتهم وان بينوا انها عن معاينة قبل شهادتهم

وان لم يثبت احد من الخصمين كونه
ذا اليد يحلف كل منهما بطلب الاخر

على البتات وان كان فعل التبر لانه يدعي العلم . واليمين تكون على النفي وهي عدم كون خصمه ذا اليد في ذلك المقار [فان نكلا عن اليمين يثبت كونها ذري اليد في ذلك المقار ويشتركان فيه] ويعتبر كل منهما بالنظر للقسم الذي تحت يده مدعى عليه وللقسم الذي تحت يد خصمه مدعياً فعلى هذا لو اقام احدهما بيينة على الملكية يحكم له بكل المقار لكن بالنصف الذي في يد صاحبه قضاء ملك وبالنصف الذي في يده قضاء ترك - وان عجزا عن البينة يحلف كل منهما بطلب خصمه على عدم ملكية صاحبه في الحصة التي يدعيها فان نكل كل منهما يحكم لكل منهما بالحصة التي ادعاها فقط - وان حلف احدهما ونكل الآخر يحكم للذي حان بالكل نصفه قضاء ترك ونصفه قضاء ملك (انقروي)

[وان نكل احدهما وحلف الآخر يحكم بكون الحالف

واضع اليد مستقلاً بذلك المقار]

ومدعى عليه [ويعد الاخر خارجاً] ومدعياً ثم ينظر ان اقر المدعى عليه صاحب اليد للخارج المدعى بالملكية يحكم عليه برده له وان انكر فعلى حسب شرح الفقرة الآتية تطلب البينة من الخارج فان اثبت اخذ العقار والا يلغى المدعى عليه ذو اليد فان فكل يحكم للمدعى الخارج وان حلف يترك في يده

[وان حلفاً معاً فلا يحكم لاحد منهما بكونه ذا اليد ويوقف العقار المدعى به الى ظهور حقيقة الحال]

لا لهذا ولا لهذا وذلك لان دعوى الملكية لا تسمع الا بعد ثبوت وضع اليد ولم تثبت وما لم تثبت لا يعلم المدعى من المدعى عليه انظر المادة (١٦٣٥) .

وقد ذكر الفاضل علي حيدر افندي في شرحه ان الاراضي الاميرية حيث كانت رقبته غير مملوكة فدعوى التصرف فيها وفي المستغلات الوقفية هل يتوقف سماعها على اثبات وضع اليد كالعقارات الملكية . استظهر عدم لزوم اثبات وضع اليد لكون الدعوى بها عائداً للتصرف لا للملك - وهذا وان لم ار فيه نقلاً صريحاً لكن العلة التي ذكرها في دعوى ملكية العقار وهي احقال المواضعة من المتداعين جارية ايضاً في الاراضي الاميرية والمستغلات الوقفية بل الاحكام التي تترتب على وضع اليد في الاراضي الاميرية اشد من غيرها خصوصاً وان المقصود من الملك هو التصرف والانتفاع وهو بعينه في الاراضي الاميرية فالذي يظهر لزوم اثبات وضع اليد وعليه العمل في سائر المحاكم .



الفصل الثاني

- في زيج البيات -

المادة ١٧٥٦ - اذا ادعى احد الشخصين الملك بالاستقلال والآخر الملك بالاشتراك في مال والحال ان كلا منهما متصرف اي ذو يد فيبينة الاستقلال اولى يبني اذا اراد كلاهما ان يقيما البينة ترجح بينة الذي ادعى الاستقلال على بينة الذي ادعى الاشتراك واذا ادعى كلاهما الاستقلال واقاما البينة على ذلك يحكم لهما بذلك المقار مشتركا واذا عجز احدهما عن الاثبات واثبت الآخر يحكم له بكون ذلك المقار ملكه مستقلا .

اعلم اولاً انه اذا اجتمعت بينتان على امرين متعارضين بحيث شهدت احد بهما على خلاف ما شهدت به الاخرى ولم يوجد مرجح من اسباب ترجيح البيئات ففي بعض المواضع تنهات البيتان ولا يعمل بواحد منها وذلك لكون المحل غير قابل للاشتراك فيتمذر العمل كما لو برهن اثنان على نكاح امرأة سقطا لعدم امكان الحكم بالزوجية لكل منهما فيفرق القاضي بينهما .

ثم هذا التنهات مقيد بما اذا كانت الدعوى في حياة المدعين والمرأة - اما لو برهننا على النكاح بعد موتها ولم يورثها او ارثا واستوى تاريخها يقضى بالنكاح بينها وعلى كل واحد منهما نصف المهر وهما يورثان منها ميراث زوج واحد فان جاءت بولد يثبت النسب منها ويرث

من كل واحد منها ميراث ابن كامل وهما يرثان من الابن ميراث اب واحد (مجر) عن الخلاصة وقامه هناك .

كذلك لو شهدا بان زيدا قتل عمراً يوم النحر بالكوفة وشهد آخران انه قتله يوم النحر بمكة ، تساقطا لعدم امكان وقوع القتل في آن واحد في مكانين مختلفين فاحدها كاذبة بيقين فلا يمكن العمل باقامة الحد ومثله اختلاف البيتين في زمان القتل وآله .

كذلك لو كانت دعوى مال بناء على النسب واختلفت البيتان في النسب تساقطا لان النسب لا يقبل الاشتراك كالنكاح فسقط حينئذ دعوى المال كما لو ادعى رجل بانه ابن عم الميت فلان وطلب ميراثه المتروك تحت يده وجر نسبه الى الجد فانكر خصمه ما يدعيه من الارث والنسب فاثبت ذلك بالبينة فدفعه المدعى عليه قبل الحكم باقامة بيته بان جده هو فلان آخر غير الجد الذي اثبتته المدعي تساقط البيتان ويترك المال في يد المدعى عليه (هندية) .

كذلك لو ادعى عينا في يد انسان انها له واقام بيته على اقرار ذي اليد للمدعي واقام ذو اليد البينة على اقرار صاحبه تبطل البيتان وتبقى اليد بلا معارض (انقروي عن الحانية في الحادي عشر فيما يتنازع فيه اثنان) والفقهاء فيه ان الشهادتين مبيتان على الاقرار وتعارضه لا يوجب نزع اليد .

كذلك لو ادعى انسان على ذي يد بالعين التي في يده انها ملكه اشتراها منه وادعى ذو اليد ايضا انها ملكه اشتراها من المدعي واقام كل منهما البينة على ما ادعاه تهاترا وتترك في يد ذي اليد الا اذا ارخا وتاريخ الخارج اسبق - بخلاف ما لو كانا خارجين ادعيا شراها من آخر وبرهن كل منهما فانه يقضى بينهما مناصفة (انقروي عن الفصولين في دعوى الشراء والبيع) .

قول الفاضل علي حيدر افندي في شرحه هنا (خارج وذو اليد دن ياخود خارجين دن هر بري ديكرندن الخ فراجعه) فيه نظر لانه اذا

ادعى كل من خارجين على ذي يد في عين ان كلا منهما شرهما منه
وبرهنا يقضى بينهما مناصفة كما في الانقروي من المحل المذكور وغيره .
والحاصل ان هذه المسائل كلها تهازت فيها البيتان لعدم امكان
الاشترك اما النكاح فظاهر واما القتل فلأنه لا يمكن ان يكون قتل
واحد يشترك فيه مكانان او زمانان وهكذا النسب - كذلك الاقراران
والشرآن في المسئلتين الاخيرتين تعارضا ولعدم التشريك بسبب رجحان
البد تساقطا .

واعلم ان يوم الموت لا يدخل تحت القضاء - بخلاف يوم القتل
وفرعوا على الاول ما لو برهن الوارث على موت مورثه يوم كذا ثم برهنت
امراة على ان مورثه كان تزوجها بعد ذلك اليوم يقضى لها بالنكاح
- وعلى الثاني لو برهن الوارث على ان مورثه قتل يوم كذا فبرهنت المراة
على ان هذا المقتول تزوجها بعد ذلك اليوم لا يقبل - وعلى هذا جميع العقود
والمداينات وكذا لو برهن الوارث على ان مورثه قتل يوم كذا فبرهن
المدعى عليه انه قتله فلان قبل هذا بزمان يصح الدفع لدخوله تحت
القضاء - لكن يستثنى من قولهم يوم الموت لا يدخل تحت القضاء مسألة
نقلها في البحر عن الظهيرية ادعى ضيعة في يد رجل انها كانت لفلان
مات وتركها ميراثا لفلانة لا وارث له غيرها ثم ان فلانة ماتت وتركها
ميراثا لي لا وارث لها غيري وقضى القاضي له بالضيعة فقال المدعى عليه
دفعاً للدعوى ان فلانة التي قدعي انت الارث لنفسك ماتت قبل فلان الذي
تدعي الارث عنه لفلانه اختلفوا فيه بعضهم قالوا ان الدفع صحيح وبعضهم
قالوا غير صحيح بناء على ان الموت لا يدخل تحت القضاء .

فعلى القول الاول تكون المسئلة مستثناة كما استثنوا مسألة من قولهم
يوم القتل يدخل تحت الحكم نقلها عن الظهيرية وهي ادعى على رجل
انه قتل اباة عمداً بالسيف منذ عشرين سنة وانه لا وارث له سواه واقام
البينة على ذلك فجاءت امراة واقامت البينة ان والد هذا تزوجها منذ
خمس عشرة سنة وان هذا ولده منها ووارثه مع ابنه هذا قال ابو حنيفة

استحسن هذا ان اجيز بينة المرأة واثبت نسب الولد ولا ابطال بينة الابن على القتل - وكان هذا الاستحسان للاحتياط في امر النسب بدليل انها لو اقامت البينة على النكاح ولم تأت بالولد فالبينة بينة الابن وله الميراث دون المرأة - وقد تتهاثر البيتان فيما لو ادعى كل منهما ان الدابة نتجت عنده واراها ولم يوافق على سن الدابة تاريخ احدها تتاثره وتترك في يد المدعى عليه قضاء ترك .

ثم ما تقدم من تتاثر البيتين في المواضع التي ذكرناها هي حالة من حالات تعارضهما - وفي بعض المواضع قد يعمل بها معاً اذا كان المعل قابلاً للاشتراك ولم يوجد مرجح وذلك فيما عدا ما ذكر وهذه حالة ثانية مثاله عين في يدهما ادءاها كل منهما استقلالاً وبرهن كلاهما على ذلك يحكم بالمناصفة بينهما كما سيأتي في المادة ١٧٥٦ او كان كل منهما خارجاً ادعى عيناً في يد ثاثة ملكاً مطلقاً او نتاجاً وبرهن كل على مدعاه ولم يوجد مرجح لاحدى البيتين يحكم بالمناصفة بينهما لتساويهما - كذلك لو ادعى خارجان على ذي يد في عين احدهما يدعي الشراء والآخر امرأة تدعي انه تزوجها عليه مهراً وبرهنها فها سوا. لان كلا العقدين معاوضة فيحكم لها مناصفة وهي ترجع على الزوج بنصف قيمته لاستحقاق نصف المسمى وهو بنصف الثمن ان كان نقده لاستحقاق نصف المبيع بخلاف ما لو ادعى احدهما نحو الشراء والآخر الهبة والصدقة فيبينة مدعي الشراء اولى لانه اقوى (تنوير وغيره) وتامة هناك واما لو كان احدهما خارجاً والآخر ذا يد فيبينة الخارج اولى كما سيأتي في المادة (١٧٥٧) .

وتعارض البيتين حالة ثالثة وهي ترجيح احدهما على الاخرى والعمل بالراجعة وهي التي الف الفقهاء فيها كتباً . وضابطها يرجع الى اثبات خلاف الظاهر وقد اوردت لها المجلة ثلاث عشرة مادة فقالت .

المادة ١٧٥٦ - اذا ادعى احد الشخصين الملك بالاستقلال

والآخر الملك بالاشترآك في مال والحآل ان كلا منهما متصرف اي ذو يد فيينة الاستقلال اولى يعني اذا اراد كلاهما ان يقيا البينة ترجح بينة الذي ادعى الاستقلال على بينة الذي ادعى الاشترآك . واما اذا ادعى كلاهما الاستقلال واقاما البينة على ذلك يحكم لهما بذلك العقار مشتركاً واذا عجز عن الاثبات واثبت الآخر يحكم له بكون ذلك العقار ملكه مستقلاً .

[اذا ادعى احد الشخصين الملك بالاستقلال والآخر الملك بالاشترآك في مال والحآل ان كلا منهما متصرف اي ذو يد فيينة الاستقلال اولى يعني اذا اراد كلاهما ان يقيا البينة ترجح بينة الذي ادعى الاستقلال على بينة الذي ادعى الاشترآك]

بمقول او عقار فان قلت يترأى في عبارات الفقهاء تناقض فقد صرحوا في مواضع بمثل ما ذكرت المجلة ان بينة الاستقلال فيما في يد المتخاصمين اولى مع انهم في مواضع اخر صرحوا بخلاف ذلك . ففي الانقروية عن الكافي ولو كانت الدار في يد ثلاثة فادعى احدهم كلها وآخر ثلثها وآخر نصفها وبرهنوا فهي مقسومة عنده بطريق المنازعة وعندهما بالعول ونظير هذه المسئلة كثير في كتبهم فما الطريقة لدفع هذا التوهم .

اعلم ان المراد بما في مادة هذه المجلة واضرابها فيما اذا كانت اليد ثابتة للمتخاصمين ببرهان او علم قاض يتصرفان بلا نزاع ثم بعد ذلك اقاما البرهان على الملكية ففي هذه الحالة ترجح بينة الاستقلال وهذا ما افادته المادة بقولها (والحآل ان كلا منهما متصرف اي ذو يد فهذا

القيد احترازاً عما اذا كانت يدها بعد لم تثبت وتنازعا بها وبالملكية
معا فلا ترجيح حينئذ لبينة الاستقلال لعدم معرفة الخارج من ذي اليد
حتى يقضي بينة الاستقلال للخارج .

واما اذا كان وضع يدها غير معلوم ببينة او غيرها بل بمجرد المشاهدة ثم ادعى
احدهما الكل والآخر الاشتراك فالاصل في هذه المسئلة ما ذكره في العناية
والهداية والمبسوط ان دعوى كل واحد من المتداعين تتصرف الى ما في يده لثلا
يكون في امساكه ظالماً حملاً لامور المسلمين على الصحة وان بينة الخارج اولى
من بينة ذي اليد فاذا كانت في ايديها فدعي النصف لا يدعي على الآخر
شيئاً ومدعي الكل يدعي عليه النصف وهو خارج عن النصف فعليه
اقامة البينة فان اقامها فله جميع الدار نصفها على وجه القضاء وهو الذي
كان بيد صاحبه لانه اجتمع فيه بينة الخارج وبينة ذي اليد وبينة
الخارج اولى فيقضى له بذلك ونصفها لا على وجه القضا وهو الذي كان
بيده لان صاحبه لم يدعه ولا قضا بدون الدعوى فيترك في يده .

يقول الضعيف وللفرق بين المسلتين صرحت الهندية في الفصل الرابع
في تنازع الايدي حيث قالت اذا تنازع رجلان في دار يدعي كل واحد
منها انها في يده فان عرف القاضي كون الدار في يد احدهما جعله صاحب
اليد وان لم يعرف وعرف انها ليست في يد ثالث فكل واحد منهما مدع
ومدعى عليه فان اقاما البينة على اليد قضى بالدار لها (اي قضا ترك)
وتجعل الدار في ايديها ولو وجدها في يد ثالث يتزعا من يده عند
طلبها وقبل ذلك لا يتزعا من يد ثالث وان قامت لاحدها بينة قضى
باليد له - وان لم يكن لها بينة ولا لاحدهما يحلف كل واحد منهما على
صاحبه فان حلفا برى . كل واحد من دعوى صاحبه ويوقف القاضي الدار
الى ان يظهر حقيقة الحال ولا يجعلها في يد واحد منهما . وان نكل احدهما
عن اليمين وحلف الآخر لم يجعلها القاضي في يد الحالف ولكن يمنع
الناكل من ان يتعرض للدار - وان وجد القاضي الدار في يد الثالث لا
يتزعا من يد الثالث هكذا في المحيط .

ثم ذكرت ما يؤيد مسئلة المجلة فقالت اذا تعلق رجلان بعين واقاما
البينة على اليد حتى جعلناها في ايديها لو اقام احدهما بينة ان العين ملكه
تضي له بالنصف الذي في يد صاحبه وترك النصف الذي في يده على حاله
- هكذا ذكر في بعض المواضع اذا اقاما البينة على اليد ثم اقام احدهما
بينة ان العين له قضي بكلها له كذا في الذخيرة والمحيط .

ومثله ما في مبسوط الامام السرخسي من باب دعوى الرهط في الدار
عند قوله (فان كان المدعون ثلاثة يدعي احدهم جميعا الخ) مع قوله
بعد ذلك (ولو كانت الدار في يد رجلين قاعدى احدهما نصفها والآخر
جميعا الخ) فارجم اليه .

وبما اوضحناه يندفع الاشكال بما يتراى لك من التدافع في كلامهم .
ولو لا بينة لها ، فعلى قول مدعي النصف يحلف لمدعي الجميع ومدعي الجميع
لا يحلف لمدعي النصف فاذا حلف مدعي النصف يحكم له بالنصف
وعلى قول يحلف كل منها فاذا نكل مدعي الاشتراك وحلف مدعي
الاستقلال يحكم لمدعي الاستقلال بالكل وبالعكس يحكم لمدعي
الاشتراك بالنصف ويترك النصف الآخر في يد مدعي الاستقلال - واحتز
ايضا بكونه في ايديها عما لو كان في يد خارج وبرهن احدهما على
كله والآخر على نصفه حكم لها بالاشتراك بطريق المنازعة عند ابي حنيفة
او العول عند ابي يوسف ومحمد ولا ترجح حينئذ بينة الاستقلال

[واذا ادعى كلاهما الاستقلال واقاما البينة على ذلك
يحكم لها بذلك العقار مشتركا]

لان كلا منهما مدعى عليه ذو يد باعتبار ما في يده ومدع خارج
باعتبار ما في يد صاحبه محكوم له بما في يد صاحبه محكوم عليه
اصاحبه بما في يده .

[واذا عجز احدهما عن الاثبات واثبت الاخر يحكم له بكون ذلك العقار ملكه مستقلاً]

لان البينة اقوى من وضع اليد . ولو عجزا عن الاثبات يخلفان فان خلفا خاص كل منهما من دعوى الآخر ويبقى المدعى به في ايديهما . لكن لو كانت دار اسفلها في يد رجل وعلوها في يد آخر وطريق العلو في ساحة السفلى ادعى كل واحد منهما ان جميع الدار له ولا بينة لها فانه يقضى لصاحب العلو بالعلو ويحقق المرور في الساحة ويقضى لصاحب السفلى بجميع السفلى وبرقبة طريق العلو انقروى عن المحيط - وهذا الحكم فيما لو كانت الساحة في يد صاحب السفلى اما لو كانت في ايديهما فيحكم بها . مناصفة وان اقاما البينة فلكل واحد منهما ما في يد صاحبه ترجيحاً لبينة الخارج على بينة ذي اليد في دعوى الملك وفي الهداية واذا كانت الدار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميعاً والآخر نصفها واقاما البينة ، فلصاحب الجميع ثلاثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها تقسم بطريق المنازعة عند ابي حنيفة لان صاحب النصف لا ينزاع الآخر في النصف فسلم له واستوت منازعتها في النصف الاخر فينصف الآخر فتجعل الدار على اربعة حاجتنا الى حساب له نصف ولنصفه نصف واقله اربعة وقالوا هي بينهما اثلاثا اعتباراً بطريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب اليد وصاحب النصف يضرب بسهم واحد اي يضرب بكل حقه ايضاً وهو سهم واحد فيقيم اثلاثا ثلثاها لمدعى الجميع وثلثاها لمدعى النصف . ثم قال ولهذا المسئلة نظائر وازداد لا يَحْتَمِلُهَا هَذَا الْمُخْتَصَرُ

وفي البحر عن الزيادات لقاضيخان جنس مسائل القسمة لربعة منها ما يقسم بطريق العول والمضاربة اتفاقاً ومنها ما يقسم بطريق المنازعة اتفاقاً

ومنها ما يقم بطريق المنازعة عند ابي حنيفة وعندها بطريق العول والمضاربة . ومنها ما يقسم عكس ذلك على الخلاف ولنذكر لك من كل قسم مثالا .

اما القسم الاول فنحو الميراث اذا اجتمعت سهام الغرائض في التركة وضاعت التركة على الوفاء . بها يقسم على طريق العول كما لو ماتت وتركت زوجا واختا شقيقة واختا لام فالمسئلة من ستة وتعمل الى سبعة فهذه اجماعية

واما القسم الثاني فالفضولي اذا باع دابة رجل بغير امره وفضولي آخر باع نصفها واجاز المالك البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة ارباعا بالاتفاق .

واما القسم الثالث فمسئلة المادة المذكورة وكما اذا اوصى بجميع ماله لرجل ونصفه لآخر واجازت الورثة عند ابي حنيفة المال بينها ارباعا وعندها اثلاثا .

واما القسم الرابع وهو ما يقسم بطريق العول عند ابي حنيفة وعندها بطريق المنازعة فنحو العبد المأذون بالتجارة اذا ادانه اجنبي مائة واجنبي آخر خمين وبيع العبد عند ابي حنيفة يقسم الثمن بينها اثلاثا وعندها ارباعا .

ومنشأ الاتفاق في بعض المسائل والافتراق في بعضها اختلاف الاصل المقرر عندهم فالاصل عند ابي حنيفة كما في الفتح ان المدلي بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام . منى آخر اليه يضرب بجميع حقه فيقسم كاصحاب العول والموصي له بالثلث فما دونه وغرما . الميت اذا ضاعت التركة عن ديونه فان الاسباب التي يدلي بها اصحاب الاستحقاق لا تحتاج الى انضمام شي . معها اصلا فكانت عولية - بخلاف مسئلة المادة المذكورة فان سبب الاستحقاق للمدعى به هو الشهادة وهي تحتاج الى اتصال القضاء . بها فلذا كانت القسمة بالمنازعة عنده .

واصل ابي يوسف ومحمد ان قسمة العين متى وجبت بسبب حق كان في

العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المنازعة كسنة الفضولي فان القسمة فيها بين المشتريين لا لحق كان لها في المبيع بل في الثمن وقد يوجد مسألة ينطبق عليها الاصلان فتكون بطريق المنازعة اتفاقاً كسنة الفضولي - وبطريق العول اتفاقاً كقسمة التركة بين الورثة وذكر العلائي في الدر المختار لكل من القولين اصليين آخرين وهما وان اختلفا عن الاولين في المفهوم متحدان معها بالاطراد في جميع المسائل المختلف فيها والمتفق عليها قال : الاصل عنده ان القسمة متى وجبت لحق ثابت في ذمة او في عين شائما في البعض لكل المستحقين فعليه ومتى وجبت قسمة العين بحيث كان ثبت على وجه التمييز لا الشروع كما لو اوصى بجميع ماله لرجل وبنصفه لآخر وهو يخرج من ثلثه او لا يخرج واجازت الورثة او كان لاحدها شايما وللآخر في الكل كسنة المادة فنازعة .

قال العلامة الطحطاوي بيانه ان الحقوق متى وجبت في الذمة فقد استوت في القوة لان الذمة متممة فيضرب كل واحد بجميع حقه في العين - وكذا اذا كان حق كل واحد في العين لكن في الجزء الشائع فقد استوت في القوة لان ما من جزء ثبت فيه حق احدها الا وللآخر ان يزاحمه فيه فكانت الحقوق مستوية في القوة .

والاصل في قسمة العول الميراث وفيه حق كل واحد منهم ثبت في البعض الشائع فاذا ثبت الحقان على وجه التمييز لم يكن في معنى الميراث - وكذا اذا كان حق احدها في البعض الشائع وحق الآخر في الكل لم يكن في معنى الميراث - ولان حق كل واحد منها اذا كان في البعض الشائع وما ياخذ كل واحد منها مفرز وانه غير الشائع كان المأخوذ بدل حقه لا اصل حقه فيكون في معنى الميراث والتركة التي اجتمعت فيها الديون - والاصل عندها انه متى ثبت الحقان معا في وقت واحد على الشروع لا في وقتين فعليه وان ثبتا في وقتين مختلفين

او على وجه التمييز دون الشيوخ فمنازعة - فالميراث ثبتت فيه الحقوق على وجه الشيوخ في وقت واحد وهو وقت الموت فيقوم بطريق العول وفي مسألة المادة مثلاً انما ثبت الحق بالقضاء . ووقت القضاء واحد فكانت عندها في معنى الميراث .

واما مسألة الفضولي فوقت ثبوت الحقين فيها مختلف لان الملك ثبت عند الاجازة مستنداً الى وقت العقد ووقت العقد مختلف فتكون على طريق المنازعة - وفي البدائم في فصل تعارض الدعوتين الاصح قسمة ابي حنيفة - وان اردت الوقوف على مفردات المسائل للاقسام الاربعة فهي محصورة بالاستقرار. نقلها في البحر عن شرح الزيارات لقاضيخان - ويسهل لفطنتك تحريج القسمة على قوله بالمنازعة او العول اذا احطت علماً بالاصل المنقول عنه .

المادة ١٧٥٧ - بينة الخارج اولى في دعوى الملك المطلق الذي لم يبين فيها تاريخ مثلاً اذا ادعى احد الدار التي هي في يد آخر بانها ملكي وان هذا قد وضع يده عليها بغير حق وانا اطلب ان تسلم لي وقال ذه اليد ان هذه الدار ملكي ولذا وضعت يدي عليها بحق ترجح بينة الخارج وتسمع .

[بينة الخارج اولى في دعوى الملك المطلق] .

اراد بالملك المطلق ان يدعي الملك من غير ان يتعرض للسبب بان يقول هذا ملكي ولا يقول هذا ملكي بسبب الثراء او الارث او نحو ذلك . وهذا لان المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالاثبات - وقيد الملك بالمطلق احترازاً عن المقيد بدعوى التاج وعن المقيد بما اذا

ادعيا تلقي الملك من واحد واحدهما قابض ، وبما اذا ادعيا الشراء من اثنين وارخا وتاريخ ذي اليد اسبق ففي هذه الصور تقبل بينة ذي اليد بالاجماع - بيانه ان المدعى عليه اذا تمسك بدعوى التناج او سبق التاريخ او القبض بمعنى تلقي الملك من آخر يكون آتياً بهذه الزيادة لدفع دعوى الخارج فصار مدعياً بها والخارج مدعى عليه ولولا ذلك لما قبلت بينته والا اختلفت قاعدة ان البينة على المدعي واليمين على من انكر واليد وان كانت تدل على الملك ظاهراً لكنها لا تدل على التناج واخويه فالبينة على ذلك مثبتة لا مؤكدة ولهذا ترجحت (فتح) .

وانما كانت بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد اذا تعارضتا على الملك المطلق لانها اكثر اثباتا اذ اليد بحسب الظاهر دليل الملك فبينة الخارج اثبتت ما ليس بظاهر فكان اثباتها اكثر - وايضا بينته تظهر ما كان ثابتاً في الواقع فهي اكثر اظهاراً فكانت بينة الخارج مثبتة لاصل الملك - بخلاف بينة ذي اليد فانها مؤكدة للملك الثابت باليد والتأكيد وصف للموجود لا اثبات اصل الملك فهي اولى بالقبول لتوفر ما شرعت البينات لاجله والخارج مدع وذو اليد مدعى عليه فالبينة للتقسيم الوارد بمجديت البينة على المدعي واليمين على من انكر .

ثم هذا اذا لم يكن مع دعوى الملك المطلق دعوى فعل من احدهما على الآخر والا فبينة مدعي الفعل اولى لما في الانقرورية عن المحيط : وان ادعى احدهما على صاحبه انه غصبه منه او ادعى انه اعاره منه او لودعه منه فانه يقضي بينته لانها اكثر اثباتاً ولو ادعى كل منهما بما ذكر يقضي بينهما بالاشتراك .

ثم دعوى الخارج مع ذي اليد في التاريخ وعدمه لا تخلو من اربعة اوجه لم يورخا ، او ارخ احدهما فقط ، او ارخا واتحد تاريخهما ، او تاريخ احدهما اسبق ففي الصور الثلاث بينة الخارج اولى وفي الرابعة الاسبغ تاريخاً اولى (در مختار وغيره) .

وفي المبسوط من باب اختلاف الاوقات في الدعوى دار في بدرجل

فادعى رجل انها له منذ سنتين واقام البينة وادعى ذو اليد انها في يده منذ سنتين واقام البينة ولم يشهدوا انها له ، قضيت بها للمدعي وهو الخارج لان شهود المدعي شهدوا له بالملك نصاً وشهود ذي اليد شهدوا له باليد والايدي تتنوع الى يد امانة ويد ضمان ويد ملك فلا تعارض بينة الخارج - دابة في يد رجل اقام آخر البينة انها له منذ عشر سنين فنظر القاضي في سنها فاذا هي ابنة ثلاث سنين يعرف ذلك فينبته باطلة لان القاضي يقين بمجازفة الشهود في شهادتهم فانهم شهدوا بالملك له فيها في وقت يتيقن انها لم تكن موجودة فيه والملك لا يسبق الوجود .

دار في يدي رجل اقام آخر البينة انها له منذ سنة واقام الآخر البينة انها له اشتراها من آخر منذ سنتين وهو يملكها يومئذ فاني اقضي بها لصاحب الثراء لانه اسبق تاريخاً وقد اثبت الملك لنفسه في وقت لا ينزعه الاخر فيه وهو خصم عن بائنه في اثبات الملك له في الوقت الذي ارخ شهوده فكان هو اولي بها - وكذا لو شهدوا انها له اشتراها من فلان منذ سنتين فشهادتهم بالملك للمشتري بمنزلة شهادتهم بالملك للبائع اذا شهدوا بالثراء - وكذلك اذا لم يشهدوا بالملك للبائع ولا للمشتري ولكن شهدوا ان فلانا باعها منه وسلمها اليه من سنتين او انه اشتراها من فلان منذ سنتين وقبضها فهذا وشهادتهم بالملك له سواء لان البائع في الظاهر انما يتمكن من التسليم اذا كان مالكا للمبيع - وكذلك المشتري انما يتمكن من القبض اذا اشتراها من المالك اه وتامه هناك .

مثلا اذا ادعى احد الدار التي في يد

اخر بانها ملكي

ولم يبين سببا ولا ادعى فعلا [وان هذا قد وضع يده عليها بنفي حق وانا اطلب ان تسلم لي و] بعد اثبات وضع اليد كما تقدم .

[قال ذو اليد ان هذه الدار ملكي ولذا وضعت يدي

عليها بحق ترجح بينة الخارج وتسمع [

لما علمت من قبل . ومثل الملك المطلق الارث ففي البدائم وهامش
الانقروي عن العادية : لو ادعى صاحب اليد الارث عن ابيه وادعى الخارج
مثل ذلك واقاما بينة يقضى للخارج في قولهم جميعا - ولو ارخا وتاريخ
احدها سبق قضي للاسبق - ثم هذه المادة فيما لو ادعى خارج على ذي
اليد ولو كانا خارجين ادعيا ملكا مطلقا على ذي اليد وكل منهما برهن
ان العين ملكه يقضى لها بالاشتراك ان لم يورخا او ارخا واتحد تاريخهما
او ارخ احدهما فقط وان كان تاريخ احدهما سبق يقضى له (درر
وشرنبلالي) وعلى هذا الارث كما سبق قريبا - فلو ادعيا دلوا في يد
وجل اقام احدها البينة ان هذه الدار كانت دار فلان مات منذ سنتين
وتركها ميراثا له واقام آخر البينة ان فلانا مات منذ سنة واحدة وتركها
ميراثا له والذي في يديه ينكر دعواهما ويدعيها لنفسه قال محمد هي
بينهما نصفين ولا يعتبر التاريخ في الموت (اي لان يوم الموت لا يدخل
تحت القضاء) ولو اقام احدها البينة ان هذه الدار كانت لفلان منذ
ثلاث سنين ثم مات وتركها ميراثا له واقام آخر البينة ان هذه الدار
كانت لفلان الميت منذ ثلاث سنين ثم مات وتركها ميراثا له واقام آخر
البينة ان هذه الدار كانت لفلان الميت غير الاول منذ سنتين مات
وتركها ميراثا فهي في هذا الوجه للذي اقام البينة على ثلاث سنين لانهم
وقتوا الملك (انقروية وخانية) ولو برهن الخارجان على الملك المطلق فارخت
احدها دون الاخرى فهما سواء كما لو لم يورخا - وقال ابو يوسف
المورخ اولى - بخلاف ما لو ارخت احدها في دعوى الشراء فان
المورخ اولى .

والحاصل انها اذا لم يورخا او ارخا واستويا فهي بينهما في دعوى
الملك والشراء وان ارخا وتاريخ احدها لسبق فالسابق اولى فيها وان

ارخت احدها فهي الاحق في دعوى الشراء دون الملك (مجر) .
وفيه دعوى الوقف كدعوى الملك المطلق فيقدم الخارج والاسبق تاريخياً -
فلا ادعى متولي وقف زيد على آخر بان الدار التي تحت يده هي
وقف زيد وادعى ذو اليد ملكيتها واقاما بينة ولم بينا تاريخياً ، فينة
مدعي الوقف اولى لانه خارج ولو كانت في يد المتولي ترجح بينة الخارج
بانها ملكه ويحكم له وان كان المدعى دابة فوافق سنها احد التاريخين
كان اولى لان سن الدابة مكذب لاحدى البيتين فكان من صدقه اولى - وعلى
هذا لو تنازع متولياً وقفين الخارج يدعي ان العقار هو من الوقف الذي تحت توليته
وذو اليد يدعي انه من الوقف الذي هو متوليه ولم بينا تاريخياً فينة الخارج اولى
واعلم ان دعوى الملك المطلق ، يقابله المقيد بسبب . وهذا لا يجوز اما
ان يكون سبباً قابلاً للتكرار اولا فان قابلاً للتكرار فلا يجوز اما ان
يدعى تلقي الملك من شخص واحد او من شخصين فان من شخص واحد
فينة ذي اليد اولى كما سيأتي في المادة (١٧٥٨) عند قوله (ولكن
اذا ادعى كل منها بانها تلقيا الخ) وان من شخصين فينة الخارج اولى
كما في الفقرة الاخيرة من المادة المذكورة عند قوله (ولكن اذا قال ذو
اليد انا اشتريت الخ وان كان السبب غير قابل للتكرار كالنتاج وما هو
بقرته فينة ذي اليد اولى كما سيأتي في المادة (١٧٥٩) .

المادة ١٧٥٨ - ترجح بينة الخارج ايضاً على بينة ذي اليد
في دعاوي الملك المقيد بسبب قابل للتكرار ولم يبين فيها
التاريخ كالشراء لكونها في حكم دعوى المطلق ولكن اذا
ادعى كلاهما بانها تلقيا الملك من شخص واحد ترجح بينة
ذي اليد مثلاً اذا ادعى احد على آخر الدكان الذي في يده
بانه ملكي وانا اشتريته من زيد وحال كونه ملكي بهذه الجهة

وضع يده عليه هذا الرجل بغير حق وقال ذو اليد اشتريته من بكر او هو موروث لي من والدي وبهذه الجهة قد وضعت يدي عليه ترجح بيعة الخارج وتسمع ولكن اذا قال ذو اليد انا اشتريت هذا الدكان من زيد ترجح بيعة ذي اليد على بيعة الخارج بهذا الحال .

اعلم ان الدعوى من الخارج على ذي اليد لا تخلو اما ان تكون دعوى الملك او دعوى اليد او دعوى الحق وكلام المادة في الاول فاذا تعارضت فيه الدعاوي والبيئات فلا يخلو اما ان تقوم البيتان على ملك مطلق عن الوقت او على ملك موقت او احدهما على ملك مطلق عن الوقت والاخرى على موقت وكل ذلك لا يخلو اما ان يكون الملك بسبب واما بغير سبب فان قامتا على ملك مطلق عن الوقت ولم يبين فيه سبب ولا تاريخ فبيعة الخارج اولى عندنا وقد تقدم هذا في المادة الاولى فبادرت هذه المادة لبيان حكم الدعوى بسبب . ثم هذا السبب لا يخلو اما ان يكون سببا قابلاً للتكرار اي اعادته مرة بعد اخرى اولاً فالاول حكمه حكم المطلق في ان بيعة الخارج اولى . والثاني حكمه حكم النتائج وسيأتي بيانه - مثلاً الولادة في الملك سبب غير قابل للتكرار لان الحيوان لا يولد مرتين . قال في البحر والحقوا بالنتاج ما لا يتكرر سببه كالنسيج في الثياب التي لا تنسج الا مرة كالثياب القطنية وغزل القطن وحلب اللبن واتخاذ الجبن والمرغزي وجز الصوف - وما يتكرر سببه لا يكون في معنى النتائج فيقضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق كالبناء والقرس وزراعة الحبوب فان البناء قد ينقض ويبعد وكذا القرس يقلع وينرسج ثانياً وزراعة الحبوب قد تررع في الارض ثم ينربل التراب وتررع مرة ثانية .

فاو ادعى خارج ان البناء له هو بناء وادعى ذو اليد كذلك وبرهنا

يقضى للخارج .
وكذا لو ادعى حنطة انها له زرعا لانها تزرع ثم تغربل فتزرع ولو
ادعى حيا ان له صاغه لم يكن هذا دعوى النتاح لان الحلي بصاغ مرة
بعد اخرى (خانية وجر وغيرها) ولما كان السبب القابل للتكرار في
حكم الملك المطلق اشارت اليه المجلة فقالت

ترجح بينة الخارج ايضا

كما ترجح في دعوى الملك المطلق [على بينة ذي اليد في دعاوي
الملك المقيد بسبب قابل للتكرار] نحو العرس والبناء والصبغة وزرع
الحبوب والشراء اذا كان من اثنين ومثله الارث

ولم يبين فيها التاريخ

فلو ارخا وتاريخ احدهما سبق يقضى له فيما لو كان الشراء من
واحد فلو اختلف بائعها لم يترجح اسبقها تاريخاً ولا المورخ فقط لان
ملك بائعها لا تاريخ له (طحطاوي) .

لكن ذكر في الفتح اختلاف الروايتين عن المجتهدين في هذه المسئلة
وان صاحب النهاية ومراج الدراية صرحا بان الاسبق تاريخياً اولى وقواه
وهكذا في البدائم [كالشراء] بان برهن الخارج على انه ملكه بالشراء من
زيد وذو اليد على انه ملكه بالشراء من عمرو بينة الخارج اولى الا اذا سبق
تاريخ ذي اليد لان كلا منهما قائم مقام بائعه الذي تلقى الملك عنه - فلو
تنازع البائعان في مطلق الملكية يقضى للخارج فكذا من قام مقامها وهذا
[لكونها] اي دعوى الشراء [في حكم دعوى الملك المطلق] الذي لم
يقيد بسبب .

والحاصل ان سبق التاريخ انما يعتبر فيما لو كان الملك شخصاً واحداً
وان كان شخصين ففيه اختلاف الرواية كما تقدم وضح في الفتح اعتباره

ثم ان ترجيح بينة الخارج مقيد بقيود بان لا يدعي كل من الخارج
وذي اليد الشراء من صاحبه والا فلو برهنا بلا وقت ولا بيان قبض، تهاوتما
وترك المال المدعى به في يد من معه عند الاول والثاني وبان لا يكون
ذو اليد فقط يدعي الشراء من الخارج والا فيقضى حينئذ لذي اليد، وبان
يكون احدهما ذا يد والآخر خارجا والا فلو كانا خارجين يدعيان الشراء
يقضى لهما بالتناصفة وبان لا يدعي كل منهما انه اشتراه من شخص واحد
والا فيبينة ذي اليد مرجحة كما في الفقرة الاخيرة من هذه المادة ولهذا قال

[ولكن اذا ادعى كلاهما بانهما تلقيا الملك من شخص
واحد ترجح بينة ذي اليد]

هذا اذا لم يثبت احدهما تاريخا فان ثبت يحكم له لان الشراء
حادث والحادث يضاف الى اقرب الاوقات ما لم يتبين وقته فاذا بين
احدهما يحكم باسبقيه لهذه القاعدة (درر وفتح).

[مثلا اذا ادعى احد على آخر الدكان الذي في يده بانه
ملكي وانا اشتريته من زيد وحال كونه ملكي بهذه الجهة
وضع يده عليه هذا الرجل بغير حق وقال الرجل اشتريته
من بكر او (ادعاء بالارث وقال) هو موروث لي من
والدي وبهذه الجهة وضعت يدي عليه ترجح بينة الخارج وتسمع]

ولا عبرة لتاريخ احدهما في هذه الصورة لانها كدعوى الملك المطلق
ومثله بيان سبب قابل للتكوار كبناء. وغرض [ولكن] اذا اتحد الملك كما
[اذا قال ذو اليد انا اشتريت هذا الدكان من زيد ترجح

بينه ذي اليد على بينه الخارج بهذا الحال [

ويعتبر تاريخ احدها - بخلاف التلقي من شخصين . والفرق ان البائع ان كان واحداً كان التعاقب ضروريا وقد ثبت لاحدها ملك في وقت وملك غيره مشكوك ان تأخر لم يضر وان تقدم ملك قطارضا فيرجع الوقت . واما اذا كان متعدداً فكما جاز ان يقعا متعارضين جاز ان يقعا معاً وفي ذلك تعارض ايضاً فضع قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض (عناية وفتح) من باب ما يدعيه الرجلان .

وخلاصة ما يتحصل من دعوى الشراء من واحد كما هو صريح المعتمرات ان المدعى به لا يخلو اما ان يكون حين المخاصمة في يد البائع فادعى كل منها شراؤه من زيد فانكر زيد وبرهنا فان ارخا واستوى تاريخها او لم يورخا فهو بينها مناصفة وفي هاتين الصورتين لكل منها الخيار ان شاء اخذ النصف بنصف المسمى وان شاء فسخ البيع تفرق الصفة عليه كما في المادة (٣٥١) وان ارخ احدها فقط فبينه المورخ اولى او ارخا وتاريخ احدها سبق يحكم له - واما ان يكون في ايديها وبرهنا فان اتحد تاريخها او لم يورخا او ارخ احدها دون الآخر يقضى بينها مناصفة وهو المستفاد من الفقرة الثالثة من مادة (١٧٥٦) . وان كان تاريخ احدها سبق يقضى له كما في المادة (١٧٦٠) .

واما ان يكون احدها واضع اليد فان ارخا واتحد تاريخها او لم يورخا او ارخ احدها فقط ففي هذه الصور الثلاث يقضى لصاحب اليد والقرة الاخيرة الاستدراكية من هذه المادة شاملة لها وان كان تاريخ احدها سبق يقضى له (بدائع وغيرها) .

المادة ١٧٥٩ - بينه ذي اليد اولى في دعاوي الملك

المقيد بسبب غير قابل للتكرار كالنتاج مثلاً لو تنازع الخارج

وذو اليد في مهرة وادعى كل منهما انها ماله ومولودة من
فرسه ترجح بينة ذي اليد .

[بينة ذي اليد اولى في دعاوي الملك المقيد بسبب غير
قابل للتكرار كالنتاج]

النتاج هو الولادة وفي حكمه نحو حلب اللبن وقص الصوف وما لا
يقبل النسيج الا مرة واحدة كالثياب القطنية ثبت ذلك بما روي عن
جابر رضي الله تعالى عنه ان رجلا ادعى بين يدي رسول الله صلى الله
عليه وسلم نتاج ناقة في يد رجل واقام البينة عليه واقام ذو اليد البينة
على مثل ذلك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالناقة اصاحب
اليد ، ولان البينة القائمة على النتاج قائمة على اولية الملك وقد استوت
البيتان في اظهار الاولية فترجح بينة صاحب اليد باليد فيقضي بينته
(بدائم) .

وكذلك في دعوى النتاج من الخارجين على ثاب يقضى بينها نصفين
ولو اقام احدهما البينة على النتاج والآخر على الملك المطلق عن النتاج ،
فبينة النتاج اولى لانها كما ذكرنا قامت على اولية الملك اصاحبه فلا
ثبت لغيره الا بالتلقي منه ثم ان قامت البيتان على النتاج فاما ان يوقتا
اولا فان لم يوقتا يقضى لصاحب اليد لما ذكرنا - وان وقتا بنظر فان
اتفقت البيتان فكذلك يحكم لذي اليد لسقوط اعتبار التوقيت بتعارضها
وان اختلفتا يحكم سن الدابة فيحكم لصاحب الوقت الذي وافقه سن
الدابة خارجا كان او ذا يد لانه ظهر ان البينة الاخرى كاذبة بيقين .
هذا اذا علم سنها فان اشكل سقط اعتبار التاريخ لانه يحتمل ان
يكون سنها موافقا لهذا الوقت ويحتمل ان يكون موافقا لذلك الوقت

ويحتمل ان يكون مخالفاً لها جيباً فيسقط اعتبارهما. كأنها سكتا عن التاريخ أصلاً - وان خالف سنه الوقتين جميعاً فعلى ظاهر الرواية سقط اعتبار الوقت فكأنهما لم يوقتا فيقضى لصاحب اليد قضاء ملك .
ونقل في البدائم عن مختصر الحاكم ان في رواية ابي الليث تهاوتر البيتان قال وهو الصحيح لان سن الدابة اذا خالف الوقتين فقد يتقنا بكذب البيتين فالتحقتنا بالعدم فيترك المدعى في يد صاحب اليد قضاء. ترك ويجاب عن الرواية الاولى ان مخالفة السن الوقتين يوجب كذب الوقتين لا كذب البيتين أصلاً ورأساً .

وهذه خلاصة صور المسائل فيما لو كان احدهما خارجا والآخر ذا يد كما هو المقصود في المادة .

يحكم لذي اليد	ادعى كل منها التناج وبرهنا اذا لم يذكر احدهما تاريخيا
يحكم لذي اليد	او ارخا واتحد تاريخهما ان وافق التاريخان سن الدابة او اشكل
يحكم لمن وافق سنه خارجا كان او ذا يد	تاريخ احدهما مقدم والآخر موخر وقد وافق تاريخ احدهما سن الدابة
يحكم لذي اليد	اشكل ولم يعلم موافقة احد التاريخين لسن الدابة
يحكم له خارجا كان او ذا يد	او ارخ احدهما ولم يورخ الآخر ان وافق سنه لتاريخ المورخ
يحكم لذي اليد	وان لم يوافق

فعلم من هذه التفصيلات ان الحكم لذي اليد في التناج يكون

في بعض الصور وان كان المدعى به في يدي كليهما وكل منها يدعي
النجاح وبرهنا .

فيحكم لها بالمناصفة (درر وغيرها)
لعدم رجوع احدى البيتين على الاخرى

كذلك يحكم لها بالمناصفة

يترك في ايديها قضا. ترك

يحكم لمن اشكل

يحكم لها مناصفة

حكم له

حكم لمن يوزخ

حكم لها بالمناصفة

حكم لها بالمناصفة

حكم لها بالمناصفة

فاما ان لا يذكر تاريخا

او ذكر تاريخا ووافق
سن الدابة او اشكل

لم يوافق تاريخ كل منها

على عدم موافقة تاريخ احدها
واشكل تاريخ الاخر

اشكل تاريخ كل منها

ارخ احدها ولم يورخ الاخران
علم موافقة تاريخ المورخ

وان علم عدم موافقه

وان اشكل

وان كان كل منها
خارجا ولم يبرهنا

برهنا بتاريخ واحد فوافق
التاريخ او اشكل

لم يوافق

تبطل بينتها وتترك من كانت في
يده هندية وفيها عن التبيين الاصح
لا يبطلان بل يقضى بها بينهما ان

كانا خارجين او كانت في ايديهما وان
كانت في يد احدهما يقضى بها الذي اليد

تقدم تاريخ احدهما وتاخر تاريخ الاخر ايها وافق تاريخه سن الدابة	يحكم لمن وافق تاريخه
لم يوافق تاريخها سنها	تبطل البينتان
اشكل كلا التاريخين	يحكم بينهما بالناصفة
علم عدم موافقة احدهما واشكل تاريخ الآخر	يحكم لمن اشكل
ارخ احدهما ولم يؤرخ الآخر ان وافق تاريخ المورخ	يحكم له
لم يوافق تاريخه	يحكم لمن لم يورخ .

والحاصل انها لو برهنا على نتاج دابة واربا قضي لمن وافق سنها
تاريخه ولا فرق في ذلك بين ان تكون في ايديهما او في يد احدهما
او في يد ثالث لان المعنى لا يختلف - بخلاف ما اذا كانت الدعوى في
النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها لذي اليد ان كانت في يد احدهما
اولهما ان كانت في ايديهما او في يد ثالث - وان اشكل سن
الدابة في موافقة احد التاريخين يقضى لهما بها - وهذا اذا كانا خارجين
بان كانت الدابة في ثالث وكذا ان كانت في ايديهما (هندية عن المحيط)
واعلم انه لا تعتبر الشهادة بمجرد النتاج بدون الشهادة بالملك كما في
سائر المعترات ولا فرق بين ان يكون النتاج في ملك من يدعيه او في
ملك من تلقى الملك عنه - وفي الهندية وكذا لو كانت الدعوى بين
خارجين فبينه النتاج احق - ولو قضي بالنتاج لذي اليد ثم اقام ثالث

البينة على التاج يقضى له الا ان يعيد ذو اليد البينة على التاج كذا في الكافي فان لم يقدر ذو اليد على اعادة البينة وقضى القاضي بالدابة للثالث ثم احضر ذو اليد بيينة ان الدابة دابته ولدت في ملكه ، قضي بها له . وان لم يعد ذو اليد بيئته ولكن حضر رابع واقام بيينة انها دابته ولدت في ملكه فان القاضي يقول للثالث اعد بينتك على انها دابتك ولدت في ملكك بمحضر من الرابع فان احضرها كان هو احق بالدابة من الرابع فان حضر المدعي الاول واقام البينة انها دابته ولدت في ملكه لم تقبل بيئته لانه قد قضي عليه به مرة فلا تقبل بيئته على احد بعد ذلك

وفيها رجل في يديه دابة اقام رجل انها دابته ولدت في ملكه واقام رجل آخر بيينة بمثل ذلك وقضى القاضي بالدابة بينها نصفين ثم جاء ثالث واقام بيينة بمثل ذلك يقضى بالدابة له ان لم يعد المقضى لها البيينة انها دابتها ولدت في ملكها فان اعاد ذلك احدهما دون الآخر قضي بالنصف الذي في يد الذي اعاد بيئته له ولم تقبل فيه بيينة الثالث ويقضى للثالث على المقضى له الآخر الذي لم يعد البيينة بالنصف الذي في يديه ولا شركة فيه مع الثالث للذي اعاد بيئته فان وجد المقضى عليه الاول وهو الذي كانت الدابة في يديه بيينة ان الدابة ملكه ولدت في ملكه واقامها عند القاضي قضي القاضي بالدابة له لانه لو اقام يومئذ البيينة على ذلك كان هو اولي فكذا اذا اقام بيينة بعد ذلك كذا في الذخيرة .

ولو ادعى ذو اليد والخارج المطلق وبرهنا وقضى على ذي اليد بالملك ثم ان ذا اليد المقضى عليه لو اقام البيينة على التاج تقبل وينقض به القضاء الاول (هندية عن الكافي) .

المادة ١٧٦٠ - بيينة من تاريخه مقدم اولي في دعوى الملك المؤرخ مثلاً اذا ادعى احد العرصة التي هي في يد آخر باني اشتريتها قبل هذا التاريخ بسنة من فلان وقال

ذو اليد انها موروثه لي من والدي الذي توفي قبل هذا التاريخ بخمس سنين ترجح بينه ذي اليد وان قال هي موروثه من ابي الذي مات قبل ستة اشهر ترجح بينه الخارج على هذا الحال . كذلك اذا ادعى كل من الخصمين انه اشترى المدعى به من شخص غير الذي اشترى منه الآخر وبيننا تاريخ تملك بايمهما ترجح بينته من تاريخ تملكه مقدم على الاخر .

بينه من تاريخه مقدم اولى في دعوى

الملك المورث

فيقضى للاسبق سواء كان خارجا او ذا يد - ومثله الوقف فلو تنازع متوليا وقفين في عقار وكل منها يدعي انه من الوقف الذي تحت توليته وبرهنا يرجح الاسبق تاريخيا .

استفيد من قوله (بينه من تاريخه مقدم الخ) انه لا عبرة هنا لانفراد احدهما بالتاريخ بل يقضى للخارج . فلو ادعى خارج مالا في يد آخر انه ملكه بلا تاريخ وبرهن المدعى عليه انه ملكه منذ خمس سنين ترجح بينه الخارج .

ثم ان العبرة في التقدم والتأخر لتاريخ الملك لا لتاريخ الغيبة فلو قال في دعواه هذه القرس لي غاب عني منذ شهر وقال ذو اليد لي منذ سنة قضي للمدعي لان ما ذكره تاريخ غيبة لا ملك فلم يوجد التاريخ من الطرفين فيقضى بينه الخارج (در مختار) .

قيد بالملك لانه لو اقامها على انها في يده منذ سنين ولم يشهدوا انها له قضي بها للمدعي لانها شهدت باليد لا بالملك كما في البحر -

ولما كانت بينة الاسبق تاريخياً اولى لما في البدائع ان بينته اظهرت الملك له في وقت لا ينازعه فيه احد فيدفع المدعي الى ان يثبت بالدليل سبياً للانتقال عنه الى غيره .

وهذا اي عدم الاعتار لانفراد احدهما بالتاريخ قول الامام ابي حنيفة ومحمد . وجهه ان الملك المطلق يحتمل التأخير والسبق لجواز ان صاحب البينة المطلقة لو وقتت بينته كان وقتها اسبق فوهم الاحتمال في سبق الملك الموقت فسقط اعتبار الوقت فبقي دعوى مطلق الملك فيقضى للخارج وقال ابو يوسف بينة صاحب الوقت اولى لانها اظهرت الملك له في وقت خاص لا يعارضها فيه بينة مدعي الملك المطلق بيقين بل يحتمل المعارضة وعدمها لان الملك المطلق لا يتعارض بالوقت فلا تثبت المعارضة بالشك مثال هذا قول المجلة

[مثلاً اذا ادعى احد المرصعة التي هي في يده آخر بائي اشتريتها قبل هذا التاريخ بسنة من فلان وقال ذو اليد انها موروثه لي من والدي الذي توفي قبل هذا التاريخ بخمس سنين ترجح بينة ذي اليد وان قال هي موروثه من ابي الذي مات قبل ستة اشهر ترجح بينة الخارج على هذا الحال]

اذ كل منهما اسند الملك الى من تلقى عنه فن كان تاريخه اسبق اسنده الى وقت لا ينازعه فيه الآخر فيقضى له

كذلك اذا ادعى كل من الخصمين

سواء كانا خارجين والعين في يد ثالث او في ايديهما او في يد احدهما

انما اشترى المدعي به

او ورثه [من شخص غير الذي اشترى منه الاخر] او ورثه

[وبيننا تاريخ تملك بائعيهما ترجح بيته من تاريخه مقدم
على الآخر] .

كما لو كان بائعاهما اختصا في الملكية المطلقة وتاريخ بيته احدهما
اسبق فان الثراء لكونه سبباً قابلاً للتكرار كالمالك المطلق ترجح فيه
بيته الخارج اذا لم يسبق تاريخ احدهما .

واما لو ادعى كل منهما الثراء من شخص واحد فخيمه تقدم
في الفقرة الاستدراكية من المادة (١٧٥٨) ولو ادعى الثراء من اثنين
وهما خارجان واحدهما سبق تاريخاً يقضى له ولو برهنا بلا تاريخ او ارخا
تاريخاً واحداً او ارخ احدهما لا الآخر يقضى بينهما نصفين - بخلاف
الخارجين اذا ادعى الثراء من رجل واحد لان البائع اذا كان واحداً
قد اتفق على تلقي الملك منه ببيعه وانه امر حادث . والحادث يضاف
الى اقرب اوقاته وقد ظهر بالتاريخ ان شراء صاحب الوقت لسبق ولا
تاريخ مع الآخر وشراؤه امر حادث ولا يعلم تاريخه فكان صاحب
التاريخ اولى

. وقد مر هذا في الفقرة من مادة ١٧٥٨ - وفي البدائع وان كان
احدهما خارجاً والآخر ذا يد وادعى الخارج انه اشترى هذه الدار من
صاحب اليد بالف درهم ونقده الثمن وادعى صاحب اليد انه اشترىها من
الخارج ونقده الثمن واقام كل واحد منهما البينة على ذلك فاما ان يقيا
البينة على الثراء من غير وقت ولا قبض واما ان توقت البيتان فان كان
الاول لا تقبل البيتان عند الي حنيقة والي يوسف ولا يجب لواحد منهما
على صاحبه شيء. ويترك المدعى في يد ذي اليد وذلك لان كل مشتد
يكون قرأ بكون المبيع ملكاً للبائع فكان دعوى الثراء من كل

واحد منها اقرار بكون المبيع لصاحبه فكان البيتان قائمتين على اقرار كل واحد منها بالملك لصاحبه وبين موجبي الاقرايين تناف فتعذر العمل بالبيتين اصلاً فيترك في يد ذي اليد وعند محمد يقضى بالبيتين ويؤمر بتسليم المدعى الى الخارج .

بيانه على قوله ان التوفيق بين الدليلين واجب بقدر الامكان وامكن التوفيق هنا بين البيتين بتصحيح العقدان بان يجعل كأن صاحب اليد اشتراه اولاً من الخارج وقبضه ثم اشتراه الخارج من صاحب اليد ولم يقبضه فيوجد العقدان على الصحة لكن بتقدير تاريخ وقبض . وفي هذا التقدير تصحيح العقدان ولا يجعل القول بالعكس بان يجعل كأن الخارج اشترى اولاً من صاحب اليد ولم يقبضه حتى باعه من صاحب اليد لان في هذا التقدير افساد العقد الاخير لانه بيع المقار قبل القبض وهو غير جازر عند محمد فتعين تصحيح العقدان بالتقدير الذي قاله . واذا صح العقدان يبقى المشتري في يد صاحب اليد فيؤمر بالتسليم اليه

وان وقت كل منهما، ووقت الخارج اسبق، ينظر فان لم يذكر الشهود قبضا يقضى بالدار لصاحب اليد عند ابي حنيفة وابي يوسف لان وقت الخارج اذا كان اسبق جعل كأنه اشترى الدار اولاً ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد . وقال محمد يقضى للخارج لان وقت الخارج اذا كان اسبق جعل كأنه اشترى الدار اولاً ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد . وبيع المقار قبل القبض لا يجوز عنده واذا لم يجز بقي على ملك الخارج وعندهما جازر فصح البيعان ولو ذكروا القبض جاز البيعان ويقضى بالدار لصاحب اليد بالاجماع لان بيع المقار بعد القبض جازر بلا خلاف فيجوز البيعان .

وان وقت كل منهما ووقت ذي اليد اسبق ولم يذكروا قبضا يقضى بها للخارج لانه اذا كان وقته اسبق يجعل سابقاً في الشراء كأنه اشترى من الخارج وقبض ثم اشترى منه الخارج ولم يقبض فيؤمر بالدفع اليه . وكذلك اذا ذكروا قبضا لانه يقدر كأنه اشترى من صاحب اليد اولاً

وقبض ثم اشترى منه الخارج وقبض ثم عادت الى صاحب اليد بوجه آخر.

المادة ١٧٦١ - لا يعتبر التاريخ في دعوى النتاج وترجح بينة ذي اليد كما ذكر آنفاً الا انه اذا لم يوافق سن المدعى به تاريخ ذي اليد ووافق تاريخ الخارج ترجح بينة الخارج وان خالف تاريخ كليهما او لم يكن معلوماً فتكون بينة كليهما متهاجرة يعني متساقطة ويترك المدعى به في يد ذي اليد وتبقى له .

[لا يعتبر التاريخ في دعوى النتاج وترجح بينة ذي اليد كما ذكر آنفاً]

ارخا او لم يورخا او ارخ احدهما فقط فيحكم لذي اليد لان ذا اليد مقدم على الخارج في دعوى النتاج عدلنا به عن الاصل لحدث النتاج (در مختار) - ولو كان العين في يد ثالث او في ايديهما يقضى بينهما نصفين (هندية) قال في الضاية وهذا هو الصحيح واليه ذهب عامة المشايخ خلافاً لما بقول عيسى بن ايان انه تنهات البيتان ويترك في يد ذي اليد لا على طريق القضاء لان القاضي يتيقن بكذب احد الفريقين لان نتاج دابة من دابتين غير متصور .

وجه الصحيح ان محمداً ذكر في خارجين اقاما البينة على النتاج انه يقضى به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد - والجواب عن قوله القاضي يتيقن بكذب احد الفريقين ما ذكرنا في شهادة الفريقين على المالكين بان كل واحد منها اعتمد سبباً ظاهراً مطلقاً لاداء الشهادة . وهذا لان الشهادة على النتاج لا يلزم فيها

معابنة الانفصال من الام بل يكفي رواية الفصيل يتبع الناقة فكل من
الفريقين في شهادته على النتاج يجوز ان يعتمد سبباً ظاهراً لاداء الشهادة
فيجب العمل بها ولا يصار الى التهاثر .

ثم ان ثمرة الخلاف انما تظهر في حق تحليف ذي اليد وعدمه فعند
العامه لا يحلف ذو اليد للخارج وعند عيسى بن ابان يحلف لان البيئتين
لما تهاترتا صار كأن البيئتين لم تقوما للشهادة اصلاً فيقضى لذي اليد قضاء
ترك بعد ما حان للخارج (عناية وفتح) .

قال في الدرر الا اذا ادعى الخارج عليه فعلا كما لو اقام رجل بيئته
انها دابته آجرها من ذي اليد او اعارها منه او رهنها اياه وذو اليد
اقام بيئته انها نتجت عنده فانه يقضى بها للخارج . وفي نور العين هذا
هو الاصح لان اليد دليل الملك والنتاج من خصائصه فيكون دعوى
ذو اليد النتاج موافقاً للظاهر واما دعوى الخارج فعلا على ذي اليد
بخلاف الظاهر والبيئات انما شرعت لاثبات خلاف الظاهر . وايضاً هي
اكثر اثباتا لانها تثبت الفعل عليه كما في البحر وحاشيته منعه الخالق

وفيه عن المحيط الخارج وذو اليد اذا اقام البيئته على نتاج العبد
والخارج يدعي الاعتراف ايضاً فهو اولى وكذا اذا ادعى وهو في يد
ثالث واحدهما يدعي الاعتراف فهو اولى لان بيئته النتاج مع العتق اصكثر
اثباتا لانها اثبتت اولية الملك على وجه لا يستحق عليه اصلاً . وبيئته
ذو اليد اثبتت الملك على وجه يتصور استحقاق ذلك عليه بخلاف ما
اذا ادعى الخارج العتق مع مطلق الملك وذو اليد النتاج فيبيئته ذي اليد
اولى لانها لم يستويا في اثبات اولية الملك لان الخارج ما اثبت الملك
فلم يعتبر العتق للترجيح وقامه هناك - ويستثنى من هذا ما اشارت
اليه المجلة فقالت

[الا انه اذا لم يوافق سن المدعى به تاريخ ذي اليد

ووافق تاريخ الخارج ترجح بينة الخارج]

لان ظاهر الحال مكذب لمن لم يوافق سن المدعى به تاريخه لا فوق
في ذلك بين ان تكون الدابة في ايديها او في يد احدهما او في يد
ثالث لان المعنى لا يختلف - وبقي صورتان اشارت اليها المجلة الاولى قولها

وان خالف تاريخ كليهما

ان علمت المخالفة . الثانية ما لو اشكل بان لم يعلم ان سنها وافق
احد التاريخين او كليهما ام لم يوافق بعد العرض على اهل الخبرة وهذا مفاد قولها

[او لم يكن معلوما فتكون بينة كليهما متهاجرة يعني
متساقطة ويترك المدعى به في يد ذي اليد وتبقى له]

قضاء ترك لا قضاء ملك والتون في هاتين الصورتين كاللتقى والتنوير
على انه ان كانت العين في يد ثالث او في ايديها يقضى لها مناصفة او
في يد احدهما يقضى له وحده قضاء ملك . وهالك عبارة التنوير والدر
المختار : ولو برهننا على نتاج دابة في ايديها او احدهما او غيرها وارخا
قضي لمن وافق سنها تاريخه فلو لم يورخا قضي بها لذي اليد ولها ان في
ايديها او في يد ثالث . وان لم يوافقها بان خالف او اشكل فلها ان
كانت في ايديها او كانا خارجين فان في يد احدهما قضي بها له هو الاصح اه
قال في التكملة مقابله ما في الهداية اذا خالف سنها الوقتين بطلت
البيتان لظهور كذب التريقين فتترك في يد من كانت في يده وكان
المجلة مشتم عليه .

واعلم ان مسئلة الرجلين اذا ادعى عينا فاما ان يدعى ملكا مطلقا،

او ملكا بسبب متعدد قابل للتكرار، او غير قابل، او مختلف احدهما اقوى من الآخر، او مستويان من واحد او من متعدد، او يدعي احدهما الملك المطلق والآخر الملك بسبب، او احدهما ما يتكرر والآخر ما لا يتكرر فهي تسع - وكل منها اما ان يبرهن او يبرهن احدهما فقط او لا يبرهن لواحد منها ولا مرجح او لاحدهما مرجح فهي اربع صارت ستا وثلاثين - وكل منها اما ان يكون المدعى به في يد ثالث او في يدها او في يد احدهما فهي اربع صارت مائة واربع واربعين - وكل منها على اربع اما ان لا يؤرخا، او ارخا واستويا، او سبق احدهما او ارخ احدهما صارت خمائة وستا وسبعين وقد اوصلها في التسهيل لجامع الفصولين الى سبعة آلاف وسبعين مسألة وافردها برسالة خاصة واقتصرها العلامة اسيري زاده حيث جعل لها ميزانا واوصل الصور الى ست وتسعين فقال اعلم ان الرجلين اذا ادعيا عينا وبرهنا فلا يخاو اما اذا ادعى كلاهما ملكا مطلقا، او ادعى كلاهما بسبب واحد بان ادعيا ارثا او شراء من اثنين او من واحد او ادعى احدهما ملكا مطلقا والآخر نتاجا، او ادعى كلاهما نتاجا، او ادعى كلاهما ملكا وانه اما ان يكون المدعى به في يد ثالث او في يدهما او في يد احدهما - وكل وجه على اربعة اقسام اما ان لم يؤرخا او ارخا تاريخا واحدا لو ارخا وتاريخ احدهما سبق او ارخ احدهما لا الآخر وجملة ذلك ست وتسعون مسألة احببنا ذكرها تسهلا للمراجعة .

ادعيا عينا مطلقا والعين في يد ثالث

١ ان لم يؤرخا يقضى بينهما ٢ او ارخا تاريخا واحدا ٣ او ارخا وتاريخ احدهما

يقضى بينهما اسبق عندهما يقضى

للاسبق وعند محمد في

رواية يقضى بينهما

٤ او ارخ احدهما لا الآخر عند ابي حنيفة يقضى بينهما وعند

ابي يوسف للمورخ وعند محمد لمن اطلق ومشايخنا افتوا بقول ابي حنيفة

ادعيا ملكا مطلقا واليمين في ايديها

٥ لم يورخا يقضى بينهما ٦ او ارخا تاريخا واحدا ٧ او ارخا وتاريخ احدها

يقضى بينهما

السبق عندها يقضى

للاسبق وعند محمد في

رواية يقضى بينهما

ومشايخنا افتوا باولوية

الاسبق على قول الامامين

٨ او ارخ احدهما لا الآخر عند ابي حنيفة

يقضى بينهما وعند ابي يوسف للمورخ

وعند محمد لمن اطلق ومشايخنا افتوا

على قول ابي حنيفة

ادعيا ملكا مطلقا واليمين في يد احدها

٩ لم يورخا ١٠ او ارخا تاريخا واحدا ١١ او ارخا وتاريخ احدها سبق

يقضى لالخارج

يقضى للخارج

يقضى لاسبقها وعند محمد

يقضى للخارج افتى مشايخنا

باولوية الاسبق على قول الامامين

١٢ او ارخ احدهما لا الآخر عند

١٣ ادعيا ملكا ارثا من ابيه واليمين في

ابي يوسف يقضى للمورخ

يد ثالث لم يورخا يقضى بينهما نصفين

وعند محمد يقضى للخارج

١٤ او ارخا تاريخا واحدا يقضى

افتى مشايخنا على قول محمد

بينها نصفين

١٥ او ارخا وتاريخ احدهما اسبق عند علمائنا
الثلاثة يقضى للاسبق ان كان تاريخهما
ملك مورثها وان كان تاريخهما لموت
مورثها عند محمد يقضى بينهما نصفين

١٦ او ارخ احدهما لا الآخر
يقضى بينهما اجماعا

ادعيا ملكا ارثا من ابيهما واليمين في ايديهما اي ادعى كل منهما ارثا من ابيه

١٧ لم يورخا
يقضى بينهما نصفين

١٨ او ارخا تاريخا واحداً
يقضى بينهما نصفين

١٩ او ارخا وتاريخ احدهما اسبق عند
علمائنا الثلاثة يقضى للاسبق ان
كان تاريخهما لموت مورثها وان
كان تاريخهما ملك مورثها عند
محمد يقضى بينهما نصفين ورجح
صاحب جامع الفصولين قول محمد هنا

٢٠ او ارخ احدهما لا الآخر
يقضى بينهما اجماعا

ادعيا ملكا ارثا لابيه واليمين في يد احدهما

٢٢ لم يورخا
يقضى للخارج

٢٣ او ارخا وتاريخ احدهما
اسبق عندهما يقضى
للخارج ومشايخنا اقتوا
بارولية الاسبق على قول
الامامين

٢٤ او ارخ احدهما لا الآخر
يقضى للخارج اجماعا

ادعيا الشراء من اثنين والعين في يد ثالث

- ٢٥ لم يؤرخا ٢٦ او ارخا تاريخاً واحداً ٢٧ او ارخا وتاريخ احدهما
يقضى بينهما نصفين يقضى بينهما نصفين
اسبق عند علمنا الثلاثة
يقضى للاسبق ان كان
تاريخها للملك بايعها وان
كان تاريخها الوقت اشترائها
عند محمد يقضى بينهما نصفين
ورجح صاحب الفصولين
قول محمد

ادعيا شراء من اثنين والعين في ايديها

- ٢٩ لم يؤرخا ٣٠ او ارخا تاريخاً واحداً ٣١ او ارخا وتاريخ احدهما
يقضى بينهما نصفين يقضى بينهما نصفين
اسبق يقضى لاسبقها
٣٢ او ارخ احدهما لا الآخر
يقضى بينهما نصفين

ادعيا شراء من اثنين والعين في يد احدهما

- ٣٣ لم يؤرخا ٣٤ او ارخا تاريخاً واحداً ٣٥ او ارخا وتاريخ احدهما
يقضى للخارج يقضى للخارج
اسبق يقضى
لاسبقها
٣٦ او ارخ احدهما لا الآخر
يقضى للخارج

ادعيا عيناً شراء من واحد واليمين في يد ثالث

٣٧ لم يورخا يقضى بينهما ٣٨ او ارخا تاريخاً واحداً ٣٩ او ارخا وتاريخ
نصفين يقضى للخارج احدهما سبق يقضى لاسبقها

٤٠ او ارخ احدهما لا الآخر
يقضى للخارج

ادعيا عينا شراء من اثنين واليمين في ايديهما

٤١ لم يورخا ٤٢ او ارخا تاريخاً واحداً
يقضى بينهما نصفين يقضى بينهما نصفين

٤٣ لو ارخا وتاريخ احدهما ٤٤ او ارخ احدهما لا الاخر
اسبق يقضى لاسبقها يقضى بينهما نصفين

ادعيا عينا شراء من واحد واليمين في يد احدهما

٤٥ لم يورخا يقضى لذي اليد ٤٦ او ارخا تاريخاً واحداً يقضى
لذي اليد

٤٧ او ارخا وتاريخ احدهما ٤٨ او ارخ احدهما لا الآخر
اسبق يقضى لاسبقها يقضى لذي اليد

٤٩ لم يورخا ٥٠ او ارخا تاريخاً واحداً ٥١ او ارخا وتاريخ
يقضى لذي النتاج يقضى لصاحب النتاج احدهما سبق يقضى
لصاحب النتاج

٥٢ او ارخ احدهما لا الآخر
يقضى لصاحب النتاج

ادعيا عيناً ملكاً مطلقاً والآخر نتاجا والعين في ايديهما

٥٣ لم يورخا
٥٤ او ارخا تاريخياً واحداً
٥٥ او ارخا وتاريخ
يقضى لصاحب النتاج
يقضى لصاحب النتاج
لصاحب النتاج

٥٦ او ارخ احدهما لا الآخر
يقضى لصاحب النتاج

ادعيا مينا احدهما ملكاً مطلقاً والآخر نتاجا والعين في ايديهما

٥٧ لم يورخا
٥٨ او ارخا تاريخياً واحداً
٥٩ او ارخا وتاريخ
يقضى لصاحب النتاج
يقضى لصاحب النتاج
يقضى لصاحب النتاج

٦٠ او ارخ احدهما لا الآخر
يقضى لصاحب النتاج

ادعيا عيناً نتاجا والعين في يد ثالث

٦١ لم يورخا ان ادعيا الملك بسبب عملها فيما لا يتكرر قضي به بينها
نصفين وان ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والريق يقضى
به بينهما نصفين .

٦٢ او ارخا تاريخياً واحداً ان ادعيا الملك بسبب عملها فيما لا يتكرر من

من المتاع يقضى به بينها نصفين ولا يعتبر التاريخ فيه . ان ادعى الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق ان وافق سن المولود للوقت الذي ذكر قضي به بينها وان لم يوافق بان اشكل عليها قضي به بينها كذلك نصفين وان خالف سنة الوقت الذي ذكر ا يطلت اليينتان عند البعض وهو الاصح على ما قاله الزيلعي وحقه صاحب الدرر .

٦٣ او ارخا وتاريخ احدهما سبق ان ادعى الملك بسبب عملها فيما لا يتكرر من المتاع يقضى به بينها نصفين ولا يعتبر التاريخ فيه وان ادعى الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق ان وافق سن المولود لتاريخ احدهما قضي به ان وافق سنة وقته وان لم يوافق بان اشكل عليها يقضى بينها نصفين وان اشكل على احدهما قضي به لمن اشكل عليه وان خالف الوقتين يطلب البيان عند البعض وهو الاصح على ما قاله الزيلعي وحقه صاحب الدرر وان خالف سن المولود لاحد الوقتين قضي به للآخر .

٦٤ او ارخ احدهما لا الآخر . ان ادعى الملك بسبب عملها فيما لا يتكرر من المتاع يقضى به بينها نصفين ولا يعتبر التاريخ فيه وان ادعى الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق ان وافق سن المولود لتاريخ للورخ قضي به للورخ وان لم يوافق بان اشكل عليها يقضى به بينها نصفين وان خالف سنة لوقت المورخ يقضى به لمن لم يورخ لانه اذا كان سن الدابة مخالفاً لاحد الوقتين وهو مشكل في الوقت في الوقت الآخر قضي بها لمن اشكل عليه وهو من لم يورخ .

ادعى نتاجا والمين في ايديها

٦٥ لم يورخا ان ادعى الملك بسبب عملها فيما لا يتكرر من المتاع يقضى به بينهما نصفين . وان ادعى الملك بسبب الولادة من

٦٦ الحيوان والرقيق يقضى به بينهما نصفين
او ارخا تاريخا او احداً ان ادعى الملك بسبب علمها فيما لا يتكرر
من المتاع يقضى به بينهما نصفين ولا يعتبر التاريخ فيه . وان
ادعى الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق . ان وافق سن المولود
لوقت الذي ذكرا قضي به بينهما وان لم يوافق بان اشكل عليهما
قضي به بينهما كذلك نصفين ، وان خالف سنة الوقت الذي ذكرا
بطلت البينتان عند البعض ويقضى به بينهما عند البعض وهو الاصح
على ما قاله الزبلي وحقه صاحب الدرر

٦٧ او ارخا وتاريخ احدهما اسبق ان ادعى بسبب علمها فيما لا يتكرر
من المتاع يقضى به بينهما نصفين ولا يعتبر التاريخ فيه ، وان ادعى
الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق . ان وافق سن المولود لتاريخ
احدهما قضي به لمن وافق سنة وقته ، وان لم يوافق بان اشكل
عليهما يقضى بينهما نصفين ، وان اشكل على واحد منهما قضي به
لمن اشكل عليه ، وان خالف سنة للوقت بطلت البينتان عند البعض
وهو الاصح على ما قاله الزبلي وحقه صاحب الدرر وان خالف
سن المولود لاحد الوقتين قضي به للآخر .

٦٨ او ارخ احدهما لا الآخر ان ادعى الملك بسبب علمها فيما لا يتكرر
من المتاع يقضى به بينهما نصفين ولا يعتبر التاريخ فيه ، وان
ادعى الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق ان وافق سن المولود
لتاريخ المورخ قضي به للمورخ وان لم يوافق بان اشكل يقضى
بينهما نصفين وان خالف الوقت المورخ يقضى به لمن لم يورخ .

ادعى نتاجا والعين في يد احدهما

٦٩ لم يورخا ان ادعى الملك بسبب علمها فيما لا يتكرر من المتاع

قضى به لذي اليد وان اقام كل منها بينة على النتائج فصاحب اليد اولى . وان ادعى الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق قضى به لذي اليد (من باب دعوى الرجلين في دعوى الهندية) .

٧٠ او ارخا تاريخاً واحداً ان ادعى الملك بسبب عملها فيما لا يتكرر من المتاع قضى به لصاحب اليد ولا يعتبر التاريخ فيه ، وان ادعى الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق ان وافق سن المولود لاوقت الذي ذكر قضى به لذي اليد وان لم يوافق بان اشكل او خالفها قضى به لذي اليد كذلك .

٧١ او ارخا وتاريخ احدهما سبق ان ادعى الملك بسبب عملها فيما لا يتكرر من المتاع قضى به لصاحب اليد ولا يعتبر التاريخ فيه ان ادعى الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق ان وافق سن الدابة لتاريخ احدهما قضى به لمن وافق سنه وان لم يوافق بان اشكل عليهما قضى به لذي اليد وان اشكل على احدهما قضى به لمن اشكل عليه وان خالف سنه للوقتتين قضى به لذي اليد وان خالف لاحد الوقتين قضى به للآخر .

٧٢ او ارخ احدهما لا الآخر ان ادعى الملك بسبب عملها فيما لا يتكرر من المتاع ، قضى به لصاحب اليد ولا يعتبر التاريخ فيه ان ادعى بسبب الولادة من الحيوان والرقيق ان وافق سن المولود لتاريخ المورخ قضى به للمورخ وان لم يوافق بان اشكل عليهما قضى به لذي اليد وان خالف سنه لوقت المورخ يقضى به لمن لم يورخ لانه اذا كان سن الدابة مخالفاً لاحد الوقتين وهو مشكل في الوقت الآخر قضى به لمن اشكل عليه وهو من لم يورخ .

ادعيا ملكاً بسبين مختلفين من واحد والعين في يد ثالث
بان ادعى احدهما شراء من زيد والآخر رهنا او هبة منه

٧٣ لم يوزخا ٧٤ او ارخا تاريخاً واحداً ٧٥ او ارخا وتاريخ
يقضى لمدعي الثراء يقضى لمدعي الثراء احدهما اسبق
يقضى للاسبق

٧٦ او ارخ احدهما لا الآخر
يقضى للمورخ

ادعيا ملكا بسبين مختلفين من واحد والعين في يد احدهما

٧٧ لم يوزخا ٧٨ او ارخا تاريخاً واحداً ٧٩ او ارخا وتاريخ
يقضى بينها يقضى بينها احدهما اسبق
يقضى للاسبق

٨٠ او ارخ احدهما لا الآخر
يقضى بينها

ادعيا ملكا بسبين مختلفين من واحد والعين في يد احدهما

٨١ لم يوزخا ٨٢ او ارخا تاريخاً واحداً ٨٣ او ارخا وتاريخ
يقضى لذي اليد يقضى لذي اليد احدهما اسبق
يقضى للاسبق

٨٤ او ارخ احدهما لا الآخر
يقضى لذي اليد

ادعيا عينا بسيين مختلفين من اثنين والعين في يد ثالث

٨٥ لم يوزخا يقضى بينهما
كما في الملك المطلق
٨٦ او ارخا تاريخا واحدا يقضى بينهما
كما في الملك المطلق

٨٧ او ارخا وتاريخ احدها اسبق عند الامامين يقضى للاسبق وعند محمد
يقضى بينهما كما في الملك المطلق ومشايخنا اقتوا على قول الامامين

٨٨ او ارخ احدهما لا الاخر يقضى بينهما عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف
يقضى للمورخ وعند محمد لمن اطلق كما في الملك المطلق ومشايخنا
اقتوا على قول ابي حنيفة

ادعيا ملكا بسيين مختلفين من اثنين والعين في يد احدهما

٨٩ لم يوزخا يقضى بينهما
كما في الملك المطلق
٩٠ او ارخا تاريخا واحدا يقضى بينهما
كما في الملك المطلق

٩١ او ارخا وتاريخ احدهما اسبق عند الامامين يقضى للاسبق وعند محمد
يقضى بينهما كما في الملك المطلق ومشايخنا اقتوا على قول الامامين

٩٢ او ارخ احدهما لا الاخر عند ابي حنيفة يقضى بينهما وعند ابي يوسف
يقضى للمورخ وعند محمد لمن اطلق كما في الملك المطلق ومشايخنا
اقتوا على قول ابي حنيفة

ادعيا ملكا بسدين مختلفين من اثنين والعين في يد احدهما

٩٣ لم يورخا يقضى للخارج كما في الملك المطلق
٩٤ او ارخا تاريخا واحداً يقضى للخارج
كما في الملك المطلق

٩٥ او ارخا وتاريخ احدهما اسبق عند الامامين يقضى للاسبق وعند محمد يقضى للخارج كما في الملك المطلق ومشايخنا اقتوا على قول الامامين

٩٦ او ارخ احدهما لا الآخر عند محمد يقضى للخارج وعند ابي يوسف يقضى للمورخ كما في الملك المطلق ومشايخنا اقتوا على قول محمد .

المادة ١٧٦٢ - بينة الزيادة اولى مثلاً اذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن او المبيع ترجح بينة من ادعى بالزيادة

اعلم ان جميع ما مر كان في تعارض البينتين القائمتين على اصل الملك وهذه المادة لبيان الحكم في تعارضهما على قدر الملك - والاصل فيه ان بينة المظهرة للزيادة اولى سواء كانت في دين او عين او ثمن مبيع . وهذا احد اسباب ترجيح البيئات كسبق التاريخ والنتاج وقوة سببية الملك كالثراء مع الهبة والصدقة . وكما لو كان احد المتعارضين اكثر اثباتا كدعوى القرض الموجب لضمان المال مع دعوى المضاربة الموجب لنفيه وكما لو كان في احد المتعارضين اثبات عقد دون الآخر كما لو برهن المضارب على ان المال مضاربة وبرهن رب المال على انه غصب منه المال - وكأثبت احدهما امراً عارضاً الى غير ذلك مما هو مبسوط في ترجيح البيئات ولها فروع كثيرة لا تدخل تحت الحصر .

مثلاً اذا اختلف المتبايعان في زيادة الثمن بان قال البايع بعته بالفين وقال المشتري بالف القول للمشتري يمينه لانكاره الزيادة ولو برهنا يقضى بينة البائع وكذا الاختلاف في قدر البيع بان قال البائع بعتك هذا الفرس بالف وقال المشتري اشتريت منك هذا الفرس وهذا الحمار بالف وبرهنا يقضى بينة المشتري .

ولو اختلفا في قدر كل من المبيع والثمن ترجح بينة البائع في الثمن وبينة المشتري في المبيع - ولو اختلف الزوجان في قدر المهر فقال الزوج تزوجتك على الف وقالت المرأة على الفين واقاما البينة يقضى بينة المرأة - وانما كانت بينة الزيادة اولى لانه لا معارض لها في قدر الزيادة فيجب العمل بها في ذلك القدر لخلوها عن المعارض ولا يمكن الا بالعمل في الباقي فيجب العمل بها في الباقي ضرورة وجوب العمل بها في الزيادة (بدائم) .

ولو اختلفا في بدل الاجارة فقال المؤجر الفان وقال المستأجر الفاً فبينة المؤجر اولى او في قدر المدة فقال المؤجر آجرتها سنة بالف وقال المستأجر سنتين بالف فبينة المستأجر اولى (تنقيح) .

ولو اختلفا في قيمة الرهن بعد هلاكه فبينة الراهن على زيادة القيمة اولى - وكذا بينة المرتهن انك رهنتني الثوبين اولى من بينة الراهن انه وهنه احدهما . وبينة رب المال على ان رأس المال الفان ، اولى من بينة المضارب على ان رأس المال الف . وبينة رب السلم اولى فيما لو اختلفا في قدر المسلم فيه او جنسه او صفته او زرعه - وبينة المسلم اليه اولى فيما لو اختلفا في رأس المال او في مضي الاجل لاثباتها الزيادة (تنقيح) .

ولو تنازع اخوان لاب فادعى احدهما ان هذه الدار كانت لامي ماتت وتركتها ميراثا لي ولاي وادعى الآخر انها كانت للاب ماتت وتركتها ميراثا لي ولك فبينة الاول اولى لاثباته الزيادة - وبينة الزوجة على ان المفروض لها مائة نفقة اولى من بينة الزوج على ان المفروض خمسون . وبينتها على ان المتركم نفقة سنتين اولى من بينة على انها من

سنة (تنقيح) .

وبينة الأذن على ان ما صرفه المأذون فوق مصرف المثل اولى من
بينة المأذون على ان ما صرفه مصرف المثل (قارىء الهداية) . وبينة ذي
اليد على مضي خمس عشر سنة على انه متصرف بالمدعى به فلا تسمع
الدعوى ، اولى من بينة الخارج على انه مضي عشر سنوات فتسمع الدعوى .
وبينة المدعى انه ابن عم الميت لاييه مع ذكر النسب ، اولى من بينة
المدعى عليه ان الميت فلان آخر او ان اباك اقر اقر في حياته انه اخو
فلان لامه لا لاييه . وبينة القابض ان المال قرض ، اولى من بينة الدافع
انه مضاربة . وبينة رب المال في المضاربة ، اولى فيما لو اختلفا في التخصيص
بتجارة او بيع بنقد او عدمه . وبينة معير الثوب لاجل الرهن على هلاك
الثوب بعد الرهن ، اولى من بينة المستعير على هلاكه قبل الرهن . وبينة
البائم على ان المشتري قتل الدابة بعد مدة الخيار وله الثمن ، اولى من
بينة المشتري على ان البائم قتلها في مدة الخيار ولا شيء له ، لبطلان البيع
(ترجيح البينات عن المحيط) .

وبينة البائم على ان الحيوان مات بعدما قبضه المشتري فله الثمن على
المشتري ، اولى من بينة المشتري على ان الحيوان مات في يد البائع قبل
ان يقبضه وليس له عليه شيء . والترجيح في هذه المسائل الخمس الاخيرة
هو اثبات الضمان وهذا اصل في جواب جنس هذه المسائل (محيط)

وبينة المدعى على ان قاضي بلد كذا حكم له عليه بالف ، اولى من
بينة المدعى عليه على ان هذا القاضي حكم له بالبراءة . وبينة المديون
بالالف على الصلح على اربعائة والابراء ، اولى من بينة الطالب على الصلح
على خمائة والابراء . (كذا في الهندية) .

يقول الحقير والظاهر ان بينة المديون على الابراء اكثر اثباتا لانها قامت
على الابراء عن ستمائة . وفيها ايضاً بينة المطالب على ان الطالب ابراه عن
الالف اولى من بينة الطالب على هذه الالف بمائة والعلة ما تقدم .
قال في البدائع ولا يلزم على هذا الاصل وهو ان بينة الزيادة اولى

ما اذا اختلف الشفيع والمشتري في قدر ثمن الدار المشفوعة فقال الشفيع اشتريتها بانف وقال المشتري بالفين واقاما البينة انه يقضى بينة الشفيع عند ابي حنيفة ومحمد ورحمهما الله تعالى وان كانت بينة المشتري تظهر الزيادة لان البينة انما تقبل لانها جملة حجة المدعي في الاصل والمدعي هناك هو الشفيع فانه يدعي على المشتري التملك بهذا القدر من الثمن والمشتري ينكر فكان القول قول المنكر لوجود حد المدعي فيه وهو ان يكون مخيراً في الخصومة بحيث لو تركها يترك ولا يجبر عليها فاما المشتري فمجبور على الخصومة فكان هو مدعى عليه والبينة حجة المدعي لا حجة المدعى عليه في الاصل لذلك قضي بينة الشفيع .

المادة ١٧٦٣ - ترجح بينة التملك على بينة العارية مثلاً
اذا ادعى احد المال الذي هو في يد آخر قائلاً اني كنت اعطيته اياه عارية واراد استرداده وقال المدعى عليه كنت يعطني اياه ووهبته ترجح بينة البيع او الهبة .

ترجح بينة التملك على بينة العارية

والايداع والنصب لان تملك العين يتضمن تملك العين يتضمن تملك منفعتها ضرورة وفي العارية تملك المنفعة فقط ففي بينة التملك زيادة اثبات فترجح .

[مثلاً اذا ادعى احد المال الذي هو في يد آخر قائلاً اني كنت اعطيته اياه عارية واراد استرداده وقال المدعى

عليه كنت بعثني اياه او وهبته ترجح بينة البيع والهبة .

وكذا التملك اقوى من الايداع فلو ادعى على ذي اليد ان هذه العين التي في يدك ملكي اودعتك اياها وادعى الآخر انه باعه اياها بشئ معلوم وبرهنا ترجح بينة مدعي التملك بالثراء لانه اقوى من الايداع (نتيجة) .

ولو ادعى زيد على عمرو العين التي في يده انها ملكه اغتصبها منه وادعى عمرو انه وهبه اياها وتسلمها ترجح بينة عمرو لاثباتها عقداً شرعياً لكن لو ادعى مالا في يد آخر عقاراً او غيره ملكاً مطلقاً وادعى ذو اليد انه اودعه عنده فلان النائب وبرهنا ، يقضى بينة الايداع وتُدفع خصومة المدعي لان يد المودع بالفتح لا يصلح صاحبها ان يكون خصماً لمدعي الملك فلا تسمع الدعوى الا بحضور النائب وهذه المسئلة من خمسة الدعوى راجع (المادة ١٦٣٧)

المادة ١٧٦٤ - ترجح بينة البيع على بينة الهبة والرهن والاجارة وبينة الاجارة على بينة الرهن مثلاً اذا ادعى احد على آخر بقوله بعتك المال الفلاني اعطني ثمنه وقال المدعى عليه انت كنت وهبتي ذلك وسلمتني اياه ترجح بينة البيع

[ترجح بينة البيع على بينة الهبة والرهن والاجارة] .

لان البيع تملك العين بعوض من الجانبين في الحال وليس كذلك اخواتها لان الهبة والصدقة تملك بلا عوض والرهن عبارة عن التملك يداً لا رقبة في الحال ويصير معاوضة مالا عند هلاكه والاجارة تملك المنفعة

قط (بجر) .

وفيه ملخصاً ولم ار حكم الشراء الفاسد مع القبض والهبة مع القبض فان الملك في كل متوقف على القبض وينبغي تقديم الشراء للمعاوضة وردة المقدسي بان الاولى تقديم الهبة لكونها مشروعة والبيع الفاسد منهى عنه . والمسئلة صورتان الاولى ان يكون شخص مديونا لآخر بالف فاستلم منه صاحب الدين دارا فاحترقت في يده فادعى المديون اني كنت بعثك اياها بالف وادعى الدائن انه رهنها عنده بقبالة خمائة فهلكت بالقدر المذكور وبرهنا ترجح بيته المديون وكذا لو ادعى احد على آخر بشن مال باعه منه وطلب اداؤه وادعى الآخر انه وهبه او آجره اياه ، ترجح بيته مدعي البيع وكذا لو ادعى عليه قيمة مال هلك بانه غصبه منه ويطلب تضيئه وادعى الآخر انه وهبه اياه ترجح بيته مدعي الهبة لافادتها التملك (علي افندي)

الصورة الثانية ما لو برهن خارجان على ذي يد احدهما على الشراء منه والآخر على الهبة كان الشراء اولي ولو اختلف الملك استويا لان كلا منهما خصم عن مملكه في اثبات ملكه وهما سواء - بخلاف ما لو اتحد ، لاجتياهما الى اثبات السبب وفيه يقدم الاقوى - قال في البزازية ادعى الشراء من رجل وادعى آخر هبة وقبضاً من غيره والثالث ارثا من ابيه والرابع صدقة وقبضاً من آخر غيره فهو بينهم ارباعا عند استواء الحجية اذ تلقوا الملك من مملكتهم فكانهم حضروا وبرهنوا على الملك المطلق .

واطلق في الهبة وهي مقيدة بالتسليم ، وبأن لاتكون بعوض والا كانت بيما - ثم ان ارجحية بيته البيع ليست على الاطلاق بل ذلك مقيد بان لاتاريخ لها اذ لو ارضا مع اتحاد الملك كان للاسبق تاريخاً بخلاف اختلافه ولو ارضت احدهما فقط فالموترخة اولي

والحاصل ان الشخصين اذا ادعيا عينا في يد ثالث واحدهما يدعي شراؤه من زيد والآخر يدعي اتها به منه مع القبض ولم يذكر تاريخاً او

ارخا تاريخياً واحداً فيئنة الشراء. اولى (زبلي) .
وان اختلف الملك لها فلا يكون الشراء. اولى بل يكون بينها
نصفين ولو ارخ احدهما دون الآخر فالورخ اولى ايها كان اتحد الملك
او اختلف فان كان المورخ هو المشتري فلا اشكال لان الشراء. من غير
تاريخ اولى فم التاريخ اولى وان كان ارخ الهبة فالهبة اولى لان الشراء.
متأخر معنى فيعتبر بما لو كان متأخراً حقيقة بان ارخ صاحب الشراء. منذ
سته اشهر وصاحب الهبة منذ سنة - وان قلنا ذلك الشراء. حادث
والاصل في الحوادث اذا لم يعرف حال حدوثها ان يحكم بحدوثها
(زبلي وشلي) .

هذا اذا كانت العين في يد شخص ناك فان كانت في ايديها
وادعى احدهما شراؤها من زيد والآخر اتهاها منه ان لم يورخا او ارخا
تاريخياً واحداً او ارخ احدهما لا الآخر يحكم بينها مناصفة وان تاريخ
احدهما اسبق يقضى له (راجع مادة ١٧٦٠) . وان كانت في يد احدهما
وادعى احدهما شراؤها من زيد والآخر اتهاها منه ان لم يورخا او ارخا
تاريخياً واحداً او ارخ احدهما دون الآخر يحكم لذي اليد في هذه
الصور الثلاث انظر المادة (١٧٥٨) . وان تاريخ احدهما اسبق ترجع بينته
كما في المادة (١٧٦٠) .

وبينة الاجارة على بينة الرهن

كما لو ادعى داراً في يد زيد احدهما يقول انه استاجرهما منه والآخر
يدعي ارتهاها - وجه ترجيح الاجارة انها تملك المنفعة للحال فكانت
اقوى وقد اكفى بالمثال على بينة البيع فقال

[مثلاً اذا ادعى احد على آخر بقوله بعتك المال الفلاني

اعطني ثمنه وقال المدعى عليه انت كنت وهبتي ذلك وسلمتني اياه ترجح بينة البيع .

ولا تتوهم من هذا المثال ان المنازعة مع انها بين خارج وذوي يد وقد حكم فيها لمن برهن على البيع وهو الخارج مع انه تقدم قبل اسطر فيما لو كانت في يد احدها وادعى الخارج انها له اشتراها من زيد وذو اليد انه اتبها منه يحكم لذي اليد في الصور الثلاث المتقدمة ، لان المتنازعين في مثال المجلة هنا اعترفا بان الملكية واليد كانت لاحدها ثم اختافا بسبب الانتقال من يده للآخر فترجح بينة السبب الاقوى وهو البيع - وفيما تقدم يدعي كل منهما سبب الانتقال من ملكية الشخص الثالث فترجح بينة ذي اليد باس زائد وهو اليد فافترقا فتنه .

المادة ١٧٦٥ - ترجح بينة الاطلاق في العارية مثلا اذا هلك الحصان المستعار في يد المستعير وادعى المير قائلاني كنت اعرتك اياه على ان تستعمله اربعة ايام وانت لم تسلمه لي في المدة المذكورة وهلك عندك في اليوم الخامس فاضمن قيمته وادعى المستعير بقوله كنت اعرتني اياها بان استعمله على الاطلاق ولم تقيد باربعة ايام ترجح بينة المستعير وتسمع .

اعلم ان القول قول المير في اصل الاعارة فكذا في صفحتها من اطلاق وتقييد (تنقيح الحامدية) فحيث كان القول قول المير في التقييد يفهم منه ان البينة بينة المستعير في الاطلاق فلذا قال

ترجح بينة الاطلاق

على بينة التقييد [في العارية] لان القول قول من يتمك بالظاهر وقد تقدم في شرح المادة ٧٧ ان الاصل في العارية التقييد والاطلاق خلاف الاصل فلو اختلف المير والمستعير في الايام او المكان او فيما يحمل على الدابة ، فالقول قول المير لان المستعير يستفيد ملك الانتفاع من المير فكان القول في المقدار والتمين قوله لان الاذن يستفاد منه لكن مع اليقين دفعا للهمة والبيينة بينة المستعير لانه خلاف الظاهر (بدائع) [مثلاً] في الاختلاف في المدة

[اذا هلك الحصان المستعار في يد المستعير وادعى المير اني كنت اعرتك اياه على ان تستعمله اربعة ايام وانت لم تسلمه لي في المدة المذكورة وهلك عندك في اليوم الخامس فاضمن قيمته وادعى المستعير بقوله كنت اعرتني اياه ان استعمله على الاطلاق ولم تقيد باربعة ايام ترجح بينة المستعير وتسمع] .

والعارية كما تتوقت بالزمان تتوقت بالعمل (انقروي عن القنية) وفيه عن الاسيجالي العارية المطلقة تعار وتودع ولا تؤجر والوديعة لا تعار ولا تودع ولا تؤجر والمستأجر يعار ويودع ويؤجر - وفي البرازية ولو استعار ثوراً واستعمله ثم تركه في المسرح للرعى فضاع ان علم ان صاحبه يرضى بكون الثور في المسرح وحده لا يضمن . وان لم يعلم بذلك ضمن .

المادة ١٧٦٦ - ترجح بينة الصحة على بينة مرض الموت مثلاً اذا وهب احد مالا لاحد ورثته ثم مات وادعى باقي الورثة انه وهبه في مرض موته وادعى الموهوب له انه وهبه في

حال صحته ترجح بينة الموهوب له .

[ترجح بينة الصحة على بينة مرض الموت]

في كل مسألة عائدة لتصرف الانسان في ماله سواء كان هبة او ابراء او بيعاً او اقراراً او وقفاً او طلاقاً الى غير ذلك - فلو ادعت ورثة الميت انه وهب احد ورثته ماله الفلاني او ابرأ ذمته من مال له عليه او باعه شيئاً - او انه وقف عقاره الفلاني على جهة كذا او اقر له به في حال المرض وهي الحالة التي تتعلق بها حق الورثة في تركته بقولهم انا لا نجز هذا التصرف وهو غير صحيح لوقوعه في المرض - وادعى الوارث الذي وقعت له في هذه التصرفات او المتولي الذي بيده الوقف انه صحيح بقوله انه صدر منه في حال صحته فالقول قول الورثة ولو برهننا ترجح بينة وقوعها حال الصحة (راجع شرح المادة ٧٣) .

لكن لو شهدوا بالهبة مثلاً وقالوا لا نعلم هل هو في حال الصحة ام المرض يحمل على المرض لان حال المرض ادنى من حال الصحة فإلم يتيقن حال الصحة يحمل الادنى (رد مختار) وكذا لو اجتمعت بينة المواضعة وبينة الصحة - وذلك لان هذه التصرفات من الصفات الطارضة فهي حادثة والحادث يضاف الى اقرب وقت من الحكم ، الذي يترتب عليه . والاقرب هنا هو المرض المتأخر زمانه عن زمان الصحة . فكان القول قول من يدعى حدوثها في المرض كما هو الاصل والبينة بينة من يدعى حدوثها في زمان الصحة والبيئات شرعت لاثبات خلاف الاصل انظر شرح المادة (١١) وكذا لو وقف عقاراً لا مال له غيره وسلمه الى المتولي ثم مات فادعت الورثة انه صدر منه حال المرض ولم يجزوه فيما زاد على الثلث وادعى المتولي انه في حال الصحة فالقول للورثة ولو برهننا ترجح بينته (علي افندي) او ادعت المطلقة باثنا ان

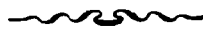
زوجها مات وهي في العدة وكان تطليقها حال مرضه وطلبت الارث وادعت الورثة انه طلقها وهو صحيح القول قولها وترجع بينة الورثة (بزازية) .

فان قلت يوجد مسائل منها ما في النتيجة : لو باع احد مالا من آخر ثم ادعى اخر البائع على المشتري انه باعه وهو صبي وطلب استرداد المبيع وادعى المشتري انه باعه منه حينما كان بالغاً وبرهنا ، فينة المشتري اولى مع ان الكبر متأخر عن زمان الصغر فيقتضى اضافة الحادث الى اقرب اوقاته ان يكون القول للمشتري والترجيح لبينة البائع لاثباتها خلاف الظاهر وهو اضافته الى ابعد اوقاته - ومنها ما في ترجيح البيئات للعلامة الحمزاوي عن قتاوي قاضيخان بينة المشتري على ان البائع باعه الحمر بعد تحلله اولى من بينة البائع انه باعه حال كونه خمرًا مع انه كالمسئلة قبلها - ومنها ما في النتيجة لو طرأ على انسان جنون ثم صح وكان باع احدًا مالا فادعى انه باعه حال جنونه وطلب استرداد المبيع وادعى المشتري انه باعه حال صحته عقله فينة المشتري اولى

الجواب ان الخلاف في هذه المسائل بين المدعين دائر بين الصحة والبطلان . وعقد الصبي والمجنون وكذا بيع الحمر باطل واحدهما يدعي صحة العقد فكانت بينته اولى لاثباتها خلاف الظاهر من هذا الوجه وهو اثبات الامر العارض بخلاف اختلافهما في الصحة والفساد ترجح بينة الفساد لصديق عقد البيع على كل منهما واحدهما يدعي خلاف الظاهر وهو الفساد فينته اولى - وفي هامش الانقروبي من ترجيح البينة فالخلاص انه اذا اتفقت بينة البائع والمشتري على ذكر ما يصلح ثمنًا واثبتت احدهما شرطًا زائدًا يفسد البيع كما اذا اتفقتا على ان البيع كان بالف درهم وزادت احدهما رطلًا من الحمر فالبينة بينة الفساد . وان اختلفتا في ذكر ما يصلح ثمنًا فاثبتت احدهما ما يصلح ثمنًا بان قالت كان البيع بالف وبهذا المتاع واثبتت الاخرى ما لا يصلح ثمنًا بان قالت كان الثمن كله خمرًا فليينه بينة الصحة كذا في الفصل الثالث من القسم الثاني من بيع

الظيرية و اشار في باب اليقين المتضادتين من شهادات القنية انه (ان) كان الفساد بشرط في البيع مفسد فيينة الفساد اولى لانها اكثر اثباتا وان كان لمعنى في العجل او غيره ، فيينة الصحة اولى اقتضرت المادة على مثال من انواع التصرفات فقالت

[مثلاً اذا وهب احد مالا لاحد ورثته ثم مات وادعى باقى الورثة انه وهبه في مرض موته وادعى الموهوب له انه وهبه في حال صحته ترجح بينة الموهوب له]



المادة ١٧٦٩ ترجح بينة العقل على بينة الجنون والعتة

تقدم بيان وجهه في المادة قبلها فلو ادعى زيد على عمرو انك بعثي عقارك هذا بشن معلوم حال كونك عاقلاً وادعى عمرو ان البيع صدر منه حال الجنون او العتة وبرهنا فيينة العقل اولى

المادة ١٧٦٨ اذا اجتمع بينة الحدوث والقدم ترجح بينة الحدوث مثلاً اذا كان في ملك احد مسيل لآخر ووقع بينهما اختلاف في الحدوث والقدم وادعى صاحب الدار حدوثه وطلب رفعه وادعى صاحب المسيل قدمه ترجح بينة صاحب الدار

اذا اجتمع بينة الحدوث والقدم ترجح بينة الحدوث

لان مدعى القدم يتسك بان الشيء الموجود الآن باق بمقتضى الاستصحاب والآخر يدعى حدوثه والحدوث امر عارض وبينه العارض مقدمة على البينة المثبتة للاستصحاب كما في فتاوي الشيخ اسماعيل سنل في بستان جارية ارضه مع كامل غراس فيها قديم في وقف بر وفيها غراسات جديدة ومستجدة جار بعضها في الوقف المذكور والباقي في ملك زيد من مدة تزيد على اربعين سنة بلا معارض ثم مات زيد عن ورثة باعوا حصتهم المذكورة من عمرو فادعى متولي الوقف على عمرو بجريان جميع الغراس الموجود في الوقف مستصحباً من زمن الواقف وان له بينة تشهد بذلك - وذكر عمرو ان له بينة تشهد بحدوث الغراسات الجديدة ونستجدة بمقتضى غرسه لها هو وزيد وورثته واثبت ذلك بالبينة العادلة - فاجاب بما خلاصته حيث ثبت حدوث الغراسات المذكورة جميعها فينتها مقدمة على بينة القدم كما صرح به البغدادي وعلى هذا فالحكم المبين في المادة ١٦٦ و ١٢٢٤ و ١٢٢٩ و ١٢٣٠، يجري على ما هو عليه الا اذا قامت بينة الحدوث فهي اولى [مثلاً اذا كان في ملك احد مسيل الآخر] او حق المرور

(ووقع بينها اختلاف في الحدوث والقدم وادعى صاحب الدار حدوثه وطلب رفعه وادعى صاحب المسيل)

او المرور [قدمه ترجح بينة صاحب الدار] وهذا بخلاف ما اذا تنازعا في ملك مطلق واحدهما اسبق تليخاً فان بينة الاسبق اولى

المادة ١٧٦٩ اذا اظهر الطرف الراجع العجز عن البينة فطلب البينة من الطرف المرجوح ان اثبت فيها والا يخلف . معلوم ان الطرف الراجع اذا اقام البينة بحكم له لانه هو المدعى

والبينة بينته لانه يثبت امرا عارضا نحو دعوى خلاف الاصل او اضافة الحادث الى ابعد اوقاته او اثبات الزيادة في ثمن المبيع اذا كان باثما او في المبيع اذا كان مشتريا لكن

(اذا اظهر الطرف الراجح العجز عن البينة تطلب البينة من الطرف المرجوح)

بطلب من الطرف الراجح [ان اثبت فيها] اي يحكم له حتى انه بعد الحكم لو اراد الطرف الراجح اقامة البينة لا يلتفت اليه ولا يتقض الحكم كما في المادة بعدها [والا] اي وان لم يتم البينة [يحلف] الطرف المرجوح بطلب الراجح - يفهم من ظاهر هذه المادة ان الطرف المرجوح اذا عجز عن البينة يحلف في كل حال سواء كان ذا يد على المدعى به ام لا - والذي يظهر ان الامر ليس على الاطلاق لانه يلزم انه في المادة ١٧٥٩ لو ادعى خارج وذو يد نتاج دابة وعجزا عن البينة حلف الخارج المرجوح بان الدابة ليست لذي اليد ان تسلم للخارج وهو خلاف ما يعطيه مفهوم المادة (١٧٥٧) ان القول لذي اليد يمينه - فالذي يتبادر استثناء دعوى النتاج من عموم هذه المادة لانه فيما عدا النتاج الطرف المرجوح هو المنكر في الحقيقة وعند عجز الطرف الراجح يستفيد المرجوح من بينته ، الخلاص من اليمين - وفي مرآة المجلة عن حاشية الاشياء للبيري في الخلاصة اقام المصوب منه البينة ان قيمة المصوب كذا واقام الغاصب انها كذا فيبينة المالك اولى فان لم يكن للمالك بينة فاراد الغاصب اقامة البينة فقال المالك احلفه ولا اريد البينة له ذلك - اقول يفهم منه ان المالك ان لم يطلب حلفه يسمع بينة الغاصب اه لمحرره وسيأتي لهذا مزيد ايضاح نتكلم عليه ان شاء الله تعالى في شرح المادة (١٧٢٨) - وعلى ما مر من انواع الترجيح يجري تطبيق هذه المادة - ففي المادة (١٧٦٢) لو اختلف البائع والمشتري

في قدر الثمن فقال البائع الف والمشتري ثمانمائة تطلب بينة البائع فان اثبت حكم له والا تطلب بينة المشتري فان اثبت حكم بثمانمائة ويتخلص المشتري من اليمين وان عجز يحلف المشتري بطلب البائع على ان الثمن لم يكن الفا فان حلف ينع البائع من دعوى الزيادة وان نكل الزم المشتري بالف - وعلى هذا اختلافها في قدر المبيع - كذلك في المادة (١٧٦٠) اذا اختلف المير والمستعير في الاطلاق والتقييد ترجح بينة المستعير في الاطلاق اكون الاطلاق في العارية خلاف الاصل فان عجز تطلب بينة المير فان اثبت حكم له والا يحلف بطلب المستعير فان حلف ضمن المستعير وان نكل ثبتت دعوى المستعير (انقروي عن قاري . الهداية) وكذا ما في المادة ١٧٦٦ اختلف الموهوب له والورثة فادعي الموهوب له . انها في الصحة ، والورثة انها في المرض ، تطلب البينة من الموهوب له ان اثبت حكم له والا يطلب من الورثة فان برهنوا حكم يبطلان الهبة وان نكلوا حكم يوقوعها حال الصحة رد مختار - كذلك في المادة (١٧٦٧) تطلب البينة من مدعي الحدوث فان عجز عن الاثبات فمن مدعي القدم فان عجز ايضا يحلف بطلب مدعي الحدوث على انه لم يكن حادثا فان حلف يبقى المسيل على ما كان وان نكل يرفع (انقروي)

المادة ١٧٧٠ اذا اظهر الطرف الراجح العجز عن الاثبات فحكم بموجب الطرف المرجوح البينة ثم اراد الطرف الراجح اقامة البينة فلا يلتفت اليه بعده

في الهندية من الباب السابع والشرين من كتاب ادب القاضي ان القاضي متى اعتمد سبباً صحيحاً ثم بطل السبب من بعد لا يبطل القضاء - واذا ثبت عدم السبب من الاصل بعد وجوده من حيث الظاهر فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وابي يوسف في قوله الاخير خلافاً لمحمد -

وفي البرازية اقرّ المقتضى له بعد القضاء انه اى المقتضى له حرام له او امر بان يشترى له من المقتضى عليه يبطل القضاء - واصله برهن على ان هذا العين له بالثراء او الارث وقضى ثم قال لم يكن لي بطل القضاء اه فعلى هذا انما يبطل القضاء اذا لم يعتمد سببا صحيحا فحينئذ يكون خطأ سواء ظهر ذلك بالبينه او باقرار المقتضى له - فتقرر لك ان الحكم بينه الطرف المرجوح حين فقدان البينه الراجحة صواب نافذ لمصادفته سببا صحيحا فلا تسمع بعده بينه الراجح لان الاولى تقوت بانصال القضاء - وفي دعاوي الاشباه اى بينه سبقت فقضى بها لم تقبل الاخرى ، لما في البحر عن خزانه الاكمل والفصول ادعى عينا في يد رجل ملكا مطلقا واثبت وبعد قضاء القاضي بينه المدعى لو اتى المدعى عليه بدفع وقال اودعنيها فلان الغائب واراد البرهان على ذلك لا تسمع بخلاف ما قبل القضاء - وعن هذا قال [اذا اظهر الطرف الراجح العجز عن البينه] على مدعاه [فحكم عليه] اعتمادا على سبب صريح [بموجب اقامة الطرف المرجوح البينه] مفعول لاقامة او من اضافة اسم المفعول الى نائب الفاعل [على ما سبق] في المادة قبلها [ثم اراد الطرف الراجح اقامة البينه فلا يلتفت اليه بعده] لان الحكم وقع صحيحا متقويا بالبينه فلا ينقض - اعلم ان الاختلاف ان كان فيما يحتل به قوام العقد كالاختلاف في قدر المبيع او قدر الثمن يقضى لمن برهن وان برهنا فلمثبت الزيادة وان عجزا تحالفا - ففي هذه الصورة حيث يكلف الطرفان لاثبات مدعاه يقضى للطرف الراجح - وان كان فيما لا يحتل به قوام العقد كما لو اختلفا في الاجل او في شرط الخيار ففي هذه الصورة لاتطلب البينه الا من طرف واحد واليمين على من انكر فلا يتأتى الطلب من المرجوح عند العجز من الطرف الراجح بل القول لمنكر الاجل والخيار بيمينه والبينه على الآخر لا غير - ومن هذا القبيل ما لو اختلفا في فساد في صلب العقد فهذا من القسم الاول كالمشترى يدعي ان المبيع وقع فيه غبن فاحش مع التفرير والبائع يدعي انه بضمن المثل تطلب البينه اولاً من

الطرف الراجح وهو المشتري لادعائه الغبن مع الغرير فان عجز تطلب من
البائع على انه بضمن المثل فبعد ان يبرهن وحكم له لو اراد الطرف
الراجح اقامة البرهان على مدعاه لا تسمع (رد مختار قبيل الاختلاف في
الشهادة - واما اختلافها في شرط مفسد ليس من صلب العقد كالبيع بشرط
ان يؤثره داره او يعيره الشيء الغلاني مثلاً ، فالقول هنا قول من يدعي
الصحة وينفي الشرط المفسد يمينه والبينة بينة من يدعيه وفي هذه الصورة
لا تطلب البينة الامن طرف واحد كما نص عليه في البحر وغيره عند قول
الكثر وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار الخ

وانما قلنا ان القضاء لا يبطل متى اعتمد سبباً صحيحاً احترازاً عما اذا
كان معدوماً من الاصل ففي هذه الصورة ينقض القضاء في قول الامام
ابي حنيفة وابي يوسف الآخر لما في الهندية من الباب ٢٧ فيما يقضي به
القاضي ويرد قضاءه ما خلاصته اشترى دابة وقبضها من البائع ثم
استحقها مستحق بالبينة قضي بها للمستحق وتشرط حضرة المشتري لا غير
وينقض القاضي البيع بينهما على ظاهر الرواية اذا طلب المشتري ويرجع
المشتري بالثمن على البائع فان اقام البائع بعد ذلك بينة على المستحق انه
كان اشترها منه وقبضها قبل ان يبيها قضى القاضي بالدابة للبائع وبطل
قضاء القاضي حتى كان للبائع ان يلزم الجارية المشتري وهذا قول ابي يوسف
الاول وهو قول محمد رحمهما الله تعالى اما على قول ابي حنيفة وابي يوسف
الآخر فلا يبطل قضاء القاضي بالفسخ ولا يكون للبائع ان يلزم المشتري
وقامه هناك .

وفي التكملة عن البرازية لا تسمع دعواه بعده فيه الا ان يبرهن على
ابطال القضاء ان ادعى داراً بالارث وبرهن وقضى له ثم ادعى المقضى
عليه الثراء عن مورث المدعي او ادعى الخارج الثراء من فلان وبرهن
المدعى عليه اي بعد القضاء على شرائه من فلان او من المدعى قبله او
يقضى عليه بالدابة فبرهن على نتائجها عنده اهـ .

وهذا يفيد ان قولهم يصح الدفع بعد الحكم مقيد بما اذا كان

فيه ابطال القضا.

يقول الفقير ان القضا. بالبيننة المرجوحة اذا كان بعد وقوعه لا ينقض بالبيننة الراجعة فمع استواء البيئتين اولى كما لو شهدا ان فلانا قتل زيداً خطأ يوم النحر بمكة وآخران انه قتله يوم النحر بالبصرة لا يعمل بهما لكن بعد الحكم بالدية باحداها لا ينقض بالاخري (ابو السعود). واستفيد من المادة المصرحة بعدم الالتفات الى بينة الطرف الراجح بعد الحكم بالمرجوحة ما لم تقتض الراجعة ابطال الحكم ، انه اذا كانت البيئنة لا تقام الا من طرف واحد شرعاً وعكس الامر فحكم بينة يقيسها الطرف الآخر ان الحكم لا يصح وينقض ولمجلس التدقيقات الشرعية ومحكمة التمييز التركية قرارات عديدة بذلك .

الفصل الثالث

— في القول لهما ونحكيم الحال —

ذكر فيما تقدم انه عند تعارض الدعويين في شيء اذا كان في يد احدهما ، فالقول قوله يمينه والبيننة بينة الخارج - وهذا الفصل لبيان ان اليد الحكمية كذلك بان توجد علامة وهي المعبر عنها بظاهر الحال تجعل احدهما اقوى من الآخر لكون ظاهر الحال يشهد له وعلى هذا يتفرع المواد ١٢٧١ و ١٢٧٢ و ١٢٧٤ و ١٢٧٥ و ١٢٧٦ و ١٢٧٧ فكما ان هناك البيئنة بينه الخارج واليمين على ذي اليد فالحكم هنا كذلك .

﴿ تنبيه ﴾

فوق بين الحكم بالبينة والحكم فيما يشهد له ظاهر الحال - يعلم ذلك مما نصوا عليه ان الحائظ بين دارين اذا ادعاه كل واحد من صاحبي الدارين وكان لاحدهما عليه جذوع وللآخر اتصال بينائه اتصال تربيع ولم تكن بينته يحكم به لصاحب الاتصال ولا يؤمر صاحب الجذوع برفع جذوعه بل يبقى له حق الوضع لاحتمال ان تكون جذوعه موضوعة بحق بان كان ذلك مشروطاً في اصل القسمة فليس من ضرورة الحكم لصاحب الاتصال استحقاق رفع الجذوع على الآخر - بخلاف ما لو حكم له بالبينة فانه يؤمر الآخر برفع جذوعه لان البينة حجة للاستحقاق فيستحق صاحبها رفع جذوعه عن ملكه - وان لم يكن متصلاً بينها احدها ولم يكن عليه جذوع فهو بينها نصفان لاستوائها في اليد حكماً .

المادة ١٧٧١ - اذا اختلف الزوج والزوجة في امتعة الدار التي سكنها ينظر الى الامتعة فان كانت من الاشياء التي تصلح للزوج فقط كالبنفقة والسيف او من الاشياء الصالحة لكل من الزوج والزوجة كالاواني والمفروشات، ترجح بينة الزوجة . واذا عجز كلاهما عن البينة ، فالقول للزوج مع اليمين يعني اذا حلف الزوج بان تلك الاشياء ليست لزوجته يحكم بكونها له . واما في الاشياء الصالحة للنساء فقط كالحلي والبسة النساء ، فترجح بينة الزوج واذا عجز كلاهما عن البينة ، فالقول للزوجة مع اليمين على كل حال مثلاً القروط حلي

مخصوص بالنساء ولكن اذا كان الزوج صانعا فالقول له مع اليمين

[اذا اختلف الزوج والزوجة] قيد باختلافها للاحتراز عن اختلاف نساء الزوج فان متاع النساء بينهن على السواء ان كن في بيت واحد وان كانت كل واحدة منهن في بيت على حده فما في بيت كل امرأة بينها وبين زوجها على ما ذكر بعد ولا يشترك بعضهن مع بعض كذا في الحائية - وللاحتراز عن اختلاف الاب والابن فيما في البيت قال في التكملة عن خزانة الاكمل قال ابو يوسف اذا كان الاب في عيال الابن في بيته فالتاع كله للابن كما لو كان الابن في بيت الاب وعياله فتاع البيت للاب اه . وعن الموجر والمستاجر في اتمة الدار فلها للمستاجر بسبب اضافة الكني اليه والعبارة لها لا للملك - وعن اختلاف اسكافي ومطار في آلات الاساكفة او آلات المطارين وهي في ايديها فهي بينها بلا نظر لما يصلح اكل منها لانه قد يتخذه لنفسه او للبيع فلا يصلح مرجعا - واطلقها فيحمل المسلمين والمسلم مع الذمية والحرين والملكون والمكاتبين (بجر عن البدائع) - والزوجين الكبيرين والصغيرين اذا كان الصغير يجمع لان المرأة في الصالح لها لا تكون مع ما في يدها في يد الزوج الا بذلك بخلاف الصغير الذي لم يبلغ حد الجماع فانه لا يد له على زوجته - ثم معنى القول للصغير ان القول لوليه واما لو كان احدهما جرا والآخر مماوكا فالقول للحر (بجر مختار) وشمل اختلافها حال بقاء النكاح وما بعد الفرقة (بجر) وما اذا كان البيت ملكا لها او لاحدهما خاصة لان العبارة لليد لا للملك [في اتمة الدار التي سكنها] جمع متاع وهو لغة ما ينتفع به كالطعام والبرواتث البيت . واصله ما ينتفع به من الزاد والمراد بالمتاع هنا ما ينتفع به من نفسه او ما حصل منه كالعقار وغيره ولو ذهب او فضة - وخرج عن هذا اختلافها فيما هو خارج عن الدار الساكنين فيها فانهما في ذلك كالاغنياء فان كان في ايديها يتقسم بينهما مناصفة -

[ينظر الى الامتعة فان كانت من الاشياء التي تصلح للزوج فقط كالبندة
والسيف] والعمامة والقباء والقلنسوة والظيلسان والسلاح والمنطقة والكتب
والفرس والدرع الحديد - [او من الاشياء الصالحة لكل من الزوج
والزوجة] كالاواني والمفروشات والارطه وسائر الحيوانات والنقود والعمار
[ترجح بينة الزوجة] لان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في
الدعاوي لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارض ظاهر الزوج
باليد ظاهر اقوى منه وهو الاختصاص بالاستعمال [وان عجز كلاهما عن
البينة فالقول للزوج مع اليمين] ان لم يصدر منه اقرار كان قال هذا
وهبه لي زوجتي او اشتريته منها فيحتاج الى اثبات دفعه بالبينة فان
عجز تحلف الزوجة على عدم البيع والهبة ويحكم لها بيمينها انظر
المادة (١٦٣٢)

ثم لما كانت اليد للزوج عن القنية من باب ما يتعلق بتجيز البنات
افترقا وفي بيتها جارية نقلتها مع نفسها واستخدمتها سنة والزوج عالم به
ساكت ثم ادعاها فالقول له لان يده قد كانت ثابتة ولم يوجد الزيل اه
قال وبه علم ان سكوت الزوج عند نقلها ما يصلح لها لا يبطل دعواه
راجع المادة (٦٧) [واما في الاشياء الصالحة للنساء فقط كالحلي والبسة
النساء] والدرع والاسوارة والحجار والملاة والحلخال والحلي ونحوها
[فترجح بينة الزوج] لان ظاهر الحال شاهد عليه [واذا عجز كلاهما عن
البينة فالقول للزوجة مع اليمين] ان لم يصدر منها اقرار بان قالت وهبه
لي او اشتريته منه فتحجاج لاثبات هذا الدفع وان عجزت يحلف على عدم
ذلك ويحكم له

[الا ان يكون احدهما صانع الاشياء الصالحة للآخر او بانعها
فالقول له مع اليمين على كل حال مثلاً القرط حلي مخصوص
بالنساء ولكن اذا كان الزوج صانعا فالقول له مع اليمين]

قال الامام الثمرثاشي الا اذا كان الرجل صانعا وله اساور وخواتيم
النساء والحلى والخلخال وامثال ذلك فينشد لا يكون مثل هذه الاشياء لها
كذلك اذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال عناية .

المادة ١٧٧٢ تقوم الورثة مقام المورث عند موت احد
الزوجين ولكن اذا عجز كلا الطرفين عن الاثبات على
ما ذكر فالقول لمن هو في الحياة منهما مع اليمين في الاشياء
الصالحة لكليهما واذا مات كلاهما معاً فالقول لورثة الزوج
في الاشياء الصالحة لكليهما

[تقوم لورثة مقام المورث عند موت احد الزوجين] اي اذا مات احد
الزوجين واختلف وارثه مع الحي فان كان المختلف فيه يصلح للزوج
فقط او لكليهما ، فالقول للزوجة بيمينها والبينة على ورثة الزوج لان اليد
للحي دون الميت - وان كان الميت الزوجة واختلفت ورثتها مع الزوج
فان كان المختلف فيه يصلح للزوج فقط او لكليهما فالقول للزوج والبينة
على للورثة [واكن اذا عجز كلا الطرفين عن الاثبات فالقول لمن هو في
الحياة منها] الزوج والزوجة مع اليمين والبينة على ورثة الآخر اذ لا
يد للميت وهذا [في الاشياء الصالحة لكليهما] لانها لما اشكلت ولم
يتيقن انها صالحة لاحدهما خاصة تترك في يد الحي منها بيمينه وهو قول
الامام الاعظم وهذا من تسمة اقوال للمجتهدين الثاني قول ابي يوسف
للرأة جهاز مثلها والباقي للرجل يعني في المشكل في الحياة والموت الثالث
قول محمد ان المشكل للزوج في الطلاق والموت ووافق الامام فيما لا
يشكل وقد عد بقية الاقوال في الخانية فراجعها فلو مات الزوج واختلفت
ورثته مع الزوجة في مثل الاواني والنقود فالقول للزوجة بيمينها او ماتت

الزوجة واختلف ورثتها مع الزوج في ذلك فالقول للزوج يمينه - علم من هذا انه اذا كان القول للحي في الاشياء الصالحة لها فاذا كان الزوج ميتاً فالقول للزوجة في الصالح لها من باب اولى [واذا مات كلاهما معا] اي في آن واحد [فالقول لورثة الزوج في الاشياء الصالحة لكليهما] لانه لو كان حياً كان القول قوله فكذا ورثته لقيامهم مقامه وبالاولى في الاشياء الصالحة له فقط

المادة ١٧٧٣ اذا اراد الواهب الرجوع عن الهبة وادعى الموهوب له تلف الموهوب فالقول له بلا يمين

اشارت هذه المادة الى ان من يكون القول قوله قد لاتأزمه اليمين ولهذا مواضع تقدمت في شرح المادة ١٧٤٢ - وهنا مستثنان الاول ان القول قوله الثانية انه لا يمين عليه اما الاولى فالعلة انه ينكر وجوب الرد عليه والقول للمنكر واما الثانية فسقتضى الاصل ان من اقر بشيء لزمه فاذا انكر يحلف عليه ، ينبغي تحليفه لانه لو اقر بعدم الهلاك يلزمه الرد فلم لا يحلف عند انكاره بدعوى الهلاك - فالظاهر ان العلة هي عدم تاكد ملك الواهب لانه بالهبة خرج عن ملكه الا ترى انه لا يستبد الواهب بالرجوع ولا ينفرد من غير قضاء او رضا ، وعال الطحطاوي نقلاً عن البرهان بان دعواه الهلاك اخبار منه بهلاك ملكه وانه لا يوجب يميناً يقول الفقير هذا التعليل عليل لانه مناقض لقاعدة من اقر بشيء لزمه فاذا انكر يحلف فالظاهر التعليل الاول - ومثله لو قال الواهب حينما اراد الرجوع وهبتك بشرط العوض وقال الموهوب له لم يشترط القول قول الموهوب له بلا يمين - بخلاف ما لو قال الموهوب له عرضتك فان القول فيه قول الواهب يمينه لان الموهوب له يدعي تسليم شيء من ماله وهو منكر - وكذا لو قال الموهوب له تصدقت به علي او قال انا اخسرك

وكذبه الواهب لان التملك من جهة الواهب باتفاقها والقول قول الملك
في بيان سبب التملك - واما في دعوي الاخوة فلان الاخوة لا تثبت
بمجرد دعواه اه ملخصا من المبسوط

المادة ١٧٧٤ الامين يصدق بيمينه في برآة ذمته كما اذا
ادعى المودع الوديعة وقال الوديع رددتها اليك فالقول له
مع اليمين ولكن اذا اراد ان يقيم البينة ليخلص من اليمين
تسمع بينته

الامين اي كل من كان المال في يده امانة [يصدق بيمينه لا في
برآة ذمته] اذا لم يكذبه الظاهر والا فلا بد من البينة كالوكيل
والوصي والمتولي والمضارب والشريك والمستعير والمقتط والمتهن في الزائد
عن مقدار الدين والاجير الخاص فيما تحت يده - والحاصل كل من كانت
يده يد امانة وليس المال مضمونا عليه حكمهم كالودع يبرأ بما يبرأ
به المودع ويضمن بما يضمن به فالقول قوله في دفع الضمان عن نفسه
لا في ايجاب الضمان على الغير - فلو وكل رجلا بشراء فرس بالف ودفع
له الثمن فاشترى وقيمته كذلك فقال الامر اشتريت بنصفه وقال المأمور
بكله صدق المأمور لانه امين وبده كيد الموكل حتى لو قال ضاع الثمن
من يدي اوهلك بلا تهمد يهلك على الامر - لكن ان اشترى اولاً ثم نقده
الموكل فهلك قبل دفعه الى البائع عن الوكيل يهلك من مال الوكيل
(در مختار وتكملة) - ولو اختلفا في قدر الثمن فقال الموكل اشتريته
بجسمانية وقال الوكيل بالف ان كانت قيمته تساوي الفا فالقول قول
الوكيل وان كانت قيمته نصفه فالقول للموكل بلا يمين على ماذكرة
صاحب الدرر وابن كمال تبعاً لصدر الشريعة - وجه ان الشراء بالعين
الفاحش لا يجوز على الموكل اتفاقاً بخلاف وكيل البيع - وهنا حيث

اشترى الذي يساري حمالة بالف، ظهر مخالفته للموكل لشراء بغير فاحش . والحاصل كـ في الانقرويه ان المقبوض في يد الوكيل مجبة التوكيل بالبيع والشراء وقبض الدين والمين وقضاء الدين ، امانة بمنزلة الوديعة فيقبل قوله فيما يدعيه بيمينه - الا الوكيل بقبض الدين اذا ادعى بعد موت الموكل انه كان قبضه في حياته ودفعه اليه فانه لايقبل الا بينة لانه حكى امرا لا يملك استئنافه ، وفيما اذا ادعى بعد موت الموكل انه اشترى لنفسه وكان الثمن منقودا ، وفيما اذا قال بعد عزله بعته امس وكذبه الموكل ، وفيما اذا قال بعد موت الموكل بعته من فلان بالف درهم وقبضتها وهلكت وكذبه الورثة في البيع فانه لا يصدق اذا كان المبيع قائما بعينه بخلاف ما اذا كان مستهلكا اه من الفن الثاني من الاشياء - والفرق بين ما اذا كان المبيع قائما وما اذا كان هالكا ، ما في هامش الانقرويه انه اذا كان هالكا فاصل اختلافها في الحال في الضمان على الوكيل في زوال المبيع عن ملك الموكل وبقائه على ملكه لانه بالهلاك زال ملكه باتفاقها وانما اختلافها في ايجاب الضمان على الوكيل للموكل بقوله للوكيل بعث وسلمت بعد ما عزلتك عن الوكالة فقد صرت ضامنا وانكر الوكيل ذلك والضمان كان متنفياً عن الوكيل في الاصل فهو ينفي الضمان بتمسكه بما هو الثابت في الاصل فيجعل القول قوله حتى يثبت غيره

فاما اذا كان المبيع قائما فالملك فيه باق . وحاصل اختلافها انما وقع في زواله عن ملك الموكل او بقائه على ملكه فالوكيل يدعي زواله عن ملكه فكلان الموكل فيما يدعي متمسكا بما هو الاصل فيكون القول قوله كما في الذخيرة فقول المجلة (يصدق في برآة ذمته) ، قيد احترازي فلا يصدق في ايجاب الضمان على الغير لما في البرازية من الثالث بقبض الدين : الوكيل بقبض الدين اذا اقر بقبضه من الغريم وهلاكه عنده او بدفعه الى موكله يقبل في حق برآة الغريم لا في حق الرجوع على الموكل لو بان استحقاق بان برهن انسان ان ما اعترف الوكيل بقبضه

وهلاكه او دفعه كان لي وضمن الوكيل لا يرجع الوكيل على موكله
بلا حجة من برهان او اقرار موكل اه - ولو دفع الى رجل مالا
ليدفعه الى رجل فذكر انه دفعه اليه فكذبه في ذلك الأمر والمأمور
له بالمال فالقول قول الذي يدعي الدفع الى المأمور له في برآة نفسه
عن الضمان والقول قول المأمور له انه لم يقبض ولا يسقط دينه عن الأمر
ولا يجب اليمين عليها جميعا وانما يجب على احدهما لانه لا بد للأمر من
تصديق احدهما وتكذيب الآخر فتجب اليمين له على الذي كذبه دون
الذي صدقه فان صدق المأمور بالدفع فانه يحلف الآخر بالله ما قبض فان
حلف لم يسقط دينه ولم يظهر القبض وان نكل ظهر قبضه وسقط عن
الآخر دينه وان صدق الآخر انه لم يقبضه وكذب المأمور فانه يحلف
المأمور خاصة بالله لقد دفعه اليه فان حلف برئ. وان نكل عن اليمين
لزمه مادفع اليه - واحترز بقوله (الامين) عما اذا كانت يده يد
ضمان بان كان المال مضمونا على صاحب اليد فلا يصدق حينئذ الا بينة
كالتدين او المصوب في يد الغاصب فامر به صاحب الدين او المصوب منه
ان يدفعه الى فلان فعول الأمور قد دفعت اليه وقال فلان لم اقبض
فالقول قول فلان انه لم يقبض ولا يصدق المأمور على الدفع الا بينة
لان في ذلك ابراء نفسه عن الضمان الا اذا صدقه الأمر في الدفع حينئذ
يرأ ولا يصدقان على القابض فالقول قوله بيمينه انه لم يقبض - ولو
كذب الأمر المأمور في الدفع وطلب المأمور يمينه فانه يحلف على عدم
العلم بالله ما يعلم انه دفع فان حلف اخذ منه الضمان وان نكل سقط
عنه الضمان - كذلك الرصي يقبل قوله فيما يدعي ضياعه وفيما انفق على
اليتيم ما لم تكن نفقة زائدة تخالف الظاهر فلا يقبل الا بالبينة الا في
اثنتي عشر مسألة نقلها في الدرر عن الاشباه ادعى قضاء دين الميت ، او
قضاؤه من ماله بعد بيع التركة قبل قبض ثمنها ، او ان اليتيم استهلك مالا
آخر فدفع ضمانه ، او اذن له بتجارة فركبه ديون فقضاها عنه ، او ادى
خراج ارضه في وقت يصلح للزراعة او الانفاق عليه مما في قيمته او من

مال نفسه حال غيبته ماله واراد الرجوع او انه زوج اليتيم امرأة ودفع
مهرها من ماله وهي ميتة
والاصل ان كل شيء كان مسلطا عليه فانه يصدق فيه وما لا فلا
وهذه السائل لا تسلط له فيها - والتولي فيما انفق على العارة ما لم
يخالف الظاهر واذا ادعى ضياع ما قبضه من العلة او صرفها الى الموقوف
عليهم يصدق بلا بينة لكن اذا ادعى الناظر دفع ما هو كالاجرة مثل
معاوم الفرائش والموذن والبواب لا يقبل قوله الا بينة كذا في هامش
الاشياء - كذلك الشريك او المضارب مال الشركة والمضاربة في يد كل
امانة ومما في ذلك كالمودع فلو ادعى انه رد المال الى صاحبه او هلك
في يده بلا تعد ولا قصور فالقول قوله في دفع الضمان عن نفسه ومثله
الشريك في مال الشركة (تنوير ودر مختار) كذلك الملتقط اذا رفع
اللقطة ليردها الى صاحبها واشهد عليها او علم فهي امانة في يده . القول
قوله اذا ادعى ضياعها او هلاكها بلا تعد ولا قصور - وعلى هذا اذا
ادعى المستعير ضياع المستعار او هلاكه القول قوله - والاجير اذا ادعى
هلاك المستأجر فيه صدق ببيئته لكونه في يده كالوديعة - كذلك
المرتهن امين فيما زاد قيمة في المرهون على قدر الدين فلو ادعى هلاك
الزيادة صدق ببيئته

واعلم ان الامين يصدق في براءة ذمته ما لم يدع امرا لا يملك استئنافه
كما لو قال بعد موت الموكل بقته من فلان بالف درهم وقبضتها وهلكت
وكذبه الورثة في البيع وكما لو كان وكيلاً بقبض الدين اذا ادعى بعد
موت الموكل انه كان قبضه في حياته ودفعه له - وهذه المسئلة نقل ط
عن الحموي كلاما يتعلق بها وهو ان الوكيل اما ان يكون وكيلاً
بقبض دين ثابت لموكله في ذمة غيره او دين استقرضه الموكل بنفسه
ووكله بقبضه واذا ادعى الوكيل ايصال ما قبضه لموكله اما ان تكون
دعواه في حياة موكله او بعد موته وفي كل منها يقبل قول الوكيل
ببيئته لبراءة ذمته بكل حال - واما سرماية اقراره على موكله ليرأ

عريه فهو خاص بما اذا ادعى الوكيل حال حياة موكله بالقبض واما بعد موته فلا يثبت به برآة الغريم الا ببينة يقيها او تصديق الورثة على قبض الوكيل ولو انكروا ايصاله لموكله - واما الوكيل بقبض ما استدانه الموكل فلا يسرى قوله على موكله حال حياته اذا انكر على المفتي به بعد موته فلا بد من البرهان تكملة

ولكن اذا اراد

الامين [ان يقيم البينة] على برآة ذمته [ليتخلص من اليمين تسم بينته] يستفاد من هذا الخيار للامين عند وجود البينة ان شاء اقامها وان شاء حلف وليس للآخر ان يقول احلفه ولا اريد البينة وفي رد المحتار من خيار اليمين تقبل بينته لاسقاط اليمين كالمودع اذا ادعى الرد او الهلاك واقام بينة تقبل مع ان القول قوله والبينة لاسقاط اليمين مقبولة

المادة ١٧٧٥ - اذا اعطى من له ديون مختلفة لدائنه مقدارا من الدين فالقول له فيما اذا ادعى انه اعطاه محسوبا بدينه الفلاني

اذا اعطى من عليه ديون مختلفة

اسبابها نحو قرض وثن مبيع وضمان متلف [لدائنه مقدارا] اي بعضا [من الدين] ثم بعد الاعطاء. اختلف الدائن والمديون في المقدار المدفوع هل هو عما في ذمته قرضا او ثن مبيع [فالقول له] اي للمديون

[فيما ادعى انه اعطاه بدينه الفلاني]

من كونه القرض او ثمن المبيع او قيمة المتلف وللطالب مطالبة الدين الآخر وان اقر بقبضه لان الشرع كذبه حيث جعل القول للمدين - وكذلك لان الدين كما الاشياء عن الحاروي القدسي عبارة عن مال حكمي يحدث في الذمة ببيع او استهلاك او غيرهما وايافاً ووه واستيفاً ووه لا يكون الا بطريق المقاصة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى مثاله اشترى ثوباً بعشرة دراهم صار الثوب ملكاً له وحدث بالثراء في ذمته عشرة دراهم ملكاً للبائع فاذا دفع المشتري عشرة الى البائع وجب مثلها في ذمة البائع ديناً وقد وجب للبائع على المشتري عشرة بدلاً من الثوب ووجب للمشتري على البائع مثلها بدلاً عن المدفوعة اليه فالتقيا قصاصاً ويتفرع على ان طريق ابقائه هو المقاصه ، انه لو ابراه عنه بعد قضاءه صح ورجع المدين على الدائن بما دفعه اشياء - كذلك ما في الخانية في الصلح عن الدين رجل له على رجل دراهم جواد فقضاء زيوفاً وقال انفقها فان لم ترج فردها علي ففعل فلم ترج قال ابو يوسف رحمه الله تعالى له ان يرد استحساناً وهو بخلاف ما لو اشترى شيئاً فوجده معيباً فاراد ان يرده فقال له البائع بعه فان لم يشتر رده علي فعرضه علي البيع فلم يشتر منه لم يكن له ان يرده - وجه الفرق ان ما قبض من الدراهم ليس هو عين حقه بل هو مثل حقه وانما يصير حقا له اذا رضي به فاذا لم يرض به لم يصير حقا له فيكون القابض متصرفاً في ملك الدافع باسمه فلا يبطل حق القابض - اما في البيع فالمقبوض عين حق القابض الا انه معيب فلم يكن قول البائع بعه اذنا له بالتصرف في ملك البائع فبقي متصرفاً في ملك نفسه فبطل حق الرد -

فن هذا علم ان المدين يكون قد ملك الدائن مثل ما في ذمته لا انه رد عينه . والقاعدة ان القول للملك في جهة تملكه - مثال المادة لو كان زيد مديوناً لعمرو بالني درهم منها الف من جهة القرض والف ثمن عقار اشتراه منه او قيمة شيء . استهلكه فدفع له الف ثم اختلفا فقال الدائن المدفوع هو ثمن العقار وقال المدين لا بل هو عن القرض القول للمدين

بيمينه لان التمليك صدر منه وهو ادرى بجهة البيع - ولما كان ايفاء الدين تليكا للدائن ثم يلتقى قصاصا عن مثله في ذمة المديون كان القول فيه لا يقبض لا القابض - فليس في هذا مساس لمدى ان القول لا يقبض بيمينه كما في مسائل نصت عليها المتون والشروح كالتنوير وغيره - اختلفا بعد التقابض في عدد المبيع او احد او متعدد فيما لو اشترى شاة مثلا فقبضها واقبض الثمن ثم جاء ليردها بعيب واعترف به البائع الا انه قال بعثك هذه واخرى معها فلك علي رد حصته هذه فقط من الثمن لا كله وقال المشتري بعينها وحدها فاردد كل الثمن ولا بينة لها فالقول للمشتري لانه قابض ينكر زيادة يدعيها البائع . وكذا لو اختلفا في عدد المقبوض بان اتفقا على مقدار المبيع انه الشاتان وقبض البائع ثمنها ثم جاء المشتري ليرد احدهما فقال البائع قبضتها وانما تستحق حصته هذه وقال المشتري لم اقبض سواها - ومثله ما في رد المحتار عن صلح الخانية لو قال المشتري بعد قبض المبيع موزونا وجدته ناقصا القول قوله الا اذا سبق منه اقرار بقبض مقدار معين - ولهذا المعنى فرقوا كما في وكالة الاشياء بين الوكيل بقبض دين لموكله والوكيل بقبض الوديعة انه في الاول لو ادعي القبض والايصال للموكل لا يقبل منه الا بينة لانه يريد ايجاب الضمان حيث ان الدين تقضى بامثالها - وفي الثاني القول قوله بيمينه لانه يريد نفي الضمان عن نفسه - وقيد بقوله ديون مختلفة احترازا عن الدين الواحد المتحد سبيه كقرض او ثمن مبيع فينظر ان كان في نفسه فائدة اعتبر كألف درهم كفل نصفها رجل فدفم خمسية ولم يعين ثم ادعى انه ادى عن المكفول به فالقول قوله لان له فائدة وهو اخراج الكفيل عن عهدة الكفالة وقطع رجوعه عن نفسه (القروي) والا فلا عبرة للتعين لانه لقو - ولا بد ايضا من اختلاف الجهة ان تكون متحدة الجنس فلو كان عليه دين عشر ليرات ومائة وثلاثون ريالا مجيديا ثمن مبيع مثلا وبعد ايفاء العشر ليرت قال اني دفعتها عن المجيديات لا يقبل منه - كذلك لو كان زيد مديونا لعمرو بعشر ليرات ثمن مبيع فاعطى عمراً فرسا ثم بعد اختلفا فقال زيد اعطيتك القوس

بيعا بالمشرا ليرات التي لك في ذمتي وانكر عمرو هذه الجهة فينبذ ينظر
ان قال عمرو انه اخذ الفرس امانة وكانت قائمة فالقول قول عمرو القابض
للفرس لان زيذا يدعي عليه عقد معاوضة وهو ينكر والقول للمنكر -
وان قال اخذتها شراء بغير ليرات اخر في ذمتك غير تلك المشرا ليرات
فلا يخلو ان انكر زيد تلك المشرا ليرات فالقول قوله وترد له الفرس
الا اذا اقام عمرو البينة وان اعترف زيد بالمشرا ليرات الاخر فالقول قوله
لانه في هذه الحالة قد اتقا على الدينين واختلفا في المدفوع عن اي جهة
هو فالقول قول الدافع لانه الملك (انقرويه) وفي فتاوي ابن نجيم من
الرهن اختلف الراهن مع المرتهن فقال (الراهن) ما هذا الذي رهنته عندك وقال
المرتهن هو فالقول لمن منها اجاب القول للمرتهن اي لانه القابض والقول
قوله قال في التاسع عشر من الفصولين اقول قالوا القول للقابض في قدر
ما قبض وصفته وتعيينه فهذا يشكل بما لو اراد المشتري رد المبيع بعيب
وقال البائع المبيع غيره يصدق البائع لا المشتري مع انه قابض - فالحق
ان يفصل بان القول لذلك في تعيينه اذا وجد التملك والا فللقابض
كعيين المنصوب وزق العمل في مسألة الاختلاف في وزن الرق من البيع
الفاقد - وقال ابن نجيم في تعليقاته على الفصولين القول للقابض الا اذا
ملكه من الغير ملكا تاما اه فكانه اشار بزيادة قوله ملكا تاما الى
ان في اطلاق قوله اذا وجد التملك نوع قصور - خلاصة ما تجرد من
هذه المسائل ان القول للملك تملك تاما كمسئلة المجلة وما ذكر في
شرحها وان لم يكن تملك فللقابض

المادة ١٧٧٦ - بعد ما انقضت مدة اجارة الرحا اذا المستاجر
حط حصته من الاجرة مدة انقطاع الماء في اثناء مدة الاجارة
ووقع بين الآجر والمستاجر اختلاف ولم تكن هناك بيعة ينظر
فان كان في مقدار مدة الانقطاع مثلا اذا ادعى المستاجر عشرة

ايام والمؤجر خمسة ايام فالقول للمستأجر مع اليمين وان كان الاختلاف في اصل الانقطاع يعني ان انكر المؤجر انقطاع الماء بالكلية يحكم الحال الحاضر يعني يحفل حكما وهو انه اذا كان الماء جاريا في وقت الدعوى والخصومة فالقول للمؤجر مع اليمين واذا كان في ذلك الوقت منقطعا فالقول للمستأجر مع اليمين

بعد ما انقضت مدة اجارة الرحا

اعلم ان اختلاف التوآجرين في هذه المسئلة وان كان يعود الى الاختلاف في بدل الاجارة الا انه لما كان بعد استيفاء المنفعة وانتهاء مدة الاجارة فلا يجري التحالف بل القول للمستأجر بيمينه لانه ينكر زيادة البدل والبينة على المؤجر - واما اذا اختلفا في بدل الاجارة او في قدر المدة قبل استيفاء المنفعة فحكمه يأتي في المادة ١٧٧٩

[اذا المستأجر حط حصته من الاجرة]

حسب المادة ٥١١ لان انقطاع ماء الرحا يزيل التمكن من الانتفاع كليا على الوجه الذي استأجرها فيرفع الاجر بحسب ذلك بخلاف ما لو امكن الانتفاع في الجملة بان نقص الماء ولم ينقطع واستعملها المستأجر كذلك ثم اراد الحط فانه لايقبل منه (در مختار) فعلى ما تقرر اذا اراد المستأجر حط حصته من الاجرة [مدة انقطاع الماء] المانع من الانتفاع كليا [في اثناء مدة الاجارة] الجار متعلق بالمصدر وهو انقطاع

(ووقع بين الأجر والمستأجر اختلاف في اصل الانقطاع)

وجوداً وعمداً او في مدته خمسة ايام ام عشرة وقد انفقا على حدوثه

[ولم يكن هناك بينة ينظر فان كان في مقدار مدة
الانقطاع] ايضاحه [مثلاً اذا ادعى المستأجر عشرة ايام
والمؤجر خمسة ايام فالقول للمستأجر مع اليمين]

على انه لا يعلم انه انقطع المدة التي يدعيها المؤجر - تقدم انه في
الحقيقة ينكر زيادة الاجر ولا عبرة لادعائه زيادة الايام

[وان كان الاختلاف في اصل الانقطاع يعني انكر المؤجر
انقطاع الماء بالكلمة يحكم الحال الحاضر يعني يجعل حكماً]

وهذا من قبيل الاستصحاب وهو الاستصحاب المعكوس اعني الاستدلال
بشئ على ثبوته فيما مضى ما لم يوجد دليل على خلافه
راجع المادة ١٦٨٣ والمادة (٥٠) وقد اشار الى بيان التحكيم بقوله

[وهو انه اذا كان الماء جارياً في وقت الدعوى والخصومة
فالقول للمؤجر مع اليمين]

بانه لا يعلم انه انقطع هذا المقدار من المدة [وان كان في ذلك الوقت
منقطاً فالقول للمستأجر مع اليمين] على ان مدة الانقطاع لم تكن

اتقص من عشرة ايام وايها اقام البينة قبلت وان برهنا قبلت بيينة
المستأجر - اما في اصل الانقطاع ، فظاهر ، لانه يدعي حدوث المانع
والمؤجر ينكر - واما عند اختلافها في مقدار مدة الانقطاع فبمقتضى
التعليل لكون القول قول المستأجر بان المؤجر يدعي زيادة الاجر والمستأجر
ينكر ان تكون البينة بيينة المؤجر واني لم اجد لها تصريحاً لكن ان
صح ما نقله الشارح الفاضل علي حيدر افندي عن التارخانية التي لم توجد
عندي من ان البينة ايضاً بيئته ، فالعهدة على الناقل وان عللنا بان المستأجر
يثبت زيادة ايام العطلة اعني انقطاع الماء فلا وجه له لان هذا لايتلام
مع ما علل به قبل اسطر من ان المؤجر في المعنى يدعي زيادة الاجرة
والمستأجر ينكر فتأمل وراجع - ولا يوهنك ما صرح به في الهندية
والتنقيح وغيرها من انه عند الاختلاف في مدة الاجارة البينة بيينة المستأجر
لان ذاك عند الاختلاف في المدة المضروبة في العقد لا في مدة حدوث المانع

﴿ مسألة ﴾

في الخاتمة من اختلاف الآجر والمستأجر رجل آجر ارضاً ثم اختلفا فقال
المستأجر استاجرتها وهي فارغة وقال رب الارض كانت مشغولة مزروعة
قال الشيخ الامام ابو بكر محمد ابن الفضل رحمه الله تعالى القول قول صاحب
الارض بخلاف المتبايعين اذا اختلفا في الصحة والفساد يحكم الشرط فان تم
كان القول قول مدعي الصحة لان في هذا الوجه صاحب الارض منكر
الاجارة اصلاً وقال القاضي الامام علي السفدي رحمه الله تعالى في الاجارة
يحكم الحال ان كانت فارغة كان القول قول مدعي الفراغ وقت العقد
وان كانت مشغولة كان القول قول صاحب الارض كما في مسألة الطاحونة
اذا اختلفا في جريان الماء وانقطاعه - قال المصنف وينبغي ان يكون
القول قول منكر الشغل لان في صحة اجارة المشغول روايتين والصحيح

انها جاترة ويؤمر بالتفريغ والتسليم

المادة ١٧٧٧ - اذا اختلف في طريق الماء الذي يجري الى دار احد بانه حادث او قديم وادعى صاحب الدار بكون المسيل حادثا وطلب رفعه ولم تكن لكلا الطرفين بينة ينظر فان كان في وقت الخصومة يجري الماء من المسيل او يعلم جريانه قبل ذلك يبقى على حاله ويكون القول لصاحب المسيل مع اليمين يعني يخلف على عدم كون المسيل حادثا وان كان لم يجر الماء من المسيل في وقت الخصومة ولم يعلم جريانه قبل ذلك فالقول لصاحب الدار مع اليمين

خلاصة هذه المادة اختلافها في مجرد ان ذلك الشيء حادث او قديم بدون ان يقول احدهما هذا الشيء ملكي او جقي كما لو كان لرجل ميزاب في دار رجل وطلب صاحب الدار رفعه بدعوى انه احده بغير حق وصاحب الميزاب يدعي انه قديم اي موجود من زمان لاتدرك الاقتران وراى هذا الوقت كيف كان وضعه في هذه الصورة ايها اقسام البينة حكم له وان اقام كلامها بان اثبت صاحب الدار انه حادث والاخر انه قديم فبينة الحدوث اولى - وهذا ما افادته المادة ١٧٦٨ لان بينة الحدوث اكثر اثباتا وان عجزا يرجع الى تحكيم الحال فان كان الماء جاريا وقت الدعوى والخصومة او كان جريانه معلوما قبل ذلك فالقول لصاحب المسيل بيمينه انه لم يكن حادثا فيتك على حاله والا فالقول لصاحب الدار انه حادث وليس بتقديم

يقول الفقير قولهم بينة الحدوث اولى من بينة القدم ليس على الاطلاق بل فيما اذا لم يدع حقا او ملكا وفيما اذا لم يذكر تاريخ اما

اذا ذكر التاريخ بان ادعى رجل ان هذا الشيء ملكي او حقي من سنة كذا وادعاه آخر سنة كذا فانه لا خلاف في ترجيح الاسبق تاريخيا على ما جزم به في كثير من الكتب والا فلا لزوم حينئذ لاثبات القدم كما لو ادعى ان لي حقا في اسالة ميزابي على هذه الدار وصاحبها ينكر ذلك فائنته بالينة - ولا يكفي في الشهادة ان يقولوا كان الماء او شاهدناه يجري في دار هذا بل لا بد ان يصرحوا بان له حق التسييل لان التسييل قد يكون بغير حق او بأباحة لكن اذا ادعى صاحب الدار ان التسييل وقع ظلما وغصبا واثبت ذلك بالينة فانه يحكم له - ثم ان شهدوا بان له حقا في الدار من حيث التسييل فان بينوا انه لماء المطر تقبل شهادتهم وان بينوا انه لتسييل ماء دائم للفصل والوضوء فهو كذلك وان لم يبينوا تقبل شهادتهم ايضا ويكون القول قول صاحب الدار مع يمينه انه للفصل او للوضوء او للماء المطر لان الحق ثبت بشهادة الشهود وبقيت الصفة مجهولة فتبين ببيان صاحب الدار لكن مع اليمين وان لم تكن بينة استحلف صاحب الدار على ذلك فان حلف بري. وان نكل يقضي بالنكول كما في باب الاموال (القول الحسن وتنقيح)

ومثال ادعاء الملكية ما في كتاب القول الحسن ذكر الامام محمد في كتاب الثرب في نهر في ارض رجل يسيل فيه ماء لآخر فاختلفا في ذلك اي قال صاحب الارض النهر الذي يجري فيه الماء ملكي وطلب منعه وصاحب الماء ايضا يقول ملكي ولا بينة لهما القول لصاحب الماء يمينه لانه اذا كان يسيل فيه الماء او علم ذلك كان النهر مشغولا بالماء فكان النهر مستعملا به فكان في يده والقول لصاحب اليد وان اقام احدهما البينة حكم له وان اقامها ترجيح بينة صاحب الارض لانه خارج كما علمت

فيؤخذ من هذا كله ان من تأمل حق التأمل يجد ان مسألة المجلة ليس فيها خلاف لان مبناها عبارة عن مجرد التمسك بالحدوث والقدم

لا غير - واما من قال بترجيح بيعة القدم، فهذا اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق او كان دعوى ملكية او حق صكاً او ضعنائه - فقول صاحب التفتيح من كتاب الثرب (واما مجرد بيعة الحدوث والقدم من دون تاريخ ففيها خلاف) فيه نظر لان ترجيح بيعة الحدوث في الدعوى بمجرد الحدوث والقدم وهي مسألة المجلة اتفائي كالانفاق في ترجيح بيعة القدم عند سبق التاريخ او دعوى حق او ملكية على ما يظهر من كلامهم واستشاده بما في الحاوي له كيف في طريق العامة فزعم غيره انه محدث وزعم صاحبه انه قديم واقاما البيعة، فالبيعة بيعة من يدعي انه محدث لانها تثبت ولاية النقص وقال رانراً الى بم القول في هذا قول المدعي بالقدم اه) فيه نظر يرشدك اليه ما كتبناه في شرح المواد ٧ و ٢٧ و ٥٨ والله الموفق

المادة ١٧٧٨ - اذا اختلف البائع والمشتري في مقدار

الثمن او المبيع او كليهما او في وصفهما او في جنسهما يحكم لمن اقام منهما البيعة وان اقام كلاهما البيعة يحكم لمن اثبت الزيادة منهما وان عجز كلاهما عن الاثبات يقال لهما اما ان يرضى احدهما بدعوى الآخر او يفسخ البيع وعلى هذا ان لم يرض احدهما بدعوى الآخر حلف الحاكم كلا منهما على دعوى الآخر وبدأ يمين المشتري فاذا نكل احدهما عن اليمين ثبتت دعوى الآخر واذا حلف كلاهما فسخ الحاكم البيع

وانما وجبت اليمين على كل من البائع والمشتري مع ان الاصل ان البيعة على المدعي واليمين على من انكر، لانه اذا وجد الاختلاف في كل من الثمن والمبيع فالبايع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكر والمشتري

يدعي زيادة المبيع والبائمين ينكره وان كان الاختلاف في احدهما فاحدهما يدعي زيادة البدل والآخر ينكره والمنكر منها يدعي وجوب تسليم البدل على صاحبه عند تسليمه البدل والآخر ينكره فصارا مدعين ومنكرين فتقبل بينة كل واحد منها لكونه مدعيا ويحلف كل واحد منها لكونه منكرًا (تبيين) - ثم هذا التحليف ان كان قبل قبض احد البديلين فظاهر لموافقته القياس وان كان بعده فمخالف للقياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له فبقى دعوى البائمين في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فكان القياس ان يكتفي بحلفه لكن عرف ذلك بالنص وهو قوله عليه السلام [اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بينهما تحالفا وترادا] - قال في الفتح فان قلت اذا لم يدع المشتري شيئا فيا بعد القبض ينبغي ان لا تقبل بينته في هذه الصورة اذا اقامها لان البينة للمدعي مع انه قال اي صاحب الهداية فيا قبل فاقام البينة قضى له بها قلت المراد ان المشتري لا يدعي شيئا ادعاءً معنويا فيا بعد القبض وهذا لا يتنافى ان يكون المشتري مدعيا ادعاءً صورياً في هذه الصورة وبينه المدعي صورة تسمع على ما صرحوا به كما اذا ادعى المودع رد الوديعة على ما مر

ولك ان تقول في الجواب عن اصل السؤال ان المشتري لا يدعي شيئا فيا بعد القبض وقبول بينته لدفع اليمين عنه لا لكونه مدعيا وهذا اي قبول البينة من غير المدعي لدفع اليمين كثير في مسائل الفقه اه كلامه - اقول يستفاد من هذا ان البينة الاخلاص من اليمين لا تطرد بل تكون في المواضع التي يكون المدعي فيها صوريا لا حقيقة كالودع يدعي رد الوديعة وكالمشتري اذا اختلف هو وبائمه في مقدار الثمن بعد قبض المبيع وهذا ما وعدنا به في شرح المادة (١٧٦٩)

اذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن

فقط بان ادعى المشتري انه اشتراه بمائة والبائع انه باعه بمائة وخمسين -
ويدخل في الثمن رأس المال وفي المبيع المسلم فيه [او] في مقدار
[المبيع] بان ادعى المشتري ان الحنطة المبيعة كران والبائع انه كر
ففي هاتين الصورتين لو اقام احدهما البينة قضي له ايا كان لان في الجانب
الاخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها اذ هي متعددة توجب القضاء على
القاضي فلا يعارضها مجرد الدعوى [تبيين] - الصورة الثالثة ما اشار
اليه بقوله [او كايها] بان يكون الاختلاف في مقدار الثمن والمبيع جميعا
نحو ان يقول البائع بعتك هذا الفرس بمائة دينار والمشتري بمئتين و هذه
الشاة معها نجسبن دينارا واقاما البينة فيينة البائم اولى في الثمن وبينة
المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات فالفرس والشاة جميعا
للمشتري بمائة دينار - الصورة الرابعة ما اشار اليه بقوله

او في وصفها

ينبغي ان يقال او في وصف الثمن كما لو قال البائع بت بشن هو
سكة خالصة من النقود وقال المشتري سكة مغشوشة لما صرح في الدر
المختار لو اختلفا في وصف المبيع كقوله اشتريت على انه كاتب او خباز
وقال البائم لم اشترط فالقول للبائع والبينة للمشتري اي ولا تحالف ونحوه
في النحر لان اختلافها ليس في البديل لكن المشتري يدعي اشتراط امر
زائد والبائع ينكره والقول للمنكر بيمينه ولان الاصل كما في الزيادات
ان القول قول الملك في بيان جهة التملك لانه اعلم به ثم لو اقام كل
منها البينة فيينة من يدعي ان السكة خالصة وهو البائم اولى لاثباتها
الزيادة وهذه الصورة الرابعة والخامسة قوله [او في جنسها] كذلك
ينبغي ان يقال او في جنس الثمن لان اختلاف في جنس المبيع لا

يوجب التحالف بل البينة على المدعي واليمين على من انكر - مثال
اختلافها في جنس الثمن ما في تحالف البدائع ان يقول احدهما الثمن عين
وقال الآخر هو دين فهذا لا يخلو ان كان مدعي العين هو البائع بان قال
للمشتري بعث منك ثوبي بساعتك هذه وقال المشتري للبائع اشتريته منك
بمائة درهم فان كان الثوب قائما تحالفا وترادا لقوله عليه السلام [اذا
اختلف المتبايعان والسلمة قائمة تحالفا وترادا] من غير فصل بين ما اذا
كان الاختلاف في قدر الثمن او في جنسه وان كانت هالكة عند
المشتري فلا يتحالفان عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى والقول
قول المشتري في الثمن مع يمينه وعند محمد يتحالفان وهي مسئلة هلاك
السلمة وقد مرت اي يفسخ البيع ويرد قيمة المالك على قوله وان كان
مدعي العين هو المشتري بان قال اشتريت ثوبك بساعتي هذه وقال بعته
منك بائة درهم فان كان الثوب قائما يتحالفان بالنص وان كان هالكا
تحالفا ايضا اجماعا ويرد المشتري القيمة - اما على اصل محمد فظاهر لان
هلاك السلمة عنده لا ينعم التحالف واما على اصلها فلان وجوب اليمين
على المشتري ظاهر ايضا لان البائع يدعي عليه بشئ الثوب مائة درهم
وهو ينكر واما وجوب اليمين على البائع فلان المشتري يدعي عليه الزام
العين وهو ينكر فكان كل واحد منها مدعيا من وجه منكر من
وجه فيتحالفان

يحكم لمن اقام منها البينة

لأنها حجة متعددة أقوى من الدعوى المجردة [وان اقام كلاهما البينة
يحكم لمن اثبت الزيادة منها] وجه ظاهر

[وان عجز كلاهما عن الاثبات]

اي عجز عن اقامة البيئه ولم يرض واحد منها بما قاله صاحبه بعد ما قيل لكل واحد منهما اما ان ترضى بما قاله صاحبك والا فسخنا البيع عليك تحالفا وانما يقول له ذلك لان المقصود قطم المنازعة وهذا طريق فيه قللها يرغبان في البيع دون الفسخ فيرضيان به اذا علم ذلك زيلعي

[يقال لهما اما ان يرضى احدا كما بدعوى الآخر]

يكني لاجراء التحالف عدم رضا واحد منها ولا يشترط عدم رضا كل منها . اشار بالعجز الى ان البيع ليس فيه خيار لاحدهما ولهذا قال في الخلاصة اذا كان للمشتري خيار روية او خيار عيب او خيار شرط لا يتحالفان (اه بحر) والبائتم كالمشتري فالمقصود ان من له الخيار متمكن من الفسخ فلا حاجة الى التحالف - وذكر استخراجا لا نقلا ان البائتم اذا كان يدعي زيادة الثمن وانكرها المشتري يمنع التحالف واما خيار البائتم فلا - ولو كان المشتري يدعي زيادة المبيع والبائتم ينكرها فان خيار البائتم يمنعه لتمكنه من الفسخ واما خيار المشتري فلا - وفيه عن الخلاصة رجل اشترى عبدا ثم اختلف البائتم والمشتري في الثمن فقال البائع ان كنت بعته الا بالف درهم فهو حر وقال المشتري ان كنت اشتريته الا بنجساية درهم فهو حر فالبيع لازم ولا يعتق العبد ويلزم من الثمن ما اقر به المشتري لانه منكر للزيادة لان البائتم اقر ان العبد قد عتق فلا يمكن نقضه بعد العتق ولا يعتق لان المشتري منكر للعتق - ومن الاختلاف في القدر ما فيه مغزبا للمحيط قال ابو يوسف فيمن باع طعاما بعينه بعشرة وقال بعثك جزافا بعشرة وقال المشتري اشتريت مكايلة يتحالفان وكذا كل مايكالم او يوزن - ولو كان هذا في ثوب فقال بعث ولم اسم ذرعا وقال المشتري اشتريت مذارعة القول قول البائتم - ولو قال اشتريت على انه كذا وكذا ذراعا كل

ذراع بدرهم وقال البائم لم اسم ذراعا فالقول قول المشتري ويتحالفان
ويترادان على قول ابي يوسف ومحمد

او يفسخ البيع

اي يفسخه القاضي بطلب احدهما فلا يفسخ البيع بخلفها لانه يثبت
ما ادعاه كل واحد منها فيبقى بيع بضمن مجهول فيفسخه القاضي - فلو كان
المبيع جارية للمشتري وطنها ولو كان البيع يفسخ بنفس التحالف لم يحل
له حتى لو رضيا بترك الدعوى لم يفسخ (شلي على التبيين) . وصفة اليمين
ما في الزيادات انه يحلف بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري
بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النبي - وذكر
في التبيين ان الاصح الاقتصار على النبي يحلف كل منهما نفي ما يدعيه
الآخر لان الايمان على ذلك وضعت والمعنى فيه ان اليمين تجب على
المنكر وهو النافي فيحلف على هيئة النفي اشعارا بان الحلف وجب عليه
لانكاره وانما اشترط طلب احدهما الفسخ مع ان دفع الفساد واجب
عليه وان لم يطلبه احد لان الفساد هنا وقع بعد صحة البيع بخلاف
البيع الفاسد لانها وقعت فاسدة ابتداء (شلي)

[وعلى هذا اذا لم يرض احدهما بدعوى الآخر حلف
الحاكم كلا منهما على دعوى الآخر وبدأ بيمين المشتري]

لان المشتري اشدهما انكارا لانه هو المطالب بالثمن اولا فينكر عند
للمطالبة فيكون بادئا بالانكار وعند نكوله يطالب بالثمن كما نكل من
غير تأخر - هذا اذا باع سلعة بضمن وان باع ثمن بضمن او سلعة بسلعة

بدأ القاضي بايها شاء. لاستوائها في فائدة النكول [زيلمي]. هذا اذا
اختلفا في الثمن اما اذا اختلفا في المبيع بدى. يمين البوئع يدل عليه ما ذكره
في الاختلاف في الاجارة وسيأتي في المادة ١٧٧٩

[فاذا نكل احدهما عن اليمين ثبتت دعوى الاخر]

لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الاخر فلزم القول بثبوته -
ثم هذا الذي ذكرناه في التحالف اذا كان اختلافها في البذل مقصودا فان
كان في ضمن شيء آخر نحو ان يشتري الرجل من آخر سنا في زق
ووزنه مائة رطل ثم جاء بالزق ليرده على صاحبه ، ووزنه عشرون فقال
البائع ليس هذا زقي وقال المشتري هذا زقتك فالقول قول المشتري سواء
سمي لكل رطل ثنا او لم يسم فجعل هذا اختلافا في المقبرض وفيه القول
قول القابض في نفس القبض والمقبرض وان كان في ضمنه اختلاف في
الثمن [وان حلف كلاهما فسخ الحاكم البيع] بطلب احدهما على ما مر

المادة ١٧٧٩ - اذا اختلف المؤجر قبل ان يتصرف في
المأجور مع الأجر في مقدار الاجر مثلا بان ادعى المستأجر
ان الاجرة عشرة وادعى المؤجر انها خمسة عشر تقبل دعوى
من اقام البينة منهما وان اقام كلاهما مما البينة يحكم ببينة
المؤجر وان عجزا عن الاثبات يخلفان معا ويبدأ بتحليف
المستأجر اولا ويلزم من نكل بنكوله فان حلف كلاهما
فسخ الحاكم الاجارة واذا اختلفا في المدة او المسافة فالحاكم
على هذا الوجه الا انه اذا اقام كلاهما البينة يحكم ببينة
المستأجر ويبدأ بتحليف المؤجر في صورة التحالف

اعلم اولاً ان الاجارة قبل المنفعة، نظير البيع قبل قبض المبيع من حيث البذل، بمنزلة الثمن والمبدل اعني منفعة المأجور بمنزلة المبيع، والتحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر فن حيث ان كلا منها عقد معارضة يقبل الفسخ التحقت الاجارة به (زيلمي وهداية) فان قيل قيام المقصود عليه شرط للتحالف والمنفعة معدومة فوجب ان لا يجري فيها التحالف قلنا في المدوم يجري التحالف كما في السلم ولان العين المستأجرة اقيمت مقام المنفعة في حق ايراد القدر عليها فصارت كأنها قائمة (زيلمي) وكلامنا الآن في هذا وسيأتي الكلام على ما اذا كان استيفاء المنفعة كلها او بعضها في مادتي ١٧٨٠ ١٧٨١

[اذا اختلف المستأجر قبل ان يتصرف في المأجور]

حقيقة بان يستوفي فيه المنفعة او حكما بان يتمكن من الاستيفاء. كما لو افرغ الآجر الدار المأجورة وسلم المفتاح فلم يفعل المستأجر مع تمكنه [مع الآجر في مقدار الاجرة] في الفتح وهذا احتراز عن اختلافها في الاجل فانه لا يجري للتحالف بينهما فيه بل القول فيه قول من ينكر الزيادة

[مثلاً بان ادعى المستأجر ان الاجرة عشرة وادعى

المؤجر انها خمسة عشر]

لو في جنسه بان قال انها فضة والمؤجر انها ذهب لو في صفته بان ادعى سكة مغشوشة والمؤجر انها خالصة

تقبل دعوى من اقام البيينة منها

لانه نور دعواه بالحجة [وان اقام كلاهما ما البيينة يحكم بينة المؤجر]

[وان عجز كلاهما عن الاثبات يخلفان معاً]

لما علمت ان الاجارة قبل قبض المنفعة ، كالبيع قبل قبض المبيع وكل منها مدع من وجه منكر من وجه اذ في الاختلاف في قدر الاجرة ، الموجر يدعي الزيادة والمستاجر ينكر والمستاجر يدعي وجوب تسليم المأجور والمؤجر ينكر وعلى هذا الاختلاف في المنفعة

ويدأ بتحليف المستاجر اولاً

لانه منكر لوجوب زيادة الاجرة وفي العتابة فان قبل كان الاولى ان يبدأ بيمين الموجر لتعجيل فائدة النكول فان تسليم العقود عليه واجب اولاً على الموجر ثم وجبت الاجرة على المستاجر بعده اجيب بان الاجرة اذا كانت مشروطة بالتعجيل فهو الاسبق انكاراً فيبدأ به وان لم يشترط لا يتمتع الموجر عن تسليم العين المستاجرة لان تسليمه لا يتوقف على قبض الاجرة فبقي انكار المستاجر لزيادة الاجرة فيحلف

ويلزم من نكل بنكوله

ويثبت دعوى الاخر [فان حلف كلاهما فسبح الحاكم الاجارة] بطلب احدهما او كليهما قطعا للمنازعة كالبيع [واذا اختلفا في المدة او في المسافة] وهذا هو الاختلاف في المبدل اعني المنفعة بمنزلة اختلافها في قدر المبيع [فالحكم على هذا الوجه] ايها اقام البينة يقبل وان عجزا عن

[الا انه اذا اقام كلاهما البينة يحكم بيينة المستاجر]

لإثباتها الزيادة كما لو ادعى المؤجر انه أجره داره شهرا بعشرة وادعى المستاجر شهرين او أجره دابته من حص الى النيك بمخمين وادعى المستاجر انه أجرها الى الشام [و] لكن اذا لزم تحليفها مند العجز

يبدأ بتحليف المؤجر

في صورة التحالف لانكاره زيادة المنفعة ، ولو كان الاختلاف في كل من البديل والمبدل بان يدعي المؤجر شهرا بعشرة والمستاجر شهرين بمخسة قلت بيينة كل واحد منها فيما يدعيه من الفضل فيقضى بشهرين بعشرة - وان عجزا تحالفا ويبدأ بتحليف من ادعى اولا - وان ادعى ما فللحاكم ان يبدأ بمن شاء او يقرع بينهما [رد مختار]

المادة ١٧٨٠ - اذا اختلف المؤجر والمستاجر في مقدار الاجرة في اثناء مدة الاجارة فالقول للمستاجر مع اليمين وليس هناك تحالف

[اذا اختلف المؤجر والمستاجر كما ذكر في المادة الانفة بعد انقضاء مدة الاجارة فالقول للمستاجر مع اليمين]

هذا اذا كان الاختلاف في الاجرة فلو كان في المدة كأن ادعى المستاجر

بعد الاستيفاء. مدة اكثر مما ادعاه المؤجر لا يكون القول للمستاجر بل للمؤجر وكانهم تركوا البينة عليه لظهوره (ابو السعود) -

وليس هناك تحالف

وذلك لان التحالف في الاجارة انما هو للاحاقها بالبيع والتحالف في البيع قبل القبض موافق للقياس وبعده مخالف للقياس لكن عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام [اذا اختلف المتبايعان والسلمة قائمة بعينها تحالفا وترادا] فلا تقاس عليه الاجارة بعد استيفاء المقود عليه - وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ، ظاهر لان هلاك المقود عليه يمنع التحالف على اصلها وكذا على اصل محمد لان فائدة التحالف فسخ العقد والعقد يقتضي وجود المقود عليه او ما قام مقامه من القيمة وليس شيء منها بوجود في الاجارة - اما المقود عليه وهو المنفعة فلانه عرض لا يبقى زمانين واما ما يقوم مقامه فلان المنافع لا تقوم بنفسها بل بالعقد وتبين بجلفها ان لا عقد بينها لانفاسخه من اصل العقد فلا يكون لها قيمة يرد عليها الفسخ واذا امتنع التحالف فالقول للمستاجر مع عينه لانه هو المستحق عليه

المادة ١٧٨١ - اذا اختلف المؤجر والمستاجر في مقدار الاجرة في اثناء الاجارة يجري التحالف ويفسخ عقد الاجارة في حق المدة الباقية ويكون القول للمستاجر في حصة المدة الماضية

[اذا اختلف المؤجر والمستاجر في مقدار الاجرة في اثناء الاجارة]

ذكرت المادة الآتفة حكم اختلاف التوآجريت بعد استيفاء المنفعة وهذه في اختلافها اثناء الاجارة اي بعد استيفاء بعضها فبين الحكم انه بالنظر لما مضى القول قول المستاجر يبينه لانكاره الزيادة اذا كان للاختلاف في البدل ولا تحالف - ويفهم منه ان القول قول المؤجر اذا كان الاختلاف في المبدل اي المنفعة نحو مدة الاجارة كما قدمنا عن لبي السعد - وبالنظر لما بقي

(يجري التحالف ويفسخ عقد الاجارة في حق المدة الباقية ويكون القول للمستاجر في حصة المدة الباقية)

كما تحور - قال الامام الزيلعي وهذا بالايجاع فابو يوسف رحمه الله تعالى مر على اصله في هلاك بعض المبيع فان التحالف فيه عنده يتقدر بقدر الباقي فكذا هنا - وهما في الاجارة خالفا اصلهما في البيع والفرق لمحمد رحمه الله تعالى ما بيناه في استيفاء الكل من ان المنافع لا تقوم الا بالقد فلو تحالفا لا يبقى العقد فلم يمكن ايجاب شيء - والفرق لابي حنيفة رضي الله عنه ان العقد في الاجارة ينقذ ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع فيصير كل جزء من المنافع كالمقود عليه عقدا مبتدأ على حدة فلا يلزم من تمذر التحالف في الماضي التمذر فيما بقي اذا هما في حكم عقدين مختلفين فيتحالفان فيه - بخلاف ما اذا هلك بعض المبيع حيث يتم التحالف فيه عنده في الكل ، لانه عقد واحد فاذا امتنع في البعض امتنع في الكل ضرورة كيلا يؤول الى تفريق الصفقة على البائتم - مثاله باع ثوبين صفقة واحدة ثم هلك احدهما عند المشتري ثم اختلفا في الثمن قال القدوري لا يتحالفان الا ان يرضى البائتم ان يترك حصة المالك والقول قول المشتري مع يمينه الا ان يشاء البائتم ان يأخذ القائم ولا يأخذ من عن المالك شيئا وقال ابو يوسف رحمه الله

تعالى يتحالفان في القائم ويفسخ العقد فيه ولا يتحالفان في الهلاك ويكون
القول في ثمنه قول المشتري - وقال محمد رحمه الله تعالى يتحالفان عليها
ويفسخ العقد فيها ويرد القائم وقيمة الهالك ودليل كل مبسوط في
التبيين فارجم اليه

المادة ١٧٨٢ - اذا اختلف المتبايعان بعد ان تلف المبيع
في يد المشتري او حدث فيه عيب مانع للرد لايجري التحالف
ويحلف المشتري فقط

اذا اختلف المتبايعان

اي في مقدار الثمن تكلمة عن المراج - وهذا اذا كان الثمن
دينا بان كان دراهم او دنانير او مكيلا او موزونا وان كان عينا بان
كان العقد مقايضة فاختلفا بعد هلاك احد البديلين يتحالفان بالاتفاق -
(در مختار) لان المبيع كل منهما ويرد مثل الهالك او قيمته فكان
العقد قائما ببقاء الباقي منها - وان اختلفا في نفس البدل من كونه
دينا او عينا ان ادعى المشتري انه كان عينا يتحالفان عندها وان ادعى
البائع انه كان عينا وادعى المشتري انه كان دينا لايتحالفان والقول قول
المشتري (تكلمة عن الكفاية) [بعد ان تلف المبيع] كله او بعضه

في يد المشتري

احتراز عما اذا هلك عند البائع قبل قبضه فان البيع يفسخ ط اذا لم
يبق محل للتحالف راجع المادة ٢٩٣ وشرحها لكن اذا استهلكه رجل آخر

وهو في يد المشتري يكون ضمانه بدلا عنه قائما فيجري التحالف على وفق القياس بخلاف ما اذا استهلكه المشتري فانه يجعل قابضا باستهلاكه ويلتزمه المبيع وصار كما لو هلك في يده فلا تحالف والقول له في انكار الزيادة يبينه ولو استهلكه البائع كان فسحا للبيع كما لو هلك بنفسه فلا حاجة الى التحالف - ومثله اذا هلك بعض المبيع لو اخرجته المشتري عن ملكه لان التحالف مشروط بعد القبض بقيام السلعة وعي لسم لجميع اجزائها فلا تبقى السلعة بهلاك بعضها اذ بهلاك البعض ينعدم الشرط (هندية) ولانه لا يمكن التحالف في القائم الا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة باعتبار القيمة وهي تعرف بالحزب والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز (هندية) . وهذا قول ابي حنيفة الا ان يرضى البائع بترك حصة المالك اصلا حينئذ يتحالفان ويفسخ العقد فيه ولا يتحالفان في المالك ويكون القول في ثمنه قول المشتري وقال محمد يتحالفان عليها ويفسخ العقد فيها ويرد القائم وقيمة المالك (تكملة عن النبي)

او حدث فيه عيب

آخر عند المشتري [مانع للرد] ، او زيادة متصلة غير متولدة من الاصل قبل قبض المبيع او بعده ، او زيادة منفصلة اذا كانت متولدة من الاصل وحدث بعد القبض

مثال حدوث عيب آخر عند المشتري ما في رد المختار عن النهر لو قتل العبد المبيع عند المشتري رجلا خطأ ثم ظهر انه قتل آخر عند البائع فقبله البائع بالجنايتين لايجبر المشتري على ذلك وانما يرجع بالنقصان على الجناية الاولى دفعا للاضرار عنه لانه لو رده على بائنه كان مختارا للدفاء. فيها وكما لو اشترى عصيرا فتخمر بعد قبضه ثم وجد فيه عيبا لايرده

وان رضي البائع وانما يرجع بالنقصان
يقول العبد الفقير يوخذ من هذين المثالين ان الرد يكون ممنوعا لحق
العبد كما في المثال الاول . يشير الى هذا قوله لا يجبر المشتري - وقد
يكون لحق الله تعالى يشير اليه قوله وان رضي البائع .
واما عدم جريان التحالف للزيادة المانعة من الرد فيرجع في ذلك الى
معرفة الزيادة التي تتمم الرد بالعيب من غيرها ففي رد المحتار عن البحر
اعلم ان الزيادة في المبيع اما قبل القبض او بعده وكل منها نوعان
متصلة ومنفصلة والمتصلة نوعان متولدة كسمن وجمال فلا تتمم الرد قبل
القبض وكذا بعده في ظاهر الرواية وللمشتري الرجوع بالنقصان وليس للبائع
قبوله عندهما وعند محمد له ذلك

وغير متولدة كفرس وبناء وصنع وخياطة فتتمم الرد مطلقا اي قبل
القبض وبعده لانه لا وجه للفسخ في الاصل دونها لانها لا تنفك عنه ولا
وجه اليه معها لان الزيادة ليست بمبيعة فاستتمت اصلا وليس للبائع ان
ياخذها لان الامتناع لحق الشرع لا لحقه - والمنفصلة نوعان متولدة
كالولد والثمر والارش فقبل القبض لا تتمم فان شاء ردها او رضي بها
بجميع الثمن وبعده القبض يتمم الرد ويرجع بحصة العيب - وغير متولدة
ككسب وغلة وهبة وصدقة فقبل القبض لا تتمم الرد فاذا رد فهي
للمشتري بلا ثمن عنده ولا تطيب له وعندهما للبائع ولا تطيب له وبعده
القبض لا تتمم الرد ايضا وتطيب له الزيادة وقامه في البحر عن القنية -
وحاصله انه يتمم الرد في موضعين في المتصلة غير المتولدة مطلقا وفي المنفصلة
المتولدة لو بعد القبض كما في البزاية وغيرها

لا يجري التحالف

لان التحليف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس فغيره عليه لا

يقاس كما تقدم في شرح المادة ١٧٧٨ ولانه فيما لا يجوز فيه الرد بالعيب لايتأتى الفسخ حتى يجري التحالف [ويخلف المشتري فقط] لانكاره الزيادة . وفي التكملة عن التارخانية وان وقع الاختلاف بين ورثتها او بين ورثة احدها وبين الحي فان كان قبل قبض السلعة يتحالفان بالاجماع وفي شرح الطحطاوي الا ان اليمين على الورثة على العلم وان كان بعد القبض فكذلك عند محمد وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف يتحالفان . وفي شرح الطحطاوي والقول قول المشتري او قول ورثته بعد وفاته وقوله فان كان قبل قبض السلعة قال في البدائع اي مات المورث قبل ان يقبضها ثم قبضها وارثه بعده فاختلف مع البائع مثلاً - وجهه ان للقبض شها بالعقد فكان قبض المعقود عليه من الوارث يتزلة ابتداء العقد منه فيجري بينها التحالف الا ان الوارث يخلف على العلم لا على البتات لانه على فعل الغير . وان كان المورث قد قبض السلعة قبل موته فلا تحالف عندهما خلافا لمحمد - والاصل عندهما ان هلاك العاقد بعد قبض المعقود عليه كهلاك المعقود عليه وهلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما فكذا هلاك العاقد وعند محمد لا يمنع كذا هذا والصحيح قولها

المادة ١٧٨٣ - ليس في دعوى الاجل يعني في كونه مؤجلا اولاً وفي شرط الخيار وفي قبض كل الثمن او بعضه تحالف وفي هذه الصور الثلاثة يخلف المنكر

[ليس في دعوى الاجل يعني في كونه مؤجلا اولاً]

وهو الاختلاف في اصل الاجل ولا في قدره من كونه شهراً او شهرين بعد الاتفاق على اصله - قال في البدائع هذا لا يخلف من اربعة اوجه اما ان اختلفا في اصل الاجل واما ان اختلفا في قدره واما ان اختلفا في

مضيه واما ان اختلفا في قدره ومضيه جميعا - فان اختلفا في اصله لا يتحالفان والقول قول البائع مع يمينه لان الاجل امر يستفاد من قبله وهو منكر لوجوده ولان الاصل في الثمن هو الحلول والتأجيل عارض فكان القول قول من يدعي الاصل وان اختلفا في قدره فالقول قوله ايضا لما قلنا - وان اختلفا في مضيه مع اتفاقهما على اصله وقدره ، فالقول قول المشتري انه لم يمض ، لان الاجل صار حقا له بتصادقها فكان القول فيه قوله - وان اختلفا في القدر والمضي جميعا فقال البائع الاجل شهر وقد مضى وقال المشتري شهران ولم يمضيا ، فالقول قول البائع في القدر وقول المشتري في المضي فيجعل الاجل شهرا لم يمض لان الظاهر يشهد للبائع في القدر وللمشتري في المضي اه

وفي شرط الخيار

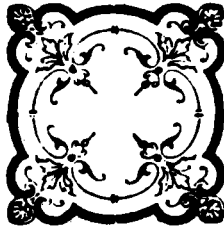
اي في اصله او قدره ايضا (فتح) بان ادعى احدهما بائنا كان او مشتريا ان البيع وقم بالخيار وانكره الآخر القول للمنكر او اتفاقا على وجود شرط الخيار واختلفا في مقدار مدته فقال احدهما خمسة ايام والآخر عشرة فالقول لمن انكر دعوى الآخر فلو ادعى البائع ان مقدار مدة الخيار عشرة ايام وقال المشتري خمسة فالقول للمشتري بيمينه او ادعى المشتري ان مدته عشرة ايام وقال البائع خمسة فالقول للبائع بيمينه

[وفي قبض كل الثمن او بعضه تحالف]

اسم ليس مؤخر وفي هذه الصور الثلاث يحلف المنكر ولا يتحالفان عندنا بمذلة سائر الدعاوي وذلك لان التحالف ورد فيه النص عند الاختلاف فيما يتم به العقد والعقد لا يتم الا بالمبيع والثمن فلو اختلفا في المبيع او

الثن وحلقا لم يثبت ما ادعاه احدهما فيبقى الثن مجرولا وجهالة احدهما او كليهما توجب فساد العقد فيرجع الى التحالف ليفسخ العقد ولان الاختلاف في الثن او المثن يوجب الاختلاف في العقد واذا اختلفا في العقد كان كل منهما مدعيا ومنكرا فالبيع مثلا بمقدار معين من الثن غير البيع بمقدر انقص او ازيد او بجنس آخر الا يوى انه لو اختلف الشاهدان وشهد احدهما بالبيع بالف درهم والاخر بالدنانير لايقبل بخلاف الاختلاف في دعوى الاجل او شرطه الحيار فانه لا يوجب الاختلاف في العقد الا ترى انه لو شهد احدهما انه باعه بالف الى شهر وشهد الاخر انه باعه ولم يذكر الحيار جازت اه ملخصا من العناية وفتح القدير . وقول المجلة (في هذه الصور الثلاث) ليس على وجه الحصر بل ضابطه كل ما هو اختلاف في غير المعقود به والمعقود عليه من كل ما كان وجوده وعدمه سواء في ان العقد لا يحتاج في صحته اليه كالمسائل المتقدمة وكشرط رهن او كفالة في ثمن المبيع لانها تثبت بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض فلا تحالف . وعلى هذا لو اختلفا في جنس المسلم فيه او في قدره او صفته مع اتفاقها على رأس المال تحالفا وترادا بالاتفاق لان هذا اختلاف في المعقود عليه وانه يوجب التحالف بالنص . ولو اختلفا في مكان ايفاء المسلم فيه فقال رب السلم شرطت عليك الايفاء في مكان كذا وقال المسلم اليه بل شرطت لك الايفاء في مكان كذا فالتقول قول المسلم اليه ولا يتحالفا عند ابي حنيفة بناء على ان تعيين المكان شرط عنده فترك بيانه مفسد للسلم والمسلم اليه يدعي الصحة فالتقول قوله وعندهما يتحالفا بناء على تعيين مكان الايفاء ، لا يشترط لصحة السلم وعند علم التعيين لا يفسد السلم بل ينصرف الى مكان العقد وقد اختلفا فيه فوجب التحالف - وان اختلفا في اصل الاجل لم يتحالفا لان الاجل ليس معقودا عليه والاختلاف فيما ليس بمعقود عليه ، لا يوجب التحالف والقول قول من يدعيه منها لتمسكه بالاصل وهو صحة العقد والبينة ايضا بينته ومنكروه يدعي فساد . وان اختلفا في قدره لم يتحالفا والقول قول رب

السلم وعلى المسلم اليه اثبات زيادة المدة . وان اختلفا في مضيه فالقول
قول المسلم اليه - وصورته اذا قال رب السلم كان الاجل شهرا وقد
مضى وقال المسلم اليه كان شهراً ولم يمض واني اخذت مال السلم الساعة
كان القول قول المسلم اليه - وان اختلفا في قدره ومضيه جميعا فالقول
قول رب السلم في القدر وقول المسلم اليه في المضي وان اختلفا في
رأس المال مع اتفاقهما في المسلم فيه تحالفا وترادا ايضاً سواء اختلفا
في جنس رأس المال او قدره او صفته اه بدائم ملخصاً .



فهرست الجزء الخامس

﴿ من كتاب المجلة اوله كتاب الدعوى ﴾

صحيفة

- ٤ دعوى دفع التعرض مسموعه بخلاف دعوى قطع النزاع
- ٦ في الفرق بين المدعي والمدعى عليه والشاهد والمقر
- ٩ لا يستحلف الاب والوصي والمتولي في مال الصغير واليتيم والوقف الا في عقد باشره
- ٩ تفصيل واقوال في اشتراط احضار الصغير
- ١١ هل يحضر القاضي الخصم بمجرد الدعوى
- ١٥ ادعى البيع مكرما لا حاجة الى تعيين المكره
- ٢٢ المدعى اللارم احضاره الى مجلس الدعوي المتصر كالتنذر
- ٢٢ الشجر القائم في الارض كالعقار في لزوم تحديده في الدعوى به لا في حق الشفعة
- ٣٣ دعوى العقار في بيان حدوده كاف عن بيان كونه دارا او كرما او ارضا وهو الاوجه لطروء التغير
- ٣٨ اذا ذكر الشاهد في شهادته مالا يحتاج اليه للحكم فذكره وعدمه سواء لا يضر بالشهادة
- ٤٦ في بيان السبب قول بعدمه مطلقا وقول بلزومه في اندين لا مطلقا وقول في المثليات لها حمل وموتنة
- ٥٢ حيث لا تصح الدعوى بناء على الاقرار فاذا انكر المدعي عليه مكلف على المال لا على الاقرار
- ٥٦ دفع الدعوى من المدعى عليه لا يصح الا اذا كان ضرر الدعوى عائدا عليه
- ٥٦ الدفع الصحيح للدعوى الفاسدة يصح وفائدته الاكتفاء به عند تصحيح الدعوى
- ٥٨ دفع الدعوى بطلاق تارة على رد دعوى المدعي وتارة على رد خصومته كما في خمسة الدعوى

(ب)

صحيفة

- ٦٥ ادعى عليه الفاعل فقال صدقت لكن قضيتها وانكرا المدعى فصالحه المدعى عليه على خمسية ثم اثبت قضاءها رجع بما اداه لبطان الصلح
- ٦٨ ادعى عليه كفالة بال فانكرها فاثبتها المدعى فحكم عليه بالمال ثم ادعى على المديون الكفالة بامرہ ويؤمن يقبل ولا تناقض في انكاره لتكذيبه شرعا بالقضاء
- ٧٦ ادعى مالا على رجل فدفعه بانه احواله على عمرو فانكر المدعى الحوالة ثم اثبتها فانكاره لا ينع من الرجوع على المصالح عليه
- ٧٨ ادعى البراءة واستعمل يومين فلم يات بالدفع وحكم ثم يؤمن المختار يقبل ويبطل الحكم
- ٧٩ ما يكون دفعا ومالا

﴿ الفصل الثالث ﴾ ٨٠

في بيان من كان خصما ومن لم يكن وفيه فروع شتى

- ٨٠ مهنا اعلان اسماع البينة على المنكر الاول من صح اقراره صح انكاره فتقام عليه البينة كدعوى الابوة والابوة
- ٨١ الثاني كل مدع مالا على غائب فاقام البينة على رجل حاضر انما ينتعجب خصما عن الغائب اذا لم يمكن التوصل اليه الا باثباته على الغائب
- ٨٢ وهنا اصل آخر لمعرفة كون المدعى متى يصلح خصما في اقامة البينة على المدعى عليه راجع كتاب القضاء والشهادات
- ٨٦ عدم صحة اقرار الوصي على الصغير مقيد فيما اذا لم يكن وارثا مع الصغير والاصح اقراره في حصته
- ٨٩ المشتري الاول خصم للمشتري الثاني في استرداد المبيع ان كان نقد الثمن للبائع والا فخصم في الملكية لا الاسترداد
- ٩٢ الغصب وان لم يتحقق على المفتي به لكن بيعه وتسليمه استهلاك في الاصح فنصح الدعوى في تضمينه من جهة انه استهلاك لا من جهة تحقق الغصب فيه

(ج)

صحيفة

- ٩٣ المشترى شراء فاسد والمبيع في يد المشتري كالمشتري صحيفا في كونه خصما للمستحق والمشتري باطلا لا حكم له والبائع هو الخصم
- ٩٣ المشتري بالخيار مقبوضا ام لا اذا ظهر مستحق له فالخصم كل من البائع والمشتري يلزم حضورها في الدعوي
- ٩٥ في دعوى الضياع هل يشترط حضور المزارعين قولان الثالث التفصيل
- ٩٦ مديون رهن شيئا ثم اغتصبه من المرتهن وباعه لآخر فادعى المرتهن على المشتري تسليمه هل يشترط حضور الراهن في الخاتبة لا
- ٩٩ اقرار المودع ان يدعي ان المودع وكله بقبضها لا يؤمر بدفعها اليه بخلاف الوكيل بقبض الدين
- ١٠٢ في التركة المستغرقة الوارث وان كان خصما في الاصح الا انه لا يخلف لانه لو نكل لا ينفذ اقراره خوفا من ان لا يبقى للفريم الغائب شي.
- ١٠٣ المرصي له بجميع المال عند عدم الوارث او الوصي خصم ان يدعي دينه على الميت
- ١٠٦ نظير احد الورثة في انتصابه خصما عن الباقيين احد نظار الوقف وكذا احد الموقوف عليهم خصم عن الكل
- ١١٣ اقرار احد الورثة بالدين يلزمه في حصته فقط وشهادة هذا المقر مع آخر تقبل قبل القضا. لا بعده
- ١١٥ قضى الوارث دين احد الدائنين من التركة باقراره ان بغير قضاء يضمن للدائن الآخر والا لا ويشارك الآخر الا اول
- ١١٦ الوارث اذا ادعى شيئا من التركة قبل القسمة تسمع دعواه وبعدها لا للتناقض
- ١١٧ لا يجوز اقرار الوصي بدين على المرصي الا ان يشهد هو ومعه آخر فيصح على معنى الشهادة
- ١١٩ ادى مديون الميت الى وصي الميت يبرأ وان لم يكن له وصي فدفع الى بعض الورثة يبرأ عن حصته خاصة

﴿ الباب الرابع ﴾

في بيان التناقض

صحيفة

- ١٢٢ التناقض في قوله قال ليس لي حق عند فلان الخ ثم ادعى حقا ان كان بشي سابق على تاريخ البراءة يتحقق التناقض وان بشي متأخر عن تاريخ البراءة وجهل التاريخ فلا تناقض فتسمع
- ١٢٩ التناقض يرتفع بتكذيب الشرع كحكم الحاكم كما يرتفع بتصديق الخصم
- ١٣٢ ادعى ان هذا المال لموكله فلان ثم ادعاه لآخر وكاه بخصومته فيه لا تسمع
- ١٣٧ منشاء الدفع بالتناقض اما بقول الوكيل او الموكل او المورث
- ١٤١ مسائل يرتفع فيها التناقض بتكذيب الشرع
- ١٤٢ انظر بعض مسائل شدت عن هذه القاعدة حيث اعتبروا التناقض مع انه مكذب بتكذيب الشرع ولعله استحسان
- ١٦١ سكوت القريب في بيع المدعى به مانع دعوى ملكيته وسكوت الاجنبي يمنع عند البيع والتصرف معا ومعاينة التصرف وحده لا يمنعه
- ١٦٦ اطبق المتأخرون على ان مدة مرور الزمن ٣٠ سنة وانهي السلطان عن سماعها بعد ١٥ سنة فتحديد سماعها لاقل من ٣ سنوات قبول مهجور لا يخرج عن قاعدة (لا ينسب الى ساكت قول) الا ما استثنى منها

﴿ الباب الثاني ﴾

١٦٦

في حق مرور الزمن

- ١٧١ النزاع في تاريخ الموت لاجل الارث واقع في حق الارث لاني مجرد الموت
- ١٧١ والنزاع في تاريخ الموت لاجل سماع الدعوى انما هو لاجل مرور الزمان وعدمه الذي هو مرتب على تاريخ الموت فلا خلل في كلامهم بان الموت لا يدخل تحت الحكم فانهم

(ه)

صحيفة

١٧٨ ذكر المتطلب مطلقاً شامل لمن كان اميراً او غيره فمرور الزمن يعتبر من زوال الغلبة خصوصاً في ايام الحكومة السابقة احياء لحقوق الضمنا .
١٨٩ في المادة (١٦٧٤) اشكالات في اشتراط الاقرار امام الحاكم بما الوجه في عدم استماع دعوى الاقرار وما معنى كون الإيجار معروفاً بين الناس

﴿ الكتاب الخامس عشر ﴾

١٩٤

في البيئات والتحليف
ويشتمل على مقدمة واربعة ابواب
المقدمة
في بيان الاصطلاحات الفقهية

المادة ١٦٧٦

البينة هي الحجة القوية

المادة ١٦٧٧

التواتر هو خبر جماعة لا يجوز العقل اتفاقهم على الكذب

المادة ١٦٧٨

الملك المطلق هو الذي لم يتقيد بسبب من اسباب الملك كالارث والشراء والملك الذي يتقيد بمثل هذه الاسباب يقال له الملك بالسبب

١٩٥ في الاحوال التي يعرف بها صاحب اليد من غيره عند التنازع بالايدي

﴿ الباب الاول ﴾

١٩٩

في الشهادة
ويشتمل على ثمانية فصول

﴿ الفصل الاول ﴾

في بيان تعريف الشهادة ونصابها

- ٢٠٠ ادعى ديناً على رجل فوكل المدعى عليه رجلين فاقام المدعى شاهداً على احد الوكيلين وشاهداً على الاخر جاز
- ٢٠٣ يقبل قول الواحد العدل في ١١ موصفاً
- ٢٠٥ شهادة الاخرس لا تقبل في كل حال اتفاقاً كالاتفاق على عدم قبولها من الاعمى في المنقول والمقاروف في القضاء بشهادته بعد ادائها بصيرا ثم عمي خلاف ابي يوسف
- ٢٠٦ متى ردت شهادة الشاهد امة ثم زالت الامة فشهد في تلك الحادثة لا تقبل الا في اربع
- ٢٠٧ فروع واحكام تتعلق بالمادة ١٦٨٨ انظر اليها
- ٢٣٠ احكام وفروع شتى في دعوى الوارث شيئاً لمورثه ينتهي الى الصحيفة ٢٤١ فارجم اليها
- ٢٤٣ خلاصة ما في شرح المادة ١٦٩٥ ان الادعاء بالعين مطلقاً عن التقييد بالملكية فيما مضى او في الحال فشهدا بالاطلاق تقبل
- ٢٤٣ وفي دعوى الدين مطلقاً عن القيد المذكور لا تقبل الشهادة ما لم ينص على انه باق الى حين الادعاء في الحي والى الموت في حق الميت
- ٢٤٧ وفي صورة ادعاء الملك مقيداً فيما مضى فشهدا له ببقائه الى الحال او شهدا له بالملكية في الماضي لا تقبل في الاصح وتعليل كل في الشرح
- ٢٥٠ النفي الصرف الذي لا تقبل فيه الشهادة هو الذي لم يقصد منه اثبات امر وجودي والا تقبل وعليه تنفرع مسائل
- ٢٥١ يشترط في قبول شهادة التواتر ان يكون النفي مما يحيط به علم الشاهد والا فلا تقبل كقولهم المدعى عليه لم يفعل كذا او لم يقل

- ٢٥٣ زويد ابن ولد له فجدده وادعت زوجته انه ابنها منه فشهد لها
جد الولد وهو ابو زيد جازت شهادته وفي دعوى الاموال لانصح
٢٥٨ الزوجية المانعة من قبول الشهادة تعتبر حال القضاء ولا عبرة
لوقت دائها ولا تحملها والمانع من الرجوع في الهبة وقت الهبة لا الرجوع
٢٥٩ كل شهادة ردت في حادثة لا تقبل بعد ذلك ابدا الا في اربع
المبد والضي والاعمى والكافر
٢٦٢ لا تقبل شهادة المستاجر الأجر بالمستاجر والمستعير للمعير بالمستعار
٢٦٣ اذا شهد رجلان ان لها ولفلان على هذا الرجل الفدرهم فهذا على وجوه
٢٦٤ مسائل متفرعة على عدم قبول شهادة الشريك اشريكه
٢٦٥ تقبل الشهادة على وقف مكتب وللشاهد صبي في المكتب الخ
بجلاف شهادة المستحق فيما يرجع الى اصل الفلة
٢٦٩ الوكيل يقبض الدين تجوز شهادته بالدين
٢٧٦ لا تصح شهادة الوصي لليتيم ولو المشهود به غير مال كالشفعة حتى
ولو كان المال غير موروث عن الميت
٢٧٦ الوكيل يقبض الدين تصح شهادته لموكله فيه
٢٨١ تقبل شهادة القاسمين بالقسمة اذا كانت بغير اجر
٢٩٤ اذا ادعى المدينون الايقاف فشهد له بان الدائن ابراء تقبل كما في
ذيل المادة ١٧٠٦ وبالعكس لالانها شهادة بالاكثر
٣٠١ التوفيق ان اسبب لا يتم بدونه يلزم المدعي باثباته والا فلتعذره
لا يلزم لاثباته بالبينة انظر الفقرة الثانية من المادة ١٧٠٨ الى منتهى شرحها
٣٠٦ الملك المطلق المنحصر في سبب واحد يجوز الشهادة فيه بلا قيد
السبب كالنكاح وذو الاسباب المتعددة لا الا بقيد السبب
٣٧ في بيان كون دعوى الملك بسبب الارث كدعوى الملك المطلق
٣٠٨ دعوى الملك بسبب موزع اقوى منه بلا تاريخ فتقبل الشهادة
وبالعكس لا

(ح)

صحيفة

٣٠٩ اختلاف الدعوى والشهادة في سبب الدين انما يمنع قبول الشهادة
اذا كان يوذي الى اختلاف نوع الدين كسمن مبيع وقرض
لاختلافها حكما والا لا يمنع كالاختلاف في كون الدين قرضا او
ضمان مفصوب

﴿ الفصل الخامس ﴾

٣١٠

في بيان اختلاف الشهود

٣١٣ في بيان الاحكام في اختلاف الشاهدين قولاً وفعلًا فيما يتعلق بنفس
الدعوى وفيما بين الدعوى والشهادة

٣١٥ الذي يظهر عند اختلاف الشهادة في الليرة العثمانية والفرنساوية

قبولها بالاقبل منها لان الاختلاف في الوصف والكم لا يخرجها

عن كونها اثماً خلقه فكانها شهدا باعتبار ما فيها من مقدار الذهب

٣٢٥ في الفتح اختلفا في المكان او الزمان وبينها تفاوت فاحش

ككونه طلقها يوم النحر بمكة والاخر ذلك اليوم في الكوفة

لاتقبل لتيقن كذب احدهما

٣٢٧ عقد الكتابة كالبيع في الاختلاف في الثمن لاتقبل الشهادة

وكذا الخلم والعتق على مال والصلح عن دم العمد اذا كان المدعي

هو المرأة او العبد او القاتل وان كان الزوج او المولى او ولي

القتيل فبمثلة دعوى الدين على الخلاف بين الامام وصاحبه

﴿ الفصل السادس ﴾

٣٣٢

في تركية الشهود

- ٣٣٥ قول المادة يزكي من الجانب الخ قال في الملتقط ينبغي تقييده بما اذا كان السؤال عن يثق القاضي بمداته يفهم منه ان المدول عما في المادة الى غيرهم حسن وهو كذلك لكن لافي حكام زماننا
- ٣٤٤ الطاعن في الشاهد الذي يقبل بالبرهان اذا عجز الطاعن عن اثباته فلا تخليف لا على الشاهد ولا على مدعي الطعن
- ٣٤٥ الطعن المانع للشهادة نوعان ينم قبولها ولا يوجب الفسق وينم ويوجهه تطلب البيينة من الطاعن في الاول لا الثاني الا اذا تضمن الثاني اثبات حق لله تعالى او للبعد فتطلب راجع امثلة ذلك
- ٣٤٧ عدم طلب البيينة على الجرح المجرد اذا كان علنا واما سرا فلا مانع من قبولها لدى المحاكم فلا يعتبر حينئذ تعديلهم السابق
- ٣٥٠ طعن المشهود عليه في الشاهد بانه شريك المشهود له لا يتأتى الا في عقد شركة المفاوضة والمدعى به مما تصح فيه المفاوضة لا كطعام اهله
- ٣٥٧ يتفرع على اشتراط المجلس انه لو اقر شاهد بالرجوع في غير المجلس لا يلزمه شي.
- ٣٥٨ الشرط في وجوب الضمان على الشهود ان يكون المتلف بالشهادة مالا عينا لا منفعة
- ٣٦٠ من شروط الضمان ان يكون اتلاف المال العين بغير عوض حصل للمشهود عليه
- ٣٦٦ في الفرق بين القضا. بالمقود والفسوخ وبين القضا. بالاملاك المرسله
- ٣٧٣ الضمان اللازم على الشاهد في رجوعه عن الشهادة يسقط بخمسة اشياء
- ٣٧٤ الترجيح يكون بقوة الدليل لا بكثرته
- ٣٧٥ العلوم الضرورية تنحصر في ستة اقسام
- ٣٧٨ التواتر حجة قطعية يقبل في سائر الاحوال على الاثبات والنفي
- ٣٧٩ المراد بالتواتر هنا التواتر الذي يستند عليه احد الخصمين في اثبات مدعاه لا الاخبار الواردة عن النبي صلعم في الاحكام الشرعية

(ي)

صحيفة

٣٨٢ الخبر المتواتر له شروط.

﴿ الباب الثاني ﴾

٣٨٢

في بيان الحجج الخطية والقرينة القاطمة
ويشتمل على فصلين

﴿ الفصل الاول ﴾

في بيان الحجج الخطية

- ٣٨٨ يعمل بسجلات المحاكم محفوظة بيد الامناء على الشروط المدرجة في
تعليمات السندات الشرعية التي صار نشرها في ١٢٩٦ هـ يريه
٣٩١ مسائل عديدة متفرقة في ابوابها اتفقت عليها المذاهب
٣٩٥ الاستحلاف يكون في كل موضع يجوز فيه القضاء بنكول المدعي عليه
٣٩٥ المنكر يحلفه القاضي بلا طلب في اربعة مواضع
٤١٢ الاستحلاف انما يكون في الدعاوي الصحيحة لا الفاسدة
٤١٣ في شرح المادة ١٧٤٨ اجاث واحكام دقيقة تنفع عند الزوم
٤١٤ في شرح المادة ١٧٤٩ قواعد وفوائد شتى يلزم المحافظة عليها عند التحليف
٤٢٢ تنبيه على ما ذكره الفاضل علي حيدر افندي في شرحه والنظر فيه
٤٣٠ المواضع التي لا يشترط فيها حصر الشهود في الشهادة ومسائل تتعلق بذلك

﴿ الباب الرابع ﴾

٤٣١

في باب التنازع بالاربيدي

- ٤٣٧ في التنازع على اليد في القار يقضي عند اثبات كلا المتداعيين بسده
للتاخر تاريخا

(ك)

صحيفة

- ٤٤٤ ترجيح بينة الاستقلال فيما اذا كانت يد كل معلومة بالبرهان والا
فدعوى كل ينصرف الى ما في يده
٤٥٤ دعوى الوقف كدعوى الملك المطلق
٤٦٢ الشهادة بالنتاج لا تعتبر بدون الشهادة بالملك
٤٧٨ ارجحية بينة البيع على الهبة مقيدة بان لا تاريخ لها والمسلك واحد
٤٩٢ في مسائل توهم انها تنافي المادة (١٧٦٦) والجواب عنها
٤٩٧ كل ما يحتل به قوام القيد فالبينة من الطرفين ويتقضى للراجع
٤٩٧ وما لا يحتل به قوام القيد فالبينة من طرف واحد
٤٩٨ القضاء متى امتد قضاء صحيحاً لا يبطل والا يبطل راجع امثلة ذلك

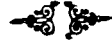
﴿ الفصل الثالث ﴾ ٤٩٩
في القول لمن وتحكيم الحال

- ٥٠١ الحكم في اختلاف الزوجين في الامتعة خارج محل سكنها كالا جانب
٥٠٥ كل من كان المال في يده امانة يصدق بيمينه في برائة ذمته اذا لم
يكذبه الظاهر
٥٠٦ ادعى الوكيل قبض الدين بعد موت الموكل انه قبضه ودفعه اليه في
حياته لا يقبل الا بيينة
٥١٠ يتفرع على ان وفاء الدين يلتقي قصاصا ان ابراء الدائن للمدين
بعد استيفاء دينه يصح ويرجع المدين بما دفعه
٥١١ في الفرق بين الوكيل بقبض الدين لموكله والوكيل بقبض
الوديعة اذا اختلفا في الايصال الى الموكل
٥١٦ ترجيح بينة الحدوث على بينة القدم في مثل تسجيل المالك على اطلاقه
٥٢٠ لا تحالف في وصف المبيع بل القول للسكر والبينة على
مدعي الوصف تنبه لقول المجلة او في وصفها

(ل)

صحيفة

- ٥٢٢ اذا كان في البيع خيار لاحدهما فلا تحالف بل من له الخيار يفسخ ان شاء
٥٢٢ ومن الاختلاف في القدر اختلافهما في طعام بعينه بانه بيع
مجازفة او مكايلة يتحالفان
٤٣٥ عدم التحالف في الصُّور المذكورة في المادة ١٧٨٣ ليس على وجه
الحصر ولها ضابط



الجزء السادس

شرح المجتبه

تأليف

العلامة الكبير والفقير المحقق الشهير المرحوم مفتي حمص الاسبغ

محمد الاسبغ

عني باقام ما فات المؤلف نشره من المواد وبارازه ال عالم
الطبوعات واده مفتي حمص الحالي

محمد الاسبغ

المكتبة الجينية

كانسي روڈ ۰ کوئٹہ
پاکستان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

حمدك يا ولي الحمد يا من ليس لنعمته حد وصلاة وسلاماً
على رسولك صاحب اللواء المعقود والمقام المحمود وعلى آله
وأصحابه والمتأديين بأدابه

الكتاب السادس عشر

في القضاء

ويشتمل على مقدمة وأربعة أبواب

— المقدمة —

في بيان بعض الاصطلاحات الفقهية

المادة ١٧٨٤ - القضاء يأتي بمعنى الحكم والحاكمة

القضاء يأتي بمعنى الحكم وما لفظان مترادفان يقال حكم القاضي على
زيد أي قضى عليه - والحاكمة مصدر كالتأطية والجامعة قال الله تعالى
(اذ جعل الذين كفروا في قلوبهم الحمية حمية الجاهلية) كذا في البيضاوي

ولم ار من فرق بين الحكم والحاكمية ولعل الفرق ان الحكم اسم للحدث من حيث هو والحاكمية اسم له مع ملاحظة ذات تتصف به ففي قولنا قضاء القاضي عدل او جور اي حكمه يراد الاول واذا قال السلطان اذا جاء الشهر القلاني فقد وايتك قضاء كذا يراد الثاني اي جعلتك حاكما .

نذكر لك نبذة في بيان معنى القضاء وفي فرضيته وحكمته وفي الاحكام المتعلقة بقبوله وفي بيان من يصلح للقضاء وفي بيان ما ينفذ من القضايا وما ينتقض منها - اما الاول فالقضاء يأتي لغة بمعنى الاكراه من قضى يقضي يقال قضى القاضي عليه بكذا الزمه به وبمعنى الامر (وقضى ربك ان لاتعبدوا الا اياه) امر امرأ مقطوعا ويأتي لمعنى بلوغ الحاجة نحو قضى فلان حاجته - وفي الكشف اذا بلغ حاجته من شيء لهمة قيل قضى وطوره - ولمعنى الموت قضى المريض مات ولمعنى الخلق (فقضاهن سبع سموات) اي خلقهن خلقا ابداعيا (بيضاري) واذا ذكر القضاء مقرونا بالقدر فهو عند الاشاعرة ارادته الازلية المتعلقة بالاشياء على ما هي عليه فيما لا يزال والقدر ايجاد الاشياء على قدر مخصوص من كونها على وفق الارادة كذا في جمع الجوامع عن المواقف - والقضاء في الشرع قول لازم يصدر عن ولاية عامة (هدية) واما فرضيته فنصب القاضي فرض لانه نصب لاقامة امر مفروض وهو القضاء قال الله تعالى (يادارد انا خليفة في الارض فاحكمم بين الناس بالحق) وقال تعالى لنينا الاعظم صلى الله عليه وسلم (فاحكمم بما اتزل الله) والقضاء هو الحكم بين الناس بالحق والحكمم بما اتزل الله فرض فكان نصب القاضي لاقامة الفرض فكان فرضا ضرورة - وهذا لان في القضاء بالحق اظهار العدل وبالعدل قامت السموات والارض ورفع الظلم - وانصاف المظلوم من الظالم وايصال الحق الى المستحق (بدائع)

واما حكمته فحسم الخصومات ورفع التهاارج واقامة العدل والامر بالمعروف والنهي عن المنكر الى غير ذلك من المحسنات واما الاحكام المتعلقة بقبوله فحس واجب وهو ان يتعين له ولا

يوجد من يصلح غيره - ومستحب وهو ان يوجد من يصلح له لكنه هو اصلح واقوم ومخير وهو ان يستوي هو وغيره في الصلاحية والقيام به وهو مخير ان شاء قبل وان شاء لا - ومكروه وهو ان يكون صالحا للقضاء لكن غيره اصلح - وحرام ان يعلم من نفسه العجز وعدم الانصاف لما يعلم من باطنه من اتباع الهوى مالا يعرفونه فيحرم هندية عن خزانة المفتين

واما من يصلح للقضاء فمن يجتمع فيه شرائط الشهادة ومع هذا ينبغي ان يكون عالما بالحلال والحرام وسائر الاحكام - وبلوغه درجة الاجتهاد ليس بشرط - ولا ينبغي ان يقلد الجاهل بالاحكام اذ ربما يقضي بالباطل ولا يشعر به وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم القضاة ثلاثة قاض في الجنة وقاضيان في النار رجل علم علما فقضى بما علم فهو في الجنة ورجل علم علما فقضى بغير ما علم فهو في النار ورجل جهل ففضى بالجهل فهو في النار - إلا انه لو قلد جاز عندنا لانه يقدر على القضاء بالحق بطم غيره بالاستفتاء من الفقهاء (بدائع) وفي البرازية لا يستعمل السلطان في القضاء الا الموثوق بصلاحه وحقه وعلمه وعلمه بوجوه السنة والآثار والفقهاء - والعلم شرط الاولوية لا جواز التقليد حتى لو قضى بفتوى غيره صح - وينبغي للمقلد ان يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عليه السلام (من قلد انسانا عملاً وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين)

واما ما يلزم القاضي من الآداب فاصله ما كتبه سيدنا عمر الى ابي موسى الأشعري رضي الله عنها وساء محمد كتاب السياسة وفيه بعد البسلة من عمر ابن الخطاب امير المؤمنين الى ابي موسى الأشعري سلام الله عليك فاني احمد الله الذي لا اله الا هو اما بعد. فان القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم اذا ادلى اليك الخصمان فانه لا ينفع تكلم بحق لانفاذ له اس بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك حتى لا يطعم شريف في حيفك ولا ييأس ضيف من عدلك البينة على المدعي واليمين

على من انكر الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم
حلالا ولا يملك قضاء قضيته بالاس واجعت فيه نفسك وهديت فيه
لرشدك ان تراجع الحق فان الحق قديم لا يبطل ومراجعة الحق خير من
التأدي في الباطل الفهم الفهم نيا يختلج في صدرك مما لم يبلطك من
القرآن العظيم والسنة ثم اعرف الاشياء والامثال وقس الامور عند ذلك
فاعمد الى احبها واقربها الى الله تعالى واشبهها بالحق اجعل للمدعي امدا
ينتهي اليه فاذا احضر بينته اخذ بحقه والاوجب القضاء عليه وفي رواية
وان عجز استحلقت عليه القضاء فان ذلك ابلغ للعذر واجلي للمسي
المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف او ظنينا في ولاء او
قراة او مجربا عليه شهادة زور فان الله تعالى تولى منكم السرائر ودرأ
عنكم بالبينات اياك والغضب والضجر والقلق والتأذي بالناس للخصوم
في مواطن الحق الذي يوجب سبحانه وتعالى به الاجر ويحسب به الذخر وان
من يخلص نيته فيما بينه وبين الله تعالى ولو على نفسه في الحق يكفه الله
تعالى فيما بينه وبين الناس ومن يتدين للناس بما يعلم الله منه خلافه
شانه الله عز وجل فانه سبحانه وتعالى لا يقبل من العبادة الا ما كان
خالصا فما ظنك بشراب عن الله سبحانه وتعالى من عاجل رزقه وخزائنه
رحمته والسلام

قوله رضي الله تعالى عنه (فافهم اذا ادلى اليك الحصان) الادلاء
رفع الخصومة الى الحاكم والفهم اصابة الحق فمناه عليك ببذل المجهود في
اصابة الحق اذا ادلى عليك وقيل معناه اسمع كلام كل واحد من الحصين
وافهم مراده وبهذا يومر كل قاض لانه لا يتمكن من قبيح المعنى من
المبطل الا بذلك وربما يجري على لسان احد الحصين ما يكون فيه اقرار
بالحق لخصمه فاذا فهم القاضي ذلك انفذه واذا لم يفهم ضاع واليه اشار
في قوله لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له وقيل المراد استمع الى كلام
الشهود وافهم مرادهم فلنهم يتكلمون بالحق بين يديك وانما يظهر
منفعة ذلك بتنفيذ القاضي اياه وقوله (اس بين الناس) معناه سو بين الحصين

فالتأسي في اللغة التسوية وفيه دليل ان على القاضي ان يسوي بين الخصوم
اذا تقدموا اليه اتفقت ملهم او اختلفت فاسم الناس يتناول الكل وانما
يسوي بينهم فيما اشار اليه في الحديث فقال في وجهك ومجلسك وعدلك
يعني في النظر الى الحصين والاقبال عليها في جلوسها بين يديه حتى
لا يقدم احدهما على الاخر وفي ادله بينها وبالعدل امر - وحكى ان
ابا يوسف رحمه الله تعالى قال في مناجاته عند موته اللهم ان كنت
تعلم اني ما تركت العدل بين الحصين الا في حادثة واحدة فاغفرها
لي قيل وما تلك الحادثة قال ادعى نصراني على امير المؤمنين دعوى
فلم يمكنني ان امر الخليفة بالقيام من مجلسه والمساواة مع خصه ولكني
رفعت النصراني الى جانب البساطه بقدر ما امكنتي ثم سفت الحصومة
قبل ان اسوي بينها في المجلس فهذا كان جورى ليعلم ان هذا من اهم
ما ينبغي للقاضي - وقوله (حتى لا يطعم شريف في حيفك
الحيف هو الظلم فاذا قدم الشريف طعم في حيفه وانكسر
بهذا التقديم قلب خصه الضيف فيخاف الجور وربما يتمكن للشريف
عند هذا التقديم من التليس ما يعجز الضيف عن اثبات حقه بالحجة
والقاضي هو المسبب لذلك باقباله على احدهما وتركه التسوية بينها في
المجلس وقوله البيهقي على المدعي الخ) هذا اللفظ مروى عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم وعد من جوامع الكلم وقوله (الصلح جاتر بين
المسلمين الخ هذا ايضا مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه
دليل على جواز الصلح) وقوله (الا صلحا اجل حراما الخ) المعنى
الصلح جاتر الا صلحا اجل حرام العين بان وقع الصلح على خمر او خنزير
او في الحصومة بين الزوجات صلح احدى المرأتين على ان لا يطاق الاخرى
او صلح زوجته على ان يحرم امته على نفسه فهذا هو الصلح حلل حراما
او حرم حلالا فهو باطل وقوله (ولا يمنعك قضاء الى قوله خير من
التأدي في الباطل) فيه دليل على انه اذا تبين للقاضي الخطأ في قضائه
بان خالف قضاءه النص او الاجماع فعليه ان ينتقضه ولا ينبغي ان يد

الاستحياء من الناس فان مراقبة الله تعالى في ذلك خير له وهذا ليس في القاضي خاصة بل هو في كل من بين اغيره شيئا من امور الدين الواعظ والمفتي والقاضي في ذلك سواء اذا تبين له انه زل فليظهر رجوعه عن ذلك فزلة العالم سبب افتنة الناس ولكن هذا في حق القاضي اوجب لان القضاء ملزم وقوله (الحق قديم) يعني هو الاصل المطلوب ولانه لا تتكلم زلة من زل بل تظهر لا محالة فاذا كان هو الذي يظهرها على نفسه كان احسن حالا عند العقلاء من ان تظهر عليه مع اصراره على الباطل وقوله (الفهم الفهم فيما يحتاج في صدرك الى قوله واشبهها) هذا في حق القاضي المجتهد واما في عصرنا هذا فعليه ان يحكم بالقول الصحيح من مذهب ابي حنيفة رضي الله عنه راجع شرح هذه المادة ٠٠ - وقوله اجعل للمدعي امدأ ينتهي اليه الخ) فيه دليل على ان القاضي عليه ان يهل كل واحد من الخصمين بقدر ما يتسكن من اقامة الحججة فيه حتى اذا قال المدعي بينتي حاضرة امهله ليأتي بهم فربما لم يات بهم في المجلس الاول بناء على ان الخصم لا ينكر حقه لوضوحه فيحتاج الى مدة ليأتي بهم وبعد ما اقام البينة اذا ادعى الخصم الدفع امهله القاضي ليأتي بدفعه فانه مأمور بالتسوية بينهما في عدله وليكن امهاله على وجه لا يضر بخصمه فان الاستعجال اضرار بمدعي الدفع وفي تطويل مدة امهاله اضرار بمن اثبت حقه وخير الامور اوسطها وقوله (فان احضر بينته اخذ بحقه الخ) ان كان مراده دعوى الدفع فهو اوضح لانه اذا عجز عن اثبات ما ادعى من الدفع وجه القاضي اليه القضاء ببينة المدعي وما لم يظهر عجزه عن ذلك لا يوجه القضاء عليه لان الحججة انما تقوم عليه اذا اظهر عجزه عن الدفع بالظن والمعارضة - وان كان مراده جانب المدعي فعني قوله وجهت القضاء عليه الزمته الكف عن اذى الناس والخصومة من غير جعة وقوله (فان ذلك اباغ في العذر) اي للقاضي من توجه القضاء لانه اذا قضى عليه بعد ما امهله حتى يظهر عجزه عن الدفع انصرف من مجلسه شاكرا له ساكنا واذا لم يمهله انصرف شاكيا وقوله (اجلي للمعي)

اي لازالة الاشتباه . وقوله (المسلمون عدول) هذا اللفظ منقول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا دليل لابي حنيفة على جواز القضاء بشهادة المستور قبل السؤال عنه اذا لم يطمن الخصم وقوله (الا محدودا في قذف) دليل لنا على ان المحدود في القذف لا تقبل شهادته وان تاب . وقوله او ظنينا في ولاء او قرابة [اي متها بسبب القرابة او الولاة . هو ايضا دليل لنا على ان شهادة الوالد لولده وبالعكس غير مقبولة وعلى ان شهادة احد الزوجين لصاحبه غير مقبولة لان الزوجية من اقوى اسباب الموالاتة وقد اشار الى ان نفس الولاة والقرابة لا يقدمان في العدالة ولكن اذا تمكنت التهمة حينئذ يمتنع العمل بالشهادة . وقوله (فان الله تعالى تولى منكم السرائر) يعني ان المحق والمبطل ليس للقاضي طريق الى معرفة حقيقته فان ذلك غيب ولا يعلمه الا الله تعالى ولكن الطريق للقاضي العمل بما يظهر عنده من الحججة . وقوله (والتأذي بالناس يعني اظهار التأذي بكثرة الخصوم بين يديه واظهار الملل منهم والمراد التأذي بما يسم من بعض الخصوم بما لا حاجة به اليه فقد يطول احد الخصمين كلامه ولكن لا ينبغي للقاضي ان يظهر التأذي بذلك ما لم يجاوز الحد فاذا تكلم بما يرجع الى الاستخفاف بالقاضي او يذهب به حشمة مجلس القضاة حينئذ يمتنع عن ذلك ويؤدبه عليه . وقوله (والتشكر للخصوم) هو ان يقطب وجهه اذا تقدم اليه خصمان فان فعل ذلك مع احدهما فهو جور منه وان فعله معهما ربما عجز المحق عن اظهار حقه فذهب وترك حقه قال الله تعالى (ولو كنت فظا غليظ القلب لانفضوا من حولك) وقوله (في مواطن الحق) يعني في مجالس الحكم فالحلم وترك الضجر والقلق واظهار البشر مع الناس محمود في كل موضع وفي مجلس القضاء اولي بعد ان يكون لوجه الله تعالى كما قال فانسه من يخلص نيته الى آخر رسالته رضي الله تعالى عنه

واما اركان القضاء . فسته حكم ومحكوم به ومحكوم عليه ومحكوم له وحاكم وطريق الحكم فالاول يتعلق به فرضية القضاء وشروطه وما ينبغي للقاضي

ان يكون عليه في سيرته وعلمه وادابه

ويتعلق في الركن الثاني ان القاضي ان كان مجتهدا يقضي بما في كتاب الله من الاحكام التي لم تنسخ - وان ورد عليه شيء لم يعرفه في كتاب الله تعالى يقضي بما جاء في السنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لانا امرنا باتباعه قال الله تعالى « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » الآية فان لم يجد نصا يقضي باجماع الصحابة قال عليه السلام (عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي) فان كان بينهم اختلاف فان كان القاضي من اهل التمييز والنظر يميز اقاويلهم ورجح قول بعضهم ونظر الى اشبهها بالحق واقربها الى الصواب واحسنها عنده وقضى به لقوله عليه السلام (اصحابي كالنجوم بايهم اقتديتم اقتديتم فان كان شيء لم يات فيه من الصحابة قول وكان فيه اجماع التابعين قضى به لان اجماع كل عصر حجة فلا يسمه ان يخالفه وان كان فيه اختلاف بينهم يرجح قول بعضهم ويقضي به

وان لم يجد شيئا من ذلك فان كان من اهل الاجتهاد قاسه على ما يشبهه من الاحكام واجتهد برأيه وتحرى الصواب ثم قضى برأيه وان لم يكن من اهل الاجتهاد يستت في ذلك فيأخذ بفتوى المفتي ولا يقضي بغير علم ولا يستحي من السؤال لئلا يلحقه الوعيد المذكور في قوله صلى الله عليه وسلم (القضاة ثلاثة) وقد تقدم فلو قاس مسألة على مسألة فظهر خلافه يأثم اذ ليس بمجتهد وهو متعد فالحصومة للمدعي والمدعى عليه على القاضي يوم القيمة وارجع الى معرفة الاجتهاد واهله في شرح المادة ١٧٨٤ .

وهو اربعة اقسام حق الله تعالى المحض كعد الزنا او الخمر وحق المبد المحض وهو ظاهر وما اجتمع فيه الحقان وغلب فيه حق الله تعالى كعد القذف والسرقه او غلب فيه حق المبد كالتقصاص والتغزير - وشرطه كونه معلوما (رد مختار عن البحر)

واما الركن الثالث وهو المحكوم له فيتعلق به ان القاضي يجوز له

ان يحكم لمن قلده ولم يحكم عليه كالسلطان الا يرى ان سيدنا عليا رضي الله تعالى عنه قلده شريفا وخاصم عنده ولان المقلد ليس تابنا عن المقلد بل عن جماعة المسلمين ولهذا لا ينزل بمرته - ولا يجوز قضاؤه لنفسه ولا لمن لا تقبل شهادته له لان مبنى القضاة على الشهادة ولا يصح شاهدا لهؤلاء. فلا يصح قاضيا لهم لمكان النعمة ويجوز ان يقضي عليهم لانه لو شهد عليهم جاز فكذا القضاة.

واما المعكوم عليه فيتعلق به انواع منهم الحاضر المالك لاسره ومنهم القائب في المواضع التي يجوز فيها الحكم عليه ومنهم الصغير المحجور عليه ومنهم السفه المولى عليه ومنهم الورثة المدعى عليهم في مال الميت ومنهم الصغير والكبير وجميع ذلك مسطور في كتاب الدعوى ولا يحكم على عدوه وهو الاصول الكل من معين الحكام

واما الحاكم فهو اما الامام او القاضي او المحكم

واما طريق الحكم فقد عددها في الاشياء سيما بينة واقرار وعين ونكول عنه وقسامة وعلم قاض على المرجوح وفي جامع الفصولين وينبغي ان لا يفتى به وهو قول محمد لما علم من احوال قضاة زماننا

والسابع قرينة قاطعة (در مختار) - وان لم يكن مجتهدا وقد ولاه السلطان ليحكم بذهب معين من مذاهب المجتهدين فحكم بذهب آخر لا ينفذ حكمه سواء كان القاضي عالما او جاهلا مقلدا او مجتهدا ناسيا او عامدا وقد صرحت العلماء بان القضاة يتخصص بالزمان والمكان والحوادث والاشخاص فاذا خصه السلطان بزمان او مكان او حادثة او شخص تخصص انظر المادة ١٨٠١

- وذلك لان ولاية القاضي انما هي مستفادقة من السلطان فلا ينفذ قضاؤه فيما منعه عنه كما في الحيرية عن فتح القدير - والحكم اليوم على ما حررتة المجلة من مذهب الامام ابي حنيفة فلا يعدوه فان لم يوجد نص في حادثة ما فعلى القاضي ان يراجع اصح الاقوال المقتضى بها في المذهب المشار اليه

المادة ١٧٨٥ - الحاكم هو الذات الذي نصب وعين من قبل
السلطان لاجل فصل وحسم الدعوى والمخاصمة الواقعة بين الناس
توفيقا لاحكامها المشروعة

[الحاكم هو الذات الذي نصب وعين من قبل السلطان]

استفيد ان السلطان اذا رأى الدعوى بين المتخاصمين وحكم بها موافقا
لاصولها المشروعة صح بالاولى لان القاضي وكيل عنه - وقوله لاجل
فصل وحسم الخ احتراز عن المولى لا تفصل الدعاوي كالولاية والمتصرفين
مثلا فهولا. لاتصح توليتهم ولا حكمهم لعدم اذن السلطان لهم -
وقوله لاحكامها المشروعة لان الحكم اذا لم يوافق الشرع يكون حكما
بجلاف الحق وهو جور - وهو اما عن خطأ او عمد وكل على وجهين
اما في حقه تعالى او حق العبد فالخطا في حق العبد اما ان يمكن فيه
التدارك والرد اولا فان امكن بان قضى بال او صدقة او طلاق او
اعتاق ثم ظهر ان الشهود عبيد مثلا او محدودون في قذف يبطل القضاء.
ويرد العبد رقيقا والمرأة الى زوجها والمال الى من اخذ منه - وان
لم يمكن الرد بان قضى بالقصاص واقتصر لا يقتل المقضى له ويصير
صورة القضاء. شبهة مانعة بل تجب الدية في مال المقضى له - وهذا
كله اذا ظهر خطأ القاضي بالينة او باقرار المقضى له فلو باقرار القاضي
لا يظهر في حق المقضى له حتى لا يبطل القضاء في حقه - واما الخطا
في حق الله تعالى بان قضى بجد زنى او سرقة او شرب واستوفى الحد
ثم ظهر ان الشهود كما مر فالضمان في بيت المال وان كان القضاء بالجور
عن عمد واقرب به فالضمان في ماله في الوجوه كلها بالجناية والانلاف
ويغزل القاضي عن القضاء رد مختار ط

المادة ١٧٨٦ - الحكم هو عبارة عن قطع الحاكم المختصة وحسمه اياها وهو على قسمين القسم الاول هو لزام الحاكم المحكوم به على المحكوم عليه بكلام كقوله حكمت او اعطه الشيء الذي ادعى عليك ويقال لهذا قضاء الالزام وقضاء الاستحقاق والقسم الثاني هو منع الحاكم المدعي عن المنازعة بكلام كقوله ليس لك حق او انت ممنوع عن المنازعة ويقال لهذا قضاء الترك

الحكم قد يأتي لفة لمنع ومنه سبت الحكومة لرد الظالم عن الظلم وسمي الحاكم لذلك . ويقال احكمه احكاما وحكمه تحكما منه نقل الازهري حكم اليتيم كما تحكم ولدك اي امنه من الفساد واصلحه كما تصلح ولدك وفي عرف الفقهاء

[هو عبارة عن قطع الحاكم المختصة وحسمه اياها]

كان المدعي اذا اثبت دعواه لدى القاضي بوجهها الشرعي وتبين ان المدعي عليه مانع حقه يمنعه القاضي عن تمرده في عدم الحق ويوصله الى مدعيه (وهو) اي الحكم يكون قوليا وفعليا فالقولي [على قسمين] القسم الاول هو الزام الحاكم المحكوم به

على المحكوم عليه بكلام

يتلفظ به [كقوله حكمت] او قضيت وهذان اللفظان ليسا بشرط

تحقق القضاء. فلو قال اعطى الشيء الذي ادعى به عليك او قال بعد اقامة البيعة للمعتد اقمه واطلب الذهب منه وكذا اذا قال ظهر عندي او صح عندي او علمت فهذا كله حكم في المختار -

واما قوله ثبت عندي فاختلف فيه صحح في البزاية والحانية انه حكم . والتحقيق انه لاخلاف فن قال انه ليس بحكم اراد به اذا لم يكن بعد تقدم دعوى صحيحة ومن قال انه حكم اراد اذا كان بعد الدعوى (بجر ملخصا) وفي الفصولين قوله ثبت عندي حكم لكن الاولى ان يبين ان الثبوت بالبيعة او بالاقرار اذ الحكم بيعة يخالف الحكم باقرار -

ثم قال في البحر اعلم ان الثبوت ليس بحكم اتفاقا في مواضع ظفرت بها منها ثبوت ملك البائع للمين المبيعة عند البيع وهو المسمى بيعة الجريان وقد ذكره ابن وهبان في شرح قوله في المنظومة (وبدخل شرب الارض من دون ذكره) قال اذا شهد الشهود بملكية ارض لانسان على ما هو المعتاد في كتب التبايع في بلادنا انه يقم المشتري والبائع بيئته بان البائع لم يزل حاترا مالكا لجميع الارض وكذلك في الموقوف من اجل صحة البيع او الوقف او غيرها اى فقول القاضي ثبت عندي ان البائع او الواقف كان مالكا للارض المبيعة او الموقوفة لا يكون قضاء بصحة البيع او الوقف - والا لم يقض بالصحة وانما يقضي بموجب ما اقر به كما في فتاوي قارى. الهداية -

ومنها ما ذكره ابن الفرس من قولهم لاتصح الدعوى في العقار حتى يثبت المدعي ان المدعى عليه وارضه عليه وهذا الثبوت ليس بحكم قطعا اى بالملكية للمدعي -

ومنها قول الموثق وثبت عنده ان العين بصفة الاستبدال شرما -
ومنها قولهم في خيار العيب لايبدا ان يثبت المشتري قيام العيب للحال لتوجه الخصومة الى البائع فانه ثبوت مجرد لا حكم
ومنها قولهم انه ثبت ان لا مال للصغير سوى عقاره عند بيع عقاره

فقوله هذا لا يكون حكما ببيع عقاره (ويقال لهذا) القضاء القولي (قضاء الاثام) . وجه التسمية ظاهر لان فيه الزام المدعى عليه بشيء وهو تسليم العين التي يدعيها خصمه ان كان ما ادعاه عينا فاثبتها بالبينة او بنكول المدعى عليه عن اليمين او بدفع الدين الذي يدعيه المدعى بعد تحققه على الوجه المشروح فبقول القاضي الرستك او قضيت عليك بكذا لو علمت من اقرارك او بينة خصمك ان هذه العين التي بيدك له ، وان له في ذمتك كذا ديننا - والاصل فيه ان تظهر حجة المدعي في اثبات فيكون محقا في دعواه (حموي) بخلاف ما لو قال في رأبي او ظني انه كذا من كل لفظ يفيد الشك فانه لا يفيد الحكم (خانية) (و) يقال له ايضا [قضاء الاستحقاق] وقضاء الملك لانه يفيد ان المدعي قد استحق ما يدعيه بالملكية

واعلم ان هذا النوع المسمى بقضاء الاستحقاق والاثام ان كان المدعي محقا فيه ينفذ قضاء القاضي ظاهرا بثبوت التمكين والنفقة وغير ذلك وباطنا بمعنى ثبوت الحل عند الله تعالى (عناية) وان كان غير محق ينفذ ظاهرا فقط فهو حرام على المحكوم له وقضاء القاضي له لا يفيد الحل بالاجماع فلو ادعى حقا في يد رجل كذبا واقام عليه بينة زورا فقضى القاضي له لا يجمل له وطونها ان كانت جارية ولا لبسه ان كان ثوبا ولا اكله ان كان طعاما وللمقضى عليه ذلك ، لان الجارية او الثوب مثلا من الاملاك المرسلة اي المطلقة عن اثبات سبب الملك بان ادعى ملكا مطلقا في الجارية او الطعام من غير تعيين بشراء او ارث والقضاء في الاملاك المرسلة لا ينفذ باطنا ، لانه لا يملك القضاء الا بسبب وليس تعيين بعض الاسباب باولى من الآخر فتعذر القضاء بالملك له - وهذا بخلاف العقود والفسوخ اذا كانت الدعوى بسبب معين كتنكاح او بيع او طلاق او عتاق . ولقب المسئلة ان القضاء بشهادة الزور في العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا عند الامام الاعظم وعند محمد وابي يوسف في قوله الاخير ينفذ ظاهرا لا باطنا ورجح في البسوط قول

الامام الاعظم

مثال العقود ما في المنايا ادعى كذبا على امرأة نكاحا وانكرت فاقام عليها شاهدي زور وقضى القاضي بالنكاح بينها حل للرجل وطنها وحل للمرأة التمكن منه على قول ابي حنيفة وكذا لو ادعت على رجل فانكر - ومنها اذا قضى القاضي بالبيع بشهادة الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشتري مثل ان يقول بعتني هذه الجارية او من جهة البائم مثل ان يقول اشتريت مني هذه الجارية فانه يحل للمشتري وطونها في الوجهين جميعا سواء كان القضاء بالنكاح بحضور من يصلح شاهدا فيه، وبالبيع بشئ هو قيمة الجارية او باقل مما يتباين فيه الناس او لا عند بعض للشيخ، لان الشهادة شرط لانشاء النكاح قصدا والانشاء هنا يثبت اقتضا فلا يشترط الشهادة - قال في الفتح وثبوته على هذا الوجه يكون ضمياً ولا يشترط للضميات ما يشترط لها اذا كانت قصدياً . وقال بعضهم انما يثبت النكاح والبيع اذا كان القضاء بحضور من الشهود، لانه شرط صحة العقد ولم يكن البيع بغير فاحش لان القاضي عند القضاء بشهادة الزور يصير منشأً وانما يصير منشأً فيها له ولاية الانشاء وليس له ولاية البيع بغير فاحش لانه تبرع - ومن الفسوخ ما اذا ادعى احد المتعاقدين فسخ العقد في الجارية واقام شاهدي زور ففسخ القاضي حل للبايع وطونها - ومنها ما اذا ادعت على زوجها كذبا انه طلقها ثلاثا واقامت شاهدي زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة حل للزوج الثاني وطونها ظاهرا وباطنا علم ان الزوج الاول لم يطلقها بان كان احد الشاهدين او لم يعلم بذلك وقالوا ان كان علما بمحقيقة الحال لا يحل له ذلك الوطي . لان الفرقة عندها لم تقع باطنا وان لم يعلم بها حل له ذلك - واما الزوج الاول فلا يحل له على قول ابي يوسف الاخير وان كانت الفرقة لم تقع باطنا لانه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيجدونه ثم ان نفاذه ظاهرا وباطنا في العقود انما هو اذا كان المعل قابلا حتى يملك القاضي انشاءه بخلاف ما اذا كانت مثلا محرمة باسباب بان

كانت معتدة النير او مطلقة ثلاثا فادعى انه تزوجها بعد زوج آخر ونحو ذلك لان هناك ليس للقاضي ولاية الانشاء الا ترى انه لو انشأ صريحا لا يصح - ولهذا اجموا على انه لو ادعى نكاح امرأة وهي تنكر وتقول انا اخته من الرضاع او انا في عدة من زوج آخر فشهد بالنكاح شاهدان وقضى القاضي بشهادتهما والمرأة تعلم انها كما اخبرت لا يحمل لما التمكن ام بدائم وفتح وعناية . والحاصل ان القاضي له ولاية الانشاء في العقود والفسوخ في الجملة الا ترى انه يزوج صغيرة لاولي لها وبفسخ عقدا فاسداً ويبيع مال الغير عند الايجاب بخلاف الاملاك المرسلة فليس له ولاية الانشاء في ذلك.

واعلم ان الارث حكمه حكم الاملاك المطلقة فلا ينفذ القضاء بالشهود زورا فيه باطنا اتفاقا (بجر) [والقسم الثاني] من القضاء القولي

[هو منع الحاكم المدعي عن المنازعة بكلام كقوله ليس لك حق المنازعة او انت ممنوع عن المنازعة ويقال لهذا قضاء ترك

وهذا في كل دعوى عجز المدعي عن اثبات مدعاه عينا كان او ديناً فمنعه الحاكم عن معارضة خصمه في دعوى الدين ومع ترك المدعي به في يد المدعى عليه ان كان عينا

والفرق بينهما ان المقضى له قضاء استحقاق، لا ينتقل مقضيا عليه اصلا في تلك الحادثة وفي قضاء الترك قد ينتقل المقضى عليه بمنم التعرض مقضيا له في تلك الحادثة اذا وجد اثباتا - وايضا المقضى له قضاء استحقاق لا تسع دعوى شخص ثالث عليه بانه ملكه ما لم يدع تاتي الملك من جهته فتقسم - قال في الانتقويه في نوع في دعوى الشراء والبيع وان ادعى ابي الخارجان الشراء من واحد ولم يورثها او ارثا

سواء فهو بينهما نصفين لاستوائهما في الحجة وان ارضا واحدهما سبق
يقضى لاسبقها اتفاقا بخلاف ما لو ادعى الشراء من رجلين لانها يثبتان
الملك لبائعهما ولا تاريخ بملك البائعين فتاريخه بملكه لا يمتد به وصارا
كانها حضرا ويرهنا على الملك بلا تاريخ فيكون بينها

اما هنا فقد اتفقا على ان الملك كان لهذا الرجل وانما اختلفا في
التالي منه وهذا الرجل اثبت التلي لنفسه في وقت لا ينازعه فيه صاحبه
فيقضى له به ثم لا يقضى به لغيره بعد - الا اذا تلي منه وهو لا يتلقى
منه اه والشاهد هنا - واما الحكم اذا كان فطيا فلا تشتط فيه الدعوى
بخلاف القولي - فلو باع القاضي ما وقفه المريض في مرض موته بعد موته
لغيره ثم ظهر مال اخر للميت لم يبطل البيع ويشترى بالثمن ارضا توقف
بخلاف الوارث اذا باع الثلثين عند عدم الاجازة فانه لا يشتري بقيمة الثلثين
ارضا توقف لان فعل القاضي حكم بخلاف غيره (اشباه عن الظهيرية
من الوقف)

واستنتي من ذلك مسألة عن الفصولين وهي اذا اعطى فقيرا من وقف
الفقراء فانه ليس بحكم حتى كان له ان يعطي غيره
وذكر في رد المحتار عن البحر ان فعل القاضي على وجهين الاول
مالا يكون موصيا للحكم كما لو اذنته مكلفة بترويجها فزوجها فانه
وكيل عنها ففعله ليس بحكم . الثاني ما يكون محلا للحكم كترويج صغيرة
لاولي لها وشراؤه وبيعه مال اليتيم وقسمة العقار ونحو ذلك فجزم في التجنيس بانه
حكم وكذا ترويجه اليتمية من ابنه - ورد في نكاح الفتح بان الاوجه
انه ليس بحكم لانتفاء شرطه اي من الدعوى الصحيحة وبان الحاقه
بالوكيل يكفي للمنع يعني ان الوكيل بالنكاح لا يملك الترويج من ابنه
فالقاضي بمنزلة فيفني ذلك عن كونه حكما - وعلى هذا فقولهم شراء
القاضي مال اليتيم او شيئا من النسيمة لنفسه لا يجوز لانه حكم لنفسه
، خلاف الاوجه ، لان الحاقه بالوكيل للمنع ممن عن كونه حكما لان شراء
الوكيل لنفسه باطل لكن كثر في كلامهم كون فعله حكما فالاولى ان

يقال تصحيحاً لكلامهم ان الحكم القولي يحتاج الى الدعوى والفعل لا
- كالقضاء الضمني لا يحتاج اليها وانما يحتاجها القسدي ويدخل الضمني تبعاً .
هذا وخلاصة ما استفيد من كلام محمد في الاصل ان فعل القاضي
حكم لفرع ذكره وهو لو طلب الورثة القسمة للعقار وفيهم غائب او
صغير قال الامام لا اقسام ما لم يبرهنوا على الموت والمواريث ولا اقضي
على ، الغائب والصغير بقولهم لان قسمة القاضي قضاء اي والقضاء على
الغائب لا يجوز وقالوا يقسم فتعليل عدم القسمة بانه يلزم الحكم على
الغائب يفيد ان فعل القاضي حكم اذ لا امكان لا لحاقه بالوكيل
في المنع من القسمة فتعين الرجوع الى الحق وتعين التوفيق بما ذكر من
ان القضاء المفعل لا يحتاج الى الدعوى كالضمني بخلاف القولي القسدي وبه
اندفع ما مر عن الفتح من قوله لانتفاء شرطه واندفع قول ابن الغرس
ان الصواب ان الفعل لا يكون حكماً

﴿ تمة ﴾

قال في الاشياء القضاء الضمني لا تشترط له الدعوى والحصومة فاذا
شهدا على خصم بحق وذكر اسمه واسم ابيه وجده وقضى بذلك الحق
كان قضاء بنسبه ضمناً وان لم يكن في حادثة النسب اه اي اذا كان
المشهد عليه غير مشار اليه فلو مشاراً اليه لا يثبت نسبه كما اوضحه الحموي ثم قال
وعلى هذا لو شهدا بان فلانة زوجة فلان وكلت زوجها فلانا في كذا
على خصم منكر وقضى بتوكيلها كان قضاء بالزوجية بينهما وهي حادثة
التوى ولها فروع اخر مذكورة في رد المحتار

المادة ١٧٨٧ - المحكوم به هو الشيء الذي ازمه الحاكم على
المحكوم عليه وهو ايضاً المحكوم عليه حق المدعي في قضاء

الالزام وترك المدعي المنازعة في قضاء الترك

(المحكوم به) سواء كان حق الله تعالى المحض كهد الزنى والخمر
او حق العبد وهو ظاهر او ما فيه الحقان وغلب فيه حق الله تعالى كهد
القذف والسرقه او غلب فيه حق العبد كالتقصاص والتعزير

[هو الشيء الذي الزمه الحاكم على المحكوم عليه]

(و) ذلك الشيء [هو ايضاً المحكوم عليه حق المدعي في قضاء الالزام]
اعلم ان كافة الالزام منها في الاصل الزام القاضي المدعى عليه في
ايفاء ما ثبت عليه شرعاً لخصه سواء كان عن بينة او اقرار لكن
ارباب الصكوك يستعملونه في الحكم الذي يكون عن اقرار المدعى
عليه والمراد به في المادة المعنى الاول المقابل لقضاء الترك - ثم لا بد
ان يكون المحكوم به معلوماً لانه هو المدعى به وشرط كونه معلوماً
كما مر في المادة (١٦١٩)

(وترك المدعي المنازعة في قضاء الترك)

اي حكم القاضي في هذه الصورة هو امر للمدعي بان لا يتعرض
للمدعي عليه لعجزه عن الاثبات

المادة ١٧٨٨ - المحكوم عليه هو الذي حكم عليه

اي من طرف الحاكم او المحكم والمحكوم عليه دائماً العبد لكنه

اما متعين واحدا كان او اكثر كجماعة اشتركوا في قتل قضي عليهم
بالقصاص وكثرة اشتركوا في غصب مال لحكم عليهم بعد الدعوى
والثبوت - وكذا الحكم في حق من الحقوق المجردة قد يكون
المحكوم عليه واحدا او متعددا فلو ادعى شخص على عشرة اشخاص ان
له حق المرور في طريق خاص لهم وثبت ذلك بينه او بنكولهم يحكم عليهم
جميعا او المحكوم عليه غير متعين كما في القضاة بالحرية الاصلية فانه
حكم على كافة الناس سوا. كلن بيئته او بقوله انا حر الاصل اذا لم
يسبق منه اقرار بالرق . وصورته ادعى انه عبده فقال المدعى عليه انا حر
الاصل ولم يسبق منه اقرار بالرق وعجز المدعي عن البينة حكم القاضي
بالحرية الاصلية وكان حكمه بها حكما على العامة اي فلا تسمع دعوى
احد بعد الحكم (رد مختار عن ح) بخلاف الحرية العارضة بعق
ونحوه فلي الكافة من وقت التاريخ اي تاريخ العتق مثلا قال زيد
لبكر انك عبيد ملكك منذ خمسة اعوام فقال بكر اني عبد
بشر ملكني منذ ستة اعوام فاعتقني وبرهن عليه اندفع دعوى زيد -
ثم اذا قال عمرو لبكر انك عبيد ملكك منذ سبعة اعوام وانت
ملكي الان فبرهن عليه تقبل ويفسخ الحكم بجريته ويجعل ملكا
لعمر (درر) واما القضاة بالوقف فالاصح انه ليس كالحرية فتسمع
دعوى ملك آخر او وقف آخر

المادة ١٧٨٩ - المحكوم له هو الذي حكم له

المحكوم له هو التمتع في حقوقه المحضة او التي غلب فيها حقه
ولا حاجة في ذلك الى الدعوى وتسمع الشهادة فيها بلا دعوى - بخلاف
ما تمحض فيها حق العبد او غلب فلا بد فيها من الدعوى والمدعي حينئذ
هو العبد والشرط فيه بالاجماع حضرته او حضرة نائب عنه كوكيل او ولي او
وصي ويشترط ان تكون دعواه صحيحة وان يكون ممن تقبل شهادة

القاضي له . واما طلبه الحكم من القاضي بعد وجود الشرائط فليس بشرط
(ط ورد مختار)

المادة ١٧٩٠ - التحكيم هو عبارة عن اتخاذ الخصمين
حكما برضاها لفصل خصومتها ودعواها ويقال لذلك حكم
بفتحتين ومحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة

(التحكيم) لغة تفويض الانسان الحكم الى غيره قال في المصباح
حكمت الرجل بالتشديد فوضت الحكم اليه وفي الصحاح حكمته في
مالي اذ جعلت اليه الحكم فيه - افادت عبارة المصباح ان التحكيم
لا يدل على انه لغة خاص بالمال وفي الشرع

هو عبارة عن اتخاذ الخصمين

اي الفريقين المتخاصمين المدعي والمدعى عليه سواء كان كل منهما واحدا
او متعددا او احدهما واحدا والاخر متعددا [حاكما] بشرط فيه ان
يكون اهلا للقضاء فلا يصح تحكيم عبد وصبي وصح تحكيم المرأة
والفاسق لصلاحيتها للقضاء والاولى ان لا يحكما فاسقا (بحر) ويشترط
وجود الاهلية من وقت التحكيم الى وقت الحكم . فلو حكما عبدا
فعتق او صبيا فبلغ ثم حكم ، لا ينفذ كما هو الحكم فيمن قلده
الامام القضاء - وبشوته بالسنة كما رواه النسائي قال ابو شريح يارسول
الله ان قومي اذا اختلفوا في شي . فأتوني لحكمت بينهم فرضي عني
الفريقان فقال عليه الصلاة والسلام ما احسن هذا وروى انه كان بين
عمر وابي ابن كعب منازعة في نخل حكما بينها زيد ابن ثابت فاتياه

غرج زيد فقال هلا بعثت الي يا امير المؤمنين فقال عمر في بيته يوتي الحكم فدخل بيته فاتي لصر وسادة فقال عمر هذا اول جورك وكانت اليعين على عمر فقال زيد لابي لو اعفيت امير المؤمنين فقال عمر عين لزممتي فقال ابي نعمي امير المؤمنين ونصده - وليعلم انه لا يظن باحد منها في هذه التليس وانما هي لاشتباه الحادثة عليهما فتقدما الى الحكم للتبين لا للتليس

برضاها لفصل خصوصتها

اي لا بد من رضا الطرفين من وقت التحكيم الى وقت الحكم فلو لم يرض احدهما واراد عزله قبل الحكم ، له ذلك ففي التنوير وينفرد احدهما بتنقضه اي التحكيم بعد وقوعه فان حكم لزمها ولا يبطل حكمه بعزلها بعد الحكم لصدوره عن ولاية شرعية فلا يبطل حكمه بعزلها - وركنه اللفظ الدال عليه مع قبول الاخر فلو حكما رجلا فام يقل لا يجوز حكمه الا بتجديد التحكيم [ويقال لذلك حكم] بفتحتين يقال حكموه اذ جعلوه حكما

[ومحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة]

اسم مفعول حكم بتشديد الكاف

﴿ تمة ﴾

المحكم اذا رفع الى القاضي فوافق مذهبه ، امضاه وفائدة هذا الامضاء ان لا يكون لقاض آخر يرى خلافه نقضه وان خالفه ، ابطله اي لم يمضه

وهو المراد بابطاله لانه حكم لم يصدر عن ولاية عامة فلم يلزم القاضي اذا خالف رأيه لكن في زماننا لما كان الكل مأموراً من قبل السلطان بالحكم على اصح الاقوال او ارقها المختارة في المجلة من مذهب الامام ابي حنيفة رحمه الله تعالى فينظر للحكم هل هو موافق لها ام لا لا لرأي القاضي - ولو حكما رجلين فلا بد من اجتماعها على المحكوم به فلو حكم احدها او اختلفا لم يميز (تنوير) وعد في البحر سبع عشرة مسألة يخالف فيها حكم المحكم حكم القاضي

الاولى كما في العناية حكاه في دم خطأ قضي بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضى بالدية على العاقلة لانه يخالف لرايه ومخالف للنص ايضا الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله الثانية انه لا بد من تراضيها على كونه حكما بينها بخلاف القاضي الثالثة لا يجوز تعليقه واضافته عند ابي يوسف بخلاف القضاء ولو حكاه على ان يستفتى فلانا ثم يقضي بينها بما قال جاز كالقضاء ولو حكاه على ان يحكم بينها في يومه او في مجلسه توقت

الرابعة لا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص كذا في البحر وذكر في العناية ان الحدود الواجبة حقا لله تعالى لا يجوز التحكيم فيها بانفاق الروايات ، لان الامام هو المتعين لاستيفائها واما في حد القذف والقصاص فقد اختلفت المشايخ قال شمس الائمة من اصحابنا من قال التحكيم في حد القذف والقصاص جائز لان الاستيفاء اليها وهما من حقوق العباد فيجوز التحكيم كما في الاموال وذكر الحنفية ان التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص واختاره المصنف - وجهه ان حكم المحكم ليس بحجة في حق غير المعكمين فكان فيه شبهة والحدود والقصاص لا تستوفي الشبهات

الخامسة لا يفتي المفتي مجواز التحكيم في فسخ اليمين المضافة بخلاف القضاء به قال في الفتح وفي الفتاوي الصغرى حكم المحكم

في الطلاق المضاف ينفذ لكن لا نفى به وفي الضاية ما خلاصته
قالوا وتخصيص الحدود والقصاص في عدم جوازه يدل على جواز التحكيم
في سائر المجتهدات لكن لا يفنى به كي لا يتطرق الجهال الى ذلك
فيؤدي الى هدم مذهبنا

السادسة ان حكمه لا يتعدى الى الغائب لو كان ما يدعي عليه
سببا لما يدعي على الحاضر كما في قضاء التنوير ولها صور كثيرة تبلغ
تسعا وعشرين مبسطة في رد المختار منها ادعى شيئا في يد رجل انه
اشتراه من فلان واقام بينته يقضى له بالملك وبانه اشترى من فلان حتى
لو حضر فلان وجعد البيم لا يلتفت اليه ولا يحتاج الى اعادة البينة
لسريان الحكم على الغائب ولو كان الحكم صادرا من محكم لا بد
من اقامة البينة لان حكمه لا يتعدى الى الغائب

السابعة كتاب المحكم الى القاضي لا يجوز كما لا يجوز كتاب
القاضي اليه

الثامنة لا يحكم المحكم بكتاب قاض الا اذا رضي الحصان
التاسعة المحكم اذا ارتد والعياذ بالله تعالى انزعزل فاذا اسلم فلا بد
من تحكيم جديد بخلاف القاضي

العاشرة لو رد المحكم الشهادة بتهمة ثم اختصا الى آخر او قاض
فزكيت البينة يقضى لان المحكم لم يكن قاضيا في حق غير الحصين
ولم يتصل بهذه الشهادة رد قاض من قضاة المسلمين انما اتصل بهارد
واحد من الرعايا فكان للقاضي ابطال هذا الرد بخلاف ما لو رد قاض
شهادته لانه لا يقبلها قاض آخر لان القضاء بالرد نفذ على الكفاية

الحادي عشر ملخص ما في شرح التلخيص الحكم على احد الورثة
بدن على الميت لا يتعدى الى الباقي والميت لعدم رضاهم بتحكيمة
بخلاف حكم القاضي

الثاني عشرة لا يتعدى حكمه باليب من المشتري على بائعه الا
يرضى بايع بايمه

الثالث عشرة لا يتعدى حكمه على وكيل يعيب برد البيع الى موكله
وهما في فتح القدير - يقول الفقيه هذه الثلاث الاخيرة يعني عنها قولهم
ان حكمه لا يتعدى الى النائب لو كان ما يدعي عليه سببا لما يدعي
على الحاضر لا محالة كما تقدم في المسئلة السادسة

الرابع عشرة لا يصح حكمه على وصي صغير بما فيه ضرر عليه وان
كان فيه نفع لتضيق يصح حكمه بخلاف القاضي اه

ثم اعلم ان حكم المحكم لا يتعدى الى غير المعكوم عليه الا في
مسئلة لو حكم احد التريكين وغريم له رجلاً فحكم بينهما والزم
التريك شيئاً من المثل المشترك نفذ حكمه على التريك وتعدى الى
النائب لان حكمه بمنزلة الصلح في حق التريك النائب والصلح من
صنيع التجار فكان كل واحد من التريكين راضياً بالصلح وما في
معناه -

الخامس عشرة لا يتقيد ببلد التحكيم وله الحكم في البلاد كلها
السادس عشرة مما خالف فيه المحكم القاضي لو اختلف الشاهدان
فشهد احدهما انه وكاه بخصومة فلان الى قاضي الكوفة والاخر الى
قاضي البصرة، تقبله ولو شهد احدهما بذلك الى المحكم الفقيه فلان
وشهد الاخر به الى الفقيه فلان آخر لم تقبل. والفرق ما في حاشية البحر
ان الوكيل بالخصومة الى قاضي الكوفة يكون وكيلها الى قاضي
البصرة وكذا العكس لان المطلوب نفس القضاء. ولا يختلف والتقيد
انما يراعى اذا كان مفيداً وحكم المحكم توسط والمتوسطون يختلفون
في ذلك لا اختلاف الذكاء والذهن فالرضاء يكون احدهما حكماً
لكونه عالماً بحقيقة الحال لا يكون رضي بالآخر فقد تفرد كل واحد
من الشاهدين بما شهد به

المادة ١٧٩١ - الوكيل المسخر هو الوكيل المنصوب

من قبل الحاكم للمدعى عليه الذي لم يحضر برضاه ولم يمكن
احضاره جبرا للمحكمة

فالوكيل المسخر من ينصبه القاضي وكيلا عن الغائب ليسم الحصومة
عليه وانما يجوز ذلك فيما لو اختفى في بيته بعد ما نادى امين القاضي
على باب داره اياما - اكن في زماننا هذا كان اولاً يبلغ بواسطة
ثلاث اوراق دعوتية ثلاث مرات ثم اكنى بتبليغه مرة واحدة وهذا
التوقيت في غير مواضع الضرورة التي تفوت بارسال اوراق الدعوتية
وسياتي لهذا مزيد ايضاح في مسائل الحكم على الغائب في شرح المادة
١٨٣٤ انشاء الله تعالى



الباب الاول

في الحكام ويحتوي على اربعة فصول

الفصل الاول

- في يانه اوصاف الحاكم -

المادة ١٧٩٢ - ينبغي ان يكون الحاكم حكيما فبهما مستقيما
وامينا مكينا متينا

في الهندية والبحر وغيرها القضاء من اهم امور المسلمين فكل من
كان اعرف واقدر واوجه واهيب واصبر على ما يصيبه من الناس كان
اولى وينبغي للسلطان ان يتفحص في ذلك ويولي من هو اولى لقوله عليه
الصلاة والسلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد
خان الله ورسوله وجماعة المسلمين (بحر) ولهذا قالت المجلة

(ينبغي ان يكون الحاكم حكيما)

صفة مشبهة من حكم الرجل بضم الكاف مثل حلم صار حكيما .
والحكمة تأتي بمعنى الفهم والعلم والفقہ ومنه (آتيناہ الحكم صبيا) . وتأتي
بمعنى الاصابة في القول والعمل ويدخل في ذلك العدل - وهذه الخصال

لا تكون الا لارباب العقول الخالصة عن شوائب الوهم المتباعدة عن متابعة الهوى . ولا ممانع من ان يراد بالحكمة هنا تلك الطائي كلها وهي نشأ عن العقل والعقل له مراتب اربع
الاولى الاستعداد المحض ويسمى العقل الميولاني وهو قوة خالية عن الفعل كما للاطفال فان لهم حال الطفولية وابتداء الحلقة استعدادا محضا ليس معه ادراك .

المرتبة الثانية العقل بالملكة وهو العلم بالضروريات واستعداد النفس بذلك لاكتساب النظريات وهي ارقى

المرتبة الثالثة العقل بالفعل وهو ملكة استنباط النظريات من الضروريات بحيث متى شاء استحضر الضروريات ولاحظها واستنتج منها النظريات ولا شك ان هذه المرتبة اعلا مما قبلها

المرتبة الرابعة العقل المستفاد وهو ان يحضر عنده النظريات بحيث لا تغيب عنه - وهل يمكن ذلك ما دام الانسان في جلياب من بدنه فيه تردد اه مواقف - فاذا اطلق لفظ حكيم بمعنى عاقل فالمراد به هنا الثانية والثالثة .

اذا عرفت هذا فينبغي ان يكون القاضي بكمال من العقل فلا يولي الاحتم وهو ناقص العقل قال في المستطرف الحتم ، الخفة غزيرة لا تنفع فيها الحيلة وهي دآء . دواءه الموت وفي الحديث الاحتم ابغض الخلق الى الله تعالى اذ حرمة اغز الاشياء عليه وهو العقل ويستدل على صفته من حيث الصورة بطول اللحية لان مخرجها من الدماغ فن افراط طول لحيته قل دماغه ومن قل دماغه قل عقله ومن قل عقله فهو اخف - واما صفته من حيث الافعال فتترك نظره في العواقب وثقته بمن لا يعرفه والعجب وكثرة الكلام وسرعة الجواب وكثرة الالتفات والخلو من العلم والمجلة والخفة والسفة والظلم والغفلة والسهو والخيلاء ان استغنى بطر وان افتقر قنط وان قال فحش وان سئل بجمل وان سئل الخ وان قال لم يحسن وان قيل لم يفقه وان ضحك قهقه وان بكى صرخ - واذا

اعتبرنا هذه الحصال وجدناها في كثير من الناس فلا يكاد يعرف العاقل من الاحتمق . قال سيدنا عيسى عليه السلام عاجلت الاكبه والايبرص فابراتها وعاجلت الاحمق فلم يبرأ [فهيما] في تاج العروس شرح القاموس الفرق بين الفهم والعلم هو ان العلم مطلق الادراك واما الفهم فهو سرعة انتقال النفس من الامور الخارجية الى غيرها . وفي احكام الامسيدي الفهم جودة الذهن من جهة تهيئته لاقتناص ما يرد عليه من المطالب ولهذا صرح بقوله فهيما ولم يكتف بلفظ حكيم ، وان افاد معنى العلم فينبغي ان يكون سريع الانتقال واعيا دراكيا لا يتكلم به المتداعيان فربما يصدر من الحصم ما يعد اقرارا والقاضي لم يفهمه فيضيع حق الاخر ، ولهذا جاء في الرسالة المتقدمة من سيدنا عمر التوصية بقوله (الفهم الفهم) ، وان يكون متيقظا كثير التحرز من الحيل وما يتم مثله على المغفل والمتهاون ، وان يكون علما بما لا بد منه من العربية واختلاف معاني العبارات فان الاحكام تختلف باختلاف العبارات في الدعاوي والاقرار والشهادات وغير ذلك ، وان يكون غير متكبر عن مشورة من معه من اهل العلم ورعا زكيا مرضي الاحوال لا يخشى في الله لومة لائم علما بالفقه والآثار ويوجه الفقه الذي يؤخذ منه الحكم الى غير ذلك ورسالة سيدنا عمر المتقدمة في شرح المادة ١٧٨٤ اصل في ذلك كله [مستقيا] يقال لغة قوم العود واقامه فقام واستقام ثم استعمل مجازا فيمن استقام في افعاله متوجها الى الله تعالى قال الله تعالى (فاستقيموا اليه واستغفروه) اي استقيموا في افعالكم متوجهين اليه تعالى بالتوحيد والاخلاص لا رياء لاجل الشهرة - وهذا مؤدي ما في آخر الرسالة المشار اليها (فانه من يصلح بينه وبين الله تعالى الخ) ، [وامينا] يتقي الله تعالى ويقضي بالحق ولا يقضي لهوى يظله ولا لرغبة تغيره ولا لرغبة ترجه . وينبغي ان يكون شديدا من غير عنف لينا من غير ضعف (تبين) . فلو كان شديدا مع العنف كان فظا غليظا ولا ينبغي ان يكون كذلك وامينا اي مؤمنا على كل شيء . فلو قلاد وهو

عدل ففسق لا ينزل بل يبقى حكمه نافذا لكنه يستحق العزل الا ان يكون عزله مشروطا بذلك (بمجر وغيره) وهذا ظاهر المذهب كما في الهداية [مكينا] اي عظيم المزية من مكن فلان عند السلطان مكانة عظم عنده فلا ينبغي ان يكون من اسافل الناس (متينا) من متن متانة بمعنى قوي وصلب . ويقال في مجازة رأي متين وشعر متين وفي رأيه متانة وهذا هو المراد هنا لا المتانة بمعنى اللقوة الجسمية والتعبير بلفظ ينبغي في هذه المادة وما بعدها يفيد انه لو قلد السلطان محابة من ليس اهلا للقضاء جاز ونفذ حكمه ان وافق الشرع لكن المسؤولية عند الله تعالى عليه وعلى من قلده قال سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه ما من امير امر اميرا او استقضى قاضيا محابة الا كان عليه نصف ما اكتسب من الائم وان استقضاء نصيحة للمسلمين ، كان شريكه فيما عمل من طاعة الله تعالى ولم يكن عليه شيء مما عمل من معصية الله تعالى

المادة ١٧٩٣ - ينبغي ان يكون الحاكم واقفا على المسائل
الفقهية وعلى اصول المحاكمة ومقتدرا على فضل وحسم
الدعاوي الواقعة تطبيقا لها

[ينبغي ان يكون الحاكم واقفا على المسائل الفقهية]

استفيد من قوله ينبغي دون يلزم او يجب ، صحة تقليد الجاهل
فيستفتى من غيره وينفذ حكمه اذا وافق الشرع وان كان الربال على
من قلده في القول الاصح عندنا خلافا للاشاعري . والمراد بالمسائل الفقهية هنا
الفروع المأخوذة من الكتاب والسنة واجماع الامة والقياس كما سلف
تحقيقه في المادة الاولى اول الكتاب لان علم الفقه لا يطلق الا على
العلم الخاص بالدين الاسلامي وهو شامل للملكة وقوة الاستنباط من

تلك الاركان الاربعة ولنظم بالمسائل الفروعية المستنبطة منها . والمعنى الاول خاص بالمجتهد اعني العلم بالمعاني التي تعلقت بها الاحكام من كتاب وسنة واجماع ومقتضياتها واشاراتها - ولما كانت شروط الاجتهاد متعسرة في زماننا اذ من شروطه الوقوف على مواقع الاجماع فيلزمه معرفتها كما يلزمه معرفة النصوص ومعرفة الناسخ من المنسوخ كي لا يحكم بخلافها ، انحصر المراد بالمعنى الثاني فباب الاجتهاد في زماننا منسد لا مسدود بل الفقيه الماهر المتضلع في فروع مسائل الاجتهاد اندر من الكبريت الامر في هذا العصر فلا حول ولا قوة الا بالله (اذا لم تكن الا الاسنة مركبا فليس على المضطر الا ركوبها) راجع ما تقدم في شرح المادة .
وبحث الاجتهاد في كتب الاصول (و) ينبغي ايضا

ان يكون واقفا على اصول المحاكمة

الظاهر ان المراد باصول المحاكمة مقدمات الحكم نحو ارسال اوراق الدعوية للمدعى عليه طبق الاصول الموضوعية مثلا والنظر في كيفية التبليغ والتبليغ وتشكيل الطرفين ومعرفة من يكون خصما ومن لا يكون واعطاء كل ذي كلام حقه من الكلام والمنع عن التجاوز الى فضول الكلام ورعاية المدة المضروبة لقبول الاعتراض على الحكم اذا كان غيايبا ومتى يسوغ له اصدار الحكم النهائي وفي سماع البيئات وفي التحليف ورعاية احكامه ورعاية اصول الكشف على المتنازع فيه اذا مست الحاجة وغير ذلك من الاحوال التي توجب نقض الحكم اذا لم تكن على اصولها فيتضرر صاحب الحق بالتأخير دون الوصول الى حقه ثم ان معرفة المسائل الفقهية فن وتطبيق حادثات الدعاوي عليها فن آخر فليس كل واقف على الفروع الفقهية مقتدرا في تطبيق حادثة الدعوى عليها فرما يلتبس عليه الشريك بالاجير مثلا ويد الامانة بيد الضمان بل

قد يلتبس عليه المدعى بالمدعى عليه - في القتاري الكاملة قال رجل لابي حنيفة اني حلقت لا اكلم امراتي حتى تكلمني وحلقت هي بصدقة ما تملك ان لا تكلمني حتى اكلمها فتعير الفقهاء. فيه فقال سفيان من كلم صاحبه حث فقال ابو حنيفة اذهب وكلمها ولا حث عليكما فذهب الى سفيان واخبره بما قال ابو حنيفة فذهب ابو سفيان لابي حنيفة مفضبا وقال تبيح الفروج فقال ابو حنيفة وما ذاك قال سفيان اعيدوا على ابي حنيفة السؤال فاعادوه واعاد ابو حنيفة القتوي فقال من اين قلت قال لما شافته باليمن بعد ما حلقت كانت مكلمة فسقطت بينه وان كلمها فلا حث عليه ولا عليها لانه قد كلمها بعد اليمين فسقطت اليمين عنها قال سفيان انه ليكشف لك من العلم عن شي. كلنا عنه غافل

[ومقتدرا على فصل وحسم الدعاوي الواقعة تطبيقا لها]

بضير المثني راجع الى المسائل الفقهية واصول المحاكمة وهو اولى مما في بعض النسخ تطبيقا لها بافراد الضير ولا يخفى ان المسائل الفقهية واصول المحاكمة مطبق عليهما، لانها الاصل في ان يطبق عليهما العمل في حادثات الدعاوي فالاصوب ان يقال تطبيقا عليهما بويده ان الاصل وهي العبارة التركيبية هكذا (ودعاوي واقعه بي) باداة المفعول به (انلره تطبيقا فصل وحسم او الميدير ولعل القصور نشأ من الترجمة

المادة ١٧٩٤ - يلزم ان يكون الحاكم مقتدرا على التمييز التام بناء عليه لا يجوز فضاء الصغير والمعتوه والاعمى والاصم الذي لا يسمع صوت الطرفين القوي

اعلم انه لا يكون اهلا للقضاء الا من هو اهل للشهادة قال في الدر لان كلا منهما من باب الولاية . والشهادة اقوى لانها ملزمة على القاضي والقاضي ملزم على الخصم ومن لا تصح شهادته لا يصح قضاؤه فلذا قيل حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة فالمدو لا تقبل شهادته على عدوه اذا كانت دنيوية فلا ينفذ قضاؤه عليه ثم انما تثبت العداوة بنحو قذف وجرح وقتل ولي لا بمخاصة نعم هي تتم الشهادة فيما وقعت فيه المخاصة تنوير ودر مختار وغيرها ولذا قال

[يلزم ان يكون الحاكم مقتدرا على التمييز التام]

بقوله وبصره وسمعه لان فاقد هذه القوي لا تصح شهادته فلا يصلح ان يكون قاضيا

بناء عليه لا يجوز قضاء الصغير المعتبر

والمد والآخرس

[والاعمى والاصم الذي لا يسمع صوت الطرفين القوي]

بخلاف الاطرش وهو من يسمع الصوت القوي فالاصم الصحة در مختار . وفي رد المحتار وينبغي ان يكون الحكم كذلك في المفتي فان قلت يفرق بينهما بان المفتي يقرأ صورة الاقناء ويكتب جوابه فلا يحتاج الى السماع قلت الظاهر من كلامهم عدم الاكتماء بهذا في القاضي مع انه يمكن ان يكتب له جواب التحصين فكذا في المفتي ويمكن الفرق

بان القضاء لا بد له من صيغة مخصوصة بعد دعوى صحيحة فيحاط فيه -
بمخلاف الاثنا. فانه افادة الحكم الشرعي ولو بالاشارة فلا يشترط فيه
السمع اه منح ملخصا واستدرك عليه في رد المختار بقوله قلت لا شك
انه اذا كتب له واجاب عنه جاز العمل بفتواه واما اذا كان منصوبا
للفتوى يأتيه عامة الناس من نساء واعراب وغيرهم فلا بد ان يكون
صحيح السمع لانه لا يمكن كل سائل ان يكتب له سؤاله وقد
يخصر اليه الخصمان ويتكلم احدهما بما فيه الحق عليه لا له والمفتي لم
يسمع ذلك منه فيفتيه على ما سمع من بعض كلامه فيضيع حق خصمه
فلا ينبغي التردد في انه لا يصلح ان يكون مفتيا عاما ينتظر القاضي
جوابه ليحكم به فان ضرر مثل هذا اعظم من نفعه - ثم ان القضاء
المقرون باداة السلب هنا يجوز ان يراد به المنيان الحاكمية والحكم راجع
امادة ١٧٨٤ . فعلى هذا لو تقلد احد القضاء وحكم مدة ثم تبين انه عبد
او محدود في قذف او معتوه مثلا ، لا تصح حاكميته ولا تكون احكامه
صحيحة لعدم قبول شهادتهم راجع المادة ١٦٨٦ . وفي الفتح لو قلد عبد
فتمتق جاز تقليده بتلك الولاية بلا حاجة الى تجديد - بمخلاف تولية صبي
قادرك او مجنون فافاق لا بد من تجديد ولايتها لان البدن من اهل الولاية
في الجملة بمخلاف الصبي والمجنون . ولو طرأ عليه العمى او الصمم او
الجنون بعد ان تقلد القضاء لا ينزل بسل يستحق العزل فلو زالت عنه
هذه العوارض ثم حكم نفذ حكمه لان هذا العارض مانع وقد زال
واذا زال المانع عاد المنوع راجع المادة ٢٤

واما العدالة فليست شرطا للقضاء فالفاسق اهل للقضاء فلو قلد يصح
الا انه لا ينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل
القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا واثم - ولو كان القاضي عدلا ففق
باخذ الرشوة او غيره لا ينزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب
وعليه . شايخنا رحمهم الله تعالى . وفصل بعض المشايخ فقال اذا قلد الفاسق
ابتدا يصح ولو قلد وهو عدل ينزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم

يكن راضيا بتقليده دونها (هداية) . وفي التفح اتفقوا في الأسرة
والسلطنة على عدم الانزعال بالفسق لانها مبنية على التقر والغلبة والفاسق
لا يصلح مفتيا لان الفتوى من امور الدين والفاسق لا يقبل قوله في
الديانات (در مختار عن ابن ملك) قال الصيني واختاره كثير من المتأخرين
وهو قول الائمة الثلاثة وقيل يصلح وبه جزم في الكثر لانه يجتهد حذر
نسبة الغلط - وفي المندية والمفتي لا يشترط ان يكون حرا ولا ذكرا
ولا ناطقا لان الاقتا. من قبيل الرواية والمفتي كالراوي لا كالشاهد والقاضي
ولذا تصح فتواه لمن لا تقبل شهادته له فيصح اقتا. الاخرس حيث فهمت
اشارته بل الناطق ان قيل له يجوز هذا فحرك راسه اي نعم ، جاز ان
يعمل باشارته وينبغي ان يكون متزا عن خوارم المروءة فقيه النفس
سليم الذهن حسن التصرف . وكذا الذي ولاء السلطان ناحية وجمل له
خراجا واطلق له التصرف فان له ان يولي ويمزل كذا قالوا . ولا بد من
ان لا يصرح له بالمنع او يعلم ذلك يعرفهم فان نائب الشام وحلب في
ديارنا يطلق لهم التصرف في الرعية والخراج ولا يولون القضاة ولا يمزلون
ولو ولي فحكم المولى ثم جاء بكتاب للسلطان لا يكون ذلك امضاء.
للقضاة والحرية شرط في السلطان وفي التقليد بالاصالة لا بطريق النيابة
فان السلطان اذا امر عبده على ناحية وامره ان ينصب القاضي جاز فان
نصبه كنصب السلطان بنفسه



الفصل الثاني

- في يابه آداب الحاكم -

الاداب جمع ادب في المصباح يقع على كل رياضة محموده يتخرج بها الانسان في فضيلة ونقل الجو اليقي في شرح ادب الكاتب الادب في اللغة حسن الاخلاق وفعل المكارم واطلاقه على علوم العربية مولد حدث في الاسلام - يقال ادب الرجل كعبس يادب ادبا فهو اديب جمعه ادباء ومعتد به ادب يادب كضرب يضرب والادبة والمأدبة بضم الدال طعام صنع لدعوة او عرس والادب بفتح فسكون مصدر ادبه يادبه دعاه الى طعام والادب الداعي الى الطعام قال طرفة

(نحن في المشتاة ندعو الجملى ما ترى الادب فينا ينتقر)

اي يعاب ولما كانت الحصال الحميدة تدعو الى الخير سميت ادبا والاداب هي من الكلمات المحموده عقلا وشرعا ينبغي ان يتحلى بها كل انسان وهي في قاضي الشرع اجدر لان عيون الناس مصروقة اليه ولذا قال

[يجتنب الحاكم الافعال والحركات التي تزيل مهابة المجلس]

اي من كل ما يزيل مهابته فالتوصيف باسم الموصوف يفيد التعميم لان القاعدة ان الشيء اذا وصف بوصف يعم جميع افراده يصير نصا في التعميم نحو [وما من دابة في الارض ولا طائر يطير بجناحيه] وهي كثيرة اتى ببعضها على وجه المثال فقال [كالبيع والثراء] اذا كان

لنفسه واما لاجل غيره كمال اليتيم والمسيون فلا حرج فاذا كان مثل
البيع والشراء معدودا فيما يزيل مهابة المجلس فنحو الاكل ورفع الصوت
والشتم والبذاءة وفضول الكلام من باب اولى [والملاطفة] والمزاح
مطلقا ولو في غير المجلس امكنها في المجلس اشين والملاطفة التي هي
عبارة عن الانبساط مع الغير بدون ايداء وان كانت غير ممنوعة شرعا
الا ان الاجتناب عنها رعاية للوقار وحشمة المجلس اولى ثم ان المزاح
الصادر عن قول حق ولم يكن على سبيل الاستهزاء والسخرية كذلك
غير منهي عنه شرعا الا انه ينبغي اجتنابه في حق القاضي للعلة المذكورة
وربما الاكثار منه يؤدى الى الايداء والعداوة وان كان عن سخرية
واستهزاء فهو حرام وربما يجر الى الكفر والعياذ بالله تعالى اذا كان عن استخفاف
في المسائل الدينية ففي البرازية رجل يجلس على مكان مرتفع اولا يجلس
عليه لكن يستلونه عن مسائل بطريق الاستهزاء ويضربونه بما شاءوا
وهم يضحكون ، كفروا ولو جمع الجماعة في موضع ثم قال لجمعناهم جما
او قال خسرناهم فلم نغادر منهم احدا كفو وكذا لو قال لغيره والنازعات
تزعا او ترعا ، كفو وكذا لو شرب الخمر وقال بسم الله او قال ذلك
عند الزنا او عند اكل الحرام المقطوع بحرمته او عند اخذ كعبتين للزد
كفو وينبغي للحاكم ان يجتنب بطانة السوء وليكن ضحكه تبسما ونظره
فراصة وتوسما واطرافه تفهما ويجالس الفقهاء ويشاورهم اذا عرضت له
مشكلة قال الامام الشافعي رحمه الله تعالى في كتاب الام بسنده قال
ابو هريرة رضي الله تعالى عنه ما رأيت احدا اكثر مشاورة لاصحابه من
رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال الله عز وجل (وامرهم شورى
بينهم) قال الشافعي قال الحسن ان كان النبي صلى الله عليه وسلم
لغنيا عن مشاورتهم ولكنه اراد ان يستق بذلك الحكم بعبه اذا تزل
بالحاكم الامر يحتمل وجوها ، او مشكل ينبغي له ان يشاور ولا ينبغي
له ان يشاور جاهلا لا معنى لمشاورته ولا عالما غير امين فانه ربما اضل
من يشاوره ولكنه يشاور من جمع العلم والامانة وفي المشاورة رضي

الحصم والحجة عليه - واما ما يقضي له من كاتب او اكثر يكون متصفا بالامانة والصلاح والاعتدار في تنظيم الصكوك وخلافها فذكر في قانون اصول المحاكمات الشرعية

المادة ١٧٩٦ - الحاكم لا يقبل هدية واحد من الحصمين

الاصل في ذلك ما في البخاري استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلا من الازد على الصدقة فلما قدم قال لكم هذا وهذا لي قال عليه الصلاة والسلام هلا جلس في بيت ابيه او بيت امه فينظر ايدي له ام لا قال عمر بن عبد العزيز كانت الهدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة واستعمل عمر ابا هريرة فقدم بما قال له من اين لك هذا قال تلاحت الهدايا قال له عمر هلا تعدت في بيتك فتنظر ايدي لك ام لا فاخذ ذلك منه وجعله في بيت المال

وتعليل النبي صلى الله عليه وسلم دليل على تحريم الهدية التي سبها الولاية (رد مختار عن الفتح) وكان من اجتهاد ابي هريرة حل ذلك - وفي البحر الهدية ليس احترازا اذ يحرم عليه الاستقراض والاستعارة ممن يحرم عليه قبول هديته كما في الخانية قلت ومقتضى هذا انه يحرم عليه سائر التبرعات فتحرم المحاببات ايضا ولذا قالوا له اجرة كتابة الصك بقدر اجر المثل فان مفاده انه لا يحل له اخذ الزيادة لانها محابة وعلى هذا فما يفعله بعضهم من شراء الهدية بشي يسير او بيع الصك بشي كثير لا يحل لانه اذا حرم الاستقراض والاستعارة فهذا اولى ولو تأذى المهدي بالرد يعطيه مثل قيمتها (در مختار) ولو تعذر الرد لعدم معرفته او بعد مكانه وضعها في بيت المال لترد على صاحبها اذا اظهر فتح ويستثنى من ذلك كما في التنوير وحواشيه اربعم الهدية من السلطان او من وال تولى الامر منه او من قريبه المحرم فخرج ابن العم او ممن جرت عاذته بذلك بقدر عادته فلوزاد لا تقبل الزيادة الا ان مال المهدي قد زاد فبقدر

ما زاد ماله اذا زاد في الهدية لا بأس بقبولها (فتح) ومع هذا يشترط ان لا يكون لها خصومة فان قبلها بعد انقطاع الخصومة جاز - وفي ط عن الحموي الا ان يكون مما لا تنهاى خصوماته كنظار الاوقاف ومباشرها - ثم هذا في الهدية فالرشوة من باب اولى والفرق بين الهدية والرشوة ان الرشوة ما يعطيه بشرط ان يعينه والهدية لا شرط معها وفي الخانية الرشوة على وجوه اربعة

منها ما هو حرام من الجانبين وذلك في موضعين احدهما اذا تقلد القضاء بالرشوة حرم على القاضي والآخذ وفي صلح المراج تجوز المصانعة للاوصياء في اموال اليتامى وبه يفتى ثم قال من الرشوة المحرمة على الآخذ دون الدافع ما يأخذه الشاعر

الثاني اذا دفع الرشوة الى القاضي ليقضي له حرم من الجانبين سواء كان القضاء بحق او بغير حق

ومنها ما اذا دفع الرشوة خوفا على نفسه او ماله فهو حرام على الآخذ غير حرام على الدافع فكذا اذا طمع في ماله فرشاه في بعض المال ومنها اذا دفع الرشوة ليسوي امره عند السلطان حل له الدفع ولا يحل للآخذ فان اراد ان يحل الآخذ يستاجر الآخذ يوما الى الليل بما يريد ان يدفع اليه فانه تصح هذه الاجارة . ثم المستاجر ان شاء استعمله في هذا العمل وان شاء استعمله في غيره - هذا اذا اعطاه الرشوة اولا ليسوي امره عند السلطان وان طلب منه ان يسوي امره ولم يذكر له الرشوة واعطاه بعد ما يسوي اختلفوا فيه والصحيح انه يحل لانه يريد مجازاة الاحسان ولم ار قسما يحل فيه الآخذ دون الدفع - واما الحلال من الجانبين فهو الاهداء للتودد والمجبة وفي السير الكبير الرشوة لا تملك الى ان قال ابراه عن الدين ليصلح مهمة عند السلطان لا يبرأ وهو رشوة ولو ابى الاضطجاع عند امراته فقال ابرئني عن المهر فاضطجع معك فابرائه قيل يبرأ لان الابراء للتودد الداعي للجماع بخلاف الابراء ليصلح مهمة عند السلطان لانه مقصود على اصلاح المهم واصلاح

المهم مستحق عليه ديانة وبذل المال فيما هو مستحق عليه خد الرشوة
واعلم ان التوبة من الرشوة لا تكون الا برد المال الى صاحبه
والنص للقاطع بجرمتها جاء في الكتاب وهو قوله تعالى في سورة النساء
(يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل) وفي سورة
البقرة (ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل وتدلوها اليها الى الاحكام)
معنى الاية على ما ذكره اهل التفسير لا تأكلوا اموالكم بينكم
بالباطل اي بالوجه الذي لم يبيحه الله تعالى وذلك الوجه كالرشوة او
الربا او السرقة او الغصب ظلما . والوجه الذي اباحه الشرع التجارة
والهبة الصحيحة وغير ذلك . والادلاء اصله من ادليت دلوى ارسلتها في النذر
للاستقاء فاذا استخرجتها قلت دلوتها ثم جعل كل القاء قول او فعل
ادلاء ومنه يقال للمحتج ادلى بجهته كانه يوسلها ليصير الى مراده وفلان
يبدى الى البيت بقراية او رحم اذا كان منتسبا اليه فيطلب الميراث
بتلك النسبة طلب المستحق الماء بالدلو وقوله تعالى وتدلوها داخل في حكم
النهي اي لا تدلوها اليها الى الاحكام اي لا ترشوها اليهم او تلقوا امرها
والحكومة فيها اليهم لتأكلوا طائفة من اموال الناس بشهادة الزور او
باليمين الكاذبة او بالصلح مع العلم بان المقضى له ظالم - والفرق بين
الوجهين ان الاحكام على الاول حكاهم للسوء الذين يقبلون الرشا التي هي
رشا الحاجة فيها يصير المقصود البعيد قريبا واذا اخذها حاكم السوء مضى
في الحكم كمضي الدلو في الارسال وقد قالوا اذا دخلت الرشا من
الابواب خرجت الامانة من الكوات - وعلى الثاني قد يكون الحاكم
عادلا ولكن قد يشبهه عليه الحق فليثق الله تعالى من خاصم وهو ظالم في
الطبري عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما هذه الآية في الرجل يكون
عليه مال وليس عليه فيه بينة فيجهد المال فيخاصم فيه الى الاحكام وهو
يعرف الحق عليه وهو يعلم انه آثم آكل حرام
واعلم ان من قضى له بالباطل فان خصومته لم تنقض حتى يجزم الله
بينهما يوم القيامة فيقضي على الباطل للمحق ويأخذ مما قضى به للبطل

على المحق في الدنيا - قال تعالى (يادارد انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله) -
والامر هنا للوجوب كما ان النهي للتحريم - واما السنة فقد اورد في
الجامع الصغير لمن الراشي والمرتبي

واعلم ان خلاصة ما في الكتب الفقهية من مداخل الحلال ، لا تخلو
اما ان تكون باختيار المملك ، او بغير اختياره كالارث والذي باختياره
اما ان لا يكون مأخوذا من مالك كالمطاد ، واما ان يكون مأخوذا
من مالك وذلك اما ان يؤخذ قهرا او بالتراضي والمأخوذ قهرا اما ان
يكون لسقوط عصمة المالك كالفنم ، او لاستحقاق الاخذ كزكوة المتعين
والنفقات الواجبة عليهم - والمأخوذ تراضيا ان يؤخذ بعوض كالبيع
والصداق والاجرة - واما ان يؤخذ بغير عوض كالهبة فهذه ستة

الاول مالا يؤخذ من مالك كنبيل المادان واحياء الموات والاصطياد
والاحتطاب والاستقاء من الانهار والاحتشاش فهذا حلال بشرط ان لا
يكون المأخوذ مختصا بذى حرمة من الآدميين

الثاني المأخوذ قهرا بمن لا حرمة له وهي الفيء والغنيمة من المعاريين
من غير المسلمين وذلك حلال للمسلمين اذا اخرجوا منه الخمس فقسوه
بين المستحقين بالعدل ولم ياخذوه بمن له حرمة وامان وعهد

الثالث المأخوذ قهرا لاستحقاق عند امتناع من عليه فيؤخذ دون
رضاه وذلك حلال اذا تم سبب الاستحقاق وتم وصف المستحق واقتصر
على المستحق

الرابع ما يؤخذ تراضيا بمعاوضة وذلك حلال اذا روعي شرط
العوضين وشرط العاقدين وشرط لفظي الايجاب والقبول مع ما تعبدنا
الشرع به من اجتناب الشروط المفسدة

الخامس ما يؤخذ بالرضى من غير عوض كما في الهبة والصدقة اذا
روعي شرط العقود عليه وشرط العاقدين وشرط العقد ولم يورد الى
ضرد يوارث او غيره

السادس ما يحصل بغير اختياره كالإثراء وهو حلال اذا كان المورث قد اكتسب المال من بعض الجهات المحس على وجه حلال - ثم كان ذلك بعد قضاء الدين وتنفيذ الوصايا وتمديد القسمة بين الورثة وانفraz الزكوة والحجج والكفارة ان كانت واجبة -

فهذه مجامع مداخل الحلال وما سوى ذلك محرام لا يجوز اكله وكذا اذا كان من هذه الجهات وصرفه الى غير المصارف الشرعية كالخمر والزمر والزنى واللباطة والميسر والسرف المحرم وكل هذه الوجوه داخلة تحت قوله سبحانه (لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل) - ثم لو اخذ القاضي القضاء برشوة دفعها لتوليته بان اخذها منه الامام او قومه وهو عالم به مشى في المكتر وغيره على انه لا يصير قاضيا فلا تصح قضاياه وهو الصحيح واما لو قضى برشوة ففيه اختلاف قيل لا ينفذ فيما ارتشى فيه وينفذ فيما سواه وهو اختيار شمس الاثمة وقيل لا ينفذ فيها ورجح في الفتح الاخير ، لان حاصل امر الرشوة فيما اذا قضى بحتي ، ايجابها فقهه وقد فرض ان الفسق لا يوجب العزل فولايته قائمة وقضاؤه بحتي فلم لا ينفذ وينبغي اعتماده للضرورة في هذا الزمان والاه بطلت جميع القضايا الواقعة اليوم وقامه في الفتح

المادة ١٧٩٧ - الحاكم لا يذهب الى ضيافة احد الخصمين

قطعا

الخصومة تمنع من ذهابه الى الضيافة مطلقا سواء كان بين المضيف والقاضي قرابة او مباشرة قبل القضاء ام لا وسواء كانت عامة او خاصة ولهذا قال قطعا لانها توجب التهمة وايذاء قلب احد المتخاصمين واما في غير المتخاصمين فله الذهاب في العامة لانها لا توجب التهمة دون الخاصة اذ ليس للقاضي ان ينتفع بشيء من اموال الناس بلا بدل والعامة هي

التي يتخذها المضيف حضر القاضي ام لا . والخاصة هي التي لا يتخذها لولا حضور القاضي كذا في الهداية وحكي عن القاضي ابي علي النسفي ان العامة هي دعوة العرس والختان وما سواها خاصة واستحسنه في الفتح قال فان التائب هو كون الدعوة العامة هاتين وربما مضى عمر ولم يعرف من اصطنع طعاما ابتداء لعامة الناس بل ليس الا لهاتين الحصلتين او لمخصوص من الناس ولانه اضبط فان معرفة كون الرجل لو لم يحضر القاضي لم يصنع او يصنع ، غير محقق فانه امر مبطن وان كان عليه لوائح ليس كضبط هذا ويكفي عادة الناس في ذلك وعادة الناس هي ما ذكر النسفي

وبحث في البحر بانه ليس بجهن لان العامة عرفا لا تنحصر في هاتين لان الحقيقة كذلك وكذا طعام القدوم من سفر الحج وفي زماننا يصنع طعام في المدين فالمتعمد ما في الهداية وفي السراج الوهاج انه اصح ما قيل في تفسيرها اه واختاره شمس الأئمة السرخسي

اقول وكذا ما جرت به العادة في بلادنا من الاصطناع في شهر رمضان بل كثيرا ما يمرض للانسان من حالات يتخذ لاجلها مأدبة كقدوم صديق او عميل او غير ذلك يجتمع اليها اودآه لا تكون لاجل القاضي فلا شك ان قول صاحب الهداية اضبط - لكن له ان يجيب الدعوة الخاصة في موضعين لمعومه وان له عادة في دعوته قبل ان يصير قاضيا بشرط عدم الخصومة فيها ولا يزداد على المعتاد فلو كان من عادته دعوته في الشهر مرة قبل القضاء فصار يدعوه في كل اسبوع مرة لا يجيبه ولو اتخذ له طعاما اكثر من الاول لا يجيبه الا ان يكون ماله قد زاد (بحر عن التارخانية) - قيد بالضيافة لان له ان يشهد الجنائز ويعود المريض لان هذا من حق المسلم على المسلم فقي الحديث للمسلم على المسلم ست حقوق اذا دعاه يجيبه واذا مرض يعودوه واذا مات يحضره واذا لقيه يسلم عليه واذا استنصحه ينصحه واذا عطس يشتمه وهو لا يسقط بالقضاء لكن لا يطيل مكثه في ذلك المكان وانما يعود بشرط

ان لا خصومة له والا فلا
واما هو فلا مانع من ان يتخذ ضيافة لكن لا يضيف احد
المحصنين دون خصمه لان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك ولان
فيه تهمة عناية وفي الفتح جاء رجل قتل على علي رضي الله تعالى عنه
فاضافه فلما قال اني اريد ان اخاصم قال له علي رضي الله تعالى عنه
تحول فان النبي صلى الله عليه وسلم نهانا ان نضيف الخصم الا ومعه خصمه

المادة ١٧٩٨ - الحاكم لا يوجد في حال وحرمة توجب
التهمة وسوء الظن كقبول احد الطرفين في داره والخلوة في
المجلس معه او الاشارة بالعين او اليد او الرأس الى احدهما او
قوله لاحدهما كلاما خفيا او قوله لاحدهما بلسان لم
يفهمه الآخر

[الحاكم لا يوجد في حال وحرمة توجب التهمة وسوء
الظن]

فينبغي منه الاجتناب عن كل شي. يوجب ذلك وهذا لا يدخل
تحت الحصر وهذا اتى على وجه المثال بقوله

[كقبول احد الطرفين في داره والخلوة في المجلس معه]

سواء كان في مجلس المحاكمة او غيره فالجلس باعتبار عمومه يعني عن
قوله كقبول احد الطرفين في داره بل القبول في داره ادعى للتهمة
فيتجنب عن ذلك من باب اولي - والاصل في هذا ما اخرج في الجامع

الضخيرة عن عبد الله بن عدي الجرجاني قال صلى الله عليه وسلم (اذا ابتلى احدكم بالقضاء بين المسلمين فلا يقضي وهو غضبان وليس بينهم في النظر والاشارة) وخص المسلمين لا صالتيهم والا فاللهي يتناول ما لو قضى بين ذميين رفا اليه والتسوية في المجلس ان لا يرفع بعضهم على بعض وفي الاشارة ان لا يشير الى واحد دون الاخر والامر للوجوب ولفظ الاشارة في الحديث يشمل ما ذكره بقوله

[والاشارة بالعين او اليد او الرأس الى احدهما]

ويدخل في هذا ضحكه في وجه احد الطرفين لانه يجترى. بذلك على خصه وبالاولى قيامه له

او قوله لاحدهما كلاما خفيا

لما فيه من مكسرة قلب الاخر وهذا مؤذي ما جاء في كتاب سيدنا عمر المتقدم ان اس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك

او قوله بلسان لا يفهمه الآخر

فكل ذلك يدعو الى التهمة هذا وقد اخرج البخاري في كتاب الادب عن عبد الله رضي الله تعالى عنه قال قال صلى الله عليه وسلم (اذا كانوا ثلاثة فلا يتناجي اثنان دون الثالث) فاذا كانت المسارة من اثنين في حضور ثالث مكروهة شرعا فما بالك بمسارة القاضي مع احد الخصمين قال في الهداية ولا يسار احدهما ولا يلغنه حجته بان يعين

احد الخصمين بتلقين من عنده على اقامة دعواه وعن ابي يوسف لا بأس به (در مختار عن المني) والتعير بلا بأس يفيد ضعف هذه الرواية وفي رد المختار نعم في البحر عن الحانية ولو امر القاضي رجلين ليملاه الدعوى والخصومة فلا بأس به خصوصاً على قول ابي يوسف ، لانه كان قاضي المشرق والمغرب وجرب وزيادة التجربة تفيد زيادة علم - اقول وهذا لا ينكر استحسانه اذا كان احد الخصمين امياً جاهلاً لا يحسن الدعوى مع خصم ماهر متحيل واما تلقين الشاهد وهو ان يلقن القاضي ما يستفيد به الشاهد علماً بما يتعلق بالشهادة مثل ان يقول اتشهد بكذا وكذا ، فمكره لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم وهو قول ابي يوسف الاول ثم رجع واستحسن التلقين لمن استرلته الحيرة او الهية فترك شيئاً من شرائط الشهادة فيعينه بقوله اتشهد بكذا وكذا لكن هذا في غير موضع التهمة اما فيها بان ادعى المدعي الفأ وخمسية والمدعى عليه ينكر الخمسية وشهد الشاهد بالف فيقول القاضي يحتمل انه ابرأه من الخمسية واستفاد الشاهد بذلك علماً فرفق به في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق كما في تلقين احد الخصمين - وفي المبسوط ما قاله عزيم لان القاضي منهى عن اكتساب ما يجر اليه تهمة الميل وتلقين الشاهد لا يخلو منه وقول ابي يوسف رخصة لما ابتلي بالقضاء. شاهد الحصر عند اداء الشهادة لان مجلس القضاء مهاب فيضيع الحق اذا لم يرضه على اداء الشهادة فكان تلقينه احياناً للحق وكذلك ينهي اعوان الحاكم من الكتابة والخدمة من الكلام خفياً مع احد الخصمين والله الموفق

المادة ١٧٩٩ - الحاكم مأمور بالعدل بين الخصمين بناء عليه يلزم ان يراعي العدل والمساواة في المعاملات المتعلقة بالمحاكمة كاجلاس الطرفين واحالة النظر وتوجيه الخطاب اليهما

وان كان احدهما من الاشراف والآخر من آحاد الناس

العدل هو الاساس الاقوى الذي تبني عليه مصالح الدين والدنيا وبه تصان الاموال والاعراض والدماء والفروج وبه يقم الفساد وتنظم احوال العالم والبلاد والآيات القرآنية والاحاديث النبوية طافحة بالحث على التمسك باهدابه والولوج من بابه فعلى من تولى القضاء بين الناس ان يتخذ هذه الامانة خيرا لباسا ويعلم ان عذاب الله شديد وما يلفظ من قول الا لديه رقيب عتيد وليتذكر الحساب والسؤال يوم تعرض الاعمال (ومن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره) وليتقد بالسلف كيف كانت سيرتهم بالعدل والانابة الى الله عز وجل روي ان يهوديا اشتكى سيدنا عليا الى سيدنا عمر رضي الله عنها وعلي كما علمت ابن عم النبي صلى الله عليه وسلم وزوج بنته واحد المرشحين للخلافة فقال له عمر ثم يا ابا الحسن فاجلس امام خصمك ففعل مع اغترار لاح علي وجهه المكرم فلما انتهت القضية سئل عمر قائلا اكرهت يا علي ان تجلس امام خصمك قال لا ولكنني تكدرت لكونك لم تلاحظ المساواة بيننا بقولك لي يا ابا الحسن لان الكنية تشعر بالتعظيم ويكفي في هذا الموضوع رسالة سيدنا عمر الى ابي موسى الاشعري

ثم هذه المادة تتضمن وجوب العدل في المعاملات المتعلقة بمحاكمة الخصمين قبل الحكم وهي مقدماته فابالك في نفس الحكم فلا يغرب عن فكرك التدبر في الايات الثلاث الكريمة (ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الكافرون ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الظالمون ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الفاسقون) قال في الفتح وينبغي للخصوم اذا وصلوا ان لا يسلخوا على القاضي فاذا سلخوا لا يجب على القاضي رد سلامهم فان رد يقتصر على قوله وعليكم - ثم المفتي ايضا

يلزم ان يكون موثوقا به في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالاستسنة
والآثار ووجوه الفقه (تنوير) واما الاجتهاد فشرط الاولوية لتمذره في
زماننا - وينبغي له ان يذكر في فتواه دليل الحكم وماأخذه ما امكنه
واذا كان الحكم مستغربا جدا لم تألفه النفوس وانما الفت خلافة ، فينبغي
للمفتي ان يذكر قبله ما يكون موثقا به كالل دليل عليه توطئة للحكم
الذي يفتي به وقد يتوقف بعض المفتين عن اعطاء الفتوى وان كانت
حقا لمخالفتها لغرض السائل ومنهم من يدل المستفتي على مفت او مذهب
يوافق غرضه فهذا غير جاز على الاطلاق بل ينظر فان كانت الحادثة
المسئول عنها من مسائل العمل بالكتاب والسنة التي فيها نص عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم لا يسهه توقفه في الافتاء من اجل عدم موافقة
غرض السائل ، وان كانت من المسائل الاجتهادية التي تتجاذبها الاقوال والاقيسة
فان لم يترجح له قول منها لم يسهه ان يرجعه لغرض السائل وان
ترجح له افتاه فان السائل انما يستله عما يلزمه في الحكم ويسهه عند الله
تعالى فان عرفه المفتي افتاه به سواء وافق غرضه او خالفه - ويجرم على
المفتي ايضا اذا جاءته مسألة فيها تحيل على اسقاط واجب او تحليل محرم
او مكر او خداع ان يعين المستفتي فيها ويرشده الى مطاوبه او يفتيه
بالظاهر الذي يتوصل به الى مقصده بل ينبغي ان يكون بصيرا بمكر
الناس وخداعهم واحوالهم وكم من مسألة ظاهرها جميل وباطنها مكر
وخداع وكم من باطل يخرج الرجل بحسن لفظه وتنميته وابراره في
صورة حق ، ومن حق يخرج بهتجينه وسوء تمبيره في صورة باطلة ومن
له ادنى فطنة وخبرة لا يخفى عليه ذلك اه بنوع تلخيص من اعلام
الموقمين لابن القيم وقواعد مذهبنا لا تأتي ذلك



الفصل الثالث

- في يابه وظائف الحاكم -

المادة ١٨٠٠ - الحاكم وكيل من قبل السلطان لاجراء
المحاكمة والحكم

اصل الحكم وادارة الشئون ان يكون للسلطان لانه صاحب الامامة الكبرى وجميع من يعمل للعموم يكون وكيلا عنه - لكن الوكالة قد تكون بلا واسطة كأن يقول السلطان لزيد وكلتك بالحكم بين الناس، ولاخر بمجباية الاموال وحفظها، ولاخر بحفظ الثغور، ولاخر بادارة الامور السياسية، ولاخر بعقاب المجرمين وهكذا كما هو صريح المادة ١٤٥٩ - وقد يكون بالواسطة كأن يقلد السلطان انسانا عملا ويفوض له الغزل والنصب فالعين من قبل تلك الذات المفوض اليها يكون ايضا وكيلا من قبل السلطان لا من قبله وهو صريح المادة ١٤٦٦ - قال في التنوير الوكيل لا يوكل فيما وكل فيه الا باذن امره وان وكل به اي بالاذن او التفويض فهو اي الثاني وكيل الامر فلكونه وكيل السلطان لا ينزل بموت موكله اعني الوكيل الاول . واما عدم عزلهم بموت السلطان مع ان الوكيل الاول والثاني ينزلان بموت الموكل ، فلان السلطان ليس عاملا لنفسه في هذا التوكيل بل لمصلحة الرعية فيبقان على وكلاتهما لما في الهندية واذا مات الخليفة وله قضاة وولاة فهم على حالهم وليس هذا كالوكالة . وانما صح الغزل عن فوض له السلطان مع ان الثاني ليس وكيلا عنه بل عن السلطان لان تفويض السلطان له يتضمن الاذن له بالغزل

راجع المادة (١٨٠٥) - ويتفرع على كون القاضي وكيلًا عن السلطان ، ان القضاء كالوكالة يجوز ان يكون مطلقا وان يكون معلقا بشرط او مضافا الى وقت راجع المادة (١٤٥٦) - وانه يجوز للسلطان ان يعزله بموجب كالفسق والارتشاء والجور او بغير موجب، وانه كما في المادة ١٥٢١ يجوز للقاضي الاستعفاء من القضاء. لكن لا ينزل ما لم يصل استعفاؤه الى السلطان او من فوض اليه السلطان فلو حكم قبل وصول استعفائه نفذ حكمه. قال في التنوير وشرحه للوكيل عزل نفسه بشرط علم موكله وكذا يشترط علم السلطان بعزل قاض وامام نفسها والا لا

المادة ١٨٠١ - القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان والمكان واستثناء بعض الخصوصات مثلا الحاكم المأمور بالحكم بمدة سنة يحكم في تلك السنة فقط وليس له ان يحكم قبل حلول تلك السنة او بعد مرورها وكذلك الحاكم المنصوب في قضاء يحكم في جميع اطراف ذلك القضاء وليس له ان يحكم في قضاء آخر والحاكم المنصوب على ان يحكم في محكمة معينة يحكم في تلك المحكمة فقط وليس له ان يحكم في محل آخر وكذلك لو صدر امر سلطاني بان لا تسمع الدعوى المتعلقة بالخصوص الفلاني لملاحظة عادلة تتعلق بالمصلحة العامة ليس للحاكم ان يستمع تلك الدعوى ويحكم بها او كان الحاكم بمحكمة ماذونا باستماع بعض الخصوصات المعينة فله ان يسمع الخصوصات التي اذن بها وان يحكم فيها فقط وليس له استماع ما عداها والحكم بها وكذلك لو صدر امر سلطاني بالعمل برأي مجتهد في خصوص لما بان رأيه بالناس ارفق

ولصحة العصر اوفق فليس للحاكم ان يعمل برأي مجتهد
آخر مناف لرأي ذلك المجتهد واذا عمل لا ينفذ حكمه

ذكر في المادة الآتفة ان القاضي وكيل عن السلطان والوكالة تجوز
معلقة ومنجزة مطلقة ومقيدة ولهذا قال

[القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان والمكان واستثناءه
بعض الخصوصيات]

بان لا يحكم فيها، او بعض الاشخاص بان لا يحكم بينها
واعلم ان هذه كلها وان تمددت ظاهرا توول لمعنى واحد وهو
تقييد عمله بما شرط وعدم جوازه فيما خرج عن ذلك فمطلق يتخصص على
يتقيد عطف تفسير يعني ذكر احدهما عن الآخر لان المقيد بقيد يتخصص
به فيخرج عن الحكم ما ورآه - كذلك ما سيأتي اذا امر السلطان
القاضي ان يحكم برأي مجتهد معين يتقيد به ولا يجوز الحكم بخلافه

[مثلا الحاكم المأمور بالحكم بمدة سنة يحكم في تلك
السنة فقط وليس له ان يحكم قبل حلول تلك السنة]

لانه اضاف تعيينه الى دخول اول السنة في المستقبل فلا يكون
قاضيا قبل حلول اول السنة [او بعد مرورها] اذ بمرورها ينزل فلا ينفذ
حكمه بعد - لكن لو اضيف تعيينه الى حلول اول السنة ولم يقيد بمدة
لانتها. يعتبر قاضيا من اول السنة غير مقيد بوقت لانتها. ما لم يغزل

وعلى هذا التوقيت كانت العادة في حكومة العثمانيين والحكمة في ذلك انه كان قديما لا يتعين لمنصب القضاة الا الافاضل الاعلام المتبحرون في العلوم والفنون الماثرون على التدريس ونشر العلوم - قال في الهندية ومن حق السلطان ان ينظر الى هذا القاضي اذا مضى عليه حول فيقول لا فساد فيك ولكن اخشى عليك ان تنسى العلم فعد وادرس العلم ثم عد الينا حتى نقلدك ثانيا كذا في النهاية - واستمرار هولاء على الاشتغال في وظيفة القضاة ربما يؤدي الى ضعف براعتهم في غير علم الفقه فحرفا على حياة العلم كانت المدة في الحرمين الشريفين سنة وفي غيرها سنتين ثم يعودون الى التدريس وهكذا وما زالت هذه الحطة حسنة حتى انقلبت سيئة منذ نصف قرن - فقد اسسوا مكتبا في الاستانة لتعليم ما يتعلق بالقضاء من الفقه والفرائض وفن الصكوك على ان يكون هذا السلك مخصوصا للمتخرجين منه فكان يخرج من هذا المكتب الفث والسمين ومع هذا فكثير من عامة الناس الذين لا نصيب لهم من العلم ولا خرجوا من المكتب يندرج في هذا السلك بالشقاعة والدينار ثم بعد هذا ما زالوا ماثرين على توقيت القضاة والحكمة في ذلك ان ييدهم الحل والعقد في تعيين القضاة وهم قاضي القضاة المعبر عنه بشيخ الاسلام ومن تحت يده من اعضاء مجلس انتخاب القضاة كانوا يحرصون على دوام هذه القاعدة التي صارت اعظم سيئة في زمانهم بعد ان كانت حسنة في الاعصر السابقة لما ان تبدل القضاة والحلال الوظائف وكثرة المراجعين في ابوابهم تدر عليه بالمنافع والمدايا من كل قج عميق وفوق هذا لا يمينون قاضيا ويعطونه المراسلة الا باخذ مبلغ معلوم منه يصغونه باسم خرج مراسله (ثم انقضت تلك السنون واهلها فكاننا وكأنهم احلام) فلا ترى مغبونا مثل اولئك القضاة المساكين ينفقون اعمارهم يوما مجذرى ويوما بالعقيق وهم بين ذلك افواجا افواجا يدخاون باب المشيخة بطاننا ويخرجون خصا

وبناء على تقيده بالزمان اذا قلد السلطان رجلا قضاة يوم يجوز

ويتأقت (هندية) وأشار الى التقييد بالمكان بقوله

[وكذلك الحاكم المنصوب في قضاء يحكم في جميع
اطراف ذلك القضاء]

استفيد من هذا ان المصر ليس بشرط لنفاذ القضاء. وهي رواية
الثوادر مشت عليها المجلة فله ان يحكم في قرية تابعة للمصر الذي هو
فيه اما على ظاهر الرواية فالمصر شرط لنفاذ القضاء. فلو قلد السلطان رجلا
قضاء بلدة كذا، لا يصير قاضيا في سواد تلك البلدة ما لم يقلد قضاء البلدة
ونواحيها (هندية) فقاضي الشام مثلا لا يحكم في حلب وتوابعها ولا
في لواء حمص وتوابعه

[والحاكم المنصوب على اثن يحكم في محكمة معينة]

اي مكان مخصوص من البلدة مثلا امره السلطان ان لا يحكم
الا فيها

[يحكم في تلك المحكمة فقط وليس له ان يحكم في
محل آخر]

في الهندية واذا قيده بالمكان يجوز ويتقيد بذلك فعلى هذا لو قيد
القاضي اناة نائبه في مسجد معين لا يكون للنائب ان يقضي في مسجد
آخر لكن في زماننا لم يعهد الى القضاة التقييد بالمكان بهذا الوجه

[كذلك لو صدر امر سلطاني بان لا تسمع الدعوى المتعلقة
بالخصوص الفلاني لملاحظة عادة تتعلق بالمصلحة العامة]

كقطع اسباب الخيل والتزوير

[ليس للحاكم ان يسمع تلك الدعوى ويحكم بها]

استثناء امور مخصوصة من الوقائع بان لا تسمع الدعوى فيها ، تقييد
للقضا. ايضا فالقاضي غير منصوب في حقها للنهي السلطاني فلو رآها وحكم
فيها لا ينفذ حكمه والحصوصات قسما

القسم الاول قد تكون عامة لكل فرد ومن هذا القبيل ما تقدم
في المادة ١٦٦ وتواليها فاللدعاري التي مضى عليها مرور الزمان عامة لا
يجوز سماعها من كل احد سواء دافع المدعى عليه بمرور الزمان او سكت
فالقاضي يردّها الا ان يكون اقرار - ومن ذلك اذا وقف المديون
ملكه ولو في صحته هربا من الدين فالقضاة ممنوعون من تسجيله للنهي
السلطاني فلو وقف المديون لهذا الغرض ولم يكن له مال آخر لوفاء
الدين وراجع الغرماء القاضي يبطل وقفه . ومن ذلك ورود النهي السلطاني
عن سماع الدعوى بعد وقوع الفراغ في الاملاك الصرفة او الموقوفة مثلا
بالاجارتين بان الفراغ كان بطريق المواضعة او بان المفروغ له كان اسمه
في السند مستعارا لا تسمع الدعوى فلو سمعها القاضي وحكم فيها
بيينة مزكاة او بنكول المدعى عليه عن اليمين لا ينفذ حكمه - ومثل
هذا ورود النهي السلطاني بتاريخ ٢٦ صفر سنة ١٢٧٨ عن سماع الدعوى
بما يخالف مندرجات السند بعد فراغ الاراضي او ما كان منها موقوفا
وفقاً غير صحيح وهو ما وقفت حاصلاتها من طرف السلطان لمصلحة عمومية

بان الفراغ كان بطريق الوفاء لا بتاتا - ومن هذا ايضا ما لو فرغ شخص ارضه لآخر مجانا ثم بعد ذلك ادعى الفارغ ان الفراغ كان على شرط ان المفروغ له ينفق على الفارغ مدة حياته ولم يكن هذا الشرط مندرجا في سند الفراغ لا تسمع كما لا تسمع لو ادعى بعد الفراغ انه وقع وفاء او ان الفارغ كان اعطاه رهنا قبل الفراغ

القسم الثاني ان تكون الخصوصات خاصة كما لو امر السلطان القاضي بعدم استماع دعوى زيد مطلقا او الى اجل معين لا يسمعها فلو عمل وحكم لا ينفذ او امر ان لا يكون زيد نائبا من بعد ، فعينه قاضي البلدة لا يصح ولا ينفذ حكم ذلك النائب كذلك اذا ولي السلطان انسانا ان يحكم في قضية مخصوصة بين زيد وعمرو فقط لا يجوز ان يحكم بين غيرها في امر ما ولا بينها في دعوى اخرى

﴿ تنبيه ﴾

لا كلام في ان القاضي لا ينفذ حكمه فيما استثناء السلطان من الخصوصات لكون القاضي حينئذ غير ماذون فيها باعتبار انه وكيل عنه لكن استثناء الخصوصات يلزم ان يكون الفرض مرضي والا فيجب على العلماء ان ينصروه ومن استثناء الخصوصات ما افاد بقوله

[او كان الحاكم بحكمة ماذونا باستماع بعض الخصوصات التي اذن بها ان يحكم فيها فقط ليس له استماع ما عداها
والحكم بها]

كحكمة القسام العمومي التي كانت في دائرة المشيخة الاسلامية
وحكمة الاوقاف ضمن نظارة الاوقاف كل حاكم في هذه او هذه

مأذون بالحكم في قضايا مخرصة لا يتعداها كذلك المعام الشرعية في
زماننا تحكم بالقسامة والارث والدية والارش وانقصاص والفرقة وحكومة
عدل والطلاق والصحاح والنفقة والحضانة والوقف وفي غير هذا حكم
القاضي غير نافذ

[كذلك لو صدر امر سلطاني بالعمل برأي مجتهد في
خصوص لما ان رأيه بالناس ارفق ولمصلحة العصر اوفق فليس
للحاكم ان يعمل برأي مجتهد آخر مناف لراي ذلك المجتهد
واذا عمل لا ينفذ حكمه]

هذا وجه آخر من الخصوصات التي يقيد بها القضاة ، لانه عمل بتا ليس
مأذونا فيه من الاقوال المجتهد فيها فلا ينفذ حكمه وفي مضطحة جمعية
المجلة اول الكتاب صراحة بهذا .

اعلم ان قاطبة اهل الاسلام اليوم على تقليد الأئمة الاربعة ابي
حنيفة والشافعي ومالك واحمد بن حنبل رضي الله تعالى عنهم لاندراس مذهب
من سواهم واندراس مقلديهم ولتدوين هذه المذاهب بتحريرها ونقلها
الماتواتر في مشارق الارض ومغاربها ولقد كثرت من بعدهم عوائق
الوصول الى رتبة الاجتهاد فدعي الاجتهاد لهذا العهد مردود على عقبه
لا يجوز تقليده لانه يؤدي الى التلاعب لتعذر شروطه فلم يبق الا المصير
الى تلك المذاهب الاربعة . ثم ان معظم اهل العراق والهند والصين
والترك والكثير من الشاميين على مذهب الامام ابي حنيفة ومعظم
اهل المغرب والاندلس على مذهب الامام مالك واكثر المقلدين للامام
احمد ابن حنبل في الشام والعراق ومقلدوا الامام الشافعي في مصر اكثر
مما سواها والمعاملات اليوم في احكام قضائنا على مذهب الامام ابي
حنيفة فاذا وقعت حادثة بين غير المقلدين لمذهبه وارادوا الحكم على

مذهب من يقلدونه من الائمة العظام يمينون من علماء مذهبهم حكما في تلك القضية فيحكم ويرفع حكمه الى القاضي الماذون بالحكم على مذهب الامام ابي حنيفة

واعلم ان طبقات المجتهدين ثلاث
الاولى المجتهد المطلق وهو المجتهد في الشرع كالائمة الاربعة رضوان

الله عليهم

الثانية المجتهد في المذهب كالامام ابي يوسف ومحمد وسائر اصحاب ابي حنيفة القادرين على استخراج الاحكام من الادلة على مقتضى القواعد التي قررها استاذهم ابو حنيفة في الاحكام وان خالفوه في بعض احكام الفروع لكن يقلدونه في قواعد الاصول وبه يمتازون عن المعارضين في المذهب كالثانعي وغيره المخالفين له في الاحكام غير مقلدين له في الاصول - وفي الدر المختار قبل الحكمة في مخالفة تلامذته له انه رأى صبيا يلعب في الطين فحذره من السقوط فاجابه ان احذر انت السقوط فان في سقوط العالم سقوط العالم فينشد قال لاصحابه ان توجه لكم دليل اي ظهر لكم في مسألة وجه الدليل على غير ما اتول فقولوا به فكان كل يأخذ برواية منه ولذا قال في الولا الجيه قال ابو يوسف ما قلت قولاً خالفت فيه ابا حنيفة الا قولاً كان قاله ثم رجعت عنه فهذا اشارة الى انهم ما سلكوا طريق الخلاف بل قالوا ما قالوا عن اجتهاد ورأي اتباعاً ما قاله استاذهم ابو حنيفة - وفي آخر الحاوي القدسي واذا اخذ بقول واحد منهم يعلم قطعا انه يكون به آخذاً بقول ابي حنيفة فانه روى عن جميع اصحابه الكبار كابي يوسف ومحمد وزفر والحسن انهم قالوا ما قلنا في مسألة قولنا الا وهو روايتنا عن ابي حنيفة فلم يتحقق اذا جواب ولا مذهب الا له كيفما كان وما نسب الى غيره الا بطريق المجاز للموافقة - فان قلبت اذا رجعت المجتهد عن قول لم يبق قولاً له فاذا كان كذلك فما قاله اصحابه مخالفين له فيه ليس مذهبه فينشد صارت اقوالهم مذاهب لهم مع اننا التزمنا تقليد مذهبه دون

مذهب غيره ولذا نقول ان مذهبنا حنفي لا يوسفى ونحوه يجاب بان
الامام لما امر اصحابه بان يأخذوا من اقواله بما يتجه لهم منها عليه الدليل
صار ما قالوه قولاً له لا بقتائه على قواعد التي اسسها لهم فلم يكن
رجوعاً عنه من كل وجه فيكون من مذهبنا ايضاً . ونظير هذا ما نقله
العلامة البيهقي في اول شرحه على الاشباه عن شرح الهداية لابن الشحنة
ونصه : اذا صح الحديث وكان على خلاف المذهب عمل بالحديث ويكون
ذلك مذهبنا ولا يخرج مقلده عن كونه حنفياً بالعمل به فقد صح عنه
انه قال اذا صح الحديث فهو مذهبي ولا يخفى ان ذلك لمن كان اهلاً
للنظر في النصوص ومعرفة محكمها من منسوخها فاذا نظر اهل المذهب
في الدليل وعموا به صح نسبه الى المذهب لكونه صادراً باذن صاحب
المذهب اذ لا شك انه لو علم ضعف دليله رجع عنه واتبع الدليل
الاقوى ولذا رد المحقق ابن المهام على بعض المشايخ حيث اقتروا بقول
الامامين بانه لا يعدل عن قول الامام الا لضعف دليله اه بنوع تلخيص
من رد المحتار

الطبقة الثالثة طبقة المجتهدين في المسائل التي لا نص فيها عن صاحب
المذهب كالحصاف واي جعفر الطحاوي واي الحسن الكرخي وشمس
الائمة الحلواني وشمس الائمة السرخسي وغير الاسلام البرودي وغير الدين
قاضيخان وامثالهم فانهم لا يقدرون على شيء من المخالفة لا في الاصول
ولا في الفروع لكنهم يستنبطون الاحكام في المسائل التي لا نص فيها على
حسب الاصول والقواعد وهذه طبقات الاجتهاد
وان اردت تعداد الطبقات للفقهاء الاعم من المجتهدين وغيرهم فسبع
الثلاث المارة -

الرابعة طبقة اهل الترجيح من المقلدين كالرازي واضرابه فانهم لا
يقدرون على الاجتهاد لكنهم لاحاطتهم بالاصول وضبطهم للآخذ يقدرون
على تفصيل قول مجمل ذي وجبين وحكم مبهم محتمل لاسرين منقول
عن صاحب المذهب او احد من اصحابه برأيهم ونظيرهم في الاصول

والمقايسة على امثاله ونظائره من الفروع وما في الهداية من قوله كذا في
تخريج الكرخي وتخريج الرازي من هذا القبيل
الحامسة طبقة اصحاب الترجيح من المقلدين كأبي الحسن القدوري
وصاحب الهداية وامثالهما وشأنهم تفضيل بعض الروايات على بعض كقولهم
هذا اولى وهذا اصح رواية وهذا ارفق بالناس

السادسة طبقة المقلدين القادرين على التمييز بين الاقوى والقوي
والضعيف وظاهر المذهب والرواية النادرة كاصحاب المتون المتبعة من
المتأخرين مثل صاحب الكتز وصاحب المختار وصاحب الوقاية وصاحب
المجمع وشأنهم ان لا ينقلوا الاقوال المردودة والروايات الضعيفة
السابعة طبقة المقلدين الذين لا يقدرون على ما ذكر ولا يفرقون
بين الث والسين (رد مختار مختصرا)

اذا عرفت هذا فالمراد من المجتهد في الفقرة الاخيرة ما يشمل الطبقات
الثلاث فاذا امر السلطان الحكام ان يكون حكمهم برأى اي مجتهد كان
من المذاهب الاربع صح امره ووجب العمل به سواء كان مجتهدا بالمذهب
او في المذهب او في المسائل وبما ان مسائل المجلة مأخوذة من مذهب
الامام الاعظم ولاصحابه المجتهدين في مذهبه اقوال خالفوا فيها امامهم
بحسب الظاهر كما هو معلوم من كتب الفقه وقد امر السلطان ان يعمل
منها بما هو الارفق والافوق لمصلحة الزمان فاذا راجعت الكتب الفقهية
ونظرت الى الموارد (٥٩٦) و (٥٠٦) و (١٧٩) و (٣٠٠)
و (١٩١) و (٣٩٢) و (٦٩٢) و [١٧٠٧] و [١٤٩٧]
و [١٠٣٤] و [٤٤٧] و [٦٩٢] تجد ما مشية على قول الصحابين او
احدهما او قول زفر لهذه الغاية - فكل حكم بقضية يخالف مسائل
المجلة غير مأذونين به فلا يكون نافذا



﴿ مسألة ﴾

اذا وقعت حادثه خارجه عن المسائل التي امر السلطان بالجرى عليها
فعلى اى قول من اقوال المجتهدين في المذهب الحنفي يحكم القاضي او
يفتي المفتي فاعلم اولاً ان مسائل اصحابنا الحنفية على ثلاث طبقات
الطبقة الاولى مسائل الاصول وتسمى ظاهر الرواية ايضاً وهي مسائل
رويت عن اصحاب الحديث وهم ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد ورضوان
الله عليهم ويقال لهم العلماء الثلاثة وقد يلحق بهم زفر والحسن وغيرهما
ممن اخذ الفقه عن ابي حنيفة لكن الغالب الشائع في ظاهر الرواية ان
يكون قول الثلاثة ار قول بعضهم . ثم هذه المسائل التي تسمى بظاهر
الرواية والاصول هي ما وجد في كتب محمد المبسوط والزيادات والجامع
الصغير والسير الصغير والجامع الكبير والسير الكبير وانما سميت بظاهر
الرواية لانها رويت عن محمد برواية الثقة فهي ثابتة عنه اما متواترة او
مشهورة عنه

الثانية مسائل النوادر وهي مروية عن اصحاب المذهب المذكورين
لكن لا في الكتب المذكورة بل اما في كتب اخر لمحمد غيرها
كالكيسانيات والهارونيات والجرجانيات والرقيات وانما قيل لها غير ظاهر
الرواية لانها لم ترو عن محمد بروايات ظاهرة ثابتة صحيحة كالكتب الاولى
واما في كتب غير محمد ككتاب المجرى للحسن بن زياد وكتاب الامالي
لابي يوسف والامالي جمع املاء وهو ان يقعد العالم وحوله تلامذته بالمطابر
والقرايطس فيتكلم العالم بما فتح الله عليه من ظهر قلبه وتكتبه التلامذة
الطبقة الثالثة الفتاوي والواقعات وهي مسائل استنبطها المجتهدون في
المسائل المتأخرون لما سئلوا عن ذلك ولم يجدوا فيها رواية عن اهل المذهب
المتقدمين وهم اصحاب ابي يوسف ومحمد واصحاب اصحابها مثل عصام بن

يوسف وابن رستم ومحمد بن سماعه وابي حفص البخاري ومن بعدهم وقد يتفق لهم ان يخالفوا اصحاب المذهب لدلائل واسباب ظهرت لهم كما سيأتي بيانه - واول كتاب جمع في فتواهم كتاب النوازل للفقير ابي الليث السمرقندي ثم جمع المشايخ بعده كتباً اخرى وهي مجموع النوازل والواقعات للناطقي والواقعات للصدر الشهيد ثم ذكر المتأخرون هذه المسائل مختلطة غير متميزة مثل فتاوي قاضيخان والحلاصة وغيرها وميز بعضهم كما في كتاب المحيط لرضي الدين السرخسي فانه ذكر اولاً مسائل الاصول ثم النوادر ثم الفتاوي والواقعات هذه طبقات الكتب في ترجيح بعضها على بعض عند القضاء والفتوى فما كان من المسائل في الكتب التي رويت عن محمد بن الحسن رواية ظاهرة يفتي به وان لم يصرحوا بتصحيحه نعم لو صححوا رواية اخرى من غير كتب ظاهر الرواية يتبع ما صححه - ثم ان الاقوال الواردة فيها فما اتفق عليه أئمتنا الثلاث لا يجوز ولو للمجتهد في مذهبه ان يعدل برأيه فما بالك في غيره وان اختلفوا يقدم ما اختاره الامام ابو حنيفة سواء وافقه احد اصحابه ام لا فان لم يوجد له اختيار قدم ما اختاره ابو يوسف وحيث لم يوجد لابي يوسف اختيار قدم قول محمد بن الحسن ثم قول زفر والحسن بن زياد فقولها في رتبة واحدة وقيل اذا كان ابو حنيفة في جانب وصاحبه في جانب فالفتي بالخيار اذا كان مقلداً ليس من اهل النظر في قوة الدليل - ويستثنى من هذا الترتيب مسائل اجمع المتأخرون فيها من اهل التخريج والترجيح على خلاف ما قاله امامهم تغير الزمان او للضرورة ونحو ذلك فاخترنا الفتوى فيها على قولها او قول احدهما وان كان الآخر مع الامام بل اخترنا قول زفر في مقابلة قول الكل لنحو ذلك فتدريجياتهم وتصحيحاتهم باقية فقلنا اتباع الراجح والعمل به فهي وان كانت خارجة عن قول صاحب المذهب لكن لو كان في هذا الزمان لقال بها ولو حدث هذا التغير في زمانه لم ينه على خلافها - وهذا الذي جراً المجتهدين في المذهب واهل النظر الصحيح من المتأخرين على مخالفة المنصوص عليه من صاحب المذهب في كتب

ظاهر الرواية بناء على ما كان في زمنه - منها ترجيح قولها في المزاورة والمعاملة وافتاؤهم بقول ابي يوسف فيما يتعلق بالقضاء والشهادات لحصول زيادة العلم بتجربته ، وافتاؤهم بقول زفر في القضاء على الغائب بالنفقة ان اقامت بينة على النكاح ، او اقام القريب ولادا ، بينة على النسب وهي احدى المسائل التي يفتي فيها بقول زفر مبسوطه في نفقة الدر المختار فارجع اليها كذلك افتوا بالصلح على نصف القيمة اذا هلك المتاع عند الاجير المشترك بما يمكن الاحتراز عنه كالنصب والسرقة مع ان الامام قال لا يضمن وقالا يضمن وفي التبيين وبقولها يفتي بتغير احوال الناس ، در مختار ورد مختار ، وفي شرح منظومة رسم المفتي ما ملخصه : قولهم اذا كان في المسئلة قولان مصححان فالمفتي بالخيار ليس على اطلاقه بل ذاك اذا لم يكن لاحدهما مرجح قبل التصحيح او بعده

الاول من المرجحات ما اذا كان تصحيح احدهما بلفظ الصحيح والآخر بلفظ الاصح

الثاني ما اذا كان احدهما بلفظ القوي والآخر بغيره

الثالث ما اذا كان احد القولين المصححين في المتون والآخر في غيرها لانه عند عدم التصحيح لاحد القولين يقدم ما في المتون لانها الموضوعة لنقل المذهب

الرابع ما اذا كان احدهما قول الامام الاعظم والآخر قول بعض اصحابه لانه عند عدم الترجيح لاحدهما يقدم قول الامام الاعظم الخامس ما اذا كان احدهما ظاهر الرواية فيقدم على الآخر

السادس ما اذا كان احد القولين المصححين قال به جل المشايخ العظام ففي شرح البيهقي على الاشباه ان المقرر عن المشايخ انه متى اختلف في المسئلة فالعبرة بما قاله الاكثر

السابع ما اذا كان احدهما الاستحسان والآخر القياس لان الارجح الاستحسان الا في مسائل ولنورد لك مثالين من تلك المسائل في التنوير وشرحه

الاول لو خرج الى الحج ومات في الطريق واوصى بالحج عنه فان فسر المال او المكان ، فالامر على ما فسره والا فيحج عنه من بلده قياسا لا استحسانا والاول قول الامام رجوه على الاستحسان

الثاني ما في الشركة من الدر وغيره لا يصح شركة في احتطاب مثلا وما حصله احدهما ، فله وما حصله ما ، فلها نصفين وما حصله احدهما باعانة صاحبه فله ولصاحبه اجر مثله بالما ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز به نصف ذلك نقل ط عن الحوي عن المفتاح ان قول محمد هو المختار للفتوى الا ترى انه لو اعانه فلم يصب شيئا كان له اجر مثله - فهاتان المسئلان ترجح فيها القياس على الاستحسان

الثامن ما اذا كان احدهما انفع للوقف لما في الحاوي القدسي وغيره يفتي بما هو انفع للوقف فيما اختلف العلماء فيه -

التاسع ما اذا كان احدهما اوفق لاهل الزمان

العاشر ما اذا كان احدهما دليله اوضح واظهر لكن هذا عند من له اهلية النظر في الدليل وللتاخرين في ترجيح احد القولين الفاظ نحو وعليه الفتوى وبه يفتي وبه تأخذ وعليه الاعتماد وعليه عمل اليوم وعليه عمل الامة وهو الصحيح او الاصح او الاظهر او الاشبه اي بالنصوص رواية والراجح دراية فيكون عليه الفتوى او الاوجه او المختار وبه جرى الغرف وهو المتعارف وبه اخذ علماء ونا - قال في رسم المفتي قلت وحاصل هذا كله انه اذا صحح كل من الروايتين بلفظ واحد كأن ذكر في كل واحدة منها هو الصحيح او الاصح او به يفتي بتحير المفتي - واذا اختلف اللفظ فان كان احدهما بلفظ الفتوى فهو اولى لانه لا يفتي الا بما هو صحيح وليس كل صحيح يفتي به لان الصحيح في نفسه قد لا يفتي به لكون غيره اوفق لتغير الزمان وللضرورة ونحو ذلك فما فيه لفظ الفتوى يتضمن شيئين احدهما الاذن بالفتوى به والآخر صحته لان الافتاء به تصحيح له بخلاف ما فيه لفظ الصحيح او الاصح مثلا - وان كان لفظ الفتوى في كل منهما فان احدهما يفيد الحصر مثل به يفتي او

عليه الفتوى فهو الاولى - ومثله بل اولى لفظ عليه الامة لانه يفيد
الاجماع - وان لم يكن لفظ الفتوى في واحد منها فان كان احدهما
بلفظ الاصح والآخر بلفظ الصحيح وكانا في كتاب واحد من امام واحد
فلفظ الاصح اولى وان كانا في كتابين فعلى الخلاف لما في شرح المنية في
بحث مس المصحف والذي اخذناه من المشايخ انه اذا تعارض امامان
معتبران في التصحيح فقال احدهما الصحيح كذا وقال الاخر الاصح كذا
فالاخذ بقول من قال الصحيح اولى من الاخذ بقول من قال الاصح لان
الصحيح مقابله الفاسد والاصح مقابله الصحيح فقد وافق من قال الاصح
قائل الصحيح على انه صحيح واما من قال الصحيح فمفاده ذلك الحكم الاخر
فاسد فالاخذ بما اتفقا على انه صحيح اولى من الاخذ بما هو عند احدهما
فاسد - وذكر العلامة ابن عبد الرزاق في شرحه على الدر المختار ان
المشهور عند الجمهور ان الاصح أكد من الصحيح - وان كان كل
منهما بلفظ الاصح او الصحيح فلا شبهة في انه يتخير بينهما اذا كان
الامامان المصححان في رتبة واحدة - اما لو كان احدهما اعلم فانه يختار
تصحيحه كما لو كان احدهما في الخانية والآخر في البرازية مثلا فان
تصحيح قاضيخان اولى - واذا تعارض ما في المتون والفتاوي فالمتد
على ما في المتون وكذا يقدم ما في الشروح على ما في الفتاوى لكن
هذا عند التصريح بتصحيح القولين او عدم التصريح اصلا فان اصحاب
المتون التزموا وضع القول الصحيح وهو تصحيح الترامي فيكون ما في
غيرها مقابل الصحيح ما لم يصرح بتصحيحه فيقدم على التصحيح الاترامي
والمراد بالمتون المتون المعتبرة كالبداية ومختصر القدوري والمختار والنقاية
والوقاية والكتز والملقى (خيرة)

المادة ١٨٠٢ - ليس لاحد الحاكمين مثلا النصويين
لاستماع دعوى ان يستمع تلك الدعوى وحده ويمحكم بها

وإذا عمل لا ينفذ حكمه راجع مادة (١٤٦٥)

لأنها في هذا العمل وكيلان من قبل السلطان كما تقدم في المادة (١٨٠٠) واحد الوكيلين لا ينفذ تصرفه فيما وكلايه ما اذا السلطان رضي باجتماع رأيها لاصابة الحق لا رأي واحد منها - لكن بمقتضى انها وكيلان لو سمع احدهما الدعوى بحضور الآخر وهو سامع وحكم فاجازه الحاضر السامع ينبغي ان ينفذ لان القصد السماع واجتماع الرأي وقد حصل - هذا اذا نصبها السلطان مما ولو على التعاقب يقتضي جواز انفراد احدها كالوكيلين . متعاقبا . ثم التقييد بان يكون حكمها ما اما بالصراحة كان يقول لها نصبتكما قاضيين في بلدة كذا على ان تسما الدعوى وتحكما ما او بالدلالة نحو وجهت عليكما قضاء البلدة الفلانية فانه يدل بمقتضى الوكالة على عدم صحة الانفراد الا اذا وجد التصريح بالانفراد فان الصريح اقوى من الدلالة - ولم يعهد في محاكنا الشرعية سوى حاكم منفرد مستقل بالحكم فلو فرض تعيين قاضيين لحكمة واحدة فالحكم ما ذكر

المادة ١٨٠٣ - اذا طلب احد الخصمين المرافعة في حضور حاكم وطلب الآخر المرافعة في حضور الآخر في البلدة التي تعددت حكامها ووقع الاختلاف بينهما بهذا الوجه يرجح الحاكم الذي اختاره المدعى عليه

يعني المدعى عليه وان كان يجير على الخصومة الا ان الخيار له في تعيين مرجحها لا للمدعى . والمسئلة خلافة فقي الحسانية (ولو كان في البلدة قاضيان كل واحد منهما في محلة على حدة فوقت الخصومة بين

رجلين احدهما من محلة والاخر من محلة اخرى والمدعي يريد ان يخاصمه الى قاضي محلته والاخر يأبى ذلك اختلف فيها ابو يوسف ومحمد والصحيح ان العبرة لمكان المدعى عليه وهو قول محمد وكذا لو كان احدهما من المسكر والاخر من اهل البلدة فاراد المسكري ان يخاصمه الى قاضي المسكر فهو على هذا اه) وفي تعليقات العلامة ابن عابدين على البحر قال العلامة الرملي يعني عند ابي يوسف رحمه الله تعالى المدعي من اذا ترك ترك فهو منتهي. للخصومة ان شاء. انشأها عند قاضي محلته وان شاء. عند قاضي محلة خصمه فيرجع المحل الذي يختاره - وعند محمد رحمه الله تعالى المدعى عليه دافع له والدافع يطلب سلامة نفسه والاصل برآة ذمته فاخذه الى من ياباه لريبة تثبت عنده ونهمة وقتت له وربما يوقعه في اثبات ما لم يكن ثابتا في ذمته بالنظر اليه واعتباره اولى لانه يريد الدفع عن نفسه وخصمه يريد ان يوجد عليه الاخذ بالمطالبة ومن طلب السلامة اولى بالنظر عن طلب ضدها تأمل اه كلام الرملي - قيد في الحانية القاضين بكون كل منهما في محلة على حدة للاحتراز عما لو كان في البلدة قاضيان فوض لكل منهما الحكم على العموم في كل من هو في بلدهم او قريتهم التي تولوا القضاء بها ففي هذه الصورة اتفق كل من ابي يوسف ومحمد على ان الخيار للمدعي لان المدعي هو الذي له الخصومة فيطلبها عند اي قاض اراد - وقد رد العلامة المقدسي على صاحب البحر حيث حمل عبارة البرازية على الاطلاق وافتي بذلك مع انه في الفصول العاوية ذكر المسئلة مقيدة واعقبها بما هو دليل واضح على التقييد وهو قوله وكذا لو كان احدهما من اهل المسكر والاخر من اهل البلد فاراد المسكري ان يخاصمه الى قاضي المسكر ، فهو على هذا ولا ولاية لقاضي المسكر على غير الجندي لكن في زماننا ليس للمسكر قاض مخصوص فهم وغيرهم سواء في الرجوع الى القاضي العمومي - وبناء على ما ذكر من القيد فاذا كان يوجد الان في مثل القاهرة تمدد القضاء على المذاهب الاربعة ، ولم يكن كل واحد مولى بالحكم على

محلات على حدة بل ولاية كل واحد منهم عامة لكل من راجعهم من
اهل مصر ومن فيها من حلبي وشامي وغيرها فالخيار حينئذ للمدعي
اتفاقا لعدم الفائدة - وقد تنبه الفاضل حيدر افندي في اول كلامه
وآخره لهذا القيد فاعتبره وبإثنا. ذلك ذكر ما ينفيه وهو اعتماده على
صاحب البحر المعترض عليه بما قدمناه

نرجع الى ما عللوا به قول ابي يوسف بان المدعي مثني. للخصومة الخ
وقول محمد بان المدعى عليه دافع لها الخ اقول كلا التعليلين يحتاج الى
تأمل وذلك لان المدعي ان كان منشأ لها بحق فترجيح جانبه في الاختيار
اعدل وان كان بغير حق فترجيح جانب المدعى عليه وان كان اعدل
خصوصا وان الاصل في الذمة البرآة لكن يعارض هذا بان الاصل في
الانسان الصدق وعدم الحيانة في الدعوى الكاذبة فانشاء الخصومة من
حيث الاطلاق لا يصلح علة للترجيح وايضا . هذا التعليل يعم صورتين
اعني المتفق عليها بان الخيار للمدعي وهي ما اذا كان كل من القاضين
في البلدة مفوضا له الحكم في عموم اهلها والمختلف فيها وهي ما اذا كان
كل واحد يحكم في اهل محلة مثلا على حدة فكان يقتضي ان لا يكون
الامام ابو يوسف مخالفا للامام محمد في الصورة الثانية - وعلى هذا
تعليل قول الامام محمد بانه دافع للخصومة الخ يقال فيه ان كان بغير
حق فما وجه ترجيح جانبه وان بحق يقتضي ان يكون مخالفا لابي يوسف
في صورتين ولم ار من نبه على هذا ولعل الخير الرملي لهذا اشار بالتأمل
ثم ان ظاهر عبارة المجلة ان الخيار للمدعى عليه على الاطلاق فتشمل
الصورتين الاتفتين فباعتبار الصورة الثانية تكون ماشية على قول الامام
محمد وباعتبار الصورة الاولى اعني المفوض لها الحكم على الصوم، يكون
جهل الخيار للمدعى عليه لا ينطبق على قول الامام ابي يوسف حتى ولا
على قول الامام محمد لانه يشترط في خيار المدعى عليه ان يكون كل
منها قاضيا في محلة على حدة لكن صح ذلك باعتبار ان القاضي وكيل
عن السلطان . والقضاء . كما تقدم يتقيد بالزمان والمكان والاشخاص

والخصومات وفي تخصيص الخيار بالمدعى عليه يكون القاضى الاخر ممنوعا من سماع الدعوى في كل حال لعدم اختيار المدعى عليه اياه وعن هذا قال في الدر المختار من اوائل كتاب الدعوى (ولو الولاية لقاضين فاكثر على السواء فالعبرة للمدعي نعم لو امر السلطان باجابة المدعى عليه لزم اعتبار امره والعمل به لغزل من اختاره المدعي عن الحكم بالنسبة الى هذه الدعوى)

اذا علمت هذا فابقاء مادة المجلة على اطلاقها اولى من حمل الشارح الفاضل اياها على المقيد لان المطلق كما تقرر في الاصول يجري على اطلاقه اذا تجرد عن العوارض والقرائن

المادة ١٨٠٤ - اذا عزل حاكم ولاجل عدم وصول خبر العزل اليه مدة قد كان استمع وفصل بعض الدعاوي في تلك المدة يكون حكمه صحيحا ولكن لا يصح حكمه الواقع بعد وصول خبر العزل اليه

وظيفة القضاة وكالة عن السلطان فعلى هذا

[اذا عزل حاكم ولمدم وصول خبر العزل اليه مدة كان قد استمع وفصل بعض الدعاوي في تلك المدة يكون حكمه صحيحا]

لضرورة الناس الى ذلك ، ولان الانسلاخ عما امر به قبل بلوغ المنع ليس في وسعه فيشترط لصحة عزله علمه به فلا ينزول قبله ويستحق المعلوم الى يوم بلوغ العزل . وهذا من قواعد الشرع الا ترى

ان خطاب الشارع لا يثبت في حق الامة الا بعد تبليغه كذا في التحرير
انظر المادة (١٥٢٣) وبناء على لزوم العلم نقل في الهندية عن المحيط
الوكيل اذا رد الوكالة ترد اذا علم الموكل بالرد واما اذا لم يعلم فلا
ترد حتى ان من وكل غائبا فبلغه الخبر فرد الوكالة ولم يعلم الموكل ثم
قبل الوكالة صح قبوله وصار وكيلاً

[لكن لا يصح حكمه الواقع بعد وصول خبر
العزل اليه]

لانه حال وصول خبر العزل اليه صار معزولاً كأحد الرعية لا ينفذ
حكمه - هذا ما مشت عليه المجلة وقسال بعضهم يبقى قاضياً بعد
وصول خبر العزل اليه الى ان يأتي خلفه وكما ان التمين يصح منجزاً
ومطلقاً فالعزل كذلك اذا كان تطبيقها بشرط ملائم كما تقدم في شرح
المادة (٨٢)

افادت هذه المادة ان السلطان له ان يعزل القاضي ولو بدون ارتكاب
ما يوجب عزله من فسق او خيانة وفي الدر المختار عن البرازية لو شرط
عليه ان لا يرتقي ولا يشرب الخمر ولا يتمثل قسول احد ولا يسمع
خصومة زيد صح التقليد والشرط فان فعل شيئاً من ذلك انعزل ولا
يبطل قضاؤه فيما مضى ولا ينفذ قضاء القاضي في خصومة زيد قال في
رد المحتار ويجب على السلطان ان يفصل قضيته ان اعتراه قضية - ولما
كان القاضي لا ينعزل الا بالعزل فلو عين السلطان احداً الى بلدة فيها
قاضي بدون عزل الاول لا ينعزل الاول ويكون كل منها قاضياً مستقلاً
في تلك البلدة كذا في تبصرة الحكام وفي قضاء جامع الفصولين لو
قلد رجلاً قضاء بلدة ثم بعد ايام قلده آخر ولم يتعرض لعزل الاول هل
ينعزل بنصب الثاني ام لا فلكل منها وجه والاظهر انه لا ينعزل

اقول لا يخفى ان هذا غير العرف والعادة في زماننا فيقتضى عزل الاول
بقريئة العرف والعادة

المادة ١٨٠٥ - للحاكم ان ينصب ويعزل النائب ان كان
مأذونا بذلك والا فلا ولا ينزل نائبه بعزله او وفاته راجع
مادة (١٤٦٦) بناء عليه اذا توفى حاكم قضاء فلنائبه ان
يستمع الدعاوي التي تقع في ذلك القضاء ويحكم بها الى ان
يأتي حاكم غيره

(للحاكم ان ينصب) وبعد النصب له ان يعزل

النائب ان كان مأذونا بذلك

اي بالنصب والعزل وان مأذونا بالنصب فقط فله النصب لا العزل
كما سيأتي [والا] اي وان لم يكن مأذونا اصلا (فلا) يملك نصبا
ولا عزلا لا بعزولا بغيره في صحته ولا في مرضه (فتح) ثم الاذن
يكون صريحا كقول من شئت واغزل من شئت او دلالة نحو جطتك
قاضي القضاة لان قاضي القضاة هو الذي يتولى امرهم نصبا وعزلا لكن لو
استخلف غيره ولم يكن مأذونا بالاستخلاف وقضى الثاني بمحضر من الاول
فاجازه الاول جاز ، ان كان الثاني من اهل القضاء بان لم يكن عبدا
ولا صبيا مثلا كما في الوكالة فان الوكيل اذا لم يؤذن له بالتوكيل
فوكل وتصرف بحضرة الاول او اجازه الاول جاز لانه حضر رأي الاول
فان السلطان رضي بقضاء حضره رأي القاضي وقت نفوذه لاعتماده على
علمه وعمله والحكم الذي حضره القاضي المستخلف بكسر السلام او

اجازه قضاء حضره رأي القاضي فيكون راضيا به - فان قيل الاذن في
الابتداء كالاجازة في الانتهاء فلم اختلفا في الجواز وعدمه اجيب بالمنع
اي منع المساواة بين الابتداء والانتهاء لان البقاء اسهل من الابتداء (عناية)
قال في الفتح بخلاف المستعير فان له ان يعير بشرطه اي عدم الاختلاف
باختلاف المستعمل لانه يملك المنافع لنفسه فكان له تمليكها بخلاف ولاية
القضاء فانما هي اذن في ان يعمل لغيره وهذا ما قالوا من قام مقام غيره
لغيره لا يكون له اقامة غيره مقام نفسه ومن قام مقام غيره لنفسه ، كان
له ، وبخلاف الوصي يملك الايصاء والتوكيل بطريق الدلالة ايضا لان ثبوتها
بعد الموت وربما يعجز الوصي عن المباشرة بنفسه والموصي قد مات فلا
يمكن رجعه الى رايه [ولا ينزل بعزله او وفاته] راجع المادة ١٤٦٦

ولا ينزل بعزله او وفاته

بناء عليه

[اذا توفي حاكم قضاء او عزل فلنائبه ان يستمع
الدعاوي التي تقع في ذلك القضاء ويحكم بها الى ان يأتي
حاكم غيره

بل ويبقى نافذ الحكم بعد اتيانه الى ان ينزل لانه نائب عن
السلطان لا عن الذي استخلفه - الا اذا صرح السلطان بان خليفة
الحاكم ينزل بعزل الحاكم او موته فينزل ينزل وفي الاشياء عن
المعيط اذا عزل السلطان القاضي انزل نائبه بخلاف ما اذا مات
القاضي حيث لا ينزل نائبه لكن في الحموي اكثر المشايخ على عدم

الفرق بين الموت والعزل وعليه مشيت المجلة قال الزيلعي في شرح الكتر من الوكالة لا يملك القاضي الاستخلاف الا بأذن الخليفة ثم لا ينزل بعزل القاضي الاول ولا ينزلان بموت الخليفة وهو المعتد في المذهب . ولو كان مأذونا بالنصب فقط دون العزل ليس له ان يعزله بل ذلك للسلطان لانه صار في الحقيقة وكيلا عن الموكل لا عن الوكيل الاول

المادة ١٨٠٦ - للنائب ان يحكم بالبينة التي استمعها الحاكم وللحاكم ايضا ان يحكم بالبينة التي استمعها نائبه وهو انه اذا استمع الحاكم بينته في حق دعوى واخبر بها النائب فله ان يحكم باخبار الحاكم من دون ان يعيد البينة . والنائب المأذون بالحكم اذا استمع بينة في خصوص وانهى الى الحاكم ، فله ان يحكم من دون ان يعيد البينة واما اذا كان ليس بمأذون بالحكم بل كان مأموراً باستماع البينة للتدقيق والاستكشاف فقط فليس للحاكم ان يحكم بانهاهه ويلزم ان يستمع البينة بالذات

(للنائب ، ويقال له الخليفة وهو الذي ولاء المأذون له بالاستخلاف

[ان يحكم بالبينة التي استمعها الحاكم وللحاكم ايضا
ان يحكم بالبينة التي استمعها نائبه]

المأذون له بالحكم

[وهو انه اذا استمع بينة في حق دعوى واخبر بها
النائب فله ان يحكم باخبار الحاكم من دون ان يعيد البينة
والنائب المأذون بالحكم اذا استمع بينة في خصوص وانهى
الى الحاكم فله ان يحكم من دون ان يعيد البينة]

وهي نظير كتاب القاضي في عمل كل بما ثبت عند الآخر وقد نقل
الفاضل علي حيدر افندى عن واقعات المفتين انه على قول بعض الفقهاء
يلزم اعادة البينة ولم اعثر على هذا الخلاف وليس عندي هذا الكتاب
وانهدة على الناقل وفي البحر عن ادب القاضي للصدر الشهيد النائب
يقضي بما شهدوا عند الاصل وكذا الاصل يقضي بما شهدوا عند النائب -
ولو ان الحاكم حكم لنائبه في حادثة وقعت له او بالعكس هل يصح
حكم كل منها للآخر في البحر عن الملتقط القاضي اذا استخلف خليفة
فقضى للقاضي لا يجوز والطريق فيه ان يحكما او ينصب الامام
قاضيا آخر لهذه الحادثة اه ثم نقل عن السراجية القاضي اذا وقعت له حادثة
او لولده فاناب غيره وكان من اهل الانابة وتحاصا عنده وقضى له او
لولده، جاز ومثله في الانقرويه قال العلامة الرملي ثبت ان في المسئلة
قولين - وجه ما في السراجية ان الخليفة ليس نائبا عنه بل عن السلطان
او العامة فانتقطت النسبة لكن في تعليقات ابن عابدين عن الاشباه
والنظائر انهم نواب القاضي في زماننا من كل وجه وعليه ينبغي ترجيح
ما في الملتقط لما في قضائه له من التهمة اذ فعل النائب كفعله فصار
كأنه قضى لنفسه ولم ار من رجح احد القولين - وفيه واما القاضي
اذا قضى للامام الذي قلده القضاء او لولد الامام، جاز قال العلامة الرملي
وجه ان القاضي نائب عن العامة كما في المحيط واذا كان كذلك فلم يكن
فعله منسوبا اليه ومن قال بان القاضي نائب عن السلطان فلعل وجهه

انحصار الطريق فيه اي لا مندوحة عنه اذ الحكم الذي يعنيه
الامام لاجل الحكم بمنزلة القاضي المولى فلا طريق الى التحكيم فجاز
ذلك فتحا لباب القضاء له وسيأتي ان الحكم من الامام بمنزلة القاضي
ولم ار من حر ذلك تأمل (واما اذا كان) اي النائب (ليس بأذن
بالحكم) من قبل الحاكم

[بل كان مأمورا باستماع البيينة للتدقيق والاستكشاف
فقط فليس للحاكم ان يحكم بانهاهه ويلزم عليه ان يستمع
البيينة بالذات]

في الهندية عن الخانية لو ان الامام قلد رجلا للقضاء واذن له
بالاستخلاف فامر القاضي رجلا لسمع الدعوى والشهادة في حادثة ويسئل
عن الشهود ويسمع الاقرار ولا يحكم بذلك لكن يكتب الى القاضي
وينهي اليه حتى يقضي القاضي بنفسه ، لم يكن لهذا الخليفة ان يحكم ،
لانه مأذون بالاستماع فقط لا بالحكم فليس هو بقاض ينفذ حكمه
وانما يفعل ما امره القاضي واذا رفع الامر الى القاضي فان القاضي لا
يقضي بتلك الشهادة ولا بذلك الاقرار بل يجمع المدعي والمدعى عليه
ويأمر باعادة البيينة فاذا شهدوا بذلك بحضور الحصين حينئذ يقضي
القاضي بتلك الشهادة . قال وهذه مسألة يغلط فيها القضاء فان القاضي
يستخلف رجلا لسمع الشهادة في حادثة ثم يكتب اليه بكتاب فيفعل
الخليفة ذلك ثم يكتب الى القاضي انهم شهدوا عندي بكذا فيقضي
القاضي بذلك من غير اعادة البيينة عنده فلا يصح هذا القضاء لان
القاضي لم يسمع ذلك الاقرار فكيف يقضي بتلك الشهادة وبذلك
الاقرار باخبار الخليفة الا ان يشهد مع الخليفة آخر عند القاضي على اقراره
ويكون فائدة هذا الاستخلاف ان ينظر الخليفة هل للمدعي شهود او

يكذب فلعل له شهودا الا انهم غير عدول وقد لا تتفق الفاظهم فيفرض القاضي بذلك النظر الى الخليفة .

واعلم ان ما ذكرته المجلة انما يجري بين القاضي وخليفته لا بين قاضيين احدهما معزول والاخر منصوب فلو ان قاضيا سمع الدعوى والشهادة فيها ثم عزل قبل الحكم لا يجوز لمن جاء بعده ان يبني الحكم على هذه الشهادة بدون ان يسمعا بل لا بد ان يجمع بين المدعي والمدعى عليه ويأمر باعادة البينة فاذا شهدوا بذلك بحضرة الحصين فينشد يقضي بتلك الشهادة

المادة ١٨٠٧ - للحاكم في قضاء ان يستمع دعوى الاراضي التي هي في قضاء آخر ولكن يلزم بيان حدودها الشرعية على الوجه الذي ذكر في كتاب الدعوى .

(للحاكم في قضاء) كحصر وقد وجد المدعي فيها سواء كان دةشقياً او حليياً وجد مسافراً في حص

[ان لا يستمع دعوى الاراضي التي هي في قضاء .
آخر ٠]

غير قضاء حص الذي يحكم فيه اذ المولى على قضاء له ان يحكم على كل من كان فيه وطنياً كان ام غريباً والمراد بالاراضي دعوى ما ليس بمنقول ارضاً كان او عقاراً وهكذا هو الصحيح من قولين مشت عليه المجلة - وعبارة الهندية فيما يجوز فيه قضاء القاضي وما لا يجوز (اذا قضى القاضي بعين في يدي رجل والمضى به ليس في ولايته صح القضاء - ولكن لا يصح التسليم .

صورة المسئلة بخاري ادعى داراً على سمرقندي عند قاضي بخاري ، ان
الدار التي في يديه بسمرقند في محلة كذا الى آخره ملكي وحقي وفي
يديه بغير حق واقام بينة على دعواه فالتقاضي يقضي بالدار للمدعي ويصح
قضاؤه لان المقضى له والنقضى عليه حاضران الا ان التسليم لا يصح لان
الدار ليست في ولايته فيكتب الى قاضي سمرقند لاجل التسليم اهـ .
اقول لا يخلو هذا التعليل من نظر لان الملكية اذا ثبتت وتقررت
بصحة الحكم بالتسليم وان تعذر عليه لم لا يصح على فرض وقوعه برضى
المحكوم عليه نعم انما يكتب لان الحاكم من حيث هو حاكم ليس له الا
انشاء الحكم . واما قوة التنفيذ فامر زائد على كونه حاكماً وفوق
استطاعته خصوصاً والمحكوم به في ولاية اخرى فلا جرم انه يكتب
لتعذر التسليم عليه لاجل صحته تأمل [ولكن] في سماع الدعوى
خارج ولايته [يلزم] من باب اولي

[بيان حدودها الشرعية على الوجه الذي ذكر في
كتاب الدعوى والشهادة] .

راجع شرح المادة ١٦١٣ - واذا صح للحاكم ان يسمع دعوى عقار
لا تحت ولايته فمن باب اولي دعوى الدين والمنقول كما لو ظفر حلبي
بدمشقي وجد مسافراً في حلب وادعى عليه عند قاضي حلب ان الدابة
التي في يده ملكه ، او ان له في ذمته كذا قرضاً تصح الدعوى والحكم
وفي الهندية من الباب الثلاثين في نصب الوصي (واذا ترك رجل مالا في
البلدة التي مات فيها وورثته في بلدة اخرى فادعى عليه قوم حقوقاً واموالاً
هل ينصب القاضي عن الميت وصياً ليثبت الغرماء الديون والحقوق
على الميت .

ذكر الحصاف رحمه الله تعالى في ادب القاضي في باب اثبات

الحقوق على الميت ان هذه البلدة ان كانت منقطعة عن تملك البلدة ولا تذهب المير من هنا الى ثمة يعني في الغالب فالقاضي ينصب عنه وصيا كذا في الذخيرة وان لم تكن منقطعة لا ينصب كذا في البرازية .

وذكر الحصاف رحمه الله تعالى في نفقائه في باب نفقة المرأة اذا مات الرجل ولم يوص الى احد وله اولاد صغار وكبار فالقاضي ينصب وصيا في ماله وقال شمس الائمة الحلواني والقاضي ان ينصب الوصي في مال الميت في ثلاثة مواضع احدها ان يكون على الميت دين ، او تكون الورثة صغاراً او يكون الميت اوصى بوصايا فينصب وصيا لينفذ وصاياه وانما ينصب الوصي في هذه المواضع وفيها عداها فلا - وما ذكر الحصاف رحمه الله تعالى في ادب القاضي لا يخالف ما ذكره شمس الائمة الحلواني لان المراد فيما ذكره شمس الائمة نصب الوصي لتقضاء الدين والمراد مما ذكر الحصاف نصب الوصي لاثبات الدين - واذا نصب القاضي وصيا في تركة الايتام ، والايتم في ولايته ولم تكن التركة في ولايته او كانت التركة في ولايته والايتم لم يكونوا في ولايته او كان بعض التركة في ولايته والبعض لم يكن في ولايته

حكى شمس الائمة انه قال يصح النصب على كل حال وبصير الوصي وصيا في جميع التركة ايما كانت التركة وقال القاضي ركن الاسلام علي السعدي ما كان من التركة في ولايته يصير وصيا فيه وما لا فلا كذا في المحيط .

القاضي اذا نصب متوليا في وقف ولم يكن الوقف والموقوف عليه في ولايته حكى عن شمس الائمة الحلواني رحمه الله تعالى انه اذا وقعت المطالبة في مجلسه صح النصب وقال القاضي ركن الاسلام علي السعدي لا يصح - فان كان الموقوف عليهم في ولايته فان كانوا طلبة العلم او اهل قرية او اناسا معدودين او كان خانا او رباطا او مسجداً ولم تكن الضيعة الموقوفة في ولايته فنصب متوليا .

قال شمس الائمة رحمه الله تعالى يصح ويعتبر التظالم والمرافعة وقال

ركن الاسلام ان لم يكن المقضى عليه حاضراً لا يصح النصب وان كان حاضراً يصح النصب كذا في الذخيرة

ومثله في الفصل الاول من الفصولين حيث قال لو نصب وصياً في تركة ايتام وهم في ولايته لا التركة او بالعكس او بعض التركة في ولايته لا بعضها قيل صح النصب على كل حال ويعتبر التظالم والاستعداد. اي بان كان لاشخاص ديون تتعلق بالتركة مثلاً فيراجعون الحاكم لاثبات حقوقهم ، او يستعدون على رجل الى الحاكم ويدعون ان هذا مدينون للميت بكذا يطالبون نصب وصي فهذا معنى التظالم والاستعداد. وهو المراجعة والطلب في ضمن دعوى يطلب فيها حقاً له فيصير وصياً في جميع التركة ايما كانت وعلى اليتيم ايما كان . ولو نصب متولياً في وقف ولم يكن الوقف والموقوف عليه ، قيل صح لو وقت المطالبة في مجلسه ، وقيل لا يصح - ولو كان الموقوف عليه في ولايته بان كان طلبة علم او رباطا او مسجداً في مصره لا الوقف قيل يعتبر التظالم والاستعداد ، وقيل لو كان الموقوف عليه حاضراً جاز .

المادة ١٨٠٨ - يشترط ان لا يكون المحكوم له احدأ من اصول الحاكم وفروعة وان لا يكون زوجته وشريكه في المال الذي سيحكم به واجيره الخاص ومن يتعيش بنفقته بناء عليه ليس للحاكم ان يسمع دعوى هؤلاء. ويحكم له .

لان كل هذه المواضع يوجب التهمة وسواء كانت التركة مفاوضة او عناتا . اعلم ان مبنى القضاء على الشهادة وقد تقدم في المادة ١٢٠٠ انه لا يصح للانسان ان يكون شاهداً لهؤلاء. فلا يصح ان يكون قاضياً لهم ويجوز ان يقضى عليهم لانه لو شهد عليهم جاز ، فكذا القضاء. (مبين الحكماء) .

فالتفي في قوله ليس للحاكم الخ، منصب على المعطوف والمعطوف عليه
مما يعني عدم جواز السماع والحكم لهم وأما السماع مع الحكم عليهم
إذا توجه فلا مانع - علم من هذا انه بالأولى لا يجوز للقاضي ان
يحكم لنفسه ففي تبصرة الحكام فان كان له قبل احد شي. او
لاحد قبله شي. رفع ذلك الى غيره ووكل وكيلاً بخاصم عنه وان شاء
خاصم ولم يوكل .

وفي الباب العشرين من قضاء الهندية عن المحيط ولا يجوز للقاضي ان
يقضي لعبد ولا لمكانبه ولا لعبد من لا تقبل شهادته لهم ولا لمكاتبهم
- وكذلك لا يجوز له ان يقضي لشريكه شركة مفاوضة او شركة
عنان اذا كانت الخصومة في مال هذه الشركة .

وفيها ولو مات رجل واوصى للقاضي بثلث ماله واوصى الى رجل آخر
لم يجوز قضاؤه للميت بشي. من الاشياء. - وكذلك اذا كان القاضي احد
ورثة الميت لا يقضي للميت بشي. - وكذلك لو كان الموصى له ابن
القاضي او امرأته او غيرها ممن لا تقبل شهادته لهم او كان
عبد مؤلاً .

وكذلك لو كان القاضي وكيل الوصي في ميراث الميت لان القضاء
يقع له من حيث الظاهر . وكذلك لو كان للقاضي على الميت دين لا
يجوز قضاؤه للميت بشي. . واذا وكل احد الحصين عبد القاضي او
مكاتبه او بعض من لا تقبل شهادته له لا يجوز له ان يقضي للوكيل
على خصمه لان القضاء يقع للوكيل من حيث التظاهر .

واذا وكل اي القاضي رجلاً بالخصومة فاستقضى الوكيل اي جمعه
قاضياً فليس له اي للوكيل ان يقضي في ذلك لان القضاء يقع للوكيل
من حيث الظاهر وليس له اي للقاضي ان يقيم وكيلاً من موكله لانه
ان اقام بحكم القضاء كان هذا قضاء. للغايب وان اقام بحكم الوكالة
فهذا اي القاضي وكيل ولم يقل له الموكل ما صنعت من شي. فهو جازر
فان كان الموكل قال للقاضي ما صنعت من شي فهو جازر فوكل رجلاً

بالخصوصة جاز وليس له اي للقاضي ان يقضي لهذا الوكيل - وفي الهندية
ايضا بنوع تلخيص قال في الجامع الكبير اذا مات الرجل وله ديون على
الناس بعضها على القاضي وبعضها على من لا تقبل شهادته له نحو امراته
وابنه فادعى رجل عند هذا القاضي ان الميت اوصى اليه فاعلم ان هنا
ثلاث مسائل . احداها هذه والحكم فيها ان القاضي اذا قضى بوصايته
صح قضاؤه استحسانا حتى لو قضى بعض من سمينا الدين الى هذا
الوصي يبرأ ، ولو ان القاضي لم يقضي له بالوصاية حتى قضى هو او
بعض من سمينا الدين ثم قضى له بوصايته لا يصح قضاؤه حتى كان
للورثة مطالبته بالدين .

المسئلة الثانية لو كان مكان دعوى الوصاية دعوى النسب في هذه
المسئلة بان جاء رجل وادعى انه ابن الميت ووارثه واقام على ذلك بينة
فقضى القاضي بنسبه ان كان القضاة بنسبه بعد قضاء الدين ايه لا ينفذ
قضاؤه وان كان قبل قضاء الدين ينفذ .

المسئلة الثالثة اذا كان مكان دعوى الوصاية والتسبب دعوى الوكالة
بان غاب رب الدين ثم جاء رجل واقام بينة ان رب الدين وكاه بقبض
الدين الذي له على القاضي او على من سمينا من قرابته فقضى القاضي
بوكالته لا يجوز سواء كان القضاة قبل دفع الدين اليه او بعد دفع الدين
اه ، اي لان الوكالة لا تثبت قصدا بل في ضمن دعوى صحيحة .

كذلك لو حكم القاضي في غلة الوقف او في اصل الوقف وكانت
الغلة او جزء منها مشروطة له لا يصح حكمه لعدم صلاحيته ان
يكون شاهداً في ذلك لما في الهندية شهد انه وقف عليها او على احدها
او على اولادها او على نسائها او ابويها او على قرابته وهما من القرابة
او على آل عباس وهما من آل عباس او على مواليه وهما من
الموالي فالشهادة باطلة وهكذا لو كان موقوفا عليه او على من لا تقبل
شهادته له وحكمه فحكمه باطل - فان لم يكن في البلدة حاكم غيره يرجع
اليه يجري العمل توفيقا للمادة الآتية .

المادة ١٨٠٩ - اذا كان لاحد دعوى مع حاكم بلدته او احد منسوبيه الذين ذكروا في المادة السابقة فان كان في تلك البلدة حاكم غيره تماكما اليه وان لم يكن في تلك البلدة حاكم غيره تماكما في حضور حاكم نصابه برضاها او في حضور نائب ذلك الحاكم ان كان ماذوناً بنصب النائب او في حضور حاكم البلدة المجاورة لبلدتهم فان لم يرض الطرفان باحدى هذه الصور استدعيا مولي من قبل السلطان .

[اذا كان لاحد دعوى مع حاكم بلدته او احد منسوبيه الذين ذكروا في المادة السابقة فان كان في تلك البلدة حاكم غيره تماكما اليه .]

هذا احد الوسائل للمحاكمة مع القاضي او احد منسوبيه - لكن في هذه الصورة لا خيار لاحدها بل الحاكم الآخر الذي في تلك البلدة يحضر المدعى عليه جبراً وعند الايجاب يحكم عليه غياباً

[وان لم يكن في تلك البلدة حاكم ترافعا في حضور حاكم نصابه برضاها .]

هذه الفقرة لا جبر فيها بل يشترط رضى الطرفين في نصب الحاكم

[او في حضور نائب ذلك الحاكم ان كان .]

اي الحاكم

ماذونا بنصب النائب

هندية وانقررية وهذه الصورة الثالثة يجبر فيها المدعى عليه وذلك لان الماذون نه بالاستخلاف يكون من استخلفه مولى من قبل السلطان انظر المادة ١٨٠٥ مع شرحها

[او في حضور حاكم البلدة المجاورة لبلدتهم]

في هذه الصورة لا يكون الا برضى الطرفين فلو راجع احدها ذلك الحاكم والى الآخر لا يجبر ولا يحكم عليه غيابا راجع المادة ١٨٠١ ثم لو اتفقا على مراجعته يحكم بينها وليس له ان يقول لها انكما من قضا. آخر ليس تحت ولايتي راجع شرح المادة ١٨٠٧

[فان لم يرض الطرفان باحدى هذه الصور استدعيا مولى من قبل السلطان .]

الخلاصة ان هذه المادة ذكرت خمسة وجوه الاول والثالث لا يشترط فيها رضى الطرفين وفيها عداها يشترط . علم من هذا انه مع وجود قاض في البلدة قد يولى السلطان من يحكم في بعض القضايا اما

للملاحظة محذور يترتب على حكم ذلك القاضي او للانم شرعي ينسح
القاضي من الحكم وهو ان يكون المحكوم له ممن لا تجوز شهادته
له كما في هذه المادة .

المادة ١٨١٠ - ينبغي للحاكم ان يراعي الاقدم فالاقدم
في روية الدعوى ولكن اذا كان تعجيل دعوى ورودها
مؤخر من ايجاب الحال والمصلحة يقدم رويتها .

لا فرق في مراعاة الاقدم فالاقدم بين الرقيم والرضيم ما لم تكن
الدعوى من نحو غريب ومسافر فيقدمان على غيرها دفماً لما يلحقها من
الاذية في الانتظار .

وفي الزلمي ويرتب الناس في الفصل على ترتيب مجيئهم فيبدأ بالسابق
فالسابق ويجعل في ذلك امينا يجزه ولا يجمع بين النساء والرجال في زمة
بل يجعل الرجال لائحة والنساء ناحية الا اذا كان لاحدهما دعوى على
الآخر فيجسطان بين يديه وقت الدعوى اه

هذا اذا كثرت الدعاوي وما امكن رويتها في يوم واحد . ولو كان
لواحد منهم اكثر من دعوى واحدة وفي روية جميعها يتأخر غيره ليوم آخر
فلا ينبغي استتراق ذلك اليوم في دعاويه وحده .

وفي الهندية عن الحاوي ويقدم النساء على حدة والرجال على حدة
وان جعل للنساء يوماً واحداً فهو استرهن وفيها قال محمد رحمه الله
تعالى الذي يرجع من ليله الى اهله بمنزلة المقيم ، والذي يبيت في غير اهله
بمنزلة الغريب الا ان الغريب يعني المسافر اشد حالاً واذا رأى التقديم لاجل
الغربة لا يصدق في قوله اني غريب عازم على الرجوع الى وطني لكنه
يسئله البينة على انه غريب هكذا روي عن محمد رحمه الله تعالى لكن
لا تشتط العدالة في هذه الشهادة وشهادة المستور تكفي ومن اصحابنا

من قال يستله مع من يريد السفر فيستل الرقعة انهم متى يخرجون وان فلانا هل يخرج معهم فان قالوا نعم حينئذ يتحقق العذر - واذا اجتمع على باب القاضي ارباب الشهود والايان والغرباء والنساء. فقدم القاضي ارباب الشهود فله ذلك وان قدم النساء فله ذلك .

المادة ١٨١١ - يجوز استفتاء الحاكم من غيره عند

الحاجة .

في الدر المختار وحاشيته رد المختار ما خلاصته اذا كان الحاكم مجتهداً واشكل عليه امر ولا رأي له فيه شاور العلماء مثله وحكم برأيهم ان اتفقوا وان اختلفوا نظر احسن اقاويلهم وحكم به وان حصل له رأي قبل الحكم حكم برأيه لان المجتهد لا يقلد غيره الا اذا اتهم رأيه وكان غيره في نظره اقله واورع فهو في سعة ان يتك رايه براي غيره هذا في المجتهدين .

ومثله في الحاكم والعلماء المقلدين فيما لم يصرحوا في الكتب ترجيحه واءتاده او اختلفوا في ترجيحه والا فالواجب اتباع ما اتفقوا على ترجيحه او كان ظاهر الرواية او قول الامام او نحو ذلك من مقتضيات الترجيح المذكورة في شرح المادة ١٨٠١ .

وقد تقدم في شرح المادتين ١٧٩٤ و ١٧٩٦ بيان اداب المفتي فلا حاجة الى الاعداد . وفي مجمع الانهر استقر رأي الاصوليين على ان المفتي هو المجتهد واما غير المجتهد ممن يحفظ اقوال المجتهد فليس بمفتي والواجب عليه ان يذكر قول المجتهد كأبي حنيفة رضي الله عنه على طريق الحكاية فعرّف ان ما يكون في زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى بل هو نقل كلام المفتي ليأخذ به المستفتي .

وطريق نقله لذلك عن المجتهد احد الامرين اما ان يكون له سند

فيه او ياخذه من مكان معروف تداولته الايدي نحو كتب محمد بن الحسن ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين لانه بمقالة الخبر المتواتر وقامه في البحر فليطالع - وصحح في السراج ان المفتي يفتي بقول الامام على الاطلاق ثم بقول ابي يوسف ثم بقول محمد ثم بقول زفر والحسن بن زياد ولا ينجيز اذا لم يكن مجتهداً واذا اختلف مفتيان يتبع قول الاقوى .

وفي المنع وان خالف ابا حنيفة صاحبه فان كان اختلافهم اختلاف عصر وزمان كالتقاضي بظاهر المدالة ياخذ بقول صاحبه لتغير احوال الناس . وفي الزراعة والمعاملة ونحوها يختار قولها ويجوز للشاب الفتوى اذا كان حافظاً الروايات وافقاً على الدرايات محافظاً على الطاعات مجانباً للشهوات والعالم كبير وان كان صغيراً والجاهل صغير وان كان كبيراً .

المادة ١٨١٢ - ينبغي للحاكم ان لا يتصدى للحكم اذا تشوش ذهنه بعارضة مانعة لصحة التفكير كالغم والفصمة والجوع وغلبة النوم .

لغضب درجات ثلاث تفريط وافراط وامتدال الاولى والثانية مذمومتان والثالثة محمودة في موطنها الشرعية وللإشارة الى الثالثة قال الامام الشافعي رضي الله تعالى عنه من استغضب فلم يغضب فهو حمار ومحل الغضب القلب وهو حالة يغلي بها دم القلب بطلب الانتقام .
الاصل في هذا ما اخرج في الجامع الصغير عن عبدالله بن عدي الجرجاني قال صلى الله عليه وسلم اذا ابتلي احدكم بالقضاء بين المسلمين فلا يقضى وهو غضبان وليسوا بينهم في النظر والاشارة - اخذ منه الاصوليون ليس هو علة النهي لذاته بل لما يتضمنه من الدهشة الشاغلة

عن استيفاء الفكر وامان النظر فالحقوا به الجائع والحاقن والناس
والمكنت شبا واضراب ذلك .

المادة ١٨١٣ - ينبغي للحاكم ان يدقق في اجراء
المرافعات وان لا يوقع الامور في عقدة التأخير .

التدقيق في الدعوى ان يقف على اطرافها بالاستفسار من المدعي عن
قيودها وشروطها فاذا تبين له صحتها يستجوب المدعي عليه فان اقر الزمه
والا طلب من المدعي الاسباب الثبوتية ولا يعوق الحكم فيها راجع
المادة ١٨٢٨ .

وفي الدر عن الاشياء لا يجوز للقاضي تاخير الحكم بعد شرائطه فلو
اخر القضاء ياتم ويستحق الغزل الا في ثلاث . الاولى اذا كان له ربية في
الشهود ومنها ثلاثة شهدوا عنده ثم قال احدهم قبل القضاء استنفر الله
كذبت في شهادتي فسمه القاضي بلا تمييز اشخصه فنلهم فقالوا كلنا على
شهادتنا فانه لا يقضي بشهادتهم ويخرجهم من عنده حتى ينظر في ذلك
- الثانية لرجاء صلح اقارب وفي ط وكذا الاجاب لان القضاء يورث
الضغينة فيعزز مها امكن .

وفي البيري عن خزانة الاكل اذا طعم القاضي في ارضاء الخصمين لا
لا بأس بردهم ولا بنفذ القضاء بينها لعلها يصطلحان ولا يردها اكثر من
مرتين وان لم يطعم انفذ القضاء .

الثالثة اذا استعمل المدعي من القاضي حتى يحضر بيته فانه يمهله -
وكذا اذا اقام البينة ثم ان المدعي عليه استعمل من القاضي ان ياتي
بالدفع فانه مجيبه ولا يجعل بالحكم اه . وهذا بعد ان يسئله عن
الدفع وكان صحيحاً فلو فاسداً لا يمهله ولا يلتفت اليه . وزاد البيري
عن الخلاصة مسألة اخرى يؤخر فيها ، اذا لم يعتمد على فتوى اهل مصره

فيتم التفرغ الى مصر آخر لاياتهم بتأخير القضاء .

المادة ١٨١٤ - يضع الحاكم في المحكمة دفترًا للسجلات ويقيد ويجرر في ذلك الدفتر الاعلامات والسندات التي يعطيها بصورة منتظمة سالمة عن الحيلة والفساد ويعتني بالدقة بحفظ ذلك الدفتر واذا عزل سلم السجلات المذكورة الى خلفه اما بنفسه او بواسطة امينه .

هذه السجلات اقسام اربعة : الاول اعلامات الحكم وهي المتضمنة لدعوى المدعي واثباته وجواب المدعى عليه ودفعه والاسباب الثبوتية . الثاني نصب الاوصياء الثالث القيام في الاوقاف . الرابع تقدير النفقات والمراد بالسندات الحجج وهي غير الاعلامات ذات الحكم ولهذا عطفها على الاعلامات . وهي اي السندات تشمل على انواع شتى من المعاملات الجارية بين الناس كالكفالة والحواله والدين والبيع القطعي والبيع بالوفاء وفكاه والاجارة والاستدانة والهبة والوكالة والصلح واثبات الرشد وعقد المزارعة وعقد المساقاة والمضاربة ونصب الوصي والابراء ونفي الملك واضراب ذلك . وسميت سندات لانها يستدل بها ويستند اليها عند الحاجة ويعبر عنها بالحجج .

وقد وضع ارباب الفن في الصكوك النموذج في كتب مخصوصة لتكون سالمة الروابط من الجرح والانتقاد وقد تعرف في الاعلامات ان توضع اشارة القاضي بالامضاء والختم في الاسفل وفي الحجج السائرة في الاعلا . وكل من الاعلامات والسندات تسهلاً للمراجعة عند اللزوم تقيد في سجلاتها المخصوصة المحفوظة عند القاضي .

وفي الزيلعي ويكتب نسخة اخرى يعطيها للخصم لتكون مستنداً له

عند الحاجة وما في يد الخصم لا يؤمن عليه التغير بزيادة او نقصان ثم ان كانت الاوراق من بيت المال فلا اشكال في وجوب تسليمها الى الجديد لانها انما كانت في يده لعمله وقد انتقل العمل الى غيره فلا معنى لتركها في يده بعد الغزل .

وكذا اذا كانت من مال الخصوم او من مال القاضي في الصحيح لان الخصوم وضعوها في يده لعمله - وكذا القاضي يحمل على انه عمل ذلك تديناً لا تمولا فيجب تسليمه اليه والجديد يتسلمها من الموزل اما بنفسه او بواسطة امينه . والواحد المدل يكفي والاثنان احوط - واما القاضي فلا يعمل بقوله كنت حكمت على فلان مثلاً قبل الغزل لانه صار من افراد الرعية فلا يعتبر قوله وهل تقبل شهادته مع غيره بانه كان حال قضائه حكم بكذا - المستفاد من مادة ١٧٠٩ عدم القبول لانها شهادة على فعله .

تنبيه

مفاد قول الزيلعي ليكون حجة عند الحاجة ومثله في الفتح، انه يجوز للجديد الاعتماد على سجل الموزل اه (رد المحتار - لكن علمت انه يشترط ان يكون سجل الموزل موافقا للتعليقات التي نشرت في ٤ جمادي الاولى سنة ١٢٩٦ ليكون خاليا من شبهة التصنيع والتزوير .

المادة ١٨١٥ - يجري الحاكم المحاكمة علنا ولكن لا يفتسي الوجه الذي يحكم به قبل الحكم .

يجري المحاكم العلنا

اي لا يتم احداً من الحضور لاستماع المحاكمة بين التدايين لان المحاكمة العلنية ادعى للعدل وانفى للتهمة ولانه قد تمس الحاجة الى اثبات حكمه عند الانكار فيوجد من الناس من يشهد على حكمه

[ولكن لا يفشي الوجه الذي يحكم به قبل الحكم]

لان المحاكمة متى انتهت باستكمال شروط الحكم واسبابه لا يجوز له تاخيره كما في المادة ١٨٢٨ فربما بعد افشائه تعرض في المحاكمة اسباب تغير شكل المحاكمة فيعطى حكماً غير الذي افشاه وهذا داع للتهمة فيحتارز عنه - لكن يقتضى ان يكون للذاكرة والمشاورة خفياً فيخرج الناس من غرفة المحاكمة او ينسحب لغرفة اخرى لان المذاكرة العلنية فيما لو كان قاضٍ آخر مولى معه للاشتراك في الحكم او اقتضى له ان يشارر العلماء في قضية اعضت عليه تربل مهابة المجاس وتوجب اتهامه بالجهل (بدائع)

المادة ١٨١٦ - اذا اتى الطرفان الى حضور الحاكم لاجل المحاكمة يامر المدعي اولا بالتقرير وان كانت دعواه قد ضبطت تحريماً قبل الحضور يقرأ فيصدق مضمونها من المدعي ثم يطلب جواب المدعى عليه ثانياً وهو ان يسئله بقوله ان المدعى يدعي عليه بهذا الوجه فما تقول انت .

[اذ اتى الطرفان الى حضور الحاكم لاجل المحاكمة يامر
المدعي اولاً بالتقرير]

اي بيان دعواه هذا احد وجهين في اقامة الدعوى وذلك بان يحضر
الطرفان امام القاضي ثم لا يلزمها السلام على القاضي فان فعلا لا يلزمه
رد السلام عليها واما الشهود فيؤمنون السلام ويرد عليهم (خانية)
وللمدعي ان يدعي بذاته او يحضر وكيلاً يسجل وكالته عند القاضي
او يبرز حجة وكالته مصدقه من محل الجايي حسب الاصول - ولو احضر
معه شخصاً وقال هذا وكيل فلان الغائب ولي في ذمته كذا والشخص
يقر له بالوكالة لا يصح اقراره ولو اقام بمواجهته بينة على ثبوت حقه لا
تقبل فان ذلك يكون قضاء على الغائب (خانية) ثم اذا امره القاضي
بتقرير دعواه فهنا صور ثلاث

الاولى ان يحدد دعواه من اصلها باطلة غير قابلة للتصحيح وضابطها
ان لا يلزم بها شيء على الخصم ، يردها ولا يستوجب المدعى عليه كما لو
ادعى ان فلاناً قريبي وكل في اموره فلاناً الاجنبي ولقرايتي له انا احق
بالوكالة اطلب اجارته على توكيلي او ان فلاناً باعني دابة فيها عيب وبعد
قبضي واطلاعي على العيب رضيت به واستعملتها والآن رجعت عن
رضاي اطلب فسخ البيع بالعيب ، او ان فلاناً وهبني كذا ثم قبل ان اقبض
رجع عن هبته فاطلب تسليمي اياها يردها قبل استجواب الخصم
الثانية ان يرى دعواه صحيحة موافقة للشروط المذكورة في كتاب
الدعوى وحينئذ يستجوب خصمه ويقول ان فلاناً يدعي عليك بكذا فماذا
تقول ولا يطلب من المدعي الاسباب الثبوتية قبل الاستجواب اذ لا يخلو المدعي
عليه من ان يقر فيحكم عليه بسبب الافرار او ينكر فيحكم عليه بسبب
البينة وبينهما فرق لا يخفى كما في الدر المختار من باب الاستحقاق وخلافه .

الثالثة ان يجد في دعواه فساداً قابلاً للتصحيح فهذا ان كان ناشئاً عن تساهل في ترك قيد او شرط فالقاضي يسئل المدعي عنه كما لو كان المدعى به عقاراً وترك حدوده او طلب الرجوع في هبته ولم يبين انها لم تزل قائمة في يد الموهوب له مثلاً فان اتم بيانه سنل الخصم - وان لم يكن من هذا القبيل كدعواه انه استقرض مني مقداراً من الدنانير لا اعلم كميتها فالقاضي يصرف النظر عن الدعوى حتى يعين لعدم صحة الدعوى بالمجهول لان فائدة الدعوى القضاء بها ولا يقضى بالمجهول فلا تصح الدعوى ويستثنى من ذلك دعوى الرهن والغصب والوصية والاقرار والابراء. راجعها من كتاب الدعوى - الوجه الثاني في اقامة الدعوى ما هو الجاري في زماننا بطريق الكتابة واليه اشارت المجلة بقولها .

[وان كانت دعواه قد ضبطت تحريراً قبل الحضور]

اي المدعي والمدعى عليه امام القاضي وهذه الدعوى تحريرية لا شفاهية .

[يقرأ فيصدق مضمونها من المدعي]

فيذيلها بالتصديق بامضائه او ختمه المعروفين وعنا ايضاً لا تخلو الدعوى عن احد الصور الثلاث المتقدمة ففي الصورة الثانية يستقصيها

[ثم يطلب جواب المدعى عليه ثانياً]

اي هذا ثاني العمل بعد القراءة والتصديق [وهو ان يساله] بقوله

[ان المدعي يدعي عليك بهذا الوجه فما تقول انت]

واعلم ان اهم العمل الذي يجتص به لحقوق العباد الاعتناء والدقة في تحرير كلامي المدعي والمدعى عليه واخذ خلاصته مطابقاً لماهية المقصد غير مضموس بمعنى آخر يضر احد الطرفين فكهم من فرق بين لفظ ولفظ ومعنى ومعنى خصوصاً اذا كان المتداعيان من عامة الناس او من بعض اهل السواد لا يفهمون دقائق الالفاظ والمعاني ولا يتنبهون لتعريف كلمة او تبديلها باخرى مما يذهب بروح دعواه ولينظر الى عرفهم وعاداتهم في استعمال الالفاظ وهذا يقع كثيراً كما لو ادعى رجل على آخر بانى قد اودعتك في مكان كذا الوديعة الفلانية فاطلبها فاجابه المدعى عليه منكرراً للايداع وقال ما اودعتني شيئاً اصلاً فبدل الكاتب انكار الایداع بانكار الوديعة وكتب (انكر الوديعة) فانه يتضرر المدعي وذلك لانه اذا اقام المدعي بينة على الایداع تقبل بينة المدعي عليه انه رد الوديعة وهذا بسبب كتابة الكاتب ونسيان الحقيقة لعدم التناقض بين وجود الوديعة ودعوى ردها بخلاف ما لو ادعى ردها بعد وجود الایداع لا يقبل للتناقض وكذا لو كان جواب المدعى عليه انكار الوديعة بان قال مالك عندي وديعة اصلاً فقيد الكاتب بدل هذا الجواب (انكر الایداع) لا تقبل منه البينة على انه ردها للتناقض بين انكار الایداع ودعوى ردها فيتضرر المدعى عليه - وعلى هذا الاعتناء بضبط شهادة الشهود

﴿ لاحقته ﴾

اذا كانت الدعوى تتعلق في الفروج فبمجرد الدعوى لا تكون الحياولة الا بالبرهان - ففي الهندية اذا ادعت المرأة الطلاق على زوجها

وطلبت من القاضي ان يضعها على يدي عدل حتى تأتي بالشاهد الآخر ينظر ان كان الطلاق رجعيا لا يحول بينها وبين الزوج لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح . وان كان الطلاق بائناً ان قالت المرأة شاهدي الآخر غائب وايس في المصر فكذلك الجواب لا يحول بينها وبين الزوج وان قالت شاهدي الاخر في المصر ان كان الشاهد الحاضر فاسقاً فكذلك الجواب لا يحول بينها وبين زوجها لان شهادة الفاسق ليست بحجة اصلاً لا في حق الله تعالى ولا في حق المبد فصار وجودها والعدم بتزلة - فاما اذا كان عدلاً فالقاضي يؤجلها ثلاثة ايام وان حال بينها وبين زوجها فعين هكذا ذكر في الاصل وذكر في الجامع بخلافه قال في الجامع اذا شهد واحد عدل فالقاضي يمنع الزوج عن الدخول عليها استحصاناً واما اذا اقامت شاهدين شهدا على الطلاق البائن او على الثلاث لم يذكر هذا الفصل في الاصل وذكر في الجامع ان القاضي يمنع الزوج من الدخول عليها والحلوة معها ما دام مشغولاً بتدكية الشهود وهذا استحسان ولا يخرجها القاضي من منزل زوجها ولكن يجعل القاضي معها امرأة امينة تمنع الزوج من الدخول عليها وان كان الزوج عدلاً ونفقة الامنية في بيت المال فان زكيت الشهرد فرق بينها والا ردت المرأة على الزوج فان طالت المدة وطلبت من القاضي ان يفرض لها النفقة او كانت لها نفقة مفروضة لكل شهر فالقاضي يفرض لها النفقة ويامر الزوج باعطاء المفروض ولكن انما يفرض لها نفقة مدة المدة لا غير فاذا اخذت قدر نفقة المدة ان عدل الشهود سلم لها ما اخذت وان ردت الشهادة وردت المرأة على زوجها رجع الزوج عليها بما اخذته كذا في الذخيرة .

وفيها اذا كان المدعى به منقولاً وطلب المدعي من القاضي ان يصنعه على يدي عدل ولم يكتف باعطاء المدعى عليه كفيلاً بنفسه وبنفس المدعى به فان كان عدلاً فالقاضي لا يجيبه وان كان فاسقاً اجابه كذا في المحيط . لو ادعى عقاراً في يدي رجل واقام بينة لا يامر القاضي بالوضع على يدي عدل ولا بالكفيل به الا ان يصكون ارضاً فيها شجر فيه ثمر فيوضع

على يدي عدل .

المادة ١٨١٧ - ان اقر المدعى عليه الزمه الحاكم باقراره
وان انكر طلب البينة من المدعي .

اعلم ان الاقرار هو بنفسه حجة لا يحتاج الى تاييده بالحكم بل
القاضي يلزم المقر بما اقر به الزاما وللمقر ولاية على نفسه فيقتصر عليه
- بخلاف ما سيأتي في المادة بعدها فان الحق اذا ظهر بالبينة فلا بد من
تقويتها بحكم القاضي فان البينة بنفسها ليست حجة لكونها خبرا يحتمل
الصدق والكذب فلا تصير حجة الا بقضاء القاضي المسقط لاحتمال الكذب
وللقاضي ولاية عامة فينفذ قضاومه في حق الكافة (رد المحتار عن الزيلعي)
ولما كان الاقرار حجة بنفسه لا للشهادة اشترط لها مجلس القضاء دون
الاقرار فيثبت الاقرار بالشهادة على المقر انه اقر في غير مجلس القضاء
ولا تثبت الشهادة بالشهادة على الشهود انهم شهدوا في غير مجلسه - الا اذا
كان الشهود انا بومهم عنهم وحرلم شهدتهم ليشهدوا بها امام القاضي عند
تحقق المعجز عن حضور الاصل بموت او مرض او غيبة (مبسوط) لانهم
بالتحمل خلف عن الاصل ، والا في كتاب القاضي الى القاضي كما سيأتي
وقد ذكر الفاضل علي حيدر افندي في هذا المحل ان المدعى عليه لو اقر
في مجلس الحاكم فحكم عليه الزاما باقراره ثم ادعى انه كان كاذبا في
الاقرار لا يلتفت اليه واذا ادعاه قبل الحكم فله تحليف المدعي انه
ليس كاذبا وعلله بان اقراره يحتمل الصدق والكذب في مجلس القاضي
كاحتماله في غيره وعزاه للخيرية وليس فيها هذا التعليل بل فيها بعد ان
اقتى بالتحليف قال انه قول ابي يوسف واختاره المتأخرون وعليه مادة
١٥٨٩ لكن لا لان الاقرار ليس حجة في نفسه بل لما شاهده كثير لما
ابتلى بالقضاء ان المديون قد يقر اوليا لياخذ الدين من الدائن ثم لا ياخذه

وصرحوا بان قول ابي يوسف استعسان والقياس لا يسمع منه ولا يحلف
للتناقض - وهكذا ينبغي ان يعطل حتى وفي تعليقه هذا قد ناقض كلامه
قبل اسطر بان الاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على قضاء القاضي بخلاف
البينة . والامر كذلك لان الباع العاقل المكلف يستبعد النظر عادة ان
يلزم نفسه بما هو ضرر عليه بالاقرار كاذبا .

[وان انكر طالب البينة من المدعي]

فيه اشارة الى ان جنس البيئات في جانب المدعين والايان في جانب
المدعى عليهم فلا ترد اليمين على المدعي عند نكول المدعى عليه عند اثنتا
وحجته قوله عليه السلام في حديث الحضرمي والكندي للمدعي منها
الك بينة قال لا قال عليه الصلاة والسلام لك بين فقال يحلف ولا يبالي
فقال صلوات الله عليه ليس لك الا هذا شاهدك او يمينه - يستوي فيما
ذكرنا انواع الاملاك وضموف المدعين من حر او عبد مسلم او ذمي
مستأمن او مرتد (مبسوط) وقامه هناك وبما ان الحق في اليمين مرتب
على العجز من البينة فهو قال المدعي لي بينة حاضرة في المجلس لا يحلف
بالاتفاق وتسمع البينة - وان خارج المصر مدة السفر يحلف اتفقا وان في
المصر فعند الامام الاعظم لا يحلف خلافا لابي يوسف . والامام محمد مع
ابي حنيفة فيما ذكر الحصاص ومع ابي يوسف فيما ذكره الطحاري - واما
اذا كانوا مرضى في المصر ظاهر ما في خزانة المفتين يحلف فانه قال
الاستحلاف يجري في الدعوي اذا لنكر المدعى عليه ويقول المدعي لا
شهود لي او شهودي مرضى او غيب (بجر من كتاب الدعوى)

ثم ان قول المجلة (وان انكر الخ) لبيان الطريقة في العمل
القضائي لان المدعى عليه يسوغ له الانكار مطلقا بل يجب عليه الاقرار
ان كان ما يدعيه عليه حقا وله الانكار ان كان باطلا - ثم اذا اجتمع
لاقرار والبينة هل يكون الحكم بالاقرار ام بالبينة فيه اختلاف المشايخ

والا ظهر الاول لما في البحر عن الفصولين لو برهن المدعي ثم اقر المدعى عليه بالملك بقضي له بالاقرار لا بالبينة الا اذا تحققت حاجة الخصم الى الحكم بالبينة فيحكم بها دفعا للضرر عنه حتى ويسوغ له الانكار . وهذا في مسائل منها استحق المبيع في يد المشتري يعذر في الانكار وان علم صدق المدعي اذ لو اقر لا يرجع هو على بائعه بالثمن ولو اجتمع هنا الاقرار والبينة يحكم القاضي بالبينة دفعا للضرر عنه . ومنها دعوى الرد بالعيب كما لو اراد المشتري رد المبيع على بائعه بعيب قديم فالبايع وان كان يعلم ينكره ليسوغ له الرد على بائعه اذا ثبت بالبينة . ومنها ادعى على احد الورثة بدين على الميت فاذا اقر يلزمه من حصته فقط كما في المادة ١٦٤٢ واذا انكر وحكم بالبينة يسري على سائر الورثة فينكر حاجة دفع الضرر عنه .

وقد توجد مسائل لا يعمل فيها بالاقرار اصلاً ولا بد فيها من البينة ترجع الى قاعدة ذكرها وهي ان كل من اقر بشي . لا يلزمه لا يحلف عليه اذا انكره ولها فروع تبلغ نيفا واربعين ذكرها العلاني في آخر كتاب الوقف وقدمناها في شرح المادة ١٦٣٤ فهذه لا بد فيها من البينة ولا يعمل فيها باقرار وهي ليست مما نحن فيه مثلاً الصغير والصغيرة والمجنون والمعتوه لا يصح اقرار اوليائهم واوصيائهم بدين عليهم بل لا بد من البينة لانه اقرار على الغير راجع المادة ١٥٧٣ فهذه المسئلة واشباهها ذكرها حيدر افندي مع مسائل الاستحقاق والرد بالعيب التي لولا الحاجة لدفع الضرر لحكم فيها بالاقرار مع ان الاقرار في هذه كالدعم لا يجوز الحكم به منفرداً .

ولما كان ما تقدم من البيئات وسماها وقبولها وحكم القاضي بمقتضاها يتعلق بقاض واحد يسمها في مجلسه وعلى مقتضاها يحكم بحضور الخصمين وهذا يتحقق بقاض واحد اردنا ان نلحق به ما لا يتحقق الا بقاضين وهو كتاب القاضي الى القاضي تسميا للفائدة قال في فتح القدير فهو كالركب بالنسبة الى ما قبله

باب

- في بيان احكام كتاب القاضي -

ويحتوي على مقدمة وشروط تتعلق بالقاضي الكاتب
وشروط تتعلق بالمكتوب اليه وبيان وجه شرعيته

اعلم اولاً ان الحكم على الغائب لا يجوز عندنا فلا بد من حضوره
بنفسه امام القاضي او وكيل عنه ولو مسخراً وهو من ينصبه القاضي اذا
توارى الاصيل ولم يجب دعوة القاضي ، وهو موجود في ولايته حكمه
وتعذر احضاره كما سيأتي في مادة ١٨٣١ فالغائب قسبان اما هذا واما
ان يكون متغيباً عن وطنه كاطننا في بلدة اخرى تحت ولاية قاض
اخر فراراً من الدعوى او لمصالح ذاتية فان كان الاول يسم القاضي
الشهادة على وكيله او الوكيل المسخر ويحكم عليه كما في المادة ١٨٣٢
فاذا امت الحاجة يكتب بحكمه هذا الى قاض آخر لاجل التنفيذ
ويقال لهذا الحكم سجل لان السجل لا يكون الا عند الحكم ويسمى
في زماننا اعلاماً وان كان الثاني يحضر المدعي شهوده امام القاضي
فان شهدوا له بما يدعي وظهرت للقاضي عدالتهم بعد التريكة يطلب
المدعي من القاضي ارسال كتاب الى قاضي تلك البلدة التي فيها خصمه
ليحكم له المكتوب اليه على خصمه بحضوره فيكتب القاضي الذي
سمع شهوده كتاباً بالشروط الاتي ذكرها وهذا يسمى بالكتاب
الحكمي باعتبار ما يراد اليه لانه يكون ملزماً لحكم القاضي . والفرق
ان الاول اذا وصل الى المكتوب اليه لا يسمه الا التنفيذ وافق رأيه

او خالفه لاتصال الحكم به
واما الثاني فان وافق رايه ان كان مجتهدا او مذهبه ان كان مقلدا
نفذه والا فلا لعدم اتصال الحكم به . وهو نقل الشهادة في الحقيقة الا
انه لا يحتاج الى تعديل الشهود الذين شهدوا في الحادثة وفي الشهادة على
الشهادة لا بد من تعديلهم (عبد الحلیم وشرنبلاي عن التبيين)
وجاز في الكتاب الحكمي نقل شهادة شاهد واحد بل
شهادة امرأة او شهادة على شهادة لما ان الاحتياج الى الكتاب ضرورة
تعذر الجمع بين الخصم وشهوده فكذلك يحتاج الى شطر الشهادة او وصفه
لان الانسان ربما يكون بعض شهوده في هذا البلد وبعض آخر في بلد
آخر فيجوز الكتاب كما وجد الى ان يبلغ الى كمال النصاب (عبد
الحليم على الدرر)



فصل

- في وجه ثبوته -

قال في الفتح العمل بكتاب القلضي الى القاضي استمعان على خلاف القياس
لانه لا يزيد على اخباره بنفسه والقاضي لو اخبر قاضي البلدة الاخرى
بانه ثبت عنده بينته قبلها حق فلان على فلان الكائن في بلد القاضي
الآخر لم يجز العمل لان اخبار القاضي لا يثبت حجة في غير محل ولايته
فكتابه اولي ان لا يعمل به ، لان الكتاب فيه شبهة التروير اذ الخط
يشبه الخط والخاتم الخاتم لكنه جاز باجماع الصحابة والتابعين لحاجة الناس

الى ذلك اه .

اي والحاجة تنزل منزلة الضرورة كما في مادة (٣٢) لا يقال لا نسلم مساس الحاجة الى كتاب القاضي لان الشاهدين على الكتاب يجوز ان يشهدوا على شهادة الاصول ويؤدونها مند القاضي المكتوب اليه فلا حاجة حينئذ لان نقول في الشهادة على الشهادة يحتاج القاضي المكتوب اليه الى تعديل الاصول . وقد يتعذر ذلك في بلده لعدم وجود من يجبر احوالهم وبالكتاب يستغني عن ذلك لان الكاتب وهو القاضي الاول يكتب بعدالة الذين شهدوا عنده فوجه ثبوته بالاستحسان ، انه يشبه الشهادة على الشاهد لاتحاد المناط اي العلة وهي تعذر الجعم بين الشهود والخصم - فكما تجوز الشهادة على الشهادة لاحياء حقوق الناس - فكذلك جواز كتاب القاضي ولا يراد بالشاهد القياس لان الشهادة على الشهادة ثبت استحسانا ايضا والقياس ياباها لانها عبادة بدنية لُمت الاصل . والنيابات لا تجري في العبادات وما ثبت على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس فيراد به الاتحاد في مناط الاستحسان (بناية على الهداية)

فصل

[في بيان شروط كتاب القاضي الى القاضي وهي شروط
يتوقف عليها جواز العمل بكتاب القاضي
منها ما يتعلق بالكاتب ومنها ما
يتعلق بالمكتوب اليه]

فالاول يشترط العلوم الخمسة بان يكون الكتاب من معلوم الى معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم اي الكاتب والمكتوب اليه والمدعى به

بان يبين جنسه ونوعه وقدره ووصفه انظر المادة ١٦٢٣ واذا كان عقاراً يذكر موقعه وبيان حدوده ولا فرق بين ان يكون في بلدة الكاتب او المكتوب اليه او غيرها انظر المادة ١٨٠٧ والمدعي والمدعى عليه واعلام كل من هو لاء وشهود الاصل يكون بذكر اسمه واسم ابيه وجده او قبيلته لان اعلام الانسان اذا كان غائباً يكون بهذه الاشياء. فلو لم يذكر اسم ابيه وجده لا يحصل التعريف بالاتفاق (بناء على الهداية) . وان ذكر اسمه ولم يذكر اسم الاب لكن نسبة الى قبيلته او نخذه فقال فلان التيسبي او الكوفي او ما اشبه ذلك لا يكون تعريفاً ايضاً بالاتفاق وان كان مشهوراً لا يحتاج الى هذا .

الثاني ان تكون المسافة بين القاضين مدة سفر كالشهادة على الشهادة فلي هذا اذا كتب لقاض آخر فيما دون مدة السفر لا يجوز العمل به . وحكى الطحاري عن ابي حنيفة واصحابه انه يجوز فيما دون مسافة القصر وجوز ابو يوسف في الكتاب الحكمي ان تكون المسافة بحيث لا يمكن للشاهد اذا اتى للشهادة ان يوجع الى بيته آخر نهاره وجوزه محمد . ولو في بلدة واحدة اذا كان فيها قاضيان يحكم كل منهما في جهة معينة منها .

الثالث ان يكون الكتاب الحكمي من حاكم منصوب من قبل المحكم .

الرابع ان يكون القاضي الكاتب على قضائه الى ان يمضي امر الكتاب فلو انه مات او عزل او خرج عن اهلية القضاء يجنون او عمى قبل ان يصل الى المكتوب اليه بطل الكتاب .

الخامس ان يكون معنواً من داخله نحو ان يكتب من فلان الفلاني قاضي بلدة كذا الى فلان الفلاني قاضي بلدة كذا . وفي رد المحتار يكفي ان يكتب الى قاضي بلدة كذا اذا لم يكن فيها حاكم غيره لحصول التعريف .

السادس يلزم وضع تاريخ الكتاب ليعلم المكتوب اليه ان الكاتب

هل كان قاضيا حين كتب الكتاب ام لا .
السابع لا يكون كتابه مقبولا عند المكتوب اليه الا بنصاب الشهادة
رجلين او رجل وامرأتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا
بججة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحججة -
الثامن يجب على القاضي الكتاب ان يقرأ ان الكتاب على الشهود
الذين يحملونه او يُعلم ما فيه لانه لا شهادة بلا علم بالمشهود به كالشهادة
بان هذا الصك مكتوب على فلان لا يفيد ما لم يشهدوا بما تضمنه ولم
يشترط ابو يوسف العنوان في الباطن ولا القراءة على الشهود ويكفي ان
يشهدم بان هذا كتابه وختمه وعن ابي يوسف ايضا ان الحتم ليس بشرط
- رخص ذلك لما ابتلى بالقضاء وهذا اختيار شمس الائمة السرخسي قال في
الفتح ولا شك عندي في صحته فان الفرض اذا كان عدالة الشهود وهم
حملة الكتاب فلا يضر انه مختوم مع شهادتهم انه كتابه - نعم اذا كان
الكتاب مع المدعي ينبغي ان يشترط الحتم لاحتمال التضييع الا ان يشهدوا
بما فيه حفظا بان يبينوا ما فيه للمكتوب اليه مفصلا فلا يضر كونه مع
المدعي وهو غير مختوم وما قالاه احتياط وما قاله ابو يوسف توسع
ويكتب هذا ويقول بمد الحمد والسلام . اما بعد فان رجلا اتاني يقول
له فلان بن فلان الفلاني وذكر ان له حقا على رجل يقال له فلان ابن
فلان الفلاني كذا وكذا درهما حالا وسئلني ان احلفه بالله ما قبض منها
شئنا ولا قبضه له قابض بوكالة ولا احتال بشئ منها وحلفته خلف بالله
الذي لا اله الا هو ما قبض من هذا المال الذي قامت به البيعة عندي
ولا قبضه وكيل له ولا احاله وله قبضه له قابض وانها له عليه فسئلني
ان اكتب له كتابا بما استقر عندي من ذلك فكتبت له هذا الكتاب
واشهدت عليه شهودا انه كتابي وخاتمي وقراته على الشهود ثم يطوي
الكتاب ويختم عليه فان ختم عليه شهوده فهو اوثق ثم يكتب عليه عنوان
الكتاب من قاضي كورة كذا الى قاضي كورة كذا ثم يدفعه الى
المدعي لكن تعارفوا في زماننا على وضع العنوان في ظاهر الكتاب ولا

تسمى ما قاله ابو يوسف من الاشهاد على انه كتابة بدون قراءة على
الشهود ويكفي . التامع لا يكون الا في حقوق العباد وهو ما لا يسقط
بالشبهات قال في العناية ويندرج في حقوق الدين والنكاح والنسب
والمغصوب والامانة المجردة - وفي شرح المنتقى وكذا الشفعة والوكالة
والرصة والوفاة والوراثه والقتل الذي يوجب المال - من كل حق هو
بمعنى الفعل يعرف بالوصف ولا يحتاج فيه الى الاشارة . ولا يقبل
في الاعيان المنقولة كالثوب ونحوه - بان ادعى رجل نكاحا على
امراة وبالعكس - والنسب بان ادعى نسباً من - الميت والمغصوب بان ادعى
غصبا على رجل - والامانة المجردة بان ادعاها على المودع الجاحد وكذا
المضاربة المجردة - وانما قيدنا بالجدد فيها لان المودع والمضارب الغائبين
لو كانا مقرين للمدعي لا حاجة الى كتاب القاضي - وعلى هذا الطلاق
بان ادعت امراة على زوجها الغائب فهذه الاشياء كلها بمنزلة الدين وهو
يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة . فان قبل لا نسلم عدم الاحتياج
الى الاشارة فيما سوى الدين فان الشاهد يحتاج ان يشير الى الرجل والمرأة
عند دعوى النكاح من الجانبين وكذلك في الامانة والمغصوب فكيف
يجوز فيها كتاب القاضي ولا بد من الاشارة اليها في الدعوى - قلنا لا بل
النكاح ونظائره المذكورة لا تحتاج الى الاشارة لان دعوى المدعي هي
النكاح لانفس المرأة - وكذلك نظائره لانها من الافعال وهي فعل النصب
والايداع وعقد المضاربة والنكاح وان كان يلزم في ضمنه الاشارة
الى المتداعيين اه . ملخصاً من البتاية والعناية وعن محمد قبوله في كل ما
ينقل ويجول وعليه المتأخرون وعمل الفقهاء اليوم على التجوز في الكل
العاشر لا يعمل بكتاب القاضي اذا كان في مسائل لا تتوجه فيها
لخصومة على المدعى عليه كما لو تقدم رجل الى القاضي وقال ان فلان بن
فلان بن فلان الفلاني الكائن في بانه كذا كان له علي كذا وكذا درها وقد
اوفيته اياها او ابراني منها اريد القدم اليها ويحتمل ان يتعرض لي هناك
وعندي على ذلك شهود فاسمها لي واكتب بذلك الكتاب الحكمي الى

فاضي البلدة لا يجيبه لعدم صحة الدعوى ولو قال انه منكر للايفاء .
او الابراء . ويطلب مني ما يدعيه فاريد اثبات دفع الدعوى اجابه بالاجماع .
وكذا اذا ادعى ان الشفيح الغائب سلم الشفعة واقام بينة وطلب ان
يكتب له هو على الخلاف بين ابي يوسف ومحمد - وكذا امرأة ادعت
الطلاق على زوجها الغائب واشهدت وطلبت الكتاب هو على هذا الخلاف
ايضا . ولو قالت طلقني ثلاثا وانقضت عدتي وتزوجت باخر واخاف ان
ينكر الطلاق فاحضرته وقالت للقاضي سلمه حتى اذا انكر اتمت عليه
البينة فالقاضي يستله بلا خلاف والقياس في الكل سواء . وهذا احتياط -
كذلك لو كفل زيد عمراً بادنه بدين عليه بكر فاداه الكفيل من زمة
عمرو المديون ثم قفل الرجوع عليه بما اداه تغيب عمرو المكفول مدة السفر
فاحضر زيد بينته للقاضي وطلب منه كتابا في اثبات ذلك ليحصله من
المديون يجيبه .

الحادي عشر ان يكون صدور الكتاب من مجلس حكمه لان
كلامه في غير مجلس حكمه ككلام احد الرعايا ولهذا فرق في الهداية
بين كتاب القاضي الى القاضي ورسوله اليه بان الكتاب كالخطاب
والكتاب وجد من موضع القضاء فكان كالخطاب من موضع القضاء .
فيكون حجة - واما الرسول فقائم مقام المرسل والمرسل في هذا الموضوع
اي موضع المرسل اليه ليس بقاض وقول القاضي في غير موضع قضائه
كقول واحد من الناس - وقال ايضا في كيفية شهادة الشهود على انه
كتاب القاضي ان يشهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي سلمه الينا في
مجلس حكمه وقراه علينا -

واما ما يتعلق بالمكتوب اليه ففي شرح العناية عن المحيط لو قبل
المكتوب اليه الكتاب من غير حضرة خصمه جاز ولو سمع البينة على
ان هذا كتاب القاضي من غير حضرة الخصم لا يجوز فحضرة الخصم
شرط قبول البينة على الكتاب لا شرط قبول الكتاب اه لان الكتاب
في المعنى بمنزلة الشهادة على الشهادة لان القاضي ينقل الفاظ الشهود بكتابه

الى المكتوب اليه فالشهادة عليه كذلك لا تكون الا بجزرة الخصم
وقيه ايضا الاولي ان يكون الفتح بجزرة الخصم وان فتح بغير محضر
منه جاز - قال في الفتح وترتيب الحال اي الكيفية انه اذا وصل
المدعي الى القاضي جمع بينه وبين خصمه فان اعترف استغنى عن الكتاب
وان انكر قال للمدعي هل لك حجة فان قال معي كتاب القاضي اليك
طالبه بالبينه على انه كتاب القاضي فاذا حضروا احضر خصمه ان لم
يكن حاضرا فيشهدون بجزرة انه كتاب القاضي سلمه اليها في مجلس
حكمه وقراه علينا على قول ابي حنيفة ومحمد وحينئذ افتكه وقراه
عليه وقد اختلف لفتح الكتاب في لزوم تعديل هؤلاء الشهود وعدمه في
الهداية : لم يشترط الامام محمد في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح
انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة - ثم بعد هذا يقول القاضي للخصم
اللك حجة اي دفع والا قضيت عليك فان لم يكن له حجة قضى عليه
وان كانت له حجة قبلها - وان قال لست فلان بن فلان الذي شهدوا
عليه بهذا المال تزيد بل هو آخر قال له هات بينة ان في هذه الصناعة
او القبيلة رجلاً ينتسب بمثل ما تنتسب اليه والا الزمتك ما شهد به الشهود
فان جاء بينة على ان في تلك القبيلة او الصناعة من ينتسب بمثل ما
نسب اليه ابطال الكتاب وان لم يكن في تلك القبيلة او الصناعة احد
على اسمه او اسم ابيه قضى عليه - اقول جميع ما جاء في شهادة الشهود
انه كتاب القاضي قراه علينا الخ هذا كان في زمانهم واما في زماننا فما
الحاجة اليه فانه اذا سلم القاضي كتابه المختوم عليه الى دائرة البريد اي
البوسطة ولا علم لها فيه ولا فرض وعهد اليها تسليمه الى المكتوب اليه
كما هو العادة يدا بيد واخذ امضاء منه برصولة ليده اليس هذا يوثق
به كشهادة الشهود بل اوثق في سلامته من شبهة التصنيع والتزوير ولا
ينكر تغير الاحكام بتبدل الازمان كما في المادة ٣١

فرع

في الفتح لو سمع الخصم بوصول كتاب القاضي الى قاضي بلده
فهرب الى بلدة اخرى كان للقاضي المكتوب اليه ان يكتب الى قاضي
تلك البلدة بما ثبت عنده من كتاب القاضي فكما جوزنا للاول الكتابة
تجوز للثاني والثالث وهلم جرا للحاجة ولو كتب فلم يخرج من يده حتى
رجع الخصم لم يحكم عليه بتلك الشهادة التي سمعها من شهود الكتاب
بل يعيد المدعي شهادتهم لان سماعه الاول كان للنقل فلا يستفيد به
ولاية القضاء وانما يستفيدها لو كان الخصم حاضراً وقت شهادتهم -

الشرط الثاني ان المكتوب اليه انما يقبل الكتاب اذا بقي الكاتب
على قضائه الى زمن قراءة المكتوب اليه حتى لو مات او عزل او جن
او ارتد والماض بالله تعالى او لحق بدار الحرب او خرج عن اهليته بفسق
وقد تولى وهو عدل بطل كتابه - وقال ابو يوسف يعمل به لان كتابة
القاضي الى القاضي كالشهادة على الشهادة لانه ينقل به شهادة الذين شهدوا
عنده الى المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة فكان كشهد الفرع
فانه لا يتنع القضاء - وحاصل الجواب في الذخيرة عن ابي حنيفة منم
تمام النقل بمجرد الكتابة بل حتى يصل ويقراء لان هذا النقل بمنزلة القضاء
ولهذا لا يصح الا من القاضي ولا يتم الا بوجوب القضاء ولا يجب الا
بقراءته وكذا لو مات المكتوب اليه بطل الكتاب الا اذا كتب
الى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة
المسلمين لان غيره صار تبعاً له - اي الذي صار تبعاً معلوم بمعلومته بخلاف
ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه لانه غير معرف - واجازة
ابو يوسف وهو مذهب الشافعي لان اعلام المكتوب اليه وان كان شرطاً
فالعموم يعلم كما يعلم الخصوص وليس العموم من قبيل الاجمال والتجهيل
فصارت قصديته وتبعيته سواء واسترجه في الفتح فانه حين ابتلي بالقضاء

وسم كثيراً تسهياً على الناس ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه .

مسئلة

قال في الدرر ادعى على فائب واراد ان يبعث وكيله لتحصيله استخلفه القاضي بانك ما قبضته كلا او بعضاً وما ابرأت ذمته وما تعلم ان رسولا او وكيلاً لك قبض منه لان ذلك الغائب يحتمل ان يدعي بعد وصول الكتاب اليه انه ادى ذلك المال اليه ، ولا يكون له بينة فينفذ بتوجه اليمين على المدعي فاذا حلف قيل يندفع ذلك وتقدر المسافة .

خلاصة

علم مما تقدم ان عنوان الكتاب على اربعة اوجه ان يكتب ابتداء بالتخصيص فقط بان يقول الى قاضي بادة كذا او بالتعميم فقط بان يقول الى اي قاض كان من قضاة المسلمين او بالتخصيص ثم التعميم او بالعكس والاوجه الثلاثة صحيحة بالاتفاق والوجه الرابع يصح عند الي يوسف .

المادة ١٨١٨ - اذا اثبت المدعي دعواه بالبينة حكم الحاكم بذلك وان لم يثبت يبقى له حق اليمين فان طلبه كلف الحاكم المدعى عليه اليمين .

[ان اثبت المدعي دعواه بالبينة]

بعد انكار المدعى عليه صريحاً او غير صريح كما لو قال لا اقر

انكر او سكت عن الجواب - والبينة فبعلة من البيان اذ بها يظهر الحق من الباطل وهي اسم لكل ما يبين الحق من شهود او قرينة قاطعة راجع المادة ١٧٤٠

حكم الحاكم بذلك

بعد تركيتها سرآ او علنا لانه نور دعواه بالحجة انظر المادة ١٧٢٦ وبما ان هذه الدار من عالم الشهادة لا عالم الحقيقة والشهود وان كان كذبيهم محتملا الا ان ادراك ذلك والوقوف على الحقائق امر غيبي لا يطمه الا الله تعالى فشرعت للبينات مع اخذ الاحتياطات بالبحث عن عدالتهم والوعيد الذي يزجرهم عن الكذب على حسب ما يمكن البشر في الاحكام واثبات الحقوق واثار بقوله

يبقى له حق اليمين

الى ان اليمين لا ترد على المدعي لما تقدم في الحديث المشهور انها لا تكون الا من جانب المدعي عليه المنكر حتى لو اصطلاحا على ان المدعي لو حلف فالحصم ضامن للمال وحلف ، فهو باطل لان فيه تغيير الشرع (در منتقى) والى انها حق المدعي فله الخيار في طلب التحليف او تركه - وكيفية التحليف تكون على الوجه المتقدم في مادي ١٧٤٨ و ١٧٤٩ وشرحها . واثار بقوله كلف الحاكم المدعي عليه اليمين الى ان التحليف حق القاضي - فلو حلف المدعي عليه بطلب المدعي بين يدي القاضي من غير استعلاف القاضي ، فهذا ليس بتحليف لانه حق القاضي فلو برهن يقبل والا يحلف ثانيا - وكذا لو حلفه القاضي قبل طلبه حلف ثانيا ولو

اصطلاحاً على ان يحلف عند غير قاض ويكون برئياً فهو باطل .
وخرجت مسائل يحلف فيها القاضي بدون طلب المدعي منها الرد
بالمب يحلف المشتري بالله ما رضيت بالمب والشفيح بالله ما اسقطت
شفعتك والمرأة اذا طلبت فرض النفقة على زوجها الغائب بالله ما خلف
لك زوجك الغائب شيئاً ولا اعطاك نفقة والمستحق بالله ما بعث ولا خرج
عن ملكك بوجه من الوجوه . واجمعوا على ان من ادعى ديناً على الميت
يحلفه القاضي بلا طلب الوصي والوارث انه ما استوفى حقه وهو مثل
حقوق الله تعالى يحلف من غير دعوى (بحر) .

وفي تعليقاته خلف بطلاق او عتق ما له عليه شيء . فشهدا عليه بدين
له والزمه القاضي وهو ينكر قال ابو يوسف يحث وقال محمد لا
يحث لانه لا يدري لعله صادق والبينة حجة من حيث الظاهر فلا يظهر
كذبه بيمينه . والفتوى في مسألة الدين انه لو ادعاه بلا سبب
خلف ثم برهن عليه ، يظهر كذبه ولو ادعاه بسبب وحلف ان لا دين
عليه ثم برهن على السبب لا يظهر كذبه لجواز ان وجد القرض ثم وجد
الايفاء او الابراء .

ولو ادعى دعاري متفرقة لا يحلفه القاضي على كل شيء منها بل
يجمعها ويحلفه يميناً واحدة على كلها مجمع الانهر ودر منتقى . وفيه فان
حاف انقطعت الخصومة حتى تقوم البينة فتسمع بعد بين الخصم على ما
هو الصواب .

قلت ولا يظهر بها كذب المنكر على الصواب حتى لا يعاقب عقوبة
شاهد الزور فان قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر وطلب بين خصمه
لا يحلف عند ابي حنيفة ومحمد في احد قوليه خلافاً لابي يوسف . وجه
قول الامام ان تبوت اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة فلا يكون
حقه دونه وان كانت خارج المصر او في المصر وقال لم يحضروا او
هم مرضى يحلف بالاتفاق واز كانت حاضرة في المجلس لا يحلف بالاتفاق .

استثناء

ذكر في الدر المختار او اخر دعوى النسب لا يحلف المدعي اذا حلف المدعى عليه الا في مسئلة في دعوى البحر قال هي غريبة يجب حفظها وهي ما لو قال المصوب منه كانت قيمة ثوبي مائة وقال الغاصب لم ادر ولاكنها لا تبلغ مائة صدق بيمينه والزم بيانه اي لانه اقر بقيمة مجهولة فلو لم يبين يحلف على الزيادة اي نفيها وهي التي يدعيها المصوب منه انها مائة فان حلف لا يثبت ما ادعاه المصوب منه وان نكل لا يثبت ايضا ما لم يحلف المدعي ان قيمته مائة مثاله غصب ثوبا فاستهلكه فقال المصوب منه قيمته مائة وقال الغاصب لا ادري ولكن لا تبلغ قيمته مائة صدق بيمينه والزم ببيان قيمته فان بين وقال قيمته سبعون مثلاً حلف الغاصب على ان قيمته لا تساري مائة فان حلف لا يثبت ما ادعاه المصوب منه وان نكل لا تثبت ايضا المائة ما لم يحلف المصوب منه المدعي ان قيمته مائة وكب المحشى على قوله (فلو لم يبين) فقال الظاهر ان في العبارة خلافا والصواب فان بين لانه اذا لم يبين فما تلك الزيادة التي يحلف على نفيها - وثمرة الخلاف انه اذا ظهر المصوب خير المالك بين اخذه او قيمته .

المادة ١٨١٩ - فان حلف المدعى عليه او لم يحلفه المدعي منع الحاكم المدعي من المعارضة للمدعى عليه .

علم من هذه المادة وما قبلها ان طرق القضاء بينة وقرار وعين ونكول منه وعداها في الاشياء سبعا هذه الاربعة وقسامة وعلم قاض

على المرجوح . والسابع قرنية قاطمة (در مختار)
ولو شك فيما يدعي عليه ان اكبر رايه ان المدعي حق لا يجلف وان
مبطلا ساغ له الحلف فعدم الحلف في موضعين غلبة رايه في ان المدعي
محق واستواءه في كونه محقاً ام لا وجواز الحلف في موضعين تحققه في
انه مبطل او غلبة رايه ، لانه ان علم صدقه يحصل له الثواب يذكر اسم
الله تعالى على وجه التعظيم ولا يتضرر والا فليحترز من الوقوع في اليمين
الفاجرة وهي التمسوس وقد قالوا اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقم اي خالية
من اهلها هذا مجمل قول التنوير .

شك فيما يدعي عليه ينبغي ان يرضي خصمه ولا يجلف وان ابى
خصمه الا حلفه ان اكبر رايه ان المدعي مبطل حلف والا فلا وارضاه
الخصم يكون بمال مثل المدعي به او اقل يدفعه للمدعي فداء عن اليمين
او بالصلح بدلا عن اليمين بما هو الغالب في الصلح (درر وغيرها) ويجل
الماخوذ ان كان المدعي محقاً وان مبطلاً لا (عبد الحلیم عن البحر)
وذلك بان ادعى رجل على آخر مالا فانكر فاستحلفه فافتدى يمينه
او صالح عن يمينه على مال صح انظر المادة ١٥٥٩ .

لما روي عن سيدنا عثمان رضي الله تعالى عنه انه ادعى عليه باربعين
دورها فاعطى شيئاً وافتدى يمينه ولم يجلف قيل له الاتحلف وانت صادق
فقال اخاف ان يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة - وحلف
الاخرس يكون باشارة براسه اي نعم اولاً لان اشارته اذا كانت معروفة
بالنفي والاثبات تكون بمنزلة العبارة من الناطق في سائر الاحكام فكذا
في حق الحلف والقاضي لو استحلف الناطق فقال نعم لا يكون يميناً
لانه في قوة احلف وذا ليس بيمين (عبد الحلیم عن تكملة الديري)
قال في الدرر بخلاف ما اذا اشترى يمينه بعشرة دراهم مثلاً حيث لم يجز
وكان له ان يستحلفه ، لان الشراء عقد تملك بالمال واليمين ليست بمال
كذا في النية وافاد بقوله منع الحاكم المدعي من المعارضة ان المدعي
على دعواه لكن ليس له ان يعارض خصمه ما لم يقيم البينة على وفق

دعواه فان اقامها قضي له بها وهذا هو الصحيح وبعض اتقضاة من السلف كانوا لا يسمونها بعد اليمين ويقولون بترجيح جانب صدقه باليمين فلا تقبل بينة المدعي وهذا ليس بشي. لان عمر رضي الله تعالى عنه قبل البينة من المدعي بعد بين المنكر وكان شريح رحمه الله تعالى يقول اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة العادلة ولان اليمين بدل البينة فاذا قدر على الاصل بطل حكم الخلف .

يستني من اطراد ان اليمين على من انكر مسائل سبم على قول الامام وهي دعوى النكاح او الرضى به او الامر به انكر هو او هي ، ورجعة جعدها هو او هي بعد عدة ، وفي ابلا. انكره احدها بعد المدة ، ولستيلاء. تدعيه الامة ولا يتاتي عكسه لثبوته باقراره ، ورق ونسب بان ادعى على مجهول النسب انه قنه او ابنه وبالعكس - وعندهما يخلف في ذلك وبه يفتي كذا في الدر المنتقى والدرر ودليل كل مبسوط في محله وقد سبق بيانه

المادة ١٨٢٠ - اذا نكل المدعى عليه عن اليمين
حكم الحاكم بنكوله واذا قال بعد ذلك احلف لا يلتفت
الى قوله .

[اذا نكل المدعى عليه عن اليمين حكم الحاكم
بنكوله .

ولو بعد عرض اليمين مرة واحدة راجع المادة ١٧٥١ وهذا هو الصحيح قال في الكافي ينبغي للقاضي ان يقول اني اعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان خلفت والا قضيت عليك بما ادعى وهذا الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو مجتهد فيه فكان مظنة الخفاء لما في رواية عن ابي يوسف

ومحمد ان التكرار حتم (شرنبلالي)

وفي البحر : واعلم ان القضاء بالنكول لا يمنق المقضى عليه من اقامة
البينة بما يبطلها لما في الخانية من باب ما يبطل دعوى المدعي رجل
لشدى من رجل فوساً فوجد به عيباً فخاصم البائع فانكر البائع ان
يكون العيب عنده فاستحلف فنكل فقضى القاضي عليه والزمه العيب ثم
قال البائع بعد ذلك قد كنت تبرأت اليه من هذا العيب واقام البينة
قبلت بيته ٥١ .

هذا وان ترك اليمين ، وهي واجبة عليه بمجديث (اليمين على من
انكر دليل على انه باذل على قول الامام ابى حنيفة او مقر على قولها
والا لا قدم على اليمين تفصيا عن عهدة الواجب فالامام اعتبر النكول
بذلا كأن المدعى عليه يقول للمدعي انا ابذل لك ما تدعيه وابيعه ولا
احلف ولن كنت صادقا وبهذا يحمل حال المسلم على الصلاح في عدم
ظهور كذبه بالانكار - والصاحبان اعتبراه اقراراً لان الشرع انما يامر المسلم
بالتورع عن اليمين الكاذبة لا بالترفع عن اليمين الصادقة ولان الترفع
في غاية الندرة فان ظاهر حال الانسان ان لا يرضى بفوات حقه حذار
مباشرة امر مشروع ومثل هذا الاعتبار ساقط الاعتبار .

ويقابل ما قاله افتنا قول الامام الشافعي لا يقضى عليه بالنكول بل
ترد اليمين على المدعي فان حلفه قضى له بما يدعي وان نكل انقطعت
المنازعة كما ترد اليمين على المدعي اذا اقام شاهداً او احداً عنده فلم يعتبر
النكول حجة للحكم وجوابه ما سمعته . هذا خلاصة ما في العناية والدرر
وغيرها فان قلت حيث كان النكول بذلا واباحة على قول الامام فالمدعي
به يلزم ان لا يملكه الا بالقبض بمقتضى المادة (٥٧) مع انه ليس في
اختياره الامتناع عن دفعه للمدعي بل يجبر عليه بالحكم قلنا ان الامام
لا يعتبره بذلا من كل وجه بل بذلا فيه سائبة الاقرار فيعامل بمقتضى
المادة ٧٩ -

والخلاصة ان الامام يرجع جانب الترفع عن اليمين الصادقة على

جانب التورع من الكاذبة ترجيحا لا على وجه القطع فهو يقول بذل فيه شائبة الاقرار كما انها يقولان اقرار فيه شائبة البذل ولهذا قال في البعر ان النكول لا يوجب شيئا الا اذا اتصل القضاء به وبدونه لا يوجب شيئا اما على اعتبار البذل فظاهر واما على اعتبار انه اقرار فلانه اقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجبا بانفراده .

ونقل العلامة ابن عابدين في تمليقاته عن المعراج اما الاقرار فهو حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء ولفظ القضاء في الاقرار مجاز - افاد بقوله اذا نكل المدعى عليه من اليمين الخ ان النكول لا بد ان يكون في مجلس القضاء لان المعتبر بين قاطعة للخصومة ولا عبءة لليمين عند غيره .

[واذا قال بعد ذلك احلف لا يلتفت الى قوله]

لانه ابطال حقه بالنكول فلا ينقض به القضاء (درر) وقيد بكونه بعد الحكم لانه لو قال قبل الحكم احلف يعتبر ولو بعد العرض ثلاثا لعدم استلزامه نقض القضاء .

بمبحث

ولو حكم عليه بنكوله ثم فسخ او نقض اعلام الحكم ينظر فان كان الفسخ او النقض بناء على ان تكليفه لليمين كان بخلاف الشرع كما لو حلفه خصمه دون القاضي او حلفه القاضي بدون طلب الخصم ، يحلف وان كان الفسخ او النقض لا لذلك بل لسبب آخر من اسباب النقض هل يحكم عليه بناء على النكول السابق ام يحلف ، لم اجد نقلا والذي يظهر ان الاحوط عرض اليمين عليه ان كان محل النقض من الاعلام

قبل جريان التحليف لان النكول احد اسباب الحكم وقد قعدت
بعض شروط صحة الحكم والسبب كما في البدائم لا ينعقد مفيدا
للحكم بدون شرطه فاذا فقد الشرط لم ينعقد سياتي فتامل وراجع لملك
تظفر بالنقل .

واعلم انه ذكر في الخانية في باب ما يبطل دعوى المدعي ان الدعوى
بعد القضاء بالنكول تسمع اقول هذا ضابط لا غبار عليه لا هو مقرر
ان الدفع كما يصح قبل البرهان يصح بعد اقامته ايضا وكما يصح قبل
الحكم يصح بعده ويصح دفع الدفع ودفعه - ثم في هذا الباب ذكر
فرعين لها تعلق في الدعوى بعد القضاء بالنكول يخالف احدهما الآخر
بحسب الظاهر .

الاول رجل ادعى دابة في يد رجل انها له فجدد المدعى عليه
فاستحلفه فنكل وقضى عليه بالنكول ثم ان القضى عليه اقام البينة انه
كان اشترى الدابة من المدعي قبل دعواه لا تقبل هذه البينة . وعدم قولها
بناء على ان النكول اقرار لا بذل الا ان يشهدوا انه اشتراها منه بعد
القضاء وذكر في موضع آخر ان المدعى عليه لو قال اشتريته قبل الخصومة
واقام البينة قبلت بينته وبقي له .

الثاني رجل اشترى من رجل دابة فوجد فيها عيبا فخاصم البائع
وانكر الباع ان يكون العيب عنده فاستحلف فنكل فقضى القاضي
عليه والزمه الدابة ثم قال البائع بعد ذلك قد كنت تبرأت اليه من هذا
العيب واقام البينة قبلت بينته اه .

فنقل في الاشباه ضابط الخانية اعني قوله (لا تسمع الدعوى بعد
القضاء بالنكول) فاعترض عليه الحموي بان في الخانية ما يخالفه وذكر
الفرع الاول ونقل في البحر ايضا الضابط المذكور في الخانية واستشهد
له بالفرع الثاني وكتب العلامة ابن عابدين في تعليقاته عليه ما نقله من
الحموي معترضا عليه اي صاحب البحر بالفرع الاول واتى بعده بجمل ما
اطفات غليلا ولا كشفت ابهاما .

يقول الفقير ان ضابط الخانية حق والفرعان المذكوران لا تخالف بينهما وما نقله في الاشياء صحيح وما ذكره الحموي في ايها المخالفة سهو قلم . بيانه ان كل دفع سواء كان بعد قضاء بالنكول او بغيره يسم - لكن سماعه عند عدم التناقض ولا شك ان الفرع الثاني في دعوى التبرأ من العيب عدم التناقض فيه ظاهر لان انكار كون العيب عنده لا يناقض دعواه ان المشتري ابراه من خصوص هذا العيب على فرض اذا وجد ولم يشاهده المتبايعان حين العقد لقبول الدعوى في هذه المسئلة بعد القضاء بالنكول اتفاقي لا قائل بخلافه ولهذا اورده في الخانية بلا ذكر خلاف -

واما الفرع الاول واضرا به ، فليس في الخلاف فيه هدم لذلك الضابط اندي نقله في الاشياء عن الخانية - بل منشأ الخلاف اختلافهم في ان الدفع بعد الحكم المبني على النكول هل فيه تناقض ام لا وسبب ذلك ما قدمناه لك ان النكول هل هو بذل كما يقول الامام فيقبل الدفع لعدم التناقض ام اقرار كما يقول صاحبه فلا يقبل للتناقض وقد مشى العلامة ابن عابدين على اثر الحموي ولم يات بحاصل ونقل حيدر افندي ايضاً كلام الحموي على علته المشر بنقض الضابط المذكور هذا ما وصل اليه الفكر القاصر في تحرير هذا المقام .

المادة ١٨٢١ - يجوز الحكم والعمل بمضمون الاعلام والسندات الذين اعطيا من طرف حاكم محكمة بلا بينة اذا كانا عارين وسالمين عن شبهة التزوير والتصنيع وموافقين لاصولهما .

موافقة الاعلامات والسندات اي الحجج للاصول بان يراعى فيها التعليمات التي نظمتها جمعية المجلة وجرى التصديق عليها من الجانب السلطاني

بتاريخ ٤ جمادى الاولى سنة ١٢٩٦ وهي تحتوي على ٢٥ مادة فاذا استوفيت الشروط المبينة في تلك التعليمات يعمل بها ويجزم بلا بينة - لكن اذا كانت الاعلام والسندات مطابقة للاحكام الشرعية والا فلا يعمل بها وان روعي فيها احكام التعليمات مثلا اذا كان اعلام الحكم يتضمن الحكم بدین على الميت بدون تحليف المدعي بين الاستظهار، او الحكم بالبينة بدون تركية الشهود - وكذا لو سجل القاضي وقف زبد لعقار مفسوب، او تقريره بانه كفيل بالوديعة التي اودعها عند عمرو، او قرر عنده بانه فريغ ارضه الايرية لفلان ببلغ، او باع ما هو تحت تصرفه من العقار المستقل بالايجارتين بدون اذن من صاحب الارض او التولي فسجلها وكتب بذلك حجة فهذا كله باطل لا يعمل بها حتى لو جاء بينة تشهد امام حاكم ما بان القاضي الفلاني كان حكم لي على فلان بكذا او سمع نقري بكذا وقبله فسجله لا يسمع منه لفسادها -

واعلم انه كما يعمل بالاعلام والسندات الموافقة للتعليمات المذكورة المطابقة للاحكام الشرعية يعمل ايضا بالبينة اذا اقامت على حكم القاضي لما في بهجة الفتاوى ادعت هند على زينب بان لي في ذمتك من جهة كذا مبلغ كذا حتى اني كنت ادعيت فيه عند القاضي واثبتته بالبينة فحكم لي فانكرت زينب ذلك كليا فارادت المدعية اقامة البينة فقالت المدعي عليها زينب لا اقبل البينة على مجرد حكم القاضي بل لا يد من ابراز اعلام حكمي يتضمن ذلك فهل تقبل بينة هند على حكم القاضي الجواب نعم وعزاها الى منح الغفار (فمن اقر بحق او قامت عليه بينة الزمه) قوله او قامت عليه بينة اعم من ان يشهدا باصل الحق او بحكم القاضي لكن في زماننا الجري على مقتضى التعليمات متعتم في كل المعام فلا يصدر حكم او حجة الا وهو مقيد في سجله المخصوص فاذا ادعى لدى محكمة على محكوم تمتعت عن اداء الحق بانه صدر اعلام حكمي فبا يدميه بقضي بارل الامر السوال من تلك

المحكمة لينظر في جوابها - وفي البهجة ايضا عن التنف الحالم اذا شهد على حكمه بعد الغزل لا تقبل شهادته في قول ابي حنيفة رحمه الله واصحابه بخلاف ما لو شهد مع رجل آخر على احد مثلا بانه كان اقر بحضوره حال فضائه بان عليه لفلان كذا فانه يجوز وقد افق بذلك

المادة ١٨٢٢ - اذا اصر المدعى عليه على سكوته عند الاستفهام كما ذكر آنفا ولم يقل لا ولا نعم يعد سكوته انكارا وكذلك لو اجاب بقوله لا اقر ولا انكر يعد جوابه هذا انكارا ايضا وتطلب البيضة من المدعي في الصورتين كما ذكر آنفا .

قال في البدائع الانكار نوعان نص ودلالة - اما النص فهو صريح الانكار واما الدلالة فهو السكوت عن جواب المدعي من غير آفة ، لان الدعوى ارجبت الجواب عليه والجواب نوعان اقرار وانكار فلا بد من حمل السكوت على احدهما والحمل على الانكار اولى ، لان العاقل المتدين لا يسكت عن اظهار الحق المستحق لغيره مع قدرته عليه وقد يسكت عن اظهار الحق لنفسه مع قدرته عليه فكان حمل السكوت على الانكار اولى فكان السكوت انكارا دلالة - ولو لم يسكت المدعى عليه ولم يقر ولكنه قال لا اقر ولا انكر واصر على ذلك ، اختلف المشايخ فيه قال بعضهم هذا انكار وقال بعضهم اقرار والاول اشبه لان قوله لا انكر اخبار عن السكوت عن الجواب والسكوت انكار على ما مر اه .

هذا ان كان سكوته لغير عذر وان لعذر كما لو كان في لسانه آفة تمتعه عن التكلم او في سمعه ما يمنعه عن سماع الكلام فلا يعد انكارا وقد مشت المجلة على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى في

ان قوله لا اقر ولا انكر انكار وقال ابو يوسف لا يكون اقراراً
ولا انكاراً فيجس حتى يقر او ينكر - وفي البحر لو ركه غير جاز
الاقرار والانكار قيل لا يصح الاستثناء لعدم بقاء فرد تحته وقيل يصح
لبقاء السكوت اي فتسمع عليه البينة .

المادة ١٨٢٣ - لو اتى المدعى عليه في مقام الاقرار او
الانكار بدعوى تدفع دعوى المدعي يعامل على وفق المسائل
التي ذكرت في كتاب الدعوى .

الكلام على هذه المادة يقع في مواضع في بيان من هو اهل للدفع ومن
ليس اهله واذا كان اهله فتى يصح منه الدفع ومتى لا يصح وفي
بيان ماذا تكون المعاملة اذا صح الدفع واذا كان صحيحاً ومن اهله فتى
يطالب بالدفع .

اما الاول فنقول دفع الدعوى لي الاتيان بدعوى تدفع دعوى المدعي
لا يصح الا من مدعى عليه او من يدفع الضرر عن نفسه ، وان لم يكن
مدعى عليه لانه في دفع الضرر عن نفسه يكون بمنه كذا في الاقروبي
وهامشه مثال الدفع من المدعى عليه - بائع ادعى على المشتري ان البيع
كان كرها وطلب فسخه لفساده فدفع المشتري دعواه بان سلمه المبيع
طوعاً او قبض منه الثمن طوعاً وبرهن ، اندفعت دعوى المدعي وكذا لو
ادعى رجل عينا في يدي انسان عند القاضي ملكا بسبب لم يمكنه اثباته
فباع المدعى عليه ذلك العين من رجل وسلمه اليه ومضى على ذلك
زمان ثم ان المدعي ادعى ذلك العين على المشتري عند ذلك القاضي او
قاضي آخر ملكا مطلقاً فقال المشتري في دفع دعواه انه مبطل في هذه
الدعوى لما انه ادعى هذا العين على بائعي بسبب الشراء والآن يدعيه
ملكاً مطلقاً فهذا دفع صحيح كذا في الهندية عن الذخيرة .

ولو ادعى على آخر ضيعة فقال الضيعة كانت لفلان مات وتركها ميراثا لاخته فلانة وانا وارثها واقام البينة، تسمع فلو قال المدعى عليه في الدفع ان فلانة ماتت قبل فلان مورثها صح الدفع - وكذا لو ادعى ديننا فبرهن مديونه اني احلتك به على فلان، يقبل لانه ادعى تاخير المطالبة واسقاطها عن نفسه ولا يمكن اثباته الا بان يصير خصما عن المحال عليه ولو لا بينة له على الحوالة فله ان يحلف المدعي على الحاصل بان ما يدعيه حق عليه (فصولين من العاشر)

ومثال من في معناه لدفع الضرر عن نفسه لو استحق المبيع من يد المشتري فبرهن البائم على المستحق انه اي المستحق باعه منه قبل ان يبيعه هو من المشتري (فصولين من العاشر) او برهن البائع انه نتج عنده او عند بائمه تسمع ويبطل الحكم - وكذا اذا كان المدعى عليه احد الورثة وقد اثبت المدعي دينه عليه فبرهن الوارث الآخر ان المدعي قال انا مبطل تسمع لانه في هذا الدفع دفع الضرر عن نفسه فيما يؤخذ من التركة .

واما من ليس اهلا للدفع فن لا يكون مدعى عليه ولا في معناه اي لا يصلح خصما شرعيا وهذا ظاهر .

واما شرط صحة الدفع، فان لا يكون في الدفع تناقض لان الدفع دعوى على المدعي والتناقض في الدعوى غير مسموع فلو ادعى على رجل الف درهم فقال لم يكن لك علي شيء قط ثم اقام المدعي البينة واقام المدعى عليه البينة انه قد قضى تقبل منه ولو قال لم يكن بيني وبينك معاملة في شيء لا تقبل بيته على القضاء للتناقض في الثاني لا الاول - وحيث صح الدفع انقلب المدعى عليه مدعيا والمدعي مدعى عليه فان اقر بدفع المدعى عليه ازم باقراره ومنع من المعارضة وان انكر طلبت البينة من المدعى عليه فان اثبت دفعه منع المدعي ايضا من دعواه وان عجز وطلب تحليف المدعي فان حلف بطل الدفع وبقي المدعي على دعواه وان نكل ثبت دفع المدعى عليه ومنع المدعي من معارضته - وهذا معنى

قول المجلة يعامل على وفق المسائل التي ذكرت في كتاب الدعوى والبيئات مثلا ادعى عليه كذا دراهم قرضا فقال المدعى عليه قضيتكما او ابراتي منها فان اقر المدعي بهذا الدفع منم من الدعوى وانتهت الخصومة وان انكر او سكت فاثبت المدعى عليه هذا الدفع منع المدعي ايضا من دعواه - وان عجز عن البينة فطلب تحليفه فنكحل ، منع كذلك وان حلف بطل دفع المدعي عليه وبقي المدعي على دعواه يقيم البينة او يحلف المدعي عليه اذا انكر

وقد يكون الدفع عند عدم اثباته اقرار للمدعي بدعواه كما لو ادعى رجل دابة في يد آخر انها ملكه فقال المدعى عليه اشتريتها منك فعجز عن اثبات دفعه وطلب تحليف المدعي فحلف بطل الدفع وحكم بالدابة للمدعي لان دعوى الشراء منه ، ولم يثبت ، اقرار ولو ادعى مكان الشراء انه ابراه من دعوى الدابة فحلف يبقى المدعي على دعواه اما ان يثبتها بالبينة او يحلف خصمه لان دعواه الابراء عن دعوى الدابة لا يكون اقرارا - وكما يصح الدفع يصح دفع المدعي مثاله ما في الهندية (فيما تدفع به دعوى المدعي ومالا) . ادعى دارا انها ملكي لاني اشتريتها من فلان فقال ذو اليد في دفعه لا بل هي ملكي اشتريتها من فلان ذلك ايضا فقال المدعي دافعا له جرى الفسخ بينكما لذلك البيع ثم اشتريت بعد ذلك واقام البينة تسم - ولو كان هذا في المنقول يشترط القبض بعد الفسخ لصحة البيع - وكذا ادعى عينا في يدي رجل اني اشتريته من فلان منذ سبعة ايام وقال ذو اليد في دفعه لا بل هو ملكي اشتريته من ذلك الذي تدعي الشراء منه منذ عشرة ايام واقام البينة يكون لاسبقهما تاريخا - ولو ان من يدعي البيع بتاريخ لا حق يقول ان يبيعك معه في التاريخ السابق كان تلجئة والاخر ينكز كان له ان يحلفه .

ولو ادعى دارا في يده اربنا او هبة فبرهن المدعى عليه على انه اشتراها منه وبرهن المدعي على اقالته صح دفع المدعي . وعلى هذا صحة

دفع دفع الدفع قبل الحكم او بعد الحكم كسئلة الاستحقاق المارة
لما في العاشر من الفصولين بنوع ايضاح

ادعى عينا في يد آخر فدفعه بنها وديعة اودعها عنده فلان الغائب
ولم يمكنه اثباتها حتى حكم للمدعي نفذ حكمه ثم بعد الحكم لو
برهن على الابداع ، لا يقبل لانه لا يكون خصما عن الغائب فلو قدم
الغائب فهو على حجته في ابطال الحكم الاول ولو لم يبرهن ذو اليد
على الابداع حتى صار خصما فبرهن المدعي ثم قبل الحكم برهن ذو اليد
على الابداع تقبل لانه ظهر انه ليس بنجصم قبل ان يتجه الحكم

واما مطالبة الدافع بالدفع فتنى يكون في الانقروي عن النسفية :
سئل عن دعوى غير صحيحة على الاطلاق وكان فيها انواع خلل اي مع
صحة اساسها ادعى المدعى عليه الدفع في ذلك هل يطالب باثبات ما
ادعى من الدفع ام يطالب المدعي بتصحيح الدعوى اولا قال فيه اختلاف
المشايع في كتاب الرجوع عن الشهادات ما يدل على ان مدعي الدفع
يطالب بذلك ولا يطالب بصحة الدعوى من المدعى وعليه الاعتماد
وبه يفتى .

وهذا لا ينافي ما ذكره الامام الزيلعي في شرح الكتذ ان استجواب
المدعى عليه لا يكون الا بعد الدعوى الصحيحة على الاطلاق ، لان ذلك
فيا اذا لم يكن المدعى عليه دافعا كما هنا ولهذا لم يشترط لساع الدفع
صحة الدعوى على الاطلاق تامل وعليه فيسئله القاضي عن دفعه فان وجده
صحيحا يمهله الى المجلس الثاني ولا يعجل بالحكم صيانته للقضاء عن
الابطال وان رآه فاسدا لا يلتفت ويحكم بالوجه الشرعي .

المادة ١٨٢٤ - ليس لاحد الطرفين ان يتصدى للافادة
ما لم تكمل افاده الآخر واذا تصدى يمنع من قبل
الحاكم .

قال الزيلعي في التبيين واذا تكلم احدهما اسكت الآخر واستمع حتى يفهم ما يقول فاذا فرغ من الدعوى امره بالسكوت واستنطق الآخر اذا طلب المدعي ذلك وقيل من غير طلبه لانها اذا نكلما جملة لا يتمكن من الفهم ولانه مخالف للآداب يذهب بهابة المجلس فلا ياذن لاحدهما بالتكلم ، ا لم يفرغ الآخر من كلامه . واذا راي في دعوى المدعي نقصان قيد او شرط فلا يستجوب الخصم حتى يستوضح منه مثلا احد الشريكين مفاوضة لو لزمه ضمان من حقوق التجارة بسبب كفالة او غضب او استهلاك مال فضمنه ثم ادعى على شريكه عند القاضي تشريكه فيما ضمن ولكنه لم يبين نوع الشركة يسئله القاضي هل الشركة مفاوضة ام غيرها ليتجه وجوب الضمان عليه وعلى شريكه معا لان المفاوضة تتضمن الكفالة - او ادعى على آخر يدل ايجار العقار الفلاني ولم يذكر انه سلمه اياه او استوفى المنفعة يسئله عن ذلك ليتجه وجوب الاجر على المستاجر - او ادعى ضمان عارية هلكت عند المستير ولم يذكر كيفية هلاكها يسئله هل هلكت بتعد منه ام لا ليتجه وجوب الضمان على المستير او ادعى على آخر انه سلمه مائة ليرة عثمانية على ان يسلمه عشرين قنطارا من الحنطة المعلومة النوع والوصف وطلب تسليمها يسئله في اي زمان ومكان اشترط تسليمها ليتجه الوجوب على الخصم - او ادعى حق شفعة في دار لم يبين موقعها وحدودها ولم يذكر ان المشتري استلم الدار يسئله عن موقعها وحدودها وهل الدار في يد المشتري ام لا وهكذا ثم يصير الاستجواب (مجمع الانهر وغيره)

المادة ١٨٢٥ - يضع الحاكم في المحكمة ترجاناً موثوقاً به وموثقاً لترجمة كلام من لم يعرف اللسان الرسمي من الطرفين .

الواحد يكفي على قول الامام الاعظم وابي يوسف رحمها الله تعالى وقال محمد اثنان وفي الدر المختار : الاثنان احوط وقدمنا الكلام على هذا مستوفى فارجع اليه في شرح المادة (٧١) وهذا احد المواضع التي يقبل فيها خير الواحد نقلها في الدر عن ابن وهب وذكراها في الاشباه في تقويم التلف يعني لو اتلف شخص لشخص شيئا وادعى ان قيمته كذا وانكر المدعى عليه ان يكون ذلك القدر قيمته يقبل قول الواحد العدل في قيمته .

قال الحموي ونقل المصنف في البحر من باب خيار العيب عن البزازية انه يحتاج الى تقويم عدلين لمعرفة النقصان فيحتاج الى الفرق - ثم استثنى من التقويم تقويم نصاب السرقة فلا بد من اثنين - وفي الجرح والتعديل في تركية السر وقال محمد لا بد من اثنين - وفي جودة المسلم فيه بان ادعى جودة المسلم فيه وانكر المسلم يكفي فيه قول الواحد العدل - وفي الاخبار بالقلس بان اخبر القاضي واحد عدل بافلاس المحبوس بعد مضي الحبس اطلقه - وفي رسول القاضي الى المزكي يقبل قوله باني رسول القاضي اليك - وفي اثبات العيب يقبل قول الواحد في ثبوت العيب الذي يختلف فيه البائع والمشتري - وفي رواية هلال رمضان يقبل اذا كلن في السماء علة - وفي الاخبار بالموت والنسب والنكاح فن اخبره عدل بشيء من ذلك حل له ان يشهد به

وظاهر كلام الزيلعي لا بد من خبر عدلين - ولا بد في الترجمان ان يكون بصيرا عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف ويجوز ان تكون امرأة عدلا - لكن في المواضع التي تقبل فيها شهادة النساء والتي لا يصح ، لا يجوز ان تكون فيها ترجانا .

المادة ١٨٢٦ - يخطر ويوصي الحاكم بالمصالحة للطرفين مرة او مرتين في المخاصمة الواقعة بين الاقرباء او الماملول

فيها رغبة الطرفين في الصلح فان وافقا صالحهما على وفق
المسائل المندرجة في كتاب الصلح والا اتم المحاكمة .

[يخطر ويوصي الحاكم بالمصالحة للطرفين مرة او مرتين
في المناصمة الواقعة بين الاقرباء او المامول فيها رغبة الطرفين
الى الصلح]

خيرية : الصلح وردت في الكتاب العزيز قال الله تعالى والصلح خير
وفي الحديث دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم المسجد فرأى رجلين
يتنازعان في ثوب فقال لاحدهما هل لك الى الشطر هل لك الى الثلثين
قدعاهما الى الصلح وفي الصلح تطم المنازعة لما في امتدادها من
الفساد .

وذكر عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه ردوا الخصوم حتى
يصطلحوا فان فصل القضاء يحدث بينهم الضمان فافصل بطريق الصلح
يكون اقرب الى بقاء المودة والتحرز عن النفرة بين المسلمين اه (مبسوط)
لكن الارشاد الى الصلح بادبي . بدأ في الخصومة بين الاقارب كالاخوة
وابناء العم او عند ظهور رغبة الطرفين اما يكون قبل ان يستبين وجه
القضاء فاما بعد ما استبان له المحق من المبطل فلا يفعله الا برضى الحصين
ولا يفعله الا مرة او مرتين لما في الاطالة من الاضرار الى من ثبت
الاستحقاق له في تاخير حقه .

فان وافقا

ولا بد من الموافقة لان الصلح يتوقف على رضاها ولا بكرهان

عليه .

[صالحها على وفق المسائل المندرجة في كتاب

الصلح .

مثلا زوجة صالحت الورثة على شيء ما تستحقه من الثمن فان كان بعض تركة الزوج ديننا على الناس فضالحوها عن الكل فهو باطل لا يرضيه القاضي لانها تصير مملكة نصيبها من الدين من سائر الورثة بما تاخذهم منهم من العين - وتعليك الدين من غير من عليه الدين بعوض لا يجوز فاذا فسد المقد في حصة الدين فسد في الكل - وكذا لو كان بدل الصلح خمرا او خنزيراً او كان المصالح عنه عشرين دينارا مثلا والمصالح عليه ثلاثين لان الفضل ربا او كان المصالح عليه ارضاً اميرية فرغها المدعي عليه للمدعي بدون اذن من صاحب الارض [والا] اي وان لم يوافقا فلا يفعله اصلا لا مرة ولا مرتين بل

اتر الماحكة

فيحكم لمن قامت له الحجة ولا يلج عليهم بالصلح فان قلت ان اتنا اختلفوا في ضمان الاجير المشترك اذا هلك المتاع عنده بسبب يمكن التحرز عنه على اربعة اقوال كما في رد المحتار وغيره فعند الامام الاعظم لا يضمن مطلقا سواء كان مصلحا او غير مصلح لانه امانة في يده وعندها يضمن مطلقا صيانة لاموال الناس لانه اذا علم انه لا يضمن ربما يدعي انه سرق او ضاع وقوله قياس وقولها استحسان وافتي المتأخرون بالصلح على نصف القيمة مطلقا مصلحا او غير مصلح وقيل ان مصلحا

لا يضمن اخذا بقول الامام - وان غير مصلح ضمن اخذا بقولها - وان مستوراً فالصلح اخذا بقول المتأخرين . وكلها اقوال مصححة مفتى بها وما احسن القول الاخير بالتفصيل فعلى القول الثالث يكون الصلح جبرياً وقد علمت من قول المجلة (فان وافقاً) انه لا جبر في الصلح .

قلنا معناه انه يعمل في كل نصف بقول حيث اوجبوا ضمان النصف عملاً بقول الامام الاعظم وحطوا النصف عملاً بقول صاحبين فالصلح على القول الثالث مجاز عن الخط وليس صلحاً حقيقياً فالجبر على الصلح كما في الدر المختار عن تنوير البصائر بمنزلة الجبر على بقاء الاجارة اذا تمت مدتها في وسط البحر فكما ان الاجارة يجري فيها الجبر باعتبار البقاء . يجري الصلح هنا جبراً باعتبار البقاء . فلا وجه لما اورده الفاضل علي حيدر افندي لما علمت ان الحكم بضمان النصف صلح مجازي - يدلك على هذا قولهم وافق المتأخرون بالصلح على نصف القيمة لانهم اتوا لتكون فتوهم قاضية على ارادة الطرفين واختيارها والا فتراضى الطرفين على نصف القيمة صحيح لا ينعى قول من الاقوال ولا يحتاج الى انفاء المتأخرين .

المادة ١٨٢٧ - بعد ما اتم الحاكم المحاكمة يحكم بمقتضاها ويفهم الطرفين ذلك وينظم اعلاماً حاوياً للحكم والتنبيه مع الاسباب الموجبة له ويعطيه للمحكوم له ولدى الايجاب يعطى نسخة اخرى للمحكوم عليه ايضاً .

[بعد ما اتم الحاكم المحاكمة يحكم بمقتضاها]

وجوبا لما في الحموي عن جامع الفصولين عند قول الاشباه للقاضي
تاخير الحكم بعد وجود شرائطه : اعلم انه يجب على القاضي الحكم
بمقتضى الدعوى عند قيام البيئة على سبيل الفور فاو آخر اثم لتذكرة
الواجب واستثنى ثلاث مسائل

الاولى رجا. الصلح بين الاقارب وفي رد المحتار عن (ط) وكذا
الاجانب لان القضاء يورث الضئنة فيحترز عنه مما يمكن وفي البيروني
عن خزانة الاكل اذا طمع القاضي في ارضاء الخصمين لا بأس بردهم ولا
ينفذ القضاء بينهما لعلها يطلعان ولا يردهما اكثر من مرتين وان لم
يطعم انفذ القضاء .

الثانية اذا استعمل المدعي يعني ان المدعي اذا استعمل من القاضي
حتى يحضر بيته فانه يمهله وكذا اذا اقام البيئة ثم المدعى عليه استعمل
من القاضي حتى ياتي بالدفم فانه يجيبه ولا يجعل الحكم اه . وهذا
بعد ان يسئله عن الدفم وكان صحيحاً فلو فاسدا لا يمهله ولا يلتفت اليه
كما في قاضيخان (بيروني) وزاد البيروني عن الخلاصة مسألة اخرى يؤخر
فيها اذا لم يعتمد على فتوى اهل مصره فبعث الفتوى الى مصر آخر لا
ياثم بتاخير القضاء .

الثالثة اذا كان له ريبه في الشهود ومنها ثلاثة شهدوا عنده ثم قال
احدهم قبل القضاء استغفر الله كذبت في شهادتي فسمعه القاضي بلا تعيين
شخصه فسلطهم فقالوا كانا على شهادتنا فانه لا يقضى بشهادتهم ويخرجهم
من عنده حتى ينظر في ذلك (بيروني)

يقول الفقير وطريق الحكم بعد هذه الريبة ان يحضر اثنان منهم
امام القاضي ويقولوا شهدنا ولم نزل على شهادتنا فيزكيهما ويحكم بشهادتهما
لانصراف ريبته الى الثالث دونها

ويفهم الطرفين ذلك

الحكم بلسان لين قال في الفتح وفي المبسوط ما حاصله : انه ينبغي للقاضي ان يعتذر للمقضى عليه ويبين له وجه قضائه وانه فهم حجته ولكن الحكم في الشرع كذا يقتضي القضاء عليه فلم يمكن غيره ليكون ذلك اذم لشكايته للناس ونسبته الى انه جار عليه ومن يسمع يخجل فربما تفسد العامة عرضه وهو برى. واذا امكن اقامة الحق مع عدم ايقار الصدور كان اولى . وقام الحكم بتفهمه للمتداعين واما تنظيم الاعلام فليس من تمامه فيصح شرعاً ان ياخذ المحكوم به من يد المحكوم عليه وتسليمه للمحكوم له قبل تنظيم الاعلام لكن في زماننا لا تنفيذ قبل تحرير الاعلام وانفاذه يكون بمعرفة الاجرا - ويلزم ان يكون الحكم باتاً خالياً من التردد - نحو ان يقول ان كان الامر كذا حكمي كذا وان كان كذا حكمي كذا لان التردد في الحكم يدل على نقص في المحاكمة من جهة ان المدعي لو اوضح دعواه بصورة قطعية ما صدر الحكم مردداً - فملى هذا لو ادعى احد مثلاً على آخر انه غصب منه مال كذا وطلب رد عينه ان كان قائماً وقيمته ان هالكاً فحكم الحاكم على هذا الوجه ، لا يصح بل على المدعي ان يقطع في دعواه بان المصوب قائم ليجبر الناصب على احضاره ليشار اليه في الدعوى او يرسل القاضي امينا ليشير اليه المدعي امامه في الدعوى وبمينه حينئذ يحكم برد عينها او يدعي انها هالكة على وجه القطع ليحكم له بقيمتها .

[وينظم اعلاماً حاوياً للحكم والتنبيه مع الاسباب
الموجبة له]

البينة او الاقرار او اليمين او النكول عنه او القرينة القاطعة

[ويعطيه للمحكوم له ولدى الايجاب يعطي نسخة
اخرى للمحكوم عليه ايضا]

وعليه عمل سائر المحاكم في زماننا اما اعطاؤه للمحكوم له فقيه
فائدتان .

الاولى ان لا يكون معروضا للنسيان بمرور الازمان .
الثانية ابرازه عند اللزوم لدائرة الاجراء لاجل تنفيذه وربما بعد
الحكم يتغيب المحكوم عليه الى قضاء آخر او يكون في قضاء آخر
وله وكيل في بلدة المحكوم له قد حكم عليه فتمس الحاجة الى تنفيذ
الاعلام بواسطة قاضي البلدة التي هو فيها فيحتاج الى ابراز الاعلام -
كذلك يعطى نسخة اخرى للمحكوم عليه لعله يعرضه على الملأ فاذا
راوه موافقا للحكم الشرعي واصول المحاكمات ينتزع من نفسه سوء
الظن بالقاضي ان كان يعتقد انه حكم عليه جورا

وفي الدر عن جواهر الفتاوى طلب المقضى عليه نسخة السجل من
المقضى له ليعرضه على الملأ اهو صحيح ام لا فامتتم الؤمه القاضي بذلك
ثم ان الحكم ان كان بسبب الاقرار فربما ظن القاضي ان ما تلفظ به
المدعى عليه اقرار وهو لا يعد اقرارا - وان كان بسبب البينة يذكر
اسماء الشهود ووصافهم والفاظ شهادتهم ليتبين عند الاستئناف او التمييز
مطابقتها للدعوى اولا فربما يظن القاضي مطابقتها والامر بخلافه ويشرح
كيفية تركيبتهم سرا وعلنا ويبين انه صار تركيبتهم علنا بحضور الطرفين
والشهود وان كان الحكم بسبب اوراق وسندات يلزم درج عينها في
الاعلام ويبان تاريخها الا العبارات التي لا علاقة لها في الدعوى فلا يلزم
درجها وان كان الحكم بسبب اليمين او النكول عنه يلزم بيان كيفية
اليمين هل هي على البتات ام عدم العلم فربما تكون اليمين على غير

اصولها فلا يكون نكول المدعى عليه حينئذ موجبا للحكم ثم على
الحاكم قبل تنظيم الاعلام ان يدقق النظر في ضبط المحاكمة حتى لا
يكتب في الاعلام شيئا يظاير فينظر في دعوى المدعي ومستنداته ومآل
الاوراق التي ابرزها ان كان وفي تاريخها وسائر الاسباب الثبوتية وينظر
في كلام المدعى عليه من اتكار او دفع فيضمن نظره في ادلة دفعه
واذا وجد في مدعياته تكراراً يطويه ادم الفائدة في ذكره ولتسهيل
مطالعه في الاستئناف او التمييز - واذا كانت افادته متفرقة في ضبط
الدعوى يجمعها في كلام واحد ويجذف المكرر ، وما لا علاقة له في الدعوى
ويذكر في الاعلام الزام المدعى عليه في الاقرار والتنبية عليه في الشهادة
فيقول في الاقرار اؤتمت المدعى عليه باداء كذا وفي الانكار مع الثبوت
نبت عليه باداء مبلغ كذا للمدعي كما مر في المادة ١٨١٤ وقدمنا في
شرح المادة (١٧٨٦)

ان القاضي اذ قضى بشهادة الزور حيث كان المحل قابلا والقاضي
غير عالم بزورهم ينفذ ظاهراً وباطناً في العقود والفسوخ لا في الاملاك
المرسلة وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه خلافاً لها وفي الدر المختار
الفتوى على قولها وقوى في المبسوط قوله وفي الفتح من النكاح
هو الوجه .

المادة ١٨٢٨ - لا يجوز للحاكم تأخير الحكم اذا حضرت
اسباب الحكم وشروطه بتمامها .

اي ياتم بالتأخير الا في المواضع المتقدمة في شرح المادة قبلها حتى
لو اخر الحكم خوفاً من المدعى عليه او الخ على المدعي حتى امله من
الانتظار فصالح عن كراهية ياتم وفي معين الحكم قال بعضهم انما يجوز
للقاضي ان يامر بالصالح اذا تقاربت الحجتان بين الخصمين غير ان احدهما

يكون الحن بجبته من الآخر او تكون الدعوى في امور درست
وتقادت وتشابهت واما اذا تبين للقاضي الظالم من المظلوم لم يسه من
الله الا فصل القضاء. وللاحكم اسباب مرت في المواد (١٧٤٠) و (١٧٤١)
و (١٧٤٢) وشروط ستاتي في المادتين بعدها .



الباب الثاني

- في الحكم ويشتمل على فصلين -

الفصل الاول

- في بيان شروط الحكم -

الماد ١٨٢٩ - يشترط في الحكم سبق الدعوى وهو
انه يشترط في حكم الحاكم بخصوص متعلق بحقوق الناس
ادعاء احد على الآخر بذلك الخصوص في اول الامر ولا
يصح الحكم الواقع من دون سبق دعوى .

تقدم في شرح المواد ١٧٨٧ و ١٧٨٨ و ١٧٨٩ بيان اركان القضاء. وهي مجموعة في

بيت (حكم ومحكوم به وله ومحكوم عليه وحاكم وطريق) وذكر
عنا شرطه وهو سبق الدعوى فيما يتعلق بحق العباد ، وان تكون على
خصم حاضر .

اما الاول فقد افادته هذه المادة فالحكم بدون سبق دعوى باطل
وهي الدعوى المحرمة كما سبق في كتاب الدعوى - فلا بد للقضاء من
وجود مدع مطالب بحق فان القاضي لا يعرف حقوق العباد ولا يجبرهم
على استيفائها بخلاف حقوقه تعالى فالدعوى فيها ليست بشرط فانه سبحانه
لما امرنا باقامتها كان طالباً لها فيجب على كل احد القيام باثباتها والشاهد
من جملة من عليه فكان قائماً بالخصومة من جهة الوجوب عليه وشاهداً
من جهة تحمل ذلك فلم يجتز فيها الى خصم آخر اه بتلخيص من
الزبلي والشلي - وحقوقه تعالى نحو طلاق الزوجة وتطبيق طلاقها وحرية
الامة وتديبها والحلم وعلال رمضان والرضاع وحد الزنى وحد الشرب
والايلاء والظهار وحرمة المصاهرة ودعوى المولى نسب عبده اي تقبل
الشهادة على دعوى المولى نسب عبده من غير دعوى كذا في
رد المحتار .

واما الثاني وهو ان تكون الدعوى على خصم حاضر فهو مفاد المادة
الآتية وسياتي الكلام عليها ثم ان المراد بالدعوى التي هي شرط صحة
القضاء الدعوى التي هي في الظاهر وفي نفس الامر فهذه يصح فيها
حكم القاضي - واذا كانت بحسب الظاهر ولا خصومة في نفس الامر
فلا يسمعها القاضي ولا يصح حكمه فيها لانها وسيلة واحتيال ولها
صور كثيرة : نحو رجل في يده عين لغائب اراد ان يثبت ان الغائب
رهنها عنده فتواطأ مع احد ان يدعي عليه بانها ملكه فاذا اقام الدعوى
عليه صورة واثبت هو ان فلانا الغائب رهنها عنده فان كان القاضي لا
يعلم وحكم بتم المدعي نفذ حكمه حتى اذا حضر الغائب وانكر
ذلك لا يحتاج الى اعادة البينة في اثبات الرهن وان كان علماً لا يسمع
الدعوى ولا يحكم فيها .

قال في الفصل الخامس من الفصولين لو علم القاضي ان المحضر ليس بخصم لا يسمع الخصومة ومثله في البجر والاشباه - وعن هذا كل مدعى به لا يجوز اثباته قصدا الا ان يكون ضمن دعوى يشترط ان يكون الخصم فيها خصما في نفس الامر لا صورة مثاله ما في الفصولين من الخامس كما في قضاء البجر اراد وكيل البيع اثبات وكالة بحيث لو انكر موكله لا يسم انكاره فله وجهان احدهما ان يسلم الوكيل العين الى رجل ثم يدعي انه وكيل بقضه وببمه فسلمه اليه فيقول ذو اليد لا اعلم وكالته فيبرهن فيامر القاضي بتسليمه اليه فيبيعه .

والثاني ان يقول هو لفلان فاييمه منك فاذا باعه وقبض ثمنه يقول المشتري لا اقبض المبيع لاني اخاف ان ينكر المالك وكالتك وربما يهلك المبيع في يدي او ينقص فيضمنني فيبرهن الوكيل انه وكيله بذلك ويجبره على القبض ويثبت بالينة ولاية الجبر على القبض - وهنا وجه آخر وهو ان يبيع فيقول اني فضولي فلا اسلم المبيع فيبرهن المشتري انه وكيل فلان بالبيم فهو خصم فيثبت انه وكيل بالبيع - ففي اضراب هذه المسائل يسمع القاضي الدعوى وينفذ حكمه اذا لم يعلم ان المدعى عليه ليس مطالباً في نفس الامر - والا بان علم بانه جعل خصما صورة للتوصل افرض آخر فلا .

واعلم ان القضاء المشروط فيه سبق الدعوى هو القضاء القولي الصريح لا الضمني ولا الفعلي وانما يحتاجها القصدى ويدخل الضمني تبعا ففي رد المختار عن الاشباه اذا شهدا على خصم وذكر اسمه واسم ابيه وجده وقضى بذلك الحق كان قضاء بنسبه ضمنا وان لم يكن في حادثة النسب اي اذا كان المشهود عليه غير مشار اليه فلو مشاراً اليه لا يثبت نسبه مثلا ادعى ان له علي احمد بن محمد بن احمد كذا فشهدا ان هذا احمد بن محمد بن احمد ، عليه لهذا المدعي يثبت المال لا النسب - ولو ادعى ان له علي فلان ديننا وانه مات وانت ابنة واسم ابيك كذا ولم جدك

كذا يثبت المال والنسب والفرق بينها ان الاشارة في الاول تنفي عن ثبوت نسبه اذا الحق يثبت وان لم يثبت نسبه واما الثاني فلا يثبت حقه الا بثبوت نسبه هكذا فرق بينها في الفصولين فلا يمترض باحد الفرعين على الآخر - وعلى هذا لو شهدا بان فلانة زوجة فلان وكلت زوجها فلانا في كذا على خصم منكر وقضى بتوكيلها كان قضا. بالزوجية بينهما وهي حادثة الفتوى (اشباه)

ولا ينافي هذا ما ذكره في الاشباه بعد ورقة من هذا تقبل الشهادة بلا دعوى في هلال رمضان فلا حاجة الى ما هنا لان المراد بقبولها من دون الدعوى مجرد الثبوت لا الحكم - واصل القضا. الضمني ما ذكره اصحاب المتون من انه لو ادعى كفالة على رجل بمال باذنه فاقر بها وانكر الدين فبرهن على الكفيل بالدين وقضى عليه بها كان قضا. عليه قصداً وعلى الاصيل النائب ضمناً - ومثله القضا. الفعلي فهو من القاضي حكم يصح ولا يتوقف على سبق الدعوى ولهذا ليس له ان يزوج اليتيمة التي لاولى لي لها من نفسه ولا ابنه ولا من لا تقبل شهادته له لان فعله حكم ولا يجوز حكمه لنفسه ، ومن لا تجوز شهادته له ولهذا لو رفع فعله الى قاض لا يرى صلاحيته لترويج الصغيرة لا يتقضه لكن لو ان ولي الصغيرة اذن للقاضي في تزويجها كان فعله هذا وكالة لا حكماً .

المادة ١٨٣٠ - يشترط حضور الطرفين حين الحكم يعني يلزم حضور الطرفين وقت الحكم في مجلسه بعد المحاكمة والمواجهة ولكن لو ادعى احد على الآخر خصوصاً واقربه المدعى عليه ثم قبل الحكم لو غاب عن مجلس الحكم فللحاكم ان يحكم في غيابه بناء على اقراره كذلك لو انكر المدعى عليه دعوى المدعي واقام المدعي البيعة فاذا

غاب المدعى عليه من مجلس الحكم قبل التزكية والحكم
فالحاكم ان يذكي البينة ويحكم بها .

[يشترط حضور الطرفين حين الحكم يعني يلزم حضور
الطرفين وقت الحكم في مجلسه بعد المحاكمة والمواجهة ولكن
لو ادعى احد على الآخر خصوصاً واقرب به المدعى عليه ثم
قبل الحكم لو غاب عن مجلس الحكم فللحاكم ان يحكم
في غيابه بناء على اقراره]

تقدم في المادة قبلها ان القضاء في حقوق المباد يشترط له سبق الدعوى
وذكر في هذه المادة شرطاً آخر وهو حضور الخصم فلا يصح القضاء على خصم
ليس بحضور فوجود خصم في الدعوى وكونه حاضراً وقت الحكم بعد المحاكمة
والمواجهة شرط فلا تسمع الدعوى على من ليس بخصم اصلاً ولا على خصم ليس
بحاضر فلو قضى على حاضر ليس بخصم او على خصم ليس بحاضر ، لا يصح - فخرج
بالاول ما لو قضى على راهن في غيبة مرتين وعكسه وكذا في المونجر مع المستاجر
والمير مع المستعير - وخرج بالثاني من تسمع الدعوى عليه بانفراده وكان غائباً
فلا يجوز الحكم على غائب ولا له لكن سيأتي في الفقرة الاستدراكية مسئلتان
لا يشترط فيهما وجود المدعى عليه حين الحكم

الاولى لو اقر المدعى عليه للمدعي ثم قبل الحكم تعيب الخ وهذه
اتفاقية وقد سبق غير مرة ان الاقرار بنفسه حجة لا تتوقف حجته على
الحكم فالقاضي في الزامه بمنزلة المدين للمدعي في تحصيل حقه (بحر)
وهذا اذا اقر عند القاضي اما عند غيره ثم انكر فشهدوا على اقراره
عند القاضي وغاب فهو كالبينة (انقروية) وسواء كان الاقرار
بعين او دين ففي الاول يومر المقر بتسليم العين ان كانت في يده

للمقر له .

وفي الثاني يسام اليه جنس حقه اذا وجد في يد من يكون مقرا
بانه مال الغائب المقر ولا يبيع في ذلك العرض والعقار لان البيع قضاء
على الغائب فلا يجوز ولو ان المدعي ابرا المدعي عليه عند القاضي او
برهن عليه المدعي عليه بحضور المدعي فغاب المدعي فطلب المدعي عليه
من القاضي كتابا بالبراءة كما سمع فانه يجيبه ويكتب (انقروية عن
الفصولين) - فالحكم عليه في غيابه بعد الاقرار او البراء صحيح
. وجاهي فلو حضر بعد الحكم واعترض بانه كاذب في اقراره لا يلتفت
اليه نعم قبل الحكم يسمع منه كما في المادة ١٥٨٩ ولو ادعى انه
اداه بعد الاقرار يسمع ولا طريق له غير هذا بعد الحكم بالاقرار .
ولو ادعى ان الاقرار او البراء كان بطريق المواضع هل يسمع هذا
الدفم - الذي يظهر ساعه والقول قول المدعي لتسكه بالظاهر
والبينة بينة المدعي عليه لتسكه بخلاف الظاهر هكذا يستفاد من
شرح النار لابن ملك في بحث العوارض المكتسبة السنة
الثانية كما قال .

[كذلك لو انكر المدعى عليه دعوى المدعي واقام
المدعي البينة فاذا غاب المدعى عليه من مجلس الحكم قبل
التركية والحكم فللحاكم ان يزكي البينة ويحكم بها]

وهذا الحكم وجاهي وهو رواية عن ابي يوسف وهو الارفق وعليه
شت المجلة خلافا للامامين ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فوجب العمل
بها راجع المادة ١٨٠١

وفي هذه المسئلة للمحكوم عليه بعد تبليغه الحكم حق الاعتراض
على الشهود او دفع الدعوى ان كان له دفع ثم الحاضر يعم الحاضر

بنفسه او من يقوم مقامه وذلك انواع . منها الوكيل فاذا غاب الموكل بعد ما اقيمت عليه البيعة ثم حضر الوكيل او غاب الوكيل بعد ما اقيمت عليه البيعة ثم حضر الموكل يقضى عليه بتلك البيعة سواء كان وكيلا في الخصومة والدعوى او وكيلا للقضاء كما اذا اقيمت البيعة عليه فوكل ليقضى عليه ثم غاب ليحضر القضاء . (بجر)

ومنها لو قامت البيعة على المورث فوات وحضر وارثه او قامت البيعة على وارث قطب وحضر وارث آخر يقضى على الذي حضر بتلك البيعة ومنها الوصي سواء كان وصي الميت فهو نائب عن الميت بانابته او وصي القاضي فبانابة الشرع يحكم عليه بالبيعة التي اقيمت على الميت قبل موته وفي حكمه ولي الصغير ووصي الوصي - وفي ذلك كله بين ان الحكم على الموكل والميت والصغير لا الوكيل والوصي والولي - ومنها متولي الوقف لو كان متعددا ينتصب احدهم خصما وينوب مناب الآخر فلو غاب احدهم بعد اقامة البيعة عليه يحكم بها على غيره اذا حضر لما في رد المحتار عن التتارخانية وقف ارضه على قرابته فادعى رجل انه منهم والواقف حي فهو خصمه والا فالقيم ولو متعددا - وان ادعى على واحد جاز ولا يشترط اجتماعهم ولا يكون خصما وارث الميت ولا احد ارباب الوقف .

ومنها احد المستحقين ينتصب خصما عن الكل اي فيحكم على من حضر بالبيعة التي اقيمت على من غاب لما في رد المحتار عن المحيط والقنية : وقف بين اخوين مات احدهما وبقي في يد الحي واولاد الميت فبرهن الحي على احدهم ان الوقف بطننا بعد بطن والباقي غيب والواقف واحد يقبل وينتصب خصما عن الباقي ولو برهن الاولاد ان الوقف مطلق علينا وعليك فبينة الاول اولى - والدعاوي المقامة على نظار الاواقف ان كانت تتعلق بالواقف نحو كونه وقف المحل الفلاني وهو لا يملكه او كونه ارضا اميرية وقفها بدون اذن سلطاني فالحكم فيها على الواقف - وان تعلقت بالوقف كدين اتفق على تعميده فملى

نفس الوقف (رد المحتار)

ومنها ان الدين سواء كان المتعدد على مديون واحد او الواحد على مديونين متعددين ينوب الحاضر عن الغائب في الدعوى على قول ابي يوسف ومحمد فالاول وهي مسألة الاشتراك في الدين من جهة قرض او ثمن مبيع مثلاً نحو ان يدعي زيد على آخر بان لي وزيد الغائب في ذمتك عشرة دنانير مشتركة واثبت ذلك بالبينة يحكم بال عشرة غير انه يدفع للدعي خمسة ثم فقط اذا حضر شريكه الغائب وصدقه يجري العمل على احكام المادة ١١٠١ و ١١٠٥ .

واما على قول الامام الاعظم فاحد الشركاء في الدين بسبب غير الارث لا ينتصب خصماً في حصة غيره فيحكم للحاضر بحصته فقط واذا حضر الغائب فلا بد من اعادة البينة ثم يجري العمل ليضاً طبق احكام المادتين المذكورتين وقولها استحسان .

والثاني عكس الاول وهو ما كان الدين لواحد على متعدد كما لو كان لشخص مائة درهم ديناً على زيد وعمرو فاثبتها على زيد بغياب عمرو ، يحكم على زيد بثمانين فقط ولا يتمدها ثم اذا حضر عمرو بعيد البينة عليه في قول الامام ابي حنيفة كما هو الحكم في شركة العين بسبب غير الارث نحو ان يدعي رجل ابي وفلانا الغائب اشترينا هذه الدار من هذا الرجل بالف درهم ونقدنا له الثمن واقام البينة على ذلك يقضى للحاضر بنصف الدار فاذا قدم الغائب كلف اعادة البينة (هندية) .

مسئلة

اذا كان مال الميت في يد اجنبي كما لو وهب انسان جميع ماله في مرض موته لاجنبي او ارضى به له فادعى بواجبه بان هذه العين له او ان له على الميت كذا من الدين هل يصلح الاجنبي خصماً نائباً عن

الميت ام لا بد من حضور وارث او وصي .
قال بعض المشايخ تسم لان المدعى به ان كان عينا فهو في يده
والدعوى على صاحب اليد - وان دينا فالدين يتعلق في التركة وهي في
يده وقال بعضهم لا بد من حضور وارث او وصي - واما دائن الميت
او مدينونه او الموصى له اذا ادعى قوم على الميت ديونا وارادوا ان
يشتوها بوجه احد اولئك فلا يصح بل لا بد من حضور وارث او
وصي اه ملخصا من الدر وحواشيه

واعلم ان الشريكين في الدين انما يكون ما قبضه احدهما مشتركا
اذالم يختلفا في سببه حين الدعوى لما في الانقروية من التارخانية قبيل
نوع في دعوى الدين في التركة : رجل مات وترك ابنين فادعى احدهما
ان لابيها على هذا الرجل الف درهم من ثمن مبيع وادعى الآخر انه
كان من ثمن قرض واقام كل واحد منها البينة على ما ادعى ، فانه يقضي
لكل واحد منها بنجساية ليس لاحدهما ان يشارك صاحبه فيما قبض
ففتظن - ثم لما كان الخصم الحاضر شرطا لصحة القضاء عندنا وقد وجدت
مسائل عديدة فيها الحكم على الغائب احتيج الى بيان رابط يرفع
الاشكال في بعض المواضع - وهو كل موضع يكون ما يدعي به على
الغائب سببا لا محالة لما يدعي به على الحاضر غير منفك عنه لا انه قد
يكون سببا وقد لا يكون ، يصح الحكم فيه على الغائب لانه في
الصورة الاولى يكون الحاضر قائما مقام الغائب حكما فيقضى عليها حتى
لو حضر الغائب وانكر لا يلتفت الى انكره - فيشمل ما لو كان المدعي
شيئا واحدا وكان ما يدعي على الغائب سببا لما يدعي على الحاضر لا محالة
وما لو كان المدعي شيئين مختلفين وما يدعي على الغائب سبب لما يدعي
على الحاضر بكل حال (بجر) يعني كما في الفتح ما يكون المقضى
به شيئا واحدا او شيئين ولنورد لكل نوع ثلاث مسائل مذكورة في
البحر والفتح .

المسئلة الاولى للنوع الاول ادعى داراً في يد رجل انها ملكه

وانكر ذو اليد فاقام البينة انها داره اشتراها من فلان الغائب وهو
يملكها فلنه يقضي بها في حق الحاضر والغائب ، لان الشراء سبب لثبوت
ما يدعيه على الحاضر لان الشراء من المالك سبب لا محالة للملكه والمدعي
عليها شيء واحد وهو الملكية

الثانية ادعى على آخر انه كفل عن فلان الغائب بما يدوب عليه
قاقر المدعى عليه بالكفالة وانكر الذوب فاقام المدعي البينة انه ذاب
له على فلان الف يقضى بها على الكفيل والغائب حتى لو حضر
وانكر لا يلتفت الى انكاره والمدعي واحد وهو المال .

الثالثة ادعى شفعة في دار في يد انسان فقال ذو اليد الدار داري
ما اشتريتها من احد فاقام المدعى البينة ان ذا اليد اشتراها من فلان
الغائب بالف وهو يملكها وانا شفيعها يقضى بالشراء في حق ذي اليد
والغائب والمدعي واحد وهو الشراء .

ومثال المسائل الثلاث للذوق الثاني احدها قذف محصنا فادعى عليه
الحد فقال القاذف انا عبد وعلي حد العبيد وقال المدعي المقذوف بل
اعتقك مولاي فليك حد الاحرار والمولى غائب فاقام البينة على ذلك
تقبل هذه البينة ويقضى بالعتق في حق الحاضر والغائب جميعا حتى لو حضر
وانكر العتق لا يلتفت الى انكاره فالعتق سبب لكمال الحد وهو المدعي
على الحاضر فهما شيطان العتق وكمال الحد

الثانية شاهدان شهدا على رجل بال فقال المشهود عليه هما عبدان
لفلان الغائب فاقام المشهود له البينة ان مولاهما اعتقها قبل هذا وهو
يملكها تقبل البينة ويثبت العتق في حق المشهود عليه والمولى الغائب لان
العتق لا ينفك عن ولاية الشهادة والمدعي شيطان العتق وقبول الشهادة .
الثالثة رجل قتل رجلاً عمدا وله وليان غاب احدهما وادعى الحاضر
على القاتل ان الغائب عفي عن نصيه وانقلب نصيبي مالا وانكر القاتل
فاقام المدعي البينة على ذلك تقبل ويقضى بها على الحاضر والغائب جميعا
والمدعي شيطان المال والعفو .

قيد بان يكون سبياً لا محالة ، الا تراز عما قد يكون سبياً وقد لا تكون ، وعما يكون سبياً باعتبار البقاء ، فانه لا يكون قضاء على الغائب وبيان الاول في مسلتين . احدها قال لعبد رجل مولاك وكاني بمملك اليه فاقام العبد البينة ان مولاه اعتقه ، تقبل في حق قصر يد الحاضر ولا تقبل في حق العتق على الغائب حتى لو حضر الغائب وانكر العتق يحتاج العبد الى اعادة البينة به .

الثانيه رجل قال لامرأة غائب وكلني زوجك بمملك اليه فاقامت بينة انه طلقها ثلاثا يقضي بقصر يد الوكيل عنها دون الطلاق فلو حضر وانكر الطلاق يحتاج الى عدالتها ، او بينة اخرى فالمدعي هنا شيطان العتق وقصر اليد في الاول والطلاق وقصر اليد في الثاني لان العتق والطلاق قد يتحقق ولا يوجب انزال الوكيل بان لا يكون هناك وكالة وقد يتحقق موجبا للانزال بان وجد بعد الوكالة - فليس انزال الوكيل حكما اصليا للطلاق والعتاق فمن حيث انه ليس سبياً لحق الحاضر في الجملة لا يكون الحاضر فيه خصا عن الغائب ومن حيث انه قد يكون سبياً ، قبلنا البينة فيما يرجع الى حق الحاضر في قصر يده وانزاله عن الوكالة لانه ليس من ضرورة انزال الوكيل ، تحقق الطلاق والعتاق ولا من ضرورة تحقق الطلاق والعتاق انزال الوكيل فلا يقضى بالطلاق والعتاق .

وبيان الثاني اعني ما يكون سبياً باعتبار البقاء في مسائل احداها قالوا فيمن اشترى جارية فادعى المشتري على البائع انه كان زوجها من فلان الغائب ولم يعلم المشتري ويريد ان يردّها بهذا العيب وانكر البائع فاقام المشتري على ذلك بينة فانه لا يقضى بها لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب لان المدعى شيطان الرد بالعيب على الحاضر والنكاح على الغائب والنكاح المدعى به على الغائب ليس سبياً لما يدعي به على الحاضر الا باعتبار البقاء لجواز ان يكون زوجها ثم طلقها فان اقام البينة على البقاء بان شهدوا انها امراته للحال لا تقبل ايضا لان البقاء تبم

للإبتداء .

الثانية المشتري شراء فاسدا اذا اراد البائع الاسترداد فاقام البينة انه باع من فلان الغائب ، لا تقبل لابطال حق الاسترداد لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب ، لان نفس البيع ليس سببا لبطلان حق البائع في الاسترداد واذا لم يكن خصا في اثبات نفس البيع لم يكن خصا في اثبات البقاء ، لان البقاء تبع للإبتداء .

الثالثة رجل في يده دار بيعت مجنبها دار فاراد ذو اليد ان ياخذ المشتراة بالشفعة فقال المشتري له الدار التي بيدك ايت لك انا عي لفلان فاقام الشفيع البينة انها داره اشتراها من فلان الغائب ، لا يقضى باثراء لاني حق الحاضر ولا في حق الغائب ، لان المدعي شيطان والمدعي على الغائب من شراء الدار ليس سببا لثبوت حقه في الشفعة ما لم يثبت البقاء لانه لو فسخ بعد الثراء وازالها عن ملكه بسبب من الاسباب لا يكون له شفعة وانما تكون الشفعة باعتبار البقاء ولا بينة عليه ولو اقام على البقاء لم تقبل ايضا لما ذكرنا - وقيد بالسبب احترازا عن الشرط .

وخلاصة القول فيه كما في الفتح والبحر وتعليقانه ان ما يدعي على الغائب اذا كان شرطا لما يدعي على الحاضر ينظر في ذلك الشرط ان كان مما يتضرر به الغائب كما لو قال ان طلق فلان امراته فانت طالق فادعت انه طلق امراته واقامت البينة على ذلك ، لا يقبلها ولا يقضي بشئ. والا قبلها ويقضي بالطلاق نحو ان دخل فلان الدار فانت طالق واقامت البينة على ذلك .

وفي البحر عن الفصولين قيد بكون السبب ما يدعي على الغائب لانه لو كان على عكسه بان كان ما يدعي على الحاضر سببا لما يدعي على الغائب فانه لا يقضي على الغائب - كما اذا كان الحاضر هو الاصيل والكفيل غائب لجواز ان يكون المال على الاصيل لا الكفيل كما قل الكفالة بخلاف عكسه لا يجوز ان يكون المال على الكفيل

• دون الاصيل .

المادة ١٨٣١ - للحاكم ان يحكم على المدعى عليه بالبينة التي اقيمت في مواجهة وكيله اذا حضر في مجلس الحكم بنفسه وبالعكس يعني للحاكم ان يحكم على وكيل المدعي بالبينة التي اقيمت في حضوره اذا حضر الوكيل مجلس الحكم .

لان الوكيل كالاصيل فلا يحتاج الى اعادة البينة وكذا عكسه راجع المادة ١٨٣٠ وفي الخامس من الفصولين. ولو غاب الموكل بعد ما يرهن عليه ثم حضر وكيله او غاب الوكيل بعد ما يرهن عليه ثم حضر موكله ، يحكم عليه بتلك البينة - وكذا يحكم على الوارث ببينة قامت على مورثه ولو كان الوارث غائبا غيبة منقطعة ينصب القاضي وكيلًا بطلب الخصم ويحكم عليه بتلك البينة - وكذا لو يرهن على احد الورثة فغاب يحكم بها على الوارث الآخر وكذا لو يرهن على نائب الصبي فبلغ يحكم على الصبي بتلك البينة وعلى هذا كل من اقامه الشرع مقام الخصم النائب .

وفي الانتقوية ولو نصب القاضي قيا في مال الغائب غيبة منقطعة هل له الحصومة في ديونه قيل نعم وقيل لا . وفي هامشها عن المحيط البرهاني استحسن في المفقود خاصة ان يجعل ابنه وكيلًا في طلب حقوقه لان المفقود كاليت في بعض الاحكام والقاضي ولاية نصب القيم في مثله - بخلاف النائب ومن توجه عليه الحكم فاخفى لا يحكم عليه عند ابي حنيفة وقال محمد بنادي على بابه ثلاثة ايام فان خرج والا حكم عليه وهذا ارفق بالناس وعليه المجلة - وجزء البينة كالبينة فلو اقيم شاهد بمواجهة الموكل تسم شهادة الآخر بمواجهة الوكيل وبالعكس وهكذا في البينة .

المادة ١٨٣٢ - للحاكم ان يحكم بالبينة التي اقيمت في مواجهة احد الورثة اذا غاب عن مجلس الحكم على الوارث الآخر الذي احضر في الدعوى التي تتوجه خصومتها الى جميع الورثة ولا حاجة الى اعادة البينة .

[للحاكم ان يحكم بالبينة التي اقيمت في مواجهة احد الورثة اذا غاب عن مجلس الحكم على الوارث الآخر الذي احضر في الدعوى]

الظرف متعلق بيهكم لكن لا اي دعوى كانت بل .

[التي تتوجه خصومتها الى جميع الورثة]

كدعوى في دين على الميت او له وان لم يكن في يده شيء . من التركة وفي عين ان كان في يده شيء . منها او دعوى احد بالارث ، على الورثة لان الدعوى قائمة على الميت فكل من الورثة ينوب عنه لان كلامهم قائم مقام المورث بخلاف الدعاوي القائمة بالاشتراك في غير الارث لا ينتصب احد الشركاء . خصا عن الآخر انظر المادة ١٦٤٣ - لكن في الدين المشترك بين اثنين عندهما ينتصب احد الشريكين خصا عن الآخر خلافاً للامام ابي حنيفة كما مر في شرح المادة ١٨٣٠ وانظر هناك ما اوردناه من مسائل ينتصب فيها الحاضر خصا عن الغائب فيحكم على الحاضر بالبينة التي سمعت على الغائب .

الفصل الثاني

في بيان الحكم الغيبي

اعلم اولاً ان القضاء على الغائب وله لا يجوز عندنا - الا اذا حضر من يقوم مقامه حقيقة او حكماً . وقال الشافعي يجوز في صورتين اذا كان غائباً عن البلد او فيها وهو مستر قولاً واحداً وهو قول مالك واحمد وان كان في البلد غير مخف فله قولان اصحهما لا يحكم عليه بدون حضوره وهو قول مالك . والفرق ان في المستر تضييع الحقوق لو لم يحكم وفي غيره لا احتجاجاً بقوله صلى الله عليه وسلم (البينة على المدعي واليمين على من انكر) فاشتراط حضور الخصم زيادة على مدلول الحديث بلا دليل - ولنا قوله صلى الله عليه وسلم اعلم حين استقضاه على اليمين لا تقض لاحد الخصمين بشيء حتى تسمع كلام الآخر - فعلم ان جهالة كلامه الثابتة مع غيبته او غيبة من يقوم مقامه مانعة من القضاء . ولان البينة لا تقوم حجبتها الا بالانكار ولذا لا تقام على المقر والعمل بها موقوف على عجز المنكر عن الدفع او الطعن بها - وهذا لا يعلم الا مع حضوره او نائبه ، ولان وجه القضاء يشبه في هذه الحالة لانه يحتمل ان يقر الخصم وان ينكر واحكامها مختلفة فانه بالاقرار يقتصر ، وبالبينة يتعدى فلا يجوز مع الاشتباه ، ولان شرط صحة الحكم بالبينة الانكار وبنية لا يعلم بوجود الشرط وما لم يعلم بوجود الشرط لا يحكم بثبوت الشرط وهو صحة الحكم . ولا يكفي ثبوت الشرط اعني الانكار كونه هو الاصل ، لانه يقرب عليه وجود امر وهو صحة الحكم فلا بد من ثبوت وجوده ولذا قال جميع الائمة فيمن قال لمنوكه ان لم

تدخل الدار اليوم فانت حر فضى اليوم وقال السيد دخلت وقال المبد
لم ادخل ، بوجود المتق لوجود الشرط . بناء على ان الاصل عدم الدخول لما
ذكرنا اه ملخصا من الفتح وقامه هناك ولا حجة للشافعي وما لك ايضا
بانه صلى الله عليه وسلم قضى لهند امرأة ابي سفيان بالنفقة و ابو سفيان
غائب فقال لها خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك لانه لم يكن
قضاء وانما كان فتوى واعانة لها على اخذ ماله الا ترى انها لم تدع الرجعية
ولم تقم البينة وكان صلى الله عليه وسلم عالما بانها امراته ولم يكن
على وجه القضاء . اصلا - وما يرجح انه فتوى وقوع الاستفهام في القصة
هل علي جناح وانه عليه السلام فرض اليها تقدير الاستحقاق ولو كان
قضاء لم يفوضه الى المدعي ولانه لم يستعملها على ما ادعت ولا كلفها
البينة (زيلعي وشلي)

اذا علمت هنا تعلم عدم جواز الحكم على الغائب او له عندنا . ولو
قضى به هل ينفذ في التنوير وشرحه للملأني ولو قضى على غائب بلا
نائب ينفذ اي قضى من يراه جوازه كشافعي لاجماع الحنفية على انه لا
يقضى على غائب فلو ينافي قوله قبله لا يقضى على غائب لانه في القاضي
الحنفي وهذا في اظهر الروايتين عن اصحابنا اي لانه قول مجتهد فيه وقيل
لا ينفذ ورجحه غير واحد .

وفي المنية والبرازية ومجم الفتاوى وعليه الفتوى ورجح في الفتح
توقفه على امضاء قاض آخر فاذا رقم الى الثاني فامضاء فليس للثالث
نقضه ولو ابطاله الثاني بطل وليس لاحد ان يجيزه لان نفس القضاء مختلف
فيه اذ اقسام الحكم كما في الزيلعي لا تحلو من اربعة اوجه اما ان
يكون موافقا للدليل الشرعي كالكتاب والسنة والاجماع فلا كلام فيه
- واما ان يكون مختلفا فيه اختلافا يستند كل واحد الى دليل شرعي
فكذلك حكمه لا يتعرض له بنقض بعد ما حكم به حاكم - نحو ان
يقضي شافعي بشهادة المحدودين بقذف بعد التوبة فاذا رقم الى قاض
آخر لا يراه كحنفي بفضيه ولا يبطله واما ان يكون الخلاف في نفس

القضاء. لا في المسئلة التي هي سبب القضاء. فهذا فيه روايتان وقد ذكرناها عن التنوير وشرحه - واما ان يكون مخالفاً للدليل الشرعي وهو النوع الرابع لا ينفذ قضاؤه ولا ينفذ بتنفيذ قاض آخر لانه وقع باطلاً فلا يعود صحيحاً بالتنفيذ كالقضاء بصحة نكاح المتعة مثلاً او بجمل المطلقة ثلاثا للاول قبل ان يدخل بها الثاني .

ثم اعلم ان الاختلاف فيما قدمناه في نفاذ القضاء على الغائب وعدمه انا هو في مسائل غير المستتاة واما في المستتات فنافذ بالاتفاق (عبد الحليم على الدرر)

وفي العلائي والمتمدان القضاء على المسخر لا يجوز - الا لضرورة وهي في خمس مسائل ذكرها في الدر المختار اشترى بالحيار واراد الرد في المدة فاختمى البائع فطلب المشتري من القاضي ان ينصب خصماً عن البائم ليرد عليه

وهذا احد قولين عزاها في جامع الفصولين الى الحانية لكنه قدم هذا اذ عادة قاضيخان تقديم الاشهر - كفيل بنفسه على انه ان لم يواف به غدا فدينه على الكفيل فغاب الطالب في الغد فلم يجده الكفيل فرفم الامر الى القاضي فنصب وكيلاً عن الطالب وسلم اليه المكفول عنه يبرأ - حلف ليوفينه اليوم فتغيب الدائن بان علق المديون العتق او الطلاق على عدم قضاءه اليوم ثم غاب الطالب وخاف الخائف الخنث فان القاضي ينصب وكيلاً عن الغائب ويدفع الدين عليه ولا يحنث الخائف وعليه الفتوى وفي حاشية مسكين عن شرف الدين القزويني انه لا حاجة الى نصب الوكيل لقبض الدين فانه اذا رفع الامر الى القاضي بر في يمينه على المختار المفتي به كما في كثير من كتب المذهب المعتمدة ولو لم يكن ثمة قاض حنث على المفتي به .

وفي رد المحتار وحاشية الدرر عن الفصولين قد اضطرب آراءهم وبينهم في مسائل الحكم للغائب او عليه ولم يصف ولم ينقل عنهم اصل قوى ظاهر يبي عليه الفروع بلا اضطراب ولا اشكال فالظاهر

عندي ان يتأمل في الوقائم ويحتسب ويلاحظ الحرج والضرورات فيفتي بحسبها جوازا او فسادا - مثلا لو طلق عند العدل فتاب عن البلد ولا يعرف مكانه او يعرف ولكن يعجز عن احضاره او عن ان تسافر اليه هي او وكيلها بعده او لماتم آخر وكذا المديون لو غاب وله نقد في البلد او نحو ذلك - ففي مثل هذا لو برهن على الغائب وغلب على ظن القاضي انه حق لا تزوير ولا حيلة فيه فينبغي ان يحكم عليه وله - وكذا للمفتي ان يفتي بجوازه دفعا للحرج والضرورات وصيانة للحقوق عن الضياع مع انه مجتهد فيه ذهب اليه الائمة الثلاثة وفيه روايتان عن اصحابنا - وينبغي ان ينصب عن النائب من يعرف انه يراعى جانب الغائب ولا يفرط في حقه اه واقره في نور العين .

قلت ويؤيده ما ياتي قريبا في المسخر وكذا ما في التتح من باب المفقود لا يجوز القضاء على الغائب الا اذا راي القاضي مصلحة في الحكم له وعليه فعلم فانه يفتد لانه مجتهد فيه - قلت وظاهره ولو كان القاضي حنيا ولو في زماننا ولا يتنافي ما مر، لان تجوز هذا للمصلحة والضرورة .

بحث

لا يخفى ان الحكم على الوكيل المسخر في مواضع الضرورة حيث كان فيه روايتان عن اصحابنا واختاره مشايخنا كما سمعت يكون مذهبا لنا الا انه جرى العمل في محاكم زماننا على نسب الوكيل المسخر عن غير المتوارى فهذا لا يجوز عندنا ويجوز على احد قولي الشافعي كن لا يجيب دعوة الحاكم وهو غير متوار يطوف في البلدة ويتماطى مصالحه في تجارته او وظيفته ثم مع هذا خلافا للمادة ١٨٣٣ الآتية ينصب عنه وكيل مسخر وترى الدعوى في حقه غياباً ويمضي الحكم عليه اذا مضت مدة الاعتدبض ففي هذه الصورة يكون الحكم على احد قولي الشافعي

لا غير - وهنا يرد على الخاطر انه اذا كان الحكم تقليداً لقوله يقتضى العدل بجميع ما قال فيه اعني الحكم بناء على البيئنة مع تحليف المدعي استظهارا والا فبدون ذلك يكون ملفقا من المذهبين الحكم على غير المتوارى على احد قولي الشافعي وبلايين على قول ابي حنيفة والحكم الملفق من مذهبين باطل بالاجماع كما نص عليه في الدرر وحواشيه مثاله متوضي. سال من بدنه دم ولس امرأة ثم صلى اللهم الا ان يجاب بما نقله في رد المختار عن (ح) ان المراد بالحكم في قولهم الحكم الملفق من مذهبين الحكم الوصفي كالصحة لا الحكم بمعنى القضاء. تدبر .

المادة ١٨٣٣ يدعي المدعى عليه من قبل الحاكم بطلب واستدعاء المدعي فان امتنع عن الاتيان وارسال وكيل الى المحكمة من دون ان يكون له عذر شرعي يحضرها إليها جبراً .

راجع ما ذكرناه قبل هذه المادة باسطر والدعوة في زماننا تكون من قبل القاضي يحجر ورقة الدعوية للمدعى عليه بواسطة المحضر وقد افتي في تنقيح الحامدية نقلاً عن البحر والبرازية بان اجرتة على المدعي اذا لم يكن المدعى عليه متمرذاً عن الحضور والا ففعل المدعى عليه اذا كان متمرذاً وهو الصحيح كما في الخانية وهكذا افتي في النتيجة عازياً لقضاء القنيه عن مختصر الزيادات

قال فالخاصل ان موثقة الرجال على المدعي في الابتداء. فاذا امتنع المدعى عليه فعلى المدعى عليه - وكان هذا استحضار مال اليه للزجر وكان القياس ان يكون على المدعي في الحالين ويظهر تفرده كما في هامش الانقروية عن خزائنة المفتين، ان يقول لا احضر او سكت او قال احضر في وقت كذا ولم يحضر اي وثبت ذلك عند القاضي فاذا

حضر عزره على حسب حاله وتكون الاجرة عليه واذا عجز القاضي من احضاره يستعين باعوان الوالي والدرك (رد مختار) وان كان ترمده لعذر كريض ومحدرة لا يحضر جبراً والقاضي حينئذ ان يحضر بنفسه او يرسل نائباً عنه ان كان ماذوناً بذلك فيحضر محل المدعى عليه ويسمى الدعوى ويفصلها -

وفي الاتقروية لا يلزم احضار احد فلا يلزم الزوج احضار زوجته الى مجلس القاضي لسماح دعوى عليها ولا يمنها منه الا في مسائل . الكفيل بالنفس عند القدرة . وفي الاب اذا امر اجنيا بضمان ابنه فطلبه الضامن منه فطلى الاب احضاره لكونه في تدييره كما في جامع الفصولين .

الثالثة سجان القاضي خلى رجلاً من المسجونين جبهه القاضي بدين عليه فزرب الدين ان يطلب السجان باحضاره كما في القنية .
الرابعة ادعى الاب مهر بنته على الزوج فادعى الزوج انه دخل بها وطلب من الاب احضارها فان كانت تخرج في حوائجها امر القاضي الاب باحضارها وكذا لو ادعى الزوج عليها شيئاً آخر والا ارسل اليها اميناً من امنائه

المادة ١٨٣٤ - اذا امتنع المدعى عليه من الاتيان وارسال وكيل الى المحكمة ولم يمكن احضاره يدعي الى المحكمة بان يرسل اليه ثلاث مرات ورقة الدعوى المخصوصة بالمحكمة في ايام متفاوتة على طلب المدعي فان ابى ايضا المجي . فهمه الحاكم بانه سينصب له وكيلاً ويسمع الدعوى والبينة وعلى هذا الحال لو امتنع وابى الحضور الى المحكمة وارسال وكيل نصب الحاكم له وكيلاً يحافظ على حقوقه

وسمع الدعوى والبينة في مواجهته وبعد التدقيق ان
تبين انها مقارنة للصحة وثبت الحق حكم بمقتضى
ذلك .

[اذا امتنع المدعى عليه من الاتيان وارسال وكيل
الى المحكمة ولم يمكن احضاره]

بان كان خصما متواريا

[يدعى الى المحكمة بان يرسل اليه ثلاث مرات ورقة
الدعوتية المخصوصة بالمحكمة .]

وهو المسمى عند الفقهاء بطلب الاعداء بكسر الهزة اي يريد
المدعي من القاضي الاعداء على خصمه وهو احضاره لمجلس الحكم فينظر
القاضي في المدعى عليه اما ان يكون في المصر او خارج المصر قريبا
منه بحيث لو ابتكر من اهله امكنه ان يحضر مجلس الحكم ويجب
خصمه ويبيت في منزله فهذا يعديه القاضي بمجرد الدعوى - الا ان يكون
الحصم مريضا او مخدرة كما تقدم فيذهب القاضي بنفسه او يرسل خليفته
ان كان ماذونا بالاستخلاف فيفصل الدعوى - والا ارسل امينا فقيها مع
شاهدين عدلين حتى يجبرا القاضي بما جرى وانما يمت شاهدان ممن يعرفان
المرأة والمريض فالامين يسئل المدعى عليه - فان اقر اشهد عليه شاهدين بما
اقر وامره ان يوكل وكيلًا يحضر معه مجلس القاضي ليشهدا بما اقر به
بحضرة وكيله فيقضي القاضي وان انكر يقول للمدعي الك بينة فان
قال نعم يامر المدعى عليه ان يوكل وكيلًا يحضر مع خصمه مجلس

القاضي لتقام عليه البيعة بحضرة وكيله وان قال ليس لي بيعة فالامين يحلف المدعى عليه فان حلف اخبر الشاهدان القاضي بذلك حتى ينعم المدعي من الدعوى الى ان يجد بيعة وان نكل عن اليمين ثلاث مرات امره الامين ان يوكل وكيلا يحضر مع خصمه مجلس الحكم ويشهد عليه الشاهدان بنكوله ويقضي للقاضي عليه بالنكول .

هذا اذا كان المدعى عليه في المصر او خارجا قريبا منها - وان كان بعيدا لا يديه القاضي وهلة بل يامر المدعي باقامة البيعة على موافقة دعواه ولا تكون هذه البيعة لاجل القضاء وانما تكون لاجل الاحضار والستور في هذا يكفي فان اقامها امر ان يحضر خصمه فاذا احضر وامر المدعي باعادة البيعة فاذا اعاد فظهرت عدالة الشهود قضى بها عليه ومن المشايخ من قال يحلف القاضي المدعي فان نكل اقامه من مجلسه وان حلف امر باحضار خصمه والاول اصح - وان ارسل القاضي الى المدعي عليه من يحضره فلم يجده فقال المدعي للقاضي انه تولى وسئل تسمير بابه والحتم عليه فالقاضي يكلفه باقامة البيعة على انه في منزله فان اثبت بشاهدين انه في منزله فالقاضي يسئلهما فان قالوا رايناه فيه اليوم او امس او منذ ثلاثة ايام ، قبل القاضي ذلك ويسمر ويامر بالحتم ويجعل بيته عليه سبعنا ويسد عليه اعلاه واسفله حتى بضيق عليه الامر فيخرج - وان كانت الروية قد تقادمت لا يقبل ذلك منها .

قال في الحانية في كتاب الدعوى والبيئات (في فصل فيما يستحق على القاضي وما ينبغي له ان يفعل وما لا يفعل) : لانه قد ينبغي اذا طالت المدة وقدر ذلك بثلاثة ايام فان قال الخصم للقاضي بعد ما ختم الباب ومضى ليام انه قد جلس في الدار ولا يحضر فانصب لي وكيلا وعنه اقيم عليه البيعة .

اقول وهي مآل المادة فان ابا يوسف رحمه الله تعالى يقول يبعث القاضي رسولا يتنادي على بابه ومعه شاهدان فينادي الرسول على باب الخصم ثلاثة ايام كل يوم ثلاث مرات يا فلان بن فلان القاضي يقول

احضر مع خصمك فلان بن فلان مجلس الحكم والا نصبت عنك وكيلا
وقبلت البينة عليك بمحضرة وكيك - فاذا فعل ذلك ولم يحضر نصب
القاضي وكيلا منه وسمع البينة عليه وامضي الحكم عليه بمحضرة وكيلاه
من الهندية بنوع تلخيص .

تنبیه

التبليغ بهذه الكيفية كان في زمانهم واما في زماننا فقد صار
بالمكاتبة ولا مانع من ان يكون متواليا في ثلاثة ايام او متاخيا يحور
في كل يومين او ثلاثة تذكرة - ثم ان المجلة قد اقتفت الرواية المنقولة
عن ابي يوسف فقررت ارسال تذكرة الدعوة ثلاثة ايام لكن هل هذا
على وجه الحتم ام الاحتياط والارلوية لو تأملناه في مسائل كثيرة ضرب
فيها الشرع الثلاث لابلأ. الاعذار احتياطا لا على وجه الحتم كعرض
اليمين على المنكر ثلاث مرات وامهال المرتد ثلاثة ايام واضراب ذلك
وجدنا مشكلة التبليغ من هذا القبيل - فلو بوشر بالمعاكبة بعد تبليغ
المدعى عليه مرة واحدة يكفي وهذا هو الارفق في زماننا لكثرة
التمردين والماطلين في اداء الحقوق وقد صدر الامر السلطاني اخيراً بذلك
وعليه العمل في المحاكم .

وقد وهم الشارح الفاضل حيدر افندي في استدلاله على الاكتفاء بما
دون الثلاث بما في الخانية من فصل فيما يقضى في المجتهدات وهذه
عبارتها التي ترجمها في شرحه : (وان ادعى رجل على غائب شيئاً قال
محمد رحمه الله تعالى في المفقود ليس للقاضي ان يتصب وكيلا عن
الغائب فلو رأى القاضي ان يسمع البينة على الغائب من غير حضم ووكيل
وقضى على الغائب - في نفاذ قضائه على الغائب روايتان ذكر شمس الائمة
السرخسي والشيخ الامام المعروف بجواهر زاده انه ينفذ قضاؤه - وغيرها
من المشايخ قالوا لا ينفذ اه) فعبارتها كما ترى انما هي في ترجيح نفاذ

القضاء على الغائب لا في بيان الاكتفاء بتبليغه ما دون الثلاث فكما ان عبارتها ليست ظاهرة في ذلك لم تكن مسوقة لهذا الحكم .

[فان ابي المحي . فهمه الحاكم بانه سينصب له وكيلا وسيسمع الدعوى والبينة في مواجهته وبعد التدقيق ان تبين انها مقارنة للصحة وثبت الحق بحكم بمقتضى ذلك]

ولا مندوحة عنه لانه نصب لاجياء الحقوق وهذا من ضروراته ولكونه منصوبا وكيلا عن الغائب من قبل الشرع لا من قبله فليس له وظيفة غير الانكار حتى تقوم عليه بينة المدعي فلو اتى بدفع مثلا بان قال ان المال المدعى به قد اداه الغائب او ابراه منه وتصدى للاثبات او لتحليف المدعي، لا يسمع منه غير انه لو اقر لا يصح اقراره فاعتبرنا انكاره فقط وان كان لا علم له بكون الغائب مديونا او يرى الزمة باعتبار ان الاصل في الذمم البراءة كما في المادة (٨) - ثم اذا حكم على الغائب بعد اثبات المدعي دعواه بالبينة الشرعية المزكاة سرا وعلنا فللغائب اذا حضر ان يطعن بالشهود بان في شهادتهم جر مغم او دفع مغم او يدفع دعوى المدعي بانه اوفاه او ابراه - ان وجده الحاكم مقبولا عما بمقتضاه واذا لم يثبت وقال ما عندي بينة واني احلفه واطاب الحكم عليه حكما مطلقا على يمينه فعلى مذهب الحنفية لا يجب لذلك واليه اشارت المادة لان الحكم مطلقا على اليمين ايس احد اسباب الحكم اعني البينة او الاقرار او اليمين او النكول عنه بقولها وسمع الدعوى والبينة لكن تسهلا لمصالح العباد ونظرا لاحوال الزمان ردد الامر السلطاني كما في تعليمات الاحكام الشرعية المبلغة لحكام الشرع ان يكون العمل على احد قولي الامام الشافعي بالحكم على الغائب بلا نصب وكيلا

مسفر حكما مطلقا على عيئه بعد تخليف المدعي استظهارا وان لم يكن له بينة .

المادة ١٨٣٥ - يبلغ الحكم الغيابي الواقع على المنوال المشروح للمدعى عليه .

وهذا ظاهر .

المادة ١٨٣٦ - اذا حضر المحكوم عليه غيابا الى المحكمة وتثبت بدعوى صالحه لدفع دعوى المدعي تسم دعواه وتفصل على الوجه الموجب وان لم يتثبت بدفع الدعوى او تثبت ولم يكن تثبته صالحا للدفع ينفذ الحكم الواقع ويجري .

المادة ١٨٣٧ - الدعوي التي حكم واعلم بها موافقة لاصولها المشروعة اي موجودا في الحكم اسبابه وشروطه لا يجوز رؤيتها وسماها تكرارا .

ذكر قيدين لمنع رؤية الدعوى تكرارا . الاول قوله التي حكم واعلم بها . الثاني قوله موافقة لاصولها المشروعة مثلا ادعى زيد على عمرو ان الدار التي في يدك ملكي وطلب تخليفه للعجز عن البينة فنكل عن البين حكم عليه القاضي ثم بعد الحكم راجع القاضي وقال ان الدار المحكوم علي بها كنت اشتريتها واسند الشراء الى ما قبل النكول والحكم فهذه الدعوى هي الاولى بعينها ما تغير شكلها ولا شخص

المتداعين وقد حكم عليه بناء على النكول فلا تسمع ثانياً فالاشتغال بها عبث فالقيد الاول اعني قوله التي حكم بها احترازاً عن نحو هذا - لكن لو اتى بدفع مقبول لم يكن في الدعوى الاولى يسمع وتعاد الدعوى سواء قبل الحكم او بعده كما سيأتي في المادة ١٨٤٠ كذلك تعاد لو نقض الحكم من محكمة التمييز الشرعية اذا ميزها المحكوم عليه . ولو قال اشتريتها منه بعد القضاء تسمع لانها دعوى جديدة - بخلاف ما لو رجع قبل الحكم عن النكول وقال احلف فلا مانع لان الدعوى لم تنته بالحكم . ولو حكم مثلاً بشاهد وبين او بمجل المطلقة ثلاثاً لزوجها بمجرد عقد نكاحها على آخر ، وقد طلقها قبل الوطي . فيما ان هذا مخالف لنص (واستشهدوا شهيدين من رجلتيكم) ولحديث المسيلة المشهور يجب على القاضي الرجوع عنه الى الحكم بالصواب . فالقيد الثاني وهو موافقة لاصولها المشروعة . احتراز عن مثل هذا ثم العبرة لمجرد الحكم وان لم يجرى فيها اعلام .

وكما ان المحكوم عليه بشي . لا تسمع دعواه فيه بعد الحكم - كذلك لا تسمع فيه دعوى من تلقى الملك منه فلو باع زيد ثوباً من كامل وباع كامل من عبد الرحمن وعبد الرحمن من سعيد فادعى خالد على سعيد صاحب اليد المملوكة المطلقة فانكر وقال ملكي لاني شريته من عبد الرحمن وعبد الرحمن من كامل وكامل من زيد فابته خالد بالبينة ، يتعدى الحكم الى بائعه وبائمه بائمه وبائمه بائمه وهكذا - فلو حضر احد منهم وادعى انه ملكه لا تسمع ولا يحتاج الى اعادة البينة لان الدعوى لا ترى مرتين - لكن هذا كما في المثال مقيد بما اذا قال المشتري في جواب الدعي هذا ملكي لاني اشتريته من فلان فبذلك يصير البائع مقضياً عليه فلا تسمع دعوى الملك منه اما اذا قال في الجواب هذا ملكي ولم يزد عليه لا يصير البائع مقضياً عليه فتسمع منه دعوى الملك والارث كالثراء . (تنوير وتفصيله هناك .

وفي البرازية من القضاء في (نوع في علمه) : المورث اذا صار مقضياً عليه

في محدود ومات فادعى وارثه ذلك المحدود ان ادعى اربا منه ، لا
تسم - وان ادعى مطلقا يسم ولو على القلب بان كان المدعي هو المورث
والمقضى عليه اجنيا فلما مات المورث ادعى المقضى عليه هذا المحدود
مطلقا على وارثه لا يسم . ادعى الخارج كون الدار ميراثا له من ابيه
وصاحب اليد ادعى كونها له فبرهن الخارج وقضى له ثم ان الاخ للمقضى
عليه ادعى كونها ميراثا له من ابيه ابي المقضى عليه وبرهن يقضى بنصفها
للمدعي - هذ لان المقضى عليه اولاد وهو اخوه لم يذكر كونها ميراثا
فاتصر القضاء عليه .

والحاصل ان الدعوى بعد الحكم لا يجوز تكرار رويتها - الا اذا
تغير شكلها بان زيد عليها دفع لم يكن قبل كما مر في المادة ١٦٣١
وسياقي في المادة (١٨٤٠) او تبدل الخصم كما لو حكم لمستحق على
المشتري في دعوى الاستحقاق وتسلم المحكوم به ثم ظهر مستحق آخر
ليس من الباعة تسمع دعواه على المستحق لان الحكم لا يتعدى اليه
حيث لم يكن من الباعة - وذلك لان روية الدعوى تكرارا وهي على
الشكل السابق ولم يتبدل الخصم ، مناف اصابة الحكم والحكم بمان
عن الابطال حتى وليس للقاضي ذلك .

فقد صرح في الهندية في الباب العاشر من القضاء اذا قال القاضي
بعد ما قضى في حادثة رجعت من قضائي او بدالي غير ذلك او قال
ابطلت حكمي او قال وقفت على تلبيس الشهود واراد ان يبطل حكمه
لا يعتبر هذا الكلام منه - والقضاء ماض على حاله اذا كان بعد دعوى
صحيحة وشهادة مستقيمة وعدالة الشهود ظاهرة - لكن اذا كان هذا باقرار
الشهود او المحكوم له يبطل القضاء لما في الهندية ايضا عن فتاوى النسبي
رحم الله تعالى عبد ادعى حرية نفسه وقضى القاضي بها بينة اقامها المد
ثم قال العبد كذبت انا عبد هذا الرجل هل يبطل القضاء بالحرية لا
رواية لهذه المسئلة في شي . من الكتب قال وينبغي ان لا يبطل القضاء
- وهذا بخلاف ما لو ادعى رجل على رجل مالا وقضى القاضي بالمال

للمدعي بالبيننة ثم قال المدعي كنت كاذبا فيما ادعيت حيث يبطل القضاء
واذا قال المدعي بعد القضاء المقضي به ليس ملكي لا يبطل القضاء.
بخلاف ما اذا قال لم يكن ملكي لان قوله ليس ملكي يتناول الحال
وليس من ضرورة نفي الملك للحال انتفاؤه من الاصل - بخلاف قوله لم
يكن ملكي - المقضى عليه اذا قال ما قضى به لي فهو حرام او
امر انسانا ان يشترى ذلك له من المقضى عليه فهذا يبطل الحكم كذا
في التارخانية - تكذيب المشهود له الشهود وتفسيره اياهم بعد القضاء. يبطل
القضاء على ما هو اشارات الاصل والجامع وكان القاضي الامام ابو علي
النسفي يقول تفسيق المشهود له الشهود بعد القضاء لا يبطل القضاء. وظن
بعض مشايخنا ان ما قاله القاضي الامام بخالف لاشارات الجامع وليس
كذلك لان المراد بما ذكر في الجامع تفسيق ينشأ من تكذيب المشهود
له وانه يوجب بطلان القضاء. كما يمنع جواز القطاء والمراد بما قاله
القاضي الامام، نفس التفسيق بان قال هم زناة هم شاربوا الخمر لا تفسيق
ينشأ من التكذيب ونفس التفسيق لا يمنع القضاء. كما لا يبطل القضاء.
وتامه في الهندية .

المادة ١٨٣٨ - اذا ادعى المحكوم عليه بان الحكم
الذي لحق في حق الدعوى ليس موافقا لاصوله المشروعة
وبين جهة عدم موافقته وطلب استئناف الدعوى يحقق
الحكم المذكور فان كان موافقا لاصوله المشروعة يصدق
والا يستأنف .

[اذا ادعى المحكوم عليه بان الحكم الذي لحق في حق
الدعوى ليس موافقا لاصوله المشروعة]

اعلم اولاً ان القاضي اذا كان مقلداً وقيده السلطان ليحكم
بذهب احد الائمة المجتهدين كابي حنيفة فهو مقيد بذهبه فلا يملك المخالفة
فيكون معزولاً بالنسبة الى الحكم بذهب آخر هندية عن الفتح . وجميع
القضاة في زماننا مقلدون ومقيدون بالحكم على اصح الاقوال من المذهب
المشار اليه فاذا جرى حكم القاضي في حادثة جرت فيها الخصومة بين
يديه فاستأنفه المحكوم عليه فكما اشارت اليه المجلة يدقق الحكم من
حيث انه موافق للاصول المشروعة في ذلك المذهب ام لا - وان كان
مجتهداً وحكم بما يراه اجتهاداً وجاء قاض آخر مثله رفع اليه حكم
الاول ، ينظر ان كان القضاء في المجتهدين نفذه اي صدقه سواء كان
موافقاً لاجتهاده او مخالفاً لان كلا منهما يعتقد ان رايه صواب وراي
صاحبه بالعكس فلا نزاع لاحد الاجتهادين على الآخر وقد ترجع الاول
باتصال القضاء فلا ينقض بما هو دونه حتى لو قضى باطله ثم رفع الى
قاض آخر فالثالث ينفذ قضاء الاول ويبطل قضاء الثاني لان قضاء الاول
كان في موضع الاجتهاد والقضاء في المجتهدين نافذ بالاجماع فكان القضاء
من الثاني مخالفاً للاجماع فيكون باطلاً زيلعي وشلي عن المحيط . وفي
التنوير والكثر والهداية وغيرها استثنى من المجتهدين الاقضية المخالفة
نص الكتاب او السنة المشهورة او الاجماع قيد السنة بالمشهورة احترازاً
عن الغريب زيلعي .

والمراد بنص الكتاب كما في الوقاية على الهداية الذي لم يخالف السلف
في تأويله كقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح ابائكم من النساء فان
السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امرأة الاب وجاريتيه ووطنها ان وطنها
الاب فهو حكم حاكم مجاوز ذلك نقضه من رفع اليه لعدم جواز الاجتهاد
في مورد النص كما في المادة ١١

مثال خلاف السنة المشهورة الحكم بمجرد نكاح الزوج الثاني بلا
دخول فان اشتراط الدخول ثابت بالحديث المشهور وهو حديث العسيلة -
ومثال عدم جواز الاجتهاد في حكم يخالف الاجماع الحكم بجل المتعة

لاجماع الصحابة على فسادهِ وكبيرِ ام الولد فلر حكم بيعة ورفع حكمه الى قاض آخر ، لا ينفذه لاجماع التابعين ومن بعدهم على منعه . وهذا ظاهر على قول محمد بان الاجماع المتاخر يرفع الخلاف المتقدم - وعلى قول الامامين بانه لا يرفع ، لا يجوز ايضا لما في رد المحتار نقل القاضي ابو زيد في التوقيم ان محمدا روى عنهم جميعا ان القضاء بيعها لا يجوز ونقل الزبلي من شمس الائمة انه يرتفع به بلا خلاف فعلى هذا انما ينفذ حكم الحاكم فيه على قولها ، لان هذا الاجماع ضعيف فينفذ قضاء القاضي بخلافه لضفه فالاجتهاد في المواضع التي هو خلاف ما اجتم عليه اكثر العلماء واجلهم لا يجوز لعدم اعتبار مخالفة ذلك البعض لما عليه الجمهور .

قال في الفتح فهذا لا يعتبر لتسويغ الاجتهاد ولا زمني انه لا يعتبر لانقضاء الاجماع اي للفرق بين الاجماع الذي هو احد الاركان الاربعة في الاصول وبين الاجتهاد من واحد او اثنين في مسألة هي خلاف ما عليه اكثر علماء السلف .

قال في هذا المقام ايس المراد بالبعض ما دون النصف او ما دون الكل بل الواحد والاثنين والا يلزم عدم اعتبار قضاء في محل مجتهد فيه اصلا اذ ما من محل اجتهاد الا واحد الفريقين اقل من الفريق الآخر اذ لا يضبط تساري الفريقين ولذا لم يثلوه قط الا بخلاف ابن عباس ونحوه وهو اجتهاده رضي الله عنه في جواز بيع الدرهم بالدرهمين لم يقبله الصحابة منه وهو خلاف من رجل واحد فالمراد اذا اتفق اهل الاجماع على حكم مخالفهم واحد لا يصير المحل بذلك محل اجتهاد - حتى لا ينفذ القضاء بذلك الواحد في مقابلة قول الباقيين ثم هذا اعم من كونهم سوغوا اجتهاده ذلك اولا والذي صححه شمس الائمة واختاره ان ذلك الواحد المخالف ان سوغوا له اجتهاده ، لا يثبت حكم الاجماع وان لم يسوغوا لا يصير المحل مجتهدا فيه لان ذلك خلاف لا اختلاف .

والفرق بينها كما في العيني على الهداية ان الخلاف هو ان يكون

الطريق مختلفا والمقصد مختلفا فانهم فافهم فانه دقيق . وفي الفتح ما ملخصه المراد بالكتاب هو المجمع على ما اريد به او ما يكون المراد مدلول لفظه ولم يثبت نسخه ولا تاويله بدليل مجمع عليه فالاول (حرمت عليكم امهاتكم) فلو قضى قاض مجل ام امراته كان باطلا لا ينفذ لاجماع الامة على هذا دخل بالبنت اولا - والثاني نحو (ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه) فلا ينفذ الحكم مجل متروك التسمية عمدا ومثل هذا كثير فالشافعي وان اوله بالمذبح للاصنام زمان الجاهلية وقد خالفه الحنفي في هذا التاويل فوقع الخلاف في انه مؤول او غير مؤول ، لا يقضى لاحد المتناظرين القائل بانه غير مؤول يمنع الآخر من الاجتهاد فيه نعم يترجح احد القولين على الآخر بثبوت دليل التاويل فيقيم الاجتهاد في بعض افراد هذا القسم انه يدوغ فيه الاجتهاد اولا ولهذا تتم الحنفية نفاذ القضاء في بعض الاشياء كهذا ويجيزه الناظر الآخر ولقد نقل الخلاف في الحل عندنا وان كان كثير لم يحك الخلاف

وتسميا للفائدة نسرده ما ذكره في البحر اخذا عن الامام الحنصاف ،
المواضع التي نص اهل المذهب على مسائل لا ينفذ القضاء فيها وهي
قضى ببطلان الدعوى بمضي سنين (١)

او فرق بين الزوجين للعجز عن النفقة حال غيبته او حكم بصحة
نكاح مزنية ابيه وابنه او بصحة نكاح ام مزنية او بنتها او بصحة
نكاح المتعة او بسقوط المهر بلا بينة او اقرار ، اخذا بقول البعض ان
قدم النكاح يوجب سقوط المهر او بعدم تاجيل العنين او بعدم صحة
الرجعة بلا رضاها او بعدم وقوع الثلاث على الحامل او بعدم وقوع الثلاث

١ كما قال بعضهم اذا لم يخاصم ثلاث سنين وهو في المصير بطل حقه
فلا ينفذ القضاء به لانه قول مهجور فاذا رفع الى آخر ابطله وجعل المدعي
على حقه رد مختار عن الحانبة

على غير المدخولة او بعدم وقوع الطلاق في طهر جامعها فيه او بنصف
الجهاز لمن طلق امراته قبل الدخول بها بعد قبض المهر والتجهيز او بالشهادة
على خط ابيه او بشاهد وعين او في الحدود والقصاص بشهادة رجل
وامراتين او بما في ديوانه وقد نسي او بشهادة شاهد على صك لم يذكر
ما فيه الا انه يعرف خطه وخاتمه (١) او بشهادة من شهد على قضية
مختومة من غير ان تقرا عليه او بقضاء المرأة في حد او قود او بقضاء
عبد او في قسامة بقتل او فرق بين الزوجين بشهادة واحدة على الرضاع
او قضى لولده بشهادة الاجانب او حكم بالجبر على مفسد مستحق له
(٢) او بصحة بيع نصيب الساكت من قن حرره احد الشريكين
مصرا او بجواز بيع متروك التسمية عامدا او بجواز بيع ام اولد او
ببطلان عفو المرأة عن القود بناء على قول البعض انه لا حق لمن فيه

(١) اي لعدم العمل بمجرد الحظ فلا يجز للشهود ان يشهدوا الا
باحد معان ثلاثة اما ان يقرأ المشهود عليه الكتاب عليهم وكتبه غيره
او قرأه الكتاب عليه بين يدي الشهود فيقول هولهم اشهدوا علي بما
فيه كذا في التكلمة في رواية النوادر عن ابي حنيفة : ويستثنى من ذلك
ما وحده القاضي في ايدي التضاة الماضين وله رسوم في دواوينهم ويشير
الى ذلك ما قاله في الاسعاف من انه استعمل واستثنى ايضا تبعا لما في
الحانية خط البياع والسمسار والصراف .

(٢) وفي منحة الخالق على البحر الرائق عن شرح ادب القضاء ولو ان
قاضيا خجر على رجل يستحق فجاء قاض آخر فاطلق حججه واجاز ما صنع
كان اطلاقه جازا وما صنع في ماله من شراء ان يبيع قبل اطلاقه وبعد
اطلاقه منه جاز لوجوب احدهما ان الاول ليس بقضاء لعدم المقضي له
والمقضى عليه بل فتوى منه فكان للثاني ان لا يعمل به فيطلق والثاني
ان كان قضاء فنفس القضاء مجتهد فيه فلا يكون حجرا منه بل يتوقف

(٦) او بصحة ضمان الخلاص والزامه تسلم الدار عند الاستحقاق ، او بالزيادة في معلوم الامام من اوقاف المسجد ، او بجل المطلقة ثلاثا بمجرد عقد المحلل بلا دخول عملاً بقول سعيد ، او بعدم تملك الكفار مال المسلم المحرز بدارهم او بجواز بيع درهم بدرهمين اخذامن قول ابن عباس المار ، او بصحة طلاق المحدث ، او بالقسامة على اهل المحلة بتلف المال قياساً على النفس ، او بجد القذف بحكم التعريض ، او بقرعة في رقيق اعتق الميت واحداً منهم ، او بعدم جواز تصرف المرأة في مالها بغير اذن زوجها قال

على امضاء قاض آخر ان امضاء نفذ وصار قول القاضي الثاني ، بيانا في محل مجتهد - والبيان من الثاني في محل مجتهد ، يكون بمذلة القضاء في محل مجتهد - ولو قضى في مجتهد فيه ينفذ قضاءه ولا يكون للثاني ان يرد - فكذا اذا بين الثاني لا يكون للثالث ان يرد فاذا رد القاضي الثاني القضاء الاول ، بطل فلا يكون للثالث ان ينفذه - وصار هذا نظير القاضي اذا قضى في حادثة وهو محدود في قذف فان القضاء لا يكون حجة حتى يتصل به الامضاء من القاضي الثاني اه وانت خبير بان كلامنا فيما لا ينفذ القضاء فيه والقضاء بالحجر لا ينفذ كما علمت من انه فتوى لكن لو نفذ قاض آخر نفذ (٦) يريد به ان الانسان يبيع داره من انسان ويضمن له الخلاص او غير البائم يضمن له الخلاص وتفسيره انه لو جاء مستحق واستحقها فهو ضامن للخلاص يستخلص الدار من يد المستحق اما شراء او هبة او بوجه من الوجوه فاذا ضمن كذلك ثم ظهر الاستحقاق فرغم الى قاض آخر يرى ذلك الضمان صحيحاً فقضى عليه بتسليم الدار ثم رفع الى آخر لا يراه فانه يبطله لانه شرط لا يقدر على الوفاء به وهذا التفسير قول ابي حنيفة واختيار الحشاف - واما عندهما فهو والمعاهدة والدرك واحد وهو الرجوع على البائم عند الاستحقاق وقامه في شرح ادب القضاء .

الزبلي وحاصله ان الذي قضى به الاول لا يخلو من اربعة اوجه اما ان يكون موافقا للدليل الشرعي كالكتاب والسنة والاجماع فلا كلام فيه - واما ان يكون مختلفا فيه اختلافا يستند كل واحد الى دليل شرعي فكذلك حكمه لا يتعرض له بنقض بعد ما حكم به حاكم - واما ان يكون الخلاف في نفس القضاء لا في السبب ونفس المسئلة ففيه روايتان في رواية لا ينفذ ذكره الحصاف وهو الصحيح لان محل الخلاف لا يوجد قبل القضاء فاذا قضى فحينئذ وجد محل الاختلاف والاجتهاد فلا بد من قضاء آخر يجمع احدها وذلك مثل القضاء على النائب وللنائب وقضاء المحدود في القذف وشهادته بعد التوبة وقضاء الفاسق وشهادته قبل التوبة حتى لو قضى على النائب او قضى الفاسق او المحدود في الاصح لا ينفذ - الا اذا رفع الى حاكم آخر قضى بصحة حكمه فحينئذ يلزم ولو فسخه انفسخ لان الاختلاف في نفس القضاء فقبل القضاء لم يوجد محله .

واعلم ان تسويغ الاجتهاد فيما يخاف الاجماع يشمل ما اذا كان الاجماع على حكم من الاحكام او على تاويل السمي ، ويشمل ما نقل فيه عدم تسويغ فقهاء العصر اجتهاده وذلك مثل اجتهاد ابن عباس رضي الله تعالى عنهما في جواز بيع الدرهم بالدرهمين لم يقبله الصحابة حتى روي انه رجع عنه (فتح) وفي قول المجلة

[وبين جهة عدم موافقة الخ]

ذكر لسبب استئناف الحكم لا انه لا ينظر في فساد لم يبينه المحكوم عليه بل عند الاستئناف يفسخ الحكم لمطلق فساد فيه وان لم يبينه كما انه لو بين اسبابا غير واردة لا ينظر اليها [والا] اي وان لم يكن موافقا لاصوله المشروعة [يستأنف] اي تقاد المعاكة من اولها مرة ثانية في تلك المحكمة التي اصدرت الحكم

تمة

لو قضى بخلاف رايه في المجتهد فيه ناسيا مذهبه نفذ عنده وفي العامد روايتان وعندها لا ينفذ في الوجين وعليه الفتوى

المادة ١٨٣٩ - اذا لم يقنع المحكوم عليه بالحكم الواقع في حق الدعوى وطلب تمييز الاعلام الحاوي للحكم يدقق الاعلام المذكور فان كان موافقا لاصوله المشروعة يصدق والا ينقض .

لقائل ان يقول هذه المادة رالتي قبلها مآلها متحد وذلك لان الاعلامات الشرعية ليس لها الا درجة واحدة وهي التمييز بخلاف النظامية فالاستئناف والتمييز مختلفا المعنى في اصطلاح القانون لا غير لان لكل منها مرجعا على حدة عند الاقتضاء فلا يرجع الى التمييز في الاعلامات النظامية الا عند الفراغ من الاستئناف او مضي مدته القانونية - ولعلمهم باعتبار مقاصد اولية اصطلاحها في باب الفتوى على فرق بين استئناف الاعلام الشرعي وتمييزه وهو ان المحكوم عليه اذا استدعا اعادة المحاكمة بناء على ما ظهر له ان الحكم غير موافق لاصوله المشروعة مبينا ذلك في لائحته يقال له مستأنف اي طالب ابطال الحكم واعادة المحاكمة - وان قدم في لائحته الاعتراضية ان اعلام الحكم المضمن لافادة الطرفين ومدافعاتها مخالفت لما هو مندرج فيه جريدة الضبط وعليه تحال لائحته مع اعلام الحكم الى مجلس التدقيقات الشرعية كما كان في عهد الحكومة التركية فيقال لهذا بهذا الاعتبار يميز - والا لحيث كان العمل واحدا والمرجم واحدا والنتيجة واحدة تصديقا او ابطالا فما لفظ الاستئناف والتمييز وما لفظ

التنقض والفسخ في الاعلامات الشرعية الا الفاظ مترادفة لم تنقل عن موضوعها الشرعي .

المادة ١٨٤٠ - يصح دفع الدعوى قبل الحكم وبعد الحكم بناء عليه اذا بين وقدم المحكوم عليه في دعوى ، سببا صالحا لدفع الدعوى وادعى دفع الدعوى وطلب اعادة المحاكمة ، يسمع ادعاؤه هذا في مواجهة المحكوم له وتجري محاكمتها ايضا . مثلا اذا ادعى احد الدار التي هي في تصرف الآخر بانها موروثه له من والده واثبت ذلك ثم بعد الحكم لو ظهر سند معمول به يبين ان والد المدعي قد باع الدار المذكورة الى والد ذي اليد تسمع دعوى ذي اليد واذا اثبت ذلك انتقض الحكم الاول واندمت دعوى المدعي .

[يصح دفع الدعوى قبل الحكم وبعد الحكم]

اذا صح بعد الحكم قبله بالاولى لانه بعد الحكم يكون رفعا للحكم وقبله دفعا له والدفع اسم من الرفع - وهذا لا يرد على قولهم الدعوى اذا فصلت مرة بالوجه الشرعي مستوفية شرائطها الشرعية لا تنقض ولا تعاد ، لان هذا ليس على اطلاقه بل اذا لم يزد المدعي على ما صدر منه اولا اما لو جاء بدفع صحيح لم يذكره اولا او جاء ببينة بعد عجزه عنها فانه تسمع دعواه .

وفي الفصولين عن الذخيرة البرهانية كما يصح الدفع بصح دفع الدفع

وكذا يصح دفع دفع الدفع وما زاد عليه يصح وهو المختار وكما يصح
الدفع قبل اقامة البينة يصح بعدها وكما يصح الدفع قبل الحكم يصح
بعد الحكم - حتى لو برهن على مال وحكم له ثم برهن خصمه ان
المدعي اقر قبل الحكم انه ليس له عليه شيء. يبطل الحكم - وفيه
اقول وينبغي ان لا يبطل الحكم لو امكن التوفيق بمجوده اي المال
بعد اقراره على ما في فتاوي رشيد الدين لم يبطل الحكم الجائر بشك
قال : ودليل صحة هكذا ان القضاة يكتبون في سجلاتهم بعد ذكر الحكم.
وتركت كل ذي حق ودفع على حجة ودفعه لو اتى به يوما من الدهر
وان لم يسم الدفع بعد الحكم لفت كتابة هذا وفي فتاوى القاضي
ظهير الدين متقدموا مشايخنا جوزوا دفع الدفع وبعض متاخرهم على ان
الدفع يصح لا دفع الدفع وقيل دفع الدفع يصح ما لم يظهر احتمال
وتليس .

بناءً عليه

اي على صحة الدفع

[اذا بين وقدم المحكوم عليه في دعوى سبباً صالحاً]

اي مقبولاً شرعاً .

لدفع دعوى

فلو كان غير صالح للدفع فلا يقبل وذلك اما ان يكون الدفع

مناقضا لشيء سبق من الدافع ، او بان يكون بين الدفم وبين ما يدعي
المدعي تعارض - وكل منهما محل للاحتمال وقد تقوى الاول بالحكم فسقطت
معارضته - مثال الاول كفل بثمان او بغير ثم الكفيل برهن على فساد
البيم والنكاح ، لا يقبل لان اقدامه على التزام المال اقرار منه بصحة
سبب وجوب المال فلا يسمع منه بعده دعوى الفساد ولو برهن على ايفاء
الاصيل او على ابرائه تقبل لانه تقرير لاجوب السابق كذلك لو ادعى
عن دابة فانكر خصمه الشراء فبرهن عليه المدعي فبرهن خصمه على ايفاء
ثمنه لا يسمع للتناقض - ومثال الثاني لو اتى بالدفع بعد الحكم فقي بعض
المواضع لا يقبل كما لو ادعى على آخر دارا وبرهن لحكم له بها ثم بعد
الحكم قال المحكوم عليه ان المدعي اقر قبل الدعوى انه لا حق له في
الدار لا يبطل الحكم لجواز التوفيق بان شراء بخيار فلم يملكه في ذلك
الزمان فاقر ثم مضت مدة الخيار وقت الحكم فلكه فلما احتل
هذا لم يبطل الجتز بشك . ولو برهن قبل الحكم تقبل ولا يحكم
اذ الشك يمنع الحكم ولا يرفعه - فعلى ما قدمناه اذا بين
سيما صالحا .

[وادعى دفع الدعوى وطلب اعادة المحاكمة يسمع
ادعاءه وهذا في مواجهة المحكوم له تجري محاكمتها ايضا مثلا
اذا ادعى احد الدار التي هي في تصرف الآخر بانها موروثه
له من والده واثبت ذلك ثم بعد الحكم لو ظهر سند
معمول به]

او بينة عادلة [بين] كل منهما

[ان والد المدعي قد كان باع الدار المذكورة الى والد
ذي اليد تسمع دعوى ذي اليد واذا اثبت ذلك انتقض الحكم
الاول واندفعت دعوى المدعي]

انظر المادة (١٨٢٠) وخرج عن ذلك مسائل خمسة الدعوى راجع
المادة ١٦٣٧ وشرحها فلو ادعى عينا في يد احد ويبرهن ثم بعد الحكم
لو قال هذا الشيء اودعنيته او اعارنيته او رهنيته او آجونيته فلان ، لا تسمع
دعواه بعد الحكم وقبل الحكم تسمع وتندفع الدعوى - كذلك لو
برهن على انه ابن عم الميت وذكر النسب فبرهن خصمه ان جد الميت
فلان ، غير الذي بينه المدعي - ان لم يقض بالاول ، لا يقضى بشيء . للتعارض
ولو قضى بالاول لا يقضى بالتالي - كمسئلة تطليق امراته يوم النحر بالكوفة
في هذه السنة اي لو كان البينتان قبل الحكم باحدهما يتعارضان تسمع
لدفع الحكم وبعده لا تسمع ولو برهن بعد الحكم ان قاضيا آخر حكم
قبله بما ذكر خصمه من النسب ينبغي ان يبطل الحكم الثاني لسبق
الاول - ولو برهن انه ابن عمه لايه وامه فبرهن الدافع انه ابن عمه لانه
لا لايه قبل الحكم بالاول ، يندفع وكذا لو برهن ان الميت اقر
انه ابن عمي لامي لا لابي . وانظر ما قدمناه في شرح المادة
(١٧٥٦) .

تمة

في الفصولين ايضا عن فتاوى القاضي ظهير الدين لو ادعى النكاح ،
قد فُعه دعوى طلاق او اقرار بجومة المصاهرة او برضاع - ادعى رجوعا
في هبة فدفنمه دعوى التمويض والزيادة المتصلة او انه ذورحم محرم من

الواهب . ادعى شراء دار من فلان ، فدفعه ان يدعي ذو اليد شراءه من فلان ذلك - برهن انه شراء من فلان يوم كذا سنة كذا فبرهن ذو اليد ان فلانا ذلك اقر قبل تاريخ شرائك او قبل شرائك بسنة انه ملك اخيه فلان وصدقه اخوه فلان وانا شريته من اخيه المقرله اتفقت اجوبة المفتين على صحة هذا بالدفع ثم استفتوا بعده ان المدعي لو طلب من ذي اليد بيان وقت ذلك الاقرار انه متى كان وفي اي شهر كان هل يكلف عليه ، اتفقت اجوبتهم ايضا انه لا يكلف لازمه بين مدة بقدر الحاجة حيث قال قبل شرائك او قبل تاريخه - ادعى ملكا مطلقا او بالتاج وبرهن فدفعه ان يدعي ذو اليد نتاجها .



الباب الرابع

﴿ في بيان المسائل المتعلقة بالتحكيم ﴾

المادة ١٨٤١ - يجوز التحكيم في دعاوي المال المتعلقة بحقوق الناس .

التحكيم مصدر من حكم بالتشديد يقال حكمه اي فوض اليه الحكم - وهو في الاصطلاح تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما . وركنه اللفظ الدال عليه مع قبول الآخر فلو حكما رجلا فلم يقبل لا يجوز حكمه الا بتجديد التحكيم (بجر عن المحيط) . وشرطه من جهة المحكم

بكسر الكاف العقل لا الحرية - فتحكيم المكاتب والعبد الماذون ، صحيح ولا يشترط الاسلام فيه فتحكيم الذمي ذميا صحيح وتحكيم المرتد موقوف عنده فان حكم ثم قتل المرتد او لحق بطل الحكم وان اسلم نفذ وعندها جاز بكل حال - ومن المحكم بفتح الكاف صلاحته لاقضاء بكونه اهلا للشهادة - فلو حكما عبدا او صبيا او محدودا في قذف لم يصح . وتشترط الاهلية وقت التحكيم والحكم جميعا - فلو حكما عبدا فتمت او صبيا فبلغ او ذميا فاسلم ثم حكم لم ينفذ كما في المقلد - ولو حكما حرا او عبدا فعصم الحر وحده ، لم يجز وكذا اذا حكما وكذا لو كان مسلما وقت التحكيم ثم ارتد لم ينفذ ولو حكم ذمي بين مسلمين فاجاز لم يجز كحكمه ابتداء . ولهذا قالوا لو صلح المحكم قاضيا ولم يقولوا لو صلح شاهدا لان الشاهد لا يشترط صلاحته وقت التحمل وانما يشترط وقت الاداء فقط واما القاضي والمحكم فيشترط صلاحته وقت التقليد واقضاء . كما علمت .

ومن جهة المحكوم به ان لا يكون في حد ولا قود ولا دية لما سياتي - وصفته قبل الحكم وبعده اللزوم - وجوازه بنص قوله تعالى (فابشروا حكما من اهله وحكما من اهله) - قال في الفتح وفيه اي في هذا الاستدلال نظر لكن لم يبين وجهه

قال في البحر وجه النظر ان تحكيم المحكمين في هذه الآية لم يتراضا عليه خصوصا وان المخاطب في (فابشروا) هم الحكام لا المحكومون ولان الحكم عندنا انما يصلح فقط وليس له ايقاع الطلاق فهو وكيل فلم يكن من هذا القبيل اه

يقول الفقير قد يقال في دفع النظر بان امر الله تعالى للحكام بتوسيط مصلحين بينهما بدل على انه يقبل منها التحكيم اذا هما اي الزوجان باشراء بل تسمية الله تعالى كلا منهما حكما واسناد الارادة اليها في (ان يريدوا) كاف في الاستدلال لما في التحكيم من معنى المصالحة .

وبالسنة وهي ما رواه النسائي قال ابو شريح يا رسول الله ان قومي
اذا اختلفوا في شيء فانوني فحكمت بينهم فرضي عني الفريقان فقال
عليه الصلوة والسلام ما احسن هذا وورد غير ذلك ايضا . وعلى هذا اجماع
الصحابه رضي الله تعالى عنهم وهو نوع من انواع القضا . اخر ذكره لان
حكمه ادنى حالا من حكم القاضي فانه اذا خالف حكمه مذهب
القاضي الذي رفع اليه ابطله والقاضي لا يجوز ابطال حكمه الا اذا خالف
الكتاب او السنة او الاجماع - والقاضي يجوز حكمه في كل شيء . لان
ولايته عامة على الناس لعموم ولاية الخليفة المقلده - والمحكم لا يجوز
حكمه في الحدود الخالصة حقا لله تعالى كحد الزنى والشرب والسرقة
باتفاق الروايات وفي غير الخالصة كاتقصاص وحد القذف كذلك لا يجوز
في الصحيح وعليه اتفقت كلمة المتون ومشي عليه الخصاص - والفرق ان
حكم المحكم ليس بجعة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة
والحدود والقصاص لا تستوفي بالشبهات - وبطل في القصاص ايضا بان
التحكيم فيه معنى الصلح وها لا ولاية لها على دمها ولهذا لا يملك
اباحته - واما عدم جواز حكمه في الدية فيما لو حكمه في دم خطأ فلا
يخلو اما ان يحكم بالدية على العاقلة فلا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من
جهنم وحكم المحكم لا ينفذ على غير المحكمين - وان كان في مال
القاتل رده القاضي ويحكم بالدية على العاقلة لانه يخاف لنص حديث ابن
مالك (قوموا فدوه) الا اذا ثبت القتل باقراره فيصح في مال القاتل
لان العواقل لا تقبل القتل الثابت بالاقرار ولان حكم المحكم ينفذ
على المحكمين خاصة ولا يتعدى الى غيرها حتى لو حكمه في عيب بالبيع
فقضى يردده ليس للبائع ان يردده على بائعه - الا ان يتراضى البائع الاول
والثاني والمشتري على تحكيمه فينشد يردده على الاول استعسانا ولو اختصم
الوكيل بالبيع مع المشتري منه في العيب فعلم يردده على الوكيل لم يازم
الموكل اذا كان العيب يحدث مثله رواية واحدة الا ان يرضى الموكل
بتحكيمه معها - وان كان العيب لا يحدث مثله ولم يدخل الموكل معهم

في التوكيل فقي لزمه للموكل روايتان - وانما اقتصر حكمه ولم يتعد
لانه كالمصالح كما تقدم - والحكم لا يقبل كتابه الى القاضي ولا كتاب
القاضي اليه فان كتب اليه قاض فرضي به الحصان حكم حينئذ بمقتضى
الكتاب وقول المجلة (في دعاوي المال) قيد احترازي خرج به الاشياء
المتقدمة اه ملخصا من البحر والفتح وخلافها

المادة ١٨٤٢ - حكم المحكم لا يجوز ولا ينفذ الا في
حق الحصين اللذين حكاه وفي الخصوص الذي حكاه
به فقط ولا يتجاوز غير ذلك ولا يشمل سائر
خصوصاتها .

حكم المحكم لا يجوز ولا ينفذ

من عطف المزموم على اللازم لان عدم الجواز يستلزم عدم
النفاد .

الا في حق احد الحصين

استثناء مفرغ اي لا ينفذ في حق احد من الناس الا في حق احد
الحصين اذا كان موافقا للشرع استفيد من هذه الفقرة ان حكم المحكم
قاصر على الطرفين اللذين حكاه ولا يمتدى الى غيرها حتى ولا في المسائل
التي يكون الحكم فيها على الحاضر حكما على الغائب راجع المادة ١٨٣٢
وبناء على ان حكمه نافذ في حق الحصين فقط

قال الزيلعي لو اخبر هذا المحكم باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على حالهما في تحكيمه يقبل قوله ، لان الولاية قائمة - وان اخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية قال في النهاية يعني لو قال المحكم بينهما لاحدهما قد اقرت عندي لهذا بكذا وكذا او قامت عندي بينة عليك بكذا وكذا فعدلوا وقد الزمتك ذلك وحكمت عليك به لهذا وانكر المقضي عليه ان يكون قد اقر عنده بشي. او قامت عليه بينة بشي. نفذ الحكم عليه لان المحكم يملك انشاء الحكم عليه بذلك فيملك الاقرار كالمقاضي المولى اذا قال في حال قضاؤه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك او بينة قامت عندي بذلك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضي عليه وقال في المحيط حكما رجلا ما دام في مجلسه وقال لم تحكم بيننا وقال الحكم حكمت ، فالحكم مصدق ما دام في مجلسه لانه حكى ما يملك استئنافه فيملك الاقرار به وجعل اقراره كانشاء الحكم ولا يصدق بعده لانه لا يملك انشاء الحكم ولا يملك الاقرار به - وقال فيه المحكم انما يخرج عن الحكومة باحد اسباب ثلاثة اما بالزل او بانتهاء مدة الخصومة بان كان وقتا فمضى الوقت او بخروجه من ان يكون اهلا للشهادة

وفي الهندية واذا اصطلح الرجال على حكم يحكم بينهما فقضى لاحدهما على صاحبه في بعض الدعاوي الذي حكاه في ذلك ثم رجع المقضي عليه عن تحكيم هذا الحكم فيما بقي بينهما من الدعاوي فان القضاء الاول نافذ وما يقضي بعد ذلك لا ينفذ وانما قيد الخصمين بقوله

الدين حكاه

لان ولايته خصوصية على من حكاه فقط بخلاف القاضي فان ولايته عامة فلو ادعى رجل قبل رجلين انها غصباه ثوبا او شيئا من الكيلبي

او الوزني فقاب احدهما ورضي الآخر والمدعى عليه ، بحكم يحكم بينها
فاقام المدعي بيته على حقه عليهما فانه يلزم الحاضر نصفه ولا يلزم الغائب
منه شيء . وكذلك على هذا اذا ادعى رجل على ميت ديناً وورثته غيب
الا واحدا فاصطاح هذا الوارث مع المدعي على حكم يحكم بينها فاقام
المدعي بيته على الميت بحقه وحكم الحاكم بذلك ، لا يظهر حكمه في
حق الغيب غير ان في مسألة الورثة بقضي على الحاضر بجميع الدين ويستوفي
ذلك مما في يده وفي مسألة الغصب يقضي على الحاضر بالنصف - واذا
اشترى من آخر دابة وقبضها ونقد الثمن ثم طعن ببيع واصطاحا على
حكم قضي بالرد على البائع ، فهو جاز فان اراد البائع ان يخاصم بانه
في ذلك العيب لا يجوز - ولو اصطاحوا جميعا على حكم هذا المحكم
المشتري الثاني والمشتري الاول والبائمين الاول ورد هو الدابة على البائمين فاراد
البائمين الثاني ان يردا على البائمين الاول ليس له ذلك قليسا وله ذلك استحسانا
- وجه القياس ان البائمين الاول ليس يخصم للحال اذ لا خصومة معه في
العيب قبل الرد على البائع الثاني فصار وجود هذا التحكيم والعدم ، بمنزلة
ولو نقض البائمين الاول الحكومة بعد ما رد الدابة على الثاني قبل ان
يورد عليه صح النقص - واذا صح الغزل لا يملك الحكم رد العبد على
البائمين الاول بعد ذلك - وان خاصم البائع الثاني البائع الاول بعد ذلك
بسبب هذا العيب عند قاض من القضاة ، فالقياس ان لا يرد القاضي على
البائمين الاول وفي الاستحسان يرد - ولو ان رجلاً باع سلعة رجل بامر
فطعن المشتري ببيع حكما بينها حكما يرضى الآخر فردها الحكم على
البائمين بسبب ذلك العيب باقرار البائمين او بنكوله او بيينة قامت - فان
كان الرد بالبينة او بنكول الوكيل فله ان يرد على الموكل - وان كان
الرد باقراره بالبيع وذلك عيب لا يحدث مثله ، رده على الموكل ايضا فان
كان يحدث مثله لم يرد على الموكل حتى يقيم البينة ان هذا العيب كان
عند الموكل وان كانت الحكومة بغير رضى الأمر ، لم يلزم الأمر من ذلك
شيء الا بيينة ، او كان عيبا لا يحدث مثله - ولو كان هذا الرجل اشترى

دابة لرجل بامرہ فطمن المشتري بعب به وحكما فيا بينها رجلا برضى
الامر ورده بينة او باقرار او بنكول كان ذلك جازاً على الامر وهذا
ظاهر ولو كان التحكيم بغير رضى الامر ورد ببعض ما ذكرنا اي بينة ،
فكذلك الجواب وكان الرد جازاً على الامر (هندية عن المحيط) وخرج
عن هذا احد الشريكين اذا حكم هو وغريم له حكما فهكم بينها
والزم الشريك ، تعدى الى الشريك الآخر لان حكمه كالصلح والصلح من
صنيع التجار فكان كل واحد من الشريكين راضيا بالصلح وقول المجلة
(ققط) قيد للاضيق في به اي لا يجوز حكمه في خصوصات بين
الحكمين لم يحكاه بها فلو حكاه بدعوى بينها بخصوص دين مثلا له
ان يحكم بذلك ولا ينفذ حكمه بدعوى اخرى قائمة بينها بخصوص دار
او دابة لم يحكاه بها وقولها

[ولا يتجاوز غير ذلك ولا يشمل سائر خصوصاتها]

لف ونشر مرتب .

المادة ١٨٤٣ - يجوز تعدد المحكم يعني يجوز نصب
حكيمين او ثلاثة او ازيد لخصوص ويجوز ان ينصب كل من
المدعي والمدعى عليه حكما

يعني كما جاز للسلطان ان ينصب حاكما واحدا او متعددا يجوز ذلك
للعلم رابع المادة ١٨٠٢ وفي الهندية واذا اصطلح الرجلان على حكم
يحكم بينهما ولم يعلما ولاكنها قد اختصا اليه وحكم بينهما ، جاز اذا
يكفي معرفة شخصه وقت التحكيم واذا اصطلحا على غائب يحكم
بينها فقدم وحكم بينهما جاز واذا تقدا الى احدهما فقد عيناه للخصومة

ولا يبقى الآخر حكما واذا اصطحا على ان يحكم بينهما اول من يدخل المسجد فذلك باطل لان شخصه مجهول

المادة ١٨٤٤ - اذا تعدد المحكمون على ما ذكر آنفا يلزم اتفاق راي كلهم وليس لواحد منهم ان يحكم وحده .

لان المحكم اعتمد على راي الجسيم لا البعض فلا يكون راضيا بحكمه وحده فلا ينفذ حكمه - الا ان يكون المحكمون ماذونين من قبل من حكمهم ان يحكموا بكثرة الآراء فالظاهر انه يجوز - كما نراه في محاكم العدلية فهو نظير من فوض لاشخاص متعددين باجراء الصلح مع غيره على شيء متنازع فيه وقال لهم اذا اختلفتم في الرأي فاني راض بما يرضاه اكثركم فانه يجوز . وما استظهره الفاضل حيدر افندي من عدم الجواز مطلقا بان المحكم يلزم ان يكون معلوما وفي هذه الصورة يكون مجهولا ، غير ظاهر اذ اشخاص المحكمين معلومة والمجهول هو الرأي الذي سيديه حين الحكم وهذا امر آخر غير جهالة الشخص طبيعي في كل محكم واحدا كان او اكثر

المادة ١٨٤٥ - للمحكمين ان يحكموا آخر ان كانوا ماذونين من الطرفين والا فلا .

اللام في المحكمين للجنس واللام الجنسية تبطل معنى الجمعية اذ المحكم الواحد لا يجوز له تحكيم غيره ايضا الا باذن من المحكم والحاكم كما في المادة (١٨٠٥) اذا لم يسغ له نصب نائب الا ان يكون ماذونا له من قبل السلطان فالحكم وهو ادنى حالا منه اولى - وفي الفتح لو امر

الإمام رجلا بان يحكم بين الناس وهو ممن تجوز شهادته جاز ويصير كالقاضي ولو امر القاضي رجلا لم يجوز الا باذن الامام الا ان يجيزه بعد الحكم او يتراضى به الرجلان بعد الحكم . ولو حكما رجلا فاخرجه القاضي من الحكومة لحكم بعده بينهما فاجازاه جاز وليس للحكم ان يفوض الى غيره ولو فوض وحكم الثاني بلا رضاها فاجاز الاول لم يجوز الا ان يجيزاه بعد الحكم - وقيل ينبغي ان يكون كالوكيل الاول اذا اجاز فعل الوكيل الثاني

المادة ١٨٤٦ اذا تقيد التحكيم بوقت يزول بمروره مثلا الحكم المنصوب على ان يحكم من اليوم الفلاني الى شهر ليس له ان يحكم الا في مدة ذلك الشهر لا ان يحكم بعد انقضائه واذا حكم بعد الانقضاء لا ينفذ حكمه .

الاصل في هذا ما مر في المادة ١٨٠١ ان القضا يتقيد ويتخصص بازمان والمكان واستثناء بعض الخصوصات فارجع اليها - والتحكيم ايضا من فروعه كما في الفتح .
وقوله لا ينفذ يشير الى انه لو قيد الطرفان للحكم مثلا ان يحكم في يوم السبت وهو اليوم السابع من شهر كذا لحكم قبل ذلك اليوم او بعد مروره فاجاز الطرفان حكمه ينفذ لما مر في المادة (١٤٥٣)
الاجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة

المادة ١٨٤٧ - لكل من الطرفين عزل المحكم قبل الحكم ولكن اذا اجازه الحاكم المنصوب من قبل السلطان الماذون بنصب النائب بعد تحكيم الطرفين اياه يكون بمنزلة

نائب هذا الحاكم لانه استخلفه .

[لكل من الطرفين عزل المحكم قبل الحكم]

وذلك لانه مقلد من طرفها وولايته مكتسبة منها فيمكن ان عزله
كما ان السلطان يملك عزل الحاكم الذي قلده فالتحكيم كالتوكيل وهو من
العقود الغير اللازمة فلا يدخله خيار شرط فلو حكماه وشرطا عدم عزله ،
لا ينمقد الشرط ولاحدها عزله كالعارية والمضاربة والشركات فهي تنفسخ
بفسخ احدها لكن لا تم الا برضى الطرفين
اما الاول فلما بينا انها من العقود الغير اللازمة .

واما الثاني فلان رضي الطرفين ركن والشئ لا يقوم بركنه -
بتفرع على جواز العزل قبل الحكم ان احد الطرفين لو عزله اثناء المطالبة
على ظن انه سيحكم عليه ثم حكم بعد ذلك لا ينفذ حكمه لخروجه
بالعزل عن ولاية الحكم - وقوله قبل الحكم احتراز عن وقوع العزل
بعد الحكم فانه لا يؤثر ويبقى الحكم على النفاذ لصدوره عن ولاية
شرعية . ولو حكماه في دعاوى بينهما متعددة فحكم في بعضها ثم عزل
فحكم في الباقي نفذ فيما قبل العزل لا بعده

[ولكن اذا اجازه الحاكم من قبل السلطان المأذون بنصب
النائب بعد تحكيم الطرفين اياه]

الظرف متعلق باجاز فليس لها او لاحدها عزله بل [يكون] الحكم
بقرلة نائب .

ذاك الحاكم

فكما انهما لا يقدران على عزل ذلك الحاكم او نائبه لا يقدران على عزل ذلك الحكم ، لانه بلبازة الحاكم صاد بمقرلة نائبه المنسوب من قبله .

المادة ١٨٤٨ - كما ان حكم المحكام لازم الاجراء في حق جميع الاهالي اللذين في داخل قضائهم .

لصوم ولايتهم .

[كذلك حكم المحكمين في حق من حكمهم]

قط لتصور ولايتهم كما تقدم في شرح المادة ١٨٤٢

[بناء عليه ليس لاحد الطرفين ان يمتنع من قبول الحكم الذي وقع من المحكمين]

لصدوره عن ولاية شرعية عليها كما تقدم - ويبتني على لزوم الحكم ما في الهندية واذا حلف احد الخصمين ونكل عن اليمين وقضى عليه فقال القاضي عليه لا ابيز حكمه علي واحلف لحكمه عليه ماض - ولو كان من الابتداء اقام البيعة على دعواه وعدلوا وحكم الحاكم بها على المدعي عليه ، جاز فان انكر القاضي عليه الحكم وانكر التحكيم وادعى المدعي

ذلك كان للمدعي ان يخلفه فان نكل لزمته دعوى صاحبه - وان كان المدعي اقام بيئته على ما ادعى من التحكيم والحكم ، ينظر ان كان الشهود الذين شهدوا على التحكيم غير الذين جرى الحكم بشهادتهم قبلت شهادتهم وان كانوا هم الذين جرى الحكم بشهادتهم لا تقبل شهادتهم اه اي لمحل التهمة لكن يشترط ان لا يكون المعكوم له من اصول المحكم ولا من فروعه ولا زوجة له ويجوز ان يكون احدهم محكوما عليه (رد مختار)

المادة ١٩٤٩ - اذا عرض حكم المحكم على الحاكم المنصوب من قبل السلطان صدقه ان كان موافقا للاصول والا نقضه .

[اذا عرض حكم المحكم على الحاكم المنصوب من قبل السلطان صدقه ان كان موافقا للاصول]

اذ لا فائدة في نقضه وروية الدعوى تكرارا مع كونه موافقا للاصول . وفائدة تصديقه انه ليس لحاكم آخر نقضه لان هذا التصديق بمنزلة الحكم من الحاكم فليس لحاكم آخر نقضه - بخلاف ما لو عرض حكمه على محكم آخر عيناه ليدقق في حكم الاول فصدقه فان تصديقه لا يمنع من النقض اذا عرض على حاكم آخر لا يوافق رايه ومذهبه ، لان حكم المحكم لا يرفع الخلاف في المجهدات لقصور ولايته على من حكمه فقط وللقاضي اذا قضى في مجتهد فيه فرفع حكمه الى قاض آخر لا يردده لان القاضي له ولاية عامة على الناس فاذا صادف القضاء محله يكون حجة في حق الكل (در و ط)

المادة ١٨٥٠ - اذا اذن الطرفان بالصلح المحكمين الذين جعلوها مأذونين بالحكم توفيقا لاصوله المشروعة يعتبر صلحهم وهو انه اذا وكل احد الطرفين احد المحكمين والآخر الآخر بالصلح والخصوص الذي تنازعا فيه وتصالحا توفيقاً للمسائل المندرجة في كتاب الصلح ليس لاحد الطرفين ان يمتنع من قبول هذا الصلح .

لما تقدم في شرح المادة ١٨٤١ ان ذات التحكيم بمنزلة الصلح والصلح كما يجوز اجراءه من الطرفين بذاتها ، يجوز التوكيل به كما في المادة ١٤٥٩ - لكن في المواضع التي يكون الوكيل فيها سفيراً محضاً يلزم على المحكم ان يضيف المقدم فيها الى الموكل وقد اقتضت المادة (١٤٦٠) على ذكر بعضها فراجع شرحها وهي الهبة والاعارة والإيداع والرهن والاقراض والشركة والمضاربة والصلح عن انكار - وزاد على ذلك في تنوير الابصار وشرحه النكاح والحلم والصلح عن دم عمد والعتق على مال والكتابة قال في الدرر بعد قوله في المتن تتعلق بالموكل : وسره ان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانها من قبيل الاسقاطات والوكيل اجنبي عن الحكم فلا بد من اضافة المقدم الى الموكل ليكون الحكم مقارناً للسبب - اما النكاح فلان الاصل في البضع الحرمة فكان النكاح اسقاطاً لها والساقط يتلاشى فلا يتصور صدور السبب عن شخص على سبيل الاصابة ووقوع الحكم لغيره فجعل سفيراً ، يقارن الحكم السبب عن شخص على سبيل الاصابة ووقوع الحكم لغيره فجعل سفيراً يقارن الحكم السبب حتى لو اضاف النكاح لنفسه وقع له - بخلاف البيع فاذ

يقبل الفصل عن السبب كما في البيع بخيار فجاز صدور السبب عن شخص
اصالة ووقوع الحكم لغيره خلافة - واما الخلع فلانه اسقاط النكاح
والناكح المرأ والمنكوحه المرأة والوكيل امانه او منها - وعلى التقديرين
يكون سفيرا محضا فلا بد من الاضافة الى الموكل - واما الصلح عن
انكار فانه ايضا لا يشوبه معاوضة فلا بد من الاضافة الى الموكل -
وكذا الصلح عن دم الممد فانه اسقاط محض والوكيل اجنبي سفير فلا بد
من الاضافة الى الموكل - وهكذا الحال في البواقي هذا ملخص ما ذكره
القوم في هذا المقام - ثم اننا نرى في هذه المواضع احكاما يختلف
بعضها عن بعض - ففي بعضها اذا اضاف الوكيل المقدم الى نفسه يقع لغوا
ولا يبنى عليه حكم ، وفي بعضها يقع صحيحا في حق نفسه لا في حق
موكلاه وفي بعضها يقع عن الموكل

مثال الاول لو قال وكيل الزوجة بالخلع لزوجها طلقني على مال
بالاضافة الى نفسه ، او قال وكيل العبد لمولاه اعتقني على كذا ، او قال
وكيل الصلح عن دم عمد او انكار صالحني على كذا فقال الآخر قبلت
لم يصح .

ومثال الثاني ما لو اضاف النكاح الى نفسه كأن يقول وكيل الزوج
للمرأة زوجيني نفسك فقالت زوجت يقع النكاح للوكيل لا الموكل
ومثال الثالث ان يقول الوكيل من جهة المرأة طلق فلانة بانف او
اخلمها على الف او من جهة العبد اعتق عبدك على كذا او كانه على كذا
فيقول وكيل الزوج او السيد فطلت بالاضافة الى نفسه يقع عن الموكل
وخلاصة ما ذكره العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر لامكان
التوفيق بدفع هذا الاختلاف ، ان معنى الاضافة الى الموكل في كلامهم هو
ان يذكر الموكل في اثناء الكلام سواء اسند الوكيل الفعل الى نفسه او
الى موكله فاذا كان وكيفا من جانب المرأة يقول للزوج خالم اسراذك
على هذه الالف خالم يتم بقبول الوكيل كما صرحوا به في الخلع - اما لو
قال خالم فقط ولم يذكر اسم موكله فلا - ثم الذي يظهر من كلامهم

ان المراد هنا بالوكيل الذي لا بد من اضافة العقد الى نفسه ، هو الوكيل من جهة من يثبت له الملك لا الوكيل من جهة الملك بقريئة التعليل بان الحكم فيها لا ينفصل عن السبب ففي حق النكاح يقول وكيل الزوج زوج بنتك فلانا فيضيفه الى الموكل حتما لانه وكيل من جهة من يثبت له الملك ولو قال زوجي وقع له للموكل - واما وكيل الزوجة فيقول زوجت فيصح - وفيما يصلح في الجانبين ان يكون مالكا ومملكا كالطلاق يقول وكيل الزوج طلقت فلانة وفي الخلع يقول وكيل الزوج خالعتها على الف واما وكيل المرأة فيقول قبلت بدون اضافة اليها وهكذا في العتق على مال والكتابة - ولو كان الطلب من جهة وكيل المرأة او العبد ، يقول طلق فلانة بالف او اخلعها على انف او اعتق عبدك على كذا فيقول وكيل الزوج او السيد فملت فيكتفي بالاضافة من احد الجانبين لان الملك من كل منهما فان المرأة تملك نفسها وكذا العبد كما ان الزوج او السيد يملك العوض وفي الصلح عن انكار او دم عمد يقول الوكيل صلح فلانا عن دءواك عليه هذا المال ، او الدم فيقبل المدعي - ولو قال الوكيل في هذه المواضع اعتقتي او اطلقتي او كاتبني لم يصح ويكون لغوا بخلاف بعني وآجرني فانه يصح اضافتها الى نفسه كما مر - وكذا بقية الصور الآتية يقول الوكيل من جهة طالب التملك هب فلانا او تصدق عليه او امره او ارهن عنده او افرضه كذا - ولو قال هبني او تصدق علي او اعرفني يقع له لا للموكل - واما الوكيل من الجانب الآخر وهو جانب المملك كما اذا دفع لرجل مالا ووكله بان يهبه لفلان مثلا فانه يسنده الى نفسه ويقول وهبتك وتصدقت به عليك ، او امرتك ، او اردعتك من غير ان يقول وهبتك هذه الالف التي لفلان الموكل - فحيث كان المراد من اضافتها الى الموكل ما ذكر اعني ان يذكر الموكل اثناؤها وتبين لك الفرق بين الوكيل من جهة من يثبت له الملك والوكيل من جهة من يملك بتشديد اللام ثم ميزت بين افراد تلك المواضع بين ما يكون اسقاطا محضا فيضيفه الوكيل الى نفسه مع التصريح بالموكل فيقول

زوجتك فلانة وبين ما يكون طلب تملك لعين او منفعة او حفظ فلا يضيفه الوكيل الى نفسه بل الى الموكل فقط ويخرج كلامه مخرج الرسالة حاكيا كلام غيره نحو قولك هب لفلان كذا او اودعه كذا او اقرضه كذا الخ يظهر لك عند ذلك في اي صورة يقع العقد لقوا او صحيحا في حق الوكيل دون الموكل او صحيحا في حق الموكل .

هذا آخر ما يسر الله تعالى بتحريره من اكمال هذا الشرح المنتهي بقلم سيدي الوالد العلامة المرحوم مبتدأ من كتاب البيوع الى المادة (١٧٠٠) فتطملت باتمام ما بقي وهو نحو مائة وخمسين مادة مع شرح القواعد الكلية . اللهم افتح لي ولسان المسلمين بسلوك الطريقة المحمدية والشريعة القويمة الاسلامية والحمد لله تعالى على حسن الختام وله الشكر على مزيد الانعام وكان الفراغ في اليوم السابع عشر من شهر شعبان المعظم سنة احدى واربعين وثلاثمائة والفر من هجرة من له العز والشرف وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه اجمعين والتابعين لهم باحسان الى يوم الدين . والحمد لله رب العالمين

اصلاح خطأ

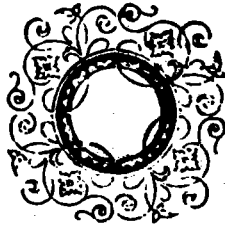
صواب	خطأ	سطر	صحيفة
لا تتكلم	لا تتكلم	٦	٨
شرح المادة	شرح هذه المادة	١٠	٨
اشتركوا	اشتركوا	١	٢١
بيئته	بيئته	٥	٢١
يشترط	بشرط	١٢	٢٢
وثبوتها	وبثوتها	١٧	٢٢
فن	فن	٢١	٣٢
قالوا	قالوا	١٢	٣٦
محمودة	محموده	٣	٣٧
ومتعديه	ومتعديه	٧	٣٧
يعاب	يعلب	١١	٣٧
وجه الغلط ترك اتمام المادة والصواب ذكرها كلها وهي يجتنب	وجه الغلط ترك اتمام المادة	١٤	٣٧
الحاكم الافعال والحركات التي			
تزيل مهابة المجلس كالبيع			
والشراء والملاطفة في المجلس			
اذا اعاد سوق المادة بتامها ثم			
يبدأ بشرحها فقرة بعد فقرة			
يقنضي	يقضي	٠١	٣٩
اذا ظهر	اذا اظهر	٢١	٣٩
فيبيان	فيبيان	١٧	٥٠
ان من يدهم	ان يدهم	١٦	٥٣
لا يعذر	لا يعزر	١٢	٧١

صواب	خطأ	مطر	صحيفة
يشتم	لا يستمع	١٤	٧٦
حكى عن شمس الأئمة	حكى شمس الأئمة	١٦	٧٨
وفروعه	وفروعة	١٦	٧٩
شهدا	شهد	٢١	٨١
الطرفين	الطرفين	١٦	٨٢
في زماننا	في زمانا	٢١	٨٥
واقفاً	واقفا	١٠	٨٦
مواطنها	وطنها	١٧	٨٦
شخصه	اشخصه	١٢	٨٧
مصدقة	مصدقه	٠٧	٩١
يجدد	يجدد	١٢	٩١
يستجوب	يستوجب	١٣	٩١
وعاداتهم	وعاداتهم	٠٧	٩٣
الامينة	الامنية	١٥	٩١
يضعه	يضعه	٢٢	٩٤
فيوضع	فيوضع	٢٦	٩٤
وعملهم	وعملهم	١٣	٩٥
البالغ	البالم	٠٤	٩٦
فيها	فيه	١١	٩٦
لا يسوغ	يسوغ	٢٢	٩٦
الاقرار	لاقرار	٢٤	٩٦
في ولاية	في ولايته	٠٦	٩٨
بينه	بينته	١٦	٩٩
لأننا	لان	٠٥	١٠٠
الشهادة	الشاهد	٠٩	١٠٠

صواب	خطأ	سطر	صحيفة
تنس	تنسى	٠١	١٠٣
ذمة	زمة	٠٩	١٠٤
يثبت	يثت	١٤	١٠٧
فيطة	فبلة	٠١	١٠٨
يجمعها	يجمعها	١٧	١٠٩
محق	حق	٠٢	١١١
لا يحلف	لا يحلف	٠١	١١١
شاهدا واحدا	شاهدا او احدا	١٩	١١٣
النقض	النقض	٢١	١١٤
بان	بان	١٥	١١٩
لمقرارا	اقرار	٠٨	١٢١
خيرية الصلح	حزبه : الصلح	٠٦	١٢٥
الضمان	الضمان	١٢	١٢٥
افتاء	افتاء	١٤	١٢٧
ويدخل	ويدخل	٢٠	١٣٤
المعدد	المعدد	٠٢	١٣٩
او لواحد	او الواحد	٠٢	١٣٩
خسة فقط ثم	خسة ثم فقط	٠٧	١٣٩
احداها	احداها	١٣	١٤١
جميعا	جميع	٢٥	١٤١
اعادتها	عادتها	٠٩	١٤٢
قبل	قبل	٢٦	١٤٣
كفل	كفيل	١٤	١٤٨
نصب	نسب	١٩	١٤٩
الاعتراض	الاعتريض	٢٤	١٤٩

= ١٩٠ =

صواب	خطأ	سطر	صفحة
امر	وامر	٠٩	١٥٣
عنه	وعنه	٢٢	١٥٣
والاولوية	والالوية	١٠	١٥٤
يكون	يكون	١٢	١٥٥
الذمة	الزمة	١٢	١٥٥



فهرست الجزء السادس

	صفحة
الحقوق اربعة حق الله تعالى المحض حق العبد المحض وما اجتمع الحقان	۱۰
فما يترتب على حكم القاضي المخالف للشرع باعتبار كونه حق الله	۱۲
تعالى محضاً او حق العبد او مشتركاً	
قول القاضي ثبت عندي حكم اذا كان بعد دعوى صحيحة الا في	۱۴
مواضع لا يكون حكماً	
حكم القاضي بملكية بانع باع ملكه او واقف وقفه لا يقتضي الحكم	۱۴
بصحة البيع او الوقف	
قضاء القاضي في العقود او الفسوخ ينفذ ظاهراً وباطناً عنده اذا كان	۱۵
المحل قابلاً دون الاملاك المرسلة لانهذ باطناً بالاتفاق	
الحكم بالحرية الاصلية حكم على العامة وبالعارضة من وقت تاريخ	۲۱
الحكم لا يشمل ما قبله	
سبع عشر مسألة يخالف فيها حكم المحكم حكم القاضي	۲۴
﴿ الفصل الثاني ﴾	۳۷
(في آداب الحاكم)	
الرشوة على وجوه اربعة	۴۰
﴿ الفصل الثالث ﴾	۵۰
(في بيان وظائف الحاكم)	
استثناء السلطان لخصوصات من الحكم بها يلزم ان تكون لغرض مرضي	۵۶

	صحيفة
طبقات المجتهدين ثلاث	٥٨
انظر الى تعليل قولي كل من الامام ابي يوسف ومحمد	٦٨
للقاضي ان ينصب وصيا في مال الميت في ثلاثة مواضع	٧٨
رجل مات موصيا للقاضي بثلاث ماله لا يجوز للقاضي الحكم لهذا	٨٠
الميت بشي.	
في لزوم التجنب عن تحريف كلام المتداعيين لما يوزدي الى ضرر	٩٣
احدهما ولو بلفظة	
فما اذا كان المدعى به منقولا وطلب المدعي قبل الاثبات وضعه على	٩٤
يدي عدل	
المواضع التي تجيز للمدعي عليه الانكار مع صدق المدعي في دعواه	٩٧
وقد توجد مسائل لا يعمل فيها بالاقرار ولا بد من البينة	٩٧
الحاق ماتن المجلة في بيان احكام كتاب القاضي الى القاضي	٩٨
المسائل التي يحلف فيها القاضي بدون طلب المدعي	١٠٩
لا يحلف المدعي اذا حلف المدعى عليه الا في مسألة	١١٠
يستثنى من اطراد ان اليمين على المنكر سبع مسائل لا يحلف فيها على	١١٤
قول الامام	
بحث فيما لو حكم عليه بنكوله ثم فسخ او نقض اعلام الحكم	١١٤
الدعوى بعد القضاء بالنكول تسمع ولا ينافيه ما يتوهم من تدافع	١١٥
القرعين المذكورين في الحانية	
دفع الدعوى لا يصح الا من المدعى عليه او من يدفع الضرر عن نفسه	١١٩
كل من كان ليس مدعى عليه ولا في معناه كدفع الضرر عن نفسه لا	١٢٠
يصلح خصما شرعياً فلا يسمع له دفع	
يشترط لصحة الدفع ان لا يكون فيه تناقض	١٢٠
كما يصح الدفع يصح دفع الدفع	١٢١
متى يطالب المدافع بدفعه	١٢٢

= ج =

صحيفة

﴿ الباب الثاني ﴾

١٣٢

(في الحكم ويشتمل على فصلين)

﴿ الفصل الاول ﴾

(في بيان شروط الحكم)

- ١٣٣ الدعوى في حقوق العباد شرط سماعها وجود الخصومة فيها ظاهراً
وحقيقة والا كانت احتيالا يردّها القاضي
- ١٣٤ القضاء المشروط فيه سبق الدعوى هو القضاء القولي الصريح لا الضمني
ولا الفعلي وانما يحتاج اليها القصدي
- ١٣٨ يحكم على الوارث بينة اقيمت على المورث قبل موته
- ١٣٨ مثله بينة اقيمت على احد الورثة فغاب وحضر وارث آخر
- ١٣٨ مثله احد المستحقين في وقف
- ١٣٨ مثله احد الشريكين في الشركة في الدين
- ١٣٩ مسألة اذا كان المال في يد اجنبي

