كان حبساً على صاحبه تسقط الوصية فيه ويصير نصيبه مدبراً يعتق بعد موته (قال) واذا مات الاول أيضا سقطت وصيته بالخدمة لصاحبه لانها كانت من وجه الخطر ﴿ قلت ﴾ وهذا قول مالك (قال) نعم يشبه قوله وهو رأيي كله

﴿ فى عارية الدنانير والدراهم والطعام والادام ﴾

﴿قلت﴾ أرأيت إن استعار رجل دنانير أو دراهم أو فلوساً (قال) لاتكون فى الدنانير والدراهم عارية ولا فى الفلوس لانا سألنا مالكا عن الرجل يحبس على الرجل المائة الدينار السنة أو السنتين فيأخذها فيتجر فيها فينقص منها (قال مالك) فهو ضامن لما نقص منها وانما هى قرض فان شاء قبضها على ذلك وان شاء تركها ﴿قلت﴾ وتكون هذه الدنانير حبسا في قول مالك أم يبطل الحبس فيها (قال) هى حبس الى الاجل الذى جعلها اليه حبسا وانما هي حبس قرض ﴿ قلت ﴾ فان أبى الذى حبست عليه قرضاً أن يقبلها (قال) ترجع الى الورثة ويبطل الحبس فيها ﴿قلت﴾ وهذا قول مالك (قال) نعم ﴿ قال ﴾ ولقد سئل مالك عن امرأة هلكت وأوصت لبنت بنت لها بأن تحبس عليها الدنانير وأوصت أن ينفق عليها منها اذا أرادت الحج أو في نفاس ان ولدت فأرادت الجارية بعد ذلك أن تأخذها فتصرفها فى بعض ما ينتفع به وتنقلب بها وتقول اشترطوا علىّ أنى ضامنة لها حتى أنفقها فى الذى قالت جدتي (قال) قال مالك لا أرى أن تخرج الدنانير عن حالها وأرى أن ينفق عليها فيما أوصت به جدتها ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان استعار رجل طعاما أو إداما أيكون هذا عارية أو قرضا (قال) كل شئ لا ينتفع به الناس الا للأكل اوالشرب فلا أراه الا قرضا ﴿ قال ﴾ ولقد سألت مالكا عن الرجل يستعير من الرجل عشرة دنانير (فقال) هو ضامن لها ولم يره من وجه العارية

﴿ فيمن اعترف دابة فأقام البينة على ذلك ﴾
﴿ هل يسأله القاضى أنه ما باع ولا وهب ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان اعترفت دابة لى فأقمت البينة أنها دابتى أيسألنى القاضى البينة انى لم أبع ولم أهب (قال) يسألهم انهم لم يعلموا أنه باع ولا وهب ولا تصدق وانما يسألهم عن علمهم فان شهدوا أنهم لا يعلمون أنه باع ولا وهب ولا تصدق قضى له بالدابة بعد أن يحلف الذى اعترف الدابة فى يديه بالله الذي لا اله الاهو أنه ماباع ولا وهب ولا تصدق ولا أخرجها من يديه بشئ مما يخرج به الشئ من ملك الرجل ثم قضى له بها ﴿ قلت ﴾ فان لم يشهد الشهود على أنهم لا يعلمون أنه باع ولا وهب ولا تصدق ولكنهم يشهدون على أنها دابته أتحلفه أنه ما باع ولا وهب ولا تصدق ثم تقضي له بالدابة (قال) نعم ﴿ قلت ﴾ وهذا قول مالك (قال) انما سمعته يقول انه يسألهم عن علمهم أنه ماباع ولا وهب (قال مالك) ولا يشهدون على البتات انما يسألهم عن عملهم (قال مالك) ولو شهدوا على البتات لرأيت شهادتهم شهادة غموس ورأيت أنهم قد شهدوا بباطل وأنهم قد شهدوا بزور وما يدريهم أنه ماباع ولا وهب (قال) وقال مالك ويستحلف هو البتة أنه ماباع ولا وهب ثم يقضى له بالدابة ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان استأجرت دابة من رجل الى بعض المواضع فعطبت تحتى ثم جاء ربها فاستحقها أيكون له أن يضمننى ويجعلنى اذا عطبت تحتى بمنزلة رجل اشترى في سوق المسلمين طعاما ثم جاء رجل فاستحقه ان له أن يضمنه فهل يكون الذى ركب الدابة بهذه المنزلة (قال) لا

﴿ فى العبد المأذون له أو غير المأذون له يعير شيئاً ﴾
﴿ أو يدعو الى طعامه بغير اذن مولاه ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت العبد المأذون له في التجارة وغير المأذون له فى التجارة أيجوز له أن يعير الدابة من ماله أو غير الدابة أيجوز له ذلك أم لا (قال) لا أرى أن يجوز ذلك له

الا باذن سيده ﴿ قلت ﴾ أرأيت العبد يدعوالى طعامه أيجاب أم لا (قال) سئل مالك عن العبد يولد له فيريد أن يعق عن ولده ويدعو عليه الناس (قال) مالك لايعجبني ذلك الاباذن سيده فكذلك مسألتك

﴿ فيمن أستعار سلاحا ليقاتل به فتلف أو انكسر ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان استعرت من رجل سلاحا أو استعرت منه سيفا لأقاتل به فضربت به فانقطع أأضمن أم لا (قال) لايضمن في قول مالك اذا كانت له بينة أنه كان معه فى القتال لانه فعل ما أذن له فيه فانقطع السيف من ذلك وان لم تكن له بينة ولا يعرف أنه كان معه فى القتال فهو ضامن

﴿ فيمن استعار دابة الى موضع فتعدى ذلك الموضع بقليل ﴾
﴿ أو كثير ثم ردها فعطبت فى الطريق هل يضمن أم لا ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان استعرت دابة الى موضع من المواضع فلما بلغت ذلك الموضع تعديت على الدابة الى موضع قريب مثل الميل أو نحوه ثم رددتها الي الموضع الذي استعرتها اليه ثم رجعت وأنا أريد ردها على صاحبها فعطبت فى الطريق وقد رجعت الى الطريق الذي أذن لى فيه أأضمن أم لا فى قول مالك (قال) سمعت مالكا وسئل عن رجل تكارى دابة الى ذى الحليفة فتعدى بها ثم رجع فعطبت بعد مارجع الى ذى الحليفة والى الطريق (قال) ان كان تعديه ذلك مثل منازل الناس فلا أرى عليه شيئاً وان كان جاوز ذلك مثل الميل والميلين فأراه ضامنا

﴿ فيمن بعث رجلا يستعير له دابة الى ﴾
﴿ موضع فاستعارها الى غير ذلك ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت ان بعثت رسولا الى رجل ليعيرنى دابته الى برقة فجاءه الرسول فقال يقول لك فلان أعرنى دابتك الى فلسطين فأعطاه الدابة فجاءنى بها فركبتها فعطبت أومات تحتى فقال الرسول قد كذبت فيما بينهما (قال) الرسول ضامن ولا

ضمان على الذي استعارها لانه لم يعلم ماتعدى به الرسول ﴿ قلت ﴾ فان قال الرسول لا والله ما أمرتني أن أستعير لك الا الى فلسطين وقال المستعير بل أمرتك أن تقول له الى برقة (قال) لا يكون الرسول هاهنا شاهداً في قول مالك لان مالكا قال في رجل أمر رجلين أن يزوجاه امرأة فانكر ذلك وشهدوا عليه بذلك (قال) لا تجوز شهادتهما عليه لانهما خصمان له ﴿ قال ابن القاسم ﴾ وكذلك لو اختلفوا في الصداق فقالا أمرتنا بكذا وكذا وقال الزوج بل أمرتكما بكذا وكذا لما دون ذلك لم يجز قولهما عليه لانهما خصمان ويكون المستعير هاهنا ضامنا الا أن تكون له بينة على مازعم أنه أمر به الرسول ﴿ قلت ﴾ أرأيت لو أن رجلا ركب دابتي الى فلسطين فقلت أكريتها منك وقال بل أعرتنيها (قال) القول قول صاحب الدابة الا أن يكون ممن ليس مثله يكري الدواب مثل الرجل الشريف المنزلة والذي له القدر والغنى وهذا رأيي والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ تم كتاب العارية بحمد الله وعونه ﴾

﴿ وصلى الله على سيدنا محمد النبي الأمي وعلى آله وصحبه وسلم ﴾

﴿ ويليه كتاب اللقطة ﴾

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ الحمد لله وحده ﴾

﴿ وصلى الله على سيدنا محمد النبيّ الأميّ وعلى آله وصحبه وسلم ﴾

﴿ كتاب اللقطة والضوال والآبق ﴾

﴿ قلت ﴾ لابن القاسم أرأيت لو أن رجلا التقط لقطة دراهم أو دنانير أو ثيابا أو عروضا أوحليا مصوغا أو شيئاً من متاع أهل الاسلام كيف يصنع بها وكم يعرفها فى قول مالك (قال) قال مالك يعرفها سنة فان جاء صاحبها والا لم آمره بأكلها ﴿ قلت ﴾ والقليل والكثير عند مالك فى هذا سواء الدرهم فصاعداً (قال) نعم الا أن يحب بعد السنة أن يتصدق بها ويخير صاحبها اذا هو جاء فى أن يكون له أجرها أو يغرمها له (قال) وهذا قول مالك ﴿ قلت ﴾ أفكان مالك يكره أن يتصدق بها قبل السنة (قال) هذا رأيي الا أن يكون الشيء التافه اليسير

﴿ العبد يلتقط اللقطة يستهلكها قبل السنة أو بعد السنة ﴾

﴿ قلت ﴾ أرأيت العبد اذا التقط اللقطة فأكلها أو تصدق بها قبل السنة أيكون ذلك فى ذمته أم في رقبته (قال) قال مالك اذا استهلكها قبل السنة فهى في رقبته لافى ذمته ﴿ قلت ﴾ فان استهلكها بعد السنة (قال) قال مالك اذا استهلكها بعد السنة فانما هى فى ذمته ﴿ قلت ﴾ لم قال مالك اذا استهلكها بعد السنة فانما هى فى ذمته وهو لا يرى له أن يأكلها (قال) للذى جاء فيها من الاختلاف ولانه قد جاء فيها يعرفها سنة فان لم يجيء صاحبها فشأنه بها فلذلك جعلها فى ذمته بعد السنة ﴿ قلت ﴾ هل سمعت مالكا يقول في اللقطة أين تعرّف وفى أيّ المواضع تعرّف (قال)

ماسمعت من مالك فيها شيئاً ولكنى أري أن تعرف فى الموضع الذى التقطت فيه وحيث يظن أن صاحبها هناك * وحديث عمر بن الخطاب انه قال له رجل انى نزلت منزل قوم بطريق الشام فوجدت صرة فيه ثمانون دينارا فذكرتها لعمر بن الخطاب فقال له عمر عرفها على أبواب المساجد واذكرها لمن يقدم من الشام سنة فاذا مضت سنة فشأنك بها فقد قال له عمر عرفها على أبواب المساجد فأرى أن يعرف اللقطة من التقطها على أبواب المساجد وفى موضعها وحيث يظن أن صاحبها هناك ﴿ قلت ﴾ أرأيت ما أصيب من أموال أهل الجاهلية لقطة على وجه الارض يعلم أنه من أموال أهل الجاهلية أيخمس أم تكون فيه الزكاة فى قول مالك (قال) يخمس وانما الزكاة فى المعادن فى قول مالك وما أصيب فى المعادن بغير كبير عمل مثل الندرة وما أشبهها فذلك بمنزلة الركاز فيه الخمس ﴿ قلت ﴾ أرأيت دفن الجاهلية وما نيل منه بعمل ومؤنة (قال) فيه في قول مالك الخمس والركاز كله فيه فى قول مالك الخمس ما نيل منه بعمل وما نيل منه بغير عمل (قال) ولقد سئل مالك عن تراب على ساحل البحر يغسل فيوجد فيه الذهب والفضة وربما أصابوا فيه تماثيل الذهب والفضة (قال) مالك أما التماثيل ففيها الخمس وأما تراب الذهب والفضة الذى يخرج من ذلك التراب ففيه الزكاة وهو بمنزلة تراب المعادن ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان التقطت لقطة فأتى رجل فوصف عفاصها وقرابها ووكاءها وعدتها أيلزمني أن أدفعها اليه في قول مالك أم لا (قال) لم أسمع من مالك فيه شيئاً ولا أشك أن هذا وجه الشأن فيها وتدفع اليه ﴿ قلت ﴾ أرأيت ان جاء آخر بعد ذلك فوصف له مثل ماوصف الاول أو جاء فأقام البينة على تلك اللقطة أنها كانت له أيضمن الذى التقط تلك اللقطة وقد دفعها الى من ذهب بها (قال) لا لانه قد دفعها بأمر كان ذلك وجه الدفع فيها وكذلك جاء فى حديث اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها فان جاء طالبها أخذها ألا ترى أنه انما قيل له اعرف العفاص والوكاء أى حتى اذا جاء طالبها ادفعها اليه والا فلماذا قيل له اعرف العفاص والوكاء ﴿ قلت ﴾ وترى أن يجبره السلطان على أن يدفعها اذا اعترفها هذا ووصف

SECTION 2 — AL-QARAFI, AL-FURUQ (D. 684/1285): THE CONDITIONS FURUQ (REPUGNANCY-QA'IDA TIER)

Al-Qarafi, al-Furuq. Ihya' al-Kutub al-'Arabiyya, 1347, 4 vols. Carrier class (c). Container zip MD5 bf4b8f3a953fec9671b1cb88f0f6f130; page map offset 0 all vols.; the full fihris read of record (274 furuq mapped).

Reproduced: the extract of record ENTIRE — qarafi_furuq_pins.pdf, 60 pp., MD5 cab04d5b26c75ea76980efc83e685545 — the conditions furuq: farq 5–6 (i.108–109), farq 45 (i.228), farq 181 (iii.218), furuq 195–197 (iii.269, 275), farq 218 (iv.13), farq 209 (iv.32), farq 232 (iv.38), farq 221 (iv.73). Full register: QARAFI_pinmap.md.

Negative finding of record (disclosed, gating nothing): no hiba/thawab farq exists in al-Furuq — al-Furuq is never cited for a hiba-specific farq; hiba doctrine is pinned to the Mudawwana sama' block and the Kharashi/Hattab/Mawwaq witnesses. The repugnancy qa'ida is pinned to the conditions furuq reproduced here.

Cross-references: HIBAH doctrine volume Ch. 10 (the repugnancy rule), Ch. 12 (the maxims register); apparatus §A.2.

اذا أضيف عم وانما القاعدة ان الجمع اذا أضيف عم فقول القائل عبيدى أحرار لم يكن العموم فيه من جهة كونه اسم جنس أضيف وانما كان العموم لانه جمع أضيف على انا لو سلمنا ان القاعدة ماذكر لانسلمه على اطلاقه بل مرادهم اذا أضيف لغير الجمل وكان مما ينطلق مسماه على القليل والكثير كالماء فى قوله عليه الصلاة والسلام هو الطهور ماؤه الحل ميتته * ثالثها ان كون صيغ العموم انما تعم فيما أضيفت اليه وان كان صحيحا لا حجة له فيه على مرامه بوجه بل ربما اقتضى خلافه وذلك ان مرامه التسوية بين أنت طالق حيث أو اين جلست وانت طالق أبدا فى كون العموم فيهما ثابتا للظرف الذى هو البقاع والازمنة وهذا يقتضى عدمها وان العموم فى الاول فى المظروف وهو الجلوس لانه هو المضاف اليه لا فى الظرف كما هو فى الثانى فافهم والله أعلم

﴿المسئلة السادسة﴾ السر فى فرق أصحابنا بين قوله فى الطلاق كل امرأة أتزوجها فهى طالق قالوا لا يلزمه شئ للضيق بالتعميم أو كل امرأة أتزوجها من هذه البلد فهى طالق قالوا ان الطلاق يتكرر بتكرر النساء من ذلك البلد وبين قوله فى الظهار كل امرأة أتزوجها فهى على كظهر أمى قالوا لا يلغى التعميم هنا وانما يلزمه كفارة واحدة فى أول من يتزوجها مع تصريحه بالعموم فى البابين هو كما فى عبق والخرشى وغيرهما ان الظهار له فيه مخرج بالكفارة أى خروج بالكفارة أو مخرج مصور بالكفارة ينفى عنه ضيق التعميم بخلاف الطلاق وان الظهار كاليمين بالله فكفارة يمين واحدة كفارة عن جميع الايمان المتعددة ضمنا لان قوله المذكور فى قوة فلانة كظهر أمى فلانة كظهر أمى وأما وهكذا فلا تعطى حكم الصريحة كما ان كفارة يمين واحدة على جميع النساء كفارة عن الجميع فافهم وقيل سر الفرق هو ان الطلاق حكم يثبت لافراد العموم كثبوت القتل لجميع أفراد المشركين والحل لجميع أفراد البيع وأما الظهار فالكفارة فيه للنطق بالكلام الزور وعقوبة لقائله فاذا قال كل امرأة أتزوجها فهى على كظهر أمى فقد كذب كذبة واحدة فتجب عليه كفارة واحدة ولا نظر للعموم الذى هو متعلق القول الكذب فكما لا تلزمه الا كفارة واحدة اذا قال والله ان كل انسان جاد فانها كذبة واحدة متعلقة بعموم أو قال والله ليس فى الدار

﴿الفرق الخامس بين قاعدتى الشرط والاستثناء فى الشريعة ولسان العرب﴾

فى ان الشرط لا يجوز تأخير النطق به فى الزمان ويجوز فى الاستثناء ذلك على قول وان الاستثناء لا يجوز فى الشريعة ولا فى لسان العرب ان يرفع جميع المنطوق به ويبطل حكمه نحو له عندى عشرة الا عشرة بالاجماع ويجوز ان يدخل الشرط فى كلام يبطل جميعه بالاجماع كقوله انتن طوالق ان دخلتن الدار فلا تدخل واحدة منهن فيبطل جميع الطلاق فيهن واكرم بنى تميم ان أطاعوا الله أو ان جاءوك فلا يجئ أحد فيبطل جميع الامر بسبب هذا الشرط ولولا هذا الشرط لعم الحكم الجميع فقد باين الشرط الاستثناء فى هذه الاحكام ويعم جميع الجمل المنطوق بها بخلاف الاستثناء على قول فانه يحمل على الجملة الاخيرة على قول نحو أكرم بنى تميم وأكرم القوم واخلع عليهم فقد باين الشرط الاستثناء فى هذه الاحكام والفرق بين اشتراكهما فى ان كل واحد منهما فضلة فى الكلام ويتم الكلام دونه فينبغى ان يمتنع ابطال جملة الحكم فيهما تحقيقا لمقتضى اللغة أو يجوز فيهما تسوية بين البابين لكن الفرق ان الاستثناء يخرج من الكلام ما ليس بمراد عما هو مراد فهمه من غير المراد ولعله لو بقى مع المراد لم يختل الحكم

قال شهاب الدين (الفرق الخامس بين قاعدتى الشرط والاستثناء فى الشريعة ولسان العرب فى ان الشرط لا يجوز تأخير النطق به فى الزمان ويجوز ذلك فى الاستثناء على قول وان الاستثناء لا يجوز ان يرفع جميع المنطوق به ويبطل حكمه نحو له عندى عشرة الا عشرة بالاجماع ويجوز ان يدخل الشرط فى كلام يبطل جميعه بالاجماع كقوله انتن طوالق ان دخلتن الدار فلا تدخل واحدة منهن الى آخر ماقاله فى هذا الفرق) قلت انما نظير عدم النطق بالاستثناء عدم النطق بالشرط ولا شك انه اذا لم ينطق بالاستثناء فات مقصد واذا لم ينطق بالشرط فات مقصد وقوله انهما اشتركا فى ان كل واحد منهما فضلة لا حجة فيه وليس كون واحد منهما فضلة يوجب الاستغناء عنهما وماقاله من ان الشرط اذا لم يقع بطل جميع المشروط هى حقيقة الشرط وماقاله من ان الشرط اللغوى سبب والسبب لابد ان يكون مناسبا وماهو كذلك فشأنه تعجيل النطق به يقال له وكذلك الاستثناء فيلزم أن يكون شأنه التعجيل ثم انه لو قال قائل أعط بنى تميم عند تمام هذه السنة وفى نفسه ان أطاعوا ثم لم ينطق به الا عند رأس السنة عند الحاجة اليه لم يفت بذلك مقصد وكذلك فى الاستثناء أعط بنى تميم عند تمام السنة وفى نفسه الا زيدا ثم لم ينطق به الا عند رأس السنة لم يفت مقصد وتكون صورة النطق بالشرط عند تمام السنة بان يقول مثلا ما أمرتك به من اعطاء بنى تميم عند رأس السنة انما ذلك بشرط أن يطيعوا وصورة النطق بالاستثناء ان يقول مثلا ما أمرتك به من اعطاء بنى تميم انما ذلك على ان تدع منهم زيدا وبالجملة كلامه فى هذا الفرق ليس بالجيد والله أعلم

أحدمن اخوتك فوجد الجميع فيها لاتحاد اليمين والحنث كذلك ههنا اه وهو مبنى على ماتقدم قبل من أن الظهار خبر موضع احتمال ونظر كما مر التنبيه عليه والسر فى تفرقة ابن المواز بين كل امرأة أتزوجها فهى على كظهر أمى و بين من تزوجت مر فهى على كظهر أمى وكذا أى حيث قال بعدم تعدد الكفارة فى كل و بتعددها فى من وكذا أى مع انه لافرق بينهما فى المعنى هو البنانى قال ابن عرفة قال عياض الفرق ان أصل وضع من وأى للآحاد فعرض لها العموم فعمت الآحاد من حيث انها آحاد وأصل وضع كل للاستغراق فكانت كاليمين على فعل أشياء يحنث بفعل أحدها اهـ حاصل كلام عياض ان من وايا لكل فرد فرد لا بقيد الجمعية ومدلول كل كذلك بقيد الجمعية منضما الى التحنيث بالاقل اه فلا دلالة لمن رأى الاعلى معنى الكلية بخلاف كل فان فيها معنى الكلية ومعنى الكل المجموعى فلذا وقع خلاف الاصحاب فى قوله لنسائه كل من دخلت الدار فهى على كظهر أمى وقوله لنساء أجنبيات كل امرأة أتزوجها فهى على كظهر أمى أو كلما تزوجت فالتى أتزوجها على كظهر أمى هل تتعدد الكفارة فى كل من المسئلتين نظر المعنى الكلية أولا تتعدد نظر المعنى الكل المجموعى قال البنانى وما ذكره خليل من عدم التعدد فى كل امرأة مثله فى المدونة وما ذكره من التعدد فى كل من دخلت قال الباجى هو ظاهر المذهب نقله فى التوضيح نعم قد قيل فى كل من المسئلتين مثل مادرج عليه فى الاخرى فكان من حقه ان يحكى الخلاف فى الفرعين معا أو يقتصر على التعدد فيهما أو عدمه فيهما والا فكلامه مشكل انظر التوضيح اه وقال عبق وما نقله عج عن ق حيث قال لاتتعدد عليه الكفارة اذا قال كل امرأة أتزوجها فهى على كظهر أمى وانما يلزمه كفارة واحدة فى أول من يتزوجها ولذا لو قال لزوجته كل من أتزوجها عليك فهى على كظهر أمى فانه لايلزمه الا كفارة واحدة بتزوج واحدة على المعتمد كما يفيده ق اه هو المعتمد لما نقله عن الجلاب وأبى الحسن من أنه اذا قال كلما تزوجت فالتى أتزوجها على كظهر أمى فانه يلزمه فى كل من يتزوجها كفارة بخلاف قوله كل امرأة أتزوجها طالق اه وقد قال عبق اذا قال لنساء أجنبيات ان تزوجتكن فانتن على

وأما الشروط اللغوية فهى أسباب كما تقدم بيانه والسبب متضمن لمقصد المتكلم وهو المصلحة التى لاجلها نصب شرطا وجعل عدمه موثرا فى العدم فاذا كان متضمنا لمقصد المتكلم والمقاصد (٢) شأنها تعجيل النطق وشأنها ان تعم جميع الجمل تكثيرا لمصلحة ذلك المقصد بخلاف الاستثناء اذا لم يعجل به لم يفت به مقصد بل حصل ماليس بمقصد وذلك فرق عظيم وأما ابطال جميع الكلام بالشرط فلان الابطال حالة النطق به غير معلوم فقد يقع الشرط فى الجميع فلا يبطل من الكلام شىء وقد يفوت الشرط فى الجميع فيبطل الجميع وقد يفوت فى البعض فيبطل البعض دون البعض فهذه الاقسام كلها محتملة حالة النطق ولم يتعين منها الابطال لا للكل ولا للبعض بخلاف الاستثناء الوارد على جميع الكلام يعد الناطق به نادما مقدما على الهذر من القول ومالا فائدة فيه ولا يقول أحد ذلك فى الشرط لعدم تعينه وهذا فرق عظيم بينهما فى الابطال وعدمه فظهر الفرق بينهما فى الثلاثة الاحكام الجائزة فى الشرط الممتنعة فى الاستثناء لغة وشرعا

﴿ الفرق السادس بين قاعدتى توقف الحكم على سببه وتوقفه على شرطه ﴾ فنقول الحكم اذا ورد مع وصفين ومنع صاحب الشرع من الحكم بدونهما باى طريق يعلم ان أحدهما سبب والآخر شرط مع اشتراكهما فى التوقف عليهما وانتفاء الحكم عند انتفاء كل واحد منهما كوجوب الزكاة عند النصاب والحول فلم قلتم ان النصاب سبب والحول شرط ولم لاعكستم أو سويتم * والجواب ان الفرق بينهما يعلم بان الشرط مناسب فى غيره والسبب مناسب فى ذاته فان النصاب مشتمل على الغنى ونعمة الملك فى نفسه والحول ليس كذلك بل مكمل لنعمة الملك بالتمكن من التنمية فى جميع الحول ونبسط ذلك بقاعدة وهى ان الشرع اذا رتب الحكم عقيب أوصاف فان كانت كلها مناسبة فى ذاتها قلنا الجميع علة ولانجعل بعضها شرطا كورود القصاص مع القتل العمد العدوان المجموع علة وسبب لان الجميع مناسب فى ذاته وان كان البعض مناسبا فى ذاته دون البعض قلنا المناسب فى ذاته هو السبب والمناسب فى غيره هو الشرط كما تقدم مثاله فهذا ضابط الشرط والسبب والفرق بينهما وتحريره

﴿ الفرق السابع بين قاعدتى أجزاء العلة والعلل المجتمعة ﴾ اذا ورد الحكم عقيب أوصاف بم يعلم انها أجزاء علة أو انها علل مجتمعة وأى فرق بينهما * والجواب ان الحكم اذا ثبت عقيب أوصاف ينظر ان كان صاحب الشرع رتب ذلك الحكم مع كل وصف منها اذا انفرد قلنا هى علل مجتمعة

قال ﴿ الفرق السادس قلت ماقاله فيه وفى الفرق السابع والثامن والتاسع والعاشر صحيح واضح والله أعلم

(٢) لعله بالفاء ليكون جواب اذا

كظهر أمي فتزوجهن في عقد أو عقود لم يلزمه غير كفارة واحدة فان تزوج واحدة لزمته ولا يقربها حتى يكفر فان كفر ثم تزوج البواقي فلا شيء عليه لان حنث اليمين يسقطها بخلاف ما لو قال لنسائه ان دخلتن الدار فانتن علي كظهر أمي فدخلت واحدة أو الجميع الا واحدة فلا شيء عليه حتى يدخل جميعهن قاله اللخمي عن ابن القاسم وقيل يحنث بواحدة على قاعدة التحنيث بالبعض ذكره القرافي ولعل وجه قول ابن القاسم انه كقول خليل في العتق وان قال ان دخلتما فدخلت واحدة فلا شيء عليه فيهما اه والفرق بين المسئلتين انهن في المسئلة الاولى أجنبيات وفي

الثانية نساؤه وليس قوله ان تزوجتكن مثل قوله من تزوجتها منكن بل يلزمه في هذه لكل من تزوجه منهن كفارة لايهام يمينه وخطاب كل واحدة وفي المسئلة الاولى قد أوقع الظهار على جميع النساء فاجزأته كفارة واحدة اه بتصرف وحذف وبالجملة فاصل مذهبنا الحاق الظهار باليمين بخلاف الشافعي فان أصله الحاقه بالطلاق ففي الرهوني قال أبو الحسن عند قول المدونة ومن تظاهر من أربع نسوة له في كلمة واحدة فكفارة واحدة تجزئه ما نصه وقال الشافعي عليه لكل واحدة منهن كفارة كما لو قال لهن أنتن طوالق الشيخ فهو على طرفين وواسطة الطلاق طرف واليمين طرف والظهار وهو الواسطة فيه شائبة لشبه اليمين بالله وهو اتحاد الظهار وشائبة لشبه الطلاق وهو تعدد المظاهر منهما ابن يونس ودليلنا قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الآية فجميع النساء اذا ظاهر منهن الرجل فانما عليه كفارة واحدة ولأن الظهار يمين يكفر كالايلاء وقد قال صلى الله تعالى عليه وسلم كفر عن يمينك فدل انه يمين كالايلاء الشيخ ولأن المراعى قول القائل كاليمين بالله تعالى اه منه بلفظه اه وقول الاصل والفقه يقتضي عدم التكرار في جميع ما ذكر بناء على ان الكذب هو الموجب كما تقدم تقريره في فرق الانشاء والاخبار لكن لما اشتهر لفظ الظهار في موجب الكفارة لوحظت الكفارة في مقصد المظاهر كأنها حقيقة عرفية فيكون قد التزم تكرارها في كلمة كلما وأي فانهما للحكم على كل واحد واحد وأشار بمن فيمن دخلت منكن الى التبعيض فكأنه قال على

الفرق

كوجوب الوضوء على من بال ولامس وأمذى فان كل واحد منها اذا انفرد استقل بوجوب الوضوء وكاجبار الاب لابنته البكر معلل بالصغر والبكارة على الخلاف في ذلك فاذا اجتمعت ترتب الحكم الذي هو الاجبار وان انفرد الصغر وحده ترتب الحكم واجبرت الصغيرة الثيب على الخلاف في ذلك وتجبر البكر الكبيرة المعنسة على الخلاف وان وجدنا صاحب الشرع لا يرتب الحكم مع كل واحد منها قلنا هي علة واحدة مركبة من تلك الاوصاف كالقتل العمد العدوان فبهذا يعلم الفرق بين هاتين القاعدتين وهو ضابطهما وتحريرهما

﴿ الفرق الثامن بين قاعدتي جزء العلة والشرط ﴾

فان كل واحد منهما يلزم من عدمه عدم الحكم ولا يلزم من وجوده وجود الحكم ولا عدمه فتلتبس قاعدة جزء العلة بقاعدة الشرط والفرق بينهما ان الشرط مناسبته في غيره كما تقدم تقريره في الحول في الزكاة وجزء العلة مناسبته في نفسه كجزء النصاب مشتمل على جزء الغنى في ذاته وكاحد أوصاف القتل العمد العدوان مشتمل على مناسبة العقوبة في ذاته فبهذا يعرف كل واحد منهما فيقضى عليه بأنه جزء علة أو شرط

﴿ الفرق التاسع بين قاعدتي الشرط والمانع ﴾

ان الشرط لابد من تقدمه قبل الحكم وعدمه يوجب العدم في جميع الاحوال التي هو فيها شرط وأما المانع فهو قد وقع في الشريعة على ثلاثة أقسام * القسم الاول ما يمنع ابتداء الحكم وانتهاءه كالرضاع فانه يمنع ابتداء النكاح ويقطع استمراره اذا طرأ عليه بأن يتزوجها في المهد وترضع من أمه فتصير أخته فيبطل النكاح بينهما * والقسم الثاني يمنع ابتداء الحكم دون استمراره كالاستبراء فانه يمنع ابتداء العقد على المستبراة فان طرأ على النكاح بأن تكره على الزنى يجب استبراؤها على الزوج خشية اختلاط نسبه بالمتولد من الزنى ولانه يلاعن حينئذ اذا تبين له ان الولد من الزنى وتجب عليه الملاعنة ولا يبطل النكاح فهذا يمنع ابتداء النكاح فقط * والقسم الثالث مختلف فيه هل يلحق بالاول فيمتنع فيهما أو بالثاني فلا يمتنع التمادي بخلاف المبادي وله صور * الصورة الأولى وجدان الماء يمنع من التيمم ابتداء على الصحيح فان طرأ الماء بعد الدخول في الصلاة فهل يبطلها أم لا فيه خلاف بين العلماء * الصورة الثانية الطول يمنع من نكاح الامة ابتداء على الصحيح فان طرأ الطول بعد نكاح الامة فهل يبطله أم لا خلاف الصورة الثالثة وضع اليد على الصيد يمنع منه الاحرام ابتداء فان تقدم وضع اليد على الصيد في زمن الحل ثم طرأ الاحرام المانع فهل يمنع من استمرار وضع اليد على الصيد خلاف فقيل يجب ارساله وقيل لا يجب

الكفارة فى كل بعض منكن وأى الافراد واما كل فهى ظاهرة فى الاحاطة والشمول والكل فى بعض أحوالها ألا ترى ان النفى اذا تقدم عليها كان معناها الكل فمعنى ماقبضت كل المال انك لم تقبض الجميع بل البعض اه بتلخيص هو مبنى أيضا على ماتقدم وقد علمت مافيه ولايقوى فرق بين كلها وكل و فى تلك المسائل كلها و فى الفرق بينها نظر ظاهر مما قدمناه فتأمل ذلك والله أعلم ﴿المسئلة السابعة﴾ اذا قال ان دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ثم قال لها انت طالق ثلاثا فعند الشافعى رحمه الله تعالى يبقى التعليق حتى يتزوجها بعقدثان نظر الأمرين الاول ان وجود المشروط بدون شرطه خلاف الاجماع الثانى ان لفظ التعليق لايقتضى تخصيص المعلق بالطلاق المملوك ولا سيما على قاعدة مالك من صحة التعليق قبل الملك فى ان تزوجتك فانت طالق ثلاثا وعند مالك رحمه الله تعالى لايبقى التعليق حتى يتزوجها بل تنحل يمينه نظرا لأمرين أيضا الاول قاعدة ان صاحب الشرع لما جعل للمكلف التعليق على دخول الدار مثلا جعل له حل ذلك التعليق بالتنجيز خاصة فاذا نجز بطلت شرطية الدخول للطلاق فما وجد المشروط دون شرطه قط * الثانى ان لفظ التعليق يقتضى التصرف فى المملوك فقط لان طلاق المرأة انما يكون مما هى موثوقة فيه وليست هى موثوقة الا فى عصمته الحاضرة دون غيرها الا بدليل الاصل عدمه على انه يلزم على ما للشافعى ان يكون الزوج مالكا لست طلقات ثلاث منجزات وثلاث معلقات والذى أجمع الناس عليه انه انما يملك ثلاثا فقط والاصل عدم ملكه للزائد فاذا أجمع الناس على وقوع المنجز تعين ابطال التعليق فى المعلق حتى يقع فى المعلق بعد شرط ﴿المسئلة الثامنة﴾ الشرط ثلاثة أقسام مالا يقع الا دفعة واحدة كالنية ومالا يقع الا متدرجا كالحول وقراءة السورة ومايقبل الامرين وعلى كل اما أن يكون الشرط وجود هذه الحقائق فيكون المعتبر من الاول اجتماع أجزائه ووجوده فى زمن واحد لامكان ذلك ومن الثانى وجود آخر أجزائه لانه الممكن فيه اما وجود الحقيقة بجملة أجزائها فذلك مستحيل ومن الثالث كل من الاجتماع أو الافتراق لا خصوص اجتماع جميع أجزائه فى زمن واحد خلافا للفخر الرازى فى المحصول اذ لا فرق عرفا فى قوله ان أعطيتنى عشرة

﴿الفرق العاشر بين قاعدتى الشرط وعدم المانع﴾

فان القاعدة ان عدم المانع يعتبر فى ترتيب الحكم ووجود الشرط أيضا معتبر فى ترتيب الحكم مع ان كل واحد منهما لايلزم منه الحكم فقد يعدم الحيض ولاتجب الصلاة ويعدم الدين ولاتجب الزكاة لاجل الاغماء فى الاول وعدم النصاب فى الثانى وكلاهما يلزم من فقد انه العدم ولايلزم من تقرره وجود ولاعدم فهما فى غاية الالتباس ولذلك لم أجد فقيها الا وهو يقول عدم المانع شرط ولايفرق بين عدم المانع والشرط البتة وهذا ليس بصحيح بل الفرق بينهما يظهر بتقرير قاعدة وهى ان كل مشكوك فيه ملغى فى الشريعة فاذا شككنا فى السبب لم نرتب عليه حكما أو فى الشرط لم نرتب الحكم أيضا أو فى المانع رتبنا الحكم فالاول كما اذا شك هل طلق أم لا بقيت العصمة فان الطلاق هو سبب زوال العصمة وقد شككنا فيه فتستصحب الحال المتقدمة واذا شككنا هل زالت الشمس أم لا لاتجب الظهر ونظائره كثيرة وأما الشرط فكما اذا شككنا فى الطهارة فانا لا نقدم على الصلاة وأما المانع فكما اذا شككنا فى أن زيدا قبل وفاته ارتد أم لا فانا نورث منه استصحابا للاصل لان الكفر مانع من الارث وقد شككنا فيه فنورث فهذه قاعدة مجمع عليها وهى ان كل مشكوك فيه يجعل كالمعدوم الذى يجزم بعدمه * فان قلت كيف تدعى الاجماع فى هذه القاعدة ومذهبك أن من شك فى الحدث بعد تقرر الطهارة ان الوضوء يجب فلم يجعل ملك المشكوك فيه كالمتحقق العدم بل هذا مذهب الشافعى رضى الله عنهم أجمعين * قلت القاعدة مجمع عليها وانما انعقد الاجماع هنا على مخالفتها لاجل الاجماع على اعتبارها و بيان هذا الكلام مع انه مستغلق متناقض الظاهر أن الاجماع منعقد على شغل الذمة بالصلاة والبراءة للذمة من الواجب تتوقف على سبب مبرئ اجماعا والقاعدة أن الشك فى الشرط يوجب الشك فى المشروط ضرورة فالشك فى الطهارة يوجب الشك فى الصلاة الواقعة سببا مبرئا فان اعتبرنا هذه الصلاة سببا مبرئا كما قاله الشافعى فقد اعتبرنا المشكوك فيه ولم نصيره كالمحقق العدم وهو خلاف القاعدة المتفق عليها وان اعتبرنا هذا الحدث المشكوك فيه كما قاله مالك فقد اعتبرنا مشكوكا فيه ولم نصيره كالمحقق العدم وهو خلاف القاعدة المجمع عليها فكلا المذهبين يلزم عليه مخالفة القاعدة فتعين الجزم بمخالفتها وان هذا الفرع لايساعد على أحدهما واعتبارهما من جميع الوجوه وانه لابد من مخالفتهما من بعض الوجوه فمالك خالفها فى الحدث والشافعى فى الصلاة التى هى سبب براءة الذمة لكن مذهب مالك أرجح اذ لابد من المخالفة لهذه القاعدة فان الطهارة من باب الوسائل والصلاة من باب المقاصد وانعقد الاجماع على ان الوسائل أخفض رتبة من المقاصد فكانت العناية بالصلاة والغاء المشكوك فيه وهو السبب المبرئ منها أولى من رعاية الطهارة والغاء الحدث الواقع لها فظهر ان هذا الفرع لابد فيه

عنه القائل بأنها جزء من الفاتحة أو على قول ابن نافع من أئمتنا بوجوبها فى الصلاة والواجب فى الذبح بقيد الذكر والقدرة مطلق ذكر لا خصوص البسملة كما فى شراح المختصر وكلامنا فيما يتعلق بها بخصوصها والمعتمد انه يقتصر فى الذبح على بسم الله فقط ولا يزيد الرحمن الرحيم بخلاف الوضوء والاكل لانه تعذيب للحيوان وكون الاكل فيه تعذيب للقمة بالمضغ فى غاية البعد والا فيلزم عليه ان شرب الماء أو استعماله بالوضوء فيه حتف له ولا وجه له ونذرها فى صلاة من الصلوات الخمس لا نص فى المذهب على لزومه كما قالوا به فيمن نذر صوم رابع النحر مع انه مكروه أو عدم لزومه لكراهتها فيها والنذر انما يلزم به ما ندب نعم استظهر شيخنا الاميرانها

من المبالغة فى الحث على صلة الرحم والترغيب فيها بل الحق ان الله تعالى قدر له ستين سنة مرتبة على الاسباب العادية من الغذاء والتنفس فى الهواء ورتب له عشرين سنة أخرى مرتبة على هذه الاسباب وصلة الرحم واذا جعلها الله تعالى سببا امكن ان يقال انها تزيد فى العمر حقيقة كما نقول الايمان يدخل الجنة والكفر يدخل النار بالوضع الشرعى لا بالاقتضاء العقلى ومتى علم المكلف ان الله تعالى نصب صلة الرحم سببا لزيادة النساء فى العمر بادر الى ذلك كما يبادر لاستعمال الغذاء وتناول الدواء والايمان رغبة فى الجنان ويفر من الكفر رهبة من النيران وبقى الحديث على ظاهره من غير تأويل يخل بالحديث على ما تقدم وكذلك القول فى الرزق حرفا بحرف وكذلك نقول الدعاء يزيد فى العمر والرزق ويدفع الامراض ويؤخر الآجال وغير ذلك مما شرع فيه الدعاء فهو من القدر ولا يخل بشئ من القدر بل ما رتب الله سبحانه مقدورا الاعلى سبب عادى ولو شاء لمار بطه به * ومن هذا الباب الجواب عن سؤال صعب ورد فى قوله تعالى ولو كنت أعلم الغيب لاستكثرت من الخير وما مسنى السوء فقال بعض الفقهاء هنا سؤال وهو انه عليه السلام اذا علم الغيب والذى فى الغيب هو الذى قدره الله تعالى له من الخير فكيف يستكثر من الخير على تقدير الاطلاع على الغيب بل لو قدر الاطلاع على الغيب لبقى على ما هو فيه من الخير * والجواب عنه ان الله تعالى قدر الخير والشر فى الدنيا والآخرة وجعل لكل مقدور سببا يترتب عليه ويرتبط به ومن جملة الاسباب الاسباب التى جرت عادة الله تعالى بها من العلوم والجهالات فالجهل سبب عظيم فى العالم لمفاسد من أمور الدنيا والآخرة وفوات المصالح والعلم سبب عظيم لتحصيل مصالح ودرء مفاسد فى الدنيا والآخرة فالملك الذى دفع له السم فاكله فمات منه كيدا من اعدائه انما قدر الله تعالى انه يموت بالسم مع جهله بتناوله اما لو علمه لم يتناوله وكذلك ان الله تعالى اذا كان قد قدر نجاته منه قدر اطلاعه عليه فيسلم فيكون سبب سلامته علمه به فالمقدر على تقدير الجهل نحن نمنع انه مقدر على تقديره العلم بل المقدر على تقدير العلم ضده فالرزق الحقير انما قدره الله تعالى لاهله على تقدير جهلهم بالكنوز وعمل الكيمياء وغير ذلك من أسباب الرزق اما مع العلم بهذه الاسباب العظيمة الموجبة فى مجرى العادة سعة الرزق فلا نسلم ان الله تعالى قدر ضيق الرزق على هذا التقدير كما نقول ما قدر الله من دخول المؤمنين الجنة الا على تقدير الايمان اما مع عدمه فلا نسلم ان الله تعالى قدر لهم الجنة وما قدر للكفار النار الا على تقدير جهلهم بالله تعالى اما على تقدير علمهم به تعالى فلا نسلم انه قدر لهم النار وعلى هذه الطريقة يتضح لك ان رسول الله ﷺ لو اطلع على الغيب لذهبت عنه جهالات كثيرة كثر عنده من الخير ما لم يكن عنده الآن وما مسه السوء ولقد نجزم ان المحنة فى احد وقتل حمزة وغيره انما قدرها الله تعالى

من المباحث فى الحث على صلة الرحم والترغيب فيها بل الحق ان الله تعالى قدر له ستين سنة مرتبة على الاسباب العادية من الغذاء والتنفس فى الهواء ورتب له عشرين سنة أخرى مرتبة على هذه الاسباب وصلة الرحم واذا جعلها الله تعالى سببا امكن ان يقال انها تزيد فى العمر حقيقة كما نقول الايمان يدخل الجنة والكفر يدخل النار بالوضع الشرعى لا بالاقتضاء العقلى ومتى علم المكلف ان الله تعالى نصب صلة الرحم سببا لزيادة النساء فى العمر بادر الى ذلك كما يبادر لاستعمال الغذاء وتناول الدواء والايمان رغبة فى الجنان ويفر من الكفر رهبة من النيران وبقى الحديث على ظاهره من غير تأويل يخل بالحديث على ما تقدم وكذلك القول فى الرزق حرفا بحرف وكذلك نقول الدعاء يزيد فى العمر والرزق ويدفع الامراض ويؤخر الآجال وغير ذلك مما شرع فيه الدعاء فهو من القدر ولا يخل بشئ من القدر بل ما رتب الله سبحانه مقدورا الاعلى سبب عادى ولو شاء لمار بطه به * ومن هذا الباب الجواب عن سؤال صعب ورد فى قوله تعالى ولو كنت أعلم الغيب لاستكثرت من الخير وما مسنى السوء فقال بعض الفقهاء هنا سؤال وهو انه عليه السلام اذا علم الغيب والذى فى الغيب هو الذى قدره الله تعالى له من الخير فكيف يستكثر من الخير على تقدير الاطلاع على الغيب بل لو قدر الاطلاع على الغيب لبقى على ما هو فيه من الخير * والجواب عنه ان الله تعالى قدر الخير والشر فى الدنيا والآخرة وجعل لكل مقدور سببا يترتب عليه ويرتبط به ومن جملة الاسباب الاسباب التى جرت عادة الله تعالى بها من العلوم والجهالات فالجهل سبب عظيم فى العالم لمفاسد من أمور الدنيا والآخرة وفوات المصالح والعلم سبب عظيم لتحصيل مصالح ودرء مفاسد فى الدنيا والآخرة فالملك الذى دفع له السم فاكله فمات منه كيدا من اعدائه انما قدر الله تعالى انه يموت بالسم مع جهله بتناوله اما لو علمه لم يتناوله وكذلك ان الله تعالى اذا كان قد قدر نجاته منه قدر اطلاعه عليه فيسلم فيكون سبب سلامته علمه به فالمقدر على تقدير الجهل نحن نمنع انه مقدر على تقديره العلم بل المقدر على تقدير العلم ضده فالرزق الحقير انما قدره الله تعالى لاهله على تقدير جهلهم بالكنوز وعمل الكيمياء وغير ذلك من أسباب الرزق اما مع العلم بهذه الاسباب العظيمة الموجبة فى مجرى العادة سعة الرزق فلا نسلم ان الله تعالى قدر ضيق الرزق على هذا التقدير كما نقول ما قدر الله من دخول المؤمنين الجنة الا على تقدير الايمان اما مع عدمه فلا نسلم ان الله تعالى قدر لهم الجنة وما قدر للكفار النار الا على تقدير جهلهم بالله تعالى اما على تقدير علمهم به تعالى فلا نسلم انه قدر لهم النار وعلى هذه الطريقة يتضح لك ان رسول الله ﷺ لو اطلع على الغيب لذهبت عنه جهالات كثيرة كثر عنده من الخير ما لم يكن عنده الآن وما مسه السوء ولقد نجزم ان المحنة فى احد وقتل حمزة وغيره انما قدرها الله تعالى

لزومه لكراهتها فيها والنذر انما يلزم به ما ندب نعم استظهر شيخنا الاميرانها تلزم لانها عهد طلب فى الجملة فيما اذا قصد الخروج من الخلاف وتتعلق بها الكراهة فى الامور المكروهة كعند شرب الدخان لانه مكروه على الاظهر وكالاتيان بها فى الوطء المكروه كأن يطأ الجنب ثانيا قبل غسل فرجه كما فى الخرشى ويكره الاتيان بها أيضا فى الاذان والذكر وصلاة الفرض وان كان فيها شرف عظيم شرعا وعرفا لانها مشتملة على الذكر أو هى نفسها ذكر فلا تحتاج لذكر آخر فتأمل ولم أر نصا فى المذهب على حكم الاتيان بها فى أول براءة وفى أثنائها الآن المعتمد عند الشافعية كما أخبرنى به جماعة من الثقات من أشياخى من الشافعية وهو ما صرح به العلامة الرملى من الشافعية من كراهتها فى أول براءة واستحبابها فى أثنائها خلافا لقول ابن حجر تحرم فى أولها وتكره فى أثنائها فانه ضعيف وتعرض لها الحرمة فى تلاوتها للجنب على انها التى بسبب فى سورة النمل لا على انها ذكر بقصد التحصن وفى ابتداء المحرمات كالزنا وشرب الخمر على الاظهر ولا تتعلق بها الاباحة على الظاهر لأنها ذكر وأقل مراتبه الندب نعم قال الخادمى انها مباحة فى أول القعود والقيام لانها انما تطلب فى ذى البال دون هذا انتهى لكنه مردود بأنه ان أتى بها فى غير ذى البال ان كان قصده التبرك أو التحصن فيرجع للذكر وان كان قصده التهاون فهو كفر وقولهم تطلب فى ذى البال أى تتأكد فيه وأما الطلب الكلى الذى أتى لها من حيث الذكر فلا بد منه أى فى غير ذى البال عند عدم مناف للتعظيم كما هنا

وطلبها للكنيف مع انه ليس بذى بال ومناف للتعظيم امالانه من حيث انه محل لقضاء الحاجة يكون ذابال كما للشيخ محمد عبادة وامالان القصد منها حينئذ التحصن من الجن ومن هذا يعلم انه ينبغى لمن يأتى بها عند كب الماء والتفلة ونحوهما من المحقرات ان يقصد بذلك التحصن والتبرك لنفسه لا لكب الماء ولا للتفلة صونا لاقتران اسمه تعالى بالمحقرات كما للخادمى والمراد بالجواز فى قول المختصر وجازت كتعوذ بنفل عدم تأكد الطلب ونفى الكراهة فلا ينافى ندبها وكون الاتيان بذكر الله ولا ثواب له بعيد كما قاله شيخنا الامير اه بتلخيص وتوضيح ماوحذف وظاهره كراهتها فى المكروه مطلقا وحرمتها فى المحرم مطلقا (١٤٩) وبالجملة فالبسملة شرعت فى غالب ذوات البال اصالة أو لعارض قصد التحصن والتبرك لنفسه وهو ماعدا نحو الصلوات مما جعل الشارع مبدأه بغيرها وما عدا الذكر المحض وغير ذوات البال من المحرم والمكروه مطلقا أى ولو كانا لعارض ونحو القيام والقعود والامور الخسيسة ولم تشرع فى ستة أمور الاول نحو الصلوات مما جعل الشارع مبدأه بغيرها والثانى الذكر المحض والثالث والرابع المحرم والمكروه ولو كانا لعارض والخامس الامور الخسيسة باعتبار ذاتها وعدم قصد التحصن والتبرك لنفسه والارجعت بذلك لذوات البال والسادس نحو القيام والقعود مما أبيح ولم يكن من المحقرات ولا من ذوات البال وحكمها فيما شرعت فيه من ذوات البال تأكد الندب بالمعنى الاعم الشامل للسنة والمستحب على ماومنه(١) عند الشافعية المحرم والمكروه لعارض لما علمت وفى نحو الصلوات المفروضة والذكر المحض الكراهة وفى المحرم مطلقا عندنا أو لذاته فقط عند الشافعى ولو أباحته الضرورة التحريم على الاظهر وفى المكروه مطلقا عندنا أو لذاته فقط عند الشافعى ولو أباحته الضرورة الكراهة نعم الحرمة عندنا فى المحرم لعارض والكراهة فى المكروه لعارض أخف منهما فى المحرم لذاته والمكروه لذاته فافهم وفى الامور الخسيسة باعتبار ذاتها خلاف الاولى صونا لاقتران اسمه تعالى بالمحقرات ومع قصد التحصن والتبرك لنفسه الندب لرجوعها لذوات البال بذلك فمن باب أولى نحو القيام والقعود وان لم تشرع فيه لان أقل مراتب الذكر الندب وان لم يتأكد الا فى ذوات البال فافهم

بسبب عدم العلم بامور وعواقبها فى ذلك اليوم ولو قدر حصول العلم بعواقب ذلك اليوم لكان الامر على خلاف ذلك و بالجملة فقد كثرت لك النظائر لتستيقظ لهذه القاعدة وسر القضاء والقدر فيندفع السؤال وهو موضع حسن ﴿ فائدة ﴾ اطلق جماعة من العلماء القول بأن للام ثلثى البر لقول النبى عليه السلام لما قال له رجل يارسول الله من أحق الناس بحسن صحابتى قال امك قال ثم من قال أمك قال ثم من قال أمك قال ثم من قال أبوك وروى ذلك مرتين و روى ثلاثا فعلى رواية مرتين قالوا يكون لها ثلث البر وعلى رواية ثلاثة يكون لها ثلاثة أرباع البر لان الاب جاء فى المرة الرابعة وهذا يعتقد انه سهل وليس بالسهل وذلك ان قول السائل أى الناس أحق انما سأل عن أعلى الرتب فلما أجيب عنها عرفها الرتبة العالية فاخذ يسأل عن الرتبة التى تليها بصيغة ثم التى للتراخى الدالة على تراخى رتبة الفريق الثانى عن الفريق الاول فى البر فقال له صاحب الشرع امك فلا يكون هذا الجواب مطابقا حتى تكون هذه المرتبة الثانية أخفض رتبة من الاولى وكذلك الاجوبة التى بعدها بتلك الرتب المجاب بها وكما وجب نقصان الرتبة الثانية عن الاولى وجب أيضا نقصان الرتبة الثالثة عن الثانية عملا بثم الدالة على التراخى والنقصان ثم رتبة الاب تكون أخفض الرتب وأفلها وعلى هذا التقدير لا تكون رتبة الاب مشتملة على ثلث البر اذ لو اشتملت لكانت الرتب مستوية وقد تقرر انها مختلفة وان الاخيرة أقل مما هو أقل وانه يجب نقصان كل رتبة فضلا عما قبلها فيتعين نقصان الرتبة الاخيرة بمقادير عديدة عن الرتبة الاولى بعدد الاسئلة والاجوبة فيكون نصيب الاب أقل من الثلث بمقدارين على احدى الروايتين وثلاث مقادير على رواية الثلاث فيكون نصيب الاب أقل من الثلث وأقل من الربع قطعا فيبطل القول بأنه ثلث البر على احدى الروايتين وثلاثة أرباع البر على الرواية الاخرى بل أقل بكثير وكما وجب نقصان الاب عن الربع أو الثلث وجب أيضا أن لا يقال للام ثلثا البر أو ثلاثة أرباعه لان الانصباء المضمومة اليها مختلفة المقادير كما تقدم وانما يلزم ماقالوا أن لو كانت المقادير مستوية * فان قلت فهل يتعين ذلك بعد تسليم بطلان المقدار المذكور * قلت ذلك عسير على وانما الذى يتيسر لى ايراد السؤال اما تحرير المقدار فلا أعلم الا ان ثم اقتضت أصل النقصان مع زيادة فى النقصان يحصل بها التراخى ثم اما مقدار ذلك الذى به حصل فلا يتعين لى بل جزمت بالتفاوت فقط فان تيسر الضبط فى ذلك فاضبطه فان قلت ثم حرف عطف تقتضى معطوفا ومعطوفا عليه وليس معنا قبلها أو بعدها الا كلام فيلزم أن تكون معطوفة على نفسها فى الرتبة الاولى والثانية والقاعدة العربية ان الشئ لا يعطف على نفسه * قلت أيضا هذا سؤال مشكل يحتاج الى نظر وتحرير على القواعد العربية والمقاصد الشرعية ثم ان السائل انما سأل عن غير الام والتراخى عنها فى الرتبة فكيف أجيب بالام وكيف يقال ان التراخى عن الام فى البر هو للام حتى يحصل الجواب به وهذا أيضا

---

(١) هكذا بالاصل ولعله على مامر

﴿ وصل ﴾ فى زيادة تحرير هذا الفرق يبيان الفرق بين المحرم والمكروه لذاته و بين المحرم والمكروه لعارض قال العلامة الانبابى فى تقريراته على باجورى السنوسية يظهر ان المراد بالمحرم لذاته والمكروه لذاته مالم يكن تحريمه وكراهته لعلة يدور معها وجودا وعدما والمحرم لعارض والمكروه لعارض ما كان تحريمه وكراهته لعلة يدور معها وجودا وعدما فالزنا وشرب الخمر من قبيل المحرم لذاته لان تحريم الزنا لايدور مع علته التى هى اختلاط الانساب وجودا وعدما اذ قد تنتفى العلة ويوجد التحريم كما اذا وطئ رجل صغيرة وكذلك تحريم شرب الخمر لايدور مع علته التى هى الاسكار اذ قد ينتفى الاسكار ويوجد التحريم كما اذا اعتاد الشخص

شرب الخمر بحيث لايؤثر فى عقله شيأ أوشرب قدرا لايسكر والوضوء بماء مغصوب من المحرم لعارض لان تحريمه يدور مع علته التى هى الاستيلاء على حق الغير عدوانا وجودا وعدما والنظر لفرج الحليلة من قبيل المكروه لذاته لان كراهته لاتدور مع علته التى هى خوف الطمس مع عدم الحاجة اذ قد تنتفى العلة وتوجد الكراهة كما اذا أخبره معصوم بانه لايحصل له طمس اذا نظر لفرج حليلته والوضوء بالماء المشمس من المكروه لعارض لان كراهته تدور مع علته التى هى خوف البرص وجودا وعدما فاذا امتنعت العلة بأن لم يكن تشميسه فى نحاس أوكان فيه ولم يكن القطر حارا انتفت الكراهة و بهذا اندفع مايقال لايعقل فرق بين المحرم والمكروه لذاتهما و بين المحرم والمكروه لعارض لانه اذا نظر للشرب من حيث هو جائز وان نظر لكونه متعلقا بالخمر فهو حرام كما انه ان نظر للوضوء فى ذاته فهو جائز وان نظر لكونه بماء مغصوب فهو حرام وكذا يقال فى المكروه فان كان المراد بالمحرم والمكروه لذاتهما ما كان تحريمه وكراهته لالعلة ولعارض ما كان ماذكرلها وردعليه ان للكل عدلا ولا فرق اه بتوضيح وتغيير ما وتمثيله للمكروه لذاته بالنظر لفرج الحليلة مبنى على مذهبه واما على مذهبنا فمباح ففى مجموع الامير مع شرحه وحواشيه وحل بالعقد أى بشرط الاشهاد غير الايلاج بدبر من نظر فرج وغيره خلافا لمن قال نظر الفرج يورث العمى نعم الاكمل خلافه كما فى حديث عائشة رضى والصلح

اشكال آخر * والجواب أن نقول هذا عطف وكلام محمول على المعنى كان السائل لما قيل له أحق الناس وأولاهم أمك قال فلمن أتوجه بالبر بعد ذلك واشتغل به قيل له أيضا توجه لامك فقو بل مافهم منه من الاعراض عن الام بالامر بالملازمة اظهارا لتأكيد حقها فقال اذا توجهت أيضا اليها وفرغت فلمن أتوجه بعد ذلك أيضا فقيل له امك فقو بل أيضا مافهم منه من الاعراض عن الام بالامر بالبر والملازمة اظهارا لتأكيد حقها فصارت الام معطوفة على نفسها بنسبتين مختلفتين الى رتبتين متباينتين فهى بقيد الرتبة الدنيا معطوفة على نفسها بقيد الرتبة العليا والشئ الواحد اذا أخذ مع وصفين مختلفين صار شيئين مختلفين كما تقول زيد ابن وأخ وفقيه وتاجر وغير ذلك والموصوف بهذه الصفات واحد غير انه لما أخذ مع المختلفات صار مختلفا فهذا السر هو المحسن للعطف واعادة الام فى الرتب وهذا الحديث كما ترى فيه مافيه من القلق والاشكال مع انه فى بادئ الرأى فى غاية الظهور وكم من شئ يكون ظاهرا فى بادئ الرأى فاذا اختبر حرج منه غرائب

﴿ فصل ﴾ اذا تقررت هذه المسائل وهذه المباحث ظهر لك الفرق بين قاعدة الواجب للاجانب والواجب للوالدين فان كل مايجب للاجانب يجب للوالدين وضابط مايختص به الوالدان دون الاجانب هو اجتناب مطلق الاذى كيف كان اذا لم يكن فيه ضرر على الابن و وجوب طاعتهما فى ترك النوافل وتعجيل الفروض الموسعة وترك فروض الكفاية اذا كان ثم من يقوم بها وماعدا ذلك لاتجب طاعتهما فيه وان ندب الى طاعتهما و برهما مطلقا وكذلك الاجانب يندب برهم مطلقا غير ان الندب فى الابوين أقوى فى غير القرب والنوافل ولاندب فى طاعة الاجانب فى ترك النوافل بل الكراهة من غير تحريم وأما مايجب لذوى الارحام من غير الابوين فلم أظفر فيه بتفصيل كما وجدت تلك المسائل فى الابوين بل أصل الوجوب من حيث الجملة فهذا هو الذى قدرت عليه فى هذا الفرق وقد رأيت جمعا عظيما على طول الايام يعسر عليهم تحرير ذلك

﴿ الفرق الرابع والعشرون بين قاعدة ماتؤثر فيه الجهالات والغرر وقاعدة مالايؤثر فيه ذلك من التصرفات ﴾

وردت الاحاديث الصحيحة فى نهيه عليه السلام عن بيع الغرر وعن بيع المجهول واختلف العلماء بعد ذلك فمنهم من عممه فى التصرفات وهو الشافعى فمنع من الجهالة فى الهبة والصدقة والابراء والخلع

قال (الفرق الرابع والعشرون بين قاعدة ماتؤثر فيه الجهالات والغرر وقاعدة مالايؤثر فيه ذلك من التصرفات) * قلت ماقاله فى هذا الفرق صحيح ظاهر

الله تعالى عنها والله مارأى منى ولارأيت منه اه فالاولى التمثيل لذلك بأكل من لم يقصد دخول المسجد نحو البصل النيء ولبس عنده مايزيل به رائحته لان كراهته على القول بها لاتدور مع علته التى هى تأذى غيره ولو ملكا وجودا وعدما لتحقق الكراهة ولو لم يجتمع مع أحد أو اجتمع بمن ضعفت حاسة شمه قال العلامة الصفتى ماحاصله ان أكل الثوم والبصل والفجل ونحو ذلك ان كان فى المسجد فحرام ولو لم يكن به أحد ولو كان عنده مايزيل به رائحته وان كان خارج المسجد فخلاف الاولى ان كان عنده مايزيل به رائحته فان لم يكن عنده مايزيل به رائحته فان قصد دخول المسجد فحرام والافقيل بالكراهة وقيل بالجواز وقيل بالحرمة وهو الظاهر أفاده الشيخ فى حاشية الخرشى والله أعلم

والصلح وغير ذلك ومنهم من فصل وهو مالك بين قاعدة مايجتنب فيه الغرر والجهالة وهو باب المكاسات والتصرفات الموجبة لتنمية الاموال ومايقصد به تحصيلها وقاعدة مالا يجتنب فيه الغرر والجهالة وهو مالا يقصد لذلك وانقسمت التصرفات عنده ثلاثة أقسام طرفان وواسطة فالطرفان أحدهما معاوضة صرفة فيجتنب فيها ذلك الا مادعت الضرورة اليه عادة كما تقدم ان الجهالات ثلاثة أقسام فكذلك الغرر والمشقة * وثانيهما ماهو احسان صرف لايقصد به تنمية المال كالصدقة والهبة والابراء فان هذه التصرفات لايقصد بها تنمية المال بل ان فاتت على من أحسن اليه بها لاضرر عليه فانه لم يبذل شيأ بخلاف القسم الاول اذا فات بالغرر والجهالات ضاع المال المبذول فى مقابلته فاقتضت حكمة الشرع منع الجهالة فيه اما الاحسان الصرف فلا ضرر فيه فاقتضت حكمة الشرع وحثه على الاحسان التوسعة فيه بكل طريق بالمعلوم والمجهول فان ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعا وفى المنع من ذلك وسيلة الى تقليله فاذا وهب له عبده الآبق جاز أن يجده فيحصل له ماينتفع به ولاضرر عليه ان لم يجده لانه لم يبذل شيأ وهذا فقه جميل ثم ان الاحاديث لم يرد فيها مايعم هذه الاقسام حتى نقول يلزم منه مخالفة نصوص صاحب الشرع بل انما وردت فى البيع ونحوه وأما الواسطة بين الطرفين فهو النكاح فهو من جهة ان المال فيه ليس مقصودا وانما مقصده المودة والالفة والسكون يقتضى أن يجوز فيه الجهالة والغرر مطلقا ومن جهة ان صاحب الشرع اشترط فيه المال بقوله تعالى ان تبتغوا بأموالكم يقتضى امتناع الجهالة والغرر فيه فلوجود الشبهين توسط مالك فجوز فيه الغرر القليل دون الكثير نحو عبد من غير تعيين وشورة بيت ولايجوز على العبد الآبق والبعير الشارد لان الأول يرجع فيه الى الوسط المتعارف والثانى ليس له ضابط فامتنع والحق الخلع بأحد الطرفين الاولين الذى يجوز فيه الغرر مطلقا لان العصمة واطلاقها ليس من باب مايقصد للمعاوضة بل شأن الطلاق أن يكون بغير شئ فهو كالهبة فهذا هو الفرق بين القاعدتين والضابط للبابين والفقه مع مالك رحمه الله فيه

﴿ الفرق الخامس والعشرون بين قاعدة ثبوت الحكم فى المشترك وبين قاعدة النهى عن المشترك ﴾

هذا الفرق جليل عظيم دقيق النظر خطير النفع لايحققه الا فحول العلماء والفقهاء فاستقبله بعقل سليم وفكر مستقيم وذلك ان الامر المشترك هو الحقيقة الكلية الموجودة فى أفراد عديدة كالرقبة بالنسبة

قال (الفرق الخامس والعشرون بين قاعدة ثبوت الحكم فى المشترك و بين قاعدة النهى عن المشترك

﴿ الفرق العشرون بين قاعدة الصوم وقاعدة غيره من الاعمال الصالحة ﴾

من حيث ان صاحب الشرع خصص الصوم باضافته الى نفسه الموجبة لتشريفه على غيره كما فى الحديث الصحيح ان رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم قال كل عمل ابن آدم له الا الصوم فانه لى وأنا أجزى به مع ان الصلاة أفضل منه كما عليه الفتاوى وحديث أفضل أعمالكم الصلاة والاثر المشهور عن عمر رضى الله تعالى عنه انه كتب الى عماله ان أهم أموركم عندى الصلاة فاحتيج الى بيان الفارق الذى أوجب هذه الاضافة والتخصيص واضطرب الناس فيه فمن قائل ان الصوم لما كان أمرا خفيا لايمكن ان يطلع عليه حقيقة الا الله تعالى نبه على شرفه بخلاف الصلاة والجهاد وغيرهما قال ابن الشاط ماتوضيحه وهذا أحسن ماقيل فى ذلك عندى والمراد بقوله فى الحديث كل عمل ابن آدم له الخ الاعمال الظاهرة فقط لامايشمل الباطنة من الايمان وسائر أعمال القلوب الحسنة حتى يقال انها كالصوم فى الخفاء ولا تعارض بين تخصيص الصوم بهذه المزية دون الاعمال الظاهرة مع كون الصلاة أفضل منه اذ قد يتحقق فى المفضول من المزايا مالا يتحقق فى الفاضل كما سيأتى تقريره بعد هذا اه ومن قائل ان جوف الانسان فى الصوم يبقى خاليا فيحصل له به شبه وصف الربوبية فان الصمد هو الذى لاجوف له على أحد الاقوال فيه وفيه ان عموم الحديث المتقدم يقتضى تفضيله حتى على الاشتغال بالعلوم والانتقام من المجرمين

الا حوال والازمان وضابط اللزوم الجزئى ان يكون لزوم الشىء للشىء فى بعض الاحوال دون بعض أو بعض الازمنة دون بعض وهو
المراد باللزوم فى الجملة المعتبر عند البيانيين فى المجاز والكناية كلزوم الطهارة الصغرى للطهارة الكبرى التى هى غسل الجنابة مثلا بمعنى
ان الطهارة الكبرى اذا حصلت أغنت عن الطهارة الصغرى التى هى الوضوء وجازت بها الصلاة من غير تجديد وضوء كما قال الفقهاء لكن
لا فى جميع الاحوال والازمان حتى يقال انه يلزم على قول الفقهاء المذكور اما مخالفة القاعدة العقلية وهى انه يلزم من انتفاء اللازم انتفاء
الملزوم بأن لا يلزم من انتفاء اللازم انتفاء الملزوم ان أبقوا الطهارة الكبرى بعد انتفاء الصغرى اذا أحدث الحدث الاصغر واما مخالفة
الاجماع المنعقد بعدم انتفاء الطهارة الكبرى بعد انتفاء الصغرى اذا أحدث الحدث الاصغران أوجبوا الغسل بخروج الريح أو الغائط
أو الملامسة وكلتا القاعدتين لا سبيل الى مخالفتهما فلا سبيل الى القول بلزوم الطهارة الصغرى للطهارة الكبرى بل مراد الفقهاء ان

لزوم الطهارة الصغرى الوضوء للغسل فى الابتداء فقط دون الدوام فاللزوم بينهما بهذا الشرط وهو عدم طريان الناقض فى أثناء الغسل فهو فى حالة خاصة من جملة الاحوال ولا يحصل فى حالة دوام الغسل وغيرها من الاحوال فلا يلزم من انتفاء اللازم انتفاء الملزوم الا فى الحالة التى حصل فيها اللزوم فلا جزم لم يقل أحد من القائلين باللزوم فى هذه الحالة ببقاء الطهارة الكبرى دون الطهارة الصغرى بل انما قال به فى حالة الدوام التى ليس فيها لزوم فانتفاء الطهارة الصغرى فى هذه الحالة لا يقدح اذ لا يقدح الانتفاء ما هو لازم والطهارة الصغرى فى هذه الحالة ليست لازمة فلا يضر انتفاؤها

صلوات وسبب وجوب الخمس هو الشك واذا شك هل تطهر أم لا وجب الوضوء وسبب وجوبه الشك
وكذلك بقية النظائر التى ذكرها فالمتقرب فى جميع تلك الصور جازم بوجود الموجب وهو الله تعالى
وسبب الوجوب الذى هو الشك والواجب الذى هو الفعل ودليل الوجوب الذى هو الاجماع أو النص
فالجميع معلوم وفى صورة النظر لا شىء منها بمعلوم بل الجميع مجهول مشكوك فيه فالشك فى السبب غير
السبب فى الشك فالاول يمنع التقرب ولا يتقرر معه حكم والثانى لا يمنع التقرب وتتقرر معه الاحكام كما
رأيت فى هذه النظائر فاندفع سؤال هذا السائل وصح الاجماع ونقل العلماء فيه وما أورده من النقوض
عليهم لا يرد ولا ندعى ان صاحب الشرع نصب الشك سببا فى جميع صوره بل فى بعض الصور بحسب
ما يدل عليه الاجماع أو النص وقد يلغى صاحب الشرع الشك فلا يجعل فيه شيأ كمن شك هل طلق أم لا
فلا شىء عليه والشك لغو ومن شك فى صلاته هل سها أم لا فلا شىء عليه والشك لغو فهذه صور من الشك
أجمع الناس على عدم اعتباره فيها كما أجمعوا على اعتباره فيما تقدم ذكره من تلك الصور وقسم ثالث
اختلف العلماء فى نصبه سببا كمن شك هل أحدث أم لا فاعتبره مالك دون الشافعى ومن شك هل طلق
ثلاثا أم اثنتين ألزمه مالك الطلقة المشكوك فيها دون الشافعى ومن حلف يمينا وشك ماهى ألزمه مالك
جميع الايمان فقد انقسم الشك ثلاثة أقسام مجمع على اعتباره ومجمع على الغائه ومختلف فيه ويتضح
لك الفرق أيضا بين الشك فى الاسباب وبين الاسباب فى الشك بذكر ثلاث مسائل ﴿ المسألة
الاولى ﴾ قال بعض العلماء اذا نسى صلاة من خمس فانه يصلى خمسا وتصح نيته مع التردد والقاعدة
ان النية لا تصح مع التردد واستثنيت هذه الصورة لتعذر جزم النية فيها وليس الامر كما قالوا بل
المصلى جازم بوجوب الخمس عليه لوجود سبب وجوبها وهو الشك واذا وجد سبب الوجوب
جزم المكلف بالوجوب وكانت نيته جازمة لا مترددة وكذلك من شك فى جهة الكعبة وقلنا
يصلى أربع صلوات جزمنا بوجوب أربع عليه بسبب الشك ويصلى الاربع بنية جازمة وكذلك
من التبست عليه الاجنبية باخته أو المذكاة بالميتة فانه جازم بالتحريم لوجود سببه الذى هو الشك

ومن أمثلة اللزوم الجزئى أيضا لزوم المؤثر لأثره زمن حدوث ذلك الأثر دون ما بعد زمن الحدوث وكذلك
فكل بناء يلزمه البناء حالة البناء دون ما بعد ذلك فقد يموت البناء ويبقى بعد ذلك البناء وكذلك الناسج مع نسجه فعدم اللزوم فى
غير حالة الحدوث لا يقدح اذ لم يريدوا بقولهم يلزم من عدم اللازم عدم الملزوم الا حيث قضى باللزوم اما عاما واما خاصا أما فى الصورة التى
لم يقض فيها باللزوم فلا كما انهم أرادوا بقولهم يلزم من عدم الشرط عدم المشروط انه يلزم من عدمه عدمه فى الصورة التى هو فيها
شرط أما لو كان شرطا فى حالة دون حالة لم يلزم من عدمه فى صورة ما ليس بشرط فيها عدم المشروط كالطهارة بالماء شرط فى صحة الصلاة
فى صورة القدرة على الماء وعلى استعماله وليس بشرط فى صورة عدم الماء أو عدم القدرة على استعماله فلا جرم يلزم من عدمه فى صورة
القدرة على ذلك عدم صحة الصلاة ولا يلزم من عدمه فى صورة عدم القدرة على ذلك عدم المشروط الذى هو صحة الصلاة لعدم الشرطية
فى تلك الصورة فالشرط واللازم فى هذا الباب سواء فتأمل ذلك

﴿ الفرق الرابع والاربعون بين قاعدة الشك في السبب و بين قاعدة السبب في الشك ﴾ بمعنى ان الشك هو الذى جعله الشرع محل السببية وموصوفا بها وتحريره ان السبب فى الشك كما فى مسئلة من شك فى عين الصلاة المنسية ونظائرها الواقعة فى الشريعة لا يمنع التقرب وتتقرر معه الاحكام ضرورة ان المتقرب جازم فيه بوجود الموجب وهو الله تعالى وسبب الوجوب الذى هو الشك والواجب الذى هو الفعل ودليل الوجوب الذى هو الاجماع أو النص والشك فى السبب كما فى النظر الاول الذى يحصل به العلم بوجود الصانع يمنع التقرب ولا يتقرر معه حكم ضرورة ان المتقرب لم يجزم فيه بوجود الموجب وهو الله تعالى ولا بوجود سبب الوجوب الذى هو الشك ولا بوجود الواجب الذى هو الفعل ولا بوجود دليل الوجوب الذى هو الاجماع أو النص فالجميع مجهول مشكوك فيه لا معلوم فلذا حكى الفقهاء فى كتبهم انعقاد الاجماع على تعذر نية التقرب فى النظر الاول المذكور واندفع ما أورده بعضهم عليه بانه كيف يحكى الاجماع فى تعذر هذا وهو واقع فى الشريعة فى عدة صور فان غاية هذا الناظر قبل ان ينظر يجوز ان يكون له صانع وان لا يكون وان يكون هذا النظر واجبا عليه وان لا يكون وهذا لا يمنع قصد التقرب بدليل ما وقع فى الشريعة ان من شك هل صلى أم لا فانه يجب عليه ان يصلى وينوى التقرب بتلك الصلاة المشكوك فيها ونظائر ذلك كثيرة فى الشريعة واذا وقع فى الشريعة نية التقرب بالمشكوك فيه جاز شكه فى النظر الاول وتكون حكاية الاجماع فى تعذره خطأ بل يمكن قصد التقرب به ولا ينفع الفرق بأن الشك فى صورة النظر الاول فى الموجب وفى صورة غيره الواقع فى الشريعة فى الواجب اذ كما لا يمنع الشك فى الواجب كذلك لا يمنع فى الموجب لان غاية الشك فيه ان يفضى الى الشك فى الواجب وحاصل الدفع ان كلا من وجود الموجب وسبب الوجوب والواجب ودليل الوجوب غير معلوم فى صورة النظر بل مجهول مشكوك فيه وفى صورة غيره الواقع فى الشريعة مجزوم به فالاول شك فى السبب والثانى سبب فى الشك فافترقا وبعبارة ان الشارع شرع الاحكام وشرع لها أسبابا وجعل من جملة ما شرعه من الاسباب الشك فشرعه فى عدة من الصور حيث شاء منها ما اذا شك فى الشاة المذكاة والميتة حرمتا معا وسبب التحريم هو الشك ومنها ما اذا شك فى الاجنبية وأخته من الرضاع حرمتا معا وسبب التحريم هو الشك ومنها ما اذا شك فى عين الصلاة المنسية وجب عليه خمس صلوات وسبب وجوب الخمس هو الشك ومنها ما اذا شك هل تطهر أم لا وجب الوضوء وسبب وجوبه الشك ومنها ما اذا شك هل صام أم لا وجب الصوم وسبب وجوبه الشك ومنها ما اذا شك هل أخرج الزكاة أم لا وجب اخراجها وسبب الوجوب الشك ومنها بقية النظائر الكثيرة فى الشريعة وقد يلقى صاحب الشرع الشك فلا يجعل فيه شيأ كما فى صورة النظر الاول لان المشكوك فيه مجهول كالموجب والواجب ودليل الوجوب وسببه كما علمت فلا يكون سببا للحكم الذى هو

وكذلك من التبست عليه الاوانى أو الثياب وقلنا يجتهد فانه يجزم بوجوب الاجتهاد عليه ولا تردد فى شئ من هذه الصور البتة بل القصد جازم والنية جازمة وقس على ذلك بقية النظائر كما تقدم ﴿ المسألة الثانية ﴾ من شك فى صلاته فلم يدر كم صلى ثلاثا أم أربعا فانه يجعلها ثلاثا ويصلى ركعة ويسجد سجدتين بعد السلام مع ان القاعدة ان من شك هل سها أم لا لا سجود عليه وهو يجوز أن يكون زاد وأن لا يكون فكيف يسجد مع انه فى غير هذه الصورة لو شك هل زاد أم لا لا يسجد فتصير هذه المسألة من أعظم المشكلات ويتعذر الفرق بين من شك هل سها أم لا وبين هذه الصورة ولقد ذكرت هذا الاشكال لجماعة من الفضلاء الاعيان فلم يجدوا عنه جوابا ثم انه كيف يصلى هذه الركعة التى قام اليها ولابد فيها من تجديد النية فكيف ينوى التقرب بها مع عدم الجزم بوجوبها ويجوز أن تكون محرمة خامسة وأن تكون واجبة رابعة ومع التردد لا جزم * والجواب عن جميع ذلك ان صاحب الشرع جعل الشك فى هذه الصورة سببا لوجوب ركعة ووجوب سجدتين بعد السلام ويدل على ذلك ان القاعدة ان ترتب الحكم على الوصف يقتضى عليه ذلك الوصف لذلك الحكم فصاحب الشرع قد رتب هذه الاحكام على الشك فقال اذا شك أحدكم فى صلاته فلم يدر أصلى ثلاثا أم أربعا فليأت بركعة ويسجد سجدتين يرغم بهما أنف الشيطان فرتب الاحكام المذكورة على الشك المذكور والترتيب دليل السببية كما لو قال اذا سها أحدكم فليسجد واذا أحدث فليتوضأ ونحوه فانه لا يفهم عنه الا سببية الاوصاف المتقدمة لهذه الاحكام فيكون الشك سبب وجوب هذه الركعة وسجود السهو وعلى هذا تكون أسباب السجود ثلاثة الزيادة والنقصان والشك وهذا الثالث قل أن يتفطن له فتأمله ولا تجد ما يسوغ على مقتضى القواعد غيره وبه يظهر الفرق بين الشك فى سبب السهو و بين الشك فى العدد وان الاول شك فى السبب والثانى سبب فى الشك بمعنى ان الشك هو الذى جعله الشرع محل السببية فلم كرته بهذه العبارة ليحصل التقابل بينه و بين الاول طردا وعكسا * ﴿ المسألة الثالثة ﴾ * وقع فى بعض تعاليق المذهب ان رجلا توضأ وصلى الصبح والظهر والعصر والمغرب بوضوء واحد

الوجوب وكمن شك هل طلق أم لا فلا شيء عليه والشك لغو ومن شك في صلاته هل سها أم لا فلا شيء عليه والشك لغو فهذه صور من الشك أجمع الناس على عدم اعتباره فيها كما أجمعوا على اعتباره فيما تقدم ذكره من تلك الصور فهذان قسمان و بقي قسم ثالث اختلف العلماء في نصب الشك سببا فيه كمن شك هل أحدث أم لا فاعتبره مالك دون الشافعي ومن شك هل طلق ثلاثا أم اثنتين ألزمه مالك الطلقة للشكوك فيها دون الشافعي ومن حلف يمينا وشك ماهي ألزمه مالك جميع الايمان فقد انقسم الشك ثلاثة أقسام مجمع على اعتباره ومجمع على الغائه ومختلف فيه ﴿ وصل ﴾ في زيادة توضيح هذا الفرق بثلاث مسائل * المسئلة الاولى اذا نسي المكلف صلاة من الخمس صلى خمسا بنية جازمة بوجوب الخمس عليه لوجود سبب وجوبها وهو الشك لا بنية متددة حتى يحتاج لان يقال استثنيت هذه الصورة من قاعدة ان النية لا تصح مع التردد لتعذر جزم النية فيها وكذلك من شك في جهة الكعبة يصلي أربع صلوات الى الجهات الاربع بنية جازمة بوجوب الاربع عليه بسبب الشك ومن التبست عليه الاواني أو الثياب يجتهد بنية جازمة بوجوب الاجتهاد عليه بسبب الشك وكذلك من التبست عليه الاجنبية بأخته أو المذكاة بالميتة جازم بالتحريم لوجود سببه الذي هو الشك فلا تردد في شيء من هذه الصور البتة بل القصد جازم والنية جازمة وقس على ذلك بقية النظائر ﴿ المسئلة الثانية ﴾ قاعدة ان ترتب الحكم على الوصف يقتضي علية ذلك الوصف لذلك الحكم مع قول صاحب الشرع اذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر أصلى ثلاثا أم أربعا فليأت بركعة ويسجد سجدتين يرغم بهما أنف الشيطان دليل على ان صاحب الشرع لما رتب في هذه الصورة وجوب ركعة ووجوب سجدتين بعد السلام على الشك جعل ذلك الشك فيها سببا لهذين الوجوبين اذ الترتيب دليل السببية ألا ترى انه لو قال اذا سها أحدكم فليسجد واذا أحدث فليتوضأ ونحوه لم يفهم منه الا سببية السهو لوجوب السجود وسببية الحدث لوجوب الوضوء فتكون أسباب السجود ثلاثة السهو في الزيادة والسهو في النقصان والشك وقل ان يتفطن لهذا الثالث فلم يصل المكلف في هذه الصورة هذه الركعة التي قام اليها الا بنية جازمة بوجوبها لوجود سبب وجوبها وهو الشك لا بنية متددة في ان تكون محرمة خامسة وان تكون واجبة رابعة حتى يقال كيف ينوي التقرب بهذه الركعة مع عدم الجزم بوجوبها وتعين كون هذه الصورة شكا في العدد أي سببا في الشك بمعنى ان الشك هو الذي جعله الشرع محل السببية وموصوفا بها بخلاف صورة ما لو شك هل سها أم لا فانها من الشك في سبب السهو فلذا جرت فيها قاعدة ان من شك هل سها أم لا لا سجود عليه ولم تجر في الصورة التي قبلها أعني صورة من شك في صلاته فلم يدر كم صلى ثلاثا أم أربعا وان جاز فيها ان يكون زاد وان لا يكون فلم يتحرر الفرق بين من شك هل سها أم لا وبين هذه الصورة حتى يرد الاشكال على هذه الصورة بأنه كيف يسجد فيها مع انه في غيرها لو شك هل زاد أم لا لا يسجد فافهم ﴿ المسئلة الثالثة ﴾ سأل رجل بعض علماء المذهب انه صلى الصبح والظهر والعصر والمغرب

ثم أحدث وتوضأ وصلى العشاء ثم تيقن انه نسي مسح رأسه من أحد الوضوأين لا يدري أيهما هو فسأل العلماء فقالوا له يلزمك أن تمسح رأسك وتعيد الصلوات الخمس فذهب ليفعل ذلك فنسي مسح رأسه وصلى الصلوات الخمس ثم جاء يستفتي عن ذلك من سأله عن ذلك أولا فقالوا له اذهب وامسح رأسك وأعد العشاء وحدها فاشكل ذلك على جماعة من فقهاء العصر وقالوا الشك موجود في الحالتين فكيف أمر أ ولا باعادة الصلوات كلها وفي ثاني الحال أمر باعادة العشاء وحدها * والجواب ان المسح المتروك ان كان من وضوء الصلوات الاربع فقد أعادها بوضوء العشاء بعد ان استفتى أولا فبرئت الذمة منها وان كان ذلك من وضوء العشاء فقد برئت الذمة منها بوضوئها الاول فقد برئت الذمة منها على التقديرين ولم يبق الشك الا في العشاء فعلى تقدير أن يكون المسح نسي من وضوئها تكون ثابتة في ذمته لانه انما صلاها بوضوء واحد وهو وضوء العشاء اما غيرها من الصلوات فقد صليت بوضوءين فتصح اما بالاول واما بالثاني بخلاف العشاء فلذلك اختلف جواب المفتي قبل الاعادة و بعدها

﴿ الفرق الخامس والاربعون بين قاعدة قبول الشرط و بين قاعدة قبول التعليق على الشرط ﴾ الحقائق في الشريعة أربعة أقسام ما يقبل الشرط والتعليق عليه وما لا يقبل الشرط ولا التعليق عليه وما يقبل الشرط دون التعليق عليه وما لا يقبل الشرط و يقبل التعليق عليه أما القسم الاول فكالطلاق والعتاق ونحوهما فيقبل الشرط بان يقول أنت حر وعليك ألف أو أنت طالق وعليك ألف فهذه صورة قبول الشرط فيلزم ذلك اذا اتفقا عليه و ينجز الطلاق والعتاق الآن و يقبل التعليق على الشرط بأن يقول ان دخلت الدار فانت طالق أو أنت حر فلا ينجز طلاق ولا عتاق الآن حتى يقع الشرط وأما القسم الثاني الذي لا يقبلهما فالايمان بالله تعالى والدخول في الدين فانه لا يقبل الشرط فلا يصح أسلمت على ان لي أن أشرب الخمر أو أترك الصلاة ونحوه و يسقط شرطه

بوضوء واحد ثم أحدث وتوضأ وصلى العشاء ثم تيقن انه نسى مسح رأسه من أحد الوضوأين لايدرى أيهما هو فقالوا له يلزمك ان تمسح رأسك و تعيد الصلوات الخمس ثم جاء يستفتى عن ذلك من سأله عن ذلك أولا فقالوا له اذهب وامسح رأسك وأعد العشاء وحدها ووجه اختلاف جواب المفتى قبل الاعادة و بعدها ان المسح المتروك ان كان من وضوء الصلوات الاربع فقد أعادها بوضوء العشاء بعد ان استفتى أولا فبرئت الذمة منها وان كان ذلك من وضوء العشاء فقد برئت الذمة منها بوضوئها الاول فعلى كل من التقديرين قد برئت الذمة منها ولم يبق الشك الا فى العشاء لانه انما صلاها بوضوء واحد لا بوضوأين كغيرها من الصلوات فعلى تقدير ان يكون المسح نسى من وضوء العشاء تكون ثابتة فى ذمته والله سبحانه وتعالى أعلم ﴿ الفرق الخامس والاربعون بين قاعدة قبول الشرط و بين قاعدة قبول التعليق على الشرط ﴾ وذلك انه لا يلزم من قبول التعليق قبول الشرط ولا من قبول الشرط قبول التعليق فان الحقائق فى الشريعة على أربعة أقسام * القسم الاول مايقبل الشرط والتعليق عليه من نحو الطلاق والعتاق فيقبل الشرط بأن يقول أنت حر على ان عليك ألفا أو أنت طالق على ان عليك ألفا فيلزم الشرط ان اتفقا عليه و ينجز الطلاق والعتاق الآن و يقبل التعليق على الشرط بأن يقول ان دخلت الدار فأنت طالق أو أنت حر فلا يقع طلاق ولا عتاق الآن بل حتى يقع الشرط *

والقسم الثانى مالا يقبلهما من الايمان بالله تعالى والدخول فى الدين فانه لا يقبل الشرط بأن يقول أسلمت على ان لى ان أشرب الخمر أو أترك الصلاة ونحوه بل يسقط شرطه الذى قرن به اسلامه ولا يقبل التعليق حيث اعتمد الجزم بصحته كما فى دخول أهل الذمة فى الدين فلا يلزم اسلام الذمى بقوله ان كنت كاذبا فى هذه القضية فأنا مسلم أو مؤمن أو ان لم آت بالدين فى وقت كذا فانا مسلم أو مؤمن ونحو ذلك من الشروط التى يعلق عليها اذا وجد ذلك الشرط بل يبقى على كفره لأن المعلق ليس بجازم ودخوله فى الدين يعتمد الجزم بصحته وأما الحربيون فمن حيث انا

الذى قرن به اسلامه واما عدم قبوله التعليق على الشرط فكقوله ان كنت كاذبا فى هذه القضية فانا مسلم أو مؤمن أو ان لم آت بالدين فى وقت كذا ونحو ذلك من الشروط التى يعلق عليها فلا يلزم اسلام اذا وجد ذلك الشرط بل يبقى على كفره بسبب ان الدخول فى الدين يعتمد الجزم بصحته والمعلق ليس جازما فهذا متجه فى أهل الذمة وأما الحربيون فنحن نلزمهم الاسلام قهرا بالسيف فجاز أن يلزمهم فى هذه الحالة وأما القسم الثالث وهو الذى يقبل الشرط دون التعليق عليه فكالبيع والاجارة ونحوهما فانه يصح أن يقال بعتك على أن عليك أن تأتى بالرهن أو الكفيل بالثمن أو غير ذلك من الشروط المقارنة لتنجيز البيع ولا يصح التعليق عليه بان يقول ان قدم زيد فقد بعتك أو آجرتك بسبب ان انتقال الاملاك يعتمد الرضى والرضى انما يكون مع الجزم ولا جزم مع التعليق فان شأن المعلق عليه ان يكون يعترضه عدم الحصول وقد يكون معلوم الحصول كقدوم الحاج وحصاد الزرع ولكن الاعتبار فى ذلك بجنس الشرط دون أنواعه وأفراده فلوحظ المعنى العام دون خصوصيات الانواع والافراد وأما القسم الرابع وهو مايقبل التعليق على الشرط دون مقارنته فكالصلاة والصوم ونحوهما فلا يصح ادخل فى الصلاة على أن لا أسجد أو أسلم بعد سجدة ونحو ذلك وادخل فى الصوم على ان لى الاقتصار على بعض يوم فلا يصح شئ من ذلك ويصح تعليقه على الشرط فنقول ان قدم زيد فعلى صوم شهرا وصلاة مائة ركعة ونحوها من الشروط فى النذور فهذه الاقسام الاربعة فى هاتين القاعدتين يدور عليها التصرفات فى الشريعة ويعلم بذلك انه لا يلزم من قبول التعليق قبول الشرط ولا من قبول الشرط قبول التعليق وتطلب المناسبة فى كل باب من أبواب الفقه على وفق ذلك الحكم فى تلك المواطن

قد تم بحمد الله تعالى الجزء الاول من أنوار البروق فى أنواء الفروق
ويليه الجزء الثانى مبدؤه الفرق السادس والاربعون

تلزمهم الاسلام قهرا بالسيف يجوز ان يلزمهم اسلامهم فى هذه الحالة * والقسم الثالث مايقبل الشرط دون التعليق عليه من نحو البيع والاجارة فانه يصح ان يقال بعتك على ان تأتى بالرهن أو الكفيل بالثمن أو غير ذلك من الشروط المقارنة لتنجيز البيع ولا يصح التعليق عليه بأن يقول ان قدم زيد فقد بعتك أو آجرتك لان انتقال الاملاك يعتمد الرضا والرضا انما يكون مع الجزم ولا جزم مع التعليق لأن الشأن فى جنس المعلق عليه وهو المعتبر دون أنواعه وأفراده ان يعترضه عدم الحصول فلا يرد ان المعلق عليه قد يكون معلوم الحصول كقدوم الحاج وحصاد الزرع * والقسم الرابع مايقبل التعليق على الشرط دون مقارنته من نحو الصلاة والصوم فلا يصح أدخل فى الصلاة على ان لا أسجد أو على ان أسلم بعد سجدة ونحو ذلك ولا أدخل فى الصوم على ان لى الاقتصار على بعض يوم و يصح تعليقه على الشرط بان تقول ان قدم زيد فعلى صوم شهرا وصلاة مائة ركعة ونحوها من الشروط فى النذور فجميع التصرفات فى الشريعة تدور على هذه الاقسام الاربعة فى هاتين القاعدتين وتطلب المناسبة فى كل باب من أبواب الفقه على وفق ذلك الحكم فى تلك المواطن والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ قد تم بحمد الله تعالى الربع الاول من تهذيب الفروق والقواعد السنية فى الاسرار الفقهية
ويليه الربع الثانى وأوله الفرق السادس والاربعون ﴾

عقد عتقه والقول الثانى ايضا كذلك لحصلت شهادة شاهدين على أقراره بعتقه فلا فرق اذا بين ما ذا كان للقولان انشاء او كانا خبرا او كان احدهما خبرا والآخر انشاء من حيث ان المقصود وهو رقوع عتقه اياه قد حصل على كل تقدير من تلك التقادير ثم اذا تبين بالقرائن او احتمل ان القول الثانى تأسيس انشاء كالاول فههنا لايصح ضم الشهادتين المختلفتي التاريخ لانه لايكون على عقد العتق الا شاهد وهو الأول واما الثانى فانما شهد بما لايصح عقد العتق به لان العتق لاينعقد فيمن تقدم عتقه اه وفيه ان قوله او كان أحدهما خبرا والآخر انشاء يصدق بما اذا كان القول الاول خبرا عن انه كان عقد عتقه والقول الثانى انشاء لعتق ذلك العبد كما يصدق بالعكس مع ان كمال نصاب الشهادة انما يظهر على صدقه على الثانى اما على الاول فلا لاحتمال ان يكون القول الثانى عليه تاسيس انشاء فتكون الشهادة به شهاده بمالا يصح عقد العتق به لان العتق الخ نعم لو قامت قرينة مقاله او حاله على انه يريد بالقول الثانى تاكيد الانشاء لعتق دلك العبد الذى شهد الشاهد الاول باقراره به لكملت شهادة الشاهدين بذلك العتق على الاول ولك ان تقول ان قوله نعم ان تبين بالقرائن او احتمل ان القول الثاني تاسيس الخ يشمل احتمال التاسيس على هذا الاول أيضا فتأمل بامعان وانصاف

(الوجه الثالث) ان مابنى عليه (٢١٦) الفرق من كون القول الثانى خبرا عن الاول لا أحسبه صحيحا بل الذى ينبغى ان يكون اصلا فى هذه المسائل سواء كانت قولا او فعلا ام كيفما كان أن ينظر اليها فان قبلت الضم ضمت والا فلا فنى القول كمسالة الاقرار بمال كمن يقول في رمضان لفلان عندى دينار فسمعه شاهد ثم يقول فى شوال لفلان عندى دينار فسمعه آخر فلاشك ان هذا الموضع يقبل الضم فتكمل الشهادة ويقضي عليه بالدينار وفى الفعل كمن يشرب الخمر في شوال من فيشاهده شاهد ثم يشربها فى ذى العقدة فيشاهده آخر فلا شك ان هذا الموضع يقبل الضم فان الشاهدين مما قد اجتمعا على مشاهدتهما اياه يشرب الخمر فتكمل الشهادة فيلزمه الحد وأما القول الذى لايقبل الضم فكما اذا قال فى رمضان عبدى فلان حر على قصد تأسيس الانشاء لعقده فشهد عليه بذلك شاهد ثم قال فى شوال عبدى فلان حر على ذلك القصد بعينه فيشهد عليه بذلك شاهد آخر وتعذر قبول الضم هنا من قبل ان عقد العتق لايتعدد واما الفعل الذى لايقبل الضم فكما اذا شهد شاهد انه شاهد زيدا قتل عمرا فى شوال وشهد شاهد آخر انه شاهد قتله فى ذى العقدة وتعذر قبول الضم هنا من قبل ان القتل لايتعدد (الوجه الرابع) ان المسئلة التي نقلها عن مالك رحمه الله تعالى من انه اذا شهد احد الشاهدين انه طلقها بمكة فى رمضان وشهد الآخر انه طلقها بمصر فى صفر طلقت تشكل على ماتقرر من حيث ان المدة التي بين رمضان وصفر أكثر من مدة العدة فعلى تقدير قصده تاسيس الانشاء فالقول الثانى لاينعقد به طلاق لانها قد انحلت عصمته عنها قبل هذا التاريخ بمقتضي شهادة الاول وعلى تقدير قصد الخبر فالقول الثاني يبعد اطلاع الشاهد على هذا القصد لاحتمال القول الثانى قصد تأسيس الانشاء وقصد تأكيده وقصد الخبر وترجيح قصد الخبر بانه الاصل

على وجه خاص كما تقررت قواعد المعاوضات فى الشريعة وشروطها وأركانها وخصوصيات هذه الاباحة هي الموجبة للفرق بين المالك وغيره من جميع الحقائق ولذلك قلنا انه معنى شرعي مقدر يريد انه متعلق الاباحة والتعلق عدمى من باب النسب والاضافات التى لاوجود لها فى الاعيان بل فى الاذهان فهى أمر يفرضه العقل كسائر النسب والاضافات كالابوة والبنوة والتقدم والتاخر وغير ذلك ولاجل ذلك لما آثر تغير عبارة الحد فنقول أن الملك أباحة شرعية فى عين أومنفعة تقتضي تمكن صاحبها من الانتفاع بتلك العين أوالمنفعة أوأخذ العوض عنهما من حيث هى كذلك ويستقيم الحد بهذا اللفظ ايضا ويكون الملك من خطاب التكليف لان الاصطلاح أن خطاب التكليف هو الاحكام الخمسة المشهورة وخطاب الوضع هو نصب الاسباب والشروط والموانع والتقادير الشرعية وليس هذا منها بل هو اباحة خاصة ومنهم من قال أنه من خطاب الوضع وهو بعيد (فان قلت) الملك سبب الانتفاع فيكون سببا فيكون

أنه أباحة ليس عندى بصحيح فان الاباحة هي حكم الله تعالى والحكم عند أهل الاصول خطاب الله تعالى وخطابه كلامه فكيف يكون الملك الذى هو صفة للمالك على ما ارتضيته او صفة للمملوك على ما ارتضاه هو كلام الله تعالى هذا مالا يصح بوجه أصلا فالصحيح ان مسبب الاباحة هو التمكن والاباحة هى التمكين والله أعلم قال (فان قلت الملك سبب الانتفاع الى

لايخفى ضعفه والله أعلم اه بلفظه هذا ومقابل المشهور المذكور اربعة اقوال كلها لمالك رحمه الله حكاها اللخمى قال قيل تضم الشهادتان فى الأقوال والافعال أو أحدهما قول والآخر فعل و يقضي بهما وقيل لا يضمان مطلقا وقيل يضمان فى الاقوال فقط وقيل يضمان اذا كانتا على فعل فان كان احداهما على قول والاخرى على فعل لم يضما اه قال الاصل والقول من الاربعة المذكورة لاحظ قاعدة الانشاء وهو ظاهر لاجماعنا على ان اللفظ الاول محمول على الانشاء لاعلى الخبر وانه لايقضى الا به ولوكان المعتبر فيه الخبر دون الانشاء او هو متردد بينهما على السواء لم يقض بالطلاق ولا بالعتاق البتة كما نفعله في جميع الالفاظ المترددة وضم الافعال على القول الاول والرابع مع تعذر الاخبار فيها ملاحظة للمعنى دون حصول السبب فان كل شاهد شهد بانها مطلقة وبأى سبب كان ذلك لايعرج عليه ولو صرحا بالطلاق هكذا انضمت الشهادات واما عدم الضم الذى صرح به الرابع اذا كانت احداهما على قول والاخرى على فعل فلان ذلك مختلف الجنس والضم انما يكون في الجنس الواحد وضم الشيء الي جنسه اقرب من ضمه الى غير جنسه فافهم ﴿ تنبيه ﴾ قال مالك فى المدونة اذا شهد احدهما انه قال فى محرم ان فعلت كذا فامرأتى طالق وشهد الآخر انه قال ذلك فى صفر وشهدا عليه او غيرهما بالفعل بعد صفر طلقت لاتفاقهما على التعليق والمعلق عليه كما لو اتفقنا على المقر به وله واختلفا فى زمن الاقرار وان شهدا فى مجلس على التعليق وشهد احدهما انه فعل يوم الجمعة الشرط والآخر انه فعله يوم السبت طلقت لاتفاقهما على التعليق ووقوع الشرط وكذلك لو نسبا قوله لمكانين اه قال الاصل وانما تصح هذه الاطلاقات اذا حمل الثانى على الخبر اما لو صمم كل واحد على الانشاء فلا يوجد فى هذا التقدير الضم فى الشهادات وانما وجد فى الاطلاقات المحتملة على ماتقدم بيانه على تلك القواعد المتقدمة قال فالقول فى ألفاظ التعاليق كالقول فى ألفاظ الانشاآت حرفا بحرف فاذا شهدا بتعليقين على شيء واحد فى زمانين كرمضان وصفر كما قال يعنى مالكا فى ألفاظ الانشاآت فانه يجعل التعليق الثاني خبرا عن التعليق الاول اى عن ارتباط الطلاق بذلك المعنى لا انشاء للربط وفى الاول انشاء الربط بذلك المعنى اه قال ابن الشاط ماقاله من الحمل على الخبر اى حمل التعليق الثانى على الخبر فهو بناء على أصله اى وقد تقدم مافيه وما قاله فيما اذا شهد له الانشاء صحيح والله اعلم اه بلفظه والله سبحانه وتعالى اعلم

من باب خطاب الوضع قلت وكذلك كل حكم شرعى سبب لمسببات تترتب عليه من مثوبات وتعزيرات ومؤاخذات وكفارات وغيرها وليس المراد بخطاب الوضع مطلق الترتب بل نقول الزوال سبب لوجوب الظهر ووجوب الظهر سبب لان يكون فعله سبب الثواب وتركه سبب العقاب ووجوبه سبب لتقديمه على غيره من المندوبات وغير ذلك مما ترتب على الوجوب مع أنه لايسمي سببا ولا يقال أنه من خطاب الوضع بل الضابط للبابين ان الخطاب متى كان متعلقا بفعل مكلف على وجه الاقتضاء او التخيير فهو من خطاب التكليف ومتى لم يكن كذلك وهو من أحد الامور المتقدمة فهو خطاب الوضع وقد يجتمع خطاب الوضع وخطاب التكليف وقد تقدم بسط ذلك فيما تقدم من الفروق (فان قلت) الملك حيث وجد هل يتصور

قوله وكفارات وغيرها) قلت لما فسر الملك بالاباحة مسلم انه سبب الانتفاع وليس الامر كذلك بل الملك سبب الاباحة وهو التمكين من الانتفاع والانتفاع متعلق الملك ولايقال فى المتعلق انه سبب المتعلق الا على وجه التوسع فى العبارات لا على المتقرر في الاصطلاح قال (وليس المراد بخطاب الوضع مطلق الترتب الى قوله وقد تقدم بسط ذلك فيما تقدم من الفروق) قلت ماقاله فى ذلك صحيح وكذلك ماقاله بعد عن المازرى ماعدا قوله ان الملك هو التصرف فانه غير صحيح على ماقرره المؤلف قبل هذا

﴿ الفرق السبعون والمائة بين قاعدة مايلزم الكافر اذا أسلم وقاعدة مالا يلزمه ﴾

من حقوق الله تعالى وحقوق العباد وضابط الفرق وسره ان حقوق الله لاتلزمه مطلقا كانت ممارضي به كالنذور والايمان أوما لم يرض به كالصلوات والصيام كان هو حربيا أوذميا كما لم ترض الحربى حالة كفره بدفعه لمستحقه من العباد كالقتل والغصب ونحو ذلك مما هو من حقوق العباد التى دخل فى الاسلام معتمدا على أنه لايوفيها أهلها فهذا كله يسقط عن الكافر باسلامه أما حقوق الله فلامرين الامر الاول قوله صلى الله عليه وسلم الاسلام يجب ماقبله الامر الثانى الفرق بين حقوق

الله وحقوق الآدميين من وجهين (أحدهما) ان الاسلام ونحو العبادات لما كانا حقين لجهة واحدة وهى جهة الله تعالى وكان الاسلام اصلا للعبادات ونحوها حيث تتوقف صحتها عليه ناسب ان يقدم عليها بالترغيب فيه باسقاطها نظرا لكونه حقا خالصا لجهة الحق الـ فط فتقدم مصلحته على مصلحة ماانحد معه فى الجهة لاصالته لاعلى ماخالفه فيها كحق الآدميين اذ المناسب ان لايسة . حقهم بتحصيل حق غيرهم (وثانيهما) ان الله تعالى كريم جواد تناسب رحمته المسامحة وسقوط حقوقه مطلقا بخلاف العـ . فانه بخيـل ضعيف يناسب التمسك بحقه مطلقا الا انه جرى فيه التفصيل الآتى لما ستعرفه وأما مالم يرض الحربى حالة كفره بدفعـه لمستحقه من العباد كالغصوب والنهوب والغـارات ونحوها من حقوق العباد التى دخـل الخ فلان فى الزامه مالم يعتقد لزومه تنفيرا له عن الاسـلام فقدمت مصلحة الاسلام على مصلحة ذوى الحقوق وأما حقوق الآدميين التى رضي حالة كفره بدفعها لمستحقها من العباد واطمأنت نفسه بذلك فهذا يلزم ولا يسقط عنه بالاسلام لان الزامه اياه ليس منفرا له عن الاسـلام لرضاه به لـكن هذا يختلف بالنسبة للحربى والذمي فالذمى كما يلزمه ثمن البياعات وأجر الاجارات ودفـع الديون التى اقترضها ونحو ذلك كذلك يلزمه جميع المظالم وردها كالغصوب والنهوب والغارات ونحوها لانه عقد الذمة وهو راض بمقتضى عقد الذمة والحربى انما يلزمه ثمن البياعات وأجر الاجارات ودفع الديون التى اقترضها ونحو ذلك مما رضى بحالة كفره واطمانت نفسه به وأما الغصوب والنهوب والغارات ونحوها مما لم يرض بحالة كفره فلا يلزمه بل يسقط عنه باسلامه لما علمت أفاده الاصل وقال ابن الشـاط انه صحيـح والله أعلم

﴿ الفرق الحادى والسبعون والمائة بين قاعدة مايجزىء فيـه فعل غير المكلف عنه و بين قاعدة مالا يجزىء فيه فعل الغير عنه ﴾

قال الامام ابن الشاط الفرق العاشر والمائة بين قاعدة ماتصح فيـه النيابة وقاعدة مالاتصح النيابة فيه الذى ذكره الاصل قبل هذا الفرق هو هذا الفرق بعينه غير انه ذكر هنا مسائل لم يذكرها هناك اه فلنقتصر هنا على المسائل التى لم يذكرها هناك لتكون توضيحا للفرق السابق ونخلص من وصمة التكرار (المسالة الاولى) الزكاة ان اخرجها أحد بغير علم من هي عليه أوغير اذنه فى ذلك فعلى ماقاله بعض أصحابنا من عدم اشتراط النية فيها تمسكا بقياسها على الديون وياخذ الامام لها كرها والاكراه مع النيـة متنافيان ينبغى أن يجزى فعل الغـير فيها مطلقا كالدين والوديعة ونحوهما مما تقدم في القسم المجمع على صحة فعـل غير المامور به عن المامور وعلى ماقاله مالك والشافعى وابو حنيفة وأحمـد بن حنبل رضي الله عنهم من اشتراط النية فيها لما فيها من شائبة التعبد من جهة مقاديرها فى نصبها والواجب فيها وغير ذلك فان كان المخرج غير الامام فمقتضى قول أصحابنا فى الاضحية يذبحها غير ربها بغير علمه واذنه انها تجزئه ان كان الفاعل لذلك صديقه ومن شانه ان يفعل ذلك له بغير اذنه لانه بمنزلة نفسه عنده لتمكن الصداقة بينهما أن يجرى مثله هنا فيقال ان الزكاة تجزئه ان كان مخرجها من هذا القبيـل ضرورة ان كلا منهما عبادة مامور بها مفتقرة للنية وان كان الفاعل ليس من هـذا القبيل لاتجزىء عن ربها

فى الجواهر والاجسام أم لا يتصور الا فى المنافع خاصـة (قلت) قال المازرى رحمـه الله فى شرح التلقين قول الفقهاء الملك فى المبيع يحصل في الاعيان وفى الاجارات يحصل فى المنافع ليس على ظاهره بل الاعيان لايملكها الا الله تعـالى لان الملك هو التصرف ولايتصرف فى الاعيان الا الله تعالى بالايجاد والاعدام والاماتة والاحياء ونحو ذلك وتصرف المخلوق انما هو في المنافع فقط بافعالهم من الاكل والشرب والمحـاولات والحـركات والسكنات قال وتحقيق الملك انه ان ورد على المنافع مع رد العين فهو الاجارة وفروعها من المساقاة والمجاعلة والقراض ونحو ذلك وان ورد على المنافع مع انه لايرد العين بل يبـذلها لغيره بعوض او بغير عوض فهو البيع والهبة والعقد في الجميع انما يتناول المنفعة فقد ظهر بهذه المباحث وهذه الاسئلة حقيقة الملك والفرق بينه و بين التصرفات وما يتوهم التباسه به

﴿ الفرق الحادى والثمانون والمائة بين قاعدة الاسباب العقلية و بين قاعدة الاسباب الشرعية نحو بعت واشتريت وانت طالق واعتقت ونحوه من الاسباب ﴾

قال الاستاذ ابو اسحق الاسفرايني رحمه الله يثبت مسبب هذا القسم مع آخر حرف منه تسببها

قال (الفرق الحادى والثمانون والمائة بين قاعدة الاسباب العقلية و بين قاعدة الاسباب الشرعية الى قوله فالفرق مبنى على هذه الطريقة) قلت هو فرق لاطائل وراءه والـكلام فيه تعمق فى الاسباب

لافتقارها للنية على الصحيح من المذهب وان أخذها الامام كرها وهو عدل أجزأت عند مالك والشافعي رحمهما الله تعالى اعتمادا على فعل الصديق وتمسكا بظاهر قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة تطهرهم فان ظاهر الامر الوجوب الذى أقل مراتبه الاذن والاجزاء ولان الامام وكيل الفقراء فله أخذ حقهم قهرا كسائر الحقوق وقال ابوحنيفة لا ياخذها الامام كرها لكن يلجئه الى دفعها بالحبس وغيره لافتقارها للنية والاكراه مع النية متنافيان (المسالة الثانية) الصوم عن الميت اذا فرط فيه جوزه أحمد بن حنبل وروى الشافعية ذلك فى مذهبهم أيضا لقوله عليه الصلاة والسلام من لم يصم صام عنه وليه ولم يجوزه مالك رحمه الله تعالى لقوله تعالى وان ليس للانسان الا ما سعى وقياسا على الصلاة ومن هذا الباب الحج عن الميت أيضا وسياتى زيادة تحقيق لهذا فترقب (المسالة الثالثة) قال صاحب الجواهر فى العتق عن الغير ثلاثة اقوال الاجزاء لابن القاسم وهو المشهور وعدم الاجزاء لاشهب وقال عبد الملك ان اذن فى العتق أجزأ عنه والا فلا وقاله الشافعي رضى الله عنه اه وفي المدونة قال مالك من اعتق عبده عن ظهار غيره على جعل جعله له فالولاء للمعتق عنه وعليه الجعل ولا يجزئه أى عن ظهاره كالمشترى بشرط العتق أى فى عدم أجزاء عتقه عن الظهار قال ابن القصار واذا لم يكن فى الجعل وضيعة عن الثمن جازاى عتقه عن الظهار لانه اذا جاز هبته أى هبة من يعتق فى الظهار فبيعه أولى وقال اللخمى يجزى العتق عن ظهار الغير عند ابن القاسم وان كان أبا للمعتق وفرق بعض الاصحاب بين عتق الانسان عن غيره وبين دفع الزكاة عنه فلا يجزىء فى الثانى لان الزكاة ليست فى الذمة ويجزىء فى الاول لان الكفارة فى الذمة قال اللخمي والحق لاجزاء فيهما لانهما كالدين وهذه المسالة دائرة بين أربع قواعد (القاعدة الاولى) قاعدة التقادير الشرعية التى تقدمت فى خطاب الوضع وهي اما اعطاء الموجود حكم المعدوم كالغرر والجهالة اذا قلا أو تعذر الاحتراز عنهما كاساس الدار وقطن الجبة ورداءة بواطن القواكه ودم البراغيث ونجاسة ثوب المرضع والوارث الكافر أو العبد يقدر عتقه فلا يجب وأما اعطاء المعدوم حكم الموجود كتقدير الايمان فى حق المسلم النائم والغافل حتي يتعصم الدم والمال وتقدير الكفر فى الكافر النائم والغافل حتى تصح اباحة الدم والمال والذرية (القاعدة الثانية) ان الكفارات عبادة فيشترط فيها النية وهو المشهور عندنا وقيل لا تجب فيها النية (القاعدة الثالثة) ان الهبة اذا لم يتصل بها قبض بطلت (القاعدة الرابعة) قاعدة مذهب مالك التى نص عليها بن أبى زيد فى النوادر وصاحب الجواهر فى كتاب الاجارات وهي ان كل من عمل عملا أو أوصل نفعا لغيره من مال أو غيره بامره او بغير امره نفذ ذلك فان كان متبرعا لم يرجع به او غير متبرع وهو منفعة فله اجرة مثله او مال فله أخذه ممن دفعه عنه كان ذلك مما يجب على المدفوع عنه كالدين او مما لا يجب كغسل الثوب وخياطته ورمى التراب من الدار ونحو ذلك والقول قول العامل فى عدم التبرع لكن شرط الغرم ان يكون المعمول له لا بد له من عمله بالاستئجار او انفاق المال اما ان كان شانه فعله اياه بغير استئجار بنفسه او بغلامه وتحصل تلك المصلحة بغير مال فلا غرم عليه فما لك يجعل لسان الحال قاما مقام لسان المقال فكأنه اذن له فى ذلك بلسان مقاله وخالفنا الشافعي فى هذه القاعدة وجعل

للاسباب الشرعية بالعلل العقلية لان العلل العقلية لا توجب معلولها الا حالة وجودها واذا عدمت لا يوجد معلولها كالعلم مع العالمية والارادة مع المريدية من العقليات والنار مع الاحراق والماء مع الارواء من العاديات فكذلك هذه الاسباب الشرعيات اذا عدم آخر جزء منها عدمت جملتها فلا ينبغي ان توجب حينئذ حكما بل تقدر مسببات هذه الاسباب مع آخر حروفها حتى يتحقق المسبب حالة وجود سببه لا حالة عدمه لان وجود آخر حرف هو الوجود الممكن في الصيغ لانها مصادر سيالة يستحيل وجودها بجملتها فيكتفى بوجود آخر حرف منها لانه القدرة الممكن فيها فيحصل به الشبه بين العقليات والشرعيات وقال غيره من العلماء بل ينبغي ان لا يكون تقدير مسببات هذه الاسباب الاعقيب آخرى حرف وان عدمت جملة الصيغة لان السبب انما يتحقق عادة حينئذ فالفرق مبنى على هذه الطريقة ومن وجه آخر يحصل الفرق لان هذه الاسباب الشرعية تنقسم الى مايوجب مسببه انشاء نحو عتق الانسان عن نفسه والبيع الناجز والطلاق الناجز والى مايوجب

الدين وتكلف ولا يتوصل فيه الى اليقين قال (ومن وجه آخر يحصل الفرق لان هذه الاسباب الشرعية تنقسم الى مايوجب مسببه انشاء الى قوله وابراءة ذمته من الكفارات المعتق عنها) قلت ماقاله من تقدير الملك قبل النطق بالصيغة بالزمن الفرد لا حاجة اليه ولا دليل عليه بل الدليل على خلافه وهو صحة العتق عن الميت وهو لا يصح ان يملك ثم ان المعتق عن غيره لم يقصد الى

الاصل فى فعل الغير التبرع وأنه لا يرجع عليه بشىء اذا لم يأذن له المدفوع عنه بلسان المقال فمالك وابن القاسم لما لاحظا هذه القاعدة قالا المعتق قام عن المعتق عنه بواجب من شانه أن يفعله اما بناء على قاعدة صحة النيابة فى الامور المالية عبادة كانت أو غيرها فلا يحتاج فيها حينئذ الى الاذن ولا الى تقدير الملك والوكالة ولا يكون في هذه المسئلة ولا فيما نص عليه عبد الحق من أنه يجوز العتق عن الغير تطوعا بغير اذنه اشكال أصلا كما قال ابن الشاط ويؤيده قول الرهونى والصواب فى الفرق بين مسالتى المدونة يعنى قولى ابن القاسم ومالك المتقدمين ماقاله ابو الوليد الباجي فى المنتقي ونصه قول ابن القاسم انه معنى يجوز فيه النيابة لان طريقة المال ولذلك يجوز أن يعتق عن الميت وسلمه ابن الماجشون ووجه قول ابن الماجشون انه لو باعه منه على ان يعتقه هو لم يجز له ذلك ولووهبه اياه على ان يعتقه عن ظهاره لم يجزه فكذلك اذا أعتقه عنه والفرق بينهما على قول ابن القاسم انه قد ملك الواهب أوالبائع العتق فى ذلك العبد قبل وقوعه ولزم الموهب له ايقاعه بالشرط فلذلك لم يجزه ألا ترى انه لو باعه من ورثة الميت بشرط عتقه عنه أو وهبهم اياها بذلك الشرط لم يجزه الذى أخذ عتقه عن المعتق عنه اعتقه ولذلك أن يعتقه عن الميت وقد روى فى العتبية ابوزيد عن ابن القاسم فى المرأة تعطى زوجها الرقبة يعتقها عن ظهاره اوعن الوجه ان كان بشرط العتق لم يجزه وان كان بغير شرط اجزا وذلك لما ذكرناه ورواه فى المدينة عيسى بن دينار وعبد الرحمن بن دينار عن بن كنانة اه منه بلفظه وهو حسن وقد اغفله الجم الغفير والتوفيق بيد المولى الكبير اه محل الحاجة منه بلفظه واما بناء على قاعدة التقادير فيقدر انتقال ملكه عنه المعتق عنه قبل صدور العتق بالزمن الفرد حتى يثبت الولاء وتبرأ ذمته من الكفارة فيرد الاشكال بقاعدة النية فان مالكا وابن القاسم يشترطانها وهي متعذرة مع الغفلة ولا يدفعه الجواب بالقياس على العتق عن الميت للفرق بان الحى متمكن من العتق عن نفسه بخلاف الميت فانه قد تعذر عليه باب التقرب فناسب ان يوسع الشرع له فى ذلك ولا بالقياس على أخذ الزكاة كرها مع اشتراط النية فيها للفرق أيضا بانها حالة ضرورة لاجل امتناع المالك وههنا المعتق عنه غير ممتنع وبان مصلحة الزكاة عامة فيوسع فيها لعموم الضرورة بخلاف الكفارات فانها قليلة وهي خاصة فلا يخالف فيها قاعدة النية فتبقى المسالة مشكلة على قولهما لا على قول الشافعى لانه يعتبر قاعدة النية وهى منتفية حالة عدم الاذن ولا على قول أشهب لانه يقول الاذن من باب الكلام والاباحة والنية من باب المقاصد والارادة فلا يقوم احدهما مقام الآخر ولا يستقيم قصد الانسان لعتق ملك غيره ولا على مذهب ابى حنيفة رضى الله عنه لانه يقول ان دفع له جملا اجزأ والا فلا للقاعدة الثالثة فتخرج بالجعل عن الهبة فلا تحتاج الى قصد واشكل منها على قولهما ما نص عليه عبد الحق من أنه يجوز العتق عن الغير تطوعا لان الواجب فيه دلالة الحال دون المقال وههنا لا دلالة حال ولا مقال فلا يتجه ويكون ابعد من العتق عن الواجب ومن يشترط الاذن يقول الاذن تضمن الوكالة في نقل ملكه للآذان وعتق عنه بعد انتقال الملك ويكون المأذون له وكيلا فى الامرين ومتوليا لطرفى العقد كما قال الاصل قال والموجب بهذه التقادير كلها انه لا يصح هذا التصرف

استلزاما كالعتق عن الغير فانه يوجب الملك المعتق عنه بطريق الالتزام بان يقدر الملك قبل النطق بالصيغة بالزمن الفرد لضرورة ثبوت الولاء وابراءة ذمته من الكفارة المعتق عنها ومثله العتق فى زمن الخيار اذا كان الخيار للمشترى فان الملك ينتقل اليه حينئذ بسبب عتقه التزاما لان الملك فى زمن الخيار للبائع على الاصح والاشهر حتى ينتقل بالتصريح من المشترى نحو قوله قبلت اواخترت الامضاء فهذه مطابقة او يعتق او يطأ الامة اونحوه مما يقتضي التزام الملك ونقله له فقال جماعة من العلماء يقدر ثبوت الملك قبل العتق حتى يقع العتق عن الغير وهو فى ملكه

ذلك المقدر ولو قصد اليه لما صح عتقه اياه لانه كان يكون حينئذ معتقا ملك غيره بغير اذنه وذلك لا يصح وماذكره هو وغيره فى ذلك من تقدم توكيل المعتق عنه انما يتجه اذا كان العتق باذنه اما اذا كان بغير اذنه فلا يتجه و بالجملة القول بتلك التقديرات فى هذا الموضع لا يصح قال (ومثله العتق فى زمن الخيار الى قوله مما يقتضي التزام الملك ونقله له) قلت ماقاله من استلزام العتق والوطىء امضاء البيع المحصل للملك صحيح وحصول الملك هنا محقق لا مقدر قال (فقال جماعة من العلماء يقدر ثبوت الملك قبل العتق حتى يقع العتق وهو فى ملكه) قلت ان ارادوا بالعتق انشاء الصيغة التي هى سبب حصول العتق فقولهم غير صحيح وان ارادوا به حصول العتق بنفسه فقولهم صحيح لان انشاء الصيغة بعينه هو المستلزم لامضاء البيع الذى به يحصل الملك اذا لم يصدر من المشترى غير ذلك فالملك لا يحصل قبل ذلك اصلا لانه لا موجب لحصوله

وقال

الابها وماتعذر تصحيح الكلام الابه وجب المصير اليه صونا للكلام عن الالغاء اه وقد علمت ان المسئلة اذا بنيت على قاعدة جواز النيابة فى الامور المالية لايحتاج فيها الى تقدير ولاغيره كما لابن الشاط فهذا تحرير مسائل هذا الفرق الذى سبق تحريره فى الفرق العاشر والمائة والله سبحانه وتعالى اعلم

(الفرق الثانى والسبعون والمائة بين قاعدة مايصل ثوابه الى الميت وقاعدة مالايصل ثوابه اليه)

القربات باعتبار وصول ثوابها للغير اتفاقا وعدم وصول ثوابها للغير اتفاقا والخلاف فى وصوله له وعدم وصوله ثلاثة أقسام (القسم الاول) مااتفق الناس على ان الله حجر على عباده فى ثوابه ولم يجعل لهم نقله لغيرهم كالايمان والتوحيد والاجلال والتعظيم لله سبحانه وتعالى وكذلك حكي فى الصلاة الاجماع نظرا فى الخلاف الذى نقل فى مذهب الشافعي فيها عن الشيخ ابي اسحق قد يقال انه مسبوق بالاجماع كما تقدم (القسم الثانى) مااتفق الناس علي ان الله تعالى اذن فى نقل ثوابه الميت وهو الدعاء والقربات المالية كالصدقة والعتق (القسم الثالث) مااختلف فيه هل فيه حجر ام لا كالصيام والحج وقراءة القرآن فقيل لايصل ثواب شيء من ذلك لمن اهدى له وهو المعروف من مذهب مالك وكذاهو مشهور مذهب الشافعى فى القراءة فقط وقيل يصل وبه قال احمد بن حنبل وأبو حنيفه وهو الاصح عند فى الحج عن الميت حجة الشافعي الاسلام وكذا حج تطوع أوصي به وهو الراجح عنده فى الصوم عمن مات وعليه صوم وقال به غير واحد من المالكية وجماعة من اصحاب الشافعى فى القراءة فقط قال كنون قال أبو زيد الفاسي ولعل قول الشيخ عبد الله الوريا جلى واما الاجارة على القراءة فلا تجوز وذلك جرحة فى آكلها الا ان يقرأ القارىء على وجه التطوع ويعطيه ولى الميت على وجه الصلة والعطية لا على وجه الاجارة اه مبنى على عدم النفع كما حكاه عن معروف مذهب مالك وفى جواب للعبدى الميت ينتفع بقراءة القرآن هذا هو الصحيح والخلاف فيه مشهور والاجرة عليه جائزة اه وحجة القول بعدم الوصول القياس على الصلاة ونحوها مما هو عمل بدنى والاصل فيه ان لاينوب فيه احد عن أحد وظاهر قوله تعالى وان ليس للانسان الا ماسعى وحديث اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث علم ينتفع به وصدقة جارية وولد صالح يدعو له وحجة القول بالوصول اولا القياس على الدعاء المجمع على وصله للنصوص الواردة فى ذلك التى منها حديث اذا مات ابن آدم الخ اذ الكل عمل بدنى وثانيا قوله عليه السلام صل لهما مع صلاتك وصم لها مع صيامك يعنى ابويه وقوله أيضا من مات وعليه صوم صام عنه وليه ونص السنة أيضا على ان الحج المفروض يسقط عن الميت بحج وليه وكذا الحج المنذور يسقط عن الميت بعمل غيره وظاهر حديث كعب بن عجرة كما فى المواهب وغيرها قلت يارسول الله انى اكثر الصلاة عليك فكم اجعل لك من صلاتي قال ماشئت قلت الربع قال ماشئت وان زدت فهو خير لك قلت النصف قال ماشئت وان زدت فهو خير لك قلت اجعل صلاتى كلها لك قال اذا تكفى همك ويغفر ذنبك ويؤيده مافى العهود المحمدية عن ابى المواهب الشاذلى من أنه سال النبي صلى الله عليه وسلم فى المنام عن معناه فقال له أن تصلى على

وقال بعض الشافعية يثبت معه لان التقدم على خلاف الاصل والضرورة دعت لوقوع العتق فى تلك الحالة والمقارنة تكفى فى دفع تلك الضرورة وهذا المذهب غير متجه لان العتق مضاد للملك واجتماع الضدين محال وتنقسم ايضا لاسباب الشرعية الى مايقتضى ثبوتا كالبيع والهبة والصدقة والى مايقتضى ابطالا لمسبب سبب اخر كفوات المبيع قبل القبض يقتضى ابطال مسبب السبب السابق وهو المبيع وكذلك الطلاق والعتاق يقتضيان ابطال العصمة السابقة المترتبة على النكاح والملك المرتب فى الرقيق على سببه واذا قلنا بان الفوات يوجب الفسخ فهل يقتضيه معه لان الاصل عدم التقدم على

قال (وقال بعض الشافعية يثبت معه الى قوله واجتماع الضدين محال) قلت ماقاله بعض الشافعية صحيح وقوله هو ان العتق مضاد الملك ان اراد بالعتق دخول الحرية في العبد فذلك صحيح ولا يلزم عنه مقصوده وان اراد بالعتق انشاء الصيغة التي هى سبب حصول حرية العبد فذلك غير صحيح كيف وقد قال هو قبيل هذا حاكيا عن جماعة من العلماء انه يقدر ثبوت الملك قبل العتق حتي يقع العتق وهو فى ملكه وصوب هو قولهم فيالله ماأسرع ماسى قال (وتنقسم ايضا الاسباب الشرعية الى مايقتضى ثبوتا كالبيع والهبة والصدقة والى مايقتضى ابطالا لمسبب سبب آخر كفوات المبيع قبل القبض) قلت ماقاله صحيح و بما سلف من القول يتبين اى مذهبي العلماء فى المعية او القبلية اصح والله تعالى اعلم

وتهدى ثواب ذلك الى لا الى نفسك وثالثا دخول أولاد المؤمنين الجنة بعمل آبائهم وانتفاع الغلامين اليتمين اللذين قال الله فى قصتهما وكان ابوهما صالحا بصلاح ابيهما والنفع بالجار الصالح فى المحيا والممات كما فى الاثر ورحمة جليس اهل الذكر وهو لم يكن منهم ولم يجلس لذلك بل لحاجة عرضت له والاعمال بالنيات وقوله تعالى لنبية وما كان الله ليعذبهم وأنت فيهم وقوله تعالى ولولا رجال مؤمنون ونساء مؤمنات وقوله تعالى ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض فقد رفع الله العذاب عن بعض الناس بسبب بعض وما ذلك الا لانتفاعهم باعمال غيرهم الصالحة وأجاب اصحاب هذا القول عن القياس على الصلاة بانه معارض بهذه الادلة وغيرها مما يدل على انتفاع الانسان بعمل غيره وعن الآية اما بانها عامة قدخصصت بامور كثيرة واما ان المراد بالانسان الكافر والمعنى ليس له من الخير الا ماعمل هو فيثاب عليه فى الدنيا بان يوسع عليه فى رزقه ويعافى فى بدنه حتى لا يبقى له فى الآخرة خير والا بان قوله وان ليس للانسان الا ماسعى من باب العدل واما من باب الفضل فجائز ان يزيده الله ما يشاء من فضله واما بغير ذلك الجمل على الحلالين وعن حديث اذا مات ابن آدم انقطع علمه الخ ونحوه مما ورد فى ذلك بانه صلى الله عليه وسلم لم يقل انقطع انتفاعه وانما أخبر عن انقطاع عمله وأما عمل غيره فهو لعامله فان وهبه له فقد وصل اليه ثواب عمل العامل لا ثواب عمله هو فالمنقطع شيء والواصل اليه شيء آخر وكذلك الحديث الآخر وهو قوله عليه السلام ان مما يلحق الميت من حسناته وعمله بعد موته علما علمه ونشره او ولدا صالحا تركه او مصحفا ورثه او مسجدا بناه أو بيتا لابن السبيل بناه او نهرا اكراه او صدقة اخرجها من ماله فى صحته وحياته تلحقه من بعد موته فانه لم ينف ان يلحقه غير ذلك من عمل غيره وحسناته قاله ابن القيم فى كتاب الروح وأجاب أصحاب القول الاول عن القياس على الدعاء بانه غير صحيح لان فى الدعاء أمرين (أحدهما) متعلقه كالمغفرة فى قولك اللهم اغفر له وهذا قابلا هو الذى يرجى حصوله للمدعو له اذ له طلب للداعي وان ورد أن الملك يقول له ولك مثله (والامر الثانى) ثوابه وهو للداعى فقط وعما ورد من الاحاديث بالانتفاع بعمل الغير البدنى من الصوم والحج والصلاة بانها مع احتمالها التأويل معارضة بما تقدم من الادلة المعضودة بانها على وفق الاصل الذى هو عدم الانتقال فتقدم وعن الاحاديث والآيات الدالة على دخول الجنة وحصول الرحمة ورفع العذاب بعمل الغير الصالح بان الحاصل فى نحو هذا بركة المؤمنين لا ثواب اعمالهم وبركة صلاح الاب لا ثواب عمله وبركة أهل الذكر لا ثواب عملهم وبركة الرسول لا ثواب عمله وهكذا والبركات لعدم توقفها على الامر والنهي لا ينكر حصولها للغير حتى للبهائم التى لا يتأتى فيها امر ولا نهي فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم تحصل بركته للخيل والحمير وغيرها من البهائم كما روى انه ضرب فرسا بسوط فكان بعد ذلك لا يسبق وقد كان قبل ذلك بطيء الحركة وروى ان حماره صلى الله عليه وسلم كان يذهب الى بيوت اصحابه عليه السلام فينطح برأسه الباب يستدعيهم اليه الى غير ذلك مما هو مروى فى معجزاته وكراماته عليه السلام من ذلك وأما الثواب فقد انعقد الاجماع بانه يتبع الامر والنهى بدليل المباحات وأهل الفترات فلا يحصل الا لمن توجه له الامر والنهى فمن هنا يتضح

السبب او قبله لان الانقلاب والفسخ يقتضي تحقق ما يحكم عليه بذلك خلاف بين العلماء فهذه الوجوه تحصل الفرق بين الاسباب الشرعية والعلل العقلية على بعض المذاهب فبطل الشبه بين البابين وعلى المذهب الآخر يحصل الشبه بينهما

﴿ الفرق الثانى والثمانون والمائة بين قاعدة ما يتقدم مسببه عليه من الاسباب الشرعية وبين قاعدة ما لا يتقدم عليه مسببه ﴾

اعلم ان ازمنة ثبوت الاحكام اربعة اقسام ما يتقدم وما يتاخر وما يقارن وما يختلف فيه فاما ما يقارن فكالاسباب الفعلية في حيازة المباح كالحشيش والصيد والسلب فى الجهاد حيث سوغناه باذن الامام على رأينا اومطلقا على رأى الشافعية وشرب الخمر والزنى والسرقة للحدود ومن ذلك التعاليق اللغوية فانها كلها اسباب فاذا علق على شرط الطلاق اوغيره واما ما يتقدم احكامه عليه فكاتلاف المبيع قبل القبض فانك تقدر الانفساخ فى المبيع قبل تلفه ليكون المحل قابلا

قال (الفرق الثانى والثمانون والمائة بين قاعدة ما يتقدم مسببه عليه من الاسباب الشرعية و بين قاعدة مالا يتقدم مسببه الى آخر هذا القسم) قلت ماقاله فيه صحيح قال (واما ما تتقدم احكامه عليه فكاتلاف المبيع قبل القبض الى قوله على الخلاف الذى تقدم فى الفرق الذى قبل هذا الفرق) قلت لا يصح تقدير الانفساخ فى المبيع قبل تلفه ولا حاجة اليه اما عدم صحته فلان الصحيح

عدم صحة قول بعض الفقهاء يعني أحمد بن حنبل وأبا حنيفة كما في المعيار اذا قرىء عند القبر حصل للميت أجر المستمع اذ الموتي قد انقطعت عنهـا الاوامر والنواهي فكما ان البهائم تسمع أصواتنا بالقراءة ولا ثواب لها لعدم الامر لها بالاستماع كذلك الموتي لايكون لهم ثواب وان كانوا مستمعين لعدم الامر لهم بالاستماع والذى يتجه ان يقال ولايقع فيه خـلاف انه يحصل لهم بركة القراءة لا ثوابها كما تحصل لهم بركة الرجل الصالح يدفن عندهم أو يدفنون عنده فان البركة لاتتوقف على الامر والنهى بخلاف الثواب كما علمت لـكن الذى ينبغى للانسان ان لايهمل هذه المسئلة فلعـل الحق هو الوصول الى الموتى فان هذه أمور مغيبة عنـا وليس فيها اختلاف فى حكم شرعي وانما هوفى أمر واقع هل هو كذلك ام لا وكذلك التهليل الذى جرت عادة الناس يعملونه اليوم ينبغي ان يعمل ويعتمد فى ذلك على فضل الله تعـالى ومايسره ويلتمس فضل الله بكل سبب ممـكن ومن الله الجود والاحسان اهقال الرهونى وكنون ونقل هذا عن القرافى صاحب المعيار وابن الفرات والشيخ مصطفى الرماصى قال كنون ونقل ابو زيد الفاسي فى باب الحج من جواب للفقيه المحدث ابى القاسم العبدوسي وأما القراءة على القبر فقد نص ابن رشد فى الاجوبة وابن العربى فى احكام القرآن والقرطبي فى التذكرة على ان الميت ينتفع بالقراءة قرئت على القبر أوفى البيت أوفي بلاد الى بلاد ووهب الثواب اه محل الحاجة منه وقال ابن الشاط

قابلا للانفساخ لان المعدوم الصرف لايقبل انقلابه لملك البائع على الخلاف الذى تقدم فى الفرق الذى قبـل هـذا الفرق وكمثل الخطأ فان له حكمين (أحدهما) يتقدم عليه وهو وجوب الدية فانها انما تجب بالزهوق لانه سبب استحقاقها من جهة انها موروثة والارث انما يكون فيما تقدم فيه ملك الميت فيجب ان يقدر ملـكه لها حالة حياته فى حالة تقبل الملك لان الميت لا يقبله وثانيهما يقترن به وهو وجوب الـكفارة فانه لاضرورة لتقديمها على القتل كما تقدم فى الدية

فى الاسباب المطرد فيها ان تعقبها مسبباتها او تقارنها واما عدم الحاجة اليه فلان انقلاب المبيع الى ملك البائع لا حاجة اليه لان الداعى الى ادعاء الحاجة الى انقلابه الى ملـكه انما هو كون ضمانه منه وكون ضمانه منه لا يستلزم كونه على ملـكه للزوم الضمان بدون الملك كما فى المعتدى وانما كان ضمانه من البائع وان لم يكن على ملـكه لانه بقي عليه فيه حق التوفية قال (وكقتل الخطأ فان له حكمين احداهمـا يتقدم عليـه وهو وجوب الدية فانهـا لاتجب إلا بالزهوق لانه سبب استحقاقها) قلت ماقاله غير مسلم بل تجب بانفاذ المقاتل الذى يئول الى الزهوق قال (ومن جهة انها موروثة الى قوله لان الميت لا يقبله) قلت لاحاجة الى تقدير ملك الدية بل هو محقق بناء على ان السبب هو الانفاذ لا الزهوق قال (وثانيهما يقترن به وهو وجوب الـكفارة فانه لاضرورة لتقديمها على القتل كما تقدم فى الدية) قلت قد تبين انه لاضرورة فيهما

وما قاله فى هذا الفـرق صحيح نعم قال ابن الحاج فى المدخـل من اراد وصول قراءته بلا خلاف فليجعل ذلك دعاء بان يقول اللهم اوصل ثواب ما أقرأ الى فلان اه كما فى حاشية الرهونى وكنون قال الرهونى والتهليل الذى قال فيـه القرافى ينبغي ان يعمل هو فدية لااله الا الله سبعين الف مرة حسبما ذكره السنوسي وغيره هذا الذى فهمه منه الائمة انظرا لحطاب

هنا أى فى باب الجنائز ومصطفي الرماصى فى باب الاجارة وأما مايفعله الناس اليوم من التهليل عند حمل الميت وتوجههم به الى الدفن فجزم فى المعيار فى الفصل الذى عقده فى البدع قبيل نوازل النـكاح انه بدعة ونقل فى غير ذلك المحل من المعيار من كلام شيخ الشيوخ أبى سعيد بن لب وأبى محمد سيـدى عبد الله العبـدوسى ماهو شاهد لما جزم به فى الفصل المذكور وانظر تقييده المسمى بالتحصن والمنعه ممن اعتقد ان السنة بدعة والله سبحانه الموفق اه (فائدة) قال الرهونى وكنون فى المعيار عن الامام المنتورى مانصه حـدثنى الاستاذ بن عمر عن الاستاذ أبى الحسن القرطبي عن الراويه أبى عمـر بن حوط الله عن القاضي أبى الخطاب عن أبي القاسم بن بشكوال عن ابي محمد بن برطوع عن أبي محمد الخزرجى قال أخبرنا أبو عبد الله القروى فى المسجد الجامع بقرطبة قال كنت بمصر فاتاني نعي أبى فوجـدت عليه وجـدا شديدا فبلغ ذلك الشيخ ابا الطيب بن غلبون المقرى فوجه لى فاتيته فجعـل يصبرنى ويذكر ثواب الصـبر على المصيبة والرزية ثم قال لى ارجع الى ماهو أعود عليك وعلى الميت من أفعال البر والخير مثل الصدقة وماشا كلها وامرنى ان اقرأ عنه قل هو الله أحد عشر مرات كل ليلة ثم قال لى أحدثك فى ذلك بحديث قال كان رجل معروف بالخير والفضل فرأى فى منامه كانه فى مقبرة مصر وكان الناس نشروا من مقابرهم وكانه مشى خلفهم ليسألهم عما أوجب نهوضهم الى الجهة التى توجهوا اليهـا فوجد

رجلا غلي حفرته قد تخلف عن جماعتهم فساله عن القوم الى اين يريدون فقال الى رحمة جاءتهم يقتسمونها فقال له فهلا مضيت معهم فقال انى قد قنعت بما ياتبنى من ولدى عن ان أقاسم فيما يأتيهم من المسلمين فقلت له وماالذى يأتيك من ولدك فقال يقرأ قل هوالله أحد في كل يوم عشر مرات و يهدى الى ثوابها فذكر الشيخ ابن غلبون لى أنه منذ سمع هذه الحكاية كان يقرأ عن والديه قل هو الله أحد فى كل يوم عشر مرات عن كل واحد منهما ولم يزل بهذه الحالة الى أن مات أبو العباس الخياط فجعل يقرأ عنه كل ليلة قل هوالله أحد عشر مرات و يهدى اليه ثوابها قال الشيخ ابن غلبون فمكثت على هذه النية مدة ثم عرض لى فتور قطعنى عن ذلك فرأيت أبا العباس فى النوم فقال لى يا أبا الطيب لم قطعت عنا ذلك السكر الخالص الذى كنت توجه به الينا فانتبهت من منامى وقلت الخالص كلام الله عزوجل وانما كنت أوجه اليه ثواب قل هو الله أحد فرجعت أقرؤها عنه رحمه الله اه ولايخفاك أن تمسك مثل الشيخ ابن غلبون بالرؤيا التى سمعها من الرجل المعروف بالخير والفضل و برؤياه التى رآها بعد انما هو على وجه التأييد والاستئناس للادلة التى استدل بها من قال بوصول ثواب قراءة القرآن أوشيء من القرب للنبي صلى الله عليه وسلم أوغيره من الاموات فهو من قبيل ماوقع لابن زكرى بل أولى من أنه اعترض على قول الخطاب فى شرحه مختصر خليل عند قوله فى باب الحج وتطوع وليه عنه مانصه وجلهم اى العلماء اجاب بالمنع اى منع اهداء ثواب قراءة القرآن للنبي صلى الله عليه وسلم او شيء من القرب لانه لم يرد فيه أثر ولا شيء عمن يقتدى به من السلف انظره بانه وردفيه حديث كعب بن عجرة المتقدم استند الى مانقله عن العهود المحمدية عن ابي المواهب الشاذلى من انه سال النبي صلي الله عليه وسلم في المنام عن معناه الى آخر ماتقدم وقال ولفظ الحديث يدل الكلام العهود فهو أقوى وأظهر من قول الشيخ زروق وغيره واحد كالحافظ المنذرى فى الترغيب والترهيب ان معنى الحديث أكثر الدعاء فكم أجعل لك من من دعائي صلاة عليك اذ لوار يد لقيل فكم اصرف لك من وقت دعائى مثلا قال الشيخ كنون بعد ان ذكر كلامه فى باب الحج عند قوله فى المختصر وتطوع عنه وليه مانصه فانت تراه انما ذكر رؤيا ابى الواهب وغيره على وجه التاييد والاستئناس لظاهر لفظ الحديث لاعلى وجه الاحتجاج حتى يرد عليه ان رؤيته صلي الله عليه وسلم وان كانت حقا ولا سيما من مثل ابى المواهب لكن الاحكام الشرعية لاتثبت بالرؤيا فلذلك قبل كلامه المذكور تلميذه جسوس وغيره فتامل والله اعلم انظره والله أعلم

تنبيه

﴿الفرق الثالث والسبعون والمائة بين قاعدة مايبطل التتابع فى صوم الكفارات والنذر وغيرذلك و بين قاعدة مالا يبطل التتابع﴾

وذلك ان مايبطله ثلاثة انواع (الاول) وطء المظاهر منها على خلاف فيه بين الأئمة فقال مالك رحمة الله تعالى فى المدونة اذا حصل منه ابتدأ الصوم مطلقا ليلا كان أونهارا أول صومه اوآخره ناسيا كان لظهاره او عامدا ووافقه فى ذلك احمد بن حنبل قال فى الاقناع وان اصاب المظاهر منها ليلا اونهارا ولوناسيا اومع عذر يبيح الفطر اى كمرض وسفر انقطع اى التتابع اه وكذلك ابوحنيفة الا انه اشترط فى ذلك العمد وقال الشافعى لا يستأنف على حال كما فى بداية المجتهد لحفيد ابن رشد وسبب الخلاف

واما ماتتاخر عنه احكامه فكبيع الخيار يتاخر فيه نقل الملك عن العقد الى الامضاء على الصحيح وكالطلاق الرجعى مع البينونة بخلاف تحريم الوطء وتنصيص العدد فانها تقارن وكالوصية يتاخر نقلها للملك في الموصى به بعد الموت وكذلك السلم والبيع الى أجل يتاخر عنه توجه المطالبة الى انقضاء الاجل وأما ماأختلف فيه فكالاسباب الفولية نحو العتق والبيع والابراء والطلاق والامر والنهي والشهادات فهل تقع مسبباتها مع آخر حرف منها وهو مذهب الشيخ ابى الحسن الاشعرى فانه كان من الفقهاء الجلة كما كان شيخ المتكلمين هذا مذهبه فى الفقه فى هذه المسألة اوتقع مسبباتها عقيب آخر حرف وهو مذهب جماعة من الفقهاء خلاف

قال (واما ماتتاخر عنه احكامه فكبيع الخيار يتاخر فيه نقل الملك عن العقد الى الامضاء على الصحيح) قلت انما تاخر نقل الملك فى بيع الخيار لان البيع انما ثبت من احد الطرفين دون الآخر فهو عقد غير تام فتاخر مسببه الى تمامه قال (وكالطلاق الرجعى الى قوله يتأخر عنه توجه المطالبة الى انقضاء الاجل) قلت جميع ماذكره اسباب لم تتم فلم تترتب عليها مسبباتها حتى تمت واستوفت شروطها فلم يات بمثال صحيح لما يتاخر عن سببه قال (واما ماالختلف فيه فكالاسباب القولية نحو العتق والبيع الى قوله وهو مذهب جماعة من الفقهاء خلاف) قلت الامر فى ذلك الخلاف قريب ولا اراه يئول الى طائل

كذلك والكتابة والقراءة اذا تقدمها نفاذ يمكنه التكسب بها وهكذا ماجرى هذا المجرى وليس كذلك الاعمال المعتادة التي يعملها اكثر الناس كالحرث والحصاد في الرجال والغزل في النساء فليس من يعملها بجنس يباين به من لا يعمل ذلك العمل لانه لما كان هذا العمل معتادا يمكن اكثر هذا الجنس كان بمنزلة المشي وسائر انواع التصرف المعتاد واما الصناعة في الاماء فكالطبخ والخبز والرقم والنسج وكل نوع من ذلك مخالف للآخر الا الطبخ والخبز فانه صناعة واحدة وجنس واحد واما الكتابة فروى محمد عن ابن القاسم ليست بجنس في الاماء وروى عيسى عنه انها ان كانت فائقة فيها انه جنس تباين به من غيرها وفي كونهما قولا واحدا تحملهما على أن المراد ان النفاذ في ذلك والتقدم حتى يمكن التكسب به جنس مقصود وان الكتابة اليسيرة التي لا يمكن الاكتساب بها ليست بجنس مقصود أو قولين بحمل الاولى

على ان المراد انها ليست بجنس في الاماء مع النفاذ بخلاف العبيد والثانية على ان المراد ان حكم الاماء في الكتابة حكم العبيد وجهان وروى عيسى أن ابن القاسم ان الجمال ليس بجنس ووجه أنه معنى لا يتكسب به الاماء وروى محمد عن أصبغ أنه جنس مقصود وكان بعض فقهاء القرويين يحكي ان ابن وهب رواه ووجهه من أن الاثمان تختلف باختلافه وتتفاوت بتفاوته وليس الغزل ولا عمل الطيب بجنس لان الغزل معتاد في النساء شامل وعمل الطيب ليس مما يكاد ان تنفرد بالتكسب به بل ذلك شائع في جميع النساء وهذا معنى ما احتج به ابن المواز في هذه المسئلة والمقصود من الخيل السبق والجودة لانها بها تباين سائر الحيوان المتحد فاذا كان سابقا فائقا فليس من جنس ما ليس بسابق من الخيل والمقصود من الابل القوة على الحمل فان كان مما يباين غيرها في القوة على ذلك فهو من غير جنسه وليس السبق بمقصود فيها لانها لا ترتاد للسبق وكذلك لا يسهم لها وان جاز ان يكون منها ما يسابق فان ذلك ليس بمنفعة افضل هذا الجنس وأغلبه الا ترى ان من الخيل ما تكون فيه القوة على الحمل ولا يتخذ لذلك ولا يتميز به في الجنس عما ليس بقوي على الحمل لان الحمل ليس بمقصود من أفضل هذا الجنس ولا أكثر وأما البغال والحمير فقال ابن القاسم ان البغال كلها مع الحمر المصرية جنس مخالف للاعرابية ولا يختلف بالسير والقيم وانما تختلف بالصغر والكبر ووجهه ان المقصود منها الركوب للجمال وهي متقاربة فيه وقال ابن حبيب تختلف باختلاف السير لان السير هو المقصود منها فيجب ان تختلف باختلافه قال فابي ابن

حتى يتعرض الخصم لدفعه بالفارق ويكون دليلهم شيئا واحدا وهو القياس وهم لا يعتقدون ان مدركهم هذه النصوص وليس كذلك فتامل ذلك بل يتعين ان يذكروا نصوصا اخر خاصة بذرائع بيوع الآجال خاصة ويقتصرون عليها نحو ما في الموطأ ان ام ولد زيد ابن ارقم قالت لعائشة رضي الله عنها يا أم المؤمنين اني بعت من زيد ابن ارقم عبدا بثمانمائة درهم الى العطاء واشتريته بستمائة نقدا فقالت عائشة رضي الله عنها بئس ما اشتريت وبئس ما اشتريت اخبري زيدا بن أرقم انه أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان يتوب قالت ارأيتي ان اخذته برأس مالي فقالت عائشة رضي الله عنها فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وامره الى الله فهذه هي صورة النزاع وهذا التغليظ العظيم لا تقوله رضي الله عنها الا عن توقيف فتكون هذه الذرائع واجبة السد وهو المقصود (سؤال) زيدا بن ارقم من خيار الصحابة والصحابة رضي الله عنهم كلهم عدول سادة اتقياء فكيف يليق به فعل ما يقال فيه ذلك (جوابه) قال صاحب المقدمات ابو الوليد بن رشد هذه المبايعة كانت بين ام ولد زيد بن ارقم ومولاها قبل العتق فيتخرج قول عائشة رضي الله عنها على تحريم الربا بين السيد وعبده مع القول بتحريم هذه الذرائع ولعل زيدا ابن ارقم لا يعتقد تحريم الربا بين السيد وعبده قال ولا يحل لمسلم ان يعتقد في زيد انه وطأ ام ولده على شراء الذهب بالذهب متفاضلا الى اجل (سؤال) اذا قلنا بالتحريم على رأي عائشة رضي الله عنها فما معنى احباط الجهاد واحباط الاعمال لا يكون الا بالشرك (جوابه) ان الاحباط احباطان احباط اسقاط وهو احباط الكفر للاعمال الصالحة فلا يفيد شيء منها معه واحباط موازنة وهو وزن العمل الصالح بالسيء فان رجح السيء قامه هاوية والصالح فهو في عيشة راضية كلاهما معتبر غير انه يعتبر احدهما بالآخر ومع الكفر لا عبرة البتة فالاحباط في الاثر احباط موازنة تقي كيف يحبط هذا الفعل جملة ثواب الجهاد قلت له معنيان (احدهما) ان المراد المبالغة في الانكار لا التحقيق (وثانيهما) ان مجموع الثواب المتحصل من الجهاد ليس باقيا بعد هذه السببية بل بعضه فيكون الاحباط في المجموع من حيث هو مجموع وظاهر الاحباط والتوبة انه معصية اما يترك التعلم لحال هذا العقد قبل القدوم عليه لانه اجتهد فيه ورأت ان اجتهاده مما يجب نقضه وعدم اقراره فلا يكون حجة له او هو ممن يقتدى به

القاسم ان الاسماء لاعتبار بها فلما اتفقت في المعنى المقصود منها كانت جنسا واحدا وان لم يشملها اسم واحد وهذا أشبه بمذهب مالك رحمه الله ووجه ماقاله ابن حبيب ان اختلاف الاسماء الخاصة يوجب اختلاف الجنس وانما يراعى اختلاف المنافع واتفاقها فى الجنس الواحد ولا خلاف فى ان المقصود من ذكور البقر القوة على الحرث وهل هو كذلك فى أناثها او المقصود منها كثرة اللبن قولان لابن القاسم وابن حبيب والمقصود من المعز كثرة اللبن وفى كون الضأن كذلك اولا روايتا سحنون ويحيى عن ابن القاسم والمقصود من الطير اللحم فقط وفي كون بيض كالدجاج معنى مقصودا من هذا الجنس من الحيوان اولا قول اصبغ ورواية عيسى عن ابن القاسم اه ملخصا مع اصلاح ولا يخفاك ان مابنى الاصل عليه الفرق بين قاعدة اتحاد الجنس وتعدده في باب ربا الفضل من القاعدتين المذكورتين مع ماذكره الباجى فى المنتقى هو الفانون الذى ينحصر فيه أقوال مالك فى الربويات وتنحصر فيه المنافع التى توجب عنده الاتفاق فى شيء من الاجناس التي يقع بها التعامل كالحيوان والعروض والنبات ويحصل به تفصيل الاقوال وتميز تلك المنافع من التى لاتوجب ذلك الاتفاق بدون أدنى عسر و يتحد الجواب فى تمييزها فتأمل بانصاف هذا والجنس الذى يمتنع في أنواعه التفاصل عند الامام احمد بن حنبل كما فى الاقناع وشرحه كشاف القناع للشيخ منصور بن ادريس الحنبلى هو ماله اسم خاص يشمل انواعا أى الجنس هو الشامل لاشياء مختلفة بانواعها والنوع هو الشامل لاشياء مختلفة باشخاصها فكل وتظهر

نوعين اجتمعا فى اسم خاص فهو جنس كذهب وأنواعه المغربى والدكرورى وفضة وأنواعها الريال والبنادقة ونحوها وبر وأنواعه البحيرى والصعيدى اى والبطراوى وشعير كذلك وتمر وأنواعه البرني والمعقلى والصيحانى وغيرها وملح وأنواعه المنزلاوى والدمياطي وكل شيئين فاكثر أصلهما واحد فهما جنس واحد وان اختلفت مقاصدهما كدهن ورد ودهن بنفسج ودهن زنبق ودهن ياسمين ودهن بان اذا كانت كلها من دهن واحد كالشيرج فهى جنس واحد لاتحاد اصلها وانما طيبت بهذه الرياحين فنسبت اليها فلم تصر أجناسا وقد يكون الجنس الواحد مشتملا على جنسين كالتمر يشتمل على النوى وما عليه وهما جنسان بعد النزع لان كلا منهما اسم خاص يشمل أنواعا وكاللبن يشتمل على المخيض

فخشيت ان يقتدى به الناس فينفتح باب الربا بسببه فيكون ذلك في صحيفته فيعظم الاحباط في حقه ومن هذا الباب فى الاحباط قوله عليه السلام من ترك صلاة العصر فقد حبط عمله اى بالموازنة ووقفنا ابو حنيفة وابن حنبل فى سد ذرائع بيوع الآجال التى هى صورة النزاع وان خالفنا فى تفصيل بعضها وقال ابو حنيفة يمتنع بيع السلعة من اب البائع بما تمتنع به من البائع وخالفنا الشافعى رضى الله عنه واحتج بقوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربا وبما جاء في الصحيح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اتى بتمر جنيب فقال اتمر خيبر كله هكذا فقالوا انا نبتاع الصاع بالصاعين من تمر الجمع فقال عليه السلام لا تفعلوا هذا ولكن بيعوا تمر الجمع بالدراهم واشتروا بالدراهم جنيبا فهو بيع صاع بصاعين وانما توسط بينهما عقد الدراهم فابيح والجواب عن الاول ان ماذكرناه خاص وماذكر تموه عام والخاص مقدم على العام على ماتقرر فى علم الاصول وعن الثانى انا انما امنع ان يكون العقد الثانى من البائع الاول وليس ذلك مذكورا فى الخبر مع أن بيع النقد اذا تقابضا فيه ضعفت التهمة وانما المنع حيث تقوى واحتج ايضا بان العقد المقتضى للفساد لا يكون فاسدا اذا صحت اركانه كبيع السيف من اطع الطريق والعنب من الخمار مع ان الفساد فى قطع الطريق اعظم من سلف جر نفعا لما فيه من ذهاب النفوس والاموال وجوابه ان الفساد ليس مقصودا للقصد بالذات بخلاف عقود صور النزاع فان تلك الاعراض الفاسدة هى الباعثة على العقد لانه المحصل لها والبيع ليس محصلا لقطع الطريق وعمل الخمر (تنبيه) قال اللخمى اختلف فى وجه المنع في بيوع الآجال ابو الفرج لانها اكثر معاملات اهل الربا وقال ابن مسلمة بل سدا لذرائع الربا فعلى الاول من علم من عادته تعمد الفساد حمل عقده عليه والا امضى فان اختلفت العادة منع الجميع وان كان من اهل الدين والفضل وعليه يحمل قول عائشة رضى الله عنها فان زيدا من ابعد الناس عن قصد الربا قال فى الجواهر وضابط هذا الباب ان المتعاقدين ان كانا يقصد ان اظهار مايجوز ليتوصلا به الى مالا يجوز فيفسخ العقد اذا كثر القصد اليه اتفاقا من المذهب كبيع وسلف جر نفعا فان بعدت التهمة بعض البعد وامكن القصد اليه كدفع الاكثر مما فيه ضمان واخذ الاقل منه الى اجل فقولان مشهوران قاما مع ظهور مايبرئ من التهمة لكن فيه صورة المتهم عليه كما لو تصور العين بالعين غير يد بيد

والزبد وهما جنسان لما تقدم فما دام التمر والنوى او المخيض والزبد متصلين اتصال خلقة فهما جنس واحد لاتحاد الاسم واذ ميز احدهما عن الآخر صارا جنسين ولو خلطا يجوز التفاضل بينهما وفروع الاجناس اجناس كادقة واخباز وادهان وخلول لان الفرع يتبع اصله فلما كانت أصول هذه أجناسا كانت هذه أجناسا الحاقا للفروع باصولها فعلى هذا دقيق الحنطة جنس وخبزها جنس ودقيق الشعير جنس وخبزه جنس ودهن السمسم جنس ودهن الزيتون جنس وخل التمر جنس وخل العنب جنس وهكذا فعسل النحل وعسل القصب جنسان واللحوم أجناس باختلاف اصولها لانها فروع أصولها وهي اجناس فكانت أجناسا كالاخباز وكذلك اللبن اجناسا باختلاف أصوله فضأن ومعز نوعا جنس لايباع أحدهما بالآخر الا مثلا بمثل يدا بيد وكذا البقر والجواميس والبختي والعراب وسمين ظهر وسمين جنب ولحم احمر جنس واحد يتناوله اسم اللحم والشحم والالية والكبد والطحال بكسر الطاء والرئة والرؤس والاكارع والدماغ والكرش والمعي والفلب والجلود والاصواف والعظام ونحوها اجناس لانها مختلفة فى الاسم والخلقة فكانت أجناسا كبهيمة الانعام فلا يحرم التفاضل بين أجناسها ولو شحما بلحم لانهما جنسان كالنقدين اه المحتاج منه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ الفرق الثاني والتسعون والمائة بين قاعدة مايعد تماثلا شرعيا فى الجنس الواحد وقاعدة مالا يعد تماثلا فيه ﴾

وهو عندنا ان لفظ الشرع يحمل على عرفه فان تعذر حكمت فيه العوائد كالايمان والوصايا وغيرهما وتوضيحه ان ضابط تماثل الحبوب الجافة والنقد هو أن مافيه معيار شرعي اعتبر فيه مااعتبره صاحب الشرع من كيل او وزن مثلا جاء فى الحديث البر بصيغة الكيل فى البيع وفى الزكاة بالاوسق وصرح في النقدين بالوزن لقوله عليه السلام ليس فيما دون خمس أواق من الفضة صدقة فيكون المعتبر فى ذلك ماعتبره وما ليس فيه معيار شرعي اعتبرت فيه العادة العامة هل يكال او يوزن فان اختلفت العوائد فعادة البلد فان جرت العادة بالوجهين خير فيهما ووافقنا أبو حنيفة رضي الله عنه كما فى الاصل قال وباعتبار هذا الفرق يظهر بطلان قول من جوز بيع القمح بالدقيق وزنا فان عادة القمح الكيل فاعتبار التماثل فيه بالوزن غير معتبر بل ذلك سبب الربا فان القمح الرزين يقل كيله ويكثر وزنه والخفيف بالعكس وقس على هذه القاعدة بقية

وتظهر البراءة بتعجيل الاكثر فجائز لانتفاء التهمة وقيل يمتنع حماية للذريعة والاصل ان ينظر ماخرج من اليد وماخرج اليها فان جاز التعامل به صح والافلا ولانعتبر اقوالهما بل افعالهما فقط فهذا هو تلخيص الفرق بين الذرائع التى يجب سدها والذرائع التى لايجب سدها والخلاف فيه والوفاق والمدرك فى ذلك

﴿ الفرق الخامس والتسعون والمائة بين قاعدة الفسخ وقاعدة الانفساخ ﴾

فالفسخ قلب كل واحد من العوضين لصاحبه والانفساخ انقلاب كل واحد من العوضين لصاحبه فالاول فعل المتعاقدين او الحاكم اذا ظفروا بالعقود المحرمة والثاني صفة العوضين فالاول سبب شرعي والثاني حكم شرعي فهذان فرعان فالاول من جهة الموصوفات والثانى من جهة الاسباب والمسببات ويتحرر هذا الفرق ردنا على أبي حنيفة رضي الله عنه فى جعل الخلع فسخا لعدم تعيين انقلاب الصداق لباذله بل يجوز بغير الصداق اجماعا فحقيقة الفسخ منتفية

﴿ الفرق السادس والتسعون والمائة بين قاعدة خيار المجلس وقاعدة خيار الشرط ﴾

المجلس عند من قال به هو من خواص عقد البيع ومافى معناه من غير شرط بل هو من اللزوم وخيار الشرط عارض عند اشتراطه وينتفي عند انتفاء الاشتراط واعلم ان الاصل فى العقود اللزوم لان العقود اسباب لتحصيل المقاصد من الاعيان والاصل ترتيب المسببات على اسبابها وخيار المجلس عندنا باطل والبيع لازم بمجرد العقد تفرقا ام لا وقاله ابو حنيفة وقال الشافعي وابن حنبل رضى الله عنهما بعدم لزوم العقد وخيار المجلس حتى يتفرقا او يختار الامضاء وحكاه ابو الطاهر عن ابن حبيب منا وكذلك الاجارة والصرف والسلم والصلح على غير جنس الحق وهو حطيطة لا بيع وكذلك القسمة بناء على انها بيع واعتمد مالك وابو حنيفه على الاصل المتقدم ان الاصل فى العقود اللزوم لذوى

قال (الفرق السادس والتسعون والمائة بين قاعدة خيار المجلس وقاعدة خيار الشرط الى قوله عند انتفاء الاشتراط) قلت ما قاله حكاية قول ولا كلام فى ذلك قال (واعلم ان الاصل في العقود اللزوم الى قوله ولا تندفع الحاجة الا بالتخيير واللزوم) قلت يقال بموجب ذلك الاصل بعد خيار المجلس لاقبله

فروعها ولا نخرج عنها اه وسلمه ابن الشاط وعليه فالمعتمد مذهبنا يوافق قول أبى حنيفة بمنع بيع الدقيق بالحنطة مثلا بمثل من قبل أن أحدهما مكيل والآخر موزون ولا يظهر قول الحفيد فى البداية الاشهر عن مالك جواز بيع الدقيق بالحنطة مثلا بمثل وهو قول مالك فى موطئه وروى عنه انه لايجوز وهو قول الشافعي وابى حنيفة اى وأحمد بن حنبل أيضا الا أن الشافعي وأحمد يعللان بتعذر التماثل بخلاف ابى حنيفة كما تقدم وكذا هو قول ابن الماجشون من أصحاب مالك وقال بعض أصحاب مالك ليس هو اختلافا من قوله وانما رواية المنع اذا كان اعتبار المثلية بالكيل لان الطعام اذا صار دقيقا اختلف كيله ورواية الجواز اذا كان الاعتبار بالوزن لان مالكا يعتبر الكيل او الوزن والعدد فيما لايكال ولا يوزن اه بزيادة فافهم وأما الفرق على مذهب الشافعي ففى الاصل ما كان يكال او يوزن بالحجاز اعتبر بتلك الحاله لقوله عليه السلام المكيال مكيال أهل المدينة والوزن وزن أهل مكة فذكر احد البلدين تنبيها على الآخر ليرد البلاد اليهما وما تعذر كيله اعتبر فيه الوزن وان أمكن الوجهان الحق بمشابهه فى الحجاز كجزاء الصيد فان شابه امرين نظر الى الاغلب فان استويا قيل يغلب الوزن لانه أحصر وقيل يجوز الوجهان نظرا للتساوى وقيل يمتنع بيعه نظرا لتعذر الترجيح هذا فان مذهب الشافعى رضى الله عنه لنا ان لفظ الشرع يحمل على عرفه فان تعذرت حكمت فيه العوائد كالايمان والوصايا وغيرهما كما تقدم اه والله سبحانه وتعالى أعلم

الحاجات من الاعواض فان العقد لايقع الا لحاجة ولا تندفع الحاجة الا بالتخيير واحتج الشافعى ومن وافقه بما فى البخارى وغيره قال صلى الله عليه وسلم المتعاقدان بالخيار مالم يتفرقا الا ببيع الخيار او يقول احدهما للآخر اخترولنا عنه عشرة اجوبة (الاول) حمل المتبايعين على المتشاغلين بالبيع مجازا يدل عليه ماسيأتى من الادلة ويكون الافتراق بالاقوال (الثانى) ان احد المجازين لازم فى الحديث لنا لان حملنا المتبايعين على حالة المبايعة كان حقيقة لان اسم الفاعل لا يصدق حقيقة الا حالة الملابسه ويكون المجاز فى الافتراق فان اصله فى الاجسام نحو افتراق الخشبة وفرق البحر ويستعمل مجازا فى الاقوال نحو قوله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته وقوله صلى الله عليه وسلم افترقت بنو اسرائيل على اثنتين وسبعين فرقة وستفترق امتي الحديث اى بالاقوال والاعتقادات وان حملنا المتبايعين على من تقدم منه البيع كان مجازا كتسمية الانسان نطفة ثم يكون الافتراق فى الاجسام

قال (واحتج الشافعى الى قوله اويقول احدهما للآخر اختر) قلت تلك حجة قوية والعادة غالبا ان لا يطول مجلس المتبايعين طولا يفوت المقصود من العوضين كيف وقد قال صلى الله عليه وسلم او يقول احدهما للآخر اخترأى اختر الامضاء قال (ولنا عنه عشرة اجوبة الاول حمل المتبايعين على المتشاغلين بالبيع مجازا الى آخره) قلت يأتى جوابه عند ذكر دليله قال (الثانى ان احد المجازين لازم فى الحديث الى قوله لان اسم الفاعل لا يصدق حقيقة الا حالة الملابسة) قلت ذلك صحيح اذا اريد بالحقيقة كون الفاعل ملابسا لما صدر منه اووصف به لا اذا اريد بالحقيقة كون لفظ متبايعين موضوعا لحاولي البيع والابتياع فانه لادليل على ما ذهب اليه فى ذلك هو وغيره من ان اسم الفاعل لا يكون حقيقة الا في حال الملابسة قال (ويكون المجاز فى الافتراق) قلت ذلك مذهبه قال (فان اصله في الاجسام نحو افتراق الخشبة وفرق البحر) قلت ذلك مسلم قال (ويستعمل مجازا فى الاقوال الى قوله أى بالاقوال والاعتقادات) قلت الآية والحديث يحتمل ان يراد بهما الاقوال كما قال ويحتمل ان يراد بهما الافعال التابعة لتلك الاقوال قال (وان حملنا المتبايعين على من تقدم منه البيع كان مجازا كتسمية الانسان نطفة ثم يكون الافتراق فى الاجسام حقيقة الى قوله معضود بالقياس) قلت ما قاله فى ذلك مبنى على ان اسم الفاعل لا يكون حقيقة الا عند الملابسة وذلك ليس بصحيح بل اسم

حقيقة

﴿ الفرق الثالث والتسعون والمائة بين قاعدة المجهول وقاعدة الغرر ﴾

الغرر لغة قال القاضى عياض رحمه الله هو ماله ظاهر محبوب وباطن مكروه ولذلك سميت الدنيا متاع الغرور قال وقد يكون من الغرارة وهى الخديعة ومنه الرجل الغر بكسر الغين للخداع ويقال للمخدوع أيضا ومنه قوله عليه السلام المؤمن غر كريم اه والمجهول لغة ضد المعلوم كما فى المختار والغرر اصطلاحا مالا يدرى هل يحصل أم لا جهلت صفته أم لا كالطير في الهواء والسمك في الماء والمجهول اصطلاحا ماعلم حصوله وجهلت صفته كبيع الشخص ما فى كمه فهو يحصل قطعا لكنه لا يدرى أى شيء هو فكل واحد من الغرر والمجهول اصطلاحا اعم من الآخر من وجه وأخص من وجه فيجتمعان فى

نحو شراء العبد الآبق المجهول قبل اباقة صفته فهو مجهول الصفة وغرر لانه لا يدرى ايحصل أم لا و يوجد الغرر بدون الجهالة في نحو شراء العبد الآبق المعلوم قبل اباحة صفته فهو معلوم قبل الاباق لاجهالة فيه وهو غرر لانه لا يدرى هل يحصل أم لا وتوجد الجهالة بدون الغرر فى نحو شراء حجر يراه لا يدرى اهو زجاج أم ياقوت فمشاهدته تقتضي القطع بحصوله فلا غرر وعدم معرفته تقتضى الجهالة به نعم قد يتوسع العلماء فيهما فيستعملون أحدهما موضع الآخر نظر الى ان الغرر يوجد فى المبيعات من جهة الجهل باحد سبعة أشياء (الاول) الجهل بتعيين العقد أى الجهل بوجود المعقود به عليه كالآبق قبل الاباق(والثاني)الجهل بتعيين المعقود عليه كثوب من ثوبين مختلفين (والثالث)الجهل بجنسه كسلعة لم يسمها (والرابع) الجهل بنوعه كعبد لم يسمه (والخامس) الجهل بالحصول ان علم الوجود كالطير فى الهواء والسادس الجهل بالمقدار كالبيع الى مبلغ رمى الحصاة والسابع الجهل بالبقاء كالثمار قبل بدو صلاحها و بقي الجهل بالاجل ان كان هناك أجل والجهل بالصفة فهذه تسعة موارد للغرر من جهة الجهالة وهي ترجع الى ثلاثة أقسام للغرر من جهة الجهالة (الاول) كثير ممتنع اجماعا كالطير فى الهواء ومن ذلك جميع البيوع التي نهى عنها صلي الله عليه وسلم كبيع حبل الحبلة لانه اما عبارة عن بيع يؤجلونه الى ان تنتج الناقة مافى بطنها ثم ينتج مافى بطنها والغرر فى هذا من جهة جهل الاجل بين واما عبارة عن بيع جنين جنين الناقة وهذا من باب النهي عن بيع المضامين والملاقيح والمضامين هي مافى بطون الحوامل والملاقيح مافى ظهور الفحول وكبيع مالم يخلق و بيع الملامسة وكانت صورته فى الجاهلية ان يلمس الرجل الثوب ولا ينشره-أو يبتاعه ليلا ولا يعلم ما فيه وسبب تحريمه الجهل بالصفة وكبيع المنابذة وصورته ان ينبذ كل واحد من المتبايعين الى صاحبه الثوب من غير ان يعين ان هذا بهذا بل كانوا يجعلون ذلك راجعا الى الاتفاق وكبيع الحصاة وصورته ان يقول المشترى أى ثوب وقعت عليه الحصاة التى ارمي بها فهولى وقيل أيضا انهم كانوا يقولون اذا وقعت الحصاة من يدى فقدوجب البيع وهذا قمار فهذه ونحوها كلها بيوع جاهليه متفق على تحريمها وهي محرمة لكثير الغرر الحاصل من جهات الجهالة المذكورة (والقسم الثانى) قليل جائز اجماعا كاساس الدار وقطن الجبة والقسم الثالث متوسط اختلف فيه هو يلحق بالاول

حقيقة ثم فى هذا المقام يمكننا الاقتصار على هذا الفرق ونقول ليس احدهما اولى من الآخر فيكون الحديث مجملا فيسقط به الاستدلال ولما ترجيح المجاز الاول لكونه معضودا بالقياس والقواعد (الثالث)قوله صلى الله عليه وسلم فى بعض الطرق في أبى داود والدار قطنى المتبايعان كل واحد منهما بالخيار مالم يفترقا الا ان يكون صفقة خيار ولا يحل له ان يفارق صاحبه خشية ان يستقيله فلو كان

الفاعل حقيقة فى الماضي وفى الحال وفى الاستقبال من حيث انه مستعمل فى الازمان الثلاثة فى اللسان والاصل الحقيقة والمجاز على خلاف الاصل فلا بد له من دليل ولا دليل لمن ادعى ذلك فيما اعلمه غير مايتوهم من ان الحقيقة اللغوية تلزم الحقيقة الوجودية وليس الامر كذلك فان الحقيقة اللغوية المراد بها ان اللفظ موضوع للمعنى لا لعلاقة بين ذلك المعنى ومعنى آخر وضع له ذلك اللفظ قبل هذا والحقيقة الوجودية المراد بها كون الصفة بالموصوف موجودة فالمعنيان متغايران لاملازمة بينهما بوجه قال (الثالث قوله عليه الصلاة والسلام فى بعض الطرق فى ابي داود ولدار قطنى المتبايعان كل واحد منهما بالخيار مالم يفترقا الا ان تكون صفقة خيار ولا يحل له ان يفارق صاحبه خشية ان يستقيله فلو كان خيار المجلس مشروعا لم يحتج الى الاقالة الى آخر ماقاله فى الجواب الثالث) قلت لادلالة للفظ الاقالة على بطلان خيار المجلس انما هى بالضمن لا بالصريح على تقدير ان لفظ الاقالة حقيقة لاجاز ويلزم عن ذلك مخالفة آخر الكلام اوله فان اول الكلام يقتضي صريحا ثبوت خيار المجلس و يلزم عن ذلك أيضا ان مقتضى الحديث التاكيد لما هو مقرر من ان المتبايعين او المتساومين بالخيار وذلك مرجوح فان حمل كلام الشارع على التأسيس اذا احتمله اولى ويلزم عن ذلك أيضا عدم الفائدة في الاستثناء بقوله الا ان تكون صفقة خيار فانه لاشك ان المتساومين او المتعادين للبيع والابتياع مالم يقع بينهما العقد بالخيار فى كل حال من احوالهما وفى صفقة الخيار وغيرها وبالجملة ففى حمل لفظ المتبايعين على المجاز وحمل لفظ الاقالة على الحقيقة ضروب من ضعف الكلام وتعارضه وعدم الفائدة وكل ذلك غير لائق بفصاحة صاحب الشرع وفى حمل الاقالة على المجاز وان المراد بها اختيار الفسخ وحمل المتبايعين على المتعاقدين قوة الكلام واستقامته وثبوت فائدته والله تعالى اعلم

أو الثاني فلارتفاعه عن القليل الحق بالكثير ولانحطاطه عن الكثير الحق بالقليل وهذا هو سبب اختلاف العلماء في فروع الغرر والجهالة هذا خلاصة مافي الاصل وسلمه ابن الشاط بزيادة من بداية الحفيد قال ومن البيوع التي توجد فيها هذه الضروب من الغرر بيوع منطوق بها وبيوع مسكوت عنها والمنطوق به أكثره متفق على تحريمه وبعضه اختلفوا فيه ومنه ما جاء عنه عليه الصلاة والسلام من النهي عن بيع السنبل حتى يبيض والعنب حتى يسود وذلك ان العلماء اتفقوا على انه لا يجوز بيع الحنطة في سنبلها دون السنبل لانه بيع مالم تعلم صفته ولا كثرته واختلفوا في بيع السنبل نفسه مع الحب فجوز ذلك جمهور العلماء مالك وأبو حنيفة وأهل المدينة وأهل الكوفة وقال الشافعي لا يجوز بيع السنبل نفسه وان اشتد فانه من باب الغرر وقياسا على بيعه مخلوط بتبنه بعد الدرس وحجة الجمهور ما روى عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخيل حتى تزهى وعن السنبل حتى تبيض وتأمن العاهة نهى البائع والمشترى وهي زيادة على ماروواه مالك من هذا الحديث والزيادة اذا كانت من الثقة مقبولة وروى عن الشافعي انه لما وصلته هذه الزيادة رجع عن قوله وذلك انه لا يصح عنده قياس مع وجود الحديث ثم قال وأما المسائل المسكوت عنها في هذا الباب المختلف فيها بين فقهاء الامصار فكثيرة لكن نذكر منها أشرها لتكون كالقانون للمجتهد النظار وهي خمسة مسائل (المسئلة الاولى) المبيعات نوعان مبيع حاضر مرئي فهذا لاخلاف في بيعه ومبيع غائب او متعذر الرؤية فهنا اختلف العلماء فقال قوم بيع فيقول الغائب لا يجوز بحال من الاحوال لا وصف ولا لم يوصف وهذا اشهر قول الشافعي وهو المنصور عند أصحابه اعني ان بيع الغائب على الصفة لايجوز وقال مالك وأكثر أهل المدينة يجوز بيع الغائب على الصفة اذا كانت غيبته مما يؤمن ان تتغير فيه قبل القبض صفته وقال ابوحنيفة يجوز بيع العين الغائبة من غير صفة ثم له اذا رآها الخيار فان شاء نفذ البيع وان شاء رده وكذلك المبيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وان جاء على الصفة وعند مالك انه ان جاء على الصفة فهو لازم وعند الشافعي لا ينعقد البيع أصلا في الموضعين وقد قيل في المذهب يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار خيار الرؤية وقع ذلك في المدونة وانكره عبدالوهاب وقال هو مخالف لاصولنا وسبب الخلاف هل نقصان العلم

خيار المجلس مشروعا لم يحتج الاقالة فان من توجهت نفسه يختار الفسخ ولما صرح بما يقتضي احتياجه للآخر وهو الاقالة دل على بطلان خيار المجلس بعد العقد وانما هو ثابت قبل العقد وان المتبايعين هما المتشاغلان بالبيع كما تقدم في الوجه الاول وهذا دليل ذلك المجاز الرابع المعارضة بنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الغرر وهذا من الغرر ولان كل واحد منهما لايدري مايحصل له من الثمن والمثمن (الخامس) قوله تعالى أوفوا بالعقود والامر للوجوب المنافي للخيار (السادس) لوصح خيار المجلس لتعذر تولي طرفي العقد كشراء الاب لابنه الصغير والوصي والحاكم لان ذلك مجمع عليه فيلزم ترك العمل بالدليل وعلى قولنا لا يلزم كذلك يلزم فيما يسرع اليه الفساد من الاطعمة كالهرائس والكنائف (السابع) أن نقول خيار المجلس مجهول العاقبة فيبطل كخيار الشرط المجهول العاقبة أو النهاية في الزمان فان خيار المجلس ليس له ضابط إلا الافتراق وقد يطول وقد يقصر ومثل ذلك مجمع على بطلانه في خيار الشرط الذي صرح به فاولى أن يقتضي بطلان مالم يصرح به في العقد (الثامن) عقد وقع الرضى به فيبطل خيار المجلس فيه كما بعد الامضاء (التاسع) يحمل الحديث على ماذا قال المشترى بعني

قال (الرابع المعارضة بنهيه عليه السلام عن بيع الغرر الى آخره) قلت هذا من الغرر المعفو عنه فانه ليس مما يعظم فان المجلس في غالب العادة لايطول طولا يقتضي ذلك قال (الخامس قوله تعالى اوفوا بالعقود الى آخره) قلت الآية مطلقة فتحمل على مابعد الخيار جمعا بين الادلة قال (السادس لوصح خيار المجلس لتعذر تولي طرفي العقد الى آخره) قلت انما خرج كلام الشارع في خيار المجلس على الغالب وحيث لا يتعذر قال (السابع ان نقول خيار المجلس مجهول العاقبة الى آخره) قلت هو مضبوط بالاعتبار وما يلزمه غالبا من التفاوت معفو عنه بخلاف مانظر به من خيار الشرط لمجهول الزمان قال (الثامن عقد وقع الرضى به فيبطل خيار المجلس فيه كما بعد الامضاء) قلت هذا قياس فاسد الوضع فانه في معارضة النص قال (التاسع يحمل الحديث على ماذا قال المشترى للبائع بعني فيقول بعتك الى آخره) قلت لاخفاء بضعف هذا الوجه من وجوه أيسرها كونه بني على مذهب الغير

المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جعل مؤثر فى بيع الشيء فيكون من الغرر الكثير أم ليس بمؤثر وانه من الغرر اليسير وأما أبوحنيفه فانه رأى انه اذا كان له خيار الرؤية انه لا غرر هنالك وان لم تكن له رؤية وأما مالك فرأى ان الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثر فى انعقاد البيع ولا خلاف عند مالك ان الصفة انما تنوب عن المعاينة لامكان غيبة المبيع أو لمكان المشقة التى فى نشره وما يخاف ان يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه ولهذا اجاز البيع على البرنامج على الصفة ولم يجز عنده بيع السلاح فى جرابه ولا الثوب المطوى فى طيه حتى ينشر أو ينظر الى ما فى جرابها واحتج أبوحنيفة بما روى عن ابن المسيب انه قال قال أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وددنا ان عثمان بن عفان وعبدالرحمن بن عوف تبايعا حتى نعلم ايهما أعظم جدا فى التجارة فاشترى عبدالرحمن من عثمان بن عفان فرسا بارض له أخرى بار بعين الفا أو أربعة الآف فذكر تمام الخبر وفيه بيع الغائب مطلقا ولا بد عند أبى حنيفة من اشتراط الجنس و يدخل البيع على الصفة أو على خيار الرؤية من جهة ما هو غائب غرر آخر وهو هل هو موجود وقت العقد أو معدوم ولذلك اشترطوا فيه ان يكون قريب الغيبة الا ان يكون مأمونا كالعقار ومن ههنا اجاز مالك بيع الشيء برؤية متقدمة أعنى اذا كان من القرب بحيث يؤمن ان تتغير فيه فاعلمه (المسئلة الثانية) اجمعوا على انه لا يجوز بيع الاعيان الى أجل وان من شرطها تسليم المبيع الى المبتاع باثر عقد الصفة الا ان مالكا ور بيعة وطائفة من أهل المدينة أجازوا بيع الجارية الرفيعة على شرط المواضعة ولم يجيزوا فيها كما لم يجزه مالك فى بيع الغائب وانما منع ذلك الجمهور لما يدخله من الدين بالدين ومن عدم التسليم و يشبه

فيقول البائع بعتك فان أبا يوسف قال له الخيار مادام فى المجلس وهذه صورة تفرد بها الحنفية فلا بد أن يقول عندهم اشتريت وان كان قد استدعي البيع وحملوا عليه قوله عليه الصلاة والسلام فى البخارى فى آخر الحديث أو يقول أحدهما للآخر اختر اى أختر الرجوع عن الايجاب أو الاستدعاء ونحن نحمله على اختيار شرط الخيار فيكون معنى الحديث المتبايعان بالخيار مالم يفترقا فلا خيار او يقول احدهما لصاحبه اختر فلا تنفع الفرقة ولذلك لم يرد الا بيع الخيار مع هذه الزيادة (العاشر) عمل أهل المدينة وهو مقدم على خبر الواحد فان تكرر البيع عندهم مع الانفاس فعدم المجانس بين أظهرهم يدل على عدم مشروعية دلالة قاطعة والقطع مقدم على الظن فهذه عشرة اوجه تسقط دلالة الخبر

قال (العاشر عمل أهل المدينة الى آخره) قلت ليس للمالكية كلام يقوى غير هذا فاذا ثبت عمل اهل المدينة رجح على خبر الواحد والله تعالى أعلم

ان يكون بيع الدين بالدين من هذا الباب أعنى لما يتعلق بالغرر من عدم التسليم من الطرفين لا من باب الربا ومن هذا الباب ما كان يرى ابن القاسم انه لا يجوز ان ياخذ الرجل من غريمه فى دين له عليه ثم اقدبد اصلاحه و يراه من باب الدين بالدين وكان أشهب يجتز ذلك

 و يقول انما الدين بالدين مالم يشرع فى قبض شيء منه أعنى انه كان يرى ان قبض الاوائل من الاثمان يقوم مقام قبض الاواخر وهو القياس عند كثير من المالكيين وهو قول الشافعى وأبي حنيفة (المسئلة الثالثة) اجمع فقهاء الامصار على بيع الثمر الذى يثمر بطنا واحدا يطيب بعضه وان لم تطب جملته معا واختلفوا فيما يثمر بطونا مختلفة وتحصيل مذهب مالك فى ذلك أن البطون المختلفة لا تخلوان تتصل أولا تتصل فان لم تتصل لم يكن بيع مالم يخلق منها داخلا فيما خلق كشجر التين يوجد فيه الباكور والعصير ثم ان اتصلت فلا يخلوان تتميز البطون أولا تتميز فمثال المتميز جز الفصيل الذى يجز مدة بعد مدة ومثال المتميز المباطخ والمقاثىء والباذنجان والقرع ففى الذى يتميز عنه و ينفصل روايتان احداهما الجواز والاخرى المنع وفى الذى يتصل ولا يتميز قول واحد وهو الجواز وخالفه الكوفيون وأحمد واسحاق والشافعى فى هذا كله فقالوا لا يجوز بيع بطن منها بشرط آخر وحجة مالك فيما لا يتميز أنه لا يمكن حبس اوله على آخره فجاز أن يباع مالم يخلق منها مع ماخالق و بدأ صلاحه اصله جواز بيع مالم يطب من الثمر مع ماطاب لان الغرر فى الصفة شبهه بالغرر فى عين الشيء وكانه راى ان الرخصة ههنا يجب ان تقاس على الرخصة فى بيع الثمار اعنى ماطاب مع مالم يطب لموضع الضرورة والاصل عنده ان من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة ولذلك منع على احدى الروايتين عنده بيع الفصيل بطنا اكثر من واحد لانه لا ضرورة هنالك اذا كان متميزا واما وجه الجواز فى الفصيل فتشبيها له بما لا يتميز وهو ضعيف واما الجمهور فان هذا كله عندهم من بيع مالم يخلق ومن باب النهي عن بيع الثمار معاومة (المسئلة الرابعة) بيع اللفت والجزر والكرنب

جائز عند مالك اذا بدا صلاحه وهو أستحقاقه للاكل ولم يقلع ولم يجزه الشافعي الامقلوعا لانه من باب بيع الغيب ومن هذا الباب بيع الجوز واللوز والباقلا فقشره اجازه مالك ومنعه الشافعي والسبب في اختلافهم هل هو من الغرر المؤثر في البيوع ام ليس من المؤثر وذلك انهم اتفقوا على ان الغرر ينقسم بهذين القسمين وان غير المؤثر هو اليسير الذي تدعو اليه الضرورة او ما جمع الامرين (المسئلة الخامسة) اختلفوا ايضا في بيع السمك في الغدير او البركة فقال ابو حنيفة يجوز ومنعه مالك والشافعي فيما احسب وهو الذي تقتضي اصوله ومن ذلك الآبق اجازه قوم باطلاق ومنعه قوم باطلاق ومنهم الشافعي وقال مالك ان كان معلوم الصفة معلوم الموضع عند البائع والمشتري جاز واظنه اشترط ان يكون معلوم الاباق و يتواضعان اعني انه لا يقبضه البائع حتى يقبضه المشتري لانه يتردد عند العقد بين بيع وسلف وهذا أصل من اصوله يمنع به النقد في بيع المواضعة وفي بيع الغائب غير المامون وفيما كان من هذا الجنس وممن قال بجواز بيع الآبق والبعير والشارد عثمان البتي والحجة للشافعي حديث شهر بن حوشب عن سعيد الخدري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهي عن شراء العبد الآبق وعن شراء مافي بطون الاماء حتى تضع وعن شراء مافي ضروعها وعن شراء الغنائم حتى تقسم واجاز مالك بيع ابن الغنم اياما معدودة اذا كان مايحلب منها معروفا في العادة ولم يجز ذلك في الشاة الواحدة وقال سائر الفقهاء لا يجوز ذلك الا بكيل معلوم بعد الحلب ومن هذا الباب منع مالك بيع اللحم في جلده ومن هذا الباب بيع المريض اجازة مالك الا ان يكون ميؤسا منه ومنعه الشافعي وابو حنيفة وهي رواية اخرى عنه ومن هذا الباب بيع تراب المعدن والصواغين فاجاز مالك بيع تراب المعدن بنقد بخالفه أو بعرض ولم يجز بيع تراب الصاغة ومنع الشافعي البيع في الامرين جميعا وأجازه قوم في الامرين جميعا وبه قال الحسن البصري اه محل الحاجة من البداية والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿الفرق الرابع والتسعون والمائة بين قاعدة مايسد من الذرائع وقاعدة مالا يسد منها﴾ الذريعة بالذال المعجمة الوسيلة الى الشيء وأصلها عند العرب ماتألفه الناقة الشاردة من الحيوان بيانه لتضبط به ثم نقلت الى البيع الجائز صورة المتحيل به على مالا يجوز وهو السلف الجار نفعا وكذا غير البيع على وجه التخيل به على مالا يجوز من كل شيء كان وسيلة لشيء ماعدا المعنى الحقيقي كان بكرم بائع من اريد الشراء منه لاجل ان يغره بالبيع له بثمن مرتفع او نحو ذلك على طريق الاستعارة التصريحيه بتشبيه كل شيء كان وسيلة لشيء غير المعنى الحقيقي بالمعنى الحقيقي بجامع مطلق التوسل في كل ثم صارت حقيقة عرفية وانقسمت ثلاثة أقسام (القسم الاول) ما أجمع الناس على عدم سده اى على الغاء حكمه كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر والمنع من التجاور في البيوت خشية الزنى فلم يمنع شيء من ذلك ولو كان وسيلة وسببا للمحرم (القسم الثاني) ماجمعوا على سده أى أعمال حكمه كالمنع من سب الاصنام عند من يعلم انه يسب الله تعالى حينئذ والمنع من حفر الآبار في طريق المسلمين اذا علم وقوعهم فيها أو ظن والمنع من القاء السم في أطعمة المسلمين اذا علم أو ظن انهم يا كلونها فيهلكون والمنع من البيع والسلف مجتمعين خشية الرباوحوارهما مفترقين لقوله تعالى ولاتسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم وقوله تعالى ولقد علمتم الذين اعتدوا منكم في السبت حيث ذمهم لكونهم تذرعوا للصيد يوم السبت المحرم عليهم بحبس الصيد يوم الجمعة وقوله عليه الصلاة والسلام لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها واكلوا اثمانها وقوله عليه الصلاة والسلام لا يقبل الله شهادة خصم ولا ظنين خشية الشهادة بالباطل ومنع صلى الله عليه وسلم شهادة الآباء للابناء والعكس فقد اعتبر الشرع سد الذرائع

ثم نذكر وجها حادى عشر يقتضى الدلالة بالخبر على بطلان خيار المجلس عكس ما تدعيه الشافعية وذلك مبنى على ثلاث قواعد (القاعدة الاولى) ان اسم الفاعل حقيقة في الحال مجاز اذا مضى معناه على الاصح (القاعدة الثانية) ان ترتيب الحكم على الوصف يقتضي عليه ذلك الوصف لذلك الحكم نحو اقتلوا الكافر وارجموا الزانى واقطعوا السارق ونحوها فان ترتيب هذه الاحكام على هذه الاوصاف تقتضى عليه تلك الاوصاف المتقدمة لهذه الاحكام (القاعدة الثالثة) ان عدم العلة علة لعدم المعلول فعدم الاسكار علة لعدم التحريم وعدم الكفر علة لعدم اباحة الدماء والأموال وعدم الأسلام في الردة علة لعدم العصمة هو كثير اذا تقررت هذه القواعد فنقول الحديث يدل على عدم خيار المجلس لا على ثبوته

قال (ثم نذكر وجها حادى عشر الى آخر ماقال) قلت ماقاله في ذلك لا يصح لانه مبنى على القاعدة الاولى وهى فاسدة فكل مابنى عليها فاسد والله تعالى اعلم وجميع ماقال في الثلاثة الفروق بعده صحيح

فى الجملة وليس المذهب المالكى مختصا بسدها كما يحكى ذلك عنه (القسم الثالث) مااختلفوا فيه كالنظر الى المرأة الاجنبية من حيث انه ذريعة للزني قال العدوى على الخرشي أى بغير شهوة فمالك يجيزه وغيره يمنعه اما بشهوة فمتفق على منعه اه وكالتحدث مع الاجنبية من حيث ماذكر قال العدوى أيضا فمذهبنا يجوز ذلك بغير شهوة على المعتمد خلافا لمن يقول ان صوتها عورة وان ذكره بعض الشراح اه اى شراح خليل وكبيوع الآجال فمذهب مالك منعها بخمسة شروط احدها ان تكون البيعة الاولى لاجل ثانيها ان يكون المشترى ثانيا هو البائع اولا اومن تنزل منزلته وثالثها ان يكون البائع ثانيا هوالمشترى اولا اومن تنزل منزلته والمنزل منزلة كل واحد وكيله سواء علم الوكيل اوالموكل بيع الآخر وشرائه اوجهلا وعبد كل ان كان غيرمأذون له أومأذونا له وهو يتجر للسيد كوكيله ورابعها ان يكون المشترى ثانيا هوالمبيع اولا وخامسها ان يكون الشراء الثانى من صفة ثمنه الذى باع به اولا لانها وان كانت على صورة بيع جائزفى الظاهر الاانها لما كثر قصد الناس التوصل الى ممنوع فى الباطن كبيع بسلف وسلف بمنفعة منعت قياسا على الذرائع المجمع على منعها بجامع ان الاغراض الفاسدة فى كل هى الباعثة على عقدها لانه المحصل له بخلاف نحو بيع السيف من نحو قاطع الطريق فانه ليس محصلا لقطع الطريق حتى يقال ان الفساد فى قطع الطريق اعظم من سلف جر نفعا لما فيه من ذهاب النفوس والاموال اذا الفساد ليس مقصودا من البيع بالذات حتى يكون باعثا على عقده كصورة النزاع فافهم قال الحفيد فى البدآية والصور التى يعتبرها مالك فى الذرائع فى هذه البيوع هى ان يتذرع منها الى

أنظرنى ازدك اوالى بيع مالايجوز متفاضلا اوبيع مالايجوز نساء اوالى بيع وسلف اوالى ذهب وعرض بذهب اولى ضع وتعجل او بيع الطعام قبل ان يستوفى اوبيع وصرف قال هذه هى اصول الربا اه ومما يدل على منع صورة النزاع حديث العالية عن عائشة رضي الله عنها انها سمعتها وقد قالت لها امرأة كانت ام ولد لزيد بن ارقم يا أم المؤمنين انى بعت من زيد عبدا الى العطاء بثمانمائة فاحتاج الى ثمنه فاشتريته منه قبل محل الاجل بستمائة أى نقدا فقالت عائشة بئسما شريت وبئسما اشتريت ابلغي زيدا انه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب قالت ارأيت ان تركت وأخذت الستمائة دينار قالت نعم وفي رواية الموطأ قالت أرأيتى أن اخذته برأس مالى فقالت عائشة رضي الله عنها فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ماسلف وأمره الى الله فهذا التغليظ العظيم لا تقوله رضى الله عنها الا عن توقيف فتكون هذه الذرائع واجبة السد وهو المقصود قال صاحب المقدمات ابو الوليد بن رشد هذه المبايعة كانت بين ام ولد زيد بن ارقم ومولاها قبل العتق فيتخرج قول عائشة رضى الله عنها على تحريم الربا بين السيد وعبده مع القول بتحريم هذه الذرائع ولعل زيد بن أرقم لا يعتقد تحريم الربا بين السيد وعبده قال ولا يحل لمسلم ان يعتقد فى زيد انه واطأ ام ولده على شراء الذهب بالذهب متفاضلا الى اجل اه فاندفع مايقال كيف يليق بزيد بن ارقم وهو من خيار الصحابة فعل مايقال فيه ذلك والصحابة كلهم رضى الله عنهم عدول سادة اتقياء والاحباط احباطان احدهما احباط اسقاط وهو احباط الكفر للاعمال الصالحة فلا يفيد شيء منها معه وثانيهما احباط موازنة وهو وزن العمل الصالح السيء فان رجح السيء قامه هاوية والصالح فهو فى عيشة راضية كلاهما معتبر غير انه يعتبر احدهما بالآخر ومع الكفر لا عبرة البتة والاحباط فى حديث عائشة احباط موازنه كالاحباط فى قوله عليه السلام من ترك صلاة العصر فقد حبط عمله اى بالموازنة ومرادها رضى الله عنها اما المبالغة فى الانكار لا التحقيق واما الاحباط فى مجموع المتحصل من الجهاد من حيث هو مجموع فيكون الباقى بعد هذه السيئة بعضه وظاهر الاحباط والتوبة انه معصية اما بترك التعلم لحال هذا العقد قبل القدوم عليه لانه اجتهد فيه ورأت ان اجتهاده مما يجب

بيانه وذلك ان المتبايعين حقيقة فى حالة الملابسة عملا بالقاعدة الاولى ووصف المبايعة هو علة عدم الخيار عملا بالقاعدة الثانية فاذا انقطعت أصوات الايجاب والقبول انقطت المبايعة فتكون العلة قد عدمت فيعدم الخيار المرتب عليها فلا يبقى خيار بعده عملا بالقاعدة الثالثة وهو المطلوب وهذه القواعد كما دلت على عدم خيار المجلس فهي تدل على ان المتبايعين يتعين حملهما على المتساومين فان الخيار على هذا التقدير لا يثبت الا فى هذه الحالة وينقطع بعدها وهو يؤكد الوجه الاول وهذه نبذة حسنة فى هذا الفرق بين قاعدة خيار الشرط وخيار المجلس من جهة مااشتمل عليه خيار المجلس من الغرر ومخالفة القواعد والادلة وغير ذلك

﴿ الفرق السابع والتسعون والمائة بين قاعدة ماينتقل الى الاقارب من الاحكام غير الاموال وبين قاعدة مالا ينتقل من الاحكام ﴾

أعلم أنه يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من مات عن حق فلورثته وهذا اللفظ

نقضه وعدم اقراره فلايكون حجة له اوهو ممن يقتدى به فخشيت ان يقتدى به الناس فينفتح باب الربا بسببه فيكون ذلك في صحيفته فيعظم الاحباط في حقه قال اللخمي اختلف في وجه المنع في بيوع الاجال قال ابو الفرج لانها أكثر معاملات اهل الربا وقال ابن مسلة بل سدا لذر ائع الربا فعلى الاول من علم من عادته تعمد الفساد حمل عقده عليه والا امضي فان اختلف العادة منع الجميع وان كان من اهل الدين والفضل وعليه يحمل قول عائشة رضي الله عنها فان زيدا من ابعد الناس عن قصد الربا قال في الجواهر وضابط هذا الباب ان المتعاقدين ان كانا يقصدان اظهار ما يجوز ليتوصلا به الى ما لا يجوز فينفسخ العقد اذا كثر القصد اليه اتفاقا من المذهب كبيع وسلف جر نفعا فان بعدت التهمة بعض البعد وامكن القصد اليه كدفع الاكثر مما فيه ضمان واخذ الاقل منه الى اجل فقولان مشهوران قاما مع ظهور ما يبرىء من التهمة لكن فيه صورة المتهم عليه كما لو تصورا لعين بالعين غير يد بيد وتظهر البراءة بتعجيل الاكثر فجائز لانتفاء التهمة وقيل يمتنع حماية للذريعة والاصل ان ينظر ما خرج من اليد وما خرج اليها فان جاء العامل به صحح والا فلا ولا نعتبر اقوالهما بل افعالهما فقط اه ووافقنا ابو حنيفة وابن حنبل في سد ذرائع بيوع الاجال التي هي صورة النزاع وان خالفنا ابو حنيفة في تفصيل البعض وقال يمتنع بيع السلعة من أب البائع بما تمتنع به من البائع وفي الاقناع من شرحه ومن باع سلعة بنسيئة اى بثمن مؤجل او بثمن حال لم يقبضه صح الشراء حيث لا مانع وحرم عليه أي على بائعها شراؤها ولم يصح منه شراؤها نصا بنفسه او بوكيله بنقد من جنس الاول اقل مما باعها به بنقد أي حال أو نسيئته ولو بعد حل اجلها أي اجل الثمن الاول نصا نقله ابن القاسم وسندي لما روى عن شعبة عن ابي اسحاق (٢٧٦) السبيعي عن امرأته العالية قالت دخلت انا وأم ولد ابن زيد ابن ارقم على

ليس على عمومه بل من الحقوق ما ينتقل الى الوارث ومنها ما لا ينتقل فمن حق الانسان أن يلاعن عند سبب اللعان وان يفيء بعد الايلاء وان يعود بعد الظهار وان يختار من نسوة اذا أسلم عليهن وهن أكثر من أربع وان يختار أحدى الاختين اذا أسلم عليهما واذا جعل المتبايعان له الخيار فمن حقه أن يملك أمضاء البيع عليهما وفسخه ومن حقه ما فوض اليه من الولايات والمناصب كالقصاص والامامة والخطابة وغيرها وكالامانة والوكالة فجميع هذه الحقوق لا ينتقل للوارث منها شيء وان كانت ثابتة للمورث بل الضابط ما ينتقل اليه ما كان متعلقا بالمال أو يدفع ضررا عن الوارث في عرضه بتخفيف الم وما كان متعلقا بنفس المورث وعقله وشهواته لا ينتقل للوارث والسر في الفرق ان الورثة يرثون المال فيرثون ما يتعلق به تبعا له ولا يرثون عقله ولا شهوته ولا نفسه فلا يرثون ما يتعلق بذلك ومالا يورث لا يرثون ما يتعلق به فاللعان يرجع الى أمر يعتقده لا يشاركه فيه غيره غالبا والاعتقادات ليست من باب المال

الخ عائشة ولانه ذريعة الى الربا ليستبيح بيع ألف بنحو خمسمائة الى أجل والذرائع معتبرة في الشر بدليل منع القاتل من الارث فيها الا ان تتغير صفتها بما ينقصها كعبد قطعت يده او يقبض ثمنها بان باع السلعة وقبض ثمنها ثم اشتراها فيصح لانه لا توسل بالى الربا وان اشتراها ابوه او ابنه ونحوهما كغلامه او مكاتبه او زوجته ولا حيلة جاز وصح لان كل واحد منهما والفيئة كالاجنبي بالنسبة الى الشراء او اشتراها بائعها من غير مشتريها كما لو اشتراها من وارثه أو ممن انتقلت اليه منه بتبيع أو نحوه جاز لعدم المنع أو اشتراها بائعها بمثل الثمن الاول أو بنقد آخر غير الذي باعها به او اشترها بعوض او باعها بعوض ثم اشتراها بنقد صح الشراء ولم يحرم لانتفاء الربا المتوسل اليه به وان قصد بالعقد الاول العقد الثاني بطلا أي العقدان قاله الشيخ وقال هو قول احمد وأبي حنيفة ومالك قال في الفروع و يتوجه انه مراد من اطلق لان العلة التي لاجلها بطل الثاني وهو كونه ذريعة للربا موجودة اذن في الاول وهذه المسئلة تسمى مسئلة العينة لان مشتري السلعة الى اجل يأخذ بها عينا اى نقدا حاضرا قال الشاعر

اعينان ام نذان أم ينبري لنا * فتى مثل نقل السيف ميزت مضار به

ومعنى نعتان نشتري عينة كما وصفنا وروى ابو داود عن ابن عمر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا تبايعتم بالعينة واخذتم اذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلا لا ينزعه حتى ترجعوا الى دينكم اه وخالفنا الشافعي فقال هو واصحابه لا يثبت حديث عائشة على ان زيدا قد خالفها واذا اختلفت الصحابة فمذهبنا القياس واحتجوا بثلاثة امور (احدها) قوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربا وجوابه ان هذا عام وما ذكرناه خاص والخاص مقدم على العام على ما تقرر في علم الاصول (الامر الثاني) ما جاء في الصحيح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اتى بتمر جنيب فقال اتمر خيبر كله هكذا فقالوا انا نبتاع الصاع بالصاعين من تمر الجمع فقال عليه السلام لا تفعلوا هذا ولكن بيعوا تمر الجمع بالدراهم واشتروا بالدراهم جنيبا فهو بيع

صاع بصاعين وانما توسط بينهما عقد الدراهم فابيع وجوابه انا انما نمنع ان يكون العقد الثانى من البائع الاول وليس ذلك مذكورفي الخبر مع ان بيع النقد اذتقابضا فيه ضعف التهمة وانما المنع حيث تقوى (الامر الثالث) ان العقد المقتضى للفساد لا يكون فاسدا اذا صحت اركانه كبيع السيف من قاطع الطريق والعنب من الخمار مع ان الفساد فى قطع الطريق اعظم من سلف جر نفعا لما فيه من ذهاب النفوس والاموال وجوابه ان محل ذلك اذا لم تكن الاغراض الفاسدة هي الباعثة على العقد والامنع كما فى عقود صور النزاع كما تقدم توضيحه قال الحفيد فى البداية وروى مثل قول الشافعى عن بن عمر اه هذا توضيح مافي الاصل من الفرق بين الذرائع التى يجب سدها والذرائع التى لايجب سدها والخلاف فيه والوفاق والمدارك فى ذلك وسلمه ابن الشاط مع زيادة من الخرشى وحاشيته والبداية وغيرها لكن رأيت فى حاشية العطار على محلى جمع الجوامع ان صاحب جمع الجوامع قال وقد أطلق القرافى هذه القاعدة اى قاعدة سد الذرائع على اعم منها ثم زعم ان كل أحد يقول ببعضها مع ان الشافعى لايقول بشيء منها كما سيتضح وان ماذكر ان الامة أجمعت عليه ليس من مسمى سد الذرائع فى شيء نعم حاول ابن الرفعة تخريج قول الشافعى رضى الله عنه فى باب أحياء الموات من الام عند النهى عن منع الماء ليمنع به الكلا ان ما كان ذريعة الى منع ما احل الله لم يحل وكذا ما كان ذريعة الى احلال ماحرم الله اه فقال في هذا مايثبت ان الذرائع الى الحرام والحلال تشبه معاني الحلال والحرام اه ونازعه الشيخ الامام الولد يعنى والده تقي الدين السبكي وقال انما أراد الشافعى رحمه الله تعالى تحريم الوسائل لاسد الذرائع والوسائل تستلزم المتوسل اليه ومن هذا منع الماء فانه يستلزم منع الكلاء الذى هو حرام ونحن لا ننازع فيما يستلزم من الوسائل ولذلك نقول من حبس شخصا ومنعه من الطعام والشراب فهو قاتل له وماهذا من سد الذرائع فى شيء قال الشيخ الامام وكلام الشافعى فى نفى الذرائع لا فى سدها وأصل النزاع بيننا وبين المالكية

والفيئة شهوته والعود ارادته واختيار الاختين والنسوة أربه وميله وقضاؤه على المتبايعين عقله وفكرته ورايه ومناصبه وولاياته وآراوه واجتهاداته وأفعاله الدينية فهو دينه ولا ينتقل شيء من ذلك للوارث لانه لم يرث مستنده واصله وانتقل للوارث خيار الشرط فى البيعات وقاله الشافعى رحمه الله تعالى وقال ابو حنيفة وأحمد بن حنبل لاينتقل اليه وينتقل للوارث خيار الشفعة عندنا وخيار التعيين اذا اشترى موروثه عبدا من عبدين على أن يختار وخيار الوصيه اذا مات الموصي له بعد موت الموصى وخيار الاقالة والقبول اذا أوجب البيع لزيد فلوارثه القبول والرد وقال ابن المواز اذا قال من جاءنى بعشرة فغلامي له فمتى جاء أحد بذلك الى شهرين لزمه وخيار الهبة وفيه خلاف ومنع أبو حنيفة خيار الشفعة وسلم خيار الرد بالعيب وخيار تعدد الصفقة وحق القصاص وحق الرهن وحبس المبيع وخيار ماوجد من أموال المسلمين فى الغنيمة فمات ربه قبل أن يختار أخذه بعد القسمة ووافقناه نحن على خيار

انما هو في سدها اه فتنبه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ الفرق الخامس والتسعون والمائة بين قاعدة الفسخ وقاعدة الانفساخ ﴾

وهو من جهتين الجهة (الاولى) ان الفسخ فعل المتعاقدين أو الحاكم اذا ظفروا بالعقود المحرمة والانفساخ صفة العوضين (الجهة الثانية) ان الفسخ سبب شرعى والانفساخ حكم شرعى مسبب عنه وذلك أن الفسخ قلب كل واحد من العوضين لصاحبه والانفساخ انقلاب كل واحد من العوضين لصاحبه فالاول من مقولة الفعل والثانى من مقولة الانفعال وبتحرير هذا الفرق يعلم ان حقيقة الفسخ منتفية عن الخلع لعدم تعيين انقلاب الصداق لباذله بل يجوز بغير الصداق اجماعا وبذلك يتضح وجه الرد على من جعل الخلع فسخا كما في الاصل وسلمه بن الشاط قال الحفيد في بدايته جمهور العلماء على ان الخلع طلاق وبه قال مالك وسوى أبوحنيفة بين الطلاق والفسخ وقال الشافعى هو فسخ وبه قال أحمد وداود ومن الصحابة بن عباس وقدروى عن الشافعى أنه كناية فان أراد به الطلاق كان طلاقا والا كان فسخا وقدقيل عنه فى قوله الجديد انه طلاق وفائدة الفرق هل يعتد به فى التطليقات أم لا وجمهور من رأى انه طلاق يجعله بائنا لانه لو كان للزوج فى العدة منه الرجعة عليها لم يكن لافتدائها معنى وقال أبوثور ان لم يكن بلفظ الطلاق لم يكن له عليها رجعة وان كان بلفظ الطلاق كان له عليها الرجعة احتج من جعله طلاقا بان الفسوخ انما هى التي تقتضى الفرقة الغالبة للزوج فى الفراق مما ليس يرجع الى اختياره وهذا راجع الى اختيار فليس بفسخ واحتج من لم يره طلاقا بان الله تبارك وتعالى ذكر فى كتابه الطلاق فقال الطلاق مرتان ثم ذكر الافتداء

ثم قال فان طلقها فلاتحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فلو كان الافتداء طلاقا لكان الطلاق الذى لاتحل له فيه الا بعد زوج هو الطلاق الرابع وعند هؤلاء أن الفسوخ تقع بالتراضى قياسا على فسوخ البيع اعنى الاقالة وعند المخالف ان الآية انما تضمنت حكم الافتداء على أنه شيء يلحق جميع أنواع الطلاق لا أنه شيء غير الطلاق فسبب الاختلاف هل اقتران العوض بهذه الفرقة يخرجها من نوع فرقة الطلاق الى نوع فرقة الفسخ أم ليس يخرجها اه كلامه بلفظه وقد علمت أن الوجه عدم الاخراج اذا لاخراج ينافى الاجماع على جوازه بغير الصداق فافهم والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ الفرق السادس والتسعون والمائة بين قاعدة خيار المجلس وقاعدة خيار الشرط ﴾

أما عند من قال بخيار المجلس كالشافعي وابن حنبل رضى الله عنهما وحكاه أبو الطاهر عن بن حبيب منا فهو ان خيار المجلس من خواص عقد البيع ومافى معناه كالاجارة والصرف والسلم والصلح على غير جنس الحق وهو حطيطة لا بيع وكالقسمة بناء على أنها بيع ومن اللوازم له بحيث يحصل بمجرد حصول ذلك من غير شرط وخيار الشرط عارض يحصل عند اشتراطه و ينتفى عند انتفاء الاشتراط واما عند من لايقول بخيار المجلس كمالك وأبى حنيفة رضي الله عنهما فهو ان خيار المجلس مشتمل على الغرر ومخالفة القواعد والادلة وغير ذلك وخيار الشرط ليس كذلك أما اشتمال خيار المجلس على الغرر فلان الاصل فى العقود اللزوم لذوى الحاجات من الاعواض فان العقد لايقع الا لحاجة اذ العقود اسباب لتحصيل المقاصد من الاعيان والاصل ترتيب المسببات على أسبابها حتى تندفع بذلك الحاجة لانها انما تندفع بالتخيير واللزوم ثبوت خيار المجلس اذ لايدرى كل واحد منهما مايحصل له من الثمن والمثمن فيحصل الغرر ولا تندفع الحاجة فافهم وأما اشتماله على مخالفة القواعد والادلة فهو ان مافى البخارى وغيره من انه صلى الله عليه وسلم قال المتعاقدان بالخيار مالم يتفرقا الا بيع الخيار أو يقول أحدهما للاخر اختر وان احتج

الهبة فى الاب للابن بالاعتصار وخيار العتق واللعان والكتابة والطلاق بان يقول طلقت امرأتى متى شئت فيموت المقول له وسلم الشافعى جميع ماسلمناه وسلم خيار الاقالة والقبول ومدارك المسالة على أن الخيار عندنا صفة للعقد فينتقل مع العقد فان آثار العقد انتقلت للوارث وعند أبى حنيفة صفة للعاقد لانها مشيئته واختياره فتبطل بموته كما تبطل سائر صفاته ولان الاجل فى الثمن لايورث فكذلك فى الخيار ولان البائع رضى بخيار واحد وانتم تثبتونه لجماعة لم يرض بهم وهم الورثه فوجب ان لايتعدى الخيار من اشتراط له كما لايتعدى الاجل من اشتراط له (والجواب عن الاول) ان اختياره صفته ولكن صفة متعلقة بالمال فينتقل كاختياره الاكل والشرب وأنواع الانتفاع فى المال فان جميع ذلك ينتقل تبعا للمال (وعن الثانى) ان الاجل معناه تأخير المطالبة والوارث لامطالبة عليه بل هو صفة للدين لاجرم لما انتقل الدين للوارث انتقل مؤجلا وكذلك ههنا تنتقل الصفة لمن انتقل اليه الموصوف فهذا لنا لا علينا (وعن

(الثالث

الشافعى ومن وافقه بظاهره على ثبوت خيار المجلس الا ان مقتضي البناء على ثلاث قواعد انه يدل على بطلان خيار المجلس عكس ماتدعيه الشافعية (القاعدة الاولى) ان اسم الفاعل حقيقة في الحال مجازا اذا مضي معناه على الاصح (القاعدة الثانية) أن ترتيب الحكم على الوصف يقتضي علية ذلك الوصف لذلك الحكم نحو اقتلوا الكافر وارجموا الزانى واقطعوا السارق ونحوها فان ترتيب هذه الاحكام على هذه الاوصاف يقتضى علية تلك الاوصاف المتقدمة لهذه الاحكام (القاعدة الثالثة) ان عدم العلة علة لعدم المعلوم فعدم الاسكار علة لعدم التحريم وعدم الكفر علة لعدم اباحة الدماء والاموال وعدم الاسلام فى الردة علة لعدم العصمة وهو كثير وذلك أن المتبايعين حقيقة فى حالة الملابسة عملا بالقاعدة الاولى ووصف المبايعة هو علة عدم الخيار عملا بالقاعدة الثانية فاذا انقطعت أصوات الايجاب والقبول انقطعت المبايعة فتكون العلة قد عدمت فيعدم الخيار المرتب عليها فلا يبقي خيار بعدها عملا بالقاعدة الثالثة وهو المطلوب على أن لنا عشرة أوجه تسقط دلالة الخبر على ثبوت خيار المجلس (الوجه الاول) حمل المتبايعين على المتفاعلين بالبيع أى المتساومين مجازا وذلك لان هذه القواعد كما دلت على عدم خيار المجلس فهى تدل على تعين الحمل المذكور فان الخيار على هذا التقدير لايثبت الا فى هذه الحالة و ينقطع بعدها و يكون الافتراق الاقوال مجازا أيضا (الوجه الثانى) أن أحد المجازين المذكورين لازم فى الحديث وذلك ان المتبايعين اذا لم يحملا على المعنى المجازى المذكور بل على الحقيقى وهو حالة المبايعة لان اسم الفاعل

حقيقة حالة الملابسة لزم حمل الافتراق على معناه المجازى وهو الأفتراق فى الأقوال نحو قوله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته وقوله صلى الله عليه وسلم افترقت بنوا سرائيل على اثنتين وسبعين فرقة وستفترق أمتى الحديث أى بالاقوال والاعتقادات لاعلى معناه الحقيقي وهوالافتراق فى الاجسام نحو افتراق الخشبة وفرق البحر واذا حملنا المتبايعين على المعنى المجازى المذكور أعنى من تقدم منه البيع كتسمية الانسان نطفة لزم كون الافتراق فى الاجسام حقيقة وحينئذ فاما ان نقول ليس أحدهما أولى من الآخر فيكون الحديث مجملا فيسقط به الاستدلال واما أن ترجح المجاز الاول أعنى فى المتباعين لكونه معضودا بالقياس والقواعد (الوجه الثالث) قوله صلى الله عليه وسلم فى بعض الطرق فى أبى داود والدارقطنى المتبايعان كل واحد منهما بالخيار مالم يتفرقا الا ان يكون صفقة خيار ولايحل له ان يفارق صاحبه خشية ان يستقبله فلو كان المجلس مشروعا لم يحتج للاقالة فان من توجهت نفسه يختار الفسخ فلما صرح بما يقتضى احتياجه للآخر وهو الاقالة دل على بطلان خيار المجلس بعد العقد وانما هو ثابت قبل العقد وان المتبايعين هما المتشاغلان بالبيع كما تقدم فى الوجه الاول وهذا دليل ذلك المجاز أيضا (الوجه الرابع) المعارضة بنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الغرر وهذا من الغرر كما علمت (الوجه الخامس) قوله تعالى اوفوا بالعقود والامر للوجوب المنافي للخيار (الوجه السادس) لوصح خيار المجلس لتعذر تولى طرفي العقد كشراء الاب لابنه الصغير والوصى والحاكم لكن ذلك غير متعذر بل مجمع عليه فيلزم على صحة خيار المجلس ترك العمل بالدليل ولا يلزم على عدم صحته ذلك وكذلك يلزم على الصحة ذلك فيما يسرع اليه الفساد من الاطعمة كالهرائس والكنائف ولا يلزم على عدمها فيه ذلك (الوجه السابع) ان خيار المجلس مجهول العاقبة اذ ليس له ضابط الا الافتراق وقد يطول وقد يقصر وكل مجهول العاقبة أو النهاية فى الزمان من خيار الشرط الذى صرح به مجمع على بطلانه فاولى أن يقتضى بطلان مالم يصرح به في العقد من خيار المجلس (الوجه الثامن) عقد وقع الرضى به فيبطل خيار المجلس فيه كما بعد الامضاء (الوجه) التاسع ان الحديث يحمل على ما اذا قال المشترى بعنى فيقول البائع بعتك فان ابا يوسف قال له الخير مادام فى المجلس وهذه صورة تفرد بها الحنفية فلا بد ان يقول عندهم اشتريت وان كان قد استدعى البيع وحملوا عليه قوله عليه الصلاة والسلام فى البخارى فى آخر الحديث او يقول احدهما للآخر اختراى اختر الرجوع عن الايجاب أو الاستدعاء ونحن نحمله على اختيار شرط الخيار فيكون معنى الحديث المتبايعان بالخيار مالم يفترقا فلاخيار أو يقول أحدهما لصاحبه اختر فلا تنفع الفرقة ولذلك لم يروا لابيع الخيار مع هذه الزيادة (الوجه العاشر) عمل أهل المدينة وهو مقدم على خبر الواحد فان تكرر البيع عندهم مع الانفاس فعدم المجلس بين أظهرهم يدل على عدم مشروعيته دلالة قطعية والقطع مقدم على الظن هذا ما رجح به الاصل قول مالك ومن وافقه بعدم صحة خيار المجلس ولم يرتض ابن الشاط من الاوجه العشرة فى اسقاط دلالة الخبر الا العاشر فقد قال ليس للمالكية كلام يقوى غير هذا أى الوجه العاشر فاذا ثبت عمل أهل المدينة رجح على خبر الواحد قال واما كون الاصل فى العقود اللزوم الخ فيقال بموجبه بعد خيار المجلس لا قبله واحتجاج الشافعى بالخبر المذكور قوى والعادة غالبا ان لا يطول مجلس المتبايعين طول يفوت المقصود من العوضين كيف وقد قال صلى الله عليه وسلم أو يقول أحدهما للآخر اختر اى أختر الامضاء ويأتى جواب الوجه الاول عند ذكر دليله أى الذى هو الوجه الثالث والوجه الثانى صحيح اذ اريد بالحقيقة كون الفاعل ملابسا لما صدر منه أو وصف به لا اذا أريد بالحقيقة كون

الثالث) انه ينتقض بخيار التعيين و بشرط الخيار للاجنبي وقد اثبتوه للوارث و بما اذا جنى فانه ينتقل الى الولى مالم يرض به البائع فهذا تلخيص مدرك الخلاف و بعضدنا فى موطن الخلاف قوله تعالى ولكم نصف ماترك أزواجكم وهو عام فى الحقوق فيتناول صورة النزاع ولم يخرج عن حقوق الاموال الا صورتان فيما علمت حد القذف وقصاص الاطراف والجرح والمنافع فى الاعضاء فان هاتين الصورتين تنتقلان للوارث وهما ليستا بمال لاجل شفاء غليل الوارث بما دخل على عرضه من قذف مورثه والجناية عليه واما قصاص النفس فانه لا يورث فانه لم يثبت للمجنى عليه قبل موته وانما ثبت للوارث ابتداء لان استحقاقه فرع زهوق النفس فلا يقع الا للوارث بعد موت الموروث فهذا تلخيص هذا الفرق ببيان سره ومداركه والخلاف فيه

﴿الفرق الثامن والتسعون والمائة بين قاعدة مايجوز بيعه قبل قبضه وقاعدة مالا يجوز بيعه قبل قبضه﴾

قال صاحب الجواهر لايتوقف شيء من التصرفات على القبض الا البيع فيمتنع بيع الطعام

وهو مروى عن مالك ايضا كما فى تبصرة اللخمي ثم قال وهو اشهر الروايات وهو المعتمد الذى به الفتوى وعليه جرى العمل من ائمة الفتوى والقضاة بمكة المشرفة قال وبه قال عمرو بن دينار وطاووس والشافعى واحمد وابو يوسف وابن المنذر كما فى شرح العينى على البخارى اه (والثالثة) الكراهة قال البنانى المكي في تحفة المريد السالك ومن أهل المذهب من ذهب الى كراهة بيع دور مكة وكرائها وهو مروى عن مالك أيضا ثم قال فيها أيضا قال فى الموازية وقد سمعت ان مالكا يكره كراء بيوت مكة ثم قال فان قصد بالكراء الآلات والاخشاب جاز وان قصد فيه البقعة فلا خير فيه اه قال الحطاب وظاهره ان الكراهة على بابها اى للتنزيه اه (والرابعة) تخصيصها اى الكراهة بالموسم لكثرة الناس واحتياجهم للوقف قال البنانى المكي ايضا قال ابن رشد فى المقدمات وحكى الداودى عنه أى عن مالك انه كره كراءها فى أيام الموسم خاصة انتهى وهكذا حكاه اللخمى عنه أيضا اه وذلك لامرين (الامر الاول) انهم استثنوا فى مشهورهم المذكور مكة نظرا الى أن النبي صلى الله عليه وسلم تقدمن بها على أهلها بانفسهم وأموالهم فلا يقاس عليها غيرها فتكون أرض مكة ودورها ملكا لاهلها قال السهيلى فى شرح البردة فتحت انها عنوة غير أنه صلى الله عليه وسلم من على أهلها نفسهم وأموالهم ولا يقاس باعليها غيرها فارضها اذا ودورها لاهلها ولكن أوجب الله عليهم التوسيع على الحجاج اذا قدموها فلا يأخذوا منهم كراء فى مساكنها فهذا حكمها فلا عليك بعد هذا فتحت عنوة أو صلحا وان كانت ظواهر الاحاديث انها فتحت عنوة انتهى كما في تحفة المريد للبنانى المكى (الامر الثاني) قال الأصل ومثله لسند في الذخيرة كما فى تحفة المريد السالك للبنانى المكى اختلف العلماء فى أرض العنوة هل تصير وقفا بمجرد الاستيلاء عليها وهو الذى حكاه الطرطوشى فى تعليقه عن مالك او للامام قسمها كسائر الغنائم او هو مخير فى ذلك والقاعدة المتفق عليها ان مسائل الخلاف اذا اتصل بعض أقوالها قضاء حاكم تعين القول به وارتفع الخلاف وتعين ما حكم به الحاكم وبهذا يجاب أيضا عما قيل ان مقتضى ان أرض العنوة لا تملك انه يحرم كراء دور مصر واراضيها فان مالكا رحمه الله صرح فى الكتاب اى في كتاب المدونة وغيره بانها فتحت عنوة ويلزم على ذلك تخطئة القضاة فى اثبات الاملاك وعقود الاجارات والاخذ بالشفعاة ونحو ذلك فيها وكذا في كل ما قيل انها فتحت عنوة كمكة زاد الاصل على ان القول بان الدور وقف انما يتناول الدور التي صادفها الفتح

نصف العشرة لكن قال الفضلاء له فى مسالة البئر الثمن وفى مسالة الصندوق الربع فلم يجروا فى ذلك على قاعدة الاجارة ولم يجروا أيضا فى المخالفة على نمط واحد ووجه صحة ماقالوه ان البئر كلما نزل فيها ذراعا فقد شال من التراب بساطا مساحته عشرة فى عشرة وذلك مائة فكل ذراع ينزله فى البئر حينئذ مائة ذراع والاذرع عشرة وعشرة فى مائة بالف فالمستاجر عليه الف ذراع فلما عمل خمسة فى خمسة شال فى الذراع الاول تراب خمسة فى خمسة وذلك خمسة وعشرون فكل ذراع من هذا المعمول خمسة وعشرون والاذرع المعمولة خمسة وخمسة فى خمسة وعشرين بمائة وخمسة عشرين وذلك ماعمله ونسبته الى الالف نسبة الثمن فيستحق الثمن وأما الصندوق فليس فيه بقر والا استوت المسألتان بل الواح يلفقها فهو استاجره على ستة الواح كل منها عشرة وذلك دائره أربعة وقعره وغطاوه فكل لوح عشرة فى عشرة فهو مائة ذراع والالواح ستة فالمستاجر عليه ستمائة عمل ستة فى خمسه فيكون كل لوح منها خمسة وعشرين المتحصلة من ضرب خمسة فى خمسة وعشرين في ستة بمائة وخمسين ونسبتها الى ستمائة كنسبة الربع فله الربع فتامل ذلك فانها من ابدع ماياتى فى مسائل المطارحات على الفقهاء وكم يخفى على الفقيه والحاكم الحق فى المسائل الكثيرة بسبب الجهل بالحساب والطب والهندسة فينبغي لذوى الهمم العلية ان لا يتركوا الاطلاع على العلوم ما أمكنهم

فلم أرى في عيوب الناس شيئا كنقص القادر بن على التمام

﴿ الفرق السابع والمائتان بين قاعدة مايضمنه الاجراء اذا هلك وبين قاعدة مالا يضمنونه ﴾

أعلم ان الهلاك خمسة أقسام ماهلك بسبب حامله من عثار او ضعف حبل لم يغرر به أو ذهاب دابة أو سفينة بما فيهما فلا ضمان والا اجرة ولا عليه ان يأتى بمثله ليحمله قاله مالك وقال غيره ماهلك بعثار كالهالك بامر سماوى وقال ابن نافع لرب السفينة بحساب ما بلغت (الثانى) ماغرقيه بضعف حبل يضمن القيمة بموضع الهلاك لانه موضع التفريط وله من الكراء بحسابه وقيل بموضع الحمل لانه منه ابتداء التعدى (الثالث) ماهلك بامر سماوى بالبينة فله الكراء كله وعليه حمل مثله من موضع الهلاك لان أجزاء المنفعة مضمونه عليه (الرابع) ماهلك بقولهم من الطعام لا يصدقون

اما اذا انهدمت تلك الابنية و بنى اهل الاسلام دورا غير دور الكفار فهذه الابنية لا تكون وقفا اجماعا وحيث قال مالك لا تكرى دور مكة مثلا يريد ما كان فى زمانه باقيا من دور الكفار التى صادفها الفتح واليوم قد ذهبت تلك الابنية فلا يكون قضاء الحاكم بذلك خطأ نعم يختص ذلك أى تخطئة القضاء بالقضاء بالملك والشفعة فى الارضين فانها باقية ثابتة اه كلام الاصل قال ابن الشاط ماقاله فى ذلك اى هذا الجواب صحيح وأما جوابه عن الايراد المذكور بانا لا نسلم أنه يلزم على قول مالك انها فتحت عنوة تخطئة القضاء فيما ذكر الا اذا سلمنا ان قوله ذلك فتيا يقلد فيها ومذهب له يجب على مقلده اتباعه فيه ونحن لا نقول الا أن قوله ذلك شهادة منه رحمه الله بمنزلة قوله فلان أخذ ماله غصبا وخالع امراته وذلك ان المذهب الذى يقلد فيه الامام مشروط بشرطين (الاول) أن يكون أحد

خمسة أمور لا سادس لها (أحدها) الاحكام كوجوب الوتر (وثانيها) الاسباب كالمعاطات (وثالثها) الشروط كالنية فى الوضوء (ورابعها) الموانع كالدين فى الزكاة (وخامسها) الحجاج كشهادة الصبيان (والثانى) أن يختص بالقول باحد هذه الخمسة ويخالفه غيره فيه اذ لا يفهم من مذهب الانسان فى العادة الا ما اختص به كقولك هذه طريق زيد اذا اختص به او هذه عادته اذا اختصت به أما اذا انتفى الاختصاص بان اتفق الجميع على شىء منها فانه لا يكون مذهبا لاحد فلا يقال ان وجوب رمضان مذهب مالك ولا غيره بل ذلك ثابت بالاجماع واما ما عدا هذه الخمسة فلا يقال انها مذهب يقلد فيه بل هو اما رواية او شهادة او غيرهما بل هو بمنزلة قول امام زيد زنى فكما لا نوجب الرجم بذلك بل نقول هذه شهادة هو فيها أسوة جميع

فانه العدول ان كل النصاب بشروطه رجمناه والا فلا كذلك قول مالك فتحت مصر أو مكة عنوة شهادة واذا كانت شهادة وهو لم يباشر الفتح تعين احد أمرين (الاول) ان يقال انه نقل هذه الشهادة عن غيره وحينئذ لا يدرى هل اذن له ذلك الغير فى النقل عنه ام لا وان سلمنا انه اذن له فقد عارضت هذه البينة بينة اخرى وهى ان الليث بن سعد والشافعي وغيرهما قالوا الفتح وقع صلحا فهل يمكن ان يقال ان احد البينتين اعدل فتقدم او يقال هذا لا سبيل اليه اذ العلماء أجل من أن تفاوت نحن بين عدالتهم ولو سلمنا الهجوم عليهم فى ذلك فالمذهب أنه لا يقضى باعدل البينتين الا فى الاموال وليس العنوة والصلح من هذا الباب فلم قلتم انه يقضى فيه باعدل البينتين (والامر الثاني) أن يقال انه لم ينقل هذه الشهادة عن أحد بل هى استقلال وحينئذ لا يتأتي أن يقال مستندها

فيه لقيام التهمة ولهم الكراء كله لان شان الطعام امتداد الايدى اليه لانهم استحقوه بالعقد (الخامس) ماهلك بايديهم من الروض يصدقون فيه لعدم التهمة ولهم الكراء كله وعليهم حمل مثلهم من موضع الهلاك لانهم لما قصدوا أشبه ماهلك بامراسماوى وقال ابن حبيب لهم من الكراء بحسب مابلغوا و يفسخ الكراء لانه لما كان لا يعلم الا من قولهم أشبه ماهلك بعثار

﴿ الفرق الثامن والمائتان بين قاعدة مايمنع فيه الجهالة و بين قاعدة مايشترط فيه الجهالة بحيث لو فقدت فيه الجهالة فسد)

أما ماتفسده الجهالة فهو البياعات كما تقدم وكثير من الاجارات ومن الاجارات قسم لا يجوز تعيين الزمان فيه بل يترك مجهولا وهو الاعمال فى الأعيان كخياطة الثياب ونحوها لا يجوز ان يعين زمان الخياطة بان يقول له اليوم مثلا فتفسد لان ذلك يوجب الغرر بتوقع تعذر العمل فى ذلك اليوم بل مصلحته ونفى الغرر عنه أن يبقى مطلقا وكذلك الجهالة لا يجوز ان يكون العمل فيها محدودا معلوما لان ذلك يوجب الغرر في العمل بان لا يجد الآبق فى ذلك الوقت ولا بذلك السفر المعلوم بل نفى الغرر عن الجهالة بحصول الجهالة فيها والجهالة فى هذين القسمين شرط وان كانت فى غيرهما مانعا وههنا قاعدة شرعية تعرف بجمع الفرق وهي ان يكون المعنى المناسب يناسب الاثبات والنفى أو يناسب الضدين و يترتبان عليه فى الشريعة وهو قليل فى الفقه فان الوصف اذا ناسب حكما نافى ضده اما اقتضاؤه لهما فبعيد كما تقدم بيانه فى الجعالات والاجارات ومن ذلك أيضا الحجر يقتضى رد التصرفات واطلاق التصرفات فى حالة الحياة صونا لمال المحجور عليه على مصالحه وتنفذ وصاياه صونا لماله على مصلحه لانا لو رددنا الوصايا لحصل المال للوارث ولم ينتفع به المحجور عليه فصار صون المال على المصالح يقتضى تنفيذ التصرفات ورد التصرفات وكذلك القرابة توجب البر بدفع المال وتوجب المنع من دفع المال اذا كان زكاة فيحرموا اياها وتعطى لغيرهم بسبب القرابة وكذلك اقرباء رسول صلى الله عليه وسلم يجب برهم بسد خلاتهم بالمال و يحرم دفع المال اليهم اذا كان زكاة فصار قربهم من رسول الله صلى الله عليه وسلم يوجب دفع المال ومنع المال باعتبار مالين ونسبتين وكذلك كل معنى يوجب مصلحة اومفسدة و يوجب نقيضها فى محل آخر وباعتبار نسبة اخرى

السماع لان الاصحاب عدوا المسائل التي تجوز فيها الشهادة بالسماع خمسا وعشرين ليست هذه منها سلمنا أنها منها لكن حصل المعارض المانع من الحكم بهذه الشهادة واذا ثبت بهذا أن قوله رحمه الله انها فتحت عنوة شهادة لا مذهب له حتى يقلد فيه فتجرى مجرى الشهادات ظهر تخطئة من أفتى بتحريم البيع والاجارة والشفعة فى هذه البقاع بناء على قوله فيها ذلك وكذلك يظهر تخطئة من يفتي من الشافعية باباحة البيع والاجارة والشفعة فى هذه البقاع بناء على قول الشافعى انها فتحت صلحا ويجعلون هذا مما يقلد فيه وانما هو شهادة لا بد فيها من آخر مع الشافعى يشهد بذلك الا ترى أن الشافعى رحمه الله لو جاء حاكما شافعيا فقال له ان فلانا صالح امرأته على الف دينار نقدا وقد صارت خلعا منه هل يقضي بقوله وحده فيخرق الاجماع أو يقول هذه شهادة لا بد فيها من آخر مع الشافعى يشهد بالخلع فكما يقول فى مثل هذا ذلك ينبغي أن يقوله هنا كذلك وقد بسطت هذه المسائل فى كتاب الاحكام في الفرق بين الفتاوى والاحكام وتصرف القاضى والامام وهو كتاب نفيس فيه أربعون مسألة من هذا النوع اه بتصرف فقد تعقبه بن الشاط بما ملخصه أن قول مالك انها فتحت عنوة لا يتعين كونه شهادة اذ من شرط الشهادة أن تكون خبرا يقصد المخبر به أن يترتب عليه فصل قضاء ولا اشعار في قول مالك المذكور بذلك القصد فتعين أن يكون نوعا من الخبر غير الشهادة فما بسطه فى كتاب الاحكام فى الفرق بين الفتاوى والاحكام من المسائل ان كانت من نوع ما قاله هنا مما لا دليل عليه ولا حاجة اليه فليس ذلك الكتاب بنفيس اه

فانه يوجب الضدين وهو ضابط جمع الفرق وسمى بذلك لانه يجمع المفرقات وهي الاضداد فكذلك الجهالة توجب الاخلال بمصالح العقود فى البياعات وأكثر انواع الاجارات فكانت مانعة ووجودها يوجب تحصيل مصلحة عقد الجعالة حتي يبقى المجعول له على طلبه فيجد الآبق فلا يذهب عمله المتقدم مجانا فاذا قيدنا عليه العمل وقدرناه معلوما فاذا فعل ذلك العمل المعلوم ولم يجد الآبق ذهب عمله مجانا فضاعت مصلحة العقد

﴿الفرق التاسع والمائتان بين قاعدة ما مصلحته من العقود فى اللزوم
وبين قاعدة ما مصلحته عدم اللزوم﴾

اعلم ان الاصل فى العقد اللزوم لان العقد انما شرع لتحصيل المقصود من المعقود به او المعقود عليه ودفع الحاجات فيناسب ذلك اللزوم دفعا للحاجة وتحصيلا للمقصود غير ان مع هذا الاصل انقسمت العقود قسمين احدهما كذلك كالبيع والاجارة والنكاح والهبة والصدقة وعقود الولايات فان التصرف المقصود بالعقد يحصل عقيب العقد والقسم الآخر لا يستلزم مصلحته مع اللزوم بل مع الجواز وعدم اللزوم وهو خمسة عقود الجعالة والقراض والمغارسة والوكالة وتحكيم الحاكم مالم يشرعا فى الحكومة وان الجعالة لو شرعت لازمة مع انه قد يطلع على فرط بعد مكان الآبق او عدمه مع دخوله على الجهالة بمكانه فيؤدى ذلك لضرورة فجعلت جائزة لئلا تجتمع الجهالة بالمكان واللزوم وهما متنافيان وكذلك القراض حصول الربح فيه مجهول فقد يتصل به ان السلع متعذرة او لا يحصل فيها ربح فالزامه بالسفر مضرة بغير حكمة ولا يحصل مقصود العقد الذى هو الربح وكذلك المغارسة مجهولة العاقبة فى نبات الشجر وجودة الارض ومئونات الاسباب على معاناة الشجر مع طول الايام فقد يطلع على تعذر ذلك او فرط بعده فالزامه بالعمل ضرر من غير حصول المقصود وكذلك الوكالة قد يطلع فيها وكل عليه على تعذر او ضرر فجعلت على الجواز وتحكيم الحاكم خطر على المحكوم عليه لما فيه من اللزوم اذا حكم فقد يطلع الخصمان على سوء العاقبة فى ذلك فلا يشرع اللزوم في حقيهما نفيا للضرر عنهما واشترك الجميع فى عدم انضباط العقد بحصول مقصوده فكان الجميع على الجواز

قلت وفى حواشي الشربيني على محلى جمع الجوامع ان خبر الواحد مع القرائن المنفصلة يفيد العلم الضرورى كالمتواتر الا أن حصوله فى المتواتر بواسطة مالا ينفك التعريف عنه عادة من القرائن المتصلة فكأنه من نفس الخبر بخلاف خبر الواحد المذكور فحصوله فيه بواسطة القرائن المنفصلة اه ولا شك أن قول مالك ان مكة فتحت عنوة كذلك لما تقدم من أن مالكا والشافعى وغيرهما قد اتفقوا على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل مكة مجاهدا بالاسلحة ناشرا للالوية ذاباذلا الامان لمن دخل دار أبى سفيان وهذا لا يكون الا فى العنوة قطعا على أن فى جمع الجوامع ان خبر الواحد بدون تلك القرائن يجب العمل به اجماعا فى سائر الامور الدينية سمعا اه قال المحلى اى لا عقلا بشرطه لانه صلى الله عليه وسلم كان يبعث الاحاد الى القبائل والنواحى لتبليغ الاحكام كما هو معروف فلولا انه يجب العمل بخبرهم لم يكن لبعثهم فائدة اه قال العطار عن زكريا وشرطه عدالة وسمع

و بصر وغيره مما هومعروف فى محله اه فتعين الجواب الاول عن الايراد المذكور فتأمل بدقة وسبب الخلاف فى كراء دور مكة امر ان (الاول) مامر من الخلاف في انها فتحت عنوة أوصلحا وعلى الاول فهل ينظر الى أنه قد من على أهلها بانفسهم واموالهم مطلقا ام لا مطلقا ام ينظر اليه فى غير ايام الموسم (والامر الثانى) تعارض الادلة قال الشيخ محمد البناني المكي فى رسالته تحفة المريد السالك فاستدل القائل بالمنع بالكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى ان الذين كفروا و يصدون عن سبيل الله والمسجد الحرام الذى جعلناه للناس سواء العاكف فيه والباد قالوا المراد بالمسجد الحرام مكة لما روى بن حاتم وغيره عن بن عباس وابن عمر وعطاء ومجاهد ان المسجد الحرام فى هذه الاية الحرم كله وقد وصفه الله تعالى بقوله الذى جعلناه للناس سواء اى المؤمنين جميعا ثم قال سواء العاكف والباداى سواء المقيم فى الحرم ومن دخل مكة من غير أهلها أو المقيم فيه والغريب سواء فدلت هذه الاية على منع بيع دور مكة واجارتها لان الله عز وجل جعلها للناس سواء فلا يختص احد بملك فيها دون احد قال القسطلانى على البخارى فى قوله تعالى والمسجد الحرام ما نصه وأوله ابو حنيفة بمكة واستشهد له بقوله تعالى الذى جعلناه للناس سواء على عدم جواز بيع دورها واجارتها ثم قال فى موضع آخر وذهب بن عباس وبن جبير وقتادة وغيرهم الى ان التسوية بين البادى والعاكف فى منازل مكة وهو مذهب ابى حنيفة وقال محمد بن الحسن فليس المقيم بها أحق بالمنزل من القادم عليها انتهى وقال العينى فى شرحه على البخارى وممن ذهب الى عدم جواز بيع دور مكة واجارتها أبو حنيفة ومحمد والثورى وعطاء بن أبى رباح ومجاهد ومالك واسحاق انتهي (وأما السنة) فاحاديث منها ما أخرجه الطحاوى عن علقمة بن فضلة الكنانى قال كانت الدور على عهد النبى صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم ماتباع ولا تكرى ولا تدعى الا السوادلم تبعر باعها في زمن النبى صلى الله عليه وسلم ولا أبى بكر ولا عمر فمن احتاج سكن ومن استغنى أسكن (ومنها) ما أخرجه الطحاوى من طريق مجاهد عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا يحل بيع بيوت مكة ولا اجارتها (ومنها) ما رواه عبد الرزاق عن منصور عن مجاهد أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال يا أهل مكة لا تتخذوا الدوركم أبوابا لينزل البادى حيث شاء (ومنها) ما رواه الطحاوى عن عبيد الله عن نافع عن

(أحدها)

﴿الفرق العاشر والمائتان بين قاعدة مايرد من من القراض الفاسد الى قراض المثل وبين قاعدة مايرد منه الى اجرة المثل﴾

اعلم ان الاصل الرد الى قراض المثل كسائر ابواب الفقه ولانه العمل الذى دخل عليه قال القاضي عياض فى التنبيهات مذهب المدونة ان الفاسد من القراض يرد الى اجرة مثله الافي تسع مسائل القراض بالعروض والى اجل وعلي الضمان والمبهم وبدين يقتضيه من جنبي وعلى شرك فى المال وعلي انه لا يشترى الا بالدين فاشترى بالنقد وعلى انه لا يشترى الا سلعة معينة لما لا يكثر وجوده فاشترى غيرها وعلى ان يشترى عبد فلان بمال القراض ثم يبيعه و يتجر بثمنه والحق بالتسعة عاشرة من غير الفاسد ففى الكتاب اذا اختلفا واتيا بما لا يشبه له قراض المثل والضابط كل منفعة اشترطها احدهما على صاحبه ليست خارجة عن المال ولا خالصة لمشترطها ومتى كانت خارجة عن المال اوكانت غررا حراما فاجرة المثل فعلى هذه الامور الثلاثة تدور المسائل وعن مالك قراض المثل مطلقا وقال الشافعي وابو حنيفة وعبد الملك بالاجرة مطلقا نظرا لاستيفاء العمل بغير عقد صحيح والفاء الفاسد بالكلية قال صاحب القبس فيها خمسة اقوال ثالثها لابن القاسم ان كان الفساد فى العقد فقراض المثل اولزيادة فاجرة المثل ورابعها لمحمد الاقل من قراض المثل المسمي وخامسها تفصيل ابن القاسم وقد نظم بعضهم مسائل ابن القاسم فقال

وأجرة مثل فى القراض تعينت ... سوى تسعة قد خالف الشرع حكمه
قراض عروض واشتراط ضمانة ... وتحديد وقت والتباس بعمه
وان شرطا فى المال شركا لعامل ... وان يشترى بالدين فاختل رسمه
وان يشترى غير المعين للشرا ... واعطا قراض المثل من حال غرمه
وان يقتضي الدين الذى عند غيره ... و يتجر فيه عاملا لا يذمه
وان يشترى عبدا لزيد يبيعه ... و يتجر فيما ابتاعه ويلمه

قال بعض الاصحاب وضابطها كل مايشترط فيه رب المال على العامل امرا قصره به على نظره أو يشترط زيادة لنفسه اوشرطها العامل لنفسه فاجرة المثل والا فقراض المثل ومنشا الخلاف امران

ابن عمر رضى الله عنهما ان عمر نهى أهل مكة أن يغلقوا أبواب دورهم دون الحاج (ومنها) ما أخرجه الطحاوى أيضا عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال من أكل كراء بيوت اهل مكة فانما يأكل نارا فى بطنه واستدل القائل بالجواز بما اخرجه البخارى ومسلم فى صحيحهما وأبو داود والنسائى وابن ماجة عن اسامة بن زيد رضى الله عنهما انه قال يارسول الله اين تنزل غدا فى دارك بمكة فقال هل ترك لنا عقيل من رباع أو دور وكان عقيل ورث أبا طالب هو وطالب ولم يرثه جعفر ولا على شيأ وكان عقيل وطالب كافرين فقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه لا يرث المؤمن الكافر قال الفاكهي هذه الدار كانت لهاشم ابن عبد مناف ثم صارت لابنه عبد المطلب فقسمها بين ولده فمن ثم صار للنبي صلى الله عليه وسلم حق أبيه عبد الله وفيها ولد النبي صلى الله عليه وسلم اه قال القسطلانى وظاهر قوله وهل ترك لنا عقيل من رباع انها كانت ملكه فاضافها الى نفسه ثم قال وكان قد استولى عليها طالب وعقيل على الدار كلها باعتبار ماورثاه من ابيهما لكونهما كانا لم يسلما و باعتبار ترك النبى صلى الله عليه وسلم لحقه منها بالهجرة وفقد طالب ببدر فباع عقيل الدار كلها وقال العينى كان أبو طالب اكبر ولد عبد المطلب احتوى على املاكه وحده على عادة الجاهلية من تقديم الاسن فتسلط عليها لعدم هجرة النبي صلى الله عليه وسلم فباعها وقال الداودى باع عقيل ما كان للنبي صلى الله عليه وسلم ولمن هاجر من بنى عبد المطلب كما كانوا يفعلون بدور من هاجر من المؤمنين وانما امضي رسول الله صلى الله عليه وسلم تصرفات عقيل اما كرما وجودا واما اسمالة لعقيل واما تصحيحا لتصرفات الجاهلية كما انه يصحح انكحة الكفار اه وحكى الفاكهي ان هذه الدار لم تزل بيد اولاد عقيل الى ان باعوها لمحمد بن يوسف اخى الحجاج بمائة الف دينار اه كما في العينى والقسطلانى ووجه الدلالة من هذا الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم لما اجاز بيع عقيل الدور التى ورثها دل ذلك على جواز بيعها قال الخطابى احتج بهذا الحديث على جواز بيع دور مكة لان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز بيع عقيل الدور التي ورثها وكان عقيل وطالب ورثا اباهما لانهما اذ ذاك كانا كافرين فورثاها ثم اسلم عقيل فباعها اه وأما ما استدل به على المنع فقد اجابوا عنه فاما عن حديث عبد الله بن عمرو المار فهو الانه يقاوم حديث اسامة هذا فى صحته لان فى سنده اسماعيل بن ابرهيم بن مهاجر وضعفه يحى والنسائي والاصل فى باب المعارضة التساوى ولئن

(احدهما) ان المستثنيات من العقود اذا فسدت هل ترد الى صحيح انفسها وهو الاصل كفاسد البيع اوالى صحيح اصلها الان المستثنى انما استثنى لاجل مصلحته الشرعية المعتبرة فى العقد الصحيح فاذا لم توجد تلك المصلحة بطل الاستثناء ولم يبق الا الاصل فيرد اليه والشرع لم يستثن الفاسد فهو مبنى على العدم وله اصل يرجع اليه وسر الفرق بينه و بين البيع ان البيع ليس له اصل اخر يرجع اليه (الامر الثانى) ان اسباب الفساد اذا تاكدت في القراض اوغيره بطلت حقيقة المستثنى بالكلية فتتعين الاجارة واذا لم تتاكد اعتبرنا القراض ثم يبقي النظر بعد ذلك فى المفسد هل هو متاكد لانظر افى تحقيق المناط

﴿الفرق الحادى عشر والمائتان بين قاعدة مايرد الى مساقات المثل فى المساقات وبين مايرد الى اجرة المثل﴾

قال ابو الطاهر فى كتاب النظائر يرد العامل الى اجرة المثل الا فى خمس مسائل فله مساقات المثل اذا ساقاه على حائط فيه تمر قد اطعم واذا شرط العمل معه واجتماعهما مع البيع ومساقات سنتين على جزئين مختلفين وادا اختلفا واتيا بما لا يشبه فحلفا على دعواهما او نكلا وقد نظمها بعضهم فقال

واجرة مثل فى المساقاة عينت ... سوى خمسة قد خالف الشرع حكمها
مساقاة ابان به وصلاحها ... وجزآن فى عامين شرط يعمها
وان شرط الساقى على مالك له ... مساعدة والبيع معها يضمها
وان حلفا في الخلف من غير شبة ... او اجتنبا الايمان والحزم ذمها

وسر الفرق ماتقدم فى القراض بعينه والقواعد واحدة فيهما

﴿الفرق الثانى عشر والمائتان بين الاهوية وبين قاعدة ماتحت الابنية﴾

اعلم ان حكم الاهوية تابع لحكم الابنية فهواء الوقف وقف وهواء الطلق طلق وهواء الموات موات وهواء المملوك مملوك وهواء المسجد له حكم المسجد فلا يقربه الجنب ومقتضى هذه

قال (الفرق الثانى عشر والمائتان بين قاعد الاهوية وبين قاعدة ماتحت الابنية الى قوله سقف عليه بنيان) قلت ماقاله في ذلك حكاية للمذهب فلا كلام معه فيه

سلمنا المساواة على تقدير فرض صحة حديث عبد الله بن عمرو فلا يكتفى بها بل يكشف عن وجه ذلك من طريق النظر فوجدنا ان ما يقضى به حديث اسامة اولى وأصوب من حديث عبد الله بن عمرو وذلك أن المسجد الحرام وغيره من المساجد وجميع المواضع التى لا تدخل فى ملك أحد لا يجوز لاحد أن يبنى فيها بناء ولا يحجر موضعا منها الا ترى ان موضع الوقوف بعرفة لا يجوز ان يبنى فيه بناء وكذلك منى لا يجوز لأحد أن يبنى فيها دارا لحديث عائشة رضي الله عنها قالت قلت يارسول الله الا نتخذ لك بمنى بيتا تسه فيظل ياعائشة انها مناخ لمن سبق فقال أخرجه احمد والترمذى وابن ماجه والطحاوى ووجدنا مكة على خلاف ذلك لانه قد أجيز فيها البناء وأيضا فان النبي صلى الله عليه وسلم قال يوم دخل مكة فى غزوة الفتح من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ومن

دخل داره فهو آمن فأثبت لأبي سفيان ملك داره واثبت لهم املاكهم على دورهم حيث أضافا اليهم فهذا يدل على أن مكة مما يبنى فيها الدور ومما يغلق عليها الابواب فاذا كان كذلك تكون صفتها صفة المواضع التى تجرى عليها الاملاك وتقع فيها المواريث فحينئذ يجوز بيع الدور التى فيها وتجوز اجارتها قال ابن قدامة اضاف النبي صلى الله عليه وسلم الدار لأبى سفيان اضافة ملك بقوله من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ولأن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كانت لهم دور بمكة دار لابى بكر وللزبير بن العوام وحكيم بن حزام وغيرهم مما يكثر تعدادهم فبعض بيع وبعض فى يد اعقابهم الى اليوم وان عمر رضى الله عنه اشترى من صفوان بن أمية دارا بأربعة آلاف درهم واشترى معاوية من حكيم بن جزام دارين بمكة احداهما بستين ألف درهم والاخرى باربعين ألف درهم وهذه قصص اشتهرت فلم تنكر فصارت اجماعا ولانها ارض حية لم ترد عليها صدقة محرمة فجاز بيعها كسائر الاراضى اه كما فى العينى قال الحطاب فى حاشية على منسك خليل قال القاضى تقي الدين الفاسى والقول بمنع ذلك فيه نظر لان غير واحد من علماء الصحابة وخلفاهم عملوا بخلافه فى أوقات مختلفة ثم ذكر وقائع من ذلك عن عمر وعثمان وابن الزبير ومعاوية رضي الله عنهم قال الحطاب وعلى القول بجواز البيع والكراء اقتصر ابن الحاج فانه قال فى مناسكه اختلف أهل العلم فى كراء بيوت مكة وبيعها فذكر الخلاف بين العلماء ثم قال وأباحت طائفة من أهل العلم بيع رباع

والشرع

القاعدة ان يمنع بيع هواء المسجد والاوقاف الى عنان السماء لمن اراد غرز خشب حولها او بنى على رؤس الخشب سقف عليه بنيان ولم يخرج عن هذه القاعدة الافرع قال صاحب الجواهر يجوز اخراج الرواشن والاجنحة على الحيطان الى طريق المسلمين اذا لم تكن مستدة فاذا كانت مستدة امتنع الا ان يرضى اهلها كلهم وسبب خروج الرواشن عن هذه القاعدة ان الافنية هى بقية الموات الذى كان قابلا للاحياء منع الاحياء فيه لضرورة السلوك وربط الدواب وغير ذلك ولا ضرورة فى الهواء يبقى على حاله مباحا فى السكة النافذة واما المستدة فلا لحصول الاختصاص وتعين الضرر عليهم هذ تفصيل احوال الاهوية واما ما تحت الابنية الذى هو عكس الاهوية الى جهة السفل فظاهر المذهب انه مخالف لحكم الابنية فقد نص صاحب الطراز على ان المسجد اذا حفر تحته مطمورة يجوز ان يعبرها الجنب والحائض وقال لو اجزنا الصلاة فى الكعبة وعلى ظهرها لم نجزها فى مطمورة تحتها فهذا تصريح بمخالفة الاهوية لما تحت الابنية وكذلك اختلفوا فيمن ملك ارضا هل يملك ما فيها وما تحتها ام لا ولم يختلفوا فى ملك ما فوق البناء من الهواء على ما علمت وقد نص اصحابنا على بيع الهواء لمن ينتفع به وسر الفرق بين القاعدتين ان الناس شانهم توفر دواعيهم على العلو فى الابنية للاستشراف والنظر الى المواضع البعيدة من الانهار ومواضع الفرح والتنزه والاحتجاب عن غيرهم بعلو بنائهم وغير ذلك من المقاصد ولا تتوفر دواعيهم فى بطن الارض على اكثر مما يستمسك به البناء من الاساسات خاصة ولو كان البناء على جبل أو أرض صلبة استغنوا عنه

قال (ولم يخرج عن هذه القاعدة الافرع قال صاحب الجواهر يجوز اخراج الرواشن الى قوله هذا تفصيل أحوال الاهوية) قلت تعليله بقاء الاهوية الطرق غير المستدة على حالها من قبولها للاحياء بعدم الضرورة الملجئة اليها مشعر بنقيض ما حكاه عن المذهب من ان حكم الهواء الى عنان السماء حكم البناء فانه لا ضرورة تلجىء الى ذلك فمقتضى ذلك الاقتصار على ما تلجىء الضرورة اليه والمحكم فى ذلك العادة فهذا موضع نظر قال (واما ما تحت الابنية الى قوله وقد نص اصحابنا على بيع الهواء لمن ينتفع به) قلت ما قاله حكاية اقوال لا كلام فيه قال (وسر الفرق بين القاعدتين ان الناس شانهم توفر دواعيهم على العلو فى الابنية الى قوله ولو كان البناء على جبل أو أرض صلبة استغنوا عنه) قلت ما قاله من انه لا تتوفر

لحاصل المال للوارث ولم ينتفع به المحجور عليه (ومنها) القرابة للمكلف توجب برهم بدفع ماله لهم اذا كان غير زكاة وتوجب منعهم من دفع ماله لهم اذا كان زكاة فيحرموا اياها وتعطى لغيرهم بسبب القرابة ومنها اقرباء رسول الله صلى الله عليه وسلم يجب برهم بسد خلاتهم بالمال اذا كان غير زكاة ويحرم دفع المال اليهم اذا كان زكاة فصار قربهم من رسول الله صلى الله عليه وسلم يوجب دفع المال باعتبار مالين ونسبتين ومنها الجهالة وجودها يوجب فى البياعات وأكثر أنواع الاجارات الاخلال بمصالح العقود فكانت فى ذلك مانعة ويوجب في قسم من الاجارات وهو الاعمال فى الاعيان كخياطة الثياب ونحوها وفى الجعالة تحصيل مصلحة عقد ذلك القسم من الاجارات وعقد الجعالة فكانت فى ذلك شرطا بحيث لو فقدت فيه فسد فلا يجوز ان يعين زمان الخياطة بان يقول له اليوم مثلا بل يفسد العقد بذلك لانه يوجب الغرر يتوقع تعذر العمل فى ذلك اليوم بل مصلحته ونفى الغرر عنه ان يبقى مطلقا ولا يجوز ان يكون العمل فى الجعالة محدودا معلوما لان ذلك يوجب الغرر فى العمل وذلك لانا اذا قيدنا عليه العمل وقدرناه معلوما فاذا فعل ذلك العمل المعلوم ولم يجد الآبق في ذلك الوقت ولا بذلك السفر المعلوم ذهب عمله مجانا فضاعت مصلحة العقد فلذا كان بقى الغرر عن الجعالة بحصول الجهالة فيها وبالجملة فالجهالة فى هذين القسمين شرط وان كانت فى غيرهما مانعا قال القسولى عند قول ابن عاصم فى فصل * ولا يحد بزمان لائق ما نصه أى لا يجوز ان يؤجل عمل الجعل باجل ولا يقدر بزمن كيوم أو عشرة مثلا لانه لا ينقضى الاجل قبل تمام العمل فيذهب سعيه باطلا قال خليل فى مختصره بلا تقدير زمن الا بشرط ترك متى شاء فيجوز حينئذ ضرب الاجل فيه كما مر وذلك لانه مع عدم الشرط دخل على التمام فقوى الغرر بسبب ذلك مع ضرب الاجل بخلاف ما اذا شرط الترك متي شاء مع الاجل فقد دخل على التخيير فخف بذلك الغرر وقال فيها مر فالجعالة تفارق الاجارة من وجوه (فمنها) ان ضرب الاجل يفسدها الا ان يشترط المجعول الترك متي شاء بخلاف الاجارة فلا تصح بدون أجل ومنها انها عقد غير لازم بخلاف الاجارة فانها تلزم بالعقد (ومنها) انه لا شيء له الا بتمام العمل بخلاف الاجارة فان له فيها بحساب ما عمل اه المحتاج اليه منه وقال عند قوله فى فصل احكام الاجارة

ترتب العدة عقيبه واستصحابه لا يوجب عدة ووضع اليد عدوانا يوجب التفسيق والتاثيم ولو جن بعد ذلك وهى تحت يده لم يأثم حينئذ ولم يفسق وابتداء العبادات يشترط فيها النيات وغيرها من التكبير ونحوه ودوامها لا يشترط فيه ذلك فعلمنا ان استصحاب الشيء لا يلزم أن يقوم مقامه لاسيما وسبب الضمان هو الاخذ عدوانا ولا يصدق عليه بعد زمن الاخذ أنه أخذ الآن الاعلى سبيل المجاز لان حقيقة الاخذ تجرى مجرى المناولة والحركات الخاصة لا يصدق شيء منها مع الاستصحاب فعلم ان سبب الضمان منفى فى زمن الاستصحاب قطعا ونحن انما نضمنه الآن بسبب متقدم لا بما هو حاصل الآن فاندفع ماذكروه وان القيمة انما هو يوم الغصب زادت العين أو نقصت (المسئلة الثانية) اذا ذهبت جل منفعة العين كقطع ذنب بغلة القاضى ونحو ذلك فعندنا يضمن الجميع وهو فرع اختلفت فيه المذاهب وتشعبت فيه الاراء وطرق الاجتهاد فقال أبو حنيفة رضى الله عنه فى العبد والثوب كقولنا فى الاكثر فاذا ذهب النصف أو الاقل باعتبار المنفعة عادة فليس له الا ما نقص فان قلع عين البهيمة فربع القيمة استحسانا والقياس عندهم ان لا يضمن الا النقص واختلفوا فى تعليل هذا القول فقيل لانه ينتفع بالاكل والركوب فعلى هذا يتعدى الحكم للابل والبقر دون البغال والحمير ومنهم من قال الركوب فقط فيتعدى الحكم للبغال والحمير فيضمن أيضا ربع القيمة وقال الشافعى وابن حنبل رضي الله عنهما ليس له فى جميع ذلك الا ما نقص لان الاصل بقاء ما بقى على ملكه فان قطع يدى العبد اورجليه فوافقنا أبو حنيفة فى تخيير السيد فى تسليم العبد وأخذ القيمة كاملة وبين امساكه ولا شيء له وقال الشافعى رضى الله عنه تتعين القيمة كاملة ولا يلزمه تسليم العبد خلاف قوله فى المسئلة الاولى وأصل هذا الفقه ان الضمان الذى سببه عدوان لا يوجب ملكا لانه سبب للتمليط لا سبب للرفق وعندنا الملك مضاف للضمان لا لسببه وهو قدر مشترك بين العدوان وغيره وبسط ذلك في المسالة الاولى لنا وجوه (الاول) ان تقول انه اتلف المنفعة المقصودة فيضمن كما لو قتلها اما انه اتلف المنفعة المقصودة فلان ذا الهيأة اذا قطع ذنب بغلته لا يركبها بعد والركوب هو المقصود واما قياس ذلك على قتلها فلانه اذا قتلها ضمنها اتفاقا مع بقاء انتفاعه باطعامها لكلابه وبزاته وبدبغ جلدها

العمل المعلوم من تعيينه يجوز فيه الأجر مع تبيينه
وللاجير أجرة مكمله ان تم أو بقدر ما قد عمله

ان العمل المعلوم من أجل تعيين حده بالعمل أو بالاجل وذكر صفته (فالاول) كقوله أؤاجرك على صبغ هذا الثواب أو دبغ هذا الجلد أو خياطة هذا الثوب و بين له صفة الصبغ والدبغ والخياطة (والثانى) كقوله أؤاجرك على بناء يوم أو خياطة شهر أو حراثة يومين ونحو ذلك فالعمل الذى هو الدبغ والصبغ ونحوهما لا بد ان يكون معلوما لهما ولا بد أيضا ان يكون محدودا أما بالفراغ منه كخياطة ثوب وطحن اردب واما بضرب أجل كخياطة يوم أو صبغه أو دبغه أو طحنه فالمصنوعات أما ان تحد بالفراغ أو بالاجل وغيرها كالرعاية والخدمة المعروفة ونحوهما يحد بضرب الاجل لا غير فان جمع بين الاجل والعمل كقوله خط هذا الثوب في هذا اليوم بدرهم أو اكترى منك دابتك لتركبها الى محل كذا فى هذا اليوم أو اؤاجرك لتوصل الكتاب لمحل كذا فى هذا اليوم أو الشهر بدرهم فهل تفسد مطلقا أو انما تفسد ان كان الاجل مساويا للعمل أو ناقص منه لا ان كان الاجل اكثر من العمل فلا تفسد فيه خلاف خليل وهل تفسد ان جمعهما وتساوى أو مطلقا خلاف ومن ذلك الاستئجار على بيع ثوب مثلا لكن لما لم يكن البيع فى مقدور الاجير كان جعالة ان حده بالعمل وهو تمام العمل واجارة ان حده بالزمن ويستحق اجره بمضي الزمن حينئذ وان

جلدها فينتفع به او بغير دباغ الى غير ذلك من المنافع غير المقصودة عادة ولما لم يمنع ذلك من الضمان علمنا ان الضمان مضاف للقدر المشترك بينهما منها وهو ذهاب المقصود فيستويان فى الحكم عملا باشتراكهما فى الموجب (الثانى) انه لو غصب عسلا وشيرجا ونشا فعقد الجميع فالوذجا ضمن عندهم مع بقاء منافع كثيرة من المالية فكذلك ههنا (وثالثها) انه لو غصب عبدا فابق اوحنطة فبلها بللا فاحشا ضمن عندهم مع بقاء التقرب فى الاول بالعتق وبقاء المالية فى الثانى لكن جل المقصود ذهب فكذلك ههنا ولا يقال فى الآبق حال بينه وبين جميع العين وفى الحنطة بتداعي الفساد اليها اليها بالبلل لانا نقول فى صورة النزاع حال بينه وبين مقصوده وافسده عليه ناجزا مع امكان تجفيف الحنطة وعملها سويقا وغير ذلك من المنافع واحتجوا بامرين (الاول) قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والاعتداء حصل فى البعض فلزمه قيمة البعض (وثانيهما) ان هذه الجناية لو حصلت فى غير بغلة القاضى اوالامير لم تلزمه القيمة فكذلك ههنا كما لو جنى على عبده اودابه لان تقويم المتلفات لا يختلف باختلاف الناس انما يختلف باختلاف البلاد والازمان ويؤكده انه لو قطع ذنب حمار التراب اوخرق ثوب الحطاب لم يلزمه جميع القيمة مع تعذر بيعه من الامير والقاضي لانها لا يلبسها نه بسبب ذلك القطع اليسير ولو قطع اذن الامير نفسه او انف القاضى لما اختلفت الجناية فكيف بدابته مع ان شين القاضى بقطع انفه اشد والجواب عن الاول انه متروك الظاهر لاقتضائه ان يعور فرس الجانى كما عور فرسه وليس كذلك اجماعا وقيل ان الآية وردت فى الدماء لا فى الاموال ولان قوله تعالى عليكم اى انفسكم انما تناول انفسنا لانه ضمير الانفس وعن الثانى ان الدار جل مقصودها حاصل بخلاف الفرس واما قولهم لا يختلف التقويم باختلاف البلاد بل يختلف فان الدابة الصالحة للخصاصة والعامة كالقضاة والخطباء انفس قيمة لعموم الاغراض فيها ولتوقع المنافسة في المزايدة فيها اكثر من التى لا تصلح الا لاحد الفريقين واما أذن الامير وأنف القاضى فان القاعدة ان مزايا الرجال غير معتبرة فى باب الدماء ومزايا الاموال متغيرة فدية اشجع الناس واعلمهم كدية اجبن الناس واجهلهم فاين احد البابين من الاخر (تمهيد) تحصل ان النقص عند العلماء ثلاثة اقسام تارة تذهب العين بالكلية فله طلب القيمة اتفاقا وتارة

لم يبع اه المحتاج اليه منه والله سبحانه وتعالى اعلم

﴿ الفرق التاسع والمائتان بين قاعدة ما مصلحته من العقود فى اللزوم و بين قاعدة ما مصلحته منها فى عدم اللزوم ﴾

اعلم ان الاصل فى العقد اللزوم لانه انما شرع لتحصيل المقصود من المعقود به أو المعقود عليه ودفع الحاجات والمناسب لذلك هو اللزوم الا ان العقود مع هذا الاصل بالنسبة الى لزومها بالقول وعدم لزومها به على ثلاثة أقسام ما يلزم اتفاقا أو على الراجح وهو أربعة النكاح والبيع والكراء والمساقاة وما لا يلزم به وهو اربعة الجعل والقراض والتوكيل والتحكيم وما هو مختلف فيه هل يلزم به أم لا وفى ذلك يقول ابن غازى

أربعة بالقول عقدها فرا بيع نكاح وسقاء وكرا
لا الجعل والقراض والتوكيل والحكم بالفعل بها كفيل

لـكن فى الغراس والمزارعة والشركات بينهم منازعه

وفرا آخر الشطر الاول بالفاء بمعنى قطع ومنه فرى الاوداج أى قطعها كما فى شرح التاودى والنسولى على العاصمية (فالقسم الاول) جرى على الاصل المذكور اتفاقا كما فى غير المساقاة من الاربعة المذكورة في نظم ابن غازى وعلى الراجح كما فى المساقاة قال ابن عرفة وفيما لزم به أربعة أقوال (الاول) العقد وهو نقل الاكثر عن المذهب ومذهب المدونة (والثانى) الشروع وهو قول اشهب والمتيطي والصقلى (والثالث) حوز المساقى فيه وهو ما حكاه الباجي عن بعض القرويين من انه لو مات قبل الحوز بطلت المساقاة وليس كالعقود اللازمة وان لم تقبض ولعله تعلق بما روى فى عين السقى تفوران كان قبل العمل فلا شيء على رب الحائط وان كان بعده لزمه ان ينفق بقدر ما يقع له من الثمرة قلت ظاهره ان غارت بعد العمل لزم رب الحائط ان ينفق بقدر حظه وهو خلاف قولها فى أكرية الدور من أخذ نخلا مساقاة فغار ماؤها بعد ان سقي فله ان ينفق فيها بقدر حظ رب النخل من ثمرة تلك السنة وهذا انما هو بالعمل لا بالجواز (والرابع) أولها لازم وآخرها كالجعل اذا عجز وترك قبل تمافلا شيء له وهو قول سحنون كما حكاه عنه اللخمي لكن هذا حكم العجز على القول الاول لا قول غير الاول وان كان هو مقتضى كلام اللخمى اه كلام ابن عرفة بتصرف قال الرهونى وكنون فالمسلم عنده انما هو القول الاول والثانى اه قال الاصل وهذا القسم كالبيع والاجارة والنكاح والهبة والصدقة وعقود الولايات فان التصرف المقصود بالعقد معلومة

عقيب العقد اه (والقسم الثانى) قال الاصل لا يستلزم مصلحة مع اللزوم بل مع الجواز وعدم اللزوم وهو خمسة عقود الجعالة والقراض والمغارسة والوكالة وتحكيم الحاكم مالم يشرع فى الحكومة فاشترك الجميع فى عدم انضباط العقد بحصول مقصوده فكان الجميع على الجواز (أما الجعالة) فلانها لو شرعت لازمة مع انه قد يطلع على فرط بعد مكان الآبق أو عدمه مع دخوله على الجهالة بمكانه لا يدرى ذلك لضره فجعلت جائزة لئلا تجمع الجهالة بالمكان واللزوم وهما متنافيان (وأما القراض) فلان حصول الربح فيه مجهول فقد يتصل به ان السلع متعذرة أولا يحصل فيه ربح فالزامه بالسفر مضرة بغير حكمة ولا يحصل مقصود العقد الذى هو الربح (وأما المغارسة) وهى كما في التوضيح ان يعطى الرجل ارضه لمن يغرس فيها عددا من الاشجار فاذا بلغت كذا وكذا كانت

يكون النقص يسيرا فليس له الزام القيمة اتفاقا وتارة يكون الذاهب مخلا بالمقصود فهو محل الخلاف ولذلك قال الشيخ ابو الحسن اللخمى فى مذهبنا ان التعدى فى مذهب مالك اربعة اقسام يسير لا يبطل الغرض المقصود به ويسير يبطله وكذلك كثير لا يبطل المقصود منه وكثير يبطله فهذه اربعة اقسام متقابلة اما القسم الاول وهو اليسير الذى لا يبطل المقصود لا يضمن العين وكذلك الكثير الذى لا يبطل المقصود وهو القسم الثالث واما القسم الرابع فيخير كما تقدم وعلى القول بتضمينه القيمة لو اراد ربه اخذه وما نقصه فذلك له عند مالك وابن القاسم وقال محمد لا شيء له لانه ملك ان يضمنه فامتنع فذلك رضي بنقصه واما القسم الثانى وهو اليسير الذى يبطل المقصود فقاعدة مالك تقتضي تضمينه كما تقدم فى ذئب بغلة القاضي قال وتستوى فى ذلك المركوبات والملبوسات هذا هو المشهور وعن مالك لا يضمنه بذلك وفرق ابن حبيب بين الذئب فيضمن والاذن فلا يضمن لاختلاف الشين فيهما واتفقوا فى حوالة الاسواق على عدم التضمين لانها رغبات الناس فالنقص فى رغبات الناس لا فى المغصوب

﴿ الفرق الثامن عشر والمائتان بين قاعدة مايوجب استحقاق بعضه ابطال العقد فى الكل وبين قاعدة مالا يقتضى ابطال العقد فى الكل ﴾

اذا استحق بعض ما اشتريته او صالحت عليه او وجدت به عيبا فله احوال لانه اما ان يكون مثليا اومقوما واما ان يكون معينا أو شائعا فاما المثلى فهو المكيل والموزون فان كان المستحق منه قليله لزمك باقيه لان القليل لا يخل بمقصود العقد والاصل لزوم العقد لك وان استحق كثيره فانك تخير بين حبس الباقى بحصته من الثمن لانه حقك فى العقد وبين رده لذهاب المقصود وهو جل المعقود عليه فقد ذهب مقصود العقد فى المعنى واما المقوم غير المثلى ان استحق اقلها ان كانت ثيابا ونحوها رجعت بحصته من الثمن لبقاء جل المعقود عليه فلم يختل مقصود العقد وان استحق وجه الصفقة انتقضت كلها ويرد باقيها لفوات مقصود العقد ويحرم التمسك بما بقى بحصته من الثمن لان حصته لا تعرف حتى تقوم فهو بيع بثمن مجهول هذا فى استحقاق المعين وكذلك في العيب اذا وجدته بها واما الجزء الشائع اذا استحق مما لا ينقسم فيخير فى التمسك بالباقي بحصته من الثمن لان حصته

الارض الاشجار بينهما اه فلانها مجهولة العاقبة فى ثبات الشجر وجودة الارض ومؤنات الاسباب على مؤنات الشجر مع طول الايام فقد يطلع على تعذر ذلك أو فرط بعده فالزامه بالعمل ضرر من غير حصول المقصود (وأما الوكالة) فقد يطلع فيما وكل عليه على تعذر أو ضرر فجعلت على الجواز (وأما تحكيم الحاكم) فلانه خطر على المحكوم عليه لما فيه من اللزوم اذا حكم وقد يطلع الخصمان على سوء العاقبة في ذلك فنفيا للضرر عنهما لم يشرع اللزوم فى حقيهما اه كلام الاصل بزيادة (والقسم الثالث) أهمله الاصل بل عد المغارسة التى جعلها ابن غازى منه وتبعه التاودى والتسولى من القسم الثانى وحصره فى خمسة عقود المغارسة مع الاربعة التى فى نظم ابن غازى ولم يحصر القسم الاول فى الاربعة التي حصره فيها ابن غازى بل زاد عليها الهبة والصدقة وعقود الولايات وأدخل بالكاف المزارعة والشركات كما أدخل بها المساقاة وصحح العلامة ابن الشاط كلامه حتى صار مقتضي كلامهما ان الذى ترجح عندهما من المنازعة فى المغارسة قول بعدم اللزوم بالقول وفى المزارعة والشركات القول باللزوم بالقول وكذلك في الهبة والصدقة وعقود الولايات فان مفاد كلام التاودى والتسولى انها من القسم الثالث لتصريحهما بحصر الاول وكذا الثانى فى أربعة دون الثالث فتأمل ذلك والله أعلم

معلومة بغير تقويم فاستصحب العقد بحسب الامكان فهذه خمسة احوال والفرق بينهما قد ظهر

﴿الفرق التاسع عشر والمائتان بين قاعدة مايجب التقاطه و بين قاعدة مالا يجب التقاطه﴾

قال الشيخ ابو الحسن اللخمى الالتقاط قد يكون واجبا ومستحبا ومحرما ومكروها بحسب حال الملتقط وحال الزمان الحاضر واهله ومقدار اللقطة فان كان الواجد مأمونا ولا يخشى السلطان اذا اشهرها وهى بين قوم امناء لا يخشى عليها منهم ولها قدر فاخذها وتعريفها مستحب وهذه صورة السائل لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال خذها ولانه احوط لصاحبها خوف ان يأخذها من ليس بمأمون ولا ينتهي الى الوجوب لانه بين قوم امناء و بين غير الامناء يجب الالتقاط لان حرمة المال كحرمة النفس و لنهيه عليه السلام عن اضاعة المال وان كان السلطان غير مامون اذا اشهرها اخذها والواجد غيرامين حرم عليه اخذها لانه تسبب لضياع مال المسلم وان كانت حقيرة كره اخذها لان الغالب عدم المبالغة في تعريف الحقير وعدم الاحتفال به والحقير كالدرهم ونحوه قال الشيخ أبو الوليد في المقدمات فى لقطة المال ثلاثة اقوال الافضل تركها من غير تفصيل لان ابن عمر كان يمر باللقطة فلا يأخذها والافضل اخذها لان فيه صون مال الغير الثالث اخذ الجليل افضل وترك الحقير افضل وهذا اذا كانت بين قوم مأمونين وامام عدل اما بين الخونة ولا يخشى السلطان اذا عرفت فالاخذ واجب اتفاقا وبين خونة ويخشى من الامام يخير بين اخذها وتركها بحسب مايغلب على ظنه اى الخوفين اشد ويستثنى لقطة الحاج فلا يجرى فيها هذا الخلاف كله لانها بالترك اولى لان ملطقتها يرحل الى قطره وهو بعيد فلا يحصل مقصود التعريف (قاعدة) خمس اجتمعت الامم مع الامة المحمدية عليها وهى وجوب حفظ النفوس والعقول فتحرم المسكرات باجماع الشرائع وانما اختلفت فى شرب القدر الذى لا يسكر فحرم فى هذه الملة تحريم الوسائل وسدا للذريعة يتناول القدر المسكر وابيح فى غيرها من الشرائع لعدم المفسدة وحفظ الاعراض فيحرم القذف وسائر السباب ويجب حفظ الانساب فيحرم الزنى فى جميع الشرائع والاموال يجب حفظها فى جميع الشرائع فتحرم السرقة ونحوها ويجب حفظ اللقطة عن الضياع لهذه القاعدة وقد تقدم بيان قاعدة فرض الكفاية

﴿الفرق العاشر والمائتان بين قاعدة مايرد من القراض الفاسد الى قراض المثل و بين قاعدة مايرد منه الى اجرة المثل﴾

القراض قال ابن عرفة هو تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه لا بلفظ اجارة قال ابن عاصم

(٥ — الفروق — رابع)

والنقد والحضور والتعيين * من شرطه ويمنع التضمين
ولا يسوغ جعله الى أجل * وفسخه مستوجب اذا نزل
ولا يجوز شرط شيء ينفرد * به من الربح وان يقع يرد

قال التسولى فى شرحه عليه ذكر الناظم من شروط القراض ثلاثة النقد والحضور والتعيين ومن الموانع ثلاثة الضمان والاجل واشتراط شيء ينفرد به احدهما والشرط مايطلب وجوده والمانع مايطلب عدمه وقد بقى عليه شروط أخر وموانع أخر أنظرها فى خليل وغيره اه والاصل فى فاسده الرد الى قراض المثل كسائر ابواب الفقه ولانه العمل الذى دخل عليه الا ان صاحب القبس حكى فيه خمسة أقوال (الاول) عن مالك الرد الى قراض المثل مطلقا جريا على

الاصل المذكور (الثانى) عن الشافعى وأبي حنيفة وعبد الملك الرد الى الاجرة مطلقا نظرا لاستيفاء العمل بغير عقد صحيح والغاء الفاسد بالكلية (والثالث) عن ابن القاسم ان كان الفساد فى العقد فقراض المثل أو زيادة فاجرة المثل (والرابع) عن محمد بن المواز الاقل من قراض المثل والمسمى (والخامس) تفصيل بن القاسم الذى ذكره عياض فى التنبيهات حيث قال مذهب المدونة ان الفاسد من القراض يرد الى اجرة مثله الافى تسع مسائل القراض بالعروض والى أجل وعلى الضمان والمبهم و بدين يقتضيه من أجنبي وعلي شرك فى المال وعلى أنه لا يشترى الا بالدين فاشترى بالنقد وعلي انه لا يشترى الا سلعة معينة لما لا يكثر وجوده فاشترى غيرها وعلى أن يشترى عبد فلان بمال القراض ثم يبيعه و يتجر بثمنه قال الاصل و لحق بالتسعة عاشرة من غير الفاسد ففى الكتاب أى المدونة اذا اختلفا أى في الربح واتيا بما لا يشبه له قراض المثل والضابط كل منفعة اشترطها أحدهما على صاحبه ليست خارجة عن المال ولا خالفته فهى شترطها ومتى كانت خارجة عن المال أو كانت عررا حراما فأجرة المثل فعلي هذه الامور الثلاثة تدور المسائل قال وقال بعض الاصحاب وضابطها كل مايشترط فيه رب المال على العامل أمر اقصره به على نظر أو يشترط زيادة لنفسه أو شرطها العامل لنفسه فأجرة المثل والافقراض المثل ومنشأ الخلاف أمران (أحدهما) أن المستثنيات من العقود اذا فسدت هل ترد الى صحيح أنفسها وهو الاصل كفاسد البيع أو الى صحيح أصلها لان المستثنى انما استثنى لاجل مصلحته الشرعية المعتبرة فى العقد الصحيح فاذا لم توجد تلك المصلحة بطل اشترطت الاستثناء ولم يبق الا الاصل فيرد اليه والشرع لم يستثن الفاسد فهو مبنى على العدم وله أصل يرجع اليه وسر الفرق بينه و بين البيع ان البيع ليس له اصل آخر يرجع اليه بخلاف القراض (الامر الثانى) ان اسباب الفساد اذا تاكدت فى القراض اوغيره بطلت حقيقة المستثنى بالكلية فتتعين الاجارة واذا لم تتاكد اعتبرنا القراض ثم بقى النظر بعد ذلك فى المفسد هل هو متاكد ام لا نظرا فى تحقيق المناط قال وقد نظم بعضهم مسائل ابن القاسم فقال

واجرة مثل فى القراض تعينت ... سوى تسعة قد خالف الشرع حكمه
قراض عروض واشتراط ضمانه ... وتحديد وقت والتباس بعمه

وفرض الاعيان والفرق بينهما بان فرض الكفاية مالا تتكرر مصلحته بتكرره كانقاذ الغريق فتكرير فعل النزول بعد شيل الغريق لا يحصل مصلحة بعد ذلك وفرض الاعيان هو ماتتكرر مصلحته بتكرره كالصلوات الخمس مصلحتها الاجلال والتعظيم لله تعالى وهو يتكرر حصوله بتكرر الصلاة وحينئذ يظهر ان اخذ اللقطة من فروض الكفاية وقال الشافعى رحمه الله بالوجوب والندب كما قال بهما مالك قياسا على الوديعة بجامع حفظ المال فيلزم الندب اوقياسا على انقاذ المال الهالك فيلزم الوجوب وقال ابو حنيفة اخذها مندوب الا عند خوف الضياع فيجب وعند احمد بن حنبل رضى الله عنه الكراهة الا فى الالتقاط من تعريض نفسه لاكل الحرام وتضييع الواجب من التعريف فكان تركه اولى كتولى مال اليتيم وتخليل الخمر وقد ذم الله تعالى الدخول فى التكاليف بقوله تعالى انا عرضنا الامانة على السموات والارض والجبال فابين ان يحملنها واشفقن منها وحملها الانسان انه كان ظلوما جهولا اى ظلوما لنفسه بتوريطها وتعريضها للعقاب وجهولا بالعواقب والحزم فيها والامانة قال العلماء هي ههنا التكاليف ولم اراحدا فصل وقسم اخذ اللقطة الى الاحكام الخمسة الا صحابنا بل كلهم اطلقوا

﴿ الفرق العشرون والمائتان بين قاعدة مايشترط فيه العداله و بين قاعدة مالا يشترط فيه العدالة ﴾

قد تقرر فى أصول الفقه ان المصالح أما فى محل الضروريات أوفى محل الحاجيات أوفى محل التتمات واما مستغنى عنه بالكلية أما لعدم اعتباره وأما لقيام غيره مقامه والفرق ههنا مبنى على هذه القاعدة فان اشتراط العدالة فى التصرفات مصلحة لحصول الضبط بها وعدم الانضباط مع الفسقة ومن لا يوثق به فاشتراط العدالة أما فى محل الضرورات كالشهادات فان الضرورة تدعو لحفظ دماء الناس واموالهم وأبضاعهم واعراضهم عن الضياع فلو قبل فيها قول الفسقة ومن لا يوثق به لضاعت وكذلك الولايات كالامامة والقضاء واماتة الحكم وغير ذلك من الولايات مما فى معنى هذه لو فوضت لمن لا يوثق به لحكم بالجور وانتشر الظلم وضاعت المصالح وكثرت المفاسد ولم يشترط بعضهم فى الامامة العظمي العدالة لغلبة الفسوق على ولاتها فلو

وان شرطا فى المال شركا لعامل وان يشترى بالدين فاختل رسمه
وان يشترى غير المعين للشرا واعط قراض المثل من حال غرمه
وان يقتضى الدين الذى عند غيره ويتجر فيه عاملا لا يذمه
وان يشترى عبدا لزيد يبيعه ويتجر فيما ابتاعه ويلمه

اه كلام الاصل قال التاودى فى شرحه على العاصمية وفيما يجب لعامل القراض عند فساده ثلاث روايات كما فى ابن الحاجب عن مالك فروى عنه اشهب ان الواجب قراض المثل وروى غيره اجرة المثل والفرق بين اجرة المثل وقراض المثل من جهتين الاولى اجر المثل فى الذمة وقراض المثل فى الربح فان لم يكن فلا شيء والثانية اجرة المثل يحاصص بها الغرماء وقراض المثل

اشترطت لتعطلت التصرفات الموافقة للحق فى تولية من يوثق به من القضاة والسعاة وأخذ ما يأخذونه و بذل ما يبذلونه وفى هذا ضرر عظيم أفبح من فوات عدالة السلطان ولما كان تصرف القضاة أعم من تصرف الاوصياء واخص من تصرف الايمة اختلف فى الحاقهم بهم أو بالاوصياء على الخلاف فى عدالة الوصى واذا نفذت تصرفات البغاة بالاجماع مع القطع بعدم ولايتهم فاولى تنفوذ تصرفات الولاة والأئمة مع غلبة الفجور عليهم مع قدرة البغاة وعموم الضرورة للولاة وأما محل الحاجات كامامة الصلاة فان الأئمة شفعاء والحاجة داعية لاصلاح حال الشفيع عند المشفوع عنده والا لاتقبل شفاعته فيشترط فيهم العدالة وكذلك المؤذنون الذين يعتمد على اقوالهم فى دخول الاوقات وايقاع الصلوات أما من يؤذن لنفسه من غير أن يعتمد على قوله فلا يشترط فيه عدالة كسائر الاذكار وتلاوة القرآن فيصح جميع ذلك من البر والفاجر وانما تشترط العدالة لاجل الاعتماد على قوله فقط ولم أر فى هذا القسم خلاف بخلاف الامامة اختلف العلماء فى اشتراط العدالة فيها فاشترطها مالك وجماعة معه ولم يشترطها الشافعى رحمه الله والصلاة مقصد والاذان وسيلة والعناية بالمقاصد أولى من الوسائل غير أن الفرق عنده أن الفاسق تصح صلاته فى نفسه اجماعا وكل مصل يصلى لنفسه عند الشافعى فلم تدعه حاجة لصلاح حال الامام ومالك يرى أن صلاة المأموم مرتبطة بصلاة الامام وان فسقه يقدح فى صحة الربط فهذا منشأ الخلاف واما الاذان فلا خلاف انه لو كان المؤذن غير موثوق به حتى يؤذن قبل الوقت تعدى خاله للصلاة فان الصلاة قبل وقتها باطلة ولو كان الامام الفاسق غير متطهر أوأخل بشرط باطن لا يطلع عليه المأموم لم يقدح عنده فى صلاة المأموم لان المأموم حصل ذلك الشرط فلا يقدح عنده تضييع غيره له وان أخل بركن ظاهر كالركوع والسجود ونحوهما فالاطلاع عليه ضرورى فلا يحتاج الى العدالة فيه لان العلم الظاهر ناب عن العدالة فى ضبط المصلحة فاستغنى عنها فظهر الفوق بين الامامة والاذان واما محل التتمات فكالولاية فى النكاح فانها تتمة وليست بحاجية بسبب ان الوازع الطبيعى فى الشفقة على المولى عليها يمنع من الوقوع في العار والسعى فى الاضرار فقرب عدم اشتراط العدالة كالاقرارات

يقدم فيه عليهم والثالثة بالتفصيل بين مايرد لاجرة المثل ومايرد لقراض المثل به ثم اختلف فقيل التفصيل بالحد وقيل بالعد وعليه اقتصر خليل فى مختصره وفى القراض بالعروض او من وكل على دين او ليصرف ثم يعمل فاجرة مثله فى توليه ثم قراض مثله فى ربحه كاك شرك ولا عادة او مبهم أو أجل أو اشتر سلعة فلان ثم اتجر فى ثمنها او بدين اوما يقل كاختلافهما فى الربح وادعيا مالا يشبه وفيما فسد غيره اجرة مثله فى الذمة ونظم ذلك بعضهم فقال (لكل قراض فاسد * اجر مثله سوى تسعة قد فصلت ببيان)

قراض بدين او بعرض ومبهم وبالشرك والتاجيل او بضمان
ولا يشترى الا بدين فيشترى بنقد وان يبتاع عقد فلان
ويتجر فى أثمانه بعد بيعه فهذى ان عدت تمام ثمان
ولا يشترى مالا يقل وجوده فيشرى سواه اسمع لحسن بيان
كذا ذكر القاضى عياض وانه خبير بما يروى فصيح لسان

وزيدت عاشرة فقال ابن غازى

والحق بها ترك الشراء لبلدة بقيد به أضحى مقود جران

يشير به لقول مالك فى المدونة أيعطيه المال ويقود كما يقود البعير اه كلام التاودى ببعض تصرف ويتحصل من كلامه وكلام الاصل امور (الاول) ان القول الاول الذى حكاه فى القبس عن مالك هو رواية أشهب عنه والثانى الذى حكاه عن عن الشافعى وأبى حنيفة وعبد الملك هو مروى عن مالك أيضا وان الثالث والخامس هما رواية ابن القاسم عن مالك التفصيل اما بالحد أو بالعدد وان الرابع لم يروى عن مالك بل حكاه فى القبس عن محمد (الامر الثانى) ان المعتمد فى المذهب من الاقوال الخمسة المذكورة هو رواية أبن القاسم عن مالك التفصيل لكن بخصوص العدد لانه الذى اقتصر عليه خليل فى مختصره وسلمه من كتب عليه من المحققين وان اقتصر بن عاصم على القولين الاولين حيث قال

وأجر مثل أو قراض مثل لعامل عند فساد الاصل

(الامر الثالث) أن المسألة العاشرة التى الحقها الاصل بالتسعة غير العاشرة التي الحقها ابن غازى بها فان عاشرة الاصل من غير الفاسد وهى ما فى قول خليل كاختلافهما في الربح وادعيا ما لا يشبه وعاشر بن غازى من الفاسد وعليه فالملحق مسألتان وجملة المسائل التى يجب فيها للعامل قراض المثل احدى عشرة وما عداها يجب فيه له أجرة المثل وقد نظمت عاشرة الاصل بقولى (والحق بهذى الاختلاف بربحه * وما ادعيا شبها جرى بزمان)

(وفى شرح) التسولى على العاصمية نصه ما ذكر بن مغيث وصاحب النهاية أن العمل جرى بقراض المثل فى أربعة فقط وهى القراض بالعروض أو بالجزء المبهم أو الى أجل أو بضمان ويجمعها قولك ضمن العروض الى اجل مبهم وما عدا هذه لا ربع فيه أجرة المثل وذكر البرزلى عن بن يونس ان كل مايرجع لقراض المثل يفسخ مالم يشرع فى العمل فيمضي وكذا المساقاة وكل مايرجع الى أجر المثل يفسخ ابدا اه بلفظه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ الفرق الحادى عشر والمائتان بين قاعدة مايرد من المساقاة الفاسدة الى قراض المثل وبين مايرد منها الى أجرة المثل ﴾

المساقاة قال بن عرفة هي عقد على عمل مؤنة النبات بقدر لا غير غلته لا بلفظ بيع أو اجارة أو جعل فيدخل قولها لا باس بالمساقاة على ان كل الثمرة للعامل ومساقاة البعل اه وهي مستثناة من المخابرة أى كراء الارض بما يخرج منها عياض ولا تنعقد عند

لقيام الوازع الطبيعى فيها غير أن الفاسق قد يوالى أهل شيعته فيوثرهم بولايته كاخته وابنته ونحو ذلك فيحصل لها المفسدة العظيمة فاشترطت العدالة وكان اشتراطها تتمة لاجل تعارض هاتين الشائبتين وهذا التعارض بين هاتين الشائبتين هو سبب الخلاف بين العلماء فى اشتراط العدالة فى ولاية النكاح وهل تصح ولاية الفاسق ام لا وفى مذهب مالك قولان وكذلك اشتراط العدالة فى الاوصياء تتمة أيضا لان الغالب على الانسان انه لا يوصي على ذريته الا من يثق بشفقته فوازعه الطبيعي يحصل مصلحة الوصية غير انه قد يوالى أهل شيعته من الفسقة فتحصل المفاسد من ولايتهم فى المعاملات والتزويج فكان الاشتراط تتمة كما تقدم في ولاية النكاح وتعارض الشائبتين هو سبب الخلاف بين العلماء فى اشتراط العدالة فى الاوصياء واما ماخرج عن الاقسام الثلاثة الضرورة والحاجة والتتمة فالاقرار يصح من البر والفاجر والمسلم والكافر اجماعا لان الاقرار على خلاف الوازع الطبيعى فانه انما يقر على نفسه في ماله أو نفسه أو اعضائه ونحو ذلك والطبع يمنع من المسامحة بذلك من غير سبب يقتضيه بل هو مع السبب المقتضي له شان الطباع جحده فلا يعارض الطبع هنا احتمال موالاته لاهل شعبه فان الانسان مطبوع على تقديم نفسه على غيره كان من أهل شيعته واصدقائه ام لا هذا هو الفرق بين الاقرار وولاية النكاح والوصية ان الولى والوصى يتصرفان لغيرهما فامكن مراعاة الاصدقاء فى ذلك لانه ترجيح لاحد الغيرين على الآخر واما ههنا فهو يتصرف فى الاقرار لنفسه فلا يقدم عليه احدا وهو سبب انعقاد الاجماع فى الاقرار دونهما ومن هذا القسم الدعاوى تصح من البر والفاجر والمسلم والكافر وان كانت على وفق الطبع فان المدعى انما يدعى لنفسه فدعواه على وفق طبعه عكس الاقارير غيران ههنا فى الدعاوى مايغنى عن العدالة ويقوم مقامها فى حق المدعى وهو الزامه البينة على وفق دعواه أو اليمين مع شاهد أو مع نكول على الخلاف فى صحة القضاء بالشاهد واليمين والنكول لانهما يبعدان التهمة من الدعوى ويقربانها من الصحة فقام ذلك مقام العدالة لرجحان الصدق على الكذب حينئذ كما ترجح بالعدالة وقس على هذه النظائر فى هذه الاقسام الاربعة ماهو فى معناه فيحصل لك الفرق بين مايشترط فيه العدالة وبين مالا يشترط فيه

﴿ الفرق

ابن القاسم الا بلفظها خليل بساقيتك سجنون بما يدل اه تاودى على العاصمية وفى التسولى على العاصمية قال أبو الحسن المساقاة تجوز بثمانية شروط (أولها) انها لاتصح الافى أصل بثمر أومافى معناه من ذوات الازهار والاوراق المنتفع بها كالورد والاس يعنى الريحان (ثانيها) ان تكون قبل طيب الثمرة وجواز بيعها (ثالثها) أن تكون الى مدة معلومة مالم تطل جدا أوالى الجذاذ اذالم يؤجلا (رابعها) أن تكون بلفظ المساقاة لان الرخص تفتقر الى الفاظ تختص بها (خامسها) أن تكون بجزء مشاع لاعلى عدد من آصع أوأوسق (سادسها) أن يكون العمل كله على العامل (سابعها) أن لايشترط احدهما من الثمرة ولامن غيرها شيامعينا خاصا بنفسه (ثامنها) أن لايشترط على العامل اشياء خارجة عن الثمار أومتعلقة بالثمرة ولكن تبقى بعد الثمرة مماله قدر وبال اه وزاد بعضهم تاسعا وهو أن يكون الشجر مما لايخلف اه

وقد تقدم عن التاودى مافى الشرط الرابع من الخلاف والاصل فى فاسدها الرد الى مساقاة المثل كما مر فى القراض الا انهم خصوا هذا الاصل بمسائل قال أبو الطاهر فى كتاب النظائر يرد العامل الى أجرة المثل الافى خمس مسائل فله مساقاة المثل اذا ساقاه على حائط فيه ثمر قد اطعم واذا شرط العمل معه واجتماعها مع البيع ومساقاة سنتين على جزئين مختلفين واذا اختلفا واتيا بما لا يشبه فالقول قوله على دعواهما أونكلا وقد نظمها بعضهم فقال (واجرة مثل فى * المساقاة عينت سوى خمسة قد خالف الشرع حكمها)

﴿ الفرق الحادى والعشرون والمائتان بين قاعدة مايشترط فيه اجتماع الشروط والاسباب وانتفاء الموانع وقاعدة مالايشترط فيه مقارنة شروطه واسبابه وانتفاء موانعه ﴾

اعلم ان الانشاآت كلها كالبياعات والاجارات والنكاح والطلاق والعتق وغير ذلك فجميع ماينشأ من ذلك يشترط فيه حالة انشائه مقارنة ماهو معتبر فيه حالة الانشا فهذا شان الانشا آت كلها بخلاف الاقرارات لايشترط فيها حضور ماهو معتبر فى المقر به حالة الاقرار لان الاقرار ليس سببا فى نفسه بل هو دليل تقدم السبب لاستحقاق المقر به فى زمن سابق فيحمل على ان السبب مع ماهو معتبر فيه قد تقدم على الوجه المعتبر الشرعى فمن قال هو يستحق على دينارا من ثمن دابة حملنا هذا الاقرار على تقدم بيع صحيح على الاوضاع الصحيحة فى ذات تقبل البيع لاخمر ولاخنزير على ماهو معتبر فى البيع ولذلك قال العلماء رضى الله عنهم اذا باعه بدينار وفي البلد نقود مختلفة السكة تعين الغالب منها هنا لان التصرف محمول على الغالب ولو أقر بدينار فى بلد وفيها نقد غالب لايتعين الغالب لان الاقرار دليل على تقدم السبب لاستحقاق الدينار فلعل السبب وقع فى بلد آخر وزمان متقدم تقدما كثيرا يكون الواقع حينئذ سكة غير هذا الغالب وتكون هى الغالبة فى ذلك الوقت وفى ذلك البلد والاستحقاق يتبع زمن وقوع السبب لازمن الاقرار به ويكون هذا الغالب متجددا بعد تجدد ذلك الغالب وناسخا له فما تعين هذا الغالب الحاضر الآن فيحمل الاقرار عليه كما تعين الغالب الموجود حالة الاقرار فيقبل تفسيره فى اقراره باى سكة ذلك الدينار وكذلك لو أقر المجنون الآن اوسكران اومغمي عليه بدينار من ثمن بيع قبل اقراره وحمل على ان ذلك البيع وقع من المجنون حالة عقله ومن السكران حالة صحوه ومن المغمى عليه حالة افاقته وان شروط البيع الآن مفقودة فى حقهم وكذلك لو اقر أنه يستحق عليه ثمن بيع هذه الدار الموقوفة الآن صح اقراره وحمل على حالة تكون فيها هذه الدار طلقا وكذلك جميع هذه النظائر التي تكون الشروط فيها فائتة حالة الاقرار و يمكن اعتبارها فى الزمن الماضي امالو علم التعذر فى الماضى والحاضر بطل الاقرار كما لو قال من ثمن هذا الخنزير فان الخنزير لايكون فى الماضي غير خنزير والوقف يمكن أن يكون طلقا وكذلك بقية النظائر

مساقاة أبان بدو صلاحها وجزآن فى عامين شرط يعمها
وان شرط الساقى على مالك له مساعدة والبيع معها يضمها
وان حلفا فى الخلاف من غير شبهة أو اجتنبا الايمان والجزم ذمها

كما في الاصل ونص خليل فى مختصره وفسخت فاسدة بلا عمل أوفى أثنائه او بعد سنة من اكثران وجبت أجرة المثل و بعده اجرة المثل ان خرجا عنها كان ازداد عينا اوعرضا والافمساقاة المثل اه يعنى ان المساقاة اذاوقعت فاسدة لاجل خلل بركن اوشرط اووجود مانع فان عثرعليها قبل شروع العامل فى العمل وجب فسخها مطلقا وان عثرعليها فى اثناء العمل او بعد سنة من اكثر منها فانها تفسخ و يكون للعامل اجرة المثل فيما عمل اى له بحساب ماعمل كالاجارة الفاسدة ان وجبت

له اجرة المثل اما ان وجبت له مساقاة المثل فانما يفسخ ما لم يعمل فاذا فات بابتداء العمل بماله بل لم تفسخ المساقاة الى انقضاء امدها وكان فيما بقى من الاعوام على مساقاة مثله للضرورة لانه لا يدفع للعامل نصيبه الامن الثمره فلو فسخت لزم ان لا يكون له شيء لما علمت ان المساقاه كالجعل لا تستحق الا بتمام العمل (وان) اطلع على فسادها بعد الفراغ من العمل (فان) خرجا عن المساقاة الى الاجارة الفاسدة أو الى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها كان ازداد رب الحائط عينا أو عرضا من عنده وجب للعامل اجرة المثل وان لم يخرجا عنها الى ذلك وجب له مساقاة المثل ثم ذكر خليل المسائل التى تجب فيها له مساقاة المثل وعدها تسعا فقال كمساقاة مع ثمر اطعم او مع بيع أو اشترط عمل ربه او دابة أو غلام وهو صغير أو حمله لمنزله أو يكفيه مؤنة آخر أو اختلف الجزء بسنين أو حوائط اه (المسالة الاولى) ان يساقيه على حائطين احدهما قد اطعم ثمره والآخر لم يطعم أو يساقيه على حائط واحد فيه ثمر قد اطعم وفيه ثمر لم يطعم وليس تبعا لانه بيع ثمر مجهول بشيء مجهول لا يقال اصل المساقاة كذلك لانا نقول خرجت من اصل فاسد لا يتناول هذا فبقى على اصله (المسالة الثانيه) ان تجتمع مع بيع كان يبيعه ساعة مع المساقاة ومثل البيع الاجارة وما اشبه ذلك مما يمتنع اجتماعه مع المساقاة قاله بعضهم بلفظ ينبغى (المسالة الثالثة) اذا اشترط العامل على رب الحائط ان يعمل معه فى الحائط لحولان يده على حائط واما لو كان المشترط رب الحائط فقيه أجرة المثل (المسالة الرابعة) اذا اشترط العامل عمل دابة رب الحائط والحال أن الحائط صغير (المسالة الخامسة) اذا اشترط العامل عمل غلام رب الحائط والحال ان الحائط صغير لانها حينئذ زيادة على رب الحائط ويجوز ذلك اذا كان الحائط كبيرا وفى شرح الشبرخيتي والظاهر الفساد فى الرابعة والخامسة ولو أسقط الشرط (المسئلة السادسة) اذا اشترط رب الحائط على العامل عند عقد المساقاة ان يحمل ما يخصه من الثمرة من الاندر الى منزله للعلة السابقة وهذا اذا كان فيه بعد ومشقة والاجاز وكذلك لو اشترط العامل على رب الحائط ان يحمل ما يخصه الى منزله او اشترط رب الحائط على العامل ذلك كان له مساقاة مثله ما لم تكن اكثر من الجزء الذى شرط عليه ان كان الشرط للمساقى بفتح القاف او اقل ان كان الشرط المساقي بكسر القاف كما فى المقدمات (المسئلة) السابعة اذا اشترط رب الحائط على العامل أن يكفيه مؤنة حائط آخر بأن يعمل نفسه

تتخرج على هذا الاسلوب ومقتضي هذا الفرق وهذه القاعدة ان تشترط المقارنة اذا أوصي لجنين أو ملكه و يشترط التقدم فيما اذا أقر له لتقدم السبب على الاقرار فان حصل الشك فى تقدم الجنين لم يلزم الاقرار لانا شككنا فى المحل القابل للملك وهو شرط والشك فى الشرط يمنع ترتب المشروط على ما تقدم في اول الفروق

﴿ الفرق الثاني والعشرون والمائتان بين قاعدة الاقرار الذى يقبل الرجوع عنه و بين قاعدة الاقرار الذى لا يقبل الرجوع عنه ﴾

الاصل فى الاقرار اللزوم من البر والفاجر لانه على خلاف الطبع كما تقدم فضابط ما لا يجوز الرجوع عنه من الاقرار هو الرجوع الذى ليس له فيه عذر عادى وضابط ما يجوز الرجوع عنه ان يكون له فى الرجوع عنه عذر عادى وفى الفرق مسائل (المسالة الاولى) اذا أقر الوارث الورثة ان ما تركه أبوه ميراث بينهم على ما عهد فى الشريعة وما تحمل عليه الديانة ثم جاء شهود أخبروه ان أباه أشهدهم أنه تصدق عليه فى صغره بهذه الدار وحازها له او أقر أنه ملكها عليه بوجه شرعى فانه اذا رجع عن اقراره بان التركة مورثة الا هذه الدار المشهود بها له دون الورثه واعتذر باخبار البينة له وانه لم يكن عالما بذلك بل أقر بناء على العادة ومقتضى ظاهر الشريعة فانه يسمع دعواه وعذره ويقيم بنيته ولا يكون اقراره السابق مكذبا للبينة وقادحا فيها لان هذا عذر عادى تسمع مثله (المسالة الثانية) فى الجواهر اذا قال له على مائة درهم حلف أو حتى يحلف او مع يمينه فيحلف القمر له فنكل المقر وقال ما ظننت أنه يحلف لا يلزمه شيء لان العادة جرت بان هذا الاشتراط يقضى عدم اعتقاد لزوم ما أقر به وقال ابن عبد الحكم ان قال له على مائة ان حلف أو أدعاها او مهمى حلف بالعتق أو ان استحل ذلك او ان كان يعلم انها له او ان اعارني داره فاعاره أو ان شهد عليها فلان فشهد عليه بها لا يلزمه فى هذا كله شيء لان العادة جرت على ان هذا ليس باقرار فان قال ان حكم بها على فلان فحكم بها عليه لذمته لان الحكم سبب فيلزمه عند سببها والاول كله شروط الاسباب بل استعبادات محضة مخله بالاقرار (المسالة الثانية) فقال له عندى مائة من ثمن خمرا وميته لم يلزمه شيء لان

بغير عوض أو بكراء فان وقع وفات بالعمل فللعامل مساقاة مثله وفى الحائط الآخر اجرة مثله (المسئلة الثامنة) اذا ساقاه على حائط واحد سنين معلومة سنة على النصف وسنة على الثلث وسنة على الربع ولعل المراد بالجمع مازاد على سنة واحدة (المسئلة التاسعة) اذا ساقاه على حوائط صفقة واحدة حائط على النصف وآخر على الثلث مثلا لاحتمال ان يثمر أحدهما دون الآخر واما فى صفقات فيجوز المساقاة ولو مع اختلاف الجزء ولعل المراد بالجمع مافوق الواحد ثم الحق بالتسعة عاشرة المساقاة فيها صحيحة مشبها لها بها فى الرجوع الى مساقاة المثل فقال كاختلافهما ولم يشبها اه والمعنى انهما اذا اختلفا بعد العمل فى الجزء المشترط للعامل فقال دخلنا على النصف مثلا وقال رب الحائط بل على الربع مثلا والحال انهما لم يشبه واحد منهما فانهما يتحالفان أى يحلف كل على مايدعيه مع نفي دعوى صاحبه و يرد العامل لمساقاة مثله ومثله اذا نكلا و يقضى للحالف على الناكل فان أشبها معا فالقول للعامل مع يمينه فان انفرد رب الحائط بالشبه فالقول قوله مع يمينه واما ان اختلفا قبل فانهما يتحالفان ويتفاسخان ولا ينظر لشبه ولا عدمه ونكولهما كحلفهما وهذا بخلاف القراض فانه لاتحالف فيه بل العامل يرد المال لان القراض عقد جائز غير لازم اه خرشي بتلخيص وزيادة من المدوى عليه وقد نظمت المسائل التسع والحقت العاشرة بها فقلت

(وأجرة مثل فى المساقاة ان عرا * فساد سوى تسع ففيها تقررا)

(مساقاة مثل ان مع البيع أو نمر * غدا مطعما عقد المساقاة قررا)

الكلام بآخره والقاعدة ان كل كلام لا يستقل بنفسه اذا اتصل بكلام مستقل بنفسه صيره غير مستقل بنفسه قوله من ثمن خمر لا يستقل بنفسه فيصير الاول المستقل غير مستقل الصفة والاستثناء وكذلك الصفة والاسيثناء والغاية والشروط ونحوها

﴿ الفرق الثالث والعشرون والمائتان بين قاعدة ما ينفذ من تصرفات الولاة والقضاة و بين قاعدة مالا ينفذ من ذلك وهو خمسة أقسام ﴾

(القسم الاول) مالم تتناوله الولاية بالاصالة اعلم ان كل من ولى ولاية الخلافة فمادونها الى اوصية لايحل له ان يتصرف الا بجلب مصلحة اودرء مفسدة لقوله تعلى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى احسن ولقوله عليه السلام من ولى من امور امتى شيئا ثم لم يجتهد لهم ولم ينصح فالجنة عليه حرام فيكون الائمة والولاة معزولين عما ليس فيه بذل الجهد والمرجوح ابدا ليس بالاحسن بل الاحسن ضده وليس الاخذ به بذلا للاجتهاد بل الاخذ بضده فقد حجر الله تعلى على الاوصياء التصرف فيما هو ليس باحسن مع قلة الفائت من المصلحة فى ولا يتهم لخستها بالنسبة الى الولاة والقضاة فاولى ان يحجر على الولاة والقضاة فى ذلك ومقتضى هذه النصوص ان يكون الجميع معزولين عن المفسدة الراجحة والمصلحة المرجوحة والمساوية ومالا مفسدة فيه ولا مصلحة لان هذه الاقسام الاربعة ليست من باب ماهو احسن وتكون الولاية انما تتناول جلب المصلحة الخالصة اوالراجحة ودرء المفسدة الخالصة اوالراجحة فاربعة معتبرة واربعة ساقطة ولهذه القاعدة قال الشافعى رضى الله عنه لا يبيع الوصى صاعا بصاع لانه لا فائدة فى ذلك ولا يفعل الخليفة ذلك فى اموال المسلمين ويجب عليه عزل الحاكم اذا ارتاب فيه دفعا لمفسدة الريبة عن المسلمين و يعزل المرجوح عند وجود الراجح تحصيلا لمزيد المصلحة للمسلمين واختلف فى عزل احد المساويين بالآخر فقيل يمتنع لانه ليس اصلح للمسلمين ولانه يوذى المعزول بالعزل والتهم من الناس ولان ترك الفساد اولى من تحصيل الصلاح المتولى واما الانسان فى نفسه فيجوز له ذلك فيما يختص به حصلت مصلحة ام لا فللانسان ان يبيع صاعا بصاع وما يساوى الفا بمائة فان قلت تجويز ذلك يوجب ان يلتبس من يحجر عليه بمن لا يحجر عليه ويلتبس الرشيد بالسفيه لان السفيه هو

وان يك شرطا صنع رب بحائط كذا من غلام فى صغير تحررا
كذلك ان من دابة فى صغيرة غدا الشرط أو حملا لمنزله جرى
كذا ان غدا شرطا كفاية آخر أو الخلف فى جزء بعامين صورا
كذا ان جرى فى حائطين بصفقة والحق بذى ان يحالفا عند ما انبرا
بلا شبهة خلف بجزء لعامل أو اجتنبا الايمان فى ذا بلا مرا

قال الاصل وسر الفرق أى بين مايرد لاجرة المثل وما يرد لمساقاة المثل ماتقدم فى القراض أى من الضابطين الذى ذكره هو والذى حكاه عن بعض الاصحاب ومن الامرين اللذين ذكرهما فى منشأ الخلاف قال والقواعد واحدة بينهما

أى بين الفرض اوالمساقاة فافهم والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ الفرق الثانى عشر والمائتان بين قاعدة الاهوية و بين قاعدة ماتحت الابنية ﴾

قال العلامة المحقق ابن الشاط ماخلاصته ان الصحيح انه لافرق بين الامرين والدليل على ذلك أمور (منها) ماهو معلوم لاشك فيه من أن من ملك موضعا له ان يبنى فيه و يرفع فيه البناء ماشاء مالم يضر بغيره وان له ان يحفر فيه ماشاء و يعمق ماشاء امالم يضر بغيره واذا كانت القاعدة الشرعية ان لا يملك الامافيه الحاجة فان قيل لاحاجة فيماتحت الابنية من نخوم الارض فلا يشرع فيه الملك قلنا أى حاجة فى البلوغ الى عنان السماء وان قيل أن البلوغ الى عنان السماء مما فيه الحاجة فيملك بخلاف ماتحت الابنية من نخوم الارض فان الدواعى لاتتوفر فيه على أكثر مما يتمسك به البناء من الاساسات فلا يملك الا ما الجأت الضرورة اليه

قلنا ليس بصحيح كيف وقد توفرت دواعى كثير من الناس على أكثر مما ذكر كحفر الارض للجبوب والمصانع والابار العميقة فما المانع من ملك ماتحت البناء لنحو ماذكر من حفر بئر يعمقها حافرها ماشاء (ومنها) ان من أراد أن يحفر مطمورة تحت ملك غيره يتوصل اليها من ملك نفسه يمنع من ذلك بلاريب ولاخلاف فلو كان ماتحت الابنية ليس له حكم الابنية بل هو باق على حكم قبوله للاحياء لما منع من ذلك (ومنها) ان فيما ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من غصب شبرا من أرض طوقه من سبع ارضين بلا ريب أشعارا بملك ماتحت الشبر من الارضين من جهة ان القاعدة أن العقوبة تكون بقدر الجناية وماقيل من أنه لا يلزم من العقوبة به أن يكون مملوكا لغير الله تعالى لايدفع ذلك الاشعار نعم ظاهر المذهب ان ماتحت الابنية الذى هو عكس الاهوية الى جهة السفل مخالف لحكم الابنية اما أولا فلان صاحب الطراز قد نص على ان المسجد اذا حفر تحته مطمورة يجوز أن يعبره الجنب والحائض وقال لو اجزنا الصلاة فى الكعبة وعلى ظهرها لم نجزها فى مطمورة تحتها اه واما ثانيا فلانهم اختلفوا فيمن ملك أرضا هل يملك مافيها وماتحتها أم لا واما الاهوية فقد اتفقوا فيها على قاعدة ان حكمها تابع لحكم الابنية فهواء الوقف وقف وهواء الطلق طلق وهواء الموات موات وهواء المملوك مملوك وهواء المسجد له حكم المسجد فلا يقر به الجنب والحائض ومن ثم لم يختلفوا في ملك مافوق البناء من الهواء اختلافهم فى ملك ماتحته من نخوم الارض بل قد نص اصحابنا على بيع الهواء لمن ينتفع

الذى يفعل ذلك قلت لانسلم انا نحجر على من يفوت المصلحة كيف كانت بل ضابط مايحجر به ان كل تصرف خرج عن العادة ولم يستجلب به حمدا شرعيا وقد تكرر منه فانه يحجر به والقيد الثاني احتراز من اسجلاب حمد الشراب والمساخر والثالث احترازعن رمى درهما فى البحر فانه لايحجر عليه حتى يتكرر ذلك منه تكررا يدل على سفهه وعدم اكتراثه بالمال اذا تقرر هذا القسم الذى لا ينفذ لعدم تناول الولاية له فيلحق به القضاء من القاضى بغير عمله فانه لاتتناوله الولاية لان صحة التصرف انما يستفاد من عقد الولاية وعقد الولاية انما يتناول منصبا معينا وبلدا معينا فكان معزولا عما عداه لاينفذ فيه حكمه وقاله ابو حنيفة والشافعي واحمد بن حنبل رضى الله عنهم وماعلمت فيه خلافا وفي الجواهر ان شافه قاض قاضيا لم يكف فى ثبوت ذلك الحكم لان احدهما بغير علمه فلا يؤثر اسماعه وسماعه الا اذا كانا قاضيين ببلدة واحدة اوتجاذبا في ذلك في طرفى ولايتهما فيكون ذلك اقوى من الشهادة على كتاب القاضى فيعتمد وفى هذا القسم فروع فى كتب الفقه (القسم الثانى) ماتتناوله الاية لكن حكم فيه بمستند باطل فهذا ينقض لفساد المدرك لا لعدم الولاية فيه وهو الحكم الذى خالف احد اربعة امور اذا حكم على خلاف الاجماع ينقض قضاؤه اوخلاف النص السالم عن المعارض اوالقياس الجلى السالم عن المعارض اوقاعدة من القواعد السالمة عن المعارض ولابد فى الجميع من اشتراط السلامة عن المعارض اى المعارض والراجح فانه لوقضى في عقد الربا بالفسخ لم ينقض قضاؤه وان كان قضاؤه على خلاف قوله تعالى واحل الله البيع لانه عورض بالنصوص الدالة على تحريم الربا وكذلك لوقضى فى ابن المصراة بالثمن لم ينقض قضاؤه وان كان على خلاف قاعدة اتلاف المثليات ان يجب جنسها لاجل ورود النص فى ذلك ثم لوقضى بصحة نكاح بغير ولى فسخناه لكونه على خلاف قوله عليه السلام ايما امرأة انكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل ولوقضى باستمرار عصمة من لزمه الطلاق بناء على المسألة السريجية نقضناه لكونه على خلاف قاعدة ان الشرط قاعدته صحة اجتماعه مع المشروط وشرط السريجية لايجتمع مع مشروطه ابدا فان تقدم الثلاث لايجتمع مع لزوم الطلاق بعدها ونحو ذلك وكذلك لوحكم حدسا وتخمينا من غير مدرك شرعي ينقض اجماعا وهو فسق ممن فعله قاله ابن محرز

به ومقتضى هذه القاعدة أن يمنع بيع هواء المسجد والاوقاف الى عنان السماء لمن أراد غرز خشب حولها ليجعل على رؤس الخشب سقفا عليه بناء وان يمنع اخراج الرواشن والاجنحة على الحيطان الى طريق المسلمين وان لم تكن مستدة الا أن يرضى أهلها كلهم أو يقتصر على ماتاجىء الضرورة اليه والمحكم فى ذلك العادة فيكون قول صاحب الجواهر بجوز اخراج الرواشن والاجنحة على الحيطان الى طريق المسلمين اذا لم تكن مستدة فاذا كانت مستدة امتنع الا ان يرضي أهلها كلهم اه موضع نظر فهذا كله لاشك تصريح بمخالفة الاهوية لما تحت الابنية وان بينهما فرقا الا أن سره الذى ذكره الشهاب لم يظهر بل بقي سرا كما كان اه فتأمل امعان لعلك تظفر بسره والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ الفرق الثالث عشر والمائتان بين قاعدة الاملاك الناشئة عن الاحياء و بين (٤١) قاعدة الاملاك الناشئة عن غير الاحياء ﴾

من اصحابنا ونقل ابن يونس عن عبد الملك انه قال ينقض عند ملك قضاء القاضى لمخالفة السنة كالقضاء باستسعاء العبد لعتق بعضه فان الحديث ورد بانه لا يستسعى وكالشفعة للجار او بعد القسمة لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم او يحكم بشهادة النصرانى لقوله تعالى ذوى عدل منكم أو بميراث العمة والخالة والمولى الاسفل لقوله عليه السلام الحقوا الفرائض باهلها فما ابقت الفرائض فلأولى عصبة ذكر وكل ماهو على خلاف عمل المدينة ولم يقل به الاشذوذ العلماء وخالف ابن عبد الحكم وقال لا تنقض شفعة الجار وماذكر معه من الفروع لضعف موجب النقض عنده وجمهور الاصحاب على خلافه وفى النوادر لابى محمد قال محمد مما ينقض نقض مالا ينقض فأذا قضى قاض بان ينقض حكم الاول وهو مما لا ينقض نقض الثالث حكم الثانى لان نقضه خطأ ويقر الاول وكذلك لو تصرف السفيه الذى تحت حجر القاضى بالبيع والنكاح وغيرهما فرده فجاء قاض ثان فانفذه نقض الثالث هذا التنفيذ واقر الاول وكذلك لو فسخ الثانى الحكم بالشاهد واليمين رده الثالث لان النقض في مواطن الاجتهاد خطأ ونقض الخطأ متعين (القسم الثالث) ماحكم به على خلاف السبب والقسم المتقدم على خلاف الدليل وقد تقدم الفرق بين الاسباب والادلة والحجاج وان القضاة يعتمدون الحجاج والمجتهدين يعتمدون الادلة وان المكلفين يعتمدون الاسباب فاذا قضي القاضي بالقتل على من لم يقتل أو للبيع على من لم يبع أو الطلاق على من لم يطلق او الدين على من لم يستدن فهذا قضاء على خلاف الاسباب فاذا اطلع على ذلك وجب نقضه عند الكل الا قسم منه خالف فيه ابو حنيفة رضي الله عنه وهو ماكان فيه عقدا وفسخ فيجعل حكم الحاكم كالعقد فيما لا عقد فيه او كالفسخ فيما لا فسخ فيه فاذا شهد عنده شاهدا زور بطلاق امرأة فحكم بطلاقها جاز لذلك الشاهد ان يتزوجها مع علمه بكذب نفسه لان حكم الحاكم فسخ لذلك النكاح وكذلك اذا شهد عنده ببيع جارية فحكم ببيعها جاز لكل واحد من تلك البينة ان يشتري بها ممن حكم له بها و يطأها هذا الشاهد مع علمه بكذب نفسه لان حكم الحاكم تنزل منزلة البيع لمن حكم له وكذلك كل مافيه عقد او فسخ واما الدبون ومايجرى مجراها مما لا عقد فيه ولا فسخ فيوافقنا فيه وانه باق على ما كان عليه قبل الحكم وهذا هو معنى قول المالكيه والشافعية والحنابلة حكم الحاكم لا يحل حراما ولا يحرم حلالا فى نفس

بناء على مذهبنا فى الاحياء من أنه اذا ذهب ذهب الملك وصار مواتا كما كان وكان لغير من أحياه أولا أن يحييه فهو عندنا مخالف لغيره من أسباب الملك القولية فانها لا يبطل الملك ببطلان أصواتها وانقطاعها وذلك أن الاحيا لما كان من الاسباب الفعلية التى لا ترد الا على غير ملك سابق ضرورة انه سبب تملك به المباحات من الارض كان ضعيفا يذهب الملك الناشيء عنه بذهابه كما يبطل تملك الصيد الحاصل بالاصطياد بتوحشه وتملك السمك برجوعه فى النهر وتملك الماء باختلاطه بالنهر وتملك الطير والنحل بانفلاته وتوحشه واما غير الاحياء

من الاسباب القولية فانه لما كان يرد غالبا على مملوك قد تأصل فيه الملك قبله قويت افادته للملك لاجتماع افادته مع افادة ماقبله حتي ان الملك الحاصل به لا ينقض بعد بطلان اصوات تلك الاسباب القولية وانقطاعها ونظير ذلك امران (الاول) ما اذا ورد البيع على الاحياء فان الملك الحاصل به لا ينتقض بعد ذلك لتظافر الاسباب (والثانى) تملك الملتقط فانه لما ورد على ماتقدم فيه الملك وتقرر قوى بحيث لا ينتقض بعود اللقطة الى حال الالتقاط و يؤكد لك ذلك ان الاسباب القولية ونحوها ترفع ملك الغير كالبيع ونحوه فهى فى غاية القوة وأما الفعل بمجرده فليس له قوة رفع ملك الغير بل يبطل ذلك الفعل كمن بنى فى ملك غيره فلذلك ذهب اثره بذهابه والاقطاع وان كان سببا قوليا واردا على مملوك للمسلمين الا انه بدون الاحياء حكم بدون سبب او علة فلذا لا يملك بيعه فهو عكس

النقيض للذى ادعيناه وهو ابداء العلة التى هي الاحياء بدون حكمها الذى هو استمرار الملك وعدم قصوره لضعفها وعدم بطلان ملك الاقطاع اذا أحيا فيه ببطلان احيائه انما هو لتحقق سبب غير الاحياء حينئذ وهو ان الاقطاع حكم من أحكام الائمة فلا ينقض لان أحكام الائمة تصان عن النقض والملك الذى جعله صلى الله عليه وسلم للمحيي بقوله من أحيا رضا ميتة فهى له مرتب على وصف الاحياء والقاعدة ان ترتب الحكم على الوصف يدل على علية ذلك الوصف لذلك الحكم فيكون الاحياء سببه وعليته والقاعدة ان الحكم ينتفى بانتفاء علته وسببه فهذا الحديث لهاتين القاعدتين انما يقتضي الملك عند ذلك كما يدعى الخصم على ان قوله صلى الله عليه وسلم فهى له لفظ يقتضي مطلق الملك لان لفظ له ليس من صيغ العموم بل ذلك على اصل ثبوت الملك ولا

اع فى ثبوت مطلق الملك بالاحياء بل نحن نقول بموجبه أيضا ولا يقتضي الملك بوصف الدوام حتى يحصل به مقصود الخصم اذا علمت هذا ظهر لك اندفاع الاشكال الوارد على مذهبنا فى ظاهر الامر وانه فقه حسن على الفواعد وان مقابله لم يكن أقوى منه الا في بادئ الرأى فتأمل كذا قال الأصل واما على مقابل مذهبنا وهو قول سحنون والشافعى رضي الله عنهما لا يزول الملك بزوال الاحياء لوجوه (الاول) انه صلى الله عليه وسلم جعل له فى الحديث السابق الملك والاصل عدم ابطاله واستصحابه (والثانى) قياس الاحياء على البيع والهبة وسائر أسباب التمليك (والثالث) القياس على من تملك لقطة ثم ضاعت منه فان عودها الى حال الالتقاط لا يسقط ملك متملكها فلا يسلم الفرق بين الاحياء وغيره من أسباب التمليك قال العلامة ابن الشاط ماخلاصته ومذهب الشافعى ولم أقوى من مذهبنا على الاطلاق لا فى بادئ الرأى فقط كما زعم الشهاب لوجهين (الاول) ان ماقاله فى الفرق بينهما مجرد دعوى يقابل بمثلها بان يقال ان الاسباب القولية هي الضعيفة لورودها على ملك سابق فيتعارض الملكان السابق واللاحق وأما المملوك بالاحياء فلم يسبقه مايعارضه فهو أقوى (الوجه الثاني) ان ماقاله فى الجواب عن الحديث السابق من انه يدل بسبب القاعدتين المذكورتين على بطلان الملك بذهاب الاحياء غير صحيح فان القاعدتين وان كانتا صحيحين مسلمتين لكن لا يلزمهما ماقاله من بطلان هذا الحكم لان الاحياء قد ثبت فترتب عليه مسببه ولم يرتفع الاحياء بل لا يصح ارتفاعه لان ذلك من باب الارتفاع الواقع وهو محال وانما مفزاه ان الاحياء لم يستمر وذلك غير لازم فى الاسباب كلها

الامر خلافا لابى حنيفة ووافقنا ابو حنيفة أيضا فيما اذا قضي بنكاح اخت المقضي له او ذات محرم فانه لا تحل له لان المقضى له لو تزوجها لم تحل له نفذ قبول المحل وكذلك وافقنا اذا تبين ان الشهود عبيد والحكم فى عقد نكاح وفرق بان الشهادة شرط ولم توجد فى الاموال ولم يحكم الحاكم بالملك بل بالتسليم وهو لا يوجب الملك انا قوله عليه السلام انما انا بشر مثلكم وانكم تختصمون الى ولعل بعضكم ان يكون الحن بحجته من بعض فاقضى له على نحو ماسمع فمن قضيت له بشيء من حق اخيه فلا ياخذه فانما اقطع له قطعة من النار وهو عام فى جميع الحقوق وقياسا على الاموال بطريق الاولى لان الاموال اضعف فاذا لم يؤثر فيها فالولى الفروج احتجوا بقضية هلال ابن امية في الصحيح ان النبي صلى الله عليه وسلم حين فرق بينه وبين امرأته باللعان قال فان جاءت به على صفه كذا فهو لشريك فجاءت به على تلك الصفة وتبين الامر على ماقال هلال وان الفرقة لم تكن موجودة ومع ذلك لم يفسخ تلك الفرقة وامضاها فدل ذلك على ان حكم الحاكم يقوم مقام الفسخ والعقد وعن على رضى الله عنه انه ادعى عنده رجل نكاح امرأة وشهد له شاهدان فقضي بينهما بالزوجية فقالت والله ياأمير المؤمنين ماتزوجنى فاعقد بيننا عقدا حتى احل له فقال شاهداك زوجاك فدل ذلك على ان النكاح ثبت بحكمه ولان اللعان يفسخ به النكاح وان كان احدهما كاذبا فالحكم اولى لان للحاكم ولاية عامة على الناس فى العقود ولان الحاكم له اهلية العقد والفسخ بدليل انه لو اوقع العقد على وجه لو فعله المالك نفذ ولان المحكوم عليه لا يجوز له المخالفة ويجب عليه التسليم فصار حكم الله تعالى فى حقه ماحكم به الحاكم وان علم خلافه فكذلك غيره قياسا عليه والجواب عن الاول ان الفرقة فى واللعان ليست بسبب صدق الزوج بدليل انه لو قامت البينة بصدقه لم تعد اليه وانما كانت بسبب انهما وصلا الى اسوا الاحوال فى المقابحة بالتلاعن فلم يرد الشارع اجتماعهما بعد ذلك لان الزوجية مبناها السكون والمودة ومانقدم من اللعان يمنع ذلك فعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم الكذب وكالبينة اذا قامت وعن الثانى ان صح فلا حجة فيه لانه رضي الله عنه اضاف التزوج للشهود لا لحكمه وبما من العقد لما فيه من الطعن على الشهود فاخبرها بانه زوجها ظاهرا ولم يتعرض للفتيا وما النزاع إلا فيها (وعن الثالث) ان كذب أحدهما لم يتبين باللعان

غير تفرقه بين الحر والرقيق لاجل نجاة الباقين لكن بعد رمى الاموال غير الرقيق وقال المحلى لايجوز رمى البعض بالقرعة لان القرعة لاأصل لها في الشرع فى ذلك لان نجاة الباقين ليس كليا اى متعلقا بكل الامة اه وفى العطار عليه ذكر الصلاح الصفدى ان مركبا كان فى البحروفيه مسلمون وكفار فاشرفوا على الغرق وارادوا ليرموا بعضهم الى البحر لتخف المركب وينجوا الباقى فقالوا نقترع ومن وقعت عليه القرعة القيناه فقال الرئيس نعد الجماعة فكل من كان تاسعا في العدد القيناه فارتضوا بذلك فلم يزل يعدهم ويلقي التاسع فالتاسع الى ان القى الكفار اجمعين وسلم المسلمون وكان وضعهم على هيئة مخصوصة بان وضع اربعة مسلمين وخمسة كفارا ثم مسلمين ثم كافرا الى آخر ذلك ووضع لهم ضابطا وهو قول بعضهم

الله يقضى بكل يسر * ويرزق الضعيف حيث كانا

العدالة مطلقا ونحو ذلك من المسائل المتوسطات لما قوله عليه الصلاة والسلام لا تقبل شهادة خصم ولاظنين احتجوا بظاهر قوله تعالى شهيدين من رجالكم وبقوله ذوى عدل منكم ونحو ذلك من الظواهر والفقه مع من كانت القواعد والنصوص معه اظهر ومن ذلك من ردت شهادته لفسقه اوكفره اوصغره اورقه ثم اداها بعدزوال هذه الصفات فانه يتهم فى تنفيذ ماردفيه منعنا ها نحن وابن حنبل وقال الشافعى وابوحنيفه رضى الله عنهما يقبل الكل الا الفاسق والفرق ان الفاسق تسمع شهادته ثم ينظرفي عدالته فيتحقق الرد بالظهور على الفسق واولئك لم تسمع شهادتهم لما علم من صفاتهم فلا يتحقق الرد الباعث على التهمة ولنا شهادة العوائد ولانه مروى عن عثمان رضى الله عنه ولان العلم بصفاتهم لووقع قبل الاداء لما وقع الاداء وانما منعنا حيث وقع الاداء فصفاتهم حينئذ تكون مجهولة فسقط الفرق وعكسه لوحصل البحث عن الفسق قبل الاداء قبلت شهادته اذالم ترد وصلحت حاله ومنعنا شهادة اهل البادية اذاقصدوا فى التحمل دون اهل الحاضرة فى البياعات والنكاح والهبة ونحوه لان العدول اليهم مع امكان غيرهم تهمة فى ابطال ماشهدوابه وقال ابن حنبل لايقبل بدوى مطلقا على قروى وقال ابوحنيفة والشافعى تقبل مطلقا لنا الحديث المتقدم وفى ابى دواد لاتقبل شهادة بدوى على صاحب قرية وهو محمول عندنا على موضع التهمة جمعا بينه وبين العمومات الدالة على قبول الشهادة التى تقدمت وحملوهم الحديث على من لم تعلم عدالته من الاعراب قالوا وهو اولى لقلة التخصيص حينئذ فى تلك العمومات فى الصحيحين ان اعرابيا شهد عند رسول الله صلى الله عليه وسلم على رؤية الهلال فقبل شهادته على الناس ولان من قبلت شهادته فى الجراح قبلت فى غيرها كالحضرى ولان الجراح آكد من المال ففى المال اولى والجواب عن الاول ان جمعنا اولى لانه لوكان لاجل عدم العدالة لم يكن لتخصيصه بصاحب القرية فائدة بل للتهمة وعن الثانى نحن نقبله فى الهلال لعدم التهمه المتقدم ذكرها وعن الثالث ان الجراح يقصد الخلوات دون المعاملات فكانت التهمه فى المعاملات موجودة دون الجراح

فهمل الحروف للمسلمين ومعجمها للكفار والابتداء بالمسلمين والسير الى جهة الشمال بالعدد فتأمل ذلك وفيه ايضا قبل ذلك عن الغز والصحيح ان الاستدلال بالمرسل فى الشرع لايصور حتى يتكلم فيه بنفى اواثبات اذ الوقائع لاحصر لها وكذا المصالح وما من مسئلة تعرض الاوفى الشرع دليل عليها اما بالقبول او بالرد فانا نعتقد استحالة خلو واقعة عن حكم الله تعالى فان الدين قد كمل وقد استأثر الله برسوله وانقطع الوحى ولم يكن ذلك الا بعد كمال الدين قال تعالى اليوم أكملت لكم دينكم والذى يدل على عدم تصوره ان احكام الشرع تنقسم الى مواقع التعبدات والمتبع فيها النصوص وما فى معناها ومالم ترشد النصوص اليه فلا تعبد به والى ماليس من التعبدات وهو ينقسم الى ما يتعلق بالالفاظ كالايمان والمعاملات والطلاق وقد احالها الشرع فى موجباتها الى قضايا العرف فيها بنفى اواثبات الا ما استثناه الشارع عليه الصلاة والسلام كالاكتفاء بالعثكال الذى عليه مائة شمروخ اذا حلف ان يضرب مائة لما ورد فى قصة ايوب عليه السلام ولم ينسخ فى شرعنا والى ما يتعلق بغير الفاظ وهو منقسم الى ما ينضبط فى نفسه كالنجاسات والمحظورات وطرق تلقي الملك فهذه الاقسام منضبطة ومستنداتها معلومة والى مالا ينضبط الا بالضبط في مقابلة كالاشياء الطاهرة والافعال المباحة تنضبط بضبط النجاسة والحظر وكذلك الاملاك منتشرة تنضبط بضبط طرق النقل والايذاء محرم على الاسترسال من غير ضبط وينضبط بضبط ما استثنى الشرع فى مقابلته فالوقائع ان وقعت في جانب الضبط الحقت به

وان وقعت فى الجانب الآخر الحقت به وان ترددت بينهما وتجاذبها الطرفان الحقت باقربهما ولابد وان يلوح الترجيح لامحالة فخرج منه ان كل مصلحة تتخيل فى كل واقعة محبوسة بالاصول المتعارضة لابد أن تشهد الاصول بردها أوقبولها اه وفي التلويح عنه انه قال وأما المصلحة الضرورية فلابعد فى ان يؤدى اليها رأى مجتهد وان لم يشهد له أصل معين ولها نظائر منها رمى الكفار المتترسين باسرى المسلمين فى الحرب المؤدى الى قتل الترس معهم اذا قطع أوظن ظنا قريبا من القطع بانهم ان لم يرموا استاصلوا المسلمين بالقتل الترس وغيره وان رموا سلم غير الترس فيجوز رميهم لحفظ باقى الامة فانا نعلم قطعا بادلة خارجة عن الحصر ان تعليل القتل مقصود للشارع كمنعه بالكلية لكن قتل من لم يذنب غريب لم يشهد له أصل معنا ونحن انما نجوز عند القطع اوظن (٧٢) قريب من القطع وبهذا الاعتبار تخصص الحكم من العمومات الواردة

﴿ الفرق الحادى والثلاثون والمائتان بين قاعدة الدعوى الصحيحة وقاعدة الدعوى الباطلة ﴾

فضابط الدعوى الصحيحة انها طلب معين او مافى ذمة معين اومايترتب عليه احدهما معتبرة شرعا لاتكذبها العادة فالاول كدعوى ان السلعة المعينة اشتراها منه أوغصبت منه والثانى كالديون والسلم ثم المعين الذى يدعي فى ذمته قديكون معينا بالشخص كزيد أوبالصفة كدعوى الدية على العاقلة والقتل على جماعة اوانهم اتلفوا متمولا والثالث كدعوى المرأة الطلاق أو الردة على زوجها فيترتب لها حوز نفسها وهى معينة اوالوارث ان اباه مات مسلما اوكافرا فيترتب له الميراث المعين فهي مقاصد صحيحة وقولنا معتبرة شرعا احتراز من دعوى عشر سمسمة فان الحاكم لايسمع مثل هذه الدعوى لانه لايترتب عليه نفع شرعى ولهذه الدعوى اربعة شروط ان تكون معلومة محققة لاتكذبها العادة يتعلق بها غرض صحيح وفي الجواهر لو قال لى عليه شىء لم تسمع دعواه لانها مجهولة وكذلك اظن ان لى عليك الفا او لك على الف واظن انى قضيتها لم تسمع لتعذر الحكم بالمجهول اذ ليس بعض المراتب اولى من بعض ولا ينبغي للحاكم ان يدخل فى الخطر بمجرد الوهم من المدعى وقالت الشافعية لايصح دعوى المجهول الافى الاقرار والوصية لصحة القضاء بالوصية المجهولة كثلث المال والمال غير معلوم وصحة الملك فى الاقرار بالمجهول من غير حكم ويلزمه الحاكم بالتعيين وقاله اصحابنا وقال الشافعية ان ادعى بدين من الاثمان ذكر الجنس دنانير اودراهم والنوع مصرية اومغربية والصفة صحاحا اومكسرة والمقدار والسكة ويذكر فى غير الاثمان الصفات المعتبرة فى السلم وذكر القيمة مع الصفات احوط ومالا تضبطه الصفة كالجواهر فلابد من ذكر القيمة من غالب نقد البلد ويذكر فى الارض والدار اسم الصقع والبلد وفي السيف المحلى بالذهب قيمته فضة وبالفضة قيمته ذهبا أو بهما قومه بما شاء منهما لانه موضع ضرورة ولايلزم ذكر سبب ملك المال بخلاف سبب القتل والجراح لاختلاف الحكم ههنا دون المال بالعمد والخطا وهل قتله وحده أو مع غيره ولان اتلافه لايستدرك بخلاف المال وهذا كله لايخالفه اصحابنا وقواعدنا تقتضيه غير ان قولهم وقول اصحابنا ان من شرطها ان تكون معلومة فيه نظر فان

لما نعلم قطعا أن الشرع يؤثر الحكم الكلي على الجزئى وان حفظ أصل الاسلام أهم من حفظ دم مسلم واحد وهذا وان سميناه مصلحة مرسلة لكنها راجعة الى الاصول الاربعة لان مرجع المصلحة الى حفظ مقاصد الشرع المعلومة بالكتاب والسنة والاجماع ولان كون هذه المعانى عرفت لا بدليل واحد بل بادلة كثيرة لاحصر لها من الكتاب والسنة وقرائن الاحوال وتفاريق الامارات سميناها مصلحة مرسلة لاقياسا اذ القياس أصل معين اه بتوضيح من المحلى قال الشربينى فعلم من قوله ونحن انما نجوزه الخ انه هو لا يقول به أى المرسل عند فقد الشروط اما غيره فيجوز أن يقول به عند الفقد كما يؤخذ من قوله قبل

ذلك فلا بعد فى أن يؤدى اليها رأى مجتهد ومن قوله ولان كون هذه المعانى الخ انه انما جعل هذه من المصالح المرسلة لعدم تعين الدليل وان رجعت الى الاصول الاربعة لاعدم الدليل كما فى غيرها من المصالح المرسلة فاطلاق المرسل عليها بطريق المشابهة فى عدم تعين الدليل وان كان فى غيرها لعدمه فليتأمل اه وفى حاشية العطار عنه فى المنخول انه ذكر من نظائرها انا لو فرضنا انقلاب أموال العالم بجملتها محرمة للكثرة المعاملات الفاسدة واشتباه الغصوب بغيرها عسر الوصول الى الحلال المحض وقد وقع فنبيح لكل محتاج ان ياخذ مقدار كفايته من كل مال لان تحريم التناول يفضى الى الهلاك وتخصيصه بمقدار سد الرمق يكف الناس عن معاملاتهم الدينية والدنيوية ويتداعى ذلك الى فساد الدنيا وخراب

العالم فلا يتفرغون وهم على حالتهم مشرفون على الموت الى صناعتهم واشغالهم والشرع لا يرضى بمثله قطعا فنبيح لكل غنى من ماله مقدار كفايته من غير سرف ولا اقتصار على سد الرمق ونبيح لكل مقتر فى مال من فضل منه هذا القدر مثله ويشهد له قاعدة وهوان الشخص الواحد اذا اضطر الى طعام غيره أو الى ميتة يباح له مقدار الاستقلال محافظة على الروح فالمحافظة على الارواح أولى وأحق اه قال العطار وقول الغزالى وقد وقع أى هذا حصل فى عصره وأما العصر الذى نحن فيه الآن فالحال أقوى وأشد نسأل الله العافية والسلامة فالتمسك بما قاله الغزالى فيه أحرى سيما وقد ذكر صاحب جمع الجوامع فى كتابه توشيح الترشيح كلاما يقرب مما قاله الغزالى حيث نقل عن والده الامام تقى الدين السبكي فى ذكر المسائل التى انفرد بها واستخرجها قال من جاءه شيء من المال وهو غير مشرف ولا سائل ياخذه حراما كان أم حلالا ثم ان كان حلالا لا تبعة فيه تموله والا رده فى مرده ان عرف مستحقه والا فهو كالمال الضائع قال وهذا هو ظاهر الامر فى قوله صلى الله عليه وسلم ما اتاك من هذا المال وانت غير مشرف ولا سائل فخذه والا فلا تتبعه نفسك قال وليس فى قوله صلى الله عليه وسلم هذا ما يدفع ما نقوله لانا على القطع بانه لم يعن خصوص ذلك المال الذى دفعه هو صلى الله عليه وسلم فلم يبق الا اعم منه من كل حلال أو الاعم مطلقا من كل مال قال وهذا هو الراجح المتبادر الى الذهن اه المراد وفي حاشية كنون على عبق و بنان اول باب البيوع قال القلشانى اختلف في تعريف الحلال فقيل هو ما لم يعرف انه حرام وقيل ما عرف اصله والاول ارفق بالناس لا سيما فى هذا الزمان قال بعض الأئمة وعندى فى هذا الزمان ان من اخذ قدر الضرورة لنفسه وعياله من غير سرف ولا زيادة على ما يحتاج اليه لم يا كل حراما ولا شبهة وقد قال القاسم بن محمد لو كانت الدنيا حراما لما كان لك بد من العيش الا ترى انه يحل اكل الميتة ومال الغير للمضطر فما ظنك بما ظاهره الاباحة هذا مما لا يكاد يختلف فيه والحاصل انه يطلب الاشبه فالاشبه بحسب الامكان اه ومراده ببعض الائمة الفاكهانى كما فى ابن ناجى اه المراد وفيه غير ذلك فانظره واما القسم الثانى فى كلام الغزالى وهو ما شهد الشرع ببطلانه فهو الغريب لبعده عن الاعتبار كما فى المحلى والى تمثيل الغزالى له بقوله كنفى الصوم الخ يشير الى قول ابى اسحاق الشاطبى فى كتابه الاعتصام حكى بن بشكوال ان الحكم امير المؤمنين ارسل فى الفقهاء وشاورهم فى مسالة نزلت به فذكر لهم عن نفسه انه

الانسان لو وجد وثيقة فى تركه مورثه او اخبره عدل بحق له فالمنقول جواز الدعوى بمثل هذ والحلف بمجرده عندنا وعندهم مع ان هذه الاسباب لا تفيد الا الظن فان ارادوا ان الحلف فى نفس الامر عند الطالب فليس كذلك وان ارادوا ان التصريح بالظن يمنع الصحة والسكوت عنه لا يقدح فهذا مانع لان عدمه شرط وأيضا فما جاز الاقدام معه لا يكون التصريح به مانعا كما لو شهدوا بالاستفاضة وبالسماع وبالظن فى الفلس وحصر الورثة وصرح بمستنده فى الشهادة لم يكن ذلك قادحا على الصحيح فكذلك ههنا وقال بعض الشافعية يقدح تصريح الشاهد بمستنده فى ذلك وليس له وجه فان ما جوزه الشرع لا يكون النطق به منكرا وهذا مقتضي القواعد وقولى لا تكذبهما العادة سياتى بيانه ان شاء الله تعالى فى مسائل هذا الفرق فهذا هو الفرق بين قاعدة ما يسمع وقاعدة ما لا يسمع من الدعاوى من حيث الجملة ويكمل البيان فى ذلك بمسالتين (المسالة الاولى) تسمع الدعاوى عندنا فى النكاح وان لم يقل تزوجتها بولى وبرضاها بل يقول هى زوجتى فيكفيه وقاله ابو حنيفة رضى الله عنه وقال الشافعى وابن حنبل رضي الله عنهما لا تسمع حتي يقول بولى وبرضاها وشاهدى عدل بخلاف دعوى المال وغيره لنا القياس على البيع والردة والعدة فلا يشترط التعرض لهما فكذلك غيرهما ولان ظاهر عقود المسلمين الصحة احتجوا بوجوه الاول ان النكاح خطر والوطء لا يستدرك فاشبه القتل (الثانى) ان النكاح لما اختص بشروط زائدة على البيع من الصداق وغيره خالفت دعواه الدعاوى قياسا للدعوى على المدعى به (الثالث) ان المقصود من جميع العقود يدخله البدل والاباحة بخلافه فكان خطرا فيحتاط فيه والجواب عن الاول ان غالب دعوى المسلم الصحة فالاستدراك حينئذ نادر لاعبرة به والقتل خطره أعد من حرمة النكاح والنادر وهو الفرق المانع من القياس (وعن الثانى) ان دعوى الشيء يتناول شروطه بدليل البيع فلا يحتاج الى الشروط كالبيع له شروط لا تشترط في دعواه (وعن الثالث) ان الردة والعدة لا يدخلهما البدل و يكفى الاطلاق فيهما (المسالة الثانية) فى بيان قولى لا تكذبها العادة والدعاوى ثلاثة أقسام (قسم) تصدقه العادة كدعوى القريب الوديعة (وقسم) تكذبه العادة كدعوى الحاضر الاجنبي ملك دار فى يد زيد وهو حاضر يراه يهدم

عمد الى احدى كرائمه اى عقائل نسائه الحرائر ووطئها فى رمضان فافتوا بالاطعام واسحاق بن ابراهيم ساكن فقال له امير المؤمنين ما يقول الشيخ فى فتوى اصحابه فقال له لا اقول بقولهم واقول بالصيام فقيل له اليس مذهب مالك الاطعام فقال لهم تحفظون مذهبه الا انكم تريدون مصانعة امير المؤمنين انما امر مالك بالاطعام لمن له مال واما امير المؤمنين لا مال له انما هو بيت مال المسلمين فاخذ بقوله امير المؤمنين وشكر له عليه اه وهو صحيح اه اى لان افتاه بغير الصوم مع ذلك مما شهد الشرع ببطلانه كما ان افتاه بالصوم نظرا الى انه يرتدع به اذ يسهل عليه بذل المال فى شهوة الفرج كذلك مما شهد الشرع ببطلانه كما فى المحلى قال أبو اسحق الشاطبي أيضا حكي بن بشكوال انه اتفق لعبد الرحمن ابن الحكم مثل هذا فى رمضان فسال الفقهاء عن توبته من ذلك وكفارته فقال يحيي أى بن يحيي المغربى الاندلسى تصوم شهرين متتابعين وما سئل عن حكمة مخالفته لامام مذهبه الامام مالك وهو التخيير بين العتق والصيام والاطعام يقال لو فتحنا له هذا الباب سهل عليه ان يطأ كل يوم ويعتق فحملته على أصعب الامور عليه وهو الصوم قال أبو اسحق فان صح هذا عن يحيي رحمه الله وكان كلامه على ظاهره كان مخالفا للاجماع اه نعم قال القرافى افتاء يحيى له بالصوم هو الاوفق بكون مشروعية الكفارات للزجر ولم يفته يحيى على أنه امر لا يجوز غيره اه أى حتى يكون مخالفا للاجماع فاحفظ على هذا التحقيق (التنبيه الثانى) نظم الشيخ ابراهيم الرياحى التونسى نظائر الصلاة التى تفسد على الامام دون المأموم بقوله

وأى صلاة للامام فسادها ... تبين فللماموم فى ذاك تابع هو
سوى عدة ساوت كواكب يوسف ... وها أنا مبديها اليك وجامع
ففى حدث ينسى الامام وسبقه ... وقهقهة والخوف فى العد رابع
واعلام ماموم يفوز امامة ... بتنجيسه والبعض فيه منازع
وقطع امام حين كشف لعورة ... على ما لسحنون وقد وقيل واسع
ومستخلف لفظا لغير ضرورة ... لاجل رعاف وهي فى العد سابع
ومستخلف بالفتح لم ينو ثم من ... بتسليمه فات التدارك تابع

ويبنى ويؤاجر مع طول الزمان من غير وازع بزعه عن الطلب من رهبة أو رغبة فلا تسمع دعواه لظهور كذبها والسماع انما هو لتوقع الصدق فاذا تبين الكذب عادة امتنع توقع الصدق (والقسم الثالث) ما لم تقض العادة بصدقها ولا بكذبها كدعوى المعاملة ويشترط فيها الخلطة وبيان الخلطة يكون بعد هذا أن شاء الله تعالى فى بيان قاعدة من يحلف ومن لا يحلف وأما ما تكذبه العادة فقال مالك فى الاجانب سنين ولم يحد بالعشرة وقال ربيعة عشر سنين تقطع الدعوى للحاضر الا أن يقيم بينة انه أكرى أو أسكن أو أعار ولا حيازة على غائب وعن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من حاز شيا عشر سنين فهو له ولقوله تعالى وأمر بالعرف فكل شيء يكذبه العرف وجب ان لا يؤمر به بل يؤمر بالملك لحائزه لانه العرف وقال ابن القاسم الحيازة من الثمانية الى العشرة وقال مالك من قامت بيده دار سنين يكرى ويهدم ويبنى فاقامت بينة انها لك أو لابيك أو لجدك وثبتت المواريث وانت حاضر تراه يفعل ذلك فلا حجة لك فان كنت غائبا أفادك أقامة البينة والعروض والحيوان والرقيق كذلك وكذلك قال الاصحاب فى كتاب الاجارات اذا أدعى باجرة من سنين لا تسمع دعواه ان كان حاضرا ولا مانع له وكذلك اذا أدعى بثمن سلعة من زمن قديم ولا مانع من طلبه وعادتها تباع بالنقد وشهدت العادة ان هذ الثمن لا يتاخر وأما فى الاقارب فقال مالك الحيازة المكذبة للدعوى فى العقار نحو الخمسين سنة لان الاقارب يتسامحون لبر القرابة أكثر من الاجانب اما لدون هذا القدر من الطول فلا تكون الدعوى كاذبة وخالفنا الشافعي رضى الله عنه وسمع الدعوى فى جميع هذه الصور لنا النصوص المتقدمة

﴿ الفرق الثاني والثلاثون والمائتان بين قاعدة المدعي وقاعدة المدعى عليه ﴾

فانهما يلتبسان فليس كل طالب مدعيا وليس كل مطلوب منه مدعي عليه ولأجل ذلك وقع الخلاف بين العلماء فيهما فى عدة مسائل والبحث فى هذا الفرق يبحث عن تحقيق قوله عليه السلام البينة على من ادعى واليمين على من انكر من هو المدعى الذى عليه البينة ومن هو المدعى عليه الذى يحلف فضابط المدعى والمدعى عليه فيه عبارتان للاصحاب احداهما ان المدعى هو البعد التداعيين سببا والمدعى عليه

وتارك قبلي الثلاث وطال ان همو فعلوا لكن به الخلف واقع
ومنحرف لايستجاز انحرافه وهذا غريب بالتمتمة طالع
وذافى صلاة ماالجماعة شرطها والا فبطلان على الكل شائع

والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ الفرق الحادى والعشرون والمائتان بين قاعدة مايشترط فيه اجتماع الشروط والاسباب وانتفاء الموانع وقاعدة مالا يشترط فيه مقارنة شروطه واسبابه وانتفاء موانعه ﴾

وهو ان ما كان سببا فى معاملة يشترط حال وقوعه مقارنة ماهو معتبر فيما ينشأ منه من اجتماع الشروط والاسباب وانتفاء الموانع وما كان دليل تقدم سبب لمعاملة لايشترط حال وقوعه مقارنة شروط ذلك المسبب واسبابه وانتفاء موانعه (والاول) هو الانشاآت كلها كالبياعات والاجارات والنكاح والطلاق والعتق وغير ذلك فشأن الانشاآت كلها أنه يشترط فى جميع ماينشأ منها مقارنة ماهو معتبر فيه حالة لانشاء (والثانى) هو الاقرارات فلا يشترط فيها حضور ماهو معتبر فى المقر به حالة الاقرار لان الاقرار ليس سببا لاستحقاق المقر به بل هو دليل تقدم السبب لاستحقاقه فى زمن سابق فيحمل على ان السبب مع ماهو معتبر فيه قد تقدم على الوجه المعتبر الشرعي

هو أقرب المتداعيين سببا والعبارة الثانية وهى توضح الأولى المدعى من كان قوله على خلاف أصل أو عرف والمدعى عليه من كان قوله على وفق أصل أو عرف و بيان ذلك بالمثل ان اليتيم اذا بلغ وطلب الوصى ماله تحت يده فقال أوصلتك فانه مدعى عليه والوصى المطلوب مدع فعليه البينة لان الله تعالى امر الاوصياء بالاشهاد على اليتامى اذا دفعوا اليهم اموالهم فلم يأتمنهم على الدفع بل على التصرف والانفاق خاصة واذا لم يكونوا امناء كان الاصل عدم الدفع وهو يعضد اليتيم ويخالف الوصي فهذا طالب واليمين عليه لانه مدعى عليه والوصى مطلوب وهو مدع وكذلك طالب الوديعة التى سلمها للمودع عند بينة لانه لم يأتمن المودع عنده لما اشهد عليه فالقول قول صاحب الوديعة مع بينة وان كان طالبا لان ظاهر حال المودع عنده اذا قبض ببينة انه لا يعطى الا ببينة والاصل أيضا عدم الدفع فاجتمع الاصل والغالب وهما يعضدان صاحب الوديعة ويخالفان القابض لهما وكذلك القراض اذا قبض ببينة فان قبضت الوديعة أو القراض بغير بينة فالقول قول العامل والمودع عنده لان يدهما يد امانة صرفة والامين مصدق ونظائر هذا كثيرة يكون الطالب فيها مدعى عليه ويعتمد ابدا الترجيح بالعوائد وظواهر الاحوال والقرائن فيحصل لك من هذا النوع مالا ينحصر عدده ومن هذا الباب اذا تداعي بزاز ودباغ جلدا كان الدباغ مدعى عليه اوقاض وجندى رجلا كان الجندى مدعى عليه وعليه مسالة الزوجين اذا اختلفا فى متاع البيت ان يقول قول الرجل فيما يشبه قماش الرجال والقول قول المرأة فيما يشبه قماش النساء واذا تنازع عطار وصباغ فى مسك وصبغ قدم العطار فى المسك والصباغ فى الصبغ وقد تقدمت هذه المسالة والخلاف فيها مع الشافعى رضى الله عنه وكذلك خالفنا فى هذه المسائل المتقدمة كلها وحجتنا النصوص المتقدمة واما الاصل وحده من غير ظاهر ولا عرف فمن ادعى على شخص دينا اوغصبا او جناية ونحوها فان الاصل عدم هذه الامور والقول قول المطلوب منه مع يمينه لان الاصل يعضده ويخالف الطالب وهذا مجمع عليه وانما الخلاف فى الظواهر المتقدمة وظهر لك بهذا قول الاصحاب ان المدعي هو اضعف المتداعيين سببا والمدعى عليه هو اقوى المتداعيين سببا (تنبيه) ماذكرناه من الظواهر ينتقض بما اجتمعت عليه الامة من ان الصالح التي الكبير العظيم المنزلة فمن قال هو يستحق علىّ دينارا من ثمن دابة حملنا هذا الاقرار على تقدم بيع صحيح على الاوضاع الصحيحة فى ذات تقبل البيع لا خمر ولا خنزير على ماهو معتبر فى البيع لا ان التصرف محمول على الغالب وعلى مقتضى هذا الفرق تتفرع مسئلتان (المسئلة الاولى) قال العلماء رضي الله عنهم اذا باعه بدينار وفى البلد نقود مختلفة السكة تعين الغالب منها هنا لان التصرف محمول على الغالب ولو اقر بدينار فى بلد وفيها نقد غالب لا يتعين الغالب بل يقبل تفسيره فى اقراره باى سكة ذلك الدينار لان الاقرار دليل على تقدم السبب لاستحقاق الدينار فلعل السبب واقع فى بلد آخر فى زمان متقدم تقدما كثيرا والغالب حينئذ فى ذلك الوقت وفى ذلك البلد سكة غير هذا الغالب المتجدد ناسخا لذلك الغالب الواقع قبله والاستحقاق يتبع زمن وقوع السبب لا زمن الاقرار به وهكذا جميع النظائر التى تكون الشروط فيها فائتة حالة الاقرار ويمكن اعتبارها فى الزمن الماضي الذى هو زمن وقوع السبب كما لو اقر المجنون الآن

أو سكران الآن اومغمي عليه الآن بدينار من ثمن بيع قبل اقراره فيحمل على ان ذلك البيع وقع من المجنون حالة عقله ومن السكران حالة صحوه ومن المغمى عليه حالة افاقته وان شروط البيع الآن مفقودة فى حقهم بكما لو أقر أنه يُستحق عليه ثمن بيع هذه الدار الموقوفة الأن فيصح اقراره و يحمل على حالة تكون فيه هذه الدار طلقا وأما النظائر التى تتعذر فيها الشروط فى الماضى والحاضر كما لو أقر بدينار من ثمن هذا الخنزير فان الخنزير لا يكون فى الماضي غير خنزير فيبطل الاقرار في ذلك ﴿ المسئلة الثانية ﴾ اذا أوصي لحنين أو ملكه فالشرط المقارنة واذا أقر له فالشرط تقدم السبب على الاقرار فان حصل الشك في تقدم الحنين لم يلزم الاقرار لانا شككنا فى المحل القابل للملك وهو شرط والشك فى الشرط يمنع ترتب المشروط على ما تقدم فى اول الفروق افاده الاصل رسلمه أبو القاسم ابن الشاط والله (٧٦) سبحانه وتعالى أعلم

﴿ الفرق الثاني والعشرون والمائتان بين قاعدة الاقرار الذى يقبل الرجوع عنه و بين قاعدة الاقرار الذى لا يقبل الرجوع عنه ﴾

وهو أنه وان كان الاصل فى الاقرار اللزوم من البر والفاجر لانه على خلاف الطبع كما تقدم ولذا قال ابن عرفة الاقرار خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه او لفظ نائبه لكنه من حيث انه قد يكون للمقر فى الرجوع عنه عذر عادى وقد لا يكون له ذلك انقسم قسمين (الاول) ما لا يجوز الرجوع عنه وضابطه ما ليس للمقر فى رجوعه عنه عذر عادى وهذا هو الغالب الان فى نفوذه تفصيلا اشار له ابن عاصم بقوله

وما لك لأمره اقر فى ... صحته لاجنبي اقتفى ولا فساد
وما لوارث ففيه اختلفا ... ومنفذ له لتهمة نفى
ورأس متروك المقر ألزما ... وهو به فى فلس كالغرما
وان يكن لأجنبي فى المرض ... غير صديق فهو نافذ الغرض
ولصديق او قريب لا يرث ... يبطل ممن بكلالة ورث
وقيل بل يمضي بكل حال ... وعند ما يؤخذ بالابطال
قيل باطلاق ولابن القاسم ... يمضي من الثلث بحكم جازم

والشأن فى العلم والدين بل ابو بكر الصديق أو عمر بن الخطاب لو ادعي على افسق الناس وادعاهم درهما لا يصدق فيه وعليه البينة وهو مدع والمطلوب مدعى عليه والقول قوله مع يمينه وعكسه لو دعي الطالح على الصالح لكان الحكم كذلك بهذا يحتج الشافعى علينا ويجيب عما تقدم ذكره بذلك وبما ان هذه الصور حجة للشافعى فهو نقض على قولنا المدعى من خالف قوله اصلا اوعرفا والمدعى عليه من وافق قوله اصلا أو عرفا فان العرف فى هذه الصور شاهد وكذلك الظاهر وقد الغيا اجماعا فكان ذلك مبطلا للحدود المتقدمة ونقصا على المذهب فتامل ذلك (تنبيه) قال بعض العلماء قول الفقهاء اذا تعارضا الاصل والغالب يكون فى المسألة قولان ليس على اطلاقه بل اجتمعت الامة على اعتبار الاصل والغاء الغالب فى دعوى الدين ونحوه فالقول قول المدعى عليه وان كان الطالب اصلح الناس واتقاهم لله تعالى ومن الغالب عليه ان لا يدعي الا ماله فهذا الغالب ملغى اجماعا واتفق الناس على تقديم الغالب والغاء الاصل فى البينة اذا شهدت فان الغالب صدقها والاصل براءة ذمة المشهود عليه والنفي الاصل هنا اجماعا عكس الاول فليس الخلاف على الاطلاق (تنبيه) خولفت قاعدة الدعاوى في خمس مواطن يقبل فيها قول الطالب (احدها) اللعان يقبل فيه قول الزوج لان العادة ان الرجل ينفى عن زوجه الفواحش فحيث اقدم على رميها بالفاحشة مع ايمانه ايضا قدمه الشرع (وثانيها) القسامة يقبل فيها قول الطالب لترجح باللوث (ثالثها) قبول قول الامناء في التلف لئلا يزهد الناس فى قبول الامانات فتفوت مصالحها المترتبة على حفظ الامانات (ورابعها) يقبل قول الحاكم فى التجريح والتعديل وغيرهما من الاحكام لئلا تفوت المصالح المترتبة على الولاية للاحكام (وخامسها) قبول قول الطالب فى التلف مع يمينه لضرورة الحاجة لئلا يخاد فى الحبس ثم الامين قد يكون امينا من جهة مستحق الامانة أو من قبل الشرع كالوصى والملتقط ومن الفت الريح ثوبا فى بيته

﴿ الفرق الثالث والثلاثون والمائتان بين قاعدة ما يحتاج للدعوى و بين قاعدة ما لا يحتاج اليها ﴾

وتلخيص الفرق ان كل امر مجمع على ثبوته وتعين الحق فيه ولا يؤدى اخذه لفتنة ولا تشاجر

الخ وخلاصته ان المالك لامره تارة يقر في صحته وتارة في مرضه وفي كل منهما اما ان يكون المقر له وارثا أو أجنبيا انظر شروح العاصمية (والقسم الثاني) مايجوز الرجوع عنه وضابطه ما للمقر عذر عادي في رجوعه عنه ومثل له الاصل بثلاث مسائل فقال (المسئلة الاولى) اذا أقر الوارث للورثة ان ماتركه ابوه ميراث بينهم على ماعهد في الشريعة وما تحمل عليه الديانة ثم جاء شهود أخبروه ان أباه اشهدهم انه تصدق عليه في صغره بهذه الدار وحازها له اوأن والده أقر انه ملكها عليه بوجه شرعي فانه يقبل رجوعه عن اقراره وانه كان بناء على العادة ومقتضى ظاهر الشريعة وعذره بانه لم يكن عالما بما أخبرته البينة به من أن التركة كلها موروثة الا هذه الدار المشهود بها له دون الورثة لانه عذر عادي يسمع مثله فيقيم بينته ولا يكون اقراره السابق مكذبا للبينة وقادحا فيها اه وسلمه ابو القاسم ابن الشاط وفي

قال ابو العباس الملوي اعتمد ماللقرافي غير واحد من الحفاظ المتأخرين وتلقوه بالقبول منهم ابو سالم ابراهيم اليزناسني اه وبه يعلم ضعف مافي الحطاب عن سحنون من ان اقراره الاول مكذب للبينة فلا ينتفع بها نقله في باب الاقرار والقسمة بعد ان نقل عن المازري أنه افتى بمثل ماللقرافي وبالجملة فالمعتمد ماللقرافي وبه كنت أفتيت انظر شرحنا للشامل ويؤيده مامر أول الاستحقاق اه بلفظه ومامر أول الاستحقاق هو ماقاله عن ابن عرفة من أن حكم الاستحقاق الوجوب عند تيسر اسبابه في الربع والعقار بناء على

ولافساد عرض اوعضو فيجوز اخذه من غير رفع للحاكم فمن اخذ عين المغصوب اووجد عين سلعته التي اشتراها او ورثها ولايخاف من اخذها ضررا فله اخذها ومايحتاج للحاكم خمسة انواع (النوع الاول) المختلف فيه هل هو ثابت ام لا فلابد فيه من رفع للحاكم حتى يتوجه ثبوته بحكم الحاكم فهذا النوع من حيث الجملة يفتقر الى الحاكم في بعض مسائله دون بعض كاستحقاق الغرماء لردعتق المديان وتبرعاته قبل الحجر عليه فان الشافعي رضي الله عنه لايثبت لهم حقا في ذلك ومالك يثبته فيحتاج لقضاء الحاكم بذلك وقد لا يفتقر هذا النوع للحاكم كمن وهب له مشاع في عقار اوغيره او اشترى مبيعا على الصفة اواسلم في حيوان ونحو ذلك فان المستحق المعتقد لصحة هذه الاسباب يتناول هذه الامور من غير حاكم وهو كثير والمفتقر منه للحاكم قليل وفي الفرق بين مايفتقر من هذا النوع ومالا يفتقر عسر (النوع الثاني) مايحتاج للاجتهاد والتحرير فانه يفتقر للحاكم كتقويم الرقيق في اعتاق البعض على المعتق وتقدير النفقات للزوجات والاقارب والطلاق على المولى بعدم الفيئة فان فيه تحرير عدم فيئته والمعسر بالنفقة لانه مختلف فيه فمنعه الحنفية ولانه يفتقر لتحرير اعساره وتقديره ومامقدار الاعسار الذي يطلق به فانه مختلف فيه فعند مالك رحمه الله لايطلق بالعجز عن أصل النفقة والكسوة اللتان يفرضان ٢ بل بالعجز عن الضروري المقيم للبينة وان كنا لانفرضه ابتداء (النوع الثالث) مايؤدي اخذه للفتنة كالقصاص في النفس والاعضاء يرفع ذلك للائمة لئلا يقع لسبب تناوله تمانع وقتل وفتنة اعظم من الاولى وكذلك التعزير وفيه أيضا الحاجة للاجتهاد في مقداره بخلاف الحدود في القذف والقصاص في الاطراف (النوع الرابع) مايودي الى فساد العرض وسوء العاقبة كمن ظفر بالعين المغصوبة أوالمشتراة أوالموروثة لكن يخاف من اخذها ان ينسب الى السرقة فلا ياخذها بنفسه ويرفعها للحاكم دفعا لهذه المفسدة (النوع الخامس) مايودي الى خيانة الامانة اذا اودع عندك من لك عليه حق وعجزت عن اخذه منه لعدم اعترافه اوعدم البينة عليه فهل لك جحد وديعته اذا كانت قدر حقك من جنسه اومن غير جنسه فمنعه مالك لقوله عليه السلام ادالامانة الى من ائتمنك ولاتخن من خانك واجازه الشافعي لقوله صلى الله عليه

٢ صوابه اللتين تفرضان

عدم يمين مستحقه وعلى يمينه هو مباح كغير العقار والربع لان الحلف مشقة اه قال ومراد ابن عرفة اذا لم تسمح نفسه بذلك لما فيه حينئذ من اطعام الحرام لغيره مع القدرة على منعه منه وقد قال عليه السلام لايحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه وقال انصر أخاك وان ظالما ونصره ان تمنعه عن ظلمه فالمستحق حينئذ آثم بعدم قيامه بالاستحقاق لانه ترك واجبا عليه فهو راجع الى تغيير المنكر وهو واجب على كل من قدر عليه والمستحق من ذلك القبيل وهذا عام سواء كان الاستحقاق من ذي الشبهة او من غاصب لان المستحق يجب عليه ان يعلم ان ذا الشبهة بانه لامالك له فيه وانه يستحقه منه وان لم تسمح نفسه به ويطلعه على بيان ملكه للشيء المستحق واذا لم يعلمه كان قد ترك واجبا عليه آثما بذلك وهو معنى وجوب قيامه بالاستحقاق خلافا لما للشيخ الرهوني من أنه لايظهر وجوبه بالنسبة الذي

SECTION 3 — IBN RAJAB, AL-QAWA'ID (D. 795/1393): THE MAXIMS TIER

Ibn Rajab al-Hanbali, al-Qawa'id. Cairo: al-Khanji, 1352/1933. Carrier class (c). Scan jp2.zip MD5 6e8509886960154bffd48ba85dcefb3d (460 leaves; leaf = print, sixteen anchors). The OCR text layer (MD5 b6699a65013dbf0de7ff6f619d78486b) is a search aid only — never quoted, never reproduced.

Reproduced: the extract of record ENTIRE — ibn_rajab_qawaid_pins.pdf, 25 pp., MD5 8278884401b2164c06444e520e3b1d86 — fifteen pins, all verbatim-read on true scans: Q43 (print 59–60), Q56 (95), Q72–Q75 (132–137), Q83 (174), Q105 (233), Q117–118 (267–268), Q144 (316), Q150 (322), Q151 (323), Q153 (327); fihris print 440 (finding aid). Full register: IBN_RAJAB_pinmap.md.

Doctrine keys: Q73 (the stipulated benefit that corrupts the contract); Q43 (“al-hiba lil-thawab la tamlik bidun daf' al-'iwad”); Q117–118 (ta'liq of rescission); Q105 (tabarru'at binding by intent or seizure).

Cross-references: HIBAH doctrine volume Ch. 10 (repugnancy), Ch. 12 (qawa'id register); apparatus §A.2.

يده أو حصل فى يده بعد الاحرام بغير فعل منه .

﴿ القاعـــدة الثالثة والأربعون ﴾

فيمايضمن من الأعيان بالعقد أو باليد القابض لمال غيره ، لايخلو اما يقضبه باذنه أو بغـير اذنه فان قبضه بغير اذنه فان استند الى اذن شرعى كاللقطة لم يضمن وكذا ان استند الى اذن عرفى كالمنقذ لمال غيره من التلف ونحوه وحكى فى التلخيص وجهاً بضمان هذا وفيه بعد ونص احمد على أن من أخذ عبداً آبقاً ليرده فأبق منه فلاضمان عليه لـكن قد يقال هنا اذن شرعى فى أخـذ الآبق لرده وان خلا عن ذلك كله فهو متعد وعليه الضمان فى الجملة هذا اذا كان أصل القبض غير مستند الى اذن أما ان وجد استدامة قبض من غير اذن فى الاستدامة فهنا ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن يكون عقد على ملـكه عقداً لازما ينقل الملك فيه ولم يقبضه المالك بعـد فان كان ممتنعاً من تسليمه فهو غاصب الا حيث يجوز الامتناع من التسليم كتسليم العوض على وجه أو لـكونه رهنا عنده أولاستثنائه منفعته مدة وان لم يكن ممتنعاً من التسليم بل باذلا له فلا ضمان عليه على ظاهر المذهب الا أن يكون المعقود عليه مبهما لم يتعين بعد كقفيز من صبرة فان عليه ضمانه فى الجملة وبماذا يخرج من ضمانه قال الخرقى والأصحاب لايزول ضمانه بدون قبض المشترى وهل يحصل القبض بمجرد التخلية مع التميز أو لايحصل بدون النقل فيما ينقل على روايتين فان اعتبرنا النقل امتد (١) الضمان اليه وهل يسقط بتفريط المشترى فى النقل على وجهين أشهرهما أنه يسقط به والثانى لايسقط حتى يوجد النقل بكل حال ، وذكر القاضى فى خلافه فى مسألة الجوائح أنه ظاهر كلام احمد وفيه بعد ثم وجدته منصوصاً صريحا عن احمد فى الثمرة المشتراة قبل صلاحها بشرط القطع اذا أخرها المشترى حتى تلفت بجائحة قبل صلاحها أنها من ضمان البائع معللا بأنها فى ملك البائع وفى حكمه (٢) نقله عنه الحسن بن ثواب وان اعتبرنا التخلية مع التمييز وهو الصحيح فلأنه يحصل به التمكن من القبض ولهذا ينتقل الضمان فى بيع الأعيان المتميزة بمجرد العقد على المذهب لحصول التمكن من القبض ، ولعل اشتراط النقل انما يخرج على الرواية الأخرى وهى ضمان جميع [الاعيان] قبل القبض فلا ينتقل الضمان [هنا] الا بحقيقة القبض دون التمكن منه والأول أظهر لأن الذى يجب على البائع التمييز والتخلية وهو التسليم فاما النقل فواجب على المشترى

---

(١) فى ٧١١ استند الضمان . وفى ٧١١ اسند . (٢) فيهما : نخله . فى ٧١١ ـ التمـكين

لأن فيه تفريعاً لملك البائع من ماله فيكون بتركه مفرطا فينتقل الضمان اليه ويشهد له شراء الثمر فى رءوس النخل فان الضمان ينتقل فيه بمجرد انتهاء الثمر الى أوان أخذه وصلاحيته له سواء قطعه(١) المشترى أولم يقطعه على الصحيح ولكن هل يعتبر لانتقال الضمان التمكن من القطع أم لا خرجها ابن عقيل على وجهين من الزكاة ورجح عدم اعتبار التمكن والذى عليه القاضى والأكثرون اعتبار التمكن من النقل فى جميع الأعيان فلايزال فى ضمان البائع حتى يحصل تمكن المشترى من النقل وصريح ابن عقيل بخلاف ذلك وأنه يضمن الأعيان المتميزة بمجرد العقد سواء تمكن من القبض أو لم يتمكن كما قال فى مسألة الجوائح وكذلك حكم المملوك بصلح أو خلع أو صداق .

(القسم الثانى) أن يعقد عليه عقداً وينقله الى يد المعقود له ثم ينتهى العقد أو ينفسخ وهو نوعان :

(أحدهما) أن يكون عقد معاوضة كالبيع اذا انفسخ بعد قبضه بعيب أو خيار والعين المستأجرة اذا انتهت المدة أو العين التى أصدقها المرأة وأقبضها ثم طلقها قبل الدخول (والثانى) أن يكون غير معاوضة كعقد الرهن اذا وفى الدين و كعقد الشركة والمضاربة والوديعة والوكالة اذا فسخ العقد والمال فى أيديهم فأما عقود المعاوضات فيتوجه فيها للاصحاب وجوه (أحدها) أن حكم الضمان بعد زوال العقد حكم ضمان المالك الأول قبل التسليم فان كان مضمونا عليه كان بعد انتهاء العقد مضمونا له والا فلا وهى طريقة أبى الخطاب وصاحب الكافى فى آخرين اعتباراً لأحد الضمانين بالآخر فعلى هذا ان كان عوضاً فى بيع أونكاح وكان متميزا لم يضمن على الصحيح وان كان غير متميز ضمن وان كان فى اجارة ضمن بكل حال (والوجه الثانى) ان كان انتهاء العقد بسبب يستقل به من هو فى يده كفسخ المشترى أو يشارك فيه الآخر كالفسخ منهما فهو ضامن له لأنه بسبب الى جعل ملك غيره فى يده وان استقل به الآخر كفسخ البائع وطلاق الزوج فلا ضمان لأنه حصل فى يد هذا بغير سبب منه ولا عدوان فهو كما لو ألقى ثوبه فى داره بغير أمره وهذا الوجه ظاهر ماذكره صاحب المغنى فى مسألة الصداق وعلى هذا يتوجه ضمان العين المؤجرة بعد انتهاء المدة لأنه تسبب الى رفع العقد مع المؤجر ، ووجه أن الاذن فى القبض انما كان لازما للوجوب الدفع للملك ولهذا يتملك المشترى والمستاجر أخذه بدون اذنه فبعد زوال الملك لايوجد اذن سابق ولا لاحق ولو قدر وجود الاذن فى القبض فانما أذن فى قبض مامملك عليه فلا يكون اذناً فى قبض ملكه هو (والوجه الثالث) حكم الضمان بعد الفسخ حكم ماقبله فان

---

(١) أخذه : نسختنا

كان مضمونا فهو مضمون والا فلا يكون البيع بعد فسخه مضمونا لانه كان مضمونا على المشترى بحكم[العقدولا] يزول الضمان بالفسخ صرح بذلك القاضى فى خلافه ومقتضى هذا ضمان الصداق على المرأة وهو ظاهر كلام صاحب المحرر وأنه لا ضمان فى الاجارة لأن العين لم تكن مضمونة من قبل ،وصرح بذلك القاضى وغيره يوجه بان المبيع والصداق انما أقبضه لانتقال ملكه عنه بخلاف العين المستأجرة فانه أقبضها مع علمه بانها ملكه فكان اذنا فى قبض ملكه بخلاف الأول حتى قال القاضى وابو الخطاب لو عجل أجرتها ثم انفسخت قبل انتهاء المدة فله حبسها حتى يستوفى الأجرة ولايكون ضامنا

(والوجه الرابع) أنه لاضمان فى الجميع ويكون المبيع بعد فسخه أمانة محضة صرح بذلك أبو الخطاب فى الانتصار لأنه حصل تحت يده ملك غيره بغير عدوان فلم يضمنه كما لو أطارت الريح اليه ثوبا وكذلك اختاره القاضى فى المجرد وابن عقيل فى الصداق بعد الطلاق

(والوجه الخامس) التفريق بين أن ينتهى العقد أو يطلق الزوج ، وبين ان ينفسخ العقد ففى الأول يكون أمانة محضة لأن حكم المالك ارتفع وعاد ملكا للأول ، وفى الفسخ يكون مضمونا لأن الفسخ يرفع حكم العقد بالكلية فيصير مضمونا (١) بغير عقد أو على وجه السوم فى صورة البيع ، وممن صرح بذلك الأزجى فى النهاية وصاحب التلخيص وهو ظاهر كلام ابن عقيل فى مسائل الرد بالعيب وصرح بانه يضمن نقصه فيما قبل الفسخ وبعده بالقيمة لارتفاع العقد ويصير مقبوضا على وجه السوم . ونقل الأثرم عن احمد فيمن دفع [الى] آخر دينارا من شيء كان له عليه فخرج فيه نقص فقال للدافع خذه واعطنى غيره فقال امسكه معك حتى أبدله لك فضاع الدينار فقال ما أعلم عليه شيئا انما هو الساعة مؤتمن ، فيحتمل أنه يكون مراده أن المفسوخ بعيب بعد فسخه أمانة ، ويحتمل وهو أظهر ان يكون انما جعله أمانة لأمر المعطى بامساكه له فهو كايداعه منه

(والنوع الثانى) عقود (٢) الشركات كالوكالة والوديعة والشركة والمضاربة والرهن إذا انتهت أو انفسخت والهبة اذا رجع فيها الأب ،أو قيل بجواز فسخها مطلقا كما أفتى به الشيخ تقى الدين ففيها وجهان :

(أحدهما) أنها غير مضمونة صرح به القاضى وابن عقيل فى الرهن وأنه لا يجب رده الى صاحبه استصحابا للاذن السابق والائتمان كما صرحوا به فى الاجارة وكذلك صرح به القاضى

---

(١) مقبوضا (٢) نسختا الدار . الامانات

وأبو الخطاب فى خلافيهما فى بقية العقود المسماة وأنها تبقى أمانة كما لو أطارت الريح الى داره وثوباً ، هذا يحتمل أنه مع علم المالك بالحال لايجب الدفع لأن الواجب التمكن (١) منه لاحمله اليه كما تقدم . والفرق بين عقود الأمانات المحضة والمعاوضات أن المعاوضات تضمن بالعقد وبالقبض فاذا كان عقدها مضمناً كان فسخها كذلك وعقود الأمانات لاتضمن بالعقد فكذلك بالفسخ

(والوجه الثانى) أنه يصير مضموناً إن لم يبادر الى الدفع الى المالك كمن أطارت الريح إلى داره ثوباً وصرح به القاضى فى موضع آخر من خلافه فى الوديعة والوكالة وكلام القاضى وابن عقيل يشعر بالفرق بين الوديعة والرهن فانهما عللا كون الرهن أمانة بأنه أمانة (٢) ووثيقة فاذا زالت الوثيقة بقيت الأمانة كما لو كان عنده وديعة فاذن له فى بيعها ثم نهاه ، وهذا التعليل مقتضاه الفرق بين الوديعة وبين الشركة والمضاربة والوكالة لأن هذه العقود كلها مشتملة على ائتمان وتصرف فاذا زال التصرف بقى الائتمان بخلاف الوديعة فانه ليس فيها غير ائتمان مجرد فاذا زال صار ضامناً وحكم المغصوب اذا ابرأ المالك الغاصب من ضمانها كما ذكرنا .

(القسم الثالث) أن تحصل فى يده بغير فعله كمن مات موروثه وعنده وديعة أو شركة أو مضاربة فانتقلت الى يده فلا يجوز له الامساك بدون اعلام المالك كما سبق لأن المالك لم يأتمنه ، وقد نص احمد فى رواية ابن هانىء فى الرهن انه لايقر فى يد الوصى حتى يقره الحاكم فى يده فان تلفت تحت يده قبل التمكن من الاداء فلا ضمان لعدم التفريط ، وكما لو تلفت اللقطة قبل ظهور المالك ، ويتخرج وجه آخر بالضمان كما خرجه ابن عقيل فى البيع ، وان تلفت بعده فالمشهور الضمان لتعديه بترك الرد مع إمكانه وهو غير مؤتمن ، وحكى صاحب المقنع وجهاً آخر وأشار اليه صاحب التلخيص انه لاضمان ويكون أمانة عنده كما لو انقضت مدة الاجارة ثم تلفت العين عند المستأجر (٣) وبينهما فرق فان المستأجر مستصحب للاذن فى القبض بخلاف هذا وكذلك حكم من أطارت الريح الى بيته ثوباً كما سبق ووقع فى بعض كلام القاضى أنها أمانة عنده ولعل مراده مع علم المالك وامساكه عن المطالبة فيكون تقريراً ، ولو دخل حيوان لغيره أو عبد له إلى داره فعليه أن يخرجه ليذهب كما جاء لأن يده لم تثبت عليهما بخلاف الثوب ذكره ابن عقيل

---

(١) التمكين : د (٢) فى ٧١١ : فانه وثيقة (٣) بيد : د

فصـــل

وأما ماقبض من مالكه بعقد لا يحصل به الملك فثلاثة أقسام

(أحدها) ماقبضه أخذه لمصلحة نفسه كالعارية فهو مضمون فى ظاهر المذهب . قالوا لأن الاذن انما تعلق بالانتفاع وقبض العين وقع من حيث اللزوم فهو كقبض المضطر مال غيره لاحياء نفسه لايسقط عنه الضمان لأن اذن الشرع تعلق باحياء نفسه وجاء الاذن فى الاتلاف من باب اللزوم ولو وهبه شقصاً من عين ثم اقبضه العين كلها ففى المجرد والفصول يكون نصيب الشريك وديعة عنده واستدرك ذلك ابن عقيل فى فنونه وقال بل هو عارية حيث قبضه لينتفع به بلاعوض وهذا صحيح ان كان أذن له فى الانتفاع به مجانا ، أما إن طلب منه أجرة فهى إجارة وان لم يأذن له فى الانتفاع بل فى الحفظ فوديعة ولو قال أحد الشريكين للعبد المشترك أنت حبيس على آخرنا موتاً لم يعتق لموت الأول منهما ويكون فى يد الثانى(١) عارية فاذا مات عتق ذكره القاضى فى المجرد .

(القسم الثانى) ماأخذه لمصلحة مالكه خاصة كالمودع فهو أمين محض لكن اذا تلفت الوديعة من بين ماله ففى ضمانه خلاف فمن الأصحاب من يبنيه على أن قوله هل يقبل فى ذلك أم لا ، ومنهم من يقول تلفها من بين ماله امارة على تفريطه فيها وقد فرق أحمد بين العارية والوديعة بأن اليد فى العارية آخذة وفى الوديعة معاطاة (٢) وهو يرجع الى تعيين جهة المصلحة فيهما وكذلك الوصى والوكيل بغير جعل حتى لو كان له دين وعليه [دين] فوكله فى قبض ماله وأذن له أن يستوفى حقه منه فتلف المال قبل استيفائه فانه لايضمنه نص عليه أحمد فى رواية مثنى الأنبارى .

(القسم الثالث) ماقبضه لمنفعة تعود اليهما وهو نوعان :

أحدهما ماأخذه على وجه الملك فتبين فساده أو على وجه السوم فاما الأول فهو المقبوض بعقد فاسد وهو مضمون فى المذهب لأنه قبضه على وجه الضمان ولا بد ونقل ابن مشيش وحرب عن أحمد مايدل على أنه غير مضمون كالمقبوض على وجه السوم وكذلك صرح بجريان الخلاف فيه ابن الزاغونى فى فتاويه ونقل حنبل عن احمد فى الهبة للثواب ان أراد ردها على صاحبها وقد نقصت بغير استعماله لم يضمن النقص وشبهه بالرهن وتأوله القاضى بتأويل بعيد جداً وقد رده(٣) أبو البركات فى تعليقه على الهداية ثم اختار هو

---

(١) نسختا الدار : الباقى (٢) لعلها معطاة (٣) فى ٧١١ : ذكره

تخريجه على أن الهبة للثواب يغلب فيها حكم الهبات ومن حكم الهبة أن لا يضمن نقصها قال ولازم هذا أن نقول لا يضمن قيمتها اذا تلفت بغير تعد قال وهذا عندى أحسن الوجوه قال ومع هذا ففيه نظر وهو كما قال لأنه لو كان كذلك لما فرق بين أن تنقص بفعله أو بغير فعله ولما صح تشبيه بالرهن، ويحتمل عندى تخريجه على أحد وجهين أما أن يكون على أن الهبة بالثواب المجهول فاسدة فيكون [ذلك] موافقاً لما روى عنه فى المقبوض بعقد فاسد أنه غير مضمون وأما على أنها صحيحة وهو الأظهر لقوله ثم أراد رده الى مالكه فدل على أن له امساكه وذلك لا يكون [إلا](١) مع الصحة فعلى هذا إنما لم يضمنه النقص لأن الهبة للثواب لا تملك بدون دفع العوض وكذلك شبهها بالرهن وسنزيده ايضاحاً فى المقبوض بالسوم إن شاء الله تعالى ، وأما المقبوض على وجه السوم فمن الأصحاب من يحكى فى ضمانه روايتين سواء أخذ بتقدير الثمن أو بدونه وهى طريقة القاضى، وابن عقيل وصحح الضمان لأنه مقبوض على وجه البدل والعوض فهو كالمقبوض بعقد فاسد ثم إن كان لم يقدر الثمن ضمنه بقيمته وإلا فهل يضمنه بالقيمة أو بالثمن [المقدر] على وجهين ذكرهما ابن عقيل وقال ابن أبى موسى إن أخذه مع تقدير الثمن ليريه أهله فان رضوه ابتاعه فهو مضمون بغير خلاف ، وكذلك إن ساوم صاحبه به ولم يقطع ثمنه وأخذه ليريه أهله وان أخذه باذن مالكه من غير سوم ولا قطع ثمن ليريه أهله فان رضوه وزن ثمنه ففيه روايتان أيضاً أظهرهما أنه غير مضمون عليه وجعل السامرى الضمان فيما قطع ثمنه مبنياً على أنه بيع بالمعاطاة بشرط الخيار وهذا يدل على أنه يجرى فيه الخلاف اذا قلنا لم ينعقد البيع بذلك وفى كلام احمد إيماء الى ذلك لأنه علل الضمان فى رواية ابن منصور بانه ملكه وعلل فى رواية غيره انتفاء الضمان فيما اذا لم يقطع ثمنه بانه ملك للبائع بعد حتى يقطع ثمنه ففهم منه أنه مع القطع ينتقل الملك فيه الى المشترى ويؤخذ من ذلك ان المقبوض بعقد فاسد لا يضمن أيضاً لبقاء الملك فيه لمالكه ، وكذلك فرق بين أن يكون المأخوذ سلعتين ليختار ايتهما(٢) شاء فلا يضمنها وبين أن يكون سلعة واحدة وهذا يحتمل ثلاثة أمور (أحدها) ماقال السامرى أنه بيع بشرط الخيار ويكون المعاق على الرضا فسخه لا عقده (والثانى) أن يكون بيعاً معلقاً على شرط فقد فعله احمد بنفسه لما رهن نعله بالثمن ويبعد هذا أنه لم يفرق بين أن يتلف قبل الرضى به أو بعده (والثالث) أن يكون بيعاً بمعاطاة تراخى القبول فيه عن المجلس وقد نص على صحة مثل ذلك فى النكاح فى رواية أبى طالب ، ومن هذا النوع ما اذا قبض المشترى زيادة على حقه غلطا فانها تكون مضمونة عليه لأنه قبضها على وجه العوض ذكره القاضى وابن عقيل والأصحاب ويحتمل أن لا يضمن على

(١) الزيادة من ٧١١ (٢) نسختا الدار : أيهما

معنى تعليل احمد فى المقبوض بالسوم أنه على ملك البائع ومن ذلك لو دفع اليه كيسا وقال له استوف منه قدر حقك ففعل فهل يصح على وجهين بناء على قبض الوكيل لنفسه من نفسه والمنصوص الصحة نص عليه فى رواية الأثرم ويكون الباقى فى يده وديعة وعلى عدم الصحة قدر حقه كالمقبوض بالسوم والباقى أمانة ذكره فى التلخيص ولو دفع الى غريم له نقدا من غير جنس ما عليه ليصارفه (١) عليه فيما بعد فهى امانة محضة نص عليه مع أنها قبضت للمعاوضة وقياس قول الأصحاب أنها مضمونة كما قالوا فى الضامن اذا قبض من المضمون عنه قبل الأداء على وجه الاستيفاء منه عند الوفاء أنه مضمون لقبضه على وجه المعاوضة وأولى لأن القبض هنا وجد قبل الاستحقاق فهو كما لو أقبضت المرأة زوجها مالا عوضاً عما يستحقه عليها بالطلاق قبله .

(النوع الثانى) ماأخذ(٢) لمصلحتها على غير وجه التمليك لعينه كالرهن والمضاربة والشركة والوكالة بجعل والوصية كذلك فهذا كله امانة على المذهب ، وفى الرهن رواية أخرى تدل على ضمانه وتأولها القاضى وأثبتها ابن عقيل والاعيان المستاجرة والموصى بمنفعته (٣) امانة كالرهن لأنه مقبوض على وجه الاستحقاق

تنبيه — من الاعيان المضمونة ما ليس له مالك من الخلق وما له مالك غير معين

فالأول كالصيد اذا قبضه المحرم فانه يجب تخليته وإرساله وسواء ابتدأ قبضه فى الاحرام أو كان فى يده ثم احرم وان تلف قبل إرساله فان كان بعد التمكن منه وجب ضمانه للتفريط وان كان قبله لزمه الضمان فيما ابتدأ قبضه فى الاحرام دون ما كان فى يده قبله لتفريطه فى الأولى دون الثانية، هذا قول القاضى وصاحب المغنى ، وخرج ابن عقيل الضمان فيهما لأنهما عين (٤) مضمونة فلا يقف ضمانها على [عدم] التمكن من الرد كالعوارى والغصوب

والثانى الزكاة اذا قلنا تجب فى العين فالمذهب وجوب الضمان بتلفها بكل حال ، لأنها وجبت شكراً لنعمة المال النامى الموجود فى جميع الحول فهى شبيهة بالمعاوضة ويستثنى من ذلك مالم يدخل تحت اليد كالديون والثمر فى رءوس الشجر لانتفاء قبضه وكمال الانتفاع به ومن الاصحاب من خرج وجها بسقوط الضمان قبل امكان الأداء مطلقا .

﴿القاعـــدة الرابعة والأربعون﴾

فى قبول قول الأمناء فى الرد والتلف اما التلف فيقبل فيه قول كل امين اذ لا معنى للامانة

---

(١) نسختنا :ليصادقه (٢) ما أخذه : د (٣) نسختنا : بنفعها (٤) نسختنا : غير

رجوعه التصرف لينفذ

ومنها تصرف الموصى له بالوصية بعدالموت هل يقوم مقام القبول الأظهر قيامه مقامهلأن سبب الملك قد استقر له استقراراًلايمكن ابطالهوقد كمل بالموت على أحد الوجوه وهومنصوص عن أحمد ومثله الوقف على معين اذا قيل باشتراط قبوله فاما العقود التى تملك له موجبها الرجوع فيها قبل القبول، فهل يقوم التصرف فيها مقام القبول فيه تردد يلتفت الى انعقاد العقود بالمعاطاة فأما الوكالة(١)فيصح قبولها الفعل صرح بهالاصحاب لأنها اذن مجردوأمر بالتصرف فيصح امتثاله بالفعل (هل يساويها فى ذلك سائر العقود الجائزة كالشركة والمضاربة والمساقاة ، ظاهر كلام التلخيص أو صريحة المساواة وحكى القاضى فى الأحكام السلطانية فى صحةقبول القاضى القضاء بشروطه فى النظر احتمالين وجعل مأخذهما هل يجرى الفعل مجرى النطق لدلالته عليه ويحسن بناؤهما على أن ولاية القضاء عقد جائز أو لازم

ومنها المطلقة الرجعية هل تحصل رجعتها الوطء على روايتينمأخذهما عند أبى الخطاب[الخلاف فى وطئها] هل هو مباح أومحرم والصحيح بناؤهعلى اعتبار الاشهاد للرجعية وعدمه وهو البناءالمنصوص عن الامام ولا عبرة بحل الوطء ولاعدمهفلو وطئهافى الحيض أو غيره كانت رجعة،وهل يشترط غيره أن ينوى بالوطء الرجعة أم لا ، نقل ابن منصور عن أحمد اعتباره وهو اختيار ابن ابى موسى والمذهب عند القاضى ومن اتبعه خلاف ذلك، ولكن الرجعية لم يزل النكاح عنها بالكلية وانما حصل له تشعث لكن الرجعة يترتب عليها الاستباحة حقيقة فى المدة الزائدة على العدة

﴿ القاعدة السادسة والخمسون ﴾

شروط العقود من أهلية العاقدأو المعقود له او عليه اذا وجدت مقترنة بها ولم تتقدم عليها هل يكتفى بها فى صحتها ام لا بد من سبقها ،المنصوص عن أحمد الاكتفاء بالمقارنة فى الصحة وفيه وجه آخر لابد من السبق وهو اختيار ابن حامد والقاضى فى الجملة ويتخرج على ذلك مسائل قد ذكرنا عدة منها فى القاعدة السابقة

ومنها اذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها فالمنصوص الصحةاكتفا باقترانشروط النكاح وهو الحرية به كما دلت عليه السنةالصحيحة واختار ابن حامد والقاضى عدم الصحةفمنهم من[جعل] ماخذه انتفاءلفظ النكاح الصريح وهو ابن حامد ومنهم من [جعل]مأخذه انتفاء تقدم الشرط

ومنها لو باعه شيئاً بشرط أن يرهنه على ثمنه صح نص عليهوقال القاضى وابن حامد لايصح لانتفاء صحة الملك للرهن ولا تكفى المقارنة

---

(١) فى نسختنا المعاطاة والتصحيح عن ٧١١

أنه يأكل مع الحاجة وعدمها ولو فرض له الحاكم شيئا جاز له أخذه مجانا بغير خلاف هذا ظاهر كلام القاضى ونص[عليه]احمد فى رواية البرزاطى فى الأم الحاضنة أنها لا تأكل من مال ولدها الا لضرورة الا أن يفرض لها الحاكم فى المال حق الحضانة ووجهه أن من أعطاه غيره فله الاخذ مع الغنى بخلاف الأخذ بنفسه ولهذا أجاز للوصى الأخذ إذا شرط له الاب مع غناه وجاز للولى أن يدفع مال اليتيم مضاربة إلى من يعمل فيه بجزء من ربحه ولم يجز له اذا عمل فيه بنفسه أن يأخذ ولهذا المعنى جاز الأخذ لعامل الزكاة مع الغنى لأن المعطى له [هو] الامام

ومنها أمين الحاكم أو الحاكم اذا نظر فى مال اليتيم. قال القاضى مرة لا يأكل وفرق بينه وبين الوصى بأن الأب له أن يجعل للوصى جعلا مع وجود متبرع بالنظر فى مال اليتيم والولى متصرف باذنه وتوليته بخلاف أمين الحاكم فانه لو وجد متبرعا بالحفظ لم يجز له أن يجعل لاحد جعلا عليه. وقال مرة له الأكل كوصى الأب وأخذه من نص احمد على أن الحاكم يأخذ على القضاء أجرا بقدر شغله وقال هو مثل ولى اليتيم وأما الأب فقال القاضى ليس له الأكل لاجل عمله لغناه عنه بالنفقة الواجبة فى ماله ولكن له الأكل منه بجهة التمليك عندنا وضعف ذلك الشيخ تقى الدين

ومنها ناظر الوقف والصدقات ونص احمد على جواز اكله نقله عنه أبو الحارث أنه قال فى والى الوقف (١) إن أكل منه بالمعروف فلا بأس قيل له فيقضى منه دينه قال ما سمعنا فيه شيئا وكذلك نقل عنه حرب فى رجل أوصى الى رجل بارض أو صدقة للمساكين فدخل الوصى الحائط أو الارض فتناول بطيخة أو قثاءا أو نحو ذلك قال لا بأس بذلك اذا كان القيم بذلك أكل. وترجم(٢) عليه بعض الأصحاب - وأظنه أبا حفص العكبرى - الوصى يأكل من الوقف الذى يليه وهذا ظاهر فى أنه لا يشترط له الحاجة وخرجه ابو الخطاب على عامل اليتيم ونقل الميمونى عن أحمد أنه ذكر حديث عمر حين وقف فاوصى إلى حفصة ثم قال احمد وليه يأكل منه بالمعروف اذا اشترط ذلك ومفهومه المنع من الاكل بدون الشرط فاما الوكيل فى الصدقة فلا يأكل منه شيئا نقل يعقوب ابن بختان عن احمد فى رجل فى يده مال للمساكين وأبواب للبر وهو فقير محتاج اليه فلا يأكل منه انما أمر أن ينفذ وصرح به القاضى فى المجرد بان من أوصى اليه بتفرقة مال على المساكين أو دفع اليه رجل فى حياته مالا ليفرقه صدقة لم يجز له أن يأكل منه شيئا بحق قيامه(٣) لأنه منفذ وليس بعامل منهم مثمر

ومنها الوكيل والأجير والمعروف منعهما من الأكل لاستغنائهما عنه بطلب الاجرة من المؤجر والموكل لاسيما والأجير قد أخذ الأجرة على عمله ونقل حنبل عن احمد فى الولى

(١) فى نسختنا : والى اليتيم الوقف (٢) وفيها : وترحم بتشديد الحاء (٣) فى بحق ماله

والوصى يأكلان بالمعروف اذا كانا يصلحان ويقومان بامره فاكلا بالمعروف فلا بأس به بمنزلة الوكيل والأجير ، قال القاضى فى خلافه وظاهر هذا جواز الاكل للوكيل النوع الثانى مالا ولاية له عليه فيجوز الأكل منه للضرورة بلا نزاع وأما مع عدمها فيجوز فيما تتوق اليه النفوس مع عدم الحفظ والاحتراز عليه وذلك فى صور

منها الأكل من الأطعمة فى دار الحرب واطعام الدواب المعدة للركوب فان كانت للتجارة ففيه روايتان وإن كانت للتصيد بها فوجهان . وسواء كان يحتاج اليه أو لم يكن فى أشهر الطريقين وفى الثانية لا يجوز إلا للحاجة بقدرها وفى رد عوضها فى المغنم روايتان وهى طريقة ابن ابى موسى واختلف الأصحاب فى محل الجواز فقيل محله مالم يحرزه الامام فاذا أحرزه أو وكل به من يحفظه لم يجز الاكل الا لضرورة وهى طريقة الخرقى لان احرازه منع من التناول منه وأما قبل الاحراز فان حفظه يشق ويتسامح بمثله عادة وقيل يجوز الأكل ما داموا فى أرض الحرب وان أحرز مالم يقسم وهى طريقة القاضى وان فضلت منه فضلة فهل يجب ردها مطلقا أو يشترط كثرتها على روايتين

ومنها اذا مر بثمر غير محوط ولا عليه ناظر فله أن يأكل منه مع الحاجة وعدمها ولا يحمل على الصحيح المشهور من المذهب ولا فرق بين المتساقط على الأرض وما على الشجر كما دلت عليه السنة وتنزيلا لتركه بغير حفظ مع العلم بتوقان نفوس المارة اليه منزلة الاذن فى الأكل منه لدلالته عليه عرفا مع العلم بتسامح غالب النفوس فى بذل يسير الأطعمة بخلاف المحفوظ بناظر أو حائط فان ذلك بمنزلة المنع منه وفى المذهب رواية ثانية بجواز الأكل من المتساقط دون ما على الشجر لأن المسامحة فى المتساقط اظهر ليسرع الفساد اليه ولم يثبتها القاضى ورواية ثالثة بمنع الاكل مطلقا الامع الحاجة فيؤكل حينئذ مجانا بغير عوض وعلى المذهب المشهور هل يلحق الزرع ولبن المواشى بالثمار على روايتين فان الأكل من الزرع وحلب اللبن من الضرع انما يفعل للحاجة لا للشهوة

﴿ القاعدة الثانية والسبعون ﴾

اشتراط النفقة والكسوة فى العقود يقع على وجهين معاوضة وغير معاوضة فاما المعاوضة فتقع فى العقود اللازمة ويملك فيها الطعام والكسوة كما يملك غيرهما من الأموال المعاوض بها فان وقع التفاسخ قبل انقضاء المدة رجع بما عجل منها الا فى نفقة الزوجة وكسوتها فان فى الرجوع بهما ثلاثة أوجه ثالثها يرجع بالنفقة دون الكسوة (فمنها) الاجارة فيجوز استئجار الظئر بطعامها وكسوتها على الصحيح ومن الأصحاب من لم يجعل فيه خلافا (ومنها) استئجار غير الظئر من الاجراء بالطعام والكسوة

وفيه روايتان اصحهما الجواز كالظئر (ومنها) البيع فلو باعه ثوبا بنفقة عبده شهراً صح ذكره القاضى فى خلافه (ومنها) النكاح تقع النفقة والكسوة فيه عوضا عن تسليم المنافع ولا يحتاج إلى شرطها فى العقد كما لا يحتاج فيه إلى ذكر المهر الذى يحصل به أصل الاستباحة ولو شرطت عليه نفقة ولدها وكسوته صح وكان من المهر، وأما غير المعاوضة فهو اباحة النفقة للعامل ما دام متلبسا بالعمل ويقع ذلك فى العقود الجائزة أما بأصل الأصل أو لانه لا يجوز المعاوضة فيه بالشرع ويندرج تحت ذلك صور (منها) المضاربة فيجوز اشتراط المضارب النفقة والكسوة فى مدة المضاربة (ومنها) الشركة (ومنها) الوكالة (ومنها) المساقاة والمزارعة اذا قلنا بعدم لزومها وما بقى معهم من النفقة الماخوذة والكسوة بعد فسخ هذه العقود هل يستقر ملكهم عليه أم لا يحتمل ان لا يستقر لأن ما يتناوله انما هو على وجه الاباحة لا الملك، ولهذا قال الأصحاب اذا اشترط المضارب التسرى من مال المضاربة فاشترى امة منه ملكها ويكون ثمنها قرضاً عليه لأن الوطء لا يستباح بدون الملك بخلاف المال فانه يستباح بالبذل والاباحة كما يستبيح المرتهن الانتفاع بالرهن بشرطه فى عقد البيع نص عليه احمد ويكون إباحة وأشار أبو بكر عبد العزيز الى رواية أخرى يملك المضارب الأمة بغير عوض وعلى هذا فيحتمل ان تكون النفقة والكسوة تمليكا فلا يرد ما فضل منهما ويحتمل ان يفرق بين اليسير والكثير كما فى الماخوذ من المغنم (ومنها) اذا أخذ الحاج نفقة من غيره ليحج عنه فانه عقد جائز والنفقة فيه إعانة على الحج لا أجرة وينفق على نفسه بالمعروف الى أن يرجع الى بلده وان فضلت فضلة ردها نص عليه وكذا ان كانت الحجة عن الميت بأن تكون حجة الاسلام أو أوصى بان يحج عنه فان فاضل النفقة يسترده الورثة إلا أن يعين الموصى فى وصيته إعطاء مقدار معين لمن يحج عنه حجة فان الفاضل يكون له فى المعروف من المذهب ونقل ابن منصور عن أحمد اذا قال حجوا عنى بالف [درهم] حجة يحج عنه حجة وما فضل يرد الى الورثة، وهذا يدل على أنه لا يجوز أن يدفع الى من يحج أكثر من نفقته ولم يجعل الباقى وصية لأن الحاج هنا غير معين فلا تصح الوصية له بخلاف ما اذا كان معيناً ووجه المذهب ان الموصى له يتعين بحجة فيصير معلوماً وان قال حجوا عنى بالف ولم يقل حجة فالمذهب أنها تصرف فى حجة بعد أخرى حتى تنفذ، وحكى بن أبى موسى رواية أخرى أنه يحج عنه حجة واحدة بنفقة المثل والباقى للورثة (ومنها) اذا أخذ الحاج من الزكاة ليحج به فانه يجوز بناء على قولنا ان الحج من السبيل فان حج ثم فضلت فضلة فهل يسترد أم لا الأظهر استردادها كالوصية وأولى لأن هذا المال يجب صرفه فى مصارفة المعينة شرعا ولا يجوز الاخلال بذلك بخلاف فاضل الوصية فان الحق فيه للورثة ولهم تركه[1] وقياس قول الأصحاب فى الغازى أنه لا يسترد

(١) فى نسختنا : شركة

وظاهر كلام أحمد فى رواية الميمونى أن الدابة لا تسترد ولا يازم مثله فى النفقة لأن الدابة قد صرفت فى سبيل الله بخلاف فاضل النفقة ويملكها بخروجه من بلده بخلاف الغازى نص [عليه أحمد] فى رواية الميمونى وعلل بانه من حين يخرج فهو ابن سبيل له حق فى الزكاة والغازى انما أعطى للغزو فلا يملك بدونه وهذا يرجع الى أن من أخذ بسبب فانتفى وخلفه سبب آخر مبيح للأخذ إن له الامساك بالسبب الثانى وفيه خلاف بين الأصحاب

ومنها اذا أخذ الغازى (١) نفقة أو فرسا ليغزوا عليها فانه يجوز ويكون عقدا جائزا لا لازما وهو اعانة على الجهاد لا استئجار عليه فان رجع والفرس معه ملكها مالم يكن وقفا أو عارية نص عليه أحمد ولا يملكها حتى يغزو . وقال القاضى فى خلافه ويكون تمليكا بشرط ومعناه أنه تمليك مراعا بشرط الغزو فان غزا تبينا أنه ملكه بالقبض فان قاعدة المذهب أن الهبة لا تقبل التعليق وكذلك عقود المعاوضات وان فضل معه من الكسوة فهو كالفرس وان فضل من النفقة ففيه روايتان : إحداهما يملكها أيضا نقلها على بن سعيد . والثانية يرد الفاضل فى الغزو إلا أن يؤذن له فى الاستعانة به فى غزوة أخرى نقلها حنبل ، والفرق بين النفقة وغيرها أن الدابة قد صرفت فى سبيل الله واستعملت فيه وكذلك الكسوة يحصل المقصود بها بخلاف ما فضل من النفقة فاما ان أخذ من الزكاة ثم فضلت فضلة فقال الخرقى والاكثرون لا تسترد وحكى صاحب المحرر وغيره وجهين وقد قدمنا الفرق بين مال الزكاة وغيره ، ونص احمد فى رواية المروذى على أن الدابة تكون له ولا يلزم مثله فى النفقة لما قدمنا

﴿القاعدة الثالثة والسبعون﴾

اشتراط نفع أحد المتعاقدين فى العقد على ضربين : أحدهما أن يكون استئجاراً له مقابلا بعوض فيصح على ظاهر المذهب كاشتراط المشترى على البايع خياطة الثوب أو قصارته أو حمل الحطب ونحوه ، ولذلك يزداد به الثمن . والثانى أن يكون إلزاما له لما لا يلزمه بالعقد بحيث يجعل له ذلك من مقتضى العقد ولوازمه مطلقا ولا يقابل بعوض فلا يصح وله أمثلة :

منهـــا اشتراط مشترى الزرع القائم فى الأرض حصاده على البائع فلا يصح ويفسد به العقد ذكره الخرقى وحكى ابن أبى موسى فى فساده به وجهين لأن حصاد الزرع قد يتوهم أنه من تمام التسليم الواجب كما ظنه بعض الفقهاء (ومنها) اشتراط أحد المتعاقدين فى المساقاة والمزارعة

(١) فى نسختنا : المغازى

على الآخر مالم يازمه بمقتضى العقد فلا يصح وفى فساد العقد به خلاف ويتخرج صحة هذه الشروط أيضامن الشروط فى النكاح وغيرها وهو ظاهر كلام أكثر المتأخرين ولذلك استشكلوا مسألة الخرقى فى حصاد الزرع (ومنها) شرط إيفاء المسلم فيه فى غير مكان العقد وحكى فى صحته روايتان والمنصوص عن أحمد فساده فى رواية مهنا وأوما اليه فى رواية ابن منصور وقال [ابن منصور] ليس فى حديث النبي صلى الله عليه وسلم تسمية المكان يشير بذلك الى أن السلم يشترط فيه أن يذكر فى العقد أوصاف المسلم فيه قدره وزمان محله كما دل عليه الحديث وليس فيه ذكر مكان إيفائه فاشتراط ذكر مكانه يوهم أن ذلك من جنس ماذكر زمانه وانه مستحق بنفس العقد بخلاف غيره من البيوع التى لا يذكر فى عقودها شيء من ذلك

﴿ القاعدة الرابعة والسبعون ﴾

فيمن يستحق العوض عن عمل بغير شرط وهو نوعان : أحدهما ان يعمل العمل ودلالة حاله تقتضى المطالبة بالعوض. والثانى أن يعمل عملا فيه غناء عن المسلمين وقيام بمصالحهم العامة أو فيه استنقاذ لمال معصوم من الهلكة . اما الأول فيندرج تحته صور كثيرة كالملاح والمكارى والحجام والقصار والخياط والدلال ونحوهم ممن يرصد نفسه للتكسب بالعمل، فاذا عمل استحق أجرة المثل وان لم يسمى له شيء نص عليه وأما الثانى فيدخل تحته صور:

منها من قتل مشركا فى حال الحرب مغرراً بنفسه فى قتله فانه يستحق سلبه بالشرع لا بالشرط فى أصح الروايتين (ومنها) العامل على الصدقات فانه يستحق أجرة عمله بالشرع . قال احمد فى رواية صالح العاملين عليها الذين جعل الله لهم الثمن فى كتابة السلطان وقال فى رواية حنبل يكون لهم الذى يراه الامام وظاهر هذا أن يجب ذلك له بالشرع إما مقدراً أو غير مقدرا والولى يأخذ بنفسه وقد أمره الله بالاستعفاف مع الغنى وأيضاً فأموال الزكاة حق لغير معين بخلاف مال اليتيم وأيضا فمال الزكاة يستحقه جماعة من الغنى فالعامل الذى حصل الزكاة وجباها أولى وأيضاً فالعامل هو الذى جمع المال وحصله بخلاف ولى اليتيم وذكر القاضى فى الأحكام السلطانية أن قياس المذهب أن العامل لا يستحق إذا لم يشرط له جعل إلا أن يكون معروفا بأخذ الأجرة على عمله والأول أصح لأن حقه ثابت بالنص فهو كجعل رد الاباق وأولى لورود القرآن به (ومنها) من رد آبقا على مولاه فانه يستحق على رده جعلا بالشرع سواء شرطه أولم يشرطه على ظاهر المذهب وفيه أحاديث مرسلة وآثار والمعنى فيه الحث على حفظه على سيده وصيانة العبد عما يخاف من لحاقه بدار الحرب والسعى فى الأرض بالفساد ولهذا المعنى اختص الوجوب برد الآبق [دون غيره من الحيوان والمتاع وسواء كان معروفا