İMAM SERAHSÎ'NİN KİTABU'L-MEBSUT ADLI ESERİNİN ULUSLARARASI KAYNAK BASKILARINDA YER ALAN EKSİK METİNLER VE BASKI HATALARI

M. Cevat AKŞİT*

Özet:

Dinî hükümlerin delillerini ve nedenlerini öğrenmek, mezhep farklılıklarının temellerini araştırmak isteyen insanımızın, işin aslını ve doğrusunu, bilimsel ve objektif bir temel kaynaktan öğrenmesine imkan sağlama amacıyla Şemsü'l-Eimme Serahsî'nin Kitabu'l-Mebsut'u tercüme edilmiştir. Bu tercüme çalışmaları; kapsamlı ve sistematik olarak orijinal Arapça metinler değişik kaynaklardan hem matbu hem de muhtelif el yazmaları incelenip karşılaştırılarak yürütülmüştür. Tercüme çalışmaları sırasında Arapça metinde eksik ve yanlış basımlarla karşılaşılmıştır. Bu çalışmada İmam Serahsî'nin Kitabu'l-Mebsut adlı eserinin uluslararası kaynak baskılarında yer alan eksik metinler ve baskı hataları detaylı şekilde aşağıda sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Serahsî, Mebsut.

A Study on Misprints and Missing Sections in Common International Prints of The Book of El-Mebsut By Şemsü'l-Eimme Serahsî

Abstract:

Society needs to know the underlying arguments behind religious directives and causes of differences between various Muslim schools

---

* *Prof. Dr., Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi*

of law (Madhhab). In order to assist people to learn these essentials from a scientific, objective and fundamental resource, the book of El-Mebsut by Şemsü'l-Eimme Serahsî has been translated to Turkish. A comprehensive work on translation and conversion has been conducted systematically by matching and comparing various original Arabic hand written texts and available printed versions of the book. During this study, many typing errors and missing sections in common prints were discovered. In this article, the various typing errors and missing sections which exist in common international prints of the Book of El-Mebsut by Şemsü'l-Eimme Serahsî are discussed and presented.

Key Words: Serahsi, Mebsut.

1. Giriş

Günümüz insanı, dinî hükümlerin dayandığı delilleri ve bu hükümlerin mantığını bilmek istemektedir. Neden ve niçinlerini sormaktadır. İslam dinindeki mezhep farklılıklarının temellerini araştırmaktadır. İletişim araçları ile kendisine ulaşan çeşitli görüşler karşısında, yanlış bilgilendirilmeyle de karşı karşıya kalabilmektedir. İşin aslının ve doğrusunun, bilimsel ve objektif bir temel kaynaktan araştırılmasına olanak sağlama gerekliliği ortadadır.

İşte biz, bu ihtiyacı karşılamak amacıyla, Gaye Vakfı'nın[1] öncülüğünde, halkımız bu konularda en sağlıklı bilgiyi, kendisi gibi düşünen, aynı örf ve âdetlere göre yetişen, derin bilimsel anlayışa sahip bir bilginin eserinden öğrensin, yanılgılardan ve aşırılıklardan sakınabilsin diye, Şemsü'l-Eimme es-Serahsî'nin, dinî hükümlerin delillerini ve mantığını karşılaştırmalı olarak geniş bir şekilde ele alan ünlü eseri Kitabu'l-Mebsut'u, Türkçeye tercüme ettik.

Tercümemiz sırasında, konunun üst veya alt tarafıyla uyumsuz yahut genel fıkıh bilgisi ile çelişen ifadeler dolayısıyla, başka baskı nüshalarına ve yazmalara başvuruldu. Yanlış ya da önemli eksik basımların bulunduğu tespit edildi. Bu yazımızın amacı, Mebsut'un ellerde dolaşan, tercümemize esas aldığımız ve diğer baskı nüshalarında, tercümemiz esnasında tespit ettiğimiz metin eksikliklerini ve kelime yanlışlıklarını ilim dünyasına ve ilgilenenlere duyurmaktır.

Fıkhın temel kaynaklarından olduğu için Mebsut'un çeşitli baskıları baştan sona birbirleriyle karşılaştırılarak ayrı bir araştırmada ele alınmalıdır. Farklı yazma nüshalarının aynı şekilde ayrı bir çalışmayla edisyon kritiği yapılmalıdır.

---

1 *Mebsut, 1000 Yılın İslam Fıkhı Temel Eseri, Deliller, Hükümler,* adıyla Gaye Vakfı Yayını.

Sözü edilen tercümemize, Dâru'l-Ma'rife'nin 30 ciltlik Beyrut 2. baskısı esas alınmıştır. Eserin ulaşabildiğimiz birkaç baskısında[2] her ne kadar, tahkik ve tashih edilmiştir, denmesine rağmen yapılan baskıların, yüzeysel bir-iki şey dışında, diğerlerinden farkı görülememiş, aynı yanlışlık ve eksikliklerin tekrarlandığı gözlemlenmiştir. Yapılan çalışmalarda 26 değişik el yazması nüsha tesbit edilmiştir. Yazma nüshalar arasında da eksiklikler bulunduğundan sadece bazı nüshalarda bulunup diğer nüshalarda bulunmayan eksik kısımlar da bu çalışmada altı çizili olarak işaretlenmiş ve bu kısımların hangi yazma nüshadan alındığı dipnotlarda belirtilmiştir.

Tercümemiz sırasında tespit edilen eksiklik ve yanlışlıkların Arapça metin olarak tamamı yaklaşık 85 sayfa tutmaktadır.[3] Bunlar, metinlerin yazma nüshalarından yararlanılarak düzeltilip tamamlanmıştır. Aşağıda detaylı şekilde sunulmuştur.

2. Mebsut'un Çeşitli Baskılarında Yer Alan Eksiklikler

I. Cildin 212-218 sayfaları arası eksik ve yanlışlıklarla doludur;[4] (Eksik ve yanlışlıklar çok olduğundan sayfaların tamamı gösterilmiştir.) Bkz. Ek 1.

XVIII. Ciltteki eksiklikler

XVIII. Cildin; 80. ile 81. ve 84. ile 85; 88 ile 89; 92 ile 93. sayfaları eksiktir, basılmamıştır. (Bkz. Ek 2).

XXI. Ciltteki eksiklikler:

36. Sayfada alttan 12. satırda من الأصل ifadesinden ولم يثبت المال على الكفيل او الإقالة بمنزلة البيع المبتدإ في حق الكفيل ولو اشتراه ابتداء" ifadesi arasında "فاما الرد بغير قضاء" cümlesi eksiktir.[5]

---

2 İlk baskı Mısır-Kahire; 2. baskı Beyrut, Dâru'l-Ma'rife (tarihsiz); bir baskı da Beyrut, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2001 tarihlidir. Dâru'l-Ma'rife baskısını biz 1973 yılında edinmiştik. Orada ilk sayfada 2. baskı olduğu kaydı vardır.

3 Bu eksiklik ve yanlışlıklar; benimle beraber Marmara ve Sakarya İlahiyat Fakültelerinde Doktora ve Yüksek Lisans öğrencileri, Bünyamin Korucu, Harun Abacı, Mahmut Yazıcı, Serkan Demir, İbrahim Sainkaplan, Bekir Özüdoğru, Süleyman Özer, Fatih Seyhan ile her birimizin elinde birer yazma nüsha olmak üzere en az üç, bazı cümle ve kelimelerde daha fazla yazma nüsha karşılaştırılmak suretiyle ortaya çıkarılmıştır. Süleymaniye Kütüphanesi Hekimoğlu Bölümü 384 no'da kayıtlı yazma nüshadan 627-660 varaklar arası Medine Câmiatü'l-İslâmiyye mezunu Mücahid Seven tarafından bilgisayara geçirilmiştir. Bilahare bu metin diğer yazmalarla karşılaştırılmıştır.

4 Bkz. Süleymaniye Kütüphanesi, Hamidiye Bölümü, 648 No'lu kayıt, 36 a-b varak ile Süleymaniye kütüphanesi, Hekimoğlu Bölümü, 381 no'lu kayıt, 153-157 varaklar arası.

5 Süleymaniye Kütüphanesi, Damat İbrahim Paşa Bölümü, 650 no'lu kayıt, varak no: 316/a.

Aynı sayfada alttan 9. satırdaki لان الشراء بالدين ifadesinden مثله ifadesi arasında " ولو تفاسخا في الرهن فما لم يرده على الراهن لَيكون للمرتهن حق في حكم الحبس فهذا لرهن لا يكون أقوى من فسخ عقد الرهن" cümlesi eksiktir.[6]

56. sayfada alttan 2. satırdaki إذا أبرأ الغاصب ifadesi ile son satırdaki من إباقه ifadesi arasında iki sayfa eksiktir. (Bkz. Ek 3).

59. sayfada 3. satırdaki إنما يكون في المستهلك لا في حقهما (doğrusu: لا في القا م) ifadesi ile فلهذا لا يشاركه ifadesi arasında 2 sayfa eksiktir. (Bkz. Ek 3).

60. sayfadaki, بـا الصلح في العارية والوديعة dahil 21 bab -yaklaşık 60 sayfa- yoktur. (Bkz. Ek 3).

99. sayfanın üstten 12. satırındaki ... ورهن به ifadesi ile أيضا kelimesi arasında; جاز. لأن له أن يقضي هذا الدين من مال اليتيم وأنه استدانه لحاجته فله أن يرهن به متاعا لليتيم metni eksiktir.[7]

100. sayfanın üstten 2. satırındaki لأنه مشاع cümlesinde لأنه ile مشاع kelimeleri arasındaki: لا ولاية له في نصيب الكبار؛ ولا وجه لتصحيح الرهن في نصيب الصغار لأنه metni eksiktir.[8]

109. sayfasının alttan 3. satırdaki على ذلك ifadesi ile فإن ذلك arasında: وكذالك إذا حلب الغنم والإبل من جهة الراهن metni eksiktir.[9]

XXVI. ciltteki eksiklikler:

XXVI. cildin 96. sayfasındaki وإنما ورد النص به في ifadesinden sonra 98. sayfadaki أمرنا بالانتظار الشرع ما ifadesine kadar bir sayfa eksik. Basılı nüshadaki 97. sayfa başka ciltten eklenmiştir (Bkz. Ek 4).

XXVI. cildin 99. sayfasındaki ثم لم يلزمه إلا دية واحدة فبفوات هذه ifadesinden 101. sayfadaki المحلان من نفس واحدة في معنى نفسين ifadesine kadar bir sayfa eksiktir. Basılı nüshadaki 100. sayfa başka ciltten eklenmiştir (Bkz. Ek 4).

XXVII. ciltteki eksiklikler:

XXVII. cildin 4. sayfasında alttan 11. satırdaki على الذي ربط البعير ifadesi ile بقطاره ربط البعير ifadesi arasında "الرابط فينسخ حكم فعله بخلاف الأول

6 Süleymaniye Kütüphanesi, Damat İbrahim Paşa Bölümü, 650 no'lu kayıt, varak no: 316/a.
7 Süleymaniye Kütüphanesi, Damat İbrahim Paşa Bölümü, 650 no'lu kayıt, varak no: 355/a.
8 Süleymaniye Kütüphanesi, Damat İbrahim Paşa Bölümü, 650 no'lu kayıt, varak no: 355/b.
9 Süleymaniye Kütüphanesi, Damat İbrahim Paşa Bölümü, 650 no'lu kayıt, varak no: 358/b.

بالقطار وهو يقودها فما دام على سنن ما بقطاره لأنه أنشأ قود باختياره تمد فعل فهناك إنما ربط البعير" cümleleri eksiktir.[10]

XXVII. cildin 16. sayfası alttan 6. satırdaki حصة الواقصة ifadesi ile وإن كان عليه من حفرة فدمه هدر لأنه متلف نفسه وإن أمر عبدا له بحفر" ifadesi arasında "يحفر واحد فانحارت" cümlesi eksiktir.[11]

XXX. ciltteki eksiklikler:

XXX. cildin 115. sayfasında alttan 6. satırdaki فيحصل للموصى له سبعة عشر ifadesi ile وللإبن ثمانية عشر ifadesi arasında "وللموصى له ثمانية عشرة وهذا لأنهما لو أجاز كان للابنة تسعة" cümlesi eksiktir.[12]

3. Mebsut'un 2. Baskısında Tespit Edilen Baskı Yanlışlıkları

Baskı yanlışlıkları; Süleymaniye Kütüphanesi Damat İbrahim, Hekimoğlu, Hamidiye ve Ayasofya bölümlerindeki, kayıt numarası ve varak numaralarına, yanlışlığın bulunduğu yerde işaret edilmek suretiyle bildirilmiştir. Basılı nüshadaki belli başlı yanlışlıkların cilt ve sayfa numaraları da aşağıda sunulmuştur. Tabloda "Yeri" sütununda belirtilen "alt" ve "üst" ifadeleri okuyucuya kolaylık olması için belirtilen satır numarasının sayfanın altından veya üstünden itibaren satır numarası olduğunu belirtmek için kullanılmıştır.

10 Süleymaniye Kütüphanesi, Damat İbrahim Paşa bölümü, 651 no'lu kayıt, varak no: 247/b.
11 Süleymaniye Kütüphanesi, Damat İbrahim Paşa bölümü, 651 no'lu kayıt, varak no: 250/b.
12 Süleymaniye Kütüphanesi, Damat İbrahim Paşa bölümü, 651 no'lu kayıt, varak no: 431.

Cilt:	Sayfa	Yeri	Satır	Yanlış	Doğru
I	12	üst	9	تزاوج	تراوح
I	32	üst	3	كان يضع يديه قبل ركبتيِ	كان يضع ركبتيه قبل يديِ
I	109	üst	7	المرداء سبخ	المرداسنج
I	209	üst	8	لا يبنى عليه .	لاشىء عليه
I	209	üst	10	يوم النحر لعلة .	يوم النحر بعلة
I	212	Üstten 13. satırdan itibaren babın sonuna sayfa 218'e kadar, çok yanlış bulunduğundan, **Babu salati'l-Mariz**'ın tamamı ek-1'de sunulmuştur.			
I	228	üst	14	أو لا	ولم يسجد
I	245	alt	3	وهو الحد	وهو قول الحسن أكد
I	253	alt	4	بالفاسدا	بالقادسية
II	62	üst	10	الميت	المرأة
II	73	üst	1	وحلة	وحلة والحلة اسم
II	124	üst	8	متقار	متفاوت
II	195	üst	7	ما لم يقبض مائة درهم	ما تى درهم
III	28	üst	12	ألف	ألفي
III	64	üst	12	والمنظر وحدة البصر	ومدة
III	64	üst	16	صوموا الرؤيته	صوموا لرؤيته
III	71	üst	6	أذ وجـ هليه الصوم	أنه وجـ أداء الصوم
IV	198	alt	12	أما من جهة السبـ	أما من جهة النسـ
IV	199	üst	5	من جهة النسـ	من جهة السبـ
IX	4	üst	8	ثم	نحو
IX	28	üst	7	لا يقول	لا نقول
IX	28	alt	1	اللحم	التمر
IX	34	alt	5	و عند أبي حنيفة	أنَّ عند أبي حنيفة
IX	34	alt	8	و	harfi fazla "و"
IX	40	alt	9	لا ينبغي	ينبغي
IX	40	alt	10	لا تشترط	لا نشترط

Cilt:	Sayfa	Yeri	Satır	Yanlış	Doğru
IX	132	üst	14	مثلا شيئ	متلاش
IX	136	alt	7	السفن	Kelime fazla
IX	166	üst	9	مثلا شيئ	متلاش
IX	169	alt	4	رجلان	رجل
IX	176	alt	11	و	أو
X	26	üst	4	اقلهم في القر	أقلهم
X	47	üst	6	او	و
X	47	üst	6	يأخذ المولى	فأخذ المولى
X	139	alt	10	لا يجوز	يجوز
XII	10	üst	8	من الإبل ما تم لـ خمس سنين	من الإبل تم له أربع سنين
XII	26	üst	13	ضمان الحصن	ضمان الغصن
XII	45	alt	2	استبضاع	استصناع
XII	45	üst	10	ولا يجوز	ويجوز
XII	72-73			72 ve 73. sayfaların sıralanışı yanlıştır	Önce 73 sonra 72. sayfa olmalıdır. Tercüme de buna göredir.
XII	127	üst	2	أن أدنى الأجل فيه ثلاثة أيام	أن أقل الأجل فيه ثلاثة أيام
XII	176	alt	4	الرا جة	الرا حة
XII	177	üst	5	الرا جة	الرا حة
XII	193	alt	12	معنى	معنا
XIV	42	alt	8	العخماء جرحها جبار	العجماء جرحها جبار
XVII	178	alt	8	أوجـ الملك فيها للغير	وأوجـ الملك فيها للغير
XXI	59	üst	3	لا في حقهما	لا في القا م
XXI	65	alt	7	بالقبض لكان قبضه	لناب قبضه بالقبض
XXI	68	üst	11	إلا بعد مالية الرهن	إلا بقدر مالية الرهن
XXI	68	alt	10	بالقبض فينتقض	بالقبض فيقتضى
XXI	69	üst	6	سياق الشهود	نسيان الشهود
XXI	69	üst	13	يبطل	لايبطل
XXI	69	üst	13	أن يشترط	أن يسترده
XXI	69	alt	2	فى يوم الراهن	فى يوم المالك
XXI	70	alt	11	حق التعذر	حق التفرد
XXI	70	alt	6	بالطريق الآخر اذ	والطريق الآخر أن
XXI	70	alt	5	ومنه جاذ الاستيفاء فى الجزء الشا ع لايتحقق	اذ الرهن وثيقة لجاذ الاستيفاء ويد الاستيفاء فى الجزء الشا ع لايتحقق
XXI	71	üst	6	نصف العين	نصف النفس
XXI	71	üst	8	والمشر	والشيوع
XXI	71	üst	13	كان مستوفيا	سوينا بين ما

Cilt:	Sayfa	Yeri	Satır	Yanlış	Doğru
XXI	71	alt	6	لا على الوجه الذى	على الوجه الذى
XXI	71	alt	5	كبيع الرهن	كبيع الدهن
XXI	72	üst	5	ثم تفاسخا فالعقد ليس بمحل موجِ الرهن وهو نظير ما لوتزوج امة فى النصف	ثم تفاسخا فى النصف
XXI	73	üst	2	فهى بالتمليك	فهى متصلة بالنخيل
XXI	74	alt	1	جاز للوكيل	فارق للوكيل
XXI	75	üst	3	الا ان	ألا ترى
XXI	75	üst	14	الجارية الحامل	الجارية الجانية
XXI	75	alt	7	ولد الجارية	ولي الجناية
XXI	76	üst	8	ورد أن هذا من الإجارة	ووزان هذا امر الاجارة
XXI	76	alt	11	فان المستحق فعل اشياء فالذمة	إن المستحق فعل إيتاء فى الذمة
XXI	76	alt	7	ان ولد المعتق قبل القبض	أن ولد المبيعة قبل القبض
XXI	76	alt	6	لايبقى حقا للمرتهن	لاينفي حقا للمرتهن
XXI	76	alt	1	لم يرجع العدل	ثم يرجع العدل
XXI	77	alt	4	حصته	قيمته
XXI	77	alt	1	والشافعى	شعبي
XXI	78	üst	3	وان اشفى علِ	وإن اتفقا عليه
XXI	81	üst	4	وبيع الرهن ثابت	وابتيع الرهن ثانية
XXI	81	üst	10	وهو خاصة له	وهو ضامن له
XXI	81	alt	10	قول الإبن / الى القريِ	قول الأمين/ الى الغريم
XXI	83	üst	1	لا العبادة	لا العبارة
XXI	83	üst	3	الآن بخبرة العدل	إلا ان يحضر العدل
XXI	85	alt	6	العناء	الغنى
XXI	86	üst	3	التبعيض	الشقص
XXI	86	üst	5	القِيمة	القسمة
XXI	86	üst	13	الا ان يرى	الا ترى
XXI	86	üst	14	فيظهر ظهور	فيما يظهر
XXI	87	üst	7	وخلف وارثه فِي Matbu لتخلفه وارثه في Yazma	ولاحق لوارثه فيه
XXI	87	üst	10	وابو يوسف يفرق بينهما	وأبو حنيفة يفرق بينهما
XXI	87	alt	6	يكون آدميا	بكونه آدميا
XXI	87	alt	6	بوجود الاذن	لا بوجود الإذن
XXI	88	alt	3	رجع الى دار الحر	وهو بعد ما رجع إلى دارالحر
XXI	90	üst	5	برينا	مبريا
XXI	91	alt	4	لإيفاء ما هو المقصود	لاتفاقهما فيما هو المقصود
XXI	92	üst	14	وهو قول محمد الآخ	وهو قول أبو يوسف الآخر
XXI	92	alt	3	ما هى ضامنة	فهي ضامنة

Cilt:	Sayfa	Yeri	Satır	Yanlış	Doğru
XXI	94	alt	4	ويرجع على المرتهن	ويرجع على الراهن
XXI	96	alt	9	لم يوجد منهما مرهونا مضمونا	لم يوجد منهما الرضا يكون كل واحد منهما مرهونا مضمونا
XXI	96	alt	8	ابقاء ضمان الدين	انتفى ضمان الدين
XXI	96	alt	4	الزيادة	الزيادة فى الرهن
XXI	98	üst	4	لايصير	لايضر
XXI	98	üst	6	ملحقا	على حدة
XXI	98	alt	2	الولد	الوالد
XXI	99	üst	12	لو انجز لليتيم	لو اتجر
XXI	99	alt	9	لليتيم يتجر	وذلك ان يتجر بنفسه أو بضعه غيره
XXI	100	üst	2	محبوسين عن التصرف	غيبا عن المصر
XXI	100/101	Alt ve üst	ilk	ولايملك عنه	ولايملك ثمنه
XXI	101	üst	4	فصار	قضاء
XXI	101	üst	12	استفاده	استعاره
XXI	101	üst	14	استعاده	استعاره
XXI	101	alt	6	فأقر بذلك	فأخبر بذلك
XXI	101	alt	4	او من عبد له بآخر	أو من عبد له تاجر
XXI	102	üst	9	الولد	الوالد
XXI	103	üst	1	بإعزاز نفسه	بإيثار نفسه
XXI	103	üst	12	فباع	متاع
XXI	104	üst	9	المنفعة	النفقة
XXI	104	üst	10	ان ثبت	إن شئت
XXI	105	alt	2	ما على الارض	غلة الارض
XXI	106	üst	8	يوجه	موجه
XXI	107	üst	10	الا ان يعتقه الراهن	إلا ان يفكه الراهن
XXI	109	üst	1	فى حال الاستعمال	فى غير حالة الاستعمال
XXI	109	üst	11	يد العارية تتقدم	يد العارية تنعدم
XXI	111	üst	11	عند القبض	عند التنصيص
XXI	111	alt	11	السداد	الشراء
XXI	112	üst	1	والبيان	والتباين
XXI	112	üst	7	بالقبض	بالتنصيص
XXI	112	üst	13	كانت الباقية مثلها	كانت الباقية قتلتها
XXI	112	alt	12	بعد	نصف
XXI	113	üst	3	فتوسط معها الولد	بشرط بقاء الولد
XXI	115	alt	10	لان يثا بما منهم	لأن ثيا عامتهم
XXII	94	alt	5	على الوجهين اليد ما أخذ ترد	على اليد ما أخذت حتى ترد
XXIII	76	üst	5	تتفاوت	لايتفاوت

Cilt:	Sayfa	Yeri	Satır	Yanlış	Doğru
XXIII	76	üst	11	مضموا	مضمونا
XXIII	161	üst	13	لما شقة	لما شيته
XXIII	163	alt	8	الدابة العطوف	الدابة القطوف
XXIII	163	alt	7	الخليفة لجوده	الخليفة الجودة
XXIII	163	alt	6	ابنه فناداه	دابته فناداه
XXIII	163	alt	5	قطعت	قطفت
XXIII	163	alt	4	العطوف	القطوف
XXIII	163	alt	4	أباك	إياك
XXIII	187	alt	4	الربو	الريو
XXVI	123	üst	2	البينة	البنية
XXVI	124	üst	12	لان شرط القتل	لأن شرط القصاص
XXVI	182	alt	12	فى بدله	فى بلده
XXVII	81	üst	6	مع أبيه .	مع أمه
XXVII	81	alt	8	با جناية المكاتب فى الخطأ	با جناية المكاتد المشترك بين شريكين فى الخطأ
XXVII	88	alt	4	وقد بينا هذا فى الزيادات	وقد بينا هذا فى شرح الزيادات
XXVII	109	alt	10	وان قتل الا الولد	وإن قتل الولد الأ
XXVII	119	alt	4	صار عيد	صار عبد
XXVII	124	üst	7	الزاهدى	الزاهد
XXVII	144	üst	1	سعد بن مالك	سعد بن أبي وقاص
XXX	105	üst	14	وان سجى دبره	وإن سجى قبره
XXX	107	üst	10	وان أقام فى صف الرجال	وإن أقام خلف صف الرجال
XXX	109	alt	6	وصد له	رضد له
XXX	117	üst	9	اثني عشر	ثلاثة عشر
XXX	118	üst	3	ثلث	مثل
XXX	119	üst	4	وثلث ما بقي	وثلثي ما بقي
XXX	119	alt	3	النصيبان	النصيو
XXX	124	üst	3	ثلاث بنين	ثلاث بنات
XXX	154	alt	8	على الثبات	على البتات

EKLER

Ek 1

Basılı: I. cilt 212-218

Yazma: Süleymaniye Kütüphanesi Hamidiye Bölümü 648 No'lu kayıt 36 a-b varak ile Süleymaniye Kütüphanesi Hekimoğlu Bölümü 381 no'lu kayıt 153-157 arası.

باب صلاة المريض

الأصل في صلاة المريض قوله تعالى : { الذين يذكرون الله قياما وقعودا وعلى جنوبهم} قال الصحاك في تفسيره : هو بيان حال المريض في أداء الصلاة بحسب الطاقة {ودخل رسول الله صلى الله عليه وسلم على عمران بن حصين رضي الله عنه يعوده في مرضه فقال : كيف أصلي قال : صل قائما ، فإن لم تستطع فقاعدا، فإن لم تستطع فعلى الجنب تومئ إيماء ، فإن لم تستطع فالله تعالى أولى بالعذر} أي مقبول العذر منك ، ولأن الطاعة بحسب الطاقة قال الله تعالى: {فاتقوا الله ما استطعتم } .

فإذا عجز عن القيام صلى قاعدا بركوع وسجود، وإن عجز عن ذلك صلى بالإيماء ؛ فإن كان عند الافتتاح قادرا على القيام فعليه أن يأتي به فإن عجز قعد بخلاف المسبوق، فإن المريض إذا قدر على المسبوق في بعض اليوم لم يكن عليه أن يأتي به لأن في المسبوق إذا أقطر في آخر اليوم ولا يكون فعله في أوله معتدا به وفي الصلاة إذا قعد في آخرها يبقى قيامه في أولها معتدا به فإن كان يقدر على القيام ولا يقدر على السجود أومى إيماء وهو قاعد لأن القيام لافتتاح الركوع والسجود به فكل قيام لا تعقبه سجود لا يكون ركنا ولأن إيماء القاعد أقرب إلى التشبه بالسجود من إيماء القيام والمقصود من الإيماء التشبه بمن يركع ويسجد ولهذا يجعل السجود في الإيماء أخفض من الركوع فالإيماء قاعدا أولى إلا على قول بشر فإنه يقول بالمرض إنما يسقط عنه ما عجز عنه فأما ما كان قادرا عليه فهو والصحيح فيه سواء وإذا لم يستطع القعود صلى مضطجعا على قفاه متوجها نحو القبلة عندنا وهو قول ابن عمر رضي الله عنهما ، وقال الشافعي رحمه الله تعالى يضطجع على جنبه الأيمن ووجهه إلى القبلة لحديث عمران بن حصين رضي الله عنه فإن لم يستطع فعلى الجنب تومئ إيماء } ولأنه إذا اضطجع على جنبه الأيمن[13] يكون وجهه إلى القبلة فهو أولى كما إذا احتضر يضطجع على شقه الأيمن هكذا وكذلك في القبر ولنا أنه إذا استلقى على قفاه كان أقرب إلى استقبال القبلة لأن الجانبين منه إلى القبلة وإشارته تقع إلى ما هو الكعبة وإذا اضطجع على جنبه فإشارته تقع إلى جانب رجليه وذلك ليس بقبلة ثم ما به من الحرج على شرف الزوال فإذا كان مستلقيا لو قدر على القعود فقعد كذلك كان وجهه إلى القبلة لو قدر على القيام فقام كان وجهه إلى القبلة فهذا أولى بخلاف ما إذا احتضر وما بعد الموت لأن ما به ليس على شرف الزوال وحديث عمران بن حصين رضي الله عنه قيل المرض الذي به كان بأسورا مكان لا يستطيع أن يستلقي على قفاه . وقيل معنى قوله على الجنب أي ساقطا على الأرض قال الله تعالى: {وإذا وحدث جنوبها } والمستلقي ساقط على الأرض ويؤم المومئ من هو مثله والأصل فيه قوله عليه السلام: {الإمام ضامن } أي يتضمن صلاته صلاة المقتدي، وتضمن[14] الشيء فيما هو مثله أو فوقه يتحقق وفيما دونه لا يتحقق وإذا كان الإمام يصلي قائما بركوع وسجود فاقتدى به من هو مثله أو من يصلي قاعدا بركوع وسجود أو قائما بالإيماء أو قاعدا بالإيماء أو مضطجعا بالإيماء صح الاقتداء لأن حال المقتدي مثل حال الإمام أو دونه فإذا كان الإمام قاعدا يركع ويسجد فاقتدى به من هو مثله أو من يصلي بالإيماء صح الاقتداء لأن حال المقتدي مثل حال الإمام أو دونه وإن اقتدى به من يصلي قائما بركوع وسجود جاز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله استحسانا ، وفي القياس لايجوز. وهو قول محمد رحمه الله لقوله صلى الله عليه وسلم: {لا يؤمن أحد بعدي جالسا } ولقول علي رضي الله عنه: لا يؤم المقيد المسلملين[15] ولأن الإمام صاحب عذر فاقتدى به من لا عذر به لا يصح به كصاحب الجرح السائل إذا أم الأصحاء وتأثيره أن القيام ركن فإذا كان المقتدي منفردا بالقيام كان اقتداؤه في بعض الصلاة دون البعض ، وذلك لا يجوز ولنا ما روي أن آخر صلاة صلاها رسول الله صلى الله عليه وسلم بأصحابه كان قاعدا وهم قيام خلفه فإنه لما ضعف في مرضه قال مروا أبا بكر رضي الله عنه يصلي بالناس فقالت عائشة رضي الله عنها لحفصة رضي الله عنها : قولي له إن أبا بكر رجل أسيف إذا وقف في مكانك لا يملك نفسه ، فلو أمرت غيره فقالت ذلك، فقال صلى الله عليه وسلم: أنتن صاحبات يوسف مروا أبا بكر يصلي بالناس ، فلما افتتح أبو بكر رضي الله عنه الصلاة وجد رسول الله صلى الله عليه وسلم في نفسه خفة فخرج وهو يهادي بين علي والفضل بن عباس رضي الله عنهما ورجلاه يخطان الأرض حتى دخل المسجد فلما سمع أبو بكر رضي الله عنه حسه تأخر فتقدم النبي صلى الله عليه وسلم وجلس يصلي وأبو بكر رضي الله عنه يصلي بصلاته والناس يصلون بصلاة أبي بكر رضي الله عنه يعني أن أبا بكر كان يسمع تكبير رسول الله صلى الله عليه وسلم فكبر والناس يكبرون بتكبير أبي بكر رضي الله عنه وآخر فعله هذا فيكون ناسخا لما كان قبله على ما جاء في حديث جابر رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم سقط عن فرسه فجُحِشَ شِقُّهُ الأيسر فلم يخرج أياما ودخل عليه أصحابه رضوان الله عليهم أجمعين فوجدوه يصلي قاعدا فافتتحوا الصلاة خلفه قياما فأشار عليهم أن اقعدوا فلما فرغ قال: إنما جعل الإمام[16] ليؤتم به فلا تختلفوا عليه، فإذا صلى قائما فصلوا قياما، وإذا صلى قاعدا فصلوا قعودا أجمعون ولا يؤمن أحد بعدي جالسا فهذا كان مقتدما انفصح[17] بفعله المتأخر والمعنى فيه أن الإمام صاحب بدل صحيح فاقتدى صاحب الأصل به يصح كالماسح على الخفين إذا أم الغاسلين بخلاف صاحب الجرح السائل ونحوه ؛ لأنه ليس بصاحب بدل صحيح ولا حجة له في حديث علي رضي الله عنه فقد قال فيه ولا المامح الغاسلين وانتقلنا على جوازه فعرفنا أن المراد بيان الأول ثم بين حالة القعود والقيام تقارب في الصلاة حتى يجوز القعود في التطوع من غير عذر ، وهنا لأن القائم كلا النصفين منه مستو واحد النصفين من القاعدين متثنى جمل الإمام[18] وإذا كان حال المقتدي قريبا من حال امامه جاز اقتداؤه به وإن كان الإمام يصلي بالإيماء فاقتدى من يركع ويسجد به لا يصح عندنا وعلى قول زفر رحمه الله يصح: لأن كل واحد منهما مؤدي ما هو مستحق عليه بصفة الصحة فهو نظير اقتداء العامل بالماسح والمتوضئ بالمتيمم ولكنا نقول بأن حال المقتدي أقوى من حال الإمام فإن الاكتفاء بالإيماء مع القدرة على الركوع والسجود لا يجوز في شيئين من الصلاة وتضمن الشيئ فيما هو دونه غير ممكن ولأن الإيماء ليس ببدل عن الركوع والسجود ؛ لأنه بعضه فكيف يكون بدلا وقد جاز الاقتداء لكان مقتديا في بعض الصلاة دون البعض وذلك لا يجوز بخلاف التيمم والمسح فإن التيمم بدل عن الوضوء والمسح بدل عن الغسل فيصح اقتدائه به بالاجماع[19] فإن كان الإمام قاعدا يومئ فاقتدى به قائم يومئ جاز لأن هذا القيام ليس بركن حتى كان الأولى تركه فوجوده كعدمه وإن كان الإمام مضطجعا يومئ فاقتدى به يومئ قاعدا أو قائما لم يصح الاقتداء لأن حال المقتدي أعلى فإن القادر على القعود ليس له أن يومئ مضطجعا قال فإن نزع الماء من عينيه وأمر أن يستلقي أياما على ظهره ونهى عن القعود والسجود أجزأه أن يصلي مستلقيا موميا إلا على قول مالك رحمه الله واستدل بحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن طبيبا قال له بعد ما كف بصره : لو صبرت أياما مستلقيا صححت عينيك فتناور عائشة رضي الله عنها وجماعة من الصحابة رضوان عليهم أجمعين فلم يرخصوا له في ذلك، وقالوا : أرأيت لو مت في هذه الأيام كيف تصنع بصلاتك ولنا أن حرمة الأعضاء كحرمة النفس ولو كان مستلقيا يخاف على نفسه من عدو أو سبع أو قعد جاز له أن يصلي بالإيماء مستلقيا فكذلك إذا خاف على عينيه وتأويل حديث ابن عباس رضي الله عنه أنه لم يظهر لهم صدق ذلك الطبيب فيما يدعي فلا ولو صلى المريض إلى غير القبلة متعمدا لذلك لم يجزه وإن كان ذلك[20] منه خطأ أجزأه يعني إذا اشتبه عليه القبلة ولم يكون بحضرته من يسأله فيتحرى وصلى جازت صلاته وإن تبين أنه أخطأ كما يجوز من المسجح لقول علي رضي الله عنه قبلة المتحري جهة قصده والحاصل أن مفارقة المريض المسجح فيما هو عاجز عنه فأما فيما يقدر عليه فهو كالمسجح وهو قادر على استقبال القبلة فإذا لم يفعله متعمدا لا يجوز إلا أنه روى عن محمد بن مقاتل رحمه الله أن وجه المريض إذا كان إلى غير القبلة وهو لا يجد من يحول وجهه إلى القبلة ولا يقدر على ذلك يصلي كذلك ثم يعيد إذا برأ وهي ظاهر الجواب ليس عليه الاعادة لأن ما عجز عنه من الشرائط لا يكون أقوى مما عجز عنه من الأركان ولو صلى المريض قبل الوقت بغير وضوء أو بغير قراءة عمدا أو خطأ لم يجزه لأنه فيما يقدر عليه كالمسجح تم الصحيح انما صلى بغير طهارة او عريانا او بغير قراءة لا تجوز صلاته وكذلك هنا[21] قوم مرضى في بيت بالليل فأمهم أحدهم وصلى بعضهم إلى القبلة وبعضهم إلى غير القبلة وهم يظنون أنهم أصابوا القبلة يعني تحروا فصلاتهم جائزة لأنها من الأصحاء يجوز عند الاشتباه بهذه الصفة فكذلك المرضى قال الحاكم رحمه الله وهذا إذا لم يعلم المؤتم بحال الإمام أنه قد خالف إمامه فيما وقع عليه تحريه فإن كان يعلم ذلك لا يصح اقتداؤه به لأن عدد أن إمامه على الخطأ يصلي إلى غير القبلة وهذا بخلاف ما إذا صلى في جوف الكعبة، لأن هناك المقتدي لا يعتقد الخطأ في صلاة إمامه فإن كل جانب قبلة في حق الكل ولنا تبين للمسافر أو للمريض المتحري في بعض صلاته أنه قد أخطأ القبلة صرف وجهه إليها وبنى عليها لحديث "أهل قباء فإنهم أخبروا أن القبلة حولت إلى الكعبة ، فاستداروا" كهيئتهم وهم ركوع وجوز لهم ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن ما أداه كان باجتهاده وما ظهر في من اجتهاد مثله ولا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد كالقاضي اذا قضى في حادثة بالاجتهاد ثم ظهر أن اجتهاده كان خطأ في تلك الحادثة باجتهاد اخر لاينقض قضاءه[22] فلهذا بناء قال والمومئ يسجد للسهو بالايماء لأن سجود السهو دون السلبية فإذا جاز ذلك بالإيماء فهذه أولى فإن عجز المريض عن الإيماء برأسه فلا شيئ عليه عندنا وقال زفر والحسن رحمهما الله : يومئ بعينيه فإن عجز عن ذلك أيضا قال زفر رحمه الله وحده يومئ بقلبه، لأنه وسع مثله ، ولكنا نقول : الإيماء ما يكون بالرأس. فأما بالعينين يكون إيحاء الإيماء ، وبالقلب يكون نية ومجرد النية لا يتأدى الصلاة ، ونصب الأبدال بالرأي لا يجوز فإن كان مفيقا بعد هذه الحالة حتى برأ فعليه إعادة الصلوات، وإن كان معمى عليه فإن كان الإغماء في يوم وليلة أو أقل من ذلك فعليه القضاء فإن كان أكثر من ذلك فلا قضاء عليه عندنا استحسانا وقال بشر رحمه الله عليه القضاء وإن طالت مدة الإغماء لأنه مرض ولا تأثير للمرض في إسقاط أصل الصلاة وقاس الاغماء بالنوم وقال الشافعي رحمه الله إذا كان في وقت صلاة كامل معمى عليه فلا قضاء عليه لأن وجوب القضاء يبتنى على وجوب الأداء وفرق بين النوم والإغماء بأن النوم عن اختيار منه بخلاف الإغماء ولكنا استحسنا لحديث علي رضي الله عنه "أنه أغمي عليه في أربع صلوات فقضاهن" وعمار بن ياسر رضي الله عنه "أغمي عليه يوما وليلة فقضى الصلوات" وعبد الله ابن عمر رضي الله عنهما "أغمي عليه في ثلاثة أيام فلم يقض الصلوات" ولأن الإغماء إذا قصر فهو معتبر بما يقصر عادة وهو النوم فلا يسقط القضاء، وإذا طال كان معتبرا بما يطول عادة وهو الجنون والسفر فيسقط القضاء وفرق ما بين الطويل والقصير بالزيادة على يوم وليلة لإنجذل بها الصلوات في حد التكرار وقد روى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه إذا زاد على يوم وليلة بالساعات كان مسقطا للقضاء والأول أصح قال وإذا لم يستطع السجود لمرض أو جرح[23] أو خوف فهو كله سواء ويومئ لأنه وسع مثله وكذلك إذا لم يستطع أن يقرأ مع ذلك أومى بغير قراءة لأن القراءة ركن يسقط بالعجز عنه كالقيام قال وإن كان بجبهته جرح لا يستطيع السجود عليه لم يجزه الإيماء وعليه أن يسجد على أنفه لأن الأنف مسجد كالجبهة وقد قررناه قال ويكون للمومئ أن يرفع إليه عودا أو وسادة ليسجد عليه لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم { أنه دخل على مريض يعوده فوجده يصلي كذلك فقال إن قدرت أن تسجد على الأرض فاسجد وإلا فأوم برأسك } وإن ابن مسعود رضي الله عنه دخل على أخيه عتبة يعوده فوجده يصلي وبيده عود فيسجد عليه فنزع ذلك من يد من كان في يده وقال هذا شيئ عرض عليكم الشيطان أوم بسجودك إيماء وإن ابن عمر رضي الله عنهما حين رأى ذلك من مريض قال أتتخذون مع الله آلهة فإن فعل ذلك ينظر فإن كان يخفظ رأسه للركوع تبيئا ثم للسجود جازت صلاته بالإيماء لا بوضع الرأس على العود وإن كان لا يحفظ رأسه تبيئا ولكن يوضع العود على جبهته لم يجزه لأنه لم يأت بالإيماء وهو فرضه فإن كانت الوسادة موضوعة على الأرض فكان يسجد عليها جازت صلاته لأن أم سلمة رضي الله عنها فعلت ذلك لرمد كان بها فكانت يسجد على مرفقة موضوعة بين يديها ولم يمنعها رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك قال مريض قال افتتح الصلاة بإيماء فصلى بعضها ثم برأ استقبلها الا على قول زفر رحمه الله وهذا بناء على ما سبق وإن المنفرد بنى أخر صلاته على أول صلاته كما أن المقتدي يبنى صلاته على صلاة إمامه ففي كل فصل جوزنا بالاقتداء به يجوز البناء هنا وفي كل فصل لا يجوز الاقتداء ثمة لا يجوز البناء هنا حتى إذا كان افتتحها قاعدا يركع ويسجد ثم قدر على القيام بنى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله واستقبل في قول محمد رحمه الله فإذا افتتحها قائما يركوع وسجود ثم عجز قعد وبنى هذا إذا كان افتتحها بالإيماء لأن بناء الضعيف على القوي يجوز وبناء القوي على الضعيف لا يجوز والله أعلم.

---

13 Süleymaniye Kütüphanesi, Hekimoğlu bölümü, 381 nolu kayıt, varak no: 154/a.

14 Süleymaniye Kütüphanesi, Hekimoğlu bölümü, 381 nolu kayıt, varak no: 154/a.

15 Direkutmiş. Sünen, I/185 ile Abdurrazzak'ın Musannef, II/352'deki riveyet "لا يؤم العبد المسلملين ولا المتيمم المتوضئين" şeklindedir.

16 Süleymaniye Kütüphanesi, Hekimoğlu bölümü, 381 nolu kayıt, varak no: 155/a.

17 Süleymaniye Kütüphanesi, Hekimoğlu bölümü, 381 nolu kayıt, varak no: 155/a.

18 Süleymaniye Kütüphanesi, Hekimoğlu bölümü, 381 nolu kayıt, varak no: 155/a.

19 Süleymaniye Kütüphanesi, Hekimoğlu bölümü, 381 nolu kayıt, varak no: 155/b.

20 Süleymaniye Kütüphanesi, Hekimoğlu bölümü, 381 nolu kayıt, varak no: 155/b.

21 Süleymaniye Kütüphanesi, Hekimoğlu bölümü, 381 nolu kayıt, varak no: 156/a.

22 Süleymaniye Kütüphanesi, Hekimoğlu bölümü, 381 nolu kayıt, varak no: 156/a.

23 Süleymaniye Kütüphanesi, Hekimoğlu bölümü, 381 nolu kayıt, varak no: 156/b.

Ek 2.

XVIII. ciltteki eksik sayfalar

Yazma: Süleymaniye Kütüphanesi Hamidiye bölümü 549 no'lu kayıt, varak no: 645-648

81. sayfa

و لو قال له على ألف درهم و دينار أو كر حنطة لزمه الألف لإقراره بها عينا و يلزمه الأقل من الدينار و الكر لإدخاله حرف أو بينهما. و لو قال له على مائة درهم أو دينار و كر حنطة فالكر لازم لإقراره به عينا، و في المائة و الدينار له الأوكس منهما او ادعاهما المقر له لإدخال حرف أو بينهما. و لو قال له على مائة درهم أو نصفها فنصفها ثابت عليه لأنه التزمها عينا و إنما رد كلامه في النصف الأخر فيلزمه نصف المائة عينا لهذا و كذلك لو قال له على مائة درهم إلا نصفها فنصفها ثابت عليه لأنه استثنى نصف المائة فيسير إقراره عبارة عما وراء المستثنى[25] و لو قال له على ألف درهم بيض أو سود فعليه الأوكس منهما أما بيان أن الأوكس متيقن به.ولو قال لفلان على ألف درهم و مائة دينار أو كر حنطة و كر شعير فقد عين الإقرار بألف درهم و بالشعير فيلزمه كل واحد منهما و أدخل حرف أو بين مائة دينار و كر حنطة فيلزمه الأوكس منهما والحاصل أنه لا فرق بين أن يصل بعض هذه الكلمات ببعض أو يفصل بعضها عن بعض فيتخلر إلى ما قرن به حرف أو فيكون الحكم فيه التزام الأوكس و ما لم يقرن به حرف أو يكون الحكم فيه التزام بعينه و عمل حرف الواو في العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فلا يسير الكلمات به في الحكم بكلام واحد. و الله أعلم.

باب إقرار المريض بقبض الدين و غيره

و لا يجوز إقرار المريض إذا مات من مرضه بقبض دين له من وارثه أو من كفيل به. و يستوي إن كان الوارث هو الأصل و الأجنبي كفيل به أو على عكس ذلك. و يستوي إن كانت الكفالة في الصحة أو في المرض، لأن الإقرار بالقبض بمنزلة الإقرار بالدين أو العين فإن كان عين المقبوض في يده فقد أقر أنه كان لوارثه قبض منه بدينه و إن لم يكن عينه في يده فقد أقر بأنه وجب للوارث عليه مثل ما كان له على الوارث ثم صار قصاصا به. و إقراره بالدين أو العين للوارث باطل إذا كانت منفعته مالية و براءة الأصيل توجب

84. sayfa

83. sayfada ifadesinden sonra…

وكان له على مولاه طعام و مكاتبته دراهم فأقر باستيفاء الطعام ثم مات و ترك وفاء فإن لم يكن له وارث سوى المولى فالإقرار صحيح، لأنه لاحق لأحد في ماله سوى مولاه فهو كمريض ليس له إلا وارث واحد فأقر باستيفاء دينه منه. وإن كان وارثه غير المولى فهو مصدق في ذلك أيضا لأن المولى أجنبي عنه، و الإقرار بقبض الدين من الأجنبي صحيح مما لا دين عليه. و لو كان عليه دين يحيط بماله لم يصدق على ذلك، لأنه يموت عاجزا فيفسخ الكتابة و يعود عبدا لمولاه. و قد بينا أن إقرار العبد بالقبض من مولاه باطل إذا كان عليه دين، لأن المولى في حقه كالوارث و إذا أقر المريض المديون أنه قبض من وارثه وديعة كانت له عنده أو عارية أو مضاربة أو بضاعة فهو مصدق في ذلك لأنه ليس في إقراره منفعة مالية للوارث فان الوارث لو

[25] Süleymaniye Kütüphanesi, Hamidiye Bölümü, 549 no'lu kayıt varak no: 646/a.

88. sayfa

87. sayfanın sonunda "لأنه يصير كالاستثناء" ifadesinden sonra…

كأنه لم يتكلم به، و عندنا موجب الإستثناء أن يصير كالمتكلم بما وراء المستثنى خاصة، و يخرج كلامه في القدر المستثنى من أن يكون إيجابا و أصل الخلاف بيننا و بينه في التعليق بالشرط، فإنه لا خلاف بيننا و بينه أن الإستثناء و التعليق بالشرط لا يخرج كلامه من أن يكون إيقاعا بل يمتنع وقوعه لمانع وهو الشرط فكذلك بالاستثناء و عندنا التعليق بالشرط يخرج الكلام من أن يكون إيقاعا فيكون ذلك بيانا في أحد الحكمين، و الاستثناء يخرج المستثنى من أن يكون في الحكم المذكور أصلاً فيكون هذا بيانا أن أصل الإيجاب لم يتناول إلا ما وراء المستثنى، و دليله على اثبات أصله قول أهل اللغة الاستثناء من النفي اثبات ومن الإثبات نفي، فلو لم يكن حكم الاستثناء ضد حكم أصل الكلام لكان قولهم هذا باطلا، و في كلمة الشهادة إثبات التوحيد بالاتفاق و لو كان عمل الإستثناء فيما قلتم لكان ما نفيا للشرك لا إثباتا للتوحيد فإذا ثبتت هذه القاعدة قلنا يجب العمل بالدليل المعارض بحسب الإمكان، فإن كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين فيمتنع العمل بقدره وإن لم يكن من جنسه كان الدليل المعارض باعتبار القيمة فيمتنع بثبوت الحكم بقدر قيمة المستثنى و دليلنا على إثبات الأصل قوله تعالى { فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاما} و امتناع ثبوت الحكم لقيام الدليل المعارض يكون في الإيجاب لا في الإخبار فإذا لم يجعل الطريق في الاستثناء ما قلنا إن المستثنى منه عبارة عما وراء المستثنى كان هذا رجوعا و استدراكا للغلط و ذلك لا يجوز على الله تعالى ولأن الدليل المعارض كما يتحقق في البعض يتحقق في الكل بمنزلة دليل الخصوص وبنا الاتفاق استثناء الكل باطل عرفنا أنه ليس الطريق ما قال، و الدليل المعارض يستقل بنفسه كالخصوص في العموم، والاستثناء لا يستقل بنفسه فيمتنع العمل بمقتضاه وإن لم يكن من جنسه كالخصوص في العموم، و كما قال أهل اللغة ما ذكروه فقد قالوا الاستثناء للاستخراج من الكلام ويكون عبارة عما وراء المستثنى فجمع بينهما فقول هو للاستخراج من الكلام قصدا وباعتبار الإشارة حكمه ضد حكم الأصل، فكان الاستثناء من النفي إثباتا لهذا الطريق و ما رد على هذا التقدير فيه مذكور في أصول الفقه إذا ثبت هذا قلنا: إنما يصح الاستثناء لاستخراج ما لولا الاستثناء لكان الكلام متناولا له و لم يكن أصل كلامه متناولا للثبوت فلم يكن هذا استثناء بل يكون كلامه مبتدأ البيان أنه ليس عليه شيء من الثبات إنما عليه ألف درهم فقط، و هذا هو القياس إذا استثنى مكيلا أو موزونا أو معدودا من خلاف جنس المذكور، لأن أصل الكلام غير متناول و إن لم يكن الاستثناء و لكن استحسن أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله فقالا: المقدرات جنس واحد معنى و إن اختلف أجناسها صورة لأنهما ثبتت في الذمة ثمنا و يثبت حالا ومؤجلا ويجوز الاستقراض فيها فكانت في حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد معنى، وإنما كان الاستثناء إخراجا بطريق المعنى على أن يصير الكلام به عبارة عما وراء المستثنى و لهذا صح استثناء المقدر من المقدر وإن اختلفا في الجنس صورة والمعدودات التي لا تفاوت بمنزلة المقدرات في ذلك بخلاف الثياب والخفر، فإنها ليست من جنس المقدرات معنى فلم يكن استثناؤها استخراجا من الكلام صورة و لا معنى فكان باطلا و لو قال: لفلان على ألف درهم ولفلان مائة دينار إلا قيراطا كان الاستثناء من الأخير، لأنه موصول بإقرار الثاني وهو أيضا من جنس ما أقر به للثاني، والمستثنى من جنس المستثنى منه. ولو قال: لفلان على ألف درهم ولفلان على مائة دينار إلا درهم من الألف كان كما قال، لأنه فسر المستثنى على وجه لم يبق فيه احتمال، و كلامه موصول بعضه ببعض فكان الاستثناء صحيحا مما جعله مستثنى منه، و لو لم يبين من الألف جعلته من الدينار لأن المستثنى موصول بالإقرار بالدنانير، وحقيقة الاستثناء ما يكون موصولا بالمستثنى منه، و هذا على أصل أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله ظاهر، لأن عندهما سواء جعلته مستثنى من الأول أو من الآخر كان المستثنى صحيحا، فلما استويا ترجح الدنانير لاتصال المستثنى بها نصا، و على قول محمد رحمه الله من أصحابنا رحمهم الله من يقول: يجعل الدرهم مستثنى من الألف لأنه لو

80. sayfa.

79. sayfanın son satırındaki "لزمته المائة والحجة" den itibaren…[24]

جميعا لما بينا أنه أقام التزام الحج مقام الإقرار لمثول بالمال فيبقى المال لمثول و يلزمه الحج بالتزامه. ولو قال لفلان على مائة درهم أو قال عندي حر لم يلزمه من ذلك شيء، لأنه إذ أدخل حرف أو بين المنكورين فلا يكون عزيمة في واحد منهما بعينه. ولو قال لفلان على ألف درهم وزن سبعة أو نصفها لفلان آخر فهذا باطل إلا أن يجتمعا على قبضها فيأخذانها لأنه رد كلامه بين الإقرار بجميعها لمثول و بين الاقرار بنصفها للآخر ولو رد كلامه بين الاقرار الاول والاخر بجميعها لم يلزمه شيء إلا أن يصللحا فكذلك هيهنا. ولو قال لفلان على ألف درهم و لفلان أو لفلان و فلان فلمثول ثلث الألف و للرابع ثلث الألف و في حق الثاني والثالث الاستحلاف أو الاصطلاح في ثلث الألف، لأنه أدخل حرف أو بين الثاني و الثالث و لم يقرن بالأول و لا بالرابع فكان مقرا لمثول و للرابع و واحد إما الثاني و الثالث فينقسم أثلاثا عليهم: ثلثه لمثول عين و ثلثه للرابع عين والثلث الأخر متردد بين الثاني و الثالث فيكون الحكم فيه الاصطلاح أوالاستحلاف. ولو قال له أقرضني فلان أمس ألف درهم و إلا فعبده حر أو فعليه حجة فهنا إقرار بالمال لأنه أكد الإقرار بيمينه و لم يؤكد به كان المال واجبا عليه فعند التأكيد أولى. و لو قال أقرضني فلان أمس درهم و إلا فلفلان آخر علي دينار لزمته الدراهم و بطل الدينار، أما على قول محمد رحمه الله فظاهر و على قول أبي يوسف رحمه الله الجواب هذا هكذا بخلاف ما لو قال لفلان على مائة درهم والا فلفلان على مائة دينار لأن في الفصل الأول لا مجانسة بينهما يتعذر حمله على معنى التردد و إذا لم يمكن حمل قوله و إلا بمعنى أو بقى محمولا على حقيقته و هو تعليق الإقرار بالشرط في حق الثاني فيلزمه المال لمثول و في الفصل الثاني الكلامان من جنس واحد وأمكن أن يجعل قوله و إلا بمعنى أو محمولا على المجاز باعتبار المادة فلهذا لا يلزمه لواحد منهما شيء. ولو قال لفلان على دينار أو درهم فهنا في القياس باطل، لأنه لم يلتزم واحدا من المالين بعينه حين أدخل بينهما حرف أو ولا يجوز أن يلزمه ما لم يلتزمه الا ترى أن أصل المال لا يلزمه ما لم يلتزمه فلذلك عين أحد المالين لا يلزمه ما لم يلتزمه، و في الاستحسان يلزمه الدرهم لأن التزام أقل المالين متيقن به ولأن الدراهم و الدنانير في بعض الأحكام كجنس واحد حتى يضمن إحداهما الى الأخرى في حكم الزكاة وفي شراء ما باع بأقل مما باعهما كجنس واحد فكان هذا وقوله له على درهم أو درهمان سواء فيلزمه الأقل لكونه متيقنا به و هذا إذا ادعاهما المقر له ، فإن ادعى الدينار وحده يستحلف المقر على دعواه و هو بري، من الدرهم لأنه رد إقراره فيه فأما إذا ادعاهما فقد صار مصدقا له في الأقل و مدعيا الآخر أيضا فيلزمه الدرهم و يستحلف في الدينار لدعواه و كذلك لو قال له على كر حنطة أو كر شعير أو كر حنطة أو درهم أو ثوب سلم يهودي أو هروي فان ادعاهما الطالب يلزمه الأقل لكونه متيقنا عند اعتبار معنى المالية و يستحلف على الآخر لدعوى صاحبه.

[24] 80, 81, 84, 85, 89, 90, 92 ve 93. sayfalar Mebsut'un 1. Basım, Beyrut, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2001 baskılı basılı nüshasında da yeralmamaktadır.

85. sayfa

وإن قال بعت المتاع و استوفيت الثمن و ضاع فإن كان المتاع مسلّمها و لم يحرف الذي اشتراه فهو مصدق كان المريض حيا أو ميتا، لأنه أمين في المتاع المدفوع إليه و هو مسلط على بيعه و لو أخبر بهلاك عينه في يده كان مصدقا فكذلك إذا أخبر ببيعه و قبض العوض و هلكه في يده. و إن كان المتاع قائما و الذي اشتراه معروفا مقرا بذلك و ليس عليn المريض دين فالوارث مصدق أيضا إذا كان الموت حيا، لأنه أخبر بما يملك إنشاءه فإن الوكالة باقية ما دام الموت حيا فيصح إقراره بالبيع و قبض الثمن. و إن كان على المريض دين لم يصدق الوارث على ذلك و إن صدقه المريض فيه لأن المريض لو أقر بهذا بنفسه لم يصح إقراره ليضمن إقراره إبطال حق غرماء الصحة عن ماله فكذلك إذا أقر به وكيله. و إن كان ميتا حين أقر الوارث بذلك لم يصح إقراره ، لأنه قد انعزل عن الوكالة بموته فإنما أقر بما لا يملك إنشاءه فلا يصح إقراره إذا كان على المريض دين محيط، و إن لم يكن فكذلك في حق سائر الورثة لا يصح إقراره و إذا مات المريض فقال وارثه كانت له عندي وديعة فدفعتها إليه أو مضاربة أو بضاعة فهو مصدق في ذلك، لأنه ما أقر على نفسه بوجود السبب الموجب للضمان بل هو أمين منكر لوجوب الضمان عليه فالقول قوله مع اليمين إن اتهمه الورثة، فإن كان عمل بمال المضاربة أو البضاعة لم يصدق و كان ضامنا، لأن عمله في مال الغير سبب موجب للضمان عليه ما لم يثبت إذن صاحب المال في ذلك و بمجرد قوله لا يثبت الإذن و إن كان المريض قد أقر في مرضه أن معه مضاربة أو بضاعة فالوارث مصدق في الرد، لأن المريض أقر بما يملك إنشاءه فإن إذنه للوارث بالتصرف في مالية مضاربة والبضاعة صحيح فكان الوارث أمينا فيه، والقول في الرد قول الأمين. فإن قال الوارث دفعت إليّ الوركة أتصالبهم من ذلك بعد موت المريض كان مصدقا في براءة نفسه و لكنه غير مصدق في سلامة ما بقي له بل ما بقي مشتركا بينه و بين الورثة بعد أن يحلفوا ما قبضوا، لأن ما زعم أنه دفعه إليهم يجعل كالهالك، فإن قوله مقبول في البراءة عن الضمان لا في وصوله إليهم فيكون الباقي مشتركا بينه و بينهم ولو أقر المريض بقبض شيء مضمون كان له في يد وارثه من غصب أو غيره لم يصدق، لأن الوارث لو ادعى الرد كما لا يصدق في سقوط الضمان عنه فلو اسقطنا الضمان إنما نسقطه بقول المريض و قوله في ابطال المنفعة المالية إلى وارثه باطل و إذا مرض العبد التاجر فأقر بدين لأربعة رهط

قال رددته عليه صدق لكونه أمينا فيه. وإن جحده المريض فإذا لم يكن في إقرار المريض ما يوجب براءة الوارث كان مصدقا في ذلك و كذلك لو كان ذلك من ثمن بيع باعه له من غير وارث فقال الوارث قد قبضته و دفعته إلى مريض أو ضاع عندي و صدقه المريض كان صحيحا لأن الوكيل بالبيع أمين فيما يقبض من الثمن براءته بقوله دفعت لا بتصديق المريض. و كذلك لو أعطاه المريض الدراهم ليشتري بهما له حاجته فقال الوارث قد قطلت و دفعت إلى المريض فهو مصدق في ذلك سواء صدقه المريض أو كذبه، لأنه أمين في المال المدفوع إليه و أكثر ما في الباب أن في تصديق المريض اسقاط اليمين عنه فهذه اليمين ليست بمال و إن دفع المريض إلى وارثه دراهم ليقضيه غريما من غرمائه فقال الوارث قد دفعتها إليه و كذبه الغريم متيقنا به و هذا إذا ادعاهما المقر له ، فإن ادعى الدينار وحده يستحلف المقر على دعواه و هو بري، من الدرهم لأنه رد إقراره فيه فأما إذا ادعاهما فقد صار مصدقا له في الأقل و مدعيا الآخر أيضا فيلزمه الدرهم و يستحلف في الدينار لدعواه و كذلك لو قال له على كر حنطة أو كر شعير أو كر حنطة أو درهم أو ثوب سلم يهودي أو هروي فان ادعاهما الطالب يلزمه الأقل لكونه متيقنا عند اعتبار معنى المالية و يستحلف على الآخر لدعوى صاحبه.

جعل مستثنى من الدنانير لم يصح فيحمل كلامه على وجه يصح فيه المستثنى. ومنهم من يقول: هو أطلق الإقرار بالألف و لم يصل به الاستثناء، و ما ذكر من الاستثناء بعد الدنانير يحتمل أن يكون من الدنانير فلا يصح ويحتمل أن يكون من الدراهم فيبطل به حق الأول عن القدر المستثنى، و لا يجوز إبطال حقه بالشك.

89. sayfa

و لو قال لرجل واحد: له علي ألف درهم ومائة دينار إلا درهما في القياس هذا الاستثناء من الدينار أيضا لأنه متصل بالدينار و لكنه استحسن فقال: إذا كان المقر له واحدا فالاستثناء من الدراهم لأنا إن جعلنا المستثنى من الدينار صح باعتبار المعنى، و إن جعلناه من الدراهم صح باعتبار الصورة و المعنى جميعا، و ضرر النقصان في الوجهين يدخل على واحد فكان جعله من الدراهم أولى و على هذه لو قال له علي كر حنطة ومائة درهم إلا قفيز حنطة فالاستثناء من الحنطة استحسانا. قال في الكتاب: إذا كان ذلك لإنسان واحد جعلت الاستثناء من نوعه استحسانا. و هذا غلط وقع من الكاتب و الصحيح هو الأول وإذا قال: لفلان علي ألف درهم إلا مائة درهم أو خمسين درهما قال في نسخ أبي سليمان رحمه الله: عليه تسعمائة وخمسون درهما و في نسخ أبي حفص رحمه الله قال عليه تسع مائة وجه ما ذكر في نسخ أبي حفص رحمه الله إن كلامه عبارة عما وراء المستثنى فكأنه قال: له علي تسع مائة درهم او تسع مائة وخمسون ولو قال ذلك كان الواجب عليه تسع مائة فكذلك ههنا. وجه ما ذكر في نسخ أبي سليمان رحمه الله أنه أدخل حرف أو فيما جعله مستثنى، و لو أدخل حرف أو في المقر به كان الثابت هو الأقل فكذلك إذا أدخل حرف أو في المستثنى يكون المستثنى هو الأقل، و الأقل خمسون و هذا لأن الألف اسم لعدد معلوم قد تكلم به في إقراره فلا يخرج من كلامه القدر المتيقن به المتيقن به خمسون فلهذا لزمه تسع مائة و خمسون و لو قال: لفلان علي ألف درهم إلا مائة درهم و عشرة دنانير إلا قيراطا كانت المائة الدراهم و العشرة إلا قيراطا كله المستثنى فيبطل ذلك من الدراهم لأن قوله إلا مائة استثناء و قوله وعشرة دنانير عطف على المستثنى، و حكم المعطوف حكم المعطوف عليه، و قوله إلا قيراطا استثناء من المستثنى و الاستثناء من المستثنى صحيح. قال الله تعالى { إلا آل لوط إنا لمنجوهم أجمعين إلا امرأته} فكان آل لوط عليه السلام مستثنى من المهلكين فكانوا من المنجين و امرأته مستثناة من المنجين فكانت من المهلكين فعرفنا أن الاستثناء من الإستثناء صحيح، فلهذا صارت المائة درهم و العشرة الدنانير إلا قيراطا كله مستثنى و لو قال: له علي ألف درهم و مائة دينار إلا مائة درهم و عشرة دنانير كانت الدنانير و العشرة مستثناة لكونها معطوفة على المستثنى و المقر له بالمالين واحد فيجعل كل استثناء من نوعه استحسانا فعليه تسع مائة درهم و تسعون دينارا و لو قال: لفلان علي ألف درهم و مائتي دينار إلا ألف كان الاستثناء باطلا لأنه استثنى أحد النوعين كله و معنى هذا أن المقر له إذا كان واحدا فالاستثناء مجعول من نوعه، و نوع المستثنى الألف المذكور أولا فقد استثنى جميع ما تناوله أحد الكلامين و استثناء الكل باطل لما قلنا و لأنه للتميز بين المستثنى و المستثنى منه و هذا لا يتحقق في استثناء الكل و لو قال: لفلان علي كر حنطة و كر شعير إلا كر حنطة و قفيز شعير فاستثناؤه كر حنطة باطل لأنه استثنى جميع ما تناوله أحد الكلامين واستثناؤه قفيز شعير باطل أيضا في قول أبي حنيفة رحمه الله و هو صحيح عند أبي يوسف و محمد

92. sayfa

91. sayfanın sonunda "يتبين أن جواب الصحيح ما ذكره في نسخ أبي" ifadesinden sonra…

حفص رحمه الله و قيل وجه التوفيق بين الروايتين أن مراده في نسخ أبي سليمان رحمه الله أنه ذكر غير بالرفع و قوله درهم غير دانق لا يكون استثناء بل يكون بيانا أنه درهم و ليس بدانق كما يقال زيد غير عالم و ما ذكره في نسخ أبي حفص رحمه الله مراده أنه نصب غير فقال غير دانق فيكون هذا استثناء، و لكن هذا التوفيق ليس بصحيح لما ذكر بعده فقال و قوله إلا دانق و غير دانق و نقصان دانق سواء و لو قال: لفلان على ألف درهم إن شاء الله كان الإقرار باطلا لأن الاستثناء لما اتصل به أخرج كلامه من أن يكون عزيمة و لأنه علق الإقرار لشرط لا يحاط به، فإن الله تعالى شاء الأشياء كلها كما هو به فلا يدري أنه شاء التزامه هذا المال للمقر له بمبنه. و كذلك قوله عندي و معي فهو وقوله على سواء لما قلنا و لو كتب عليه ذكر حق: لفلان على فلان كذا أو أجله إلى كذا و من قام بذكر هذا الحق فهو ولي ما فيه إن شاء الله تعالى فهذا المال باطل و لا يلزمه ما في الصك في قول أبي حنيفة رحمه الله قياسا لأن المكتوب موصول بعضه ببعض فيكون قياس المذكور، و متى تعقب الاستثناء كلمات معطوفة بعضها على بعض كان منصرفا إلى الكل فكذلك إذا كان الوصل في الكتاب لينصرف الاستثناء إلى الكل. و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله يستحسن في الصك فيلزمه المال لأن معنى الإستثناء على من يقرم بالحق هو المتعارف بين الناس و المطلق مما هو مكتوب محمول على المتعارف كالمطلق مما هو منكور وصار هو الحرف منزلة دليل الخصوص في كلامه وللتحرز عن قول أبي حنيفة رحمه الله جرى الرسم في كتبه الوثائق أن يترك شيء من البياض عند قوله و من قام بهذا الذكر ليكون فصلا بينه و بين ما سبق في حكم الاستثناء و لو قال: لفلان على ألف درهم إن شاء فلان، فقال فلان قد شئت فهذا الإقرار باطل لأنه علقه بشرط في وجوده خطر والإقرار لايحتمل التعليق بالخطر لان التعليق بما فيه خطر يمين و لا يحلف بالإقرار و لأنه إخبار يتردد بين الصدق و الكذب، فإن كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط و إن كان كذبا لا يصير صدقا لوجود الشرط فلا يليق التعليق به أصلا، إنما التعليق فيما هو إيجاب ليتبين بالتعليق أنه ليس بإيقاع ما لم يوجد الشرط و كذلك كل إقرار علق بالشرط أو الخطر نحو قوله: إن دخلت الدار أو مطرت السماء أو إن هبت الريح أو إن قضى الله أو إن أراده أو رضيه أو أحبه أو قدره أو يسره أو إن سرت ذلك أو أصبت مالا أو إن كان كذلك أو إن كان حقا فهذا كله مبطل لإقرار إذا وصله بالكلام للمعنى الذي ذكرنا و لو قال: اشهدوا أن له علي ألف درهم إن مت، فهي عليه إن عاش أو مات لأن هذا ليس باستثناء و لا مخاطرة فإن موته كائن لا محالة و مراده أن يشهدهم على المال المقر به حتى لا تبقى ذمته مرتهنة به بأن شهدوا عليه بعد موته إذا جحد الوارث و امتنع من قضائه فكان راجعا إلى تأكيد إقراره فيلزمه المال مات أو عاش. و كذلك لو قال: له علي ألف درهم إذا جاء رأس الشهر أو إذا أفطر الناس أو إلى الفطر أو إلى الأضحى، لأن هذا ليس بتعليق بل هو دعوى منه الأجل إلى الوقت المذكور.

93. sayfa

أما في قوله إلى الغير مشكل و كذلك قوله إذا مات للوقت و الوقت الذي ذكرناه آت لا محالة فكان إقراره صحيحا و دعوى الأجل غير مقبولة إلا أن يثبته بالبينة أو يقر به الطالب. و على قول الشافعي رحمه الله المال عليه إلى أجله لأنه أقر بمال موصوف بأنه مؤجل إلى الفطر فيلزمه بالوصف الذي أقر به و هذا ليس بشيء، فإن الأجل حق لمن عليه المال فكيف يكون صفة للمال و لكنه مؤخر للمطالبة إلى مضيه فكان دعواه الأجل كدعواه الإبراء و لو قال: له علي ألف درهم إلا أن يبدو إلي أو الا أن أرى غير ذلك فالإقرار باطل سواء بدا له أو مات قبل أن يبدو له أو رأى غير ذلك، لأن هذا اللفظ تعليق بالشرط، ألا ترى أن في الإيجابات حمل شرطا حتى إذا قال لامرأته أنت طالق إلا أن يبدو لي أو إلا أن أرى غير ذلك كان تعليقا بالشرط فكذلك هنا فهو شرط فيه خطر فتعليق الإقرار به يكون مبطلا له و لو قال: له علي ألف درهم إن حمل متاعي إلى منزلي بالبصرة ففعل ذلك و قد كان حاضرا يسمع هذه المقالة فهو جائز و المال واجب، لأنه استئجار له على حمل متاع إلى البصرة بمنزلة قوله: لك علي ألف درهم إن تحمل هذا المتاع إلى البصرة و هو استئجار لعمل معلوم ببدل معلوم فإذا حمله بعد ما سمع مقالته كان قابلا للعقد فيستوجب الأجر. و كذلك لو قال لك علي ألف درهم إن حملت هذه المتاع إلى بيتي فهو استئجار بمنزلة قوله احمله إلى بيتي بدرهم و لو قال: لفلان على ألف درهم فيما أعلم فهو باطل بمنزلة الشهادة إذا قال أشهد أن لفلان علي فلان ألف درهم فيما أعلم كانت الشهادة باطلة و هذا قول أبي حنيفة و محمد رحمهما الله. و قال أبو يوسف رحمه الله هو شك في الشهادة و يقين في الإقرار لازم له، لأنه في الإقرار يخبر عن واجب عليه و الإنسان يعرف حقيقة الحال فيما عليه فكان قوله فيما أعلم بمنزلة قوله فيما أتيقن. و الإخبار عن نفسه يكون مؤكدا لإقراره لا مبطلا، و أما الشاهد إنما يخبر في شهادته عن واجب للغير على الغير و لا طريق له إلى معرفة حقيقة ذلك فكان قوله فيما أعلم استثناء لنفسه بمنزلة قوله فيما أحسب أو فيما أظن.

Ek 3:

XXI. Ciltteki Eksik Sayfalar

Not: Altı çizili yerler, basılı nüshanın 21. cildindeki ilgili yerlerde bulunmamaktadır. Eksik yerler Süleymaniye Kütüphanesi Damat İbrahim Paşa Bölümü 650 no'lu kayıt, 322/b ve 324/a numaralı varak esas alınmak suretiyle eklenmiştir.

باب الصلح في الغصب

(قال رحمه الله) : رَجُلٌ غَصَبَ عَبْدًا مِنْ رَجُلٍ ، ثُمَّ صَالَحَهُ صَاحِبُهُ مِنْ قِيمَتِهِ عَلَى دَرَاهِمَ مُسَمَّاةٍ حَالَّةٍ أَوْ إلَى أَجَلٍ فَهُوَ جَائِزٌ بِمَنْزِلَةِ ما لَوْ بَاعَ الْعَبْدَ مِنْهُ بِثَمَنٍ كَذَا أَوْ مُؤَجَّلٍ جَازَ سَوَاءٌ قَلَّ الثَّمَنُ أَوْ كَثُرَ ، فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ مُسْتَهْلَكًا فَأَقَامَ الْغَاصِبُ الْبَيِّنَةَ أَنَّ قِيمَتَهُ أَقَلُّ مِمَّا صَالَحَهُ عَلَيْهِ يَكْثِرُ لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَتُهُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمه الله : تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ وَتُرَدُّ زِيَادَةُ الْقِيمَةِ عَلَى الْغَاصِبِ إنْ كَانَ الْعَبْدُ مُسْتَهْلَكًا وَقْتَ الصُّلْحِ ، وَإِنْ كَانَ قَائِمًا فَالصُّلْحُ مَاضٍ . وَأَصْلُ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ الصُّلْحَ عَنْ الْمَغْصُوبِ الْهَالِكِ عَلَى أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهِ يَجُوزُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَلَا يَجُوزُ فِي قَوْلِهِمَا وَمِنْ أَسْخَبَانَا رحمهم الله مَنْ يَقُولُ مَوْضِعُ الْخِلَافِ إذَا كَانَ الْعَبْدُ أَبِقًا . فَأَمَّا إذَا كَانَ مُسْتَهْلَكًا حَقِيقَةً ، فَلَا خِلَافَ أَنَّ الصُّلْحَ عَلَى أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهِ مِنْ النُّقُودِ لَا يَجُوزُ ، حَتَّى إذَا تَصَادَقَا عَلَى أَنَّ ما وَقَعَ عَلَيْهِ الصُّلْحُ أَكْثَرُ مِنْ الْقِيمَةِ يَجِبُ رَدُّهُ وَلَكِنْ اخْتَلَفَا فِيهِ فَلَوْ حَقِيقَةً رحمه الله يَقُولُ : لَا أَقْبَلُ بَيِّنَةَ الْغَاصِبِ عَلَى أَنَّ قِيمَتَهُ دُونَ ما وَقَعَ عَلَيْهِ الصُّلْحُ ؛ لِأَنَّ إقَامَةَ عَلَى الصُّلْحِ إقْرَارٌ مِنْهُ أَنَّ قِيمَتَهُ هَذَا الْمِقْدَارُ أَوْ أَكْثَرُ مِنْهُ فَيَكُونُ هُوَ مُنَاقِضًا فِي دَعْوَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ وَيَكُونُ سَاعِيًا فِي نَقْضِ ما تَمَّ بِهِ ، فَلَا يُقْبَلُ ذَلِكَ مِنْهُ ، وَهَذَا يَقُولُ إنْ يَخْفَى عَلَيْهِ مِقْدَارُ الْقِيمَةِ فِي الِابْتِدَاءِ أَوْ يَعْلَمُ ذَلِكَ ، وَلَا يَجُزُ الْحُجَّةُ لِغَيْبَةِ شُهُودِهِ ، فَإِذَا ظَهَرَ لَهُ ذَلِكَ أَوْ حَضَرَ شُهُودُهُ وَجَبَ قَبُولُ بَيِّنَتِهِ عَلَى ذَلِكَ ، لِأَنَّهُ يَفْسِدُ بِهِ إثْبَاتَ حَقِّهِ فِي اسْتِرْدَادِ الزِّيَادَةِ كَالْمُزَارِعِ إذَا غَالَبَتْ زَرْعَهَا ، ثُمَّ أَقَامَتْ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ كَانَ طَلَّقَهَا زَوْجُهَا ثَلَاثًا قَبْلَ الْحُلْمِ ، وَالْأَصْلُ عِنْدِي أَنَّ هَذَا كُلَّهُ يَخْلُفُ ، فَإِنَّ الصُّلْحَ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله : عَلَى أَكْثَرَ مِنْ قِيمَةِ الْمَغْصُوبِ ، وَإِنْ كَانَ مُسْتَهْلَكًا وَتَصَادَقَا أَنَّ ما وَقَعَ الصُّلْحُ عَلَيْهِ أَكْثَرُ مِنْ الْقِيمَةِ وَعِنْدَهُمَا لَا يَجُوزُ وَحُجَّتُهُمَا فِي ذَلِكَ أَنَّ الْوَاجِبَ عَلَى الْغَاصِبِ عِنْدَ هَلَاكِ الْعَيْنِ الْقِيمَةُ ، وَهِيَ مَقْدُرَةٌ مِنْ النُّقُودِ شَرْعًا ، فَإِذَا صَالَحَ عَلَى أَكْثَرَ مِنْهَا مِنْ جِنْسِ النُّقُودِ كَانَ رِبًا كَما لَوْ غَصَبَ الْغَاصِبُ مِائَةَ دِرْهَمٍ عَلَى أَكْثَرَ مِنْ الْقِيمَةِ ، وَالدَّلِيلُ عَلَى أَنَّ الْوَاجِبَ هُوَ الْقِيمَةُ وَأَنَّ ما يَقَعُ عَلَيْهِ الصُّلْحُ بَدَلٌ عَنْ الْقِيمَةِ أَنَّهُ لَوْ صَالَحَهُ عَلَى طَعَامٍ مَوْصُوفٍ فِي الذِّمَّةِ إلَى أَجَلٍ لَا يَجُوزُ . وَلَوْ كَانَ ما يَقَعُ عَلَيْهِ الصُّلْحُ بَدَلًا عَنْ الْعَبْدِ لَجَازَ ؛ لِأَنَّ الطَّعَامَ الْمَوْصُوفَ بِمُقَابَلَةِ الْعَبْدِ عَنْهُ وَبِمُقَابَلَةِ الْقِيمَةِ يَكُونُ مَبِيعًا ، وَقَدْ ما هَذَا بِتَرِيكَتِي فِي عَبْدٍ إذَا أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ ، وَهُوَ مُوسِرٌ فَيَضْمَنُهُ الْآخَرُ وَصَالَحَهُ عَلَى أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ الْقِيمَةِ . فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ نِصْفُ الْقِيمَةِ شَرْعًا ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ الْمُعْتِقُ مُعْسِرًا فَصَالَحَ الشَّاكِتُ الْعَبْدَ عَلَى أَنْ اسْتَسْعَاهُ فِي أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ الْقِيمَةِ لَمْ يَجُزْ لِهَذَا الْمَعْنَى . وَإِذَا قَضَى بِالْقِيمَةِ بِالْقِيَمَةِ بِأَكْثَرَ مِنْ الثَّمَنِ الَّذِي اشْتَرَى بِهِ الْمُشْتَرِي فَرَضِيَ الْمُقَوِّمُ بِذَلِكَ إنْ جَوَّزَ ؛ لِأَنَّ الْعِوَضَ تَقَدَّرَ شَرْعًا بِمَا أَعْطَاهُ الْمُشْتَرِي فَلَمْ تَجُزْ الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله طَرِيقَانِ : أَحَدُهُمَا : أَنَّ الْمَغْصُوبَ عِنْدَ الْهَلَاكِ يَبْقَى عَلَى مِلْكِ الْمَغْصُوبِ مِنْهُ ما لَمْ يَتَصَرَّفْ حَقُّهُ فِي ضَمَانِ الْقِيمَةِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ اخْتَارَ تَرْكَ التَّسْمِينِ بَقِيَ الْعَبْدُ مَمْلُوكًا عَلَى مِلْكِهِ حَتَّى تَكُونَ الْعَيْنُ كُلُّهُ ، وَإِنْ كَانَ أَبِقًا فَعَادَ مِنْ إبَاقِهِ كَانَ مَمْلُوكًا لَهُ ، وَلَوْ كَانَ اكْتَسَبَ كَسْبًا كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ كَسْبَهُ ، وَلَوْ كَانَ تَسَبَّبَ سَكَّةً فَيَجُلُّ بِهَا سَيِّدُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ كَانَ لِلْمَغْصُوبِ مِنْهُ ، وَإِنَّمَا يَمْلِكُ الْمُكَاتَبُ بِمِلْكِ الْأَصْلِ ، وَهَذَا لِأَنَّهُ إذَا أَبْرَأَ الْغَاصِبُ عَنْ الضَّمَانِ يَلْتَحِقُ الْغَاصِبُ الْمودع ، وَهَلَاكُ الْوَدِيعَةِ فِي يَدِ الْمودع يَكُونُ عَلَى مِلْكِ صَاحِبِهِ وَلَا شَكَّ أَنَّ لَهُ أَنْ يَبْرِيَهُ عَنْ الضَّمَانِ لِأَنَّهُ اسْقَاطُ لِحَالِصِ حَقِّهِ إذَا ثَبَتَ هَذَا فَقَوْلُ لَما صَالَحَهُ عَلَى أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهِ فَالْمَالُ الَّذِي وَقَعَ عَلَيْهِ الصُّلْحُ يَكُونُ عِوَضًا عَنْ مِلْكِهِ فِي الْحِدْدِ وَ لَا يَرِدُ إلَى بَيْنِ الْحِدْدِ وَالنُّقُودِ كَما لَوْ كَانَ

و لو لم يصالح الاول و لكن صالح المستهلك على اقل عن قيمته جاز لانه ابراء عن بعض حقه و استوفى بعضه و لا يتصدق بشيء لانه لم يملك له فصل بطريق الابراء بخلاف الاول فقد سلم له الفصل بالاستيفاء و لا يكون المغصوب منه بعد اختياره تضمين احدهما ان يرجع على الآخر بشيء و ان نوى ما على الذي اختار تضمينه لان الخير بين الشيئين اذا اختار احدهما تعين ذلك عليه ثم هو بالاختيار يصير مملكا الثوب ممن اختار ضمانه و لا يتمكن من الرجوع عن ذلك التملك و التمليك من الآخر قال رجل غصب من رجل عبدا فأبق من يده ثم صالحه مولاه على دراهم او دنانير مؤجلة جاز لان الدراهم و الدنانير من جنس القيمة التي تجب عند تحدر رد العين و قد اجله فيها و التاجيل في بدل المغصوب و المستهلك صحيح و ان صالحه على ما سواهما من الكيلي و الوزني موصوفا مؤجلا كان فاسدا لان ما وقع عليه الصلح ليس من جنس القيمة فلا يكون هذا تأجيلا في القيمة بل يكون دينا بدين لان العبد الذي لا يعرف موضعه ليشار الى عينه بمنزلة الدين حكما و الدين بالدين حرام شرعا و كذلك لو لم يضرب له اجلا و فارقه قبل القبض فان الدين بالدين لا يكون عينا بمنزلة البيع لان العبد لما كان قائما في يده فهو محل البيع ابتداء يتمن حال لو الافتراق حصل عن عين بدين و ذلك جائز و لو صالحه على شيئ من ذلك بعينه او بغير عينه حالا او مؤجلا و العبد قائم بعينه في يده جاز و كان هذ

يجز لانه لم يكن دينا عليه فالعرض لا يثبت دينا في الذمة حتى يجعل المضمون منه بالغصب في حكم الدين و لانه لابد من القدرة على تسليم ما وقع عليه الصلح و ذلك يكون باحضار العرض و عند احضاره يكون رد عينه مستحقا فلو صح هذا الصلح كان بطريق الابراء عن العين و ذلك باطل و لان المغصوب منه بالصلح قطع المنازعة و لا تقطع المنازعة عند اخذ عين صالحه على نصف ذلك العين لانه يطالبه بتسليم ذلك النصف و هو جزء من المدعى بخلاف ما اذا صالحه على عرض اخر فان هذا الصلح يصح بطريق المعاوضة و قطع المنازعة في المدعى فهو على و ما لو صالحه على الدراهم سواء قال و كل عرض بين رجلين غصبه رجل فباشلهك ثم صالح احدهما من نصيبه على دراهم او دنانير كان لشريكه ان يشاركه فيها لان الواجب بعد الاستهلاك القيمة و هي مشتركة بينهما فانها وجبت بسبب واحد و هو الغصب عوضا عما هو مشترك بينهما و هو المغصوب فيكون مشتركا بينهما كما لو باعا من واحد بثمن واحد واحد الشريكين في الدين اذا استوفى نصيبه او بعض نصيبه كان للاخر ان يشاركه في المقبوض قال و لو صالحه على ثوب فالشريك ان يرجع عليه و لكن القابض الخيار ان شاء اعطاه نصف ذلك الثوب و ان شاء اعطاه ربع قيمة العرض بخلاف الاول فهناك يلزمه ان يدفع اليه نصف ما قبض لان ما وقع عليه الصلح هناك من جنس القيمة كان له الرجوع و لا يتحقق الا من السلطان و ذلك لو فيكون مشتركا بينهما فكان مستوفيا لبعض حقه و ذلك المستوفى جزء مما هو مشترك بينهما فلزمه دفع نصفه بعينه الى شريكه و هنا الثوب ليس من جنس القيمة فكان هو بالصلح مباشرا سبب الملك لنفسه في الثوب بنصيبه من الدين فيكون بمنزلة ما لو اشترى بنصيبه ثوبا الا ان في الشراء حق الشريك قبله يتعين في نصف نصيبه من القيمة لان مبنى الشراء على الاستقصاء و في الصلح يتخير المصالح لان مبنى الصلح على التجوز بدون الحق فمن حجته ان يقول انما وصلت الى حقي لاني جوزت بدونه فتجوز انت بمثل ذلك ان اردت مشاركتي فيحطيه نصف الثوب بهذه الحجة ان شاء و ان شاء امسك الثوب لانه هو المباشر لسبب الملك فيه و هو المعاوضة و اعطى صاحبه ربع القيمة كما في الشراء و ان كان العرض قائما بعينه ظاهرا لو مغيبا فصالحه احدهما من حصته على دراهم او تبنى مما يكال او يوزن و قبضه ثم ظهر الغصب لم يشاركه شريكه في ذلك لان حقهما كان في العين فالمصالح يصير مملكا نصيبه من العين بما استوفى فكانه باع نصيبه بالدراهم واحد الشريكين في العينة اذا باع لنصيبه لم يكن للاخر ان يشاركه في الثمن فكذلك اذا صالح و ان كان الاخر على حقه و خصومته في نصيبه سواء كان الغصب مما ذكرنا مما لا يبنا اذا بالاقدام على الصلح مع احدها لم يصر مقرا بالملك للمصالح فاجرى ان لا يصير مقرا بالملك للاخر قال ولو غصب رجل من رجلين طعاما بينهما و غيره منه لم صالح احدهما ثم صالح احدهما على دراهم او تبنى من الوزن او الكيل سوى الطعام و قبضه كان لشريكه ان يشاركه فيه لان الطعام المغيب في حكم المستهلك لان المستهلك ما لا يتوصل الى عينه ابدا و المستهلك من الطعام مضمون بالمثل و ذلك المثل دين لهما في ذمة الغاصب و قد بينا في الدين المشترك انه اذا قبض احدهما نصيبه او اخذ عوضا عن حصته كان للاخر ان يشاركه فيه و ان كان المغصوب ظاهرا في يد الغاصب و هو يجحده او يقر به لهما لم يشركه الاخر فيما قبض بالصلح اما اذا كان

Bâbu's-sulh fi'l-âriye ve'l-vedîa konusundaki altı çizili yerler de dahil olmak üzere Bâbü'l-hakemeyn konusu arasındaki bablar basılı Mebsut nüshalarında bulunmamaktadır. Eksikler Süleymaniye Kütüphanesi Hekimoğlu Bölümü, 384 no'lu kayıt, varak no: 621-659'dan eklenmiştir.

باب الصلح في العارية و الوديعة

قال رحمه الله : وَإِذَا قَالَ الْمُسْتَوْدَعُ : ضَاعَتْ الْوَدِيعَةُ أَوْ قال رَدَدْتُهَا عَلَيْكَ فَهُوَ مُصَدَّقٌ فِي ذَلِكَ لِكَوْنِهِ أَمِينًا. فَإِنْ صَالَحَهُ صَاحِبُهَا بَعْدَ هَذَا الْكَلَامِ عَلَى مالٍ لم يَجُزْ الصُّلْحُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رحمه الله . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله . وَالرِّوَايَةُ فِي الْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ إذَا ادَّعَى الرَّدَّ . ثُمَّ صَالَحَ صَاحِبَهُ عَلَى مالٍ قَالَ : فَالْأَجِيرُ عِنْدَهُ أَمِينٌ كَالْمُودَعِ وَقَالَ : مُحَمَّدٌ رحمه الله : الصُّلْحُ صَحِيحٌ وَالْحَاصِلُ أَنَّ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ثَلَاثَةَ أَوْجُهٍ . (أَحَدُهَا :) أَنْ يَدَّعِيَ صَاحِبُهَا عَلَيْهِ الِاسْتِهْلَاكَ . وَهُوَ يُنْكِرُ ذَلِكَ . وَفِي هَذَا يَجُوزُ الصُّلْحُ وَالِاتِّفَاقُ ؛ لِأَنَّ صَاحِبَهَا يَدَّعِي عَلَيْهِ دَيْنًا بِسَبَبٍ لَوْ أَقَرَّ بِهِ لَزِمَهُ فَهَذَا صُلْحٌ مع الْإِنْكَارِ وَذَلِكَ صَحِيحٌ عِنْدَنَا . (وَالثَّانِي :) أَنْ يَقُولَ الْمُودَعُ قَدْ هَلَكَتْ أَوْ رَدَدْتُهَا . وَلَا يَدَّعِي صَاحِبُهَا عَلَيْهِ الِاسْتِهْلَاكَ وَلَكِنَّهُ يُكَذِّبُهُ فِيمَا يَقُولُ فَفِي هَذَا خِلَافٌ كَمَا بَيَّنَّا . وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رحمه الله أَنَّ صَاحِبَهَا يَدَّعِي عَلَيْهِ الضَّمَانَ بَعْدَ طَلَبِهِ . وَذَلِكَ مِنْهُ بِمَنْزِلَةِ الْغَصْبِ . وَلَوْ ادَّعَى أَنَّهُ غَصَبَهُ فَأَنْكَرَ ثُمَّ صَالَحَهُ عَلَى مالٍ جَازَ الصُّلْحُ بِنَاءً عَلَى زَعْمِ الْمُدَّعِي فَهَذَا مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّ الْقَائِمَ نَابَ عَنِ الْمُودَعِ فَهُوَ بِهَذَا الصُّلْحِ بَقِيَ عَلَيْهِ بِمَالٍ وَذَلِكَ صَحِيحٌ عِنْدَنَا وَأَبُو يُوسُفَ رحمه الله يَقُولُ : الْمُودَعُ أَمِينٌ فَيُقْبَلُ بِخَبَرِهِ مَا أَخَذَ مِنْ دَعْوَى الرَّدِّ أَوْ الْهَلَاكِ . لِأَنَّ تَأْثِيرَ كَوْنِهِ أَمِينًا فِي قَبُولِ قَوْلِهِ . فَصَارَ ثُبُوتُ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ كَثُبُوتِهِ بِالْبَيِّنَةِ . وَلَوْ ثَبَتَ ذَلِكَ بِالْبَيِّنَةِ لَمْ يَجُزْ الصُّلْحُ بَعْدَ ذَلِكَ وَتُوجَّهُ الْيَمِينُ عَلَى الْمُودَعِ لِنَفْيِ التُّهْمَةِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ الْبَرَاءَةَ تَظْهَرُ بِخَبَرِهِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَحْلِفَ كَانَتْ الْبَرَاءَةُ ثَابِتَةً . وَإِذَا ثَبَتَ حُصُولُ الْبَرَاءَةِ بِخَبَرِهِ فَهُوَ كَمَا لَوْ أَبْرَأَ الْمَغْصُوبُ مِنْهُ الْغَاصِبَ عَنْ الْمُسْتَهْلَكِ . ثُمَّ صَالَحَهُ عَلَى مالٍ . وَإِنَّمَا يَجُوزُ بِالصُّلْحِ فِدَاءُ الْيَمِينِ الَّتِي هِيَ حَقُّ الْمُدَّعِي خَلَفًا عَمَّا فَوَّتَ عَلَيْهِ الْمُنْكِرُ لِلْمُدَّعِي بِزَعْمِهِ . وَهَذِهِ الْيَمِينُ لَيْسَتْ بِتلك الصِّلَةِ بَلْ هِيَ لِنَفْيِ التُّهْمَةِ وَيُبْدَى مِثْلَهَا بَدَلٍ . كَالْمَرْأَةِ إذَا أَخْبَرَتْ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ الْيَمِينِ . وَلَوْ صَالَحَهَا الزَّوْجُ عَلَى مالٍ لَمْ يَجُزْ) . أَلَا تَرَى) أَنَّ هَذِهِ الْيَمِينَ تَسْقُطُ بِمَوْتِهِ بِخِلَافِ يَمِينِ الْمُنْكِرِ فِي الدَّعْوَى وَالْخُصُومَاتِ . فَإِنَّ وَارِثَهُ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي ذَلِكَ حَتَّى يَحْلِفَ عَلَى الْعِلْمِ وَلَأَنَّ الْمُودَعَ سَلَّطَهُ عَلَى الْإِخْبَارِ بِالرَّدِّ وَالْهَلَاكِ فَقَوْلُهُ فِي ذَلِكَ كَقَوْلِ الْمَلِكِ . وَلَوْ أَقَرَّ الْمُودَعُ بِذَلِكَ . ثُمَّ صَالَحَهُ لَمْ يَجُزْ الصُّلْحُ . وَالْمُرَادُ عَنْ الْيَمِينِ مَا ذَكَرْنَا (الثَّالِثُ :) فِيمَا إذَا قَالَ الْمُودَعُ : رَدَدْتُهَا . وَقَالَ : الْمُودَعُ : اسْتَهْلَكْتَهَا . ثُمَّ صَالَحَهُ عَلَى مالٍ ففي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رحمه الله : لا يَجُوزُ هَذَا الصُّلْحُ أَيْضًا ذَكَرَهُ فِي رِوَايَةِ أَبِي حَفْصٍ رحمه الله في الْجَامِعِ . وَفِي قَوْلِهِ الْآخَرِ يَجُوزُ الصُّلْحُ . وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رحمه الله . وَجْهُ قَوْلِهِ الْأَوَّلِ مَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْبَرَاءَةَ تَحْصُلُ لَهُ بِقَوْلِهِ رَدَدْتُهَا وَقَوْلُهُ فِي ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِ صَاحِبِهَا . وَالْحُكْمُ الثَّابِتُ بِخَبَرِهِ لَا يَبْطُلُ بِدَعْوَى صَاحِبِهَا الِاسْتِهْلَاكَ فَكَمَا أَنَّ قَبْلَ هَذِهِ الدَّعْوَى لَوْ صَالَحَ لَمْ يَجُزْ الصُّلْحُ عَمَّا فَكَذَلِكَ بَعْدَ هَذِهِ الدَّعْوَى . وَجْهُ قَوْلِهِ الْآخَرِ أَنَّ الرَّدَّ وَإِنْ ثَبَتَ بِخَبَرِهِ فَصَاحِبُهَا يَدَّعِي عَلَيْهِ شَيْئًا آخَرَ لِلْمُسْلِمِ . وَهُوَ الِاسْتِهْلَاكُ فَصَارَ ذَلِكَ كَدَعْوَى مُبْتَدَأَةٍ عَلَيْهِ فَيَجُوزُ أَنْ يُصَالِحَهُ عَلَى مالٍ . (أَلَا تَرَى) أَنَّ الْيَمِينَ هُنَا عَلَى مَا يَدَّعِيهِ صَاحِبُهَا بِخِلَافِ الْأَوَّلِ فَهَذَلِكَ الْيَمِينُ عَلَى الْمُودَعِ مِنْ الرَّدِّ وَأَنَّ هَذِهِ الْيَمِينَ لا تَسْقُطُ بِمَوْتِهِ وَلَكِنْ يَحْلِفُ الْوَارِثُ عَلَى عِلْمِهِ بِاللَّهِ مَا اسْتَهْلَكْتُهَا كَمَا يَدَّعِيهِ صَاحِبُهَا بِخِلَافِ الْأَوَّلِ . وَهَذَا لِأَنَّ الْبَرَاءَةَ تَثْبُتُ بِقَوْلِهِ رَدَدْتُهَا لِكَوْنِهِ أَمِينًا وَذَلِكَ فِي حُكْمِ الْقَبْضِ بِجِهَةِ الْوَدِيعَةِ . وَفِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ لَا يَدَّعِي صَاحِبُهَا لِوُجُوبِ الدَّيْنِ عَلَيْهِ شَيْئًا آخَرَ وَهُنَا يَدَّعِي ذَلِكَ قَالَ ؛ وَإِنْ جَحَدَ الطَّالِبُ أَنْ تَكُونَ الْمُسْتَوْدَعُ قَالَ هَذِهِ الْعَقَالَةُ فَقَالَ الصُّلْحُ فَدَعْنِي الْمُسْتَوْدَعُ أَنَّهُ قَدْ قالها فَالصُّلْحُ جَائِزٌ . وَهَذَا التَّفْرِيعُ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رحمه الله خَاصَّةً . فَإِنَّهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رحمه الله فَلَا فَائِدَةَ فِي هَذَا الِاخْتِلَافِ ؛ لِأَنَّهُ لا يَجُوزُ الصُّلْحُ قَبْلَ هَذِهِ الْعَقَالَةِ وَبَعْدَهَا . وَجْهُ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رحمه الله أَنَّ الْإِقْرَارَ الْمُسْتَوْدَعَ عَلَى الصُّلْحِ طَالِبًا الْيَرَامُ لِمَالِ لِمَا يَسْتَبِ تَصْحِيحِ ظَاهِرِ فَهُوَ يُرِيدُ بِهَذَا تَوْرِيعَ ذَلِكَ أَنْ يَنْطِقَ مَا ذَكَرْنَا لَهُ الْبَرَاءَةُ فِيهَا . فَلَا يَقُولُ فَوْلَهُ فِي ذَلِكَ كَلَامُرَاءَ إذَا اخْتَلَطَ مِنْ زَوْجَهَا بَعْدَ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ . ثُمَّ زَعَمَتْ أَنَّ عِدَّتَهَا كَانَتْ قَدْ انْقَضَتْ فَقَالَ الْخُلْعِ لَا يَقُولُ قَوْلُهَا . فَإِنْ أَقَامَ الْمُودَعُ بَيِّنَةً بِهَذِهِ الْعَقَالَةِ تَرَى مِنْ الصُّلْحِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ فَعَلَى الطَّالِبِ الْيَمِينُ ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي عَلَيْهِ وُجُوبَ رَدِّ الْمَالِ عَلَيْهِ فَهُوَ كَالْمُتَلَمِّلَةِ إذَا أَقَامَتْ الْبَيِّنَةَ عَلَى أَنَّ الزَّوْجَ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا فَقَالَ الْخُلْعِ . فَإِنْ قِيلَ : هُوَ مُنَاقِضٌ فِي الدَّعْوَى هَذَا أَيْضًا شَائِعٌ فِي بَحْسِ ما قَدْ ثُم بِهِ فَيَنْبَغِي أَنْ لَا تُقْبَلَ بَيِّنَتُهُ . وَلَا يَخْلِفُ خَصْمُهُ كَالْبَائِعِ إذَا زَعَمَ أَنَّهُ كَانَ بَاعَ الْعَيْنَ مِنْ فُلَانٍ قَبْلَ أَنْ يَبِيعَهُ مِنْ هَذَا الْمُشْتَرِي بِخِلَافِ الْخُلْعِ . فَإِنَّ هُنَاكَ هِيَ مُنَاقِضَةٌ فِي الدَّعْوَى أَيْضًا وَلَكِنَّ الْبَيِّنَةَ تَقْبَلُ الْإِطْلَاقِ مَقْبُولَةٌ مِنْ غَيْرِ الدَّعْوَى . وَالْجَوَابُ أَنْ يَقُولَ : هُوَ غَيْرُ مُنَاقِضٍ فِي دَعْوَاهُ ؛ لِأَنَّ قَبُولَهُ الصُّلْحَ لا يَكُونُ إقْرَارًا مِنْهُ بِوُجُوبِ شَيْءٍ عَلَيْهِ وَلَكِنَّهُ يَدَّعِي خِلَافَ مَا يَشْهَدُ لَهُ الظَّاهِرُ ؛ لِأَنَّ الْعُقُودَ فِي الظَّاهِرِ مَحْمُولَةٌ عَلَى الصِّحَّةِ . فَلَا يَقُلْ قَوْلَهُ فِي ذَلِكَ إلَّا بِالْبَيِّنَةِ . وَعَدَّ عَدَمِ الْبَيِّنَةِ الْقَوْلُ قَوْلُ خَصْمِهِ مَعَ الْيَمِينِ لِكَوْنِ الظَّاهِرِ حُجَّةً وَشَاهِدًا لَهُ . وَإِنْ كَانَتْ الْوَدِيعَةُ قَائِمَةً بِعَيْنِهَا وَهِيَ مِائَةُ دِرْهَمٍ فَصَالَحَهُ مِنْهَا عَلَى مِائَةِ دِرْهَمٍ بَعْدَ إقْرَارِ أَوْ إنْكَارٍ كَالْمُودَعِ وَقَالَ : إنَّمَا قَامَتْ الْبَيِّنَةُ عَلَى الْوَدِيعَةِ ؛ لِأَنَّهَا عَيْنٌ فِي يَدِ الْمُودَعِ فَيَكُونُ الصُّلْحُ عَنْهَا مُعَاوَضَةً . وَمُعَاوَضَةُ الْمِائَةِ بِالْمِائَتَيْنِ بَاطِلٌ . وَلَا يُمْكِنُ تَصْحِيحُهُ بِطَرِيقِ الْإِبْرَاءِ وَالِاسْتِقْلَالِ ؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ لَا تَحْتَمِلُ ذَلِكَ . وَإِنْ لَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ وَكَانَ الْمُودَعُ مُنْكِرًا فَالصُّلْحُ جَائِزٌ عِنْدَ دَعْوَى الثَّنِي عِنْدَ إنْكَارِ الْمُودَعِ وَعَجْزِ الْمُدَّعِي عَنْ إقَامَةِ الْحِجَةِ عَلَى دعوى الدين وان كان الصلح على عرض فهو جائز على كل حال لان مبادلة العرض بالمائتين صحيح وان كان الصلح على عشرة دنانير بعد انكاره جاز ايضا و ان كان على اقرار والوديعة غير حاضرة عندهما لم يجز لان هذه مصارفة الدراهم بالدنانير فيشترط فيه القبض في المجلس و لم يوجد فاما بعد الانكار لا يتحقق معنى الصرف و لان تحقق تبدل الانكار و المودع غاصب ضامن فيصير قابضا بنفس العقد فاما بعد الاقرار يده يد امانة فلا يصير قابضا بنفس العقد اذا لم تكن حاضرة وان كانت حاضرة و في يد المستودع جاز لانه صار قابضا بحكم الصرف بالتمكن عقيب العقد فقد قبضت الدنانير في مجلس العقد و لو استهلك المستودع الوديعة و هي الف درهم ثم صالح منها على مائة درهم جاز لان مثل المستهلك دين في ذمته فتصحيح الصلح بطريق الاسقاط ممكن قال امرأة استودعت رجلا وديعة لكن عندها لغيرها ثم قبضتها منه و استودعتها اخر ثم قبضتها منه فقدت متاعها منها فقالت ذهبت بمتاعها و لا ادري ايكما صاحبه فانكرا ان يكونا أخذا ذلك و قالا لا ندري ما كان في وعائك غير انك دفعت الينا متاعا في وعاء فلم نفتشه و رددناه عليك فصالحتهما من ذلك على صلح فهو ضامن لمصاحب المتاع قيمة ذلك المتاع لانهما كانت مستودعة في ذلك المتاع وقد اودعته غيرها و اقرارها حجة عليها فيضمن لصاحب المتاع قيمة ذلك المتاع باقرارها والصلح فيما بينها و بينهما جائز لانها تدعي ضمان ذلك على احدهما فاذا صالحتهما فما قد التزمها بدل الصلح لها واحدهما مدعى عليه الضمان و الاخر ضمولي و الصلح مع كل واحد منهما صحيح و ان جاء زوجها فادعى ذلك قبلهما و لم يقل ان امرأتي وكلتني فصالحهما من ذلك على صلح و لم يقل تضمنان ذلك غير انه قال عليكما من قيمة المتاع المفقود خمسون درهما لمصاحب المتاع صلحا بينا لم يكن المرأة في التي خلبتنيها فقالت ذلك و قالا على كل واحد منا خمسون درهما و لم يبينا لمن الدراهم غير انها هي التي تدعي قبلهم فللمرأة ان يأخذ كل واحد منهما لحصته من ذلك لانها هي المدعية عليهما او على احدهما و قد التزمها حصتهما من المال المذكور فيكون ذلك عليهما لها سواء بينا انهما التزمها لها او لم يبينا ذلك و كذلك لو قال لهما قلبتا لي من زوجها او من اخ لها يضمن ذلك من المستودعين ما ذكرنا و المرأة غير حاضرة و لا يعلم انها وكلته بذلك الا يقولها انى كنت وكلتك او لم تقل ذلك غير انها قالت قد رضيت بالصلح الذي صالحكما عليه فهذا زوجي فالصلح جائز و عليهما ذلك لالتزامهما المال طوعا و ذلك منهما التزام لمن يدعي الضمان وقت فصلت فقال المستعير لصاحب تحتي و كنبه بين الدابة و هو مقر بالعارية وخامسه فاقتدى المستعير بمينه و صالحه على صلح او قال المستعير رددتها عليك ثم صالحه فهذا و الوديعة فيما ذكرنا من التغيير و الخلاف سواء لان المستحر في العين امين عندنا كالمودع و ان انكر رب الدابة العارية و قد فقدت تحت المستعير فالصلح على صلح جاز لان الضمان امين عندنا كالمودع و ان انكر رب الدابة العارية و قد فقدت تحت المستعير من الاذن لا يثبت بقوله فالصلح جائز الا ان تقيم المستحر البينة على العارية و انه قد فقد الدابة فلا يضمن و لو قال لم تكن رددتها عن الوديعة على ذلك فيمينك لانه قد اقر بالعارية و بقضاء الدين بالنكول فالثابت باتفاق الخصمين عليه فيبطل الصلح في قول ابي يوسف رحمه الله و كذلك الكافر في الصلح عن سائر الامانات كالبضاعة و المسارية و ان خالف المستحر فعطبت الدابة فهو ضامن فان صالحه عما يجوز عليه الصلح عن الديون جاز لان قيمتها صارت دينا عليه والله تعالى اعلم بالصواب

باب الصلح في الهبة

قال إذا ادعى على رجل انه وهب له هذا العبد و سلمه اليه وهو في يد الواهب و الواهب يجحد ذلك ثم اصطلحا على ان يكون نصفه للمدعى و نصفه للمدعى عليه جاز لانه صلح على الانكار ببدل معلوم و كذلك لو زاد احدهما صاحبه في ذلك دراهم معلومة ان كان المدعى هو الذي يدفع الدراهم فهي زعم المدعى عليه انه بيع نصف العبد منه بما يقبض منه من الدراهم وان كان المدعى هو الذي يدفع الدراهم فهي زعم المدعى انه يبع نصف الموهوب من الواهب بدراهم معلومة فجاز العقد في الوجهين جميعا بناء على زعم من يدعى جوازه و كذلك لو اصطلحا على ان يكون العبد لاحدهما على ان يرد على الآخر دراهم معلومة جاز لهذا المعنى و كذلك لو كان العبد في يد المعوهب له فى جميع ذلك فهو و ما لو كان في يد الواهب في المعنى سواء لان رجوع الواهب لا يتم بقبضه من غير قضاء و لا رضاء و لو كان الموهوب له مقر انه لم يقبض فاصطلحا على ان يكون العبد بينهما نصفين او على ان يرده الواهب دراهم لم يجز لانه أخذ المال على دعوى باطلة فالهبة قبل القبض لا توجب استحقاق شيء للموهوب له و لو رد الموهوب له و لم يكن الواهب دراهم على زعم من يدعى جوازه و كذلك لو اصطلحا على ان يكون العبد لاحدهما على ان يرد على الآخر دراهم معلومة جاز لهذا المعنى و كذلك لو كان العبد في يد المعوهب له فى جميع ذلك فهو و ما لو كان في يد الواهب في المعنى سواء لان رجوع الواهب لا يتم بقبضه من غير قضاء و لا رضاء و لو كان الموهوب له مقر انه لم يقبض فاصطلحا على ان يكون العبد بينهما نصفين او على ان يرده الواهب دراهم لم يجز لانه أخذ المال على دعوى باطلة فالهبة قبل القبض لا توجب استحقاق شيء للموهوب له و لو رد الموهوب له

الاجر و قيمة ما زاد القفيز الأخر في توبه و ذلك جائز و لو صالحه على دراهم الى اجل جاز لان الواجب عليه دراهم فيكون هذا تاجيلا بدون الحط او مع الحط فيما يستوجب عليه و ذلك دراهم فيكون هذا تاجيلا و ذلك مستقيم و كذلك لو صالحه على قفيز الحنطة ذهب جاز أما إذا قبض الذهب في المجلس فغير مشكل وإن لم يقبض أو أجله فيه فإن كان قيمة ما زاد القفيز الآخر في الثوب قراط ذهب أو أكثر يجوز هذا الصلح بطريق حط الأخر و التاجيل فيما زاد المصغر فيه وإن كان قيمة ذلك دون قيراط ذهب لك لم يجز الصلح لان العقد في حصة الأجر يكون صرفا فشرط قبضه في المجلس و التاجيل فيه مبطل له قال ولو هلك الثوب عند قصار فقال قد هلك ثم صالحه بعد ذلك على دراهم فهو جائز في قول من يضمن القصار يعني قول أبي يوسف رحمه الله عند محمد رحمه الله جواز هذا الصلح لا يشكل كما بينا من قوله في المودع و ابو يوسف رحمه الله في المودع يقول لا يجوز الصلح لانه امين فاما الاجير المشترك عنده ضامن غير مقبول القول فيما يدعى من الهلاك فيجوز هذا الصلح لهذا و عند أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز لأن الأجير المشترك عنده أمين كالمودع و قد بينا ان قول ابي حنيفة رحمه الله في المودع كقول ابي يوسف رحمه الله استدلالا بهذه المسئلة و كذلك لو قال دفعته اليك وإذا قال الراعي الخاص او المشترك قد ماتت شاة من الغنم فكذبه رب الغنم ثم صالحه من قيمتها على شيئ فهلي قول محمد رحمه الله في الوجهين جميعا الصلح جائز و عند ابي يوسف رحمه الله لا يجوز على الراعي الخاص لان الراعي الخاص امين عنده كما بينا ويجوز على الراعي المشترك لان الراعي المشترك عنده ضامن فلا يقبل قوله انها ماتت من غير حجة فيجوز الصلح و عند ابي حنيفة رحمه الله المشترك امين كالخاص فخيره بثبت الموت ولا يجوز الصلح في الوجهين عنده و كذالك لو قال اكلها سبع او سرقت فهذا و دعوى الموت سواء و اذا ادعى القصار انه دفع الثوب الى رب الثوب و طلب الاجر و كذبه رب الثوب فصالحه من الاجر على نصفه جاز بطريق اسقاط بعض الدين و استيفاء ما بقي وان كان الاجر حنطة يغير عينها فصالحه منها على دراهم و نقدها اياه جاز لان الحنطة يغير عينها اذا كانت اجره فهي بمنزلة الثمن والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز وان كانت الحنطة بعينها فصالحه منها على دراهم لم يجز لان الاجر اذا كان بعينه فهو بمنزلة المبيع و بيع المبيع قبل القبض من بائعه باطل في المنقول و لو رد الثوب و ادعى صاحبه انه اوفاه الاجر و جحده القصار فاصطلحا على ان يعطيه نصفا الاجر و هو درهم على ان يقصر له به بهذه الثياب فهو جائز لانه صالحه على بدل معلوم يجوز استحقاقه بالبيع والاجارة و في زعم صاحب الثوب انه يلتزم له الدراهم بمقابلة قصارة هذا الثوب الأخر و يزعم القصار انه يبريه عن نصف الأخر و تزيده في العقد قصارة الثوب الأخر و كل ذلك جائز والله اعلم بالصواب

باب الصلح على اليمين

وإذا ادعى رجل على رجل ألف درهم فأنكر ها ثم اصطلحا على أن يحلف المدعى عليه وهو بريء فحلف ماله قبله قليل و لا كثير فالصلح باطل والمدعى على دعواه إن أقام البينة أخذها لأنه صلح على مخالفة حكم[26] الشرع. وقد بينا أن يمين المدعى عليه لا يمنع المدعي من إقامة البينة على ما قال عمر رضي الله عنه واليمين الفاجرة أولى أن يرد من البينة العادلة والصلح على ما يخالف حكم الشرع باطل ولا يمكن تصحيح هذا الصلح بطريق الإسقاط لأن حق المدعى في إثبات دعواه بالبينة ثابت شرعا على وجه لا يسقط بإسقاطه مع بقاء أصل حقه [27]حين طلب يمين المدعى عليه فلهذا كان الصلح باطلا وله أن يثبت حقه بالبينة وإن لم تكن له بينة وإن[28] لم يستحلف المدعى عليه عند القاضي بعد تلك اليمين فله ذلك لأن اليمين الأولى كانت عند غير القاضي وهي لا تكون قاطعة للخصومة. فإن كان القاضي هو الذي استحلفه بها لم يكن له أن يستحلفه ثانيا لأن اليمين الأولى في مجلس الحكم (قاطعة للخصومة ولأن تكرارها لا يفيد فإن من لم يمتنع من اليمين

26 في الحقيقة غير الشرع
27 وفي الحقيقة وهو لم يسقط بهذا الصلح أصل حقه
28 وفي الحقيقة وإذا لم يستحلف المدعى عليه عند القاضي

الأولى في مجلس)[29] لا يمتنع من التثنية بخلاف الأول فقد يتحاسر الإنسان في غير مجلس الحكم ثم يمتنع منه في مجلس الحكم. فإن قيل في الصلح لما صالحه على أن يحلف وهو بريء ينبغي أن يستفيد البراءة من الحق بهذا اللفظ. قلنا لا يستفيد لأنه تعليق البراءة بحلفه. والبراءة لا يحتمل التعليق بالشرط و لأن هذا لا يكون أقوى مما استحلفه القاضي وإبراء وهناك تقبل البينة من الطالب بعد ذلك فهذا قياسه.

ولو اصطلحا على أن يحلف المدعى على دعواه على أنه إن حلف فالمدعى عليه ضامن لها فحلف المدعى على ذلك فإن المدعى عليه أن يضمن له شيئا أو يعطيه بل[30] يلزمه شيء والصلح باطل لأن المطلوب ما أقر بشيء ولكنه على إلتزام المال بالحلف وهو حلف المدعى وذلك باطل ثم هذا صلح على مخالفة حكم الشرع لأن اليمين في الشرع للنفي وليست بحجة في الإثبات فهما بهذا الصلح جعلا اليمين حجة في الإثبات وذلك باطل.فإن قال ألا ترى أنه لو قال إن حلف فلان عن الطالب فالمال على أو قال إن شهد به على فلان فهو على متهد به عليه لم يلزمه شيء لمعنى التعليق بالخطر ومعنى الصلح على مخالفة حكم الشرع وهو جعل شهادة الواحد وحلف الأجنبي ملزما. وكذالك لو اصطلحا على أن يحلف الطالب و المطلوب ثم يكون عليه نصف ما ادعى فهو باطل إعتبارا للبعض بالكل في جانب كل واحد منهما. وإن اصطلحا على أن يحلف الطالب اليوم على ما يدعي فإن مضى ولم يحلف فلا حق له فمضى اليوم قبل أن يحلف فهو على دعواه والصلح باطل لأنه وقعت على مخالفة حكم الشرع.

وكذالك لو اصطلحا على أن يحلف المطلوب وإن لم يحلف المطلوب فهو ضامن للمال أو قال فالمال عليه أو قد أقر بالمال

وإن اصطلحا على أن يحلف الطالب بطلاق أو غيره فإن حلف فالمال على المطلوب فحلف لم يجب على المطلوب شيء وللمحلفين اللذين أشرنا إليهما في اليمين بالله ولم يلزم الحالف طلاق لأنه يزعم أنه صادق في يمينه ولم يثم عليه حجة لكونه كاذبا في يمينه.

وكذالك لو اصطلحا على نحوه من يمين المطلوب لأنه يزعم أنه محق في إنكاره ومجرد دعوى المدعي لا يكون حجة عليه في أنه كاذب في يمينه. وإذا قال الطالب للمطلوب أنت بريء من دعواي هذه على أن تحلف مالي قبلك شيء فقبل ذلك وحلف لم يبرأ لأنه مخاطرة يعني به تعليق البراءة بخطر اليمين والبراءة لا يحتمل التعليق بالشرط الفاسد. وكذالك لو قال أنت بريء ما ادعيت قبلك إن حلفت أن لا حق لي قبلك أو متى حلفت أو حين ما تحلف أو عند يمينك أو قال المطلوب ما يدعي قبلي حق إن حلفت أو متى حلفت أو مع حلفك أو في حلفك فهذا كله باطل لتعليق الالتزام والبراءة بالشرط. ألا ترى أن هذا اللفظ في الطلاق والعتاق يفيد التعليق بالشرط. والله تعالى أعلم بالصواب.

باب الصلح في الإجارة والمهور والنكاح والطلاق

قال وإذا اختلف المؤجر والمستأجر في إجارة دار او في المدة أو في الأجرة ثم اصطلحا على مدة أكثر منها أو أقل أو على أجرة أكثر منها أو أقل فهو جائز لوجود التراضي منهما على الحط أو الزيادة في المعقود عليه أو البدل وذلك مستقيم.

وكذالك لو اصطلحا على سكنى هاهنا معلومة على أن زاده سكنى بيت من دار أخرى هذه المدة جاز. وكذالك لو صالحه على مدة من السكنى على أن يعطيه هذا رهنا بالأجرة أو على أن يعطيه هذا كفيلا بها ورضي بذلك الكفيل فهو جائز لان هذا الشرط لا يمنع صحة ابتداء العقد في البيع والإجارة فلا يمنع صحة الزيادة أيضا. وإن كان الكفيل غائبا فالصلح مردود لأن هذا الشرط يمنع صحة الإجارة ابتداء فيمنع الصلح على الزيادة أيضا. وإن اشترط على أن يزيده مع السكنى ركوب دابة إلى موضع كذا جاز أو زاده خدمة عبده

29 ما بين قوسين زيادة في الحاشية
30 لم يلزمه

هذا تسهرا لأن استحقاق منفعة الخدمة والركوب بمقابلة السكنى يجوز بعقد الإجارة ابتداء فكذلك بالصلح . ولو زاده المستأجر سكنى دار معروفة شهرا لم يجز لأن استئجار سكنى دار بسكنى دار لا يجوز فكذلك استحقاق ذلك بطريق الصلح.

قال وإذا تزوج امرأة على بيت وخادم ثم صالحها من البيت على ثياب هروية إلى أجل لم يجز لأن المراد بالبيت متاع البيت والبيت غير الثياب الهروية التي وقع الصلح عليها فيكون هذا دينا بدين وهو فاسد شرعا. وإن صالحها من البيت والخادم على دراهيم أو دنانير إلى أجل فهو جائز لأن المستحق على الزوج بهذه التسمية مالية متاع البيت والخادم. ألا ترى أنه لو أتاها بالقيمة أجبرت على القبول والمالية هي القيمة وذلك من النقود دراهيم أو دنانير وإذا صالحها على شيء من ذلك إلى أجل فهو تأجيل منها للزوج في المهر أو مبادلة وذلك مستقيم.

قال فإن قبضت ما صالحت عليه من ذلك ثم طلقها قبل الدخول بها ردت عليه نصفه لأن المقبوض ما هو المستحق لها بالتسمية فتنصف بالطلاق. وإن صالحها على عرض بعينه وقبضته ثم طلقها قبل أن يدخل بها فإن شاءت ردت إليه نصف قيمة الخادم و البيت وإن شاءت ردت نصف العرض الذي قبضت لأن المقبوض ليس عين المستحق بالتسمية بل هو بدل عنها وإنما ينتصف بالطلاق قبل الدخول المسمى إلا أنها أخذت العرض بطريق الصلح ومبنى الصلح على التجوز بدون الحق. فعند الطلاق لها الخيار بين أن يرد عليه نصف المقبوض وبين أن يتمسك العرض الذي ملكته بالصلح فيغرم له نصف القيمة التي صارت قائمة لها بطريق الصلح.وإذا صالح الرجل امرأته ولم يدخل بها على أن طلقها على أن ترضع ولده سنتين حتى تفطم وعلى إن زادها هو ثوبا بعينه ففعلت فهذه المرأة الثوب فاستهلكته وأرضعت الصبي سنة ثم ماتت وقيمة الثوب والمهر سواء فإن الزوج يرجع عليها بنصف قيمة الثوب وربع قيمة الرضاع لأن الزوج بدل لها بمقابلة الإرضاع سنتين البضع بالطلاق والثوب وقيمتهما سواء فيتوزع الرضاع عليهما نصفين نصفه بمقابلة الطلاق جعل في الخلع وقد أوفت نصف ذلك النصف وفات نصفه بموت الصبي وهلاك الثوب وجعل الطلاق قبل التسليم لا يفسد التسمية ولكن يلزمها القيمة فلهذا يرجع عليها بربع قيمة الرضاع ونصف الرضاع كان بمقابلة الثوب شراء للثوب أو استأجارا أو هبة أوفت نصف ذلك النصف وفات النصف بموت الصبي فيبطل العقد بحصة ما فات لأن في المقايضة هلاك أحد الموعضين قبل التسليم لا يفسد العقد فيلزمها رد نصف الثوب لو كان قايما و قد استهلكته فلهذا رجع عليها بنصف قيمة الثوب (وبربع قيمة الرضاع) ولو كانت المرأة زادته مع ذلك شاة قيمتها مثل قيمة الرضاع رجع عليها بربع قيمة الثوب وربع قيمة الرضاع وسلمت له الشاة لأنها بدلت تثنيين الرضاع والشاة بمقابلة تثنيين الطلاق والثوب ومثنى قوبل تثنيان بتثنيين يتقسم كل واحد منهما على الأخرين للمعاوضة والمساواة فكان بمقابلة الرضاع نصف الطلاق ونصف الثوب بمقابلة الشاة. كذلك وقد أوفت نصف الرضاع وفات النصف. فنصف ما فات وهو الربع بمقابلة الطلاق فيرجع بربع قيمة الرضاع ونصف ما فات بمقابلة الثوب فيرجع بربع قيمة الثوب والشاة سالمة للزوج تصفها بمقابلة نصف الثوب ونصفها بمقابلة نصف الطلاق. ولو استحقت الشاة مع ذلك يرجع عليها بثلاثة أرباع قيمة الثوب وربع قيمة الرضاع ويرجع بنصف قيمة الشاة لأن نصف قيمة الشاة بمقابلة نصف الثوب وقد استحق فيرجع بنصف قيمة الثوب عند استحقاق الشاة مع ما ذكرنا والمسئل الأول من الرجوع بربع قيمة الثوب أيضا وبربع قيمة الرضاع ويرجع بنصف قيمة الشاة أيضا لأن نصف الشاة بمقابلة الطلاق وقد استحقت ويرجع بقيمة ذلك النصف وإن استحق الثوب ولم يستحق الشاة بمقابلة الطلاق والمسألة على حالها فإن المرأة ترجع على الرجل بنصف الشاة وبأجر مثلها في نصف السنة التي أرضعت لأنها بدل بمقابلة الثوب والطلاق الشاة والرضاع فنصف الشاة بمقابلة نصف الثوب وقد استحق فيرجع عليه بنصف قيمة الشاة ونصف الثوب بمقابلة نصف الرضاع وقد استحق فيبطل العقد فيه بالاستحقاق ويرجع بأجر مثلها في نصف السنة التي أرضعت ويرجع عليها الرجل بربع قيمة الرضاع على ما ذكرنا لأنه فات نصف الرضاع فما يختص من ذلك الفائت الطلاق يرجع بقيمته وذلك ربع قيمة الرضاع .يفاضون.(اعتياض. بذلك ويرجع بعضهم على بعض بفضل إن كان.

ولو ادعت امرأة أن زوجها طلقها ثلاثا ووجد الزوج ذلك فصالحها على مائة درهم على إن أكذبت نفسها أو برئت من الدعوى فالصلح باطل لأن الحرمة الثابتة بالطلاق الثلاث حق الشرع فلا يحتمل السقوط بإسقاطها والصادقة في الدعوى ليس لها أن تكذب نفسها شرعا بعوض ولا بغير عوض فالصلح باطل وله أن يرجع في المائة وهي على دعواها وكذالك لو ادعت قبله تطليقة أو تطليقتين أو حلف لأن الطلاق الواقع والبينونة الحاصلة بالخلع لا يحتمل السقوط بإسقاطها عن ذلك يكون باطلا. ولو ادعى رجل قبل امرأة أنه تزوجها فجحدت ذلك فصالحها على مائة درهم على أن تقر بذلك ففعلت وتزوجها فالنكاح باطل وله أن يرد عليها مائة درهم لأنه لا يجوز إبتداء النكاح وإبتداء النكاح بلفظ المعاوضة والصلح صحيح. ولو قال تزوجتك أمس على ألف درهم فقالت لا قال إن يدك مائة على أن تقري بالنكاح ففعلت كان لها ألف ومائة والنكاح جائز لأن الزوج زادها في الصداق ويستوصبها بذلك ليقر بالنكاح وذلك مستقيم شرعا.ولو ادعى رجل قبل رجل ألف درهم فجحده فقال أقر لي بها على أن أحط عنك مائة فعل ذلك فهو جائز بخلاف قوله على إن أعطيك مائة لأن الحط إسقاط من المطالب ليحض حقه فسببه لا يتحقق بينهما مبادلة والإعطاء تمليك لما أعطاه من صاحبه وباعتباره يتمكن مبادلة المائة بالألف التي ادعاها بإقراره. ولو ادعت امرأة على زوجها طلاقا بائنا فصالحها على مائة درهم على إن طلقها بائنا فهو جائز لأن في زعم الزوج أنه طلقها ابتداء بالمائة وذلك خلع صحيح. وكذالك لو قالت على إن تقر لي بهذا الطلاق الذي ادعيت وهو يجحد ذلك فهو جائز لأن في زعم الزوج أنه بطلقها ابتداء وإن أقامت بينة على ذلك فشهدوا أنه طلقها ثلاثا أو واحدة بائنة رجعت عليه بالمحل الذي أعطته لأن البينة على الطلاق مقبولة من غير دعوى فتبين أنها لم تكن في نكاحه حين أخذ منه المحل فعليه رد المحل والثابت بالبينة كالثابت بإقرار الزوج. ولو ادعى على امرأة أنها امرأته فأنكرت ذلك فصالحته على مائة درهم على أن تبرأ من تزوجها الذي ادعى أجرته إذا قبل لأن هذا بمنزلة الخلع يزعم الزوج والخلع بلفظ البراءة صحيح. فإن أقام بينة على تزوجه بعد الصلح أو أقبل ذلك منه لأن في زعمه أن ما جرى بينهما كان خلعا ولا فائدة بعد الخلع في إقامة البينة على النكاح وكذالك لو قالت أعطيتك مائة درهم على المبارأة على أنك (بريء) من دعواك على أو على أنه لا نكاح بيني وبينك فهو خلع صحيح بناء على زعم الزوج والله تعالى أعلم

باب الصلح في العتق والرق

إذا ادعى على مجهول الحال أنه عبده فأنكر المدعى عليه بذلك ثم صالحه على مائة درهم فهو جائز لأن زعم المدعى أنه يعتق مملوكه بما يشترط عليه من العوض وذلك مستقيم. فإن أقام المدعى البينة بعد ذلك أنه عبده لم يقبل بينته في إثبات العتق لأن ما جرى بينهما كان بمنزلة العتق. غير أن البينة تقبل في استحقاق الولاء لأنه بما جرى من الصلح لم يستحق الولاء فإنه أثر من آثار الملك ولم يثبت الملك بمجرد دعواه فتقبل البينة لاستحقاق الولاء كذالك لو قال أصالحك من دعواي على وصف إلى أجل كذا لأن جواز هذا الصلح باعتبار البناء على زعم المدعى وفي زعمه أن هذا عتاق مجهل. فكل ما يثبت دينا في الذمة في المكاتبة والحق يجعل بدلا في الصلح ولو أخذ منه كفيلا بذلك لزم الكفيل تلك الكفالة بخلاف الكفالة ببدل الكتابة لأن المكاتب عبده والمولى لا يستوجب على عبده دينا قويا. فأما هذا عتق بنفس الصلح بمنزلة ما لو أعتقه على مال والبدل المشروط يثبت دينا في الذمة بصفة القوة فلهذا جازت الكفالة به. ولو قال لجارية أنت أمتي وقالت

لا بل أنا حرة فصالحها من ذلك على مائة درهم فهو جائز لما قلناه. فإن أقامت البينة أنها كانت أمته أعتقها عنه الأول أو أنها حرة الأصل من الموالي أو من العرب حرة الأبوين رجحت بالمائة عليه لأن البينة على حريتها مقبولة من غير دعوى فكذلك مع التناقض منها في الدعوى فتبين أنه أخذ منها جهلاً ليكف عن دعوى باطلة ولا ثبت بإقراره لزمه رد المائة فكذلك إذا ثبت بالبينة أنها كانت أمة فلان فأعتقها عام الأول لم أقبل ذلك منها ولم يرجع بالمائة على هذا لأنها يحتاج إلى إثبات المالك لمن يدعي الحق من جهته والبينة على المالك لا يقبل من غير دعوى وإلا مع التناقض في الدعوى وفي مناقضة في دعواها وإذا لم تقبل بينتها لم يرجع بالمائة. وإذا ادعى العبد أن مولاه أعتقه وصالحه مولاه على مائة درهم يدفعها للعبد على أن يبرأ من هذه الدعوى فالصلح باطل لأن الحرية التي ادعاها العبد لا ناقض لها بعد ثبوتها ولا يحتمل السقوط بإسقاطه بعوض ولا بغير عوض وفي زعم المولى أنه عبده والعبد لا يستوجب على مولاه شيئاً وإن التزمه وكان الصلح باطلاً بإتفاقهما ومتى أقام العبد البينة على عتقه عتق لأن التناقض في دعوى العتق لا يمنع قبول البينة مع أنه لم يصر مناقضاً حقيقة بالإقدام على الصلح والأمة في هذا كالعبد أو أقوى وإذا ادعى المكاتب أن مولاه أعتقه قبل أن يؤدي شيئاً فصالحه مولاه على أن حط عنه النصف من المكاتبة وأدى النصف ثم أقام المولى البينة أنه كان أعتقه قبل ذلك فالصلح باطل لأن العتق (الذي) يثبت بحجة البينة فهو كالثابت بإقرار المولى فتبين أن المولى استوفى منه نصف البدل بغير حق فعليه رده. ولو ادعى العبد على مولاه عتاقاً صحيحاً فجحده وصالحه العبد على مائتي درهم على أن أمضي العتق فهو جائز لأن المولى يزعم أنه يعتقه إبتداء بجعل فإن وجد العبد بينة أنه أعتقه قبل ذلك رجع على مولاه بما أعطاه لثبوت حريته بالبينة سابقاً على الصلح الذي جرى بينهما فالتناقض في الدعوى لو تحقق لا يمنع إقامة البينة على حرية العبد فلأن لا يمنع مجرد الصلح من ذلك أولى وتبين أن المولى اخذ منه مالاً بغير حق فعليه رده والله تعالى أعلم بالصواب.

باب الصلح على أداء البعض بشرط البراءة

وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم فصالحه أن أحط عنك خمسمائة على أن تعطيني اليوم خمسمائة فصالحه على ذلك فإن أبا حنيفة ومحمدا رحمهما الله قالا إن أعطاه بيومئذ خمسمائة جاز الصلح وإن مضى اليوم قبل أن يعطيه انتقض الصلح وكانت الألف عليه.وقال أبو يوسف رحمه الله ليس عليه إلا خمسمائة ولو اشترط عليه وقال إن لم توفني اليوم خمسمائة فعليك الألف فمضى اليوم قبل أن يعطيه فعليه الألف. ولو صالحه على إن حط عنه خمسمائة على

ولو كان أخذ منه كفيلاً وشرط على الكفيل إن لم يوفه خمسمائة رأس الشهر فعليه الألف كلها فهو جائز والألف كلها لازمة للكفيل إن لم يوفه خمس المائة كما قال لأن الكفيل قائم مقام الأصيل . وإذا كان عند التصريح بهذا الشرط مع الأصيل يلزمه جميع الألف إذ مضى الوقت فمع الكفيل أولى وكذلك لو ضمن الكفيل كلها ثم قال قد حطمت عنك خمسمائة على أن توفيني رأس الشهر خمسمائة فالألف كلها عليك وهذا أوثق من الباب الأول وأصح لأن الكفيل التزم جميع المال هنا بالكفالة اولا ثم بحط عنه خمسمائة بشرط أن يوفي ما بقي رأس الشهر فهو في ذلك كالأصيل من كل وجه وفي الأول علق الكفيل التزام الخمس مائة الأخرى بشرط فوات أداء الخمس مائة رأس الشهر. والإسقاطات أقرب إلى التعليق بالشرط من الالتزام وقد قررنا هذا في الكفالة أن قوله إن لم يوافه به فعليك المال في معنى الكفالة بالمال في الحال. ثم البراءة بشرط الموافاة بالنفس فلهذا هذا أوثق من الباب الأول وأصح وكذلك لو جعله نجوما بكفيل أو بغير كفيل وقال إن لم يوفني كل نجم عند محله فالمال عليك حال وما حملت عنك فهو عليك فهو

31 في الحاشية بطل الصلح
32 في الحاشية فما بينا
33 في الحاشية الجواب

جائز على ما اشترطا لأنه علق انتقاض الصلح بشرط أن لا يوافيه النجم عند محله وذلك جائز للعرف أو ما رضي بإسقاط بعض المال والتنجيم في الباقي لا يثبت إلا بشرط أن يوفيه كل نجم عند محله فإذا انعدم هذا الشرط لم يتم رضاه بالحط ولا بالتنجيم فيكون المال كله عليه حالاً ولو قال للغريم او الكفيل إذا أديت إلي خمسمائة منها فانت بريء فما بقي أو قال متى أديت منها إلي خمسمائة أو قال إن دفعت إلي خمسمائة فهذا كله باطل ولا يبرأ عن خمس المائة وإن أدى ما بقي سواء ذكر لفظ الصلح أو لم يذكر لأن هذه مخاطرة يعني أنه تصريح بتعليق البراءة بالشرط وذلك باطل كما لو قال إن دخلت الدار فقد أبرأتك بخلاف الأول فذاك ليس بتصريح بالتعليق وإن كان فيه معنى التعليق وتحقيقه أن البراءة إسقاط فيه معنى التمليك ولهذا لا يتوقف على القبول ويرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك. والتمليكات لا تحتمل التعليق بالشرط والإسقاط يحتمل ذلك فلمعنى التمليك فيه قلنا إذا صرح بالتعليق بالشرط فيه لم يصح ولمعنى الإسقاط فيه قلنا يصح التعليق بالشرط إذا لم يصرح به بخلاف ما يحلف عليه من الطلاق والعتاق فإنه إسقاط ليس فيه معنى التمليك وكذلك لو قال لمكاتبه إذا أديت إلي خمسمائة فأنت بريء مما بقي من مكاتبتك في صلح أو غير صلح ثم ابى ان يوفي له بعد ما أدى إليه فذلك له ولا يجوز البراءة لأن بدل الكتابة واجب للمولى على مكاتبه كسائر الديون .في إسقاط بعضه معنى التمليك حتى يرتد برد المكاتب فإذا علق البراءة عنه بالشرط نصا لم يصح وإذا بخلاف ما إذا قال إن أديت إلي خمسمائة فأنت حر فأدى خمسمائة عتق لأن ذلك تعليق العتق بالشرط وإن كان فيه معنى التمليك إلا أنه حكما بتنجيز العتق فيه فأما هنا تعليق البراءة بشرط نصا ضمن هذا الوجه يقع الفرق بينهما. وكذلك لو قال هذا للكفيل إذا أديت إلي خمسمائة فانت بريء مما بقي وفيه بعض الإشكال فإنه ليس في إبراء الكفيل معنى التمليك ولهذا لا يرتد برده فكان ينبغي أن يجوز تعليقه بالشرط إلا أن إبراء الكفيل كإبراء الأصيل من حيث أنه لا يخلف به وهو فرع له فيلحق به في حكم التعليق بالشرط وإن خالفه في بعض الأحكام. والله اعلم بالصواب

باب الصلح في الصدقة والرهن والبيع الفاسد وغير ذلك

قال وإذا كانت الدار في يدي رجل فادعى أن فلانا تصدق بها عليه وأنه قبضها وقال ذلك لي وهبها لك وأنا أريد الرجوع فيها فاصطلحا على مائة درهم على أن يسلم له الدار بصدقة فهو جائز ولا رجوع فيها بعد ذلك لأنها لما تكاذبا في السبب لم يثبت واحد من السببين وفي زعم صاحب الدار أنها يملكها إبتداء بالمائة وذلك يمنع صحيح فلا رجوع له بعد ذلك فإن أقر الذي هو في يديه أنها هبة بعد الصلح أو جحد رب الدار الهبة والصدقة جميعا قبل الصلح فهو على ما ذكرنا وكذلك لو اصطلحا على أن تكون الدار بينهما بالسوية على أن رد الذي في يديه الدار مائة درهم فالصلح جائز ولا يبطله معنى الشيوع لأن هذا في زعم من تصادقا على أنه كان مالكا للدار بيع نصف الدار بالمائة والشيوع لا يمنع صحة البيع. وإذا ادعى عبدا في يدي رجل أنه رهنه إياه بمائة درهم كانت له هذه وقال ذو اليد بل هو عبدي والمائة لي عليك فاصطلحا على أن أبرأه من المائة وزاد خمسين درهما وسلم له العبد فهذا جائز لأن هذا الصلح في معنى بيع العبد من مائة وخمسين درهما وذلك جائز سواء كان العبد مرهونا في يده أو لم يكن مرهونا وإن اصطلحا والعبد في يدي المرتهن على أن زاده خمسين درهما قرضا وجعل هذا العبد رهنا بهذه المائة والخمسين فهو جائز لأن صاحب العبد كان منكرا للرهن فهو بزعمه إنما يبرأه عن المائة وحده العبد ابتداء بالمائة والخمسين وذلك مستقيم. وعلى قول من يجوز الزيادة في الدين في حكم الرهن لا يشكل جواز هذا ولو اصطلحا على أن جعل له الخمسين هبة على أن جعل العبد رهنا بمائة فهذا الصلح لا يجوز لأنه أخذ الخمسين بطريق الرشوة فإنه جعل على رهن أو إقرار بالرهن وذلك (مما) لا يجوز الاعتياض عنه فيكون هذا أكل المال بالباطل وذلك حرام ويرجع هو في الخمسين ويرجع الأخر في رهنه ولو صالحه على أن يبرأ به من خمسين وبجعل العبد رهنا بالخمسين الباقية فهو جائز لأنه أبرأه عن نصف الدين ليصلبه بما بقي رهنا فهو كما لو أبرأه عن نصف الدين على أن يصلبه بما بقي كفيلا معلوما ورضي به الكفيل وذلك جائز فهذا مثله. وهذا لأن الكفالة والرهن للتوثق مما بقي لا لتكون عوضا عن

المحطوط فيكون حط النصف صحيحا والرهن بما بقي صحيح ولو ادعى المرتهن توبا في يدي الراهن أنه رهنه إياه بعشرة دراهم أقرضها إياه وأنه لم يقبض الرهن وقال الراهن لم أرهنك ثم اصطلحا على أن رهنه إياه على أن حط عنه درهما من العشرة أو على أن أقرضه درهما أخر على أن يكون رهنا بذلك ودفعه إليه جاز لأنه جعله رهنا عنده بجميع الدين ابتداء بزعمه وحط عنه درهما وأعطاه المديون رهنا بما بقي وكل واحد منهما مستقيم. فإن لم يدفع إليه الثوب حتى بدى له في أمساكه فله ذلك لأن الرهن لا يتم إلا بالقبض ولكن الصلح باطل ويرجع فيما حط لأنه إنما رضي بالحط بشرط أن يرهنه بما بقي فإذا لم يفض لم يصح الحط.فإن وإذا كانت قيمة الرهن مائتي درهم والدين مائة فقال المرتهن هلك عندي وقال الراهن لم يهلك ثم اصطلحا على إن رد عليه المرتهن خمسين درهما وأبرأه عن المائة لم يجز الصلح في قول أبي يوسف رحمه الله وهو جائز في قول محمد رحمه الله وكذلك لو قال المرتهن دفعته إلي الراهن وهذا لأن عين الرهن أمانة في يد المرتهن كالوديعة وقد بينا الخلاف في هذا الفصل في سائر الأمانات فكذلك في الرهن ولو لم يقل شيئاً من ذلك . وقال الراهن بعت متاعي فلم يقر ولم ينكر ثم اصطلحا جاز الصلح لأن الراهن يدعي عليه أنه غاصب ضامن والصلح عن دعوى ضمان الغصب على مال صحيح. ولو أقر المرتهن أنه باع المتاع بمائة درهم بوكالة الراهن وقال الراهن ما وكلتك بيعه ثم اصطلحا على أن أبرأه من المائة وزاده خمسين درهما جاز لأنه ضامن للمتاع إقراره بالبيع فالوكالة لا تثبت مع إنكار الراهن ويعقد الرهن لا يملك البيع مالم يوكله الراهن به. فإنما صالحه في الحاصل عن دعوى المائتين على مائة وخمسين وذلك جائز وإن ظهر المتاع عند المرتهن فالصلح ماض لأنه ظهر أنه ملكه المتاع ببدل معلوم وفي هذا نظير الغاصب. قال ولو مات الراهن فادعى رجل أن المتاع له وأنه أعاره لبرهنه فأقر المرتهن بذلك لم يصدق على ورثة الراهن لأن المتاع صار ملكا للورثة وإقرار المرتهن في ملك الغير باطل. ولو كان المرتهن باع المتاع ثم مات الراهن فصالح الورثة على أن أبرأه وعلى أن يرد عليهم خمسين درهما فهو جائز لأنهم قائمون مقام الراهن بعد موته فإن جاء أخر فقال الرهن لي فصالحه المرتهن على عشرة فهو جائز أيضا. لأنه يدعي الضمان على المرتهن والصلح عن مثل هذا الدعوى صحيح وإذا اشترى المسلم من المسلم خادما بخمر أو خنزير أو ميتة ثم اصطلحا على ثلاثة دراهم على أن يسلم له الخادم بمائة درهم وخذها ما سميا من الحرام جاز بطريق أن ما جرى بينهما من الصلح ابتداء بيع ببدل مسمى. ولو ادعى المشتري أنه اشتراها بمائة درهم وقال البائع بعتكها بمائة درهم وخمر ثم اصطلحا على ان زاده المشتري دينارا وألغيا الحرام جاز بطريق أنه ابتداء بيع الخادم بالمائة والدينار. وإذا ادعى على رجل ألف درهم ثمن خادم باعها إياه بيعا فاسدا وقد استهلك الخادم فصالحه على خمسمائة وقد أعطاه الف فلان أن قيمتها كانت ألف درهم وادعى المطلوب أن قيمتها أربعمائة فالصلح جائز لأن في زعم الطالب أنه استوفى بعض حقه وأبرأه عن البعض فالصلح على الإنكار مبني على زعم المدعي. ولو اشترى نصراني من نصراني خمرا بدراهم مسماة فأسلم المشتري قبل أن يقبضها ثم اصطلحا على ان أبرأه البائع من ذلك وعلى أن رد عليه المشتري درهما فالصلح باطل لأن البيع قد انتقض بإسلام المشتري قبل أن يقبض وثبتت للمشتري حق الرجوع بدراهمه إن كان نقده إياه فكيف يصالحه على أن يرد عليه المشتري درهما أخر . ولو ابتاع الرجل بيعا فاسدا فارد البائع أن يلزمه المشتري فصالحه المشتري على دراهم اقتدى بها منه على أن أبرأه من ذلك فالصلح باطل لأن مع فساد العقد ليس للبائع ولاية إلزام المشتري شرعا وإنما أخذ البائع بدل الصلح ليترك العقد الباطل شرعا وذلك باطل. ثم البيع قد انتقض بينهما واستحق المشتري الرجوع بدراهمه إن كان نقدها إياه فكيف يصالحه على أن يعطيه دراهم سوى ذلك ولا يجوز الصلح على دراهم على أن يعفو عن حد القذف . لأن معظم الحق في الحد لله تعالى حتى لا يصح العفو عنه بغير عوض وكذلك لا يجوز إسقاطه بالصلح بعوض وكذلك لو أخذ مالاً على ترك مرافعة زان أخذه الى السلطان أو شارب خمر أو سكران أو سارق سرق منه أو من غيره فالصلح باطل لأن المرافعة إلى السلطان لحق الشرع فالمقصود إقامة الحد الذي هو محض حق لله تعالى وذلك مالا يحتمل السقوط بإسقاطه سواء أسقطه بعوض أو بغير عوض.وكذلك لو كانت المرأة المزني بها هي التي صالحته على دراهم أخذتها منه أو دفعتها إليه فهو باطل ولكل واحد منهما أن يرجع بما له الذي دفع وهو حقيقة أكل المال بالباطل والصلح على تحليل الحرام

لوتحريم الحلال. (باطل). ولا يجوز الصلح مع الشاهدين بمال على أن لا يشهدا عليه بكذا أي حق كان لأن اداء الشهادة مستحق على الشاهدين لحق الشرع قال الله تعالى "ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا" وقال الله تعالى "ومن يكتمها فإنه آثم قلبه" فإنما أخذ المال ليترك ما هو مستحق عليه شرعا وذلك باطل كما لو صالحه على أن لا يصلي أو لا يصوم وأعطاه مالاً على ذلك فإن أقر الشاهد بذلك عند القاضي لم تجز شهادته لأنه أقر بم يوجب فسقه وإن جحد ذلك فقامت عليه بينة والمال في يده قضى عليه برد المال وتبطل شهادته لأنه ما دام المال في يده فدعوى الدافع متوجهة عليه لاسترداد المال ويصح منه إثبات سبب الدفع بالبينة فإذا ثبت ذلك بالبينة عند القاضي فهو كالثابت بإقراره فتبطل شهادته بفسقه. وإن كان قد رد المال قبل ذلك لم تبطل شهادته لأن الدعوى عليه بعد رد المال لا يصح[34] ففي إقامة البينة عليه بهذا السبب إثبات فسقه بالبينة وقد بينا ذلك في كتاب السرقة أن فسق الشاهد لا يمكن إثباته بالبينة. والله تعالى أعلم بالصواب.

باب الصلح في النفقة

قال رحمه الله إذا صالحت المرأة زوجها من نفقتها على ثلاثة دراهم في كل شهر ثم قال الزوج لا أطيق ذلك فذلك لازم له لأنه التزمه باختياره وذلك دليل على إقراره بكونه قادرا عليه ما التزمه فلا يسقط ذلك عنه بقوله لا أطيق إلا أن تبرئه المرأة أو القاضي لما له من ولاية النظر أو يرخص السعر فيكفيها دون ذلك ولأن المستحق عليه كفايتها وإنما قدر ما التزمه بما سمى لأن ذلك كان كفايتها وهذا يختلف باختلاف الأوقات والأمكنة بغلاء السعر ورخصه. فإذا كان يكفيها دون ذلك لا يلزمه فوق الكفاية شيء وإن التزمه وإن قالت المرأة لا يكفيني هذا كان لها أن تخاصمه حتى يزيدها إذا كان موسرا لذلك لأن صلحهما لا يكون أقوى من قضاء القاضي ولو قدر القاضي نفقتها في كل شهر بشيء وقضى به كان لها أن تخاصمه إذا كان ذلك لا يكفيها وتطالب بتمام كفايتها وكذلك إذا اصطلحا عليه. فإن قيل فقد أسقطت هذه الزيادة طوعا فكيف تطالب به بعد ذلك. قلنا إسقاط الحق قبل الوجوب باطل والنفقة تجب حالا فحالاً. ألا ترى أنها لو أبرأته عن نفقة النكاح كان إبراؤها باطلاً فكذلك إذا أبرأته عن بعض الكفاية ولو لم يمضي من الشهر شيء حتى صالحها من هذه الثلاثة دراهم على ثلاثة محاتيم دقيق بغير عينها أجزأته ذلك بخلاف ما سميا من الحرام جاز بطريق أن ما جرى بينهما من الصلح ابتداء بيع ببدل مسمى. ولو ادعى المشتري أنه اشتراها بمائة درهم وقال البائع بعتكها بمائة درهم وخمر ثم اصطلحا على ان زاده المشتري دينارا وألغيا الحرام جاز بطريق أنه ابتداء بيع الخادم بالمائة والدينار. وإذا ادعى على رجل ألف درهم ثمن خادم باعها إياه بيعا فاسدا وقد استهلك الخادم فصالحه على خمسمائة وقد أعطاه الف فلان أن قيمتها كانت ألف درهم وادعى المطلوب أن قيمتها أربعمائة فالصلح جائز لأن في زعم الطالب أنه استوفى بعض حقه وأبرأه عن البعض فالصلح على الإنكار مبني على زعم المدعي. ولو اشترى نصراني من نصراني خمرا بدراهم مسماة فأسلم المشتري قبل أن يقبضها ثم اصطلحا على ان أبرأه البائع من ذلك وعلى أن رد عليه المشتري درهما فالصلح باطل لأن البيع قد انتقض بإسلام المشتري قبل أن يقبض وثبتت للمشتري حق الرجوع بدراهمه إن كان نقده إياه فكيف يصالحه على أن يرد عليه المشتري درهما أخر . ولو ابتاع الرجل بيعا فاسدا فارد البائع أن يلزمه المشتري فصالحه المشتري على دراهم اقتدى بها منه على أن أبرأه من ذلك فالصلح باطل لأن مع فساد العقد ليس للبائع ولاية إلزام المشتري شرعا وإنما أخذ البائع بدل الصلح ليترك العقد الباطل شرعا وذلك باطل. ثم البيع قد انتقض بينهما واستحق المشتري الرجوع بدراهمه إن كان نقدها إياه فكيف يصالحه على أن يعطيه دراهم سوى ذلك ولا يجوز الصلح على دراهم على أن يعفو عن حد القذف . لأن معظم الحق في الحد لله تعالى حتى لا يصح العفو عنه بغير عوض وكذلك لا يجوز إسقاطه بالصلح بعوض وكذلك لو أخذ مالاً على ترك مرافعة زان أخذه الى السلطان أو شارب خمر أو سكران أو سارق سرق منه أو من غيره فالصلح باطل لأن المرافعة إلى السلطان لحق الشرع فالمقصود إقامة الحد الذي هو محض حق لله تعالى وذلك مالا يحتمل السقوط بإسقاطه سواء أسقطه بعوض أو بغير عوض.وكذلك لو كانت المرأة المزني بها هي التي صالحته على دراهم أخذتها منه أو دفعتها إليه فهو باطل ولكل واحد منهما أن يرجع بما له الذي دفع وهو حقيقة أكل المال بالباطل والصلح على تحليل الحرام

34 وفي الحاشية لا يسمع.

إذا كان فقيرا وإنما صالحوه للكف عن دعوى الباطل ومثل هذا الصلح لا يلزم ثمنيا. يوضحه أن ما التزمه بالصلح لا يكون أقوى مما يلزمه بقضاء القاضي. ولو قضى القاضي عليه بذلك ثم تبين أنه فقير أو صار فقيرا بعد قضائه لم يجزه على أداء شيء فكذلك إذا صالح ثم ظهر أنه فقير ولن لم يعرف حاله وادعى أنه فقير فالقول قوله ويبطل عنه ما صالح عليه إلا أن تقوم بينة أنه موسر فيمضي الصلح عليه لأن الفقر في الإنسان أصل. قال الله تعالى ﴿ والله الغني وأنتم الفقراء ﴾ فهو يتمسك بالأصل فالقول قوله وعلى من يدعي عارض اليسار أن يثبته بالبينة وهذا نظير ما تقدم في كتاب العتاق أن المعتق إذا كان له أمة مصر فالقول قوله ولا فرق بينهما في اليسار شرط وجوب الضمان هناك وشرط وجوب النفقة هاهنا فإذا قال أنا معسر فهو منكر للشرط وإنكار الشرط كإنكار السبب. فإن قيل فإن ذهب قولكم أنه لما التزمه باختياره فذلك بمنزلة الإقرار منه أنه موسر. قلنا التزامه متردد هنا قد يكون بطريق التبرع وصلة القرب وقد يكون بطريق إيفاء المستحق عليه فلا يكون ذلك دليل يساره. وليس هذا نظير ما تقدم من صلح الزوج أن قوله لا أطيق ثمن بإنكار لشرط النفقة فإنّ عجز الزوج لا يتأتى وجوب النفقة عليه وإنما يستحق به النظرة إلى الميسرة. فقوله لا أطيق بمنزلة دعوى الأجل فيما التزمه حالا فلهذا لا يقبل قوله فيه. وأما اليسار هنا شرط وجوب النفقة فهو بقوله أنا فقير ينكر شرط الوجوب عليه فلهذا كان القول قوله ونفقة الولد الصغير كنفقة الزوجة من حيث أن اليسار ليس بشرط لوجوبها. فالصلح فيها لا يكون ماضيا وإن كان الولد محتاجا. ولما كان يجوز صلح المرأة من نفقتها مع الزوج وإن كان فقيرا. فكذلك من نفقة الولد الصغير لأنه في حجرها وهي التي تسعى في القيام بحوائجه فنفقة الولد بمنزلة نفقتها وفقر الوالد لا يمنع وجوب ذلك فلا يبطل الصلح فيه فإن كان ما صالح أكثر من نفقتهم بما يتغابن الناس فيه أبطلت الفضل عنه لأن الزيادة مال بلا سبب أما زاد على ذلك فلا يصح التزامه بالصلح من غير سبب وكذلك الصلح في الكسوة والكسوة للحاجة والمعتبر فيه الكفاية بالنفقة. ولو صالح امرأته من كسوتها على درع يهودي ولم يسم طوله وعرضه ودفعته جاز ذلك لأن أصله ليس بدين إنما هو بمنزلة النفقة فيما الصلح يكون تقدير الكسوة ولا يكون مبادلة الدين بالدين وكذلك كسوة القرابة. ولو صالح رجل أخاه وهو صحيح بالغ على دراهم مسماة لنفقته وكسوته كل شهر لم يجز ذلك ولم يجبر عليه لأن من لازمائه أن يستوجب النفقة على أخيه فهو مبطل في دعواه شرعا والصلح للكف عن دعوى الباطلة لا يجوز. ولو كانت امرأته مكاتبة أو أمة قد بوّأها بيتا فصالحها على دراهم مسماة من الكسوة والنفقة لكل سنة جاز ذلك لأنها بعد البينونة تستحق النفقة بمنزلة الحرة. ثم هذا في المكاتبة لا يبطل لأن لها ولاية الصلح في سائر حقوقها وكذلك في نفقتها وفي الأمة كذلك لأن وجوب النفقة لكفايتها والمولى حين بوّأها مع الزوج بيتا فقد أمرها أن تطالب الزوج بكفايتها فيكون كالأمة المأذونة في الصلح عن النفقة. ولذلك لو صالح مولى الأمة لأن المولى هو الخصم في المطالبة بحقوقها وصلحه يكون نافذا عليها فلو لم يكن بوأ المولى بيتا لم يجز هذا الصلح لأنه لا نفقة لها فالمولى في المطالبة مبطل شرعا وكذلك الحرة إذا كانت ناشزة فلا نفقة لها على الزوج وإن ضمن ذلك وكذلك إن كانت المرأة صغيرة لا يستطيع الزوج أن يقر لها فصالح أباها على نفقتها لم يجز لأنه لا نفقة لها مالم يصلح لخدمة الرجال. وإن كانت كبيرة والزوج صغير فصالح أبوه على النفقة وضمن جاز لأنه يستوجب النفقة على الزوج فإنها صالحة لخدمة الرجال وإنما عجز الزوج عن قربانها لصغره وذلك لا يسقط حقها في النفقة. والحاصل أن كل من لا يجبر على نفقته فإن الصلح لا يلزمه النفقة لأنه بالصلح يلتزم ما ليس عليه وما يلزمه ليس بعوض عن شيء إذ لم يستحق عليه شيء فلهذا بطل الصلح. وإذا صالح المكاتب امرأته على نفقة كل شهر جاز كما يجوز صلحه في سائر الحقوق المستحقة عليه. لأن امرأة المكاتب تستوجب عليه النفقة وكذلك العبد المحجور والتاجر يصالح امرأته على نفقتها[35] لأن النفقة مستحقة عليه وهو مطالب بذلك بسبب باشره المولى لأنه حين زوجه المولى امرأة فقد ألزمه المطالبة بالنفقة ورضي بالتمكّن مالية بها فيجوز صلحه بما مأذونا لكن أو محجورا. وإذا صالح الرجل من نفقة امرأته سنة على ثوب دفعه إليها جاز ذلك. فإن استحق الثوب رجعت عليه بالنفقة والكسوة لأنها استحقت الثوب عينا بالصلح فباستحقاقه من يدها يبطل الصلح كما يبطل البيع باستحقاق المبيع. وإذا بطل الصلح رجعت بأصل حقها وهو النفقة والكسوة. وكذلك لو وجدت به عيبا فردت لأن الثوب بمنزلة المبيع في يدها بمنزلة الصلح بالرد وبالعيب. وهذا إذا كان فرض لها كل شهر أو كل سنة نفقة مسماة ليكون الثوب بدلا من ذلك فإن لم يكن فرض لها ذلك رجعت عليه بقيمة الثوب في الوجهين جميعا لأن هذا الصلح تقدير لنفقتها وكسوتها بالثوب فإنما استحقت الثوب ابتداء لا عوضا عن شيء آخر. فإذا استحق من يدها رجعت بقيمته وفي الأول الثوب عوض عما فرض لها القاضي من النفقة والكسوة فإذا استحق رجعت بالعوض. قال وإذا كان لرجل امرأتان إحداهما أمة قد بوأها بيتا فصالح الحرة على نفقة مسماة كل شهر وصالح الأمة على نفقة أكثر منها فهو جائز لأن المعتبر في النفقة الكفاية وهي لا تختلف بالرق والحرية وقد تكون كفاية الأمة أكثر من كفاية الحرة. وكذلك لو كانت إحداهما ذمية فصالحها على أكثر من نفقة المسلمة. وإذا صالح الفقير امرأته على نفقة كثيرة في الشهر لم يلزمه إلا نفقة مثلها لما بينا أن المعيار في النفقة الكفاية وما زاد على مقدار كفايتها الزمه بغير سبب وإن كان زاد على نفقة مثلها ما يتغابن الناس فيه جاز ذلك فقد ذكر قبل هذا أن الفصل مردود قيل المراد بما ذكر ثانية إذا كانت الزيادة أكثر مما يتغابن الناس فيه لأن ما يتغابن الناس فيه لا يمكن التحرز عنه ولا يتبين بالزيادة فيه لاختلاف أحوال الناس في الاتفاق والحاصل أنه متى ظهر الفصل يتعين فذلك الفصل لا يلزمه وما لم يظهر الفصل يتعين فالمسمى لازم. وإذا صالح امرأته من نفقتها وكسوتها لعشر سنين على وصف وسط إلى شهر اولم يجعل له أجلا فهو جائز لأن هذا بمنزلة تقدير النفقة ولا يكون عوضا عن دين هو مال والحيوان في مثله يثبت دينا من غير بيان الوصف. ثم النفقة في النكاح لا يكون أقوى من المهر ولو تزوجها على غير مهر. ثم فرض لها وصيفا وسطا حالا أو مؤجلا جاز ذلك فكذلك إذا صالحها من النفقة على ذلك. ولو صالحها من نفقتها ما دامت في العدة على دراهم مسماة على أن لا يزيدها عليها حتى تنقضي عدتها وعدتها بالحيض لم يجز لأن الحيض شيء غير معروف فقد تنقضي ثلاث حيض في شهرين وقد لا تنقضي في عشرة أشهر في حق الممتدة طهرها ومع هذه الجهالة والتفاوت الفاحش لا يمكن تصحيح الصلح. فإن كانت عدتها الشهور جاز الصلح لأن مدة العدة من حيث الوقت معلوم وكفايتها في تلك المدة معلومة فلهذا جاز الصلح على ما سمي من الدّاهم. فإن قيل قد قلتم أن جهالة المصالح عنه لا يمنع صحة الصلح لأنه لا يحتاج قبضه. قلنا نعم ولكن المعتبر في النفقة الكفاية ولا طريق إلى معرفة مقدار الكفاية في المدة بالحيض لتعذر ذلك بالدراهم بالصلح فلهذا المعنى لا يجوز الصلح هناك. وإذا صالحها وهي معتدة بائنة من السكنى على دراهم لم يجز لأن السكنى حق الشرع فإن خروجها من بيتها معصية وإبدالها ما هو مستحق عليها شرعا بعوض يستوفيه من الزوج يكون باطلا والله تعالى أعلم بالصواب

باب الصلح في القصاص والحد

وإذا ادعى رجل على رجل دم عمد أو خطأ أو جراحة وأنكر الآخر ثم صالحه على مائة درهم على أن يقر له بذلك فهو باطل لا يجوز إقراره فيه لأن الإقرار خبر محتمل للصدق والكذب. وإنما يكون مسموعا إذا ترجح جانب الصدق فيه والصلح دليل ظاهر على رجحان جانب الكذب فيه فلا يصح الإقرار كما لا يصح الإقرار في المكره. ثم في العمد الصلح يجوز على نفقته. فإن قيل قد قلتم أن جهالة المصالح عنه لا يمنع صحة الصلح لأنه لا يحتاج قبضه. قلنا نعم ولكن المعتبر في النفقة الكفاية ولا طريق إلى معرفة مقدار الكفاية في المدة بالحيض لتعذر ذلك بالدراهم بالصلح فلهذا المعنى لا يجوز الصلح هناك. وإذا صالحها وهي معتدة بائنة من السكنى على دراهم لم يجز لأن السكنى حق الشرع فإن خروجها من بيتها معصية وإبدالها ما هو مستحق عليها شرعا بعوض يستوفيه من الزوج يكون باطلا والله تعالى أعلم بالصواب

وإذا ادعى رجل على رجل دم عمد أو خطأ أو جراحة وأنكر الآخر ثم صالحه على مائة درهم على أن يقر له بذلك فهو باطل لا يجوز إقراره فيه لأن الإقرار خبر محتمل للصدق والكذب. وإنما يكون مسموعا إذا ترجح جانب الصدق فيه والصلح دليل ظاهر على رجحان جانب الكذب فيه فلا يصح الإقرار كما لا يصح الإقرار في المكره. ثم في العمد الصلح يجوز على نفقته. فإن قيل فلهذا لا يجوز الصلح بحد العصب والاستهلاك. وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله اعتبرا عدم الأحرار إذا كان إقراره في الفصل الأول مشهادته جائزة لأن رد الشهادة لأجل مال الحربي والتملك عليه إن قدر على ذلك

الصلح بطريق الإسقاط لأنه يكون مستوفيا حقه بعض دينه مبرأ عن البعض. وإذا غصب نصرانى من نصرانى خنزيرا ثم صالحه على شيء من الكيل والوزن سوى الدراهم والدنانير فإن كان الخنزير قائما بعينه فالصلح جائز سواء كان المصالح عليه معينا أو موصوفا في الذمة حالا أو إلى أجل لأن هذا بمنزلة شرى الخنزير بعينه بهذا الثمن وإن كان الخنزير مستهلكا لم يجز الصلح لأن الواجب قيمته. فإذا صالح على مكيل أو موزون بغير عينه كان هذا بيع ما ليس عنده وذلك لا يجوز وإن كان بعينه لا يجوز وإن كان بعينه فصالحه على خنزيرين إلى أجل لم يجز لأن الخنزير لا يثبت دينا في الذمة بدلا عما هو مال وإن كانا قائمين بأعيانهما جاز كمبادلة الشاة بالشاة بين المسلمين والله أعلم بالصواب.

باب الصلح في العطاء

وإذا كان في الديوان عطاء مكتوب باسم رجل فنازعه فيه آخر وادعى أنه له فصالحه المدعى عليه قبله على درا هم أو دنانير حالة أو إلى أجل فالصلح باطل لأنه أخذ العوض عن دعوى باطل شرعا فالعطاء ما لم يخرج لا يستحقه أحد وكذلك لو صالحه على شيء بعينه فهو باطل لأنه صار مشتريا للعين بما ثبت له استحقاق معين[36] فكان باطلا ثم هذا بمنزلة بيع العطاء وقد بينا في كتاب الصرف أن بيع العطية لا يجوز لأنه مجهول لا يعرف ما يخرج منه وما لا يخرج والله هل يخرج أو متى يخرج وعلى قياس ما رويناه عن شريح رحمه الله أنه كان يجيز بيع الزيادة في العطاء بالعروض ينبغي أن يجوز الصلح عنه أيضا على العروض ولكن هذا القول غير مأخوذ به وإنما المأخوذ به قول الشعبي رحمه الله أن ذلك لا يجوز خصوصا في زماننا هذا وقد يعطى ذلك وقد لا يعطى وكان شريحا رحمه الله إنما جوز ذلك بناء على ما شاهد في وقته لأن ذلك كان يخرج لا محالة فجعله كالمال الموضوع في منزله وإذا ماتت المرأة فتنازع أبناؤها في عطائها فاصطلحا على إن كتب العطاء لأحدهما باسم الآخر على إن أعطاه الآخر على ذلك جملا فالعطاء لصاحب الاسم لأنه هو الذي أثبت اسمه في الديوان دون صاحبه وإنما العطاء لمن أثبت اسمه في الديوان ويربح فيما أعطى صاحبه لأن صاحبه ما كان مستحقا شيئا من العطية بيقين فإن العطاء الذي لم يخرج لا يورث والاعتياض عما لا حق فيه يبقين باطل. و كذلك لو تنازع في ذلك رجلان وادعى كل واحد منهما أنها أمه أو أخته. وكذلك لو اصطلحا على إن يكتب العطاء باسم أحدهما على أن ما خرج منه فهو بينهما نصفان فهذا باطل وهو لصاحب الاسم لأنه صار باتما أو واهبا بعوض مالم تستحقه بعد من صاحبه وذلك باطل كذلك لو كان للمرأة ابن فاكتتب أخوها على عطائها فخاصمه ابنها فصالح الأخ على دراهم مسماة أو عرض بعينه على أن يسلم العطاء للأخ لم يجز ما أخذ من الدراهم وما خرج من العطاء والرزق فهو للذي أثبت اسمه في الديوان لما بينا أن العطاء لا يورث وكذلك لو كان الذي كتب اسمه أجنبي ليس بينه وبين المرأة قرابة وفي قياس قول شريح إن صالح على عروض جاز وإن صالح على دراهم لا يجوز وكان له أن يخاصمه في الاسم حتى يحوله إلى أن يملكه الكاتب سواء كان عريمه مولاه أو أجنبيا آخر ويجوز تأخيره الدين إذا كان من غير قرض كما يجوز من الحر لأنه من صنع التجار عادة ثم لو اشترى منه بذلك الدين عبدا وقبضه ثم باعه منه بمثل ذلك الدين جاز وكذلك إذا أجله فيه وإن حط عن المشتري بعض الثمن بعيب جاز استحسانا وفي القياس الحط تبرع عنه فلا يصح كما لو حط بغير عيب ولكنه استحسن فقال هذا من صنع التجار وربما يكون حط حصة العيب أنفع له من استرداد المبيع والعيد التاجر في جميع ذلك كالمكاتب لأنه منفك الحجر عنه فيما هو من التجارة ولو ادعى رجل على المكاتب دينا وجحده المكاتب ثم صالحه على إن أدى إليه بعضه وحط بعضه جاز لأن هذا الحط تبرع على المكاتب لا من المكاتب. والصلح من صنيع التجار فيملكه المكاتب وكذلك ابن المكاتب هو مثل أبيه لأنه داخل في كتابته والعبد التاجر في هذا كالمكاتب. وصلح المكاتب في وديعة يدعى قبله و(قد) جحدها مثل صلح الحر لأن الوديعة يصير دينا فيه والصلح من دعوى الدين سواء. وإذا عجز المكاتب ثم ادعى عليه رجل دينا فاصطلحا على إن أدى بعضه وأخر عنه بعضه لم يجز لأنه بالعجز صار عبدا محجورا عليه فلا يملك التزام المال بالصلح. وإن كانت عليه بينة بهذا الدين قبل العجز جاز لأن هذا حط من المطالب لبعض حقه عن المكاتب. والعبد التاجر إذا حجر عليه المولى في ذلك كالمكاتب لأنه قد عجز إلا أنه إذا كان في يد أحدهما كسب فالصلح جائز فيما في يده في قول أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وأصله في إقرار المأذون بالدين بعد الحجر عند أبي حنيفة رحمه الله) يصح باعتبار الكسب الذي في يده.وعندهما لا يصح على ما بيّنّه في المأذون فالالتزام بالصلح قياسه. ولو أن عبدا محجورا عليه ادعى رجل عليه دينا فصالحه منه على إن حط عنه بعضه وأجله في البعض لم يجز لأن التزام المال بالصلح كالتزامه بالإقرار والإقرار من المحجور لا يصح مالم يعتق. فكذلك الالتزام بالصلح. ولو استهلك التجر متاعا في يد عبد محجور لمولاه فصالحه العبد من ذلك على درا هم مسماة دون قيمة المتاع لم يجز لتضمن هذا الصلح إبراء المستهلك عن بعض القيمة والمحجور ليس من أهله. ولو صالحه على طعام لم يجز لأنه كالمشتري للطعام بتلك القيمة أو كالبائع للمتاع بهذا الطعام وبيع المحجور عليه وشراؤه لا يجوز وكذلك لو غصبه رجل دراهم فصالحه منها على دنانير. ولو كان مكاتبا أو عبدا تاجرا أو يؤدي الغلة جاز لأن الذي يؤدي الغلة مأذون ويصح من هؤلاء البيع والشراء فكذلك الصلح ولو أن عبدا محجورا عليه ادعى على عبد تاجر دينا فصالحه على بعض ما ادعى إلى أجل فإن أقام مولى العبد البينة على أصل الدين لم يجز الصلح لأن المحجور حط بعض الدين وإن لم يكن له بينة جاز الصلح لأن المحجور عليه أخذ المال بمقابلة اليمين وهذا صلح محض منفعة للمولى ولا حجر للعبد عن مثله . فإن كان الذي عليه الدين محجورا لم يجز الصلح إن قامت بينة بأصل الدين أو لم تقم لأنه إن قامت بينة كان لمولى الطالب أن يأخذ المال كله وإن لم تقم بينة لم يجزمن المحجور عليه الالتزام بالصلح في حق مولاه كما لا يصح منه الالتزام بالإقرار والله أعلم.

باب الصلح في العيوب

وإذا اشترى عبدا بألف درهم وتقايضا ثم وجد به عيبا فأنكر البائع أن يكون باعه وذلك العيب به ثم صالحه على أن يرد عليه الدراهم مسماة حالة أو إلى أجل فهو جائز لأن حق الرد بالعيب حق يورد إلى المال فإنه إذا تعذر الرد بالعيب يرجع بحصته من الثمن ومثل هذا الحق يجوز الاعتياض عنه بالصلح كالقصاص يوضحه أن حق المشتري في الرجوع بحصة الجزء[37] الفائت وقد عجز البائع عن تسليم ذلك الجزء فيلزمه رد حصته من الثمن اعتبارا للبعض بالكل إلا أنه يرد بالعيب لدفع الضرر عن المشتري فبالصلح يندفع الضرر ويحصل ما وقع عليه الصلح من الدراهم كأنه حصة العيب فيجوز حالا أكان أو مؤجلا وإن صالحه من العيب على دينار على غير هذا فإن كان لا يتفرقا فهو جائز وإن تفرقا قبل أن ينقده فسد الصلح. لأن الدينار عوض عن حصة العيب من الثمن والثمن دراهم ومبادلة الدراهم بالدينار يكون صرفا والإقرار بالعيب في ذلك والإنكار سواء لأن الصلح على الإنكار مبني على زعم المدعي وكذلك إن صالحه على شيء مما يكال أو يوزن بغير عينه فافترقه قبل أن يقبضه بطل لأنه دين بدين وإن كان بعينه جاز. وإن فارقه قبل القبض لأنهما افترقا من عين بعين في غير الصرف. وكذلك لو كان العبد مات عند المشتري أو أعتقه أو حدث به عيب لا يستطيع رده لأن حق المشتري في الرجوع بحصة العيب من الثمن ثابت هذا فإنما وقع الصلح عن حق مستحق له. ولو كان المشتري باعه وانتقد ثمنه ثم اطلع على عيب به فصالحه منه على درا هم لم يجز لأنه لاحق للمشتري بعد ما باعه من غيره في الخصومة مع البائع الأول لا في الرد بالعيب ولا في الرجوع بنقصان العيب الذي العين مملوكة بغيره و لا خصومة له في عيب ملك الغير فقد اخذ الدراهم بسبب دعوى باطل شرعا فعليه رده. وكذلك لو مات عند المشتري الآخر فيرجع على البائع الثاني بنقصان العيب وصالح البائع الثاني البائع الأول من العيب على الصلح لم يجز في قول أبي حنيفة رحمه الله وهو جائز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لأن المشتري الثاني لو رده على الأول بقضاء القاضي كان له ان يرده على بائعه فكذلك إذا رجع بنقصان العيب كان له أن يرجع بمثله على بائعه. وإذا استوجب الرجوع عليه فإنما صالحه فجعل له جملا فخرج البديل في ذلك فأساويا غنائم فالسهم يكون للبديل لأنه هو الغازي وهو المحرز للغنيمة واستحقاق السهم به ويرد على المتخلف ما أخذ منه من الجعل لأنه أخذه بسبب باطل فإنه أخذه عوضا عن السهم وذلك مجهول على خطر الوجود عند الأخذ ولا شيء للمتخلف من الغنيمة لأن الغنيمة لمن شهد الواقعة أو المتخلف كان مقيما في منزله في دار الإسلام. وكذلك لو كان استأجر أشهرا معلومة بدراهم مسماة فخرج عنه في بحث لم يجز ذلك لأن الجهاد فرض وكل من باشره يكون مؤديا فرضا عليه والاستئجار على إقامة الفرض لا يجوز وما في الجعايل من الكائم بغير طريق الإستئجار قد بينّاه في كتاب السير والله تعالى أعلم بالصواب.

باب صلح المكاتب والعبد

قال وصلح المكاتب مع المولى من الدين أو المعاملات كأجنبيين. ودين الكتابة في جواز الاستبدال به كسائر الديون. فإن صالح المولى مع مكاتبه على إن عجل بعض المكاتبة قبل حلها وحط عنه ما بقي فهو جائز بخلاف الدين الذي على الحولين مبادلة الأجل بالمال لا يجوز فيما بين الحرين لشبهة الربا وذلك يندم بين المكاتب وسيده فالمكاتب عبده ولا ربا بين العبد وسيده وهذا بخلاف ما إذا باع من المكاتب درهما بدرهمين فإن ذلك من صريح الربا وهو من كسب المكاتب. والمكاتب كالأجنبي من وجه فيجري الصلح بينهما بصريح الربا فأما هذا ليس بصريح الربا ولهذا ظهر الاختلاف بين الصحابة رضوان الله عليهم في جوازه بين الحرين إنما فيه تبهة الربا وكان منعها فيما بين الحرين فلهذا لا يظهر بين المولى والمكاتب ولو كانت المكاتبة ألف درهم فصالحه بزيادة على أن آخره سنة بعد الحل فهو جائز ومثله لا يجوز بين الحرين لأن زيادة المال بمقابلة زيادة الأجل بمنزلة حط بعض المال بمقابلة حط الحرين لأن زيادة المال بمقابلة الأجل فيما بقي. وهذا لأن الكتابة عقد إرفاق والمقصود إيصاله إلى المملّك لاحقيقة المعاوضة . فلهذا جرى بينهما من التوسع فيما يؤدي إلى تحصيل هذا المقصود مالا يجري بين الحرين ولو اصطلحا على إن أبطلا الدراهم وجعلا الكتابة كذا أو كذا دينارا فهو جائز بخلاف ما لو جعلا الدراهم يكذا أو كذا دينارا ولم يفصلا بين الدنانير في المجلس لأن ذلك مبادلة الدنانير بالدراهم وهذا ابتداء عقد الكتابة بالدنانير فإنه يصير في المعنى كأنهما فسخا العقد الأول وعقد الكتابة بالدنانير ابتداء. وكذلك لو جعلاها على وصيف مؤجل ولو كانت المكاتبة وصيفين إلى أجل فصالحه منهما على أربعمائة درهم إلى سنة أو على خمسين دينارا جاز لأنه لو جاء بعينهما قبل مدته والقيمة درا هم أو دنانير فيكون هذا باختلافهما فيما هو مستحق بعقد الكتابة لا أن يكون مبادلة الدين بالدين. وإذا ادعى المكاتب على رجل دينا فجحده ثم صالحه على إن يحط عنه النصف وأخذ النصف جاز ما لم يجئ المكاتب بالشهود على أصل المال لأن بمجرد الدعوى ما استوجب عليه إلا اليمين وما استوفى من المال بالصلح أنفع له من اليمين فكان صلحه اكتساب المال وهو مُنْفَكّ الحَجْر عنه في عقود الإكتساب. فإن قامت له البينة على أصل المال بطل الصلح لأنه تبين أنه أسقط بعض حقه بالإبراء وذلك تبرع لا يملكه المكاتب سواء كان عريمه مولاه أو أجنبيا آخر ويجوز تأخيره الدين إذا كان من غير قرض كما يجوز من الحر لأنه من صنع التجار عادة ثم لو اشترى منه بذلك الدين عبدا وقبضه ثم باعه منه بمثل ذلك الدين جاز وكذلك إذا أجله فيه وإن حط عن المشتري بعض الثمن بعيب جاز استحسانا وفي القياس الحط تبرع عنه فلا يصح كما لو حط بغير عيب ولكنه استحسن فقال هذا من صنع التجار وربما يكون حط حصة العيب أنفع له من استرداد المبيع والعبد التاجر في جميع ذلك كالمكاتب لأنه منفك الحجر عنه فيما هو من التجارة ولو ادعى رجل على المكاتب دينا وجحده المكاتب ثم صالحه على إن أدى إليه بعضه وحط بعضه جاز لأن هذا الحط تبرع على المكاتب لا من المكاتب. والصلح من صنيع التجار فيملكه المكاتب وكذلك ابن المكاتب هو مثل أبيه لأنه داخل في كتابته والعبد التاجر في هذا كالمكاتب. وصلح المكاتب في وديعة يدعى قبله و(قد) جحدها مثل صلح الحر لأن الوديعة يصير دينا فيه والصلح من دعوى الدين سواء. وإذا عجز المكاتب ثم ادعى عليه رجل دينا فاصطلحا على إن أدى بعضه وأخر عنه بعضه لم يجز لأنه بالعجز صار معه عن حق واجب. وأبو حنيفة رحمه الله يقول إنما رجع الثاني على الأول بنقصان العيب بطريق الصلح ولو رده عليه صلحا بغير قضاء لم يكن له أن يرده على بائعه فكذلك إذا رجع عليه بنقصان العيب بطريق الصلح. وكذلك إن رجع عليه بقضاء القاضي أن الملك المستفاد من جهة البائع الأول لم يرجع إلى المشتري بهذا القضاء فلو خاصم في عيب ملك الغير بخلاف ما إذا رده عليه بقضاء فقد عاد إليه هذاك الملك المستفاد من جهة البائع الأول فصار الزوال كأن لم يكن. وأصل هذه المسألة فيما بينا في الدعوى أن المشتري للجارية إذا باعها من غيره واستولدها الثاني ثم استحقت ورجع المشتري الثاني بقيمة الولد على المشتري الأول عند أبي حنيفة رحمه الله ليس للمشتري الأول أن يرجع بتلك القيمة على بائعه. لأن أصل الغرور من عنده والرجوع عليه كان بذلك السبب فكذلك في هذا الموضع. وعندهما هذاك يرجع المشتري الأول على بائعه (بتلك القيمة لأن أصل الغرور كان منه فهنا يرجع المشتري الأول بنقصان العيب على بائعه) أيضا لأن أصل اليد ليس كان منه ولو قبله المشتري الأول أو أعتقه وهو يعلم بالعيب أو عرضه على بيع وهو يعلمه ثم صالحه البائع لم يجز صلحه لأنه لم يبق له خصومة في العيب بعد هذا فإنما أخذ المال بدعوى باطلة ولو اشتري أمة بطعام موصوف وتقايضا ثم وجد به عيبا فصالحه على طعام موصوف من جنسه وفارقه قبل أن يقبضه جاز لأن الثمن من جنس ما وقع عليه الصلح فكان هذا رجوعا بحصة العيب لا معاوضة لا يشترط القبض في المجلس فيه. ولو صالحه على دراهم وفارقه قبل أن يقبضها انتقض الصلح لأن الدراهم بدل عن حصة البيع من الطعام وذلك كان دينا فإنما افترقا عن عين بدين ولو اشتراها بزيت بعينه مسمى الكيل وتقايضا ثم وجد بها عيبا فصالحه من العيب على زيت مسمى إلى اجل أو بعينه فهو جائز إن كان الزيت الذي أخذه عوضا عن الجارية مستهلكا لأن الواجب قدر حصة العيب من مثله دينا في ذمته فيكون هذا تأجيلا فيما استوجبه لا معاوضة. وإن كان قائما بعينه لم يجز الصلح على زيت مؤجل وجاز إن كان حالا وأوفاه إياه قبل أن يتفرقا أو كان بعينه لأن حقه في الرجوع بحصة العيب من عين ما أداه هذا والزيت يتعين في العقد بالتعيين فيكون ما وقع عليه الصلح عوضا عما استوجب عليه ومبادلة الزيت بالزيت مؤجلا لا يجوز بخلاف الأول فهذاك الزيت استحق بالعقد دينا وإنما يرجع بحصة العيب من ذلك لا من عين المقبوض فلهذا جاز الصلح على مثله مؤجلا. ولو اشترى أمة وطحن بعيب قبل أن ينقد الثمن فصالحه البائع على إن حط عنه بعض الثمن جاز لأن الحط بسبب العيب فيه عرف ظاهر للتجار ولو صالحه على إن زاده توما معها كان جائزا ويكون هذا الثوب بمقابلة حصة العيب من الثمن فإن استحق الثوب رجع على خصومته في العيب لأن الصلح بطل باستحقاق الثوب وكذلك لو رده بعينه ولو لم يرده لم يكن له أن يبيعه مرابحة وحده لأن بدله حصة للعيب من الثمن وهو غير معلوم يقينا فإنه لا يعرف ذلك إلا بالتقويم وطريق معرفة القيمة الحرز ولا بأس بأن يبيعها مرابحة لأن تمنها مسمى معلوم. ولو اشترى طعاما فوجد به عيبا فصالحه على إن زاده طعاما بعينه جاز لأنه بمنزلة ما لو اشترى الكُرّين بثمن فإن كان قد انتقد الثمن فاستهلكه أو لم يستهلكه فصالحه على طعام مؤجلا أو على مكيل أو موزون آخر لم يجز لأن هذا الطعام يكون عوضا عن حصة العيب من الثمن فيكون مبيعا وبيع ما ليس عند الإنسان لا يجوز وإن كان لم ينقد الثمن فصالحه على طعام مسمى إلى أجل على أن ينقده الثمن كان جائزا وهذا بمنزلة رجل اشترى من رجل كرى حنطة بمائة ودفع الدراهم إليه وأخذ الكر من قائم بعينه والأخر إلى أجل مسمى فإن كان صالحه على شيء من الكيل والوزن سوى الطعام مسمى إلى أجل أو صالحه على ثوب موصوف مؤجل جاز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ولا يجوز في قول أبي حنيفة رحمه الله بناء على مسألة اعلام قدر رأس المال وقد بيناه في البيوع فإن عند أبي حنيفة رحمه الله لو أسلم مائة درهم في كر حنطة وكر شعير أو في كر حنطة وثوب لم يجز حتى تبين رأس مال كل واحد منهما وعندهما يجوز من غير بيان رأس مال كل واحد منهما فهنا مع وقوع عقد الصلح إنما يجوز إذا كان مؤجلا هو بمنزلة المسلم فيه. ولو يسميا حصته من المائة فلا يجوز عنده فهنا بخلاف ما لو صالحه على كرى حنطة الى حصة كل واحد من الكرين في المائة معلومة يقينا فانقسام المائة عليهما باعتبار الأجزاء . ولو اشترى من دابة فلمس في بياض بعينها فصالحه البائع من ذلك على إن حط عنه درهما ثم ذهب البياض بعد ذلك فإنه يرد الدراهم عليه لأن العيب لما زال بحيث لم يبق أثره صار كأن لم يكن. ألا ترى أنه لو زال قبل الصلح لم يكن للمشتري أن

36 وفي الحاشية بما لم يثبت فيه استحقق معين

37 وفي الحاشية بهبة الجزاء

بخاصم البائع في شيء فكذلك إذا زال بعد الصلح لأنه تبين أنه أخذ الدراهم لا بمقابلة حق مستحق له فلزمه رده كمن قلع سن إنسان فصالحه من أرش السن على مال ثم نبت السن لزمه رد المال. وكذلك لو كان ملمن بحيل في الجارية فصالحه على شيء ثم استبان أنه لم تكن بها حيل فعليه رد ما أخذ لأنه تبين أنه اخذ المال لا بمقابلة حق مستحق له. ولو اشترى كرى حنطة بكرى حنطة وتقابضا ثم وجد أحدهما بطعامه عيبا فصالحه الآخر على دراهم أو على قفيز حنطة أو قفيز شعير لم يجز لأن الحنطة بالحنطة مثل بمثل فإذا زاده شيئا فقابله الزيادة تكون ربا بمنزلة مالو ذكرت عند ابتداء العقد. فأما إذا اختلف النوعان بأن اشترى كر حنطة بكر شعير فهذا صلح جائز لأن الربا لا يظهر مع اختلاف الجنس وفي هذا الفصل لو صالح على الدراهم إلى أجل فإن كان صاحب الحنطة هو الذي ملمن بعيب والشعير قائم بعينه فهو جائز وإن كان سمنهاها لم يجز لأن المسلح يكون عن الحنطة عين المعوض الآخر فإذا كان قائما كان قائما بعينه فهو بائع منه ذلك القدر بثمن مؤجل فيجوز وإن كان سمنهاها فهو دين بدين. وإذا اشترى الرجل من الرجل عبدا ثم صالحه من كل عيب على دراهم فهو جائز وهو بريء من كل عيب لأن شرط البراءة من كل عيب أو ذكر في أصل عقد جاز وقد بيناه في البيوع. وكذلك الإبراء من كل عيب بعد البيع صحيح سواء وجد به العيب ولم يوجد لأن سبب حقه في الرد بالعيب البيع وإسقاط الحق بعد وجود سبب الوجوب صحيح. وإذا جاز إبراؤه بغير عوض فكذلك بعوض كما لو صالحه من عيب مسمى معلوم على مال ولو قال اشتري منك العبد بدرهم لم يجز لأن الشراء اسم خاص لمبادلة مال بمال تمليكا والعيب ليس بمال محتمل للتمليك فإن العيب فوات جزء الفائت لا يحتمل التمليك مقصودا فلهذا لا يجوز شراؤه فأما الصلح فيصح بطريق إسقاط حقه في الرد والمطالبة بالجزء الفائت وذلك صحيح. ولو صالحه من صنف من العيوب على ان حط عنه درهما جاز وله أن يخاصمه فيما وجده من غير ذلك الصنف لأنه إنما أسقط حقه في الرد بالعيب اسقاط حقه في الصنف الذي سماه خاصة فهو على حجته فيما سوى ذلك وكذلك لو صالحه من الخمسة من العشرين والخمس المحدثات دراهم مسماة كان و هذا اللفظ عبارة عن عيوب اصطلحا عليها اهل كوفة في الدواب في زمن أبي حنيفة رحمه الله فان ابن أبي ليلى كان يقول لا يجوز الابراء بدون تسمية العيب فينظر المحادسون و جمعوا العيوب التي يكون في الدابة فبلغ ذلك خمسة وعشرين ثم ظهر لهم بعد ذلك خمسة أخرى فسموها الخمس المحدثات وكانو يسمون ذلك كله عند بيع الدواب تحررا عن قول ابن أبي ليلى رحمه الله فإنه كان قلنسيا فهذا مراده كما ذكر ولو صالحه على سكنى بيت أو خدمة عنده أو ركوب دابة في حوائجه شهرا جاز وكذلك لو صالحه على أن يزرع هذه الأرض سنة بخلاف ما لو صالحه على غلة عبد أو غلة دار شهرا أو غلة بستانه أو على ما في بطن أمته وهذا الأصل الذي بينا أن ما يجوز استحقاقه بالشراء والإجارة يجوز الصلح عليه ومالا فلا. ولو اشترى عبدا من امرأة وقبضه ونقدها الثمن ثم ملمن بعيب وصالحته من ذلك على أن يزوجه كان النكاح جائزا لأنها ملكت بضعها منه بمقابلة حصة العيب من الثمن وهو مال متقوم فيصح النكاح فإن كانت حصة العيب عشرة دراهم أو أكثر فهو مهرها فإن كان أقل من ذلك فلها كمال العشرة بمنزلة ما لو سمى في النكاح أقل من عشرة دراهم صداقا فإن قيل لمادا لم يجعل لها مهر مثلها. ويجعل تزويجها نفسها على حق الرد بالعيب كتزويجها نفسها على قصاص له عليها. قلنا لأن القصاص ليس بمال فلا يصح تسميته صداقا فأما العيب فإنه فوات جزء من المالية فتسميته تسمية مال على الطريق الأول وعلى الطريق الآخر تسميته يكون تبعية لحصة العيب من الثمن وهو مال متقوم ومع صحة التسمية لا تصار إلى مهر المثل ثم هذا إقرار منها بالعيب لأن النكاح عند معلومة البضع بمال فهو قياس الشراء ولو كان اشترى منها بحصة العيب ثوبا على أن هذا إقرارا منها بالعيب فكذلك إذا تزوجها بالعيب بخلاف الصلح فإنه لو صالحها من حصة العيب على ثوب لا يكون إقرارا منها بالعيب لأن الصلح قد يكون بطريق إسقاط الدعوى والخصومة فلا يجعل إقرارا بالعيب. ولو اشترى ثوبين من رجل على واحد بعشرة ونقدها ثم وجد بأحدهما عيبا فصالحه على ان رده بالعيب على ان زاده في ثمن الآخر درهما فالرد جائزوزيادة الدرهم باطلفي قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا يجوز شيء من ذلك في قول أبي يوسف رحمه الله. وهذا لأن الرد بالعيب بعد القبض بطريق الصلح يكون إقالة والإقالة عند أبي يوسف رحمه الله بمنزلة البيع المبتدأ. فإذا شرط فيه أن يزيده في ثمن الآخر درهما كان هذا بيعا شرط فيه منفعة لأحد

عيبا فصالحه منه على عشرة دراهم جاز فإن استحقت الجارية رجع بحصتها من الثمن وهو النصف لأن العبد بمقابلة حصة العين من الثمن و العين من الادمي نصفه فيكون بمقابلة الجارية نصف الثمن أيضاظهذا يرجع بنصف الثمن إذا استحقت. فإن قيل فلماذا لا يبيعها مرابحة بنصف الثمن قلنا لأن معرفة كون حصة العور نصف الثمن لم يكن بدليل مقطوع به بل باعتبار المماثيلك بالأحرار في ذلك وما لم يكن ثمن كل واحد منهما معلوم المقدار بنص مقطوع به لا يبيعه مرابحة عليه ولأنه من وجه يصير كأنه اشتراهما بثمن واحد لما بينا أن الحد زيادة في شراء الجارية ولو قامت البينة أنها حرة رد العبد وأخذ الألف لأنه تبين بطلان أصل البيع وبه تبين بطلان الزيادة أو يجعل كأنه اشتراهما بثمن واحد فإذا أحدهما حر ولو لم يكن حرة ولكن وجد به عيبا آخر ردها بحصتها من الثمن بمنزلة مالو استحقت . ولو اشترى رجلان جارية ثم ملحا بعيب وصالح البائع أحدهما من حصته جاز عليه لأنه اسقط حقا مستحقا له بعوض وليس للآخر أن يخاصم بالعيب عند أبي حنيفة رحمه الله بمنزلة مالو رضى أحد المشتريين بالعيب وقد بينا في البيوع. ولو اشترى دابة على بيضها حتى صالح البائع على ان أبرأه من كل عيب ثم حدث بها عيب لم يكن للمشتري أن يردها به في قول أبي يوسف رحمه الله لأن العيب الحادث عنده قبل القبض كالموجود عند العقد في أن البراءة العامة يتناوله وعند محمد رحمه الله له أن يردها به وإنما ينصرف عنده هذه البراءة إلى العيوب الموجودة دون الذي يحدث وهذا بفروعه قد بينا في البيوع. ولو اشترى أمة بخمسين دينارا وتقابضا وملمن المشتري فيها بعيب ثم اصطلحا على ان قبلها البائع ورد تسعة وأربعين دينارا فان أبا حنيفة رحمه الله قال إن أقر البائع أن العيب كان عنده فالرد الدينار الباقي وإن قال لم يكن عندي أو لم يقر ولم ينكر جاز له الدينار الباقي وهو قولهما أيضا لأنه إذا أقر أن العيب كان عنده فقد زعم أنه كان مبطلا في إنكاره فإن الأمة عادت اليه بالرد كما خرجت من ملكه فليس له أن يحبس شيئا من ثمنها. وإن قال لم يكن عندي فهو يزعم أنه حبس الدينار بمقابلة الجزء الفائت عند المشتري وذلك صحيح وكذلك إذا لم يقر ولم ينكر فإن الساكت بمنزلة المنكر وإنما يبني الصلح عن قول من يدعي جوازه ولو كان العيب لا يحدث مثله في مثل هذه المدة فعليه رد الدينار الباقي لأنا تيقنا ان العيب كان عند البائع فذلك بمنزلة إقراره به أو قوى ولو كان أخذ من المشتري ثوبا وقبل منه السلعة على أن يرد عليه الثمن كله فهذا وحبسه الدينار فيه سواء بالمعنى الذي بينا ولو كان مكان الثوب دراهم فإن قبضت في المجلس فكذلك الجواب وإن كانت الدراهم إلى أجل لم يجز على وجه من الوجوه لأنه صرف فلا حقه في حبس عنده العيب من الثمن دنانير ومبادلة الدنانير بالدراهم يكون صرفا وإن كان مكان الدراهم طعام موصوف إلى أجل وهو ينكر أن العيب كان عنده على أن يرد عليه الثمن وتقابضا قبل أن يتفرقا والعيب يحدث عنده جاز وإن تفرقا قبل أن ينقده الثمن بطل الطعام لأنه دين بدين فصمت الدنانير على قيمة السلمة الصحيحة وقيمتها وبها العيب فرد على المشتري ما أصاب السلمة وأمسك البائع ما أصاب النقصان ولو اشترى دابة من رجل بمائة درهم وتقابضا ثم ملمن فيها بعيب وجحده البائع ثم صالحه على ان قبل الدابة منه وثوبا معها على ان رد عليه الثمن فهو جائز لأن البائع يزعم ان المشتري مبطل في دعواه ان العيب حادث عنده وأنه تعطيله الثوب بمقابلة حصته العيب فكأنهما اشتراهما بذلك الثمن منه وان استحق الثوب رجع بحصته من الثمن وهو قدر الثمن فان الاستحقاق رجع عليه بذلك القدر باعتبار زعمه. ولو استحقت الدابة كان للمشتري الأول أن يأخذ الثوب من البائع لأن باستحقاق الدابة تبين بطلان البيع من الأصل. وإنما بيدل الصلح عليه فيبطل ببطلانه.

ولو اشترى ثوبا فقطعه قميصا ولم يخطه حتى وجد به عيبا أقر به البائع فصالحه على ان رد عليه الثوب وحطه عنه من الثمن درهمين فهو جائز. لأن القطع نقصان حدث بفعل المشتري فإنما أمسك البائع جزءا من الثمن للنقصان الحادث عند المشتري فكذلك لو لم يكن قطعه وكان سبيغه أحمر لأنه بعد ما صبغه أحمر فقد تعذر عليه رده بالعيب فكان هذا الصلح بمنزلة البيع المبتدأ ولو كانت جارية فولدت عنده ثم وجدها عورا وأقر البائع أنه ذلسها له فصالحه على أن يردها وولدها وزيادة ثوب على ان رد عليه الثمن فهو جائز. لأن الرد بالعيب قد تعذر بالولادة فكان هذا بيعا مبتدأ والبيع معلوم وثمنه معلوم كذلك هذا في بعض بناء الدار وزيادة بذلها النقص بمنزلة القطع في الثوب وزيادة البناء بمنزلة الصبغ في الثوب.

المتاعتين لا يقتضيه عند البيع فلا يجوز عنده. وعندهما الإقالة فسخ في حق المتاعتين فلا يتملق الجائز من الشروط. فالشرط الفاسد لا يبطلها فلهذا جاز الرد عندهما وزيادة الدرهم باطلة لأنه جعل ذلك عوضا عن قبوله الرد في الثوب المعيب ومثل هذا المعاوضة لا يصح.

ولو اشترى ثوبا فقطعه قميصا وخاطه ثم وجد به عيبا فصالحه منه على دراهم جاز لأن له حق المطالبة بحصة العيب من الثمن بعد الخياطة فإنما صالحه من حق مستحق له وكذلك لو كان باعه بعد ما خاطه لأن له الحق أيضا لا يسقط حقه في الرجوع بحصة العيب. ألا ترى انه لو لم يبيعه لم يكن للبائع أن يقول رده علي فأنا أرضى به وفي مثل هذه الحالة وجود العيب كعدمه. وكذلك لو كان صبغه أحمر ثم باعه ثم صالحه من ذلك العيب لم يجز لأنه لا حق له في الرجوع لحصة العيب بعد البيع هاهنا. فإنه لو كان في يده كان للبائع أن يأخذه لأن القطع نقصان والسواد كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله فهو كعيب آخر حدث به عنده وإنما تعذر الرد ببيعه وفي مثله لا يرجع بنقصان العيب من الثمن فلا يجوز صلحه إذا لم يكن حقا مستحقا. ولو لم يكن باعه حتى صالح جاز لأن حقه في الرجوع بحصة العيب ثابت إلا أن يرضى البائع بالرد عليه والهبة والصدقة في جميع ذلك كالبيع لأنه يخرج العيب من ملكه إلى ملك غيره.

قال ولو اشترى شاة فاصاب من لبنها ثم وجد بها عيبا لم يكن له ان يردها لزيادة المتفصلة المتولدة فان صالح من عيبها جاز لأنه استوجب الرجوع بحصة العيب من الثمن و كذالك لو أصاب من صوفها او ولدها أو باع ذالك او اصاب من ثمره النخيل فهذا كله يعين حقه في الرجوع بحصة العيب من الثمن فيجوز صلحه عنه على قال ولو اشترى عبدا فوجد به عيبا فصالحه البائع على ان أبرأه من ذلك العيب ومن كل عيب فهو جائز عندنا. ويدخل في ذلك كل عيب. وكان بعضهم يقول لا يجوز حتى يسمى العيوب فهذا إشارة إلى قول ابن أبي ليلى. رحمه الله قال وكون أبو حنيفة رحمه الله بحال في ذلك ويقول قد برئت من كل عيب سميته لك وعرفته. فقد بلغنا عن ابن عمر رضي الله عنهما انه باع بالبراءة من كل عيب و اخذنا بقول ابن عمر رضي الله عنهما في العقود و بينا وجه الاحتياط والتحرز عن قول من لا يصحح البراءة من كل عيب. وهذا ليس بامر لأحد بالكذب فإنه لا رخصة في الكذب ولكنه بيان الحكم ومن هذه الجملة ما قال لو شهد عليه مع ذلك أنه قد باع العبد وخرج من ملكه ثم عاد إلى ملكه بصدقة من الذي اشتراه لم يكن له أن يخاصمه فيه أبدا وكذلك لو جعله حرا يوم خاصمه فهو مستقيم لأنه كما يخاصمه بحق وذلك بعد علمه بالعيب فإذا لم يرجع عليه بشيء آخر ولو صالحه من العفف في ثوب اشتراه ثم وجد به خرقا أو وجده مرقوّا من غير عفوه كان له ان يرده لأنه سمى في البراءة صنفا خاصا من العيوب فهو على خصومته فيما سوى ذلك الصنف. ولو اشترى جارية فطعن بعيب في عينها ثم صالحه من عينها على شيء ولم يسم العيب فهو جائز لأنه أقام تسمية محل العيب مقام التسمية وذلك معلوم بمقصودها. ولو اصطلح أجنبيان على ذلك فأجاز البائع والمشتري جاز عليهما لأن إجازتهما في الانتهاء بمنزلة إذنهما في الابتداء. ولو قال أصالحك على كذا على أن يبرأ من هذا العيب أو على أنك بريء من هذا العيب و على أن لا أخاصمك في هذا العيب أو على ان سلمت لك هذا العيب فذلك جائز لأن هذا كله إسقاط لحق الخصومة في العيب بعوض وذلك معلوم ولمعرفة مقصود المتاعدين. والمعتبر في العقود المقاصد دون الجارات. وصلح الأب والوصي على الصبي الصغير من العيب جائز لأنه من صنيع التجار وربما يكون الصلح أنفع للصغير من القبول بالعيب إذا كان باع له أومن الرد إذا كان اشترى له. وإنما نصبا له للنظر له وتوفير المنفعة عليه وكل عيب ملمن به ملاعن لا ينقص الثمن فصالحه منه البائع على شيء لم يجز لأن ما لا ينقص الثمن لا يثبت حق الرد والخصومة للمشتري فإنما أخذ العوض عن خصومة باطلة شرعا. ولو اشترى جارية بألف درهم وتقابضا فوجدها عورا وأقر البائع بذلك فصالحه منه على عبد وقبضه لم يكن له أن يبيع أحدهما مرابحة لأن عوض العبد حصة العبد من الثمن وعوض الجارية ما وراء حصة العيب من الثمن وطريق معرفة كل واحد منهما الحزر والظن فلم يكن ثمن كل واحد منهما معلوم المقدار تمينا فلا يبيع أحدهما مرابحة وإن باعهما جميعا مرابحة جاز لأن ثمنهما مسمى معلوم وإن وجد بالعبد

ولو أن رجلا أمر رجلا فابتاع له أمة وتقابضا فطعن الآمر بعيب ولم يحضر المشتري ذلك فصالح البائع الآمر من العيب على صلح فالصلح باطل في القياس لأنه لا خصومة للبائع مع الآمر في العيب فإنه لم يعامله بشيء ولكنه استحسن فأجاز لأن الآمر أسقط حقه في العيب بعوض ولو أسقطه بغير عوض بأن رضي بالعيب جاز وكذلك إذا أسقطه بعوض . وكذلك إن أمره ببيع عبده وطعن المشتري بعيب وصالحه على أنك بريء من هذا العيب و على أن لا أخاصمك في هذا العيب أو على ان سلمت لك هذا العيب فذلك جائز لأن المشتري أسقط حقه في الرد بالعيب

بما حط عنه الأمر من الثمن ولو أبرأه الأمر عن جميع الثمن أو أخره عنه من غير عيب جاز وكذلك إذا أبرأه عن بعضه بمقابلة إسقاط حقه في العيب.وكذلك لو التقى الآمر بالبيع والآمر بالشراء فاصطلحا من العيب على ان قبل منه المتاع على ان حط عنه من الثمن طائفة وأخر عنه ما بقي إلى أجل مسمى فهو جائز لأن كل واحد منهما فيما أسقطه كالعاقد لنفسه ولأن كل واحد من الوكيلين عند العقد لموكله فيجعل في جواز الصلح كان الموكلين باشرا العقد بأنفسهما ولو اشترى دابة ثم باع نصفها ثم ملمن بعيب فصالحه البائع على ان قبل منه النصف بثلث الثمن جاز لأن حق المشتري في الخصومة يظل ببيع النصف فكان هذا الصلح بينهما كبيع مبتدأ وإذا اشترى دارا فطعن فيها بعيب فصالحه البائع على ان جعل له طريقا منها في دار المشتري فهو جائز. وكذلك لو صالحه على ان رضي بالعيب على أن يسلم للبائع في دار له أخرى له طريقا لهذه الدار لأن الطريق مما يستحق بالبيع تبعا فيجوز الصلح عليه بمقابلة إسقاط الحق والله أعلم.

باب الصلح على أن يحط المشتري والبائع

وإذا اشترى أمة بألف درهم وتقابضا ثم طعن المشتري بعيب جحده البائع فاصطلحا على أن يحط كل واحد منهما عشرة دراهم ويأخذها رجل أجنبي رضي بذلك ودخل معهم فيه فحط المشتري جائز وهو رضي بالعيب وإن شاء الأجنبي أخذها بالألف درهم ولا يجوز لأنه لا يجوز أن يحط الأجنبي له دار له أخرى لما هو واجب ولا ثمن للبائع على المشتري الثاني فحطه عنه يكون لغوا إنما الثمن له على المشتري الأول ولم يحط عن المشتري الأول شيئا والمشتري الثاني صار مسقطا حقه في الرد حين رضي بعيبه من الثاني لأنه لو عرضه على البيع بعد العلم بالعيب كان راضيا بالعيب فإذا أوجبه لغيره أولى أن يصير راضيا بالعيب والثمن عشرة ولو دخل رجل فيما بينهما على أن يأخذها بثمان مائة و على أن يحط البائع عن المشتري مائة درهم من الثمن فهو جائز وهي للداخل بثمان مائة فإن المشتري ملكها بهذا الثمن ويرد البائع على المشتري مائة درهم ثم يحط هذا القدر عن المشتري وحط بعد الثمن بعد استيفاء الكل صحيح لأن الاستيفاء يتقرر عليه الثمن ولا يبطل فيجوز الحط بعده كما يجوز قبله وإذا جاز الحط ظهر أنه استوفى القدر المحطوط بغير حق فعليه رده. ولو دخل الداخل بالجارية عيبا ردها على المشتري لأنه يملكها في المشتري لأن الداخل بمنزلة الدرهم في الرد عليه بالعيب وإن قبلها بغير قضاء لم يكن له أن يخاصم الأول وإن قبلها بقضاء قاض كان له أن يخاصم (الأول)

لأنها عادت إليه على أصل ملكه. ولو اشترى رجل ثوبا بعشرة دراهم وتقابضا فسلمه المشتري إلى قصار فقصره وحابه متخرفا فقال للمشتري ما أدري أكان ذلك عند البائع أو عند القصار فاسطلحوا على أن يقبل المشتري الثوب ويحط عنه درهما ويرد عليه القصار درهما ويأخذ منه أجره فهو جائز لأنه إن كان التخرق عند القصار فهو ضامن للمشتري لأن ذلك من جناية يده. وإن كان عند البائع فعليه رد حصة العيب من الثمن على المشتري فمن وجه حقه قبل القصار وممن وجه قبل البائع فإذا اصطلحوا كل أن يرد كل واحد منهما عليه بعضه جاز ويأخذ القصار منه أجره لترامسيهما بذلك ولأنه قد سلم له العمل. وكذلك لو كان هذا الصلح على أن يقبله البائع فذلك جائز لوجود التراضي منهم على التسليم إلى البائع إما بطريق الصلح أو التمليك منه ابتداء ببدل معلوم ولو لم يصطلحوا و أرادوا الخصومة في ذلك قيل للمشتري ادع على أيهما شئت لأن الدعوى على المجهول لا تصح فإن الدعوى تلزم المدعى عليه الجواب والقاضي لا يتمكن من مطالبة المجهول بالجواب فلا بد من أن يعين أحدهما فإن ادعى على البائع يرى القصار بإقرار المشتري أن العيب كان في الثوب قبل أن يسلمه إلى القصار وإن ادعى على القصار يرى البائع بإقراره أن العيب حدث عند القصار وكذلك لو كان هذا مع صباغ صبغه بصصفر فاسطلحوا على أن يأخذ الثوب أجنبي بتسعة دراهم على أن يحط البائع على المشتري الأول درهما ويرد الصباغ عليه درهما أيضا فهو جائز لما بينا أن حقه في الرجوع على البائع بنقصان العيب من وجه وفي تضمين الصباغ النقصان من وجه فإذا اصطلحوا على التزام كل واحد منهما بعضه جاز. وإذا اشترى أمة بألف درهم وتقابضا ثم باعها من آخر بألفي درهم وتقابضا ثم طعن المشتري الأخر بعيب فاسطلحوا على أن ردها المشتري الأخر على البائع الأول بألف وخصمانة فهو جائز وهو بيع مبتدأ لأنه لا حق للمشتري الثاني في الخصومة مع البائع الأول في الرد إذ لم يجر بينهما معاملة فيكون هذا تمليكا منه ابتداء بثمن مسمى وليس على البائع الثاني من ذلك شيء لأن المشتري منه بالتمليك من غيره يصير راضيا بالعيب. وإذا صالح رجل رجلا من دين له عليه على خادم فأخذها منه ثم وجد بها عيبا فصالحه رجل آخر على أن أخذها بثمن مسمى دون ذلك الدين على ان يرد الذي عليه الدين فضل الدين على الطالب فهذا جائز لأن المالك يصير ممثلا الخادم من الذي صالحه بالثمن المسمى والمطلوب حط عنه بعض ثمن الأول وهو ما الثمن رده عليه من الدين فيصح ذلك كله لوجود التراضي بينهما. والله تعالى أعلم بالصواب.

باب الإقالة

وإذ اشترى الرجل عبدا بألف درهم وتقابضا ثم تقايلا البيع بأقل من الثمن أو بأكثر منه أو بخلاف جنس المسمى[38] كالدنانير والحنطة الموصوفة في الذمة فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله الإقالة جائزة بالثمن الأول والزيادة والنقصان وتسمية جنس آخر في الإقالة باطلة. وعلى قول أبي يوسف رحمه الله الإقالة جائزة بها بما سميا فيها بعد القبض وكذلك قبل القبض في الخار. وفي المنقول قبل القبض الجواب كما قال أبو حنيفة رحمه الله وهكذا روى الحسن عن أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله رواية أخرى فيما قبل القبض أن الإقالة تكون فاسدة وقال محمد رحمه الله إن تقايلا بأقل من الثمن الأول أو بمثله فالجواب كما قال أبو حنيفة رحمه الله وإن تقايلا بأكثر من الثمن الأول ويخالف جنس الثمن الأول فالجواب كما قال أبو يوسف رحمه الله إلا أن عند محمد رحمه الله فيما قبل القبض العقار والمنقول سواء ولم يذكر قول محمد رحمه الله هذا إنما ذكره في كتاب العتق في المرض وذكر بعضه في المأذون أيضا. وأصل المسألة أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله الإقالة بمنزلة البيع المبتدأ في حقهما إلا إذا تعذر ذلك وعند محمد رحمه الله إن كانت الإقالة بأكثر من الثمن الأول فهو بيع مبتدأ وإن كانت بمثل الثمن الأول فهو فسخ ولأبي يوسف رحمه الله يقول البيع اسم لمبادلة مال بمال بالتراضي وقد وجد ذلك هنا إلا أنهما عبرا عنه بالإقالة والاتحاد في البيع بالمعنى دون اللفظ. ألا ترى أن بلفظ التمليك ينعقد البيع وكذلك ينعقد بالتعاطي وإنما لا يشترط تسمية الثمن فيه لكونه معلوما كما في التولية وكما في أخذ الشفيع بالشفعة يكون

[38] وفي الحاشية جنس الثمن

رحمه الله لا لأن الإقالة فسخ في حقها. ولو قال المشتري البائع الأول فيها وقبضها منه البائع ثم وجد بها عيبا قد حدث عند المشتري فله أن يردها عليه بذلك أما في قول من جعله بيعا مبتدأ فظاهر وكذلك في قول من جعله فسخا لأن الفسخ يعتمد التراضي وإنما رضي به البائع بشرط أن يعود إليه كما خرج من ملكه ولم يعد كان له أن يبطل هذا الفسخ فيردها عليه وإن كان العيب قديما فليس له أن يردها لأنه عادت إليه كما خرجت من ملكه. و عند أبي يوسف[40] رحمه الله ليس في هذا الرد فائدة لأنه لو ردها عليه بقضاء ردها عليه أيضا بهذا العيب. ولو اشترى عبدين بثمن واحد ثم اصطلحا قبل القبض على أن يسلم له أحدهما بثلثي الثمن وإقالة البيع في الأخر بغير شرط فهو جائز أما الإقالة في الأخر فلا يشكل جوازه. وأما تسليم الأخر بثلثي الثمن صحيح لأنه إن كان حصته من الثمن هذا القدر فقد اصطلحا على ما يوافق حكم الشرع. وإن كان دون هذا فقد زاد المشتري البائع في ثمن هذا وإن كان أكثر من هذا المقدار فقد حط البائع عن المشتري من بعض الثمن وكل ذلك مستقيم. وكذلك لو اشترى ثوبين كل واحد منهما بعشرة فلم يقبض حتى اصطلحا على ان إقالة البيع في أحدهما وسلم له الأخر بإحدى عشر درهما بغير شرط فهو جائز لأن المشتري زاده في ثمن الأخر درهما وليس بمقابلة هذه الزيادة شرط إقالة البيع في الأخر فصحت الزيادة والله أعلم بالصواب.

باب ما يجب فيه القيمة عند الاستحقاق

قال وإذا صالح الرجل من دم عمد ادعى على عبد بعينه بإقرار منه أو بإنكار فاستحق العبد أو رده بعيب فاحش فإنه يرجع بقيمته. وكذلك كل جراحة عمد فيها قصاص لأن بالاستحقاق والرد بالعيب لا يبطل هذا الصلح فإن إسقاط القود بالصلح كإسقاطه بالعفو كما أن العفو بعد ما صح لا يمكن إبطاله بحال فكذلك الصلح. وهذا لأن المسقط يكون مقايضا فلا يتصور عوده. وإذا بقي الصلح فقد تعذر عليه تسليم المسمى مع بقاء السبب الموجب للتسليم فيجب عليه قيمته كالغاصب إذا هلك المغصوب في يده. ولو تزوج رجل امرأة على عبد ودخل بها فاستحق العبد فعليه قيمته لأن النكاح لم يبطل باستحقاق العبد ولولم يسلم العبد مهرا لها في أصل العقد ولكنه صالح من مهرها على أن يجعل العبد مهرا لها أو فرضه لها بعد النكاح ثم استحق العبد رجع بالقيمة لأن المفروض بعد العقد عوض عن البضع كالمسمى في العقد وكذلك العبد الذي وقع عليه عقد الصلح بمنزلة لها عوضا عن البضع لأن هذا الصلح في معنى تعيين مهر المثل وهذا بخلاف ما إذا تزوجها على ألف ثم صالحها من الألف على عبد فاستحق العبد لأن الصلح هناك كان بمنزلة شراء العبد بالألف فباستحقاقه بطل الشراء فيكون رجوعها عليه بالألف والخلع بعد إذا استحق قياس الصلح من دم العمد. ولو أعتق عبدا له على عبد بعينه فاستحق رجع المولى بقيمة العبد المعتق في قول أبي حنيفة الأخر وهو قول أبي يوسف رحمه الله وفي قول محمد رحمه الله يرجع بقيمة العبد المستحق وهو قول أبي حنيفة رحمه الله الأول وقد بينا المسألة في البيوع ولو صالح رجل له على عبد له عن المدعى فيه الدم وضمن خلاصه فاستحق كان المصالح ضامنا لقيمة العبد لأنه ضمن تسليمه بالعقد وقد عجز عن تسليمه بالاستحقاق فيلزمه قيمته وإنما يضمن قيمته يوم وقع الصلح ولا يضمن زيادة إن كانت فيه لأن السبب الموجب للضمان عليه الصلح فيتعين قيمته يومئذ كما في قيمة المغصوب. وكذلك لو كان المطلوب هو الذي صالح على أمة فولدت عنده ثم استحقت أو على بستان فأثمر ثم استحق رجع بقيمتها يوم وقع الصلح دون الزيادة وما استفاده طالب الدم من هذه الزيادات ضمنه لأن الزيادة كانت مملوكة للمستحق وقد أتلفها ولي الدم فيضمن له قيمتها ولا يرجع بذلك على المطلوب. لأن المطلوب ما التزم تسليم عينه بالكفالة بلزمه تسليم القيمة عند تعذر تسليم العين كما في المغصوب. ولو رده يجب له يرجع على الكفيل بشيء لأنه كفل بالدرك والرد بالعيب ليس بدرك ولكنه يرجع بقيمته على الذي صالحه عليه لأن السبب الموجب لتسليم العبد بعد رده قائم. وإذا وكل الرجل وكيلابالصلح فيما ادعى في هذه

[40] وفي الحاشية عند أبي حنيفة

تمليكا مبتدأ وإن كان لا يشترط فيه تسمية الثمن والدليل عليه أن يتجدد بالإقالة حق الشفيع في الشفعة وحق الشفيع إنما يثبت بالبيع المبتدأ إذا ثبت أنه بيع فإنما ينعقد بالثمن المسمى فيه بعد القبض. وكذلك قبل القبض في العقار لأن بيع العقار قبل القبض من البائع صحيح عند أبي يوسف رحمه الله اما في المنقول قبل القبض لا يمكن ان يجعل بيعا لان بيع المنقول قبل القبض من البائع لا يجوز وقال في رواية أخرى انه فاسد كما لو صرحا بلفظ البيع وفي ظاهر الرواية قال يجب تحصيل مقصودهما بالطريق الممكن لعلمنا أنهما قصد الصحيح دون الفاسد ولو جعلناه فاسدا كان صحيحا. ولو جعلناه بيعا لم يصح فكان ضحا. ومحمد رحمه الله يقول إذا سميا في الإقالة مالم يكن مذكورا في العقد الأول من زيادة الثمن أو جنس آخر فقد علمنا أنهما قصد التمليك المبتدأ فجعلناه بيعا ابتداء فأما إذا سميا مثل الثمن الأول أو أقل فهما لم يقصدا أن يجب بالإقالة مالم يكن واجبا بالعقد فجعلنا الإقالة فسخا على الثمن الأول. وأبو حنيفة رحمه الله يقول معنى الإقالة الرفع على الرجل يقول لغيره أقلت عثراتك أي تركتها ورفعتها ولا يفهم من هذا اللفظ ملكتها منك. قال عليه السلام ((من أقال نادما أقال الله عثراته يوم القيامة)) فإذا صرحا بلفظ الإقالة علمنا أنهما قصدا فسخ العقد الأول لا تمليكا مبتدأ والتصرف في العقد الأول إليهما من حيث الإنهاء والفسخ فينعقد تصرفهما على الوجه الذي صرحا به ولهذا كان بيعا مبتدأ في حق غيرهما لأن ولايتهما على أنفسهما خاصة ففي حق الغير المعتبر صورة التمليك ومبدلة المال بالمال فيتجدد به حق الشفيع في الشفعة وفي حقهما هو فسخ كما لو صرحا به والدليل عليه أن الإقالة تصح من غير تسمية الثمن ولو كان هذا بيعا مبتدأ لم تصح إلا بتسمية الثمن والدليل عليه أن هذا التصرف مختص باسم واختصاصه باسم إنما يكون لاختصاصه بحكم وذلك أن يجعل فسخا في حقهما. وإذا ثبت أنه فسخ كان فسخا بالثمن الأول لأنه في نفسه لا يكون موجبا شيئا ولكن يرتفع العقد به فيجب رد المقبوض من الثمن وإذا سميا أقل من الثمن الأول فالزيادة على المسمى مسكوت عنه. ولو سكتا عن تسمية الثمن في الإقالة يجب رد جميع الثمن فكذلك هذا. وإذا سميا أكثر من الثمن الأول أو جنسا أخر فهذه التسمية لغو لأن الصحّ لا يوجب شيئا ابتداء ولا يبطل الإقالة بهذه التسمية لأن الفاسد من الشروط إنما يبطل ما يتعلق بالجائز من الشروط والإقالة لا تتعلق بالجائز من الشروط في الثمن وهو التسمية. فالفاسد من الشروط في الثمن لا يبطلهما أيضا ولكن يلغو التسمية وتصح الإقالة بالثمن الأول. ولو اشترط مع العبد ثوبا بعينه يرده المشتري منه لم يجز في قول أبي حنيفة رحمه الله لأن الإقالة فسخ عنده فلا يجب بها مالم يكن واجبا بالعقد بالتسمية سواء كان ذلك المسمى من المبيع أو الثمن . و عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هذا جائز لأنهما لما سميا فيها ما لم يكن مذكورا في العقد الأول كانت الإقالة تمليكا مبتدأ فيصير بالمعاوضة والثوب من البائع بألف درهم وذلك صحيح. ولو اشترى أمة بألف درهم وعبدا بألف كل واحد منهما في صفقة على حدة وتقايلا ثم اصطلحا على أن إقالة البيع في الأمة على ان زاده مائة درهم في ثمن العبد لم يجب الزيادة لأنه أوجب له هذه الزيادة عوضا عن الإقالة في الأمة والاعتياض عن الإقالة لا تصح في الأمة ثم جازت الزيادة[39] في قول أبي حنيفة رحمه الله لأن الإقالة عنده فسخ فلا يبطل بالشرط الفاسد وعند أبي يوسف رحمه الله لا يجوز الإقالة لأن الإقالة عنده بيع فيبطل بالشرط الفاسد. وكذلك هذا في كل بيع في صفقة كان أو في صفقتين بثمن واحد أو كل واحد منهما بثمن والمعنى الذي أثرنا إليه يشمل الكل. وكذلك لو أقاله للجهالة الميسورة فيما يصالح عنه من دارين أو عبدين فإن أن الصلح يكون عن الدين ثارة وعن العين أخرى فكما أن هذا التخيير في الصلح عن أحد العبدين لا يمنع صحة التوكيل فكذلك في الصلح عن أحد الدينين. ولو قال قد وكلته بالخصومة فيما ادعيت عنه من ثمن الأخر فانتظر الحط في الإقالة واشترط الحط في الإقالة سواء ومعاوضة الإقالة بالحط لا يجوز كمعاوضة الزيادة بالإقالة ولو أقاله بغير شرط ثم زاده في ثمن الأخر أو حط عنه البائع كان جائزا لأن معنى المعاوضة قد انعدم هنا في الحط والزيادة يثبت على سبيل الائتحاف بأصل العقد وعند الشرط يتمكن معنى المعاوضة. ألا ترى أنه لو قال أقل مني هذا العبد بثمن الذي يعتنيه على أن أمنك هذه بيع لي يلقى كان البيع في الأمة باطلا وفي الإقالة اختلف بين أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وكذلك لو قال على أن أزيدك أو على أن أحط عنك من ثمن الإقالة كذا. وإذا اشترى أمة وقبضها ثم أقال البائع البيع فيها ثم أقال البائع بالثمن الأول فيها جاز عند أبي يوسف رحمه الله لأن كل واحد منهما بيع مبتدأ وعند أبي حنيفة

[39] في الحاشية جازت الإقالة في الأمة

(الدار) أو في هذه فإنهما ما صالح عليه الوكيل فيه فهو جائز لأن الوكالة عقد مبني على التوسع والجهالة المستدركة فيها لا يمنع صحته وقد بينا هذا في كتاب الوكالة أن التوكيل ببيع أحد العبدين جائز فكذلك الصلح وكذلك لو كان وكله بالصلح في دينه على فلان أو على فلان فالجهالة الميسورة فيمن يعاقده عند الصلح كالجهالة الميسورة فيما يصالح عنه من دارين أو عبدين فإن أن الصلح يكون عن الدين تارة وعن العين أخرى فكما أن هذا التخيير في الصلح عن أحد العبدين لا يمنع صحة التوكيل فكذلك في الصلح عن أحد الدينين. ولو قال قد وكلته بالخصومة فيما ادعيت فيه هذه الدار و الصلح فيها صح التوكيل حتى إذا صالح قبل أن يخاصم جاز وإن خاصم فيها ثم أراد أن يصالح لم يجز صلحه لأنه أوجب له بهذا اللفظ أحد الأمرين إما الصلح وإما الخصومة فإذا بدأ بالصلح تعين ذلك وإذا بدأ بالخصومة تعين ذلك أيضا بتعيينه فليس له أن يصالح بعد ذلك لأنه وكيل بالخصومة والوكيل بالخصومة لا يملك الصلح. وكذلك لو قال قد وكلتك ببيع عبدي هذا أو بالصلح من دعواي قبل فلان فأيهما ما صنع فهو جائز وليس له أن يحدث في الثاني شيئا بعد الأول لأنه بهذا اللفظ صار وكيلا في أحدهما وليس له أن يجمع بينهما. وكذلك لو قال وكلتك ببيع عبدي ذا أو ذا أو يعتق عبدي ذا أو ذا فله أن يفعل ذلك في أحدهما وليس له أن يفعله فيهما جميعا. ولو وكله بالصلح في دار وادعى فيها دعوى فصالح الوكيل الدار في يده الدار على مائة درهم كان جائزا وإن لم يذكر في ذلك أمر السّي الذي وكله ولم يحضف إليه استحسانا وفي القياس لا يجوز ذلك لأن الوكيل بالصلح معتبر عن الموكل فإن المدعي عليه إنما يدني بالصلح بيمينه واستحقاق اليمين للموكل عليه دون الوكيل فلا بد للوكيل من إضافة العقد إلى الموكل كالوكيل بالنكاح وإن لم يضف العقد إلى موكله لا يجوز وجه الاستحسان أن الصلح (إذا) كان عن إقرار من ذي اليد فهذا بيع والوكيل بالبيع يستغنى عن إضافة البيع إلى الموكل وإن كان عن إنكار فإنما يبني (الصلح) على زعم المدعي وفي زعمه أن المال عوض عن الدار وأنه بمنزلة البيع فلهذا صح العقد بدون الإضافة إلى الموكل. ثم المقصود من الصلح و قطع المنازعة واجب ما أمكن باعتبار معنى البيع وإذا صح الصلح غير مضاف إلى الموكل انقطعت المنازعة بينهما فوجب المصير إلى ذلك استحسانا والله أعلم.

باب الحكمتين

الأصل في جوزا التحكيم قوله تعالى (فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا) والصحابة رضوان الله عليهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم ولهذا بنا الباب بحديث الشعبي رحمه الله قال كان بين عمر وبين أبي بن كعب رضي الله عنهما مداراة في شيء فحكما بينهما زيد بن ثابت رضي الله عنه فأتياه فخرج زيد بن ثابت رضي الله عنه إليهما وقال لعمر رضي الله عنه هلا بعثت إلي فأتيتك يا أمير المؤمنين فقال عمر رضي الله عنه أول جورك وكانت اليمين على عمر فقال زيد لأبي رضي الله عنه أو أعفيت أمير المؤمنين من اليمين فقال عمر رضي الله عنه يمين أرمتني بل أحلف قال أبي بل يعفى أمير المؤمنين ونصدقه " والمراد بالمداراة الخصومة والتجاح قال الله تعالى (فداراتكم فيها) وقال عليه السلام في حديث السائب بن شريك "لا تداري ولا تماري " أي لا يلاج ولا يخاصم . وقد بينا فوائد الحديث في أدب القاضي وإنما أعاده هنا لبيان جواز التحكيم وقد اتفقوا على جوازه. وعن الشعبي رحمه الله أن عمر رضي الله عنه ساوم بفرس فحمل عليه رجلا يشوره فعطب فقال عمر رضي الله عنه هو من مالك وإنما يعني بقبل منه ويدبر وقال صاحبه بل هو من مالك قال الجمل بيني وبينك رجلا وقال نعم تريح العراقي فحملا فقال تريح إن كنت حملته عليه بعد السوم فهو من مالك وإن كنت حملته على أمير المؤمنين وإن كنت حملته عليه قبل السوم فلا فقبل ذلك عمر رضي الله عنه منه وبحثه قاضيا على أهل الكوفة. قوله ليشوره أي ينظر إلى سيره. وفيه دليل جواز التحكيم وأن الحكم فيما بين الخصمين بعد ما اتفقا حكم بمنزلة القاضي المولى وفيه دليل على أن المغبوض على سوم الشراء يكون مضمونا على القابض فإن شريحا حكم بذلك واستصوب عمر رضي الله عنه منه ذلك حيث فلده القضاء وهذا لأنه عرف بحكمه في هذه الحادثة هدايته في باب الحكم وتقدمه في العلم فلذه القضاء وبقي شريح رحمه الله على القضاء مدة طويلة إلى أن استعفى وإذا اصطلح الرجلان على حكم يحكم بينهما فلكل

واحد منهما أن يرجع عنه مالم يمض حكم الخصومة بينهما. لأن ولاية الحكومة ثبتت بتراضيهما فيعتبر إيلاؤهما وإيلاؤ كل واحد منهما في عزله كما يعتبر رضا كل واحد منهما في ثبوت ولايته وهو نظير عزل الوكيل فإذا أمضاها لم يكن لكل واحد منهما أن يرجع عنها لأنه في حقهما بعد ما اتفقا عليه كالحاكم المولى وإذا رضي الحكم خرج من الحكومة لحق بدار الحرب أو لم يلحق لأنه بعد الردة ليس بأهل الشهادة فلا يكون أهلا للحكومة وكما يشترط الأهلية لابتداء التحكيم فكذلك للبقاء. ألا ترى أن ولاية الحاكم المولى لا يبقى بعد الردة فولاية الحكم أولى. وإذا حكم الذميان بينهما ذميا ثم أسلم أحد الخصمين خرج الحكم من الحكومة[41] بينهما كما لو كان مسلما في الابتداء لأن الإسلام الطارئ بعد العقد قبل حصول المقصود به كالإسلام المقارن للعقد كما لو أسلم أحد المتعاقدين على الخمر قبل القبض. وإذا حكم المسلمان مسلما في خصومتهما وشهد الحكم أنه قد قامت عندي البينة على كذا أو كذا وزكوا وقد قضيت لفلان على فلان بذلك فهو جائز لأن في حال قيام ولايته برض بحكمه الخصوم فكما أن الحاكم المولى تملك الإنفاذ على الحكم الصادر منه فكذلك الحكم فيما بين الخصمين. ولو أن الشاهدين شهدا على أن هذا الحكم قضى لفلان على فلان بألف درهم وشهد آخران للآخر أن الحكم قد أبرأه من هذه الألف الذي يدعيها وقد ثبت الترتيب بين البينتين بما يدعيها أو غائب أو شاهد يجحد ذلك أو مقر به أو ببعضه فإني أقضي بالبراءة لصاحب البراءة وأفسدها على الطالب لأن في هذه البينة إثبات الزيادة على البينة الأولى يثبت لزوم المال والبينة الثانية يثبت ذلك أيضا ثم يثبت سقوطها بالإبراء. ولو كان الخصومة في دار فجاء أحد الخصمين بشاهدين شهدا أن الحاكم قضى به على هذا وجاء الآخر بمثل ذلك إلى كانت الدار في أيديهما قضيت بها بينهما نصفين. وإن كانت في يد أحدهما قضيت بها لذي اليد وإن كانت في يد أجنبي لم يرض بحكمه تركتها في يديه بعد أن يكون يدعيها لأن البينتين بها ربا حين استوتا ولا ترجيح لأحدهما على الأخرى ولا تاريخ بينهما وهو بمنزلة ما لو أثبت كل واحد منهما بينة إقرار صاحبه بالملك له أو شراء من صاحبه ألا أن محمدا رحمه الله في الشراء ثبت الترتيب بين البينتين بالقضاء وفي القضاء لا يتحقق ذلك فكان القضاء نظير الإقرار والأعيان والحيوان والعروض كلها في هذا سواء. وإذا حكما عبدا أو ذميا أو صبيا أو مرتدا ثم عتق العبد وأسلم الذمي والمرتد وأدرك الصبي فحكمه باطل لأن ولاية الحكومة لم يثبت حين حكماه لانعدام الأهلية فيه فبحدوث الأهلية لا تثبت الولاية إلا أن يرضيا بحكمه بعد ذلك ثم يحكم فيجعل هذا التراضي كابتداء التحكيم وهو نظير العقد إلا لم يكن أهلا عند التقليد فبحدوث الأهلية لا يثبت له ولاية الحكم إلا أن تقلد ابتداء بحنما صار أهلا. وإن حكم المسلم والمرتد بينهما سواء مسلما فحكم بينهما فهو بمنزلة صلحهما فصلح المرتد عند أبي حنيفة رحمه الله يتوقف فإن أسلم جاز وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطل وعندهما هو جائز على كل حال فحكم الحكم بينهما كذلك. وإن حكم العبد التاجر أو المكاتب حكما بينه وبين خصمه جاز بمنزلة صلحه. وإذا قال الحكم قد أقر عندي فلان لفلان بألف درهم وقضيت بها عليه وقال فلان ما أقررت بذلك فإن قضاءه جائز عليه لأن ولاية الحكومة ثابتة له مالم ينقد القضاء ويحصل المقصود وذلك بإخباره بقضائه فيكون هو في ذلك كالحاكم المولى وإن أقام أحد الخصمين البينة أن الحكم قضى له على فلان بألف درهم فهو السبت ثم أقام المقضي عليه البينة أنه قد أخرجه من الحكومة يوم الجمعة أو يثبت فحكمه باطل لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة وبعدما خرج من الحكومة يوم الجمعة لا ينفذ حكمه يوم السبت إلا بتحكيم جديد ولو بثبت ذلك ولو لم يقم على ذلك بينة ولكنه أقام البينة أنه قضى له بالبراءة من هذا المال يوم الجمعة وأقام الآخر البينة أنه قضى له بالمال يوم السبت. فالبراءة والقضاء الأول نفذ عليهما ولا يجوز الحكم الثاني لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة وبعدما قضى بالبراءة يوم الجمعة لا يكون له ولاية القضاء بالمال يوم السبت إلا بتحكيم جديد ولو بوجد ذلك. وكذلك لو كان القضاء بالمال أول مرة فهو جائز دون الثاني لما بينا. ولا يجوز كتاب الحكم بحكمه إلى قاض لأنه في حق القاضي كسائر الرعايا والقاضي لا يقبل كتاب واحد من الرعايا ولا يعمل به ولا ينبغي للقاضي أن يكتب إلى حكم حكمه رجلان بشهادة شهود شهدوا عنده أن الحكم في حقه كغيره من الرعايا وقيل هذا إذا لم يكن القاضي مأذونا في الاستخلاف فإن كان مأذونا في

[41] وفي الحادية من الخصومة

أحدهما عن تحكيمه. وإذا قضى الحكم لأحدهما على الآخر بألف درهم بشهادة شهود شهدوا عنده ثم قدمه إلى القاضي ووجد ذلك فطلب من القاضي أن يستحلفه على ذلك فإنه يستحلفه لأنه ادعى عليه المال بسبب صحيح ولو أقر به لزمه فإذا أنكر حلفه عليه لرجاء إقراره أو نكوله كما لو ادعى المال بسبب الصلح وإذا ارتد الحكم خرج من الحكومة لحق بدار الحرب أو لم يلحق لأنه بعد الردة ليس بأهل الشهادة فلا يكون أهلا للحكومة وكما يشترط الأهلية لابتداء التحكيم فكذلك للبقاء. ألا ترى أن ولاية الحاكم المولى لا يبقى بعد الردة فولاية الحكم أولى. وإذا حكم الذميان بينهما ذميا ثم أسلم أحد الخصمين خرج الحكم من الحكومة[41] بينهما كما لو كان مسلما في الابتداء لأن الإسلام الطارئ بعد العقد قبل حصول المقصود به كالإسلام المقارن للعقد كما لو أسلم أحد المتعاقدين على الخمر قبل القبض. وإذا حكم المسلمان مسلما في خصومتهما وشهد الحكم أنه قد قامت عندي البينة على كذا أو كذا وزكوا وقد قضيت لفلان على فلان بذلك فهو جائز لأن في حال قيام ولايته برض بحكمه الخصوم فكما أن الحاكم المولى تملك الإنفاذ على الحكم الصادر منه فكذلك الحكم فيما بين الخصمين. ولو أن الشاهدين شهدا على أن هذا الحكم قضى لفلان على فلان بألف درهم وشهد آخران للآخر أن الحكم قد أبرأه من هذه الألف الذي يدعيها وقد ثبت الترتيب بين البينتين بما يدعيها أو غائب أو شاهد يجحد ذلك أو مقر به أو ببعضه فإني أقضي بالبراءة لصاحب البراءة وأفسدها على الطالب لأن في هذه البينة إثبات الزيادة على البينة الأولى يثبت لزوم المال والبينة الثانية يثبت ذلك أيضا ثم يثبت سقوطها بالإبراء. ولو كان الخصومة في دار فجاء أحد الخصمين بشاهدين شهدا أن الحاكم قضى به على هذا وجاء الآخر بمثل ذلك إلى كانت الدار في أيديهما قضيت بها بينهما نصفين. وإن كانت في يد أحدهما قضيت بها لذي اليد وإن كانت في يد أجنبي لم يرض بحكمه تركتها في يديه بعد أن يكون يدعيها لأن البينتين بها ربا حين استوتا ولا ترجيح لأحدهما على الأخرى ولا تاريخ بينهما وهو بمنزلة ما لو أثبت كل واحد منهما بينة إقرار صاحبه بالملك له أو شراء من صاحبه ألا أن محمدا رحمه الله في الشراء ثبت الترتيب بين البينتين بالقضاء وفي القضاء لا يتحقق ذلك فكان القضاء نظير الإقرار والأعيان والحيوان والعروض كلها في هذا سواء. وإذا حكما عبدا أو ذميا أو صبيا أو مرتدا ثم عتق العبد وأسلم الذمي والمرتد وأدرك الصبي فحكمه باطل لأن ولاية الحكومة لم يثبت حين حكماه لانعدام الأهلية فيه فبحدوث الأهلية لا تثبت الولاية إلا أن يرضيا بحكمه بعد ذلك ثم يحكم فيجعل هذا التراضي كابتداء التحكيم وهو نظير العقد إلا لم يكن أهلا عند التقليد فبحدوث الأهلية لا يثبت له ولاية الحكم إلا أن تقلد ابتداء بحنما صار أهلا. وإن حكم المسلم والمرتد بينهما سواء مسلما فحكم بينهما فهو بمنزلة صلحهما فصلح المرتد عند أبي حنيفة رحمه الله يتوقف فإن أسلم جاز وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطل وعندهما هو جائز على كل حال فحكم الحكم بينهما كذلك. وإن حكم العبد التاجر أو المكاتب حكما بينه وبين خصمه جاز بمنزلة صلحه. وإذا قال الحكم قد أقر عندي فلان لفلان بألف درهم وقضيت بها عليه وقال فلان ما أقررت بذلك فإن قضاءه جائز عليه لأن ولاية الحكومة ثابتة له مالم ينقد القضاء ويحصل المقصود وذلك بإخباره بقضائه فيكون هو في ذلك كالحاكم المولى وإن أقام أحد الخصمين البينة أن الحكم قضى له على فلان بألف درهم فهو السبت ثم أقام المقضي عليه البينة أنه قد أخرجه من الحكومة يوم الجمعة أو يثبت فحكمه باطل لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة وبعدما خرج من الحكومة يوم الجمعة لا ينفذ حكمه يوم السبت إلا بتحكيم جديد ولو بثبت ذلك ولو لم يقم على ذلك بينة ولكنه أقام البينة أنه قضى له بالبراءة من هذا المال يوم الجمعة وأقام الآخر البينة أنه قضى له بالمال يوم السبت. فالبراءة والقضاء الأول نفذ عليهما ولا يجوز الحكم الثاني لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة وبعدما قضى بالبراءة يوم الجمعة لا يكون له ولاية القضاء بالمال يوم السبت إلا بتحكيم جديد ولو بوجد ذلك. وكذلك لو كان القضاء بالمال أول مرة فهو جائز دون الثاني لما بينا. ولا يجوز كتاب الحكم بحكمه إلى قاض لأنه في حق القاضي كسائر الرعايا والقاضي لا يقبل كتاب واحد من الرعايا ولا يعمل به ولا ينبغي للقاضي أن يكتب إلى حكم حكمه رجلان بشهادة شهود شهدوا عنده أن الحكم في حقه كغيره من الرعايا وقيل هذا إذا لم يكن القاضي مأذونا في الاستخلاف فإن كان مأذونا في

الاستخلاف وأمره في كتابه أن يرى في ذلك رأيه ويتقد ما رأه صوابا ينبغي أن ينفذ حكمه ويجعل هذا كتقليد القاضي إياه ولكن الأول أصح لأنه وإن صار كالمقلد من جهة القاضي فلا بد من أن يسمع شهادة الشهود وليقضي بها ولم يشهدوا عنده وإنما شهدوا عند القاضي في حال لم يكن لهذا ولاية الحكومة فلا ينفذ حكمه بتلك الشهادة. وكذلك لا ينبغي للحكم أن يحكم بكتاب قاض إلى قاض لهذا المعنى ولأن الكتاب ليس إليه. وإذا رضي الخصمان أن ينفذ الحكم فقضاء بينهما بكتاب قاض فانفذه فهو جائز بمنزلة ما لو اصطلحا على شيء فيما بينهما بالتراضي وقضاء الحكم فيها هو من خالص حق الجاد كالأموال والقصاص جائز. ولا يجوز في حد سرقة ولا قذف ولا زنا ولا خمر ولا لعان بين الزوجين لأن معظم الحق في هذا لله تعالى فإنما يثبت له الولاية في الحكم لمن ثبت له الولاية في استيفائه والثابت في استيفاء حقوق الله تعالى هو الإمام أو من قلده الإمام والحكم ليس بهذه الصفة. وإنما صار هو حكما باتفاق الخصمين ولا معتبر باتفاقهما فيما ليس من خالص حقهما ألا ترى أنهما لو اصطلحا على إسقاط هذه الحدود لم تسقط وإن من عليه الحد لو أراد أن يقيم الحد على نفسه أو رضي القاذف بأن يقيم المقذوف عليه الحد لم يصح فكذلك لا يعتبر حكم الحكم فيه. وإن قضى بتضمين السرقة جاز لأن الضمان خالص حق المسروق منه وإذا رضي الخصمان بحكم فأقام المدعي البينة أن له على خصمه هذا ألف درهم وكل واحد منهما كفيل وضامن لذلك فقال المدعى قبله أن الشاهدين عبدان لفلان الغائب فقالا قد كنا عبدين له فأعتقنا وأقاما على ذلك بينة عند الحكم وعدلوا فإنه يقضي بعتقهما ويجوز شهادتهما ويقضي بالمال على الحاضر دون الكفيل ولا يقضي على مولاهما بعتقهما إلا بعد ما يقضي بعتقهما على المشهود عليه بالمال فقط لأن ولايته مقصورة عليهما وسبب ولايته الرضا فإنما يعتبر حكمه في حق من رضي به والكفيل لم يرض بحكومته وليس من ضرورة وجوب المال على الأصيل وجوبه على الكفيل ظهرا لا يقضى على الكفيل بشيء وكذلك مولى العبدين لم ترض بحكمه فلا ينفذ حكمه بالعتق في حقه إنما ينفذ ذلك في حق المشهود عليه بالمال لأنه رضي بحكومته فإن جاء مولاهما فأنكر العتق وقدمهما إلى القاضي فإن شهد لهما بالعتق الشاهدان الأولان أو غيرهما وإلا أبطل القاضي حكم الحكم بالمال لأنه تبين أنه قضى بشهادة العبدين وإذا كان قضاء القاضي بشهادة العبدين لا ينفذ بقضاء الحكم أولى وإذا ادعى رجل قبل رجل دم خطأ فاصطلحا على حكم فأقام المدعي البينة على دعواه فقضى الحكم على العاقلة بذلك لم يجز ذلك عليهم لأنهم لم يرضوا بحكمه. ولو قضى به على القاتل في ماله ثم رفع إلى القاضي أبطل حكمه لأنه قضى بخلاف الإجماع. فبين العلماء رحمهم الله اتفاق أن الدية في الخطأ على العاقلة. فقضاؤه به على القاتل في ماله قضاء بخلاف الإجماع. ولأن القاضي إنما لا يبطل من قضاء الحكم ما يحتاج إلى تنفيذ مثله بصفته في الحال وذلك غير موجود هنا. ولو ادعى رجل على ميت بينا وورثته غيب إلا واحدا فاصطلحا على حكم فحكم بالمال على الميت لم يجز حكمه على الغيب منهم ولا على الميت لانعدام الرضا منهم بحكمه ويجوز على الحاضر في جميع تراثه لأنه رضي بحكمه وذلك ملزم إياه بمنزلة إقراره وإقرار أحد الورثة ذلك بالمال جائز في حقه دون غيره حتى يستوفى حقهم الدين من نصيبه. وإذا حكم الخصمان رجلا بينهما فحكم بعد مدة أو بعد مرض أو إغماء ويرئ منه أو بعد سفر أو في بلد آخر أو بعد حبس وإقرار بحكمه وهو محبوس في دين لهما أو لأحدهما أو لغيرهما جاز حكمه لأن ما اعترض من هذه (الأسباب) لا ينافي ولايته ولا يخرجه من الحكومة. وكذلك لو ولي القضاء ثم عزل عنه فهو على حكومته لأنه لا ينافي من الولايتين وبتقليد القضاء ازدادت ولايته ثم بعزله إن زالت ولايته فلا يبطل ما كان ثابتا له. ولو غاب الخصمان ووكل كل واحد منهما وكيلا بخصومته فحكم بينهما فهو جائز لأن وكيله قائم مقامه والسبب المثبت للولاية وهو الدعوى بحكمه قائم بعد التوكيل وإنما ينفذ الحكم على الموكلين دون الوكيلين. ألا ترى أن شهادة كل الدعاة بالمال على الذمي تقبل وإن كان وكيله بالخصومة مسلما. وإن وكل أحدهما الخصوم نفذت بهذه الخصومة وقبلها الحكم خرج من الحكومة لأنه صار خصما فيه وبين كونه خصما وبين كونه حكما متنافاة كما أن بين كونه شاهدا وخصما متنافاة. قيل هذا عند أبي يوسف رحمه الله فأما عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فقول الوكالة ينبغي أن لا يخرج من الحكومة حتى لو عزله في الحال كان على حكومته كما قالا في الشاهد إذا وكل بالخصومة في تلك الحادثة ثم عزل قبل أن يخاصم والأصح أن هذا قولهم

جميعا أن توكيل الخصم إياه إخراج له من الحكومة ولاية في حقهما بمنزلة القاضي فمجلسه كمجلس القاضي فلا يكون هو قاضيا[42] عن مجلسه حكما فكما قبل الوكالة صار خصما فيخرج من الحكومة ولو اشترى العبد الذي اختصما إليه فيه لم يجز حكمه لأنه صار خصما. وكذلك لو اشتراه ابنه أو واحد ممن لا تقبل شهادته له لأن هؤلاء منه بمنزلة نفسه في ولاية الشهادة والحكومة. وإذا كان أحد الخصمين ابن الحكم لم يجز قضاؤه بينهما إلا أن يقضي على ابنه بمنزلة الشهادة فإن شهادته على ابنه تقبل ولايته لا تقبل فكذلك الحكومة وكذلك المسلم والذمي يحكمان ذميا لم يجز حكمه على المسلم ويجوز على الذمي وكذلك لو حكما مسلما وذميا لم يجز حكمهما على المسلم لأن الذمي ليس له ولاية الحكم على المسلم وهما مسلما برضا المسلم وحده في الحكم. وإذا قال المسلمان للذمي إذا أسلمت فأنت الحكم بيننا فأسلم لم يجز حكمه كذلك لو قال إذا اهل الهلال أو إذا قدم فلان فاحكم بيننا أو ما أشبه ذلك مما هو تعليق بالشرط فإنه لا يجوز في قول أبي يوسف رحمه الله. وقال محمد رحمه الله يجوز هذا عند الوقت كما قالا لأن هذا بمنزلة الوكالة فحكم الحكم فيما بينهما جعل بمنزلة الاصطلاح فكأنهما وكلا الحكم بأن يصلح بينهما صلحا ملزما وتطبيق الوكالة بالشرط صحيح. يوضحه أن هذا بمنزلة التقليد. ولو أن الخليفة قال لرجل إذا قدمت من الحج فقد ولينك قضاء بغداد جاز ذلك فكذلك إذا اتفقا على حكمه بهذا الشرط. وأبو يوسف رحمه الله يقول هذه مخاطرة فإن حكم الحكم بمنزلة التحكيم فإنه على صلح يباشرانه لا أن يباشره الحكم لأنه لو كان الحكم هو المباشر لم يجز أن يتولاه من الجانبين كالوكيل لا يتولى العقد من الجانبين في البيع والشراء. فعرفنا أنه بمنزلة الصلح الذي يباشرانه. وهذا لا يحتمل التعليق بالشرط بخلاف التقليد من الخليفة فذلك إطلاق وإثبات للولاية وهو محتمل للتعليق بالشرط. بمنزلة الإعتاق والإذن للعبد في التجارة. والأصل فيه ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم موتة حين قلد زيد بن حارثة الأمارة فقال إن قتل زيد فجعفر أميركم وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة أميركم فجوزنا ذلك في تقليد الإمام باعتبار هذا المعنى وذلك لا يوجد في التحكيم وأخذنا فيه بأصل القياس وهو أنه مخاطرة فكأنهما اتفقا على أنه إن حكم الحاكم له فالمال له على خصمه. وإن حكم الحاكم عليه فالمال للخصم عليه. والضرار والمخاطرة ليس إلا هذا وإنما يحتمل التعليق بالشرط ما يجوز أن يحلف به والتحكيم بما لا يحلف به. وإن طعن المشتري بعيب فاصطلح هو والبائع على تحكيم حكم فرده على البائع لم تكن للبائع أن يرده على الذي باعه إياه بذلك العيب ولا بغيره لأن حكم الحكم في حقه بمنزلة اصطلاح الخصمين فكأنه قبله بغير قضاء صلحا. ولو اصطلحوا جميعا على حكمه فرده الأول على الثاني ورده الثاني على الثالث استحسانا وفي القياس لا يرده على الثالث لأن رده على الثاني[43] بمنزلة اصطلاحهما. ولو تقايلا العقد لم يرده على الأول وإن كان راضيا بإقالتها كذا هذا وجه الاستحسان أن حكم الحكم في حق من رضي به بمنزلة قضاء القاضي وإذا كان أحد الخصمين ابن الحكم لم يجز فكان له أن يرده عليه. ولو نقض البائع الأول الحكومة بحدما رده على الأوسط كان له ذلك لأن لم يوجد عليه القضاء فكان له أن يرجع عن تحكيمه وإذا حكم فإن خاصمه إلى القاضي في ذلك العيب لم يرده القاضي عليه في القياس لأن حكم الحكم في حق القاضي بمنزلة اصطلاح الخصمين. وفي الاستحسان قال يرده لأنه حين حكم بالرد كان هو قاضيا في حقه برضاء بحكمه ثم العزل بعد ذلك بإخراجه من الحكومة فيكون قضاؤه بالرد فسخا في حقه فلهذا يسمع الخصومة ويقضي بمنزلة ما لو كان عند القاضي ثم عزل القاضي أو مات فخاصم إلى قاض آخر فإنه يقضي له إن أثبت العيب فهذا مثله. وإذا اصطلحا على أن يحكما بينهما أول من يدخل المسجد عليهما فهو باطل إلا أن يحكماه بعد دخوله لأن تحكيم المجهول باطل كتقليد المجهول وقبل الدخول هو مجهول فتحكيمه باطل وبعد الدخول هو معلوم فتحكيمه صحيح. وإن اصطلحا على أن يحكما بينهما فإن أوفاهما فليهما حكم جاز بمنزلة الحكم الذي وقد بينا أن الجهالة المستدركة في العقود المبنية على التوسع عفو في المقصود بنفس التحكيم لا يحصل وإنما يحصل بالخصومة فإذا اختصما إليه على ذلك القاضي فكأنهما رضيا بحكمه عينا. وإذا اصطلحا على حكم رجل ولم يعلماه ذلك ولكنهما اختصما إليه فحكم بينهما جاز

[42] وفي الحادية عشرا
[43] وفي دامد على الثالث

حكمه. لأن التراضي منهما يتم وإن لم يعلم الحكم به وليس فيه إلزام شيء على الحكم ليعتبر رضاه بخلاف التوكيل لأنه يلزمه العهدة بالتصرف فلا بد من علمه لتفود تصرفه على الموكل بخلاف الحكم فإنه لا يلزمه العهدة ثم هذا إثبات الولاية فصار كالرضاء به. وإذا انتصب عنهما الحكم فصار بحال لا يجوز شهادته لا يجوز حكمه لأنه خرج من أن يكون له ولاية الشهادة فلا يكون له ولاية الحكومة كما لو ارتد. ألا ترى أنه لو أشهد على شهادته ثم ارتد لم يسمع للشاهدين أن يشهدا على شهادته وإن أسلم حتى يشهدهما بعد الإسلام. ولو شهد عند القاضي وهو مسلم ثم ارتد ثم أسلم لم يقض القاضي بتلك الشهادة وكذلك لو كان عمي ثم أبصر لم يقض القاضي بتلك الشهادة حتى يشهد بها ابتداء. فإذا حكما حكما فأتى أن يقبل ذلك ثم حكم بينهما لم يجز إلا أن يجدد تحكيمه لأن تحكيمهما إياه قد ارتد برده بمنزلة الوكالة.

ولو حكماه على أن يستفتي فلانا أو على يسأل الفقهاء ثم يقضي بينهما جاز لأن التقليد من السلطان بهذه الصفة صحيح. وكذلك رضاه منهما بتحكيمه بهذه الصفة. ولو سأل فقيها واحدا وقضى بينهما بقوله جاز لأن المراد جنس الفقهاء لا جماعة الفقهاء واسم الجنس يتناول الواحد. وإن حكماه على أن يحكم بينهما في يومه هذا أو في مجلسه هذا فهو جائز على ما قالا فإذا مضى ذلك اليوم أو قام من مجلسه فلا حكومة له لأن التحكيم يقبل التخصيص بالوقت والمكان بمنزلة التوكيل وبمنزلة تقليد السلطان فإن لم يجعلا لذلك أجلا فهو حكم بينهما مالم يخرجاه أو أحدهما وإن حكما بينهما صاحب الشرط أو أحدا ممن لا يبصر الفقه فهو جائز لأنه من أهل الشهادة فيثبت له ولاية الحكومة بينهما بتراضيهما عليه ورضاء المفاوض بالحكم جائز على شريكه. وكذلك المضارب وشريك العنان فيما وليه بمنزلة مصلحه فإن هذا من صنع التجار ولو أمر رجل رجلا فاشترى له عبدا فوجد به عيبا وصالح بائعه حكم حكم فرده على البائع جاز ذلك على الآمر. لأن الوكيل بالشراء في حقوق العقد بمنزلة العاقد لنفسه. فرضاؤه بالتحكيم فيه يصح وحكم الحكم في ذلك بمنزلة قضاء القاضي فينفذه على الآمر ولا معتبر برضاء الآمر. ألا ترى أنه لو عزل الوكيل وأراد أن يخاصم في ذلك بنفسه لم يملك ولو كان باع عبدا له بأمره فطعن المشتري بعيب فاصطلحا على حكم حكم فرده بعيب بشهود أو عيب لا يحدث مثله كان جائزا على الآمر لما قلنا. أن الوكيل بمنزلة العاقد لنفسه. وفي بعض الروايات قال كان جائزا على البائع دون الآمر فإن صح هذا فالفرق بين هذا وبين الأول أن وكالة الوكيل بالبيع قد انتهت بالبيع والتسليم فرضاه بالرد عليه بمنزلة الإقالة بعد ذلك. فأما وكالة الوكيل بالشراء لا ينتهي ما دام المبيع في يده. فلهذا نفذ رضاه بحكم الحكم في رده على الآمر فإن كان عيبا يحدث مثله وقد قبضه ولم يقم به بينة فإن اليمين يلزم العبد البائع لأن هذا بمنزلة الإقالة. فإن استحلف الحكم لا يكون كاستحلاف القاضي. فأداء الوكيل اليمين عند الحكم لا يكون ملزما للآمر بل ذلك كإقراره لأنه غير مضطر إلى ذلك. قال وقال محمد رحمه الله لا يلزم الآمر شيئا من ذلك على حال لأنه بمنزلة الإقالة في العيب الذي يحدث مثله اولا يحدث قامت به البينة أو لم تقم فإنه يجتمد التراضي وبهذا تبين أن ما أجاب به في الإبتداء في بعض الروايات فهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وما أجاب به في بعض الروايات فهو قول محمد رحمه وإن كانا حكماه برضاء الآمر لزم الآمر في ذلك كله. وإذا اصطلح الخصمان على أن يبعث كل واحد منهما حكما مسمى من قبله فهو جائز وما يحكم به الحكمان فهو جائز الطلاق والنكاح واللعنة في ذلك سواء لقوله تعالى(فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) وعلى رضى الله عنه حين رضي بالتحكيم كان اعتمد على هذه الآية. وان ذلك منه حقا صوابا فعرفنا أن التحكيم بهذه الآية ثابت في جميع الخصومات كما في الصلح بين الزوجين لأن المقصود قطع المنازعة ودفع الوحشة. وإذا اصطلحا عل حكم يحكم بينهما فأجاز القاضي حكومته قبل أن يحكم ثم حكم بينهما بخلاف رأي القاضي فإنه لا يجوز قبل هذا إذا لم يكن القاضي مأذونا في الاستخلاف فأما إذا كان مأذونا ينبغي أن يجوز ويجعل إجازة القاضي بمنزل استخلافه إياه في الحكم بينهما وقبل الإجازة إمضاء لما كان سبق فلا أثر له فيما لم يقض به بعد فلهذا لا ينفذ حكمه بخلاف رأي القاضي بعد ذلك. وإذا وكل كل واحد من الخصمين وكيلا بالخصومة فاصطلح وكيلان على حكم لم يجز لأن الوكيل بالخصومة لا يملك الصلح ولإن كل واحد منهما إنما رضي بخصومة الوكيل في مجلس القاضي فلا يكون ذلك رضاء منه بخصومته عند الحكم والحكم في حق الموكلين كثيره من الرعايا لأنهما ما رضيا بحكومته فإن كانا وكيلين بالخصومة والصلح فحكما رجلا جاز لأن تحكيمهما بمنزلة الاصطلاح. ولو أن الإمام الذي استعمل القاضي أمر رجلا ممن يجوز شهادته أن يحكم بين الرجلين جاز وهو بمنزلة القاضي لأنه قلده تقليدا خاصا وذلك صحيح من الإمام. ولو أن قاضيا أمر رجلا أن يحكم بين رجلين لم يجز ذلك لأن القاضي غير مأذون بالاستخلاف فاستخلافه باطل. وقيل هذا إذا لم يحكم بحضرته فأما إذا حكم بحضرته ينبغي ان يجوز بمنزلة الوكيل إذا أمره غيره أن يبيع بحضرته والأصح أنه لا يجوز لأن نفس القضاء ملزم فلا ينفذ من غير من قلده الإمام إلا أن يجيره بعد ما رفع إليه. فأما نفس الإيجاب في البيع والشراء غير ملزم فيجوز للوكيل أن يستبين بغيره في ذلك إذا كان بمحضر منه لأن نفوذ العقد برأيه إذا كان حاضرا فيكون ممتثلا أمر الآمر في ذلك فإن أجاز القاضي حكمه فإجازته بمنزلة القضاء منه. وكذلك إن رضي به الخصمان فهو بمنزلة حكم حكماه ولو حكم رجل بين رجلين من غير أن حكماه فقالا بعد حكمه رضينا بحكمه وأجزناه علينا جاز لأن رضاءهما به في الانتهاء بمنزلة إذنهما في الابتداء إياه وليس للحكم أن يولي الحكم إلى غيره إلا برضاء الخصمين فإن حكم بينهما بغير رضائهما وأجاز ذلك الحكم الأول فهو باطل لا يجوز. وإن أجازه الرجلان ورضيا به فهو جائز ولا شبهة فيما إذا أجازه الرجلان ورضيا به لأنه لو لم ينفذه الحكم الأول جاز ذلك عند إجازتهما. وأما إذا أجازه الحكم الأول فإن ذلك لا يجوز بخلاف الوكيل في البيع إذا وكل غيره حتى باع ثم أجازه الوكيل الأول أو القاضي إذا أمر غيره بالحكم ثم رفع إليه فأجازه لأن الحكم إنما يثبت له بتراضيهما ولاية خاصة وهو الحكم بينهما والإجازة ليست بحكم فهو في ذلك كأجنبي آخر. فأما القاضي له ولاية مطلقة في إنشاء الحكم وإمضائه وكذلك الوكيل فإنه مأمور بإزالة ملك الموكل برأيه بعوض هو مال ولا فرق في ذلك بين إجازته عقد غيره وبين إنشائه بنفسه. ولو أن تمنيا حكم بين مسلمين فرضيا به بعد حكمه لم يجز لأنهما لو رضيا به قبل الحكم لم يجز وإن رضي المقضى عليه أن يلزمه المال أو أقر به على نفسه لزمه بحكم إقراره لا بحكم الذمي لأن حكم الذمي بين المسلمين باطل شرعا فلا يتغير ذلك برضائه كما لو رضي المسلم بشهادة الذمي عليه. وإذا اصطلحا على حكم فقضى لأحدهما على الأخر ثم اصطلحا على حكم آخر فقضى بينهما فإنه ينفذ حكم الأول وإن كان عدلا عنده وإن كان جورا أبطله لأنه في حقهما بمنزلة القاضي وإذا رد الحكم شهادة شهود شهدوا عنده بتهمة ثم اختصموا عند حكم آخر أو إلى قاض فإنه يسأل عنهم فإن زكوا اجازهم لأن رد الحكم شهادتهم في حق قاض أو في حق الحكم الأخر غير ملزم فوجوده كعدمه.

وَإِذَا حَكَمَ الْحَكَمُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ ، ثُمَّ تَخَاصَمُوا إلى حَكَمٍ آخَرَ فَحَكَمَ بَيْنَهُمَا بِحُكْمٍ سِوَى ذَلِكَ ، وَلَمْ يَنْقُضْ بِالْأَوَّلِ ، ثُمَّ ارْتَفَعَا إلَى الْقَاضِي ، فَإِنَّهُ يُنَفِّذُ الْحُكْمَ الَّذِي يُوَافِقُ رَأْيَ الْقَاضِي مِنْ ذَلِكَ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ حُكْمَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا غَيْرُ مُلْزِمٍ الْقَاضِي مَبْدَأً .

EK 4: 26. Cilt eksik sayfalar

Basılı: 26. cilt 97. sayfa.

Yazma: Süleymaniye Kütüphanesi Damat İbrahim Paşa Bölümü 651 No'lu kayıt 222/b-223/a. varak.

النفوس ثم القتل إزهاق للروح والروح ليس بمحسوس يمكن أخذه وشبه العمد ما يزهق به الروح على قصد التأديب وقد تحقق ذلك فأما في ما دون النفس الجرح فعل محسوس فمع تحققه لا يتحقق قصد التأديب فيه وليس فهو قصد التأديب بالجرح فلا يخرج به من أن يكون عمدا محضا فلهذا كان الأرش في ماله وإذا ضرب الرجل سن الرجل فتحركت فإنه ينتظر بها حولا لأن السن قد يتحرك ثم تبينت كما كان وقد يتحرك إلى أن يسقط وحكم أحدها مخالف للآخر فلا يمكن فصل الحكم فيه بدون الانتظار والحول حسن للانتظار به معنى يكشف الحال كما في أجل العنين وإليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يستأني بالجراحات حتى تبرأ وقال لا يستقاد في الجراحات حتى يستأني وكذلك لو قلع السن فإنه يستأني به حولا لجواز أن ينبت مكانه آخر فإن اسودت السن في الحول أو سقطت أو احمرت أو اخضرت فعليه أرش كامل لأن الحادث في مدة الاستئناء مضاف إلى قوله وقد بينا أن السن إذا اسودت من ضربته يجب أرشها كاملا لأنها بعد ما اسودت بتناثر وتتلاشى فكأنها سقطت واختلاف الرواية فيما إذا اصفرت وقد بيناه وعن زفر يجب أرشها كاملا كما لو احمرت وفي تأويل قوله إذا اصفر أصلها فإن ذلك في تفويت الجمال والمنفعة بمنزلة ما لو اخضرت او احمرت وهي تناثر وتلاشى بعد ذلك في العادة فإن قال الضارب إنما اسودت من ضربة حدثت فيها بعد ضربتي وكذبه المضروب فالقول قول المضروب مع يمينه إلا أن يقيم الضارب البينة على ما ادعى إذا استحسن بهذا لما فيه من الأثر والسنة قيل أن المراد الانتظار بها حولا ثابتا استحسانا بالأثر والسنة وفي القياس لا معنى للانتظار لوجود السبب الموجب للحال والأصح أن المراد القول قول الضارب في القياس لأنه ينكر السبب الموجب للضمان عليه فإن الضربة بنفسها لا يوجب عليه الضمان ما لم يكن سواد السن بتلك الضربة فإنكاره حدوث السواد بها فإنكاره أصل الضربة فيكون القول قوله في ذلك وعلى المضروب إثبات ما يدعي بالبينة وفي الاستحسان القول قول المضروب لأن الموجب للضمان على الضارب فعله وقد عرفنا حلول فعله بهذا المحل وما يظهر عقيب السبب يحال به عليه ما لم يعلم غيره ولأن الظاهر شاهد للمضروب لأن ما يدعيه الضارب من ضربة أخري من غيره لم يظهر والقول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه إلا أن يقيم الضارب البينة على ما يدعي من ضربة أخرى ولأن

Basılı: 26.cilt 100. sayfa.

Yazma: Süleymaniye Kütüphanesi Damat İbrahim Paşa Bölümü 651 No'lu kayıt 223. varak.

هذه المنافع بدون الموت أولى قلنا إذا مات فقد تحقق إتلاف النفس عليه فالأطراف تابعة للنفس ومتى وجب اعتبار الأصل يسقط اعتبار الأطراف فأما ما بقيت النفس فهذه المنافع تصير مفوتة عليه مقصود أو بعضها ليس بتبع للبعض ففي حق كل واحد منهما يجعل كأنه لم يتبت غيرها فإن قيل بماذا يعرف فوات هذه المعاني الموجب عليه الدية باعتبارها فإن قول المجنى عليه في ذلك غير مقبول قلنا أما إذا صدقه الجاني أو استحلف فنكل فإنه يتبت فواتها بنكوله ثم فوات البصر يعرفه الأطباء فينظر إليه رجلان عدلان ويكون قولهما في ذلك حجة وقيل يمتحن بإلقاء حية بين يديه فإذا اشتغل بالتحرز منه علم أنه لم يفت بصره فأما السمع فإنه يتغفل ثم ينادي كما فعله اسماعيل بن حماد رحمه الله فإن رجلا ضرب على رأس أمواته فزعم أنه ذهب سمعها فاشتغل اسماعيل بغيرها ثم التفت اليها وهي غافلة وقال استرى عورتك أيها المرأة! فجعلت تجمع ثيابها فعلم أنها سامعة وكذلك في إذهاب العقل يغفل ثم يخاطب بشيئ بغتة فإن التفت إلى ذلك يعلم أنه يعقل وكذلك في إذهاب الكلام يطلب غفلته ليسمع كلامه في موضع يكون عنده أنه ليس بحضرته أحد وإذا قطع اصبع رجل فشلت أخرى إلى جنبها أوقطع يده اليمنى فشلت يده اليسري فلا قصاص في شيء من ذلك والأرش واجب لما قطع ولما حدث فيه الشلل في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد يقتص من القاطع وفي الشلل الأرش وهذه فصول أحدها إذا قطع أصابعا فشلت الكف أو قطع مفصلا من أصبع فشلت بقية الأصابع فإنه لا يجب القصاص ههنا بالاتفاق لأن الشلل سراية حيا وحكم السراية حكم الجناية ألا تري أن أصل الجناية إذا كانت عمدا فسرايتها كذلك عمدا وإذا كانت خطأ فسرايتها كذلك وإذا كان أصل الجناية مباشرة فسرايتها كذلك وإن كان تسببا فسرايتها كذلك وههنا السراية شلل لا قصاص فيه فكذلك لا يحل القصاص في أصل الفعل لأن ما ليس بموجب للقصاص إذا اتصل بما هو الموجب على وجه الاختلاط امتنع وجوب القصاص وقد تحقق الاختلاط ههنا باتصال أحد المحلين بالأخري وقيام التبع بالأصل فأما إذا قطع أصبعا فشلت أصبع أخري فأبو يوسف ومحمد يقولان الشلل ههنا عن مختلط بالقطع لانه لا ايصال لأحد المحلين بالآخر إنما بينهما تجاوز أما في اليدين فظاهر وكذلك في الأصبعين فكذلك فإيصال أحدهما بالأخرى بواسطة الكف فيكون ذلك تجاوز بينهما فباختلاف في المحل عرفنا أنهما جنايتان فيان امتنع وجوبا لقصاص في أحدهما لا يمنع وجوبه في الآخر وكان