

المغنى

تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المتوفى سنة ٦٣٠ هـ
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن احمد الخرقى المتوفى سنة ٣٣٤ هـ

ويليه

الشرح الكبير

على متن المقنع ، تأليف الشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد
ابن قدامة المقدسى المتوفى سنة ٦٨٢ هـ كلاهما على مذهب امام الأئمة (أبي عبد الله احمد بن محمد بن
حنبل الشيبانى) مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضى الله عنهم

الجزء الخامس

﴿ تنبيه ﴾ وضعنا كتاب المغنى في أعلى الصفحات والشرح الكبير في أدناها مفصولا بينهما بخط عرضي

دار الكتاب العربي

للنشر والتوزيع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الصلح

الصلح معاهدة يتوصل بها الى الاصلاح بين المختلفين ، ويتنوع أنواعا صلح بين المسلمين وأهل الحرب و صلح بين أهل العدل وأهل البغي و صلح بين الزوجين اذا خيف الشقاق بينهما قال الله

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وبه نستعين

(باب الصلح)

الصلح معاهدة يتوصل بها إلى إصلاح بين المختلفين ويتنوع أنواعا : صلح بين المسلمين وأهل الحرب و صلح بين أهل العدل وأهل البغي ، و صلح بين الزوجين اذا خيف الشقاق بينهما . قال الله تعالى (وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما) وقال تعالى (وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير) وروى أبو هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً » أخرجه الترمذي وقال حديث حسن صحيح . وروي عن عمر أنه كتب الى أبي موسى بمثل ذلك وأجمع العلماء على جواز الصلح في هذه الأنواع التي ذكرنا ولكل واحد منها باب بفرد له وتذكر فيه أحكامه وهذا الباب للصلح بين المختلفين في الاموال

(مسألة) (والصلح في الاموال قسمان أحدهما صلح على الاقرار وهو نوعان (أحدهما) صلح على جنس الحق مثل أن يقر له بدين فيضع عنه بعضه أو يمين فيهب له بعضها وبأخذ الباقي فيصح إن لم يكن بشرط مثل أن يقول على أن تعطيني الباقي أو بمنعه حقه بدونه)

وجه ذلك أن من اعترف بدين أو عين في يده فأبرأه الغريم من بعض الدين أو وهبه بعض العين وطلب منه الباقي صح اذا كانت البراءة مطلقة من غير شرط . قال أحمد اذا كان للرجل على الرجل الدين ليس عنده وقاه فوضع عنه بعض حقه وأخذ منه الباقي كان ذلك جائزاً لها ولو فعل ذلك قاض

تعالى (وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما) وقال الله تعالى (وان امرأة خافت من بعلها

شافعي لم يكن عليه في ذلك إثم لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد كلف غرماء جابر ليضمو عنه وفي الذي أصيب في حديثه فمر به النبي صلى الله عليه وسلم وهو ملزوم فأشار الى غرمائه بالنصف فأخذه منه ، فان فعل ذلك قاض اليوم جاز اذا كان على وجه الصلح والنظر لها ، وقد روى عبدالله بن كعب عن أبيه انه تقاضى ابن أبي حدرد ديناً كان له عليه في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرج اليهما ثم نادى « يا كعب » قال لييك يا رسول الله . فأشار اليه أن ضم الشطر من دينك . قال قد فعلت يا رسول الله ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « قم فاعطه » متفق عليه فأما إن منعه المقر حقه حتى يضع عنه بعضه فالصلح باطل لانه صالح عن بعض ماله ببعضه وسواء كان بلفظ الصلح أو بلفظ الابراء أو الهبة المقرون بشرط مثل أن يقول أبرأتك من خمسمائة أو وهبتك بشرط أن تعطيني ما بقي ، قال ابن أبي موسى الصلح على الاقرار هضم للحق فتي أئزم المقر له ترك بعض حقه فتركه من غير طيب نفسه لم يطب لاحد ، وإن تطوع المقر له باسقاط بعض حقه جاز غير أن ذلك ليس بصلح ولا من باب الصلح بسبيل فلم يجعله صلحاً ، ولم يسم الخرق الصلح إلا في حال الإنكار ، فأما مع الاعتراف فان قضاء من جنس حقه فهو وفاة وإن قضاء من غير جنسه فهو معاوضة وإن أبرأه من بعضه فهو إبراء وإن وهبه بعض العين فهو هبة فلا يسمى صلحاً وسماه القاضي وأصحابه صلحاً وهو قول الشافعي . والخلاف في التسمية أما المعنى فتفق عليه ، وهو ينقسم الى إبراء وهبة ومعاوضة وقد ذكرنا الابراء ، فأما الهبة فهو أن يكون له في يده عين فيقول قد وهبتك لصفها واعطني بقيتها فيصح ويعتبر له شروط الهبة ، وإن أخرجه مخرج الشرط لم يصح وهذا مذهب الشافعي ، لانه اذا شرط في الهبة الوفاء جعل الهبة عوضاً عن الوفاء فكأنه عاوض بعض حقه ببعض ، فان أبرأه من بعض الدين أو وهبه له بعض العين بلفظ الصلح مثل أن يقول صالحني بنصف دينك علي أو بنصف دارك هذه ، فيقول صالحتك بذلك لم يصح : ذكره القاضي وابن عقيل وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، وقال أكثرهم يجوز الصلح لانه اذا لم يجز بلفظه خرج عن أن يكون صلحاً ولا يبقى له تعلق به اما اذا كان بلفظه سمي صلحاً لوجود اللفظ وان تخلف المعنى كالهبة بشرط الثواب ، وانما يقتضي لفظ الصلح المعاوضة اذا كان ثم عوض أما مع عدمه فلا ، وانما معنى الصلح الاتفاق والرضى وقد يحصل هذا من غير عوض كالتملك اذا كان بموض سمي يبعاً وان خلا عن العوض سمي هبة

ولنا أن لفظ الصلح يقتضي المعاوضة لانه اذا قال صالحني هبة كذا أو على هبة كذا أو على نصف هذه العين ونحو هذا فقد أضاف اليه بالمقابلة فصار كقوله بعني بألف وان أضاف اليه على جرى مجرى الشرط كقوله (على أن تأجرني ثمانى حجج) وقوله (فهل يجعل لك خرجاً على أن تجعل بيننا وبينهم سداً) وكلاهما لا يجوز بدليل ما لو صرح بلفظ الشرط أو بلفظ المعاوضة ، وقولهم انه يسمى صلحاً

نشوزاً أو اعراضاً فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير) وروى أبو هريرة ان رسول

ممنوع وان سمي صلحاً فجاز لتضمنه قطع التنازع وازالة الخصومة وقولهم ان الصلح لا يقتضي المعاوضة ممنوع وان سلمنا لكن المعاوضة حصلت من اقتران حرف الباء أو على او نحوها به فان لفظ الصلح يحتاج الى حرف يتمدى به وذلك يقتضي المعاوضة على ما بينا

(مسئلة) (ولا يصح ذلك بمن لا يملك التبرع كالـكاتب والمأذون له وولي اليتيم إلا في حال الانكار وعدم اليقنة) لانه تبرع وليس لهم التبرع فاما اذا لم يكن بالدين أو كان على الانكار صح لان استيفاءهم البعض عند العجز عن استيفاء الكل أولى من تركه

(مسئلة) (وان صالح عن المؤجل ببعضه حالاً لم يصح)

كره ذلك زيد بن ثابت وابن عمر وقال نهى عمر أن تباع العين بالدين وكره ذلك سعيد بن المسيب والقاسم وسالم والحسن ومالك والشافعي والثوري وابن عيينه وأبو حنيفة واسحاق وروى عن ابن عباس وابن سيرين والنخعي أنه لا بأس به ، وعن الحسن وابن سيرين انها كانا لا يريان بأساً بالعروض ان يأخذها من حقه قبل محله لانها تبايعا العروض بما في الذمة فصح كالمواصلة بشرط ثمنها ولعل ابن سيرين يحتج بان التسجيل جائز والاسقاط وحده جائز فجاز الجمع بينهما كما لو فعلا ذلك من غير مواطاة عليه

ولنا أنه يبذل القدر الذي يحطه عوضاً عن تسجيل ما في ذمته ويبيع الحلول والتأجيل لا يجوز كما لا يجوز أن يعطيه عشرة حالة بعشرين مؤجلة ولأنه يبيعه عشرة بعشرين فلم يجوز كما لو كانت معينة وفارق ما اذا كان من غير مواطاة ولا عقد لان كل واحد منهما متبرع ببذل حقه من غير عوض ولا يلزم من جواز ذلك جوازه في العقد أو مع الشرط كيبيع درهم بدرهمين ويفارق ما اذا اشترى العروض بثمن مثلها لانه لم يأخذ عن الحلول عوضاً

(مسئلة) (وان وضع بعض الحال واجل باقية صح الاسقاط دون التأجيل) اذا صالحه عن الف حال بنصفها مؤجلاً اختياراً منه وتبرعاً صح الاسقاط ولم يلزم التأجيل لان الحال لا يتأجل بالتأجيل على ما ذكرنا والاسقاط صحيح وان فعله لئنه من حقه بدونه او شرط ذلك في الوفاء لم يسقط على ما ذكرنا في اول الباب وذكر ابو الخطاب في هذا روايتين اصحهما لا يصح وما ذكرنا من التفصيل اولى

(مسئلة) (وان صالح عن الحق بأكثر منه من جنسه مثل ان يصلح عن دية الخطأ او قيمة متلف بأكثر منها من جنسها لم يصح) وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة يجوز لانه يأخذ عوضاً عن المتلف فجاز ان يأخذ اكثر من قيمته كما لو باعه بذلك

الله ﷺ قال «الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما» أخرجه الترمذي وقال

ولنا ان الدية والقيمة تثبت في الذمة مقدرة فلم يجز ان يصلح عنها بأكثر منها من جنسها كالثابتة عن قرض او ثمن مبيع ولأنه اذا اخذ أكثر منها فقد اخذ حقه وزيادة لا مقابل لها فيكون أكل مال بالباطل (مسئلة) (وان صالحه بعرض قيمته أكثر منها جاز) لأنه بيع

(فصل) ولو صالح عن المائة الثابتة بالانلاف بمائة مؤجلة لم تصر مؤجلة وهذا قول الشافعي وعن احمد انها تصير مؤجلة وهو قول ابي حنيفة لأنه عاوض عن المتلف بمائة مؤجلة فجاز كما لو باعه إياه ولنا أنه انما استحق عليه قيمة المتلف وهو مائة حالة والحال لا يتأجل بالتأجيل وان جعلناه فيما فهو بيع دين بدين وهو غير جائز

(مسئلة) (وان صالحه عن بيت على ان يسكنه سنة او يبنى له فوقه غرفة لم يصح)

اذا ادعى على رجل يتنا فصلحه على بعضه او على ان يبنى له ثم على ان يسكنه سنة لم يصح لأنه يصلحه عن ملكه على ملكه او منفعة وان اسكنه كان تبرعا منه متى شاء اخبره منها وان اعطاه بعض داره بناء على هذا فتى شاء انزع منه لأنه اعطاه إياه عوضاً عما لا يصلح عوضاً عنه وان فعل ذلك على سبيل المصالحة معتقداً ان ذلك وجب عليه بالصلح رجع عليه باجر ما سكن واجر ما كان في يده من الدار لانه اخذه بعقد فاسد فأشبه المبيع الموجود بعقد فاسد وسكنى الدار باجارة فاسدة، وان بنى فوق البيت غرفة اجبر على نقضها واذا اجر السطح مدة مقامه في يده وله اخذ آتته، وان انفق على ان يصلحه صاحب البيت عن بنائه بعوض جاز وان بنى الغرفة بتراب من ارض صاحب البيت وآتته فليس له اخذ بنائه لانه ملك صاحب البيت وان اراد نقض البناء لم يكن له ذلك اذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف به وينتخرج ان يملك نقضه كقولنا في الناصب

(مسئلة) (ولو قال أقر لي بديني وأعطيك منه مائة ففعل صم الاقرار ولم يصح الصلح)

لانه يجب عليه الاقرار بما عليه من الحق فلم يحل له أخذ العوض عما يجب عليه . فعلى هذا يرد ما أخذ لانه تبين كذبه باقراره وان عليه الدين فلزمه اداؤه بغير عوض

(مسئلة) (وان صالح انسانا ليقرله بالعبودية او امرأة لتقر له بالزوجية لم يصح)

لا يجوز الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه مثل ان بدعي على رجل أنه عبده فينكره فيصالحه على مال ليقرله بالعبودية فلا يجوز ذلك لانه يحل حراما فان ارقاق الحر نفسه لا يحل بعوض ولا غيره وكذلك ان صالح امرأة لتقرله بالزوجية لانه صلح يحل حراماً ولأنها لو أرادت بذل نفسها بعوض لم يجز فان دفعت اليه عوضا عن هذه الدعوى ليكف نفسه عنها ففيه وجهان

(احدهما) لا يجوز لان الصلح في الانكار انما يكون في حق المنكر لاقتداء اليمين وهذه لا يمين عليها وفي حق المدعي يأخذ العوض في مقابلة حقه الذي بدعيه وخروج البعض من ملك الزوج لا قيمة له وانما

حديث حسن صحيح وروى عن عمر أنه كتب الى أبي موسى بمثل ذلك ، وأجبت الأئمة على جواز

أجيز الخلع للحاجة الى افتداء نفسها (والثاني) يصح ذكره أبو الخطاب وابن عقيل لان المدعي يأخذ عوضا عن حقه من النكاح فجاز كموض الخلع والمرأة تبذله لقطع خصومته وازالة شره وربما توجهت اليه لكون الحاكم يرى ذلك ولانها مشروعة في حقها في احدى الروايتين ، ومتى صالحته عن ذلك ثم ثبتت الزوجية باقرارها أو بيينة فان قلنا الصلح باطل فالتكاح باق بحاله لانه لم يوجد من الزوج طلاق ولا خلع وان قلنا هو صحيح احتمل ذلك أيضا لما ذكرنا ، واحتمل أن تبين منه بأحد العوضين لانه أخذ العوض عما يستحقه من نكاحها فكان خلعها كما لو أقرت له بالزوجية فخلعها ولو ادعت أن زوجها طلقها ثلاثا فصالحها على مال لتزل عن دعواها لم يجز لانه لا يجوز لها بذل نفسها لمطلقها بعوض ولا بغيره ، وان دفعت اليه مالا ليقر بطلاقها لم يجز في أحد الوجهين وفي الآخر يجوز كما لو بذلت له عوضا ليطلقها ثلاثا

(مسئلة) (وان دفع المدعى عليه البودية الى المدعي مالا صلحا عن دعواه صح) لانه يجوز أن يعتق عبده بمال وليشرع للدافع لدفع اليه الواجبة عليه والخصومة المتوجهة اليه .

(النوع الثاني) أن يصالحه عن الحق بغير جنسه فهو معاوضة وذلك مثل أن يعترف له بيمين في يده أو دين في ذمته ثم يعوضه عن ذلك بما يجوز تمويضه به وهو ثلاثة أقسام (أحدها) أن يقر له بتقد فيصالحه على نقد آخر مثل أن يقر له بمائة درهم فيصالحه عنها بعشرة دنانير أو بالعكس فهذا صرف يشترط له شروط الصرف من التقابض في المجلس ونحوه

(القسم الثاني) أن يعترف له بمروض فيصالحه على أثمان أو بالعكس فهذا بيع تثبت فيه أحكام البيع (الثالث) أن يصالحه على سكنى دار أو خدمة عبده أو على أن يعمل له عملا معلوما فتكون اجارة لها حكم سائر الاجارات فان تلفت الدار أو العبد قبل استيفاء شيء من المنفعة انفسخت الاجارة ورجع بما صالح عنه ، وان تلفت بعد استيفاء بعض المنفعة انفسخت فيما بقي من المدة ورجع بقسط ما بقي ، ولو صالحه على أن يزوجه أمتة وكان ممن يجوز له نكاح الاماء صح وكان المصالح عنه صداقها فان انفسخ النكاح قبل الدخول بامر يسقط الصداق رجوع الزوج بما صالح عنه وان طلقها قبل الدخول رجع بنصفه

(مسئلة) (وان صالحت المرأة بزويج نفسها صح فان كان الصلح عن عيب في مبيها فتبين أنه ليس بسبب رجعت بارشه لا بغير مثلها)

إذا اعترفت امرأة لرجل بدين أو عين فصالحته على ان تزوجه نفسها صح ويكون صداقاً لها فان كان المعترف به غيباً في مبيها فبان أنه ليس بسبب كيباض في عين العبد ظننه عمى رجعت بارشه لان ذلك صداقها فرجعت به لا بغير مثلها فان لم يزل العيب ولكن انفسخ نكاحها بما يسقط صداقها رجعت عليها بارشه

الصلح في هذه الانواع التي ذكرناها ولكل واحد منها باب مفرد له ويذكر فيه احكامه وهذا الباب

(مسئلة) (وان صالح عما في الذمة بشيء في الذمة لم يجز التفريق قبل القبض لانه بيع دين بدين)

وقد نهي الهارح عنه

(فصل) وان صالحه بخدمه عبده سنة صح وكانت اجارة على ما ذكرنا فان باع العبد في السنة صح البيع ويكون المشتري مسلوب المنفعة بقية السنة وللمصالح استيفاء منفته الى انقضاء السنة كما لو زوج أمته ثم باعها وان يعلم المشتري بذلك. فله الفسخ لأنه عيب وان أعتق العبد في اثناء المدة صح عتقه لانه مملوك يصح بيعه فصح عتقه كغيره، وللمصالح أن يستوفي ثمنه في المدة لانه اعنته بمد ان ملك ثمنه لغيره فأشبه ما لو اعتق الامة المزوجة لحر ولا يرجع العبد على سيده بشيء لانه ما ازال ملكه بالعتق الا عن الرقبة والمناقم حينئذ مملوكة لغيره فلم تلتف منافمه بالعتق فلا يرجع بشيء ولانه اعنته مسلوب المنفعة فلم يرجع بشيء كما لو اعتق زما او مقطوع اليدين او امة مزوجة وذكر القاضي وان عقبل وجها انه يرجع على سيده بأجر مثله وهو قول الشافعي لان العتق اقضى ازالة ملكه عن الرقبة والمنفعة جميعاً فلما لم تحصل المنفعة للعبد ههنا فكأنه حال بينه وبين منفته

ولنا ان اعتاقه لم يصادف للمعتق سوى ملك الرقبة فلم يؤثر الا فيه كما لو وصى لرجل برقبة عبد ولا آخر بمنفته فأعتق صاحب الرقبة وكما لو اعتق أمة مزوجة قولهم إنه اقضى زوال الملك عن المنفعة قلنا انما يقتضي ذلك اذا كانت مملوكة له أما اذا كانت مملوكة لغيره فلا يقتضي اعتاقه ازالة ما ليس بموجود وان تبين أن العبد مستحق تبين بطلان الصلح لفساد العوض ورجع المدعي فيما أقر له به وان وجد العبد معيا عيا تنقص به المنفعة فله رده وفسخ الصلح وان صالح على العبد عينه صح والحكم فيها اذا خرج مستحقاً أو معيا كما ذكرنا

(فصل) واذا ادعى زرعاً في يد رجل فأقر له به ثم صالحه على دراهم جاز على الوجه الذي يجوز بيع الزرع وقد ذكرناه في البيع، فان كان الزرع في يد رجلين فأقر له أحدهما بنصفه ثم صالحه عليه قبل اشتداد حبه لم يجز لانه ان كان الصلح مطلقاً أو بشرط التبقية لم يجز لانه لا يجوز بيعه وان شرط القطع لم يجز أيضاً لكونه لا يمكنه قطعه الا بقطع زرع الآخر، ولو كان الزرع لواحد فأقر للمدعي بنصفه ثم صالحه عنه بنصف الارض ليصير الزرع كله للمقر والارض بينهما نصفين فان شرط القطع جاز لان الزرع كله للمقر فجاز شرط قطعه ويحتمل أن لا يجوز لان في الزرع ما ليس بجميع وهو النصف الذي لم يقر به وهو في النصف الباقي له فلا يصح شرط قطعه كما لو شرط قطع زرع آخر في أرض أخرى، وان صالحه منه بجميع الارض بشرط القطع ليسم الارض اليه فارغة صح لان قطع جميع الزرع مستحق نصفه بحكم الصلح والباقي لتفريغ الارض فأمكن القطع وان كان اقراره بجميع الزرع فصالحه من نصفه على نصف الارض لتكون الارض والزرع بينهما نصفين وشرطاً القطع في

للصلح بين المتخاصمين في الاموال وهو نوطان صلح على اقرار و صلح على انكار ولم يسم الخرفي
الصلح الا في الانكار خاصة

الجميع احتمال الجواز لانهما قد شرطا قطع كل الزرع وتسليم الارض فارغة واحتمل المنع لان باقي
الزرع ليس بمبيع فلا يصح بشرط قطعه في المقدم

(مسئلة) (ويصح الصلح عن المجهول بمعلوم اذا كان مما لا يمكن معرفته للحاجة)

يصح الصلح عن المجهول سواء كان عيناً أو ديناً اذا كان مما لا سبيل الى معرفته قال أحمد في
الرجل يصلح عن الشيء فان علم أنه أكثر منه لم يجز الا أن يوقفه عليه الا أن يكون مجهولاً لا يدري
ما هو ، ونقل عنه عبد الله اذا اختلط قفيز حنطة بقفيز شعير وطحننا فان عرف قيمة دقيق الحنطة
ودقيق الشعير بيع هذا وأعطى كل واحد منهما قيمة ماله الا أن يصطلحا على شيء ويتحالا وقال ابن
أبي موسى الصلح الجائز هو صلح الزوجة من صداقها الذي لا يئنه لها به ولا علم لها ولا للورثة بمبلغه
وكذلك الرجلان تكون بينهما المعاملة والحساب الذي قد مضى عليه الزمن الطويل لا علم لكل واحد
منهما بما عليه لصاحبه فيجوز الصلح بينهما، وكذلك من عليه حق لا علم له بقدره جاز ان يصلح عليه
وسواء كان صاحب الحق يعلم قدر حقه ولا يئنه له ولا علم له ويقول القابض ان كان لي عليك حق
فأنت منه في حل ويقول الدافع ان كنت أخذت أكثر من حقتك فأنت منه في حل وقال الشافعي
لا يصح الصلح على مجهول لانه فرع البيع والبيع لا يصح على مجهول

ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في رجلين اختصما في موارث درست « استهما وتوخيا
وليحلل احدهما صاحبه » رواه احمد بمعناه وهذا صلح على المجهول ولانه اسقاط حق فصح في المجهول
كالفتاق ولانه اذا صح الصلح مع العلم وامكان أداء الحق بعينه فلا أن يصح مع الجهل اولى وذلك لانه
اذا كان معلوما فلها طريق الى التخلص وبراءة أحدهما من صاحبه بدونه ومع الجهل لا يمكن ذلك فلو
لم يجز الصلح افضى الى ضياع المال على تقدير ان يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه
منه ولا نسلم كونه فرع يسم وانما هو لإبراء وان سلمنا كونه فرع يبيع فان البيع يصح في المجهول عند
الحاجة كيبيع أساسات الحيطان وطبي الآبار وما مأكوله في جوفه ولو أتلف رجل صبرة طعام لا يعلم
قدرها فقال صاحب الطعام لتلفه بمتك الطعام الذي في ذمتك بهذا الدرهم أو بهذا الثوب صح .
اذ ثبت هذا فمتى كان العوض في الصلح مما لا يحتاج الى تسليمه ولا سبيل الى معرفته كالتخصمين في موارث
دارسة وحقوق سالفة أو في أرض او عين من المال لا يعلم كل واحد قدر حقه صح الصلح مع الجهالة
من الجانبين لما ذكرنا من الخبر والمعنى، وان كان يحتاج الى تسليمه لم يجز مع الجهالة ولا بد من العلم
به لأن تسليمه واجب والجهالة تمنعه وتفضي الى التنازع فلا يحصل مقصود الصلح

(فصل) فاما ما يمكنها معرفته كتركة موجودة أو يعلمه الذي هو عليه ويجبهه صاحبه فلا يصح

﴿مسئلة﴾ قال (والصلح الذي يجوز هو أن يكون للمدعي حق لا يملكه المدعى عليه فيصالح المحان على بمضه فان كان يعلم ما عليه فيجده فالصلح باطل)

وجملة ذلك ان الصلح على الانكار صحيح وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لانه ما ورض على ما لم يثبت له فلم تصح المعاوضة كما لو باع مال غيره ولاه عند معاوضة خلا عن العوض في أحد جانبيه فبطل كالصالح على حد القذف. ولنا عموم قوله عليه السلام «الصلح بين المسلمين جائز» فيدخل هذا في عمومه فان قالوا فقد قال «الا صلحا أحل حراما» وهذا داخل فيه لانه لم يكن له ان يأخذ من مال المدعى عليه فحل بالصلح قلنا لا نسلم دخوله فيه. ولا يصح حمل الحديث على ما ذكره لوجهين (أحدهما) أن هذا يوجد في الصلح بمعنى البيع فانه يحل لكل واحد منهما ما كان محرما عليه قبله وكذلك الصلح بمعنى الهبة فانه يحل لله هوب له ما كان حراما عليه والاستقاط يحل له ترك اداء ما كان واجبا عليه (الثاني) انه لو حل به المحرم لكان الصلح صحيحا فان الصلح الفاسد لا يحل الحرام وانما معناه ما يتوصل به الى تناول المحرم مع بقائه على تحريمه كما لو صالحه على استرقاق حر أو احلال بضع محرمة أو صالحه بخمر أو خنزير وليس ما نحن فيه كذلك وعلى أنهم لا يقولون بهذا فانهم يبيحون لمن له حق يبيحه غيره أن يأخذ من ماله بقدره أو دونه فاذا حل له ذلك من غير اختياره ولا علمه فلأن يحل برضاه

الصلح عليه مع الجهل قال أحمد ان صولحت امرأة من ثمنها لم يصح، واحتج بقول شريح انما امرأة صولحت من ثمنها فلم يبين لها ماترك زوجها فهي الربية كلها، قال وان ورث قوم مالا أو دورا وغير ذلك فقالوا بعضهم نخرجك من الميراث بالف درهم اكره ذلك، ولا يشتري منها شيئا وهي لا تعلم لعلها تظن انه قليل وهو يعلم أنه كثير ولا يشتري حتى تعرفه وتعلم ماهو، انما يصلح الرجل الرجل على الشيء لا يعرفه ولا يدري ماهو؟ حساب بينهما فيصالحه، أو يكون رجل يعلم ماله عند رجل والآخر لا يعلمه فيصالحه فاننا اذا علم فلم يصالحه انما يريد أن يهضم حقه ويذهب به وذلك لان الصلح انما جاز مع الجهالة لا الحاجة اليه لا براء الذم وإزالة الخصام فمع امكان العلم لا حاجة الى الصلح مع الجهالة فلم يصح كالبيع

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (القسم الثاني) أن يدعي عليه عينا أو ديناً فينكره ثم يصالحه على

مال فيصح ويكون يباع في حق المدعي حتى ان وجد بما أخذه عينا فنه رده وفسخ الصلح)

الصلح على الانكار صحيح وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لانه ما ورض عما لم يثبت له فلم تصح المعاوضة كما لو باع مال غيره ولاه عند معاوضة خلا عن العوض في أحد جانبيه فبطل كالصلح على حد القذف

ولنا عموم قوله عليه السلام «الصلح بين المسلمين جائز» فيدخل هذا في عمومه فان قالوا فقد قال «الا صلحا أحل حراما» وهذا داخل فيه لانه لم يكن له ان يأخذ من مال المدعى عليه فحل بالصلح قلنا (المنفى والشرح الكبير) (٢) (الجزء الخامس)

وبذله أولى وكذلك إذا حل مع اعتراف التريم فلأن محل مع جعده وعجزه عن الوصول الى حقه الا بذلك أولى، ولان المدعي ههنا يأخذ عوض حقه الثابت له والمدعى عليه يدفعه لدفع التريم عنه وقطع الخصومة ولم يرد الشرع بتحريم ذلك في موضع ولانه صلح يصح مع الاجنبي فصح مع الخصم كالصلح مع الاقرار، بحقيقته أنه اذا صح مع الاجنبي مع غناه عنه فلأن يصح مع الخصم مع حاجته اليه أولى وقولهم انه معاوضة قلنا في حقهما أم في حق أحدهما؟ الاول ممنوع والثاني مسلم وهذا لان المدعي يأخذ عوض حقه من المنكر لعله بثبوت حقه عنده فهو معاوضة في حقه والمنكر يعتقد أنه يدفع المال لدفع الخصومة واليمين عنه ويخلصه من شر المدعي فهو أبرأ في حقه وغير ممتنع بثبوت المعاوضة في حق أخذ المتعاقدين دون الآخر كما لو اشترى عبداً شهد بحريته فانه يصح ويكون معاوضة في حق البائع واستنفاذاً له من الرق في حق المشتري كذا ههنا . اذا ثبت هذا فلا يصح هذا الصلح الا أن يكون المدعي معتقداً أن ما ادعاه حق والمدعى عليه يعتقد أنه لا حق عليه في دفعه الى المدعي شيئاً اقتداءً ليمينه وقطعاً للخصومة وصيانة لنفسه عن التبذل وحضور مجلس الحساكم فان ذوي النفوس النريفة والمروءة يصعب عليهم ذلك ويرون دفع ضررها عنهم من أعظم مصالحهم والشرع لا يمنعهم من وقاية انفسهم وصياتها ودفع الشر عنهم يبذل أموالهم والمدعى يأخذ ذلك عوضاً عن حقه الثابت له فلا يمنعه الشرع من ذلك أيضاً سواء كان المأخوذ من جنس حقه أو من غير جنسه بقدر حقه أو دونه فان أخذ من جنس حقه بقدره فهو مستوف له وان أخذ من غيره فقد استوفى بعضه وترك بعضه وان أخذ من غير جنس حقه فقد أخذ عوضه، ولا يجوز أن يأخذ من جنس حقه أكثر مما ادعاه

قلنا لا نسلم دخوله فيه ولا يصح حل الحديث على ما ذكره لوجهين (أحدهما) ان هذا يؤخذ في الصلح بمعنى البيع فانه محل لكل واحد منهما ما كان محرماً عليه قبله وكذلك الصلح بمعنى الهبة فانه محل للدو هوب له ما كان حراماً عليه اثنائي أنه لو حل به المحرم لكان الصلح صحيحاً فان الصلح القاسد محل الحرام وانما منعناه ما يتوصل به الى تناول المحرم مع بقائه على تحريمه كما لو صالحه على استرقاق حر أو ااحلال بضع محرم أو صالحه بخمر أو خنزير وليس ما نحن فيه كذلك، وعلى أنهم لا يقولون بهذا فانهم يبيحون لمن له حق بجعده غريمه أن يأخذ من ماله بقدره أو دونه فاذا حل له ذلك من غير اختياره ولا علمه فلان محل برضاه وبذله أولى وكذلك اذا حل مع اعتراف التريم فلأن محل مع جعده وعجزه عن الوصول الى حقه الا بذلك أولى ولأن المدعي ههنا يأخذ عوض حقه الثابت له والمدعى عليه يدفعه لدفع التريم عنه ويقطع الخصومة ولم يرد الشرع بتحريم ذلك في موضع ولانه صلح يصح مع الاجنبي فصح مع الخصم كالصلح مع الاقرار، بحقيقته انه اذا صح مع الاجنبي مع غناه عنه فلأن يصح مع الخصم مع حاجته اليه أولى، وقولهم انه معاوضة قلنا في حقهما أو في حق أحدهما؟ الاول ممنوع والثاني مسلم وهذا لان المدعي يأخذ عوض حقه من المنكر لعله بثبوت حقه عنده فهو معاوضة في حقه

لان الزائد لا مقابل له فيكون ظالماً بأخذه وان أخذ من غير جنسه جاز ويكون يباع في حق المدعي لاعتقاده أخذه عوضاً فيلزمه حكم إقراره. فان كان الموهود شقفاً في دار أو عقار وجبت فيه الشفعة وإن وجد به عيباً فله رده والرجوع في دعواه ويكون في حق المنكر بمنزلة الإبراء لانه دفع المال اقتداءً ليمينه ودفعاً للضرر عنه لا عوضاً عن حق يعتقد فيلزمه أيضاً حكم إقراره، فان وجد بالمصالح عنه عيباً لم يرجع به على المدعي لاعتقاده أنه ما أخذ عوضاً وان كان شقفاً لم تثبت فيه الشفعة لانه يعتقد على ملكه لم يزل وما ملكه بالصلح، وادفع المدعي عليه ما ادماه أو بعضه لم يثبت فيه حكم البيع ولا تثبت فيه الشفعة لان المدعي يعتقد أنه استوفى بعض حقه وأخذ عين ماله مسترجعاً لها ممن هي عنده فلم يكن يباعاً كاسترجاع المدين المقصوبة، فلما ان كان أحدهما كاذباً مثل أن يدعي المدعي شيئاً يعلم انه ليس له وينكر المنكر حقاً يعلم أنه عليه فاصح باطل في الناطق لان المدعي اذا كان كاذباً فما يأخذه أكل مال بالباطل أخذه بشره وظلمه ودعواه الباطلة لا عوضاً عن حق له فيكون

والمنكر يعتقد أنه يدفع المال لدفع الخصومة واليمين عنه وتخاصه من شر المدعي فهو أبرأ في حقه وغير ممتنع ثبوت المعاوضة في حق أحد المتعاقدين دون الآخر كما لو اشترى عبداً شهيداً بحريته فإنه يصح ويكون معاوضة في حق البائع واستنقاذاً له من الرق في حق المشتري كذا ههنا. اذا ثبت هذا فلا يصح هذا الصلح الا أن يكون المدعي معتقداً ان ما ادماه حق والمدعي عليه يعتقد أنه لا حق عليه فيدفع الى المدعي شيئاً اقتداءً ليمينه وقطعاً للخصومة وصيانة لنفسه عن التذلل وحضور مجلس الحاكم فان ذوي الانفس الشريفة يصعب عليهم ذلك ورون دفع ضررها عنهم من أعظم المصالح والشرع لا يمنعهم من وقاية أنفسهم وصيانتها ودفع الشر عنهم ببذل اموالهم، والمدعي يأخذ ذلك عوضاً عن حقه الذي يعتقد ثبوته فلا يمنع الشرع من ذلك، سواء كان المأخوذ من جنس حقه بقدر حقه أو دونه فان أخذ من جنس حقه بقدره فقد استوفى حقه وان أخذ دونه فقد استوفى بعضه وترك بعضه وان اخذ من غير جنس حقه فقد أخذ عوضه ولا يجوز ان يأخذ من جنس حقه اكثر منه لان الزائد لا مقابل له فيكون ظالماً بأخذه وان اخذ من غير جنسه جاز ويكون يباعاً في حق المدعي لاعتقاده أخذه عوضاً فيلزمه حكم إقراره فان وجد بما أخذه عيباً فله رده وفسخ الصلح كما لو اشترى شيئاً فوجده معيباً

(مسئلة) (وان كان شقفاً مشفوفاً ثبتت فيه الشفعة ويكون لإبراء في حق الآخر فلا يرد ما صلح

عنه بسبب ولا يؤخذ بشفعة)

اذا كان الذي أخذه المدعي شقفاً في دار أو عقار وجبت فيه الشفعة لانه يقر ان الذي أخذه عوضاً فهو كما لو اشتراه ويكون أبرأ في حق المنكر لانه دفع المال ليمينه ودفعاً للضرر عنه لا عوضاً عن حق يعتقد فيلزمه أيضاً حكم إقراره ، فان وجد بالمصالح عنه عيباً لم يرجع به على المدعي لاعتقاده انه ما أخذه عوضاً وان كان شقفاً لم تثبت فيه الشفعة لانه يعتقد على ملكه لم يزل وما

حراما عليه كمن خوف رجلا بالقتل حتى أخذ ماله وأن كان صادقا والمدعى عليه يعلم صدقه وثبوت حقه فجده لينتقص حقه أو رضيه عنه بشيء فهو هضم للحق وأكل مال بالباطل فيكون ذلك حراما والصالح باطل ولا محل له مال المدعي ذلك وقد ذكره الحرقي في قوله. وإن كان يعلم ما عليه فجده فالصالح باطل يعني في الحقيقة. وأما الظاهر لنا فهو الصحة لانتنا لا نعلم باطن الحال وإنما ينبنى الأمر على الظواهر والظاهر من المسلم السلامة

(فصل) ولو ادعى على رجل ودعة أو قرضا أو تقرطا في ودعة أو مضاربة فأنكره واصطلح بالصالح لما ذكرناه (فصل) وإن صالح عن المنكر أجنبي صح سواء اعترف للمدعي بصحة دعواه أو لم يعترف وسواء كان باذنه أو غير اذنه. وقال أصحاب الشافعي إنما يصح إذا اعترف للمدعي بصدقه وهذا مبني على صلح المنكر وقد ذكرناه، ثم لا يخلو الصلح أما أن يكون عن دين أو عين فإن كان عن دين صح سواء كان باذن المنكر أو غير اذنه لأن قضاء الدين عن غيره جائز باذنه وبغير اذنه فإن عليا وأبا قتادة رضي الله عنهما قضيا عن الميت فأجازته النبي ﷺ وإن كان الصلح عن عين باذن المنكر

ملكه بالصالح ولو دفع المدعى عليه إلى المدعي ما ادعاه أو بهضه لم يثبت فيه حكم البيع ولا تثبت فيه الشفعة لأن المدعي يمتد أنه استوفى بعض حقه وأخذ دين ماله مسترجعا لما من هي عنده فلم يكن فيما كاسترجاع العين المنصوبة

(مسئلة) (فإن كان أحدهما مالا بكذب نفسه فالصلح باطل في حقه وما أخذه حرام عليه) متى علم أحدهما كذب نفسه كمن ادعى شيئا يعلم أنه ليس له أو أنكر حقا يعلم أنه عليه فالصالح باطل في الباطن لأن المدعي إذا كان كاذبا فما يأخذه أكل للمال بالباطل أخذه بشره وظلمه لا عوضا عن حق فيكون حراما عليه كمن خوف رجلا بالقتل حتى أخذ ماله، وإن كان المدعى عليه يعلم صدق المدعي وجده لينتقص حقه أو رضيه عنه بشيء فهو هضم للحق وأكل مال بالباطل فيكون ذلك حراما والصالح باطل لا محل له مال المدعي بذلك هذا حكم الباطن وأما الظاهر لنا فهو الصحة لانتنا لا نعلم باطن الحال وإنما ينبنى الأمر على الظاهر والظاهر من حال المسلمين الصحة، ولو ادعى على رجل ودعة أو قرضا أو تقرطا في ودعة أو مضاربة فأنكره واصطلح بالصالح لما ذكرناه

(مسئلة) (فإن صالح عن المنكر أجنبي بغير اذنه صح ولم يرجع عليه في أصح الوجهين) إذا صالح عن المنكر أجنبي صح سواء اعترف للمدعي بصحة دعواه أو لم يعترف وسواء كان باذنه أو بغير اذنه وقال أصحاب الشافعي إنما يصح إذا اعترف للمدعي بصدقه وهذا مبني على صلح المنكر وقد ذكرناه. ثم لا يخلو الصلح أن يكون عن دين أو عين فإن كان عن دين صح سواء كان باذن المنكر أو بغير اذنه فإن عليا وأبا قتادة قضيا عن الميت فأجازته النبي صلى الله عليه وسلم وإن كان الصلح عن

فهو كالصالح منه لان الوكيل يقوم مقام الموكل وان كان بغير اذنه فهو اقتداء للمنكر من الخصومة وبراء له من الدعوى وذلك جائز وفي الموضعين اذا صالح عنه بغير اذنه لم يرجع عليه بشيء لانه ادى عنه مالا يلزمه اداؤه ، وخرجه القاضي وأبو الخطاب على الروايتين فيما اذا قضى دينه الثابت بغير اذنه وليس هذا بجيد لان هذا لم يثبت وجوبه على المنكر ولا يلزمه اداؤه الى المدعي فكيف يلزمه اداؤه الى غيره ؟ ولانه ادى عنه مالا يجب عليه فكان متبرعا كما لو تصدق عنه ومن قال برجوعه فانه يجعله كالمدعي في الدعوى على المنكر لا غير أما أن يجب له الرجوع بما اداء حتما فلا وجه له أصلا لان أكثر ما يجب لمن قضى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين وصاحب الدين ههنا لم يجب له حق ولا لزم الاداء اليه ولا يثبت له أكثر من جواز الدعوى فكذلك هذا ، ويشترط في جواز الدعوى أن يعلم صدق المدعي فأما ان لم يعلم لم يحل له دعوى بشيء لا يعلم ثبوته ، وأما ما اذا صالح عنه باذنه فهو وكيله والتوكيل في ذلك جائز ثم ان ادى عنه باذنه رجع اليه وهذا قول الشافعي وان ادى عنه بغير اذنه متبرعا لم يرجع بشيء وان قضاء محتسبا بالرجوع خرج على الروايتين فيمن قضى دين غيره بغير اذنه لانه قد وجب عليه اداؤه بعقد الصلح بخلاف ما اذا صالح وقضى بغير اذنه فانه قضى مالا يجب على المنكر قضاؤه

(فصل) وان صالح الاجنبي المدعي لنفسه لتكون المطالبة له فلا يخلو من ان يعترف للمدعي بصحة دعواه أو لا يعترف له فان لم يعترف له كان الصالح باطلا لانه يشترى منه ما لم يثبت له ولم توجه اليه خصومة بفتدي منها فاشبهه ما لو اشترى منه ملك غيره وان اعترف له بصحة دعواه وكان المدعي دينيا

عين باذن المنكر فهو كالصالح منه لان الوكيل يقوم مقام الموكل وان كان بغير اذنه فهو اقتداء للمنكر من الخصومة وبراء له من الدعوى وذلك جائز وفي الموضعين اذا صالح عنه بغير اذنه لم يرجع عليه بشيء لانه ادى عنه مالا يلزمه اداؤه، وخرجه القاضي وأبو الخطاب على الروايتين فيما اذا قضى دينه الثابت بغير اذنه وهذا الترخيم لا يصح لان هذا لم يثبت وجوبه على المنكر ولا يلزمه اداؤه الى المدعي فكيف يلزمه اداؤه الى غيره ؟ ولانه ادى عنه مالا يجب عليه فكان متبرعا كما لو تصدق عنه ومن قال برجوعه فانه يجعله كالمدعي في الدعوى على المنكر اما أنه يجب له الرجوع بما اداء حتما فلا وجه له أصلا لان أكثر ما يجب لمن قضى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين وصاحب الدين ههنا لم يجب له حق ولا لزم الاداء اليه ولم يثبت له أكثر من جواز الدعوى فكذلك هذا ويشترط في جواز الدعوى أن يعلم صدق المدعي فأما ان لم يعلم لم يحل له دعوى بشيء لا يعلم ثبوته

(مسئلة) (وان صالح الاجنبي لنفسه لتكون المطالبة له غير معترف بصحة الدعوى أو معترفاً بها طلالا بجزءه عن استنفاذها لم يصح وإن ظن القدرة عليه صح فان عجز عنه فهو مخير بين فسح الصلح وامضائه) إذا صالح الاجنبي المدعي لنفسه لتكون المطالبة له فلا يخلو إما أن يعترف للمدعي بصحة دعواه

لم يصح لانه اشترى مالا يقدر البائم على تسليمه ولانه يبيع للدين من غير من هو في ذمته، ومن أصحابنا من قال يصح وليس بجيد لان بيع الدين المقر به من غير من هو في ذمته لا يصح فيبيع دين في ذمة منكر معجوز عن قبضه أولى، وان كان المدعى عينا فقال الاجنبي للمدعي أنا أعلم أنك صادق فصالحني عنها فاني قادر على استنقاذها من المنكر فقال أصحابنا يصح الصالح وهو مذهب الشافعي لانه اشترى منه ملكه الذي يقدر على تسليمه ثم ان قدر على انتزاعه استقر الصلح وان عجز كان له الفسخ لانه لم يسلم له المعقود عليه فكان له الرجوع إلى بدله ويحتمل انه ان تبين انه لا يقدر على تسليمه تبين ان الصلح كان فاسداً لان الشرط الذي هو القدرة على قبضه معدوم حال العقد وكان فاسداً كما لو اشترى عبده فتبين انه آبق او ميت، ولو اعترف له بصحة دعواه ولا يمكنه استيفاؤه لم يصح الصلح لانه اشترى مالا يمكنه قبضه، منه فأشبهه شراء العبد الآبق والجل الشارد فان اشتراه وهو يظن انه عاجز عن قبضه فتبين ان قبضه ممكن صح البيع لان البيع تناول ما يمكن قبضه فصح كما لو علمنا ذلك ويحتمل ان لا يصح لانه ظن عدم الشرط فأشبهه ما لو باع عبداً يظن انه حر أو انه عبد غيره فتبين انه عبده ويحتمل أن يفرق بين من يعلم ان البيع يفسد بالعجز عن تسليم المبيع وبين من لا يعلم ذلك لان من يعلم ذلك يعتقد فساد البيع والشراء فكان يبعه فاسداً لكونه متلاعبا بقوله معتقداً فساده ومن لا يعلم يعتقد صحه وقد تبين اجتماع شروطه فصح كما لو علمه مقدورا على تسليمه

أولا فان لم يعترف له فالصلح باطل لانه يشترى منه مالم يثبت له ولم يتوجه اليه خصومة يفتدي منها اشبه ما لو اشترى منه ملك غيره، وإن اعترف له بصحة دعواه وكان المدعى ديناً لم يصح لانه اشترى مالا يقدر البائم على تسليمه ولانه يبيع للدين من غير من هو في ذمته، وقال بعض أصحابنا يصح وليس بجيد لان بيع الدين المقر به من غير من هو في ذمته لا يصح فيبيع دين في ذمة منكر معجوز عن قبضه أولى، وإن كان المدعى عينا فقال الاجنبي للمدعي أنا أعلم أنك صادق فصالحني عنها فاني قادر على استنقاذها من المنكر فقال أصحابنا يصح الصلح وهو مذهب الشافعي لانه اشترى منه ملكه الذي يقدر على قبضه ثم إن قدر على أخذه استقر الصلح وإن عجز كان له الفسخ لانه لم يسلم له المعقود عليه فكان له الرجوع إلى بدله ويحتمل انه ان تبين انه لا يقدر على تسليمه تبين أن الصلح كان فاسداً لان الشرط الذي هو القدرة على قبضه معدوم حال العقد فكان فاسداً كما لو اشترى عبده فتبين انه آبق او ميت ولو اعترف له بصحة دعواه ولا يمكنه استنقاذه لم يصح الصلح لانه اشترى مالا يمكنه قبضه فأشبهه شراء العبد الآبق فان اشتراه وهو يظن انه عاجز عن قبضه فتبين ان قبضه ممكن صح البيع لان البيع تناول ما يمكن قبضه فصح كما لو علمنا ذلك، ويحتمل أن لا يصح لانه ظن عدم الشرط فأشبهه ما لو باع عبداً يظن انه حر أو انه عبد غيره فتبين انه عبده ويحتمل أن يفرق بين من يعلم أن البيع يفسد بالعجز عن تسليم المبيع وبين من لا يعلم ذلك لان من يعلم ذلك يعتقد فساد البيع والشراء فكان يبعه فاسداً

(فصل) فان قال الاجنبي للمدعي أنا وكيل المدعى عليه في مصالحتك عن هذه العين وهو مقر لك بها وإنما يجدها في الظاهر فظاهر كلام الحرقي أن الصلح لا يصح لانه يجدها في الظاهر لينتقص المدعي بعض حقه أو يشتريه بأقل من ثمنه فهو هاضم للحق يتوصل الى أخذ المصالح عنه بالظلم والمدوان فهو بمنزلة ما لو شافه بذلك فقال أنا أعلم صحة دعواك وان هذا لك ولكن لأسلمه اليك ولا أقر لك به عند الحاكم حتى تصالحي منه على بمضه أو عوض عنه وقال القاضي يصح وهذا مذهب الشافعي قالوا ثم ينظر الى المدعى عليه فان صدقه على ذلك ملك الدين ورجع على الاجنبي وعليه بما أدى عنه إن كان أذن له في الدفع وان أنكر الاذن في الدفع فالقول قوله مع يمينه ويكون حكمه حكم من قضى دينه بغير إذنه وإن أنكر الوكالة فالقول قوله مع يمينه وليس للاجنبي الرجوع عليه ولا يحكم له بملكها فاما حكم ملكها في الباطن فان كان وكل الاجنبي في الشراء فقد ملكها لانه اشتراها باذنه فلا يقدر انكاره في ملكها لان ملكه ثبت قبل انكاره وإنما هو ظالم بالانكار للاجنبي وان كان لم يوكله لم يملكها لانه اشترى له عيناً بغير اذنه ويحتمل أن يقف على اجازته كما قلنا فيمن اشترى لغيره شيئاً بغير اذنه بمن في ذمته فان اجازته لم يجره وان لم يجزه لم يجره من اشتراه ، وان قال الاجنبي للمدعي قد عرف المدعى عليه صحة دعواك وهو يسألك أن تصالحه عنه وقد وكلني في المصالحة عنه فصالحه صح وكان الحكم كما ذكرنا لانه ههنا لم يمنع من أدائه بل اعترف به وصالحه عليه مع بذله له فأشبه ما لو لم يجده

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن اعترف بحق فصالح على بمضه لم يكن ذلك صلحاً لأنه هضم للحق)

وجملته ان من اعترف بحق وامتنع من أدائه حتى صولح على بمضه فالصلح باطل لانه صالح عن

لكونه متلاعباً بقوله معتقداً فساده ومن لا يعلم باعتقده صحيحاً وقد تبين اجتماع شروطه فصح كما لو عليه مقدوراً على تسليمه .

(فصل) فان قال الاجنبي للمدعي أنا وكيل المدعى عليه في مصالحتك عن هذه العين وهو مقر لك بها وإنما يجدها في الظاهر فظاهر كلام الحرقي أن الصلح لا يصح لانه يجدها في الظاهر لينتقص المدعي بعض حقه أو يشتريه بأقل من ثمنه فهو هاضم للحق يتوصل الى أخذ المصالح عنه بالظلم والمدوان فهو بمنزلة ما لو شافه بذلك فقال أنا أعلم صحة دعواك وأن هذا لك اسكن لأسلمه اليك ولا أقر لك به عند الحاكم حتى تصالحي منه على بمضه أو عوض عنه ، وقال القاضي يصح وهو مذهب الشافعي قالوا ثم ينظر إلى المدعى عليه فان صدقه على ذلك ملك العين ورجع الاجنبي عليه بما أدى عنه ، وإن كان أذن في الدفع ، وإن أنكر الاذن في الدفع فالقول قوله مع يمينه ويكون حكمه حكم من قضى دينه بغير اذنه ، وإن أنكر الوكالة فالقول قوله مع يمينه وليس للاجنبي الرجوع عليه ولا يحكم له بملكها في الظاهر ، فاما حكم ملكها في الباطن فان كان وكل الاجنبي في الشراء فقد ملكها لانه اشتراها باذنه

بعض ماله ببعض وهذا محال وسواء كان بلفظ الصلح أو بلفظ الإبراء أو بلفظ الهبة المقررة بشرط مثل أن يقول أبرأتك عن خمسمائة أو وهبت لك خمسمائة بشرط أن تعطيني ما بقي ولو لم يشترط إلا أنه لم يعط بعض حقه إلا باسقاطه بعضه فهو حرام أيضاً لأنه هضمه حقه ، قال ابن أبي إسحاق الصالح على الأقرار هضم للحق فتنى أزم المقر له ترك بعض حقه فتركه عن غير طيب نفسه لم يطب الأخذ وإن تطوع المقر له باسقاط بعض حقه بطيب من نفسه جاز غير أن ذلك ليس بصلح ولا من باب الصلح بسبيل، ولم يسم الحرقى الصلح إلا في الإنكار على الوجه الذي قدمنا ذكره ، فأما في الاعتراف فإذا اعترف بشيء وقضاه من جنسه فهو وفاء وإن قضاه من غير جنسه فهي معاوضة ، وإن أبرأه من بعضه اختياراً منه واستوفى الباقي فهو إبراء وإن وهب له بعض العين وأخذ باقيها بطيب نفس فهي هبة فلا يسمى ذلك صلحاً ونحو ذلك قال ابن أبي موسى ، وسماه القاضي وأصحابه صلحاً وهو قول الشافعي وغيره والخلاف في التسمية أما المعنى فتنفق عليه وهو فعل ماعداً وفاء الحق واسقاطه على وجه يصح . وذلك ثلاثة أقسام معاوضة وإبراء وهبة ، فأما المعاوضة فهو أن يعترف له بعين في يده أو دين في ذمته ثم يتفقد على تمويضه عن ذلك بما يجوز تمويضه به وهذا ثلاثة أضرب (أحدها) أن يعترف له بأحد التقديرات فيصلحه الآخر نحو أن يعترف له بمائة درهم فيصلحه منها بعشرة دنانير أو يعترف له بعشرة دنانير فيصلحه على مائة درهم فهذا صرف بشرط له شروط الصرف من التقاض في المجلس ونحوه (الثاني) أن يعترف له بمروض فيصلحه على أمان أو بإيمان فيصلحه على عروض فهذا بيع ثبت فيه أحكام البيع ، وإن اعترف له بدين فيصلحه على موصوف في الذمة لم يجز التفرق قبل القبض لأنه بيع دين بدين (الثالث) أن يصلحه على سكنى دار أو خدمة عبد ونحوه أو على أن يعمل له عملاً معلوماً فيكون ذلك اجارة لها حكم سائر الاجارات ، وإذا أتلقت الدار أو العبد قبل استيفاء شيء من المنفعة انفسخت الاجارة

فلا يقدر إنكاره في ملكها لأن ملكه ثبت قبل إنكاره ، وأما هو ظالم بالإنكار للأجنبي وإن كان لم يملكه لم يملكها لأنه اشترى له عيناً بغير إذنه ويحتمل أن يقف على إجازته كما قلنا فيمن اشترى لغيره شيئاً بغير إذنه ضمن في ذمته فإن أجازته ملكه وإلا لزم من اشتراؤه ، وإن قال الأجنبي للدعي قد عرف المدعى عليه صحة دعوائك وهو يسألك أن تصالحه عنه وقد وكنتي في المصالحة عنه صح وكان الحكم كما ذكره لأنه هنا لم يمتنع من أدائه بل اعترف به وصالح عليه مع بدله فأشبه ما لو لم يجده

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (يصح الصلح عن القصاص بديات وبكلى ما يثبت مهرأ)

وجهة ذلك أن الصلح يجوز عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه سواء كان مما يجوز بيعه أو لا يجوز فيصح عن دم العمد وسكنى الدار وعيب المبيع ومتى صالح عما يوجب القصاص بأكثر من دية أو أقل جاز وقد روي أن الحسن والحسين وسعيد بن العاص بذلوا للذي وجب له القصاص على هدية ابن عمر سبع ديات فأبى أن يقبلها ولأن المال غير متعين فلا يقع العوض في مقابلته وإن صالح عن

ورجع بما صالح عنه وإن تلفت بعد استيفاء شيء من المنفعة انفسخت فيما بقي من المدة ورجع بقسط ما بقي ولو صالحه ثلثي أن يزوجه جاريته وهو ممن يجوز له نكاح الاماء صح وكان المصالح عنه صداقها فن انفسخ النكاح قبل الدخول بأمر يسقط الصداق رجوع الزوج بمصالح عنه وان طلقها قبل الدخول رجع بنصفها، وان كان المعترف امرأة فصالحته المدعي على أن تزوجه نفسها جاز ولو كان المعترف به عيباً في مبيها فصالحته على نكاحها صح فان زال العيب رجعت بأرشه لان ذلك صداقها فرجعت به لا بمهر مثلها وان لم يزل العيب لكن انفسخ نكاحها بما يسقط صداقها رجع عليها بأرشه

(القسم الثاني) الأبراء وهو أن يعترف له بدين في ذمته فيقول قد أبرأتك من نصفه أو جزء معين منه فأعطني ما بقي فيصح اذا كانت البراءة مصلقة من غير شرط قال احمد اذا كان للرجل على الرجل الدين ليس عنده وفاء فوضع عنه بعض حقه وأخذ منه الباقي كان ذلك جائزاً لها ولو فعل ذلك قاض لم يكن عليه في ذلك اثم لان النبي صلى الله عليه وسلم كلم غرماً جابر ليضواء عنه فوضوا عنه الشرط وفي الذي أصيب في حديثه فر به النبي صلى الله عليه وسلم وهو ملزوم فأشار الى غرماًه بالنصف فأخذه منه فان فعل ذلك قاض اليوم جاز اذا كان على وجه الصلح والنظر لها، وروى يونس عن الزهري عن عبد الله بن كعب عن أبيه أنه نقاض ابن أبي حدرود دينا كان له عليه في المسجد فارتفعت اصواتها حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرج اليهما ثم نادى « يا كعب » قال ليبيك يا رسول الله فأشار اليه ان ضع الشرط من دينك. قال قد فعلت يا رسول الله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثم فأعطه » فان قال على

القصاص بسد نخرج مستحقاً رجوع بقيته في قول الجميع وان خرج حراً فكذلك وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يرجع بالديه لان الصلح فاسد فيرجع ببذل ما صالح عنه وهو الدية ولنا أنه تعذر تسليم ما جعله عوضاً فرجع في قيمته كما لو خرج مستحقاً، فان صالحه عن القصاص بمر يملان حرته أو عبد يملان انه مستحق أو تصالحا بذلك عن غير القصاص رجع بالدية وبما صالح عنه لان الصلح باطل يملان بطلانه فكان وجوده كدمه

(فصل) وان صالح عن دار أو عبد بموض فخرج الموض مستحقاً أو حراً رجوع في الدار وما صالح عنه أو بقيته ان كان بالثأل لان الصلح هنا بيع في الحقيقفة فاذا تبين أن العوض كان مستحقاً أو حراً كان البيع فاسداً فرجع فيما كان له بخلاف الصلح عن القصاص فانه ليس ببيع وإنما يأخذ عوضاً عن اسقاط القصاص ولو اشترى شيئاً فوجده معيباً فصالحه عن عيبه بسد فبان مستحقاً أو حراً رجوع بأرش العيب .

(مسألة) (ولو صالح سارقاً لبطلغه أو شاهداً ليكنم شهادته أو شفيماً عن شفته أو مقدوفاً عن حده لم يصح الصلح وتسقط الشفعة وفي الحد وجهان)

أن توفي ما بقي بطل لانه ما أبرأه عن بعض الحق الا ليوفيه بقيته فكأنه عاوض بعض حقه ببعض (القسم الثالث) الهبة وهو ان يكون له في يد عين فيقون قد وهبتك نصفها فاعطني بقيتها فيصح ويعتبر له شروط الهبة وان أخرجه مخرج التمرط لم يصح وهذا مذهب الشافعي لانه إذا شرط في الهبة الوفاء جعل الهبة عوضا عن الوفاء به فكأنه عاوض بعض حقه ببعض، وان أبرأه من بعض الدين أو وهب له بعض العين بلفظ الصلح مثل أن يقول صالحني بنصف دينك علي أو بنصف دارك هذه يقول صالحتك بذلك لم يصح ذكره القاضي وابن عقيل وهو قول بعض أصحاب الشافعي وقال أكثرهم يجوز الصلح لانه إذا لم يجز بلفظه خرج عن ان يكون صلحا ولا يبقى له تعلق به فلا يسمى صلحا أما اذا كان بلفظ الصلح سمي صلحا لوجود اللفظ وان تخلف المعنى كالهبة بشرط الثواب، وإنما يقتضي لفظ الصلح المعاوضة اذا كان ثم عوض أما مع عدمه فلا وإنما معنى الصلح الاتفاق والرضى وقد يحصل هذا من غير عوض كالتملك اذا كان بموس سمي يما وان خلا عن العوض سمي هبة. ولنا ان لفظ الصلح يقتضي المعاوضة لانه إذا قال طالحني بهبة كذا أو على نصف هذه العين ونحو هذا فقد أضاف اليه بالمقابلة فصار كقوله بمعنى بأقف، وإن أضاف اليه على جرى مجرى الشرط كقوله تعالى (فهل نجعل لك خرجا على ان تجعل بيننا وبينهم سدا) وكلاهما لا يجوز بدليل ما لو صرح بلفظ التمرط أو بلفظ المعاوضة، وقولهم انه يسمى صلحا ممنوع وان سمي صلحا فجاز لتضمنه قطع النزاع وازالة الخصومة وقولهم ان الصلح لا يقتضي المعاوضة قلنا لا نسلم وان سلمنا لكن المعاوضة حصلت من اقتران حرف الباء أو على أو نحوها به فان لفظة الصلح تحتاج الى حرف تعدى به وذلك يقتضي المعاوضة على ما بيناه (فصل) وان ادعى على رجل يتنا فصالحه على بعضه أو على بناء غرفة فوفاه أو على ان يسكنه

إذا صلح السارق والزاني والشارب على أن لا يرفعه الى السلطان لم يصح الصلح ولا يجوز أخذ العوض عنه لأن ذلك ليس بحق فلا يجوز أخذ العوض عنه كما اثر ما لاحق له فيه، وإن صلح شاهد اليكتم شهادته لم يصح لانه لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يصلحه على ان لا يشهد عليه بحق تلميمه الشهادة به كدين الآدمي أو حق لله تعالى لا يسقط بالشبهة فالزكاة ونحوها فلا يجوز كتمانها ولا يجوز أخذ العوض عن ذلك كما لا يجوز أخذ العوض عن شرب الخمر .

(الثاني) ان يصلحه على ان لا يشهد عليه بالزور فهذا يجب عليه ترك ذلك ويحرم عليه فعله فلم يجز أخذ العوض عنه كما لا يجوز ان يصلحه على ان لا يقتله ولا يفتنه ماله

(الثالث) أن يصلحه على ان لا يشهد عليه بما يوجب حد الزنا والدمرة فلا يجوز أخذ العوض عنه لانه ليس بحق له وان صلح عن حق الشفاعة لم يصح لانه حق شرع على خلاف الاصل لدفع ضرر المشتركة فاذا رضي بالتزام الضرر سقط الحق من غير بدل ولم يجز العوض عنه لانه ليس بمال فهو كحد الغذف وان صلحه عن حد النذف لم يصح الصلح لانه ان كان حدا لله تعالى لم يكن له أن

سنة لم يصح لانه يصلحه في ملكه على ملكه او منفعه وان أسكنه كان تبرأ منه متى شاء أخرجه منها وان أعطاه بعض داره بناء على هذا فري شاء انزعه منه لانه أعطاه اياه عوضاً عما لا يصلح عوضاً عنه وان فعل ذلك على سبيل المصالحة معتقدا ان ذلك واجب عليه بالصالح رجوع عليه بأجر ما سكن وأجر ما كان في يده من الدار لانه أخذ به عقد فاسد فأشبه المبيع الأخوذ بعقد فاسد وسكنى الدار باجارة فاسدة، وان بنى فوق البيت غرفة أجبر على نقضها وإضا أجر السطح مدة مقامه في يديه وله أخذ آلتها، ولو اتفقا على ان يصلحه صاحب البيت عن بنائه بعوض جاز، وان بنى الغرفة بتراب من أرض صاحب البيت وآلانه فليس له أخذ بنائه لانه ملك اصحاب البيت وان أراد نقض البناء لم يكن له ذلك اذا أبرأه المالك من ضمان ما يتألف به ويحتمل ان يملك نقضه كقولنا في الفاصب

(فصل) وإذا صالحه بمخدمة عبده سنة صح وكانت اجارة، قد ذكرنا ذلك فان باع العبد في السنة صح البيع ويكون للمشتري مسلوب المنفعة بقية السنة وللمستأجر استيفاء منفعته الى انقضاء مدته كما لو زوج أمته ثم باعها وان لم يعلم المشتري بذلك فله الفسخ لانه عيب وان أعتق العبد في اثناء المدة نفذ شقته لانه مملوكه يصح بيعه فصح شقته لغيره والمصالح ان ستوفي نفعه في المدة لانه أعتقه بعد ان ملكه منفعته لغيره فأشبهه ما لو أعتق الامة المزوجة لحر ولا يرجع العبد على سيده بشيء لانه ما زال ملكه بالعتق الا عن الرقبة والمنافع حينئذ مملوكة لغيره فلم تتلق نفعه بالعتق فلم يرجع بشيء، وان اعنته مسلوب المنفعة فلم يرجع بشيء كما لو أعتق زمناً أو مقطوع اليدبر أو أعتق أمة مزوجة، وذكر القاضي وابن عقيل وحبا آخر انه يرجع على سيده بأحر مثله وهو قول الشافعي لان العتق اقتضى ازال الملكة عن الرقبة والمنفعة جميعاً فلما لم تحصل المنفعة للعبد ههنا فكانه حال يئنه وبين منفعه ولنا ان اعنته لم يصادف العتق سوى ملك الرقبة فلم يؤثر الا فيه كما لو وصى لرجل برقبة عبد

بأخذ عوضه لكونه ايسر بحق له فأشبه حد الزنا والدرقة وان كان حقاً له لم يجز الاعتياض عنه لكونه حقاً ليس بمال ولهذا لا يسقط الى بدل بخلاف القصاص ولانه شرع لتنزيه المرض فلا يجوز ان يفاض عن عرضه بمال، وهل يسقط بالصالح فيه؟ ينفي على الخلاف في كون حد القذف حقاً لله تعالى أو لآدمي فان كان حقاً لله تعالى لم يسقط بالصالح الآدمي، ولا إسقاطه كحد الزنا وان كان حقاً لآدمي سقط بصاحبه واسقاطه كالقصاص .

(مسئلة) (وان اصلحه أن يجري على أرضه أو سطحه ماء معلوماً صالح)

إذا صالح رجل على موضع قناة من أرضه يجري فيها ماء وبيننا موضعها وعرضها وطولها جاز لان ذلك بيع لموضع من أرضه فلا حاجة الى بيان عمقه لانه اذا ملك الموضع كان له الى تخومه فله أن يترك فيه ما شاء، وان صالحه على إجراه الماء في ساقية من أرض رب الارض مع بقاء ملكه عليها فهو اجارة للأرض بشرط له تقدير المدة فان كانت الارض في بدرجل باجارة جاز له ان يصلح رجلاً على إجراه

والآخر بفقعه فأعتق صاحب الرقة وكما لو أعتق أمة مزوجة، وقولهم انه اقتضى زوال الملك عن المنفعة قلنا انما يقتضي ذلك اذا كانت مملوكة له أما اذا كانت مملوكة لغيره فلا يقتضي اعتاقه اذ المالك ليس بموجود وان تبين ان العبد مستحق تبين بظلال الصالح لفساد العوض ورجح المدعى فيها أقر له به وان وجد العبد موعبا عينا تنقص به المنفعة فله رده وفسخ الصالح وان صالح على العبد بعينه صح الصالح ويكون يما والحكم فيما إذا خرج مستحقا أو ظهر به عيب كما ذكرنا

(فصل) إذا ادعى زرعاً في يد رجل فأقر له به ثم صالحه منه على دراهم جاز على الوجه الذي يجوز بيع الزرع وقد ذكرنا ذلك في البيع، وان كان الزرع في يد رجلين فأقر له أحدهما بنصفه ثم صالحه عليه قبل اشتداد حبه لم يجز لانه ان صالحه عليه بشرط التبقية أو من غير شرط القطع لم يجز لانه لا يجوز بيعه كذلك وان شرط القطع لم يجز لانه لا يمكنه قطعه الا بقطع زرع الآخر، ولو كان الزرع لواحد فأقر للمدعى بنصفه ثم صالحه عنه بنصف الارض ليصير الزرع كله للمقر والارض بينهما نصفين فان شرط القطع جاز لان الزرع كله للمقر فجاز شرط قطعه، وبمقتضى ان لا يجوز لان في الزرع مال ليس بمبيع وهو النصف الذي لم يقر به، وهو في النصف الباقي له فلا يصح اشتراط قطعه كما لو شرط قطع زرع آخر في أرض أخرى، وان صالحه منه بجميع الارض بشرط القطع ليسم الارض اليه فارغة صح لان قطع جميع الزرع مستحق نصفه بحكم الصالح والباقي انفريغ الارض فأمكن القطع، وان كان اقراره بجميع الزرع فصالحه من نصفه على نصف الارض ليكون الارض والزرع بينهما نصفين وشرط القطع في الجسيم احتمال الجواز لانهما قد شرطا قطع كل الزرع وتسليم الارض فارغة واحتمل المنع لان باقي الزرع ليس بمبيع فلا يصح شرط قطعه في العقد

الماء فيها في ساقية محفورة مدة لا تجاوز مدة الاجارة وان لم تكن الساقية محفورة لم يجز أن يصالحه على ذلك لانه لا يجوز احداث ساقية في أرض في يده باجارة، فان كانت الارض في يده وفقاً عليه فقال القاضي هو كالمستأجر يجوز له ان يصالح على اجراء الماء في ساقية لانه لا يملكها انما يستوفي منفعتها كالأرض المستأجرة وهذا كله مذهب الشافعي قال شيخنا والاولى أنه يجوز له حفر الساقية لأن الارض له وله التصرف فيها كمنه ما شاء ما لم ينقل الملك فيها الى غيره بخلاف المستأجر فانه انما يتصرف فيها بما أذن له فيه فكان الموقوف عليه بمنزلة المستأجر اذا اذن له في الحفر، فان مات الموقوف عليه في أثناء المدة فهل لمن اتقل اليه فسخ الصلح فيما بقي من المدة؟ على وجهين بناء على ما اذا أجره مدة مات في أثناء المدة فان قلنا له فسخ الصلح ففسخه رجع الصالح على ورثة الذي صالحه بقسط ما بقي من المدة وان قلنا ليس له الفسخ رجع من اتقل اليه الوقف على الورثة

(فصل) وان صالح رجلاً على اجراء ماء سطحه من المطر على سطحه أو في أرضه عن أرضه - جاز اذا كان ما يجري مأوّه معلوماً أو بالمشاهدة وإما بمعرفة المساحة لأن الماء يختلف بصغر السطح وكبره

(فصل) اذا حصلت اغصان شجرته في هواه ملك غيره أو هواه جدار له فيه شركة أو على قس الجدار لزم مالك الشجرة ازالة تلك الاغصان اما بردها إلى ناحية أخرى واما بالقطع لان الهواء ملك لصاحب القرار فوجب ازالته ما يشغله من ملك غيره كالقرار، فان امتنع المالك من ازالته لم يجبر لانه من غير فله فلم يجبر على ازالته كما اذا لم يكن مالكا له وان تلف بها شيء لم يضمنه كذلك، ويحتمل أن يجبر على ازالته ويضمن ما تلف به اذا أمر بازالته فلم يفعل بناء على ما اذا مال حاطه الى ملك غيره على ما سنذكر ان شاء الله تعالى، وعلى كلا الوجهين اذا امتنع من ازالته كان لصاحب الهواء ازالته بأحد الامرين لانه بمنزلة البيعة التي تدخل داره له اخراجها كذا ههنا وهذا مذهب الشافعي، فان أمكنه ازالته بلا ائلاف ولا قطع من غير مشقة تلزمه ولا غرامة لم يجز له ائلافها كما أنه اذا أمكنه اخراج البيعة من غير ائلاف لم يجز له ائلافها فان ائلافها في هذه الحال غرمها وان لم يمكنه ازالته الا بالائلاف فله ذلك ولا شيء عليه فانه لا يلزمه اقرار مال غيره في ملكه، فان صالحه على اقرارها بعوض معلوم فاختلف أصحابنا فقال ابن حامد وابن عقيل بجوز ذلك رطبا كان الغصن أو يابساً لان الجمالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة لكونها لا تمنع التسليم بخلاف العوض فانه يفتقر الى العلم لوجوب تسليمه ولان الحاجة داعية الى الصلح عنه لكون ذلك يكثر في الاملاك المتجاورة وفي القطع ائلاف وضرر والزيادة المتجددة يعني عنها كالمسمن الحادث في المستأجر للركوب والمستأجر للفرقة بتجدد له الاولاد والغراس الذي يستأجر له الارض بعظم ويجفو وقال أبو الخطاب لا تصح المصالحة عنه بحال رطبا كان أو يابساً لان الرطب يزيد ويتغير واليابس ينقص

ولا يمكن ضبطه بغير ذلك. ويشترط معرفة الموضع الذي يخرج منه الماء الى السطح لأن ذلك يختلف ولا يفتقر الى ذكر مدة لأن الحاجة تدعو الى ذلك، ويجوز العقد على المنفعة في موضع الحاجة غير مقدر بمدة كما في النكاح، ولا يملك صاحب الماء مجراه لأن هذا لا يستوفي به منافع المجري دائماً ولا في أكثر المدة بخلاف الساقية، ويختلفان أيضاً في أن الماء الذي في الساقية لا يحتاج الى ما يقدر به لان تقدير ذلك حصل بتقدير الساقية فانه لا يملك أن يجري فيها أكثر من مثاها والماء الذي على السطح يفتقر الى معرفة قدر السطح لانه يجري منه اقليل والكثير، فان كان السطح الذي يجري عليه الماء مستأجراً أو عارية لم يجز أن يصلح على اجراء الماء عليه لانه يتضرر بذلك ولم يؤذن له فيه فلم يكن له أن يتصرف به بخلاف الماء في الساقية المحفورة فان الارض لا تتضرر به، وان كان ماء السطح يجري على الارض احتتمل ان لا يجوز له الصلح على ذلك لانه ان احتاج الى حفر لم يجز له ان يحفر في أرض غيره ولانه يجعل لغير صاحب الارض رسماً فربما ادعى استحقاق ذلك على صاحبها، واحتتمل الجواز اذا لم يحتاج الى حفر ولم يكن فيه مضرة لانه بمنزلة اجراء الماء في ساقية محفورة ولا يجوز الا مدة لا تزيد على مدة الاجارة كما قلنا في اجراء الماء في الساقية

وربما ذهب كله، وقال القاضي ان كان يابساً متمداً على نفس الجدار صحت المصالحة عنه لان الزيادة مأمونة فيه ولا يصح الصلح على غير ذلك لان الرطب يزيد في كل وقت، وما لا يعتمد على الجدار لا يصح الصلح عليه لانه تبم الهواء وهذا مذهب الشافعي واللائق بمذهب أحمد سحته لان الجهالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة اذا لم يكن الى الدلم به سبيل وذلك لدعاء الحاجة اليه وكونه لا يحتاج الى تسليم وهذا كذلك والهواء كالقرار في كونه مملوكاً لصاحبه فجاز الصلح على ما فيه كالذي في القرار

(فصل) وان صالحه على اقرارها بجزء معلوم من ثمرها أو بشرها كله فقد نقل المرودي واسحاق ابن ابراهيم عن أحمد أنه سئل عن ذلك فقال: لا أدري فيحتمل أن يصح ونحوه قال مكحول قانه نقل عنه أنه قال: ائما شجرة ظلت على قوم فهم بالخيار بين قطع ما ظلل أو أكل ثمرها، ويحتمل أن لا يصح وهو قول الأكثرين واليه ذهب الشافعي لان الموضع مجهول فان الثمرة مجهولة وحزوها مجهول ومن شرط الصلح العلم بالموضع ولان المصالح عليه أيضاً مجهول لانه يزيد ويتغير على ما أسلفناه ووجه الاول أن هذا مما يكثُر في الاملاك وتدعو الحاجة اليه وفي القطع اتلاف فجاز مع الجهالة كالمصالح على مجرى مياه الامطار والصلح على الموارث الدارسة والحقوق المجهولة اتقى لا سبيل الى علمها، ويقوى عندي أن الصلح هنا يصح بمعنى ان كل واحد منها يبيع صاحبه ما بذل له فصاحب الهواء يبيع صاحب الشجرة ابقاءها ويمتنع من قطعها وازالتها وصاحب الشجرة يبيعه ما بذل له من ثمرها ولا يكون هذا بمعنى البيع لان البيع لا يصح بمعدوم ولا بمجهول والثمرة في حال الصلح معدومة مجهولة ولا هو لازم بل لكل واحد منهما الرجوع عما بذله والعود فيها قاله لا مجرد اباحة

(فصل) واذا أراد ان يجري ماء في أرض غيره فغير ضرورة لم يحز الا باذنه وان كان لضرورة مثل أن يكون له أرض للزراعة لها ماء لا طريق له الا أرض جاره فهل له ذلك؟ على روايتين (احداهما) لا يجوز لانه تصرف في أرض غيره بغير اذنه فلم يجز كما لو لم تدع اليه ضرورة ولان مثل هذه الحاجة لا يبيح مال غيره بدليل أنه لا يباح له الزرع في أرض غيره ولا البناء فيها ولا الاتفاع بشيء من منافها المحرمة عليه بمثل الحاجة (والاخرى) يجوز لما روي ان الضحاك بن خليفة ساق خديجاً من العرب فآراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى فقال له الضحاك لم تمنعني وهو منفعة لك تشر به أولاً وآخر أو لا يضرك فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر فدا عمر محمد بن مسلمة وأمره ان يخلي سبيله فقال محمد لا والله فقال عمر لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك افغ؟ تشر به أولاً وآخر؟ فقال محمد لا والله فقال عمر والله ليرن به ولو على بطنك فأمره عمر أن يمر به ففعل. رواه مالك في الموطأ وسعيد في سننه والاول أئيبس وقول عمر يخالفه قول محمد بن مسلمة وهو موافق للاصول فكان أولى

(فصل) وان صالح رجلاً على أن يسقي أرضه من هر الرجل يوماً أو يومين أو من عينه وقدره بشيء يعلم به لم يجز ذكره القاضي لان الماء ليس بمملوك ولا يجوز يمه فلا يجوز الصلح عليه ولا به

من كل واحد منهما لصاحبه فجري مجري قول كل واحد منهما لصاحبه سكن داري واسكن دارك من غير تقدير مدة ولا ذكر شروط الاجارة أو قوله أبتك الاكل من ثمرة بستاني فأبني الاكل من ثمرة بستانك وكذلك قوله دعني أجري في أرضك ماء ولك أن تسقي به ما شئت وتشرب منه ونحو ذلك فهذا مثله بالاولى فان هذا ما تدعو الحاجة اليه كثيراً وفي الزام القطع ضرر كبير واتلاف أموال كثيرة وفي الترك من غير نفع يصل الى صاحب الهواء ضرر عليه وفيما ذكرناه جمع بين الامر من ونظر للفريقين وهو على وفق الاصول فكان أولى

(فصل) وكذلك الحكم في كل ما امتد من عروق شجرة انسان الى أرض جاره سواء أثمرت ضرراً مثل تأثيرها في المصانع وطبي الآبار وأساس المحيطان أو منها من ثبات شجر لصاحب الارض أو زرع أو لم يؤثر فان الحكم في قطعه والصلح عليه كالحكم في الفروع الا ان العروق لا ثمر لها فان اتفقا على أن مانبت من عروقها لصاحب الارض أو جزء معلوم منه فهو كالصلح على الثمرة فيما ذكرنا فعلى قولنا اذا اصطالحنا على ذلك فمضت مدة ثم أبى صاحب الشجرة دفع نباتها الى صاحب الارض فعليه أجر المثل لانه انما تركه في أرضه لهذا فلما لم يسلمه له رجم بأجر المثل كما لو بذلها بموض فلم يسلم له وكذلك الحكم فيمن مال حائطه الى هواء ملك غيره أو ذلق من أخشابه الى ملك غيره فالحكم فيه على ما ذكرناه

(فصل) وإذا صالحه على المؤجل بعهده حالاً لم يجز كرهه زيد بن ثابت وابن عمر وقال نهي عمر أن تباع العين بالدين وسعيد بن المسيب والغاسم وسالم والحسن والشعبي ومالك والشافعي والثوري وابن عيينة وهشيم

مجهول قال وان صالحه على سهم من العين أو الذهب كالثلث والرابع جاز وكان بيعاً للقرار والماء تابع له ويحتمل ان يجوز الصلح على السقي من نهره وقتانه لان الحاجة تدعو الى ذلك والماء بما يجوز أخذ العوض عنه في الجملة بدليل ما لو أخذه في قربته والصلح يجوز على ما لا يجوز بعهده بدليل الصلح عن دم الممد والصلح على المجهول

(مسئلة) (ويجوز ان يشتري مراً في دار وموضاً في حائطه يفتحها باباً، وبقعة يحفرها بئراً) لان هذه الاماكن يجوز بيعها وإجارتها لحاز الاعتياض عنها كالدور

(مسئلة) (وان يشتري علو بيت يبني عليه بنايماً موصوفاً) اذا كان البيت مبنياً لما ذكرناه (فان كان البيت غير مبني لم يجز في أحد الوجهين) ذكره القاضي واصحاب الشافعي لانه ميسم للهواء دون القرار والثاني يجوز لانه ملك للمصالح فجاز له أخذ عوضه كالقرار وانما يجوز بشرط أن يصف الملو والسفل بما يعلم به لان من شرط صحة البيع العلم بالمبيع

(مسئلة) (وان حصل في هوائه أغصان شجرة غيره فطالبه بازالتها فله ذلك فان أبى فله قطعها) وجلة ذلك انه اذا حصلت اغصان شجرته في هواء ملك غيره أو هواء جدار له فيه شركة لزم

وأبو حنيفة وأسحاق ورووي عن ابن عباس والزهري وابن سيرين أنه لا بأس به وعن الحسن وابن سيرين أنها كما لا يريان بأساً بالمعروض ان يأخذها من حقه قبل محله لأنها تبايعا المعروض بما في الذمة فصح كما لو اشتراها بضمن مثلها، ولعل ابن سيرين يحتج بأن التعجيل جائز والاسقاط وحده جائز فجاز الجمع بينهما كما لو فعلا ذلك من غير مواطاة عليه

وإنما أنه يبذل القدر الذي يحطه عوضاً عن تعجيل ما في ذمته ويبيع الحلول والتأجيل لا يجوز كما لا يجوز أن يبطيه عشرة حالة بعشرين مؤجلة ولأنه يبيعه عشرة بعشرين فلم يحجز كما لو كانت معيبة ويفارق ما اذا كان عن غير مواطاة ولا عقد لان كل واحد منهما متبرع يبذل حقه من غير عوض ولا يلزم من جواز ذلك جوازه في العقد أو مع الشركة كبيع درهم بدرهمين، ويفارق ما اذا اشترى المعروض بضمن مثلها لأنه لم يأخذ عن الحلول عوضاً، فأما ان صالحه عن الف حالة بنصفها. وموجلا فان فعل ذلك اختيارا منه وتبرعا به صح الاسقاط ولم يلزم التأجيل لان الحال لا يتأجل بالتأجيل على ما ذكرنا فيما مضى والاسقاط صحيح، وان فعلاه لمنعه من حقه بدونه أو شرط ذلك في الوفاء لم يسقط شيء أيضاً على ما ذكرنا في أول الباب وذكر أبو الخطاب في هذا روايتين أصحها لا يصح وما ذكرنا من التفصيل أولى ان شاء الله تعالى

(فصل) ويصح الصلح عن المجهول سواء كان عينا أو دينا اذا كان مما لا سبيل الى معرفته . قال أحمد في الرجل يصلح على الشيء فان علم أنه أكثر منه لم يحجز الا أن يوقفه عليه الا أن يكون مجهولاً لا يدري ما هو ، ونقل عنه عبد الله اذا اختلط قفيز حنطة بقفيز شعير وطحنافان عرف قيمة دقيق الحنطة

مالك الشجرة ازالة تلك الاغصان اما بردها الى ناحية اخرى واما بالقطع لان الهواء ملك لصاحب القرار فوجب ازالة ما يشغله من ملك غيره كالقرار فان امتنع المالك من ازالته لم يجبر لانه من غير فله فلم يجبر على ازالته كما لو لم يكن ملكه وان تلف بها شيء لم يضمنه لذلك ويحتمل ان يجبر على ازالته ويضمن ما تلف به اذا امر بازالته فلم يفعل بناء على ما اذا مال حائظه الى ملك غيره على ما ذكره ان شاء الله تعالى، وعلى كلى الوجهين اذا امتنع من ازالته كان لصاحب الهواء ازالته باحد الاسرين لانه بمنزلة البهيمة التي تدخل داره له اخراجها كذا هنا وهذا مذهب الشافعي، فان امكنه ازالته بلا اتلاف ولا قطع من غير مشقة تلازمه ولا غرامة لم يعجز له اتلافها كما أنه اذا امكنه اخراج البهيمة من غير اتلاف لم يعجز له اتلافها فان اتلفها في هذه الحال غرمها، وان لم يمكنه ازالتها الا بالاتلاف فله ذلك ولا شيء عليه فانه لا يلزمه اقرار مال غيره في ملكه

(مسئلة) (فان صالحه عن ذلك بموض لم يحجز) اختلف اصحابنا في ذلك فقال أبو الخطاب لا تصح المصالحة عن ذلك بحال رطباً كان النعنع أو يابساً لان الرطب يزيد ويتغير واليابس ينقص وربما ذهب كله ، وقال ابن جهم وابن عقيل يجوز ذلك رطباً كان النعنع أو يابساً لان الجهالة في المصالح عنه

ودقيق الشعر بيع هذا وأعطي كل واحد منهما قيمة ماله الا أن يصطلحا على شيء ويتحالا وقال ابن أبي موسى الصلح الجاز هو صلح الزوجة من صداقها الذي لا بينة لها به ولا علم لها ولا لورثة بمبلغه وكذلك الرجلان يكون بينهما المعاملة والحساب الذي قد مضى عليه الزمان الطويل لا علم لكل واحد منهما بما عليه لصاحبه فيجوز الصلح، بينهما وكذلك من عليه حق لا علم له بقدره جاز أن يصالح عليه وسواء كان صاحب الحق يعلم قدر حقه ولا بينة له او لا علم له ويقول القابض ان كان لي عليك حق فأنت في حل منه ويقول الدافع ان كنت أخذت مني أكثر من حقت فأنت منه في حل وقال الشافعي لا يصح الصلح على مجهول لانه فرع البيع ولا يصح البيع على مجهول

ولما روي عن النبي ﷺ أنه قال في رجلين اختصافي مواريث درست «استهما وتوخيا وليحلل أحدكما صاحبه» وهذا صلح على المجهول ولانه اسقاط حق فصح في المجهول كالتناق والطلاق ولانه اذا صح الصلح مع العلم وامكان أداء الحق بينه فلا يصح مع الجهل أولى وذلك لانه اذا كان معلوما فلهما طريق الى التخلص وبرائة أحدهما من صاحبه بدونه ومع الجهل لا يمكن ذلك فلو ام بجز الصلح أفضى الى ضياع المال على تقدير أن يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه منه ولا نسلم كونه بيعاً ولا فرع بيع وانما هو ابراء وان سلمنا كونه بيعاً فانه يصح في المجهول عند الحاجة بدليل بيع أساسات الحيطان وطبي الآبار وما مأكوله في جوفه ولو أتلف رجل صبرة طعام لا يعلم قدرها فقال

لا تمنع الصحة لكونها لا تمنع التسامح بخلاف الدوض فانه يفتقر الى العلم لوجوب تسليمه ولان الحاجة داعية الى ذلك لكون ذلك يكثر في الاملاك المتجاورة وفي القطع اتلاف وضرر والزيادة المتجددة يعنى عنها كالمسمن الحادث في المستأجر للركوب والمستأجر للفرقة يتجدد له اولاد والفراس المستأجر له الارض يعظم ويحفو وقال القاضي ان كان يابساً معتمداً على نفس الجدار صحت المصالحة عنه ولان الزيادة مأمونة فيه ولا يصح الصلح على غير ذلك لان الرطب يزيد في كل وقت وما لا يعتمد على الجدار لا يصح الصلح عليه لانه تبع الهواء وهذا مذهب الشافعي قال شيخنا واللائق بمذهب أحمد صحته لان الجهالة في المصلح عنه لا تمنع الصحة اذا لم يكن الى العلم به سبيل وذلك لدناه الحاجة اليه وكونه لا يحتاج الى تسليم وهذا كذلك والهواء كالقرار في كونه ملكاً لصاحبه فجاز الصلح على ما فيه كالذي في القرار

(مسئلة) (وان اتفقا على ان الثمرة له أو بينهما جاز ولم يلزم)

وجملة ذلك انه اذا صالحه عن ذلك بجزء من الثمرة أو بالثمره كلها فقد نقل المروذي واسحاق بن ابراهيم عن أحمد انه سئل عن ذلك فقال لأدري فيحتمل ان يصح، ونحوه قال مكحول فانه نقل عنه

صاحب الطعام لتلفه بعثك الطعام الذي في ذمتك بهذه الدراهم أو بهذا الثوب صح اذا ثبت هذا فان كان العوض في الصلح مما لا يحتاج الى تسليمه ولا سبيل الى معرفته كالتخصيم في موارث دارسة وحقوق سالفه أو في ارض أو عين من المال لا يعلم كل واحد منهما قدر حقه منها صح الصلح مع الجهالة من الجانبين لما ذكرناه من الخبر والمعنى وان كان مما يحتاج الى تسليمه لم يجوز مع الجهالة ولا بد من كونه معلوما لان تسليمه واجب والجهالة تمنع التسليم وتقضي الى التنازع فلا يحصل مقصود الصلح

(فصل) فأما ما يمكنهما معرفته كتركة موجودة أو يلمه الذي هو عليه وبجمله صاحبه فلا يصح الصلح عليه مع الجهل قال أحمد: ان صولحت امرأة من ثمنها لم يصح واحتج بقول شرح أيما امرأة صولحت من ثمنها لم يتبين لها ما ترك زوجها فهي الريبة كلها قال وان ورث قوم مالا ودورا وغير ذلك فقالوا لبعضهم نخرجك من الميراث بألف درهم أكره ذلك ولا يشتري منها شيء وهي لا تعلم لعلها تظن أنه قليل وهو يعلم أنه كثير ولا يشتري حتى تعرفه وتعلم ما هو، وإنما يصلح الرجل الرجل على الشيء لا يعرفه ولا يدري ما هو حساب بينهما فيصالحه، أو يكون رجل يعلم ماله على رجل والآخر لا يعلمه فيصالحه، فأما اذا علم فلم يصالحه إنما يريد يهضم حقه ويذهب به وذلك لان الصلح انما جازع الجهالة للحاجة اليه لبراء الذمم وازالة الخصام فممكن العلم بالحاجة الى الصلح مع الجهالة فلم يصح كالمبيع (فصل) وبصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه سواء كان مما يجوز بيعه أو لا يجوز فيصح

عن دم العمد وسكنى الدار وعيب المبيع ومتى صالح عما يوجب القصاص بأكثر من دينه أو أقل جاز وقد روي أن الحسن والحسين وسعيد بن العاص بذلوا للذي وجب له القصاص على هدبة بن خشرم سبع ديات فأبى أن يقبلها ولان المال غير متعين فلا يقع العوض في مقابلته فأما ان صالح عن قتل الخطأ بأكثر من دينه من جنسها لم يجوز وكذلك لو أتلف عبدا أو شيئا غيره فصالح عنه بأكثر من قيمته

أنه قال أيما شجرة ظلت على قوم فهم بالخيار بين قطع ما ظلل أو أكل ثمرها، ويحتمل ان لا يصح وهو قول الاكثر وبه قال الشافعي لان العوض مجهول فان الثمرة مجهولة وجزؤها مجهول ومن شرط الصلح العلم بالعوض ولان المصالح عليه أيضا مجهول لانه يزيد ويتغير على ما سلفناه، ووجه الاول ان هذا مما يكثر في الاملاك وتدعو الحاجة اليه وفي القطع اتلاف لحجاز مع الجهالة كالصلح على مجرى مياه الاطار وعلى الموارث الدارسة والحقوق المجهولة التي لا سبيل الى علمها

قال شيخنا ويقوى عندي ان الصلح هنا يصح بمعنى ان كل واحد منهما يبيع صاحبه ما بذل له فصاحب الهواء يبيع صاحب الشجرة ابقاءها ويمتنع من قطعها وإزالتها وصاحب الشجرة يبيعه ما بذل له من ثمرها ولا يكون هذا بمعنى البيع لان البيع لا يصح بمعدوم ولا مجهول والثمرة في حال الصلح معدومة مجهولة ولا هو لازم بل لكل واحد منها الرجوع عما بذله والعود فيما قاله لانه مجرد اباحة من كل واحد منها لصاحبه فخرى مجرى قول كل واحد منها لصاحبه اسكن داري وأسكن دارك من غير تقدير مدة ولا ذكر شروط الاجارة أو قوله أجتك الأكل من ثمرة بستانى فأبطني الاكل من ثمرة بستانك وكذلك قوله دعني

من جنسها لم يجز . وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجوز لانه يأخذ عوضا عن المتلف فجاز أن يأخذ أكثر من قيمته كما لو باعه بذلك

ولنا أن الدية والقيمة ثبتت في الذمة مقدرة فلم يجز ان يصلح عنها بأكثر منها من جنسها كالثابتة عن قرض أو ممن مبيع ولانه اذا أخذ أكثر منها فقد أخذ حقه وزيادة لا مقابل لها فيكون أكل مال بالباطل فأما ان صالحه على غير جنسها بأكثر قيمة منها جاز لانه بيع ، ويجوز أن يشتري الشيء بأكثر من قيمته أو أقل

(فصل) ولو صالح عن المائة الثابتة في الذمة بالاتلاف بمائة مؤجلة لم يجز وكانت حالة وبهذا قال الشافعي وعن أحمد يجوز وهو قول أبي حنيفة لانه عاوض عن المتلف بمائة مؤجلة فجاز كما لو باعه إياه ولنا أنه إنما يستحق عليه قيمة المتلف وهو مائة حالة . الحلال لا يتأجل بالتأجيل وان جعلناه بيعاً فهو بيع دين بدين وبيع الدين بالدين غير جائز

(فصل) ولو صالح عن النصاص بعبء فخرج مستحقاً رجع بقيمته في قولهم جميعا وان خرج حراً فكذلك . وبه قال أبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة يرجع بالدية لان انصلح فاسد فرجع ببذل ما صلح عنه وهو الدية . ولنا أنه تمذر تسليم ما جعله عوضاً فرجع في قيمته كما لو خرج مستحقاً

(فصل) ولو صالح عن دار او عبد بعوض فوجد العوض مستحقاً أو حراً رجع في الدار وما صلح عنه أو بقيمته ان كان تالفاً لان الصلح ههنا بيع في الحقيقة فاذا تبين أن العوض كان مستحقاً أو حراً كان البيع فاسداً فرجع فيما كان له بخلاف الصلح عن النصاص فانه ليس ببيع وانما يأخذ عوضا عن اسقاط النصاص ، ولو اشترى شيئاً فوجده معيباً فصالحه عنه ببعد فبان مستحقاً أو حراً رجع بارش العيب

أجرني في أرضك ماء ولك أن تسقى به ماشئت وتشرب منه ونحو ذلك فهذا مثله بل أولى فان هذا مما تدعو الحاجة اليه كثيراً وفي إلتزام القطع ضرر كثير وإتلاف أموال كثيرة وفي الترك من غير نفع يصل صاحب الهواء ضرر عليه ، وفيما ذكرناه جمع بين الأمرين ونظر للفريقين وهو على وفق الأصول فكان أولى .

(فصل) وكذلك الحكم فيما امتد من عروق شجر انسان الى ارض جاره سواء أثرت ضرراً مثل تأثيرها في المصانع وطبي الآبار وأساس الحيطان أو منها من نبات شجر لصاحب الارض أو زرع أو لم تؤثر فان الحكم في قطعه والصلح عنه كالحكم في الفروع إلا أن العروق لأثرها فان اتفقا على أن ما ينبت من عروقها لصاحب الارض أو جزء معلوم منه فهو كالصلح على الثمرة فيما ذكرناه ، فعلى قولنا إذا اصطلحا على ذلك فضت مدة ثم أبي صاحب الشجرة دفع نباتها إلى صاحب الارض فعليه أجر المثل لانه إنما تركه في أرضه لهذا فلما لم يسلم له رجع باجر المثل كما لو بذلها بعوض لم يسلم له وكذلك فيمن مال حائطه الى هواء ملك غيره أو زلف من أخشابه إلى ملائ غيره فالحكم فيه على ما ذكرنا

ولو كان البائع امرأة فزوجته نفسها عوضاً عن ارش العيب فزال العيب رجعت بارشها لا بهر المثل لأنها رضيت ذلك مهراً لها

(فصل) ولو صالحه عن القصاص بحر يعلنان حرته أو عبد يعلنان أنه مستحق أو تصالحا بذلك عن غير القصاص رجع بالدية وبما صالح عنه لان الصلح هنا باطل يعلنان بطلانه فكان وجوده كعدمه (فصل) اذا صالح رجلاً على موضع قناة من أرضه تجري فيها ماء وبيننا موضعها وعرضها وطولها جاز لان ذلك بيع موضع من أرضه ولا حاجة الى بيان عمقه لانه اذا ملك الموضع كان له الى تخومه فله أن يترك فيه ما شاء وان صالحه على اجراء الماء في ساقية من أرض رب الارض مع بقاء ملكة عليها فما اجارة للارض فيشترط تقدير المدة لان هذا شأن الاجارة فان كانت الارض في يد رجل باجارة جاز له أن يصالح رجلاً على اجراء الماء فيها في ساقية محفورة مدة لا تجاوز مدة اجارته وان لم تكن الساقية محفورة لم يجز أن يصالحه على ذلك لانه لا يجوز احداث ساقية في أرض في يده باجارة فأما ان كانت الارض في يده وبقا عليه فقال القاضي هو كالمستأجر له ان يصالح على اجراء الماء في ساقية محفورة في مدة معلومة وليس له ان يحفر فيها ساقية لانه لا يملكها انما يستوفي منفعتها كالارض المستأجرة سواء وهذا كاه مذهب الشافعي، والاولى أنه يجوز له حفر الساقية لان الارض له وله التصرف فيها كيفما شاء ما لم ينقل الملك فيها الى غيره بخلاف المستأجر فانه انما يتصرف فيها بما أذن له فيه فكان الموقوف عليه بمنزلة المستأجر إذا اذن له في الحفر فان مات الموقوف عليه في أثناء المدة فهل لمن اتقل اليه فسخ الصلح فيما بقي من المدة

❦ مسألة ❦ (ولا يجوز أن يشرع الى طريق نافذ جناحاً ولا ساباطاً ولا دكاً)

الجناح هو الروشن يكون على أطراف خشبة مدفونة في الحائط وأطرافها خارجة الى الطريق لا يجوز اخراجه سواء كان يضر بالمارة في العادة أو لا يضر ولا يجوز أن يجعل عليها ساباطا بطريق الاولى وهو المستوفي لهواء الطريق كاه على جدارين سواء كان الجداران ملكه أو لم يكونا اذن الامام في ذلك أو لم يأذن ، وقال ابن عقيل ان لم يكن فيه ضرر جاز باذن الامام فجرى اذنه مجرى اذن المشتركين في الدرب الذي ليس بنافذ ، وقال أبو حنيفة يجوز من ذلك ما لا يضر فيه وان عارضه رجل من المسلمين وجب قلمه ، وقال مالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو يوسف ومحمد يجوز إذا لم يضر بالمارة ولا يملك أحد منعه لانه ارتفق بما لم يضمن ملك أحد فيه من غير مضرة فأشبه المشي في الطريق والجلوس فيها واختلفوا في الذي لا يضر ما هو فقال بعضهم إن كان في شارع تمر فيه الجيوش فيكون بحيث إذا سار فيه الفارس ورمحه منصوب لا يبلغه وقال أكثرهم لا يقدر بذلك بل يكون بحيث لا يضر بالمباريات والمخامل .

ولنا أنه بنى في ملك غيره بغير اذنه فلا يجوز كبناء الدكة أو بناء ذلك في درب غير نافذ بغير اذن أهله ، ويقارق المرور في الطريق فانها جعلت لذلك ولا مضرة فيه والجلوس لا يدوم ولا يمكن التحرز

على وحين بناء على ما اذا آجره مدة فوات في أثنائها فان قلنا له فسح الصلح ففسخه رجع المصلح على ورثة الذي صالحه بقسط ما بقي من المدة، وان قلنا ليس له الفسخ رجع من انتقل اليه الوقف على الورثة (فصل) وان صالح رجلا على اجراء ماء سطحه من المطر على سطحه أو في أرضه عن سطحه أو في أرضه عن أرضه جاز اذا كان ما يجري ماء معلوما إما بالمشاهدة وإما بمعرفة المساحة لان الماء يختلف بصغر السطح وكبره ولا يمكن ضبطه بغير ذلك. ويشترط معرفة الموضع الذي يجري منه الماء الى السطح لان ذلك يختلف، ولا يفترق الى ذكر مدة لان الحاجة تدعو الى هذا، ويجوز المقدم على المنفعة في موضع الحاجة غير مقدر كافي التكاح، ولا يملك صاحب الماء مجراه لان هذا لا يستوفي به منافع المجرى دائماً ولا في أكثر المدة بخلاف الساقية، ويختلفان أيضاً في ان الماء الذي في الساقية لا يحتاج الى ما يقدر به لان تقدير ذلك حصل بتقدير الساقية، فانه لا يملك أن يجري فيها أكثر من مائها والماء الذي على السطح يحتاج الى معرفة مقدار السطح لانه يجري منه القليل والكثير، وان كان السطح الذي يجري عليه الماء مستأجراً أو طارئة مع انسان لم يجوز أن يصلح على اجراء الماء عليه لانه يتضرر بذلك ولم يؤذن له فيه فلم يكن له أن يتصرف به بخلاف الماء في الساقية المحفورة فان الارض لا تتضرر به وان كان ماء السطح يجري على أرض احتمال أن لا يجوز له الصلح على ذلك لانه ان احتاج الى حفر لم يحز له ان يحفر أرض غيره ولانه يجعل لغير صاحب الارض رسماً فربما ادعى استحقاق ذلك على صاحبها واحتمل الجواز اذا لم يحتاج الى حفر ولم تكن فيه مضرة لانه بمنزلة اجراء الماء في ساقية محفورة ولا يجوز الا مدة لا تزيد على مدة اجارته كما قلنا في اجراء الماء في الساقية والله أعلم (فصل) واذا أراد أن يجري ماء في أرض غيره لغير ضرورة لم يجوز الا باذنه وان كان لضرورة مثل أن يكون له أرض للزراعة لها ماء لا طريق له الا أرض جاره فهل له ذلك؟ على روايتين

منه ولا نسلم أنه لا مضرة فيه فانه يظلم الطريق وربما سقط على المارة أو سقط منه شيء وقد تعول الارض بمرور الزمان فيصدم رهوس الناس ويمنع مرور الدواب بالاحمال ويقطع الطريق الاعلى الماشي وقد رأينا مثل هذا كثيراً، وما يفضي الى الضرر في ثاني الحال يجب المنع منه في ابتداءه كما لو أراد بناء حائط مائل الى الطريق يخشى وقوعه على من يمر فيها

ولنا على أبي حنيفة أنه بنى في حق مشترك لو منع منه بعض أهله لم يجوز فلم يجوز بغير إذنه كما لو أخرج به إلى هواة دار مشتركة وذلك لان حق الآدمي لا يجوز لغيره التصرف فيه بغير إذنه وإن كان ساكناً كما لا يجوز إذا منع فاما الدكان فلا يجوز بناؤه في الطريق بغير خلاف علمناه سواء كان الطريق وواشياً أو لا وسواء أذن فيه الامام أو لم يأذن لانه بناء في ملك غيره بغير إذنه ولا نه يؤذي المارة وبضيق عليهم ويعثر به العار أشبه ما لو كان الطريق ضيقاً.

(فصل) ولا يجوز لإخراج الميازيب إلى الطريق الاعظم ولا إلى درب غير نافذ إلا باذن أهله وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي يجوز اخراجه الى الطريق الاعظم لان عمر اجتاز على دار العباس

(أحداها) لا يجوز لانه تصرف في أرض غيره بغير إذنه فلم يجوز كما لو لم تدع اليه ضرورة لان مثل هذه الحاجة لا يبيح مال غيره بدليل أنه لا يباح له الزرع في أرض غيره ولا البناء فيها ولا الاتفاح بشيء من منافها المحرمة عليه قبل هذه الحاجة

(والاخرى) يجوز لما روي أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا من العريض فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى فقال له الضحاك : لم تمنعني وهو منفعة لك تشربه أولا وأخرا ولا يضرك ؟ فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر فدعا عمر محمد بن مسلمة وأمره أن يخلي سبيله فقال محمد : لا والله فقال له لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تشربه أولا وأخرا ؟ فقال محمد لا والله فقال عمر : والله ليمرن به ولو على بطنك فأمره عمر أن يمر به ففعل . رواه مالك في موطنه وسعيد في سنته والاول أقيس وقول عمر يخالفه قول محمد بن مسلمة وهو موافق للاصول فكان أولى

(فصل) وان صالح رجلا على ان يسقي أرضه من نهر الرجل يوما أو يومين أو من عينه وقدره بشيء يعلم به فقال العاصي لا يجوز لان الماء ليس بمملوك ولا يجوز بيعه فلا يجوز الصلح عليه ولانه مجهول . قال وان صالحه على سهم من العين او انهر ثالثك او الربع جاز وكان فيما للقرار والماء تابع له ويحتمل ان يجوز الصلح على السقي من نهره وقناته لان الحاجة تدعو الى ذلك والماء مما يجوز اخذ العوض عنه في الجملة بدليل ما لو اخذه في قريته او انائه ويجوز الصلح على ما لا يجوز به . بدليل الصلح عن دم العمدة واشباهه والصلح على المجهول

وقد نصب ميزابا إلى الطريق فقلعه فقال العباس تقامه وقد نصبه رسول الله ﷺ بيده فقال والله لا نصبته إلا على ظهري وانحنى حتى صعد على ظهره فنصبه وما فعله رسول الله ﷺ فأغبره فعله ما لم يقم دليل على اختصاصه به ولان الحاجة تدعو إلى ذلك ولا يمكنه رد مائه إلى الدار ولان الناس يعملون ذلك في جميع بلاد الاسلام من غير تكبر

ولنا ان هذا تصرف في هواء مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه فلم يجوز كما لو كان الطريق غير نافذ ولانه بضر بالطريق وأهلها فلم يجوز كبناء دكة فيها أو جناح بضر بأهلها ولا يخفى ما فيه من الضر فان ماءه يقع على المارة وربما جرى فيه البول أو ماء نجس فينجسهم ويلق الطريق ويجعل فيها الطين والحديث قضية في عين فيحتمل أنه كان في درب غير نافذ أو تجددت الطريق بعد نصبه ويحتمل أن يجوز ذلك لان الحاجة دائمة اليه والمادة جارية به مع ما فيه من الخير المذكور

(مسئلة) (ولا يجوز أن يفعل ذلك في ملك إنسان أو درب غير نافذ إلا باذن أهله)

أما في ملك الانسان فلا يجوز بغير إذنه لانه تصرف في ملك الغير فلم يجوز بغير إذنه فلا يجوز ذلك في الدرب وبه قال الشافعي في الجناح والساباط اذا لم يكن له في الدرب باب، وان كان له في الدرب باب فقد اختلف أصحابه فمنهم من منعه أيضاً ومنهم من اجاز له اخراج الجناح والساباط لان له في الدرب استطرافا فملك ذلك كما يملكه في الدرب النافذ

(فصل) ولا يصح الصلح على ما لا يجوز اخذ العوض عنه مثل ان يصالح امرأة لتفر بالزوجة لانه صلح محل حراما ولاها لو ارادت بذل نفسها بموض لم يجز وان دفعت اليه عوضا عن هذه الدعوى ليكف عنها ففيه وجها (أحدها) لا يجوز لان الصلح في الانكار إنما يكون في حق المنكر لامتداه اليمن وهذه لا يمين عليها وفي حق المدعي يأخذ العوض في مقابلة حقه الذي يدعيه وخروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له وإنما اجيز الخلع للحاجة الى اقتداء نفسها

(والثاني) يصح ذكره أبو الخطاب وابن عقيل لان المدعي يأخذ عوضا عن حقه من النكاح فجاز كموض الخلع والمرأة تبذله لقطع خصومته وازالة شره وربما توجهت اليمن عليها لكون الحاكم يرى ذلك ولاها مشروعة في حقها في احدى الروايتين، ومتى صالحته على ذلك ثبتت الزوجية باقرارها أو بيينة فان قلنا الصلح باطل فالنكاح باق بحاله لانه لم يوجد من الزوج طلاق ولا خلع، وان قلنا هو صحيح احتمل ذلك أيضا ولذلك احتمل أن تبين منه بأخذ العوض لانه أخذ العوض عما يستحقه من نكاحها فكان خلعاً كما لو أقرت به بالزوجة لخالعها، ولو ادعت ان زوجها طلقها ثلاثا فصالحها على مال لتزل عن دعواها لم يجز لانه لا يجوز لها بذل نفسها لمطلقها بموض ولا بغيره وان دفعت اليه مالا ليقر بطلاقها لم يجز في احد الوجهين وفي الآخر يجوز كما لو بذلت له عوضا ليطلقها ثلاثا

(فصل) وان ادعى على رجل أنه عبده فأنكره فصالحه على مال ليقر له بالعبودية لم يجز لانه محل حراما فان إرفاق الحر نفسه لا محل بموض ولا بغيره، وان دفع اليه المدعى عليه مالا صلحا عن دعواه صح لانه يجوز أن يعق عبده بمال ويشرع للدافع لدفع اليمن الواجبة عليه والخصومة المتوجهة اليه ولو ادعى على رجل الفأفأ أنكره فدفع اليه شيئا ليقر له بالالف لم يصح فان أقر لزمه ما أقر

ولنا أنه بناء في هواء ملك قوم معينين اشبه اذا لم يكن له فيه باب ولا نسلم الاصل الذي قاسوا عليه فان أذن أهل الدرب فيه جاز لان الحق لهم فجاز باذنهم كما لو كان لملك واحد

(مسئلة) (وان صالح عن ذلك بموض جاز في أحد الوجهين) وقال القاضي وأصحاب الشافعي

لا يجوز في الجناح والساباط لانه يبيع للهواء دون اقرار

ولنا أنه يبي في باذنهم فجاز كما لو أذنوا له بغير عوض ولانه ملك لهم فجاز لهم أخذ عوض كالقرار اذا ثبت هذا فانما يجوز بشرط كون ما يخرج منه معلوم المقدار في الخروج والعلو وهكذا الحكم فيها اذا أخرجها الى ملك انسان معين يجوز باذنه بموض وبغيره اذا كان معلوم المقدار

(فصل) ولا يجوز أن يحفر في الطريق النافذة بترأ لنفسه سواء جعلها ماء المطر أو ليستخرج منها ماء ينتفع به ولا غير ذلك لما ذكرنا من قبل، وان اراد حفرها للمسلمين ونفعهم أو لنفع الطريق مثل أن يحفرها ليسقي الناس من مائها ويشرب منه المارة أو لينزل فيها ماء المطر عن الطريق نظرنا

به ويرد ماأخذه لانه تبين باقراره كذبه في انكاره وان الالف عليه فيلزمه أداءه بغير عوض ولا يحل له أخذ العوض عن أداء الواجب عليه وان دفع اليه المنكر مالا صلحاً عن دعواه صح وقدهضى ذكره

(فصل) ولو صالح شاهداً على أن لا يشهد عليه لم يصح لانه لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يصلحه على أن لا يشهد عليه بحق تلتزم الشهادة به كدين آدمي أوحق لله تعالى لا يسقط بالشبهة كالزكاة ونحوها فلا يجوز كتمانها ولا يجوز أخذ الدوس عن ذلك كما لا يجوز أخذ العوض على شرب الخمر وترك الصلاة (الثاني) ان يصلحه على ان لا يشهد عليه بالزور فهذا يجب عليه ترك ذلك ويحرم عليه فعله فلا يجوز أخذ العوض عنه كما لا يجوز أن يصلحه على أن لا يقتله ولا ينصب ماله (الثالث) أن يصلحه على أن لا يشهد عليه بما يوجب حداً كالزنا والسرقه فلا يجوز أخذ العوض عنه لان ذلك ليس بحق له فلم يجز له أخذ عوضه كسائر ما ليس بحق له ولو صالح السارق والزاني والشارب بمال على أن لا يرفعه إلى السلطان لم يصح الصلح لذلك ولم يجز له أخذ العوض ، وان صلحه عن حد القذف لم يصح الصلح لانه ان كان لله تعالى لم يكن له أن يأخذ عوضه لكونه ليس بحق له فأشبه حد الزنا والسرقه وإن كان حقاً له لم يجز الاعتياض عنه لكونه حقاً ليس بمالي ولهذا لا يسقط إلى بدل بخلاف الفصاص ولانه شرع لتزيره العرض فلا يجوز أن يتراض عن عرضه بمال وهل يسقط الحد بالصلح فيه وجهان مبنيان على الخلاف في كونه حقاً لله تعالى أوحقاً لآدمي فان كان حقاً لله تعالى

فان كان الطريق ضيقاً أو كانت في عمر الناس بحيث يخاف سقوط إنسان فيها أو دابة أو يضيق عليهم ممرهم لم يجز لان ضررها أكثر من نفعها، وان حفرها في زاوية من طريق واسع وجعل عليها ما يمنع الوقوع فيها جاز لان ذلك يقع بلا ضرر فجاز كتمهيدها وبناء رصيف فيها فاما ما فعله في درب غير نافذ فلا يجوز بغير إذن أهله لان هذا ملك لقوم معينين فلم يجز فعل ذلك بغير اذنهم كما لو فعله في بستان انسان، ولو صالح أهل الدرب عن ذلك بموض جاز سواء حفرها لنفسه لينزل فيها ماء المطر عن داره أو ليستقي منها ماء لنفسه أو حفرها للسبيل ونفع الطريق وكذلك ان فعل ذلك في ملك انسان معين (مسئلة) (واذا كان ظهر داره في درب غير نافذ ففتح فيه باباً لغير الاستطراق جاز)

لان له رفع جميع حائطه فبعضه أولى . قال ابن عقيل ويحتمل ان لا يجوز لان شكل الباب مع تقادم العهد ربما استدل به على حق الاستطراق فيضر باهل الدرب بخلاف رفع الحائط فانه لا يدل على شيء (مسئلة) (وان فتحه للاستطراق لم يجز بغير اذنهم) لانه ليس لهم حق في الدرب الذي هو

ملك غيره وفيه وجه آخر أنه يجوز لان له رفع جميعه

والاول أولى لان الدرب لاحق له فيه فلم يجز ان يجعل له فيه حق استطراق فان صلحهم جاز

لان الحق لهم فأشبه دورهم اذا صلحهم على شيء منها

لم يسقط بصلح الآدمي ولا إسقاطه كحد الزنا والسرقة وان كان حقاً لا آدمي سقط بصلحه واسقاطه مثل القصاص فان صالح عن حق الشفعة لم يصح الصلح لانه حق شرع على خلاف الاصل لدفع ضرر الشركة فاذا رضي بالتزام الضرر سقط الحق من غير بدل كحد الغذف إلا أنه يسقط ههنا وجهاً واحداً لكونه حقاً لا آدمي .

(فصل) ولا يجوز ان يشرع الى طريق نافذ جناحاً وهو الروشن يكون على أطراف خشبة مدفونة في الحائط وأطرافها خارجة في الطريق سواء كان ذلك يضر في العادة بالمارة أو لا يضر ، ولا يجوز أن يجعل عليها سابطاً بطريق الاولى وهو المستوفي لهواء الطريق كله على حائطين سواء كان الحائطان ملكه أو لم يكونا وسواء أذن الامام في ذلك أو لم يأذن ، وقال ابن عقيل ان لم يكن فيه ضرر جاز بأذن الامام لانه نائبهم فجرى اذنه مجرى اذن المشتركين في الدرب الذي ليس بنافذ وقال أبو حنيفة يجوز من ذلك ما لا يضر فيه وإن عارضه رجل من المسلمين وجب قلعه، وقال مالك والشافعي والاوزاعي واسحاق وأبو يوسف ومحمد يجوز ذلك اذا لم يضر بالمارة ولا يملك أحد منعه لانه ارتفق بما لم يتعين ملك احد فيه من غير مضرة فكان جائزاً كالشي في الطريق والجلوس فيها ، واختلفوا فيما لا يضر فقال بعضهم إن كان في شارع يمر فيه الحيوش والاحمال فيكون بحيث إذا سار فيه الفارس ورحمه منصوب لا يبلعه وقال اكثرهم لا يقدر بذلك بل يكون بحيث لا يضر بالهاريات والمخامل ولنا أنه بناء في ملك غيره بغير إذنه فلم يجز كبناء الدكة أو بناء ذلك في درب غير نافذ بغير اذن

(فصل) وان كان ظهر داره الى زقاق نافذ ففتح في حائطه باباً اليه جاز لانه يرتفق بما لم يتعين ملك أحد عليه فان قيل هذا فيه اضرار باهل الدرب لانه يجمه نافذاً يستطرق اليه من الشارع قلنا لا يصير الدرب نافذاً وانما تصير داره نافذة وليس لاحد استطراق داره

(مسئلة) (ولو كان بابه في آخر الدرب ملك نقله الى اوله ولم يملك نقله الى داخل منه في احد الوجهين) لانه اذا نقل بابه الى ما يلي باب الدرب فقد ترك بعض حقه ومتى أراد رد بابه الى موضعه الاول كان له لان حقه لم يسقط ، فاما ان أراد نقل بابه الى تلقاء صدر الزقاق لم يكن له ذلك نص عليه أحمد لانه يقدم بابه الى موضع لاستطراق له فيه ، وفيه وجه آخر انه يجوز لانه كان له ان يجعل بابه في أول البناء في أي موضع شاء فتركه في موضع لا يسقط حقه كما ان تحويله بعد فتحه لا يسقطه ولان له ان يرفع حائطه كله فلم يمنع من رفع بعضه والاول أولى لانه لا يلزم من جواز رفع الحائط جواز الاستطراق كالمسئلة التي قبلها

(فصل) وان كان في الدرب بابان لرجلين أحدهما قريب من باب الزقاق والآخر في داخله فأراد صاحب الداخل ان يحول بابه فله تحويله حيث شاء لانه لا منازع له فيما يجاوز الباب الاول اذا قلنا (المغني والشرح الكبير) (٥) (الجزء الخامس)

أهله ويفارق المروء في الطريق فاتها جملة لذلك ولا مضرة فيه والجلوس لا يدوم ولا يمكن التعرّض منه ولا نسلم أنه لا مضرة فيه فانه يظلم الطريق ويسد الضوء وربما سقط على المارة أو سقط منه شيء وقد تعلوا الأرض بمرور الزمان فيصدم رهوس الناس ويمنع مرور الدواب بالاحمال ويقطع الطريق الا على الماشي ، وقد رأينا مثل هذا كثيراً وما يفضي الى الضرر في ثاني الحال يجب المنع منه في ابتدائه كما لو أراد بناء حائط مائل الى الطريق يخشى وقوعه على من يمر فيها ، وعلى أبي حنيفة أنه بناء في حق مشترك لو منع منه بعض أهله لم يجوز فلم يجوز بغير اذنتهم كما لو أخرجه الى هواء دار مشتركة وذلك لأن حق الآدمي لا يجوز لغيره التصرف فيه بغير إذنه ، وإن كان ساكناً كما لا يجوز إذا منع منه .

(فصل) ولا يجوز أن يبني في الطريق دكاناً بغير خلاف نفعه سواء كان الطريق واسعاً أو غير واسع سواء أذن الامام فيه أو لم يأذن لأنه بناء في ملك غيره بغير إذنه ولانه يؤذي المارة ويضيق عليهم ويعثر به العائر فلم يجوز كما لو كان الطريق ضيقاً

(فصل) ولا يجوز ان يبني دكاناً ولا يخرج روشناً ولا ساباطاً على درب غير نافذ الا باذن أهله وبهذا قال الشافعي إذا لم يكن له في الدرب باب وان كان له في الدرب باب فقد اختلف أصحابه فمنهم من منعه أيضاً ومنهم من أجاز له اخراج الجناح والسباط لان له في الدرب استطرأ فذلك ذلك كما يملكه في الدرب الناقد .

ولنا أنه بناء في هواء ملك قوم معينين أشبه ما لو لم يكن له فيه باب ولا نسلم الاصل الذي قاسوا عليه فالما إن أذن أهل الدرب فيه جاز لان الحق لهم فجاز باذنتهم كما لو كان المالك واحداً ، وان صالح أهل الدرب من ذلك على عوض معلوم جاز ، وقال القاضي وأصحاب الشافعي لا يجوز لانه يبيع للهواء دون القرار

ان صاحب القريب ليس له ان يقدمه الى داخل الدرب وان قلنا له تقدمه جاز لكل واحد منها فان كان في داخل الدرب باب لثالث فحكم الاوسط حكم الاول فيما ذكرناه

(فصل) اذا كان لرجل داران متلاصقتان ظهر كل واحدة منها الى ظهر الاخرى وباب كل واحدة منها الى درب غير نافذ. فرفع الحاجز بينهما وجعلها داراً واحدة جاز لانه تصرف في ملكه المخصص وان فتح من كل واحدة منها باباً الى الاخرى لينمكن الى التطرق من كل واحدة منها الى كلي الدارين فقال القاضي لا يجوز لان ذلك يثبت الاستطراق في الدرب الذي لا ينفذ من دار لم يكن لها فيه طريق ولانه ربما ادى الى إثبات الشفعة في قول من يثبتها بالطريق لكل واحدة من الدارين في زقاق الاخرى ، ويحتمل جواز ذلك لان له رفع الحاجز جميعه فبعضه أولى قال شيخنا وهذا أشبه وما ذكرناه للنوع ينتقض بما اذا رفع الحائط جميعه ، وفي كل موضع قلنا ليس له فعله اذا صالحه أهل الدرب جاز وكذلك ان أذنوا له بغير عوض

ولنا أنه بيني فيه باذنهم فجاز كما لو اذنوا له بغير عوض ولأنه ملك لهم فجاز لهم أخذ عوضه كالقرار اذا ثبت هذا فانما يجوز بشرط كون ما يخرج منه معلوم المقدار في الخروج والعلو وهكذا الحكم فيما اذا أخرجه الى ملك إنسان معين لا يجوز بغير إذنه ويجوز باذنه بموض وبغيره إذا كان معلوم المقدار والله أعلم .

(فصل) ولا يجوز ان يحفر في الطريق النافذة بئراً لنفسه سواء جعلها ماء المطر أو ليستخرج منها ما ينفع به ولا غير ذلك لما ذكرناه من قبل، وان أراد حفرها للمسلمين وتفعمهم أو لنفع الطريق مثل ان يحفرها ليستقي الناس من مائها ويشرب منه المارة أو لينزل فيها ماء المطر عن الطريق نظرنا فان كان الطريق ضيقاً أو يحفرها في عمر الناس بحيث يخاف سقوط انسان فيها أو دابة أو يضيق عليهم ممرهم لم يجز ذلك لان ضررها أكثر من نفعها، وان حفرها في زاوية في طريق واسع وجعل عليها ما يمنع الوقوع فيها جاز لان ذلك نفع بلا ضرر فجاز كتمهيدها وبناء رصيف فيها فاما ما فعله في درب غير نافذ فلا يجوز الا باذن أهله لان هذا ملك لقوم معينين فلم يجز فعل ذلك بغير اذنهم كما لو فعله في بستان انسان ولو صالح أهل الدرب عن ذلك بموض جاز سواء حفرها لنفسه لينزل فيها ماء المطر عن داره أو ليستقي منها ماء لنفسه أو حفرها للسبيل ونفع الطريق وكذلك ان فعل ذلك في ملك انسان معين

(فصل) ولا يجوز اخراج الميازيب الى الطريق الاعظم ولا يجوز اخراجها الى درب نافذ الا الا باذن أهله، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي يجوز اخراجه الى الطريق الاعظم لان عمر رضي الله عنه اجتاز على دار العباس وقد نصب ميزاباً الى الطريق فقلعه فقال العباس تقلعه وقد نصبر رسول الله ﷺ بيده؟ فقال والله لانصبته الا على ظهري وانحنى حتى صعد على ظهره فنصبه وما فعله رسول الله ﷺ فغيره فعله ما لم يقم دليل على اختصاصه به ولان الحاجة تدعو الى ذلك ولا يمكنه رد مائه الى الدار ولان الناس يعملون ذلك في جميع بلاد الاسلام من غير تكبر . ولنا ان هذا تصرف في هواء

(فصل) اذا تنازع صاحبا البابين في الدرب ولم يكن فيه باب لغيرهما ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يحكم بالدرب من أوله الى الباب الذي يليه بينها لان لها الاستطراق فيه جميعاً وما بعده الى صدر الدرب للآخر لان الاستطراق في ذلك له وحده فله اليد والتصرف (والثاني) ان من أوله الى أقصى حائط الاول بينهما لان ما يقابل ذلك فلها التصرف فيه بناء على أن الاول أن يفتح بابه فيما شاء من حائطه والباقي للثاني لانه ليس بقناء للاول ولا له فيه استطراق والثالث يكون بينها لان لهم يداً وتصرفاً، وهكذا الحكم فيما إذا كان لرجل علو خان ولا خرسفله ولصاحب العلو درجة في أثناء صحن الخان فاختلفا في الصحن فالذي من الدرجة الى باب الخان بينهما وما زاد على ذلك الى صدر الخان على الوجهين، فان كانت الدرجة في صدر الصحن فالصحن بينهما لوجود اليد والتصرف منها جميعاً فعلى الوجه الذي يقول ان صدر الدرب مختص بصاحب الباب الصدراي له ان يستبد بما يختص به منه بان

مشترك بينه وبين غيره بغير اذنه فلم يجوز كما لو كان الطريق غير نافذ ولانه يضر بالطريق وأهلها فلم يجوز كبناء دكة فيها أو جناح يضر بأهلها ولا يخفى ما فيه من الضرر فان ماءه يقع على المارة وربما جرى فيه البول أو ماء نجس فينجسهم ويزلق الطريق ويجعل فيها الطين والحديث قضية في عين فيحتمل انه كان في درب غير نافذ أو تجددت الطريق بمد نصبه ويحتمل ان يجوز ذلك لان الحاجة داعية اليه والمادة جارية به مع ما فيه من الخبر المذكور

(فصل) ولا يجوز ان يفتح في الحائط المشترك طاقا ولا بابا الا باذن شريكه لان ذلك انتفاع بملك غيره وتصرف فيه بما يضر به ولا يجوز ان يفرز فيه وتدا ولا يحدث عليه حائطا ولا يستره ولا يتصرف فيه نوع تصرف لانه تصرف في الحائط بما يضره فلم يجوز كقتضه ولا يجوز له فعل شيء من ذلك في حائط جاره بطريق الاولى لانه اذا لم يجوز فيها له فيه حق فقيا لاحق له فيه اولى وان صالحه عن ذلك بموض جازوا ما الاستناد اليه واسناد شيء لا يضره اليه فلا بأس به لانه لا مضرة فيه ولا يمكن التحرز منه اشبه الاستقلال به

(فصل) فاما وضع خشبه عليه فان كان يضر بالحائط لضعفه عن حمله لم يجوز بغير خلاف نعلم لما ذكرنا ولقول رسول الله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » وان كان لا يضر به الا ان به غنية عن وضع خشبه عليه لا مكان وضعه على غيره فقال أكثر أصحابنا لا يجوز أيضا وهو قول الشافعي وأبي ثور ولانه انتفاع بملك غيره بغير اذنه من غير حاجة فلم يجوز كبناء حائط عليه وأشار ابن عقيل الى جوازه لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال « لا يمنع أحدكم جاره ان يضع خشبه على جداره » متفق عليه ولان ما أبيع للحاجة العامة لم يعتبر فيه حقيقة الحاجة كإخذ الشقص بالشفعة من المشتري والفسخ بالخيار أو بالمسب أو اتخاذ الكلب للصيد وإباحة السلم ورخص السفر وغير ذلك، فاما ان دعت

يجعله دهليزاً لنفسه أو يدخله في داره على وجه لا يضر بجاره ولا يضر على حائطه شيئاً لأن ذلك ملك له ينفرد به (مسئلة) (وليس له ان يفتح في حائط جاره ولا الحائط المشترك روضة ولا طاقا بغير اذن صاحبه) لان ذلك انتفاع بملك غيره وتصرف فيه بما يضره وكذلك لا يجوز ان يفرز فيه وتدا ولا يحدث عليه حائطاً ولا استرة ولا يتصرف فيه بنوع تصرف لانه يضر بحائط غيره فهو كقتضه وان صالحه على ذلك بموض جاز فاما الاستناد اليه واسناد شيء لا يضره فلا بأس به اكونه لا مضرة فيه ولا يمكن التحرز منه اشبه الاستقلال به

(مسئلة) (وليس له وضع خشبه عليه الا عند الضرورة بان لا يمكنه التسقيف الا به) أما وضع خشبه عليه فلا يجوز اذا كان يضر بالحائط لا نعلم فيه خلافاً لقول النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » وان كان لا يضر به الا أن به عنه غنى لا مكان وضعه على غيره فقال أكثر أصحابنا لا يجوز أيضاً وهو قول الشافعي وأبي ثور لانه انتفاع بملك غيره بغير اذنه من غير ضرورة فلم يجوز كبناء

الحاجة الى وضعه على حائط جاره أو الحائط المشترك بحيث لا يمكنه التسقيف بدونه فانه يجوز له وضعه بغير اذن التريك وبهذا قال الشافعي في القديم وقال في الجديد ليس له وضعه وهو قول أبي حنيفة ومالك لانه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلم يجز كزراعته

ولنا الخبر ولانه انتفاع بحائط جاره على وجه لا يضر به أشبه الاستناد اليه والاستظلال به ويفارق الزرع فانه يضر ولم تدع اليه حاجة . اذا ثبت هذا فاشتراط القاضي وأبو الخطاب للجواز ان يكون له ثلاثة حيطان ولجاره حائط واحد وليس هذا في كلام أحمد إنما قال في رواية أبي داود لا يمنعه إذا لم يكن ضرر وكان الحائط يبقى ولانه قد يمنع التسقيف على حائطين اذا كانا غير متقابلين أو كان البيت واسعا يحتاج الى أن يجعل عليه جسرا ثم يضع الخشب على ذلك الجسر والاولى اعتباره بما ذكرنا من اعتبار التسقيف بدونه، ولا فرق فيما ذكرنا بين البائع واليتم والمجنون والعاقل لما ذكرنا والله أعلم

(فصل) فأما وضعه في جدار المسجد اذا وجد الشرطان فعن أحمد فيه روايتان (احدهما) الجواز لانه اذا جاز في ملك الجار مع ان حقه مبني على الشح والضيق ففي حقوق الله تعالى المبنية على المساحة والمساهلة أولى (والثانية) لا يجوز نقلها أبو طالب لان القياس يقتضي المنع في حق الكل ترك في حق الجار للخبر الوارد فيه فوجب البقاء في غيره على مقتضى القياس وهذا اختيار أبي بكر وخرج أبو الخطاب من هذه الرواية وجها للمنع من وضع الخشب في ملك الجار لانه اذا منع من وضع الخشب في الجدار المشترك بين المسلمين وللواضع فيه حق فلأن يمنع من الملك المختص بغيره أولى ولانه اذا منع في حق الله تعالى مع ان حقه على المساحة والمساهلة لئن الله تعالى وكرمه فلأن يمنع في حق آدمي مع شحه وضيقة أولى والمذهب الاول . فان قيل فلم لا تجوزون فتح الطاق والباب في الحائط بالقياس على وضع الخشب ؟ قلنا لان الخشب يمسك الحائط وينفعه بخلاف الطاق والباب فانه

حائط عليه واختار ابن عقيل جوازه لما روى ابو هريرة ان رسول الله ﷺ قال « لا يمنع أحدكم جاره ان يضع خشبه على جداره » متفق عليه ولان ما أيسر للحاجة العامة لم يعتبر فيه حقيقة الحاجة كالشفعة والفسخ بالخيار أو بالعيب وأنما ذلك للكب للصيد وإباحة السلم ورخص السفر وغير ذلك، فاما ان دعت الحاجة الى وضعه على جدار جاره أو الحائط المشترك بحيث لا يمكنه التسقيف إلا به فانه يجوز وضعه بغير اذن التريك وهو قول الشافعي في القديم وقال في الجديد ليس له وضعه وهو قول أبي حنيفة ومالك لانه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلم يجز كزراعته

ولنا الخبر وأنه انتفاع بحائط جاره على وجه لا يضر به أشبه الاستناد اليه والاستظلال به ويفارق الزرع فانه يضر ولم تدع اليه حاجة . اذا ثبت هذا فاشتراط القاضي وأبو الخطاب للجواز ان يكون له حائط واحد ولجاره ثلاثة حوائط، وليس هذا في كلام أحمد إنما قال في رواية أبي داود لا يمنعه اذا لم

يضعف الحائط لانه يبقى مفتوحا في الحائط والذي يفتحه للخشبة بسده بها ولا توضع الخشب تدعو الحاجة اليه بخلاف غيره

(فصل) ومن ملك وضع خشبه على حائط فزال بسقوطه أو قلعه أو سقوط الحائط ثم أعيد فله اعاده خشبه لان السبب المجوز لوضعه مستمر فاستمر استحقاق ذلك وان زال السبب مثل أن يخشى على الحائط من وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لم تجز اعادته لزوال السبب المبيح وان خيف سقوط الحائط بعد وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لم يلزم ازالته لانه يضر بالمالك ويحول الخشب، وان لم يخف عليه لكن استغنى عن ابقائه عليه لم يلزم ازالته لان في ازالته ضررا بصاحبه ولا ضرر على صاحب الحائط في ابقائه بخلاف ما لو خشي سقوطه

(فصل) ولو كان له وضع خشبه على جدار غيره لم يملك اعارته ولا اجارته لانه انما كان له ذلك لحاجته الماسة الى وضع خشبه ولا حاجة له الى وضع خشب غيره فلم يملكه وكذلك لا يملك بيع حقه من وضع خشبه ولا المصالحة عنه لملك ولا لغيره لانه أبيع له من حق غيره لحاجته فلم يجوز له ذلك فيه كتمام غيره اذا أبيع له من أجل الضرورة، ولو أراد صاحب الحائط اعارة الحائط أو اجارته على وجه يمنع هذا المستحق من وضع خشبه لم يملك ذلك لانه وسيلة الى منه ذي الحق من حقه فلم يملكه كمنعه، ولو أراد هدم الحائط لغير حاجة لم يملك ذلك لما فيه من تقويت الحق، وان احتاج الى هدمه للخوف من انه يهدم أو لتحويله الى مكان آخر أو لفرض صحيح ملك ذلك لان صاحب الخشب انما يثبت حقه للارفاق به متمروطا بدم الضرر بصاحب الحائط فتنفى الى الضرر زال الاستحقاق لزوال شرطه (فصل) واذا أذن صاحب الحائط لجاره في البناء على حائطه أو وضع سترة عليه أو وضع خشبه عليه في الموضع الذي لا يستحق وضعه جاز. فاذا فعل ما أذن له فيه صارت العارية لازمة فاذا رجم

يكن فيه ضرر وكان الحائط يبقى ولانه قد يمتنع التسقيف على حائطين اذا كانا غير متقابلين أو كان البيت واسعا يحتاج الى ان يجعل عليه جسراً ثم يضع الخشب على ذلك الجسر، قال شيخنا والاولى اعتباره بما ذكرنا من امتناع التسقيف بدونه، ولا فرق فيما ذكرنا بين البالغ واليتيم والعاقل والمجنون لما ذكرنا (مسئلة) (وعنه ليس له وضع خشبه على جدار المسجد وهذا تنبيه على أنه لا يضعه على جدار جاره) اختلفت الرواية عن أحمد في وضع خشبه على جدار المسجد مع وجود الشرطين فعنه الجواز لانه اذا جاز وضعه في ملك الجار مع ان حقه مبني على الشح والضيق ففي حقوق الله تعالى المبنيه على المساحة أولى وعنه لا يجوز نقلها عنه أبو طالب لان القياس يقتضي المنع في حق الكل ترك في حق الجار للخبر الوارد فيه فوجب البقاء في غيره على مقتضى القياس اجتاره أبو بكر، وخرج أبو الخطاب من هذه الرواية وجها للتمن من وضع الخشب في ملك الجار لانه اذا منع من وضع الخشب في الجدار المشترك بين المسلمين وللواضع فيه حق فلا ن يمنع من الملك المختص بغيره أولى ولانه اذا منع في حق

المعير فيها لم يكن له ذلك ولم يلزم المستعير ازالة ما فعله لان اذنه اقتضى البقاء والدوام وفي القلع اضرار به فلا يملك ذلك المعير كما لو اطاره أرضاً للدفن والقراس لم يملك المطالبة بنقل الميت والقراس بغير ضمان، وان اراد هدم الحائط لغير حاجة لم يكن له ذلك لان المستعير قد استحق ببقية الخشب عليه ولا ضرر في بقیته، وان كان مستهدماً فله تقضه وله على صاحب البناء والخشب ازالته واذا أعيد الحائط لم يملك المستعير رد بنائه وخشبه الا باذن جديد سواء بناه بآلته أو غيرها، وهكذا لو قلع المستعير خشباً وسقط بنفسه لم يكن له رده إلا باذن مستأف لان المنع من القلع انما كان لما فيه من الضرر وهنا قد حصل القلع بغير فعله فأشبهه ما لو كان في الارض شجرة فانقلع وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقالوا في الآخر له ذلك لانه قد استحق بقاء ذلك على التأيد وليس كذلك فانه انما استحق الابقاء ضرورة دفع ضرر القلع وقد حصل القلع هنا فلا يبقى الاستحقاق، وان قلع صاحب الحائط ذلك عدواناً كان للآخر اعادته لانه ازيل بغير حق تعدياً من عليه الحق فلم يسقط الحق عنه بعدوانه وان ازاله أجنبي لم يملك صاحبه اعادته بغير اذن المالك لانه زال بغير عدوان منه فأشبهه ما لو سقط بنفسه (فصل) وان اذن له في وضع خشبه أو البناء على جداره بعوض جاز سواء كان اجارة في مدة معلومة أو صلحا على وضعه على التأيد ومتى زال فله اعادته سواء زال لسقوطه أو سقوط الحائط أو غير ذلك لانه استحق ابقاءه بعوض وبمحتاج الى أن يكون البناء معلوم العرض والطول والسلك والآلات من الطين واللين والآجر وما أشبه ذلك لان هذا كله يختلف فيحتاج الى معرفته، واذا سقط الحائط الذي عليه البناء أو الخشب في أثناء مدة الاجارة سقوطاً لا يعود انفسخت الاجارة فيما بقي ورجع من الاجارة

الله تعالى مع أنه مبني على المسامحة لفتى الله تعالى وكرمه فلا أن يمنع في حق الآدمي مع شحه وضيقة أولى والمذهب الاول، فان قيل فلم لا تجوزون فتح الطاق والباب في الحائط قياساً على وضع الخشب؟ قلنا الخشب يمسك الحائط وينفعه بخلاف الطاق والباب فانه يضمف الحائط لانه يبقى مفتوحاً والذي يفتحه للخشبة يسده بها ولان وضع الخشب تدعو اليه الحاجة دون غيره

(فصل) ومن ملك وضع خشبه على حائط فزال لسقوطه أو قلمه أو سقوط الحائط ثم أعيد فله إعادة خشبه لان السبب المحذور لوضعه مستمر فاستمر الاستحقاق وان زال السبب مثل أن خشي على الحائط من وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لم تجز اعادته لزال السبب المبيح فان خيف سقوط الحائط بعد وضعه عليه لزم ازالته لانه يضر بالمالك وان لم يخف عليه لكن استغنى عن ابقائه عليه لم تلزم ازالته لان في ازالته ضرراً بصاحبه ولا ضرر على صاحب الحائط في ابقائه بخلاف ما لو خشي سقوطه (فصل) واذا كان له وضع خشبه على جدار غيره لم يملك اجارته ولا إجارته لانه إنما ملك ذلك لحاجته الماسة الى وضع خشبه ولا حاجة الى وضع خشب غيره فلم يملكه وكذلك لا يملك بيع حقه من وضع خشبه ولا المصالحة عنه للمالك ولا لغيره لانه أيسح به من حق غيره لحاجته فلم يحز له ذلك قبه كقطام غيره

بقسط ما بقي من المدة وان أعيد رجع من الاجرة بقدر المدة التي سقط البناء والخشب عنه، وان صالحه مالك الحائط على رفع بنائه أو خشبه بشيء معلوم جاز كما يجوز الصلح على وضعه سواء كان ما صالحه به مثل العوض الذي صولح به على وضعه أو أقل أو أكثر لان هذا عوض عن المنفعة المستحقه له وكذلك لو كان له سيل ماء في أرض غيره أو ميزاب أو غيره فصالح صاحب الأرض مستحق ذلك بعوض ليزيله عنه جاز وان كان الخشب أو الحائط قد سقط فصالحه بشيء على أن لا يعيده جاز لانه لما جاز أن يبيع ذلك منه جاز أن يصالح عنه لان الصلح يبيع

(فصل) وإذا وجد بناؤه أو خشبه على حائط مشترك أو حائط جاره ولم يعلم سببه فتمت زال فله إعادته لأن الظاهر أن هذا الوضع بحق من صلح أو غيره فلا يزول هذا الظاهر حتى يعلم خلافه وكذلك لو وجد مسيل مائه في أرض غيره أو مجرى ماء سطحه على سطح غيره وما أشبه هذا فهو له لان الظاهر أنه له بحق مجرى ذلك مجرى اليد الثابتة، وإذا اختلفا في ذلك هل هو بحق أو بعدوان فالقول قول صاحب الخشب والبناء والمسيل مع يمينه لان الظاهر معه

(فصل) إذا ادعى رجل داراً في يد أخوين فأبكره أحدهما وأقر له الآخر ثم صالحه عما أقر له بعوض صح الصلح ولا أخيه الاخذ بالشفعة ويحتمل أن يفرق بين ما إذا كان الانكار مطلقاً وبين ما إذا قال هذه لنا وورثناها جميعاً عن أيينا أو أخينا فيقال إذا كان الانكار مطلقاً كان له الاخذ بالشفعة وان قال ورثناها عن أيينا فلا شفعة له لان المنكر يزعم أن الملك لا أخيه المقر لم يزل وأن الصلح باطل فيؤاخذ بذلك ولا يستحق به شفعة. ووجه الاول أن الملك ثبت للمدعي حكماً وقد رجع إلى المقر بالبيع وهو معترف بأنه يبيع صحيح فثبت فيه الشفعة كما لو كان الانكار مطلقاً ويجوز أن يكون انتقل نصيب المقر إلى المدعي ببيع أو هبة أو سبب من الاسباب فلا يتنافى إنكار المنكر وإقرار المقر كحالة اطلاق الانكار وهذا أصح

إذا أبيع له في حال الضرورة، ولو أراد صاحب الحائط إعاره الحائط أو اجارته على وجه ينعى هذا المستحق من وضع خشبه لم يملك ذلك لانه وسيلة الى منع ذي الحق من حقه فلم يملكه كنعته، ولو أراد هدم الحائط لغير حاجة لم يملك ذلك لما فيه من تقويت الحق وان احتاج الى ذلك للخوف من انهدامه أو لتحويله الى مكان آخر أو لفرض صحيح ملك ذلك لان صاحب الخشب انما يثبت حقه للارفاق به مشروطاً بدم الضرر بصاحب الحائط فتمت أقصى الى الضرر زال الاستحقاق لزوال شرطه

(فصل) فان أفق صاحب الحائط لجاره في البناء على حائطه أو وضع سترة عليه أو وضع خشبه عليه في الموضع الذي لا يستحق وضعه جاز لان الحق له فجاز باذنه فاذا قل ما أذن فيه صارت العارية لازمة تذكر في باب الطرية

(فصل) وان أذن له في وضع خشبه أو البناء على جداره بعوض جاز سواء كان إجازة في ملكه

﴿ مسألة ﴾ قال : (واذا تداعى نفسان جداراً معقوداً ببناء كل واحد منهما مخالفاً وكان بينهما وكذلك ان كان محلولاً من بنائهما وان كان معقوداً ببناء أحدهما كان له مع يمينه) .

وجملة ذلك ان الرجلين إذا تداعيا حائطاً بين ملكيهما، وتساويا في كونه معقوداً بيناهما معا وهو أن يكون متصلا بهما اتصالاً لا يمكن احداثه بعد بناء الحائط مثل اتصال البناء بالطين كهذه الفطائر التي لا يمكن احداث اتصال بعضها ببعض، أو تساويا في كونه محلولاً من بنائهما أي غير متصل بيناهما الاتصال المذكور بل بينهما شق مستطيل كما يكون بين الحائطين اللذين ألصق أحدهما بالآخر فهما سواء في الدعوى فان لم يكن لواحد منهما يئنة مخالفاً فيحلف كل واحد منهما على نصف الحائط أنه له ويجعل بينهما نصفين لان كل واحد منهما يده على نصف الحائط لكون الحائط في أيديهما وان حلف كل واحد منهما على جميع الحائط انه له وما هو لصاحبه جاز وهو بينهما وهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ولا أعلم فيه مخالفاً، وذلك لان المختلفين في العين إذا لم يكن لواحد منهما يئنة فالقول قول من هي في يده مع يمينه فاذا كانت في أيديهما كانت يد كل واحد منهما على نصفها فيكون القول قوله في نصفها مع يمينه، وإن كان لاحدهما يئنة حكم له بها، وان كان لكل واحد منهما يئنة تعارضتا وصارا كمن لا يئنة لهما، فان لم يكن لهما يئنة ونكلا عن اليمين كان الحائط في أيديهما على ما كان وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضي على النا كل فكان الكل للآخر، وإن كان الحائط متصلاً ببناء أحدهما دون الآخر فهو له مع يمينه وهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال أبو ثور لا يرجع بالعقد ولا ينظر اليه .

ولنا ان الظاهر أن هذا البناء بني كله بناء واحداً فاذا كان بضه لرجل كان بقيته له والبناء الآخر المحلول الظاهر أنه بني وحده فانه لو بني مع هذا كان متصلاً به فالظاهر أنه لغير صاحب هذا

معلومة أو صلحا على وضعه على التأيد ومتى زال فله إعادته سواء زال لسقوطه أو سقوط الحائط أو غير ذلك لأنه استحق ابقاءه بعوض ويحتاج أن يكون البناء معلوم العرض والطول والسمك والآلات من الطين واللين والآجر وما أشبه ذلك لان هذا يختلف فيحتاج الى معرفته ، واذا سقط الحائط الذي عليه البناء أو الخشب في أثناء مدة الاجارة سقوطاً لا يعود افسخت الاجارة فيما بقي من المدة ورجع من الاجرة بقسط ما بقي من المدة، وان أعيد رجع من الاجرة بقدر المدة التي سقط البناء والخشب عنه، وان صالحه مالك الحائط على رفع خشبه أو بنائه بشيء معلوم جاز كما يجوز الصلح على وضعه سواء كان ما صالحه به مثل العوض الذي صولح به على وضعه أو أقل أو أكثر لان هذا عوض عن المنفعة المستحقة له وكذلك لو كان له مسيل في أرض غيره أو ميزاب أو غيره فصالح صاحب الارض مستحق ذلك بعوض ليزيله عنه جاز، وان كان الخشب أو الحائط قد سقط فصالحه بشيء على أن لا يعيده

جاز لانه لما جاز ان يبيع ذلك منه جاز أن يصلح عنه لان الصلح يبع

الحائط المختلف فيه فوجب أن يرجح بهذا كاليد والا زج، فان قيل فلم لم يجعلوه له بغير عين لذلك؟ قلنا لان ذلك ظاهر وليس يقين إذ يحتمل أن يكون أحدهما بنى الحائط لصاحبه تبرعاً مع حائطه أو كان له فوجه إياه أو بناء بأجرة فشرعت اليمين من أجل الاحتمال كما شرعت في حق صاحب اليدوسائر من وجبت عليه اليمين، فأما إن كان معقوداً ببناء أحدهما عقداً يمكن إحداه مثل البناء باللبن والآجر فإنه يمكن أن ينزع من الحائط المبنى نصف لبنة أو آجرة أو يجعل مكانها لبنة صحيحة أو آجرة صحيحة تمقد بين الحائطين فقال القاضي لا يرجح بهذا، لاحتمال أن يكون صاحب الحائط فعل هذا ليمتلك الحائط المشترك وظاهر كلام الحرفي أنه يرجح بهذا الاتصال كما يرجح بالاتصال الذي لا يمكن إحداه لان الظاهر أن صاحب الحائط لا يدع غيره يتصرف فيه بزعم آجره وتغيير بنائه وفعل ما يدل على ملكه فوجب أن يرجح بهذا كما يرجح باليد فإنه يمكن ان تكون يدأ عادية حدثت بالنصب أو بالسرقة أو العارية أو الاجارة فلم يمن ذلك الترجيح بها

(فصل) فان كان لاحدهما عليه بناء كحائط مبني عليه أو عقد معتمد عليه أو قبة ونحوها فهو له وبهذا قال الشافعي لان وضع بنائه عليه بمنزلة اليد الثابتة عليه اكونه منتقماً به فخرى تجرى كونه على البهيمة وزرعه في الارض ولان الظاهر ان الانسان لا يترك غيره يبني على حائطه وكذلك إن كانت له عليه سترة، ولو كان في أصل الحائط خشبة طرفها تحت حائط ينفرد به أحدهما أو له عليها أزرع معقود فالحائط المختلف فيه له لان الظاهر ان الخشبة لمن ينفرد بوضع بنائه عليها فيكون الظاهر أن ما عليها من البناء له .

(فصل) فان كان لاحدهما خشب موضوع فقال أصحابنا لا ترجح دعواه بذلك وهو قول الشافعي لان هذا مما يسمح به الجار وقد ورد الخبر بالنهي عن المنع منه وعندنا انه حق يجب التمسك منه فلم ترجح به الدعوى كاسناد متاعه اليه وتخصيصه وتزويقه ويحتمل أن ترجح به الدعوى وهو قول مالك

(فصل) واذا وجد بناءه أو خشبه على حائط مشترك أو حائط جاره ولم يعلم سببه فتى زال فله اعادته لان الظاهر ان هذا الوضع بحق من صلح أو غيره فلا يزول هذا الظاهر حتى يعلم خلافه وكذلك لو وجد مسيل مائه في أرض غيره وما أشبه هذا فهو له لان الظاهر أنه له بحق فخرى تجرى اليد الثابتة، ومتى اختلفا في ذلك هل هو بحق أو بعدوان فالقول قول صاحب الخشب والبناء والمسيل مع يمينه لان الظاهر معه

(فصل) اذا ادعى رجل داراً في يد أخوين فأنكره أحدهما وأقر له الآخر ثم صاحجه على ما أقر له بعوض صح الصلح ولاخيه الاخذ بالشفعة ويحتمل أن يفرق بين ما اذا كان الانكار مطلقاً وبين ما اذا قال هذه لنا ورتناها جميعاً عن أئينا أو أخينا فيقال اذا كان الانكار مطلقاً كان له الاخذ بالشفعة وان قال ورتناها فلا شفعة له لان المنكر يزعم ان الملك لآخيه المقر لم يزل وان الصلح باطل

لانه منتفع به بوضع ماله عليه فاشبه الباني عليه والزارع في الارض ، وورود الشرع بالتهي عن المنع منه لا يمنع كونه دليلا على الاستحقاق بدليل انا استدللنا بوضعه على كون الوضع مستحقاً على الدوام حتى متى زال جائزت اعادته ، ولان كونه مستحقاً تشترط له الحاجة الى وضعه ففيها لا حاجة اليه له منعه من وضعه وأما السماح به فان اكثر الناس لا يتسامحون به ، ولهذا لما روى ابو هريرة الحديث عن النبي ﷺ طأطأوا رءوسهم كراهة لذلك فقال مالي اراكم عنها معرضين والله لأردين بها بين اكتافكم واكثر الفقهاء لا يوجبون التمكن من هذا ويحملون الحديث على كراهة المنع لاعلى تحريمه ولان الحائض يبنى لذلك فيرجح به كالازج ، وقال أصحاب ابى حنيفة لا ترجح الدعوى بالجذع الواحد لان الحائض لا يبنى له ويرجح بالجذعين لان الحائض يبنى لها ، ولنا أنه موضوع على الحائض فاستوى في ترجيح الدعوى به قليله وكثيره كالبنا.

(فصل) ولا ترجح الدعوى بكون الدواخل الى أحدهما والخارج ووجوه الآجر والحجارة ولا كون الآجرة الصحيحة مما يلي ملك أحدهما واقطاع الآجر الى ملك الآخر ولا بماقد القمط في الخص بني عقد الخيوط التي يشدها الخص وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال أبو يوسف ومحمد يحكم به لمن اليه وجه الحائض ومعاقد القمط لما روى عمر بن حارثة التيمي عن أبيه ان قوماً اختصموا الى النبي ﷺ في خص فبعث حذيفة بن اليمان ليحكم بينهم فحكم به لمن يليه معاقد القمط ثم رجح الى النبي ﷺ فأخبره فقال «اصبت واحسنت» رواه ابن ماجه وروي نحوه عن علي ولان العرف جار بان من بني حائطاً جعل وجه الحائض اليه

ولنا عموم قوله عليه السلام «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» ولان وجه الحائض ومعاقد القمط اذا كانا شريكين فيه لا بد من ان يكون إلى أحدهما إذ لا يمكن كونه اليها جميعاً فبطلت دلالاته كالزويق ولانه يراد للزينة فأشبه الزويق ، وحديثهم لا يثبت اهل النقل واسناده مجهول قاله ابن المنذر

فيؤخذ بذلك فلا يستحق به شفعة ، ووجه الاول ان الملك ثبت للمدعي حكماً وقد رجح الى المقر بالبيع وهو معترف بانه يبيع صحيح فثبت فيه الشفعة كما لو كان الانكار مطلقاً ويجوز أن يكون نصيب المقر انتقل الى المدعي ببيع أو هبة أو سبب من الاسباب فلا ينافي انكار المنكر واقرار المقر كحالة اطلاق الانكار وهذا أصح

(مسئلة) (وان كان بينهما حائض فانهدم فطالب أحدهما صاحبه ببناؤه أجبر عليه وعنه لا يجبر) اذا كان بين الشريكين حائض فانهدم فطلب أحدهما اعادته وأبى الآخر فذكر القاضي فيه روايتين (أحدهما) يجبر نقلها ابن القاسم وحرب وسندي قال القاضي هي أصح قال ابن عقيل وعلى ذلك اصحابنا وهو احدى الروايتين عن مالك وقول الشافعي القديم واختاره بعض أصحابه لان في ترك بناؤه اضراراً فيجبر عليه كما يجبر على القسمة اذا طلبها أحدهما وعلى نقض الحائض عند خوف سقوطه

قال الشافعي ذكرت هذا الحديث لاحمد فلم يفتهمته وذكرته لاسحاق بن راهويه فقال ليس هذا حديثاً ولم يصححه وحديث علي فيه مقال وما ذكروه من العرف ليس بصحيح فان العادة جعل وجه الحائظ إلى خارج ليراه الناس كما يلبس الرجل أحسن اثوابه اعلاها الظاهر للناس ليروه فيزين به فلا دليل فيه .

(فصل) ولا ترجح الدعوى بالتزويق والتجسين ولا يكون أحدهما له على الآخر ستر غير مبنية عليه لانهما يتسامح به ويمكن احداثه .

(فصل) وان تنازع صاحب العلو والسفل في حوائط البيت السفلائي فهي لصاحب السفل لانه المنتفع بها وهي من جملة البيت فكانت لصاحبه وإن تنازعا حوائط العلو فهي لصاحب العلو لذلك ، وإن تنازعا السقف تحالفا وكان بينهما وبهذا قال الامام الشافعي وقال أبو حنيفة هو لصاحب السفل لان السقف على مالكة فكان القول قوله كما لو تنازعا سرجاً على دابة أحدهما كان القول قول صاحبها وحكي عن مالك أنه لصاحب السفل وحكي عنه أنه لصاحب العلو لانه يجلس عليه ويتصرف فيه ولا يمكنه السكنى إلا به ولنا أنه حاجز بين ملكيها ينتفعان به غير متصل ببناء أحدهما اتصال البنيان فكان بينهما كالحائظ بين المالكين وقولهم هو على ملك صاحب السفل يطل بمحيطان العلو ولا يشبه السرج على الدابة لانه لا ينتفع به غير صاحبها ولا يبراد إلا لها فكان في يده وهذا السقف ينتفع به كل واحد منهما لانه سماء صاحب السفل يظله وأرض صاحب العلو تقفه فاستويا فيه

(فصل) وإن تنازع صاحب العلو والسفل في الدرجة التي يصعد منها فان لم يكن تحتهما مرفق لصاحب السفل كسلم مسجراً أو دكة فهي لصاحب العلو وحده لان له اليد والتصرف وحده لأنها مصعد صاحب العلو لا غير والمرضة التي عليها الدرجة له أيضاً لا تتفاعة بها وحده ، وإن كان تحتهما بيت

عليهما ولقول النبي ﷺ « لا ضرر ولا اضرار » وهذا وشريكة يتضرران في ترك بنائه (والرواية الثانية) لا يجبر نقل عن أحمد ما يدل على ذلك وهو أقوى في النظر ومذهب أبي حنيفة لانه ملك لا حرمة له في نفسه فلم يجبر مالكة على الاتفاق عليه كما لو انفرد به ولانه بناء حائظ فلم يجبر عليه كالاتداء ولانه لا يتخلو إما أن يجبر على بنائه لحق نفسه أو لحق جاره أو لها جميعاً لا يجوز أن يجبر لحق نفسه بدليل مالو انفرد به ولا لحق غيره كما لو انفرد به جاره وإذا لم يكن واحد منهما موجباً فعليه فكذلك اذا اجتماعا وفارق القسمة فانها دفع للضرر عنهما بما لا ضرر فيه والبناء فيه ضرر لما فيه من الغرامة واتفاق ماله ولا يلزم من اجباره على إزالة الضرر بما لا ضرر فيه اجباره على إزالته بما فيه ضرر بدليل قسمة ما في قسمته ضرر ويفارق هدم الحائظ اذا خيف سقوطه لانه يخاف سقوطه على ما يتلفه فيجبر على ما يزيل ذلك ولذلك يجبر عليه وان انفرد الحائظ بخلاف مسئلتنا ولا نسلم أن في تركه اضراراً فان الضرر انما حصل بانهدامه وانما ترك البناء ترك لما يحصل انتفع

بنيت لاجله لتكون مدرجاً للعلو فهي بينهما لان يديهما عليها ولاها سقف للسفلائي وموطىء للفقائي فهي كلسقف الذي بينهما وإن كان تحتهما طاق صغير لم تبين الدرجة لاجله وإنما جعل مرفقاً يجعل فيه جب الماء ونحوه فهي لصاحب العلو لأنها بنيت لاجله وحده ويحتمل أن يكون بينهما لان يدهما عليها واتفعاها حاصل بها فهي كلسقف

(فصل) ولو تنازعا مسناة بين نهر أحدهما وأرض الآخر تحالفا وكانت بينهما لأنها حاجز بين

ملكيتها فهي كالحائط بين الملكين

(فصل) إذا كان بينهما حائط مشترك فهدم فطالب أحدهما إعادته وأبى الآخر فهل يجبر الممتنع

على إعادته قال القاضي : فيه روايتان إحداهما يجبر نقلها ابن القاسم وحرب وسندی قال القاضي هي أصح وقال ابن عقيل وعلى ذلك أصحابنا وبه قال مالك في إحدى روايتيه والشافعي في قديم قوليه واختاره بعض أصحابه وصححه لان في ترك بنائه إضراراً فيجبر عليه كما يجبر على القسمة إذا طلبها أحدهما وعلى التقض إذا خيف سقوطه عليهما ولقول النبي ﷺ « لا ضرر ولا إضرار » وهذا وشريكه يضرر ان في ترك بنائه (والرواية الثانية) لا يجبر نقل عن احمد ما يدل على ذلك وهو أقوى دليلاً ومذهب أبي حنيفة لانه ملك لا حرمة له في نفسه فلم يجبر مالك على الاتفاق عليه كما لو انقرده به ولانه بناء حائط فلم يجبر عليه كالأبداً ولانه لا يخلو إما أن يجبر على بنائه لحق نفسه أو لحق جاره أو لحيثهما جميعاً : لا يجوز أن يجبر عليه لحق نفسه بدليل ما لو انقرده به ولا لحق غيره كما لو انقرده به جاره فإذا لم يكن كل واحد منهما موجباً عليه فكذلك إذا اجتمعا وقارق القسمة فأنها دفع للضرر عنهما بما لا ضرر فيه والبناء فيه مضرة لما فيه من الغرامة واتفاق ماله ولا يلزم من إجباره على إزالة الضرر بما لا ضرر فيه إجباره على إزالته بما فيه

به وهذا لا يمنع الانسان منه بدليل حالة الأبتداء وإن سلمنا انه اضرار لكن في الإيجاب اضرار ولا يزال الضرر بالضرر ولانه قد يكون الممتنع لا تقع له في الحائط أو يكون الضرر عليه أكثر من النفع أو يكون معسراً ليس معه شيء فيكلف الغرامة مع عجزه عنها.

(مسئلة) (وليس له منعه من بنائه) على الرواية التي تقول لا يجبر الممتنع اذا أراد شريكه البناء

فليس له منعه لان له حقا في الحمل ورسمها فلا يجوز منعه منه.

(مسئلة) (فان بناء بآته فهو بينهما وان بناء بآلة من عنده فهو له وليس للآخر الاتفاع به

وان طلب الاتفاع به خير الثاني بين أخذ نصف قيمته وبين أخذ آتته)

وجه ذلك أن للشريك بناء الحائط باقتضاه وله بناؤه بآلة من عنده، فان بناء بآته واقتضاه غير على الشركة كما كان لان المنفق إنما أنفق على التالف وذلك أثر لا عين يملكها وان بناء بآلة من عنده فالحائط ملكه خاصة، وله منع شريكه من الاتفاع به ومن وضع خشبه ورسومه عليه لان الحائط له فان أراد تقضه وكان بناء بآته فليس له تقضه لانه يملكها فلم يكن له التصرف فيه بما فيه مضرة

ضرر بدليل قسمة ما في قسمته ضرر ، ويفارق هدم الحائظ إذا خيف سقوطه لانه يخاف سقوط حائظه على ما يتلفه فيجبر على ما يزيل ذلك، ولهذا يجبر عليه وإن انفرد بالحائظ بخلاف مسئلتنا ولا نسلم أن في تركه اضراراً فإن الضرر إنما حصل بأهدامه وإنما ترك البناء ترك ما يحصل النفع به وهذا لا ينعى الانسان منه بدليل حالة الابتداء وإن سلمنا أنه إضرار لكن في الاجبار اضرار ولا يزال الضرر بالضرر وقد يكون الممتنع لا نفع له في الحائظ أو يكون الضرر عليه أكثر من النفع أو يكون معسراً ليس معه ما يبنى به فيكلف الترامه مع عجزه عنها ، فعلى هذه الرواية إذا امتنع أحدهما لم يجبر . فإن أراد شريكه البناء فليس له منعه منه لان له حقاً في الحمل ورسماً فترى يجوز منعه منه، وله بناؤه بانقاضه ان شاء وبناؤه بآلة من عنده فان بناه بآلته وانقاضه فالحائظ بينهما على الشركة كما كان لان المنفق عليه أنا أنفق على التالف وذلك أثر لا عين يملكها وإن بناه بآلة من عنده فالحائظ مملكه خاصة وله منع شريكه من الانتفاع به ووضع خشبه ورسومه عليه لان الحائظ له . وإذا أراد نقضه فان كان بناه بآلته لم يملك نقضه لانه مملكها فلم يكن له التصرف فيه بما فيه مضرة عليها وان بناه بآلة من عنده فله نقضه لانه ملكه خاصة فان قال شريكه أنا أدفع اليك نصف قيمة البناء ولا تنقضه لم يجبر لانه لما لم يجبر على البناء لم يجبر على الابقاء ، وإن أراد غير الباني نقضه أو إجبار بانيه على نقضه لم يكن له ذلك على الروايتين جميعاً لانه إذا لم يملك منعه من بنائه فلا ن لا يملك إجباره على نقضه أولى، فان كان له على الحائظ رسم انتفاع ووضع خشب قال له اما أن تأخذ مني نصف قيمته وتمكنني من انتفاعي

عليها وان كان بناه بآلة من عنده فله نقضه لانه يختص بملكه فان قال شريكه أنا أدفع اليك نصف قيمة البناء ولا تنقضه لم يجبر لانه لما لم يجبر على البناء لم يجبر على الابقاء وان أراد غير الباني نقضه واجبار بانيه على نقضه لم يكن له ذلك على كلتا الروايتين لانه اذا لم يملك منعه من بنائه فلا ن لا يملك إجباره على نقضه أولى، فان كان له على الحائظ رسم انتفاع أو وضع خشب قال له إما أن تأخذ مني نصف قيمته وتمكنني من انتفاعي واما ان تطلع حائطك لتعيد البناء من بيتنا فيلزم الآخر إجابه لانه لا يملك ابطال رسومه وانتفاعه ببنائه ، وان لم يرد الانتفاع به فطالبه الثاني بالتزامه أو القيمة لم يلزمه ذلك لانه اذا لم يجبر على البناء فاولى ان لا يجبر على الترامه الا أن يكون قد أذن في البناء والاتفاق فيلزمه ما أذن فيه فأما على الرواية الاولى فمتى امتنع اجبره الحاكم على ذلك فان لم يفعل أخذ الحاكم من ماله وأفق عليه وان لم يكن له مال فأفق عليه الشريك باذن الحاكم أو أذن الشريك رجع عليه متى قدر ، واذا أراد بناء لم يملك الشريك منعه ، وما أفق ان تبرع به لم يكن له الرجوع به وإن نوى الرجوع به فهل له الرجوع بذلك ؟ محتمل وجهين بناء على ما إذا قضى دينه بغير اذنه ، وان بناه لنفسه بآلته فهو بينهما وان بناه بآلة من عنده فهو له خاصة فان أراد نقضه فله ذلك الا أن يدفع اليه شريكه نصف قيمته فلا يكون له نقضه لانه اذا أجبر على بنائه فاولى ان يجبر على ابقائه

ووضع خشبي واما أن تطلع حائطك لتعيد البناء بيننا فيلزم الآخر إجابته لانه لا يملك ابطال رسومه
راتفاعه بينائه وإن لم برد الانتفاع به فطالبه الباني بالقرامة أو القيمة لم يلزمه ذلك لأنه إذا لم يجبر
على البناء فأولى أن لا يجبر على القرامة إلا أن يكون قد أذن في البناء والانتفاع قبله ما أذن فيه
فأما على الرواية الاولى فتى امتنع أجبره الحاكم على ذلك فان لم يفعل أخذ الحاكم من ماله وأتفق
عليه وإن لم يكن له مال فأتفق عليه الشريك بأذن الحاكم أو بإذن الشريك رجح عليه متى قدر وإن
أراد بناءه لم يملك الشريك منعه ، وما أتفق ان تبرع به لم يكن له الرجوع به وإن نوى الرجوع به فهل
له الرجوع بذلك ؟ محتمل وجيبين بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه ، وإن بناء لنفسه بآلته فهو بينهما
وإن بناء باله من عنده فهو له خاصة فان أراد نقضه فله ذلك إلا أن يدفع اليه شريكه نصف قيمته
فلا يكون له نقضه لانه إذا أجبر على بنائه فأولى أن يجبر على إبقائه .

(فصل) فان لم يكن بين ملكيها حائط قديم فطلب أحدهما من الاخر مباناه حائطا يحجز بين
ملكها فامتنع لم يجبر عليه رواية واحدة وإن أراد البناء وحده لم يكن له البناء إلا في ملكه خاصة
لانه لا يملك التصرف في ملك جاره المختص به ولا في الملك المشترك بغير ماله فيه رسم وهذا لارسم له
ولا أعلم في هذا خلافاً

(فصل) فان كان السفلى لرجل والعلو لآخر فأنهدم السقف الذي بينهما فطلب أحدهما المباناة من
الآخر فامتنع فهل يجبر الممتنع على ذلك ؟ على روايتين كالحائط بين البيتين وللشافعي قولان كالروايتين
وان انهدمت جيطان السفلى فطالبه صاحب العلو باعادتها فعلى روايتين

(فصل) فان لم يكن بين ملكيها حائط فطلب أحدهما من الآخر أن يبنيا حائطا يحجز بين ملكيها
لم يجبر الآخر عليه رواية واحدة فان أراد البناء وحده فليس له الا في ملكه لانه لا يملك التصرف
في ملك جاره المختص به ولا في الملك المشترك بغير ماله فيه رسم وهذا لا رسم له فيه

(فصل) فان كان السفلى لرجل والعلو لآخر فانهدم السقف الذي بينهما فطلب أحدهما المباناة من
الآخر فامتنع فهل يجبر ؟ على روايتين كالحائط بين البيتين وللشافعي فيه قولان ، فان انهدمت جيطان
السفلى فطالبه صاحب العلو باعادتها ففيه روايتان (أحدهما) يجبر وهو قول مالك وأبي ثور وأحد قولي
الشافعي فعلى هذه الرواية يجبر على البناء وحده لانه ملكه خاصة (والثانية) لا يجبر وهو قول أبي
حنيفة فان أراد صاحب العلو بناءه لم يمنع من ذلك على الروايتين جميعاً ، فان بناء بآلته فهو على ما كان
وان بناء بآلته من عنده فقد روي عن أحمد لا ينتفع به صاحب السفلى يعني حتى يؤدي القيمة فيحتمل أنه لا يمكن
وهو قول أبي حنيفة لان البيت انما يبني للسكنى فلم يملكه كغيره ويحتمل أنه أراد الانتفاع بالجيطان
خاصة من طرح الحشب وسمر الوند وفتح الطاق وتكون له السكنى من غير تصرف في ملك غيره
وهو مذهب الشافعي لان السكنى انما هي اقامته في فناء الجيطان من غير تصرف فيها أشبه الاستغلال

(أحدها) يجبر وهو قول مالك وأبي ثور وأحد قولي الشافعي فعلى هذه الرواية يجبر على البناء وحده لأنه ملكه خاصة

(والثانية) لا يجبر وهو قول أبي حنيفة وإن أراد صاحب العلو بناءه لم يمنع من ذلك على الروایتين جعما فإن بناءه بآلته فهو على ما كان وإن بناءه بآلة من عنده فقد روي عن أحمد لا ينتفع به صاحب السفلى يعني حتى يؤدي القيمة فيحتمل أن لا يسكن وهو قول أبي حنيفة لأن البيت إنما يبنى للسكنى فلم يملكه كغيره ويحتمل أنه أراد الانتفاع بالحيطان خاصة من طرح الحطب وسمر الوتد وفتح الطاق ويكون له السكنى من غير تصرف في ملك غيره وهذا مذهب الشافعي لأن السكنى إنما هي إقامته في قناء الحيطان من غير تصرف فيها فأشبه الاستغلال بها من خارج فأما إن طالب صاحب السفلى بالبناء وأبي صاحب العلو ففيه روايتان

(أحدها) لا يجبر على بنائه ولا مساعدته وهو قول الشافعي لأن الحائط ملك صاحب السفلى مختص به فلم يجبر غيره على بنائه ولا المساعدة فيه كما لو لم يكن عليه علو (والثانية) يجبر على مساعدته والبناء معه وهو قول أبي الدرداء لأنه حائط يشتركان في الانتفاع به أشبه الحائط بين الدارين

(فصل) فإن كان بين البيتين حائط لأحدهما فأنهدم فطلب أحدهما من الآخر ببناءه أو المساعدة في بنائه فامتنع لم يجبر لأنه إن كان الممتنع ما لملكه لم يجبر على بناء ملكه المختص به كحائط الآخر وإن كان الممتنع الآخر لم يجبر على بناء ملك غيره ولا المساعدة فيه ولا يلزم على هذا حائط السفلى حيث يجبر صاحبه على بنائه مع اختصاصه بملكه لأن الظاهر أن صاحب العلو ملكه مستحقاً لابقائه على حيطان السفلى دائماً فلزم صاحب السفلى تمكينه مما يستحقه وطريقه البناء فلذلك وجب بخلاف مسئلتنا

بها من خارج فأما إن طالب صاحب السفلى بالبناء وأبي صاحب العلو ففيه روايتان :

(أحدها) لا يجبر على بنائه ولا مساعدته وهو قول الشافعي لأن الحائط ملك صاحب السفلى فلم يجبر غيره على بنائه ولا المساعدة فيه كما لو لم يكن عليه علو (والثانية) يجبر على مساعدته والبناء معه ، وهو قول أبي الدرداء لأنه حائط يشتركان في الانتفاع به أشبه الحائط بين الدارين .

(فصل) فإن كان بين البيتين حائط لأحدهما فأنهدم فطلب أحدهما من الآخر ببناءه أو المساعدة في بنائه لم يجبر لأنه إن كان الممتنع مالكه لم يجبر على بناء ملكه المختص به كحائط الآخر وإن كان الممتنع الآخر لم يجبر على بناء ملك غيره ولا المساعدة فيه ولا يلزم على هذا حائط السفلى حيث يجبر صاحبه على بنائه مع اختصاصه بملكه لأن الظاهر أن صاحب العلو ملكه مستحقاً لابقائه على حيطان السفلى دائماً فلزم صاحب السفلى تمكينه مما يستحقه وطريقه البناء فلذلك وجب بخلاف مسئلتنا وإن أراد

وان أراد صاحب الحائط بناءه أو نقضه بعد بنائه لم يكن لجاره منعه لانه ملكه خاصة وان أراد جاره بناءه أو نقضه أو التصرف فيه لم يملك ذلك لانه لا حق له فيه

(فصل) ومتى هدم أحد الشريكين الحائط المشترك أو السقف الذي بينهما نظرت فان خيف سقوطه ووجب هدمه فلا شيء على هادمه ويكون كما لو أنهدم بنفسه لانه فعل الواجب وأزال الضرر الحاصل بسقوطه وان هدمه لغير ذلك فعليه اعادته سواء هدمه لحاجة أو غيرها وسواء التزم اعادته أو لم يلتزم لان الضرر حصل بفعله فلزمه اعادته

(فصل) فان اتفقا على بناء الحائط المشترك بينهما نصفين وملكه بينهما الثلث والثلاثان لم يصح لانه يصلح على بعض ملكه ببعض فلم يصح كما لو أقر له بدار فصالحه على سكنها ، ولو اتفقا على أن يحمله كل واحد منهما ما شاء لم يجز لجهالة الحمل فانه يحمله من الانتقال ما لا طاقة له بحمله وان اتفقا على أن يكون بينهما نصفين جاز

(فصل) فان كان بينهما نهر أو قناة أو دولا ب أو ناعورة أو عين فاحتاج الى عمارة ففي اجبار الممتنع منهما روايتان وحكي عن أبي حنيفة أنه يجبر ههنا على الاتفاق لانه لا يتمكن شريكه من مقاسمته فيضرب به بخلاف الحائط فانه يمكنهما قسمة العرصة والاولى التسوية لان في قسمة العرصة

صاحب الحائط بناءه أو نقضه بعد بنائه لم يكن لجاره منعه لانه ملكه خاصة وان أراد جاره بناءه أو نقضه أو التصرف فيه لم يملك ذلك لانه لا حق له فيه

(فصل) ومتى هدم أحد الشريكين الحائط المشترك أو السقف الذي بينهما نظرت فان خيف سقوطه ووجب هدمه فلا شيء على هادمه ويكون كما لو أنهدم بنفسه لانه فعل الواجب وأزال الضرر الحاصل بسقوطه، وان هدمه لغير ذلك فعليه اعادته سواء كان هدمه لحاجة أو غيرها وسواء التزم اعادته أو لم يلتزم لان الضرر حصل بفعله فلزمته إزالته

(فصل) فان اتفقا على بناء الحائط المشترك بينهما نصفين وملكه بينهما الثلث والثلاثان لم يصح لانه يصلح عن بعض ملكه ببعض فلم يصح كما لو أقر له بدار فصالحه على سكنها. ولو اتفقا على أن يحمله كل واحد منهما ما شاء لم يجز لجهالة الحمل فانه يحمله من الانتقال ما لا طاقة له بحمله وان اتفقا على أن يكون بينهما نصفين جاز.

﴿مسئلة﴾ (وان كان بينهما نهر أو بئر أو دولا ب أو ناعورة أو قناة فاحتاج الى عمارة ففي اجبار الممتنع وجهان)

بناء على الحائط المشترك إذا أنهدم وحكي عن أبي حنيفة أنه يجبر ههنا على الاتفاق لانه لا يتمكن شريكه من مقاسمته فيتضرر بخلاف الحائط فانه يمكنهما قسمة العرصة قال شيخنا: والاولى التسوية لان في قسمة العرصة اضراراً لهما والاتفاق أرفق بهما فكانا سواء

اضراراً بهما والاتفاق أرفق بهما فكانا سواء . والحكم في الدولاب والتاعوة كالحكم في الحائط على ما ذكرناه ، وأما البئر والنهر فلكل واحد منهما الاتفاق عليه وإذا أُنفق عليه لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء لان الماء ينبع من ملكيهما وإنما اثر أحدهما في نقل الطين منه وليس له فيه عين مال فأشبه الحائط إذا بناه بآلته، والحكم في الرجوع بالنفقة كحكم الرجوع في النفقة على الحائط على ما مضى (فصل) إذا كان لرجلين بابان في زقاق غير نافذ أحدهما قريب من باب الزقاق والآخر في داخله فللقريب من الباب نقل بابه الى ما يلي باب الزقاق لان له الاستطراق الى بابه القديم فقد نقص من استطراقه ومتى أراد رد بابه الى موضعه الاول كان له لانه حقه لم يسقط وان أراد نقل بابه لتقاء صدر الزقاق لم يكن له ذلك نص عليه أحمد لانه يقدم بابه الى موضع الاستطراق له فيه ويحتمل جواز ذلك لانه كان له أن يجعل بابه في أول البناء في أي موضع شاء فتركه في موضع لا يسقط حقه كما أن تحويله بعد فتحه لا يسقط ولان له أن يرفع حائطه كله فلا يمنع من رفع موضع الباب وحده، فأما صاحب الباب الثاني فان كان في داخل الدرب باب لا خير فحكمه في التقديم والتأخير حكم صاحب الباب الاول سواء وان لم يكن له ثم باب آخر كان له تحويل بابه حيث شاء لانه على الاول لا منازع له فيما تجاوز الباب الاول وعلى الاحتمال الذي ذكرناه لكل واحد منهما ذلك، ولو أراد كل واحد منهما أن يفتح في داره باباً آخر او يجعل داره دارين يفتح لكل واحدة منهما باباً جاز اذا وضع البابين في موضع استطراقه، وان كان ظهر دار أحدهما الى شارع نافذ وزقاق نافذ ففتح في حائطه باباً اليه جاز لانه يرتفق بما لم يمين ملك أحد عليه ، فان قيل في هذا اضرار بأهل الدرب لانه يجعله نافداً يستطرق اليه من الشارع قلنا لا يصير الدرب نافذاً وإنما يصير داره نافذة وليس لاحد استطراق داره، فاما ان كان بابه في الشارع وظهر داره الى الزقاق الذي لا ينفذ فأراد ان يفتح باباً الى الزقاق للاستطراق لم يكن له ذلك لانه ليس له حق في الدرب الذي قد يمين عليه ملك أربابه ويحتمل الجواز كما ذكرنا في الوجه الذي قد تقدم ، وان أراد ان يفتح فيه باباً لغير الاستطراق أو يجعل له باباً يسمره أو شاباً كما جاز لانه لما كان له رفع الحائط بجملته فبعضه أولى، قال ابن عقيل ويحتمل عندي انه لا يجوز لان شكل الباب مع تقادم العهد ربما استدل به على حق الاستطراق فيضرب بأهل الدرب بخلاف رفع الحائط فانه لا يدل على شيء

(مسئلة) (وليس لاحدهما منع صاحبه من عمارته)

فان عمره فإساء بينهما على الشركة أما الدولاب والتاعوة فالحكم فيه كالحكم في الحائط على ما ذكرناه وأما النهر والبئر فلكل واحد منهما الاتفاق عليه وإذا أُنفق عليه لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء لانه ينبع من ملكيهما وإنما اثر أحدهما في نقل الطين منه وليس له فيه عين مال فأشبه الحائط إذا بناه بآلته والحكم في الرجوع بالنفقة كحكم الرجوع في النفقة على الحائط على ما مضى (فصل) وليس للرجل التصرف في ملكه بما يضر بجاره نحو أن يبني حماماً بين الدور أو يفتح

(فصل) وإذا كان لرجل داران متلاصقتان ظهر كل واحدة منهما الى ظهر الاخرى وباب كل واحدة منهما في زقاق غير نافذ فرم الحاجز بينهما وجعلهما دارا واحدة جاز وان فتح من كل واحدة منهما بابا الى الاخرى ليتمكن من التطرق من كل واحدة منهما الى كلا الدارين لم يجز ذكره القاضي لان ذلك يثبت الاستطراق في الدرب الذي لا ينفذ من دار لم يكن لها فيه طريق ولان ذلك ربما أدى الى اثبات الشفعة في قول من يثبتها بالطريق لسلك واحدة من الدارين في زقاق الاخرى ويحتمل جواز ذلك لان له رفع الحاجز جميعه فبعضه أولى وهذا أشبه وما ذكرناه للنع منتقض بما إذا رفع الحائط جميعه وفي كل موضع قلنا ليس له فعله اذا صالحه أهل الدرب بموض معلوم أو أذنوا له بغير عوض جاز (فصل) اذا تنازع صاحب البابين في الدرب وتداعياه ولم يكن فيه باب لغيرهما ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) انه يحكم بالدرب من أوله الى الباب الذي يلي أوله بينهما لان لها الاستطراق فيه جميعا وما بعده الى صدر الدرب للأخر لان الاستطراق في ذلك له وحده فله اليد والتصرف (والوجه الثاني) ان من أوله الى أقصى حائط الاوّل بينهما لان ما يقابل ذلك لها التصرف فيه بناء على ان للاوّل ان يفتح بابه فيما شا من حائطه وما بعد ذلك للثاني لانه ليس بقاء للاوّل ولا له فيه استطراق (والثالث) يكون بينهما لان لهما جميعا يدا وتصرفا وهكذا الحكم فيما إذا كان لرجل علو خان ولا آخر سفله ولصاحب العلو درجة في اثناء صحن الحان فاختلفا في الصحن فما كان من الدرجة الى باب الحان بينهما وما وراء ذلك الى صدر الحان على الوجين (أحدهما) هو لصاحب السفلى (والثاني) هو بينهما فان كانت الدرجة في صدر الصحن فالصحن بينهما لوجود اليد والتصرف منهما جميعا فعلى الوجه الذي يقول ان صدر الدرب مختص بصاحب الباب الصدراي له ان يستبدل بما يختص به منه بان يجعله دهليزا لنفسه أو يدخله في داره على وجه لا يضر بجاره ولا يضع على حائطه شئنا لان ذلك ملك له ينفرد به

(فصل) وليس للرجل التصرف في ملكه تصرفا يضر بجاره نحو ان يبني فيه حماما بين الدور أو يفتح خبازا بين المطارين أو يجعله دكان قصارة هز الحيطان ويحربها أو يحفر بئرا الى جانب بئر جاره يجذب ماءها وبهذا قال بعض أصحاب أبي حنيفة وعن احمد رواية أخرى لا يمنع وبه قال الشافعي وبعض أصحاب أبي حنيفة لانه تصرف في ملكه المختص به ولم يتعلق به حق غيره فلم يمنع منه كما لو طبخ في داره أو خبز فيها وسلموا انه يمنع الدق الذي يهدم الحيطان وينثرها

خبازاً بين المطارين أو يجعله دكان قصارة هز الحيطان ويحربها أو يحفر بئراً الى جانب بئر جاره يجذب ماءها وبهذا قال بعض الحنفية وعن احمد رواية أخرى لا يمنع وبه قال الشافعي وبعض الحنفية لانه تصرف في ملكه المختص به ولم يتعلق به حق غيره فلم يمنع منه كما لو طبخ في داره أو خبز فيها وسلموا أنه يمنع من الدق الذي يهدم الحيطان وينثرها

ولنا قول النبي ﷺ « لا ضرر ولا إضرار » ولان هذا إضرار بجيرانه فمنع منه كالذي سلمو كسقي

ولنا قول النبي ﷺ «لا ضرر ولا اضرار» ولان هذا اضرار بغيره ، فنع منه كالدق الذي يهز الحيطان وينثرها ، وكسقي الارض الذي يتعدى الى هدم حيطان جاره ، أو اشعال نار تتعدى الى احراقها قالوا ههنا تعدت النار التي اضرمتها والماء الذي أرسله فكان مرسلًا لذلك في ملك غيره فأشبهه ما لو أرسله اليها قصداً قلنا والدخان هو أجزاء الحريق الذي أحرقه فكان مرسلًا له في ملك جاره ، فهو كاجزاء النار والماء ، وأما دخان الخبز والطبخ فان ضرره يسير ، ولا يمكن التعرّض منه وتدخله المساحة

(فصل) وان كان سطح أحدهما أعلى من سطح الآخر فليس لصاحب الاعلى الصعود على سطحه على وجه يشرف على سطح جاره الا أن يبني ستره تستره ، وقال، الشافعي لا يلزمه عمل ستره لان هذا حاجز بين ملكيهما فلا يجبر أحدهما عليه كالاسفل
ولنا انه اضرار بجاره فنع منه كدق يهز الحيطان وذلك ، لانه يكشف جاره ويطلع على حرمة فأشبهه ما لو اطام عليه من صئر بابه أو خصاصه ، وقد دل على المنع من ذلك قول النبي ﷺ « لو أن رجلا اطاع اليك فخذته بمحصاة ففقت عينه لم يكن عليك جناح » وبفارق الاسفل فان تصرفه لا يضر بالأعلى ولا يكشف داره

(فصل) إذا كانت بينهما عرصه حائط فاتفقا على قسمها طولًا جاز ذلك سواء اتفقا على قسمها طولًا أو عرضًا لأنها ملكهما ولا تخرج عنهما وان اختلفا فطلب أحدهما قسمها وهو ان يجعل له نصف الطول في جميع العرض وللآخر مثله فقال أصحابنا يجبر الممتنع على القسمة وهو مذهب الشافعي لان ذلك لا يضر فاذا اقتسما اقتزما. فكان لكل واحد منها ما تخرج به القرعة ، فان كان مبنياً فلا كلام وإن كان غير مبنى كان لكل واحد منهما أن يبني في نصيبه وان أحب أن يدخل بعض عرصته في داره فعل وإن أحب أن يزيد في حائطه من عرصته فعل ويحتمل أن لا يجبر على القسمة لأنها توجب اختصاص كل واحد منها ببعض الحائط المقابل لملك شريكه وزوال ملك شريكه فيتضرر لانه لا يقدر على حائط يستر ملكه وربما اختار أحدهما أن لا يبني حائطه فيبقى ملك كل واحد منها مكشوفاً أو يبنيه ويمنع جاره من وضع خشبه عليه وهذا ضرر لا يرد الشرع بالاجبار عليه ، فان قيل فاذا كان مشتركاً يمكن أيضاً من منع شريكه وضع خشبه عليه قلنا إذا كان له عليه رسم وضع خشبه أو ارتفاع به

الارض الذي يتعدى إلى هدم حائط جاره أو اشعال نار يتعدى الى إحراقها ، قالوا ههنا تعدت النار التي اضرمتها والماء الذي أرسله فكان مرسلًا لذلك في ملك غيره أشبهه ما لو أرسله اليها قصداً ، قلنا والدخان الذي هو اجزاء الحريق الذي أحرقه فكان مرسلًا له في ملك جاره فهو كالتار والماء ، وأما دخان الخبز والطبخ فان ضرره يسير ولا يمكن التعرّض منه وتدخله المساحة
(فصل) فان كان سطح احدهما أعلى من سطح الآخر فليس لصاحب الاعلى الصعود على سطحه

لم يملك منعه من رسمه وههنا يملك منعه بالسككية ، وأما إن طلب قسمها عرضاً وهو أن يجعل لكل واحد منها نصف العرض في كمال الطول نظرنا فان كانت العرصة لا تتسع لحائطين لم يجبر الممتنع من قسمها واختلفوا واختار ابن عقيل أنه يجبر وهو ظاهر كلام الشافعي لانها عرصة فأجبر على قسمها كعرصة الدار ولنا أن في قسمها ضرراً فلم يجبر الممتنع من قسمها عليه كالدار الصغيرة وما ذكره ينتقض بذلك وإن كانت تتسع لحائطين بحيث يحصل لكل واحد منهما ما يبي فيه حائطا فني إجبار الممتنع وجهان أحدهما يجبر قاله أبو الخطاب لانه لا ضرر في القسمة لكون كل واحد منها يحصل له ما يندفع به حاجته فاشبهه عرصة الدار التي يحصل لكل واحد منها ما يبي فيه داراً . والثاني لا يجبر ذكره القاضي لان هذه القسمة لا تقع فيها قرعة لاتا لو أقرعنا بينهما لم نأمن أن تخرج قرعة كل واحد منهما على ما يلي ملك جاره فلا ينتفع به فلو أجبرناه على القسمة لأجبرناه على أخذ ما يلي داره من غير قرعة وهذا لا نظير له ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين ، ومتى اقتسم العرصة طولا فني كل واحد منها لنفسه حائطاً وبقيت بينهما فرجة لم يجبر أحدهما على سدها ولم يمنع من سدها لان ذلك يجري مجرى بناء الحائط في عرصته (فصل) وإن كان بينهما حائط فاتفقا على قسمته طولا جاز ويعلم بين نصيبها بعلامة وان اتفقا على قسمته عرضاً فقال أصحابنا يجوز القسمة لان الحق لهما لا يخرج عنهما فاشبهه العرصة ويحتمل أن لا تجوز القسمة لانها لا تكون إلا بتمييز نصيب أحدهما من الآخر بحيث يمكنه الاتفقا بنصيبه دون نصيب صاحبه وههنا لا يميز ولا يمكن اتفقا أحدهما بنصيبه منفرداً لانه إن وضع خشبه على أحد جانبي الحائط كان ثقله على الحائط كله وإن فتح فيه طاقاً بضمفه ضف كله وإن وقع بعضه تضرر النصيب الآخر ، وإن طلب أحدهما قسمه وأبي الآخر فذكر القاضي أن الحكم في الحائط كالحكم في عرصته سواء ولا يجبر على قسم الحائط إلا ان يطلب أحدهما قسمه طولا ويحتمل أن لا يجبر على قسمه أيضاً وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانها إن قطماه بينهما فقد أتلفا جزءاً من الحائط ولا يجبر الممتنع من ذلك كما لو كان بينهما ثوب فطلب أحدهما قطعه وان لم يقطع وعلما علامة على نصفه كان اتفقا أحدهما بنصيبه اتفقا نصيب الآخر ، ووجه الأول أنه يجبر على قسم الدار وقسم حائطها المحيط بها وكذلك قسم البستان وحائطه ولا يجبر على القطع المضر بل يعلمه بخط بين نصيبها ولا يلزم من ذلك اتفقا أحدهما بنصيب الآخر وان اتصل به بدليل الحائط المتصل في دارين والله أعلم .

على وجه يشرف على سطح جاره الا أن يبني ستره نستره وقال الشافعي لا يلزمه ستره لان هذا حاجز بين ملكيهما فلم يجبر أحدهما عليه كالاسفل

ولنا أنه أضر بجاره ففتح منه كدق هز الحيطان وذلك أنه يكشف جاره ويطلع على حره فاشبهه مالو اطلع عليه من صرّ بابه أو خصاصه وقد دل على المنع من ذلك قول النبي ﷺ « لو أن رجلا اطلع اليك فخذته بحصاة ففقت عينه لم يكن عليك جناح » ويفارق الاسفل فان تصرفه لا يضر بالاعلى ولا يكشف داره .

كتاب الحوالة والضمان

الحوالة ثابتة بالسنة والاجماع أما السنة فما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال «مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع» متفق عليه وفي لفظ «من أحيل بحقه على مليء فليحتل» وأجمع أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة، واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة، وقد قيل إنها بيع فإن المحيل يشترى ما في ذمته عالة في ذمة المحال عليه وجاز تأخير القبض رخصة لأنه موضوع على الرفق فيدخلها خيار المجلس لذلك، والصحيح أنها عقد إرفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره لأنها لو كانت بيعاً لما جازت لكونها بيع دين بدين ولما جاز التفريق قبل القبض لأنه يبيع مال الربا بجنسه ولجازت بلفظ البيع ولجازت بين جنسين كالبيع كله ولأن لفظها يشعر بالتحويل لا بالبيع فعلى هذا لا يدخلها خيار وتلزم بمجرد العقد وهذا أشبه بكلام أحمد وأصوه. ولا بد فيها من محيل ومحال عليه، ويشترط في صحتها رضى المحيل بلا خلاف فإن الحق عليه ولا يتمين عليه جهة قضائه وأما المحال والمحال عليه فلا يعتبر رضاها على ما سنده إن شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أحيل بحقه على من عليه مثل ذلك الحق فرضي فقد برىء

المحيل أبدأ)

من شرط صحة الحوالة شروط أربعة (أحدها) تماثل الحقين لأنها تحويل للحق ونقل له فينقل على

باب الحوالة

الحوالة ثابتة بالسنة والاجماع أما السنة فما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال «مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع» متفق عليه وفي لفظ من «أحيل بحقه على مليء فليحتل» وأجمع أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة، واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة، وقد قيل إنها بيع فإن المحيل يشترى ما في ذمته بهاله في ذمة المحال عليه وجاز تأخير القبض رخصة لأنه موضوع على الرفق فيدخلها خيار المجلس لذلك، والصحيح أنها عقد ارفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره لأنها لو كانت بيعاً لما جازت لأنه يبيع دين بدين ولما جاز التفريق قبل القبض لأنه يبيع مال الربا بجنسه ولجازت بلفظ البيع ولجازت بين جنسين كالبيع ولأن لفظها يشعر بالتحويل لا بالبيع فعلى هذا لا يدخلها خيار وتلزم بمجرد العقد وهذا أشبه بكلام أحمد وأصوه، ولا بد فيها من محيل ومحال عليه ﴿مسئلة﴾ (والحوالة تنقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه فلا يملك المحال الرجوع عليه بحال

صفته ويصير تأنيها في أمور ثلاثة (أحدها) الجنس فيجوز من عايه ذهب بذهب ومن عليه فضة بفضة ولو أحال من عليه ذهب بفضة أو من عليه فضة بذهب لم يصح (الثاني) الصفة فلو أحال من عليه صحاح بمكسرة ، أو من عليه مصرية بأمرية لم يصح

(الثالث) الحلول والتأجيل ويعتبر اتفاق أجل المؤجلين فان كان أحدهما حالا والآخر مؤجلا أو أجل أحدهما الى شهر والآخر الى شهرين لم تصح الحوالة ، ولو كان الحقان حالين فشرط على المحتال ان يقبض حقه أو بمضه بعد شهر لم تصح الحوالة لان الحال لا يتأجل ولانه شرط ما لو كان ثابتاً في نفس الامر لم تصح الحوالة فكذلك اذا شرته ، واذا اجتمعت هذه الامور وصحت الحوالة وتراضيا بان يدفع المحال عليه خيرا من حقه أو رضي المحتال بدون الصفة أو رضي من عليه المؤجل بتعجيله أو رضي من له الحال بانظاره جاز لان ذلك يجوز في القرض ففي الحوالة أولى ، وان مات المحيل أو المحال فالاجل بحاله ، وان مات المحال عليه ففي حلول الحق روايتان مضي ذكرهما (الشرط الثاني) أن تكون على دين مستقر ، ولا يعتبر ان يحيل بدين مستقر ، الا أن السلم لا تصح الحوالة به ولا عليه ، لان دين السلم ليس بمستقر لكونه بمرض الفسخ لانقطاع المسلم فيه ، ولا تصح الحوالة به لانها لم تصح إلا فيما يجوز أخذ العوض عنه والسلم لا يجوز أخذ العوض عنه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من أسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره » . ولا تصح الحوالة على المسكاتب بمال الكتابة لانه غير مستقر فان له ان يمتنع من ادائه ويسقط بعجزه ، وتصح الحوالة عليه بدين

اذا صحت الحوالة برئت ذمة المحيل وانتقل الحق الى ذمة المحال عليه في قول عامة اهل العلم وروي عن الحسن انه كان لا يرى الحوالة براءة إلا أن يبرئه وعن زفر أنه قال لا تنقل الحق وأجراها مجرى الضمان

ولنا ان الحوالة مشتقة من تحويل الحق بخلاف الضمان فانه مشتق من ضم ذمة الى ذمة فطلق على كل واحد مقتضاه وما دل عليه لفظه . اذا ثبت ذلك فتى رضي بها المحتال ولم يشترط اليسار لم يعد الحق الى المحيل أبدا سواء أمكن استيفاء الحق أو تعذر لمطل أو فلس او موت أو غيره . وبه قال الليث والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر وهو ظاهر كلام الخرقى ، وقال شريح والشعبي والنخعي متى أفلس أو مات رجم على صاحبه وقال أبو حنيفة يرجع عليه في حالين اذا مات المحال عليه مغلماً واذا ججده وحلف عليه عند الحاكم ، وقال أبو يوسف ومحمد يرجم عليه في هاتين الحالين واذا حجر عليه لفلس لانه روي عن عثمان انه سئل عن رجل أحيل بحقه فمات المحال عليه مغلماً فقال يرجع بحقه لانه لا نوى على مال امرئ مسلم ولانه عقد معاوضة لم يسلم العوض فيه لاحد المتعاضدين فكان له الفسخ كما لو اعتاض بثوب فلم يسلم اليه

ولنا أن حزنا جد سعيد بن المسيب كان له على علي رضي الله عنه دين فاحاله به فمات المحال

غير دين الكتابة لان حكمه حكم الاحرار في المداينات، وان أحال المكاتب سيده بنجم قد حل عليه صح وبرئت ذمة المكاتب بالحوالة ويكون ذلك بمنزلة القبض ، وان أحالت المرأة على زوجها بصداقها قبل الدخول لم يصح لانه غير مستقر، وان أحالها الزوج به صح لانه له تسليمه اليها وحواله به تقوم مقام تسليمه ، وان أحالت به بعد الدخول صح لانه مستقر وان أحال البائع بالثمن على المشتري في مدة الخيار لم يصح في قياس ما ذكرنا ، وان أحاله المشتري به صح لانه بمنزلة الوفاء وله الوفاء قبل الاستقرار ، وان أحال البائع بالثمن على المشتري ثم ظهر على عيب لم يبين ان الحوالة كانت باطلة لان الثمن كان ثابتا مستقرا والبيع كان لازما وانما ثبت الجواز عند العلم بالعيب بالنسبة الى المشتري ويحتمل ان تبطل الحوالة لان سبب الجواز عيب المبيع وقد كان موجودا وقت الحوالة وكل موضع أحال من عليه دين غير مستقر به ثم سقط الدين كالزوجة يفسخ نكاحها بسبب من جبتها ، أو المشتري يفسخ البيع ويرد المبيع فان كان ذلك قبل القبض من المحال عليه ففيه وجهان (أحدهما) تبطل الحوالة لعدم الفائدة في بقائها ويرجع المحيل بدينه على المحال عليه (والثاني) لا تبطل لان الحق انتقل عن المحيل فلم يعد اليه ، وثبت للمحتال فلم يزل عنه ، ولان الحوالة بمنزلة القبض فكان المحيل أقبض المحتال دينه فبرجع عليه به وبأخذ المحتال من المحال عليه وسواء تمرد القبض من المحال عليه أو لم يتمرد ، وان كان بعد القبض لم يبطل وجها واحدا ويرجع المحيل على المحتال به

(فصل) وان أحال من لا دين له عليه رجلا على آخر له عليه دين فليس ذلك بحوالة بل هي وكالة تثبت فيها أحكامها لان الحوالة مأخوذة من تحول الحق وانتقاله ولا حق ههنا ينتقل ويحول

عليه فأخبره فقال اخترت علينا أبعذك الله فأبعده بمجرد احتياله ولم يخبره ان له الرجوع ولانها براءة من دين ليس فيها قبض ممن هي عليه ولا ممن يدفع عنه فلم يكن فيها رجوع كما لو أبرأه من الدين وحديث عثمان لم يصح يرويه خلد بن جعفر عن معاوية بن قرة عن عثمان ولم يصح سماعه وقد روي انه قال في حوالة أو كفالة وهذا يوجب التوقف ولو صح كان قول علي مخالفاً له، وقولهم هو معاوضة لا يصح لانه يفضي الى بيع الدين بالدين وهو منهي عنه ويفارق المعاوضة بالثوب لان في ذلك قبضاً يقف استقرار العقد عليه وههنا الحوالة بمنزلة القبض والا كان بيع دين بدين

﴿مسئلة﴾ (ولا تصح الا بشروط ثلاثة) (أحدها) ان يحيل على دين مستقر فان أحال على مال الكتابة أو السلم قبل قبضه أو الصداق قبل الدخول لم يصح وان أحال المكاتب سيده أو الزوج امرأته صح) لا تصح الحوالة على دين غير مستقر لان مقتضاها الزام المحال عليه الدين مطلقا ولا يثبت ذلك فيما هو بمرض السقوط ولا يعتبر أن يحيل بدين مستقر الا ان السلم لا تصح الحوالة به ولا عليه لان دين السلم ليس بمستقر لكونه متعرضا للفسخ باقطاع المسلم فيه ولا تصح الحوالة به لانها لا تصح الا فيما يجوز أخذ العوض عنه ولا يجوز ذلك في السلم لقوله عليه الصلاة والسلام « من أسلف في شيء فلا يصرفه الى

وانا جازت الوكالة بلفظ الحوالة لاشتراكهما في المعنى وهو استحقاق الوكيل مطالبة من عليه الدين كاستحقاق المحتال مطالبة الحال عليه وتحول ذلك الى الوكيل كتحويله الى المحيل ، وان أحال من عليه دين على من لا دين عليه فليست حوالة أيضا نص عليه أحد فلا يلزم الحال عليه الاداء ، ولا المحتال قبول ذلك ، لان الحوالة معاوضة ولا معاوضة هنا وانما هو اقتراض فان قبض المحتال منه الدين رجع على المحيل لانه قرض ، وان أبرأه ولم يقبض منه شيئا لم تصح البراءة لانها براءة لمن لا دين عليه ، وان قبض منه الدين ثم وهبه لإياه رجع الحال عليه على المحيل به لانه قد غرم عنه وانما عاد اليه المال بمقد مستأنف ويحتمل ان لا يرجع عليه لكونه ما غرم عنه شيئا ، وان أحال من لا دين عليه فهي وكالة في اقتراض وليست حوالة لان الحوالة انما تكون بدين على دين ، ولم يوجد واحد منهما

(فصل) الشرط الثالث ان تكون بمال معلوم لانها ان كانت يمأ فلا تصح في مجهول وان كانت تحول الحق فيعتبر فيها التسليم والجهالة تمنع منه فتصح بكل ما يثبت مثله في الذمة بالانلاف من الايمان والحبوب والادهان ، ولا تصح فيما لا يصبح السلم فيه لانه لا يثبت في الذمة ومن شرط الحوالة تساوي الدينين فاما ما يثبت في الذمة سلما غير المثليات كالمذروع والمعدود ففي صحة الحوالة به وجهان

(أحدهما) لا تصح لان المثل فيه لا يتحرر ولهذا لا يضمه بمثله في الانلاف وهذا ظاهر مذهب الشافعي (والثاني) تصح ذكره القاضي لانه حق ثابت في الذمة فأشبهه ماله مثل ويحتمل أن يخرج هذان الوجهان على الخلاف فيما يقتضى به قرض هذه الاموال فان كان عليه ابل من الدية وله على

غيره فلا تصح الحوالة على المكاتب بمال الكتابة لانه غير مستقر لان له ان يمتنع من أدائه ويسقط بجزءه وتصح الحوالة عليه بدين غير دين الكتابة لان حكمه حكم الاحرار في المدابنات ، وان أحال المكاتب سيده بنجم قد حل عليه صح ويرث ذمة المكاتب بالحوالة ويكون ذلك بمنزلة القبض وان أحالت المرأة على زوجها بصداقها قبل الدخول لم يصح لانه غير مستقر يحتمل ان يسقط بانفساخ النكاح بسبب من جهتها ، وان أحالها الزوج به صح لان له تسليمه اليها وحوالته به تقوم مقام تسليمه وان أحالت به بعد الدخول صح لانه مستقر ، وان أحال البائع بالثمن على المشتري في مدة الخيار لم يصح في قياس ما ذكرنا وان أحاله المشتري به صح لانه بمنزلة الوفاء قبل الاستقرار ، وان أحال للمبائع بالثمن على المشتري ثم ظهر على عيب لم يبين ان الحوالة كانت باطلة لان الثمن كان ثابتاً مستقراً والمبيع كان لازماً وانما ثبت الجواز بعد العلم بالعيب بالنسبة الى المشتري ، ويحتمل ان تبطل الحوالة لان سبب الجواز عيب المبيع وقد كان موجوداً وقت الحوالة . وكل موضع أحال من عليه دين غير مستقر به ثم سقط الدين كالزوجة ينسخ نكاحها بسبب من جهتها أو المشتري يفسخ البيع ويرد المبيع فان كان ذلك قبل القبض من الحال عليه ففيه وجهان (أحدهما) تبطل الحوالة لعدم الفائدة في بقائها ويرجع

آخر مثلها في السن فقال القاضي تصح لأنها تختص بأقل ما يقع عليه الاسم في السن والقيمة وسائر الصفات وقال أبو الخطاب لا تصح في أحد الوجوهين لأنها مجهولة ولأن الأبل ليست من المتليات التي تضمن بمثلها في الاتلاف ولا تثبت في الذمة سلماً في رواية ، وإن كان عليه أبل من دية وله على آخر مثلها قرضاً فأحاله عليه فإن قلنا يرد في القرض قيمتها لم تصح الحوالة لاختلاف الجنس وإن قلنا يرد مثلها اقتضى قول القاضي صحة الحوالة لأنه أمكن استيفاء الحق على صفته من المحال عليه ولأن الخيرة في التسليم إلى من عليه الدين وقد رضي بتسليم ما له في ذمة المقرض وإن كانت بالمعكس فاحتال المقرض بأبل الدية لم تصح لأننا قلنا نحب القيمة في القرض فقد اختلف الجنس وإن قلنا يجب المثل فلم يقرض مثل ما أقرض في صفاته وقيمه والذي عليه الدية لا يلزمه ذلك

(فصل) الشرط الرابع أن يحيل برضائه لأن الحق عليه فلا يلزمه إذاؤه من جهة الدين الذي على المحال عليه ولا خلاف في هذا فإذا اجتمعت شروط الحوالة وصحت برئت ذمة المحيل في قول عامة الفقهاء إلا ما روى عن الحسن أنه كان لا يرى الحوالة براءة إلا أن يبرئه، وعن زفر أنه قال لا تنقل الحق وأجراها مجرى الضمان وليس بصحيح لأن الحوالة مشتقة من تحويل الحق بخلاف الضمان فإنه مشتق من ضم ذمة إلى ذمة فملق على كل واحد مقتضاه وما دل عليه لفظه . إذا ثبت أن الحق انتقل فحق رضي بها المحتال ولم يشترط اليسار لم يعد الحق إلى المحيل أبداً سواء أمكن استيفاء الحق أو تعذر لمطل أو فلس أو موت أو غير ذلك هذا ظاهر كلام الحرقي وبه قال الليث والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر وعن أحمد ما يدل على أنه إذا كان المحال عليه مفلساً ولم يعلم المحتال بذلك فله الرجوع إلا أن يرضى بعد العلم وبه قال جماعة من أصحابنا ونحوه قول مالك لأن الفليس عيب في المحال عليه فكان

المحيل بدنيه على المحال عليه والثاني لا تبطل لأن الحق انتقل عن المحيل فلم يعد إليه وثبت للمحتال فلم يزل عنه ولأن الحوالة بمنزلة القبض فكان المحيل أقبض المحتال فيرجع عليه به ويأخذ المحتال من المحال عليه وسواء تعذر القبض من المحال عليه أو لم يتعذر وإن كان بعد القبض لم تبطل وجهها واحداً ويرجع المحيل على المحتال به

(فصل) وإن أحال من لا دين عليه على من له عليه دين فهي وكالة يثبت فيها أحكامها وليست بحوالة لأن الحوالة مأخوذة من تحويل الحق وانتقاله ولا حق ههنا ينتقل ويتحول وإنما جازت الوكالة بلفظ الحوالة لاشتراكهما في استحقاق الوكيل مطالبته من عليه الدين كاستحقاق المحتال مطابته المحال عليه وتحويل ذلك إلى الوكيل كتحويله إلى المحتال، وإن أحال من عليه دين على من لا دين عليه فليست حوالة نص عليه أحمد فلا يلزم المحال عليه الأداء ولا المحتال القبول لأن الحوالة معاوضة ولا معاوضة ههنا وإنما هو اقتراض فإن قبض المحتال منه الدين رجع على المحيل لأنه قرض وإن أبرأه لم تصح البراءة لأنها براءة لمن لا دين عليه وإن وهبه إياه بعد أن قبضه منه رجع المحال عليه على المحيل به لأنه قد غرم عنه وإنما زاد إليه المال بمقدار مستأنف ويحتمل أن لا يرجع إليه لكونه ما

له الرجوع كما لو اشترى سلعة فوجدها معيبة ولان المحيل غره فكان له الرجوع كما لو دلس المبيع وقال شريح والشعبي والنخعي متى أفلس أو مات رجح على صاحبه، وقال أبو حنيفة يرجع عليه في حالين اذا مات الحال عليه مفلسا واذا ججده وحلف عليه عند الحاكم، وقال أبو يوسف ومحمد يرجع عليه في هاتين الحالتين وإذا حجر عليه لفلس لأنه روي عن عثمان أن سئل عن رجل احيل بمحقه فمات الحال عليه مفلسا فقال يرجع بمحقه لا توى على مال امرئ مسلم، ولانه عقد معاوضة لم يسلم العوض فيه لاحد المتماوضين فكان له الفسخ كما لو اعتاض بثوب فلم يسلم اليه

ولنا ان حزن اجد سعيد بن المسيب كان له على علي رضي الله عنه دين فأحاله به فمات الحال عليه فأخبره فقال اخترت علينا أبعده الله فأبعده بمجرد احتياله ولم يخبره أن له الرجوع ولانها براءة من دين ليس فيها قبض ممن عليه ولا ممن يدفع عنه فلم يكن فيها رجوع كما لو أبرأه من الدين ، وحديث عثمان لم يصح برويه خالد بن جعفر عن معاوية بن قرة عن عثمان ولم يصح سماعه منه وقد روي أنه قال في حوالة أو كفالة وهذا يوجب التوقف ولا يصح ولو صلح كان قول علي مخالفا له وقولهم أنه معاوضة لا يصح لانه يفضي الى بيع الدين بالدين وهو منهي عنه ويفارق المعاوضة بالثوب لانه في ذلك قبضاً يقف استقرار العقد عليه وههنا الحوالة بمنزلة القبض والا كان بيع دين بدين

(فصل) فان شرط ملاءة الحال عليه فبان معسرا رجح على المحيل وبه قال بعض الشافعية وقال بعضهم لا يرجع لان الحوالة لا ترد بالاعسار إذا لم يشترط الملاءة فلا ترد به وان شرط كما لو شرط كونه مسلما ، ويفارق البيع فان الفسخ يثبت بالاعسار فيه من غير شرط بخلاف الحوالة

غرم عنه شيئا، وان أحال من لا دين عليه على من لا دين عليه فهي وكالة في اقتراض وليست حوالة لان الحوالة انما تكون بدين على دين (الشرط الثاني) اتفاق الدينين في الجنس والصفة والحلول والتأجيل لانها تحويل للحق ونقل له فينتقل على صفته. ويستبرأ ثمانهما في الامور المذكورة (احدها) الجنس فيحيل من عليه ذهب بذهب ومن عليه فضة بفضة ولو أحال من عليه ذهب بفضة أو بالعكس لم يصح (الثاني) الصفة فلو أحال من عليه عساح بمكسرة أو من عليه مصرية بأميرية لم يصح (الثالث) الحلول والتأجيل ويعتبر اتفاق أجل المؤجلين فان كان أحدهما حالا والآخر مؤجلا او كان أحدهما الى شهر والآخر الى شهرين لم تصح الحوالة ، ولو كان الحقان حالين فشرط على المحتال أن يؤخر حقه أو يمضه الى أجل لم تصح الحوالة لان الحال لا يتأجل ولانه شرط ما لو كان ثابتا في نفس الأمر لم تصح الحوالة فكذلك اذا اشترطه. فاذا اجتمعت هذه الامور وصحت الحوالة فتراضيا بأن يدفع المحال عليه الى المحتال خيرا من حقه أو رضي المحتال بدون الصفة أو رضي من عليه المؤجل بتعجيله أو من له الحال بانظاره جاز لان ذلك يجوز في القرض ففي الحوالة أولى فان مات المحيل أو المحتال فالأجل بحاله وان مات المحتال عليه انبى على حلول الدين بالثوب وفيه روايتان (الشرط الثالث) أن يحيل برضاه لان الحق

وانا قول النبي ﷺ «المسلمون على شروطهم» ولانه شرط ما فيه مصلحة العقد في عقد معاوضة
فثبت الفسخ بقواته كما لو شرط صفة في المبيع وقد ثبت بالشرط ما لا يثبت باطلاق العقد بدليل
اشتراط صفة في المبيع

(فصل) ولو لم يرض المحتال بالحوالة ثم بان المحال عليه مفلسا أو ميتا رجع على المحيل بلاخلاف
قانه لا يلزمه الاحتياال على غير ميء لما عليه فيه من الضرر وإنما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقبول
الحوالة إذا أحيل على ميء ولو أحاله على ميء فلم يقبل حتى أعسر فله الرجوع أيضا على ظاهر قول
الحرقى لكونه اشترط في براءة المحيل ابداء رضى المحتال

(مسئلة) قال (ومن أحيل بحقه على ميء فواجب عليه أن يحتمل)

الميء هو القادر على الوفاء جاء في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «إن الله تعالى يقول:
من يقرض الميء غير المعدم . وقال الشاعر :

نطيلين لياني وأنت متيئة وأحسن يا ذات الوشاح التقاضيا

يعنى قادرة على وفائي والظاهر أن الحرقى أراد بالميء ههنا القادر على الوفاء غير الجاحد ولا
الماطل قال احمد في تفسير الميء، كان الميء عنده أن يكون ملياً بماله وقوله وبدنه ونحو هذا فاذا أحيل
على من هذه صفة لزم المحتال والمحال عليه القبول ولم يعتبر رضاهما وقال أبو حنيفة يعتبر رضاهما لأنها
معاوضة فيعتبر الرضا من المتعاقدين . وقال مالك والشافعي يعتبر رضى المحتال لان حقه في ذمة المحيل

عليه فلا يلزمه اداؤه من جهة الدين الذى على المحال عليه ولا خلاف في هذا

(فصل) ويعتبر لصحة الحوالة ان تكون بحال معلوم لانها ان كانت فيما فلا يصح في مجهول وان
كانت تحول الحق فيعتبر فيها التسليم، والجهالة تمنع منه، فتصح بكل ما يثبت في الذمة بالاتلاف من
الأمان والحبوب والادهان، ولا تصح فيما لا يصح السلم فيه لانه لا يثبت في الذمة، ومن شرط الحوالة
تساوي الدينين فاما ما يثبت في الذمة سلما غير المثليات كالمعدود والمذروع ففي صحة الحوالة به
وجهان (أحدهما) لا يصح لان المثل فيه لا يتحرر ولهذا لا يضمن بمثله في الاتلاف وهذا ظاهر مذهب
الشافعي (والثاني) يصح ذكره القاضي لانه حق ثابت في الذمة فاشبهه ماله مثل، ويحتمل ان يخرج هذان الوجهان
على الخلاف فيما يقضى به قرض هذه الاموال فان كان عليه ابل من ائدية وله على آخر مثلها في السن
فقال القاضي يصح لانها تخص باقل ما يقع عليه الاسم في السن والقيمة وسائر الصفات، وقال أبو الخطاب
لانصح في أحد الوجهن لانها مجهولة ولان الابل ليست من المثليات التي تضمن بمثلها في الاتلاف فلا
ثبتت في الذمة سلماً في رواية، وإن كان عليه ابل في دية وله على آخر مثلها قرضاً فأحاله عليه فان قلنا
يورد ان قرض قيمتها لم تصح الحوالة لاختلاف الجنس وإن قلنا يرد مثلها اغتضى قول القاضي صحة الحوالة

فلا يجوز نقله إلى غيرها بغير رضاه كما لا يجوز أن يجبره على أن يأخذ بالدين عرضاً . فأما المحال عليه فقال مالك لا يعتبر رضاه إلا أن يكون المحتال عدوه ، وللشافعي في اعتبار رضائه قولان أحدهما يعتبر وهو يحكى عن الزهري لأنه أحد من تم به الحوالة فأشبهه المحيل والثاني لا يعتبر لأنه أقامه في القبض مقام نفسه فلم يفتقر إلى رضاه من عليه الحق كالتوكيل .

ولنا قول النبي ﷺ إذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع ولأن للمحيل أن يوفي الحق الذي عليه بنفسه وبوكيله وقد أقام المحال عليه مقام نفسه في التقيض فلزم المحال القبول كما لو وكل رجلاً في إيفائه وطارق ما إذا أراد أن يعطيه عمراً في ذمته عرضاً لأنه يعطيه غير ماوجب له فلم يلزمه قبوله .

(فصل) إذا أحال رجلاً على زيد بألف فأحاله زيد بها على عمرو فالحوالة صحيحة لأن حق الثاني ثابت مستقر في الذمة فصح أن يحيل به كالأول وهكذا لو أحال الرجل عمراً على زيد بما يثبت له في ذمته صح أيضاً لما ذكرنا وتكرر المحتال والمحيل لا يضر .

(فصل) إذا اشترى عبداً فأحال المشتري البائع بالفن ثم ظهر العبد حراً أو مستحقاً فالبيع باطل والحوالة باطلة لأننا تبيننا أنه لا يمن على المشتري وإنما تثبت حرية بينة أو اتفاقهم، فان اتفق المحيل والمحال عليه على حرية وكذبهما المحتال ولا بينة بذلك لم يقبل قولها عليه لأنها يطلان حقه أشبه ما لو باع المشتري العبد ثم اعترف هو وبائمه أنه كان حراً لم يقبل قولها على المشتري الثاني

لأنه أمكن استيفاء الحق على صفته من المحال عليه ولأن الخيرة في التسليم إلى من عليه الدية وقد رضي بتسليم ماله في ذمة المقرض فان كانت بالعكس فاحتال المقرض بابل الدية لم يصح لأننا ان قلنا تجب القيمة في القرض فقد اختلف الجنس وإن قلنا يجب المثل للمقرض مثل ما أقرض في صفاته وقيمه والذي عليه الدية لا يلزمه ذلك

(مسئلة) (ولا يعتبر رضاه المحال عليه ولا رضاه المحتال ان كان المحال عليه مائياً)

أما المحال عليه فلا يعتبر رضاه لأن للمحيل أن يستوفي الحق بنفسه وبوكيله وقد أقام المحتال مقام نفسه في القبض فلزم المحال عليه الدفع إليه كالتوكيل وإنما تعتبر الملاءة في رضاه المحتال بقرض الملىء غير المعدم قال الشاعر :

تطيلين لياني وأنت مليئة واحسن يا ذوات الوشاح التقاضيا

يعني قادرة على وفائي قال احمد في تفسير الملىء ان يكون مليئاً بماله وقوله وبدنه فتى احيل على من هذه صفته لزم المحتال والمحال عليه القبول ولم يعتبر رضاهما، وقال ابو حنيفة يعتبر رضاهما لأنه معاوضة فيعتبر الرضا من المتعاقدين، وقال مالك والشافعي يعتبر رضاه المحتال لأن حقه في ذمة المحيل فلا يجوز نقله إلى غيرها بغير رضاه كما لا يجوز ان يجبره على ان يأخذ بالدين عوضاً، فأما المحال عليه فقال مالك لا يعتبر رضاه إلا ان يكون المحتال عدوه وللشافعي في اعتبار رضاه قولان :

وإن أقام بينة لم تسمع لأنها كذباها بدخولها في التبائع، وإن أقام العبد بينة بحريته قبلت وبطلت الحوالة، وإن صدقها المحتال وادعى أن الحوالة بغير ثمن العبد فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل صحة الحوالة وهما يدعيان بطلانها فكانت جنبته أقوى فإن أقام البينة أن الحوالة كانت بالثمن قبلت لأنها لم يكذبها، وإن اتفق المحيل والمحتال على حرية العبد وكذبها المحال عليه لم يقبل قولها عليه في حرية العبد لأنه إقرار على غيرهما وبطل الحوالة لانفاق الرجوع عليه بالدين والراجع به على استحقاق الرجوع والمحال عليه يعترف للمحتال بدين لا يصدقه فيه فلا يأخذ منه شيئاً، وإن اعترف المحتال والمحال عليه بحرية العبد عتق لاقرار من هو في يده بحريته وبطلت الحوالة بالنسبة إليهما ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل لأن دخوله معه في الحوالة اعتراف ببراءته فلم يكن له الرجوع عليه.

(فصل) وإن اشترى عبداً فأحال المشتري البائع بالثمن على آخر قبضه من المحال عليه ثم رد المشتري العبد بسبب أو مقابلة أو اختلاف في ثمن فقد بريء المحال عليه لأنه قبض منه باذنه ويرجع المشتري على البائع وإن رده قبل القبض فقال القاضي تبطل الحوالة ويعود المشتري إلى ذمة المحال عليه ويبرأ البائع فلا يبقى له دين ولا عليه لأن الحوالة بالثمن وقد سقط بالفسخ فيجب أن تبطل الحوالة لذهاب حقه من المال المحال به . وقال أبو الخطاب لا تبطل الحوالة في أحد الوجهين لأن

(أحدهما) يعتبر وهو يحكى عن الزهري لأنه أحد من تم به الحوالة فأشبه المحيل

(والثاني) لا يعتبر لأنه أقامه في القبض مقام نفسه فلم يقتصر إلى رضی من تليه الحق كالتوكيل

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « إذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع » ولأن المحيل أن يوفي الحق

الذي عليه بنفسه وبوكيله وقد أقام المحال عليه مقام نفسه في التقييض فلزم المحتال القبول كما لو وكل رجلاً

في إيفائه، وفارق ما إذا أراد أن يعطيه عما في ذمته عرضاً لأنه يعطيه غير ماوجب له فلم يلزمه قبوله

وإن لم يكن المحال عليه مليئاً لم يلزمه أن يحتمل لمفهوم الحديث ولأن عليه ضرراً في ذلك فلم يلزمه

كما لو بذل له دون حقه في الصفة

(فصل) فإن شرط المحتال ملاءة المحال عليه فإن معسراً رجع على المحيل وبه قال بعض الشافعية

وقال بعضهم لا يرجع لأن الحوالة لا ترد بالاعسار إذا لم يشترط الملاءة فلا ترد به وإن شرط كما لو شرط

كونه مسلماً ويفارق البيع فإن الفسخ يثبت بالاعسار فيه من غير شرط بخلاف الحوالة

ولنا قول النبي ﷺ « المسلمون على شروطهم » ولأنه شرط ما فيه مصلحة المقدم في عقد معاوضة

فيثبت الفسخ بفواته كما لو شرط صفة في المبيع وقد يثبت بالشرط ما لا يثبت باطلاق المقدم بدليل

اشتراط صفة في المبيع .

﴿ مسألة ﴾ (وإن ظنه مليئاً نبان مفسلاً ولم يكن رضي بالحوالة رجع عليه وإلا فلا ويحتمل أن يرجع)

المشتري عوض البائع عما في ذمته ماله في ذمة المحال عليه ونقل حقه اليه نقلاً صحيحاً وبريء من الثمن وبريء المحال عليه من دين المشتري فلم يبطل ذلك بفسخ العقد الاول كما لو أعطاه بالثمن ثوباً وسلمه اليه ثم فسخ العقد لم يرجع بالثوب كذا ههنا، فان قلنا يبطلان الحوالة رجوع المحيل على المحال عليه بدينه ولم يبق بينها وبين البائع معاملة وإن قلنا لا تبطل رجوع المشتري على البائع بالثمن وبأخذه البائع من المحال عليه فان عاد البائع فأحال المشتري صح بالثمن على من أحاله المشتري عليه صح وبراء البائع وعاد المشتري إلى غريمه، وإن كانت المسئلة بمجالها لكن أحال البائع أجنبياً على المشتري ثم رد البند المبيع في الحوالة وجهان (أحدهما) لا تبطل لان ذمة المشتري، برئت بالحوالة من حق البائع وصار الحق عليه للاجنبي المحتال فأشبه ما لو دفعه المشتري الى المحيل، فعلى هذا يرجع المشتري على البائع بالثمن ويسلم الى المحتال ما أحاله به. والثاني تبطل الحوالة ان كان الرد قبل القبض لسقوط الثمن الذي كانت الحوالة به ولانه لا فائدة في بقاء الحوالة ههنا فيعود البائع بدينه ويرأ المشتري منهما كالمسئلة قبها واذا قلنا لا تبطل فأحال المشتري المحال عليه بالثمن على البائع صح وبراء المشتري منهما

(فصل) اذا كان لرجل على آخر دين فأذن لآخر في قبضه ثم اختلف هو والمأذون له فقال وكنك في قبض ديني بلفظ التوكيل فقال بل أحلتني بلفظ الحوالة أو كانت بالعكس فقال أحلتك

أما إذا لم يرض المحتال بالحوالة ثم بان المحال عليه مقلساً أو ميتاً رجح على المحيل بغير خلاف، ولا يلزمه الاحتيا على غير الملية لما عليه فيه من الضرر وإنما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقبول الحوالة على الملية، وان كان رضي بالحوالة لم يرجح لانه رضي بدون حقه ويحتمل أن يرجح لان الفلاس عيب في الذمة فاشبهه ما لو اشترى شيئاً يظنه سليماً فبان معيباً.

﴿مسئلة﴾ (وإذا أحال المشتري البائع بالثمن أو أحال البائع عليه به فيان البيع باطلا فالحوالة باطلة) مثل أن يشتري عبداً فيحيل المشتري البائع بالثمن ثم يظهر العبد حراً أو مستحقاً فالبيع باطل والحوالة باطلة لانا تبيننا أن لا ثمن على المشتري وكذلك ان أحال البائع على المشتري أجنبياً بالثمن متى بطل البيع بطلت الحوالة لذلك والحرية إنما ثبتت بينة أو اتفاقهم فان اتفق المحيل والمحال عليه على حرية وكذبهما المحتال ولا يثبت بذلك لم يقبل قولها عليه لانها يبطلان حقه فاشبه ما لو باع المشتري العبد ثم اعترف هو وبائمه أنه كان حراً لم يقبل قولها على المشتري الثاني وان أقام بينه لم تسمع لانها كذباها بدخولها في التبايع، وان أقام العبد بينة بحريته قبلت وبطلت الحوالة وإن صدقتهما المحتال وادعى أن الحوالة بغير ثمن العبد فالقول قوله مع يمينه لان الاصل صحة الحوالة وهما يدعيان بطلانها فكان جنبته أقوى فان أقام البينة أن الحوالة كانت بالثمن قبلت لانها لم يكذباها، وإن اتفق المحيل والمحتال على حرية العبد وكذبهما المحال عليه لم يقبل قولها عليه في حرية العبد لانه لإقراره على غيرها وبطل

بدينك قال بل وكنتي فالقول قول مدعي الوكالة منهما مع يمينه لانه يدعي بقاء الحق على ما كان ويشكر انتقاله والاصل معه، فان كان لاحدهما بينة حكم بها لان اختلافهما في اللفظ وهو مما يمكن إقامة البينة عليه، وان اتفقا على أنه قال أحلتك بالمال الذي لي قبل زيد ثم اختلفا فقال المحيل أما وكنتك في القبض لي وقال الاخر بل أحلتني بديني عليك فالقول قول مدعي الحوالة في أحد الوجهين لان الظاهر معه فان اللفظ حقيقة في الحوالة دون الوكالة فيجب حمل اللفظ على ظاهره، كما لو اختلفا في دار في يد أحدهما (والثاني) القول قول المحيل لان الاصل بقاء حق المحيل على المحال عليه والمحتمل يدعي نقله والمحيل ينكره والقول قول المنكر، فعلى الوجه الاول يحلف المحتمل ويثبت حقه في ذمة المحال عليه ويستحق مطالبته ويسقط عن المحيل، وعلى الوجه الثاني يحلف المحيل ويبقى حقه في ذمة المحال عليه. وعلى كلا الوجهين ان كان المحتمل قد قبض الحق من المحال عليه وتلف في يده فقد برىء كل واحد منهما من صاحبه ولا ضمان عليه سواء تلف بتفريطه أو غيره لانه ان تلف بتفريط وكان المحتمل محققا فقد أتلف ماله وان كان مبطلا ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر مثل ما في ذمته له فيتقاضى ويسقطان، وان تلف بغير تفريط فالمحال قد قبض حقه وتلف في يده وبرىء منه المحيل بالحوالة والمحال عليه ينسلمه والمحيل يقول قد تلف المال في يد وكلي بغير تفريط فلا ضمان عليه وان لم يتلف احتمل أن لا يملك المحيل طلبه لانه معترف أن له عليه من الدين مثل ما له في يده وهو مستحق

الحوالة لاتفاق الرجوع عليه بالدين والراجح به على استحقاق الرجوع والمحال عليه يعترف للمحتمل بدين لا يصدق فيه فلا يأخذ منه شيئاً، وان اعترف المحتمل والمحال عليه بجرية العبد عتق لاقرار من هو في يده بجريته وبطات الحوالة بالنسبة اليها ولم يكن للمحتمل الرجوع على المحيل لان دخوله معه في الحوالة اعتراف ببراءته فلم يكن له الرجوع عليه

(مسئلة) (فان فسخ العقد بعيب أو إقالة لم تبطل الحوالة)

يعني إذا فسخ العقد بعيب أو إقالة بعد القبض فيها إذا أحال المشتري البائع بالثمن فقد برىء المحال عليه لانه قبض منه باذنه ويرجع المشتري على البائع فان كان ذلك قبل القبض فقال القاضي تبطل الحوالة ويعود المشتري إلى ذمة المحال عليه ويرأ البائع فلا يبقى له دين ولا عليه لان الحوالة بالثمن وقد سقط بالفسخ، ويجب أن تبطل الحوالة لذهاب حقه من المال المحال به، وقال أبو الخطاب لا تبطل في أحد الوجهين لان المشتري عوض البائع عما في ذمته ماله في ذمة المحال عليه ونقل حقه اليه نقلاً صحيحاً وبريء من الثمن وبريء المحال عليه من دين المشتري فلم يبطل ذلك بفسخ العقد الاول كما لو أعطاه بالثمن ثوباً وسلمه اليه ثم فسخ العقد لم يرجع بالثوب كذا ههنا، فان قلنا يبطلان الحوالة الرجوع المحيل على المحال عليه بدينه ولم يبق بينهما وبين البائع معاملة وان قلنا لا تبطل رجوع المشتري على البائع بالثمن ويأخذ البائع من المحال عليه وان كانت المسئلة مجاهلاً لكن أحال البائع أجنياً بالثمن على المشتري ثم رد العبد المبيع في الحوالة وجهان :

لقبضه فلا فائدة في أن يقبضه منه ثم يسلمه اليه ويحتمل أن يملك أخذه منه ويملك المحتال مطالبته بدينه وقيل يملك المحيل أخذه منه ولا يملك المحتال المطالبة بدينه لاعترافه براءة المحيل منه بالحوالة وليس بصحيح لان المحتال ان اعترف بذلك فهو يدعي أنه قبض هذا المال منه بغير حق وانه يستحق المطالبة به فعلى كلا الحالين هو مستحق للمطالبة بمثل هذا المال المقبوض منه في قولهما جميعا فلا وجه لاسقاطه ولا موضع للبينة في هذه المسئلة لأنهما لا يختلفان في لفظ بسمع ولا فعل يرى وإنما يدعي المحيل بينة وهذا لا نشهد به البينة نفيًا ولا اثباتًا

(فصل) وان كانت المسئلة بالعكس فقال أحلتك بدينك فقال بل وكنتي ففيها الوجهان أيضا لما قدمناه فان قلنا القول قول المحيل فحلف بريء من حق المحتال وللمحتال قبض المال من المحال عليه لنفسه لانه يجوز له ذلك بقولهما معاً فاذا قبضه كان له بحقه ، وإن قلنا القول قول المحتال فحلف كان له مطالبة المحيل بحقه ومطالبة المحتال عليه لانه اما وكيل واما محتال فان قبض منه قبل أخذه من المحيل فله أخذ ما قبض لنفسه لان المحيل يقول هو لك والمحتال يقول هو امانة في يدي ولي مثله على صاحبه وقد أذن له في أخذه ضمنا فاذا أخذه لنفسه حصل غرضه ولم يأخذ من المحيل شيئاً وان استوفى من المحيل رجح على المحال عليه في أحد الوجهين لانه قد ثبتت الوكالة يمين المحتال وبقي الحق في ذمة المحال عليه للمحيل والثاني لا يرجع عليه لانه يعترف أنه قد بريء

(أحدهما) لا تبطل لان ذمة المشتري برئت بالحوالة من حق البائع وصار الحق عليه للمحتال فأشبهه ما لو دفعه المشتري إلى المحيل فعلى هذا يرجع المشتري على البائع بالثمن ويسلم للمحتال ما أحاله به (والثاني) تبطل الحوالة ان كان الرد قبل القبض لسقوط الثمن الذي كانت الحوالة به ولا فائدة في بقاء الحوالة فيعود البائع بدينه ويبرأ المشتري منهما كالمسئلة قبلها

(مسئلة) (وللبائع أن يحيل المشتري على من أحاله المشتري عليه في الصورة الاولى وللمشتري أن يحيل المحتال عليه على البائع في الثانية) إذا قلنا إن الحوالة لا تبطل ويحتمل أن تبطل إذا لم يكن قبضها وقد ذكرناه

(فصل) اذا أحال رجلا على زيد بألف فاحاله زيد بها على عمرو فالحوالة صحيحة لان حق الثاني ثابت مستقر في الذمة فصح أن يحيل به كالأول وهكذا لو أحال الرجل عمراً على زيد بما يثبت له في ذمته صح أيضاً لما ذكرنا وتكرر المحتال والمحيل لا يضر

(مسئلة) (واذا قال احلتك قال بل وكنتي أو قال وكلتك قال بل أحلتني فالقول قول مدعي الوكالة)

إذا كان لرجل دين على آخر فاذن لرجل في قبضه ثم اختلفا فقال احلتك بدينك قال بل وكنتي ودينى باقى في ذمتك أو قال وكلتك في قبض دينى بلفظ التوكيل قال بل أحلتني (المغني والشرح الكبير) (٩) (الجزء الخامس)

من حقه وإنما المحتال ظلمه بأخذ ما كان عليه قال القاضي والاول أصح وإن كان قد قبض الحوالة فتلفت في يده بتفريط أو اتلفها سقط حقه على الوجهين لانه ان كان محققا فقد أتلف حقه وان كان مبطلا فقد أتلف مثل دينه فيثبت في ذمته ويتقاصن، وان تلفت بغير تفريطه فعلى الوجه الاول يسقط حقه أيضا لان ماله تلف تحت يده وعلى الثاني له أن يرجع على المحيل بحقه وليس للمحيل الرجوع على المحتال عليه لانه يعترف ببراءته

(فصل) وان اتفقا على أن المحيل قال أحلتك بدينك ثم اختلفا فقال احدهما هي حوالة بلفظها وقال الاخر بل هي وكالة بافظ الحوالة فالقول قول مدعي الحوالة وجهها واحدا لان الحوالة بدينه لا تختمل الوكالة فلم يقبل قول مدعيها وسواء اعترف المحيل بدين المحتال أو قال لا دين لك علي لان قوله أحلتك بدينك اعتراف بدينه فلا يقبل حججه له بعد ذلك فاما ان لم يقل بدينك بل قال أحلتك ثم قال ليس لك علي دين وإنما عنيت التوكيل بلفظ الحوالة أو قال أردت أن أقول وكنتك فسبق لساني فقلت أحلتك وادعى المحتال أنها حوالة بدينه وأن دينه كان ثابتاً على المحيل ، فهل ذلك اعتراف بالدين أولاً؟ فيه وجهان سبق توجبهما

بلفظ الحوالة فالقول قول مدعي الوكالة مع يمينه لأنه يدعي بقاء الحق على ما كان وينكر اتفقاله والاصل معه فان كان لاحدهما بينة حكم بها لان اختلافهما في اللفظ وهو مما يمكن اقامة البينة عليه (مسئلة) واذا انفقا على أنه قال أحلتك بالمال الذي قبل زيد ثم اختلفا فقال المحيل إنما وكنتك في القبض لي وقال الآخر بل احلتي بديني عليك فالقول قول مدعي الحوالة في أحد الوجهين (لان الظاهر معه فان اللفظ حقيقة في الحوالة دون الوكالة فيجب حمل اللفظ على ظاهره كما لو اختلفا في دار في يد أحدهما (والثاني) القول قول المحيل لان الاصل بقاء حق المحيل على المحتال عليه والمحتال يدعي نقله والمحيل ينكره والقول قول المنكر . فعلى الوجه الاول يحلف المحتال ويثبت حقه في ذمة المحتال عليه ويستحق مطالبته ويسقط عن المحيل ، وعلى الوجه الثاني يحلف المحيل ويبقى حقه في ذمة المحتال عليه ، وعلى كلا الوجهين ان كان المحتال قد قبض من المحتال عليه وتلف في يده فقد بريء كل واحد منهما من صاحبه ولا ضمان عليه سواء تلف بتفريط أو غيره لانه ان تلف بتفريط وكان المحتال محققا فقد أتلف ماله وان كان مبطلا ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر ما في ذمته له فيتقاصن ويسقطان وان تلف بغير تفريط فالمحتال يقول قد قبضت حقي وتلف في يدي وبريء منه المحيل بالحوالة والمحال عليه بتسليمه والمحيل يقول قد تلف المال في يد وكيلي بغير تفريط فلا ضمان عليه وان لم يتلف احتمل ان لا يملك المحيل طلبه لانه معترف ان له عليه من الدين مثل ماله في يده وهو مستحق لقبضه فلا فائدة في أن يقبضه منه ثم يسلمه اليه ويحتمل أن يملك أخذه منه ويملك المحتال مطالبته بدينه وقيل يملك المحيل اخذه منه ولا يملك المحتال

(فصل) وإذا كان لرجل دين على آخر فطالبه به فقال قد أحلت به علي فلاناً الغائب وأنكر صاحب الدين فالقول قوله مع يمينه وإن كان لمن عليه الدين بينة بدعواه سمعت بينته لاسقاط حق المحيل عليه ، وإن ادعى رجل أن فلاناً الغائب أحالني عليك فأنكر المدعى عليه فالقول قوله فإن أقام المدعى بينة ثبتت في حقه وحق الغائب لأن البينة يقضى بها على الغائب ولزم الدفع إلى المحتال وإن لم يكن له بينة فأنكر المدعى عليه فهل تلزمه اليمين ؟ فيه وجهان بناء على ما لو اعترف له هل يلزمه الدفع ؟ على وجهين (أحدهما) يلزمه الدفع إليه لأنه مقر بدينه عليه ووجوب دفعه إليه فلزمه الدفع إليه كما لو كانت بينة والثاني لا يلزمه الدفع إليه لأنه لا يأمن من انكار المحيل ورجوعه عليه فكان له الاحتياط لنفسه كما لو ادعى عليه أي وكيل فلان في قبض دينه منك فصدقه وقال لا أدفعه إليك فإذا قلنا يلزمه الدفع مع الاقرار لزمه اليمين مع الانكار فإذا حلف بريء ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل لاعترافه ببراءته . وكذلك إن قلنا لا تلزمه اليمين فليس للمحتال الرجوع على المحيل ثم ينظر في المحيل

المطالبة بدينه لاعترافه ببراءة المحيل منه بالحوالة وليس بصحيح لأن المحتال ان اعترف بذلك فهو يدعي أنه قبض هذا المال منه بغير حق وأنه لا يستحق المطالبة به فعلى كلا الحالين هو مستحق للمطالبة بمثل هذا المال المقبوض منه في قولهما جميعاً فلا وجه لاسقاطه ولا موضع للبينة في هذه المسألة لانهما لا يختلفان في لفظ يسمع ولا فعل يرى وإنما يدعي المحيل نيته وهذا لا تشهد به البينة نفياً ولا اثباتاً .

(فصل) فإن قال احلتك بدينك قال بل وكلتني ففيهما وجهان ايضاً لما قدمنا فان قلنا القول قول المحيل فحلف بريء من حق المحتال وللمحتال قبض المال من المحتال عليه لنفسه لأنه يجوز ذلك بقولها مما فإذا قبضه كان له بحقه ، وان قلنا القول قول المحتال فحلف كان له مطالبة المحيل بحقه ومطالبة المحتال عليه لأنه إما وكيل او محتال ، فان قبض منه قبل أخذه من المحيل فله اخذ ما قبض لنفسه لأنه يجوز ذلك لان المحيل يقول هو لك والمحتال يقول هو امانة في يدي ولي مثله على صاحبه وقد أذن له في أخذه ضمناً فإذا أخذه لنفسه حصل غرضه ولم يأخذ من المحيل شيئاً ، وان استوفى من المحيل ، دون المحتال عليه رجع المحيل على المحتال عليه في أحد الوجهين لان الوكالة قد ثبتت يمين المحتال وبقي في ذمة المحتال عليه للمحيل (والثاني) لا يرجع عليه لأنه يعترف أنه قد بريء من حقه وإنما المحيل ظلمه باخذ ما كان عليه ، قال النفاضي والاول أصح وان كان قد أخذ الحوالة قتلقت في يده بفريط أو اتلفها سقط حقه وجهاً واحداً لأنه ان كان محققاً فقد أتلف حقه وان كان مبطلاً فقد أبطل مثل دينه فثبتت في ذمته فيتقاصان وان تلف بغير تهريطه فعلى الوجه الاول يسقط حقه أيضاً لان ماله تلف تحت يده وعلى الثاني له ان يرجع على المحيل بحقه وليس للمحيل الرجوع على المحتال عليه لأنه يقر ببراءته

فان صدق المدعي في أنه احاله ثبتت الحوالة له لان رضى المحال عليه لا يعتبر، وإن أنكر الحوالة حلف وسقط حكم الحوالة، وان نكل المحال عليه عن اليمين ففضى عليه بالنكول واستوفى الحق منه ثم ان المحيل صدق المدعي فلا كلام وان أنكر الحوالة فالقول قوله وله ان يستوفي من المحال عليه لانه معترف له بالحق وبدعي ان المحتال ظلمه ويبقى دين المحتال على المحيل، وإن كان المحيل ينكر ان له عليه ديناً فالقول قوله بغير يمين لان المحتال يقر ببراءته منه لاستيفائه من المحال عليه، وان كان المحيل يعترف به لم يكن للمحتال المطالبة به لانه يقر بأنه قد بريء منه بالحوالة والمحيل يصدق المحال عليه

﴿ مسألة ﴾ (وان قال احدثك بدينك فالقول قول مدعي الحوالة وجها واحداً)

اذا اتفقا على انه قال احدثك بدينك ثم اختلفا فالقول قول مدعي الحوالة وجها واحدا لان الحوالة بدينه لا تحتمل الوكالة فلم يقبل قول مدعيها وسواء اعترف المحيل بدين المحتال أو قال لادين لك علي لان قوله احدثك بدينك اعتراف بدينه فلا يقبل جرده بعد ذلك فاما ان لم يقل بدينك بل قال احدثك ثم قال ليس لك علي دين وانما أردت التوكيل بلفظ الحوالة أو قال أردت أن أقول وكنتك فسبق لساني فقلت احدثك وادعى المحتال انه حوالة بدينه وان دینه كان تاباعلى المحيل فهل هو اعتراف بالدين أولا ؟ فيه وجهان سبق توجيهها

(فصل) وان كان لرجل دين على آخر فطالبه به فقال قد احدث به علي فلانا الغائب وانكر صاحب الدين فالقول قوله مع يمينه فان كان لمن عليه الدين بينة بدعواه سمعت بينته لاسقاط حق المحيل عليه، وان ادعى رجل ان فلانا الغائب احدثني عليك فانكر المدعي عليه فالقول قوله فان اقام المدعي بينة ثبتت في حقه وحق الغائب لان البينة يقضى بها على الغائب ولزم الدفع الى المحتال، وان لم يكن له بينة فانكر المدعي عليه فهل يلزمه اليمين؟ فيه وجهان بناء على ما لو اعترف له هل يلزمه الدفع على وجهين (أحدهما) يلزمه الدفع اليه لانه مقر بدينه عليه ووجوب دفعه اليه فلزمه الدفع اليه كما لو كانت به بينة (والثاني) لا يلزمه الدفع اليه لانه لا يأمن انكار المحيل ورجوعه عليه فكان له الاحتياط لنفسه كما لو ادعى أبي وكيل فلان في قبض دينه منك فصدقه وقال لا أدفعه اليك فاذا قلنا يلزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار فاذا حلف برى، ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل لاعترافه ببراءته وكذلك ان قلنا لا يلزمه اليمين فليس للمحتال الرجوع على المخيل، ثم ينظر في المحيل فان صدق المدعي في انه احاله ثبتت الحوالة لان رضا المحال عليه لا يعتبر وان أنكر الحوالة حلف وسقط حكم الحوالة فان نكل المحال عليه عن اليمين ففضى عليه بالنكول واستوفى الحق منه ثم ان المحيل صدق المدعي فلا كلام وان أنكر الحوالة فالقول قوله وله ان يستوفي من المحال عليه لانه معترف له بالحق وبدعي ان المحتال ظلمه ويبقى دين المحتال على المحيل فان أنكر المحيل ان له عليه ديناً فالقول قوله بغير يمين لان المحتال يقر ببراءته منه لاستيفائه من المحال عليه وان كان المحيل

في كون المحتال قد ظلمه واستوفى منه بغير حق والمحتال يزعم ان المحيل قد اخذ منه ايضاً بغير حق وانه يجب عليه ان يرد ما اخذه منه اليه فينبغي ان يقبضها المحتال ويسلمها الى المحال عليه او يأذن للمحيل في دفعها الى المحال عليه، وان صدق المحال عليه المحتال في الحوالة ودفع اليه فأنكر المحيل الحوالة حلف ورجع على المحال عليه والحكم في الرجوع بما على المحيل من الدين على ما ذكرنا في التي قبلها (فصل) فان كان عليه الف ضمنه رجل فأحال الضامن صاحب الدين به برئت ذمته وذمة المضمون عنه لأن الحوالة كالتسليم ويكون الحكم هنا كالحكم فيما او قضى عنه الدين، فان كان الالف على رجلين على كل واحد منهما خمسمائة وكل واحد كفيل عن الآخر بذلك فأحاله أحدهما بالالف برئت ذمتهما معاً كما لو قضاها وان أحال صاحب الالف رجلاً على أحدهما بينه بالالف صحت الحوالة لان الدين على كل واحد منهما مستقر، وإن أحال عليها جميعاً ليستوفي منهما أو من أيهما شاء صحت الحوالة أيضاً عند القاضي لانه لا فضل هنا في نوع ولا أجل ولا عدد وانما هو زيادة استيثاق فلم يمنع ذلك صحة الحوالة كحوالة المعسر على الملي، وقال بعض أصحاب الشافعي لا تصح الحوالة لان الفضل قد دخلها فان المحتال ارتفق بالتخيير بالاستيفاء منهما أو من أيهما شاء فأشبهه مالهو أحاله على رجلين له على كل واحد منهما الف ليستوفي من أيهما شاء والاول أصح، والفرق

يعترف به لم يكن للمحتال المطالبة به لانه يقر أنه قد برىء منه بالحوالة والمحيل يصدق المحال عليه في كون المحتال قد ظلمه واستوفى منه بغير حق والمحتال يزعم ان المحيل قد أخذ منه ايضاً بغير حق وانه يجب عليه ان يرد ما أخذه منه اليه فينبغي ان يقبضها المحتال ويسلمها الى المحال عليه أو يأذن للمحيل في دفعها الى المحال عليه وإن صدق المحال عليه المحتال في الحوالة ودفع اليه فأنكر المحيل الحوالة حلف ورجع على المحال عليه، والحكم في الرجوع بما على المحيل من الدين على ما ذكرنا في التي قبلها

(فصل) فان كان عليه الف ضمنه رجل فأحال الضامن صاحب الدين به برئت ذمته وذمة المضمون عنه لان الحوالة كالتسليم ويكون الحكم هنا كالحكم فيما لو قضى عنه الدين على ما ذكرنا فان كان الالف على رجلين على كل واحد منهما خمسمائة وكل واحد كفيل عن الآخر بذلك فأحاله أحدهما بالالف برئت ذمتهما معاً كما لو قضاها وان أحال صاحب الالف رجلاً على أحدهما بينه بالالف صحت الحوالة لان الدين على كل واحد منهما مستقر، وان أحال عليها جميعاً ليستوفي منهما أو من أيهما شاء صحت الحوالة ايضاً عند القاضي لانه لا فضل هنا في نوع ولا أجل ولا عدد وانما هو زيادة استيثاق فلم يمنع ذلك صحة الحوالة كحوالة المعسر على الملي، وقال بعض الشافعية لا تصح الحوالة لان الفضل قد دخلها فان المحتال ارتفق بالتخيير بالاستيفاء من أيهما شاء فأشبهه مالهو أحاله على رجلين له على كل واحد منهما الف ليستوفي من أيهما شاء والاول أصح، والفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا

بين هذه المسئلة وبين ما اذا أحاله بالفين انه لا فضل بينهما في العدد ههنا وتم تفاضلا فيه ولان الحوالة ههنا بألف معين وتم الحوالة بأحدهما من غير تعيين وانه اذا قضاه أحدهما الالف فقد قضى جميع الدين وتم اذا قضى أحدهما بقي ما على الآخر، ولو لم يكن كل واحد من الرجلين ضامناً عن صاحبه فأحال عليهما صحت الحوالة بغير اشكال لانه لما كان له ان يستوفي الالف من واحد كان له ان يستوفي من اثنين كالوكيلين

باب الضمان

﴿مسئلة﴾ ومن ضمن عنه حق بعد وجوبه أو قال ما أعطيته فهو علي فقد لزمه ما صح أنه أعطاه

الضمان ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتهما جميعاً ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما، واشتقاقه من الضم وقال القاضي هو مشتق من التضمين لان ذمة الضامن تتضمن الحق، والاصل في جوازه الكتاب والسنة والاجماع، اما الكتاب فقول الله تعالى (ولن جاء به حمل بعير وانا به زعيم) وقال ابن عباس الزعيم الكفيل : واما السنة فخاروي عن النبي ﷺ انه

أحاله بالفين انه لا فضل بينهما في العدد ههنا وتم تفاضلا ولان الحوالة ههنا بألف معين وتم الحوالة بأحدهما من غير تعيين وانه اذا قضاه أحدهما الالف فقد قضاه جميع الدين وتم اذا قضى أحدهما بقي ما على الآخر ولو لم يكن كل واحد من الرجلين ضامناً عن صاحبه فأحال عليهما صحت الحوالة بغير إشكال لانه لما كان له ان يستوفي الالف من واحد كان له ان يستوفي من اثنين كالوكيلين

باب الضمان

وهو ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتهما جميعاً ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما، واشتقاقه من الضم وقيل من التضمين لان ذمة الضامن تتضمن الحق، والاصل في جوازه الكتاب والسنة والاجماع . اما الكتاب فقوله تعالى (ولن جاء به حمل بعير وانا به زعيم) والزعيم الكفيل قاله ابن عباس . واما السنة فما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « الزعيم غارم » رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن، واجمع المسلمون على الضمان في الجملة واختلفوا في فروع تذكر ان شاء الله تعالى، يقال ضمين وكفيل وقيل وحميل وزعيم بمعنى واحد ولا بد في الضمان من ضامن ومضمون عنه ومضمون له .

(مسئلة) (ولصاحب لحق مطالبة من شاء منها في الحياة والموت)

وجملة ذلك أن المضمون عنه لا يبرأ بنفس الضمان كما يبرأ الحميل بنفس الحوالة قبل القبض بل يثبت

قال (الزعيم غارم) رواه ابو داود والترمذى وقال حديث حسن ، وروى البخارى عن سلمة ابن الاكوع ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي برجل يصلي عليه فقال « هل عليه دين؟ » قالوا نعم ديناران « قال « هل ترك لهما وفاء » قالوا : لا ، فتأخر ، فقيل لم لا تصل عليه فقال « ماتنمه صلاتى وذمته مرهونة إلا إن قام أحدكم فضمنه » فقام أبو قتادة فقال هما علي يارسول الله ، فصلى عليه النبي صلى الله عليه وسلم وأجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة وإنما اختلفوا في فروع نذكرها إن شاء الله تعالى. إذا ثبت هذا فإنه يقال ضمين وكفيل وقبيل وحميل وزعيم وصبير بمعنى واحد، ولا بد في الضمان من ضامن ومضمون عنه ومضمون له ولا بد من رضی الضامن فان أكره على الضمان لم يصح ولا يعتبر رضا المضمون عنه لانعلم فيه خلافاً لانه لو قضى الدين عنه بغير اذنه ورضاه صح فكذلك إذا ضمن عنه ولا يعتبر رضی المضمون له ، وقال أبو حنيفة ومحمد يعتبر لانه إثبات مال لا دمي فلم يثبت إلا برضاه أو رضا من ينوب عنه كالبيع والشراء . وعن أصحاب الشافعي كالمذهبيين

ولنا أن أبا قتادة ضمن من غير رضی المضمون له ولا المضمون عنه فأجازته النبي صلى الله عليه وسلم وكذلك روي عن علي رضي الله عنه : ولانها وثيقة لا يعتبر فيها قبض فأشبهت الشهادة ولانه ضمان دين فأشبه ضمان بعض الورثة دين الميت للغائب وقد سلموه .

(فصل) ولا يعتبر أن يعرفهما الضامن ، وقال القاضي يعتبر معرفتهما ليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف اليه أولاً ويعرف المضمون له فيؤدي اليه

الحق في ذمة الضامن مع بقاءه في ذمة المضمون عنه فعلى هذا لصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة وبعد الموت ، وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد وحكي عن مالك في احدى الروايتين عنه أنه لا يطالب الضامن الا اذا تعذر مطالبة المضمون عنه ولانه وثيقة فلا يستوفى الحق منها الا مع تعذر استيفائه من الاصل كالرهن

ولنا قوله عليه السلام « الزعيم غارم » ولان الحق ثابت في ذمة الضامن فملك مطالبته كالأصل ولان الحق ثابت في ذمتها فملك مطالبة من شاء منهما كالضامنين إذا تعذرت مطالبة المضمون عنه ولا يشبه الرهن لانه مال من عليه الحق وليس بدين ذمة يطالب إنما يطالب من عليه الدين ليقضي منه أو من غيره، وقال أبو ثور الكفالة والحوالة سواء وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه والحيل وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود، وعن أحمد رواية أن الميت يبرأ بمجرد الضمان نص عليه في رواية يوسف بن موسى واحتجوا بما روى أبو سعيد الخدري قال كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في جنازة فلما وضعت قال « هل على صاحبكما من دين؟ » قالوا نعم درهمان فقال « صلوا على صاحبكم » فقال علي هما علي يارسول الله وأنا لهما ضامن فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى عليه ثم أقبل على علي فقال « جزاك الله عن الاسلام خيراً أو فك رهانك كما فككت رهان أخيك » فقيل يارسول

وذكر وجهاً آخر انه تعتبر معرفة المضمون له لذلك ولا تعتبر معرفة المضمون عنه لانه لا معاملة بينه وبينه ، ولاصحاب الشافعي ثلاثة أوجه نحو هذه ، ولنا حديث علي وأبي قتادة فانها ضمنا لمن لم يعرفاه عن لم يعرفاه ولانه تبرع بالتزام مال فلم يعتبر معرفة من يتبرع له به كالتذر (فصل) وقد دلت مسألة الحرقي على أحكام (منها) صحة ضمان المجهول لقوله ما أعطيته فهو علي، وهذا مجهول فتى قال أنا ضامن لك مالك علي فلان أو ما يقضى به عليه أو ما تقوم به البينة أو ما يقرب به لك أو ما يخرج في روز ما نخرجك صح الضمان . وهذا قال أبو حنيفة ومالك وقال الثوري والليث وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنذر : لا يصح لانه التزام مال فلم يصح مجهولا كالتن في المبيع .

ولنا قول الله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم) وحمل البعير غير معلوم لأن حمل البعير يختلف باختلافه ، وعموم قوله عليه السلام «الزعم غارم» ولانه التزام حق في الذمة من غير معاوضة فصح في المجهول كالتذرو الاقرار ولانه يصح تعليقه بضرر وخطر وهو ضمان العهدة ، واذا قال ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه أو قال ادفع ثيابك إلى هذا الرفاء وعلي ضمانها فصح المجهول كالتعق والطلاق (ومنها) صحة ضمان ما لم يجب فان معنى قوله ما أعطيته أي ما عطيته في المستقبل بدليل أنه عطفه على من ضمن عنه حق بمدوجو به عليه فيدل على أنه غيره ولو كان ما أعطيته في الماضي كان معنى المستثنين سواء أو لإحداهما داخلة في الاخرى .

الله هذا لعلي خاصة أم للناس عامة ؟ فقال «بل للناس عامة» رواه الدارقطني فدل على أن المضمون عنه بريء بالضامن ولذلك صلى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وروى الامام أحمد في المسند عن جابر قال توفي صاحب لنا فأتينا به النبي صلى الله عليه وسلم ليصلي عليه فخطا خطوة ثم قال «أعليه دين؟» قلنا ديناران فانصرف، فتحملهما أبو قتادة فقال الديناران علي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «وجب حق الغريم وبريء الميت منهما؟» قال نعم فصلى عليه ثم قال بعد ذلك «ما فعل الديناران؟» قال إنما مات أمس قال فعاد اليه من الغد فقال قد قضيتهما، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الآن بردت جلده» وهذا صريح في براءة المضمون عنه لقوله «وبريء الميت منهما؟» ولانه دين واحد فاذا صار في ذمة نائبة برئت الاولى منه كالحال به لان الدين الواحد لا يحل في محلين

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه» وقوله في خبر أبي قتادة «الآن بردت جلده» حين أخبره أنه قضى دينه ولانها وثيقة فلا تنقل الحق كالشهادة، فأما صلاة النبي صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه فلانه بالضمان صار له وفاء وانما كان عليه الصلاة والسلام يمتنع من الصلاة على مدين لم يخلف وفاء ، وأما قوله لعلي «فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك» فانه كان بحال لا يصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم فلما ضمنه فكك من ذلك أو ما في معناه، وقوله «بريء الميت منهما؟» أي صرت أنت المطالب بهما وهذا على وجه التأكيد لثبوت الحق في ذمته ووجوب الاداء عنه بدليل قوله حين أخبره بالقضاء «الآن بردت عليه جلده» وفارق الضمان الحوالة

والخلاف في هذه المسئلة ودليل القولين كالتى قبلها إلا أنهم قالوا الضمان ضم ذمة إلى ذمة في التزام الدين فاذا لم يكن على المضمون عنه شيء فلا ضم فيه فلا يكون ضماناً قلنا قد ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه في أنه يلزمه ما يلزمه وان ما ثبت في ذمة مضمونه ثبت في ذمته ، وهذا كاف . وقد سلموا ضمان ما يلقيه في البحر قبل وجوبه بقوله ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه ، وسلم أصحاب الشافعي في أحد الوجهين ضمان الجعل في الجمالة قبل العمل وما وجب شيء بعد

ومنها أن الضمان إذا صح لزم الضامن أداء ما ضمنه وكان للمضمون له مطالبة ، ولا نعلم في هذا خلافاً وهو فائدة الضمان . وقد دل قول النبي صلى الله عليه وسلم «الزعيم غارم» واشتقاق اللفظ (ومنها) صحة الضمان عن كل من وجب عليه حق حياً كان أو ميتاً مليئاً أو مفلساً لعموم لفظه فيه ، وهذا قول أكثر أهل العلم . وقال أبو حنيفة لا يصح ضمان دين الميت إلا أن يخلف وفاء فان خلف بمض الوفاء صح ضمانه بقدر ما خلف لانه دين ساقط فلم يصح ضمانه كما لو سقط بالابراء ولان ذمته قد خربت خراباً لا تعمر بعده فلم يبق فيها دين والضمان ضم ذمة إلى ذمة في التزامه .

ولنا حديث أبي قتادة وعلي فانها ضمنا دين ميت لم يخلف وفاء والنبي صلى الله عليه وسلم حضهم على ضمانه في حديث أبي قتادة بقوله « ألا قام أحدكم فضمنه ؟ » وهذا صريح في المسئلة ولانه دين ثابت

فان الضمان مشتق من الضم بين الذمتين في تعلق الحق بهما وثبونه فيهما والحوالة من التحول فيقتضي تحول الحق عن محلّه إلى ذمة المحال عليه وقولهم إن الدين الواحد لا يحل لمحلين قلنا يجوز تعلقه بمحلين على سبيل الاستيثاق كتعلق دين الرهن به وبذمة الراهن كذلك هذا

(مسئلة) (فان برئت ذمة المضمون عنه برىء الضامن)

متى برئت ذمة المضمون بقضاء أو إبراء برئت ذمة الضامن لانعلم فيه خلافاً لانه يبيع ولانه وثيقة

فاذا برىء الاصل زالت الوثيقة كالرهن

(مسئلة) (وان برىء الضامن أو أقر ببراءته لم يبرأ المضمون عنه لانه أصل فلا يبرأ بإبراء التبع ولانه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها فلم تبرأ ذمة الاصل كالرهن اذا انسخ من غير استيفاء وأيهما قضى الحق برئاً جميعاً من المضمون له لانه حق واحد فاذا استوفى مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفى الحق الذى به رهن ، وان أحال أحدهما الغريم برئاً جميعاً لان الحوالة كالقضاء

(فصل) ويجوز ان يضمن الحق عن الرجل الواحد اثنان او اكثر سواء ضمن كل واحد جميعه أو جزأ منه فان ضمن كل واحد منهم جميعه برىء كل واحد منهم بأداء أحدهم وان أبرأ المضمون عنه برىء الجميع لانهم فروع له وان أبرأ أحد الضامنين برىء وحده لانهم غير فروع له فلم يبرؤا ببراءته كالضمون عنه وان ضمن أحدهم صاحبه لم يجوز ان الحق ثبت في ذمته بضمانه الاصلى فلا يجوز أن يثبت ثانياً ولانه أصل فيه بالضمان فلا يجوز ان يصير فيه فرعاً، ولو تكفل بالرجل الواحد اثنان جاز ويجوز أن يكفل كل واحد

فصح ضمانه كما لو خلف وفاء ، ودليل ثبوته أنه لو تبرع رجل بقضاء دينه جاز لصاحب الدين اقتضائه ولو ضمنه حياً ثم مات لم تبرأ ذمة الضامن ولو برئت ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن . وفي هذا انفصال عما ذكره (ومنها) صحة الضمان في كل حق أعني من الحقوق المالية الواجبة أو التي تؤول إلى الوجوب كضمن المبيع في مدة الخيار وبعده والأجرة والمهر قبل الدخول أو بعده لان هذه الحقوق لازمة وجواز سقوطها لا يمنع ضمانها كالضمن في المبيع بعد انقضاء الخيار يجوز ان يسقط برد بيب او مقابلة وبهذا كله قال الشافعي

(فصل) فيما يصح ضمانه، يصح ضمان الحمل في الجملة وفي المسابقة والمناضلة ، وقال اصحاب الشافعي في احد الوجهين لا يصح ضمانه لانه لا يؤول إلى اللزوم فلم يصح ضمانه كمال الكتابة ولنا قول الله تعالى (ولن جاء به حمل بهير وانا به زعيم) ولانه يؤول إلى اللزوم اذا عمل العمل وإلّا الذي لا يلزم العمل والمال يلزم بوجوده والضمان للمال دون العمل ، ويصح ضمان أرث الجناية سواء كانت نقوداً كقيم المتلفات أو حيواناً كالدياب وقال اصحاب الشافعي لا يصح ضمان الحيوان الواجب فيها لانه مجهول وقد مضى الدليل على صحة ضمان المجهول ولان الابل الواجبة في الذمة معلومة الاسنان والعدد وجباله اللون أو غيره من الصفات الباقية لا تضر لانه انما يلزمه أدنى لون أو صفة فتحصل معلومة وكذلك غيرها من الحيوان ولان جهل ذلك لم يمنع وجوبه بالاتلاف فلم يمنع وجوبه بالالتزام

من الكفيلين صاحبه لان الكفالة يدينه لا يدينه في ذمته وأي الكفيلين أحضر المكفول به برىء وبرىء صاحبه من الكفالة لانه فرعه ولم يبرأ من احضار المكفول به لانه أصل في ذلك وان كفل المكفول به الكفيل لم يجز لانه أصل له في الكفالة فلم يجز أن يصير فرعا فيما كفل به وان كفل به في غيره جاز .

(مسئلة) (ولو ضمن ذمي لذمي عن ذمي خمر أسلم المضمون له او المضمون عنه برىء هو والضامن معاً) لانه برىء من الخمر الذي ضمن عنه إذ لا يجوز وجوب خمر على مسلم واذا برىء المضمون عنه برىء الضامن لانه فرعه ، وان أسلم المضمون له برىء أيضاً لانه ليس للمسلم المطالبة بضمن الخمر لكونه لا قيمة له في الاسلام فان أسلم وحده برىء ولم يبرأ المضمون عنه لانه أصل . فلم يبرأ ببراءة فرعه كما لو أبرأه المضمون له

(مسئلة) (ولا يصح الا من جائز التصرف)

لا يصح الضمان الا لمن يصح تصرفه في ماله رجلاً كان أو امرأة لانه عقد يقصد به المال فصح من المرأة كالبيع .

(مسئلة) (ولا يصح من صبي ولا مجنون ولا سفیه ولا من عبد بغير إذن سيده وعنه يصح ويتبع به بعد التق وان ضمن باذن سيده صح وهل يتعلق برقبته او ذمة سيده ؟ على روايتين)

ويصح ضمان نفقة الزوجة سواء كانت نفقة يومها أو مستقبلة لان نفقة اليوم واجبة والمستقبلة ما لها الى الزوم ويلزمه ما يلزم الزوج في قياس المذهب وقال القاضي اذا ضمن نفقة المستقبل لم تلزمه الا نفقة المعسر لان الزيادة على ذلك تسقط بالاعسار وهذا مذهب الشافعي على القول الذي قال فيه يصح ضمانها . ولنا أنه يصح ضمان ما لم يجب واحتمال عدم وجوب الزيادة لا يمنع صحة ضمانها بدليل الجعل في الجعالة والصداق قبل الدخول والمبيع في مدة الخيار فأما النفقة في الماضي فان كانت واجبة اما بحكم الحاكم بها أو قلنا بوجوبها بدون حكمه صح ضمانها والافلا ، ويصح ضمان مال السلم في احدى الروايتين والاخرى لا يصح لانه يؤدي الى استيفاء المسلم فيه من غير المسلم اليه فلم يجز كالحوالة به والاول أصح لانه دين لازم فصح ضمانه كالأجرة وثن المبيع ، ولا يصح ضمان مال الكتابة في احدى الروايتين وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم والاخرى يصح لانه دين على المكاتب فصح ضمانه كسائر الديون عليه ، والاولى أصح لانه ليس بلازم ولا مال له الى الزوم فان للمكاتب تعجيز نفسه والامتناع عن أدائه فاذا لم يلزم الاصيل فالضمنين أولى، ويصح ضمان الاعيان المضمونة كالمغصوب والعارية وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد القولين وقال في الآخر لا يصح لان الاعيان غير ثابتة في الذمة وانما يضمن ما ثبت في الذمة ، ووصفنا لها بالضمان انما معناه انه يلزمه قيمتها ان تلفت والقيمة مجهولة ، ولنا انها مضمونة على من هي في يده فصح ضمانها كالحقوق الثابتة في الذمة وقولهم ان الاعيان لا تثبت في الذمة قلنا الضمان في الحقيقة انما هو ضمان استنقاذها وردها والتزام تحصيلها أو قيمتها عند

لا يصح الضمان من مجنون ولا مبرم ولا صبي غير مميز بغير خلاف لانه ايجاب مال فلم يصح منهم كالنذر والإقرار ، ولا يصح من السفه المحجور عليه وهو قول الشافعي وقال القاضي يصح ويتبع به بعد فك الحجر عنه لان من أصلنا ان اقراره صحيح يتبع به بعد فك الحجر عنه كذلك ضمانه والاول أولى لانه ايجاب مال بعقد فلم يصح منه كالبيع والشراء وأما الإقرار فلنا فيه منع وان سلم فالفرق بينهما أن الإقرار اخبار بحق سابق وأما الصبي المميز فلا يصح ضمانه وهو قول الشافعي وخرج أصحابنا صحته على الروايتين في صحة اقراره وتصرفه باذن وليه ، ولا يصح هذا الجمع لان هذا التزام مال لا فائدة له فيه فلم يصح كال تبرع والتذر بخلاف البيع، وان اختلفا في وقت الضمان بعد بلوغه فقال الصبي قبل بلوغه وقال المضمون له بعد البلوغ فقال القاضي قياس قول أحد ان القول قول المضمون له لان معه سلامة العقد فأشبه ما لو اختلفا في شرط فاسد ، ويحتمل أن القول قول الضامن لان الاصل عدم البلوغ وعدم وجوب الحق عليه ، وهذا قول الشافعي ، ولا يشبه هذا ما اذا اختلفا في شرط فاسد لان المختلفين ثم متفقان على أهلية التصرف والظاهر انهما لا يتصرفان الا تصرفاً صحيحاً فكان قول مدعي الصحة هو الظاهر وههنا اختلفا في أهلية التصرف وليس مع من يدعي الأهلية ظاهر يستند اليه فلم يرجح دعواه ، والحكم فيمن عرف له حال جنون كالحكم في الصبي وان لم يعرف له حال

تلفها وهذا مما يصح ضمانه كعهدة المبيع فان ضمانها يصح وهو في الحقيقة التزام رد الثمن أو عوضه ان ظهر بالمبيع عيب أو خرج مستحقاً، فأما الامانات كالوديعة والعين المؤجرة والشركة والمضاربة والعين التي يدفعها الى القصار والحياط فهذه إن ضمنها من غير تعد فيها لم يصح ضمانها لأنها غير مضمونة على من هي في يده فكذلك على ضامنه وان ضمنها ان تعدى فيها فظاهر كلام أحمد رحمه الله يدل على صحة الضمان فانه قال في رواية الاثرم في رجل يتقبل من الناس الثياب فقال له رجل ادفع اليه ثيابك وأنا ضامن فقال له هو ضامن لما دفعه اليه يعني اذا تعدى او تلف بفعله ، فعلى هذا ان تلف بغير تفریط منه ولا فعله لم يلزم الضامن شيء لما ذكرنا وان تلف بفعله أو تفریط لزمه ضمانها ولزم ضامنه ذلك لأنها مضمونة على من هي في يده فلزم ضامنه كالفصوب والمواري وهذا في الحقيقة ضمان مالم يجب وقد بينا جوازها، ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري وعن المشتري للبائع، فضمانه على المشتري هو أن يضمن الثمن الواجب بالمبيع قبل تسليمه وان ظهر فيه عيب أو استحق رجوع بذلك على الضامن، وضمانه عن البائع للمشتري هو ان يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقاً أو رد بعيب أو ارش العيب، فضمان العهدة في الموضوعين هو ضمان الثمن او جزء منه عن احدهما للآخر وحقيقة العهدة الكتاب الذي يكتب فيه وثيقة البيع ويذكر فيه الثمن فبغير به عن الثمن الذي يضمنه، ومن اجاز ضمان العهدة في الجملة ابو حنيفة ومالك والشافعي ومنع منه بعض الشافعية لكونه ضمان مالم يجب وضمان مجهول وضمان عين وقد بينا جواز الضمان في ذلك كله، ولان الحاجة تدعو الى الوثيقة على البائع والوثائق ثلاثة الشهادة والرهن والضمان ، فأما الشهادة فلا يستوفى منها الحق واما الرهن فلا يجوز في ذلك بالاجماع لانه يؤدي إلى ان يبقى ابدأ مرهوناً فلم يبق إلا الضمان ولانه لا يضمن إلا ما كان واجبا حال العقد لانه انما يتعلق بالضمان حكم اذا خرج مستحقاً او معيياً حال العقد

جنون فالقول قول المضمون له لان الاصل عدمه ، وأما المحجور عليه لفسل فيصح ضمانه ويتبع به بعد فك الحجر عنه لانه من أهل التصرف والحجر عليه في ماله لا في ذمته فهو كتصرف اراهن فيما عدا الرهن ، فأما العبد فلا يصح ضمانه بغير اذن سيده سواء كان مأذوناً له في التجارة أولاً ، وبهذا قال ابن أبي ليلى والثوري وابو حنيفة ، ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد العتق وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لانه من أهل التصرف فصح تصرفه بما لا ضرر فيه على السيد كالاتفاق بالانقلاب ولنا انه عقد تضمن لإيجاب مال فلم يصح بغير اذن السيد كالنكاح وقال أبو ثور ان كان من جهة التجارة جاز وإلا لم يجز فان ضمن باذن سيده صح لان سيده لو أذن في التصرف صح قال القاضي وقياس المذهب تعلق المال برقبته لانه دين لزمه بفعله فتعلق برقبته كارش جنابته وقال ابن عقيل ظاهر المذهب وقياسه أنه يتعلق بذمة السيد. وقد ذكر شيخنا هنا روايتين وكذلك ذكره أبو الخطاب كاستداتته باذن سيده وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى، فان أذن له سيده في الضمان ليكون القضاء من

ومتى كان كذلك فقد ضمن ماوجب حين العقد والجمالة منتفية لانه ضمن الجملة فاذا خرج بعضه مستحقا لزمه بعض ما ضمنه . اذا ثبت هذا فانه يصح ضمان العهدة عن البائع للمشتري قبل قبض الثمن وبه دمه وقال الشافعي انما يصح بعد القبض لانه قبل القبض لو خرج مستحقاً لم يجب على البائع شيء وهذا ينبغي على ضمان ما لم يجب اذا كان مفضيا الى الوجوب كالجمالة . وألفاظ ضمان العهدة أن يقول ضمننت عهدة أو ثمنه أو دركه أو يقول للمشتري ضمننت خلاصك منه أو يقول متى خرج المبيع مستحقاً فقد ضمننت لك الثمن وحكي عن أبي يوسف أنه قال ضمننت عهدة أو ضمننت لك العهدة، والعهدة في الحقيقة هي الصك المكتوب فيه الاتباع هكذا فسره به اهل اللغة فلا يصح ضمانه للمشتري لانه ملكه وليس بصحيح لان العهدة صارت في العرف عبارة عن الدرك وضمن الثمن والكلام المطلق يحمل على الاسماء العرفية دون اللغوية كالراوية تحمل عند اطلاقها على المزايدة لا على الجملة وان كان هو الموضوع فاما ان ضمن له خلاص المبيع فقال أبو بكر هو باطل لانه إذا خرج حراً أو مستحقاً لا يستطيع تخليصه ولا يحل وقد قال أحد في رجل باع عبداً أو أمة وضمن له الخلاص فقال كيف يستطيع الخلاص اذا خرج حراً فان ضمن عهدة المبيع وخلاصه بطل في الخلاص وهل يصح في العهدة على وجهين بناء على تفريق الصفة . اذا ثبت صحة ضمان العهدة فالكلام فيما يلزم الضامن فنقول إن استحقاق رجوع المشتري بالثمن لا يخلو اما أن يكون بسبب حادث بعد العقد أو مقارن له ، فاما الحادث فمثل تلف المبيع من المكيل والموزون في يد البائع او بنصب من يده او يتقايلان فان المشتري يرجع على البائع دون الضامن لان هذا الاستحقاق لم يكن موجوداً حال العقد وانما ضمن الاستحقاق الموجود حال العقد ويحتمل ان يرجع به على الضامن لان ضمان ما لم يجب جائز وهذا منه . وأما ان كان بسبب مقارن نظرنا فان كان بسبب لا تفریط من البائع فيه كاخذه بالشفعة فان المشتري يأخذ الثمن من الشقيق ولا يرجع على البائع ولا الضامن، ومتى لم يجب على المضمون عنه شيء لم يجب على الضامن بطريق الاولى واما ان زال ملكه عن المبيع بسبب مقارن لتفريط من البائع باستحقاق أو حرية أو رد بعيب قدّم فله الرجوع الى الضامن وهذا ضمان

المال الذي في يده صح ويكون ما في ذمته متعلقا بالمال الذي في يد العبد كتعلق حق الجناية بقرعة الجاني كما لو قال الحر ضمننت لك هذا الدين على أن تأخذ من مالي هذا صح

(فصل) ولا يصح ضمان المكاتب بغير اذن سيده كالقن لانه تبرع بالتزام مال أشبه نذر الصدقة مال معين ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد عتقه كقواتنا في العبد وإن ضمن باذنه ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح أيضاً لانه ربما أدى الى تقويت الحرية (والثاني) يصح لان الحق لهما لا يخرج عنها فأما المريض فان كان مرضه غير مخوف أو لم يتصل به الموت فهو كالصحيح وان كان مرض الموت المخوف فختم ضمانه حكم تبرعه بحسب من ثلثه لانه تبرع بالتزام مال لا يلزمه ولم يأخذ عنه عوضاً أشبه الهبة، واذا فهمت اشارة الاخرس صح ضمانه لانه يصح بيعه واقراءه وتبرعه أشبه الباطن، ولا يثبت الضمان بكتابه

العهد فان أراد أخذ أرش العيب رجع على الضامن أيضا لانه اذا لزمه كل الثمن لزمه بعضه اذا استحق ذلك على المضمون عنه، وسواء ظهر كل المبيع مستحقاً أو بعضه لانه اذا ظهر بعضه مستحقاً بطل العقد في الجميع في احدى الروايتين فقد خرجت العين كلها من يده بسبب الاستحقاق، وعلى الرواية الاخرى يبطل العقد في الجميع ولكن استحق ردها فان ردها كلها فالحكم كذلك وان أمسك المملوك منها فله المطالبة بالأرض كما لو وجد بها عيباً، ولو باعه عيناً أو أقرضه شيئاً بشرط ان يرهن عنده عينها فكفيل رجل بتاسيم الرهن لم تصح الكفالة لانه لا يلزم الراهن اقباضه وتاسيمه فلا يلزم الكفيل مالا يلزم الاصيل وان ضمن للمشتري قيمة ما يحدث في المبيع من بناء أو غراس صح سواء ضمنه البائع أو أجنبي فاذا بنى أو غرس واستحق المبيع رجع المشتري على الضامن بقيمة ماتلف أو نقص وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لانه ضمان مجهول وضمان مالم يجب وقد بينا جواز ذلك

(فصل) فيمن يصح ضمانه ومن لا يصح، يصح ضمان كل جائز التصرف في ماله سواء كان رجلاً أو امرأة لانه عقد يقصد به المال فصح من المرأة كالبيع، ولا يصح من الجنون والمبرسم ولا من صبي غير مميز بنير خلاف لانه إيجاب مال بعقد فلم يصح منهم كالنذر والاقرار ولا يصح من السفه المحجور عليه ذكره أبو الخطاب وهو قول الشافعي وقال القاضي يصح ويتبع به بعد فك الحجر عنه لان من اصلنا ان اقراره صحيح يتبع به من بعد فك الحجر عنه صح فكذلك ضمانه والاول أولى لانه لإيجاب مال بعقد فلم يصح منه كالبيع والشراء ولا يشبه الاقرار لانه اخبار بحق سابق، وأما الصبي المميز فلا يصح ضمانه في الصحيح من الوجيبين وهو قول الشافعي وخرجه أصحابنا على الروايتين في صحة اقراره وتصرفاته باذن وليه، ولا يصح هذا الجمع لان هذا التزام مال لا فائدة له فيه فلم يصح منه كالنذر والتذر بخلاف البيع وان اختلفا في وقت الضمان بعد بلوغه فقال الصبي قبل بلوغه وقال المضمون له بعد البلوغ فقال القاضي قياس قول احمد ان القول قول المضمون له لان معه سلامة العقد فكان القول قوله كما لو اختلفا في شرط فاسد ويحتمل ان القول قول الضامن لان الاصل عدم البلوغ

منفردة عن اشارة يفهم بها أنه قصد الضمان لانه فديكتب عبثاً أو تجر به قلم فلم يثبت الضمان به مع الاحتمال ومن لا تقم اشارته لا يصح ضمانه لانه لا يدري بضمانه وكذلك سائر تصرفاته

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح إلا برضى الضامن ولا يعتبر رضى المضمون له ولا المضمون عنه ولا معرفة الضامن لها)

لا يصح الضمان الا برضى الضامن فان أكره عليه لم يصح لانه التزام مال فلم يصح بغير رضا الملتزم كالنذر ولا يعتبر رضا المضمون له وقال أبو حنيفة ومحمد يعتبر لأنه اثبات مال لا دمي فلم يثبت الا برضاه أو رضا من ينوب عنه كالبيع والشراء وعن أصحاب الشافعي كالمذهبين ولنا ان أبا قتادة ضمن من غير رضا المضمون له ولا المضمون عنه فأجازته النبي صلى الله عليه وسلم

وعدم وجوب الحق عليه وهذا قول الشافعي ولا يشبهه هذا ما اذا اختلفا في شرط فاسد لان المختلفين ثم متفقان على أهلية التصرف والظاهر أنهما لا يتصرفان الا تصرفاً صحيحاً فكان قول مدعي الصحة هو الظاهر وهما اختلفا في أهلية التصرف وليس مع من يدعي الاهلية ظاهر يستند اليه ولا أصل يرجع اليه فلا ترجح دعواه، والحكم فيمن عرف له حال جنون كالحكم في السبي وان لم يعرف له حال جنون فالقول قول المضمون له لان الاصل عدمه، فاما المحجور عليه لفسح ضمانه ويتسم به بعد فك الحجر عنه لانه من أهل التصرف والحجر عليه في ماله لا في ذمته فأشبهه الرهن فصح تصرفه فيما عدا الرهن فهو كما لو اقترض أو أقر أو اشترى في ذمته، ولا يصح ضمان العبد بغير اذن سيده سواء كان مأذوناً له في التجارة أو غير مأذون له وهذا قال ابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد التق وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانه من أهل التصرف فصح تصرفه بما لا ضرر على السيد فيه كالاتلاف، ووجه الاول انه عقد تضمن لإيجاب مال فلم يصح بغير اذن كالتكاح وقال أبو ثور ان كان من جهة التجارة جاز وان كان من غير ذلك لم يجز، فان ضمن باذن سيده صح لان يده لو اذن له في التصرف صح قال القاضي وقياس المذهب تعلق المال برقبته وقال ابن عقيل ظاهر المذهب وقياسه أنه يتعلق بذمة السيد وقال أبو الخطاب هل يتعلق برقبته أو بذمة سيده على روايتين كاستدائه باذن سيده وقد سبق الكلام فيها، فان اذن له سيده في الضمان ليكون القضاء من المال الذي في يده صح ويكون مافي ذمته متعلقاً بالمال الذي في يد العبد كتعلق حق الجناية برقبته الجاني كما لو قال الحر ضمنت لك الدين على أن تأخذ من مالي هذا صح، وأما المكاتب فلا يصح ضمانه بغير اذن سيده كالعبد القن لانه تبرع بالتزام مال فأشبهه نذر الصدقة بغير مال ويحتمل أن يصح ويتسم به بعد عقده كقولنا في العبد، وإن ضمن باذنه ففيه (وجهان) أحدهما لا يصح أيضاً لانه ربما أدى الى تفويت الحرية (والثاني) لا يصح لان الحق لهما لا يخرج عنها، فاما المريض فان كان مرضه غير مخوف أو غير مرض الموت فخكه حكم الصحيح وان كان مرض الموت المخوف فخكه ضمانه حكم تبرعه بحسب

ولانها وثيقة لا يعتبر فيها قبض فأشبهت الشهادة ولانه ضمان دين فأشبهه ضمان بعض الورثة دين الميت للغائب وقد سلموه، ولا يعتبر رضی المضمون عنه لانعلم فيه خلافاً لانه لو قضى الدين عنه بغير اذنه ورضاه صح فكذلك اذا ضمن عنه وقد دل عليه حديث أبي قتادة، ولا يعتبر أن يعرفها الضامن وقال القاضي يعتبر معرفتها ليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف اليه أولاً ويعرف المضمون له فيؤدي اليه وذكر وجهاً آخر أنه يعتبر معرفة المضمون له لذلك ولا تعتبر معرفة المضمون عنه لانه لا ماملة بينه وبينه ولاصحاب الشافعي ثلاثة أوجه نحو هذا

ولنا حديث علي وأبي قتادة فانهما ضمنا لمن لم يعرفا وعمن لم يعرفا ولانه تبرع بالتزام مال فلم

تعتبر معرفة من تبرع له به كالنذر

من ثلثه لانه تبرع بالتزام مال لا يلزمه ولم يأخذ عنه عوضاً فأشبه الهبة، وإذا فهمت اشارة الأخرس صح ضمانه لانه يصح بيعه واقراره وتبرعه فصح ضمانه كالناطق ولا يثبت الضمان بكتابة منفردة عن اشارة يفهم بها أنه قصد الضمان لانه قد يكتب عبثاً أو تجرية قلم فلم يثبت الضمان به مع الاحتمال ومن لا تفهم اشارته لا يصح منه الضمان لانه لا يدري بضمانه ولانه لا يصح سائر تصرفاته فكذلك ضمانه

(فصل) اذا ضمن الدين الحال مؤجلاً صح ويكون حالاً على المضمون عنه مؤجلاً على الضامن يملك مطالبة المضمون عنه دون الضامن وبهذا قال الشافعي قال احمد في رجل ضمن ماعلى فلان أن يؤديه في ثلاث سنين فهو عليه ويؤديه كما ضمن، ووجه ذلك ما روى ابن عباس أن رجلاً لزم غريباً له بعشرة دنانير على عهد رسول الله ﷺ فقال ماعندي شيء أعطيكه فقال والله لأفارقك حتى تقضيني أو تأتيني بحمير نجره الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « كم تستظرون ؟ » قال: شهراً قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنا أحمل نجاء في الوقت الذي قال النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « من أين أصدت هذا ؟ » قال من معدن « قال لا خير فيها » وقضاها عنه رواه ابن ماجه في سننه ولانه ضمن مالا بعقد مؤجل فكان مؤجلاً كالبيع، فان قيل فمندكم الدين الحال لا يتأجل فكيف يتأجل على الضامن أم كيف يثبت في ذمة الضامن على غير الوصف الذي يتصف به في ذمة المضمون عنه قلنا الحق يتأجل في ابتداء ثبوته اذا كان بعقد وهذا ابتداء ثبوته في حق الضامن فانه لم يكن ثابتاً عليه حالاً ويجوز أن يخالف ما في ذمة الضامن ما في ذمة المضمون عنه بدليل ما لو مات المضمون عنه والدين مؤجل اذا ثبت هذا وكان الدين مؤجلاً الى شهر فضمنه الى شهرين لم يكن له مطالبة الضامن الى شهرين فان قضاها قبل الاجل فله الرجوع به في الحال على الرواية التي تقول انه اذا قضى دينه بغير اذن رجه به لان أكثر ما فيه ههنا انه قضى بغير اذن وعلى الرواية الاخرى لا يرجع به قبل الاجل لانه لم يأذن له في القضاة قبل ذلك وان كان الدين مؤجلاً لا فضمنه حالاً لم يصح حالاً ولا يلزمه اداؤه قبل أجله لان الضامن فرع للمضمون عنه فلا يلزمه مالا يلزم المضمون عنه ولا أن

(مسألة) (ولا يعتبر كون الحق معلوماً ولا واجباً اذا كان مآله الى الوجوب فلو قال ضمنت لك ماعلى فلان أو ما تدائنه به صح)

يصح ضمان المجهول فتي قال أنا ضامن لك ماعلى فلان أو ما تقوم به البينة أو ما يقر به لك أو ما يخرج في روزمانجك صح الضمان ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك وقال الثوري والليث وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنذر لا يصح لانه التزام ماله فلم يصح بمجهول كالثلثين .

ولنا قول الله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) وحمل البعير غير معلوم لان حمل البعير مختلف باختلافه وعموم قوله عليه السلام « الزعيم غارم » ولانه التزام حق في الذمة من غير معاوضة فصح في المجهول كالنذر والاقرار ولانه يصح تعليقه بفرر وخطر وهو ضمان المهدة، واذا قال الق متاعك

المضمون عنه لو ألزم نفسه تعجيل هذا الدين لم يلزمه تعجيله فبأن لا يلزم الضامن أولى ولأن الضمان التزم دين في الذمة فلا يجوز أن يلزم مالا يلزم الضمون عنه، فعلى هذا إن قضاء حالا لم يرجع به قبل أجله لأن ضمانه لم ينبره عن تأجيله، والفرق بين هذه المسئلة والتي قبلها أن الدين الحال ثابت في الذمة مستحق القضاء في جميع الزمان فاذا ضمنه مؤجلا فقد ألزم بعض ما يجب على المضمون عنه فصح كماله كان الدين عشرة فضمن خمسة وأما الدين المؤجل فلا يستحق قضاؤه الا عند أجله فاذا ضمنه حالا ألزم ما لم يجب على المضمون فأشبهه ما لو كان الدين عشرة فضمن عشرين، وقيل بمحتمل أن يصح ضمان الدين المؤجل حالا كما يصح ضمان الحال مؤجلا قياساً لأحداهما على الاخرى وقد فرقنا بينهما بما يمنع القياس ان شاء الله تعالى (فصل) واذا ضمن ديناً مؤجلاً عن إنسان فأت أحدهما اما الضامن واما المضمون عنه فهل يحل الدين على الميت منهما؟ على روايتين تقدم ذكرهما فان قلنا يحل على الميت لم يحل على الآخر لان الدين لا يحل على شخص يموت غيره فان كان الميت المضمون عنه لم يستحق مطالبة الضامن قبل الاجل فان قضاء قبل الاجل كان متبرعا بتعجيل القضاء وهل له مطالبة المضمون عنه قبل الاجل؟ يخرج على الروايتين فيمن قضى بغير اذن من هو عليه، وان كان الميت الضامن فاستوفى الغريم الدين من تركته لم يكن لورثته مطالبة المضمون عنه حتى يحل الحق لانه مؤجل عليه فلا يستحق مطالبة به قبل أجله وهذا مذهب الشافعي، وحكي عن زفر أن لهم مطالبة لانه أدخله في ذلك مع علمه أنه يحل بموته، ولنا أنه دين مؤجل فلا يجوز مطالبة به قبل الاجل كما لو يموت وقوله أدخله فيه قلنا انما أدخله في المؤجل وحلوه بسبب من جهته فهو كما لو قضى قبل الاجل

(مسئلة) قال (ولا يبرأ المضمون عنه الا بآداء الضامن)

يعني ان المضمون عنه لا يبرأ بنفس الضمان كما يبرأ المحيل بنفس الحوالة قبل القبض بل يثبت الحق في ذمة الضامن مع بقاءه في ذمة المضمون عنه ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة

في البحر وعلي ضمانه أو قال ادفع ثيابك إلى هذا الرقاء وعلي ضمانها فصح في الجهول كالتق والطلاق (فصل) ويصح ضمان ما لم يجب فلو قال ما أعطيت فلانا فهو علي صح، والخلاف في هذه المسئلة كالتي قبلها ودليل القولين ما ذكرنا، وقد قال في هذه المسئلة الضمان ضم ذمة الى ذمة في التزام الدين فاذا لم يكن على المضمون عنه شيء لم يوجد ضم ولا يكون ضامنا قلنا: قد ضم ذمته الى ذمة المضمون عنه في أنه يلزمه ما يلزمه وان ما يثبت مضمونه يثبت في ذمته وهذا كاف وقد سلوا ضمان ما يلقيه في البحر قبل وجوبه بقوله التمتعك في البحر وعلي ضمانه وسلم أصحاب الشافعي في أحد الوجوه ضمان الجمل في الجمالة قبل العمل وما وجب شيء بعد

(مسئلة) (ويصح ضمان دين الضامن)

نحو أن يضمن الضامن ضامن آخر لانه دين لازم في ذمته فصح ضمانه كسائر الديون ويثبت (المغني والشرح الكبير) (١١) (الجزء الخامس)

وبعد الموت وهذا قال الثوري والشافعي واسحاق وأبو عبيد واصحاب الرأي، وقال أبو ثور الكفالة والحوالة سواء وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه والمحيل وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود، واحتجوا بما روى أبو سعيد الخدري قال: كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في جنازة فلما وضعت قال «هل على صاحبكم من دين؟» قالوا نعم درهمان فقال «صلوا على صاحبكم» فقال علي هاعلي يا رسول الله وأنا لها ضامن فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى عليه ثم أقبل على علي فقال «جزاك الله خيراً عن الاسلام وفك رهانك كما فككت رهان أخيك» فقيل يا رسول الله هذا لعلي خاصة أم للناس عامة؟ فقال «لناس عامة» رواه الدارقطني فدل على ان المضمون عنه بريء بالضمان، وروى الامام أحمد في المسند عن جابر قال توفي صاحب لنا فأتينا به النبي صلى الله عليه وسلم ليصلي عليه فخطا خطوة ثم قال «أعليه دين؟» قلنا ديناران فانصرف، فتحملها أبو قتادة فقال الديناران علي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «وجب حق الغريم وبريء الميت منهما؟» قال نعم فصلى عليه ثم قال بعد ذلك «ما فعل الديناران» قال إنما مات أمس قال فعاد اليه من الغد فقال قد قضيتهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الآن بردت جلده» وهذا صريح في براءة المضمون عنه لقوله «وبريء الميت منهما» ولانه دين واحد فاذا صار في ذمة ثانية برئت الاولى منه كالمحال به وذلك لان الدين الواحد لا يحل في محلين. ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه» وقوله في خبر أبي قتادة «الآن بردت جلده» حين أخبره أنه قضى دينه ولأنها وثيقة فلا تقلل الحق كالشهادة، وأما صلاة النبي صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه فلانه بالضمان صار له وفاً وإنما كان النبي صلى الله عليه وسلم يتمتع من الصلاة على مدين لم يخلف وفاً، وأما قوله «لعلي فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك» فانه كان مجال لا يصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم فلما ضمنه فك من ذلك او مما في معناه، وقوله «بريء الميت منهما» صرت أنت المطالب بهما وهذا على سبيل التأكيد لثبوت الحق في ذمته ووجوب الاداء عليه بدليل قوله في سياق الحديث حين أخبره بالقضاء «الآن بردت

الحق في ذم الثلاثه أيهم قضاء برئت ذمهم كلها لانه حق واحد فاذا قضى مرة سقط فلم يجب مرة أخرى، وان أبرأ الغريم المضمون عنه بريء الضامنان لأنهما فرع وان أبريء الضامن الاول بريء الضامنان لذلك ولم يبرأ المضمون عنه لما تقدم وان ابريء الضامن الثاني بريء وحده، ومتى حصلت براءة الذمة بالابراء فلا رجوع فيها لان الرجوع مع الغرم وليس في الابراء غرم والكفالة كالضمان في هذا المعنى.

(فصل) وان ضمن المضمون عنه الضامن أو تكفل المكفول عنه الكفيل لم يصح لأن الضمان يقتضي الزامه الحق في ذمته والحق لازم له فلا يتصور الزامه ثانياً ولانه اصل في الدين فلا يجوز أن يصير فرعاً فيه فان ضمن عنه ديناً آخر أو تكفل به في حق آخر جاز لعدم ما ذكرنا (مسئلة) (ويصح ضمان دين المفلس وغيره ولا تبرأ ذمته قبل القضاء في أصح الروايتين)

عليه جلده» ويفارق الضمان الحوالة فان انضمان مشتق من الضم فيقتضي الضم بين الذمتين في تعلق الحق بهما وثبوته فيهما والحوالة من التحول فتقتضي تحول الحق من محله الى ذمة المحال عليه ، وقولهم ان الدين الواحد لا يحل في محلين قلنا يجوز تعلقه بمحلين على سبيل الاستيثاق كتعلق دين الرهن به وبذمة الراهن وقال أبو بكر عبد العزيز أما الحلي فلا يبرأ بمجرد الضمان رواية واحدة وأما الميت ففي براهته بمجرد الضمان روايتان (احدهما) يبرأ بمجرد الضمان نص عليه أحمد في رواية يوسف بن موسى لما ذكرنا من الخبرين ولان فائدة الضمان في حقه تبرئة ذمته فينبغي أن تحصل هذه الفائدة بمجرد الضمان بخلاف الحلي فان المقصود من الضمان في حقه الاستيثاق وثبوته في الذمتين أكد في الاستيثاق بالحق (والثانية) لا يبرأ إلا بالأداء لما ذكرناه ولانه ضمان فلا يبرأ به المضمون عنه كالحلي

(فصل) ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما وحكي عن مالك في إحدى الروايتين عنه أنه لا يطالب الضامن الا اذا تمذر مطالبة المضمون عنه لانه وثيقة فلا يستوفي الحق منها الا عند تعذر استيفائه من الاصل كالرهن ولنا أن الحق ثابت في ذمة الضامن فملك مطالبته كالاصيل ولان الحق ثابت في ذمتهما فملك مطالبة من شاء منهما كالضامنين اذا تعذرت مطالبة المضمون عنه ولا يشبه الرهن ، لانه مال من عليه الحق وليس بذى ذمة يطالب انما يطالب من عليه الدين ليقضى منه أو من غيره

(فصل) وان أبرأ صاحب الدين المضمون عنه برئت ذمة الضامن لا نعلم فيه خلافا لانه تبع ولانه وثيقة فاذا برىء الاصل زالت الوثيقة كالرهن وان أبرأ الضامن لم تبرأ ذمة المضمون عنه لانه اصل فلا يبرأ بأبراء التبع ولانه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها فلم تبرأ ذمة الاصيل كالرهن اذا انسخ من غير استيفائه وأههما قضى الحق برثا جميعا من المضمون له لانه حق واحد فاذا استوفي مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفي الحق الذي به رهن، وان أحال الغريم برثا جميعاً لانه حق واحد فاذا استوفي مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفي دين الرهن، وان أحال أحدهما الغريم برثا جميعا لان الحوالة كالقضاء (فصل) وان ضمن الضامن ضامن آخر صح لانه دين لازم في ذمته فصح ضمانه كسائر الديون

يصح الضمان عن كل غريم وجب عليه حق حياً كان أو ميتاً مائتاً أو مفلساً وبه قال أكثر العلماء ، وقال أبو حنيفة لا يصح ضمان دين الميت الا ان يخلف وفاء فان خلف بعض الوفاء صح ضمانه بقدر ما خلف لانه دين ساقط فلم يصح ضمانه كما لو سقط بالبراء ولان ذمته قد خربت خراباً لا يعمر بعده فلم يبق فيه دين والضمان ضم ذمة الى ذمة .

ولنا حديث أبي قتادة فانهما ضمنا دين ميت لم يخلف وفاء وقد حضهم النبي صلى الله عليه وسلم على ضمانه في حديث أبي قتادة بقوله « الا قام أحدكم فضمنه » وهذا صريح في المسألة ولانه دين ثابت فصح ضمانه كما لو خلف وفاء . ودليل ثبوته أنه لو تبرع رجل بقضاء دينه جاز لصاحب الحق اقتضاؤه ولو ضمنه حياً ثم مات لم يبرأ منه الضامن ولو برئت ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن وفي هذا انفصال عما ذكرناه . اذا ثبت صحة ضمان دين الميت فان ذمته لا تبرأ من الدين قبل القضاء في إحدى

ويثبت الحق في ذمم ثلاثة أيهم قضاء برئت ذممهم كلها لانه حق واحد فاذا قضي مرة لم يجب قضاؤه مرة أخرى، وان أبرأ الغريم المضمون عنه برىء الضامنان لانهما فرع ، وان أبرأ الضامن الاول برىء الضامنان كذلك ولم يبرأ المضمون عنه لما تقدم، وان أبرأ الضامن الثاني برىء وحده، ومتى حصلت براءة الذمة بالابراء فلا يرجع فيها بحال لان الرجوع مع الغرم وليس في الابراء غرم . والكفالة كالضمان في هذا المعنى جميعه وتزيد بانه اذا مات المكفول عنه برىء كفيلاه وان مات الكفيل الاول برىء الثاني دون المكفول عنه لان الوثيقة المحلت من غير استيفاء فأشبهه الرهن وان مات الكفيل اثنائي برىء - و - ده (فصل) وان ضمن المضمون عنه الضامن أو تكفل المكفول عنه الكفيل لم يصح لان الضمان يقتضي الزامه الحق في ذمته والحق لازم له فلا يتصور الزامه ثانياً ولانه أصل في هذا الدين فلا يجوز أن يصير فرعا فيه ، وان ضمن عنه ديناً آخر أو كفل به في حق آخر جاز لعدم ما ذكرناه فيه

الروايتين لقول النبي صلى الله عليه وسلم « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه » ولان النبي صلى الله عليه وسلم سأل أبا قتادة عن الدينارين اللذين ضمنهما فقال قد قضيتهما فقال « الآن بردت جلده » رواه الامام أحمد ولانه وثيقة بدين فلم يسقط قبل القضاء كالرهن وكالشهادة والثانية يبرأ بمجرد الضمان نص عليه أحمد في رواية يوسف بن موسى لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث أبي قتادة « وبرىء الميت منهما » قال نعم وقد ذكرنا ذلك

(فصل) ويصح الضمان في جميع الحقوق المالية الواجبة والتي تؤول الى الوجوب كضمن المبيع في مدة الخيار وبعده والاجرة والمهر قبل الدخول وبعده ولان هذه الحقوق لازمة وجواز سقوطها لا يمنع صحة ضمانها كالمثلن في المبيع بعد انقضاء الخيار يجوز أن يسقط بالرد بالميب وبالمقايلة وهذا مذهب الشافعي (مسئلة) (ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري وعن المشتري للبائع) فضمانه على المشتري هو ان يضمن الثمن الواجب بالمبيع قبل تسليمه ، وان ظهر فيه عيب او استحق رجوع بذلك على الضامن وضمانه عن البائع للمشتري هو أن يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقاً أو رد بعيب أو أرش العيب، فضمان العهدة في الموضعين هو ضمان الثمن أو جزء منه عن أحدهما للآخر، والعهدة الكتاب الذي تكتب فيه وثيقة البيع ويذكر فيه الثمن فعبر به عن الثمن الذي يضمنه، ومن أجاز ضمان العهدة في الجملة أبو حنيفة ومالك والشافعي ومنع منه بعض أصحابه لكونه ضمان ما لم يجب وضمان مجهول وضمان عين وقد ثبت جواز الضمان في ذلك كله ولان البجاجة تدعو الى الوثيقة على البائع ، والوثائق ثلاثة الشهادة والرهن والضمان، فأما الشهادة فلا يستوفى منها الحق وأما الرهن فلا يجوز في ذلك بالاجماع لانه يؤدي الى أن يبقى أبداً مرهوناً فلم يبق الا الضمان ولانه لا يضمن الا ما كان واجبا حال العقد ومتى كان كذلك فقد ضمن ما وجب حين العقد والجهالة متفية لانه ضمن الجملة فاذا خرج بعضه مستحقاً لزمه بعض ما ضمنه، اذا ثبت هذا فانه يصح ضمان العهدة عن البائع للمشتري قبل قبض الثمن

(فصل) ويجوز أن يضمن الحق عن الرجل الواحد اثنان وأكثر سواء ضمن كل واحد منهم جميعه أو جزءا منه فان ضمن كل واحد منهم جميعه بريء كل واحد منهم باداء أحدهم، وان أبرأ المضمون عنه بريء الجميع لانهم فروع له، وان أبريء أحد الضمان بريء وحده ولم يبرأ غيره لانهم غير فروع له فلم يبرؤا ببراءته كالمضمون عنه، وان ضمن أحدهم صاحبه لم يجز لان الحق ثبت في ذمته بضمانه الاصيلي فلا يجوز أن يثبت ثانيا ولأنه أصل فيه بالضمان فلا يجوز أن يصير فيه فرعا، ولو تكفل بالرجل الواحد رجلان جاز ويجوز أن يتكفل كل واحد من الكفيلين صاحبه لان الكفالة بيدته لا بما في ذمته وأي الكفيلين أحضر المكفول به بريء وبريء صاحبه من الكفالة لانه فرعه ولم يبرأ من احضار المكفول به لانه أصل في ذلك، وان كفل المكفول الكفيل لم يجز لانه أصل له في الكفالة لم يجز أن يصير فرعا له فيما كفل به وان كفل به في غير هذا الحق جاز لانه ليس بفرع له في ذلك

وبعد . وقال الشافعي إنما يصح بعد القبض لانه قبل القبض لو خرج مستحقا لم يجب على البائع شيء وهذا ينبغي على ضمان ما لم يجب اذا كان مفضيا الى الوجوب كالجاءة وسند كرها، وألفاظ ضمان عهدة المبيع قوله ضمننت عهده أو نمته أو دركه أو يقول للمشتري ضمننت خلاصك منه أو متى خرج المبيع مستحقا فقد ضمننت لك الثمن وحكي عن أبي يوسف أنه اذا قال ضمننت عهده أو ضمننت لك العهدة لم يصح لأن العهدة الصك بالابتاع كذا فسرهم أهل اللغة فلا يصح ضمانه للمشتري لانه ملكه وليس بصحيح لان العهدة في العرف عبارة عن الدرك وضمان الثمن والمطلق يحمل على الاسماء العرفية كالراوية تحمل عند اطلاقها على الزادة لاعلى الجمل وان كان الموضوع لفة . فأما ان ضمن له خلاص المبيع فقال أبو بكر هو باطل لانه اذا خرج حراً أو مستحقاً لم يستطع تخليصه ولا يحل وقد قال أحمد في رجل باع عبداً أو أمة وضمن له الخلاص فقال كيف يستطيع الخلاص إذا خرج حراً فان ضمن عهدة المبيع وخلاصه بطل في الخلاص، وتنبني صحته في العهدة على تفريق الصفقة . إذا ثبت صحة ضمان العهدة فالكلام فيما يلزم الضامن فنقول استحقاق رجوع المشتري بالثمن إما أن يكون بسبب حادث بعد العقد أو مقارن له فأما الحادث فمثل تلف المكيل والموزون في يد البائع أو بفساد من يده أو يتقابلان فان المشتري يرجع على البائع دون الضامن لان هذا لم يكن موجوداً حال العقد وإنما ضمن الاستحقاق الموجود حال العقد، ويحتمل أن يرجع به على الضامن لان ضمان ما لم يجب جائز وهذا منه، وأما إن كان بسبب مقارن نظرنا فان كان بسبب لا تفريط من البائع فيه كأخذه بالشفقة فان المشتري يأخذ الثمن من الشفيع ولا يرجع على البائع ولا الضامن ومتى لم يجب على المضمون عنه لم يجب على الضامن بطريق الاولى . فأما ان كان زوال ملكه عن المبيع بسبب مقارن لتفريط من البائع باستحقاق أو حرية أو رد بعيب قديم فله الرجوع على الضامن وهذا ضمان العهدة، وان أراد أخذ أرش العيب رجح على الضامن أيضا لانه إذا لزمه كل الثمن لزمه بعضه إذا استحق ذلك على المضمون عنه وسوا. ظهر

﴿مسئلة﴾ قال (فتي أدى رجوع عليه سواء قال له اضمن عني أو لم يقل)

يعني إذا أدى الدين محتسبا بالرجوع على المضمون عنه فأما ان قضى الدين متبراه غير ناو للرجوع به فلا يرجع بشيء لانه يتطوع بذلك أشبه الصدقة وسواء ضمن بأمره أو بغير أمره ، فأما اذا أداه بنية الرجوع به لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يضمن بأمر المضمون عنه ويؤدي بأمره فانه يرجع عليه سواء قال له اضمن عني أو أد عني أو اطلق وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف، وقال أبو حنيفة ومحمد ان قال اضمن عني وانقد عني رجوع عليه . وان قال انقد هذا لم يرجع الا أن يكون مخالطاً له يستقرض منه ويودع عنده لان قوله اضمن عني وانقد عني اقرار منه بالحق وإذا أطلق ذلك صار كأنه قال هب لهذا أو تطوع عليه ، واذا كان مخالطاً له رجوع استحساناً لانه قد بأمر مخالطه بالتدعنه

كل المبيع مستحقاً أو بعضه لانه إذا ظهر بعضه مستحقاً بطل العقد في الجميع في احدى الروايتين فقد خرجت العين كلها من يده بسبب الاستحقاق ، وعلى الرواية الاخرى يبطل في البعض المستحق وله رد الجميع فان ردها فهو كما لو استحققت كلها وان أمسك بعضها فله المطالبة بالارش كما لو وجدها مبيعة، ولو باعه عيناً أو أقرضه بشرط أن يرهن عنده عيناً عينها فتكفل رجل بتسليم الرهن لم تصح الكفالة لانه لا يلزم البائتم فلا يلزم الكفيل مالا يلزم الاصل ، وان ضمن للمشتري قيمة ما يحدث في المبيع من بناء أو غراس صح سواء ضمنه البائع أو أجنبي فاذا بنى أو غرس فاستحق المبيع رجوع المشتري على الضامن بقيمة ما تلف أو نقص وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لانه ضمان مجهول وضمان ما لم يجب وقد بينا جوازه

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح ضمان دين الكتابة في أصح الروايتين)

وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم والاخرى يصح لانه دين على المكاتب فصح ضمانه كسائر ديونه والأولى أصح لانه ليس بلازم ولا ماله الى الزوم لان للمكاتب تعجيز نفسه والامتناع من الاداء فاذا لم يلزم الاصل فالضامن أولى

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح ضمان الامانات كالوديعة ونحوها الا أن يضمن التمدي فيها)

أما الامانات كالوديعة والعين المؤجرة والشركة والمضاربة والعين المدفوعة الى الحياط والقصار فان ضمنها من غير تعد فيها لم يصح لانها غير مضمونة على صاحب اليد فكذلك على ضامنه وان ضمن التمدي فيها فظاهر كلام أحمد رحمه الله تعالى صحة ضمانها فانه قال في رواية الاثرم في رجل يتقبل من الناس الثياب فقال له رجل ادفع اليه ثيابك وأنا ضامن فقال هو ضامن لما دفعه اليه يعني إذا تعدى أو تلف بفعله، فعلى هذا ان تلف بغير فعله ولا تفریط منه فلا شيء على الضامن وان تلف بفعله أو تفریط لزمه ضمانه ولزم ضامنه أيضاً لانها مضمونة على من هي في يده فهي كالنصب والعواري وهذا في الحقيقة ضمان ما لم يجب وقد ذكرناه

ولنا أنه ضمن ودفع بأمره فأشبه إذا كان مخالطاً له أو قال ضمن عني، وما ذكره ليس بصحيح لأنه إذا أمره بالضمان لا يكون إلا لما هو عليه وأمره بالنقد بعد ذلك ينصرف إلى ما ضمنه بدليل المخالط له فيجب عليه أداء ما أدى عنه كما لو صرح به .

(الحال الثاني) ضمن بأمره وقضى بغير أمره فله الرجوع أيضاً وبه قال مالك والشافعي في أحد الوجوه عنه ، والوجه الثاني لا يرجع به لأنه دفع بغير أمره أشبه ما لو تبرع به . الثالث أنه إن تعذر الرجوع على المضمون عنه فمدفع ما عليه رجوع والا فلا لأنه تبرع بالمدفع

ولنا أنه إذا أذن في الضمان تضمن ذلك إذنه في الأداء لأن الضمان يوجب عليه الأداء فرجع عليه كما لو أذن في الأداء صريحاً (الحال الثالث) ضمن بغير أمره وقضى بأمره فله الرجوع أيضاً وظاهر

(مسئلة) فأما الأعيان المضمونة كالنصوب والعماري والمقبوض على وجه السوم فيصح ضمانها وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه ، وقال في الآخر لا يصح لأن الأعيان غير ثابتة في الذمة فأما يضمن ما ثبت في الذمة ووصفنا لما بالضمان إنما معناه أنه يلزم قيمتها عند التلف والقيمة مجهولة ولنا أنها مضمونة على من هي في يده فصح ضمانها كالحقوق الثابتة في الذمة، قولهم إن الأعيان لا تثبت في الذمة قلنا الضمان في الحقيقة إنما هو ضمان استنقاذها وردها والزام تحصيلها أو قيمتها عند تلفها وهذا مما يصح ضمانه كهدية المبيع فإنه يصح وهي في الحقيقة الزام رد الثمن أو عوضه إن ظهر بالمبيع عيب أو استحق .

(فصل) ويصح ضمان الحمل في الجملة وفي المسابقة والمناضلة وقال أصحاب الشافعي لا يصح ضمانه في أحد الوجهين لأنه لا يؤول إلى الزوم أشبه مال الكتابة

ولما قول الله تعالى (وان جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) ولأنه يؤول إلى الزوم إذا عمل العمل وإنما الذي لا يلزم العمل والمال يلزم بوجوده والضمان للمال دون العمل ، وبصح ضمان أرض الجنابة سواء كان تقوداً كقيم المتلفات أو حيواناً كالديار وقال أصحاب الشافعي لا يصح ضمان الحيوان الواجب فيها لأنه مجبول وقد مضى الدليل على صحة ضمان المجهول ولأن الأبل الواجبة في الدية معلومة الأسنان والهدد وجهالة اللون وغيره من الصفات الباقية لا تضر لأنه إنما يلزمه أدنى لون وصفة فيحصل معلومه وكذلك غيرها من الحيوان ولأن جهل ذلك لا يمنع وجوبه بالتلاف فلم يمنه وجوبه بالالتزام ويصح ضمان نفقة الزوجة سواء كانت نفقة يوماً أو مستقبلة لأن نفقة اليوم واجبة والمستقبلة ما لها إلى الزوم ويلزمه ما يلزم الزوج في قياس المذهب ، وقال القاضي : إذا ضمن نفقة المستقبل لم يلزمه إلا نفقة العسر لأن الزيادة على ذلك تسقط بالأعسار ، وهذا مذهب الشافعي على القول الذي قال فيه يصح ضمانها .

ولنا أنه يصح ضمان الجملة والصداق قبل الدخول والمبيع في مدة الخيار . فأما النفقة في الماضي

مذهب الشافعي أنه لا يرجع لأن أمره بالقضاء انصرف الى ما وجب بضمانه ولنا أنه أدى دينه بأمره فرجع عليه كما لو لم يكن ضامنا أو كما لو ضمن بأمره وقولهم ان اذنه في القضاء انصرف الى ما وجب بضمانه قلنا الواجب بضمانه إنما هو أداء دينه وليس هو شيئاً آخر فنتي أداءه عنه باذنه لزمه اعطاؤه بدله (الحال الرابع) ضمن بغير أمره. وقضى بغير أمره ففيه روايتان (احدهما) يرجع بما أدى وهو قول مالك وعبد الله بن الحسن واسحاق (والثانية) لا يرجع بشيء وهو قول أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر بدليل حديث علي وأبي قتادة فانهما لو كانا يستحقان الرجوع على الميت صار الدين لهما فكانت ذمة الميت مشغولة بدينهما كاشتغالها بدين المضمون عنه ولم يصل عليه النبي ﷺ ولانه تبرع بذلك أشبهه مالو علف دوابه وأطمع عبيده بغير أمره . ووجه الاولى أنه قضاء مبرىء من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه كالحاكم إذا قضا عنه عند امتناعه فأما علي وأبو قتادة فانهما تبرعا بالقضاء والضمان فانهما قضيا دينه قصداً لتبرئة ذمته ليصلي عليه ﷺ مع علمهما بانه لم يترك وفاة والتبرع لا يرجع بشيء وانما الخلاف في المحتسب بالرجوع

فان كانت واجبة بحكم حاكم أو قلنا بوجودها بدون حكمه صح ضمانها والا فلا وفي صحة ضمان السلم اختلاف نذكره في بابه .

(مسئلة) (وان قضى الضامن الدين متبرعاً لم يرجع بشيء لانه تطوع بذلك أشبه الصدقة وسواء ضمن باذنه أو بغير إذنه

(مسئلة) (وان نوى الرجوع وكان الضمان والقضاء بغير اذن المضمون عنه فهل يرجع؟ علي روايتين وإن أذن له في أحدهما فله الرجوع بأقل الامرين مما قضى أو قدر الدين) وجملة ذلك أن الضامن متى أدى الدين بنية الرجوع لم يخل من أربعة أقسام (أحدها) أن يضمن باذن المضمون عنه ويؤدي بأمره فانه يرجع عليه سواء قال اضمن عني وأد عني أو أطلق، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف، وقال ابو حنيفة ومحمد ان قال اضمن عني وانقد عني رجع عليه وان قال انقد هذا لم يرجع الا ان يكون مخالطاً له يستقرض منه ويودع عنده لان قوله اضمن عني وانقد عني اقرار منه بالحق واذا أطلق صار كأنه قال هب لهذا أو تطوع واذا كان مخالطاً له رجع استحساناً لانه قد يأمر مخالطه بالنقد عنه .

ولنا انه ضمن ودفع بأمره فأشبهه ما لو كان مخالطاً له أو قال اضمن عني وما ذكرناه ليس بصحيح لانه اذا أمره بالضمان لا يكون الا لما هو عليه وأمره بالنقد بعد ذلك ينصرف الى ما ضمنه بدليل المخالطة له فيجب عليه أداء ما أدى عنه كما لو صرح به

(الثاني) ضمن بأمره وقضى بغير أمره فله الرجوع أيضاً وبه قال مالك والشافعي في أحد الوجوه عنه ، والوجه الثاني لا يرجع لانه دفع بغير أمره أشبهه مالو تبرع، الوجه الثالث أنه ان تعذر الرجوع على المضمون عنه فدفع ما عليه رجماً وإلا فلا لانه تبرع بالدفع

(فصل) ويرجع الضامن على المضمون عنه بأقل الامرين مما قضى أو قدر الدين لانه ان كان الاقل الدين فالزائد لم يكن واجبا فهو متبرع بادائه وان كان المفضي أقل فانما يرجع بما غرم ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء وإن دفع عن الدين عرضا رجع بأقل الامرين من قيمته أو قدر الدين لذلك فان قضى المؤجل قبل أجله لم يرجع به قبل أجله لانه لا يجب له أكثر مما كان للغريم فان حاله كانت الحوالة بمنزلة تقيضه ويرجع بالاقل مما أجل به او قدر الدين سواء قبض الغريم من المحال عليه او أبرأه او تعذر عليه الاستيفاء لفسل او مطل لان نفس الحوالة كالقباض

(فصل) ولو كان على رجلين مائة على كل منهما نصفها وكل واحد ضامن عن صاحبه ماعليه فضمن آخر عن أحدهما المائة بأمره وقضاها سقط الحق عن الجميع، وله الرجوع بها على الذي ضمن عنه ولم

ولنا أنه اذا أذن في الضمان تضمن ذلك اذنه في الاداء لان الضمان يوجب عليه الاداء فرجع عليه كما لو أذن في الاداء صريحا (الثالث) ضمن بغير امره وقضى بأمره فله الرجوع أيضا وظاهر مذهب الشافعي أنه لا يرجع لان أمره بالقضاء انصرف الى ما وجب بضمانه

ولنا أنه أدى دينه بأمره فرجع عليه كما لو لم يكن ضامنا أو كما لو ضمن بأمره، قولهم ان اذنه في القضاء انصرف الى ما وجب بضمانه قلنا والواجب بضمانه إنما هو اداء دينه وليس هو شيئا آخر فتي أداء عنه باذنه لزمه إعطاؤه بدله (الرابع) ضمن بغير أمره وقضى بغير أمره فغيره روايتان (احداها) يرجع وهو قول مالك وعبيد الله بن الحسن واسحاق (والثانية) لا يرجع بشيء وهو قول أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر بدليل حديث علي وأبي قتادة فانها لو كانا يستحقان الرجوع على الميت صار الدين لهما فسكانت ذمة الميت مشغولة بدينها كاشتغالها بدين المضمون له ولم يصل عليه النبي صلى الله عليه وسلم لانه تبرع بذلك أشبهه مالو علف دوابه وأطعم عبيده بغير أمره . ووجه الاولى أنه قضاء مبريء من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه كالحاكم إذا قضى عنه عند امتناعه ، فاما علي وأبو قتادة فانها تبرعا بالقضاء والضمان فانها قضيا دينه قصداً لتبرئة ذمته ليصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم مع علمها انه لم يترك وفاءه والمتبرع لا يرجع بشيء وإنما الخلاف في المحتسب بالرجوع

(فصل) ويرجع الضامن على المضمون عنه بأقل الامرين مما قضى أو قدر الدين لانه ان كان الاقل الدين فالزائد لم يكن واجبا فهو متبرع به وان كان المفضي أقل فانما يرجع بما غرم ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء فان دفع عن الدين عرضاً رجع بأقل الامرين من قيمته أو قدر الدين لما ذكرنا (فصل) ولو كان على رجلين مائة على كل واحد منهما نصفها وكل واحد ضامن عن صاحبه ماعليه فضمن آخر عن أحدهما المائة بأمره وقضاها سقط الحق عن الجميع وله الرجوع على الذي ضمن عنه ولم يكن له أن يرجع على الآخر بشيء في احدى الروايتين لانه لم يفضي عنه ولا اذن له في القضاء

يكن له ان يرجع على الآخر بشيء في احدى الروايتين لانه لم يضمن عنه ولا اذن له في القضاء فاذا رجع على الذي ضمن عنه رجح على الآخر بنصفها ان كان ضمن عنه باذنه لانه ضمنها عنه باذنه وقضاها ضامنه . والرواية الثانية له الرجوع على الآخر بالمائة لانها وجبت له على من اداها عنه فملك الرجوع بها عليه كالأصل

(فصل) اذا ضمن عن رجل باذنه فطوب الضامن فله مطالبة المضمون عنه بتخليصه لانه لزمه الاداء عنه بأمره فكانت له المطالبة بتبرئة ذمته وان لم يطالب الضامن لم يملك مطالبة المضمون عنه لانه لما لم يكن له الرجوع بالدين قبل غرامته لم يكن له المطالبة به قبل طلبه منه وفيه وجه آخر ان له المطالبة لانه شغل ذمته باذنه فكانت له المطالبة بتفريغها كما لو استعار عبداً فرهنه كان للسيد مطالبته بفكائه وتفريغه من الرهن والاول اولى ، ويفارق الضمان العارية لان السيد يتضرر بتعويق منافع عبده

فاذا رجح على الذي ضمن رجح على الآخر بنصفها ان كان ضمن عنه باذنه لانه ضمنها عنه باذنه وقضاها ضامنه ، والرواية الثانية له الرجوع على الآخر بالمائة لانها وجبت له على من اداها عنه فملك الرجوع بها كالأصل

(فصل) واذا ضمن عن رجل بامرهم فطوب الضامن فله مطالبة المضمون عنه بتخليصه لانه لزمه الاداء عنه بامرهم فكانت له المطالبة بتبرئة ذمته وان لم يطالب الضامن لم يملك مطالبة المضمون عنه لانه لما لم يكن له الرجوع بالدين قبل غرامته لم تكن له المطالبة قبل طلبه منه وفيه وجه آخر ان له المطالبة لانه شغل ذمته باذنه فكانت له المطالبة بتفريغها كما لو استعار عبداً فرهنه كان لسيد مطالبته بفكائه وتفريغه من الرهن والاول اولى . ويفارق الضمان العارية لان السيد يتضرر بتعويق منافع عبده المستعار فملك المطالبة بما يزيل الضرر عنه والضامن لا يبطل بالضمان شيء من منفعه فاما ان ضمن عنه بغير اذنه لم يملك مطالبة المضمون عنه قبل الاداء بحال لانه لا حق له يطالب به ولا شغل ذمته بأمره فأشبه الاجنبي ، وقيل ان هذا ينبغي على الروايتين في رجوعه على المضمون عنه بما أدى عنه فان قلنا لا يرجع فلا مطالبة له بحال وان قلنا يرجع في حكمه من ضمن عنه بامرهم على ما مضى تفصيله

(فصل) وان ضمن الضامن آخر فقضى أحدهما الدين برى الجميع فان قضاء المضمون عنه لم يرجع على أحد وان قضاء الضامن الاول رجح على المضمون عنه دون الضامن الثاني وان قضاء الثاني رجح على الاول ثم رجح الاول على المضمون عنه اذا كان كل واحد منهما قد اذن لصاحبه فان لم يكن اذن له ففي الرجوع روايتان ، وان اذن الاول للتاني ولم يأذن المضمون عنه أو اذن المضمون عنه لضمانه ولم يأذن الضامن لضمانه رجح المأذون له على من اذن له ولم يرجع على الآخر على احدى الروايتين فان اذن المضمون عنه للضامن الثاني في الضمان ولم يأذن له الضامن الاول رجح على المضمون عنه ولم يرجع على الضامن لانه انما يرجع على من اذن له دون غيره

المستعار فملك المطالبة بما يزيد الضرر عنه والضامن لا يبطل بالضمان شيء من منامه ، فأما ان ضمن عنه بغير أمره لم يملك مطالبة المضمون عنه قبل الاداء بحال لانه لاحق له يطالب به ولا شغل ذمته بأمره فأشبهه الاجنبي، وقيل ان هذا ينبنى على الروايتين في رجوعه على المضمون عنه بما أدى عنه فان قلنا لا يرجع فلا مطالبة له بحال وان قلنا يرجع فحكمه حكم من ضمن عنه بأمره على ما مضى تفصيله (فصل) فان ضمن الضامن ضامن آخر فقضى أحدهم الدين برثوا جميعا فان قضاء المضمون عنه لم يرجع على أحد وان قضاء الضامن الاول رجع على المضمون عنه دون الضامن عنه وان قضاء الثاني رجع على الاول ثم رجع الاول على المضمون عنه اذا كان كل واحد منهما قد أذن لضامنه ، فان لم يكن إذن له ففي الرجوع روايتان ، وان إذن الاول للثاني ولم يأذن المضمون عنه او إذن المضمون عنه لضامنه ولم يأذن الضامن لضامنه رجع المأذون له على من إذن له ولم يرجع الآخر على احدي الروايتين، فان إذن المضمون عنه للضامن الثاني في الضمان ولم يأذن له الضامن الاول رجع على

(فصل) اذا كان له الف على رجلين على كل واحد منهما نصفه وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه فابراً الغريم أحدهما من الالف بريء منه ويرى صاحبه من ضمانه وبقي عليه خمسمائة وان قضاء أحدهما خمسمائة أو أبرأه الغريم منها وعين القضاء بلفظه أو بيئته عن الاصل أو الضمان انصرف اليه وان أطلق احتمال ان له صرفها الى ماشاء منها كمن أخرج زكاة نصاب وله نصابان غائب وحاضر كان له صرفها الى ماشاء منها واحتمل أن يكون نصفها عن الاصل ونصفها عن الضمان لان اطلاق القضاء والبراء ينصرف إلى جملة ما في ذمته فيكون بينهما، والمعتبر في القضاء لفظ القاضي وبيته وفي البراء لفظ المهريء وبيته ومتى اختلفوا في ذلك فالقول قول من اعتبر لفظه وبيته

(فصل) ولو ادعى القا على حاضر وغائب وان كل واحد منهما ضامن عن صاحبه فاعترف الحاضر بذلك فله أخذ الالف منه فان قدم الغائب فاعترف رجع عليه صاحبه بنصفه وان أنكر فالقول قوله مع يمينه وان كان الحاضر أنكر فالقول قوله مع يمينه، فان قامت عليه بيئته فاستوفى الالف منه ليرجع على الغائب بشيء لانه بائع كاره معترف انه لاحق له عليه وإنما المدعي ظلمه وان اعترف الغائب وطاد الحاضر عن انكاره فله الاستيفاء منه لانه يدعي عليه حقا يعترف له به فجاز له أخذه، وان لم يقم على الحاضر بيئته حلف وبريء فاذا قدم الغائب فان أنكر وحلف بريء فان اعترف لزمه دفع الالف وقال بعض أصحاب الشافعي لا يلزمه الا خمس المائة الاصلية دون المضمونة لانها سقطت عن المضمون عنه يمينه فتسقط عن ضامنه

ولنا أنه مقر بها وغريمه يدعيها واليمين إنما اسقطت المطالبة عنه في الظاهر ولم تسقط عنه الحق الذي في ذمته بدليل أنه لو قامت عليه بيئته بعد يمينه لزمه ولزم الضامن

(مسئلة) وان أنكر المضمون له القضاء وحلف لم يرجع الضامن على المضمون عنه سواء صدقه أو كذبه

المضمون عنه ولم يرجع على الضامن لانه إنما يرجع على من اذن له دون غيره
(فصل) اذا كان له الف على رجلين على كل واحد منها نصفه وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه
فأبرأ التريم أحدهما من الالف برى منه وبرى صاحبه من ضمانه وبقي عليه خمسمائة ، وان قضاء
أحدهما خمسمائة أو أبرأ التريم منها وعين القضاء بلفظه أو بيينة عن الاصل والضمان انصرف اليه
وان أطلق احتمال أن له صرفها الى ما شاء منها كمن اخرج زكاة نصاب وله نصابان غائب وحاضر كان له
صرفها الى ما شاء منها واحتمل أن يكون نصفها عن الاصل ونصفها عن الضمان لان اطلاق القضاء
والابراء بنصرف إلى جملة ما في ذمته فيكون بينها ، والمعتبر في القضاء لفظ القاضي ونيتة وفي الابراء
لفظ المبرى ونيتة ومتى اختلفوا في ذلك فالقول قول من المعتبر لفظه ونيتة

(فصل) ولو ادعى ألفا على حاضر وغائب وان كل واحد منهما ضامن عن صاحبه فاعترف الحاضر
بذلك فله أخذ الالف منه فاذا قدم الغائب فاعترف رجوع عليه صاحبه بنصفه وان أنكر فالقول قوله مع يمينه
وان أنكر الحاضر فالقول قوله مع يمينه ، فان قامت عليه بينة فاستوفى الالف منه لم يرجع على الغائب
بشيء لانه بانكاره معترف أنه لا حق له عليه وانما المدعي ظلمه ، وان اعترف الغائب وعاد الحاضر عن
انكاره فله أن يستوفي منه لانه يدعي عليه حقا يعترف له به فكان له أخذه منه وان لم يقم على
الحاضر بينة حلف وبرى ، فاذا قدم الغائب فأنكر أيضا وحلف برى ، وان اعترف لزمه دفع الالف

اذا ادعى الضامن انه قضى الدين فأنكر المضمون له ولا بينة له فالقول قول المضمون له لانه
ادعى تسليم المال الى من لم يأمنه فكان القول قول المنكر ، وله مطالبة الضامن والاصيل فان
رجع على المضمون عنه فهل يرجع الضامن بما قضاء عنه ؟ ينظر فان لم يعترف له بالقضاء لم يرجع
عليه وان اعترف له بالقضاء وكان قد قضى بغير بينة في غيبة المضمون عنه لم يرجع بشيء سواء صدقه
المضمون عنه أو كذبه لانه أذن في قضاء مبرى ، ولم يوجد ، وان قضاء بينة ثبت بها الحق لكن ان
كانت غائبة أو ميتة فللضامن الرجوع على المضمون عنه لانه معترف أنه ما قصر وما فرط وان قضاء بينة
مردودة بأمر ظاهر كالكفر والفسق الظاهر لم يرجع الضامن لتفريطه لان هذه البينة كدمها ، وان
ردت بأمر خفي كالفسق الباطن أو كانت الشهادة مختلفا فيها مثل أن اشهد عبدين أو شاهداً واحداً
فردت لذلك أو كان ميتاً أو غائبا احتمل أن يرجع لانه قضى بينة شرعية والجرح والتعديل ليس
له واحتمل ان لا يرجع لانه أشهد من لا يثبت الحق بشهادته ، وان قضى بغير بينة بمحضرة المضمون عنه
ففيه وجهان أحدهما يرجع وهو مذهب الشافعي لانه اذا كان حاضراً كان الاحتياط اليه فاذا ترك التحفظ
كان التفريط منه دون الضامن والثاني لا يرجع لانه قضى قضاء غير مبرى ، فأشبه ما لو قضى في غيبته
(فصل) فان رجع المضمون له على الضامن فاستوفى منه مرة ثانية رجع على المضمون عنه بمقتضى
ثانياً لانه أبرأ به ذمته ظاهراً قال القاضي ويحتمل أن له الرجوع بالقضاء الاول دون الثاني لان البراءة

وقال بعض أصحاب الشافعي لا يلزمه الا خمس المائة الاصلية دون المضمونة لأنها سقطت عن المضمون عنه يمينه فتسقط عن ضامنه

ولنا أنه يعترف بها وغريمه يدعيها واليمين إنما أسقطت المطالبة عنه في الظاهر ولم تسقط عنه الحق الذي في ذمته ولهذا لو قامت عليه بينة بعد يمينه لزمه ولزم الضامن

(فصل) وإذا ادعى الضامن أنه قضى الدين فأنكر المضمون له ولا بينة له فالقول قول المضمون له لانه ادعى تسليم المال الى من لم يأتمنه فكان القول قول المنكر واه مطالبة من شاء منها فان رجع على المضمون عنه فهل يرجع الضامن عما قضاء عنه؟ نظرنا فان لم يعترف له بالقضاء لم يرجع عليه وأن اعترف له بالقضاء وكان قد قضى بغير بينة في غيبة المضمون عنه لم يرجع بشيء سواء صدقه المضمون عنه أو كذبه لانه أذن له في قضاء مبريء، ولم يوجد وان قضاء بينة ثبت بها الحق لكن إن كانت ميتة أو غائبة فللضامن الرجوع على المضمون عنه لانه معترف أنه ما قصر ولا فرط، وان قضاء بينة مردودة بأمر ظاهر كالكفر والفسق الظاهر لم يرجع الضامن لتفريطه لان هذه البينة كدمها وان ردت بأمر خفي كالفسق الباطن أو كانت الشهادة مختلفا فيها مثل أن أشهد عبد بن أو شاهدا واحدا فردت لذلك أو كان ميتا أو غائبا احتمل أن يرجع لانه قضى بينة شرعية والجرح والتعديل ليس اليه، واحتمل أن لا

حصلت به في الباطن، ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين ووجه ثالث أنه لا يرجع بشيء بحال لان الاول ما أبرأه ظاهراً والثاني ما أبرأه باطناً

ولنا ان الضامن أدى عن المضمون عنه باذنه اذا أبرأه ظاهراً وباطناً فرجع به كما لو قامت به بينة والوجه الاول أرجح لان القضاء المبريء في الباطن ما أوجب الرجوع فيجب أن يرجع بالباقي المبريء في الظاهر .

﴿مسئلة﴾ (وان اعترف المضمون له بالقضاء وأنكر المضمون عنه لم يسمع إنكاره)

لان ما في ذمته حق للمضمون له . فاذا اعترف بالقبض من الضامن فقد اعترف بأن الحق الذي له صار للضامن فيجب أن يقبل اقراره لكونه اقراراً في حق نفسه وفيه وجه آخر أنه لا يقبل لان الضامن مدع لما يستحق به الرجوع على المضمون عنه وقول المضمون له شهادة على فعل نفسه فلا تقبل والاول أصح وشهادة الانسان على فعل نفسه صحيحة كشهادة المرضعة بالرضاع ، وقد ثبت ذلك بخبر عقبة بن الحارث .

﴿مسئلة﴾ (وان قضى المؤجل قبل أجله لم يرجع حتى يحل)

لانه لايجب له أكثر مما كان للغيرم ولانه تبرع بالتعجيل، وان أحاله كانت الحوالة بمنزلة تقيضه ورجع بالاقبل مما أحاله به أو قدر الدين سواء قبض الغيرم من المحال عليه أو أبرأه أو تعذر عليه الاستيفاء لفسس أو مطلق لان الحوالة كالاقباض

يرجع لانه أشهد من لا يثبت الحق بشهادته ، وان قضى بغيره بمحضرة المضمون عنه ففيه وجهان (أحدهما) يرجع وهو مذهب الشافعي لأنه اذا كان حاضرا كان الاحتياط اليه فاذا ترك التحفظ وهو حاضر فهو المفرط دون الضامن (والثاني) لا يرجع لانه قضى قضاء لا يبري ، فأشبهه ما لو قضى في غيبته ، فأما ان يرجع المضمون له على الضامن فاستوفى منه مرة ثانية رجع على المضمون عنه بما قضاة ثانيا لانه أبرأ به ذمته ظاهرا ، قال القاضي ويحتمل أن له الرجوع بما قضاة أولا دون الثاني لان البراءة حصلت به في الباطن ، ولأصحاب الشافعي كهذين الوجهين ووجه ثالث انه لا يرجع بشيء بحال لان الاول ما أبرأه ظاهرا والثاني ما أبرأه باطنا

ولنا أن الضامن أدى عن المضمون عنه باذنه اذا أبرأه ظاهراً وباطناً فرجع به كما لو قامت به البينة والوجه الاول أرجح لان القضاء المبريء في الباطن ما أوجب الرجوع فيجب أن يجب بالباقي المبريء في الظاهر ، وان اعترف المضمون له بالقضاء وأنكر المضمون عنه لم يلتفت الى انكاره لان ما في ذمته حق للمضمون له فاذا اعترف بالقبض من الضامن فقد اعترف بان الحق الذي له سار للضامن فيجب أن يقبل اقراره لكونه اقرارا في حق نفسه ويحتمل أن لا يقبل لان الضامن مدع لما يستحق به الرجوع على المضمون عنه فقول المضمون له شهادة على فعل نفسه فلا يقبل ، والصحيح الاول وشهادة الانسان على فعل نفسه صحيحة كشهادة المرضعة بالرضاع وقد ثبت ذلك بخبر عقبة بن الحارث

(فصل) ولا يدخل الضمان والكفالة خيار لان الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ والضمين والكفيل على بصيرة انه لاحظ لهما ولانه عقد لا يفتقر الى القبول فلم يدخله خيار كالنذر وبهذا قال أبو

﴿مسئلة﴾ (وان مات الضامن أو المضمون عنه فهل يحل الدين ؟ على روايتين وأيهما حل عايه لم يحل على الآخر)

وجملة ذلك أنه اذا ضمن ديناً مؤجلاً مات أحدهما . إما الضامن أو المضمون عنه فهل يحل الدين على الميت منهما؟ على روايتين يأتي ذكرهما . فان قلنا يحل على الميت لم يحل على الآخر لان الدين لا يحل على شخص بموت غيره . فان كان الميت المضمون عنه لم يستحق مطالبة الضامن قبل الاجل فان قضاة قبل الاجل كان متبرطاً بتججيل القضاء وهل له مطالبة المضمون عنه قبل الاجل؟ يخرج على الروايتين فيمن قضى الدين بغير اذن من هو عليه . وان كان الميت الضامن فاستوفى الثريم من تركته لم يكن لورثته مطالبة المضمون عنه حتى يحل الحق لانه مؤجل عليه فلا يستحق مطالبته قبل أجله وهذا مذهب الشافعي وحكي زفر ان لهم مطالبته لانه أدخله في ذلك مع علمه أنه يحل بموته

ولنا أنه دين مؤجل فلا يجوز مطالبته به قبل الاجل كما لو لم يموت وقولهم ادخله فيه قلنا انما ادخله في المؤجل وحوله بسبب من جهة فهو كما لو قضى قبل الاجل

﴿مسئلة﴾ (ويصح ضمان الحال مؤجلاً وان ضمن المؤجل حالاً لم يلزمه قبل أجله في أصح الوجهين)

حنيئة والشافعي ولا نعلم عن أحد خلافهم فان شرط الخيار فيها فقال القاضي عندي ان الكفالة تبطل وهو مذهب الشافعي لانه شرط ما يناني مقتضاها ففسدت كما لو شرط ان لا يؤدي ما على المكفول به وذلك لان مقتضى الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفل به والخيار ينافي ذلك ويحتمل أن يبطل الشرط وتصح الكفالة كما قلنا في الشروط الفاسدة في البيع، ولو أقر بأنه كفل بشرط الخيار لزمته الكفالة وبطل الشرط لانه وصل باقراره ما يبطله فأشبهه استثناء الكل

(فصل) وإذا ضمن رجلان عن رجل ألفا ضمان اشتراط فقالا ضمنا لك الالف الذي على زيد فكل واحد منهما ضامن لنصفه وان كانوا تنزئة فكل واحد منهم ضامن ثلثه فان قال واحد منهم أنا وهذان ضامنون لك الالف فسكت الآخران فعليه ثلث الالف ولا شيء عليهما، وان قال كل واحد منهم كل واحد منا ضامن لك الالف فهذا ضمان اشتراك وانفراد وله مطالبة كل واحد منهم بالالف كله ان شاء، وان ادعى احدهم الالف كله او حصته لم يرجع الا على المضمون عنه لان كل واحد منهم ضامن اصلي وليس بضامن عن الضامن الآخر

﴿مسئلة﴾ قال (ومن كفل بنفسه لزمه ما عاها ان لم يسلمها)

وجملة ذلك ان الكفالة بالنفس صحيحة في قول اكثر اهل العلم هذا مذهب شريح ومالك والثوري والليث وأبي حنيفة، وقال الشافعي في بعض أقواله الكفالة بالبدن ضعيفة واختلف أصحابه فمنهم من قال هي صحيحة قولاً واحداً وإنما أراد أنها ضعيفة في القياس وان كانت ثابتة بالاجماع والامر، ومنهم

إذا ضمن الدين الحال مؤجلاً صح ويكون حالاً على المضمون عنه مؤجلاً على الضامن يملك مطالبة المضمون عنه دون الضامن، وبه قال الشافعي قال أحمد في رجل ضمن ماعلى فلان أنه يؤديه في ثلاث سنين فهو عليه ويؤديه كما ضمن، ووجه ذلك ما روى ابن عباس أن رجلاً لزم غريماً له بعشرة دنانير على عهد رسول الله ﷺ فقال ما عندي شيء أعطيك فقال والله لا أفارقك حتى تعطيني أو تأتيني بحمير فخره الى النبي ﷺ فقال له النبي ﷺ « كم تستنظره؟ » فقال شهراً فقال رسول الله ﷺ « فأنا أحمل؟ » فجاءه به في الوقت الذي قال النبي ﷺ فقال له النبي ﷺ « من ابن أصبته هذا؟ » قال من معدن قال « لا خير فيها » وقضاها عنه رواء ابن ماجه ولانه ضمن ما لا بمقد مؤجل فكان مؤجلاً كالبيع، فان قيل فعندكم الدين الحال لا يتأجل فكيف تأجل على الضامن؟ أم كيف يثبت في ذمة الضامن على غير الوصف الذي يتصف به في ذمة المضمون عنه؟ قلنا الحق يتأجل في ابتداء ثبوته بمقد وهذا ابتداء ثبوته في حق الضامن فانه ام يكن ثابتاً عليه حالاً ويجوز ان يخالف ما في ذمة الضامن الذي في ذمة المضمون عنه بدليل ما لو مات المضمون عنه والدين مؤجلاً. اذا ثبت هـ. اذا فكان الدين حالاً فوضعه الى شهرين لم يكن له مطالبة الضامن الى شهر فان قضاها قبل الاجل فله الرجوع به في الحال على الرواية

من قال فيها قولان (أحدهما) أنها غير صحيحة لأنها كفالة بعين فلم تصح كالكفالة بالوجه وبدن الشاهدين ولنا قول الله تعالى (قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقا من الله أتأنتني به الا أن يحاط بكم) ولان ماوجب تسليمه بمقد وجب تسليمه بمقد الكفالة كالمال، اذا ثبت هذا فانه متى تعذر على الكفيل احضار المكفول به مع حياته أو امتنع من احضاره لزمه ما عليه وقال أكثرهم لا يغرر

ولنا عموم قوله عليه السلام « الزعيم غارم » ولانها أحد نوعي الكفالة فوجب بها الغرم كالكفالة بالمال (فصل) واذا قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو يديه أو بوجهه كان كفيلا به وار كفل برأسه أو كبده أو جزءه لا تبقى الحياة بدونه أو بجزءه شائع منه كئلته أو ربهه صحت الكفالة لانه لا يمكنه احضار ذلك الا باحضاره كله، وان تكفل بعضو تبقى الحياة بعد زواله كيده ورجله ففيه وجهان (أحدهما) تصح الكفالة وهو قول أبي الخطاب وأحد الوجيهين لاصحاب الشافعي لانه لا يمكنه احضار هذه الاعضاء على صفتها الا باحضار البدن كله فأشبه الكفالة بوجهه ورأسه ولانه حكم يتعلق بالجملة فيثبت حكمه اذا أضيف الى البعض كالطلاق والعناق (والثاني) لا يصح لانه يمكن احضاره بدون الجملة مع بقائها وقال الفاضلي لا تصح الكفالة ببعض البدن ولا تصح الا في جميعه لان مالا يسري لا يصح اذا خص به عضو كالبيع والاجارة

(فصل) وتصح الكفالة ببدن كل من يلزم حضوره في مجلس الحكم بدين لازم سواء كان الدين معلوما أو مجهولا وقال بعض أصحاب الشافعية لا تصح بمن عليه دين مجهول لانه قد يتعذر احضار المكفول به فيلزمه الدين ولا يمكن طلبه منه لجهله. ولنا ان الكفالة بالبدن لا بالدين والبدن معلوم فلا

التي تقول لانه اذا قضى دينه بغير إذنه رجع به لان ما فيه ههنا انه قضى بغير اذن وعلى الرواية الاخرى لا يرجع به قبل الاجل لانه لم يأذن له في القضاء قبل ذلك

(فصل) فان كان الدين مؤجلا فضمنه حالا لم يصر حالا ولم يلزمه أداءه قبل أجله لان الضامن فرع للمضمون عنه فلا يلزمه مالا يلزمه ولان المضمون عنه لو أئزم نفسه تعجيل هذا الدين لم يلزمه تعجيله فبان لا يلزم الضامن أولى ولان الضمان التزام دين في الذمة فلا يجوز أن يلتزم ما يلزم المضمون عنه، فعلى هذا ان قضاء حالا لم يرجع به قبل أجله لان ضمانه لم يغيره عن تأجيله، والفرق بين هذه المسئلة والتي قبلها ان الدين الحال ثابت في الذمة مستحق القضاء في جميع الزمان فاذا ضمنه مؤجلا فقد التزم بمض ما يجب على المضمون عنه فصح كما لو كان الدين عشرة فضمن خمسة، وأما الدين المؤجل فلا يستحق قضاءه الا عند أجله فاذا ضمنه حالا أئزم ما لم يجب على المضمون عنه أشبه ما لو كان الدين عشرة فضمن عشرين، وفيه وجه آخر انه يصح ضمان المؤجل حالا كما يصح ضمان الحال مؤجلا قياساً عليه

وقد ذكرنا الفرق بينهما بما يمنع القياس ان شاء الله تعالى

(فصل) ولا يدخل الضمان والكفالة خيار لان الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ والضمين والكفيل

لا يبطل الكفالة لاحتمال عارض ولا نا قد تبينا ان ضمان المجهول يصح وهو التزام المال ابتداء فالكفالة التي لا تتعلق بالمال ابتداء أولى، وتصح الكفالة بالصبي والمجنون لانها قد يجب احضارهما بمجلس الحكم للشهادة عليهما بالاتلاف واذن وليهما يقوم مقام اذنهما، وتصح الكفالة بيدن المحبوس والغائب وقال أبو حنيفة لا تصح. ولنا ان كل وثيقة صحت مع الحضور صحت مع الغيبة والحبس كالرهن والضمان ولان الحبس لا يمنع من التسليم لسكون المحبوس يمكن تسليمه بامر الحاكم أو أمر من حبسه ثم يبيده الى الحبس بالحقين جميعا والغائب يمضي اليه فيحضره ان كانت الغيبة غير منقطعة وهو ان يعلم خبره فان لم يعلم خبره لزمه ما عليه قاله القاضي وقال في موضع آخر لا يلزمه ما عليه حتى تمضي مدة يمكنه الرد فيها فلا يفعل (فصل) ولا تصح الكفالة بيدن من عليه حد سواء كان حقاً لله تعالى كحد الزنا والسرقه او لآدمي كحد القذف والقتاص وهذا قول أكثر أهل العلم منهم شريح والحسن وبه قال اسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي وبه قال الشافعي في حدود الله تعالى، واختلف قوله في حدود الآدمي فقال في موضع الكفالة في حدود الآدمي ولا لمان وقال في موضع تجوز الكفالة بمن عليه حق أو حد لانه حق لآدمي فصحت الكفالة به كسائر حقوق الآدميين. ولنا ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ انه قال « لا كفالة في حد » ولانه حد فلم تصح الكفالة فيه كحدود الله تعالى ولان الكفالة استيناق والحدود مبناها على الاسقاط والدره بالشبهات فلا بدخل فيها الاستيناق ولانه حق لا يجوز استيفاؤه من الكفيل اذا تعذر عليه احضار المكفول به فلم تصح الكفالة بمن هو عليه كحد الزنا

دخلا على انه لاحظ لها ولانه عقد لا يفتقر الى القبول فلم يدخله خيار كالنذر وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافا، فان شرط الخيار فيها فقال القاضي عندي أن الكفالة تبطل وهو مذهب الشافعي لانه شرط ينافي مقتضاها ففسدت كما لو شرط أن لا يؤدي عن الكفول به وذلك لان مقتضى الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفل به والخيار ينافي ذلك ويحتمل أن يبطل الشرط وحده كما قلنا في الشروط الفاسدة في البيع، ولو أقر انه كفل بشرط الخيار لزمته الكفالة وبطل الشرط لانه وصل باقراره ما يبطله فأشبهه استثناء الكل

(فصل) واذا ضمن رجلان عن رجل الفاضلان اشتراك فقالا ضمنا لك الالف الذي على زيد فكل واحد منهما ضامن لنصفه وان كانوا ثلاثة فكل واحد ضامن ثلثه، فان قال واحد منهم انا وهذان ضامنون لك الالف فسكت الآخران فعليه ثلث الالف ولا شيء عليهما وان قال كل واحد منهم كل واحد منا ضامن لك الالف فهذا ضمان اشتراك وانفراد وله مطالبة كل واحد منهما بالالف ان شاء وان أدى أحدهم الالف كله أو حصته منه لم يرجع الاعلى المضمون عنه لان كل واحد منهم ضامن أصلي وليس بضامن عن الضامن الآخر

(فصل) ولا تجوز الكفالة بالمسكين من أجل دين الكتابة لان الحضور لا يلزمه فلا تجوز الكفالة به كدين الكتابة

(فصل) وتصح الكفالة حالة ومؤجلة كما يصح الضمان حالا ومؤجلا ، واذا أطلق كانت حالة لان كل عقد يدخله الحلول اقتضى اطلاقه الحلول كالثمن والضمان ، فاذا تكفل حالا كان له مطالبته باحضاره فان احضره وهناك يد حائلة ظالمة لم يبرأ منه ولم يلزم المكفول له تسلمه لانه لا يحصل له غرضه وان لم تكن يد حائلة لزمه قبوله فان قبله بريء من الكفالة ، وقال ابن ابي موسى لا يبرأ حتى يقول قد برئت اليك منه أو قد سلمته اليك أو قد أخرجت نفسي من كفالته ، والصحيح الاول لانه عقد على عمل فبريء منه بالعمل المعقود عليه كالأجارة ، فان امتنع من تسلمه بريء لانه احضر ما يجب تسليمه عند غريمه وطلب منه تسلمه على وجه لا ضرر في قبضه فبريء منه كالسلم فيه ، وقال بعض أصحابنا اذا امتنع من تسلمه أشهد على امتناعه رجلين وبريء لانه فعل ما وقع العقد على فعله فبريء منه وقال القاضي يرفعه الى الحاكم فيسلمه اليه ، فان لم يجد حاكما أشهد شاهدين على احضاره وامتناع المكفول له من قبوله ، والاول أصح فان مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه الى نائبه كحاكم أو غيره وان كانت الكفالة مؤجلة لم يلزم إحضاره قبل الاجل كالدين المؤجل ، فاذا حل الاجل فاحضره وسلمه بريء وان كان غائبا أو مرتدأ لحق بدار الحرب لم يؤخذ بالحق حتى يمضي زمن يمكن المضي اليه وامادته ، وقال ابن شبرمة يجبس في الحال لان الحق قد توجه عليه. ولنا أن الحق يعتبر في وجوب ادائه اماكن التسليم وان كان حالا كالدين فاذا مضت مدة يمكن احضاره فيها ولم يحضره أو كانت

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (الكفالة التزام احضار المكفول به)

وجلة ذلك أن الكفالة بالنفس صحيحة في قول أكثر اهل العلم منهم شريح ومالك والثوري والليث وأبو حنيفة ، وقال الشافعي في بعض أقواله الكفالة بالبدن ضعيفة ، واختلف أصحابه فمنهم من قال هي صحيحة قولاً واحداً وإنما أراد أنها ضعيفة في القياس وإن كانت ثابتة بالاجماع والائتر ومنهم من قال فيها قولان (أحدهما) أنها غير صحيحة لأنها كفالة بين فلتصح كالكفالة بالوجه وبدن الشاهدين ولنا قوله تعالى (قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقا من الله لتأقنني به الا ان يحاط بكم) ولان

ماوجب تسليمه بمقد وجب تسليمه بمقد الكفالة كلال

(مسئلة) (وتصح بيدن من عليه دين وبالاعيان المضمونة)

تصح الكفالة بيدن كل من يلزمه الحضور في مجلس الحكم بيدن لازم سواء كان معلوما أو كان مجهولا ، وقال بعض الشافعية لا يصح بمن عليه دين مجهول لانه قد يتعذر احضار المكفول فيلزمه الدين ولا يمكنه طلبه منه لجهله

ولنا ان الكفالة بالبدن لا بالدين والبدن معلوم فلا تبطل الكفالة لاحتمال عارض ولانا قد

الغيبية منقطعة لا يعلم خبره أو امتنع من احضاره مع إمكانه أخذ بما عليه، وقال أصحاب الشافعي ان كانت الغيبية منقطعة لا يعلم مكانه لم يطالب الكفيل باحضاره ولم يلزمه شيء وان امتنع من احضاره مع إمكانه حبس وقد دللنا على وجوب النرم فيما مضى وان احضر المكفول به قبل الاجل ولا ضرر في تسليمه لزمه وان كان فيه ضرر مثل ان تكون حجة النرم غائبة أو لم يكن يوم مجلس الحاكم أو الدين مؤجل عليه لا يمكن اقتضاؤه منه أو قد وعده بالانظار في تلك المدة لم يلزمه قبوله كما نقول فيمن دفع الدين المؤجل قبل حلوله

(فصل) واذا عين في الكفالة تسليمه في مكان فأحضره في غيره لم يبرأ من الكفالة وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال القاضي ان احضره بمكان آخر من البلد وسلمه بريء من الكفالة وقال بعض أصحابنا متى أحضره في أي مكان كان وفي ذلك الموضع سلطان بريء من الكفالة لكونه لا يمكنه الامتناع من مجلس الحاكم ويمكن اثبات الحججة فيه وقيل ان كان عليه ضرر في احضاره بمكان آخر لم يبرأ الكفيل باحضاره فيه والا برى كقولنا فيما اذا أحضره قبل الاجل ولاصحاب الشافعي اختلاف على نحو ما ذكرنا. ولنا أنه سلم ما شرط تسليمه في مكان في غيره فلم يبرأ كما لو احضر المسلم فيه في غير هذا الموضع الذي شرطه ولانه قد سلم في موضع لا يقدر على اثبات الحججة فيه لغيبه شهوده أو غير ذلك وقد هرب منه ولا يقدر على امساكه، ويفارق ما اذا أحضره قبل الاجل فانه بمحل الحق قبل أجله فزاده خيراً فاذا لم يكن فيه ضرر وجب قبوله وان وقمت الكفالة مطلقة وجب تسليمه في مكان المقدم كالمسلم فان سلمه في غيره فهو كتسليمه في غير المكان الذي عينه وان كان المكفول به

بيننا ان الضمان المحبوس يصح وهو التزام المالك ابتداء قال الكفالة التي لاتعلق بالمال ابتداء اولى، وتصح الكفالة بالصبي والمجنون لانه قد يجب احضارهما مجلس الحاكم للشهادة عليهما بالانلاف واذن وليهما يقوم مقام ائتمهما ويصح بيدن المحبوس والغائب وقال أبو حنيفة لا يصح

ولنا ان كل وثيقة صحت مع الحضور صحت مع الغيبة والحبس كالرهن والضمان ولان الحبس لا يمنع من التسليم لكون المحبوس يمكن تسليمه بأمر الحاكم وامر من حبسه ثم يعيده الى الحبس بالحقين جميعا والغائب يمضي اليه فيحضره ان كانت الغيبة غير منقطعة وهو أن يعلم خبره وان لم يعلم خبره لزمه عليه قاله القاضي وقال في موضع آخر لا يلزمه عليه حتى تمضي مدة يمكنه الرد فيها ولا يفعل وتصح بالاعيان المضمونة كالنصبوب والعواري لانه يصح ضمانها وقد ذكرنا صحة ضمانها

(مسألة) (ولا يصح بيدن من عليه حد ولا قصاص سواء كان حقاً لله تعالى كحد الزنا والسرقة أو لا دمي كحد التذف والقصاص)

وهو قول العلماء منهم شريح والحسن واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي والشافعي في حدود الله تعالى واختلف قوله في حدود الآدمي فقال في موضع لا كفالة في حد ولا لمان وقال

مجبوساً عند غير الحاكم لم يلزمه تسليبه مجبوساً لأن ذلك الحبس يمنعه استيفاء حقه وان كان مجبوساً عند الحاكم فسلمه اليه مجبوساً لزمه تسليمه لأن حبس الحاكم لا يمنعه استيفاء حقه واذا طالب الحاكم باحضاره أحضره مجلسه وحكم بينهما ثم يردّه الى الحبس وان توجه عليه حق المكفول له حبسه بالحق الاول أو حق المكفول له

(فصل) وان كفل الى أجل مجهول لم تصح الكفالة وبهذا قال الشافعي لأنه ليس له وقت يستحق مطالبته فيه وهكذا الضمان وان جعله الى الحصاد والجزاز والعتاء خرج على الوجين كالأجل في البيع والاولى صحتها هنا لأنه تبرع من غير عوض جعل له أجلاً لا يمنع من حصول المقصود منه فصح كالتذر وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة وقد روى مهنا عن أحمد في رجل كفل رجلاً آخر فقال : ان جئت به في وقت كذا والا فاعليه علي فقال لا أدري واسكن ان قال ساعة كذا لزمه . فنص على تعيين الساعة وتوقف عن تعيين الوقت ولعله أراد وقتاً متسماً أو وقت شيء بحدث مثل وقت الحصاد ونحوه فأما ان قال وقت طلوع الشمس ونحو ذلك صح وان قال الى الغد أو شهر كذا تعلق بأوله على ما ذكرنا في السلم (فصل) واذا تكفل برجل الى أجل ان جاء به فيه والا لزمه ما عليه صح وبه قال أبو حنيفة وأبو

في موضع تجوز الكفالة بمن عليه حق أو حد لأنه حق لا دمي فصحت الكفالة به كسائر حقوق الآدميين ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال « لا كفالة في حد » ولأنه حد فلم تصح الكفالة فيه كحدود الله تعالى ، ولأن الكفالة استيثاق والحدود مبناهما على الاسقاط والدرء بالشبهات فلا يدخل فيها الاستيثاق ولأنه حق لا يجوز استيفاؤه من الكفيل اذا تعذر عليه احضار المكفول به فلا تصح الكفالة بمن هو عليه كحد الزنا

(فصل) ولا تجوز الكفالة بالمكاتب من أجل دين الكتابة لان الحضور لا يلزمه فلا تجوز الكفالة به كدين الكتابة .

(مسئلة) (ولا يصح بغير معين كأحد هذين) لأنه غير معلوم في الحال ولا في المال فلا يمكن تسليمه (مسئلة) (وان كفل بجزء شائع من انسان أو عضو أو كفل بانسان على أنه ان جاء به وإلا فهو كفيل بآخر أو ضمن ما عليه صح في أحد الوجين)

أما اذا قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو بيده أو بوجهه كان كفيلاً به فان كفل برأسه أو كبده أو جزء لا تبقى الحياة بدونه أو بجزء شائع منه كثلثه أو ربهه صحت الكفالة لأنه لا يمكنه احضار ذلك الا باحضاره كله ، وقال القاضي تصح الكفالة ببعض البدن لان ما لا يسري اذا حضر به عضو لم يصح كالبيع والاجارة ، وان تكفل بعضو تبقى الحياة ببدن زواله كاليد والرجل ففيه وجهان : (أحدهما) تصح الكفالة اختاره أبو الخطاب وهو أحد الوجين لاصحاب الشافعي لأنه لا يمكنه احضار هذه الاعضاء على صفتها الا باحضار البدن كله أشبه الكفالة بوجهه ورأسه ولأنه حكم يتعلق بالجملة

يوسف وقال محمد بن الحسن والشافعي لا تصح الكفالة ولا يلزمه ما عاين لان هذا تعليق الضمان بخاطر فلم يصح كما لو علقه بقدم زيد

ولنا أن هذا موجب الكفالة ومقتضاها فصح اشتراطه كما لو قال ان جئت به في وقت كذا والا فلك جسي، ومبنى الخلاف هنا على الخلاف في أن هذا مقتضى الكفالة وقد دللنا عليه، وأما ان قال ان جئت به في وقت كذا والا فانا كفيل بيدن فلان أو فانا ضامن لك ما لك على فلان أو قال اذا جاء زيد فانا ضامن لك ما عليه أو اذا قدم الحاج فانا كفيل بفلان أو قال أنا كفيل بفلان شهرا فقال القاضي لا تصح الكفالة وهو مذهب الشافعي ومحمد بن الحسن لان ذلك خطر فلم يجز تعليق الضمان والكفالة به كمجيء المطر وهبوب الريح ولانه اثبات حق لا دمي معين فلم يجز تعليقه على شرط ولا توقيته كالمهبة، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب تصح وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف لانه أضاف الضمان الى سبب الوجود فيجب أن يصح كضمان الدرك والاول أقيس، فان قال كفلت بفلان ان جئت به في وقت كذا والا فانا كفيل بفلان أو ضامن المال الذي على فلان لم يصح فيها عند

فيثبت حكمه إذا أضيف الى البعض كالطلاق والعتاق (وإثنائي) لا يصح لان تسليمه بدون تسليم الجملة ممكن مع بقائها .

(فصل) اذا تكفل بانسان على أنه ان جاء به والا فهو كفيل بأخر أو ضامن ما عليه لم يصح عند القاضي فيها لان الاول مؤقت والثاني معلق على شرط، وقال أبو الخطاب : يصح فيها لانه ضمان أو كفالة فيصح تعليقه على شرط كضمان المهدة، فان قال ان جئت به في وقت كذا والا فانا كفيل بيدن فلان أو فانا ضامن لك المال الذي على فلان أو قال اذا جاء زيد فانا ضامن لك ما عليه أو اذا قدم الحاج فانا كفيل بفلان أو قال أنا كفيل بفلان شهراً فقال القاضي لا تصح الكفالة، وهو مذهب الشافعي ومحمد ابن الحسن لان ذلك خطر فلم يجز تعليق الضمان والكفالة به كمجيء المطر ولانه اثبات حق لا دمي معين فلم يجز تعليقه على شرط ولا توقيته كالمهبة . وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب يصح، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف لانه أضاف الضمان الى سبب الوجوب فيجب أن يصح كضمان الدرك والاول أقيس .

(فصل) وان قال كفلت بيدن فلان على أن يبرأ فلان الكفيل أو على أن تبرئه من الكفالة لم يصح لانه شرط شرطاً لا يلزم الوفاء به فيكون فاسداً وتفسد به الكفالة ويحتمل أن يصح لانه شرط تحويل الوثيقة التي على الكفيل اليه . فعلى هذا لا يلزمه الكفالة الا ان يبريء المكفول له الكفيل الاول لانه انما كفل بهذا الشرط فلا تثبت كفالاته بدون شرطه، وان قال كفلت لك بهذا الغريم على أن تبرئني من الكفالة بفلان أو ضمنت لك هذا الدين بشرط ان تبرئني من ضمان الدين الآخر أو على أن تبرئني من الكفالة بفلان خرج فيه الوجهان أصحهما البطلان لانه شرط فسخ عقد في عقد فلم يصح كالبيع بشرط فسخ بيع آخر وكذلك لو شرط في الكفالة

القاضي لان الاول مؤقت والثاني معلق على شرط وقال أبو الخطاب يصح فيها فأمان قال كفلت بأحد هذين الرجلين لم يصح في قولهم جميعا لانه غير معلوم في الحال ولا في المال

(فصل) فان قال كفلت بيدن فلان على أن يبرأ فلان الكفيل أو على أن تبرئه من الكفالة لم يصح لانه شرط شرطا لا يلزم الوفاء به فيكون فاسدا وتفسد الكفالة به ويحتمل أن تصح الكفالة لانه شرط تحويل الوثيقة التي على الكفيل إليه ، فعلى هذا لا تلزمه الكفالة الا أن يبريء المكفول له الكفيل الاول لانه إنما كفل بهذا الشرط فلا تثبت كفالته بدون شرطه ، وان قال كفلت لك بهذا الغريم على أن تبرئني من الكفالة بفلان أو ضمنت لك هذا الدين بشرط أن تبرئني من ضمان الدين الآخر أو على أن تبرئني من الكفالة بفلان خرج فيه الوجهان ، والاولى أنه لا يصح لانه شرط فسخ عقد في عقد فلم يصح كالبيع بشرط فسخ بيع آخر ، وكذلك لو شرط في الكفالة أو الضمان أن يتكفل المكفول له أو المكفول به بأخر أو يضمن ديناً عليه أو يبيعه شيئاً عنه أو يؤجره داره لم يصح لما ذكرنا

(فصل) ولو تكفل اثنان بواحد صح وأبهم قضى الدين بريء الآخران لما ذكرنا في الضمان

أو الضمان ان يتكفل المكفول به بأخر أو يضمن ديناً عليه أو يبيعه شيئاً عنه أو يؤجره داره صح لما ذكرنا .

(مسئلة) (الا برضا الكفيل وفي رضا المكفول به وجهان)

يُعتبر رضى الكفيل في صحة الكفالة لانه لا يلزمه الحق ابتداء الا برضاء ، ولا يعتبر رضا المكفول له لانها وثيقة له لا قبض فيها فصحت من غير رضاء كالشهادة ولانها التزام حق له من غير عوض فلم يعتبر رضاء فيها كالنذر فأما رضا المكفول به ففيه وجهان (أحدهما) لا يعتبر كالضمان (والثاني) يعتبر وهو مذهب الشافعي لان مقصودها احضاره فاذا تكفل بغير اذنه لم يلزمه الحضور معه ولانه يجعل لنفسه حقاً عليه وهو الحضور معه من غير رضاء فلم يجز كما لو أؤمه الدين وفارق الضمان فان الضمان يقضي الحق ولا يحتاج الى المضمون عنه

﴿مسئلة﴾ (ومتى أحضره وسلمه بريء الا ان يحضره قبل الاجل وفي قبضه ضرر)

وجملة ذلك ان الكفالة تصح حالة ومؤجلة كالضمان فان أطلق انصرف الى الحلول لان كل عقد يدخله الحلول اذا أطلق اقتضى الحلول كالتنم والضمان فاذا تكفل حالاً كان له مطالبته باحضاره فان احضره وهناك يدحالة ظالمة لم يبرأ منه ولم يلزم المكفول له تسلمه لانه لا يحصل له غرضه ، وان لم تكن يدحالة لزمه قبوله فان قبله بريء من الكفالة ، وقال ابن أبي موسى لا يبرأ حتى يقول قد برئت اليك منه أو قد سلمته اليك أو قد أخرجت نفسي من كفالته ، والصحيح الاول لانه عقد على عمل فبريء منه بالعمل المقود عليه كالاجارة فان امتنع من تسلمه بريء لانه أحضره ما يجب تسليمه عند غريمه وطلب منه تسلمه على وجه لا ضرر في قبضه فبريء منه كالمسلم فيه وقال بعض أصحابنا اذا امتنع من تسلمه أشهد على ائتناعه رجلين وبريء لانه

وان سلم المكفول به نفسه بريء كفيلا لانه أنى بما يلزم الكفيلين وهو احضار نفسه فبرئت ذمتها كما لو قضى الدين وان أحضر أحد الكفيلين لم يبرأ الآخر لان احدى الوثيقتين انحلت من غير استيفاء فلم تتحل الاخرى كما لو أبرأ أحدها أو انفك أحد الرهين من غير قضاء الحق ، وفارق ما اذا سلم المكفول به نفسه لانه أصل لهما فاذا بريء الاصل مما تكفل به عنه بريء فرطاه وكل واحد من الكفيلين ليس بفرع للآخر فلم يبرأ ببراءته ولذلك لو أبرىء المكفول به بريء كفيلا ولو أبرىء أحد الكفيلين بريء وحده دون صاحبه

فصل ولو تكفل واحد لاثنتين فأبرأه أحدهما أو أحضره عند أحدهما لم يبرأ من الآخر لان عقد الواحد مع الاثنتين بمنزلة المقدين فقد ألزم احضاره عند كل واحد منهما فاذا أحضره عند واحد بريء منه وبقي حق الآخر كما لو كان في عقدين وكما لو ضمن ديناً لرجلين فوفى أحدهما حقه

(فصل) وتفترق صحة الكفالة الى رضئ الكفيل لانه لا يلزمه الحق ابتداء الا برضاه ولا يعتبر رضئ المكفول له لانها وثيقة اه لا قبض فيها فصحت من غير رضاه فيها كالشهادة ولانها التزام حق له من غير عوض فلم يعتبر رضاه فيها كالنذر ، فأما رضاه المكفول به ففيه وجهان (أحدهما) لا يعتبر كالتزام

فعل ما وقع العقد على فعله فبرىء منه ، وقال القاضي يرفعه الى الحاكم فيسلمه اليه فان لم يجد حاكماً أشهد شاهدين على احضاره ، وامتناع المكفول له من قبوله والاوّل أصح فان مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه الى نائبه كحاكم أو غيره ، وان كانت الكفالة مؤجلة لم يلزم احضاره قبل الاجل كالدين المؤجل فاذا حل الاجل فأحضره وسلمه بريء فان أحضر قبل الاجل ولا ضرر في تسلمه لزمه ، وان كان فيه ضرر مثل أن تكون حجة الغريم غائبة أو لم يكن يوم مجلس الحاكم والدين مؤجل عليه لا يمكن اقتضاؤه منه أو قد وعده بالانظار في تلك المدة لم يلزمه قبوله كمن سلم المسلم فيه قبل محله أو في غير مكانه .

(فصل) واذا عين في الكفالة تسليمه في مكان فأحضره في غيره لم يبرأ من الكفالة ، وبه قال ابو يوسف ومحمد وقال القاضي ان أحضره بمكان آخر من البلد وسلمه بريء من الكفالة وقال بعض أصحابنا متى أحضره في أي مكان كان وفي ذلك الموضع سلطان بريء من الكفالة لكونه لا يمكنه الامتناع من مجلس الحاكم ويمكن اثبات الحجّة فيه وقيل ان كان عليه ضرر في إحضاره بمكان آخر لم يبرأ الكفيل إذا أحضره فيه والا برىء كقولنا فيما اذا أحضره قبل الاجل ولاصحاب الشافعي اختلاف على نحو ما ذكرنا

ولنا أنه سلم ما شرط تسليمه في مكان في غيره فلم يبرأ كما لو أحضر المسلم فيه في غير الموضع الذي شرطه ولانه قد يسلم في موضع لا يقدر على اثبات الحجّة فيه لغيبة شهوده او غير ذلك وقد يهرب منه ولا يقدر على امساكه ويفارق ما اذا سلمه قبل الاجل فانه عجل الحق قبل أجله فزاده خيراً فتمى لم

(والثاني) يعتبر وهو مذهب الشافعي لان مقصودها احضاره وان تكفل بغير اذنه لم يلزمه الحضور. ولانه يجعل لنفسه حقا عاياه وهو الحضور معه من غير رضاه فلم يجز كما لو لزمه الدين، وفارق الضمان فان الضامن يقضي الحق ولا يحتاج الى المضمون عنه، وعلى كلا الوجهين متى كانت الكفالة باذنه فأراد الكفيل احضاره لزمه الحضور معه لانه شغل ذمته من أجله باذنه فكان عليه تخليصها كما لو استعار عبده فرهنه باذنه كان عليه تخليصه اذا طلبه سيده، وان كانت الكفالة بغير اذنه نظرنا فان طلبه المكفول له منه لزمه أن يحضر معه لان حضوره حق للمكفول له وقد استتاب الكفيل في طلبه وان لم يطلبه المكفول له لم يلزمه أن يحضر معه لانه لم يشغل ذمته وانما الكفيل شغلها باختيار نفسه فلم يجز أن يثبت له بذلك حق على غيره، وان قال المكفول له احضر كفيلك كان توكيلا في احضاره ولزمه أن يحضر معه كما لو وكل أجنبيا وان قال اخرج من كفالتك احتمل أن يكون توكيلا في احضاره كاللفظ الاول، ويحتمل أن تكون مطالبة بالدين الذي عليه فلا يكون توكيلا فلا يلزمه الحضور معه

(فصل) واذا قال رجل لآخر اضمن عن فلان أو اكفل بفلان ففعل كان الضمان والكفالة لازمين للبشر دون الآمر لانه كفل باختيار نفسه وانما الامر ارشاد وحث على فعل خير فلم يلزمه به شيء

يكن ضرر وجب قبوله فان وقعت الكفالة مطلقة وجب تسليمه في مكان العقد كالتسليم فان سلمه في غيره فهو كتسليمه في غير المكان الذي عينه وان كان المكفول به محبوساً لان ذلك الحبس يمنعه استيفاء حقه وان كان محبوساً عند الحاكم فسلمه اليه محبوساً لزمه تسليمه لان حبس الحاكم لا يمنعه استيفاء حقه واذا طالب الحاكم باحضاره احضره وحكم بينهما ثم يردده الى الحبس فان توجه عليه حق للمكفول له حبسه بالحق الاول وحق المكفول له

(مسئلة) (وان مات المكفول به أو تلفت العين بفعل الله تعالى أو سلم نفسه بغير الكفيل) اذا مات المكفول به بغير الكفيل وسقطت الكفالة، وبه قال شريح والشعبي وحامد بن أبي سليمان وأبو حنيفة والشافعي ويحتمل أن لا يسقط ويطالب بما عليه وهو قول الحكم والليث وحكي عن ابن شريح لان الكفيل وثيقة بحق فاذا تعذرت من جهة من عليه الدين استوفى من الوثيقة كالرهن ولانه تعذر احضاره فلزم كفيله ما عليه كما لو غاب

ولنا ان الحضور سقط عن المكفول به بغير الكفيل كما لو بريء من الدين ولان ما لزمه من أجله سقط عن الاصل بغير الفرع كالضامن اذا قضى المضمون عنه الدين أو أبريء منه، وفارق ما اذا غاب فان الحضور لم يسقط عنه وفارق الرهن فانه غلق به المال فاستوفى منه وكذلك الحكم ان تلفت المكفول بها بفعل الله تعالى وان سلم المكفول به نفسه بغير الكفيل لانه أتى بما يلزم الكفيل لاجله وهو احضار نفسه فبرئت ذمته كما لو قضى الدين

(فصل) واذا قال الكفيل قد بريء المكفول به من الدين وسقطت الكفالة أو قال لم يكن

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان مات بريء المتكفل)

وجملته أنه اذا مات المكفول به سقطت الكفالة ولم يلزم الكفيل شيء وبهذا قال شريح والصفعي
وحمد بن أبي سليمان وأبو حنيفة والشافعي، وقال الحكم ومالك والليث يجب على الكفيل غرم ما عليه
وحكي ذلك عن ابن شريح لان الكفيل وثيقة بحق فاذا تعذرت من جهة من عليه الدين استوفي من
الوثيقة كالرهن ولأنه تعذر إحضاره فلزم كفيله ما عليه كما لو غاب

ولنا أن الحضور سقط عن المكفول به فبريء الكفيل كما لو بريء من الدين ولان ما التزمه
من أجله سقط عن الاصل فبريء الفرع كالضامن اذا قضى المضمون عنه الدين أو أبريء منه وفارق
ما اذا غاب فان الحضور لم يسقط عنه ويفارق الرهن فانه تعلق به المال فاستوفي منه

(فصل) اذا قال الذليل قد بريء المكفول به من الدين وسقطت الكفالة أو قال لم يكن عليه
دين حين كفلته فأنكر المكفول له فالقول قوله لان الاصل صحة الكفالة وبقاء الدين وعليه

عليه دين حين كفلته فانكر المكفول له فالقول قوله لان الاصل صحة الكفالة وبقاء الدين وعليه الدين
فان نكل قضي عليه، ويحتمل أن لا يستحلف فيما اذا ادعى الكفيل أنه تكفل بمن لادين عليه لان الكفيل
مكذب لنفسه فيما ادعاه فان من كفل بشخص معترف بدينه في الظاهر والاول أولى لان مادعاه محتمل
(فصل) واذا قال المكفول له للكفيل أبرأتك من الكفالة برىء لانه حقه فسقط باسقاطه

كالدين، وان قال قد برئت إلي منه أو قد رددته الي برىء أيضاً لانه معترف بوفاء الحق فهو كما لو اعترف
بذلك في الضمان وكذلك اذا قال له برئت من الدين الذي كفلت به، وبرأ الكفيل في هذه المواضع دون
المكفول به ولا يكون اقرارا بقبض الحق فيما اذا قال برئت من الدين الذي كفلت به والاول أصح لانه
يمكن براءة بدون قبض الحق ببراء المستحق أو موت المكفول به فلما ان قال للمكفول به أبرأتك
عما لي قبلك من الحق أو برئت من الدين الذي قبلك فانه يبرأ من الحق وتزول الكفالة لانه
لفظ يقتضي العموم في كل ما قبله وان قال برئت من الدين الذي كفل به فلان برىء وبريء كفيله

﴿ مسئلة ﴾ (وان تعذر احضاره مع بقائه لزم الكفيل الدين أو عوض الدين)

مضى تعذر إحضار المكفول به مع حياته أو امتنع من احضاره لزمه ما عليه وقال أكثرهم لا غرم عليه
ولنا عموم قوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم » ولانه أحد نوعي الكفالة فوجب

الغرم كالكفالة بالمال

﴿ مسئلة ﴾ (وان غاب أمهل الكفيل بقدر ما يمضي فيحضره فان تعذر احضاره ضمن ما عليه)

اذا غاب المكفول به أو ارتد ولحق بدار الحرب لم يؤخذ الكفيل بالحق حتى يمضي زمن يمكن المضي
فيه واعادته وقال ابن شبرمة يجبس في الحال لان الحق قد توجه عليه. ولنا أن الحق يعتبر في وجوب

(الجزء الخامس)

(١٤)

(المغني والشرح الكبير)

اليمين فان نكل قضي عليه ويحتمل أن لا يستحلف فيما اذا ادعى الكفيل أنه تكفل بمن لادين عليه لان الكفيل مكذب لنفسه فيما ادعاه فان من كفل بشخص معترف بدينه في الظاهر والاول أولى لان ما ادعاه محتمل

(فصل) واذا قال المكفول له للكفيل ابرأتك من الكفالة بريء لانه حقه فيسقط باسقاطه كالدين وإن قال قد برئت إلي منه أو قد رددته الي بريء أيضاً لانه معترف بوقاه الحق فهو كما لو اعترف بذلك في الضمان وكذلك اذا قال برئت من الدين الذي كفلت به ، ويبرأ الكفيل في هذه المواضع دون المكفول به ولا يكون اقراراً بقبض الحق وهذا قول محمد بن الحسن، وقيل يكون اقراراً بقبض الحق فيما اذا قال برئت من الدين الذي كفلت به، والاول أصح لانه يمكن براءته بدون قبض الحق ببراءة المستحق أو موت المكفول به، فأما ان قال للمكفول به أبرأتك عما لي قبلك من الحق أو برئت

ادائه امكان التسليم وان كان حالاً كالدين فاذا مضت مدة يمكن إحضاره فيها ولم يحضره أو كانت الغيبة منقطعة لا يعلم خبره أو امتنع من احضاره مع امكانه أخذ بما عليه وقال أصحاب الشافعي ان كانت الغيبة منقطعة لا يعلم مكانه لم يطالب الكفيل باحضاره ولم يلزمه شيء وان امتنع من احضاره مع امكانه حبس وقد دللنا على وجوب الغرم في المسئلة التي قبلها

(فصل) وان كفل الى أجل مجهول لم تصح الكفالة وهذا قول الشافعي لانه ليس له وقت يستحق مطالبته فيه وهكذا الضمان وان جهه الى الحصاد والجذاذ والعتاء خرج على الوجوهين كالأجل في البيع والاولى صحته ههنا لانه تبرع من غير عوض جعل له أجلاً لا يمنع من حصول المقصود منه فصح كالنذر وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة، وقد روى مهنا عن أحمد في رجل كفل رجلاً وقال ان جئت به في وقت كذا والا فما عليه علي فقال لا ادري ولكن ان قال ساعة كذا لزمه، فنص على تعيين الساعة وتوقف عن تعيين الوقت ولعله أراد وقتاً متسعاً أو وقت شيء يحدث مثل وقت الحصاد ونحوه ، فأما ان قال وقت طلوع الشمس أو نحو ذلك صح وان قال الى الغد او إلى شهر كذا تعلق باوله علي ما ذكرنا في السلم. فان تكفل برجل الى أجل ان جاء به فيه والا لزمه ما عليه صح وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف ، وقال محمد بن الحسن والشافعي لا تصح الكفالة ولا يلزمه ما عليه لان هذا تعليق الضمان بخاطر فلم يصح كما لو علقه بقدم زيد

ولنا ان هذا موجب الكفالة ومقتضاها فصح اشتراطه كما لو قال ان جئت به في وقت كذا والا فلك حبسي، ومبنى هذا الخلاف ههنا على الخلاف في ان هذا مقتضى الكفالة وقد دللنا عليه

(مسئلة) (واذا طالب الكفيل المكفول به بالحضور معه لزمه ذلك ان كانت الكفالة باذنه أو طالبه صاحب الحق باحضاره والا فلا اذا كفل رجلاً باذنه فأراد احضاره ليسلمه الى المكفول له لزمه الحضور معه لانه شغل ذمته من

من الدين الذي قبلك فانه يبرأ من الحق وزول الكفالة لانه لفظ يقتضي العموم في كل ما قبله وان قال برئت من الدين الذي كفل به فلان بريء وبريء كفيله

(فصل) واذا كان لذي على ذمي خمر فكفله به ذمي آخر ثم أسلم المكفول له أو المكفول عنه بريء الكفيل والمكفول عنه وقال أبو حنيفة اذا أسلم المكفول عنه لم يبرأ واحد منها ويلزمها قيمة الخمر لانه كان واجبا ولم يوجد اسقاط ولا استيفاء ولا وجد من المكفول له ما يسقط حقه فبقي بحاله ولنا أن المكفول به مسلم فلم يجب عليه الخمر كما لو كان مسلما قبل الكفالة واذا برىء المكفول به بريء كفيله كما لو أدى الدين أو أبرأه منه ولانه لو أسلم المكفول له برئا جميعا وكذلك اذا أسلم المكفول به وان أسلم الكفيل وحده بريء من الكفالة لانه لا يجوز وجوب الخمر عليه وهو مسلم

(فصل) فاذا قال أعط فلانا ألفا ففعل لم يرجع على الأمر ولم يكن له ذلك كفالة ولا ضمانا الا أن يقول أعطه عني وقال أبو حنيفة يرجع عليه اذا كان خليطا له لان العادة أنه يستقرض من خليطه

أجله باذنه فلزمه تخليصها كما لو استعار عبده فرهنه باذنه فان عليه تخليصه اذا طلبه سيده ، وان كانت بغير اذنه فان طلبه المكفول له لزمه الحضور لان حضوره حق للمكفول له وقد استتاب الكفيل في ذلك وان لم يطلبه المكفول له لم يلزمه الحضور لانه لم يشغل ذمته وأما الكفيل شغلها باختيار نفسه فلم يجز أن يثبت له بذلك حق على غيره ، وان قال له المكفول له احضر كفيلك كان توكيلا في احضاره ولزمه ان يحضر معه كما لو وكل غيره وان قال اخرج من كفالتك احتمل أن يكون توكيلا في إحضاره كاللفظ الاول واحتمل ان يكون مطالبة بالدين الذي عليه فلا يكون توكيلا ولا يلزمه الحضور معه (فصل) واذا قال رجل لآخر اضمن عن فلان أو اكفل بفلان ففعل كان الضمان والكفالة لازمين للباشر دون الأمر لانه كفيل باختيار نفسه وأما الأمر ارشاد وحث على فعل خير فلا يلزمه به شيء (فصل) ولو قال أعط فلانا ألفا ففعل لم يرجع على الأمر ولم يكن ذلك كفالة ولا ضمانا الا أن يقول أعطه عني وقال أبو حنيفة يرجع عليه اذا كان خليطا له

ولنا انه لم يقل أعطه عني فلم يلزمه الضمان كما لو لم يكن خليطا ولا يلزم اذا كان له عليه مال فقال اعط فلانا حيث يلزمه لانه لم يلزمه لاجل هذا القول بل لان عليه حقا يلزمه أداءه

(فصل) ولو تكفل اثنان بواحد صح وأبهم قضى الدين بريء الآخر لما ذكرنا في الضمان وان سلم المكفول به نفسه بريء كفيلاه وان أحضره أحد الكفيلين لم يبرأ الآخر لان احدي الوثيقتين انحلت من غير استيفاء فلم تنحل الاخرى كما لو أبرأ أحدهما أو انفك أحد الرهنين من غير قضاء الحق بخلاف ما اذا سلم المكفول به نفسه لانه أصل لها فاذا بريء الاصل مما تكفل به عنه بريء كفيلاه لانها فرعه وكل واحد من الكفيلين ليس بفرع للآخر فله يبرأ ببراءته وكذلك لو أبرأ المكفول به بريء كفيلاه ولو أبرىء أحد الكفيلين وحده لم يبرأ الآخر

ولنا أنه لم يقل اعطه عني فلم يلزمه الضمان كما لو لم يكن خليطاً ولا يلزم اذا كان له عليه مال فقال اعطه فلانا حيث يلزمه لانه لا يلزمه لاجل هذا القول بل لان عليه حقا يلزمه أداؤه

(فصل) اذا كانت السفينة في البحر وفيها متاع نخيف غرقها فألقى بعض من فيها متاعه في البحر لتخفيف لم يرجع به على أحد سواء ألقاه محتسباً بالرجوع أو متبرعاً لانه أتلف مال نفسه باختياره من غير ضمان، فان قال له بعضهم ألقى متاعك فألقاه فكذلك لانه لا يكرهه على إلقائه ولا ضمن له، وان قال ألقه وعلي ضمانه فألقاه فعلى القائل ضمانه ذكره أبو بكر لان ضمان مالم يجب صحيح وإن قال ألقه وأنا وركبان السفينة ضمانه له ففعل فقال أبو بكر يضمه القائل وحده الا أن يتطوع بقيتهم قال القاضي ان كان ضمان مشترك فليس عليه الا ضمان حصته لانه لم يضمن الجميع انما ضمن حصته وأخبر عن سائر ركبان السفينة بضمان سائره فلزمته حصته ولم يقبل قوله في حق الباقيين، وان كان ضمان مشترك وانفراد بان يقول كل واحد منا ضامن لك متاعك أو قيمته لزم القائل ضمان الجميع وسواء قال هذا والباقيون يسمعون فسكتوا أو قالوا لا نفعل أو لم يسمعوا لان سكوتهم لا يلزمهم به حق

(فصل) قال مهنا: سألت أحمد عن رجل له على رجل ألف درهم فأقام بها كفيلاًين كل واحد منهما كفيل ضامن فأيهما شاء أخذه بحقه فأحال رب المال عليه رجلاً بحقه فقال يبرأ الكفيلان قلت فان مات الذي أحاله عليه بالحق ولم يترك شيئاً قال لا شيء له ويذهب الألف

(مسئلة) (ولو تكفل واحد غير بالاثنتين فأبرأه أحدهما أو أحضره عند أحدهما لم يبرأ من الآخر) لان عقد الواحد مع الاثنتين بمنزلة عقدين فقد ألزم احضاره عن كل واحد منهما فاذا أحضره عند أحدهما بريء منه كما لو كان في عقدين وكما لو ضمن ديناً لرجلين فوفا أحدهما حقه

(فصل) وإذا كانت السفينة في البحر وفيها متاع نخيف غرقها فألقى بعض من فيها متاعه في البحر لتخفيف لم يرجع به على أحد سواء ألقاه محتسباً بالرجوع أو متبرعاً لانه أتلف مال نفسه باختياره من غير ضمان، وان قال له بعضهم ألقى متاعك فألقاه فكذلك لانه لم يكرهه ولا ضمن له فان قال ألقه وعلي ضمانه فألقاه فعلى القائل الضمان ذكره أبو بكر لان ضمان مالم يجب صحيح، وان قال ألقه وأنا وركبان السفينة ضمانه له ففعل فقال أبو بكر يضمه القائل وحده إلا أن يتطوع بقيتهم، وقال القاضي ان كان ضمان مشترك فليس عليه الا ضمان حصته لانه لم يضمن الجميع انما ضمن حصته وأخبر عن سائر ركبان السفينة بضمان سائره فلزمه حصته ولم يقبل قوله في حق الباقيين، وان كان ضمان مشترك وانفراد بان يقول كل واحد منا ضامن لك متاعك أو قيمته لزم القائل ضمان الجميع وسواء قال هذا والباقيون يسمعون فسكتوا أو قالوا لا نفعل أو لم يسمعوا لان سكوتهم لا يلزمهم به حق

(فصل) قال مهنا سألت أحمد عن رجل له على رجل ألف درهم فأقام بها كفيلاًين كل واحد منهما كفيل ضامن فأيهما شاء أخذه بحقه فأحال رب المال عليه رجلاً بحقه فقال يبرأ الكفيلان قلت فان مات الذي أحاله عليه بالحق ولم يترك شيئاً قال لا شيء له ويذهب الألف

كتاب الشركة

الشركة هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف وهي ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (فهم شركاء في الثلث) وقال الله تعالى (وان كثيراً من الخطاء ليبيغي بعضهم على بعض إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ما هم) والخطاء هم الشركاء ومن السنة ما روي أن البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم قامرهما ان ما كان بنقد فأجزوه وما كان نسيئة فردوه، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « يقول الله أنا نالك الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فاننا خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما » رواه أبو داود وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « يد الله على الشريكين ما لم يتخاونا » وأجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة وإنما اختلفوا في أنواع منها نبيها ان شاء الله تعالى، والشركة على ضربين شركة املاك وشركة عقود وهذا الباب لشركة العقود وهي أنواع خمسة شركة العنان، والابدان، والوجوه والمضاربة، والمفاوضة، ولا يصح شيء منها إلا من جائز التصرف لانه عقد على التصرف في المال فلم يصح من غير جائز التصرف في المال كالبيع

(فصل) قال أحمد بشارك اليهودي والنصراني ولكن لا يخلو اليهودي والنصراني بالمال دونه

باب الشركة

الشركة هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف وهي ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقوله (سبحانه وتعالى فهم شركاء في الثلث) وقال تعالى (وان كثيراً من الخطاء ليبيغي بعضهم على بعض) الآية والخطاء هم الشركاء، ومن السنة ما روي ان البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فأمرهما أن ما كان بنقد فأجزوه وما كان نسيئة فردوه . وروي عن النبي ﷺ أنه قال « يقول الله عز وجل أنا نالك الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فاذا خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما » رواه أبو داود وروي عن النبي ﷺ أنه قال « يد الله على الشريكين ما لم يتخاونا » وأجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة وإنما اختلفوا في أنواع منها نبيها ان شاء الله تعالى، والشركة نوعان شركة أملاك وشركة عقود وهذا الباب لشركة العقود

(مسئلة) (وهي على خمسة أضرب أحدها شركة العنان والثاني شركة المضاربة وشركة الوجوه وشركة الابدان وشركة المفاوضة ، ولا يصح شيء منها الا من جائز التصرف لانه عقد على التصرف فلم يصح من غير جائز التصرف في المال كالبيع

(فصل) قال أحمد بشارك اليهودي والنصراني ولكن لا يخلو اليهودي والنصراني بالمال دونه ويكون

ويكون هو الذي يليه لانه يعمل بالربا وبهذا قال الحسن والثوري، وكره الشافعي مشاركتهم مطلقاً لانه روي عن عبد الله بن عباس أنه قال أكره أن يشارك المسلم اليهودي ولا يعرف له مخالف في الصحابة ولان مال اليهودي والنصراني ليس بطيب فانهم يبيعون الحمر ويتعاملون بالربا فكرهت معاملتهم ولنا ما روى الخلال باسناده عن عطاء قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مشاركة اليهودي والنصراني إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم ولان العلة في كراهة ما خلوا به معاملتهم بالربا وبيع الحمر والخنزير وهذا منتف فيما حضره المسلم أو وليه وقول ابن عباس محمول على هذا فانه علة بكونهم يربون كذلك رواه الاثرم عن أبي حمزة عن ابن عباس انه قال : لا تشاركن يهوديا ولا نصرانياً ولا مجوسياً لانهم يربون وان الربا لا يحل وهو قول واحد من الصحابة لم يثبت انتشاره بينهم وهم لا يحتاجون به وقولهم ان أموالهم غير طيبة لا يصح فان النبي صلى الله عليه وسلم قد عاملهم ورهن درعه عند يهودي على شعير أخذه لاهله وأرسل إلى آخر يطلب منه ثوبين إلى الميسرة وأضافه يهودي بخبز واهالة سنخة ولا يأكل النبي صلى الله عليه وسلم ما ليس بطيب وما باعوه من الحمر والخنزير قبل مشاركة المسلم فتمنه حلال لا اعتقادهم حله ولهذا قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه ولو هم يبيعها وخذوا أمانها فاما ما يشتره أو يبيعه من الحمر بمال الشركة أو المضاربة فانه يقع فاسداً وعليه الضمان لان عقد الوكيل يقع للموكل والمسلم لا يثبت ملكه على الحمر والخنزير فأشبهه ما لو اشترى به مائة أو عامل بالربا وما خفي أمره

هو الذي يليه لانه يعمل بالربا وبهذا قال الحسن والثوري، وكره الشافعي مشاركتهم مطلقاً لانه روي عن عبد الله بن عباس أنه قال أكره أن يشارك المسلم اليهودي ولا يعرف له مخالف في الصحابة ولان مال اليهودي والنصراني ليس بطيب فانهم يبيعون الحمر ويتعاملون بالربا فكرهت معاملتهم ولنا ما روى الخلال باسناده عن عطاء قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مشاركة اليهودي والنصراني إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم ولان العلة في كراهة ما خلوا به معاملتهم بالربا وبيع الحمر والخنزير وهذا منتف فيما حضره المسلم أو وليه وقول ابن عباس محمول على هذا فانه علة بكونهم يربون كذلك رواه الاثرم عن أبي حمزة عن ابن عباس أنه قال لا تشاركن يهوديا ولا نصرانياً ولا مجوسياً لانهم يربون وان الربا لا يحل وهو قول واحد من الصحابة لم ينتشر بينهم وهم لا يحتاجون به وقولهم ان أموالهم غير طيبة لا يصح فان النبي صلى الله عليه وسلم قد عاملهم ورهن درعه عند يهودي على شعير أخذه لاهله وأرسل إلى آخر يطلب منه ثوبين إلى الميسرة وأضافه يهودي بخبز وإهالة سنخة ولا يأكل النبي صلى الله عليه وسلم الا الطيب وما باعوه من الحمر والخنزير قبل مشاركة المسلم فتمنه حلال لا اعتقادهم حله ولهذا قال عمر رضي الله عنه ولو هم يبيعها وخذوا أمانها فاما ما يشتره أو يبيعه من الحمر بمال الشركة أو المضاربة فانه يقع فاسداً وعليه الضمان لان عقد الوكيل يقع للموكل والمسلم لا يثبت ملكه على الحمر والخنزير فأشبهه شراء الميتة والمعاملة بالربا وما خفي أمره ولم يدلم فهو مباح

فلم يعلم فالاصل اباخته وحله، فاما المجوسي فان احمد كره مشاركته ومعاملته قال ما أحب مخالطته ومعاملته لانه يستحل مالا يستحل هذا، قال حنبل قال عمي لا تشاركه ولا تضاربه وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب لتترك معاملته والكراهة لمشاركته وإن فعل صح لان تصرفه صحيح

(مسئلة) قال (وشركة الابدان جائزة)

معنى شركة الابدان أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم كالصناع يشتركون على أن يعملوا في صناعاتهم فإرزق الله تعالى فهو بينهم فان اشتركوا فيما يكتسبون من المباح كالخشب والحشيش والثمار المأخوذة من الجبال والمعادن والتلصص على دار الحرب فهذا جائز نص عليه احمد في رواية أبي طالب فقال : لا بأس أن يشترك القوم بأبدانهم وليس لهم مال مثل الصيادين والنقابين والمحالين قد اشرك النبي صلى الله عليه وسلم بين عمار وسعد وابن مسعود فجاء سعد بأسيرين ولم يجيئا بنهي، وفسر احمد صفة الشركة في الفريضة فقال يشتركان فيما يصيدان من سلب المقتول لان القتال يخص به دون الغامين وبهذا قال مالك، وقال أبو حنيفة يصح في الصناعة ولا يصح في اكتساب المباح كالاكتساب والاعتنام لان الشركة مقتضاها الوكالة ولا تصح الوكالة في هذه الاشياء لان من أخذها ملكها وقال الشافعي شركة الابدان كلها فاسدة لانها شركة على غير مال فلم تصح كما لو اختلفت الصناعات

الاصل فاما المجوسي فان أحمد كره مشاركته ومعاملته لانه يستحل مالا يستحل هذا قال حنبل قال عمي لا يشاركه ولا يضاربه وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب لتترك معاملته والكراهة لمشاركته فان فعل صح لان تصرفه صحيح

(فصل) وشركة العنان ان يشترك اثنان باليها ليعملا فيه يديها وربحها لها فينفذ تصرف كل واحد منها فيهما بحكم الملك في نصيبه والوكالة في نصيب شريكه، وهي جائزة بالاجماع ذكره ابن المنذر وانما اختلف في بعض شروطها واختلف في علة تسميتها بهذا الاسم فقيل سميت بذلك لانها يتساويان في المال والتصرف كالفرسين اذا سويا بين فريستها وتساويا في السير فان عناهما يسكونان سواء وقال الفراء هي مشتقة من عن الشيء اذا عرض يقال عنيت الي حاجبها اذا عرضت فسميت الشركة بذلك لان كل واحد منها عن له أن يشارك صاحبه وقيل هي مشتقة من المعانة وهي المعارضة يقال طانت فلانا اذا عارضته بمثل ماله وأفعاله فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله وأفعاله وهذا يرجع الى قول الفراء

(مسئلة) (ولا تصح الا بشرطين أحدهما ان يكون رأس المال دراهم او دنانير)

ولا خلاف في أنه يجوز أن يجعل رأس المال دراهم أو دنانير اذا كانت غير مفضوشة لانها قيم الاموال وأمان البياعات والناس يشتركون فيها من لدن النبي صلى الله عليه وسلم الى زمننا هذا من غير نكير (فصل) ولا تصح بالعرض في ظاهر المذهب نص عليه أحمد في رواية أبي طالب وحرب

ولنا ما روى أبو داود والاثرم باسنادهما عن أبي عبيدة بن عبد الله قال: اشتركتنا أنا وسعد وعمار يوم بدر فلم أجيء أنا وعمار بشيء وجاء سعد بأسيرين، ومثل هذا لا يخفى على رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد أقرم عليه وقال أحمد اشرك بينهم النبي صلى الله عليه وسلم، فان قيل فالمنام مشتركة بين الغائبين بحكم الله تعالى فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها وقال بعض الشافعية غنائم بدر كانت الرسول الله صلى الله عليه وسلم وكان له أن يدفعها إلى من شاء فيحتمل أن يكون فعل ذلك لهذا؟ قلنا أما الاول فالجواب عنه ان غنائم بدر كانت لمن أخذها من قبل أن يشرك الله تعالى بينهم ولهذا نقل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أخذ شيئاً فهو له » فكان ذلك من قبيل المباحات من سبق الى أخذ شيء فهو له ويجوز ان يكون شرك بينهم فيما يبيعونه من الاسلاب والنفل الا أن الاول أصح لقوله جاء سعد بأسيرين ولم أجيء أنا وعمار بشيء وأما الثاني فان الله تعالى إنما جعل الغنيمة لنبيه عليه السلام بعد أن غنموا واختلفوا في الغنائم فأنزل الله تعالى (يسئلونك عن الانفال قل الانفال لله والرسول) والشركة كانت قبل ذلك، ويدل على صحة هذا أنها لو كانت لرسول الله ﷺ لم يخل إما ان يكون قد أباحها فأخذها فصارت كالمباحات أو لم يباحها لهم فكيف يشتركون في شيء لغيرهم؟ وفي هذا الخبر حجة على أبي حنيفة أيضاً لانهم اشتركوا في مباح وفيما ليس بصناعة وهو يمنع ذلك ولان العمل أحد جهتي المضاربة فصحت الشركة عليه كالمال، وعلى أبي حنيفة

وحكاه عنه ابن المنذر وكره ذلك يحيى بن أبي كثير وابن سيرين والثوري والشافعي واسحاق وأبو نوح وأصحاب الرأي لان الشركة إما أن تقع على أعيان العروض أو قيمتها أو أثمانها : لا يجوز وقوعها على أعيانها لان الشركة تقتضي الرجوع عند المفاضلة برأس المال أو بمنته وهذه لا مثل لها فيرجع عليه وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الآخر فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال وقد تنقص قيمتها فيؤدي الى أن يشاركه في ثمن ملكه الذي ليس بربح، ولا على قيمتها لان القيمة غير متحققة القدر فيفضي الى التنازع وقد يقوم الشيء بأكثر من قيمته ولان القيمة قد تزيد في أحدهما قبل يعمه فيشاركه الآخر في العين المملوكة له، ولا يجوز وقوعها على أثمانها لانها معدومة حال العقد ولا يملكها لانه ان أراد ثمنها الذي اشتراها به فقد خرج عن ملكه وصار للبائع وان أراد ثمنها الذي يبيعها به فانها تصير شركة معلقة على شرط وهو بيع الاعيان وهذا لا يجوز، وفيه رواية أخرى ان الشركة والمضاربة تجوز بالعروض ويجعل رأس المال قيمتها وقت العقد قال أحمد اذا اشتركا في العروض يقسم الربح على ما اشترطا وقال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن المضاربة بالمتاع فقال جائز فظاهر هذا صحة الشركة بها اختاره أبو بكر وأبو الخطاب وهو قول مالك وابن ابي ليلى وبه قال في المضاربة طاوس والاوزاعي وحامد بن ابي سليمان لان مقصود الشركة جواز تصرفها في المالين جميعاً وكون ربح المالين بينها وهو حاصل في العروض كحصوله في الايمان فيجب ان تصح الشركة والمضاربة بها كالائمان ويرجع

أنها اشتركا في مكسب مباح فصح كالمواشرك في الحياطة والقصارة ولا تسلم ان الوكالة لا تصح في المباحات فانه يصح أن يستنيب في تحصيلها بأجرة فكذلك يصح بغير عوض اذا تبرع أحدهما بذلك كالتوكيل في بيع ماله (فصل) وتصح شركة الابدان مع اتفاق الصنائع فأما مع اختلافها فقال أبو الخطاب لا تصح وهو قول مالك لان مقتضاها أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم صاحبه ويطلب به كل واحد منهما فاذا تقبل أحدهما شيئاً مع اختلاف صنائعهما لم يمكن الآخر أن يقوم به فكيف يلزمه عمله ؟ أم كيف يطلب بما لا قدرة له عليه؟ وقال القاضي تصح الشركة لانهما اشتركا في مكسب مباح فصح كالمواشرك الصنائع ولان الصنائع المنفقة قد يكون أحد الرجلين أحقق فيها من الآخر فربما يتقبل أحدهما ما لا يمكن الآخر عمله ولم يمنع ذلك صحته فكذلك اذا اختلفت الصنائعان، وقولهم يلزم كل واحد منهما ما يتقبله صاحبه قال القاضي يحتمل أن لا يلزمه ذلك لانهما كالوكيلين بدليل صحتهما في المباح ولا ضمان فيها وان قلنا يلزمه أمكنه تحصيل ذلك بالأجرة أو بمن يتبرع له بعمله ، ويدل على صحة هذا أنه لو قال أحدهما أنا أتقبل وأنت تعمل صحة الشركة وعمل كل واحد منهما غير عمل صاحبه (فصل) واذا قال أحدهما انا أتقبل وانت تعمل والأجرة بيني وبينك صحة الشركة وقال زفر لا تصح ولا يستحق العامل المسمى وإنما له اجرة المثل

كل واحد منهما عند المفاضلة بقيمة ماله عند العقد كما اتا جعلنا نصاب زكاتها قيمتها، وقال الشافعي ان كانت العروض من ذوات الامثال اشبهت التقود ويرجع عند المفاضلة بمثلها وان لم تكن من ذوات الامثال لم يجز وجهاً واحداً لانه لا يمكن الرجوع بمثلها، ووجه الاول انه نوع شركة فاستوى فيها ماله مثل من العروض وما لا مثل له كالمضاربة فانه سلم ان المضاربة لا تجوز بشيء من العروض ولانها ليست بنقد فلم تصح الشركة بها كالذي لا مثل له

(مسئلة) (وهل تصح بالمشوش والقلوس؟ على وجهين)

اختلف اصحابنا في الشركة بالمشوش من الأمان هل تصح؟ على وجهين (أحدهما) لا تصح سواء قل الفش أو كثر وبه قال الشافعي، وقال ابو حنيفة ان كان الفش اقل من النصف جاز وان كثر لم يجز لان الاعتبار بالغالب في كثير من الاصول

ولنا انها مشوشة شبه ماله لو كان الفش اكثر ولان قيمتها تزيد وتنقص اشبهت العروض وقولهم الاعتبار بالغالب لا يصح فان الفضة اذا كانت اقل لم يسقط حكمها في الزكاة وكذلك الذهب اللهم إلا ان يكون الفش قليلا لمصلحة التقدي كسبير الفضة في الدينار كالحبة ونحوها فلا اعتبار به لانه لا يمكن اتحرز منه ولا يؤثر في ربا ولا غيره (والثاني) أن الشركة تصح بناء على صحة الشركة في العروض وقد ذكرنا ذلك ، وحكم النقرة في الشركة بها كالحكم في العروض لان قيمتها تزيد وتنقص اشبهت (المغني والشرح الكبير) (١٥) (الجزء الخامس)

ولنا ان الضمان يستحق به الربح بدليل شركة الابدان وتقبل العمل بوجب الضمان على المتقبل ويستحق به الربح فصار كتنقبه المال في المضاربة والعمل يستحق به العامل الربح كعمل المضارب فينزل منزلة المضاربة

(فصل) والربح في شركة الابدان على ما اتفقوا عليه من مساواة او تفاضل لان العمل يستحق به الربح ويجوز تفاضلهما في العمل فجاز تفاضلهما في الربح الحاصل به، والسكل واحد منها المطالبة بالاجرة ، وللمستأجر دفعها إلى كل واحد منهما وإلى ايها دفعها برىء منها وان تلفت في يد احدهما من غير تفريط فهي من ضمانها معاً لانهما كالموكيلين في المطالبة، وما يتقبله كل واحد منهما من الاعمال فهو من ضمانها. يطالب به كل واحد منهما ويلزمه عمله لان هذه الشركة لا تتمقد إلا على الضمان ولا شيء فيها تتمقد عليه الشركة حال الضمان فكانت الشركة تضمنت ضمان كل واحد منهما عن الآخر ما يلزمه وقال القاضي يحتل ان لا يلزم احدهما مالزم الاخر لما ذكرنا من قبل، وما يتلف بتعدي احدهما او تفريطه او تحت يده على وجه يوجب الضمان عليه فذلك عليه وحده، وإن أقر احدهما بما في يده قبل عليه وعلى شريكه لان اليد له فيقبل إقراره بما فيها ولا يقبل إقراره بما في يد شريكه ولا بد من عليه لانه لا بد له على ذلك (فصل) وان عمل احدهما دون صاحبه فالسكسب بينهما قال ابن عقيل نص عليه احمد في رواية اسحاق بن هانيء وقد سئل عن الرجلين يشركان في عمل الابدان فيأتي احدهما بشيء ولا يأتي الاخر

العروض، ولا تصح الشركة بالفلوس وبه قال ابو حنيفة والشافعي وابن القاسم صاحب مالك ، ويتخرج الجواز اذا كانت نافقة فان احد قال لا ارى السلم في الفلوس لانه يشبه الصرف وهذا قول محمد بن الحسن وابي ثور لانها ممن فاشبهت الدراهم والدنانير، وفيه وجه آخر ان الشركة تجوز بها على كل حال وان لم تكن نافقة بناء على جواز الشركة بالعروض، ووجه الاول انها تنفق مرة وتكسد اخرى فاشبهت العروض فاذا قلنا بصحة الشركة بها فانها ان كانت نافقة كان رأس المال مثلها وان كانت كاسدة كانت قيمتها كالعروض

(فصل) ولا يجوز أن يكون رأس مال الشركة مجهولاً ولا جزافاً لانه لا بد من الرجوع به عند المفاضلة ولا يمكن مع الجهل به ولا يجوز بمال غائب ولا دين لانه لا يمكن التصرف فيه في الحال وهو مقصود الشركة .

﴿ مسألة ﴾ (الشرط الثاني أن يشترط لكل واحد منهما جزءاً من الربح مشاعاً معلوماً

كالنصف والثلث والربح)

لأنها أحد أنواع الشركة فاشترط علم نصيب كل واحد منهما من الربح كالمضاربة ويكون الربح بينهما على ما شرطاه سواء شرطاً لكل واحد منهما على قدر ماله من الربح أو أقل أو أكثر لان العمل يستحق به الربح بدليل المضاربة وقد يتفاضلان فيه لقوة أحدهما وحذقه فجاز ان يجعل له حظاً

بشيء قال نعم هذا بمنزلة حديث سعد وابن مسعود يعني حيث اشتركا فجاه سعد بأسيرين واخفق الاخران ولان العمل مضمون عليهما معاً وبضامهما له ووجب الاجرة فيكون لهما كما كان الضمان عليهما ويكون العامل عوناً لصاحبه في حصته ولا يمنع ذلك استحقاقه كمن استأجر رجلاً ليقصر له ثوباً فاستعان القصار بانسان ففصر معه وكانت الاجرة للفصار المستأجر كذا ههنا وسواء ترك العمل لمرض او غيره فان طالب احدهما الاخر ان يعمل معه او يقيم مقامه من يعمل فله ذلك فان امتنع فللاخر الفسخ، ويحتمل انه متى ترك العمل من غير عذر ان لا يشارك صاحبه في اجرة ما عمله دونه لانه انما شاركه ليعملا جميعاً فاذا ترك احدهما العمل فإوفى بما شرط على نفسه فلم يستحق ما جعل له في مقابلته وانما احتمل ذلك فيما إذا ترك احدهما العمل لعذر لانه لا يمكن التحرز منه

(فصل) فان اشترك رجلان لكل واحد منهما دابة على أن يؤجراهما فما رزقهما الله من شيء فهو بينهما صح فاذا تقبلا حمل شيء معلوم إلى مكان معلوم في ذمتها ثم حملاه على البيهيمين او غيرها صح والأجرة بينهما على ما شرطاه لأن تقبلهما الحمل اثبت الضمان في ذمتها ولهما ان يحملا بأي ظهر كان والشركة تنعقد على الضمان كشركة الوجوه، وإن اجراهما بأعيانها على حمل شيء بأجرة معلومة لم تصح الشركة ولكل واحد منهما اجر دابته لانه لم يجد ضمان الحمل في ذمتها وانما استحق المشتري منفعة البيهيمه التي استأجرها ولهذا تنفسخ الاجارة بموت الدابة

من الربح كالمضارب وبهذا قال أبو حنيفة وقال مالك والشافعي من شرط صحتها كون الربح والخسران على قدر المالين لان الربح في هذه الشركة يبيع للمال فلا يجوز تغييره بالشرط كالوضعية

ولنا أن العما، مما يستحق به الربح فجاز أن يتفاضل في الربح مع وجود العمل منها كالمضاربين لرجل واحد، وذلك أن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوى على العمل فجاز أن يشترط له زيادة في الربح في مقابلة عمل المضارب، وفارق الوضعية فانها لا تتعلق إلا بالمال بدليل المضاربة

(مسئلة) (وان قالوا الربح بيننا فهو بينهما نصفين) لان إضافته اليها اضافة واحدة من غير ترجيح فاقضى التسوية كقوله هذه الدار بيني وبينك وكذلك في المضاربة اذا قالوا الربح بيننا

(مسئلة) (فان لم يذكر الربح لم يصح كالمضاربة) لانه المقصود من الشركة فلا يجوز الاخلال به فملى هذا يكون الربح بينهما على قدر المالين

﴿مسئلة﴾ (وان شرط لاحدهما جزءاً مجهولاً لم يصح)

لان الجهالة تمنع تسليم الواجب ولان الربح هو المقصود في الشركة فلم يصح مع الجهالة كالتنم والاجرة في الاجارة، وإن قال لك مثل ما شرط لفلان وهما يملكانه صح وان جهلاه أو أحدهما لم يصح كالتنم في البيع

التي اكتروا، ولان الشركة اما أن تعمق على الضمان في ذمهما او على عملها وليس هذا بواحد منهما فانه لم يثبت في ذمهما ضمان ولا عملا بأبدانها ما يجب الاجر في مقابلته، ولان الشركة تتضمن الوكالة والوكالة على هذا الوجه لا تصح، ولهذا لو قال اجر عبدك وتكون اجرته بيني وبينك لم تصح كما لو قال به عبدك وثمنه يننا لم يصح ويحتمل ان تصح الشركة كما لو اشتركا فيما يكتسبان من المباح بأبدانها فان اعان أحدهما صاحبه في التحميل والنقل كان له اجر مثله لأنها منافع وفاها بشبهة عقد

(فصل) فان كان لقصار اداة ولا آخر بيت فاشتركا على ان يعملا بأداة هذا في بيت هذا والاكسب بينهما جاز والاجرة على ما شرطاه لان الشركة وقمت على عملها والعمل يستحق به الربح في الشركة والآلة والبيت لا يستحق بهما شيء لانهما يستملان في العمل المشترك فصارا كالدائنين اللتين أجزاهما لحمل الشيء الذي تقبلا حمله، وان فسدت الشركة قسم ما حصل لهما على قدر أجر عملها واجر الدار والآلة وان كانت لأحدهما آلة وليس للأخر شيء او لأحدهما بيت وليس للأخر شيء فانفق على ان يعملا بالآلة او في البيت والاجرة بينهما جاز لما ذكرنا

(فصل) وإن دفع رجل دابته إلى آخر ليعمل عليها وما يربزق الله بينهما نصفين أو أثلاثاً أو كيفما شرط اصح نص عليه في رواية الاثرم ومحمد بن أبي حرب واحمد بن سعيد ونقل عن الاوزاعي ما يدل على هذا، وكره ذلك الحسن والنخعي وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر واصحاب

(مسئلة) (وان شرط لاحدهما في الشركة والمضاربة دراهم معلومة أو ربح أحد التوبين لم يصح) وجملة أنه متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة أو جعل مع نصيبه دراهم مثل أن يجعل لنفسه جزءاً وعشرة دراهم بطلت الشركة. قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ابطال القراض اذا جعل أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة، وبه قال مالك وأبو ثور والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي، والجواب فيما إذا قال لك نصف الربح الا عشرة دراهم أو نصف الربح وعشرة دراهم كالجواب فيما اذا شرط دراهم مفردة، وانما لم يصح لاهم (أحدهما) انه اذا شرط دراهم معلومة احتل أن لا يربح غيرها فيحصل على جميع الربح واحتمل ان لا يربحها فيأخذ من رأس المال وقد يربح كثيراً فيستضر من شرطت له الدرهم (الثاني) ان حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالاجزاء لما تضر كونها معلومة بالقدر فاذا جهات الاجزاء فسدت كما لو جهل القدر فيما يشترط أن يكون معلوماً به ولان العامل في المضاربة متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربما توانى في طلب الربح لعدم فائدته منه وحصول فعه لغيره بخلاف ما اذا شرط له جزء من الربح.

(فصل) وكذلك الحكم اذا شرط لاحدهما ربح أحد التوبين أو ربح احدى السفرتين أو ربح تجارته في شهر أو عام بعينه لانه قد يربح في ذلك الميعن دون غيره فيختص أحدهما بالربح وهو مخالف لموضوع الشركة ولا نعلم في هذا خلافاً وان دفع اليه ألفاً مضاربة وقال لك ربح نصفه لم يجز وبهذا قال الشافعي

الرأي لا يصح والربح كله لرب الدابة لان الحمل الذي يستحق به العوض منها وللعامل أجر مثله لان هذا ليس من أقسام الشركة إلا ان تكون المضاربة ولا تصح المضاربة بالعروض ولان المضاربة تكون بالتجارة في الاعيان وهذه لا يجوز بيعها ولا إخراجها عن ملك مالئها ، وقال القاضي يتخرج ان لا يصح بناء على أن المضاربة بالعروض لا تصح ، فعلى هذا إن كان أجر الدابة بعينها فالأجر للمالك وان قبل حمل شيء فحملة عليها او حمل عليها شيئاً مباحاً فباعه فالأجرة والتمن له وعليه أجرة مثلها للمالك ولنا أنها عين تنمي بالعمل عليها فصح العقد عليها ببعض ثمنها كالدراهم والدنانير وكالشجر في المساقاة والارض في المزارعة وقولهم إنه ليس من أقسام الشركة ولا هو مضاربة قلنا : نعم لكنه يشبه المساقاة والمزارعة فانه دفع امين المال إلى من يعمل عليها ببعض ثمنها مع بقاء عينها وبهذا يتبين أن يخرجها على المضاربة بالعروض فاسد فان المضاربة إنما تكون بالتجارة والتصرف في رقة المال وهذا بخلافه ، وذكر القاضي في موضع آخر فيمن استأجر دابة ليعمل عليها بنصف ما يزرعه الله تعالى أو ثلثه جاز ، ولا أرى لهذا وجهاً فان الاجارة يشترط لصحتها العلم بالعوض وتقدير المدة أو العمل ولم يوجد ولان هذا عقد غير منصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص فهو كسائر العقود الفاسدة إلا أن يريد

وقال أبو حنيفة وأبو ثور يجوز كما لو قال لك نصف ربحي ولان ربح نصفه هو نصف ربحي ، ووجه الاول أنه شرط لاحدهما ربح بعض المال دون بعض فلم يجز كما لو قال لك ربح هذه الخمسة ولانه يمكن أن يفرد نصف المال فيربح فيه دون النصف الآخر بخلاف نصف الربح فانه لا يؤدي الى انفراده بربح شيء من المال

﴿مسئلة﴾ (وكذلك الحكم في المساقاة والمزارعة) قياساً على الشركة

﴿مسئلة﴾ (ولا يشترط أن يخلط المالكين ولا أن يكونا من جنس واحد)

لا يشترط اختلاط المالكين في شركة المنان اذا عينهما أو احضراهما وبه قال أبو حنيفة ومالك الا أن مالئهما يشترط أن تكون أيديهما عليه بان يجعلاه في حانوتها أو في يدوكليهما وقال الشافعي لا يصح حتى يخلط المالكين لانها إذا لم يخلطاهما فالكل واحد منهما يتلف منه دون صاحبه ويزيد له دون صاحبه فلم تنعقد الشركة كما لو كان من المكيل

ولنا أنه عقد يقصد به الربح فلم يشترط فيه خلط المال كالمضاربة ولانه عقد على التصرف فلم يشترط فيه خلط المال كالوكالة ولنا على مالك فلم يكن من شرطه ان تكون أيديهما عليه كالوكالة وقولهم إنه يتلف من مال صاحبه أو يزيد على ملك صاحبه ممنوع بل يتلف من مالهما وزيادته لهما لان الشركة اقتضت ثبوت الملك لكل واحد منهما في نصف مال صاحبه فيكون تلفه منهما وزيادته لهما ، وقال أبو حنيفة متى تلف أحد المالكين فهو من ضمان صاحبه

بالاجارة المعاملة على الوجه الذي تقدم وقد أشار احمد إلى ما يدل على تشبيهه لمثل هذا بالمزارعة فقال: لا بأس بالثوب يدفع بالثلث والربح لحديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى خبير على الشطر وهذا يدل على أنه قد صار في هذا ومثله إلى الجواز لشبهه بالمساقاة والمزارعة لا إلى المضاربة ولا إلى الاجارة ونقل ابو داود عن احمد فيمن يعطي فرسه على النصف من الغنيمه أرجو أن لا يكون به بأس قال اسحاق بن ابراهيم قال ابو عبد الله إذا كان على النصف والربح فهو جائز وبه قال الاوزاعي ونقل احمد بن سعيد عن احمد فيمن دفع عبده إلى رجل ليكسب عليه ويكون له ثلث ذلك أو ربهه فحائز، والوجه فيه ما ذكرناه في مسألة الدابة، وان دفع ثوبه إلى خياط ليفصله قصاناً يبيعها وله نصف ربحها بحق عمله جاز نص عليه في رواية حرب، وان دفع غزلاً إلى رجل ينسجه ثوباً بثلث ثمنه أو ربهه جاز نص عليه ولم يجز مالك وابو حنيفة والشافعي شيئاً من ذلك لانه عوض مجهول وعمل مجهول وقد ذكرنا وجه جوازه، وان جعل له مع ذلك دراهم معلومة لم يجز نص عليه، وعنه الجواز، والصحيح الاول، وقال ابو بكر هذا قول قديم وماروي غير هذا فعليه المعتمد، قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يقول لا بأس بالثوب يدفع بالثلث والربح وسئل عن الرجل يعطي الثوب بالثلث ودرهم ودرهمين قال أكرهه لان هذا شيء لا يعرف والثلث إذا لم يكن معه شيء راء جائزاً لحديث جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم أعطى خبير على الشطر قيل لابي عبد الله فان كان النسيج لأرضى حتى يزداد على الثلث درهماً قال فليجعل له ثلثاً

ولنا أن الوضعية والضمان احد موجبي الشركة فتعلق بالشريكين كالربح وكما لو اختلطا (فصل) ولا يشترط لصحتها اتفاق المالكين في الجنس بل يجوز أن يخرج أحدهما دراهم والآخر دنائير نص عليه أحمد وبه قال الحسن وابن سيرين، وقال الشافعي لا تصح الشركة الا ان يتفقا في مال واحد بناء على أن خلط المالكين شرط ولا يمكن الا في المال الواحد ونحن لا نشترط ذلك ولنا انهما من جنس الأيمان فصحت الشركة فيهما كالجنس الواحد، فعلى هذا متى تفاضلا ربح هذا بدنايره وهذا بدراهمه ثم اقتسما الفضل نص عليه احمد وقال كذا يقول محمد والحسن، وقال القاضي متى أراد المفاضلة قوماً المبتاع بنقد البلد وقوماً مال الآخر به ويكون التقويم حين صرفا الثمن فيه ولنا ان هذه شركة صحيحة رأس المال فيها الايمان فيكون الرجوع بجنس رأس المال كما لو كان الجنس واحداً.

(فصل) ولا يشترط تساوي المالكين في القدر وهو قول الحسن والشعبي والنخعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وقال بعض أصحاب الشافعي يشترط ذلك لان صاحب المال القليل ان أخذ نصف الربح أخذ مالا يملكه وان أخذ بقدر ماله أخذ شريكه بعض الربح الحاصل بعمله لاسئوا في العمل ولنا أنهما مالان من جنس الايمان فجاز عقد الشركة عليهما كما لو تساويا (مسئلة) وما يشترطه كل واحد منهما بعد عقد الشركة فهو بينهما)

وعشرا ثلثا ونصف عشر وما أشبهه ، وروى الاثرم عن ابن سيرين والتخمي والزهري وأبوب ويعلي بن حكيم أنهم أجازوا ذلك، وقال ابن المنذر كره هذا كله الحسن، وقال ابو ثور وأصحاب الرأي هذا كله فاسد واختاره ابن المنذر وابن عقيل وقالوا لو دفع شبكة إلى الصياد ليصيد بها السمك بينهما نصفين فالصيد كله للصياد ولصاحب الشبكة أجر مثلها، وقياس مانقل عن احمد صحة الشركة وما رزق بينهما على ما شرطاه لأنها عين تنمي بالعمل فيها فصح دفعها ببعض مائها كالارض

(فصل) قال ابن عقيل نهى رسول الله ﷺ عن قفيز الطحان وهو أن يعطي الطحان أفضرة معلومة يطحنها بقفيز دقيق منها، وعلته المنع أنه جعل له بعض مموله أجرا لعمله فيصير الطحن مستحقا له عليه وهذا الحديث لا نعرفه ولا يثبت عندنا صحته وقياس قول احمد جوازه لما ذكرناه عنه من المسائل (فصل) فان كان لرجل دابة ولآخر اكاف وجوالفات فاشتركا على ان يؤجرهما والاجرة بينهما نصفان فهو فاسد لان هذه أعيان لا يصح الاشتراك فيها كذلك في منافعها اذ تقديره أجر دابته تكون أجرها بيننا وأجر جوالفاتي لتكون أجرها بيننا، وتكون الاجرة كلها لصاحب البهيمة لانه مالك الاصل وللآخر أجر مثله على صاحب البهيمة لانه استوفى منافع ملكه بمقد، هذا اذا أجر الدابة بما عليها من الاكاف والجوالفات في عقد واحد فأما لو أجر كل واحد منهما ملكه منفردا فلكل واحد منهما أجر ملكه وهكذا لو قال رجل لصاحبه اجر عبدي والاجر بيننا كان الاجر لصاحبه وللآخر أجر مثله وكذلك في جميع الاعيان

شركة العنان مبنية على الوكالة والامانة لان كل واحد منهما يدفع المال الى صاحبه آمنه وبأذنه له في التصرف وكه ومن شرط صحتها ان يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف فعلى هذا ما يشتره كل واحد منهما بعد عقد الشركة فهو بينهما لان العقد وقع على ذلك فأما ما يشتره لنفسه فهو له والقول قوله في ذلك لانه أعلم بنيته

(مسئلة) وان تلف أحد المالين فهو من ضمانهما اذا خلطا المال وان لم يخلط فكذلك)

لان العقد اقتضى ان يكون المالان كالمال الواحد فكذلك في الضمان كحال الخلطة وقال أبو حنيفة متى تلف احد المالين فهو من ضمان صاحبه وقد ذكرنا ما يدل على خلافه

(مسئلة) (والوضيعة على قدر المال)

الوضيعة هي الخسران في الشركة على كل واحد منهما بقدر ماله فان كان متساويا في القدر فالخسران بينهما نصفين وان كان اثلاثا، فالوضيعة اثلاثا قال شيخنا لا نعلم في ذلك خلافا وبه يقول أبو حنيفة والشافعي وغيرهما، وفي شركة الوجوه تكون الوضيعة على قدر ملكيهما في المشتري سواء كان الربح بينهما كذلك او لم يكن وسواء كانت الوضيعة ثلث او نقصان في الثمن عما اشترى به او غير ذلك، والوضيعة في المضاربة على المال خاصة لاشيء على العامل منها لان الوضيعة عبارة عن نقصان رأس المال وهو

(فصل) فان اشترك ثلاثة من أحدهم دابة ومن آخر راوية ومن الآخر العمل على أن ما رزق الله تعالى فهو بينهم صح في قياس قول أحمد فانه قد نص في الدابة يدفعها الى آخر يعمل عليها على أن لها الاجرة على الصحة وهذا مثله لانه دفع دابته الى آخر يعمل عليها والراوية عين تسمى بالعمل عليها فهي كالبهيمة فعلى هذا يكون ما رزق الله بينهم على ما اتفقوا عليه وهذا قول الشافعي ولأنها وكلا العامل في كسب مباح بآلة دفماها اليه فأشبه ما لو دفع اليه أرضه ليزرعها، وهكذا لو اشترك أربعة من أحدهم دكان ومن آخر رحى ومن آخر بغل ومن آخر العمل على أن يطحنوا بذلك فما رزق الله تعالى فهو بينهم صح وكان بينهم على ما شرطوه وقال القاضي المقدم فاسد في المسئلتين جميعا وهو ظاهر قول الشافعي لان هذا لا يجوز أن يكون مشاركة ولا مضاربة لكونهما لا يجوز أن يكون رأس مالها للعروض ولان من شرطها عود رأس المال سليما بمعنى أنه لا يستحق شيء من الربح حتى يستوفي رأس المال بكامله والراوية هنا تخلق وتنقص، ولا اجارة لأنها تقتصر الى مدة معلومة وأجر معلوم فتكون فاسدة، فعلى هذا يكون الاجر كله في المسئلة الاولى للسقاء لانه لا يغرف الماء في الاناء ملكه فاذا باعه فتمنه له لانه عوض ملكه وعليه لصاحبه اجر المثل لانه استعمل ملكها بعوض لم يسلم لها فكان لها أجر المثل كسائر الاجارات الفاسدة، وأما في المسئلة الثانية فانهم إذا طحنوا لرجل طعاما بأجرة نظرت في عقد

مختص بملك ربه لا شيء فيه للعامل فيكون نقصه من ماله دون غيره وأما يشتركان فيما يحصل من الغناء فأشبه المساقاة والمزارعة فان رب الارض والشجر يشارك العامل فيما يحدث من الزرع والثمار وان تلف الشجر أو هلك شيء من الارض بفرق أو غيره لم يكن على العامل شيء

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (ويجوز لكل واحد منهما أن يبيع ويشترى ويقبض ويقبض ويطالب بالدين ويخاصم فيه ويحيل ويحتال ويرد بالعيب ويقر به ويفعل كل ما هو من مصلحة تجارتهما) يجوز لكل واحد من الشريكين أن يبيع ويشترى مساومة ومراجعة وتولية ومواضعة كيف رأى المصلحة لان هذه عادة التجار، وله ان يقبض المبيع والثمن ويقبضهما ويخاصم في الدين ويطالب به ويحيل ويحتال ويرد بالعيب فيما وليه أو وليه صاحبه، وله ان يقر به كما يقبل اقرار الوكيل بالعيب على موكله نص عليه أحمد وكذلك ان أقر بالثمن أو بعضه او اجرة المنادي أو الحمل لان هذا من توابع التجارة فهو كتسليم المبيع واداء ثمنه، ويفعل كل ما هو من مصلحة التجارة. بمطلق الشركة لان مبنائها على الوكالة والامانة على ما ذكرنا، فيتصرف كل واحد منهما في المالين بحكم الملك في نصيبه والوكالة في نصيب شريكه، في الاقالة وجهان أصحهما انه لا يملكها لانها ان كانت يما فقد أذن له فيه وان كانت فسخا ففسخ البيع المضر من مصلحة التجارة فذلك كالرد بالعيب والآخر لا يملكها لأنها فدخ فلا يدخل في الاذن في التجارة وله ان يستأجر من مال الشركة ويؤجر لان المنافع أجريت مجرى الاعيان فصار كالشراء والبيع وله المطالبة بالاجر لها وعيها لان حقوق المقدم لا تختص العاقد

الاجارة فان كان من واحد منهم ولم يذكر أصحابه ولا نواعم فالأجر كله له وعليه لأصحابه أجر المثل وان نوى أصحابه أو ذكرهم كان كما لو عقد مع كل واحد منهم منفردا أو استأجر من جميعهم فقال استأجرتكم لتطحنوا لي هذا الطعام بكذا فالأجر بينهم ارباعا لان كل واحد منهم قد لزمه طحن ربهه بربع الأجر ويرجع كل واحد منهم على أصحابه بربع أجر مثله ، وان قال استأجرت هذا الدكان والبفل والرحى وهذا الرجل بكذا وكذا لطحن كذا وكذا من الطعام صح والأجر بينهم على قدر أجر مثلهم لكل واحد من المسمى بقدر حصته في أحد الوجهين وفي الآخر يكون بينهم ارباعا بناء على ما اذا تزوج اربعا بمهر واحد أو كاتب أربعة أعبد بعوض واحد هل يكون العوض ارباعا أو على قدر قيمتهم؟ على وجهين.

(مسئلة) قال (وان اشترك بدنان بمال احدهما أو بدنان بمال غيرها أو بدن ومال أو مالان وبدن صاحب أحدهما أو بدنان بهما تسارى المال أو اختلف فكل ذلك جائز) ذكر أصحابنا الشركة الجائزة اربعا وقد ذكرنا نوعا منها وهو شركة الابدان ، وبقي ثلاثة أنواع ذكرها الخريفي في خمسة أقسام (ثلاثة منها المضاربة) وهي إذا اشترك بدنان بمال أحدهما أو بدن ومال

(فصل) فان ردت السلعة عليه بعيب فله ان يقبلها وان يعطي أرض العيب أو يحط من ثمنه أو يؤخر ثمنه لاجل العيب لان ذلك قد يكون أحظ من الرد

(مسئلة) (وليس له أن يكاتب الرقيق ولا بزوجه ولا يستق على مال ولا غيره لان الشركة انعقدت على التجارة وليست هذه الاشياء تجارة سيما تزويج العبد فانه محض ضرر ولا يهب ولا يقرض ولا يحاي لان ذلك ليس بتجارة

(مسئلة) (ولا يضارب بمال ولا يأخذ به سفتجة ولا يعطيها الا باذن شريكه)

ليس له أن يشارك بمال الشركة ولا يدفعه مضاربة لان ذلك يثبت في المال حقوقا ويستحق ربحه لغيره وليس له ان يخلط مال الشركة بماله ولا مال غيره لانه يتضمن لإيجاب حقوق في المال وليس هو من التجارة المأذون فيها ، وليس له ان يأخذ بمال سفتجة ولا يعطيها لان فيه خطرا فان أذن شريكه في ذلك جاز لانه يصير من التجارة المأذون فيها ، ومعنى قوله يأخذ به سفتجة أنه يدفع الى انسان شيئا من مال الشركة ويأخذ منه كتابا الى بلد آخر ليستوفي منه ذلك المال ، ومعنى قوله يعطيها أنه يأخذ من إنسان بضاعة ويعطيه بئس ذلك كتابا الى بلد آخر ليستوفي ذلك منه فلا يجوز لان فيه خطرا على المال

(مسئلة) (وهل له أن يودع أو يبيع نساء أو يوضع أو يوكل فيما يتولى مثله بنفسه أو يرهن أو يرتن؟ على وجهين)

أومالان وبدن صاحب احدهما (وقسم منها شركة الوجوه) وهو اذا اشترك بدنان بمال غيرهما فقال القاضي معنى هذا القسم ان يدفع واحد ماله الى اثنين مضاربة فيكون المضاربان شريكين في الربح بمال غيرهما الاهما اذا اخذا المال بجاههما فلا يكونان مشتركين بمال غيرهما وهذا محتمل والذي قلنا له وجهه لكونهما اشتركا فيما يأخذان من مال غيرهما واخترنا هذا التفسير لان كلام الخريفي بهذا التقدير يكون جامعا لاناواع الشركة الصحيحة وعلى تفسير القاضي يكون مغللا بنوع منها وهي شركة الوجوه ويكون هذا المذكور نوعا من المضاربة ، ولان الخريفي ذكر الشركة بين اثنين وهو صحيح على تفسيرنا ، وعلى تفسير القاضي تكون الشركة بين ثلاثة وهو خلاف ظاهر قول الخريفي (واقسم الخامس) اذا اشترك بدنان بمالهم او هذه شركة العنان وهي شركة متفق عليها فأما شركة الوجوه فهو ان يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما وثقة التجار بهما من غير ان يكون لهما رأس مال ، على ان ما اشترى بينهما نصفين او أثلاثا او ارباعا او نحو ذلك ويبيعان ذلك فما قسم الله تعالى فهو بينهما فهي جائزة سواء عين احدهما لصاحبه ما يشتره او قدره او وقته او ذكر نصف المال ولم يعين شيئا من ذلك بل قال ما اشترت من شيء فهو بيننا ، قال احمد في رواية ابن منصور في رجلين اشتركا بغير رؤس أموالهما على أن ما يشتره كل واحد منهما بينهما فهو جائز وهذا قاله الثوري ومحمد بن الحسين وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يذكر الوقت أو المال أو صنفا من الثياب وقال مالك والشافعي يشترط ذكر شرائط الوكالة لان شرائط الوكالة معتبرة في ذلك من تعيين الجنس وغيره من شرائط الوكالة

اختلفت الرواية في الابداع والابضاع على روايتين (احدهما) له ذلك لانه عادة التجار وقد تدعوا الحاجة الى الابداع (والثانية) لا يجوز لانه ليس من الشركة وفيه غرر ، والصحيح ان الابداع يجوز عند الحاجة اليه لانه من ضرورة الشركة أشبه دفع المتاع الى الحمال ، وهل له ان يبيع نساء ؟ يخرج على الرويتين في الوكيل والمضارب (احدهما) له ذلك لانه عادة التجار والربح فيه أكثر (والاخرى) لا يجوز لان فيه تغريراً بالمال ، فان اشترى شيئاً بقدره مثله أو نقد من غير جنسه أو اشترى شيئاً من ذوات الامثال وعنده مثله جاز لانه اذا اشترى بجنس ما اشترى به أو كان عنده عرض فاستدان عرضاً فالشراء له خاصة وربحه له وضمانه عليه لانه استدانه على مال الشركة واپس له ذلك لما نذكره ، قال شيخنا والاولى أنه متى كان عنده من مال الشركة ما يمكنه أداء الثمن منه ببيعه أنه يجوز لانه أمكنه أداء الثمن من مال الشركة أشبه ما لو كان عنده نقد ولان هذا عادة التجار ولا يمكن التحرز عنه وهل له أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه ؟ على وجهين بناء على الوكيل وقيل يجوز للتوكيل بخلاف الوكيل لانه لو جاز للوكيل التوكيل لاستفاد بحكم العقد مثل العقد والشريك يستفيد بمقد الشركة ما هو أخص منه ودونه لان التوكيل أخص من عقد اشركة فان وكل أحدهما ملك الاخر عزله لان لكل واحد منها التصرف في حق صاحبه بالتوكيل فكذلك بالعزل ، وهل لاحدهما ان برهن أو يرتهن بالدين الذي لها ؟ على وجهين أصحهما ان له ذلك عند الحاجة لان الرهن يراد للايقان والارتهان يراد

وانا أنهما اشتركا في الاتباع واذن كل واحد منهما للآخر فيه فصح وكان ما يتبايعانه بينهما كما لو ذكر شرائط الوكالة ، وقولهم ان الوكالة لاتصح حتى يذكر قدر الثمن والنوع ممنوع على رواية لنا وان سلمنا ذلك فانما يعتبر في الوكالة المفردة أما الوكالة الداخلية في ضمن الشركة فلا يعتبر فيها ذلك بدليل المضاربة وشركة العنان فان في ضمنها توكيلا ولا يعتبر فيها شيء من هذا كذا هنا ، فعلى هذا اذا قال لرجل ما اشترت اليوم من شيء فهو بيني وبينك نصفان او اطلق الوقت فقال نعم او قال ما اشترت انا من شيء فهو بيني وبينك نصفان جاز وكانت شركة صحيحة لانه اذن له في التجارة على أن يكون المبيع بينهما وهذا معنى الشركة ، ويكون توكيلا له في شراء نصف المتاع بنصف الثمن فيستحق الربح في مقابلة ملكه الحاصل في المبيع سواء خص ذلك بنوع من المتاع أو أطلق ، وكذلك اذا قال ما اشتريناه أو ما اشتراه احدنا من تجارة فهو بيننا فهو شركة صحيحة، وهما في تصرفهما وما يجب لهما وعليهما وفي اقرارهما وخصوصتهما وغير ذلك بمنزلة شريكي العنان على ما سنذكره ان شاء الله تعالى وأيهما عزل صاحبه عن التصرف انزل لانه وكيله، وسميت هذه شركة الوجوه لانهما يشتركان فيها يشتركان بجاههما والجاه والوجه واحد يقال فلان وجيه اذا كان ذا جاه قال الله تعالى في موسى عليه السلام (وكان عند الله وجيها) وفي بعض الآثار أن موسى عليه السلام قال يا رب ان كان قد خلق جاهي عندك فاسئلك بحق النبي الامي الذي تبعته في آخر الزمان فأوحى الله تعالى اليه : ما خلق جاهك عندي وانك عندي لوجيه .

الحجة هذا لا يوافق
لأنه منتهى من انكاره
السيرة

الاستيفاء وهو يملك الايفاء والاستيفاء فملك ما يراد لهما، والثاني ليس له ذلك لان فيه خطراً ولا فرق بين ان يكون ممن ولي المقعد أو من غيره لكون القبض من حقوق المقعد وحقوق المقعد لا تختص المقعد فكذلك ما يراد له وهل له السفر؟ فيه وجهان نذكرهما في المضاربة

(فصل) فان قال له اعمل برأيك جاز له أن يعمل كل ما تقع في التجارة من الابضاع والمضاربة بالمال والمشاركة به وخطه بماله والسفر به والايديع والبيع نساء والرهن والارتهان والائالة ونحو ذلك لانه فوض اليه الرأي في التصرف الذي تقتضيه الشركة فجاز له كل ما هو من التجارة، فاما التملك بغير عوض كالهبة والحطيطة لغير فائدة والقرض والعق ومكاتبه الرقيق وتزويجهم ونحوه فليس له فعله لانه انما فوض اليه العمل برأيه في التجارة وليس هذا منها

(مسألة) ١ وليس له ان يستدين على مال الشركة فان فعل فهو عليه وربحه له، الا أن يأذن شريكه اذا استدان على مال الشركة لم يجز له ذلك فان فعل فهو له له ربحه وعليه وضيعته، قال أحمد في رواية صالح من استدان في المال بوجه الفأ فهو له ربحه له والوضعية عليه، وقال القاضي اذا استقرض شيئاً لزمها وربحها لانه تملك مال بمال اشبهه بالصرف ومنصوص أحمد يخالف هذا لانه أدخل في الشركة أكثر مما رضي انشريك بالمشاركة فيه فلم يجز كما لو ضم اليها الفأ من ماله، ويفارق الصرف فانه بيع وإبدال عين بعين فهو كبير الثياب بالدرهم فان أذن شريكه في ذلك جاز كيفية افعال التجارة المأذون فيها

(فصل) القسم الثاني ان يشترك بدنان بما لهما وهذا النوع الثالث من أنواع الشرك وهي شركة العنان، ومعناها أن يشترك رجلان بما لهما على أن يعملا فيها بأبدانها والربح بينهما وهي جائزة بالاجماع ذكره ابن المنذر، وأما اختلف في بعض شروطها واختلف في علة تسميتها شركة العنان فقيل سميت بذلك لانهما يتساويان في المال والتصرف كالفارسين اذا سويا بين فرسهما وتساويا في السير فان عنائهما يكونان سواء، وقال الفراء هي مشتقة من عن الشيء اذا عرض يقال عنيت لي حاجة اذا عرضت فسميت الشركة بذلك لان كل واحد منهما عن له ان يشارك صاحبه، وقيل هي مشتقة من المعاتة وهي المعارضة يقال عاتت فلانا اذا عارضته بمثل ماله وافعله فشكل واحد من الشركيين معارض لصاحبه بماله وفعاله وهذا يرجع الى قول الفراء

(فصل) ولا خلاف في أنه يجوز جعل رأس المال الدراهم والدنانير فلها قيم الاموال وأمان البياعات والناس يشتركون بها من لدن النبي ﷺ الى زمننا من غير نكير، فاما العروض فلا تجوز الشركة فيها في ظاهر المذهب نص عليه أحمد في رواية ابن طاب وحرب وحكاه عنه ابن المنذر، وكره ذلك ابن سيرين ويحيى بن ابي كثير والثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور واصحاب الراي لان اشركة اما ان تقع على اعيان العروض او قيمتها او امانها: لا يجوز وقوعها على اعيانها لان اشركة تقتضي الرجوع عند المفاعلة برأس المال أو بمثله وهذه لا مثل لها فيرجع اليه وقد زيد قيمة جنس احدهما دون الآخر

(مسئلة) (وان اخر حقه من الدين جاز)

اذا كان لهما دين حال فأخر احدهما حصته من الدين جاز وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة لا يجوز لنا انه اسقط حقه من المطالبة فصح ان ينفرد احدهما به كالأبراء

(مسئلة) (وان تقاسم الدين في الذمة لم يصح) نص عليه في رواية حنبل لان الذمة لا تتكافأ ولا تعادل والقسمة تقتضي التعديل فاما القسمة بشير تعديل فهي بمنزلة البيع ولا يجوز بيع الدين بالدين، فعلى هذا لو تقاسمنا ثم توى بعض المال رجوع الذي توى ماله على الذي لم يتو وبه قال ابن سيرين والتخمي ونقل حرب جواز ذلك لان الاختلاف لا يمنع القسمة كاختلاف الاعيان وبه قال الحسن واسحاق، فعلى هذا لا يرجع من توى ماله على من لم يتو اذا أبرأ كل واحد منهما صاحبه وهذا اذا كان في ذم فاما في ذمة واحدة فلا تمكن القسمة لان القسمة افراز حق ولا يتصور ذلك في ذمة واحدة

(مسئلة) (وان أبرأ من الدين لزم في حقه دون صاحبه) لانه تبرع فلزم في حقه دون صاحبه كالصدقة

(مسئلة) (وكذلك ان أقر بمال سواء أقر بعين أو دين) لان شريكه انما أذن في التجارة وليس

الاقرار داخلا فيها، وقال القاضي يقبل اقراره على مال الشركة لان للشريك أن يشتري من غير أن يسلم الثمن في المجلس فلو لم يقبل اقراره بالثمن لضاعت أموال الناس وامتنعوا من معاملته ولان ذلك مما يحتاج اليه في البيع أشبه الاقرار بالعيب

فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال وقد تنقص قيمته فيؤدي الى أن يشاركه الآخر في ثمن ملكة الذي ليس بربح، ولا على قيمتها لان القيمة غير متحققة القدر فيفضي إلى التنازع وقد يقوم الشيء بأكثر من قيمته ولان القيمة قد تزيد في أحدهما قبل بيده فيشاركه الآخر في العين المملوكة له، ولا يجوز وقوعها على أثمانها لانها معدومة حال العقد ولا يملكها ولانه ان أراد ثمنها الذي اشتراها به فقد خرج عن مكانه وصار للبائع وان اراد ثمنها الذي يبيعها به فانها تصير شركة معلقة على شرط وهو بيع الاعيان ولا يجوز ذلك، وعن أحمد رواية اخرى ان الشركة والمضاربة تجوز بالعروض وتجعل قيمتها وقت العقد رأس المال قال احمد اذا اشتركا في العروض يقسم الربح على ما اشترطا، وقال الاثرم سمعت ابا عبد الله يسئل عن المضاربة بالمتاع قال جائز، نظاهر هذا صحة الشركة، اختار هذا ابو بكر وأبو الخطاب وهو قول مالك وابن أبي ليلى وبه قال في المضاربة طاوس والا وزاعي وحامد بن أبي سليمان لان مقصود الشركة جواز تصرفهما في المالاين جميعا وكون ربح المالاين بينهما وهذا يحصل في العروض كحصوله في الأمان فيجب ان تصح الشركة والمضاربة بها كالأمان، ويرجع كل واحد منهما عند المفصلة بقيمة ماله عند العقد كما اتنا جملنا نصاب زكاتها قيمتها، وقال الشافعي ان كانت العروض من ذوات الامثال كالحبوب والادهان جازت الشركة بها في احد الوجهين لانها من ذوات الامثال اشبهت النقود ويرجع عند المفصلة بثمنها وان لم تكن من ذوات الامثال لم يجز وجها واحدا لانه لا يمكن الرجوع بثمنها

(مسألة) (وعلى كل واحد منهما ان يتولى ما جرت العادة أن يتولاه من نشر الثوب وطيه وخبم الكيس واحرازه) لان اطلاق الاذن يحمل على العرف، والعرف ان هذه الامور يتولاه بنفسه (فان استأجر من يفعل ذلك فالاجرة عليه) في ماله لانه بذلها عوضا عما يلزمه (وما جرت العادة ان يستنيب فيه) كحمل المتاع ووزن ما ينقل والتداء (فله ان يستأجر من يفعله) من مال القراض لانه العرف

(مسألة) (فان فعله ليأخذ أجرته فهل له ذلك؟ على وجهين) أحدهما لا يستحقها نص عليه لانه تبرع بما لم يلزمه فله يكن له أجر كل امرأة التي تستحق على زوجها خادما اذا خدمت نفسها وفيه وجه آخر ان له الاجرة لانه فعل ما يستحق الاجرة فيه فاستحقها كالاجنبي

(فصل) قال المصنف رضي الله عنه (والشروط في الشركة ضربان صحيح مثل أن يشترط أن لا يتجر الا في نوع من المتاع أو بلد بعينه أولا يبيع الا بنقد معلوم أو لا يسافر بالمال أو لا يبيع الا من فلان أو لا يشتري الا من فلان)

فهذا كله صحيح سواء كان النوع مما يعم وجوده أولا يعم أو الرجل مما يكثر عنده المتاع أو يقل وبهذا قال أبو حنيفة، وقال مالك والشافعي اذا شرط أن لا يشتري الا من رجل بعينه أو ساعة بعينها أو مالا يعم وجوده كالياقوت الاحمر والحليل البلق لم يصح لانه يفوت مقصود الشركة والمضاربة وهو الثقل وطلب الربح فلم يصح كما لو شرط أن لا يبيع ويشتري الا من فلان أو ان لا يبيع الا بمثل ما اشترى به

ولنا أنه نوع شركة فاستوى فيها ماله مثل من العروض وما لا مثله كالمضاربة وقد سلم أن المضاربة لا تجوز بشيء من العروض ولأنها ليست بنقد فلم تصح الشركة بها كالذي لا مثل له
(فصل) والحكم في النقرة كالحكم في العروض لأن قيمتها تزيد وتنقص وهي كالعروض وكذلك الحكم في المغشوش من الاثمان قل الغش أو كثر وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن كان الغش أقل من النصف جاز وإن كثر لم يجز لأن الاعتبار بالغالب في كثير من الأصول
ولنا أنها مغشوشة فأشبهه ماله لو كان الغش أكثر ولأن قيمتها تزيد وتنقص أشبهت العروض وقولهم الاعتبار بالغالب ليس بصحيح فإن الفضة إذا كانت أقل لم يسقط حكمها في الزكاة وكذلك الذهب اللهم إلا أن يكون الغش قليلاً جداً لمصلحة النقد كيسير أفضة في الدينار مثل الحبة ونحوها فلا اعتبار به لأنه لا يمكن التحرز منه ولا يؤثر في الربا ولا في غيره

(فصل) ولا تصح الشركة بالفلوس وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم صاحب مالك ويتخرج الجواز إذا كانت نافقة فإن أحمد قال لا أرى السلم في الفلوس لأنه يشبه الصرف وهذا قول محمد بن الحسن وأبي ثور لأنها بمن فجازت الشركة بها كالدرهم والدنانير، ويحتمل جواز الشركة بها على كل حال نافقة كانت أو غير نافقة بناء على جواز الشركة بالعروض، ووجه الأول أنها تنفق مرة وتكسد أخرى فأشبهت العروض فإذا قلنا بصحة الشركة فيها فلها إن كانت نافقة كان رأس المال مثلها وإن كانت كاسدة كانت قيمتها كالعروض

ولنا أنها شركة خاصة لا تمنع الربح بالكلية نصحت كما لو شرط أن لا يتجر إلا في نوع يعم وجوده ولأنه عقد يصح تخصيصه بنوع فصح تخصيصه في رجل بعينه وسلمة بعينها كالوكالة، قولهم إنه يمنع المقصود ممنوع وإنما يقلله وتقليله لا يمنع الصحة كتخصيصه بالنوع، ويفارق ما إذا شرط أن لا يبيع إلا برأس المال فإنه يمنع الربح بالكلية وكذلك إذا قال لا تبع إلا من فلان ولا تشتري إلا منه فإنه يمنع الربح أيضاً فإنه لا يشتري ما باعه إلا بدون ثمنه الذي باعه به ولهذا لو قال لا تبع إلا ممن اشتريت منه لم يصح لذلك

(مسئلة) (وفاسد مثل أن يشترط ما يعود بمجالة الربح أو ضمان المال أو أن عليه من الوضعية أكثر من قدر ماله أو أن يوليه ما يختار من السلع أو يرتفق بها أو أن لا يفسخ الشركة مدة بعينها، فإيعود بمجالة الربح يفسد به العقد ويخرج في سائرهما روايتان)

الشروط الفاسدة في الشركة والمضاربة تنقسم ثلاثة أقسام:

(أحدها) ما ينافي مقتضى العقد مثل أن يشترط لزوم المضاربة أو أن لا يعزله مدة بعينها أو أن لا يبيع إلا برأس المال أو أقل أو لا يبيع إلا ممن اشتري منه أو شرط أن لا يشتري أو لا يبيع أو أن يوليه

(فصل) ولا يجوز أن يكون رأس مال الشركة مجهولاً ولا جزافاً لأنه لا بد من الرجوع به عند المفصلة ولا يمكن مع الجهل والجزاف ولا يجوز بمال غائب ولا دين لأنه لا يمكن التصرف فيه في الحال وهو مقصود الشركة .

(فصل) ولا يشترط لصحتها اتفاق المالكين في الجنس بل يجوز أن يخرج أحدهما دراهم والآخر دنانير أص عليه أحمد وبه قال الحسن وابن سيرين وقال الشافعي لا تصح الشركة إلا أن يتفقا في مال واحد بناء على أن خلط المالكين شرط ولا يمكن إلا في المال الواحد ونحن لا نشترط ذلك، ولأنهما من جنس الأيمان فصحت الشركة فيهما كالجنس الواحد ، ومتى تفرقتا رجعت هذا بدنانيره وهذا بدراهمه ثم اقتسما الفضل أص عليه أحمد فقال يرجع هذا بدنانيره وهذا بدراهمه وقال كذا يقول محمد والحسن ، وقال القاضي إذا أرادوا المفصلة قوما المتاع بنقد البلد وقوما مال الآخر به ويكون التقويم حين صرف الثمن فيه ولنا أن هذه شركة صحيحة رأس المال فيها الأيمان فيكون الرجوع بجنس رأس المال كولو كان الجنس واحداً (فصل) ولا يشترط تساوي المالكين في القدر وبه قال الحسن والشعبي والنخعي والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وقال بعض أصحاب الشافعي يشترط ذلك

ولنا أنهما مالان من جنس الأيمان فجاز عقد الشركة عليهما كما لو تساويا

ما يختار من السلم أو نحو ذلك فهذه شروط فاسدة لأنها تفوت المقصود من المضاربة وهو الربح أو تمنع الفسخ الجائز بحكم الأصل .

(القسم الثاني) ما يعود بجهالة الربح مثل أن يشترط للمضارب جزاء من الربح مجهولاً أو ربح أخذ الكيسين أو أحد الألفين أو أحد العبدین أو أحد السفرتين أو ما يربح في هذا الشهر أو أن حق أحدهما في عبد يشترط لأحدهما دراهم معلومة بجميع حقه أو يعضه فهذه شروط فاسدة لأنها تفضي إلى جهل حق كل واحد منهما من الربح أو إلى فواته بالسكّلية ومن شرط المضاربة والشركة كون الربح معلوماً .

(القسم الثالث) اشتراط ما ليس من مصلحة المقدر ولا مقتضاه مثل أن يشترط على المضارب المضاربة له في مال آخر أو يأخذه بضاعة أو قرضاً أو أن يخدمه في شيء بعينه أو يرتفق ببعض السلع مثل أن يلبس الثوب أو يستخدم العبد أو يشترط على المضارب ضمان المال أو سهما من الوضعية أو أنه متى باع السلعة فهو أحق بها بالثمن أو شرط المضارب على رب المال شيئاً من ذلك، فهذه كلها شروط فاسدة وقد ذكرنا بعضها في غير هذا الموضع معلوماً، ومتى اشترط شرطاً فاسداً يعود بجهالة الربح فسدت المضاربة والشركة لأن الفساد لمعنى في العوض المعقود عليه فأفسد المقدر كما لو جعل رأس المال خمرأً أو خنزيراً ولأن جهالة ثمنه من التسليم فيفضي إلى التنازع والاختلاف ولا يعلم ما يدفعه إلى المضارب، وما عدا هذا من الشروط الفاسدة فالمتصوص عن أحمد في أظهر الروايتين عنه أن المقدر صحيح ذكره عنه الأثرم وغيره ولأنه

(فصل) ولا يشترط اختلاط المالين إذا عيناها وأحضرهما وبهذا قال أبو حنيفة ومالك إلا أن مالكا شرط أن تكون أيديهما عليه بأن يجعلاه في حانوت لهما أو في يد وكيلهما وقال الشافعي لا يصح حتى يخلط المالين لأنهما إذا لم يخلطاهما فالكل واحد منهما يتلف منه دون صاحبه أو يزيد له دون صاحبه فلم تعتد الشركة كما لو كان من المسكيل.

ولأنه عقد يقصد به الربح فلم يشترط فيه خلط المال بالمضاربة ولأنه عقد على التصرف فلم يكن من شرطه الخلط كالوكالة، وعلى مالك فلم يكن لمن شرطه أن تكون أيديهما عليه كالوكالة، وقولهم إنه يتلف من مال صاحبه أو يزيد على ملك صاحبه ممنوع بل يتلف من مالها وزيادته لهما لأن الشركة اقتضت ثبوت الملك لكل واحد منهما في نصف مال صاحبه فيكون تلفه منهما وزيادته لهما وقال أبو حنيفة متى تلف أحد المالين فهو من ضمان صاحبه

ولنا ان الوضعية والضمان أحد موجبي الشركة فتعلق بالشريكين كالربح وكما لو اختلطا.
(فصل) ومتى وقعت الشركة فاسدة فانها يقسمان الربح على قدر رأس أموالها ويرجع كل واحد منهما على الآخر بأجر عمله نص عليه احمد في المضاربة واختاره القاضي وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لأن المسمى يسقط في العقد الفاسد كالبيع الفاسد إذا تلف المبيع في يد المشتري إلا أن يكون مال كل واحد منهما ميمزاً وربحه معلوماً فيكون له ربح ماله، ولو ربح في جزء منه ربحاً متميزاً وباقية مختلطة

عقد يصح على مجهول فلم تبطله الشروط الفاسدة كالنكاح والعناق، وفيه رواية أخرى أن العقد يبطل ذكرها القاضي وأبو الخطاب لأنه شرط فاسد فأبطل العقد كالزراعة إذا شرط البذر من العامل والشروط الفاسدة في البيع، ودليل فساد هذه الشروط أنها ليست من مصلحة العقد ولا يقتضيها العقد فان مقصوده الربح فكيف يقتضي الضمان ولا يقتضي مدة معينة؟ لأنه جائز

(مستثنة) (وإذا فسد العقد قسم الربح على قدر المالين)

لأن التصرف صحيح لكونه باذن رب المال والوضعية عليه لأن كل عقد لا ضمان في صحيحه لا ضمان في فاسده ويقسم الربح على قدر المالين لأنه نماء المال ويرجع كل واحد منهما على الآخر بأجرة عمله يسقط منها أجرة عمله في ماله ويرجع على الآخر بقدر ما بقي له فان تساوى مالاها وعملها تقاص الدينان واقتسما الربح نصفين وان فضل أحدهما صاحبه يقاص دين القليل بمثله ويرجع على الآخر بالفضل والوجه الثاني ذكره الشريف أبو جعفر أنهما يقسمان الربح على ما شرطاه لأنه عقد يجوز ان يكون عوضه مجهولاً فوجب المسمى في فاسده كالنكاح

(فصل) والشركة من العقود الجائزة تبطل بموت أحد الشريكين وجزونه والحجر عليه لنفسه وبالفسخ من أحدهما لأنه عقد جائز فبطل بذلك كالوكالة وان عزل أحدهما صاحبه انزل الموزول فلم يكن له أن يتصرف الا في قدر نصيبه، ولما زال التصرف في الجميع لان الموزول لم يرجع عن اذنه

كان له ما يميز من ربح ماله وله بحصته باقي ما له من الربح ، واختار الشريف أبو جعفر انهما يقتسمان الربح على ما شرطاه ولا يستحق أحدهما على الآخر أجر عمله وأجراها مجرى الصحيحة في جميع أحكامها قال لأن أحمد قال إذا اشتركا في العروض قسم الربح على ما اشترطاه واحتج بأنه عقد يصح مع الجهالة فيثبت المسمى في فاسده كأنكاح والمذهب الاول قاله القاضي وكلام أحمد محمول على الرواية الاخرى في تصحيح المضاربة بالعروض لان الاصل كون ربح مال كل واحد لما سلكه لأنه نماؤه وإنما ترك ذلك بالمقد الصحيح فاذا لم يكن العقد صحيحاً بقي الحكم على مقتضى الاصل كما أن البيع إذا كان فاسداً لم ينقل ملك كل واحد من المتبايعين عن ماله

(فصل) وشركة العنان مبنية على الوكالة والامانة لان كل واحد منهما يدفع المال إلى صاحبه امنه وبإذنه له في التصرف وكله ، ومن شرط صحتها ان يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف فان اذن له مطلقاً في جميع التجارات تصرف فيها وان عين له جنساً أو نوعاً أو ببلداتصرف فيه دون غيره لانه متصرف بالاذن فوقه عليه كالوكيل ، ويجوز لسكل واحد منهما ان يبيع ويشترى مساومة ومراجعة وتولية ومواضعة وكيف رأى المصلحة لان هذا عادة التجار وله أن يقبض المبيع والتمن ويقبضها ويخاصم في الدين

هذا إذا نض المال وان كان عرضاً فذكر القاضي ان ظاهر كلام أحمد أنه لا ينزل بالعزل وله التصرف حتى ينض المال كالمضارب اذا عزله رب المال ، وينبغي ان يكون له التصرف بالبيع دون المعاوضة بسلمة اخرى أو التصرف بغير ما ينض به المال ، وذكر أبو الخطاب انه ينزل مطلقاً وهو مذهب الشافعي قياساً على الوكالة ، فلي هذا ان اتفقا على البيع أو القسمة فعلا وإن طلب أحدهما القسمة والآخر البيع قسم ولم يبع ، فان قيل أليس إذا فسخ رب المال المضاربة فطلب العامل البيع أجيب اليه ؟ فالجواب أن حق العامل في الربح ولا يظهر الا بالبيع فاستحقه العامل لوقوف حصول حقه عليه ، وفي مسئلتنا ما يحصل من الربح يستدركه كل واحد منها في نصيبه من المتاع فلم يجبر على البيع ، قال شيخنا وهذا إنما يصح اذا كان الربح على قدر المالكين أما اذا زاد ربح أحدهما عن ماله فانه لا يستدرك ربحه بالقسمة فيتعين البيع كالمضاربة .

(فصل) اذا مات أحد الشريكين وله وارث رشيد فله ان يقيم على الشركة ويأذن له الشريك في التصرف لان هذا إمام للشركة وليس بابتدائها فلا تعتبر شروطها ، وله المطالبة بالقسمة فان كان موليا عليه قام وليه مقامه في ذلك الا انه لا يفعل الا ما فيه المصلحة للمولي عليه ، فان كان الميت قد وصى بمال الشركة أو ببعضه لمعين فالموصى له كالوارث فيما ذكرنا وان وصى به لغير معين كالفقراء لم يجز للموصي الاذن في التصرف لانه قد وجب دفعه اليهم فيعزل نصيبه ويفرقه عليهم فان كان على الميت دين تعلق بتركته فليس للوارث امضاء الشركة حتى يقضي دينه فان قضاه من غير مال الشركة فله الأمام وان قضاه منه بطلت الشركة في قدر ما قضى .

ويطالب به ويحيل ويحتال ويرد بالعيب فيما وليه هو وفيما ولي صاحبه ، وله أن يستأجر من رأس مال الشركة ويؤجر لان المنافع أجريت مجرى الاغيان فصار كالشراء والبيع ، والمطالبة بالاجر لها وعليهما لان حقوق العقد لا تختص بالعقد .

(فصل) وليس له ان يكاتب الرقيق ولا يعتق على مال ولا غيره ولا يزوج الرقيق لان الشركة تعتقد على التجارة وليست هذه الانواع تجارة سيما تزويج العبد فانه محض ضرر ، وليس له أن يفرض ولا يجابي لانه تبرع وليس له التبرع ، وليس له أن يشارك بمال الشركة ولا يدفعه مضاربة لان ذلك يثبت في المال حقوقاً ويستحق ربحه لغيره وليس ذلك له وليس له أن يخلط مال الشركة بماله ولا مال غيره لانه يتضمن ايجاب حقوق في المال وليس هو من التجارة المأذون فيها ولا يأخذ بالمال سفتجة ولا يعطي به سفتجة لان في ذلك خطراً لم يؤذن فيه وليس له أن يستدين على مال الشركة فان فعل ذلك له ، وله ربحه وعليه وضيعته ، قال احمد في رواية صالح فيمن استدان في المال بوجهه ألفاً فهو له وربحه له والوضعية عليه ، وقال القاضي إذا استقرض شيئاً لزمها وربحها لها لانه تملك مال بمال فهو كالصرف ونص احمد بخالف هذا ولانه أدخل في الشركة أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه فلم يجز كما لو ضم اليها ألفاً من ماله ، ويفارق الصرف لانه يبيع وإبدال تين بدين فهو كبيع الثياب بالدرهم ، وليس له أن يقر على مال الشركة فان فعل لزم في حقه دون صاحبه سواء أقر بدين أو دين لان شريكه إنما أذن في التجارة

(فصل) قال رضي الله عنه (الثاني المضاربة وهي أن يدفع ماله الى آخر يتجر فيه والربح بينهما) قاهل العراق يسمونه مضاربة مأخوذة من اضرب في الارض وهو السفر فيها للتجارة قال الله تعالى (وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله) ويحتمل ان يكون من ضرب كل واحد منهما بسم في الربح ويسميه اهل الحجاز القراض ، قيل هو مشتق من القطع يقال قرض الفأر الثوب اذا قطعه فكأن صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها الى العامل واقتطع له قطعة من الربح ، وقيل اشتقاقه من المساواة والموازنة يقال تقارض الشاعران اذا وازن كل واحد منهما الآخر بشعره وهما من العامل الممثل ومن الآخر المال فتوازننا ، ويعتقد بلفظ المضاربة والقراض وبكل ما يؤدي معناها لان القصد المعنى فجاز بكل ما دل عليه كالكالة وهي مجم على جوازها في الجملة . ذكره ابن المنذر وروي عن حميد بن عبد الله عن ابيه عن جده ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه اعطاه مال يتم مضاربة يعمل به في العراق ، وروي مالك عن زيد بن أسلم عن ابيه ان عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب خرجا في جيش الى العراق فتسلفا من أبي موسى مالا وابتاتا به متاعاً وقدما به الى المدينة فباتا وربحا فيه فأراد عمر اخذ رأس المال والربح كله فقالا لو تلف كان ضمانه علينا فلم لا يكون ربحه لنا ؟ فقال رجل يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً ؟ قال قد جعلته وأخذ منها نصف الربح ، وهذا يدل على جواز القراض وعن مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن ابيه عن جده أن عثمان قارضه وعن قتادة

وليس الاقرار داخلا فيها ، وإن أقر بسبب في عين باعها قبل إقراره ، وكذلك يقبل إقرار الوكيل على موكله بالعيب نص عليه احمد وكذلك إن أقر ببقية ثمن البيع أو بجميعة أو بأجر للمنادي أو للمال وأشباه هذا ينبغي أن يقبل لأن هذا من توابع التجارة فكان له ذلك كتسليم المبيع وأداء ثمنه ، وإن ردت السلعة عليه بعيب فله أن يقبلها وله أن يعطي ارش العيب أو يحط من ثمنه أو يؤخر ثمنه لاجل العيب لأن ذلك قد يكون أحظ من الرد ، وإن حط من الثمن ابتداء أو أسقط ديناً لها عن غيرهما لزم في حقه وبطل في حق شريكه لأنه تبرع والتبرع يجوز في حق نفسه دون شريكه ، وإن كان لها دين حال فأخر أحدهما حصته من الدين جاز وبه قال ابو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يجوز ولنا أنه أسقط حقه من المطالبة فصح أن يفرد أحدهما به كالأبراء .

(فصل) وهل لأحدهما أن يبيع نساء ؟ يخرج على روايتين بناء على الوكيل والمضارب وسنذكر ذلك ، وإن اشترى نساء بنقد عنده مثله أو نقد من غير جنسه واشترى بشيء من ذوات الامثال وعنده مثله جاز لأنه إذا اشترى بجنس ما عنده فهو يؤدي مما في يده فلا يفضي إلى الزيادة في الشركة وإن لم يكن في يده نقد ولا مثلي من جنس ما اشترى به أو كان عنده عرض فاستدان عرضاً فالشراء له خاصة وربحه له وضمانه عليه لأنه استدانه على مال الشركة وليس له ذلك على ما أسلفناه ، والأولى أنه متى كان عنده من مال الشركة ما يمكنه أداء الثمن منه يبيعه أنه يجوز لأنه أمكنه أداء الثمن من مال الشركة فأشبهه ما لو كان عنده نقد ولان هذا عادة التجار ولا يمكن التحرز منه ، وهل له أن يبيع أو يودع ؟ على روايتين

عن الحسن أن علياً قال اذا خالف المضارب فلا ضمان هما على ما شرطنا وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام أنهما قارضا ولم يعرف لهم في الصحابة مخالف فكان اجماعا ولان بالناس حاجة الى المضاربة فان الدرهم واندانير لا تنمي الا بالتقليب والتجارة وليس كل من يملكها يحسن التجارة ولا كل من يحسن التجارة له مال فاحتجج اليها من الجانبين فشرعت لدفع الحاجتين

(فصل) ومن شرط صحتها تقدير نصيب العامل لأنه يستحقه بالشرط فلم يقدر الا به ، فلو قال خذ هذا المال مضاربة ولم يذكر سهم العامل فالربح كله لرب المال والوضعية عليه وللعامل أجر مثله نص عليه احمد وهو قول اشوري والشافعي واسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي ، وقال الحسن وابن سيرين والاوزاعي الربح بينهما نصين كالموكل والربح بينهما فان كان بينهما نصين كذا هذا ، وانما أن المضارب انما يستحق بالشرط ولم يوجد وقوله مضاربة اقتضى ان له جزءاً من الربح مجهولاً فلم تصح المضاربة كما لو قال ولك جزء من الربح ، فاما اذا قال الربح بيننا فان المضاربة تصح وتكون بينهما نصين لأنه أضافه اليهما إضافة واحدة فلم يرجع أحدهما على الآخر فاقضى التسوية كما لو قال هذه الدارين بينك (مسئلة) (فان قال خذ فأنجز به والربح كله لي فهو ابضاع) لأنه قرن به حكماً الابضاع فانصرف اليه (مسئلة) (وان قال والربح كله لك فهو قرض) لافتراض لان قوله خذ فأنجز به يصلح لهما

(إحداهما) له ذلك لانه عادة التجار وقد تدنو الحاجة إلى الإيداع (والثانية) لا يجوز لانه ليس من الشركة وفيه غرر والصحيح أن الإيداع يجوز عند الحاجة إليه لانه من ضرورة الشركة أشبه دفع المتاع إلى الحمال ، وفي التوكيل فيما يتولى مثله بنفسه وجهان بناء على الوكيل وقيل يجوز للشريك التوكيل بخلاف الوكيل لانه لو جاز للوكيل التوكيل لاستفاد بحكم العقد مثل العقد والشريك يستفيد بعقد الشركة ما هو أخص منه ودونه لان التوكيل أخص من عقد الشركة فان وكل أحدهما ملك الآخر عزله لان لكل واحد منهما التصرف في حق صاحبه بالتوكيل فكذلك بالزول، وهل لاحدهما أن يرضع بالدين الذي عليهما أو يرضع بالدين الذي لهما؟ على وجهين (أصحهما) أن له ذلك عند الحاجة لان الرهن يراد للايفاء والارتهان يراد للاستيفاء وهو يملك الايفاء والاستيفاء فملك ما يراد لهما (والثاني) ليس له ذلك لان فيه خطراً ولا فرق بين أن يكون ممن ولي العقد أو من غيره لكونه من حقوق العقد وحقوق العقد لا يختص العاقد فكذلك ما يراد له ، وهل له السفر بالمال ؟ فيه وجهان نذكرهما في المضاربة ، فاما الاقالة فالاولى انه يملكها لانها إن كانت بيعاً فهو يملك البيع وإن كانت فسخاً فهو يملك الفسخ بالرد بالعب اذا رأى المصلحة فيه فكذلك يملك الفسخ بالاقالة اذا كان الحظ فيه فانه قد يشتري ما يرى أنه قد غبن فيه ، ويحتمل أن لا يملكها اذا قلنا هو فسخ لان الفسخ ليس من التجارة ، وان قال له اعمل بربك جاز له أن يعمل كل ما يقع في التجارة من الابضاع والمضاربة بالمال والمشاركة به وخطه بماله

وقد قرن به حكم القرض فانصرف اليه وان قال مع ذلك فلا ضمان عليك فهو قرض شرط فيه نفي الضمان فلا ينتفي شرطه كما لو صرح به فقال خذ هذا قرضاً ولا ضمان عليك

(مسئلة) (وان قال خذه مضاربة والربح كله لك أو لي لم يصح)

وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة اذا قال والربح كله لي كان إباحة صحيحاً لانه أثبت له حكم الابضاع فانصرف اليه كما لو قال أنجز به والربح كله لي ، وقال مالك يكون مضاربة صحيحة في صورتين لانها دخلا في القراض فاذا شرطه لاحدهما فسكأنه وهب الآخر نصيبه فلم ينم صحة العقد

ولنا ان المضاربة تقتضي كون الربح بينهما فاذا شرط اختصاص أحدهما بالربح فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد ففسد كالمو شرط الربح كله في شركة الشان لأحدهما ، ويفارق ما اذا لم يقل مضاربة لان اللفظ يصلح لما أثبت حكمه من الابضاع والقرض بخلاف ما اذا صرح بالمضاربة وما ذكره مالك لا يصح لان الهبة لا تصح قبل وجود الموهوب

(مسئلة) (ولو قال لك ثلث الربح صح والباقي لرب المال) اذا قدر نصيب العامل فقال لك ثلث الربح أو ربه أو جزء معلوم صح والباقي لرب المال لانه يستحق الربح بماله لكونه نكأؤه وفرعه والعامل يأخذ بالشرط فشرط له استحققه وما بقي فرب المال بحكم الاصل

(مسئلة) (وان قال ولي ثلث الربح ولم يذكر نصيب العامل فبِهِ وجهان)

والسفر به والابداع والبيع نساء والرهن والارتهان والاقالة ونحو ذلك لانه فوض اليه الرأي في التصرف الذي تقتضيه الشركة فجازله كل ما هو من التجارة ، فأما ما كان تملكيا بغير عوض كالهبة والحطيطة لغير فائدة والقرض والعتق ومكاتبه الرقيق وتزويجهم ونحوه فليس له فعله لانه إنما فوض اليه العمل برأيه في التجارة وليس هذا منها

(فصل) وإن أخذ أحدهما مالا مضاربة فربحه له ووضعته عليه دون صاحبه لانه يستحق ذلك في مقابلة عمله وليس ذلك من المال الذي اشتركا فيه ، وقد قال أصحابنا في المضاربة إذا ضارب لرجل آخر ردما حصل من الربح في شركة الاول اذا كان فيه ضرر على الاول فيجزيه ههنا مثله

(فصل) والشركة من العقود الجائزة تبطل بموت أحد الشريكين وجنونه والحجر عليه للسفه وبالفسخ من أحدهما لأنها عقد جائز فبطلت بذلك كالوكالة ، وان عزل أحدهما صاحبه انزل المعزول فلم يكن له أن يتصر الا في قدر نصيبه وللمازل التصرف في الجميع لان المعزول لم يرجع عن اذنه ، هذا اذا كان المال ناضا وان كان عرضا فذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد أنه لا ينزل بالمعزل وله التصرف حتى ينض المال كالمضارب اذ عزله رب المال وينبغي أن يكون له التصرف بالبيع دون المعاوضة بسلمة أخرى أو التصرف بغير ما ينض به المذول وذكر أبو الخطاب أنه ينزل مطلقا وهو مذهب الشافعي لانه عقد جائز فأشبه الوكالة ، فعلى هذا ان اتفقا على البيع أو القسمة فعلا وان طلب أحدهما القسمة والآخر البيع أوجب طالب القسمة دون طالب البيع ، فان قيل اليس إذا فسخ رب المال المضاربة فطلب

أحدهما لا يصح لان العامل إنما يستحق بالشرط ولم يشترط له شيء فتكون المضاربة (فاسدة) والثاني يصح ويكون الباقي للعامل وهو قول أبي ثور وأصحاب الرأي لان الربح لا يستحقه غيرهما فاذا قدر نصيب أحدهما منه فالباقي للآخر بمفهوم اللفظ كما علم ذلك من قوله تعالى (وورثه أبواه فلأمه الثلث) ولم يذكر نصيب الاب فلم ان الباقي له لانه لو قال أوصيت به هذه المائة لزيد وعمرو ونصيب زيد منها ثلاثون كان الباقي لعمرو وكذا ههنا وهي أصح

(فصل) فان قال لي النصف ولك الثلث وسكت عن الباقي صح وكان لرب المال لانه لو سكت عن جميع الباقي بعد جزء العامل كان لرب المال فكذا اذا ذكر البعض وترك البعض ، وان قال خذ هذه مضاربة على الثلث أو قال بالثلث صح وكان تقدير النصيب للعامل لان الشرط يراد لاجله لان رب المال يستحق بماله لا بالشرط والعامل يستحق بالعمل وهو يقل ويكثر وإنما تتقدر حصته بالشرط فكان الشرط له وهو مذهب الشافعي

﴿مسئلة﴾ (وان اختلفا في الجزء المشروط فهو للعامل قليلا كان أو كثيرا) لما ذكرنا واليمين على مدعيه لانه يحتتمل خلاف ما قاله فيجب اليمين لنفي الاحتمال كما يجب على المنكر لنفي ما يدعيه المدعي (فصل) وان قال خذ هذه مضاربة ولك ثلث الربح وثلث ما بقي صح وله خمسة أسباع الربح لان

العامل البيع أوجب إليه ؟ فالجواب أن حق العامل في الربح ولا يظهر الربح إلا بالبيع فاستحقه العامل لوقوف حصول حقه عليه ، وفي مسئلتنا ما يحصل من الربح يستدركه كل واحد منها في نصيبه من المتاع فلم يجبر على البيع

(فصل) فان مات أحد الشريكين وله وارث رشيد فله أن يقيم على الشركة ويأذن له الشريك في التصرف وله المطالبة بالقسمة فان كان مولىً عليه قام وليه مقامه في ذلك إلا أنه لا يفعل إلا ما فيه المصلحة للمولى عليه، فان كان الميت قد وصى بمال الشركة أو بيمضه لمعين فالموصى له كالوارث فيما ذكرنا وان وصى به لغير معين كالفقراء لم يجز للوصي الاذن في التصرف لانه قد وجب دفعه انهم فيمزل نصيبهم ويفرقه بينهم وان كان على الميت دين تعاق بتركته فليس للوارث إمضاء الشركة حتى يقضي دينه فان قضاء من غير مال الشركة فله الأمام وان قضاء منه بطلت الشركة في قدر ما قضى

(فصل) القسم الثالث أن يشترك بدن ومال وهذه المضاربة وتسمى قراضاً أيضاً ومنها ان يدفع رجل ماله الى آخر يتجر له فيه على أن ما حصل من الربح ينهما حسب ما يشترطانه فأهل العراق يسمونه مضاربة مأخوذة من الضرب في الأرض وهو السفر فيها للتجارة قال الله تعالى (وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله) ويحتمل أن يكون من ضرب كل واحد منها في الربح

هذا معناه وان قال لك ثلث الربح وربيع ما بقي فله النصف وان قال لك ربيع الربح وربيع ما بقي فله ثلاثة أثمان ونصف ثمن ، وسواء عرفا الحساب أو جهلاه لان ذلك أجزاء معلومة مقدرة أشبه مالو شرط الحسنيين ومذهب الشافعي في هذا الفعل كذهبنا

(فصل) ويجوز أن يدفع مالا الى اثنين مضاربة في عقد واحد فان شرط لهما جزءاً من الربح ينهما نصفين صح وان قال لك كذا وكذا من الربح ولم يبين كيف هو بينهما فهو بينهما نصفان لان اطلاق قوله لكما يقتضي التسوية كما لو قال لعامله الربح بيننا ، وان شرط لاحدهما ثلث الربح وللآخر ربيعه والباقي له جاز وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك لا يجوز لانهما في العمل بأبدانهما فلم يجز تفاضلها في الربح كشرطي الأبدان

ولنا ان عقد الواحد مع الاثنين عقدان فجاز ان يشترط في أحدهما أكثر من الآخر كما لو انفردا ولانهما يستحقان بالعمل وهما يتفاضلان فجاز تفاضلها في العوض كالأجيرين ، وشركة الأبدان كسئلنا لا يجب التساوي فيها ثم الفرق بينهما ان ذاك عقد واحد وهذان عقدان

(فصل) وان قارض اثنان واحداً بالثمن لهما جاز فان شرطاً له ربعاً متساوياً منها جاز وكذلك ان شرط أحدهما له النصف والآخر الثلث ويكون باقي ربيع مال كل واحد منهما له ، وان شرطاً كون الباقي من الربح بينهما نصفين لم يجز وهذا مذهب الشافعي وكلام القاضي يقتضي جوازه وحكي عن أبي حنيفة وأبي ثور

بسم ، وبسببه أهل الحجاز القراض فليل هو مشتق من القطع يقال قرض الثوب اذا قطعه فكأن صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها الى العامل واقتطع له قطعة من الربح ، وقبل اشتقاقه من المساواة والموازنة يقال تقارض اشعران اذا وازن كل واحد منهما الآخر بشعره وهنأمن العامل العمل ومن الاخر المال فتوازننا . وأجمع أهل العلم على جواز المضاربة في الجملة ذكره ابن المنذر وروي عن حميد بن عبدالله عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب أعطاه مال يتيم مضاربة يعمل به في العراق وروي مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب رضي الله عنه خرجا في جيش الى العراق فتسلفا من أبي موسى مالا وابتاعا به متاعا قدما به الى المدينة فباعاه وربحا فيه فأراد عمر أخذ رأس المال واربح كله فقالا لو تلف كان ضمانه علينا فلم لا يكون ربحه لنا ؟ فقال رجل يأمر المؤمنين لو جعلته قراضا ؟ قال قد جعلته واخذ منها نصف الربح ، وهذا يدل على جواز القراض وعن مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده أن عثمان قارضه وعن قتادة عن الحسن أن علياً قال : اذا خاف المضارب فلا ضمان هما على ما شرطوا وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام أنهما قارضا ولا يخاف لهما في الصحابة فحصل اجابا ولان بالناس حاجة الى المضاربة فان الدراهم والدنانير لا تنمي الا بالتقليب والتجارة وليس كل من يملكها بحسن التجارة ولان كل من بحسن التجارة له رأس مال فاحتيج اليها من الجانبين فشرعها الله تعالى لدفع الحاجتين . اذا ثبت هذا فانها تعتمد بلفظ

ولنا أن احدهما يحصل له من ربح ماله النصف والآخر الثلثان فاذا شرط التساوي فقد شرط أحدهما للآخر جزءاً من ربح ماله بغير عمل فلم يحز كما لو شرط ربح ماله المنفرد

(فصل) اذا شرط جزءاً من الربح لغير العامل نظرت فان شرطاه لعبد أحدهما أو لعبيدهما صح وكان مشروطاً لسببه فاذا جملا الربح بينهما وبين عبد أحدهما اثلاثاً كان لصاحب العبد الثلثان وللآخر الثلث وان شرطاه لأجنبي أو لولد أحدهما أو امرأته أو قريبه وشرطاه عليه عملاً مع العامل صح وكانا عاملين وان لم بشرطاه عليه عملاً لم تصح المضاربة وبه قال الشافعي، وحكي عن أصحاب الرأي انه صح، والجزء المشروط له لرب المال سواء شرط لقريب العامل أو قريب رب المال أو لأجنبي لان العامل لا يستحق الا ما بشرطه ورب المال يستحق الربح بحكم الاصل والاجنب لا يستحق شيئاً لان الربح انما يستحق بمال أو عمل وليس له واحد منهما وما شرط لا يستحقه فرجع الى رب المال كما لو ترك ذكره

ولنا أنه شرط فاسد ينفذ الى الربح ففسد به العقد كما لو شرط دارم معلومة وان قال لك الثلثان على أن تعطني امرأتك نصفه فكذلك لانه شرط في الربح شرطاً لا يلزم فكان فاسداً والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة فيما ذكرنا

المضاربة والقراض لأنها لفظان موضوعان لها أو بما يؤدي معناها لان المقصود المعنى فجاز بما دل عليه
كلفظ التملك في البيع

(فصل) وحكمها حكم شركة العنان في أن كل ماجاز للشريك عمله جاز للمضارب عمله وما منع منه
الشريك منع منه المضارب وما اختلف فيه ثم فهنا مثله وما جاز ان يكون رأس مال الشركة جاز أن
يكون رأس مال المضاربة وما لا يجوز ثم لا يجوز هنا على ما فصلناه

(فصل) القسم الرابع ان يشترك مالان وبدن صاحب احدهما فهذا يجمع شركة ومضاربة وهو
صحيح فلو كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم لأحدهما الف وللآخر الفان قاذن صاحب الالفين لصاحب
الالف ان يتصرف فيها على ان يكون الربح بينهما نصفين صح ويكون لصاحب الالف ثلث الربح بحق
ماله والباقي وهو ثلثا الربح بينهما، لصاحب الالفين ثلاثة ارباعه وللعامل ربعه وذلك لانه جعل له نصف
الربح فجعلناه ستة أسهم منها ثلاثة للعامل حصة ماله سهان وسهم يستحقه بعمله في مال شريكه وحصة مال
شريكه اربعة اسهم، للعامل سهم وهو الربح، فان قيل فكيف تجوز المضاربة ورأس المال مشاع؟ قلنا انما يمنع
الاشاعة الجواز اذا كانت مع غير العامل لأنها تمنعه من التصرف بخلاف ما اذا كانت مع العامل فإنها
لا تمنعه من التصرف فلا تمنع من صحة المضاربة، فان شرط للعامل ثلث الربح فقط قال صاحبه بضاعة
في يده وليست مضاربة لان المضاربة انما تحصل اذا كان الربح بينهما فاما اذا قال ربح مالك لك وربح

(فصل) وحكم المضاربة حكم الشركة فيما للعامل أن يفعله أو لا يفعله وفيما يلزمه فعله وفي الشروط
كلا جاز للشريك عمله جاز للمضارب وما منع منه المضارب وما اختلف فيه ثم فهنا مثله، وما جاز أن
يكون رأس مال الشركة جاز أن يكون رأس مال المضاربة وما لا يجوز ثم لا يجوز هنا على ما فصلناه لانها في معناها
﴿ مسألة ﴾ (واذا فسدت فالربح لرب المال وللعامل الاجرة وعنه له الاقل من الاجرة أو
ما شرط له من الربح) الكلام في المضاربة الفاسدة في فصول ثلاثة (أحدها) أنه اذا تصرف العامل نفذ
تصرفه لانه اذن فيه رب المال فاذا بطل عقد المضاربة بقي الاذن فلك به التصرف كالوكيل، فان قيل
فلو اشترى الرجل شراء فاسداً ثم تصرف فيه لم ينفذ مع ان البائع قد اذن له في التصرف؟ قلنا لان
المشتري يتصرف من جهة الملك لا بالاذن فان اذن البائع كان على انه ملك المأذون له فاذا لم يملك
لم يصح وهنا اذن له رب المال في التصرف في ملك نفسه وما شرط من الشرط الفاسد فليس
بمشروط في مقابلة الاذن لانه اذن له في تصرف ما يقع له

(الفصل الثاني) ان الربح جميعه لرب المال لانه نماء ماله وانما يستحق العامل بالشرط فاذا فسدت
المضاربة فسد الشرط فلم يستحق به شيئاً ولكن له أجر مثله نص عليه وهو مذهب الشافعي
واختار الشريف ابو جعفر ان الربح بينهما على ما شرط له واحتج بما روي عن احمد انه قال اذا اشتركا
في العروض قسم الربح على ما شرطوا قال وهذه شركة فاسدة واحتج بانه عقد يصح مع الجهالة

مالي لي فقبل الآخر كان ابضاعا لاغير وبهذا كله قال الشافعي ، وقال مالك لايجوز ان يضم الي القراض شركة كما لايجوز ان يضم اليه عقد اجارة . ولنا انها لم يجعلا أحد المقدين شرطا للاخر فلم يمنع من جمعهما كالمال متميزا

(فصل) اذا دفع اليه الفاء مضاربة وقال أضف اليه الفاء من عندك وأجبرها والربح بيننا لك ثلثاء ولي ثلثه جاز وكان شركة وقراضا ، وقال أصحاب الشافعي لايصح لان الشركة اذا وقعت على المال كان الربح تابعا له دون العمل . ولنا انها تساويا في المال وانفرد احدهما بالعمل فجاز ان ينفرد بزيادة الربح كما لو لم يكن له مال قولهم ان الربح تابع للمال وحده ممنوع بل هو تابع لها كما انه حاصل بهما فان شرط غير العامل لنفسه ثلثي الربح لم يجز وقال القاضي يجوز بناء على جواز تفاضلهما في شركة العنان ولنا انه اشترط لنفسه جزءا من الربح لا مقابل له فلم يصح كما لو شرط ربح مال العامل المنفرد ، وفارق شركة العنان لان فيها عملا منها فجاز ان يتفاضلا في الربح لتفاضلهما في العمل بخلاف مسئلتنا وان جمعا الربح بينهما نصفين ولم يقولا مضاربة جاز وكان ابضاعا كما تقدم وان قالوا مضاربة فسد العقد لما سذكروه انشاء الله تعالى

(فصل) القسم الخامس ان يشترك بدنان بمال احدهما وهو ان يكون المال من احدهما والعمل منها مثل ان يخرج احدهما الفاء ويعملان فيه معا والربح بينهما فهذا جائز ونص عليه احمد في رواية ابي

فيثبت المسمى في فاسده كالتكاح قال والاجر له وجعل احكامها كاحكام الصحيحة وقد ذكرنا ذلك قال القاضي ابو يعلى والمذهب ما حكينا وكلام احمد محمول على انه صحح الشركة بالمعروض ، وحكي عن مالك انه يرجع الى قراض المثل وحكي عنه ان لم يربح فلا اجر له ، ومقتضى هذا انه ان ربح فله الاقل مما شرط له او اجر مثله وعن احمد مثل ذلك لان الاجرة ان كانت اكثر فقد رضي باسقاط الزائد منها عن المسمى لرضائه به وان كانت اقل لم يستحق اكثر منها لفساد التسمية بفساد العقد لانه لو استحق اجر المثل لتوسل الى فساد العقد وأدى الى الخسران والمشهور الاول لان تسمية الربح من توابع المضاربة او ركن من اركانها فاذا فسدت فسدت اركانها وتوابعها كالصلاة ، ومنع وجوب المسمى في التكاح الفاسد واذالم يجب له المسمى وجب اجر المثل لانه انما عمل ليأخذ المسمى فاذا لم يحصل له وجب رد عمله اليه وهو متمذر فتجب قيمته وهي اجر مثله كما لو تبايعا فاسداً وتقاوضا وتلف احد العوضين في يد قابضه وجب رد بدله ، فعلى هذا له اجر المثل سواء ظهر في المال ربح أو لم يظن فان رضي المضارب بالعمل بغير عوض مثل ان يقول قارضتك والربح كله لي فالصحيح انه لا شيء للمضارب ههنا لانه تبرع بماله لو أعانه في شيء أو توكل له بغير جعل أو اخذ له بضاعة

(الفصل الثالث) ان لا يضمن ما تلف بغير تعديبه وتقريطه لان ما كان المقبوض في صحيحه

الحارث وتكون مضاربة لان غير صاحب المال يستحق الشروط له من الربح بعمله في مال غيره وهذا هو حقيقة المضاربة ، وقال أبو عبد الله بن حامد والقاضي وأبو الخطاب اذا شرط ان يعمل معه رب المال لم يصح وهذا مذهب مالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وأبي ثور وابن المنذر ، قال : ولا تصح المضاربة حتى يسلم المال إلى العامل ويحل بينه وبينه لان المضاربة تقتضي تسليم المال الى المضارب فاذا شرط عليه العمل فلم يسلمه لان يده عليه فيخالف موضوعها ، وتأول القاضي كلام أحمد والحرقى على أن رب المال عمل من غير اشتراط

ولنا أن العمل أحد ركني المضاربة فجاز أن يفرد به أحدهما مع وجود الامرين من الآخر كالمال وقولهم إن المضاربة تقتضي تسليم المال الى العامل ممنوع إنما تقتضي اطلاق التصرف في مال غيره بجزء مشاع من ربحه وهذا حاصل مع اشتراكهما في العمل ولهذا لو دفع ماله إلى اثنين مضاربة صح ولم يحصل تسليم المال الى أحدهما

(فصل) وان شرط أن يعمل معه غلام رب المال صح وهذا ظاهر كلام الشافعي وقول أكثر الصحابة ومنعه بضمهم وهو قول القاضي لان يد الغلام بيد سيده وقال أبو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) الجواز لان عمل الغلام مال سيده فصحه ضمه اليه كما يصح أن يضم اليه بهيمة يعمل عليها (فصل) وأما شركة المفاوضة فنوطان (أحدهما) أن يشتركا في جميع أنواع الشركة مثل أن يجعلا

مضمونا كان مضموناً في فاسده ومالم يضمن في صحيحه لم يضمن في فاسده ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو يوسف ومحمد يضمن ولنا أنه عقد لا يضمن ما قبضه في صحيحه فلا يضمن في فاسده كالوكالة ولانها اذا فسدت صارت اجارة ولا يضمن الاجير ما تلف بغير فعله ولا تعديبه كذلك ههنا (مسئلة) (وإن شرطاً تأقيت المضاربة فهل تفسد ؟ على روايتين)

وتأقيتها ان يقول ضاربتك على هذه الدرام سنة فاذا مضت السنة فلا تبع ولا تشتت (احدهما) يصح قال مهنا سألت أحمد عن رجل أعطى رجلا الفاً مضاربة شهراً فاذا مضى شهر تكون قرضاً قال لا بأس به قلت فاذا جاء الشهر وهي متاع قال اذا باع المتاع يكون قرضاً وهذا قول أبي حنيفة (واثانية) لا يصح وهو قول الشافعي ومالك واختيار أبي حفص العكبري لأمر ثلاثة (أحدها) أنه عقد يقع مطلقاً فاذا شرط قطعه لم يصح كالنكاح (الثاني) أنه ليس من مقتضى العقد ولا فيه له مصلحة أشبه اذا شرط ان لا يبيع ، ويان أنه ليس من مقتضى العقد أنه يقتضي ان يكون رأس المال ناضاً فاذا منعه البيع لم ينقض (الثالث) أن هذا يؤدي الى ضرر بالعامل لانه قد يكون الربح والحظ في تبقية المتاع وبيعه بعد السنة فيمنع ذلك بمضيها

ولنا أنه تصرف بتوقت بنوع من المتاع فجاز توقيته في الزمان كالوكالة والمعنى الاول الذي ذكره

بين شركة العنان والوجوه والابدان فيصح ذلك لان كل نوع منها يصح على اقراده فصح مع غيره (والثاني) أن يدخل بينهما في الشركة الاشتراك فيما يحصل لكل واحد منهما من ميراث أو مجده من ركاز أو لقطه ويلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر من ارض جناية وضمان غصب وقيمة متلف وغرامة الضمان أو كفالة فهذا فاسد وهذا قال الشافعي ، وأجازة الثوري والاوزاعي وأبو حنيفة وحكي ذلك عن مالك ، وشرط أبو حنيفة لها شروطاً وهي أن يكونا حريين مسلمين وأن يكون مالهما في الشركة سواء وأن يخرج جميع ما يملكانه من جنس الشركة وهو الدراهم والدنانير . واحتجوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا تفاوضتم فأحسنوا المفاوضة » ولأنها نوع شركة يختص باسم فكان فيها صحيح كشركة العنان

ولنا انه عقد لا يصح بين الكافرين ولا بين كافر ومسلم فلم يصح بين المسلمين كسائر العقود الفاسدة ولانه تعد لم يرد الشرع بمثله فلم يصح كما ذكرنا ولان فيه غرراً فلم يصح كبيع الفرر، وبيان غرره أنه يلزم كل واحد مالزم الآخر وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به وقد أدخل فيه الاكساب النادرة ، والخبر لا يعرفه ولا رواء أصحاب السنن ثم ليس فيه ما يدل على أنه أراد هذا العقد فيحتمل أنه أراد المفاوضة في الحديث ولهذا روي فيه « ولا تجادلوا فان المجادلة من الشيطان » وأما القياس فلا يصح فان اختصاصها باسم لا يقتضي الصحة كبيع المنابذة والملامسة وسائر البيوع الفاسدة وشركة العنان تصح من الكافرين والكافر والمسلم بخلاف هذا .

يبطل بالوكالة والوديعة والثاني والثالث . يبطل بتخصيصه بنوع من المتاع ولان لرب المال منعه من التصرف في كل وقت اذا رضي ان يأخذ بماله عرضاً فاذا شرط ذلك فقد شرط ما هو من مقتضى العقد فصح كما لو قال اذا انقضت السنة فلا تشتريثنا وقد سلوا صحة ذلك

(مسئلة) (وان قال بم هذا العرض وضارب بتمنه أو قبض وديعتي وضارب بها أو اذا قدم الحاج فضارب بهذا صح في قولهم جميعا ويكون وكيلاً في بيع العرض وقبض الوديعة مأذوناً له في التصرف مؤتمناً عليه فجاز جعله مضاربة كما لو قال قبض المال من غلامي فضارب به ، وأما اذا قال اذا قدم الحاج فضارب بهذا صح) لانه اذن في التصرف فجاز تعاقبه على شرط مستقبل كالوكالة

(فصل) فان كان في يد انسان وديعة فقال له رب الوديعة ضارب بها صح وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وقال الحسن لا يجوز حتى يقبضها منه قياساً على الدين ولنا أن الوديعة ملك رب المال فجاز أن يضاربه عليها كما لو كانت حاضرة فقال قارضتك على هذه الاثني وقارق الدين فانه لا يصير ملكاً للغيرم الا بقبضه ، فأما ان كانت الوديعة قد تلفت بتفريطه وصارت في الذمة لم يجز ان يضارب عليها لما نذكره

﴿مسئلة﴾ قال (والربح على ما اصطالحا عليه)

يعني في جميع أقسام الشركة ولا خلاف في ذلك في المضاربة المحضة قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن للعامل أن يشترط على رب المال ثلث الربح أو نصفه أو ما يجتمعان عليه بعد أن يكون ذلك معلوما جزءا من أجزاء ولأن استحقاق المضارب الربح بعمله فجاز ما يتفقان عليه من قليل وكثير كالأجرة في الإجارة وكالجزء من الثمرة في المسافة والزراعة ، وأما شركة العنان وهو أن يشرك بدينان بما لهما فيجوز أن يجعلا الربح على قدر المالين ويجوز أن يتساويا مع تفاضلهما في المال وأن يتفاضلا فيه مع تساويهما في المال وبهذا قال أبو حنيفة، وقال مالك والشافعي من شرط صحبها كون الربح والحسران على قدر المالين لأن الربح في هذه الشركة تبع للعالم بدليل انه يصح عقد الشركة وإطلاق الربح فلا يجوز تغييره بالشرط كالوضيمة

ولنا أن العمل بما يستحق به الربح فجاز أن يتفاضلا في الربح مع وجود العمل منهما كالمضارين لرجل واحد وذلك لأن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوى على العمل فجاز له أن يشترط زيادة في الربح في مقابلة عمله كما يشترط الربح في مقابلة عمل المضارب ، يحققه أن هذه الشركة معقودة على المال والعمل جميعا ولكل واحد منهما حصص من الربح إذا كان مفرداً فكذلك إذا اجتمعا وأما حالة الإطلاق فانه لما لم يمكن بينهما شرط يقسم الربح عليه ويتقدر به قدرناه بالمال لعدم الشرط فإذا وجد الشرط فهو الأصل فيصير إليه كالمضاربة يصر إلى الشرط فاذا عدم الربح بيننا كان بينهما نصفين ، وفارق الوضيمة فانها لا تتعلق إلا بالمال بدليل المضاربة ، وأما شركة الإبدان فهي معقودة على العمل المجرد وهما يتفاضلان فيه مرة ويتساويان أخرى

(فصل) ولو كان له في يد غيره مال منصوب فضارب الغاصب به صح لانه مال لرب المال يصح بيعه لغاصبه ولم يقدر على أخذه منه فأشبهه الوديمة فاذا ضارب به سقط ضمان النصب لعقد المضاربة وهو قول أبي حنيفة وقال القاضي لا يزول ضمان النصب الا بدفعه منا وهو مذهب الشافعي لأن القراض لا يثاب في الضمان بدليل ما لو تمدى فيه

ولنا انه ممسك للعالم باذن مالك لا يختص بنفعه ولم يتعد فيه قاشبه ما لو قبضه وقبضه اياه
 ﴿مسئلة﴾ (وان قال ضارب بالدين الذي عليك لم يصح) نص عليه احمد وهو قول اكثر اهل العلم قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم انه لا يجوز ان يجعل الرجل ديناله على رجل مضاربة ومن حفظنا ذلك عنه عطاء والحكم وحامد ومالك والثوري واسحاق وابو ثور واصحاب الراي وبه قال الشافعي ، وقال بعض اصحابنا يحتمل ان يصح لانه اذا اشترى شيئا للمضاربة فقد اشترى باذن رب المال ودفع الثمن الى من اذن له في دفع ثمنه اليه فتراذمته منه ويصير كما لو دفع اليه عرضا وقال به وضارب بثمنه وجعل اصحاب الشافعي مكان هذا الاحتمال ان الشراء لرب المال وللمضارب اجر مثله

فجاز ما اتفقا عليه من مساواة أو تفاضل كما ذكرنا في شركة العنان بل هذه أولى لانقادها على العمل المجرد، وأما شركة الوجوه فكلام الحر في بعمومه يقتضي جواز ما يتفقان عليه من مساواة أو تفاضل وهو قياس المذهب لان سائر الشركات الربح فيها على ما يتفقان عليه فكذلك هذه ولانها تعتمد على العمل وغيره فجاز ما اتفقا عليه كشركة العنان، وقال القاضي الربح بينهما على قدر ملكيتهما في المشتري لان الربح يستحق بالضمان إذ الشركة وقعت عليه خاصة إذ لا مال عندهما فيشتركان على العمل والضمان لا تفاضل فيه فلا يجوز التفاضل في الربح .

ولنا أنها شركة فيها عمل فجاز ما اتفقا عليه في الربح كسائر الشركات وقول القاضي لا مال لهما يسلان فيه قلنا إنما يشتركان ليعملا في المستقبل فيما يتخذانه بجاههما كما أن سائر الشركات إنما يكون العمل فيها فيما يأتي فكذا هنا، وأما المضاربة التي فيها شركة وهي أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما مثل أن يخرج كل واحد منهما ألفاً ويأذن أحدهما للآخر في التجارة بهما فهما شرطاً للعامل من الربح إذا زاد على النصف جاز لانه مضارب لصاحبه في الف ولعامل المضاربة ما اتفقا عليه بغير خلاف، وان شرطاً له دون نصف الربح لم يجز لان الربح يستحق بمال وعمل وهذا الجزء الزائد على النصف المشروط لغير العامل لا مقابل له فيبطل شرطه، وان جملا الربح بينهما نصفين فليس هذا

لانه علقه على شرط، ولا يصح عندهم تعليق القراض بشرط والمذهب الاول لان المال الذي في يدي من عليه الدين له وانما يصير لغيره بقبضه ولم يوجد القبض هنا، فان قال له اعزل المال الذي لي عليك وقد قارضتك عليه ففعل واشترى بين ذلك المال شيئاً للمضاربة وقع الشراء له لانه اشترى لغيره بمال نفسه فحصل الشراء له وان اشترى في ذمته فكذلك لانه عقد القراض على ما لا يملكه وعلقه على شرط لا يملك به المال

(فصل) ومن شرط صحة المضاربة كون راس المال معلوم المقدار فان كان مجهولاً او جزأاً لم تصح وان شاهدها وهذا قال الشافعي وقال ابو ثور واصحاب الرأي تصح اذا شاهدها والقول قول العامل مع يمينه في قدره لانه امين رب المال والقول قوله فيما في يده فقام ذلك مقام المعرفة به ولنا أنه مجهول فلم تصح المضاربة به كما لو لم يشاهدها ولانه لا يدري بكم يرجع عند المفاضلة ويفضي الى المنازعة والاختلاف في مقداره فلم تصح كما لو كان في الكيس وما ذكره يبطل بالسلم وبما اذا لم يشاهده

(فصل) ولو احضر كيسين في كل واحد منهما مال معلوم المقدار وقال قارضتك على احدهما لم يصح سواء تساوى ما فيهما او اختلف لانه عقد تمتع صحته الجهالة فلم يجز على غير معين كالبيع (مسئلة) (وان أخرج مالا ليعمل فيه هو وآخر والربح بينهما صح) ذكره الحرقي ونص عليه احمد في رواية ابي الحارث وتكون مضاربة لان غير صاحب المال يستحق المشروط له من الربح

شركة ولا مضاربة لان شركة العنان تقتضي أن يشتركا في المال والعمل ، والمضاربة تقتضي أن للعامل نصيباً من الربح في مقابلة عمله ولم يجملاله هنا في مقابلة عمله شيئاً وأما جملا الربح على قدر المالكين وعمله في نصيب صاحبه تبرع فيكون ذلك ابضاعاً وهو جائز ان لم يكن ذلك عوضاً عن قرض فان كان العامل اقترض الالف أو بعضها من صاحبه لم يجز لانه جمل عمله في مال صاحبه عوضاً عن قرضه وذلك غير جائز ، واما اذا اشرك بدنان بمال أحدهما مثل أن يخرج أحدهما ألفاً ويصان جميعاً فيه فان للعامل الذي لامال له من الربح ما اتفقا عليه لانه مضارب محض فأشبهه المولم بعمل معرب المال ، فحصل بمآذ رنا أن الربح بينهما على ما اسطحا عليه في جميع أنواع الشركة سواء ما ذكرنا في المضاربة التي فيها شركة على ما شرحنا (فصل) ومن شرط صحة المضاربة تقدير نصيب العامل لانه يستحقه بالشرط فلم يقدر إلا به ولو قال خذ هذا المال مضاربة ولم يسم للعامل شيئاً من الربح فالربح كله ارب المال والوضيعة عليه وللعامل أجر مثله نص عليه احمد وهو قول الثوري والشافعي واسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي وقال الحسن وابن سيرين والاوزاعي الربح بينهما نصفين لانه لو قال والربح بيننا لكان بينهما نصفين فكذلك اذا لم يذكر شيئاً.

ولنا أن المضارب إنما يستحق بالشرط ولم يوجد وقوله مضاربة اقتضى أن له جزءاً من الربح مجهولاً فلم تصح المضاربة به كما لو قال ولك جزء من الربح فاما اذا قال والربح بيننا فان المضاربة تصح

بعمله في مال غيره وهذا حقيقة المضاربة ، وقال أبو عبدالله بن حامد والقاضي وأبو الخطاب اذا شرط أن يعمل معه رب المال لم يصح وهذا مذهب مالك والشافعي والاوزاعي وأصحاب الرأي وأبي ثور وابن المنذر قال : ولا تصح المضاربة حتى يسلم المال الى العامل ويحلي بينه وبينه لان المضاربة تقتضي تسليم المال الى المضارب فاذا شرط عليه العمل فيه فلم يسلمه فيخالف موضوعها وتناول القاضي كلام احمد والخرفي على أن رب المال عمل فيه من غير اشتراط والاول أظهر لان العمل أحد ركبي المضاربة فجاز أن يتفرد به أحدهما مع وجود الامرين من الآخر كالللمال وقولهم ان المضاربة تقتضي تسليم المال الى العامل ممنوع إنما تقتضي اطلاق التصرف في مال غيره بجزء مشاع من ربحه وهذا حاصل مع اشتراكها في العمل ولهذا لو دفع ماله الى اثنين مضاربة صح ولم يحصل تسليمه الى أحدهما

(فصل) وان شرط أن يعمل معه غلام رب المال صح وهذا ظاهر كلام الشافعي وقول أ كثر أصحابه ومنه بعضهم وهو قول القاضي لان يد الغلام كيد سيده وقال أبو الخطاب فيه وجهان احدهما الجواز لان عمل الغلام مال لسيده فصح ضمه اليه كما يصح ان يضم اليه بهيمته بحمل عليها والثاني لا يجوز لان يد العبد كيد سيده

(فصل) وان اشرك مالان يبدن صاحب احدهما فهذا يجمع شركة ومضاربة وهو صحيح ، فلو كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم لاحدهما الف وللآخر الفان فاذن صاحب الاثنين لصاحب الالف

ويكون بينهما نصفين لانه أضافه اليها اضافة واحدة لم يرجح فيها أحدهما على الآخر فاتفق التسوية كما لو قال هذه الدارين بينك ، وان قدر نصيب العامل فقال ولك ثلث الربح أو ربه أو جزءه أو ملوماً أي جزء كان فالباقي لرب المال لانه يستحق الربح بماله لكونه نماء وفرعه والعامل يأخذ بالشرط فما شرط له استحقه وما بقي فلرب المال بحكم الاصل ، وإن قدر نصيب رب المال مثل أن يقول ولي ثلث الربح ولم يذكر نصيب العامل ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لان العامل إنما يستحق بالشرط ولم بشرط له شيء فتكون المضاربة فاسدة (والثاني) يصح ويكون الباقي للعامل وهذا قول أبي ثور وأصحاب الرأي لان الربح لهما لا يستحقه غيرهما فاذا قدر نصيب أحدهما منه فالباقي للآخر من مفهوم اللفظ كما علم ذلك من قول الله تعالى (فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلا مه الثلث) ولم يذكر نصيب الأب فلم أن الباقي له ولانه لو قال أوصيت بهذه المائة لزيد وعمر ونصيب زيد منها ثلاثون كان الباقي لعمر وكذا هنا ، وإن قال لي النصف ولك الثلث وسكت عن السدس صح وكان لرب المال لانه لو سكت عن جميع الباقي بعد جزء العامل كان لرب المال فكذلك إذا ذكر بعضه وترك بعضه ، وإن قال خذ مضاربة على الثلث أو النصف أو قال بالثلث أو الربع صح وكان تقدير النصيب للعامل لان الشرط يراد لاجله فان رب المال يستحق بماله لا بالشرط والعامل يستحق بالعمل والعمل يكثر ويقل وإنما تتقدر حصته بالشرط فكان الشرط له ، ومتى شرطا لاحدهما شيئاً واختلفا في الجزء المشروط لمن هو ؟ فهو للعامل قليلا كان

أن تصرف فيه على أن يكون الربح بينهما نصفين صح ويكون لصاحب الالف ثلث الربح بحق ماله والباقي وهو ثلثا الربح بينهما لصاحب الالفين ثلاثة أرباعها وللعامل ربه وذلك لانه جعل له نصف الربح فجعلناه ستة أسهم منها ثلاثة للعامل حصة ماله سهمان وسهم يستحقه بعمله في مال شريكه ، وحصة مال شريكه أربعة أسهم للعامل سهم وهو الربح ، فان قيل فكيف تجوز المضاربة ورأس المال مشاع ؟ قلنا إنما تمتع الاشاعة الجواز إذا كانت مع غير العامل لانها تمنع من التصرف بخلاف ما اذا كانت مع العامل فانها لا تمنع من التصرف فلا تمنع صحة المضاربة وان شرط له امل ثلث الربح فقط فالصاحب بضاة في يده وليست مضاربة لان المضاربة إنما تحصل اذا كان الربح بينهما فاما اذا قال ربح مالك لك ورجح مالي لي فقبل الآخر كان إبطا لا غير وبهذا كله قال الشافعي وقال مالك لا يجوز ان يضم الى القراض شركة كما لا يجوز ان يضم اليه عقد إجارة . ولنا أنهما لم يجعل أحدا العقدين شرطا للآخر فلم يمنع من جمعهما كما لو كان المال متميزاً

(فصل) اذا دفع اليه الفاضل مضاربة وقال أضف اليه الفاضل من عندك وانجر بهما والربح بيننا لك ثلثا ولي ثلثه جاز وكان شركة وقراضا وقال أصحاب الشافعي لا يجوز لان الشركة اذا وقعت على المال كان الربح تابعا له دون العمل

ولنا أنهما تساويا في المال وانفرد احدهما بالعمل فجاز أن ينفرد بزيادة الربح كما لو لم يكن له

أو كثيراً لذلك وان قال خذه مضاربة ولك ثلث الربح وثلث ما بقي صح وكان له خمسة أنساع لان هذا معناه وان قال لك ثلث الربح وربيع ما بقي فله النصف وان قال لك ربع الربح وربيع ما بقي فله ثلاثة أثمان ونصف ثمن وسواء عرفنا الحساب أو جهلاه لان ذلك أجزاء معلومة مقدرة فأشبهه ما لو شرط الخمسين ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كمدبنا

(فصل) وان قال خذه مضاربة ولك جزء من الربح أو شركة في الربح أو شيء من الربح أو نصيب أو حظ لم يصح لانه مجهول ولا تصح المضاربة الا على قدر معلوم ، وان قال خذه ولك مثل ما شرط لفلان وهما يعلمان ذلك صح لانهما أشارا الى معلوم عندهما وان كانا لا يعلمانه أو لا يعلمه أحدهما فسدت المضاربة لانه مجهول .

(فصل) وان قال خذ هذا المال فأنجز به وربحه كله لك كان قرضاً لا قراضاً لان قوله خذه فأنجز به يصلح لها وقد قرن به حكم القرض فانصرف اليه ، وان قال مع ذلك ولا ضمان عليك فهذا قرض شرط فيه نفي الضمان فلا يتنفي بشرطه كما لو صرح به ، فقال خذ هذا قرضاً ولا ضمان عليك ، وان قال خذه فأنجز به والربح كله لي كان ابضاعاً لانه قرن به حكم الابضاع فانصرف اليه فان قال مع ذلك عليك ضمانه لم يضمنه لان العقد يقتضي كونه أمانة غير مضمونة فلا يزول ذلك بشرطه ، وان قال خذه مضاربة والربح كله لك أو كله لي فهو عقد فاسد وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة اذا قال والربح

مال قولهم ان الربح تابع للمال وحده ممنوع بل تابع لها كما أنه حاصل بهما فان شرط غير العامل لنفسه ثلثي الربح لم يجز ، وقال القاضي يجوز بناء على جواز تفاضلها في شركة العنان ولنا أنه شرط لنفسه جزء من الربح لا مقابل له فلم يصح كما لو شرط ربيع مال العامل المنفرد ، وفارق شركة العنان لان فيها عملاً منهما فجاز أن يتفاضلا في الربح لتفاضلها في العمل بخلاف مسئلتنا وان جعل الربح بينهما نصفين ولم يقلوا مضاربة جاز وكان ابضاعاً كما تقدم وان قالوا مضاربة فسدت العقد لما ذكرنا

(فصل) وقد ذكرنا ان حكم المضاربة حكم الشركة فيما للعامل ان يفعله اولا يفعله والذي اختلف فيه في حق الشريك فكذلك في حق عامل المضاربة وهل له أن يبيع نساء اذا لم يته عنه؟ فيه روايتان (أحدهما) ليس له ذلك وبه قال مالك وابن أبي ليلى والشافعي لانه نائب في البيع فلم يجز له ذلك بغير إذن كالوكيل ، يحقق ذلك ان النائب لا يجوز له التصرف الا على وجه الحظ والاحتياط وفي النسب تفرير بالمال والثانية يجوز له ذلك وهو قول أبي حنيفة واختيار ابن عقيل لان اذنه في التجارة والمضاربة ينصرف الى التجارة المعتادة وهذا عادة التجار ولانه يقصد به الربح والربح في النساء أكثر والحكم في الوكالة ممنوع ، ثم الفرق بين الوكالة المطلقة والمضاربة ان الوكالة المقصود منها تحصيل الثمن فحسب ولا تختص بقصد الربح فاذا أمكن تحصيله من غير خطر كان أولى ولان الوكالة المطلقة في البيع

كله لي كان ابضاعاً صحيحاً لأنه أثبت له حكم الابضاع فانصرف إليه كالتالي قبلها وقال مالك يكون مضاربة صحيحة في صورتين لأنها دخلا في القراض فإذا شرط لأحدهما فكأنه وهب الآخر نصيبه فلم يمنع صحة العقد .

ولنا أن المضاربة تقتضي كون الربح بينهما فإذا شرط اختصاص أحدهما بالربح فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد ففسد كما لو شرط الربح كله في شركة الشان لأحدهما، وبفارق ما إذا لم يقل مضاربة لأن اللفظ يصلح لما أثبت حكمه من الابضاع والقراض بخلاف ما إذا صرح بالمضاربة وما ذكره مالك لا يصح لأن الهبة لا تصح قبل وجود الموهوب .

(فضل) ويجوز أن يدفع مالا إلى اثنين مضاربة في عقد واحد فان شرط لهما جزءا من الربح بينهما نصفين جاز وإن قال لكما كذا وكذا من الربح ولم يبين كيف هو كان بينهما نصفين لأن اطلاق قوله بينهما يقتضي التسوية كما لو قال لعامله والربح بيننا وإن شرط لأحدهما ثلث الربح وللآخر ربعه وجعل الباقي له جاز وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك لا يجوز لأنها شريكان في العمل بإبدانها فلا يجوز تفاضلها في الربح كشرطي الأبدان

ولنا أن عقد الواحد مع الاثنين عقدان فجاز أن يشترط في أحدهما أكثر من الآخر كما لو انفرد ولأهما يستحقان بالعمل وهما يتفاضلان فيه فجاز تفاضلها في العوض كالأجيرين ولا نسلم وجوب التساوي في شركة الأبدان بل هي كسائلتنا في جواز تفاضلها ثم الفرق بينهما أن ذلك عقد واحد وهذان عقدان

تدل على أن حاجة الموكل إلى الثمن ناجزة فلم يجز تأخيره بخلاف المضاربة، فإن قال له اجعل برأيك أو تصرف كيف شئت فه البيع نساء وقال الشافعي ليس له ذلك لأن فيه تعديراً أشبه ما لو لم يقل له ذلك ولنا أنه داخل في عموم لفظه وقرينة حاله تدل على رضاه برأيه في صفات البيع وفي أنواع التجارة وهذا منها فإذا قلنا له البيع نساء فالبيع صحيح ومهما فات من الثمن لا يضمنه إلا أن يفرط ببيع من لا يوثق به أو من لا يعرفه فيضمن الثمن المنكسر على المشتري وإن قلنا ليس له البيع نساء فالبيع باطل لأنه فعل مالم يؤذن له فيه فهو كالبيع من الأجنبي إلا على الرواية التي تقول يقف بيع الأجنبي على الإجازة فهنا مثله ، ويحتمل كلام الحرقى صحة البيع فإنه قال إذا باع المضارب نساء بغير إذن ضمن ولم يذكر فساد البيع وعلى كل حال يلزم العامل الضمان لأن ذهاب الثمن حصل بتفريطه وإن قلنا بفساد البيع ضمن المبيع بقيمته إذا تمدر عليه استرجاعه بتلف المبيع أو امتناع المشتري من رده إليه وإن قلنا بصحته احتمل أن يضمنه بقيمته أيضاً لأنه لم يفت بالبيع أكثر منها ولا ينحفظ بتركه سواها وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها واحتمل أن يضمن الثمن لأنه وجب بالبيع وفات بتفريط البائع ، فعلى هذا أن نقص عن القيمة فقد انتقل الوجوب إليه بدليل أنه لو حصل الثمن لم يضمن شيئاً

(فصل) وان قارض اثنان واحداً بألف لهاجاز واذا شرطاً له ربحاً متساوياً منها جاز وان شرطاً أحدهما له النصف والآخر الثلث جاز ويكون باقي ربح مال كل واحد منها لصاحبه وان شرطاً كون الباقي من الربح بينهما نصفين لم يجز وهذا مذهب الشافعي وكلام القاضي يقتضي جوازه وحكي ذلك عن أبي حنيفة وأبي ثور

ولنا أن أحدهما يبقى له من ربح ماله النصف والآخر يبقى له الثلثان فإذا اشترطوا التساوي فقد شرط أحدهما للآخر جزءاً من ربح ماله بغير عمل فلم يجز كما لو شرط ربح ماله المنفرد

(فصل) واذا شرطاً جزءاً من الربح لغير العامل نظرت فان شرطاه لبعد أحدهما أو لبعدهما صح وكان ذلك مشروطاً لسببه فإذا جملا الربح بينهما وبين عبيدهما أثلاثاً كان لصاحب العبد الثلثان وللآخر الثلث، وإن شرطاه لأجنبي أو لولد أحدهما أو امرأته أو قريبه وشرطاً عليه عملاً للعامل صح وكانا عاملين، وان لم يشترطاً عليه عملاً لم تصح المضاربة وبهذا قال الشافعي وحكي عن أصحاب الرأي أنه يصح والجزء المشروط له لرب المال سواء شرط لقریب العامل أو لقریب رب المال أو لأجنبي لان العامل لا يستحق الا ما شرط له ورب المال يستحق الربح بحكم الاصل والاجنب لا يستحق شيئاً لانه إنما يستحق الربح بما عمل أو عمل وليس هذا واحداً منهما فإما شرط لا يستحقه فيرجع إلى رب المال كما لو ترك ذكره

ولنا أنه شرط فاسد يعود إلى الربح ففسد به العقد كما لو شرط دراهم معلومة وإن قال لك

(فصل) وهل له السفر بالمال؟ فيه وجهان (أحدهما) ليس له ذلك وهو مذهب الشافعي لان في السفر تقريراً بالمال وخطراً ولهذا يروي: ان المسافر وماله على قلت الا ما وقى الله. أي هلاك ولا يجوز له التقرير بالمال بغير إذن مالكه (والثاني) له السفر اذا لم يكن مخوفاً قال القاضي قياس المذهب جوازه بناء على السفر بالوديعة وهو قول مالك وحكي عن أبي حنيفة لان الاذن المطلق ينصرف الى ما جرت به العادة والمادة جارية بالتجارة سفرأً أو حضراً ولان المضاربة مشتقة من الضرب في الارض فملك ذلك بمطلقها وهذان الوجهان في المطلق، فاما ان أذن فيه أو نهى عنه أو وجدت قرينة دالة على أحد الأمرين تعين ذلك وجاز مع الاذن وحرم مع النهي، وليس له السفر في موضع مخوف على كلا الوجهين وكذلك لو أذن له في السفر مطلقاً لم يكن له السفر في لمربق مخوف ولا الى بلد مخوف فان فعل فهو ضامن لما يتلف لانه تعدى بفعل ما ليس له فعله

(فصل) وليس للمضارب البيع بدون ثمن المثل ولا ان يشتري بأكثر منه مما لا يتغابن الناس بمثله فان فعل فقد روي عن أحمد أن البيع يصح ويضمن النقص كالوكيل ولان الضرر يجبر بضمان النقص، قال شيخنا والقياس بطلان البيع وهو مذهب الشافعي لانه بيع لم يؤذن فيه اشبه بيع الاجنبى، فعلى هذا ان تعذر رد المبيع ضمن النقص أيضاً وان أمكن رده وجب ان كان باقياً أو

الثلاثان على أن تعطى امرأتك نصفه فكذلك لانه شرط في الربح شرطاً لا يلزم فكان فاسداً
والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة فيما ذكرناه

(فصل) والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة في وجوب معرفة قدر ما لكل واحد منهما من الربح
الا أنها إذا أطلناها ولم يذكر الربح كان بينهما على قدر المالكين ، وفي شركة الوجوه يكون على قدر
ملكيتها في المشتري لان لهما أصلاً يرجعان اليه ويتقدر الربح به بخلاف المضاربة فإنه لا يمكن تقدير
الربح فيها بالمال والعمل لكون أحدهما من غير جنس الآخر فلا يعلم قدره منه ، وأما شركة الأبدان
فلا مال فيها يقدر الربح به فيحتمل أن يتقدر بالعمل لان عمل أحدهما من جنس عمل الآخر فقد
تساويا في أصل العمل فيكون ذلك أصلاً يرجع اليه ويحتمل أن لا يتقدر به لان العمل يقل ويكثر
ويتفاضل ولا يوقف على مقداره بخلاف المال فيعتبر ذكر الربح والمعرفة به كما في المضاربة والله أعلم

(مسئلة) قال (والوضيعة على قدر المال)

يعني الخسران في الشركة على كل واحد منهما بقدر ماله فان كان مالهما متساويا في القدر فالخسران
بينهما نصفين وإن كان أثلاثاً فالوضيعة أثلاثاً لا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم وبه يقول أبو حنيفة
والشافعي وغيرهما ، وفي شركة الوجوه تكون الوضيعة على قدر ملكيتها في المشتري سواء كان الربح
بينهما كذلك أو لم يكن وسواء كانت الوضيعة لتلف أو نقصان في الثمن عما اشترى به أو غير ذلك

قيمه ان تلف ولرب المال مطالبة من شاء من العامل والمشتري فان أخذ من المشتري قيمته رجح
المشتري على العامل بالثمن وان رجح على العامل بقيمته رجح العامل على المشتري بها ورد عليه الثمن
لان التلف حصل في يده اما ما يتعابن الناس بثله فلا يمنع منه لانه لا يمكن انتحرز منه واما اذا
اشترى بأكثر من ثمن المثل بعين المال فهو كالبيع وان اشترى في الذمة لزم العامل دون رب المال
الا أن يجيزه فيكون له هذا ظاهر كلام الحرقى ، وقال القاضي ان أطلق الشراء ولم يذكر رب المال فكذلك
وإن صرح للبائع اني اشترىه فلان فالبيع باطل أيضاً

(فصل) وهل له ان يبيع وبشري بغير نقد البلد؟ على روايتين اصحهما جوازه اذا رأى المصلحة
فيه والربح حاصل به كما يجوز ان يبيع عرضاً بعرض وبشترى به فان قلنا لا يملك ذلك ففعل
فحكمه حكم ما لو اشترى أو باع بغير ثمن المثل، وان قال اعلم برأيك فله ذلك وهل له المزارعة
يحتمل ان لا يملكها لان المضاربة لا يفهم من اطلاقها المزارعة وقد روي عن احمد رحمه الله فيمن دفع
الى رجل الفأ وقال أنجر فيها بما شئت فزرع زرعا فربح فيه فالمضاربة جائزة والربح بينهما قال
القاضي ظاهر هذا ان قوله أنجر بما شئت دخلت فيه المزارعة لانها من الوجوه التي يتبعى بها الثمن
فعلى هذا لو توى المال في المزارعة لم يلزمه ضمانه

والوضعية في المضاربة على المال خاصة ليس على العامل منها شيء لان الوضعية عبارة عن نقصان رأس المال وهو مختص بملك ربه لا شيء للعامل فيه فيكون نقصه من ماله دون غيره وإنما يشتركان فيما يحصل من البناء فأشبه المساقاة والمزارعة فان رب الارض والشجر يشارك العامل فيما يحدث من الزرع والثمر وإن تلف الشجر أو هلك شيء من الارض بفرق أو غيره لم يكن على العامل شيء

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يجوز أن يجعل لأحد من الشركاء فضل دراهم)

وجملته أنه متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة أو جعل مع نصيبه دراهم مثل أن بشرط لنفسه جزءاً وعشرة دراهم بطلت الشركة قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة وعن حفظنا ذلك عنه مالك والاوزاعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، والجواب فيما لو قال لك نصف الربح إلا عشرة دراهم أو نصف الربح وعشرة دراهم كالجواب فيما إذا شرط دراهم مفردة وإنما لم يصح ذلك لمضين (أحدهما) أنه إذا شرط دراهم معلومة احتمل أن لا يربح غيرها فيحصل على جميع الربح واحتمل أن لا يربحها فيأخذ من رأس المال جزءاً وقد يربح كثيراً فيستضر من شرطت له الدراهم (والثاني) أن حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالأجزاء لما تمدر كونها معلومة بالقدر فاذا جهلت الأجزاء

(فصل) وله ان يشتري المبيع اذا رأى المصلحة فيه لان المقصود الربح وقد يكون الربح في المبيع فان اشتراء يظنه سائماً فبان معيباً فله فعل ما يرى فيه المصلحة من رده أو إمساكه وأخذ الارض فان اختلف الدامل ورب المال في الرد فطلبه أحدهما وأباه الآخر فعل ما فيه النظر والحظ لان المقصود تحصيله فيحمل الامر على ما فيه الحظ، وأما الشريكان اذا اختلفا في رد المبيع فلطالب الرد رد نصيبه وللآخر إمساكه نصيبه الا أن لا يعلم البائع ان التراء لها فلا يلزمه قبول رد بعضه لان ظاهر الحال ان العقد لمن وابه فلم يجوز إدخال الضرر على البائع بتبويض الصفقة عليه، ولو أراد الذي ولي العقد رد بعض المبيع وإمساكه البعض فان حكمه حكم ما لو أراد شريكه ذلك على ما فصلناه

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وليس للعامل شراء من يثق على رب المال) لان فيه ضرراً ولانه لاحظ للتجارة فيه فان اشتراء باذن رب المال صح لانه يصح شراؤه بنفسه فاذا أذن لغيره فيه جاز ويثق عليه وتفسخ المضاربة في قدر ثمنه، وان كان في المال ربح العامل بحصته منه فان كان بغير إذن رب المال احتمل أن لا يصبح الشراء اذا كان الثمن عيناً لان العامل اشترى ما ليس له ان يشتريه فهو كما لو اشترى شيئاً بأكثر من ثمنه ولان الاذن في المضاربة إنما ينصرف الى ما يمكن بيعه والربح فيه وليس هذا كذلك، وان كان اشتراء في الذمة وقع الشراء للعاقده وليس له دفع الثمن من مال المضاربة فان فعل ضمن وهذا قول الشافعي وأكثر الفقهاء، وقال القاضي ظاهر كلام أحد صحبة الشراء

فسدت كما لو جهل القدر فيما يشترط أن يكون معلوما به ولأن العامل متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربما تواني في طلب الربح لعدم فائدته فيه وحصول نفعه لغيره بخلاف ما إذا كان له جزء من الربح (فصل) وإن دفع إليه ألفين مضاربة على أن كل واحد منهما ربح ألف أو على أن لاحدهما ربح أحد الثوبين أو ربح إحدى السفرتين أو ربح تجارته في شهر أو عام وبينه ونحو ذلك فسد الشرط والمضاربة لانه قد يربح في ذلك المين دون غيره وقد يربح في غيره دونه فيختص أحدهما بالربح وذلك يخالف موضوع الشركة ولا نعلم في هذا خلافاً وإن دفع إليه ألفاً وقال لك ربح نصفه لم يجز وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأبو ثور يجوز لأن نصف ربحه هو ربح نصفه فجاز شرطه كما لو عبر عنه ببارته الأخرى. ولنا أنه شرط لاحدهما ربح بعض المال دون بعض وكذلك جعل الآخر فلم يجز كما لو قال لك ربح هذه الخمسمائة ولانه يمكن أن يفرد نصف المال فيربح فيه دون النصف الآخر بخلاف نصف الربح فانه لا يؤدي الى انفراده بربح شيء من المال

(مسئلة) (قال والمضارب اذا باع بنسيئة بغير امر ضمن في إحدى الروايتين

والأخرى لا يضمن)

وجملته ان المضارب وغيره من الشركاء اذا نص له على التصرف فقال نقداً أو نسيئة أو قال بنقد

لانه مال متقوم قابل للعقود فصح شراؤه كما لو اشترى من نذر رب المال عتقه ويعتق على رب المال وتفسخ المضاربة فيه ويلزم العامل الضمان على ظاهر كلام أحمد علم بذلك أو جهل لان مال المضاربة تلف بسببه، ولا فرق في الاتلاف الموجب للضمان بين العلم والجهل ويضمن قيمته في أحد الوجهين لان الملك ثبت فيه ثم تلف أشبه مالهو أتلفه بفعله والثاني يضمن الثمن الذي اشترى به لان التفريط منه حصل بالشراء وبذل الثمن فيما يتلف بالشراء فكان عليه ضمان ما فريط فيه ومتى ظهر في المال ربح فللعامل حصته منه وقال أبو بكر ان لم يعلم العامل أنه يعتق على رب المال لم يضمن لان التلف حصل لمعنى في المبيع لم يعلم به فلم يضمن كما لو اشترى مبيعاً لم يعلم عيبه فتلف به قال ويتوجه أن لا يضمن وإن علم

(مسئلة) (وإن اشترى امرأته صح وانفسخ نكاحها)

لانه ملكها فان كان قبل الدخول فهل يلزم الزوج نصف الصداق؟ فيه وجهان يذكران فيما بعد إن شاء الله تعالى، فان قلنا يلزمه رجع به على العامل لانه سبب تقريره عليه فرجع عليه كما لو أفسدت امرأة نكاحه بالرضاع، وإن اشترى زوج ربة المال صح وانفسخ النكاح لانها ملكت زوجها. وهذا قول أبي حنيفة وقال الشافعي لا يصح الشراء إلا أن يكون باذنها لان الاذن إنما يتناول شراء ما لها فيه حظ وهذا الشراء يضرها لانه يفسخ نكاحها وتسقط حصتها من النفقة والكسوة فلم يصح كسرها أيها ولنا انه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه فجاز كما لو اشترى أجنبياً ولا ضمان على العامل فيما

البلد أو ذكر نقدا غيره جاز ولم تجز مخالفته لانه متصرف بالاذن فلا يتصرف في غير ما اذن له فيه كالوكيل ولان ذلك لا يمنع مقصود المضاربة وقد يطلب بذلك الفائدة في العادة، وإن اطلق فلا خلاف في جواز البيع حالا، وفي البيع نسبية روايتان (احدهما) ليس له ذلك وهو قول مالك وابن أبي ليلى والشافعي لانه نائب في البيع فلم يجز له البيع نسبية بغير اذن صريح فيه كالوكيل ، وذلك لان النائب لا يجوز له التصرف الاغلى وجه الحظ والاحتياط وفي النسبية تقرير بالمال وقربنة الحال تقييد مطلق الكلام فيصير كانه قال به حالا (والثانية) انه يجوز له البيع نساء وهو قول ابي حنيفة واختيار ابن عقيل لان اذنه في التجارة والمضاربة ينصرف الى التجارة المعتادة وهذا عادة التجار ولانه يقصده الربح والربح في النساء اكثر ويفارق الوكالة المطلقة فانها لا تختص بقصد الربح وانما المقصود تحصيل الثمن فحسب فاذا امكن تحصيله من غير خطر كان اولى ولان الوكالة المطلقة في البيع تدل على ان حاجة الموكل الى الثمن ناجزة فلم يجز تأخيرها بخلاف المضاربة وان قال له اعمل برأيك فه البيع نساء وكذلك اذا قال له تصرف كيف شئت وقال الشافعي ليس له البيع نساء في الموضعين لان فيه غررا فلم يجز كما لو لم يقل له ذلك. ولنا انه داخل في عموم لفظه وقربنة حاله تدل على رضائه برأيه في صفات البيع وفي أنواع التجارة وهذا منها فاذا قلنا له البيع نساء فالبيع صحيح ومهما فات من الثمن لا يلزمه ضمانه الا ان يفرض بيع من لا يوثق به او من لا يعرفه فيلزمه ضمان الثمن الذي انكسر على المشتري وان قلنا ليس له البيع نساء فالبيع باطل لانه فعل

يفوت من المهر ويسقط من النفقة لأن ذلك لا يعود الى المضاربة وانما هو بسبب آخر ولا فرق بين شرائه في الذمة أو بعين المال .

(فصل) وان اشترى المأذون له من يعتق على رب المال باذنه صح وعتق فان كان على المأذون له دين يستغرق قيمته وما في يديه وقلنا يتعلق الدين برقبته فعليه دفع قيمة العبد الذي عتق الى الغرماء لانه الذي أتلف عليهم بالعتق وان نهاء عن الشراء فالشراء باطل لانه يملك بالاذن وقد زال بالتهمي وان اطلق الاذن فقال أبو الخطاب يصح شراؤه لان من يصح أن يشتره السيد صح شراؤه المأذون له كالاجنبي وهذا قول أبي حنيفة إذا أذن له في التجارة ولم يدفع اليه مالا وقال القاضي لا يصح لان فيه اتلافاً على السيد فان اذنه يتناول ما فيه حظ فلا يدخل فيه الاتلاف ، وفارق حامل المضاربة لانه يضمن القيمة فيزول الضرر وللشافعي قولان كالوجهين، وان اشترى امرأة رب المال أو زوج ربة المال فهل يصح؟ على وجهين أيضاً كشراء من يعتق بالشراء

(مسألة) (وان اشترى المضارب من يعتق عليه صح الشراء)

فان لم يظهر في المال ربح لم يعتق منه شيء وان ظهر فيه ربح ففيه وجهان مبنيان على العامل متى يملك الربح؟ فان قلنا يملكه بالقسيمة لم يعتق منه شيء لانه مالكة وان قلنا يملكه بالظهور ففيه وجهان : (أحدهما) لا يعتق وهو قول أبي بكر لانه لم يتم ملكه عليه لكون الربح وقاية لرأس المال فلم يعتق

مالم يؤذن له فيه فاشبه البيع من الاجنبي الاعلى الرواية التي تقول يقف بيع الاجنبي على الاجازة فهنا مثله ويحتمل قول الحرقى صحة البيع فانه إما ذكر الضمان ولم يذكر فساد البيع وعلى كل حال يلزم العامل الضمان لان ذهاب الثمن حصل بتفريطه فان قلنا بفساد البيع ضمن المبيع بقيمته إذا تعذر عليه استرجاعه إما لتلف المبيع او امتناع المشتري من رده اليه ، وإن قلنا بصحته احتمل ان يضمه بقيمته ايضاً لانه لم يفت بالمبيع أكثر منها ولا ينحفظ بتركه سواها وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمها واحتمل ان ضمن الثمن لانه وجب بالمبيع وفات بتفريط البائث وإن نقص عن القيمة فقد انتقل الوجوب اليه بدليل انه لو حصل الثمن لم يضمن شيئاً

(فصل) وليس له السفر بالمال في احد الوجهين وهو مذهب الشافعي لان في السفر تفريراً بالمال وخطراً ولهذا يروى : ان المسافر وماله لعلى قلت إلا ما وقى الله تعالى . اي هلاك ولا يجوز له التعرير بالمال بغير إذن مالكة والوجه الثاني له السفر به اذا لم يكن مخوفاً قال القاضي قياس المذهب جوازُه بناء على السفر بالوديعة وهذا قول مالك ويحكي ذلك عن ابي حنيفة لان الاذن المطلق ينصرف إلى ما جرت به العادة والعادة جارية بالتجارة سفراً وحضراً ولان المضاربة مشتقة من الضرب في الارض فلك ذلك بمطلقها وهذان الوجهان في المطلق . فأما إن اذن في السفر او نهى عنه

لذلك (والثاني) يمتنع بقدر حصنه من الربح ان كان معسراً ويقوم عليه باقيه ان كان موسراً لانه ملكه بفعله فمتنع عليه كما لو اشتراه بماله وهذا قول القاضي ومذهب أصحاب ابي حنيفة لسكن عدم يستسمى في بقيته ان كان معسراً ولنا رواية كقولهم وان اشتراه ولم يظهر ربح ثم ظهر بعد ذلك والعبد باق في التجارة فهو كالوكان الربح ظاهراً وقت الشراء وقال الشافعي إن اشتراه بعد ظهور الربح لم يصح في أحد الوجهين لانه يؤدي إلى أن ينجز العامل حقه قبل رب المال

ولنا انهما شريكان فصح شراء كل واحد منهما من يمتنع عليه كشرى العنان

(فصل) وليس للمضارب أن يشتري بأكثر من رأس المال لان الاذن ماتناول أكثر منه فاذا كان رأس المال ألفاً فاشترى عبداً بألف ثم اشترى عبداً آخر بعين الالف فاشترى فاشترى مال يستحق تسليمه في البيع الاول، وإن اشتراه في ذمته صح الشراء والعبد له لانه اشترى في ذمته لغيره بغير إذنه في شرائه فوقع له وهل يقف على اجازة رب المال؟ على روايتين ومذهب الشافعي كنعوماذ كونه

(فصل) وليس للمضارب وطء أمة المضاربة سواء ظهر ربح أو لا فان فعل فعليه المهر والتعزير وان علفت منه ولم يظهر في المال ربح فولده رقيق لانها علفت منه في غير ملك ولا شبهة ملك ولا نصير أم ولد له لذلك وان ظهر في المال ربح فالولد حر وتصير أم ولد له وعليه قيمتها ونحو ذلك قال سفيان واسحاق وقال القاضي إن لم يظهر ربح فعليه الحد لانه وطئ في غير ملك ولا شبهة ملك والمنصوص

أو وجدت قرينة دالة على أحد الأمرين تعين ذلك وثبت ما أمر به وحرم ما نهى عنه ، وليس له السفر في موضع يخوف على الوجهين جميعاً وكذلك لو أذن له في السفر مطلقاً لم يكن له السفر في طريق يخوف ولا إلى بلد يخوف فإن فعل فهو ضامن لما يتلف لأنه متعد بفعل ما ليس له فعله ، وإن سافر في طريق آمن جاز ونفقته في مال نفسه وبهذا قال ابن سيرين وحماد بن أبي سليمان وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وقال الحسن والنخعي والأوزاعي ومالك وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ينفق من المال بالمعروف إذا شخص به عن البلد لأن سفره لاجل المال فكانت نفقته منه كأجر الحمال . ولنا أن نفقته تخصه فكانت عليه كنفقة الحضرة وأجر الطبيب وعن الطب ولأنه دخل عنى أنه يستحق من الربح الجزء المسمى فلا يكون له غيره ولأنه لو استحق النفقة انضى إلى أن يختص بالربح إذا لم يربح سوى ما نفقه ، فلما إن اشترط له النفقة فله ذلك وله ما قدر له من ما كول وملبوس ومركوب وغيره قال أحمد في رواية الأثرم أحب إلي أن يشترط نفقة محدودة وإن أطلق صح نص عليه ، وله نفقته من المأكل ولا كسوة له قال أحمد إذا قال له نفقته فانه ينفق قيل له فيكنسي قال لا إنما له النفقة وإن كان سفره طويلاً يحتاج إلى تجديد كسوة فظاهر كلام أحمد جوازها لأنه قيل له فلم يشترط الكسوة إلا أنه في بلد بعيد وله مقام طويل يحتاج فيه إلى كسوة فقال إذا أذن له في النفقة فعلى ما لم يحمل على مال الرجل ولم يكن ذلك قصده هذا معناه وقال القاضي وأبو الخطاب إذا شرط له النفقة فله جميع نفقته من مأكل

عن أحمد أن عليه التعزير فقط لأن ظهور الربح يبني على التقويم وهو غير متحقق لاجتماع أن السلع نسائي أكثر مما قومت به فيكون ذلك شبهة في دره الحد فانه يدرأ بالشبهات

(فصل) وليس لرب المال وطء الأمة أيضاً لأنه ينقصها إن كانت بكراً ويعرضها للخروج من المضاربة والتلف فإن فعل فلا حد عليه لأنها ملكة فإن أحبلها صارت أم ولد له وولده حر لذلك وتخرج من المضاربة وتحسب قيمتها ويضاف إليها بقية المال فإن كان فيه ربح فللعامل حصته منه وليس لواحد منهما زواج الأمة لأنه ينقصها ولا مكاتبه البديل لذلك وإن اتفقا عليه جاز لأن الحق لهما

(فصل) وليس للمضارب دفع المال مضاربة بغير إذن نص عليه أحمد في رواية الأثرم وحرب وعبدالله ، وخرج القاضي وجهين في جواز ذلك بناء على توكيل الوكيل ولا يصح هذا التخريج والقياس لأنه إنما دفع إليه المال هنا ليضارب به ودفعه إلى غيره مضاربة بخرجه عن كونه مضارباً له بخلاف الوكيل ولأن هذا يوجب في المال حقاً لغيره ولا يجوز إيجاب حق في مال السان بغير إذنه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا يعلم عن غيرهم خلافهم فإن فعل فلم يتلف المال ولا ظهر فيه ربح رده إلى مالكه ولا شيء له ولا عليه وإن تلف أو ربح فيه فقال الشريف أبو جعفر هو في الضمان والتصرف كالنائب ولرب المال مطالبة من شاء منها برد المال إن كان باقياً وبزده إن تلف أو تمزده فإن طالب الأول وضمنه قيمة التالف ولم يكن الثاني علم الحال لم يرجع عليه بشيء لأنه دفعه إليه على

أوهلبوس بالمعروف ، وقال أحمد ينفق على معنى ما كان ينفق على نفسه غير متعمد بالنفقة ولا مضرب بالمال ولم يذهب أحمد إلى تقدير النفقة لأن الأسعار تختلف وقد تنقل وقد تكثر ، فإن اختلفا في قدر النفقة فقال أبو الخطاب يرجع في القوت إلى الإطعام في الكفارة وفي الكسوة إلى أقل ملبوس مثله فإن كان معه مال لنفسه مع مال المضاربة أو كان معه مضاربة أخرى أو بضاعة لآخر فالنفقة على قدر المالكين لأن النفقة إنما كانت لأجل السفر والسفر للمالكين فيجب أن تكون النفقة مقسومة على قدرهما إلا أن يكون رب المال قد شرط له النفقة مع علمه بذلك ، ولو أذن له في السفر إلى موضع معين أو غير معين ثم لقيه رب المال في السفر أما بذلك الموضع أو في غيره وقد نض المال فأخذ ماله فطالبه العامل بنفقة الرجوع إلى بلده لم يكن له لأنه إنما يستحق النفقة مادام في القراض وقد زال فزالت النفقة ولذلك لو مات لم يجب تكفينه ، وقد قيل له ذلك لأنه كان شرط له نفقة ذهابه ورجوعه وغيره بتسفيره إلى الموضع الذي أذن له فيه معتقدا أنه مستحق للنفقة ذاهبا وراجعا فإذا قطع عنه النفقة تضرر بذلك (فصل) وحكم المضارب حكم الوكيل في أنه ليس له أن يبيع بأقل من ثمن المشل ولا يشتري بأكثر منه مما لا يتعابن الناس بمثله فإن فعل فقد روي عن أحمد أن البيع يصح وبضمن النقص لأن الضرر ينجر بضمان النقص ، والقياس أن البيع باطل وهو مذهب الشافعي لأنه يبيع لم يؤذن له فيه فأشبهه يبيع الأجنبي ، فعلى هذا أن تعذر رد المبيع ضمن النقص أيضا وإن أمكن رده وجب رده إن كان باقيا

وجه الأمانة وإن علم رجم عليه لأنه قبض مال غيره على سبيل العدوان وقد تلف تحت يده فاستقر عليه ضمانه وإن ضمن الثاني مع علمه بالحال لم يرجع على الأول وإن لم يعلم فكذلك في أحد الوجهين لأن التلف حصل بيده فاستقر الضمان عليه ، والثاني يرجع عليه لأنه غره أشبه المغرور بمخرية أمة وإن ربح فالربح للمالك ولا شيء للمضارب الأول لأنه لم يوجد منه مال ولا عمل وهل للثاني أجره مثله ؟ على روايتين (أحدهما) له ذلك لأنه عمل في مال غيره بعوض لم يسلم له فكان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة (والثانية) لا شيء له لأنه عمل في مال غيره بغير إذن أشبه الغاصب ، وفارق المضاربة لأنه عمل في ماله باذنه وسواء اشترى بعين المال أو في الذمة ويحتمل أنه إن اشترى في الذمة يكون الربح له لأنه ربح في الشراء في ذمته مما لم يقع الشراء فيه لغيره فأشبهه ما لو ينفق الثمن من مال المضاربة ، قال الشريف أبو جعفر هذا قول أكثرهم يعني قول مالك وأبي حنيفة والشافعي ويحتمل أنه إن كان عالما بالحال فلا شيء للعامل كالمضاربة وإن جهل الحال فله أجر مثله يرجع به على الغاصب الأول لأنه غره واستعمله بعوض لم يسلم له فكان أجره عليه كما لو استعمله في مال نفسه وقال القاضي إن اشترى بعين المال فالشراء باطل وإن اشترى في الذمة ثم نقد المال وكان قد شرط رب المال للمضارب النصف فدفعه المضارب إلى آخر على أن لرب المال النصف والنصف الآخر بينهما فهو على ما اتفقوا عليه لأن رب المال رضي بنصف الربح فلا بدع

أو قيمته ان كان تالفا ولرب المال مطالبة من شاء من العامل أو المشتري فان أخذ من المشتري قيمته رجع المشتري على العامل بالتمن وان رجع على العامل بقيمته رجع العامل على المشتري بها ورد عليه الثمن لان التلف حصل في يده وأما ما يتقايئ الناس بمثله فغير ممنوع منه لانه لا يمكن التحرز منه وأما اذا اشترى بأكثر من ثمن المثل بعين المال فهو كالمبيع وان اشترى في الذمة لزم العامل دون رب المال الا أن يجيزه فيكون له هذا ظاهر كلام الحنفي، وقال القاضي أن أطلق الشراء ولم يذكر رب المال فكذلك وان صرح للبائع انني اشتريته لفلان فليبيع باطل أيضا

(نصل) وهل له ان يبيع ويشترى بغير نقد البلد؟ على روايتين (الاولى) جوازه اذا رأى المصلحة فيه والربح حاصل به كما يجوز ان يبيع عرضا بمرض ويشترى به فان قلنا لا يملك ذلك فعلمه فحكمه حكم ما لو اشترى أو باع بغير ثمن المثل وإن قال له اعمل برأيك فله ذلك وهل له الزراعة؟ يحتمل أن لا يملك ذلك لان المضاربة لا يفهم من اطلاقها المزارعة وقد روي عن احمد رحمه الله فيمن دفع الى رجل ألفا وقال اتجر فيها بما شئت فزرع فزرع فيه فالمضاربة جائزة والربح بينهما قال القاضي ظاهر هذا ان قوله اتجر بما شئت دخلت فيه المزارعة لانها من الوجوه التي ينتمى بها التمام وعلى هذا لو توى المال كله في المزارعة لم يلزمه ضمانه

(فصل) وله ان يشتري المبيع اذا رأى المصلحة فيه لان المقصود الربح وقد يكون الربح في المبيع

اليه أكثر منه والعاملان على ما اتفقا عليه وهذا قول الشافعي القديم وليس هذا موافقا لأصول المذاهب ولا نص احمد فان احمد قال لا يطيب الربح للمضارب ولان المضارب الاول ليس له عمل ولا مال ولا يستحق الربح في المضاربة إلا بواحد منها والثاني عمل في مال غيره بغير اذنه ولا شرطه فلم يستحق ما شرطه له غيره كما لو دفع اليه الفاضل مضاربة ولانه لم يستحق ما شرطه له رب المال في المضاربة الفاسدة فما شرطه له غيره بغير اذنه أولى .

(فصل) فان أذن رب المال في ذلك جاز نص عليه احمد ولا نعلم فيه خلافاً ويكون المضارب الاول وكيل رب المال في ذلك فان دفعه إلى آخر ولم يشرط لنفسه شيئاً من الربح كان صحيحاً وإن شرط لنفسه شيئاً منه لم يصح لانه ليس من جهته مال ولا عمل والربح انما يستحق لواحد منهما فان قال اعمل برأيك أو بما أراك الله جاز له دفعه مضاربة نص عليه لانه قد يرى أن يدفعه الى أبصر منه ويحتمل أن لا يجوز له ذلك لان قوله اعمل برأيك يعني في كيفية المضاربة والبيع والشراء وأنواع التجارة ولهذا يخرج به عن المضاربة فلا يتناوله إذنه (فصل) وليس له أن يخلط مال المضاربة بماله فان فعل ولم يتميز ضمنه لانه أمانة فهو كالوديعة

فان قال له اعمل برأيك جاز ذلك وهو قول مالك والثوري واصحاب الرأي وقال الشافعي ليس له ذلك وعليه الضمان ان فعله لان ذلك ليس من التجارة

ولنا انه قد يرى الخلط أصلح له فيدخل في قوله اعمل برأيك وهكذا القول في المشاركة به ليس له فعلها إلا ان يقول له اعمل برأيك فيملكها

فان اشتراه بظنه سائماً فبان معيباً فله فعل ما يرى المصلحة فيه من رده بالعيب او امساكاً كواخذ ارش العيب فان اختلف العامل ورب المال في الرد فطالبه أحدهما وأباه الآخر فعل ما فيه النظر والحظ لان المقصود تحصيل الحظ فيحتمل الامر على ما فيه الحظ وأما الشريكان اذا اختلفا في رد الميب فطالب الرد رد نصيبه وللآخر امساك نصيبه الا أن يكون البائع لم يعلم ان الشراء لها جميعاً فلا يلزمه قبول رد بعضه لان ظاهر الحال ان العقد لمن وليه فلم يجوز ادخال الضرر على البائع بتبعض الصفقة عليه ولو أراد الذي ولي العقد رد بعض المبيع وامساك البعض كان حكمه حكم ما لو أراد شريكه ذلك على ما فصلناه

(فصل) وليس له أن يشتري من يتق على رب المال بغير إذنه لان عليه فيه ضرراً فان اشتراه بأذن رب المال صح لانه يجوز أن يشتريه بنفسه فاذا أذن لغيره فيه جاز ويمتق عليه وتفسخ المضاربة في قدر ثمنه لانه قد تلف ويكون محسوبا على رب المال فان كان ثمنه كل المال انفسخت المضاربة وإن كان في المال ربح رجح العامل بحصته منه وان كان بغير إذن رب المال احتمل أن لا يصح الشراء إذا كان الثمن عيناً لان العامل اشترى ما ليس له أن يشتريه فكان بمنزلة ما لو اشترى شيئاً بأكثر من ثمنه ولان الاذن في المضاربة إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعه والربح فيه فلا يتناول غير ذلك وإن كان اشتراه في الذمة وقع الشراء للعائد وليس له دفع الثمن من مال المضاربة وان فعل ضمن وبهذا قال الشافعي

(فصل) وليس له شراء خمر ولا خنزير سواء كانا مسلمين أو كان أحدهما مسلماً فان فعل فعليه الضمان وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن كان العامل ذمياً صح شراؤه للخمر وبيعه إياها لان الملك عنده ينتقل الى الوكيل وحقوق العقد تتعلق به وقال أبو يوسف ومحمد يصح شراؤه إياها ولا يصح بيعه لانه يبيع ما ليس بملك له ولا لموكله

ولنا أنه ان كان العامل مسلماً فقد اشترى خمرأً ولا يصح ان يشتري خمرأً ولا يبيعه وان كان ذمياً فقد اشترى للمسلم مالا يصح أن يملكه ابتداءً فلا يصح كما لو اشترى الخنزير ولان الخمر محرمة فلم يصح شراؤها له كالخنزير والميتة ولان مالا يجوز بيعه لا يجوز شراؤه كاللينة والدم وكذا جاز في الشركة جاز في المضاربة وما جاز في المضاربة جاز في الشركة وما منع في إحداها منع منه في الاخرى لان المضاربة شركة ومبنى كل واحد منهما على الوكالة والامانة

(مسألة) (وليس للمضارب أن يضارب لآخر اذا كان فيه ضرر على الاول فان فعل رد نصيبه من الربح في شركة الاول)

وجملة ذلك أنه اذا أخذ من إنسان مضاربة ثم أراد أخذ مضاربة من آخر بأذن الاول جاز وكذلك ان لم يأذن ولم يكن عليه ضرر بغير خلاف علمناه فان كان فيه ضرر على الاول ولم يأذن مثل أن يكون المال الثاني كثيراً يستوعب زمانه فيشغله عن التجارة في الاول أو يكون المال الاول كثيراً

وأكثر الفقهاء. وقال القاضي ظاهر كلام أحد صحة الشراء لانه مال متقوم قابل للعقود فصح شراؤه كما لو اشترى من نذر رب المال اعتاقه وبعث على رب المال وتفسخ المضاربة فيه ويلزم العامل ضمانه على ظاهر كلام أحد علم بذلك أو جهل لان مال المضاربة تلف بسببه ولا فرق في الائتلاف الموجب للضمان بين العلم والجهل وفيما يضمنه وجهان (أحدهما) قيمته لان الملك ثبت فيه ثم تلف فأشبه ما لو أتلفه بفعله (والثاني) الثمن الذي اشتراه به لان التفريط منه حصل بالشراء وبذل الثمن فيما يتلف بالشراء فكان عليه ضمان ما فرط فيه ومتى ظهر في المال ربح فللعامل حصته منه وقال أبو بكر ان لم يكن العامل عالما بانه يعق على رب المال لم يضمن لان التلف حصل لمعنى في المبيع لم يعلم به المشتري فلم يضمن كما لو اشترى مبيعاً لم يعلم بعيبه فتلف به قال ويتوجه أن لا يضمن وان علم

(فصل) وان اشترى امرأة رب المال صح الشراء وان تخ انكاح فان كان قبل الدخول فهل يلزم الزوج نصف الصداق؟ فيه وجهان ذكرناهما في غير هذا الموضوع فان قلنا يلزمه رجم به على العامل لانه سبب تقريره عليه فرجع عليه كما لو أفسدت امرأة نكاحه بالرضاع وان اشترى زوج ربة المال صح الشراء وانفسخ النكاح لأنها ملكت زوجها وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح الشراء اذا كان بغير اذنها لان الاذن إنما يتناول شراء ما لها فيه حظ وشراء زوجها يضر بها لانه يفسخ نكاحها ويضر بها ويسقط حقها من النفقة والكسوة فلم يصح كسرها ابناً

متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته لم يجز ذلك وقال أكثر الفقهاء يجوز لانه عقد لا يملك به منافعه كلها فلم يمنع من المضاربة كما لو لم يكن فيه ضرر وكالأجير المشترك ولنا أن المضاربة على الحظ والنماء فاذا فعل ما يمنعه لم يجز له كما لو أراد التصرف بالنبن وفارق مالا ضرر فيه فعلى هذا ان فعل وربح رد الربح في شركة الاول وليقسامه فينظر ما ربح في المضاربة الثانية فيدفع الى رب المال منه نصيبه ويأخذ المضارب نصيبه من الربح فيضمه الى ربح المضاربة الاولى ويقاسمه لرب المضاربة الاولى لانه استحق حصته من الربح بالمنفعة التي استحققت بالعقد الاول فكان بينهما كربح المال الاول فأما حصة رب المال الثاني من الربح فيدفع اليه لان العدوان من المضارب لا يسقط حق رب المال الثاني ولما لو رددنا ربح الثاني كله في الشركة الاولى لاختصاص الضرر برب المال الثاني ولم يلحق المضارب شيء من الضرر والعدوان منه بل ربما انتفع اذا كان قد شرط الاول النصف والثاني الثلث ولانه لا يخلو إما أن يحكم بفساد المضاربة الثانية أو بصحتها فان كانت فاسدة فالربح كله لرب المال والمضارب أجر مثله وان حكمتا بصحتها وجب صرف حصة رب المال اليه بمقتضى العقد وموجب الشرط قال شيخنا : والنظر يقتضي أن لا يستحق رب المضاربة الاولى من ربح الثانية شيئاً لانه إنما يستحق بال أو عمل ولم يوجد واحد منها وتعدي المضارب إنما هو بترك العمل واشتغاله عن المال الاول وذلك لا يوجب عوضاً كما لو اشتغل بالعمل في مال نفسه أو أجر نفسه أو ترك

ولنا أنه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه فجاز كما لو اشترى اجنبيا ولا ضمان على العامل فيها يفوت من المهر ويسقط من النفقة لان ذلك لا يعود إلى المضاربة وإنما هو بسبب آخر ولا فرق بين شرائه في الذمة أو بعين المال

(فصل) وان اشترى المأذون له من يعتق على رب المال باذنه صح وعتق فان كان على المأذون له دين يستغرق قيمته وما في يده وقتنا يتعلق الدين برفقته فعليه دفع قيمة العبد الذي عتق إلى الفرمان لانه الذي أتلف عليهم بالعتق وإن هاه عن الشراء فالشراء باطل لانه يملكه بالاذن وقد زال بالتهي وان أطلق الاذن فقال أبو الخطاب يصح شراؤه لان من صح أن يشتريه السيد صح شراء المأذون له كالأجنبي وهذا قول أبي حنيفة اذا اذن له في التجارة ولم يدفع اليه مالا وقال القاضي لا يصح لان فيه اتلافا على السيد فان اذنه يتناول ما فيه حظ فلا يدخل فيه الاتلاف، وفارق حامل المضاربة لانه يضمن القيمة فيزول الضرر وللشافعي قولان كالوجهين وان اشترى امرأة رب المال أو زوج ربة المال فهل يصح على وجهين أيضا كشرائه من يعتق بالشراء

(فصل) وان اشترى المضارب من يعتق عليه صح الشراء فان لم يكن ظهر في المال ربح لم يعتق منه شيء وان ظهر فيه ربح ففيه وجهان مبنيان على العامل متى يملك الربح؟ فان قلنا يملكه بالقسمة لم يعتق منه شيء لانه ما ملكه وان قلنا يملكه بالظهور ففيه وجهان (أحدهما) لا يعتق وهو قول أبي

التجارة للعب أو اشتغال بعم أو غير ذلك ولانه لو أوجب عوضا لاوجب شيئا مقدرا لا يختلف ولا يتقدر بربحه في الثاني والله أعلم

(فصل) فان دفع إليه مضاربة واشترط النفقة لم يجز أن يأخذ لغيره بضاعة ولا مضاربة وان لم يكن على الاول ضرر لقول أحمد اذا اشترط النفقة صار أجرا له فلا يأخذ من أحد بضاعة فلما تشغله عن المال الذي يضارب به، قيل له وان كانت لا تشغله قال ما يعجبني أن يكون إلا باذن صاحب المضاربة فإنه لا بد من شغل قال شيخنا هذا والله اعلم على سبيل الاستحباب وان فعل فلا شيء عليه لانه لا ضرر على رب المضاربة فيه، وان أخذ من رجل مضاربة ثم أخذ من آخر بضاعة أو عمل في مال نفسه وانجر فيه فربحه في مال البضاعة لصاحبها وفي مال نفسه له

(فصل) اذا أخذ من رجل مائة قراضا ثم أخذ من آخر مثلها فاشترى بكل مائة عبدا فاختلط العبدان ولم يميزا اصطلاحا عليهما كما لو كانت لرجل حنطة فانتالت عليها أخرى، وذكر القاضي في ذلك وجهين أحدهما يكونان شريكين فيها كما لو اشتركا في عقد البيع فيباعان ويقسم بينهما فان كان فيهما ربح دفع الى العامل حصته والباقي بينهما نصفين والثاني يكونان للعامل وعليه أداء رأس المال والربح له والخسران عليه وللشافعي قولان كالوجهين والاول أولى لان ملك كل واحد منها ثابت في أحد العبدين فلا يزول بالاشتباه عن جميعه ولا عن بعضه بغير رضاه كما لو لم يكونا في يد المضارب

بكر لانه لم يتم ملكه عليه لان الريح وقاية لرأس المال فلم يعتق لذلك (والثاني) يعتق بقدر حصته من الريح ان كان مصرا ويقوم عليه باقيه إن كان موسرا لانه ملكه بفعله فيعتق عليه كما لو اشتراه بماله وهذا قول القاضي ومذهب أصحاب أبي حنيفة لكن عندهم يستسمى في بقيته ان كان مصرا ولنا رواية كقولهم وان اشتراه ولم يظهر ربح ثم ظهر بعد ذلك والعبء باق في التجارة فهو كالمالك في الريح ظاهر وقت الشراء وقال الشافعي إن اشتراه بعد ظهور الريح لم يصح في أحد الوجهين لانه يؤدي إلى أن ينجز العامل حقه قبل رب المال

ولنا أنهما شريكان فصح شراء كل واحد منهما من يعتق عليه كشرى بكي النان (فصل) وليس له أن يشتري بأكثر من رأس المال لان الاذن ما تناول أكثر منه فان كان رأس المال الفا فاشترى عبدا بألف ثم اشترى عبدا آخر بين الالف فالشراء فاسد لانه اشتراه بمال يستحق تسليمه في البيع الاول وإن اشتراه في ذمته صح الشراء والعبء له لانه اشترى في ذمته لغيره مالم يأذن له في شرائه فوقع له وهل يقف على اجازة رب المال؟ على روايتين ومذهب الشافعي كنعوم اذ ذكرنا (فصل) وليس للمضارب وطء أمة من المضاربة سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر فان فعل فعليه المهر والتعزير وإن علقته منه ولم يظهر في المال ربح فولده رقيق لانها علقته منه في غير ملك ولا شبهة ملك ولا نصير أم ولد له كذلك وان ظهر في المال ربح فالولد حر وتصير أم ولد له وعليه قيمتها ونحو هذا

ولا تناو جملتها للمضارب أدى الى أن يكون تفریطه سببا لانقراده بالربح وحرمان المتعدى عليه وعكس ذلك أولى وان جملتها شريكين أدى الى ان يأخذ أحدهما ربح مال الآخر بغير رضاه وليس له مال ولا عمل

(فصل) اذا تعدى المضارب بفعل ما ليس له فعله فهو ضامن للمال في قول أكثر أهل العلم وروي ذلك عن أبي هريرة وحكيم بن حزام وأبي قلابة ونافع وإياس والشعبي والنخعي وحامد ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وعن علي رضي الله عنه لا ضمان على من شورك في الربح وروي معنى ذلك عن الحسن والزهرى ولنا أنه متصرف في مال غيره بغير إذنه فلزمه الضمان كالغاصب ولا نقول بمشاركة في الربح فلا يتناوله بقول علي رضي الله عنه، ومتى اشترى مالم يؤذن فيه فربح فيه فالربح لرب المال نص عليه أحمد وبه قال أبو قلابة ونافع، وعن أحمد أنها تصدقان بالربح وبه قال الشعبي والنخعي والحكم وحامد قال القاضي قول أحمد بتصديقان بالربح على سبيل الورع وهو لرب المال في القضاء وهذا قول الاوزاعي، وقال إياس بن معاوية ومالك الربح على ما شرطاه كما لو لبس الثوب وركب دابة ليس له ركوبها وقال القاضي ان اشترى في الذمة ثم نقد المال فالربح لرب المال وان اشترى بيمين المال فالشراء باطل في إحدى الروايتين والاخرى هو موقوف على اجازة المالك فان أجازته صح والباطل والمذهب الاول نص عليه أحمد في رواية الاثرم وقال أبو بكر لم يروانه بتصديق بالربح الا خبل

قال سفيان واسحاق وقال القاضي ان لم يظهر ربح فعليه الحد لانه وطيه في غير ملك ولا شبهة ملك والمنصوص عن احمد أن عليه التعزير لان ظهور الربح ينبي على التقويم والتقويم غير متحقق لانه يحتمل أن السلع تساوي أكثر مما قومت به فيكون ذلك شبهة في دره الحد لانه يدرأ بالشبهات (فصل) وليس لرب المال وطء الامة أيضاً لانه ينقصها ان كانت بكرة ويمرضها للخروج من المضاربة والتلف فان فعل فلا حد عليه لانها مملوكته وان علفت منه صارت أم ولده وولده حرك ذلك ونخرج من المضاربة ونحسب قيمتها ويضاف اليها بقية المال فان كان فيه ربح فللعامل حصته منه .

(فصل) واذا أذن رب المال للمضارب في الشراء من مال المضاربة فاشترى جارية ليتسرى بها خرج منها من المضاربة وصار قرضاً في ذمته لان استباحة البضع لا تحصل الا بملكه لقول الله تعالى إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم .

(فصل) وليس لواحد منهما تزويج الامة لانه ينقصها ولا مكاتبه العبد لذلك فان اتفقا على ذلك جاز لان الحق لهما لا يخرج عنها .

(فصل) وليس للمضارب دفع المال إلى آخر مضاربة نص عليه احمد في رواية الاثرم وحرث وعبد الله قال إن أذن له رب المال وإلا فلا ، وخرج القاضي وجهاً في جواز ذلك بناء على توكيل الوكيل من غير اذن الموكل ولا يصح هذا التخريج وقياسه على الوكيل يمتنع لوجهين (أحدهما) أنه إنما

واحتج أحمد بحديث عروة البارقي وهو ماروي أبو الوليد عن عروة بن الجعد قال، عرض لنيبي ﷺ جلب فأعطاني ديناراً فقال «عروة أئت الجلب فاشتر لنا شاة» فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشترت شاتين بدينار فحفت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فحفت بالدينار وبالشاة فقلت يا رسول الله هذا دينارك وهذه شاتك قال «وكيف صنعت؟» فحدثته الحديث فقال «اللهم بارك له في صفقة يمينه» رواه الاثرم ولانه نماء مال غيره بغير إذن مالكة فكان للمالكة كما لو غصب حنطة فزرعها ، فاما المضارب ففيه روايتان (احدهما) لا شيء له لانه عقد عقد لم يؤذن له فيه فلم يكن له شيء كالغاصب وهذا اختيار أبي بكر (والثانية) له أجر لان رب المال رضي بالبيع وأخذ الربح فاستحق المامل عوضاً كما لو عقده باذنه ، وفي قدر الاجر روايتان (احدهما) أجر مثله ما لم يحط بالربح لانه عمل ما يستحق به العوض ولم يسلم له المسمى فكان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة (والثانية) له الاقل من المسمى أو أجر المثل لانه ان كان المسمى أقل فقد رضي به فلم يستحق أكثر منه وان كان أجر المثل أقل فلم يستحق أكثر منه لانه لم يعمل ما أمر به ، فان قصد الشراء لنفسه فلا أجر له رواية واحدة وقال القاضي وأبو الخطاب ان اشترى في ذمته ونقد المال فلا أجر له رواية واحدة وان اشترى بين المال فعلي روايتين

(فصل) وعلى العامل أن يتولى بنفسه كل ما جرت العادة أن يتولاه المضارب من نشر الثوب وطيه

دفع اليه المال ههنا ليضارب به وبدفعه إلى غيره مضاربة يخرج عن كونه مضارباً به بخلاف الوكيل (الثاني) ان هذا يوجب في المال حقاً لغيره ولا يجوز لإيجاب حق في مال انسان بغير اذنه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا أعرف عن غيرهم خلافهم فان نفل فلم يتلف المال ولا ظم فيه ربح رده إلى مالكة ولا شيء له ولا عليه وإن تلف أو ربح فيه فقال الشريف أبو جعفر هو في الضمان والتصرف كالغاصب ولرب المال مطالبة من شاء منها برد المال إن كان باقياً وبرد بدله إن كان تالفاً أو تصدّر رده ، فان طالب الأول وضمنه قيمة التالف ولم يكن الثاني علم بالحال لم يرجع عليه بشيء ، لانه دفعه اليه على وجه الأمانة وإن علم بالحال رجع عليه لانه قبض مال غيره على سبيل العدوان وتلف تحت يده فاستقر ضمانه عليه وإن ضمن الثاني مع علمه بالحال لم يرجع على الاول ، وإن لم يعلم فهل يرجع على الاول؟ على وجهين (أحدهما) يرجع عليه لانه غره فأشبهه به مالو غره بحرية أمة (والثاني) لا يرجع لان التلف كان في يده فاستقر الضمان عليه وإن ربح في المال فالربح للمالكة ولا شيء للمضارب الاول لانه لم يوجد منه مال ولا عمل وهل للثاني أجر مثله؟ على روايتين (أحدهما) له ذلك لانه عمل في مال غيره بعوض لم يسلم له - فكان له اجر مثله كالمضاربة الفاسدة والثانية لا شيء له لانه عمل في مال غيره بعوض لم يسلم له - فكان له اجر كالغاصب، وفارق المضاربة لانه عمل في ماله باذنه وسواء اشترى بعين المال أو في الذمة ويحتمل أنه اذا اشترى في الذمة يكون الربح له لانه ربح فيما اشتراه في ذمته مما لم يقع في الشراء فيه لغيره فأشبهه مالو لم ينقد

وعرضه على المشتري ومساومته وعقد البيع وأخذ الثمن واتقاده وشد الكيس وختمه واحرازه ونحو ذلك ولا أجر له عليه لانه استحق الربح في مقابلته وان استأجر من يفعل ذلك فالاجر عليه خاصة لان العمل عليه فاما مالا يليه في العادة كالتداء على المتاع ونقله الى الخان فليس على العامل عمله وله ان يكتري من يعمه نص عليه أحمد لان العمل في المضاربة غير مشروط لمشقة اشتراطه فرجع فيه إلى العرف فان فعل العامل مالا يلزمه متبرعاً فلا أجر له وان فعله ليأخذ عليه اجراً فنص احمد على أنه لا شيء له، وخرج أصحابنا وجهاً أن له الاجر بناء على التبرك اذا انفرد بعمل لا يلزمه هل له أجر لذلك؟ على روايتين وهذا مثله ، قال شيخنا والصحيح أنه لا أجر له في الموضعين لانه عمل في مال غيره عملاً لم يجعل له في مقابلته شيء فلم يستحق شيئاً كالأجنبي

(فصل) وإذا غصب مال المضاربة أو سرق فهل للمضارب المطالبة به؟ على وجهين (أحدهما) ليس له ذلك لان المضاربة عقد على التجارة فلا يدخل فيه الحصومة (والثاني) له ذلك لانه يقتضي حفظ المال ولا يتم ذلك الا بالحصومة والمطالبة سبباً اذا كان غائباً عن رب المال فانه حينئذ لا يكون مطالباً به الا المضارب فان تركه ضاع ، فعلى هذا ان ترك الحصومة وانطلب به في هذه الحال ضمن لأنه ضيعه وفرط فيه فأما ان كان رب المال حاضراً وعلم الحال فانه لا يلزم العامل طلبه ولا يضمنه اذا تركه لان رب المال أولى بذلك من وكيله

التمن من مال رب المال قال الشريف أبو جعفر هذا قول أكثرهم يعني قول مالك والشافعي وأبي حنيفة ويحتمل انه إن كان طاماً بالحال فلا شيء للعامل كالغاصب وإن جهل الحال فله أجر مثله يرجع به على المضارب الاول لانه غره واستعمله بمبوض لم يحصل له فوجب أجره عليه كما لو استعمله في مال نفسه وقال القاضي إن اشترى بعين المال فالشراء باطل وإن كان اشترى في الذمة ثم نقد المال وكان قد شرط رب المال للمضارب النصف فدفعه المضارب الى آخر على أن يكون لرب المال النصف وانصف الآخر بينهما فهو على ما اتفقوا عليه لان رب المال رضي بنصف الربح فلا يدفع اليه أكثر منه والاملان على ما اتفقا عليه وهذا قول قديم للشافعي وليس هذا موافقا لأصول المذهب ولا نص احمد فان احمد قال لا يطيب الربح للمضارب ولان المضارب الاول ليس له عمل ولا مال ولا يستحق الربح في المضاربة الا بواحد منها والعامل الثاني عمل في مال غيره بغير اذنه ولا شرطه فلم يستحق ما شرطه له غيره كما لو دفعه اليه الغاصب مضاربة ولانه اذا لم يستحق ما شرطه له رب المال في المضاربة الفاسدة فما شرطه له غيره بغير اذنه أولى

(فصل) وان أذن رب المال في دفع المال مضاربة جاز ذلك نص عليه احمد ولا نعلم فيه خلافا ويكون العامل الاول وكلا لرب المال في ذلك فاذا دفعه الى آخر ولم يشترط لنفسه شيئا من الربح كان صحيحا وان شرط لنفسه شيئا من الربح لم يصح لانه ليس من جهته مال ولا عمل

(فصل) واذا اشترى المضارب عبداً فقتله عبد لغيره ولم يكن ظهر في المال ربح فالامر لرب المال ان شاء اقتص وان شاء عفا على غير مال وتبطل المضاربة فيه لذهاب رأس المال وان شاء عفا على مال فان عفا على مثل رأس المال او أقل او أكثر فالمضاربة بمحالها والربح بينهما على ما شرطاه لانه وجد بدل عن رأس المال فهو كما لو وجد بدله بالبيع وان كان في العبد ربح فالقصاص اليهما والمصالحة كذلك لكونها شريكتين فيه والحكم في انفساخ المضاربة وبقائها على ما تقدم

(مسئلة) (وليس لرب المال ان يشترى من مال المضاربة شيئا لنفسه وعنه يجوز)

اذا اشترى رب المال من مال المضاربة شيئا لنفسه لم يصح في إحدى الروايتين وهو قول الشافعي ويصح في الاخرى وبه قال مالك والاوزاعي وأبو حنيفة لانه قد تعلق به حق المضارب فجاز شراؤه كما لو اشترى من مكاتبه .

ولنا أنه ملكه فلم يصح شراؤه له كشرائه من وكيله، وفارق المكاتب فان السيد لا يملك ما في يده ولا تجب زكاته عليه وله أخذ ما فيه شفعة منه

(مسئلة) (وكذلك شراء السيد من عبده المأذون)

لما ذكرنا ويحتمل ان يصح اذا استقرقه الديون لان اشرماه يأخذون ما في يده ولان الدين اذا تعلق برقبته

والربح إنما يستحق بواحد منهما وان قال اعمل برأيك أو بما أراك الله جاز له دفعه مضاربة نص عليه
لانه قد يرى أن يدفعه الى أبصر منه ويحتمل أن لا يجوز له ذلك لان قوله اعمل برأيك يعني في
كيفية المضاربة والبيع والشراء وأنواع التجارة وهذا يخرج به عن المضاربة فلا يتناولها اذنه

(فصل) وليس له ان يخلط مال المضاربة بماله فان فعل ولم يتميز ضمنه لانه أمانة فهو كالوديعة
فان قال له اعمل برأيك جاز له ذلك وهو قول مالك والثوري وأصحاب الرأي، وقال الشافعي ليس
له ذلك وعليه الضمان ان فعله لان ذلك ليس من التجارة

ولنا انه قد يرى الخلط أصلح له فيدخل في قوله اعمل برأيك وهكذا القول في المشاركة به
ليس له فعلها الا أن يقول اعمل برأيك فيملكها

(فصل) وليس له ان يشتري خرا ولا خنزيرا سواء كانا مسلمين أو كان أحدهما مسلما والاخر
ذميا فان فعل فعليه الضمان وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان كان العامل ذميا صح شراؤه للخمر
وبيعه إياها لان الملك عنده ينتقل الى الوكيل وحقوق العقد تتعلق به ، وقال أبو يوسف ومحمد يصح
شراؤه إياها لان الملك فيها ينتقل الى الوكيل ولا يصح بيعه لانه يبيع ما ليس بملك له ولا لموكله

ولنا انه ان كان العامل مسلما فقد اشترى خرا ولا يصح ان يشتري خرا ولا يبيعه وان كان ذميا
فقد اشترى للمسلم ما لا يصح ان يملكه ابتداء فلا يصح كما لو اشترى الخنزير ولان الخمر محرمة فلا
يصح شراؤها له كالخنزير والمبينة لان ما لا يجوز بيعه لا يجوز شراؤه كالمبينة والدم وكل ما جاز في الشركة
جاز في المضاربة وما جاز في المضاربة جاز في الشركة وما منع منه في أحدهما منع منه في الاخرى لان
المضاربة شركة ومبنى كل واحدة منهما على الوكالة والامانة

صار مستحقا للفرماة فصح شراء السبد منه كبقية الفرماة والاول اولى لان ملك السبد لم يزل عنه وان
تعلق حق الفرماة به كالعبد الجاني

(فصل) فان اشترى المضارب من مال المضاربة لنفسه ولم يظهر ربح صح نص عليه احمد وبه قال
مالك والثوري والاوزاعي واسحاق وحكي ذلك عن أبي حنيفة وقال أبو ثور البيع باطل لانه شريك
ولنا أنه ملك لغيره فصح شراؤه له كشرائه الوكيل من موكله وانما يكون شريكا اذا ظهر الربح
لانه انما شارك في الربح دون أصل المال فان ظهر ربح فشرائه كشرائه أحد الشريكين من شريكه

(مسئلة) (وان اشترى أحد الشريكين نصيب شريكه صح)

لانه يشتري ملك غيره وقال أحمد في الشريكين في الطعام يريد أحدهما بيع حصته من صاحبه ان لم
يكونا بطلان كيله فلا بأس وان علم كيله فلا بد من كيله يعني ان من علم مبلغ شيء لم يبعه صبرة وان
باعه إياه بالكيل والوزن جاز

(مسئلة) (وان اشترى الجميع بطل في نصيبه لانه ملكه)

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا ضارب لرجل لم يجز أن يضارب لآخر إذا كان فيه ضرر على

الاول فان فعل وبيع رده في شركة الاول)

وجملة ذلك انه اذا أخذ من انسان مضاربة ثم أراد أخذ مضاربة أخرى من آخر فأذن له الاول جاز وان لم يأذن له ولم يكن عليه ضرر جاز أيضا بغير خلاف وان كان فيه ضرر على رب المال الاول ولم يأذن مثل أن يكون المال الثاني كثيرا يحتاج الى ان يقطع زمانه ويشغله عن التجارة في الاول ويكون المال الاول كثيرا متى اشغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته لم يجز له ذلك وقال أكثر الفقهاء يجوز لانه عقد لا يملك به منافعه كلها فلم يمنع من المضاربة كما لو لم يكن فيه ضرر وكالاجير المشترك وانا ان المضاربة على الحظ والنماء فاذا فعل ما تمنعه لم يكن له كما لو أراد التصرف بالعين، وفارق ما لا ضرر فيه فملى هذا اذا فعل وبيع رد الربح في شركة الاول ويقسمها فلينظر ما ربح في المضاربة الثانية فيدفع الى رب المال منها نصيبه ويأخذ المضارب نصيبه من الربح فيضمه الى ربح المضاربة الاولى ويقاسمه رب المضاربة الاولى لانه استحق حصته من الربح بالمنفعة التي استحققت بالعقد الاول فكان بينهما كرجح المال الاول، فأما حصة رب المال الثاني من الربح فتدفع اليه لان العدوان من المضارب لا يستقط حق رب المال الثاني ولانا لو رددنا ربح الثاني كله في الشركة الاولى لاختص الضرر برب المال الثاني فلم يالحق المضارب شيء من الضرر والمدوان منه بل ربما اتفعا اذا كان قد قد شرط الاول النصف والثاني الثلث ، ولانه لا يخلو اما ان يحكم بفساد المضاربة الثانية أو بصحتها فان كانت فاسدة فالربح كله لرب المال والمضارب أجر مائة وان حكمنا بصحتها وجب صرف حصة رب المال اليه بمقتضى العقد وموجب الشرط ، والنظر يقضي ان لا يستحق رب المضاربة الاولى من رب الثانية شيئا لانه انما يستحق بمال أو عمل وليس له في المضاربة الثانية مال ولا عمل وتعدي

وهل يصح في حصة شريكه؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة ويتخرج أن يصح في الجميع بناء

على صحة شراء رب المال من مال المضاربة

(نصا) ولو استأجر أحد الشريكين من صاحبه دارا ليحرز فيها مال الشركة أو غيرا جاز لمن عليه أحمد في رواية صالح وان استأجره لنقل الطعام أو غلامه أو دابته جاز لان ما جاز أن يستأجر له غير الحيوان جاز ان يستأجر له الحيوان كمال الاجنبي ، وفيه رواية أخرى لا يجوز لان هذا لا تجب الاجرة فيه الا بالعمل ولا يمكن ابقاء العمل في المشترك لان نصيب المستأجر غير متميز من نصيب المؤجر فاذا لا تجب الاجرة ، والدار والغرائر لا يعتبر فيها ابقاء العمل إنما يجب بوضع العين في الدار فيمكن تسليم المعقود عليه

(مسألة) (وليس للمضارب نفقة إلا بشرط سواء كانت تجارته في الحضرة أو السفر)

المضارب أما كان بترك العمل واشتغاله عن المال الاول وهذا لا يوجب عوضا كما لو اشتغل بالعمل في مال نفسه او آجر نفسه او ترك التجارة للعب او اشتغال بعم او غير ذلك ولو اوجب عوضا لاوجب شيئاً مقدراً لا يختلف ولا يتقدر بربحه في الثاني والله أعلم

(فصل) وان دفع اليه مضاربة واشترط النفقة فكلمه رجل في أن يأخذ له بضاعة او مضاربة ولا ضرر فيها فقال احمد اذا اشترط النفقة صار أجيرا له فلا يأخذ من أحد بضاعة فانما تشغله عن المال الذي يضارب به، قيل فان كانت لا تشغله؟ فقال ما يعجبني ان يكون إلا باذن صاحب المضاربة فانه لا بد من شغل. وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب وان فعل فلا شيء عليه لانه لا ضرر على رب المضاربة فيه (فصل) وان اخذ من رجل مضاربة ثم اخذ من آخر بضاعة او عمل في مال نفسه او انجز فيه بربحه في مال البضاعة لصاحبها وفي مال نفسه لنفسه

(فصل) اذا أخذ من رجل مائة قراضاً ثم أخذ من آخر مثلها واشترى بكل مائة عبداً فاختلف العبدان ولم يميزا فانهما يصطلحان عليهما كما لو كانت لرجل خنطة فالثالث عليه أخرى وذكر القاضي في ذلك وجهين (أحدهما) يكونان شريكين فيها كما لو اشتركا في عقد البيع فيباعان ويقسم بينهما فان كان فيهما ربح دفع الى العامل حصته والباقي بينهما اصفين (والثاني) يكونان للعامل وعليه اداء رأس المال، والربح له والخمران عليه وللشافعي قولان كالوجهين، والاول أولى لان ملك كل واحد منهما ثابت في أحد العبدان فلا يزول بالاشتباه عن جميعه ولا عن بعضه بغير رضاه كما لو لم يكونا في يد المضارب ولاتا لو جعلناهما للمضارب أدى الى أن يكون تفریطه سبباً لا تهراده بالربح وحرمان المتعدى عليه وعكس ذلك أولى وان جعلناهما شريكين أدى الى أن يأخذ أحدهما ربح مال الآخر بغير رضاه وليس له فيه مال ولا عمل.

وهذا قال ابن سيرين وحماد بن أبي سليمان وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال الحسن والنخعي والاوزاعي ومالك واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ينفق من المال المعروف اذا شخص به عن البلد لان سفره لاجل المال فكانت نفقته فيه كأجر الحمال

ولنا أن نفقته تخصه فكانت عليه كنفقة الحضر وأجر الطبيب وثمان الطيب لانه دخل على أنه لا يستحق من الربح الا الجزء المسمى فلا يكون له غيره ولأنه او استحق النفقة أنفى الى أن يختص بالربح اذا لم يربح سوى النفقة، فأما ان شرط له النفقة صح وله ذلك لقول رسول الله ﷺ «المؤمنون على شروطهم» فان قدر له ذلك فحسن لان فيه قطع المنازعة وزوال الاختلاف قال أحمد في رواية الاثرم أحب إلي ان يشترط نفقة محدودة وله ما قدر له من مأكول وملبوس ومركوب وغيره وان أطلق صح نص عليه، وله نفقته من المأكول خاصة ولا كسوة له قال احمد اذا قال له نفقته فانه ينفق قيل له فيكتسي؟ قال لا إنما له النفقة، فان كان سفره طويلاً يحتاج الى تجديد كسوة فظاهر كلام أحمد جوازها لانه قيل

(فصل) اذا تعدى المضارب وفعل ما ليس له فعله أو اشترى شيئاً نهى عن شرائه فهو ضامن للمال في قول أ كثر أهل العلم روي ذلك عن أبي هريرة وحكيم بن حزام وأبي قلابة ونافع وإياس والشعبي والنخعي والحكم وحماد ومالك والشافعي واستحاق وأصحاب الرأي وعن علي رضي الله عنه لا ضمان على من شورك في الربح وروي معنى ذلك عن الحسن والزهري

ولنا أنه متصرف في مال غيره بغير اذنه فلزمه الضمان كالفاسد ولا نقول بمشاركة في الربح فلا يتناوله قول علي رضي الله عنه، ومتى اشترى مال م يؤذن فيه فربح فيه فالربح لرب المال نص عليه أحمد وبه قال أبو قلابة ونافع، وعن أحمد أنهما يتصدقان بالربح وبه قال الشعبي والنخعي والحكم وحماد قال القاضي قول أحمد يتصدقان بالربح على سبيل الورع وهو لرب المال في القضاء وهذا قول الأوزاعي وقال إياس بن معاوية ومالك الربح على ما شرطاه لانه نوع تعد فلا يمنم كون الربح بينهما على ما شرطاه كما لو لبس الثوب وركب دابة ليس له ركوبها وقال القاضي إذا اشترى في الذمة ثم نقد المال فالربح لرب المال وإن اشترى بعين المال فالشراء باطل في إحدى الروايتين والأخرى هو موقوف على اجازة المالك فان أجازته صح وإلا بطل، والمذهب الأول نص عليه أحمد في رواية الأثرم وقال أبو بكر لم يرو أنه يتصدق

له فلم يشترط الكسوة الا أنه في بلد بعيد وله مقام طويل يحتاج فيه الى الكسوة فقال اذا أذن له في النفقة فعل ما لم يحمل على مال الرجل ولم يكن ذلك قصده هذا معناه. وقال القاضي وأبو الخطاب اذا شرط له النفقة فله جميع نفقته من مأكول وملبوس بالمعروف وقال أحمد ينفق على معنى ما كان ينفق على نفسه غير متعمد بالنفقة ولا مضر بالمال ولم يذهب أحمد الى تقدير النفقة لان الاسعار تختلف وقد تقل وقد تكثر

(مسئلة) (فان اختلفا في قدر النفقة فقال أبو الخطاب يرجع في القوت الى الاطعام في الكفارة وفي الكسوة الى أقل ملبوس مثله لانه العادة فينصرف الاطلاق اليه كما انصرف اليه في الاطعام في الكفارة، فان كان معه مال لنفسه أو مضاربة أخرى أو بضاعة لآخر فالنفقة على قدر الماين لانها لاجل السفر والسفر للماين فيجب أن تكون النفقة مقسومة على قدرها الا أن يكون رب المال قد شرط له النفقة من ماله مع علمه بذلك، ولو أذن له في السفر الى موضع معين أو غير معين ثم لقيه رب المال في السفر في ذلك الموضع أو في غيره وقد نض المال فاخذ ماله فطالبه العامل بنفقة الرجوع الى بلده لم يكن له ذلك لانه إنما استحق النفقة مادام في القراض وقد زال فزالت النفقة ولذلك لو مات لم يجب تكفينه وقيل له ذلك لانه كان شرط له نفقة ذهابه ورجوعه وغيره. بتفسيره الى الموضع الذي أذن له فيه معتقدا أنه مستحق للنفقة ذاهبا وراجعا فاذا قطع عنه النفقة تضرر بذلك

(مسئلة) (فأذن له في التسري فاشترى جارية ملكها وصار ثمنها قرضاً نص عليه أحمد لان البضع لا يباح الا بملك أو نكاح لقوله سبحانه (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم غير مملومين)

بالربح إلا حنبل واحتج احمد بحديث عروة البارقي وهو ما روى أبو ليلى عن عروة بن الجعد قال : عرض للنبي صلى الله عليه وسلم جلب فأعطاني ديناراً فقال «عروة ائت الجلب فاشتر لنا شاة» فابتع الجلب فساومت صاحبه فاشترت شاتين بدينار فحُتت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومتني فبعت منهما شاة بالدينار فحُتت بالدينار وبالشاة فقالت يا رسول الله ﷺ هذا دينارك وهذه شاةك قال «وكيف صنعت؟» فحدثته الحديث فقال «اللهم بارك له في صفقة يمينه» رواه الاثرم ولأنه نماء مال غيره بغير اذن مالكه فكان لما ملكه كما لو غصب حنطة فزرعها، فالما المضارب فيه روايتان (احداهما) لاشيء له لانه عقد عقداً لم يؤذن له فيه فلم يكن له شيء كالفاسد وهذا اختيار أبي بكر والثانية له أجر لان رب المال رضي بالبيع وأخذ الربح فاستحق العامل عوضاً كما لو عقده باذن وفي قدر الاجر روايتان (احداهما) أجر مثله ما لم يحط بالربح لانه عمل ما يستحق به العوض ولم يسلم له المسمى فكان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة (والثانية) له الاقل من المسمى أو أجر المثل لانه ان كان الاقل المسمى فقد رضي به فلم يستحق أكثر منه وان كان الاقل أجر المثل لم يستحق أكثر منه لانه لم يعمل ما رضي به وان قصد الشراء لنفسه فلا

ولم يوجد النكاح فتعين الملك وبخروج ثمنها من المضاربة ويكون قرضاً في ذمته لما ذكرنا (مسئلة) (وليس للمضارب ربح حتى يستوفي رأس المال يعني أنه لا يستحق أخذ شيء من الربح حتى يسلم رأس المال إلى ربه، ومتى كان في المال خسران وربح جبرت الوضعية من الربح سواء كان الربح والخسران في مرة واحدة أو الخسران في صفقة والربح في الأخرى أو أحدهما في سفرة والآخر في أخرى لان الربح هو الفاضل عن رأس المال وما لم يفضل فليس بربح ولا نعلم في هذا خلافاً (فصل) وفي ملك العامل نصيبه من الربح قبل القسمة روايتان (احداهما) يملكه ذكره القاضي وهو قول أبي حنيفة (والاخرى) لا يملكه ذكرها أبو الخطاب وهو قول مالك وللشافعي قولان كالروايتين واحتج من لم يملكه بأنه لو ملكه لا يختص بربحه ولو يجب أن يكون شريكاً لرب المال كشريكي العنان، ووجه الاول ان الشرط صحيح فيثبت مقتضاه وهو ان يكون له جزء من الربح فاذا وجد وجب أن يملكه بحكم الشرط كما يملك المساقى حصته من الثمرة بظهورها وقياساً على كل شرط صحيح في عقد ولانه مملوك ولا بد له من مالك ورب المال لا يملكه اتفاقاً ولا تثبت أحكام الملك في حقه فلزم أن يكون للمضارب ولانه يملك المطالبة بالقسمة فكان مالكاً كأحد شريكي العنان ولا يتمتع أن يملكه ويكون وقاية لرأس المال كنصيب رب المال من الربح وبهذا امتنع اختصاصه بربحه ولانه لو اختص بربحه لاستحق من الربح أكثر مما شرط له ولا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه، قال أحمد في المضارب يظاً جارية من المضاربة فان لم يكن ظهر في المال ربح لم تكن أم ولده وإن ظهر فيه ربح فهي أم ولده وفيه دليل على انه يملك الربح بالظهور وهذا ظاهر المذهب (فصل) إذا دفع إلى رجل مائة مضاربة فخر عشرة ثم أخذ رب المال منها عشرة لم ينقص رأس

أجر له رواية واحدة وقال القاضي وأبو الخطاب ان اشترى في ذمته ثم نقد المال فلا أجر له رواية واحدة وان اشترى بين المال فلي روايتين .

(فصل) وعلى العامل أن يتولى بنفسه كل ما جرت العادة أن يتولاه المضارب بنفسه من نشر الثوب وطيه وعرضه على المشتري ومساومته وعقد البيع معه وأخذ الثمن وانفاده وشد الكيس وختمه واحرازه في الصندوق ونحو ذلك ولا أجر له عليه لانه مستحق للربح في مقابلته فان استأجر من يفعل ذلك فلا أجر عليه خاصة لان العمل عليه، فأما ما لا يلبه العامل في العادة مثل النداء على المتاع ونقله الى الحان فليس على العامل عمله وله أن يكثر من عمله لص عليه أحمد لان العمل في المضاربة غير مشروط لمصلحة اشتراطه فرجع فيه الى العرف فان فعل العامل ما لا يلزمه فعله متبرما فلا أجر له وان فعله ليأخذ عليه أجراً فلا شيء له أيضاً في المنصوص عن أحمد وخرج أصحابنا وجها ان له الاجر بناء على التبرك اذا انفرد بعمل لا يلزمه هل له أجر لذلك؟ على روايتين وهذا مثله، والصحيح أنه لا شيء له في الموضوعين لانه عمل في مال غيره عملاً لم يجعل له في مقابلته شيء فليستحق شيئاً كالأجنبي

(فصل) واذا سرق مال المضاربة أو غصب فعلى المضارب طلبه والمخاصمة فيه في أحد الوجهين وفي

المال بالخسران لانه قد يربح فيجبر الخسران لكنه ينقص بما أخذه رب المال وهي العشرة وقسطها من الخسران وهو درهم وتسع ويبقى رأس المال ثمانية وثمانين وثمانية اتساع درهم فان كان أخذ نصف التسعين الباقية بقي رأس المال خمسين لانه أخذ نصف المال فسقط نصف الخسران وإن كان أخذ خمسين بقي أربعة وأربعون وأربعة اتساع ولذلك اذا ربح المال ثم أخذ رب المال بعضه كان ما أخذه من الربح ورأس المال فلو كان رأس المال مائة فربح عشرين فأخذها رب المال بقي رأس المال ثلثة وثمانين وثلاثا لانه أخذ سدس المال فنقص رأس المال سدسه وهو ستة عشر وثلثان وحقها من الربح ثلاثة وثلاث، ولو كان أخذ ستين بقي رأس المال خمسين لانه أخذ نصف المال فبقي نصفه وان كان أخذ خمسين بقي ثمانية وخمسون وثلاث لانه أخذ ربع المال وسدسه بقي ثلثة وربعه وهو ما ذكرنا فان أخذ ستين ثم خسر في الباقي فصار أربعين فردها كان له على رب المال خمسة لان ما أخذه رب المال انفسخت فيه المضاربة فلا يجبر بربحه خسران ما بقي في يده لمفارقتها اياه وقد أخذ منه الربح عشرة لان سدس ما أخذه ربح فكانت العشرة بينهما وإن لم يرد الاربعين كلها بل رد منها الى رب المال عشرين بقي رأس المال خمسة وعشرين

(مسئلة) (فان اشترى سلعتين فربح في احدهما وخسر في الاخرى أو تلفت جبرت

الوضعية من الربح)

اذا دفع الى المضارب الفين فاشترى بكل ألف عبداً فربح في احدهما وخسر في الآخر أو تلف وجب جبر الخسران من الربح ولا يستحق المضارب شيئاً الا بعد كمال الالفين وبه قال الشافعي الا فيما

الآخر ليس عليه ذلك لان المضاربة عقد على التجارة فلا تدخل فيه الخصومة والاول أولى لانه يقتضي حفظ المال ولا يتم ذلك الا بالخصومة والمطالبة سيما اذا كان غائبا عن رب المال إما اسفر المضارب أو رب المال فانه لا يطالب له الا المضارب فان تركه ضاع، فعلى هذا ان ترك الخصومة والطلب به في هذه الحال غرمه لانه ضيعه وفرط فيه، وان كان رب المال حاضراً وعلم الحال لم يلزم العامل طلبه ولا يضمنه اذا تركه لان رب المال أولى بذلك من وكيله

(فصل) واذا اشترى للمضاربة عبداً فقتله عبد لغيره ولم يكن ظهر في المال ربح فالامر الى رب المال ان شاء اقتصر وان شاء عفا على غير مال وتبطل المضاربة فيه لذهاب رأس المال وان شاء عفا على مال فان عفا على مال مثل رأس المال أو أقل أو أكثر فالمضاربة بحالها والربح بينهما على شرطها لانه وجد بدل عن رأس المال فهو كما لو وجد بدله بالبيع وان كان في العبد ربح فالقصاص اليها والمصالحة كذلك لكونها شريكين فيه والحكم في انقراض المضاربة وبقائها على ما تقدم

اذا تلف أحد العبدین فان أصحابه ذكروا فيه وجهاً ثانياً ان التالف من رأس المال لانه بدل أحد الالفين ولو تلف أحد الالفين كان من رأس المال فكذلك بدله

ولنا ان تلفه بعد ان دار في القراض وتصرف في المال بالتجارة فكان تلفه من الربح كما لو كان رأس المال ديناراً فاشترى به سلعتين ولأنهما سلعتان تجبر خسارة احدهما بربح الأخرى فحجر تلفها به كما لو كان رأس المال ديناراً واحداً ولانه رأس مال واحد فلا يستحق المضارب فيه ربحاً حتى يكمل رأس المال كالذي ذكرنا

(مسئلة) (وان تلف بعض رأس المال قبل التصرف فيه انفسخت فيه المضاربة)

وكان رأس المال الباقي خاصة وتال بعض أصحاب الشافعي مذهب الشافعي ان التالف من الربح لان المال انما يصير قراضاً بالقبض فلا فرق بين هلاكه قبل التصرف أو بعده

ولنا انه مال هلك على جهته قبل التصرف فيه فكان رأس المال الباقي كما لو تلف قبل القبض وفارق ما بعد التصرف لانه دار في التجارة وشرع فيما قصد بالمقد من التصرفات المؤدية الى الربح

(فصل) إذا دفع اليه ألفاً مضاربة ثم دفع اليه ألفاً آخر واذن له في ضم أحدهما الى الآخر قبل التصرف

في الاول جاز وصار مضاربة واحدة كما لو دفعها اليه جميعاً، وان كان بعد التصرف في الاول في شراء المتاع لم يجز لان حكم الاول استقر وكان ربحه وخسرانه مختصاً بضم الثاني اليه يوجب جبر خسران أحدهما

بربح الآخر فاذا شرط ذلك في الثاني فسد فان نص الاول جاز ضم الثاني اليه لزوال هذا المعنى وان لم يأذن في ضم الثاني الى الاول لم يجز نص عليه أحمد وقال اسحاق له ذلك قبل ان يتصرف في الاول

ولنا انه أفرد كل واحد بمقد فكانا عقدين لكل عقد حكم نفسه فلا يجبر وضعية أحدهما

بربح الآخر كما لو ناه عن ذلك

(مسئلة) قال (وليس للمضارب ربح حتى يستوفي رأس المال)

يعني أنه لا يستحق أخذ شيء من الربح حتى يسلم رأس المال الى ربه ومتى كان في المال خسران وربح جبرت الوضيمة من الربح سواء كان الخسران والربح في مرة واحدة أو الخسران في صفقة والربح في أخرى أو أحدهما في سفرة والآخر في أخرى لان معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال وما لم يفضل فليس بربح ولا نعلم في هذا خلافاً، وأما ملك العامل لتصيبه من الربح بمجرد الظهور قبل القسمة فظاهر المذهب أنه يثبت هذا الذي ذكره القاضي مذهبا وبه قال أبو حنيفة، وحكى أبو الخطاب رواية أخرى أنه لا يملكه الا بالقسمة وهو مذهب مالك وللشافعي قولان كاللذهبيين واحتج من لم يملكه بأنه لو ملكه لا يخص بربحه ولو يجب أن يكون شريكا لرب المال كشريكي العنان ولنا أن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه وهو أن يكون له جزء من الربح فاذا وجد يجب أن يملكه

(مسئلة) (وان تلف المال ثم اشترى سلعة للمضاربة به فهي له وتمنأ عليه سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن أو جهل ذلك إلا أن يحيزه رب المال)

وذلك لانه اشتراها في ذمته وليست من مال المضاربة فاختصت به لانه لو صح شراؤه للمضاربة لكان مستدينا على غيره والاستدانة على الانسان بغير إذنه لا تجوز، فان أجازه رب المال جاز في إحدى الروايتين والثمن عليه لان من اشترى شيئا لغيره بغير اذنه وقف على إجازته فان أجازه فهو له والا فهو للمشتري وهذا كذلك، والثانية هو للعامل على كل حال لان هذا زيادة في مال المضاربة فلا تجوز (مسئلة) (فان تلف بعد الشراء فالمضاربة بحالها والثمن على رب المال)

لانه دار في التجارة ويصير رأس المال هذا الثمن دون التالف لان الاول تلف قبل التصرف فيه وهذا قول بعض الشافعية ومنهم من قال رأس المال هو التالف حكى عن أبي حنيفة ومحمد بن الحسن ولنا ان التالف تلف قبل التصرف فيه فلم يكن من رأس المال كما لو تلف قبل الشراء فلو اشترى عبدين بمائة فنلف أحدهما وباع الآخر بخمسين فأخذ منها رب المال خمسة وعشرين بقي رأس المال خمسين لان رب المال أخذ نصف المال الموجود فسقط نصف الجبران، ولو لم يتلف العبد وباعها بمائة وعشرين فأخذ رب المال ستين ثم خسر العامل فيما معه عشرين فله من الربح خمسة لان سدس ما أخذه رب المال ربح للعامل نصفه وقد انفسخت المضاربة فيه فلا يجبر به خسران الباقي ويبقى رأس المال خمسين فان اقتسما الربح خاصة ثم خسر عشرين فعلى العامل رد ما أخذه وبقي رأس المال تسعين لان العشرة الباقية مع رب المال تحسب من رأس المال

بحكم الشرط كما يملك المساقى حصته من العمرة لظهورها وقياسا على كل شرط صحيح في عقد ولان هذا الربح مملوك فلا بد له من مالك ورب المال ولا يملكه اتفاقا ولا تثبت أحكام الملك في حقه فلزم أن يكون للمضارب ولانه يملك المطالبة بالقسمة فكان مالكا كأحد شريكي العنان ولا يمنع أن يملكه ويكون وقاية لرأس المال كتنصيب رب المال من الربح وبهذا امتنع اختصاصه بربحه ولانه لو احتص بربح نصيبه لا استحق من الربح أكثر مما شرط له لا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه ثم قال أحمد اذا وطئ المضارب جارية من المضاربة فان لم يكن ظهر في المال ربح لم تكن أم ولده وان ظهر فيه ربح فهي أم ولده وهذا يدل على أنه يملك الربح بالظهور

(فصل) واذا دفع الى رجل مائة مضاربة بخمسة عشر ثم أخذ رب المال منها عشرة فان الخسران لا ينقص به رأس المال لانه قد يربح فيجبر الخسران لكنه ينقص بما أخذه رب المال وهي العشرة وقسطها من الخسران وهو درهم وتسم درهم ورأس المال ثمانين وثمانية دراهم وثمانية أنساع درهم

(فصل) ومهما بقي العقد على رأس المال وجب جبر خسارته من ربحه وان اقتسما الربح قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن المضارب يربح ويضم مرارا فقال يرد الوديعة على الربح الا أن يقبض المال صاحبه ثم يرده اليه فيقول اعمل به ثانية فإربح بعد ذلك لا يجبر به وضعية الاول فهذا ليس في نفسي منه شيء وأما ما لم يدفع فحقى يحتسبا حسابا كالقبض كما قال ابن سيرين، قيل وكيف يكون حسابا كالقبض؟ قال يظهر المال يعني ينض ويحجب فيحتسبان عليه فان شاء صاحب المال قبضه، قيل له فيحتسبان على المتاع؟ فقال لا يحتسبان الا على المتاع لان المتاع قد ينحط سعره ويرتفع. قال أبو طالب قيل لاحمد رجل دفع الى رجل عشرة آلاف درهم مضاربة فوضع فبقيت ألف فحاسبه صاحبها ثم قال له اذهب فاعمل بها فربح؟ قال يقاسمه ما فوق الالف يعني اذا كانت الالف ناضحة حاضرة ان شاء صاحبها قبضها فهذا الحساب الذي كالقبض فيكون أمره بالمضاربة بها في هذه الحال ابتداء مضاربة ثانية كما لو قبضها منه ثم ردها اليه فأما قبل ذلك فلا شيء للمضارب حتى يكمل عشرة آلاف ولو أن رب المال والمضارب اقتسما الربح وأخذ أحدهما شيئا باذن الآخر والمضاربة بحالها ثم خسر المضارب رد ما أخذ من الربح لانه لا تباين انه ليس بربح ما لم تتجبر الخسارة والله أعلم

(مسئلة) (واذا ظهر الربح لم يكن للعامل أخذ شيء الا بأذن رب المال)

لا نعلم في هذا بين اهل العلم خلافا لثلاثة امور، احدها ان الربح وقاية لرأس المال فلا يؤمن الخسران الذي يكون هذا الربح جابر له فيخرج بذلك عن كونه ربحا، الثاني ان رب المال شريكه فلم يكن له مقاسمة نفسه الثالث، ان ملكه غير مستقر عليه لانه بمرض إن يخرج عن يديه لجبران خسارة المال فان اذن رب المال في ذلك جاز لان الحق لا يخرج عنهما

(مسئلة) (واذا طلب العامل البيع فابى رب المال أجبر ان كان فيه ربح وإلا فلا)

وان كان أخذ نصف التسمين الباقية بقي رأس المال خمسين لانه أخذ نصف المال فسقط نصف الحصران وان كان أخذ خمسين بقي أربعة وأربعون وأربعة أضعاف وكذلك اذا ربح المال ثم أخذ رب المال بمضه كان ما أخذه من الربح ورأس المال فلو كان رأس المال مائة فربح عشرين فأخذها رب المال لبقية رأس المال ثلاثة وعشرون وثلاثون لانه أخذ سدس المال فنقص رأس المال سدسه وهو ستة عشر وثلثان وحظها من الربح ثلاثة وثلاثون ولو كان أخذ ستين بقي رأس المال خمسين لانه أخذ نصف المال فبقية نصف المال وان أخذ خمسين بقي ثمانية وخمسين وثلثا لانه أخذ ربع المال وسدسه فبقية ثلثه وربعه وهو ما ذكرناه، وان أخذ منه ستين ثم خسر في الباقي فصار أربعين فردها كان له على رب المال خمسة لان ما اخذه رب المال انفسخت فيه المضاربة فلا يجبر بربحه حصران ما بقي في يده لمفارقتها إياه وقد اخذ من الربح عشرة لان سدس ما اخذه ربح فكانت العشرة بينها وان لم يرد الاربعين كلها بل رد منها الى رب المال عشرين بقي رأس المال خمسة وعشرين

وجملة ذلك ان المضاربة من العقود الجائزة تنفسخ بفسخ احدها ايها كان وعموته والحجر عايه لسفه كالوكالة ، ويستوي في ذلك ما قبل التصرف وبمده فان انفسخت والمال ناض لا ربح فيه أخذه ربه فان كان فيه ربح قسمه على ما شرط فان انفسخت والمال عرض فانفق على يمينه او قسمه جاز لان الحق لها فيجاز ما اتفقا عليه وان طلب العامل البيع فابى رب المال وقد ظهر في المال ربح اجبر رب المال على البيع وهذا قول الثوري واسحاق لان حق العامل في الربح ولا يظهر الا بالبيع وان لم يظهر ربح لم يجبر لانه لا حق له فيه وقد رضيه مالسه كذلك فلم يجبر على بيعه وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وقال بعضهم فيه وجه آخر أنه يجبر لانه ربما زاد فيه راغب فزاد على ثمن المثل فيكون للعامل في البيع حظ ولنا أن المضارب إنما استحق الربح إلى حين الفسخ وذلك لا يعلم إلا بالتقويم ألا ترى أن المستعير إذا غرس أو بنى أو المشتري كان للمعير والشفيع أن يدفعا قيمة ذلك إلى مستحق الارض؟ فهنا أولى وما ذكره من احتمال الزيادة بزيادة راغب على القيمة فأما حدث ذلك بهد فسخ العقد فلا يستحقها العامل (مسئلة) (وإن انفسخ القراض والمال عرض فرضي رب المال أن يأخذ بماله عرضاً أو طلب البيع فله ذلك) أما إذا رضي رب المال أن يأخذ بماله عرضاً فله ذلك لأنه أسقط البيع عن المضارب وأخذ العروض بشئها الذي يحصل من غيره، وأما إذا طلب البيع وأبى العامل فقيه وجهان (أحدهما) يجبر العامل عليه وهو قول الشافعي لان عليه رد المال ناضاً كما أخذه (والثاني) لا يجبر إذا لم يكن في المال ربح وأسقط العامل حقه من الربح لانه بالفسخ زال تصرفه وصار اجنبياً من المال فأشبهه الوكيل إذا اشترى ما يستحق رده نزلت وكالته قبل رده، ولو كان رأس المال دنانير فصار دراهم أو بالعكس فهو كالمال كان عرضاً على ما شرح وإذا نض رأس المال جميعه لم يلزم العامل أن ينض له الباقي لانه شركة بينهما ولا يلزم الشريك أن ينض مال شريكه ولانه إنما لزمه أن ينض رأس المال ليرد اليه المال على صفته ولا يوجد هذا المعنى في الربح .

(فصل) اذا اشترى رب المال من مال المضاربة شيئاً لنفسه لم يصح في احدي الروايتين وهو قول الشافعي ويصح في الاخرى وبه قال مالك والاوزاعي وابو حنيفة لانه قد تعلق حق المضارب به فجاز له شراؤه وكما لو اشترى من مكاتبه أو من عبده المأذون الذي عليه دين ولنا انه ملكه فلم يصح شراؤه له كشرائه من وكيله وعبده المأذون الذي لا دين عليه وفارق المكاتب فان السيد لا يملك ما في يده ولهذا لا يزكيه ، وله اخذ ما فيه شفعة بها ، فأما المأذون له فلا يصح شراء سيده منه بحال ويحتمل ان يصح اذا استغرقتة الديون لان الغرماء يأخذون ما في يده والصحيح الاول لان ملك السيد لم يزل عنه وان استحق اخذه كالمفلس

(فصل) وان اشترى المضارب لنفسه من مال المضاربة ولم يظهر في المال ربح صح نص عليه أحمد وبه قال مالك والثوري والاوزاعي واسحاق وحكي ذلك عن أبي حنيفة وقال أبو ثور البيه باطل لانه شريك . ولنا أنه ملك لغيره فصح شراؤه له كما لو اشترى الوكيل من موكله وإنما يكون شريكاً

(مسألة) (وإن كان ديناً لزم العامل تقاضيه) سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يلزمه إلا أن يظهر ربح لانه لا غرض له في العمل فهو كالوكيل

ولنا أن المضاربة تقتضي رد المال على صفته والديون لا تجري مجرى الناض فلزمه أن ينضه كما لو ظهر ربح وكما لو كان رأس المال عرضاً ، ويفارق الوكيل فانه لا يلزمه رد المال كما قبضه ولهذا لا يلزمه بيع العروض ولا فرق بين كون الفسخ من العامل أو رب المال فان اقتضى منه قدر رأس المال أو كان الدين قدر الربح أو دونه لزم العامل تقاضيه أيضاً لانه إنما يستحق نصيبه من الربح عند وصوله اليها على وجه يمكن قسمته ووصول كل واحد منها إلى حقه لا يحصل ذلك إلا بعد تقاضيه

(فصل) إذا مات أحد المتقارضين أو جن انفسخ القراض وقد ذكرناه فان كان رب المال فأراد الوارث أو وليه أتمامه والمال ناض جاز ويكون رأس المال وحصته من الربح رأس المال وحصه العامل من الربح شركة له مشاع وهذه الاشاعة لا تمنع لان الشريك هو العامل وذلك لا يمنع التصرف ؛ وإن كان المال عرضاً وأرادوا إتمامه فظاهر كلام احمد جوازه لانه قال في رواية علي بن سعيد إذا مات رب المال لم يجز للعامل أن يبيع ويشترى إلا باذن الورثة ، فظاهر هذا إبقاء العامل على قراضه وهو منصوص الشافعي لان هذا إتمام للقراض لا ابتداء له ولان القراض إنما منع منه في العروض لانه يحتاج عند المفاصلة إلى رد مثلها أو قيمتها ويختلف ذلك باختلاف الاوقات وهذا غير موجوده نالان رأس المال غير العروض وحكمه باق ألا ترى أن للعامل أن يبيعه ليسلم رأس المال ويقسم الباقي ؟ وذكر القاضي وجهاً آخر أنه لا يجوز لان القراض قد بطل بالموت وهذا ابتداء قراض على عروض ، قال شيخنا وهذا الوجه أقيس لان المال لو كان ناضاً كان ابتداء قرض وكانت حصه العامل من الربح شركة يختص بها دون رب المال

إذا ظهر ربح لانه إنا يشارك رب المال في الربح لا في أصل المال ومتى ظهر في المال ربح كان شراؤه كشراء أحد الشريكين على ما سنذكره

(فصل) وإن اشترى أحد الشريكين من مال الشركة شيئاً بطل في قدر حقه لانه ملكه وهل يصح في حصة شريكه؟ على وجهين بناء على تفریق الصفقة، وتخرج الصحة في الجميع بناء على أن لرب المال أن يشتري من مال المضاربة لنفسه، وإن اشترى أحد الشريكين حصة شريكه منه جاز لانه يشتري ملك غيره وقال أحمد في الشريكين في الطعام يريد أحدهما بيع حصته من صاحبه: إن لم يكونا بعلمان كيله فلا بأس وإن علما كيله فلا بد من كيله يعني أن من علم مبلغ شيء لم يمه صبرة وإن باعه إياه بالكيل والوزن جاز (فصل) ولو استأجر أحد الشريكين من صاحبه داراً لبحرز فيها مال الشركة أو غرائر جاز نص عليه أحمد في رواية صالح، وإن استأجره لنقل الطعام أو غلامه أو دابته فبها روايتان (إحدهما) الجواز لأن ما جاز أن يستأجر له غير الحيوان جاز أن يستأجر له الحيوان كالأجنبي (والاخرى)

وإن كان المال ناقصاً بتجارة أو تلف كان رأس المال الموجود منه حال ابتداء القراض فلو جوزنا ابتداء القراض ههنا وبناءهما على القراض لصارت حصة المضاربة من الربح غير مختصة به وحصتها من الربح مشتركة بينهما وحسبت عليه العروض بأكثر من قيمتها فما إذا كان المال ناقصاً، وهذا لا يجوز في القراض بلا خلاف وكلام أحمد محمول على أنه يبيع ويشترى بأذن الورثة كبيعته وشرائه بعد انقضاء القراض، فاما إن مات العامل أو جن وأراد رب المال ابتداء القراض مع وارثه أو وليه والمال ناض جاز كما قلنا فيما إذا مات رب المال، وإن كان عرضاً لم يحز ابتداء القراض على العروض بأن تقوم العروض ويجعل رأس المال قيمتها يوم العقدان الذي كان منه العمل قد جن أو مات وذهب عمله ولم يخلف أصلاً يني عليه وارثه بخلاف ما إذا مات رب المال فإن مال القراض موجود ومنافسه موجودة فأمكن استدامة العقد وبناء الوارث عليه، وإن كان المال ناضاً جاز ابتداء القراض فيه فإن لم يبتدئاه لم يكن للوارث شراء ولا بيع لأن رب المال إنما رضي باجتهاد وارثه فإذا لم يررض ببيعته رفعه إلى الحاكم لبيعه فإن كان الميت رب المال فليس للعامل الشراء لأن القراض انفسخ وأما البيع فالحكم فيه وفي التقويم واقتضاء الدين على ما ذكرناه إذا انفسخت المضاربة ورب المال حي

(مسئلة) (وان قارض في المرض فالربح من رأس المال وإن زاد على أجر المثل)

إذا قارض في مرضه صح لانه عقد يتبعى فيه الفضل أشبه البيع والشراء وللعامل ما شرط له وإن زاد على أجر مثله ولا يحتسب به من ثمنه لأن ذلك غير مستحق من رب المال وإنما حصل بعمل المضارب فما يوجد من الربح المشروط يحدث على ملك العامل ولا يراحم به أصحاب الوصايا لانه لو أقرض المال كان الربح كله للمقرض فبعضه أولى وهذا بخلاف مالو حاجي الأجير في الأجرة فإنه يحتسب بما حباها من ثمنه لأن الأجر يؤخذ من ماله، ولو شرط في المساقاة والمزراعة أكثر من أجر المثل احتمل أن لا

لا يجوز لان هذا لا نجب الاجرة فيه الا بالعمل ولا يمكن ايفاء العمل في المشترك لان نصيب المستأجر غير متميز من نصيب المؤجر فاذا لاتبج الاجرة ، والدار والفرائر لا يعتبر فيهما ابقاع العمل انما نجب بوضع العين في الدار فيمكن تسليم المقود عليه

(مسئلة) (قال واذا اشترى سلعتين فربح في احدهما وخسر في الاخرى جبرت

الوضيعة من الربح)

وجملته انه اذا دفع الى المضارب الفين فاشترى بكل ألف عبدا فربح في أحدهما وخسر في الآخر أو تلف وجب جبر الخسران من الربح ولا يستحق المضارب شيئا الا بعد كمال الالفين وبهذا قال الشافعي الا فيها اذا تلف احد العبدين فان اصحابه ذكروا فيه وجها نانيا ان التالف من راس المال لانه بدل احد الالفين ولو تلف أحدا الالفين كان رأس المال فكذلك بدله، ولنا انه تلف بعد ان دار في القراض وتصرف

يحتسب به من ثلثه لان الثمرة تخرج على ملكيها كالربح في المضاربة واحتمل أن يكون من ثلثه لان الثمرة زيادة في ملكه خارجة من عينه والربح لا يخرج من عين المال إنما يحصل بالتقايب

(مسئلة) (ويقدم به على سائر الفرماه اذا مات رب المال) لانه يملك الربح بالظهور فكان شريكا فيه ولان حقه متعلق بعين المال دون الذمة فكان متقدماً على المتعلق بالذمة كحقوق الجناية أو كالمهرن (مسئلة) (وان مات المضارب ولم يعرف مال المضاربة فهو دين في تركته)

وكذلك الوديمة ولصاحبه أسوة الفرماه وقال الشافعي ايس على المضارب شيء لانه لم يكن في ذمته وهو حي ولم يعلم حدوث ذلك بالموت فانه يحتمل أن يكون المال قد هلك

ولنا أن الاصل بقاء المال في يده واختلاطه بجملة التركة ولا سبيل الى معرفة عينه فكان دينياً كالوديمة اذا لم يعرف عينها وكما اذا خلطها بماله على وجه لا يتميز منه ولانه لا سبيل الى اسقاط حق رب المال لان الاصل بقاءه ولم يوجد ما يعارض ذلك وبخالفه ولا سبيل الى اعطائه عيناً من التركة لانه يحتمل أن تكون غير مال المضاربة فلم يبق إلا تعلقه بالذمة

(فصل) قال رضي الله عنه (والعامل أمين والقول قوله فيما يدعيه من هلاك وخسران) لانه متصرف في مال غيره باذنه لا يختص بنفعه أشبه الوكيل بخلاف المستمير فان قبضه لمنفته خاصة والقول قوله فيما يدعيه من تلف المال أو بمضه أو خسارة فيه ولا ضمان عليه في ذلك كالوكيل والقول قوله فيما يدعي عليه من خيانة أو تفريط وفيما يدعي أنه اشتراه لنفسه أو للقراض لان الاختلاف ههنا في نيته وهو أعلم بها لا يطلع عليها غيره فكان القول قوله فيما نواه كما لو اختلف الزوجان في نية الزوج بكتابة الطلاق ولانه أمين في الشراء فكان القول قوله كالوكيل ، ولو اشترى عبداً فقال رب المال كنت نيتك عن شرائه فأنكر العامل فالقول قوله لان الاصل عدم التهي ولا نعلم في هذا كله خلافاً وكذلك القول قوله في

في المال بالتجارة فكان تلفه من الربح كما لو كان رأس المال دينارا واحدا فاشترى به سلعتين ولأنهما سلعتان نجبر خسارة إحداهما بربح الأخرى نجبر تلفها به كما لو كان رأس المال دينارا ولأنه رأس مال واحد فلا يستحق المضارب فيه ربحا حتى يكمل رأس المال كالذي ذكرنا، فاما ان تلف أحد الالفين قبل الشراء به والتصرف فيه أو تلف بعضه انفسخت المضاربة فيما تلف وكان رأس المال الباقي خاصة، وقال بعض الشافعية مذهب الشافعي أن التالف من الربح ورأس المال الالفان معاً لأن المال إنما يصيره قراضا بالقبض فلا فرق بين هلاكه قبل التصرف وبعده

ولنا انه مال هلك على جهته قبل التصرف فيه فكان رأس المال الباقي كما لو تلف قبل القبض وفارق ما بعد التصرف لانه دار في التجارة وشرع فيما قصد بالعقد من التصرفات المؤدية الى الربح . (فصل) وإذا دفع اليه الفاضلة مضاربة ثم دفع اليه ألفا آخر مضاربة وأذن له في ضم أحدهما الى الآخر قبل التصرف في الاول جاز وصاروا مضاربة واحدة كما لو دفعهما اليه مرة واحدة، وان كان بعد التصرف في الاول في شراء المتاع لم يجز لان حكم الاول استقر فكان ربحه وخسرانه مختصا به فضم الثاني اليه يوجب جبران خسران أحدهما بربح الآخر، فاذا شرط ذلك في الثاني فسد فان نص الاول جاز ضم الثاني اليه لزوال هذا المعنى وان لم يأذن له في ضم الثاني الى الاول لم يجز له ذلك نص عليه أحمد وقال اسحاق له ذلك قبل ان يتصرف في الاول

قدر رأس المال كذلك قال الثوري واسحاق واصحاب الرأي حكاه عنهم ابن المنذر وقال اجمع على هذا كل من يحفظ عنه من اهل العلم وبه نقول لانه يدعى عليه قبض شيء وهو ينكره والقول قول المنكر .
مسئلة (والقول قول رب المال في رده اليه مع يمينه) نص عليه احمد واصحاب الشافعي وجهان احدهما كقولنا والآخر يقبل قول العامل لانه امين ولان معظم النفع لرب المال فالعامل كالودع وينبغي ان يخرج لنا مثل ذلك بناء على دعوى الوكيل الرد إذا كان يجعله، ووجه الاول انه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالستير ولان رب المال منكر والقول قول المنكر والودع لا نفع له في الودعة وقولهم ان معظم النفع لرب المال ممنوع وان سلم الا ان المضارب لم يقبضه الا لنفع نفسه لم يأخذه لنفع رب المال .

مسئلة (وفي الجزء المشروط للعامل) اذا اختلفا فيما شرط للعامل ففيه روايتان (إحداهما) القول قول رب المال نص عليه في رواية ابن منصور وسندي وبه قال الثوري واسحاق وأبو ثور واصحاب الرأي وابن المنذر لان رب المال منكر للزيادة التي ادعاها العامل والقول قول المنكر (والثانية) ان العامل ان ادعى أجر المثل أو ما يتغابن الناس به فالقول قوله لان الظاهر صدقه وان ادعى أكثر فالقول قول رب المال فيما زاد على أجر المثل كالزوجين اذا اختلفا في الصداق وقال الشافعي يتحالفان لأنهما اختلفا في عوض عقد فيتحالفان كالمتبايعين

ولنا انه أفرد كل واحد بمقد فكنا عقدين لكل عقد حكم نفسه ولا تجبر وضعة أحدهما بربح الآخر كما لو نهاه عن ذلك

(فصل) قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن المضارب يربح ويضع مرارا فقال برد الوضعة على الربح الا أن يقبض المال صاحبه ثم يرده اليه فيقول اعمل به ثانية فأربح بعد ذلك لا تجبر به وضعة الاول فهذا ليس في نفسي منه شيء وأما ما لم يدفع اليه حتى يحسب حسابا كالقبض كما قال ابن سيرين ، قيل وكيف يكون حسابا كالقبض ؟ قال يظهر المال يعني ينض ويجيء فيحتسبان عليه فان شاء صاحب المال قبضه، قيل له فيحتسبان على المتاع فقال لا يحسبان الا على الناض لان المتاع قد ينحط سعره ويرتفع ، قال أبو طالب قيل لاحد رجل دفع الى رجل عشرة آلاف درهم مضاربة فوضع فبقيت ألف فحاسبه صاحبها ثم قال له اذهب فاعمل بها فربح ؟ قال يقاسمه ما فوق الالف يعني اذا كانت الالف ناضة حاضرة ان شاء صاحبها قبضها فهذا الحساب الذي كالقبض فيكون أمره بالمضاربة بها في هذه الحال ابتداء مضاربة ثانية كما لو قبضها منه ثم ردها اليه فأما قبل ذلك فلا شيء للمضارب حتى يكمل عشرة آلاف، ولو ان رب المال والمضارب اقتسما الربح أو أخذ أحدهما منه شيئا باذن صاحبه والمضاربة بحالها ثم سافر المضارب به فخرس كان على المضارب رد ما أخذه من الربح لا تاتيئنا انه ليس بربح ما لم تنجبر الخسارة

ولنا قول النبي ﷺ «ولكن اليمين على المدعى عليه» ولانه اختلاف في المضاربة فلم يتحالفوا كسائر ما قدمنا اختلافها فيه والمتبايعان يرجعان على رءوس امولهما بخلاف ما نحن فيه

(مسئلة) (وان قال أذنت لي في البيع نساء وفي الشراء بخمسة فأنكره رب المال وقال انما أذنتك في البيع نقدا وفي الشراء باربعة فالقول قول العامل)

نص عليه أحمد وبه قال أبو حنيفة وقيل القول قول رب المال وهو قول الشافعي لان الاصل عدم الاذن ولان القول قول رب المال في أصل الاذن فكذلك في صفته . ولنا أنها اتفقا على الاذن واحتلغا في صفته فكان القول قول العامل كما لو قال نيتك عن شراء عبد فأنكر النهي .

(مسئلة) (وان قال رجحت الفأثم خسرتها أو تلفت قبل قوله) لانه أمين يقبل قوله فقبل في الخسارة كالوكيل :

(مسئلة) (وان قال غلظت أو نسيت لم يقبل قوله) لانه مقر بحق لا دمي فلم يقبل قوله في الرجوع عنه كما لو أقر بان رأس المال الف ثم رجع ولو ان العامل خسرت فقال لرجل أقرضني ما أتم به رأس المال لا عرضه على ربه فاني أخشى ان ينزعه مني ان علم بالخسارة فافرضه فعرضه على رب المال فقال هذا رأس مالك فأخذه فله ذلك ، ولا يقبل رجوع العامل عن اقراره ان رجع ولا شهادة المقرض له لانه يجبر الى نفسه فعلاً وليس له مطالبة رب المال لان العامل ملكه بالقرض ثم سلمه الى رب المال وأقر أنه له ولكن يرجع المقرض على العامل لا غير

(فصل) وإذا قارض في مرضه صح لانه عقد يبتقى به الفضل فأشبهه البيع والشراء وللعامل ما شرط له من الربح وان زاد على شرط مثله وإلا يحتسب به من ثلثه لان ذلك غير مستحق من مال رب المال وإنما حصل بعمل المضارب في المال فما يوجد من الربح المشروط يحدث على ملك العامل بخلاف ما لو حاجب الاجير في الاجر فانه يحتسب بما حاجبه من ثلثه لان الاجر يؤخذ من ماله، ولو شرط في المساقاة والمزارعة أكثر من أجر المثل احتمل ان لا يحتسب به من ثلثه لان الثمرة تخرج على ما كيها كالربح في المضاربة واحتمل ان يكون من ثلثه لان الثمرة زيادة في ملكه خارجة عن عينه والربح لا يخرج عن يمين المال إنما يحصل بالتقليب

(فصل) وإذا مات رب المال قدمنا حصة العامل على غرمائه ولم يأخذوا شيئاً من نصيبه لانه يملك الربح بالظهور فكان شريكاً فيه وليس لرب المال شيء من نصيبه فهو كالشريك بماله ولان حقه متعلق بيمين المال دون الذمة فكان مقدماً كحق الجناية ولانه متعلق بالمال قبل الموت فكان أسبق كحق الرهن

(فصل) وان مات المضارب ولم يعرف مال المضاربة بينه صار ديناً في ذمته ولصاحبه أسوة الغرماء وقال الشافعي ليس على المضارب شيء لانه لم يكن له في ذمته وهو حي شيء ولم يعلم حدوث ذلك بالموت فانه يحتمل ان يكون المال قد هلك

(فصل) وإذا دفع رجل الى رجلين مالا قراضاً على النصف فنصف المال وهو ثلاثة آلاف فقال رب المال رأس المال الفان صدقته احدهما وقال الآخر بل هو الف فالقول قول المنكر مع يمينه فاذا حلف أنه الف فالربح الفان ونصيبه منهما خمسمائة يبقى الفان وخمسمائة يأخذ رب المال الفين لان الآخر يصدقه يبقى خمسمائة ربحاً بين رب المال والعامل الآخر يقتسمانه اثلاثاً لرب المال ثلثها وللعامل ثلثها وذلك لان نصيب رب المال نصف الربح ونصيب العامل ربه فيقسم بينهما باقي الربح على ثلاثة وما أخذه الحالف فيما زاد على قدر نصيبه كالتالف منها والتالف يحسب في المضاربة من الربح وهذا قول الشافعي

(فصل) اذا دفع الى رجل الفاً يتجر فيه فربح فقال العامل كان قرضاً لي ربحه كله وقال رب المال كان قرضاً ربحه بيننا فالقول قول رب المال لانه ملكه فكان القول قوله في صفة خروجه عن يده فاذا حلف قسم الربح بينهما، ويحتمل ان يتحالفا ويكون للعامل أكثر الامرين مما شرط له من الربح أو أجر مثله لانه ان كان الاكثر نصيبه من الربح فرب المال معترف له به وهو يدعي الربح كله وان كان أجر مثله أكثر فالقول قوله في عمله كما أن القول قول رب المال في ماله فاذا حلف قبل قوله في أنه ما عمل بهذا الشرط إنما عمل لغرض لم يسلم له فيكون له أجر المثل، فان أقام كل واحد منهما بينه (المغني والشرح الكبير) (٢٣) (الجزء الخامس)

ولنا ان الاصل بقاء المال في يده واحتلاله بحملة التركة ولا سبيل الى معرفة عنه فكان ديننا كالوديعة اذا لم تعرف عنها ولا انه لا سبيل الى اسقاط حق رب المال لان الاصل بقاؤه ولم يوجد ما يعارض ذلك وبخالفه ولا سبيل الى اعطائه عينا من هذا المال لانه يحتمل ان يكون من غير مال المضاربة فلم يبق الا تعلقه بالذمة

﴿مسئلة﴾ قال (واذا تبين للمضارب ان في يده فضلا لم يكن له اخذ شيء

منه الا باذن رب المال)

وجلت ان الربح اذا ظهر في المضاربة لم يجز للمضارب اخذ شيء منه بغير إذن رب المال لانعلم في هذا بين أهل العلم خلافا وانما لم يملك ذلك لامور ثلاثة (أحدها) ان الربح وقاية لرأس المال فلا يأمن الخسران الذي يكون هذا الربح جابراً له فيخرج بذلك عن ان يكون ربها (الثاني) ان رب المال شريكه فلم يكن له مقاسمة نفسه (والثالث) ان ملكه عليه غير مستقر لانه بعرض ان يخرج عن يده بجبران خسارة المال وان أذن رب المال في اخذ شيء جاز لان الحق لها لا يخرج عنها

(فصل) وان طلب أحدهما فسمه الربح دون رأس المال وأبى الآخر قدم قول المنتع لانه ان كان رب المال فلا يأمن الخسران في رأس المال فيجبره بالربح وان كان العامل فانه لا يأمن ان يلزمه رد

بذعواه فنص أحمد في رواية مهنا أهمها يتعارضان ويقسم المال بينهما نصفين، وان قال رب المال كان بضاعة وقال العامل كان قراضاً احتمل أن يكون القول قول العامل لان عمله فيكون القول قوله فيه ويحتمل ان يتحالفا ويكون للعامل أقل الامر من نصيبه من الربح أو أجر مثله لانه يدعي أكثر من نصيبه من الربح فلم يستحق زيادة وان كان الاقل أجر مثله فلم يثبت كونه قراضاً فيكون له أجر عمله، وان قال رب المال كان بضاعة وقال العامل كان قراضاً حلف كل واحد منهما على إنكار ما اداه خصمه وكان للعامل أجر عمله لا غير وان خسر المال أو تلف فقال رب المال كان قراضاً وقال العامل كان قراضاً أو بضاعة فالقول قول رب المال

(فصل) وإذا شرط المضارب النفقة ثم ادعى انه انفق من ماله واراد الرجوع فله ذلك سواء كان المال باقياً في يديه او قد رجع الى مالكه وبه قال ابو حنيفة اذا كان المال في يديه وليس له ذلك بصد رده .

ولنا انه امين فكان القول قوله في ذلك كما لو كان باقياً في يديه وكالوصي اذا ادعى النفقة على اليتيم (فصل) اذا كان عبد بين رجلين فباعه احدهما بامر الآخر بالف وقال له اقض ثمنه وادعى المشتري انه قبضه وصدقه الذي لم يبيع برى المشتري من نصف ثمنه لاعتراف شريك البائع بقض وكيله حقه فبرى المشتري منه كما لو أقر بقضه بنفسه وتبقى الخصومة بين البائع وشريكه والمشتري

ما أخذ في وقت لا يقدر عليه وان تراضيا على ذلك جاز لان الحق لهما وسواء اتفقا على قسمة جميعه أو بعضه أو على ان يأخذ كل واحد منها شيئا معلوما ينفقه، ثم متى ظهر في المال خسران أو تلف كله لزم العامل رد اقل الامرين مما أخذه أو نصف خسران المال اذا اقتسما الربح نصفين وبهذا قال الثوري والشافعي واسحاق، وقال أبو حنيفة لا تجوز القسمة حتى يستوفي رب المال ماله، قال ابن المنذر اذا اقتسما الربح ولم يقبض رب المال رأس ماله فأكثر أهل العلم يقولون برد العامل الربح حتى يستوفي رب المال ماله

ولنا على جواز القسمة ان المال لهما فجاز لهما ان يقنسا بعضه كالشريكين أو نقول انهما شريكان فجاز لهما قسمة الربح قبل المفاصلة كشريكي العنان

(فصل) والمضاربة من العقود الجائزة تنفسخ بفسخ أحدهما أيهما كان وبموته ووجونه والحجر عليه لسفه لانه متصرف في مال غيره باذنه فهو كالوكيل ، ولا فرق بين ما قبل التصرف وبعده فاذا انفسخت والمال ناض لا ربح فيه أخذه ربه وإن كان فيه ربح قسما الربح على ما شرطاه ، وإن انفسخت والمال عرض فاتفقا على بيعه أو قسمة جاز لان الحق لهما لا يعدوهما، وان طلب العامل البيع وأبى رب المال وقد ظهر في المال ربح أجبر رب المال على البيع وهو قول اسحاق والثوري لان حق العامل في الربح ولا يظهر إلا بالبيع وان لم يظهر ربح لم يجبر لانه لا حق له فيه وقد رضيه مالكة كذلك فلم يجبر على

فان خاصمه شريكه وادعى عليه أنك قبضته نصيبى من الثمن فأنكر فالقول قوله مع يمينه فان كان للدعي يمينه حكم بها ولا تقبل شهادة المشتري له لانه يجبرها الى نفسه نفعا وان خاصم البائع المشتري فالقول قول البائع مع يمينه في عدم القبض لانه منكر فاذا حلف أخذ من المشتري نصف الثمن ولا يشاركه فيه شريكه لانه يقر انه يأخذه ظلما فلا يستحق مشاركته فيه وان كانت للمشتري يمينه حكم بها ولا تقبل شهادة شريكه عليه لانه يجبرها الى نفسه نفعا ومن شهد شهادة يجبرها الى نفسه نفعا بطلت شهادته في الكل، ولا فرق بين مخاصمة الشريك قبل مخاصمة المشتري أو بعدها وان ادعى المشتري ان شريك البائع قبض الثمن منه فصدقه البائع نظرت فان كان البائع أذن لشريكه في القبض فهي كالتى قبها وان لم يأذن له فيه لم تبرأ ذمة المشتري من شيء من الثمن لان البائع لم يوكله في القبض فقبضه لا يلزمه ولا يبرأ المشتري منه كما لو دمه الى أجنبي، ولا يقبل قول المشتري على شريك البائع لانه ينكره وللبائع بقدر نصيبه لا غير لانه مقر ان شريكه قبض حقه ويلزم المشتري دفع نصيبه اليه من غير يمين لان المشتري مقر ببقاء حقه وان دفعه الى شريكه لم تبرأ ذمته فاذا قبض حقه فلشريكه مشاركته فيما قبض لان الدين لهما ثابت بسبب واحد فما قبض منه يكون بينهما كما لو كان ميراثا وله ان لا يشاركه ويطلب المشتري بحقه كله ويحتمل أن لا يملك الشريك مشاركته فيما قبض لان كل واحد منهما يستحق ثمن نصيبه الذي ينفرد به فلم يكن لشريكه مشاركته فيما قبض من ثمنه كما لو باع كل واحد نصيبه في

يعه وهذا ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم فيه وجه آخر انه يجبر على البيع لانه ربما زاد فيه زائد أو رغب فيه راغب فزاد على من المثل فيكون للعامل في البيع حظ

ولنا أن المضارب إنما استحق الربح الى حين الفسخ وذلك لا يعلم إلا بالتقوم ألا ترى أن المستير اذا غرس أو بنى أو المشتري كان للمير والشفيع أن يدفعوا قيمة ذلك لانه مستحق للارض فهنا أولى وما ذكره من احمال الزيادة بزيادة ما يزيد أو راغب على قيمته فانما حدث ذلك بعد فسخ العقد فلا يستحقها العامل، وان طلب رب المال الليم وأبى العامل ففيه وجهان (أحدهما) يجبر العامل على الليم وهو قول الشافعي لان عليه رد المال ناضا كما أخذه (والثاني) لا يجبر اذا لم يكن في المال ربح أو أسقط حقه من الربح لانه بالفسخ زال تصرفه وصار أجنياً من المال فأشبه الوكيل اذا اشترى ما يستحق رده فزالت وكالته قبل رده، ولو كان رأس المال دائير فصار دراهم أو دراهم فصار دنانير فهو كما لو كان عرضا على ما شرح، واذا نص رأس المال جميعه لم يلزم العامل أن ينص له الباقي لانه شركة بينهما ولا يلزم الشريك أن ينص مال شريكه ولانه انما لزمه أن ينص رأس المال ليرد اليه رأس ماله على صفته ولا يوجد هذا المعنى في الربح

(فصل) وان انفسخ انقراض والمال دين لزم العامل تقاضيه سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان ظهر ربح لزمه تقاضيه وان لم يظهر ربح لم يلزمه تقاضيه لانه لا غرض له في العمل فهو كالوكيل

صفقة، ويخالف الميراث لان سبب استحقاق الورثة لا يتبعض فلم يكن للورثة تبعضه وههنا يتبعض لانه اذا كان البائع اثنين كان بمنزلة عقدين ولان الوارث نائب عن الموروث فكان ما يقبضه للموروث يشترك فيه جميع الورثة بخلاف مسئلتنا فان ما يقبضه لنفسه، فان قلنا له مشاركته فيما قبض فعليه اليمين أنه لم يستوف حقه من المشتري وبأخذ من القابض نصف ما قبضه ويطلب المشتري ببقية حقه اذا حلف له أيضاً أنه ما قبض منه شيئاً وليس للمقبوض منه ان يرجع على المشتري بعوض ما أخذ منه لانه مقر ان المشتري قد برئت ذمته من حق شريكه وإنما أخذ منه ظلماً فلا يرجع بما ظلمه هذا على غيره، وإن خاصم المشتري شريك البائع وادعى عليه انه قبض الثمن منه وكانت له بينة حكم بها وتقبل شهادة البائع له اذا كان عدلاً لانه لا يجبر الى نفسه فقماً ولا يدفع عنه ضرراً لانه اذا ثبت ان شريكه قبض الثمن لم يملك مطالبته بشيء لانه ليس بوكيل له في القبض فلا يقع قبضه له هكذا ذكر بعض أصحابنا، قال شيخنا وعندي لا تقبل شهادته له لانه يدفع عن نفسه ضرر مشاركة شريكه له فيما يقبضه من المشتري فاذا لم يكن بينة فحلف اخذ من المشتري نصف الثمن وان نكل أخذ المشتري منه نصفه

(فصل) واذا كان العبد بين اثنين ففصب رجل نصيب أحدهما بان يستولي على العبد ويمنع أحدهما

ولنا أن المضاربة تقتضي ردرأس المال على صفته والديون لا تجري مجرى الناض فلزمه أن ينضه كما لو ظهر في المال ربح وكما لو كان رأس المال عرضا ويفارق الوكيل فانه لا يلزمه رد المال كما قبضه ولهذا لا يلزمه بيع العروض، ولا فرق بين كون الفسخ من العامل أو رب المال فان اقتضى منه قدر رأس المال أو كان الدين قدر الربح أو دونه لزم العامل تقاضيه أيضا لانه إنما يستحق نصيبه من الربح عند وصوله اليها على وجه يمكن قسمته ووصول كل واحد منها الى حقه منه ولا يحصل ذلك إلا بعد تقاضيه

(فصل) وأي المتقارضين مات أو جن انفسخ القراض لانه عقد جائز فانفسخ بموت أحدهما وجنونه كالتوكيل فان كان الموت أو الجنون برب المال فأراد الوارث أو وايه أتمامه والمال ناض جاز ويكون رأس المال وحصته من الربح رأس المال وحصة العامل من الربح شركة له مشاعة وهذه الاشاعة لا تمنع لان الشريك هو العامل وذلك لا يمنع التصرف ، فان كان المال عرضا وأرادوا إتمامه فظاهر كلام أحمد جوازه لانه قال في رواية على بن سعيد اذا مات رب المال لم يجز للعامل أن يبيع ولا يشتري الا باذن الورثة، فظاهر هذا بقاء العامل على قراضه وهو منصوص الشافعي لان هذا أمام للقراض لا ابتداء له ولان القراض إنما منع منه في العروض لانه يحتاج عند المفاصلة الى رد مثلها أو قيمتها ويختلف ذلك باختلاف الاوقات وهذا غير موجود ههنا لان رأس المال غير العروض وحكمه باق .

الاتفاق دون الآخر ثم ان مالك نصفه والغاصب باع البعد صفقة واحدة صح في نصيب المالك وبطل في نصيب الغاصب، وان وكل الشريك الغاصب او وكل الغاصب الشريك في البيع فباع البعد كله صفقة واحدة بطل في نصيب الغاصب في الصحيح وهل يصح في نصيب الشريك؟ على روايتين بناء على تقريب الصفقة وقد بطل البيع في بعضها فيبطل في سائرهما بخلاف ما إذا باع المالك والغاصب فلهما عقدان لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان ولو أن الغاصب ذكر للمشتري أنه وكيل في نصفه لصح في نصيب الآذن لكونه كالعقد المنفرد .

(فصل) إذا كان لرجلين دين بسبب واحد اما عقد أو ميراث أو استهلاك أو غير ذلك فقبض أحدهما منه شيئاً فللاخر مشاركة فيه في ظاهر المذهب وعن احمد ما يدل على أن لأحدهما أخذ حقه دون صاحبه ولا يشاركه الآخر فيما أخذ وهو قول أبي العالية وأبي قلابة وابن سيرين وأبي عبيد ، قيل لاحد بت أنا وصاحبي متاعاً بيني وبينه فأعطاني حقي وقال هذا حقك خاة وأنا أعطي شريكك بعد؟ قال لا يجوز قيل له فان أخره أو أبرأه من حقه دون صاحبه؟ قال يجوز، قيل فقد قال ابو عبيد يجوز أن يأخذ دون صاحبه إذا كان له أن يؤخر ويبرئه دون صاحبه فذكر فيها ثم قال هذا يشبه الميراث إذا أخذ منه بعض الورثة دون بعض وقد قال ابن سيرين وابو قلابة وأبو العالية من أخذ شيئاً فهو نصيبه قال فرأيت قد احتج له وأجازه قال أبو بكر العمل عندي على مارواه حنبل وجرب أنه لا يجوز أن يكون نصيب

ألا نرى أن للعامل أن يبيعه بسلم رأس المال ويقسم الباقي وذكر القاضي وجهاً آخر أنه لا يجوز لأن القراض قد بطل بالموت وهذا ابتداء قراض على عروض وهذا الوجه أقيس لأن المال لو كان ناضاً كان ابتداء قراض وكانت حصة العامل من الربح شركة له يختص بها دون رب المال، وإن كان المال ناضاً بخسارة أو تلف كان رأس المال الموجود منه حال ابتداء القراض فلو جوزنا ابتداء القراض ههنا وبناءهما على القراض لصارت حصة العامل من الربح غير مختصة به وحصتها من الربح مشتركة بينهما وحسبت عليه العروض بأكثر من قيمتها فإذا كان المال ناقصاً وهذا لا يجوز في القراض بخلافه، وكلام أحمد يحمل على أنه يبيع ويشترى بأذن الورثة كبيعهم وشراؤه بعد انفساخ القراض. فأما مات العامل أو جن وأراد ابتداء القراض مع وارثه أو وليه فإن كان ناضاً جاز كما قلنا فيما إذا مات رب المال وإن كان عرضاً لم يجز ابتداء القراض إلا على الوجه الذي يجوز ابتداء القراض على العروض بان تقوم عروض ويجعل رأس المال قيمتها يوم العقد لأن الذي كان منه انعمل قد مات أو جن وذبح عمله ولم يخلف أصلاً يبي عليه وارثه بخلاف ما إذا مات رب المال فإن المال المقارض عليه موجود ومنافعه موجودة فأمكن استدامة العقد وبناء الوارث عليه، وإن كان المال ناضاً جاز ابتداء القراض فيه إذا اختار ذلك فإن لم يتدناه لم يكن للوارث شراء ولا بيع لأن رب المال إنما رضي باجتهاد مورثه فإذا لم يرض ببيعه رفته إلى الحاكم لبيعه فأما إن كان الميت رب المال فليس للعامل الشراء لأن القراض انفسخ فأما البيع فإن الحكم فيه وفي التقويم واقتضاء الدين على ما ذكرناه إذا فسخت المضاربة ورب المال حي

القابض له فيما أخذه لما في ذلك من قسمة الدين في الذمة من غير رضا الشريك فيكون المأخوذ والباقي جميعاً مشتركاً، ولغير القابض الرجوع على القابض بحصته من الدين سواء كان المال باقياً في يده أو أخرجه عنها برهن أو قضاء دين أو غيره، وله أن يرجع على الغريم لأن الحق ثبت في ذمته لما على وجه سواء فليس له تسليم حق أحدهما إلى الآخر فإن أخذ من الغريم لم يرجع على الشريك بشيء لأن حقه ثبت في أحد المحلين فإذا اختار أحدهما سقط حقه من الآخر، وليس للقابض منعه من الرجوع على الغريم بأن يقول أنا أعطيك نصف ما قبضت بل الخيرة إليه من أيها شاء قبض فإن قبض من شريكه شيئاً رجع الشريك على الغريم بمثله فإن هلك المقبوض في يد القابض تعين حقه فيه ولم يضمه للشريك لأنه قدر حقه فما تعدى بالقبض وإنما كان لشريكه مشاركته لثبوته في الأصل مشتركاً وإن أبرأ أحد الشريكين من حقه برئ منه لأنه بمنزلة تلفه ولا يرجع على غيره بشيء وإن أبرأ أحدهما من عشر الدين ثم قبضا من الدين شيئاً اقتسماه على قدر حقهما في الباقي للبريء أربعة أنساعه ولشريكه خمسة أنساعه فإن قبضا نصف الدين ثم أبرأ أحدهما من عشر الدين كله نفذت براءة في خمس الباقي وما بقي بينهما على ثمانية للبريء ثلاثة أنمائه وللآخر خمسة أنمائه فما قبضاه بعد ذلك اقتسماه على هذا، وإن اشترى أحدهما بنصيبه ثوباً أو غيره فلا خسر لإبطال الشراء فإن بذل له المشتري نصف الثوب ولا يبطل البيع لم يلزمه ذلك وإن

(فصل) اذا تلف المال قبل الشراء انفسخت المضاربة لزوال المال الذي تعلق العقد به وما اشترى بعد ذلك للمضاربة فهو لازم له والتمن عليه سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن او جهل ذلك وهل يقف على اجازة رب المال ، على روايتين (احدهما) ان اجازته فالتمن عليه والمضاربة بجالها وان لم يجزه لزم العامل (والثانية) هو للعامل على كل حال فان اشترى للمضاربة شيئاً فتلف المال قبل نقده فالشراء للمضاربة وعقدها باق ويلزم رب المال الثمن ويصير رأس المال الثمن دون التالف لان الاول تلف قبل التصرف فيه وهذا قول بعض الشافعية ومنهم من قال رأس المال هذا والتالف وحكي ذلك عن ابي حنيفة ومحمد بن الحسن

ولنا ان التالف تلف قبل التصرف فيه فلم يكن من رأس المال كما لو تلف قبل الشراء ، ولو اشترى عبيد بمال المضاربة فتلف أحد العبيد كان تلفه من الربح ولم ينقص رأس المال بتلفه لانه تلف بعد التصرف فيه، وان تلف العبدان كلاهما انفسخت المضاربة لزوال مالها كله فان دفع اليه رب المال بعد ذلك ألفاً كان الالف رأس المال ولم يضم الى المضاربة الاولى لانها انفسخت لذهاب مالها

﴿مسئلة﴾ (قال واذا اتفق رب المال والمضارب على ان الربح بينهما والوضيعة عليهما

كان الربح بينهما والوضيعة على المال)

وجملته انه متى شرط على المضارب ضمان المال أو سهما من الوضيعة فالشرط باطل لانظر فيه خلافاً

أجاز البيع لملك نصف الثوب انبنى على بيع الفضولي هل يقف على الاجازة او لا ؟ وإن أخر أحدهما حقه من الدين جاز لانه لو أسقط حقه جاز فتأخيره أولى فان قبض الشريك بعد ذلك شيئاً لم يكن لشريكه الرجوع عليه بشيء ذكره القاضي ، والاولى أن له الرجوع لان الدين الحلال لا يتأجل بالتأجيل فوجود التأجيل كعدمه ، واما إذا قلنا بالرواية الاخرى وأن ما قبضه احدهما له دون صاحبه فوجهها ان مافي الذمة لا ينتقل إلى العين إلا بتسليمه إلى غريمه او وكيله وما قبضه أحدهما فليس لشريكه فيه قبض ولا لوكيله فلا يثبت له فيه حق ويكون لقا بوضه ثبوت يده عليه بحق فأشبهه مالو كان الدين بسببين وليس هذا قسمة الدين في الذمة وإنما تعين حقه بقبضه فأشبهه تعينه بالابراء ولانه لو كان لغير القابض حق في المقبوض لم يسقط بتلفه كسائر الحقوق ولان هذا القبض ان كان بحق لم يشاركه غيره فيه كما لو كان الدين بسببين وإن كان بغير حق لم يكن له مطالبته لان حقه في الذمة لا في العين فأشبهه مالواخذناصب منه مالا ، فعلى هذا ما قبضه القابض يختص به وليس لشريكه الرجوع عليه ، وإن اشترى بنصيبه شيئاً صح ولم يكن لشريكه إبطال الشراء ، وإن قبض اكثر من حقه بغير إذن شريكه لم يبرأ الترميم مما زاد على حقه (فصل) الثالث شركة الوجوه وقد اختلف في تفسيرها قال الحرقي وهو ان يشرك اثنان بمال غيرهما وقال القاضي معناها ان يدفع واحد ماله الى اثنين مضاربة فيكون المضاربان شريكين في

والعقد صحيح نص عليه أحمد وهو قول أبي حنيفة ومالك وروى عن أحمد أن العقد يفسد به وحكي ذلك عن الشافعي لانه شرط فاسد فأفسد المضاربة كما لو شرط لاحدهما فضل دراهم والمذهب الاول ولنا انه شرط لا يؤثر في جهالة الربح فلم يفسد به كما لو شرط لزوم المضاربة ، وبفارق شرط الدراهم لانه إذا فسد الشرط ثبتت حصة كل واحد منها في الربح مجبولة

(فصل) والشروط في المضاربة تنقسم قسمين صحيح وفساد : فالصحيح مثل أن يشترط على العامل ان لا يسافر بالمال أو ان يسافر به او لا يتجر الا في بلد بعينه أو نوع بعينه أو لا يشتري الا من رجل بعينه فهذا كله صحيح سواء كان النوع مما يعم وجوده أو لا يعم والرجل من يكثر عنده المتاع أو يقل وبها قال أبو حنيفة، وقال مالك والشافعي إذا شرط أن لا يشتري الا من رجل بعينه أو سلعة بعينها أو ما لا يعم وجوده كالباقوت الاحمر والحيل البلق لم يصح لانه يمنع مقصود المضاربة وهو التقليل وطلب الربح فلم يصح كما لو اشترط أن لا يبيع ويشترى الا من فلان أو أن لا يبيع الا بمثل ما اشترى به

الربح بمال غيرهما لأنهما إذا اخذا المال بجاههما لم يكونا مشتركين بملك غيرهما وهذا محتمل ، وقال غيره معناها انهما اشتركا فيما يأخذان من مال غيرهما وحملوا كلام الحرقفي على ذلك ليكون كلامه جامعاً لأنواع الشركة ، وعلى تفسير القاضي تكون الشركة بين ثلاثة ويكون الحرقفي قد أدخل بذكر نوع من انواع الشركة وهي شركة الوجوه على تفسير القاضي فأما شركة الوجوه على ما ذكره شيخنا في الكتاب المشروح فهي ان يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما وثقة التجار بهما من غير ان يكون لهما رأس مال على ان ما يشترياه فهو بينهما نصفين أو أثلاثاً أو نحو ذلك ويبيعان ذلك فما قسم الله من الربح فهو بينهما فهي جائزة سواء عين احدهما لصاحبه ما يشتره او قدره أو ذكره كصنف المال او لم يعين شيئاً من ذلك بل قال ما اشترت من شيء فهو بيننا ، قال احمد في رواية ابن منصور في رجلين اشتركا بغيره وس اموالهما على ان ما يشتره كل واحد منهما بينهما فهو جائز وبهذا قال الثوري ومحمد بن الحسن وابن المنذر وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يذكر الوقت او المال او صنفاً من الثياب، وقال مالك والشافعي بشرط ذكر شرائط الوكالة لان شرائط الوكالة معتبرة في ذلك من تعيين الجنس وغيره من شروط الوكالة لان كل واحد منهما وكيل صاحبه ولنا انهما اشتركا في الايتاع وأذن كل واحد منهما للآخر فيه فصح وكان يتبايعا به بينهما كما لو ذكر شرائط الوكالة وقولهم ان الوكالة لا تصح حتى بقدر الثمن والنوع ممنوع وان سلم فاما يعتبر في الوكالة المفردة أمال الوكالة الداخلة في ضمن الشركة فلا يعتبر فيها ذلك بدليل المضاربة وشركة العنان فان في ضمنها توكيلا ولا يعتبر فيها شيء من هذا كذا هنا، فعلى هذا ان قال لرجل ما اشترت اليوم من شيء فهو بيني وبينك نصفان او اطلق الوقت فقال نعم أو قال ما اشترت انا من شيء فهو بيني وبينك نصفان جازو كانت شركة صحيحة لانه اذن له في التجارة على ان يكون المبيع بينهما وهذا معنى الشركة ويكون توكيلا له في شراء نصف المتاع بنصف الثمن فيستحق الربح في مقابلة ملكه الحاصل في المبيع سواء خص ذلك بنوع من المتاع او اطلق وكذلك لو قال ما اشتريناه

ولنا انها مضاربة خاصة لا يمنع الربح بالسككية فصحت كما لو شرط ان لا يتجر الا في نوع بم وجوده ولانه عقد يصح تخصيصه بنوع فصح تخصيصه في رجل بعينه وسلعة بينها كالوكالة وقولهم انه يمنع المقصود ممنوع وإنما يقله وتقليله لا يمنع الصحة كتخصيصه بالنوع ويفارق ما إذا شرط ان لا يبيع الا برأس المال فانه يمنع الربح بالسككية وكذلك إذا قال لا تبع الا من فلان ولا تشترا الا من فلان فانه يمنع الربح أيضا لانه لا يشتري ما باعه الا بدون ثمنه الذي باعه به ولهذا لو قال لا تبع الا ممن اشتريت منه لم يصح لذلك

(فصل) ويصح تأقيت المضاربة مثل ان يقول ضاربتك على هذه الدراهم سنة فاذا انقضت فلا تبع ولا تشترا قال مهنا سألت أحمد عن رجل أعطى رجلا ألفا مضاربة شهرا قال اذا مضى شهر يكون قرضا قال لا بأس به قلت فان جاء الشهر وهي متاع؟ قال اذا باع المتاع يكون قرضا وقال أبو الخطاب في صحة شرط التأقيت روايتان (احدهما) هو صحيح وهو قول أبي حنيفة (والثانية) لا يصح وهو قول الشافعي ومالك واختيار أبي حفص العكبري لثلاثة معان (أحدها) انه عقد يقع مطلقا فاذا شرط قطعه لم يصح كالتكاح (الثاني) ان هذا ليس من مقتضى العقد ولا له فيه مصلحة فأشبهه ما لو شرط ان لا يبيع، ويان انه ليس من مقتضى العقد انه يقتضي ان يكون رأس المال ناضا فاذا منعه البيع لم

أو ما اشتراه أحدنا من تجارة فهو بيننا فكل واحد وكيل صاحبه كفيل عنه بالثمن لان مبناها على الوكالة والكفالة لان كل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه ويبيعه كفيل عنه بذلك

﴿ مسألة ﴾ (والمالك بينهما على ما شرطاه) لقول رسول الله ﷺ المؤمنون على شروطهم، والوضعية على قدر ملكيها قياساً على شريكي العنان لأنها في معناها، والربح بينهما على ما شرطاه لذلك، ويحتمل أن يكون على قدر ملكيها قاله القاضي لان الربح يستحق بالضمان إذ الشركة وقعت عليه خاصة إذ لا مال لها فيشتركان على العمل فيه والضمان لا تفاضل فيه فلا يجوز التفاضل في الربح

ولما أهما شريكان في العمل والمال فجاز تفاضلهما في الربح مع تساويهما في المال كشريكي العنان

﴿ مسألة ﴾ (وهما في التصرفات كشريكي العنان)

يعني فيما يجب لها وعليها وفي إقرارها وخصومتها وغير ذلك على ما ذكرناه وأيهما عزل صاحبه عن التصرف انزل لانه وكيله، وسميت شركة الوجوه لأنها اشتركا فيما يشتركان بهما والحجاء والوجه واحد يقال فلان وجيه إذا كان ذا جاه قال الله تعالى في موسى عليه السلام (وكان عند الله وجيهاً)

(فصل) الرابع شركة الابدان وهي أن يشركا فيما يكتسبان بأبدانهما فهي شركة صحيحة فهي أن يشركا اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه من المباح كالخطب والحشيش والثمار المأخوذة من الحبال والاصطياد والمعادن والتلصص على دار الحرب فهذا جائز نص عليه احمد في رواية أبي طالب فقال

(المغني والشرح الكبير) (٢٤) (الجزء الخامس)

ينص (الثالث) ان هذا يؤدي الى ضرر العامل لانه قد يكون الربح والحظ في بقية المتاع وبيعه بعد السنة فيمتنع ذلك بمضيها

ولنا انه تصرف يتوقت بنوع من المتاع فجاز توقيته في الزمان كالوكالة، والمعنى الاول الذي ذكره يطالب بالوكالة والوديعة، والمعنى الثاني والثالث يبطل تخصيصه بنوع من المتاع ولان لرب المال منعه من البيع والشراء في كل وقت اذا رضي ان يأخذ بماله عرضا فاذا شرط ذلك فقد شرط ما هو من مقتضى العقد فصح كالمو قال اذا انقضت السنة فلا آتت شيئا وقد سلموا صحة ذلك

(فصل) واذا اشترط المضارب نفقة نفسه صح سواء كان في الحضر او السفر وقال الشافعي لا يصح في الحضر، ولنا ان التجارة في الحضر احدى حالتى المضاربة فصح اشتراط النفقة فيها كالسفر ولانه شرط النفقة في مقابلة عمله فصح كما لو اشترطها في الوكالة

(فصل) والشروط الناسدة تنقسم الى ثلاثة اقسام (أحدها) ما ينافي مقتضى العقد، مثل أن يشترط لزوم المضاربة أو لا يعزله مدة بعينها أو لا يبيع الا برأس المال أو أقل أو لا يبيع الا ممن اشترى منه أو شرط ألا يشتري أو لا يبيع أو أن يوليه ما يختاره من السلع أو نحو ذلك فهذه شروط فاسدة لانها تفوت المقصود من المضاربة وهو الربح أو تمنع الفسخ الجائز بحكم الاصل (القسم الثاني) ما يعود

لابأس أن يشرك القوم بأبدانهم وليس لهم مال مثل الصيادين والحمالين والنخالين قد اشرك انبي صلى الله عليه وسلم بين عمار وسعد وابن مسعود فجاء سعد بأسيرين ولم يجيئا بشيء، وفسر احمد صفة الشركة في الغنمة فقال يشتركان فيما يصيبان من سلب المقتول لان القاتل يختص به دون الغنمين وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة يصح في الصناعة ولا يصح في اكتساب المباح كالاغتاش والاعتنام لان الشركة مقتضاها الوكالة ولا تصح الوكالة في هذه الاشياء لان من أخذها ملكها، وقال الشافعي شركة الابدان كلها فاسدة لانها شركة على غير مال فلم تصح كما لو اختلفت الصناعات

ولنا ما روى أبو داود والاثرم باسنادهما عن عبد الله قال: اشتركتنا أنا وسعد وعمار يوم بدر فلم أجيء أنا وعمار بشيء وجاء سعد بأسيرين. ومثل هذا لا يخفى عن رسول الله ﷺ وقد أقرهم وقد قال أحمد أشرك بينهم النبي ﷺ فان قيل فالغنائم مشتركة بين الغنمين بحكم الله تعالى فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها؟ وقال بعض الشافعية غنائم بدر كانت لرسول الله ﷺ فكان له ان يدفعها الى من يشاء فيحتمل أن يكون فعل ذلك لهذا قلنا أما الاول فالجواب عنه ان غنائم بدر كانت لمن أخذها قبل أن يشرك الله تعالى بينهم ولهذا نقل أن النبي ﷺ قال (من أخذ شيئا فهو له) فكان ذلك من قبيل المباحات من سبق الى شيء فهو له ويجوز أن يكون شرك بينهم فيما يصيبون من الاسلاب والتفل الا ان الاول اصح لقوله جاء سعد بأسيرين ولم أجيء أنا وعمار بشيء

بجهالة الربح مثل أن يشترط للمضارب جزءاً من الربح مجهولاً أو ربح أحد الكسبين أو أحد الاثني أو أحد العبدین أو ربح احدی السفرتين أو ما يربح في هذا الشهر أو ان حق احدهما في عبد يشتربه ، أو يشترط لأحدهما دراهم معلومة بجميع حقه أو ببعضه أو يشترط جزءاً من الربح لأجنبي فهذه شروط فاسدة لأنها تفضي الى جهل حق كل واحد منهما من الربح أو الى فواته بالكلية ومن شرط المضاربة كون الربح معلوماً (انقسم الثالث) اشراط ما ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه مثل أن يشترط على المضارب المضاربة له في مال آخر أو يأخذه بضاعة أو قرصاً أو أن يخدمه في شيء بعينه أو يرتفق ببعض السلع مثل أن يلبس الثوب ويستخدم العبد ويركب الدابة، أو يشترط على المضارب ضمان المال أو سهماً من الوضعية أو أنه متى باع السلعة فهو أحق بها بالثمن، أو يشترط على المضارب على رب المال شيئاً من ذلك فهذه كلها شروط فاسدة وقد ذكرنا كثيراً منها في غير هذا الموضع معللاً، ومتى اشترط شرطاً فاسداً يعود بجهالة الربح فسدت المضاربة لان الفساد لمعنى في العوض المعقود عليه فافسد العقد كما لو جعل رأس المال خمرأً أو خنزيراً ولان الجهالة تمنع من التسليم فنفضي الى التنازع والاختلاف ولا يعلم ما يدفعه الى المضارب. وما عدا ذلك من الشروط الفاسدة فالمنصوص عن أحمد في أظهر الروايتين عنه أن العقد صحيح ذكره عنه الاثرم وغيره لانه عقد يصح على مجهول فلم تبطله الشروط الفاسدة كالتكاح

وأما الثاني فإن الله تعالى إنما جعل الغنيمة لئيبه عليه السلام بعد أن غنموا واختلفوا في الغنائم فأمر الله تعالى (يسألونك عن الانفال قل الانفال لله والرسول) والشركة كانت قبل ذلك ويدل على صحة هذا أنها لو كانت لرسول الله ﷺ فاما ان يكون قد أباحهم أخذها فصارت كالمباحات أولم يبوحها لهم فكيف يشتركون في شيء لغيرهم؟ وفي هذا الخبر حجة على أبي حنيفة أيضاً لانهم اشتركوا في مباح وفيها ليس بضاعة وهو يمنع ذلك ولان العمل أحد جهتي المضاربة فصحت الشركة عليه كالمال وعلى أبي حنيفة أيضاً أنها اشتركا في مكسب مباح فصح كالو اشتركا في الحياطة والقصارة ولا نسلم ان الوكالة لا تصح في المباحات فانه يصح أن يستيب في تحصيلها باجرة فكذلك يصح بغير عوض اذا تبرع أخذها بذلك كالتوكيل في بيع ماله ومبناها على الوكالة لان كل واحد منهما وكيل صاحبه وما يتقبله كل واحد منهما من الاعمال فهو من ضمانهما يطالب به كل واحد منهما

(مسألة) (وتصح مع اتفاق الصنائم رواية واحدة فأما مع اختلافها ففيه وجهان)

(أحدهما) لانصح اختياره أبو الخطاب وهو قول مالك لان مقتضاها أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمها ويطالب به كل واحد منهما فاذا تقبل احدهما شيئاً مع اختلاف صنائعهما لم يمكن الآخر ان يقوم به فكيف يلزمه عمله؟ أم كيف يطالب بما لا قدرة له عليه؟ (والثاني) تصح اختياره القاضي لانهما اشتركا في مكسب مباح فصح كما لو اتفقت الصنائم ولان الصنائم المنفقة قد يكون احد الرجلين احق فيهما من الآخر فربما يتقبل احدهما مالا يمكن الآخر عمله ولم يمنع ذلك صحتها فكذلك اذا اختلفت الصنائع

والتناق والطلاق، وذكر القاضي وأبو الخطاب رواية أخرى أنها تقصد العقد لأنه شرط فاسد فأفسد العقد كشرط دراهم معلومة أو شرط أن يأخذ له بضاعة والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة سواء (فصل) وفي المضاربة الفاسدة فصول ثلاثة أحدها أنه إذا تصرف بقصد تصرفه لأنه أذن له فيه فإذا بطل العقد بقي الأذن فلك به التصرف كالوكيل، فإن قيل فلو اشترى الرجل شراها فاسد ثم تصرف فيه لم ينفذ تصرفه مع أن البائع قد أذن له في التصرف، قلنا لأن المشتري ينصرف من جهة الملك لا بالأذن فإن أذن له البائع كان على أنه ملك المأذون له فإذا لم يملك لم يصح وههنا أذن له رب المال في التصرف في ملك نفسه وما شرطه من الشرط الفاسد فليس بمشروط في مقابلة الأذن لأنه أذن له في تصرف يقع له

(الفصل الثاني) أن الربح جميعه لرب المال لأنه نماء ماله إنما يستحق العامل بالشرط فإذا فسدت المضاربة فسد الشرط فلم يستحق منه شيئاً وكان له أجر مثله نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي واختار الشريف أبو جعفر أن الربح بينهما على ما شرطاه واحتج بما روي عن أحمد أنه قال إذا اشتركا في العروض قسم الربح على ما شرطاه قال وهذه الشركة فاسدة واحتج بأنه عقد يصح مع الجهالة فيثبت المسمى في فاسده كالتكاح قال ولا أجر له وجعل أحكامها كلها كحكام الصحيحة وقد ذكرنا هذا قال القاضي أبو يعلى والمذهب ما حكينا وكلام أحمد محمول على أنه صحح الشركة بالعروض وحكي

وقولهم يلزم كل واحد منهما ما يتقبله صاحبه قال القاضي يحتمل أن لا يلزمه ذلك كالوكيلين بدليل صحتها في المباح ولا ضمان فيها وإن قلنا يلزمه أمكنه تحصيل ذلك بالاجرة أو بمن يتبرع له بماله ويدل على صحة هذا أنه لو قال أحدهما انا اتقبل وانت تعمل صحة الشركة وعمل كل واحد منهما غير عمل صاحبه. وقال زفر لا تصح الشركة إذا قال أحدهما انا اتقبل وانت تعمل ولا يستحق العامل المسمى وإنما له أجر المثل. ولنا أن الضمان يستحق به الربح بدليل شركة الائتمان وتقبل العمل يوجب الضمان على المتقبل ويستحق به الربح فصار كتقبله المال في المضاربة والعمل يستحق به العامل الربح كعمل المضارب فينزل منزلة المضاربة

(فصل) والربح في شركة الأبدان على ما اتفقوا عليه من مساواة أو تفاضل لأن العمل يستحق به الربح وقد يتفاضلان في العمل فجاز تفاضلهما في الربح الحاصل به ولكل واحد منهما المطالبة بالاجرة وللمستأجر دفعها إلى كل واحد منهما وإيها دفعها اليد برىء منها، وإن تلفت في يد أحدهما من غير تفریط فهي من ضمانها لأنها كالوكيلين في المطالبة، وما يتقبله كل واحد منهما من الأعمال فهو من ضمانها يطالب به كل واحد منهما ويلزمه عمله لأن هذه الشركة لا تتعد إلا على الضمان ولا شيء فيها تتعد عليه الشركة حال الضمان فيكأن الشركة تضمنت ضمان كل واحد منهما عن الآخر ما يلزمه

عن مالك أنه يرجع الى قراض المثل وحكي عنه ان لم يربح فلا اجر له ، ومقتضى هذا انه ان ربح فله الاقل مما شرط له او اجر مثله ويحتمل ان يثبت عندنا مثل هذا لانه اذا كان الاقل ما شرط له فقد رضى به فلا يستحق اكثر منه كما لو تبرع بالعمل الزائد

ولنا ان تسمية الربح من تواج المضاربة او ركن من اركانها فاذا فسدت اركانها وتواجها كالصلاة ولا لسل في النكاح وجوب المسمى اذا كان العقد فاسدا واذا لم يجب له المسمى وجب اجر المثل لانه انما عمل ليأخذ المسمى فاذا لم يحصل له المسمى وجب رد عمله اليه وذلك منه ذر فتجب قيمته وهو اجر مثله كما لو تبايعا بيمافاسدا وتقابضا وتلف احد العوضين في يد القابض له وجب رد قيمته، فعلى هذا سواء ظهر في المال ربح او لم يظهر، فأما ان رضى المضارب بالعمل بغير عوض مثل ان يقول قارضتك والربح كله لي فالصحيح انه لا شيء للمضارب هنا لانه تبرع بعمله فأشبهه ما لو اعانه في شيء او توكل له بغير جمل او اخذ له بضاعة

(الفصل الثالث) في الضمان ولا ضمان عليه فيما يتلف بغير تعديه وتفريطه لأن ما كان القبض في صحيحه مضموناً كان مضموناً في فاسده وما لم يكن مضموناً في صحيحه لم يضمن في فاسده وبهذا قال الشافعي وقال أبو يوسف ومحمد بضمن

وتنا أنه عقد لا يضمن ما قبضه في صحيحه فلم يضمنه في فاسده كالوكالة ولأنها إذا فسدت صارت إجارة والاجر لا يضمن سكتى ما تلف بغير تعديه ولا فعله فكذا ههنا وأما الشركة إذا فسدت فقد ذكرنا هاهنا هذا

وقال القاضي ~~بأن~~ ان لا يلزم احدهما ما لزم الآخر كما ذكرنا من قبل وما يتلف بتعدي أحدهما أو تفريطه ~~أو~~ تحت يده على وجه يوجب الضمان عليه فهو عليه وحده وإن أقر أحدهما بما في يده قبل عليه ~~بأن~~ شريكه لان اليد له فيقبل اقراره بما فيها ولا يقبل إقراره بما في يد شريكه ولا بد من عليه ~~أن~~ يد له على ذلك

(مسألة) وإن مرض أحدهما فالكسب بينهما فان طالبه الصحيح أن يقيم مقامه لزمه ذلك) ووجه ~~بأن~~ ان اذا عمل أحدهما دون الآخر فالكسب بينهما قال ابن عقيل نص عليه أحمد في رواية ~~بأن~~ بن هاني. وقد سئل عن الرجلين يشتركان في عمل الابدان فيأتي أحدهما بشيء ولا يأتي الآخر بشيء؟ فقال نعم هذا بمنزلة حديث سعد وعمار وابن مسعود يعني حيث اشتركوا نجاء سعد بأسيرين وأخفق الآخران ولان العمل مضمون عليهما معا وبضمانهما له وجبت الاجرة فتكون لهما كما كان الضمان عليهما ويكون العامل عوناً لصاحبه في حصته ولا يمنع ذلك استحقاقه كمن استأجر رجلاً ليقصر له ثوباً فاستعان القصار بانسان فقصر معه كانت الاجرة للقصار المستأجر كذا ههنا وسواء ترك العمل لمرض أو غيره فان طالب أحدهما الآخر ان يعمل معه أو يقيم مقامه من يعمل فله ذلك فان امتنع فللاخر الفسخ ويحتمل أنه اذا ترك العمل لغير عذر ان لا يشارك صاحبه في اجرة ما عمله

(مسئلة) قال: (ولا يجوز أن يقال لمن عليه دين ضارب بالدين الذي دايك)

لص احمد على هذا وهو قول أكثر أهل العلم ولا نعلم فيه مخالفاً قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم انه لا يجوز أن يجعل الرجل ديناً له على رجل مضاربة وبمن حفظنا ذلك عنه عطاء والحكم وحامد ومالك والثوري واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وبه قال الشافعي وقال بعض أصحابنا يحتمل أن تصح المضاربة لانه إذا اشترى شيئاً للمضاربة فقد اشترى باذن رب المال ودفع الدين إلى من أذن له في دفعه إليه فترا ذمته منه ويصير كما لو دفع إليه عرضاً وقال به وضارب بشئ وجعل أصحاب الشافعي مكان هذا الاحتمال ان الشراء لرب المال وللمضارب أجر مثله لانه علقه بشرط ولا يصح عندهم تامين القراض بشرط، والمذهب هو الاول لان المال الذي في يدي من عليه الدين له وإنما يصير لغيره بقبضه ولم يوجد القبض ههنا وإن قال له اعزل المال الذي لي عليك وقد قارضتك عليه ففعل واشترى بعين ذلك المال شيئاً للمضاربة وقع الشراء للمشتري لانه يشتري لغيره بمال نفسه فحصل الشراء له فان اشترى في ذمته فكذلك لانه عقد القراض على ما لا يملكه وعلقه على شرط لا يملك به المال

(فصل) وإن قال لرجل قبض المال الذي على فلان واعمل به مضاربة بقبضه وعمل به جاز في قولهم جميعاً ويكون وكيلاً في قبضه، ومثلاً عليه لانه قبضه باذن مالك من غيره فجاز ان يجعله مضاربة كالوقال قبض المال من غلامي وضارب به قال مهناً سألت احمد عن رجل قال اقرضني ألفاً شهراً ثم هو بعد

دونه لانه إنما شاركه ليعملاً جميعاً فاذا ترك احدهما العمل فما وفي بما شرط على نفسه فلم يستحق ما جعل له في مقابلته وإنما احتل ذلك فيما اذا تركه لمذراً لانه لا يمكن التحرز منه

(مسئلة) (وان اشتركا ليعملاً على دابتيهما والاجرة بينهما صح) لانه نوع من الاكتساب

والدايتان آلتان فاشبهها الاداة

(مسئلة) (فاذا تقبلا حمل شيء فحملاه عليهما أو على غير الدابتين صححت الشركة) والاجرة بينهما

على ما شرطاه لان تقبلها الحمل أثبت الضمان في ذمتها ولها ان يحملها باي ظهر كان والشركة تنعقد على الضمان كشركة الوجوه فأشبه ما لو تقبلا قصاراً فقصرها بغير أداتها

(مسئلة) (وان اجراهما بأعيانها فلكل واحد منهما أجره دابته)

أما اذا اجرا الدابتين بأعيانها على حمل شيء باجرة معلومة واشتركا على ذلك لم تصح الشركة ولكل واحد منهما أجره دابته لانه لم يجب ضمان الحمل في ذمتهما وإنما استحق المكتري منفعة البهيمه التي استأجرها ولهذا تنفسخ الاجارة بموت الدابة المستأجرة ولان الشركة إما أن تنعقد على الضمان في ذمتهما أو على عملهما وليس هذا بواحد منهما فانه لم يثبت في ذمتهما ضمان ولا عملاً بأبدانها ما يجب الاجرة في مقابلته ولان الشركة تتضمن الوكالة والوكالة على هذا الوجه لا تصح ولهذا قال أجر

الشهر مضاربة قال لا يصلح وذلك لانه إذا أقرضه صار ديناً عليه وقد ذكرنا أنه لا يجوز أن يضارب بالدين الذي عليه ولو قال ضارب به شهراً ثم خذه قرضاً جاز لما ذكرنا فيما تقدم .

(فصل) ومن شرط المضاربة أن يكون رأس المال معلوم المقدار ولا يجوز أن يكون مجهولاً ولا جزأياً ولو شاهدها وبهذا قال الشافعي، وقال أبو ثور وأصحاب الرأي يصح إذا شاهدها والقول قول العامل مع يمينه في قدره لانه امين رب المال والقول قوله فيما في يده فقام ذلك مقام المعرفة به ولنا أنه مجهول فلم تصح المضاربة به كما لو لم يشاهدها وذلك لانه لا يدري بكم يرجع عند المفصلة؟ ولانه يفضي إلى المنازعة والاختلاف في مقداره فلم يصح كما لو كان في الكيس وما ذكره يطال بالسلم وبما إذا لم يشاهدها .

(فصل) ولو أحضر كيسين في كل واحد منهما مال معلوم المقدار وقال قارضتك على أحدهما يصح سواء تساوى ما فيهما أو اختلف لانه عقد تمنع صحته الجهالة فلم يجز على غير معين كالبيع .

﴿ مسألة ﴾ قال (وإن كان في يده وديعة جاز له أن يقول ضارب بها)

وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال الحسن لا يجوز حتى يقبضها منه قياساً على الدين ولنا أن الوديعة ملك رب المال فجاز أن يضاربه عليها كما لو كانت حاضرة فقال قارضتك على هذا

عبدك وتكون أجرته بيني وبينك لم يصح كما لو قال بع عبدك وتمنه بيننا لم يصح قال شيخنا ويحتمل ان تصح الشركة كما لو اشتركا فيما يكتسبان بأبدانهما من المباح فان أمان أحدهما صاحبه في التحبيل والذئب كان له أجر مثله لانه منافع وقابها بشبهة عقد

(فصل) فان كان لاحدهما أداة فصاره وآخر بيت فاشتركا على ان يعمل بأداة هذا في بيت هذا والكسب بينهما جاز والاجرة على ما شرطاه لان الشركة وقعت على عملهما والعمل يستحق به الربح في الشركة والآلة والبيت لا يستحق بهما شيء لانهما يستعملان في العمل المشترك فصارا كالدايتين اللتين أجرهما لمل الشيء الذي تقبلتا عمله، وان فسدت الشركة فتم الحاصل لهما على قدر أجر عملهما وأجر الدار والأداة، وان كانت لاحدهما آلة وليس للآخر شيء أو لاحدهما بيت وليس للآخر شيء فاتفقا على ان يعمل بالآلة أو في البيت والاجرة بينهما جاز لما ذكرنا

(فصل) وان دفع رجل دابته الى آخر ليعمل عليها وما رزق الله بينهما نصفين أو أثلاثاً أو ما شرطاه صح نص عليه أحمد في رواية الاثرم ومحمد بن أبي حرب واحمد بن سعيد ونقل عن الاوزاعي ما يدل على هذا وكره ذلك الحسن والنخعي، وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي لا يصح والربح كله لرب الدابة لأن الحمل الذي يستحق به العوض منها وللعامل أجر مثله لان هذا ليس من اقسام الشركة إلا أن تكون المضاربة ولا تصح المضاربة بالعروض ولان للمضاربة تكون

الالف وأشار إليه في زاوية البيت، وقارق الدين فإنه لا يصير عين المال ملكاً للغيرم إلا بقبضه ولو كانت الوديعة قد تلفت بتفريطه وصارت في الذمة لم يحجز أن يضاربه عليها لأنها صارت ديناً .

(فصل) ولو كان له في يد غيره مال منصوب فضارب الغاصب به صح أيضاً لأنه مال لرب المال يباح له بيعه من غاصبه ومن يقدر على أخذه منه فأشبه الوديعة وإن تلف وصار في الذمة لم يحجز المضاربة به لأنه صار ديناً ومتى ضاربه بالمال المنصوب زال ضمان النصب بمجرد عقد المضاربة وبهذا قال أبو حنيفة وقال القاضي لا يزول ضمان النصب إلا بدفعه ثمناً وهو مذهب الشافعي لأن القراض لا ينافي الضمان بدليل مالو تعدى فيه . ولنا أنه ممسك للمال باذن مالكه لا يختص بنفعه ولم يتعد فيه فأشبهه مالو قبضه إياه

(فصل) والعامل أمين في مال المضاربة لأنه متصرف في مال غيره باذنه لا يختص بنفعه فكان أميناً كالوكيل وقارق المستعير فإنه قبضه لمنفعته خاصة وهما المنفعة بينهما، فعلى هذا القول قوله في قدر رأس المال قال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنهم من أهل العلم أن القول قول العامل في قدر رأس المال كذا قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي وبه نقول ولأنه يدعي عليه قبض شيء وهو ينكره والقول قول المنكر وكذلك القول قوله فيما يدعيه من تلف المال أو خسارة فيه وما يدعي عليه من خيانة وتفريط وفيما يدعي أنه اشتراه لنفسه أو للمضاربة لأن الاختلاف هاهنا في نيته وهو أعلم بما نواه لا يطلع على ذلك أحد سواه فكان القول قوله فيما نواه فالو اختلف الزوجان في نية الزوج بكناية الطلاق ولأنه أمين في الشراء فكان القول قوله كالوكيل ولو اشترى عبداً فقال رب المال كنت نهيئت عن شرائه فانكر العامل فالقول قوله لأن الأصل عدم انهي وهذا كله لا نعلم فيه خلافاً

بالتجارة في الأعيان وهذه لا يجوز بيعها ولا إخراجها عن مالك مالكمها وقال القاضي يتخرج أن لا يصح بناء على أن المضاربة بالعروض لا تصح فعلى، هذا إن كان أجر الدابة بينهما فالأجرة للمالكها وإن تقبل حمل شيء فحمله عليها أو حمل عليها شيئاً مباحاً فباعه فالأجرة والثمن له وعليه أجر مثلها للمالكها ولذا أنها عين تسمى بالعمل عليها فصح العقد ببعض ثمنها كالدرهم والدنانير وكالشجر في المساقاة والأرض في المزارعة قولهم ليس من أقسام الشركة ولا هو مضاربة قلنا نعم لكنه يشبه المساقاة المزارعة فإنه دفع لعين المال إلى من يعمل عليها ببعض ثمنها مع بقاء عينها وبهذا يتبين أن تخريجها على المضاربة بالعروض فاسد فإن المضاربة إنما تكون بالتجارة والتصرف في رقبة المال وهذا بخلافه وذكر القاضي في موضع آخر أن من استأجر دابة بنصف ما برزق الله تعالى أو ثلثه جاز قال شيخنا ولا أرى لهذا وجهاً فإن الأجرة بشرط لصحتها العلم بالعروض وتقدير المدة أو العمل ولم يوجد ولأن هذا عقد غير منصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص فهو كسائر العقود الفاسدة إلا أن يربد بالأجارة المعاملة على الوجه الذي تقدم وقد أشار أحمد إلى ما يدل على تشبيهه لمثل هذا بالمزارعة فقال لا بأس

(فصل) وان قال اذنت لي في البيع نسيئة وفي الشراء بمشرة قال بل اذنت لك في البيع نقدا وفي الشراء بخمسة فالقول قول العامل نص عليه أحمد وبه قال ابو حنيفة ويحتمل ان القول قول رب المال وهو قول الشافعي لان الاصل عدم الاذن ولان القول قول رب المال في أصل الاذن فكذلك في صفته ولنا انها اتفقا على الاذن واختلفا في صفته فكان اقول قول العامل كالمثل قال قد نهيتك عن شراء عبد فأنكر النبي

(فصل) وان قال شرطت لي نصف الربح فقال بل ثلثه فمن أحمد فيه روايتان احدها القول قول رب المال نص عليه في رواية ابن المنصور وسندي وبه قال الثوري واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وابن المبارك وابن المنذر لان رب المال ينكر السدس الزائد واشترطه له والقول قول المنكر والثانية ان العامل اذا ادعى اجر المثل وزيادة يتعابن الناس بمثلها فالقول قوله وان ادعى اكثر فالقول قوله فيما وافق اجر المثل وقال الشافعي يتحالفان لانهما اختلفا في عوض عقد فيتحالفان كالتبايعين

ولنا قول النبي ﷺ «ولكن اليمين على المدعى عليه» ولان الاختلاف في المضاربة فلم يتحالفوا كسائر ماقدما اختلفا فيها والمتبايعان يرجعان الى رءوس أموالهما بخلاف ما نحن فيه

(فصل) وان ادعى العامل رد المال فانكر رب المال فالقول قول رب المال مع يمينه نص عليه أحمد ولاصحاب الشافعي وجهان أحدهما كقولنا والآخر يقبل قوله لانه أمين ولان معظم النعم ارب المال فالعامل كالمودع

ولنا انه قبض المال نفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير ولان رب المال منكر والقول قول

بالتوب يدفع بالثلث والرابع لحديث جابر ان النبي ﷺ أعطى خبير على الشطر وهذا يدل على انه صار في هذا ومثله الى الجواز لشبهه بالمساقاة والمزارعة لا الى المضاربة والاجارة

(فصل) نقل أبو داود عن احمد فيمن يعطي فرسه على النصف من الغنمة أرجو ان لا يكون به بأس قال اسحاق بن ابراهيم قال ابو عبد الله اذا كان على النصف والرابع فهو جائز وبه قال الاوزاعي ونقل أحمد بن سعيد عن احمد فيمن دفع عبده الى رجل ليكتسب عليه ويكون له ثلث ذلك او ربه فحائز والوجه فيه ما ذكرناه في مسألة الدابة وإن دفع ثوبه الى خياط ليفصله قمصاً ويبيعها وله نصف ربحها بحق عمه جاز نص عليه في رواية حرب وكذلك ان دفع غزلا الى رجل ينسجه بثلث ثمنه او ربه جاز نص عليه، وقال مالك وابو حنيفة والشافعي لا يجوز شيء من ذلك لانه عوض مجهول وعمل مجهول وقد ذكرنا وجه جوازه فان جعل له مع ذلك دراهم لم يجز نص عليه وعنه يجوز والصحيح الاول قال ابو بكر هذا قول قديم وما روي غير هذا فعليه المعتمد قال الاثرم سمعت ابا عبد الله يقول لا بأس بالتوب يدفع بالثلث والرابع وسئل عن الرجل يعطي الثوب ودرهم او درهمين قال اكرهه لان هذا شيء لا يعرف والثلث اذا لم يكن معه شيء نراه جائزا لحديث جابر ان

المنكر وفارق المودع فان لا تقع له في الوديعة وقولهم ان معظم النفع لرب المال يمنعه وإن سلم الا ان المضارب لم يقبضه الا لنفع نفسه ولم يأخذه لنفع رب المال

(فصل) وان قال ربحت ألفاً ثم قال خسرت ذلك قبل قوله لانه أمين يقبل قوله في التالف فقبل قوله في الخسارة كالوكيل وان قال غلظت او نسيت لم يقبل قوله لانه مقر بحق لا آدمي فلم يقبل قوله في الرجوع كما لو أقر بان رأس المال ألف ثم رجع، ولو ان العامل خسرت فقال لرجل اقرضني ما أتم به رأس المال لأعرضه على ربه فأتني أخيتي ان ينزعه مني ان علم بالخسارة فاقرضه فعرضه على رب المال وقال هذا رأس مالك فأخذه فله ذلك ولا يقبل رجوع العامل عن اقراره ان رجح ولا تقبل شهادة المقرض له لانه يجبر الى نفسه فقما وليس له مطالبة رب المال لان العامل ملكه بالقرض ثم سلمه الى رب المال ولكن يرجع المقرض على العامل لا غير

(فصل) واذا دفع رجل الى رجلين ما لا قراضا على النصف فنصف المال وهو ثلاثة آلاف وقال رب المال رأس المال الفان فصدقه أجدهما وقال الآخر بل هو ألف فالقول قول المنكر مع يمينه فاذا حلف ان رأس المال ألف والربح الفان فنصيبه منها خمسمائة يبقى ألفا وخمسمائة يأخذ رب المال ألفين لان الآخر يصدقه ويبقى خمسمائة ربما بين رب المال والعامل الآخر يقتسمها اثلاثا لرب المال ثلثاها وللعامل ثلثها مائة وستة وستون وثلثان ولرب المال ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث لان نصيب رب المال من الربح نصفه ونصيب هذا العامل ربعه فيقسم بينهما باقي الربح على ثلاثة وما أخذه الحالف فيما زاد على قدر نصيبه كالثالث منها والثالث يحسب في المضاربة من الربح وهذا قول الشافعي

النبي ﷺ اعطى خبير على الشطر قيل لأبي عبد الله فان كان النساج لا يرضى حتى يزداد على الثلث درهما قال فليجعل له ثلثاً وعشراً ثلثاً ونصف عشر وما اشبهه وروى الأزم عن ابن سيرين والنخعي والزهرى وايبوب ويلى بن حكيم انهم اجازوا ذلك وقال ابن المنذر كره هذا كله الحسن وقال ابو ثور واصحاب الراي : هذا كله فاسد واختاره ابن المنذر وابن عقيل وقالوا لو دفع شبكته الى الصياد ليصيدها السمك بينهما نصفان فالصيد كله للصائد ولصاحب الشبكة اجر مثلها وقياس ما نقل عن احمد صحة الشركة وما رزق الله بينهما على ما شرطاه لانها عين تسمى بالعمل فيها فصح دفعها ببعض ثمنها كالارض

(فصل) وقد ذكر ابن عقيل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن قفيز الطحان وهو ان يعطي الطحان اقفزة معلومة يطحنها بقفيز دقيق منها وعلة المنع انه جعل له بعض معموله اجراً لعمله فيصير الطحان مستحقاً له وعليه وهذا الحديث لا نعرفه ولم تثبت صحته ولا ذكره اصحاب السنن وقياس قول احمد جوازه لما ذكرنا عنه من المسائل

(فصل) فان كان لرجل دابة ولا آخر له كاف وجوالقات فاشتركا على ان يؤجراهما والاجرة

(فصل) وان دفع الى رجل ألفا يتجر فيه فربح فقال العامل كان قرضا لي ربحه كله وقال رب المال كان قرضا فربحه بيننا فالقول قول رب المال لانه ملكه فالقول قوله في صفة خروجه عن يده فاذا حلف قسمنا الربح بينهما، ويحتمل ان يتحالفا ويكون للعامل أكثر الامرين مما شرطه له من الربح أو أجر مثله لانه ان كان الاكثر نصيبه من الربح فرب المال معترف له به وهو يدعي الربح كله وان كان أجر مثله أكثر فالقول قوله في عمله مع يمينه كما ان القول قول رب المال في ربح ماله فاذا حلف قبل قوله في انه ما عمل بهذا الشرط وانما عمل لفرض لم يسلم له فيكون له أجر المثل، وان أقام كل واحد منهما بينة بدعواه فنص أحمد في رواية مهنا أنهما يتماضيان ويقسم الربح بينهما نصفين، وان قال رب المال كان بضاعة وقال العامل بل كان قرضاً احتمل ان يكون القول قول العامل لان عمله له فيكون القول قوله فيه ويحتمل أن يتحالفا ويكون للعامل أقل الامرين من نصيبه من الربح أو أجر مثله لانه لا يدعي أكثر من نصيبه من الربح فلا يستحق زيادة عليه وان كان الاقل أجر مثله فلم يثبت كونه قرضاً فيكون له أجر عمله، وان قال رب المال كان بضاعة وقال العامل كان قرضاً حلف كل واحد منهما على انكار ما ادعاه خصمه وكان له أجر عمله لا غير وان خسر المال أو تلف فقال رب المال كان قرضاً وقال العامل كان قرضاً أو بضاعة فالقول قول رب المال

(فصل) واذا اشترط المضارب النفقة ثم ادعى انه انفق من ماله وأراد الرجوع فله ذلك سواء كان المال باقياً في يديه أو قد رجع الى مالكه وبه قال أبو حنيفة اذا كان المال باقياً في يده وليس له ذلك اذا كان بعد رده

بينهما نصفان فهو فاسد لان هذه اعيان لا يصح الاشرار فيها كذلك في منافعها اذ تقديره اجر دابته لتكون اجرتها بيننا وأوثر جوالقائي لتكون اجرتها بيننا وتكون كلها لصاحب البهيمة لانه مالك الاصل والآخر اجر مثله على صاحب البهيمة لانه استوفى منافع ملكه بعقد فاسد، هذا اذا اجر الدابة بما عليها من الاكاف والجواقات في عقد واحد فأما ان اجر كل واحد منهما ملكه مفرداً فلكل واحد اجر ملكه وهكذا لو قال رجل لصاحبه اجر عبدي والاجر بيننا كان الاجر لصاحبه والآخر اجر مثله وكذلك في جميع الاعيان

(فصل) فان اشرك ثلاثة من اخدم دابة ومن آخر راوية ومن آخر العمل على ان ما رزق الله تعالى فهو بينهم صح في قياس قول احمد فانه نص في الدابة يدفعها الى آخر يعمل عليها على ان لها الاجرة على الصحة وهذا لانه دفع دابته الى آخر يعمل عليها والراوية عين تسمى بالعمل عليها فهي كالبهيمة فعلى هذا يكون ما رزق الله بينهم على ما اتفقوا عليه وهذا قول الشافعي ولانها وكلا العامل في كسب مباح بالة دفعها اليه فاشبهه مالو دفع اليه أرضه ايزرعها، وهكذا لو اشرك أربعة من اخدم دكان ومن

ولنا انه أمين فكان القول قوله في ذلك كما لو كان باقيا في يده وكالوصي اذا ادعى النفقة على اليتيم (فصل) اذا كان عبد بين رجلين فباعه أحدهما بأمر الآخر بألف وقال لم أقبض ثمنه وادعى المشتري انه قبضه وصدقه الذي لم يبع برىء المشتري من نصف ثمنه لاعتراف شريك البائع بقبضه وكيه حقه فبرىء المشتري منه كما لو أقر انه قبضه بنفسه وتبقى الخصومة بين البائع وشريكه والمشتري فان خاصه شريكه وادعى عليه انك قبضته نصيبي من الثمن فأنكر فالقول قوله مع يمينه ان لم يكن للمدعي بينة وان كانت له بينة قضي بها عليه ولا تقبل شهادة المشتري له لانه يجر بها الى نفسه نفعاً وان خاصم البائع المشتري فادعى المشتري انه دفع اليه الثمن وأنكر البائع فالقول قوله مع يمينه لانه منكر فاذا حلف أخذ من المشتري نصف الثمن ولا يشاركه فيه شريكه لانه معترف انه يأخذه ظلماً فلا يستحق مشاركته فيه، وان كانت للمشتري بينة حكم بها ولا تقبل شهادة شريكه عليه لانه يجر بها الى نفسه نفعاً ومن شهد بشهادة يجر الى نفسه نفعاً بطلت شهادته في الكل، ولا فرق بين مخاصمة الشريك قبل مخاصمة المشتري أو بعدها، وان ادعى المشتري ان شريك البائع قبض الثمن منه فصدقه البائع نظرت فان كان البائع أذن لشريكه في القبض فهي كالتي قبلها وان لم يأذن له في القبض لم تبرأ ذمة المشتري من شيء من الثمن لان البائع لم يوكله في القبض فقبضه له لا يلزمه ولا يبرأ المشتري منه كما لو دفعه الى أجنبي ولا يقبل قول المشتري على شريك البائع لانه ينكره وللبائع المطالبة بقدر نصيبه لا غير لانه مقر أن شريكه قبض حقه ويلزم المشتري دفع نصيبه اليه ولا يحتاج الى أمين لان المشتري مقر ببقاء حقه وان دفعه الى شريكه لم تبرأ ذمته فاذا قبض حقه فلشريكه مشاركته فيما قبض لان الدين لها ثابت بسبب واحد فما قبض منه يكون بينهما كما لو كان ميراثاً وله ان لا يشاركه ويطالب المشتري بحقه كله ، ويحتمل أن لا يملك الشريك مشاركته فيما قبض لان كل واحد منهما يستحق ثمن نصيبه الذي ينفرد به فلم يكن لشريكه مشاركته فيما قبض من ثمنه كما لو باع كل واحد منهما نصيبه في صفقة وبخلاف

آخر رحى ومن اخر بغل ومن اخر العمل على أن يطحنوا بذلك فأرزق الله تعالى فهو بينهم صح وكان بينهم على ما شرطوه وقال القاضي العقد فاسد في المسئلتين جميعاً وهو ظاهر قول الشافعي، لان هذا لا يجوز أن يكون مشاركة ولا مضاربة لكونه لا يجوز أن يكون رأس مالهما العروض ولان من شرطها عود رأس المال سليماً بمعنى أنه لا يستحق شيء من الربح حتى يستوفى رأس المال بكاله والراوية هنا تخلق وتتقص، ولا اجارة لانها تفتقر الى مدة معلومة وأجر معلوم فتكون فاسدة، فعلى هذا يكون الاجر كله في المسئلة الاولى للسقاء لانه لما عرف الماء في الاناء ملكه فاذا باعه فثمنه له لانه عوض ملكه وعليه لصاحبه أجر المثل لانه استعمل ملكها بعوض لم يسلم لها فكان لها أجر المثل كسائر الاجارات الفاسدة وأما في المسئلة الثانية فأنهم اذا طحنوا لرجل طعاماً باجرة نظرت في عقد الاجارة فان كان من واحد منهم ولم يذكر أصحابه ولا نواهم فالاجر كله له وعليه لأصحابه أجر المثل، وان نوى أصحابه أو ذكرهم كان كما لو عقد مع كل واحد منهم منفرداً أو استأجر من جميعهم فقال استأجرتكم لتطحنوا لي هذا الطعام

الميراث لان سبب استحقاق الورثة لا يتبعض فلم يكن للورثة تبعيضة وهنا يتبعض لانه اذا كان البائع اثنين كان بمنزلة عقدين ولان الوارث نائب عن الموروث فكان ما يقبضه للموروث يشترك فيه جميع الورثة بخلاف مسئلتنا فان ما يقبضه لنفسه فان قلنا له مشاركته فيما قبض فعليه العيّن أنه لم يستوف حقه من المشتري ويأخذ من الغابض نصف ما قبضه ويطالب المشتري ببقية حقه اذا حلف له أيضا انه ما قبض منه شيئا، وليس للمقبوض منه ان يرجع على المشتري بعوض ما أخذ منه لانه مقران المشتري قد برئت ذمته من حق شريكه وانما أخذ منه ظلما فلا يرجع بما ظلمه هذا على غيره وان خاصم المشتري شريك البائع فادعى عليه انه قبض الثمن منه فكانت له بينة حكم بها وتقبل شهادة البائع له اذا كان عدلا لانه لا يجزى الى نفسه تقعا ولا يدفع عنها ضررا لانه اذا ثبت ان شريك قبض الثمن لم يملك مطالبته بشيء لانه ليس بوكيل له في القبض فلا يقع قبضه له هكذا ذكره بعض أصحابنا وعندى لا تقبل شهادته له لانه يدفع عن نفسه ضرر مشاركة شريكه له فيما يقبضه من المشتري واذا لم تكن بينة لحلف أخذ من المشتري نصف الثمن وان نسكل أخذ المشتري منه نصفه

(فصل) واذا كان العبد بين اثنين فنصب رجل نصيب أحدهما بان يستولي على العبد ويمنع أحدهما الاتفاح دون الآخر ثم ان مالك نصفه والغاصب باع العبد صفقة واحدة صح في نصيب المالك وبطل في نصيب الغاصب وان وكل الشريك الغاصب أو وكل الغاصب الشريك في اليمين فباع العبد كله صفقة واحدة بطل في نصيب الغاصب في الصحيح وهل يصح في نصيب الشريك؟ على روايتين بناء على تفريق الصفقة لان الصفقة ههنا وقت واحدة وقد بطل البيع في بعضها فبطل في سائرهما بخلاف ما إذا باع المالك والغاصب فانهما عقدان لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان ولو ان الغاصب ذكر للمشتري انه وكل في نصفه لصح في نصيب الآخر لكونه كالمقعد المنفرد

(فصل) واذا كان لرجلين دين سبب واحدا ما عقد أو ميراث أو استهلاك أو غيره فقبض أحدهما منه شيئا فلا يخر مشاركته فيه هذا ظاهر المذهب وقد روي عن أحمد ما يدل على ان لاحدهما أن يأخذ حقه دون صاحبه ولا يشاركه الآخر فيما أخذه وهو قول ابي العالوية وأبي قلابة وابن سيرين وأبي عبيد، قيل لأحمد بمت أنا وصاحبي متاعا بيني وبينه فأعطاني حقي وقال هذا حقك خاصة وأنا أعطيتي شريكك بعد؟ قال : لا يجوز قيل له فان أخره أو أبرأه من حقه دون صاحبه قال يجوز قيل فقد قال ابو عبيد : له ان يأخذ

بكذا فالاجر بينهم ارباعا لان كل واحد منهم قد لزمه طحن ربهه ويرجع كل واحد منهم على أصحابه برهم أجر مثله وان قال استأجرت هذا الدكان والبغل والرحا وهذا الرجل بكذا وكذا من الطعام صح والاجر بينهم على قدر أجر مثلهم لكل واحد من المسمى بقدر حصته في أحد الوجهين وفي الآخر يكون بينهم ارباعا بناء على ما إذا تزوج اربعا بمهر واحد او كاتب أربعة أعبد بعوض واحد هل يكون العوض ارباعا أو على قدر قيمتهم؟ على وجهين

دون صاحبه. إذا كان له أن يؤخر ويبرئه دون صاحبه؟ ففكر فيها ثم قال هذا يشبه الميراث إذا أخذ منه بعض الورثة دون بعض وقد قال ابن سيرين وأبو قلابة وأبو العالية من أخذ شيئاً فهو من لصيه قال فرأيت قد احتج له وأجازه قال أبو بكر العمل عندي على ما رواه حرب وخزبل أنه لا يجوز وهو الصحيح وقد صرح به أحمد في أول هذه الرواية ولم يصرح بالرجوع عما قاله وذلك لأنه لا يجوز أن يكون نصيب القابض ما أخذه إلا في ذلك من قسمة الدين في الذمة من غير رضی الشريك فيكون المأخوذ والباقي جميعاً مشتركاً، وإنما غير القابض الرجوع على القابض بنصفه سواء كان باقياً في يده أو أخرجه عنها برهن أو قضاء دين أو غيره وله أن يرجع على الغريم لأن الحق يثبت في ذمته لها على وجه سواء فليس له تسليم حق أحدهما إلى الآخر فإن أخذ من الغريم لم يرجع على الشريك بشيء لأن حقه يثبت في أحد المحلين فإذا اختار أحدهما سقط حقه من الآخر، وليس للقابض منعه من الرجوع على الغريم بأن يقول أنا أعطيتك نصف ما قبضت بل الخيرة إليه من أيهما شاء قبض فإن قبض من شريك شيئاً رجع الشريك على الغريم بمثله، وإن هلك المقبوض في يد القابض تعين حقه فيه ولم يضمه للشريك لأنه قدر حقه فيما تمدي بالقبض وإنما كان لشريكه مشاركته لثبوته في الأصل مشتركاً، وإن أبرأ أحد الشريكين من حقه برى منه لأنه بمنزلة تلفه ولا يرجع عليه غريمه بشيء، وإن أبرأ أحدهما من عشر الدين ثم قبضاً من الدين شيئاً اقتسماه على قدر حقهما في الباقي للعبرى أربعة أنساعه ولشريكه خمسة أنساعه وإن قبضاً نصف الدين ثم أبرأ أحدهما من عشر الدين كله نفذت براءته في خمس الباقي وما بقي بينهما على على ثمانية للعبرى ثلاثة أنساعه وللآخر خمسة أنساعه فما قبضه بعد ذلك اقتسماه على هذا، وإن اشترى أحدهما بنصيبه من الدين ثوباً فلا آخر إبطال الشراء فإن بذل له المشتري نصف الثوب ولا يبطل البيع لم يلزمه ذلك وإن أجاز البيع لملك نصف الثوب أنبنى على بيع الفضولي هل يقف على الإجازة أو لا؟ وإن أجاز أحدهما حقه من الدين جاز فانه لو أسقط حقه جاز فتأخيره أولى فإن قبض الشريك بعد ذلك شيئاً لم يكن لشريكه الرجوع عليه بشيء ذكره القاضي، والأولى أن له الرجوع لأن الدين الحال لا يتأجل بالتأجيل فوجود التأجيل كعدمه، فاما إن قلنا بالرواية الأخرى وإن ما قبضه أحدهما له دون صاحبه فوجهها أن ما في الذمة لا ينتقل إلى المدين إلا بتسليمه إلى غريمه أو وكيله وما قبضه أحدهما فليس لشريكه فيه قبض ولا لو وكيله فلا يثبت له فيه حق وكان لقابضه لثبوت بده عليه بحق فأشبهه ما لو كان الدين بسببين وليس هذا قسمة الدين في الذمة وإنما تعين حقه بقبضه فأشبهه تعيينه بالأبراء ولأنه لو كان لغير القابض حق

(مسئلة) (وان جما بين شركة العنان والابدان والوجوه والمضاربة صح) لان كل واحد منها

صح منفرداً فصح مع غيره كحالة الانفراد

(فصل) الخامس شركة المفاوضة وهو أن يدخلوا في الشركة الاكساب النادرة كوجدان لقطعة

أو ركز أو ما يحصل لها من ميراث وما يلزم أحدهما من ضمان غصب أو ارض جنابة أو نحو ذلك

في المقبوض لم يسقط بتلفه كسائر الحقوق ولأن هذا القبض لا يخلو إما ان يكون بحق او بغير حق فان كان بحق لم يشاركه غيره فيه كالموكل بالدين بسببين وإن كان بغير حق لم يكن له مطالبته لأن حقه في الذمة لا في الدين فأشبهه ماله اخذ غاصب منه مالا، فعلى هذا ما قبضه القابض يختص به دون شريكه وليس لشريكه الرجوع عليه وإن اشترى بنصيبه ثوباً صح ولم يكن لشريكه إبطال الشراء وإن قبض أكثر من حقه بغير اذن شريكه لم يبرأ الغريم مما زاد على حقه .

(فصل) واختلفت الرواية عن احمد في قسمة الدين في الذم فنقل حنبل منع ذلك وهو الصحيح لأن الذم لا تتكافأ ولا تتعادل والقسمة تقتضي التعديل واما القسمة من غير تعديل فهي يبيع ولا يجوز بيع الدين بالدين، فعلى هذا لو تقاسم توى بعض المال رجع من توى ماله على من لم يتو وبهذا قال ابن سيرين والنخعي ونقل حرب جواز ذلك لأن الاختلاف لا يمنع القسمة كالمواضع اختلفت الاعيان وبه قال الحسن واسحاق فعلى هذا لا يرجع من توى ماله على من لم يتو إذا أبرأ كل واحد صاحبه وهذا إذا كان في ذم فاما في ذمة واحدة فلا يمكن القسمة لان معنى القسمة إفراز الحق ولا يتصور ذلك في ذمة واحدة والله أعلم .

(فصول في العبد المأذون له) يجوز أن يأذن السيد لعبده في التجارة بغير خلاف لعلمه لان الحجر عليه إنما كان لحق سيده فجاز له التصرف باذنه وينفك عنه الحجر في قدر ما اذن له فيه لأن تصرفه إنما جاز باذن سيده فزال الحجر في قدر ما اذن فيه كالوكيل ، فان دفع اليه مالا يتجر به كان له أن يبيعه ويتجر فيه وان اذن له أن يشتري في ذمته جاز وإن عين له نوعاً من المال يتجر فيه جاز ولم يكن له التجارة في غيره وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة يجوز ان يتجر في غيره وينفك عنه الحجر مطلقاً لان اذنه المطلق من الحجر وفك له والا طلاق لا يتبع كبلوغ الصبي

ولنا انه متصرف بالاذن من جهة الأدي فوجب أن يختص ما اذن له فيه كالوكيل والمضارب وما قاله ينقض بما اذا اذن له في شراء ثوب ليلبسه او طعام لياكله ويخالف البلوغ فانه يزول به المعنى الموجب للحجر فان البلوغ مظنة كمال العقل الذي يتمكن به من التصرف على وجه المصلحة وههنا الرق سبب الحجر وهو موجود فنظير البلوغ في الصبي العتق للعبد وانما يتصرف العبد بالاذن الا ترى ان الصبي يستفيد بالبلوغ قبول التكاح بخلاف العبد ؟

فهذه شركة فاسدة، وبهذا قال الشافعي واجازه الثوري والاوزاعي وأبو حنيفة وحكي عن مالك، وشروط أبو حنيفة لها شروطاً وهي ان يكونا حريين مسلمين وان يكون مالهما في الشركة سواء وان يخرجوا جميعاً ما يملكانه من جنس الشركة وهو الدراهم والدنانير، واحتجوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا تفاوضتم فاحسنوا المفاوضة ولانها نوع شركة تختص باسم فكان منها صحيح كشركة العنان ولنا أنه عقد لا يصح بين كافر بين ولا بين كافر ومسلم فلم يصح بين المسلمين كسائر العقود الفاسدة ولانه

(فصل) وإذا أذن له في التجارة لم يحز له أن يؤجر نفسه ولا يتوكل لانسان وبه قال الشافعي وإباحهما أبو حنيفة لأنه يتصرف لنفسه فملك ذلك كالمكاتب

ولنا أنه عقد على نفسه فلا يملكه بالأذن في التجارة كبيع نفسه وتزوجه وقولهم أنه يتصرف لنفسه ممنوع بل يتصرف لسيدته وبهذا فارق المكاتب يتصرف لنفسه ولهذا كان له أن يبيع من سيده (فصل) وإذا رأى السيد عبده يتجر فلم ينهه لم يصر مأذوناً له وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصير مأذوناً له لأنه سكت عن حقه فكان مسقطاً له كالشفيع إذا سكت عن طلب الشفعة ولنا أنه تصرف يفتقر إلى الأذن فلم يرقم السكوت مقام الأذن كما لو باع الراهن الرهن والمرهن ساكت أو باعه المرهن والراهن ساكت وكتصرفات الأجنبي وبخلاف الشفعة فإنها تسقط بمضي الزمان إذا علم لانها على الفور

(فصل) ولا يبطل الأذن بالإباق وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يبطل لأنه يزيل به ولاية السيد عنه في التجارة بدليل أنه لا يجوز بيعه ولا هبته ولا رهنه فأشبهه ما لو باعه ولنا أن الإباق لا يمنع ابتداء الأذن له في التجارة فلم يمنع استدامته كما لو غصبه غاصباً وحبس بدين عليه أو على غيره وما ذكره غير صحيح فإن سبب الولاية باق وهو الرق ويجوز بيعه وأجاره ممن يقدر عليه ويبطل بالمنصوب

(فصل) ولا يجوز للمأذون التبرع بهبة الدراهم ولا كسوة الثياب وتجاوز هبته إلى كحل وأجارة دابته وأخذ الدعوى ما لم يكن اسرافاً وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي لا يجوز شيء من ذلك بغير إذن سيده لأنه تبرع بمال مولاه فلم يحز كسوة دراهمه

ولنا أن النبي ﷺ كان يجيب دعوة المملوك وروى أبو سعيد مولى أبي أسيد أنه تزوج فحضر دعوته أناس من أصحاب رسول الله ﷺ منهم عبدالله بن مسعود وحذيفة وأبو ذر فأمرهم وهو يومئذ عبد، ورواه صالح في مسائله بأسناده ولأن العادة جارية بهذا بين التجار فجاز للمرأة الصدقة بكسوة الخبز من بيت زوجها

عقد لم يرد الشرع بمثله فلا يصح كما ذكرنا ولأن فيه غرراً فلم يصح كبيع الغرر، بيان غرره أنه يلزم كل واحد ما لزم الآخر وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به وقد أدخلنا فيه إلا كسب النادرة فاما الخبز فلا نعرفه ولا رواه أصحاب السنن وليس فيه ما يدل على أنه أراد هذا العقد فيحتمل أنه أراد المفاوضة في الحديث ولهذا روي فيه «ولا تجادلوا فإن المجادلة من الشيطان» وأما القياس فلا يصح فإن اختصاصها باسم لا يقتضي الصحة كبيع المنابذة والملازمة وسائر البيوع الفاسدة وشركة المنان تصح بين الكافر والمسلم بخلاف هذا

كتاب الوكالة

وهي جائزة بالكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى (أما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها) فجوز العمل عليها وذلك بحكم النيابة عن المستحقين وأيضاً قوله تعالى (فابشوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاماً فليأتكم بزرق منه) وهذه وكالة وأما السنة فروى أبو داود والاثرم وابن ماجه عن الزبير بن الخريت عن أبي ليبيد لمازاة بن زبار عن عروة بن الجعد قال عرض للنبي ﷺ جلب فأعطاني دينارا فقال يا عروة «أنت الجلب فاشتر لنا شاة» قال فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشترت شاتين بدينار فحمت أسوقها أو أقودها فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فأتيت النبي ﷺ بالدينار والشاة فقلت يا رسول الله: هذا دينارك وهذه شاتك قال «وضعت كيف؟» قال فحدثته الحديث قال «اللهم بارك له في صفقة يمينه» هذا لفظ رواية الاثرم وروى أبو داود بإسناده عن جابر بن عبد الله قال: أردت الخروج إلى خيبر فأتيت رسول الله ﷺ فقلت له إني أردت الخروج إلى خيبر فقال «أنت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا فان ابغى منك آية فضع يدك على ترقوته» وروي عنه ﷺ أنه وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة وأبا رافع في قبول نكاح ميمونة، وأجمعت الامة على جواز الوكالة في الجملة ولان الحاجة داعية إلى ذلك فانه لا يمكن كل واحد فعل ما يحتاج إليه فدعت الحاجة إليها

باب الوكالة

وهي جائزة بالكتاب والسنة والاجماع. أما الكتاب فقولته تعالى (أما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها) فجوز العمل عليها وذلك بحكم النيابة عن المستحقين وأيضاً قوله تعالى (فابشوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاماً فليأتكم بزرق منه) وهذه وكالة، وأما السنة فروى أبو داود والاثرم وابن ماجه بإسنادهم عن عروة بن الجعد قال عرض للنبي ﷺ جلب فأعطاني ديناراً فقال «يا عروة أنت الجلب فاشتر لنا شاة» قال فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشترت شاتين بدينار فحمت أسوقهما وأقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار والشاة فقلت يا رسول الله هذا دينارك وهذه شاتك قال «وضعت كيف؟» قال فحدثته الحديث فقال «اللهم بارك له في صفقة يمينه» هذا لفظ رواية الاثرم وروى أبو داود بإسناده عن جابر بن عبد الله قال أردت الخروج إلى خيبر فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت له إني أردت الخروج إلى خيبر فقال «أنت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقاً فان ابغى منك آية فضع يدك على ترقوته» وروي عنه صلى الله عليه وسلم أنه وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة وأبا رافع في قبول نكاح ميمونة

(الغني والشرح الكبير) (٣٦) (الجزء الخامس)

(فصل) وكل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح ان يوكل فيه رجلاً أو امرأة حراً أو عبداً مسلماً كان أو كافراً وأما من يتصرف بالأذن كالعبد المأذون له والوكيل والمضارب فلا يدخلون في هذا لكن يصح من العبد التوكيل فيما يملكه دون سيده كالطلاق والخلع وكذلك الحكم في المحجور عليه لفسه لا يوكل إلا فيما له فعلة من الطلاق والخلع وطلب القصاص ونحوه، وكل ما يصح أن يستوفيه بنفسه وتدخله النيابة صح ان يتوكل لغيره فيه إلا الفاسق فإنه يصح أن يقبل التسكاح لنفسه وذكر القاضي أنه لا يصح أن يقبله لغيره وكلام أبي الخطاب يقتضي جواز ذلك وهو القياس ولا أصحاب الشافعي في ذلك وجهان كهذين، فاما توكيله في الإيجاب فلا يجوز إلا على الرواية التي ثبتت الولاية له، وذكر أصحاب الشافعي في ذلك وجهين أحدهما يجوز توكيله لأنه ليس بولي ووجه الوجه الآخر أنه موجب للتسكاح أشبه الولي ولأنه لا يجوز أن يتولى ذلك بنفسه فلم يجوز أن يتوكل فيه كالمرأة، ويصح توكيل المرأة في طلاق نفسها وطلاق غيرها وبصح توكيل العبد في قبول التسكاح لأنه ممن يجوز أن يقبله لنفسه وإنما يقف ذلك على إذن سيده ليرضى بتعلق الحقوق به ومن لا يملك التصرف في شيء لنفسه لا يصح أن يتوكل فيه كالمرأة في عقد التسكاح وقبوله والكافر في تزويج مسلمة والطفل والمجنون في الحقوق كلها .

وأجمعت الأمة على جواز الوكالة في الجملة ، ولأن الحاجة داعية إلى ذلك فإنه لا يمكن كل أحد فعل ما يحتاج إليه بنفسه .

(مسئلة) (تصح الوكالة بكل قول بدل الأذن وكل قول أو فعل بدل القبول)

لا تصح الوكالة إلا بالإيجاب والقبول لأنه عقد تعلق به حق كل واحد منهما فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالبيع ، والإيجاب هو كل لفظ دل على الأذن نحو قوله أعمل كذا أو أذنت لك في فعله فإن النبي صلى الله عليه وسلم وكل عروة بن الحميد في شراء شاة بلفظ الشراء وكذلك قوله تعالى حكاية عن أهل الكهف (فابمشوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة - إلى قوله - فليأتكم برزق منه) ولأنه لفظ دل على الأذن فهو كقوله وكلتك، ويكفي في القبول قوله قبلت وكل لفظ دل عليه ويجوز بكل فعل دل عليه أيضاً نحو ان يفعل ما أمره بفعله لأن الذين وكلهم النبي صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنهم سوى امتثال أمره ولأنه أذن في التصرف فجاز القبول فيه بالفعل كأكل الطعام

(مسئلة) (ويجوز القبول على الفور والتراخي نحو ان يوكله في بيع شيء فيبيعه بعد سنة أو يبايعه أنه وكله منذ شهر فيقول قبلت)

لأن قبول وكلاء النبي صلى الله عليه كان بفعلهم وكان متراخياً عن توكيله لإيامه ولأنه أذن في التصرف والأذن قائم ما لم يرجع عنه أشبه الإباحة وهذا كله مذهب الشافعي

(فصل) ويجوز تعليقها على شرط نحو قوله اذا قدم الحاج فافعل كذا أو إذا جاء الشتاء فاشتر لنا

(فصل) والسكائب أن يوكل فيما يتصرف فيه بنفسه وله أن يتوكل بجمل لانه من اكتساب المال ولا يمنع المكاتب من الاكتساب، وليس له أن يتوكل لغيره بغير جمل إلا باذن سيده لأن منافعه كاعيان ماله وليس له بذل عين ماله بغير عوض، وللعبد أن يتوكل باذن سيده وليس له التوكيل بغير اذن سيده وإن كان مأذوناً له في التجارة لأن الاذن في التجارة لا يتناول التوكيل وتصح وكالة الصبي المراهق إذا اذن له الولي لانه ممن يصح تصرفه .

﴿مسئلة﴾ قال (ويجوز التوكيل في الشراء والبيع ومضاربة المحقوق والعتق والطلاق

حاضراً كان الموكل أو غائباً)

لانعم خلافاً في جواز التوكيل في البيع والشراء وقد ذكرنا الدليل عليه من الآبة والخبر ولان الحاجة داعية إلى التوكيل فيه لانه قد يكون ممن لا يحسن البيع والشراء أو لا يمكنه الخروج إلى السوق وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه وقد يحسن ولا يتفرغ وقد لا تلبق به التجارة لكونه امرأة أو ممن يتميز بها ويحط ذلك من منزلته وأباحها الشرع دفماً للحاجة وتحصيلاً لمصلحة الآدمي الخلق لعبادة الله سبحانه، ويجوز التوكيل في الحوالة والرهن والضمان والكفالة والشركة والوديعة والمضاربة والحوالة والمساقاة والاجارة والقرض والصلح والوصية والهبة والوقف والصدقة والفسخ والابراء لانها

كذا أو اذا جاء الاضحى فاشتر لنا اضحية أو اذا طلب منك أهلي شيئاً فادفعه اليهم أو اذا دخل رمضان فقدوكلتك في كذا أو فانت وكيلي وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعي لا تصح لكن إن تصرف صح تصرفه لوجود الاذن وان كان وكيلاً بجمل فسد المسعى وله اجر المثل لانه عقد يملك التصرف به في الحياة أشبه البيع

وانا ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « أميركم زبد فان قتل فجعفر فان قتل فعبد الله بن رواحة » وهذا في معناه ولانه عقد اعتبر في حق الوكيل حكمة وهو إباحة التصرف وصحته فكان صحيحاً كما لو قال انت وكيلي في بيع عبدي اذا قدم الحاج ولانه لو قال وكلتك في شراء كذا في وقت كذا صح بلا خلاف ومحل النزاع في معناه ولانه اذن في التصرف أشبه الوصية والتأبير ولانه عقد يصح بغير جعل ولا يختص فاعله أن يكون من اهل القرية فصح بالجعل كالتوكيل الناجز

(مسئلة) (ولا يصح التوكيل والتوكل في شيء الا ممن يصح تصرفه فيه)

لان من يصح تصرفه بنفسه فبنايه أولى وكل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله انيابة صح أن يوكل فيه رجلاً كان أو امرأة حراً أو عبداً مسلماً أو كافراً، فأما من يتصرف بالاذن كالعبد المأذون له والوكيل والمضارب فلا يدخلون في هذا، لكن يصح من العبد التوكيل فيما يملكه دون سيده كالطلاق والخلع، وكذلك الحكم في المحجور عليه لسفه لا يوكل الا فيما له فعله كالطلاق

في معنى البيع في الحاجة إلى التوكيل فيها فيثبت فيها حكمه ولا نعلم في شيء من ذلك اختلافاً، ويجوز التوكيل في عقد النكاح في الإيجاب والقبول لأن النبي صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية وأبارافع في قبول النكاح له ولأن الحاجة تدعو إليه فانه ربما احتاج إلى الزوج من مكان بعيد لا يمكنه السفر إليه فان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج أم حبيبة وهي يومئذ بأرض الحبشة، ويجوز التوكيل في الطلاق والخلع والرجعة والعتاق لان الحاجة تدعو إليه كدعائها إلى التوكيل في البيع والنكاح، ويجوز التوكيل في تحصيل المباحات كإحياء الموات وإسقاء الماء والاصطياد والاحتشاش لأنها مملكت مال بسبب لا يتعين عليه فجاز التوكيل فيه كالأبناج والأنهات، ويجوز التوكيل في إثبات القصاص وحد القذف واستيفائهما في حضرة الموكل وغيبته لأنهما من حقوق الأدميين وتدعو الحاجة إلى التوكيل فيهما لان من له حق قد لا يحسن الاستيفاء أو لا يجب أن يتولاه .

(فصل) ويجوز التوكيل في مطالبة الحقوق واثباتها والمحاكمة فيها حاضراً كان الموكل أو غائباً، صحيحاً أو مريضاً، وبه قال مالك وإن أبي لبلى وأبو يوسف ومحمد والشافعي وقال أبو حنيفة للخصم أن يتمتع من محاكمة الوكيل إذا كان الموكل حاضراً لان حضوره بمجاس الحكم ومخاصمته حق لخصمه عليه فلم يكن له نقله إلى غيره بغير رضاه خصمه كالدين عليه ولنا انه حق تجوز النيابة فيه فكان لصاحبه الاستنابة بغير رضاه خصمه كحال غيبته ومرضه

والحلم وطلب القصاص، وكل ما صح ان يستوفيه بنفسه وتدخله النيابة صح أن يتوكل لغيره فيه إلا الفاسق فانه يصح أن يقبل النكاح لنفسه، وذكر القاضي أنه لا يجوز أن يقبله لغيره وظاهر كلام شيخنا في الكتاب المشروح أنه يصح وهو قول أبي الخطاب وهو القياس ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين فأما توكيله في الإيجاب فلا يجوز إلا على الرواية التي ثبتت الولاية له وذكر اصحاب الشافعي في ذلك الوجهين (أحدهما) يجوز لانه ليس بولي (والثاني) لا يجوز لانه موجب للنكاح أشبه الولي ولانه لا يجوز أن يتولى ذلك بنفسه فلم يجز أن يتوكل فيه كالمراة ويصح توكيل المراة في طلاق نفسها وغيرها ويصح توكيل العبد في قبول النكاح لانه ممن يجوز أن يقبله لنفسه وإنما يقف ذلك على إذن سيده ليرضى بتعلق الحقوق به، ومن لا يملك التصرف في شيء لنفسه لا يصح أن يتوكل فيه كالمراة في عقد النكاح وقبونه والكافر في تزويج مسلمة والطفل والمجنون في الحقوق كلها، والمكاتب ان يوكل فيما يتصرف فيه بنفسه وله ان يتوكل بجعل لانه من اكتساب المال ولا يتمتع من الاكتساب، وليس له ان يتوكل بغير جعل الا باذن سيده لان منافع كاعيان ماله وليس له بذل عين ماله بغير عوض وتصح وكالة الصبي المميز باذن الولي بناء على صحة تصرفه باذنه

(مسئلة) ويجوز التوكيل في كل حق آدمي من العقود والفسوخ والعتق والطلاق والرجعة وتملك المباحات من الصيد والحشيش ونحوه الا الظهار والعان والابان)

وكدفع المال الذي عليه ولانه اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان علياً رضي الله عنه وكل عقيلاً عند أبي بكر رضي الله عنه وقال ما قضي له فلي وما قضي عليه فعلي، وكل عبد الله بن جعفر عند عثمان وقال ان للخصومة قبحاً وان الشيطان ليحضرها ولاني لا أكره أن أحضرها قال أبو زياد القحطامي، وهذه قصص انتشرت لانها في مظنة الشهرة فلم ينقل إنكارها، ولان الحاجة تدعو إلى ذلك فانه قد يكون له حق أو يدعى عليه ولا يحسن الخصومة أو لا يجب أن يتولاها بنفسه، ويجوز التوكيل في الافرار ولأصحاب الشافعي وجهان أحدهما لا يجوز التوكيل فيه لانه اخبار بحق فلم يجز التوكيل فيه كالشهادة

وانما انه اثبات حق في الذمة بالقول فجاز التوكيل فيه كالبيع، وفارق الشهادة قلنا لا تثبت الحق وإنما هو إخبار بثبوته على غيره .

(فصل) ولا يصح التوكيل في الشهادة لانها تتعلق بعين الشاهد لكونها خبراً عما رآه أو سمعه ولا يتحقق هذا المعنى في نائبه فان استتاب فيها كان النائب شاهداً على شهادته لكونه يؤدي ما سمعه من شاهد الاصل وليس بوكيل، ولا يصح في الايمان والتذور لانها تتعلق بعين الحالف والتاخر فأشبهت العبادات البدنية والحدود، ولا يصح في الايلاء والقسامة واللعان لانها أيمان، ولا في القسم بين الزوجات لانه يتعلق بيدن الزوج لامر لا يوجد من غيره، ولا في الرضاع لانه يختص بالمرضة والمرتض لا مريض يختص بانبات لحم المرتضع وانما عظمه بلبن المرضة، ولا في الظهار لانه قول منكر وزور فلا يجوز فعله ولا الاستنابة فيه ولا يصح في النصب لانه محرم، ولا في الجنایات لذلك ولا في كل محرم لانه لا يجوز له فعله فلم يجز لنائبه

وجملة ذلك أن التوكيل يجوز في الشراء والبيع ومطالبة الحقوق والعتق والطلاق حاضر أو كان الموكل أو غائباً وقد ذكرنا الدليل على ذلك من الآيات والخبر والحاجة تدعو اليه لانه قد يكون ممن لا يحسن البيع والشراء أو لا يمكنه الخروج الى السوق وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه وقد يحسن ولا يتفرغ وقد لا تليق به التجارة لكونه امرأة أو ممن يتيير بها ويحط ذلك من منزلته فأباحها الشرع دفماً للحاجة وتحصيلاً لمصلحة الآدمي المخلوق لعبادة الله سبحانه، وكذلك يجوز التوكيل في الحوالة والرهن والضمان والكفالة والشركة والوديعة والمضاربة والجمالة والمساقاة والاجارة والقرض والصلح والهبة والصدقة والوصية وانفسخ والابراء لانها في معنى البيع في الحاجة الى التوكيل فيها فيثبت فيها حكمه ولا نعلم فيه خلافاً، ويجوز التوكيل في الخلع والرجعة لان الحاجة تدعو اليه كدعائها الى التوكيل في البيع ويجوز التوكيل في تحصيل المباحات كاحياء الموات واستقاء الماء والاصطياد والاحتشاش لانها ملك مال بسبب لا يتعين عليه فجاز التوكيل فيه كالاتياع والايهاب

(فصل) ولا تصح في الايمان والتذور لانها تتعلق بعين الحالف والتاخر فأشبهت العبادات البدنية والحدود ولا تصح في الايلاء والقسامة واللعان لانها أيمان ولا في الظهار لانه قول منكر وزور فلا يجوز فعله ولا الاستنابة فيه ولا تجوز في القسم بين الزوجات لانها تتعلق بيدن الزوج لامر يختص به

(فصل) فأما حقوق الله تعالى فما كان منها حداً كحد الزنا والسرقه جاز التوكيل في استيفائه لان النبي ﷺ قال «اغد يا أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها» فعدا عليها أنيس فاعترفت فأمر بها فرجمت متفق عليه وأمر النبي صلى الله عليه وسلم برجم ما عر فرجموه ووكل عثمان علياً في اقامة حد الشرب علي الوليد بن عقبة ووكل علي الحسن في ذلك فأبى الحسن فوكل عبد الله بن جعفر فأقامه وعلي يعد رواه مسلم، ولان الحاجة تدعو الى ذلك لان الامام لا يمكنه تولى ذلك بنفسه ويجوز التوكيل في اثباتها وقال أبو الخطاب لا يجوز في اثباتها وهو قول الشافعي لأنها تسقط بالشبهات وقد أمرنا بدرئها بها وانتوكيل يوصل الى الايجاب

ولنا حديث أنيس فان النبي صلى الله عليه وسلم وكله في اثباته واستيفائه جميعا فانه قال فان اعترفت فارجمها وهذا يدل على انه لم يكن ثبت وقد وكله في اثباته واستيفائه جميعا ولان الحاكم اذا استتاب دخل في ذلك الحدرد فاذا دخلت في التوكيل بطريق العموم وجب أن تدخل بالتخصيص بها أولى والوكيل يقوم مقام الموكل في درئها بالشبهات وأما التبادلات فما كان منها له تعلق بالمال كالزكاة والصدقات والمنذورات والكفارات جاز التوكيل في قبضها وتفريقها ويجوز للمخرج التوكيل في اخراجها ودفعها الى مستحقها ويجوز أن يقول لغيره اخرج زكاة مالي من مالك لان النبي صلى الله عليه وسلم بعث عماله لقبض الصدقات وتفريقها وقال لعاذ حين بعثه الى اليمن «اعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من

ولا في الرضاع لانه يختص بالمرضة والمرتضع لا امر يختص بانبات لم المرتضع وإنشاز عظمه من لبنها، ولا تصح في الغصب ولا في الجنایات لان ذلك محرم وكذلك كل محرم لانه لا يحل له فعله بنفسه فلم تجز النيابة فيه (مسئلة) (ويجوز أن يوكل من يقبل له النكاح ومن يزوج موليته اذا كان الوكيل ممن يصح له ذلك لنفسه وموليته لان النبي صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية الضمري وأبا رافع في قبول النكاح له ولان الحاجة تدعو اليه فانه ربما احتاج الى الزيج من مكان بعيد لا يمكنه السفر اليه كما تزوج النبي صلى الله عليه وسلم أم حبيبة وهي بأرض الحبشة ويجوز أن يوكل من يزوج موليته لان الحاجة تدعو اليه فأشبهه البيع إذا كان الوكيل ممن يصح منه ذلك لموليته، وهل يجوز ان يكون فاسقاً؟ ينبغي على اشتراط ذلك في ولاية النكاح وسيدكر في بابه ان شاء الله

(فصل) ولا يصح التوكيل في الشهادة لانها تتعلق بعين الشاهد لكونها خبراً عماراً أو سمعه ولا يتحقق هذا المعنى في نائيه فان استتاب فيها كان النائب شاهداً على شهادة لكونه يؤدي ماسمعه من شاهد الاصل وليس بوكيل، ولا يصح في الاعتنام لانه متى حضر النائب تعين عليه الجهاد فكان السهم له ولا في الالتقاط لانه بأخذه يصير للمتقطه

(فصل) ويجوز التوكيل في المطالبة بالحقوق وإثباتها والمحاكمة فيها حاضر أكان الموكل أو غائباً صحیحاً أو مريضاً وبه قال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد والشافعي وقال أبو حنيفة للمخضم

أغنيائهم فترد على فقرائهم فان هم أطاعوك بذلك فاياك وكرائم أموالهم واتفق دعوة المظلوم فانه ليس بينها وبين الله حجاب « متفق عليه، ويجوز التوكيل في الحج اذا أيس المحجوج عنه من الحج بنفسه وكذلك العمرة ويجوز أن يستتاب من يحج عنه بعد الموت، وأما العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصيام والطهارة من الحدث فلا يجوز التوكيل فيها لأنها تتعلق بيدن من هي عليه فلا يقوم غيره مقامه فيها إلا أن الصيام المنذور يفعل عن الميت وليس ذلك بتوكيل لانه لم يوكل في ذلك ولا وكل به غيره ولا يجوز في الصلاة إلا في ركعتي الطواف تبعاً للحج، وفي فعل الصلاة المنذورة وفي الاعتكاف المنذور عن الميت روايتان، ولا تجوز الاستنابة في الطهارة الا في صب الماء وإيصال الماء للاعضاء وفي تطهير النجاسة عن البدن والثوب وغيرهما

(نصل) وكل ماجاز التوكيل فيه جاز استيفائه في حضرة الموكل وغيبته ونص عليه أحد وهذا مذهب مالك وقال بعض أصحابنا لا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف في غيبة الموكل أو ما إليه

أن يتمتع من محاكمة الوكيل اذا كان الموكل حاضراً لان حضوره مجلس الحاكم ومخاضته حق لخصمه عليه فلم يكن له نقله الى غيره بغير رضاه خصمه كالدين عليه

ولنا أنه حق تجوز النيابة فيه فكان لصاحبه الاستنابة بغير رضاه خصمه كحالة غيبته ومرضه وكدفع المال الذي عليه ولانه اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان عليا وكل عقيلاً عند أبي بكر رضي الله عنه وقال ما قضي له فلي وما قضي عليه فعلي ووكل عبد الله بن جعفر عند عثمان وقال ان لخصومة فجما وان الشيطان يحضرها واني لا كره أن أحضرها قال أبو زياد الفهم المهالك وهذه قصص اشتهرت لانها في مظنة الشهرة فلم ينقل انكارها ولان الحاجة تدعو الى ذلك فانه قد يكون له حق أو يدعى عليه ولا يحسن الخصومة أو لا يجب أن يتولاها بنفسه ويجوز التوكيل في الاقرار ولأصحاب الشافعي وجهان (احدهما) لا يجوز التوكيل فيه لانه إخبار بحق فلم يجوز التوكيل فيه كالشهادة

ولنا أنه إثبات حق في الذمة بالقول فجاز التوكيل فيه كالبيع وفارق الشهادة فانها لا تثبت الحق وإنما هو اخبار بنبوته على غيره، ويجوز التوكيل في إثبات الفصاص وحد القذف واستيفائهما لانهما من حقوق الأدميين وتدعو الحاجة الى التوكيل فيهما لان من له الحق قد لا يحسن الاستيفاء أو لا يجب أن يتولاها

(مسئلة) (ويجوز في كل حق لله تعالى تدخله النيابة من العبادات والحدود في اثباتها واستيفائها كحد الزنا والسرقه)

لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « اغدياً أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » ففدا عليها أنيس فاعترفت فأمر بها فرجمت متفق عليه وأمر النبي صلى الله عليه وسلم برجم ما عز فرجموه ووكل عثمان عليا في إقامة حد الشرب على الوليد بن عقبة رواه مسلم ولان الحاجة تدعو اليه لان الامام لا يمكنه

أحمد وهو قول أبي حنيفة وبعض الشافعية لأنه يحتمل أن يعفو الموكل في حالة غيبته فيسقط وهذا الاحتمال شبهة تمنع الاستيفاء ولأن العفو مندوب اليه فاذا حضر احتمل أن يرجمه فيعفو والاول ظاهر المذهب لان ماجاز استيفاؤه في حضرة الموكل جاز في غيبته كالحدود وسائر الحقوق واحتمال العفو بعيد والظاهر انه لو سقا لبعث وأعلم وكيته بعفوه والاصل عدمه فلا يؤثر الاترى ان قضاة رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يحكمون في البلاد ويقمون الحدود التي تدرأ بالشبهات مع احتمال النسخ وكذلك لا يجتاط في استيفاء الحدود باحضار الشهود مع احتمال رجوعهم عن الشهادة أو تفسير اجتهاد الحاكم

(فصل) ولا تصح الوكالة الا بالايجاب والقبول لانه عقد تعلق به حق كل واحد منهما فافتقر الى لايجاب والقبول كالبيع ويجوز الايجاب، بكل لفظ دل على الاذن نحو ان يأمره بفعل شيء أو يقول اذنت لك في فعله فان النبي صلى الله عليه وسلم وكل عروة بن الجعد في شراء شاة بلفظ الشراء

تولي ذلك بنفسه، ويجوز التوكيل في اثباتها وقال أبو الخطاب لا يجوز وهو قول الشافعي لانها تسقط بالشبهات وقد أمرنا بدرئها والتوكيل توصل الى الايجاب
ولنا حديث أنيس الذي ذكرناه فان النبي صلى الله عليه وسلم وكله في إثباته واستيفائه جميعاً بقوله «فان اعترفت فارجمها» وهذا يدل على أنه لم يكن ثبت وقد وكله في اثباته ولان الحاكم اذا استتاب دخل في ذلك الحدود فاذا دخلت في التوكيل بطريق العموم فبالخصيص يكون دخولها أولى والتوكيل يقوم مقام الموكل في درئها بالشبهات

(فصل) فاما العبادات فـ تعلق منها بالمال كالصدقات والزكاة والمنذورات والكفارات جاز التوكيل في قبضها وتفريقها ويجوز للمخرج التوكيل في إخراجها ودفنها الى مستحقها ويجوز أن يقول لغيره اخرج زكاة مالي من مالك لان النبي صلى الله عليه وسلم بعث عماله لقبض الصدقات وتفريقها وقال لمعاذ حين بعثه الى اليمن «أعلمهم ان عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم» متفق عليه ويجوز التوكيل في الحج اذا أيس المحجوج عنه من الحج بنفسه وكذلك العمرة ويجوز ان يستتاب من يحج عنه بعد الموت، فاما العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصيام والطهارة من الحدث فلا يجوز التوكيل فيها فانها تعلق ببدن من هي عليه فلا يقوم غيره مقامه الا أن الصيام المنذور يفعل عن الميت وليس ذلك بتوكيل لانه لم يوكل في ذلك ولا وكل فيه غيره، ولا يجوز في الصلاة الا في ركعتي الطواف تبعاً للحج ولا تجوز الاستنابة في الطهارة الا في صب الماء وإيصاله الى الاعضاء وفي تطهير النجاسة عن البدن والثوب وغيرها

(مسئلة) (ويجوز الاستيفاء في حضرة الموكل وغيبته نص عليه احمد وهو قول مالك الا القصاص، وخذ القذف عند بعض أصحابنا لا يجوز في غيبته)

وقال الله تعالى مخبرا عن أهل الكهف أنهم قالوا (فابتنوا أحدم بوزقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاما فليأتكم برزق منه) ولأنه لفظ دال على الإذن فجري مجرى قوله وكلتك ، ويجوز القبول بقوله قبلت وكل لفظ دل عليه ، ويجوز بكل فعل دل على القبول نحو ان يفعل ما امره بفعله لأن الذين وكلهم النبي صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنهم سوى أمثال امره ولأنه إذن في التصرف فجاز القبول فيه بالفعل كأكل الطعام ، ويجوز القبول على الفور والتراخي نحو ان يبلغه ان رجلا وكله في بيع شيء منذ سنة فيبيعه أو يقول قبلت أو يأمره بفعل شيء فيفعله بعد مدة طويلة لأن قبول وكلاء النبي صلى الله عليه وسلم لو كانته كان بفعلهم وكان متراخيا عن توكيله أيام ولأنه إذن في التصرف والإذن قائم ما لم يرجع عنه فأشبهه الإباحة وهذا كله مذهب الشافعي

وقد أوما إليه أحمد وهو قول أبي حنيفة وبعض الشافعية لأنه يحتمل ان يعفو الموكل في حال غيبته فيسقط وهذا الاحتمال شبهة تمنع الاستيفاء ولأن العفو مندوب إليه فاذا حضر احتمل ان يرجعه فيعفو والاول ظاهر المذهب لأن ما جاز استيفاءه في حضرة الموكل جاز في غيبته كالحدود وسائر الحقوق واحتمال العفو بعيد والظاهر أنه لو عفا لم يبعث وأعلم وكيله بعفو والأصل عدمه فلا يؤثر الاتري ان قضاء رسول الله ﷺ كانوا يحكمون في البلاد ويقيمون الحدود التي تدرأ بالشبهات مع احتمال النسخ وكذلك لا يختلط في استيفاء الحدود باحضار الشهود مع احتمال رجوعهم عن الشهادة أو بغير اجتهاد الحاكم .

(مسألة) (ولا يجوز للوكيل ان يوكل فيما يتولى مثله بنفسه إلا باذن الموكل وعنه يجوز وكذلك الوصي والحاكم وله التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه أو يعجز عنه لكثرته)

وجه ذلك ان التوكيل لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) ان ينهى الموكل وكيله عن التوكيل فلا يجوز له ذلك بغير خلاف لأن ما نهاه عنه غير داخل في اذنه فلم يعجز له كما لو لم يوكله (الثاني) ان يأذن له في التوكيل فيجوز له لأنه عقد إذن فيه فمكان له فعله كالتصرف المأذون فيه ولا ننم في هذا خلافا فان قال وكلتك فاصنع ما شئت فله ان يوكل ، وقال اصحاب الشافعي ليس له التوكيل في أحد الوجهين لأن التوكيل يقتضي تصرفا يتولاه بنفسه فقوله اصنع ما شئت يرجع الى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه ولنا ان لفظه عام فيما شاء فيدخل في عموم التوكيل (الثالث) اطلق له الوكالة فلا يخلو من اقسام ثلاثة (أحدها) أن يكون العمل مما يترفع الوكيل عن مثله كالاعمال الدنية في حق أشرف الناس المرتفعين عن فعلها في العادة أو يعجز عن عمله لكونه لا يحسنه فانه لا يجوز له التوكيل فيه لأنه اذا كان مما لا يعمله الوكيل عادة انصرف الإذن الى ما جرت به العادة من الاستتابة فيه (القسم الثاني) ان يكون مما يعمله بنفسه الا أنه يعجز عن عمله لكثرته وانتشاره فيجوز له التوكيل في عمله أيضا لان الوكالة اقتضت جواز التوكيل في فعل جميعه كما لو أذن فيه بلفظه ، وقال القاضي عندي

(المعنى والشرح الكبير) (٢٧) (الجزء الخامس)

(فصل) ويجوز تعليقها على شرط نحو قوله إذا قدم الحاج فبئح هذا الطعام وإذا جاء الشتاء فاشترنا فخا وإذا جاء الاضحى فاشتر لنا أضحية وإذا طلب منك أهلي شيئا فادفعه اليهم وإذا دخل رمضان فقد وكلتك في هذا أو فأنت وكيلى وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لكن إن تصرف صح تصرفه لوجود الاذن، وان كان وكيلا بجعل فسد المسمى وله أجر المثل لانه عقد ملك به التصرف في الحياة فأشبهه البيهقي . ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «أميركم زيد فان قتل فجعفر فان قتل فعبدا لله ابن رواحة» وهذا في معناه ولانه عقد اعتبر في حق الوكيل حكمه وهو اباحة التصرف وصحته فكان صحيحا كما لو قال أنت وكيلى في بيع عبدى إذا قدم الحاج ولانه لو قال وكلتك في شراء كذا في وقت كذا صح بلا خلاف ومحل النزاع في معناه ولانه اذن في التصرف أشبه الوصية والتأخير ولانه عقد يصح بغير جعل ولا يختص فاعله بكونه من أهل القرية فصح بالجعل كالتوكيل الناجز .

(فصل) ويجوز التوكيل بجعل وغير جعل فان النبي صلى الله عليه وسلم وكل أنيساً في اقامة الحد

أنه إنما له التوكيل فيما زاد على ما يتمكن من عمله بنفسه لان التوكيل إنما جاز للحاجة فاخص مادعت اليه الحاجة بخلاف وجود اذنه فانه مطلق ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين (التسم الثالث) ماعدا هذين القسمين وهو ما يمكنه عمله بنفسه ولا يرفع عنه فهل يجوز له التوكيل فيه ؟ على روايتين (احدهما) لا يجوز نقلها ابن منصور وهو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي لانه لم يأذن له بالتوكيل ولا تضمنه اذنه فلم يجز كما لو نهاه ولانه استئمان فيها يمكنه النهوض فيه فلم يكن له ان يوليه من لم يأمنه عليه كالوديعة (والثانية) يجوز نقلها أحمد وبه قال ابن أبي ليلى إذا مرض أو غاب لان الوكيل له أن يتصرف بنفسه فلكه بنائبه كالمالك والاولى أولى ولا يشبه الوكيل المالك فان المالك يتصرف في ملكه كيف شاء بخلاف الوكيل

(فصل) وكل وكيل جاز له التوكيل فليس له ان يوكل الا أمينا لانه لا نظر للموكل في توكيل من ليس بأمين فيفيد جواز التوكيل بما فيه الحظ والنظر كما ان الاذن في اليمين يتقيد بالبيع بمن المثل الا ان يمين له الموكل من يوكله فيجوز توكيله وان لم يكن أمينا لانه قطع نظره بيمينه فان وكل أمينا فصار خائفا فعليه عزله لان تركه يتصرف مع الخيانة تضييع وتقريب والوكالة تقتضي استئمان أمين وهذا ليس بأمين فوجب عزله

(فصل) والحكم في الوصي يوكل فيما أوصى به اليه وفي الحاكم يولى القضاء في ناحية يستتيب غيره حكم الوكيل فيما ذكرنا من التفصيل إلا أن المتخصص عن أحمد في رواية منها جواز ذلك وهو قول الشافعي في الوصي لان الوصي يتصرف بولائه بدليل انه لم يتصرف فيما لم ينص له على التصرف فيه والوكيل لا يتصرف الا فيما نص له عليه قال شيخنا واجمع بينهما أولى لانه متصرف في مال غيره بالاذن فأشبهه الوكيل وأما يتصرف فيما اقتضته الوصية كالوكيل أما يتصرف فيما اقتضته الوكالة

وعروة في شراء شاة وعمرا و ابا رافع في قبول النكاح بغير جعل وكان يبعث عماله لقبض الصدقات ويجعل لهم عمالة ولهذا قال له أبناء عمه لو بعثنا على هذه الصدقات فتؤدي اليك ما يؤدي الناس ونصيب ما يصيبه الناس يعنيان العمالة، فان كانت بجعل استحق الوكيل الجعل بتسليم ما وكل فيه الى الموكل إن كان مما يمكن تسليمه ككتوب ينسجه أو يقصره أو يخيطه فحق سلمه الى الموكل معمولافله الاجر وان كان الخياط في دار الموكل فكما عمل شيئا وقع مقبوضا فيستحق الوكيل الجعل اذا فرغ الخياط من الخياطة وإن وكل في بيع أو شراء أو حج استحق الاجر اذا عمله وان لم يقبض الثمن في البيع وان قال اذا بعث الثوب وقبضت منه وسلمته الي فلك الاجر لم يستحق منها شيئا حتى يسلمه اليه فان فاته التسليم لم يستحق شيئا لفوات الشرط

(فصل) ولا تصح الوكالة الا في تصرف معلوم فان قال وكنتك في كل شيء أو في كل قليل وكثير او في كل تصرف يجوز لي أو في كل مالي التصرف فيه لم يصح وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال ابن أبي ليلى يصح ويملك به كل ما تناوله لفظه لانه لفظ عام فصح فيما يتناوله كما لو قال ببع مالي كله

(فصل) فأما الولي في النكاح فله التوكيل في تزويج موليته بغير إذنها أبا كان أو غيره وقال القاضي فيمن لا يجوز له الاجبار هل هو كالوكيل ؟ يخرج على الروايتين المنصوص عليهما في الوكيل ولاصحاب الشافعي فيه وجهان (أحدهما) لا يملك التوكيل الا بإذنها لانه لا يملك التزويج الا بإذنها أشبه الوكيل واما ان ولايته من غير جهتها فلم يعتبر إذنها في توكيله فيها كالأب بخلاف الوكيل فان الولي متصرف بحكم الولاية الشرعية أشبه الحاكم ولان الحاكم يملك تفويض عقود الانكحة الى غيره بغير إذن النساء فكذلك الولي وما ذكره يبطل بالحكم والذي يعتبر إذنها فيه هو غير ما يوكل فيه بدليل ان الوكيل لا يستغني عن إذنها في التزويج فهو كالموكل في ذلك

(فصل) إذا أذن الموكل في التوكيل فوكل كان الوكيل الثاني وكلا للموكل لا ينزل بموت الوكيل الاول ولا عزله ولا يملك الاول عزل الثاني لانه ليس بوكيله وان أذن له ان يوكل نفسه جاز وكان وكلا للوكيل ينزل بموته وعزله، وان مات الموكل أو عزل الاول انزلا جميعا لانهما فرعان له لكن أحدهما فرع الآخر فذهب حكمهما بنهابة أصلهما وان وكل من غير أن يؤذن له في التوكيل نطقا بل وجد عرفا أو على الرواية التي أجزنا له التوكيل من غير إذن فالثاني وكيل الوكيل الاول حكمه حكم ما لو أذن له ان يوكل لنفسه

(مسألة) ويجوز توكيل عبد غيره باذن سيده

لان المنع لحق السيد فجاز باذنه ولا يجوز بغير اذنه لانه لا يجوز له التصرف بغير اذن سيده لكونه محجورا عليه فاذا أذن في ذلك صح كما تصح نصرافته باذنه

(مسألة) فان وكله باذنه في شراء نفسه من سيده فعلى روايتين

(إحداهما) يصح وبه قال أبو حنيفة وبعض الشافعية (والثانية) لا يجوز وهو قول بعض

ولنا أن في هذا غرراً عظيماً وخطراً كبيراً لأنه تدخل فيه هبة ماله وطلاق نسائه واعتاق رقيقه وتزوج نساء كثيرة وبلزمه المهور الكثيرة والأمان العظيمة فيعظم الضرر وإن قال اشترى ماشئت لم يصح لأنه قد يشتري مالا يقدر على ثمنه وقد روي عن أحمد ما يدل على صحته لقوله في رجلين قال كل واحد منهما لصاحبه ما اشتريت من شيء فهو بيننا إنه جائز وأعجبه ولأن الشريك والمضارب وكيلان في شراء ما شاء، فعلى هذا ليس له أن يشتري إلا بثمن المثل فإذ لا يشتري مالا يقدر الموكل على ثمنه ولا مالا يرى المصلحة له في شرائه، وإن قال بع مالي كله واقبض ديونى كلها صح لأنه قد يعرف ماله وديونه، وإن قال بع ماشئت من مالي واقبض ماشئت من ديونى فإنه إذا جاز التوكيل في الجميع ففي بعضه أولى، وإن قال اقبض ديني كله وما يتجدد في المستقبل صح، قال أصحاب الشافعي إذا قال بع ماشئت من مالي لم يجوز وإن قال من عيدي جاز لأنه محصور بالجنس

الشافعية لأن يد العبد كيد سيده فأشبه ما لو وكله في الشراء من نفسه ولهذا يحكم للانسان بما في يد عبده، ولنا أنه يجوز أن يشتري عبداً من غير مولاة فجاز أن يشتريه من مولاة كالأجنبي وإذا جاز أن يشتري غيره جاز أن يشتري نفسه كما أن المرأة لما جاز توكيلها في طلاق غيرها جاز في طلاق نفسها، والوجه الذي ذكره لا يصح لأن أكثر ما يقدرهنا جعل توكيل العبد كتوكيل سيده وسند كراهية صحة توكيل السيد في البيع والشراء من نفسه فهنا أولى، فعلى هذا إذا قال العبد اشتريت نفسي لزيد وصدقاء صح ولزم زياد الثمن، وإن قال السيد ما اشتريت نفسك إلا لنفسك عتق العبد لا قرار السيد على نفسه بما يتق به ويلزم العبد الثمن في ذمته لسيدته لأن زياداً لا يلزمه الثمن لعدم حصول العبد له وكون سيده لا يدعيه عليه فلزم العبد لأن الظاهر من العقد أنه له، وإن صدقه السيد وكذبه زيد نظرت في تكذيبه فإن كذبه في الوكالة حلف وبرى، وليس يفسخ البيع واسترجاع عبده لتعذر ثمنه وإن صدقه في الوكالة وقال ما اشتريت نفسك لي فالقول قول العبد لأن الوكيل يقبل قوله في التصرف المأذون فيه

(فصل) وإذا وكل عبده في اعتاق نفسه أو امرأته في طلاق نفسها صح، وإن وكل العبد في اعتاق عبيده أو المرأة في طلاق نسائه لم يملك اعتاق نفسه ولا المرأة طلاق نفسها لأنه ينصرف باطلاقه إلى التصرف في غيره ويحتمل أن لها ذلك لشمولها عموم اللفظ كما يجوز للوكيل في البيع أن يبيع من نفسه في إحدى الروايتين، وإن وكل غريمه في إبراء نفسه صح لأنه وكله في إسقاط حق من نفسه فهو كتوكيل العبد في اعتاق نفسه، وإن وكله في إبراء غريمه لم يكن له أن يبرئ نفسه كما لو وكله في حبس غريمه لم يملك حبس نفسه، وإن وكله في خصومتهم لم يكن وكيلاً في خصومة نفسه ويحتمل أن يملك إبراء نفسه لما ذكرنا من قبل، وإن وكل المضمون عنه في إبراء الضامن فأبرأ صح ولم يبرأ المضمون عنه وإن وكل الضامن في إبراء المضمون عنه أو الكفيل في إبراء المكفول عنه صح وبرئ الوكيل ببراءته لأنه فرع عليه فإذا برئ الأصل برئ الفرع

ولنا أن ما جاز التوكيل في جميعه جاز في بعضه كعبدته ، وان قال اشترى لي عبداً تركياً أو ثوباً هروباً صح ، وان قال اشترى لي عبداً أو قال ثوباً ولم يذكر جنسه صح أيضاً وقال أبو الخطاب لا يصح وهو مذهب الشافعي لانه مجهول . ولنا أنه توكيل في شراء عبد فلم يشترط ذكر نوعه كالقراض ولا يشترط ذكر قدر الثمن ذكره القاضي وقال أبو الخطاب لا يصح حتى يذكر قدر الثمن وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن العيب متفاوت من الجنس الواحد وأما تميز بالثمن . ولنا انه اذا ذكر نوعاً فقد اذن في اغلاؤه ثمنا فيقل الفرر ولان تقدير الثمن يضر فانه قد لا يجد بقدر الثمن ومن اعتبر ذكر الثمن يجوز أن يذكر له أكثر الثمن وأقله .

(مسئلة) (والوكالة عقد جائز من الطرفين)

لكل واحد منهما فسحها متى شاء لانه اذن في التصرف فكان لكل واحد منهما لإبطاله كالاذن في أكل طعامه فان وكل الرهن في بيع الرهن ففيه اختلاف ذكرناه

(مسئلة) (وتبطل بالموت والجنون والحجر لسفهه وكذلك كل عقد جائز كالشركة والمضاربة) تبطل الوكالة بموت الموكل والوكيل وجنون المطلق بغير خلاف علمنا اذا علم الحال وكذلك يبطل بخروجه عن أهلية التصرف كالحجر عليه لسفهه لانه لا يملك التصرف فلا يملك غيره من جهته كالجنون والموت وكذلك كل عقد جائز كالشركة والمضاربة قياساً على الوكالة قال أحمد في الشركة اذا وسوس أحدهما فهو مثل العزل

(فصل) فان حجج على الوكيل لفلس فالوكالة بحالها لانه لم يخرج عن أهلية التصرف وان حجج على الموكل وكانت الوكالة في أعيان ماله بطلت لانقطاع تصرفه وان كانت في الخصومة أو الشراء في الذمة أو الطلاق أو الخلع أو القصاص لم تبطل لان الموكل أهل لذلك، وان فسق الوكيل لم ينزل لانه من أهل التصرف الا ان تكون الوكالة فيما ينافيه الفسق كالايجاب في عقد النكاح فانه ينزل بفسق أحدهما لخروجه عن أهلية التصرف وان كان وكيلاً في القبول لم ينزل بفسق موكله لانه لا ينافي جواز قبوله ، وهل ينزل بفسق نفسه ؟ على وجهين أولهما انه لا ينزل لانه يجوز ان يقبل النكاح لنفسه فجاز ان يقبله لغيره كالعدل، وان كان وكيلاً فيما يشترط فيه الامانة كوكيل ولي اليتيم وولي الوقف على المساكين ونحو هذا انزل بفسقه وفسق موكله لخروجها بذلك عن أهلية التصرف وان كان وكيلاً لوكيل من يتصرف في مال نفسه انزل بفسقه لان الوكيل ليس له توكيل فاسق ولا ينزل بفسق موكله لان موكله وكيل لرب المال ولا ينافيه الفسق

(فصل) (ولا تبطل الوكالة بانثوم والسكر والاعماء لان ذلك لا يخرج عن أهلية التصرف ولا

تثبت عليه الولاية الا أن يحصل الفسق بالسكر فقد ذكرناه مفصلاً

(فصل) وإذا وكل وكيلين في تصرف وجه ل لكل واحد الافراد بالتصرف فله ذلك لانه مأذون له فيه فان لم يجعل له ذلك فليس لأحدهما الافراد به لانه لم يأذن له في ذلك وأما يجوز له ما أذن فيه موكله وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وان وكلهما في حفظ ماله حفظاً معاً في حرز لهما لان قوله افعلوا كذا يقتضي اجتماعهما على فعله وهو مما يمكن فتعلق بهما ، وفارق هذا قوله بتسكما حيث كان منقسماً بينهما لانه لا يمكن كون الملك لهما على الاجتماع فانقسم بينهما، فان غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر ان يتصرف ولا للحاكم ضم أمين اليه ليتصرفا لان الموكل رشيد جائز التصرف لا ولاية للحاكم عليه فلا يضم الحاكم وكيلا له بغير أمره ، وفارق ما لو مات أحد الوصيين حيث يضيف الحاكم الى الوصي أميناً ليتصرف لكون الحاكم له النظر في حق الميت واليتيم ولهذا لو لم يوص الى أحد أقام الحاكم أميناً في النظر لليتيم، وان حضر الحاكم أحد الوكيلين والآخر غائب وادعى الوكالة لهما وأقام بينة سمعها الحاكم وحكم بثبوت الوكالة لهما ولم يملك الحاضر التصرف وحده فاذا حضر الآخر تصرفا معاً ولا يحتاج الى إعادة البينة لان الحاكم سمعها لهما مرة، فان قيل هذا حكم للغائب، قلنا يجوز تبعاً لحق الحاضر كما يجوز ان يحكم بالوقف الذي يثبت لمن لم يخلق لاجل من يستحقه في الحال كذا ههنا وان جحد الغائب الوكالة أو عزل نفسه لم يكن للآخر ان يتصرف وبما ذكرناه قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً وجميع التصرفات في هذا سواء ، وقال أبو حنيفة إذا وكلهما في خصومة فلسلك واحد منهما الافراد بهاولنا انه لم يرض بتصرف أحدهما أشبه البيع والشراء

ولا تبطل بالتعدي فيما وكل فيه مثل لبس الثوب وركوب الدابة وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والثاني تبطل بذلك لأنها عقد أمانة فبطلت بالتعدي كالوديعة

ولنا أنه تصرف باذن موكله فصح كما لو لم يتعد وبفارق الوديعة من حيث انها أمانة مجردة فانفاها التعدي والحيانة، والوكالة إذن في التصرف تضمنت الامانة فاذا انتفت الامانة بالتعدي بقي الاذن بحاله، فعلى هذا لو وكله في بيع ثوب فلبسه صار ضامناً فاذا باعه صح بيعه وبريء من ضمانه لدخوله في ملك المشتري وضمانه فاذا قبض الثمن كان أمانة في يده غير مضمون عليه لانه قبضه باذن الموكل ولم يتعد فيه ولودفع اليه مالا ووكله ان يشتري به شيئاً فتعدى في الثمن صار ضامناً واذا اشترى به وسله زال الضمان وقبضه للبيع قبض امانة، وان ظهر بالمبيع عيب فرد عليه او وجد هو بما اشتراه عيباً فرده وقبض الثمن كان مضموناً عليه لان العقد المزيل للضمان زال فعاد ما زال به

(مسألة) وهل تبطل بالردة وحرية عبده؟ على وجهين

يصح توكيل المسلم كافراً فيما يصح تصرفه فيه سواء كان ذمياً أو مستأثماً أو حريباً أو مرتدأً لان العدالة لا تشترط في صحة الوكالة فكذلك الدين كالببيع، فان وكل مسلماً فارتد لم تبطل وكالاته

﴿ مسألة ﴾ قال (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل فيه إلا أن يجعل ذلك اليه)

لا يخلو التوكيل من ثلاثة أحوال (أحدها) ان ينهى الموكل وكيه عن التوكيل فلا يجوز له ذلك بغير خلاف لان ما نهى عنه غير داخل في إذنه فلم يجوز كما لو لم يوكله (الثاني) أذن له في التوكيل فيجوز له ذلك لانه عقد أذن له فيه فكان له فعله كالصرف المأذون فيه ولا نعلم في هذين خلافا وان قال له وكلتك فاصبر ما شئت فله ان يوكل وقال أصحاب الشافعي ليس له التوكيل في أحد الوجهين لان التوكيل يقتضي تصرفا بتولاه بنفسه وقوله اصبر ما شئت يرجع الى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه ولنا ان لفظه عام فيما شاء فيدخل في عمومه التوكيل (الثالث) أطلق الوكالة فلا يخلو من أقسام ثلاثة (أحدها) أن يكون العمل مما يرتفع الوكيل عن مثله كالاعمال الدنية في حق أشرف الناس المرتفعين عن فعلها في العادة أو يعجز عن عمله لكونه لا يحسنه أو غير ذلك فانه يجوز له التوكيل فيه لانه اذا كان مما لا يعلمه الوكيل عادة انصرف الاذن الى ما جرت به العادة من الاستنابة فيه (القسم الثاني) ان يكون مما يعمل به بنفسه الا انه يعجز عن عمله كله اسكثته وانتشاره فيجوز له التوكيل في عمله أيضا لان الوكالة اقتضت جواز التوكيل فجاز التوكيل في فعل جميعه كما لو أذن في التوكيل بلفظه

في أحد الوجهين سواء لحق بدار الحرب أو أقام، وقال أبو حنيفة تبطل اذا لحق بدار الحرب لانه صار منهم ولنا أنه يصح تصرفه لنفسه فلم تبطل وكالته كما لو لم يلحق بدار الحرب ولان الردة لا يمنع ابتداء الوكالة فلا يمنع استدامتها كسائر الكفر، وفيه وجه آخر أنها تبطل بالردة إذا قلنا إن المرتد تزول أملاكه وتبطل تصرفاته والوكالة تصرف وان ارتد الموكل لم تبطل الوكالة فيما له التصرف فيه فأما الوكيل في ماله فينبني على تصرفه نفسه فان قلنا يصح تصرفه لم يبطل توكيله وان قلنا هو موقوف فوكالته موقوفة وان قلنا يبطل تصرفه بطل توكيله وان وكل في حال رده ففيه الوجوه الثلاثة :

(فصل) وإن وكل عبده ثم أعتقه أو باعه لم ينزل لان زوال ملكه لا يمنع ابتداء الوكالة فلا يقطع استدامتها وفيه وجه آخر أنها تبطل لان توكيل عبده ليس بتوكيل في الحقيقة إنما هو استخدام بحق الملك فيبطل بزوال الملك وهكذا الوجهان فيما اذا وكل عبد غيره ثم باعه السيد ، والصحيح الاول لان سيد العبد اذن له في بيع ماله والعتق لا يبطل الاذن فكذلك البيع الا ان المشتري ان رضى ببقائه على انوكالة والا بطلت وإن وكل عبد غيره فاعتقه فقال شيخنا لا تبطل الوكالة وجهاً واحداً لان هذا توكيل حقيقة والعتق غير مناف له وان اشتراه الموكل منه لم يبطل لان ملكه إياه لا ينافي اذنه له في البيع والشراء ، وان وكل امرأته ثم طلقها لم تبطل الوكالة لان زوال النكاح لا يمنع ابتداء الوكالة فلم يمنع استدامتها .

وقال القاضي عندي انه انما له التوكيل فيما زاد على ما يتمكن من عمله بنفسه لان التوكيل انما جاز للحاجة فاخص ما دعت اليه الحاجة بخلاف وجود اذنه فانه مطلق ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين (القسم الثالث) ما عدا هذين القسمين وهو ما يمكنه عمله بنفسه ولا يترفع عنه فهل يجوز له التوكيل فيه ؟ على روايتين (احدهما) لا يجوز نقلها ابن منصور وهو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي لانه لم يأذن له في التوكيل ولا تضمنه اذنه فلم يجز كما لو نهاه ولانه استئمان فيما يمكنه النهوض فيه فلم يكن له ان يوليه لمن لم يأمنه عليه كالوديمة والاخرى يجوز نقلها حنبل وبه قال ابن أبي ليلى إذا مرض أو غاب لان الوكيل له ان يتصرف بنفسه فملكه نيابة كالمالك والاول أولى ولا يشبه الوكيل المالك فان المالك يتصرف بنفسه في ملكه كيف شاء بخلاف الوكيل

(فصل) وكل وكيل جاز له التوكيل فليس له ان يوكل الا أمينا لانه لا نظر للموكل في توكيل من ليس بأمين فيقيد جواز التوكيل بما فيه الحظ والنظر كما ان الاذن في البيع يتقيد بالبيع بمن المثل الا ان يعين له الموكل من يوكله فيجوز توكيله وان لم يكن أمينا لانه قطع نظره بتعيينه وان وكل أمينا وصار خائفا فعليه عزله لان تركه يتصرف مع الحيانة تضييع وتقريرط والوكالة تقتضي استئمان أمين وهذا ليس بأمين فوجب عزله

(فصل) والحكم في الوصي يوكل فيما أوصى به اليه وفي الحاكم يولى القضاء في ناحية يستتبع

(فصل) وان تلفت العين التي وكل في التصرف فيها بطلت الوكالة لان محلها ذهب فذهبت الوكالة كما لو وكله في بيع عبد فمات، وكذا لو دفع اليه دينارا ووكله في الشراء بعينه أو مطلقا لانه ان وكله في الشراء بعينه فقد استحال الشراء به بمد تلفه فبطلت الوكالة وان وكله في الشراء مطلقا ونقد الدينار بطلت أيضا لانه انما وكله في الشراء به، ومعناه ان يتقده بمن ذلك المبيع إما قبل الشراء أو بعده وقد تعذر ذلك بتلفه ولانه لو صح شراؤه للزم الموكل بمن لم يلتزمه ولا رضي بزمومه، وان استقرضه الوكيل وعزل دينارا عوضه واشترى به فهو كالشراء له من غير اذن لان الوكالة بطلت والدينار الذي عزله عوضا لا يصير للموكل حتى يقبضه فاذا اشترى للموكل به شيئا وقف على اجازة الموكل فان اجازته صح ولزمه الثمن والا لزم الوكيل وعنه يلزم الوكيل بكل حال . وقال القاضي متى اشترى بعين ماله شيئا لغيره بغير اذنه فالشراء باطل لانه لا يصح أن يشتري بعين ماله ما يملكه غيره، وقال أصحاب الشافعي متى اشترى بعين ماله شيئا لغيره صح الشراء للوكيل لانه اشترى ما لم يؤذن له فيه أشبه ما لو اشترى في الذمة .

(فصل) نقل الاثر من أحد في رجل كان له على آخر دراهم فقال له إذا أمكنتك قضاؤها فادفعها إلى فلان وغاب صاحب الحق ولم يوص الى هذا الذي اذن له في القبض لكن جمعه وكيلا ويمكن من عليه الدين من القضاء بخلاف إن دفعها الى الوكيل أن يكون الموكل قد مات وبخاف التبعة من

غيره حكم الوكيل فيما ذكرنا من التفصيل الا ان المنصوص عن احد في رواية منها جواز ذلك وهو قول الشافعي في الوصي لان الوصي يتصرف بولاية بدليل انه يتصرف فيما لم ينص له على التصرف فيه والوكيل لا يتصرف الا فيما نص له عليه والجمع بينهما أولى لانه متصرف في مال غيره بالاذن فأشبهه الوكيل وأما يتصرف فيما اقتضته الوصية كالوكيل اما يتصرف فيما اقتضته الوكالة

(فصل) فأما الولي في النكاح فله التوكيل في تزويج موليته بغير اذنها أباً كان أو غيره وقال القاضي فيمن ولايته غير ولاية الاجبار هو كالوكيل يخرج على الروايتين المنصوص عليهما في الوكيل ولأصحاب الشافعي فيه جهات (أحدهما) لا يملك التوكيل الا باذنها لانه لا يملك التزويج الا باذنها أشبه الوكيل

ولنا ان ولايته من غير جهتها فلم يعتبر لإذنها في توكيله فيها كالأب بخلاف الوكيل ولانه متصرف بحكم الولاية الشرعية أشبه الحاكم ولان الحاكم يملك تفويض عقود الانكحة الى غيره بغير إذن النساء فكذلك الولي وما ذكره يطل بالحكم والذي يعتبر لإذنها فيه هو غير ما يوكل فيه بدليل ان الوكيل لا يستغني عن اذنها له في التزويج أيضا فهو كالموكل في ذلك

(فصل) إذا أذن الموكل في التوكيل فوكل كان الوكيل الثاني وكيلاً للموكل لانه لا ينزل بموت الوكيل الاول ولا عزله ولا يملك الاول عزل الثاني لانه ليس بوكيله، وان أذن له ان يوكل نفسه جاز وكان

الورثة فقال لا يعجني أن يدفع إليه لعله قد مات لكن يجمع بين الوكيل والورثة ويبرأ اليها من ذلك هذا ذكره أحمد على طريق النظر للفرع خوفاً من التبعة من الورثة ان كان موروثهم قد مات فانزل وكيله وصار الحق لهم فيرجعون على الدافع إلى الوكيل فاما من طريق الحكم فالوكيل المطالبة وللآخر الدفع إليه فان أحمد قد نص في رواية حرب إذا وكله وغاب استوفاه الوكيل وهو أبلغ من هذا لكونه يدرأ بالشبهات لكن هذا احتياط حسن وتبرئة للفرع ظاهراً وباطناً وإزالة التبعة عنه، وفي هذه الرواية دليل على أن الوكيل انزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته لانه اختار أن لا يدفع الى الوكيل خوفاً من أن يكون الموكل قد مات فانتقل الى الورثة ويجوز ان يكون اختار هذا لئلا يكون القاضي ممن يرى أن الوكيل ينزل بالموت فيحكم عليه بالفراغة، وفيها دليل على جواز تراخي القبول عن الإيجاب لانه وكله في قبض الحق ولم يعلمه ولم يكن حاضراً فيقبل، وفيها دليل على صحة التوكيل بغير لفظ التوكيل، وقد نقل جعفر بن محمد في رجل قال لرجل بع ثوبي ليس بشيء حتى يقول قد وكلتك وهذا سهو من الناقل، وقد تقدم ذكر الدليل على جواز التوكيل بغير لفظه وهو الذي نقله الجماعة.

(مسئلة) وهل ينزل الوكيل بالموت والعزل قبل علمه؟ على روايتين

وجملة ذلك ان الوكالة عقد جائز من الطرفين وقد ذكرنا ذلك فلاموكل عزل وكيله متى شاء وللوكيل (المغني والشرح الكبير) (٢٨) (الجزء الخامس)

وكيلا للموكل ينزل بموته وعزله اياه، وان مات الموكل أو عزل الاول انزلا جميعا لانهما فرعان له لكن أحدهما فرع للآخر فذهب حكمهما بذهاب أصلهما وان وكل من غير أن يؤذن له في التوكيل نطقا بل وجد عرفا أو على الرواية التي أجزنا له التوكيل من غير إذن قائلناي وكييل الوكيل الاول حكمه حكم ما لو أذن له ان يوكل لنفسه

(فصل) اذا وكل رجلا في الخصومة لم يقبل اقراره على موكله بقبض الحق ولا غيره وبه قال مالك والشافعي وابن ابي ليلى، وقال أبو حنيفة ومحمد يقبل اقراره في مجلس الحكم فيما عدا الحدود والقصاص وقال أبو يوسف يقبل اقراره في مجلس الحكم وغيره لان الاقرار أحد جوابي الدعوى فصح من الوكيل كالانكار

ولنا أن الاقرار معنى يقطع الخصومة وينافيها فلا يملكه الوكيل فيها كالأبراء وفارق الانكار فانه لا يقطع الخصومة ويملكه في الحدود والقصاص وفي غير مجلس الحاكم ولان الوكيل لا يملك الانكار على وجه يمنع الموكل من الاقرار فلو ملك الاقرار لا يمنع على الموكل الانكار فافتراء، ولا يملك المصالحة عن الحق ولا الأبراء منه بغير خلاف نعلمه لان الاذن في الخصومة لا يقضي شيئا من ذلك وإن أذن له في تثبيت حق لم يملك قبضه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملك قبضه لان المقصود من التثبيت قبضه وتحصيله

ولنا أن القبض لا يتناول الاذن نطقا ولا عرفا إذ ليس كل من رضاه لتثبيت الحق رضاه لقبضه

عزل نفسه وتبطل بموت أحدهما أو جنونه المطبق ولا خلاف نعلمه في ذلك مع العلم بالحال فتنى تصرف بعد فسخ الموكل أو موته فهو باطل إذا علم ذلك، وان لم يعلم بالعزل ولا بموت الموكل ففيه روايتان وللشافعي فيه قولان (أحدهما) ينزل وهو ظاهر كلام الحنفي، فعلى هذا متى تصرف فبان ان تصرفه بعد عزله أو موت موكله فتصرفه باطل لانه رفع عقده لا يفتقر الى رضا صاحبه فصح بغير علمه كالطلاق والعتاق (والثانية) لا ينزل قبل علمه نص عليه أحمد في رواية جعفر بن محمد لما في ذلك من الضرر لانه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلة وربما باع الجارية فيطؤها المشتري أو الطعام فيأكله أو غير ذلك فيتصرف فيه المشتري ويجب ضمانه فيتضرر المشتري والوكيل لانه يتصرف بأمر الموكل فلا يثبت حكم الرجوع في حق المأمور قبل علمه كالفسخ، فعلى هذه الرواية متى تصرف قبل العلم صح تصرفه وهذا قول أبي حنيفة، وروي عن أبي حنيفة ان الوكيل ان عزل نفسه لم ينزل الا بحضرة الموكل لانه متصرف بأمر الموكل فلا يصح رد أمره بغير حضرته كالمودع في رد الوديعة، ووجه الاول ما ذكرناه فأما الفسخ ففيه وجهان كالروايتين، ويمكن الفرق بينهما بأن أمر الشارع يتضمن المصبة بتركه ولا يكون حاصيا مع عدم العلم وهذا يتضمن العزل عنه لإبطال التصرف فلا يمنع منه عدم العلم (فصل) واذا وقعت الوكالة مطلقة ملك التصرف ابدا ما لم يفسخ الوكالة ومحصل بقوله فسخت الوكالة

وان وكله في قبض حق فجدد من عليه الحق كان وكيلاً في تتيته عليه في أحد الوجهين وبه قال أبو حنيفة والآخر ليس له ذلك وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنها معنيان مختلفان فالوكيل في أحدهما لا يكون وكيلاً في الآخر كما لا يكون وكيلاً في القبض بالتوكيل في الخصومة. ووجه الأول أنه لا يتوصل إلى القبض إلا بالتثبوت فكان إذا فيه عرفاً ولأن القبض لا يتم إلا به فملكه كما لو كل في شراء شيء ملك وزن منه أو في بيع شيء ملك تسليمه، ويحتمل أنه إن كان الموكل طالما يجدد من عليه الحق أو مطلقه كان توكيلاً في تتيته والخصومة فيه لعله بوقوف القبض عليه وإن لم يعلم ذلك لم يكن توكيلاً فيه لعدم علمه بتوقف القبض عليه، ولا فرق بين كون الحق عيناً أو ديناً وقال بعض أصحاب أبي حنيفة إن وكله في قبض عين لم يملك تتيته لأنه وكيل في نقلها أشبه الوكيل في نقل الزوجة ولنا أنه وكيل في قبض حق فأشبهه الوكيل في قبض الدين وما ذكرناه يبطل بالتوكيل في قبض الدين فإنه وكيل في قبضه ونقله إليه

(فصل) وان وكله في بيع شيء ملك تسليمه لأن إطلاق التوكيل في البيع يقتضي التسليم لكونه من تمامه ولم يملك الإبراء من ثمنه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملكه

ولنا أن الإبراء ليس من البيع ولا من تتيته فلا يكون التوكيل في البيع توكيلاً فيه كالإبراء من غير ثمنه وأما قبض الثمن فقال القاضي وأبو الخطاب لا يمكن وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه قد يوكل في البيع من لا يأمنه على قبض الثمن، فعلى هذا إن تعذر قبض الثمن من المشتري لم يلزم الوكيل شيء، ويحتمل أن يملك قبض الثمن لأنه من موجب البيع فملكه الوكيل فيه كتسليم المبيع فعلى هذا ليس له تسليم المبيع إلا بقبض الثمن أو حضوره وإن سلمه قبل قبض ثمنه ضمنه والأولى أن ينظر

أو أبطلتها أو نقضتها أو أزلتلك أو صرفتلك أو عزلتلك عنها أو ينهاء عن فعل ما أمره به وما أشبه ذلك من الألفاظ المقتضية عزله والمؤدية معناه أو يعزل الوكيل نفسه أو يوجد ما يقتضي فسحها حكماً على ما ذكرنا أو يوجد ما يدل على الرجوع عن الوكالة فإذا وكله في طلاق امرأته ثم وطئها انفسخت الوكالة لأن ذلك يدل على رغبته فيها واختيارها مساكها وكذلك لو وطئ الرجعية كان ارتجاعاً لها فإذا اقتضى رجعتها بعد طلاقها فلأن يقتضي استبقاءها على نكاحها ومنم طلاقها وإن باشرها دون الفرج أو فعل ما يحرم على غير الزوج فهل تنفسخ الوكالة في الطلاق؟ يحتمل وجهين بناء على الخلاف في حصول الرجعية به، وإن وكله في بيع عبد ثم كاتبه أو دبره انفسخت الوكالة لأنه على إحدى الروايتين لا يبقى محلاً للبيع وعلى الرواية الأخرى تصرفه فيه بذلك يدل على أنه قصد الرجوع عن بيعه وإن باعه بيعاً فاسداً لم تبطل الوكالة لأن ملكه في العبد لم يزل ذكره ابن المنذر

(مسئلة) (وإذا وكل اثنين لم يكن لاحدهما الافراد بالتصرف إلا أن يجعل ذلك إليه)

وجملة ذلك أنه إذا وكل وكيلين وجعل لكل واحد الافراد بالتصرف فله ذلك لأنه مأذون فيه وإن

فيه فان دلت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله في بيع ثوب في سوق غائب عن الموكل أو موضع يضيع الثمن بترك قبض الوكيل له كان اذنا في قبضه ، ومتى ترك قبضه كان ضامنا له لان ظاهر حال الموكل أنه إنما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه فلا يرضى بتضييعه ولهذا يعد من فعل ذلك مضيعا مفرطا وان لم تدل القرينة على ذلك لم يكن له قبضه

(فصل) وان وكله في بيع شيء أو طلب الشفعة أو قسم شيء ففيه وجهان (أحدهما) يملك تبيته وهو قول أبي حنيفة في القسمة وطلب الشفعة لانه لا يتوصل الى ما وكله فيه الا بالتبثيت (والثاني) لا يملكه وهو قول بعض أصحاب الشافعي لانه يمكن أحدهما دون الآخر فلم يتضمن الاذن في أحدهما الاذن في الآخر

(فصل) وان وكله في شراء شيء ملك تسليم ثمنه لانه من تتمته وحقوقه فهو كتسليم المبيع في البيع والحكم في قبض المبيع كالحكم في قبض الثمن في المبيع على ما مضى من القول فيه ، فان اشترى عبداً ونقد ثمنه فخرج العبد مستحقا فهل يملك ان يخاصم البائع في الثمن ؟ على وجهين ، فان اشترى شيئاً وقبضه وأخر تسليم الثمن اشير عذر فهلك في يده فهو ضامن له ، وان كان له عذر مثل أن ذهب لينقده فهلك أو نحو ذلك فلا ضمان عليه نص عليه أحمد لانه مفرط في امساكه كما في الصورة الاولى دون الثانية فلذلك لزمه الضمان بخلاف ما اذا لم يفرط

(فصل) واذا وكله في قبض دين من رجل فأت نظرت في لفظه فان قال اقبض حقي من فلان لم يكن له قبضه من وارثه لانه لم يؤمر بذلك وان قال اقبض حقي الذي قبل فلان أو على فلان فله

لم يجعل له ذلك فليس لاحدهما الافراد به لانه لم يأذن في ذلك وإنما يجوز له فعل ما أذن فيه موكله وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي فان وكلهما في حفظ ماله حفظاه معاً في حرز لهما لان قوله اقبض كذا يقتضي اجتماعهما على فعله وهو مما يمكن فتعلق بهما ، وفارق هذا قوله بستكما حيث كان منقسما بينهما لانه لا يمكن أن يكون الملك على الاجتماع فانقسم بينهما فان غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر ان يتصرف ولا للحاكم ضم أمين اليه ليتصرفا لان الموكل رشيد جائز التصرف لا ولاية للحاكم عليه فلا يقيم الحاكم له غير إذنه ، وفارق مالومات أحد الوصيين حيث يضيف الحاكم الى الوصي أميناً ليتصرفا لكون الحاكم له النظر في حق الميت واليتيم ولهذا لو لم يوص الى أحد اقام الحاكم أميناً في النظر لليتيم ، وان حضر الحاكم أحد الوكيلين والآخر غائب فادعى الوكالة لهما وأقام بينة سمعها الحاكم وحكم بثبوت الوكالة لهما ولم يملك الحاضر التصرف وحده فاذا حضر الآخر تصرفا معاً ولا يحتاج الى إعادة البينة لان الحاكم سمعها لهما مرة ، فان قيل هذا حكم الغائب قلنا يجوز تبعاً لحق الحاضر كما يجوز ان يحكم بالوقف الذي ثبت لمن لم يخلف لاجل من يستحقه في الحال كذا ههنا وان جحد الغائب الوكالة أو عزل نفسه لم يكن للآخر ان يتصرف وبما ذكرناه قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً

مطالبة وارثه. والقبض لان قبضه من الوارث قبض للحق الذي على موروثه فان قيل فلو قال قبض حقي من زيد فوكل زيد انسانا في الدفع اليه كان له القبض منه والوارث نائب الموروث فهو كوكيله، قلنا ان الوكيل اذا دفع عنه باذنه جرى مجرى تسليمه لانه اقامه مقام نفسه وليس كذلك هنا فان الحق انتقل الى الورثة فاستحقت المطالبة عليهم لا بطريق النيابة عن الموروث ولهذا لو حلف لا يفعل شيئاً حث بفعل وكيله له ولا يحث بفعل وارثه

﴿مسئلة﴾ قال (واذا باع الوكيل ثم ادعى تلف الثمن من غير تعد فلا ضمان عليه فان انهم حلف)

إذا اختلف الوكيل والموكل لم يخل من ستة أحوال (أحدها) أن يختلفا في التلف فيقول الوكيل تلف مالك في يدي أو الثمن الذي قبضته ثمن متاعك تلف في يدي فيكذبه الموكل فاقول قول الوكيل مع يمينه لانه أمين وهذا مما يتعذر إقامة البينة عليه فلا يكلف ذلك كالمودع، وكذلك كل من كان في يده شيء لغيره على سبيل الامانة كالأب والوصي وأمين الحائز والمودع والشريك والمضارب والمرهن والمستأجر والاجير المشترك وإنما كان كذلك لانه لو كاف ذلك مع تعذره عليه لا تمتنع الناس من الدخول في الامانات مع الحاجة اليها فيلحقهم الضرر، قال القاضي إلا أن يدعي التلف بأمر ظاهر كالخريق والنهب وشبهها فعليه إقامة البينة على وجود هذا الأمر في تلك الناحية ثم يكون القول قوله في تلفها بذلك وهذا قول الشافعي لان وجود الامر الظاهر مما لا يخفى فلا تعذر إقامة البينة عليه (الحال الثانية)

وجميع النسرقات في هذا سواء وقال أبو حنيفة اذا وكلهما في خصومة فلكل واحد منهما الاقرار بها ولنا أنه لم يررض بتصرف أحدهما أشبه البيع والشراء

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع لنفسه، وعنه يجوز إذا زاد على مبلغ ثمنه في النداء أو وكل من يبيع وكان هو أحد المشتريين، ولا في الشراء ان يشتري من نفسه)

وجملة ذلك ان من وكل في بيع شيء لم يجوز أن يبيعه لنفسه ولا للوكيل في الشراء أن يشتري من نفسه في إحدى الروايتين نقلها معنا وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي، وكذلك الوصي لا يجوز ان يشتري من مال اليتيم شيئاً لنفسه في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي وحكي عن مالك والاوزاعي جواز ذلك فيهما (والرواية الثانية) عن أحمد يجوز لهما أن يشتريا بشرطين أحدهما أن يزيد على مبلغ ثمنه في النداء والثاني أن يتولى النداء غيره قال القاضي يحتمل أن يكون اشتراط تولي غيره للنداء واجباً ويحتمل أن يكون مستحباً والاول أشبه بظاهر كلامه وقال أبو الخطاب الشرط الثاني أن يولي من يبيع ويكون هو أحد المشتريين، فان قيل فكيف يجوز له دفعها الى غيره لبيعتها وهذا توكيل وليس للوكيل التوكيل؟ قلنا يجوز التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه والنداء مما لم تجر به العادة ان يتولاه أكثر

ان يختلف في تعدي الوكيل أو تفريطه في الحفظ ومخالفته أمر موكله مثل أن يدعي عليه أنك حملت على الدابة فوق طاقتها أو حملت عليها شيئاً لنفسك أو فرطت في حفظها أو لبست الثوب أو أمرتك برد المال فلم تفعل ونحو ذلك فالقول قول الوكيل أيضاً مع يمينه لما ذكرنا في الذي قبله ولأنه منكر لما يدعي عليه والقول قول المنكر، ومتى ثبت التلف في يده من غير تعديه إما لقبول قوله وإما باقرار موكله أو يمينه فلا ضمان عليه وسواء تلف المتاع الذي أمر ببيعه أو باعه وقبض منه فتلف الثمن وسواء كان يجعل أو بغير جعل لأنه نائب المالك في اليد والتصريف فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد المالك وجرى مجرى المودع والمضارب وشبههما وإن تعدي أو فرط ضمن وكذلك سائر الامناء، ولو باع الوكيل سلعة وقبض ثمنها فتلف من غير تمد واستحق المبيع رجع المشتري بالثمن على الموكل دون الوكيل لأن المبيع له فالرجوع بالمهدة عليه كما لو باع بنفسه (الحال الثالثة) أن يختلف في التصرف فيقول الوكيل بمت الثوب وقبضت الثمن فتلف فيقول الموكل لم تباع ولم تقبض أو يقول بعت ولم تقبض شيئاً فالقول قول الوكيل ذكره ابن حامد وهو قول أصحاب الرأي لأنه بملك البيع والقبض فيقبل قوله فيها كما يقبل قول ولي المرأة المجبرة على النكاح في تزويجها ويحتمل أن لا يقبل قوله وهو أحد القولين لأصحاب الشافعي لأنه يقر بحق لغيره على موكله فلم يقبل كما لو أقر بدين عليه، وإن وكل في شراء عبد قاشتره واختلفا في قدر ما اشتراه به فقال اشتريته بألف وقال بل اشتريته بخمسة فقول الوكيل لما ذكرناه وقال القاضي القول قول الموكل إلا أن يكون عين له الشراء بما ادعاه فقال اشتر لي عبداً بألف فادعى الوكيل انه اشتراه بذلك فالقول قول الوكيل إذا وإلا فالقول قول الموكل لأن من كان القول قوله

الناس بنفوسهم فان وكل إنسانا يشتري له وباع جاز على هذه الرواية لأنه امتثل أمر موكله في البيع وحصل غرضه من الثمن فجاز كما لو اشتراها أجنبي وقال أبو حنيفة يجوز للوصي الشراء دون الوكيل لأن الله تعالى قال (ولا تقر بوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن) وإذا اشترى مال اليتيم بأكثر من ثمنه فقد قر به بالتي هي أحسن، ولأنه نائب عن الأب وذلك جائز للأب فكذلك نائبه، ووجه الرواية الأولى ان العرف في البيع يبيع الرجل من غيره فحملت الوكالة عليه كما لو صرح به ولأنه تلحقه التهمة ويتنافى الفرضان في بيعه لنفسه فلم يجوز كما لو نهاه الوصي كالموكل لأنه يلي بيع مال غيره بتوليه فأشبهه الوكيل أو متهم فأشبهه الوكيل بل التهمة في الوصي أكد لأن الوكيل متهم في ترك الاستقصاء في الثمن لا غير والوصي يتهم في ذلك وفي أنه يشتري من مال اليتيم مالا حظ لليتيم في بيعه فكان أولى بالتمنع وعند ذلك لا يكون أخذه ماله قرباناً بالتي هي أحسن وقد روى ابن مسعود انه قال في رجل أوصى الى رجل بتركته وقد ترك قريباً فقال الوصي اشتره قال لا

(فصل) وحكم الحاكم وأمينه كحكم الوكيل والحكم في بيع احد هؤلاء لو كيله او لولده الصغير او لطفل يلي عليه او لو كيله او عبد المأذون له كالحكم في بيعه نفسه كل ذلك يخرج على روايتين بناء على

في أصل نبي . كان القول قوله في صفته وللشافعي قولان كهذين الوجيهين ، وقال أبو حنيفة إن كان الشراء في الذمة فالقول قول الموكل لانه غارم مطالب بالثمن وإن اشترى بين المال فالقول قول الوكيل لكونه الغارم فانه يطالبه برد ما زاد على خمس المائة

ولنا انهما اختلفا في تصرف الوكيل فكان القول قوله كما لو اختلفا في البيع ولانه أمين في الشراء فكان القول قوله في قدر ثمن المشتري كالمضارب وكما لو قال له اشتر بألف عند القاضي .

(الحال الرابعة) أن يختلفا في الرد فيدعيه الوكيل فينكره الموكل فان كان بغير جعل فالقول قول الوكيل لانه قبض المال لتفيع مالسه فكان القول قوله كالودع وإن كان بجعل ففيه وجهان (أحدهما) ان القول قوله لانه وكيل فكان القول قوله كالاول (والثاني) لا يقبل قوله لانه قبض المال لتفيع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير وسواء اختلفا في رد العين أو رد ثمنها . وجملة الامناء على ضربين (أحدهما) من قبض المال لتفيع مالسه لا غير كالودع والوكيل بغير جعل فيقبل قولهم في الرد لانه لو لم يقبل قولهم لانتفع الناس من قبول هذه الامانات فيلحق الناس الضرر (الثاني) من ينتفع بقبض الامانة كالوكيل بجعل والمضارب والأجير المشترك والمستأجر والمرتهن ففيهم وجهان ذكرهما أبو الخطاب وقال القاضي لا يقبل قول المرتهن والمستأجر والمضارب في الرد لان احمد نص عليه في المضارب في رواية ابن منصور ولان من قبض المال لتفيع نفسه لا يقبل قوله في الرد ، ولو أنكر الوكيل قبض المال ثم ثبت ذلك بينة أو اعتراف فادعى الرد أو التلف لم يقبل قوله لان خيانتة قد ثبتت بمجده ، فان أقام بينة بما ادعاه من الرد أو التلف فهل تقبل بينته؟ على وجهين (أحدهما) لا تقبل لانه كذبها بمجده فان قوله ما قبضت يتضمن

بيعه لنفسه ، فاما يبعه اولده الكبير أو والده او مكاتبه فذكرهم اصحابنا ايضا في جملة ما يخرج على روايتين ولاصحاب الشافعي فيهم وجهان وقال ابو حنيفة يجوز يبعه لولده الكبير لانه امثل امر موكله ووافق العرف في بيع غيره كما لو باعه لاخيه ، وفارق البيع لو كبله لان الشراء انما يقع لنفسه وكذلك يبع عبد المأذون ويبيع طفل يلي عليه يبع لنفسه لان الشراء يقع لنفسه ، ووجه الجمع بينهم انه يتم في حقهم ويميل الى ترك الاستقصاء عليهم في الثمن كتهمة في حق نفسه وكذلك لا تقبل شهادته لهم ، والحكم فيها اذا اراد ان يشتري لموكله كالحاكم في يبعه لاله لانهما سواء في المعنى

(فصل) وان وكل رجلا يتزوج له امرأة فهل له ان يزوجه ابنته؟ يخرج على ما ذكرنا في الوكيل في البيع هل يبيع لولده الكبير وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ووجه القولين ما تقدم فيها قبلها وان اذنت له موليته في تزويجها خرج في تزويجها لنفسه او ولده او والده وجهان بناء على ما ذكر في البيع وكذلك لو وكله رجل في تزويج ابنته خرج فيه مثل ذلك

(مسئلة) (وهل يجوز ان يبيع لولده او والده او مكاتبه؟ على وجهين) وقد ذكرنا في المسئلة قبلها (فصل) فان وكله في يبع عبده ووكله آخر في شراء عبد فقياس المذهب جواز شرائه من

انه لم يرد شيئاً (والثاني) تقبل لانه يدعي الرد والتلف قبل وجود خيائته وإن كان ججوده انك لا تستحق علي شيئاً أو مالك عندي شيء سمع قوله مع يمينه لأن جوابه لا يكذب ذلك فانه إذا كان قد تلف أو رد فليس له عنده شيء فلا تنافي بين القولين إلا أن يدعي أنه رده أو تلف بعد قوله مالك عندي شيء فلا يسمع قوله أيضاً لثبوت كذبه وحيائته

(الحال الخامسة) إذا اختلفا في أصل الوكالة فقال وكنتي فأنكر الموكل فالقول قول الموكل لان الاصل عدم الوكالة فلم يثبت أنه امينه ليقبل قوله عليه ولو قال وكنتك ودفعت اليك مالا فأنكر الوكيل ذلك كله أو اعترف بالتوكيل وأنكر دفع المال اليه فالقول قوله لذلك، ولو قال رجل لآخر وكنتي أن أتزوج لك فلانة بصداق كذا ففعلت وادعت المرأة ذلك فأنكر الموكل فالقول قوله نص عليه احمد فقال إن أقام البينة وإلا لم يلزم الآخر عقد النكاح قال احمد ولا يستحلف قال القاضي لان الوكيل يدعي حقاً لغيره، قأما ان ادعته المرأة فيذني أن يستحلف لأنها تدعي الصداق في ذمته فإذا حلف لم يلزمه الصداق ولم يلزم الوكيل منه شيء لان دعوى المرأة على الموكل وحقوق العقد لا تتعلق بالوكيل، ونقل اسحاق بن ابراهيم عن احمد أن الوكيل يلزمه نصف الصداق لان الوكيل في الشراء ضامن للثمن وللبائع مطالبته به كذا ههنا والاول أولى لما ذكرناه، ويفارق الشراء لان الثمن مقصود البائع والمادة تمجيله وأخذه من المتولي للشراء والنكاح يخالفه في هذا كله ولكن إن كان الوكيل ضمن المهر فلها الرجوع عليه بنصفه لانه ضمنه عن الموكل وهو مقر بأنه في ذمته وبهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وقال محمد بن الحسن يلزم الوكيل جميع الصداق لان التفرقة لم تقع بانكاره فيكون ثابتاً في الباطن

نفسه لانه اذن له في طرفي العقد فجاز ان يليها اذا اتفت التهمة كلاب يشتري من مال ولده لنفسه، ولو وكله المتداعيان في الدعوى عنهما فالقياس جوازه لانه يمكنه الدعوى عن احدهما والجواب عن الآخر واقامة حجة كل واحد منهما ولاصحاب الشافعي في المسئلتين وجهان

(فصل) فان اذن للوكيل ان يشتري من نفسه جاز ذلك وقال اصحاب الشافعي لا يجوز في احد الوجهين لانه يجتمع له في عقد غرضان الاسترخاض لنفسه والاستقصاء للموكل وهما متضادان فبما نأ ولنا انه وكله في التصرف لنفسه فجاز كما لو وكل المرأة في طلاق نفسها ولان علة المنع من المشتري لنفسه في محل الاتفاق التهمة لدلائها على عدم رضا الموكل بهذا التصرف وإخراج هذا التصرف عن عموم لفظه وإرادته وقد صرح ههنا بالاذن فيها فلا ينفى دلالة الحال مع نصه بلفظه على خلافها، وقولهم إنه يتضاد مقصوده في البيع والشراء قلنا ان عين الموكل له الثمن فاشترى به فقد زال مقصود الاستقصاء فانه لا يراد أكثر مما حصل وان لم يمين له الثمن يعيد البيع بثمن المثل كما لو باع الاجنبي وقد ذكر اصحابنا فيما اذا وكل عبداً يشتري له نفسه من سيده وجهها أنه لا يجوز ويخرج ههنا مثله والصحيح ما قلناه ان شاء الله تعالى

فيجب جميع الصداق . ولنا أنه يملك الطلاق فإذا أنكر فقد أقر بتحريمها عليه فصار بمنزلة إيقاعه لما تحريم به قال احمد ولا تزوج المرأة حتى يطلق لعله يكون كاذبا في إنكاره وظاهر هذا تحريم نكاحها قبل طلاقها لأنها معترفة بأنها زوجة له فيؤخذ باقرارها ، وانكاره ليس بطلاق وهل يلزم الموكل طلاقها ؟
يحتمل أن لا يلزمه لانه لم يثبت في حقه نكاح ولو ثبت لم يكلف الطلاق ويحتمل أن يكلفه لازالة الاحتمال وإزالة الضرر عنها بما لا ضرر عليه فيه فأشبهه النكاح الفاسد ، ولو ادعى أن فلانا الغائب وكله في تزوج امرأة فتزوجها له ثم مات الغائب لم ترثه المرأة إلا أن يصدقها الورثة أو يثبت بينة ، وإن أقر الموكل بالتوكيل في الزوج وأنكر أن يكون الوكيل تزوج له فهنا الاختلاف في تصرف الوكيل والقول قول الوكيل فيه فيثبت الزوج ههنا وقال القاضي لا يثبت وهو قول أبي حنيفة لانه لا تتمتع إقامة البينة عليه لكونه لا ينعقد إلا بها وذكر أن احمد نص عليه وأشار إلى نصه فيها إذا أنكر الموكل الوكالة من أصلها ولنا أنها اختلفا في فعل الوكيل ما أمر به فكان القول قوله كما لو وكله في بيع ثوب فادعى أنه باعه أو في شراء عبد بألف فادعى أنه اشتراه به وما ذكره القاضي من نص احمد فيها إذا أنكر الموكل الوكالة فليس بنص ههنا لاختلاف أحكام الصورين وتباينها فلا يكون النص في احدهما نصا في الاخرى وما ذكره من المعنى لا أصل له فلا يعول عليه ، ولو غاب رجل فجاء آخر الى امرأته فذكر أن زوجها طلقها وابنها ووكله في تجديد نكاحها بألف فأذنت في نكاحها فمقد عليها وضمن الوكيل الالف ثم جاء زوجها فأنكر هذا كله فالقول قوله والنكاح الاول بحسبه وقياس ما ذكرناه أن المرأة ان صدقت

(مسألة) (ولا يجوز أن يبيع نساء ولا يغير نقد البلد ويحتمل أن يجوز كالمضارب)

وجملة ذلك ان الموكل إذا عين لوكيل الشراء أو البيع بتقد معين أو حالا لم تجز مخالفته لانه إنما يتصرف بأذنه ولم يأذن في غير ذلك وان أذن له في الشراء أو البيع بنسيئة جاز وان أطلق لم يبيع إلا حالا بنقد البلد لان الاصل في البيع الحلول واطلاق النقد ينصرف الى نقد البلد كما لو باع ماله فان كان في البلد نقدان باع بأغلبها فان تساويا باع بما شاء منها وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة وصاحبه له البيع نساء لانه معتاد فأشبهه الحال ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الرواية في المضارب والاول أولى لانه لو أطلق البيع حمل على الحلول فكذلك إذا أطلق الوكالة ولا نسلم تساوي العادة فيها فان بيع الحال أكثر ، ويفارق المضاربة لوجبهما (أحدهما) ان المقصود من المضاربة الربح لادفع الحاجة بالثمن في الحال وقد يكون المقصود في الوكالة دفع حاجة بأجرة فتوف بتأخير الثمن (الثاني) ان استيفاء الثمن في المضاربة على المضارب فيعود ضرر التأخير في التقاضي عليه وههنا بخلافه فلا يرضى به الموكل ولان الضرر في توى الثمن على المضارب لانه يحسب من الربح لكون الربح وقاية لرأس المال وههنا يعود على الموكل فانقطع الالحاق

الوكيل لزمه الالف إلا أن بينها زوجها قبل دخول الثاني بها وحكي ذلك عن مالك وزفر وحكي عن أبي حنيفة والشافعي انه لا يلزم الضامن شي لان فرج عن المضمون عنه ولم يلزم المضمون عنه شي فكذلك فرعه. ولنا أن الوكيل مقر بأن الحق في ذمة المضمون عنه وانه ضامن عنه فلزمه ما أقر به كما لو ادعى على رجل انه ضمن له الفاً على أجنبي فأقر الضامن بالضمان وصحته وثبوت الحق في ذمة المضمون عنه وكما لو ادعى شفعة على انسان في شقص اشتراه فأقر البائع بالبيع فأنكره المشتري فان الشفيع يستحق الشفعة في أصح الوجهين وإن لم تدع المرأة صحة ما ذكره الوكيل فلا شيء عليه ويحتمل أن من أسقط عنه الضمان أسقطه في هذه الصورة ومن أوجبه أوجبه في الصورة الأخرى فلا يكون فيها اختلاف والله أعلم (الحال السادس) أن يختلفا في صفة الوكالة فيقول وكنتك في بيع هذا العبد قال بل وكنتي في بيع هذه الجارية أو قال وكنتك في البيع بألفين قال بل بألف أو قال وكنتك في بيعه نقد أقال بل نسيئة أو قال وكنتك في شراء عبد قال بل في شراء أمة أو قال وكنتك في الشراء بخمسة قال بل بعشرة فقال القاضي القول قول الموكل وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال أبو الخطاب إذا قال اذنت لك في البيع نقد أو في الشراء بخمسة قال بل اذنت لي في البيع نسيئة وفي الشراء بعشرة القول قول الوكيل نص عليه أحمد في المضاربة لانه أمين في التصرف فكان القول قوله في صفته كالحياط اذا قال اذنت لي في تفصيله قباء قال بل قبيصاً وحكي عن مالك

(مسألة) (وان باع بدون ثمن مما قدره له صح وضمن النقص)

وجملة ذلك ان الوكيل ليس له ان يبيع بدون ثمن المثل أو دون ما قدره له وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة اذا اطلق الوكالة في البيع فله البيع بأي ثمن كان لان لفظه في الاذن مطلق فيجب حمله على اطلاقه

ولنا أنه وكيل مطلق في عقد معاوضة فاقضى ثمن المثل كالشراء فانه قد وافق عليه وبه ينتقض دليله فان باع بأقل من ثمن المثل، مما لا يتعابن الناس بمثله أو بدون ما قدره له فحكمه حكم من لم يأذن له في البيع ، وعن أحمد البيع صحيح ويضمن الوكيل، النقص لان من صح بيعه بثمن المثل صح بدونه كالمرضى، فعلى هذه الرواية يكون على الوكيل ضمان النقص وفي قدره وجهان (أحدهما) ما بين ثمن المال وما باعه به (والثاني) ما بين ما يتعابن الناس بمثله وما لا يتعابنون لان ما يتعابن الناس به يصح بيعه به ولا ضمان عليه والاول أقيس لانه يبيع غير مأذون فيه أشبه ببيع الاجنبي وكل تصرف كان الوكيل فيه مخالفا لموكله فحكمه فيه حكم تصرف الاجنبي على ما ذكرنا في موضعه فأما ما يتعابن الناس به عادة وهو درهم في عشرة فمغفو عنه اذا لم يكن الموكل قدر الثمن لان ما يتعابن الناس به بعد ثمن المثل ولا يمكن التحرز منه .

(فصل) ولو حضر من يزيد على ثمن المثل لم يجز ان يبيع بثمن المثل لان عليه الاحتياط وطلب الحظ لموكله فان باع بثمن المثل فحضر من يزيد في مدة الخيار لم يلزمه فسح العقد لان الزيادة منه

ان أدركت السعة فالقول قول الموكل وان فاتت فالقول قول الوكيل لانها إذا فاتت لزم الوكيل الضمان والاصل عدمه بخلاف ما إذا كانت موجودة ، والقول الاول أصح لوجهين (أحدهما) أنهما اختلفا في في التوكيل الذي يدعيه الوكيل والاصل عدمه فكان القول قول من يفتيه كما لو لم يقر الموكل بتوكيله في غيره (والثاني) أنهما اختلفا في صفة قول الموكل فكان القول قوله في صفة كلامه كما لو اختلف الزوجان في صفة الطلاق، فعلى هذا اذا قال اشتريت لك هذه الجارية باذنك قال ما أذنت لك الا في شراء غيرها أو قال اشتريتها لك بألفين فقال ما أذنت لك في شرائها الا بألف فالقول قول الموكل وعليه اليمين فاذا حلف بريء من الشراء ثم لا يحلوا اما ان يكون الشراء بعين المال أو في الذمة فان كان بعين المال فالبيع باطل وتبرد الجارية على البائع ان اعترف بذلك وان كذبه في ان الشراء لغيره أو بما لغيره بغير إذنه فالقول قول البائع لان الظاهر ان ما في يد الانسان له فان ادعى الوكيل علمه بذلك حلفه أنه لا يعلم انه اشتراه بما لموكلاه لانه يحل على نفي فعل غيره فسكانت يمينه على نفي العلم فاذا حلف أمضى البيع وعلى الوكيل غرامة الثمن لموكلاه ودفع الثمن الى البائع وتبقى الجارية في يده ولا تحل له لانه لا يحل من أن يكون صادقا فتكون للموكل أو كاذبا فتكون للبائع فاذا أراد استحلالها اشتراها ممن هي له في الباطن فان امتنع من بيعه اياها رفع الامر الى الحاكم ليرفق به ليبيعه اياها ليثبت الملك له ظاهرا وباطنا ويصير ما ثبت له في ذمته ثمنا قصاصا بالذي أخذ منه الآخر ظالما فان امتنع الآخر من البيع لم يجبر عليه

عنها فلا يلزم الرجوع اليها ولان المزايد قد لا يثبت على الزيادة فلا يلزم الفسخ بالشك ويحتمل ان يلزمه ذلك لانها زيادة أمكن تحصيلها أشبه ما قبل البيع والنهي يتوجه الى الذي زاد لا الى الوكيل فأشبه ما اذا زاد قبل البيع بعد الاتفاق عليه

﴿مسئلة﴾ (وان باع بأكثر من ثمن المثل صح سواء كانت الزيادة من جنس الثمن الذي أمر به أو لم تكن هي) إذا وكره في بيع شيء معين فباعه بأكثر منه صح قلت الزيادة أو كثرت وكذلك ان أطلق فباعه بأكثر من ثمن المثل لانه باع بالمأذون فيه وزاد زيادة تنفعه ولا تضره وسواء كانت الزيادة من جنس الثمن المأمور به أو من غير جنسه كمن أذن في البيع بمائة درهم فباعه بمائة درهم ودينار أو ثوب وقال أصحاب الشافعي لا يصح بيعه بمائة و ثوب في أحد الوجهين لانه من غير جنس الأثمان

ولنا أنها زيادة تنفعه ولا تضره أشبه ما لو باعه بمائة ودينار ولان الاذن في بيعه بمائة اذن في بيعه بزيادة عليها عرفاً لان من رضي بمائة لا يكره أن يزداد عليها ما ينفعه ولا يضره ويصير كما لو وكره في الشراء فاشترى بدون ثمن المثل أو بدون ما قدر له

﴿مسئلة﴾ (وان قال به بدرهم فباعه بدينار صح في أحد الوجهين)

لانه مأذون فيه عرفاً فان من رضي بدرهم رضي مكانه ديناراً فجري بجري بيعه بمائة درهم ودينار على ما ذكرنا في المسئلة قبلها وقال القاضي لا يصح وهو مذهب الشافعي لانه خالف موكله في الجنس

لانه عقد مراضة وان قال ان كانت الجارية لي فقد بشكها أو قال الموكل ان كنت أذنت لك في شرائها بألفين فقد بشكها فيه وجهان (أحدهما) لا يصح وهو قول القاضي وبعض الشافعية لانه بيع معلق على شرط (والثاني) يصح لان هذا أمر واقع يملان وجوده فلا يضر جملة شرطاً كما لو قال ان كانت هذه الجارية جاريته فقد بشكها وكذا كل شرط علماً بوجوده فانه لا يوجب وقوف البيع ولا شكاً فيه فاما ان كان الوكيل اشترى في الذمة ثم نقد الثمن صح الشراء ولزم الوكيل في الظاهر فأما في الباطن فان كان الوكيل كاذباً في دعواه فالجارية له لانه اشترها في ذمته بغير أمر غيره وان كان صادقاً فالجارية لموكله فاذا أراد إحلالها له توصل الى شرائها منه كما ذكرنا وكل موضع كانت للموكل في الباطن فاستمع من بيعها للوكيل فقد حصلت في يد الوكيل وهي للموكل وفي ذمته للوكيل ثمنها فأقرب الوجوه ان يأذن للحاكم في بيعها وتوفية حقه من ثمنها فان كانت للوكيل فقد أذن في بيعها وان كانت للموكل فقد باعها الحاكم في ايفاء دين امتنم المدين من وفائه وقد قيل غير ما ذكرنا وهذا أقرب ان شاء الله تعالى وإن اشترها الوكيل من الحاكم بماله على الموكل جاز لانه قائم مقام الموكل في هذا فأشبهه ما لو اشترى منه

(فصل) ولو وكله في بيع عبد فباعه نسبة فقال الموكل ما أذنت في بيعه الا نقد او صدقه الوكيل والمشتري فسد البيع وله مطالبة من شاء منها بالعبد ان كان باقياً أو بقيته ان كان تالفاً فان أخذ القيمة

أشبه ما لو باعه بثوب يساوي ديناراً فاما ان قال به بمائة درهم فباعه بمائة ثوب قيمتها اكثر من الدرهم أو بثمانين درهماً وعشرين ثوباً لم يصح وهو مذهب الشافعي لانها من غير الايمان ولانه لم يؤذن فيه لفظاً ولا عرفاً بخلاف بيعه بدينار .

(فصل) فان وكله في بيع عبد بمائة فباع بعضه بها أو وكله مطلقاً فباع بعضه بثمن الكل جاز لانه مأذون فيه عرفاً فان من رضي بمائة ثمناً للكل رضي بها ثمناً للبعض ولانه حصل له المائة وأبقى له زيادة تنفعه ولا تضره وله بيع النصف الآخر لانه مأذون فيه فأشبه ما لو باع العبد كله بزيادة على ثمنه ، ويحتمل ان لا يجوز لانه قد حصل للموكل غرضه من الثمن ببيع البعض فربما لا يختار بيع باقيه للمعنى عن بيعه بما حصل له من ثمن البعض وهكذا لو وكله في بيع عبيد بمائة فباع أحدهما بها يصح لما ذكرنا وهل له بيع الآخر على وجهين فأما ان وكله في بيع عبده بمائة فباع بعضه باقل منها أو وكله مطلقاً فباع بعضه بدون ثمن الكل لم يصح وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يجوز فيها إذا أطلق الوكالة بناء على أصله في ان للوكيل المطلق البيع بما شاء

ولنا أن على الموكل ضرراً في بيعه ولم يوجد الاذن فيه نطقاً ولا عرفاً فلم يجز كما لو وكله في شراء عبد فاشترى بعضه .

(مسئلة) (فان قال به بالف نساء فباعه بألف حالة صح ان كان لا يستضر بحفظ الثمن في الحال)

من الوكيل رجوع على المشتري بها لان التلف في يده فاستقر الضمان عليه وان أخذه من المشتري لم يرجع على أحد وان كذبه وادعيا انه أذن في البيع نسيئة فعلى قول القاضي يحلف الموكل ويرجع في العين ان كانت قائمة وان كانت نالفة رجوع بقيمتها على من شاء منهما فان رجوع على المشتري رجوع على الوكيل بالثمن الذي أخذه منه لا غير لانه لم يسلم له المبيع وان ضمن الوكيل لم يرجع على المشتري في الحال لانه يقر بصحة البيع وتأجيل الثمن وان البائع ظلمه بالرجوع عليه وأنه انما يستحق المطالبة بالثمن بعد الاجل فاذا حل الاجل رجوع الوكيل على المشتري بأقل الامرين من القيمة أو الثمن المسمى لان القيمة ان كانت أقل فلا غرم أكثر منها فلا يرجع بأكثر مما غرم وان كان الثمن أقل فالوكيل معترف للمشتري انه لا يستحق عليه أكثر منه وان الموكل ظلمه بأخذ الزائد على الثمن فلا يرجع على المشتري بما ظلمه به الموكل وان كذبه أحدهما دون الآخر فله الرجوع على المصدق بغير عيب ويحلف على المكذب ويرجع على حسب ما ذكرنا هذا ان اعترف المشتري بان الوكيل وكيل في البيع وان أنكر ذلك وقال انما بعنتي ملكك فالقول قوله مع عينه انه لا يعلم كونه وكيل ولا يرجع عليه بشيء (فصل) واذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو أمانة في يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمنه بتأخيره لانه رضي بكونه في يده ولم يرجع عن ذلك فان طلبه فأخر رده مع امكانه فلتلف ضمنه وان وعده برده ثم ادعى اني كنت رددته قبل طلبه أو انه كان تلف لم يقبل قوله لانه مكذب لنفسه

إذا وكله في بيع سلعة نسيئة فباعها نقداً بدون ثمنها نسيئة أو بدون ما عينه له لم ينفذ بيعه لانه خالف موكله لكونه انما رضي بثمان النسيئة دون النقد وان باعها نقداً بمثل ثمنها نسيئة أو بما عينه من الثمن فقال القاضي يصح لانه زاده خيراً فهو كالموكله في بيعها بعشرة فباعها بأكثر من ثمنها والاولى أن ينظر له فيه فان لم يكن له غرض في النسيئة صح لما ذكرنا وان كان له فيها غرض مثل ان يستضرر بحفظ الثمن في الحال أو يخاف عليه من التلف أو المتغيبين أو يتغير عن حاله الى وقت الحلول أو نحو ذلك فهو كمن لم يؤذن له لان حكم الاذن لا يتناول المسكوت عنه الا اذا علم أنه في المصاححة كالنطوق أو أكثر فيكون الحكم فيه ثابتاً بطريق التنبيه أو الممانعة ومتى كان في النطوق به غرض صحيح لم يجز تفويته ولا ثبوت الحكم في غيره

(مسئلة) وان وكله في الشراء فاشترى بأكثر من ثمن المثل أو بأكثر مما قدره له (١) أما إذا وكله في الشراء فاشترى بأكثر من ثمن المثل مما لا يتغابن الناس بمثله

(فصل) فان وكله في بيع عبيد أو شرائهم ملك العقد عليهم جملة واحدة وواحداً واحداً لان الاذن يتناول العقد عليهم جملة والعرف في بيعهم وشرائهم العقد على واحد واحد ولا ضرر في جمعهم ولا افرادهم بخلاف ما لو وكله في شراء عبد فاشترى بعه فانه لا يصح لانه يفضي الى التشقيص وفيه اضرار بالموكل، فان قال اشترى عبيداً صفقة واحدة أو واحداً واحداً أو بهم لم يجز مخالفته لان

(١) هذه المسئلة

ذكرت في الاصل بهذا
الوضع وهي كما ترى
جلها ناقصة فلتراجع
في مظنتها في المغني

بوعده برده فان صدقه الموكل بريء وان كذبه فالقول قول الموكل فان أقام الوكيل بينة بذلك فهل يقبل على وجهين (أحدهما) يقبل لانه لو صدقه الموكل بريء فكذلك اذا قامت له بينة ولان البينة احدى الحجتين فبرئ بها كالاترار (والثاني) لا يقبل لانه كذبه بوعده بالدفع أما اذا صدقه فقد أقر ببراءته فلم يبق له منازع وان لم يعده برده لكن منعه أو مطلقه برده مع امكانه ثم ادعى التلف أو الرد لم يقبل قوله لانه ضامن بالمنع خارج عن حال الامانة وان أقام بما ادعاه من الرد أو التلف بينة سمعت لانه لم يكذبها

(فصل) قال أحمد في رواية أبي الحارث في رجل له على آخر دراهم فبعث اليه رسولا يقبضها فبعث اليه مع الرسول دينارا فضاع مع الرسول فهو من مال الباعث لانه لم يأمره بمصارفته إنما كان من ضمان الباعث لانه دفع الى الرسول غير ما أمره به المرسل فان المرسل إنما أمره بقبض ماله في ذمته وهي الدراهم ولم يدفعها وإنما دفع دينارا عوضا عن عثمرة دراهم وهذا صرف يفنقر الى رضى صاحب الدين وإذنه ولم يأذن فصار الرسول وكيلاً للباعث في تأديته إلى صاحب الدين ومصارفته به فاذا تلف في يد وكيله كان من ضمانه اللهم الا أن يخبر الرسول الفريم ان رب الدين أذن له في قبض الدينار عن الدراهم فيكون حينئذ من ضمان الرسول لانه غره وأخذ الدينار على أنه وكيل للمرسل، وان قبض منه الدراهم التي أمر بقبضها فضاعت من الرسول فهي من ضمان صاحب الدين لأنها تلفت من يد وكيله وقال أحمد في رواية مهنا في رجل له عند آخر دنانير وثمانين فبعث

تصيبه على ذلك يدل على غرضه فيه فلم يتناول اذنه سواء، وان قال اشترى لي عبد بن صفقة فاشترى عبد بن لاثنين شركة بينهما من وكيلها أو من أحدهما باذن الآخر جاز وان كان لكل واحد عبد منفرد فاشترى من المالكين بأن أوجبا له البيع فيهما وقبل ذلك منها بلفظ واخذ فقال القاضي لا يلزم الموكل وهو مذهب الشافعي لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان ويحتمل أن يلزمه لان القبول هو الشراء وهو متحد والفرض لا يختلف، وان اشتراهما من وكيلها وعين ثمن كل واحد منهما مثل ان يقول بعتك هذين العبدين هذا بمائة وهذا بثمانين فقال قبلت احتمل أيضاً وجهين وان لم يبين الثمن لكل واحد لم يصح البيع لجهالة الثمن وفيه وجه أنه يصح ويقسط الثمن على قدر قيمتهما، وقد ذكر ذلك في تقريب الصفقة.

(مسئلة) (وان وكل في شراء شيء نقداً بثمن معين فاشتراه به مؤجلاً صح)

ذكره القاضي لانه زاده خيراً فأشبهه ما لو وكله في الشراء بمائة فاشترى بدونها، ويحتمل أن ينظر في ذلك فان كان فيه ضرر نحو أن يستنصر ببقاء الثمن معه ونحو ذلك لم يجوز ولاصحاب الشافعي في صحة الشراء وجهان:

(مسئلة) (وان قال اشترى لي شاة بدينار فاشترى له شاتين تساوي احدهما دينارا أو اشترى له شاة تساوي ديناراً بأقل منه صح والا لم يصح)

إليه رسولا وقال خذ ديناراً وثوباً فأخذ دينارين وثوبين فضاعت فاضمان على الباعث يعني الذي أعطاه الدينارين واشوبين ورجع به على الرسول يعني عليه ضمان الدينار والثوب الزائدين إنما جعل عليه الضمان لأنه دفعهما إلى من لم يؤمر بدفعهما إليه ورجع بهما على الرسول لأنه غره وحصل التلف في يده فاستقر عليه الضمان والموكل تضمين الوكيل لأنه تسمى قبض مالم يؤمر بقبضه فإذا ضمنه لم يرجع على أحد لأن التلف حصل في يده فاستقر الضمان عليه ، وقال أحمد في رجل وكل وكيلاً في اقتضاء دينه وغاب فأخذ الوكيل به رهناً فتلف الرهن في يد الوكيل فقال أساء الوكيل في أخذ الرهن ولا ضمان عليه إنما لم يضمنه لأنه رهن فاسد والقبض في العقد الفاسد كالتقبض في الصحيح فكان القبض في صحيحه مضموناً كان مضموناً في فاسده وما كان غير مضمون في صحيحه كان غير مضمون في فاسده ونقل البغوي عن أحمد في رجل أعطى آخر دراهم يشتري له بها شاة فخلطها مع دراهمه فضاعاً فلا شيء عليه وإن ضاع أحدهما أيها ضاع غرمه قال القاضي هذا محمول على أنه خلطها بما تميز منها ويحتمل أنه أذن له في خلطها أما أن خلطها بما لا تميز منه بغير إذنه ضمنها كالودعة وإنما لزمه الضمان إذا ضاع أحدهما لأنه لا يعلم أن الضائع دراهم الموكل والأصل بقاؤها ومعنى الضمان هنا أنه يحسب الضائع من دراهم نفسه فأما على المحمل الآخر وهو إذا خلطها بما تميز منه فإذا ضاعت دراهم الموكل وحدها فلا ضمان عليه لأنها ضاعت من غير تعد منه

وجملة ذلك أنه إذا وكله في شراء شاة بدينار فاشترى شاتين تساوي كل واحدة منهما أقل من دينار لم يقع للموكل وإن كانت كل واحدة منهما تساوي ديناراً أو أحدهما تساوي ديناراً والأخرى أقل منه صح ولزم الموكل وهذا المشهور من مذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة يقع للموكل إحدى الشاتين بنصف دينار والأخرى للوكيل لأنه لم يرض بالزمام عهدة شاة واحدة

ولنا أن النبي ﷺ أعطى عروة بن الجعد البارقى ديناراً فقال «اشتر لنا به شاة» قال فأتيت الجلب فاشترت شاتين بدينار فحجت أسوقهما وأقودهما فلقيني رجل في الطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فأتيت النبي ﷺ بالدينار وبالشاة فقلت يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم فقال «وصنعت كيف؟» فحدثته الحديث فقال «اللهم بارك له في صفقة يمينه» ولأنه حصل المأذون فيه وزيادة من جنسه تنفع ولا تضر فوقع ذلك له كما لو قال به بدينار فباعه بدينارين وما ذكره يطل بالبيع فإن باع الوكيل إحدى الشاتين بغير أمر الموكل ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لأنه باع مال موكله بغير إذنه فلم يجز كييع الشاتين (والثاني) إن كانت الباقية تساوي ديناراً جاز لحديث عروة ولأنه حصل له المأذون وزيادة من جنسه تنفع ولا تضر فوقع ذلك له كما لو قال له به بدينار فباعه بدينار وما ذكره يطل بالبيع ، فإن باع الوكيل إحدى الشاتين بغير أمر الموكل ففيه وجهان (أحدهما) البيع باطل لأنه باع مال موكله بغير أمره فلم يجز كييع الشاتين (والثاني) إن كانت الباقية تساوي ديناراً جاز لحديث عروة البارقى ولأنه حصل له المقصود والزيادة لو كانت غير الشاة جاز

(مسئلة) قال (ولو أمره أن يدفع إلى رجل ما لا فادعى أنه دفعه إليه لم يقبل قوله على الأمر إلا بينة)

وجملته أن الرجل إذا وكل وكيلاً في قضاء دينه ودفع إليه مالا ليدفعه إليه فادعى الوكيل قضاء الدين ودفع المال إلى الغريم لم يقبل قوله على الغريم إلا بينة لأنه ليس بأمينه فلم يقبل قوله عليه في الدفع إليه كما لو ادعى الموكل ذلك فإذا حلف الغريم فله مطالبة الموكل لأن ذمته لا تبرأ بدفع المال إلى وكيله فإذا دفعه فهل للموكل الرجوع على وكيله؟ ينظر فإن ادعى أنه قضى الدين بغريمه فله الرجوع عليه إذا قضاؤه في غيبة الموكل قال القاضي سواء صدقه أنه قضى الحق أو كذبه وهذا قول الشافعي لأنه أذن له في قضاء يبرئه ولم يوجد وعن أحمد رواية أخرى لا يرجع عليه شيء إلا أن يكون أمره بالأشهاد فلم يفعل، فعلى هذه الرواية إن صدقه الموكل في الدفع لم يرجع عليه بشيء وإن كذبه فالقول قول الوكيل مع يمينه وهذا قول أبي حنيفة ووجه لاصحاب الشافعي لأنه ادعى فعل ما أمر به موكله فكان القول قوله كما لو أمره ببيع ثوبه فادعى أنه باعه، ووجه الأول أنه مفرط بترك الأشهاد فضمن كما لو فرط في البيع بدون ثمن المثل، فإن قيل فلم يأمره بالأشهاد قلنا إطلاق الأمر بالقضاء يقتضي ذلك لأنه لا يثبت إلا به فيصير كأمره بالبيع والشراء يقتضي ذلك العرف لا العموم كذا هنا

فجاز له إبدالها بغيرها وهذا ظاهر كلام أحمد لأنه أخذ بحديث عروة وذبح إليه، وإذا قلنا لا يجوز له بيع الشاة فباعها فهل يبطل البيع أو يصح ويقف على إجازة الموكل؟ على روايتين وهذا أصل لكل تصرف في ملك الغير بغير إذنه ووكيل خالف موكله فيه الروايتان وللشافعي في صحة البيع هنا وجهان (فصل) وإذا وكله في شراء عبد معين بمائة فاشترى بما دونها صح ولزم الموكل لأنه مأذون فيه عرفاً وإن قال لا تشتريه بدون المائة فخالفه لم يجز لأنه خالف نصه وصريح قوله مقدم على دلالة العرف وإن قال اشتريه بمائة ولا تشتريه بخمسين جازله شراؤه بما فوق الخمسين لأن إذنه في الشراء بمائة يدل عرفاً على الشراء بما دونها خرج منه الخمسون بصريح النهي بقي فيما فوقها على مقتضى الأذن فإن اشتراه بما دون الخمسين جاز في إحدى الوجوه لذلك ولأنه لم يخالف صريح نهيه أشبه ما زاد عليها (وإثاني) لا يجوز لأنه نهاه عن الخمسين استقلالاً لها فكان تنبيهها على النهي عما دونها كما إن الأذن في الشراء بمائة أذن فيما دونها فجزى مجرى صريح نهيه فان تنبيهه السلام كنصه، فإن قال اشتريه بمائة دينار فاشترى بمائة درهم فالحكم فيه كما لو قال بعه بدرهم فباعه بدینار على ما مضى وإن قال اشترى نصفه بمائة فاشترى كله أو أكثر من نصفه بمائة جاز لأنه مأذون فيه عرفاً وإن قال اشترى نصفه بمائة ولا تشتريه جميعه فاشترى أكثر من النصف وأقل من السكل بمائة صح في قياس المسئلة التي قبلها لكون دلالة العرف قاضية بالأذن في شراء كل ما زاد على النصف خرج الجميع بصريح نهيه فبقي على مقتضى الأذن (فصل) وإن وكله في شراء عبد موصوف بمائة فاشترى على الصفة بدونها جاز لأنه مأذون فيه عرفاً وإن خالف في الصفة أو اشتراه بأكثر منها لم يلزم الموكل وإن قال اشترى عبداً بمائة فاشترى

وقياس القول الآخر يمكن القول بموجبه وان قوله مقبول في القضاء لكن لزمه الضمان لتفريطه لارد قوله ، وعلى هذا لو كان القضاء بمحضرة الموكل لم يضمن الوكيل شيئاً لان تركه الاشهاد والاحتياط رضى منه بما فعل وكيه وكذلك لو أذن له في القضاء بغير اشهاد فلا ضمان على الوكيل لان صريح قوله يقدم على ما تقتضيه دلالة الحال وكذلك ان أشهد على القضاء عدولاً فأتوا أو غابوا فلا ضمان عليه لعدم تفريطه وان أشهد من يختلف في ثبوت الحق بشهادته كشاهد واحد أو رجلاً وامراً أين فهل يبرأ من الضمان يخرج على روايتين وان اختلف الوكيل والموكل فقال قضيت الدين بمحضرتك قال بل في غيبتي أو قال أذنت لي في قضائه بغير بينة فأنكر الاذن أو قال أشهدت على القضاء شهوداً فأتوا فأنا نكره الموكل فالقول قول الموكل لان الاصل معه .

(فصل) وإن وكله في إبداع ماله فأودعه ولم يشهد فقال أصحابنا لا يضمن إذا أنكر المودع ، وكلام الحرقي بعمومه يقتضى أن لا يقبل قوله على الأمر وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن الوديع لا تثبت إلا بالبينه فهي كالدين ، وقال أصحابنا لا يصح القياس على الدين لأن قول المودع يقبل في الرد والهلاك فلا فائدة في الاستيثاق بخلاف الدين فان قال الوكيل دفعت المال إلى المودع فقال :

لم تدفمه فالقول قول الوكيل لانهم اختلفوا في تصرفه وفيما وكل فيه فكان القول قوله فيه

(فصل) وإذا كان على رجل دين وعنده ودية فجاءه انسان فادعى انه وكيل صاحب الدين والوديعه في قبضهما وأقام بذلك بينة وجب الدفع اليه وان لم يقم بينة لم يلزمه دفعها اليه سواء صدقه

عبداً يساوي مائة بدونها جاز لانه لو اشترى بمائة جاز فاذا اشترى بدونها فقد زاده خيراً فيجوز وان كان لا يساوي مائة لم يجز وان ساوى أكثر مما اشترى به لانه خالف أمره ولم يحصل غرضه

(مسئلة) (وليس له شراء معيب فان وجد بما اشترى عيباً فله رده) اذا وكله في شراء سلعة موصوفة لم يجز أن يشري بها إلا سليمة من العيوب لان اطلاق البيع يقتضي السلامة ولذلك جاز له الرد بالعيب فان اشترى معيباً يعلم عيبه لم يلزم الموكل لانه اشترى له ما لم يأذن فيه وان لم يعلم صح البيع لانه إنما يلزمه شراء صحيح في الظاهر لعجزه عن التحرز عن شراء معيب لا يعلم عيبه فاذا علم عيبه ملك رده لانه قائم مقام الموكل والموكل رده أيضاً لانه ملكه ، فان حضر قبل رد الوكيل ورضي بالعيب لم يكن للوكيل رده لان الحق له بخلاف المضارب فان له الرد وان رضي رب المال فان له حقاً فلا يسقط برضاء غيره وان لم يحضر فأراد الوكيل الرد فقال له البائع توقف حتى يحضر الموكل فربما رضي بالعيب لم يلزمه ذلك لانه لا يأمن فوات الرد بهرب البائع وفوات الثمن بتلفه فان اخره بناء على هذا القول فلم يرض به الموكل فله الرد وان قلنا الرد على الفور لانه أخره باذن البائع فيه وان رضي الموكل سقط الرد

(مسئلة) (وان قال البائع موكلك تد رضي بالعيب فاقول قول الوكيل يمينه أنه لا يعلم ذلك)

في أنه وكيله أو كذبه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان صدقه لزمه وفاء الدين وفي دفع العين اليه روايتان أشهرهما لا يجب تسليمها واحتج بأنه أقر له بحق الاستيفاء فلزمه إيفاءه كالأقر له أنه وارثه ولنا أنه تسليم لا يرثه فلا يجب كما لو كان الحق عينا وكما لو أقر بان هذا وصي الصغير ، وفارق الاقرار بكونه وارثه لانه يتضمن براءته فانه أقر بأنه لا حق لسواه، فاما ان أنكر وكالته لم يستحلف وقال أبو حنيفة يستحلف، ومبنى الخلاف على الخلاف في وجوب الدفع مع التصديق فمن أوجب عليه الدفع مع التصديق ألزمه اليمين عند التكذيب لعدم فائدتها، فان دفع اليه مع التصديق أو مع عدمه فحضر الموكل وصدق الوكيل برىء الدافع وان كذبه فالقول قوله مع يمينه فاذا خلف وكان الحق عينا قائمة في يد الوكيل فله أخذها وله مطالبة من شاء بردها لأن الدافع دفعها إلى غير مستحقها والوكيل عين ماله في يده فان طالب الدافع فللدافع مطالبة الوكيل بها وأخذها من يده ليسلمها إلى صاحبها، وإن تلفت العين أو تعذر ردها فلصاحبها الرجوع ببدها على من شاء منها لان الدافع ضمنها بالدفع والمدفوع اليه قبض مالا يستحق قبضه وأيها ضمن لم يرجع على الآخر لان كل واحد منهما يدعي أن ما أخذه المالك ظم ويقر بأنه لم يوجد من صاحبه تعد فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره إلا أن يكون الدافع دفعها إلى الوكيل من غير تصديقه فيما ادعاه من الوكالة فان ضمن رجوع على الوكيل لانه لم يقر بوكالته

لان الاصل عدم الرضى فلا يقبل قوله إلا بينة فان لم يقم بينة لم يستحلف الوكيل الا أن يدعي علمه فيحلف على نفي العلم وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة في رواية لا يستحلف لانه لو حلف كان نائبا في اليمين وليس بصحيح فانه لا نيابة ههنا فانه إنما يحلف على نفي علمه وهذا لا ينوب فيه عن أحد ولو اشترى المضارب مبيعاً صح لان المقصود منها الربح وهو يحصل مع العيب بخلاف الوكيل فانه قد يكون غرض الموكل القنية والاتفاع والعيب يمنع بعض ذلك

(مسألة) (فان رده فصدق الموكل البائع في الرضى بالعيب فهل يصح الرد؟ على وجهين)

(احدهما) لا يصح والموكل استرجاعه والبائع رده عليه لان رضاه به عزل للوكيل عن الرد بدليل انه لو علمه لم يكن له الرد (الثاني) يصح الرد بناء على ان الوكيل لا يعزل قبل العلم بالعزل فان رضي الوكيل الميب أو أمسكه امساكا ينقطع به الرد فحضر الموكل فأراد الرد فله ذلك على الوجه الاول ان صدق البائم الموكل أن الشراء له أو قامت به بينة وان كذبه ولم يكن بينة خلف البائع أنه لا يعلم أن الشراء له فليس له رده لان الظاهر ان من اشترى شيئاً فهو له ويلزم الوكيل وعليه غرامة الثمن وهذا كانه ذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة لاو وكيل شراء الميب لان التوكيل في البيع مطلقا يدخل الميب في اطلاقه ولانه أمين في الشراء فجاز له ذلك كالمضارب

ولنا ان البيع باطلاقه يقتضي الصحيح دون الميب فكذلك الوكالة فيه ويفارق المضاربة من حيث

ولا تثبت بينة وإن ضمن الوكيل لم يرجع عليه وإن صدقه لكن الوكيل تعدى فيها أو فرط استقر الضمان عليه فإن ضمن لم يرجع على احد وان ضمن الدافع رجح عليه لانه وان كان يقر أنه قبضه قبضاً صحيحاً لكن لزمه الضمان بتفريطه وتعديه فالدافع يقول ظلمني المالك بالرجوع علي وله على الوكيل حق يعترف به الوكيل فيأخذه يستوفي حقه منه فاما إن كان المدفوع ديناً لم يرجع إلا على الدافع وحده لان حقه في ذمة الدافع لم يبرأ منه بتسليمه إلى غير وكيل صاحب الحق والذي أخذه الوكيل عين مال الدافع في زعم صاحب الحق والوكيل والدافع يزعمان انه صار ملكاً لصاحب الحق وانه ظالم للدافع بالأخذ منه فيرجع الدافع فيما أخذ منه الوكيل ويكون قصاصاً مما أخذ منه صاحب الحق وإن كان قد تلف في يد الوكيل لم يرجع عليه بشيء لانه مقرر بانه أمين لا ضمان عليه إلا أن يتلف بتعديه وتفريطه فيرجع عليه .

(فصل) فان جاء رجل فقال انا وارث صاحب الحق فان انكره لزمته اليمين انه لا يعلم صحة ما قال لان اليمين ههنا على نفي فعل الغير فكانت على نفي العلم لانه لو صدقه لزمه الدفع اليه فلما لزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار ، وان صدقه في انه وارث صاحب الحق لا وارث له سواء لزمه الدفع اليه بغير خلاف فعلمه لانه مقرر له بالحق وانه يبرأ بهذا الدفع فلزمه كما لو جاء صاحب الحق ، فاما إن جاء رجل فقال قد أحتاني عليك صاحب الحق فصدقه فقيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه الدفع اليه لان

ان المقصود فيها الربح وهو يحصل من الميب كحصوله من الصحيح بخلاف الوكالة فانه قد يكون المقصود بها القنية أو يدفع بها حاجة يكون الميب مانعاً منها فلا يحصل المقصود وقد ناقض أبو حنيفة قوله فانه قال في قوله تعالى (فتحرير رقبة) لا تجوز العمياء ولا معيبة عيباً يضر بالعمل وقال ههنا يجوز للوكيل شراء الاعمى والمقعد ومقطوع اليدين والرجلين

﴿مسئلة﴾ (وان وكله في شراء معين فاشتراه ووجده معيباً فهل له رده قبل اعلام الموكل؟ على وجهين) (أحدهما) له الرد لان الأمر يقتضي السلامة اشبهه مالو وكله في شراء موصوفة (وانثاني) لا يملكه لان الموكل قطع نظره بالتعيين فربما رضيه على جميع صفاته فان قلنا له الرد فحكمه حكم غير المعين وان علم عيبه قبل شرائه فهل له شراؤه؟ يحتمل وجهين مبنيين على رده اذا علم عيبه بعد شراؤه ان قلنا له رده فليس له شراؤه لان العيب اذا جاز الرد به بعد العقد فلان يمنع من الشراء أولى وان قلنا لا يملك الرد ثم فله الشراء ههنا لان تعيين الموكل قطع نظره واجتهاده في جواز الرد فكذلك في الشراء

﴿مسئلة﴾ (فان قال اشترى بعين هذا الثمن فاشترى له في ذمته لم يلزم الموكل)

وجملة ذلك أنه اذا دفع اليه دراهم وقال اشتر لي بهذه عبداً كان له ان يشتري بعينها وفي الذمة لان الشراء يقع على هذين الوجهين فاذا أطلق كان له فعل ما شاء منها فان قال اشتر بعينها فاشتراه في ذمته ثم تقدمها لم يلزم الموكل لانه اذا عين الثمن انفسخ العقد بتلفه أو كونه مفصوباً ولم يلزمه

الدفع اليه غير مبرى ولا احتمال أن يجيء المحيل فينكر الحوالة أو يضمنه فأشبه المدعي للوكالة (والثاني) يلزمه الدفع اليه لانه معترف بان الحق له لا لغيره فأشبه الوارث فان قلنا يلزمه الدفع مع الاقرار لذمته اليمين مع الانكار ، وان قلنا لا يلزمه الدفع مع الاقرار لم تلزمه اليمين مع الانكار لعدم الفائدة فيها ومثل هذا مذهب الشافعي .

(فصل) ومن طلب منه حق فامتنع من دفعه حتى يشهد القابض على نفسه بالقبض نظرت فان كان الحق عليه بغير بينة لم يلزمه القاضي بالاشهاد لانه لا يضرر عليه في ذلك فانه متى ادعى الحق على الدافع بعد ذلك قال لا يستحق علي شيء والقول قوله مع يمينه ، وإن كان الحق ثبت بينة وكان من عليه الحق يقبل قوله في الرد كالمدوع والوكيل بنير جعل فكذلك لانه متى ادعى عليه حق أو قامت به بينة فالقول قوله في الرد وإن كان ممن لا يقبل قوله في الرد أو يختلف في قبول قوله كالفاسد والمستعير والمرمى لم يلزمه تسليم ما قبله الا بالاشهاد لثلاثين الفاض القابض ولا يقبل قول الدافع في الرد وان قال لا يستحق علي شيئا قامت عليه البينة أو اذا أشهد على نفسه بالقبض لم يلزمه تسليم الوثيقة بالحق الى من عليه الحق لان بينة القابض تسقط البينة الاولى والكتاب ملكه فلا يلزمه تسليمه الى غيره

ثمن في ذمته وهذا غرض صحيح للموكل فلم يجز مخالفته ويقع الشراء للوكيل وهل يقف على اجازة الموكل؟ على روايتين

﴿ مسألة ﴾ (فان قال اشترى في ذمتك وانقد الثمن فاشترى بعينه صح) ولزم الموكل ذكره اصحابنا لانه اذن له في عقد يلزمه به الثمن مع بقاء الدرهم وتلفها فكان اذنا في عقد لا يلزمه الثمن إلا مع بقائها ، ويحتمل أن لا يصح لانه قد يكون له غرض في الشراء بغير يمينها لشبهة فيها لا يجب أن تشتري بها أو يختار وقوع عقد لا يفسخ بتلفها ولا يبطل بتحريمها وهذا غرض صحيح فلا يجوز تفويته عليه كما لم يجز تفويت غرضه في الصورة الاولى ومذهب الشافعي في هذا كله على نحو ما ذكرنا

﴿ مسألة ﴾ (وان أمره ببيعه في سوق بثمن فباعه في آخر صح وان قال بعه من زيد فباعه من غيره لم يصح)

وجله ذلك أن الوكيل لا يملك من التصرف الا ما يقتضيه اذن موكله من جهة النطق أو العرف لان تصرفه بالاذن فاختص بما اذن فيه والاذن يعرف بالنطق تارة وبالعرف أخرى ، ولو وكل رجلا في التصرف في زمن مفيد لم يملك التصرف قبله ولا بعده لانه لم يتناول له اذنه نطقا ولا عرفا فانه قد يختار التصرف في زمن الحاجة اليه دون غيره ولهذا لما عين الله تعالى لعبادته وقتا لم يجز تقديمها عليه ولا تأخيرها عنه فلو قال له بع ثوبي غدا لم يجز قبله ولا بعده ، فان عين له المكان وكان يتعلق به غرض مثل أن يأمره ببيع ثوبه في سوق وكان السوق معروفًا بمجودة النقد أو كثرة الثمن أو حله أو بصلاح أهله أو بمودة بين الوكيل وبينهم تفيد الاذن به لانه نص على أمر له فيه غرض فلم يجز تفويته وان كان هو وغيره

﴿ مسألة ﴾ قال (وشراء الوكيل من نفسه غير جائز وكذلك الوصي)

وجملة ذلك ان من وكل في بيع شيء لم يجز له ان يشتره من نفسه في إحدى الروايتين نقلها معنا وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وكذلك الوصي لا يجوز ان يشتري من مال اليتيم شيئاً لنفسه في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي وحكي عن مالك والاوزاعي جواز ذلك فيهما (والرواية الثانية) عن أحمد يجوز لها ان يشتري بشرطين (أحدهما) أن يزيدا على ما باع ثمنه في النداء (والثاني) ان يتولى النداء غيره، قال القاضي يمتثل ان يكون اشترط تولي غيره النداء واجبا ويحتمل ان يكون مستحبا والاول أشبه بظاهر كلامه وقال أبو الخطاب الشرط الثاني ان يولي من يبيع ويكون هو أحد المشتريين، فان قيل فكيف يجوز له دفعها الى غيره ليبيعها وهذا توكيل وليس للوكيل التوكيل؟ قلنا يجوز التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه والنداء مما لم تجر العادة ان يتولاه أكثر الناس بنفسهم، وان وكل انسانا يشتري له وباعه هو جاز على هذه الرواية لانه امتثل أمر موكله في البيع وحصل غرضه من الثمن فجاز كما لو اشتراها أجنبي وقال أبو حنيفة رضي الله عنه يجوز للوصي الشراء دون الوكيل لان الله تعالى قال (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن) وإذا اشترى مال اليتيم بأكثر من ثمن مثله فقد قربه بالتي هي أحسن ولانه نائب

سواء في الغرض لم يتقيد الاذن به وجاز له البيع في غيره مساوآته المنصوص عليه في الغرض فكان تنصيبه على أحدهما اذنا في الآخر كما لو استأجر أو استعار أرضاً لزراعة شيء كان اذنا في زراعة مثله وما دونه ولو ا كثر عقاراً كان له أن يسكنه مثله ولو نذر الاعتكاف أو الصلاة في مسجد جاز له ذلك في غيره وسواء قدر له الثمن أو لم يقدره، فأما ان عين له المشتري فقال به فلانا لم يملك يبعه لغيره بغير خلاف علمناه سواء قدر له الثمن أو لا لانه قد يكون له غرض في تملكه اياه دون غيره إلا أن يعلم بقربته أو صريح أنه لا غرض له في عين المشتري

(فصل) اذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً انتقل الملك من البائع الى الموكل ولم يدخل في ملك الوكيل وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يدخل في ملك الوكيل ثم ينتقل الى الموكل لان حقوق العقد تتعلق بالوكيل بدليل أنه لو اشترى بأكثر من ثمنه دخل في ملكه ولم ينتقل الى الموكل

ولنا أنه قبل عقدا لغيره صح له فوجب ان ينتقل الملك اليه كالأب والوصي وكما لو تزوج له وقولهم ان حقوق العقد تتعلق به غير مسلم، ويتفرع من هذا ان المسلم لو وكل ذمياً في شراء دم أو خنزير فاشترى له لم يصح الشراء وقال أبو حنيفة يصح ويقع للذمي لان الحجر مال لهم لانهم يتمولونها ويتبايعونها فصح توكيلهم فيها كسائر أموالهم

ولنا ان كل ما لا يجوز للمسلم العقد عليه لا يجوز ان يوكل فيه كزواج المجوسية وبهذا خالف سائر

عن الاب وذلك جائز للاب فكذلك لنا، ووجه الرواية الاولى ان العرف في البيع بيع الرجل من غيره فحملت الوكالة عليه كما لو صرح به فقال بعه غيرك ولانه تلحقه التهمة ويتنافى الغرضان في بيعه نفسه فلم يجز كما لو نهاه والوصي كالوكيل لا يلي بيع مال غيره بتوليه فأشبه الوكيل أو متهم فأشبهه الوكيل بل التهمة في الوصي آكد من الوكيل لان الوكيل يتهم في ترك الاستقصاء في الثمن لا غير والوصي يتهم في ذلك وفي أنه يشتري من ما اليتيم ملاحظ لليتيم في بيعه فكان أولى بالمنع وعند ذلك لا يكون أخذه لماله قريبا له بالتي هي أحسن وقد روي عن ابن مسعود انه قال في رجل أوصى الى رجل بتركته وقد ترك فرسا فقال الوصي اشتره قال لا

(فصل) والحكم في الحاجم وأمينه كالحكم في الوكيل والحكم في بيع أحد هؤلاء لوكيله أو ولده الصغير أو الطفل يلي عليه أو لوكيله أو عبده المأذون كالحكم في بيعه لنفسه كل ذلك يخرج على روايتين بناء على بيعه لنفسه، أما بيعه لولده الكبير أو والده أو مكاتبه فذكرهم أصحابنا أيضا في جملة ما يخرج على روايتين ولأصحاب الشافعي فيهم وجهان، وقال أبو حنيفة يجوز بيعه لولده الكبير لانه امثل أمر موكله ووافق العرف في بيع غيره فصح كما لو باعه لآخيه وفارق البيع لوكيله لان الشراء انما يقع لنفسه وكذلك بيع عبده المأذون وبيع طفل يلي عليه بيع لنفسه لانه هو المشتري له ووجه الجمع بينهم أنه يتهم في حقهم ويميل الى ترك الاستقصاء عليهم في الثمن كتهمته في حق نفسه وكذلك لا تقبل شهادة، والحكم فيما أراد ان يشتري لوكيله كالحكم في بيعه لماله لانهما سواء في المعنى

اموالهم وإذا باع الوكيل بضمن معين ثبت الملك للموكل في الثمن لانه بمنزلة المبيع وان كان الثمن في الذمة فللوكيل والموكل المطالبة به وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة ليس للموكل المطالبة لان حقوق العقد تتعلق بالوكيل دونه ولهذا يتعلق مجلس الصرف والخيار به دون موكله وكذلك القبض

ولنا ان هذا دين للموكل يصح قبضه له فملك المطالبة به كسائر ديونه التي وكل فيها وفارق مجلس العقد لان ذلك من شرط العقد فتعلق بالمأخذ كالأيجاب والقبول وأما الثمن فهو حق للموكل وماله من ماله فكانت له المطالبة به ولا نسلم ان حقوق العقد تتعلق به وإنما تتعلق بالموكل وهي تسليم الثمن وقبض المبيع والرد بالعيب وضمان الدرك فأما ثمن ما اشتراه اذا كان في الذمة فانه يثبت في ذمة الموكل اصلا وفي ذمة الوكيل تبعا كالضامن وللبائع مطالبة من شاء منها فان أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل وان أبرأ الموكل بريء الوكيل كالضامن والمضمون عنه سواء وان دفع الثمن الى البائع فوجد به عيباً فرده على الوكيل كان امانة في يده ان تلف فهو من ضمان الموكل، ولو وكل رجلا يستسلف له العاجي كر حنطة فعلا ملك ثمنها والوكيل ضامن عن موكله كما تقدم قال أحمد في رواية منها إذا دفع إلى رجل ثوبا ليبيعه ففعل فوهب له المشتري منديلا فالمنديل لصاحب الثوب إنما قال ذلك لان هبة المنديل سببها المبيع فكان المنديل زيادة في الثمن والزيادة في مجلس العقد تلحق به

(فصل) وان وكل رجلا يتزوج له امرأة فهل له ان يزوج ابنته يخرج على ما ذكرنا في الوكيل في البيع هل يبيع لولده؟ وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ووجه القولين ما تقدم في النبي قبلها وان اذنت له وليته في تزويجها خرج في تزويجها لنفسه أو لولده وجهان بناء على ما ذكر في البيع وكذلك ان وكله رجل في تزويج ابنته خرج فيه مثل ذلك

(فصل) وان وكله رجل في بيع عبده ووكله آخر في شراء عبد فقياس المذهب أنه يجوز له ان يشتريه له من نفسه لأنه اذن له في طرفي العقد فجاز له أن يبيها اذا كان غير متهم كلاب يشتري من مال ولده لنفسه، ولو وكله المتداعيان في الدعوى عنها فالقياس جوازه لأنه تمكنه الدعوى عن أحدهما والجواب عن الآخر واقامة حجة كل واحد منهما ولاصحاب الشافعي في المسئلة وجهان

(فصل) واذا اذن للوكيل ان يشتري من نفسه جاز له ذلك وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين لا يجوز لأنه يجتمع له في عقده غرضان الاسترخاء لنفسه والاستقصاء للموكل وهما متضادان فهنا، ولنا أنه وكل في التصرف لنفسه فجاز كما لو وكل المرأة في طلاق نفسها ولان علة المنع هي من المشتري لنفسه، في محل لاتفاق التهمة لالتها على عدم رضى الموكل بهذا التصرف واخراج هذا التصرف عن عموم لفظه وإذنه وقد صرح ههنا بالاذن فيها فلا تبقى دلالة الحال مع نصه بلفظه على خلافه وقولهم انه يتضاد مقصوده في البيع والشراء قلنا إن عين الموكل له الثمن فاشترى به فقد زال مقصود الاستقصاء وانه لا يراد أكثر مما قد حصل وان لم يبين له الثمن تقيد البيع بثمن المثل كما لو باع

(مسئلة) (وان وكله في بيع شيء ملك تسليمه ولم يملك قبض ثمنه الا بقرينة فان تمذرقبضه لم يلزم الوكيل) لان اطلاق التوكيل في البيع يقتضي التسليم لكونه من تمامه ولم يملك الا براء من الثمن وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملكه

ولنا أن الابراء ليس من المبيع ولا من ثمنه فلا يكون التوكيل في البيع توكيلا فيه كالا براء من غير ثمنه فاما قبض الثمن فقال القاضي وأبو الخطاب لا يملكه وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه قد يوكل في البيع من لا يأمنه على قبض الثمن، فعلى هذا ان تمذرقبض الثمن من المشتري لم يلزم الوكيل شيء ويحتمل أن يملك قبض الثمن لأنه من موجب البيع فملكه كتسليم المبيع فعلى هذا ليس له تسليم المبيع الا بقبض الثمن أو حضوره فان سلمه قبل قبض ثمنه ضمنه، قال شيخنا والاولى أن ينظر فيه فان دلت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله في بيع ثوب في سوق فائب عن الموكل أو موضع يضيع الثمن بترك قبض الوكيل كان اذنا في قبضه فتمت ترك قبضه ضمنه لان ظاهر حال الموكل أنه انما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه فلا يرضى بتضييعه ولهذا يعد من فعل ذلك مفرطاً وان لم تدل القرينة على ذلك لم يكن له قبضه

(فصل) وان وكله في شراء شيء ملك تسليم ثمنه لأنه من ثمنه وحقوقه فهو كتسليم المبيع في

الاجنبي، وقد ذكر أصحابنا فيما اذا وكل عبداً يشتري له نفسه من سيده وجهاً انه لا يجوز فيخرج
ههنا مثله والصحيح ما قلنا ان شاء الله تعالى

(فصل) اذا وكل عبداً يشتري نفسه من سيده أو يشتري منه عبداً آخر ففعل صح وبه قال أبو
حنيفة وبهض الشافعية، وقال بعضهم لا يجوز لان يد العبد كيد سيده فأشبهه مالو وكله في السراء من نفسه
ولهذا يحكم الانسان بما في يده وذكروا أصحابنا وجهاً كذلك

ولنا أنه يجوز أن يشتري عبداً من غير مولد بخزان يشتريه من مولد كالأجنبي واداً جاز ان يشتري
غيره جاز أن يشتري نفسه كما أن المرأة لما جازتوكيلها في طلاق غيرها جاز في طلاق نفسها والوجه الذي
ذكره أصحابنا لا يصح لان أكثر ما يقدر ههنا جعل توكيل العبد كتوكيل سيده وقد ذكرنا صحة توكيل
السيد في الشراء والبيع من نفسه فههنا أولى، فلي هذا اذا قال العبد اشترت نفسي لزيد فصدقه سيده وزيد
صح ولزم زيदा الثمن، وان قال السيدنا اشترت نفسك الا لنفسك عتق العبد بقوله واقارره على نفسه
بما يعتق به ويلزم العبد الثمن في ذمته لسيده لان زيداً لا يلزمه الثمن لعدم حصول العبد له وكون سيده
لا يدعيه عليه فلزم العبد لان الظاهر ممن باشر العقد انه له، وان صدقه السيد وكذبه زيد نظرت في
تكذيبه فان كذبه في الوكالة حلف وبرىء وللسيد فسوخ البيع واسترجاع عبده لتعذر ثمنه وان صدقه
في الوكالة وكذبه في أنك ما اشترت نفسك لي فالقول قول العبد لان الوكيل يقبل قوله في التصرف المأذون فيه
(فصل) وان وكل عبده في اعتاق نفسه أو امرأته في طلاق نفسها صح، وان وكل العبد في
اعتاق عبيده والمرأة في طلاق نساءه لم يملك العبد اعتاق نفسه ولا المرأة طلاق نفسها لان ذلك ينصرف

البيع والحكم في قبض المبيع كالحكم في قبض الثمن في البيع على ما ذكرنا، فان اشترى عبداً فنقد ثمنه
نخرج العبد مستحقاً فهل يملك أن يخاصم ابائاً في الثمن؟ على وجهين، فان اشترى شيئاً وقبضه وأخر
تسليم الثمن لغير عذر فملك في يده ضمنه وان كان له عذر مثل ان ذهب بينقده أو نحو ذلك فلا ضمان
عليه نص أحمد على هذا لانه مفطر في امساكه في الصورة الاولى فلزمه الضمان بخلاف ما اذا لم يفطر
(مسئلة) (وان وكله في بيع فاسد لم يصح ولم يملكه)

لان الله تعالى لم يأذن فيه ولان الموكل لا يملكه فالوكيل أولى ولا يملك الصحيح لان الموكل
لم يأذن فيه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملك الصحيح لانه إذا أذن في الفاسد فالصحيح أولى
ولنا أنه أذن له في محرم فلا يملك الحلال بالأذن في الفاسد كما لو أذن في شراء خمر وخنزير
لم يملك شراء الخيل والغنم

(مسئلة) (وان وكله في كل قليل وكثير لم يصح)

لانه يدخل فيه كل شيء فيعظم الغرر ولانه لا يصح التوكيل الا في تصرف معلوم، وبه قال أبو حنيفة
والشافعي. وقال ابن أبي ليلى يصح ويملك به كل ما تناوله لفظه لان لفظه عام فصح فيما تناوله كما لو قال به مالي كله

باطلاقه الى التصرف في غيره ويحتمل أن لها ذلك أخذاً من عموم لفظه كما يجوز للوكيل في البيع ،
 البيع من نفسه ، في احدى الروايتين ، وان وكل غريباً له في ابراء نفسه صح لانه وكله في اسقاط
 حق عن نفسه فأشبهه توكيل العبد في اعتاق نفسه ، وان وكله في ابراء غرمائه لم يكن له أن يبري نفسه
 كما لو وكله في حبس غرمائه لم يملك حبس نفسه ، ولو وكله في خصومتهم لم يكن وكيلاً في خصومة
 نفسه ويحتمل أن يملك ابراء نفسه لما ذكرنا من قبل ، وان وكل المضمون عنه في ابراء الضامن فأبرأه
 صح ولا يبرأ المضمون عنه ، وان وكل الضامن في ابراء المضمون عنه ، أو الكفيل في ابراء المكفول
 عنه فأبرأه صح وبري الوكيل ببراءته ، لانه فرع عليه فاذا بريء الاصل بريء الفرع ببراءته
 (فصل) وان وكله في اخراج صدقة على الساكين وهو مسكين ، أو أوصى اليه بتفريق ثلثه
 على قوم هو منهم ، أو دفع اليه مالا وامره بتفريقه على من يريد أو دفعه الى من شاء فالنصوص
 عن احمد انه لا يجوز له أن يأخذ منه شيئاً فان احمد قال اذا كان في يده مال للساكين وأبواب البر
 وهو محتاج فلا يأكل منه شيئاً إنما أمره بتنفيذه وذلك لان اطلاق لفظ الموكل بنصرف الى دفعه الى
 غيره ويحتمل أن يجوز له الاخذ اذا تناوله عموم اللفظ كالسائل التي تقدمت ولان المنفى الذي حصل
 به الاستحقاق متحقق فيه واللفظ متناول له فجاز له الاخذ كغيره ويحتمل الرجوع في ذلك الى قرآن
 الاحوال فغالغلب على الظن فيه أنه أراد العموم فيه وفي غيره فله الاخذ منه وما غلب انه لم يردده فليس له الاخذ ،
 وما تساوى فيه الامران احتمل وجهين وهل له أن يعطيه لولده أو والده أو امرأته ؟ فيه وجهان
 (أو لاهما) جوازه لدخولهم في عموم لفظه ووجود المنفى المقتضى لجواز الدفع اليهم فأما من تلزمه
 مؤوته غير هؤلاء فيجوز الدفع اليهم كما يجوز دفع صدقة اتطوع اليهم .

ولنا أن في هذا غرراً عظيماً وخطراً كبيراً لانه يدخل فيه هبة ماله وطلاق نسائه واعتاق رقيقه
 وتزوج نساء كثير وتلزمه المهور الكثيرة والايان العظيمة فيعظم الضرر

(مسئلة) (وان وكله في بيع ماله كله صح)

لانه يعرف ماله فيعرف أقصى ما يبيع فيقل الفرر وكذلك لو وكله في بيع ما شاء من ماله أو
 قبض دونه أو الأبراء منها أو ما شاء منها صح لانه يعرف دينه فيعرف ما يقبض فيقل الفرر

(مسئلة) (وان قال اشتر لي ماشئت أو عبداً بما شئت لم يصح حتى يذكر النوع وقدر الثمن

وعنه ما يدل على أنه يصح)

اذا قال اشتر لي ماشئت بما شئت لم يصح ذكره أبو الخطاب لان ما يمكن شراؤه بكثير فيكثرفيه
 الفرر وان قدر له اكثر الثمن وأقله صح لانه يقل الفرر وقال القاضي اذا ذكر النوع لم يمتنع الى ذكر
 الثمن لانه أذن في أعلاه وعنه ما يدل على أنه يصح فانه قد روي عنه فيمن قال ما اشتريت من
 شيء فهو بيننا أن هذا جائز وأعجبه وهذا توكيل في شراء كل شيء ولانه اذن في التصرف فجاز من

غير تعيين كالاذن في التجارة

٢٤٢ شراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل . تصرف الوكيل بدموت الموكل أو فسخه (المغني والشرح الكبير)

﴿مسئلة﴾ قال (وشراء الرجل لنفسه من مال ولده الصنفل جائز وكذلك شراءه له من نفسه)

يعني ان الاب يجوز أن يشتري لنفسه من مال ابنه الذي في حجره ويبيع ولده من مال نفسه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ومالك والاوزاعي وزادوا الجذ فأباحوا له ذلك وقال زفر لا يجوز لأن حقوق العقد تتعلق بالعقد فلا يجوز أن يتعلق به حكمان متضادان ولانه لا يجوز أن يكون موجبا وقابلا في عقد واحد كما لا يجوز أن يتزوج بنت عمه من نفسه

ولنا أن هذا يلي بنفسه فجاز ان يتولى طرفي العقد كالأب يزوج ابنته عبده الصغير والسيد يزوج عبده أمته ولا نسلم ما ذكره من تعلق حقوق العقد بالعقد لغيره فأما الجذ فلا ولاية له على ابن ابنته على ما سنذكره في موضعه فينزل منزلة الاجنبي ولان التهمة بين الاب ولده متفية اذ من طبعه الشفقة عليه والميل له وترك حظ نفسه لحظه فذلك جاز ، وفارق الجذ والوصي والحاكم وأمينه فان التهمة غير متفية في حقهم ، وأما تولى طرفي العقد فيجوز بدليل الاصل الذي ذكرناه ولا نسلم ما ذكره فيها اذا أراد أن يتزوج ابنة عمه بل يجوز بدليل أن عبد الرحمن بن عوف قال لابنة قارظ : أتجملين أمرك الي؟ قالت نعم قال قد تزوجتك ولئن سلمنا فلا أن التهمة غير متفية ثم

﴿مسئلة﴾ قال (وما فعل الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فباطل)

وجملته . أن الوكالة عقد جائز من الطرفين فللموكل عزل وكيله متى شاء وللوكيل عزل نفسه لانه أذن في التصرف فكان لكل واحد منهما ابطاله كما لو أذن في أكل طعامه ؛ وتبطل أيضا بهوت أحدهما أيهما كان وجنونه المطبق ولا خلاف في هذا كله فيما نعلم متى تصرف الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فهو باطل اذا علم ذلك فان لم يعلم الوكيل بالعزل ولا موت الموكل فمن أحد فيه ررايتان وللشافعي فيه قولان وظاهر كلام الحرقي هذا أنه ينزل علم أو لم يعلم ، ومتى تصرف فبان ان تصرفه بعد عزله

(فصل) وقد ذكرنا أنه اذا قال بع ما شئت من مالي أنه يصح وقال أصحاب الشافعي اذا قال بع

ما شئت من مالي لم يحز وان قال بع ما شئت من عبيدي جاز لانه محصور بالجنس

ولنا أن ما جاز التوكيل في جميعه جاز التوكيل في بعضه وان قال اشتر لي عبداً تركيا أو ثوبا صروباً صح وكذلك ان قال اشتر لي عبداً أو ثوباً ولم يذكر جنسه صح أيضاً وقال أبو الخطاب لا يصح وهو مذهب الشافعي لانه مجهول

ولنا أنه ذكر نوعاً فقد أذن في أعلاه ثمنا فيقل الثمن وان تقدير الثمن يضربه فانه قد لا يجذب قدر الثمن ومن اعتبر ذكر الثمن جوز أن يذكر له أكثر الثمن وأقله وقد ذكرناه

﴿مسئلة﴾ (وإن وكله في الخصومة لم يكن وكيلاً في القبض) وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة

يملك قبضه لان المقصود من التثبت قبضه أو تحصيله

أو موت موكله فتصرفه باطل لانه رفع عقد لا يفتقر الى رضا صاحبه فلا يفتقر الى علمه كالطلاق والعناق والرواية الثانية عن أحمد لا ينزل قبل علمه بموت الموكل وعزله نص عليه في رواية جعفر بن محمد لانه لو انزل قبل علمه كان فيه ضرر لانه قد يتصرف تصرفات تقع باطله وربما باع الجارية فيطؤها المشتري أو الطعام فيأكله أو غير ذلك فيتصرف فيه المشتري ويحب ضمانه ويتضرر المشتري والوكيل ولانه يتصرف بامر الموكل ولا يثبت حكم الرجوع في حق المأمور قبل علمه كالفسخ، فعلى هذه الرواية متى تصرف قبل العلم نفذ تصرفه، وعن أبي حنيفة أنه إن عزله الموكل فلا ينزل قبل علمه لما ذكرنا وان عزل الوكيل نفسه لم ينزل إلا بمحضرة الموكل لانه منصرف بامر الموكل فلا يصح رد أمره بغير حضرته كالودع في رد الوديعة

ولنا ما تقدم فما الفسخ فيه وجهان كالروايتين ثم هما فترقان فان أمر الشارع يتضمن المعصية بتركه ولا يكون عاصيا من غير علمه وهذا يتضمن العزل عنه ابطال التصرف فلا يمنع منه عدم العلم (فصل) ومتى خرج أحدهما عن كونه من أهل التصرف مثل أن يجن أو يجبر عليه لسفه فخكه حكم الموت لانه لا يملك التصرف فلا يملكه غيره من جهته قال أحمد في الشركة اذا سوس أحدهما فهو مثل العزل، وان حجرا على الوكيل فليس فالوكالة بحالها لانه لم يخرج عن كونه أهلا للتصرف، وان حجر على الموكل وكانت الوكالة في أعيان ماله بطلت لانقطاع تصرفه في أعيان ماله وان كانت في الخصومة أو الشراء في لزمة أو الطلاق أو الخلع أو القصاص فالوكالة بحالها لان الموكل أهل لذلك وله ان يستنيب فيه ابتداء فلا تقطع الاستداه وان فسق الوكيل لم ينزل لانه من أهل التصرف الا أن تكون الوكالة فيما ينافيه الفسق

ولنا أن القبض لم يتناوله الاذن نطقا ولا عرفاً لانه قد يرضى للخصومة من لا يرضاه للقبض (فصل) اذا وكله في الخصومة لم يقبل إقراره على الموكل بقبض الحق ولا غيره وبه قال مالك والشافعي وابن أبي ليلى وقال أبو حنيفة ومحمد يقبل إقراره في مجلس الحكم فيما عدا الحدود والقصاص وقال أبو يوسف يقبل إقراره في مجلس الحكم وغيره لان الإقرار أحد جوابي المدعي فلكه كالانكار ولنا ان الإقرار يقطع الخصومة وينافيها فلم يملك الوكيل الإقرار فيها كالأبراء وقارق الانكار فانه لا يقطع الخصومة ويملكه في الحدود والقصاص وفي غير مجالس الحكم ولان الوكيل لا يملك الانكار على وجه يمنع الموكل من الإقرار فلو ملك الإقرار لامتنع على الموكل الانكار فافترقا ولا يملك المصالحة على الحق ولا الأبراء منه بغير خلاف تعلمه الا ان الاذن في الخصومة لا يقتضي شيئا من ذلك

﴿ مسألة ﴾ (وان وكله في القبض كان وكيلا في الخصومة في أحد الوجين)

وقال أبو حنيفة والآخر ليس له ذلك وهو أحد الوجين لأصحاب الشافعي لانها مضيان مختلفان فالوكيل في أحدهما لا يكون وكيلا في الآخر لانه لم يتناوله اللفظ

كالإيجاب في عقد النكاح فإنه ينزل بفسقه أو فسق موكله بخروجه عن أهلية التصرف فإن كان وكيلًا في القبول للموكل لم ينزل بفسق موكله لأنه لا ينافي جواز قبوله وهل ينزل بفسق نفسه فيه وجهان وإن كان وكيلًا فباعتبار شرط فيه الأمانة كوكيل ولي اليتيم وولي الوقف على المساكين ونحو هذا فنزل بفسقه وفسق موكله بخروجها بذلك عن أهلية التصرف وإن كان وكيلًا لو كبل من يتصرف في مال نفسه انزل بفسقه لأن الوكيل ليس له توكيل فاسق ولا ينزل بفسق موكله لأن موكله وكيل لرب المال ولا ينافيه الفسق ولا تبطل الوكالة بالثوم والسكر والأغماء لأن ذلك لا يخرج عن أهلية التصرف ولا تثبت عليه ولاية إلا أن يحصل الفسق بالسكر فيكون فيه من التفصيل ما أسلفناه

(فصل) ولا تبطل الوكالة بالتعدي فيما وكل فيه مثل أن يلبس الثوب ويركب الدابة وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والوجه الثاني تبطل الوكالة لأنها عقد أمانة فتبطل بالتعدي كالوديعة ولنا أنه إذا تصرف فقد تصرف بأذن موكله فصح كما لو لم يتعد، ويفارق الوديعة من جهة أنها أمانة مجردة فنافاها التعدي والخيانة والوكالة إذن في التصرف تضمنت الأمانة فإذا اتفقت الأمانة بالتعدي بقي الإذن بحاله، فعلى هذا لو وكله في بيع ثوب فابسه صار ضامنًا فإذا باعه صح بيعه وبرىء من ضمانه لدخوله في ملك المشتري وضمانه فإذا قبض الثمن كان أمانة في يده غير مضمون عليه لأنه قبضه بأذن الموكل ولم يتعديه ولو دفع إليه مالا ووكله في شراء شيء فتعدى في الثمن صار ضامنًا له فإذا اشترى به وسلمه زال الضمان وقبضه للمبيع قبض أمانة وإن وجد بالمبيع عيبًا فرد عليه أو وجد هو بما اشترى عيبًا فرده وقبض الثمن كان مضمونًا عليه لأن المقدم المزيل للضمان زال فصاد ما زال عنه

ووجه الأول أنه لا يتوصل إلى القبض إلا بالتثبيت فكان أذنا فيه عرفًا ولأن القبض لا يتم إلا به فلكه كما لو وكل في شراء شيء ملك تسليم ثمنه أو في بيع شيء ملك تسليمه ويحتمل أنه إن كان الموكل عالمًا بمحدد من عليه الحق أو مطلقه كان توكيلاً في تثبيته والخصومة فيه لعله بوقوف القبض عليه ولا فرق بين كون الحق عينًا أو دينًا وقال بعض أصحاب أبي حنيفة إن وكل في بيع عين لم يملك تثبيتها لأنه وكيل في نقلها أشبه الوكيل في نقل الزوجة. ولنا أنه وكيل في قبض حق أشبه الوكيل في قبض الدين وبه يبطل ما ذكرناه فإنه توكيل في قبضه ونقله إليه

(مسألة) (وإن وكل في قبض الحق من إنسان لم يكن له القبض من وارثه وإن قال قبض

حتى الذي قبله فله القبض من وارثه)

إذا وكله في قبض دين من رجل فمات نظرت في لفظه فإن قال قبض حتى من فلان لم يكن له قبضه من وارثه لأنه لم يؤمر بذلك ولا يقتضيه العرف لأنه قد يرى بقاء الحق عندهم دونه وإن قال قبض حتى الذي قبله أو عليه فله مطالبة وارثه والقبض منه لأن قبضه من الوارث قبض الحق الذي

(فصل) وان وكل امرأته في بيع أو شراء أو غيره ثم طلقها لم تفسخ الوكالة لان زوال النكاح لا يمنع ابتداء الوكالة فلا يقطع استدامتها وان وكل عبده ثم اعتمه أو باعه لم ينزل لذلك ، ويحتمل أن ينزل لان توكيل عبده ليس بتوكيل في الحقيقة انما هو استخدام بحق الملك فيبطل بزوال الملك فاذا باعه فقد صار الى ملك من لم يأذن في توكيله وثبوت ملك غيره فيه يمنع ابتداء توكيله بشير اذنه فيقطع استدامته وهكذا الوجهان فيما اذا وكل عبد غيره ثم باعه ، والصحيح أن الوكالة لا تبطل لان سيد العبد أذن له في بيع ماله والعتق لا يبطل الاذن وهكذا ان باعه الا أن المشتري ان رضي ببقائه على الوكالة بقي وأن لم يرض بذلك بطلت الوكالة، وان وكل عبد غيره فاعتمه لم تبطل الوكالة وجها واحدا لان هذا توكيل حقيقة والعتق غير مناف له وان اشتراه الموكل منه لم تبطل الوكالة لان ملكه له لا ينافي اذنه له في البيع أو الشراء

(فصل) وان وكل مسلم كافراً فيما يصح تصرفه فيه صح توكيله سواء كان ذمياً أو مستأثماً أو حربياً او مرتداً لان العدالة غير مشترطة فيه وكذلك الدين كالبيع وان وكل مسلماً فازتد لم تبطل الوكالة سواء لحق بدار الحرب أو أقام وقال أبو حنيفة ان لحق بدار الحرب بطلت وكالته لانه صار منهم ولنا أنه يصح تصرفه لنفسه فلم تبطل وكالته كما لو لم يلحق بدار الحرب ولان الردة لا تمنع ابتداء وكالته فلم تمنع استدامتها كسائر الكفر، وان ارتد الموكل لم تبطل الوكالة فيما له التصرف فيه فأما الوكيل في ماله فينبني على تصرفه نفسه فان قلنا يصح تصرفه لم يبطل توكيله وان قلنا هو موقوف فوكالته موقوفة وان قلنا يبطل تصرفه بطل توكيله وان وكل في حال رده فيه الوجوه الثلاثة أيضاً

على موروثه، فان قيل فلو قال قبض حقي من زيد فوكل زيد انسانا في الدفع اليه كان له القبض والوارث نائب الموروث فهو كالوكيل، قلنا الوكيل إذا دفع عنه باذنه جرى مجرى تسليمه لانه أقامه مقام نفسه وليس كذلك هنا فان الحق انتقل الى الورثة واستحقت المطالبة عليهم لا بطريق التباينة عن الموروث ولهذا لو حلف لا يفعل شيئاً حث بفعله وكيه دون وارثه

== (مسئلة) (وإن وكله في قبضه اليوم لم يكن له قبضه غداً) لأنه قد يختص غرضه به في زمن حاجته اليه

(مسئلة) (وإن وكله في الايداع فأودع ولم يشهد لم يضمن إذا أنكر المودع)

كذلك ذكره أصحابنا وعموم كلام الحرقي يقتضى أن لا يقبل قوله على الآخر وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لان الوديعة لا تثبت إلا بينة فهو كما لو وكله في قضاء الدين وقال أصحابنا لا يصح القياس لان قول المودع يقبل في الرد والهلاك فلان فائدة في الاستيثاق بخلاف قضاء الدين، فان قال الوكيل دفعت المال إلى المودع فقال لم تدفمه فاقول قول الوكيل لانها اختلفا في تصرفه فيما وكل فيه فكان القول قوله فيه

(فصل) ولو وكل رجلا في نقل امراته أو بيع عبده أو قبض داره من فلان فقامت البيعة بطلاق الزوجة وعتق العبد وانتقال الدار عن الموكل بطلت الوكالة لأنه زال تصرف الموكل فزالت وكالته (فصل) وان تلفت العين التي وكل في التصرف فيها بطلت الوكالة لان محلها ذهب فذهبت الوكالة كما لو وكله في بيع عبد فمات ولو دفع اليه دينارا ووكله في الشراء به فهلك الدينار أو ضاع أو استقرضه الوكيل وتصرف فيه بطلت الوكالة سواء وكله في الشراء بعينه أو مطلقا لأنه إن وكله في الشراء بعينه فقد استحال الشراء بعينه بعد تلفه فبطلت الوكالة، وان وكله في الشراء مطلقا ونقد الدينار بطلت أيضا لانه إنما وكله في الشراء به ومعناه أن ينقده فمن ذلك المبيع اما قبل الشراء أو بعده وقد تعذر ذلك بتلفه ولأنه لو صح شراؤه للزم الموكل ثمن لم يلزمه ولا رضي بلزومه وإذا استقرضه الوكيل ثم عزل دينارا عوضه واشترى به فهو كالمشترى له من غير اذن لان الوكالة بطلت والدينار الذي عزله عوضا لا يصير للموكل حتى يقبضه فاذا اشترى للموكل به شيئا وقف على اجازة الموكل فان أجازته صح ووزم الثمن والا لزم الوكيل وعنه يلزم الوكيل بكل حال وقال انقاضي متى اشترى بعين ماله لغيره شيئا فالشراء باطل لانه لا يصح أن يشتري بعين ماله ما يملكه غيره وقال أصحاب الشافعي متى اشترى لغيره بهال نفسه شيئا صح الشراء للوكيل سواء اشتراه بعين المال أو في الذمة لانه اشترى له مالم يؤذن له في شرائه أشبه ما لو اشتراه في الذمة

(مسئلة) (وإن وكله في قضاء الدين ففضاه ولم يشهدوا: انكر الغريم ضمن إلا أن يقضيه بحضرة الموكل)

إذا وكل رجلا في قضاء دينه ودفع اليه مالا ليدفعه اليه فادعى الوكيل قضاء الدين ودفع المال إلى الغريم لم يقبل قوله على الغريم إلا ببينة لانه ليس بأمينه فلم يقبل قوله عليه في ذلك كما لو ادعاه الموكل فاذا حلف الغريم فله مطالبة الموكل لان ذمته لا تبرأ بدفع المال إلى وكيله وهل للموكل الرجوع على وكيله؟ ينظر فان كان قضاء بغير بينة فالموكل الرجوع عليه إذا قضاء في غيبته قال القاضي سواء صدقه أو كذبه وهذا قول الشافعي لانه إذن في القضاء يبرأ به ولم يوجد وعن أحمد لا يرجع عليه بشيء إلا أن يكون أمره بالاشهاد فلم يفعل، فعلى هذه الرواية إن صدقه الموكل في الدفع لم يرجع عليه بشيء وإن كذبه فالقول قول الوكيل مع يمينه وهذا قول أبي حنيفة ووجه لأصحاب الشافعي لانه ادعى فعل ما أمره به موكله فكان القول قوله كالأمره ببيع ثوبه فادعى يمينه، ووجه الاول أنه مفطر بترك الاشهاد فضمن كالمفطر في البيع بدون ثمن المثل، فان قيل فلم يأمره بالاشهاد؟ قلنا إطلاق الامر بالقضاء يقتضى ذلك لانه لا يثبت إلا به فيصير كأمره بالبيع والشراء يقتضى ذلك العرف لا العموم كذاهنا وقياس القول الآخر يمكن القول بوجهه وأن قوله مقبول في القضاء وإنما لزمه الضمان لتفريطه لارد قوله وعلى هذا لو كان القضاء بحضرة الموكل

(فصل) نقل الاثر من أحد في رجل كان له على آخر دراهم فقال له اذا أمكنك قضاءها فادفعها الى فلان وغاب صاحب الحق ولم يوص الى هذا الذي أذن له في القبض لكن جملة وكلا ويمكن من عليه الدين من القضاء تخاف إن دفعها الى الوكيل أن يكون الموكل قد مات وتخاف التبعة من الورثة فقال لا يجزي أن يدفع اليه لعله قد مات لكن يجمع بين الوكيل والورثة ويبرأ اليهما من ذلك هذا ذكره أحمد على طريق النظر للغريم خوفاً من التبعة من الورثة ان كان موروثهم قد مات فانزل وكيله وصار الحق لهم فيرجعون على الدافع الى الوكيل فأما من طريق الحكم فلو وكيل المطالبة وللآخر الدفع اليه فان أحمد قد نص في رواية حرب اذا وكله في الحد وغاب استوفاه الوكيل وهو أبلغ من هذا لكونه يدرأ بالشبهات لكن هذا احتياط حسن وتبرئة للغريم ظاهراً وباطناً وازالة للبعة عنه وفي هذه الرواية دليل على أن الوكيل انزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته لانه اختار أن لا يدفع الى الوكيل خوفاً من ان يكون الموكل قد مات وانتقل الى الورثة ويجوز أن يكون اختار هذا لثلاث يكون القاضي ممن يرى أن الوكيل ينزل بالموت فيحكم عليه بالانزال به وفيها دليل على جواز تراخي القبول عن الإيجاب لانه وكله في قبض الحق ولم يعلمه ولم يكن حاضراً فيقبل وفيها دليل على صحة التوكيل بغير لفظ التوكيل وقد نقل جعفر بن محمد في رجل قال لرجل بع ثوبي ليس شيء حتى يقول قد وكلتك وهذا سهو من الناقل وقد تقدم ذكر الدليل على جواز التوكيل بغير لفظ التوكيل وهو الذي نقله الجماعة

لم يضمن الوكيل لان تركه الاحتياط والاشهاد رضا منه بما فعل وكيله وكذلك لو أذن له في القضاء بغير اشهاد فلا ضمان عليه لان صريح قوله يقدم على ما تقتضيه دلالة الحال وكذلك إن أشهد على القضاء عد ولا فانوا أو غابوا فلا ضمان عليه لعدم تقريبه، وإن أشهد من يختلف في ثبوت الحق بشهادته كشاهد واحد أو رجلا وامرأتين فهل يبرأ من الضمان يخرج على روايتين فان اختلف الوكيل والموكل فقال قضيت الدين بحضرتك فأنكر الموكل ذلك أو قال أذنت لي في قضائه بغير يئنة فأنكر الموكل أو قال أشهدت على القضاء شهوداً فانوا فأنكر الموكل فالقول قوله لان الاصل معه

(فصل) قال المصنف رحمه الله (والوكيل أمين لا ضمان عليه فيما تلف في يده بغير تفريط) سواء كان بجعل أو لا لانه أمين أشبه المودع ومتى اختلفا في تعدي الوكيل أو تفريطه في الحفظ أو مخالفته أمر موكله مثل أن يدعي أنك حملت على الدابة فوق طاقتها أو حملت عليها شيئاً لنفسك أو فرطت في حفظها أو لبست الثوب أو أمرتك برد المال فلم تقبل ونحو ذلك فالقول قول الوكيل مع يمينه لانه أمين وهذا مما يعذر إقامة البينة عليه فلا يكلف ذلك كالمودع ولانه منكر لما يدعى عليه والقول قول المنكر، وكذلك إن ادعى الوكيل التلف فأنكر الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه لما ذكرنا وهكذا حكم من كان في يده شيء لغيره على سبيل الامانة كالاب والوصي وأمين الحاكم والشريك والمضارب والمرتهن والمستأجر لانه لو كلف ذلك مع تمذره لامتنع الناس من الدخول في الأمانات مع دعوى الحاجة اليها وذلك ضرر وقال

﴿مسئلة﴾ قال (واذا وكله في طلاق زوجته فهو في يده حتى يفسخ او يبطأ)

وجملة ذلك أن الوكالة اذا وقعت مطابقة غير مؤقتة ملك التصرف ابدا ما لم تنفسخ الوكالة وفسخ الوكالة أن يقول قد فسخت الوكالة أو أبطلتها أو نقضتها أو عزلتك أو صرفتك عنها وأزلتك عنها أو ينهيه عن فعل ما أمره به أو وكله فيه وما أشبه هذا من الالفاظ المقنضية عزله أو المؤدية معناه أو يعزل الوكيل نفسه أو يوجد ما يقتضي فسخها حكما على ما قد ذكرنا أو يزول ملكه عما قد وكله في التصرف فيه أو يوجد ما يدل على الرجوع عن الوكالة فاذا وكله في طلاق امرأته ثم وطئها انفسخت الوكالة لان ذلك يدل على رغبته فيها واختياره امسأ كما وكذلك ان وطئها بعد طلاقها اطلاقا رجما كان ارتجاعها لها فاذا اقتضى رجما بعد طلاقها فلا يقتضي استبقاءها على نكاحها ومنع طلاقها أولى وان باشره بدون الفرج أو قبلها أو فعل بها ما يحرم على غير الزوج فهل تنفسخ الوكالة في الطلاق؟ يحتمل وجهين بناء على الخلاف في حصول الرجعة به وإن وكله في بيع عبد ثم أعتقه أو باعه بيعاً صحيحاً أو كاتبه أو دره انفسخت الوكالة لانه بزوال ملكه لا يبقى له إذن في التصرف فيما لا يملكه وفي الكتابة والتدبير على احدي الروايتين لم يبق محلا للبيع ، وعلى الرواية الاخرى تصرفه فيه بذلك يدل على أنه قصد الرجوع عن بيعه وإن باعه بيعاً فاسداً لم تبطل الوكالة لان ملكه في العبد لم يزل ، ذكره ابن المنذر .

القاضي إلا أن يدعي تلفها بامر ظاهر كالخريق والنهب فعليه إقامة البينة على وجود هذا الامر في تلك التاحية ثم يكون القول قوله في تلفها به وهذا قول الشافعي لان وجود الامر الظاهر مما لا يخفى فلا يتمذر إقامة البينة عليه ومتى ثبت التالف في يده من غير تعديه إما لقبول قوله او باقرار موكله أو تبينه فلا ضمان عليه سواء تلف المتاع الذي أمر ببيعه أو باعه وقبض ثمنه فتلف الثمن سواء كان بجعل أو غيره لأنه نائب المالك في اليد والتصرف فالهلاك في يده كالهلاك في يد المالك وجرى مجرى المودع والمضارب وشبههما - فان تعدى أو فرط ضمن وكذلك سائر الامناء ولو باع الوكيل سلعة وقبض ثمنها فتلف في يده من غير تعد واستحق المبيع رجع المشتري بالثمن على الموكل دون الوكيل لأن المبيع له فالرجوع بالعهد عليه كما لو باع بنفسه

﴿مسئلة﴾ (وإن قال بعث الثوب وقبضت الثمن فتلف القول قوله) إذا اختلف الوكيل والموكل في التصرف فيقول الوكيل بعث الثوب وقبضت الثمن فينكر الموكل ذلك أو يقول بعث ولم تقبض شيئاً فالقول قول الوكيل ذكره ابن حامد وهو قول أصحاب الرأي لانه يملك البيع والقبض فقبل قوله فيها كما يقبل قول ولي المرأة المجبرة على النكاح في تزويجها ويحتمل أن لا يقبل قوله وهذا أحد القولين لاصحاب الشافعي لانه يقر بحق لغيره على موكله فلم يقبل كما لو أقر بدين عليه فان وكله في شراء عبد فاشتراه واختلفا في قدر ما اشتراه به فقال اشتريته بألف قال بل بخمسائة فالقول قول الوكيل لما ذكرناه

﴿مسئلة﴾ قال (ومن وكل في شراء شيء فاشترى غيره كان الأمر غير في قبول الشراء فان لم يقبل لزم الوكيل الا أن يكون اشتراه بعين المال فيبطل الشراء)

وجملته أن الوكيل في الشراء إذا خالف موكله فاشترى غير ما وكل في شرائه مثل أن يوكله في شراء عبد فيشتري جارية لم يخل من أن يكون اشتراه في ذمته أو بعين المال فان كان اشتراه في ذمته ثم نقد منه فالشراء صحيح ، لانه إنما اشترى بضمن في ذمته وليس ذلك مكالغيره وقال أصحاب الشافعي لا يصح في أحد الوجهين لانه عقده على أنه للموكل ولم يأذن فيه فلم يصح كالأشترى بعين ماله

ولنا أنه لم يتصرف في ملك غيره فصح كما لو لم ينو لغيره ، إذا ثبت هذا فمن احمد روايتان (إحداهما) الشراء لازم للمشتري وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لانه اشترى في ذمته بغير إذن غيره فكان الشراء له كما لو لم ينو غيره (والرواية الثانية) يقف على اجازة الموكل فان أجازته لزمه لانه اشترى له وقد أجازته فليزمه كما لو اشترى باذنه ، وإن لم يجزه لزم الوكيل لانه لا يجوز أن يلزم الموكل لانه لم يأذن في شرائه ولزم الوكيل لان الشراء صدر منه ولم يثبت لغيره فيثبت في حقه كما لو اشتراه لنفسه وهكذا الحكم في كل من اشترى شيئاً في ذمته لغيره بغير اذنه سواء كان وكيلًا للذي قصد الشراء له أو لم يكن وكيلًا له ، فاما إن اشترى بعين المال مثل أن يقول بعني الجارية بهذه الدنانير أو باع مال غيره بغير اذنه فالصحيح من المذهب أن البيع باطل وهو مذهب الشافعي وفيه رواية أخرى أنه صحيح

وقال القاضي القول قول الموكل الا أن يكون عين له الشراء بما ادعاه فقال اشترى عبدًا بألف فادعى الوكيل أنه اشتراه بها فالقول قول الوكيل إذا وإلا فالقول قول الموكل لان من كان القول قوله في أصل شيء كان القول قوله في صفته وللشافعي قولان كهذين الوجهين ، وقال أبو حنيفة إن كان الشراء في الذمة فالقول قول الموكل لانه غارم لكونه مطالباً بالثمن وان اشترى بعين المال فالقول قول الوكيل لكونه الغارم فانه مطالبه برد ما زاد على خمسين .

ولنا أنهما اختلفا في تصرف الوكيل فكان القول قوله كما لو اختلفا في البيع ولانه وكيل في الشراء فكان القول قوله في قدر ثمن المشتري كالمضارب وكما لو قال له اشترى بألف عند القاضي

(مسئلة) (وان اختلفا في رده الى الموكل فالقول قوله ان كان متطوعاً وإن كان بجمل فعلى وجهين) إذا اختلفا في الرد فادعاه الوكيل وأنكره الموكل فان كان بغير جمل فالقول قول الوكيل لانه قبض المال لنفع مالكة فكان القول قوله كالمودع وان كان بجمل ففيه وجهان (أحدهما) أن القول قوله كالاول (والثاني) لا يقبل قوله لانه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير وسواء اختلفا في رد العين أو رد ثمنها .

ويقف على اجازة المالك فان لم يحجزه بطل وإن أجازته صح لحديث عروة بن الجعد انه باع مالم يؤذن له في بيعه فأقره عليه النبي ﷺ ودعا له ولانه تصرف له بخير فصح ووقف على الاجازة كالوصية بالزائد على الثلث ، ووجه الرواية الاولى انه عقد على مال من لم يأذن له في العقد فلم يصح كالمال الصبي المراهق ثم بلغ فأجازته ولان النبي ﷺ قال للحكيم بن حزام « لا تبع ما ليس عندك » يعني مالم تملك ، وأما حديث عروة فانه يحتمل انه كان وكيلاً مطلقاً بدليل أنه باع وسلم المبيع وأخذ ثمنه وليس ذلك جائزاً لمن لم يؤذن له فيه اتفاقاً ومتى حكنا بطلان البيع فاعترف له العاقد معه ببطلان البيع أو ثبت ذلك بينة فعليه رد ما أخذه ، وإن لم يعترف بذلك ولا قامت به بينة حلف العاقد ولم يلزمه رد شيء لان الاصل ان تصرف الانسان لنفسه فلا يصدق على غيره فيما يبطل عقده وإن ادعى البائع أنه باع مال غيره بغير اذنه فالقول قول المشتري لما ذكرناه ، ولو قال المشتري إنك بعث مال غيرك بغير اذنه فأنكر البائع ذلك وقال بل بعث ملكي أو قال بعث مال موكلي باذنه فالقول قوله أيضاً ، وإن اتفق البائع والمشتري على ما يبطل البيع وقال الموكل بل البيع صحيح فالقول قوله مع يمينه ولا يلزمه رد ما أخذه من العوض .

(فصل) وإن وكله في أن يتزوج له امرأة فتزوج له غيرها أو تزوج له بغير اذنه فالعقد فاسد بكل حال في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي لان من شرط صحة النكاح ذكر الزوج فاذا كان

(مسئلة) (وكذلك يخرج في الاجير والمرتهن)

وجملة ذلك ان الامناء على ضربين (أحدهما) من قبض المال لنفع مالكة لا غير كالمودع والوكيل بغير جمل فيقبل قولهم في الرد لانه لو لم يقبل قولهم لامتنع الناس من قبول هذه الامانة فيلحق الناس الضرر (الثاني) ينتفع بقبض الامانة كالوكيل بجمل والمضارب والاجير المشترك والمستأجر والمرتهن ففيهم وجهان ذكرهما أبو الخطاب (أحدهما) لا يقبل قول المرتهن والمضارب في الرد لان احمد نص عليه في المضارب في رواية ابن منصور ولان من قبض المال لنفع نفسه لا يقبل قوله في الرد كالستعير ولو أنكر الوكيل قبض المال ثم ثبت ذلك بينة أو اعترف فادعى الرد أو التلف لم يقبل قوله لان جنايته قد ثبتت بمجردة ، فان أقام بينة بما ادعاه من الرد أو التلف لم تقبل بينته في أحد الوجهين لانه كذبه بمجردة فان قوله قبضت يتضمن أنه لم يرد شيئاً (والثاني) يقبل لانه يدعي الرد والتلف قبل وجود خيائه فان كان جحوده انك لا تستحق علي شيئاً أو مالك عندي شيء سمع قوله مع يمينه لان جوابه لا يكذب ذلك فانه إذا كان قد تلف أو رد فليس له عنده شيء فلا تنافي بين القولين الا أن يدعي انه رده أو تلف بعد قوله مالك عندي شيء فلا يسمع قوله لثبوت كذبه وخيائه

(مسئلة) (فان قال أذنت لي في البيع نسيئة وفي الشراء بخمسة فأنكره فعلي وجهين)

وجملة ذلك أنها متى اختلفا في صفة الوكالة فقال وكنتك في بيع هذا العبد قال بل في بيع هذه الجارية أو قال

بغير إذنه لم يقع له ولا للوكيل لان المقصود اعيان الزوجين بخلاف البيع فانه يجوز أن يشتري له من غير تسمية المشتري له فافترقا ، والرواية الثانية يصح الذكاح ويقف على اجازة المتزوج له فان اجازته صح وإلا بطل وهذا مذهب أبي حنيفة والقول فيه كالمقول في البيع على ما تقدم

(فصل) قال القاضي إذا قال لرجل اشتر لي بدينى عليك طعاماً لم يصح ولو قال تسلف لي ألفاً من مالك في كرام طعام ففعل لم يصح لانه لا يجوز أن يشتري الانسان بانه ما يملكه غيره ، وان قال اشتر لي في ذمتك أو قال تسلف لي ألفاً في كرام طعام وافض الثمن عنى من مالك أو من الدين الذي لي عليك صح لانه إذا اشترى في الذمة حصل الشراء للموكل والثمن عليه فاذا قضاء من الدين الذي عليه فقد دفع الدين إلى من أمره صاحب الدين بدفعه اليه وإن قضاء من ماله عن دين السلف الذي عليه صار قرضاً عليه .

(فصل) ولا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه اذنه موكله من جهة النطق أو من جهة العرف لان تصرفه بالاذن فاختص بما اذن فيه والاذن يعرف بالنطق نارة وبالعرف أخرى ، ولو وكل رجلاً في التصرف في زمن مقيد لم يملك التصرف قبله ولا بعده لانه لم يتناوله اذنه مطلقاً ولا عرفاً لانه قد يؤثر التصرف في زمن الحاجة اليه دون غيره ولهذا لما عين الله تعالى لعباده وقتاً لم يجز تقديمها عليه ولا تأخيرها عنه فلو قال له بيع ثوبى غداً لم يجز بيعه اليوم ولا بعد غد وان عين له المكان وكان يتعلق به غرض مثل أن يأمره ببيع ثوبه في سوق وكان ذلك السوق معروفًا بمجودة النقد أو كثرة الثمن او حله او بصلاح أهله او بمودة بين الموكل وبينهم تقيده الاذن به لانه قد

في بيعه نقداً قال بل سيئة أو قال وكنتك في شراء عبد قال بل في شراء أمة أو قال بل وكنتك في الشراء بعشرة قال بل بخمسة فقال القاضي في الجردان قول الموكل وهو قول أصحاب الرأي والشافعي وابن المنذر ، وقال أبو الخطاب اذا قال أذنت لك في البيع تقدماً وفي الشراء بخمسة قال بل أذنت لي في البيع نساء وفي الشراء بعشرة فالقول قول الوكيل نص عليه أحمد واختاره القاضي والتعليق الكبير في المضاربة لانه أمين في التصرف فكان القول قوله في صفته كالخياط إذا قال أذنت لي في تفصيله قباء قال بل قيصاً وحكي عن مالك ان أدركت السامة فالقول قول الموكل وان فاتت فالقول قول الوكيل لانها اذا قامت لزم الوكيل الضمان والاصل عدمه بخلاف ما اذا كانت موجودة ، والقول الاول أصح لو جهين (أحدهما) أنهما اختلفا في التوكيل الذي يدعيه الموكل فكان القول قول من ينفيه كما لو لم يقر الموكل بتوكيله في غيره (والثاني) أنهما اختلفا في صفة قول الموكل فكان القول قوله في صفة كلامه كما لو اختلف الزوجان في صفة الطلاق ، فبلى هذا اذا قال اشتريت لك هذه الجارية باذنك فقال ما اذنت الا في شراء غيرها أو قال اشتريتها لك بألفين فقال ما اذنت لك في شرائها الا بألف فالقول قول الموكل وعليه اليمين فاذا حلف برىء من الشراء ، ثم لا يخلو إيمان يكون الشراء بعين المال أو في الذمة فان كان بعين المال فالبيع باطل ويرد الجارية على البائع ان اعترف بذلك وان كذبه في ان الشراء لغيره أو بمال غيره بغير اذنه فالقول قول البائع لان الظاهر ان ما في يد الانسان له فان ادعى الوكيل علمه بذلك حلف أنه

نص على أمره فيه غرض فلم يجز تقويته وان كان هو وغيره سواء في الغرض لم يتقيد الاذن به وجاز له البيع في غيره لمساواته المنصوص عليه في الغرض فكان تنصيبه على أحدهما إذنا في الآخر كالواستأجر أو استعار أرضاً لزراعة شيء كان إذنا في زراعة مثله فادونه ولو اشترى عقاراً كان له أن يسكنه مثله ولو نذر صلاة أو اعتكافاً في مسجد جاز الاعتكاف والصلاة في غيره، وسواء قدر له الثمن أو لم يقدره وان عين له المشتري فقال به فلاناً لم يملك بيعه لغيره بغير خلاف علمناه سواء قدر له الثمن أو لم يقدره لانه قد يكون له غرض في تملكه إياه دون غيره الا أن يعلم الوكيل بقريته أو صريح انه لا غرض له في عين المشتري

(فصل) وان وكله في عقد فاسد لم يملكه لان الله تعالى لم يأذن فيه لان الموكل لا يملكه فالوكيل أولى ولا يملك الصحيح لان الموكل لم يأذن فيه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملك الصحيح لانه اذا أذن في الفاسد فالصحيح أولى . ولنا انه أذن له في محرم فلم يملك الحلال بهذا الاذن كالموكل اذا أذن في شراء خمر وخبزير لم يملك شراء الخليل والنعم

(فصل) وان وكله في بيع عبد أو حيوان أو عقار ونحوه أو شرائه لم يملك العقد على بعضه لان التوكيل تناول جميعه وفي التبويض اضرار بالموكل وتشقيص للملكه ولم يأذن فيه، وان وكله في بيع عبيد أو شرائهم ملك العقد عليهم جملة واحدة، واحداً واحداً لان الاذن يتناول العقد عليهم جملة والعرف في بيعهم وشرائهم العقد

لا يعلم أنه اشتراه بمال موكله لانه يحلف على نفي فعل غيره فاذا حلف مضى البيع وعلى الوكيل غرامة الثمن لموكله ودفعت الثمن الى البائع وتبقى الجارية في يده لا تحل له لانه إن كان صادقاً فهي للموكل وان كان كاذباً فهي للبائع، فان أراد استجلاها اشتراها من هي له في الباطن فان امتنع من بيعه إياها رفع الامر إلى الحاكم ليرفق به لبيعه إياها ليثبت الملك له ظاهراً وباطناً وبصير ما ثبت له في ذمته بمناقصا بالثمن الذي أخذ منه الاخر ظاهراً فان امتنع الآخر من البيع لم يجبر عليه لانه عقد مرضاة، فان قال له ان كانت الجارية لي فقد بتمكها أو قال الموكل ان كنت أذنت لك في شرائها بألفين فقد بتمكها ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح وهو قول القاضي وبعض الشافعية لانه بيع معلق على شرط (والثاني) يصح لان هذا أمر واقع يعلمان وجوده فلا يصح جعله شرطاً كما لو قال ان كانت هذه الجارية جارية فقد بتمكها وكذلك كل شرط علمنا وجوده فانه لا يوجب وقوف البيع ولا شكافيه، وان كان الوكيل اشترى في الذمة ثم نقد الثمن صح الشراء ولزم الوكيل في الظاهر فأما في الباطن فان كان كاذباً في دعواه فالجارية لموكله فاذا أراد احلالها توصل الى شرائها منه كما ذكرنا وكل موضع كانت للموكل في الباطن وامتنع من بيعها للوكيل فقد حصلت في يد الوكيل وهي للموكل وفي ذمته ثمنها في الوكيل فأقرب الوجوه ان يأذن للحاكم في بيعها وتوفية حقه من ثمنها فان كانت للموكل فقد بيعت باذنه وإن كانت للموكل فقد باعها للحاكم في إيفاء دين امتنع المدين من وفائه وقد قيل غير ما ذكرنا وهذا أقرب إن شاء الله تعالى

على واحد واحد ولا ضرر في جمعهم ولا افرادهم وإن قال اشترى عبداً صفته واحدة أو واحداً واحداً أو بهم لم تجز مخالفته لان تصبصه على ذلك يدل على غرضه فيه فلم يتناول اذنه سواء ، وان قال اشترى عبدتين صفقة فاشترى عبدتين لاثنين مشتركين بينهما من وكيلهما أو من أحدهما باذن الآخر جاز وان كان لكل واحد منهما عبد مفرد فاشترى من المالكين بان أوجبا له البيع فيهما ، وقبل ذلك منهما بلفظ واحد فقال القاضي لا يلزم الموكل وهو مذهب الشافعي لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان ويحتمل أن يلزمه لان القبول هو الشراء وهو متحد والفرض لا يختلف ، وان اشترى من وكيلهما وعين ثمن كل واحد منهما مثل أن يقول بتك هذين العبدتين هذا بمائة وهذا بمائتين فقال قبلت احتمال أيضاً وجهين وان لم يعين ثمن كل واحد منهما لم يصح البيع في أحد الوجهين لان ثمن كل واحد منهما مجهول ، ويحتمل أن يصح ويقسط الثمن على قدر قيمتهما

(فصل) فان دفع اليه درهم وقال اشترى بيده عبداً كان له أن يشتر به بينهما وفي الذمة لان الشراء يقع على هذين الوجهين فاذا أطلق الوكالة كان له فعل ماشاء منهما وان قال اشترى بيدها فاشترى في ذمته ثم نقدها لم يلزم الموكل لانه اذا تم الثمن انفسخ العقد بتلفه أو كونه مقصوباً ولم يلزمه ثمن في ذمته وهذا غرض للموكل فلم تجز مخالفته ، ويقع الشراء للوكيل وهل يقف على اجازة الموكل ؟ على روايتين وان قال اشترى في ذمتك وانقد هذه الدرهم ثمناً فاشترى بينهما فقال أحدهما يلزم الموكل لانه أذن له في عقد يلزمه به الثمن مع بقاء الدرهم وتلفها فكان إذنا في عبد لا يلزمه الثمن الا مع بقائها ويحتمل أن لا يصح لانه قد

وان اشترى الوكيل من الحاكم بماله على الموكل جاز لانه قائم مقام الموكل في ذلك أشبه ما لو اشترى منه (فصل) ولو وكله في بيع عبد فباعه نسيئة فقال الموكل ما أذنت في بيعه الا نقداً فصدقه الوكيل والمشتري فسد البيع وله مطالبة من شاء منهما بالعبد إن كان باقياً وبقيمته ان تلف فان أخذ القيمة من الوكيل رجع على المشتري بها لان التلف في يده فاستقر الضمان عليه وان أخذها من المشتري لم يرجع بالضمان على أحد ، وان كذباً وادعياً أنه أذن في البيع نسيئة فعلى قول القاضي يحلف الموكل ويرجع في العين إن كانت فائفة وان كانت تالفة رجع المشتري على الوكيل بالثمن الذي أخذه منه لانه لم يسلم له المتع وان ضمن الوكيل لم يرجع على المشتري في الحال لانه يقر بصحة البيع وتأجيل الثمن وان البائع ظلمه بالرجوع عليه وأنه انما يستحق المطالبة بالثمن بعد الاجل فاذا حل الاجل رجع الوكيل على المشتري بأقل الامرين من القيمة أو الثمن المسمى لان القيمة ان كانت أقل فما غرم أكثر منها فلم يرجع بأكثر مما غرم وإن كان الثمن أقل فالوكيل معترف للمشتري أنه لا يستحق عليه أكثر منه وان الموكل ظلمه بأخذ الزائد على الثمن فلا يرجع على المشتري بما ظلم به الموكل وان كذبه أحد همدون الآخر فله الرجوع على المصدق بغير يمين ويحلف على المكذب ويرجع على حسب ما ذكرناه هذا ان اعترف المشتري بالوكالة وإن أنكر ذلك وقال انا بعني ما لك فالقول قوله مع يمينه أنه لا يطم كونه وكلاً ولا يرجع عليه بشيء .

يكون له غرض في الشراء بغير عينها لكونها فيها شبهة لا يجب أن يشتري بها أوجب وقوع العقد على وجه لا يفسخ بتلفها ولا يبطل بتحريمها وهذا غرض صحيح فلا يجوز تفويته عليه كالم يجز تفويت غرضه في الصورة الأولى ومذهب الشافعي في هذا كله كنعنو ما ذكرناه

(فصل) وان عين له الشراء بنقد أو حالا لم تجز مخالفته وان أذن له في النسبة والبيع بأي نقد شاء جاز وان أطلق لم يبيع إلا حالا بنقد البدلان الاصل في البيع الحلول واطلاق النقد ينصرف الى نقد البلد ولهذا لو باع عبده بعثرة دراهم وأطلق حمل على الحلول بنقد البلد وان كان في البلد نقدان باع باغلبهما فان تساويا باع بإشياء منهما وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة وصاحبا له البيع نساء لانه معتاد فاشبهه الحال ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الرواية في المضارب وقد ذكرنا هاهنا الاول أولى لانه لو أطلق البيع حمل على الحلول فكذلك اذا أطلق الوكالة فيه، ولا نسلم تساوي المادة فيهما فان بيع الحال أكثر، ويفارق المضاربة لوجهين (أحدهما) ان المقصود من المضاربة الربح لا دفع الحاجة بالثمن في الحال وقد يكون المقصود في الوكالة دفع حاجة ناجزة تفوت بتأخير الثمن (والثاني) ان استيفاء الثمن في المضاربة على المضارب فيعود ضرر التأخير في التقاضي عليه وههنا بخلافه فلا يرضى به الموكل ولان الضرر في توى الثمن على المضارب لانه يحسب من الربح لكون الربح وقاية لرأس المال وههنا يعود على الموكل فانقطع الالحاق

(فصل) إذا وكله في بيع سلعة نسبية فباعها نقداً بدون ثمنها نسبية أو بدون ما عينه له لم ينفذ بيعه لانه مخاف لموكله لانه رضي بثمن النسبية دون النقد، وان باعها نقداً بما تساوي نسبية أو عين له

(فصل) اذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو امانة في يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمنه بتأخيره لانه رضي بكونه في يده فان طلبه فأخر رده مع امكانه قتلقت ضمنه وإن وعده رده ثم ادعى إلى كنت رددته قبل طلبه أو انه كان تلف لم يقبل قوله لانه مكذب لنفسه بوعده رده فان صدقته الموكل برىء فان كذبه فالتقول قول الموكل فان أقام بينة بذلك قبلت في أحد الوجهين لانه يبرأ بتصديق الموكل فكذلك اذا قامت له بينة لان البينة إحدى الحجتين فبرىء بها كالاقرار والثاني لا يقبل لانه كذبها بوعده بالدفع بخلافه، إذا صدقه لانه أقر ببراءته فلم يبق له منازع، وإن لم يعده برده لكن منعه أو مطلقه مع امكانه ثم ادعى الرد أو اتلف ام يقبل قوله الا ببينة لانه صار بالذم خارجاً عن حال الامانة وتسمع بينته لانه لم يكذبها

(مسئلة) (وان قال اذنت لي ان اتزوج لك فلانة ففعلت وصدقته المرأة فأنكر فالتقول قول

المنكر بغير يمين وهل يلزم الوكيل نصف الصداق؟ على وجهين)

وجملة ذلك أن الوكيل والموكل اذا اختلفا في أصل الوكالة فقال وكنتني فأنكر الموكل فالتقول قوله لان الاصل عدم الوكالة ولم يثبت أنه أمينه فيقبل قوله عليه ولو قال وكنتك ودفعت اليك مالا فأنكر الوكيل ذلك كله أو اعترف بالتوكيل وأنكر دفع المال اليه فالتقول قوله لذلك ولو قال رجل

ثمها فباعها به نقداً فقال القاضي بصح لانه زاده خيراً فكان مأذوناً فيه عرفاً فأشبهه ما لو وكله في بيعها بشرة فباعها بأكثر منها ويحتمل أن ينظر فيه فان لم يكن له غرض في النسبة صح وإن كان فيها غرض نحو ان يكون الثمن مما يستتر بحفظه في الحال أو يخاف عليه من التلف أو المتغلبين أو يتعبر عن حاله الى وقت الحلول فهو كمن لم يؤذن له لان حكم الحلول لا يتناول المسكوت عنه إلا إذا علم أنه في المصلحة كالمنطوق أو أكثر فيكون الحكم فيه ثابتاً بطريق التنبية أو المائلة ومتى كان في المنطوق به غرض مختص به لم يجز تفويته ولا ثبوت الحكم في غيره وقد ذكر القاضي نحو هذا في موضع آخر

(فصل) وإن وكله في الشراء بثمن نقداً فاشترى نسبة بأكثر من ثمن التقدّم يقع للموكل، وإن اشترى نسبة بثمنه نقداً أو بما عينه له فهي كالتى قبلها ويصح للموكل في قول القاضي، وعلى ما ذكرنا ينظر في ذلك فان كان فيه ضرر نحو أن يستتر ببقاء الثمن معه ونحو ذلك لم يجز كقولنا في التي قبلها ولاصحاب الشافعي في صحة الشراء وجهان

(فصل) وليس له أن يبيع بدون ثمن المثل أو دون ما قدره له ولا يشترى بأكثر من ثمن المثل أو أكثر مما قدر له وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة إذا أطلق الوكالة في البيع فه البيع بأي ثمن كان لان لفظه في الاذن مطلق فيجب حمله على اطلاقه

ولنا انه توكل مطلق في عقد معاوضة فاقضى ثمن المثل كالشراء فانه وافق عليه وما ذكره ينتقض بالشراء فان باع بأقل من ثمن المثل أو اشترى بأكثر منه مما لا يتفان الناس بمثله، أو باع بدون ما قدره له أو اشترى بأكثر منه فحكمه حكم من لم يؤذن له في البيع والشراء وهذا قول الشافعي،

لاخر وكلنتي ان أتزوج لك فلانة ففعلت وادعت المرأة ذلك فأنكر الموكل فالتقول قوله نص عليه أحمد فقال ان أقام البينة والا فلا يلزم الاخر عقد النكاح قال أحمد ولا يستحلف قال القاضي لان الوكيل يدعي حقاً لغيره، فأما ان ادعت المرأة فينبغي أن يستحلف لأنها تدعي الصداق في ذمته فاذا حلف لم يلزمه الصداق ولم يلزم الوكيل منه شيء لان دعوى المرأة على الموكل وحقوق المقدم لا تتعلق بالوكيل ونقل اسحاق بن ابراهيم عن أحمد أن الوكيل يلزمه نصف الصداق لان الوكيل في الشراء ضامن للثمن والبايع مطالبته كذا همنا ولانه فرط حيث لم يشهد على الزوج بالمقد والصداق والاول أولى لما ذكرناه، ويفارق الشراء لان الثمن مقصود البائع والمادة تسجيله وأخذه من المتولي للشراء والنكاح بخالفه في هذا كله، فان كان الوكيل ضمن المهر فلها الرجوع عليه بنصفه لانه ضمنه الموكل وهو مقر بأنه في ذمته وبهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وقال محمد بن الحسن يلزم الوكيل جميع الصداق لان الفرقة لم تقع بانكاره فيكون ثابتاً في الباطن فيجب جميعه

ولنا أنه ملك الطلاق فاذا أنكر فقد أقر بتحريمها عليه فصار بمنزلة ايقاعه لما تحرم به قال أحمد ولا يتزوج المرأة حتى يطلق لعله يكون كاذباً في انكاره، وظاهر هذا تحريم نكاحها قبل طلاقها لانهما

وعن احمد أن البيع جائز دون الشراء ويضمن الوكيل النقص لان من صح بيعه بثمان المثل صح بدونه كالمرضى ، فعلى هذه الرواية يكون البيع صحيحاً وعلى الوكيل ضمان النقص وفي قدره وجهان (أحدهما) ما بين ثمن المثل وما باعه به (والثاني) ما بين ما يتغابن الناس به وما لا يتغابن الناس به لان ما يتغابن الناس به يصح بيعه به ولا ضمان عليه والاول أقيس لانه لم يؤذن للوكيل في هذا البيع فأشبهه ببيع الاجنبي ولو أذن له في البيع لم يكن عليه ضمان فأشبهه الشراء، وكل تصرف كان الوكيل مخالفاً فيه لموكله فتحكمه فيه حكم تصرف الاجنبي على ما ذكر في موضعه إن شاء الله، واما ما يتغابن الناس به عادة فمغفوره عنه اذا لم يكن الموكل قدر له الثمن لان ما يتغابن الناس به يعد ثمن المثل ولا يمكن التحرز عنه، ولو حضر من يزيد على ثمن المثل لم يجز أن يبيع بثمان المثل لان عليه الاحتياط وطلب الحفظ لموكله وان باع بثمان المثل فحضر من يزيد في مدة الخيار لم يلزمه فسخ العقد في الصحيح لان الزيادة ممنوع منها منهي عنها فلا يلزم الرجوع اليها ولان المزايد قد لا يثبت على الزيادة فلا يلزم الفسخ بالشك ويحتمل أن يلزمه ذلك لانها زيادة في الثمن أمكن تحصيلها فأشبهه ما لو أجاز به قبل البيع وانتهى بتوجهه إلى الذي زاد لا إلى الوكيل فأشبهه من جاءته الزيادة قبل البيع وبعد الاتفاق عليه .

(فصل) ومن وكل في بيع عبد بمائة فباعه بأكثر منها صح سواء كانت الزيادة كثيرة أو قليلة لانه باع بالمأذون فيه وزاد زيادة تنفعه ولا تضره وسواء كانت الزيادة من جنس الثمن المأمور به أو من غير جنسه مثل أن يأذن في بيعه بمائة درهم فيبيعه بمائة درهم ودينار أو ثوب وقال أصحاب الشافعي لا يصح بيعه بمائة و ثوب في أحد الوجهين لانه من غير جنس الاثان

معتزة أنها زوجة له فيؤخذ باقرارها ، وانكاره ليس بطلاق، وهل يلزم الموكل طلاقها ؟ فيه احتمالان (أحدهما) لا يلزم لانه لم يثبت في حقه نكاح ولو ثبت لم يكلف الطلاق ويحتمل أن يلزمه لازالة الاحتمال وازالة الضرر عنها بما لا ضرر عليه فيه فأشبهه النكاح الفاسد، ولو مات أحدهما لم يرثه الآخر لانه لم يثبت صداقها فترث وهو ينكر أنها زوجته فلا يرثها، ولو ادعى أن فلانا الغائب وكيله في تزوج امرأة فزوجها له ثم مات الغائب لم ترثه المرأة الا بتصديق الورثة أو يثبت بينة ، وان أقر الموكل بالتوكيل في التزويج وأنكر أن يكون تزوج له فان القول قول الوكيل فيه فيثبت التزويج هنا وقال القاضي لا يثبت وهو قول أبي حنيفة لانه لا تتم اقامة البينة عليه لكونه لا ينعقد الا بها وذكر أن أحمد نص عليه وأشار الى نصه فيما اذا أنكر الموكل الوكالة من أصها

ولنا أنها اختلفا في فعل الوكيل ما أمره به فكان القول قوله كما لو وكله في بيع ثوب فادعى بيعه أو في شراء عبد بألف فادعى أنه اشتراه به وما ذكره القاضي من نص أحمد عليه فيما اذا أنكر الموكل الوكالة فليس بنص هنا لاختلاف أحكام الصورتين وتباينهما فلا يكون النص في احدهما نصاً في الآخر وما ذكره من المعنى لا أصل له فلا يعول عليه

ولنا أنها زيادة تنفعه ولا تضره أشبه ما لو باعه بمائة ودينار ولان الاذن في بيعه بمائة اذن في بيعه بزيادة عليها عرفاً لان من رضي بمائة لا يكره أن يزداد عليها ثوب ينفعه ولا يضره وإن باعه بمائة دينار أو بثمانين درهماً وعشرة دنانير أو بمائة ثوب أو بثمانين درهماً وعشرين ثوباً لم يصح ، ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لانه خالف مركله في الجنس فأشبهه ما لو باعه بثوب يساوي أكثر من مائة درهم ويحتمل أن يصح فيما إذا جعل مكان الدرهم دنانير أو مكان بعضها لانه مأذون فيه عرفاً فان من رضي بدرهم رضي مكانه بدينار فحري مجرى بيعه بمائة درهم ودينار واما الثياب فلا يصح بيعه بها لانها من غير جنس الاثمان .

(فصل) وان وكله في بيع عبد بمائة فباع نصفه بها أو وكله مطلقاً فباع نصفه بثمن الكل جاز لانه مأذون فيه من جهة العرف فان من رضي مائة ثمناً للكل رضي بها ثمناً للنصف ولانه حصل له المائة وأبقى له زيادة تنفعه ولا تضره وله يبيع النصف الآخر لانه مأذون في بيعه فأشبهه ما لو باع العبد كله بثمن ثمنه ويحتمل أن لا يجوز له بيعه لانه قد حصل للموكل غرضه من الثمن ببيع نصفه فربما لا يؤثر بيع باقيه للمغني عن بيعه بما حصل له من ثمن نصفه وهكذا القول في توكيله في بيع عبيد بمائة فباع بعضها بأقل منها لم يصح وان وكله يكون له بيع العبد الآخر؟ على وجهين، فاما إن وكله في بيع عبده بمائة فباع بعضها بأقل منها لم يصح وان وكله مطلقاً فباع بعضه بأقل من ثمن الكل لم يجز وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يجوز فيما إذا أطلق الوكالة بناء على أصله في أن للوكيل المطلق اليمين بما شاء . ولنا أن على الموكل ضرراً في تبعيضه ولم يوجد الاذن فيه نطقاً ولا عرفاً فلم يجز كما لو وكله في شراء عبد فاشترى نصفه

(فصل) ولو غاب رجل فجاء رجل الى امرأته فذكر أن زوجها طلقها وأبأنها ووكله في تجديد نكاحها بألف فأذنت في نكاحها فعقد عليها وضمن الوكيل الالف ثم جاء زوجها وانكر هذا كله فالقول قوله والنكاح الاول بحاله وقياس ما ذكرناه ان المرأة ان صدقت الوكيل لزمه الالف الا أن يبينها زوجها قبل دخوله بها وحكي ذلك عن مالك وزفر وحكي عن أبي حنيفة والشافعي انه لا يلزم الضامن شيء لانه فرع على المضمون عنه والمضمون عنه لا يلزمه شيء فكذلك فرعه

ولنا ان الوكيل مقر بأن الحق في ذمة المضمون عنه وانه ضامن عنه فلزمه ما اقربه كما لو ادعى على رجل انه ضمن ألفاً على أجنبي فأقر الضامن بالضمآن وصحته وثبوت الحق في ذمة المضمون عنه وكما لو ادعى شفعة على انسان في شقص اشتراه فأقر البائع وأنكر المشتري فان الشفع يستحق الشفعة في أصح الوجهين فان لم تدع المرأة صحة ما ذكره الوكيل فلا شيء عليه، ويحتمل أن من أسقط عنه الضمان أسقطه في هذه الصورة ومن أوجبه أوجبه في الصورة الاخرى فلا يكون بينهما اختلاف والله أعلم (مسئلة) (ويجوز التوكيل بجعل وبنيره) لانه تصرف لغيره لا يلزمه فجاز أخذ الجمل عليه كرد الآبق

(فصل) وان وكله في شراء عبد بعينه بمائة فاشترى بخمسين أو بما دون المائة صح ولزم الموكل لانه مأذون فيه من جهة العرف، وان قال لا تشتره بأقل من مائة فخالفه لم يجز لانه خالف نصه وصريح قوله مقدم على دلالة العرف فان قال اشتره بمائة ولا تشتره بخمسين جازله شراؤه بما فوق الخمسين لان اذنه في الشراء بمائة دل عرفا على الشراء بما دونها خرج منه المحسبون بصريح النهي بقي فيما فوقها على مقتضى الاذن، وان اشترى بأقل من الخمسين ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لذلك ولانه لم يخالف صريح نهيه أشبه ما زاد على المحسبين (والثاني) لا يجوز لانه نهاه عن المحسبين استقلا لاله فكان تنبيهه على النهي عما هو أقل منها كما أن الاذن في الشراء بمائة اذن فيما دونها فجزى ذلك مجرى صريح نهيه فان تنبيه الكلام كنهه وان قال اشتره بمائة دينار فاشترى بمائة درهم فالحكم فيه كالمقال به بمائة درهم فباعه بمائة دينار على ماضى من القول فيه، ان قال اشترى نصفه بمائة فاشترى كله أو أكثر من نصفه بمائة جازلانه مأذون فيه عرفا وان قال اشترى نصفه بمائة ولا تشتره جميعه فاشترى أكثر من النصف وأقل من الكل بمائة صح في قياس المسئلة التي قبلها لكون دلالة العرف قاضية بالاذن في شراء كل ما زاد على النصف خرج الجميع بصريح نهيه ففيها ما عداه يبقى على مقتضى الاذن

ويجوز بغيره بغير خلاف فاذا وكله بجعل فباع استحق الجبل قبل قبض الثمن لتحقق البيع قبل قبضه فان قال في التوكيل فاذا أسلمت إلي الثمن فلك كذا وقف استحقاقه على التسليم اليه لاشراطه إياه ولو قال بع ثوبي بمائة فإزاد فلك صح نص عليه ، وروي ذلك عن ابن عباس وهو قول ابن سيرين واسحاق وكرهه النخعي وحامد وأبو حنيفة والثوري والشافعي وابن المنذر لانه أجر مجهول يحتمل الوجود ولنا ان عطاء روى عن ابن عباس أنه كان لا يرى بأسا ان يعطي الرجل الرجل الثوب أو غيره فيقول به بكذا فما ازددت فهو لك ولا يعرف له في عصره مخالف فكان إجماعا لانواعين تنمي بالعمل عليها أشبه دفع ماله مضاربة. إذا ثبت ذلك فاذا باعه بزيادة فهي له لانه جعلها له وان باعه بما عينه فلا شيء له لانه جعل له الزيادة ولا زيادة فهو كالمضارب اذا لم يربح، وان باعه بنقص فمنه لا يصح مخالفته فان تعذر ضمن النقص وعنه يصح ويضمن النقص وقد ذكرنا ذلك وان باعه نسبة لم يصح ولا يستحق الوكيل وان باعه بزيادة نص عليه أحمد في رواية الاثرم

(فصل) اذا وكله في شراء شيء فاشترى غيره مثل ان يوكله في شراء عبد فاشترى جارية فان كان الشراء بعين مال الموكل فالشراء باطل في أصح الروايتين وهو مذهب الشافعي وعن أحمد أنه يصح ويقف على إجازة المالك فان أجازته صح وإلا بطل وهو قول مالك وإسحاق وقد ذكرناه في كتاب البيع فان كان اشتراه في ذمته ثم نقد الثمن فالشراء صحيح لانه إنما اشترى بثمن في ذمته وليس ذلك ملكا لغيره وقال أصحاب الشافعي لا يصح في أحد الوجهين لانه عقد على أنه للموكل ولم يأذن فيه فلم يصح كما لو اشترى بعين ماله

(فصل) وان وكله في شراء عبد موصوف ببائة فاشترى على الصفة بدونها جازلانه مأذون فيه عرفاً وان خالفه في الصفة أو اشترى بأكثر منها لم يلزم الموكل وان قال اشتر لي عبداً ببائة فاشترى عبداً يساوي مائة بدونها جازلانه لو اشترى ببائة جاز فاذا اشترى بدونها فقدزاده خيراً فيجوز وان كان لا يساوي مائة لم يجز وان كان يساوي أكثر مما اشترى به لانه خالف أمره ولم يحصل غرضه

(فصل) وان وكله في شراء شاة بدينار فاشترى شاتين تساوي كل واحدة منهما أقل من دينار لم يقع للموكل وان كانت كل واحدة منهما تساوي ديناراً أو إحداهما تساوي ديناراً والأخرى أقل من دينار صح ولزم الموكل وهذا المشهور من مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة يقع للموكل إحدى الشاتين بنصف دينار والأخرى للوكيل لانه لم يرض إلا بالزامة عهدة شاة واحدة

وانا أن النبي ﷺ أعطى عروة بن الجعد ديناراً فقال «اشتر لنا به شاة» قال فأنتيت الجلب فاشترت شاتين بدينار فبعت أسوقها أو أقودها فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فأنتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار وبالشاة فقلت يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم قال «وصنعت كيف؟»

ولنا أنه لم يتصرف في ملك غيره فصح كما لو لم ينوه لغيره إذا ثبت ذلك فروي عن أحمد روايتان (أحدهما) الشراء لازم للمشتري وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لانه اشترى في ذمته بغير إذنه فكان الشراء له كما لو لم ينوه لغيره (والثانية) يقف على إجازة الموكل ان أجازه لزمه وان لم يجزه لزم الوكيل لانه لا يجوز أن يلزم الموكل لكونه لم ياذن في شرائه ولزم الوكيل لان الشراء صدر منه ولم يثبت لغيره فثبت في حقه كما لو اشترى لنفسه وهكذا ذكر الحرقى وهذا حكم كل من اشترى شيئاً في ذمته لغيره بغير إذنه سواء كان وكيلاً للذي قصد الشراء له أو لم يكن

(فصل) وان وكله في أن يتزوج له امرأة فتزوج له غيرها أو تزوج له بغير إذنه فالعقد فاسد بكل حال في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي لان من شرط صحة عقد النكاح ذكر الزوج فإذا كان بغير إذنه لم يقع له ولا للوكيل لان المقصود أعيان الزوجين بخلاف البيع فانه يجوز أن يشتري له من غير تسمية المشتري له والثانية يصح النكاح ويقف على إجازة الزوج فان أجازه صح والا بطل وهو مذهب أبي حنيفة والقول فيه كالقول في البيع على ما تقدم

(فصل) قال القاضي اذا قال لرجل اشتر لي بديني عليك طعاماً لم يصح ولو قال أسلف لي الفأ من ملكك في كرام طعام ففعل لم يصح أيضاً لانه لا يجوز أن يشتري الانسان بماله ما يملكه غيره وان قال اشتر لي في ذمتك أو قال أسلف لي انفا في كرام طعام واقض الثمن عني من مالك أو من الدين الذي عليك صح لانه اذا اشترى في الذمة حصل الشراء للموكل والثمن عليه فاذا قضاه من الدين الذي عليه فقد دفع الدين الى من أمره صاحب الدين بدفعه اليه وان قضاه من ماله عن دين السلف الذي عليه صار قرضاً عليه

حدثته الحديث قال « اللهم بارك له في صفقة بينه » ولانه حصل له المأذون فيه وزيادة من جنسه تفع ولا تضر فوق ذلك له كما لو قال له بعه دينار فباعه بدينارين وما ذكره يبطل بالبيع فان باع الوكيل إحدى الشاتين بغير أمر الموكل فقيه وجهان (أحدهما) البيع باطل لانه باع مال موكله بغير أمره فلم يحز كبيع الشاتين (والثاني) ان كانت الباقية تساوي دينار جازا لحديث عروة بن الجعد البارقى ولانه حصل له المقصود والزيادة لو كانت غير الشاة جاز فجاز له ابدالها بغيرها وظاهر كلام أحمد صحة البيع لانه أخذ بحديث عروة وذهب اليه، واذا قلنا لا يجوز له بيع الشاة فباعها فهل يقع البيع باطلا أو صحيحا موقوفا على إجازة الموكل؟ على روايتين، وهذا أصل لكل من تصرف في ملك غيره بغير اذنه ووكيل يخالف موكله هل يقع باطلا أو يصح ويقف على إجازة المالك؟ فيه روايتان وللشافعي في صحة البيع ههنا وجهان

(فصل) واذا وكفه في شراء سلعة موصوفة لم يحز أن يشتريها الا سليمة لان اطلاق البيع يقتضي السلامة ولذلك جاز الرد بالميعب، فان اشترى معيبا يعلم عيبه لم يلزم الموكل لانه اشترى غير ما أذن له فيه وان لم يعلم عيبه صح البيع لانه انما يلزمه شراء الصحيح في الظاهر لعجزه عن التحرز.

(فصل) قال أحمد في رواية أبي الحارث في رجل له على آخر دراهم فبعث اليه رسولا يقبضها فبعث اليه مع الرسول دينار أقضاع مع الرسول فهو من مال الباعث لانه لم يأمره بمصارفته انما كان من ضمان الباعث لانه دفع الى الرسول غير ما أمره به المرسل لان المرسل انما أمره بقبض الدراهم ولم يدفعها انما دفع دينار عوضا عنه وهذا صرف يقتصر إلى اذن صاحب الدين ومصارفته به فاذا تلف في يد وكيله كان من ضمانه اللهم الا ان يخبر الرسول الفريم ان رب الدين أذن له في قبض الدينار عن الدراهم فيكون من ضمان الرسول لانه غره وأخذ الدينار على انه وكيل للمرسل، وان قبض الدراهم التي أمر بقبضها فضاغت من الرسول بغير تقربط فهي من ضمان صاحب الدين، وقال أحمد في رواية منها في رجل له عند آخر دنانير وثياب فبعث اليه رسولا وقال خذ دينارا أو ثوبا فأخذ دينارين وثوبين فضاغت فالضمان على الباعث يعني الذي أعطاه الدينارين والثوبين ويرجع به على الرسول يعني عليه ضمان الدينار والثوب الزائدين انما جعل عليه الضمان لانه دفعهما إلى من لم يؤمر بدفعهما اليه ورجم بها على الرسول لانه غره وحصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه وللموكل تضمين الوكيل لانه تعدى بقبض ما لم يؤمر بقبضه فاذا ضمنه لم يرجع على أحد لان التلف حصل في يده فاستقر الضمان عليه، وقال أحمد في رجل وكل وكيلاني اقتضاء دينه وغاب فأخذ الوكيل به رهنا فتلف الرهن في يد الوكيل فقال أساء الوكيل في أخذ الرهن ولا ضمان عليه انما لم يضمنه لانه رهن فاسد والقبض في المقدم الفاسد كالتقبض في المقدم الصحيح فاذا كان القبض في صحيحه مضمونا كان مضمونا في فاسده وما كان غير مضمون في صحيحه كان غير مضمون في فاسده، ونقل البغوي عن أحمد في رجل أعطي آخر دراهم ليشتري له بها شاة فخلطها مع دراهمه فضاغا فلا شيء عليه وان

عن شراء معيب لا يعلم عيبه فإذا علم عيبه ملك رده لأنه قائم في الشراء مقام الموكل وللموكل رده أيضا لأن الملك له فإن حضر قبل رد الوكيل ورضي بالمعيب لم يكن للوكيل رده لأن الحق له بخلاف المضارب فإن له الرد وإن رضي رب المال لأن له حقا فلا يسقط برضى غيره، وإن لم يحضر فأراد الوكيل الرد فقال له البائع توقف حتى يحضر الموكل فر بما رضي بالمعيب لم يلزمه ذلك لأنه لا يأمن فوات الرد لمرب البائع وفوات الثمن بتلفه، وإن أخره بناء على هذا القول فلم يرض به الموكل لم يسقط رده وإن قلنا الرد على الفور لأنه أخره باذن البائع فيه وإن قال البائع موكلك قد علم العيب فرضيه لم يقبل قوله إلا بينة فإن لم يكن له بينة لم يستحلف الوكيل إلا أن يدعي علمه فيحلف على نفي العلم وهذا قال الشافعي، وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه لا يستحلف لأنه لو حلف كان نائبا في اليمين وليس بصحيح فإنه لا نيابة هنا وإنما يحلف على نفي علمه وهذا لا ينوب فيه عن أحد، فإن رد الوكيل وحضر الموكل وقال قد بلغني العيب ورضيت به وصدقه البائع أو قامت به بينة لم يقم الرد وموقمه وكان للموكل استرجاعه وللبائع رده عليه لأن رضاه به عزل الوكيل عن الرد بدليل أنه لو علمه لم يكن له الرد إلا أن نقول إن الوكيل لا ينزل حتى يعلم العزل، وإن رضي الوكيل المعيب أو أمسكه أمسكا

ضاح أحدهما أيهما ضاع غرمه قال القاضي هذا محمول على أنه خلطها بما تميز منه ويحتمل أنه أذن له في خلطها أما أن خلطها بما لا تميز منه بغير إذنه ضمنها كالوديعة وإنما لزمه الضمان إذا ضاع أحدهما لأنه لا يعلم أن الضائع دراهم الموكل والأصل بقاؤها، ومعنى الضمان هنا أنه يحسب الضائع من دراهم نفسه فأما على المحمل الآخر وهو إذا خلطها بما تميز منه فإذا ضاعت دراهم الموكل وحدها فلا ضمان عليه لأنها ضاعت من غير تعد منه

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (فإن كان عليه حق لانسان قاعدى آخر أنه وكيل صاحبه في قبضه فصدقه لم يلزمه الدفع إليه إلا أن تقوم به بينة وإن لم تقم به بينة لم يلزمه الدفع إليه وإن صدقه) وبه قال الشافعي وسواء كان الحق في ذمته أو وديعة عنده وقال أبو حنيفة يلزمه وفاة الدين إن صدقه وفي الوديعة روايتان أشهرهما لا يجب تسليمها لأنه أقر له بحق الاستيفاء فلزمه إيفاءه كما لو أقر أنه وارثه ولنا أنه تسليم لا يبرئه فلا يجب عليه كما لو كان الحق عيناً وكما لو أقر بأن هذا وصي الصغير وفارق الأقرار بكونه وارثه لأنه يتضمن براءته فإنه أقر بأنه لا حق لسواه

(مسئلة) (وإن كذبه لم يستحلف) وقال أبو حنيفة يستحلف وهذا مبني على الخلاف في وجوب الدفع مع التصديق فمن أوجب عليه ثم أوجب عليه اليمين مع التكذيب كسائر الحقوق ومن لم يوجب عليه الدفع مع التصديق لم يلزمه اليمين مع التكذيب لعدم فائدتها .

(مسئلة) (فإن دفعه إليه فأنكر صاحب الحق الوكالة وحلف رجم على الدافع وحده)

ينقطع به الرد فحضر الموكل فأراد الرد فله ذلك ان صدقه البائع ان الشراء له أو قامت به بيعة وان كذبه ولم تكن به بيعة فحلفه البائع أنه لا يعلم أن الشراء له فليس له رده لان الظاهر أن من اشترى شيئاً فهو له ويلزم الوكيل وعليه غرامة الثمن وهذا كله مذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة للوكيل شراء المعيب لان التوكيل في البيع مطلقاً يدخل المعيب في اطلاقه ولانه أمينه في الشراء فجاز له شراء المعيب كالمضارب ولنا أن البيع باطلاقه يقتضي الصحيح دون المعيب فكذلك الوكالة فيه ويفارق المضاربة من حيث أن المقصود فيها الربح والربح يحصل من المعيب كحصوله من الصحيح والمقصود من الوكالة شراء ما يقتنى أو يدفع به حاجته وقد يكون العيب مانعاً من قضاء الحاجة به ومن قنيتة فلا يحصل المقصود وقد ناقض أبو حنيفة أصله فانه قال في قوله تعالى (تحرير رقبة) لا تجوز العمياء ولا معيبة عيباً يضر بالعمل وقال ههنا يجوز للوكيل شراء الاعمى والمقعد ومقطوع اليدين والرجلين

(فصل) وإن أمره بشراء سلعة بعينها فاشتراها فوجدها معيبة احتمل أن له الرد لان الامر يقتضي السلامة فأشبه ما لو وكله في شراء موصوفة ويحتمل أن لا يملك الرد لان الموكل قطع نظره بالثمين فربما رضيه على جميع صفاته، وان علم عيبه قبل شرائه فهل له شراؤه؟ يحتمل وجهين أيضاً

وجملة ذلك ان من عليه الحق إذا دفعه الى الوكيل مع التصديق أو عدمه فحضر الموكل وصدق الوكيل برى الدافع وان كذبه فالقول قوله مع يمينه لانه منكر فاذا حلف وكان الحق ديناً لم يرجع إلا على الدافع وحده لان حقه في ذمته ولم يبرأ منه بتسليمه إلى غير وكيل صاحب الحق والذي أخذه الوكيل عين مال الدافع في زعم صاحب الحق والوكيل والدافع يزعمان أنه صار ملكاً لصاحب الحق وأنه ظالم للدافع بالآخذ منه فيرجع الدافع فيما أخذه منه الوكيل ويكون قصاصاً مما أخذ منه صاحب الحق وإن كان قد تلف في يد الوكيل لم يرجع عليه بشيء لانه مقر بأنه أمين لا ضمان عليه إلا أن يتلف بتعديبه وتفريطه فيرجع عليه

(مسئلة) (وإن كان المدفوع ودبعة فوجدتها أخذها وإن تلف فله تضمين أيهما شاء ولا يرجع من ضمنه على الآخر بشيء)

إذا كان المدفوع عيناً فوجدتها صاحبها أخذها وله مطالبة من شاء بردها لان الدافع دفعها إلى غير مستحقها والوكيل عين ماله في يده فان طالب الدافع فللدافع مطالبة الوكيل بها وأخذها من يده ليسلمها الى صاحبها فان تلفت العين أو تعذر ردها فلصاحبها الرجوع بيدها على من شاء منها لان الدافع ضمنها بالدفع والقابض قبض مالا يستحق قبضه وأيها ضمنه لم يرجع على الآخر لان كل واحد منهما يدعي أن ماأخذه ظلم ويقر بأنه لم يؤخذ من صاحبه بتعد فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره الا أن يكون الدافع دفعها الى الوكيل من غير تصديق فيرجع على الوكيل لكونه لم يقر بوكالته ولم تثبت بيئته وإن ضمن الوكيل لم يرجع على الدافع وان صدقه لكن ان كان الوكيل تعدى فيها أو

مبين على رده إذا علم عيبه بعد شرائه وان قلنا بملك رده فليس له شراؤه لأن العيب إذا جازبه الرد بعد العقد فلا ينفع من الشراء أولى وان قلنا لا يملك الرد ثم فله الشراء هنا لأن تعيين الموكل قطع نظره واجتهاده في جواز الرد فكذلك في الشراء

(فصل) وإذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً باذنه انتقل الملك من البائع إلى الموكل ولم يدخل في ملك الوكيل وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يدخل في ملك الوكيل ثم ينتقل إلى الموكل لأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل بدليل أنه لو اشتراه بأكثر من ثمنه دخل في ملكه ولم ينتقل إلى الموكل ولنا أنه قبل عقداً لغيره صح له فوجب أن ينتقل الملك إليه كالأب والوصي وكما لو تزوج له وقولهم إن حقوق العقد تتعلق به غير مسلم ويتفرع عن هذا أن المسلم لو وكل ذمياً في شراء خراًو خنزير فاشتراه له لم يصح الشراء وقال أبو حنيفة يصح ويقم للذمي لأن الحر مال لهم لأنهم يمولونها ويتبايعونها فصح توكيلهم فيها كسائر أموالهم

ولنا أن كل ما لا يجوز للمسلم العقد عليه لا يجوز أن يوكل فيه كزواج الجوسية وبهذا خالف سائر أموالهم وإذا باع الوكيل بضمن معين ثبت الملك للموكل في الثمن لأنه بمنزلة المبيع وإن كان الثمن

فرط استقر الضمان عليه فإن ضمن لم يرجع على أحد وإن ضمن الدافع رجع عليه لأنه وإن كان يقر بأنه قبضه قبضاً شرعياً لكن إنما لزمه الضمان لتفريطه وتمديه فالدافع يقول ظلمي المالك بالرجوع علي وله على الوكيل حق يعترف به الوكيل فيرجع عليه به

(مسئلة) (فإن كان ادعى أن صاحب الحق أحاله فني وجوب الدفع إليه مع التصديق واليمين مع الإنكار وجهان .

(أحدهما) لا يلزمه الدفع إليه لأن الدفع إليه غير مبرىء لاحتقال أن يتكر المحيل الحوالة ويضمنه فأشبه المدعي للوكالة (والثاني) يلزمه الدفع إليه لأنه معترف أن الحق انتقل إليه أشبه الوارث والاول أشبه لأن العلة في جواز من الوكيل كون الدافع لا يبريء وهي موجودة هنا والعلة في وجوب الدفع إلى الوارث كونه مستحقاً والدفع إليه يبريء وهو متخلف هنا فالخافة بالوكيل أولى وإن قلنا يلزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليمين مع الإنكار وإن قلنا لا يلزمه الدفع مع التصديق لم تلزمه اليمين مع الإنكار لعدم الفائدة فيها ومثل هذا مذهب الشافعي

(مسئلة) (وإن ادعى أنه مات وأنا وارثه فصدقه أنه وارث الحق لا وارثه سواء لزمه الدفع إليه بشير خلاف نطقه لأنه مقر له بالحق وأنه يبرأ بهذا الدفع فلزمه كما لو جاء صاحب الحق وإن ذكر لزمته اليمين أنه لا يعلم صحة ما قال لأن اليمين هنا على نفي فعل الغير فكانت على نفي العلم وإنما لزمته اليمين هنا لأن من لزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليمين مع الإنكار كسائر الحقوق المالية (فصل) ومن طلب منه حق فامتنع من دفعه حتى يشهد القابض على نفسه بالقبض وكان الحق

في الذمة فللوكيل والموكل المطالبة به وبهذا قال الشافعي وقال ابو خيفة ليس للموكل اطلبية لان حقوق العقد تتعلق بالوكيل دونه ولهذا يتعلق بمجلس الصرف والختيار به دون موكله فكذلك القبض ولنا ان هذا دين للموكل يصح قبضه له فذلك المطالبة به كسائر ديونه التي وكل فيها ، ويفارق مجلس العقد لان ذلك من شروط العقد فتعلق بالعقد كالايجاب والقبول وأما الثمن فهو حق للموكل ومال من امواله فكانت له المطالبة به ولا نسلم ان حقوق العقد تتعلق به وإنما تتعلق بالموكل وهي تسليم الثمن وقبض المبيع والرد باليب وضمن الدرك فأما ثمن ما اشتراه اذا كان في الذمة فانه يثبت في ذمة الموكل اصلا وفي ذمة الوكيل تبعا كالضامن وللبائع مطالبة من شاء. منها فان أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل واذا أبرأ الموكل بريء الوكيل أيضا كالضامن والمضمون عنه سواء وإن دفع الثمن الى البائع فوجد به عيبا فرده على الوكيل كان أمانة في يده ان تلف فهو من ضمان الموكل، ولو وكل رجلا يتسلف له ألفا في كرخطة ففعل ملك الموكل ثمنها والوكيل ضامن عن موكله كما تقدم

(فصل) قال احمد في رواية مهنا اذا دفع الى رجل ثوبا ليبيعه ففعل فوهب له المشتري مندبلا فالتدبيل لصاحب الثوب أما قال ذلك لان هبة التدبيل سببها البيع وكان التدبيل زيادة في الثمن والزيادة في مجلس العقد تلحق به

عليه بغير بينة لم يلزم القابض الاشهاد لانه لا ضرر في ذلك فانه متى ادعى الحق على الدافع بعد ذلك قال لا تستحق علي شيئا والقول قوله مع يمينه وان كان الحق ثبت بينة وكان من عليه الحق يقبل قوله في الرد كالودع والوكيل بلا جمل فكذلك لانه متى ادعى عليه حق أو قامت به بينة فالقول في الرد قوله، وان كان ممن لا يقبل قوله في الرد أو يختلف في قبول قوله كالفاسد والمستعير والمرهن لم يلزمه تسليم ما قبله الا بالاشهاد لثلا ينكر القابض القبض ولا يقبل قول الدافع في الرد وإن أنكر قامت عليه البينة ومتى أشهد القابض على نفسه بالقبض لم يلزمه تسام الوثيقة بالحق الى من عليه الحق لان بينة القبض تسقط البينة الاولى والكتاب ملكه فلا يلزمه تسليمه الى غيره

(فصل) في الشهادة على الوكالة إذا شهد بالوكالة رجل وامرأتان أو شاهد وحلف معه فقال أصحابنا فيها روايتان (إحداهما) تثبت بذلك إذا كانت الوكالة في المال قال أحمد في الرجل يوكل وكيفا ويشهد على نفسه رجلا وامرأتين اذا كانت المطالبة بدين فأما غير ذلك فلا (والثانية) لا تثبت الا بشاهدين عدلين نقلها الحرقي في قوله ولا تقبل فيما سوى الاموال مما يطلع عليه الرجال أقل من رجلين وهذا قول الشافعي لان الوكالة اثبات للتصرف ويحتمل أن يكون قول الحرقي كالرواية الاولى لان الوكالة في المال يقصد بها المال فقبل شهادة النساء مع الرجال كالبيع والقرض. وان شهدا بوكالة ثم قال أحدهما قد عزله لم تثبت وكالاته بذلك ، وإن كان الشاهد بالعدل أجنيا لم يثبت العزل بشهادته وحده لان العزل لا يثبت الا بما يثبت به التوكيل ، ومتى طاد أحد الشاهدين بالتوكيل فقال

(فصل) في الشهادة على الوكالة اذا ادعى الوكالة واقام شاهدا وامرأتين أو حلف مع شاهده فقال صحابنا فيها روايتان (احدهما) ثبت بذلك اذا كانت الوكالة بمال فان احمد قال في الرجل يوكل ويشهد على نفسه رجلا وامرأتين اذا كانت المطالبة بدين فاما غير ذلك فلا (والثانية) لا تثبت الا بشاهدين عدلين نقلها الحرقي بقوله ولا تقبل فيما سوى الاموال مما يطلع عليه الرجال لاقبل من رجلين وهذا قول الشافعي لان الوكالة اثبات للتصرف، ويحتمل ان يكون قول الحرقي كالرواية الاولى لان الوكالة في المال يقصد بها المال فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال كالبيع والقرض فان شهدا بوكالته ثم قال احدهما قد عزله لم تثبت وكالته بذلك لان احدهما لم تثبت وكالته بذلك وان كان الشاهد بالعزل رجلا غيرها لم يثبت العزل بشهادته وحده لان العزل لا يثبت الا بما يثبت به التوكيل ومتى عاد احد الشاهدين بالتوكيل فقال قد عزله لم يحكم بشهادتهما لانه رجوع عن الشهادة قبل الحكم بها فلا يجوز للحاكم الحكم بما رجح عنه الشاهد، وان حكم الحاكم بشهادتهما ثم عاد احدهما فقال قد عزله بعد ما وكله لم يلتفت الى قوله لان الحكم قد نفذ بالشهادة ولم يثبت العزل فان قال جميعا قد كان عزله ثبت العزل لان الشهادة تمت في العزل كتمامها في التوكيل

قد عزله لم يحكم بشهادتهما لانه رجوع عن الشهادة قبل الحكم بها فلا يجوز للحاكم الحكم بما رجح عنه الشاهد وان كان حكم الحاكم بشهادتهما ثم قال احدهما قد عزله بعد ما وكله لم يلتفت الى قوله لان الحكم قد نفذ بالشهادة ولم يثبت العزل فان قال جميعا كان قد عزله ثبت العزل لان الشهادة تمت في العزل كتمامها في التوكيل

(فصل) فان شهد أحدهما أنه وكله يوم الجمعة وشهد آخر أنه وكله يوم السبت لم تتم الشهادة لان التوكيل يوم الجمعة غير التوكيل يوم السبت فلم تكمل شهادتهما على فعل واحد، وان شهد أحدهما أنه أقر بتوكيله يوم الجمعة وشهد آخر أنه أقر به يوم السبت تمت الشهادة لان الاقرارين اخبار عن عقد واحد ويشق جمع الشهود ليقر عندهم حالة واحدة فحوز له الاقرار عند كل واحد وحده وكذلك لو شهد أحدهما أنه أقر عنده بالوكالة بالجمعية وشهد آخر أنه أقر بها بالمرئية ثبتت، ولو شهد أحدهما أنه قال وكله بالمرئية وشهد الآخر أنه وكله بالجمعية لم تكمل الشهادة لان التوكيل بالمرئية غير التوكيل بالجمعية فلم تكمل الشهادة على فعل واحد، وكذلك لو شهد أحدهما أنه قال وكلتك وشهد الآخر أنه قال أذنت لك في التصرف أو أنه قال جعلتك وكيلاً أو شهد أنه قال جعلتك جرياً لم تتم الشهادة لان اللفظ مختلف والجري الوكيل، ولو قال أحدهما أشهد أنه وكله وقال الآخر أشهد أنه اذن له في التصرف تمت الشهادة لانها لم يحكما لفظ الموكل وإنما عبرا عنه بلفظها واختلاف لفظها لا يؤثر اذا اتفق معناه، ولو قال أحدهما أشهد أنه أقر عندي أنه وكله وقال الآخر أشهد أنه أقر عندي أنه جريه او انه اوصى اليه بالتصرف في حياته ثبتت الوكالة بذلك، ولو شهد احدهما انه وكله في بيع عبده وشهد الآخر انه وكله وزيداً أو شهد انه وكله في بيعه وقال لا تبعه حتى تستأمرني او تستأمر فلانا لم تتم

(المغني والشرح الكبير) (٣٤) «الجزء الخامس»

(فصل) فان شهد احدهما انه وكله يوم الجمعة وشهد آخر انه وكله يوم السبت لم تتم الشهادة لان التوكيل يوم الجمعة غير التوكيل يوم السبت فلم تكمل شهادتهما على فعل واحد وان شهد احدهما انه اقر بتوكيله يوم الجمعة وشهد الآخر انه اقر به يوم السبت تمت الشهادة لان الاقرارين اخبار عن عقد واحد ويشق جمع الشهود ليقر عندهم حالة واحدة فحوز له الاقرار عند كل واحد وحده، وكذلك لو شهد احدهما انه اقر عنده بالوكالة بالعربية وشهد الآخر انه اقر بها بالعجمية ثبتت، ولو شهد احدهما انه وكله بالعربية وشهد الآخر انه وكله بالعجمية لم تكمل الشهادة لان التوكيل بالعربية غير التوكيل بالعجمية فلم تكمل الشهادة على فعل واحد وكذلك لو شهد احدهما انه قال وكلتك وشهد الآخر انه قال اذنت لك في التصرف او انه قال جعلتك وكلا او شهد انه قال جعلتك جريا لم تتم الشهادة لان اللفظ مختلف والجري التوكيل، ولو قال احدهما اشهد انه وكله وقال الاخر اشهد انه اذن له في التصرف تمت الشهادة لانهما لم يحكما لفظ الموكل وانما عبرا عنه بلفظها واختلاف لفظها لا يؤثر اذا اتفق معناه ولو قال احدهما اشهد انه اقر عندي انه وكله وقال الآخر اشهد انه اقر انه جريه او انه اوصى اليه بالتصرف في حياته ثبتت الوكالة بذلك، ولو شهد احدهما انه وكله في بيع عبده وشهد الآخر انه وكله وزيدا او شهد انه وكله في بيعه وقال لا تبعه حتى تستأمرني او تستأمر فلانا لم

الشهادة لان الاول اثبت استقلالا بالبيع من غير شرط واثاني ينفي ذلك فكانا مختلفين ، وان شهد احدهما انه وكله في بيع عبده وشهد الآخر انه وكله في بيع عبده وجاريتيه حكم بالوكالة في العبد لانفاقها عليه وزيادة الثاني لا تقـدح في تصرفه في الاول فلا تضر وهكذا لو شهد احدهما انه وكله في بيعه لزيد وشهد الآخر انه وكله في بيعه لزيد وان شاء لعمرو

(فصل) ولا تثبت الوكالة والعزل بخبر الواحد وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة تثبت بخبر الواحد وان لم يكن ثقة ويجوز التصرف للخبر بذلك اذا غلب على ظنه صدق الخبر بشرط الضمان ان انكر الموكل ويثبت العزل بخبر الواحد اذا كان رسولا لان اعتبار شاهدين عدلين في هذا يشق فستقط اعتباره ولانه اذن في التصرف ومنع منه فلم تعتبر فيه شروط الشهادة كاستخدام غلامه

ولنا انه عقد مالي فلا يثبت بخبر الواحد كالبيع وفارق الاستخدام فانه ليس بعقد ولو شهد اثنان ان فلانا الغائب وكل فلانا الحاضر فقال الوكيل ما علمت هذا وانا اتصرف عنه ثبتت الوكالة لان معنى ذلك اني لم اعلم الى الآن وقبول الوكالة يجوز متراخيا وليس من شرط التوكيل حضور الوكيل ولا علمه فلا يضر جهله به وان قال ما اعلم صدق الشاهدين لم تثبت وكالته لقدحه في شهادتها وان قال ما علمت وسكت قيل له فسر فان فسر بالاول ثبتت وكالته وان فسر بالثاني لم تثبت

(فصل) ويصح سماع البينة بالوكالة على الغائب وهو أن يدعي ان فلانا الغائب وكلني في كذا وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا يصح بناء على ان الحكم على الغائب لا يصح

تم الشهادة لان الاول اثبت استقلاله بالبيع من غير شرط والثاني ينفي ذلك فكانا مختلفين، وان شهد احدهما انه وكله في بيع عبده وشهد الآخر انه وكله في بيع عبده وجاريتيه حكم بالوكالة في العبد لاتفاقهما عليه وزيادة الثاني لا تقدر في تصرفه في الاول فلا تضر وهكذا او شهد احدهما انه وكله في بيعه لزيد وشهد الآخر انه وكله في بيعه لزيد وان شاء لعمره

(فصل) ولا تثبت الوكالة والعزل بخبر الواحد وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة تثبت الوكالة بخبر الواحد وان لم يكن ثقة ويجوز التصرف للمخبر بذلك اذا غلب على ظنه صدق الخبر بشرط الضمان ان انكر الموكل وبثبت العزل بخبر الواحد اذا كان رسولا لان اعتبار شاهدين عدلين في هذا يشق فسقط اعتباره ولانه اذن في التصرف ومنع منه فلم يعتبر في هذا شروط الشهادة كاستخدام غلامه ولنا انه عقد مالي فلا يثبت بخبر الواحد كالبيع وفارق الاستخدام فانه ليس بعقد، ولو شهد اثنان ان فلانا الغائب وكل فلانا الحاضر فقال الوكيل ما علمت هذا وانا أنصرف عنه ثبتت الوكالة لان معنى ذلك اني لم أعلم الى الآن وقبول الوكالة يجوز متراهياً وليس من شرط التوكيل حضور الوكيل ولا علمه فلا يضر جهله به وان قال ما أعلم صدق الشاهدين لم تثبت وكالته لقدحه في شهادتهما وان قال ما علمت وسكت قيل له فسرفان فسر بالاول ثبتت وكالته وان فسره بالثاني لم تثبت

(فصل) وبه مع سماع البينة بالوكالة على الغائب وهو أن يدعي أن فلانا الغائب وكنتي في كذا وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا يصح بناء على أن الحكم عنى الغائب لا يصح وانا أنه لا يعتبر رضاه في سماع البينة فلا يعتبر حضوره كغيره واذا قال له من عليه الحق احلف أنك تستحق مطالبي لم تسمع دعواه لان ذلك طعن في الشهادة وان قال قد عزلك الموكل فاحلف أنه ما عزلك لم يستحلف لان الدعوى على الموكل واليمين لا تدخلها النيابة، وان قال أنت تعلم أن موكلك قد عزلك سمعت دعواه وان طلب اليمين من الوكيل حلف أنه لا يعلم أن موكله عزله لان الدعوى عليه وان أقام الخصم بينة بالهزل سمعت وانزل الوكيل

(فصل) وتقبل شهادة الوكيل على موكله لعدم التهمة فانه لا يجربها نقماً ولا يدفع بها ضرراً

ولنا أنه لا يعتبر رضاه في سماع البينة فلا يعتبر حضوره كغيره واذا قال له من عليه الحق احلف أنك تستحق مطالبي لم يسمع لان ذلك طعن في الشهادة وان قال قد عزلك الموكل فاحلف أنه ما عزلك لم يستحلف لان الدعوى على الموكل واليمين لا تدخلها النيابة، وان قال أنت تعلم ان موكلك قد عزلك سمعت دعواه وان طلب اليمين من الوكيل حلف على نفي العلم لان الدعوى عليه وان أقام الخصم بينة بالهزل سمعت وانزل الوكيل

(فصل) وتقبل شهادة الوكيل على موكله لعدم التهمة لانه لا يجربها نقماً ولا يدفع بها ضرراً

وتقبل شهادته له فيما لم يوكله فيه لانه لا يجر الى نفسه نقماً ولا تقبل شهادته له فيما هو وكيل فيه لانه يثبت لنفسه حقاً بدليل أنه اذا وكله في قبض حق فشهد به له ثبت استحقاق قبضه ولانه خصم فيه بدليل أنه يملك المحاصمة فيه فان شهد بما كان وكيلاً فيه بعد عزله لم تقبل أيضاً سواء كان خاصم فيه بالوكالة أو لم يخصم وبهذا قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة ان كان لم يخصم فيه قبل شهادته لانه لا حق له فيه ولم يخصم فيه فأشبه ما لو لم يكن وكيلاً فيه وللشافعي قولان كالمذهبين ولنا أنه بعقد الوكالة صار خصماً فيه فلم تقبل شهادته فيه كما لو خصم فيه وفارق ما لم يكن وكيلاً فيه فانه لم يكن خصماً فيه

(فصل) اذا كانت الامة بين نفسين فشهدا أن زوجها وكل في طلاقها لم تقبل شهادتها لانها يجران الى أنفسهما نقماً وهو زوال حق الزوج من البضع الذي هو ملكهما وان شهدا بعزل الوكيل في الطلاق لم تقبل لانهما يجران الى أنفسهما نقماً وهو ابقاء النفقة على الزوج ولا تقبل شهادة ابني الرجل له بالوكالة ولا أبويه لانهما يثبتان له حق التصرف ولا يثبت للانسان حق بشهادة ابنه ولا أبيه ولا تقبل شهادة ابني الموكل ولا أبويه بالوكالة وقال بعض الشافعية تقبل لان هذا حق على الموكل يستحق به الوكيل المطالبة فقبلت فيه شهادة قرابة الموكل كالاقرار ولنا أن هذه شهادة يثبت بها حق لايه أو ابنه فلم تقبل كشهادة ابني الوكيل وأبويه وذلك

وتقبل شهادته له فيما لم يوكله فيه لكونه لا يجر الى نفسه نقماً ولا تقبل شهادته له فيما هو وكيل له فيه لانه يثبت لنفسه حقاً بدليل أنه اذا كان وكله في قبض حق فشهد به ثبت له استحقاق قبضه ولانه خصم فيه بدليل انه يملك المحاصمة فيه فان شهد بما كان وكيلاً فيه بعد عزله لم تقبل أيضاً سواء كان خاصم فيه بالوكالة أو لم يخصم وبهذا قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة ان كان لم يخصم فيه قبلت شهادته لانه لا حق له فيه وان لم يخصم فيه فأشبه ما لو لم يكن وكيلاً فيه وللشافعي قولان كالمذهبين ولنا أنه بعقد الوكالة صار خصماً فيه فلم تقبل شهادته فيه كما لو خصم فيه وفارق ما لم يكن وكيلاً فيه فانه لم يكن خصماً فيه

(فصل) اذا كانت الامة بين نفسين فشهدا ان زوجها وكل في طلاقها لم تقبل شهادتها لانها يجران لانفسهما نقماً وهو زوال حق الزوج من البضع الذي هو ملكهما، وان شهدا بعزل الوكيل في الطلاق لم تقبل لانها يجران الى أنفسهما نقماً وهو ابقاء النفقة على الزوج، ولا تقبل شهادة ابني الرجل له بالوكالة ولا أبويه لانها يثبتان له حق التصرف ولا يثبت للانسان حق بشهادة ابنه ولا أبيه ولا تقبل شهادة ابني الموكل ولا أبويه بالوكالة وقال بعض الشافعية تقبل لان هذا حق على الموكل يستحق به الوكيل المطالبة فقبلت فيه شهادة قرابة الموكل كالاقرار ولنا ان هذه شهادة يثبت بها حق لأبيه أو ابنه فلم تقبل كشهادة ابني الوكيل وأبويه ولانها

لانها يثبتان لايهما نائباً متصرفاً ، له وفارق الشهادة عليه بالاقرار فانها شهادة عليه متمحضة ولو ادعى الوكيل الوكالة فأنكرها الموكل فشهد عليه ابناه أو أبواه ثبتت الوكالة وأمضي تصرفه لان ذلك شهادة عليه ، وان ادعى الموكل أنه تصرف بوكالته وأنكر الوكيل فشهد عليه أبواه أو ابناه قبل أيضاً لذلك ، وان ادعى وكيل لموكله الغائب حقاً وطالب به فادعى الخصم أن الموكل عزله وشهد له بذلك ابنا الموكل قبلت شهادتهما وثبت العزل بها لانهما يشهدان على أيهما وان لم يدع الخصم عزله لم تسمع شهادتهما لانهما يشهدان لمن لا يدعيها فان قبض الوكيل فحضر الموكل وادعى أنه كان قد عزل الوكيل وان حقه باق في ذمة الغريم وشهد له ابناه لم تقبل شهادتهما لانهما يثبتان حقاً لايهما ولو ادعى مكاتب الوكالة فشهد له سيده أو ابنا سيده أو أبواه لم تقبل لان السيد يشهد لبعده وأبناه يشهدان لبعده أيهما والابوان يشهدان لبعدهما فان عتق فأعاد الشهادة فهل تقبل ؟ محتمل وجهين

(فصل) اذا حضر رجلان عند الحاكم فأقر أحدهما أن الآخر وكيله ثم غاب الموكل وحضر الوكيل فقدم خصماً لموكله وقال أنا وكيل فلان فأنكر الخصم كونه وكيله فان قلنا لا يحكم الحاكم بملئه لم تسمع دعواه حتى تقوم اليقينة بوكالته وان قلنا يحكم بملئه وكان الحاكم يعرف الموكل بينه واسمه ونسبه صدقه ومكنته من التصرف لان معرفته كاليقينة وان عرفه بينه دون اسمه ونسبه لم يقبل قوله حتى تقوم اليقينة عنده بالوكالة لانه يريد تثبيت نسبه عنده بقوله فلم يقبل

يثبتان لايهما نائباً متصرفاً له ، وفارق الشهادة عليه بالاقرار فانها شهادة عليه متمحضة ولو ادعى الوكيل الوكالة فأنكرها الموكل فشهد عليه ابناه أو أبواه ثبتت الوكالة وأمضي تصرفه لان ذلك شهادة عليه ولو ادعى الموكل أنه تصرف بوكالته وأنكر الوكيل فشهد عليه أبواه أو ابناه قبل أيضاً كذلك وان ادعى وكيل الموكل الغائب حقاً وطالب به فادعى الخصم ان الموكل عزله وشهد له بذلك ابنا الموكل قبلت شهادتهما وثبت العزل بها لانهما يشهدان على أيهما وان لم يدع الخصم عزله لم تسمع شهادتهما لانهما يشهدان لمن لا يدعيها فان قبض الوكيل فحضر الموكل وادعى أنه كان قد عزل الوكيل وأن حقه باق في ذمة الغريم وشهد له ابناه لم تقبل شهادتهما لانهما يثبتان حقاً لايهما ولو ادعى مكاتب الوكالة فشهد له سيده أو ابنا سيده أو أبواه لم تقبل لان السيد يشهد لبعده وأبناه يشهدان لبعده أيهما والابوان يشهدان لبعدهما ، وان عتق فأعاد الشهادة فهل تقبل ؟ محتمل وجهين

(فصل) اذا حضر رجلان عند الحاكم فأقر أحدهما ان الآخر وكيله ثم غاب الموكل وحضر الوكيل فقدم خصماً لموكله وقال أنا وكيل فلان فأنكر الخصم كونه وكيله فان قلنا لا يحكم الحاكم بملئه لم تسمع دعواه حتى تقوم اليقينة بوكالته وان قلنا يحكم بملئه وكان الحاكم يعرف الموكل بينه واسمه ونسبه صدقه ومكنته من التصرف لان معرفته كاليقينة وإن عرفه بينه دون اسمه ونسبه لم يقبل قوله حتى تقوم اليقينة عنده بالوكالة لانه يريد تثبيت نسبه عنده بقوله فلم يقبل

(فصل) ولو حضر عند الحاكم رجل فادعى أنه وكيل فلان الغائب في شيء عينه وأحضر بينة تشهد له بالوكالة سمعها الحاكم ولو ادعى حقاً لموكله قبل ثبوت وكالته لم يسمع الحاكم دعواه وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة لا يسمعها إلا أن يقدم خصماً من خصماء الموكل فيدعى عليه حقاً فإذا أجاب المدعى عليه حينئذ يسمع الحاكم البينة فحصل الخلاف بيننا في حكيم (أحدهما) أن الحاكم عندنا يسمع البينة على الوكالة من غير حضور خصم وعنده لا يسمع (والثاني) أنه لا تسمع دعواه لموكله قبل ثبوت وكالته وعنده تسمع، وبني أبو حنيفة على أصله في أن القضاء على الغائب لا يجوز وسماع البينة بالوكالة من غير خصم قضاء على الغائب وإن الوكالة لا تلزم الخصم ما لم يجب الوكيل عن دعوى الخصم أنك لست بوكيل ولنا أنه اثبات للوكالة فلم يفتقر إلى حضور الموكل عليه كما لو كان الموكل عليه جماعة فأحضر واحد منهم فإن الباقي لا يفتقر إلى حضورهم كذلك ههنا، والدليل على أن الدعوى لا تسمع قبل ثبوت الوكالة أنها لا تسمع إلا من خصم يخاصم عن نفسه أو عن موكله وهذا لا يخاصم عن نفسه ولم يثبت أنه وكيل لمن يدعي له فلا تسمع دعواه كما لو ادعى لمن لم يدع وكالته وفي هذا الأصل جواب عما ذكره (فصل) ولو حضر رجل وادعى على غائب مالا في وجهه وكيه فانكره فأقام بينة بما ادعاه حلفه الحاكم وحكم له بالمال فإذا حضر الموكل وجحد الوكالة أو ادعى أنه كان قد عزله لم يؤثر ذلك في الحكم لأن القضاء على الغائب لا يفتقر إلى حضور وكيه .

(فصل) إذا قال بع هذا الثوب بعشرة فما زاد عليها فهو لك صح واستحق الزيادة وقال الشافعي لا يصح . ولنا أن ابن عباس كان لا يرى بذلك بأساً ولأنه يتصرف في ماله بأذنه فصح شرط الربح له في الثاني بالمضارب والعامل في المساقاة .

(فصل) ولو حضر عند الحاكم رجل فادعى أنه وكيل فلان الغائب في شيء عينه وأحضر بينة تشهد له بالوكالة سمعها الحاكم، ولو ادعى حقاً لموكله قبل ثبوت وكالته لم يسمع الحاكم دعواه وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة لا يسمعها إلا أن يقدم خصماً من خصماء الموكل فيدعى عليه حقاً فإذا أجاب المدعى عليه حينئذ يسمع الحاكم البينة، فحصل الخلاف بيننا في حكيم (أحدهما) أن الحاكم يسمع البينة على الوكالة من غير حضور خصم وعنده لا يسمع (الثاني) أنه لا يسمع دعواه لموكله قبل ثبوت وكالته وعنده يسمع وبني أبو حنيفة على أصله في أن القضاء على الغائب لا يجوز وسماع البينة بالوكالة من غير خصم بها قضاء على الغائب وإن الوكالة لا تلزم الخصم ما لم يجب الوكيل عن دعوى الخصم أنك لست بوكيل ولنا أنه اثبات للوكالة فلم يفتقر إلى حضور الموكل عليه كما لو كان عليه جماعة فأحضر واحداً منهم فإن الباقي لا يفتقر إلى حضورهم كذلك ههنا، والدليل على أن الدعوى لا تسمع قبل ثبوت الوكالة أنها لا تسمع إلا من خصم يخاصم عن نفسه أو عن موكله وهذا لا يخاصم عن نفسه ولم يثبت أنه وكيل لمن يدعي له فلا تسمع دعواه كما لو ادعى لمن لم يدع وكالته وفي هذا الأصل جواب عما ذكره (فصل) ولو حضر رجل وادعى على غائب مالا في وجهه وكيه فانكره فأقام بينة بما ادعاه حلفه الحاكم وحكم له بالمال فإذا حضر الموكل وجحد الوكالة وادعى أنه كان قد عزله لم يؤثر ذلك في الحكم لأن القضاء على الغائب لا يفتقر إلى حضور وكيه

كتاب الاقرار بالحقوق

الاقرار هو الاعتراف ، والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى (وإذا أخذ الله ميثاق النبيين - إلى قوله - قال أقررتم وأخذتم على ذلكم إصري؟ قالوا أقررنا) وقال تعالى (وآخرون اعترفوا بذنوبهم) وقال تعالى (ألست بربكم؟ قالوا بلى) في أي كثيرة مثل هذا ، وأما السنة فأروي ان ما عزا أقر بالزنا فرجه رسول الله ﷺ وكذلك الغامدية وقال « واغديا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » وأما الاجماع فان الأئمة أجمعت على صحة الاقرار ولأن الاقرار إخبار على وجه ينفي عنه التهمة والريبة فان العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضرها ولهذا كان أكد من الشهادة فان المدعى عليه اذا اعترف لا تسمع عليه الشهادة وإنما تسمع اذا أنكر ولو كذب المدعى بيته لم تسمع وان كذب المقر ثم صدقه سمع .

(فصل) ولا يصح الاقرار إلا من عاقل مختار فاما الطفل والمجنون والمبرسم والنائم والمغنى عليه فلا يصح اقرارهم لا نعلم في هذا خلافاً وقد قال عليه السلام « رفع القلم عن ثلاثة ، عن الصبي حتى يبلغ ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ » فنص على الثلاثة والمبرسم والمغنى عليه في معنى المجنون والنائم ولانه قول من غائب العقل فلم يثبت له حكم كالبيع والطلاق ، وأما الصبي المميز فان كان

كتاب الاقرار

الاقرار الاعتراف والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى (وإذا أخذ الله ميثاق النبيين - إلى قوله - قال أقررتم وأخذتم على ذلكم إصري؟ قالوا أقررنا) وقال تعالى (وآخرون اعترفوا بذنوبهم) وقال تعالى (ألست بربكم؟ قالوا بلى) في أي كثيرة مثل هذا ، وأما السنة فأروي ان ما عزا أقر بالزنا فرجه النبي ﷺ وكذلك الغامدية وقال « واغديا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » وأما الاجماع فان الامة أجمعت على صحة الاقرار ولأن الاقرار إخبار على وجه تنتفي عنه التهمة والريبة فان العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضرها ولهذا كان أكد من الشهادة فان المدعى عليه اذا اعترف لا تسمع عليه الشهادة وإنما تسمع إذا أنكر ولو كذب المدعى بيته لم تسمع وإن كذب المقر ثم صدقه سمع .

(مسئلة) (وبصح الاقرار من كل مكلف مختار غير محجور عليه . أما الطفل والمجنون فلا يصح اقرارهما وكذلك المبرسم والنائم والمغنى عليه)

لا نعلم في هذا خلافاً وقد قال عليه الصلاة والسلام « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ » فنص عن الثلاثة والمبرسم والمغنى عليه في معنى المجنون

محجوراً عليه لم يصح إقراره وان كان مأذوناً له صح إقراره في قدر ما أذن له فيه . قال احمد في رواية مهنا في اليتيم اذا أذن له في التجارة وهو يعقل البيع والشراء فينبهه وشراؤه جائز وان أقر انه اقتضى شيئاً من ماله جاز بقدر ما أذن له وليه فيه وهذا قول ابي حنيفة ، وقال ابو بكر وابن ابي موسى انما يصح اقراره فيما أذن له في التجارة فيه في الشيء اليسير ، وقال الشافعي لا يصح اقراره بحال لعموم الخبر ولانه غير بالغ فأشبهه الطفل ولانه لا تقبل شهادته ولا روايته فأشبهه الطفل .

ولنا انه عاقل مختار يصح تصرفه فضح اقراره كالبالغ وقد دللنا على صحة تصرفه فيما مضى والخبر محمول على رفع التكليف والائتم فان أقر من هو مرأق غير مأذون له ثم اختلف هو والمقر له في بلوغه فالقول قوله إلا أن تقوم بينة يبلوغه لان الاصل الصغر ولا يخلف المقر لانا حكنا بعدم بلوغه الا أن يختلفا بعد ثبوت بلوغه فعليه اليمين انه حين أقر لم يكن بالغاً ومن زال عقله بسبب مباح أو معذور فيه فهو كالجنون لا يسمع إقراره بلا خلاف وإن كان بمصيبة كالسكران ومن شرب ما يزيد عقله طامداً لغير حاجة لم يصح إقراره ويتخرج أن يصح بناء على وقوع طلاقه وهو منصوص الشافعي لأن أفعاله تجري مجرى الصاحي .

ولنا أنه غير عاقل فلم يصح اقراره كالجنون الذي سبب جنونه فعل محرم ولان السكران لا يوثق بصحة ما يقول ولا تنتفي عنه التهمة فيما يخبر به فلم يوجد معنى الاقرار الموجب لقبول قوله وأما المكره

والنائم ولانه قول من غائب العقل فلم يثبت له حكم كاليسم والطلاق ، فأما الصبي المميز فان كان محجوراً عليه لم يصح اقراره للنص وإن كان مأذوناً له في البيع والشراء فينبهه وشراؤه جائز ، وان أقر انه اقتضى شيئاً من ماله جاز بقدر ما أذن له وليه فيه وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو بكر وابن ابي موسى انما يصح اقراره فيما أذن له في التجارة فيه في الشيء اليسير وقال الشافعي لا يصح إقراره بحال لعموم الخبر ولانه غير بالغ أشبهه الطفل ولانه لا تقبل شهادته ولا روايته أشبهه الطفل

ولنا أنه عاقل مختار يصح تصرفه فضح إقراره كالبالغ وقد دللنا على صحة تصرفه فيما مضى والخبر محمول على رفع التكليف والائتم .

(مسئلة) (وكذلك العبد المأذون له في التجارة) لما ذكرنا في الصبي بل صحة اقرار العبد أولى لانه مكلف

(مسئلة) (فان أقر مرأق غير مأذون له ثم اختلف هو والمقر له في بلوغه فالقول قول المقر)

الا أن تقوم بينة يبلوغه لان الاصل الصغر ولا يخلف لانا حكنا بعدم بلوغه الا أن يختلفا بعد

ثبوت بلوغه فعليه اليمين أنه حين أقر لم يكن بالغاً

(مسئلة) (ولا يصح اقرار السكران وتتخرج صحته بناء على طلاقه)

اما من زال عقله بسبب مباح أو معذور فيه فهو كالجنون لا يصح اقراره بشير خلاف وان كان

فلا يصح اقراره بما أكره على الاقرار به وهذا مذهب الشافعي لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولانه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح كالبيع وإن أقر بغير ما أكره عليه مثل أن يكره على الاقرار لرجل فأقر لغيره أو بنوع من المال فيقر بغيره أو على الاقرار بطلاق امرأة فأقر بطلاق أخرى أو أقر بعنق عبد صح لانه أقر بما لم يكره عليه فصح كما لو أقر به ابتداء، ولو أكره على اداء مال فباع شيئاً من ماله ليؤدي ذلك صح بيعه نص عليه لانه لم يكره على البيع، ومن أقر بحق ثم ادعى أنه كان مكرهاً لم يقبل قوله إلا بينة سواء أقر عند السلطان أو عند غيره لان الاصل عدم الاكراه إلا أن يكون هناك دلالة على الاكراه كالقيود والحبس والتوكيل به فيكون القول قوله مع يمينه لان هذه الحال تدل على الاكراه، ولو ادعى انه كان زائلاً العقل حال اقراره لم يقبل قوله إلا بينة لان الاصل السلامة حتى يعلم غيرها، ولو شهد الشهود باقراره لم تفتقر صحة الشهادة الى أن يقولوا طوعاً في صحة عقله لان الظاهر سلامة الحال وصحة الشهادة وقد ذكرنا حكم اقرار السفیه والمفلس والمريض في أبوابه. واما العبد فيصح اقراره بالحد والقصاص فيما دون النفس لان الحق له دون مولاه، ولا يصح اقرار المولى عليه لان المولى لا يملك من العبد الا المال ويحتمل أن يصح اقرار المولى عليه بما يوجب تقصاص ويوجب المال دون القصاص لان المال يتعلق برقبته وهي مال السيد فصح اقراره به كجناية الخطأ. واما اقراره بما يوجب القصاص في النفس فالمنصوص

خلاف وإن كان بمصيبة كالسكران ومن شرب ما يزيل عقله عامداً لغير حاجة لم يصح اقراره وبخروج أن يصح كطلاقه وهو منصوص الشافعي لان أعماله تجري مجرى الصاحي

ولنا أنه غير عاقل فلم يصح اقراره كالجنون الذي سبب جنونه فعل محرم ولان السكران لا يوثق بصحة ما يقول ولا تنتفي عنه التهمة فيما يخبر به فلم يوجد معنى الاقرار الموجب لقبول قوله .

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح اقرار المكره الا ان يقر بغير ما أكره عليه مثل ان يكره على الاقرار لانسان فيقر لغيره أو على الاقرار بطلاق امرأة فيقر بطلاق غيرها أو على الاقرار بدنانير فيقر بدراهم فيصح) لا يصح اقرار المكره بما أكره على الاقرار به، وهذا مذهب الشافعي لقول رسول الله ﷺ «رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولانه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح كالبيع فلما ان أقر بغير ما أكره عليه مثل ان يكره على الاقرار لرجل فيقر لغيره أو بنوع من المال فيقر بغيره أو على الاقرار بطلاق امرأة فيقر بطلاق أخرى أو أقر بعنق عبد صح لانه أقر بما لم يكره عليه فصح كما لو أقر به ابتداء

﴿مسئلة﴾ (وان أكره على وزن ممن فباع داره في ذلك صح بيعه)

نص عليه احمد لانه لم يكره على البيع، ومن أقر بحق ثم ادعى أنه كان مكرهاً لم يقبل قوله إلا

عن احمد انه لا يقبل ويتبع به بعد العتق وبه قال زفر والمزني وداود وابن جرير الطبري لانه يسقط حق سيده باقراره فأشبهه الاقرار بقتل الخطأ ولانه متهم في أنه يقر لرجل ليعفو عنه ويستحق أخذه فيتخلص بذلك من سيده، واختار أبو الخطاب انه يصح اقراره به وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لانه أحد نوعي القصاص فصح اقراره به كما دون الثنسي، وبهذا الاصل ينتقض دليل الاول وينبغي على هذا القول أن لا يصح عفو ولي الجناية على مال الا باختيار سيده لثلاثي يفضي الى ايجاب المال على سيده باقرار غيره، فلا يقبل اقرار العبد بجناية الخطأ ولا شبه العمدة ولا بجناية عمد، وجب المال كالجائنة والمأومة لانه ايجاب حق في رقبته وذلك يتعلق بحق المولى، ويقبل اقرار المولى عليه لانه ايجاب حق في ماله وان أقر بسرقة موجهها المال لم يقبل اقراره ويقبل اقرار المولى عليه لما ذكرنا، وان كان موجهها القطع والمال فأقر بها العبد وجب قطعه ولم يجب المال سواء كان ما أقر بسرقة باقيا أو تالفا في يد السيد أو يد العبد قال احمد في عبد أقر بسرقة دراهم في يده انه سرقة من رجل والرجل يدعي ذلك وسيده يكذبه فالدراهم لسيدة ويقطع العبد ويتبع بذلك بعد العتق، وللشافعي في وجوب المال في هذه الصورة وجهان ويحتمل أن لا يجب القطع لان ذلك شبهة فيدراً بها القطع لسكونه حداً يدرأ بالشبهات وهذا قول أبي حنيفة وذلك لان العين التي يقر بسرقتها لم يثبت حكم السرقة فيها فلا يثبت حكم القطع بها، وان أقر العبد بقرعة لغير من هو في يده لم يقبل اقراره بالرق لان الاقرار بالرق اقرار بالملك والعبد لا يقبل اقراره بمحال ولا تنا

بينة سواء أقر عند سلطان أو عند غيره لان الاصل عدم الاكراه، الا ان يكون هناك دلالة على الاقرار كالقيد والحبس والتوكل به فيكون القول قوله مع يمينه لان الحال تدل على الاكراه، ولو ادعى أنه كان زائلاً العقل حال اقراره لم يقبل قوله الا بينة لان الاصل السلامة حتى يعلم غيرها، ولو شهد الشهود باقراره لم تفتقر صحة الشهادة الى أن يقولوا طوعاً في صحة عقله لان الظاهر السلامة وصحة الشهادة وقد ذكرنا اقرار السفية والمفلس فيما مضى

(مسئلة) (وأما المريض مرض الموت الخوف فيصح اقراره بغير المال) لانه لا أهمية عليه في

ذلك وإنما تلحقه التهمة في المال

(مسئلة) (وان أقر بمال لمن لا يرثه صح في أصح الروايتين)

لانه غير متهم في حقه وهو قول أكثر اهل العلم قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل

العلم على أن اقرار المريض في مرضه لغير الوارث جائز، وحكى أصحابنا رواية أنه لا يقبل لانه لإقرار في مرض الموت أشبه الاقرار للوارث وفيه رواية أخرى أنه لا يصح بزيادة على التلك ذكرها أبو

الخطاب لانه ممنوع من عطية الوارث فلم يصح اقراره بما لا يملك عطيته بخلاف التلك فما دون

ولنا أنه اقرار غير متهم فيه فقبل كالاقرار في الصحة بحقه أن حالة المرض أقرب الى الاحتيال

لنفسه وأبرأ لذمته ونحري الصدق فكان أولى بالقبول وفارق الاقرار للوارث فانه متهم فيه

لو قبلنا اقراره أضمرنا بسيدته لانه اذا شاء أقر لغير سيده فأبطل ملكه، وان أقر به السيد لرجل وأقر هو لآخر فهو للذي أقر له السيد لانه في يد السيد لا في يد نفسه ولان السيد لو أقر به منفرداً قبل ولو أقر العبد منفرداً لم يقبل فاذا لم يقبل اقرار العبد منفرداً فكيف يقبل مع معارضته لاقرار السيد؟ ولو قبل اقرار العبد لما قبل اقرار السيد كالحمد وجناية العمد . وأما المكاتب فحكمه حكم الحر في صحة اقراره ، ولو أقر بجناية خطأ صح اقراره فان عجز بيع فيها ان لم يفده سيده وقال أبو حنيفة يستسعى في الكتابة وان عجز بطل اقراره بها سواء قضي بها أو لم يقض وعن الشافعي كقولنا وعنه انه مراعى ان ادى لزمه وان عجز بطل . ولنا أنه اقرار لزمه في كتابته فلا يبطل بمجرد كالاقرار بالدين وعلى الشافعي ان المكاتب في يد نفسه فصح اقراره بالجناية كالحر .

(فصل) ويصح الاقرار لكل من يثبت له الحق فاذا أقر لعبد ينكح أو قصاص أو تميز القذف صح الاقرار له صدقة المولى أو كذبه لان الحق له دون سيده . وله المطالبة بذلك والعفو عنه وليس لسيدته مطالبته به ولا عفو وان كذبه العبد لم يقبل وان أقر له بمال صح ويكون لسيدته لان يد العبد كيد سيده ، وقال أصحاب الشافعي ان قلنا يملك المال صح الاقرار له وان قلنا لا يملك كان الاقرار لمولاه يلزم بتصديقه ويبطل برده، وان أقر له بهيمة أو دار لم يصح اقرارها وكان باطلا لانها لا تملك

(مسئلة) (ولا يحاص المقر له غرماء الصحة)

وقال أبو الحسن التميمي والقاضي يحاصهم إذا ثبت عليه دين في الصحة ثم أقر لأجنبي بدين في مرض موته واتسع ماله لهانساويا وان ضاق عنهما فقبل بينهما سواء ، والمذهب أن يقدم الدين الثابت على الدين الذي أقر به في المرض قاله أبو الخطاب قال القاضي وهو قياس المذهب، نص احمد في المغلس على أنه إذا أقر وعليه دين بينة يبدأ بالدين الذي بالينة ، وبهذا قال التميمي والثوري وأصحاب الرأي لانه أقر بعد تعلق الحق بتركته فوجب ان لا يشارك المقر له من ثبت دينه بينة كفرم المغلس الذي أقر له بعد الحجر عليه، والدليل على تعلق الحق بماله منعه من التبرع والاقرار لو ارث ولانه محجور عليه ولهذا لا تنفذ هباته فلم يشارك من أقر له قبل الحجر ومن ثبت دينه بينة كالذي أقر له المغلس وظاهر كلام الحرقي انهما يتحصان وهو قول أبي الحسن التميمي وبه قال مالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وذكر أبو عبيد أنه قول أكثر اهل المدينة فان أقر لها في المرض جميعاً تساويا

(مسئلة) (وان اقر لوارث لم يقبل الابينة)

وبهذا قال شريح وأبو هاشم وابن أذينة والنخعي وبجي الانصاري وأبو حنيفة وأصحابه وروي ذلك عن القاسم وسالم وقال عطاء والحسن واسحاق وأبو ثور يقبل لان من صح الاقرار له في الصحة صح في المرض كالأجنبي وللشافعي قولان كالمذهبين وقال مالك يصح اذا لم يهرم ويبطل إذا هم كمن له بنت وابن

المال مطلقاً ولا يد لها وان قال علي بسبب هذه الهبة لم يكن اقراراً لأحد لانه لم يذكر لمن هي ومن شرط صحة الاقرار ذكر المقر له وإن قال لمالكها أو لزيد علي بسببها الفصح الاقرار وان قال بسبب حمل هذه الهبة لم يصح اذ لا يمكن إيجاب شيء بسبب الحمل .

(فصل) وان أقر لأمراة بمال وعزاه الى ارث أو وصية صح وكان للحمل وان أطلق فقال ابو عبد الله بن حامد يصح وهو أصح قول الشافعي لانه يجوز أن يملك بوجه صحيح فصح له الاقرار المطلق كالطفل . فعلى هذا ان ولدت ذكر أو أنثى كان بينهما نصفين ، وان عزاه الى ارث أو وصية كان بينهما على حسب استحقاقهما لذلك وقال ابو الحسن التميمي لا يصح الاقرار الا ان يعزبه الى ارث أو وصية وهو قول أبي ثور والقول الثاني للشافعي لانه لا يملك بغيرها فان ولدت الولد ميتا وكان قد عزى الاقرار الى ارث أو وصية عادت الى ورثة الموصي . وورث الطفل وان أطلق الاقرار كلف ذكر السبب فيعمل بقوله فان تعذر التفسير بموته أو غيره بطل اقراره كمن أقر لرجل لا يعرف من أراد باقراره ، وان عزى الاقرار إلى جهة غير صحيحة فقال لهذا الحمل علي أنت أقرضتها أو ودعة أخذتها منه فعلى قول التميمي الاقرار باطل ، وعلى قول ابن حامد ينبغي أن يصح اقراره لانه وصل اقراره بما يسقطه فيسقط ما وصله به كما لو قال له علي ألف لاتزمني وإن قال له علي ألف جعلتها له أو نحو ذلك فهي عدة لا يؤخذ بها ، ولا يصح الاقرار لحمل إلا إذا ثبت انه كان موجوداً

عم فافر لابنته لم يقبل وان أقر لابن عمه قبل لانه لا يتهم في أنه يزوي ابنته ويوصل المال الى ابن عمه وعلة منع الاقرار التهمة فاخص المنع بموضعها

ولنا أنه إيصال ماله الى وارثه بقوله في مرض موته فلم يصح بغير رضا بقية ورثته كهبته ولانه محجور عليه في حقه فلم يصح الاقرار له كالصبي في حق جميع الناس ، وفارق الاجنبي فان هبته تصح وما ذكره مالك لا يصح فان التهمة لا يمكن اعتبارها بنفسها فاجيز اعتبارها بمظنتها وهو الارث ولذلك اعتبر في الوصية والتبرع وغيرها

(مسألة) (إلا أن يقر لزوجته بمهر مثلهما فادونه فيصح) في قول الجميع لا نعلم فيه مخالفاً الا أن الشعبي قال لا يجوز اقراره لها لانه اقرار لو ارث

ولنا أنه اقرار بما تحقق سببه وعلم وجوده ولم تعلم البراءة منه فأشبهه ما لو كان عليه دين بينة فأقر بانه لم يوفه وكذلك ان اشترى من وارثه شيئاً فأقر له بثمن مثله لان القول قول المقر له في أنه لم يقبض ثمنه وان أقر لامرأته بدين سوى الصداق لم يقبل

(فصل) فان أقر لها ثم أبانها ثم تزوجها ومات من مرضه لم يقبل اقراره لها وقال محمد ابن الحسن يقبل لانها صارت الى حال لا يتهم فيها فأشبهه ما لو أقر لمريض ثم برى ، ولنا أنه أقر لو ارث في مرض الموت

حال الاقرار على ما بين في موضعه ، وان أقر لمسجد أو مصنع أو طريق وعزاه الى سبب صحيح مثل أن يقول من غلة وقفه صح وان أطلق خرج على الوجهين

(مسئلة) قال (ومن أقر بشيء واستثنى من غير جنسه كان استثناءه باطلا الا أن

يستثنى عينا من ورق او ورقا من عين)

في هذه المسئلة فصلان (أولها) أنه لا يصح الاستثناء في الاقرار من غير الجنس وبهذا قال زفر ومحمد بن الحسن ، وقال أبو حنيفة ان استثنى مكبلا أو موزونا جاز وان استثنى عبداً أو ثوبا من مكبل أو وزون لم يجز ، وقال مالك والشافعي يصح الاستثناء من غير الجنس مطلقا لانه ورد في الكتاب العزيز وائة العرب قال الله تعالى (وإذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا الا ابليس كان من الجن) وقال تعالى (لا يسمعون فيها لغوا الا سلاما) وقال الشاعر :

وبلدة ليس بها أنيس إلا البعفير وإلا العيس

وقال آخر :

عبت جوابا وما بالربع من أحد * إلا أوارى لأيا ما أئينها

ولنا أن الاستثناء صرف اللفظ بمجرد الاستثناء عما كان يقتضيه لولاه وقيل هو اخراج بعض

(مسئلة) (وان أقر لوارث وأجنبي بطل في حق الوارث وصح في حق الاجنبي) وفيه وجه آخر أنه لا يصح كما لو شهد بشهادة يجز الى نفسه بمضها بطلت شهادته في الكل كما لو شهد لابنه وأجنبي وقال أبو حنيفة ان أقر لها بدين من الشركة فاعترف الاجنبي بالشركة صح الاقرار لها وان جردها صح له دون الوارث .

ولنا أنه أقر لوارث وأجنبي فيصح للاجنبي دون الوارث كما لو أقر بلفظين او كما لو جحد الاجنبي الشركة ويفارق الاقرار الشهادة لقوة الاقرار ولذلك لا تعتبر فيه العدالة ، ولو أقر بشيء له فيه نفع كالاقرار بنسب وارث موسر قبل ، ولو أقر بشيء يتضمن دعوى على غيره قبل فيما عليه دون ماله كما لو قال لامرأته خلعتك على الف بانت باقراره والقول قولها في نفي العوض وكذلك ان قال لعبدته اشتريت نفسك مني بألف

(مسئلة) (وان أقر لوارث فصار عند الموت غير وارث لم يصح وان أقر لغير وارث صح وان صار وارثا نص عليه وقال ان الاعتبار بحال الموت فيصح في الاولى ولا يصح في الثانية كالوصية)

وجملة ذلك أنه اذا أقر لوارث فصار غير وارث أقر لآخيه ولا ولد له ثم ولد له ابن لم يصح اقراره له ، وان أقر لغير وارث ثم صار وارثا صح اقراره له نص عليه أحمد في رواية ابن منصور اذا أقر لامرأة بدين في المرض ثم تزوجها جاز اقراره لانه غير متهم وحكي له قول سفيان في رجل

ما تناوله المستثنى منه مشتق من ثبت فلانا عن رأيه إذا صرفته عن رأي كان عازماً عليه وثبت عنان
 دأبني إذا صرفتها به عن وجهتها التي كانت تذهب إليها، وغير الجنس المذكور ليس بداخل في الكلام فإذا
 ذكره فاصرف الكلام عن صوبه ولا تناه عن وجهه استرساله فلا يكون استثناء وإنما سمي استثناءً مجوزاً وإنما
 هو في الحقيقة استدراك، والا هنا بمعنى لكن، هكذا قال أهل العربية منهم ابن قتيبة وحكاه عن سيويه
 والاستدراك لا يأتي إلا بعد الجحد ولذلك لم يأت الاستثناء في الكتاب العزيز من غير الجنس إلا بعد
 النفي ولا يأتي بعده الاثبات إلا أن يوجد بعده جملة، وإذا تقرر هذا فلا مدخل للاستدراك في الاقرار
 لانه اثبات للمقر به فإذا ذكر الاستدراك بعده كان باطلاً وان ذكره بعده جملة كأن قال له عندي مائة
 درهم الا ثوباً لي عليه فيكون مقراً بشيء مدعياً لشيء سواه فيقبل اقراره وتبطل دعواه كما لو صرح
 بذلك بغير لفظ الاستثناء وأما قوله تعالى (فسجدوا إلا ابليس) فان ابليس كان من الملائكة بدليل أن
 الله تعالى لم يأمر بالسجود غيرهم فلو لم يكن منهم لما كان مأموراً بالسجود ولا عاصياً بتركه ولا قال
 الله تعالى في حقه (ففسق عن أمر ربه) ولا قال (ما منعك أن تسجد إذ أمرتك؟) واذا لم يكن مأموراً
 فلم أنكسه الله وأهبطه ودحره؟ ولم يأمر الله تعالى بالسجود إلا الملائكة، فان قالوا بل قد تناول الامر
 الملائكة ومن كان معهم فدخل ابليس في الامر اكونه معهم، فلذا قد سقط استدلالكم فانه متى كان

له ابنان فافر لاحدهما بدين في مرضه ثم مات الابن وترك ابناً والاب حي ثم مات بعد ذلك جاز
 قراره فقال أحمد لا يجوز وبهذا قال عثمان البتي، وذكر أبو الخطاب رواية أخرى في صورتين مخالفة
 لما قلنا وهو قول سفيان الثوري والشافعي لانه معنى يعتبر فيه عدم الميراث فكان الاعتبار فيه
 بحالة الموت كالوصية

ولنا انه قول يعتبر فيه التهمة فاعتبرت حال وجوده دون غيره كالشهادة ولانه اذا اقر لغير
 وارث ثبت الاقرار وصح لوجوده من اهله خالياً عن تهمة ثبت الحق به ولم يوجد مسقط له فلا
 يسقط واذا اقر لوارث وقع باطلاً لاقران التهمة به فلا يصح بعد ذلك ولانه اذا اقر لوارث فلا
 يصح كما لو استمر الميراث وان اقر لغير وارث صح واستمر كما لو استمر عدم الارث اما الوصية فانها
 عطية بعد الموت فاعتبرت فيها حالة الموت بخلاف مسئلتنا

(مسئلة) (وان اقر لامرأته بدين ثم ابانها ثم زوجها لم يصح اقراره لها) اذا مات من مرضه
 لانه اقرار لوارث في مرض الموت اشبه مالم يبينها

(مسئلة) (وان اقر المريض بوارث صحيح صح وعنه لا يصح)
 يصح اقرار المريض بوارث في احدى الروايتين والاخرى لا يصح لانه اقر لوارث فأشبه الاقرار
 له بحال والاول أصح لانه عند الاقرار غير وارث فصح كما لو لم يصر وارثاً ويمكن بناء هذه المسئلة على
 ما اذا اقر لغير وارث فصار وارثاً فنصح الاقرار ثم صححه هاهنا ومن ابطله ابطله

داخلا في المستثنى منه مأموراً بالسجود فاستثاؤه من الجنس وهذا ظاهر لمن أنصف ان شاء الله تعالى، فعلى هذا متى قال له علي ألف درهم الا ثوباً لزمه الالف وسقط الاستثناء بمنزلة ما لو قال له علي ألف درهم اسكن لي عليه ثوب

(الفصل الثاني) اذا استثنى عيناً من ورق أو ورقاً من عين فاختلف أصحابنا في صحته فذهب أبو بكر عبد العزيز إلى أنه لا يصح لما ذكرنا وهو قول محمد بن الحسن، وقال ابن أبي موسى فيه روايتان واختار الحرقي صحته لان قدر أحدهما معلوم من الآخر ويعبر بأحدهما عن الآخر فان قوما يسمون تسعة دراهم ديناراً وآخرون يسمون ثمانية دراهم ديناراً فاذا استثنى أحدهما من الآخر علم أنه أراد التعبير بأحدهما عن الآخر فاذا قال له علي دينار الا ثلاثة دراهم في موضع يعبر فيه بالدينار عن تسعة كان معناه له علي تسعة دراهم الا ثلاثة ومهما أمكن حمل الكلام على وجه صحيح لم يجز إلغاؤه وقد أمكن بهذا الطريق فوجب تصحيحه، وقال أبو الخطاب لا فرق بين العين والورق وبين غيرهما ويلزم من صحة استثناء أحدهما من الآخر صحة استثناء الثياب وغيرها، وقد ذكرنا الفرق ويمكن الجمع بين الروايتين بحمل رواية الصحة على ما اذا كان أحدهما يعبر به عن الآخر أو يعلم قدره منه ورواية البطلان على ما اذا اتنى ذلك والله أعلم

(فصل) ولو ذكر نوعاً من جنس واستثنى نوعاً آخر من ذلك الجنس مثل أن يقول له علي عشرة

(مسئلة) (وان أقر بطلاق امراته في صحته لم يسقط ميراثها) اذا كان الاقرار في مرضه

لانه متهم بقصد حرمانها البيرات فلم يبطل كما لو طلقها في مرضه

(فصل) (ويصح اقرار المريض باحبال الامة لانه ملك ذلك فملك الاقرار به وكذلك كل ما ملكه ملك الاقرار به فاذا أقر بذلك ثم مات فان بين أنه استولدها في ملكه فولده حر الاصل وأمه أم ولد تعتق من رأس المبال وان قال من نكاح أو وطء شبهة عتق الولد ولم تصر الامة أم ولد فان كان من نكاح فعليه الولاء لانه مسه رق وان كان من وطء شبهة لم تصر الامة أم ولد وان لم يتبين السبب فالامة مملوكة لان الاصل الرق ولم يثبت سبب الحرية ويحتمل ان تصير أم ولد لان الظاهر استيلاؤها في ملكه من قبل أنها مملوكته والولادة موجودة ولا ولاء على الولد لان الاصل عدمه فلا يثبت الا بدليل .

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وان أقر العبد بحد أو قصاص أو طلاق صح وأخذ به الا ان يقر

بقصاص في النفس فنص احمد أنه يتبع به بعد العتق وقال أبو الخطاب يؤخذ به في الحال)

وجملة ذلك ان العبد يصح اقراره بالحد والقصاص فيما دون النفس لان الحق له دون مولاه ولا يصح اقرار المولى عليه بما يوجب القصاص ويوجب المال دون النفس لان المال يتعلق برقبته وهي مال السيد فصح اقراره بجناية الخطأ وهو الذي ذكره شيخنا في كتاب الكافي وأما اقراره بما يوجب

أصح تقرأ برنيا الا ثلاثة تقرأ معقليا لم يجز لما ذكرناه من الفصل الاول ويخالف العين والورق لان قيمة أحد النوعين غير معلومة من الآخر ولا يعبر بأحدهما عن الآخر ويحتمل على قول الحرقي جوازه لتقارب المقاصد من النوعين فهما كالعين والورق والا اول أصح لان العلة الصحيحة في العين والورق غير ذلك (فصل) فأما استثناء بعض ما دخل في المستثنى منه فحائز بغير خلاف علمناه فان ذلك في كلام العرب وقد جاء في الكتاب والسنة قال الله تعالى (فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما) وقال (فسجد الملائكة كلهم أجمعون الا ابليس) وقال النبي ﷺ في الشهيد « يكفر عنه خطاياهما كلها الا الدين » وهذا في الكتاب والسنة كثير وفي سائر كلام العرب ، فاذا أقر بشيء واستثنى منه كان مقرراً بالباقي بعد الاستثناء ، فاذا قال له علي مائة الا عشرة كان مقراً بتسعين لان الاستثناء يمنع أن يدخل في اللفظ ما لولاه لدخل فانه لو دخل لما أمكن اخراجه ولو أقر بالعشرة المستثناء لما قبل منه انكارها وقول الله تعالى (فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما) اخبار بتسمائة وخمسين فالاستثناء بين أن الخمسين المستثناء غير مرادة كما ان التخصيص يبين أن الخصوص غير مراد باللفظ العام وان قال إلا ثلثها أو ربعها صح ، وكان مقراً بالباقي بعد المستثنى ، وان قال هذه الدار له وهذا البيت لي صح أيضاً لانه في معنى كان مقراً بما سوى البيت منها وكذلك إن قال هذه الدار له وهذا البيت لي صح أيضاً لانه في معنى الاستثناء لكونه أخرج بعض ما دخل في اللفظ الاول بكلام متصل ، وان قال له هؤلاء العبيد الا هذا صح وكان مقراً بمن سواه منهم وان قال إلا واحداً صح لان الاقراء يصح مجهولاً فكذلك الاستثناء منه ويرجع في تعيين المستثنى اليه لان الحكم يتعلق بقوله وهو أعلم بمراده به ، وان عين من عدا المستثنى

القصاص في النفس فالمقصود عن احمد انه لا يقبل ويتبع به بعد العتق وبه قال زفر والمزني وداود وابن جرير الطبري لانه يسقط حق سيده باقراره فأشبهه الاقرار بقتل الخطأ ولانه يشتم في أنه يقر لرجل ليعفو عنه ويستحق أخذه فيتخلص بذلك من سيده ، واختار أبو الخطاب انه يصح اقراره وهو قول ابني حنيفة ومالك والشافعي ولانه أحد نوعي القصاص فصح اقراره به كما دون النفس ، وبهذا الاصل ينتقض دليل الاول وينبغي على هذا القول ان لا يصح عفو ولي الجناية على مال إلا باختيار سيده لثلاث يفضي الى إيجاب المال على سيده باقرار غيره ولا يقبل اقرار العبد بجناية الخطأ ولا شبه العمد ولا بجناية عمد موجبها المال كالجائفة والمأمومة لانه لإيجاب حق في رقبته وذلك يتعلق بالمولى

﴿ مسألة ﴾ (وان أقر العبد غير المأذون له بمال لم يقبل في الحال ويتبع به بعد العتق) لانه تصرف فيها هو حق للسيد فعلى هذا يتبع به بعد العتق عملاً باقراره على نفسه وعنه يتعلق برقبته كجنايته

﴿ مسألة ﴾ (وان أقر السيد عليه بمال أو ما يوجبه كجناية الخطأ قبل) لانه لإيجاب حق في ماله

﴿ مسألة ﴾ (وان أقر العبد بسرقة مال في يده وكذبه السيد قبل اقراره في القطع دون المال) وجملة ذلك ان العبد اذا أقر بسرقة موجهها القطع والمال فأقر بها العبد وجب قطعه ولم يجب المال سواء كان ما أقر بسرقة باقياً أو تالفاً في يد السيد أو يد العبد قال أحمد

صح وكان الباقي له فان هلك العبيد إلا واحداً فذكر انه المستثنى قبل ذكره القاضي وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقال أبو الخطاب لا يقبل في أحد الوجهين وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لانه يرفع به الاقرار كله والصحيح أنه يقبل لانه يقبل تفسيره به في حياتهم لمعنى هو موجود بعد موتهم فقبل كحالة حياتهم وليس هذا رفعاً للاقرار وإنما تعذر تسليم المقر به لتلفه لا لمعنى يرجع الى التفسير فأشبهه ما لو عينه في حياتهم فنلف بعد تعيينه ، وان قتل الجميع الا واحداً قبل تفسيره بالباقي وجهاً واحداً وان قتل الجميع فله قيمة أحدهم ويرجع في التفسير ، اليه وان قال غصبتك هؤلاء العبيد الا واحداً فهل كوا الا واحداً قبل تفسيره به وجهاً واحداً لان المقر له يستحق قيمة الهاكين فلا يفضي التفسير بالباقي الى سقوط الاقرار بخلاف التي قبلها .

(فصل) وحكم الاستثناء بسائر ادواته حكم الاستثناء بالا ، فاذا قال له : علي عشرة سوى درهم ، أو ليس درهماً أو خلا درهماً أو عدا درهماً أو ما خلا أو ما عدا درهماً أو لا يكون درهماً أو غير درهم بفتح الراء كان مقراً بتسعة وان قال : غير درهم ، بضم رائها وهو من أهل العربية كان مقراً بعشرة لأنها تكون صفة للعشرة المقر بها ولا يكون استثناء فأنها لو كانت استثناء كانت منصوبة وان لم يكن من أهل العربية لزمه تسعة لان الظاهر انه إنما يريد الاستثناء لكنه رفعها جهلاً منه بالعربية لا قصداً للصفة .

في عبد أقر بسرقة دراهم في يده انه سرقتها من رجل والرجل يدعي ذلك والسيد يكذبه فالدرهم لسيدة ويقطع العبد ويتبع بذلك بعد العتق وللشافعي في وجوب المال في هذه الصورة وجهان ، ويحتمل ان لا يجب القطع لان ذلك شبهة فيدراً بها القطع لكونه حداً يدرأ بالشبهات وهذا قول أبي حنيفة وذلك لان العين التي أقر بسرقتها لم يثبت حكم السرقة فيها فلا يثبت حكم القطع بها

(فصل) وإن أقر العبد بقرعة لغير من هو في يده لم يقبل اقراره لان اقراره بالرق اقرار بالملك والعبد لا يقبل اقراره بماله لاننا لو قبلنا اقراره أضر بالسيد ولانه اذا شاء أقر لغير سيده فابطل ملكه فان أقر السيد لرجل وأقر هو لآخر فهو للذي أقر له السيد لانه في يد السيد لافي يد نفسه ولانه لو قبل اقرار العبد لما قبل اقرار السيد كالحذ وجناية العمد

(فصل) ويصح الاقرار لكل من يثبت له الحق فاذا أقر لعبد بنكاح أو قصاص أو تعزير النذف صح الاقرار له صدقة المولى أو كذبه لان الحق له دون سيده وله المطالبة بذلك والفقهاء وليس لسيدة مطالبته به ولا عفو وإن كذبه العبد لم يقبل اقراره ، وان أقر له بمال صح ويكون لسيدة لان يد العبد كيد سيده ، وقال أصحاب الشافعي ان قلنا يملك المال صح الاقرار له وان قلنا لا يملك كان الاقرار لمولاه يلزم بتصديقه ويبطل برده

(مسئلة) (وان أقر السيد لعبد بمال لم يصح) لان العبد لسيدة فلا يصح اقراره لنفسه وان أقر

(فصل) ولا يصح الاستثناء الا أن يكون متصلاً بالكلام فان سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه أو فصل بين المستثنى والمستثنى بكلام أجنبي لم يصح لانه اذا سكت أو عدل عن اقراره الى شيء آخر استقر حكم ما أقر به فلم يرتفع بخلاف ما اذا كان في كلامه فانه لا يثبت حكمه وبتنظر ما يتم به كلامه ويتعلق به حكم الاستثناء والشرط والمطفئ والبدل ونحوه.

(فصل) ولا يصح استثناء الكل بغير خلاف لان الاستثناء رفع بعض ما تناوله اللفظ واستثناء الكل رفع الكل فلو صح صار الكلام كله لغواً غير مفيد فان قال له: علي درهم ودرهم الا درهماً، أو ثلاثة دراهم ودرهمان الا درهين أو ثلاثة ونصف الا نصفاً أو الا درهماً أو خمسة وتسعون الا خمسة، لم يصح الاستثناء، ولزمه جميع ما أقر به قبل الاستثناء، وهذا قول الشافعي، وهو الذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة، وفيه وجه آخر انه يصح لان الواو العاطفة تجمع بين العددين وتجعل الجملتين كالجمل الواحد ومن أصلنا ان الاستثناء اذا تعقب جملاً معطوفاً بعضها على بعض بالواو عاد الى جميعها كقولنا في قول الله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا) ان الاستثناء عاد الى الجملتين فاذا تاب القاذف قبلت شهادته ومن ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يؤمن الرجل الرجل في سلطانه ولا يجلس على تكرمه الا باذنه » والوجه الاول أولى لأن الواو لم تخرج الكلام من أن يكون جملتين والاستثناء يرفع احدهما جميعها ولا نظير لهذا في كلامهم ولان صحة الاستثناء تجعل احدي

العبد لسيد له يصح لانه اقر له بماله فلم يفده الاقرار شيئاً . (مسئلة) (وان اقر انه باع عبده من نفسه بألف وأقر العبد به ثبت ويكون كالكتابة وان انكر عتق ولم يلزمه الالف) لانه اقر لعبده بسبب العتق فعتق وتبقى دعواه عليه لا تلزمه كما لم تلزم غيره . (مسئلة) (وان اقر لعبد غيره بمال صح وكان للملك) لان مال العبد لسيد . (مسئلة) (وان اقر لهيمة لم يصح) لانها لا تملك ولا لها أهلية الملك، وان قال علي بسبب هذه الهيمة لم يكن اقراراً لاحد لانه لم يذكر لمن هي ومن شرط صحة الاقرار ذكر المقر له فان قال للملكها ولزيد علي بسببها الف صح الاقرار، وان قال بسبب حمل هذه الهيمة لم يصح اذ لا يمكن إيجاب شيء بسبب الحمل وقيل يصح ويكون للملكها كالاقرار للعبد

(مسئلة) (وان تزوج بمجولة النسب فافتت بالرق لم يقبل اقرارها)

لانها تفر على حق الزوج وعنه تقبل في نفسها لانها عاقلة مكلفة فيقبل اقرارها على نفسها كما لو اقرت بمال، ولا يقبل اقرارها بفسخ النكاح ورق الاولاد لان ذلك حق الزوج وان اولدها بعد الاقرار ولدا كان رقيقاً لانه حدث بعد ثبوت رقتها وان اقر بولد أمته أنه ابنه ثم مات ولم يتبين هل أنت به في ملكه أو غيره؟ فهل تصير أم ولد؟ على وجهين (أحدهما) لا تصير أم ولد لاجتماع أنها أنت به في ملك غيره (والثاني) تصير أم ولده لانه اقر بولدها وهي في ملكه فالظاهر أنه استولدها في ملكه

الجلتين مع الاستثناء لغواً لأنه أثبت شيئاً بلفظ مفرد ثم رفعه كله فلا يصح كما لو استثنى منها وهي غير معطوفة على بعضها فاما الآية والخبر فإن الاستثناء لم يرفع احدى الجلتين انما أخرج من الجلتين معاً من اتصف بصفة فظيره مالو قال للبواب : من جاء يستأذن فائذن له واعطه درهماً الا فلاناً ، ونظير مسئلتنا مالو قال : أكرم زيداً وعمراً الا عمراً ، وان قال له : علي درهمان وثلاثة الا درهماً ، لم يصح أيضاً لأنه يرفع الجملة الاولى كلها فأشبه مالو قال اكرم زيداً وعمراً الا زيداً ، وان قال له : علي ثلاثة وثلاثة الا درهماً خرج فيها وجهان لأنه استثنى أكثر الجملة التي تليه واستثناء الاكثر فاسد كاستثناء الكل (فصل) وان استثنى استثناء بعد استثناء وعطف الثاني على الاول كان مضافاً اليه فاذا قال : له علي عشرة الا ثلاثة والا درهماً كان مستثنياً لحسة مبقياً لحسة ، وان كان الثاني غير معطوف على الاول كان استثناء من الاستثناء وهو جائز في اللغة ، قد جاء في كلام الله تعالى في قوله (قالوا انا أرسلنا الى قوم مجرمين الا آل لوط انا لمنجوم اجمعين الا امرأته قدرنا انها لمن الغابرين) فاذا كان صدر الكلام اثباتاً كان الاستثناء الاول نفيًا واثباتي اثباتاً فان استثنى استثناء ثالثاً كان نفيًا يعود كل استثناء الى ما يليه من الكلام فاذا قال : له عشرة الا ثلاثة الا درهماً كان مقراً بثبوتها لأنه أثبت عشرة ثم نفى منها ثلاثة ثم اثبت درهماً وبقي من الثلاثة المنفية درهمان مستثنيان من العشرة فيبقى منها ثمانية وسيزيد لهذا الفصل فروعا في مسألة استثناء الاكثر .

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (واذا أقر الرجل بنسب صغير أو مجنون مجهول النسب أنه

ابنه ثبت نسبه به)

وجملة ذلك أن للاقرار بالنسب شروطا وهو على ضربين :

(أحدها) أن يقر على نفسه خاصة (والثاني) أن يقر عليه وعلى غيره فان أقر على نفسه خاصة مثل أن يقر بنسب ولد فيعتبر في ثبوت نسبه أربعة شروط (أحدها) أن يكون المقر به مجهول النسب ، فان كان معروف النسب لم يصح لأنه يقطع نسبه الثابت من غيره وقد لعن النبي ﷺ من انتسب الى غير ابيه أو تولى غير مواليه (الثاني) أن لا ينازعه فيه منازع لأنه إذا نازعه فيه غيره تعارضا فلم يكن إلحاقه باحدها أولى من الآخر (الثالث) أن يمكن صدقه بأن يكون المقر به يحتمل ان يولد لمثل المقر (الرابع) أن يكون ممن لا قول له كالصغير والمجنون أو يصدق المقر إن كان ذا قول وهو المكلف لأنه مكلف أقر بحق ليس فيه نفع فلزم كما لو أقر بمال فان كان غير المكلف لم يعتبر تصديقه فان كبر وعقل فأنكر لم يسمع انكاره لان نسبه ثابت وجري ذلك مجرى من ادعى ملك عبد صغير في يده وثبت بذلك ملكه فلما كبر جحد ذلك ولو طلب احلافه على ذلك لم يستحلف لان الأب لو عاد بجحد النسب لم يقبل منه ويحتمل أن يبطل نسب المكلف باتفاقها على الرجوع عنه لأنه يثبت باتفاقها فزال رجوعها كالمال والاوّل أصح لأنه نسب ثبت بالاقرار فأشبهه نسب الصغير والمجنون ، وفارق المال لان النسب يحتمل

(فصل) إذا قال : له هذه الدار هبة او سكنى او عارية كان إقراراً بآبائها ابدل به كلامه ولم يكن إقراراً بالدار لأنه رفع بآخر كلامه بعض ما دخل في أوله فصح كالأقر بجملة واستثنى بعضها، وذكر القاضي في هذا وجهاً أنه لا يصح لأنه استثناء من غير الجنس وليس هذا استثناء وإنما هذا بدل وهو سائغ في اللغة. ويسمى هذا النوع من البدل بدل الاشبهال وهو أن يبدل من الشيء بعض ما يشتمل عليه ذلك الشيء كقوله (يستلونك عن الشهر الحرام قتال فيه) فأبدل القتال من الشهر المشتمل عليه وقال تعالى اخباراً عن موسى عليه السلام أنه قال (وما أنسانيه إلا الشيطان أن أذكره) أي أنساني ذكره، وإن قال له هذه الدار ثمنها أو قال ربعم اصح ويكون مقراً بالجزء الذي أبدله وهذا بدل البعض وليس ذلك باستثناء، ومثله قوله تعالى (قم الليل إلا قليلاً نصفه) وقوله (ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً) ولكنه في معنى الاستثناء في كونه يخرج من الكلام بعض ما يدخل فيه لولاه ويفارقه في أنه يجوز أن يخرج أكثر من النصف وأنه يجوز ابدال الشيء من غيره اذا كان مشتملاً عليه ألا ترى أن الله تعالى أبدل المستطيع للحج من الناس وهو أقل من نصفهم وأبدل القتال من الشهر الحرام وهو غيره؟ ومتى قال له هذه الدار سكنى أو عارية ثبت فيها حكم ذلك وله ان لا يسكنه اياها وأن يعود فيما اعاره

لابناته وان اعترف انسان ان هذا أبوه فهو كاعترافه بأنه ابنه (الضرب الثاني) أن يقر عليه وعلى غيره كإقراره بلخ فنسذكره ان شاء الله تعالى

(مسئلة) (فان كان الصغير المقر بنفسه ميتاً ورثه لانه ثبت نسبه وهذا قال الشافعي ويحتمل أن يثبت نسبه دون ميراثه لانه متهم في قصد أخذ ميراثه ، وقال أبو حنيفة لا يثبت نسبه ولا ارثه لذلك ولنا أن علة ثبوت نسبه في حياته الاقرار به وهو موجود بعد الموت فيثبت كحالة الحياة وما ذكره يطل بما إذا كان المقر به حياً موسراً والمقر فقيراً فانه يثبت نسبه ويملك المقر التصرف في ماله واقفاه على نفسه ، وان كان المقر به كبيراً عاقلاً فكذلك في قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي أنه لا قول له أشبه الصغير وفيه وجه آخر لا يثبت نسبه لان نسب المكلف لا يثبت الا بتصديقه ولم يوجد ويجاب عن هذا بأنه غير مكلف فان ادعى نسب المكلف في حياته فلم يصدقه حتى مات المقر ثم صدقه ثبت نسبه لانه وجد الاقرار والتصديق

(فصل) فان اقرت امرأة بولدو لم تكن ذات زوج ولا نسب قبل اقرارها وان كانت ذات زوج فهل يقبل اقرارها؟ على روايتين (احداها) لا يقبل لان فيه حملاً لنسب الولد على زوجها وام يقر به أو الحاقاً للعار به بولادة امرأته من غيره (والثاني) يقبل لانها شخص اقر بولد يحتمل ان يكون منه فقبل كالرجل وقال أحمد في رواية ابن منصور في امرأة ادعت ولداً فان كان لها اخوة أو نسب معروف فلا بد ان يثبت انه ابنها وان لم يكن لها دافع فمن يحول بينها وبينه وهذا لانها إذا كانت ذات اهل

﴿مسئلة﴾ قال (ومن ادعى عليه شيء وقال قد كان له علي وقضيته لم يكن ذلك اقراراً)

حكى ابن أبي موسى أن في المسئلة روايتين (احداها) أن هذا ليس باقرار اختاره القاضي وقال لم أجد عن أحمد رواية بغير هذا (والثانية) أنه مقر بالحق مدع لقضائه فعليه البينة بالقضاء والاحلف غريمه وأخذ واختاره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة لأنه أقر بالدين وادعى القضاء فلم تقبل دعواه كما لو ادعى القضاء بكلام منفصل ولأنه رفع جميع ما أنبته فلم يقبل كاستثناء الكل وللشافعي قولان كل مذهبين، ووجه قول الحنفي أنه قول متصل يمكن صحته ولا تناقض فيه فوجب أن يقبل كاستثناء البعض، وفارق المنفصل لأن حكم الاول قد استقر بسكوته عليه فلا يمكن رفعه بعد استقراره ولذلك لا يرفع بعضه باستثناء ولا غيره فإيا أبي بعده من دعوى القضاء يكون دعوى مجردة لا تقبل الا بيينة واما استثناء الكل فمتناقض لأنه لا يمكن أن يكون عليه الف وليس عليه شيء

(فصل) وان قال له علي مائة وقضيته منها خمسين فالكلام فيها كالكلام فيما إذا قال وقضيته وإن قال له إنسان لي عليك مائة فقال قضيتك منها خمسين فقال القاضي لا يكون مقرراً بشيء لان الخمسين التي ذكر انه قضاه في كلامه ما يمنع بقاءها وهو دعوى القضاء وباقي المائة لم يذكرها وقوله منها يحتمل أن يريد بها ما

فالظاهر انه لا يخفى عليهم ولادتها فتى ادعت ولداً لا يعرفونه فالظاهر كذبها، ويحتمل أن تقبل دعواها مطلقاً لان النسب يحتمل له فأشبهت الرجل وقد ذكرنا نحو ذلك في اللقيط

(فصل) وان قدمت امرأة من بلد الروم معها طفل فأقر به رجل لحقه لوجود الامكان وعدم المنازع لانه يحتمل أن يكون دخل ارضهم او دخلت هي دار الاسلام فوطئها والنسب يحتمل لانياته ولهذا لو ولدت امرأة رجل وهو غائب عنها بعد عشر سنين او أكثر من غيبته لحقه وان لم يعرف له قدوم اليها ولا عرف لها خروج من بلدها

﴿مسئلة﴾ (ومن ثبت نسبه فجاءت امه بعد موت المقر فادعت الزوجية لم يثبت بذلك)

لأنها مجرد دعوى فلم تثبت بها زوجية كما لو كان حياً ولأنه يحتمل أن يكون من وطء شبهة او نكاح فاسد .

(فصل) وان أقر رجل بنسب صغير لم يكن مقرراً بزوجية امه، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا كانت مشهورة بالحرية كان مقرراً بزوجيتها لان انساب المسلمين واحوالهم يجب حملها على الصحة وهو ان يكون ولدته منه في نكاح صحيح

ولنا ان الزوجة ليست مقتضى لفظه ولا مضمونه فلم يكن مقرراً بها كما لو لم تكن معروفة بالحرية وما ذكره لا يصح فان النسب محمول على الصحة وقد يلحق بالوطء والنكاح الفاسد والشبهة فلا يلزم بحكم إقراره ما لم يوجب لفظ ولا يتضمنه

يدعيه ويحتمل مما علي فلا يثبت عليه شيء بكلام محتمل، ويجبي على قول من قال بالرواية الاخرى ان يلزمه الخمسون التي ادعى قضاءها لان في ضمن دعوى القضاء اقرارا باها كانت عليه فلا تقبل دعوى القضاء بغير بينة (فصل) وإن قال كان له علي الف وسكت لزمه الالف في ظاهر كلام اصحابنا وهو قول ابي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يلزمه شيء وليس هذا باقرار لانه لم يذكر عليه شيئاً في الحال إنما أخبر بذلك فجاز في ماض فلا يثبت في الحال ولذلك لو شهدت البينة به لم يثبت، ولنا أنه أقر بالوجوب ولم يذكر ما يرفعه فبقي على ما كان عليه ولهذا لو تازما دارا فأقر أحدهما للآخر أنها كانت ملكة حكم بها له إلا أنه ههنا إن نادى فادعى القضاء أو البراء سمعت دعواه لانه لا تنافي بين اقراره وبين ما يدعيه

(فصل) وإن قال له علي ألف قضيته إياها لزمه الالف ولم تقبل دعوى القضاء وقال القاضي تقبل لانه رفع ما أثبتته بدعوى القضاء متصلاً فأشبهه ما لو قال كان له علي وقضيته، وقال ابن أبي موسى ان قال قضيت جميعه لم يقبل إلا بينة ولزمه ما أقربه وله الإيمين على المقر له ولو قال قضيت بعضه قبل منه في إحدى الروايتين لانه رفع بعض ما أقربه بكلام متصل فأشبهه ما لو استثناء بخلاف ما إذا قال قضيت جميعه لسكونه رفع جميع ما هو ثابت فأشبهه استثناء الكل. ولنا أن هذا قول متناقض إذ لا يمكن أن يكون عليه الف قد قضاه فان كونه عليه يقتضي بقاءه في ذمته واستحقاق مطالبته به وقضاؤه بقتضي براءة ذمته

(فصل) اذا كان له أمة لها ثلاثة اولاد ولا زوج لها ولا أقر بوطئها فقال أحد هؤلاء ولدي فأقراره صحيح ويطلب بالبيان فان عين أحدهم ثبت نسبه وحرية، ثم يسئل عن كيفية الاستيلاء فان قال بشكاح فعلى الولد الولاء والام والآخرا من أولادها رقيق، فان قال استولدها في ملكي فالمقر به حر الاصل لا ولواء عليه والامة أم ولد ثم ان كان المقر به الاكبر فأخواه ابناً أم ولد حكمها حكمها في التتق بموت سيدها وان كان الاوسط فالأكبر قن والا صغر له حكم أمه وان عين الا صغر فأخواه رقيق قن لانها ولدتها قبل الحكم بكونها ام ولد، وان قال هي من وطء شبهة فالولد حر الاصل وأخواه مملوك وان مات قبل أن يبين اخذ ورثته بالبيان ويقوم بينهم مقام بيانه فان بينوا النسب ولم يبينوا الاستيلاء ثبت النسب وحرية الولد ولم يثبت للأم ولا لولدها حكم الاستيلاء لانه يحتمل أن يكون من نكاح أو وطء شبهة، وان لم يبينوا النسب وقالوا لا نعرف ذلك ولا الاستيلاء فانا نزيه القافة فان ألحقوا به واحداً منهم ألحقناه ولا يثبت حكم الاستيلاء لغيره فان لم يكن قافة أقرع بينهم فمن وقعت له القرعة عتق وورث وبهذا قال الشافعي لانه لا يورثه بالقرعة. ولنا أنه حر استندت حرية الى اقرار أبيه فورث كما لو عينه في اقراره

(فصل) اذا كان له أمتان لكل واحدة منهما ولد فقال أحدهما ولدي من أمتي نظرت فان كان لكل واحدة منهما زوج يمكن إلحاق الولد به لم يصح اقراره ولحق الولدان بالزوجين وان كان لاحداهما زوج دون الاخرى انصرف الاقرار الى ولدا الاخرى لانه الذي يمكن إلحاقه به وان لم يكن لكل واحدة منهما زوج

منه ونحوه مطالبته به والاقرار به يقتضي ثبوته والقضاء يقتضي رفعه وهذان ضدان لا يتصور اجباهما في زمن واحد بخلاف ما إذا قال كان له علي وقضيته فإنه أخبر بهما في زمانين ويمكن أن يرتفع ما كان ثابتاً ويقضى ما كان ديناً وإذا لم يصح هذا في الجميع لم يصح في البعض لاستحالة بقاء ألف عليه وقد قضى بعضه، ويفارق الاستثناء فان الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عن الباقي من المستثنى منه فقول الله تعالى (فلت فيهم ألف سنة إلا خمسين عاماً) عبارة عن تسعمائة وخمسين أما القضاء فأنما يرفع جزءاً أكان ثابتاً فإذا ارتفع بالقضاء لا يجوز التعبير عنه بما يدل على البقاء

وان وصل اقراره بما يسقطه فقال له علي ألف من ثمن خمر أو خنزير أو من ثمن طعام اشتريته فهلك قبل قبضه أو ثمن مبيع فاسد لم أقبضه أو تكفلت به على أبي بالخيار لزمه الالف ولم يقبل قوله في اسقاطه ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي، وذكر القاضي أنه إذا قال له علي ألف زيوف ففسره برصاص أو نحاس لم يقبل لانه رفع كل ما اعترف به وقال في سائر الصور التي ذكرناها يقبل قوله لانه عزا اقراره إلى سببه فقبل كما لو عزا إلى سبب صحيح

ولنا أن هذا يناقض ما أقر به فلم يقبل كالصورة التي سلمها وكالو قال له علي ألف لا يلزمي أو يقول دفع جميع ما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل وغير خاف تناقض كلامه فان ثبوت ألف عليه في هذه المواضع لا يتصور واقاره اخبار بثبوته فيتناحيان وان سلم ثبوت الالف عليه فهو ما قلناه

واكن أقر السيد بوطمها صارنا فراشا ولحق ولداهما به اذا امكن ان يولدا بدموطه وان امكن في إحداهما دون الاخرى انصرف الاقرار الى من امكن لانه ولده حكماً، وان لم يكن اقر بوطه واحدة منها صح إقراره وثبتت حرية المقر به لانه اقر بنسب صغير مجهول النسب مع الامكان لا منازع له فيه فلحقه نسبه ثم يكلف البيان كما لو طلق احدي نساته فاذا بين قبل بيانه لان المرجح في ذلك اليه ثم يطالب ببيان كيفية الولادة فان قال استولدها في ملكي فالولد حر الاصل لا ولاء عليه وامه أم ولد وان قال في نكاح فعلى الولد الولاء لانه مسه رق والامة قن لانها علفت بمملوك، وان قال بوطه شبيهة فالولد حر الاصل والامة قن لانها علفت به في غير ملك، وان ادعت الاخرى انها التي استولدها فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم الاستيلاء فأشبه ما لو ادعت ذلك من غير إقرار بشيء فاذا حلف رقت له ورق ولدها فاذا مات ورثه ولده المقر به وان كانت امه قد صارت ام ولد عتقت، وان لم تصر ام ولد عتقت على ولدها ان كان هو الوارث وحده وان كان معه غيره عتق منها بقدر مملك وان طابت تبتل ان يبين قام وارثه مقامه في البيان لانه يقوم مقامه في الحلق بالنسب وغيره فاذا بين كان كما لو بين الموروث، وان لم يعلم الوارث كيفية الاستيلاء ففي الامة وجهان (أحدهما) يكون رقيقاً لان الرق الاصل فلا يزول بالاحتمال (والثاني) يتفق لان الظاهر أنها ولدته في ملكه لانه أقر لولدها وهي في ملكه وهذا منصوص الشافعي، فان لم يكن وارث او كان وارث لم يمين عرض على الغافة فان ألحقته باحدهما ثبت نسبه وكان حكمه

(فصل) ولا يقبل رجوع المقر عن اقراره الا فيما كان حدا لله تعالى يدراً بالشبهات ومحطاط لاسقاطه فأما حقوق الأدميين وحقوق الله تعالى التي لا تدرأ بالشبهات كالزكاة والكفارات فلا يقبل رجوعه عنها ولا نعلم في هذا خلافاً فاذا قال هذه الدار لزيد لا بل لعمر أو ادعى زيد على ميت شيئاً معينا من تركته فصدقه ابنه ثم ادعاء عمرو فصدقه حكم به لزيد ووجب عليه غرامته لعمر وهذا ظاهر أحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يفرم لعمر شيئاً وهو قول أبي حنيفة لأنه أقر له بما عليه الاقرار به وإنما منعه الحكم من قبوله وذلك لا يوجب الضمان

ولنا أنه حال بين عمرو وبين ملكه الذي أقر له به باقراره لغيره فلزمه غرمه كما لو شهد رجلان على آخر باعتاق عبده ثم رجعا عن الشهادة أو كما لو رعى به في البحر ثم أقر به، وإن قال غصبت هذه الدار من زيد لا بل من عمر أو غصبتها من زيد وغصبا زيد من عمرو حكم بها لزيد ولزمه تسليمها اليه ويفرما لعمر وبهذا قال أبو حنيفة وهو ظاهر مذهب الشافعي، وقال في الآخر لا يضمن لما تقدم ولنا أنه أقر بالنصب الموجب للضمان والرد الى المنصوب منه ثم لم يرد ما أقر بنفسه فلزمه ضمانه كما لو تلف بفعل الله تعالى قال أحمد في رواية ابن منصور في رجل قال لرجل استودعتك هذا الثوب قال صدقت ثم قال استودعني رجل آخر فالثوب للاول ويفرم قيمته للآخر ولا فرق في هذا الفصل بين أن يكون اقراره بكلام متصل أو منفصل

كما لو عين الوارث فإن لم تكن قافة أو كانت فلم تعرف افرع بين الولدين فيعتق أحدهما بالقرعة لان للقرعة مدخلا في اثبات الحرية وقياس المذهب ثبوت نسبه وميراثه على ما ذكرنا في التي قبلها وقال الشافعي لا يثبت نسب ولا ميراث، واختلفوا في الميراث فقال المزني يوقف نصيب الابن لانا يتقنا ابنا وارثاً ولهم وجه آخر لا يوقف شيء لأنه لا يرجى انكشافه وقال أبو حنيفة يعتق من كل واحد نصفه ويستسعى في باقيه ولا يرثان، وقال ابن أبي ليلى مثل ذلك إلا ان يجعل الميراث بينهما نصفين ويدفعانه في سمايتها والكلام في قسمة الحرية والسعاية ذكره في باب العتق

(مسئلة) (وان أقر بنسب أخ أو عم في حياة أبيه وحده لم يقبل وان كان بعد موتهما وهو الوارث وحده قبل اقراره وثبت النسب وان كان معه غيره لم يثبت النسب وللمقر له من الميراث ما فضل في يد المقر)

إنما لم يقبل اقراره في حياتها لأنه على غيره فلا يقبل فلما ان كان بعد الموت وهو الوارث وحده قبل اقراره وثبت النسب سواء كان المقر واحداً أو جماعة ذكراً أو أنثى وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف وحكاة عن أبي حنيفة لان الوارث يقوم مقام الموروث في ديونه والديون انهي عليه وفي دعاويه كذلك في النسب إلا ان يكون الميت قد نفاه فلا يثبت لأنه يحمل على غيره نسباً حكم بنفيه فان كان وارثاً ومعه شريك في الميراث لم يثبت النسب لأنه لا يثبت في حق شريكه فوجب أن لا يثبت في حقه

(فصل) فان قال غصبت هذه الدار من زيد وملكها لعمرو لزمه دفعها الى زيد لاقراره له بأنها كانت في يده وهذا يقتضي كونها في يده بحق وملكها لعمرو لا ينافي ذلك لأنها يجوز ان تكون في يد زيد باجارة او عارية او وصية ولا يفرم لعمرو شيئاً لأنه لم يكن منه تقريظ، وفارق هذا ما اذا قال هذه الدار لزيد بل لعمرو لأنه أقر للتأي بما أقر به للاول فكان الثاني رجوعاً عن الاول لتعارضها وههنا لا تعارض بين اقراره وان قال ملكها لعمرو وغصبا من زيد فكذلك لا فرق بين التقديم والتأخير والمتصل والمنفصل ذكره القاضي وقيل يلزمه دفعها الى عمرو ويفرمها لزيد لأنه لما أقرها لعمرو أولاً لم يقبل اقراره باليد لزيد وهذا وجه حسن ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين، ولو قال هذا الالف دفعه الي زيد وهو لعمرو أو قال هو لعمرو دفعه الي زيد فكذلك على ما مضى من القول فيه (فصل) وان قال غصبتها من أحدها أو هي لأحدها صح الاقرار لأنه يصح بالمجهول فيصح للمجهول ويطلب بالبيان فان عين أحدها دفعت اليه ويحلف للآخر إن أدعاها ولا يفرم له شيئاً لأنه لم يقر له بشيء، وان قال لا اعرفه عيناً فصدقاؤه تزعت من يده وكانا خصمين فيها وان كذبا فعليه اليمين أنه لا يعلم وتزاع من يده فان كان لاحدها بينة حكم له بها وان لم تكن له بينة أقر عنا بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلمت اليه وان بين الغاصب بعد ذلك مالهما قبل منه كما لو بينه ابتداءً ويحتمل أنه اذا ادعى كل واحد منهما أنه المنصوب منه توجهت عليه اليمين لكل واحد منهما أنه لم يقصبه فان حلف

وقد دل على ثبوت النسب باقرار الواحد اذا كان وارثاً حديث عائشة رضي الله عنها أن سعد بن ابي وقاص اختصم هو وعبد بن زمة في ابن أمة زمة فقال سعد اوصاني اخي عتبة إذا قدمت ان انظر الى ابن أمة زمة واقضه فانه ابنه فقال عبد بن زمة اخي وابن وليدة ابي ولد على فراشه فقال رسول الله ﷺ « هو لك يا عبد بن زمة، الولد للفراش وللماهر الحجر » فقضى به لعبد بن زمة وقال « احتجبي منه يا سودة » والمشهور عن ابي حنيفة انه لا يثبت إلا باقرار رجلين أو رجل وامرأتين وقال مالك لا يثبت إلا باقرار اثنين لأنه يحمل النسب على غيره فاعتبر فيه العدد كالشهادة

ولنا انه حق ثبت بالاقرار فلم يعتبر فيه العدد كالدين ولانه قول لا تعتبر فيه العدالة فلم يعتبر فيه العدد كاقرار الموروث واعتباره بالشهادة لا يصح لانه لا يعتبر فيه اللفظ والعدالة ويطلب بالاقرار بالدين وللمقر له من الميراث ما فضل في يد المقر وقد ذكرنا ذلك فيما مضى

(مسئلة) (وان أقر من عليه الولاية بنسب وارث لم يقبل اقراره الا ان يصدقه مولاه)

لان الحق لمولاه فلا يقبل اقراره بما يسقطه ويتخرج ان يقبل بدونه ذكره في المحرر

(مسئلة) (وان أقرت امرأة بتكاح على نفسها فهل يقبل؟ على روايتين)

(إحداها) يقبل لانه حق عليها فيقبل كما لو أقرت بمال (والاخرى) لا يقبل لأنها تدعى النفقة

والكسوة والسكنى فلا يقبل

(المغني والشرح الكبير)

لا أحدهما لزمه دفعها الى الآخر لان ذلك يجري مجرى تمينه وان نكل عن اليمين لها جميعا فسلمت الى أحدهما بقرعة أو غيرها لزمه غيرها للآخر لأنه نكل عن يمين توجهت عليه ففضي عليه كالأوداها وحده (فصل) فان كان في يده عبدان فقال أحدهذين لزيد طوب بالبيان فان عين أحدهما فصدقه زيد اخذته، وان قال هذا لي والعبد الآخر فعليه اليمين في العبد الذي يشكره وان قال زيد أما لي العبد الآخر فاقول قول المقر مع يمينه في العبد الذي يشكره ولا يدفع الى زيد العبد المقر به لكن يقر في يد المقر لانه لم يصح اقراره به في احد الوجهين وفي الآخر يزرع من يده لاعترافه بانه لا يملكه ويكون في بيت المال لانه لا مالك له معروف فأشبه ميراث من لا يعرف وارثه فان ابى التعمين فمينه المقر له وقال هذا عبدي طوب بالجواب فان انكر حلف وكان بمنزلة تمينه للآخر وان نكل عن اليمين بقضى عليه وان اقر له فهو كتمينه

(فصل) ولو أقر لرجل بعبد ثم جاءه به فقال : هذا الذي أقرت به فقال ليس هو هذا إنما هو آخر فعلى المقر اليمين انه ليس له عنده سواء ولا يلزمه تسليم هذا المقر له لانه لا يدينه وإن قال: هذا لي ولي عندك آخر سلم اليه هذا وحلف له على نفي الآخر وكل من أقر لرجل بملك فـ كذبه بطل قراره لانه لا يثبت للانسان ملك لا يعترف به وفي المال وجهان (أحدهما) يترك في يد المقر لانه إن محكوماً له به فاذا بطل إقراره بقي على ما كان عليه (والثاني) يؤخذ الى بيت المال لانه

(مسئلة) (فان أقر المولى عليها به قبل ان كانت مجبرة)

لان المرأة لا قول لها في حال الاجبار وكذلك ان كانت مقرة بالاذن نص عليه وقيل لا يقبل الا على المجبرة من المحرر وان لم تكن مجبرة لم يقبل لانه إقرار على الغير فلم يلزمها كما لو أقر عليها بمال

(مسئلة) (وان أقر أن فلانة امرأته او أقرت ان فلانا زوجها فلم يصدق المقر له المقر إلا بعد موت المقر صح)

وورثه كما لو صدقه في حياته وقد ذكرنا فيما اذا أقر بنسب كبير عاقل بعد موته هل يرثه؟ على وجهين بناء على ثبوت نسبه فيخرج هنا مثله وان كان قد كذبه في حياته ففيه وجهان

(مسئلة) (وان أقر الورثة على موروثهم بدين لزمهم قضاؤه من التركة فان أقر بعضهم لزمه بقدر ميراثه فان لم تكن تركة لم يلزمهم شيء)

إذا أقر الوارث بدين على موروثه قبل اقراره بغير خلاف نعلمه ويتعلق ذلك بتركة الميت كما لو أقر به الميت في حياته فان لم يخلف تركة لم يلزم الوارث شيء لانه لا يلزمه اداء دينه إذا كان حياً مفلساً فكذلك إذا كان ميتاً، وان خلف تركة تعلق الدين بها وان احب الوارث تسليمها في الدين فله ذلك وان احب استخلاصها ووفاء الدين من ماله فله ذلك ويلزمه اقل الامرين من قيمتها او قدر الدين

لم يثبت له مالاً وقيل يؤخذ فيحفظ حتى يظهر ما السكك لانه لا بدعيه أحد ومذهب الشافعي مثل هذا، فان عاد أحدهما فكذب نفسه دفع اليه لانه بدعيه ولا منازع له فيه، وان كذب كل واحد منهما نفسه فرجع المقر عن اقراره وادماه المقر له فان كان باقياً في يد المقر فالقول قوله مع يمينه كما لو لم يقر بغيره (١) وان كان معدوماً بتلف أو اباق ونحوه يبرئ من أحدهما فلا شيء فيه من يمين ولا غيرها وان كان بعد من أحدهما فالقول فيه قول المقر مع يمينه كما لو كان باقياً فاذا حلف سقط عنه الضمان إن كان تلفه بتعديه ووجب له الضمان على الآخر إن كان تلفه بتعد منه والله أعلم

(١) من هنا الى آخر
الفصل زيادة من
بعض النسخ

﴿مسئلة﴾ قال (وهو) أقر بمشرة دراهم ثم سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه ثم قال زيوفاً أو صفاراً أو الى شهر كانت عشرة جيادا وافية حالة)

وجملة أن من أقر بدرام وأطلق اقضى إقراره الدرهم الوافية وهي دراهم الاسلام كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل وكل درهم ستة دنانق واقضى أن تكون جياداً كما لو باعه بعشرة دراهم وأطلق فانها تلزمه كذلك ، فاذا سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه أو أخذ في كلام غير ما كان فيه استقرت عليه كذلك، فان عاد فقال زيوفاً - يعني رديثة - أو صفاراً وهي الدرهم الناقصة مثل دراهم طبرية كان

بمزلة الجاني فان كان الوارث واحداً فكسبه ما ذكرنا وان كانا اثنين أو أكثر وثبت الدين باقرار المبت أو بيئته أو اقرار جميع الورثة فكذلك، وإذا اختار الورثة اخذ التركة وقضاء الدين من اموالهم فعلى كل واحد منهم من الدين بقدر ميراثه وإن اقر أحدهم لزمه من الدين بقدر ميراثه والخبرة اليه في تسليم نصيبه في الدين أو استخلافه ، وإذا قدره من الدين فان كانا اثنين لزمه انصف وان كانوا ثلاثة فعليه الثلث وبهذا قال النخعي والحكم والحسن واسحاق وابو عبيد وابو ثور والشافعي في احد قوله وقال اصحاب الرأي يلزمه جميع الدين أو جميع ميراثه وهو احد قول الشافعي رجم اليه بعد قوله كقولنا لان الدين يتعاقب بتركته فلا يستحق الوارث منها إلا ما فضل من الدين لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) ولانه يقول ما أخذه المنكر اخذه بغير استحقاق فكان فاصبا فيتعلق الدين بما بقي من التركة كما لو غصبه اجني

ولنا انه لا يستحق أكثر من نصف الميراث فلا يلزمه أكثر من نصف الدين كما لو اقر أخوه ولانه اقرار يتعلق بحصته أو حصة أخيه فلا يجب عليه الا ما يخصه كالاقرار بالوصية واقرار أحد الشريكين على مال الشركة ولانه حق لو ثبت بيئته أو قول المبت أو اقرار الوارثين لم يلزمه الا نصفه فلم يلزمه باقراره أكثر من نصفه كالوصية ولان شهادته بالدين مع غيره تقبل ، ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لانه يجربها الى نفسه نفعاً فان كان عليه دين بيئته أو اقرار المبت قدم على ما أقر به الورثة من المهور

كل درهم منها أربعة دوانيق وذلك ثلثا درهم، أو الى شهر يعني مؤجلة لم يقبل منه لأنه يرجع عن بعض ما أقر به ويرفمه بكلام منفصل فلم يقبل كاستثناء المنفصل وهذا مذهب الشافعي ولا فرق بين الاقرار بها ديناً أو ودیعة أو غضباً، وقال أبو حنيفة يقبل قوله في النصب والوديعة لأنه أقر بفعل في عين ، وذلك لا يقتضي سلامتها فأشبهه ما لو أقر بنصب عبد ثم جاء به معيماً

ولنا أن إطلاق الاسم يقتضي الوازنة الحياد فلم يقبل تفسيره بما يخالف ذلك كالدين ويفارق العبد فان السبب لا يمنع إطلاق اسم العبد عليه فاما إن وصفها بذلك بكلام متصل أو سكت للتفيس أو اعترضته سلعة أو نحو ذلك ثم وصفها بذلك أو شيء منه قبل منه وذكر أبو الخطاب أنه يحتمل أن لا يقبل منه التأجيل وهو قول أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لأن التأجيل يمنع استيفاء الحق فلم يقبل كما لو قال : له علي دراهم قضيته إياها وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقبل تفسيره بالناقصة وقال القاضي إن قال : له علي عشرة دراهم ناقصة قبل قوله وإن قال صفاراً وللتاس دراهم صفار قبل قوله أيضاً وإن لم تكن لهم دراهم صفار لزمه وازنة كما لو قال دراهم لزمه درهم وازن وهذا قول ابن القاص من أصحاب الشافعي .

ولنا أنه فسر كلامه بما يحتمله بكلام متصل فقبل منه كاستثناء البعض وذلك لأن الدرهم يعبر بها عن الوازنة والناقصة والزيوف والحيدة وكونها عليه يحتمل الحلول والتأجيل فاذا وصفها بذلك تقيدت

(فصل) قال رضي الله عنه (وان اقر بحمل امرأة صح فان القته ميتاً أو لم يكن حملاً بطل وإن ولدت حياً وميتاً فهو للحی وإن ولدتهما حيين فهو بينهما سواء الذكر والانثی ذكره ابن حامد) إذا اقر حمل امرأة بمال وعزاه الى ارث أو وصية صح وكان للحمل وان أطلق فقال أبو عبد الله بن حامد يصح وهو أصح قولي الشافعي لأنه يجوز أن يملك بوجه صحيح فصح له الاقرار المطلق كالطفل، فعلى هذا إن ولدت ذكر أو أنثی كان بينهما نصفين وان عزاه الى ارث أو وصية كان بينهما على حسب استحقاقها لذلك وان ولدت حياً وميتاً فالكل للحی لأنه لا يخلو اما ان يكون الاقرار له عن ارث أو وصية وكلاهما لا يصح للبيت، وقال أبو الحسن التميمي لا يصح الاقرار الا أن يعزوه الى ارث أو وصية وهو قول أبي ثور والقول الثاني للشافعي لأنه لا يملك بغيرهما، فان وضعت الولد ميتاً كان قد عزا الاقرار الى ارث أو وصية عادت الى ورثة الموصي وموروث الطفل وان اطلق الاقرار كلف ذكر السبب فيعمل بقوله فان تعذر التفسير بموته أو غيره بطل اقراره كمن أقر لرجل لا يعرف من اراد باقراره، وان عزا الاقرار الى جهة غير صحيحة فقال لهذا الحمل على الف أقرضتها أو ودیعة أخذتها منه فعلى قول التميمي الاقرار باطل وعلى قول ابن حامد ينبغي ان يصح اقراره لأنه وصل باقراره ما يسقطه فيسقط ما وصله به كما لو قال له الف لا يلزمي، وان قال له علي الف جعلتها له أو نحو ذلك فهي عدة لا يؤخذ بها، ولا يصح الاقرار للحمل الا اذا تيقن أنه كان موجوداً حال الاقرار على ما بين في الوصية له، وان أقر ليسجد

به كما لو وصف الثمن به فقال : بعتك بعشرة دراهم مؤجلة ناقصة وثبوتها على غير هذه الصفة حالة الاطلاق لا يمنع من صحة تقييدها به كالثمن وقولهم ان التأجيل يمنع استيفاءها ليس بصحيح وإنما يؤخره فأشبه الثمن المؤجل بمحققه ان الدراهم تثبت في الذمة على هذه الصفات فاذا كانت ثابتة بهذه الصفة لم تقتضي الشريعة المطهرة سد باب الاقرار بها على صفها، وعلى ما ذكره لا سبيل له الى الاقرار بها إلا على وجه يؤخذ بغير ما هو واجب عليه فيفسد باب الاقرار ، وقول من قال ان قوله صغاراً ينصرف إلى المقدار لا يصح لأن مساحة الدراهم لا تعتبر في الشرع ولا تثبت في الذمة بمساحة مقدرة وإنما يعتبر الصغر والكبر في الوزن فيرجع الى تفسير المقر ، فاما ان قال زيوفاً وفسرها بمشوشة أو معيبة عيباً ينقصها قبل تفسيره وان فسرها بنحاس أو رصاص أو مالا قيمة له لم يقبل لان تلك ليست دراهم على الحقيقة فيكون تفسيره به رجوعاً عما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل

(فصل) وإن أقر بدراهم وأطلق في بلد أوزانهم ناقصة كطبرية كان درهمهم اربعة دوانيق وخوارزم كان درهمهم اربعة دوانيق ونصفاً ومكة درهمهم ناقص وكذلك المغرب، او في بلد دراهمهم مشوشة كعصر والموصل ففيه وجهان (اولهما) يلزمه من دراهم البلد ودنانيره لان مطلق كلامهم يحمل على عرف بلدكم كما في البيع والاتمان (والثاني) تلزمه الموازنة الخالصة من النش لان اطلاق الدراهم في الشرع ينصرف اليها بدليل ان بها تقدير نصب الزكاة ومقادير الديات فكذلك إطلاق الشخص، وفارق البيع فانه ايجاب

أو مصنع أو طريق وعزاه إلى سبب صحيح مثل أن يقول من غلة وقفه صح وان أطلق خرج على الوجبين وان لم يكن ثم حمل بطل الاقرار لانه أقر لغير شيء

(مسئلة) (وان أقر لكبير عاقل فلم يصدقه بطل اقراره في أحد الوجبين)

لانه اقرار بحق أشبه النسب فعلى هذا يقر المال في يد المقر لانه كان في يده فاذا بطل لإقراره بقي كانه لم يقر به والوجه الثاني يؤخذ ان المال إلى بيت المال فيحفظه حتى يظهر مالكة لانه باقراره خرج عن ملكه ولم يدخل في ملك المقر له وكل واحد منهما ينكر ملكه فهو كالمال الضائع يترك في بيت المال قال صاحب المحرر فعلى هذا الوجه أيهما غير قوله لم يقبل منه وعلى الاول ان عاد المقر فادعاه لنفسه أو لثالث قبل منه ولم يقبل بعدها عود المقر له أولاً الى دعواه ، ولو كان عوده إلى دعواه قبل ذلك ففيه وجهان ولو كان المقر به عبداً أو نفس المقر بأن أقر برقها للغير فهو كغيره من الاموال على الاول وعلى الثاني يحكم بحريتهما .

باب ما يحصل به الاقرار

إذا ادعى عليه الفأ فقال نعم أو أجل أو صدقت أو انا مقر بها أو بدعواك كان مقراً ومثله أنا مقر بما ادعت لان هذه الالفاظ وضعت للتصديق قال الله تعالى (هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً؟ قالوا نعم) وان

في الحال فاخص بدرام الموضع الذي هافيه والافرار لإخبار عن حق سابق فالنصف الى درام الاسلام
 (فصل) وإن أقر بدرام وأطلق ثم فسرها بسكة البلد الذي أقرها فيه قبل لان إطلاقه ينصرف
 اليه وان فسرها بسكة غير سكة البلد أجود منها قبل لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ وكذلك إن كانت
 منها لانه لا يتهم في ذلك، وإن كانت أدنى من سكة البلد لكنها مساوية في الوزن احتمال أن لا يقبل لان
 إطلاقها يقتضي درام البلد ونقده فلا يقبل منه دونها كالا يقبل في البيع ولاها ناقصة القيمة فلم يقبل تفسيره
 بها كالتاقصة وزنا ويحتمل أن يقبل منه وهو قول الشافعي لانه يحتمل ما فسره به وفارق التاقصة لان
 إطلاق الشرع الدرهم لا يتناولها بخلاف هذه ولهذا يتعلق بهذه مقدار النصاب في الزكاة وغيره وفارق
 الثمن فانه إيجاب في الحال وهذا إخبار عن حق سابق

(فصل) وإن قال له علي درهم كبير لزمه درهم من درام الاسلام لانه كبير في العرف وإن قال
 له علي درهم فهو كالمو قال درهم لان التصغير قد يكون لصفه في ذاته أو لقلة قدره عنده وتخييره وقد
 يكون لمحبته كما قال الشاعر

بذياك الوادي أهيم ولم أقبل * بذياك الوادي وذياك من زهد
 ولكن إذا ما أحب شيء تولمت * به أحرف التصغير من شدة الوجد

قال اليس لي عندك الف ؟ قال بلى كان اقراراً صحيحاً لأن بلى جواب للسؤال بحرف النفي قال الله تعالى
 (ألسنت بربكم ؟ قالوا بلى)

(مسألة) (وان قال أنا أقر أو لا أنكر أو يجوز ان يكون محققاً أو عسى أو لعل أو أحسب أو أظن
 أو أقدر أو أخذ أو اتزن أو افتح كك لم يكن مقراً)

إذا قال أنا مقر لم يكن اقراراً لانه وعد بالافرار في المستقبل وكذلك ان قال لا انكر لانه لا
 يلزم من عدم الانكار الاقرار فان بينهما قسماً آخر وهو السكوت عنهما، وان قال يجوز أن يكون محققاً
 لم يكن اقراراً كذلك وان قال لعل أو عسى لم يكن مقراً لانها لترجى، وان قال أظن أو أحسب أو أقدر
 لم يكن مقراً لان هذه الالفاظ تستعمل للشك، وكذلك ان قال خذ أو اتزن أو افتح كك لانه يحتمل خذ
 الجواب أو اتزن أو افتح كك لشيء آخر

(مسألة) (وان قال أنا مقر أو خذها أو اتزنها أو اقبضها أو احرزها أو هي صحاح فهل
 يكون مقراً ؟ يحتمل وجيبين)

إذا قال أنا مقر ولم يزد احتمال ان يكون مقراً لان ذلك عقيب الدعوى فينصرف اليها وكذلك
 ان قال اقررت قال الله تعالى (قال أقررتم واخذتم على ذلكم إصري ؟ قالوا أقررنا) ولم يقولوا أقررنا
 بذلك ولا زادوا عليه فكان منهم اقراراً ويحتمل ان لا يكون مقراً لانه يحتمل ان يريد غير ذلك مثل

وإن قال له علي عشرة دراهم عدداً لزمته عشرة معدودة وازنة لان إطلاق الدرهم يقتضي اوزنة وذكرا العدد لا ينافيها فوجب الجمع بينهما فان كان في بلد يتعاملون بها عدداً من غير وزن فحكمه حكم مالهو أقربها في بلد أوزانهم ناقصة أو دراهمهم مفسوشة على ما فصل فيه

(فصل) وإذا أقر بدرهم ثم أقر بدرهم لزمه درهم واحد وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يلزمه درهمان كما لو قال له علي درهم ودرهم، ولا فرق بين أن يكون الاقرار في وقت واحد أو في أوقات أو في مجلس واحد أو مجالس. ولنا انه يجوز ان يكون قد كرر الخبر عن الاول كما كرر الله تعالى الخبر عن إرساله نوحاً وهوداً وصالحاً ولوطاً وشعيباً وإبراهيم وموسى وعيسى ولم يكن المذكور في قصة غير المذكور في أخرى كذا ههنا، فان وصف أحدهما وأطلق الآخرة كذلك لانه لا يجوز ان يكون المطلق هو الموصوف أطلقه في حال ووصفه في حال، وإن وصفه بصفة واحدة في المرتين كان تأكيده لما ذكرنا وان وصفه في إحدى المرتين بغير ما وصفه في الأخرى فقال درهم من ثمن مبيع ثم قال له علي درهم من قرض أو درهم من ثمن نوب ثم قال درهم من ثمن عبد أو قال درهم أبيض ثم قال درهم أسود فهما درهمان لأنهما متقاران

(فصل) وإن قال له علي درهم ودرهم أو درهم أو درهم ثم درهم لزمه درهمان وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه، وذكر القاضي وجهاً فيما إذا قال درهم فدرهم وقال أردت درهم فدرهم لازم لي

ان يريد انامقر بالشهادة او بطلان دموالك ، وان قال خذها اذا زنها أو اقبضها او احرزها لي أو هي صحاح فهل يكون مقراً؟ يحتل وجهين ففيه وجهان (أحدهما) ليس باقرار لان الصفة ترجع الى المدعى ولم يقر بوجوبه ولا يجوز ان يعطيه ما يدعيه من غير ان يكون واجبا عليه نأمره باخذها أولى أن لا يلزم منه الوجوب (والثاني) يكون اقراراً لان الضمير يعود الى ما تقدم

(مسئلة) (وان قال له علي ألف ان شاء الله أو في علمي أو فيما أعلم أو قال اقضني ديني عليك ألفاً أو سلم لي نوبي هذا أو فرسي هذه فقال نعم فقد أقر بها)

إذا قال لك علي ألف ان شاء الله كان مقراً نص عليه احمد وقال اصحاب الشافعي ليس باقرار لانه علق اقراره على شرط فلم يصح كالعقله على مشيئة زيد ولان ما علق على مشيئة الله لا سبيل الى معرفته ولنا أنه وصل اقراره بما يرفعه كله ولا يصرفه الى غير الاقرار فلزمه ما اقر به وبطل ما وصله به كما لو قال له علي ألف الا ألفاً ولأنه عقب الاقرار بما لا يفيد حكماً آخر ولا يقتضي رفع الحكم أشبه ما لو قال له علي ألف ان شئت وان شاء في مشيئة الله وان قال له علي ألف الا أن يشاء الله صح الاقرار لانه أقر ثم علق رفع الاقرار على أمر لا يعلم فلم يرتفع، وان قال له علي ألف ان شئت وان شاء زيد لم يصح الاقرار وقال القاضي يصح لانه عقبه ما يرفعه فصح الاقرار دون ما يرفعه كاستثناء الكل كما لو قال ان شاء الله

أنه يقبل منه وهو قول الشافعي لأنه يحتمل الصفة. ولأن الفاء أحد حروف العطف الثلاثة فاشبهت الواو ثم ولأنه عطف شيئاً على شيء بالفاء فاقضى ثبوتها كما لو قال أنت طالق فطالق وقد سلمه الشافعي وما ذكره من احتمال الصفة بعيد لا يفهم حالة الاطلاق فلا يقبل تفسيره به كالمفسر الدراهم المطلقة بأنها زبوف أو صغار أو مؤجلة وإن قال له علي درهم ودرهمان لزمته ثلاثة وإن قال له علي درهم ودينار أو فدينار أو قفيز حنطة، ونحو ذلك لزمه ذلك كله وإن قال له علي درهم ودرهم ودرهم لزمته ثلاثة وحكي ابن أبي موسى عن بعض أصحابنا أنه إذا قال أردت بالثالث تأكيد الثاني وبإيانه أنه يقبل وهو قول بعض أصحاب الشافعي لأن الثالث في لفظ الثاني فظاهر مذهبه أنه تلزمه الثلاثة لأن الواو للعطف والعطف يقتضي المغايرة فوجب أن يكون الثالث غير الثاني، كما كان الثاني غير الأول والقرار لا يقتضي تأكيداً فوجب حمله على العدد وكذلك الحكم إذا قال له علي درهم فدرهم أو درهم ثم درهم ثم درهم وإن قال له علي درهم ثم درهم أو درهم ثم درهم فدرهم لزمته الثلاثة وجهاً واحداً لأن الثالث مغاير للثاني لاختلاف حرفي العطف الداخلين عليهما فلم يحتمل التأكيد (فصل) وإن قال له علي درهم بل درهمان أو درهم لكن درهمان لزمه درهمان وبه قال الشافعي وقال زفر وداود تلزمه ثلاثة لأن بل للاضراب لأنه لما أقر بدرهم وأضرب عنه لزمه لأنه لا يقبل رجوعه عما قرره ولزمه الدرهمان اللذان أقر بهما. ولأنه إنما نفى الاقتصار على واحد واثبت الزيادة عليه

ولنا أنه علقه على شرط يمكن علمه فلم يصح كما لو قال له علي ألف إن شهد به فلان وذلك لأن الاقرار اخبار بحق سابق فلا يتعلق على شرط مستقبل، ويفارق التطبيق على مشيئة الله تعالى فإن مشيئة الله تذكّر في الكلام تبركاً وصلة وتفويضاً إلى الله تعالى كقول الله تعالى (لندخلن المسجد الحرام إن شاء الله آمين) وقد علم الله سبحانه أنهم سيدخلونه بغير شك ويقول الناس صلينا إن شاء الله مع يقين صلاحهم بخلاف مشيئة الآدمي والثاني إن مشيئة الله تعالى لا تعلم إلا بوقوع الأمر فلا يمكن وقوف الأمر على وجودها ومشية الآدمي يمكن العلم بها فيمكن جعلها شرطاً بوقوع الأمر على وجودها والماضي لا يمكن وقفه فتعين حل الأمر ههنا على المستقبل فيكون لا اقراراً وعداً

(فصل) ولو قال بعتك إن شاء الله أو زوجتك إن شاء الله فقال أبو إسحاق بن شاذان لا أعلم خلافاً عنه في أنه إذا قيل له قبلت هذا النكاح فقال نعم إن شاء الله إن النكاح واقع وبه قال أبو حنيفة ولو قال بعتك بالف إن شئت فقال قد شئت وقبل صح لأن هذا الشرط من موجب العقد ومقتضاه فإن الإيجاب إذا وجد من البائع كان القبول إلى مشيئة المشتري واختياره

(مسئلة) (وان قال له علي ألف في علمي أو فيما أعلم كان مقراً به) لأن ما في علمه لا يحتمل إلا الوجوب ولو قال أقضيتني الألف الذي لي عليك؟ قال نعم كان مقراً به لأنه تصديق لما ادعاه وإن قال سلم الي ثوبي هذا أو فرسي هذه فقال نعم فقد أقر بها لما ذكرنا وإن قال اشتر عبدي هذا أو قال أعطني عبدي هذا فقال نعم كان اقراراً لما ذكرنا

فأشبه ما لو قال له علي درهم بل أكثر فانه لا يلزمه أكثر من اثنين، وان قال له علي درهم بل درهم او لكن درهم ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه درهم واحد لان احمد قال فيمن قال لامرأته انت طالق لابل انت طالق انها لا تطلق الا واحدة وهذا في معناه وهذا مذهب الشافعي لانه اقر بدرهم مرتين فلم يلزمه أكثر من درهم كالموافق بدرهم ثم انكره ثم قال بل علي درهم، ولكن للاستدراك فهي في معنى بل الا ان الصحيح انها لا تستعمل الا بعد الجحد الا ان يذكر بعدها جملة (والوجه الثاني) يلزمه درهمان ذكره ابن أبي موسى وأبو بكر عبد العزيز، وتقيضه قول زفر وداود لان ما بعد الاضراب يغير ما قبله فيجب أن يكون الدرهم الذي أضرب عنه غير الدرهم الذي أقر به بعده فيجب الاثنان كما لو قال له علي درهم بل دينار ولان بل من حروف العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فوجباً جميعاً كما لو قال له علي درهم ودرهم ولا نألو لم نوجب عليه الا درهما جعلنا كلامه لغواً واضرابه عنه غير مفيد والاصل في كلام العاقل أن يكون مفيداً، ولو كان الذي أضرب عنه لا يمكن أن يكون المذكور بعده ولا بعضه مثل أن يقول له علي درهم بل دينار أو ديناران أوله علي فقير حنطة بل فقير شعير أو هذا الدرهم بل هذان لزمه الجميع بغير خلاف لعملاء لان الاول لا يمكن أن يكون الثاني ولا بعضه فكان مقراً بهما ولا يقبل رجوعه عن شيء منها وكذلك كل جملتين أقر باحدهما ثم رجع الى الاخرى لزمه، وان قال له علي درهمان بل درهم أو عشرة بل تسعة لزمه الاكثر لانه أضرب عن واحد ونفاه بعد اقراره به فلم يقبل تقيضه

(مسئلة) (وان قال ان قدم فلان فله علي الف درهم لم يكن مقراً) لانه ليس بمقر في الحال وما لا يلزمه في الحال لا يصير واجباً عند وجود الشرط، وان قال له علي ألف ان قدم فلان فعلي وجهين (أحدهما) لا يكون اقراراً كالمسئلة قبلها (والثاني) يكون مقراً لانه قدم الاقرار فثبت حكمه وبطل الشرط لانه لا يصلح ان يكون أجلاً

(مسئلة) (وان قال له علي الف إذا جاء رأس الشهر كان اقراراً وان قال اذا جاء رأس الشهر فله علي الف فعلي وجهين) قال أصحابنا في المسئلة الاولى هو اقرار وفي الثانية ليس باقرار وهو منصوص الشافعي لانه في الاول بدأ بالاقرار ثم عقبه بالالف يقتضي رفعه لان قوله إذا جاء رأس الشهر يحتمل أنه أراد المحل فلا يبطل الاقرار بأمر محتمل وفي الثانية بدأ بالشرط فعلق عليه لفظاً يصلح للاقرار ويصلح للوعد فلا يكون اقراراً مع الاحتمال ويحتمل انه لا فرق بينهما لان تقديم الشرط وتأخيره سواء فيكون فيها جميعاً وجهان

(مسئلة) (وان قال له علي الف ان شهد به فلان أو إن شهد به فلان صدقته لم يكن مقراً) لانه يجوز أن يصدق الكاذب

(مسئلة) (وان قال ان شهد به فلان فهو صادق احتمل وجهين) (أحدهما) لا يكون اقراراً لانه

له بخلاف الاستثناء فانه لا يبنى شيئاً أقر به وإنما هو عبارة عن الباقي بعد الاستثناء فإذا قال له عشرة الا درهما كان معناه تسعة

(فصل) وان قال له علي درهم قبله درهم أو بعده درهم لزمه درهمان وان قال قبله درهم وبعده درهم لزمه ثلاثة لان قبل وبعد تستعمل للتقديم والتأخير في الوجوب، وان قال له علي درهم فوق درهم أو تحت درهم أو مع درهم فقال القاضي يلزمه درهم وهو أحد قولي الشافعي لانه بمحتمل فوق درهم في الجودة أو فوق درهم لي وكذلك تحت درهم وقوله معه درهم بمحتمل معه درهم لي وكذلك مع درهم فلم يجب الزائد بالاحتمال وقال أبو الخطاب يلزمه درهمان وهو القول الثاني للشافعي لان هذا اللفظ يجري مجرى المطف الكونه يقتضي ضم درهم آخر اليه وقد ذكر ذلك في سياق الاقرار فالظاهر انه اقرار ولان قوله علي يقتضي في ذمتي وليس للمقر في ذمة نفسه درهم مع درهم المقر له ولا فوقه ولا تحته فانه لا يثبت للانسان في ذمة نفسه شيء، وقال أبو حنيفة وأصحابه ان قال فوق درهم لزمه درهمان لان فوق تقتضي في الظاهر الزيادة وان قال تحت درهم لزمه درهم واحد لان تحت تقتضي النقص ولنا أن حمل كلامه على معنى المطف فلا فرق بينهما وأن حمل على الصفة للدرهم المقر به وجب أن يكون المقر به درهما واحدا سواء ذكره بما يقتضي زيادة الجودة أو نقصها وان قال له علي درهم قبله دينار أو بعده أو قفيز حنطة أو معه أو فوقه أو تحته أو مع ذلك قال قول في ذلك كالتقول في الدرهم سواء

علقه على شرط فهي كالتالي قبلها (والثاني) يكون لإقرارا في الحال لانه لا يتصور صدقه إلا أن يكون ثابتاً في الحال وقد اقر بصدقه

(مسئلة) (وان اقر العربي بالمعجمة أو المعجمي بالعربية وقال لم أرد ماقلت فالتقول قوله مع يمينه لانه محتمل أن يكون صادقا فلا يكون مقرا

باب الحكم فيما اذا وصل باقراره ما يغيره

إذا وصل باقراره ما يسقطه مثل ان يقول له علي الف لا يلزمني أو قد قبضه أو استوفاه أو الف من ثمن خمر أو تكفلت به علي أنني بالخيار لزمته الالف ولا يقبل قوله ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي، وذكر القاضي إذا قال له علي الف زبوف وفسره برصاص أو نحاس لم يقبل لانه رفع كل ما اعترف به وقال في سائر الصور التي ذكرناها يقبل قوله لانه عزا اقراره الى سببه فقبل كما لو عزا الى سبب صحيح إلا في قوله علي الف لا يلزمني

ولنا ان هذا يناقض ما أقر به فلم يقبل كالصورة التي قبلها وكما لو قال له علي الف لا تلزمني أو نقول رفع جميع ما أقر به فلم يقبل كاستثناء السكك وتناقض كلامه غير خاف فان ثبوت الف عليه في هذه المواضع لا يتصور واقراره اخبار بثبوته فتنافيا وان سلم ثبوت الالف عليه فهو ما قلنا

(فصل) وان قال له علي ما بين درهم وعشرة لزمته ثمانية لان ذلك ما بينهما وان قال من درهم لعشرة ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) تلزمه تسعة وهذا يحكى عن أبي حنيفة لان من لا يتداه الغاية وأول الغاية منها والى لا انتهائها فلا يدخل فيها كقوله تعالى (ثم أمموا الصيام الى الليل) (والثاني) تلزمه ثمانية لان الاول والعاشر حدان فلا يدخلان في الاقرار ولزمه ما بينهما كالتالي قبلها (والثالث) تلزمه عشرة لان العاشر أحد الطرفين فيدخل فيها كالاول وكما لو قال قرأت القرآن من أوله الى آخره فان قال أردت بقولي من واحد الى عشرة مجموع الاعداد كلها أي الواحد والاثنان وكذلك الى العشرة لزمه خمسة وخمسون درهما واختصار حسابه أن تزيد أول المدد وهو الواحد على العشرة فيصير أحد عشرة ثم تضربها في نصف العشرة فما بلغ فهو الجواب

(فصل) وان قال له علي دراهم لزمه ثلاثة لانها أقل الجمع وان قال له علي دراهم كثيرة أو وافرة أو عظيمة لزمه ثلاثة وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يقبل تفسيره بدون العشرة لانها أقل جمع الكثرة وقال ابو يوسف ومحمد لا يقبل أقل من مائتين لان بها يحصل الغنى ونجى الزكاة ولنا ان الكثرة والمظمة لا حد لها شرعا ولا لغة ولا عرفا وتختلف بالاضافات واحوال الناس فالثلاثة أكثر مماؤها وأقل مما فوقها ومن الناس من يستعظم اليسير ومنهم من لا يستعظم الكثير ويحتمل ان المقر اراد كثيرة بالنسبة الى ما دونها او كثيرة في نفسه فلا تجب الزيادة بالاحتمال

(مسئلة) (وان قال له علي الف الا الف لم يصح) لانه استثنى الكل ولا يصح بغير خلاف لانه رجوع عن الاقرار وان قال الا سمانه لم يصح وسنذكره ان شاء الله تعالى

(فصل) ولا يقبل رجوع المقر عن اقراره الا ما كان حداً لله تعالى يدرأ بالشبهات ويحتاط لاسقاطه فأما حقوق الأديين وحقوق الله تعالى التي لا تدرأ بالشبهات كالزكاة والكفارات فلا يقبل رجوعه عنها ولا نعلم في هذا خلافا

(مسئلة) (وان قال كان له عندي الف وقضيته أو قضيت منه خمسمائة درهم فقال الحرقي ليس باقرار والقول قوله مع يمينه) وحكى ابن أبي موسى في هذه المسئلة روايتين (أحدهما) ان هذا ليس باقرار اختاره القاضي وقال لم اجد عن احمد رواية بغير هذا (والثانية) أنه مقر بالحق مدع لقضائه فليمة البينة بالقضاء والا حلف غريمه واخذه اختاره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة لانه اقر بالدين وادعى القضاء بكلام منفصل ولانه رفع جميع ما أثبتته فلم يقبل كاستثناء الكل وللشافعي قولان كالمذهبين، ووجه قول الحرقي أنه قول متصل يمكن صحته ولا تناقض فيه فوجب ان لا يقبل كاستثناء البعض، وفارق المنفصل لان حكم الاول قد استقر بسكوته عنه فلا يمكن رفعه بعد استقراره ولذلك لا يرفع بعضه باستثناءه ولا غيره فما يأتي بعده من دعوى القضاء يكون دعوى مجردة لا تقبل الا بيينة

(فصل) وان قال له علي درهمان في عشرة وقال اردت الحساب لزمه عشرون وان قال اردت درهين مع عشرة ولم يكن يعرف الحساب قبل منه ولزمه اثنا عشرة لان كثيراً من العامة يريدون بهذا اللفظ هذا المعنى وان كان من أهل الحساب احتمل ان لا يقبل لان الظاهر من الحساب استعمال الفاظه لمعانيها في اصطلاحهم ويحتمل ان يقبل لانه لا يمنع ان يستعمل اصطلاح العامة وان قال اردت درهين في عشرة لي لزمه درهمان لانه يحتمل ما يقول وان قال درهمان في دينار لم يحتمل الحساب وسئل عن مراده، فان قال اردت العطف او معنى مع لزمه الدرهمان والدينار وان قال اسلمتهما في دينار فصدقه المقر له بطل اقراره لان سلم احدائتقدين في الآخر لا يصح وان كذبه فالقول قول المقر له لان المقر وصل اقراره بما يسقطه فلزمه ما اقر به وبطل قوله في دينار وكذلك ان قال له علي درهمان في ثوب وفسره بالسلم أو قال في ثوب اشتريته منه إلى سنة فصدقه بطل اقراره لانه ان كان بمد التفرقة بطل السلم وسقط الثمن وان كان قبل التفرقة فالقر بالخيار بين الفسخ والامضاء وإن كذبه المقر له فالقول قوله مع يمينه وله الدرهمان .

(فصل) وإن قال : له عندي درهم في ثوب أو في كيس أو زيت في جرة أو تبن في غرارة أو تمر في جراب أو سكنين في قراب أو فص في خاتم أو كيس في صندوق ، أو قال غصبت منه ثوباً في منديل أو زيتاً في زق ففيه وجهان (أحدهما) يكون مقراً بالمظروف ودون الظرف هذا اختيار ابن حامد

وأما استثناء الكل فتناقض لانه لا يمكن أن يكون عليه ألف وليس عليه شيء

(فصل) فان قال كان له علي الف وقضيته منه خمسمائة فالكلام فيه كالكلام فيما اذا قال وقضيته وان قال له انسان عليك مائة لي فقال قد قضيتك منها خمسين فقال القاضي لا يكون مقراً بشيء لان الخمسين التي ذكر أنه قضاها في كلامه ما يمنع بقاءها وهو دعوى القضاء وباقي المائة لم يذكرها وقواه منها يحتمل انه يريد بها مما يدعيه ويحتمل مما علي فلا يثبت عليه شيء بكلام محتمل ويجيء على قول من قال بالرواية الاخرى انه يلزمه الخمسون التي ادعى قضاها لان في ضمن دعوى القضاء اقراراً بانها كانت عليه فلا تقبل دعوى القضاء بغير بينة

(فصل) فان قال كان له علي الف وسكت لزمه الالف في ظاهر قول أصحابنا وهو قول ابي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يلزمه شيء وليس هذا باقرار لانه لم يذكر عليه شيئاً في الحال أما اخبر بذلك في زمن ماض فلا يثبت في الحال ولذلك لو شهدت البينة لم يثبت ولنا أنه اقر بالوجوب ولم يذكر ما يرفعه فبقي على ما كان عليه، ولهذا لو تنازعا داراً فأقر أحدهما لآخرها كانت ملكه حكيم بها له الا انه ههنا ان عاد فادعى القضاء او البراء سمعت دعواه لانه لاتنافي بين الاقرار وبين ما يدعيه وهذا على احدى الروايتين

(فصل) وان قال له علي الف قضيته اياه لزمه الالف ولم تقبل دعوى القضاء وقال القاضي تقبل

ومذهب مالك والشافعي لأن إقراره لم يتناول الظرف فيحتمل أن يكون في ظرف للمقر فلم يلزمه ،
(والثاني) يلزمه الجميع لانه ذكر ذلك في سياق الاقرار وبصلاح أن يكون مقراً به فلزمه كما لو قال
له عندي عبد عليه عمامة وقال أبو حنيفة في الفصب يلزمه ولا يلزمه في بقية الصور لأن المنديل يكون
ظرفاً للثوب فالظاهر أنه ظرف له في حال الفصب صار كما أنه قال غصبت ثوبا ومنديلا

ولنا انه يحتمل أن يكون المنديل للغاصب وهو ظرف للثوب فيقول: غصبت ثوبا في منديل لي ولو
قال: هذا لم يكن مقراً بنصبه فاذا أطلق كان محتملاً له فلم يكن مقراً بنصبه كما لو قال غصبت دابة في
اصطبلها ، أو له علي ثوب في منديل ، وإن قال: له عندي جرة فيها زيت أو جراب فيه تمر، أو قراب
فيه سكين فعلى وجهين ، وإن قال له علي خاتم فيه فص فكذلك ويحتمل أن يكون مقراً به بفصه وجهاً
واحداً لأن الفص جزء من أجزاء الخاتم فأشبهه ما لو قال له علي ثوب فيه علم ولو قال: له عندي خاتم
وأطلق لزمه الخاتم بفصه لان اسم الخاتم يجمعها وإن قال: له علي ثوب مطرز لزمه الثوب بطرازه

(فصل) وإن قال: له عندي دار مفروشة أو دابة مسرجة ، أو عبد عليه عمامة ففيه أيضاً
وجهان ، وقال أصحاب الشافعي تلزمه عمامة العبد دون الفرش أو السرج لأن العبد يده على عمامته
ويده كيد سيده ولا يد للدابة والدار

ولنا أن الظاهر أن سرج الدابة لصاحبها وكذلك لو تنازع رجلان سرجاً على دابة أحدهما

لانه رفع ما ائنته بدعوى القضاء متصلاً فأشبهه ما لو قال كان له علي وقضيته له وقال ابن ابي موسى إن قال
قضيت جميعه لم يقبل الا بينة ولزمه الا ان الذي اقر به وله العين على المقر له وأما لو قال قضيت
بعضه قبل منه في احدى الروايتين لانه رفع بعض ما اقر به بكلام متصل فأشبهه ما لو استثناء بخلاف ما اذا
قال قضيت جميعه لسكونه رفع جميع ما هو ثابت فأشبهه استثناء الكل

ولنا ان هذا قول متناقض اذا لا يمكن ان يكون عليه الف قد قضاء فان كونه عليه يقتضي بقاءه
في ذمته واستحقاق مطالبته به وقضائه بمقتضى براءة ذمته منه وتحريم مطالبته به وهذا من ضدان لا
يتصور اجماعهما في زمن واحد بخلاف ما إذا قال له كان علي وقضيته فانه أخبر بهما في زمانين ويمكن
ان يرفع ما كان ثابتاً ويقضى ما كان ديناً واذا لم يصح هذا في الجميع لم يصح في البعض لاستحالة بقاء
الف عليه قد قضى بعضه ، ويفارق الاستثناء فان الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عن الباقي من المستثنى
منه فقول الله تعالى (فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاماً) عبارة عن تسعمائة وخمسين عاماً اما القضاء
فانما يرفع جزءا كان ثابتاً فاذا ارفع بالقضاء لا يجوز التعبير عنه بما يدل على القضاء

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (ويصح استثناء ما دون النصف ولا يصح فيما زاد عليه وفي النصف وجهان)

الاستثناء من الجنس - وهو ما دخل في المستثنى منه - جائز بغير خلاف علمناه فان ذلك كلام

العرب وقد جاء في الكتاب والسنة قال الله تعالى (فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاماً) وقال النبي

كان لصاحبها فصار كعمامة العبد فاما ان قال له عندي دابة بسرجهها أو دار بفرشها أو سفينة بطعامها كان مقرأً بها بغير خلاف لان الباء تعلق الثاني بالاول .

(فصل) وإن قال : له علي درهم أو دينار أو اما درهم وإما دينار كان مقرأً بأحدهما يرجع في تفسيره اليه لأن أو وإما في الخبر كالشك وتمتضي أحد المذكورين لاجبيهما، وإن قال : له علي إمدارهم وإمدارهم كان مقرأً بدرهم والثاني مشكوك فيه فلا يلزمه بالشك .

﴿مسئلة﴾ قال (ومن اقر بشيء واستثنى منه الكثير وهو اكثر من النصف اخذ بالكل وكان استثناءه باطلا)

لا يختلف المذهب انه لا يجوز استثناء ما زاد على النصف ويحكي ذلك عن ابن درستويه النحوي وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي وأصحابهم يصح ما لم يستثن الكل فلو قال : له علي مائة إلا تسعة وتسعين لم يلزمه إلا واحد بدليل قوله تعالى قال (فبعتك لأغويهم إلا عبادك منهم المخلصين) وقوله تعالى (إن عبادي ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الغاوين) فاستثنى في موضع الغاوين من العباد وفي موضع العباد من الغاوين وأيهما كان الاكثر فقد دل على استثناء الاكثر وأنشدوا

أدوا التي نقصت تسعين من مائة ثم ابغثوا حكماً بالحق قواما

فاستثنى تسعين من مائة لانه في معنى الاستثناء ومثبه به ولانه استثنى البعض فجاز كاستثناء الأقل ،

﴿يكفر عنه خطاياها كلها الا الدين﴾ وذلك في كلام العرب كثير فاذا اقر بشيء واستثنى منه كان مقرأً بالباقي بعد الاستثناء فاذا قال له علي مائة إلا عشرة كان مقرأً بتسعين لان الاستثناء يمنع ان يدخل في اللفظ ما لولاه لدخل فانه لو دخل ما امكن اخراجه ولو اقر بالعشرة المستثناة لما قبل منه انكارها وقول الله تعالى (فلبت فيهم الف سنة الا خمسين عاما) اخبار بتسعمائة وخمسين فالاستثناء بين ان الخمسين المستثناة غير مرادة كما ان التخصيص بين ان المخصوص غير مراد باللفظ العام، اذا ثبت ذلك فلا نعلم خلافا في جواز استثناء ما دون النصف وقد دل عليه ما ذكرنا من الكتاب والسنة

(فصل) فأما استثناء ما زاد على النصف فلا يختلف المذهب انه لا يصح وهو كاستثناء الكل يؤخذ بالجمل ويحكي ذلك عن ابن درستويه النحوي وقال أبو حنيفة ومالك وأصحابهم يصح استثناء ما دون الكل فلو قال له علي مائة إلا تسعة وتسعين لم يلزمه إلا واحد بدليل قول الله تعالى (قال فبعتك لأغويهم أجمعين إلا عبادك منهم المخلصين) وقوله (إن عبادي ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الغاوين) وأيهما كان الاكثر فقد دل على استثناء الاكثر وأنشدوا

أدوا التي نقصت تسعين من مائة ثم ابغثوا حكماً بالحق قواما

فاستثنى تسعين من مائة ولانه في معنى الاستثناء ومثبه به ولانه استثنى البعض فجاز كاستثناء الأقل

ولانه رفع بعض ما تناوله اللفظ فجاز في الاكثر كالتخصيص والبدل .

ولنا انه لم يرد في لسان العرب الاستثناء إلا في الأقل وقد أنكروا استثناء الأكثر فقال أبو اسحاق الزجاج لم يأت الاستثناء إلا في القليل من الكثير ولو قال قائل مائة الا تسعة وتسعين لم يكن متكلما بالعربية وكان عيا من الكلام ولكنة، وقال القتيبي يقال صمت الشهر إلا يوما ولا يقال صمت الشهر إلا تسعة وعشرين يوما، ويقال لقبت القوم جميعهم إلا واحداً أو اثنين ولا يجوز أن يقول لقبت القوم إلا أكثرهم، وإذا لم يكن صحيحاً في الكلام لم يرتفع بهما أقر به كاستثناء الكل وكما لو قال : له علي عشرة بل خمسة فاما ما احتجوا به من التزويل فانه في الآية الاولى استثنى المخلصين من بني آدم وهم الأقل، كما قال تعالى (إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل مأم) وفي الاخرى استثنى الغاوين من العباد وهم الأقل فان الملائكة من العباد وهم غير غاوين، قال الله تعالى (بل عباد مكرمون) وقيل الاستثناء في هذه الآية منقطع بمعنى الاستدراك فيكون قوله (إن عبادي ليس لك عليهم سلطان) مبقى على عمومه لم يستثن منه شيء ثم استأنف (إلا من اتبعك من الغاوين) أي لكن من اتبعك من الغاوين فانهم غووا باتباعك، وقد دل على صحة هذا قوله في الآية الاخرى لأتباعه (وما كان لي عليكم من سلطان إلا أن دعوتكم فاستجبتم لي اوعلى هذا لا يكون لهم فيها حجة واما البيت فقال ابن فضال النحوي هو بيت مصنوع لم يثبت عن العرب على أن هذا

ولانه رفع بعض ما تناوله اللفظ فجاز كالتخصيص والبدل .

ولنا أنه لم يرد في لسان العرب الاستثناء الا في الاقل وقد أنكروا استثناء الأكثر فقال أبو اسحاق الزجاج لم يأت الاستثناء الا في القليل من الكثير ولو قال قائل مائة الا تسعة وتسعين لم يكن متكلما بالعربية وكان عيا من الكلام ولكنة، وقال القتيبي يقال صمت الشهر الا يوما ولا يقال صمت الشهر الا تسعة وعشرين يوما ويقال لقبت القوم جميعهم الا واحداً أو اثنين ولا يجوز ان يقال لقبت القوم الا أكثرهم وان لم يكن صحيحاً في الكلام لم يرتفع به ما أقر به كاستثناء الكل وكما لو قال له علي عشرة بل خمسة، واما ما احتجوا به من التزويل فانه في الآية الاولى استثنى المخلصين من بني آدم وهم الأقل كما قال (الا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل مأم) وفي الآية الاخرى استثنى الغاوين من العباد وهم الأقل فان الملائكة من العباد وهم غير غاوين قال الله تعالى (بل عباد مكرمون) وقيل الاستثناء في هذه الآية منقطع بمعنى الاستدراك فيكون قوله (ان عبادي ليس لك عليهم سلطان) يبقى على عمومه لم يستثن منه شيء فيكون قوله (الا من اتبعك من الغاوين) أي لكن من اتبعك من الغاوين فانهم غووا باتباعك، وقد دل على صحة هذا قوله في الآية الاخرى لأتباعه (وما كان لي عليكم من سلطان الا ان دعوتكم فاستجبتم لي) وعلى هذا لا يكون لهم فيها حجة واما البيت فقال ابن فضال النحوي هو بيت مصنوع لم يثبت عن العرب على ان هذا ليس باستثناء فان الاستثناء له كلمات مخصوصة

ليس باستثناء فان الاستثناء له كلمات مخصوصة ليس ههنا شيء منها والقياس لا يجوز في اللغة ثم نعارضه بأنه استثنى أكثر من النصف فلم يجز كاستثناء الكل، والفرق بين استثناء الأكثر والأقل ان العرب استعملته في الأقل وحسنه ونفته في الأكثر وقبحته فلم يجز قياس ما قبحوه على ما حسنوه وجوزوه

(فصل) وفي استثناء النصف وجهان (أحدهما) يجوز وهو ظاهر كلام الحرقي لتخصيصه الأبطال بما زاد على النصف لانه ليس بأكثر فجاز كالأقل (والثاني) لا يجوز ذكره أبو بكر لانه لم يرد في كلامهم إلا القليل من الكثير والنصف ليس بقليل .

(فصل) وإن قال : له علي عشرة إلا سبعة إلا خمسة إلا درهمين صح وكان مقراً بسنة وذلك لانه إذا استثنى الكل أو الأكثر سقط ان وقف عليه وان وصله باستثناء آخر استعملناه لأن الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عما بقي فان خمسة الا درهمين عبارة عن ثلاثة استثناءها من سبعة بقي أربعة مستثناءة من عشر بقي منها ستة وان قال : له علي ثمانية الا أربعة الا درهمين إلا درهماً بطل الاستثناء على قول أبي بكر لانه استثنى النصف وصح على الوجه الآخر فلزمه خمسة ، وإن قال : علي عشرة إلا خمسة الا ثلاثة إلا درهمين إلا درهماً بطل الاستثناء كله على أحد الوجهين وصح في الآخر فيكون مقراً بسبعة، ولو قال عشرة إلا ستة إلا أربعة إلا درهمين فهو على الوجه الذي يصح فيه الاستثناء مقر بسنة، ولو قال ثلاثة إلا درهمين إلا درهماً كان مقراً بثلاثة فاما ان قال : له علي ثلاثة الا ثلاثة الا درهمين بطل الاستثناء

ليس هذا منها والقياس لا يجوز في اللغة ثم نعارضه بأنه استثنى أكثر من النصف فلم يجز كاستثناء الكل والفرق بين استثناء الأكثر والأقل ان العرب استعملته في الأقل واستعملته ونفته في الأكثر وقبحته فلم يجز قياس ما قبحوه على ما حسنوه

(فصل) وفي استثناء النصف وجهان (أحدهما) يجوز وهو ظاهر كلام الحرقي لانه ليس بالأكثر فجاز كالأقل (والثاني) لا يجوز ذكره أبو بكر لانه لم يرد في كلامهم إلا القليل من الكثير والنصف ليس بقليل وهو أولى

(مسألة) (فإذا قال له علي هؤلاء العبيد عشرة الا واحداً لزمه تسليم نسمة) فان عينه فقال إلا هذا صح وكان مقراً بمن سواه وان قال إلا واحداً ولم يعينه صح لان الاقرار بصح مجهولاً فكذلك الاستثناء منه ويرجع في تعيين المسمى اليه لان الحكم يتعلق بقوله وهو أعلم بمراده به وان عين من عدا المستثنى صح وكان الباقي له .

(مسألة) (فان ما نوا إلا واحداً فقال هو المستثنى فهل يقبل؟ على وجهين) (أحدهما) يقبل ذكره القاضي وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي (والوجه الثاني) لا يقبل ذكره أبو الخطاب وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لانه يرفع به الاقرار كله ، والصحيح الاول لانه يقبل تفسيره به في حياتهم لمعنى هو موجود بعد موتهم فقبل كحالة حياتهم وليس هذا رفقاً للاقرار وانما تعذر تسليم المقر

كاه لان استثناء درهمين من ثلاثة استثناء الاكثر وهو موقوف عليه فبطل فاذا بطل الثاني بطل الاول لانه استثناء الكل ولا أصحاب الشافعي في هذا ثلاثة أوجه (أحدها) يبطل الاستثناء لأن الاول يبطل لكونه استثناء الكل فبطل الثاني لانه فرعه (والثاني) يصح ويلزمه درهم لان الاستثناء الاول لما بطل جعلنا الاستثناء الثاني من الاقرار لانه وليه لبطلان ما بينهما (والثالث) يصح ويكون مقرا بدرهمين لانه استثنى درهمين من ثلاثة فيبقى منها درهم مستثنى من الاقرار واستثناء الاكثر عندهم لا يصح ووافقهم القاضي في هذا الوجه، وان قال ثلاثة الا ثلاثة إلا درهما بطل الاستثناء كله ويجيء على قول أصحاب الشافعي فيه مثل ما في التي قبلها .

(فصل) وان قال : له علي ألف درهم إلا خمسين فالمستثنى دراهم لان العرب لا تستثنى في الاثبات إلا من الجنس وإن قال : له علي ألف درهم إلا خمسين درهماً فالجميع دراهم كذلك وهذا اختيار ابن حامد والقاضي وهو قول أبي ثور وقال ابو الحسن التميمي وأبو الخطاب يكون الالف مبهماً يرجع في تفسيره اليه وهذا قول مالك والشافعي لان الاستثناء عندهما يصح من غير الجنس ولان لفظه في الالف مبهم والدرهم لم تذكر تفسيراً له فيبقى على إيهامه

ولنا أنه لم يرد عن العرب الاستثناء في الاثبات الا من الجنس فمضى علم أحد الطرفين علم الآخر

به لتلقه لا معنى يرجع الى التفسير فأشبه ما لو عينه في حياته فتلّف بعد تعيينه فان قتل الجميع إلا واحداً قبل تفسيره بالباقي وجهاً واحداً لانه غير متهم لان المقر له يحصل له قيمة المقتولين بخلاف الموت فانه لا يحصل للمقر له شيء ، وان قتلوا كلهم فله قيمة أحدهم ويرجع في التفسير اليه ، وان قال غصبتك هؤلاء العبيد إلا واحداً قبل تفسيره به وجهاً واحداً لان المقر له يستحق قيمة المالكين فلا يفضي التفسير بالباقي الى سقوط الاقرار بخلاف ما اذا ماتوا

(فصل) وحكم الاستثناء بسائر أدواته حكم الاستثناء بالا فاذا قال له علي عشرة سوى درهم أو ليس درهماً أو خلا درهماً أو عدا درهماً أولاً يكون درهماً أو غير درهم بفتح الراء كان مقراً بدرهم وان قال غير درهم بضم الراء وهو من أهل العربية كان مفسراً بعشرة لانها تكون صفة للعشرة المقر بها ولا تكون استثناء فانها لو كانت استثناء كانت منصوبة وان لم يكن من أهل العربية لزمه تسعة لان الظاهر أنه يريد الاستثناء وإنما ضمها جهلاً منه بالعربية لا قصداً للصفة

(فصل) ولا يصح الاستثناء الا أن يكون متصلاً بالكلام فان سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه أو فصل بين المستثنى والمستثنى منه بكلام أجني لم يصح لانه اذا سكت وعدل عن اقراره الى شيء آخر استقر حكم ما أقر به فلم يرفع بخلاف ما إذا كان في كلامه فانه لا يثبت حكمه أو ينظر ما يتم به كلامه ويتعلق به حكم الاستثناء والشرط والبدل ونحوه

من جنسه كما لو علم المستثنى منه وقد سلموه وعلته تلازم المستثنى والمستثنى منه في الجنس فما ثبت في أحدهما ثبت في الآخر فعلى قول التميمي يستل عن المستثنى منه فان فسره بغير الجنس بطل الاستثناء وعلى قول غيره ينظر في المستثنى إن كان مثل المستثنى منه أو أكثر بطل وإلا صح .

(فصل) وان قال : له علي تسعة وتسعون درهما فالجميع دراهم لا أعلم فيه خلافاً وان قال مائة وخمسون درهما فكذلك ، وخرج بعض أصحابنا وجهاً أنه لا يكون تفسيراً إلا لما يليه وهو قول بعض أصحاب الشافعي وكذلك ان قال الف وثلاثة دراهم أو خمسون درهما والف درهم أو الف ومائة درهم أو مائة والف درهم والصحيح ما ذكرنا فان الدرهم المفسر يكون تفسيراً لجميع ما قبله من الجمل المهمة وجنس العدد قال الله تعالى نحرأ عن أحد الخصمين انه قال (إن هذا أخي له تسع وتسعون نعجة) وفي الحديث ان رسول الله ﷺ توفي وهو ابن ثلاث وستين سنة وتوفي أبو بكر وهو ابن ثلاث وستين سنة وتوفي عمر وهو ابن ثلاث وستين سنة ، وقال عنزة

فيها اثنتان وأربعون حلوبة سوداً كخافية الغراب الاسحم

ولان الدرهم ذكر تفسيراً ولهذا لا نجب به زيادة على العدد المذكور فكان تفسيراً لجميع ما قبله لانها تحتاج إلى تفسير وهو صالح لتفسيرها فوجب حمله على ذلك وهذا المعنى موجود في قوله الف وثلاثة دراهم وسائر الصور المذكورة، فعلى قول من لا يجعل الجمل من جنس انفسر او قال : بمتك هذا مائة وخمسين درهما ، أو بخمسة وعشرين درهما ، لا يصح وهو قول شاذ ضعيف لا يعول عليه .

(مسئلة) (وان قال له هذه الدار إلا هذا البيت لي قبل منه لان الاول استثناء فلا يدخل البيت في اقراره والثاني في معنى الاستثناء لكونه اخرج بعض ما يتناوله اللفظ بكلام متصل وسواء كان البيت أكثر من نصف الدار أو أقل

(مسئلة) (وإن قال له علي درهمان وثلاثة ادرهمن فهل يصح على وجهين؟)

(أحدهما) يصح لان الاستثناء يعود الى الجملتين وهو اقل من النصف (والثاني) لا يصح لانه يعود الى اقرب المذكورين فيكون استثناء أكثر من النصف

(مسئلة) (وان قال له علي درهم ودرهم الا درهما أو ثلاثة ودرهمان لإدرهمن أو ثلاثة ونصف الا نصفاً أو الا درهما أو خمسة وتسعون الا خمسة لم يصح الاستثناء .

ولزمه جميع ما اقر به قبل الاستثناء وهذا قول الشافعي وهو الذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة وفيه وجه آخر انه يصح لان الواو العاطفة تجمع بين العددين وتجعل الجملتين كالجمله الواحدة وعندنا ان الاستثناء إذا تعقب جملاً معطوفاً بمضها على بعض بالواو عاد الى جميعها كقولنا في قوله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا) ان الاستثناء عاد إلى الجملتين فاذا تاب الغاذف قبلت شهادته ومن ذلك قول النبي ﷺ « لا يؤمن الرجل في سلطانه ولا يجلس على تكرمته

(فصل) وإن قال : له علي الف ودرهم أو الف وثوب أو قفيز حنطة فالمحمل من جنس المفسر أيضاً وكذلك لو قال الف درهم وعشرة أو الف ثوب وعشرون وهذا قول القاضي وابن حامد وأبي ثور وقال اتميمي وأبو الخطاب يرجع في تفسير المحمل اليه لان الشيء يعطف على غير جنسه قال الله تعالى (يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) ولان الالف مبهم فرجع في تفسيره إلى المقر كما لو لم يعطف عليها، وقال أبو حنيفة ان عطف على المبهم مكبلا أو موزونا كان تفسيراً له وان عطف مذروعا أو معدودا لم يكن تفسيراً لان علي للإيجاب في الذمة فاذا عطف عليه ما ثبت في الذمة بنفسه كان تفسيراً كقوله مائة وخمسون درهما. ولنا أن العرب تكلفني بتفسير إحدى الجملتين عن الجملة الأخرى قال الله تعالى (ولبنوا في كهفهم ثلاثمائة سنين وازدادوا تسعاً) وقال الله تعالى (عن اليمين وعن الشمال قعيد) ولانه ذكر مبهماً مع مفسر لم يقم الدليل على أنه من غير جنسه فكان المبهم من جنس المفسر كما لو قال مائة وخمسون درهما أو ثلاثمائة وثلاثة عشر رجلاً بحقه أن المبهم يحتاج إلى التفسير وذكر التفسير في الجملة المقارنة له يصلح أن يفسره فوجب حمل الامر على ذلك، أما قوله (أربعة أشهر وعشراً) فانه امتنع أن يكون العشر شهراً لوجهين (أحدهما) أن العشر بغيره عدد للمؤنث والاشهر مذكرة فلا يجوز أن تعد بغيرها (الثاني) أنها لو كانت شهراً لقال أربعة عشر شهراً بالتركيب لا بالعطف كما قال (عليها تسعة عشر) وقولهم إن الالف مبهم قلنا قد قرن به ما يدل على تفسيره فأشبهه ما لو قال مائة وخمسون درهماً أو مائة ودرهم عند أبي حنيفة فان قيل إذا قال مائة وخمسون درهماً فالدرهم ذكر للتفسير ولهذا لا يزداد به العدد فصلح تفسيراً لجميع

الاباذنه « قال شيخنا والاول أولى لان الواو لم تخرج الكلام من ان يكون جملتين والاستثناء رفع احدهما جميعها ولا نظير لهذا في كلامهم ولان صحة الاستثناء تجمل احدي الجملتين مع الاستثناء لغواً لانه اثبت شيئاً بلفظ مفرد ثم رفعه كله فلا يصح كما لو استثنى منها وهي غير معطوفة على غيرها فأما الآية والخبر فان الاستثناء لم يرفع احدي الجملتين انا أخرج من الجملتين معاً من اتصف بصفة فنظيره قوله للبواب من جاء يستأذن فاستأذن له واعطه درهماً الا فلاناً ونظير مسثلنا ما لو قال اكرم زيداً وعمراً الا عمراً

(مسئلة) وان قال له علي خمسة الا درهمين ودرهماً لزمته الخمسة في أحد الوجهين

لانه استثنى اكثر من النصف وفي الاخر يلزمه ثلاثة ويبطل الاستثناء الثاني

(مسئلة) (ويصح الاستثناء من الاستثناء)

فاذا استثنى استثناء بعد استثناء وعطف الثاني على الاول كان مضافاً اليه فاذا قال له علي عشرة الا ثلاثة والا درهمين كان مستثنياً الخمسة مقراً بخمسة فان كان الثاني غير معطوف على الاول كان استثناء من الاستثناء وهو جائز في اللغة قال الله تعالى (انا ارسلنا الى قوم مجرمين الا آل لوط انا لمنجوهم اجمعين الا امرأته قدرنا انها لمن الغابرين) فاذا كان صدر الكلام اثباتاً كان الاستثناء الاول نفيًا والثاني اثباتاً فان استثنى استثناء ثالثاً كان نفيًا يعود كل استثناء الى ما يليه من الكلام فاذا

ما قبله بخلاف قوله مائة درهم فإنه ذكر الدرهم الإيجاب لا للتفسير بدليل أنه زاد به العدد قلنا هو صالح للإيجاب والتفسير معاً والحاجة داعية إلى التفسير فوجب حمل الأمر على ذلك صيانة الكلام المقر عن الإلباس والإيهام وصرّفه إلى البيان والافهام، وقول أصحاب أبي حنيفة أن علي للإيجاب قلنا فتى عطف ما يجب بها على ما يجب وكان أحدهما مبهما والآخر مفسراً وأمكن تفسيره به ووجب أن يكون المبهم من جنس المفسر فإما أن لم يمكن مثل أن يعطف عدد المذكور على المؤنث أو بالعكس ونحو ذلك فلا يكون أحدهما من جنس الآخر ويبقى المبهم على إيهامه كقوله قال له علي أربعة دراهم وعشر

(مسئلة) قال (وإذا قال له عندي عشرة دراهم ثم قال وديعة كان القول قوله)

وجملته أن من أقر بهذا اللفظ فقال له عندي دراهم ثم فسر اقراره بأنها وديعة قبل تفسيره لانعمل فيه اختلافاً بين أهل العلم سواء فسره بكلام متصل أو منفصل لأنه فسر لفظه بما يقتضيه فقبل كما لو قال له علي دراهم وفسرها بدين عليه فمضى ذلك تثبت فيها أحكام الوديعة بحيث لو ادعى تلفها بعد ذلك أو ردها كان القول قوله، وإن فسرها بدين عليه قبل أيضاً لأنه يقر على نفسه بما هو أغاظ وإن قال له عندي وديعة ردها إليه أو تلفت لزمه ضمها ولم يقبل قوله وهذا قال الشافعي لما فيه من مناقضة الاقرار والرجوع عما أقر به فإن الالف المردود والتالف ليست عنده أصلاً ولا هي وديعة وكل كلام يناقض الاقرار ويجعله

قال له سبعة الاثلاثة الا درهما لزمته خمسة لأنه أثبت سبعة ثم نفى منها ثلاثة ثم أثبت درهما وبقي من الثلاثة المنفية درهمان مستثنيان من السبعة فيكون مقرأً بخمسة

(مسئلة) (وإن قال له علي عشرة الا خمسة الا ثلاثة الا درهين الا درهما لزمه عشرة)

على قول أبي بكر لأنه منع استثناء النصف وفي الوجه الآخر يلزمه ستة لان الاستثناء إذا رفع الكل أو الأكثر سقط ان وقف عليه وان وصله باستثناء آخر استعملناه فاستعملنا الاستثناء الاول لوصله بالثاني لان الاستثناء مع المستثنى عبارة عما بقي فان عشرة الا درهما عبارة عن تسعة فاذا قال له علي عشرة الا خمسة الا ثلاثة صح استثناء الخمسة لانه وصلها باستثناء آخر وكذلك صح استثناء الثلاثة والدرهين لانه وصل ذلك باستثناء آخر والاستثناء من الاثبات نفى ومن النفي اثبات فصح استثناء الخمسة وهو نفى نفى خمسة وصح استثناء الثلاثة وهي اثبات فعادت ثمانية وصح استثناء الدرهمين وهي نفى فبقيت ستة ولم يصح استثناء الدرهم لانه مسكوت عليه ويحتمل ان يكون وجه الستة ان يصح استثناء النصف ويبتل الزائد فيصح استثناء الخمسة والدرهم ولا يصح استثناء الثلاثة والاثنتين (والوجه الثالث) يلزمه سبعة اذا صححنا الاستثناءات كلها فاذا قال عشرة الا خمسة بقي خمسة فاذا قال الا ثلاثة عادت ثمانية لانها اثبات فاذا قال الا درهين كانت نفياً فبقي ستة فاذا استثنى درهما كان مثبتاً فصارت سبعة (والوجه الرابع) يلزمه ثمانية لانه يلغى الاستثناء الاول لانه النصف فاذا قال الا ثلاثة كانت مثبتة وهي مستثناءة

يجب أن يكون مردودا وقال القاضي يقبل قوله لان أحمد قال في رواية ابن منصور اذا قال لك عندي وديعة دفعتها اليك صدق لانه ادعى تلف الوديعة أوردتها فقبل كما لو ادعى ذلك بكلام منفصل وان قال كانت عندي وظننت أنها باقية ثم عرفت أنها كانت قد هلكت فالحكم فيها كالتى قبلها

(مسئلة) قال (ولو قال له علي الف ثم قال وديعة لم يقبل قوله)

وجملة ذلك أنه اذا أقر بدراهم بقوله علي كذا ثم فسره بالوديعة لم يقبل قوله فلو ادعى بعد هذا تلفها لم يقبل قوله وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقيل عن الشافعي يقبل قوله أنها وديعة واذا ادعى بعد ذلك تلفها قبل منه وقال القاضي ما يدل على هذا أيضا لان الوديعة عليه حفظها وردا فاذا قال علي وفسرها بذلك احتمل صدقه فقبل منه كما لو وصله بكلامه فقال علي الف وديعة ولان حروف الصفات بخلف بعضها بعضاً فيجوز ان يستعمل علي بمعنى عندي كما قال الله تعالى اخباراً عن موسى عليه السلام أنه قال (ولهم علي ذنب) أي عندي. ولنا ان علي للايجاب وذلك يقتضي كونها في ذمته وكذلك لو قال ما على فلان علي كان ضامناً له والوديعة ليست في ذمته ولا هي عليه انما هي عنده وما ذكره مجاز طريقه حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه او إقامة حرف مقام حرف والاقرار يؤخذ فيه بظاهر اللفظ بدليل انه لو قال له علي دراهم لزمته ثلاثة دراهم وان جاز التمييز بلفظ الجمع عن اثنين وعن واحد كقول الله تعالى (فان كان له اخوة فلائمه السدس) ومواضع كثيرة في القرآن، ولو قال له علي درهم وقال أردت نصف درهم

من الخمسة وقد بطلت فتبطل الثلاثة أيضاً لبطلان الخمسة ويبقى الاثنان لانها نفي والنفي يكون من اثبات، وقد بطل الاثبات الذي قبلها فتكون منفية من العشرة تبقى ثمانية ولا يصح استثناء الواحد من الاثنين لانه نصف.

(فصل) فان قال له علي ثلاثة الا ثلاثة الا درهين بطل الاستثناء كله لان الاستثناء لدرهين من الثلاثة استثناء الاكثر وهو موقوف عليه فبطل فاذا بطل الثاني بطل الاول لانه استثنى الكل ولاصحاب الشافعي في هذا ثلاثة أوجه (أحدها) يبطل الاستثناء لان الاول بطل لكونه استثناء الكل فبطل الثاني من الاقرار لانه فرعه (الثاني) يصح ويلزمه درهم لان الاستثناء الاول لما بطل جعلنا الاستثناء الثاني من الاقرار لانه وليه لبطلان ما بينهما ويصح (الثالث) ويكون مقراً بدرهين لانه استثناء لاكثر واستثناء الاكثر عندهم يصح ووافقهم القاضي في هذا الوجه، وان قال ثلاثة الا ثلاثة الا درهما بطل الاستثناء كله، ويجيء على قول أصحاب الشافعي فيه مثل ما قلنا في التي قبلها (مسئلة) (ولا يصح الاستثناء من غير الجنس نص عليه)

وبهذا قال زفر ومحمد بن الحسن وكان أبو حنيفة ان استثنى مكيلاً أو موزوناً جاز وان استثنى عبداً أو ثوباً من غير مكيلاً أو موزوناً لم يجز، وقال مالك والشافعي يصح الاستثناء من غير الجنس مطلقاً لانه ورد في الكتاب العزيز وانفة العرب قال الله تعالى (وإذ قانا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلا

فخذت المضاف وأقت المضاف إليه مقامه لم يقبل منه، ولو قال لك من مالي الف قال صدقت ثم قال أردت ان عليك من مالي انفاً وأقت اللام مقام على كقول الله تعالى (وان أسأتم فلها) لم يقبل منه ولو قيل في الاقرار مطلق الاحتمال لسقط ولقب تفسير الدراهم بالناقصة والزائفة والمؤجلة، واما اذا قال لك علي الف ثم قال كان وديعة فتلف لم يقبل قوله لانه متناقض وقد سبق نحو من هذا

(فصل) وان قال لك علي مائة درهم ثم احضرها وقال هذه التي اقررت بها وهي وديعة كانت لك عندي فقال المقر له هذه وديعة التي اقررت بها غير ها وهي دين عليك فقول الحر في يقتضى ان القول قول المقر له وهو قول أبي حنيفة وقال القاضي لقول قول المقر مع بينه وللشافعي قولان كلوجهين وتعليماً ما تقدم وان كان قال في اقراره لك علي مائة في ذمتي فان القاضي وافق ههنا في أنه لا يقبل قول المقر لان الوديعة عين لا تكون في الذمة قال وقد قيل يقبل لانه يحتمل في ذمتي أداؤها ولانه يجوز أن يكون عنده وديعة تعدى فيها فكان ضمانها عليه في ذمته ولا سحاب الشافعي في هذه وجهان، فأما ان وصل ذلك بكلامه فقال لك علي مائة وديعة قبل لانه وصل كلامه بما يحتمله فصح كما لو قال له علي دراهم ناقصة وان قال له علي مائة وديعة دينا أو مضاربة دينا صح ولزمه ضمانها لانها اقدية تعدى فيها فتكون دينا وان قال أردت أنه شرط علي ضمانها لم يقبل لانها تصير بذلك دينا وان قال عنده مائة وديعة شرط علي ضمانها لم يلزمه ضمانها لان الوديعة لا تصير بالشرط مضمونة، وان قال، علي وعندي مائة درهم عارية لزمته وكانت مضمونة عليه سواء حكما بصحة العارية في الدراهم أو بفساده لان ما ضمن في العقد الصحيح ضمن في الفاسد، وان قال أودعني مائة فلم أقبضها أو أقرضني مائة فلم آخذها قبل قوله متصلاً ولم يقبل اذا كان منفصلاً وهكذا اذا قال نقدني مائة فلم أقبضها وهذا قول الشافعي

ابليس كان من الجن) وقال سبحانه (لا يسمعون فيها انغواً الا سلاماً) وقال الشاعر:

وبلدة ليس بها أنيس إلا اليعاقير وإلا اليميس

وقال آخر: أعت جواباً وما بالربع من أحد الا أوارى لا ياما أيها

ولنا ان الاستثناء صرف اللفظ بحرف الاستثناء عما كان يقتضيه لولاه وقيل اخراج بعض ما تناوله المستثنى منه مشتق من قواه ثبت فلانا عن رأيه إذا صرفته عن رأيه كان عازماً عليه وثبت عنان دابتي إذا صرفتها به عن وجهها التي كانت تذهب اليها، وغير الجنس المذكور ليس بداخل في الكلام فاذا ذكره فإصرف الكلام عن صوبه ولا ثناء عن وجهه استرساله فلا يكون استثناءً وإنما سمي استثناءً تجوزاً وإنما هو في الحقيقة استدراك والا ههنا بمعنى لكن هكذا قال اهل العربية منهم ابن قتيبة وحكاة عن سيويه والاستدراك لا يأتي الا بعد الجحد ولذلك لم يأت الاستثناء في الكتاب العزيز من غير الجنس الا بعد النفي ولا يأتي بعد الاثبات إلا أن يوجد بعد جملة. اذا تقرر هذا فلا مدخل للاستدراك في الاقرار لانه اثبات المقر به فاذا ذكر الاستدراك بعده كان باطلا وان ذكر بعده جملة كأنه قال له عندي مائة درهم الا نوباً لي عليه فيكون مقراً لشيء مدعياً للهيه سواء فيقبل اقراره وتبطل دعواه

(فصل) فان قال له في هذا العبد الف أوله من هذا العبد أفتطوب بالبيان فان قال فقد عني الفاني ثمنه كان قرضاً، وان قال فقد في ثمنه الفاً قلنا بين كم ثمن العبد وكيف كان الشراء فان قال بإيجاب واحد وزن الفاً ووزنت الفاً كان مقراً بنصف العبد وان قال ووزنت الفين كان مقراً بثلثه والقول قوله مع يمينه سواء كانت القيمة قدر ما ذكره أو أقل لانه قد يبن وقديبن، وان قال اشتريناه بإيجابين قيل فكم اشترى منه فان قال نصفاً أو ثلثاً أو أقل أو أكثر قبل منه مع يمينه وافق القيمة أو خالفها وان قال وصي له بالف من ثمنه يبيع وصرف اليه من ثمنه الف وان أراد أن يعطيه الفاً من ماله من غير ثمن العبد لم يلزمه قبوله لان الموصى له يتعين حقه في ثمنه، وان فسر ذلك بالف من جناية جناها العبد فتعلقت برقبته قبل ذلك وله يبيع العبد ودفع الالف من ثمنه، وان قال أردت أنه رهن عنده بالف ففيه وجهان (أحدهما) لا يقبل لان حق المرهن في الذمة (والثاني) يقبل لان الدين يتعلق بالرهن فصح تفسيره به كالجناية ومذهب الشافعي كما ذكرنا في الفصل جميعه

(فصل) وان قال له في مالي هذا الف أو من مالي الف وفسره بدين أو وديعة أو وصية فيه قبل وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقبل اقراره لان ماله ليس هو لغيره ولنا أنه أقر بالف فقبل كما لو قال في مالي ويجوز أن يضيف اليه مالا بعضه لغيره ويجوز أن يضيف مال غيره اليه لاختصاص له به أو بد له عليه أو ولاية قال الله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم

كما لو ضرح بذلك بغير لفظ الاستثناء، واما قوله تعالى (فسجدوا الا ابليس) فان ابليس كان من الملائكة بدليل ان الله تعالى لم يأمر بالسجود غيرهم فلو لم يكن منهم لما كان مأموراً بالسجود ولا طاصياً بتركه ولا قال الله تعالى في حقه (فسق عن أمر ربه) ولا قال (مانعك أن لا تسجد إذا أمرت) وإذا لم يكن مأموراً فلم أبلسه الله واهبطه ودحره ولا يأمر الله بالسجود الا الملائكة، فان قالوا بل قد تناول الامر الملائكة ومن كان معهم فدخل ابليس في الامر لكونه معهم قلنا فقد سقط استدلالك فانه متى كان ابليس داخلاً في المستثنى منه مأموراً بالسجود فاستثنأه من الجنس وهو ظاهر لمن أنصف ان شاء الله تعالى. فعلى هذا متى قال له علي مائة درهم الا توباً لزمته المائة لان الاستثناء باطل على ما بينا (مسئلة) (الا ان يستثنى عيناً من ورق أو ورقاً من عين فيصح)

ذكره الخرقى وقال أبو بكر لا يصح (فاذا قال له علي مائة درهم الا ديناراً فهل يصح؟ على وجهين) اختلف أصحابنا في صحة استثناء أحد التقدين من الآخر فذهب أبو بكر الى أنه لا يصح لما ذكرنا وهو قول محمد بن الحسن وقال ابن أبي موسى فيه روايتان واختار الخرقى صحته لان قدر أحدهما معلوم من الآخر ويعبر بأحدهما عن الآخر فان قوما يسمون تسعة دراهم ديناراً وآخرون يسمون ثمانية ديناراً فاذا استثنى أحدهما من الآخر علم أنه أراد التعبير بأحدهما عن الآخر فاذا قال له علي دينار إلا ثلاثة دراهم في موضع يعبر فيه بالدينار عن تسعة كان معناه له علي تسعة دراهم الا ثلاثة ومتى أمكن حمل الكلام

التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسومهم وقولوا لهم قولا معروفا) وقال سبحانه في النساء (لا تخرجوهن من بيوتهن) وقال لازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم (وقرن في بيوتكن) فلا يبطل اقراره مع احتمال صحته وان قال أردت هبة قبل منه لانه محتمل وان امتنع من تقيضها لم يجبر عليه لان الهبة فيها لا تلزم قبل القبض ، وكذلك يخرج فيما اذا قال لفلان في داري هذه نصفها أو من داري بعضها ، وقد نقل عن أحمد ما يدل على روايتين قال في رواية مهنا فبمن قال نصف عبدي هذا لفلان لم يجز الا أن يقول قد وهبته ، وان قال نصف مالي هذا لفلان لا أعرف هذا و نقل ابن منصور اذا قال فرسي هذه لفلان فإقراره جائز ، فظاهر هذا صحة الاقرار فان قال له في هذا المال نصفه أوله نصف هذه الدار فهو اقرار صحيح وإن قال له في هذا المال الف صح وان قال له في ميراث أبي الف فهو اقرار بدين على التركة وان قال في ميراثي من أبي وقال أردت هبة قبل منه ولاه اذا أضاف الميراث الى أبيه فمقتضاه ما خلفه فيقتضي وجوب المقر به فيه ، واذا أضاف الميراث الى نفسه فعناه ما ورثته وانتقل الي فلا يحمل على الوجوب واذا أضاف اليه منه جزءا فالظاهر أنه جعل له جزءا من ماله

(فصل) وان قال له في هذا العبد شركة صح اقراره وله تفسيره بأي قدر كان منه وقال أبو يوسف يكون مقراً بنصفه لقوله تعالى (فهم شركاء في الثلث) فاقضى ذلك التسوية بينهم كذا مهنا

على وجه صحيح لم يجز العاؤه وقد أمكن بهذا الطريق فرحب تصحيحه وقال أبو الخطاب لافرق بين العين والورق وبين غيرها فيلزم من صحة استثناء واحد هما من الآخر صحة استثناء الثياب وغيرها وقد ذكرنا الفرق ويمكن الجمع بين الروايتين بحمل رواية الصحة على ما اذا كان أحدهما يعبر به عن الآخر أو يعلم قدره منه ورواية البطلان على ما اذا اتقى ذلك والله أعلم

(فصل) ولو ذكر نوعا من جنس واستثنى نوعا آخر من غير ذلك الجنس مثل ان يقول له علي عشرة أصع تمرأ برنياً الا ثلاثة تمرأ معقياً لم يجز لما ذكرنا في الفصل الاول ويخالف العين والورق لان قيمة أحد النوعين غير معلومة من الآخر ولا يعبر بأحدهما عن الآخر ويحتمل على قول الحرقى جوازه لتقارب المقاصد من النوعين فهما كالعين والورق والاوّل أصح لان العلة الصحيحة في العين والورق غير ذلك

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (اذا قال له علي الف درهم ثم سكت سكوتا يمكنه ا. كلام فيه ثم قال زيوقا أو صفاراً أو الى شهر لزمه الف جياذ وافية حالة)

وجملة ذلك أن من أقر بدارهم وأطلق اقتضى اقراره الدراهم الوافية وهي دراهم الاسلام كل عشرة منها سبعة مثاقيل واقتضى أن تكون جياذا حالة كما لو باعه بعشرة دراهم وأطلق فانها تلزمه كذلك فاذا سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه أو أخذ في كلام آخر غير ما كان فيه استقرت عليه كذلك

ولنا أن أي جزء كان له منه فله فيه شركة فكان له تفسيره بما شاء كالنصف وليس اطلاق لفظ الشركة على ما دون النصف مجازاً ولا مخالفاً للظاهر والآية تثبت التسوية فيها بدليل وكذلك الحكم إذا قال هذا العبد شركة بيننا

(فصل في الاقرار بالمجهول)

وإذا قال لفلان علي شيء أو كذا صح اقراره ولزمه تفسيره وهذا لا خلاف فيه ويفارق الدعوى حيث لا تصح مجهولة لكون الدعوى له والاقرار عليه فلزمه ما عليه مع الجهالة دون ماله ولأن المدعي إذا لم يصح دعواه فله داع إلى تحريرها والمقر لا داعي له إلى التحرير ولا يؤمن رجوعه عن إقراره فيضيع حق المقر له فالزمناه إياه مع الجهالة فان امتنع من تفسيره حبس حتى يفسر وقال القاضي يجعل ناكلاً ويؤمر المقر له بالبيان فان بين شيئاً فصدقه المقرئت وإن كذبه وامتنع من البيان قيل له إن بينت وإلا جملناك ناكلاً وقضينا عليك وهذا قول أصحاب الشافعي ، إلا أنهم قالوا إن بينت وإلا حلفنا المقر له على ما يدعيه وأوجبناه عليك فان فعل وإلا أحلفنا المقر له وأوجبناه على المقر، ووجه الاول انه ممنوع من حق عليه فيحبس به كما لو عينه وامتنع من أدائه ومع ذلك متى عينه المدعي وادماه فشكل المقر فهو على ما ذكره وإن مات من عليه الحق أخذ ورثته بمنزلة ذلك

فان عاد فقال زيوفاً أو صفاراً وهي الدراهم الناقصة وهي دراهم طبرية كان كل درهم منها أربعة دنانير وذلك ثلثا درهم، أو إلى شهر يعني مؤجلة لم يقبل منه لانه رجوع عن بعض ما أقر به ويرفعه بكلام منفصل فلم يقبل كالاستثناء المنفصل وهذا مذهب الشافعي ، ولا فرق بين الاقرار بها ديناً أو وديعة أو غصباً ، وقال أبو حنيفة يقبل قوله في الغصب والوديعة لانه اقرار بفعل في عين وذلك لا يقتضي سلامتها فأشبه ما لو أقر بغصب عبد ثم جاء به نعيماً

ولنا ان اطلاق الاسم يقتضي الوازنة الحياد فلم يقبل تفسيره بما يخالف ذلك كالدين ويفارق العبد فان العيب لا يمنع اطلاق اسم العبد عليه

(مسألة) (الأ أن يكون في بلد أوزانهم ناقصة أو مشوشة فهل يلزمه من دراهم البلد أو من غيرها ؟ على وجبين (أولهما) أنه يلزمه من دراهم البلد لان مطلق كلامهم يحمل على عرف بلدهم كما في البيع والصداق وغير ذلك (والثاني) يلزمه الوازنة الخالصة من الفس لان اطلاق الدراهم في الشرع ينصرف اليها بدليلان بها تقدر نصب الزكوات ومقادير الديات فكذلك اطلاق الشخص، وفارق البيع فانه ايجاب في الحال فاخص بدراهم الموضع الذي هما فيه والاقرار اخبار عن حق سابق فانصرف الى درهم الاسلام

لان الحق ثبت على موروثهم فيتعلق بتركته وقد صارت إلى الورثة فيلزمهم مالزم موروثهم كما لو كان الحق معينا وإن لم يخلف الميت ركة فلا شيء على الورثة، ومتى فسر إقراره بما يتمول في العادة قبل تفسيره وثبت إلا أن يكذبه المقر له ويدعي جنسا آخر أو لا يدعي شيئا فيبطل إقراره وإن فسره بما لا يتمول عادة كقشرة جوزة أو قشرة باذنجانة لم يقبل إقراره لأن إقراره اعتراف بحق تليه ثابت في ذمته وهذا لا يثبت في الذمة، وكذلك ان فسره بما ليس بمال في الشرع كالخمر والحزير والميتة لم يقبل وإن فسره بكتاب لا يجوز اقتناؤه فكذلك وان فسره بكتاب يجوز اقتناؤه أو جلد ميتة غير مدبوغ ففيه وجهان (احدهما) يقبل لأنه شيء يجب رده عليه وتسايمه اليه فلايجاب يتناوله، (والثاني) لا يقبل لان الاقرار إخبار عما يجب ضمانه وهذا لا يجب ضمانه، وإن فسره بحبة حنطة أو شعير ونحوها لم يقبل لان هذا لا يتمول عادة على انفراده وإن فسره بحمد قذف قبل لانه حق يجب عليه ويحتمل أن لا يقبل لانه لا يؤول إلى مال والاول أصح لان ما ثبت في الذمة صح أن يقال هو علي، وان فسره بحق شفعة قبل لانه حق واجب ويؤول إلى المال، وان فسره برد السلام أو تسميت العاطس ونحوه لم يقبل لانه يسقط بفواته فلا يثبت في الذمة، وهذا الاقرار يدل على ثبوت الحق في الذمة ويحتمل أن يقبل تفسيره به اذا أراد ان حقا علي رد سلامه اذا سلم وتسميته إذا عطس لما روي في الخبر ^١ للمسلم على المسلم ثلاثون حقا: رد سلامه ويشمت عطسته ويحجب دعوته « وذكر الحديث وان قال غصبته شيئا وفسره بما ليس بمال قبل لان اسم الغصب يقع عليه، وان قال غصبته نفسه لم يقبل لأن

(فصل) فان أقر بدراهم وأطلق ثم فسرها بسكة البلد الذي أقر بها فيه قبل لان اطلاقه ينصرف اليه وان فسر بسكة غير سكة البلد اجود منها قبل لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ وكذلك ان كانت مثلها لانه لا يهتم في ذلك، وان كانت ادنى من سكة البلد لكنها مساوية في الوزن احتتمل ان لا يقبل لان اطلاقها يقتضي دراهم البلد ونقده فلا يقبل منه دونها كما لا يقبل في البيع لانها ناقصة القيمة أشبهت الناقصة في الوزن ويحتمل ان يقبل منه وهو قول الشافعي لانه يحتمل ما فسره به وفارق النقصه فان في الشرع الدراهم لا تتاؤها بخلاف هذه ولهذا يتعلق بهذه مقدار النصاب في الزكاة وغيره وفارق الثمن فانه ايجاب في الحال وهذا اخبار عن حق سابق

(مسئلة) (وان قال له علي الف إلى شهر لزمه مؤجلا ويحتمل ان يلزمه حالا) اذا أقر بها مؤجلة بكلام متصل قبل منه وكذلك ان سكت للتنفس او اعترضه سلعة ونحو ذلك ويحتمل ان تلزمه حالة ذكرها ابو الخطاب وهو قول ابي حنيفة وبعض الشافعية لان التأجيل يمنع استيفاء الحق في الحال فلم يقبل كما لو قال له علي دراهم قبضته اياها

(مسئلة) (وان قال له علي الف زيوف وفسره بما لا فضة فيه لم يقبل وان فسره بمشوشة قبل وكذلك ان فسرها بممية عيا ينقصها قبل لانه صادق وان فسرها برصاص او نحاس او مالا

النصب لا يثبت عليه وهذا الفصل أكثره مذهب الشافعي وحكي عن أبي حنيفة أنه لا يقبل تفسير اقراره بغير المكيل والموزن لان غيرهما لا يثبت في الذمة بنفسه ولنا أنه مملوك يدخل تحت العقد فجاز أن يفسر به الشيء في الاقرار كالمكيل والموزن ولانه يثبت في الذمة في الجملة فصح التفسير كالمكيل ولا عبرة بسبب ثبوته في الاقرار به والاخبار عنه.

(فصل) وان أقر بما قبل تفسيره بقليل المال وكثيره وبهذا قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة لا يقبل تفسيره بغير المال الزكوي لقول الله تعالى (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم) وقوله (وفي أموالهم حق) وحكي بمض أصحاب مالك عنه ثلاثة أوجه (أحدها) كقولنا (والثاني) لا يقبل الا أول نصاب من نصب الزكاة من نوع أموالهم (والثالث) ما يقطع به السارق ويصح مهرأ لقول الله تعالى (أن تبغوا بأموالكم)

ولنا أن غير ما ذكره يقع عليه اسم المال حقيقة وعرفاً ويتمول عادة فيقبل تفسيره به كالذي وافقوا عليه ، وأما آيات الزكاة فهي عامة دخلها التخصيص وقوله تعالى (وفي أموالهم حق) لم يرد به الزكاة بدليل أنها نزلت بمكة قبل فرض الزكاة فلا حجة لهم فيها ثم برد قولهم قوله تعالى (أن تبغوا بأموالكم) والتوزيع جائز بأي نوع كان من المال وبما دون النصاب ، وان قال : له علي مال عظيم أو كثير أو جليل أو خطير جاز تفسيره بالقليل والكثير كما لو قال : مال لم يزد عليه وهذا قول الشافعي ، وحكي عن أبي حنيفة لا يقبل تفسيره بأقل من عشرة دراهم لانه يقطع به السارق ويكون صداقا عنده ، وعنه لا يقبل بأقل

قيمة له لم يقبل لان تلك ليست دراهم على الحقيقة فيكون تفسيره بهارجوا عما أقر به فلم يقبل كاستثناء السكل

(مسألة) (وان قال له علي دراهم ناقصة لزمته ناقصة) وقال اصحاب الشافعي لا يقبل تفسيره بالناقصة وقال القاضي اذا قال له علي دراهم ناقصة قبل قوله وان قال صغار ولاناس دراهم صغار قبل قوله وان لم يكن لهم دراهم صغار لزمه وازنة كما لو قال درهم فانه يلزمه درهم وازن وهذا قول ابن القاص من اصحاب الشافعي

ولنا انه فسر كلامه بما يحتمله بكلام متصل فقبل منه كاستثناء البعض وذلك لان الدرهم يعبر بها عن الوازنة والناقصة والزيوف والجيدة وكونها عليه يحتمل الحلول والتأجيل فاذا وصفها بذلك قيدت به كما لو وصف الثمن به فقال بعتك بشرة دراهم مؤجلة أو ناقصة وثبوته على غير هذه الصفة حالة الاطلاق لا يمنع من صحة تقييدها به كالثمن وقولهم ان التأجيل يمنع استيفاءها لا يصح وإنما يؤخره فأشبه الثمن المؤجل ، بحقيقته ان الدرهم ثبتت في الذمة على هذه الصفات فاذا كانت ثابتة بهذه الصفة لم تقتض الشريعة المطهرة سد باب الاقرار بها على صفتها وعلى ما ذكره لا سبيل الى الاقرار بها إلا على وجه يؤخذ بغير ما هو الواجب عليه فينسب باب الاقرار وقول من قال إن قوله صغار ينصرف للمي

من مائتي درهم وبه قال أصحابه لأنه الذي تجب فيه الزكاة وقال بعض أصحاب مالك كقولهم في المال ومنهم من قال يزيد على ذلك أقل زيادة ومنهم من قال قدر الدية وقال الليث بن سعيد اثنان وسبعون لأن الله تعالى قال لقد نصركم الله في مواطن كثيرة وكانت غزواته وسراياه اثنتين وسبعين قالوا ولأن الحجة لا تسمى مالا عظيماً ولا كثيراً

ولنا أن ما فسر به المال فسر به العظيم كالذي سلموه ولأن العظيم والكثير لا حد له في الشرع ولا في اللغة ولا العرف ويختلف الناس فيه فمنهم من يستعمل القليل ومنهم من يستعمل الكثير ومنهم من يحتقر الكثير فلم يثبت في ذلك حد يرجع إلى تفسيره به ولأنه ما من مال إلا وهو تعظيم كثير بالنسبة إلى ما دونه ويحتمل أنه أراد عظيماً عنده لفقر نفسه ودناءتها وما ذكروه فليس فيه تحديد للكثير وكون ما ذكروه كثيراً لا يمنع الكثرة فيما دونه وقد قال الله تعالى (اذكروا الله كثيراً) فلم ينصرف إلى ذلك وقال (كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة) فلم يحمل على ذلك والحكم فيما إذا قال عظيم جداً أو تعظيم عظيم كما لو لم يقله لما قررناه .

(فصل) وإن قال : له علي أكثر من مال فلان ففسره بأكثر منه عدداً أو قدراً لزمه أكثر منه وتفسر الزيادة بأي شيء أراد ولو حبة أو أقل ، وإن قال ما علمت لفلان أكثر من كذا أو كذا وقامت البينة بأكثر منه لم يلزمه أكثر مما اعترف به لأن مبلغ المال حقيقة لا يعرف في الأكثر وقد يكون ظاهراً وباطناً فيملك مالا يعرفه المقر فكان المرجح إلى ما اعتقده المقر مع يمينه إذا ادعى

مقدارها لا يصح لأن مساحة الدرهم لا تعتبر في الشرع ولا تثبت في الذمة بمساحة مقدرة وإنما يعتبر الصغر والكبر في الوزن فيرجع إلى تفسير المقر

(فصل) وإن قال له علي درهم كبير لزمه درهم من دراهم الإسلام لأنه كبير في العرف وإن قال له علي درهم فهو كما لو قال درهم لأن الصغير قد يكون لصغره في ذاته أو لقلته قدره عنده وتحقيره وقد يكون لمحبته كما قال الشاعر

بذياك الوادي أهم ولم أقل بذياك الوادي وذياك من زهد

ولكن إذا ما حب شيء تولت به أحرف التصغير من شدة الوجد

وإن قال له علي عشرة دراهم عدداً لزمته عشرة معدودة وازنة لأن إطلاق الدرهم يقتضي الوزن وذكر المعدد لا ينافيها فوجب الجمع بينهما فإن كان في بلد أوزانهم ناقصة أو دراهمهم منشوشة فهو على ما فصل فيه .

(مسئلة) (وإن قال له عندي رهن وقال المالك بل ودبيعة فالقول قول المالك) لأن العين ثبتت بالاقرار له وإن ادعى المقر ديناً لا يعترف به المقر له فالقول قول المتكسر ولأنه أقر بمال لغيره وادعى أن له به مطلقاً فلم يقبل كما لو ادعاه بكلام منفصل ولذلك لو أقر له بدار وقال استأجرتها أو أقر له

عليه أكثر منه ، وإن فسر به بأقل من ماله مع علمه بما له لم يقبل وقال أصحابنا يقبل تفسيره بالقليل والكثير وهو مذهب الشافعي سواء علم مال فلان أو جهله أو ذكر قدره أو لم يذكره أو قاله عقيب الشهادة بقدره أولاً لأنه يحتمل أنه أكثر منه بقاء أو منفعة أو بركة أكونه من الحلال أو لأنه في الذمة ، قال القاضي ولو قال لي عليك الف دينار فقال لك علي أكثر من ذلك لم يلزمه أكثر منها لأن لفظة أكثر مبهمة لاحتمالها ما ذكرنا ويحتمل أنه أراد أكثر منه فلو سأ أو حب حنطة أو شعير أو دخن فرجع في تفسيرها إليه وهذا بعيد فإن لفظة أكثر إنما تستعمل حقيقة في العدد أو في القدر وتتصرف إلى جنس ما أضيف أكثر إليه لا يفهم في الإطلاق غير ذلك قال الله تعالى (كانوا أكثر منهم) وأخبر عن الذي قال (أنا أكثر منك مالا - وقالوا نحن أكثر أموالاً وأولاداً) والاقرار يؤخذ فيه بالظاهر دون مطلق الاحتمال ولهذا لو أقر بدراهم لزمه أقل الجهم حياً وصحاحاً وازنة حالة ولو قال : له علي دراهم لم يقبل تفسيرها بالودعة ولو رجع إلى مطلق الاحتمال لسقط الاقرار ، واحتمال ما ذكره أبعد من هذه الاحتمالات التي لم يقبلوا تفسيره بها فلا يعول على هذا

(فصل) ولو قال : له علي الف الا شيئاً قبل تفسيره بأكثر من خمسين لان الشيء يحتمل القليل والكثير لكن لا يجوز استثناء الأكثر فتعين حمله على ما دون النصف وكذلك ان قال الا قليلاً لأنه مبهم فأشبهه قوله الا شيئاً وان قال له علي معظم الف أو جل الف أو قريب من الف لزمه أكثر من نصف الف ويحلف على الزيادة ان ادعت عليه .

بشوب وادعى أنه قصره أو خاطه باجر يلزم المقر له لم يقبل لأنه مدع على غيره حقاً فلا يقبل قوله الا بيينة ومن ذلك ما لو قال هذه الدار له ولي سكنها بيينة

(مسألة) (وان قال له علي الف من ثمن مبيع لم أقبضه وقال المقر له بل هو دين في ذمتك فعلى وجهين) (أحدهما) القول قول المقر لأنه اعترف له بالالف وادعى عليه مبيعاً فأشبهه المسئلة التي قبلها أو كما لو قال له علي الف ثم سكت ثم قال مؤجل

(مسألة) (ولو قال له عندي ألف وفسره بدين أو وديعة قبل منه)

لانعلم فيه بين اهل العلم اختلافاً سواء فسره بكلام متصل أو منفصل لأنه فسر لفظه بما يقتضيه فقيل كما لو قال له علي دراهم وفسرها بدين عليه فعند ذلك تثبت فيه أحكام الودعة بحيث لو ادعى تلفها بعد ذلك أو ردها قبل قوله وان فسره بدين عليه قبل أيضاً لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ وان قال له عندي وديعة رددتها إليه أو تلفت لزمه ضمانها ولم يقبل قوله ، وهذا قال الشافعي لما فيه من مناقضة الاقرار والرجوع عما أقر به فان الالف المردود والتالف ليسا عنده اصلاً ولا هي وديعة وكل كلام يناقض الاقرار ويحيله يجب ان يكون مردوداً ، وقال القاضي يقبل قوله الا ان أحد قال في رواية ابن منصور اذا قال لك عندي وديعة دفعتها إليك صدق لأنه ادعى تلف الودعة أو ردها

(فصل) وإن قال له علي كذا ففيه ثلاث مسائل (أحدها) أن يقول كذا بغير تكرير ولا عطف.
 (الثانية) أن يكرر بغير عطف (الثالثة) أن يعطف فيقول كذا وكذا
 فأما الأولى فإذا قال له كذا درهم لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يقول له علي كذا درهم
 بالرفع فيلزمه درهم وتقديره شيء هو درهم فجعل الدرهم بدلاً من كذا (الثاني) أن يقول درهم بالجر
 فيلزمه جزء درهم يرجع في تفسيره إليه والتقدير جزء درهم أو بعض درهم ويكون كذا كناية عنه
 (الثالث) أن يقول درهما بالنصب فيلزمه درهم ويكون منصوباً على التفسير وهو التمييز وقال بعض التحويين
 هو منصوب على القطع كأنه قطع ما ابتدأ به وأقر بدرهم وهذا على قول نحة الكوفة (الرابع) أن
 يذكره بالوقف فيقبل تفسيره بجزء درهم أيضاً لأنه لا يجوز أن يكون أسقط حركة الجر للوقف وهذا
 مذهب الشافعي، وقال القاضي يلزمه درهم في الحالات كلها وهو قول بعض أصحاب الشافعي، ولنا إن
 كذا اسم مبهم فصح تفسيره بجزء درهم في حال الجر والوقف.

(المسئلة الثانية) إذا قال كذا كذا بغير عطف فالحكم فيها كالحكم في كذا بغير تكرار سواء
 لا يتغير الحكم ولا يقتضي تكريره الزيادة كأنه قال شيء شيء، ولأنه إذا قاله بالجر احتمل أن يكون
 قد أضاف جزءاً إلى جزء ثم أضاف الجزء الآخر إلى الدرهم فقال نصف سبع درهم وهكذا لو قال كذا
 كذا كذا لأنه محتمل أن يريد ثلث خمس سبع درهم ونحوه.

فقبل كما لو ادعى ذلك بكلام منفصل فإن قال كانت عندي وظننت أنها باقية ثم عرفت أنها كانت قد
 هلكت فالحكم فيها كالتالي قبلها

(مسئلة) (وان قال له علي الف وفسره بوديعة لم يقبل قوله وان ادعى بعد هذا تلفه لم يقبل قوله)
 وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقيل عن الشافعي يقبل قوله أنها وديعة وإذا ادعى بعد هذا تلفها
 قبل منه وقال القاضي ما يدل على هذا أيضاً لأن الوديعة عليه حفظها وردّها فإذا قال له علي الف
 وفسرها بذلك احتمل صدقه فقبل منه كما لو وصله بكلامه فقال له علي الف وديعة لأن حروف
 الصفات يخلّف بعضها بعضاً فيجوز أن تستعمل علي بمعنى عندي كما قال تعالى اخباراً عن موسى عليه السلام
 أنه قال (ولم علي ذنب) أي عندي

ولنا إن علي للإيجاب وذلك يقتضي كونها في ذمته ولذلك لو قال ما على فلان علي كان ضمناً له
 والوديعة ليست في ذمته ولا هي عليه أمّا هي عنده وما ذكره مجاز طريقه حذف المضاف وإقامة المضاف
 إليه مقامه أو إقامة حرف مقام حرف والاقرار يؤخذ فيه بظاهر اللفظ بدليل أنه لو قال له علي دراهم
 لزمته ثلاثة وإن جاز التعبير عن اثنين وعن واحد بلفظ الجمع كقوله تعالى (فإن كان له أخوة فلا ماله السدس)
 ومواضع كثيرة في القرآن ولو قال له علي درهم وقال أردت نصف درهم فأنت المضاف إليه مقامه لم يقبل
 منه ولو قال لك من مالي ألف قال صدقت ثم قال أردت أن عليك من مالي ألفاً أنت اللام مقام علي كقوله
 تعالى (وان أسأتم فلها) لم يقبل منه ولو قبل في الاقرار مطلق الاحتمال لسقط ولقبيل تفسير الدراهم

(المسئلة الثالثة) اذا عطف فقال كذا وكذا درهم بالرفع لزمه درهم واحد لانه ذكر شيئين ثم ابدل منها درهما فصاركأنه قال هما درهم ، وان قال درهماً بالنصب ففيه ثلاثة اوجه (احدها) يلزمه درهم واحد وهو قول ابي عبد الله بن حامد والفاضي لان كذا يحتمل اقل من درهم فاذا عطف عليه مثله ثم فسرهما بدرهم واحد جاز وكان كلاماً صحيحاً وهذا يحكى قولاً للشافعي (والوجه الثاني) يلزمه درهمان وهو اختيار أبي الحسن التميمي لانه ذكر جملتين فاذا فسر ذلك بدرهم عاد التفسير الى كل واحدة منهما كقوله عشرون درهما يعود التفسير الى العشرين وكذا ههنا وهذا يحكى قولاً ثانياً للشافعي (والوجه الثالث) يلزمه أكثر من درهم ولعله ذهب الى أن الدرهم تفسير للجمله التي تليه فيلزمه بها درهم والاولى باقية على ابهامها فيرجع في تفسيرها اليه وهذا يشبه مذهب التميمي ، وقال محمد بن الحسن اذا قال كذا درهما لزمه عشرون درهما لانه أقل عدد يفسر بالواحد المنصوب وان قال كذا كذا درهما لزمه أحد عشر درهما لانه أقل عدد مركب يفسر بالواحد المنصوب ، وإن قال كذا وكذا درهما لزمه أحد وعشرون لانه أقل عدد عطف بهضه على بعض يفسر بذلك ، وان قال كذا درهم الجذر لزمه مائة درهم لانه أقل عدد يضاف الى الواحد ، وحكي عن أبي يوسف أنه قال كذا كذا أو كذا وكذا يلزمه بهما أحد عشر درهما ولنا أنه يحتمل ما قلنا ويحتمل ما قالوه . فوجب المصير الى ما قلنا لانه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا يجب بالشك كما لو قال له علي دراهم لم يلزمه الا أقل الجمع ولا يلزم كثرة الاستعمال فان اللفظ اذا كان حقيقة في الامرين جاز التفسير بكل واحد منهما ، وعلى ما ذكره محمد يكون اللفظ المفرد موجباً

بالتاقصه والزائفة والمؤجلة ، وأما اذا قال لك علي اله ثم قال كانت ودية فتلف لم يقبل قوله فانه متناقض وقد سبق نحو هذا

(فصل) فان قال لك علي مائة درهم ثم أحضرها وقال هذه التي اقررت بها وهي ودية كانت لك عندي فقال المقر له هذه ودية والتي اقررت بها غيرها وهي دين عليك فالقول قول المقر له على مقتضى قول الحرقي وهو قول أبي حنيفة وقال القاضي القول قول المقر مع يمينه وللشافعي قولان كالوجهين وتعليقها ما تقدم ، فان كان قال في اقراره لك علي مائة في ذمتي . فقد وافق القاضي ههنا في أنه لا يقبل قول المقر لان الودية عين لا تكون في الذمة قال وقد قيل يقبل لانه يحتمل في ذمتي اداؤها ولانه يجوز ان تكون عنده ودية تمدى فيها فكان ضامها عليه في ذمته ولاصحاب الشافعي في هذه وجهان فأما ان وصل ذلك بكلامه فقال لك علي مائة ودية قبل لانه فسر كلامه بما يحتمله فصح كما لو قال له دراهم ناقصة وان قال له علي مائة ودية ديناً أو مضاربة ديناً صح ولزمه ضامها لانه قد يمدى فيها فيكون ديناً وان قال اردت أنه شرط علي ضامها لم يلزمه ضامها لان الودية لا تصير بالشرط مضمونة وان قال علي أو عندي مائة درهم طارية لزمته وكانت مضمونة عليه سواء حكنا بصحة الطارية في الدراهم أو بفسادها لان ما ضمن في المقدم الصحيح ضمن في الفاسد وان قال أو عندي مائة فلم

لا أكثر من المكرر فإنه يجب بالمفرد عشرون وبالمركب احدى عشر ولا تعرف لفظاً مفرداً متاولاً لعدد صحيح يلزم به أكثر مما يلزم بمكرره

(فصل) ولو قال غصبتك أو غبنتك لم يلزمه شيء لانه قد ينصبه نفسه ويغبته في غير المال وان قال غصبتك شيئاً وفسره بنصب نفسه لم يقبل لانه جعل له مفعولين فجعله المفعول الاول وشيئاً المفعول الثاني ويجب أن يكون الثاني غير الاول ، وان فسره بمال قبل وان قل وان فسره بكلب أو جلد ميتة أو مرجين ينتفع به قبل لانه قد يقهره فيأخذه منه وان فسره بما لا نفع فيه أو لا يباح الانتفاع به لم يقبل لان أخذ ذلك ليس بنصب

(فصل) وتقبل الشهادة على الاقرار بالجهول لان الاقرار به صحيح وما كان صحيحاً في نفسه صحت الشهادة به كالمعلوم

(مسئلة) قال (ولو قال له عندي رهن فقال المالك وديعة كان القول قول المالك)

انما قدم قول المالك لان العين مثبت له بالاقرار وادعى المقر دينا لا يعترف له به والقول قول المنكر ولانه أقر بمال لغيره وادعى أن له به تملقا فلم يقبل كما لو ادعاه بكلام منفصل وكذلك لو أقر له بدار وقال استأجرتها أو بثوب وادعى أنه قصره أو خاطه بأجر يلزم المقر له لم يقبل لانه مدع على غيره حقا فلا يقبل قوله الا بينة وكذلك لو قال هذه الدار له ولي سكنها سنة

اقبضها أو اقرضني مائة فلم أخذها قبل قوله متصلاً ولم يقبل منفصلاً وهكذا إذا قال قدني مائة فلم اقبضها وهذا قول الشافعي

(فصل) وان قال له في هذا العبد الف اوله من هذا العبد الف طو لب بالبيان فان قال نقد عني الفاً في ثمنه كان قرضاً وان قال نقد في ثمنه الفاً قلنا بين كم ثمن العبد وكيف كان الشراء فان قال بإيجاب واحد وزن الفاً ووزنت الفاً كان مقراً بنصف العبد وان قال وزنت أنا الفين كان مقراً بثلثه والقول قوله مع يمينه سواء كانت القيمة قدر ما ذكره أو اقل لانه قد يضمن وقد يضمن وان قال اشتريناه بإيجابين قبله فكم اشتري منه ؟ فان قال نصفاً أو ثلثاً أو اقل أو أكثر قبل منه مع يمينه وافق القيمة أو خالفها وان قال وصي له بألف من ثمنه بيع وصرف اليه من ثمنه الف فان أراد ان يسطيه الفاً من ماله من غير ثمن العبد لم يلزمه قبوله لان الموصي له يمين حقه في ثمنه وان فسر ذلك بجناية جناها العبد فتعلقت برقبته قبل ذلك وله بيع العبد ودفع الالف من ثمنه، وان قال اردت انه رهن عنده بألف فعلى وجهين (أحدهما) لا يقبل لان حق المرهن في الذمة (والثاني) يقبل لان الدين يتعلق بالرهن فصح تفسيره به كالجناية ومذهب الشافعي في هذا الفصل كما ذكرنا

(مسئلة) (وان قال له في هذا المال الف يلزمه تسليمه اليه) لانه أقر له بالملك

(فصل) وان قال لك علي الف من ثمن مبيع لم أقبضه فقال المدعى عليه بل لي عليك الف ولا شيء لك عندي فقال أبو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) القول قول المقر له لانه اعترف له بالف وادعى عليه مبيعاً فأشبه ما اذا قال هذا رهن فقال المالك وديعة اوله علي الف ولي عنده مبيع لم أقبضه (والثاني) القول قول المقر قال اماضي هو قياس المذهب وهو قول الشافعي وامي يوسف لانه اقر بحق في مقابلة حق له لا ينفك احدهما عن الآخر فاذا لم يسلم له ماله لم يسلم للمقر له ما عليه كما كوا قال لرجل بتك هذا العبد بالف قال بل ملكتنيه بغير شيء، وفارق ما لو قال له عندي رهن فقال المالك بل وديعة لان الدين ينفك عن الرهن، ولو قال السيد لعبد بتك نفسك بالف فانكر العبد عنق ولا شيء للمقر لان العتق ينفك عن الثمن، ولا فرق بين أن يقول لم أقبضه منفصلاً أو متصلاً فلو قال له علي الف من ثمن مبيع ثم سكت ثم قال لم أقبضه فيقبل قوله كما لو كان متصلاً لان اقراره تعلق بالمبيع والاصل عدم القبض فقبل قوله فيه فأما إن قال علي الف ثم سكت ثم قال من ثمن مبيع لم يقبل لانه فسر اقراره بما يسقط وجوب تسليمه بكلام منفصل فلم يقبل كما لم يقبل لو قال له علي الف ثم سكت ثم قال مؤجل (فصل) واذا قال بتك جاريتي هذه قال بل زوجتنيها فلا يخلو اما أن يكون اختلافها قبل نفق الثمن أو بعده وقبل الاستيلاء أو بعده فان كان بعد اعتراف البائع بقبض الثمن فهو مقر بها لمدعي الزوجية لانه يدعي عليه شيئاً والزوج ينكر أنها ملكه ويدعي حلها له بالزوجية فيثبت الحل لا اتفاقها عليه

﴿مسئلة﴾ (وان قال له من مالي أو في مالي أو في ميراثي من أبي الف أو نصف داري هذه وفسره بالهبة وقال بدالي من تقيضه قبل)

إذا قال له في مالي أو من مالي الف وفسره بدين أو وديعة أو وصية قبل وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقبل اقراره وليس هو لغيره .

ولنا أنه أقر بالف فقبل كما لو قال له في مالي ويجوز ان يضيف اليه مال بعضه لغيره ويجوز أن يضيف مال غيره اليه لاختصاص له به بأن يكون عليه يد أو ولاية قال الله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم) وقال سبحانه في النساء (ولا تخرجوهن من بيوتهن) وقال لازواج رسول الله ﷺ (وقرن في بيوتكن) فلا يبطل اقراره مع احتمال صحته فان قال أردت هبة قبل منه لانه محتمل، وان امتنع من تقييضها لم يجبر عليه لان الهبة فيها لا تنزم قبل القبض وكذلك يخرج إذا قال له نصف داري هذه أوله من داري نصفها، وقد نقل عن أحمد ما يدل على روايتين قال في رواية منها فيمن قال نصف عبدي هذا لفلان لم يجز الا ان يقول وهبته وان قال نصف مالي هذا لفلان لا أعرف هذا، ونقل ابن منصور إذا قال فرسي هذه لفلان فاقاره جائز فظاهر هذا صحة الاقرار فان قال له في هذا المال نصفه فاقاره جائز وان قال له في هذا المال نصفه أو له

ولا ترد الى البائع لاتفاقها على أنه لا يستحق أخذها وان كان قبل قبض الثمن وبعد الاستيلاء بالبائع يقر أنها صارت أم ولد وولدها حر وأنه لا مهر له ويدعي الثمن والمشتري ينكر ذلك كله فيحكم بحرية الولد لاقرار من ينسب اليه ملكة بحريته ولا ولاء عليه لاعترافه بأنه حر الاصل ولا ترد الامة الى البائع لاقراره بأنها أم ولد لا يجوز نقل الملك فيها ويحلف المشتري أنه ما اشتراها ويسقط عنه ثمنها الا قدر المهر فانه يجب لاتفاقها على وجوبه وان اختلفا في سببه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وقال بعضهم يتحالفان ولا يجب مهر ولا ثمن وهو قول القاضي الا أنه لا يجعل على البائع يمينا لانه لا يرى اليمين في انكار النكاح، وفقه الولد على أبيه لانه حر وفقه الامة على زوجها لانه اما زوج واما سيد وكلاهما سبب لوجوب النفقة وقال القاضي نفقتها في كسبها فان كان فيه فضل فهي موقوفة لانا أولنا عنها ملك السيد وأثبتنا لها حكم الاستيلاء، فان ماتت وتركت مالا فللبائع قدر ثمنها لانه اما أن يكون صادقا فهو يستحق على المشتري ثمنها وتركتها للمشتري والمشتري مقر للبائع بها فيأخذ منها قدر ما يدعيه وان كان كاذبا فهي ملكه وتركتها كلها له فيأخذ منها قدر ما يدعيه وبقيته موقوفة وان ماتت بعد الوطء فقد ماتت حرة فميراثها لولدها وورثتها فان لم يكن لها وارث فميراثها موقوف لأن أحدا لا يدعيه، وليس للسيد ان يأخذ منه قدر الثمن لانه يدعي الثمن على الواطئ، وليس ميراثها له لانه قد مات قبها، وان كان اختلفا قبل الاستيلاء فنسبها لها في بد الزوج لاتفاقها

نصف هذه الدار فهو اقرار صحيح وان قال له في هذا المال الف صح ، وان قال في ميراثي من أبي الف وقال أردت هبة قبل منه لانه اذا أضاف الميراث الى أبيه فمقتضاه ما خلفه فيقتضي وجوب المقربة فيه واذا أضاف الميراث إلى نفسه فعناه ماورثته وانتقل إلى فلا تحمل الا على الوجوب واذا أضاف اليه جزءاً فالظاهر أنه جعل له جزءاً في ماله

(مسألة) (وان قال له في ميراث أبي الف فهو دين على الزكاة) لان لفظه يقتضي ذلك

(مسألة) (وان قال نصف هذه الدار فهو مقر بنصفها) لما ذكرنا

(مسألة) (وان قال له هذه الدار عارية ثبت لها حكم العارية) لاقراره بذلك

(مسألة) (وان أقر انه وهب أو رهن أو قبض أو أقر قبض ممن أو غيره ثم أنكر وقال ما قبضت

ولا اقبضت وسأل احلاف خصمه فهل تلزمه اليمين؟ على وجوبين

وذكر شيخنا في كتاب المغني روايتين (احداها) لا يستحلف وهو قول أبي حنيفة ومحمد لان دعواه تكذيب لاقراره فلا تسم كما لو أقر المضارب أنه ربح الفأثم قال غلطت ولان الاقرار أقوى من البينة، ولو شهدت البينة ثم قال احلفوه لي مع بينة لم يستحلف كذا ههنا (والثانية) يستحلف وهو قول الشافعي وأبي يوسف لان المادة جارية في الاقرار بالقبض قبله فيحتمل صحة ما قاله فينبغي أن يستحلف خصمه لنفي الاحتمال ويفارق الاقرار البينة من وجوبين

على حلها له واستحقاقه إمسأكم وإنما اختلفا في السبب ، ولأترد الى السيد لاتفاقها على تحريرها عليه
وللبائع أقل الامر من الثمن أو المهر لاتفاقها على استحقاقه لذلك ، والامر في الباطن على ذلك فان
السيد ان كان صادقا فالامة حلال لزوجها بالبيع وان كان كاذبا فهي حلاله بازوجية والقدر الذي اتفقا
عليه ان كان السيد صادقا فهو يستحقه ثمنا وان كان كاذبا فهو يستحقه مهراً وقال القاضي يخالف الزوج
أنه ما اشتراها لأنه منكر ويسقط عنه الثمن ولا يحتاج السيد الى العين على نفي الزوجية لأنه لا يستحقف
فيه وعند الشافعي يتعالفان معاً ويسقط الثمن عن الزوج لان عقد البيع ما ثبت ولا يجب المهر لان السيد
لا بدعيه وترد الجارية الى سيدها وفي كيفية رجوعها وجهان (أحدهما) يرجع اليه فيملكها ظاهر او باطناً كما يرجع
البائع في السلعة عند فليس المشتري بالثمن لان الثمن هنا قد تعذر فيحتاج السيد أن يقول فسخت
البيع وتعود اليه ملكا (والثاني) يرجع اليه في الظاهر دون الباطن لان المشتري امتنع من أداء الثمن مع
امكانه، فعلى هذا يبيعها الحاكم ويوفيه ثمنها فان كان وفق حقه فحسن وان كان دونه أخذته وان زاد فالزيادة
لا يدعيها أحد لان المشتري يقر بها للبائت والبائع لا يدعي أكثر من الثمن الاول فهل تقر في بدالمشتري
أو ترجع الى بيت المال؟ يحتدل وجهين ، فان رجع البائع وقال صدق خصمي ما بهته اياها بل زوجته لم
يقبل في اسقاط حربة الولد ولا في استرجاعها ان صارت أم ولد وقبل في اسقاط الثمن واستحقاق المهر
وأخذ زيادة الثمن واستحقاق ميراثها وميراث ولدها وان رجع الزوج ثبتت الحرية ووجب عليه الثمن

(أحدهما) ان العادة جارية بالاقرار بالقبض قبله ولم تجر العادة بالشهادة على القبض قبلها لانهما تكون
شهادة زور (والثاني) انكاره مع الشهادة طعن في البينة وتكذيب لها وفي الاقرار بخلافه ولم يذكر
القاضي في المجرى غير هذا الوجه ، وكذلك ان أقر أنه اقترض منه الفأ وقبضها أو قال له علي الف ثم
قال ما كنت قبضتها وإنما أقرت لأقبضها فالحكم كذلك ولانه يمكن أن يكون قد أقر بذلك بناء على
قول وكيله وظنه والشهادة لا تجوز الا على اليقين

(مسئلة) (وان باع شيئاً ثم اقر ان المبيع لغيره لم يقبل قوله على المشتري)

لانه يقر على غيره ولا يفسخ البيع لذلك وتلزمه غرامته للمقر له لانه فوته عليه بالبيع
وكذلك ان وهبه أو أعتقه ثم أقر به .

(مسئلة) (وان قال لم يكن ملكي ثم ملكته بعد لم يقبل قوله) لان الاصل ان الانسان انما
يتصرف فيما له التصرف فيه الا ان يقم بينة فيقبل ذلك فان كان قد أقر أنه ملكه أو قال قبضت
من ملكي أو نحوه لم تسمع بيته أيضاً لأنها تشهد بخلاف ما أقر به

(فصل) اذا قال له هذه الدار هبة أو سكني أو عارية كال اقراراً بما أبدل به كلامه ولم يكن إقراراً بالدار
لانه رفع بآخر كلامه بمض مادخل في أوله فصح كما أو أقر بجملة واستثنى بعضها وذكر القاضي في هذا وجهها
أنه لا يصح لانه استثناء من غير الجنس وليس هذا استثناءً عما هو بدل الاشتمال وهو ان يبدل من الشيء

(فصل) ولو أقر رجل بحرية عبد ثم اشتراه أو شهد رجلان بحرية عبد لغيرهما فردت شهادتهما ثم اشتراه أحدهما من سيده عتق في الحال لا اعترافه بأن الذي اشتراه حر ويكون البيع صحيحاً بالنسبة إلى البائع لأنه محكوم له برقه وفي حق المشتري استنفاذ أو استخلاصاً فإذا صار في يديه حكم بحريته لا قراره السابق وبصير كما لو شهد رجلان على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً فرد الحاكم شهادتهما فدفعها إلى الزوج عوضاً ليخلفها صحح وكان في حقه خلعاً صحيحاً وفي حقها استخلاصاً ويكون ولاؤه موقوفاً لأن أحداً لا يدعيه فإن البائع يقول ما اعتقته والمشتري يقول ما اعتقته إلا البائع وأنا استخلصته فان مات وخلف مالا فرجهم أحدهما عن قوله فالمال له لأن أحداً لا يدعيه سواء لأن الراجع إن كان البائع فقال صدق المشتري كنت أعتقته فالولاء له ويلزمه رد الثمن إلى المشتري لا قراره بيطان البيع وإن كان الراجع المشتري قبل في المال لأن أحداً لا يدعيه سواء ولا يقبل قوله في نفي الحرية لأنها حق لغيره وإن رجعا مما فيحتمل أن يوقف حتى يصطلحا عليه لأنه لا أحدهما ولا يعرف عينه ويحتمل أن من هو في يده يحلف ويأخذه لأنه منكر وإن لم يرجع واحد منهما فقيه وجهان (أحدهما) يقر في يد من هو في يده فإن لم يكن في يد أحدهما فهو لبيت المال لأن أحداً لا يدعيه ويحتمل أن يكون لبيت المال على كل حال لذلك

(فصل) ولو أقر لرجل بعبد أو غيره ثم جاءه به وقال هذا الذي أقررت لك به قال بل هو غيره لم يلزمه تسليمه إلى المقر له لأنه لا يدعيه ويحلف المقر أنه ليس له عنده عبد سواء قال رجع المقر له

بعض ما يشتمل عليه ذلك الشيء كقوله تعالى (يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه) فإنه أبدل القتال من الشهر المشتمل عليه، وقال تعالى اخباراً عن فتى موسى عليه السلام أنه قال (وما إنسانيه إلا الشيطان إن أذكره) أي إنساني ذكره وإن قال له هذه الدار ثلثها أو ربها صح ويكون مقراً بالجزء الذي أبدله وهذا بدل البعض وليس ذلك استثناء ومنه قوله تعالى (ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً) ولكنه في معنى الاستثناء في كونه يخرج من الكلام بعض ما دخل فيه أولاه ويفارقه في أنه يجوز أن يخرج أكثر من النصف وأنه يجوز ابدال الشيء من غيره إذا كان مشتملاً عليه ألا ترى أن الله تعالى ابدال المستطيع للحج من الناس وهو أقل من نصفهم وأبدل القتال من الشهر الحرام وهو غيره؟ ومتى قال له هذه الدار سكنى أو عارية ثبت فيها حكم ذلك وله أن يسكنه أياها وإن يعود فيها أعاره والله أعلم

(فصل) إذا قال بعتك جاريتي هذه قال بل زوجتني فلا يخلو إما أن يكون اختلافهما قبل نقده الثمن أو بعده وقبل الاستيلاء أو بعده فإن كان بعد اعتراف البائع بقبض الثمن فهو مقر بها لمدعي الزوجية لأنه يدعي عليه شيئاً والزوج ينكرها ملكه ويدعي حلها بالزوجة فيثبت الحل لانفاقها عليه ولا ترد إلى البائع لانفاقها أنه لا يستحق أخذها وإن كان قبل قبض الثمن وبعد الاستيلاء فالبايع يقر أنها صارت أم ولد لها حر وإنه لا مهر لها ويدعي الثمن والمشتري ينكر ذلك كله فيحكم بحرية الولد لا قرار من ينسب

فادعاه لزمه دفعه اليه لانه لا منازع له فيه، وإن قال المقر له صدقت هذا لي والذي أقررت به آخر لي عندك لزمه تسليم هذا ويخلف على نفي الآخر

﴿مسئلة﴾ قال (ولو مات تخلف ولدين فأقر أحدهما بأخ أو أخت لزمه أن يعطي الفضل

الذي في يديه لمن أقر له به)

وجه ذلك أن أحد الوارثين إذا أقر بوارث ثالث مشارك لها في الميراث لم يثبت النسب بالاجماع لان النسب لا يتبعض فلا يمكن إثباته في حق المقر دون النكر ولا يمكن إثباته في حقها لان أحدهما منكر ولم توجد شهادة يثبت بها النسب ولكنه يشارك المقر في الميراث في قول أكثر أهل العلم وقال الشافعي لا يشاركه وحكي ذلك عن ابن سيرين وقال إبراهيم ليس بشيء حتى يقرؤا جميعاً لانه لم يثبت نفسه فلا يرث كما لو أقر بنسب معروف النسب. ولنا أنه أقر بسبب مال لم يحكم ببطلانه فلزمه المال كما لو أقر ببيع أو أقر بدين فأنكر الآخر، وفارق ما إذا أقر بنسب معروف النسب فإنه محكوم ببطلانه ولانه يقر له بمال يدعيه المقر له ويجوز أن يكون له فوجب الحكم له به كما لو أقر بدين على أبيه أو أقر له بيوضية فأنكر سائر الورثة إذا ثبت هذا فان الواجب له فضل ما في يد المقر عن ميراثه وبهذا قال ابن أبي ليلى ومالك والثوري والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور، وقال أبو حنيفة إذا كان اثنان فأقر أحدهما بأخ لزمه دفع نصف ما في يده وان أقر بأخت لزمه ثلث ما في يده لانه أخذ مالا يستحقه من التركة فصار كالغاصب فيكون الباقي بينهما كما لو غصب بعض التركة أجنبي ولان الميراث يتعلق

اليه ملكه بجزئته ولا ولاء عليه لاعترافه بانه حر الاصل، ولا ترد الامة الى البائع لاعترافه بانها ام ولد لا يجوز نقل الملك فيها ويخلف المشتري انه ما اشتراها ويسقط عنه الثمن الا قدر المهر فانه يجب لاتفاقها على وجوبه وان اختلف في سببه، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وقال بعضهم يتحالفان ولا يجب مهر ولا ثمن وهو قول القاضي الا انه لا يجمل على البائع ميمناً لانه لا يرى اليمين في انكار التكاح، ونفقة الولد على ابيه لانه حر ونفقة الامة على زوجها لانه اما زوج واما سيد وكلاهما سبب لوجوب النفقة وقال القاضي نفقتها في كسبها فان كان فيه فضل فهي موقوفة لاتنا ازلنا عنها ملك السيد واثبتنا لها حكم الاستيلاء فان ماتت وتركته مالا فللبائع قدر ثمنها لانه إما ان يكون صادقا فهو يستحق على المشتري ثمنها وتركته للمشتري والمشتري مقر للبائع بها فيأخذ منها قدر ما يدعيه وان كان كاذباً فهي ملكه وتركته كلها له فيأخذ منها قدر ما يدعيه وبقيته موقوفة، وان ماتت بعد الوطء فقد ماتت حرة وميراثها لولدها وورثتها فان لم يكن لها وارث فيراثها موقوف لان أحداً لا يدعيه وليس للسيد أن يأخذ منه قدر الثمن لانه يدعي الثمن على الواطيء وميراثها ليس له لانه قدمته قبلها وان كان اختلافهما قبل الاستيلاء فقال شيخنا عندي أنها تقرر في يد الزوج لاتفاقها على حلها له واستحقاقه امساكها وإلما اختلفا في السبب ولا ترد الى السيد لاتفاقها على بحرهما عليه وللبائع أقل الامر من الثمن أو المهر لاتفاقها على استحقاقه لذلك والامر في الباطن على ذلك فان السيد ان كان صادقا فالامة حلال

يبعض التركة كما يتعلق بجميعها فاذا هلك بعضها أو غصب فعلق الحق بإقبيها والذي في يد المنكر كالأصوب فيقتسمان الباقي بالسوية كما لو غصبه أجنبي .

ولنا أن التركة بينهم اثلاثاً فلا يستحق بما في يده إلا الثلث كما لو ثبت نسبه بيينة ، ولأنه لإقرار بحق يتعلق بحصته وحصه أخيه فلا يلزمه أكثر مما يخصه ، كالأقرار بالوصية وكأقرار أحد الشريكين ، على مال الشركة بدين ولأنه لو شهد معه بالنسب أجنبي ثبت ، ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لكونه يجر بها نفماً لكونه يسقط عن نفسه بعض ما يستحقه عليه ولأنه حق لو ثبت بيينة لم يلزمه إلا قدر حصته فاذا ثبت بالأقرار لم يلزمه أكثر من ذلك كالوصية ، وفارق ما إذا غصب بعض التركة وهما اثنان لأن كل واحد منهما يستحق النصف من كل جزء من التركة ، وهما يستحق الثلث من كل جزء من التركة ولأصحاب الشافعي فيها إذا كان المقر صادقا فيما بينه وبين الله تعالى هل يلزمه أن يدفع إلى المقر له نصيبه ؟ على وجهين (أحدهما) يلزمه وهو الأصح ، وهل يلزمه أن يدفع إليه نصف ما في يده أو ثلثه ؟ على وجهين .

(فصل) وان أقر جميع الورثة بنسب من يشاركهم في الميراث ثبت نسبه سواء كان الورثة واحداً أو جماعة ذكراً أو أنثى وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف وحكاه عن أبي حنيفة لأن الوارث يقوم مقام الميت في ميراثه وديونه والديون التي عليه وبنائه ودماويه والإيمان التي له وعليه وكذلك في النسب

لزوجها بالبيع وان كان كاذباً فهي حلال له بالزوجية والقدر الذي اتفقا عليه ان كان السيد صادقا فهو يستحقه ثمناً وإن كان كاذباً فهو يستحقه مهرأ وقال القاضي بخلف الزوج أنه ما اشتراها لانه منكر ويسقط عنه الثمن ولا يحتاج السيد الى اليمين على نفي الزوجية لأنه لا يستحلف فيه وعند الشافعي يتحالفان معاً ويسقط الثمن عن الزوج لان اليمين ما ثبتت ولا يجب المهر لان السيد لا يدعيه وترد الجارية الى سيدها وفي كيفية رجوعها وجهان (أحدهما) ترجع اليه فيملكها ظاهراً وباطناً كما يرجع البائع في السلمة عند فليس المشتري بالثمن لان الثمن هنا قد تمذر فيحتاج السيد أن يقول فسخت البيع وتعود اليه ملكاً (والثاني) يرجع اليه في الظاهر دون الباطن لان المشتري امتنع من آداء الثمن مع امكانه فعلي هذا يبيعها الحاكم وبوفيه ثمنها فان كان وفق حقه أو دونه أخذه وان زاد فان زيادة لا يدعيها أحد ، لان المشتري يقر بها للبائع والبائع لا يدعي أكثر من الثمن الاول فهل تقر في يد المشتري أو ترجع الى بيت المال؟ يحتمل وجهين ، وان رجع البائع فقال صدق خصمي ما بعته اياها بل زوجته لم يقبل في اسقاط حربة الولد ولا في استرجاعها ان صارت أم ولد وقبل في اسقاط الثمن واستحقاق ميراثها وميراث ولدها وان رجع الزوج ثبتت الحرية ووجب عليه الثمن

(فصل) ولو أقر رجل بحرية عبد ثم اشتراه أو شهد رجلان بحرية عبد لغيرهما ثم اشتراه أحدهما من سيده عتق في الحال لاعترافه بان الذي اشتراه حر ويكون البيع صحيحاً بالنسبة الى البائع لانه

وقد روت عائشة أن سعد بن أبي وقاص اختصم هو وعبد بن زمة في ابن أمة زمة فقال سعد أو صاني أخي عتبة إذا قدمت مكة أن أنظر إلى ابن أمة زمة وأقبضه فانه ابنه ، فقال عبد بن زمة أخي وابن وليدة أبي ولد علي فراشه ، فقال رسول الله ﷺ « هو لك يا عبد بن زمة وللعاقر الحجر » فقضى به لعبد بن زمة وقال « احنجبي منه ياسودة » والمشهور عن أبي حنيفة أنه لا يثبت الا باقرار رجلين أو رجل وامرأتين ، وقال مالك لا يثبت إلا باقرار اثنين لأنه يحمل النسب على غيره فاعتبر فيه العدد كالشهادة . ولنا أنه حق يثبت بالاقرار فلم يعتبر فيه العدد كالدين ولأنه قول لا تعتبر فيه العدالة فلم يعتبر فيه العدد كقرار الموروث واعتباره بالشهادة لا يصح لأنه لا يعتبر فيه اللفظ ولا العدالة ويبطل بالاقرار بالدين .

(فصل في شروط الاقرار بالنسب)

لا يخلو اما أن يقر على نفسه خاصة ، أو عليه وعلى غيره ، فان أقر على نفسه مثل أن يقر بولده اعتبر في ثبوت نسبه أربعة شروط (أحدها) أن يكون المقر به مجهول النسب فان كان معروف النسب لم يصح لأنه يقطع نسبه الثابت من غيره ، وقد لعن النبي ﷺ من انتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه (الثاني) أن لا ينازعه فيه منازع لأنه اذا نازعه فيه غيره تعارضا فلم يكن الحاقه بأحدهما أولى من الآخر (الثالث) أن يمكن صدقه بأن يكون المقر به يحتمل أن يولد لمثله . (الرابع) أن يكون ممن لا قول له كالصغير والمجنون أو يصدق المقر ان كان ذا قول وهو المكلف

محكوم له برقه وفي حق المشتري استنفاذا فاذا صار في يديه حكم بحريته لاقراره السابق ويصير كما لو شهد رجلان على رجل أنه طلق زوجته ثلاثاً فرد الحاكم شهادتهما فدفعما إلى الزوج عوضاً ليحلها صح وكان في حقه خلماً صحيحاً وفي حقهما استخلاصاً ، ويكون ولاؤه موقوفاً لان أحداً لا يدعيه فان البائع يقول ما أعتقته والمشتري يقول ما أعتقه الا البائع وأنا استخلصته فان مات وخلف مالا فرجع أحدهما عن قوله فالمال له لان أحداً لا يدعيه سواء لان الراجع ان كان البائع فقال صدق المشتري كنت أعتقته فالولاء له ويلزمه رد الثمن إلى المشتري لاقراره بطلان البيع وان كان الراجع المشتري قبل في المال لان أحداً لا يدعيه سواء ولا يقبل قوله في نفي الحرية لأنها حق لغيره وان رجماً مأمراً فيحتمل أن يوقف حتى يصطلح عليه لأنه لاحدهما ولا تعرف عينه ويحتمل أن من هو في يده يأخذه ويحلف لأنه منكر وان لم يرجع واحد منهما فقيه وجبان (أحدها) يقر في يد من هو في يده فان لم يكن في يد أحدهما فهو لبيت المال لان أحداً لا يدعيه ويحتمل ان يكون لبيت المال على كل حال

(فصل) ولو أقر لرجل بعبد أو غيره ثم جاء به وقال هذا الذي أقررت لك به قال بل هو غيره لم يلزمه تسليمه إلى المقر له لأنه لا يدعيه ويحلف المقر أنه ليس له عنده عبداً فان رجح المقر له فادعاه لزمه دفعه إليه لأنه لا منازع له فيه وان قال المقر له صدقت والذي أقررت به آخر لي عندك لزمه تسليم هذا ويحلف على قبي الآخر

فان كان غير مكلف لم يعتبر تصديقه فان كبر وعقل فأنتكر لم يسمع انكاره لان نسبه ثابت وجرى ذلك مجرى من ادعى ملك عبد صغير في يده وثبت بذلك ملكه فلما كبر جحد ذلك ولوطلب احلافه على ذلك لم يستحلف لان الاب لوعاد فجدد النسب لم يقبل منه وان اعترف انسان بأن هذا أبوه فهو كاعترافه بأنه ابنه ، فاما ان كان اقراراً عليه وعلى غيره كاقرار بأخ اعتبر فيه الشروط الاربعة وشروط خامس وهو كون المقر جميع الورثة فان كان المقر زوجاً أو زوجة لا وارث معه لم يثبت النسب باقرارها لان المقر لا يرث المال كله، وان اعترف به الامام معه ثبت النسب لانه قائم مقام المسلمين في مشاركة الوارث وأخذ الباقي، وان كان الوارث بنتاً أو أختاً أو أما أو ذافرض يرث جميع المال بالفرض والرد ثبت النسب بقوله كالابن لانه يرث المال كله وعند الشافعي لا يثبت بقوله النسب لانه لا يرى الرد ويجعل الباقي لبيت المال، ولهم فيما اذا وافقه الامام في الاقرار وجهان وهذا من فروع الرد ويذكر في موضعه وإن كانت بنت وأخت وأخت وزوج ثبت النسب بقولها لانهما يأخذان المال كله، واذا أقر باين ابنه وابنه ميت اعتبر في الشروط التي تعتبر في الاقرار بالأخ وكذلك ان أقر بعم وهو ابن جده فعلى ما ذكرناه .

(فصل) وان كان أحد الولدين غير وارث لكونه رقيقاً أو مخالفاً لدين موروثه أو قاتلاً فلا عبرة به وثبت النسب بقول الآخر وحده لانه يجوز جميع الميراث ثم ان كان المقر به يرث شارك المقر

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (واذا قال غصبت هذا العبد من زيد لابل من عمرو او غصبت من زيد وملكه لعمرو لزمه دفعه الى زيد ويفرم قيمته لعمرو

اذا قال غصبت هذا العبد من زيد لابل من عمرو حكم به لزيد ولزمه تسليمه اليه ويفرم لعمرو وبهذا قال أبو حنيفة وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال في الآخر لا يضمن لعمرو شيئاً ولنا أنه أقر بالنصب الموجب للضمان والرد إلى المقصوب منه ثم لم يرد ما أقر بمضه فلزمه ضمانه كما لو تلف بفعل الله تعالى قال احمد في رواية ابن منصور في رجل قال لرجل استودعتك هذا الثوب قال صدقت ثم قال استودعني رجل آخر فالثوب للاول ويفرم قيمته للآخر ولا فرق بين أن يكون اقراره بكلام متصل او منفصل .

﴿مسئلة﴾ (وان قال ملكه لعمرو وغصبت من زيد فهي كالمسئلة التي قبلها)

ولا فرق بين التقديم والتأخير والمتصل والمنفصل وقبل يلزمه دفعه الى عمرو ويفرمه لزيد لانه لما أقر به لعمرو أولاً لم يقبل اقراره باليد لزيد قال شيخنا وهذا وجه حسن ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين، ولو قال هذا الالف دفعه الي زيد وهي لعمرو أو قال هو لعمرو ودفعه الي زيد فكذلك على ماضى من القول فيه

(مسئلة) (وان قال غصبت من أحدهما أو هو لاحدهما صح الاقرار)

في الميراث وان كان غير وارث اوجود أحد الموانع فيه ثبت نسبه ولم يرث وسوا. كان المقر مسلماً وكافراً.
 (فصل) وإن كان أحد الوارثين غير مكلف كالصبي والمجنون فأقر المكلف بأخ ثالث لم يثبت
 للنسب باقراره لانه لا يجوز الميراث كله فان بلغ الصبي أو أفاق المجنون فأقر به ايضاً ثبت نسبه لاتفاق
 جميع الورثة عليه وان أنكر لم يثبت النسب وان ماتا قبل ان يصيرا مكلفين ثبت نسب المقر به لانه
 وجد الاقرار من جميع الورثة فان المقر به صار جميع الورثة، ولو كان الوارثان بالعين عاقلين فأقر به
 احدهما وانكر الآخر ثم مات المنكر وورثه المقر ثبت نسب المقر به لان المقر به صار جميع الورثة
 فأشبهه مالواقر به ابتداء بعد موت اخيه وكما لو كان شريكه في الميراث غير مكلف وفيه
 وجه آخر انه لا يثبت النسب لانه انكره بعض الورثة فلم يثبت نسبه كما لو لم يمت بخلاف
 ما اذا كان شريكه غير مكلف فانه لم ينكره وارث وهذا فيما اذا كان المقر يحوز جميع
 الميراث بعد الميت فان كان للميت وارث سواه أو من يشاركه في الميراث لم يثبت النسب بقول الباقي
 منها وجها واحدا لانه ليس كل الورثة ويقوم وارث الميت الثاني مقامه فاذا وافق المقر في اقراره
 ثبت النسب وان خالفه لم يثبت كالورث وان خلف ولدين فأقر أحدهما بأخ وأنكره الآخر ثم
 مات المنكر وخلف ابناً فأقر بالذي أنكره أبوه ثبت نسبه لاقرار جميع الورثة به ويحتمل ان لا
 يثبت لانكار الميت له

لانه يصح بالمجهول فصح للمجهول ثم يطالب بالبيان فان عين احدهما دفع اليه ويحلف للآخر ان
 ادعاه ولا يغرر له شيئاً لانه لم يقر له بشيء، وان قال لا أعرف عينه فصدقه نزع من يده وكانا
 خصمين فيه وان كذبا فعليه اليمين انه لا يعلم وينزع من يده فان كان لاحدهما بينة حكم له بها وان
 لم تكن بينة أقرنا بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلمت اليه، وان بين الغاصب بعد ذلك مالهما قبل
 منه كما لو بينه ابتداء ويحتمل أنه اذا ادعى كل واحد أنه المنصوب منه توجهت عليه اليمين لكل واحد
 منها انه لم يفضبه فان حلف لاحدهما لزمه دفعها الى الآخر لان ذلك يجري مجرى تيمينه وان نكل
 عن اليمين لها جميعاً فسلمت الى احدهما بقرعة او غيرها لزمه غرمها للآخر لانه نكل عن يمين توجهت
 عليه ففضي عليه كما لو ادعاه وحده

(فصل) وان كان في يده عبدان فقال احد هذين يزيد طولب بالبيان فاذا عين احدهما فصدقه زيد
 اخذه وان قال هذا لي والعبد الآخر فعليه اليمين في الذي ينكره وان قال زيد انما لي العبد الاخر
 فالقول قول المقر مع يمينه في العبد الذي ينكره ولا يدفع الى زيد العبد الذي يقر به له ولكن يقر
 في يد المقر لانه لم يصح اقراره به في أحد الوجوهين، وفي الآخر ينزع من يده لاعترافه انه لا
 يملكه ويكون في بيت المال لانه لا مال له معروف فأشبهه ميراث من لا يعلم وارثه، فان ابى التمين فعينه
 المقر له وقال هذا عبدي طولب بالجواب وان أنكر حلف وكان بمنزلة تيمينه للآخر وان نكل عن اليمين
 (المغني والشرح الكبير) (٤٢) (الجزء الخامس)

(فصل) وإذا أقر الوارث بمن يحجبه كأخ اقربان للميت وأخ من اب أقر باخ من ابوين وابن ابن أقر بابن للميت ثبت نسب المقر به وورث وسقط المقر وهذا اختيار ابن حامد والقاضي وقول إبي العباس ابن سريج، وقال أكثر اصحاب الشافعي يثبت نسب المقر به ولا يرث لان توريته يفضي الى اسقاط توريته فسقط بيانه انه لو ورث لخرج المقر به عن كونه وارثاً فيبطل اقراره ويسقط نسب المقر به وتوريته فيؤدي توريته الى اسقاط نسبه وتوريته فأثبتنا النسب دون الميراث

ولنا انه ابن ثابت النسب لم يوجد في حقه احد موانع الارث فيدخل في عموم قواه تعالى (بوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) أو فيرث كما لو ثبت نسبه ببينة ولان ثبوت النسب سبب للميراث فلا يجوز قطع حكمه عنه ولا يورث محجوب به مع وجوده وسلامته من الموانع وما احتجوا به لا يصح لانتفاء اعتبار كون المقر وارثاً على تقدير عدم المقر به وخروجه بالاقرار عن الارث لا ينعم صحته بدليل أن الابن اذا أقر باخ فانه يرث مع كونه يخرج باقراره عن ان يكون جميع الورثة، فان قيل انما يقبل اقراره اذا صدقه المقر به فصار اقراراً من جميع الورثة، وان كان المقر به طفلاً او مجنوناً لم يعتبر قوله فقد اقر كل من يعتبر قوله، قلنا ومثله ههنا فانه ان كان المقر به كبيراً فلا بد من تصديقه فقد أقر به كل من يعتبر اقراره وان كان صغيراً غير معتبر القول لم يثبت النسب

قضي عليه وان أقر له فهو كنعينه

(فصل) إذا قال هذه الدار لزيد لابل لعمرى أو ادعى زيد على ميت شيئاً معيناً من تركته فصدقه ابنه ثم ادماه عمرو فصدقه حكم به لزيد ووجب عليه غرامته لعمرى، وسنذكر ذلك فيما بعد ان شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (وان أقر بألف في وقتين لزمه الف واحد)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يلزمه الفان كما لو قال له علي الف والف ولا فرق بين أن يكون في وقت واحد أو أوقات أو مجلس واحد أو مجالس ولنا أنه يجوز ان يكون قد كرر الخبر عن الاول كما كرر الله الخبر عن ارساله نوحاً وهوداً وصالحاً وشمياً وابراهيم وموسى وعيسى عليهم السلام ولم يكن المذكور في قصة غير المذكور في الاخرى كذا ههنا لانه يجوز ان يكون المطلق هو الموصوف اطلاقه في حال. ووصفه في حال وان وصفه بصفة واحدة في المرتين كان تأكيداً لما ذكرنا

(مسئلة) (وان أقر بألف من ثمن عبد ثم اقر بألف من ثمن فرس أو قرص لزمه الفان)

وكذلك ان قال الف درهم سود وalf درهم يرض لان الصفة اختلفت فهما متبايران

(مسئلة) (وان ادعى رجلان داراً في يد غيرهما شركة بينهما بالسوية فأقر لأحدهما بنصفها

فالمقر به بينهما نصفان

بقول الآخر كما لو كانا ابنين احدهما صغيرا فأقر البالغ بأخ لم يقبل ولم يقولوا انه لا تعتبر موافقته كذا ههنا ولانه لو كان في يدي انسان عبد محكوم له يملكه فأقر به لغيره ثبت للمقر له وان كان المقر يخرج بالاقرار عن كونه مالكا كذا ههنا

(فصل) فان خلف ابنا فأقر بأخ ثبت نسبه ثم ان اقر بثالث ثبت نسبه ايضا لانه اقرار من جميع الورثة فان قال الثالث الثاني ليس بأخ لنا فقال القاضي يسقط نسب الثاني لان الثالث وارث منكر لنسب الثاني فأشبه ما لو كان نسبه ثابتاً قبل الثاني وفيه وجه آخر لا يسقط نسبه ولا ميراثه لان نسبه ثبت بقول الاول وثبت ميراثه فلا يسقط بعد ثبوته ولان الثاني لو انكر الثالث لم يثبت نسبه وإنما ثبت نسبه باقراره فلا يجوز له اسقاط نسب من يثبت نسبه بقوله كلالول ولان ذلك يؤدي الى اسقاط الاصل بالفرع الذي ثبت به (فصل) وان اقر الابن بأخوين دفعة واحدة فصدق كل واحد منهما صاحبه ثبت نسبها وان تكاذبا ففيهما وجهان (احدهما) لا يثبت نسبها وهو مذهب الشافعي لان كل واحد منهما لم يقر به كل الورثة (والثاني) يثبت نسبها لان كل واحد منهما وجد الاقرار به من ثابت النسب هو كل الورثة حين الاقرار فلم يعتبر موافقة غيره كما لو كانا صغيرين فان كان احدهما يصدق صاحبه دون الآخر ثبت نسب المتفق عليه منهما وفي الآخر وجهان وان كانا توأمين ثبت نسبها ولم يلتفت الى

وجلة ذلك انهما إذا ادعيا أنهما ملكها بسبب الاشتراك مثل ان يقولوا ورتناها وابتناها معاً فأقر المدعى عليه بنصفها فذلك لها جميعاً لأنهما اعترفا ان الدار لها مشاعة فاذا غصب غاصب نصفها كان منها والباقي بينهما وان لم يكونا ادعيا شيئاً يقتضي الاشتراك بل ادعى كل واحد منهما فأقر لأحدهما بما ادعاه لم يشاركه الآخر وكان على خصومته لأنهما لم يعترفا بالاشتراك ، فان اقر لأحدهما بالكل وكان المقر له يعترف للآخر بالنصف سلمه اليه وكذلك ان كان قد تقدم اقراره بالنصف وجب تسليمه اليه لان الذي هي في يده قد اعترف له بها فصار بمنزلة ثبنت لمن يقر له وان لم يكن اعترف للآخر وادعى جميعها أو ادعى أكثر من النصف فهو له ، فان قيل فكيف يملك جميعها ولم يدع الا نصفها ؟ قلنا ليس من شرط صحة الاقرار تقدم الدعوى بل متى اقر بشيء لانسان فصدقه المقر له ثبت وقد اتصديق ههنا في النصف الذي لم يسبق دعواه ، ويجوز ان يكون اقتصر على دعوى النصف لان له حجة به ولان النصف الآخر قد اعترف له به فادعى النصف الذي لم يعترف له به . فان لم يصدقه في اقراره بالنصف الذي لم يدعه ولم يعترف به الآخر ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يبطل الاقرار لانه اقر لمن لا يدعيه (الثاني) ينزعه الحاكم حتى يثبت لمدعيه ويؤجره ويحفظ أجرته لملكه (الثالث) يدفع إلى مدعيه لعدم انتزاع فيه ومذهب الشافعي في هذا الفصل على نحو ما ذكرنا

انكار المنكر منها سواء تجا حداً معاً أو جحد احدها صاحبه لاننا نعلم كذبهما فانهما لا يفترقان
 واو اقر الوارث بنسب احدها ثبت نسب الآخر لانهما لا يفترقا في النسب، وان اقر بنسب صغيرين
 دفعة واحدة ثبت نسبهما على الوجه الذي يثبت فيه نسب الكبيرين المتجاهدين، وهل يثبت على
 الوجه الآخر؟ يحتتمل أن يثبت لأنه أقر به كل الورثة حين الاقرار ولم يحجده أحد فأشبهه ما لو
 اقرد ويحتتمل أن لا يثبت لان أحدها وارث ولم يقر بصاحبه فلم يجتمع كل الورثة على الاقرار به ويدفع
 المقر الى كل واحد منها ثلث الميراث سواء قلنا بثبوت النسب أو لم نقل لأنه مقر به

(فصل) اذا خلف امرأة وأخا فأقرت المرأة بابن للميت وأنكر الاخ لم يثبت نسبه ودفعت اليه
 ثمن الميراث وهو الفضلة التي في يد الزوجة عن ميراثها وان اقر به الاخ وحده لم يثبت نسبه
 ودفع اليه جميع ما في يده وهو ثلاثة أرباع المال، فان خلف اثنين فأقر أحدهما بامرأة لايه وأنكر
 الآخر لم تثبت الزوجية ويدفع اليها نصف ثمن الميراث ولصاحب الشافعي في هذه المسئلة كقولنا
 لان الزوجية زالت بالموت وانما المقر به حقها من الميراث ولهم وجه آخر لا شيء لها، وان كان للميت
 امرأة أخرى فلا شيء للمقر لها لان الفضل الذي تستحقه في يد غير المقر وكذلك ما كان مثل هذا
 مثل أن يخلف اخا من اب واخا من ام فيقر الاخ من الام باخ للميت فلا شيء للمقر به سواء اقر بأخ من ابوين
 او من أب أو من أم لان ميراثه في يد غير المقر، وان اقر بأخوين من ام دفع اليها ثلث ما في يده

(مسئلة) (وان قال في مرض موته هذا الاف لقطعة فتصدقوا به لزم الورثة الصدقة بثلته)

قال أبو الخطاب اذا لم يكن له مال غيره لانه جميع ماله والامر بالصدقة وصية بجميع المال
 فلا يلزم منه إلا الثلث وحكي عن القاضي أنه يلزمهم الصدقة بجميعه لان أمره بالصدقة به يدل على
 تعديه فيه على وجه يلزمهم الصدقة بجميعه فيكون ذلك اقرارا منه لغير وارث فيجب امتثاله

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (اذا مات رجل وخلف مائة فادعاها رجل فأقر ابنه له بها ثم ادعاها

آخر فأقر له فهي للاول ويفرهما للثاني)

وجملة ذلك أنه اذا ادعى زيد على ميت شيئاً معيناً من تركته فصدقه ابنه ثم ادعاء عمرو فصدقه او
 قال هذه الدار لزيد لا بل لعمرو حكم بها لزيد وعليه غرامتها لعمرو وهذا أحد قولي الشافعي وقال في
 الآخر لا يفرم لعمرو شيئاً وهو قول أبي حنيفة لأنه أقر له بما وجب عليه الاقرار به وإعانته الحكم
 من قبوله وذلك لا يوجب الضمان

ولنا أنه حال بين عمرو وبين ماله الذي أقر له به باقراره لغيره فلزمه غرمه كما لو شهد رجلان على آخر

باعناق عبده ثم رجعا عن الشهادة أو كما لو رمى به في البحر ثم أقر به

(مسئلة) (وان أقر بها لها معاً فهي بينهما) اتساويهما في الدعوى والاقرار لها

لانه يقر أنهم شركاء في الثلث لكل واحد منهما تسع وفي يده سدس. وهو تسع ونصف تسع فيفضل في يده نصف تسع وهو ثلث ما في يده

(فصل) واذا شهد من الورثة رجلان عدلان بنسب مشترك لهما في الميراث ثبت نسبه اذا لم يكونا متهمين وكذلك ان شهدا على اقرار الميت به وان كانا متهمين كاخوين من أم يشهدان باخ من أبوين في مسألة فيها زوج وأختان من أبوين لم تقبل شهادتهما لان ثبوت نسبه يسقط العول فيتوفر عليهما الثلث وكذلك لو شهدا باخ من أب في مسألة معهما أم وأخت من أبوين وأخت من أب لم تقبل شهادتهما لان ثبوت نسبه يسقط أخته فيذهب العول من المسئلة فان لم يكونا وارثين أو لم يكن للميت تركة قبلت شهادتهما وثبت النسب لعدم التهمة

(فصل) وان أقر رجلان عدلان بنسب مشترك لهما في الميراث وثم وارث غيرها لم يثبت النسب الا أن يشهدا به وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يثبت لانهما بينة. ولنا أنه اقرار من بعض الورثة فلم يثبت به النسب كالواحد وفارق الشهادة لانه تعتبر فيها العدالة والذكورية والافرار بخلافه

(فصل) اذا أقر بنسب ميت صغير أو مجنون ثبت نسبه وورثه وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن يثبت نسبه دون ميراثه لانه منهم في قصد أخذ ميراثه وقال أبو حنيفة لا يثبت نسبه ولا ارثه لذلك. ولنا أن

(مسئلة) (وان أقر لأحدهما وحده فهي له ويحلف للآخر أنه لا يعلم أنها له وان نكل فضي عليه بالنكول) لان النكول كالافرار ولو أقر لزمه الغرم فكذلك اذا نكل عن العيين

(مسئلة) (وان ادعى رجل على الميت مائة دينا فأقر له ثم ادعى آخر مثل ذلك فأقر له فان

كان في مجلس واحد فهي بينهما وان كان في مجلسين فهي للاول ولا شيء للثاني)

وجاهة ذلك ان الميت إذا خلف وارثاً وتركة فأقر الوارث لرجل بدين على الميت يستغرق الميراث فقد أقر بتعلق دينه بجميع التركة واستحقاقه لها فاذا أقر بعد ذلك لآخر وكان في المجلس صح الاقرار واشتركا في التركة لان التركة حالة المجلس كحالة واحدة بدليل صحة القبض بها فيما يعتبر القبض فيه وامكان النسخ فيه ولحوق الزيادة في العقد فكذلك في الاقرار، وان كان في مجلس آخر لم يقبل اقراره لانه يقر بحق على غيره فانه يقر بما يقتضي مشاركة الاول في التركة وينقص حقه منها ولا يقبل اقرار الانسان على غيره وقال الشافعي يقبل اقراره ويشتركان فيها لان الوارث يقوم مقام الموروث ولو أقر الموروث لها لقبول فكذلك الوارث ولان منعه من الاقرار يفضي الى إسقاط حق الترماء لانه قد لا يتفق حضورهم في مجلس واحد فيبطل حقه بتعيينه ولان من قبل اقراره اولا قبل اقراره ثانياً اذا لم تتغير حاله كالموروث .

علة ثبوت نسبه في حياته الاقرار به وهو موجود بعد الموت فيثبت به كحالة الحياة وماذ كروه يبطل ما اذا كان المقر به حيا موسراً أو المقر فقيراً فإنه يثبت نسبه ويملك المقر التصرف في ماله وانفاقه منه على نفسه وان كان المقر به كبيراً عاقلاً فكذلك في قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي لانه لا قول له أشبه الصغير وفيه وجه آخر أنه لا يثبت نسبه لان نسب المكلف لا يثبت الا بتصديقه ولم يوجد وبجواب عن هذا بانه غير مكلف فان ادعى نسب المكلف في حياته فلم يصدقه حتى مات المقر ثم صدقه ثبت نسبه لانه وجد الاقرار والتصديق من المقر به فأشبهه ما لو صدقه في حياته ، وقال أبو الخطاب واذا أقر رجل بزوجة امرأة أو أقرت أن فلانا زوجها فلم يصدقه المقر به الا بعد موته ورثه لانه وجد الاقرار والتصديق معاً

(فصل) واذا خلف رجل امرأة وابناً من غيرها فافر الابن بأخ له لم يثبت نسبه لانه لم يقر به كل الورثة وهل يتوارثان فيه وجهان (أحدهما) يتوارثان لان كل واحد منهما يقرأ أنه لا وارث له سوى صاحبه ولا منازع لهما (والثاني) لا يتوارثان لان النسب بينهما لم يثبت لمان كان اكل واحد منهما وارث غير صاحبه لم يرثه لانه منازع في الميراث ولم يثبت نسبه

(فصل) واذا ثبت النسب بالاقرار ثم أنكر المقر لم يقبل انكاره لانه نسب ثبت بحجة شرعية فلم يزل بانكاره كما لو ثبت بينة أو بالفراش وسواء كان المقر به غير مكلف أو مكلفاً فصدق المقر ويحتمل

ولنا أنه اقرار بما يتعلق بمحل تعلق به بحق غيره تعلقاً يمنع تصرفه فيه على وجه يضر به فلم يقبل كاقرار الراهن بجنابة على الرهن أو الجاني، وأما الموروث فان أقر في صحته صح لان الدين لا يتعلق بماله وان أقر في مرضه لم يحاص المقر له غرماء الصحة لذلك، وان أقر في مرضه لغريم يستغرق تركته دينه ثم أقر لآخر في مجلس آخر فالفرق بينهما ان اقراره الاول لم يمنعه التصرف في ماله ولا أن يعلق به ديناً آخر بأن يستدين ديناً آخر فلم يمنع ذلك تعليق الدين بتركته بالاقرار بخلاف الوارث فانه لا يملك أن يعلق بالتركة ديناً آخر بفعله فلا يملكه بقوله ولا يملك التصرف في التركة ما لم يلزم قضاء الدين (مسئلة) (وان خلف ابنين ومائتين فادعى رجل مائة ديناً على الميت فصدقه أحد الابنين وأنكر الآخر لزم المقر نصفها)

لانه مقر على أبيه بدين ولا يلزمه أكثر من نصف دين أبيه ولانه يقر على نفسه وأخيه فلا يقبل اقراره على أخيه ويقبل على نفسه وفي ذلك اختلاف ذكرناه في أواخر كتاب الاقرار (مسئلة) (الا أن يكون عدلاً فيحلف الغريم مع شهادته وبأخذ مائة وتكون المائة الباقية بين الابنين) وانما لزم المقر نصف المائة لانه يرث نصف التركة فيازمه نصف الدين لانه بقدر ميراثه ولو لزمه جميع الدين لم تقبل شهادته على أحد لكونه يدفع عن نفسه ضرراً ولانه يرث نصف التركة فلزمه نصف الدين كما لو ثبت بينة أو باقرار الميت

أن يسقط نسب المكلف باتفاقهما على الرجوع عنه لانه ثبت باتفاقهما فزال برجوعهما كالمال والاول
أصح لانه نسب ثبت بالاقراره أشبه نسب الصغير والمجنون وفارق المال لان النسب محتاط لاثباته
(فصل) وان أقرت المرأة بولد ولم تكن ذات زوج ولا نسب قبل اقرارها وان كانت ذات زوج
فهل يقبل اقرارها على روايتين احدهما لا يقبل لان فيه حملا لنسب الولد على زوجها ولم يقر به او الحاقا
للعاربه بولادة امراته من غيره (والثانية) يقبل لأنها شخص اقر بولد يحتمل ان يكون منه فقبل كالرجل
وقال احمد في رواية ابن منصور في امرأة ادعت ولدا فان كان لها اخوة اولسب معروف فلا بد من
ان يثبت انه ابنها فان لم يكن لها دافع فن يحول بينها وبينها وهذا لأنها متى كانت ذات اهل فالظاهر
انه لا تخفى عليهم ولادتها فتى ادعت ولدا لا يعرفونه فالظاهر كذبها ويحتمل ان تقبل دعواها مطلقا لان
النسب محتاط له فأشبهت الرجل

(فصل) ولو قدمت امرأة من بلد الروم معها طفل فأقر به رجل لحقه لوجود الامكان وعدم
المنازع لانه يحتمل أن يكون دخل أرضهم أو دخلت هي دار الاسلام ووطنها والنسب محتاط لاثباته
ولهذا لو ولدت امرأة رجل وهو غائب عنها بعد عشرين سنة من غيبته لحقه وان لم يعرف له قدوم اليها
ولا عرف لها خروج من بلدها

(فصل) وان أقر بنسب صغير لم يكن مقرا بزوجة أمه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة اذا

﴿مسئلة﴾ (وان خلف ابين وعبدن منساوي القيمة لا يملك غيرها فقال أحد الابنين أبي أعتق
هذا وقال الآخر بل أعتق هذا عتق من كل واحد ثلثه وصار لكل ابن سدس العبد الذي أقر بعتقه
ونصف الآخر، وان قال أحدهما أبي أعتق هذا وقال الآخر أبي أعتق أحدهما لا أدري من هو
منهما أقرع بينهما فان وقعت على من اعترف الابن بعتقه عتق ثلثاه ان لم يجزأ عتقه كاملا وان وقعت على
الآخر كان حكمه كما لو عين العتق في العبد سواء).

هذه المسئلة محمولة على أن العتق كان في مرض الموت والخوف أو بالوصية لانه لو أعتقه في صحته
عتق كله ولم يقف على اجازة الورثة، فاذا اعترفا أنه عتق أحدهما في مرضه لم يخل من أربعة أحوال
(أحدها) أن بعينا العتق في أحدهما فيعتق منه ثلثاه لان ذلك تلك جميع ماله الا أن يجزأ عتق جميعه
فيعتق (الثاني) أن يمين كل منهما العتق في واحد غير الذي عينه أخوه فيعتق من كل واحد ثلثه لان كل
واحد منهما حقه نصف العبدن فقبل قوله في عتق حقه من الذي عينه وهو ثلثا النصف الذي له وذلك
الثلث ولانه يعترف بجزءه ثلثيه فيقبل قوله في حقه منها وهو الثلث ويبقى الرق في ثلثه فله النصف وهو
السدس ونصف العبد الذي يشكر عتقه

(الثالث) ان يقول أحدهما أبي أعتق هذا ويقول الآخر أبي أعتق أحدهما لا أدري من منهما فتقوم
القرعة مقام يمين الذي لم يمين فان وقعت على الذي عينه أخوه عتق ثلثاه كما لو عيناه بقولهما وإن

كانت مشهورة بالحرية كان مقراً بزوجيتها لان أنساب المسلمين وأحوالهم يجب حملها على الصحة وذلك أن تكون ولدته منه في نكاح صحيح . ولنا أن الزوجية ليست مقتضى لفظه ولا مضمونه فلم يكن مقراً بها كالمولم تكن . مروفة بالحرية وما ذكره لا يصح فان النسب محمول على الصحة وقد يلحق بالوطء في النكاح الفاسد والشبهة فلا يلزمه بحكم اقراره ما لم يتضمنه لفظه ولم يوجه

(فصل) واذا كان له أمة لها ثلاثة أولاد لزوج لها ولا أقر بوطئها فقال أحد هؤلاء ولدي فاقراه صحيح ويطلب بالبيان فان عين احدهم ثبت نسبه وحرية ثم يسئل عن كيفية الاستيلاء فان قال كان بنكاح فعلى الوالد الولاء لانه قدمه رق والام وولداها الآخران رقيق قن وان قال استولسها في ملكي فالمقر به حر الاصل لا ولاء عليه والامة ام ولد ، ثم إن كان المقر به الاكبر فاخواه ابناء ام ولد حكمها حكمها في العتق يموت سيدها وان كان الاوسط فالاكبر قن والا صغر له حكم امه ، وان عين الأصغر فأخواه رقيق قن لانها ولتسهما قبل الحكم بكونها أم ولد ، وإن قال هو من وطء شبهة فالولد حر الاصل وأخواه مملوكان ، وإن مات قبل أن يبين أخذ ورثته بالبيان ويقوم بينهم مقام بيانه فان بينوا النسب ولم يبينوا الاستيلاء ثبت النسب وحرية الولد ولم يثبت للأم ولا للولد بها حكم الاستيلاء لانه يحتمل أن يكون من نكاح أو وطء شبهة ، وان لم يبينوا النسب وقالوا لا نعرف ذلك ولا الاستيلاء فانا نزيه القافة فان ألحقوا به واحدا منهم ألحقناه ولا يثبت حكم الاستيلاء لغيره فان لم تكن قافة أقرع بينهم فمن وقعت له القرعة عتق وورث وبهذا قال الشافعي إلا أنه لا يورثه بالقرعة

وقعت على الآخر كما لو عين كل واحد منهما عبداً يكون لكل واحد منهما سدس العبد الذي عينه ونصف العبد الذي ينكر عتقه وبصير ثلث كل واحد من العبد حرأ (الرابع) أن يقول أعتق أحدهما ولا ندري من منها فانه يقرع بين العبدين فمن وقعت له القرعة عتق ثلثه ان لم يجزأ عتق جميعه وكان الآخر رقيقاً

(فصل) فان رجح الابن الذي جهل عين العتق فقال قد عرفته قبل القرعة فهو كما لو عينه ابتداء من غير جهل واذا كان بعد القرعة فوافقها تعيينه لم يتغير الحكم وان خالفها عتق من الذي عينه ثلثه بتعيينه فان عين الذي عينه أخوه عتق ثلثه وان عين الآخر عتق منه ثلثه وهل يطل العتق في الذي عتق بالقرعة على وجهين

﴿ باب الاقرار بالمجمل ﴾

(اذا قال له علي شيء أو كذا قيل له نسر فان أبي حبس حتى يفسر فان مات أخذ وارثه بمثل ذلك ان خلف الميت شيئاً يقضى منه وإلا فلا)
وجملة ذلك أنه اذا قال لفلان علي شيء أو كذا صح اقراره ولزمه تفسيره بغير خلاف، ويفارق

ولنا أنه حر استندت حرته إلى إقرار أيه فورث كما لو عينه في اقراره .

(فصل) وإذا كان له أمتان لكل واحدة منها ولد فقال أحد هذين ولدي من أمتي نظرت فان كان لكل واحدة منها زوج يمكن الحاق الولد به لم يصح اقراره ولحق الولدان بالزوجين ، وان كان لاحدهما زوج دون الاخرى انصرف الاقرار الى ولد الاخرى لانه الذي يمكن الحاقه به وان لم يكن لواحدة منها زوج ولكن أقر السيد بوطئها صارتا فراشاً ولحق ولداهما به اذا أمكن أن يولد بعد وطئه وان أمكن في احدهما دون الاخرى انصرف الاقرار الى من أمكن لانه ولده حكماً ، وان لم يكن أقر بوطء واحدة منها صح اقراره وتثبت حرية المقر به لانه اقر بنسب صغير مجهول النسب مع الامكان لامتناع له فيه فلحقه نسبه ، ثم يكلف البيان كما لو طلق احدى نساءه فاذا بين قبل بيانه لان المرجح في ذلك اليه ، ثم يطالب ببيان كيفية الولادة فان قال استولدها في ملكي فالولد حر الاصل لا ولاء عليه وامه ام ولد وان قال في نكاح فعلى الولد الولاء لانه مسه رق والامة فن لانها علفت بمملوك وان قال بوطء شبهة فالولد حر الاصل والامة فن لانها علفت به في غير ملك ، وان ادعت الاخرى انها التي استولدها فلقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم الاستيلاء فأشبهه مالو ادعت ذلك من غير اقراره بشيء فاذا حلف رقت ورق ولدها واذا مات ورثه ولده المقر به ، وإن كانت أمه قد صارت ام ولد عتقت ايضاً وإن لم تصر أم ولد عتقت على ولدها ان كان هو الوارث وحده وان كان معه غيره

الدعوى حيث لا تصح بالمجهول لكون الدعوى له والاقرار عليه فلزمه ما عليه مع الجهالة دون ماله ولان المدعي اذا لم يصح دعواه فله داع الى تحريرها والمقر لا داعي له الى التحرير ولا يمكن رجوعه عن اقراره فيضيع حق المقر له فألزمناه إياه مع الجهالة فان امتنع من تفسيره حبس حتى يفسر وقال القاضي يجعلنا كلاً يؤمر المقر له بالبيان فان بين شيئاً فصدقه المقر ثبت وان كذبه وامتنع من البيان قيل له ان بنت وإلا جعلناكنا كلاً وقضينا عليك وهذا قول الشافعي إلا أنهم قالوا ان بنت وإلا أحلفنا المقر له على ما يدعيه وأوجبناه عليك فان فعل وإلا أحلفنا المقر له وأوجبناه على المقر ، ووجه الاول أنه ممنع من حق عليه فحبس به كما لو عينه وامتنع من أدائه ، ومع ذلك فتق عينه المدعي وادعاه فنسك المقر فهو على ما ذكره فان مات من عليه الحق أخذ وارثه بمثل ذلك لان الحق ثبت على موروثهم فتعلق بتركته وقد صارت الى الورثة فلزمهم مالزم موروثهم كما لو كان الحق مبيناً ، وان لم يخلف الميت تركته فلا شيء على الورثة لانهم ليس عليهم وفاء دين الميت إذا لم يخلف تركته كما لا يلزمهم في حياته ، وذكر صاحب المحرر رواية ان الوارث ان صدق موروثه في اقراره أخذ به وإلا فلا والصحيح الاول قال وعندني ان أبي الوارث أن يفسر وقال لا علم لي بذلك حاتف ولزمه من التركة ما يقع عليه الاسم فيما اذا وصى لفلان بشيء ويحتمل أن يكون حكم المقر كذلك اذا حلف أن لا يعلم كالوارث

(مسألة) (وان فسره بحق شفعة أو مال قبل وان قل وان فسره بمال كقشر جوزة أو مينة أو

عق منها بقدر ما ملك فان مات قبل ان يبين قام وارثه مقامه في البيان لانه يقوم مقامه في الحاق النسب وغيره فاذا بين كان كما لو بين الموروث، وان لم يعلم الوارث كيفية الاستيلاء ففي الامة وجهان: (احدهما) يكون رقيقاً لان الرق الاصل فلا يزول بالاحمال (والثاني) يتفق لان الظاهر انها ولدته في ملكه لانه اقر بولدها وهي في ملكه وهذا منصوص الشافعي فان لم يكن وارث او كان وارث فلم يعين عرض على القافة فان ألحقت به احدهما ثبت نسبه وكان حكمه كما لو عين الوارث فان لم تكن قافة او كانت فلم تعرف أقرع بين الولدين فيعتق احدهما بالقرعة لان للقرعة مدخلا في اثبات الحرية، وقياس المذهب ثبوت نسبه وميراثه على ما ذكرنا في التي قبلها، وقال الشافعي لا يثبت نسب ولا ميراث، واختلفوا في الميراث فقال المزني يوقف نصيب ابن لاتا تيقنا ابنا وارثاً ولم وجه آخر لا يوقف شيء لانه لا يرجي انكشافه وقال ابو حنيفة يعتق من كل واحد نصفه ويستسمى في باقيه ولا يرثان، وقال ابن ابي ليلى مثل ذلك الا انه يجعل الميراث بينهما نصفين ويدفعانه في سماتهما والكلام على قسمة الجزية والسعاية بأبي في العتق ان شاء الله تعالى .

﴿مسئلة﴾ قال (وكذلك ان اقر بدين على أبيه لزمه من الدين بقدر ميراثه)

وجه ذلك ان الوارث اذا اقر بدين على موروثه قبل اقراره بغير خلاف لعله ويتعلق ذلك بركة .

خر لم يقبل وان فسره بكلب أو حد قذف فعلى وجهين متى فسر المقر اقراره بما يتمول عادة قبل تفسيره ويثبت الا أن يكذبه المقر له ويدعي جنساً آخر أولاً بدعي شيئاً فيبطل اقراره، وان فسره بما لا يتمول عادة كقشر جوزة أو قشر باذنجانة لم يقبل تفسيره لان اقراره اعتراف بحق عليه ثابت في ذمته وهذا لا يثبت في الذمة وكذلك ان فسره بما ليس بمال في الشرع كالخمر والميتة، وان فسره بكلب لا يجوز اقتناؤه فكذلك، وان فسره بكلب يجوز اقتناؤه أو جلد ميتة غير مدبوغ ففيه وجهان (أحدهما) يقبل لانه شيء يجب رده ونسليمه اليه فالإيجاب يتناوله (والثاني) لا يقبل لان الاقرار إخبار عما يجب ضمانه وهذا لا يجب ضمانه، وان فسره بحبة حنطة أو شعير ونحوها لم يقبل لان هذا لا يتمول عادة على انفراد، وان فسره بحد قذف قبل لانه حق يجب عليه وفيه وجه آخر أنه لا يقبل لانه لا يؤول الى مال والاوّل أصح لان ما يثبت في الذمة يصح ان يقال هو علي ويصح تفسيره بحق شفعة لانه حق واجب ويؤول الى المال وان فسره برد السلام أو تسميت العاطس ونحوه لم يقبل لانه يسقط بفواته ولا يثبت في الذمة وهذا الاقرار يدل على ثبوت الحق في الذمة ويحتمل أن يقبل تفسيره اذا أراد حقاً علي رد سلامه اذا سلم وتسميته اذا عطس لما روي في الخبر «للسلم على المسلم ثلاثون حقاً يرد سلامه وبشمت عطسته ويحجب دعوته»

(مسئلة) (وان قال غضبت منه شيئاً ثم فسره بنفسه أو ولده لم يقبل) لان النصب لا يثبت عليه

الميت كما لو أقر به الميت قبل موته فإن لم يخلف تركته لم يلزم الوارث بشيء لأنه لا يلزمه أداء دينه إذا كان حياً مفلساً فكذلك إذا كان ميتاً وإن خلف تركته تعلق الدين بها فإن أحب الوارث تسليمها في الدين لم يلزمه إلا ذلك وإن أحب استخلاصها وإيفاء الدين من ماله فله ذلك ويلزمه أقل الأمرين من قيمتها أو قدر الدين بمزلة الجاني، وإن كان الوارث واحداً فخفكه ما ذكرنا وإن كانا اثنين أو أكثر وثبت الدين باقرار الميت أو بينة أو اقرار جميع الورثة فكذلك، وإذا اختار الورثة أخذ التركة وقضاء الدين من أموالهم فعلى كل واحد منهم من الدين بقدر ميراثه وإن أقر أحدهم لزمه من الدين بقدر ميراثه والحيرة إليه في تسليم نصيبه في الدين أو استخلاصه، وإذا قدره من الدين فإن كانا اثنين لزمه النصف وإن كانوا ثلاثة فمليه الثلث وبهذا قال النخعي والحسن والحكم وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور والشافعي في أخذ قوله، وقال أصحاب الرأي يلزمه جميع الدين أو جميع ميراثه وهذا آخر قولي الشافعي رجم إليه بعد قوله كقولنا لأن الدين بتعلق بتركته فلا يستحق الوارث منها إلا ما فضل من الدين لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) ولأنه يقول ما أخذه المنكر أخذه بغير استحقاق فكان غاصباً فتعلق الدين بما في من التركة كما لو غصبه أجنبي، ولنا أنه لا يستحق أكثر من نصف الميراث فلا يلزمه أكثر من نصف الدين كما لو أقر أخوه ولأنه إقرار بتعلق بحصته وحصه أخيه فلا يجب عليه إلا ما يخصه كالأقرار بالوصية وإقرار أحد الشريكين على مال الشركة ولأنه حق لو ثبت بينة أو قول الميت أو إقرار

وإن أراد أنني حبستك وسجنتك قبل ذكره في المحرر وإن فسره بما ليس بمال مما يتنفع به قبل لأن النصب يشتمل عليه كالسكب وجلد الميتة لأنه قد يقربه عليه، وإن فسره بما لا نفع فيه أو مالا يباح الاتفاح به لم يقبل لأن أخذ ذلك ليس بنصب وهذا الذي ذكرناه في هذا الباب أكثره مذهب الشافعي وحكي عن أبي حنيفة أنه لا يقبل تفسير اقراره بغير المسكيل والموزون لأن غيرهما لا يثبت في الذمة بنفسه .

ولنا أنه مملوك يدخل تحت العقد فجاز أن يفسر به الشيء في الاقرار كالمكيل والموزون ولأنه يثبت في الذمة في الجملة فصح التفسير به كالمكيل ولا عبرة بسبب ثبوته في الاخبار به والاخبار عنه (فصل) وتقبل الشهادة على الاقرار بالمجهول لأن الاقرار به صحيح وما كان صحيحاً في نفسه صحت الشهادة به كالمعلوم

﴿مسئلة﴾ (وإن قال له علي مال عظيم أو خطير أو كثير أو خليل قبل تفسيره بالكثير والقليل) كما لو قال له علي مال ولم يصفه وهذا قول الشافعي وحكي عن أبي حنيفة لا يقبل تفسيره بأقل من عشرة لأنه يقطع به السارق ويكون صداقاً عنده وعنه لا يقبل أقل من مائتي درهم وبه قال أصحابه لأنه الذي تجب فيه الزكاة وقال بعض أصحاب مالك كقولهم في المال ومنهم من قال يزيد على ذلك أقل زيادة ومنهم من قال قدر الدية وقال الليث بن سعد اثنان وسبعون لأن الله سبحانه وتعالى قال

الوارثين لم يلزمه إلا نصفه فلم يلزمه باقراره أكثر من نصفه كالوصية ولان شهادته بالدين مع غيره تقبل ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لانه يجربها إلى نفسه نقماً

(فصل) اذا ادعى رجلان داراً بينهما ملكاها بسبب موجب الاشتراك مثل أن يقولوا ورتاها أو ابتعناها معا فادعى المدعى عليه بنصفها لأحدهما فذلك لها جميعاً لأنها اعترفاً أن الدار لها مشاعة فإذا غصب غاصب نصفها كان منها والباقي بينهما وإن لم يكونا ادعياً شيئاً يقتضي الاشتراك بل ادعى كل واحد منهما نصفها فأقر لاحدهما بما ادعاه لم يشاركه الآخر وكان على خصومته لانهما لم يعترفاً بالاشتراك فان أقر لاحدهما بالكل وكان المقر له يعترف للآخر بالنصف سلمه اليه وكذلك إن كان قد تقدم إقراره بذلك وجب تسليم النصف اليه لان الذي هي في يده قد اعترف له بها فصار بمنزلة من يقر له، وإن لم يكن اعترف للآخر وادعى جميعاً أو ادعى أكثر من النصف فهو له، فان قيل فكيف يملك جميعاً ولم يدع إلا نصفها قلنا ليس من شرط صحة الاقرار تقدم الدعوى بل متى اقر الانسان بشيء فصدقه المقر له ثبت وقد وجد التصديق ههنا في النصف الذي لم يسبق دعواه ويجوز أن يكون اقتصر على دعوى الف لأن له حجة به أولاً في النصف الآخر قد اعترف له به فادعى النصف الذي لم يعترف به، فان لم يصدقه في إقراره بالنصف الذي لم يدعه ولم يعترف به للآخر ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يبطل الاقرار به لانه اقر به لمن لا يدعيه (الثاني) ينزعه الحاكم من يده حتى يثبت لمدعيه ويؤجره ويحفظ أجره لما أسك (والتالث) يذفع إلى مدعيه لعدم المنازع فيه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كنعنو ما ذكرنا

(لقد نصركم الله في مواطن كثيرة) وكانت غزواته وسراياه اثنتين وسبعين قالوا ولان الحجة لا تسمى مالا عظيماً ولا كثيراً

ولنا أن العظيم والكثير لا حد له في الشرع ولا اللغة ولا العرف ويختلف الناس فيه فمنهم من يستعظم القليل ومنهم من يستعظم الكثير ومنهم من يحتقر الكثير فلم يلبث في ذلك حد يرجع في تفسيره اليه ولانه ما من مال الا وهو عظيم كثير بالنسبة الى ما دونه ويحتمل أنه أراد عظيماً لفقير نفسه ودناءتها واما ما ذكروه فليس فيه تحديد الكثير وكون ما ذكروه كثيراً لا يمنع الكثرة فيما دونه وقد قال الله تعالى (واذكروا الله كثيراً) فلم ينصرف الى ذلك وقال تعالى لم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة فلم يحمل على ذلك والحكم فيها اذا قال عظيم جداً او عظيم كما لو لم يقله لما قررناه

(فصل) وان اقر بمال قبل تفسيره بالقليل والكثير كالمسئلة قبل هذا وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا يقبل تفسيره بغير المال الزكوي لقول الله سبحانه (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيتهم بها) وقوله (وفي أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم) وحكى بعض اصحاب مالك عنه ثلاثة اوجه الاول كقولنا والثاني لا يقبل الا في اول نصاب من نصب الزكاة من نوع أموالهم والتالث ما يقطع به السارق ويصح مراً لقول الله تعالى (لن تبتغوا بأموالكم)

﴿مسئلة﴾ قال (وكل من قات القول قوله فليخصمه عليه اليمين)

يعنى في هذا الباب وفيما أشبهه مثل أن يقول عندي الف ثم قال وديعة أو قال علي ثم قال وديعة أو قال له عندي رهن فقال للمالك وديعة، ومثل الشريك والمضارب والمنكر لادعوى، وإذا اختلفا في قيمة الرهن أو قدره أو قدر الدين الذي الرهن به وأشبه هذا فكل من قلنا القول قوله فعليه لخصمه اليمين لقول النبي ﷺ «لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» رواه مسلم ولأن اليمين يشرع في حق من ظهر صدقه وقوي جانبه تقوية لقوله واستظهار أو الذي جعل القول قوله كذلك فيجب أن تشرع اليمين في حقه

(فصل) إذا أقر أنه وهب وأقبض الهبة أو رهن وأقبض أو أنه قبض المبيع أو أجزر المستأجر ثم أنكرك ذلك وسال احوال خصمه ففيه روايتان (إحداها) لا يستحلف وهو قول أبي حنيفة ومحمد لأن دعواه تكذيب لاقراره فلا تسمع كالأقر المضارب أنه ربح القائم قال غلطت ولان الاقرار أقوى من البينة، ولو شهدت البينة فقال احلفوه لي مع يئنه لم يستحلف كذا هنا (الثانية) يستحلف وهو قول الشافعي وأبي يوسف لان المادة جارية بالاقرار قبل القبض فيحتمل صحة ما قاله فينبغي أن يستحلف خصمه لنفي الاحتمال، وبفارق الاقرا البينة لوجهين (احدهما) ان المادة جارية بالاقرار بالقبض ولم تجر

ولنا ان غير ما ذكره يقع عليه اسم المال حقيقة وعرفاً وينمول عادة فيقبل تفسيره به كالذي وافقوا عليه واما آية الزكاة فقد دخلها التخصيص وقوله تعالى (في أموالهم حق) لم يرد بها الزكاة لأنها زلت بمسكة قبل فرض الزكاة فلا حجة لهم فيها ثم يرد قوله تعالى (ان تبتموا بأموالكم) والتزويج جائز بأي نوع كان من المال وبما دون التصاب

﴿مسئلة﴾ (وان قال له علي دراهم كثيرة قبل تفسيره بثلاثة فصاعدا)

اما اذا قال له علي دراهم لزمه ثلاثة لأنها اقل الجمع، وان قال له دراهم كثيرة او وافرة او عظيمة لزمته ثلاثة ايضا وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا يقبل تفسيره بأقل من عشرة لأنها أقل جمع الكثرة وقال ابو يوسف لا يقبل أقل من مائتين لان بها يحصل الفتى وتجب الزكاة

ولنا أن الكثرة والعظمة لا حد لها شرما ولا لغة ولا عرفا وتختلف بالاوصاف وأحوال الناس فالثلاثة أكثر مما دونها وأقل مما فوقها ومن الناس من يستعظم اليسير ومنهم من لا يستعظم الكثير ويحتمل أن المقر أراد كثيرة بالنسبة الى ما دونها أو كبيرة في نفسه فلا تجب الزيادة بالاحتمال

﴿مسئلة﴾ (وان قال له علي كذا درهم او كذا وكذا درهم أو كذا كذا درهم بالرفع لزمه درهم)

لان تقديره شيء هو درهم وان قال بالخفض لزمه بعض درهم لان كذا يحتمل أن يكون جزءا

العادة بالشهادة على القبض قبله لأنها تكون شهادة زور (والثاني) ان انكاره مع الشهادة طعن في اليقنة وتكذيب لها وفي الاقرار بخلافه ولم يذكر القاضي في الجرد غير هذا الوجه، وكذلك لو اقر انه اقترض منه الفأ وقبضها او قال له علي الف ثم قال ما كنت قبضتها وإنما اقررت لأقبضها فالحكم كذلك ولأنه يمكن ان يكون قد اقر بقبض ذلك بناء على قول وكيله وظنه والشهادة لا تجوز إلا على اليقين، فأما ان اقر أنه وهبه طعاماً ثم قال ما قبضتكم وقال المتهم بل اقبضتني فلقول قول الواهب لان الاصل عدم القبض، وان كانت في يد المتهم فقال اقبضتني فقال بل اخذتها مني بغير اذني فلقول قول الواهب ايضاً لان الاصل عدم الاذن وان كانت حين الهبة في يد المتهم لم يعتبر اذن الواهب وإنما يعتبر رضي مدة يتأني القبض فيها وعلى من قلنا القول قوله منهما العيين لما ذكرنا

(مسئلة) قال (والاقرار بدين في مرض موته كالاقرار في الصحة اذا كان لغير وارث)

هذا ظاهر المذهب وهو قول اكثر اهل العلم قال ابن المنذر اجمع كل من يحفظ عنه من اهل العلم على ان اقرار المريض في مرضه لغير الوارث جائز وحكي اصحابنا رواية اخرى انه لا يقبل لانه اقرار في مرض الموت أشبه الاقرار لو ارث، وقال ابو الخطاب فيه رواية اخرى انه لا يقبل اقراره بزيادة على الثلث لانه ممنوع من عطية ذلك للأجنبي كما هو ممنوع من عطية الوارث فلا يصح اقراره بما لا يملك

مضافاً الى درهم ويرجع في تفسيره اليه اذا فسره بذلك لانه محتمل

(مسئلة) (وان قال كذا درهما بالنصب لزمه درهم) ويكون منصوباً على التمييز

(مسئلة) (وان قال كذا وكذا درهما بالنصب فقال ابن حامد والقاضي يلزمه درهم) لان الدرهم الواحد يجوز ان يكون تفسيراً للشئين كل واحد بعض درهم (وقال أبو الحسن التميمي يلزمه درهمان) لانه ذكر جملتين فسرهما بدرهم فيعود التفسير الى كل واحدة منهما (كقوله عشرون درهما) اذا قال كذا ففيه ثلاث مسائل (أحدها) أن يقول كذا بغير تكرير ولا عطف (الثانية) أن يكرر بغير عطف (الثالثة) أن يعطف فيقول كذا وكذا: فأما الاولى فاذا قال له علي كذا درهم لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) ان يقول له علي كذا درهم بالرفع فيلزمه درهم وتقديره شيء هو درهم فجعل الدرهم بدلاً من كذا (الثاني) ان يقول درهم بالجر فيلزمه جزء درهم يرجع في تفسيره اليه والتقدير جزء درهم او بعض درهم ويكون كذا كناية عنه

(الثالث) أن يقول درهما بالنصب فيلزمه درهم ويكون منصوباً على التفسير وهو التمييز وقال بعض

التحويين هو منصوب على القطع كانه قطع ما ابتدأ به وأقر بدرهم وهذا على قول الكوفيين

(الرابع) أن يذكره بالوقف فيقبل تفسيره بجزء درهم أيضاً لانه يجوز أن يكون أسقط جر كة

عطيته بخلاف الثلث فادون. ولنا انه إقرار غير متهم فيه فقبل كالأقرار في الصحة يحققة ان حالة المرض اقرب الى الاحتياط لنفسه وبراء ذمته ونحري الصدق فكان اولى بالقبول، وفارق الاقرار للوارث لانه منهم فيه على ما سنذكره

(فصل) فان اقر لاجنبي بدين في مرضه وعليه دين ثبت بيينة او قرار في صحته وفي المال سعة لها فما سواها وان ضاق عن فضائها فظاهر كلام الحزبي انها سواء وهو اختيار النجاشي وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وذكريا بوعيد أنه قول أكثر أهل المدينة لأنها حقان يجب قضاؤها من رأس المال لم يختص أحدهما برهن فاستويا كما لو ثبتا بيينة، وقال أبو الخطاب لا يخاص غرماء الصحة وقال القاضي هو قياس المذهب لنص أحمد في المغلس انه إذا اقر وعليه دين بيينة يبدأ بالدين الذي بالبيينة وبهذا قال النخعي والثوري وأصحاب الرأي لانه اقر بعد تعلق الحق بتركته فوجب ان لا يشارك المقر له من ثبت دينه بيينة كغريم المغلس الذي اقر له بعد الحجر عليه، والدليل على تعلق الحق بماله من التبرع ومن الاقرار لو ارث ولانه محجور عليه ولهذا لا تنفذ هباته وتبرعاته فلم يشارك من أقر له قبل الحجر ومن ثبت دينه بيينة كالذي أقر له المغلس، وإن أقر لها جميعاً في المرض تساويا ولم يقدم السابق منها لأحدهما استويا في الحال فأشبهها غريمي الصحة

الجبر للوقف وهذا مذهب الشافعي وقال القاضي يلزمه درهم في الحالات كلها وهو قول بعض أصحاب الشافعي . ولنا ان كذا اسم مبهم فصح تفسيره بجزء درهم في حال الجبر والوقف

(المسئلة الثانية) (اذا قال كذا كذا بغير عطف فالحكم فيها كالحكم في كذا بغير تكرير سواء) لا يتغير ولا يقتضي تكريره الزيادة كأنه قال شيء شيء . ولانه اذا قاله بالجبر احتمل أن يكون قد أضاف جزءاً الى جزء ثم أضاف الجزء الاخير الى الدرهم فقال نصف سبع درهم وهكذا لو قال كذا كذا لانه يحتمل أن يريد ذلك خمس درهم ونحوه

(المسئلة الثالثة) (إذا عطف فقال كذا وكذا درهم بالرفع يلزمه درهم واحد) لانه ذكر شيئين ثم أبدل منهما درهماً فصارت كانه قال درهماً واحداً، وان قال درهماً بالانصب فبها ثلاثة أوجه (أحدها) يلزمه درهم واحد وهو قول أبي عبدالله بن حامد والقاضي لان كذا يحتمل أقل من درهم فإذا عطف عليه مثله ثم فسرها بدرهم واحد جاز وكان كلاماً صحيحاً وهذا يحكى قولاً للشافعي (الثاني) يلزمه درهمان وهو اختيار أبي الحسن النجاشي لانه ذكر جملتين فإذا فسر ذلك بدرهم طاد التفسير الى كل واحد كقوله عشرون درهماً يعود التفسير الى العشرين كذا هنا وهذا يحكى قولاً ثانياً للشافعي (الثالث) يلزمه أكثر من درهم ولعله ذهب الى ان الدرهم تفسير للجمله التي تليه فيلزمه بها درهم والاولى باقية على إيهامه فيرجع في تفسيرها اليه وهذا يشبه قول النجاشي، وقال محمد بن الحسن إذا قال كذا درهماً يلزمه عشرون درهماً لانه أقل

﴿مسئلة﴾ (قال وإن أقر لوارث لم يلزم باقي الورثة قبوله إلا بينة)

وبهذا قال شريح وأبو هاشم وابن أذينة والنخعي ويحيى الانصاري وأبو حنيفة وأصحابه وروي ذلك عن القاسم وسالم وقال عطاء والحسن واسحاق وأبو ثور يقبل لأن من صح الإقرار له في الصحة صح في المرض كالأجنبي وللشافعي قولان كاللذهيين، وقال مالك يصح إذا لم يتهم ويطلب إن أتهم كمن له بنت وابن عم فأقر لابنته لم يقبل وإن أقر لابن عمه قبل لأنه لا يتهم في أنه يزوي ابنته ويوصل المال إلى ابن عمه وعلّة منع الإقرار التهمة فأختص المنع بموضعها، ولنا أنه إيصال للماله إلى وارثه بقوله في مرض موته فلم يصح بغير رضى بقية وورثته كهيته ولأنه محجور عليه في حقه فلم يصح إقراره له كالصبي في حق جميع الناس وفارق الأجنبي فإن هبته له تصح وما ذكره مالك لا يصح فإن التهمة لا يمكن اعتبارها بنفسها فوجب اعتبارها بمظنتها وهو الأثر وكذلك اعتبر في الوصية والتبرع وغيرها

(فصل) وإن أقر لامرأته بمهر مثلها أو دونه صح في قولهم جميعاً لأنهم فيه مخالفاً إلا الشعبي قال لا يجوز إقراره لها لأنه إقرار لوارث، ولنا أنه إقرار بما تحقق سببه وعلم وجوده ولم تعلم البراءة منه فأشبهه ما لو كان عليه دين بينة فأقر بأنه لم يوفه وكذلك ان اشترى من وارثه شيئاً فأقر له بثمن مثله لأن القول قول المقر له في أنه لم يقبض منه، وإن أقر لامرأته بدين سوى الصداق لم يقبل وإن أقر لها

عدداً يفسر بالواحد المنصوب، وإن قال كذا كذا درهما لزمه أحد عشر درهما لأنه أقل عدد مركب يفسر بالواحد المنصوب، وإن قال كذا وكذا درهما لزمه أحد وعشرون درهما لأنه أقل عدد عطف يعضه على بعض يفسر بذلك وإن قال كذا درهم بالجزم لزمه مائة لأنه أقل عدد يضاف إلى الواحد وحكي عن أبي يوسف أنه قال كذا كذا أو كذا وكذا يلزمه بهما أحد عشر درهما

ولنا أنه يحتمل ما قلنا ويحتمل ما قالوا فوجب المصير إلى ما قلنا لأنه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا يجب بالشك كما لو قال علي دراهم لم يلزمه إلا أقل الجمع ولا يلزم كثرة الاستعمال فإن اللفظ إذا كان حقيقة في الأمرين جاز التفسير بكل واحد منهما، وعلى ما ذكره محمد يكون اللفظ المفرد يوجب أكثر من المكرر فإنه يجب بالمفرد عشرون وبالركب أحد عشر ولا نعرف لفظاً مفرداً متناولاً لعدد صحيح يلزم به أكثر مما يلزم بمكرره

﴿مسئلة﴾ (وان قال له علي ألف رجح في تفسيره اليه فان فسره باجناس قبل منه) لأنه يحتمل ذلك ﴿مسئلة﴾ (وان قال له علي ألف ودرهم أو ألف ودينار أو ألف وثوب أو فرس أو درهم وألف أو دينار وألف فقال ابن حامد والقاضي الألف من جنس ما عطف عليه)

وبه قال أبو ثور وقال التميمي وأبو الخطاب يرجح في تفسير الألف اليه لأن الشيء يعطف على غير جنسه قال الله تعالى (يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً) ولأن الألف مبهم فيرجح

ثم أبانها ثم رجح تزوجها ومات في مرضه لم يقبل لإقراره لها وقال محمد بن الحسن يقبل لأنها صارت إلى حال لا يتهم فيها فأشبهه مالو أقر المريض ثم برأ، وإنما أنه إقرار لوارث في مرض الموت أشبهه مالو لم يبينها، وفارق ما إذا صح من مرضه لأنه لا يكون مرض الموت

(فصل) وإن أقر لوارث فصار غير وارث كرجل أقر لأخيه ولا ولد له ثم ولد له ابن لم يصح إقراره له وإن أقر لغير وارث ثم صار وارثاً صح إقراره له نص عليه أحد في رواية ابن منصور إذا أقر لامرأة بدين في المرض ثم تزوجها جاز إقراره لأنه غير منهم وحكي له قول سفيان في رجل له ابنان فأقر لأحدهما بدين في مرضه ثم مات الابن وترك ابناً والاب حي ثم مات بعد ذلك جاز إقراره فقال أحد لا يجوز وبهذا قال عثمان البتي وذكر أبو الخطاب رواية أخرى في الصورتين مخالفة لما قلنا وهو قول سفيان الثوري والشافعي لأنه معنى يعتبر فيه عدم الميراث فكان الاعتبار فيه بمجالة الموت كالوصية، ولنا أنه قول تعتبر فيه التهمة فاعتبرت حال وجوده دون غيره كالشهادة ولأنه إذا أقر لغير

في تفسيره إلى المقر كما لو لم يعطف عليه، وقال أبو حنيفة إن عطف على المبهم مكيلاً أو موزوناً كان تفسيراً له، وإن عطف مذروعاً أو معدوداً لم يكن تفسيراً لأن علي للإيجاب في الذمة فإذا عطف عليه ما يثبت في ذمته بنفسه كان تفسيراً له كقوله مائة وخمسون درهماً

ولنا أن العرب تكسني بتفسير إحدى الجملتين عن الأخرى قال الله تعالى (ولبثوا في كهفهم ثلثمائة سنين وازدادوا تسماً) وقال تعالى (عن اليمين وعن الشمال قعيد) ولأنه ذكر مبهماً مع تفسير لم يتم الدليل على أنه من غير جنسه فكان المبهم من جنس المفسر كما لو قال مائة وخمسون درهماً أو ثلثمائة وثلاثة عشر رجلاً، يحققه أن المبهم يحتاج إلى التفسير وذكر التفسير في الجملة المقارنة له يصلح أن يفسره بوجوب حمل الأمر على ذلك، وأما قوله أربعة أشهر وعشراً فإنه امتنع أن تكون العشر أشهر الوجوهين (أحدهما) أن العشر بغير هاء عدد للمؤنث والأشهر مذكرة فلا يجوز أن تعد بغير هاء (والثاني) أنها لو كانت أشهراً لقال أربعة عشر شهراً بالتركيب لا بالعطف كما قال (عليها تسعة عشر) وقولهم إن الألف مبهم قلنا قرن به ما يدل على تفسيره فأشبهه ما لو قال مائة وخمسون درهماً أو مائة ودرهم عند أبي حنيفة فإن قيل إذا قال مائة وخمسون درهماً فالدرهم ذكر للتفسير ولهذا لا يراد به العدد فصلح تفسيراً لجميع ما قبله بخلاف قوله مائة ودرهم فإنه ذكر الدرهم للإيجاب لا للتفسير بدليل أنه زاد به العدد قلنا هو صالح للإيجاب والتفسير مأمراً والحاجة داعية إلى التفسير فوجب حمل الأمر على ذلك صيانة لكلام المقر عن الالباس والابهام وصرفاً له إلى البيان والافهام، وقول أبي حنيفة إن علي للإيجاب قلنا فتى عطف ما يجب بها على ما لا يجب وكان أحدهما مبهماً والآخر مفسراً وأمكن تفسيره به وجب أن يكون المبهم من جنس المفسر، فاما أن لم يكن من جنس المفسر مثل أن يعطف عدد المذكور

(المعنى والشرح الكبير) (٤٤) (الجزء الخامس)

وارث ثبت الاقرار وصح لوجوده من أهله خالياً عن تهمة فيثبت الحق به ولم يوجد مسقط له فلا يسقط
وإذا أقر لوارث وقم باطلا لاقتزان التهمة به فلا يصح بعد ذلك ولانه اقرار لوارث فلم يصح كما لو
استمر الميراث وان أقر لغير وارث صح واستمر كما لو استمر عدم الارث أما الوصية فانها عطية بمد الموت
فاعتبرت فيها حالة الموت بخلاف مسئلتنا

(فصل) وان أقر لوارث وأجنبي بطل في حق الوارث وصح في حق الاجنبي ويحتمل أن
لا يصح في حق الاجنبي كما لو شهد بشهادة يجر الى نفسه بعضها بطات شهادته في الشكل وكما لو شهد
لابنه وأجنبي، وقال أبو حنيفة ان اقر لها بدين من التركة فاعترف الاجنبي بالشركة صح الاقرار
لها وان جردها صح له دون الوارث، ولنا أنه إقرار لوارث وأجنبي فيصح للاجنبي دون الوارث كما
لو أقر بلفظين أو كما لو وجد الاجنبي الشركة، وبفارق الاقرار الشهادة لقوة الاقرار ولذلك لا تعتبر فيه
العدالة، ولو أقر بشيء له فيه نفع كالاقرار بنسب موسر قبل واو أقر بشيء يتضمن دعوى على غيره

على المؤنث أو بالعكس ونحو ذلك فلا يكون أحدهما من جنس الآخر ويبقى المبهم على إبهامه كما لو
قال له أربعة دراهم وعشر

(مسئلة) (وان قال له علي الف وخمسون درهما أو خمسون الف درهم فالجميع دراهم)

ويحتمل على قول التميمي ان يرجع في تفسير الالف اليه وهو قول بعض أصحاب الشافعي وكذلك
ان قال الف وثلاثة دراهم أو مائة الف درهم والصحيح الاول فان الدرهم المفسر يكون تفسيراً
لجميع ما قبله من الجمل المبهمة وجنس المدد قال الله تعالى مخبراً عن أحد الخصمين أنه قال (ان هذا
أخي له تسع وتسعون نعجة) وفي الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم توفي وهو ابن ثلاث
وستين سنة وقال عنتره :

فيهان اثنتان وأربعون حلوبة * سوداً كخافية الغراب الاسحم

ولان الدرهم ذكر تفسيراً ولهذا لا يجب به زيادة على العدد المذكور فكان تفسيراً لجميع ما قبله ولانها
تحتاج الى تفسير وهو صالح لتفسيرها فوجب جملة على ذلك وهذا المعنى موجود في قوله الف وثلاثة
دراهم وسائر الصور المذكورة، فعلى قول من لا يجعل الجمل من جنس المفسر لو قال بتك هذا مائة
وخمسين درهما أو بخمسة وعشرين درهما لا يصح وهو قول شاذ ضعيف لا يعول عليه وان قال له علي الف
درهم الا خمسين فالمستثنى دراهم لان العرب لا تستثنى في الاثبات إلا من الجنس

(مسئلة) (وهذا اختيار ابن حامد والقاضي وقال أبو الحسن التميمي وأبو الخطاب يكون الالف مبهما

يرجع في تفسيره اليه وهو قول مالك والشافعي).

لان الاستثناء عندهما يصح من غير الجنس ولان لفظه في الالف مبهم والدرهم لم يذكر

تفسيراً له فبقى على إبهامه .

قبل فيما عليه دون ماله كما لو قال لامرأته خلعتك على الف بانت باقراره والقول قولها في نفي العوض وإن قال لعبدته اشتريت نفسك مني بألف فكذلك.

(فصل) ويصح إقرار المريض بوارث في إحدى الروايتين والأخرى لا يصح لأنه إقرار لو ارث فأشبه الإقرار له بمال والاول أصح لانه عند الإقرار غير وارث فصح كما لو لم يصر وارثاً ويمكن بناء هذه المسئلة على ما إذا أقر لعير وارث ثم صار وارثاً فمن صحح الإقرار ثم صححه هنا ومن أبطله أبطله، وإن ملك ابن عمه فأقر في مرضه أنه كان أعنقه في صحته وهو أقرب نصبه عتق ولم يرثه لان توريثه يوجب إبطال الإقرار بجمريته وإذا بطلت الحربة سقط الارث فصار توريثه سبباً إلى إسقاط توريثه فأسقطنا التوريث وحده، ويحتمل أن يرث لانه حين الإقرار غير وارث فصح إقراره كالمسئلة قبلها.

(فصل) ويصح الإقرار من المريض باحبال الأمة لانه يملك ذلك فملك الإقرار به وكذلك كل مامله ملك الإقرار به فإذا أقر بذلك ثم مات فإن بين انه استولدها في ملكه فولده حراً الاصل وأمه

ولنا أنه لم يرد عن العرب الاستثناء في الإثبات الا من الجنس فتى علم أحد الطرفين علم ان الآخر من جنسه كما لو علم المستثنى منه وقد سلموه وعلته تلازم المستثنى والمستثنى منه في الجنس فثبت في أحدهما ثبت في الآخر فعلى قول أبي الحسن التميمي وأبي الخطاب يسئل عن المستثنى فان فسره بغير الجنس بطل الاستثناء وعلى قول غيرها ينظر في المستثنى ان كان مثل المستثنى منه أو أكثر يطل في الاصح (فصل) وان قال له تسعة وتسعون درهما فالجميع ذراهم ولا أعلم فيه خلافاً وكذلك ان قال مائة وخمسون درهما، وخرج بعض أصحابنا وجهاً أنه لا يكون تفسيراً الا لما يليه وهو قول بعض أصحاب الشافعي

(مسئلة) (وان قال له في هذا العبد شركة أو هو شريك في أو هو شركة بينهما رجع الى

تفسير نصيب الشريك اليه)

وقال أبو يوسف يكون مقراً بنصفه لقول الله تعالى، (فهم شركاء في الثلث) فاقضى ذلك

التسوية بينهم كذا هنا.

ولنا ان أي جزء كان له منه فله فيه شركة فكان له تفسيره بما شاء كالنصف وليس اطلاق لفظ الشركة على مادون النصف مجازاً ولا مخالفاً للظاهر والآية ثبتت التسوية فيها بدليل آخر، وكذلك الحكم اذا قال هذا العبد شركة بيننا وان قال له فيه سهم فكذلك وقال القاضي يحمل على السدس كالوصية

(مسئلة) (وان قال له علي اكثر من مال فلان قيل له فسر فان فسره باكثر منه قدرا قبل وان قال

أردت أكثر بقاء ونفعاً لان الحلال أنفع من الحرام قبل قوله مع عيئه) سواء علم مال فلان أو جهله أو ذكر قدره أو لم يذكره أما اذا فسره باكثر منه قدرا فانه يقبل تفسيره ويلزمه اكثر منه وتفسر الزيادة بما يريد من قليل او كثير ولو حبة خنطة، ولو قال ما علمت فلان اكثر من كذا وقامت البينة بأكثر منه لم يلزمه

أم ولد تعتق من رأس المال وإن قال من نكاح أو وطء شبهة لم تصر الامة أم ولد وعتق الولد فإن كان من نكاح فعليه الولاء لانه مسه رق وإن قال من وطء شبهة لم تصر الامة أم ولد وإن لم يبين السبب فالامة مملوكة لان الاصل الرق ولم يثبت سبب الحرية ويحتمل ان تصير أم ولد لان الظاهر استيلاها في ملكه من قبل أنها مملوكة والولادة موجودة ولا ولاء على الولدان الاصل عدمه فلا يثبت الا بدليل .

(فصل) في الالفاظ التي يثبت بها الاقرار اذا قال : له علي الف ، أو قال : له لي عليك الف ، فقال نعم أو أجل أو صدقت أو لعمرى أو أنا مقر به أو بما ادعيت أو بدعواك ، كان مقراً في جميع ذلك لان هذه الالفاظ وضعت للتصديق قال الله تعالى (هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً ؟ قالوا نعم) وإن قال أليس لي عندك الف ؟ قال بلى ، كان اقراراً صحيحاً ، لان بلى جواب للسؤال بحرف التثنية قال الله تعالى (أليست بربكم قالوا بلى) وإن قال لك علي الف في علمي أو فيما أعلم كان مقراً به لان ما في علمه لا يحتمل الا الوجوب وإن قال اقضني الالف الذي لي عليك قال نعم ، كان مقراً به لانه تصديق

أكثر مما اعترف به لان مبلغ المال حقيقة لا تعرف في الاكثر وقد يكون ظاهراً وباطناً بملك ما يعرفه المقر فكان المرجع الى ما اعتقده المقر مع يمينه إذا ادعى عليه أكثر منه وإن فسره بأقل من ماله مع علمه بما له لم يقبل ، وقال أصحابنا يقبل تفسيره بالكثير والقليل وهو مذهب الشافعي سواء علم مال فلان أوجهه أو ذكر قدره أو لم يذكره أو قاله عقيب الشهادة بقدره أولاً لانه لا يحتمل انه أكثر منه بقاء أو منفعة أو بركة لكونه من الحلال أو لانه في الذمة ، قال القاضي ولو قال لي عليك الف دينار فقال لك علي أكثر من ذلك لم يلزمه أكثر منها لان لفظه أكثر مبهمه لاحتمالها ما ذكرنا ويحتمل أنه أراد أكثر منه فلوساً أو حبة حنطة أو شعير أو دخن فيرجع في تفسيرها اليه وهذا بعيد فان لفظه أكثر إنما تستعمل حقيقة في العدد أو في القدر وينصرف الى جنس ما أضيف أكثر اليه لا يفهم في الاطلاق غير ذلك قال الله تعالى (كانوا أكثر منهم) وأخبر عن الذي قال (أنا أكثر منك مالا) وقالوا نحن أكثر أموالاً وأولاداً) والاقرار يؤخذ فيه بالظاهر دون مطلق الاحتمال ، ولهذا لو اقر بدرهم لزمه أقل الجمع جيداً صحاحاً وازنة حالة ولو قال له علي دراهم لم يقبل تفسيرها بالوديعة ولو رجع الى مطلق الاحتمال سقط الاقرار واحتمال ما ذكره أبعد من هذه الاحتمالات التي لم يقبلوا تفسيره بها فلا يعول على هذا

(مسئلة) (ولو ادعى عليه دينا فقال لفلان علي أكثر مما لك ، وقال أردت النهي ، هل يلزمه ويرجع

في تفسيره اليه في أحد الوجهين)

وفي الآخر لا يلزمه شيء لانه أقر لفلان بحق موصوف بالزيادة على مال المدعي فيجب عليه ما أقر به لفلان ويجب للمدعي حق لان لفظه يقتضي أن يكون له شيء ، وفي الآخر لا يلزمه شيء لانه يجوز ان يكون أراد حقه علي أكثر من حقه والحق لا يختص بالمال

لما ادماه ، وان قال اشترع عدي هذا أو اعطني عدي هذا فقال نعم كان اقراراً لما ذكرنا ، وإن قال لك علي الف إن شاء الله تعالى كان مقراً به نص عليه احمد وقال أصحاب الشافعي ليس باقرار لانه علق اقراره على شرط فلم يصح كما لو علقه على مشيئة زيد ولان ما علق على مشيئة الله تعالى لاسيما الى معرفته . ولنا انه وصل اقراره بما يرفعه كله ولا يصرفه إلى غير الاقرار فلزمه ما أقر به وبطل ما وصله به كما لو قال له علي الف إلا الفاً ولانه عقب الاقرار بما لا يفيد حكماً آخر ولا يقتضي رفع الحكم أشبه ما لو قال : له علي الف في مشيئة الله تعالى ، وإن قال : له علي الف إلا أن يشاء الله صح الاقرار لانه أقر ثم علق رفع الاقرار على أمر لا يعلم فلم يرتفع وإن قال : لك علي الف ان شئت أو ان شاء زيد لم يصح الاقرار ، وقال القاضي يصح لانه عقبه بما يرفعه فصح الاقرار دون ما يرفعه كاستثناء الكل وكما لو قال ان شاء الله .

ولنا انه علقه على شرط يمكن عمله فلم يصح كما لو قال : له علي الف ان شهد بها فلان وذلك لان

(فصل) اذا قال له علي الف إلا شيئاً قبل تفسيره بأكثر من خمسمائة لان الشيء يمتثل الكثير والقليل لكن لا يجوز استثناء الأكثر فيتمين حمله على ما دون النصف ، وكذلك ان قال إلا قليلاً لانه مبهم فأشبهه قوله إلا شيئاً وإن قال له علي معظم الف أو جل الف أو قريب من الف لزمه أكثر من نصف الف ويحلف على الزيادة ان ادعت عليه

(فصل) وان قال له علي ما بين درهم وعشرة لزمته ثمانية لان ذلك ما بينها وان قال من درهم الى عشرة ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يلزمه تسعة وهذا يحكى عن أبي حنيفة لان من لا ابتداء الغاية وأول الغاية منها والى لا انتهاء الغاية فلا تدخل فيها كقوله تعالى (ثم آمنوا الصيام الى الليل) (والثاني) تلزمه ثمانية لان الاول والعاشر حدان فلا يدخلان في الاقرار ويلزمه ما بينها كالتي قبلها .

(والثالث) تلزمه عشرة لان العاشر أحد الطرفين فيدخل فيها كالاول وكما لو قال قرأت القرآن من أوله الى آخره ، وان قال أردت بقولي من واحد الى عشرة مجموع الاعداد كلها أي الواحد والاثنتان كذلك الى العشرة لزمه خمسة وخمسون درهماً واحتصار حسابه أن تزيد أول العدد وهو واحد على العشرة فيصير أحد عشر ثم اضربها في نصف العشرة فما بلغ فهو الجواب

(مسألة) (وان قال له علي درهم فوق درهم أو تحت درهم أو فوفه أو تحته أو قبله أو بعده أو معه درهم أو درهمين أو درهم بل درهمان أو درهم بل درهم لزمه درهمان) اذا قال له علي درهم فوق درهم أو تحت درهم أو معه درهم أو مع درهم فقال القاضي يلزمه درهم وهو أحد قولي الشافعي لانه يمتثل فوق درهم في الجودة أو فوق درهم لي وكذلك تحت درهم ، وقوله معه درهم يمتثل معه درهم لي وكذلك مع درهم فلم يجب الزائد بالاحتمال ، وقال ابو الخطاب يلزمه درهمان وهو القول الثاني للشافعي لان هذا اللفظ يجري مجرى العطف لكونه يقتضي ضم درهم آخر اليه وقد ذكر ذلك في سياق الاقرار

الأقرار أخبار بحق سابق فلا يتعلق على شرط مستقبل، ويفارق التعليق على مشيئة الله تعالى فان مشيئة الله تعالى تذكر في الكلام تبركا وصلة وتفويضا الى الله تعالى لا للاشتراط كقول الله تعالى (لندخلن المسجد الحرام ان شاء الله آمين مخلقين رءوسكم) وقد علم الله أنهم سيدخلون بغير شك ويقول الناس صائنا ان شاء الله تعالى مع تيقنهم صلاحهم، بخلاف مشيئة الآدمي (الثاني) ان مشيئة الله تعالى لا تعلم إلا بوقوع الامر فلا يمكن وقف الامر على وجودها، ومشيئة الآدمي يمكن العلم بها فيمكن جعلها شرطا بتوقف الامر على وجودها، والماضي لا يمكن وقفه فتعين حمل الامر ههنا على المستقبل فيكون وعداً لا إقراراً، وان قال بعتك ان شاء الله تعالى أو زوجتك ان شاء الله تعالى فقال أبو اسحاق بن شافلا لا أعلم خلافه في أنه إذا قيل له قبلت هذا النكاح؟ فقال نعم ان شاء الله تعالى ان النكاح وقع به قال أبو حنيفة ولو قال بعتك بألف إن شئت فقال قد شئت وقبلت صح لان هذا الشرط من موجب العقد ومقتضاه فان الإيجاب إذا وجد من البائع كان القبول إلى مشيئة المشتري واختياره وان

فالظاهر انه اقرار، ولان قوله علي يقتضي في ذمتي وليس للمقر في ذمة نفسه درهم مع درهم المقر له ولا فوقه ولا تحته فانه لا يثبت للانسان في ذمة نفسه شيء، وقال أبو حنيفة واصحابه ان قال فوق درهم لزمه درهمان لان فوق يقتضي في الظاهر الزيادة وان قال تحت درهم لزمه درهم لان تحت يقتضي النقص.

ولنا ان حمل كلامه على معنى العطف فلا فرق بينهما وان حمل على الصفة للدرهم المقر به وجب أن يكون المقر به درهما واحداً سواء ذكره بما يقتضي زيادة او نقصا، وان قال له علي درهم قبله درهم أو بعده درهم لزمه درهمان فان قال قبله درهم وبعده درهم لزمه ثلاثة لان قبل وبعده تستعمل للتقديم والتأخير

﴿مسئلة﴾ (وإن قال له علي درهم ودرهم أو درهم فدرهم أو درهم ثم درهم لزمه درهمان)

وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه، وذكر القاضي وجها فيما اذا قال درهم فدرهم وقال أردت درهم فدرهم لازم لي أنه يقبل منه وهو قول الشافعي لانه يحتمل الصفة

ولنا أن الفاء أحد حروف العطف الثلاثة فأشبهت الواو ونم ولانه عطف شيئاً على شيء بالفاء فاقضى ثبوتها كما لو قال انت طالق فطالق وقد سلمه الشافعي، وما ذكره من احوال الصفة بعيد لا يفهم حالة الاطلاق فلا يقبل تفسيره به كما لو فسر الدراهم المطلقة بانها زيوف أو صغار أو موحجة، وان قال له علي درهم ودرهم ودرهم لزمته ثلاثة وحكى ابن ابي موسى عن بعض اصحابنا انه اذا قال أردت بلثالث تأكيد الثاني ويأنه انه يقبل وهو قول بعض اصحاب الشافعي لان الثالث في لفظ الثاني وظاهر مذهبه انه تلزمه الثلاثة لان الواو للعطف وهو يقتضي المغايرة فوجب ان يكون الثالث غير الثاني كما كان الثاني غير الاول والأقرار لا يقتضي تأكيداً فوجب حمله على العدد، وكذلك الحكم

قال : له علي الفان ان قدم فلان لم يلزمه لانه لم يقر بها في الحال وما لا يلزمه في الحال لا يصير واجباً عند وجود الشرط ، وإن قال : إن شهد فلان علي لك بألف صدقته لم يكن إقراراً لانه يجوز ان يصدق الكاذب، وان قال إن شهد بها فلان فهو صادق احتمال أن لا يكون إقراراً لانه علقه على شرط فأشبهت التي قبلها واحتمل أن يكون إقراراً في الحال لانه يتصور صدقه إذا شهد بها إلا أن تكون ثابتة في الحال وقد أقر بصدقته وإن قال له علي الف إن شهد بها فلان لم يكن إقراراً لانه مطلق على شرط.

(فصل) وان قال : لي عليك الف فقال أنا أقر لم يكن إقراراً لانه وعد بالاقرار في المستقبل وان قال لا أنكر لم يكن اقراراً لانه لا يلزم من عدم الانكار الاقرار فان بينهما قسماً آخر وهو السكوت عنها وان قال لا أنكر أن تكون محققاً لم يكن اقراراً لذلك وان قال أنا مقر ولم يزد احتمال أن يكون مقراً لان ذلك عقيب الدعوى فينصرف اليها وكذلك ان قال أقرت قال الله تعالى (قال أقرتم وأخذتم على ذلك اصري؟ قالوا أقرنا) ولم يقولوا أقررنا بذلك ولا زادوا عليه فكان منهم اقراراً واحتمل

اذا قال علي درهم فدرهم او درهم ثم درهم ثم درهم فان قال له علي درهم ودرهم ثم درهم او درهم فدرهم ثم درهم او درهم ثم درهم فدرهم لانه لا يلزم من عدم الانكار الاقرار فان بينهما قسماً آخر وهو السكوت عنها وان قال لا أنكر أن تكون محققاً لم يكن اقراراً لذلك وان قال أنا مقر ولم يزد احتمال أن يكون مقراً لان ذلك عقيب الدعوى فينصرف اليها وكذلك ان قال أقرت قال الله تعالى (قال أقرتم وأخذتم على ذلك اصري؟ قالوا أقرنا) ولم يقولوا أقررنا بذلك ولا زادوا عليه فكان منهم اقراراً واحتمل

اذا قال علي درهم فدرهم او درهم ثم درهم ثم درهم فان قال له علي درهم ودرهم ثم درهم او درهم فدرهم ثم درهم او درهم ثم درهم فدرهم لانه لا يلزم من عدم الانكار الاقرار فان بينهما قسماً آخر وهو السكوت عنها وان قال لا أنكر أن تكون محققاً لم يكن اقراراً لذلك وان قال أنا مقر ولم يزد احتمال أن يكون مقراً لان ذلك عقيب الدعوى فينصرف اليها وكذلك ان قال أقرت قال الله تعالى (قال أقرتم وأخذتم على ذلك اصري؟ قالوا أقرنا) ولم يقولوا أقررنا بذلك ولا زادوا عليه فكان منهم اقراراً واحتمل

(مسألة) (وان قال له علي درهم بل درهم او درهم لكن درهمان لزمه درهمان وبه قال الشافعي وقال زفر وداود تلزمه ثلاثة لان بل للاضراب فلما أقر بدرهم واضرب عنه لزمه لانه لا يقبل رجوعه عما أقر به ولزمه الدرهمان اللذان أقر بهما ولتا انه إنما نفي الاقتصار على واحد واثبت الزيادة عليه فأشبه ما لو قال له علي درهم بل اكثر فانه لا يلزمه اكثر من اثنين .

(مسألة) (وان قال له علي درهمان بل درهم او درهم لكن درهم فهل يلزمه درهم او درهمان؟ علي وجيبين) ذكرهما ابو بكر (احدهما) يلزمه درهم واحد لان احمد قال فيمن قال لامرأته أنت طالق بل أنت طالق انها لا تطلق إلا واحدة وهذا مذهب الشافعي لانه أقر بدرهم مرتين فلم يلزمه اكثر من درهم كما لو أقر بدرهم ثم أنكره ثم قال بل علي درهم، ولكن للاستدراك فهي في معنى بل إلا ان الصحيح انها لا تستعمل إلا بعد الجحد إلا أن يذكر بعدها الجملة (والوجه الثاني) يلزمه درهمان ذكره ابن أبي موسى وأبو بكر عبد العزيز ويقتضيه قول زفر وداود لان ما بعد الاضراب يثابر ما قبله فيجب أن يكون الدرهم الذي أضرب عنه غير الدرهم الذي أقر به بعده فيجب الاثبات كما لو قال له علي درهم بل دينار ولان بل من حروف العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فوجبا جميعاً كما لو قال له علي درهم ودرهم ولان لم نوجب عليه الا درهمهما جملتنا كلامه لغواً واضرابه غير مفيد والاصل في كلام العاقل أن يكون مفيداً ..

أن لا يكون مقراً لانه بمحتمل أن يريد غير ذلك مثل أن يريد أنا مقر بالشهادة أو بطلان دعواك وان قال لعل أو عسى لم يكن مقراً لانها للترجي، وان قال أظن أو أحب أو أقدر لم يكن اقراراً لان هذه الالفاظ تستعمل للشك، وان قال خذ أو اتزن لم يكن مقراً لانه يحتمل خذ الجواب أو اتزن شيئاً آخر، وان قال خذها أو اتزنها أو هي صحاح فقيه وجهان (أحدهما) ليس باقرار لان الصفة ترجع الى المدعى ولم يقر بوجوده ولانه يجوز أن يعطيه ما يذعه من غير أن يكون واجبا عليه فأمره

(مسئلة) (ولو قال له علي هذا الدرهم بل هذان الدرهمان لزمته الثلاثة) لا نعلم في ذلك خلافا لانه متى كان الذي أضرب عنه لا يمكن أن يكون المذكور بعده ولا بعضه مثل أن يقول له علي درهم بل دينار أو قفيز خطلة بل قفيز شعير لزمه الجميع لان الاول لا يمكن ان يكون الثاني ولا بعضه فكان مقراً بها ولا يقبل رجوعه عن شيء منهما وكذلك كل جملتين اقر باحدهما ثم رجع الى الاخرى لزمه

(مسئلة) (وان قال درهم في دينار لزمه درهم وان قال له علي درهم في عشرة لزمه درهم إلا ان يريد الحساب فيلزمه عشرة، اما اذا قال له عندي درهم في دينار فانه يستل عن مراده فان قال اردت العطف أو معنى مع لزمه الدرهم والدينار وان قال اسلمته في دينار فصدقه المقر له بطل اقراره لان سلم أحد التقدين في الآخر لا يصح وان كذبه فالقول قول المقر له لان المقر وصل اقراره بما يسقطه فلزمه درهم وبطل قوله في دينار وكذلك ان قال له درهم في ثوب وفسره بالسلم أو قال في ثوب اشتريته منه الى سنة فصدقه بطل اقراره لانه ان كان بعد التفرق بطل السلم وسقط الثمن وان كان قبل التفرق فالمقر بالخيار بين الفسخ والامضاء وان كذبه المقر له فالقول قوله مع بيمنه وله الدرهم وأما اذا قال درهم في عشرة وقال أردت. في عشرة لي لزمه درهم لانه بمحتمل ما يقول وان قال أردت الحساب لزمه عشرة وان قال أردت مع عشرة لزمه أحد عشر لان كثيراً من العوام يريدون بهذا اللفظ هذا المعنى فان كان من أهل الحساب احتمل أن لا يقبل لان الظاهر من الحساب استعمال الالفاظ في معانيها في اصطلاحهم ويحتمل أن يقبل فانه لا يمنع ان يستعمل اصطلاح العامة

(مسئلة) (وان قال له عندي تمر في جراب أو سكين في قراب أو ثوب في مندبل أو عبد عليه عمامة أو دابة عليها سرج فهل يكون مقراً بالمظروف دون الظرف؟ وجهان)

(أحدهما) يكون مقراً بالمظروف دون الظرف وهذا اختيار ابن حامد ومذهب مالك والشافعي لان اقراره يتناول الظرف فيحتمل أن يكون في ظرف للتمر فلم يلزمه (والثاني) يلزمه الجميع لانه ذكر ذلك في سياق الاقرار فلزمه كما لو قال له علي خاتم فيه فص وكذلك ان قال غصبت منه ثوبا في مندبل أو زيتاً في زق، واختار شيخنا فيما اذا قال عبد عليه عمامة أن يكون مقراً بها وهو قول أصحاب الشافعي وقال أبو حنيفة في الغصب يلزمه ولا يلزمه في بقية الصور لان المندبل يكون ظرفاً للثوب فالظاهر انه ظرف له في حال الغصب فصار كانه قال غصبت ثوبا ومندبلا

بأخذها أولى أن لا يلزم . منه الوجوب (والثاني) يكون اقرارا لان الضمير يعود الى ما تقدم وان قال له علي الف اذا جاء رأس الشهر أو اذا جاء رأس الشهر فله علي الف فقال اصحابنا الاول اقرار والثاني ليس باقرار وهذا منصوص الشافعي لانه في الاول بدأ بالاقرار والثاني ليس باقرار ثم عقبه بما لا يقتضي رفعه لان قوله اذا جاء رأس الشهر يحتمل أنه أراد المحل فلا يبطل الاقرار بامر محتمل وفي الثاني بدأ بالشرط فعلق عليه لفظا يصلح للاقرار ويصلح للوعد فلا يكون اقرارا مع الاحتمال ويحتمل أنه لا فرق بينها لان تقديم الشرط وتأخيره سواء فيكون فيها جميعاً وجهان

ولنا أنه محتمل ان يكون المنديل للعاصب وهو ظرف للتوب فيقول غصبت ثوباً في منديل ولو قال هذا لم يكن مقراً بغصبه فاذا أطلق كان محتملاً فلم يكن مقراً بغصبه كما لو قال غصبت دابة في اصطليها (مسئلة) (وان قال له عندي خاتم فيه فص فهو مقربهما)

لان النص جزء من الخاتم فأتسبه ما لو قال له علي ثوب فيه علم ويحتمل أن يخرج على الوجبين فيكون مقراً بالخاتم وحده ، وان قال نص في خاتم احتمل وجبين ، فان قال له عندي خاتم وأطلق لزمه الخاتم بنفسه لان اسم الخاتم يجمعهما وكذلك ان قال له علي ثوب مطرز لزمه الثوب بطرازه لما ذكرناه . (فصل) وان قال له عندي دار مفروشة أو دابة مسرجة أو عبد عليه عمامة ففيه أيضا وجهان ذكرناهما وقال اصحاب الشافعي تلزمه عمامة العبد دون السرج لان العبد يده على عمامته ويده كيد سيده ولا يد للدابة والدار .

ولنا أن الظاهر أن سرج الدابة لصاحبها وكذلك لو تنازع رجلان سرجا على دابة أحدها كان لصاحبها فهو كعمامة العبد فاما ان قال له عندي دابة بسرجها أو دار بفرشها أو سفينة بطعامها كان مقراً بهما بغير خلاف لان الباء تعلق الثاني بالاول

(مسئلة) (وان قال له علي درهم أو دينار لزمه أحدهما يرجع في تفسيره اليه) لان أو وإما في الخبر الشك وتقتضي أحد المذكورين لهما فان قال له علي إما درهم وإما درهمان كان مقراً بدرهم والثاني مشكوك فيه فلا يلزم بالشك

كتاب العارية

(مسئلة) قال (والعارية مضمونة وان لم يتعد فيها المستعير)

العارية اباحة الانتفاع بين من اعيان المال مشتقة من عار الشيء اذا ذهب وجاء ومنه قيل للبطل عيار لتردده في بطالته، والعرب تقول عاره وعاره مثل أطاعه وطاعه، والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع: أما الكتاب فقول الله تعالى (ويؤمنون الماعون) روي عن ابن عباس وابن مسعود أنهما قالا العواري وفسرها ابن مسعود فقال القدر والميزان والدلو، وأما السنة فما روي عن النبي ﷺ أنه قال في خطبة عام حجة الوداع «العارية مؤداة والدين مقضي والمنحة مردودة والزعيم غارم» أخرجه الترمذي وقال حديث حسن غريب وروي صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعار منه أدراعا يوم حنين فقال اغصبا يا محمد؟ قال «بل عارية مضمونة» رواه ابو داود،

واجمع المسلمون على جواز العارية واستحبابها، ولانه لما جازت هبة الاعيان جازت هبة المنافع ولذلك صححت الوصية بالاعيان والمنافع جميعا. اذا ثبت هذا فان العارية مندوب اليها وليست واجبة في قول أكثر اهل العلم، وقيل هي واجبة للآية ولما روى ابو هريرة أن النبي ﷺ قال «ما من صاحب اهل لا يؤدي حقها» الحديث قيل يا رسول الله وما حقها؟ قال «اعارة دلوها وإطراق فخلها ومنحة لبنها يوم وردها» فذم الله تعالى مانع العارية وتوعده رسول الله ﷺ بما ذكر في خبره

كتاب العارية

وهي مشتقة من عار الشيء اذا ذهب وجاء ومنه قيل للبطل عيار لتردده في بطالته، والعرب تقول عاره وعاره مثل أطاعه وطاعه، وهي اباحة الانتفاع بين من اعيان المال، والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع. أما الكتاب فقول الله تعالى ويؤمنون الماعون روي عن ابن عباس وابن مسعود قالا العواري وفسرها ابن مسعود قال القدر والميزان والدلو. وأما السنة فروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في خطبته في حجة الوداع «العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضي والزعيم غارم» قال الترمذي حديث حسن غريب وروي صفوان بن أمية ان النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه أدراعا يوم حنين فقال أغصبا يا محمد؟ قال «بل عارية مضمونة» رواه ابو داود

واجمع المسلمون على جواز العارية واستحبابها ولانه لما جازت هبة الاعيان جازت هبة المنافع ولذلك صححت الوصية بالاعيان والمنافع جميعا، وهي مندوب اليها غير واجبة في قول أكثر اهل العلم وقيل هي واجبة للآية ولما روى ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال «ما من صاحب اهل لا يؤدي حقها» الحديث قيل يا رسول الله وما حقها؟ قال «اعارة دلوها وإطراق فخلها ومنحة لبنها يوم وردها» فذم الله تعالى

ولنا قول النبي ﷺ « اذا أدبت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك » رواه ابن المنذر وروى عن النبي ﷺ انه قال « ليس في المال حق سوى الزكاة » وفي حديث الاعرابي الذي سأل رسول الله ﷺ ما اذا فرض الله علي من الصدقة ؟ قال « الزكاة » فقال هل علي غيرها ؟ قال « لا الا ان تطوع شيئاً » او كما قال، والآية فسرهما ابن عمر والحسن البصري بالزكاة وكذلك زيد بن أسلم وقال عكرمة اذا جمع ثلاثتها فله الويل اذا سها عن الصلاة وراى ومنع الماعون. ويجب رد العارية ان كانت باقية بغير خلاف، ويجب ضمانها ان كانت باقية تعدى فيها المستعير او لم يتعد روي ذلك عن ابن عباس وابي هريرة وابيه ذهب عطاء والشافعي واسحاق، وقال الحسن والنخعي والشعبي وعمر بن عبدالعزيز والثوري وابو حنيفة ومالك والاوزاعي وان شربة هي امانة لا يجب ضمانها الا بالتعدي لما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي ﷺ قال « ليس على المستعير غير المغفل ضمان » ولانه قبضها باذن مالكيها فكانت امانة كالوديعة » قالوا وقول النبي ﷺ « العارية مؤدومة » يدل على انها امانة لقول الله تعالى (ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى اهلها)

ولنا قول النبي ﷺ في حديث صفوان « بل عارية مضمونة » وروى الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ انه قال « على اليد ما اخذت حتى تؤديه » رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن غريب ولانه اخذ ملك غيره انفع نفسه منفردا بنفعه من غير استحقاق ولا اذن في الاتلاف

مانع العارية وتوعده رسول الله صلى الله عليه وسلم بما ذكره في خبره

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا ادبت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك » رواه ابن المنذر وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « ليس في المال حق سوى الزكاة » وفي حديث الاعرابي الذي سأل النبي صلى الله عليه وسلم ماذا فرض الله علي من الصدقة ؟ او قال الزكاة، قال هل علي غيرها ؟ قال « لا، إلا أن تطوع شيئاً » او كما قال والآية فسرهما ابن عمر والحسن بالزكاة وكذلك زيد بن اسلم وقال عكرمة إذا جمع ثلاثتها فله الويل إذا سها عن الصلاة وراى ومنع الماعون .

(فصل) ولا تجوز إلا من جائز التصرف لانه تصرف في المال أشبه البيع وتعقد بكل لفظ أو فعل يدل عليها كقوله أعرنك هذا ، أو يدفع اليه شيئاً وقول أبحتك الاتفاق به أو خذ هذا فانفع به أو يقول أعرنني هذا أو اعطنيه أركبه أو أحمل عليه فيسأله اليه وأشياء هذا لانه اباحة للتصرف فصح بالقول والفعل الدال عليه كإباحة الطعام بقوله وتقديمه إلى الضيف .

﴿ مسألة ﴾ (وهي هبة منفعه تجوز في كل المنافع الا منافع البضع)

تجوز اعارة كل عين ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها على الدوام كالدور والعييد والجواري والبواب والثياب والحلي للبس والفحل للضراب والسكاب للصيد وغير ذلك لان النبي ﷺ استأجر ادراغا وذكر اعارة دلوها وخفها وذكر ابن مسعود عارية القدر والميزان فنبت الحكم في هذه الاعتياء

فكان مضموناً كالقاصب والمأخوذ على وجه السوم وحدثهم يرويه عمر بن عبد الحيار عن عبيد بن حسان عن عمرو بن شعيب، وعمر وعبيد ضيفان قاله الدارقطني ويحتمل انه أراد ضمان المنافع والاجزاء وقياسهم منقوض بالمقبوض على وجه السوم .

(فصل) وإن شرط نفي الضمان لم يسقط وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حفص المكبري يسقط، قال أبو الخطاب أو ما إليه أحمد وهو قول قتادة والعمري لأنه لو أذن في إتلافها لم يجب ضمانها فكذلك إذا أسقط عنه ضمانها وقيل بل مذهب قتادة والعمري أنها لا تضمن إلا أن يشترط ضمانها فيجب لقول النبي ﷺ لصفوان «بل عارية مضمونة»

ولنا أن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط كالمقبوض ببيع صحيح أو قاسد وما اقتضى الإمانة فكذلك كالوديعة والشركة والمضاربة والذي كان من النبي ﷺ اخبار بصفة العارية وحكمها، وفارق ما إذا أذن في الإتلاف فإن الإتلاف فعل يصح الإذن فيه ويسقط حكمه إذ لا يتعقد موجباً للضمان مع الإذن فيه، وإسقاط الضمان هرباً نقي للحكم مع وجود سببه وليس ذلك للمالك ولا يملك الإذن فيه. (فصل) وإذا انتفع بها ورد لها على صفتها فلا شيء عليه لأن المنافع مأذون في إتلافها فلا يجب عوضها، وإن تلف شيء من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال فعليها ضمانها لأن ما ضمن حملته ضمننت أجزاؤه كالمنسوب، وأما أجزاؤها التي تذهب بالاستعمال كخمد المنشفة والقטיפفة وخف الثوب بلبسه ففيه

وما عداها يقاس عليها إذا كان في معناها ولأن ما جاز للمالك استيفاءه من المنافع ملك اباحتها إذا لم يمنع منه مانع كالتياب ويجوز استعارة الدراهم والدنانير للوزن فإن استعارها ابتفقت فهو قرض وهذا قول أصحاب الرأي، وقيل لا يجوز ذلك ولا تكون العارية في الدنانير وليس له أن يشتري بها شيئاً

ولنا أن هذا معنى القرض فالتعقد القرض به كالأوصح به. فأما منافع البضع فلا تستباح بالبذل ولا بالإباحة أجماعاً وأما ما يحرمه الزوجية وملك الميمون قال الله سبحانه (والذين هم لفروجهم حافظون * الأعلى أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين * فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) ولأن منافع البضع لو أيجبت بالبذل والعارية لم يحرم الزنا لأن الزانية تبذل نفقها له والزاني مثلها

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز اعادة العبد المسلم لكافر) لأنه لا يجوز تمكينه من استخدامه فلم تجز عارته لذلك ولا يجوز اعادة الصيد المحرم لأنه لا يجوز له إيساره

﴿مسئلة﴾ (ويكره اعادة الامة الشابة لرجل غير محرماً)

ان كان يخلو بها وينظر اليها لانه لا يؤمن عليها فان كانت شوهاء أو كبيرة فلا بأس لانها لا يشتهي مثلها ونحوها اعارتها لامرأة ولذي محرماً لعدم ذلك، ولا يجوز اعادة العين لتفح محرم كاعارة الدار لمن يشرب فيها الخمر أو يبيعه أو يعصي الله تعالى فيها ولا اعادة عبد لمر أو اسقيه الخمر أو يحملها اليه أو يعصرها ونحو ذلك لانه اعادة على المحرم

﴿مسئلة﴾ (واستعارة والديه للخدمة) لانه يكره استخدامها فكره استعارتهما لذلك

وجهان (أحدهما) يجب ضمانه لأنها أجزاء عين مضمونة فكانت مضمونة كما لو كانت منصوبة ولأنها أجزاء يجب ضمانها لو تلفت العين قبل استعمالها فضمن إذا تلفت وحدها كسائر الأجزاء (والثاني) لا يضمنها وهو قول الشافعي لأن الأذن في الاستعمال تضمنه فلا يجب ضمانه كالمنافع وإنما لو أذن في اتلافها صريحاً، وقرق ما إذا تلفت العين قبل استعمالها لأنه لا يمكن تمييزها من العين ولأنه إنما أذن في اتلافها على وجه الاتفاق فإذا تلفت العين قبل ذلك فقد فانت على غير الوجه الذي أذن فيه فضمنها كما لو أجز العين المستعارة فإنه يضمن منافعتها، فإذا قلنا لا يضمن الأجزاء فتلفت العين بعد ذهابها بالاستعمال فإنها تقوم حال التلف لأن الأجزاء التالفة تلفت غير مضمونة لكونها مأذوناً في اتلافها فلا يجوز تعويضها عليه وإن قلنا يجب ضمان الأجزاء قومت العين قبل تلف أجزائها، وإن تلفت العين قبل ذهاب أجزائها ضمنها كلها بأجزائها، وكذلك لو تلفت الأجزاء باستعمال غير مأذون فيه مثل أن يسره ثوباً ليلبسه فحمل فيه ثوباً فإنه يضمن نقصه ومنافه لأنه تلف بتعديده وإن تلف بغير تعد منه ولا استعمال كتلفها لطول الزمان عليها ووقوع نار عليها فيبني أن يضمن ما تلف منها بالنار نحوها لأنه تلف لم يتضمنه الاستعمال المأذون فيه فأشبهه تلفها بفعل غير مأذون فيه، وما تلف بمرور الزمان عليه يكون حكمه حكم ما تلف بالاستعمال لأنه تلف بالامسك المأذون فيه فأشبهه تلفه بالفعل المأذون فيه. (فصل) فأما ولد العارية فلا يجب ضمانه في أحد الوجهين لأنه لم يدخل في الإعارة فلم يدخل

(مسئلة) (وللمعير الرجوع فيها متى شاء ما لم يأذن في شغلها بشيء يستتسر المستعير الرجوعه)

تجوز العارية مطلقه ومؤقته لأنها إباحة فأشبهت إباحة الطعام والمعير الرجوع فيها متى شاء سواء كانت مطلقه أو مؤقتة وهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك إن كانت مؤقتة فليس له الرجوع قبل الوقت وإن لم يوقت له مدة لزمه تركه مدة ينتفع بها في مثلها لأن المعير قد ملكه المنفعة مدة وصارت العين في يده بعقد مباح فلم يملك الرجوع فيها بغير رضی المالك كالعبد الموصى بخدمته والمستأجر ولنا أن المنافع المستقبلية لم تحصل في يده فلم يملكها بالإعارة كما لو لم تحصل العين في يده ولأن المنافع إنما تستوفي شيئاً فشيئاً فكما استوفى منفعة فقد قبضها والذي لم يستوفه لم يقبضه فجاز الرجوع فيه كالهبة قبل القبض، وأما العبد الموصى بخدمته فله وصي الرجوع ولم يملك الورثة الرجوع لأن التبرع من غيرهم وأما المستأجر فهو مملوك بعقد معاوضة فيلزم بخلاف مسئلتنا، ويجوز المستعير الرد متى شاء بغير خلاف نعمه لأنه إباحة فكان لمن أبيع له تركه كإباحة الطعام

(مسئلة) (فإن أذن له في شغله بشيء يستتسر المستعير الرجوعه فيه لم يجز له الرجوع)

لما فيه من أضرار بالمستعير، مثل أن يعيره سفينة لحمل متاعه أو لوحاً يرقم به سفينة فرقمها به ولجج في البحر لم يجز الرجوع مادامت في لجة البحر لذلك وله الرجوع قبل دخولها في البحر وبعد الخروج منه لعدم الضرر

(مسئلة) (وإن أعاره أرضاً للدفن لم يرجع حتى يبلى الميت)

في الضمان ولا فائدة للمستعير فيه فأشبهه الوديعة ، ويضمنه في الآخر لانه ولد عين مضمونة فيضمن كولد المنصوبة والاول أصح فان ولد المنصوبة لا يضمن اذا لم يكن منصوباً وكذلك ولد العارية إذا لم يوجد مع أمه وإنما يضمن ولدا المنصوبة إذا كان منصوباً فلا أثر لكونه ولداً لها .

(فصل) ويجب ضمان العين بمثلها إن كانت من ذوات الامثال فان لم تكن مثلية ضمانها بقيمتها يوم تلفها الا على الوجه الذي يجب فيه ضمان الاجزاء التالفة بالاتفاق المأذون فيه فانه يضمنها بقيمتها قبل تلف اجزائها ان كانت قيمتها حينئذاً كثر وإن كانت أقل ضمانها بقيمتها يوم تلفها على الوجهين جميعاً (فصل) وان كانت العين باقية فعلى المستعير ردها إلى المعير أو وكيله في قبضها ويبرأ بذلك من ضمانها وان ردها الى المكان الذي أخذها منه أو إلى ملك صاحبها لم يبرأ من ضمانها وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يبرأ لأنها صارت كالقبوضة فان رد العواري في العادة يكون إلى أملاك أربابها فيكون مأذوناً فيه من طريق المادة .

ولنا أنه لم يردّها إلى مالكتها ولا نائبه فيها فلم يبرأ منها كما لو دفعها إلى أجنبي وما ذكره يبطل بالسارق اذا رد المسروق إلى الحرز ولا تعرف العادة التي ذكرها ، وان ردها الى من جرت عادته بحريان ذلك على يديه كزوجته المتصرفه في ماله ورد الدابة الى سائسها فقياس المذهب انه يبرأ قاله القاضي لان احمد قال في الوديعة اذا سلمها المرء الى امرأته لم يضمنه ولانه مأذون في ذلك عرفاً أشبه ما لو أذن فيه نطقاً ، ومؤنة الرد على المستعير لقول النبي ﷺ « العارية مؤداة » وقوله « على اليد

وله الرجوع فيها قبل الدفن وليس له الرجوع بعد الدفن حتى يصير الميت ربما قاله ابن البناء ﴿مسئلة﴾ (وان اعاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه لم يرجع مادام عليه) اذا أعاره حائطاً ليضع عليه اطراف خشبه جاز كأن يجوز اعاره الارض للفراس والبناء وله الرجوع قبل الوضع وبعده ما لم يبن عليه لانه لا ضرر عليه فيه فان بنى عليه لم يجز الرجوع لما في ذلك من هدم البناء وإن قال أنا دفع اليك ما ينقص بالقلع لم يلزم المستعير ذلك لانه اذا قامه انقلع ما في ملك المستعير منه ولا يجب على المستعير قلع شيء من ملكه بضمان القيمة ﴿مسئلة﴾ (وان سقط عنه هدم أو غيره لم يملك رده)

سواء بنى الحائط بآلة أو بغيرها لان العارية لا تلزم وإنما امتنع الرجوع قبل الهدامه لما فيه من الضرر بالمستعير بازالة المأذون في وضعه وقد زال ذلك بانهدامه وسواء زال الخشب عنه بذلك أو أزاله المستعير باختياره وكذلك لو زال الخشب والحائط بحاله

﴿مسئلة﴾ (وان أعاره أرضاً للزرع لم يرجع الى الحصاد الا ان يكون مما يحصد فصيلاً فيحصده) اذا أعاره أرضاً للزرع فله الرجوع ما لم يزرع فاذا زرع لم يملك الرجوع فيها الى ان ينتهي الزرع فان بذل المعير له قيمة الزرع لملكه فلم يكن له ذلك نص عليه احد لان له وقتاً ينتهي اليه فان كان مما يحصد فصيلاً فله الرجوع في وقت إمكان حصاده لعدم الضرر فيه

ما أخذت حتى تؤديه» وعليه ردها الى الموضع الذي أخذها منه الا ان يتفقا على ردها الى غيره لان ما وجب رده لم يردده الى موضعه كالتصويب .

(فصل) ولا نصح العارية الا من جائز التصرف لانه تصرف في المال فأشبهه التصرف بالبيع وتمتد بكل فعل أولفظ بدل عليها مثل قوله أعرتك هذا أو يدفع اليه شيئاً ويقول أجمتلك الانتفاع به أو أخذ هذا فانتفع به أو يقول أعرتني هذا أو أعطيتني أركبه . أو أحمل عليه ويسلمه اليه وأشياء هذا لانه لإباحة للتصرف فصح بالقول والفضل الدال عليه كإباحة الطعام بقوله وتقديمه إلى الضيف

(فصل) ويجوز اعارة كل عين ينفع بها منفعة مباحة مع بقائها على الدوام كالدور والبقار والعيود والحواري والدواب والثياب والحلي للباس والفحل للضراب والسكاب للصيد وغير ذلك لان النبي ﷺ استعار أدراعاً وذكراً لإعارة دلوها وخطها وذكر ابن مسعود عارية القدر والميزان فثبت الحكم في هذه الاشياء وما عداها مقيس عليها اذا كان في منهاه ولا يجوز للمالك استيفاءه من المنافع ملك لإباحته اذا لم يمنع منه مانع كالثياب ولانها أعيان تجوز اجارتها فجازت اعارتها كالثياب ويجوز استعارة الدرهم والدنانير ليزن بها ، فان استعارها لينفقها فهذا قرض وهذا قول أصحاب الرأي وقيل ليس هذا جائزاً ولا تكون العارية في الدنانير وليس له ان يشتري بها شيئاً ، ولنا أن هذا معنى القرض فانقصد القرض به كما لو صرح به

(مسألة) (وإن أعارها للعراش والبناء وشرط عليه الفلح في وقت أو عند رجوعه ثم رجع لزمه القلع) لقول النبي صلى الله عليه وسلم «المؤمنون على شروطهم» حديث صحيح ولان العارية مقيدة غير مطلقة فلم تتناول ما عدا المقيد لان المستعير دخل في العارية راضياً بانزمام الضرر الداخلة عليه بالقلع وليس على صاحب الارض ضمان نقصه ولا لعم في هذا خلافاً لما تسوية الحفر فان كانت مشروطة عليه لزمه لما ذكرنا والالم يلزمه لانه رضي بضر القلع من الحفر ونحوه بشرط القلع

(مسألة) (وإن لم يشترط لم يلزمه الا أن يضمن له المعير النقص)

فاذا لم يشترط المعير القلع لم يلزم المستعير القلع لما فيه من الضرر عليه فان ضمن له النقص لزمه لانه رجوع في العارية من غير اضرار فان قلع فعليه تسوية الارض وكذلك ان اختار أخذ بنائه وغراسه فانه يملكه فملك نقله لان القلع باختياره لو امتنع منه لم يجز عليه قلمه لاستخلاص ملكه من ملك غيره فلزمه التسوية كالشفيع اذا أخذ غرسه وقال القاضي لا يلزمه ذلك لان المعير رضي بذلك حيث أعاره مع علمه بان له قلم غرسه الذي لا يمكن الا بالحفر

(مسألة) (فان أبنى القلع في الحال التي لا يجبر عليه فيها فبذل له المعير قيمة العراش والبناء ليملكه أجبر المستعير عليه)

كالشفيع مع المشتري والتاجر مع المستأجر فان قال المستعير أنا أدفع قيمة الارض لنصير لي لم يلزم المعير لان العراش والبناء تابع والارض أصل ولذلك يبيعها العراش والبناء في البيع ولا تتبعها وهذا كما قاله الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك بطالب المستعير بالقلع من غير ضمان الا أن يكون أعلاه مدة معلومة فراجع

(فصل) ولا تجوز اعارة العبد المسلم لكافر لانه لايجوز تمكينه من استخدامه فلم تجز اعارته لذلك ولا اعارة الصيد لمحرم لانه لايجوز له امساكه ولا اعارة المرأة الجميلة لرجل غير محرما ان كان يخلو بها أو ينظر اليها لانه لا يؤمن عليها، وتجوز اعارتها لامرأة ولذي محرما، ولا تجوز اعارة العين لتفجع محرم كاعارة الدار لمن يشرب فيها الخمر أو يبيعه فيها أو يمضي الله تعالى فيها ولا اعارة عبده للزمر أو ليقبها الخمر أو يحملها له أو يعصرها أو نحو ذلك ، ويكره أن يستعير والديه لخدمته لانه يكره له استخدامهما فكره استعارتهما لذلك (فصل) وتجوز الاعارة مطلقاً ومقيداً لأنها اباحة فجاز فيها ذلك كإباحة الطعام ولان الجاهلة لا تعاقب في العقود اللازمة فاذا أعاره شيئاً مطلقاً أبيع له الانتفاع به في كل ما هو مستعد له من الانتفاع به فاذا أعاره أرضاً مطلقاً فله أن يزرع فيها ويفرس ويبيي ويفعل فيها كل ما هي معدة له من الانتفاع لان الاذن مطلق، وان أعاره للنراس أو للبناء فله أن يزرع فيها ماشاء لان ضرره دون ضررها فكانه استوفى بعض ما أذن له فيه، وان استعارها للزرع لم يفرس ولم يبين لان ضررها اكثر فلم يكن الاذن في القليل اذنا في الكثير وان استعارها للنراس أو للبناء ملك المأذون فيه منها دون الآخر لان ضررها مختلف فان ضرر النراس في باطن الارض لانتشار العروق فيها وضرر البناء في ظاهرها فلم يكن الاذن في احدهما اذنا في الآخر، وان استعارها لزرع الحنطة فله زرعها وزرع ما هو اقل ضرراً منها كالشعير والباقلا والعدس، وله زرع ما ضرره كضرر الحنطة لان الرضى بزراعة شيء رضى بضرره وما هو دونه

قبل انقضائها لان المعير لم يفره فكان عليه القلع كما لو شرط عليه

ولنا أنه بنى وغرس باذن المعير من غير شرط القلع فلم يلزمه القلع من غير ضمان كما لو طالبه به قبل انقضاء الوقت وقولهم لم يفره ممنوع فان النراس والبناء يراد بالتبعية وتقدير المدة ينصرف الى ابتدائه كانه قال لا تفرس بمد هذه المدة

(مسئلة) (فان امتنع الميعر من دفع القيمة وارش النقص وامتنع المستعير من القلع ودفع الاجر لم يقطع) لان العارية تقتضي الانتفاع بعير ضمان والاذن فيما يبقى على الدوام وتضر ازالته رضى بالابقاء ولأن قول النبي صلى الله عليه وسلم «ليس لعرق ظالم حق» مفهومه أن العرق الذي ليس بظالم له حق فبعد ذلك ان اتفقا على البيع بيعت الارض بمراسها وبنائها ودفع مالي كل واحد منهما قدر حقه فيقال كم قيمة الارض بلا غراس ولا بناء فاذا قيل عشرة قلنا وكم تساوي مفروسة مبنية فان قالوا خمسة عشر فيكون للمعير ثلثنا الثمن وللمستعير ثلثه

(مسئلة) (وان أيبا البيع ترك بحاله) وقلنا لما انصرفا فلا حكم لكما عندنا

(مسئلة) (وللمعير انصرف في أرضه على وجه لا يضر بالشجر) وجملة أن للمعير التصرف في أرضه ودخولها والانتفاع بها كيف شاء بما لا يضر بالنراس والبناء ولا ينتفع بها، وللمستعير الدخول للستي والاصلاح وأخذ الثمرة وليس له الدخول لميعر حاجة من التفرج ونحوه لانه قد رجع في الاذن له

وليس له زرع ما هو أكثر ضرراً منه كالذرة والدخن والقطن لان ضرره أكثر وحكم إباحة الانتفاع في العارية كحكم الانتفاع في الاجارة فيما له أن يستوفيه وما يمنع منه وسنذكر في الاجارة تفصيل ذلك إن شاء الله تعالى. وإن أذن له في زرع مرة لم يكن له أن يزرع أكثر منها وإن أذن له في غرس شجرة فاقلمت لم يكن له غرس أخرى وكذلك ان أذن له في وضع خشبة على حائط فانكسرت لم يملك وضع أخرى لان الاذن إذا اختص بشيء لم يتجاوزة

(فصل) وان استعار شيئاً فله استيفاء منفعته بنفسه وبوكيله لان وكيله نائب عنه وبده كبده وليس له أن يؤجره لانه لم يملك المنافع فلا يصح أن يملكها ولا يعلم في هذا خلافاً، ولا خلاف بينهم أن المستعير لا يملك العين، وأجمعوا على أن للمستعير استعمال المعار فيما أذن له فيه وليس له أن يعيره غيره وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقالوا في الآخر له ذلك وهو قول أبي حنيفة لانه يملكه على حسب مملكته فجاز كما للمستأجر أن يؤجر، قال أصحاب الرأي إذا استعار ثوباً ليلبسه هو فأعطاه غيره فلبسه فهو ضامن وإن لم يسم من يلبسه فلا ضمان عليه، وقال مالك اذا لم يعمل بها الا الذي كان يعمل بها الذي أعيرها فلا ضمان عليه، ولنا أن العارية اباحة المنفعة فلم يجز أن يبيحها غيره كإباحة الطعام وفارق الاجارة لانه ملك الانتفاع على كل وجه فملك أن يملكها وفي العارية لم يملكها إلا بما ملك استيفاءها على وجه ما أذن له فأشبهه من أبيع له أكل الطعام، فعلى هذا ان أعار فللمالك الرجوع بأجر المثل وله

ولان الاذن في الفرس اذن فيما يعود بصلاحه ولكل واحد منهما يبيع ما يختص به مع الملك ومنفرداً فيقوم المشتري مقام البائع، وقال بعض الشافعية ليس للمستعير البيع لان ملكه في الشجر والبناء غير مستقر لان المعير اخذه منه متى شاء بقيمته قلنا عدم استقراره لا يمنع بيعه بدليل الشقص المشفوع والصداق قبل الدخول

(مسئلة) (ولم يذكر اصحابنا عليه اجرة من حين الرجوع في هذه المسائل)

الا فيما اذا استعار ارضاً فزرعها ورجع المعير فيها قبل كمال الزرع فعليه اجر مثلها من حين الرجوع لان الاصل جواز الرجوع وانما منع القلع لما فيه من الضرر ففي دفع الاجر جمع بين الحقين فيخرج في سائر المسائل مثل هذا، وفيه وجه آخر انه لا يجب الاجر في شيء من المواضع لان حكم العارية باق فيه اكونها صارت لازمة للضرر اللاحق بفسخها والاعارة تقتضي الانتفاع

(مسئلة) (وان غرس او بنى بعد الرجوع او بعد الوقت فهو غاصب يأتي حكمه)

العارية تنقسم قسمين مطلقة ومؤقتة. تبيح الانتفاع مالم ينقضي الوقت لانه استباح ذلك بالاذن ففيها عدا محل الاذن يبقى على اصل المنع فان كان المعار ارضاً لم يكن له ان يغرس ولا يبني ولا يزرع بعد الوقت او الرجوع فان فعل شيئاً من ذلك فهو غاصب يأتي حكمه في باب النصب

أن يطالب من شاء منهما لان الاول سلطه غيره على أخذ مال غيره بغير اذنه والثاني استوفاه بغير اذنه فان ضمن الاول رجع على الثاني لان الاستيفاء حصل منه فاستقر الضمان عليه وان ضمن الثاني لم يرجع على الاول الا ان يكون الثاني لم يعلم بحقيقة الحال فيحتمل ان يستقر الضمان على الاول لانه غير الثاني ودفن اليه العين على انه يستوفي منافعتها بغير عوض وان تلفت العين في يد الثاني استقر الضمان عليه بكل حال لانه قبضها على ان تكون مضمونة عليه فان رجع على الاول رجع الاول على الثاني وان رجع على الثاني لم يرجع على احد

(فصل) وان اعاره شيئاً واذن له في اجارته مدة معلومة او في إعارته مطلقاً او مدة جازلان الحق للمالك فجاز ما اذن فيه وليس له الرجوع بعد عقد الاجارة حتى ينقضي لان عقد الاجارة لازم وتكون العين مضمونة على المستعير غير مضمونة على المستأجر لان عقد الاجارة لا يوجب ضمانا وان أجره بغير اذن لم تصح الاجارة ويكون على المستأجر الضمان للمالك تضمنين من شاء منهما على ما ذكرنا في العارية

(فصل) ويجوز أن يستعير عبداً يرهنه قال ابن المنذر أجموا على أن الرجل اذا استعار من الرجل شيئاً يرهنه عند رجل على شيء معلوم الى وقت معلوم فرهن ذلك على ما اذن له فيه أن ذلك جائز وذلك لانه استعاره ليقضي به حاجته فصح كسائر العواري ولا يعتبر العلم بقدر الدين وجنسه لان

(فصل) يجوز ان يستعير دابة ليركبها الى موضع معلوم لان اجارتها جائزة والاعارة أوسع لجوازها فيما لا يجوز اجارته كالسكب للصيد، فان استعارها الى موضع فجاوزه فقد تعدى وعليه أجر المثل للزائد خاصة وان اختلفا فقال المالك أعرتكها الى فرسخ وقال المستعير الى فرسخين فالقول قول المالك وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك ان كان يشبه ما قال المستعير فالقول قوله وعليه الضمان .

ولنا ان المالك مدعى عليه فكان القول قوله لقول النبي صلى الله عليه وسلم «ولكن اليمين على المدعى عليه»
(مسئلة) (وان حمل السيل بذرا الى أرض فنبت فيها فهو لصاحبه)

ولا يجبر على قلعه وقال أصحاب الشافعي يجبر عليه في أحد الوجهين اذا طالبه رب الارض لان ما حصل في ملك غيره بغير إذنه فأشبهه ما لو انتشرت اغصان شجرته في هواه ملك غيره ولنا ان قلعه اطلاق للمال على مالكة ولم يوجد منه تفريط ولا يدوم ضرره فلا يجبر على ذلك كما او حصلت دابته في دار غيره على وجه لا يمكن خروجها إلا بقلع الباب أو قتلها فانه لا يجبر على قتلها، ويفارق اغصان الشجرة فانه يدوم ضرره ولا يعرف قدر ما يشغل في الهواء فيؤدي أجره اذا نبت هذا فانه بقر في الارض الى حين حصاده بأجر مثله وقال القاضي لا أجر عليه لانه حصل في أرض غيره بغير تفريطه أشبه ما اذا نبت دابته في أرض إنسان بغير تفريطه والاول أولى لان الزامه

العارية لا يعتبر فيها العلم وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأي، وقال الشافعي بمتبر ذلك لان الضرر يختلف بذلك . ولنا أنها عارية لجنس من النفع فلم تعتبر معرفة قدره كعارية الارض للزرع ، ولا يصير المعير ضامنا للدين وقال الشافعي في أحد قوله بصير ضامنا له في رقبة عبده لان العارية ما يستحق به منفعة العين والمنفعة هنا للمالك فدل على أنه ضمان

ولنا أنه أعاره ليقضي منه حاجته فلم يكن ضامنا كسائر العوازي وإنما يستحق بالعارية النفع المأذون فيه وما أعراه من النفع فهو للمالك العين، وإن عين المعير قدر الدين الذي يرهنه به وجنسه أو محلاته لان العارية تعين بالتعيين فان خالفه في الجنس لم يصح لانه عقد لم يأذن له فيه أشبه ما لو لم يأذن في رهنه وكذلك اذا أذن له في محل نخالفه فيه لانه اذا أذن له في رهنه بدين مؤجل فرهنه بحال فقد لا يجد ما يفككه به في الحال، وان أذن في رهنه بحال فرهنه بمؤجل فلم يرض أن يحال بينه وبين عبده الى أجل لم يصح ، وان رهنه بأكثر مما قدره له لم يصح لان من رضي بقدر من الدين لم يلزم أن يرضى بأكثر منه وان رهنه بانقضاء منه جاز لان من رضي بعشرة رضي بما دونها عرفا فأشبهه من أمر بشراء شيء بثمان فأشترى بدونه وللمعير مطالبة الراهن بفكائه الرهن في الحال سواء كان بدين حال أو مؤجل لان للمعير الرجوع في العارية متى شاء وان حل الدين فلم يفككه الراهن جاز يعه في الدين لان ذلك مقتضى الرهن فاذا بيع في الدين أو تلف رجح السيد على الراهن بقيمته لان العارية تضمن بقيمتها

تبقية زرع ما أذن فيه في أرضه بغير أجر ولا انتفاع اضرار به وشغل للملك بغير اختياره فلم يجوز كما لو أراد ابقاء البهيمة في دار غيره عاماء ويفارق سببها لان ذلك لا يجبر المالك عليه ولا يمنع من إخراجها فاذا تركها اختياراً منه كان راضياً به بخلاف مسألتنا ويكون الزرع ملاك البذر لانه عين ماله ويحتمل ان لصاحب الارض اخذه بقيمته كزرع الناصب على ما نذكره والاول أولى لانه بغير عدوان وقد أمكن جبر حق مالك الارض بدفع الاجر اليه ، وان احب مالكة قلمه فله ذلك وعليه تسوية الحفر وما نقصت لانه أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه

﴿مسئلة﴾ (وان حمل السيل نوى غرس رجل فثبت في أرض غيره كازيتون ونحوه فهو للمالك النوى) لانه من نما ملكه فهو كالزرع ويجبر على قلمه هنا لان ضرره يدوم فهو كأغصان الشجرة المنتشرة في هواء ملك غيره، وهل يكون كغرس الشفيع أو كغرس الناصب ؟ على وجبين (احدهما) يكون كغرس الناصب لانه حصل في ملك غيره بغير اذنه (الثاني) كغرس الشفيع لانه حصل في ملك غيره بغير تقييد منه ولا عدوان .

(فصل) وان حمل السيل ارضاً بشجرها فثبتت في أرض آخر كما كانت فهي للمالكها يجبر على ازلتها كما ذكرنا وفي كل ذلك اذا ترك صاحب الارض المنتقلة أو الشجر أو الزرع ذلك لصاحب الارض التي انتقل اليها لم يلزمه نقله ولا اجره ولا غيره لانه حصل بغير تقييد ولا عدوان وكانت الخيرة

وان تلف بغير تفريط فلا شيء على المرتهن لان الرهن لا يضمن من غير تعد، وان استعار عبداً من رجلين فرهنه بمائة ثم قضى خمسين على أن تخرج حصّة أحدهما لم تخرج لانه رهنه بجميع الدين في صفقة فلا ينفك بمضه بقضاء بعض الدين كما لو كان العبد لواحد

(فصل) ويجوز العارية مطلقة ومؤقتة لأنها إباحة فأشبهت إباحة الطعام والمعير الرجوع في العارية أي وقت شاء . وواء كانت مطلقة أو مؤقتة ما لم يأذن في شغله بشيء يتضرر بالرجوع فيه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك ان كانت مؤقتة فليس له الرجوع قبل الوقت وان لم تؤقت له مدة لزمه تركه مدة ينتفع بها في مثلها لان المعير قد ملكه المنفعة في مدة وصارت العين في يده بعقد مباح فلم يملك الرجوع فيها بزير اختيار المالك كالعبد الموصى بخدمته والمستأجر .

ولنا أن المنافع المستقبلية لم تحصل في يده فلم يملكها بالاعارة كما لو لم تحصل العين في يده، وأما العبد الموصى بخدمته فللموصي الرجوع ولم يملك الورثة الرجوع لأن التبرع من غيرهم وأما المستأجر فانه مملوك بعقد معاوضة فيلزم بخلاف مستئثناً، ويجوز للمستعير الرد متى شاء بغير خلاف لعله لانه إباحة فكان لمن أيسح له تركه كإباحة الطعام .

(فصل) وإذا أطق المدة في العارية فله أن ينتفع بها ما لم يرجع وإن وقفها فله أن ينتفع ما لم يرجع أو ينقضي الوقت لانه استباح ذلك بالأذن ففياعدا محل الاذن يبقى على أصل التحريم ، فان كان

الى صاحب الارض المشغولة به ان شاء أخذه لنفسه وان شاء قلعه .

(فصل) قال رضي الله عنه (وحكم المستعير في استيفاء المنفعة حكم المستأجر)

لانه ملك التصرف بقول المالك وأذنه فأشبهه المستأجر لانه ملكه بأذنه فوجب ان يملك ما يقتضيه الاذن كالمستأجر ، فعلى هذا ان اعاره للغراس والبناء فله ان يزرع ماشاء وان استعارها للزرع لم يغرّس ولم يبن وان استعارها للغرس او البناء ملك المأذون له فيه منها دون الآخر لان ضررها مختلف ، وكذلك إن استعارها لزرع الحنطة فله زرع السمير وقد ذكرنا ذلك مفصلاً في الاجارة وكذلك إن أذن له في زرع مرة لم يكن له أن يزرع أكثر منها وإن أذن له في غرس شجرة فانتقلت لم يملك غرس أخرى لان الاذن اختص بشيء لم يجاوزه .

(فصل) ومن استعار شيئاً فله استيفاء منفعته بنفسه وبوكيله لان وكيله نائب عنه ويده كيده ، وليس له أن يؤجره إلا أن يأذن فيه لانه لم يملك المنافع فلم يكن له أن يملكها ولا نعلم في هذا خلافاً ولا خلاف بينهم ان المستعير لا يملك العين وأجمعوا على أن للمستعير استعمال المعار فيما أذن له فيه

(فصل) وليس له أن رهنه بغير اذن مالكة ، وله ذلك بأذنه بشروط ذكرناها في باب الرهن ولا يصير المعير ضامناً للدين وقال الشافعي يصير ضامناً في رقة عبده في أحد قولي لان العارية ما يستحق به منفعة العين والمنفعة ههنا المالك فدل على أنه ضامن

المعار أرضاً لم يكن له أن يفرس ولا يبني ولا يزرع بعد الوقت أو الرجوع فإن فعل شيئاً من ذلك لزمه قلع غرسه وبناءه وحكمه حكم الناصب في ذلك لقول النبي ﷺ « ليس لمروق ظالم حق » وعليه أجر ما استوفاه من نفع الأرض على وجه المدوان ويلزمه القلع وتسوية الحفر ونقص الأرض وسائر أحكام النصب لأنه عدوان .

(فصل) فإن أعاره شيئاً لينتفع به انتفاعاً يلزم من الرجوع في العارية في أمانته ضرر بالمستعير لم يجز له الرجوع لأن الرجوع يضر بالمستعير فلم يجز له الاضرار به ، مثل أن يعبره لوحاً يرفع به سفينه فرقعها به ولجج بها في البحر لم يجز الرجوع مادامت في البحر وله الرجوع قبل دخولها في البحر وبعد الخروج منه لعدم الضرر فيه ، وإن أعاره أرضاً ليدفن فيها فله الرجوع ما لم يدفن فيها ، فإذا دفن لم يكن له الرجوع ما لم ييل الميت ، وإن أعاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه جاز كما تجوز إجارة الأرض للبناء والفراس وله الرجوع ما لم يضمه وبعد وضعه ما لم ين عليه لأنه لا ضرر فيه ، فإن بنى عليه لم يجز الرجوع لما في ذلك من هدم البناء ، وإن قال أنا أدفع اليك ارش ما نقص بالقلع لم يلزم المستعير ذلك لأنه إذا قلعه انقلع ما في ملك المستعير منه ولا يجب على المستعير قلع شيء من ملكه بضمان القيمة وإن انهدم الحائط وزال الخشب عنه أو أزاله المستعير باختياره لم يملك إعادته سواء بنى الحائط

ولنا أنه أعاره ليقضي منه حاجته فلم يكن ضامناً كسائر العواري وإعابته استحق بالعارية النفع المأذون فيه وما عداه من النفع فهو لملك العين .

(مسألة) (والعارية مضمونة بقيمتها يوم التلف وإن شرط قمي ضامناً سواء تعدى المستعير فيها أو لم يعد) روى ذلك عن ابن عباس وأبي هريرة وهو قول الشافعي وإسحاق ، وقال الحسن والثوري والشعبي وعمر بن عبد العزيز والثوري وأبو حنيفة ومالك والاوزاعي وابن شبرمة : هي أمانة لا يجب ضمانها إلا بالتعدي لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ليس على المستعير غير المثل ضمان » ولأنه قبضها بأذن مالكها فكانت أمانة كالوديعة ، قالوا وقول النبي صلى الله عليه وسلم « العارية مؤداة » يدل على أنه أمانة لقول الله تعالى (إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها) .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث صفوان بن يحيى « وروى الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن غريب ولأنه أخذ ملك غيره لنفع نفعه منفرداً بنفعه من غير استحقاق ولا إذن في الاتلاف فكان مضموناً كالغصوب والمأخوذ على وجه السوم وحديثهم يرويه عمر بن عبد الحيار عن عبيد بن حسان عن عمرو بن شعيب وعمر وعبيد ضعيفان قاله الدارقطني ويحتمل أنه أراد ضمان المنافع والأجر وقياسهم منقوض بالمقبوض على وجه السوم .

بآلته أو غيرها لان العارية لا تلزم وإنما امتنع الرجوع قبل انهدامه لما فيه من الضرر بالمستعير بإزالة المأذون في وضعه وقد زال ذلك وكذلك إذا سقط الحسب والحائط بحاله ، وإن أعاره أرضاً لزراعة شيء فله الرجوع ما لم يزرع فاذا زرع لم يملك الرجوع فيها إلى أن ينتهي الزرع فإن بذل له قيمة الزرع ليجامك لم يكن له ذلك نص عليه احمد لان له وقتاً ينتهي اليه فان كان مما يحدد فصيلاً فله الرجوع في وقت امكان حصاده لعدم الضرر فيه وإن لم يكن كذلك لم يكن له الرجوع حتى ينتهي ، وإن أذن له في البناء والفراس فيها فله الرجوع قبل قلعه فاذا غرس ونى فللمالك الرجوع فيما بين الفراس والبناء لانه لم يتعلق به ملك المستعير ولا ضرر عليه في الرجوع منه فأشبهه ما لو لم يبن في الارض شيئاً ولم يفرس فيها ثم إن اختار المستعير أخذ بنائه وغراسه فله ذلك لانه ملكه فلك نقله ولا يلزمه تسوية الحفر ، ذكره القاضي ، لان المستعير رضي بذلك حيث أعاره مع علمه بان له قلع غرسه ، ويحتمل أن عليه تسوية الحفر لان القلع باختياره فانه لو امتنع منه لم يجبر عليه فلزمه تسوية الحفر كما لو خرب أرضه التي لم يستعرها ، وإن أبن القلع فبذل له المعير ما ينقص بالقلع أو قيمة غراسه وبنائه قائماً ليأخذ المعير أجبر المستعير عليه لانه رجوع في العارية من غير اضرار ، وإن قال المستعير أنا أدفع قيمة الأرض لتصير لي لم يكن له لان الفراس تابع والارض أصل ولذلك يتبعها الفراس والبناء في البيع ولا تتبعها وبهذا كله قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يطالب المستعير بالقلع من غير ضمان إلا أن يكون أعاره مدة معلومة فرجع فيها قبل انقضائها لان المعير لم يعره فكان عليه القلع كما لو شرطه عليه .

(فصل) وان شرط نفي الضمان لم يسقط وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة والمكبري يسقط قال أبو الخطاب أو ما إليه احمد وبه قال قتادة والمنبري لانه لو أذن في اتلافها لم يجب ضمانها فكذلك اذا اسقط عنه ضمانها وقيل بل مذهب قتادة والمنبري انها لا تضمن إلا أن يشترط ضمانها فيجب لقول النبي صلى الله عليه وسلم لصفوان « بل عارية مضمونة » .

ولنا ان كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط كالمقبوض يبيع صحيح أو فاسد وما اقتضى الامانة فكذلك كالوديعة والشركة والمضاربة والذي كان من النبي صلى الله عليه وسلم اخبار بصفة العارية وحكمها ، وفارق ما إذا أذن في الاتلاف فان الاتلاف فعل يصح فيه الاذن ويسقط حكمه إذ لا ينعقد موجباً للضمان مع الاذن فيه واسقاط الضمان هنا نفي للحكم مع وجود سببه وليس ذلك للمالك ولا يملك الاذن فيه (فصل) وتضمن بقيمتها يوم التلف إلا على الوجه الذي يجب فيه ضمان الاجزاء التالفة بالاتفاق المأذون فيه فانه يضمنها بقيمتها قبل تلف أجزائها ان كانت قيمتها حينئذ أكثر وان كانت أقل ضمنها بقيمتها يوم تلفها على الوجهين جميعاً ويضمنها بمثلها ان كانت مثلية .

(مسألة) (وكل ما كان أمانة لا يصير مضموناً بشرطه لان مقتضى العقد كونه أمانة فاذا شرط ضمانه فقد ألزم ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه كما لو اشترط ضمان الوديعة أو ضمان مال في يد

ولنا أنه بني وغرس باذن المعير من غير شرط القلع فلم يلزمه القلع من غير ضمان كما لو طالبه قبل انقضاء الوقت وقولهم لم يعره ممنوع فان الغراس والبناء يراد للتبعية وتقدير المدة ينصرف إلى ابتدائه كأنه قال له : لا تغرس بعد هذه المدة فان امتنع المعير من دفع القيمة وارش النقص وامتنع المستعير من القلع ودفع الاجرة لم يعلق لان الاعارة تقتضي الانتفاع من غير ضمان والاذن فيما يبقى على الدوام وتضر إزالته رضا بالبقاء وقول النبي صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق » يدل بمفهومه على أن العرق الذي ليس بظالم له حق فمعد ذلك ان اتفقا على البيع بيعت الارض بغراسها ودفع إلى كل واحد منهما قدر حقه فيقال كم قيمة الارض غير مغروسة ولا مبنية فاذا قيل عشرة قلنا ولم تساوي مغروسة ومبنية فان قالوا خمسة عشر قلنا فللمعير ثلثا الثمن وللمستعير ثلثه وان امتنع عن البيع بقيا على حالهما وللمعير دخول أرضه كيف شاء والانتفاع بها بما لا يضر الغراس والبناء ولا ينتفع بهما وليس لصاحب الغراس والبناء الدخول إلا لحاجة مثل السقي واصلاح الثمرة لان الاذن في الغراس اذن فيما يعود بصلاحه وأخذ عماره وسقيه وليس له دخولها للتخرج لأنه قد رجح في الاذن له ولكل واحد منهما بيع ما يختص به من الملك منفرداً فيكون للمشتري مثل ما كان لبائعه وقال بعض أصحاب الشافعي ليس للمستعير بيع الشجر لان ماله فيه غير مستقر بدليل أن المعير أخذه متى شاء بقيته فلنا عدم استقراره لا يمنع بيعه بدليل الشفص المشفوع والصدوق قبل الدخول ، وفي جميع هذه المسائل متى كان المعير

ماله وما كان مضموناً لا ينتفي ضمانه بشرطه لان مقتضى المقدم الضمان فاذا شرط نفي ضمانه لا ينتفي مع وجود سببه كما لو اشترط نفي ضمان ما يتعدى فيه وعن أحمد انه ذكر له ذلك فقال المؤمنون على شروطهم وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه والاول ظاهر المذهب لما ذكرناه
(مسئلة) (وان تلفت أجزاءها بالاستعمال كخمل المنشفة فعل وجبين)

وجملة ذلك ان المستعير اذا انتفع بالعارية ثم ردها على صفتها فلا شيء عليه لان المنافع مأذون في اتلافها فلا يجب عوضها وان تلف شيء من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال ضمنه لان ما تضمنه جملته تضمن أجزاؤه كالمفصوب فأما أجزاؤها التي تذهب بالاستعمال كخمل المنشفة والقطيفة ففيه وجهان (أحدهما) يجب ضمانه لأنه أجزاء عين مضمونة فوجب ضمانها كالمفصوب ولأنها أجزاء يجب ضمانها لو تلفت العين قبل استعمالها فتضمن إذا تلفت وحدها كالأجزاء التي لا تتلف بالاستعمال (والثاني) لا يضمنها وبه قال الشافعي لان الاذن في الاستعمال تضمنه فلا يجب ضمانه كالمنافع وكما لو أذن في إتلافها صريحاً وفارق ما إذا تلفت العين قبل استعمالها لأنه لا يمكن تمييزها من العين ولأنه إنما أذن في إتلافها على وجه الانتفاع فاذا تلفت قبل ذلك فقد قامت على غير الوجه الذي أذن فيه فضمنها كما لو أجز العين المستارة فانه يضمن منافعها فان قلنا لا يضمن الأجزاء تلفت العين بعد ذهابها بالاستعمال قومت حال التلف لان الأجزاء التالفة تلفت غير مضمونة لكونها مأذوناً في إتلافها فلا يجوز تقويمها عليه وان قلنا تضمن الأجزاء قومت العين قبل

شرط على المستعير القلع عند رجوعه ورد العارية غير مشغولة لزمه ذلك، لان المسلمين على شروطهم ولان العارية مقيدة غير مطلقة فلم تتناول ما عدا المقيد لان المستعير دخل في العارية راضياً بالتزام الضرر الداخل عليه بالقلع وليس على صاحب الارض ضمان نقصه ولا نعلم في هذا خلافاً، واما تسوية الحفر الحاصلة بالقلع فان كانت مشروطة عليه لزمه لما ذكرنا وإلا لم يلزم لانه رضي بضرر القلع من الحفر ونحوه حيث اشترط القلع ولم يذكر أصحابنا على المستعير أجراً في شيء من هذه المسائل إلا فيما إذا استعار أرضاً للزراعة فزرعها ثم رجع المبر فيها قبل كمال الزرع فان عليه أجر مثله من حين رجع المبر لان الاصل جواز الرجوع وإنما منع من القلع لما فيه من الضرر ففي دفع الاجر جمع بين الحقيقين فيخرج في سائر المسائل مثل هذا لوجود هذا المعنى فيه ويحتمل أن لا يجب الاجر في شيء من المواضع لأن حكم العارية باق فيه لكونها صارت لازمة للضرر اللاحق بفسخها والاعارة تقتضي الاتفاع بغير عوض .

(فصل) واذا استعار دابة ليركها جاز لان اجارتهما لذلك جائزة والاعارة أوسع لجوازها فيما لا يجوز اجارته مثل اعارة الكلب للصيد فان استعارها إلى موضع فجازته فقد تعدى وعليه الاجرة للزيادة خاصة فاذا استعارها الى طبرية فتجاوز إلى القدس فمليه أجر ما بين طبرية والقدس خاصة

تلف أجزائها فان تلفت الاجزاء باستعمال غير مأذون فيه كمن استعار ثوبا ليلبسه فحمل فيه ثوباً فانه يضمن نقصه ومنافعه لانه تلف بتعديده وان تلفت بغير تعدد منه ولا استعمال كتلفها بمرور الزمان الطويل عليها ووقوع نار فيها ضمن ما تلف بالنار ونحوها لانه تلف لم يتضمنه الاستعمال المأذون فيه فهو كتلفها بفعل لم يأذن فيه وما تلف بطول الزمان كالذي تلف بالاستعمال لانه تلف بالامساك المأذون فيه فأشبهه تلفه بالفعل المأذون فيه

(فصل) ولا يجب ضمان ولد العارية في احد الوجهين لانه لم يدخل في الاعارة فلم يدخل في الضمان ولا فائدة للمستعير فيه أشبه الوديعة ويضمن في الآخر لانه ولد عين مضمونة أشبه ولد المنصوبة والاول أصح فان ولد المنصوبة لا يضمن اذا لم يكن مفصوبا وكذلك العارية اذا لم يؤخذ مع أمه (مسألة) (وليس للمستعير أن يعبر) وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وفي الآخر له ذلك وهو قول أبي حنيفة لانه يملكه على حسب مملكته فجاز كاجارة المستأجر ويحتمل ان يكون مذهبا لاحد في العارية المؤقتة بناء على كونه اذا أعاره أرضه سنة ليبنى فيها لم يحل الرجوع قبل السنة لانه قد ملك المنفعة فجازت له اعارتها كالمستأجر بعقد لازم وحكاه صاحب المجرى قولاً لاحد ، وقال أصحاب الرأي اذا استعار ثوبا ليلبسه فأعطاه غيره فلبسه فهو ضامن وان لم يسم من يلبسه فلا ضمان عليه وقال مالك اذا لم يعمل بها إلا الذي كان يعمل الذي اعيرها فلا ضمان عليه

ولنا ان العارية لإباحة المنفعة فلا يجوز أن يبيحها غيره كما إباحة الطعام وفارق الاجارة فانه ملك

وان اختلفا فقال المالك أعتكها إلى طبرية وقال المستعير أعتتها إلى القدس فالقول قول المالك وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك إن كان يشبه ما قال المستعير فالقول قوله وعليه الضمان ولنا أن المالك مدعى عليه فكان القول قوله لقول النبي ﷺ « إكن العين على المدعى عليه »

(فصل) ومن استعار شيئاً فاتفق به ثم ظهر مستحقاً فلما لكا أجر مثله يطالب به من شاء منها فان ضمن المستعير رجع على المعير بما غرم لانه غرمه بذلك وغرمه لانه دخل على أن لا أجر له وإن رجع على المعير لم يرجع على أحد فان الضمان استقر عليه، قال أحمد في قصار دفع ثوبا إلى غير صاحبه فلبسه فالضمان على القصار دون اللابس وان تلف فالقيمة تستقر على المستعير لانه دخل على أن العين مضمونة عليه فان ضمن المعير رجع على المستعير وان ضمن المستعير لم يرجع على أحد لان الضمان استقر عليه، وان نقصت العين بالاستعمال انبني على ضمان النقص فان قلنا هو على المستعير فحكمه حكم القيمة وان قلنا هو على المعير فهو كالأجر على ما بيناه

(فصل) اذا حمل السيل بذر رجل من أرض إلى أرض غيره فثبت فيها له بيجر على قلعه وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين بيجر على ذلك اذا طالبه رب الأرض به لان ملكه حصل في ملك غيره بغير إذنه فأشبهه ما لو انتشرت أغصان شجرته في هواء ملك جاره. ولنا أن قلعه اتلاف للمالك على مالكه ولم يوجد منه تقربط ولا يدوم ضرره فلا يجبر على ذلك كما لو حصلت دابته في دار غيره على وجه لا يمكن خروجها الا بقلع الباب أو قتلها فالتا لا يجبره على قتلها، ويفارق أغصان الشجرة فانه يدوم ضرره

الاتفاع على كل وجه فلك ان يملكها وفي العارية لم يملكها إنما ملك استيفاءها على وجه ما أذن فيه فأشبهه من أيسح له أكل الطعام. فعلى هذا ان أعار فللمالك الرجوع بأجر المثل وله ان يطالب من شاء منها لان الاول سلط غيره على أخذ مال غيره بغير إذنه والثاني استوفاه بغير إذنه فان ضمن الاول رجع على الثاني لان الاستيفاء حصل منه فاستقر الضمان عليه وان ضمن الثاني لم يرجع على الاول إلا أن يكون الثاني لم يعلم بحقيقة الحال فيحتمل ان يستقر الضمان على الاول لانه غر الثاني ودفع إليه العين على أنه يستوفي منافها بغير عوض

(مسئلة) (وان تلفت عند الثاني فللمالك تضمين أبيها شاء)

لما ذكرنا ويستقر الضمان على الثاني بكل حال لانه قبضها على أنها مضمونة عليه فان ضمن الاول رجع الاول على الثاني ولا يرجع الثاني ان ضمنه على أحد.

(مسئلة) (وعلى المستعير مؤونة رد العارية)

لقول النبي ﷺ « العارية مؤداة » وقوله « على اليد ما أخذت حتى ترده » قال الترمذي هذا حديث حسن، ويجب ردها إلى المعير أو الوكيل في قبضها ويرأ بذلك من ضمانها وان ردها إلى المكان الذي أخذها منه أو إلى ملك صاحبها لم يبرأ من ضمانها وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يبرأ لأنها صارت كالمقبوضة فان رد العاري في العادة يكون إلى املاك اربابها فيكون مأذوناً فيه عادة.

ولا يعرف قدر ما يشغل من الهواء فيؤدي أجره . اذا ثبت هذا فانه يقر في الارض الى حين حصاده باجر مثله وقال القاضي ليس عليه أجر لانه حصل في أرض غيره بغير تفريطه فأشبهه ما لو باتت دابته في أرض انسان بغير تفريطه وهذا بعيد لان الزامه ببقية زرع ما أذن فيه في أرضه بغير أجر ولا انتفاع لإضرار به وشغل للملك بغير اختياره من غير عوض فلم يجوز كما لو أراد ابقاء بهيمته في دار غيره عاما ، ويفارق مبيتها لان ذلك لا يجبر المالك عليه ولا يمنع من اخراجها فاذا تركها اختياراً منه كان راضياً به بخلاف مسئلتنا ، ويكون الزرع للمالك البذر لانه من عين ماله ويحتمل أن يكون حكم هذا الزرع حكم زرع الغاصب على ما سنذكره لانه حصل في أرضه بغير اذنه فأشبهه ما لو زرعه ماله والاول أولى لان هذا بغير عدوان وقد أمكن جبر حق مالك الارض بدفع الاجر اليه ، وان أحب ماله قلمه فله ذلك وعليه تسوية الحفر وما نقصت الارض لانه أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه فأشبهه المستعير ، وأما ان كان السيل حمل نوى فثبت شجراً في أرض غيره كالزيتون والتخيل ونحوه فهو للمالك النوى لانه من ثمار ملكه فهو كالزرع ويجبر على قلمه ههنا لان ضرره يدوم فأجبر على ازالته كاعصان الشجرة المنتشرة في هواء ملك غير مالكا وان حمل السيل أرضاً بشجرها فثبت في أرض آخر كما كانت فهي مالكا يجبر على ازالتها كما ذكرنا ، وفي كل ذلك اذا ترك صاحب الارض المنتقلة أو الشجر أو الزرع ذلك لصاحب الارض التي انتقل اليها لم يلزمه نقله ولا اجر ولا غير ذلك لانه حصل بغير تفريطه ولا عدوانه وكانت الخيرة الى صاحب الارض المشغولة به ان شاء اخذته لنفسه وان شاء قلمه

ولنا انه لم يردا الى مالكا ولا نائبه فيها فلم يبرأ منها كما لو دفعها الى اجنبي وما ذكره يطال بالسارق اذا رد المسروق الى الحرز ولا نسلم ان العادة ما ذكر
(مسئلة) (وان رد الدابة الى اصطلب المالك أو غلامه لم يبرأ الا بردها الى من جرت عادته بجزيان ذلك على يده كالسائس ونحوه)

قد ذكرنا في المسئلة قبلها الا ردها الى المكان الذي أخذها منه ، وان ردها الى زوجته المتصرفه في ماله أو رد الدابة الى سائسها فقال القاضي يبرأ في قياس المذهب لان احمد قال في الوديعة اذا سلمها الى امرأته لم يضمها لانه مأذون في ذلك أشبه ما لو أذن فيه نطقاً
(فصل) ومن استعار شيئاً فانتفع به ثم ظهر مستحقاً فلما كره أجر مثله يطالب به من شاء منها فان ضمن المستعير رجح على المعير بما غرم لانه غرمه بذلك وغرمه لانه دخل عن انه لا أجره عليه وان ضمن المعير لم يرجح على أحد لان الضمان استقر عليه قال احمد في قصار دفع ثوباً الى غير صاحبه فلبسه فالضمان على القصار دون اللابس وسنذكره في النصب ان شاء الله تعالى .

(فصل) وان اختلفا فقال أجرتك قال بل أعرتني عقيب العقد والبيمة قائمة فالقول قول الراكب اذا اختلف رب الدابة والراكب فقال الراكب هي عارية وقال المالك أكرمتكها

(فصل) واذا اختلف رب الدابة وراكبها فقال الراكب هي عارية وقال المالك بل اكرتيتها فان كانت الدابة باقية لم تنقص لم يخل من ان يكون الاختلاف عقيب العقد او بعد مضي مدة لئلا اجبر فان كان عقيب العقد فالقول قول الراكب لان الاصل عدم عقد الاجارة وبراءة ذمة الراكب منها فيحلف ويرد الدابة الى مالكها الاطارية وكذلك ان ادعى المالك انها عارية وقال الراكب بل اكرتيتها فالقول قول المالك مع يمينه لما ذكرنا ، وان كان الاختلاف بعد مضي مدة لئلا اجبر فادعى المالك الاجارة فالقول قوله مع يمينه وحكي ذلك عن مالك وقال اصحاب الرأي القول قول الراكب وهو منصوص الشافعي لانها اتفقا على تلف المنافع على ملك الراكب وادعى المالك عوضاً لها والاصل عدم وجوبه وبراءة ذمة الراكب منه فكان القول قوله . ولنا انهما اختلفا في كيفية انتقال المنافع الى ملك الراكب فكان القول قول المالك كالمختلف في عين فقال المالك بتسكها وقال الآخر وهبتها ولان المنافع تجري مجرى الاعيان في الملك والعقد عاينها ولو اختلفا في الاعيان كان القول قول المالك كذا هنا وما ذكره يبطل بهذه المسئلة ولانها اتفقا على أن المنافع لا تنتقل الى الراكب الا بنقل المالك لها فيكون القول قوله في كيفية الانتقال كالاعيان فيحلف المالك ويستحق الاجر وفي قدره وجهان (أحدهما) أجر المثل لانها لو اتفقا على وجوبه واختلفا في قدره وجب أجر المثل فع الاختلاف في أصله أولى (والثاني) المسمى لانه وجب بقول المالك ويمينه فوجب ما حلف عليه كالاصل ، وان كان اختلافهما في أثناء المدة فالقول قول الراكب فيما مضى منها والقول قول المستعير فيما بقي لان ما بقي بمنزلة ما لو اختلفا عقيب العقد وان ادعى المالك في هذه الصورة انها عارية وادعى الراكب انها بأجر فالراكب يدعي استحقاق المنافع

وكانت الدابة باقية لم تنقص وكان الاختلاف عقيب العقد فالقول قول الراكب مع يمينه لان الاصل براءة ذمته منها لان الاصل عدم عقد الاجارة ويرد الدابة الى مالكها وكذلك اذا ادعى المالك انها عارية وقال الراكب قد اكرتيتها فالقول قول المالك مع يمينه لما ذكرنا

(مسئلة) (وان كان بعد مضي مدة لها اجرة فالقول قول المالك فيما مضى من المدة دون ما بقي منها) حكى ذلك عن مالك وقال اصحاب الرأي القول قول الراكب وهو منصوص الشافعي لانها اتفقا على تلف المنافع على ملك الراكب وادعى المالك عوضاً لها والاصل عدم وجوبه وبراءة ذمة الراكب منه . ولنا انها اختلفا في كيفية انتقال المنافع الى ملك الراكب فكان القول قول المالك كالمختلف في عين فقال المالك بتسكها وقال الآخر وهبتها ولان المنافع تجري مجرى الاعيان في الملك والعقد عاينها ولو اختلفا في الاعيان كان القول قول المالك كذا هنا وما ذكره يبطل بهذه المسئلة ولانها اتفقا على أن المنافع لا تنتقل الى الراكب الا بنقل المالك لها فيكون القول قوله في كيفية الانتقال كالاعيان فيحلف المالك ويستحق الاجر (مسئلة) (وهل يستحق أجر المثل أو المدعى اذا زاد عليها على وجهين)

(أحدهما) أجر المثل لانها لو اتفقا على وجوبه واختلفا في قدره وجب أجر المثل فع الاختلاف في أصله أولى (والثاني) المسمى لانه وجب بقول المالك ويمينه فوجب ما حلف عليه كالاصل والاول أوضح لان الاجارة لا تثبت بدعوى المالك بغير يمينه وانما يستحق بدل المنفعة وهو أجر المثل وقيل يلزمه أقل الامرين لانه ان كان المسمى أقل فقد رضي به وان كان أكثر فليس له الأجر المثل لان الاجارة لم تثبت وانما يكون القول قول المالك اذا اختلفا في أثناء المدة فيما مضى منها وانما بقي فالقول قول المستعير لان ما بقي بمنزلة ما لو اختلفا

ويعترف بالاجر للمالك والمالك ينكر ذلك كله فالقول قوله مع يمينه فيحلف ويأخذ بهيمته ، وان اختلفا في ذلك بعد تلف البهيمه قبل مضي مدة لئنها أجر فالقول قول المالك سواء ادعى الاجارة أو الاعارة لانه ان ادعى الاجارة فهو معترف للراكب ببراءة ذمته من ضمانها فيقبل اقراره على نفسه وان ادعى الاعارة فهو يدعي قيمتها فالقول قوله لانهما اختلفا في صفة القبض والاصل فيما يقبضه الانسان من مال غيره الضمان لقول النبي ﷺ « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » فاذا حلف المالك استحق القيمة والقول في قدرها قول الراكب مع يمينه لانه ينكر الزيادة المختلف فيها والاصل عدما ، وان اختلفا في ذلك بعد مضي مدة لئها أجر و تلف البهيمه وكان الاجر بقدر قيمتها أو كان ما يدعيه المالك منها أقل مما يعترف به الراكب فالقول قول المالك بغير يمين سواء ادعى الاجارة أو الاعارة إذ لا فائدة في اليمين على شيء يعترف له به ويحتمل ان لا يأخذه الا يمين لانه يدعي شيئاً لا يصدق فيه ويعترف له الراكب بما لا يدعيه فيحلف على ما يدعيه ، وان كان ما يدعيه المالك اكثر مثل ان كانت قيمة البهيمه اكثر من أجرها فادعى المالك أنها عارية لتجب له القيمة وأنكر استحقاق الاجرة وادعى الراكب أنها مكتراة أو كان الكراء اكثر من قيمتها فادعى المالك أنه أجرها ليجب له الكراء وادعى الراكب أنها عارية فالقول قول المالك في الصورتين لما قدمنا فاذا حلف استحق ما حلف عليه ومذهب الشافعي في هذا كله نحو ما ذكرنا .

(فصل) وان قال المالك غصبها وقال الراكب بل أعرتنيها فان كان الاختلاف عقيب العقد والداية قاعة لم يتلف منها شيء فلا معنى للاختلاف ويأخذ المالك بهيمته وكذلك ان كانت الداية تالفة لان

عقيب العقد وان ادعى المالك في هذه الصورة أنها عارية وادعى الآخر باجرة فهو يدعي استحقاق المنافع ويعترف بالاجر للمالك والمالك ينكر ذلك كله فالقول قوله مع يمينه فيحلف ويأخذ بهيمته (مسئلة) (وان اختلفا بعد تلف الداية فقال المالك اعرتك وقال الراكب بل أجررتي فالقول قول المالك اذا كان قبل مضي مدة لها اجرة) سواء ادعى الاجارة أو العارية لانه ان ادعى الاجارة فهو معترف للراكب ببراءة ذمته من ضمانها فيقبل اقراره على نفسه ، وان ادعى الاعارة فهو يدعي قيمتها والقول قوله لانهما اختلفا في صفة القبض والاصل فيما يقبضه الانسان من مال غيره الضمان لقول النبي صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى ترده » حديث حسن واذا حلف المالك استحق القيمة والقول في قدرها قول الراكب مع يمينه لانه منكر للزيادة المختلف فيها والاصل عدما ، وان اختلفا في ذلك بعد مضي مدة لها اجرة والبهيمه تالفة وكان الاجر بقدر قيمتها أو كان ما يدعيه المالك أقل مما يعترف به الراكب فالقول قول المالك بغير يمين سواء ادعى الاجارة أو الاعارة إذ لا فائدة في اليمين على شيء يعترف له به خصمه ويحتمل أن لا يأخذه الا يمين لانه يدعي شيئاً لا يصدق فيه ويعترف له خصمه بما لا يدعيه فيحلف على ما يدعيه وان كان ما يدعيه المالك أكثر بأن تكون قيمة الداية

القيمة تجب على المستعير كوجوبها على الناصب ، وان كان الاختلاف بمد مضي مدة لثلثها أجر
فالاختلاف في وجوبه والقول قول المالك ، وهذا ظاهر قول الشافعي ونقل المزني عنه أن القول
قول الراكب لان المالك بدعي عليه عوضاً الاصل براءة ذمته منه ولان الظاهر من اليد أنها بحق
فكان القول قول صاحبها

ولنا ما قدمنا في الفصل الذي قبل هذا بل هذا أولى لانهما ثم اتفقا على ان المنافع ملك للراكب
وهنا لم يتفقا على ذلك فان المالك ينكر انتقال الملك فيها الى الراكب والراكب يدعيه والقول قول
المنكر لان الاصل عدم الانتقال فيحلف ويستحق الاجر ، وان قال المالك غضبها وقال الراكب
أجرتنيها فالاختلاف هنا في وجوب القيمة لان الاجر يجب في الموضعين الا ان يختلف المسمى وأجر
المثل والقول قول المالك مع يمينه فان كانت الدابة تالفة عقيب أخذها حلف وأخذ قيمتها وان كانت قد
بقيت مدة لثلثها أجر والمسمى بقدر أجر المثل أخذه المالك لاتفاقها على استحقاقه وكذلك
ان كان أجر المثل دون المسمى وفي اليمين وجهان وان كان زائداً على المسمى لم يستحقه الايمين وجهاً واحداً

أكثر من أجرها فادعى المالك أنها غاربية لتجب له القيمة وأنكر استحقاق الاحر وادعى الراكب
انها مكتراة أو كان الكراء أكثر من قيمتها فادعى المالك أنه أجرها ليجب له الكراء وادعى الراكب
أنها غاربية فالقول قول المالك في الامورين لما قدمنا فاذا حلف استحقق ما حلف عليه ومذهب
الشافعي في هذا كله نحو ما ذكرنا

(مسئلة) (وان قال أجرتني أو أعرتني قال بل غضبتي فالقول قول المالك وقيل قول الناصب)
اذا كان الاختلاف عقيب المقد والدابة قائمة لم تنقص فلا معنى للاختلاف وبأخذ المالك دابته وكذلك
ان كانت الدابة تالفة وادعى الراكب اطارة لان القيمة تجب على المستعير كوجوبها على الناصب ، وان
كان الاختلاف بمد مضي مدة لها أجره فالاختلاف في وجوبه والقول قول المالك وهذا ظاهر قول
الشافعي ونقل المزني عنه أن القول قول الراكب وذكره بعض أصحابنا لان المالك بدعي عليه عوضاً
الاصل براءة ذمته منه ولان الظاهر من اليد أنها لحق فكان القول قول صاحبها

ولنا ما قدمنا في المسئلة التي قبلها بل هذا أولى لانهما ثم اتفقا على أن المنافع ملك للراكب وهنا
لم يتفقا على ذلك فان المالك ينكر انتقال الملك فيها الى الراكب والراكب يدعيه والقول قول المنكر
لان الاصل عدم الانتقال فيحلف ويستحق الاجر ، فان قال المالك غضبها وقال الراكب أجرتنيها
فالاختلاف هنا في وجوب القيمة لان الاجر يجب في الموضعين الا أن يختلف المسمى وأجر المثل
فالقول قول المالك مع يمينه في وجوب القيمة فان كانت الدابة تالفة عقيب أخذها حلف وأخذ قيمتها
وان كانت قد بقيت مدة لثلثها أجر والمسمى بقدر أجر المثل أخذه المالك لاتفاقها على استحقاقه
وكذلك ان كان أجر المثل دون المسمى وفي اليمين وجهان وان كان زائداً عن المسمى لم يستحقه
الا باليمين وجهاً واحداً والله أعلم

كتاب الغصب

الغصب هو الاستيلاء على مال غيره بغير حق، وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع: أما الكتاب فقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقوله تعالى (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون) وقوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا) والسرقه نوع من الغصب، وأما السنة فروى جابر أن رسول الله ﷺ قال في خطبته يوم النحر «إن دماءكم وأموالكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا» رواه مسلم وغيره وعن سعيد بن زيد قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «من أخذ شبراً من الأرض ظلماً طوفه من سبع أرضين» متفق عليه وروى أبو حرة الرقاشي عن عمه وعمرو بن يثرب عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه» رواه أبو اسحاق الجوزجاني وأجمع المسلمون على تحريم الغصب في الجملة وإنما اختلفوا في فروع منه. إذا ثبت هذا فن غصب شيئاً لزمه رده ما كان باقياً بغير خلاف لعلمه لقول النبي صلى الله عليه وسلم «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» ولأن حق

كتاب الغصب

وهو الاستيلاء على مال الغير قهراً بغير حق، وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع: أما الكتاب فقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقوله تعالى (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون) وأما السنة فروى جابر أن رسول الله ﷺ قال في خطبته يوم النحر «إن دماءكم وأموالكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا» رواه مسلم وغيره، وعن سعيد بن زيد قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «من أخذ شبراً من الأرض ظلماً طوفه من سبع أرضين» متفق عليه، وروى أبو حرة الرقاشي عن عمه وعمرو بن يثرب عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه» رواه الجوزجاني، وأجمع المسلمون على تحريم الغصب في الجملة وإنما اختلفوا في فروع منه نذكرها إن شاء الله تعالى

(مسئلة) (وتضمن أم الولد والعقار بالغصب) وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد وقال أبو

حنيفة لا يضمن لأن أم الولد لا تجري مجرى المال بدليل أنه لا يتعلق بها حق النهر فأشبهت الحر

ولنا أنها تضمن بالقيمة فضمنت بالغصب كالقن ولأنها مملوكة أشبهت المدبرة وفارقت الحررة فلها

لبست مملوكة ولا تضمن بالقيمة

المغصوب منه معلق بعين ماله وماليته ولا يتحقق ذلك إلا برده فان تلف في يده لزمه بدله لقول الله تعالى (فن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ولانه لما تعذر رد العين وجب رد ما يقوم مقامها في المالية، ثم ينظر فان كان مما تماثل أجزاءه وتفاوت صفاته كالجوب والادهان وجب مثله لان المثل أقرب اليه من القيمة وهو مماثل له من طريق الصورة والمشاهدة والمعنى، والقيمة مماثلة من طريق الظن والاجتهاد فكان ما طريقه المشاهدة مقدما كما يقدم النص على القياس لكون النص طريقه الادراك بالسبع والقياس طريقة الظن والاجتهاد، وإن كان غير متقارب الصفات وهو ما عدا المكيل والموزون وجبت قيمته في قول الجماعة وحكي عن العنبري يجب في كل شيء مثله لما روت جصرة بنت دجاجة عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت ما رأيت ضائماً مثل حفصة صنعت طعاماً فبعثت به إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأخذني الأفكل فكسرت الاناء فقلت يا رسول الله ما كفارة ما صنعت؟ فقال اناء مثل الاناء وطعام مثل الطعام، رواه أبو داود، وعن أنس أن إحدى نساء النبي صلى الله عليه وسلم كسرت قصعة الاخرى فدفع النبي صلى الله عليه وسلم قصعة الكاسرة الى رسول صاحبة المكسورة

(مسئلة) (ويضمن العقار بالغصب ويتصور غصب الاراضي والدور ويجب ضمانه على غاصبه) هذا ظاهر مذهب أحدوهو المتصوص عند أصحابه وبه قال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن وروى ابن منصور عن أحمد فيمن غصب أرضاً فزرعها ثم أصابها غرق من الغاصب غرم قيمة الارض وان كان شيئاً من السماء لم يكن عليه شيء فظاهر هذا أنها لا تضمن بالغصب وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يتصور غصبها ولا تضمن بالغصب فان أتلها ضمنها بالاتلاف لانه لم يوجد فيها الثقل والتحويل فلم يرضونها كما لو حال بينه وبين متاعه فتلف المتاع ولان الغصب اثبات اليد على المال عدواناً على وجه ول به يد المالك ولا يمكن ذلك في العقار

ولنا قوله عليه السلام «من ظلم شبراً من الارض طوقه يوم القيمة من سبع أرضين» متفق على معناه وفي لفظ «من غصب شبراً من الارض» فاخبر النبي صلى الله عليه وسلم أنه يغصب ويظلم فيه ولان ما ضمن في البيع وجب ضمانه في الغصب كالمقول ولانه يمكن الاستيلاء عليه على وجه يحول بينه وبين مالكة مثل أن يسكن الدار ويمنع مالكة من دخولها فأشبهه ما لو أخذ الدابة والمتاع، وأما اذا حال بينه وبين متاعه واستولى على ماله فظايرها هنا أن يجبس المالك ولا يستولي على داره، وأما ما تلف من الارض بفعله أو بسبب فعله كهدم حيطانها وتغريقها أو كشط ترابها والقاء الحجارة فيها أو نقص يحصل بفراسه أو بنائه فيضمنه بغير خلاف بين العلماء لان هذا إتلاف والعقار يضمن بالاتلاف من غير خلاف .

(فصل) ولا يحصل الغصب من غير استيلاء فلو دخل أرض إنسان أو داره لم يضمنها بدخوله سواء دخلها باذنه أو غير إذنه وسواء كان صاحبها فيها أو لم يكن وقال أصحاب الشافعي ان دخلها بغير

وحبس المكسورة في بيته ، رواه أبو داود مطولاً ، ورواه الترمذي نحوه وقال حديث حسن صحيح
ولأن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بغيراً ورد مثله

ولنا ما روى عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركاً له في عبد قوم عليه
قيمة العدل متفق عليه فأمر بالتقويم في حصة الشريك لأنها متلفة بالعتق ولم يأمر بالمثل ولأن هذه
الاشياء لا تتساوى أجزاؤها وتباين صفاتها فالقيمة فيها اعدل وأقرب اليها فكانت أولى وأما الخبر فمحمول
على أنه يجوز ذلك بالتراضي وقد علم أنها ترضى بذلك

(فصل) وما تماثل أجزاءه وتتقارب صفاته كالدرهم والدنانير والحبوب والادهان ضمن بمثله
بغير خلاف قال ابن عبد البر كل مطعوم من مأكول أو مشروب فجمع على أنه يجب على مستهلكه
مثله لا قيمته وأما سائر المكيل والموزون فظاهر كلام أحمد أنه يضمن بمثله أيضاً فإنه قال في رواية
حرب و إبراهيم بن هاني ما كان من الدراهم والدنانير وما يكال ويوزن فعليه مثله دون القيمة فظاهر
هذا وجوب المثل في كل مكيل وموزن إلا أن يكون مما فيه صناعة كعمول الحديد والنحاس والرصاص
من الاواني والآلات ونحوها والحلي من الذهب والفضة وشبهه والمنسوج من الحرير والكتان والقطن

أذنه ولم يكن صاحبها فيها ضمنها سواء قصد ذلك أو ظن أنها داره أو دار أذنه في دخولها لأن بد
الداخل تثبت عليها بذلك فيصير غاصباً فإن الغصب اثبات اليد العادية وهذا قد ثبتت يده بدليل أنه مالو
تمازوا في الدار ولا يئنه حكم بها لمن هو فيها دون الخارج منها

ولنا أنه غير مستول عليها فلم يضمنها كما لو دخلها بأذنه أو دخل صحراة له ولأنه إنما يضمن
بالغصب ما يضمنه في العارية وهذا لا تثبت به العارية ولا يجب به الضمان فيها فكذلك لا يثبت به
الغصب إذا كان بغير إذن .

(مسئلة) (وان غصب كلباً فيه ققع أو خمر ذمي لزمه ردّها)

إذا غصب كلباً يجوز اقتناؤه وجب رده لأنه يجوز الانتفاع به واقتناؤه فأشبه المال ، وان أتلفه لم
يضمنه وفيه اختلاف ذكر في البيع وهو مبني على جواز بيعه ، وان حبسه مدة لم يلزمه أجر لأنه لا يجوز
وان غصب خمر ذمي لزمه ردها لأنه يقر على شربها فان أتلفها لم يلزمه قيمتها سواء أتلفه مسلم أو ذمي
وسواء كان لمسلم أو ذمي نص عليه أحمد في رواية أبي الحارث في الرجل يهريق مسكراً لمسلم أو لذي فلا
ضمان عليه وكذلك الخنزير وهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك يجب ضمان الحمر والخنزير اذا
أتلفها على ذمي قال أبو حنيفة ان كان مسلماً بالقيمة وان كان ذمياً بالمثل لان عقد الذمة اذا عصم
عينا قومها كنفس الذمي وقد عصم خمر الذمي بدليل ان المسلم يمنع من اتلافها فيجب أن يقومها ولأنها مال
لهم يتمولونها لما روي عن عمر رضي الله عنه ان عاملة كتب اليه : ان أهل الذمة يمرون بالعائش ومعهم
الخنزور فكنت اليه عمر ولوم يبعها وخذوا منهم عشر ثمنها فاذا كانت مالا لهم وجب ضمانها كسائر أموالهم

والصوف والشعر والمغزول من ذلك فانه يضمن بقيمته لان الصناعة تؤثر في قيمته وهي مختلفة فالقيمة فيه أحصر فأشبه غير المكبل والموزون وذكر القاضي أن النقرة والسبيكة من الأثمان والذهب والرطب والكزبي يضمن بقيمته وظاهر كلام احمد يدل على ما قلنا وإنما خرج منه ما فيه الصناعة لما ذكرنا ويحتمل أن يضمن النقرة بقيمتها لتعذر وجود مثلها إلا بتكسير الدراهم المضروبة وسبكها وفيه إتلاف فعلى هذا ان كان المضمون بقيمته من جنس الأثمان وجبت قيمته من غالب نقد البلد فان كانت من غير جنسه وجبت بكل حال وان كانت من جنسه فكانت وزونه وجبت قيمته وان كانت أقل أو أكثر قوم بغير جنسه لثلا يؤدي الى الربا، وقال القاضي ان كانت فيه صناعة مباحة فزادت قيمته من أجلها جاز تقويمه بجنسه لان ذلك قيمته والصناعة لها قيمة وكذلك لو كسر الحلي وجب ارض كسره ويخالف البيع لان الصناعة لا يقابلها العوض في العقود ويقابلها في الأتلاف ألا ترى أنها لا تفرد بالعقد وتفرد بضمها بالأتلاف قال بعض أصحاب الشافعي هذا مذهب الشافعي وذكر بعضهم مثل القول الاول وهو الذي ذكره أبو الخطاب لان القيمة مأخوذة على سبيل العوض فالزيادة فيه ربا كالبيع وكالتقص وقد قال أحمد في رواية ابن منصور اذا كسر الحلي يصلحه أحب الي قال القاضي وهذا محمول على أنها تراخيا بذلك لأنه على طريق الوجوب وهذا فيما اذا كانت الصناعة مباحة فان كانت محرمة كالواقي وحلي الرجال لم يجز ضمائه بأكثر من وزنه وجهاً واحداً لان الصناعة لا قيمة لها شرعاً فهي كالمعدومة .

ولنا ما روى جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ألا ان الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والحزير والاصنام » متفق عليه وما حرم بيعه لا حرمة له لم يجب قيمته كالميتة ولان مالهم يكن مضموناً في حق المسلم لا يكون مضموناً في حق الذي كلفته، ولانها غير متقومة فلا تضمن كالميتة، ودليل أنها غير متقومة أنها غير متقومة في حق المسلم فكذلك في حق الذي فان محرماً ثبت في حقها وخطاب النواهي بتوجه اليها فثبت في حق احدهما ثبت في حق الآخر ولا نسلم أنها معصومة بل متى أظهرت حلت إراقتها ثم لو عصمها ما لزم تقومها فان نساء أهل الحرب وصبيانهم معصومون غير متقومين وقولهم إنها مال عندهم ينتقض بالبعد المرتد فانه مال عندهم، فاما حديث عمر فمحمول على أنه اراد ترك التعرض لهم وإنما أمر باخذ عشر أمانها لانهم اذا تبايعوا وتقابضوا حكمتنا لهم بالملك ولم تنقضه وتسميتها أماناً مجاز كما سمي الله تعالى عن يوسف نمتاً فقال (وشروه بثمان نحس)

(فصل) فان غصب من مسلم خيراً حرم ردها وجبت إراقتها لان أبا طلحة سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أيتام ورثوا خيراً فأمره بأراقتها، وان اتلفها او تلفت عنده لم يجب ضمها لما روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « ان الله اذا حرم شيئاً حرم ثمنه » ولان ما حرم الاتفاح به لم يجب ضمائه كالميتة والدم، فان امسكها حتى صارت خلا لزمه ردها لانها صارت خلا على حكم ملكه فلزمه ردها فان تلفت ضمها له لانها مال المنصوب منه تلف في يد الناصب، فان أراقتها

(الجزء الخامس) (٤٨) (المنفي والشرح الكبير)

(مسئلة) قال (ومن غصب أرضاً ففرسها أخذ بقلع غرسه وأجرتها الى وقت تسليمها ومقدار نقصانها ان كان نقصها الترس)

الكلام في هذه المسئلة في فصول (أحدها) انه يتصور غصب العقار من الاراضي والدور ويجب ضمانها على غاصبها هذا ظاهر مذهب احمد وهو المنصوص عن أصحابه وبه قال مالك والشافعي ومحمد ابن الحسن وروى ابن منصور عن احمد فيمن غصب أرضاً فزرعها ثم أصابها غرق من الفاصب غرم قيمة لارض وان كان شيئاً من السماء لم يكن عليه شيء، وظاهر هذا انها لا تضمن بالغصب وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يتصور غصبها ولا تضمن بالغصب وان اتلفها ضمنها بالانلاف لانه لا يوجد فيها النقل والتحريم فلم يضمنها كالمال بينه وبين متاعه فتلف المتاع ولا أن الغصب اثبات اليد على المال عدواناً على وجه زول به يد المالك ولا يمكن ذلك في العقار ولنا قول النبي ﷺ «من ظلم قيد شبر من الأرض طوقه يوم القيامة من سبع أرضين» رواه البخاري عن عائشة وفي لفظ «من غصب شبراً من الأرض» فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم أنه يغصب ويظلم فيه ولان ما ضمن في البيع وجب ضمانه في الغصب كالمقول ولأنه يمكن الاستيلاء عليه على وجه يحول بينه وبين مالكة مثل أن يسكن الدار ويمنع مالكة من دخولها فأشبهه ما لو أخذ الدابة والمتاع، وأما إذا حال بينه وبين متاعه فما استولى على ماله فنظيره هنا أن يجبس المالك ولا يستولي

لجميعها انسان فتخللت عنده رد الخلل لانه أخذها بعد اتلافها وزوال اليد عنها

(مسئلة) (وان غصب جلد ميتة فهل يجب رده؟ على وجهين) بناء على طهارته بالدباغ فمن قال بطهارته أوجب رده لانه يمكن اصلاحه فهو كالثوب التجس ومن قال لا يطهر لم يوجب رده لانه لا سبيل الى اصلاحه وان اتلفه او اتلف ميتة مجلدها لم يضمن لانه لا قيمة له بدليل انه لا يحمل يمه (مسئلة) (وان دبغه وقتنا بطهارته يلزمه رده كالحجر اذا تخلت ويحتمل أن لا يجب رده)

لانه صار مالا بفعله بخلاف الحجر وان قلنا لا يطهر لم يوجب رده لانه لا يباح الاتفاح به ويحتمل أن يجب رده اذا قلنا يباح الاتفاح به في اليابسات لانه نجس يباح الاتفاح به أشبه الكلب وكذلك قبل الدباغ

(مسئلة) (وان استولى على حر لم يضمنه بذلك)

لا يثبت الغصب فيما ليس بمال كالحرقه فانه لا يضمن بالغصب انما يضمن بالانلاف فان حبس حرأ فوات عنده لم يضمنه لانه ليس بمال إلا أن يكون صغيراً فقيه وجهان (أحدهما) لا يضمنه لانه حر أشبه الكبير وهذا مذهب الشافعي (والثاني) يضمنه لانه يمكن الاستيلاء عليه من غير ممانعة منه أشبه العبد الصغير، فان قلنا لا يضمنه فهل يضمن ثيابه وحليه؟ على وجهين (احدهما) لا يضمنه لانه تبع له وهو تحت يده أشبه ثياب الكبير (والثاني) يضمنه لانه استولى عليه أشبه ما لو كان منفرداً

(مسئلة) (وان استعمل الحر كرها فعليه أجرته لانه استوفى منافعه وهي متقومة فلزمه ضمانها

على داره وأما ماتلف من الأرض بفعله أو سبب فعله كدم حيطانها وتغريقها وكشط ترابها والقاء الحجارة فيها أو نقص يحصل بفرسه أو بنايته فيضمنه بغير اختلاف في المذهب ولا بين العلماء لأن هذا اتلاف والعقار يضمن بالاتلاف من غير اختلاف، ولا يحصل النصب من غير استيلاء فلو دخل أرض إنسان أو داره لم يضمنها بدخوله سواء دخلها باذنه أو غير اذنه وسواء كان صاحبها فيها أو لم يكن، وقال بعض أصحاب الشافعي إن دخلها بغير اذنه ولم يكن صاحبها فيها ضمنها سواء قصد ذلك أو ظن أنها داره أو دار أذن له في دخولها لأن يد الداخل ثبتت عليها ذلك فيصير خاصاً فإن النصب اثبات البد العادية وهذا قد ثبت بده بدليل أنها لو تنازعا في الدار ولا يثبت لها حكمها لمن هو فيها دون الخارج منها. ولنا أنه غير مستول عليها فلم يضمنها كما لو دخلها باذنه أو دخل صحراء ولأنه إنما يضمن بالنصب ما يضمنه في العارية وهذا لا يثبت به العارية ولا يجب به الضمان فيها فكذلك لا يثبت به النصب إذا كان بغير إذن (الفصل الثاني) أنه إذا غرس في أرض غيره بغير اذنه أو بنى فيها فطلب صاحب الأرض قلع غراسه أو بنايته لزم الغاصب ذلك ولا نعلم فيه خلافا لما روى سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «ليس لعرق ظالم حق» رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن وروى أبو داود وأبو عبيد في الحديث أنه قال فلقد أخبرني الذي حدثني هذا الحديث أن رجلا غرس في أرض رجل من

كمنافع العبد، وإن حبسه مدة مثلها أجرة ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه أجر تلك المدة لأنه فوت منفعة وهي مال يجوز أخذ العوض عنها فضمنت بالنصب كمنافع العبد (والثاني) لا يلزمه أجر تلك المدة لأنها تابعة لما لا يصح غصبه فأشبهت ثيابه إذا بليت عليه وأطرافه ولأنها تلفت تحت يديه فلم يجب ضمانها كما ذكرنا لو منعه العمل من غير حبس لم يضمن منافعه وجها واحداً لأنه لو فعل ذلك بالعبد لم يضمن منافعه فالحر أولى ولو حبس الحر وعليه ثياب لم يلزمه ضمانها لأنها تابعة لما لم يثبت البد عليه في النصب وهذا كله مذهب الشافعي

(فصل) ويلزمه رد المنصوب إن قدر على رده وإن غرم عليه أضاف قيمته إذا كان باقياً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «على اليد ما أخذت حتى ترده» رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن وروى عبد الله بن السائب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه لاجباً جاداً ومن أخذ عصاً أخيه فليردها» رواه أبو داود يعني أنه يقصد المزح مع صاحبه يأخذ متاعه وهو جاد في إدخال الثمن والفيظ عليه ولأنه أزال يد المالك عن ملكه بغير حق فليزمته إعادتها، وأجمع العلماء على وجوب رد المنصوب إذا كان بحاله لم يتغير ولم يشغل بغيره

(فصل) فإن غصب شيئاً فبعد لزم رده وإن غرم عليه أضاف قيمته لأنه جنى بتبعيده فكان ضرر ذلك عليه فإن قال الغاصب خذ مني أجر رده وتسلمه مني هنا أو بذل له أكثر من قيمته ولا يسترده لم يلزم المالك قبول ذلك لأنها معاوضة فلا يجبر عليها كالبيع، وإن قال المالك دعه لي في مكانه الذي نقلته

الانصار من بني بياضة فاخصها إلى النبي صلى الله عليه وسلم ففرض للرجل بارضه وقضى الآخر أن يزرع نخله قال فلقد رأيتها تضرب في أصولها بالقوس وإنما النخل عم (١) ولأنه شغل ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له في نفسه بغير اذنه فلزمه تقريفه كما لو جعل فيه قاشا وإذا قلما لزمه تسوية الحفر ورد الأرض إلى ما كانت عليه لأنه ضرر حصل بفعله في ملك غيره فلزمته ازالته، وإن أراد صاحب الأرض أخذ الشجر والبناء بغير عوض لم يكن له ذلك لأنه عين مال الفاصب فلم يملك صاحب الأرض أخذه كما لو وضع فيها أتاناً أو حيواناً وإن طلب أخذه بقيمته وأبى ما لا يملك إلا القلع فله القلع لأنه ملكه فذلك نقله ولا يجبر على أخذ القيمة لأنها معاوضة فلم يجبر عليها وإن اتفق على تعويضه عنه بالقيمة أو غيرها جاز لأن الحق لها فجاز ما اتفقا عليه وإن رهب الفاصب الفراس والبناء لملك الأرض ليتخلص من قلمه وقبله المالك جاز وإن أبي قبوله وكان في قلمه غرض صحيح لم يجبر على قبوله لما تقدم وإن لم يكن في قلمه غرض صحيح احتمل أن يجبر على قبوله لأن فيه رفع الحصومة من غير غرض بفوت ويحتمل أن لا يجبر لأن فيه اجباراً على عقد يعتبر الرضى فيه، وإن غصب أرضاً وغراساً من رجل واحد ففرسه فيه فالسلك لملك الأرض فإن طالبه المالك بقلمه وفي قلمه غرض اجبر على قلمه لأنه فوت عليه غرضاً مقصوداً بالأرض فأخذ باعادتها إلى ما كانت، وعليه تسوية الأرض ونقصها ونقص الفراس لما ذكرنا

إليه لم يملك الفاصب رده لأنه أسقط عنه حقاً فسقط وإن لم يقبله كما لو أبرأه من دينه وإن قال رده لي إلى بعض الطريق لزمه لأنه يلزمه جميع المسافة فلزمه بعضها المطلوب وسقط عنه ما أسقطه كما لو أسقط عنه بعض دينه وإن طلب منه حمله إلى مكان آخر في غير طريق الرد لم يلزم الفاصب ذلك سواء كان أقرب إلى المكان الذي يلزمه رده إليه أولاً لأنه معاوضة، وإن قال دعني في مكانه واعطني أجر رده لم يلزمه ذلك ومهما اتفقا عليه من ذلك جاز لأن الحق لها لا يخرج عنها

(مسئلة) (وإن خلطه بما يتميز منه لزمه تخليصه ورده) مثل أن يخلط حنطة بشعير أو سمسم أو صغار الحب بكباره أو زبيباً أسود باحمر لما ذكرنا وأجر المميز عليه كاجر رده إذا بده وإن أكن يميز بعضه وجب تمييزاً ما أمكن منه وإن لم يمكن يميز شيء منه فسنذكره إن شاء الله تعالى

(مسئلة) (وإن بنى عليه لزمه رده إلا أن يكون قد بلي) إذا غصب شيئاً فشفله بملكه كحجر بني عليه أو خيط خاط به ثوبه أو نحوه فإن بلي الخيط أو انكسر الحجر أو كان مكانه خشبة فتلفت لم يجب رده ووجب قيمته لأنه صار هالكاً فوجب قيمته كما لو تلف، وإن كان باقياً بحاله لزمه رده وإن انتقض البناء وتفصل التوب وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة لا يجب أداء الخشبة والحجر لأنه صار تابعاً للملك يستنصر بقلمه فلم يجب رده كما لو غصب خيطاً فخاط به جرح عبده

ولنا أنه مقصوب أمكن رده ويجوز له فيجوز كما لو بعد العين ولا يشبه الخيط الذي يخاف على العبد من قلمه لأنه لا يجوز له رده لما في ضمنه من نافع الآدمي ولأن حاجته إلى ذلك تبيح أخذه ابتداء بخلاف البناء

وإن لم يكن في قلعه غرض لم يجبر على قلعه لأنه سفه فلا يجبر على السفه وقيل يجبر لأن المالك يحكم في ملكه والناصب غير محكم فإن أراد الناصب قلعه ومنعه الحاكم لم يملك قلعه لأن الجيم ملك للمنصوب منه فلم يملك غيره التصرف فيه بغير إذنه

(فصل) والحكم فيما إذا بنى في الأرض كالحكم فيما إذا غرس فيها في هذا التفصيل جميعه إلا أنه يخرج أنه إذا بذل مالك الأرض القيمة لصاحب البناء أجبر على قبولها إذا لم يكن في النقص غرض صحيح لأن النقص سفه والاول اصح لما روى الحلال بإسناده عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «من بنى في ربايع قوم بأذنه فله القيمة ومن بنى بغير أذنه فله النقص» ولأن ذلك معاوضة فلا يجبر عليها وإذا كانت الآلة من تراب الأرض وأحجارها فليس للناصب النقص على ما ذكرنا في الغرس

(فصل) وإن غصب داراً فخصصها وزوقها وطالبه ربحها بإزالتها وفي إزالتها غرض لزمه إزالتها وأرض نقصها إن نقصت وإن لم يكن فيه غرض فوجهه الناصب لملكها أجبر على قبوله لأن ذلك صفة في الدار فأشبهه قصارة الثوب ويحتمل أن لا يجبر لأنها أعيان متميزة فصارت بمنزلة القماش وإن طلب الناصب قلعه ومنعه المالك وكان له قيمة بعد الكشط فللناصب قلعه كما يملك قلع غراسه سواء بذل له المالك قيمته أو لم يبذل وإن

﴿مسئلة﴾ (وان سمر بالمساير باباً لزمه قلعه وردها) لما ذكرنا من الحديث

(فصل) وان غصب فصيلاً فأدخله داره فكبر ولم يخرج من الباب أو خشبة وأدخلها داره ثم بنى الباب ضيقاً لا يخرج منه إلا بنقضه وجب نقضه ورد الفصيل والخشبة كما ينقض البناء لرد الساجة فإن كان حصوله في الدار بغير تفریط من صاحب الدار نقض ابواب وضمانه على صاحب الفصيل لأنه لتخليص ماله من غير تفریط من صاحب الدار، وأما الخشبة فإن كان كسرها أكثر ضرراً من نقض الباب فهي كالفصيل وإن كان أقل كسرت ويحتمل في الفصيل مثل هذا متى كان ذبحه أقل ضرراً ذبح وأخرج لحماً لأنه في معنى الخشبة، وإن كان حصوله في الدار بعدوان من صاحبه كرجل غصب داراً وأدخلها فصيلاً أو خشبة أو أمدى على السان فأدخل داره فرساً ونحوها كسرت الخشبة وذبح الحيوان وإن زاد ضرره على نقض البناء لأن سبب هذا الضرر عدوانه فيكون عليه، ولو باع داراً فيها خوابي لا يخرج إلا بنقض الباب أو خزان أو حيوان وكان نقض الباب أقل ضرراً من بقاء ذلك في الدار أو تفصيله أو ذبح الحيوان نقض وكان إصلاحه على البائع لأنه لتخليص ماله، وإن كان أكثر ضرراً لم ينقض لأنه لا فائدة فيه وبصطلحان على ذلك أما بان بشرطه مشتري الدار أو غير ذلك

(فصل) وان غصب جوهرة فابتلعها بهيمة فقال أصحابنا حكماً حكماً الحييط الذي خاط به جرحها على ما ذكره، قال شيخنا ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر قيمة من الحيوان ذبح ووردت إلى مالكة وضمان الحيوان على الناصب إلا أن يكون الحيوان آدمياً ويفارق الحييط فإنه في الغالب أقل قيمة من

لم يكن له قيمة ففيه وجهان (أحدهما) يملك قلعه لأنه عين ماله (والثاني) لا يملك لأنه سفه يضر ولا ينفع فلم يجبر عليه وان بذل المالك له قيمته ليرتبه

(فصل) وان غصب أرضاً وكشط تراها لزمه رده وفرشه على ما كان ان طلبه المالك وكان فيه غرض صحيح وان لم يكن فيه غرض فهل يجبر على فرشه؟ يحتدل وجهين ، وان منعه المالك فرشه أو رده وطلب الغاصب ذلك وكان في رده غرض من ازالة ضرر أو ضمان فله فرشه ورده وعليه أجر مثلها مدة شغلها وأجر نقصها، وان أخذ تراب أرض فغصب به لبناء رده ولا شيء له الا أن يكون قد جعل فيه شيئاً له فيكون له أن يحمله ويأخذ تبته وان كان لا يحصل منه شيء ففيه وجهان بناء على كشط التزويق اذا لم يكن له قيمة وان طالبه المالك بحمله لزمه ذلك اذا كان فيه غرض وان لم يكن فيه غرض فعلى وجهين، وان جعله آجراً أو فخاراً لزمه رده ولا أجر له لعمله وليس له كسره ولا للمالك اجباره عليه لان ذلك سفه لا يفيد واتلاف للمال واضاعة له وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال .

(فصل) وان غصب أرضاً فحفر فيها بئراً فطالبه المالك بطمها لزمه ذلك لأنه يضر بالارض ولان التراب ملكه نقله من موضعه فلزمه رده كتراب الارض وكذلك ان حفر فيها بئراً أو حفر بئراً في

الحيوان والجوهرة أكثر قيمة ففي ذبح الحيوان رباية حق المالك برد عين ماله اليه ورباية حق الغاصب بتقليل الضمان عليه، وان ابتلعت شاة رجل جوهرة آخر غير مفضوبة ولم يمكن اخراجها الا بذبح الشاة ذبحت إذا كان ضرر ذبحها أقل وضمان نقصها على صاحب الجوهرة لأنه لتخليص ماله فان كان التفريط من صاحب الشاة يكون يده عليها فلا شيء على صاحب الجوهرة لان التفريط من غيره فكان الضرر على المفرط .

(فصل) وان أدخلت رأسها في ققم ولم يمكن اخراجه الا بذبحها أو كسر الققم وكان ضرر ذبحها أقل ذبحت وان كان كسر الققم أقل كسر، فان كان التفريط من صاحب الشاة فالضمان عليه وان كان من صاحب الققم بأن وضعه في الطريق فالضمان عليه وان لم يكن منهما تفريط فالضمان على صاحب الشاة، وان كسر الققم لأنه كسر لتخليص شاته وإذا ذبحت الشاة فالضمان على صاحب الققم لأنه لتخليص ماله فان قال من عليه الضمان منها أنا أتلف مالي ولا أغرم شيئاً للآخر فله ذلك لان اتلاف مال الآخر انما كان لحقه وسلامة ماله وتخليصه فاذا رضي بتلفه لم يجز إتلاف غيره، وان قال لا أتلف مالي ولا أغرم شيئاً لم يمكنه من اتلاف مال صاحبه لسكن صاحب الققم لا يجبر على شيء لأنه لا حرمة له فلا يجبر صاحبه على تخليصه، وأما صاحب الشاة فلا يحمل له تركها لما فيه من تعذيب الحيوان فيقال له اما ان تذبح الشاة لتريحها من العذاب واما أن تمرم الققم لصاحبه إذا كان كسره أقل ضرراً لأن ذلك من ضرورة ابقائها أو تخليصها من العذاب فلزم كتمها، فان كان الحيوان غير مأكول احتمل أن

ملك رجل بغير اذنه وان أراد الغاصب طمها فتمتع المالك نظراً فان كان له غرض في طمها بان يسقط عنه ضمان ما يقع فيها أو يكون قد نقل رباها الى ملك نفسه أو ملك غيره أو طريق يحتاج الى تفريغها فله الرد لما فيه من الغرض وبهذا قال الشافعي، وان لم يكن له غرض في طم البئر مثل أن يكون قد وضع التراب في ملك المنصوب منه وأبرأه المنصوب منه مما حفر واذن فيه لم يكن له طمها في أحد الوجهين لانه اتلاف لا نفع فيه فلم يكن له فعله كما لو غصب نقرة فطمها دراهم ثم أراد جعلها نقرة وبهذا قال أبو حنيفة والمزني وبعض الشافعية، وقال بعضهم له طمها وهو الوجه الثاني لئلا يبرأ من الضمان ببراءة المالك لانه ابراء مما لم يجب بعد وهو أيضاً ابراء من حق غيره وهو الواقع فيها

ولنا أن الضمان إنما لزمه لوجود التعدي فإذا رضي صاحب الارض زال التعدي فزال الضمان وليس هذا ابراء مما لم يجب وإنما هو اسقاط التعدي برضائه به وهكذا ينبغي أن يكون اذا لم يتلفظ بالابراء ولكن منعه من طمها لانه يتضمن رضاه بذلك .

(الفصل الثالث) ان على الغاصب أجرة الارض منذ غصبها الى وقت تسليمها وهكذا كل ما له أجر فعلى الغاصب أجر مثله سواء استوفى المنافع او تركها حتى ذهبت لأنها تلفت في يده العادية فكان عليه عوضها كالأعيان، وان غصب ارضاً فبناها داراً فان كانت آلات بنائها من مال الغاصب فعليه اجر

يكون حكمه حكم المأكول فيما ذكرنا، واحتمل ان يكسر القمقم وهو قول أصحابنا لانه لا تقع في ذبحه ولا هو مشروع وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذبح الحيوان لغير مأكلة، ويحتمل ان يكون كالمأكول في أنه متى كان قتله أقل ضرراً أو كانت الجناية من صاحبه قتل لان حرمة معارضة بحرمة مال الآدمي الذي يتلف والنهي عن ذبحه معارض بالنهي عن اضاعه المال، وفي كسر القمقم مع كثرة قيمته اضاعه المال .

(فصل) وان غصب ديناراً فوقع في محبرته أو اخذ دينار غيره فسهى فوقع في محبرته كسرت ورد الدينار كما ينقض البناء رد الخشبة وكذلك ان كان درهماً أو أقل وان وقع من غير فعله كسرت لرد الدينار ان أحب صاحبه والضمان عليه لتخليص ماله، وان غصب ديناراً فوقع في محبرة آخر بفعل الغاصب أو بغير فعله كسرت لرد، وعلى الغاصب ضمان المحبرة لانه السبب في كسرها وان كان كسرها أكثر ضرراً من تبقية الواقع فيها ضمنه الغاصب ولم يكسر، وان رمى انسان ديناره في محبرة غيره عدوياً قابى صاحب المحبرة كسرها لم يجبر عليه لان صاحبه تعدى برميها فيها فلم يجبر صاحبها على اتلاف ماله لازالة ضرر عدوانه عن نفسه وعلى الغاصب نقص المحبرة بوقوع الدينار فيها ويحتمل ان يجبر على كسرها لرد عين مال الغاصب ويضمن الغاصب قيمتها كما لو غرس في ارض غيره ملك حفر الارض بغير اذن المالك لأخذ غرسه

ويضمن نقصها بالحفر وعلى الوجهين لو كسرها الغاصب قهراً لم يلزمه أكثر من قيمتها

(مسئلة) وان زرع الارض وردها بعد أخذ الزرع فعليه أجرها

الأرض دون بنائها لانه انما غصب الأرض والبناء له فلم يلزمه اجر ماله ، وان بناها بتراب منها وآلات للمنصوب منه فعليه اجرها مبنية لان الدار كلها ملك للمنصوب منه وانما للناصب فيها اثر الفعل فلا يكون في مقابلته اجر لانه وقع عدواناً، وان غصب داراً فنقضها ولم يبنيها فعليه اجر دار الى حين نقضها واجرها مهدومة من حين نقضها الى حين ردها لان البناء انهدم وتلف فلم يجب اجره مع تلفها، وان نقضها ثم بناها بآلة من عنده فالحكم فيها كذلك وان بناها بآلتها او آلة من ترابها او ملك المنصوب منه فعليه اجرها عرصة منذ نقضها الى ان بناها واجرها داراً فيما قبل ذلك وبعده لان البناء للمالك، وحكمها في نقض بنائها الذي بناء الناصب حكم مالو غصبها عرصة فبناها وان كان الناصب باعها فبناها المشتري او نقضها ثم بناها فالحكم لا يختلف لسكن المالك مطالبة من شاء منها والرجوع عليه فان رجع على الناصب رجع الناصب على المشتري بقيمة ما تلف من الاعيان لان المشتري دخل على انه مضمون عليه بالعوض فاستقر ضمانه عليه وان رجع المالك على المشتري رجع المشتري على الناصب بنقص اتالف ولم يرجع بقيمة ما تلف، وهل يرجع كل واحد منهما على صاحبه بالاجر ؟ على روايتين، وليس له مطالبة المشتري بشيء من الاجر الا بأجر مدة مقامها في يديه لان يده انما ثبتت عليها حينئذ .

إذا غصب أرضاً فزرعها ووردها بعد حصاد الزرع فهو للناصب لا نعلم فيه خلافاً لانه نماء ماله وعليه أجر المثل إلى وقت التسليم وضمان النقص ولو لم يزرعها فنقصت لترك الزراعة كأراضي البصرة أو نقصت لغير ذلك ضمن نقصها لما ذكره فيما إذا غرسها أو بنى فيها
(مسئلة) (وان أدركها ربهما والزرع قائم خير بين تركه إلى الحصاد بأجرة مثله وبين أخذه بعوضه وهل ذلك قيمته أو نفقته؟ على وجهين)

قوله أدركها والزرع قائم يعني استرجعها من الناصب وقدر على أخذها منه متى أدركها ربهما والزرع قائم لم يملك اجبار الناصب على قلم الزرع وخير المالك بين أن يقر الزرع في الأرض إلى الحصاد ويأخذ من الناصب أجرة الأرض وأرض نقصها وبين أن يدفع إليه نفقته ويكون له الزرع وهذا قول أبي عبيد وقال أكثر الفقهاء يملك اجبار الناصب على قلمه لقوله عليه الصلاة والسلام « ليس لمرق ظالم حق » لانه زرع في أرض غيره ظلماً أشبه الغرس

ولما ما روى رافع بن خديج قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من زرع في أرض قوم بنير اذنهم فليس له من الزرع شيء وعليه نفقته » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح فيه دليل على أن الناصب لا يجبر على القلم لانه ملك للمنصوب منه ولانه أمكن رد المنصوب إلى مالكة من غير اتلاف مال الناصب على قرب من الزمان فلم يجز اتلافه كما لو غصب سفينة فحمل فيها ماله وادخلها البحر أو غصب لوحاً فرقمه بسفينة فانه لا يجبر على رد المنصوب في اللجة وينتظر حتى ترمي صيانة للمال عن

(الفصل الرابع) ان على الناصب ضمان نقص الارض ان كان نقصها الغرس او نقصت بغيره وهكذا كل عين منصوبة على الناصب ضمان نقصها اذا كان نقصاً مستقراً كثوب تحرق واناة تكسر وطعام سوس وبناء خرب ونحوه فانه يردها وارث النقص لانه نقص حصل في يد الناصب فوجب ضمانه كالقفيز من الطعام والذراع من الثوب وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة إذا شق رجل لرجل ثوباً شقاً قليلاً أخذ ارشه وإن كان كثيراً فصاحبه بالخيار بين تسليمه وأخذ قيمته وبين امساكه وأخذ ارشه ، وقد روي عن احمد كلام يَحْتَمِلُ هذا فانه قال في رواية موسى بن سعيد في الثوب إن شاء شق الثوب وإن شاء مثله يعني والله أعلم ان شاء أخذ ارش الشق ووجهه ان هذه جنابة اتلفت معظم منفعتها فكانت له المطالبة بقيمته كما لو قتل شاة له ، وحكى أصحاب مالك عنه انه اذا جنى على عين فأتلف غرض صاحبها فيها كان الجني عليه بالخيار ان شاء رجع بما انتصت وان شاء سلمها واخذ قيمتها ولعل ما يحكى عنه من قتل ذنب حمار القاضي بنبني على ذلك لانه اتلف غرضه به فانه لا يركبه في المادة وحينئذ ان تلف المنفعة المقصودة من السلعة فلزمته قيمتها كما لو اتلف جميعها

التلف كذا هذا، وفارق الشجر لان مدته تتناول ولا يعلم متى ينقلع من الارض فانتظاره يؤدي الى ترك رد الاصل بالكلية ، وحديثهم ورد في الغرس وحديثنا في الزرع فيجمع بين الحديثين وبمثل بكل واحد منهما في موضعه وهو أولى من ابطال أحدهما. اذا ثبت هذا فتى رضي المالك بترك الزرع للناصب ويأخذ منه أجر الارض فله ذلك لانه شغل المنصوب بماله فملك صاحبه أخذ أجره كما لو ترك في الدار طعاماً يحتاج في نقله الى مدة وان أحب أخذ الزرع فله ذلك كما يستحق الشفيع أخذ شجر المشتري بقيمته، وفيها يرد على الناصب روايتان:

(لإحداها) قيمة الزرع لانه بدل عن الزرع فيقدر بقيمته كما لو أتلفه ولان الزرع للناصب الى حين نزاعه منه بدليل أنه لو أخذه قبل انتزاع المالك كان ملكاً له يأخذه فيكون أخذ المالك له ملكاً له الا ان يعوضه فيجب ان يكون بقيمته كما لو أخذ الشقص المشفوع، فعلى هذا يجب على الناصب أجر الارض الى حين تسليم الزرع لان الزرع كان محكوماً له به وقد شغل به أرض غيره

(والرواية الثانية) يرد على الناصب ما أنفق من البذر ومونة الزرع في الحرث والسقي وغيره وهذا الذي ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الحرقي وظاهر الحديث لقوله «عليه نفقته» وقيمة الشيء لا تسمى نفقة له والحديث مبني على هذه المسئلة فان أحمد إنما ذهب الى هذا الحكم استحساناً على خلاف القياس فان القياس ان الزرع لصاحب البذر لانه نماء ماله فأشبهه ماله غضب دجاجة فخصت بيضاً له كان النماء له وقد صرح به أحمد فقال هذا شيء لا يوافق القياس أستحسن ان يدفع اليه نفقته للاثر ولذلك جعلناه للناصب اذا أخذت منه الارض بعد أخذه الزرع واذا كان العمل بالحديث فيجب أن يبيع مدلوله ويحتمل ان يكون الزرع للناصب وعليه الاجرة كما اذا رجع المستعير

ولنا انها جنابة على مال ارشها دون قيمته فلم يملك المطالبة بجميع قيمته كما لو كان الشق يسيراً
ولانها جنابة تنقص بها القيمة فأشبهه مالو لم يتلف غرض صاحبها وفي الشاة تلف جميعها لان الاعتبار في
الاتلاف بالجنى عليه لا بفرض صاحبه لان هذا ان لم يصلح لهذا صلح لغيره .

(فصل) وقدر الارض قدر نقص القيمة في جميع الاعيان وهذا قال الشافعي وعن احمد رواية
اخرى ان عين الدابة تضمن بربع قيمتها فانه قال في رواية ابي الحارث في رجل فقأ عين دابة ارجل
عليه ربع قيمتها قيل له فقأ العينين؟ فقال اذا كانت واحدة فقال عمر ربع القيمة واما العينان فاستحمت
فيهما شيئاً ، قيل له فان كان بغيراً او بقرة او شاة فقال هذا غير الدابة هذا ينتفع بلحمه تنظر ما نقصها
وهذا يدل على ان احداً ما اوجب مقدراً في العين الواحدة من الدابة وهي الفرس والبغل والحمار
خاصة للآثر الوارد فيه وما عدا هذا يرجع الى القياس، واحتج اصحابنا لهذه الرواية بما روى زيد بن
ثابت ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في عين الدابة بربع قيمتها وقدروي عن عمر رضي الله عنه انه
كتب إلى شريح لما كتب اليه يسأله عن عين الدابة انا كنا ننزلها منزلة الآدمي إلا أنه اجم

(فصل) فان كان مما تبقى أصوله في الارض ويحجز مرة بعد اخرى كالرطبة احتمل ان يكون حكمه
ما ذكرنا لدخوله في عموم الزرع لانه ليس له فرع قوي اشبه الحنطة والشعير واحتمل ان حكمه
حكم الفرس لبقاء أصله وتكرار اخذه ولان القياس يقتضي أن يثبت لسبب زرع مثل حكم الفرس وانما
ترك فيما نقل مدته للآثر ففيها عداه يبقى على قضية القياس

(فصل) فان غصب ارضا ففرسها فأثمرت فأدركها ربهها بعد اخذ الغاصب ثمرتها ففيها له فان ادركها
والثمرة فيها فكذلك لانها ثمرة شجرة فكانت له كما لو كانت في ارضه ولانها ماء اصل محكوم به للغاصب
فكان له كاعصانها وورقها ولبن الشاة ونسلها، وقال القاضي هي ملاك الارض ان ادركها في الفرس
لان احمد قال في رواية علي بن سعيد اذا غصب ارضا ففرسها فالتئمت ملاك الارض قال القاضي وعليه
من انفقة ما انفقه الفارس من مؤنة الثمرة لان الثمرة في معنى الزرع فكان لصاحب الارض اذا ادركه
قرباً فيها كالزرع قال شيخنا ولاول اصح لان احمد قال صرح بان اخذ رب الارض الزرع شيء لا
يوافق القياس وانما صار اليه للآثر فيختص الحكم به ولا يتهدى الى غيره، ولان الثمرة تفارق الزرع
من وجهين (احدهما) ان الزرع نماء الارض فكان لصاحبها والثمرة نماء الشجر فكانت لصاحبه
الثاني انه يرد عوض الزرع اذا اخذه مثل البذر الذي نبت منه الزرع مع ما اتفق عليه ولا يمكنه
مثل ذلك في الثمرة .

(فصل) وان غصب شجراً فأثمر فأثمر لصاحب الشجر بغير خلاف فعله لانه نماء ملكه ولان
الشجر عين ملكه نمت وزاد فأشبهه ما لو طالت اغصانه، ويرد الثمر ان كان باقياً وبدله ان تلف وان
كان رطباً فصار ثمرراً او غنياً فصار زيباً فله رده وارث نقصه ان نقص ولا شيء له بعمله فيه ولا

وأبنا أن قيمتها ربع الثمن وهذا إجماع يقدم على القياس ذكر هذين أبو الخطاب في رؤوس المسائل وقال أبو حنيفة إذا قلع عيني بهيمة تنفع هامن وجبين كالدابة والبعير والبقرة وجب نصف قيمتها وفي إحداهما ربع قيمتها لقول عمر رضي الله عنه أجمع رأبنا على أن قيمتها ربع الثمن، وروى عن أحمد في المبدأ أنه يضمن في النصب بما يضمن به في الحناية ففي يده نصف قيمته وفي موضحته نصف عشر قيمته وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لأنه ضمان لأبواض العبد فكان مقدرا من قيمته كأرض الحناية . ولنا أنه ضمان مال من غير حناية فكان الواجب ما نقص كالثوب وذلك لأن القصد بال ضمان جبر حق المالك بإيجاب قدر المفوت عليه وقدر النقص هو الجابر ولأنه لو فات الجميع لوجب قيمته فإذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة كغير الحيوان ، وأما حديث زيد بن ثابت فلا أصل له ولو كان صحيحاً لما احتج أحمد وغيره بحديث عمر وتركوه فان قول النبي صلى الله عليه وسلم أحق أن يحنج به ، وأما قول عمر فمحمول على أن ذلك كان قدر نقصها كما روي عنه أنه قضى في الدين القائمة بخمسين ديناراً ولو كان تقدير أوجب في العين لنصف القيمة كمين الآدمي، وأما ضمان الحناية على أطراف العبد فمعدول به عن القياس للإلحاق بالحناية على الحر والواجب هنا ضمان اليد ولا تثبت اليد على الحر فوجب البقاء فيه على موجب الاصل والحافه بسائر الاموال المفصولة، وقول أبي حنيفة ان هذا في بهيمة الانعام والدابة لا يصح لان هذا القول ، بني على قول عمر وقول عمر انما هو في الدابة والدابة في العرف ما يعدل للركوب دون بهيمة الانعام

اجرة عليه للشجر لان اجرتها لا تجوز في العقود فكذلك في النصب ولان نفع الشجر تربية الثمر واخراجة وقد عادت هذه المنافع الى المالك، ولو كانت ماشية فعليه ضمان ولدها ان ولدت عنده و ضمان لبنا بمثله لانه من ذوات الامثال ويضمن اربارها واشعارها بمثله كالقطن، وفي ضمان زوائد النصب المنفصلة اختلاف نذكره فيما يأتي

(مسئلة) وان غرس او بنى اخذ بقلع غرسه وبنائه وتسوية الارض وارش نقصها واجرتها متى غرس في ارض غيره بغير اذنه او بنى فيها وطلب صاحب الارض قلع غراسه وبنائه لزم الغاصب ذلك ولا نعلم فيه خلافا لما روى سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « ليس لعرق ظالم حق » رواه الترمذي وقال حديث حسن وروى ابو داود وابو عبيد في الحديث انه قال فلقد اخبرني الذي حدثني هذا الحديث ان رجلا غرس في ارض رجل من الانصار من بني بياضة فاخصها الى النبي صلى الله عليه وسلم فقضى للرجل بأرضه وقضى للآخر أن يزرع نخله قال فلقد رأيتها يضرب في اصولها بالفرس وانها لتدخل عم ولانه شغل ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له في قله بغير اذنه فلزمه تقريته كما لو جعل فيه قماشاً ، واذا قلنا لزمه تسوية الحفر ورد الارض الى ما كانت عليه لانه ضرر حصل في ملك غيره بفعله فلزمته إزالته

(فصل) وان غصب عبد أجنبي عليه جناية مقدره الدية فعلى قولنا ضمان الغصب ضمان الجناية الواجب ارش الجناية كما لو جني عليه من غير غصب فنقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر، وان قلنا ضمان الغصب غير ضمان الجناية وهو الصحيح فعليه أكثر الأمرين من ارش النقص اودية ذلك العضو لان ضمان كل واحد منهما وجد فوجب أكثرهما ودخل الآخر فيه فان الجناية واليد وجدوا جميعاً، فان غصب عبداً يساوي الفاً فزادت قيمته فصار يساوي الفين ثم قطع يده فنقص الفأزومه الف ورد العبد لان سبب زيادة السوق مع تلف العين مضبوطة وبذ العبد كنصفه فكأنه بقطع يده فوت نصفه وإن نقص الفاً وخمسائة وقلنا الواجب ما نقص فعليه الف وخمسائة ويرد العبد وإن قلنا ضمان الجناية فعليه الف ورد العبد فحسب وإن نقص خمسائة فعليه رد العبد وهل يلزمه الف أو خمسمائة؟ على وجهين .

(فصل) وإن غصب عبداً فقطع آخر يده فللمالك تضمين أيهما شاء لأن الجاني قطع يده والغاصب حصل النقص في يده فان ضمن الجاني فله تضمينه نصف قيمته لا غير ولا يرجع على أحد لانه لم يضمنه أكثر مما وجب عليه ويضمن الغاصب ما زاد على نصف القيمة إن نقص أكثر من النصف ولا يرجع على أحد، وإن قلنا ان ضمان الغصب ضمان الجناية او لم ينقص أكثر من نصف قيمته لم يضمن الغاصب ههنا شيئاً، وإن اختار تضمين الغاصب وقلنا ان ضمان الغصب كضمان الجناية ضمنه نصف القيمة ورجم بها الغاصب على الجاني لان التلف حصل بفعله فاستقر الضمان عليه، وان قلنا ان ضمان الغصب بما نقص فرب العبد تضمينه بأكثر الأمرين لان ما وجد في يده فهو في حكم الموجود منه ثم يرجع الغاصب على الجاني بنصف القيمة لانها ارش جناية فلا يجب عليه أكثر منها .

(فصل) فان أراد صاحب الارض أخذ الشجرة والبناء بغير عوض لم يكن له ذلك لانه عين مال الغاصب فلم يملك صاحب الارض اخذه كما لو وضع فيها أثاناً أو حيواناً، وان طلب اخذه بقيمته وابتى مالكة إلا القلع فله ذلك لانها ملكة فملك نقله ولا يجبر على اخذ القيمة لانه معاوضة فلم يجبر عليها وان اتفقا على تبويضه عنه جاز لان الحق لها فجاز ما اتفقا عليه، وان وهب الغاصب الفراس والبناء للمالك الارض ليتخلص من قلمه فقبله المالك جاز وان ابى قبوله وكان في قلمه غرض صحيح لم يجبر على قبوله وان لم يكن فيه غرض صحيح احتمل ان يجبر على قبوله لان فيه رفع الحصومة من غير غرض يفوت ويحتمل ان لا يجبر لان فيه اجباراً على عقد يعتبر الرضى فيه، وان غصب ارضاً وغراساً من رجل واحد فترسه فيها فالكل للمالك الارض فان طالبه المالك بقلمه وله في قلمه غرض أجبر على قلمه لانه فوت عليه غرضاً مقصوداً بالارض فأخذ باعادتها الى ما كانت وعليه تسوية الارض ونقصها ونقص الفراس لانه نقص حصل في يد الغاصب اشبه ما لو غصب طعاماً فتلف بعضه وان لم يكن في قلمه غرض صحيح لم يجبر على قلمه لانه سقه فلا يجبر عليه وقيل يجبر لان المالك محكم في ملكه والغاصب غير محكم فان اراد الغاصب قلمه ومنعه المالك لم يملك قلمه لان الجميع ملك للمنصوب منه فلم يملك غيره التصرف فيه بغير إذنه .

(فصل) وان غصب عبداً فقطع أذنيه أو يديه أو ذكره أو أنفه أو لسانه أو غصبيه لزمته قيمته كلها ورد العبد نص عليه احمد وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة والثوري بخير المالك بين ان يصبر ولا شيء له وبين أخذ قيمته ويملكه الجاني لانه ضمان مال فلا يبقى ملك صاحبه عليه مع ضمانه له كسائر الاموال .

ولنا أن التلف البعض فلا يقف ضمانه على زوال الملك عن جملته كقطع ذكر المدبر وكقطع إحدى يديه أو أذنيه ولان المضمون هو المفقوت فلا يزول الملك عن غيره بضائه كما لو قطع تسع أصابع وبهذا ينفصل عما ذكره فان الضمان في مقابلة التلف لا في مقابلة الجلمة ، فاما ان ذهب هذه الاعضاء بخير جنابة فهل يضمنها ضمان الاتلاف أو بما نقص ؟ على روايتين سبق ذكرهما .

(فصل) وإن حتى العبد المنصوب جنابته مضمونة على الفاضل لانه نقص في العبد الجاني لكون ارض الجنابة يتعلق برقبته فكان مضموناً على الفاضل كسائر نقصه وسواء في ذلك ما يوجب القصاص أو المال ولا يلزمه أكثر من النقص الذي لحق العبد ، وإن جنى على سيده جنابته مضمونة على الفاضل أيضاً لأنها من جملة جناباته فكان مضموناً على الفاضل كالجنابة على الاجنبي .

(فصل) اذا نقصت عين المنصوب دون قيمته فذلك على ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون الذاهب جزءاً مقدر البديل كعبد خصاه وزيت أغلاه ونقررة ضربها دراهم فنقصت عينها دون قيمتها

(فصل) والحكم فيما اذا بنى في الارض كالحكم فيما اذا غرس فيها في هذا التفصيل جميعه الا انه يتخرج انه اذا بذل مالك الارض القيمة لصاحب البناء اجبر على قبولها اذا لم يكن في النقص غرض صحيح لان النقص سفه والاول اصح لما روى الحلال باسناده عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من بنى في رباغ قوم باذنهم فله القيمة ومن بنى بخير اذنهم فله النقص » ولان ذلك معاوضة فلا يجبر عليها واذا كانت الآلة من تراب الارض واحجارها فليس للفاضل النقص على ما ذكرنا في النرس

(فصل) وان غصب أرضاً فكشط ترابها لزمه رده وفرشه على ما كان ان طالبه المالك وكان فيه غرض وان لم يكن فيه غرض فهل يجبر على فرشه ويحتمل وجهين وان منه المالك فرشه أو رده وطلب الفاضل ذلك وكان في رده غرض من ازالة ضرر أو ضمان فله فرشه ورده وعليه أجر مثابها مدة شغلها وأجر نقصها ، وان أخذ تراب أرض فضربه لبناً رده ولا شيء له الا ان يحصل فيه تقنا له فله ان يحله ويأخذ ثبته ، فان كان لا يحصل منه شيء ففيه وجهان بناء على كسشط التزويق اذا لم يكن له قيمة وسند كره ، وان طالبه المالك بحله لزمه ذلك اذا كان فيه غرض فان لم يكن فيه غرض فعلى وجهين فان جعله أجراً أو فخاراً لزمه رده ولا أجر له لعمله وليس له كمره ولا للمالك اجباره عليه لانه سفه واتلاف للمال واضاعة وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال

فانه يجب ضمان النقص فيضمن نقص العبد بقيمته ونقص الزيت والثمرة بثمنهما مع رد الباقي منها لان الناقص من العين له بدل مقدر فلزمه ما تقدر به كما لو أذهب الجليخ (الثاني) أن لا يكون مقدرأ مثل أن غصب عبداً ذا سمن مفرط نخف جسمه ولم تنقص قيمته فلا شيء فيه سوى رده لان الشرع إنما أوجب في هذا ما ينقص من القيمة ولم يقدر بدله ولم تنقص القيمة فلم يجب شيء بخلاف الصورة الاولى فان الذاهب مقدر البديل فلم يسقط بدله (الثالث) أن يكون النقص في مقدر البديل لكن الذاهب منه أجزاء غير مقصودة كمصير أغلاء فذهبت مائته وانقصدت اجزاؤه فنقصت عينه دون قيمته فبقي وجهان (أحدهما) لا شيء عليه سوى رده لان النار إنما أذهبت مائته التي يقصد ذهابها ولهذا تزداد حلاوته وتكثر قيمته فلم يجب ضمانها كسمن العبد الذي ينقص قيمته (والثاني) يجب ضمانه لانه مقدر البديل فأشبهه الزيت اذا أغلاء وان نقصت العين والقيمة جميعاً وجب في الزيت وشبهه ضمان النقصين جميعاً لان كل واحد منها مضمون منفرداً فكذلك اذا اجتمعا وذلك مثل أن يكون رطل زيت قيمته درهم فأغلاء فنقص ثلثه فصار قيمة الباقي نصف درهم فعليه ثلث رطل وسدس درهم ، وإن كانت قيمة الباقي ثلثي درهم فليس عليه أكثر من ثلث رطل لان قيمة الباقي لم تنقص وان خصى العبد فنقصت قيمته فليس عليه أكثر من ضمان خصيه لان ذلك بمنزلة ما لو فقأ عينيه وهل يجب في العصير ما ينقص من القيمة أو يكون كالزيت ؟ على وجهين

(فصل) وان غصب عبداً فسمن سمننا فنقصت به قيمته أو كان شاباً نصار شيخاً أو كانت الجارية

(فصل) وعليه ضمان نقص الارض ان نقصت بالفرس والبناء وهكذا كل عين منصوبة على الناصب ضمان نقصها إذا كان نقصاً مستقراً كاناها تكسر وطعام سوس وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة إذا شق لرجل ثوبا شقا قليلاً أخذ أرشه وان كثر فصاحبه بالخيار بين تسليمه وأخذ قيمته وبين امساكه مع الارض وروي عن أحمد كلام يحتمل هذا فانه قال في رواية موسى بن سعيد ان شاء شق الثوب وان شاء مثله يعني والله أعلم ان شاء أخذ ارض الشق ووجهه ان الجناية أتلفت معظم ثمنه فكانت له المطالبة بقيمته كما لو قتل شاة له ، وحكى أصحاب مالك عنه إذا جنى على عين فأنلف غرض صاحبها فيها كان الجنى عليه بالخيار ان شاء رجوع بما نقصت وإن شاء سلمها وأخذ قيمتها ، ولعل ما يحكى عنه من قطع ذنب حمار القاضي بذيبي على ذلك لانه أنلف غرضه به فانه لا يركبه في المادة وحجتهم أنه أنلف المنفعة المقصودة من السلعة فلزمته قيمتها كما لو أنلفها

ولنا أنها جنائية على مال أرشها دون قيمته فلم يملك المطالبة بجميع قيمته كما لو كان الشق بسيراً ولانها جنائية فنقص بها القيمة اشبه ما لو لم يتلف غرض صاحبها وفي الشاة أنلف جميعها لان الاعتبار بالجنى عليه لا بفرض صاحبه لانه ان لم يصلح لصاحبه صلح لغيره . وعليه أجر الارض منذ غصبها الى وقت تسليمه وهكذا كل ماله أجر فعلي الناصب أجر مثله سواء استوفى المنافع أو تلفت تحت يده لانها

ناهداً فسقط ثدياها وجب ارش النقص لا نعلم فيه خلافاً، فان كان البعد أمرد قنبت لحبته فنقصت قيمته وجب ضمان نقصه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجب ضمانه لان الفائم لا يقصد تصدداً صحيحاً فأشبه الصناعة المحرمة ، ولنا أنه نقص في القيمة بتغير صفته فيضمنه كبقية الصور

(فصل) وان نقص المنصوب نقصاً غير مستقر كطعام ائبل وخيف فساده أو عفن وخشي تلفه فعليه ضمان نقصه وهذا منصوص الشافعي وله قول آخر أنه لا يضمن نقصه وقال القاضي لا يلزمه بدله لانه لا يملك قدر نقصه وكما نقص شيئاً ضمنه لانه يستند الى السبب الموجود في يد الناصب فكان كالموجود في يده وقال أبو الخطاب يتخير صاحبه بين أخذه بدله وبين تركه حتى يستقر فساده وبأخذ ارش نقصه وقال أبو حنيفة يتخير بين امساكه ولا شيء له أو تسليمه الى الناصب وبأخذ من قيمته لانه لو ضمن النقص لحصل له مثل كيله وزيادة وهذا لا يجوز كما لو باع قفيزاً جيداً بقفيز ردي ودرهم

ولنا أن عين ماله باقية وإنما حدث فيه نقص فوجب فيه ما نقص كما لو باع عبداً فرض، وقد وافق بعض أصحاب الشافعي على هذا في العن وقال لا يضمن ما نقص قولاً واحداً ولا يضمن ما تولد منه لانه ليس من فعله، وهذا الفرق لا يصح لان البطل قد يكون من غير فعله أيضاً وقد يكون العن بسبب منه، ثم ان ما وجد في يد الناصب فهو مضمون عليه لوجوده في يده فلا فرق وقول أبي حنيفة لا يصح لان هذا الطعام عين ماله وليس يدل عنه وقول أبي الخطاب لا بأس به

تلفت في يده العادية فكان عليه عوضها كالأعيان، وفيه اختلاف نذكره فيما يأتي ان شاء الله تعالى وان غصب أرضاً فبناها داراً فان كانت آلات بنائها من مال الناصب فعليه أجر الارض دون بنائها لانه إنما غصب الارض والبناء له فلم يلزمه أجر ماله وان بناها بتراب منها وآلات المنصوب منه فعليه أجرها مبنية لان الدار كلها ملك للمنصوب منه وإنما للناصب فيها أثر الفعل فلا يكون في مقابلته أجر لانه وقع عدواناً .

(فصل) وان غصب داراً فنقصها ولم يبنيها فعليه أجر دار الى حين نقصها وأجرها مهدومة من حين نقصها الى حين ردها لان البناء انهدم وتلف فلم يجب أجره مع تلفه، وان نقصها ثم بناها بالتمن عنده فالحكم كذلك، وان بناها بالتمن أو آلة من ترابها أو ملك المنصوب منه فعليه أجرها عرصة منذ نقصها الى أن بناها وأجرها داراً فيما قبل ذلك وبعده لان البناء للمالك، وحكمها في نقص بنائها الذي بناه الناصب حكم ما لو غصبها عرصة فبناها، وان كان الناصب باعها فبناها المشتري أو نقصها ثم بناها لم يختلف الحكم للمالك مطالبة من شاء منها والرجوع عليه فان رجع على الناصب رجع الناصب على المشتري بقيمة ما أنفق من الاعيان لان المشتري دخل على انه مضمون عليه بالعوض فاستقر الضمان عليه، وان رجع المالك على المشتري رجع المشتري على الناصب في نقص التالف ولم يرجع بقيمة ما تلف وهل يرجع كل واحد منها على صاحبه بالأجر؟ على روايتين وليس له مطالبة

(مسئلة) قال (وار كان زرعها فأدر كها ربها والزرع قائم كان الزرع لصاحب الأرض وعليه النفقة وان استحققت بعد أخذ الناصب الزرع فعليه أجرة الأرض)

قوله فأدر كها ربها يعني استرجعها من الناصب أو قدر على أخذها منه وهو معنى قوله استحققت يعني أخذها مستحقها فتى كان هذا بعد حصاد الناصب الزرع فانه للناصب لا نعلم فيه خلافاً وذلك لانه ناء ماله وعليه الاجرة الى وقت التسليم وضمان النقص ولو لم يزرعها فنقصت لتترك الزراعة كإراضي البصرة أو نقصت لغير ذلك ضمن نقصها أيضاً لما قدمنا في المسألة التي قبل هذه، فأما ان أخذها صاحبها والزرع قائم فيها لم يملك اجبار الناصب على قلمه وخير المالك بين أن يقر الزرع في الأرض الى الحصاد ويأخذ من الناصب أجر الأرض وارش نقصها وبين أن يدفع اليه نفقته ويكون الزرع له وبهذا قال أبو عبيد وقال أكثر الفقهاء يملك اجبار الناصب على قلمه، والحكم فيه كالفرس سواء لقوله عليه السلام «ليس لمرق ظالم حق» ولانه زرع في أرض غيره ظلماً أشبه الفرس

ولنا ما روى نافع بن خديج قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من زرع في أرض قوم بغير اذنهم فليس له من الزرع شيء. وعليه نفقته رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن فيه دليل على أن الناصب لا يجبر على قلمه لانه ملك للمنصوب منه وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى زرعاً

المشتري من الاجر إلا باجرة مدة مقامها في يديه لان يده إنما ثبت حينئذ

(مسئلة) (وان غصب لوحاً فرقم به سفينة لم يقطع حتى ترسي اذا كانت السفينة بخاف غرقها يقطع اللوح لم يقطع حتى يخرج إلى الساحل، وان كان في أعلاها لا تترق بقلعه لزمه قلمه ولصاحب اللوح طلب قيمته فاذا أمكن رد اللوح استرجعه ورد القيمة كما لو غصب عبداً فأبق وقال أبو الخطاب ان كان فيها حيوان له حرمة أو مال أغير الناصب لم يقطع كالحيط وان كان فيها مال للناصب أو لا مال فيها فكذلك أحد الوحيين والثاني يقطع في الحال لانه أمكن رد المنصوب فليزمه وان أفضى الى تلف مال الناصب كرد الساجة المبني عليها ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

ولنا أنه أمكن رد المنصوب من غير اتلاف فلم يجز مع الاتلاف كما لو كان فيها مال غيره وفارق الساجة في البناء لانه لا يمكن ردها من غير اتلاف

(مسئلة) (وان غصب خيطاً نخط به جرح حيوان وخيف عليه من قلمه فعليه قيمته الا ان يكون الحيوان مأكولاً للناصب فهل يلزمه رده ويذبح الحيوان؟ على وجهين) هذه المسئلة لا تخلو من ثلاثة اقسام (أحدها) ان يخط به جرح حيوان لا حرمة له كالرند والحزبر والكلب المقور فيجب رده لانه يتضمن تفويت ذي حرمة أشبه مالو خط به ثوباً (الثاني) أن يخط به جرح حيوان محترم لا يحل اكله كالأدمى فان خيف من نزع الهلاك أو أبطاً برؤه فلا يجب لان الحيوان أكد حرمة

في أرض طهير فأعجبه فقال « ما أحسن زرع طهير » فقال انه ليس لطهير ولكنك لفلان قال « نخذوا زرعكم وردوا عليه نفقته » قال رافع فأخذنا زرعا ورددنا عليه نفقته ولانه أمكن رد المنصوب الى مالكه من غير اتلاف مال الغاصب على قرب من الزمان فلم يجز اتلافه كما لو غصب سفينة فحمل فيها ماله وأدخلها البحر أو غصب لوحا فرقع به سفينة فانه لا يجبر على رد المنصوب في اللجة وينظر حتى ترمي صيانة اللال عن التلف كذا ههنا ولانه زرع حصل في ملك غيره فلم يجبر على قلعه على وجه يضر به كما لو كانت الارض مستعمرة أو مشفوعة، وفارق الشجر والنخل لان مدته تتناول ولا يلزم متى ينقلع من الارض فانتظاره يؤدي الى ترك رد الاصل بالكلية وحديثهم ورد في القرس وحديثنا في الزرع فيجمع بين الحديثين ويعمل بكل واحد منهما في موضعه وذلك اولى من ابطال احدهما . اذا ثبت هذا فتى رضي المالك بترك الزرع للغاصب وبأخذ منه اجر الارض فله ذلك لانه شغل المنصوب بماله فملك صاحبه اخذ اجره كما لو ترك في الدار طعاما أو اوحجاراً يحتاج في نقله الى مدة، وان احب اخذ الزرع فله ذلك كما يستحق الشقيم اخذ شجر المشتري بقيمته، وفيما يرد على الغاصب روايتان (احدهما) قيمة الزرع لانه بدل عن الزرع فيقدر بقيمته كالواتلعه ولأن الزرع للغاصب الى حين انتزاع المالك له منه بدليل انه لو اخذه قبل انتزاع المالك له كان ملكه ولو لم يكن ملكه لما ملكه بأخذه فيكون اخذ المالك له ملكا له إلا أن يموضه فيجب ان يكون بقيمته كما لو اخذ الشقص المشفوع ويجب على الغاصب اجر الارض الى حين

من غير المال ولهذا جاز له اخذ مال غيره لحفظ حياته واتلاف المال لتبقيته وهو ما يأكله وكذلك الدواب التي لا يؤكل لحمها كالبعل والحمار الأهلي (الثالث) ان يخيط به جرح حيوان ما كول فان كان ملكا لغير الغاصب وخيف تلفه بقلعه لم يقلع لان فيه اضرازا بصاحبه ولا يزال الضرر بالضرر ولا يجب اتلاف مال من لم يجن صيانة مال آخر وان كان للغاصب فقال الناضي يجب رده لانه يمكن ذبح الحيوان والاتفاع بلحمه وذلك جائز وان حصل فيه نقص على الغاصب فليس ذلك بمانع من وجوب رد المنصوب كنعق البنا وقال أبو الخطاب فيه وجهان احدهما هذا (والثاني) لا يجب قلعه لان للحيوان حرمة في نفسه وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذبح الحيوان لغير ما كلة ولاصحاب الشامي وجهان كهذين قال شيخنا ويحتمل ان يفرق بين ما يعد للأكل من الحيوان كبهيمة الانعام والدجاج وبين مالا يعد له كالحيل وما يقصد صونه من الطير فيجب ذبح الاول اذا توقف رد الحيط عليه ولا يجب ذبح الثاني لانه اتلاف له فحري مجرى مالا يؤكل لحمه ومتى امكن رد الحيط من غير تلف الحيوان أو بعض اعضائه أو ضرر كثير وجب رده

(مسألة) فان مات الحيوان لزمه رده إلا ان يكون آدمياً معصوماً لان غير الآدمي لا حرمة له بعد الموت وحرمة الآدمي باقية ولهذا قال عايبه الصلاة والسلام : كسر عظم الميت ككسره وهو حي « فعلى هذا برد قيمته .

تسليم الزرع لان الزرع كان محكوما له به وقد شمل به ارض غيره (والرواية الثانية) انه يرد على الفاصل ما اتفق من البذر ومؤنة الزرع في الحرث والعتق وغيره وهذا الذي ذكره القاضي وهذا ظاهر كلام الحرقي وظاهر الحديث لقوله عليه السلام «عليه فقته» وقيمة الشيء لانسمى نفقة له والحديث مبني على هذه المسئلة فان احدا انما ذهب الى هذا الحكم استحسانا على خلاف القياس فان القياس ان الزرع لصاحب البذر لانه نماء عين مال فاشبهه مالو غضب دجاجة فحضنت بيضا له او طعاما فعلفه دواب له كان البناء له وقد صرح به احمد فقال هذا شيء لا يوافق القياس استحسانا ان يدنع اليه نفقته للاثر ولذلك جعلناه للفاصل اذا استحققت الارض بعد اخذ الفاصل له واذا كان العمل بالحديث فيجب ان يتبع مدلوله

(فصل) فان كان الزرع بما يتيقن اصوله في الارض ويجز مرة بعد اخرى كالرطوبة والتغناح احتمل ان يكون حكمه ما ذكرنا لدخوله في عموم الزرع لانه ليس له فرع قوي فاشبهه الخنطة والشعير واحتمل ان يكون حكمه حكم الفرس لبقاء اصوله وتكرره اخذه ولان القياس يقتضي ان يثبت لكل زرع مثل حكم الفرس ولا يترك فيما تقل مدته للاثر ففيما عداه يبقى على قضية القياس

(فصل) وان غضب ارضا ففرسها فاعمرت فادركها ربهما بعد اخذ الفاصل عمرتها فهي له وان ادركها والقرية فيها فكذلك لانها ثمرة شجره فكانت له كما لو كانت في ارضه ولانها نماء اصل محكوم به للفاصل فكان له كأغصانها وورقها ولبن الشاة وولدها، وقال القاضي هي لمالك الارض ان ادركها في الفرس لان احمد

(مسئلة) (وان غضب جارحا فصاد او شبكة او شركا فامسك شيئا او فرسا فصاد عليه او او غم فهو للمالك) كما لو غضب عبدا فصاد فان الصيد لسيد العبد ويحتمل انه للفاصل لان الصائد والجارحة آلة ولهذا اكتفى بتسميته عند ارسال الجارح وفيها اذا غضب فرسا او سهما او شبكة فصاد به وجه آخر انه للفاصل لان الصيد حصل بفعله وهذه آلات فاشبهه مالو ذبح بسكين غيره فان قلنا هو للفاصل فعليه اجرة ذلك كله مدة مقامه في يده ان كان له اجر وان قلنا هو للمالك لم يكن له اجر في مدة اصطياده في أحد الوجهين لان منافعه في هذه المدة عادة إلى المالك فلم يستحق عوضا على غيره كما لو زرع أرض انسان فاخذ المالك الزرع بنفقته والثاني عليه اجر المثل لانه استوفى منافعه أشبه مالو لم يصد، ولو غضب عبدا فصاد أو كسب فالكسب للسيد وفي وجوب اجرة العبد على الفاصل في مدة كسبه وصيده الوجهان وإن غضب منجلا فقطع به خشبا أو حشيشا فهو للفاصل لان هذه آلة فهو كالجلبل يربط به .

(مسئلة) (وان غضب توبا فنصره أو غزلا فنسجه أو فضة أو حديدا فنصره أو خشبا فنجره أو شاة فذبحها وشواها رد ذلك بزيادته وأرش نفسه)

ولاشيء له هذا ظاهر المذهب وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة في هذه المسائل ينقطع حق صاحبها عنها الا ان الفاصل لا يجوز له التصرف فيها الا بالصدقة الا أن يدفع قيمته فيملكها ويتصرف

قال في رواية علي بن سعيد اذا غصب ارضاً ففرسها فالتما ملك الارض قال القاضي وعليه من النفقة ما اتفقه الفارس من مؤنة الثمرة لان الثمرة في معنى الزرع فكان لصاحب الارض اذا ادركه قائمها كالزرع، والاول اصح لان احمد قد صرح بأن اخذ رب الارض الزرع شي لا يوافق القياس وانما صار اليه للامر فيختص الحكم به ولا يبعدى الى غيره ولان الثمرة تفارق الزرع من وجهين (احدهما) ان الزرع نماء الارض فكان لصاحبها والثمر نماء الشجر فكان لصاحبه (الثاني) انه يرد عوض الزرع الذي اخذه مثل البذر الذي نبت منه الزرع مع ما اتفق عليه ولا يمكنه مثل ذلك في الثمر

(فصل) وان غصب شجراً قائماً فالثمر لصاحب الشجر بغير خلاف لعله لأنه نماء ملكه ولان الشجر عين ملكه متى وزاد فأشبهه ما لو طالت أغصانه، وعليه رد الثمر ان كان باقياً وان كان نالاً فاعليه بدله وان كان رطباً فصار ثمرراً أو غصباً فصار زبيباً فعليه رده وارش تقصه ان نقص وليس له شيء بعمله فيه وليس للشجر أجرة لان أجرها لا تجوز في العقود فكذلك في النصب ولان تقع الشجر رية الثمر واخراجه وقدمات هذه المنافع الى المالك، ولو كانت ماشية فعليه ضمان ولدها ان ولدت عنده ويضمن لبنها بمثله لانه من ذوات الامثال ويضمن أوبارها وأشوارها بمثله كالقطن

(فصل) واذا غصب أرضاً فحكها في جواز دخول غيره اليها حكما قبل النصب فان كانت محوطة كالدار والبستان المحوط لم يحز لغير مالها دخولها لان ملك مالها لم يزل عنها فليحز دخولها بغير اذنه كالكوكبات في يده قال أحمد في الضيعة تصير غيبة فيها سماك لا يجسد فيها أحداً الا باذنهم وان كانت ححرأ جاز

فيها كيف شاء وروى محمد بن الحكم عن أحمد ما يدل على أن الغاصب يملكها بالقيمة إلا انه قول قديم رجع عنه فان محمداً مات قبل أبي عبد الله بنحو من عشرين سنة واحتجوا بما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم زار قوماً من الانصار في دارهم فقدموا اليه شاة مشوية فتناول منها لقمة فجعل يلوها ولا يسيغها فقال « ان هذه الشاة لتخبرني أنها أخذت بغير حق » قالوا نعم يا رسول الله طلبنا في السوق فلم نجد فأخذنا شاة لبعض جيراننا ونحن نرضيهم من ثمنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أطمعوها الاسرى » رواه أبو داود بنحو من هذا وهذا يدل على ان حق أصحابها انقطع عنها لولا ذلك لامر بردها عليهم

ولنا أن عين مال المنصوب منه قائمة فلزم ردها اليه كما لو ذبح الشاة ولم يشوها ولانه لو فعله بملكه لم يزل عنه فكذلك إذا فعله بملك غيره كذبح الشاة وضرب النقرة دراها ولانه لا يزيل الملك إذا كان بغير فعل آدمي فلم يزله إذا فعله آدمي كالذي ذكرناه وأما الخبر فليس بمعروف كما روه في رواية أبي داود ونحن نرضيهم عنها. إذا ثبت هذا فإنه لا شيء للغاصب بعمله سواء زادت العين أو لم تزد وهذا مذهب الشافعي وعنه يكون شريكاً بالزيادة ذكرها أبو الخطاب لانها حصلت بمنافعة والمنافع أجريت بحري الاعيان أشبهه مالو غصب توباً فصبيته والمذهب الاول ذكره أبو بكر والقاضي لان الغاصب عمل

(١) بتشديد الياء

الدخول فيها ورعي حشيشها قال أحمد لا بأس برعي الكلا في الارض المنصوبة وذلك لان الكلا لا يملك بملك الارض ، ويتخرج في كل واحدة من الصورتين مثل حكم الاخرى قياساً لما عليها ونقل عنه المروزي في رجل والدا في دار طوايقها غصب لا يدخل على والديه وذلك لان دخوله عليهما تصرف في الطوايق المنصوبة ونقل عنه الفضل بن عبد الصمد في رجل له اخوة في أرض غصب يزورهم ويرادهم على الخروج فان اجابوه والا لم يقم معهم ولا يدع زيارتهم يعني يزورهم بحيث يأتي باب دارهم ويتعرف اخبارهم ويسلم عليهم ويكلمهم ولا يدخل اليهم، ونقل المروزي عن اكره المشي على العبارة (١) التي يجري فيها الماء وذلك لان العبارة وضعت لعبور الماء لا للمشي عايتها وربما كان المشي عليها يضرها ، وقال أحمد لا يدفن في الارض المنصوبة بما في ذلك من التصرف في أرضهم بغير اذنتهم ، وقال أحمد فيمن ابتاع طعاماً من موضع غصب ثم علم رجوع الى الموضع الذي أخذه منه فرده وروي عنه أنه قال : يطرحه يعني على من ابتاعه منه وذلك لان قعوده فيه حرام منهي عنه فكان البيع فيه محرماً ولان الشراء ممن يقعد في الموضع المحرم يحملهم على العقود والبيع فيه وترك الشراء منهم يمنع العقود وقال لا يتساع من الخانات التي في الطرق الا أن لا يجد غيره كأنه بمنزلة المضطر ، وقال في السلطان اذا بنى داراً وجمع الناس اليها اكره الشراء منها وهذا ان شاء الله تعالى على سبيل الورع لما فيه من الاعانة على الفعل المحرم والظاهر صحة البيع لانه اذا صححت الصلاة في الدار المنصوبة في رواية وهي عبادة فما ليس بعبادة أولى ، وقال فيمن غصب ضيعة وغصبت من الغاصب فأراد الثاني ردها جمع بينهما يعني بين المالك والغاصب الاول وان مات بعضهم جمع ورثته انما قال هذا احتياطاً خوف

في ملك غيره بغير اذنه فلم يستحق لذلك عوضاً كما لو أغلى زيتاً فزادت قيمته أو بنى حائطاً لغيره أو زرع حنطة انسان في أرضه فأما بيع الثوب فان الصبغ عين مال لا يزول ملك صاحبه عنه بجعله مع ملك غيره وهذا حجة عليه لانه اذا لم يزل ملكه عن صبغه بجعله في ملك غيره وجعله كالصفة فلان لا يزول ملك غيره بعمله فيه أولى فان احتج بان من زرع في أرض غيره ترد عليه نفقته قلنا الزرع ملك للغاصب لانه عين ماله ونفقته عليه تزداد به قيمته فاذا أخذه مالك الارض احتسب بما انفق على ملكه وفي مسئلتنا عمله في ملك المنصوب منه بغير اذنه فكان لاغياً على اتنا نقول انما تجب قيمة الزرع على احدي الروايتين وقال أبو بكر بملكه وعابه قيمته لما روى محمد بن الحكم ووجهه كما ذكرنا والصحيح الاول (فصل) فان نقصت العين دون القيمة رد الموجود وقيمة النقص وان نقصت العين والقيمة ضمنها معاً كالزيت إذا أغلاه وهكذا القول في كل ما تصرف فيه كمنقرة ضربها دراهم أو حلياً أو طيناً جعله لبناً أو غزلاً نسجه أو ثوباً قصره لانه نقص بفعل غير مأذون فيه أشبه ما لو أتلف بعضه وان جعل فيه شيئاً من عين ماله مثل ان سمر الدفوف بمساميره فله قلمه ويضمن ما نقصت الدفوف ، وان كانت المسامير من الخشبية المنصوبة أو مال المنصوب منه فلا شيء للغاصب وليس له قلمها الا ان يأمره

التبعة من الغاصب الاول لانه ربما طالب بها وادعاها ملكا باليد وإلا فالواجب ردها على مالكها وقد صرح بهذا في رواية عبد الله في رجل استودع رجلا الفأخاء رجل الى المستودع فقال إن فلانا غصبتني الالف الذي استودعك وصح ذلك عند المستودع فان لم يخف التبعة وهو أن يرجعوا به عليه دفعه اليه

(مسئلة) قال (ومن غصب عبداً أو أمة وقيمته مائة فزاد في بدنه وتعلم حتى صارت قيمته مائتين ثم نقص بقتصان بدنه أو نسيان ما علم حتى صارت قيمته مائة أخذه السيد وأخذ من الغاصب مائة)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب عليه عوض الزيادة الا أن يطالب بردها زائدة فلا يرددها لانه رد العين كما أخذها فلم يضمن نقص قيمتها كتنقص سعرها ولنا أنها زيادة في نفس المنصوب فلزم الغاصب ضمانها كما لو طالبه بردها فلم يفعل وفارق زيادة السعر فانها لو كانت موجودة حال النصب لم يضمنها والصناعة ان لم تكن من عين المنصوب فهي صفة فيه ولذلك يضمنها اذا طوّل برد العين وهي موجودة فلم يرددها وأجريناها هي والتعلم مجرى السمن الذي هو عين لانها صفة تتبع العين وأجرينا الزيادة الحادثة في يد الغاصب مجرى الزيادة الموجودة حال

المالك فيلزمه ، وان كانت المسامير للغاصب فوهبها للمالك لم يجبر على قبولها في أقوى الوجوهين وان استأجر الغاصب على عمل شيء من هذا الذي ذكرناه فالاجر عليه والحكم في زيادته ونقصه كما لو فعل ذلك بنفسه وللمالك تضمين النقص من شاء .منها فان غرم الغاصب لم يرجع على أحد اذا لم يعلم الاجير الحال وان ضمن الاجير رجوع على الغاصب لانه أتلف مال غيره بغير إذنه عالماً بالحال ، وإن ضمن الغاصب رجوع على الاجير لان النقص حصل منه فاستقر الضمان عليه وإن استعان بمن فعل ذلك فهو كلاجير .

(مسئلة) (وان غصب أرضاً فحفر فيها بئراً ووضع ترابها في أرض مالكها لم يملك طمها إذا أبرأه

المالك من ضمان ما يتلف بها في أحد الوجوهين)

اذا طمه المالك بطمها لزمه لانه يضر بالأرض ولان التراب ملكه نقله من موضعه فلزمه رده كتراب الأرض وكذلك لو حفر فيها نهراً أو حفر بئراً في ملك رجل بغير إذنه، وان أراد الغاصب طمها فنفسه المالك نظرنا فان كان له غرض في طمها بأن يسقط عنه ضمان ما يقع فيها أو يكون قد نقل ترابها الى ملكه أو ملك غيره أو طريق يحتاج الى تفريقه فله ذلك لما فيه من النرض وبه قال الشافعي وان لم يكن له غرض مثل أن يكون قد وضع التراب في ملك المنصوب وأبرأه من ضمان ما يتلف بها لم يكن له طمها في أحد الوجوهين لانه انلاف لا تقع فيه فلم يكن له فعله كما لو غصب نقرة فطمها دراهم ثم

الغصب لأنها زيادة في العين المملوكة للمنصوب منه فتكون مملوكة له أيضا لأنها تابعة للعين ، فأما ان غصب العين سميئة او ذات صناعة او تعلم القرآن ونحوه فهزلت ونسبت فنقصت قيمتها فباعه ضمان نقصها لا تعلم فيه خلافا لأنها نقصت عن حال غصبها نقصا اثر في قيمتها فوجب ضمانها كالأواهب عضوا من أعضائها (فصل) اذا غصبها وقيمتها مائة فسمت فباعت قيمتها الفاقم تعلمت صناعة فباعت الفين ثم هزلت ونسبت فعادت قيمتها الى مائة ردها ورداها وتسعائة وان بلفت باليمن الفاقم هزلت فباعت مائة ثم تعلمت فباعت الفاقم نسبت فعادت الى مائة ردها ورد الفاقم وتسعائة لأنها نقصت بالهزال تسعائة وبالنسيان تسعائة، وان سمحت فباعت الفاقم هزلت فعادت الى مائة ثم تعلمت فعادت الى الف ردها وتسعائة لان زوال الزيادة الاولى اوجب الضمان ثم حدثت زيادة اخرى من وجه آخر على ملك المنصوب منه فلا يجبر ملك الانسان بملكه ، وانا اذا باعت باليمن الفاقم هزلت فعادت الى مائة ثم سمحت فعادت الى الف ففيه وجهان (أحدهما) يرددها زائدة ويضمن نقص الزيادة الاولى كما لو كانا من جنسين فان ملك الانسان لا يجبر بملكه لان الزيادة الثانية غير الاولى . فعلى هذا ان هزلت مرة ثانية فعادت الى مائة ضمن النقصين بألف وثمانمائة (والوجه الثاني) انه اذا ردها سميئة فلا شيء عليه لانه عاد ما ذهب فأشبهه ما لو مرضت فنقصت ثم عوفيت أو نسبت صناعة ثم تعلمتها أو أبق العبد ثم عاد ، وفارق ما إذا زادت من جهة اخرى فانه لم يعد ما ذهب وهذا

أراد ردها نفرة وهذا قال أبو حنيفة والمزني وبعض الشافعية وقال بعضهم له طمها وهو الوجه الثاني لئلا يبرأ من الضمان ببراء المالك لكونه أبرأ مما لم يجب بدوه أيضا ببراء من جق غيره وهو الواقع فيها . ولنا أن الضمان إنما يلزمه لوجود التعدي فاذا رضي صاحب الارض زال التعدي فزال الضمان وليس هذا إبراء مما يجب إنما هو اسقاط التعدي برضاه به وهكذا ينبغي أن يكون الحكم اذا لم يتلفظ بالابراء لكن منعه من طمها لانه يتضمن رضاه بذلك

(مسئلة) (وان غصب جبا فزرعه أو نوى فصار غرساً أو يضا فصار فراخا رده ولا شيء للغاصب لانه عين مال المنصوب منه ويتخرج أن يملكه الغاصب كما اذا قصر الثوب أو ضرب الفضة لكونه غيره بفعله فالتعريف في البيضة أعظم فانه استحالة بزوال اسمه ، فعلى هذا يتخرج أيضا أن يكون شريكا بالزيادة كالسئلة الاولى

(فصل) (وان غصب دجاجة فباضت عنده ثم حضنت بيضا فصار فراخا فعلم مالها ولا شيء للغاصب في علفها . قال أحمد في طيرة جاءت الى دار قوم فأفرخت عندهم بردها وفراخها الى أصحاب الطيرة ولا شيء للغاصب فيما عمل وان غصب شاة فانزا عليها فحله فالولد لصاحب الشاة لانه من ثمنها وان غصب فحلا فانزاه على شاته فالولد لصاحب الشاة لانه يتبع الام ولا أجره له لان النبي ﷺ نهى عن عسب الفحل، وان نقصه الضراب ضمنه وان نقص المنصوب لزمه ضمان نقصه بقيمته رقباً

الوجه اقبس لما ذكرنا من شواهد، فعلى هذا لو سمنت بعد الهزال ولم تبلغ قيمتها الى ما بلغت في السمن الاول او زادت عليه ضمن اكثر الزياتين وتدخل الاخرى فيها وعلى الوجه الاول يضمنهما جميعاً فأما ان زادت بالتعليم او الصناعة ثم نسيت ثم تلمت ما نسيتها فعادت القيمة الاولى لم يضمن النقص الاول لان العلم الثاني هو الاول فقد عاد ما ذهب وان تلمت علماً آخر او صناعة اخرى فهو كمود السمن فيه وجهان ذكر هذا القاضي وهو مذهب الشافعي، وقال ابو الخطاب متى زادت ثم نقصت ثم زادت مثل الزيادة الاولى ففي ذلك وجهان سواء كانا من جنس كالسمن مرتين او من جنسين كالسمن والتعليم والاول اولى .

(فصل) وان مرض المصوب ثم برأ او ابيضت عينه ثم ذهب بياضها او غصب جارية حسناء فسمنت سمناً نقصها ثم خف سمنها فعاد حسنها وقيمتها ردها ولا ضمان عليه لانه لم يذهب له قيمة والعيب الذي اوجب الضمان زال في يديه وكذلك لو حملت فنقصت ثم وضعت فزال نقصها لم يضمن شيئاً فان رد المصوب ناقصاً بمرض او عيب او سمن مفرط او حمل فعليه ارش نقصه فان زال عيبه في يدي مالكه لم يلزمه رد ما أخذ من ارشه لانه استقر ضمانه برد المصوب وكذلك إن اخذ المصوب دون ارشه ثم زال العيب قبل اخذ ارشه لم يسقط ضمانه لذلك .

(فصل) زوائد الغصب في يد الغاصب مضمونة ضمان الغصب مثل السمن وتعلم الصناعة وغيرها

كان أو غيره وبه قال الشافعي وعن احمد في العبد رواية أخرى أنه يضمن بما يضمن به في الاطلاق فيجب في يده نصف قيمته وفي موضحة نصف عشر قيمته وهو قول بعض أصحاب الشافعي لانه ضمان لا يباض العبد فكان مقدراً من قيمته كارش الجنابة

ولنا أنه ضمان مال من غير جنابة فكان الواجب ما نقص كالبهيمة وكنقص الثوب يحققه أن القصد بال ضمان جبرحق المالك بإيجاب قدر المقت عليه وقدر النقص هو الجابر ولا به لوفات الجميع لو جيت قيمته فاذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة كغير الحيوان و ضمان الجنابة على أطراف العبد معدول به عن القياس للإلحاق بالجنابة على الحر والواجب ههنا ضمان اليد وهي لا تثبت على الحر فوجب البقاء فيه على موجب الاصل والحاقه بسائر الاموال المصوبة على أن في الجنابة على العبد رواية أنه يضمن بما نقص فتتفق الروايتان والتفريع على الاول، ويتخرج أن يضمنه بأكثر الامرئين منها لان سبب كل واحد منها قد وجد، فأما ان كان النقص في الرقب مما لا مقدر فيه كتنقصه لكبر او مرض أو شجة دون الموضحة فعليه ما نقص مع الرد لا غير لا يعلم فيه خلافاً فان كان العبد أمرد فتبت لحينه فنقصت قيمته وجب ضمان نقصه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجب ضمانه لان الفائم لا يقصد قصداً صحيحاً أشبه الصناعة المحرمة، ولنا أنه نقص في القيمة بتغير صفة فيضمنه كبقية الصور

وثره الشجرة وولد الحيوان متى تلف شيء منه في يد الفاعب ضمنه سواء تلف منفرداً أو تلف مع أصله وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة ومالك لا يجب ضمان زوائد النصب إلا أن يطالب بها فيمتنع من ادائها لانها غير مفصولة فلا يجب ضمانها كالوديعة ودليل عدم النصب انه فعل محرم وثبوت يده على هذه الزوائد ليس من فعله لانه ابنى على وجود الزوائد في يده ووجودها ليس بفعل محرم منه. ولنا انه مال المنصوب منه حصل في يده بالفنصب فيضمنه بالتلف كالأصل وقولهم ان اثبات يده ليس من فعله لا يصح لانه باسالك الام تسبب الى إثبات يده على هذه الزوائد وإثبات يده على الام محذور.

(فصل) وليس على الفاعب ضمان نقص القيمة الحاصل بتغير الاسعار نص عليه احمد وهو قول جمهور العلماء وحكي عن أبي ثور أنه يضمنه لانه يضمنه اذا تلفت العين فيلزمه اذا ردها كالسمن. ولما انه رد العين بحالها لم ينقص منها عين ولا صفة فلم يلزمه شيء كما لو لم تنقص ولا نسلم أنه يضمنها مع تلف العين وان سلمنا فلانه وجبت قيمة العين أكثر ما كانت قيمتها فدخلت في التقويم بخلاف ما اذا ردها فان القيمة لا يجب وبخالف السمن فانه من عين المنصوب والعلم بالصناعة صفة فيها وهما لم تذهب عين ولا صفة ولانه لاحق للمنصوب منه في القيمة مع بقاء العين وانما حقه في العين وهي باقية كلها كما كانت ولان الفاعب يضمن ما نصب والقيمة لا تدخل في النصب بخلاف زيادة العين فانها مفصولة وقد ذهبت

﴿ مسألة ﴾ (وان غصبه وجني عليه ضمنه بأكثر الامرين)

وجملة ذلك أنه اذا غصب عبداً وجني عليه جنابة مقدرة الدية فعلى قولنا ضمان النصب ضمان الجنابة يكون الواجب ارش الجنابة كما لو جني عليه من غير غضب ونقصته الجنابة أقل من ذلك أو أكثر وان قلنا ضمان النصب غير ضمان الجنابة وهو الصحيح فعليه أكثر الامرين من ارش انقص أودية ذلك العضو لان سبب كل واحد منهما وجد فوجب أكثرهما ودخل الآخرفيه فان الجنابة واليدوجدان جميعاً فلو غصب وقيمته الف فزادت قيمته الى الفين ثم قطع يده فنقص الف لزمه الف ورد العبد لان زيادة السوق اذا تلفت العين مضونة ويد العبد كنصفه فكانه بقطع يده فوت نصفه وان نقص الفاً وخمسة الف وقلنا الواجب ما نقص فعليه الف وخمسة الف ويرد العبد وان قلنا ضمان الجنابة فعليه الف ويرد العبد حسب وإن نقص خمسة الف فعليه الف ويرد العبد وهل يلزمه الف أو خمسة الف؟ على وجهين .

(مسألة) (وان جنى عليه غير الفاعب فله تضمين الفاعب أكثر الامرين ويرجم الفاعب على

الجانبي بأرش الجنابة وله تضمين الجاني أرش الجنابة وتضمين الفاعب ما بقي من النقص)
 اذا غصب عبداً فقطم آخريده فللمالك تضمين من شاء منه لان الجاني قطع يده والفاعل حصل النقص

(فصل) ولو غصب شيئاً فشقّه نصفين وكان ثوباً ينقصه القطع رده وارش نقصه فإن تلف أحد النصفين رد الباقي وقيمة التالف وارش النقص وان لم ينقصه القطع رد الباقي وقيمة التالف لا غير وان كانا باقيين ردهما ولا شيء عليه سوى ذلك وان غصب شيئين ينقصهما التفريق كزوجي خف ومصراعي باب فتلف أحدهما رد الباقي وقيمة التالف وارش ينقصهما فإذا كانت قيمتهما ستة دراهم فتلف أحدهما فصارت قيمة الباقي درهمين رد الباقي واربعة دراهم وفيه وجه آخر لا يلزمه الا قيمة التالف من رد الباقي وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه لم يتلف غيره ولأن نقص الباقي نقص قيمة فلا يضمنه كالتقص بتغير الاسمار ، والصحيح الاول لأنه نقص حصل بجنايته فلزمه ضمانه كشق الثوب الذي ينقصه الشق إذا تلف أحد شقيه بخلاف نقص السعر فإنه لم يذهب من المنصوب عين ولا معنى وههنا فوت معنى وهو إمكان الاتفاح به وهذا هو الموجب لنقص قيمته وهو حاصل من جهة الناصب فينبغي أن يضمنه كالفوت بصره أو سمعه أو عقله أو فك تركيب باب ونحوه

(فصل) وان غصب ثوباً فلبسه فأبلاه فنقص نصف قيمته ثم غلت الثياب فصادت ذلك قيمته كما كانت لزمه رده وأرش نقصه ، ولو غصب ثوباً قيمته عشرة فنقصه لبسه حتى صارت قيمته خمسة ثم زادت قيمته فصارت عشرة رده ورد خمسة لأن ما تلف قبل غلاء الثوب ثبتت قيمته في الذمة خمسة فلا يتبر ذلك بغلاء الثوب ولا رخصه وكذلك لو رخصت الثياب فصارت قيمتها ثلاثة لم يلزم الناصب إلا خمسة

في يده فان ضمن الجاني ضمنه نصف الذممة لا غير ولم يرجع على أحد لأنه لم يضمنه أكثر مما وجب عليه ويضمن الناصب ما زاد على نصف القيمة ان نقص أكثر من النصف ولا يرجع على أحد وان قلنا ضمان النصب ضمان الجناية أو لم ينقص أكثر من نصف قيمته لم يضمن الناصب ههنا شيئاً وان اختلفت تضمين الناصب وقلنا ان ضمان النصب كضمان الجناية ضمنه نصف القيمة ورجع بها الناصب على الجاني لان التلف حصل بفعله فاستقر الضمان عليه ، وان قلنا ان ضمان النصب بما نقص فلرب العبد تضمنه بأكثر الامرين لان ما وجد في يده فهو في حكم الموجود منه ثم يرجع الناصب على الجاني بنصف القيمة لانها أرش جنايته فلا يجب عليه أكثر منها

(مسألة) (وان غصب عبداً فخصاه لزمه رده ورد قيمته)

إذا غصب عبداً فقطع خصيه أو يديه أو ذكره أو لسانه أو ما يجب فيه الذممة من الحر لزمه رده ورد قيمته كلها نص عليه وبه قال مالك والشافعي ، وقال الثوري وأبو حنيفة بخير المالك بين ان يبصر ولا شيء له وبين أخذ قيمته وبملكه الجاني لأنه ضمان مال فلا يبقى ملك صاحبه عليه مع ضمانه كسائر الاموال ولما ان المتلف البض فلا يقف ضمانه على زوال الملك كقطع ذكر المدبر ولان المضمون التالف فلا يزول الملك عن غيره بضمانه كما لو قطع تسم أصابع ، وبهذا ينفصل عما ذكره فان الضمان في مقابلة

مع رد الثوب ولو تلف الثوب كله وقيمته عشرة ثم غلت الثياب فصارت قيمة الثوب عشرين لم يضمن الا عشرة لانها ثبتت في الذمة عشرة فلا تزداد بفناء الثياب ولا تنقص برخصها (فصل) وان غصب ثوبا أو زلياً فذهب بعض أجزائه كخمل المنشقة وزهيرة اثوب فعليه ارش نقصه وإن أقام عنده مدة مثلها أجره لزمه أجره سواء استعمله أو تركه، وان اجتمعا مثل أن أقام عنده مدة فذهب بعض أجزائه فعليه ضمانهما ما الاجر وارش النقص سواء كان ذهاب الاجزاء بالاستعمال أو بغيره وقال بعض أصحاب الشافعي ان نقص بغير الاستعمال كثوب ينقصه النشرفنقص بنشروه وبقي عنده مدة ضمن الاجر والنقص، وان كان النقص من جهة الاستعمال كثوب لبسه وأبلاه ففيه وجهان (أحدهما) بضمهما معاً (والثاني) يجب أكثر الأمرين من الاجر وارش النقص لان ما نقص من الاجزاء في مقابلة الاجر ولذلك لا يضمن المستأجر تلك الاجزاء، ويخرج لنا مثل ذلك. ولما أن كل واحد منهما ينفرد بالاجاب عن صاحبه فاذا اجتمعا وجبا كما لو أقام في يده مدة ثم تلف والاجرة تجب في مقابلة ما يفوت من المنافع لافي مقابلة الاجزاء ولذلك يجب الاجر وان لم تفت الاجزاء وان لم يكن للمنصوب اجر كثوب غير محبب فلا اجر على الناصب وعليه ضمان نقصه لا غير

(فصل) اذا نقص المنصوب عند الناصب ثم باعه فتلف عند المشتري فله ان يضمن من شاء، منها فان ضمن الناصب ضمنه قيمته اكثر ما كانت من حين النصب الى حين اتلف لانه في ضمانه من حين

التلف لافي مقابلة الجملة، فان ذهبت هذه الاعضاء بغير جنابة فهل يضمنها ضمان الاتلاف أو ما نقص؟ على روايتين مضى ذكرهما، وعن أحمد رواية أخرى أن عين الدابة تضمن بربع قيمتها من الخيل والبغال والحمير فانه قال في رواية أبي الحارث في رجل فقأ عين دابة عليه ربح قيمتها قيل له فقأ العينين؟ قال إذا كانت واحدة فقال عمر ربح القيمة واما العينان فما سمعت فيها شيئاً قيل له فان كان بغيراً أو بقرة أو شاة؟ فقال هذا غير الدابة هذا ينتفع بلحمه ينظر ما نقصها، وهذا يدل على ان احد انما أوجب مقدراً في العين الواحدة من الدابة وهي الفرس والبغل والحمير خاصة للاثر الوارد فيه وما عدا هذا يرجع الى القياس. واحتج أصحابنا لهذه الرواية بما روى زيد بن ثابت ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في عين الدابة بربع قيمتها وروي عن عمر رضي الله عنه انه كتب الى شريح لما كتب اليه بسأله عن عين الدابة: انا كنا نزلها مزلة الأدمي الا أنه اجمع رأينا ان قيمتها ربع الثمن. وهذا اجماع بقدم على القياس ذكر هذين أبو الخطاب في رموس المسائل، وقال ابو حنيفة اذا قلم عيني بهيمة ينتفع بها من وجهين كالدابة والبعير والبقرة وجب نصف قيمتها وفي إحداها ربع قيمتها لقول عمر أجمع رأينا على ان قيمتها ربع الثمن، والمذهب ان قدر الارش ما نقص من القيمة كسائر الاعيان فاما حديث زيد بن ثابت فلا أصل له ولو كان صحيحاً لما احتج احمد وغيره بحديث عمر وتركوه واما قول عمر فمحمول على ان ذلك كان قدر نقصها كما روي عنه أنه قضى في العين الفأمة بخمسين ديناراً

غصبه الى يوم تالف وان ضمن المشتري ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين قبضه إلى حين تلفه لان ما قبل القبض لم يدخل في ضمانه، وان كان له اجرة فله الرجوع على الناصب بجميها وان شاء رجع على المشتري بأجر مقامه في يده وبالباقي على الناصب والكلام في رجوع كل واحد منهما على صاحبه نذكره فيما بعد ان شاء الله تعالى

(فصل) وإذا غصب حنطة فطحها أو شاة فذبحها وشواها أو حديدًا فعمله سكاكين أو إواني أو خشبة فتجرها بابا أو تابوتاً أو ثوباً فطعمه وخاطه لم يزل ملك صاحبه عنه ويأخذه وارثه انقصه ان نقص ولا شيء للناصب في زيادته في الصحيح من المذهب وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة في هذه المسائل كلها ينقطع حق صاحبها عنها إلا أن الناصب لا يجوز له التصرف فيها إلا بالصدقة إلا أن يدفع قيمتها قبل ملكها ويتصرف فيها كيف شاء، وروى محمد بن الحكم عن أحمد ما يدل على أن الناصب يملكها بالقيمة إلا أنه قول قديم رجم عنه فان محمداً مات قبل أبي عبدالله بنحو من عشرين سنة، واحتجوا بما روي أن النبي ﷺ زار قوماً من الانصار في دارهم فقدموا اليه شاة مشوية فتناول منها لقمة فجعل يلوكمها ولا يسفيها فقال «إن هذه الشاة تخبرني أنها أخذت بغير حق» فقالوا نعم يا رسول الله طلبنا في السوق فلم نجد فأخذنا شاة لبعض الانصار جبراً فتأوحن نرضيهم من ثمنها فقال النبي ﷺ «اطعموها الاسرى» رواه أبو داود بنحو من هذا وهذا يدل على أن حق أصحابها انقطع عنها لولا ذلك لامر ردها عليهم . ولنا أن عين مال المنصوب منه قائمة فلزم ردها اليه كالأولج الشاة ولم يشوها ولانه لو فعله بملكه لم يزل عنه فاذا فعله بملك غيره

(مسئلة) (وإن نقصت قيمة العين لتغير الاسمار لم يضمن نص عاينه) وهو قول جمهور العلماء، وحكي عن ابى ثور انه يضمنه لانه يضمنه اذا تلفت العين فلزمه اذا ردها كالسمن وذكره ابن أبي موسى رواية عن احمد ولنا انه رد العين بحالها لم تنقص منها عين ولا صفة فلم يلزمه شيء كالأولم تنقص ولا نسلم انه يضمنها مع تلف العين وان سلمنا فلا نه وجبت قيمة العين أكثر ما كانت قيمتها فدخلت في التقويم بخلاف ما اذا ردها فان القيمة لا تجب ويخالف السمن فانه من عين المنصوب والعلم بالصناعة صفة فيها وهننا لم نذهب عين ولا صفة ولانه لاحق للمنصوب منه في القيمة مع بقاء العين وإنما حقه في العين وهي باقية كما كانت ولان الناصب يضمن ما غصبه والقيمة لا تدخل في الغصب بخلاف زيادة العين فانها مفصولة وقد ذهب (مسئلة) وان نقصت القيمة لمرض او غيره ثم عادت ببرئه لم يلزمه شيء الا رده) إذا مرض المنصوب ثم برىء أو أبيضت عينه ثم زال ياضاً او غصب جارية حسناء فسمنت سمناً نقصاً ثم خفف سمنها فعاد حسناً وقيمتها ردها ولا شيء عليه لانه لم يذهب ماله قيمة والعيب الذي أوجب الضمان زال في يديه، وكذلك لو حملت فنقصت ثم وضعت فزال نقصها لم يضمن شيئاً فان رد المنصوب ناقصاً بمرض او عيب او سمن مفراط أو حمل فعليه أرش نفسه فان زال عيبه في يد مالكه لم يلزمه رده ما أخذ لانه استقر ضمانه برد المنصوب وكذلك أن اخذ المنصوب دون أرشه ثم زال العيب قبل أخذ أرشه لم يسقط ضمانه لذلك (مسئلة) (وإن زادت القيمة لسمن او غيره ثم نقصت ضمن الزيادة) اذا زادت قيمة المنصوب في يد

لم يزل عنه كما لو ذبح الشاة أو ضرب النقرة دراهم ولانه لا يزيل الملك إذا كان بغير فعل آدمي فلم يزل
 إذا فعله آدمي كالذي ذكرناه فأما الخبر فليس بمعروف كما رووه وليس في رواية أبي داود ونحن نرضيهم
 عنها، فإذا ثبت هذا فإنه لا شيء للناصب بعمله سواء زادت العين أو لم تزد وهذا مذهب الشافعي وذكر
 أبو الخطاب أن الناصب يشارك المالك بالزيادة لأنها حصلت بمنافعه ومنافعه أجريت مجرى الاعيان فأشبهه
 مالو غصب ثوباً فصنعه والمذهب الاول ذكره أبو بكر والقاضي لأن الناصب عمل في ملك غيره بغير
 اذنه فلم يستحق لذلك عوضاً كالأغلى زبناً فزادت قيمته أو بني حائطاً لغيره أو زرع حنطة انسان
 في أرضه وسائر عمل الناصب، كما صبغ الثوب فإن الصبغ عين مال لا يزول ملك صاحبه عنه بجعله مع
 ملك غيره وهذا حجة عليه لانه إذا لم يزل ملكه عن صبغه بجعله في ملك غيره وجهه كالفصة فلأن لا يزول
 ملك غيره بعمله فيه أولى، فإن احتج بان من زرع في أرض غيره يرد عليه نفقته قلنا الزرع ملك للناصب
 لانه عين ماله ونفقته عليه يزداد به قيمته فإذا أخذه مالك الارض احتسب له ما اتفق على ملكه وفي
 مسألته عمله في ملك المنصوب منه بغير اذنه فكان لاغياً، على أننا نقول إنما تجب قيمة الزرع على إحدى
 الروايتين كما ان نقصت العين دون القيمة رد الموجود وقيمة النقص وإن نقصت العين والقيمة ضمنها
 معاً كالزيت إذا غلاه، وهكذا القول في كل ما تصرف فيه مثل نقرة ضربها دراهم أو حلياً أو طيناً جملة
 لنا أو غزلاً نسجه أو ثوباً قصره، وان جعل فيه شيئاً من عين ماله مثل ان سمر الرفوف بمسامير من

الناصب لسمن أو تعلم صنعة مثل ما إذا غصب عبداً أو أمانة وقيمه مائة فزاد بتعاليه أو في بدنه حتى صارت
 قيمته مائتين ثم نقص بنقصان بدنه أو نسيان ما علم حتى صارت قيمته مائة لزمه ردهه وياخذ من الناصب مائة
 وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب عليه عوض الزيادة إلا ان يطالب بردها زائدة فلا يرد لها
 لانه رد العين كما أخذها فلم يضمن نقص قيمتها كمنع سعرها، وذكر ابن أبي موسى في الارشاد رواية
 ان المنصوب اذا زادت قيمته بسمن أو تعلم صنعة ثم نقصت بزوال ذلك فلا ضمان عليه اذا رده بينه

ولنا انها زيادة في نفس المنصوب فلزم الناصب ضمانها كما لو طالبه بردها فلم يفعل ولانها زادت على
 ملك المنصوب منه فلزمه ضمانها كما لو كانت موجودة حال الغصب، وفارق زيادة السعر لانها لو كانت موجودة
 حال الغصب لم يضمنها والصناعة إن لم تكن من عين المنصوب فهي صفة فيه ولذلك يضمنها اذا طوّل
 برد العين وهي موجودة فلم يرد لها، واجريتها هي والتعليم مجرى السمن الذي هو عين لانها صفة تتبع
 العين، واجريتها الزيادة الحادثة في يد الناصب مجرى الزيادة الموجودة حال الغصب لانها زيادة في العين المملوكة
 للمنصوب منه فتكون مملوكة له لانها تابعة للعين، فاما ان غصب العين سميعة او ذات صناعة فهزلت أو
 نسيت فنقصت قيمتها فعليه ضمان نقصها لا تعلم فيه خلافاً لأنها نقصت عن حال غصبها نقصاً اثر في قيمتها
 فوجب ضمانها كالأذهب بمسألتها

(فصل) اذا غصبها وقيمتها مائة فسمنت فبلغت قيمتها الفاً ثم تلمت صناعة فبلغت الفين ثم هزلت ونسبت

عنده فله قلمها ويضمن ما نقصت الرفوف وإن كانت المسامير من الخشب المنصوبة أو مال المنصوب منه فلا شيء للناصب وليس له قلمها إلا أن يأمره المالك بذلك فيلزمه وإن كانت المسامير للناصب فوهبها للمالك فهل يجبر على قبول الهبة ؟ على وجهين، وإن استأجر الناصب على عمل شيء من هذا الذي ذكرناه فالأجر عليه والحكم في زيادته ونقصه كما لو ولي ذلك بنفسه إلا أن للمالك أن يضمن النقص من شاء منها فلو استأجر قصاباً فذبح شاة فللمالك أخذها وارث نقصها ويغرم من شاء منها فان غرم الناصب لم يرجع على أحد إذا لم يعلم القصاب الحال وإن ضمن القصاب رجوع على الناصب لأنه غره وإن علم القصاب أنها منصوبة فغرمه لم يرجع على أحد لأنه أتلف مال غيره بغير إذنه طالما بالحال وإن ضمن الناصب رجوع على القصاب لأن التلق حصل منه فاستقر الضمان عليه ، وإن استعار من ذبح له فهو كما لو استأجره .

(فصل) وإن غصب جأ فزرعه فصار زرعاً أو نوى فصار شجراً أو يضا فحضره ففقد فرحاً فهو للمنصوب منه لأنه عين ماله نبي فأشبه ما تقدم، ويتخرج أن يملكه الناصب بناءً على الرواية المذكورة في الفصل السابق، وإن غصب دجاجة فباضت عنده ثم حضنت بيضها فصار فراخاً فهم للكاهن ولا شيء للناصب في علفها قال أحمد في طيرة جاءت إلى دار قوم فأفرخت عندهم برد فروخها إلى أصحاب الطيرة ولا شيء للناصب فيما عمل، وإن غصب شاة فأزى عليها فخلا فالولد لصاحب الشاة لأنه من ثمنها وإن غصب فخلاً فازاء على شاته فالولد لصاحب الشاة لأنه يتبع الام ولا أجره له لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن عصب الفحل وإن نقصه الضراب ضر نقصه

فعدت إلى مائة ردها ورد انفا وثمانمائة لأنها نقصت بالهزال تسعمائة وبالنسيان تسعمائة وإن سمنت فبلغت الفا ثم هزلت فعدت إلى مائة ثم تملت فعدت إلى الف ردها وتسعمائة لأن زوال الزيادة الأولى أوجب الضمان ثم حدثت زيادة أخرى من وجه آخر على ملك المنصوب منه فلا يجبر ملك الإنسان بملكه (مسئلة) (فإن عاد مثل الزيادة الأولى من جنسها مثل أن كانت قيمتها مائة فسمت فبلغت الفا ثم هزلت فعدت إلى مائة ثم سمنت فعدت إلى الف ففيه وجهان) (أحدهما) يرد لها زائدة ويضمن نقص الزيادة الأولى كما لو كانا من جنسين لأن الزيادة الثانية غير الأولى، فعلى هذا إن هزلت مرة ثانية فعدت إلى مائة ضمن النقصين بألف وثمانمائة (والثاني) إذا ردها سميته فلا شيء عليه لأن ما ذهب عاد فهي كما لو مرضت فنقصت ثم برئت فعدت القيمة أو نسبت صناعة ثم تعلمتها أو أبق عبد ثم عاد وفارق ما إذا زادت من جهة أخرى لأنه لم يعد ما ذهب وهذا الوجه أقيس لما ذكرنا من الشواهد فعلى هذا لو سمنت بعد الهزال ولم تبلغ قيمتها إلى ما بلغت بالسمن الأول أو زادت عليه ضمن أكثر الزيادتين وتدخّل فيها الأخرى وعلى الوجه الأول يضمنها جميعاً، فأما إن زادت بالتعليم أو الصناعة ثم نسبت ثم تملت ما نسبت فعدت القيمة الأولى لم يضمن النقص الأول لأن العلم الثاني هو الأول فقد

(فصل) وان غصب دنانير أو دراهم من رجل وخلطها بمثلها لاخر فلم يميزا صار اشريكين وقال أبو حنيفة يملكها الناصب وعليه غرامة مثلها لها وان خلطها بمثلها من ماله ملكها لانه تعذر تسليمها بينهما فأشبهه ما لو تلفت .

ولنا أنه فعل في المنصوب على وجه التعدي لم يذهب بمالته فلم يزل ملك صاحبه عنه كذب الشاة .
 (فصل) وان غصب عبداً فصاد صيداً أو كسب شيئاً فهو لسيدته وإن غصب جارحاً كالقهد والبازي فصاد به فاله يد للمالكه لانه من كسب ماله فأشبهه صيد العبد ومحمّل أنه للناصب لانه المائد والجارحة آلة له ولهذا يكتفى بتسميته عند ارساله الجارح، وان غصب قوساً أو سهماً أو شبكة فصاد به ففيه وجهان (أحدهما) أنه اصحاب القوس والسهم والشبكة لانه حاصل به فأشبهه ماله ملكه وكسب عبده (والثاني) للناصب لان الصيد حصل بفعله وهذه آلات فأشبهه ما لو ذبح بسكين غيره فان قلنا هو للناصب فعليه أجر ذلك كانه مدة مقامه في يديه إن كان له أجر وإن قلنا هو للمالك لم يكن له أجر في مدة اصطياده في أحد الوجهين لان الاجر في مقابلة منافعته ومنافعه في هذه المدة فائدة إلى مالكه فلم يستحق عوضها على غيره كالأرض لزرع إنسان فأخذ المالك الزرع بثمنه والثاني عليه أجر مثله لانه استوفى منافعه أشبه ما لو لم يصد شيئاً

عاد ما ذهب، وان تعلمت علماً آخر أو صناعة أخرى فهو كود السمن فيه وجهان ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي، وقال أبو الخطاب متى زادت ثم نقصت ثم زادت مثل الزيادة الاولى ففي ذلك وجهان سواء كانا من جنس كالسمن مرتين أو من جنسين كالسمن والتعلم والاول اولى

﴿مسئلة﴾ (وان كانت من غير جنس الاولى لم يسقط ضمانها) وقد ذكرناه في المسئلة قبلها

﴿مسئلة﴾ (وان غصب عبداً مفرطاً في السمن فهزل فزادت قيمته أو لم ينقص رده ولا شيء عليه) لان الشرع انما أوجب في هذا ما نقص من القيمة ولم يقدر بدله ولم تنقص القيمة فلم يجب شيء

(فصل) فان نقصت عين المنصوب دون قيمته لم يخل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون الذاهب مقدر البدل كبد خصاه وزيت أغلاه ونقرة ضربها دراهم فنقصت عينها دون قيمتها فانه يجب ضمان النقص فيضمن العبد بقيمته ونقص الزيت والنقرة بمثلها مع رد الباقي منها لان الناقص من العين له بدل مقدر فلزم ما يقدر به كما لو اذهب الكل (الثاني) أن لا يكون مقدر كزوال العبد اذا لم تنقص قيمته وقد ذكرناه (الثالث) ان يكون النقص مقدر البدل لكن الذاهب منه اجزاء غير مقصودة كصير اغلاه فذهبت مائته وانعدت اجزؤه فنقصت عينه دون قيمته فلا شيء فيه في أحد الوجهين سوى رده لان النار انما اذبت مائته التي يقصد اذهاها ولهذا زداد حلاوته وتكثرت قيمته فهو كسمن العبد الذي لا تنقص به قيمته اذا ذهب (والثاني) يجب ضمانه لانه مقدر البدل فأشبهه الزيت اذا اغلاه. وان نقصت العين والقيمة جميعا وجب في الزيت وشبهه ضمان النقصين جميعا لان كل واحد منها مضموناً منفرداً فكذلك اذا اجتمعا

(مسئلة) قال (ومن غصب جارية فوطئها وأولدها لزمه الحد وأخذها سبياً ما وارادها

ومهر ثلثها)

وجملة ذلك أن الغاصب إذا وطئ الجارية المنصوبة فهو زان لأنها ليست زوجته ولا ملك بين فان كان طالماً بالتحريم فعليه حد الزنانية لأملاك له ولا شبهة ملك، وعليه مهر مثلها سواء كانت مكرهة أو مطاوعة وقال الشافعي لامهر للمطاوعة لان النبي ﷺ نهى عن مهر البغي. ولنا أن هذا حق للسيد فلا يسقط بمطاوعتها كما لو أذنت في قطع بعدها ولانه حق يجب للسيد مع اكرامها فيجب مع مطاوعتها كأجر منافها والخبر محمول على الحرية، ويجب ارش بكارتها لانه بدل جزء منها ويحتمل أن لا يجب لان مهر البكر يدخل فيه ارش البكارة ولهذا يزيد على مهر الثيب عادة لاجل ما يتضمنه من تفويت البكارة، وان حملت فالولد مملوك لسيدها لانه من ثمنها وأجزائها ولا يلحق نسبه بالواطيء لانه من زنا فان وضعته حياً وجب رده معها وان أسقطته ميتاً لم يضمن لاننا لانعلم حياته قبل هذا (١) هذا قول القاضي وهو الظاهر من مذهب الشافعي عند أصحابه وقال القاضي أبو الحسين يجب ضمانه بقيمته لو كان حياً نص عليه الشافعي لانه يضمنه لو سقط بضربته وما ضمن بالانلاف ضمنه الغاصب بالتلف في يده كاجر العين والاولى ان شاء الله تعالى أن يضمنه بمشتر قيمة أمه لانه الذي يضمنه به بالجناية فيضمنه به في التلف كالأجزاء، وان

(١) من هنا الى

قوله وان وضعه حياً

— زيادة من بعض

النسخ

وذلك مثل رطل زيت قيمته درهم فأغلاه فنقص ثلثه وصار قيمة الباقي نصف درهم فعليه ثلث رطل وسدس درهم وان كان قيمة الباقي ثلثي درهم فليس عليه أكثر من ثلث رطل لان قيمة الباقي لم تنقص وان خصى العبد فنقصت قيمته فليس عليه أكثر من ضمان خصييه لان ذلك بمنزلة ما لو فقأ عينه

(مسئلة) (وان نقص المنصوب نقصاً غير مستقر كحطئة ابتلت وعفت وخشي فسادها فعليه ضمان نقصه) وقال القاضي عليه بدله لانه لا يعلم قدر نقصه وهذا منصوص الشافعي وله قول آخر أنه يضمن نقصه وكذا نقص شيء ضمنه لانه يستند الى السبب الموجود في يد الغاصب فكان كالموجود في يده وقال أبو الخطاب بنخير صاحبه بين أخذ بدله وبين تركه حتى يستقر فساده وبأخذ ارش نقصه وهو الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح، وقال أبو حنيفة بنخير بين أخذه ولا شيء له أو تسليمه الى الغاصب وبأخذ قيمته لانه لو ضمن النقص مع أخذه لحصل له مثل كيله وزيادة وهذا لا يجوز كما لو باع قفيزاً جيداً بغير ردي.

ولنا أن عين ماله باقية وانما حدث فيه نقص فوجب فيه ما نقص كما لو كان عبداً فرض، وقد وافق بعض أصحاب الشافعي على هذا في المغن وقال يضمن ما نقص قولاً واحداً ولا يضمن ما تولد فيه لانه ليس من فعله وهذا الفرق لا يصح لان البطل قد يكون من غير فعله أيضاً وقد يكون المغن بسبب منه ثم ان ما وجد في يد الغاصب فهو مضمون عليه لوجوده في يده فلا فرق وقول أبي حنيفة لا يصح

وضعه خياحصل مضموناً في بدالناصب كالأم فان مات بعد ذلك ضمنه بقيمته وان نقصت الام بالولادة ضمن نفسها ولم يجبر بالولد وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجبر نقصها بولدها ولنا أن ولدها ملك للمنصوب منه فلا يجبر به نقص حصل بجناية الناصب كالتقص الحاصل بغير الولادة، وان ضرب الناصب بطنها فألقت الجنين ميتاً فعليه عشر قيمة أمه، وان ضرب بطنها اجنبي فبها مثل ذلك، وللمالك تضمين أبها شاء فان ضمن الناصب رجم على الضارب وان ضمن الضارب لم يرجع على أحد لان الاتلاف وجد منه فاستقر الضمان عليه، وان ماتت الجارية فعليه قيمتها أكثر ما كانت وبدخل في ذلك ارش بكارها ونقص ولادتها، ولا يدخل فيه ضمان ولدها ولا مهر مثلها، وسواء في هذه الاحكام كلها حالة الاكراه أو المطاوعة لانهما حقوقي لسببها فلا تسقط بطاوعتها وأما حقوق الله تعالى كالحلد عليها واتمير في موضع يجب فان كانت مطاوعة على الوطء عامة بالتحريم فعليها الحد اذا كانت من أهله والائم والا فلا

(فصل) وان كان الناصب جاهلاً بتحريم ذلك لقرب عهده بالاسلام أو ناشئاً بيادية بعيدة بخني عليه مثل هذا فاعتقد حل وطئها أو اعتقد أنها جاريته فأخذها ثم تبين أنها غيرها فلا حد عليه لان الحد يدور بالشبهات وعليه المهر وارش البكارة، وان حملت فالولد حر لاعتقاده أنها مملوكة ويلحقه النسب لموضع الشبهة وإن وضعت ميتاً بضمنه لانه لم يعلم حياته ولانه لم يحمل بينه وبينه وانما وجب تقويمه لاجل

لان الطعام عين ماله وليس يبدل عنه وقال شيخنا: وقول أبي الخطاب لا بأس به والله أعلم

(مسئلة) (وان جنى المنصوب فعليه ارش جنائيه سواء جنى على سيده أو غيره)

اذا جنى العبد المنصوب جنائيه مضمونه على الناصب لانه نقص في العبد الجاني لكون الجنابة تتعلق برقبته فكان مضموناً على الناصب كسائر نقصه وسواء في ذلك ما يوجب القصاص أو المال ولا يلزمه أكثر من النقص الذي لحق العبد وكذلك ان جنى على سيده لأنها من جملة جنائياته فكان مضموناً كالجنابة على الاجنبي

(فصل) ويضمنه بأقل الامرين من قيمته أو ارش جنائيه كما يفديه سيده، وان جنى على ما دون النفس مثل أن قطع بدأ فقطعت يده قصاصاً فعلى الناصب ما نقص العبد بذلك دون ارش البد لأن اليد ذهبت بسبب غير مضمون فأشبه ما لو سقطت، وان عني عنه على مال تعلق ارش اليد برقبته وعلى الناصب أقل الامرين من قيمته او ارش البد، فان زادت جنابة العبد على قيمته ثم مات فعلى الناصب قيمته يدنعه الى سيده فاذا أخذها تعلق ارش الجنابة بها لأنها كانت متعلقة بالعبد فتعلقت بيده كما أن الرهن اذا أتلفه متلف وجبت قيمته وتعلق الرهن بها، فاذا أخذ ولي الجنابة القيمة من المالك رجم المالك على الناصب بقيمته مرة أخرى لان القيمة التي أخذها استحققت بسبب كان في يد الناصب فكان من ضمانه، ولو كان العبد ودية جنبي جنابة استقرت قيمته ثم ان المودع قتلها بمسدها

الحيولة وان وضعته حياً فعليه قيمته يوم انفصاله لانه فوت عليه رقه باعتقاده ولا يمكن تقويمه حلاً فقوم عليه اول حال انفصاله لانه اول حال امكان تقويمه ولان ذلك وقت الحيولة بينه وبين سيده، وان ضرب الناصب بطنها فألقت جنيناً ميتاً فعليه غرة عبد اوامة قيمتها خمس من الابل موروثه عنه لا يرث الضارب منها شيئاً لانه اتلف جنيناً حياً وعليه لاسيد عشر قيمة امه لان الاسقاط لما اعتقب الضرب فالظاهر حصوله به وضمانه للسيد ضمان المالك ولهذا لو وضعته حياً قومناه مملوكاً، وان كان الضارب اجنبياً فعليه غرة دية الجنين الحر لانه محكوم بحريته وتكون موروثه عنه وعلى الناصب للسيد عشر قيمة امه لانه ضمنه ضمان المالك وقد فوت رقه على السيد وحصل التلف في يديه، والحكم في المهر والارث والاجر ونقص الولادة وقيمتها على ماضى اذا كانا عاقلين لان هذه حقوق الآدميين فلا تسقط بالجهل والخطأ كالدية

(مسألة) قال (وان كان الناصب باعها فوطئها المشتري وأولدها وهو لا يعلم ردت الجارية إلى سيدها ومهر مثلها وفدى أولاده بمثلهم وهم أحرار، ورجع بذلك كله على الناصب)
وجملة ذلك أن الناصب اذا باع الجارية فبيعه فاسد لانه يبيع مال غيره بشير اذنه، وفيه رواية أخرى انه يصح ويقف على اجازة المالك وقد ذكرنا ذلك في البيع ، وفيه رواية ثالثة ان البيع يصح

فعليه قيمته وتعلق بها ارش الجنابة فاذا أخذها ولي الجنابة لم يرجع على المودع لانه جنى وهو غير مضمون عليه ولو جنى العبد في يد سيده جنابة تستغرق قيمته بيع في الجنابتين ونفس منه بينها ورجع صاحب العبد على الناصب بما أخذه الثاني منها لان الجنابة كانت في يده وكان للمجنى عليه أولاً أن يأخذه دون الثاني لان الذي يأخذه المالك من الناصب هو عوض ما أخذه المجنى عليه ثانياً فلا يتعلق به حقه ويتعلق به حق الاول لانه بدل عن قيمة الجنابي لا يزاحم فيه، وان مات هذا العبد في يد الناصب فعليه قيمته تقسم بينها ويرجع المالك على الناصب بنصف القيمة لانه ضامن للجنابة الثانية ويكون للمجنى عليه أولاً أن يأخذه لما ذكرنا

(مسألة) (وجنابته على الناصب وعلى ماله هدر) لانه اذا جنى على أجنبي وجب ارشه على الناصب فلو وجب له شيء لوجب على نفسه فكان هدراً

(مسألة) (ويضمن زوائد الفص كالأولاد والتمر إذا تلفت أو نقصت كالأصل سواء كان منفرداً أو مع أصله مثل تمر الشجر وولدا الحيوان)

وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب ضمان زوائد الفص الا أن يطالب بها فيمنع من أدائها لأنها غير منصوبة فلا يجب ضمانها كالوديمة ودليل عدم الفص أنه فعل محرم ، بثبوت يده على هذه الزوائد وثبات يده على الام محذور لا يصح لانه بإسالك الام نسب إلى اثبات يده

وينفذ لان النصب في الظاهر تتناول مدته فلو لم يصح تصرف الناصب أفضى الى الضرر بالمالك والمشتري لان المالك لا يملك ثمنها والمشتري لا يملكها والتفريع على الرواية الاولى، والحكم في وطء المشتري كالحكم في وطء الناصب الا أن المشتري اذا ادعى الجهالة قبل منه بخلاف الناصب فانه لا يقبل منه الا بشرط ذكرناه، ويجب رد الجارية الى سيدها وللمالك مطالبة أيها شاء بردها لان الناصب أخذها بغير حق وقد قال النبي ﷺ (على اليد ما أخذت حتى تؤديه) والمشتري أخذ مال غيره بغير حق أيضاً فيدخل في عموم الخبر ولان مال غيره في يده وهذا لا خلاف فيه بحمد الله تعالى ويلزم المشتري المهر لانه وطء جارية غيره بغير نكاح وعليه ارش البكارة ونقص الولادة وإن ولدت منه فالولد حر لا اعتقاده انه يطاء مملوكه فنع ذلك انخلاق الولد رقيقاً وبلحقه نسبه وعليه فداؤم لانه فوت رقمه على سيدم باعتقاده حل الوطء هذا الصحيح في المذهب وعليه الاصحاب وقد نقل ابن منصور عن احمد ان المشتري لا يلزمه فداء أولاده وليس للسيد بدلهم لأنهم كانوا في حال العلوأ أحراراً ولم يكن لهم قيمة حينئذ قال الخلال أحسبه قولاً لا أبي عبد الله أول والذي أذهب اليه أنه يفديهم وقد نقله ابن منصور أيضاً وجعفر بن محمد وهو قول أبي حنيفة والشافعي ويفديهم بيدهم يوم الوضع وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجب يوم المطالبة لان ولد المنصوبة لا يضمنه عند إلا بالمنع وقبل المطالبة لم يحصل منع فلم يجب، وقد ذكرنا فيما مضى أنه يحدث مضموناً فيقوم يوم وضعه لانه أول حال أمكن

(مسئلة) فان خلط المنصوب بماله على وجه لا يتميز منه مثل أن خاط حنطة أوزبنا بمثله لزمه

مثله منه في أحد الوجهين وفي الآخر يلزمه مثله من حيث شاء

اذا خلط المنصوب بماله بحيث لا يتميز منه كزيت بزيت أو دقيق بمثله أو دراهم أودنانير بمثلها فقال ابن حامد يلزمه مثل المنصوب منه وهو ظاهر كلام أحمد لانه لا يصح على ان يكون شريكه اذا خلطه بغير جنسه فيكون تقيها على ما اذا خلطه بجنسه وهو قول بعض الشافعية الا في الدقيق فانه يجب قيمته لانه عندم ليس بمثلي وقال القاضي قياس المذهب أنه يلزمه مثله من حيث شاء الناصب لانه تمذر عليه رد عين ماله بالخلط أشبه ما لوتلف لانه لا يتميز له شيء من ماله

ولنا أنه قدر على دفع بعض ماله اليه مع رد المثل في الباقي فلم ينتقل الى المثل في الجميع كما لو نصب صاا فتلف بعضه وذلك لانه إذا دفع اليه منه فقد دفع اليه بعض ماله وبدل الباقي فكان أولى من دفعه من غيره

(مسئلة) وان خلطه بدونه أو خير منه أو بغير جنسه فله مثله في قياس التي قبلها

وظاهر كلام أحمد أنهما شريكان بقدر ملكيهما فانه قال في رواية أبي الحارث في رجل له رطل زيت وآخر له رطل شيرج اختلطا يباع الدهن كله ويعطى كل واحد منهما قدر حصته وذلك أتا إذا فعلنا ذلك أوصلنا إلى كل واحد منهما بدل عين ماله، وان نقص المنصوب عن قيمته منفردا فعلى الناصب

تقومه واختلف أصحابنا فيما يقدم به فنقل الحرقي هنا أن يقدمهم بمثلهم والظاهر أنه أراد بمثلهم في السن والصفات والجنس والذكورة والانوثية وقد نص عليه احمد، وقال أبو بكر عبد العزيز يقدمهم بمثلهم في القيمة، وعن احمد رواية ثالثة أنه يقدمهم بقيمتهم وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو أصح ان شاء الله تعالى لان الحيوان ليس بمثل فيضمن بقيمته كسائر المتقومات ولانه لو أتلفه ضمنه بقيمته وقد ذكرنا وجه هذه الأقوال في غير هذا الموضع. وقول الحرقي رجم بذلك كله على الناصب يعني بالمهر وما فدى به الاولاد لان المشتري دخل على أن يسلم له الاولاد وأن يتمكن من الوطء بغير عوض فإذا لم يسلم له ذلك فقد غره البائع فرجع به عليه فاما الجارية إذا ردها لم يرجع بيدها لأنها ملك المنصوب منه رجعت اليه لكنه يرجع على الناصب بالثمن الذي أخذه منه، وإن كانت قد أقامت عنده مدة مثلها أجر في تلك المدة فله أجرها، وإن اغتصبها بكرأ فعلية ارش بكارها وإن نقصها الولادة أو غيرها فله ارش نقصاء، وإن تلفت في يده فعليه قيمتها. وكل ضمان يجب على المشتري فله المنصوب منه ان يرجع به على من شاء منها لأن يد الناصب سبب يد المشتري، وما وجب على الناصب من أجر المدة التي كانت في يده أو نقص حدث عنده فإنه يرجع به على الناصب وحده لان ذلك كان قبل يد المشتري، فإذا طالب المالك المشتري بما وجب في يده وأخذه منه فأراد المشتري الرجوع به على الناصب نظرت فان كان المشتري حين الشراء علم أنها غير منصوبة لم يرجع بشيء لان موجب الضمان وجد في يده

ضمان النقص لانه حصل بفعله، وقال القاضي قياس المذهب أن يلزم الناصب مثله لانه صار بالخلط مستهلكا ولذلك لو اشترى زيتاً فخلطه بزيت ثم أفسد صار البائتم كبعض الثمرات لانه تعذر عليه الوصول الى عين ماله فكان له بدله كما لو كان نالفاً ويحتمل أن يحمل كلام أحمد على ما إذا اختلطا من غير غصب. أما المنصوب فقد وجد من الناصب ما منع المالك أخذ حقه من المثليات متميزاً فلزمه مثله كما لو أتلفه.

(فصل) الا أنه إذا خلطه بخير منه وبذل لصاحبه مثل حقه منه لزمه قبوله لانه اوصل اليه بعض حقه بعينه وتبرع بالزيادة في مثل الباقي، وان خلطه بأدنى منه فرضي المالك بأخذ قدر حقه منه لزم الناصب بذله لانه أمكنه رد بعض المنصوب ورد مثل الباقي من غير ضرر وقيل لا يلزم الناصب ذلك لان حقه انتقل الى الذمة فلم يجبر على عين ماله، وان بذله للمنصوب منه فأباه لم يجبر على قبوله لانه ان كان دون حقه من الرديء أو دون حقه من الجيد لم يجز لانه ربما لكونه يأخذ الزيادة في القدر عوضاً عن لجودة وان كان بالعكس فرضي بأخذ دون حقه من الرديء أو سمح الناصب بدفع أكثر من حقه من الجيد جاز لانه لا مقابل للزيادة وإنما هي تبرع بمجرد، وان خلطه بغير جنسه فتراضياً على أن يأخذ أكثر من قدر حقه أو أقل جاز لانه بذله من غير جنسه فلا تحرم الزيادة بينها

(فصل) وان خلطه بما لا قيمة له كزيت خلطه بماء أو لبن شابه ماء فان أمكن تخليصه خلاصه وورده

من غير تفرير، وان لم يعلم فذلك على ثلاثة أضرب : ضرب لا يرجع به وهو قيمته. إن تلفت في يده وارش بكارها وبدل جزء من أجزائها لانه دخل مع البائع على أنه يكون ضامناً لذلك بالتمن فاذا ضمنه لم يرجع به ، وضرب يرجع به وهو بدل الولد اذا ولدت منه لانه دخل معه في العقد على أن لا يكون الولد مضموناً عليه ولم يحصل من جهته اتلاف وإنما الشرع أتلفه بحكم بيع الغاصب منه وكذلك نقص الولادة ، وضرب احتلف فيه وهو مهر مثلها وأجر نفعا فهل يرجع به على الغاصب ؟ فيه روايتان (احدها) يرجع به وهو قول الحرقي لانه دخل في العقد على أن يتلفه بغير عوض فاذا غرم عوضه رجح به كبذل الولد ونقص الولادة وهذا أحد قولي الشافعي .

(والثانية) لا يرجع به وهو اختيار أبي بكر وقول أبي حنيفة لأنه غرم ما استوفى بدله فلا يرجع به كقيمة الجارية وبدل أجزائها وهذا القول الثاني للشافعي وان رجح بذلك كله على الغاصب. فكل مالو رجح به على المشتري لا يرجع به على الغاصب اذا رجح به على الغاصب رجح به الغاصب على المشتري ، وكل مالو رجح به على المشتري رجح به المشتري على الغاصب إذا غرمه الغاصب لم يرجع به على المشتري، ومقريدها حاملا فأت من الوضع فأنها مضمونة على الواطية لان التلف بسبب من جهته

(فصل) ومن استكره امرأة على الزنا فعليه الحد دونها لانها معذورة وعليه مهرها حرة كانت أو أمة فان حرة كان المهر لها وان كانت أمة كان لسببها وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة

ورد نقصه وان لم يمكن تخليصه أو كان ذلك يفسده لزمه مثله لانه صار كالمالك وان كان يفسده رده ورد نقصه وان احتيج في تخليصه الى غرامة لزم الغاصب ذلك لانه سببه ولأصحاب الشافعي في هذه الفصول نحو ما ذكرنا .

(مسئلة) (وان غصب ثوباً فصبغه أو سويقاً فلته بزيت وكان الصبغ والزيت من مال الغاصب فان نقصت قيمتهما أو قيمة أحدهما ضمن الغاصب النقص)

لانه بتعبه الا أن ينقص لتغير الاسعار فلا يضمن لما ذكرنا من قبل

(مسئلة) (وان لم تنقص ولم تزد مثل أن كانت قيمة كل واحد منها خمسة فصارت قيمتهما عشرة فهما شربكان)

لان الصبغ والزيت عين مال له قيمة فان تراضيا بتركه لها جاز وان باعه فضمنه بينهما نصفين

(مسئلة) (وان زادت قيمتهما مثل ان كانت قيمة كل واحد منها خمسة فصارت قيمتهما عشرين فان كان ذلك لزيادة الثياب في السوق كانت الزيادة لصاحب الثوب وان كانت لزيادة الصبغ فهي لصاحب الصبغ وان كانت لزيادتهما معاً فهي بينهما على قدر زيادة كل واحد منهما) فان تساوا في الزيادة في السوق تساوا صاحباهما فيها وان زاد أحدهما ثمانية والآخر اثنين فهي بينهما كذلك، وان زاد العمل فالزيادة بينهما لان عمل الغاصب زاد به في الثوب والصبغ وما عمله في المنصوب للمنصوب منه اذا كان أكثر أو زيادة مال الغاصب له

لا يجب المهر لانه وطء يتعاق به وجوب الحد فلم يجب به المهر كما لو طأوعته . ولنا أنه وطء في غير ملك سقط فيه الحد من الموطوءة فاذا كان الواطيء من أهل الضمان في وقتها وجب عليه مهرها كما لو وطئها بشبهة، وأما المطاوعة فان كانت أمة وجب مهرها لانه حق لسيدها فلا يسقط برضاها وإن كانت حرة لم يجب لها المهر لان رضاها اقترن بالسبب الموجب فلم يوجب كما لو أذنته في قطع يدها أو اتلاف جزه منها، وروي عن احمد رواية اخرى أن الثيب لا مهر لها وإن أكرهت نقلها ابن منصور وهو اختيار ابي بكر، والصحيح الاول لانها مكرهة على الوطء الحرام فوجب لها المهر كالبر ويحب ارش البكارة مع المهر كما لو قدمنا

(فصل) إذا أجر انصاب المنصوب فالاجارة باطلة على احدى الروايات كالبيع ولما كره تضمين ايها شاء أجر مثلها فان ضمن المستأجر لم يرجع بذلك لانه دخل في العقد على أنه يضمن المتفعة إلا أن يزيد أجر المثل على المسمى في العقد فيرجع بالزيادة ويسقط عنه المسمى في العقد، وإن كان دفعه إلى الناصب رجح به، وإن تلفت العين في يد المستأجر فلما لكها تحريم من شاء منها قيمتها فان غرم المستأجر فله الرجوع بذلك على انصاب لانه دخل معه على أنه لا يضمن العين ولم يحصل له بدل في مقابلة ما غرم، هذا إذا لم يعلم بالانصب وان علم لم يرجع على أحد لانه دخل على بصيرة وحصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه فان غرم الناصب الاجر والقيمة رجح بالاجر على المستأجر على كل حال ويرجع بالقيمة ان كان المستأجر عالماً بالانصب والا فلا وهذا قول الشافعي ومحمد

(مسئلة) (وان أراد أحدهما قلع الصبغ لم يجبر الآخر عليه ويحتمل ان يجبر اذا ضمن له الناصب النقص) اذا أراد الناصب قلع الصبغ فقال أصحابنا له ذلك سواء أضر بالتوب أو لم يضر ويضمن نقص التوب ان نقص وهذا قال الشافعي لانه عين ماله فملك أخذه كما لو غرس في أرض غيره، ولم يفرق أصحابنا بين ما يهلك صبغه بالقلع وبين ما يهلك قال شيخنا وينبغي ان ما يهلك بالقلع لا يملك قلمه لانه سفه وظاهر كلام الحرفي أنه لا يملك قلمه اذا تضرر به التوب لانه قال في المشتري اذا بنى أو غرس في الارض المشفوعة فله أخذه اذا لم يكن في أخذه ضرر، وقال أبو حنيفة ليس له أخذه لان فيه اضراً بالتوب المنصوب فلم يمكن منه كقطع خرقة منه، وفارق قلع الفرس لان الضرر قليل ويحصل به نفع قلع العروق من الارض وان احتار المنصوب منه قلع الصبغ فقيه وجهان (أحدهما) يملك اجبار الناصب عليه كما يملك اجباره على قلع شجرة من أرضه وذلك لانه شغل ملكه بملكه على وجه أيمكن تخليصه فارمه تخليصه وان استضر الناصب كقطع الشجر وعلى الناصب ضمان نقص التوب وأجر القلع كما يضمن ذلك في الارض (والثاني) لا يملك اجباره عليه ولا يمكن من قلمه لان الصبغ يهلك بالاستخراج وقد أمكن وصول الحق الى مستحقه بدونه بالبيع فلم يجبر على قلمه كقلم الزرع من الارض، وقارق الشجر فانه لا يتلف بالقلع قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد ولعله أخذ ذلك من قول

ابن الحسن في الفصل كلة، وحكي عن أبي حنيفة أن الاجر للناصب دون صاحب الدار وهذا فإد لان
الاجر عوض المتاع المملوكة لرب الدار فلم يملكها الناصب كموض الاجزاء

(فصل) وإن أودع المنصوب أو وكل رجلا في يمه ودفنه اليه فتاف في يده فللمالك تضمين
أيها شاء أما الناصب فلانه حال بين المالك وبين ملكه وأثبت اليد العادية عليه والمستودع والوكيل
لا تباها أيديهما على ملك معصوم بغير حق ، فان غرم الناصب وكانا غير طالين بالنصب استقر الضمان
عليه ولم يرجع تلى أحد وان غرهما رجما على الناصب بما غرما من القيمة والاجر لأنها دخلا على أن
لا يضمننا شيئاً من ذلك ولم يحصل لها بدل مما ضمنا وإن علم أنها مفصوبة استقر الضمان لان التلف
حصل تحت أيديهما من غير تغريبها فاستقر الضمان عليها فان غرما شيئاً لم يرجا به وإن غرم
الناصب رجما عليها لان التلف حصل في أيديهما، وإن جرحها الناصب ثم أودعها أودعها الى مالكا
فتلفت بالحرج استقر الضمان تلى الناصب بكل حال لانه هو المتألف فكان الضمان عليه كما لو بائرها
بالاتلاف في يده

(فصل) وإن أمار العين المنصوبة فتلفت عند المستعير فللمالك تضمين أيها شاء أجزها وقيمتها فان
غرم المستعير مع علمه بالنصب لم يرجع على أحد وإن غرم الناصب رجما على المستعير وإن لم يكن علم
بالنصب فغرمه لم يرجع بقيمة العين لانه قبضا على أن تكون مضمونة عليه ، وهل يرجع بما غرم من

أهد في الزرع وهذا مخالف للزرع لان له غاية ينتهي اليها واصحاب الارض أخذه بنفقته فلا يتم
عليه استرجاع ارضه في الحال بخلاف الصبغ فانه لا نهاية له الا تلف الثوب فهو أشبه بالشجرة في الارض
ولا يختص وجوب القلع في الشجر بما لا يتلف فانه يجبر على قلع ما يتلف وما لا يتلف ولاصحاب
الشافعي وجهان كهذين .

(فصل) وان بذل رب الثوب قيمة الصبغ للناصب ليمسكه لم يجبر على قبوله لانه اجبار على بيع
ماله فلم يجبر عليه كما لو بذل له قيمة الفراس ويحتمل أن يجبر على ذلك اذا لم يقلعه قياساً على الشجر
والبنا في الارض المشفوعة والعارية وفي الارض المنصوبة اذا لم يقلعه الناصب ولانه أمر رتفع به النزاع
ويتخلص به أحدهما من صاحبه من غير ضرر فاجبر عليه كما ذكرنا، وان بذل الناصب قيمة الثوب لصاحبه
ليمسكه لم يجبر تلى ذلك كما لو بذل صاحب الفرس قيمة الارض للملكها في هذه المواضع

(مسألة) (وان وهب الناصب الصبغ للمالك أو وهبه تزويق الدار ونحوها فهل يلزمه قبوله؟
على وجهين) (أحدهما) يلزمه لان الصبغ صار من صفات العين فهو كزيادة الصفة في المسألة فيه وهذا ظاهر
كلام الحنفي لانه قال في الصداق اذا كان ثوبا فصبغته فبذلت له نصفه مضبوغا لزمه قبوله (والثاني)
لا يجبر لانها أعيان متميزة فأشبهت الفراس ، وان أراد المالك بيع الثوب وأبي الناصب فله يبعه لانه
ملكه فلا يملك الناصب منه من يبع ملكه بدوانه وان أراد الناصب يبعه لم يجبر المالك

الاجر؟ فيه وجهان (أحدهما) يرجع لانه دخل على أن المنافع له غير مضمونة عليه (والثاني) لا يرجع لانه اتفق بها فقد استوفى بدل ما غرم، وكذلك الحكم فيما تلف من الاجزاء بالاستعمال، وإذا كانت العين وقت القبض أكثر قيمة من يوم التلف فضمن الاكثر فينبغي أن يرجع بما بين القيتين لانه دخل على أنه لا يضمنه ولم يستوف بدله، فان ردها المستعير على الناصب فللمالك أن يضمنه أيضاً لانه فوت الملك على مالكه بتسليمه إلى غير مستحقه، ويستقر الضمان على الناصب ان حصل التلف في يديه وكذلك الحكم في المودع وغيره .

(فصل) وإن وهب المنصوب لعالم بالنصب استقر الضمان على المتهب فما غرم من قيمة العين أو أجزائها لم يرجع به على أحد لان التالف حصل في يديه ولم يفره أحد وكذلك أحر مدة مقامه في يديه وارش نقص ان حصل، وإن لم يعلم فلصاحبها تضمين أيها شاء فان ضمن المتهب رجع على الواهب بقيمة العين والاجزاء لانه غره وقال أبو حنيفة أيها ضمن لم يرجع على الآخر ولنا أن المتهب دخل على أن تسلم له العين فيجب أن يرجع بما غرم من قيمتها كقيمة الاولاد فانه وافقنا على الرجوع بضمانه، فاما الاجرة والمهر وارش البكارة فهل يرجع به المتهب على الواهب؟ فيه وجهان ، وان ضمنه الواهب فهل يرجع به على المتهب؟ فيه وجهان .

(فصل) وتصرفات الناصب كتصرفات الفضولي على ما ذكرنا من الروايتين (احدهما) بطلانها

على بيعه لانه منه فلم يستحق ازالة ملك صاحب الثوب عنه بمعدوانه ويحتمل أن يجبر ليصل الناصب الى ثمن صيفه .

(مسألة) (وان غصب صبغاً فصبغ به ثوباً أو زينة فلت به سويقاً احتمل أن يكون كذلك كما اذا غصب ثوباً فصبغه حككه كحككه اذا كان اثوب والسويق للناصب لانه خلط المنصوب بماله ويحتمل ان يلزمه قيمته أو مثله ان كان مثلياً لان المنصوب الصبغ وقد تفرق في الثوب وتلف بخلاف المسئلة المتقدمة .

(مسألة) (وان غصب ثوباً وصبغاً فصبغه به رده وأرش نقضه ولا شيء في زيادته)

اذا غصب ثوباً وصبغاً من واحد فصبغه به فلم تزد قيمتها ولم تنقص أو زادت القيمة ردها ولا شيء عليه وليس للناصب شيء في الزيادة لانه إنما له في الصبغ أثر لا عين وان نقص لزمه ضمان النقص لانه بتعديده إلا أن ينقص لتغير الاسمار

(فصل) (وان غصب ثوب رجل وصبغ آخر فصبغه به فان كانت القيمتان بحالهما فمهما نمرى كان بقدر ما ليها وان زادت فالزيادة لها وان نقصت بالصبغ فالضمان على الناصب ويكون النقص من صاحب الصبغ لانه تبدد في اثوب ويرجع بها على الناصب، وان نقص لنقص سعر الثياب أو الصبغ أو لنقص سعرها لم يضمنه الناصب وكان نقص كل واحد منها من صاحبه، وان أراد صاحب الصبغ قلعه أو أراد

(والثانية) صححتها ووقفها على اجازة المالك، وذكر أبو الخطاب أن في تصرفات الغاصب الحكمة رواية أنها تقع صحيحة وسواء في ذلك العبادات كالطهارة والصلاة والزكاة والحج أو العقود كالبيع والاجارة والنكاح، وهذا يبني أن يتقيد في العقود بما لم يبطله المالك فأما ما احتار المالك ابطاله وأخذ المعقود عليه فلم نعلم فيه خلافاً وأما ما لم يدركه المالك فوجه التصحيح فيه ان الغاصب تطول مدته وتكثر تصرفاته ففي القضاء يبطلها ضرر كثير وربما عاد الضرر على المالك فان الحكم بصحتها يقتضي كون الربح للمالك والعوض بهائمه وزيادته له والحكم ببطلانه يمنع ذلك .

(فصل) وإذا غصب أماناً فأتجر بها أو عروضاً فباعها وأتجر بثمنها فقال أصحابنا الربح للمالك والسلع المشتراة له وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب ان كان الثراء بعين المال فالربح للمالك قال الشريف وعن احمد انه يتصدق به، وان اشترى في ذمته ثم نقد الأمان فقال أبو الخطاب يحتمل أن يكون الربح للغاصب وهو قول أبي حنيفة والشافعي في أحد قولي له لانه اشترى لنفسه في ذمته فكان الثراء له والربح له وعليه بدل المنصوب وهذا قياس قول الحنفي ويحتمل أن يكون الربح للمنصوب منه لانه نماء ملكه فكان له كما لو اشترى بعين المال وهذا ظاهر المذهب، وإن حصل خسران فهو على الغاصب لانه نقص - حصل في المنصوب، وان دفع المال الى من يضارب به فالحكم في الربح تلم، ما ذكرنا وليس على انالك من أجر العامل شيء لانه لم يأذن له في العمل في ماله، وأما الغاصب فان

ذلك صاحب الثوب فالحكم فيه كما لو صبغه الغاصب بصيغ من عنده على ما مر بيانه والحكم فيما اذا غصب سويقاً فقلته زيت أو عملاً ونشاً فمقده حلواء حكم ما لو غصب ثوباً فصبغه على ما ذكر فيه (فصل) (وان وطئ الجارية فمليه الحد والمهر وأرش البكارة) اذا غصب جارية فوطئها فهو زان لانها ليست زوجته ولا ملك يمين وعليه حد الزنا ان كان طامساً بالتحريم وعليه مهر مثلاً مكرهة كانت أو مطاوعة وقال الشافعي لا مهر للمطاوعة لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن مهر البني :

ولنا ان المهر حق للسيد فلم يسقط بمطاوعتها كما لو أذنت في قطع بدنها ولانه حق للسيد يجب مع الاكراه فيجب مع المطاوعة كأجر منافمها والخبر محمول على الحرية، ويجب أرش بكارتها لانها بدل جزء منها ويحتمل أن لا يجب لانه يدخل في مهر البكر ولهذا يزيد على مهر الثيب عادة لاجل ما يتضمنه من نفويت البكارة ووجه الاول ان كل واحد منهما يضمن منفرداً بدليل أنه لو وطئها ثيباً وجب مهرها واذا أفضاها باصبه وجب أرش بكارتها فكذلك وجب ان يضمنها اذا اجتمعا وعنه لا يلزمه مهر الثيب لانه لم يقصها ولم يؤلمها أشبه ما لو قبها والاول أولى

(مسئلة) (وان ولدت فالولد رقيق للسيد لانه من نمانها وأجزائها ولا يلحق نسبه بالواطيء لانه من زنا وان وضعه حياً وجب رده معها كزوائد الغصب وان أسقطته ميتاً لم يضمن لانا لا نعلم

كان المضارب عالماً بالغصب فلا أجر له لانه متمدد بالعمل ولم يغره أحد وإن لم يعلم بالغصب فعلى الغاصب أجر مثله لانه استعمله عملاً بمعرض لم يحصل له فلزمه أجره كالعقد الفاسد .

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن غصب شيئاً ولم يقدر على رده لزمته الناصب القيمة فان قدر

عليه رده وأخذ القيمة)

وجملته أن من غصب شيئاً يعجز عن رده كعبد أبق أو دابة شردت فالمنصوب منه المطالبة ببده فإذا أخذه ملكه ولم يملك الغاصب العين المنصوبة بل متى قدر عليها لزمه ردها ويسترد قيمتها التي أداها وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك بن نجيير المالك بين الصبر إلى إمكان ردها فيسترددها وبين تضمينه إياها فيزول ملكه عنها وتصير ملكاً للغاصب لا يلزمه ردها إلا أن يكون دفع دون قيمتها بقوله مع يمينه لان المالك ملك البدل فلا يبقى ملكه على المبدل كالبيع ولانه تضمين فيما ينقل الملك فيه فنقله كالمخلوط بزيتيه

ولنا ان المنصوب لا يصح بملكه بالبيع فلا يصح بالتضمين كالتالف ولانه غرم ما تعذر عليه رده بخروجه عن يده فلا يملكه بذلك كالمالك المنصوب مذبراً وليس هذا جماً بين البدل والمبدل لانه ملك القيمة لاجل الحيلولة لا على سبيل العوض ولهذا اذا رد المنصوب اليه رد القيمة عليه ولا يشبه

حياته قبل هذا هذا ، قول القاضي وهو ظاهر مذهب الشافعي عند أصحابه وقال القاضي أبو الحسين يجب ضمانه بقيمته لو كان حياً نص عليه الشافعي لانه يضمنه لو سقط بضربة وما يضمن بالتلاف يضمنه الغاصب إذا تلف في يده كأجرة الارض ، قال شيخنا والاولى ان شاء الله انه يضمنه بعشر قيمة أمه لانه الذي يضمنه به في الجناية وان وضعته حياً ثم مات ضمنه بقيمته

(مسألة) (ويضمن نقص الولادة ولا ينجر بزادها بالولد) وهذا مذهب الشافعي وقال أبو

حنيفة ينجر نقصها بولدها .

ولنا ان ولدها ملك للمنصوب منه فلا ينجر به نقص حصل بجناية الغاصب كالتقص الحاصل بشير الولادة وان ضرب الغاصب بطنها فالقت الجنين ميتاً فعليه عشر قيمة أمه وان فعله أجنبي ففيه مثل ذلك وللمالك تضمين أيهما شاء ويستقر الضمان على المضارب لان الاتلاف وجد منه ، وان ماتت الجارية فعليه قيمتها أكثر ما كانت ويدخل في ذلك أرض بكارها ونقص ولادها ولا يدخل فيه ضمان ولدها ولا مهر مثلها ، ولا فرق في هذه الاحوال بين المكره والمطوعة لانها حقوق لسيدتها ولا تسقط بمطوعتها وقد ذكرنا الخلاف في مهر المطوعة ، فاما حقوق الله تعالى من الحد والتعزير فان كانت مطوعة عالة بالتحريم فعليها الحد اذا كانت من أهله والا فلا

(فصل) فان كان الغاصب جاهلاً بتحريم ذلك لقرب عهده بالاسلام أو ناشئاً بيادية . بيده بخني

الزيت لانه يجوز بيعه ولان حق صاحبه انقطع عنه لتعذر رده ابدأ . اذا ثبت هذا فانه متى قدر على المنصوب رده ونما المنفصل والمتصل وأجر مثله الى حين دفع بدله ، وهل يلزمه أجره من حين دفع بدله الى رده ؟ فيه وجهان أصحهما لا يلزمه لانه استحق الانتفاع ببذله الذي أقيم مقامه فلم يستحق الانتفاع به وبما قام مقامه كسائر ما عدا (والثاني) له اجر لأن العين باقية على ملكه والمنفعة له ويجب على المالك رد ما أخذه بدلا عنه الى الغاصب لانه أخذه بالحيلولة وقد زالت فيجب رد ما أخذ من أجلها ان كان باقياً بعينه ورد زيادته المتصلة كالسمن ونحوه لأنها تتبع في الفسوخ وهذا فسوخ ولا يلزم رد زيادته المنفصلة لأنها وجدت في ملكه ولا تتبع في الفسوخ فأشبهت زيادة المبيع المرذود بعيب وان كان البديل تالفاً رد مثله أو قيمته ان لم يكن من ذوات الامثال .

(فصل) وان غصب عصيراً فصار خيراً فعليه مثل العصير لانه تلف في يديه فان صار خلا وجب رده وما نقص من قيمة العصير ويسترجع ما آداه من بدله وقال بعض أصحاب الشافعي برد الخلل ولا يسترجع القيمة لان العصير تلف بتخمره فوجب ضمانه وان عاد خلا كما لو هزلت الجارية السمينة ثم عاد سميتها فانه بردها وارش نقصها

ولنا ان الخلل عين العصير تغيرت صفته وقد رده فكان له استرجاع ما آداه بدلا عنه كالمغصبة فنقصه منه غاصب ثم رده عليه وكما لو غصب حملاً فصار كبشاً ، وأما السمن الاول فلنا فيه منع وان سلمناه فالثاني غير الاول بخلاف مسئلتنا

عليه مثل هذا أو اعتقدها أمته فأخذها ثم بان انها غيرها فلا حد عليه لان الحدود تدرأ بالشبهات وعليه المهر وأرش البكارة وان حملت فالولد حر لا عقاده أنها ملكه ويلحقه النسب لمكان الشبهة وان وضعته ميتا لم يضمه لانه لم يعلم حياته ولانه لم يحل بينه وبينه وإنما وجب تقويمه لاجل الحيلولة وان وضعته حيا فعليه قيمته يوم انفصاله لانه فوت عليه رقه باعتقاده ولا يمكن تقويمه حملاً فقوم عليه عند انفصاله لانه أول حال امكان تقويمه ولانه وقت الحيلولة بينه وبين سيده، وان ضرب الغاصب بطنها فألقت جنينا ميتا فعليه غرة قيمتها خمس من الابل موروثه عنه لا يرث الضارب منها شيئا لانه أتلف جنينا حياً وعلى السيد عشر قيمة أمه لان الاسقاط لما يعقب الضرب ينسب اليه لان الظاهر حصوله به وضمانه للسيد ضمان المالك ولهذا لو وضعته حيا قومناه مملوكا، وان ضربه أجنبي فعليه غرة دية الجنين الحر لانه محكوم بجره وتكون موروثه عنه وعلى الغاصب عشر قيمة امه لانه يضمه ضمان المالك وقد فوت رقه على السيد وحصل التلف في يديه، والحكم في المهر والارش والاجر ونقص الولادة وقيمتها ان تلفت على ما ذكرنا ان كانا عالمين لان هذه حقوق الآدميين فلا تسقط بالجهل والخطأ كالدية

(مسئلة) (وان باعها أو وهبها لعالم بالنصب فوطئها فلل مالك تضمين أيها شاء نقصها ومهرها وأجرها وقيمة ولدها ان تلف فان ضمن الغاصب رجع على الآخر ولا يرجع الآخر عليه)

(المغني والشرح الكبير) وجوب قيمة الولد اذا غصب أمه حاملاً فولدت في يد الناصب ثم مات ولدها ٤١٩

(فصل) واذا غصب شيئاً ببلد فلقية ببلد آخر فطالبه به نظرت فان كان أعماناً لزمه دفعها اليه لان الأمان قيم الاشياء فلا يضر اختلاف قيمها وان كانت غيرها وكانت من المثليات وقيمتها في البلدين واحدة أو كانت قيمته في بلد الغصب أكثر لزمه اداء مثله لانه لا ضرر عليه وكذلك ان كانت قيمته مختلفة الا أنه لا مؤونة لحمله فله المطالبة بمثله لانه أمكنه رد المثل من غير ضرر بلحقه، وان كان لحمله مؤونة وقيمتها في البلد الذي غصبه فيه أقل فليس عليه رده، ولا رد مثله لانا لا نكلفه مؤونة النقل الى بلد لا يستحق تسليمه فيه والمغصوب منه الخبرة بين الصبر الى أن يستوفيه في بلده وبين المطالبة في الحال بقيمتها في البلد الذي غصبه فيه لانه تعذر رده ورد مثله، وان كان من المتقومات فله المطالبة بقيمتها في البلد الذي غصبه فيه ومتى قدر على رد العين المغصوبة ردها واسترجع بدلها على ما ذكرناه في المسئلة قبل هذا .

﴿مسئلة﴾ قال (ولو غصبها حاملاً فولدت في يده ثم مات الولد أخذها سيدها وقيمة ولدها أكثر ما كانت قيمته)

الكلام في هذه المسئلة في أمرين (أحدهما) انه اذا غصب حاملاً من الحيوان أمة أو غيرها فالولد مضمون وكذلك لو غصب حائلاً فحملت عنده وولدت ضمن ولدها وبهذا قال الشافعي وقال

تصرف الناصب في العين المضمونة فاسد لانه تصرف في مال الغير بغير اذنه وفيه اختلاف نذكره ان شاء الله تعالى، فاذا باع الجارية المغصوبة أو وهبها لعالم بالغصب فوطئها فللمالك تضمين الناصب لانه السبب في ايصالها الى المشتري وله تضمين المشتري والتهب لانه المتلقف ويستقر الضمان على المشتري لان كل واحد منهما غاصب لان الغصب الاستيلاء على مال الغير قهراً بغير حق وقد وجد منها ولان كل واحد منهما يلزم ردها اذا كانت في يده لان يده عليها بغير حق وقد قال عليه الصلاة والسلام «على اليد ما اخذت حتى تؤدى» ويلزم المشتري كل ما يلزم الناصب من النقص والمهر وغيره لانه غاصب وقد ذكرنا دليله في المسئلة قبها الا أن المالك ان ضمن الناصب رجع على المشتري والتهب ولا يرجع الآخر على الناصب بما ضمنه لانه المتلقف فاستقر الضمان عليه

﴿مسئلة﴾ (وإن لم يعلما بالغصب فضمنها رجماً على الناصب) إذا باع الناصب الجارية فبيعه فاسد لما ذكرنا وفيه رواية أخرى أنه يصح ويقف على إجزاء المالك، وفيه رواية ثالثة أن البيع يصح لما نذكره والتفريع على الرواية الأولى، والحكم في وطء المشتري كالحكم في وطء الناصب الا أن المشتري اذا ادعى الجهالة قبل منه بخلاف الناصب فانه لا يقبل منه إلا بالشرط الذي ذكرناه ويجب رد الجارية إلى سيدها وللمالك مطالبة أيها شاء بردها لان الناصب أخذها بغير حق والمشتري أخذ مال غيره بغير حق

أبو حنيفة ومالك لا يجب ضمان الولد في صورتين لأنه ليس بمفصوب اذ النصب فعل محذور ولم يوجد فان الموجود ثبوت اليد عليه وليس ذلك من فعله لانه انبنى على وجود الولد ولا ضنع له فيه ولنا أن ما ضمن خارج الوعاء ضمن ما فيه كالدرية في الصافة والجوز واللوز ولانه مفصوب فيضمن كالأُم فان الولد إما ان يكون مودوعا في الام كالدرية في الحقنة واما ان يكون كأجزاءها وفي كلا الموضعين الاستيلاء على الظرف والاستيلاء على الجملة استيلاء على الجزء المظروف فان اسقطته ميتاً لم يضمنه لانه لا تعلم حياته ولكن يجب ما نقصت الام عن كونها حاملاً وأما إذا حدث الحمل فقد سبق الكلام فيه (الامر الثاني) انه يلزمه رد الموجود من المفصوب وقيمة التالف فان كانت قيمة التالف لا تختلف من حين النصب الى حين الرد ردها، وان كانت تختلف نظراً فان كان اختلافها لمعنى فيه من كبر وصغر وسمن وهزال وتعلم ونسيان ونحو ذلك من المعاني التي تزيد بها القيمة وتقص فالواجب القيمة أكثر ما كانت لانها مفصوبة في الحال التي زادت فيها والزيادة لما لكها مضمونة على الغاصب على ما قررناه فيما مضى، فان كانت زائدة حين تلفها لزمته قيمتها حينئذ لانه كان يلزمه ردها زائدة فلزمته قيمتها كذلك، وان كانت زائدة قبل تلفها ثم نقصت عند تلفها لزمه قيمتها حين كانت زائدة لانه لو ردها ناقصة للزمه ارش نقصها وهو بدل الزيادة فاذا ضمن الزيادة مع ردها ضمنها عند تلفها فان كان اختلافها لتغير الاسعار لم يضمن الزيادة لان نقصان القيمة لذلك لا يضمن مع رد المعين

أيضاً فيدخل في عموم قوله عليه السلام « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » وهذا لا خلاف فيه بحمد الله ويلزم المشتري المهر لأنه وطية جارية غيره بغير نكاح وعليه أرش البكارة ونقص الولادة كالغاصب ويلزم ذلك مع الجهل لان الاتلاف لا يعذر فيه بالجهل والنسيان

﴿مسئلة﴾ (وان ولدت منه فالولد حر) لانه اعتقد أنه يظاً لموكلته فنع ذلك انخلاق الولد رقيقاً ويلحقه النسب وعليه فداؤم لانه فوت رقيم على السيد باعتقاده حل الوطء هذا الصحيح من المذهب وعليه الاصحاب، وقد نقل ابن منصور عن أحمد أن المشتري لا يلزمه فداء أولاده وليس للسيد بد لهم لانهم كانوا في حال العلوق أحراراً ولم تكن لهم قيمة حينئذ قال الخلال أحسبه قولاً لابي عبد الله أول والذي أذهب اليه أنه يفديهم وقد نقله ابن منصور أيضاً وجعفر بن محمد وهو قول أبي حنيفة والشافعي ويفديهم بد لهم يوم الوضع وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يجب يوم المطالبة لان ولد المفصوب لا يضمنه عنده إلا بالبيع وقبل المطالبة لم يحصل منع فلم تجب وقد ذكرنا فيما مضى أنه يحدث مضمونا عليه وقوم يوم وضعه لانه أول حال أمكن تقويمه

﴿مسئلة﴾ (ويفديه بمثله في صفاته تقريباً) هذا ظاهر قول الخري لانهم أحرار والحر لا يضمن بقيته وقال أبو بكر يفديهم بمثلهم في القيمة وعن أحمد رواية ثالثة أنه يفديهم بقيمتهم حكاهما أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهي أصح ان شاء الله تعالى لان الحيوان ليس بمثل فيضمن بقيته كسائر

فلا يضمن عند تلفها، وحل القاضي قول الحرقي على ما إذا اختلفت القيمة لتغير الاسعار وهو مذهب الشافعي لان أكثر القيمتين فيه للمنصوب منه فاذا تعذر ردها ضمنها كقيمة يوم التلف وإنما سقطت القيمة مع رد العين والمذهب الاول لما ذكرنا، وتفارق هذه الزيادة زيادة المعاني لان تلك تضمن مع رد العين فكذلك مع تلفها وهذه لا تضمن مع رد العين فكذلك مع تلفها، وقولهم انها سقطت برد العين لا يصح لانها لو وجبت لما سقطت بالرد كزيادة السمن والتعلم، قال القاضي ولم أجد عن أحد رواية بأنها تضمن بأكثر القيمتين لتغير الاسعار، فعلى هذا تضمن بقيمتها يوم اتلف رواه الجماعة عن أحمد، وشبهها تضمن بقيمتها يوم النصب وهو قول أبي حنيفة ومالك لانه الوقت الذي أزال يده عنه فيلزمه القيمة حينئذ كما لو أتلفه ولنا أن القيمة انما تثبت في الذمة حين التلف لان قبل ذلك كان الواجب رد العين دون قيمتها فاعتبرت تلك الحالة كما لو لم تختلف قيمته وما ذكروه لا يصح لان امساك المنصوب غصب فانه فعل يجب عليه تركه في كل حال وما روي عن أحمد من اعتبار القيمة بيوم الغصب فقال الحلال حين أحمد عنه كأنه رجع الى قوله الاول

(فصل) وان كان المنصوب من المثليات فتاف وجب رد مثله فان فقد المثل وجبت قيمته يوم انقطاع المثل وقال القاضي يجب قيمته يوم قبض البدل لان الواجب المثل الى حين قبض البدل بدليل أنه لو وجد المثل بعد فقده لكان الواجب هو دون القيمة وقال أبو حنيفة ومالك وأكث أصحاب

المتقومات ولانه لو أتلفه ضمنه قيمته كذلك هذا

﴿مسئلة﴾ (ويرجع بذلك على الفاسب) يعني بالمهر وما فدى به الاولاد لان المشتري دخل على أن يسلم له الاولاد وان يتمكن من الوطء بغير عوض فاذا لم يسلم له ذلك فقد غره البائع فيرجع به عليه وأن كانت الجارية باقية ردها إلى سيدها ولا يرجع بيدها لانها ملك المنصوب منه رجعت عليه لكنه يرجع على الفاسب بالثمن الذي أخذه منه لقوله عليه السلام «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»

﴿مسئلة﴾ (وان تلفت فعليه قيمتها لما لكها كما يلزمه نقضها ولا يرجع بها على الفاسب إن كان مشتريا) لان المشتري دخل مع الفاسب على ان يكون ضامنا لذلك بالثمن فاذا ضمنه القيمة لم يرجع بها لكنه يرجع بالثمن لان البيع باطل فلم يدخل الثمن في ملك الفاسب كما لو وجد العين باقية فاخذها المالك فانه يرجع بالثمن، فأما المتهب فيرجع بالقيمة على الفاسب لانه دخل مع الفاسب على ان يسلم له العين فينبغي أن يرجع بما غرم من قيمتها على الفاسب كقيمة الاولاد

﴿مسئلة﴾ (وعنه أن ما حصلت له منفعة كالأجرة والمهر وأرض البكار لا يرجع به) وجملة ذلك ان المالك إذا رجع على المشتري فاراد المشتري الرجوع على الفاسب فهو على ثلاثة أضرب: ضرب لا يرجع به وهو قيمتها ان تلفت في يده وارث بكارتها، وفيه رواية اخرى انه يرجع به كالمهر وبدل جزء من اجزائها لانه دخل مع الفاسب على ان يكون ضامنا لذلك بالثمن فاذا ضمنه لم يرجع به، وضرب يرجع

الشافعي نجب قيمته يوم الحائضة لان القيمة لم تنتقل الى ذمته الا حين حكم بها الحاكم وانا ان القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل فاعتبرت القيمة حينئذ كتاف المتقوم ودليل وجوبها حينئذ أنه يستحق طلبها واستيفاءها ويجب على الناصب أدائها ولا ينفي وجوب المثل لانه معجوز عنه والتكليف يستدعي الوسع ولانه لا يستحق طلب المثل ولا استيفاءه ولا يجب على الآخر داؤه فلم يكن واجبا كحالة المحاكمة، وأما اذا قدر على المثل بمدفقده فانه يعود وجوبه لانه الاصل قدر عليه قبل أداء البديل فأشبه القدرة على الماء بعد التيمم ولهذا لو قدر عليه بعد المحاكمة وقبل الاستيفاء لا يستحق المالك طلبه وأخذه وقد روي عن أحمد في رجل أخذ من رجل أرطالا من كذا وكذا اعطاه على السعر يوم أخذه لا يوم محاسبه وكذلك روي عنه في حوائج البقال عليه القيمة يوم الاخذ، وهذا يدل على أن القيمة تعتبر يوم النصب وقد ذكرنا ذلك في الفصل قبل هذا ويمكن التفريق بين هذا وبين النصب من قبل أن ما أخذه هنا باذن مالكه ملكه وحل له التصرف فيه فثبت قيمته يوم ملكه، ولم يتغير ما ثبت في ذمته بتغير قيمة ما أخذه لانه ملكه والمنصوب ملك للمنصوب منه والواجب رده لا قيمته وانما تثبت قيمته في الذمة يوم تلفه أو انقطاع مثله فاعتبرت القيمة حينئذ وتغيرت بتغيره قبل ذلك فأما ان كان المنصوب باقيا وتمذر رده فأوجبنا رديته فانه يطالبه بقيمته يوم قبضها لان القيمة لم تثبت في الذمة قبل ذلك ولهذا يتخير بين أخذها والمطالبة بها وبين الصبر

به وهو بدل الولد اذا ولدت منه لانه دخل معه في العقد على أن لا يكون الولد مضمونا ولم يحصل من جهته اتلاف وانما الشرع أتلفه بحكم بيع الناصب منه وكذلك نقص الولادة، وضرب اختلاف فيه وهو مهر مثلها وأجر نفعها وفيه روايتان (احدهما) يرجع به وهو قول الحرقي لانه دخل العقد على ان يتلفه بغير عوض فاذا غرمه رجع به كبذل الولد ونقص الولادة (والثانية) لا يرجع به وهو اختيار ابي بكر وقول ابي حنيفة لانه غرم ما استوفى بدله فلا يرجع كقيمة التجارية وبدل اجزائها وللشافعي قولان كالروايتين (مسئلة) (فان ضمن الناصب رجع على المشتري بما لا يرجع به عليه كما لو رجع به على المشتري لا يرجع به المشتري على الناصب) اذا رجع به المالك على الناصب رجع الناصب به على المشتري وكل مالو رجع به على المشتري رجع به المشتري على الناصب إذا غرمه الناصب لم يرجع به على المشتري لان الضمان استقر على الناصب فان ردها حاصلا لفات من الوضع فهي مضمونة على الواطي لان التاف بسبب من جهته (مسئلة) (فان ولدت من زوج فمات الولد ضمنه بقيمته) إذا اشترى التجارية المنصوبة من لا يعلم بذلك فزوجها لغير عالم بالنصب فولدت من الزوج فهو مملوك لانه من زوائدها وانما هي تكون مضمونا على من هو في يده بقيمته اذا تلف لانه مال وليس بمنقضي، وهل يرجع به على الناصب؟ على روايتين على ما ذكرنا فيما إذا ضمن المشتري ما حصل به نفع ووجه الروايتين ما سبق (فصل) إذا وهب المنصوب لعالم بالنصب استقر الضمان عليه ولا يرجع به على احد لانه غاصب

الى وقت امكن الرد ومطالبة الناصب بالسعى في رده وانما يأخذ القيمة لاجل الحيلولة بينه وبينه فيعتبر ما يقوم مقامه ولان ملكه لم يزل عنه بخلاف غيره

(مسئلة) قال (واذا كانت للمنصوب أجره فعلى الناصب رده وأجر مثله مادة

مقامه في يديه)

هذه المسئلة تشمل على حكيمين (أحدهما) وجوب رد المنصوب (والثاني) رد أجرته :أما الاول فان المنصوب متى كان باقيا وجب رده لقول رسول الله ﷺ «على اليد ما أخذت حتى ترد» رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن وروى عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه لاجبا جادا ، ومن أخذ عصا أخيه فليردها » رواه أبو داود، يعنى أنه يقصد المزح مع صاحبه بأخذ متاعه وهو جادفي ادخال التم والقبض عليه ولانه أزال يد المالك عن ملكه بغير حق فلزمه اعادتها، وأجمع العلماء على وجوب رد المنصوب اذا كان باقيا بحاله لم يتغير ولم يشتغل بغيره ، فان غصب شيئا فعمده لزم رده وان غرم عليه أضعاف قيمته لانه جنى بتبعيده فكان ضرر ذلك عليه، فان قال الناصب خذ مني أجر رده وتسلمه مني هنا أو بذل له أكثر من قيمته ولا يسترده لم يلزم المالك قبول ذلك لأنها معاوضة فلا يجبر عليها كاليبيع، وان قال المالك دعني

ولم يفره احد وان لم يعلم فلصاحبه تضمين ايها شاء ويرجع المتب على الواهب بقيمة العين والاجر لانه غره وقال ابو حنيفة ايها ضمن لم يرجع على الآخر

ولنا ان المتب دخل على ان يسلم له العين فيجب ان يرجع ما غرم من قيمتها كقيمة الاولاد فانه وافقتا على الرجوع بها فاما الاجر والمهر وارش البكارة فقيه وجهان مبنيان على الروايتين في المشتري

(مسئلة) (وإن اغارها فتلفت عند المستعير استقر ضمان قيمتها عليه وضمان الاجر على الناصب)

فان ضمن المستعير مع علمه بالنصب لم يرجع على احد وان ضمن الناصب رجوع على المستعير وان لم يكن علم بالنصب فضمنه لم يرجع بقيمة العين لانه قبضها على انها مضمونة عليه، وفي الرجوع بالاجر وجهان (أحدهما) يرجع لانه دخل على أن المتافع غير مضمونة عليه (والثاني) لا يرجع به لانه اتفق بها فقد استوفى بدل ما غرمه وكذلك الحكم فيما تاف من الاجزاء بالاستعمال اذا كانت العين وقت القبض أكثر قيمة من يوم التلق فضمن الاكثر فينبغي أن يرجع بما بين القيمتين لانه دخل على أنه لم يضمنه ولم يستوف بدله فان ردها المستعير على الناصب لم يسقط عنه الضمان لانه فوت المالك على ما ملكه بتسليمه إلى غير مستحقه ويستقر الضمان على الناصب ان حصل التلف في يده وكذلك الحكم في المودع

(مسئلة) (وان اشترى أرضاً ففرسها أو بنى فيها فخرجت مستحقة وقلع غرسه وبناءه رجوع المشتري

على البائع بما غرمه) ذكره القاضي في القسمة لانه يبيعه لها غره وأوجه أنها ملكه وكان ذلك سبباً

في مكانه الذي نقلته اليه لم يملك الفاصب رده لانه اسقط عنه حقاً فسقط وان لم يقبله كما لو أراه من دينه وان قال رده لي الى بعض الطريق لزمه ذلك لانه يلزمه جميع المسافة فلزمه بعضها المطلوب وسقط عنه ما أسقطه، وان طلب منه حمله الى مكان آخر في غير طريق الرد لم يلزم الفاصب ذلك سواء كان أقرب من المكان الذي يلزمه رده اليه أو لم يكن لانه معاوضة، وان قال دعه في مكانه واعطني أجر رده لم يجبر على إجابته لذلك ومهما اتفقا عليه من ذلك جاز لان الحق لهما لا يخرج عنها

(فصل) وان غصب شيئاً فشغله بملكه كخيط خاط به ثوبا أو نحوها أو حجرا بنى عليه نظرا فان بلى الخيط أو انكسر الحجر أو كان مكانه خشبية فتلفت لم يؤخذ برده ووجبت قيمته لانه صارها الكافوجبت قيمته، وان كان باقيا بحاله لزمه رده وإن اتت قرض البناء وتفصل الثوب، وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يجب رد الخشبة والحجر لانه صار تابعا للملك يستضر بقامه فلم يلزم رده كما لو غصب خيطا فأخط به جرح عبده ولنا أنه مقصوب أمكن رده ويجوز له فوجب كما لو بعد العين ولا يشبه الخيط الذي يخاف على العبد من قلعه لانه لا يجوز له رده لما في ضمنه من تلف الآدمي ولان حاجته الى ذلك تبيح أخذه ابتداء بخلاف البناء، وان خاط بالخيط جرح حيوان فذلك على أقسام ثلاثة (أحدها) أن يخيط به جرح حيوان لاحرمة له كالرثد والخنزير والكلب العقور فيجب نزع رده لانه لا يتضمن تقويت ذي حرمة فأشبه ما لو خاط به ثوبا (والتاني) أن يخيط به جرح حيوان محترم لا يحل أكله كالأدمي، فان خيف

في بنائه وغرسه فرجع عليه بما غرمه عليها كرجوعه بما أعطاه من ثمنها

(مسئلة) (وان أطمع المقتصوب لعالم بالانصب استقر الضمان عليه) لكونه أتلف مال غيره بغير اذنه طالما من غير تبرير والمالك تضمن انفاص لانه حال يذنه وبين ماله والا كل لانه أتلف مال غيره بغير اذنه وقبضه من يد ضامنه بغير اذن مالكة فان ضمن الفاصب رجوع على الآكل وان ضمن الآكل لم يرجع على أحد

(مسئلة) (وان لم يعلم وقال له الفاصب كله فانه طعامي استقر الضمان على الفاصب) لاعترافه بان الضمان باق عليه وان لم يلزم الآكل شيء ولانه غير الآكل

(مسئلة) (وان لم يقل فني أيها يستقر عليه الضمان؟ وجهان) أحدهما يستقر الضمان على الآكل وهو قول أبي حنيفة والشافعي في الجديد لانه ضمن فلم يرجع به على أحد والثاني يستقر على الفاصب لانه غير الآكل وأطمعه على أنه لا يضمنه وهذا ظاهر كلام الحرقي وأبهما استقر عليه الضمان ففرم لم يرجع على أحد وإن غرم صاحبه رجح عليه

(مسئلة) (وان أطمعه لما لملكه ولم يعلم لم يبرأ نص عليه) إذا أطمع المقتصوب للملك فأكله طالما أنه طعامه برىء الفاصب وإن لم يعلم وقال له كله فانه طعامي استقر الضمان على الفاصب لما ذكرنا وإن كانت له يئنة فإنه طعام المقتصوب منه، وإن لم يقل ذلك بل قدمه اليه وقال كله فظاهر كلام أحمد أنه لا يبرأ

من نزع الهلاك أو ابطاء برئته فلا يجب نزعها لان الحيوان آكد حرمة من عين المال ولهذا يجوز له أخذ مال غيره ليحفظ حياته واتلاف المال لتبقيته وهو ما يأكله وكذلك الدواب التي لا يؤكل لحمها كالبعوض والحمار الاهلي (الثالث) أن يحيط به جرح حيوان ما كول فإن كان ملكا لغير الغاصب وخيف تلفه بقلبه لم يقلع لان فيه اضرارا بصاحبه ولا يزال الضرر بالضرر ولا يجب اتلاف مال من لم يحن صيانة مال آخر، وان كان الحيوان للغاصب فقال القاضي لا يجب رده لانه يمكن ذبح الحيوان والاتفاح بلحمه وذلك جائز، وان حصل فيه نقص على الغاصب فليس ذلك بمنع من وجوب رد المنصوب كنقص البناء لرد الحجر المنصوب، وقال أبو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) هذا (والثاني) لا يجب قلمه لان للحيوان حرمة في نفسه وقد نهى النبي ﷺ عن ذبح الحيوان لغير أكله ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين، ويحتمل ان يفرق بين ما بعد للاكل من الحيوان كبهيمة الانعام والدجاج وأكثر الطير وبين ما لا يعد له كالخيل والطيور المقصود صوته فالاول يجب ذبحه اذا توقف رد المنصوب عليه (والثاني) لا يجب لان ذبحه اتلاف له فجزى مجرى ما لا يؤكل لحمه ومتى أمكن رد الحيط من غير تلف الحيوان أو تلف بعض أعضائه أو ضرر كثير وجب رده

(فصل) وان غصب فصيلا فادخله داره فكبر ولم يخرج من الباب أو خشبة وأدخلها داره ثم بنى الباب ضيقا لا يخرج منه الا بنقضه وجب نقضه ورد الفصيل والخشبة كما ينقض البناء لرد الساجة فان

لانه قال في رواية الاثرم في رجل له قبل رجل تبة فأوصلها اليه على سبيل صدقة أو هدية فلم يعلم فقال كيف هذا؟ هذا يرى أنه هدية يقول له هذا لك عندي، وهذا يدل على أنه لا يبرأ ههنا فكل المالك طعامه بطريق الاولى لأنه ثم رد اليه يده وسلطانه وههنا بالتقديم اليه لم يعد اليه اليد والسلطان فانه لا يتمكن من التصرف فيه بكل ما يريد من أخذه وبيعه والصدقة به فلم يبرأ به الغاصب كما لو علفه لسوابه ويتخرج أن يبرأ بناء على ما إذا أطعمه لأجنبي فانه يستقر الضمان على الآكل في إحدى الروايتين فكذلك ههنا وهذا مذهب أبي حنيفة

(فصل) وإن وهب المنصوب للمالك أو أهده اليه بريء في الصحيح لانه سلمه اليه تمليا تاماً وزالت يد الغاصب وكلام أحمد في رواية الاثرم محمول على ما إذا أعطاه عوض حقه على سبيل الهبة فأخذه المالك على هذا الوجه لا على سبيل العوض فلم تثبت المعاوضة ومثقلنا فيما إذا رد عليه عين ماله وأعاد يده التي أزالها وان باعه إياه وسلمه اليه بريء من الضمان لانه قبضه بالاتباع وهو موجب للضمان وكذلك إن أقرضه إياه لما ذكرنا

(مسئلة) (وان رهنه عند مالكة أو أودعه إياه أو أجره أو استأجره على قصارته أو خياطته ولم يعلم لم يبرأ من الضمان)

لانه لم يعد اليه سلطانه إنما قبضه على أنه أمانة، وقال بعض أصحابنا يبرأ لانه رده الى يده

كان حصوله في الدار بغير تفریط من صاحب الدار. نقض الباب وضمانه على صاحب الفصيل لانه لتخليص ماله من غير تفریط من صاحب الدار. وأما الخشبة فان كان كسرها أكثر ضرراً من نقض الباب فهي كالفصيل وان كان أقل كسرت، ويحتمل في الفصيل مثل هذا فانه متى كان ذبحه أقل ضرراً ذبح وأخرج لحمه لانه في معنى الخشبة، وان كان حصوله في الدار بعدوان من صاحبه كرجل غصب داراً فأدخلها فصيلاً أو خشبة أو تمدى على انسان فأدخل داره فرساً ونحوها كسرت الخشبة وذبح الحيوان وان زاد ضرره على نقض البناء لأن سبب هذا الضرر عدوانه فيجمل عليه دون غيره ولو باع داراً فيها خوابي لا يخرج الا بنقض الباب أو خزان أو حيوان وكان نقض الباب أقل ضرراً من بقاء ذلك في الدار أو تفصيله أو ذبح الحيوان نقض وكان اصلاحه على البائع لانه لتخليص ماله وان كان أكثر ضرراً لم ينقض لانه لا فائدة فيه ويصطلحان على ذلك اما بأن يشتره مشتري الدار أو غير ذلك

(فصل) وإن غصب جوهرة فابتلتها بهيمة. فقال اصحابنا: حكها حكم الخيط الذي خاط به جرحها ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر من قيمة الحيوان ذبح الحيوان وردت الى مالكها وضمان الحيوان على الغاصب الا أن يكون الحيوان آدمياً، وفارق الخيط لانه في الغالب أقل قيمة من الحيوان والجوهرة أكثر قيمة ففي ذبح الحيوان رعاية حق المالك برد عين ماله اليه ورعاية حق الغاصب بتقليل الضمان عليه، وان ابتلعت شاة رجل جوهرة آخر غير مغضوبه ولم يمكن

وسلطانه وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي والاول أولى فانه لو أباحه أكله فأكله لم يبرأ فهنا أولى.

(مسئلة) (وان أعاره إياه بريء علم أو لم يعلم)

لان العارية توجب الضمان على المستعير فلو وجب الضمان على الغاصب رجع به على المستعير ولا فائدة في وجوب شيء عليه يرجع به على من وجب له

(مسئلة) (وان اشترى عبداً فأعتقه فادعى رجل ان البائع غصبه فصدقه أحدهما لم يقبل على

الآخر وان صدقاه مع العبد لم يبطل العتق ويستقر الضمان على المشتري ويحتمل أن يبطل العتق إذا صدقوه كلهم)

إذا أقام المدعي بينه بما أدعاه بطل البيع والعتق ويرجع المشتري على البائع باليمن وان صدقه البائع أو المشتري لم يقبل قول أحدهما على الآخر لانه لا يقبل اقراره في حق غيره وان صدقاه جميعاً لم يبطل العتق وكان العبد حراً لانه قد تعلق به حق لغيرهما فان وافقهما العبد فقال القاضي لا يقبل أيضاً لان الحرية حق يتعلق بها حق لله تعالى ولهذا لو شهد شاهدان بالعتق مع اتفاق السيد والعبد على الرق قبلت شهادتهما، ولو قال رجل أنا حر ثم أقر بالرق لم يقبل اقراره وهذا مذهب الشافعي ويحتمل أن يبطل العتق إذا اتفق عليه كلهم ويعود العبد الى المدعي لانه مجهول النسب أقر بالرق لمن

اخراجها الا بذبح الشاة ذبحت اذا كان ضرر ذبحها أقل وكان ضمان نقصها على صاحب الجوهره لانه لتخليص ماله الا أن يكون التفريط من صاحب الشاة يكون يده عليها فلا شيء لصاحب الجوهره لان التفريط من صاحب الشاة فالضرر عليه، وان أدخلت رأسها في ققم فلم يمكن اخراجها الا بذبحها وكان الضرر في ذبحها أقل ذبحت وان كان الضرر في كسر القمم أقل كسر القمم، وان كان التفريط من صاحب الشاة فالضمان عليه وان كان التفريط من صاحب القمم بأن وضعه في الطريق فالضمان عليه، وان لم يكن منها تفريط فالضمان على صاحب الشاة ان كسر القمم لانه كسر لتخليص شاته، وان ذبحت الشاة فالضمان على صاحب القمم لانه لتخليص قومه فان قال من عليه الضمان منها أنا اتلف مالي ولا أغرم شيئاً للآخر فله ذلك لان اتلاف مال الآخر انما كان لحقه وسلامة ماله وتخليصه فاذا رضي بتلفه لم يجز اتلاف غيره، وان قال لا اتلف مالي ولا أغرم شيئاً لم يمكنه من اتلاف مال صاحبه لكن صاحب القمم لا يجبر على شيء لان القمم لا حرمة له فلا يجبر صاحبه على تخليصه، وأما صاحب الشاة فلا يحل له تركها لما فيه من تعذيب الحيوان فيقال له إما ان تذبح الشاة لتريحها من العذاب واما ان تعرم القمم لصاحبه اذا كان كسره أقل ضرراً ويخلصها لان ذلك من ضرورة ابقائها أو تخليصها من العذاب فلزمه كلفها، وان كان الحيوان غير مأكول احتمال أن يكون حكمه حكم المأكول فيما ذكرنا واحتمل أن يكسر القمم وهو قول أصحابنا لانه لا تقع في ذبحه ولا هو مشروع وقد سئى النبي ﷺ عن ذبح الحيوان لغير أكله ويحتمل ان يجري مجرى المأكول في انه متى كان قتله أقل ضرراً وكانت الحناية من صاحبه قتل لان حرمة

يدعيه فصح كما لو لم يعتقه المشتري، ومتى حكمتا بالحرية فللهاك تضمين أيها شاء قيمته يوم عتقه فان ضمن البائع رجوع على المشتري لانه أتلفه وان ضمن المشتري لم يرجع على البائع الا بالثمن لان التالف حصل منه فاستقر الضمان عليه وان مات العبد تخلف مالا فهو المدعي لاتفاقهم على أنه له واما لم يرد العبد اليه لتعاق حق الحرية به الا أن يخاف وارثاً فيأخذه وليس عليه ولاء لان أحداً لا يدعيه وان صدق المشتري البائمه وحده رجح عليه بقيمته ولم يرجع المشتري بالثمن وبقية الاقسام على ما نذكر في الفصل بعده .

(فصل) وان كان المشتري لم يعتقه وأقام المدعي بينة بما ادعاه انتقض البيع ورجع المشتري على البائع بالثمن وكذلك إذا أقر بذلك وان أقر أحدهما لم يقبل على الآخر فان كان المقر البائع لزمته القيمة للمدعي لانه حال بينه وبين ملكه ويقر العبد في يد المشتري لانه ملكه في الظاهر وللبائع احلافه ان كان البائع لم يقبض الثمن فليس له مطالبه المشتري لانه لا يدعيه ويحتمل أن يملك مطالبته بأقل الامر من الثمن أو قيمة العبد لانه يدعي القيمة على المشتري والمشتري يقر له بالثمن فقد اتفقا على استحقاق أقل الأمرين فوجب ولا يضر اختلافهما في السبب بعد اتفاقهما على حكمه كما لو قال لي عليك الف من ثمن مبيع فقال بل اتف من قرض وان كان قد قبض الثمن فليس للمشتري استرجاعه لانه لا يدعيه ومتى عاد العبد الى البائع بفسخ أو غيره لزمه رده الى مدعيه وله استرجاع ما أخذ منه

معارضة لحزمة الأدمي الذي يتاف ماله والنهي عن ذبحه ممرض بالنهي عن اضاءة المال وفي كسر القمقم مع كثرة قيمته اضاءة للمال والله اعلم

(فصل) وان غصب ديناراً فوقم في محبرته أو أخذ دينار غيره فمساها فوقع في محبرته كسرت ورد الدينار كما ينقض البناء لرد الساجدة وكذلك ان كان درهما أو أقل منه، وان وقع من غير فعله كسرت لرد الدينار ان أحب صاحبه والضمان عليه لانه لتخليص ماله، وان غصب ديناراً فوقم في محبرة آخر بفعل الناصب أو غير فعله كسرت لرده وعلى الناصب ضمان المحبرة لانه السبب في كسرها، وان كان كسرها أكثر ضرراً من تبقية الواقع فيها ضمنه الناصب ولم تنكسر، وان رمى انسان ديناره في محبرة غيره عدواناً فأبى صاحب المحبرة كسرها لم يجبر عليه لان صاحبه تمدى برميها فلم يجبر صاحبها على اتلاف ماله لازالة ضرر عدوانه عن نفسه وعلى الناصب نقص المحبرة بوقوع الدينار فيها ويحتمل أن يجبر على كسرها لرد عين مال الناصب ويضمن الناصب قيمتها كما لو غرس في أرض غيره ملك حفر الأرض بغير اذن المالك لاخذ غرسه ويضمن نقصها بالحفر وعلى كلا الوجهين لو كسرها الناصب قهراً لم يلزمه أكثر من قيمتها (فصل) وان غصب لوحاً فرقع به سفينة فان كانت على الساحل لزم قلعه ورده وان كانت في لجة البحر واللوح في أعلاها بحيث لا تفرق بقلعه لزم قلعه وان خيف غرقها بقلعه لم يقلع حتى تخرج الى الساحل ولصاحب اللوح طلب قيمته فاذا امكن رد اللوح استرجعه ورد القيمة كما لو غصب عبداً

وان كان اقرار البائع في مدة الخيار انقسخ البيع لانه يملك فسخه قبل اقراره بما يفسخه وان كان المقر المشتري وحده لزمه رد العيب ولم يقبل اقراره على البائع ولا يملك الرجوع عليه بالثمن ان كان قبضه وعليه دفعه اليه ان لم يكن قبضه فان أقام المشتري بينة بما أقر به قبلت وله الرجوع بالثمن وان كان البائع المقر فأقام بينة فان كان في حال البيع قال بتك عبدي هذا أو ملكي لم تقبل بينته لانه تكذبا وان لم يكن قال ذلك قبلت لانه يبيع ملكه وغيره، وان أقام المدعي البينة سمعت ولا تقبل شهادة البائع له لانه يجربها الى نفسه فقماً وان أنكره جميعاً فله احلافها قال احمد في رجل يجد سرقة عند انسان بعينها قال هو ملكه يأخذه اذهب الى حديث سمرة عن النبي ﷺ « من وجد متاعه عند رجل فهو أحق به ويتبع المتاع من باعه » رواه هشيم عن موسى بن السائب عن قتادة عن الحسن عن سمرة وموسى بن السائب ثقة

(فصل) قال رضي الله عنه (وان أتلف المنصوب ضمنه بمثله ان كان ميكلاً أو موزوناً)

متى تلف المنصوب في يد الناصب لزمه رد بدله لقوله تعالى (فن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ولانه لما تمذر رد العين لزمه رد ما يقوم مقامها فان كان المتلف مثلياً كالسكيل والموزون ميكلاً أو موزوناً وجب المثل قال ابن عبد البر كل مطهوم من مأكول أو مشروب فجميع تلى أنه يجب تلى مستهلكه مثله لا قيمته ولان المثل أقرب اليه من القيمة فهو مماثل له من طريق الصورة والمشاهدة

فأبقى وقال أبو الخطاب إن كان فيها حيوان له حرمة أو مال لغير الغاصب لم يقطع كالحيط وإن كان فيها مال للغاصب أولاً مال فيها ففيها وجهان (أحدهما) لا يقطع (والثاني) يقطع في الحال لأنه يمكن رد المنصوب فلزم وإن أدى إلى تلف المال كرد الساجة المبني عليها ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

ولنا أنه يمكن رد المنصوب من غير اتلاف فلم يجز الاتلاف كما لو كان فيها مال غيره وفارق الساجة في البناء فإنه لا يمكن ردها من غير اتلاف

(فصل) وإذا غصب شيئاً خلطه بما يمكن تمييزه منه كحظية بشعير أو سسم أو صغار الحب بكبار أو زبيب أسود بأحمر لزمه تمييزه ورده وأجر المميز عليه وإن لم يمكن تمييز جميعه وجب تمييزه ما أمكن وإن لم يمكن تمييزه فهو على خمسة أضرب :

(أحدها) أن يخلطه بمثله من جنسه كزيت بزيت أو حنطة بحنطها أو دقيق بمثله أو دنانير أو دراهم بمثلها فقال ابن حامد يلزمه مثل المنصوب منه وهو ظاهر كلام أحمد لأنه نص على أنه يكون شريكاً به إذا خلطه بغير الجنس فيكون تنبيهاً على ما إذا خلطه بجنسه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي إلا في الدقيق فإنه نجب قيمته لأنه عندهم ليس بمشلي وقال القاضي قياس المذهب أنه يلزمه مثله أن شاء منه وإن شاء من غيره ، لأنه تعذر عليه رد عين ماله بالخلط فأشبهه ماله تلف لأنه لا يتميز له شيء من ماله .

كالتص والمعنى والقيمة ماثلة من طريق الظن والاجتهاد فقدم ما طريقه المشاهدة كالتص لما كان طريقه الإدراك بالسمع كان أولى من القياس لأن طريقه الظن والاجتهاد

(مسئلة) (وان أعوز المثل فعليه قيمة مثله يوم إعوازه)

وقال القاضي تجب قيمته يوم قبض البديل لأن الواجب المثل إلى حين قبض البديل بدليل أنه لو وجد المثل بعد إعوازه كان الواجب هو دون القيمة، وقال أبو حنيفة ومالك وأكثر أصحاب الشافعي تجب قيمته يوم الحاكمة لأن القيمة لم تنتقل إلى ذمته إلا حين حكم بها الحاكم

ولنا أن القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل فاعتبرت القيمة حينئذ لتلف المتقوم ودليل وجوبها - ينشأ أنه يستحق طلبها واستيفاءها ويجب على الغاصب أدائها ولا ينفي وجوب المثل لأنه يجوز عنه والتكليف يستدعي الوسر ولا نه لا يستحق طلب المثل ولا استيفاءه ولا يجب على الآخر أدائه فلم يكن واجباً كحالة الحاكمة وإنما إذا قدر على المثل بعد فقده فإنه يعود وجوبه لأنه الأصل قدر عليه قبل أداء البديل فأشبهه القدرة على الماء بعد التيمم ولهذا لو قدر عليه بعد الحاكمة وقبل الاستيفاء استحق المالك طلبه وأخذه عنه تلمزه قيمة يوم تلفه لأن القيمة إنما ثبتت في الذمة حين التلف لأنه قبل التلف يجب رده فإذا تلف وجبت قيمته يوم تلفه كغير المثلي

(مسئلة) (وان لم يكن مثلاً ضمنه قول باقي الجماعة)

ولنا أنه قدر على دفع بعض ماله إليه مع رد المثل في الباقي فلم ينتقل إلى المثل في الجميع كما لو غصب صاعاً فنتف لصفه ، وذلك لأنه إذا دفع إليه منه فقد دفع إليه بعض ماله وبديل الباقي فكان أولى من دفعه من غيره .

(الضرب الثاني والثالث والرابع) أن يخلطه بخير منه أو دونه أو بغير جنسه فظاهر كلام أحمد أنها شريكان يباع الجميع ويدفع إلى كل واحد منهما قدر حقه لأنه قال في رواية أبي الحارث في رجل له رطل زيت وآخر له رطل شيرج اختلطاً يباع الدهن كله ويمطى كل واحد منهما قدر حصته وذلك لا تناً إذا فعلنا ذلك أو صلنا إلى كل واحد منهما عين ماله وإذا أمكن الرجوع إلى عين المال لم يرجع إلى البديل وإن نقص المنصوب عن قيمته منفرداً فعلى الغاصب ضمان النقص لأنه حصل بفعله وقال القاضي قياس المذهب أنه يلزم الغاصب مثله لأنه صار بالخلط مستهلكاً وكذلك لو اشترى زيتاً فخلطه بزيتة ثم أفلس صار البائع كاسوة انقرماه ولأنه تعذر عليه الوصول إلى عين ماله فكان له بدله كما لو كان تالفاً ويحتمل أن يحمل كلام أحمد على ما إذا اختلط من غير غصب فاما المنصوب فقد وجد من الغاصب ما منع المالك من أخذ حقه من المثليات مبرأً فلزمه مثله كما لو أتلفه إلا أنه إن خلطه بخير منه وبذل لصاحبه مثل حقه منه لزمه قبوله لأنه أوصل إليه بعض حقه بعينه وتبرع بالزيادة في مثل الباقي وإن خلطه بأدون منه فرضي المالك بأخذ قدر حقه منه لزم الغاصب بدله لأنه أمكنه رد بعض المنصوب

وحكي عن العنبري أنه يجب في كل شيء مثله لما روت جيرة بنت دحاجة عن عائشة رضي الله عنها قالت ما رأيت صناعاً مثل حفصة صنعت طعاماً فبعثت به إلى رسول الله ﷺ فأخذني الأفكل فكسرت الأناة فقات يارسول الله ما كفارة ما صنعت فقال «إناة مثل الأناة وطعام مثل الطعام» رواه أبو داود وعن أنس ان إحدى نساء النبي ﷺ كسرت قصعة الأخرى فدفع النبي ﷺ قصعة الكاسرة إلى رسول صاحبة المكسورة وحبس المكسورة في بيته رواه الترمذي بنحوه وقال حسن صحيح

ولنا ما روى عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال «من أعتق شركاً له في عبد قوم عليه قيمة العدل» متفق عليه فأمر بالتقويم في حصة الشريك لأنها متلفة بالعتق ولم يأمر بالمثل والحديث محمول على أنه جوز ذلك بالتراضي وعلم أنها ترضى به ولأن هذه الأشياء لا تتساوى أجزاؤها وتختلف صفاتها فالقيمة فيها أعدل وأقرب إليها فكانت أولى ويكون ذلك يوم تافه لما ذكرنا ويكون في بلد من بلد من نقده لأنه موضع الضمان يعني يضمه في البلد الذي غصبه فيه من نقده ، ويتخرج أن يضمه بقيمته يوم غصبه وهو قول أبي حنيفة ومالك وروى عن أحمد لأنه فوته تليه بفضبه فكان عليه قيمة ما فوت عليه حين فوته وقد روى عن أحمد في رجل أخذ من رجل أرطالاً من كذا وكذا أعطاه على السعر يوم أخذه لا يوم محاسبته ولذلك روي عنه في حوائج البقال عليه القيمة يوم الأخذ وهذا يدل على أن القيمة تعتبر يوم النصب والاولى أولى . قال شيخنا ويمكن التفريق بين هذا وبين النصب من قبل أن ما أخذه ههنا باذن مالسه

ورد مثل الباقي من غير ضرر وقبل لا يلزم الفاصب ذلك لان حقه انتقل الى الذمة فلم يجبر على غير مال وإن بذله للمنصوب منه فأباه لم يجبر على قبوله لانه دون حقه وإن تراضيا بذلك جار وكان المالك متبرعاً بترك بعض حقه وإن اتفقا على أن يأخذ أكثر من حقه من الرديء أو دون حقه من الجيد لم يجز لانه ربا لانه يأخذ الزائد في القدر عوضاً عن الجودة وإن كان بالعكس فرضي دون حقه من الرديء أو سمح الفاصب فدفن أكثر من حقه من الجيد جاز لانه لا مقابل للزيادة وإنما هي تبرع مجرد وإن خلطه بغير جنسه فتراضيا على أن يأخذ أكثر من قدر حقه أو أقل جاز لانه بدله من غير جنسه فلا تحرم الزيادة بينها .

(الضرب الخامس) أن يخلطه بما لا قيمة له كزيت خلطه بماء أو لبن شاهه بماء فان أمكن تخليصه خلصه ورد نقصه وإن لم يمكن تخليصه أو كان ذلك يفسده رجوع عليه بمثله لانه صار كالمالك وإن لم يفسده رده ورد نقصه وإن احتجج في تخليصه الى غرامة لزم الفاصب ذلك لانه بسببه ولاصحاب الشافعي في هذا الفصل نحو ما ذكرنا .

(فصل) وإن غصب ثوباً فصبغه لم يخل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يصبغه بصبغه له (الثاني) أن يصبغه بصبغ للمنصوب منه (الثالث) أن يصبغه بصبغ لغيرها ، والاول لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يكون اثوب والصبغ بحالها لم يزد قيمتها ولم تنقص مثل ان كانت قيمة كل واحد

ملكه وحل له التصرف فيه فثبتت قيمته يوم ملكه ولم يعتبر ما ثبت في ذمته بتغير قيمة ما أخذه لانه ملكه والمنصوب ملك المنصوب منه والواجب رده لا قيمته، وإنما تثبت قيمته في الذمة يوم تلفه أو انقطاع مثله فاعتبرت القيمة حينئذ وتغيرت بتغيره قبل ذلك، فأما ان كان المنصوب باقياً وتمذر رده فأوجبنا رد قيمته فانه يطالبه بها يوم قبضها لان القيمة لم تثبت في الذمة قبل ذلك ولهذا يتخير بين أخذها والمطالبة بها وبين الصبر الى وقت إمكان الرد ومطالبة الفاصب بالسعي في رده وإعائياً أخذ القيمة لاجل الحيلولة بينه وبينه فيعتبر ما يقوم مقامه لان ملكه لم يزل عنه بخلاف غيره

(فصل) وقد قال الحرقي فيمن غصب جارية حاملاً فولدت في يديه ثم مات الولد أخذها سيدها وقيمة ولدها أكثر ما كانت قيمته، فحمل القاضي قول الحرقي على ما اذا اختلفت القيمة لتغير الاسعار وهو مذهب الشافعي، فعلى هذا اذا تلف المنصوب لزم الفاصب قيمته أكثر ما كانت من يوم الفاصب الى يوم التلف لان أكثر القيمتين فيه للمنصوب منه فاذا تمذر ردها ضمنه كقيمته يوم التلف، وإنما سقطت القيمة مع رد العين، والمذهب أن زيادة القيمة بتغير الاسعار غير مضمونة على الفاصب وقد ذكرنا ذلك، وعلى هذا فكلام الحرقي محمول على ما إذا اختلفت القيمة لمعنى في المنصوب من كبر وصغر وسمن وهزال ونسيان ونحو ذلك فالواجب القيمة أكثر ما كانت لانها مضمونة في الحال التي زادت فيها والزيادة للمالكها مضمونة على الفاصب على ما قدرناه بدليل أنه لو رد العين ناقصة لزمه أرش نقصها

منها خمسة فصارت قيمتهما بعد الصبغ عشرة فمما شريكان لان الصبغ عين مال له قيمة فان تراضيا بتركه لها جاز وان باعاه فتمه بينهما نصفين .

(الحال الثاني) اذا زادت قيمتها فصارا يساويان عشرين نظرت فان كان ذلك لزيادة اثنياب في السوق كانت الزيادة لصاحب الثوب وإن كانت لزيادة الصبغ في السوق فلزيادة لصاحبه وان كانت لزيادتهما معا فهي بينهما على حسب زيادة كل واحد منهما فان تساويا في الزيادة في السوق تساوى صاحباهما فيها وان زاد أحدهما ثمانية والآخر اثنين فهي بينهما كذلك وان زاد بالعمل فالزيادة بينهما لان عمل الفاصب زاد به في الثوب والصبغ وما عمله في المنصوب للمنصوب منه اذا كان أثر أو زيادة مال الفاصب له وان نقصت القيمة لتغير الاسعار لم يضمه الفاصب لما تقدم، وان نقص لأجل العمل فهو على الفاصب لانه بتعبه فاذا صار قيمة الثوب مصبوغا خمسة فهو كالمالكه ولا شيء للفاصب لان النقص حصل بمدوانه فكان عليه وان صارت قيمته سبعة صار الثوب بينهما لصاحبه خمسة أسابيع ولصاحب الصبغ سبعة، وان زادت قيمة الثوب في السوق فصار يساوى سبعة ونقص الصبغ فصار يساوى ثلاثة وكانت قيمة الثوب مصبوغا عشرة فهو بينهما لصاحب الثوب سبعة ولصاحب الصبغ ثلاثة وإن ساوى اثني عشر قسمت بينهما لصاحب الثوب نصفها وخمسها وللفاصل خمسها وعشرها وان انعكس الحال فصار الثوب يساوى في السوق ثلاثة والصبغ سبعة انعكست القيمة فصار لصاحب الصبغ هنا ما كان لصاحب الثوب في التي قبلها ولصاحب الثوب ما كان لصاحب الصبغ لان زيادة السعر لا تضمن فان أراد الفاصب قلم الصبغ فقال أحبا بناله ذلك سواء أضر بالثوب أو لم يضر ويضمن نقص الثوب ان نقص وبهذا قال الشافعي لانه عين ماله فملك أخذه كالأرض غير مملو يفرق أصحابنا

وهو بدل الزيادة فاذا ضمن الزيادة مع بقائها ضمنها عند تلفها بخلاف زيادة القيمة لتغير الاسعار فانها لا تضمن مع ردها فكذلك مع تلفها، وقولهم انها انما سقطت مع رد العين لا يصح لانها لو وجبت ما سقطت بالرد كزيادة السبعين قال القاضي ولم أجد عن أحمد رواية بانها تضمن باكثر القيمتين لتغير الاسعار فلي هذا تضمن بقيمتها يوم التلف وقد روي عن أحمد أنها تضمن بقيمتها يوم الغصب إلا أن الحلال قال حين أحمد عنه كأنه رجح الى القول الاول وقد ذكرناه

(مسئلة) (فان كان مصوغا أو تبرأ تخالف قيمته وزنه قومه بغير جنسه) متى كان المصاغ تزيد قيمته على وزنه أو تنقص والصناعة مباحة كحلي النساء وجب ضمانه بقيمته لكن بقومه بغير جنسه فيقوم الذهب بالفضة والفضة بالذهب لثلا يفضي ذلك الى الربا، وقال القاضي يجوز تقويمه بجنسه لان ذلك قيمته والصنعة لها قيمة بدليل أنه لو استأجره لعملها جاز، ولو كسر الحلي وجب عليه أرض ذلك ويخالف البيع لان الصنعة لا يقابلها العوض في العقود ويقابلها في الاتلاف ألا ترى أنها لا تفرد بالعقد وتفرد بضمانها في الاتلاف؟ قال بعض أصحاب الشافعي هذا مذهب الشافعي وذكر بعضهم مثل القول الاول وهو الذي ذكره أبو الخطاب لان القيمة مأخوذة على سبيل العوض فان زيادة ربا كاليبيع وكالتنقص، وقد قال أحمد في رواية ابن منصور اذا كسر الحلي يصلحه أحب إلي قال القاضي هذا محمول على أنها تراضيا بذلك لا على طريق الوجوب، فان كانت الصناعة محرمة كاللواني وحلي الرجال المحرم

بين ما يهلك صبغه بالقلع وبين ما لا يهلك وينبغي أن يقال ما يهلك بالقلع لا يملك قلعه لانه سفه وظاهر كلام الحرقي أنه لا يمكن من قلعه اذا تضرر الثوب بقلعه لانه قال في المشتري اذا بنى أو غرس في الارض المشفوعة فله أخذه اذا لم يكن في أخذه ضرر وقال أبو حنيفة ليس له أخذه لان فيه اضارارا بالثوب المنصوب فلم يمكن منه كقطع خرقة منه ، وفارق قلم الغرس لان الضرر قليل يحصل به نفع قلع العروق من الارض. وان اختار المنصوب منه قلم الصنغ ففيه وجهان (أحدها) يملك اجبار الناصب عليه كما يملك اجباره على قلع شجره من أرضه وذلك لانه شغل ملكه بملكه على وجه أمكن تخليصه فلزمه تخليصه وان استضر الناصب كقلع الشجر ، وعلى الناصب ضمان نقص الثوب وأجر القلع كما يضمن ذلك في الارض (والثاني) لا يملك اجباره عليه ولا يمكن من قلعه لان الصنغ يهلك بالاستخراج وقد أمكن وصول الحق الى مستحقه بدونه بالبيع فلم يجبر على قلعه كقلم الزرع من الارض ، وفارق الشجر فانه لا يتلف بالقلع، قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد ولعله أخذ ذلك من قول أحمد في الزرع وهذا مخالف للزرع لان له غاية ينتهي اليها ولصاحب الارض أخذه بنفقته فلا يتمتع عليه استرجاع أرضه في الحال بخلاف الصنغ فانه لا نهاية له الا تلف الثوب فهو أشبه بالشجر في الارض ، ولا يخص وجوب القلع في الشجر بما لا يتلف فانه يجبر على قلم ما يتلف وما لا يتلف لأصحاب الشافعي وجهان كهذين، وان بذل رب الثوب قيمة الصنغ للناصب لملكه لم يجبر على قبوله لانه اجبار على بيع ماله

لم يجز ضمانه بأكثر من وزنه وجها واحداً لان الصناعة لا قيمة لها شرعا
(مسألة) (فان كان محلي بالتقدين معاقومه بما شاء منها)

للحاجة وأعطاه بقيمته عوضاً لثلا يفضي الى الربا ولا يمكن تقويمه إلا بأحدها لانها قيم الاموال فدعت الحاجة الى تقويمها بأحدها وليس أحدهما باولى من الآخر فكانت الحيرة اليه في تقويمه بما شاء منها، والدليل على أنه لا يمكن تقويمه إلا بأحد التقدين انه لا يمكن تقويمه بكل واحد منها منفرداً لعدم معرفة ما فيه منه ولان قيمة الحلية قد تنقص بالتحلية بها وقد تزيد ولا يمكن افرادها بالبيع ولا بغيره من التصرفات وإنما يقوم المحلى كالسيف بان يقال كم قيمة هذا؟ ولو بيع ما كان الثمن الا عوضاً له لان الحلية صارت صفة له وزينة فيه فكانت القيمة فيه موصوفا بهذه الصفة كقيمته في بيعه والله أعلم .

(فصل) وقد ذكرنا ان ما تتماثل أجزاءه وتتقارب كالاتمان والحجوب والادهان يضمن بمثله وهذا لا خلاف فيه، فأما سائر المكييل والموزون فظاهر كلام أحمد أنه يضمنه بمثله أيضاً فانه قال في رواية حرب ما كان من الدراهم والدنانير وما يكال ويوزن فظاهره وجوب المثل في كل مكييل وموزون إلا أن يكون مما فيه صناعة مباحة كعمول الحديد والنحاس والرصاص والصوف والشعر المنزول فانه يضمن بقيمته لان الصناعة تؤثر في قيمته وهي مختلفة فالقيمة فيه أحصر فأشبه غير المكييل والموزون
(المغني والشرح الكبير) (٥٥) (الجزء الخامس)

فلم يجبر عليه كما لو بذل له قيمة الفراس ويحتمل أن يجبر على ذلك اذا لم يقلعه قياساً على الشجر والبناء في الارض المشفوية والمارية وفي الارض المنصوبة اذا لم يقلعه الغاصب ولانه أمر يرتفع به الزرع ويتخلص به أحدهما من صاحبه من غير ضرر فأجبر عليه كما ذكرنا، وان بذل الغاصب قيمة الثوب لصاحبه لملكه لم يجبر على ذلك كما لو بذل صاحب الفراس قيمة الارض لملكها في هذه المواضع، وان وهب الغاصب الصبغ لملك الثوب فهل يلزمه قبوله؟ على وجهين (أحدهما) يلزمه لان الصبغ صار من صفات العين فهو كزيادة الصفة في المسلم فيه (الثاني) لا يجبر لان الصبغ عين يمكن افرادها فلم يجبر على قبولها وظاهر كلام الحرقي أنه يجبر لانه قال في الصداق اذا كان ثوباً فنصبه فبذلت له نصفه مصبوغاً لزمه قبوله وان أراد المالك بيع الثوب وأبى الغاصب فله بيعه لانه ملكه فلا يملك الغاصب منعه من بيع ملكه بعدوانه وان أراد الغاصب بيعه لم يجبر المالك على بيعه لانه متعدد فلم يستحق ازالة ملك صاحب الثوب عنه بعدوانه ويحتمل أن يجبر ليصل الغاصب الى ثمن صبغه

(القسم الثاني) أن ينصب ثوباً وصبغاً من واحد فيصبغه به فان لم تزد قيمتها ولم تنقص ردها ولا شيء عليه وإن زادت القيمة فهي للمالك ولا شيء للغاصب ولانه انما له في الصبغ أثر لا عين وان نقصت بالصبغ فعلى الغاصب ضمان النقص لانه بتعمده وان نقص لتغير الاسعار لم يضمنه

(القسم الثالث) أن ينصب ثوب رجل وصبغ آخر فيصبغه به فان كانت القيمتان بحالهما فيها شريكاً

وذكر القاضي ان النقرة والسيكة من الأمان والجنب والرطب والكثير انما يضمن بقيمتها، وظاهر كلام أحد يدل على ما قلنا وإما خرج منه ما فيه الصناعة لما ذكرنا ويحتمل ان تضمن النقرة بقيمتها لتمذر وجود مثلها إلا بكسر النقود المضروبة وسبكها وفيه اتلاف

(مسئلة) (وان تلف بعض المنصوب فنقصت قيمة باقية كزوجي خف تلف أحدهما فعليه رد الباقي وقيمة التالف وأرش النقص وقيل لا يلزمه أرش النقص)

اذا غصب شيئين بنقصهما التفرق كزوجي خف أو مصراعي باب فنلف أحدهما رد الباقي وقيمة التالف وأرش نقصها فاذا كانت قيمتهما ستة دراهم، فصارت قيمة الباقي بعد التلف درهمين رده وأربعة دراهم وفيه وجه آخر أنه لا يلزمه الا قيمة التالف مع رد الباقي وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانه لم يتلف غيره ولان نقص الباقي نقص قيمة فلا يضمنه كالتقص لتغير الاسعار .

ولنا أنه نقص حصل بجنبايته فلزمه ضمانه كما لو غصب ثوباً ففقه ثم تلف أحد الشقين فانه يلزمه رد الباقي وقيمة التالف وأرش النقص ان نقص بخلاف نقص السعر فانه لم يذهب من المنصوب عين ولا معنى وهنأ فوت معنى وهو امكان الاتفاع به وهذا هو الموجب لنقص قيمته وهو حاصل من جهة الغاصب فينبغي أن يضمنه كما لو فوت بصره أو سمه أو عقله أو فك تركيب باب ونحوه

بقدر مالها وإن زادت فالزيادة لها وإن نقصت بالصبغ فالضمان على الغاصب ويكون النقص من صاحب الصبغ لأنه تبدد في اثوب ويرجع به على الغاصب ، وإن نقص لنقص سعر الثياب أو سعر الصبغ أو لنقص سعرها لم يضمنه الغاصب وكان نقص مال كل واحد منهما من صاحبه وإن أراد صاحب الصبغ قلعه أو أراد ذلك صاحب الثوب فحكهما حكم مالو صبغه الغاصب بصبغ من عنده على ما مر بيانه ، وإن غصب عملاً ونشأ وعقده حلوا فحكهما حكم مالو غصب ثوباً فصبغه على ما ذكر فيه

(الحكم الثاني) انه متى كان للمنصوب أجر فعلى الغاصب أجر مثله مدة مقامه في يديه سواء استوفى المتأجر أو تركها تذهب ، هذا هو المعروف في المذهب نص عليه احمد في رواية الاثرم ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يضمن المتأجر وهو الذي نصره أصحاب مالك . وقد روى محمد بن الحكم عن احمد فيمن غصب داراً فسكنها عشرين سنة لا أجزئيه أن أقول عليه سكنى ما سكن ، وهذا يدل على توقفه عن إيجاب الأجر إلا أن أبا بكر قال هذا قول قديم لأن محمد بن الحكم مات قبل أبي عبد الله بعشرين سنة واحتج من لم يوجب الأجر بقول النبي ﷺ «الخراج بالضمان» رضاهما على الغاصب ولا نه استوفى منفعة بغير عقد ولا شبهة ملك فلم يضمنها كما لو زنا بامرأة مطاوعة

ولنا أن كل ما ضمنه بالانلاف في العقد الفاسد جاز أن يضمنه بمجرد الانلاف كالايمان ولانه أتلف متقوم فوجب ضمانه كالايمان أو نقول مال منقوم منصوب فوجب ضمانه كالعين فاما الخبر فوارد في البيع

(فصل) وإن غصب ثوباً فلبسه فأبلاه فنقص نصف قيمته ثم غلت الثياب فعادت قيمته كما كانت مثل ان غصب ثوباً قيمته عشرة فنقصه لبدسه حتى صارت قيمته خمسة ثم زادت قيمته فصارت عشرة رده وأرشد نقصه لان ما تلف قبل غلاء الثوب ثبتت قيمته في الذمة فلا يتغير ذلك بغلاء الثوب ولا رخصه وكذلك لو رخصت الثياب فصارت قيمته ثلاثة لم يلزم الغاصب إلا خمسة مع رد الثوب ولو تلف الثوب كله وقيمته عشرة ثم غلت الثياب فصارت قيمته عشرين لم يضمن إلا عشرة لانها ثبتت في الذمة عشرة فلا تزداد بغلاء الثياب ولا تنقص برخصها

(فصل) فإن غصب ثوباً أو زلياً فذهب بعض أجزائه كخمل المنشقة فعليه أرشد نقصه ، وإن أقام عنده مدة لمثلها أجرة لزمته أجرته سواء استعمله أو تركه ، ولو اجتمعوا مثل ان أقام عنده مدة وذهب بعض أجزائه فعليه ضمانهما معاً الأجرة وأرشد النقص سواء كان ذهب الأجزاء بالاستعمال كثوب ينقصه السرقة بقص بنشره وبقي عنده مدة ضمن الأجر والنقص ، وإن كان النقص بالاستعمال كثوب لبسه فأبلاه فكذلك يضمنهما معاً في أحد الوجهين والثاني يجب أكثر الأمرين من الأجر أو أرشد النقص لان ما نقص من الأجزاء في مقابلة الأجر ولذلك لا يضمن المستأجر تلك الأجزاء ويتخرج لنا مثل ذلك .

ولنا أن كل واحد منها ينفرد بالإيجاب عن صاحبه فإذا اجتمعا وجبا كما لو أقام في يده مدة ثم

ولا يدخل فيه الناصب لانه لا يجوز له الاتفاع بالمصوب بالاجماع، ولا يشبه الزنا لانها رضيت باتلاف منافعها بغير عوض ولا عقد يقتضي العوض فكان بمنزلة من أعاره داره، ولو أكرها عليه لزمه مهرها، والخلاف فيما له منافع تستباح بعقد الاجارة كالعقار والياب والدواب ونحوها فأما انتم والشجر والطيور ونحوها فلا شيء فيها لانه لا منافع لها يستحق بها عوض، ولو غصب جارية ولم يبطأها ومضت عليها مدة تمكن الوطء فيها لم يضمن مهرها لان منافع البضع لا تناف الا بالاستيفاء بخلاف غيرها ولانها لا تقدر زمن فيكون مضي الزمان يتلفها بخلاف المنفعة

(فصل) اذا غصب طعاما فأطعمه غيره فللمالك تضمين أهما شاء لان الناصب حال بينه وبين ماله والآكل أتلف مال غيره بغير اذنه وقبضه عن بد ضامنه بغير اذنه مالسكه، فان كان الآكل طالما بالنصب استقر الضمان عليه لكونه أتلف مال غيره بغير اذن طالما من غير تقرير فاذا ضمن الناصب رجح عليه وإن ضمن الآكل لم يرجع على أحد وان لم يعلم الآكل بالنصب نظرنا فان كان الناصب قال له كله فانه طعامي استقر الضمان عليه لا اعترافه بأن الضمان باق عليه وانه لا يلزم الآكل شيء. وان لم يقل ذلك فقيه روايتان (احدهما) يستقر الضمان على الآكل وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد لانه ضمن ما أتلف فلم يرجع به على أحد (والثانية) يستقر الضمان على الناصب لانه غر الآكل وأطعمه على أنه لا يضمنه وهذا ظاهر كلام الحرق في لقوله في المشتري للامة يرجع بالمهر وكل ما غرم على

تلف والاجرة تجب في مقابلة ما يفوت من المنافع لا في مقابلة الاجزاء ولذلك يجب الاجر وان لم تقم الاجزاء، وان لم يكن للمصوب أجره كتب غير محيطة فليس على الناصب الا ضمان نقصه

(فصل) وإن نقص المصوب عند الناصب ثم باعه فتلف عند المشتري فله تضمين من شاء منها إذا لم يكن النقص لتغير الاسعار وقد ذكرناه، فان ضمن الناصب ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين النصب الى حين التلف لانه في ضمانه من حين غصبه الى يوم تلفه وان ضمن المشتري ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين قبضه الى يوم تلفه لان ما قبل القبض لم يدخل في ضمانه، وان كانت له أجره فله الرجوع على الناصب بجميعها وعلى المشتري بأجر مقامه في يديه وبالباقي على الناصب وقد مر الكلام في رجوع كل واحد منها على صاحبه

(مسئلة) (وان غصب عبدا فابق أو فرسا فتمرد أو شيئا تمرد رده مع بقائه ضمن قيمته فان قدر عليه بعد رده وأخذ القيمة)

وجملته أن من غصب شيئا فمجز عن رده مع بقائه كعبد آبق فالمصوب منه المطالبة يبدله فاذا أخذه ملكه ولم يملك الناصب العين المصوبة بل متى قدر عليه لزمه رده ويسترد بدلها الذي أداه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يتخير المالك بين الصبر الى امكان ردها فيستردّها وبين تضمينه إياها فيزول ملكه عنها وتصير ملكا للناصب لا يلزمه ردها إلا أن يكون دفع دون قيمتها فهو له مع

الفاص ، وأيهما استقر عليه الضمان فغرمه لم يرجع على أحد فان غرمه صاحبه رجع عليه ، وان أطعم المنصوب للملكه فأكله طاماً أنه طعامه بريء الفاص وان لم يعلم وقال له الفاص كله فانه طعامي استقر الضمان على الفاص لما ذكرنا وان كانت له بينة بأنه طعام المنصوب منه ، وان لم يقل ذلك بل قدمه اليه وقال كله أو قال قد وهبتك اياه أو سكت فظاهر كلام أحمد أنه لا يبرأ لانه قال في رواية الاثرم في رجل له قبل رجل تبة فأوصلها اليه على سبيل صدقة أو هدية فلم يعلم فقال كيف هذا؟ هذا يرى أنه هدية يقول له هذا لك عندي ، وهذا يدل على أنه لا يبرأ ههنا بأكل المالك طعامه بطريق الاولى لانه ثم رد إليه يده وسلطانه وههنا بالتقديم اليه لم تعد اليه اليد والسلطان فانه لا يتمكن من التصرف فيه بكل ما يريد من أخذه وبيعه والصدقة به فلم يبرأ الفاص كما لو علقه لدوابه ويتخرج ان يبرأ بناء على ما مضى اذا اطعمه لغير ملكه فانه يستقر الضمان على الأكل في احدى الروايتين فيبرأ ههنا بطريق الاولى وهذا مذهب ابي حنيفة ، وان وهب المنصوب للملكه أو اهداه اليه فالصحيح أنه يبرأ لانه قد سلمه اليه تسليماً صحيحاً تاماً وزالت يد الفاص وكلام أحمد في رواية الاثرم وارد فيما إذا أعطاه عوض حقه على سبيل الهدية فأخذه المالك على هذا الوجه لا على سبيل العوض فلم تثبت المعاوضة ومستلثنا فيما إذا رد اليه عين ماله وأعاد يده التي أزالها ، وان باعه إياه وسلمه اليه بريء من الضمان لانه قبضه بالاتباع والاتباع يوجب الضمان ، وإن أقرضه اياه بريء أيضاً لذلك

عينه لان المالك ملك البدل فلا يبقى ملكه على المبدل كالبيع ولانه تضمن فيما ينقل الملك فيه فنقله كما لو خلط زيت به زيت .

ولنا ان المنصوب لا يصح ملكه بالبيع ههنا فلا يصح بالتضمن كالتالف ولانه ضمن ما تعذر عليه رده بخروجه عن يده فلا يملكه بذلك كما لو كان المنصوب مديراً وليس هذا جمعاً بين البدل والمبدل لانه ملك القيمة لاجل الحيلولة لا على سبيل العوض ولهذا إذا رد المنصوب اليه رد القيمة عليه ولا يشبه الزيت لانه يجوز بيعه ولان حق صاحبه انقطع عنه لتعذر رده . اذا ثبت ذلك فانه إذا قدر على المنصوب رده ونماه المنفصل والمتصل وأجر مثله الى حين دفع بدله ، ويجب على المالك رد ما أخذه بدلا عنه الى الفاص لانه أخذه بالحيلولة وقد زالت فيجب رد ما أخذ من أجلها ان كان باقياً بعينه ورد زيادته المتصلة لأنها تتبع في الفسوخ وهذا فسوخ ولا يلزم منه رد زيادته المنفصلة لأنها وجدت في ملكه ولا تتبع في الفسوخ فأشبهت زيادة المبيع المردود ببيع ، وان كان البدل تالفاً فعليه مثله أو قيمته ان لم يكن من ذوات الامثال .

(مسألة) (وان غصب عصيراً فتخمر فعليه مثله)

لانه تلف في يده فان صار خلا وجب رده وما نقص من قيمة العصير ويسترجع ما أداه من بدله وقال بعض أصحاب الشافعي يرد الخلل ولا يسترجع البدل لان العصير تلف بتخميره فوجب ضمانه فان

وان أماره إياه بريء أيضاً لان العارية توجب الضمان، وان أودعه إياه أو آجره إياه أو رهنه أو أسلمه عنده ليقصره أو يلمسه لم يبرأ من الضمان إلا أن يكون طالما بالحال لانه لم يعد اليه سلطانه إنما قبضه على أنه أمانة وقال بعض أصحابنا يبرأ لانه عاد إلى يده وسلطانه وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والاول أولى فانه لو أباحه إياه فأكله لم يبر فبهنا أولى

(فصل) إذا اختلف المالك والناصب في قيمة المنصوب ولا يذنب لاحدهما فالقول قول الناصب لان الاصل براءة ذمته فلا يلزمه ما لم يقم عليه به حجة كإلزامه ادعى عليه ذمنا فأقر ببعضه وكذلك إن قال المالك كان كاتباً أو له صناعة فأنكر الناصب فالقول قوله كذلك فان شهدت له البيعة بالصفة ثبتت، وإن قال الناصب كانت فيه سلعة أو أصبح زائدة أو عيب فأنكر المالك فالقول قوله لان الاصل عدم ذلك والقول قول الناصب في قيمته على كل حال، وان اختلفا بعد زيادة قيمة المنصوب في وقت زيادته فقال المالك زادت قبل تلفه وقال الناصب إنما زادت قيمة المتاع بعد تلفه فالقول قول الناصب لان الاصل براءة ذمته، وان شاهدنا العبد معيباً فقال الناصب كان معيباً قبل غصبه وقال المالك تعيب عندك فالقول قول الناصب لانه غارم ولان الظاهر أن صفة العبد لم تتغير، وان غصبه خيراً ثم قال صاحبه تحلل عندك وأنكر الناصب فالقول قوله لان الاصل بقاؤه على ما كان وبراءة الذمة، وان اختلفا في رد المنصوب أورد مثله أو قيمته فالقول قول المالك لان الاصل عدم ذلك واشتغال الذمة به

عاد خلا كان كما لو هزلت الحارية السمينه ثم عاد سمنها فانه يردها وأرض نقصها

ولنا ان الخل عين العصير تغيرت صفته وقد رده فكان له استرجاع ما آداه بدلا عنه كما لو غصبه فنصبه منه فاصب ثم رده عليه وكما لو غصب حملا فصار كبشاً، وأما السمن الاول فلنا فيه منع وان سلمنا فالثاني غير الاول بخلاف مسألتنا

(فصل) اذا غصب أمانة فطالبه مالها بها في بلد آخر وجب ردها اليه لان الاثمان قيم الاموال فلا يضر اختلاف قيمتها، وان كان المنصوب من المتقومات لزم دفع قيمته في بلد الغصب وان كان من المثليات وقيمتها في البلدين واحدة أو هي أقل في البلد الذي لقيه فيه فله مطالبته بمثلها لانه لا ضرر على الناصب فيه، وان كانت أكثر فليس له المثل لانا لا نكلفه النقل الى غير البلد الذي غصب فيه وله المطالبة بقيمتها في بلد الغصب، وفي جميع ذلك متى قدر على المنصوب أو المثل في بلد الغصب رده وأخذ القيمة كما لو غصب عبداً فأبق.

(فصل) قال رضي الله عنه (فان كانت للمنصوب أجرة فعلى الناصب أجرة مثله مدة مقامه في يده سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب) هذا المعروف في المذهب نص عليه أحمد في رواية الاثرم وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يضمن المانم وهو الذي نصره أصحاب مالك وقد روى محمد بن الحكم عن أحمد فيمن غصب داراً فسكنها عشرين سنة لا أجزىءه أن أقول عليه سكنى ما سكن وهذا يدل على

وان اختلفا في تلفه فادعاه الغاصب وأنكره المالك فالقول قول الغاصب لانه أعلم بذلك وتعدر إقامة البينة عليه فاذا حلف للمالك المطالبة ببده لانه تعذر رد العين فلزم بدؤها كالجواب عن عبدأبق وقيل ليس له المطالبة بالبدل لانه لا يدعيه وإن قال غصبت مني حديثاً فقال بل عتيقا فالقول قول الغاصب لان الاحمل عدم وجوب الحديث والمالك المطالبة بالعتيق لانه دون حقه

(فصل) واذا باع عبداً فادعى انسان على البائع أنه غصبه العبد وأقام بذلك بينة انتقض البيع ورجع المشتري على البائع بثمنه وان لم تكن بينة فأقر البائع والمشتري بذلك فهو كالجواب عن البينة وان أقر البائع وحده لم يقبل في حق المشتري لانه لا يقبل اقراره في حق غيره ولزمت البائع قيمته لانه حال بيته وبين ملكه ويقر العبد في يد المشتري لانه ملكه في الظاهر وللبائع احلافه ثم ان كان البائع لم يقبض الثمن فليس له مطالبة المشتري به لانه لا يدعيه ويحتمل أن يملك مطالبته بأقل الامرين من الثمن أو قيمة العبد لانه يدعي القيمة على المشتري والمشتري يقر له بالثمن فقد انفق على استحقاق أقل الامرين فوجب ولا يضر اختلافهما في السبب بمداتفاقهما على حكمه كالجواب عن لي عليك الف من ثمن مبيع فقال بل الف من قرض، وان كان قد قبض الثمن فليس للمشتري استرجاعه لانه لا يدعيه ومتى عاد العبد الى البائع بفسخ أو غيره وجب عليه رده على مدعيه وله استرجاع ما أخذ منه وان كان اقرار البائع في مدة الخيار له انفسخ البيع لانه يملك فسخه فقبل اقراره بما يفسخه، وان أقر المشتري وحده لزمه رد العبد ولم يقبل اقراره

توقفه عن إيجاب الاجر الا أن أبا بكر قال هذا قول قديم لان محمد بن الحكم مات قبل أبي عبد الله بعشرين سنة. واحجج من لم يوجب الاجر بقول النبي ﷺ «الخراج بالضمان» وضمانها على الغاصب ولانه استوفى منفهته بغير عقد ولا شبهة ملك أشبه ما لو زنا بامرأة مطاوعة

ولنا ان كل ما ضمنه بالاتلاف في العقد الفاسد جزأً أن يضمنه بمجرد الاتلاف كالايمان ولانه أتلف متقوماً فوجب ضمانه كالايمان أو نقول مال متقوم منصوب فوجب ضمانه كالعين وأما الخبر فوارد في البيع ولا يدخل فيه الغاصب لانه لا يجوز له الاتقاع بالمنصوب بالاجماع ولا يشبه الزنا لانها رضية بالاتلاف منافعها بغير عوض ولا عقد يقتضي العوض فكان بمنزلة من أطاره داراً، ولو أكرها عليه لزمه مهرها، والخلاف فيها له منافع نستباح بمقدار الاجارة كالعقار والثياب والدواب ونحوها فاما الغنم والشجر والطيور ونحوها فلا شيء فيها لانها لا منافع لها يستحق بها عوض، ولو غصب جارية ولم يطأها ومضى عليها زمن يمكن الوطء فيه لم يضمن مهرها لان منافع البضع لا تلف إلا بالاستيفاء بخلاف غيرها ولانها لا تقدر بزمن فيتلفها مضي الزمن بخلاف المنفعة، ولو أطرق الفحل لم يضمن منفهته لانه لا عوض له لكن عليه ضمان نقصه

(مسئلة) (وان تلف المنصوب فعليه أجره الى وقت تلفه) لانه بعد التلف لم يبق له منفعة فلم يجب ضمانها كما لو أتلفه من غير غصب

على البائع ولا يملك الرجوع عليه بالثمن ان كان قبضه ويلزمه دفعه عليه ان كان لم يقبضه، وان أقام المشتري بينة بما أقر به قبلت وله الرجوع بالثمن، وان أقام البائع بينة اذا كان هو المقر نظرنا فان كان في حال البيع قال بعتك عبدى هذا أو ملكي لم تقبل بيئته لانه يكذبها وتكذبه وان لم يكن قال ذلك قبلت لانه يبيع ملكه وغير ملكه، وان أقام المدعي البينة سمعت ولا تقبل شهادة البائع له لانه يجر بها الى نفسه فنعاً وان انكراه جميعاً فله اختلافها ان لم تكن له بينة قال أحد في رجل يجد سرقة بينها عند انسان قال هو ملكه يأخذه اذهب الى حديث سمرة عن النبي ﷺ « من وجد متاعه عند رجل فهو أحق به ويتبع المتاع من باعه » رواه هشيم عن موسى بن السائب عن قتادة عن الحسن عن سمرة وموسى بن السائب ثقة (فصل) وان كان المشتري أعتق العبد فأقرا جميعاً لم يقبل ذلك وكان العبد حراً لانه قد تعلق به حق لغيرهما فان وافقها العبد فقال القاضي لا يقبل أيضا لان الحرية يتعلق بها حق الله تعالى ولهذا لو شهد شاهدان بالعتق مع اتفاق السيد والعبد على الرق سمعت شهادتهما ، ولو قال رجل أنا حر ثم أقر بالرق لم يقبل اقراره وهذا مذهب الشافعي ويحتمل أن يبطل العتق اذا اتفقوا كلهم ويعود العبد الى المدعي لانه مجهول النسب أقر بالرق لمن يدعيه فصح كما لو لم يعتقد المشتري ، ومتى حكمتا بالحرية فللمالك تضمين أيهما شاء قيمته يوم عتقه ثم ان ضمن البائع رجم على المشتري لانه ألتفه وان رجم على المشتري لم يرجع على البائع الا بالثمن لان التلف حصل منه فاستقر الضمان عليه، وان مات العبد

(مسألة) (وان غصب شيئاً فمجز عن رده فأدى قيمته فعليه أجرته الى وقت أداء القيمة)

لان منافعه الى وقت أداء القيمة مملوكة لصاحبه فلزمه ضمانها وهل يلزمه أجره من حين دفع بدله الى رده؟ فيه وجهان أصحهما لا يلزمه لانه استحق الانتفاع ببذله الذي أقيم مقامه فلم يستحق الانتفاع به وبما قام مقامه والثاني له الاجر لان العين باقية على ملكه والمنفعة له

(فصل) وتصرفات الغاصب الحكيمة كالطبخ وسائر العبادات والعقود كاليبيع والنكاح ونحوها باطلة في احدى الروايتين والاخرى صحيحة) تصرفات الغاصب كتصرف الفضولي وفيه روايتان أظهرهما بطلانها والثانية صحتها ووقوفها على إجازة المالك وذكر شيخنا في الكتاب المشروح رواية أنها تقع صحيحة وذكره أبو الخطاب وسواء في ذلك العبادات كالطهارة والصلاة والزكاة والحج والعقود كاليبيع والاجارة والنكاح وهذا ينبغي أن يتقيد في العقود بما لم يبطله المالك، فاما ما اختار المالك ابطاله وأخذ المعقود عليه فلا نعم فيه خلافاً وأما ما لم يدركه المالك فوجه التصحيح فيه ان الغاصب تطول مدته وتكثر تصرفاته ففي القضاء يبطلانها ضرر كثير وربما عاد الضرر على المالك فان الحكم بصحتها يقضي كون الربح للمالك والعوض نياته وزيادته له والحكم ببطلانها يمنع ذلك

(مسألة) (وان أجز بالدراهم فالربح للمالك)

اذا غصب أماناً فأنجزها أو عرضاً فباعها وأنجز بثمنها فقال أصحابنا الربح للمالك والسلع

وخلف مالا فهو للمدعي لاتفاقهم على أنه له وإنما منعا ردالعبد اليه لتعلق حق الحرية به الا أن يخلف وارثاً فيأخذه ولا يثبت الولاء عليه لاحد لانه لا يدعيه أحد وان صدق المشتري بالبائمه وحده رجع عليه بقيمته ولم يرجع المشتري بالثمن وبقيبة الاقسام على ما مضى

(فصل) واذا باع عبداً أو وهبه ثم ادعى اني فعلت ذلك قبل أن أملكه وقد ملكته الآب عبرات أو هبة من مالكة فيلزمك رده علي لان البيع الاول والهبة باطلان وان أقام بذلك بينة نظرت فان كان قال حين البيع والهبة هذا ملكي أو بعتك ملكي هذا وكان في ضمنه اقرار بأنه ملكه نحو أن يقول قبضت ثمن ملكي أو أقبضته ملكي ونحو ذلك لم تقبل البيئنه لانه مكذب لها وهي تكذبه وان لم يكن كذلك قبات الشهادة لان الانسان يبيع ويهب ملكه وغير ملكه

(فصل) اذا جنى العبد المنصوب جنابة أوجبت القصاص فاقص منه فضائه على الناصب لانه قد تلف في يديه فان عني عنه على مال تعلق ذلك برقبته وضمان ذلك على الناصب لانه نقص حدث في يده فلزمه ضمانه لان ضمان العبد ونقصه على سيده، وبضمنه بأقل الامرين من قيمته أو أرش جنابته كما يفديه سيده، وان جنى على مادون النفس مثل أن قطع يداً فقطعت يده قصاصاً فعلى الناصب ما نقص العبد بذلك دون ارش اليد لان اليد ذهبت بسبب غير مضمون فأشبهه ما لو سقطت وان عني عنه على مال تعلق ارش اليد برقبته وعلى الناصب أقل الامرين من قيمته أو ارش اليد فان زادت جنابة العبد على قيمته ثم إنه مات فعلى الناصب قيمته يدفعها الى سيده فاذا أخذها تعلق ارش الجنابة بها لانها المشتراة له وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب ان كان الشراء بعين المال فالربح للمالك لانه نماء ملكه قال الشريف وعن أحمد أنه يتصدق به لوقوع الخلاف فيه

(مسألة) (وان اشترى في ذمته ثم بقدها احتمل ان يكون الربح للناصب)

وكذلك ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لانه اشترى لنفسه في ذمته فكان الشراء له والربح له، وعليه بدل المنصوب وهذا قياس قول الحرقي وذكر ذلك عن أحمد واحتمل أن يكون للمالك لانه نماء ملكه أشبه ما لو اشترى بعين المال وهذا المشهور في المذهب وقال صاحب المحرر اذا اشترى في ذمته بنية نقدها لثلا يتخذ ذلك طريقاً الى غصب مال الغير والتجارة به وان خسر فهو على الناصب لانه نقص حصل في المنصوب، وان دفع المال الى من يضارب به فالحكم في الربح على ما ذكرنا وليس على المالك من أجر العامل شيء لانه لم يأذن له في العمل في ماله وان كان المضارب عالماً بالنصب فلا أجر له لانه متعدد بالعمل ولم يفره أحد وان لم يعلم فعلى الناصب أجر مثله لانه استعمله عملاً بعوض لم يحصل له فلزمه أجره كالمقد الفاسد

(فصل) وان أجر الناصب المنصوب فالاجارة باطلة في احدى الروايات كالبيع وللمالك تضمين أيها شاء أجر المثل فان ضمن المستأجر لم يرجع بذلك لانه دخل في العقد على أنه يضمن المنفعة (المغني والشرح الكبير) (٥٦) (الجزء الخامس)

كانت متعلقة بالعبد فتعلقت ببذله كما أن الرهن إذا أتلفه متلف وجبت قيمته وتعلق الدين بها، فإذا أخذ ولي الجناية القيمة من المالك رجع المالك على الغاصب بقيمة أخرى لأن القيمة التي أخذها استحققت بسبب كان في يد الغاصب فكانت من ضمانه، ولو كان العبد وديعة فحجى جناية استقرت قيمته ثم إن المودع قتله بعد ذلك وجبت عليه قيمته وتعلق بها ارش الجناية فإذا أخذها ولي الجناية لم يرجع على المودع لأنه جنى وهو غير مضمون عليه ولو أن العبد جنى في يد سيده جناية تستغرق قيمته ثم غصبه غاصب فحجى في يده جناية تستغرق قيمته يبيع في الجنايتين وقسم ثمنه بينها ورجع صاحب العبد على الغاصب بما أخذه الثاني منها لأن الجناية كانت في يده وكان للمجني عليه أولاً أن يأخذه دون الثاني لأن الذي يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما أخذه المجني عليه ثانياً فلا يتعلق به حقه ويتعلق به حق الأول لأنه بدل عن قيمة الجاني لا يزاحم فيه فإن مات هذا العبد في يد الغاصب فعليه قيمته تقسم بينها ويرجع المالك على الغاصب نصف القيمة لأنه ضامن للجناية الثانية ويكون للمجني عليه أولاً أن يأخذه لما ذكرناه

﴿مسئلة﴾ قال (من أتلف لذمي خمراً أو خنزيراً فلا غرم عليه وينهى عن التعرض

لحم فيما لا يظرونه)

ويسقط عنه المسمى في العقد وإن كان دفعه إلى الغاصب رجع به وإن تلفت العين في يد المستأجر فلما لكها تضمنين من شاء منها قيمتها فإن ضمن المستأجر رجع بذلك على الغارم لأنه دخل معه على أنه لا يضمن العين ولم يحصل بدل في مقابلة ما غرم، وإن كان عالماً بالنصب لم يرجع على الغاصب لأنه دخل على بصيرة وحصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه فإن ضمن الغاصب الأجر والقيمة رجع بالأجر على المستأجر علم أو لم يعلم ويرجع بالقيمة إن كان المستأجر علم بالنصب وهذا قول الشافعي ومحمد بن الحسن في هذا الفصل وحكي عن أبي حنيفة أن الأجر للغاصب دون صاحب الدار وهو فاسد لأن الأجر عوض المنافع المملوكة لرب الدار فلم يملكها الغاصب كعوض الأجزاء

﴿مسئلة﴾ (وإن اختلفا في قيمة المنصوب أو قدره أو صناعة فيه فالقول قول الغاصب)

إذا اختلف المالك والغاصب في قيمة المنصوب ولا بينة فالقول قول الغاصب لأن الأصل براءة ذمته فلا يلزمه ما لم يقم عليه حجة كما لو ادعى عليه ديناً فأقر ببعضه وكذلك إن اختلفا في قدره فقال غصبتني مائة قال بل خمسين لما ذكرنا وكذلك إن قال المالك كان كاتباً أو له صناعة فأنكر الغاصب فالقول قوله لذلك فإن شهدت اليه بالصفة ثبتت

﴿مسئلة﴾ (وإن اختلفا في رده أو عيب فيه فالقول قول المالك)

لأن الأصل عدم الرد وبقاؤه في يد الغاصب وإن قال الغاصب كانت فيه سلعة أو أصعب زائدة أو عيب

وجملة ذلك أنه لا يجب ضمان الخمر والخنزير سواء كان متلفه مسلماً أو ذمياً لمسلم أو ذمي نص عليه احد في رواية أبي الحارث في الرجل يهريق مسكراً مسلماً أو لذمي خمرأ فلا ضمان عليه ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ومالك يجب ضمانها إذا أتلفها على ذمي قال أبو حنيفة إن كان مسلماً بالقيمة وإن كان ذمياً بالمثل لأن عقد الذمة إذا عصم عيناً قومها كنفس الأدي وقدم خمر الذي بدليل أن المسلم يمنع من إتلافها فيجب أن يقومها ولأنها مال لهم يتمولونها بدليل ما روي عن عمر رضي الله عنه أن عاملة كتب إليه إن أهل الذمة يمرون بالعاشر ومعهم الخمر فكتب إليه عمر: ولو هم يبيعها وخذوا منهم عشر منها، وإذا كانت مالا وجب ضمانها كسائر أموالهم

ولنا أن جابر روى أن النبي ﷺ قال «ألا إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام» متفق على صحته وما حرم يبعه لا حرمة لم تجب قيمته كالميتة، ولأن ما لم يكن مضموناً في حق المسلم لم يكن مضموناً في حق الذمي كالمرد ولأنها غير متقومة فلا تضمن كالميتة، ودليل أنها غير متقومة أنها غير متقومة في حق المسلم فكذلك في حق الذمي فان تحريمها ثبت في حقها وخطاب التواهي يتوجه إليها فثبت في حق أحدها ثبت في حق الآخر، ولا نسلم أنها معصومة بل متى أظهرت حلت أراقنها ثم لو عصمها مالزم تقويمها فان نساء أهل الحرب وصبيانهم معصومين غير متقومين ، وقولهم أنها مال عندهم ينقض بالعبء المرتد فانه مال عندهم، وأما حديث عمر فمحمول على أنه أراد ترك التعرض لهم وإنما أمر بأخذ

وأنكر المالك فلقول قوله لان الاصل عدم ذلك، وان اختلفا بعد زيادة قيمة المنصوب في وقت الزيادة فقال المالك زادت قبل تلفه وقال الغاصب بعد تلفه فلقول قول الغاصب لان الاصل براءة ذمته وان شاهدنا العبد معيباً فقال الغاصب كان معيباً قبل غصبه وقال المالك تعيب عندك فلقول قول الغاصب لانه غارم ولان الظاهر أن صفة العبد لم تتغير، ويخرج أن القول قول المالك كما اذا اختلف البائع والمشتري في العيب هل كان عند البائع أو حدث عند المشتري؟ فان فيه رواية أن القول قول البائع كذلك هذا ، وان غصبه خمرأ فقال المالك تحلل عندك وأنكر الغاصب فلقول قوله لان الاصل عدم تغيره وبرائة ذمة الغاصب، وان اختلفا في تلفه فلقول قول الغاصب اذا ادعى التلف لانه أعلم بذلك ويتعذر اقامة البينة عليه فاذا حلف فللمالك المطالبة ببده لانه تعذر رد العين فلزم بدلهما كما لو غصب عبداً فابق وقيل ليس له المطالبة بالبده لانه لا يدعيه ، وان قال غصبت مني حديثاً قال بل عتيقاً فلقول قول الغاصب لان الاصل عدم وجوب الحديث وللمالك المطالبة بالعتيق لانه دون حقه، وان اختلفا في الثياب التي على العبد فهي للغاصب لأنها في يده فكان القول قوله فيها ولم يثبت أنها كانت لمالك العبد

(مسئلة) (وان بقيت في يده غصوب لا يعلم أربابها تصدق بها عنهم بشرط الضمان كاللقطة)

لانه عاجز عن ردها على أصحابها فاذا تصدق بها عنهم كان ثوابها لاربابها فيسقط ذلك اثم غصبها ولان قضاء الحقوق في الآخرة بالحسنات وحمل السيئات فاذا طلب منه عوض الغصب احلهم بثواب الصدقة

عمر آمانها لانهم إذا تبايعوا وتقابضوا حكنا لهم بالملك ولم تقضه وتسميتها آماناً مجاز كما سمي الله تعالى من يوسف ثمناً فقال (وشروه بثمن بخس) وأما قول الحرقي وينهى عن التعرض لهم فيها لا يظهر ونه فلان كل ما اعتقدوا حله في دينهم مما لا أذى للمسلمين فيه من الكفر وشرب الخمر واتخاذهم ذوات المحارم لا يجوز لنا التعرض لهم فيه إذا لم يظهره لاننا التزمنا إقرارهم عليه في دارنا فلا نعرض لهم فيها التزمنا تركه، وما أظهره من ذلك تعين إنكاره عليهم فان كان خمرأ جازت إراقتة، وإن أظهروا صلياً أو ظنبوراً جاز كسره، وإن أظهروا كفرهم أدبوا على ذلك، ويمنعون من إظهار ما يحرم على المسلمين.

(فصل) وان غصب من ذمي خمرأ لزمه ردها لانه يقر على شربها وإن غصبها من مسلم لم يلزم ردها ووجبت إراقتها لان أباطحة سأل رسول الله ﷺ عن أيتام وورثوا خمرأ فأمره بإراقتها، وإن أتلفها أو تلفت عنده لم يلزمه ضمانها لان ابن عباس روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه ولان ما حرم الاتقاع به لم يجب ضمانه كليلية والدم، فان أمسكها في يده حتى صارت خلا لزم ردها على صاحبها لأنها صارت خلا على حكم ما كرهه فلزم ردها اليه فان تلفت ضمنها له لانها مال المنصوب منه تلف في يد الغاصب، وإن أراقها فجمعها انسان فتخلت عنده لم يلزمه رد الحل لانه أخذها بعد إتلافها وزوال اليد عنها.

وعنه في اللقطة لا تجوز الصدقة بها فيخرج ههنا مثله فعلى هذا له دفعه الى نائب الامام كالضوال
(فصل) قال رضي الله عنه (ومن أتلف مالا محترماً لغيره ضمنه اذا كان بغير اذنه لا نعلم في ذلك خلافاً)
لانه فوته عليه فوجب عليه ضمانه كما لو غصبه فتلف عنده

(مسئلة) (وان فتح قفصاً عن طائر فطار أو حل قيد عبده أو رباط فرسه فذهبت ضمنه)
وبه قال مالك وقال أبو حنيفة والشافعي لا ضمان عليه الا أن يكون اهاجها حتى ذهبها وقال أصحاب الشافعي ان وقفا بعد الحل والفتح ثم ذهب لم يضمنها وان ذهب عقيب ذلك ففيه قولان. واحتجaban لها اختياراً وقد وجدت منها المباشرة ومن الفائح سبب غير ملجى فاذا اجتمع لم يتعلق الضمان بالسبب كما لو حفر بئراً فجاء عبد لانسان فرمى نفسه فيها

ولنا أنه ذهب بسبب فعله فلزمه الضمان كما لو نفره أو ذهب عقيب فتحه وحله والمباشرة انما حصلت ممن لا يمكن احالة الحكم عليه فيسقط كما لو نفر الطائر وأهاج الدابة واشلى كلباً على صبي فقتله أو أطلق ناراً في متاع انسان فان للنار فعلاً لكن لما لم يمكن احالة الحكم عليها كان وجوده كسدمه ولان الطائر وسائر الصيد من طبعه النفور وانما يبقى بالمانع فاذا أزيل المانع ذهب بطبعه فكان ضمانه على من أزال المانع كمن قطع علاقة قنديل فوق فأنكسر وهكذا لو حل قيد عبده فذهب أو أسير فأفلس لانه تلف بسبب فعله فأما ان فتح القفص وحل الفرس فبقيا واقفين فجاء انسان فنفرها فذهبها

(فصل) وإن غصب كلباً يجوز اقتناؤه وجب رده لأنه يجوز الانتفاع به واقتناؤه فأشبه المال وإن أنلفه لم يفرمه وإن حبسه مدة لم يلزمه أجر لأنه لا تجوز أجارته، وإن غصب جلد ميتة فهل يجب رده ؟ على وجهين بناء على الروايتين في طهارته بالدبغ فمن قال بطهارته أوجب رده لأنه يمكن إصلاحه فهو كالثوب النجس، ومن قال لا يطهر لم يوجب رده لأنه لا سبيل إلى إصلاحه فإن أنلفه أو أنلف ميتة يجلدونها لم يضمنه لأنه لا قيمة له بدليل أنه لا يحل بيعه، وإن دبتة الغاصب لزم رده إن قلنا بطهارته لأنه كالحجر إذا تخللت، ويحتمل أن لا يجب رده لأنه صار مالا بفعله بخلاف الحجر وإن قلنا لا يطهر لم يجب رده لأنه لا يباح الانتفاع به ويحتمل أن يجب رده إذا قلنا يباح الانتفاع به في الياسات لأنه نجس يباح الانتفاع به أشبه الكلب وكذلك قبل الدبغ .

(فصل) وإن كسر صليماً أو مزمراً أو ظنبوراً أو صنماً لم يضمنه وقال الشافعي إن كان ذلك إذا فصل يصلح لنفع مباح وإذا كسر لم يصلح لنفع مباح لزمه ما بين قيمته مفصلاً ومكسوراً لأنه أنلف بالكسر ما له قيمة وإن كان لا يصلح لنفعة مباحة لم يلزمه ضمانه وقال أبو حنيفة يضمن

فالضمان على منفرهما لأن سببه أخص فاخص الضمان به كالدافع مع الحافر، وإن وقع طائر إنسان على جدار ففقره إنسان فطار لم يضمنه لأن تنفيره لم يكن سبب فواته فإنه كان ممثماً قبل ذلك، وإن رماه فقتله ضمنه وإن كان في داره لأنه كان يمكنه تنفيره بغير قتله وكذلك لو مر طائر في هواء داره فرماه فقتله ضمنه لأنه لا يملك منع الطائر من هواء الدار فهو كما لو رماه في هواء دار غيره

(مسألة) (وإن حل وكاه زق مائع أو جامد فاذا ابته انشمس أو بقي بعد حله فألقته الريح فاندفق ضمنه) إذا حل وكاه زق مائع فاندفق أو كان جامداً فذاب بشمس أو سقط بريح أو زلزلة ضمنه سواء خرج في الحال أو قليلاً أو خرج منه شيء بل أسلفه فسقط أو ثقل أحد جانبيه فلم يزل يميل قليلاً قليلاً حتى سقط لأنه تلف بسبب فعله وقال القاضي لا يضمن إذا سقط بريح أو زلزلة ويضمن فيما سوى ذلك وبه قال أصحاب الشافعي، ولهم فيما إذا ذاب بالشمس وجهان قالوا لأن فعله غير ملجئ والمعنى الحادث مباشرة فلم يتعلق الضمان بفعله كما لو دفعه إنسان

ولنا إن فعله سبب تلفه ولم يتخلل بينها ما يمكن إحالة الحكم عليه فوجب عليه الضمان كالأخرج عقيب فعله أو مال قليلاً قليلاً وكما لو جرح إنساناً فأصابه الحر أو البرد فسرت الجنابة فإنه يضمن وأما إذا دفعه إنسان فإن المتخلل بينها مباشرة من يمكن الإحالة عليه بخلاف مسئلتنا

(مسألة) (وإن ربط دابة في طريق فأثافت أو اقتنى كلباً عقوراً فققر أو خرق ثوباً ضمن) إذا أوقف الدابة في طريق ضيق ضمن ما جنت بيد أو رجل أو فرم لأنه متعد بوقفها فيه وإن كان الطريق واسعاً ضمن في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي لأن انتفاعه بالطريق مشروط باسلامة ولذلك لو ترك في الطريق طيناً فرلق به إنسان ضمنه والثانية لا يضمن لأنه غير متعد بوقفها في الطريق

ولنا أنه لا يحل بيعه فلم يضمه كالميتة، والدليل على أنه لا يحل بيعه قول النبي صلى الله عليه وسلم «ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام» متفق عليه، وقال النبي صلى الله عليه وسلم «بعت بمحق القينات والمعازف»

(فصل) وان كسر آنية من ذهب أو فضة لم يضمها لان اتخاذها محرم وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن احمد أنه يضمن فان مهنا نقل عنه فيمن هشم على غيره ابريقاً فضة عليه قيمته بصوغه، كما كان، قيل له أليس قد نهى النبي ﷺ عن اتخاذها؟ فسكت، والصحيح أنه لا ضمان عليه نص عليه احمد في رواية المروزي فيمن كسر ابريق فضة لا ضمان عليه لانه أتلف ما ليس بمباح فلم يضمه كالميتة، ورواية مهنا تدل على أنه رجح عن قوله ذلك لكونه سكت حين ذكر السائل تحريمه ولان في هذه الرواية انه قال يصوغه ولا يحل له صناعته فكيف يجب ذلك.

(فصل) وان كسر آنية الخمر ففيها روايتان (احدهما) يضمها لانه مال يمكن الاتفاع به ويحل

الواسع فلم يضمن كما لو وقفها في موات وفارق الطين فانه متعدد بتركه في الطريق وأما الكلب فيلزمه ضمان ما أتلف لانه تعدى بذلك فلزمه الضمان كما لو بنى في الطريق دكانا

(مسئلة) (الا أن يكون دخل منزله بغير إذنه لانه متعدد بالدخول فقد تسبب الى اتلاف نفسه بجنايته، وان دخل باذن المالك فمليه ضمانه لانه تسبب الى اتلافه فان أتلف الكلب بغير العقر مثل ان وانع في إناء إنسان أو بال لم يضمه لان هذا لا يختص الكلب العقور قال القاضي وان اقتنى سنوراً يأكل أفراخ الناس ضمن ما أتلفه كالكلب العقور، ولا فرق بين الليل والنهار فان لم تكن له عادة بذلك لم يضمن صاحبه جنايته كالكلب الذي ليس بعقور ولو ان الكلب العقور أو السنور حصل عند إنسان من غير اقتنائه ولا اختياره فأفسد لم يضمه لانه لم يحصل الاتلاف بتسببه فان اقتنى حماما أو غيره من الطير فأرسله نهراً فلقط حياً لم يضمه لان العادة ارساله

(مسئلة) (وقيل في الكلب روايتان في الجملة) (احدهما) يضمن سواء كان في منزل صاحبه أو خارجا وسواء دخل باذن صاحب المنزل أو بغير إذنه لان اقتناء الكلب العقور سبب للعقر وأذى الناس فضمن صاحبه كمن ربط دابة في طريق ضيق (والثانية) لا يضمن لقوله عليه الصلاة والسلام «جرح المعجاء جبار» ولانه أتلف من غير أن تكون يد صاحبه عليه أشبه سائر البهائم

(مسئلة) (وان أوجج ناراً في ملكه أو سقى أرضه فتعدى الى ملك غيره فأتلفه ضمن اذا كان قد أسرف فيه أو فرط والا فلا)

وجملته أنه اذا فعل ذلك لم يضمن اذا كان ما جرت به العادة من غير تفريط لانه غير متعدد ولانها سراية فعل مباح فلا يضمن كسراية القود، وفارق من حل وكاء زق فاندفق لانه متعدد بجاهه ولان الغالب خروج ائنائح من الزق المفتوح بخلاف هذا، فان كان بتفريط منه أو اسراف بان أوجج ناراً نسري

بيعه فيضمنها كما لو لم يكن فيها خمر ولأن جعل الخمر فيها لا يقتضي سقوط ضمانها كالبيت الذي جعل مخزناً للخمر (والثانية) لا تضمن لما روى الامام احمد في مسنده « حدثنا أبو بكر بن أبي مرزوق عن ضمرة ابن حبيب قال: قال عبد الله بن عمر أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن آتية بمدية وهي الشفرة فأتيتها بها فأرسل بها فأرھفت ثم أعطانيها وقال « اغد علي بها » ففعلت فخرج بأصحابه الى أسواق المدينة وفيها زقاق الخمر قد جلبت من الشام فأخذ المدينة مني فشق ما كان من تلك الزقاق بمحضرتة كلها وأمر أصحابه الذين كانوا معه أن يمضوا معي ويعاونوني وأمرني أن آتي الاسواق كلها فلا أجد فيها زق خمر الا شققته ففعلت فلم أترك في أسواقها زقاً الا شققته. وروي عن أنس قال كنت أسقي أباطلحة وأبي بن كعب وابعبيدة شراباً من فضيخ فأتانا آت فقال ان الخمر قد حرمت فقال أبوطلحة قم يا أنس الى هذه الدمان فاكسرها. وهذا يدل على سقوط حرمتها وإباحة اتلافها فلا يضمنها كسائر المباحات

في العادة لكثرتها أو في ربيع شديدة تحملها أو فتح ماء كثيراً يتعدى أو فتح الماء في أرض غيره أو أوقد في دار غيره ضمن ما تلف به وان سرى الى غير الدار التي أوقد فيها والارض التي فتح الماء فيها لانها سراية عدوان أشبهت سراية الجرح الذي تعدى به ولذلك إن يبست النار أغصان شجرة غيره يضمن لان ذلك لا يكون الا من نار كثيرة الا أن تكون الاغصان في هوائه فلا يضمن لان دخولها اليه غير مستحق فلا يمنع من التصرف في داره لحرمتها ومذهب الشافعي كما ذكرنا في هذا الفصل .

(فصل) وان ألفت الريح الى داره ثوب غيره لزمه حفظه لانه أمانة حصلت تحت يده أشبهت اللقطة فان لم يعرف صاحبه فهو لقطة يثبت فيها أحكامها وان عرف صاحبه لزمه إعلامه فان لم يفعل ضمنه لانه أمسك مال غيره بغير إذنه من غير تعريف فهو كالفاصب، وان سقط طائر في داره لم يلزمه حفظه ولا إعلام صاحبه لانه محفوظ بنفسه إلا أن يكون غير متمتع فهو كالثوب وان دخل برجه فأغلق عليه الباب ناوياً إمساكاً لنفسه ضمنه لانه أمسك مال غيره لنفسه فهو كالفاصب وإلا فلا ضمان عليه لانه يتصرف في برجه كيف شاء فلا يضمن مال غيره بتلفه ضمناً لتصرفه الذي لم يتعد فيه

(مسألة) (وان حفر في فئانه بئراً لنفسه ضمن ما تلف به ، والفناء ما كان خارج الدار قريباً منها) إذا حفر في الطريق بئراً لنفسه ضمن ما تلف بها سواء حفرها باذن الامام أو بغير إذنه وسواء كان فيها ضرر أولاً وقال أصحاب الشافعي ان حفرها باذن الامام لم يضمن لان للامام أن يأذن في الاتفاح بما لا ضرر فيه بدليل أنه يجوز ان يأذن في القمود فيه ويقطعه لمن يبيع فيه ولنا أنه تلف بحفر حفره في مكان مشترك بغير إذن أهله لغير مصلحتهم فضمن كما لو لم يأذن فيه الامام ولا نسلم أن للامام الاذن في هذا وأما جاز الاذن في القمود لانه لا يدوم ويمكن إزالته في الحال اشبه القمود في المسجد ولان القمود جائز من غير اذن الامام بخلاف الحفر

(فصل) ولا يثبت النصب فيما ليس بمال كالحجر فانه لا يضمن بالنصب انما يضمن بالانلاف وان أخذ حراً فحبسه فوات عنده لم يضمنه لانه ليس بمال، وان استعمله مكرها لزمه أجر مثله لانه استوفى منافعه وهي مقومة فلزمه ضمانها كمنافع العبد وان حبسه مدة لثانها أجر ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه أجر تلك المدة لانه فوت منفعته وهي مال يجوز أخذ العوض عنها فضمنت بالنصب كمنافع العبد، (والثاني) لا يلزمه لانها تابعة لما لا يصح غصبه فأشبهت ثيابه اذا بليت عليه واطرافه ولانها تلفت تحت يديه فلم يجب ضمانها كما ذكرنا، ولو منعه العمل من غير حبس لم يضمن منافعه وجها واحداً لانه لو فعل ذلك بالعبد لم يضمن منافعه فالحر اولى ولو حبس الحر وعليه ثياب لم يلزمه ضمانها لانها تابعة لما لم تثبت اليد عليه في النصب وسواء كان كبيراً أو صغيراً وهذا كله مذهب أبي حنيفة والشافعي

﴿مسئلة﴾ (وان حفرها في سابلة لنفع المسلمين لم يضمن في أصح الروايتين)

مثل أن يحفرها لينزل فيها ماء المطر أو ليشرب منه المارة ونحو هذا فلا يضمن لانه محسن بفعله غير متعمد أشبه باسط الحصير في المسجد، وقال بعض أصحابنا لا يضمن اذا كان باذن الامام وان كان بغير اذنه لم يضمن في احدى الروايتين فان أحمد قال في رواية اسحاق بن ابراهيم اذا أحدث بئراً لماء المطر فيه نفع للمسلمين أرجو أن لا يضمن واثانية يضمن أو ما اليه أحمد لانه اقتات على الامام ولم يذكر القاضي سوى هذه الرواية، والصحيح الاول لان هذا مما ندعو الحاجة اليه ويشق استئذان الامام فيه وتمم البلوى به ففي وجوب الاستئذان فيه تقويت لهذه المصلحة العامة لانه لا يكاد يوجد من يتحمل كلفة الاستئذان والحفر معاً فتضيع هذه المصلحة فوجب سقوط الاستئذان كما في سائر المصالح العامة من بسط حصير في المسجد أو وضع سراج أو رم شعث واشباه ذلك، وحكم البناء في الطريق حكم الحفر فيها على ما ذكرنا من التفصيل والخلاف وهو أنه متى بني بناء يضر لكونه في طريق ضيق أو واسع إلا أنه يضر بالمارة أو بناء لنفسه ضمن ما تلف به وسواء في ذلك كله اذن الامام وعدم الاذن قال شيخنا ويحتمل ان يعتبر اذن الامام في البناء لنفع المسلمين دون الحفر لان الحفر تدعو الحاجة اليه لنفع الطريق واصلاحها وإزالة الطين والماء منها بخلاف البناء فحفرها مجرى تبقينها وحفر هدفه منها وقلع حجر يضر بالمارة ووضع الحصى في حفرة فيها ليسهلها، ويمسكها بازالة الطين ونحوه منها وتسقيف ساقية فيها ووضع حجر في طين فيها ليطأ الناس عليها فهذا كله مباح لا يضمن ما تلف به لا نعلم فيه خلافاً وكذلك ينبغي أن يكون في بناء القناطر ويحتمل أن يعتبر اذن الامام فيها لان مصلحته لاتم بخلاف غيره قال بعض أصحابنا في حفر البئر ينبغي أن يتقيد سقوط الضمان اذا حفرها في مكان مائل عن القارة وجعل عليه حاجزاً يعلم به ليتوقى

(فصل) وان حفر العبد بئراً في ملك لإنسان بغير اذنه أو في طريق يتضرر به ثم أعتق ثم تلف بها شيء ضمنه العبد وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة الضمان على السيد لان الجناية بالحفر

(فصل) وام الولد مضمونة بالنصب وبهذا قال الشافعي وابو يوسف ومحمد ، وقال ابو حنيفة لا تضمن لان أم الولد لا تجري مجرى المال بدليل انه لا يتعلق بها حق الزمراء فأشبهت الحر ولنا ان ما يضمن بالقيمة يضمن بالنصب كالقن ولانها مملوكة فأشبهت المدبرة وفارقت الحره فلها ليست مملوكة ولا تضمن بالقيمة

(فصل) واذا فتح قفصا على طائر فطار ، او حل دابته فذهبت ضمنها وبه قال مالك وقال ابو حنيفة والشافعي لاضمان عليه الا ان يكون اهاجها حتى ذبا ، وقال اصحاب الشافعي ان وقتا بعد الحل والفتح ثم ذبا لم يضمنها وان ذبا عقيب ذلك ففيه قولان واحتجا بأن لها اختياراً وقد وجدت منها المباشرة ومن القانع سبب غير ملجي ، فاذا اجتمعا لم يتعلق الضمان بالسبب كما لو حفر بشراً فجاء عبد لانسان فرمى نفسه فيها

في حال رقه فكان ضمان جنايته حينئذ على سيده ولا يزول ذلك بعقته كما لو جرح في حال رقه ثم سرى جرحه بعد عقته

ولنا ان التلف الموجب للضمان وجد بعد العتق فكان الضمان عليه كما لو اشترى سبياً في حال رقه ثم قتل به بعد عتقه وفارق ما قاسوا عليه لان الاتلاف الموجب للضمان وجد حال رقه وهنا حصل بعد عتقه وكذلك القول في نصب حجر أو غيره من الاسباب التي يجب بها الضمان

(مسئلة) (وان بسط في مسجد حصيرا أو علق فيه قنديلا أو سقفه أو نصب عليه باباً أو جعل فيه رفا لينتفع به الناس فتلف به شيء فلا ضمان عليه) وقال اصحاب الشافعي ان فعل شيئاً من ذلك بغير اذن الامام ضمن في أحد الوجهين وقال ابو حنيفة يضمن اذا لم يأذن فيه الجيران ولنا أن هذا فعل أحسن به ولم يمتد فيه فلم يضمن ما تلف به كما لو أذن فيه الامام والجيران ولانه فعل ما ينتفع به المسلمون غالباً فلم يضمن كمن مهد الطريق ولان هذا مأذون فيه عرفاً لان العادة جارية بالتبرع به من غير استئذان فلم يضمن فاعله كلما أذن فيه لطقاً

(مسئلة) (وان جلس في مسجد أو طريق واسع فعثر به حيوان فتلف لم يضمن في أحد الوجهين) لانه جلس في مكان له الجلوس فيه من غير تعد على أحد، وفي الآخر يضمن لان الطريق انما جعلت للمرور فيها لا الجلوس، والمسجد للصلاة وذكر الله تعالى والاول أولى لانه فعل فعلا مباحاً وقولهم ان الطريق انما جعلت للمرور ممنوع فان الطريق الواسع يجلس فيه عادة وكذلك المسجد جعل للصلاة وانتظارها والاعتكاف فيه في جميع الاوقات وبعضها لاتباح الصلاة فيه ولان انتظار الصلاة والاعتكاف قربة فلم يتعلق به الضمان كالصلاة والله أعلم

(مسئلة) (وان أخرج جناحاً أو ميزاباً الى الطريق فسقط على شيء فأتلفه ضمن) وجملة ذلك أنه اذا أخرج الى الطريق التافذ جناحاً أو سباباً فسقط أو شيء منه على شيء فأتلفه ضمنه المخرج وقال (الفتي والشرح الكبير) (٥٧) (الجزء الخامس)

ولنا أنه ذهب بسبب فعله فلزمه الضمان كما لو نفره أو ذهب عقيب فتحه وحله والمباشرة أما حصلت
من لا يمكن إحالة الحكم عليه فيسقط كما لو نفر الطائر وأهاج الدابة أو أشلى كلباً على صبي فقتله أو
اطلق ناراً في متاع انسان فان للتار فعلاً لكن لما لم يمكن إحالة الحكم عليها كان وجوده كعدمه ولان
الطائر وسائر الصيد من طبعه النفور وأما يبقى بالمانع فإذا أزيل المانع ذهب بطبعه فكان ضمانه على من أزال
المانع كمن قطع علاقة قنديل فوقع فانكسر وهكذا لو حل قيد عبد فذهب أو أسير فأقلت وان فتح
القفس وحل الفرس فبقيا واقفين فجاء انسان نفرهما فذهبا فالضمان على منفرهما لان سببه اخص
فاخص الضمان به كالدافع مع الحافره وان وقع طائر انسان على جدار نفره انسان فطار لم يضمنه

أصحاب الشافعي ان وقتت خشبة ليست مركبة على حائط وجب نصف الضمان لانه تلف بما وضعه على
ملكه وملك غيره فيقسم الضمان عليهما. ولنا أنه تلف بما أخرجه الى هوا الطريق فضمنه كالمبنى حائطه
ماتلا الى الطريق أو كما لو لم تكن الخشبة الساقطة موضوعة على الحائط ولانه اخراج يضمن به البعض
فضمن به الكل كالذي ذكرنا ولانه تلف بمدوانه فضمنه كما لو وضع البناء على أرض الطريق والدليل
على عدوانه وجوب ضمان البعض لانه لو كان مباحاً لم يضمن به كسائر المباحات، ولان هذه خشبة لو
سقط الخارج منها حسب فأنتلف شيئاً ضمنه فيجب أن يضمن ما أنتلف جميعها كسائر المواضع التي يجب
الضمان فيها ولاننا لم نعلم موضعاً يجب الضمان كله يعمض الخشبة ونصفه بمجمعيها، وان كان اخراج الجناح
الى درب غير نافذ بغير اذن أهله ضمن ما تلف به وان كان بأذنهم فلا ضمان عليه لانه غير متمد فيه
(فصل) وان أخرج ميزاباً الى الطريق النافذ فسقط على انسان أو شيء فأنتلفه ضمن وبهذا قال
أبو حنيفة وحكي عن مالك أنه لا يضمن ما أنتلف لانه غير متمد باخراجه فلم يضمن ما تلف به كما وأخرجه الى
ملكه وقال الشافعي ان سقط كله فعليه نصف الضمان لانه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره وان اتقصف
الميزاب فسقط منه الخارج حسب ضمن الجميع لانه كله في غير ملكه

ولنا ما سبق في الجناح ولا نسلم أن اخراجه مباح بل هو محرم لانه أخرج الى هوا ملك غيره شيئاً
يضر به أشبه ما أخرجه الى ملك آدمي معين بشراذمه، فأما ان أخرجه الى ملك آدمي معين بغير اذنه فهو
متمد ويضمن ما تلف به لانعلم في ذلك خلافاً

(مسئلة) (وان مال حائطه فلم يهدمه حتى أنتلف شيئاً لم يضمنه نص عليه وأوماً في موضع انه ان

تقدم اليه لتقصه وأشهد عليه فلم يفعل ضمن)

اذا كان في ملكه حائط مستو أو مائل الى ملكه أو بناء كذلك فسقط من غير استهدام ولا ميل
فلا ضمان على صاحبه فيما تلف به لانه لم يتمد بينائه ولا حصل منه تفریط بأبقائه وان مال قبل وقوعه الى
ملكه ولم يتجاوز فلا ضمان عليه أيضاً لانه بمنزلة بنائه مائلاً في ملكه وإن مال قبل وقوعه الى هوا
الطريق أو الى ملك انسان أو ملك مشترك بينه وبين غيره وكان بحيث لا يمكنه نقضه فلا ضمان عليه لانه
لم يتمد بينائه ولا فرط في ترك نقضه لعجزه عنه أشبه ما لو سقط من غير ميل، فان أمكنه نقضه ولم

لان تنفيره لم يكن سبب فوائه فانه كان ممتعاً قبل ذلك وان رماه فقتله ضمنه وان كان في داره لانه كان يمكنه تنفيره بغير قتله وكذلك لو مر الطائر في هواء داره فرماه فقتله ضمنه لانه لا يملك منع الطائر من هواء داره فهو كما لو رماه في هواء دار غيره

(فصل) ولو حل زقا فيه مائمه فاندفق ضمنه سواء خرج في الحال أو خرج قليلا قليلا أو خرج منه شيء بل أسفله فسقط أو نقل أحد جانبيه فلم يزل يميل قليلا قليلا حتى سقط أو سقط بريح أو بزلزلة الارض أو كان جامدا فذاب بشمس لانه تلف بسبب فعله وقال القاضي لا يضمن اذا سقط بريح أو زلزلة ويضمن فيما سوى ذلك وهو قول أصحاب الشافعي ولهم فيها اذا ذاب بالشمس وجهان واحتجوا بأن فعله غير ملجئ والمعنى الحادث مباشرة فلم يتعلق الضمان بفعله كما لو دفعه الانسان

ولنا أن فعله سبب تلفه ولم يتدخل بينهما ما يمكن احالة الحكم عليه فوجب عليه الضمان كما لو خرج عقيب فعله او مال قليلا قليلا وكما لو جرح انسانا فأصابه الحر أو البرد فسرت الجناية فانه يضمن، وأما

ينقضه ولم يطالب بذلك لم يضمن في المنصوص عن أحمد وهو الظاهر عن الشافعي ونحوه قول الحسن والنخعي والثوري وأصحاب الرأي لانه بناء في ملكه والميل حادث بغير فعله أشبه ما لو وقع قبل ميله، وذكر بعض أصحابنا فيه وجه آخر ان عليه الضمان وهو قول ابن أبي ليلى وأبي ثور وإسحاق لانه متعدد بتركه مائلا فضمن مائلا به كما لو بناه مائلا الى ذلك ابتداء ولانه لو طولب بنقضه فلم يفعل ضمن مائلا به ولو لم يكن موجبا للضمان لم يضمن بالمطالبة كما لو لم يكن مائلا أو كان مائلا الى ملكه، وأما ان طولب بنقضه فلم يفعل فقد توقف أحمد عن الجواب فيها وقال أصحابنا يضمن وقد أومأ اليه أحمد وهو مذهب مالك ونحوه قال الحسن والنخعي والثوري، وقال أبو حنيفة الاستحسان ان يضمن لان حق الجواز للمسلمين وميل الحائط يمنعهم ذلك فكان لهم المطالبة بازالته فاذا لم يزله ضمن كما لو وضع شيئا على حائط نفسه فسقط في ملك غيره فطولب برفعه فلم يفعل حتى عثر به انسان، وفيه وجه آخر لا ضمان عليه قال أبو حنيفة وهو القياس لانه بناء في ملكه ولم يسقط بفعله فأشبه ما لو لم يطالب بنقضه أو سقط قبل ميله أو لم يمكنه نقضه، ولانه لو وجب الضمان به لم تشتت المطالبة به كما لو بناه مائلا الى غير ملكه فان قلنا عليه الضمان اذا طولب فان المطالبة من كل مسلم أو ذمي توجب الضمان اذا كان ميله الى الطريق لان لكل واحد منهم حق المرور فكانت له المطالبة كما لو مال الحائط الى ملك جماعة فان لكل واحد منهم المطالبة واذا طالب واحد فاستأجله صاحب الحائط او أجله الامام لم يسقط عنه الضمان لان يلحق بجميع المسلمين فلا يملك الواحد منهم اسقاطه وان كانت المطالبة لمستأجر الدار ومرهنيها ومستبرها ومستودعها فلا ضمان عليهم لانهم لا يملكون النقص وليس الحائط ملكا لهم وان طولب المالك في هذه الحال فلم يمكنه استرجاع الدار ونقص الحائط فلا ضمان عليه لعدم تفریطه وان أمكنه استرجاعها كالمعبر والمودع والراهن اذا أمكنه فكذلك الرهن فلم يفعل ضمن لانه أمكنه النقص، وان كان

ان دفعه انسان فان المتخلل بينهما مباشرة يمكن الاحالة عليها بخلاف مسائنا ولو كان جامدا فأدى منه آخر ناراً فأذابه فسأل فالضمان على من أذابه لان سببه أخص لكون التلف يعقبه فأشبه المتفرع مع فاتح القفص وقال بعض الشافعية لا ضمان على واحد منهما كسارقين نقب أحدهما وأخرج آخر المتاع وهذا فاسد لان مدني النار الجأء الى الخروج فضمنه كما لو كان واقفاً فدفعه والمسئلة حجة عليه فان الضمان على مخرج المتاع من الحرز والقطع حد لا يجب الا بهتك الحرز واخذ المال جميعاً ثم ان الحد يدراً بالشبهات بخلاف الضمان، ولو أذابه أحدهما أولاً ثم فتح اثنائي رأسه فاندفق فالضمان على الثاني لان التلف يعقبه وان فتح زقا مستعلي الرأس فخرج بعض ما فيه واستمر خروجه قليلاً قليلاً فجاء آخر فكمنسه فاندفق فضمن ما خرج بعد التثديس على المنكس وما قبله على الفاتح لان فعل الثاني أخص كالجارج والذابح (فصل) وان حل رباط سفينة فذهبت أو غرقت فعليه قيمتها سواء تعقب فعله أو تراخى والخلاف

فيها كالحلاف في الطائر في القفص

المالك مجبوراً عليه لسفه أو صغر أو جنون فطوب هو لم يلزمه الضمان لانه ليس أهلاً للمطالبة وان طوب ولبه أو وصيه فلم ينقضه فالضمان على المالك لان سبب الضمان مائه فكان الضمان عليه دون التصرف كالموكيل مع الموكل وان كان الملك مشتركاً بين جماعة فطوب احدهم بنقضه احتمل وجب احدهما لا يلزمه شيء لانه لا يمكنه نقضه بدون إذنه فهو كالمجاز والثاني يلزمه بحصته لانه يتمكن من النقص بمطالبتة شركاهه وإلزامهم النقص فصار بذلك مفراطاً فان كان ميل الحائط الى ملك آدمي معين اما واحد أو جماعة فالحكم على ما ذكرنا إلا ان المطالبة تكون للمالك أو ساكن الملك الذي مال اليه دون غيره، وان كان جماعة فأهم طالب وجب النقص بمطالبتة كما لو طالب واحد بنقض المائل الى الطريق إلا أنه متى طوب ثم اجله صاحب الملك أو ابرأه منه أو فعل ذلك ساكن الدار التي مال اليها جاز لان الحق له وهو يملك إسقاطه، وان مال الى درب غير نافذ فالحق لاهل الدرب والمطالبة لهم لان الملك لهم ويلزم النقص بمطالبة احدهم ولا يبرأ ببراءته وتأجيله الا ان يرضى بذلك جميعهم لان الحق للجميع.

(فصل) وان لم يمل الحائط لكن نشق فان لم ينحس سقوطه لسكون شقوقه بالطول لم يجب نقضه وحكمه حكم الصحيح قياساً عليه وان خيف وقوعه لكونه منشقواً بالمرض فكحه حكم المائل لانه يخاف منه التلف أشبه المائل

(فصل) ولو بنى في ملكه حائطاً مائلاً الى الطريق أو إلى ملك غيره فتلف به شيء أو سقط على شيء أتلفه ضمن تعديه فانه ليس له البناء في هواء ملك غيره أو هواء مشترك ولانه يمرضه للوقوع على غيره في غير ملكه أشبه ما لو نصب فيه منجلاً يصيد به وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً (فصل) اذا تقدم الى صاحب الحائط المائل بنقضه فباعه مائلاً فسقط على شيء فتلف به فلا

المضي والشرح الكبير) ايقاد النار في ملك الغير. الا تلاف بسبب البيهمة وضمانه على من هي في يده ٥٣

(فصل) اذا أوقد في ملكه ناراً أو في موات فطارت شرارة الى دار جاره فأحرقتها أو سقى أرضه فزول الماء الى أرض جاره ففرقها لم يضمن اذا كان فعل ماجرت به المادة من غير تقريط لانه غير متعد ولاها سراية فعل مباح فلم يضمن كسراية القود، وفارق من حل زقا فاندفق لانه متعد بحله ولان الغالب خروج المائع من الزق المفتوح وليس الغالب سراية هذا الفعل المعتاد الى تلف مال غيره وان كان ذلك بتقريط منه بأن احجج ناراً تسري في المادة لسكوتها أو في ربح شديدة تحملها أو فتح ماء كثيراً يتعدى أو فتح الماء في أرض غيره أو أوقد في دار غيره ضمن ما تلف به وان سرى الى غير الدار التي أوقد فيها والأرض التي الماء فيها لأنها سراية عدوان أشبهت سراية الجرح الذي تعدى به، وان أوقد ناراً فأيست أغصان شجرة غيره ضمنها لان ذلك لا يكون الا من نار كثيرة الا أن تكون الاغصان في هوائه فلا يضمنها لان دخولها عليه غير مستحق فلا يمنع من التصرف في داره لحرمتها وهذا الفصل مذهب الشافعي كما ذكرنا سواء (فصل) وان ألفت الريح الى داره ثوب غيره لزمه حفظه لانه أمانة حصلت تحت يده فلزمه

ضمان على بائعه لانه ليس بملكه ولا على المشتري لانه لم يطالب بنقصه وكذلك ان وهبه واقبضه وان قلنا بلزوم الهبة زال الضمان عنه بمجرد العقد، واذا وجب الضمان وكان التالف به آدمياً فالدية على ما قلناه فان أنكرت العاقلة كون الحائض لصاحبهم لم يلزمهم إلا أن يثبت ذلك بينة لان الاصل عدم الوجوب عليهم فلا يجب بالشك وان اعترف صاحب الحائض فالضمان عليه دونهم لان العاقلة لا تحمل الاعتراف وكذلك ان انكروا مطالبتهم بنقصه فالحكم على ما ذكرنا وان كان الحائض في يد صاحبهم وهو ساكن في الدار لم يثبت بذلك الوجوب عليهم لان دلالة ذلك على الملك من جهة الظاهر والظاهر لا تثبت به الحقوق وإنما ترجح به الدعوى

(مسئلة) (وما ألفت البيهمة فلا ضمان على صاحبها الا أن تكون في يد إنسان كالراكب والسائق والقائد قد يضمن ما جنت يدها أو فيها دزن ما جنت رجلها) اذا ألفت البيهمة شيئاً فلا ضمان على صاحبها اذا لم تكن يد أحد عليها لقول النبي ﷺ «العجاء جرحها جبار» يعني هدرأ فاما ان كانت يد صاحبها عليها كالراكب والسائق والقائد فانه يضمن وهذا قول شريح وأبي حنيفة والشافعي وقال مالك لا ضمان عليه لما ذكرنا من الحديث ولانه جنابة بهيمة فلم يضمنها كما لو لم تكن يده عليها

ولنا قول النبي ﷺ «والرجل جبار» رواه سعيد باسناده عن الهزبل بن شرحبيل عن النبي ﷺ وعن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم وتخصيص الرجل بكونه جباراً دليل على وجوب الضمان في جنابة غيرها ولانه يمكنه حفظها من الجنابة اذا كان راكبها أو يده عليها بخلاف من لا يد له عليها وحديثه محمول على من لا يد له عليها

(فصل) ولا يضمن ما جنت برجلها وبه قال أبو حنيفة وعن أحمد رواية أخرى أنه يضمنها وهو

قول شريح والشافعي لانه من جنابة بهيمة يده عليها فضمنه كجنابة يدها

حفظه كاللقطة وان لم يعرف صاحبه فهو لقطة تثبت فيه أحكامها وان عرف صاحبه لزمه اعلامه فان لم يفعل ضمنه لانه امسك مال غيره بغير اذنه من غير تعريف فصار كالغاصب، وان سقط طائر في داره لم يلزمه حفظه ولا اعلام صاحبه لانه محفوظ بنفسه وان دخل برجه فاغلق عليه الباب ناويا امساكه لنفسه ضمنه لانه امسك مال غيره لنفسه فهو كالغاصب والا فلا ضمان عليه لانه يتصرف في برجه كيف شاء فلا يضمن مال غيره بتلفه ضمنا لتصرفه الذي لم يتعد فيه

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «الرجل جبار» ولانه لا يملك حفظ رجلها عن الجناية فلم يضمنها كما لو لم تكن يده، عليها فاما ان كانت جنايتها بفعله مثل أن كبجها أو ضربها في وجهها ونحو ذلك فانه يضمن جناية رجلها لانه السبب في جنايتها فكان عليه ضمانها ولو كان السبب غيره مثل أن نخسها أو نفرها فالضمان على من فعل ذلك دون راكبها وسائقها وقائدها لانه السبب في جنايتها (فصل) فان كان على الدابة راكبان فالضمان على الاول منها لانه المتصرف فيها القادر على كفها الا أن يكون الاول منها صغيراً أو مريضاً ونحوهما ويكون الثاني هو المتولي لتدبيرها فيكون الضمان عليه فان كان مع الدابة قائد وسائق فالضمان عليهما لان كل واحد منهما لو انفرد ضمن فاذا اجتماعهما، وان كان معها أو مع أحدهما راكب فالضمان عليهم جميعاً في أحد الوجهين لذلك والثاني الضمان على الراكب لانه أقوى بدأ وتصرفاً، ويحتمل أن يكون على القائد لانه لاحكم للراكب معه (فصل) والجلل المقطور على الجمل الذي عليه راكب يضمن جنايته لانه في حكم القائد فاما الجمل المقطور على الجمل الثاني فيبني أن لا يضمن جنايته إلا أن يكون له سائق لان الراكب الاول لا يمكنه حفظه عن الجناية، ولو كان مع الدابة ولدها لم يضمن جنايته لانه لا يمكنه حفظه وذكر ابن ابي موسى في الارشاد أنه يضمن قال لانه يمكنه ضبطه بالشد

(مسئلة) (ويضمن ما أفسدت من الزرع والشجر ليلاً ولا يضمن ما أفسدت من ذلك نهراً) يعني اذا لم تكن يد أحد عليها وهذا قول مالك والشافعي وأكثر فقهاء الحجاز وقال الليث يضمن ما أفسدته ليلاً ونهاراً بأقل الامرين من قيمتها أو قدر ما أتلفتته كالعبد اذا جنى، وقال أبو حنيفة لا ضمان عليه بحال لقول النبي صلى الله عليه وسلم «العجاء جرحها جبار» يعني هدرأولانها أفسدت وليست يده عليها فلم يضمن كالنهار أو كما لو أتلفت غير الزرع

ولنا ما روى مالك عن الزهري عن حزام بن سعيد بن محيصة ان ناقة للبراء دخلت حائط قوم فأفسدت فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهل الاموال حفظها بالتهار وما أفسدت بالليل فهو مضمون عليهم. قال ابن عبد البر ان كان هذا مرسلًا فهو مشهور حدث به الأئمة الثقات وتلقاه فقهاء الحجاز بالقبول ولان العادة من أهل المواشي إرسالها في النهار للرعى وحفظها ليلاً وعادة أهل الحوائط حفظها نهاراً دون الليل فاذا ذهبت ليلاً كان التقرب من أهلها بتركهم حفظها في وقت عادة الحفظ

(فصل) اذا أكلت بهيمة حشيش قوم ويد صاحبها عليها لكونه معها ضمن وان لم يكن معها لم يضمن ما أكلته، واذا استنار من رجل بهيمته فأتلفت شيئاً وهي في يد المستعير فضمانه على المستعير سواء أتلفت شيئاً للمالكها أو لغيره لان ضمانه يجب باليد واليد للمستعير وان كانت البهيمة في يد الراعي

وان تلفت نهاراً كان التفريط من أهل الزرع فكان عليهم وقد فرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى على كل إنسان بالحفظ في وقت عادته

(فصل) قال بعض اصحابنا انما يضمن مالها ما اتلفته ليلاً اذا فرطت بارسالها ليلاً أو نهاراً او لم يضمنها بالليل او ضمها بحيث يمكنها الخروج اما إذا ضمها فأخرجها غيره بغير إذنه او فتح عليها بابها فالضمان على مخرجها او فاتح بابها لانه المتلف قال القاضي هذه المسئلة عندي محمولة على موضع فيه مزارع ومراعي اما القرى العامرة التي لا مرعى فيها الا بين قراحين (١) كما قبلة وطريق وطرف زرع فليس لصاحبها ارسالها بغير حافظ عن الزرع فان فعل فعليه الضمان لتفريطه وهذا قول بعض اصحاب الشافعي .

(١) كذافي الاصل

(فصل) فان اتلفت البهيمة غير الزرع والشجر لم يضمن مالها ما اتلفته ليلاً كان او نهاراً ما لم تكن يده عليها، وحكي عن شريح انه قضى في شاة وقت في غزل حائك ليلاً بالضمان على صاحبها وقرأ (اذ نقشت فيه غم النوم) قال والنفس لا يكون الا بالليل وعن الثوري يضمن وان كان نهاراً لتفريطه بارسالها . ولنا قول النبي صلى الله عليه «العجاء جرحها جبار» متفق عليه اي هدر واما الآية فالنفس هو الرعي بالليل وكان هذا في الحرث الذي تفسده البهائم بالرعي طبعاً وتدعوها نفسها الى اكله بخلاف غيره فلا يصح قياس غير عليه

(فصل) اذا استنار بهيمة فاتلفت شيئاً وهي في يد المستعير فضمانه عليه سواء كان المتلف للمالكها أو لغيره لان ضمانه يجب باليد واليد للمستعير، وإن كانت البهيمة في يد الراعي فأتلفت زرعاً أو شجراً فالضمان على الراعي دون المالك لان اتلاف ذلك في النهار لا يضمن الا بثبوت اليد عليها واليد للراعي دون المالك فضمن كل المستعير، وان كان الزرع للمالك وكان ليلاً ضمن ايضا لان ضمان اليد اقوى بدليل انه يضمن في الليل والنهار جميعاً (مسئلة) (ومن ضال عليه آدمي او غيره فقتله دفماً عن نفسه لم يضمنه لانه قتله بالدفع الجائر فلم يجب ضمانه فان كان الصائل بهيمة فلم يمكنه دفماً الا بقتلها جاز له قتله اجماعاً ولا يضمنها اذا كانت لغيره وهذا قول مالك والشافعي واسحاق وقال ابو حنيفة يضمنها لانه اتلف مال غيره لاجراء نفسه فضمنه كما مضطرا اذا اكل طعام غيره وكذلك الخلاف في غير المكاف من الآدميين كالصبي والمجنون يجوز قتله ويضمنه لانه لا يملك لإباحة نفسه ولذلك لو ارتد لم يقتل ولنا انه قتله بالدفع الجائر فلم يضمنه كالعبد ولا نه حيوان جاز اتلافه فلم يضمنه كالأدمي المكاف ولانه

فانلفت زرعاً فالضمان على الراعي دون صاحبها لان اتلافها للزرع في النهار لا يضمن الا بثبوت اليد عليها واليد للراعي دون المالك فكان الضمان عليه كالمسعر، وان كان الزرع للمالك فان كان ليلاً ضمن أيضاً لان ضمان اليد أقوى بدليل أنه يضمن به في الليل والنهار جميعاً

قتله لدفع شره فاشبه البعد وذلك أنه إذا قتله لدفع شره كان الصائل هو القاتل لنفسه فاشبه ما لو نصب حربة في طريقه فقتل نفسه عليها فمات بها وقارق المضطر فان الطعام لم يبلغه إلى اتلافه ولم يصدر منه ما يزيل عصمته ولهذا لو قتله لصياله لم يضمنه ولو قتله لياكله في الخمصة وجب عليه الضمان وغير المكلف كالمكلف في هذا وقولهم لا يملك إباحة نفسه قلنا: والمكلف لا يملك إباحة نفسه ولو قال أبحث دمي لم يبح مع أنه إذا صال فقد أبيع دمه بفعله فلم يضمنه كالمكلف

(مسئلة) (وان اصطدمت سفينتان ففرقتا ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر وما فيها)

إذا اصطدمت سفينتان متساويتان كالتين في بحر أو ماء واقف فان كان القيان مفرطين ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر بما فيها من نفس ومال كالفارسين إذا تصادما وان لم يكونا مفرطين فلا ضمان عليهما، وقال الشافعي: يضمن في أحد الوجهين لانهما في أيديهما فضمننا كما لو اصطدما فارسان لقلبة الفرسين لهما

ولنا أن الملاحين لا يسيران السفينتين بفعلهما ولا يمكنهما ضبطهما في الغالب ولا الاحتراز من ذلك فأشبه الصاعقة إذا نزلت فأحرقت سفينة وبخائف الفرسين فانه يمكن ضبطهما والاحتراز من طردهما وان كان أحدهما مفرطاً وحده ضمن وحده، وان اختلفا في تقريظ القيم ولا بينه فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدمه وهو أمين أشبه المودع وعند الشافعي أنهما إذا كانا مفرطين فعلى كل واحد من القيمين ضمان نصف سفينته ونصف سفينة صاحبه وقال مثل ذلك في الفارسين وسنذكره ان شاء الله تعالى والتفريط ان يكون قادراً على ضبطها أو ردها عن الأخرى فلم يفعل أو أمكنه أن يعدلها الى ناحية أخرى فلم يفعل أو لم يكمل آلتها من الرجال والحبال وغيرها

﴿مسئلة﴾ (وان كانت احدهما منحدره فعلى صاحبها ضمان المصعدة إلا أن يكون عليه ربح

فلم يقدر على ضبطها)

مضى كان قيم المنحدرة مفرطاً فعليه ضمان المصعدة لانها تحط عليها من علو فيكون ذلك سبباً لفرقتها فتزل المنحدرة بمنزلة السائر والمصعدة بمنزلة الواقف إذا اصطدما، وإن غرقنا جميعاً فلا شيء على المصعد وعلى المنحدر قيمة المصعدة أو ارش ما نقصت ان لم تتلف كلها الا ان يكون التفريط من المصعد بان يمكنه العدول بسفينته والمنحدر غير قادر ولا مفرط فيكون الضمان على المصعد، وان لم يكن من واحد منهما تفريط لكن حاجت ربح أو كان الماء شديد الجربة فلم يمكنه ضبطها فلا ضمان عليه لانه لا يدخل في وسعه (ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها) فان كانت إحدى السفينتين واقفة

(فصل) اذا شهد بالنصب شاهدان فشهد احدهما انه غصبه يوم الخميس وشهد آخر انه غصبه يوم الجمعة لم تتم البيعة وله أن يملف مع أحدهما ، وان شهد احدهما انه اقر بالنصب يوم الخميس وشهد والاخرى سائرة فلا شيء على الواقفة وعلى السائرة ضمان الواقفة إن كان القيم مفراطاً ، فلا ضمان عليه اذا لم يفطر على ما ذكرنا .

(فصل) فان خيف على السفينة الفرق فالتى بهض الركبان متاعه لتخف وتسلم من الفرق لم يضمنه أحد لانه أنف متاع نفسه باختياره لصلاحه وصلاح غيره ، وان القى متاع غيره بغير إذنه ضمنه وحده وان قال لغيره القى متاعك فقبل منه لم يضمنه لانه لم يلتزم ضمانه ، وان قال القه وأنا ضامن له أو علي قيمته لزم ضمانه لانه أنف ماله بموض لمصلحة فوجب له العوض على من التزمه كما لو قال اعتق عبدك وعلي تمنه . وان قال القه وعلي وعلى ركاب السفينة ضمانه فالقاء فنيه وجهان (أحدهما) يلزمه ضمانه وحده ذكره أبو بكر وهو نص الشافعي لانه التزم ضمان جميعه فلزمه ما التزمه ، وقال القاضي ان كان ضمان اشتراك مثل أن يقول نحن نضمن لك أو قال علي كل واحد منا ضمان قسطه أو ربه متاعك لم يلزمه الا ما يخصه من الضمان وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لانه لم يضمن إلا حصته وانما أخبر عن الباقيين بالضمان فسكتوا وسكوتهم ليس بضمان ، وان التزم ضمان الجميع وأخبر عن كل واحد منهم بمثل ذلك لزمه ضمان الكل لانه ضمن الكل ، وان قال القه على أن أضمنه لك أنا وركبان السفينة فقد أذنوا لي في ذلك فانكروا الاذن فهو ضامن للجميع وان قال القى متاعي وتضمنه؟ فقال نعم ضمنه له وان قال القى متاعك وعلي ضمان نصفه وعلي أخي ضمان ما بقي فالقاء فعليه ضمان النصف وحده ولا شيء على الآخر لانه لم يضمن والله أعلم .

(فصل) إذا خرق سفينة ففرقت بما فيها وكان عمداً وهو مما يفرقها غالباً ويهلك من فيها لكونهم في اللجة أو امدم معرفتهم بالسباحة فعليه القصاص ان قتل من يجب القصاص بقتله وعليه ضمان السفينة بما فيها من مال ونفس وان كان خطأ فعليه ضمان العبيد ودية الاحرار على عاقلته وان كان عمداً خطأ مثل ان اخذ السفينة ليصلح موضعاً فقام لوحاً أو يصلح مسباراً فنقب موضعاً فهو عمداً الخطأ ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي ، والصحيح ان هذا خطأ محض لانه قصد فعلاً مباحاً فأفضى الى التلف لما لم يردده فاشبهه ما لورمى صيداً فاصاب آدمياً فقتله ولكن ان قصد قلع اللوح في موضع الغالب أنه لا يتلفها فالتلفها فهو عمداً الخطأ فيه ما فيه

﴿ مسألة ﴾ (وان كسر مزماراً أو طنبوراً أو صليياً لم يضمنه)

وقال الشافعي ان كان ذلك اذا فصل يصلح لنفع مباح وإذا كسر لم يصلح لزمه ما بين قيمته مفصلاً ومكسوراً لانه أنف بالسكسر ماله قيمة ، وان كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يضمن ، وقال أبو حنيفة يضمن .

الآخر أنه أقر ببعضه يوم الجمعة ثبتت البيعة لان الاقرار وان اختلف رجع الى امر واحد، وان شهد أنه أقر أنه غصبه يوم الخميس وشهد الآخر أنه غصبه يوم الجمعة لم تثبت البيعة ايضا، وان شهد له واحد

وانا أنه لا يحل بيعه فلم يضمنه كالميتة والدليل على أنه لا يحل بيعه قول النبي صلى الله عليه وسلم « ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام » متفق عليه ، وقال عليه الصلاة والسلام « بعثت بمحق القينات والمعازف »

﴿ مسألة ﴾ (وان كسر آنية ذهب أو فضة لم يضمنها)

وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن احمد انه يضمن فان مهنا نقل عنه فمن هشم على غيره ابريق فضة عليه قيمته بصوغه كما كان، فقيل له أليس قد نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن اتخاذها فسكت ، والصحيح أنه لا يضمن نص عليه في رواية المروزي فيمن كسر ابريق فضة لا ضمان عليه لانه أتلف ما ليس بمباح فلم يضمنه كالميتة ، ورواية مهنا تدل على أنه رجع عن قوله ذلك لكونه سكت حين ذكر السائل النهي عنه وليس في رواية مهنا أنه قال بصوغه ولا تحل صناعته فكيف تجب؟

﴿ مسألة ﴾ (وان كسر اناه خمر لم يضمنه في أصح الروايتين)

لما روي عن ابن عمر قال أمرني رسول الله ﷺ أن آتية بمديّة وهي الشفرة فأنتيه بها فأرسل بها فأرهفت ثم أعطانيها وقال « اغد علي بها » ففعلت فخرج باصحابه إلى اسواق المدينة وفيها زقاق الخمر قد جلبت من الشام فاخذ المدينة مني فشق ما كان من تلك الزقاق بمحضرتها كلها وأمر اصحابه الذين كانوا معه أن يمضوا معي ويماونوني وامرني ان آتي الاسواق كلها فلا أجد فيها زق خمر الا شققته رواه أحمد ، وروي عن انس قال كنت اسقي ابا طلحة وابي بن كعب و ابا عبيدة شرابا من فضيخ فأنا آت فقال ان الخمر قد حرمت فقال ابو طلحة قم يا انس الى هذه الدنان فاكسرها وهذا يدل على سقوط حرمتها وإباحة اتلافها فلا يضمنها كسائر المباحات (والثانية) يضمنها إذا كان ينتفع بها في غيره لانها مال يمكن الاتفاع به ويحل بيعه فيضمنها كالميتة لانه جمل الخمر فيها لا يقتضي سقوط ضمانها كالميتة الذي جمل مخزنا للخمر

(فصل) إذا غصب ارضا فحكها في جواز دخول غيره اليها حكها قبل الغصب فان كانت محوطة كالدار والبستان المحوط عليه لم يحز دخولها لغير مالها الا باذنه لان ملك مالها لم يزل عنها فلم يحز دخولها بغير اذنه كما لو كانت في يده . قال احمد : في الضيعة تصير غيبة فيها سمك لا يصيد فيها احد إلا باذنهم ، وان كانت صحراء جاز الدخول فيها ورعي حشيشها . قال احمد : لا بأس برعي الكلا في الارض المنصوبة وذلك لان الكلا لا يملك بملك الارض ويتخرج في كل واحدة من الصورتين مثل حكم الاخرى قياساً لما عليها ونقل عنه المرزوي في دار طوايقها غصب لا يدخل على والديه لان دخوله عليها تصرف في الطوايق المنصوبة ونقل عنه الفضل بن عبد الصمد

وحلف معه ثبت النصب فلو كان الناصب حلف بالطلاق انه لم ينصبه لم نوفر طلاقه لان الشاهد
واليمين بينة في المال لاني الطلاق والله اعلم

كتاب الشفعة

وهي استحقاق الشريك انزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يده من اتقمت اليه، وهي ثابتة بالسنة والاجماع
اما السنة فاروي عن جابر رضي الله عنه قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت

في رجل له إخوة في أرض غصب بزورهم وبرأودهم على الخروج فان أجابوه وإلا لم يقم معهم ولا يدع
زيارتهم يعني بزورهم يأتي باب دارهم ويتعرف أخبارهم ويسلم عليهم ويكلمهم ولا يدخل اليهم
ونقل المرذوي عنه أكره المشي على العبارة التي يجري فيها الماء وذلك لان العبارة وضعت لعبور
الماء لا المشي عليها، قال أحمد لا يذفن في الارض المنصوبة لما في ذلك من التصرف في أرضهم بغير إذنتهم وقال
أحمد فيمن ابتاع طعاما من موضع غصب ثم علم ربحه إلى الموضع الذي أخذه منه فرده وروى عنه
أنه قال يطرحه يعني على من ابتاعه منه وذلك لان قعوده فيه حرام منهي عنه فكان البيع فيه محرما
ولان الشراء ممن يقعد في الموضع المحرم بحمامهم على القعود والبيع فيه وترك الشراء منهم بمنهم القعود
فقال لا يبتاع من الخانات التي في الطرق الآن لا يجد غيره كانه بمنزلة المضطر، وقال في السلطان إذا بين
داراً وجم الناس اليها أكره الشراء منها. قال شيخنا وهذا على سبيل الورع ان شاء الله تعالى لما فيه
من الاعانة على فعل المحرم والظاهر صحة البيع لانه اذا صححت الصلاة في الدار المنصوبة في رواية وهي
عبادة فاليس بعبادة أولى وقال فيمن غصب ضيعة وغصبت من الناصب وأراد الثاني ردها جمع بينهما يعني
بين مالكة والناصب الاول وان مات بعضهم جمع ورثته انما قال هذا احتياطاً خوف التبعة من الناصب
الاول لانه ربما طالب بها فادعاها ملكا باليد والا فالواجب ردها على مالكة وقد صرح بهذا في رواية
عبدالله في رجل استودع رجلا الفاجاء رجل الى المستودع فقال ان فلانا غصبتني الالف الذي استودعك
وصح ذلك عند المستودع فان لم يخف التبعة وهو أن يرجعوا به عليه دفعه اليه

باب الشفعة

وهي استحقاق الانسان انزاع حصة شريكه من يده مشترها وهي ثابتة بالسنة والاجماع أما السنة فاروي
جابر قال قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة تنفق
عليه ولمسلم قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم ربة أو حائط لا يحل له أن يبيع
حتى يستأذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك فان باع ولم يستأذنه فهو أحق به وللبخاري: انما جعل
رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة، وأما الاجماع

الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة. متفق عليه ولمسلم قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربة او حائط لا يحل له ان يبيع حتى يستأذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك فان باع ولم يستأذنه فهو احق به. وللبخاري: انما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة. واما الاجماع فقال ابن المنذر اجمع اهل العلم على اثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من ارض او دار أو حائط. والمعنى في ذلك ان احد الشريكين اذا اراد ان يبيع نصيبه ويمكن من يبعه لشريكه وتخليصه مما كان يصدده من توقع الخلاص والاستخلاص فالذي يقتضيه حسن العشرة ان يبيعه منه ليصل الى غرضه من بيع نصيبه وتخليص شريكه من الضرر فاذا لم يفعل ذلك وباعه لا جني سلط الشرع الشريك على صرف ذلك الى نفسه ولا نعلم احدا خالف هذا الا الاصم فانه قال لا تثبت الشفعة لان في ذلك اضراراً بارباب الاملاك فان المشتري اذا علم انه يؤخذ منه اذا ابتاعه لم يبتعه ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك وهذا ليس بشيء لمخالفته الا نارا ثابتة والاجماع المنقده قبله، والجواب عما ذكره من وجهين (أحدهما) انا نشاهد الشركاء يبيعون ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء (الثاني) انه يمكنه اذا لحقته بذلك مشقة ان يقاسم فيسقط استحقاق الشفعة، واشتقاق الشفعة من الشفع وهو الزوج فان الشفع كان نصيبه منفردا في ملكه فبالشفعة يضم المبيع الى ملكه فيشفعه به وقيل اشتقاقها من الزيادة لان الشفع يزيد المبيع في ملكه

فقال ابن المنذر اجمع اهل العلم على اثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من ارض أو دار أو حائط والمعنى في ذلك ان أحد الشريكين إذا أراد أن يبيع نصيبه ويمكن من يبعه لشريكه وتخليصه مما كان يصدده من توقع الخلاص والاستخلاص فالذي يقتضيه حسن العشرة أن يبيعه منه ليصل الى غرضه من بيع نصيبه وتخليص شريكه من الضرر فاذا لم يفعل ذلك وباعه لا جني سلط الشرع الشريك على صرف ذلك الى نفسه. قال شيخنا ولا نعلم أحداً خالف هذا الا الاصم فانه قال لا تثبت الشفعة فان في ذلك اضراراً بارباب الاملاك فان المشتري اذا علم انه يؤخذ منه إذا اشتراه لم يبتعه ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك، وهذا الذي ذكره ليس بشيء لمخالفته الاحاديث الصحيحة والاجماع المنقده قبله، والجواب عما ذكره من وجهين (أحدهما) انا نشاهد الشركاء يبيعون ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء (الثاني) انه يمكنه اذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم فيسقط الشفعة، واشتقاقها من الشفع وهو الزوج فان الشفع كان نصيبه منفرداً في ملكه فبالشفعة يضم المبيع الى ملكه فيشفعه به وقيل اشتقاقها من الزيادة لان الشفع يزيد المبيع في ملكه

(مسئلة) ولا يحل الاحتيال على اسقاطها فان فعل لم يسقط نص عليه أحمد في رواية اسماعيل بن سويد وقد سأله عن الحيلة في إبطال الشفعة فقال لا يجوز شيء من الحيل في ذلك ولا في ابطال حق مسلم

(مسئلة) قال أبو القاسم (ولا يجب الشفعة الا للشريك المقاسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)

وجهة ذلك ان الشفعة ثبتت على خلاف الاصل اذ هي انتزاع ملك المشتري بغير رضاه منه واجبار له على المعاوضة مع ما ذكره الاصم لكن اثبتنا التمرح لمصلحة راجحة فلا تثبت الا بشروط اربعة (احدها) ان يكون الملك مشاعا غير مقسوم فاما الجار فلا شفعة له وبه قال عمرو عثمان وعمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والزهري ويحيى الانصاري وابو الزناد وربيعة والمغيرة بن عبد الرحمن ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وابو ثور وابن المنذر وقال ابن شبرمة والثوري وابن ابي ليلى وأصحاب الرأي الشفعة بالشركة ثم بالشركة في الطريق ثم بالجار، وقال أبو حنيفة يقدم الشريك فان لم يكن وكان الطريق مشتركاً كدرب لا ينفذ تثبت الشفعة لجميع أهل الدرب الاقرب فالاقرب فان لم يأخذوا ثبتت للملاصق من درب آخر خاصة، وقال الغنبري وسوار تثبت بالشركة في المال وبالشركة في الطريق، واحتجوا بما روى أبو رافع قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بشفعة (١) رواه البخاري وأبو داود وروى الحسن عن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم

(١) كذا في الاصل
بالصاد وفي صحيح
البخاري بالسين
ومناه القرب يعني ان
الجار بسبب قرابه أحق
بالشفعة

وهذا قال أبو أيوب وأبو خزيمة وابن أبي شيبة وأبو اسحاق الجوزجاني، وقال عبدالله بن عمر بن مخنف الله بخدعه، ومعنى الحيلة أن يظهروا في البيع شيئاً لا يؤخذ بالشفعة معه ويتواطئون في الباطن على خلافه مثل أن يشتري شيئاً يساوي عشرة دنانير بألف درهم ثم يقضيه عنها عشرة دنانير أو يشتريه بمائة دينار ويقضيه عنها مائة درهم أو يشتري البائع من المشتري عبداً قيمته مائة بألف في ذمته ثم يبيعه الشقص بالألف أو يشتري شقصاً بألف ثم يرثه البائع من تسعمائة أو يشتري جزءاً من الشقص بمائة ثم يهب له البائع باقيه أو يهب الشقص للمشتري ويهب المشتري له الثمن أو يعقد البيع بثمن مجهول المقدار كحفنة قراصة أو جوهرة معينة أو سلامة معينة غير موصوفة أو بمائة درهم ولؤلؤة وأشياء. هذا فان وقع ذلك من غير نجيل سقطت الشفعة، وان نجيلا به على اسقاط الشفعة لم تسقط وبأخذ الشفيع الشقص في الصورة الاولى بعشرة دنانير أو قيمتها من الدراهم وفي الثانية بمائة درهم أو قيمتها ذهباً وفي الثالثة بقيمة العبد المبيع وفي الرابعة بالباقي بعد الابراء وفي الخامسة يأخذ الجزء المبيع من الشقص بقسطه من الثمن ويحتمل أن يأخذ الشقص كله بجميع الثمن لانه انما وهبه بقيمة الشقص عوضاً عن الثمن الذي اشترى به جزءه، أمن الشقص وفي السادسة يأخذ بالثمن الموهوب وفي سائر الصور المجهول ثمنها يأخذ به الثمن أو قيمته ان لم يكن مثلياً اذا كان الثمن موجوداً فان لم يوجد دفع اليه قيمة الشقص لان الاغلب وقوع العقد على الاشياء بقيمتها وقال أصحاب الرأي والشافعي يجوز ذلك كله وتسقط به الشفعة لانه لم يأخذ بما وقع البيعه فلم يحز كما لو يكن حيلة

قال «جار الدار أحق بالدار» رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ورواه الترمذي في حديث جابر «الجار أحق بداره ينتظر به إذا كان غائبا إذا كان طريقهما واحد» وقال حديث حسن ولأنه اتصال ملك بدوم ويتأبد فتثبت الشفعة به كالشركة. ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» وروى ابن جريج عن الزهري عن سعيد بن المسيب - أو عن أبي سلمة أو عنهما - قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة فيها» رواه أبو داود ولأن الشفعة ثبتت في موضع الوفاق على خلاف الأصل لمعنى معدوم في محل النزاع فلا تثبت فيه، وبيان انتفاء المعنى هو أن الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته أو يطالب الداخل بالمقاسمة فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه وما يحتاج إلى إحداه من المرافق وهذا لا يوجد في المقسوم فأما حديث أبي رافع فليس بصريح في الشفعة فإن الصقب القرب يقال بالسبب والصاد قال الشاعر

كوفية نازح محلتها * لأأم دارها ولا صقب

فيحتمل أنه أراد بإحسان جاره وصلته وعبادته ونحو ذلك وخبرنا صريح صحيح فيقدم، وبقيت الأحاديث في أسانيدنا مقال فحديث سمرة برويه عنه الحسن ولم يسمع منه إلا حديث العقيقة قاله أصحاب الحديث. قال ابن المنذر: الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حديث جابر الذي روينا وما عداه من

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «من أدخل فرساً بين فرسين ولا يأمن أن يسبق فليس بقاروان أمن أن يسبق فهو قمار» رواه أبو داود وغيره فجعل إدخال الفرس المحلل قراراً في الموضع الذي يقصد به إباحة إخراج كل واحد من المتسابقين جملاً مع عدم معنى المحلل فيه وهو كونه بحال يحتمل أن يأخذ سبقها وهذا يدل على إبطال كل حيلة لم يقصد بها إلا إباحة المحرم مع عدم المعنى فيها فاستدل أصحابنا بما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا تتركبوا ما ارتكب اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل» وقال النبي صلى الله عليه وسلم «لئن الله اليهود أن الله لما حرم عليهم شحومها جعلوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه» متفق عليه ولأن الله تعالى ذم المخادعين له بقوله (يخادعون الله والذين آمنوا وما يخادعون إلا أنفسهم وما يشعرون) والحيل مخادعة وقدم سبحانه الله تعالى الذين اعتدوا في السبت فردة بحيلهم فانه روي عنهم أنهم كانوا يصبون شبا كهم يوم الجمعة ومنهم من يحفر جباباً ويرسل الماء إليها يوم الجمعة فإذا جاءت الحيتان يوم السبت وقعت في الشباك والحجاب فيدعوهما إلى ليلة الأحد فيأخذونها ويقولون ما اصطدنا يوم السبت شيئاً فمسخهم الله تعالى بحيلتهم وقال تعالى (فجعلناها نكالا لما بين يديها وما خلفها وموعظة للمتقين) قيل يعني به أمة محمد صلى الله عليه وسلم أي لينظ بذلك أمة محمد صلى الله عليه وسلم فيجتنبوا مثل فعل المعتدين ولأن الحيلة خديعة وقد قال النبي ﷺ لا تحل الخديعة لمسلم ولأن الشفعة وجعت لدفع الضرر فلو سقطت بالتحيل لالحق الضرر فلم تسقط كما لو اسقطها المشتري عنه بالوقف

الاحاديث فيها مقال على أنه يحتمل أنه أراد بالجار الشريك فانه جار أيضاً ويسمى كل واحد من الزوجين جاراً قال الشاعر

أجارتنا بيني فانك طالقه * كذاك أمور الناس غادوطارقه

قال الاعشى وتسمى الضرتان جارتين لاشتراكهما في الزوج قال حمل بن مالك كنت بين جارتين لي فضربت احدهما الاخرى بمسطح فقتلتها وجثيتها ، وهذا يمكن في تأويل حديث أبي رافع أيضاً
إذا ثبت هذا فلا فرق بين كون الطريق مفردة أو مشتركة قال أحمد في رواية ابن القاسم في رجل له أرض تشرب هي وأرض غيره من نهر واحد فلا شفعة له من أجل الشرب اذا وقعت الحدود فلا شفعة ، وقال في رواية أبي طاب وعبدالله ومثنى فيمن لا يرى الشفعة بالجوار وقدم الى الحاكم فأنكر لم يخلف انما هو اختيار وقد اختلف الناس فيه قال القاضي انما هذا لان يمين المنكر ههنا على القطع والبت ومساائل الاجتهاد مظنونة فلا يقطع بطلان مذهب المخالف ويمكن أن يحمل كلام أحمد ههنا على الورع لاعلى التحريم لانه يحكي بطلان مذهب المخالف ويجوز للمشتري الامتناع به من تسليم المبيع فيما بينه وبين الله تعالى
(فصل) الشرط الثاني أن يكون المبيع أرضاً لانها التي تبقى على الدوام ويدوم ضررها، وأما غيرها فينقسم قسمين (أحدهما) ثبت فيه الشفعة تبعاً للأرض وهو البناء والفراس يباع مع الأرض فانه يؤخذ بالشفعة تبعاً للأرض بغير خلاف في المذهب ولا يعرف فيه بين من اثبت الشفعة خلافاً وقد دل عليه

والبيع ، وفارق ما لم يقصد به التحيل لانه لا خداع فيه ولا قصد به ابطال حق والاعمال بالنيات، فان اختلفا هل وقع شيء من هذا حيلة أو لا فالقول قول المشتري مع يمينه لانه أعلم بنية وحاله ، اذا ثبت هذا فان الفرر في الصورتين الاوليين على المشتري لشرائه ما يساوي عشرة مائة وما يساوي مائة درهم بمائة دينار وأشهد على نفسه ان عليه ألفاً فربما طالبه بها فلزمه في ظاهر الحكم ، وفي الثالثة الفرر على البائع لانه اشترى عبداً يساوي مائة بألف ، وفي الرابعة الفرر على المشتري لانه اشترى شقصاً قيمته مائة بألف وكذلك في الخامسة لانه اشترى بعض الشقص بثمان جميعه ، وفي السادسة على الباديء منها بالهبة لانه قد لا يهب له الاخر شيئاً فان خالف أحدهما ما تواطأ عليه فطالب صاحبه بما أظهره لزمه في ظاهر الحكم لانه عقد البيع مع صاحبه بذلك مختاراً فاما ما بينه وبين الله تعالى فلا يحملن غر صاحبه الاخذ بخلاف ما تواطأ عليه لان صاحبه إما رضي بالعقد للتواطؤ فمع فوائده لا يتحقق الرضى به

(مسئلة) (ولا ثبت إلا بشروط خمسة أحدها أن يكون مبيعاً فلا شفعة فيما انتقل بغير عوض بحال) كالهبة بغير نواب والصدقة والهوية والارث فلا شفعة فيه في قول الاكثريين منهم مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحاب الرأي إلا أنه حكى عن مالك رواية أخرى ان الشفعة تجب في المنتقل هبة أو صدقة وبأخذه الشفيع بقيمته وحكي عن ابن أبي لبي لان الشفعة تثبت لازالة ضرر الشركة وهو موجود في الشركة كفيها كان ولان الضرر اللاحق بالتهب دون ضرر المشتري لأن اقدام المشتري على

قول النبي صلى الله عليه وسلم وقضاؤه بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعة أو حائط وهذا يدخل فيه البناء والأشجار (القسم الثاني) ما لا يثبت فيه الشفعة تبعا ولا مفردا. وهو الزرع والثمرة الظاهرة تباع مع الأرض فإنه لا يؤخذ بالشفعة مع الأصل وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يؤخذ ذلك بالشفعة مع أصوله لأنه متصل بما فيه الشفعة فيثبت فيه الشفعة تبعا كالبناء والغراس. ولنا أنه لا يدخل في البيع تبعا فلا يؤخذ بالشفعة كقماش الدار وعكسه البناء والغراس، وتحقيقه أن الشفعة بيع في الحقيقة لكن الشارع جعل له سلطان الإخذ بغير رضی المشتري فإن بيع الشجر وفيه ثمرة غير ظاهرة كالطلع غير المؤبد دخل في الشفعة لأنها تتبع في البيع فأثبتت الغراس في الأرض وأما ما يعم مفردا من الأرض فلا شفعة فيه سواء كان مما ينقل كالحيوان والثياب والسفن والحجارة والزرع والثمار أو لا ينقل كالبناء والغراس إذا بيع مفردا وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وروي عن الحسن والثوري والأوزاعي والعمري وقناة وريه وإسحاق لا شفعة في المنقولات واختلف عن مالك وعطاء فقالا مرة كذلك ومرة قالوا الشفعة في كل شيء حتى في الثوب، قال ابن أبي موسى وقد روي عن أبي عبد الله رواية أخرى أن الشفعة واجبة فيما لا ينقسم كالحجارة والسيف والحيوان وما في معنى ذلك، قال أبو الخطاب وعن أحمد رواية أخرى أن الشفعة تجب في البناء والغراس وإن بيع مفردا وهو قول مالك لعموم قوله عليه السلام

شراء الشقص وبذل ماله دليل حاجته إليه فإنه أوزاعه منه أعظم ضررا من أخذه ممن لم يوجد منه دليل الحاجة إليه ولنا أنه انتقل بغير عوض أشبه الميراث ولأن محل الوفاق هو البيع والخبر ورد فيه وليس غيره في معناه لأن الشفيع يأخذه من المشتري بمثل السبب الذي انتقل إليه به ولا يمكن هذا في غيره ولأن الشفيع يأخذ الشقص بثمنه لا بقيمته وفي غيره يأخذه بقيمته فانتزعا

﴿مسئلة﴾ (ولا تجب فيما عوضه غير المال كالصداق وعوض الخلع والصلح عن دم العمدة في أحد الوجهين)

المنتقل بعوض على ضربين أحدهما ما عوضه المال كالبيع ففيه الشفعة بغير خلاف وكذلك كل ما جرى مجراه كالصلح بمعنى البيع والصلح عن الجناية الموجبة للمال والهبة المشروطة فيها ثواب معلوم لأن ذلك بيع يثبت فيه أحكام البيع وهذا منها وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي إلا أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا لا يثبت الشفعة في الهبة المشروطة فيها ثواب حتى يتقاضا لأن الهبة لا تثبت إلا بالقبض فأشبهت البيع بشرط الخيار.

ولنا أنه تملكها بعوض هو مال فلم يفتقر إلى القبض في استحقاق الشفعة كالبيع ولا يصح ما قالوه من اعتبار لفظ الهبة لأن الموضع صرف اللفظ عن مقتضاه وجمله عبارة عن البيع خاصة عندم فإنه ينعقد بها التكاح الذي لا تصح الهبة فيه بالانفاق (الضرب الثاني) ما انتقل بعوض غير المال نحو أن

«الشفعة فيها لم يقسم» ولان الشفعة وضعت لدفع الضرر وحصول الضرر بالشركة فيما لا ينقسم ابلغ منه فيما ينقسم ولان ابن ابي مليكة روى أن النبي ﷺ قال «الشفعة في كل شيء»

ولنا أن قول النبي ﷺ «الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» لا يتناول الا ما ذكرناه وانما أراد ما لا ينقسم من الارض بدليل قوله «فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق» ولان هذا مما لا يتبقي على الدوام فلا تجب فيه الشفعة كصبرة الطعام، وحديث ابن ابي مليكة مرسل لم يرو في الكتب الموثوق بها، والحكم في الغراف (١) والدولاب والتاعورة كالحكم في البناء فأما ان بيعت الشجرة مع قرارها من الارض مفردة عما يتخللها من الارض فخسها حكم ما لا ينقسم من العقار ولان هذا مما لا ينقسم على ما سنذكره ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال لان القرار تابع لها فاذا لم تجب الشفعة فيها مفردة لم تجب فيه تبعها، وان بيعت حصة من علو دار مشترك نظرت فان كان السقف الذي تحته لصاحب السفلى فلا شفعة في العلو لانه بناء مفرد وان كان لصاحب العلو فكذلك لانه بناء منفرذ لكونه لا أرض له فهو كما لو لم يكن السقف له ويحتمل ثبوت الشفعة لان له قرارا فهو كالسفل

(١) بتشديد الراء

(فصل) (الشرط الثالث) أن يكون المبيع مما يمكن قسمته فأما ما لا يمكن قسمته من العقار كالحمام الصغير والرحى الصغيرة والمضادة والطريق الضيقة والمراص الضيقة فمن أحد فيها روايتان (أحدهما) لا شفعة فيه وبه قال يحيى بن سعيد وربيعه والشافعي (والثانية) فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة

يحمل الشقص مهوراً أو عوضاً في الخلع أو في الصلح عن دم العمد فلا شفعة فيه في ظاهر كلام الحارثي لانه لم يتعرض في جميع مسائله لغير البيع اختاره أبو بكر وبه قال الحسن والشعبي وأبو ثور وأصحاب الرأي حكاه عنهم ابن المنذر واختاره ، وقال ابن حامد تجب فيه الشفعة وبه قال ابن شبرمة والحارث العكلي ومالك وابن ابي ليلى والشافعي لانه عقار مملوك بمقد معاوضة أشبه البيع . ووجه الاول أنه مملوك بغير مال أشبه الموهوب والموروث ولانه يمتنع أخذه بمهر المثل لاتا لو أوجينا مهر المثل لقومنا البضع على الاجاب وأضررنا بالشفيع لان مهر المثل يتفاوت مع المسمى لتساع الناس فيه في العادة ويمتنع أخذه بالقيمة لانها ليست عوض الشقص فلا يجوز الاخذ بها كالموروث فيتعذر أخذه، وفارق البيع فانه أمكن الاخذ بعوضه ، فان قلنا يؤخذ بالشفعة فطلق الزوج قبل الدخول بعد عفو الشفيع رجع بنصف ما أصدقها لانه موجود في يدها بصفته وان طلق بعد أخذ الشفيع رجع بنصف قيمته لان ملكها زال عنه فهو كما اوباعته وان طلق قبل علم الشفيع ثم علم فيه وجهان (أحدهما) يقدم حق الشفيع لانه ثبت بالنكاح السابق على الطلاق فهو أسبق (والثاني) حق الزوج مقدم لانه ثبت بالنص والاجماع والشفعة ههنا لا نص فيها ولا اجماع . فاما ان عفا الشفيع ثم طلق الزوج فرجع في نصف الشقص لم يستحق الشفيع الاخذ منه لانه عاد الى المالك لزوال العقد فلم يستحق به الشفيع كالرد بالعيب وكذلك كل فسخ يرجع به الشقص الى العاقد كرده ببيع أو مقايلة أو اختلاف المتبايعين أورده لفبن (المغني والشرح الكبير) (٥٩) (الجزء الخامس)

والتوري وابن سريج وعن مالك كالروايتين، ووجه هذا عموم قوله عليه السلام «الشفعة فيما يقسم» وسائر الالفاظ العامة، ولان الشفعة ثبتت لازالة ضرر المشاركة والضرر في هذا النوع أكثر لانه يتأبد ضرره والاول ظاهر المذهب لما روي عن النبي ﷺ أنه قال «لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة» والمنقبة الطريق الضيق، رواه أبو الخطاب في رهوس المسائل وروي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال: لا شفعة في بئر ولا لخل ولان اثبات الشفعة في هذا بضر بالبائع لأنه لا يمكنه أن يتخلص من اثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة وقد يمنع المشتري لاجل اشفيح فيتضرر بالبائع وقد يمنع البيم فتسقط الشفعة فيؤدي لإثباتها الى نفيها ويمكن أن يقال إن الشفعة إنما تثبت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة لما يحتاج اليه من احداث المرافق الخاصة ولا يوجد هذا فيما لا ينقسم، وقولهم ان الضرر هنا أكثر لتأبده، قلنا الا أن الضرر في محل الوفاق من غير جنس هذا الضرر وهو ضرر الحاجة الى احداث المرافق الخاصة فلا يمكن التديبة وفي الشفعة هنا ضرر غير موجود في محل الوفاق وهو ما ذكرناه فتمذر الالحاق. فأما ما أمكن قسمته مما ذكرنا كالحمام الكبير الواسع البيوت بحيث اذا قسم لم يستضر بالقسمة وأمكن الاتفان به حماما فان الشفعة محب فيه، وكذلك البئر والدور والمضائد متى أمكن أن يحصل من ذلك شيآن كالبئر ينقسم بئرين يرتقي الماء منها وجبت الشفعة، وكذلك ان كان مع البئر بياض أرض بحيث يحصل البئر في احد النصبين وجبت الشفعة أيضا لانه يمكن القسمة وهكذا الرحي ان كان لها حصن يمكن قسمته بحيث يحصل الحجر في احد

وقد ذكرنا في الاقالة رواية أخرى أنها بيم فنثبت فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة، فعلى هذا لو لم يعلم الشفيح حتى تقابلا فله أن يأخذ من أيها شاء، وان عفا عن الشفعة في البيم ثم تقابلا فله الاخذ بها (فصل) فاذا جنى جنابتين عمداً وخطأً فصالحه منهما على شقص فالشفعة في نصف الشقص دون باقيه وبه قال أبو يوسف ومحمد وهذا على الرواية التي نقول فيها ان موجب العمد القصاص عينا وان قلنا موجب أحد شيئين وجبت الشفعة في الجميع، وقال أبو حنيفة لا شفعة في الجميع لان الاخذ بها تبعيض للصفقة على المشتري

ولنا أن انا قبل الخطأ عوض عن مال فوجبت فيه الشفعة كما لو انفرد ولان الصفقة جمعت ما يجب فيه وما لا يجب فوجبت فيها بجزء دون الآخر كما لو اشترى شقصاً وسيفاً، وبهذا الاصل يبطل ما ذكره قال شيخنا وقول أبي حنيفة أقيس لان في الشفعة تبعيض الشقص على المشتري وربما لا يبقى منه إلا مالا تقع فيه فأشبهه مالو أراد أخذ بعضه مع عفو صاحبه بخلاف مسألة الشقص والسيف واما إذا قلنا ان الواجب أحد شيئين فباختياره الصلح سقط القصاص وتميت الدية فكان الجميع عوضاً عن مال.

(مسئلة) (التاني أن يكون شقصاً مشاعاً من عقار فيقسم فاما المقسوم المحدود فلا شفعة مجاوره فيه)

القسمين أو كان فيها أربعة أحجار دائرة يمكن أن ينفر لكل واحد منها بحجرين وجبت الشفعة وإن لم يمكن إلا بأن يحصل لكل واحد منها ما لم يتمكن من إبقائها حتى لم تجب الشفعة. فأما الطريق فإن الدار إذا بيعت ولها طريق في شارع أو درب نافذ فلا شفعة في تلك الدار ولا في الطريق لأنه لا شركة لاحد في ذلك، وإن كان الطريق في درب غير نافذ ولا طريق للدار سوى تلك الطريق فلا شفعة أيضاً إلا أن ثبات ذلك بضر بالمشتري لأن الدار تبقى لا طريق لها، وإن كان للدار باب آخر يستطرق منه أو كان لها موضع بفتح منه باب لها إلى طريق نافذ نظرنا في الطريق المبيع مع الدار فإن كان ممرراً لا يمكن قسمته فلا شفعة فيه وإن كان يمكن قسمته وجبت الشفعة فيه لأنه أرض مشتركة تختمل القسمة فوجب في الشفعة كغير الطريق ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال لأن الضرر يلحق المشتري بتحويل الطريق إلى مكان آخر مع ما في الاخذ بالشفعة من تفويت صفقة المشتري وأخذ بعض المبيع من المقار دون بعض فلم يجز كما لو كان الشريك في الطريق شريكاً في الدار فأراد أخذ الطريق وحدها والقول في دهلج الجار وصحنه كالقول في الطريق المملوك، وإن كان نصيب المشتري من الطريق أكثر من حاجته فذكر القاضي أن الشفعة تجب في الزائد بكل حال لوجود المقتضي وعدم المانع والصحيح أنه لا شفعة فيه لأن في ثبوتها تبعض صفقة المشتري ولا يتخلو من الضرر

(فصل) (الشرط الرابع) أن يكون شقصاً منتقلاً بموض وأما المنتقل بغير عوض كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية والارث فلا شفعة فيه في قول عامة أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وحكي عن

وبه قال عمر وعثمان وعمر بن عبد العزيز وابن المسيب وسليمان بن يسار والزهري ويحيى الانصاري وأبو الزناد وربيعه ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو ثور وابن المنذر وقال ابن شبرمة والثوري وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي الشفعة بالشركة ثم بالشركة في الطريق ثم بالجوار، قال أبو حنيفة يقدم الشريك فإن لم يكن وكان الطريق مشتركاً كالدرج لا ينفذ تثبت الشفعة لجميع أهل الدرب الأقرب فالأقرب فإن لم يأخذوا تثبت للملاصق من درب آخر خاصة وقال العنبري وسوار تثبت بالشركة في الملك والشركة في الطريق واحتجوا بما روي أبو رافع قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الجار أحق بصقبة» رواه البخاري وأبو داود وروى الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «جار الدار أحق بالدار» رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح وروى الترمذي في حديث جابر «الجار أحق بشفعته بداره ينتظر به إذا كان غائباً إذا كان طريقها واحداً» وقال حديث حسن ولأنه إيصال بملك يدوم ويتأبد فثبتت الشفعة به كالشركة -

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «الشفعة فيما لم يقسم فاذا تمت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» رواه البخاري وروى ابن جريج عن الزهري عن سعيد بن المسيب أو عن أبي سلمة أو أو عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة فيها» رواه أبو داود ولأن الشفعة تثبت في موضع الوفاق على خلاف الأصل لمعنى معدوم في محل النزاع

مالك رواية أخرى في المتقل بهبة أو صدقة أن فيه الشفعة ويأخذه الشفيع بقيمة وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى لأن الشفعة ثبتت لازالة ضرر الشركة وهذا موجود في الشركة كيفما كان والضرر اللاحق بالتهيب دون ضرر المشتري لأن اقدم المشتري على شراء الشقص وبذله ماله فيه دليل حاجته اليه فانزاعه منه اعظم ضرراً من اخذه ممن لم يوجد منه دليل الحاجة اليه. وانا انه انتقل بغير عوض اشبه الميراث ولأن محل الوفاق هو البيع والخبر ورد فيه وليس غيره في معناه لأن الشفيع يأخذه من المشتري بمثل السبب الذي انتقل به اليه ولا يمكن هذا في غيره ولأن الشفيع يأخذ الشقص بثمنه لا بقيمته وفي غيره يأخذه بقيمته فافتراقاً. فاما المتقل بموض فينقسم قسمين (أحدهما) ماعوضه المال كالبيع فهذا فيه الشفعة بغير خلاف وهو في حديث جابر فان باع ولم يؤذنه فلو أحق به وكذلك كل عقد جرى مجرى البيع كالصلح بمعنى البيع والصلح عن الجنایات الموجبة للعالم والهبة المشروط فيها الثواب المعلوم لأن ذلك بيع ثبتت فيه أحكام البيع وهذا منها وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي الا أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا لا تثبت الشفعة في الهبة المشروط فيها ثواب حتى يتقابضاً لأن الهبة لا تثبت إلا بالقبض فأشبهت البيع بشرط الخيار

ولنا أنه يملكها بموض هو مال فلم يفتقر الى القبض في استحقاق الشفعة كالبيع ولا يصح ما قالوه من اعتبار لفظ الهبة لأن الموض صرف اللفظ عن مقتضاه وجمله عبارة عن البيع خاصة عندما فإنه

فلا تثبت فيه ، وبيان انتفاء المعنى هو أن الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به فعدوه الحاجة إلى مقاسمته أو يطلب الداخل المقاسمة فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق ، وهذا لا يوجد في المقسوم ، فأما حديث أبي رافع فليس بصريح في الشفعة فان الصقب القرب يقال بالسین والصاد قال الشاعر

* كوفيه نازح محلها لأأم دارها ولا صقب *

فيحتمل أنه أراد باحسان جاره وصلته وعبادته ونحو ذلك ، وخبرنا صحيح صريح فيقدم وبقيّة الأحاديث في أساسها مقال لحديث سمرة بروبه عن الحسن ولم يسمع منه إلا حديث العقبة قاله أصحاب الحديث قال ابن المنذر الثابت عن رسول الله ﷺ حديث جابر النبي رويناه وما عداه من الأحاديث فيها مقال، على أنه يحتمل أنه أراد بالجار الشريك فإنه جار أيضاً وتسمى الضرران جارتين لاشتراكهما في الزوج ، قال حمل بن مالك: كنت بين جارتين لي فضربت احدهما الأخرى بمسطح فقتلتها وجنيتها ، وهذا يمكن في تأويل حديث أبي رافع أيضاً . إذا ثبت هذا فلا فرق بين كون الطريق مفردة أو مشتركة ، قال أحمد في رواية ابن القاسم في رجل له أرض تشرب هي وأرض غيره من نهر واحد فلا شفعة له من أجل الشرب إذا وقت الحدود فلا شفعة . وقال في رواية أبي طالب وعبد الله ومثني فيمن لا يرى الشفعة بالجوار وقدم الى الحاكم فأنكر لم يحلف إنما هو اختيار وقد اختلف الناس فيه،

ينعقد بها التسكح الذي لا تصح الهبة فيه بالاتفاق (القسم الثاني) ما انتقل بعوض غير المال نحو أن يجعل الشقص مهراً أو عوضاً في الخلع أو في الصلح عن دم العمد فظاهر كلام الحرقى أنه لا شفعة فيه لأنه لم يتعرض في جميع مسائله لغير البيع وهذا قول أبي بكر وبه قال الحسن والشعبي وأبو ثور وأصحاب الرأي حكاه عنهم ابن المنذر واختاره، وقال ابن حامد يجب فيه الشفعة وبه قال ابن شبرمة والحارث العكلي ومالك وابن أبي ليلى والشافعي. ثم اختلف بم يأخذه فقال ابن شبرمة وابن أبي ليلى يأخذ الشقص بقيمة قال القاضي هو قياس قول ابن حامد لا تنال أو حينما يمر المثل لقومنا البضع على الجانب وأضررنا بالشفيع لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمى لتساع الناس فيه في المادة بخلاف البيع وقال الشريف أبو جعفر قال ابن حامد إن كان الشقص صداقاً أو عوضاً في خلع أو منعة في طلاق أخذه الشفيع بمهر المرأة وهو قول العكلي والشافعي لأنه ملك الشقص يبدل ليس له مثل فيجب الرجوع إلى قيمة البدل في الأخذ بالشفعة كما لو باعه بمرض، واحتجوا على أخذه بالشفعة بأنه عقار مملوك بمقد معاوضة فأشبهه البيع ولنا أنه مملوك بغير مال أشبه الموهوب والموروث ولأنه يمتنع أخذه بمهر المثل لما ذكره مالك وبالقيمة لأنها ليست عوض الشقص فلا يجوز الأخذ بها كالموروث فيتمرد أخذه، ولأنه ليس له عوض يمكن الأخذ به فأشبهه الموهوب والموروث، وفارق البيع فإنه يمكن الأخذ بعوضه فإن قلنا إنه يؤخذ بالشفعة وطلق الزوج قبل الدخول بعد نفو الشفيع رجح بنصف ما صدقها لأنه موجود في بدنها بصفته

قال القاضي إنما قال هذا لأن بين المنكر هنا على القطع والبت ومسائل الاجتهاد مظنونة فلا يقطع بطلان مذهب المخالف ويمكن أن يحمل كلام أحمد هنا على الورع لا على التحريم لأنه لم يحكم بطلان مذهب المخالف ويجوز للمشتري الامتناع به من تسليم المبيع فيما بينه وبين الله تعالى

(فصل) ولا تثبت الشفعة فيما لا يجب قسمته كالحمام الصغير والبر والطرقة الضيقة والرحى الصغيرة والضادة والمراس الضيقة في إحدى الروايتين عن أحمد وبه قال يحيى الانصاري وسعيد وريعة والشافعي. والثانية فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة والثوري وابن شريح، وعن مالك كالأروايتين لقوله صلى الله عليه وسلم «الشفعة فيما لم يقسم» وسائر النصوص العامة ولأن الشفعة تثبت لازالة الضرر المشاركة، والضرر في هذا النوع أكثر لأنه يتأبد ضرره والاول ظاهر المذهب لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة» والمنقبة الطريق الضيق، رواه أبو الخطاب في رموس المسائل وروي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال: لا شفعة في بر ولا خل، ولأن إثبات الشفعة في هذا يضر بالبائع لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة وقد يتمتع المشتري لاجل الشفيع فيتضرر البائع وقد يتمتع البيع فتسقط الشفعة فيؤدي إثباتها إلى نفيها ويمكن أن يقال إن الشفعة إنما تثبت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة لما يحتاج إليه من أحداث المرافق الخاصة ولا يوجد هذا فيما لا يقسم، قولهم إن الضرر هنا أكثر لنا بده قلنا إلا أن الضرر في محل الوفاق من

وان طلقها بعد أخذ الشفيع رجم بنصف قيمته لان ملكها زال عنه فهو كالمو باعته، وان طلق قبل علم الشفيع ثم علم ففيه وجهان (أحدهما) حق الشفيع مقدم لان حقه أسبق لانه يثبت بالبيع وحق الزوج بالطلاق (والثاني) حق الزوج أولى لانه ثبت بالنص والاجماع والشفعة ههنا لا نص فيها ولا اجماع فأما ان عفا الشفيع ثم طلق الزوج فرجم في نصف الشقص لم يستحق الشفيع الاخذ منه وكذلك ان جاء النسخ من قبل المرأة فرجم الشقص كله الى الزوج لم يستحق الشفيع أخذه لانه عاد الى المالك لزوال العقد فلم يستحق به الشفيع كالرد بالبيع وكذلك كل فسخ يرجع به الشقص الى العاقد كرده ببيع أو مقابلة أو اختلاف المتبايعين أو رده لغبن وقد ذكرنا في الاقواله رواية أخرى أنها بيع فثبت فيها الشفعة وهول قول أبي حنيفة، فعلى هذا لو لم يعلم الشفيع حتى تقابلا فله أن يأخذ من أيهما شاء وان عفا عن الشفعة في البيع ثم تقابلا فله الاخذ بها

(فصل) واذا جنى جنابيتين عمداً وخطأً فصالحه منها على شقص فالشفعة في نصف الشقص دون باقيه وبه قال أبو يوسف ومحمد وهذا على الرواية التي تقول فيها إن موجب العمد القصاص عينا وان قلنا موجب أحد شيئين وجبت الشفعة في الجميع وقال أبو حنيفة لا شفعة في الجميع لان في الاخذ بها تبيض الصفقة على المشتري

ولنا أن ما قابل الخطأ عوض عن مال فوجبت فيه الشفعة كما لو انفرد ولان الصفقة جمعت ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب فيه فوجبت فيما تجب فيه دون الآخر كما لو اشترى شقصاً وسيفاً وبهذا الاصل

غير جنس هذا الضرر وهو ضرر الحاجة إلى إحداث المرافق الخاصة فلا يمكن التعدية وفي الشفعة ههنا ضرر غير موجود في محل الوفاق وهو ما ذكرناه فتعذر الالحاق، فاما ما أمكن قسمته مما ذكرنا كالحمام الكبير الواسع بحيث اذا قسم لا يستنصر بالقسمة وأمكن الانتفاع به حاماً فان الشفعة تجب فيه وكذلك البئر والدور والعضائد متى أمكن أن يحصل من ذلك شيان كالبئر يقسم بئرين يرتقى الماء منها وجبت الشفعة أيضاً لانه يمكن القسمة وهكذا الرحى إن كان لها حصن يمكن قسمته بحيث يحصل الحجران في أحد القسمين أو كان فيها أربعة أحجار دائرة يمكن أن يفرد كل واحد منها بحجرين وجبت الشفعة وإن لم يكن إلا أن يحصل لكل واحد منها ما لا يتمكن به من ابقائها رحي لم تجب الشفعة، فاما الطريق فان الدار اذا بيعت ولها طريق في شارع أو درب نافذ فلا شفعة في الدار ولا الطريق لانه لا شركة لأحد في ذلك وإن كان الطريق في درب غير نافذ ولا طريق للدار سوى ذلك الطريق فلا شفعة أيضاً لان اثبات ذلك يضر بالمشتري لان الدار تبقى بلا طريق، وان كان للدرب باب آخر يستطرق منه أو كان لها موضع يفتح منه باب لها الى الطريق التنافذ نظرنا في الطريق المبيع مع الدار فان كان عمراً لا يمكن قسمته فلا شفعة فيه وان كان يمكن قسمته وجبت الشفعة فيه لانه أرض مشتركة تحتل القسمة فوجبت فيها الشفعة كغير الطريق ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال

يبتل ما ذكره، وقول أبي حنيفة أقيس لأن في الشفعة تبعيض الشقص على المشتري وربما لا يبقى منه الا ما لا نفع فيه فأشبه ما لو أراد أحد الشفيعين أخذ بعضه مع عفو صاحبه بخلاف مسألة الشقص والسيف، وأما اذا قلنا ان الواجب أحد شئئين فباختياره الصلح سقط القصاص وتمتت الدية فكان الجميع عوضاً عن المال

(فصل) ولا تثبت الشفعة في بيع الخيار قبل انقضائه سواء كان الخيار لها او لأحدهما وحده أيهما كان وقال أبو الخطاب يخرج أن تثبت الشفعة لأن الملك انتقل فنثبت الشفعة في مدة الخيار كما بعد انقضائه وقال أبو حنيفة ان كان الخيار للبائت أو لها لم تثبت الشفعة حتى ينقضي لأن في الاخذ بها اسقاط حق البائع من الفسخ والزام البيع في حقه بغير رضائه ولأن الشفيع إنما يأخذ من المشتري ولم ينتقل الملك اليه وان كان الخيار للمشتري فقد انتقل الملك اليه ولا حق لغيره فيه والشفيع يملك أخذه بعد لزوم البيع واستقرار الملك فلأن يملك ذلك قبل لزومه أولى وعامة ما يقدر نبوت الخيار له وذلك لا يمنع الاخذ بالشفعة كما لو وجد به عيباً وللشافعي قولان كالمذهبيين

ولنا أنه مبيع فيه الخيار فلم تثبت فيه الشفعة كما لو كان للبائع وذلك لأن الاخذ بالشفعة يلزم المشتري بالعقد بغير رضائه ويوجب العهدة عليه ويفوت حقه من الرجوع في عين الثمن فلم يجز كما لو كان الخيار للبائت فإنا إنما منعنا من الشفعة لما فيه من ابطال خيار البائع وتقويت حق الرجوع عليه في

لأن الضرر يلحق المشتري بتحويل الطريق الى مكان آخر مع ما في الاخذ بالشفعة من تقريق صفقته وأخذ بعض المبيع من المقار دون بعض فلم يجز كما لو كان المريخ في الطريق شريكا في الدار فأراد أخذ الطريق وحدها، والقول في دهليز الدار وصحنه كالقول في الطريق المملوك، وان كان نصيب المشتري من الطريق أكثر من حاجته فذكر القاضي ان الشفعة تجب في الزائد بكل حال لوجود المقضي وعدم المانع، والصحيح انه لا شفعة فيه لأن في ثبوتها تبعيض صفقة المشتري ولا يخلو من الضرر **مسئلة** (ولا تجب فيما ليس بمقار كالشجر والحيوان والبناء المفرد في احدى الروايتين الا أن

الغراس والبناء يؤخذ تبعاً للأرض ولا يؤخذ الزرع والثمرة تبعاً في احد الوجهين)

وجملة ذلك أن من شروط وجوب الشفعة أن يكون المبيع أرضاً لأنها التي تبقى على الدوام ويدوم ضررها وغيرها ينقسم قسمين

(أحدهما) تثبت فيه الشفعة تبعاً للأرض وهو البناء والغراس يباع مع الأرض فانه يؤخذ بالشفعة تبعاً بغير خلاف في المذهب ولا تعرف فيه بين من أثبت الشفعة خلافاً، وقد دل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم وقضاؤه بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربة أو حائط وهذا يدخل فيه البناء والأشجار (القسم الثاني) ما لا تثبت فيه الشفعة تبعاً ولا مفرداً وهو الزرع والثمرة الظاهرة ويباع مع الأرض فلا يؤخذ بالشفعة مع الاصل وهو قول الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك يؤخذ بالشفعة مع أصوله، وقد ذكر أصحابنا وجهاً مثل قولها لانه متصل بما فيه الشفعة فنثبت فيه الشفعة بما كالبناء والغراس

عين مالها وهما في نظر الشرع على السواء، وفارق الرد بالبيع فإنه إنما ثبت لاستدراك الظلامة وذلك يزول بأخذ الشفيع فإن باع الشفيع حصته في مدة الخيار طالما بيع الأول سقطت شفيعته وانتهت الشفعة فيما باعه للمشتري الأول في الصحيح من المذهب، وفي وجه آخر أنه ثبت للبائع بناء على الملك في مدة الخيار لمن هو منها وإن باعه قبل علمه بالبيع فكذلك وهو مذهب الشافعي لأن ملكه زال قبل ثبوت الشفعة، ويتوجه على تخرج أبي الخطاب أن لا تسقط شفيعته فيكون له على هذا أخذ الشقص من المشتري الأول وللمشتري الأول أن يأخذ الشقص الذي باعه الشفيع من مشتريه لأنه كان شريكاً للشفيع حين يبعه

(فصل) وبيع المريض كبيع الصحيح في الصحة وثبوت الشفعة وسائر الأحكام إذا باع بشمن المثل سواء كان لوارت أو غير وارث وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يصح بيع المريض مرض الموت لوارثه لأنه محجور عليه في حقه فلم يصح يبعه كالصبي

ولنا أنه إنما حجر عليه في التبرع في حقه فلم يمنع الصحة فيما سواه كالأجنبي إذا لم يزد على التبرع بالثلث وذلك لأن الحجر في شيء لا يمنع صحة غيره كما أن الحجر على المرتهن في الرهن لا يمنع التصرف في غيره والحجر على المفلس في ما له لا يمنع التصرف في ذمته، فاما يبعه بالحباة فلا يخلو أما أن يكون لوارت أو لغيره فإن كان لوارت بطلت الحباة لأنها في المرض بمنزلة الوصية والوصية لوارت لا تجوز ويبطل البيع في قدر الحباة من المبيع، وهل يصح فيما عداه؟ على ثلاثة أوجه (أحدها) لا يصح لأن المشتري بذل الثمن في كل المبيع

ولنا أنه لا يدخل في البيع تبعاً فلا يؤخذ بالشفعة كقماش الدار وعكسه البناء والنراس، بحقق ذلك إن الشفعة بيع في الحقيقة لكن الشارع جعل له سلطان الأخذ بغير رضى المشتري، فإن بيع الشجر وفيه ثمرة غير ظاهرة كالطلع غير المؤبر دخل في الشفعة لأنها تبع في البيع فأشبهت النراس في الأرض فإن بيع ذلك مفرداً فلا شفعة فيه سواء كان بمن ينقل كالحيوان والياب والسفن والحجارة والزرع والثمار أولاً ينقل كالبناء والنراس إذا بيع مفرداً وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وروى عن الحسن والثوري والأوزاعي والضرري وقتادة وربيعة وإسحاق لا شفعة في المنقولات، واختلف فيه عن عطاء ومالك فقالا مرة كذلك ومرة قالوا الشفعة في كل شيء حتى في الثوب، قال ابن أبي موسى وقد روي عن أبي عبد الله رواية أخرى إن الشفعة واجبة فيما لا ينقسم كالحجر والسيف والحيوان وما في معنى ذلك قال أبو الخطاب وعن أحمد إن الشفعة تجب في البناء والنراس وإن بيع مفرداً وهو قول مالك لعموم قوله عليه السلام «الشفعة فيما لم يقسم» ولأن الشفعة وجبت لدفع الضرر والضرر فيما لا ينقسم أبلغ منه فيما ينقسم وقد روى ابن أبي مليكة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «الشفعة في كل شيء» ولنا أن قول النبي صلى الله عليه وسلم «الشفعة فيما لم يقسم» فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» لا يتناول إلا ما ذكرناه وإنما أراد ما لا ينقسم من الأرض لقوله «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق»

فلم يصح في بيعة كما لو قال بتك هذا الثوب بشرة فقال قبلت البيع في نصفه أو قال قبلته بخمسة أو قال قبلت نصفه بخمسة، ولأنه لم يمكن تصحيح البيع على الوجه الذي تواجبا عليه فلم يصح كتفريق الصفقة الثاني أنه يبطل البيع في قدر الحاباة ويصح فيها يقابل الثمن المسمى وللمشتري الخيار بين الاخذ والفسخ لان الصفقة تفرقت عليه وللشفيع أخذ ما صح البيع فيه وإنما قلنا بالصحة لان البطلان إنما جاء من الحاباة فاخص بما يقابلها (الثالث) أنه يصح في الجميع ويقف على إجازة الورثة لان الوصية للوارث صحيحة في أصح الروايتين وتقف على إجازة الورثة فكذلك الحاباة له فان أجازوا الحاباة صح البيع في الجميع ولا خيار للمشتري ويملك الشفيع الاخذ به لانه يأخذ بالثمن وان ردوا بطل البيع في قدر الحاباة وصح فيما بقي ولا يملك الشفيع الاخذ قبل إجازة الورثة ورددتم لان حقهم متعلق بالمبيع فلم يملك إبطاله وله أخذ ما صح البيع فيه وان اختار المشتري الرد في هذه الصورة وفي التي قبلها واختار الشفيع الاخذ بالشفعة قدم الشفيع لانه لا ضرر على المشتري وجرى مجرى المبيع اذا رضيه الشفيع بعينه (القسم الثاني) اذا كان المشتري أجنبياً والشفيع أجنبياً فان لم تزد الحاباة على الثالث صح البيع وللشفيع الاخذ بهابذلك الثمن لان البيع حصل به فلا يمنع منها كون المبيع مسترخصاً وان زادت على الثالث فالحكم فيه حكم أصل الحاباة في حق الوارث وان كان الشفيع وارثاً ففيه وجهان (أحدهما) له الاخذ بالشفعة لان الحاباة وقعت لغیره فلم يمنع منها تمكن الوارث من أخذها كما لو وهب غريم وارثه مالا فأخذه الوارث (والثاني)

ولان هذا مما لا يتباقي ضرره على الدوام فلم تجب فيه الشفعة كصبرة الطعام وحديث ابن أبي مليكة مرسل ولم يرو في الكتب الموثوق بها والحكم في انفراد والدولاب والتاعورة كالحكم في البناء، فأما ان بيعت الشجرة مع قرارها من الارض مفردة عما يتخللها من الارض فخكها حكم ما لا ينقسم من العقار فيه من الخلاف ما ذكرناه لانه مما لا ينقسم ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال لان القرارات تابع لها فاذا لم تجب الشفعة فيها مفردة لم تجب في تبعها، وان بيعت حصة من علودار مشترك وكان السقف الذي تحته لصاحب السفلى فلا شفعة في العلوانه بناء مفرد وان كان لصاحب العلوف كذلك لانه بناء مفرد لكونه لأرض له فهو كما لو لم يكن السقف له ويحتمل ثبوت الشفعة فيه لان له قراراً أشبه السفلى

(فصل) (الشرط الثالث المطالبة بها على الفور ساعة يعلم نص عليه، وقال القاضي له طلبها في المجلس

وان طال فان أخر الطلب سقطت شفيعته)

ظاهر المذهب ان حق الشفعة على الفور ان طالب بها ساعة يعلم بالبيع والا بطلت نص عليه أحمد في رواية أبي طالب فقال الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم وهو قول ابن شبرمة والبتي والاوزاعي وابي حنيفة والعنبري والشافعي في جديد قوله وعن أحمد رواية ثانية ان الشفعة على التراخي لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى بعفو أو مطالبة بقسمة ونحوه وهو قول مالك وقول الشافعي الا أن ما كآ قال تقطع بمضي سنة وعنه بمضي مدة يعلم انه تارك لها لان هذا الخيار لا ضرر في تراخيه فلم يسقط بالتأخير كحق القصاص، وبيان عدم الضرر ان النفع للمشتري باستغلال المبيع فان أحدث فيه عمارة من بناء أو غراس

يصح البيع ولا تجب الشفعة وهو قول أصحاب أبي حنيفة لا تنا لو أنبتاها جعلنا للموروث سيلا الى الى اثبات حتى لو ارثه في المحاباة ويفارق الهبة لغريم الوارث لان استحقاق الوارث الاخذ بدينه لا من جهة الهبة وهذا استحقاقه بالبيع الحاصل من موزونه فافترقا، ولاصحاب الشافعي في هذا خمسة أوجه وجهان كهذين والثالث) أن البيع باطل من أصله لانضائه الى إيصال المحاباة الى الوارث وهذا فاسد لان الشفعة فرع للبيع ولا يبطل الاصل يبطلان فرع له، وعلى الوجه الاول ما حصلت للمورث المحاباة إنما حصلت لغريمه ووصلت اليه بمجة الاخذ من المشتري فأشبهه بهتغريم الوارث (الوجه الرابع) ان للشفيع أن يأخذ بقدر ما عدا المحاباة بقدره من الثمن بمنزلة هبة المقابل للمحاباة لان المحاباة بالنصف مثلا هبة للنصف وهذا لا يصح لانه لو كان بمنزلة هبة النصف ما كان للشفيع الاجنبي أخذ الكل لان الموهوب لا شفعة فيه (الخامس) ان البيع يبطل في قدر المحاباة وهذا فاسد لانها محاباة لأجنبي بما دون الثلث فلا تبطل كما لو لم يكن الشقص مشفوعا

(فصل) وملك الشفيع الشقص بأخذه بكل لفظ يدل على أخذه بأن يقول قد أخذته بالثمن أو تملكته بالثمن أو نحو ذلك اذا كان ثمن والشقص معلومين ولا يفتقر الى حكم حاكم وبهذا قال الشافعي وقال القاضي وأبو الخطاب يملكه بالمطابقة لان البيع السابق سبب فاذا انضمت اليه المطالبة كان كالابحباب في البيع انضم اليه القبول وقال أبو حنيفة يحصل بحكم الحاكم لانه نقل الملك عن

فله قيمته وحكي عن ابن أبي ليلى واثوري ان الخيار مقدر بثلاثة أيام وهو أحد أقوال الشافعي لان اثلاث حدها خيار الشرط فصاحت حدا لهذا الخيار

ولنا ماروى ابن السلمي عن أبيه عن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الشفعة كحل العقال » رواه ابن ماجه وفي لفظ « الشفعة كمنشطة العقال ان قيدت ثبتت وان تركت فاللوم على من تركها » وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « الشفعة لمن واثبها » رواه الفقهاء في كتبهم ولانه خيار لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الرد باليب لان اثباته على التراخي يضر المشتري لسكونه لا يستقر ملكه على المبيع ويمتنع من التصرف بمارة خشية أخذه منه ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته لان خسارتها في الغالب أكثر من قيمتها مع تمس قلبه وبدنه فيها، والتحديد بثلاثة أيام تحمك لادليل عليه، والاصل المقيس عليه ممنوع ثم هو باطل بخيار الرد باليب. اذا تقرر هذا فقال ابن حامد يتقدر الخيار بالمجلس وهو قول القاضي وبه قال ابو حنيفة فتمى طالب في مجلس العلم ثبتت الشفعة وان طال لان المجلس كله في حكم حالة العقد بدليل أن القبض فيه لما يشترط فيه القبض كالتبضع حالة العقد، وظاهر كلام أحمد انه لا يتقدر بالمجلس بل متى طالب عقيب علمه والا بطلت شفيعته وهو ظاهر كلام الحرقي وقول الشافعي في الجديد لما ذكرنا من الخبر والمعنى، وما ذكره يبطل بخيار الرد باليب، فعلى هذا متى أخر المطالبة عن وقت العلم انبرعذر بطلت شفيعته وان أخرها لعذر مثل أن أن لا يعلم أو يعلم ليلا فيؤخر الى الصبح أو لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب أو أخرها لطهارة أو اغتلاق

مالسكه الى غيره قهراً فافتقر الى حكم الحاكم كأخذ دينه

ولنا أنه حق ثبت بالنس والاجماع فلم يفتقر الى حاكم كالرد بالعيب وما ذكره ينتقض بهذا الاصل ويأخذ الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ولأنه مال يملكه قهراً فلا يملكه بالاخذ كالغنائم والمباحات وباللفظ اندال على الاخذ لانه بيع في الحقيقة سكن الشفيع يستقل به فانتقل باللفظ الدال عليه ، وقولهم يملك بالمطالبة بمجرد ما لا يصح لانه لو ملك بها لما سقطت الشفعة بالغو بعد المطالبة ولو يجب أنه اذا كان له شفيعان فطلبوا الشفعة ثم ترك أحدهما أن يكون للآخر أخذ قدر نصيبه ولا يملك أخذ نصيب صاحبه . اذا ثبت هذا فانه اذا قال قد أخذت الشقص بالثمن الذي تم عليه العقد وهو عالم بقدره وبالمبيع صح الاخذ وملك الشقص ولا خيار له ولا للمشتري لان الشقص يؤخذ قهراً والمقهور لا خيار له والآخذ قهراً لا خيار له أيضاً كاسترجع المبيع اعيب في ثمنه أو الثمن اعيب في المبيع وان كان الثمن مجهولاً أو الشقص لم يملكه بذلك لانه بيع في الحقيقة فيعتبر العلم بالعوضين كسائر البيوع وله المطالبة بالشفعة ثم يعرف مقدار الثمن من المشتري أو من غيره والمبيع فيأخذه بثمنه ويحتمل أن له الاخذ مع جهالة الشقص بناء على بيع الغائب

(فصل) واذا أراد الشفيع أخذ الشقص وكان في يد المشتري أخذه منه وان كان في يد البائنه أخذه منه وكان كأخذه من المشتري هذا قياس المذهب وهو قول أبي حنيفة لان العقد يلزم في بيع

باب أوليخرج من الحمام أوليؤذن ويقم ويأتي بالصلاة وستنها أوليشهدا في جماعة يخاف فوتها لم تبطل شفعتها لان العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها فلا يكون الاشتغال بها رضى بترك الشفعة الا أن يكون المشتري حاضر أعنده في هذه الاحوال فيمكنه مطالبته من غير اشتغاله عن اشغاله فان شفعتها تبطل بركة المطالبة لان هذا لا يشغله عنها ولا تشغله المطالبة عنه فامام غيبته فلا فان العادة تقديم هذه الاشياء فلم يلزمه تأخيرها كالأول يمكنه أن يسرع في مشيه ومحرك دابته فلم يفعل ومضى على حسب عادته لم تسقط شفعتها لانه طلب بحكم العادة ، واذا فرغ من حوائجه مضى على حسب عادته الى المشتري فاذا لقيه بدأه بالسلام لان ذلك السنة لان في الحديث « من بدأ بالسلام قبل السلام فلا تحيوه » ثم يطالب فان قال بعد السلام بارك الله لك في صفقة يمينك أو دعا له بالمغفرة ونحو ذلك لم تبطل شفعتها لان ذلك يتصل بالسلام فهو من جملة والدعاء له بالبركة في الصفقة دعاء لنفسه لان الشقص يرجع اليه فلا يكون ذلك رضا فان اشتغل بكلام آخر أو سكت غير حاجة بطلت شفعتها لما قدمنا

(مسئلة) (الا أن يعلم وهو غائب فيشهد على الطلب ثم ان اخر الطلب بعد الاشهاد مع امكانه أو ترك الاشهاد أو لم يشهد لكن سارفي طلبها فعلى وجهين)

متى علم الغائب بالمبيع وقدر على الاشهاد على المطالبة فلم يفعل بطلت شفعتها سواء قدر على التوكيل أو عجز عنه أو سار عقيب العلم أو أقام هذا ظاهر كلام أحمد في رواية أبي طاب وهو ظاهر قول الحرقي وهو وجه

العقار قبل قبضه ويدخل البيع في ملك المشتري وضمانه ويجوز له التصرف فيه بنفس المقدف نصار كما لو قبضه المشتري وقال القاضي ليس له أخذه من البائع ويجبر الحاكم المشتري على قبضه ثم يأخذه الشفيع منه وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن الشفيع يشتري الشقص من المشتري فلا يأخذه من غيره ، وبنا ذلك على أن البيع لا يتم إلا بالقبض فإذا فات القبض بطل المقدف سقطت الشفعة (فصل) إذا أقر البائع بالبيع وأنكر المشتري ففيه وجهان (أحدهما) للشفيع الاخذ بالشفعة وهو قول أبي حنيفة والمزني (والثاني) ليس له الاخذ بها ونصره الشريف أبو جعفر في مسائله وهو قول مالك وابن شريح لأن الشفعة فرع للبيع ولم يثبت فلا يثبت فرعه ولأن الشفيع إنما يأخذ الشقص من المشتري وإذا أنكر البيع لم يمكن الاخذ منه ووجه الاول أن البائع أقر بحق للشفيع وحق للمشتري فإذا سقط حق المشتري بانكاره ثبت حق الشفيع كما لو أقر بدار لرجلين فانكر أحدهما ولأنه أقر للشفيع أنه مستحق لاخذ هذه الدار والشفيع يدعي ذلك فيوجب قبوله كما لو أقر أنها ملكه فعلي هذا يقبض الشفيع من البائع ويسلم إليه الثمن ويكون درك الشفيع على البائع لأن القبض منه ولم يثبت الشراء في حق المشتري وليس للشفيع ولا للبائع محاكمة المشتري ليثبت البيع في حقه وتكون المهدة عليه لأن مقصود البائع الثمن وقد حصل من الشفيع ومقصود الشفيع أخذ الشقص وضمان المهدة وقد حصل من البائع فلا فائدة في المحاكمة، فان قيل أليس لو ادعى على رجل ديناً فقال آخر أنا ادفع اليك الدين الذي تدعيه ولا تخصمه لا يلزمه قبوله فهل لا قلم هنا كذلك ؟ قلنا في الدين عليه منة في قبوله من غير غيره وههنا

للشافعي والوجه الآخر لا يحتاج الى الاشهاد لانه اذا ثبت عذره فالظاهر انه ترك الشفعة لذلك فقبل قوله فيه ولنا انه قد يترك الطلب للعذر وقد يتركه لغيره وقد يسير لطلب الشفعة ويسير لغيره وقد قدر على أن يبين ذلك بالاشهاد فاذا لم يفعل سقطت شفته كتارك الطلب مع الحضور وقال القاضي ان سارع قبيل علمه الى البلد الذي فيه المشتري من غير اشهاد احتمل ان لا تبطل شفته لان ظاهر سيره انه للطلب وهو قول أصحاب الرأي والنعبري وقول للشافعي وقال أصحاب الرأي له من الاجل بعد العلم قدر السير فان مضى الاجل قبل أن يطلب أو يبعث بطلت شفته وقال النعبري له مسافة الطريق ذاهبا وجائيا لان عذره في ترك الطلب ظاهر فلم يحتج معه الى الشهادة وقد ذكرنا وجه القول الاول

(فصل) فان أقر الطلب بعد الاشهاد مع امكانه فظاهر كلام الحرقي ان الشفعة بحالها وقال القاضي تبطل اذا قدر على المسير وأخروه وان لم يقدر على المسير وقد روى التوكيل في طلبها فلم يفعل بطلت أيضا لانه تارك للطلب بها مع قدرته عليه فسقطت كالحاضر أو كما لو لم يشهد وهذا مذهب الشافعي، إلا أن لهم فيما اذا قدر على التوكيل فلم يفعل وجهين (أحدهما) لا تبطل شفته لان له غرضا في المطالبة بنفسه لكونه أقوم بذلك أو يخاف الضرر من جهة وكيله بان يقر عليه برشوة أو غير ذلك فيلزمه اقراره فكان معذورا ولنا أن عليه في السفر ضررا لا التزامه كلفته وقد يكون له حوائج وتجارة ينقطع عنها وتضيق به

بخلافه ولأن البائع يدعي أن الثمن الذي يدفعه الشفيع حق للمشتري عوضاً عن هذا المبيع فصار كالثائب عن المشتري في دفع الثمن والبائع كالثائب عنه في دفع الشقص بخلاف الدين فإن كان البائع مقراً بقبض الثمن من المشتري بقي الثمن الذي على الشفيع لا بدعيه أحد لأن البائع يقول هو للمشتري والمشتري يقول لا استحقه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أن يقال للمشتري إما أن تقبضه وإما أن تبرئ منه (والثاني) يأخذه الحاكم عنده (والثالث) يبقى في ذمة الشفيع وفي جميع ذلك متى ادعاه البائع أو المشتري دفع إليه لأنه لا أحدهما وإن تداعيا جميعاً فأقر المشتري بالبائع وأنكر البائع أنه لم يقبض منه شيئاً فهو للمشتري لأن البائع قد أقر له به ولأن البائع إذا أنكر القبض لم يكن مدعياً هذا الثمن لأن البائع لا يستحق على الشفيع ثمناً أما يستحقه على المشتري وقد أقر بالقبض منه وأما للمشتري فإنه يدعيه وقد أقر له باستحقاقه فوجب دفعه إليه

﴿مسئلة﴾ (قال ومن لم يطالب بالشفعة في وقت علمه بالبيع فلا شفعة له)

الصحيح في المذهب أن حق الشفعة على الفور إن طالب بها ساعة يعلم بالبيع والا بطلت نص عليه أحمد في رواية أبي طالب فقال الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم وهذا قول ابن شبرمة والبتي والاوزاعي وأبي حنيفة والعبدي والشافعي في أحد قوليّه وحكي عن أحمد رواية ثانية أن الشفعة على التراخي

والتوكيد أن كان مجمل لزمه غرم وإن كان بغير جمل ففيه منة ويخاف الضرر من جهته فاكفني بالأشهاد قما إن ترك السفر لم يجزه عنه أو لضرر بلحقه فيه لم تبطل شفيعته وجهاً واحداً لأنه معذور فهو كمن لم يعلم

(فصل) تجب الشفعة للغائب في قول الأكثرين منهم مالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وروي عن النخعي ليس للغائب شفعة وبه قال الحارث المكي والبتي اللغائب القريب لأن ابناً يضر بالمشتري وينع استقرار ملكه وتصرفه على حسب اختياره خوفاً من أخذه فلم يثبت كالأبنت للحاضر على التراخي ولنا عموم قوله عليه السلام «الشفعة فيما لم يقسم» وسائر الأحاديث ولأن الشفعة حق مالي وجدسيه بالنسبة إلى الغائب فيثبت له كالارث ولأنه شريك لم يعلم بالبيع فنثبت له الشفعة عند علمه بالحاضر إذا كتم عنه البيع والغائب غيبة قريبة وضرر المشتري يدفع بإيجاب الثمن له كما في الصور المذكورة. إذا ثبت هذا ولم يعلم بالبيع إلا عند قدمه فله المطالبة وإن طال غيبته لأنه خيار ثبت لازالة الضرر عن المال فتراخي الزمان قبل العلم به لا يسقطه كالأرد بالبيع ومتى علم في حكمه في المطالبة حكم الحاضر في أنه إن طالب على الفور استحقق والابطلت شفيعته، وحكم المريض والمجوس ومن لم يعلم بالبيع حكم الغائب لما ذكرنا

(مسئلة) (فإن ترك الطلب والأشهاد لم يجزه عنها كالمريض والمجوس ومن لا يجد من

يشهده لم تبطل شفيعته)

أما إذا كان مرضه لا يمنع المطالبة كالصداع اليسير والألم القليل فهو كالصحيح، وإن كان المرض

لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى من عفو أو مطالبة بقسمة ونحو ذلك وهذا قول مالك وقول الشافعي إلا أن مالكا قال تنقطع بغير سنة وعنه بغير مدة يعلم أنه تارك لها لأن هذا الخيار لا ضرر في تراخيه فلم يسقط بالتأخير كحق القصاص وبيان عدم الضرر أن النفع للمشتري باستغلال المبيع وإن أحدث فيه عمارة من غراس أو بناء فله قيمته وحكي عن ابن أبي ليلى والثوري أن الخيار مقدر بثلاثة أيام وهو قول الشافعي لأن الثلاث حد بها خيار الشرط فصلحت حدا لهذا الخيار والله أعلم

ولنا ما روى ابن السلمي عن أبيه عن عمر قال قال رسول الله (ص) «الشفعة كحل العقال - وفي لفظ أنه قال - الشفعة كمنشطة العقال إن قيدت ثبتت وإن ركت فاللوم على من ركبها» وروى عن النبي (ص) أنه قال «الشفعة لمن واثبها» رواه الفقهاء في كتبهم لأنه خيار لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الرد بالعيب ولأن إثباته على التراخي يضر المشتري لكونه لا يستقر ملكه على المبيع وبمنعه من التصرف بعمارة خشبية أخذه منه ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته لأن خسارتها في الغالب أكثر من قيمتها مع تعب قلبه وبدنه فيها والتحديد بثلاثة أيام تحمك لا دليل عليه، والاصل المقيس عليه ممنوع ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب، وإذا تقرر هذا فقال ابن حامد يتقدر الخيار بالمجلس وهو قول أبي حنيفة فتمى طالب في مجلس العلم ثبتت الشفعة وإن طال لأن المجلس كله في حكم حالة العقد بدليل أن القبض فيه لما يشترط فيه القبض كالتبضع حالة العقد. وظاهر كلام الحرقي أنه لا يتقدر بالمجلس بل متى بادر

بمنع المطالبة كالطمي وأشباها فهو كالتائب في الأشهاد والتوكيل، وأما المحبوس فإن كان حبس ظلماً أو بدين لا يمكنه أداءه فهو كالمرضى وإن كان محبوساً بحق يلزمه أداءه وهو قادر عليه فهو كالطلق إن لم يبادر إلى المطالبة ولم يوكل بطلته شفيعته

(فصل) فإن عجز عن الأشهاد في سفره لم تبطل شفيعته بغير خلاف لأنه معذور في تركه فأشبهه ما لو ترك الطلب لمذر أو لعدم العلم، ومتى قدر على الأشهاد فأخذه كان كتأخير الطلب بالشفعة إن كان لمذر لم تسقط الشفعة وإن كان لغير عذر سقطت لأن الأشهاد قائم مقام الطلب ونائب عنه فيعتبر له ما يعتبر للطلب، ومن لم يقدر إلا على أشهاد من لا تقبل شهادته كالمرأة والفاسق فترك الأشهاد لم تسقط شفيعته بتركه لأن قولهم غير مقبول فلم تلزم شهادتهم كالأطفال والمجانين، وإن لم يجد من يشهده إلا من لا يقدم معه إلى موضع المطالبة فلم يشهد فالأولى أن شفيعته لا تبطل لأن أشهاده لا يفيد فأشبهه أشهاد من لا تقبل شهادته، وإن لم يجد إلا مستوري الحال فلم يشهدا احتمل أن تبطل لأن شهادتهما يمكن اثباتها بالزكية فأشبهها المدلين، ويحتمل أن لا تبطل لأنه يحتاج في إثبات شهادتهما إلى كلفة كثيرة وقد لا يقدر على ذلك فلا تقبل شهادتهما فإن أشهدا لم تبطل شفيعته سواء قبلت شهادتهما أو لم تقبل لأنه لا يمكنه أكثر من ذلك فأشبهه العاجز عن الأشهاد وكذلك إن لم يقدر إلا على أشهاد واحد فأشبهه أو ترك أشهاده

فطالب عقيب علمه وإلا بطلت شفעתه، وهذا ظاهر كلام أحمد وقول للشافعي لما ذكرنا من الخبر والمعنى. وما ذكره يبطل بخيار الرد بالعيب، فعلى هذا متى أخرج المطالبة عن وقت العلم لغير عذر بطلت شفעתه، وإن أخرجها لعذر مثل أن يعلم ليلاً فيؤخره إلى الصبح أو لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب، أو لطهارة أو اغلاق باب أو ليخرج من الحمام أو ليؤذن ويقيم ويأتي بالصلاة وسنتها أو ليشهدها في جماعة بخلاف فواتها لم تبطل شفעתه لأن العادة تقدم هذه الحوائج على غيرها فلا يكون الاشتغال بها رضى بترك الشفعة إلا أن يكون المشتري حاضراً عنده في هذه الأحوال فيمكنه أن يطالبه من غير اشتغاله عن أشغاله فإن شفעתه تبطل بترك المطالبة لأن هذا لا يشغله عنها ولا تشغله المطالبة عنه، فأما مع غيبته فلا لأن العادة تقدم هذه الحوائج فلم يلزمه تأخيرها كما لو أمكنه أن يسرع في مشيه أو يحرك دابته فلم يفعل ومضى على حسب عادته لم تسقط شفעתه لأنه طلب بحكم العادة. وإذا فرغ من حوائجه مضى على حسب عادته إلى المشتري فإذا لقيه بدأ بالسلام لأن ذلك السنة وقد جاء في حديث «من بدأ بالكلام قبل السلام فلا ينجيويه» ثم يعالج وإن قال بعد السلام برك الله في صفقة يمينك أو دعا له بالمغفرة ونحو ذلك لم تبطل شفעתه لأن ذلك يتصل بالسلام فيكون من جملة والدعاء له بالبركة في الصفقة دعاء لنفسه لأن الشقص يرجع إليه فلا يكون ذلك رضى. وإن اشتغل بكلام آخر أو سكت لغير حاجة بطلت شفעתه لما قدمه (فصل) فإن أجبره بالبيع مخبر فصدقه ولم يطالب بالشفعة بطلت شفעתه سواء كان المخبر ممن يقبل

(مسئلة) (أو لاظهارهم زيادة في الثمن أو نقصاً في المبيع أو ان المشتري غيره أو أخبره من لا

يقبل خبره فلم يصدقه أو قال للمشتري بعني ما اشتريت أو صالحني سقطت شفעתه)

إذا أظهر المشتري أن الثمن أكثر مما وقع عليه العقد فترك الشفيع الشفعة لم تبطل بذلك وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ومالك إلا أنه قال بعد أن يحلف ما سلمت الشفعة إلا لمكان الثمن الكثير وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له لأنه سلم ورضي

ولنا أنه تركها للعذر فإنه لا يرضاه بالثمن الكثير ويرضاه بالقليل وقد يعجز عن الكثير فلم تسقط بذلك كما لو تركها لعدم العلم وكذلك إن ظهر أن المبيع سهام قليلة فبان كثيرة لأنه قد يرغب في الكثير دون القليل وكذلك إن كان بالعكس لأنه قد يقدر على ثمن القليل دون الكثير أو أنهما تباعا بدنانير فبان بدراهم أو بالعكس وبه قال الشافعي وزفر، وقال أبو حنيفة وصاحبه إن كان قيمتهما سواء سقطت الشفعة لانهما كالجنس الواحد

ولنا أنهما جنسان أشبه الثياب والحيوان ولأنه قد يملك النقد الذي وقع به البيع دون ما أظهره فيتركه لعدم ملكه وكذلك إن أظهر أنه اشتراه بنقد فبان أنه اشتراه بعرض أو بالعكس أو بنوع من العروض فبان أنه بشيء أو أظهر أنه اشتراه له فبان أنه اشتراه لغيره أو بالعكس أو أنه اشتراه لإنسان فبان أنه اشتراه لغيره لأنه قد يرضى بشركة لإنسان دون غيره وقد يجاهي إنساناً أو يخافه

خبره أو لا يقبل لان العلم قد يحصل بخبر من لا يقبل خبره لقرائن دالة على صدقه . وان قال لم أصدقه وكان الخبر ممن يحكم بشهادته كرجلين عدلين بطلت شفעתه لان قولها حجة تثبت بها الحقوق . وان كان ممن لا يعمل بقوله كالفاسق والصبي لم تبطل شفעתه . وحكي عن أبي يوسف أنها تسقط لانه خبر يعمل به في الشرع في الاذن في دخول الدار وشبهه فسقطت به الشفعة كخبر العدل ولنا أنه خبر لا يقبل في الشرع فأشبهه قول الطفل والمجنون وان أخبره رجل عدل أو مستور الحال سقطت شفעתه ويحتمل أن لا تسقط ويروى هذا عن أبي حنيفة وزفر لان الواحد لا تقوم به البينة .

ولنا أنه خبر لا تعتبر فيه الشهادة فقبل من العدل كالرواية والفتيا وسائر الاخبار الدينية . وفارق الشهادة فانه يختاط لها باللفظ والمجلس وحضور المدعى عليه وانكاره ولان الشهادة يعارضها إنكار المنكر وتوجب الحق عليه بخلاف هذا الخبر والمرأة في ذلك كالرجل والمبد كالحر وقال القاضي هما كالفاسق والصبي وهذا مذهب الشافعي لان قولها لا يثبت به حق

ولنا أن هذا خبر وليس بشهادة فاستوى فيه الرجل والمرأة والمبد والحر كالرواية والاخبار الدينية والمبد من أهل الشهادة فيما عدا الحدود والقصاص وهذا مما عداها فأشبهه الحر (فصل) اذا أظهر المشتري أن الثمن أكثر مما وقع العقد به فترك الشفيع الشفعة لم تسقط الشفعة بذلك

فيترك لذلك ، وكذلك ان أظهر أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى نصفه بنصفه أو أنه اشترى نصفه بثمن فبان أنه اشترى جميعه بضعفه أو أنه اشترى الشقص وحده فبان أنه اشتراه هو وغيره أو بالعكس لم تسقط الشفعة في جميع ذلك لانه قد يكون له غرض فيما أبطنه دون ما أظهره فيتترك لذلك فلم تسقط شفעתه كما لو أظهر أنه اشترى بثمن فبان أقل منه . فأما ان أظهر أنه اشترى بثمن فبان أنه اشتراه بأكثر أو أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى به بضعه فسقطت شفעתه لان الضرر فيما أبطنه أكثر فاذا لم يرض بالثمن القليل مع قلة ضرره فبالكثير أولى

(فصل) فان أخبره بالبيع بخبر فصدقه ولم يطالب بالشفعة بطلت شفעתه سواء كان الخبر ممن يقبل خبره أو لا لان العلم قد يحصل بخبر من لا يقبل خبره لقرائن دالة على صدقه وان قال لم أصدقه وكان الخبر ممن يحكم بشهادته كرجلين عدلين بطلت شفעתه لان قولهم حجة تثبت بها الحقوق ، وان كان ممن لا يعمل بقوله كالفاسق والصبي لم تبطل وحكي عن أبي يوسف أنها تسقط لانه خبر يعمل به في الشرع في الاذن في دخول الدار وشبهه فسقطت كخبر العدل

ولنا أنه خبر لا يقبل في الشرع أشبهه قول الطفل والمجنون ، وان أخبره رجل عدل أو مستور الحال سقطت شفעתه ، ويحتمل ان لا تسقط يروى هذا عن أبي حنيفة وزفر لان الواحد لا تقوم به البينة .

وهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ومالك إلا أنه قال بعد أن يخاف ما سلمت الشفعة إلا لمكان الثمن الكثير وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له لأنه سلم ورضي

ولنا أنه تركها للمذرفانه لا يرضاه بالثمن الكثير ويرضاه بالقليل وقد لا يكون معه الكثير فلم تسقط بذلك كما لو تركها لعدم العلم، وكذلك ان أظهر أن المبيع سهام قليلة فبانت كثيرة أو أظهر أنها تبايعا بدنانير فإن أنها دراهم أو بدراهم فبانت دنانير وبهذا قال الشافعي وزفر وقال أبو حنيفة وصاحباها ان كانت يمتها سواء سقطت الشفعة لأنها كالجنس الواحد

ولنا أنها جنسان فاشبهها الثياب والحيوان ولأنه قد تملك بالنقد الذي وقع به البيع دون ما أظهره فيتركه لعدم ملكه، وكذلك أن أظهر أنه اشتراه بنقد فإن أنه اشتراه بمرض أو بعرض فإن أنه بنقد أو بنوع من العرض فإن أنه بغيره أو اشتراه مشر فإن أنه اشتراه لغيره أو أظهر أنه اشتراه لغيره فإن أنه اشتراه له أو أنه اشتراه لإنسان فإن أنه اشتراه لغيره لأنه قد يرضى شركة لإنسان دون غيره وقد يحايي إنسانا أو يخافه فيترك لذلك، وكذلك ان أظهر أنه اشترى الكل بثمان فإن أنه اشترى نصفه بنصفه أو أنه اشترى نصفه بثمان فإن أنه اشترى النقص وحده فإن انه اشتراه أو غيره أو أنه اشتراه هو وغيره فإن أنه اشتراه وحده لم تسقط الشفعة في جميع ذلك لأنه قد يكون له غرض فيما أبطنه دون ما أظهره فيترك لذلك فلم تسقط شفيعته كما لو أظهر أنه اشتراه بثمان فإن أقل منه، فلما ان أظهر أنه اشتراه بثمان فإن أنه اشتراه بأكثر أو أنه اشترى الكل بثمان فإن أنه اشترى به بعضه سقطت

ولنا أنه خبر لا تعتبر فيه الشهادة فقبل من العدل كالرواية والفتيا وسائر الاخبار الدينية، وفارق الشهادة فانه يحنط لها باللفظ والحجس وحضور المدعى عليه وإنكاره، ولان الشهادة يمارضها إنكار المنكر ونوجب الحق عليه بخلاف هذا الخبر، والمرأة كالرجل في ذلك والمبد كالحر وقال القاضي هما كالفاسق والصبي وهذا مذهب الشافعي لان قولها لا يثبت به حق

ولنا ان هذا خبر وليس بشهادة فاستوى فيه الرجل والمرأة والعبد والحر كالرواية والاخبار الدينية والعبد من أهل الشهادة فيما عدا الحدود والقصاص وهذا مما عداها فأشبهه الحر

(مسئله) (وان قال الشفيع للمشتري بني ما اشتريت أو قاسمني بطلت شفيعته)

لانه بدل على رضاه بشرائه وتركه الشفعة وان قال صالحني على مال سقطت أيضا وهو قول أبي الخطاب وقال القاضي لا تسقط لانه لم يرض بأسقاطها وإنما رضي بالماوضة ولم تثبت الماوضة فبقيت الشفعة ولنا أنه رضي بتركها وطلب عوضها فثبت الترك المرضي به ولم يثبت العوض كما لو قال بني فلم يبيعه ولان ترك المطالبة بها كاف في سقوطها فمع طلب عوضها أولى ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين فان صالحه عنها بموض لم يصح وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك يصح لانه عوض عن إزالة ملك فجاز كإخذ العوض عن تملك المرأة أمرها

شفعته لان الضرر فيها أبطنه أكثر فاذا لم يرض به بالنسب القليل مع قلة ضرره فالشكثير أولى (فصل) وان لقيه الشفيع في غير بلده فلم يطالبه وقال إنما تركت المطالبة لأطالبه في البلد الذي فيه البيع أو المبيع أو لاخذ الشقص في موضع الشفعة سقطت شفعته لان ذلك ليس بمنذر في ترك المطالبة فانها لا تقف على تسليم الشقص ولا على حضور البلد الذي هو فيه، وان قال نسيت فلم اذكر المطالبة أو نسيت البيع سقطت شفعته لانها خيار على الفور فاذا أخره نسياناً بطل كارد بالعيب وكما لو أمكنت المعتقة زوجها من وطئها نسياناً ويحتمل أن لا تسقط المطالبة لانه تركها لمنذر فأشبهه ما لو تركها لعدم علمه بها وان تركها جهلاً باستحقاقها بطلت كارد بالعيب

(فصل) واذا قال الشفيع المشتري بعني ما اشتريت أو فاسمى بطلت شفعته لانه يدل على رضا بشرائه وتركه للشفعة وان قال صالحني على مال سقطت أيضاً وقال القاضي لا تسقط لانه لم يرض باسقاطها وإنما رضي بالمعاوضة عنها ولم تثبت المعاوضة فبقيت الشفعة

ولنا أنه رضي بتركها وطلب عوضاً فثبت الترتك المرضي به ولم يثبت العوض كما لو قال بعني فلم يبهه ولان ترك المطالبة بها كاف في سقوطها. فم طلب عوضاً أولى ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين فان صالحه عنها بموض لم يصح وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك يصح لانه عوض عن إزالة ملك فجاز أخذ العوض عنه كتمليك امرأة أمرها

ولنا أنه خيار لا يسقط الى مال فلم يجز أخذ العوض عنه كخيار الشرط وبه يبطل ما قاله وأما الخلع فهو معاوضة عما ملسك بموض وههنا بخلافه

(فصل) وان لقيه الشفيع في غير بلده فلم يطالبه وقال إنما تركت المطالبة لأطالبه في البلد الذي فيه البيع أو المبيع أو لاخذ الشقص في موضع الشفعة سقطت شفعته لان ذلك ليس بمنذر في ترك المطالبة فانها لا تقف على تسليم الشقص ولا حضور البلد الذي هو فيه، وان قال نسيت فلم اذكر المطالبة أو نسيت البيع سقطت شفعته لانه خيار على الفور فاذا أخره نسياناً بطل كارد بالعيب وكما لو أمكنت المعتقة زوجها من وطئها نسياناً ويحتمل ان لا تسقط المطالبة لانه تركها لمنذر فأشبهه ما لو تركها لعدم علمه بها وإن تركها جهلاً لاستحقاقها اذا كان مثله يجهل ذلك بطلت كارد بالعيب ويحتمل ان لا تبطل كما اذا ادعت المعتقة الجهل بملك الفسخ

(مسئلة) (وان دل في البيع لم تبطل شفعته) لان ذلك لا يدل على الرضى باسقاطها بل لعله أراد البيع لياًخذ بالشفعة

(مسئلة) (وان توكل الشفيع في البيع لم تسقط شفعته بذلك سواء توكل للبائع أو للمشتري)

ذكره الشريف وأبو الخطاب وهو ظاهر مذهب الشافعي، وقال القاضي وبعض الشافعية إن كان وكيل البائع فلا شفعة له لانه تلحقه التهمة في البيع لكونه يقصد تقليل الثمن لياًخذ به بخلاف المشتري وقال

ولنا أنه خيار لا يسقط الى مال فلم يجز أخذ العوض عنه كخيار الشرط ويبطل ما قاله بخيار الشرط وأما الخلع فهو معاوضة عما ما ملكه بموض وهنا بخلافه

(فصل) وان قال آخذ نصف الشقص سقطت شفته وبهذا قال محمد بن الحسن وبعض أصحاب الشافعي وقال أبو يوسف لا تسقط لان طلبه بمضا طلب بجميعها لكونها لا تبعض ولا يجوز أخذ بعضها ولنا انه تارك لطلب بعضها فيسقط ويسقط باقيها لانها لا تبعض ولا يصح ما ذكره. فان طلب بعضها ايس بطلب الجميع لا يثبت حتى يثبت السبب في جميعه كالنكاح، وبخلاف السقوط فان الجميع يسقط بوجود السبب في بعضه كالطلاق والعتاق

(فصل) وان أخذ الشقص بمن منصوب فيه وجهان (أحدهما) لا تسقط شفته لانه بالعقد استحق الشقص مثل ثمنه في الذمة فاذا عينه فيما لا يملكه سقط التعيين وبقي الاستحقاق في الذمة فأشبهه ما لو أخرج الثمن أو كما لو اشترى شيئاً آخر ونقد فيه ثمناً منصوباً (والثاني) تسقط شفته لان أخذه للشقص بما لا يصح أخذه به ترك له واعراض عنه فتسقط الشفعة كما لو ترك الطلب بها

(فصل) ومن وجبت له الشفعة فباع نصيبه عالماً بذلك سقطت شفته لانه لم يبق له ملك يستحق به ولان الشفعة ثبتت له لازالة الضرر الحاصل بالشركة عنه وقد زال ذلك ببيعه، وإن باع بعضه ففيه وجهان (أحدهما) تسقط أيضاً لانها استحققت بجميعه فاذا باع بعضه سقط ما تعلق بذلك من استحقاق

أصحاب الرأي لاشفعة لو كبل المشتري بناء على أصلهم ان الملك ينتقل الى الوكيل فلا يستحق على نفسه ولنا انه لو كبل فلا تسقط شفته كالاجر ولا نسلم ان الملك ينتقل الى الوكيل بل ينتقل الى الموكل ثم لو انتقل الى الوكيل لما ثبت في ملكه انما ينتقل في الحال الى الموكل فلا يكون الاخذ من نفسه ولا الاستحقاق عليها وأما التهمة فلا تؤثر لان الموكل وكله مع علمه بثبوت شفته راضياً بصرفه فلم يؤثر كماله وكله في الشراء من نفسه، فعلى هذا لو قال لشريكه بم نصف نصيبك مع نصف نصيبك ففعل ثبتت الشفعة لكل واحد منهما في المبيع من نصيب صاحبه وعند القاضي ثبت في نصيب الوكيل دون نصيب الموكل

(مسئلة) (وان جعل له الخيار فاختر ارضاء المبيع فهو على شفته)

اذا شرط للشفيع الخيار فاختر ارضاء المقدم أو ضمن المهدة المشتري فالشفعة بحالها وبه قال الشافعي وقال أصحاب الرأي تسقط لان المقدم به فأشبهه البائت إذا باع بعض نصيب نفسه

ولنا ان هذا سبب سبق وجوب الشفعة فلم تسقط به الشفعة كالاذن في البيع والقفو عن الشفعة قبل تمام البيع وما ذكره لا يصح فان البيع لا يقف على الضمان ويبطل بما اذا كان المشتري شريكاً فان البيع تم به وثبتت له الشفعة بقدر نصيبه

(مسئلة) (وان أسقط شفته قبل البيع لم تسقط ويحتدل أن تسقط)

اذا عفا الشفيع عن الشفعة قبل البيع فقال قد أذنت في البيع أو أسقطت شفعتي أو ما أشبه ذلك

الشفعة فيسقط باقيها لانها لا تبعض فيسقط جميعها بسقوط بعضها كالكح والرق وكما لو عني عن بعضها (والثاني) لا تسقط لانه قد بقي من نصيبه ما يستحق به الشفعة في جميع المبيع لو انفرد فكذلك اذا بقي وللمشترى الاول الشفعة على المشتري الثاني في المسئلة الاولى وفي الثانية اذا قلنا تسقط شفعة البائع الاول لانه شريك في المبيع وان قلنا لا تسقط شفعة البائع فله أخذ الشقص من المشتري الاول، وهل للمشترى الاول شفعة على المشتري الثاني؟ فيه وجهان (أحدهما) له الشفعة لانه شريك فان الملك ثابت له يملك ان تصرف فيه بجميع التصرفات ويستحق مائة وفوائده واستحقاق الشفعة به من فوائده (والثاني) لا شفعة له لان ملكه يوجد بها فلا تؤخذ الشفعة به ولان ملكه متزلزل ضعيف فلا يستحق الشفعة به لضعفه والاول أقيس فان استحقاق أخذه منه لا يمنع أن يستحق به الشفعة كالصداق قبل الدخول والشقص الموهوب للولد. فعلى هذا للمشترى الاول الشفعة على المشتري الثاني سواء أخذ منه المبيع بالشفعة أو لم يؤخذ، وللبائع الثاني اذا باع بمض الشقص الاخذ من المشتري الاول في أحد الوجهين، فأما ان باع الشفيع ملكه قبل علمه بالمبيع الاول فقال القاضي تسقط شفخته أيضا لما ذكرناه. ولانه زال السبب الذي يستحق به الشفعة وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه فصار كمن اشترى مبيعاً فلم يعلم عيه حتى زال أو حتى باعه فعلى هذا حكمه حكم ما لو باع مع علمه سواء فيها اذ باع جميعه أو بعضه، وقال أبو الخطاب لا تسقط شفخته

لم تسقط وله المطالبة بها في ظاهر المذهب وبه قال مالك والشافعي والبيه وأصحاب الرأي، وعن أحمد ما يدل على ان الشفعة تسقط بذلك فان إسماعيل بن سعيد قال قلت لاحمد ما معني قول النبي صلى الله عليه وسلم « من كان بينه وبين أخيه ربة فأراد بيعها فليعرضها عليه » وقد جاء في بعض الحديث « لا يحل له الا أن يعرضها عليه اذا كانت الشفعة ثابتة » فقال ما هو يعيد من أن يكون على ذلك وأن لا تكون له شفعة وهذا قول الحكم والثوري وأبي خزيمة وطائفة من أهل الحديث، قال ابن المنذر وقد اختلف فيه عن أحمد فقال مرة تبطل شفخته وقال مرة لا تبطل، واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم « من كان له شركة في أرض ربة أو حائط فلا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك » ومحال أن يقول النبي صلى الله عليه وسلم « وان شاء ترك » فلا يكون تركه معنى ولان مفهوم قوله « فان باع ولم يؤذنه فهو أحق به » انه اذا باعه باذنه لاحق له ولان الشفعة ثبتت في موضع الاتفاق على خلاف الاصل لكونه يأخذ ملك المشتري بغير رضاه ويجبره على المعاوضة به لدخوله مع البائع في العقد الذي أساء فيه بادخاله الضرر على شريكه وتركه الاحسان اليه في عوضه عليه وهذا المعنى معدوم هنا فانه قد عرض له عليه، وامتناعه من أخذه دليل على عدم الضرر في حقه يبيعه فان كان فيه ضرر فهو أدخله على نفسه فلا يستحق الشفعة كما لو أخرج المطالبة بمدايبع . ووجه الاول انه اسقاط حق قبيل وجوبه فلم يصح كالأبراه مما يجب له أو لو أسقطت المرأة صداقها قبل التزويج، وأما الخبر فيحتمل انه أراد المرض عليه لبيتاع ذلك ان أراد فتحق عليه المؤنة

لأنها ثبتت له ولم يوجد منه رضى بتركها ولا ما يدل على اسقاطها والاصل بقاؤها فتبقى، وفارق ما اذا علم فان ييمه دليل على رضاه بتركها، فعلى هذا للبائع الثاني أخذ الشقص من المشتري الاول فان عني عنه فالمشتري الاول أخذ الشقص من المشتري الثاني وان أخذ منه فهل للمشتري الاول الاخذ من الثاني؟ على وجهين

﴿مسئلة﴾ قال (ومن كان غائبا وعلم بالبيع في وقت قدومه فله الشفعة وان طالت غيبته)

وجملة ذلك أن الغائب له شفعة في قول أكثر أهل العلم روى ذلك عن شرح والحسن وعطاء وبه قال مالك والليث والثوري والاوزاعي والشافعي والعبدي وأصحاب الرأي، وروى عن النخعي ليس للغائب شفعة وبه قال الحارث المكي والبي الا للغائب القريب لان اثبات الشفعة له يضر بالمشتري ويمنع من استقرار ملكه وتصرفه على حسب اختياره خوفا من أخذه فلم يثبت ذلك كشيئونه للحاضر على التراخي . ولنا عموم قوله عليه السلام «الشفعة فيما لم يقسم» وسائر الاحاديث ولان الشفعة حق مالي وجد سببه بالنسبة الى الغائب فيثبت له كالارث . ولانه شريك لم يعلم بالبيع فنثبت له الشفعة عند علمه كالحاضر اذا كتم عنه البيع والغائب غيبة قريبة وضررالمشتري يندفع بايجاب القيمة له كما في الصور المذكورة . اذا ثبت هذا فانه اذا لم يعلم بالبيع الا وقت قدومه فله المطالبة وان طالت غيبته لان هذا الخيار يثبت لازالة الضرر عن المال فتراخي الزمان قبل العلم به لا يسقطه كالرد بالعيب

ويكتفي أخذ المشتري الشقص لاسقاط حقه من شفخته

﴿مسئلة﴾ (وان ترك الولي شفعة للصبي فيها حظ له لم تسقط وله الاخذ بها اذا كبر وان تركها لعدم

الحظ فيها سقطت ذكره ابن حامد وقال القاضي يحتمل أن لا تسقط)

إذا بيع في شركة الصغير شقص ثبتت له الشفعة في قول عامة الفقهاء منهم الحسن وعطاء ومالك والاوزاعي والشافعي وسوار والعبدي واصحاب الرأي وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له وروى ذلك عن النخعي والحارث المكي لان الصبي لا يمكنه الاخذ ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ لما فيه من الاضرار بالمشتري ، وليس للولي الاخذ لان من لا يملك العفو لا يملك الاخذ كالاخي

ولنا عموم الاحاديث ولانه خيار جعل لازالة الضرر عن المال فنثبت في حق الصبي كخيار الرد

بالعيب، قولهم لا يمكن الاخذ ممنوع فان الولي يأخذها كما يرد بالعيب، قولهم لا يمكنه العفو يبطل بالوكيل فيها وبالرد بالعيب فان ولي الصبي لا يمكنه العفو ويمكنه الرد ولان في الاخذ تحصيل الملك للصبي ونظراً له وفي العفو تضييع وتقريط في حقه ولا يلزم من ذلك ما فيه الحظ ملك ما فيه تضييع ولان العفو إسقاط لحقه والاخذ استيفاء له ولا يلزم من ملك الولي استيفاء حق المولى عليه ملك اسقاطه بدليل سائر حقوقه وديونه، فان لم يأخذ الولي انتظار بلوغ الصبي كما ينتظر قدوم الغائب، وبه يبطل ما ذكره من الضرر في الانتظار. اذا ثبت هذا فان الصغير اذا كبر فله الاخذ بها في ظاهر قول الحرقي سواء عفا

ومتى علم فحكمة في المطالبة حكم الحاضر في أنه ان طالب على الفور استحقق والا بطلت شفעתه وحكم المريض والمحجوس وسائر من لم يعلم البيع لعذر حكم الغائب لما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ قال (وان علم وهو في السفر فلم يشهد على مطالبته فلا شفعة له)

ظاهر هذا أنه متى علم الغائب بالبيع وقدر على الاشهاد وعلى المطالبة فلم يفعل أن شفעתه تسقط سواء قدر على التوكيل أو عجز عنه أو سار عقيب العلم أو أقام وهو ظاهر كلام أحمد في رواية أبي طالب في الغائب له الشفعة اذا بلغه أشهدوا لإفليس له شيء وهو وجه للشافعي والوجه الآخر لا يحتاج الى الاشهاد لانه اذا ثبت عذره فالظاهر أنه ترك الشفعة لذلك فقبل قوله فيه

ولنا أنه قد يترك الطلب للمعذر وقد يترك لغيره وقد يسير لطلب الشفعة وقد يسير لغيره وقد قدر أن يبين ذلك بالاشهاد فاذا لم يفعل سقطت شفעתه كترك الطلب مع حضوره، وقال القاضي ان سار عقيب علمه الى البلد الذي فيه المشتري من غير اشهاد احتدل أن لا تبطل شفעתه لان ظاهر سيره أنه للطلب وهو قول أصحاب الرأي والنعنري وقول للشافعي، وقال أصحاب الرأي له من الاجل بعد العلم قدر السير فان مضى الاجل قبل أن يبعث أو يطلب بطلت شفעתه وقال النعنري له مسافة الطريق ذاهباً وجائياً لان عذره في ترك الطلب ظاهر فلم يحتج معه الى الشهادة، وقد ذكرنا وجه قول الحرقي ولا خلاف في أنه إذا عجز عن الاشهاد في سفره أن شفעתه لا تسقط لانه معذور في تركه فأشبهه ما لو ترك الطلب

عنها الولي أو لم يغب وسواء كان الحظ في الاخذ بها أو في تركها وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور وهذا قول الاوزاعي وزفر ومحمد بن الحسن وحكاه بعض أصحاب الشافعي عنه لان المستحق للشفعة يملك الاخذ بها سواء كان له الحظ فيها أو لم يمكن فلم تسقط بترك غيره كالغائب اذا ترك وكيله الاخذ بها، وقال ابن حامد ان تركها المولى لحظ الصبي أو لانه ليس للصبي ما يأخذها به سقطت وهو ظاهر مذهب الشافعي لان الولي فعل ماله فعله فلم يجز للصبي نقضه كالرد بالبيع ولانه فعل ما للصبي فيه حظ فصح كالاخذ مع الحظ، وان تركها لغير ذلك لم تسقط، وقال أبو حنيفة تسقط بمفوا الولي عنها في الحالين لان من ملك الاخذ بها ملك العفو عنها كالمالك، وخالفه صاحباه في هذا لانه اسقط حقاً للمولى عليه ولا حظ له في اسقاطه فلم يصح كالابراء وخيار الرد بالبيع، ولا يصح قياس الولي على المالك لان للمالك التبرع والابراء وما لا حظ له فيه بخلاف الولي

(فصل) فاما الولي فان كان للصبي حظ في الاخذ بها مثل أن يكون الثمراء رخيصاً أو بضمن المثل وللصبي ما يشتري به المقارنزم وليه الاخذ بالشفعة لان عليه الاحتياط له والاخذ بما فيه الحظ فاذا أخذ بها ثبت الملك للصبي ولم يملك نقضه بعد البلوغ في قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وقال الاوزاعي ليس للولي الاخذ بها لانه لا يملك العفو عنها ولا يملك الاخذ بها كالأجنبي وإنما يأخذ بها الصبي اذا كبر، وهذا لا يصح لانه خيار جعل لازالة الضرر عن المال فملكه الولي كالرد بالبيع

لعذره أو لعدم العلم ومتى قدر على الأَشهاد فأخره كان كتأخير الطلب للشفعة ان كان لعذر لم تسقط الشفعة وان كان لعذر سقطت لان الأَشهاد قائم مقام الطلب ونائب عنه فيعتبر له ما يعتبر للطلب، ومن لم يقدر الا على اَشهاد من لا تقبل شهادته كالصبي والمرأة والفاسق فترك الأَشهاد لم تسقط شفته بتركه لان قولهم غير معتبر فلم يلزم اَشهادهم كالأطفال والمجانين، وان لم يجد من يشهده الا من لا يقدم معه الى موضع المطالبة فلم يشهد فالاولى أن شففته لا تبطل لان اَشهاده لا يفيد فأشبهه اَشهاد من لا تقبل شهادته فان لم يجد الا مستوري الحال فلم يشهدا احتمل أن تبطل شففته لان شهادتهما يمكن اثباتها بالتركية فأشبهها المدلين ويحتمل أن لا تبطل لانه يحتاج في اثبات شهادتهما الى كلفة كثيرة وقد لا يقدر على ذلك فلا تقبل شهادتهما وان اَشهدهما لم تبطل شففته سواء قبلت شهادتهما أو لم تقبل لانه لم يمكنه أكثر من ذلك فأشبهه العاجز عن الأَشهاد وكذلك ان لم يقدر الا على اَشهاد واحد فأشبهه أو ترك اَشهاده (فصل) اذا اَشهد على المطالبة ثم آخر القدوم مع امكانه فظاهر كلام الخرقى أن الشفعة محالها وقال القاضي تبطل شففته وان لم يقدر على المسير وقدر على التوكيل في طلبها فلم يفعل بطلت أيضاً لانه تارك للطلب بها مع قدرته عليه فسقطت كالحاضر أو كما لو لم يشهد وهذا مذهب الشافعي إلا أن لهم فيما إذا قدر على التوكيل فلم يفعل وجهين (احدهما) لا تسقط شففته لان له غرضاً بأن يطالب لنفسه لكونه أقوم بذلك أو يخاف الضرر من جهة وكيله بأن يقر عليه برشوة أو غير ذلك فيلزمه اقراره فكان معذوراً

وقد ذكرنا فساد قياسه فيما مضى، فان تركها الولي مع الحظ للصبي فللصبي الاخذ بها اذا كبر ولا يلزم الولي غرم لذلك لانه لم يفوت شيئاً من ماله وإنما ترك تحصيل ماله الحظ فيه فأشبهه ما لو ترك شراء العقار له مع الحظ في شرائه وان كان الحظ في تركها مثل أن يكون المشتري قد غبن أو كان في الاخذ بها يحتاج الى أن يستقرض ويرهن مال الصبي فليس له الاخذ لانه لا يملك فعل ما لا حظ للصبي فيه، فان أخذ لم يصح في احدي الروايتين ويكون باقياً على ملك المشتري لانه اشترى له ما لا يملك شراءه فلم يصح كما لو اشترى بزيادة كثيرة على ثمن المثل أو اشترى مميماً يعلم عيبه، ولا يملك الولي المبيع لان الشفعة تؤخذ بحق الشركة ولا شركة للولي ولذلك لو أراد الاخذ لنفسه لم يصح فأشبهه ما لو تزوج لغيره بغير إذنه فانه يقع باطلاً ولا يصح لواحد منهما كذا ههنا وهذا مذهب الشافعي (والثانية) يصح الاخذ للصبي لانه اشترى له ما يندفع عنه الضرر به فصح كما لو اشترى مميماً لا يعلم عيبه والحظ يختلف ويخفى فقد يكون له حظ في الاخذ باكثر من ثمن المثل لزيادة قيمة ملكه والشقص الذي يشتره بزوال الشركة أو لان الضرر الذي يندفع باخذه كثير فلا يمكن اعتبار الحظ بنفسه لحفائه ولا بكثرة الثمن لما ذكرناه فسقط اعتباره وصح البيع

(فصل) وإذا باع وصي الايتام فباع لاحد ثم نصيباً في شركة الآخر فله الاخذ للآخر بالشفعة لانه

ولنا أن عليه في السفر ضرراً لا إزامه كلفته وقد يكون له حوائج وتجارة ينقطع عنها وتضيع نيفته والتوكيل ان كان يحمل لزمه غرم وان كان بغير حمل لزمته مئة ويخاف الضرر من جهته فاكتفى بالاشهاد. فأما ان ترك السفر لعجزه عنه أو لضرر يلحقه فيه لم تبطل شفيعته وجهاً واحداً لانه معذور فأشبهه من لم يعلم وان لم يقدر على الاشهاد وأمكته السفر أو التوكيل فلم يفعل بطلت شفيعته لانه تارك للطلب بها مع امكانه من غير وجود ما يقوم مقام الطلب فسقطت كما لو كان حاضراً

(فصل) ومن كان مريضاً مرضاً لا يمنع المطالبة كالصداع اليسير والام القليل فهو كالصحيح وان كان مرضاً يمنع المطالبة كالحمى وأشباهاها فهو كالثابت في الاشهاد والتوكيل وأما المحبوس فان كان محبوساً ظاهراً أو بدين لا يمكنه أداءه فهو كالمرضي فان كان محبوساً بحق يلزمه أداءه وهو قادر عليه فهو كالمتعلق ان لم يبادر الى المطالبة ولم يوكل فيها بطلت شفيعته لانه تركها مع القدرة عليها

﴿مسئلة﴾ قال (فان لم يعلم حتى تباع ذلك ثلاثة أو أكثر كان له أن يطالب بالشفعة من شاء منهم فان طالب الاول رجع الثاني باليمن الذي أخذ منه والثالث على الثاني)

وجلة ذلك أن المشتري اذا تصرف في المبيع قبل أخذ الشفيع أو قبل علمه فتصرفه صحيح لانه ملكه وصح فبضه له ولم يبق الا أن الشفيع ملك أن يملكه عليه وذلك لا يمنع من تصرفه كما لو

كالشراء له، وان كان الوصي شريكاً لمن باع عليه فليس له الاخذ للثمة في البيع ولانه بمنزلة من يشتري لنفسه من مال يتيمة، ولو باع الوصي نصيبه كان له الاخذ لليتم بالشفعة مع الحظ لليتم لان الثمة منتفية فانه لا يقدر على الزيادة في ثمنه لكون المشتري لا يوافق ولان الثمن حاصل له من المشتري كحصوله من اليتم بخلاف بيعه مال اليتم فانه يمكنه تقليل الثمن ليأخذ الشقص به، فان رفع الامر الى الحاكم فباع عليه فللوصي الاخذ حينئذ لعدم الثمة، فان كان مكان الوصي أب فباع شقص ولده فله الاخذ بالشفعة لان له أن يشتري من نفسه مال ولده لعدم الثمة، وان بيع شقص في شركة حمل لم يكن لوليه الاخذ له بالشفعة لانه لا يمكن تملكه بغير الوصية فاذا ولد الحمل ثم كبر فله الاخذ بالشفعة كالصبي اذا كبر

(فصل) واذا عفا ولي الصبي عن شفيعته التي له فيها حظ ثم أراد الاخذ بها فله ذلك في قياس المذهب لانها لم تسقط باسقاطه ولذلك ملك الصبي الاخذ بها اذا كبر ولو سقطت لم يملك الاخذ بها، ويحتمل أن لا يملك الاخذ بها لان ذلك يؤدي الى ثبوت حق الشفيع على الراخي وذلك على خلاف الخبر والمعنى ويخالف أخذ الصبي بها اذا كبر لان الحق يتجدد له عند كبره فلا يملك تأخيرها حينئذ وكذلك أخذ الثابت بها اذا قدم، فاما ان تركها لعدم الحظ فيها ثم أراد الاخذ بها، الامر بحاله لم يملك ذلك كما لم يملك ابتداءه، وان صار فيها حظ أو كان معسراً عند البيع فأيسر بعد ذلك انبنى ذلك على سقوطها بذلك فان قلنا لا تسقط وللصبي الاخذ بها اذا كبر فخبرها حكم ما فيه الحظ وان قلنا تسقط فليس له الاخذ بها بحال لانها قد سقطت مطلقاً فهو كالعفا الكبير عن شفيعته

كان أحد العوضين في البيع مبيعاً لم يمنع التصرف في الآخر والموهوب له يجوز له التصرف في الهبة وان كان الواهب ممن له الرجوع فيه، فنتى تصرف فيه تصرفاً صحيحاً تجب به الشفعة مثل أن باعه فالشفيع بالخيار ان شاء فسخ البيع الثاني وأخذه بالبيع الاول بشئنه لان الشفعة وجبت له قبل تصرف المشتري وان شاء أمضى تصرفه وأخذ بالشفعة من المشتري الثاني لانه شفيع في العقدين فكان له الاخذ بما شاء منهما، وان تباع ذلك ثلاثة فله أن يأخذ المبيع بالبيع الاول وينسخ العقدان الأخران وله أن يأخذه بالثاني وينسخ الثالث وحده وله أن يأخذه بالثالث ولا ينسخ شيء من العقود، فإذا أخذه من الثالث دفع اليه الثمن الذي اشترى به ولم يرجع على أحد لانه وصل اليه الثمن الذي اشترى به وان أخذ من الثاني الثمن دفع اليه الذي اشترى به ورجع الثالث عليه بما أعطاه لانه قد انسخ عقده وأخذ الشقص منه فيرجع بثمنه على الثاني لانه أخذه منه ، وان أخذ بالبيع الاول دفع الى المشتري الاول الثمن الذي اشترى به وانسخ عقد العقد الآخرين ورجع الثالث على الثاني بما أعطاه ورجع الثاني على الاول بما أعطاه ، فإذا كان الاول اشتراه بعشرة ثم اشتراه الثاني بعشرين ثم اشتراه الثالث بثلاثين فأخذه بالبيع الاول دفع الى الاول عشرة وأخذ الثاني من الاول عشرين وأخذ الثالث من الثاني ثلاثين لان الشقص انما يؤخذ من الثالث اكونه في يده وقد انسخ عقده فيرجع بثمنه الذي ورثه ولا نعلم في هذا خلافاً وبه يقول مالك والشافعي والعمري وأصحاب الرأي، وما كان في معنى

(فصل) والحكم في المنحون المطبق كالحكم في الصبي سواء لانه محجور عليه لحظه وكذلك السفية قاما للمغني عليه فحكمه حكم الغائب لانه لا ولاية عليه وكذلك المحبوس ، فعلى هذا تنتظر افاقته وأما المفلس فله الاخذ بالشفعة والعفو عنها وليس لغرمائه الاخذ بها لانها ماضية فلا يجبر عليها كسائر الماوضات وليس لهم اجباره على العفو لانه اسقاط حق فلا يجبر، وسواء كان له حظ في الاخذ بها أولم يكن لانه يأخذ في ذمته وليس بمحجور عليه في ذمته لكن لهم منعه من دفع ماله في ثمنها لتعلق حقوقهم بماله فأشبهه ماله واشترى في ذمته شقراً غير هذا، ومتى ملك الشقص المأخوذ بالشفعة تعلقت حقوق الغرماء به سواء أخذه برضاهم أو بغيره لانه مال له فأشبهه ماله واكتسبه. وأما المسكاتب فله الاخذ والترك وليس لسبيده الاعراض عليه لان التصرف يقع له دون سيده ، وكذلك المأذون له في التجارة من العبيد له الاخذ بالشفعة لانه مأذون له في الشراء وان عفا عنها لم ينفذ عفو لان الملك للسيد ولم يأذن في ابطال حقوقه، فان أسقطها السيد سقطت ولم يكن للمبدأ أن يأخذ لان السيد الحجر عليه ولان الحق قد أسقطه مستحقه فسقط باسقاطه

(فصل) (الشرط الرابع) أن يأخذ جميع المبيع فان طلب أخذ البعض سقطت شفيعته وبه قال محمد بن الحسن وبعض أصحاب الشافعي وقال أبو يوسف لا تسقط لان طلبه لبعضها طلب لجميعها لكونه لا يتبعض ولا يجوز أخذ بعضها

البيع مما يجب به الشفعة فهو كالبيع فيما ذكرنا ، وان كان مما لا يجب به الشفعة فهو كالهبة والوقف على ما سنذكره ان شاء الله تعالى

(فصل) وان تصرف المشتري في الشقص بما لا يجب به الشفعة كالوقف والهبة والرهن وجعله مسجداً فقال أبو بكر الشافعي فسخ ذلك التصرف وبأخذه بالثمن الذي وقع البيع به وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي لان الشفيع ملك فسخ البيع الثاني والثالث مع امكان الاخذ بهما فبان يملك فسخ عقد لا يمكنه الاخذ به أولى، ولان حق الشفيع أسبق وجنبته أقوى فلم يملك المشتري أن يتصرف تصرفاً يبطل حقه، ولا يتمتع أن يبطل الوقف لاجل حق الغير كما لو وقف المريض أملاكه وعليه دين فانه اذا مات رد الوقف الى الورثة فيها زاد على ثلثه بل لهم إبطال العتق فالوقف أولى ، وقال القاضي المنصوص عن أحمد في رواية علي بن سعيد وبكر بن محمد اسقاط الشفعة فيما اذا تصرف بالوقف والهبة ، وحكي ذلك عن الماسرجسي في الوقف لان الشفعة إنما تثبت في المملوك وقد خرج هذا عن كونه مملوكاً ، وقال ابن أبي موسى من اشترى داراً فجعلها مسجداً فقد استهلكها ولا شفعة فيها ولان في الشفعة هنا إضراراً بالموهوب له والموقوف عليه لان ملكه يزول عنه بغير عوض ولا يزال الضرر بالضرر بخلاف البيع فانه اذا فسخ البيع الثاني رجح المشتري الثاني بالثمن الذي أخذ منه فلا يلحقه ضرر، ولان ثبوت الشفعة هنا يوجب رد العوض الى غير المالك وسلبه عن المالك فاذا

ولنا انه تارك لطلب بعضها فنسقط ويسقط باقيها لانها لا تتبع، ولا يصح ما ذكره فان طلب بعضها ليس بطلب جميعها ومالا يتبع لا يثبت حتى يثبت السبب في جميعه كالنكاح بخلاف السقوط فان الجميع ينسقط بوجود السبب في بعضه كالطلاق

(فصل) فان أخذ الشقص بثمن منصوب فيه وجهان (أحدهما) لا تسقط شفته لانه بال عقد استحق الشقص بمثل ثمنه في الذمة فاذا عينه فيما لا يملكه سقط الثمن وبقي الاستحقاق في الذمة أشبه مالواخر الثمن او مالواشترى شيئاً آخر ونقد فيه ثمناً منصوباً (والثاني) يسقط لان أخذه للشقص بما لا يصح أخذه به ترك له واعراض عنه فنسقط الشفعة كما لو ترك الطلب بها

(مسئلة) (وان كانا شفيعين فالشفعة بينهما على قدر ملكهما وعنه على عدد الرءوس)

ظاهر المذهب ان الشقص المشفوع اذا اخذه الشفعا قسم بينهم على قدر املاكهم اختاره ابو بكر وروي ذلك عن الحسن وابن سيرين وعطاء وبه قال مالك وسوار والنبري واسحاق وابو عبيد وهو احد قولي الشافعي، وعن أحمد رواية ثانية انه يقسم بينهم على عدد الرءوس اختارها ابن عقيل وروي ذلك عن التنخي والشعي وهو قول ابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري وأصحاب الرأي لان كل واحد منهم لو انفرد لا يستحق الجميع فاذا اجتمعوا تساوا كالبنين في الميراث وكالمعتق في سرابة النوق

ولنا انه حق يستفاد بسبب الملك فكان على قدر الاملاك كالفلة ودليلهم ينتقض بالابن والاب ار

(المغني والشرح الكبير) جمل الشقص المشفوع صداقا أو عوضاً في خلع أو صلح دم عمد ٤٩١

قلنا بسقوط الشفعة فلا كلام وإن قلنا بنبوها فإن الشفيع يأخذ الشقص من هو في يده ويفسده عقده ويدفع الثمن إلى المشتري وحكي عن مالك أنه يكون للموهوب له لأنه يأخذ ملكه ولنا أن الشفيع يبطل الهبة وبأخذ الشقص بحكم العقد الأول ولو لم يكن وهب كان الثمن له كذلك بعد الهبة المفسوخة

(فصل) فإن جمعه صداقا أو عوضاً في خلع أو صلح عن دم عمد ابنه ذلك على الوجين في الأخذ بالشفعة، فإن قابل البائع المشتري أو رده عليه بيب فلا شفيع فسخ الاقالة والرد والاخذ بالشفعة لان حقه سابق عليها ولا يمكنه الأخذ معها، وإن تحالفا على الثمن وفسخا البيع فلا شفيع أن يأخذ الشقص بما حلف عليه البائع لان البائع مقر بالبيع بالثمن الذي حلف عليه ومقر للشفيع باستحقاق الشفعة بذلك فإذا بطل حق المشتري بانكاره لم يبطل حق الشفيع بذلك وله أن يبطل فسخها ويأخذ لان حقه أسبق

(فصل) وإن اشترى شقصاً بعمد ثم وجد بائع الشقص بالبعد عياً فله رد العبد واسترجاع الشقص ويقدم على حق الشفيع لان في تقديم حق الشفيع اضراراً بالبائع باسقاط حقه من الفسخ الذي استحقه والشفعة لا تثبت لازالة الضرر فلا تثبت على وجه يحصل بها الضرر فان الضرر لا يزال بالضرر

الجد وبائقرسان والرجالة في النسيمة وباصحاب الديون والوصايا اذا نقص ماله عن دين احدهم أو الثلث عن وصية أحدهم، وأما الاعناق فلنا فيه منع وإن سلم فلأنه أنلاف والاتلاف يستوي فيه القليل والكثير كأنه جاسة تلقى في مائع، وأما النون فانهم تساووا في السبب وهو البتة فتساووا في الارث بما انفظيره في مسئلتنا تساوي الشفعا في سهامهم، فإذا كانت دار بين ثلاثة لاحد نصف وللآخر الثلث وللآخر السدس فباع أحدهم فعلى هذا ينظر مخرج سهام الشركاء كلهم فيأخذ منهم سهام الشفعا فإذا علمت عدتها قسمت السهم المشفوع عليها ويصير العقار بين الشفعا على تلك العدة كما يفعل في مسائل الرد في هذه المسألة مخرج سهام الشركاء ستة فإذا باع صاحب النصف فسهم الشفعا ثلاثة لصاحب الثلث سهمان وللآخر سهم فالشفعة بينهم على ثلاثة ويصير العقار بينهم أثلاثاً لصاحب اثنتي عشرة وللآخر ثلثه وإن باع صاحب الثلث كانت بين الآخرين أربعة لصاحب النصف ثلاثة وأربعها وللآخر ربعها وإن باع صاحب السدس كانت بين الآخرين أخماساً لصاحب النصف ثلاثة وأخماسه وللآخر خمسه هذا على ظاهر المذهب، وعلى الرواية الثانية ينقسم الشقص المشفوع بين الآخرين نصفين فإذا باع صاحب النصف قسم النصف بين الآخرين لكل واحد الربع فيصير لصاحب الثلث ثلث وربع وللآخر ربع وسدس وإن باع صاحب الثلث صار لصاحب النصف اثنتان وللآخر الثلث وإن باع صاحب السدس فلصاحب النصف ثلث وربع ولصاحب الثلث ربع وسدس

وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجوهين يقدم حق الشفيع لان حقه أسبق فوجب تقديمه كما لو وجد المشتري بالشفيع عيباً فرده

ولنا أن في الشفعة لإبطال حق البائع وحقه أسبق لانه استند الى وجود المعيب وهو موجود حال البيع والشفعة ثبتت بالبيع فكان حق البائع سابقاً وفي الشفعة ابطاله فلم تثبت ، ويفارق ما إذا كان الشفيع معيباً فان حق المشتري إنما هو في استرجاع الثمن وقد حصل له من الشفيع فلا فائدة في الرد ، وفي مستلثنا حق البائع في استرجاع الشفيع ولا يحصل ذلك مع الاخذ بالشفعة فافترقا ، فان لم يرد البائع العيب حتى أخذ الشفيع كان له رد العيب ولم يملك استرجاع المبيع لان الشفيع ملكه بالاخذ فلم يملك البائع لإبطال ملكه كما لو باعه المشتري لاجنبي فان الشفعة يبيع في الحقيقة ولكن برجم بقيمة الشفيع لانه بمنزلة التالف ، والمشتري قد أخذ من الشفيع قيمة العبد فهل يتراجمان؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يتراجمان لان الشفيع أخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد وهو قيمة العبد صحيحاً لا عيب فيه بدليل ان البائع اذا علم بالمعيب ملك رده ويحتمل أن يأخذه بقيمته معيباً لانه انما أعطى عبداً معيباً فلا يأخذ قيمة غير ما أعطى (والثاني) يتراجمان لان الشفيع انما يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد والذي استقر عليه العقد قيمة الشفيع فاذا قلنا يتراجمان فإيهما كان ما دفعه أكثر رجح بالفضل على صاحبه ، وان لم يرد البائع العيب ولكن أخذ ارشه لم يرجع المشتري على الشفيع بشيء

(مسئلة) (فان ترك أحدهما شفيعه لم يكن للآخر الا أن يأخذ الكل أو يترك)

وجملة ذلك أنه إذا كان الشفيع بين شفعاء فترك بعضهم فليس للباقيين إلا أخذ الجميع أو ترك الجميع قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي لان في أخذ البعض اضراً بالمشتري بتبويض الصفقة عليه ولا يزال الضرر بالضرر، ولان الشفعة انما تثبت على خلاف الاصل دفناً لضرر الشريك الداخل خوفاً من سوء المشاركة وموثة القسمة فاذا أخذ بعض الشفيع لم يندفع عنه الضرر فلم يتحقق المعنى المجوز لمخالفة الاصل فلا تثبت، وإن وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة لبعض الشركاء أو غيره لم يصح لان ذلك عفو وليس بهبة فليصح لغير من هو عليه كالعفو عن القصاص

(فصل) فان كان الشفعاء غائبين لم تسقط الشفعة لموضع العذر فاذا قدم أحدهم فليس له الا أن يأخذ الكل أو يترك لانا لانعلم اليوم مطالباً سواء ولان في أخذه البعض تبويضاً لصفقة المشتري فلم يجوز ذلك كما لو لم يكن معه غيره، ولا يجوز تأخير حقه الى أن يقدم شركاؤه لان في التأخير ضرراً بالمشتري فاذا أخذ الجميع ثم حضر آخر قاسمه ان شاء أو عفا فيبقى للاول لان المطالبة انما وجدت منها فان قاسمه ثم حضر الثالث قاسمها ان أحب أو عفا فيبقى للاولين، فان عفا الشفيع في يد الاول نساء منفصلاً لم يشاركه فيه واحد منها لانا انفصل في ملكه أشبه ما لو انفصل في يد المشتري قبل الاخذ بالشفعة

المضي والتمرح الكبير) تلف المبيع قبل قبضه يبطل الشفعة وكذا ان خرج الثمن مستحقاً ٤٩٣

لانه إما دفع اليه قيمة المبد غير معيب، وان أدى قيمته معيباً رجح المشتري عليه بما أدى من ارشه وان عفا عنه ولم يأخذ أرشا لم يرجع الشفيع عليه بشيء لان البيع لازم من جهة المشتري لا يملك فسخه فأشبهه ما لو حط عنه بعض الثمن بعد لزوم العقد، وان عاد الشقص الى المشتري يبيع أو هبة أو اوت أو غيره فليس للبائع أخذه بالبيع الاول لان ملك المشتري زال عنه وانقطع حقه منه وانتقل حقه الى القيمة فإذا أخذها لم يبق له حق بخلاف ما لو غضب شيئاً لم يقدر على رده فادى قيمته ثم قدر عليه فانه يرد له لان ملك المصوب لم يزل عنه

(فصل) ولو كان ثمن الشقص مكبلاً أو موزوناً فتلف قبل قبضه يبطل البيع وبطلت الشفعة لانه تمذر التسليم فتعذر امضاء العقد فلم تثبت الشفعة كما لو فسخ البيع في مدة الخيار بخلاف الاقالة والرد بالعيب وان كان الشفيع قد أخذ الشقص فهو كما لو أخذه في المسئلة التي قبلها لان لمشتري الشقص التصرف فيه قبل تقييض ثمنه فأشبهه ما لو اشتراه منه أجنبي

(فصل) وان اشترى شقصاً بمبد أو ثمن معين فخرج مستحقاً فالبيع باطل ولا شفعة فيه لانها إنما تثبت في عقد ينقل الملك الى المشتري وهو العقد الصحيح فأما الباطل فوجوده كعدمه، فان كان الشفيع قد أخذ بالشفعة لزمه رد ما أخذ على البائمه ولا يثبت ذلك الا بينة أو اقرار من الشفيع والمتبايعين، فان أقر المتبايعان وأنكر الشفيع لم يقبل قولهما عليه وله الاخذ بالشفعة ويرد المبد على

وكذلك اذا أخذ الثاني فبا في يده تمام متصلاً لم يشاركه الثالث فيه، فان خرج الشقص مستحقاً فالمهدة على المشتري يرجع الثلاثة عليه ولا يرجع أحدهم على الآخر فان الاخذ وإن كان من الأول فهو بمنزلة النائب عن المشتري في الدفع اليها والنائب عنها في دفع الثمن اليه لان الشفعة مستحقة عليه لهم هذا ظاهر مذهب الشافعي، وان امتنع الاول من المطالبة حتى يحضر صاحبه أو قال آخذ قدر حقي فقيه وجهان (أحدهما) يبطل حقه لانه قدر على أخذ الكل وتركه فأشبهه المنفرد (والثاني) لا يبطل لانه تركه لعذر وهو خوف قدوم النائب فينزعه منه والترك لعذر لا يسقط الشفعة بدليل ما لو أظهر المشتري ثمناً كثيراً فترك لذلك فبان خلافه، وان ترك الاول شففته توفرت الشفعة على صاحبه واذا قدم الاول منها فله أخذ الجميع على ما ذكرنا في الاول، فان أخذ الاول بها ثم ردهما أخذ بهيب فكذلك وبهذا قال الشافعي وحكي عن محمد بن الحسن أنها لا تتوفر عليهما وليس لهما أخذ نصيب الاول لانه لم ينف وأما رد نصيبه بالعيب فأشبهه ما لو رجح الى المشتري يبيع أو هبة

ولنا أن الشفيع فسخ ملكه ورجح الى المشتري بالسبب الاول فكان لشريكه أخذه كما لو عفا ويفارق عوده بسبب آخر لانه عاد غير الملك الاول الذي تعلقت به الشفعة

(فصل) واذا حضر الثاني بعد أخذ الاول فأخذ نصف الشقص منه وأقسما ثم قدم الثالث وطالب بالشفعة وأخذها بطلت القسمة لان هذا الثالث اذا أخذ بالشفعة فهو كأنه مشارك حال القسمة لتبوت

صاحبه ويرجع البائع على المشتري بقيمة الشقص، وان أقر الشفيع والمشتري دون البائع لم تثبت الشفعة ووجب على المشتري رد قيمة العبد على صاحبه ويبقى الشقص معه يزعم انه للبائع والبائع ينكره ويدعي عليه وجوب رد العبد والبائع ينكره فيشتري الشقص منه ويتبارآن، وان أقر الشفيع والبائع وأنكر المشتري وجب على البائع رد العبد على صاحبه ولم تثبت الشفعة ولم يملك البائع مطالبة المشتري بشيء لان البيع صحيح في الظاهر وقد أدى ثمنه الذي هو ملكه في الظاهر، وان أقر الشفيع وحده لم تثبت الشفعة ولا يثبت شيء من احكام البطلان في حق المتبايعين، فاما ان اشترى الشقص بثمن في الذمة ثم قد الثمن فبان مستحقا كانت الشفعة واجبة لان البيع صحيح فان تعذر قبض الثمن من المشتري لاعساره أو غيره فللبائع فسخ البيع ويقدم حق الشفيع لان الاخذ بها يحصل للمشتري ما يوفيه ثمنًا فنزول عسرته ويحصل الجمع بين الحقين فكان أولى

(فصل) واذا وجبت الشفعة وقضى الفاضي بها والشقص في يد البائع ودفع الثمن الى المشتري فقال البائع للشفيع أقلني فأقاله لم تصح الاقالة لانها تصح بين المتبايعين وليس بين الشفيع والبائع بيع وإنما هو مشتر من المشتري فان باعه اياه صح البيع لان العقار يجوز التصرف فيه قبل قبضه

حقه، ولهذا لو باع المشتري ثم قدم الشفيع كان له ابطال البيع، فان قيل وكيف تصح القسمة وشريكها الثالث غائب؟ قلنا يحتمل أن يكون وكل في القسمة قبل البيع أو قبل علمه به أو يكون الشريكان رفعا ذلك الى الحاكم وطالباه بالقسمة عن الغائب فقاسمها وبقي الغائب على شفئته، فان قيل وكيف تصح مقاسمتها للشقص وحق الثالث ثابت فيه؟ قلنا بوثق الشفعة لا يمنع التصرف لانه لا يصح بيعه وحبته وغيرها وملك الشفيع ابطاله كذا هنا. اذا ثبت هذا فان الثالث اذا قدم فوجد أحد شريكه غائباً أخذ من الحاضر ثلث ما في يده لانه قدر ما يستحقه ثم ان حكم له القاضي على الغائب أخذ ثلث ما في يده أيضا وان لم يقض انتظر الغائب حتى يقدم لانه موضع عذر

(فصل) اذا أخذ الاول الشقص كله بالشفعة فقدم الثاني فقال لا آخذ منك نصفه بل اقتصر على قدر نصيبي وهو الثلث فله ذلك لانه اقتصر على بعض حقه وليس فيه بيع الصفقة على المشتري فجاز ترك الكل، فاذا قدم الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده فيضيفه الى ما في يد الاول ويقسمانه نصفين فتصح قسمة الشقص من ثمانية عشر سهما لان الثالث أخذ حقه من الثاني ثلث الثلث ومخرجه تسعة فيضمه الى الثلثين وهي ستة صارت سبعة ثم قسم السبعة نصفين لا تنقسم فاضرب اثنين في تسعة يكن ثمانية عشر للثاني أربعة ولكل واحد من شريكه سبعة، وانما كان كذلك لان الثاني ترك سدساً كان له أخذه وحقه منه ثلثاه وهو السبع فيوفر ذلك على شريكه في الشفعة، فللاول والثالث أن يقولوا نحن سواء في الاستحقاق ولم يترك واحد منا شيئاً من حقه فنجتمع ما معنا فنقسمه فيكون على ما ذكرناه، وان قال الثاني أنا آخذ الربع فله ذلك لما ذكرنا في التي قبلها، فاذا قدم الثالث أخذ منه

﴿ مسألة ﴾ قال (وللصغير اذا كبر المطالبة بالشفعة)

وجملة ذلك انه اذا بيع في شركة الصغير شقص ثبتت له الشفعة في قول عامة الفقهاء منهم الحسن وعطاء ومالك والاوزاعي والشافعي وسوار والعنبري وأصحاب الرأي وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له وروي ذلك عن النخعي والحارث العكلي لان الصبي لا يمكنه الاخذ ولا يمكن انتظاره حتى يبلغن لما فيه من الاضرار بالمشتري وليس للولي الاخذ لان من لا يملك العفو لا يملك الاخذ. ولنا عموم الاحاديث ولانه خيار رجل لازالة الضرر عن المال فيثبت في حق الصبي كخيار الرد بالعيب، قولهم لا يمكن الاخذ غير صحيح فان الولي يأخذها كما رد بالعيب، قولهم لا يمكنه العفو يبطل بالوكيل فيها وبالرد بالعيب فان ولي الصبي لا يمكنه العفو ويمكنه الرد ولان في الاخذ تحصيلاً للملك للصبي ونظراً له وفي العفو تضييع وتفريط في حقه ولا يلزم من ملك مافيه الحظ ملك مافيه تضييع، ولان العفو اسقاط لحقه والاخذ استيفاء له ولا يلزم من ملك الولي استيفاء حق المولي عليه ملك اسقاطه بدليل سائر حقوقه وديونه، وان لم يأخذ الولي انتظر بلوغ الصبي كما ينتظر قدوم الغائب وما ذكره من الضرر في الانتظار يبطل بالغائب. إذا ثبت هذا فان ظاهر قول الحرقي أن للصغير اذا كبر الاخذها سواء عفا عنها الولي أو لم يعف وسواء كان الحظ في الاخذها أو في تركها وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور له الشفعة اذا بلغ فاختار ولم يفرق وهذا قول الاوزاعي وزفر ومحمد بن الحسن وحكاه بعض أصحاب الشافعي عنه لان المستحق للشفعة يملك الاخذ بها سواء كان له

نصف سدس وهو ثلث ما في يده فضمه الى ثلاثة الارباع وهي تسعة يصير الجميع عشرة فيقسمها لكل واحد منها خمسة والثاني سهمان وتصح من اثني عشر

﴿ مسألة ﴾ (وان كان المشتري شريكاً بالشفعة بينه وبين الآخر) وللآخر الاخذ بقدر نصيبه وبه قال ابو حنيفة والشافعي وحكي عن الحسن والشعبي والبيتي لا شفعة للآخر لانها تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل وهذا شركته متقدمة فلا ضرر في شرائه، وحكى ابن الصباغ عنهم أن الشفعة كلها لغير المشتري ولا شيء للمشتري فيها لانها تستحق عليه فلا يستحقها على نفسه ولنا أنها تساوي في الشركة فتساوي في الشفعة كما لو اشترى أجنبي بل المشتري أولى لانه قد ملك الشقص المشفوع من غير نظر الى المشتري وقد حصل شراؤه والثاني لا يصح أيضاً لانا نقول أنه يأخذ من نفسه بالشفعة وإنما يمنع الشريك أن يأخذ قدر حقه بالشفعة فيبقى على ما سلكه ثم لا يمنع أن يستحق الانسان على نفسه لاجل تعلق حق الغير به ألا ترى ان العبد المرهون اذا جنى على عبد آخر لسيدته ثبت للسيد على عبده أرض الجناية لاجل تعلق حق المرهون ولو لم يكن وهنا ما تعلق به، اذا ثبت هذا فان لشريك المشتري أخذ قدر نصيبه لا غير أو العفو

﴿ مسألة ﴾ (وان ترك المشتري شفعتة ليرجع الكل على شريكه لم يكن له ذلك) اذا قال المشتري قد أسقطت شفعتي فخذ الكل أو اترك لم يلزمه ذلك ولم يصح اسقاط المشتري

الحظ فيها أو لم يكن فلم يسقط بترك غيره كالفائب إذا ترك وكيله الاخذ بها، وقال أبو عبد الله بن حامد ان تركها الولي لحظ الصبي أولانه ليس للصبي ما يأخذها به سقطت وهذا ظاهر مذهب الشافعي لان الولي فعل ماله فعله فلم يجز للصبي نقضه كالرد بالعيب ولانه فعل مافيه الحظ للصبي فصح كالاخذ مع الحظ وان تركها لغير ذلك لم تسقط، وقال أبو حنيفة تسقط بمفوا الولي عنها في الحالين لان من ملك الاخذها ملك العفو عنها كالمالك، وخالفه صاحباه في هذا لانه أسقط حقاً للمولي عليه لاحظ له في اسقاطه فلم يصح كالابراء واسقاط خيار الرد بالعيب، ولا يصح قياس الولي على المالك لان للمالك التبرع والابراء وه لاحظ له فيه بخلاف الولي

(فصل) فاما الولي فان كان للصبي حظ في الاخذها مثل أن يكون الشراء رخيصاً أو بمن امثل وللصبي مال لشراء العقار لزم وليه الاخذ بالشفعة لان عليه الاحتياط له والاخذ بما فيه الحظ فاذا أخذ بها ثبت المملك للصبي ولم يملك تقضه بعد البلوغ في قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال الاوزاعي ليس للولي الاخذ بها لانه لا يملك العفو عنها فلا يملك الاخذ بها كالاجنبي وإنما يأخذ بها الصبي اذا كبر، ولا يصح هذا لانه خيار جعل لازالة الضرر عن المال فملكه الولي في حق الصبي كالرد بالعيب، وقد ذكرنا فساد قياسه فيما مضى، فان تركها الولي مع الحظ فللصبي الاخذها اذا كبر ولا يلزم الولي لذلك غرم لانه لم يفوت شيئاً من ماله وإنما ترك تحصيل ماله الحظ فيه فأشبهه مالهو ترك

لان ملكه استقر على قدر حقه فخرى مجرى الشفيعين اذا أخذوا بالشفعة ثم عفا أحدهما عن حقه ولذلك لو حضر أحد الشفيعين فأخذ جميع الشفص بالشفعة ثم حضر الآخر فله أخذ النصف من ذلك فان قال الاول خذ الكل أو دع فاني قد اسقطت شفعتي لم يكن له ذلك، فان قيل هذا تبعض للشفعة على المشتري قلنا هذا تبعض اقتضاء دخوله في العقد فصار كالرضى منه به كما قلنا في الشفيع الحاضر اذا أخذ جميع الشفص وكما لو اشترى شقصاً وسيفا

(مسألة) (واذا كانت دار بين اثنين فباع أحدهما نصيبه لاجنبي صفقتين ثم علم الشريك فله أن يأخذ باليعين وله أن يأخذ باحدهما، فان أخذ بالثاني شاركه المشتري في شفعتيه في أحد الوجهين وإن أخذ بالاول لم يشاركه وإن أخذ بهما جميعاً لم يشاركه في شفعة الاول، وهل يشاركه في شفعة الثاني ؟ على وجهين)

وجهة ذلك ان الشريك اذا باع بعض الشفص لاجنبي ثم باعه باقيه في صفقة أخرى ثم علم الشفيع فله أخذ المبيع الاول والثاني وله أخذ أحدهما ، فان أخذ الاول لم يشاركه في شفعتيه أحد، وإن أخذ بالثاني فهل يشاركه المشتري في شفعتيه بنصيبه الاول؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) يشاركه فيها وهو مذهب أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لانه شريك في وقت البيع الثاني بملكه الذي اشتراه أولاً (والثاني) لا يشاركه لان ملكه على الاول لم يستقر لكون الشفيع بملك أخذه (والثالث) ان عفا الشفيع عن

شراء العقار مع الحظ في شرائه وان كان الحظ في تركها مثل أن يكون المشتري قدغبن أو كان في الاخذ بها محتاج الى أن يستقرض ويرهن مال الصبي فليس له الاخذ لانه لا يملك فعل ملاحظ للصبي فيه فان أخذ فهل يصح؟ على روايتين (أحدهما) لا يصح ويكون باقياً على ملك المشتري لانه اشترى له ما لا يملك شراءه فلم يصح كالأشترى بزيادة كثيرة على من المثل أو اشترى مبيعاً يعلم عيه، ولا يملك الولي المبيع لان الشفعة تؤخذ بحق الشركة ولا شركة للولي ولذلك لو أراد الاخذ لنفسه لم يصح فأشبهه مالو زوج لغيره بغير اذنه فانه يقع باطلا ولا يصح لواحد منها كذا هنا وهذا مذهب الشافعي (والرواية الثانية) يصح الاخذ للصبي لانه يشتري له ما يندفع عنه الضرر به فصح كما لو اشترى مبيعاً لا يعلم عيه والحظ يختلف ويغني فقد يكون له حظ في الاخذ بأكثر من من المثل لزيادة قيمة ما يملكه والشقص الذي يشتره بزوال الشركة أولان الضرر الذي يندفع بأخذه كثير فلا يمكن اعتبار الحظ بنفسه لحفائه ولا بكثرة الثمن لما ذكرناه فسقط اعتباره وصح البيع

(فصل) واذا باع وصي الايتام فباع لاحدم نصيباً في شركة آخر كان له الاخذ للآخر بالشفعة لانه كالشراء له وان كان الوصي شريكاً لمن باع عليه لم يكن له الاخذ لانه منهم في بيعه ولانه بمنزلة من يشتري لنفسه من مال يتيمه ولو باع الوصي نصيبه كان له الاخذ لليتيم بالشفعة اذا كان له الحظ فيها لان التهمة منتقبة فانه لا يقدر على الزيادة في ثمنه لكون المشتري لا يوافق له ولان الثمن حاصل له من المشتري كحصوله من اليتيم بخلاف بيعه مال اليتيم فانه يمكنه تقليل الثمن لياخذ الشقص به فاذا

الاول شاركة في الثاني وان أخذ بها جميعاً لم يشاركه وهذا مذهب الشافعي لانه اذا عفا عنه استقر ملكه بخلاف ما إذا أخذ، فان قلنا يشاركه في الشفعة في قدر ما يستحق وجهان أحدهما ثلثه والثاني نصفه بناء على الروايتين في قسم الشفعة على قدر الاملاك أو عدد الرؤوس فاذا قلنا يشاركه فمما له عن الاول صار له ثلث العقار في أحد الوجهين وفي الآخر ثلاثة أثمانه وباقيه لشريكه وان لم ينف عن الاول فله نصف سدسه في أحد الوجهين وفي الآخر ثمنه والباقي لشريكه، وان باع الشريك الشقص في ثلاث صفقات متساوية فحكمه حكم مالو باعه لثلاثة أنفس على ما ذكره ويستحق ما يستحقون وللشفيع هنا مثل ماله مع الثلاثة والله أعلم

(فصل) وان كانت دار بين ثلاثة فوكل أحدم شريكه في بيع نصيبه مع نصيبه فباعها لرجل واحد فلشريكها الشفعة فيها، وهل له أخذ أحد النصيبين دون الآخر؟ فيه وجهان (أحدهما) له ذلك لان المالك اثنان فيها يعان فكان له أخذ نصيب أحدهما كما لو تولى العقد (والثاني) ليس له ذلك لان الصفقة واحدة وفي أخذ أحدها تبعض الصفقة على المشتري فلم يجز كما لو كانا لرجل واحد، وان وكل رجل رجلا في شراء نصف نصيب أحد الشركاء فاشترى الشقص كله لنفسه ولموكله فلشريكه أخذ نصيب أحدهما لانها مشتريات أشبه ما لو وليا العقد، والفرق بين هذه الصورة

رفع الامر الى الحاكم فباع عليه فللوصي الاخذ حينئذ لعدم التهمة، وان كان مكان الوصي أب فباع شقص الصبي فله أن يأخذه بالشفعة لان له أن يشتري من نفسه مال ولده لعدم التهمة وان بيع شقص في شركة حمل لم يكن لوليه أن يأخذ له بالشفعة لانه لا يمكن تملكه بغير الوصية واذا ولد الحمل ثم كبر فله الاخذ بالشفعة كالصبي اذا كبر

(فصل) واذا عفا ولي الصبي عن شفעתه التي له فيها حظ ثم أراد الاخذ بها فله ذلك في قياس المذهب لأنها لم تسقط باسقاطه ولذلك ملك الصبي الاخذ بها اذا كبر ولو سقطت لم يملك الاخذ بها ويحتمل أن لا يملك الاخذ بها لان ذلك يؤدي الى ثبوت حق الشفعة على التراخي وذلك على خلاف الخبر والمعنى ويخالف أخذ الصبي بها اذا كبر لان الحق يتجدد له عند كبره فلا يملك تأخيره حينئذ وكذلك أخذ الغائب بها اذا قدم فاما ان تركها لعدم الحظ فيها ثم أراد الاخذ بها والامر على ما كان لم يملك ذلك كما لم يملكه ابتداء وان صار فيها حظ أو كان مسرراً عند البيع فأيسر بعد ذلك انبنى ذلك على سقوطها بذلك فان قلنا لا تسقط وللصبي الاخذ بها اذا كبر فحكمها حكم ما فيه الحظ وان قلنا تسقط فليس له الاخذ بها بحال لانها قد سقطت على الاطلاق فأشبه ما لو عفا الكبير عن شفעתه (فصل) والحكم في الجنون المطبق كالحكم في الصبي سواء لانه محجور عليه لحظه وكذلك السفه لذلک، وأما المنمى عليه فلا ولاية عليه وحكمه حكم الغائب والجنون ينتظر افاقة، وأما المفلس

والتي قبلها ان أخذ أحد النضيين لا يفضي الى تبعض الصفقة على المشتري ولانه قد يرضى شركة أحد المشتريين دون الآخر بخلاف التي قبلها فان المشتري واحد

﴿ مسألة ﴾ (وان اشترى اثنان حق واحد فللشفيع أخذ حق أحدهما)

وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة في احدى الروايتين عنه وقال في الاخرى يجوز له ذلك بعد القبض ولا يجوز قبله لانه قبل القبض ييمض صفقة البائع ولنا أنهما مشتريان فجاز للشفيع أخذ نصيب أحدهما كما بعد القبض وما ذكره ممنوع على أن المشتري الاخر يأخذ نصيبه فلا يكون تبعضاً فان باع اثنان من اثنين فمضى أربعة عقود وللشفيع أخذ الكل أو ما شاء منها

(فصل) واذا باع شقصاً لثلاثة دفعة واحدة فلتشريكه أن يأخذ من الثلاثة وله أن يأخذ من أحدهم وله أن يأخذ من اثنين دون الثالث لان كل عقد منها منفرد فلا يتوقف الاخذ به على الاخذ بما في العقد الاخر كما لو كانت متفرقة واذا أخذ نصيب أحدهم لم يمكن للاخرين مشاركته في الشفعة لان ملكها لم يسبق ملك من أخذ نصيبه ولا يستحق الشفعة الا ملك سابق، فأما ان باع نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود متفرقة ثم علم الشفيع فله أيضاً أن يأخذ الثلاثة وله ان يأخذ ما شاء منها فان أخذ نصيب الاول لم يكن للاخرين مشاركته في شفעתه لانها لم يكن لها ملك حين يبعه وان أخذ

فله الاخذ بالشفعة والعمو عنها وليس لفرمائه الاخذ بها لان الملك لم يثبت لهم في أملاكه قبل قسمتها ولا اجباره على الاخذ بها لانها معاوضة فلا يجبر عليها كسائر المعاوضات وليس لهم اجباره على العمو لانه اسقاط حق فلا يجبر عليه وسواء كان له حظ في الاخذ بها أو لم يكن لانه يأخذ في ذمته وليس بمجور عليه في ذمته لكن لهم منه من دفع ماله في أنها لتعلق حقوقهم بماله فأشبه ما لو اشترى في ذمته شقصاً غير هذا ومتى ملك الشقص المأخوذ بالشفعة تعلقت حقوق الفرما به سواء أخذه برضاهم أو بغيره لانه مال له فأشبه ما لو اكتسبه، وأما المكاتب فله الاخذ والتترك وايس لسيدة الاعتراض عليه لان التصرف يقع له دون سيده فأما المأذون له في التجارة من المييد فله الاخذ بالشفعة لانه مأذون له في الثراء وان عفا عنها لم ينفذ عفو لان الملك لسيدة ولم يأذن له في إبطال حقوقه ، وان أسقطها السيد سقطت ولم يكن للعبد ان يأخذ لان للسيد الحجر عليه ، ولان الحق قد أسقطه مستحقه فيسقط باسقاطه

(فصل) وإذا بيع شقص في شركة مال المضاربة فللعامل الاخذ بها إذا كان الحظ فيها فان تركها فرب المال الاخذ لان مال المضاربة ملكه ولا ينفذ عفو العامل لان الملك لغيره فلم ينفذ عفو كالمأذون له وان اشترى المضارب بمال المضاربة شقصاً في شركة رب المال فهل لرب المال فيه شفعة على وجهين مبينين على شراء رب المال من مال المضاربة وقد ذكرناهما، وإن كان المضارب شفيعه ولا ربح في المال فله الاخذ بها لان الملك لغيره وان كان فيه ربح وقتلنا لا يملك بالظهور فكذلك وان قلنا يملك بالظهور ففيه وجهان كرب المال ومذهب الشافعي في هذا كله على ما ذكرنا فان باع المضارب شقصاً في شركته لم يكن له أخذه بالشفعة لانه منهم فأشبهه شراءه من نفسه

نصيب الثاني وحده لم يملك الثالث مشاركته لذلك ويشاركه الاول في شفعة لان ملكه سابق لشراء الثاني فهو شريك في استحقاقها حال شرائه ويحتمل ان لا يشاركه لان ملكه حال شراء الثاني يستحق اخذه بالشفعة فلا يكون سبباً في استحقاقها، وان اخذ من الثالث وعفا عن الاولين ففي مشاركتها له وجهان، وان اخذ من الثلاثة ففيه وجهان (احدهما) لا يشاركه واحد منهم لان املاكهم قد استحقها بالشفعة فلا يستحق عليه شفعة (والثاني) يشاركه الثاني في شفعة الثالث وهو قول ابي حنيفة وبعض اصحاب الشافعي لانه كان مالاً كاملاً صحيحاً حال شراء الثالث ، ولذلك استحق مشاركته اذا عفا عن شفعة فكذلك اذا لم يصف لانه انما استحق الشفعة بالملك الذي صار به شريكاً لا بالعمو عنه ولذلك قلنا في الشفيع اذا لم يعلم بالشفعة حتى باع نصيبه ان له اخذ نصيب المشتري الاول والمشتري الاول اخذ نصيب المشتري الثاني ، وعلى هذا يشاركه الاول في شفعة الثاني والثالث جميعاً. فعلى هذا اذا كانت دار بين اثنين نصفين فباع احدهما نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود في كل عقد سدساً فلشفيع السدس الاول وثلاثة ارباع الثاني وثلاثة أخماس الثالث وللمشتري الاول ربح السدس الثاني وخمس الثالث وللمشتري

(فصل) ولا شفعة بشركة الوقف ذكره الفاضيان ابن أبي موسى وأبو يعلى وهو ظاهر مذهب الشافعي لانه لا يؤخذ بالشفعة فلا تجب فيه كالجاور وغير المنقسم، ولاتا ان قلنا هو غير مملوك فالموقوف عليه غير مالك وان قلنا هو مملوك فملكه غير تام لانه لا يفيد إباحة التصرف في الرقبة فلا يملك به ملكا تاما وقال أبو الخطاب ان قلنا هو مملوك وجبت به الشفعة لانه مملوك ييم في شركته شقص فوجبت به الشفعة كالطلق ولان الضرر يندفع عنه بالشفعة كالطلق فوجبت فيه كوجوبها في الطلاق وإنما لم يستحق بالشفعة لان الاخذ بها ييم وهو مما لا يجوز ييمه

﴿مسئلة﴾ قال (واذا بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه الا أن يشاء المشتري أن يأخذ بنائه فله ذلك اذا لم يكن في أخذه ضرر)

وجملته أنه يتصور بناء المشتري وغرسه في الشقص المشفوع على وجه مباح في مسائل (منها) أن يظهر المشتري أنه وهب له أو أنه اشتراه بأكثر من ثمنه أو غير ذلك مما يمنع الشفيع من الاخذ بها فيتركها ويقاسمه ثم يبنى المشتري ويغرس فيه (ومنها) أن يكون غائبا فيقاسمه وكيله أو صغيراً فيقاسمه وليه ونحو ذلك ثم يقدم الغائب أو يبلغ الصغير فيأخذ بالشفعة وكذلك ان كان غائبا أو صغيراً فطالب المشتري الحاكم بالقسمة فقام ثم قدم الغائب وبلغ الصغير فأخذه بالشفعة بعد غرس المشتري وبنائه فان

الثاني خمس الثالث فتصح المسئلة من مائة وعشرين سهما للشفيع الاول مائة وسبعة أسهم وللثاني تسعة وللثالث أربعة ، وان قلنا إن الشفعة على عدد الرءوس فللمشتري الاول نصف السدس الثاني وثالث الثالث وللثاني ثلث الثالث وهو نصف التسع فتصح من ستة وثلاثين للشفيع تسعة وعشرون وللثاني خمسة وللثالث سهان

(فصل) دار بين أربعة أرباعا باع ثلاثة منهم في عقود متفرقة ولم يعلم شركتهم ولا بعضهم ببعض فللذي لم ييم الشفعة في الجميع ، وهل يستحق البائع الثاني والثالث الشفعة فيما باعه البائع الاول ؟ على وجهين، وكذلك هل يستحق الثالث الشفعة فيما باعه الاول والثاني؟ على وجهين، وهل يستحق مشتري الربع الاول الشفعة فيما باعه الثاني والثالث؟ أو هل يستحق الثاني شفعة الثالث على ثلاثة أوجه (أحدها) يستحقان لانها مال كان حال اليم (والثاني) لاحق لهما لان ملكهما منزلزل يستحق أخذه بالشفعة فلا تثبت به (والثالث) ان عفا عنها أخذ وإلا فلا فاذا قلنا يشترك الجميع فللذي لم يبع ثلث كل ربع لان له شريكين فصار له الربع مضموما الى ملكه فكل له النصف وللثالث والمشتري الاول الثلث لكل واحد منها سدس لانه شريك في شفعة مبيعين وللثاني والمشتري الثاني السدس لكل واحد منها نصفه لانه شريك في شفعة يبع واحد وتصح من اثني عشر

(مسئلة) (وان اشترى واحد حق اثنين أو اشترى شقصين من دارين صفقة واحدة للشفيع

للمشتري قلع غرسه وبنائه ان اختار ذلك لانه ملكه فاذا قلعه فليس عليه تسوية الحفر ولا نقص الارض ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لانه غرس وبنى في ملكه وما حدث من النقص اما حدث في ملكه وذلك مما لا يقابله من، وظاهر كلام الحرقى أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع لانه اشترط في قلع الغرس والبناء عدم الضرر وذلك لانه نقص دخل على ملك غيره لاجل تخليص ملكه فلزمه ضمانه كما لو كسر محبرة غيره لاجراجه دينارها منها، وقولهم ان النقص حصل في ملكه ليس كذلك فان النقص الحاصل بالقلع إنما هو في ملك الشفيع فاما نقص الارض الحاصل بالغرس والبناء فلا يضمنه لما ذكره فان لم يختار المشتري القلع فالشفيع بالخيار بين ثلاثة أشياء ترك الشفعة وبين دفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع الارض وبين قلع الغرس والبناء ويضمن له ما نقص بالقلع وبهذا قال الشعبي والاوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والليث والشافعي والبيتي وسوار واسحاق، وقال حماد بن أبي سليمان والثوري واصحاب الرأي يكلف المشتري القلع ولا شيء له لانه بنى فيما استحق غيره أخذه فأشبهه الغاصب ولانه بنى في حق غيره بغير إذنه فأشبهه ما لو بانت مستحقة .

ولنا قول النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » ولا يزول الضرر عنها الا بذلك ولانه بنى في ملكه الذي تملك يعمه فلم يكلف قلعه مع الاضرار كما لو لم يكن مشفوعاً، وفارق ما قاسوا عليه فانه بنى في ملك غيره ولانه عرق ظالم وليس لعرق ظالم حق بخلاف مسئلتنا فانه غير ظالم فيكون له حق اذا ثبت هذا فانه لا يمكن ايجاب قيمته مستحقاً للبقاء في الارض لانه لا يستحق ذلك، ولا قيمته

أخذ احدهما على أصح الوجهين)

اذا اشترى رجل من رجلين شقة واحدة فالشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر وبه قال الشافعي وحكي عن القاضي أنه لا يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة ومالك لثلاث تبعض صفقة المشتري ولنا أن عقد الاتين مع واحد عقدان لانه مشتري من كل واحد منهما ملكه بثمن مفرد فكان للشفيع أخذه كما لو أفرد به وهذا يفصل عما ذكره، وأما اذا باع شقطين من أرضين صفقة واحدة لرجل واحد وكان الشريك في أحدهما غير الشريك في الآخر فلها أن ياخذها ويقسم الثمن على قدر القيمتين، وان أخذ أحدهما دون الآخر جاز وبأخذ الشقص الذي في شركته بحصته من الثمن، ويتخرج أن لا شفعة له لان فيه تبعض الصفقة على المشتري وذلك ضرر به وليس له أخذها معاً لان أحدهما لا شركة له فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فجري مجرى الشقص والسيف على ما نذكره، وان كان الشريك فيهما واحداً فله أخذها وتركها لانه شريك فيهما وله أخذ أحدهما دون الآخر وهو منصوص النافعي، وفيه وجه آخر أنه لا يملك ذلك، ومضى اختياره سقطت الشفعة فيهما لانه أمكنه أخذ المبيع كله فلم يملك أخذ بعضه كما لو كان شقة واحدة ذكره أبو الخطاب وبعض الشافعية ولنا أنه يستحق كل واحد منهما بسبب غير الآخر فجري مجرى الشريكين ولانه لو جرى مجرى

مقلوعا لانه لو وجبت قيمته مقلوعا الملك قلعه ولم يضمن شيئا ولانه قد يكون مما لا قيمة له اذا قلعه ولم يذكر أصحابنا كيفية وجوب القيمة فالظاهر أن الارض تقوم وفيها الغراس والبناء ثم تقوم خالية منها فيكون ما بينهما قيمة الغرس والبناء فيدفعه الشفيع إلى المشتري إن أحب أو ما نقص منه ان اختار القلم لان ذلك هو الذي زاد بالغرس والبناء ، وبمحتمل أن يقوم الغرس والبناء مستحقا لترك بالاجرة أو لآخذه بالقيمة اذا امتنع من قلعه فان كان للغرس وقت يقلع فيه فيكون له قيمة وإن قلع قبله لم يكن له قيمة أو تكون قيمته قليلة فاختر الشفيع قلعه قبل وقته فله ذلك لانه يضمن النقص فيجبر به ضرر المشتري سواء كثر النقص أو قل ويعود ضرر كثرة النقص على الشفيع وقد رضي باحتماله، وإن غرس أو بنى مع الشفيع أو وكيله في المشاع ثم أخذه الشفيع فالحكم في أخذ نصيبه من ذلك كالحكم في أخذ جميعه بعد المقاسمة

(فصل) وإن زرع في الارض فلا شفيع الاخذ بالشفعة ويبقى زرع المشتري إلى أوان الحصاد لان ضرره لا يتبقى ولا أجره عليه لانه زرعه في ملكه ، ولان الشفيع اشترى الارض وفيها زرع للبائتم فكان له مبقى الى الحصاد بلا أجره كغير المشفوع ، وإن كان في الشجر ثم ظهر أمر في ملك المشتري فهو له مبقى الى الجذاذ كالزرع
(فصل) واذا نوى المبيع في يد المشتري لم يخل من حالين (أحدهما) أن يكون نوا متصلا كاشجر

الشقص الواحد لوجب - اذا كانا شريكين فترك أحدهما شفعة - أن يكون للآخر أخذ الكل والامر بخلافه (مسئلة) (وان باع شقصاً وسيفاً فللشفيع أخذ الشقص بحصته من الثمن ويحتمل أن لا يجوز)
اذا باع شقصاً مشفوعاً ومعه مالا شفعة فيه كالسيف والثوب في عقد واحد ثبتت الشفعة في الشقص بحصته من الثمن دون ما معه فيقوم كل واحد منهما ويقسم الثمن على قدر قيمتهما فما يخص الشقص يأخذه الشفيع وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، ويحتمل أن لا يجب لثلاث تبعض شفعة المشتري وفي ذلك اضرار به أشبه ما لو أراد أخذ بعض الشقص وقال مالك ثبتت الشفعة فيهما لذلك
ولنا أن السيف لا شفعة فيه ولا هو تابع له فيه الشفعة فلم يؤخذ بالشفعة كما لو أفرده والضرر اللاحق بالمشتري هو ألحقه بنفسه لجمعه في العقد بين ما ثبتت فيه الشفعة وما لا ثبتت ولان في الاخذ بالكل اضراراً بالمشتري أيضاً لانه ربما كان غرضه في ابقاء السيف له ففي أخذه منه اضرار به من غير سبب يقتضيه

(مسئلة) (وان تلف بعض المبيع فله أخذ الباقي بحصته من الثمن وقال ابن حامد ان كان تلفه بفعل الله تعالى فليس له أخذه الا بجميع الثمن)
اذا تلف الشقص أو بعضه في يد المشتري فهو من ضمانه لانه ملكه تلف في يده ، فان أراد

إذا كثر أو ثمره غير ظاهرة فإن الشفيع يأخذه بزيادته لأن هذه زيادة غير متميزة فبعت الأصل كما لورد بعيب أو خيار أو اقالة فإن قيل فلم لا يرجع الزوج في نصفه زائداً إذا طلق قبل الدخول؟ قلنا لأن الزوج يقدر على الرجوع بالقيمة إذا فانه الرجوع بالعين وفي مسألتنا إذا لم يرجع في الشقص سقط حقه من الشفعة فلم يسقط حقه من الأصل لاجل ما حدث من البائع، وإذا أخذ الأصل تبعه بماؤه المتصل كما ذكرنا في الفسوخ كلها

(الحال الثاني) أن تكون الزيادة منفصلة كالفلة والاجرة والطلم المؤبر والثمره الظاهرة فهي المشتري لاحق للشفيع فيها لأنها حدثت في ملكه وتكون للمشتري مبقاة في رؤس النخل الى الجذاذ لأن أخذ الشفيع من المشتري شراً، فإن فيكون حكماً، حكم مالو اشترى برضاه، فإن اشترى وفيه طلم غير مؤرفأبره ثم أخذه الشفيع أخذ الأصل دون الثمرة، وبأخذ الأرض والنخيل بمحضتهما من الثمن كما لو كان المبيع شقصاً وسبقاً (فصل) وإن تلف الشقص أو بعضه في يد المشتري فهو من ضمانه لأنه ملكه تلف في يده ثم إن اراد الشفيع الاخذ بعد تلف بعضه أخذ الموجود بمحضته من الثمن سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو بفعل آدمي، وسواء تلف باختيار المشتري كتنقصه للبناء أو بغير اختياره مثل أن انهدم، ثم إن كانت الانتقاض موجودة أخذها مع العرصه بالحصة وإن كانت معدومة أخذ العرصه وما بقي من البناء، وهذا ظاهر كلام أحمد في رواية ابن القاسم وهذا قول الثوري والعبدي

الشفيع الاخذ إذا تلف بعضه أخذ الموجود بمحضته من الثمن سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو بفعل آدمي وسواء تلف باختيار المشتري كتنقصه للبناء أو بغير اختياره مثل أن انهدم، ثم إن كانت الانتقاض موجودة أخذها مع العرصه بالحصة وإن كانت معدومة أخذ العوض وما بقي من البناء، وهذا ظاهر كلام أحمد في رواية ابن القاسم وهو قول الثوري والعبدي وأبي يوسف وقول للشافعي، وقال ابن حامد إن كان التلف بفعل آدمي كما ذكرنا وإن كان بفعل الله تعالى كأنهدم البناء بنفسه أو حريق أو غرق فليس للشفيع أخذ الباقي الا بكل الثمن أو يترك وهو قول أبي حنيفة وقول للشافعي لأنه متى كان التقص بفعل آدمي رجع بدله الى المشتري فلا يتضرر ومتى كان بغير ذلك لم يرجع اليه شيء فيكون الاخذ منه اضراً به والضرر لا يزال بالضرر. ولنا انه تعذر على الشفيع اخذ الجميع وقد رعل اخذ البعض فكان له بالحصة كما لو تلف بفعل آدمي سواء وكما لو كان له شفيع آخر، أو نقول أخذ بعض ما دخل معه في العقد فآخذه بالحصة كما لو كان معه سيف، وأما الضرر قائماً حصل بالتلف ولا صنع للشفيع فيه والذي يأخذه الشفيع يؤدي ثمنه فلا يتضرر المشتري بأخذه، وإنما قلنا بأخذ الانتقاض وإن كانت منفصلة لأن استحقاقه كان حال عقد البيع وفي تلك الحال كان متصلاً اتصالاً ليس مآله الى الانفصال وانفصاله بعد ذلك لا يسقط حق الشفعة، ويفارق الثمرة غير المؤبرة إذا أبرت فإن مآلها إلى الانفصال والظهور فإذا ظهرت فقد انفصلت فلم تدخل في الشفعة، وإن نقصت القيمة مع بقاء صورة الميبر مثل أن انشق الحائط واستهدم

وأبي يوسف وقول للشافعي ، وقال أبو عبد الله بن حامد ان كان التلف بفعل آدمي كما ذكرنا ، وإن كان بفعل الله تعالى كأنهدام البناء ، بنفسه أو حريق أو غرق فليس للشفيع أخذ الباقي الا بكل الثمن أو يترك وهذا قول أبي حنيفة وقول الشافعي لأنه متى كان النقص بفعل آدمي رجم بدله الى المشتري فلا يتضرر ومتى كان بغير ذلك لم يرجع اليه شيء . فيكون الاخذ منه اضراً أ به والضرر لا يزال بالضرر ولنا أنه تعذر على الشفيع أخذ الجميع وقدر على أخذ البعض فكان له بالحصة من الثمن كما لو تلف بفعل آدمي سواء أو كما لو كان له شفيع آخر ، أو تقول أخذ بعض ما دخل معه في العقد فأخذه بالحصة كما لو كان معه سيف ، وأما الضرر فأنما حصل بالتلف ولا صنم للشفيع فيه والذي بأخذه الشفيع يؤدي ثمنه فلا يتضرر المشتري بأخذه ، وإنما قلنا ياخذ الاقراض وإن كانت منفصلة لان استحقاقه للشفعة كان حال عقد البيع وفي تلك الحال كان متصلاً اتصالاً ليس مآله إلى الانفصال وانفصاله بعد ذلك لا يسقط حق الشفعة ، ويفارق الثمرة غير المؤبرة اذا نأبرت فان مآلها الى الانفصال والظهور فاذا ظهرت فقد انفصلت فلم تدخل في الشفعة ، وإن نقصت القيمة مع بقاء صورة المبيع مثل أن انشق الحائط واستهدم البناء ، وشعث الشجر وبارت الارض فليس له الا الاخذ بجميع الثمن أو الترك لان هذه المعاني لا يقابلها الثمن بخلاف الاعيان ، ولهذا قلنا لو بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه ، ولو زاد المبيع زيادة متصلة دخلت في الشفعة

البناء وشعث الشجر وبارت الارض فليس له إلا أن يأخذ بجميع الثمن أو يترك لان هذه المعاني لا يقابلها الثمن بخلاف الاعيان ، ولهذا لو بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه ، ولو زاد المبيع زيادة متصلة دخلت في الشفعة .

(فصل) (الشرط الخامس أن يكون للشفيع ملك سابق) لان الشفعة إنما ثبتت للشريك لدفع الضرر عنه وإذا لم يكن له ملك سابق فلا ضرر عليه فلا تثبت له الشفعة

﴿ مسألة ﴾ (فان اشترى اثنان داراً صفقة واحدة فلا شفعة لاحدهما على صاحبه) لانه لا مزبة لاحدهما على صاحبه لتساويهما .

﴿ مسألة ﴾ (فان ادعى كل واحد منهما السبق فتجالفا أو تعارضت بينهما فلا شفعة لهما)

إذا كانت دار بين رجلين فادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يستحق مافي يده بالشفعة سئلاً متى ملكتها؟ فان قالا ملكناها دفعة واحدة فلا شفعة لاحدهما على الآخر لان الشفعة إنما ثبتت بملك سابق في ملك متجدد بعده وان قال كل واحد منهما ملكي سابق واحدهما بينة بما ادعاه قضي له وان كان لكل واحد منهما بينة قدم اسبقهما تاريخاً فان شهدت بينة كل واحد منهما بسبق ملكه وتجدد ملك صاحبه تعارضتا ، وان لم يكن لواحد منهما بينة سمعنا دعوى السابق وسألنا خصمه فان أنكر فالقول

﴿ مسألة ﴾ قال (وإن كان الشراء وقع بين أو ورق أعطاه الشفيع مثل ذلك ، وإن كان عرضاً أعطاه قيمته)

وجملته أن الشفيع يأخذ الشقص من المشتري بالثمن الذي استقر عليه العقد لما روي في حديث جابر أن النبي ﷺ قال « هو أحق بالثمن » رواه أبو اسحاق الجوزجاني في كتابه ، ولأن الشفيع إنما استحق الشقص بالبيع فكان مستحقاً له بالثمن كالمشتري فإن قيل إن الشفيع استحق أخذه بغير رضى مالكة فينبغي أن يأخذه بقيمته كالمضطر يأخذ طعام غيره ، قلنا المضطر استحق أخذه بسبب حاجة خاصة فكان المرجح في بدله إلى قيمته والشفيع استحقه لأجل البيع ولهذا لو انتقل جهة أو ميراث لم يستحق الشفعة ، وإنما استحق ذلك بالبيع وجب أن يكون بالعوض الثابت بالبيع . إذا ثبت هذا فانا ننظر في الثمن فإن كان دنائراً أو دراهم أعطاه الشفيع مثله ، وإن كان مما لا مثل له كالثياب والحيوان فإن الشفيع يستحق الشقص بقيمة الثمن وهذا قول أكثر أهل العلم وبه يقول أصحاب الرأي والشافعي ، وحكي عن الحسن وسوار أن الشفعة لا تنجب ههنا لأنها تنجب بمثل الثمن وهذا لا مثل له فتعذر الأخذ فلم يثبت كما ذهب إليه أهل الثمن

ولنا أنه أحد نوعي الثمن فجاز أن تثبت به الشفعة في المبيع كالمثل وما ذكره لا يصح لأن المثل

قوله مع يمينه فإن حلف سقطت دعوى الأول ثم نسمع دعوى الثاني على الأول فإن أنكر وحلف سقطت دعواها جميعاً وإن ادعى الأول فنكل الثاني عن اليمين قضينا عليه ولم نسمع دعواه لأن خصمه قد استحق ملكه وإن حلف الثاني ونكل الأول قضينا عليه ،

﴿ مسألة ﴾ (ولا شفعة بشركة الوقف في أحد الوجهين)

ذكره القاضيان ابن أبي موسى وأبو بيلي وهو ظاهر مذهب الشافعي لأنه لا يؤخذ بالشفعة فلا تجب به كالجوار وما لا ينقسم ولا تارة إن قلنا هو غير مملوك فالموقوف عليه غير مالك وإن قلنا هو مملوك فملكه غير تام لأنه لا يبيح أباحة التصرف في الرقبة فلا يملك به ملكاً تاماً ، وقال أبو الخطاب إن قلنا هو مملوك وجبت به الشفعة لأنه مملوك يبيع في شركته شقص فوجبت به الشفعة كالطلق ولأن الضرر يندفع عنه بالشفعة فوجبت فيه كوجوبها في الطلق وإنما لم يستحق بالشفعة لأن الأخذ بها يبيع وهو مما لا يجوز بيعه

(فصل) وإن تصرف المشتري في المبيع قبل الطلب بوقف أو هبة سقطت الشفعة نص عليه في رواية علي بن سعيد وبكر بن محمد وحكي ذلك عن المامرجسي في الوقف لأن الشفعة إنما تثبت في المملوك وقد خرج بهذا عن كونه مملوكاً قال ابن أبي موسى من اشترى داراً فجعلها مسجداً فقد استهلكها (المغني والشرح الكبير) (الجزء الخامس) ٦٤

يكون من طريق الصورة ومن طريق القيمة كبديل المتلف ، فأما ان كان الثمن من المثليات غير الاثمان كالحبوب والادهان فقال أصحابنا ياخذ الشفيع بمثله لانه من ذوات الامثال فهو كالاثنان وبه يقول أصحاب الرأي وأصحاب الشافعي ولان هذا مثل من طريق الصورة والقيمة فكان أولى من المائل في احدهما ولان الواجب بدل الثمن فكان مثله كبديل القرض والمتلف .

(فصل) ويستحق الشفيع النقص بالثمن الذي استقر عليه العقد فلو تباها بقدر ثم غيره في زمن الخيار بزيادة أو نقص ثبت ذلك التغيير في حق الشفيع لان حق الشفيع انما يثبت إذا تم العقد وإنما يستحق بالثمن الذي هو ثابت حال استحقاقه ولان زمن الخيار بمنزلة حالة العقد ، والتغيير يلحق بالعقد فيه لانهما على اختيارهما فيه كما لو كانا في حال العقد ، فالأولى ان يفسخ الخيار وانبرم العقد فزاد أو نقصا لم يلحق بالعقد لان الزيادة بعده هبة يعتبر لها شروط الهبة والنقص ابراء مبتدأ ولا يثبت ذلك في حق الشفيع وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يثبت النقص في حق الشفيع دون الزيادة ، وان كانا عنده يلحقان بالعقد لان الزيادة نضر الشفيع فلم يملكها بخلاف النقص وقال مالك ان بقي ما يكون منّا أخذ به ، وان حط الاكثر أخذه بجميع الثمن الاول

ولنا أن ذلك يعتبر بعد استمرار العقد فلم يثبت في حق الشفيع كالزيادة ولان الشفيع استحق الاخذ بالثمن الاول قبل التغيير فلم يؤثر التغيير بعد ذلك فيه كالزيادة ، وما ذكره من العذر غير صحيح

ولا شفعة فيها ولان في الشفعة ههنا إضراراً بالموهوب له والموقوف عليه لان ملكه يزول عنه بغير عوض ولا يزال الضرر بالضرر بخلاف البيع فانه إذا فسخ البيع الثاني رجع المشتري الثاني بالثمن الذي أخذ منه فلا يلحقه ضرر ، ولان ثبوت الشفعة ههنا بوجوب رد العوض الى غير المالك وسلبه عن المالك وفي ذلك ضرر فيكون منقياً ، وقال أبو بكر للشفيع فسخ ذلك وأخذه بالثمن الذي وقع به البيع وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي لان الشفيع يملك نسخ البيع الثاني والثالث مع امكان الاخذ بهما فلان يملك فسخ عقد لا يمكنه الاخذ به أولى ، ولان حق الشفيع أسبق وجنبة أقوى فلم يملك المشتري تصرفاً يبطل حقه ولا يمنع أن يبطل الوقف لاجل حق الغير كما لو وقف المريض املاكة وعليه دين فانه إذا مات رد الوقف الى الغرماء والورثة فيما زاد على ثلثه بل لهم ابطال العتق والوقف أولى ، فاذا قلنا بثبوت الشفعة أخذ الشفيع النقص ممن هو في يده ويفسخ عقده ويدفع الثمن الى المشتري وحكي عن مالك أنه يكون للموهوب له لانه يأخذ ملكه .

ولنا أن الشفيع يبطل الهبة ويأخذ النقص بحكم العقد الاول ولو لم يكن وهب كان الثمن له فكذلك

بعد الهبة المفسوخة

﴿مسئلة﴾ (وان باع فله الاخذ بأى البيعين شاء فان أخذ بالاول رجع الثاني على الاول)

إذا تصرف المشتري في المبيع قبل أخذ الشفيع أو قبل علمه صح تصرفه لانه ملكه وصح قبضه

لان ذلك لو لحق العقد لم الشفيع ، وان أضربه كزيادة في مدة الخيار ولانه حط بعد لزوم العقد فأشبه حط الجميع أو الا كثر عند مالك

(فصل) وإن كان الثمن مما يجب قيمته فأنها تعتبر وقت البيع لانه وقت الاستحقاق ولا اعتبار بعد ذلك بالزيادة والنقص ، وان كان فيه خيار اعتبرت القيمة حين اقتضاء الخيار واستقرار العقد لانه حين استحقاق الشفعة بهذا قال الشافعي ، وحكي عن مالك أنه يأخذه بقيمته يوم المحاكمة وليس بصحيح لان وقت الاستحقاق وقت العقد ومازاد بعد ذلك حصل في ملك البائع فلا يقوم للمشتري وما نقص فن مال البائع فلا ينقص به حق المشتري

(فصل) واذا كان الثمن مؤجلاً أخذ الشفيع بذلك الاجل ان كان مليئاً وإلا أقام ضميناً مليئاً وأخذ به قال مالك وعبد الملك وإسحاق ، وقال الثوري لا يأخذها إلا بالنقد حالا ، وقال ابو حنيفة لا يأخذها إلا بثمن حال أو ينتظر مضي الاجل ثم يأخذ ، وعن الشافعي كذهبنا ومذهب أبي حنيفة لانه لا يمكنه الاخذ بالمؤجل لانه يفضي إلى أن يلزم المشتري قبول ذمة الشفيع والدم لا تتناول وإنما يأخذ بمثله ولا يلزمه أن يأخذ بمثله حالا لثلاثاً يلزمه أكثر مما يلزم المشتري ولا يسلمة بمثل الثمن إلى الاجل لانه انما يأخذه بمثل الثمن أو القيمة والسلمة ليست واحدة منها فلم يبق إلا التخيير

له ولم يبق الا أن الشفيع ملك أن يتسلطه عليه وذلك لا يمنع من تصرفه كما لو كان أحد العوضين في البيع معيناً لم يمنع التصرف في الآخر ، والموهوب له يجوز له التصرف في الهبة وان كان الواهب ممن له الرجوع فيه فمضى تصرفه فيه تصرفاً يجب به الشفعة كالبيع فللشفيع الخيار ان شاء فسخ البيع الثاني وأخذه بالبيع الاول بثمنه لان الشفعة وجبت له قبل تصرف المشتري وان شاء أمضى تصرفه وأخذ بالشفعة من المشتري الثاني لانه شفيع في العقدين فكان له الاخذ بأيهما شاء ، وان تباع ذلك ثلاثة فله ان يأخذ بالبيع الاول وينسخ العقدان الاخران وله أن يأخذ بالثاني وينسخ الثالث وحده وله ان يأخذ بالثالث ولا يفسخ شيء من العقود ، فاذا أخذ من الثالث دفع اليه الثمن الذي اشترى به ورجع الثالث عليه بما أعطاه لانه قد انسخ عقده وأخذ الشقص منه فرجع بثمنه على الثاني لانه أخذ منه وان أخذ بالبيع الاول دفع الى المشتري الاول الثمن الذي اشترى به وانسخ عقداً آخرين ورجع الثالث على الثاني بما أعطاه والثاني على الاول بما أعطاه ، فان كان الاول اشتراه بعشرة ثم اشتراه الثاني بعشرين ثم اشتراه الثالث بثلاثين فاخذه بالبيع الاول دفع الى الاول عشرة وأخذ الاول من الثاني عشرين وأخذ الثالث من الثاني ثلاثين لان الشقص انما يؤخذ من الثالث لكونه في يده وقد انسخ عقده فيرجع بثمنه الذي ورثه ولا نعلم في هذا خلافاً ، وبه يقول مالك والشافعي والعنبري وأصحاب الرأي وما كان في معنى البيع مما يجب به الشفعة فهو كالبيع على ما ذكرنا وان كان مما لا يجب به الشفعة فهو كالهبة والوقف على ما ذكرنا من الخلاف فيه والله أعلم

ولنا أن الشفيع تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته والتأجيل من صفاته ولأن في الحلول زيادة على التأجيل فلم يلزم الشفيع كزيادة القدر ، وماذ كروه من اختلاف القدم فالتأجيل لا يوجبها حتى توجد الملاة في الشفيع أو في ضمينه بحيث ينحفظ المال فلا يضر اختلافها فيها وراء ذلك كما لو اشترى الشقص بسلمة وجبت قيمتها ولا يضر اختلافها ، ومتى أخذ الشفيع بالأجل فبات الشفيع أو المشتري وقتلنا محل الثمن بالموت حل الدين على الميت منهما دون صاحبه لأن سبب - لوله الموت فاخص بمن وجد في حقه

(فصل) وإذا باع شقصا مشفوعا معه مالا شفعة فيه كاسيف والثوب في عقد واحد ثبتت الشفعة في الشقص بحصته من الثمن دون ماله فيقوم كل واحد منهما ويقسم الثمن على قدر قيمتهما فما يخص الشقص يأخذه الشفيع وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وبمحتمل أن لا يجزئ الشفعة لثلاثا تتبعض صفقة المشتري وفي ذلك إضرار به فأشبهه ماله أراد الشفيع أخذ بعض الشقص ، وقال مالك ثبتت الشفعة فيهما لذلك

ولنا أن السيف لا شفعة فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فلم يؤخذ بالشفعة كما لو أفرده وما يلحق المشتري من الضرر فهو الحق بنفسه بجمعه في المقدين ما ثبتت فيه الشفعة ومالا ثبتت ولأن في أخذ الكل ضرراً بالمشتري أيضا لانه ربما كان غرضه في إبقاء السيف له ففي أخذه منه إضرار به من غير سبب يقتضيه

﴿ مسألة ﴾ (وإن فسخ العقد بسبب أو إقالة أو تحالف فللشفيع أخذه ويأخذه في التحالف بما حلف عليه البائع)

إذا رد المشتري الشقص بسبب أو قایل البائع فللشفيع فسخ الإقالة والرد والاختذ بالشفعة لأن حقه سابق عليها ولا يمكنه الاختذ معها فان تحالفا على الثمن وفسخا البيع فللشفيع أن يأخذ الشقص بما حلف عليه البائع لأن البائع مقر بالبيع بالثمن الذي حلف عليه ومقر للشفيع باستحقاق الشفعة بذلك فاذا بطل حق المشتري بانكاره لم يبطل حق الشفيع بذلك وله أن يبطل فسخها ويأخذ لأن حقه أسبق

(فصل) وإن اشترى شقصا بعد ثم وجد بائم الشقص بالعبد عيبا فله رد العبد واسترجاع الشقص ويقدم على حق الشفيع لأن في تقديم حق الشفيع إضرارا بالبائع باسقاط حقه من الفسخ الذي استحققه والثمن ثبت لازالة الضرر فلا تثبت على وجه يحصل به الضرر فان الضرر لا يزال بالضرر وقال أصحاب الشافعي يقدم حق الشفيع في أحد الوجهين لأن حقه أسبق فوجب تقايغه كما لو وجد المشتري بالشقص عيباً فرده

ولنا أن في الشفعة ابطال حق البائع وحقه أسبق لانه استند الى وجود العيب وهو موجود حال البيع والشفعة ثبتت بالبيع فكان حق البائع سابقا وفي الشفعة ابطاله فلم تثبت ، ويأرق ما إذا كان

(فصل) وإذا باع شقصين من أرضين صفقة واحدة لرجل واحد والشريك في أحدهما غير الشريك في الآخر فلها أن يأخذا وبقتما الثمن على قدر القيمين . وإن أخذ أحدهما دون الآخر جاز وبأخذ الشقص الذي في شركته بحصته من الثمن ، ويتخرج أنه لا شفعة له كالمسئلة التي قبلها وليس له أخذهما معاً لأن أحدهما لا شركة له فيه ، ولا هو تابع لما فيه الشفعة فجزى الشقص والسيف ، وإن كان الشريك فيها واحداً فله أخذهما وتركهما لأنه شريك فيهما ، وإن أحب أخذ أحدهما دون الآخر فله ذلك ، وهذا منصوص الشافعي ، ويحتمل أنه لا يملك ذلك ، ومتى اختاره سقطت الشفعة فيهما لأنه أمكنه أخذ المبيع كله فلم يملك أخذ بعضه كما لو كان شقصاً واحداً ، ذكره أبو الخطاب وبعض أصحاب الشافعي

ولنا أنه يستحق كل واحد منهما بسبب غير الآخر فجزى مجرى الشريكين ، ولأنه لو جرى مجرى الشقص الواحد لوجب - إذا كانا شريكين فترك أحدهما شففته - أن يكون للآخر أخذ السك والامر بخلافه

(فصل) ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن لأن في أخذه بدون دفع الثمن إضراراً بالمشتري ولا يزال الضرر بالضرر ، فإن أحضر رهنا أو ضميناً لم يلزم المشتري قبوله لأن في تأخير الثمن ضرراً فلم يلزم المشتري ذلك كما لو أراد تأخير ثمن حال ، فإن بذل عوضاً عن الثمن لم يلزمه قبوله لأنها معاوضة

الشقص معياً فإن حق المشتري إنما هو في استرجاع الثمن وقد تحصل له من الشفيع فلا فائدة في الرد وفي مسئلتنا حق البائع في استرجاع الشقص ولا يحصل ذلك مع الاخذ بالشفعة فافتراقاً ، فإن لم يرد البائع العبد المبيع حتى أخذ الشفيع كان له رد العبد ولم يملك استرجاع المبيع لأن الشفيع ملكة بالاخذ فلم يملك البائع لإبطال ملكه كما لو باعه المشتري لأجنبي فإن الشفعة يبيع في الحقيقة ولكن يرجع بقيمة الشقص لأنه بمنزلة النالف والمشتري قد أخذ من الشفيع قيمة العبد فهل يتراجمان؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يتراجمان لأن الشفيع أخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد وهو قيمة العبد صحيحاً لا عيب فيه بدليل أن البائع إذا علم بالعيب ملك رده ويحتمل أن يأخذه بقيمته معياً لأنه إنما أعطى عبداً معياً فلا يأخذ قيمة غير ما أعطى (والثاني) يتراجمان لأن الشفيع إنما يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد والذي استقر عليه العقد قيمة الشقص فإذا قلنا يتراجمان فأيهما كان ما دفعه أكثر رجح بالفضل على صاحبه ، وإن لم يرد البائع العبد ولكن أخذ أرشه لم يرجع المشتري على الشفيع بشيء لأنه إنما دفع إليه قيمة العبد غير معيب وإن أدى قيمته معياً رجح المشتري عليه بما أدى من أرشه وإن عفا عنه ولم يأخذ أرشاً لم يرجع الشفيع عليه بشيء لأن البيع لازم من جهة المشتري لا يملك فسخه فاشبه ما لو حط عنه بعض الثمن بعد لزوم العقد ، وإن ماد الشقص إلى المشتري يبيع أو هبة أو ارث أو غيره فليس للشفيع . أخذه بالبيع الأول لأن ملك المشتري زال عنه وانقطع حقه . منه وانتقل حقه إلى

لم يجبر عليها ، وإذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشتري نسليم الشقص حتى يقبض الثمن فان كان موجوداً سلمه وان تعذر في الحال قال أحمد في رواية حرب ينظر الشفيع يوماً أو يومين بقدر ما يرى الحاكم ، فاذا كان أكثر فلا ، وهذا قول مالك

وقال ابن شبرمة وأصحاب الشافعي : ينظر ثلاثاً لأنها آخر حد القلة فان أحضر الثمن وإلا فسخ عليه وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يأخذ بالشفعة ولا يقضي القاضي بها حتى يحضر الثمن لان الشفيع يأخذ الشقص بغير اختيار المشتري فلا يستحق ذلك إلا لاحضار عوضه كتسليم المبيع

ولنا انه تملك للمبيع بعوض فلا يقف على احضار العوض كالبيع ، وأما التسليم في البيع فالتسليم في الشفعة مثله ، وكون الاخذ بغير اختيار المشتري يدل على قوته فلا يمنع من اعتباره في الصحة فاذا أجلناه مدة فأحضر الثمن فيها والا نسخ الحاكم الاخذ ورده الى المشتري ، وهكذا لو هرب الشفيع بعد الاخذ ، والاولى أن للمشتري الفسخ من غير حاكم لأنه فات شرط الاخذ ولانه تعذر على البائع الوصول الى الثمن فلك الفسخ كثير من أخذت الشفعة منه ، وكما لو أنلس الشفيع ، ولان الاخذ بالشفعة لا يقف على حكم الحاكم فلا يقف نسخ الاخذ بها على الحاكم كفسخ غيرها من البيوع وكالرد بالهيب ، ولان وقف ذلك على الحاكم بفضي الى الضرر بالمشتري لانه قد يتعذر عليه اثبات ما يدعيه وقد يصعب

القيمة فاذا أخذها لم يبق له حق بخلاف مالو غصب شيئاً لم يقدر على رده فادى قيمته ثم قدر عليه فانه يرده لان ملك المصوب منه لم يزل عنه

(فصل) ولو كان ثمن الشقص مكيلاً أو موزوناً فنقل قبل قبضه بطل البيع وبطلت الشفعة لانه تعذر التسليم فتعذر امضاء العقد فلم تثبت الشفعة كما لو فسخ البيع في مدة الخيار بخلاف الاقالة والرد بالهيب وان كان الشفيع قد أخذ الشقص فهو كما لو أخذه في المسئلة التي قبلها لان لمشتري النقص التصرف فيه قبل تقييض ثمنه فأشبهه مالو اشتراه منه أجنبي

(فصل) فان اشترى شقصاً ببد أو ثمن معين فخرج مستحقاً فالبيع باطل ولا شفعة فيه لانه لما تثبت في عقد ينقل الملك الى المشتري وهو العقد الصحيح ثاماً الباطل فوجوده كعدمه فان كان الشفيع قد أخذ بالشفعة لزمه رد ما أخذ على البائع ولا يثبت ذلك إلا بينة أو اقرار من الشفيع والمتبايعين وان أقر المتبايعان وأنكر الشفيع لم يقبل قولهما عليه وله الاخذ بالشفعة ويرد العبد الى صاحبه ويرجع البائع على المشتري بقيمة الشقص وان أقر الشفيع أو المشتري دون البائع لم تثبت الشفعة ويجب على المشتري رد قيمة العبد على صاحبه ويبقى الشقص معه يزعم أنه للبائع والبائع ينكره ويدعي عليه وجوب رد العبد والمشتري ينكره فيشتري الشقص منه ويتبارآن ، وان أقر الشفيع والبائع وأنكر المشتري وجب على البائع رد العبد على صاحبه ولم تثبت الشفعة ولم يملك البائع مطالبة المشتري بشيء لان البيع صحيح في الظاهر وقد أدى ثمنه الذي هو ملكه في الظاهر ، وان أقر الشفيع وحده

عليه حضور مجلس الحاكم بعده أو غير ذلك فلا يشرع فيها ما يقضي إلى الضرر ، ولأنه لو وقف الأمر على الحاكم لم يملك الاخذ الا بعد احضار الثمن لئلا يقضي إلى هذا الضرر ، وإن أفلس الشفيع خير المشتري بين الفسخ وبين أن يضرب مع الغرماء بالثمن كالبائع إذا أفلس المشتري

(فصل) لا يحل الاحتيايل لاسقاط الشفعة وإن فعل لم تسقط ، قال أحمد في رواية اسماعيل بن سعيد وقد سأله عن الحيلة في إبطال الشفعة فقال لا يجوز شي من الحيل في ذلك ولا في إبطال حق مسلم وبهذا قال أبو أيوب وأبو خيشمة وابن أبي شيبة وأبو اسحاق الجوزجاني ، وقال عبد الله بن عمر من يمدح الله يمدح ، وقال أيوب السخيتاني أنهم ليخادعون الله كما يخادعون صبياً لو كانوا يأتون الأمر على وجهه كان أسهل علي

ومعنى الحيلة أن يظهر أو في البيع شيئاً لا يؤخذ بالشفعة معه ويتواطؤن في الباطن على خلافه : مثل أن يشتري شقصاً يساوي عشرة دنانير بألف درهم ثم يقضيه عنها عشرة دنانير ، أو يشتري بمائة دينار ويقضيه عنها مائة درهم ، أو يشتري البائع من المشتري عبداً قيمته مائة ألف في ذمته ثم يبيعه الشقص بالألف ، أو يشتري شقصاً بألف ثم يبرئه البائع من تسعمائة ، أو يشتري جزءاً من الشقص بمائة ثم يهب له البائع ببقية ، أو يهب الشقص للمشتري ويهب المشتري له الثمن أو يعقد البيع بثمن مجهول المقدار كحفة

لم تثبت الشفعة ولا يثبت شيء من أحكام البطلان في حق المتبايعين ، فإما إن اشترى الشقص بثمن في في الذمة ثم نقد الثمن فإن مستحقاً كانت الشفعة واجبة لأن البيع صحيح ، فإن تعذر قبض الثمن من المشتري لاعتسار أو غيره فللبائع فسخ البيع ويقدم حق الشفيع لأن بالاخذها يحصل للمشتري ما يؤديه ثمناً فزول عسرته ويحصل الجمع بين الحقين فكان أولى

(فصل) وإذا وجبت الشفعة وقضى القاضي بها والنقص في يد البائع ودفع الثمن إلى المشتري فقال البائع للشفيع أقنني فأقاله لم تصح الاقالة لأنها تصح بين المتبايعين وليس بين الشفيع والبائع بيع وإنما هو مشتر من المشتري فإن باعه إياه صح لأن العقار يجوز التصرف فيه قبل قبضه

(مسألة) (وإن أجره المشتري أخذه الشفيع وله الاجرة من يوم أخذه) لأنه صار ملكه بأخذه .

(مسألة) (وإن استغله المشتري فالغلة له) لأنها تمام ملكه

(مسألة) (وإن أخذه الشفيع وفيه زرع أو ثمرة ظاهرة فهي للمشتري بمقاة إلى الحصاد والجذاذ) إذا زرع المشتري الأرض فللشفيع الاخذ بالشفعة ويبقى زرع المشتري إلى الحصاد لأن ضرره لا يبتاقى ولا أجره عليه لأنه زرعه في ملكه ولأن الشفيع اشترى الأرض وفيها زرع للبائع فكان له يبقى إلى الحصاد بلا أجره كغير المشفوع وإن كان في الشجر ثم ظاهر أمر في ملك المشتري فهو له يبقى إلى الجذاذ كالزراع

قراضة او جوهرة معينة او سلعة معينة غير موصوفة او بمائة درهم واؤلوة وأشباه هذا ، فهذا كله اذا وقع من غير فحيل سقطت الشفعة ، وان فحيلاً به على اسقاط الشفعة لم تسقط وبأخذ الشفيع الشقص في الصورة الاولى بعشرة دنانير أو قيمتها من الدراهم وفي الثانية بمائة درهم أو قيمتها ذهباً ، وفي الثالثة بقيمة العبد المبيع وفي الرابعة بالباقي بعد الابراء وهو المائة المقبوضة ، وفي الخامسة بأخذ الجزء المبيع من الشقص بقسطه من الثمن ويحتمل أن يأخذ الشقص كله بجميع الثمن لانه انما وهبه بقية الشقص عوضاً عن الثمن الذي اشترى به جزءاً من الشقص ، وفي السادسة يأخذ بالثمن الموهوب ، وفي سائر الصور المجهول ثمنها يأخذه بمثل الثمن أو بقيمته ان لم يكن مثلها اذا كان الثمن موجوداً وان لم يوجد عينه دفع اليه قيمة الشقص لان الاغلب وقوع العقد على الاشياء بقيمتها ، وقال أصحاب الرأي والشافعي يجوز ذلك كله وتسقط به الشفعة لانه لم يأخذ بما وقع البيع به فلم يحجز كما لو لم يكن حيلة

ولنا قول النبي ﷺ « من أدخل فرساً بين فرسين ولم يأمن أن يسبق فليس بقمار ، وان أمن أن يسبق فهو قمار » رواه أبو داود وغيره ، فجعل ادخال الفرس المحلل قراراً في الموضع الذي يقصد به اباحة اخراج كل واحد من المتسابقين جملاً مع عدم معنى المحلل فيه وهو كونه بحال بحيث يمكن أن يأخذ سبقيهما ، وهذا يدل على ابطال كل حيلة لم يقصد بها الا اباحة المحرم مع عدم المغنى فيها واستدل أصحابنا بما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ انه قال « لا تركبوا ما ركبتم

(فصل) واذا نوى المبيع في يد المشتري لم يخل من حالين (أحدهما) ان يكون تمام متصلاً كالشجر إذا كبر أو ثمرة غير ظاهرة فان الشفيع يأخذه بزيادته لانها زيادة غير متميزة فتبعت الاصل كما لو ورد ببيع أو خيار أو إقالة ، فان قيل فلم لا يرجع الزوج في نصفه زائداً إذا طلق قبل الدخول ؟ قلنا لان الزوج يقدر على الرجوع بالقسمة إذا فاته الرجوع في العين وفي مسئلتنا اذا لم يرجع في الشقص سقط حقه من الشفعة فلم يسقط حقه من الاصل لاجل ما حدث من البائع وإذا أخذ الاصل تبعه تمامه المتصل كما ذكرنا في الفسوخ كلها (الحال الثاني) أن تكون الزيادة منفصلة كالغلة والاجر والطمع المؤبر والثمرة الناهرة فهي المشتري لانها حدثت في ملكه وتكون مبقاة في رءوس التخل الى الجذاز لان أخذ الشفيع من المشتري شراء ثان فيكون حكمه حكم ما لو اشترى برضاء وان اشترى وفيه طلع غير مؤبر فأبره ثم أخذه الشفيع أخذ الاصل دون الثمرة وبأخذ الارض والتخيل بحصتها من الثمن كما لو كان المبيع شقصاً

﴿ مسألة ﴾ (وان قاسم المشتري وكيل الشفيع أو قاسم الشفيع لكونه أظهر له زيادة في الثمن أو نحوه وغرس أو بنى فللشفيع أن يدفع اليه قيمة الفراس والبناء وملكه أو يقلعه ويضمن النقص فان اختار الشفيع أخذه واختار المشتري قلعه فله ذلك اذا لم يكن فيه ضرر بالقلع)
وجملة ذلك أنه بتصور بناء المشتري وغرسه في الشقص المشفوع على وجه مباح في مسائل (منها)

اليهود فستحلوا محارم الله بادن الحيل ، وقال النبي ﷺ « لعن الله اليهود ان الله لما حرم عليهم شحومها جعلوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه ، متفق عليه ولان الله تعالى ذم المخادعين له بقوله (يخادعون الله والذين آمنوا وما يخادعون الا أنفسهم وما يشعرون) والحيل مخادعة ، وقد مسخ الله تعالى الذين اعتدوا في السبت قرصة بحيلتهم فانه ربي أنهم كانوا ينصبون شبانهم يوم الجمعة ومنهم من يحفر جبابا ويرسل الماء اليها يوم الجمعة فاذا جاءت الحيتان يوم السبت وقعت في الشباك والجباب فيدعونها الى ليلة الاحد فيأخذونها ويقولون ما اصطدنا يوم السبت شيئا فسخمهم الله تعالى بحيلتهم ، وقال تعالى (فجعلناها نكالا لمن يبين يديها وما خلفها وموعظة للمتقين) قبل يعني به أمة محمد ﷺ أي لتعظ بذلك أمة محمد ﷺ فيجتنبوا مثل ما فعل المعتدون ، ولان الحيلة خديعة وقد قال النبي ﷺ « لا تحل الخديعة لمسلم » ولان الشفعة وضعت لدفع الضرر فلوسقطت بالتحيل لحق الضرر فلم تسقط كالمو أسقطها المشتري بالبيع والوقف ، وفارق ما لم يقصد به التحيل لانه لا خداع فيه ولا قصد به إبطال حق والاعمال بالنيات ، فان اختلفا هل وقع شيء من هذا حيلة أولا ؟ فالقول قول المشتري مع يمينه لانه أعلم بنية وحاله

إذا ثبت هذا فان الفرر في الصورتين الاوليين على المشتري لشرائه ما يساوي عشرة بمائة وما

أن يظهر المشتري أنه اشترى بأكثر من ثمنه أو أنه وهب له أو غير ذلك مما يمنع الشفيع من الاخذ بها فيتركها ويقاسمه ثم يبيئ المشتري ويطرس فيه (ومنها) أن يكون غائباً فيقاسمه وكيهله أو صغيراً فيقاسمه وليه أو نحو ذلك ثم يقدم النائب أو يبلغ الصبي فيأخذ بالشفعة ، وكذلك ان كان غائباً أو صغيراً فطالب المشتري الحاكم بالقسمة فقاسم ثم قدم النائب وبلغ الصبي فيأخذ بالشفعة بمد غرس المشتري وبنائه فان للمشتري قلم غرسه وبنائه ان اختار ذلك لانه ملكه فاذا قلعه فليس عليه تسوية الحفر ولا نقص الارض ذكره القاضي وهو قول الشافعي لانه غرس وبنى في ملكه وما حدث من النقص انما حدث في ملكه وذلك مما لا يقابله ثمن ، وظاهر كلام الحنفي أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع لانه اشترط في قلع الغرس والبناء عدم الضرر وذلك لانه نقص دخل على ملك غيره لاجل تخلص ملكه فلزمه ضمانه كالمو كسر محبرة غيره لاخراج دينارها منها ، قولهم ان النقص حصل في ملكه ليس كذلك فان النقص الحاصل بالقلع انما حصل في ملك الشفيع فاما نقص الارض الحاصل بالفرس والبناء فلا يضمنه لما ذكره ، فان لم يخر المشتري القلع فللشفيع الخيار بين ثلاثة أشياء: ترك الشفعة وبين دفع قيمة الفراس والبناء فيملكه مع الارض وبين قلع الفراس والبناء وبضمن له ما نقص بالقلع . وهذا قال الشعبي والاوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والليث والشافعي والبيتي وسوار واسحاق ، وقال حماد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي بكلف المشتري القلع ولا شيء له لانه بنى فيما استحق عليه أخذه فأشبهه الناصب ولانه بنى في حق غيره بغير إذنه فأشبهه مالو كانت مستحقة

يساوي مائة درهم بمائة دينار وأشهد على نفسه ان عليه ألفا فربما طالبه بذلك فلزمه في ظاهر الحكم وفي الثالثة الغرر على البائع لانه اشترى عبدا يساوي مائة بالف ، وفي الرابعة على المشتري لانه اشترى شقصا قيمته مائة بالف وكذلك في الخامسة لانه اشترى بعض الشقص بثمن جميعه ، وفي السادسة على البادي منهما بالهبة لانه قد لا يهب له الآخر شيئا ، فان خالف أحدهما مانوا طآاً عليه فطالب صاحبه بما أظهره لزمه في ظاهر الحكم لانه عقد البيع مع صاحبه بذلك مختارا ، فاما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يحل لمن غر صاحبه الاخذ بخلاف مانوا طآاً عليه لان صاحبه انما رضي بالمقد لا نوا طآؤ فم فواته لا يتحقق الرضى به

﴿ مسألة ﴾ قال (وان اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري الا أن يكون للشفيع بينة)

وجملته أن الشفيع والمشتري إذا اختلفا في الثمن فقال المشتري اشترته بمائة فقال الشفيع بل بخمسين فالقول قول المشتري لانه العاقد فهو أعرف بالثمن ولان الشقص ملكه فلا ينزع من يده بالدعوى بغير بينة وبهذا قال الشافعي ، فان قيل فهلا قلتم القول قول الشفيع لانه غارم ومنكر للزيادة فهو كالغاصب والمثلف والضامن لنصيب شريكه إذا اعتق؟ قلنا الشفيع ليس بغارم لانه لاشي عليه وانما يريد أن يملك الشقص بثمنه بخلاف الغاصب والمثلف والمعتق ، فاما إن كان للشفيع بينة حكم بها وكذلك إن كان للمشتري بينة حكم بها وامتنعني عن بيمنه وبثبت ذلك بشاهد وبيمين وشهادة رجل

ولنا قول النبي ﷺ « لا ضرر ولا اضرار » ولا يزول الضرر عنها إلا بذلك ولانه بنى في ملكه الذي يملك يبعه فلم يكلف قلمه مع الاضرار كما لو لم يكن مشفوعا ، وفارق ما قاسوا عليه فانه بنى في غير ملكه ، ولانه عرق ظالم وليس لعرق ظالم حق . إذا ثبت هذا فانه لا يمكن لإيجاب قيمته مستحقا للبقاء في الارض لانه لا يستحق ذلك ، ولا قيمته مقلوبا لانه لو وجبت قيمته مقلوبا لوجب قلمه ولم يضمن شيئا ولانه قد يكون مما لا قيمة له إذا قلمه ، ولم يذكر أصحابنا كيفية وجوب القيمة فالظاهر ان الارض تقوم مفروسة مبنية ثم تقوم خالية منها فيكون ما بينها قيمة الفرس والبناء فيدفعه الشفيع الى المشتري إن أحب أو ما نقص منه ان اختار الفلح لان ذلك هو الذي زاد بالفرس والبناء ، ويحتمل أن يقوم والبناء مستحق للترك بالاجرة أو لاخذه بالقيمة اذا امتنعا من قلمه ، فان كان للفرس وقت يقلع فيه فيكون له قيمة وان قلم قبله لم يكن له قيمة أو تكون قيمته قليلة فاختار الشفيع قلمه قبل وقته فله ذلك لانه يضمن النقص فينجز به ضرر المشتري سواء كثر النقص أو قل ويعود ضرر كثرة النقص على الشفيع وقد رضي بتحملة ، وان غرس أو بنى مع الشفيع أو وكيه في المشاع ثم أخذه الشفيع فالحكم في أخذ نصيبه من ذلك كالحكم في أخذ جميعه بعد المقاسمة

(مسألة) (فان باع الشفيع ملكه قبل العلم لم تسقط شفعته في أحد الوجهين والمشتري الشفعة فيما باعه الشفيع في أصح الوجهين)

وامرأتين ولا تقبل شهادة البائم لأنه إذا شهد لشفيع كان متهماً لأنه يطلب تقليل الثمن خوفاً من الدرك عليه ، وإن أقام كل واحد منهما بينة احتمال تعارضها لانهما يتنازعان فيما وقم عليه العقد فيصيران كمن لا بينة لهما ، وذكر الشريف أن البينة بينة الشفيع ويقتضيه مذهب الحرقي لأن بينة الخارج عنده مقدمة على بينة الداخل والشفيع هو الخارج وهذا قول أبي حنيفة ، وقال صاحباه البينة بينة المشتري لانها ترجح بقول المشتري فانه مقدم على قول الشفيع ، ويخالف الخارج والداخل لأن بينة الداخل يجوز أن تكون مستندة إلى يده ، وفي مسئلتنا البينة تشهد على نفس العقد كشهادة بينة الشفيع ولنا أنهما يبتتان تعارضنا فقدمت بينة من لا يقبل قوله عند عدها كالداخل والخارج ويحتمل أن يفرع بينهما لانهما يتنازعان في العقد ولا يد لهما عليه فصارا كالتنازعين عينا في بد غيرهما

(فصل) وان قال المشتري لا أعلم مبالغ الثمن فاقول قوله لان ما يدعيه ممكن لجواز أن يكون اشتراه جزافاً أو بثمن نسي مبلغه ويحلف فاذا حلف سقطت الشفعة لانها لا تستحق بغير بدل ولا يمكن أن يدفع اليه ما لا يدعيه ، فان ادعى أنك فعلت ذلك نحيلاً على اسقاط الشفعة فعليه اليمين على نفي ذلك

(فصل) فان اشترى شقصاً بعرض واختلفاً في قيمته فان كان موجوداً عرضاه على المقومين ، وان تعذر إحضاره فالقول قول المشتري كإلو اختلافاً في قدر الثمن ، وان ادعى جهل قيمته فهو على ما ذكرنا

وجملة ذلك ان الشفيع اذا باع ملكه طالما بالحال سقطت شفته لانه لم يبق له ملك يستحق به ، ولان الشفعة تثبت لازالة الضرر الحاصل بالشركة ، وقد زال ذلك ببيعه ، وان باع بعضه فقيه ونجهان (أحدهما) تسقط أيضاً لانها استحققت بجميعة ، واذا باع بعضه سقط ما تعلق بذلك من الشفعة فسقط باقيا لانها لا تنبعض فيسقط جميعها بسقوط بعضها كالرق والنكاح وكما لو عفا عن بعضها (والثاني) لا تسقط لانه قد بقي من نصيبه ما يستحق به الشفعة في جميع المبيع لو انفرد ، فكذلك إذا بقي ، وللمشتري الاول الشفعة على الثاني في المسئلة الاولى ، وفي الثانية إذا قلنا بسقوط شفعة البائع الاول لانه شريك في المبيع ، وان قلنا لا تسقط شفعة البائع فله أخذ الشقص من المشتري الاول ، وهل للمشتري الاول شفعة على المشتري الثاني؟ فيه وجهان (أحدهما) له الشفعة لانه شريك فان الملك ثابت له يملك التصرف فيه بجميع التصرفات ويستحق ثمنه وفوائده ، واجتقاق الشفعة به من فوائده (والثاني) لا شفعة له لان ملكه يؤخذها فلا تؤخذ الشفعة به ولان ملكه منزول ضعيف فلا يستحق الشفعة به لضعفه ، قال شيخنا والاول اقيس فان استحقاق أخذه منه لا يمنع أن يستحق به الشفعة كالعقد قبل الدخول والشقص الموهوب للولي . فعلى هذا للمشتري الاول الشفعة على المشتري الثاني سواء أخذ منه المبيع بالشفعة أو لم يؤخذ ، وللبائع الثاني إذا باع بعض الشقص الاخذ من المشتري الاول في أحد الوجهين ، فاما ان باع الشفيع ملكه قبل علمه بالبيع الاول فقال القاضي تسقط شفته

فيما اذا ادعى جبرل ثمنه ، وان اختلفا في الغراس والبناء ، في الشقص فقال المشتري أنا حدثته وأنكر الشفيع
 فاقول قول المشتري لانه ملكه والشفيع يريد تملكه عليه فاقول قول المالك
 (فصل) اذا ادعى الشفيع على بعض الشركاء . أنك اشتريت نصيبك فلي أخذه بالشفعة فانه
 يحتاج الى تحرير دعواه فيحدد المكان الذي فيه الشقص ويذكر قدر الشقص واليمن ويدعي الشفعة
 فيه فاذا فعل ذلك سئل المدعى عليه فان أقر لزمه ، وان أنكر وقال أنا اتميته أو ورثته فلا شفعة لك فيه
 فالقول قول من ينفيه كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة فان حلف بريء ، وان نكل قضي عليه وان
 قال لا نتحقق علي شفعة فالقول قوله مع يمينه ويكون يمينه على حسب قوله في الانكار ، واذا نكل
 وقضي عليه بالشفعة عرض عليه الثمن فان أخذه دفع اليه ، وان قال لا أستحقه فنيه ثلاثة أوجه (أحدها)
 يقر في يد الشفيع إلى أن يدعيه المشتري فيدفع اليه كما لو أقر له بدار فأنكرها والثاني أن يأخذه الحاكم
 فيحفظه لصاحبه إلى أن يدعيه المشتري ومتى ادعاه دفع اليه (والثالث) يقال له إما أن تقبضه وإما أن
 تبرئ . منه كسيد المكاتب اذا جاءه المكاتب بمال المكتابة فادعى أنه حرام اخذ هذا القاضي وهذا
 مفارق للمكاتب لان سيده يطالبه بالوفاء . من غير هذا الذي أتاه به فلا يلزمه ذلك بمجرد دعوى
 سيده تحريم ما أتاه به وهذا لا يطالب الشفيع بشيء . فلا ينبغي أن يكلف ابرأ . مما لا يدعيه والوجه
 الاول أولى إن شاء الله تعالى

أيضا لما ذكرناه وهو مذهب الشافعي ولانه زال السبب الذي يستحق به الشفعة وهو الملك الذي يخاف
 الضرر بسببه فصار كمن اشترى معيلا لا يعلم عيبه حتى زال أو حتى باعه . فعلى هذا حكمه حكم مالو باع
 مع علمه سواء فيما اذا باع جميعه أو بعضه ، وقال أبو الخطاب لا تسقط شففته لانها ثبتت له ولم يوجد
 منه رضی بتركها ولا ما يدل على إسقاطها والاصل بقاؤها بخلاف ما إذا علم فان يبعه دليل على رضاه
 بتركها . فعلى هذا للرائع الثاني أخذ الشقص من المشتري الاول فان عفا عنه فله المشتري الاول أخذ
 الشقص من المشتري الثاني ، وان أخذ منه فهل للمشتري الاول الاخذ من الثاني؟ على وجهين (أولاهما)
 ان له الاخذ لان ملكه كان ثابتا حال البيع ولم يوجد منه ما يمنع ذلك
 (مسألة) (وان مات بطلت شففته إلا أن يموت بعد طلبها فتكون لوارثه)

وجملة ذلك ان الشفيع إذا مات قبل الاخذ بالشفعة فان كان قبل الطلب بها سقطت ولا ينتقل
 إلى الورثة ، قال احمد الموت يبطل به ثلاثة أشياء الشفعة والحد إذا مات المقذوف والحيار إذا مات
 الذي اشترط الحيار ، لم يكن للورثة هذه الثلاثة أيضا إنما هي بالطلب فاذا لم يطلب فليس يجب الا أن
 يشهد آني على حقي من كذا وكذا وأني قد طلبته فان مات بسده كان لوارثه الطلب به ، روي سقوط
 الشفعة بالموت عن الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وبه قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي
 وقال مالك والشافعي والعبري يورث ، قال أبو الخطاب ويتخرج لنا مثل ذلك لانه خيار ثابت لدفع
 الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب

(فصل) وان قال اشترته لفلان وكان حاضراً استدعاه الحاكم وسأله فان صدقه كان الشراء له والشفعة عليه، وان قال هذا ملكي ولم اشتره انتقلت الخصومة اليه وان كذبه حكم بالشراء لمن اشتراه واخذ منه بالشفعة، وان كان المقر له غائباً أخذ الحاكم ودفعه الى الشفيع وكان الغائب على حجة اذا قدم لأننا لو وقفنا الامر في الشفعة الى حضور المقر له لكان في ذلك اسقاط الشفعة لان كل مشتري يدعي انه لغائب، وان قال اشترته لابني الطفل أو لهذا الطفل وله عليه ولاية ففيه وجهان :

(أحدهما) لا تثبت الشفعة لان الملك ثبت للطفل ولا تجب الشفعة باقرار الولي عليه لانه ايجاب

حق في مال صغير باقرار وليه

(الثاني) تثبت لانه بملك الشراء له فصح اقراره فيه كما يصح اقراره بعيب في مبيعه ، فأما ان ادعى عليه شفعة في شقص فقال هذا لفلان الغائب أو لفلان الطفل ثم أقر بشرائه له لم تثبت فيه الشفعة إلا أن تثبت بينة أو يقدم الغائب ويبلغ الطفل فبطالهما لان الملك يثبت لهما باقراره به فاقراره بالشراء بعد ذلك اقرار في ملك غيره فلا يقبل بخلاف ما إذا قر بالشراء ابتداءً لان الملك ثبت لهما بذلك الاقرار المثبت للشفعة فثبتا جميعاً، وان لم يذكر سبب الملك لم يسأله الحاكم عنه ولم يطالب ببينته لانه لو صرح بالشراء لم تثبت به شفعة فلا فائدة في الكشف عنه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كذهبنا

ولنا انه حق فسخ ثبت لا لغوات جزء فلم يورث كالرجوع في الهبة ولانه نوع خيار جعل للملك أشبه خيار القبول فاما خيار الرد بالعيب فانه لاستدراك جزء فات من المبيع (فصل) فان مات بعد طلب الشفعة انتقل حق المطالبة بالشفعة الى الورثة؛ قولاً واحداً ذكره أبو الخطاب ، وقد ذكرنا نص أحمد عليه لان الحق يتقرر بالطلب ولذلك لا يسقط بتأخير الحق بعده وقبله يسقط ، وقال القاضي يصير الشقص ملكاً للشفيع بنفس المطالبة والاول أصح فانه لو صار ملكاً للشفيع لم يصح العفو عن الشفعة بعد طلبها كما لا يصح العفو عنها بعد الاخذ بها . فاذا ثبت هذا فان الحق ينتقل الى جميع الورثة على قدر إرثهم لانه حق مالي موروث فينتقل الى الجميع كسائر الحقوق المالية وسواء قلنا الشفعة على قدر الاملاك أو على عدد الرؤوس لان هذا ينتقل اليهم من موروثهم فان ترك بعض الورثة حقه توفر الحق على باقي الورثة ولم يكن لهم إلا أن يأخذوا الكل أو يتركوا كالشفعاء إذا خفا بعضهم عن شفعتهم لانا لو جوزنا أخذ بعض الشقص لتشقص المبيع وتبعضت الصفقة على المشتري وهذا ضرر في حقه

(فصل) وان أشهد الشفيع على مطالبته بها للعذر ثم مات لم تبطل ولا الورثة المطالبة بها نص عليه احمد لان الاشهاد على الطلب عند العجز عنه يقوم مقامه ، فلم تسقط الشفعة بالموت بعده كنفس الطلب

(فصل) واذا كانت دار بين حاضر وغائب فادعى الحاضر على من في يده نصيب الغائب انه اشتراه منه وأنه يستحقه بالشفعة فصدقه فلا شفيع أخذه بالشفعة لأن من في يده العين يصدق في تصرفه فيما في يده وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان (أحدهما) ليس له أخذه لأن هذا اقرار على غيره

ولنا انه أقر بما في يده فقبل اقراره كما لو أقر بأصل ملكه وهكذا لو ادعى عليه انك بهت نصيب الغائب بأذنه وأقر له الوكيل كان كإقرار البائع بالبيع فاذا قدم الغائب فانكر البيع أو الاذن في البيع فالقول قوله مع يمينه دينتزع الشقص وبطال باجره من شاء منها ويستقر الضمان على الشفيع لأن المنافع تلفت تحت يده فان طالب الوكيل رجع على الشفيع وان طالب الشفيع لم يرجع على أحد وان ادعى على الوكيل انك اشتريت الشقص الذي في يدك فانكر وقال انما أنا وكيل فيه أو مستودع له فالقول قوله مع يمينه فان كان للمدعي بينة حكم بها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي مع أن أبا حنيفة لا يرى القضاء على الغائب لأن القضاء ههنا على الحاضر بوجود الشفعة عليه واستحقاق انتزاع الشقص من يده وحصل القضاء على الغائب ضمنا، فان لم تكن بينة وطالب الشفيع يمينه فنكل عنها احتمال أن يقضى عليه لأنه لو أقر لقضى عليه فكذلك اذا نكل واحتمل أن لا يقضى عليه لأنه قضاء على الغائب بغير بينة ولا اقرار من الشقص في يده

(فصل) وإذا بيع شقص له شفيعان فمعا عنها أحدهما وطالب بها الآخر ثم مات الطالب فورته العافي فله أخذ الشقص بها لأنه وارث لشفيع مطالب بالشفعة فملك الاخذ بها كالاخي وكذلك لو قذف رجل أمها وهي ميتة فمعا أحدهما وطالب الآخر ثم مات الطالب فورته العافي ثبت له استيفاءه بالنيابة عن أخيه الميت اذا قلنا بوجود الحد بقذفها

(فصل) ولو مات مفلس وله شقص فباع شريكه كان لورثته الشفعة وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة لاشفعة لهم لأن الحق انتقل الى الغرماء

ولنا انه بيع في شركة ما خلفه موروثهم شقص فكان لهم المطالبة بشفعته كثير المفلس، ولا نسلم أن الركة انتقلت الى الغرماء بل هي للورثة بدليل انها لو تمت أو زاد ثمنها لحسب على الغرماء في قضاء ديونهم، وأما تعلق حقهم به فلم يمنع ذلك من الشفعة كما لو كان لرجل شقص مرهون فباع شريكه فانه يستحق الشفعة به، ولو كانت للميت دار فبيع بعضها في قضاء دينه لم يكن للورثة شفعة لأن البيع يقع لهم فلا يستحقون الشفعة على أنفسهم، ولو كان الوارث شريكا للموروث فباع نصيب الموروث في دينه فلا شفعة أيضا لأن نصيب الموروث انتقل بموته الى الوارث فاذا بيع فقد بيع ملكه فلا يستحق الشفعة على نفسه

(فصل) ولو اشترى شقصا مشفوطا ووصى به ثم مات فلا شفيع أخذه بالشفعة لأن حقه أسبق

(فصل) واذا ادعى على رجل شفعة في شقص اشتراه فقال ليس له ملك في شركتي ففعلت
تشفيع اقامة البينة انه شريك وبه قال أبو حنيفة ومحمد والشافعي وقال أبو يوسف اذا كان في يده
استحق به الشفعة لذلك لان الظاهر من اليد الملك

ولنا أن الملك لا يثبت بمجرد اليد واذا لم يثبت الملك الذي يستحق به الشفعة لم تثبت
ومجرد الظاهر لا يكفي كما لو ادعى ولد أمة في يده، فان ادعى أن المدعي يعلم انه شريك فعلى المشتري
اليمين انه لا يعلم ذلك لانها يمين على نفي فعل القير فكان على العلم كاليمين على نفي دين الميت
فاذا حلف سقطت دعواه وان نكل قضى عليه

(فصل) اذا ادعى على شريكه انك اشتريت نصيبك من عمرو فلي شفيعته نصده عمرو فانكر
الشريك وقال بل ورثته من أبي فأقام المدعي بينة انه كان ملك عمرو لم تثبت الشفعة بذلك ، وقال
محمد تثبت ويقال له اما أن تدفعه وتأخذ الثمن وإما أن ترده الى البائع فيأخذه الشفيع منهما لانهما
شهدا بالملك لعمرو فكانهما شهدا بالبيع

ولنا أنهما لم يشهدا بالبيع واقرار عمرو على المنكر بالبيع لا يقبل لانه اقرار على غيره فلا يقبل في
حقه ولا تقبل شهادته عليه وليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع فصار بمنزلة مالو

من حق الموصى له فاذا أخذه دفع الثمن الى الورثة وبطلت الوصية لان الموصى به ذهب فبطلت الوصية
به كما لو تلف ، ولا يستحق الموصى له بدله لانه لم يوص له الا بالشقص ، وقد فات بأخذه، ولو وصى رجل
لاسان بشقص ثم مات فبيع في شركته شقص قبل قبول الموصى له فالشفعة للورثة في الصحيح لان الموصى
به لا يصير للموصى له الا بعد القبول ولم يوجد فيكون باقيا على ملك الورثة، ويحتمل أن يكون للموصى له
إذا قلنا ان الملك ينقل اليه بمجرد الموت فاذا قبل الوصية استحق المطالبة لاننا تبينا ان الملك كان
له فكان المبيع في شركته، ولا يستحق المطالبة قبل القبول لاننا نعلم ان الملك له قبل القبول وانما يتبين
ذلك بقبوله فان قبل تبينا انه كان له وان رد تبينا انه كان للورثة ولا يستحق الورثة المطالبة ايضا
لذلك ويحتمل ان لهم المطالبة لان الاصل عدم القبول وبقاء الحق لهم ، ويفارق الموصى له من
وجبين (احدهما) ان الاصل عدم القبول منه (والثاني) انه يمكنه ان يقبل ثم يطالب بخلاف الوارث
فانه لا سبيل له الى فعل ما يعلم به ثبوت الملك له او لغيره فاذا طالبوا ثم قبل الوصي الوصية كانت
الشفعة له ويفتقر الى الطلب منه لان الطلب الاول يتبين انه من غير المستحق، وان قلنا بالرواية الاولى
فطالب الورثة بالشفعة فلمم الاخذ بها واذا قبل الوصي اخذ الشقص الموصى به دون الشقص المشفوع
لان الشقص الموصى به انما انتقل اليه بعد الاخذ بشفيعته فأشبهه ما لو اخذها الموصى في حياته، وان لم
يطالبوا بالشفعة حتى قبل الموصى له فلا شفعة له لان البيع وقع قبل ثبوت الملك له وحصول شركته
وفي ثبوتها للورثة وجهاً بناء على ما لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه ببيع شريكه

٥٢٠ دعوى كل واحد من الشريكين على صاحبه أنه يستحق ما في يديه بالشفعة (المغني والشرح الكبير)

حلف أبي ما اشترى الدار فقال من كانت الدار ملكا له: أنا بعته إياها لم يقبل عليه في الحنث ولا يلزم إذا أقر البائع بالبيع والشقص في يده فانكر المشتري الشراء لان الذي في يده الدار مقر بها للشفيع ولا سنازع له فيها سواء وهنا من الدار في يده يدعيها لنفسه والمقر بالبيع لاشي. في يده ولا يقدر على تسليم الشقص فافترقا

(فصل) وإذا كانت دار بين رجلين فادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يستحق ما في يديه بالشفعة سألناهما متى ملكتماها؟ فان قالا ملكناها دفعة واحدة فلا شفعة لاحدهما على الآخر لان الشفعة انما تثبت بملك سابق في ملك متجدد بعده ، وإن قال كل واحد منهما ملكي سابق ولا حدهما بيعة بما ادعاه قضي له ، وإن كان لكل واحد منهما بيعة قدمنا أسبقهما تاريخا ، وإن شهدت بيعة كل واحد منهما بسبق ملكه وتجدد ملك صاحبه تعارضتا ، وإن لم تكن لواحد منهما بيعة نظرنا إلى السابق بالدعوى فقدمنا دعواه وسألنا خصمه فان أنكر فاقول قوله مع يمينه لانه منكر فان حلف سقطت دعوى الاول ثم تسمع دعوى الثاني على الاول فان أنكر وحلف سقطت دعواها جميعا ، وان ادعى الاول فنكل الثاني عن اليمين قضينا عليه ولم نسمع دعواه لان خصمه قد استحق ملكه ، وإن حلف الثاني ونكل الاول قضينا عليه

(فصل) اذا اختلف المتبايعان في الثمن فادعى البائع أن الثمن ألفان وقال المشتري هو ألف فأقام

(فصل) ولو اشترى رجل شقصاً ثم ارتد فقتل او مات فللشفيع اخذه بالشفعة لأنها وجبت بالشراء وانتقاله الى المسلمين بقتله او موته لا يمنع الشفعة كما لو مات على الاسلام فورثه ورثته او صار ماله لبيت المالم اعدم ورثته والمطالب بالشفعة وكيل بيت المالم

(فصل) واذا اشترى المرتد شقصاً فتصرفه موقوف فان قتل على رده او مات عليها تبينا ان شراؤه باطل ولا شفعة فيه وان اسلم تبينا صحته وثبوت الشفعة فيه، وقال ابو بكر تصرفه غير صحيح في الحالين لان ملكه يزول برده فاذا اسلم عاد اليه تملكاً مستأنفاً ، وقال الشافعي وابو يوسف تصرفه صحيح في الحالين وتجب الشفعة فيه، ومبنى الشفعة ههنا على صحة تصرف المرتد ويذكر في غير هذا الموضوع ، وان بيع شقص في شركة المرتد وكان المشتري كافراً فأخذه بالشفعة انبنى على ذلك ايضاً لان اخذه بالشفعة شراء للشقص من المشتري فاشبهه شراؤه لغيره ، فان ارتد الشفيع المسلم وقتل بالردة او مات عليها انتقل ماله الى المسلمين ، فان كان طالب بالشفعة انتقلت ايضاً الى المسلمين بنظر فيها الامام او نائبه وان قتل او مات قبل طلبها بطلت شفيعته كما لو مات على اسلامه ، ولو مات الشفيع المسلم ولم يخلف وارثا سوى بيت المالم انتقل نصيبه الى المسلمين ان مات بعد الطلب والا فلا

(فصل) قال رحمه الله (ويأخذ الشفيع بالثمن الذي وقع عليه العقدان عجز عنه وعن بعضه سقطت شفيعته) وجملة ذلك ان الشفيع يأخذ الشقص من المشتري بالثمن الذي استقر عليه العقد لما روى في

البائع بينة أن الثمن ألفان أخذهما من المشتري والشفيع أخذه بالالف لأن المشتري مقر له باستحقاقه بألف ويديعي أن البائع ظلمه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن حكم الحاكم عليه بألفين أخذه الشفيع بهما لأن الحاكم إذا حكم عليه بالبينة بطل قوله وثبت ما حكم به الحاكم ولنا أن المشتري مقر بأن هذه البينة كاذبة وأنه ظلمه بألف فلم يحكم له به وإنما حكم بها للبائع لأنه لا يكذبها، فإن قال المشتري صدقت البينة وكنت أنا كاذباً أو ناسياً ففيه وجهان (أحدهما) لا يقبل رجوعه لأنه رجوع عن إقرار تعين به حق آدمي غيره فأشبهه ما لو أقر له بدين (والثاني) يقبل قوله وقال القاضي هو قياس المذهب عندي كما لو أخبر في المراجعة بشمن ثم قال غلطت والثمن أكثر قبل قوله مع يمينه بل هو باء أولى لأنه قد قامت البينة بكذبه وحكم الحاكم بخلاف قوله فقبل رجوعه عن الكذب، وإن لم تكن للبائع بينة فتحالفا فلا شفيع أخذه بما حلف عليه البائع، وإن أراد أخذه بما حلف عليه المشتري لم يكن له ذلك لأن للبائع فسخ البيع وأخذه بما قال المشتري بمنع ذلك ولأنه يفضي إلى إزام العقد بما حلف عليه المشتري ولا يملك ذلك فإن رضي المشتري بأخذه بما قال البائع جاز وملك الشفيع أخذه بالثمن الذي حلف عليه المشتري لأن حق البائع من الفسخ قد زال، فإن عاد المشتري فصدق البائع وقال الثمن ألفان وكنت غالطاً فهل للشفيع أخذه بالثمن الذي حلف عليه؟ فيه وجهان كما لو قامت به بينة

حديث جابر أن النبي ﷺ قال « هو حق به بالثمن » رواه الجوزجاني في كتابه ولأن الشفيع إنما استحق الشقص بالبيع فكان مستحقاً له بالثمن كالمشتري فإن قيل إن الشفيع استحق أخذه بغير رضا مالكة فينبغي أن يأخذ بقيمته كالمضطر يأخذ طعام غيره، قلنا المضطر استحق أخذه بسبب حاجة خاصة فكان المرجع في بدله إلى قيمته والشفيع استحقه لأجل البيع ولهذا لو انتقل بهبة أو ميراث لم يستحق الشفعة وإذا استحق ذلك بالبيع وجب أن يكون بالعوض الثابت بالبيع. إذا ثبت هذا فالتا نظر في الثمن فإن كان دراهم أو دنانير أعطاه الشفيع مثله

(فصل) ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن لأن في أخذه بدون دفع الثمن اضراً بالمشتري ولا يزال الضرر بالضرر، فإن أحضر رهناً أو ضمناً لم يلزم المشتري قبوله لأن عليه ضرراً في تأخير الثمن فلم يلزم المشتري ذلك كما لو أراد تأخير ثمن حال، وإن بذل عوضاً عن الثمن لم يلزمه قبوله لأنها معاوضة فلم يجبر عليها، وإذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشتري تسليم الشقص حتى يقبض الثمن فإن كان موجوداً سلمه وإن تعذر في الحال، فقال أحمد في رواية حرب ينظر الشفيع يوماً أو يومين بقدر ما يرى الحاكم فإذا كان أكثر فلا وهذا قول مالك، وقال ابن شبرمة وأصحاب الشافعي ينظر ثلاثاً لأنها آخر حد القلة فإن أحضر الثمن والافسخ عليه، وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يأخذ بالشفعة ولا

(فصل وإن اشترى شقصا له شفيهان فادعى على أحد الشفيعين انه عفا عن الشفعة وشهد بذلك الشيع الآخر قبل عفوه عن شفته لم تقبل شهادته لانه يجر الى نفسه نفا وهو توفر الشفعة عليه فاذا ردت شهادته ثم عفا عن الشفعة ثم اعاد تلك الشهادة لم تقبل لانها ردت للثمة فلم تقبل بعد زوالها كشهادة الفاسق اذا ردت ثم تاب واعادها لم تقبل، ولولم يشهد حتى عفا قبلت شهادته لعدم التهمة ويحلف المشتري مع شهادته، ولولم تكن بينة فالقرل قول المنكر مع يمينه، وان كانت الدعوى على الشفيعين معا فلما ثبتت الشفعة، وان حلف أحدهما ونكل الآخر نظرنا في الخالف فان صدق شريكه في الشفعة في انه لم ينف لم يفتج الى يمين وكانت الشفعة، بينهما لان الحق له فان الشفعة تتوفر عليه اذا سقطت شفعة شريكه، وان ادعى أنه عفا فنكل قضي له بالشفعة كما هو سواء ورثا الشفعة أو كانا شريكين، وان شهد أجنبي بعفو أحد الشفيعين واحتجج الى يمين معه قبل عفو الآخر حلف وأخذ الكل بالشفعة وان كان بعده حلف المشتري وسقطت الشفعة، وان كانوا ثلاثة شفعاء. فشهد اثنان منهم على الثالث بالعفو بعد عفوهما قبلت وان شهدا قبله ردت وإن شهدا بعد عفو أحدهما وقبل عفو الآخر ردت شهادة غير العافي وقيل شهادة العافي، وإن شهد البائم بعفو الشفيع بعد قبض الثمن قبلت شهادته، وإن كان قبله نفيه وجهان (أحدهما) تقبل لانهما سواء عنده (والثاني) لا تقبل لانه يحتمل أن يكون قصد ذلك ليسهل استيفاء الثمن لان المشتري يأخذه من الشفيع فيسهل عليه وفاؤه أو يتعذر على المشتري الوفاء. فلفسه فيستحق استرجاع المبيع، وان شهد

يقضي القاضي بها حتى يحضر الثمن لان الشفيع يأخذ الشقص بغير اختيار المشتري فلا يستحق ذلك الا باحضار عوضه كالتسليم المبيع

ولنا انه تملك للمبيع بعوض فلا ينف على احضار العوض كالمبيع، واما التسليم في البيع فالتسليم في الشفعة مثله وكون الاخذ بغير اختيار المشتري يدل على قوته فلا يمنع من اعتباره في الصحة، ومتى أجلناه مدة فأحضر الثمن فيها والافسخ الحاكم الاخذ وردة الى المشتري، وكذا لو هرب الشفيع بعد الاخذ قال شيخنا والاولى ان للمشتري الفسخ من غير حاكم لانه فات شرط الاخذ ولانه تعذر على البائع الوصول الى الثمن فبلك الفسخ كغير من أخذت الشفعة منه، وكما لو أفلس الشفيع والشفعة لا تنف على حكم الحاكم فلا يقف فسخ الاخذ بها على الحاكم كفسخ غيرها من البيوع وكالرد بالعب لان وقف ذلك على الحاكم يقضي الى الضرر بالمشتري لانه قد يتعذر عليه اثبات ما يدعيه وقد يصعب عليه حضور مجلس الحاكم بعده أو غير ذلك فلا يشرع فيها ما يقضي الى الضرر، ولانه لو وقف الامر على الحاكم لم يملك الاخذ الا بعد احضار الثمن لئلا يقضي الى هذا الضرر، وان أفلس الشفيع خير المشتري بين الفسخ

وبين أن يضرب مع القرماء بالثمن كالبائع اذا أفلس المشتري

(مسئلة) (وما زاد في ثمن أو يحط منه في مدة الخيار يلحق به وما بعد ذلك لا يلحق به)

قد ذكرنا ان الشفيع اما يستحق الشقص بالثمن الذي استقر عليه العقد فلو تبايعا بقدر ثم غيراه

(المغني والشرح الكبير) بيان ان تقسيم الشقص على الشفعة، انما يكون بقدر حصصهم ٥٢٣

لمكانبه بغير شفعة أو شهد بشراء شيء، لمكانبه فيه شفعة لم تقبل لان المكانب عبده فلا تقبل شهادته له كدبره ولان ما يحصل للمكانب ينفع به السيد لانه ان عجز صار له وان لم يعجز سهل عليه الوفاء له، وان شهد على مكانبه بشيء من ذلك قبلت شهادته لانه غير منهم فأشبه الشهادة على ولده

(مسئلة) قال (وإن كانت دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها فباع أحدهم كانت الشفعة بين النفسين على قدر سهامهما)

الصحيح في المذهب أن الشقص المشفوع اذا أخذه الشفعة، قسم بينهم على قدر املاكهم اختاره أبو بكر وروى ذلك عن الحسن وابن سيرين وعباد، وبه قال مالك وسوار والعبدي وإسحاق وأبو عبيد وهو أحد قولي الشافعي، وعن أحمد رواية ثانية أنه يقسم بينهم على عدد رؤوسهم اختارها ابن عقيل وروى ذلك عن النخعي والشعبي وبه قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري وأصحاب الرأي لان كل واحد منهم لو انفرد لاستحق الجميع فاذا اجتمعوا تساروا كالبنين في الميراث وكالمعتق في مراهبة العتق

ولنا أنه حق يستفاد بسبب الملك فكان على قدر الاملاك كالغلة ودليلهم بنقض الابن والاب أو الجدة والجدة مع الاخوة وبالفرسان مع الرجال في الغنمة وبأصحاب الديون والوصايا اذا نقص ماله

في زمن الخيار بزيادة أو نقص ثبت ذلك التعبير في حق الشفيع لان حق الشفيع انما يثبت إذا تم العقد وانما يستحق بالثمن الذي هو ثابت حال استحقاقه ولان زمن الخيار بمنزلة حالة العقد والتعبير يلحق بالعقد فيه لانهما على اختيارهما فيه كما لو كانا في حال العقد، فاما اذا انقضى الخيار وانبرم العقد فزاد أو نقصا لم يلحق بالعقد لان الزيادة بعده هبة تعتبر لها شروط الهبة والنقص ابراء مبتدأ، ولا يثبت ذلك في حق الشفيع وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يثبت النقص في حق الشفيع دون الزيادة وان كانا عنده ماحقان بالعقد لان الزيادة تضر بالشفيع فلم يملكها بخلاف النقص، وقال مالك ان بقي ما يكون ثمناً أخذ به وان حط الاكثر أخذه بجميع الثمن الاول

ولنا ان ذلك يعتبر بعد استقرار العقد فلم يثبت في حق الشفيع كالزيادة ولان الشفيع استحق الاخذ بالثمن الاول قبل التعبير فلم يؤثر التعبير بعد ذلك فيه كالزيادة وما ذكره من العذر لا يصح لان ذلك لو لحق العقد لزم الشفيع وان أضر به كالزيادة في مدة الخيار ولانه حط بعد لزوم العقد فأشبه حط الجميع أو الاكثر عند مالك

(مسئلة) (وان كان مؤجلاً أخذه الشفيع بالاجل ان كان مايبا والا أقام كفيلاً مليئاً وأخذه به) وبهذا قال مالك وعبد الملك وإسحاق، وقال الثوري لا يأخذها إلا بالنقد حالا، وقال أبو حنيفة لا يأخذ الا بئمن حال أو ينتظر مضي الاجل ثم يأخذ، وعن الشافعي كذهبتنا ومذهب أبي حنيفة

عن دين أحدهم أو الثلث عن وصية أحدهم، وفارق الاعيان لانه اتلاف والاتلاف يستوي فيه القليل والكثير كالنجاسة تلتقى في مائع، وأما البنون فأنهم نساوا في التسبب وهو البنوة فتساوا في الارث بها فنظيره في مسئلتنا تساوي الشفعا في سهامهم، فعلى هذا ننظر مخرج سهام الشركاء كلهم فنأخذ منها سهام الشفعا. فإذا علمت عدتها قسمت السهم المشفوع عليها ويصير العقار بين الشفعا. على تلك العدة كما يفعل في مسائل الردسواء، ففي هذه المسئلة التي ذكر الحرفي مخرج سهام الشركاء ستة فإن باع صاحب النصف فسهم الشفعا ثلاثة لصاحب الثلث سهمان والآخري سهم فالشفعة بينهم على ثلاثة ويصير العقار بينهم أثلاثا لصاحب الثلث ثلثاه والآخري ثلثه، وإن باع صاحب الثلث كانت بين الآخريين أربعا لصاحب النصف ثلاثة أرباعه والآخري ربه، وإن باع صاحب السدس كانت بين الآخريين أخماسا لصاحب النصف ثلاثة أخماسه والآخري خمساه وعلى الرواية الاخرى يقسم الشقص المشفوع بين الآخريين نصفين على كل حال، فإن باع صاحب النصف قسم النصف بين شريكيه لكل واحد الربع فيصير لصاحب الثلث ثلث وربع والآخري ربع وسدس، وإن باع صاحب الثلث صار لصاحب النصف الثلثان وللآخري الثلث، وإن باع صاحب السدس فلصاحب الثلث نصف وربع ولصاحب الثلث ربع وسدس والله أعلم.

(فصل) ولو ورث اخوان داراً أو اشترياها بينهما نصفين أو غير ذلك فمات أحدهما عن ابنين

لانه لا يمكنه أخذه بالمؤجل لانه يفضي الى أن يلزم المشتري قبول ذمة الشفيع والذم لا تتماثل وانما يأخذ بمثله ولا يلزمه أن يأخذ بمثله حالا لثلاثا يلزمه أكثر مما يلزم المشتري ولا يسلمة بمثل الثمن الى الاجل لانه انما يأخذه بمثل الثمن أو القيمة والسلمة ليست واحداً منها فلم يبق إلا اتخير

ولنا ان الشفيع تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته والتأجيل من صفاته ولان في الحلول زيادة على التأجيل فلم يلزم الشفيع كزيادة القدر، وما ذكره من اختلاف الذم قانا لا نوجبها حتى توجد الملاءة في الشفيع أو في الضامن بحيث ينحفظ المال فلا يضر اختلافها فيما وراء ذلك، كما لو اشترى الشقص بسلمة وجبت قيمتها ولا يضر اختلافها، ومتى أخذه الشفيع بالاجل فمات الشفيع أو المشتري وقننا يحل الدين بالموت حل الدين على الميت منها دون صاحبه لان سبب حلوله الموت فاختص بمن وجد في حقه

﴿مسئلة﴾ (وإن كان الثمن عرضاً أعطاه مثله ان كان ذا مثل والا أعطاه قيمته)

أما اذا كان من المثليات كالحبوب والادهان فهو كالأمان قياسا عليها فيعطيه الشفيع مثلها هكذا ذكره أصحابنا وهو قول أصحاب الرأي وأصحاب الشافعي لان هذا مثل من طريق الصورة والقيمة فكان أولى من المائل في إحداها ولان الواجب بذل الثمن فكان مثله كبذل العرض والمتلف وان كان

فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه وعمه وبهذا قال أبو حنيفة والمزني والشافعي في الجديد وقال في القديم إن أخاه أحق بالشفعة وبه قال مالك لأن أخاه أخص بشركته من العم لا اشتراكهما في سبب الملك ولنا أنهما شريكان حال ثبوت الشفعة فكانت بينهما كما لو ما كروا كلهم بسبب واحد، ولأن الشفعة تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه بسبب شركته وهذا يوجد في حق الكل، وما ذكره لأصل له ولم يثبت اعتبار الشرع له في موضع والاعتبار بالشركة لا بسببها، وهل تقسم بين العم وابن أخيه نصفين أو على قدر ملكيهما؟ على روايتين، وهكذا لو اشترى رجل نصف دار ثم اشترى ابنه نصفها الآخر أو ورثاه أو اتبناه أو وصل اليهما بسبب من أسباب الملك فباع أحدهما نصيبه، أو لو ورث ثلاثة داراً فباع أحدهم نصيبه من اثنين ثم باع أحد المشتريين نصيبه فالشفعة بين جميع الشركاء وكذلك لو مات رجل وخلف ابنتين وأختين فباعت إحدى الأختين نصيبها أو إحدى الابنتين فالشفعة بين جميع الشركاء، ولو مات رجل وخلف ثلاثة بنين وأرضاً فباع أحدهم عن ابنتين فباع أحد العمين نصيبه فالشفعة بين أخيه وابني أخيه، ولو خلف ابنتين وأوصى بثانيه لاثنتين فباع أحد الوصيين أو أحد الابنتين فالشفعة بين شركائه كلهم، ونحالفينا في هذه المسائل اختلاف بطول ذكره

(فصل) وإن كان المشتري شريكاً فلاشغيم الآخر أن يأخذ بقدر نصيبه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وحكي عن الحسن والشعبي والبيهقي لاشفعة للآخر لأنها تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل وهذا

عما لا يمثل له كالتبائب والحيوان فإن الشفيع يستحق الشقص بقيمة الثمن وهذا قول أكثر أهل العلم وبه يقول أصحاب الرأي والشافعي وحكي عن الحسن وسوار أن الشفعة لا تجب ههنا لأنها تجب بمنثل الثمن وهذا لا يمثل له فتعذر الأخذ فلم يجب كالمثل للثمن

ولنا أنه أحد نوعي الثمن فجاز أن تثبت به الشفعة في المبيع كالمثل وما ذكره لا يصح لأن المثل يكون من طريق الصورة ومن طريق القيمة كبديل المتلف

(فصل) وإن كان الثمن تجب قيمته فإنها تعتبر وقت البيع لأنه وقت الاستحقاق ولا اعتبار بعد ذلك بالزيادة والنقص في القيمة، وأن كان فيه خيار اعتبرت القيمة حين انقضاء الخيار واستقرار العقد لأنه حين استحقاق الشفعة وبه قال الشافعي، وحكي عن مالك أنه يأخذ به قيمته يوم المحاكمة وليس بصحيح لأن وقت الاستحقاق وقت العقد وما زاد بعد ذلك حصل في ملك البائع فلا يكون للمشتري وما نقص من مال البائع فلا ينقص حق المشتري

﴿مسئلة﴾ (وان اختلفا في قدر الثمن فالقول قول المشتري الا أن تكون للشفيع ينة)

اذ اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فقال المشتري اشتريته بمائة فقال الشفيع بل بخمسين فالقول قول المشتري لانه العاقد فهو أعرف بالثمن ولان الشقص ملكه فلا ينزع عنه بالدعوى بغير ينة وبهذا قال الشافعي، فان قيل فهلا قلتم القول قول الشفيع لانه غارم ومنكر للزيادة فهو كالغاصب

شركته متقدمة فلا ضرر في شرائه، وحكي ابن الصباغ عن هؤلاء، أن الشفعة كلها لغير المشتري ولا شيء للمشتري فيها لأنها تستحق عليه فلا يستحقها على نفسه

ولنا أنهما نساوبا في الشركة فتساوبا في الشفعة كما لو اشترى أجنبي بل المشتري أولى لأنه قد ملك الشفص المشفوع، وما ذكرناه لقول الأول لا يصح لأن الضرر يحصل بشرا. هذا السهم المشفوع من غير نظر إلى المشتري وقد حصل شراؤه والثاني لا يصح أيضا لأننا نقول إنه يأخذ من نفسه بالشفعة وإنما يمنع الشريك أن يأخذ قدر حقه بالشفعة فيبقى على ملكه، ثم لا يتمتع أن يستحق الإنسان على نفسه لاجل تعلق حق الغير به، ألا ترى أن العبد المهرن إذا جنى على عبد آخر أسيدته ثبت للسيد على عبده ارش الجنابة لاجل تعلق حق المرهن به ولو لم يكن رهنا مانعاً به. إذا ثبت هذا فإن لشريك المشتري أخذ قدر نصيبه لا غير أو العفو، وإن قال له المشتري قد أسقطت شفعتي فخذ الكل أو انك لم يلزمه ذلك ولم يصح إسقاط المشتري لأن ملكه استقر على قدر حقه فجزى مجرى الشفيعين إذا أخذ بالشفعة ثم عفا أحدهما عن حقه، وكذلك إذا حضر أحد الشفيعين فأخذ جميع الشفص بالشفعة ثم حضر الآخر فله أخذ النصف من ذلك فإن قال الأول خذ الكل أودع فاني قد أسقطت شفعتي لم يكن له ذلك، فإن قيل هذا تبويض للشفعة على المشتري قلنا هذا التبويض اقتضاه دخوله في العقد فصار كالرضي منه به كما قلنا في الشفيع الحاضر إذا أخذ جميع الشفص وكما لو اشترى شفعا وسيفا

والمتلف والضامن نصيب شريكه إذا أعتق؟ قلنا الشفيع ليس بدارم لأنه لا شيء عليه وإنما يريد أن يملك الشفص بثمنه بخلاف الفاصب والمتلف والمعتق، فاما إن كان للشفيع بينة حكم له بها وكذلك إن كان للمشتري بينة حكم بها واستغنى عن يمينه ويثبت ذلك بشاهد ويمين وشهادة رجل وامرأتين، ولا تقبل شهادة البائع لأنه إذا شهد للشفيع كان متهما لأنه يطلب تقليل الثمن خوفا من الدرك عليه، فإن أقام كل واحد منهما بينة احتمل تعارضهما لأنهما يتنازعا في ما وقع عليه العقد فيصيران كمن لا بينة لهما، وذكر الشريف أن بينة الشفيع تقدم لأنها خارجة ويقتضيه قول الحرقي لأن بينة الخارج عنده تقدم على بينة الداخل والشفيع خارج وهو قول أبي حنيفة وقال صاحباه تقدم بينة المشتري لأنها ترجح بقول المشتري فإنه مقدم على قول الشفيع، وبخلاف الخارج والداخل لأن بينة الداخل يجوز أن تكون مستندة إلى بده وفي مسئلتنا البينة تشهد على نفس العقد كشهادة بينة الشفيع

ولنا أنهما بينتان تمارضتا فقدمت بينة من لا يقبل قوله عند عدمها كالداخل والخارج ويحتمل أن يقرع بينهما لأنهما يتنازعا في العقد ولا بدلها عليه فصارا كالتنازعين عينا في يد غيرها (فصل) فإن قال المشتري لا أعلم قدر امن قالقول قوله لان ما يدعيه يمكن يجوز أن يكون اشتراه جزافا أو بضمن نسي قدره ويحلف فاذا حلف سقطت الشفعة لأنها لا تستحق بغير بدل

﴿مسئلة﴾ قال (فان ترك أحدهما شفعمته لم يكن للآخر أن يأخذ الا الكل أو يترك)

وجملته أنه اذا كان الشقص بين شفعا فترك بعضهم فليس للباقيين الا أخذ الجميع أو ترك الجميع وليس لهم أخذ البعض ، قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على هذا ، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولان في أخذ البعض اضراراً بالمشتري بتبعيض الصفقة عليه والضرر لا يزال بالضرير لان الشفعة إنما تثبت على خلاف الاصل دفعا لاضرر الشريك الداخلى خوفاً من سوء المشاركة وموثة القسمة فاذا أخذ بعض الشقص لم يندفع عنه الضرر فلم يتحقق المعنى المجوز لمخالفة الاصل فلا تثبت ولو كان الشفيع واحداً لم يجز له أخذ بعض المبيع لذلك فان سقطت شفعمته لانها لا تتبعض فاذا سقط بعضها سقط جميعها كالتقصاص ، وإن وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة بعض شركائه أو غيره لم يصح لان ذلك عفو وليس بهبة فلم يصح لغير من هو عليه كالمعروف عن التقصاص

(فصل) فان كان الشفعا غائبين لم تسقط الشفعة لموضع العذر فاذا قدم أحدهم فليس له أن يأخذ الا الكل أو يترك لاننا نعلم اليوم مطالبساؤه ولان في أخذه البعض تبعيضاً لصفقة المشتري فلم يجز ذلك كما لو لم يكن معه غيره ولا يمكن تأخير حقه الى أن يقدم شركاؤه لان في التأخير اضراراً بالمشتري فاذا أخذ الجميع ثم حضر آخر قاسمه ان شاء أو عفى فيبقى للاول لان المطالبة انا وجدت منهما فان قاسمه

ولا يمكن أن يدفع اليه مالا يدعيه فان ادعى أنك فعلت ذلك تحليلاً على اسقاط الشفعة حلف على نفي ذلك (فصل) فان اشترى شقصاً بعرض واختلفا في قيمته فان كان موجوداً عرضناه على المقومين وان تعذر احضاره فالقول قول المشتري كما لو اختلفا في قدره فان ادعى جهل قيمته فهو على ما ذكرنا فيما اذا ادعى جهل ثمنه وان اختلفا في الفراس والبناء في الشقص فقال المشتري أنا أحدثته فانكر فالقول قول المشتري لانه ملكه والشفيع يريد تملكه عليه فكان القول قول المالك

(مسئلة) (وان قال المشتري اشتريته بألف وأقام البائنه بينه أنه باعه بألفين فللشفيع أخذه بألف

فان قال المشتري غلطت فهل يقبل قوله مع يمينه؟ على وجهين)

وجملة ذلك أن للشفيع أن يأخذه بما قال المشتري لان المشتري مقر له باستحقاقه بألف ويدعي أن البائع ظلمه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان حكم الحاكم بالفين أخذه الشفيع بهما لان الحاكم اذا حكم عليه بالبيئة بطل قوله وثبت ما حكم به

ولنا أن المشتري يقر بأن هذه البيئة كاذبة وأنه ظلم بالف فلم يحكم له به وانما حكم بها للبائع لانه لا يكذبها فان قال المشتري صدقت البيئة وكنت أنا كاذباً أو ناسياً ففيه وجهان (احدهما) لا يقبل رجوعه لانه رجوع عن اقرار تعلق به حق آدمي غيره فاشبهه ما لو أقر له بدين (الثاني) يقبل

ثم حضر الثالث قاسمها ان أحب أو عفا فيبقى للاولين فان نعى الشقص في يد الاول ناء منفصلا لم يشاركه فيه واحد منهما لانه انفصل في ملكه فأشبهه ما لو انفصل في يد المشتري قبل الاخذ بالشفعة ، وكذلك إذا أخذ الثاني فنمى في يده ناء منفصلا لم يشاركه الثالث فيه ، وان خرج الشقص مستحقا فالعبرة على المشتري برجع الثلاثة عليه ولا يرجع أحدهم على الآخر فان الاخذ وان كان من الاول فهو بمنزلة النائب عن المشتري في الدفع اليهما والنائب عنهما في دفع الثمن اليه لان الشفعة مستحقة عليه لهم وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وان امتنع الاول من المطالبة حتى يحضر صاحبه أو قال آخذ قدر حتى ففيه وجهان (أحدهما) يبطل حقه لانه قدر على أخذ الكل وتركه فأشبهه المنفرد (والثاني) لا يبطل لانه تركه اهذر وهو خوف قدوم الغائب فينتزعه منه، والترك اهذر لا يسقط الشفعة بدليل ما لو أظهر المشتري تمنا كثيرا فترك لذلك ثم بان بخلافه، فان ترك الاول شفيعته توفرت الشفعة على صاحبه فاذا قدم الاول منهما فله أخذ الجميع على ما ذكرنا في الاول فان أخذ الاول بها ثم رد ما أخذه بعيب فكذلك وبهذا قال الشافعي ، وحكي عن محمد بن الحسن أنها لا تتوفر عليهما وليس لها أخذ نصيب الاول لانه لم يعف وإنما رد نصيبه لاجل العيب فأشبهه ما لو رجع الى المشتري ببيع أو هبة ولنا أن الشفيع فسخ ملكه ورجع إلى المشتري بالسبب الاول فكان لشريكه أخذه كما لو عفا، ويفارق عوده بسبب آخر لانه عاد غير الملك الاول الذي تعلقت به الشفعة

قوله وقال القاضي هو قياس المذهب عندي كما لو أخبر في المراجعة بشئ ثم قال غلطت والنم أن أكثر قبل قوله مع يمينه بل ههنا أولى لانه قد قامت البينة بكذبه وحكم الحاكم بخلاف قوله فقبل رجوعه عن الكذب، وان لم تكن للبايع بيعة فتحالفوا فللشفيع أخذه بما حلف عليه البائع ، فان أراد أخذه بما حلف عليه المشتري لم يكن له ذلك لان للبايع فسخ البيع وأخذه بما قال المشتري يمنع ذلك، ولانه يفضي الى الزام العقد بما حلف عليه المشتري ولا يملك ذلك ، فان رضي المشتري بأخذه بما قال البائع جاز وملك الشفيع أخذه بالثمن الذي حلف عليه المشتري لان حق البائع من الفسخ قد زال فان عاد المشتري فصدق البائع وقال الثمن الفان وكنت غاطاً فهل للشفيع أخذه بالثمن الذي حلف عليه ؟ فيه وجهان كما لو قامت به بيعة

(فصل) ولو اشترى شقصاً له شفيعان فادعى على أحد الشفيعين أنه عفا عن الشفعة وشهد له بذلك الشفيع الآخر قبل عفوهِ عن شفيعته لم تقبل شهادته لانه يجر الى نفسه نفعاً وهو توفر الشفعة عليه فاذا ردت شهادته ثم عفا عن الشفعة ثم أعاد تلك الشهادة لم تقبل لانها ردت لثمه فلم تقبل بعد زوالها كشهادة الفاسق اذا ردت ثم تاب وأعادها لم تقبل ، ولو لم يشهد حتى عفا قبلت شهادته لعدم التهمة ويحلف المشتري مع شهادته ولو لم تكن بيعة فالقول قول المنكر مع يمينه وان كانت الدعوى على

(فصل) وإذا حضر الثاني بعد أخذ الأول فأخذ نصف الشقص منه واقتسام قدم الثالث فطالب بالشفعة وأخذ بها بطلت القسمة لأن هذا الثالث إذا أخذ بالشفعة كان كأنه مشارك في حال القسمة لثبوت حقه، ولهذا لو باع المشتري ثم قدم الشفيع كان له إبطال البيع، فإن قيل فكيف تصح القسمة وشريكها الثالث غائب؟ قلنا يحتمل أن يكون وكل في القسمة قبل البيع أو قبل علمه أو يكون الشريكان رفعا ذلك إلى الحاكم وطالباه بالقسمة عن الغائب فقاسمها وبقي الغائب على شفيعه، فإن قيل فكيف تصح مقاسمتها للشفيع وحق الثالث ثابت فيه؟ قلنا ثبوت حق الشفعة لا يمنع التصرف بدليل أنه يصح بيعه وهبته وغيرهما وبملك الشفيع إبطاله كذا ههنا، إذا ثبت هذا فإن الثالث إذا قدم فوجد أحد شريكه غائبا أخذ من الحاضر ثلث ما في يده لأنه قدر ما يستحقه ثم إن قضى له القاضي على الغائب أخذ ثلث ما في يده أيضا، وإن لم يقض له انتظار الغائب حتى يقدم لأنه موضع عذر

(فصل) إذا أخذ الأول الشقص كله بالشفعة فقدم الثاني فقال لا آخذ منك نصفه بل أقصر على قدر نصيبي وهو الثلث فله ذلك لأنه انتصر على بعض حقه وليس فيه تبعض الصفقة على المشتري فجاز كترك الكل فإذا قدم الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده فيضيفه إلى ما في يد الأول ويقتسمانه نصفين فنصح قسمة الشقص من ثمانية عشر صهما لأن الثالث أخذ حقه من الثاني ثلث الثلث ومخرجه ثمة فضمه إلى الثلثين وهي ستة صارت سبعة ثم قسما السبعة نصفين لا تنقسم فأضرب اثنين

الشفيعين مما خلفا ثبتت الشفعة وإن حلف أحدهما ونكل الآخر نظرنا في الحالف فإن صدق شريكه في الشفعة في أنه لم يعرف لم يحتج إلى يمين وكانت الشفعة بينهما لأن الحق له فإن الشفعة تتوفر عليه إذا سقطت شفعة شريكه وإن ادعى أنه عفا فشكل قضى له بالشفعة كلها وسواء ورنا الشفعة أو كانا شريكين، فإن شهد أجنبي بعفو أحد الشفيعين واحتج إلى يمين معه قبل عفو الآخر حلف وأخذ الكل بالشفعة وإن كان بده حلف المشتري وسقطت الشفعة وإن كانوا ثلاثة شفعا فشهد اثنان منهم على الثالث بالعفو بمد عفوهما قبلت وإن شهدا قبله ردت، وإن شهدا بعد عفوا أحدهما وقبل عفو الآخر ردت شهادة غير العافي وقبلت شهادة العافي وإن شهد البائع بعفو الشفيع عن شفيعته بعد قبض الثمن قبلت شهادته، وإن كان قبله قبلت في أحد الوجهين لأنها سواء عنده (والثاني) لا تقبل لأنه يحتمل أن يكون قصد ذلك ليسهل استيفاء الثمن لأن المشتري يأخذ الشقص من الشفيع فيسهل عليه وفاؤه أو يتعذر على المشتري الوفاء لقلسه فيستحق استرجاع المبيع، وإن شهد لمكانبه بعفو شفيعته أو شهد بشراء شيء لمكانبه فيه شفعة لم تقبل لأن المكاتب عبده فلا تقبل شهادته له كدبره ولأن ما يحصل للمكاتب ينتفع به السيد لأنه إن عجز صار له وإن لم يعجز سهل عليه وفاؤه وإن شهد على مكانبه بشيء من ذلك قبلت شهادته لأنه غير متهم فأشبه الشهادة على ولده

(مسئلة) (وإن ادعى أنك اشتريته بألف قال بل أهبته أو ورثته فالقول قواله مع يمينه فإن نكل (المغني والشرح الكبير) (٦٧) (الجزء الخامس)

في تسعة تكن ثمانية عشر لثاني أربعة أسهم ولكل واحد من شريكه سبعة ، وإنما كان كذلك لان الثاني ترك سدسا كان له أخذه وحقه منه ثلثاه وهو التسع فتوفر ذلك على شريكه في الشفعة فللاول والثالث أن يقولوا نحن سواء في الاستحقاق ولم يترك واحد منا شيئا من حقه فنجمع ما مضى فنقسمه فيكون على ما ذكرنا ، وان قال الثاني أنا أخذ الربع فله ذلك لما ذكرنا في التي قبلها فاذا قدم الثالث أخذ منه نصف سدس وهو ثلث ما في يده فضمه الى ثلاثة الارباع وهي تسعة بصير الجميع عشرة فيقسمها الكل واحد منها خمسة ولثاني سهمان ونصف من اثني عشر

(فصل) إذا اشترى رجل من رجلين شقة صافيا فلاشفيهم أخذ نصيب أحدهما دون الآخر ، وبهذا قال الشافعي ، وحكي عن القاضي انه لا يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة ومالك اثلا تتبعه صفقة المشتري . ولنا ان عقد الاثني مع واحد عقدان لانه مشتمن كل واحد منهما ملكه بشم مفرد فكان للشفيع أخذه كما لو أفرد به هذا ينفصل عما ذكره ، وان اشترى اثنان نصيب واحد فلاشفيهم أخذ نصيب أحد المشتريين ، وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة في إحدى الروايتين عنه ، وقال في الاخرى يجوز له ذلك بعد القبض ولا يجوز قبله لانه قبل القبض تتبعه صفقة البائع ولنا انها مشتمتان فجاز للشفيع أخذ نصيب أحدهما كما بعد القبض ، وما ذكره لانسله على أن المشتري الآخر يأخذ نصيبه فلا يكون تبعيضاً ، فان باع اثنان من اثنين فهي أربعة عقود وللشفيع أخذ الكل أو ماشاء منهما

أو قامت للشفيع بينة فله أخذه ويقال للمشتري اما أن تقبل الثمن أو تبرئ منه) وجملة ذلك أنه اذا ادعى الشفيع على بعض الشركاء انك اشتريت نصيبك فلي أخذه بالشفعة فانه يحتاج إلى تحرير دعواه فيحدد المكان الذي فيه الشقص ويذكر قدر الشقص والثمن وبدعي الشفعة فيه فاذا ادعى سئل المدعى عليه فان أقر لزمه وان أنكر وقال إنما أمرته أو ورتته فلا شفعة لك فيه فالقول قول من ينفية كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة فان حلف برئ . وان نكل قضي عليه وان قال لا يستحق علي شفعة فالقول قوله مع يمينه ويكون يمينه على حسب قوله في الانكار وإذا نكل وقضي عليه بالشفعة عرض عليه الثمن فاذا أخذه دفع إليه ، وان قال لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يقر في يد الشفيع إلى أن بدعيه المشتري فيدفع اليه كما لو أقر له بدار فانكرها (والثاني) يأخذه الحاكم فيحفظه لصاحبه الى أن يدعيه ، ومتى ادعاه المشتري دفع اليه (والثالث) يقال له اما أن تقبضه واما ان تبرئ منه كسيد المكاتب إذا جاءه المكاتب بمال الكتابة فادعى أنه حرام احتاره القاضي ، وهذا يفارق المكاتب لان سيده بطالبه بالوفاء من غير هذا الذي أتاه به فلا يلزمه ذلك بمجرد دعوى سيده تحريم ما أتاه به وهذا لا يبطل الشفيع بشيء فلا ينبغي ان يكلف الابراء مما يدعيه والوجه الاول أولى ان شاء الله تعالى

(فصل) فإذا باع شقصا لثلاثة دفعة واحدة فاشريكه أن يأخذ من الثلاثة وله أن يأخذ من أحدهم وله أن يأخذ من اثنين دون الثالث لأن عقد كل منها منفرد فلا يتوقف الاخذ به على الاخذ بما في العقد الآخر كما لو كانت متفرقة ، فإذا أخذ نصيب واحد لم يكن للآخرين مشاركته في الشفعة لأن ملكها لم يسبق ملك من أخذ نصيبه ولا يستحق الشفعة إلا بملك سابق ، فأما إن باع نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود متفرقة ثم علم الشفيع فله أيضا أن يأخذ الثلاثة وله أن يأخذ ماشاء منها ، وإن أخذ نصيب الاول لم يكن للآخرين مشاركته في شفيعته لأنها لم يكن لها ملك حين بيعه ، وإن أخذ نصيب الثاني وحده لم يملك الثالث مشاركته لذلك ويشاركه الاول في شفيعته لأن ملكه سابق لشراء الثاني فهو شريك حال شرائه . وبمقتضى أن لا يشاركه لان ملكه حال شراء الثاني يستحق أخذه بالشفعة فلا يكون سببا في استحقاقها . وان أخذ من الثالث وعفا عن الاولين ففي مشاركتها له وجهان ، وان أخذ من الثلاثة ففيه وجهان (أحدهما) انه لا يشاركه أحد منهم لان أملاكهم قد استحقها بالشفعة فلا يستحق عليه بها شفعة (والثاني) يشاركه الثاني في شفعة الثالث وهذا قول أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لانه كان مالكا ملكا صحيحا حال شراء الثالث ولذلك استحق مشاركته اذا عفا عن شفيعته فكذلك إذا لم يعف لانه انما استحق الشفعة بالملك الذي صار به شريكا لا بالعفو عنه ، ولذلك قلنا في الشفيع إذا لم يعلم بالشفعة حتى باع نصيبه فله أخذ نصيب المشتري الاول والمشتري الاول أخذ

(فصل) فان قال اشتريته لفلان وكان حاضرا استداه الحاكم وسأله فان صدقه كان الشراء له والشفعة عليه ، وان قال هذا ملكي ولم اشتره انتقلت الخصومة اليه وان كذبه حكم بالشراء لمن اشتراه وأخذ منه بالشفعة وإن كان المقر له غائبا أخذه الحاكم ودفعه الى الشفيع وكان الغائب على حجته إذا قدم لانتا لو وقفنا الامر في الشفعة إلى حضور المقر له كان في ذلك اسقاط الشفعة لان كل مشتري بدعي أنه لغائب ، وان قال اشتريته لابني الطفل أو لهذا الطفل وله عليه ولاية لم تثبت الشفعة في أحد الوجهين لان الملك ثبت للطفل ولا تجب الشفعة باقرار الولي عليه لانه لإيجاب حق في مال صغير باقرار وليه (والثاني) تثبت لانه يملك الشراء له فصح اقراره فيه كما يصح اقراره بسبب في بيعه ، فاما ان ادعى عليه شفعة في شقص فقال هذا لفلان الغائب أو لفلان الطفل ثم أقر بشرائه له لم تثبت فيه الشفعة الا ان تثبت بيينة أو يقدم الغائب ويبلغ الطفل فيطالبها بها لان الملك ثبت لها باقراره بالشراء بعد ذلك اقراره في ملك غيره فلا يقبل بخلاف ما إذا أقر بالشراء ابتداء لان الملك ثبت لها بذلك الاقرار المثبت للشفعة فثبتا جميعا وان لم يذكر سبب الملك لم يسأل الحاكم عنه ولم يطالب ببيانه لانه لو صرح بالشراء لم تثبت به شفعة فلا فائدة في الكشف عنه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كذبنا .

(فصل) وإذا كانت دار بين حاضر وغائب فدعى الحاضر على من في يده نصيب الغائب أنه اشتراه

نصيب المشتري الثاني ، وعلى هذا يشاركه الاول في شفعة الثاني والثالث جميعا ، فعلى هذا إذا كانت دار بين اثنين نصفين فباع أحدهما نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود في كل عقد سدس فالشفيع السدس الاول وثلاثة أرباع الثاني وثلاثة أخماس الثالث والمشتري الاول ربع السدس الثاني وخمس الثالث ، والمشتري الثاني خمس الثالث فتصح المسئلة من مائة وعشرين سهما للشفيع الاول مائة وشفعة أسهم ولثاني تسعة ولثالث أربعة ، وان قلنا ان الشفعة على عدد الرسوم فللمشتري الاول نصف السدس الثاني وثالث الثالث ولثاني ثلث الثالث وهو نصف التسم فتصح من ستة وثلاثين للشفيع تسعة وعشرون ولثاني خمسة ولثالث سهران

(فصل) دار بين أربعة أرباعا باع ثلاثة منهم في عقد متفرقة ولم يعلم شريكهم ولا بعضهم بعض فللذي لم يبيع الشفعة في الجميع ، وهل يستحق البائع الثاني والثالث الشفعة فيما باعه البائع الاول والثاني؟ على وجهين ، وكذلك هل يستحق الثالث الشفعة فيما باعه الاول والثاني؟ على وجهين ، وهل يستحق مشتري الربع الاول الشفعة فيما باعه الثاني والثالث؟ أو هل يستحق الثاني شفعة الثالث؟ على ثلاثة أوجه (أحدها) يستحقان لانهما مالكان حال البيع (والثاني) لاحق لهما لان ملكهما منزله يستحق أخذه بالشفعة فلا تثبت به (والثالث) ان عفا عنها أخذا وإلا فلا ، فاذا قلنا بشرك الجميع فالذي لم يبع ثلث كل ربع لان له شريكين فصار له الربع مضموما الى ملكه فكل له النصف وللبائيم والمشتري الاول الثلث لكل واحد منهما السدس لانه شريك في شفعة يبيع واحد وتصح من اثني عشر

منه وأنه يستحقه بالشفعة فصدقه للشفيع أخذه بالشفعة لان من في يده العين يصدق في تصرفه فيما في يده ، وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان (أحدهما) ليس له أخذه لان هذا اقرار على غيره

ولنا أنه أقر بما في يده فقبل اقراره كما لو أقر بأصل ملكه ، وهكذا لو ادعى عليه انك بت نصيب الغائب بأذنه وأقر له الوكيل كان كاقرار البائع بالبيع فاذا قدم الغائب فانكر البيع أو الاذن في البيع فالقول قوله مع يمينه وينزع الشقص ويطالب بأجرته من شاء منها ويستقر الضمان على الشفيع لان المنافع تلفت تحت يده ، فان طالب الوكيل رجع على الشفيع وان طالب الشفيع لم يرجع على أحد وان ادعى على الوكيل أنك اشتريت الشقص الذي في يدك فانكر وقال إنما أنا وكيل فيه أو مستودع له فالقول قوله مع يمينه وإن كان للمدعي بينة حكم بها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي مع أن أبا حنيفة لا يرى القضاء على الغائب لان القضاء ههنا على الحاضر لوجوب الشفعة عليه واستحقاقه أنزاع الشقص من يده فحصل القضاء على الغائب ضمناً ، فان لم تكن بينة وطلب الشفيع بينة ونكل الوكيل عنها احتمل أن يقضى عليه لانه لو أقر لقضى عليه فكذلك إذا نكل واحتمل ان لا يقضى عليه لانه قضاء على الغائب

(فصل) وان باع الشريك نصف الشقص لرجل ثم باعه بقبته في صفقة أخرى ثم علم الشفيع فله أخذ المبيع الاول والثاني وله أخذ أحدهما دون الثاني لان اكل عقد حكم نفسه فان أخذ الاول لم يشاركه في شفيعته أحد وان أخذ الثاني فهل يشاركه المشتري في شفيعته بنصيبه الاول؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) يشاركه فيها وهو مذهب أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لانه شريك وقت البيع الثاني بملكه الذي اشتراه أولا (والثاني) لا يشاركه لان ملكه على الاول لم يستقر لكون الشفيع بملك أخذه (والثالث) ان عفا الشفيع عن الاول شاركه في الثاني وان أخذ بهما جميعا لم يشاركه وهذا مذهب الشافعي لانه اذا عفا عنه استقر ملكه فشاركه بخلاف ما إذا أخذ فان قلنا يشاركه في الشفعة في قدر ما يستحق وجهان (أحدهما) ثلثه (والثاني) نصفه بناء على الروايتين في قسمة الشفعة على قدر الاملاك أو عدد الرسوم فاذا قلنا يشاركه فعنا له عن الاول صار له ثلث العقار في أحد الوجهين وفي الآخر ثلاثة أمانه وباقيه لشريكه ، وان لم يعف عن الاول فله نصف سدسه في أحد الوجهين وفي الآخر ثمنه والباقي لشريكه. وان باعه الشريك الشقص في ثلاث صفقات متسارية فحكمه حكم مالو باعه ثلاثة أنفس على ما شرحناء ويستحق ما يستحقون وللشفيع ههنا مثل ماله مع الثلاثة والله أعلم

(فصل) واذا كانت دار بين ثلاثة فوكل أحدهم شريكه في بيع نصيبه مع نصيبه فباعهما لرجل واحد فاشريكهما بالشفعة فيهما ، وهل له أخذ أحد النصيبين دون الآخر؟ فيه وجهان (أحدهما) له ذلك

بغير بينة ولا اقرار من الشقص في يده

(فصل) وإذا ادعى على رجل شفعة في شقص اشتراه فقال ليس له ملك في شركتي فعلى الشفيع اقامة البينة بالشركة وبه قال أبو حنيفة ومحمد والشافعي ، وقال أبو يوسف إذا كان في يده استحق الشفعة به لان الظاهر من اليد الملك

ولنا ان الملك لا يثبت بمجرد اليد وإذا لم يثبت الملك الذي يستحق به الشفعة لم تثبت بمجرد الظاهر لا يكفي كما لو ادعى ولد أمة في يده فان ادعى أن المدعى عليه يعلم أنه شريك فعلى المشتري البين أنه لا يعلم ذلك لانها بين على نفي فعل الغير فكانت على العلم كاليمين على نفي دين الميت فاذا حلف سقطت دعواه وان نكل قضي عليه

(فصل) إذا ادعى على شريكه انك اشتريت نصيبك من عمرو فلي شفيعته فصدقه عمرو وأنكر الشريك وقال بل ورثته من أبي فأقام المدعى بينة أنه كان ملك عمر ولم تثبت الشفعة بذلك وقال محمد تثبت ويقال له اما أن تدفعه وتأخذ الثمن واما أن ترده الى البائع فيلخذه الشفيع لانها شهدا بالملك لعمرو فكأنهما شهدا بالبيع

ولنا أنهما لم يشهدا بالبيع واقرار عمرو على المنكر بالبيع لا يقبل لانه اقرار على غيره فلا يقبل في حقه ولا تقبل شهادته عليه وليست الشفعة من حقوق القعد فيقبل فيها قول البائع فصار بمنزلة مالو

لان المالك اثنان فهما يبعان فكان له أخذ نصيب أحدهما كالوتو ليا العقد (والثاني) ليس له ذلك لان الصفقة واحدة وفي أخذ أحدهما تبعض الصفقة على المشتري فلم يجز كولو كانا لرجل واحد ، وان وكل رجل رجلان في شراء نصف نصيب أحد الشركاء فاشترى الشقص كله لنفسه ولمو كاه فله شريكه أخذ نصيب أحدهما لانهما مشتريان فاشبه مالو وليا العقد ، والفرق بين هذه الصورة والتي قبلها ان أخذ أحد النصيبين لا يفضي الى تبعض صفقة المشتري ولانه قد برضى شركة أحد المشتريين دون الآخر بخلاف التي قبلها فان المشتري واحد

﴿مسئلة﴾ قال (وعهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشتري على البائع)

يعني أن الشفيع اذا أخذ الشقص فظهر مستحقا فرجوعه بالثمن على المشتري ويرجع المشتري على البائع وان وجده معيبا فله رده على المشتري أو أخذ ارشه منه والمشتري برد على البائع أو يأخذ الارش منه سواء قبض الشقص من المشتري أو من البائع وبهذا قال الشافعي، وقال ابن أبي ليلى وعمان البتي عهدة الشفيع على البائع لان الحق ثبت له بايجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشتري ، وقال أبو حنيفة ان أخذه من المشتري فالعهدة عليه وان أخذه من البائع فالعهدة عليه لان الشفيع اذا أخذه من البائع تعذر قبض المشتري فينسخ البيع بين البائع والمشتري فكان الشفيع آخذا من البائع مالكا من جهته فكانت عهدة عليه

حلف اني ما اشتريت الدار فقال من كانت الدار ملكة أنا بعته إياها لم يقبل عليه في الخنث ولا يلزم إذا أقر البائع بالبيع والشقص في يده وأنكر المشتري الشراء لان الذي في يده الدار مقرها للشفيع ولا منازع له فيها سواء وههنا من الدار في يده يدعيها لنفسه والمقر بالبيع لاشيء في يده ولا يقدر على تقسيم الشقص فافترقا

﴿مسئلة﴾ (وان كان عوضاً في الخلم والصداق والصلح عن دم العمدة وقلنا بوجوب الشفعة فيه فقال القاضي يأخذه بقيمته)

قال وهو قياس قول ابن حامد وهو قول مالك وابن شبرمة وابن أبي ليلى لانه ملك الشقص القابل للشفعة يبدل ليس له مثل فوجب الرجوع الى قيمته في الاخذ بالشفعة كما لو باعه بسبعة لا مثل لها ولاتا لو أوجبت مهر المثل لافضى الى تقويم البضع على الاجانب واضر بالشفيع لان المهر يتفاوت مع المسمى لتساع الناس فيه في العادة بخلاف البيع وقال غير القاضي يأخذه بالدية ومهر المثل وحكام الشريف أبو جعفر عن ابن حامد وهو قول الكلبي والشافعي لانه ملك الشقص يبدل ليس له مثل فيجب الرجوع الى قيمة البدل إذا لم يكن تقدماً ولا مثلاً وعوض الشقص هو البضع وقيمة البضع مهر المثل .

ولنا أن الشفعة مستحقة بمد الشراء وحصول الملك المشتري ثم يزول الملك من المشتري إلى الشفيع بالثمن فكانت العهدة عليه كما لو أخذه منه ببيع ولأنه ملكه من جهة المشتري بالثمن فلك رده عليه بالعيب كالمشتري في البيع الأول، وقياسه على المشتري في جعل عهده على البائع لا يصح لأن المشتري ملكه من البائع بخلاف الشفيع، وأما إذا أخذه من البائع فالبايع نائب عن المشتري في التسليم المستحق عليه، ولو انفسخ العقد بين المشتري والبائع بطلت الشفعة لأنها استحققت به

(فصل) وحكم الشفيع في الرد بالعيب حكم المشتري من المشتري وإن علم المشتري بالعيب ولم يعلم الشفيع فلا شفيع رده على المشتري أو أخذ أرضه منه وإيسر للمشتري شيء، ويحتمل أن لا يملك الشفيع أخذ الأرض لأن الشفيع يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد فإذا أخذ الأرض فما أخذ بالثمن الذي استقر على المشتري، وإن علم الشفيع دون المشتري فليس لواحد منهما رد ولا أرض لأن الشفيع أخذه علماً بعيبه فلم يثبت له رد ولا أرض كالمشتري إذا علم العيب والمشتري قد استغنى عن الرد لزوال ملكه عن المبيع وحصول الثمن له من الشفيع ولم يملك الأرض لأنه استدرك ظلماً ورجع إليه جميع ثمنه فأشبه ما لو رده على البائع، ويحتمل أن يملك أخذ الأرض لأنه عوض عن الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط بزوال ملكه عن المبيع كما لو اشترى قميصين فتلّف أحدهما وأخذ الآخر، فعلى هذا ما يأخذه من الأرض يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره لأن الشفيع يجب عليه بالثمن الذي استقر عليه العقد

(فصل) قال انشيخ رحمه الله تعالى (ولا شفعة في بيع الخيار قبل انقضائه نص عليه ويحتمل أن يجب) لانتبت الشفعة في بيع الخيار قبل انقضائه سواء كان الخيار لهما أولاً أحدهما وحده أو لهما كان، وقال أبو الخطاب يتخرج أن تثبت الشفعة لأن الملك انتقل فتثبت الشفعة في مدة الخيار كما بعد انقضائه، وقال أبو حنيفة إن كان الخيار للبائع أو لهما لم تثبت الشفعة حتى ينقضي لأن في الأخذ بها إسقاط حق البائع من الفسخ وإلزام البيع في حقه بغير رضاه ولأن الشفيع إنما يأخذ من المشتري ولم ينتقل الملك إليه وإن كان الخيار للمشتري فتد انتقل الملك إليه ولا حق لغيره فيه والشفيع يملك أخذه بمد لزوم البيع واستقرار الملك فلأن يملك ذلك قبل لزومه أولى وغاية ما يقدر ثبوت الخيار له وذلك لا يمنع الأخذ بالشفعة كما لو وجد به عيباً وللشافعي قولان كالمذهبين

ولنا أنه مبيع فيه الخيار فلم تثبت الشفعة كما لو كان للبائع وذلك لأن الأخذ بالشفعة يلزم المشتري بالعقد بغير رضاه ويوجب العهدة عليه ويفوت حقه من الرجوع في عين الثمن فلم يجوز كما لو كان الخيار للبائع فاتماً إنما منعنا من الشفعة لما فيه من إبطال خيار البائع وتقويت حق الرجوع في عين ماله وهما في نظر الشرع على السواء، وفارق الرد بالعيب فإنه ثبت لاستدراك الظلمة وذلك يزول بأخذ الشفيع فإن باع الشفيع حصته في مدة الخيار طالماً يبيع الأول سقطت شفيعته وقد ذكرنا ذلك فيما مضى

فأشبهه ما لو أخذ الارش قبل أخذ الشفيع منه ، وان علما جميعا فليس لواحد منهما رد ولا أرض لان كل واحد منهما دخل على بصيرة ورضي ببذل الثمن فيه بهذه الصفة ، وان لم يعلم فلا شفيع رده على المشتري والمشتري رده على البائع فان لم يرد الشفيع فلا برد للمشتري لما ذكرنا أولا ، وان أخذ الشفيع أرشه من المشتري فلمشتري أخذه من البائع ، وان لم يأخذ منه شيئا فلا شيء للمشتري ، وبجمل أن يملك أخذه على الوجه الذي ذكرناه فاذا أخذه فان كان الشفيع لم يسقطه عن المشتري سقط عنه من الثمن بقدره لأنه الثمن الذي استقر عليه البيع وسكوته لا يسقط حقه ، وان أسقطه عن المشتري توفر عليه كما لو زاده على الثمن باختياره ، فاما ان اشتراه بالبرائة من كل عيب فالصحيح من المذهب أن لا يبرأ فيكون كأنه لم يبرأ إليه من شيء ، وفي رواية أخرى أنه يبرأ إلا أن يكون البائع علم بالعيب فدلسه واشترط البرائة فعلى هذه الرواية ان علم الشفيع باشتراط البرائة فحكمه حكم المشتري لانه دخل على شرائه فصار كمن اشترط البرائة ، وان لم يعلم ذلك فحكمه حكم ما لو علمه المشتري دون الشفيع

(مسئلة) قال (والشفعة لا تورث الا أن يكون الميت طالب بها)

وجملة ذلك أن الشفيع اذا مات قبل الاخذ بها لم يخل من حاليين (أحدهما) أن يموت قبل الطلب بها فتسقط ولا تنتقل إلى الورثة . قال أحمد الموت يبطل به ثلاثة أشياء : الشفعة ، والحد اذا مات المقذوف ، والخيار اذا مات الذي اشترط الخيار لم يكن للورثة ، وهذه الثلاثة الاشياء . انما هي بالطلب

(فصل) ويبيع المريض كبيع الصحيح في الصحة وثبوت الشفعة وسائر الاحكام إذا باع بضمن المثل سواء كان لو ارث أو غير وارث وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يصح بيع المريض مرض الموت لو ارثه لانه محجور عليه في حقه فلم يصح بيعه كالصبي ولنا أنه إنما حجر عليه في التبرع في حقه فلم يمنع الصحة فيما سواه كالأجنبي اذا لم يزد على التبرع بالثلث وذلك لان الحجر في نية لا بمنع صحة غيره كما أن الحجر على المرهن في الرهن لا يمنع التصرف في غيره والحجر على المفلس في ماله لا يمنع التصرف في ذمته ، فاما بيعه بالحباة فلا يخلو اما أن يكون لو ارث أو لغيره فان كان لو ارث بطلت الحباة لانها في المرض بمنزلة حباة الوصية في الوصية لو ارث لا تجوز ويبطل البيع في قدر الحباة من المبيع وهل يصح فيما عداه ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) لا يصح لان المشتري أبرأ الضامن في كل المبيع فلم يصح في بفضه كما لو قال بعتك هذا الثوب بعشرة فقال قبلت البيع في نصفه أو قال قبلته بخمسة أو قبلت نصفه بخمسة ولانه لا يمكن تصحيح البيع على الوجه الذي تواجبا عليه فلم يصح لتفريق الصفقة (الثاني) أن يبطل البيع في قدر الحباة ويصح فيما يقابل الثمن المسمى والمشتري الخيار بين الاخذ والفسخ لان الصفقة تفرقت عليه وللشفيع أخذ ما صح فيه البيع وإنما قلنا بالصحة لان البطلان إنما جاء من الحباة فاختص بما قابلها (الثالث) أنه يصح في الجميع ويقف على إجازة الورثة لان الوصية للوارث صحيحة في أصح الروايتين وتقف على إجازة الورثة فكذلك

فاذا لم يطلب فليس نجب إلا أن يشهدني على حقي من كذا وكذا وأني قد طلبته فإن مات بعده كان لوارثه الطلب به ، وروى سقوطه بالموت عن الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وبه قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي، وقال مالك والشافعي والنعيمي يورث قال أبو الخطاب وينتجح لنا مثل ذلك لأنه خيار ثابت لعدم الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب

ولنا أنه حق فسخ ثبت لالفوات جزء فلم يورث كالرجوع في الهبة ولأنه نوع خيار جعل لتمليك أشبه خيار القبول ، فأما خيار الرد بالعيب فإنه لاستدراك جزء فأت من المبيع (الحال الثاني) إذا طالب بالشفعة ثم مات فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة قولاً واحداً ذكره أبو الخطاب ، وقد ذكرنا نص أحمد عليه لأن الحق يتقرر بالطلب ولذلك لا يسقط بتأخير الأخذ بعده وقبله يسقط ، وقال القاضي بصير الشقص ملكاً للشفيع بنفس المطالبة ، وقد ذكرنا أن الصحيح غير هذا فإنه لو صار ملكاً للشفيع لم يصح العفو عن الشفعة بعد طلبها كما لا يصح العفو عنها بعد الأخذ بها، فإذا ثبت هذا فإن الحق ينتقل إلى جميع الورثة على حسب واريثهم لأنه حق مالي موروث فينتقل إلى جميعهم كسائر الحقوق المالية، وسواء قلنا الشفعة على قدر الاملاك أو على عدد الروس لأن هذا ينتقل اليهم من موروثهم، فإن ترك بعض الورثة حقه نوفر الحق على سائر الورثة ولم يكن لهم أن يأخذوا إلا الكل أو يتركوا كالشفعاء إذا عفا بعضهم عن شفعتهم لأننا لو جوزنا أخذ بعض الشقص المبيع تبعضت الصفقة على المشتري وهذا ضرر في حقه

الحياة له فإن أجازوا المحاباة صح البيع في الجميع ولا خيار للمشتري ويملك الشفيع الأخذ به لأنه يأخذ بالثمن، وان ردوا بطل البيع في قدر المحاباة وصح فيما بقي ولا يملك الشفيع الأخذ قبل إجازة الورثة وردهم لأن حقهم متعلق بالبيع فلم يملك لإبطاله وله أخذ ما صح البيع فيه فإن اختار المشتري الرد في هذه الصورة وفي التي قبلها واختار الشفيع الأخذ بالشفعة قدم الشفيع لأنه لا ضرر على المشتري وجرى مجرى المعيب إذا رضيه الشفيع بعينه

(فصل) إذا كان المشتري أجنبياً والشفيع أجنبياً فإن لم تزد المحاباة على الثلث صح البيع وللشفيع الأخذ بذلك الثمن لأن البيع حصل به فلا يمنع منها كون المبيع مسترخصاً فإن زادت على الثلث فالحكم فيه حكم أصل المحاباة في حق الوارث وان كان الشفيع وارثاً فقيهه وجهان (أحدهما) له الأخذ بالشفعة لأن المحاباة وقمت لغيره فلم يمنع منها تمكن الوارث من أخذها كما لو وهب غريم وارثه مالا فأخذه الوارث (والثاني) يصح البيع ولا يجب الشفعة وهو قول أصحاب أبي حنيفة لأننا لو أثبتناها جعلنا للموروث سبيلاً إلى إثبات حق لوارثه في المحاباة ، ويفارق الهبة لغريم الوارث لأن استحقاق الوارث الأخذ بدينه لا من جهة الهبة وهذا استحاقه بالبيع الحاصل من موروثه فافتراقه . ولاصحاب الشافعي في هذا خمسة أوجه وجهان كهذين (والثالث) أن البيع باطل من أصله لافضائه إلى إيصال المحاباة إلى الوارث (الجزء الخامس)

(فصل) وان أشهد الشفيع على مطالبته بما لعذر ثم مات لم يبطل وكان للورثة المطالبة بها ، نص عليه أحمد لان الاشهاد على الطالب عند العجز عنه يقوم مقامه فلم تسقط الشفعة بالموت بعد كنفس الطالب
(فصل) وإذا بيع شقص له شفيهان فعفا أحدهما عنها وطالب الآخر بها ثم مات المطالب فورثه العاني فله أخذ الشقص بها لانه وارث اشفيح مطالب بالشفعة فلاك الاخذ بها كالأجنبي ، وكذلك لو قذف رجل أهماً وهي مية فعفا أحدهما فطالب الآخر ثم مات الطالب فورثه العاني ثبت له استيفاءه بالنيابة عن أخيه الميت إذا قلنا بوجود الحد بقذفها
(فصل) ولو مات مفلس وله شقص فباع شريكه كان لورثته الشفعة وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا شفعة لهم لان الحق انتقل إلى الغرماء

ولنا انه بيع في شركة ما خلفه موروثهم شقص فكان لهم المطالبة بشفعته كغير المفلس ، ولا نسلم ان التركة انتقلت الى الغرماء بل هي للورثة بدليل انها لو نمت أو زاد ثمنها لحسب على الغرماء في قضاء ديونهم ، وانما تعلق حقهم به فلم يمنع ذلك من الشفعة كما لو كان لرجل شقص مرهون فباع شريكه فانه يستحق الشفعة به ، ولو كان للميت دار فبيع بعضها في قضاء دينه لم يكن للورثة شفعة لان البيع يقع لهم فلا يستحقون الشفعة على أنفسهم ، ولو كان الوارث شريكاً للموروث فبيع نصيب الموروث في

وهذا فاسد لان الشفعة فرع للبيع ولا يبطل الاصل فرعه وعلى الوجه الاول ما حصلت للوارث الحباة إنما حصلت لغيره ووصلت اليه بجهة الاخذ من المشتري فأشبهه هبة غريم الوارث (الوجه الرابع) أن للشفيع أن يأخذ بقدر ما عدا الحباة بجميع الثمن بمنزلة هبة المقابل للمحابة لان الحباة بالنصف مثلا هبة للنصف وهذا لا يصح لانه لو كان بمنزلة هبة النصف ما كان للشفيع الاجنبي أخذ الكل لان الموهوب لا شفعة فيه (الخامس) ان البيع يبطل في قدر الحباة وهو فاسد لانها محباة لأجنبي بما دون الثلث فلا يبطل كما لو لم يكن الشقص مشفوعاً

(فصل) ويملك الشفيع الشقص بأخذه وبكل لفظ يدل على أخذه بأن يقول قد أخذه بالثمن أو تملكته بالثمن ونحو ذلك إذا كان الشقص والثمن معلومين ولا يفترق الى حكم حاكم وبهذا قال الشافعي ، وقال القاضي وأبو الخطاب يملكه بالمطالبة لان البيع السابق سبب فاذا انضمت اليه المطالبة كان كالإيجاب في البيع اذا انضم اليه القبول ، وقال أبو حنيفة لا يحصل الا بحكم حاكم لانه نقل للملك عن مالكة الى غيره قهراً فافتقر الى حكم حاكم كأخذ دينه

ولنا أنه حق ثبت بالنص والاجماع فلم يفترق الى حكم حاكم كالرد بالهيب وبهذا يفتقض ما ذكره ويأخذ الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ولانه مال يملكه قهراً فملكه بالاخذ كاللثائم والمباحات ، وملكه باللفظ الدال على الاخذ لانه بيع في الحقيقة لكن الشفيع يستقل به فاستقل باللفظ الدال عليه ، وقولهم يملك المطالبة بمجرد اياها لا يصح لانه لو ملكها لم تسقط الشفعة بالعفو بعد

دبته فلا شفقة أيضاً لأن نصيب للموروث انتقل بموته الى الوارث فاذا بيع فقد بيع ملكه فلا يستحق الشفقة على نفسه

(فصل) ولو اشترى شقصا مشفوعا ووصى به ثم مات فللشفيع أخذه بالشفقة لان حقه أسبق من حق الموصى له فاذا أخذه دفن الثمن الى الورثة وبطلت الوصية لان الموصى به ذهب فبطلت الوصية له كالتلف ولا يستحق الموصى له بدل لانه لم يوص له الا بالشفقة وقد فات بأخذه ولو وصى رجل لانسان بشقص ثم مات فبيع في تركته شقص قبل قبول الموصى له فالشفقة للورثة في الصحيح لان الموصى به لا يصير للموصى إلا بعد القبول ولم يوجد فيكون باقيا على ملك الورثة ، ويحتمل أن يكون للموصى إذا قلنا ان الملك ينتقل اليه بمجرد الموت ، فاذا قبل الوصية استحق المطالبة لاننا تبينا أن الملك كان له فكان المبيع في شركته ، ولا يستحق المطالبة قبل القبول لأننا لانعلم أن الملك له قبل القبول وإنما يتبين ذلك بقبوله فان قبل تبينا انه كان له وان رد تبينا انه كان للورثة ، ولا تستحق الورثة المطالبة أيضا لذلك ، ويحتمل ان لهم المطالبة لان الاصل عدم القبول وبقاء الحق لهم ، ويفارق الموصى له من وجهين (أحدهما) ان الاصل عدم القبول منه (والثاني) انه يمكنه أن يقبل ثم يطالب بخلاف الوارث فانه لا سبيل له الى فعل ما يعلم به ثبوت الملك له أو تغييره فاذا طالبوا ثم قبل الوصي الوصية كانت الشفقة له ويفتقر الى الطالب منه لان الطالب الاول يتبين انه من غير المستحق ، وان قلنا

المطالبة ولو جب اذا كان له شفيعان فطلبا الشفقة ثم ترك أحدهما أن يكون للآخر أخذ قدر نصيبه ولا يملك أخذ نصيب صاحبه. اذا ثبت هذا فانه اذا قال قد أخذت الشقص بالثمن الذي تم عليه العقد وهو عالم بقدره وبالمبيع صح الاخذ وملك الشقص ولا خيار له ولا للمشتري لان الشقص يؤخذ قهراً والمقهور لا خيار له والآخذ قهراً لا خيار له أيضاً كاسترجاع المبيع اميب في ثمنه أو الثمن لميب في المبيع وان كان الثمن مجهولاً أو الشقص لم يملكه بذلك لانه يبيع في الحقيقة فيعتبر الم بالمعوض كسائر البيوع وله المطالبة بالشفقة ثم يتعرف مقدار الثمن من المشتري أو من غيره والمبيع فيأخذه بثمنه ويحتمل أن له الاخذ مع جهالة الشقص بناء على بيع الغائب

(مسألة) (وان أقر البائع بالمبيع وأنكر المشتري فهل تجب الشفقة على وجهين (أحدهما) تجب الشفقة وهو قول أبي حنيفة والمزني (والثاني) لا تجب ونصره. الشريف ابو جعفر في مسائله وهو قول مالك وابن شريح لان الشفقة فرع للبيع ولم يثبت فلا يثبت فرعه ولان الشفيع إنما يأخذ الشقص من المشتري واذا أنكر البيع لم يمكن الاخذ منه ، ووجه الاول ، أن البائع أقر بحقين حق للشفيع وحق للمشتري فاذا سقط حق المشتري بانكاره ثبت حق الشفيع كما لو أقر بدار لرجلين فأنكر أحدهما ولانه أقر للشفيع أنه مستحق لاخذ هذه الدار والشفيع يدعي ذلك فوجب قبوله كما لو أقر أنها ملكه ، فعمل هذا يقبض الشفيع من البائع ويسلم اليه الثمن ويكون ذلك الشفيع على البائع لان القبض منه ولم يثبت

بالرواية الاولى فطالب الورثة بالشفعة فلم ياتوا بها ، وإذا قبل الوصي أخذ الشقص الموصى به دون الشقص المشفوع لان الشقص الموصى به إنما انتقل اليه بعد الاخذ بشفعته فأشبهه ما لو أخذ بها الموصى في حياته ، وإن لم يطالبوا بالشفعة حتى قبل الموصى به فلا شفعة للموصى له لان البيع وقع قبل ثبوت الملك به وحصول شركته ، وفي ثبوتها للورثة وجهان بناء على ما لباع الشفيع نصيبه قبل علمه ببيع شريكه (فصل) ولو اشترى رجل شقصا ثم ارتد فقتل أو مات فلا شفيع أخذه بالشفعة لانها وجبت بالشراء وانتقاله الى المسلمين بقتله أو موته لا يمنع الشفعة كالمات على الاسلام فورثه ورثته أو صار ماله لبيت المال لعدم ورثته والمطالب بالشفعة وكيل بيت المال

(فصل) وإذا اشترى المرتد شقصا فنصره موقوف ، فان قتل على رده أو مات عليها تبيننا ان شراءه باطل ولا شفعة فيه ، وان أسلم تبيننا صحته وثبوت الشفعة فيه ، وقال أبو بكر نصره غير صحيح في الحالين لان ملكه يزول برده فاذا أسلم عاد اليه تمليكاً مستأنفاً وقال الشافعي وأبو يوسف نصره صحيح في الحالين ونجى الشفعة فيه ، ومبنى الشفعة هنا على صحة نصره المرتد وبذكر في غير هذا الموضع ، وان بيع شقص في شركة المرتد وكان المشتري كافراً فأخذ بالشفعة انبنى على ذلك أيضاً لان أخذه بالشفعة شراء للشقص من المشتري فأشبهه شراءه لغيره ، وان ارتد الشفيع المسلم وقتل بالردة أو مات عليها انتقل ماله الى المسلمين ، فان كان

الشراء في حق المشتري وليس للشفيع ولا للبائع عاصمة المشتري ليثبت البيع في حقه وتكون العهدة عليه لان مقصود البائع الثمن وقد حصل من الشفيع ومقصود الشفيع أخذ الشقص وضمان العهدة وقد حصل من البائع فلا فائدة في المحاكمة ، فان قيل أليس لو ادعى على رجل ديناً فقال آخر أنا أدفع اليك الدين الذي تدعيه ولا تخصمه لا يلزمه قبوله فهلا قلتم هنا كذلك ؟ قلنا في الدين عليه . نة في قبوله من غير غريمه وهنا بخلافه ، ولان البائع يدعي أن الثمن الذي يدفعه الشفيع حق للمشتري عوضاً عن هذا البيع فصار كالتائب عن المشتري في دفع الثمن ، والبائع كالتائب عنه في دفع الشقص بخلاف الدين فان كان البائع مقرراً بقبض الثمن من المشتري بقي الثمن الذي على الشفيع لا يدعيه أحد لان البائع يقول هو للمشتري والمشتري يقول لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أن يقال للمشتري اما أن يقبضه وإما أن تبرئ منه (والثاني) يأخذه الحاكم عنده (والثالث) يبقى في ذمة الشفيع وفي جميع ذلك متى ادعاه للبائع أو المشتري دفع اليه لانه لاحدهما ، وإن تداعيا جميعاً فأقر المشتري بالبيع وأنكر البائع أنه ما قبض منه شيئاً فهو للمشتري لان البائع قد أقر له به ولان البائع اذا أنكر القبض لم يكن مدعياً لهذا الثمن لان البائع لا يستحق على الشفيع ثمناً إنما يستحقه على المشتري وقد أقر بالقبض منه وأما المشتري فانه يدعيه وقد أقر له باستحقاقه فوجب دفعه اليه

(مسئلة) (وعهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشتري على البائع)

طالب بالشفعة انتقلت أيضا إلى المسلمين ينظر فيها الامام أو فائمه. وان قتل أو مات قبل طلبها بطلت شفعتها كما لو مات على إسلامه ، ولو مات الشفيع المسلم ولم يخلف وارثا سوى بيت المال انتقل نصيبه إلى المسلمين ان مات بعد الطلب وإلا فلا

﴿مسئلة﴾ قال (وان اذن الشريك في البيع ثم طالب بالشفعة بعد وقوع البيع فله ذلك)

وجملة ذلك أن الشفيع اذا عفا عن الشفعة قبل البيع فقال قد اذنت في البيع أو أسقطت شفعتي أو ما أشبه ذلك لم تسقط وله المطالبة بها متى وجد البيع ، هذا ظاهر المذهب وهو مذهب مالك والشافعي والبيه وأصحاب الرأي ، وروي عن أحمد ما يدل على أن الشفعة تسقط بذلك فان اسماعيل ابن سعيد قال قلت لأحمد مامعنى قول النبي ﷺ « من كان بينه وبين أخيه ربة فأراد بيعها فليعرضها عليه » وقد جاء في بعض الحديث « ولا يجل له إلا أن يعرضها عليه » إذا كانت الشفعة ثابتة له ؟ فقال : ماهو بيعه من أن يكون على ذلك وأن لا تكون له الشفعة . وهذا قول الحكم والثوري وأبي عبيد وأبي خزيمة وطائفة من أهل الحديث

قال ابن المنذر : وقد اختلف فيه عن أحمد فقال مرة تبطل شفعتي وقال مرة لا تبطل ، واحتجوا بقول النبي ﷺ « من كان له شركة في أرض ربة أو حائط فلا يجل له أن يبيع حتى يستأذن

إذا أخذ الشفيع الشقص فظهر مستحقا فرجوعه بالثمن على المشتري ويرجع المشتري على البائع وان وجده معيا فله رده على المشتري أو أخذ ارشه منه والمشتري يرد على البائع أو يأخذ الارش منه سواء قبض الشقص من المشتري أو من البائع وبه قال الشافعي ، وقال ابن أبي ليلى والبيه عهدة الشفيع على البائع لان الحق ثبت له بايجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشتري ، وقال أبو حنيفة ان أخذه من المشتري فالعهدة عليه وان أخذه من البائع فالعهدة عليه لان الشفيع اذا أخذه من البائع تعذر قبض المشتري فيفسخ البيع بين البائع والمشتري فكان الشفيع أخذه من البائع مالكا من جهة فكانت عهده عليه

ولنا أن الشفعة مستحقة بعد الشراء وحصول الملك للمشتري ثم يزول الملك من المشتري إلى الشفيع بالثمن فكانت العهدة عليه كما لو أخذه منه يبيع ولانه ملكه من جهة المشتري بالثمن فملك رده عليه بالعيب كالمشتري في البيع الاول ، وقياسه على المشتري في جعل عهده على البائع لا يصح لان المشتري ملكه من البائع بخلاف الشفيع ، وأما اذا أخذه من البائع فالبائع نائب عن المشتري في التسليم المستحق عليه ولو انفسخ العقد بين المشتري والبائع بطلت الشفعة لأنها استحققت به

(فصل) وحكم الشفيع في الرد بالعيب حكم المشتري من المشتري فان علم المشتري بالعيب ولم يعلم الشفيع فلا شفيع رده على المشتري أو أخذ ارشه منه وليس للمشتري شيء ويحتمل أن لا يملك الشفيع

شريكه فان شاء. أخذ وان شاء. ترك « ومحال أن يقول النبي ﷺ « ومن شاء. ترك » فلا يكون لتركه معنى ، ومفهوم قوله فان باع ولم يؤذنه فهو أحق به أنه إذا باعه بأذنه لاحق له ، ولأن الشفعة ثبتت في موضع الاتفاق على خلاف الأصل لكونه يأخذ ملك المشتري من غير رضائه ويجبره على المعاوضة به لدخوله مع البائع في العقد الذي أساء فيه بإدخاله الضرر على شريكه وتركه الاحسان اليه في عرضه عليه وهذا المقني معدوم هنا فانه قد عرضه عليه وامتناعه من أخذه دليل على عدم الضرر في حقه يبيعه وان كان فيه ضرر فهو أدخله على نفسه فلا يستحق الشفعة كما لو أصر المطالبة بعد البيع

ووجه الاول انه إسقاط حق قبل وجوبه فلم يصح كما لو أبرأه مما يجب له أو أسقطت المرأة صداقها قبل التزوج ، وأما الخبر فيحتمل أنه أراد العرض عليه ليباع ذلك ان أراد فتخف عليه المؤنة ويكتفي بأخذ المشتري الشقص لإسقاط حقه من شفيعته

(فصل) اذا توكّل الشفيع في البيع لم تسقط شفيعته بذلك سواء كان وكيل البائع أو المشتري ذكره الشريف وأبو الخطاب وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وقال القاضي وبعض الشافعية ان كان وكيل البائع فلا شفعة له لانه تلحقه التهمة في البيع لكونه يقصد تقليل الثمن ليأخذ به بخلاف وكيل المشتري ، وقال أصحاب الرأي لا شفعة لو وكيل المشتري بناء على أصلهم أن الملك ينتقل الى الوكيل فلا يستحق على نفسه ولنا انه وكيل فلا تسقط شفيعته كالأخر ولا نسلم أن الملك ينتقل الى الوكيل انما ينتقل الى الموكل ثم وانتقل الى

أخذ الارش لان الشفيع يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد فاذا أخذ الارش فما أخذه بالثمن الذي استقر على المشتري وان علم الشفيع وحده فليس لواحد منهما رد ولا أرض لان الشفيع أخذه عالماً بهيه فلم يثبت له رد ولا أرض كالمشتري اذا علم العيب والمشتري قد استغنى عن الرد لزوال ملكه عن المبيع وحصول الثمن له من الشفيع ولم يملك الارش لانه استدرك ظلامته ورجع اليه جميع الثمن فأشبهه ما ورد على البائع ويحتمل أن يملك أخذ الارش لانه بدل عن الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط بزوال ملكه عن المبيع كالمشتري ففيزين فتألف أحدهما وأخذ الآخر . فعلى هذا ما يأخذ من الارش يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره لان الشقص يجب عليه بالثمن الذي استقر عليه العقد فأشبهه ما لو أخذ الارش قبل أخذ الشفيع منه وان علما جميعا فليس لواحد منهما رد ولا أرض لان كل واحد منهما دخل على بصيرة ورضي بذلك الثمن فيه بهذه الصفة ، وان لم يعلمها فلشفيع رده على المشتري وللمشتري رده على البائع فان لم يرد الشفيع فلا رد للمشتري لما ذكرنا اولاً ، وان أخذ الشفيع أرشه من المشتري فللمشتري أخذه من البائع وان لم يأخذ منه شيئاً فلا شيء للمشتري ، ويحتمل أن يملك أخذه على الوجه الذي ذكرناه فاذا أخذه فان كان الشفيع لم يسقطه عن المشتري سقط عنه من الثمن بقدره لانه الثمن الذي استقر عليه البيع وسكوته لا يسقط حقه ، وان أسقطه عن المشتري وفر عليه كالموكل زاد على الثمن باختياره ، فأما ان اشتراه بالبراءة من كل عيب فالصحيح في المذهب أنه لا يبرأ وحكمه حكم ما لو لم يشترط وفيه رواية

الوكيل لما ثبتت في ملكه انما ينتقل في الحال الى الموكل فلا يكون الاخذ من نفسه ولا الاستحقاق عليها، وأما التهمة فلا تؤثر لان الموكل وكله مع علمه بثبوت شفيعته راضيا بتصرفه مع ذلك فلا يؤثر كما لو أذن لو كبل في الشراء من نفسه. فعلى هذا لو قال لشريكه بع نصف نصيبي مع نصف نصيبك ففعل ثبتت الشفعة لكل واحد منهما في المبيع من نصيب صاحبه وعند القاضي ثبتت في نصيب الوكيل دون نصيب الموكل

(فصل) وان ضمن الشفيع العهد للمشتري أو شرط له الخيار فاختر امضاء العقد لم تسقط شفيعته وهذا قال الشافعي، وقال أصحاب الرأي تسقط لان العقد تم فاشبهه البائع اذا باع بعض نصيب نفسه . ولنا أن هذا سبب سبق وجوب الشفعة فلم تسقط به الشفعة كالاذن في البيع والقبض عن الشفعة قبل تمام البيع، وما ذكره لا يصح فان البيع لا يقف على الضمان ويبطل بما اذا كان المشتري شريكا فان البيع قد تم به وثبتت له الشفعة بقدر نصيبه

(فصل) واذا كانت دار بين ثلاثة فقارض واحد منهم أحد شريكه بألف فاشترى به نصف نصيب الثالث لم تثبت فيه شفعة في أحد الوجهين لان أحد الشريكين رب المال والاخر العامل فهما كالشريكين في المنافع فلا يستحق أحدهما على الآخر شفعة، وان باع الثالث باقي نصيبه لاجنبي كانت الشفعة مستحقة بينهما أحاسا لرب المال خمساها وللعامل خمساها وللمال المضاربة خمساها بالسدس الذي له فيجعل مال

أخرى أنه براء الا أن يكون البائع علم باليب قد لسه واشترط البراءة، فعلى هذه الرواية ان علم الشفيع باشرط البراءة فخكمه حكم المشتري لانه دخل على شرائه فصار كمشترين اشترط البراءة وان لم يعلم ذلك فخكمه حكم ماله علمه المشتري دون الشفيع

(مسألة) (وان أن المشتري قبض المبيع أجبره الحاكم عليه ثم يأخذه الشفيع منه قاله القاضي قال وليس له أخذه من البائع وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لان الشفيع يشتري الشقص من المشتري فلا يأخذه من غيره، وبنوا ذلك على أن البيع لا يتم الا بالقبض فاذا قبض بطل العقد وسقطت الشفعة وقال أبو الخطاب قياس المذهب أن يأخذه الشفيع من يد البائع ويكون كاخذه من المشتري وهو قول أبي حنيفة لان العقد يلزم في بيع العقار قبل قبضه ويدخل المبيع في ملك المشتري وضمانه ويجوز له التصرف فيه بنفس العقد فصار كالمقبضه المشتري والله أعلم

(مسألة) (ولو ورث اثنان شقصا عن أبيهما فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه وشريك أبيه) وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد وقال في القديم الاخ أحق بالشفعة وبه قال مالك لان أخاه أحسن بشركته من شريك أبيه لا شراهما في سبب الملك

ولنا أنهما شريكان حال ثبوت الشفعة فكانت بينهما كالمالكوا كلهم بسبب واحد لان الشفعة ثبتت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه بسبب شركته وهو موجود في حق الكل وما ذكره لأصل

المضاربة كشريك آخر لان حكمه متميز عن مال كل واحد منهما
 (فصل) فان كانت الدار بين ثلاثة اثلاثا فاشترى اجنبي نصيب أحدم فطالبه أحد الشريكين
 بالشفعة فقال إنما اشتريته لشريكك لم تؤثر هذه الدعوى في قدر ما يستحق من الشفعة فان الشفعة
 بين الشريكين نصفين سواء اشترها الأجنبي لنفسه أو لشريك الآخر، وان ترك المطالب بالشفعة
 حقه منها بناء على هذا القول ثم تبين كذبه لم تسقط شفته، وان أخذ نصف المبيع لذلك ثم تبين
 كذب المشتري وعفا الشريك عن شفخته فله أخذ نصيبه من الشفعة لان اقتصاره على أخذ النصف
 بني على خبر المشتري فلم يؤثر في اسقاط الشفعة واستحق أخذ الباقي لعفو شريكه عنه وان امتنع من
 أخذ الباقي سقطت شفخته كلها لانه لا يملك تبعض صفقة المشتري، ويحتمل أن لا يسقط حقه من
 النصف الذي أخذ ولا يبطل أخذه له لان المشتري أقر بما تضمن استحقاقه لذلك فلا يبطل برجوعه
 عن اقراره، وان انكر الشريك كون الشراء له وعفا عن شفخته وأصر المشتري على الاقرار لشريك
 به فلا شفيع أخذ الكل لانه لا منازع له في استحقاقه وله الاقتصار على النصف لاقرار المشتري
 له باستحقاق ذلك

(فصل) وان قال أحد الشفيعين للمشتري شراؤك باطل وقال الآخر هو صحيح فالشفعة كلها
 للمعترف بالصحة وكذلك ان قال ما اشتريته إنما انهبته وصدقه الآخر انه اشتراه فالشفعة للمصدق

له ولم يثبت اعتبار التمرع له في موضع والاعتبار بالشركة لا بسببها، وهكذا لو اشترى رجل نصف دار
 ثم اشترى اتان نصفها الآخر أو وراثه أو انهباه أو وصل اليهما بسبب من أسباب الملك فباع أحدهما
 نصيبه، أو وورث ثلاثة دارا فباع أحدم نصيبه من اثنين ثم باع أحد الشريكين نصيبه فالشفعة بين جميع الشركاء
 وكذلك لو مات رجل وخلف ابنين وأختين فباعت إحدى البنين نصيبها أو إحدى الأختين فالشفعة بين
 جميع الشركاء، ولو مات رجل وترك ثلاث بنين وأرضاً فباع أحدم عن ابنين فباع أحد العمين نصيبه فالشفعة
 بين أخيه وأبي أخيه، ولو خلف ابنين أو وصى بثلثة لاثنتين فباع أحد الشريكين الوصين أو أحد الابن
 فالشفعة بين شركائه كلهم ولخالفنا في هذه المسائل اختلاف يطول ذكره

﴿مسئلة﴾ (ولا شفعة لكافر على مسلم)

روي ذلك عن الحسن والشعبي وقال الثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وجماعة من أهل العلم
 تجب له الشفعة لعموم قوله عليه السلام «لا يجل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه وان باعه ولم يؤذنه
 فهو أحق به» ولانه خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء فاستوى فيه المسلم والكافر كارد بالسبب
 ولنا ما روى الدارقطني في كتاب العلل باسناده عن أنس أن النبي ﷺ قال «لا شفعة لنصراني»
 وهذا يخص عموم ما احتجوا به ولانه معنى يخص العقار فأشبه الاستعلاء في البنيان يحققه أن الشفعة إنما
 تثبت للمسلم دفعا للضرر عن ملكه وقدم دفع ضرره على دفع ضرر المشتري ولا يلزم من تقديم دفع ضرر

بالشراء لان شريكه مسقط لحقه باعترافه أنه لا بيع صحيح ولو أحتال المشتري على إسقاط الشفعة بحيلة لانسقطها قتال أحد الشفيعين قد سقطت الشفعة توفرت على الآخر لا اعتراف صاحبه بسقوطها ولو توكل أحد الشفيعين في البيع أو الشراء أو ضمن عهدة المبيع أو عفا عن الشفعة قبل البيع وقال لاشفعة لي لذلك توفرت على الآخر، وان اعتقد أن لوشفعة وطالب بها فارتفع الي حاكم فحكم بأنه لاشفعة له توفرت على الآخر لانها سقطت بحكم الحاكم فاشبهه ما لو سقطت باسقاط المستحق

(فصل) اذا ادعى رجل على آخر ثلث داره فانكر ثم صالحه عن دعواه بثلث دار اخرى صح ووجبت الشفعة في الثلث المصالح به لان المدعي يزعم انه محق في دعواه وان ما أخذه عوض عن الثلث الذي ادعاه فلزمه حكم دعواه ووجبت الشفعة ولا شفعة على المنكر في الثلث المصالح عنه لانه يزعم انه على ملكه لم يزل وإنما دفع ثلث داره الى المدعي اكتفاء لشراءه ودفعها لضرر الخصومة واليمين عن نفسه فلم تلزمه فيه شفعة وان قال المنكر للمدعي خذ الثلث الذي تدعيه بثلث دارك ففعل فلا شفعة على المدعي فيما أخذه وعلى المنكر الشفعة في الثلث الذي أخذه لانه يزعم أنه أخذه عوضاً عن ملكه الثابت له وقال أصحاب الشافعي يجب الشفعة في الثلث الذي أخذه المدعي أيضا لانها معاوضة من الجانبين بشفيعين فوجبت الشفعة فيهما كما لو كانت بين مقرين

ولنا أن المدعي يزعم أن ما أخذه كان ملكاً له قبل الصلح ولم يتجدد له عليه ملك وإنما استنقذه بصلحه فلم يجب فيه شفعة كما لو أقر له به

المسلم على المسلم تقديم دفع ضرر الذي فان حق المسلم أرجح وروايته أولى ولان ثبوت الشفعة في محل الاجماع على خلاف الاصل رواية لحق التبريك المسلم وايس الذي في معنى المسلم فيبقى فيه على مقتضى الاصل وتثبت الشفعة للمسلم على الذي لعموم الادلة ولاها اذا ثبتت للمسلم على المسلم مع عظم حرمة فلان ثبتت على الذي مع دنائه أولى

(فصل) وتثبت للذي على الذي لعموم الاخبار ولاها تساوي في الدين فتثبت لأحدهما على الآخر كالمسلمين ولا نعلم في هذا خلافاً فان تبايعوا بخرم أو خنزير وأخذ الشفيع بذلك لم ينقض ما فعلوه ، وان جرى التقابض بين المتبايعين دون الشفيع وترافعوا لنا لم يحكم له بالشفعة وبه قال الشافعي وقال أبو الخطاب ان تبايعوا بخرم وقلنا هي مال لهم حكنا لهم بالشفعة وقال أبو حنيفة تثبت الشفعة اذا كان الثمن خمر أو لأنها مال لهم فاشبهه ما لو تبايعوا بدرهم لكن ان كان الشفيع ذمياً أخذه بمثله وان كان مسلماً أخذه بقيمة الخمر ولأنه عقد بخرم فلم تثبت فيه الشفعة كالمسلمين ولانه عقد بخرم محرم أشبه البيع بالخنزير والميتة، ولا نسلم أن الخمر مال لهم فان الله تعالى حرمه كالحرام الخنزير واعتقادهم حله لا يجعله مالا كالخنزير، وإنما لم ينقض عقدهم اذا تقابضوا لانا لا نعرض لما فعلوه مما يعتقدونه في دينهم ما لم يتحاكوا لنا قبل تمامه ولو تحاكوا لنا قبل التقابض لفسدناه. فاما أهل البدع فتثبت الشفعة لمن حكنا باسلامه منهم كالفاسق بالافعال لعموم الادلة التي ذكرناها ، وروى حرب عن أحمد انه سئل عن أصحاب البدع هل لهم شفعة؟ وذاكر

(فصل) إذا كانت دار بين ثلاثة أثلاثا فاشترى أحدهم نصيب أحد شريكه ثم باعه لأجنبي ثم علم شريكه فله أن يأخذ بالعقدين وله الأخذ بأحدهما لانه شريك فيهما فان أخذ بالعقد الثاني أخذ جميع مافي بد مشتربه لانه لا شريك له في شففته ، وإن أخذ بالعقد الاول ولم يأخذ بالثاني أخذ نصف المبيع وهو السدس لان المشتري شريكه في شففته وبأخذ نصبه من المشتري الاول ونصفه من المشتري الثاني لان شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما نصفين لكل واحد منهما السدس فاذا باع الثلث من جميع مافي يده وفي يده ثلثان فقد باع نصف مافي يده والشفيع يستحق ربع مافي يده وهو السدس فصار منقسما في يديهما نصهين فيأخذ من كل واحد منهما نصفه وهو نصف السدس ويدفع ثمنه إلى الاول، ويرجع المشتري الثاني على الاول بربع الثمن الذي اشترى به وتكون المسئلة من اثني عشر ثم ترجع إلى أربعة للشفيع نصف الدار ولكل واحد من الآخرين الربع، وإن أخذ بالعقدين أخذ جميع مافي يد الثاني وربع مافي يد الاول فصار له ثلاثة أرباع الدار ولشريكه الربع ويدفع إلى الاول نصف الثمن الاول ويدفع إلى الثاني ثلاثة أرباع الثاني ويرجع الثاني على الاول بربع الثمن الثاني لانه يأخذ نصف ما اشتراه الاول وهو السدس فيدفع اليه نصف الثمن لذلك وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع مافي يده فيأخذه منه ويرجع الثاني على الاول بثلثه وبقي المأخوذ من الثاني ثلاثة أرباع ما اشتراه فأخذها منه ودفع اليه ثلاثة أرباع الثمن ، وإن كان المشتري الثاني هو البائع الاول فالحكم على ما ذكرنا

له عن ابن ادريس انه قال ليس للرافضة شفعة فضحك ، وقال أراد أن يخرجهم من الاسلام فظاهر هذا انه أثبت لهم الشفعة، وهذا محمول على غير الغلاة منهم فأما الغلاة كما اعتقد ان جبريل غلط في الرسالة فجاء إلى النبي ﷺ وإنما أرسل إلى علي ونحوه ومن حكم بكفره من الدعاة إلى القول بمخلق القرآن فلا شفعة له لان الشفعة اذا لم تثبت للذمي الذي يقر على كفره فغيره أولى

(فصل) وتثبت الشفعة للبدوي على القروي وللقروي على البدوي في قول أكثر أهل العلم ، وقال الشعبي والبي لا شفعة لمن لم يسكن مصر وعموم الأدلة واشتراكها في المعنى المقضي لوجوب الشفعة بدل على ثبوتها لهم

(فصل) قال احمد في رواية حنبل لا ترضى في أرض السواد شفعة لان عمر رضي الله عنه وقفها على المسلمين فلا يجوز بيعها والشفعة إنما تكون في البيع وكذلك الحكم في سائر الارض التي وقفها عمر وهي التي فتحت عنوة في زمنه ولم يقسمها كأرض الشام ومصر وكذلك كل أرض فتحت عنوة ولم تقسم بين الغائبين الا ان يحكم بينهما حاكم أو يفعله الامام أو نائبه فان فعل ذلك ثبتت فيه الشفعة لانه فصل مختلف فيه ومتى حكم الحاكم في المختلف فيه بشيء نفذ حكمه

(مسئلة) (وهل نجب الشفعة للمضارب على رب المال ولرب المال على المضارب فيما يشتره من

مال المضاربة؟ على وجهين)

لا يختلف ، وإن كانت الدار بين الثلاثة أرباعاً لأحدهم نصفها وللآخرين نصفها بينهما فاشترى صاحب النصف من أحد شريكه ربعه ثم باع ربعاً مما في يده لأجنبي ثم علم شريكه فأخذ بالبيع الثاني أخذ جميعه ودفع إلى المشتري ثمنه ، وإن أخذ بالبيع الأول وحده أخذ ثلث المبيع وهو نصف سدس لأن المبيع كله ربع فثانته نصف سدس يأخذ ثلثه من المشتري الأول وثانته من الثاني، ومخرج ذلك من ستة وثلاثين النصف ثمانية عشر ولكل واحد منهما تسعة فلما اشترى صاحب النصف تسعة كانت شفعتها بينه وبين شريكه الذي لم يبيع أثلاثاً لشريكه ثلثها ثلاثة، فلما باع صاحب النصف ثلث ما في يده حصل في المبيع من الثلاثة ثلثها وهو سهم بقي في يد البائع منها سهمان فترد الثلاثة إلى الشريك وبصير في يده اثنا عشر وهي الثلث ويبقى في يد المشتري الثاني ثمانية وهي تسعة وفي يد صاحب النصف ستة عشر وهي أربعة أنساع وبدفع الشريك الثمن إلى المشتري الأول ويرجع المشتري الثاني عليه بتسع الثمن الذي اشترى به لانه قد أخذ منه تسع مبيعه وإن أخذ بالعقدين أخذ من الثاني جميع ما في يده وأخذ من الأول نصف التسع وهو سهمان من ستة وثلاثين فيصير في يده عشرون سهماً وهي خمسة أنساع ويبقى في يد الأول ستة عشر سهماً وهي أربعة أنساع وبدفع إليه ثلث الثمن الأول ويدفع إلى الثاني ثمانية أنساع الثمن الثاني ويرجع الثاني على الأول بتسع الثمن الثاني

(فصل) إذا كانت دار بين ثلاثة تزيد نصفها ولعمرو ثلثها ولبكر سدسها فاشترى بكر من زيد

إذا بيع شقص في شركة مال المضاربة فللعامل الاخذ بها إذا كان الحظ فيها، فان تركها فرب المال الاخذ لان مال المضاربة ملكه ولا ينفذ عفو العامل لان الملك لغيره فلم ينفذ عفو كالأذن له ، فان اشترى المضارب بمال المضاربة شقصاً في شركة رب المال فهل لرب المال فيه شفعة ؟ على وجهين مبينين على شراء رب المال من مال المضاربة وقد ذكرناهما ، وإن كان المضارب شفيعه ولا ربح في المال فله الاخذ بها لان الملك لغيره، وان كان فيه ربح وقتلنا لا يملك بالظهور فكذلك ، وان قلنا يملك بالظهور ففيه رجحان كرب. المال ومذهب الشافعي في هذا كله على ما ذكرنا، فان باع المضارب شقصاً في شركته لم يكن له أخذه بالشفعة لانه منهم فاشبهه شراءه من نفسه

(فصل) اذا كانت دار بين ثلاثة فقارض واحد منهم أحد شريكه بالف فاشترى به نصف نصيب الثالث لم تثبت فيه شفعة في أحد الوجهين لان أحد الشريكين رب المال والآخر العامل فها كالشريكين في المتاع فلا يستحق أحدهما على الآخر شفعة ، وان باع الثالث باقي نصيبه لأجنبي كانت الشفعة مستحقة بينهم أخساً لرب المال خمسها وللعامل مثله ولرب المضاربة خمسها بالسدس الذي له فيجعل مال المضاربة كشريك آخر لأن حكمه متميز عن مال كل واحد منها

(فصل) فان كانت الدار بين ثلاثة أثلاثاً فاشترى أجنبي نصيب أحدهم فطالبه أحد الشريكين بالشفعة فقال أما اشتريته لشريكك لم تؤثر هذه الدعوى في قدر ما يستحق من الشفعة فان الشفعة بين

ثلث الدار ثم باع عمراً سدسها ولم يعلم عمرو بشراء الثالث ثم علم فله المطالبة بحقه من شفعة الثلث وهو ثلثاه وذلك نسعا الدار فيأخذ من بكر ثاني ذلك وقد حصل ثلثه الباقي في يده بشرائه للسدس فيفسخ بيعه فيه ويأخذه بشفعة البيع الأول ويبقى من مبيعته خمسة أنساعه زيد ثلث شفعة فيقسم بينهما أثلاثاً ونصح المسئلة من مائة وأثنين وستين سهماً الثلث المبيع أربعة وخمسون سهماً وعمرو وثلثاها بشفعة ستة وثلاثون سهماً يأخذ ثلثها من بكر وهي أربعة وعشرون سهماً وثلثها في يده اثنا عشر سهماً والسدس الذي اشتراه سبعة وعشرون سهماً قد أخذ منها اثني عشر بالشفعة بقي منها خمسة عشر له ثلثاها عشرة وبأخذ منها زيد خمسة فحصل زيد اثنان وثلاثون سهماً وببكر ثلاثون سهماً وعمرو مائة سهم وذلك نصف الدار وتسعها ونصف تسع تسعها ويدهم عمرو والى بكر ثلثي الثمن في البيع الأول وعليه وعلى زيد خمسة أنساع الثمن الباقي بينهما اثلاثاً، وان عفا عمرو عن شفعة الثلث فشفعة السدس الذي اشتراه بينه وبين زيد اثلاثاً وبمحصل وعمرو أربعة أنساع الدار زيد تسعها وببكر ثلثها ونصح من تسعة وان باع بكر السدس لاجنبي فهو كبيع إياه وعمرو الآن وعمرو العفو عن شفعة في السدس بخلاف ما اذا كان هو المشتري فانه لا يصح عفو عن نصيبه منها، وان باع بكر الثلث لاجنبي فعمرو ثلثا شفعة المبيع الأول وهو التسعان يأخذ ثلثهما من بكر وثلثهما من المشتري الثاني وذلك تسع وثلث تسع يبقى في يد

الشريكين نصفين سواء اشتراها الاجنبي لنفسه أو للشريك الآخر، وان ترك المطالب بالشفعة حقه منها بناء على هذا القول ثم تبين كذبه لم تسقط شفعة، وان أخذ نصف المبيع كذلك ثم تبين كذب المشتري وعفا الشريك عن شفعة فله أخذ نصيبه من الشفعة لان اقتضاه على أخذ النصف انبنى على خبر المشتري فلم يؤثر في إسقاط الشفعة واستحق أخذ الباقي لعفو شريكه عنه، وان امتنع من أخذ الباقي سقطت شفعة كلها لانه لا يملك تبعض صفقة المشتري، ويحتمل أن لا يسقط حقه من النصف الذي أخذه ولا يبطل أخذه له لان المشتري أقر بما تضمن استحقاقه لذلك فلا يبطل برجوعه عن اقراره، وان أنكر الشريك كون الشراء له وعفا عن شفعة وأصر المشتري على الاقرار للشريك به فللشفيع أخذ الكل لانه لا منازع له في استحقاقه وله الاقتصار على النصف لاقرار المشتري له باستحقاق ذلك

(فصل) فان قال أحد الشريكين للمشتري شراؤك باطل وقال الآخر هو صحيح فالشفعة كلها للاعتراف بالصحة، وكذلك ان قال ما اشتريته وإنما آهيته وصدقه الآخر ان اشتراه فالشفعة للمصدق بالشراء لان شريكه مسقط لحقه باعترافه أنه لا يبيع أو لا يبيع صحيح، ولو احتال المشتري على اسقاط الشفعة بحيلة لا تسقطها فقال أحد الشفيعين قد سقطت الشفعة توفرت على الآخر لا اعتراف صاحبه بسقوطها، ولو توكل أحد الشفيعين في البيع أو الشراء أو ضمن عهدة المبيع أو عفا عن الشفعة قبل

الثاني سدس وسدس نسع وهو عشرة من أربعة وخمسين بين عمرو وزيد اثلاثا ونصف أيضا من مائة واثنين وستين ويدفع عمرو الى بكر ثلثي ثمن مبيعه ، ويدفع هو وزيد إلى المشتري الثاني ثمن خمسة أسباع مبيعه بينهما اثلاثا وبرجع المشتري الثاني على بكر بثمان أربعة أنساع مبيعه ، وان لم يعلم عمرو حتى باع مما في يديه سدسا لم تبطل شفيعته في أحد الوجوه وله أن يأخذ بها كالمثل لم يبع شيئا (الثاني) تبطل شفيعته كلها (والثالث) تبطل في قدر ما باع وتبقى فيما لم يبع ، وقد ذكرنا توجيه هذه الوجوه فاما شفعة ما باع فيها ثلاثة أوجه أحدها) أنها بين المشتري الثاني وزيد وبكر أرباعا للمشتري نصفها ولكل واحد منهما ربعها على أملاكهم حين يبعه (والثاني) أنها بين زيد وبكر على أربعة عشر سهما تزيد تسعة وبكر خمسة لان زيد السدس وبكر سدس يستحق منه أربعة أنساعه بالشفعة فيبقى معه خمسة أنساع السدس ملكه مستقر عليها فأضفناه الى سدس زيد وقسمنا الشفعة على ذلك ولم نعط المشتري الثاني ولا بكرأ بالسهم المستحق بالشفعة شيئا لان الملك عليها غير مستقر (والثالث) ان غفاهم عن الشفعة استحقوا بها وان أخذت بالشفعة لم يستحقوا بها شيئا وان غفاهم عن بعضهم دون بعض استحق المعفو عنه بسهامه دون غير المعفو عنه ، وما بطلت الشفعة فيه يبيع عمرو وفوهو بمنزلة المعفو عنه فيخرج في قدره وجهان ولو استقصينا فروع هذه المسئلة على سبيل البسط اطال ، وخرج الى الاملاء

البيع وقال لأشفعة لي لذلك توفرت على الآخر، وان اعتقد ان اه شفعة وطالب بها فارتقا الى حاكم فحكم بأنه لا شفعة له توفرت على الآخر لانها سقطت بحكم الحاكم فأشبهه ما لو سقطت باسقاط المستحق (فصل) إذا ادعى رجل على آخر ثلث دار فانكره ثم صالحه عن دعواه بثلث دار أخرى صح ووجبت الشفعة في الثلث المصالح به لان المدعي يزعم أنه محق في دعواه وان ماأخذه عوض عن الثلث الذي ادعاه فلزمه حكم دعواه ووجبت الشفعة، ولا شفعة على المنكر في الثلث المصالح عنه لانه يزعم انه على ملكه لم يزل وانما دفع ثلث داره الى المدعي اكتفاء لثمره ودفعاً لضرر الخصومة واليمين عن نفسه فلم تلزمه فيه شفعة ، وإن قال المنكر للمدعي خذ الثلث الذي تدعيه بثلث دارك ففعل فلا شفعة على المدعي فيما أخذه وعلى المنكر الشفعة في الثلث الذي يأخذه لانه يزعم انه أخذه عوضاً عن ملكه الثابت له ، وقال أصحاب الشافعي يجب الشفعة في الثلث الذي أخذه المدعي أيضاً لانها معاوضة من الجانبين بشقطين فوجبت الشفعة فيهما كما لو كانت بين مقرين

وانا ان المدعي يزعم ان ما أخذه كان ملكا له قبل الصلح ولم يتجدد له عليه ملك وانما استغذ به بصلحه فلم يجب فيه شفعة كما لو أقر له به

(فصل) اذا كانت دار بين ثلاثة اثلاثا فاشترى أحدهم نصيب أحد شريكه ثم باعه لاجبي ثم علم شريكه فله أن يأخذ بالعقدين وله الاخذ بأحدهما لانه شريك فيهما فان أخذ بالعقد الثاني أخذ جميع ما في يد مشتربه لانه لا شريك له في شفيعته وان أخذ بالعقد الاول ولم يأخذ بالثاني أخذ نصف المبيع

(فصل) وإذا كانت دار بين أربعة أرباعا فاشترى اثنان منهم نصيب أحدهم استحق الرابع الشفعة عليهما واستحق كل واحد من المشتريين الشفعة على صاحبه ، فان طالب كل واحد منهم بشفته قسم المبيع بينهم اثلاثا وصارت الدار بينهم كذلك ، وان عفا الرابع وحده قسم المبيع بين المشتريين نصفين وكذلك ان عفا الجميع عن شفعتهم فيصير لها ثلاثة أرباع الدار وللرابع الربع بمجاءه ، وان طالب الرابع وحده أخذ منهما نصف المبيع لان كل واحد منهما له من المالك مثل ما للمطالب شفعة مبيعه بينه وبين شفعيه نصفين فيحصل للرابع ثلاثة أثمان الدار وباقيها بينهما نصفين ونصح من ستة عشر ، وان طالب الرابع وحده أحدهما دون الآخر قاسمه الثمن نصفين فيحصل للمعفو عنه ثلاثة أثمان ، والباقي بين الرابع والآخر نصفين ونصح من ستة عشر ، وان عفا أحد المشتريين ولم يعف الآخر ولا الرابع قسم المبيع المعفو عنه بينه وبين الرابع نصفين ومبيع الآخر بينهم اثلاثا فيحصل للذي لم يعفو عنه ربع وثلاث ثمن وذلك سدس وثمن والباقي بين الآخرين نصفين ونصح من ثمانية وأربعين وان عفا الرابع عن أحدهما ولم يعف أحدهما عن صاحبه أخذ من لم يعفو عنه ثلث الثمن والباقي بينهما نصفين ويكون الرابع كالعافي في التي قبلها ، ويصح أيضا من ثمانية وأربعين ، وان عفا الرابع واحدهما عن الآخر ولم يعف الآخر فغير العافي ربع وسدس والباقي بين العافيين نصفين لكل واحد منهما سدس ثمن ونصح من أربعة وعشرين وما يفرغ من المسائل فهو على مساق ما ذكرنا

وهو السدس لان المشتري شريكه في شفعتهم ، ويأخذ نصفه من المشتري الاول ونصفه من المشتري الثاني لان شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما نصفين لكل واحد منهما السدس فاذا باع الثلث من جميع ما في يده وفي يده ثلثان فقد باع نصف ما في يده والشفيع يستحق ربع ما في يده وهو السدس فصار منقسمها في يدهما نصفين فيأخذ من كل واحد منهما نصفه وهو نصف السدس ويدفع ثمنه الى الاول ، ويرجع المشتري الثاني على الاول ربع الثمن الذي اشترى به وتكون المسئلة من اثني عشر ثم ترجع الى أربعة للشفيع نصف الدار ولكل واحد من الآخرين الربع ، وان أخذ بالمقدين أخذ جميع ما في يد الثاني وربع ما في يد الاول فصار له ثلاثة أرباع الدار ولشريكه الربع ويدفع الى الاول نصف الثمن الاول ويدفع الى الثاني ثلاثة أرباع الثمن الثاني ويرجع الثاني على الاول ربع الثمن الثاني لانه أخذ نصف ما اشتراه الاول وهو السدس فيدفع اليه نصف الثمن لذلك ، وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع ما في يده فيأخذه منه ويرجع الثاني على الاول بثمنه وبقي المأخوذ من الثاني ثلاثة أرباع ما اشتراه فأخذها منه ودفع اليه ثلاثة أرباع الثمن ، وان كان المشتري الثاني هو البائع الاول فالحكم على ما ذكرنا لايختلف ، وان كانت الدار بين الثلاثة أرباعا لأحدهم نصفها وللآخرين نصفها بينها فاشترى صاحب النصف من أحد شريكه ربه ثم باع ربهما ما في يده لاجبي ثم علم شريكه فأخذ بالبائع الثاني أخذ جميعه ودفع الى المشتري ثمنه وان أخذ بالبيع الاول وحده أخذ ثلث المبيع وهو

(مسألة) قال (ولا شفعة لكافر على مسلم)

وجملة ذلك أن الذي إذا باع شريكه شقفا لمسلم فلا شفعة له عليه روي ذلك عن الحسن والشعبي وروي عن شريح وعمر بن عبد العزيز أن له الشفعة وبه قال النخعي وإياس بن معاوية وحماد بن أبي سليمان والثوري ومالك والشافعي والعبدي وأصحاب الرأي لعموم قوله عليه السلام « لا يجل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه وإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به » ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب

ولنا ما روى الدارقطني في كتاب العلق باسناده عن أنس أن النبي ﷺ قال « لا شفعة لنصراني » وهذا يخص عموم ما احتجوا به ولأنه معنى يملك به يترتب على وجوده ملك مخصوص فلم يجب للذي على المسلم كالزكاة ولأنه معنى يختص العقار فأشبه الاستعلاء في البنيان بحققة أن الشفعة إنما تثبت للمسلم دفعا للضرر عن ملكه فقدم دفع ضرره على دفع ضرر المشتري ، ولا يلزم من تقديم دفع ضرر المسلم على المسلم تقديم دفع ضرر الذي فإن حق المسلم أرجح ورعايته أولى ، ولأن ثبوت الشفعة في محل الاجماع على

نصف سدس لأن المبيع كله ربع فنلته نصف سدس ويأخذ ثلثيه من المشتري الاول وثلثه من الثاني ومخرج ذلك من ستة وثلاثين النصف ثمانية عشر ولكل واحد منها تسعة فلما اشترى صاحب النصف تسعة كانت شفتها بينه وبين شريكه الذي لم يبع أثلاثا لشريكه ثلثها ثلاثة، فلما باع صاحب النصف ثلث ما في يده حصل في المبيع من الثلاثة ثلثها وهو سهم بقي في يد البائع منها سهمان فيرد الثلاثة الى الشريك يصير في يده اثنا عشر وهي الثلث ويبقى في يد المشتري الثاني ثمانية وهي تسعان وفي يد صاحب النصف ستة عشر وهي أربعة أنساع ويدفع الشريك الثمن الى المشتري الاول ويرجع المشتري الثاني عليه بتسع الثمن الذي اشترى به لانه قد أخذ منه تسع مبيعه، وان أخذ بالعقدين أخذ من الثاني جميع ما في يده وأخذ من الاول نصف التسع وهي سهمان من ستة وثلاثين فيصير في يده عشرون سهما وهي خمسة أنساع ويبقى في يد الاول ستة عشر سهما وهي أربعة أنساع ويدفع اليه ثلث الثمن الاول ويدفع الى الثاني ثمانية أنساع الثمن الثاني ويرجع الثاني على الاول بتسع الثمن الثاني

(فصل) اذا كانت دار بين ثلاثة لزيد نصفها وعمرو ثلثها ولبكر سدسها فاشترى بكر من زيد ثلث الدار ثم باع عمراً سدسها ولم يعلم عمرو بشرائه للثالث ثم علم فله المطالبة بحقه من شفعة الثلث وهو ثلثاه وهو تسعا الدار فيأخذ من بكر ثلثي ذلك وقد حصل ثلثه الباقي في يده بشرائه للسدس فيفسخ بيعه فيه ويأخذه بشفعة البيع الاول ويبقى من بيعه خمسة أنساعه لزيد ثلث شفتها فتقسم بينهما أثلاثاً وتصح المسئلة من مائة واثنين وستين سهما الثلث المبيع أربعة وخمسون لعمرو ثلثها بشفته ستة وثلاثون سهما يأخذ ثلثها من بكر وهي أربعة وعشرون سهما وثلثها في يده اثنا عشر سهما والسدس الذي

خلاف الاصل رعاية لحق الشريك المسلم ، وليس الذمي في معنى المسلم فيبقى فيه على مقتضى الاصل وثبتت الشفعة للمسلم على الذمي لعموم الادلة الموجبة ، لانها اذا ثبتت في حق المسلم على المسلم مع عظم حرمة ورعاية حقه فلان ثبتت على الذمي مع دنائه أولى وأحرى

(فصل) وثبتت للذمي على الذمي لعموم الاخبار ولانها تساوي في الدين والحرمة فنثبت لأحدهما على الآخر كالسليم على المسلم ، ولانهم في هذا خلافا ، وان تبايعوا بخمر أو خنزير وأخذ الشفيع بذلك لم ينقض ما فعلوه ، وان كان التقابض جرى بين المتبايعين دون الشفيع وترافعوا اليانا لم يحكم له بالشفعة ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو الخطاب ان تبايعوا بخمر وقلنا هي مال لهم حكنا لهم بالشفعة

وقال أبو حنيفة تثبت الشفعة إذا كان الثمن خمرأ لانها مال لهم فأشبهه مالو تبايعوا بدرهم لكن ان كان الشفيع ذميا أخذه بمثله وان كان مسلما أخذه بقيمة الخمر

ولنا انه بيع عقد بخمر فلم تثبت فيه الشفعة كما لو كان بين مسلمين ، ولانه عقد بمن محرم أشبهه البيع بالخنزير والميتة ، ولا نسلم ان الخمر مال لهم فان الله تعالى حرمه كاحرم الخنزير ، واعتقادهم حله لا يجعله مالا للخنزير ، وانما لم ينقض عقدهم اذا تقابضوا لاننا لا نتعرض لما فعلوه مما يعتقدونه في دينهم مالم يتحاكوا اليانا قبل تمامه ولو تحاكوا اليانا قبل التقابض افسخناه

(فصل) فاما أهل البدع فمن حكم باسلامه فله الشفعة لانه مسلم فنثبت له الشفعة كالفاسق بالافعال ولان عموم الادلة يقتضي ثبوتها لكل شريك فيدخل فيها

اشترى سبعة وعشرون سهما قد أخذ منها اثنا عشر بالشفعة بقي منها خمسة عشر له ثلثاها عشرة وأخذ منها زيد خمسة فحصل لزيد اثنان وثلاثون سهما ولبكر ثلاثون سهما وعمرو مائة سهم وذلك نصف الدار وتسعها ونصف تسع تسعها ، ويدفع بكر الى عمرو ثلثي الثمن في البيع الاول وعلى زيد خمسة أنساع الثمن الثاني بينهما اثلاثا ، فان عفا عمرو عن شفعة الثالث فشفعة السدس الذي اشترى بينه وبين زيد اثلاثا ، ويحصل لعمرو اربعة أنساع الدار ولزيد تسعها ولبكر ثلثها وتصح من تسعة ، وان باع بكر السدس لاجنبي فهو كبيعته إياه لعمرو الا أن لعمرو العفو عن شفعتي في السدس بخلاف ما إذا كان هو المشتري فانه لا يصح عفو عن نصيبه منها ، وان باع بكر الثلث لاجنبي فعمرو ثلثا شفعة المبيع الاول وهو التسعان يأخذ ثلثهما من بكر وثلثهما من المشتري الثاني وذلك تسع وثلث تسع يبقى في يد الثاني سدس وسدس تسع وهو عشرة من اربعة وخمسين بين عمرو وزيد اثلاثا ، وتصح أيضاً من مائة واثنين وستين ويدفع عمرو الى بكر ثلثي ثمن مبيعه ويدفع هو وزيد الى المشتري الثاني ثمن خمسة أنساع مبيعه بينهما اثلاثا ، ويرجع المشتري الثاني على بكر بثلثي ثمن اربعة أنساع مبيعه ، وان لم يعلم عمرو حتى باع مما في يديه سدسا لم تبطل شفعتي في أحد الوجوه وله أن يأخذها كالمبيع شيئا (والثاني) تبطل شفعتي كلها (والثالث) تبطل في قدر ما باع وتبقى فيما لم يبيع وقد ذكرنا توجيه هذه ، الوجوه فاما

وقد روى حرب ان أحمد سئل عن أصحاب البدع هل لهم شفعة؟ وبروى عن ابن ادريس انه قال ليس للرافضة شفعة فضحك وقال أراد أن يخرجهم من الاسلام ، فظاهر هذا انه أثبت لهم الشفعة ، وهذا محمول على غير الغلاة منهم وأما من غلا كالعقند ان جبريل غلط في الرسالة فجاء الى النبي ﷺ وإنما أرسل الى علي ونحوه ومن حكم بكفره من الدعاء الى القول بخلق القرآن فلا شفعة له لان الشفعة اذا لم تثبت للذمي الذي يقر على كفره فغيره أولى

(فصل) وثبت الشفعة للبدوي على القروي والقروي على البدوي في قول أكثر أهل العلم ، وقال الشعبي والبي لا شفعة لمن لم يسكن المصر

ولنا عموم الادلة واشتراكها في المعنى المقتضي لوجوب الشفعة
(فصل) قال أحمد في رواية حنبل لا نرى في أرض السواد شفعة وذلك لان أرض السواد موقوفة وقفها عمر رضي الله عنه على المسلمين ولا يصح بيعها والشفعة انما تكون في البيم ، وكذلك الحكم في

شفعة ما باعه ف فيها ثلاثة أوجه (أحدها) أنها بين المشتري الثاني وزيد وبكر ارباعا للمشتري نصفها ولكل واحد منهم ربعها على قدر املاكهم حين بيعه (والثاني) أنها بين زيد وبكر على أربعة عشر سهما لزيد تسعة وبكر خمسة لان لزيد السدس وبكر سدس يستحق منه أربعة أنساعه بالشفعة فيبقى معه خمسة أنساع السدس ملكه مستقر عليها فأضفناها الى سدس زيد وقسمنا الشفعة على ذلك ولم نعط المنتري الثاني ولا بكرأ بالسهم المستحقة بالشفعة شيئاً لان الملك عليها غير مستقر (والثالث) ان عفا لم عن النفعة استحقواها وان أخذت بالشفعة لم يستحقواها شيئاً وان عفا عن بعضهم دون بعض استحق المعفو عنه ، بسهامه دون غير المعفو عنه وما بطلت الشفعة فيه بيع عمرو فهو بمنزلة المعفو عنه فيخرج في قدره وجهان ، ولو استقصينا فروع هذه المسئلة على سبيل البسط لطلال وخرج الى الاملال
(فصل) اذا كانت دار بين أربعة ارباعا فاشترى اثنان منهم نصيب أحدهم استحق الرابع الشفعة عليها واستحق كل واحد من المشتريين الشفعة على صاحبه فان طالب كل واحد منهم بشفته قسم المبيع بينهم أثلاثاً وصارت الدار بينهم كذلك ، وان عفا الرابع وحده قسم المبيع بين المشتريين نصفين وكذلك ان عفا الجميع عن شفعتهم فيصير لها ثلاثة أرباع الدار وللرابع الربع بحاله وان طالب الرابع وحده أخذ منهما نصف المبيع لان كل واحد منهما له من الملك مثل ما للمطالب فشفعة مبيعه يئنه وبين شفيعه نصفين فيحصل للرابع ثلاثة أثمان الدار وباقيا بينهما نصفين ، وتصح من ستة عشر ، وان طالب الرابع وحده أحدهما دون الاخر قاسمه الثمن نصفين فيحصل للمعفو عنه ثلاثة أثمان والباقي بين الرابع والاخر نصفين وتصح من ستة عشر ، وان عفا أحد المشتريين ولم يف الاخر ولا الرابع قسم مبيع المعفو عنه بينه وبين الرابع نصفين ومبيع الاخر بينهم أثلاثاً فيحصل للذي لم يف عنه ربع (الجزء الخامس) ٧٠ (المغني والشرح الكبير)

سائر الارض التي وقفها عمر رضي الله عنه وهي اني فتحت عنوة في زمنه ولم يقسمها كأرض الشام وأرض مصر وكذلك كل أرض فتحت عنوة ولم تقسم بين الغائبين الا أن يحكم بييم ذلك حاكم أو يفعله الامام أو نائبه ، فان فعل ذلك ثبت فيه الشفعة لانه فصل مختلف فيه ، ومتى حكم الحاكم في المختلف فيه بشيء نفذ حكمه والله أعلم

كتاب المساقاة

المساقاة أن يدفع الرجل شجره الى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج اليه بجزء معلوم له من ثمره ، وانما سميت مساقاة لانها مفاعلة من السقي لان أهل الحجاز أكثر حاجة شجرهم الى السقي لانهم يستقون من الآبار فسميت بذلك ، والاصل في جوازها السنة والاجماع ، أما السنة فاروى عبد الله بن عمر (رض) قال عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من تمر أو زرع حديث صحيح متفق عليه ، وأما الاجماع فقال أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعن آباءه عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي ثم أهلوم الى اليوم يعطون الثلث والرابع ، وهذا عمل به الخلفاء الراشدين في مدة خلافتهم واشتهر ذلك فلم ينكره منكر فكان اجماعاً ، فان قيل لا نسلم انه لم ينكره منكر فان عبد الله بن عمر راوي

وثالث ثمن وذلك سدس وثمان والباقي بين الآخرين نصفين ونصف من ثمانية وأربعين ، وان عفا الرابع عن أحدهما ولم يعف أحدهما عن صاحبه أخذ من لم يعف عنه ثلث الثمن والباقي بينهما نصفين ويكون الرابع كالمافي في اني قبلها وتصح أيضاً من ثمانية وأربعين ، وان عفا الرابع وأحدهما عن الآخر لم يعف الآخر فلغير العافي ربع وسدس والباقي بين العافيين نصفين لكل واحد منها سدس وثمان وتصح من أربعة وعشرين وما يفرع من المسائل فهو على مساق ما ذكرناه

باب المساقاة

وهي أن يدفع إنسان شجره الى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج اليه بجزء معلوم له من الثمرة ، وسميت مساقاة لانها مفاعلة من السقي لان أهل الحجاز أكثر حاجتهم الى السقي لكونهم يستقون من الآبار ، فسميت بذلك والاصل في جوازها السنة والاجماع ، أما السنة فاروى عبد الله بن عمر قال عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من تمر أو زرع متفق عليه ، وأما الاجماع فقال أبو جعفر علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعن آباءه عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر ثم عمر وعثمان وعلي ثم أهلوم الى اليوم يعطون الثلث والرابع وهذا عمل به الخلفاء الراشدين مدة خلافتهم واشتهر ذلك ولم ينكره منكر فكان إجماعاً

حديث معاملة أهل خيبر قد رجح عنه وقال كنا نخابر أربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ نهى عن الخبارة وهذا يمنع انعقاد الاجماع وبديل على نسخ حديث ابن عمر لرجوعه عن العمل به الى حديث رافع ، قلنا لا يجوز حمل حديث رافع على ما يخالف الاجماع ولا حديث ابن عمر لان النبي ﷺ لم يزل يعامل أهل خيبر حتى مات ثم عمل به الخلفاء بعده ثم من بعدهم فكيف يتصور نهى النبي ﷺ عن شيء ثم يخالفه؟ أم كيف يعمل بذلك في عصر الخلفاء ولم يخبرهم من سمع النهي عن النبي ﷺ وهو حاضر معهم وعالم بفعلهم فلم يخبرهم فلو صح خبر رافع لوجب حمله على ما وافق السنة والاجماع ، وعلى أنه قد روي في تفسير خبر رافع عنه ما يدل على صحة قولنا فروى البخاري بإسناده قال : كنا نكري الأرض بالناحية منها تسمى لسيد الأرض فرمما يصاب ذلك وتلم الأرض وربما تصاب الأرض ويسلم ذلك فنبينا ، فأما الذهب والورق فلم يكن بومئذ ، وروى تفسيره أيضا بشيء غير هذا من أنواع الفساد وهو مضطرب جداً ، قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يستل عن حديث رافع بن خديج نهى رسول الله ﷺ عن المزارعة فقال رافع روي عنه في هذا ضرر كأنه يريد أن اختلاف الروايات عنه بوهن حديثه ، وقال طائز ان أهلهم يعني ابن عباس أخبرني أن النبي ﷺ لم ينه عنه ولكن قال « لان يمنع أحدكم أخاه أرضه خير من أن يأخذ عليها خراجا معلوما » رواه البخاري ومسلم وأنكر زيد بن ثابت حديث رافع عليه وكيف يجوز نسخ أمر فعله النبي ﷺ حتى مات وهو

(مسألة) (تجوز المساقاة في تمر النخل وفي كل شجر له ثمر ما كول ببعض ثمرته)

هذا قول الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وسالم ومالك والثوري والاوزاعي وأبو يوسف ومحمد واسحاق وأبو ثور ، وقال داود لا تجوز إلا في تمر النخل لان الخبر إنما ورد به فيه ، وقال الشافعي لا تجوز إلا في النخل والسكر لان الزكاة تجب في ثمرهما ، وفي سائر الشجر قولان (أحدهما) لا تجوز فيه لان الزكاة لا تجب في نباتها فأشبهه مالا ثمرة له ، وقال أبو حنيفة وزفر لا تجوز بحال لانها إجارة بثمره لم تخلق أو إجارة بثمره مجهولة أشبه إجارته بثمره غير الشجر الذي يسقيه

ولنا ما ذكرنا من الحديث والاجماع ولا يجوز التعويل على ما خالفها فان قيل راوى حديث خيبر ابن عمر وقد رجح عنه فقال كنا نخابر أربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج ان رسول الله ﷺ نهى عن الخبارة ولا يتعقد الاجماع مع مخالفته ، وبديل على نسخ حديث ابن عمر أيضاً رجوعه عن العمل به الى حديث رافع ، قلنا لا يجوز حمل حديث رافع على ما يخالف الاجماع ولا حديث ابن عمر لان النبي ﷺ لم يزل يعامل أهل خيبر حتى مات ثم عمل به الخلفاء بعده ثم من بعدهم فكيف يتصور نهى النبي ﷺ عن شيء ثم يخالفه؟ أم كيف يعمل ذلك في عصر الخلفاء ولم يخبرهم من سمع النهي وهو حاضر معهم وطام بفعلهم؟ فلو صح خبر رافع لوجب حمله على ما وافق السنة والاجماع ، على أنه قد روي في تفسير خبر

يفعله ثم أجمع عليه خلفاؤه وأصحابه بعده بخبر لا يجوز العمل به ولو لم يخالفه غيره؟ ورجوع ابن عمر اليه بمحتمل أنه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة التي فسرهما رافع في حديثه، وأما غير ابن عمر فقد أنكر على رافع ولم يقبل حديثه وحمله على أنه غلط في روايته والمعنى بدل على ذلك فإن كثيراً من أهل النخيل والشجر يعجزون عن عمارته وسقيه ولا يمكنهم الاستئجار عليه، وكثير من الناس لا شجر لهم ويحتاجون إلى الثمر ففي تجوز المساقاة دفع للحاجتين وتحصيل لمصلحة الفئتين فجاز ذلك كالمضاربه بالاثان

(مسئلة) قال أبو القاسم (وتجوز المساقاة في النخل والشجر والسكرم بجزء معلوم

يجعل للعامل من الثمر)

وجملة ذلك أن المساقاة جائزة في جميع الشجر المثمر هذا قول الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وسالم ومالك والثوري والاوزاعي وأبو يوسف ومحمد وإسحاق وأبو ثور وقال داود لا يجوز إلا في النخيل لأن الخبر إنما ورد بها فيه، وقال الشافعي لا يجوز إلا في النخيل والكرم لأن الزكاة نجب في ثمرتهما، وفي سائر الشجر قولان (أحدهما) لا تجوز فيه لأن الزكاة لا نجب في ثمرته فأشبهه مالا ثمرة له، وقال أبو حنيفة وزفر لا تجوز بحال لأنها إجارة بثمرة لم تخلق أو إجارة بثمرة مجبولة أشبه إجارة نفسه بثمرة غير الشجر الذي يسقيه

رافع عنه ما يدل على صحة قولنا فروى البخاري بإسناده عنه قال كنا نكري الأرض بالناحية منها تسمى لسيد الأرض فربما يصاب ذلك وتسلم الأرض وربما تصاب الأرض ويسلم ذلك فنهينا قاطنا الذهب والورق فلم يكن يومئذ، وروى تفسيره أيضاً بشيء غير هذا من أنواع الفساد وهو مضطرب جداً، قال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن حديث رافع بنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزارعة فقال رافع يروى عنه في هذا ضروب وكأنه يريد أن اختلاف الروايات عنه بوهن حديثه، وقال طاوس إن أعلمهم يعني ابن عباس أخبرني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنه ولكن قال «لأن يمنح أحدكم أخاه أرضه خير من أن يأخذ عليها خراجاً معلوماً» رواه البخاري ومسلم وأنكر زيد بن ثابت حديث رافع، عليه فكيف يجوز نسخ أمر فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى مات وهو يفعله ثم أجمع عليه خلفاؤه وأصحابه بعده؟ ولا يجوز العمل به ولو لم يخالفه غيره ورجوع ابن عمر اليه بمحتمل أنه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة التي فسرهما رافع في حديثه، وأما غير ابن عمر فقد أنكر على رافع ولم يقبل حديثه وحمله على أنه غلط في روايته، والمعنى بدل على ذلك فإن كثيراً من أهل النخيل والشجر يعجزون عن عمارته وسقيه ولا يمكنهم الاستئجار عليه، وكثير من الناس لا شجر لهم ويحتاجون إلى الثمر ففي تجوز المساقاة دفع للحاجتين وتحصيل لمصلحة الفئتين

ولنا السنة والاجماع ولا يجوز التعويل على ما خالفهما، وقولهم انها إجارة غير صحيح انما هو عقد على العمل في المال ببعض ثأته فهو كالمضاربة، وينكسر ما ذكره بالمضاربة فانه يعمل في المال بثأته وهو معدوم مجهول وقد جاز بالاجماع وهذا في معناه، ثم قد جوز الشارع العقدي الاجارة على المنافع المدومة للحاجة فلم لا يجوز على الثمرة المدومة للحاجة مع أن القياس انما يكون في الحاق المسكوت عنه بالمنصوص عليه أو المجمع عليه؟ فأما في ابطال نص وخرق اجماع بقياس نص آخر فلا سبيل اليه، وأما تخصيص ذلك بالنخيل أو به وبالكرم فيخالف عموم قوله عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من زرع أو ثمر وهذا عام في كل ثمر ولا تكاد بلدة ذات أشجار تخلو من شجر غير النخيل، وقد جاء في لفظ بعض الاخبار أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج من النخل والشجر، ولأنه شجر يثمر كل حول فأشبهه النخيل والكرم، ولأن الحاجة تدعو إلى المساقاة عليه كالنخل وأكثر لكثرة فجازت المساقاة عليه كالنخل، ووجوب الزكاة ليس من العلة المحوزة للمساقاة ولا أثر له فيها وانما العلة ما ذكرناه.

(فصل) فأما ما لا ثمر له من الشجر كالصفصاف والجوز ونحوهما أو له ثمر غير مقصود كالصنوبر والارز فلا تجوز المساقاة عليه وبه قال مالك والشافعي ولا نعلم فيه خلافا لانه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص، ولأن المساقاة انما تكون بجزء من الثمرة وهذا لا ثمرة له الا أن يكون مما يقصد وره كالثوت والورد فالقياس يقتضي جواز المساقاة عليه لانه في معنى الثمر لانه نماه يتكرر كل عام ويمكن أخذه والمساقاة عليه بجزء منه فيثبت له مثل حكمه

فجاز كالمضاربة بالاثمان، فأما قياسهم فيبطل بالمضاربة فانه يعمل في المال بثأته وهو معدوم مجهول وقد جاز بالاجماع وهذا في معناه، ثم إن الشارع قد جوز العقد في الاجارة على المنافع المدومة للحاجة فلم لا يجوز على الثمرة المدومة للحاجة مع أن القياس انما يكون في الحاق المسكوت عنه بالمنصوص عليه أو المجمع عليه، فأما في ابطال نص وخرق اجماع بقياس نص آخر فلا سبيل اليه، وأما تخصيص ذلك بالنخل أو به وبالكرم فيخالف عموم قوله عامل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من زرع أو ثمر وهذا عام في كل ثمر ولا تكاد بلد ذات اشجار تخلو من شجر غير النخل وقد جاء في لفظ بعض الاخبار أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج من النخل والشجر رواه الدارقطني ولأنه شجر يثمر كل حول فأشبهه النخل والكرم ولأن الحاجة تدعو إلى المساقاة عليه كالنخل وأكثر لكثرة فاشبهه النخل ووجوب الزكاة ليس من العلة المحوزة للمساقاة ولا أثر فيها وإنما العلة ما ذكرناه

(فصل) فأما ما لا ثمر له كالصفصاف والجوز أوله ثمر غير مقصود كالصنوبر والارز فلا تجوز المساقاة عليه وبه قال مالك والشافعي ولا نعلم فيه خلافا لانه غير منصوص عليه ولا في معنى المنصوص ولأن المساقاة انما تجوز بجزء من الثمرة وهذا لا ثمرة له إلا ان يكون مما يقصد وره أو زهره كالثوت

(فصل) وان ساقاه على ثمرة موجودة فذكر أبو الخطاب فيها روايتين (إحداها) يجوز وهو اختيار أبي بكر وهو قول مالك وأبي يوسف ومحمد وأبي ثور وأحد قول الشافعي لأنها إذا جازت في المعدومة مع كثرة الفرر فيها فمع وجودها وقلة الفرر فيها أولى ، وإنما تصح إذا بقي من العمل ما يستزاد به الثمرة كالتأبير والسقي واصلاح الثمرة ، فان بقي ما لا يزيد به الثمرة كالجذاذ ونحوه لم يجز بغير خلاف (والثانية) لا تجوز وهو القول الثاني لشافعي لانه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص فان النبي ﷺ عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من تمر أو زرع ، ولان هذا يفضي الى أن يستحق بالعقد عوضا موجودا ينتقل المالك فيه عن رب المال إلى المساقى فلم يصح كإلبداء صلاح الثمرة، ولأنه عقد على العمل في المال ببعض نمائه فلم يجز بعد ظهور التمام كالمضاربة ، ولان هذا جعل العقد إجارة معلوم ومجهول فلم يصح كما لو استأجره على العمل بذلك

وقولهم انه أقل غرراً قلنا قلة الفرر ليست من المقتضي للجواز، ولا كثرة الموجودة في محل النص مانعة فلا تؤثر قلته شيئاً ، والشرع ورد به على وجه لا يستحق العامل فيه عوضا موجوداً ولا ينتقل اليه من ملك رب المال شيء ، وإنما يحدث التمام الموجود على ملكها على ما شرطناه فلم يجز مخالفة هذا الموضوع ولا إثبات عقد ليس في معناه إلحاقاً به كما لو بدأ صلاح الثمرة كالمضاربة بعد ظهور الربح (فصل) فأما قول الحنفي (يجزء معلوم يجعل للعامل من الثمر) فيلعل على شيئين (أحدهما) ان

والورد فالقياس يقتضي جواز المساقاة عليه لانه في معنى الثمر لكونه مما يتكرر كل عام ويمكن أخذه والمساقاة عليه بجزء منه فيثبت له حكمه

(مسئلة) (وتصح بلفظ المساقاة) لانه موضوعها حقيقة ولفظ المعاملة لقوله في الحديث عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها، وتصح بكل ما يؤدي معناها من الالفاظ نحو فالحتك واعمل في بستاني لهذا حتى تكمل ثمرة وما أشبهه لان القصد المعنى فاذا أتى بأي لفظ دل عليه صح كالبيع (مسئلة) (وتصح بلفظ الاجارة في أحد الوجهين)

لانه مؤد للمعنى فصح به العقد كسائر الالفاظ المنفق عليها والثاني لانه تصح وهو اختيار أبي الخطاب لان الاجارة يشترط لها كون العوض معلوما وتكون لازمة والمساقاة بخلافه والاول أقيس لما ذكرنا (مسئلة) (وقد نص أحمد في رواية جماعة فيمن قال أجرتك هذه الارض بثلث ما يخرج منها أنه يصح وهذه مزارعة بلفظ الاجارة ذكره أبو الخطاب)

فمضى قوله أجرتك هذه الارض بثلث أي زارعتك عليها بثلث عبر عن المزارعة بالاجارة على سبيل المجاز كما يعبر عن الشجاع بالاسد، فعلى هذا يكون نهيه عليه السلام عنها بثلث أو ربهما إنما ينصرف الى الاجارة الحقيقية لا عن المزارعة وقال أكثر أصحابنا هي إجارة لانها مذكورة بلفظها فتكون إجارة حقيقية وتصح ببعض الخارج من الارض كما تصح بالدرهم قال شيخنا والاول أقيس وأصح لما سبق

المساقاة لا تصح إلا على جزء معلوم من الثمرة مشاع كالنصف والثلث لحديث ابن عمر عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج منها وسواء قل الجزء، أو أكثر، فلو شرط للعامل جزءاً من مائة جزء وجعل جزءاً منها لنفسه والباقي للعامل جاز ما لم يفعل ذلك حيلة، وكذلك إن عقده على أجزاء معلومة كالتسعين وثلاثة أثمان أو سدس ونصف وسبع ونحو ذلك جاز، وإن عقد على جزء مبهم كالسهم والجزء والنصيب والحظ ونحوه لم تجز لأنه إذا لم يكن معلوماً لم يمكن القسمة بينهما، ولو ساقاه على أصح معلومة أو جعل مع الجزء المعلوم أصحاً لم تجز لأنه ربما لم يحصل ذلك أولم يحصل غيره فيستضر رب الشجر أورد بما كثر الحاصل فيستضر العامل، وإن شرط له ثمر نخلات بعينها لم تجز لأنها قد لا تحمل فتكون الثمرة كلها لرب المال وقد لا تحمل غيرها فتكون الثمرة كلها للعامل، ولهذا العلة نهى النبي ﷺ عن المزارعة التي يجعل فيها لرب الأرض مكاناً معيناً وللعامل مكاناً معيناً

قال رافع كنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فهنا عن ذلك، فأما الذهب والورق فلم يهنأ. متفق عليه، فتنى شرط شيئاً من هذه الشروط الفاسدة فسدت المساقاة، والثمره كلها لرب المال لأنها نماء ملكه وللعامل أجر مثله كالمضاربة الفاسدة (الثاني) إن الشرط للعامل لأنه إنما يأخذ بالشرط فالشرط يراد لاجله ورب المال يأخذ بماله لا بالشرط، فإذا قال ساقيتك على أن لك ثلث الثمرة صح وكان الباقي لرب المال، وإن قال على أن لي ثلث الثمرة فقال ابن

﴿مسئلة﴾ (وهل تصح على ثمرة موجودة؟ على روايتين) (أحدهما) تجوز اختارها أبو بكر وهو قول مالك وأبي يوسف ومحمد وأبي ثور وأحد قولي الشافعي لأنها إذا جازت مع كثرة الغرر فيها فمع وجودها وقلة الغرر فيها أولى وإنما تصح إذا بقي من العمل ما يزيد به الثمرة كالتأجير والسقي وإصلاح الثمرة فإن بقي مالا يزيد به الثمرة كالجذاذ ونحوه لم يجز بغير خلاف (والثانية) لا تجوز وهو القول الثاني للشافعي لأنه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص فإن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من زرع أو ثمر، ولأن هذا يفضي إلى أن يستحق بالمقد عوضاً موجوداً ينتقل الملك فيه عن رب المال إلى المساقى فلم يصح كالمبدأ صلاح الثمرة ولأنه عقد على العمل في المال ببعض نمائه فلم يجز بعد ظهور النماء كالمضاربة ولأن هذا يجعل اجارة معلوم ومجهول فلم يصح كالمبدأ استأجره على العمل بذلك، وقولهم إنها أقل غرراً قلنا قلة الغرر ليس من مقتضى للجواز ولا كثرة الموجود في محل النص مانعة منه فلا تؤثر قلته شيئاً، والتمرع ورد به على وجه لا يستحق العامل فيه عوضاً موجوداً ولا ينتقل إليه من ملك رب المال شيء وإنما يحدث البناء الموجود على ملكهما على ما شرطاه فلم تجز مخالفة هذا الموضوع ولا إثبات عقد ليس في مناه الحاقاً به كالمبدأ صلاح الثمرة كالمضاربة بعد ظهور الربح، ومن نصر الوجه الأول قال لئن أنبي ﷺ على المساقاة على الثمرة المدومة بجزء منها تنيه على جوازها على الموجودة لما

حامد يصح والباقي للعامل ، وقيل لا يصح وقد ذكرنا قبل ذلك في المضاربة ، وان اختلفا في الجزء المشروط لمن هو منها فهو للعامل لان الشرط يراد لاجله كما ذكرنا

(فصل) إذا كان في البستان شجر من أجناس كالتين والزيتون والكرم والرمان فشرط للعامل من كل جنس قدرا كنصف ثمر التين وثلاث الزيتون وربيع الكرم وخمس الرمان ، أو كان فيه أنواع من جنس فشرط من كل نوع قدراً وها يعلمان قدر كل نوع صح لان ذلك كأربعة بسائين ساقاه على كل بستان بقدر مخالف القدر المشروط . من الآخر . وان لم يعلما قدره أو لم يعلم أحدهما لم يجز لانه قد يكون أكثر ما في البستان من النوع الذي شرط فيه القليل أو أكثره مما شرط فيه الكثير ، ولو قال : ساقيتك على هذين البستانين بالنصف من هذا والثالث من هذا صح لانها صفقة واحدة جمعت عوضين فصار كأنه قال بعتك داري هاتين هذه بألف وهذه بمائة ، وان قال بالنصف من أحدهما والثالث من الآخر لم يصح لانه جهول لا يدري أيهما الذي يستحق نصفه ولا الذي يستحق ثلثه ، ولو ساقاه على بستان واحد نصفه هذا بالنصف ونصفه هذا بالثلث وهما متميزان صح لانهما كبستانين

(فصل) وان كان البستان لاثنتين فساقيا عاملا واحداً على أن له نصف نصيب أحدهما وثالث نصيب الآخر والعامل عالم بنصيب كل واحد منهما جاز لان عقد الواحد مع الاثنتين عقدان ، ولو أفرد كل واحد منهما بمقدار كان له أن بشرط ما اتفقا عليه وان جهل نصيب كل واحد منهما لم يجز لانه غرر

ذكرنا ، ولا يصح القياس على المضاربة إذا ظهر الربح لانها لا تحتاج الى عمل وههنا يحتاج اليه فلا يصح القياس ، ونظير ذلك المساقاة على الثمرة بعد بدو صلاحها فانه لا يصح بغير خلاف علمناه لكون العمل لا يزيد في الثمرة بخلاف الرواية الاولى فان العمل يزيد فيها فاقترا

(فصل) وإذا ساقاه على ودي النخل أو صفار الشجر الى مدة يحمل فيها غالباً بجزء من الثمرة صح لانه ليس فيه أكثر من أن عمل العامل يكثر وذلك لا يمنع الصحة كما لو جعل له سهم من ألف ، وفيه الاقسام التي نذكرها في كبار النخل والشجر فان قلنا المساقاة عقد جائز لم يحتاج إلى ذكر مدة وان قلنا هو لازم اشترط ذكر المدة وسنذكره

﴿ مسألة ﴾ (وان ساقاه على شجر بغرسه ويعمل عليه حتى يثمر بجزء من الثمرة صح)

والحكر فيه كالحكر فيما إذا ساقاه على صفار الشجر على ما بينته قال أحمد في رواية المروذي فيمن قال لرجل اغرس في أرضي هذه شجرا أو نخلا فما كان من غلة فلك بملك كذا وكذا سهماً من كذا وكذا فاجازه ، واحتج بحديث خبير في الزرع والنخل لكن يشترط أن يكون الغرس من رب الارض كما يشترط في المزارعة كون البذر من رب الارض ، فان كان من العامل خرج على الروايتين في المزارعة إذا شرط البذر من العامل ، وقال القاضي المعاملة باطلة وصاحب الارض بالحيار بين تكليفه قلها وبضمن له نقصها وبين تركها في أرضه ويدفع اليه قيمتها كالمشترى إذا غرس في الارض ثم جاء الشفيق

فانه قد يقل نصيب من شرط النصف فيقل حظه وقد يكثر فيتوفر حظه فاما ان شرطا قدرا واحداً من مالها جاز وان لم يعلم قدر ما لكل واحد منهما لانها جهالة لا غرر فيها ولا ضرر فصار كما لو قالوا بعنك دارنا هذه بألف ولم يعلم نصيب كل واحد منهما جاز لانه أي نصيب كان فقد علم عوضه وعلم جملة المبيع فصح كذلك ههنا، ولو ساقى واحد اثنين جاز ويجوز أن يشترط لهما التساوي في النصيب ويجوز أن يشترط لاحدهما أكثر من الآخر

(فصل) ولو ساقاه ثلاث سنين على أن له في الاولى النصف وفي الثانية الثلث وفي الثالثة الربع جاز لان قدر ماله في كل سنة معلوم فصح كما لو شرط له من كل نوع قدرا

(فصل) ولو دفع الى رجل بستانا فقال ما زرعت فيه من حنطة فلي ربهه وما زرعت من شعير فلي ثلثه وما زرعت من باقلا فلي نصفه لم يصح لان ما يزرعه من كل واحد من هذه الاصناف مجهول قدر فخرى بخرى ما لو شرط له في المساقاة ثلث هذا النوع ونصف هذا النوع الاخر وهو جاهل بما فيه منهما، وان قال إن زرعتها حنطة فلي ربهه وان زرعتها شعيراً فلي ثلثه وان زرعتها باقلا فلي نصفه لم يصح أيضاً لانه لا بدري ما يزرعه فاشبه ما لو قال بعنك بعشرة صحاح أو احد عشرة مكسرة وفيه وجه آخر انه يصح بناء على قوله في الاجارة ان خطته روميا فذلك درهم وان خطته فارسيا فذلك نصف درهم فانه يصح في المنصوص عنه فيخرج ههنا مثله وان قال ما زرعتها من شيء فلي نصفه صح

فأخذها وان اختار العامل قلع شجره فله ذلك سواء بذله القيمة أو لم يبذلها لانه ملكه فلم يمنع من تحويله وان اتفقا على ابقاء الفرس ودفع أجر الارض جاز

(فصل) ولو دفع أرضه الى رجل يفرسها على أن الشجر بينهما لم يجز ويحتمل الجواز بناء على المزارعة فان المزارع يبذر الارض فتكون بينه وبين صاحب الارض وهذا نظيره، فأما ان دفعها على أن الارض والشجر بينهما فاسد وجهاً واحداً وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد ولا نعلم فيه مخالفاً لانه يشترط اشتراكهما في الاصل ففسد كما لو دفع اليه الشجر أو التخليل أيكون الاصل والثمرة بينهما أو شرط في المزارعة كون الارض والزرع بينهما

(فصل) ومن شرط صحة المساقاة تقدير نصيب العامل بجزء معلوم من الثمرة كالثلث والرابع لحدوث ابن عمر في خبير وسواء قل الجزء أو أكثر فلو جعل للعامل جزءاً من مائة جزء أو جعل الجزء لنفسه والباقي للعامل جاز إذا لم يفعل ذلك حيلة، فان عقد على جزء مبهم كالسهم والجزء والنصيب لم يجز لانه إذا لم يكن معلوماً لم يمكن القسمة بينهما ولو جعل له أصصاً معلومة أو جعل مع الجزء المعلوم أصصاً لم يجز لانه ربما لم يحصل ذلك أو لم يحصل غيره فيستضر رب الشجر أو يكثر الحاصل فيتضرر العامل وكذلك ان شرط له ثمر شجر بعينه لانه قد لا يحمل وقد لا يحمل غيرها ولهذا العلة نهى النبي ﷺ عن المزارعة التي يجعل فيها لرب الارض مكاناً معيناً وللعامل مكاناً معيناً قال رافع كنا نكتري الارض على أن لنا

لان النبي ﷺ ساقى أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع ولو جعل له في المزارعة ثلث الحنطة ونصف الشعير وثلثي الباقلا وبيننا قدر ما يزرع من كل واحد من هذه الانواع اما بتقدير البذر واما بتقدير المكان وتعيينه او بمساحته مثل ان قال تزرع هذا المكان حنطة وهذا شعيرا وتزرع مدين حنطة ومدين شعيراً أو تزرع قفيزا حنطة وقفيزين شعيراً جاز لان كل واحد من هذه طريق الى العلم فاكتفى به

(فصل) وان ساقاه على انه ان سقى سبعا فله الثلث وان سقى بكافة فله النصف لم يصح لان العمل مجهول والنصيب مجهول وهو في معنى بيعتين في بيعة، ويتخرج ان يصح قياسا على مسئلة الاجارة ولو قال لك الخسان ان كانت عليك خسارة وان لم يكن عليك خسارة فلك الربع لم يصح نص عليه احمد وقال هذا شرطان في شرط وكرهه، وهذا في معنى المسئلة التي قبلها وبمخرج فيها مثل ماخرج فيها، ولو ساقاه في هذا الحائط بالثلث على أن يساقه في الحائط الاخر بمجزء معلوم لم يصح لانه شرط عقدا في عقد فصار في معنى بيعتين في بيعة كقوله بعتك ثوبي على أن تبيعني ثوبك وانما فسد لمعينين (أحدهما) انه شرط في العقد عقداً آخر والنعم الحاصل بذلك مجهول فكانه شرط العوض في مقابلة معلوم ومجهول (الثاني) ان العقد الآخر لا يلزمه بالشرط فيسقط الشرط واذا سقط وجب رد الجزء الذي تركه من العوض لاجله وذلك مجهول فيصير الكل مجهولا

هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك، فأما الذهب والورق فلم ينهنا متفق عليه، فنتى شرط شيئاً من هذه الشروط الفاسدة فسدت المساقاة، والثمرة كلها لرب المال لانها ثماء ملكة وللعامل أجر مثله كالمضاربة الفاسدة

(فصل) ولا يحتاج أن يشترط لرب المال لانه يأخذ بماله لا بالشرط فاذا قال ساقيتك على أن لك ثلث الثمرة صح والباقي لرب المال، وان قال على ان لي ثلث الثمرة فقال ابن حامد يصح وقيل لا يصح وقد ذكرنا تعليلاً لذلك في المضاربة، وان اختلفا في الجزء المشروط فهو للعامل لانه انما يستحق بالشرط كما ذكرنا، فان اختلفا في قدر المشروط للعامل فقال ابن حامد القول قول رب المال وقال مالك القول قول العامل إذا ادعى ما يشبه لانه أقوى سبباً لتسلمه الحائط والعمل، وقد ذكرنا في المضارب رواية ان القول قوله إذا ادعى أجر المثل فيخرج ههنا مثله وقال الشافعي يتحالفان وكذلك ان اختلفا فيما تناولته المساقاة من الشجر

ولنا أن رب المال منكر للزيادة التي ادعاها العامل فكان القول قوله فان كان مع أحدهما بينة حكم بها وان كان مع كل واحد منهما بينة انبنى على بينة الداخل والخارج فان كان الشجر لاثنين فصدق أحدهما العامل وكذبه الآخر أخذ نصيبه مما يدعيه من مال المصدق وان شهد على المنكر قبلت شهادته اذا كان عدلاً لانه لا يجر الى نفسه ففعل ولا يدفع عنها ضرراً وبخلاف مع شاهده وان لم يكن عدلاً

(فصل) وان ساقى أحد الشريكين شريكه وجعل له من الثمر أكثر من نصيبه مثل أن يكون الاصل بينهما نصفين فجعل له الثلثين من الثمرة صح وكان السدس حصته من المساقاة فصار كأنه قال ساقيتك على نصيبي بالثلث، وان ساقاه على أن تكون الثمرة بينهما نصفين أو على أن يكون للعامل الثلث فهي مساقاة فاسدة لان العامل يستحق نصفها بماكه ولم يجعل له في مقابلة عمله شيئاً ، واذا شرط له الثلث فقد شرط ان غير العامل يأخذ من نصيب العامل ثلثه ويستعمله بلا عوض فلا يصح ، فاذا عمل في الشجر بنا على هذا كانت الثمرة بينهما نصفين بحكم الملك ولا يستحق العامل بعمله شيئاً لانه تبرع به لرضاه بالعمل بغير عوض فأشبهه ما لو قال له أنا عمل فيه بغير شيء ، وذكروا أصحابنا وجها آخر انه يستحق أجر مثله لان المساقاة تقتضي عوضاً فلا تسقط برضاه باسقاطه كالنكاح ولم يعلم له العوض فيكون له أجر مثله

ولنا انه عمل في مال غيره متبرعاً فلم يستحق عوضاً كما لو لم يعقد المساقاة، ويفارق النكاح لوجهين (أحدهما) ان عقد النكاح صحيح فوجب به العوض لصحته وهذا فاسد لا يوجب شيئاً (والثاني) أن الابضاع لا تستباح بالبذل والاباحة والعمل هنا يستباح بذلك ولان المهر في النكاح لا يخلو من أن يكون واجبا بالعقد أو بالاصابة أو بهما فان وجب بالعقد لم يصح قياس هذا عليه لوجهين (أحدهما) أن النكاح صحيح وهذا فاسد (والثاني) أن العقد ههنا لا يوجب ولو أوجب لا يوجب قبل العمل ولا خلاف

كانت شهادته كدمها ولو كانا عاملين ورب المال واحداً فشهد أحدهما على صاحبه قبلت شهادته لما ذكرنا (فصل) واذا كان في البستان شجر من أجناس كالتين والزيتون والكرم فشرط للعامل من كل جنس قدراً كنصف تمر التين وثلاث الزيتون وربع الكرم ، أو كان فيه أنواع من جنس فشرط من كل نوع قدراً وهما يعرفان قدر كل نوع صح لان ذلك كثلثة بساتين ساقاه على كل بستان بقدر مخاف للقدر المتروط من الآخر ، وان لم يعلم قدره أو أحدهما لم يجز للجهالة، ولو قال ساقيتك على هذين البساتين بالنصف من هذا واثالث من هذا صح لانها صفقة واحدة جمعت عوضين فصار كقوله بعثك داري هاتين هذه بألف وهذه بمائة ، وان قال بالنصف من أحدهما والثلث من الآخر ولم يعينه لم يصح الجهالة لانه لا يعلم الذي يستحق نصفه ، ولو ساقاه على بستان واحد نصفه هذا بالنصف ونصفه هذا بالثلث وهما متميزان صح لانها كبساتين

(فصل) فان كان البستان لاثنتين فساقيا عاملا واحداً على أن له نصف نصيب أحدهما وثلث نصيب الآخر والعامل عالم ما لكل واحد منها جاز لان عقد الواحد مع الاثنتين تقدان، ولو أفر دكل واحد منها بعقد كان له أن يشرط ما اتفقا عليه وان جهل نصيب كل واحد منها لم يجز لانه غرر فانه قد يقل نصيب من شرط له النصف فيقل حظه، وقد يكثر فيتوفر حظه، فاما ان شرطاً قدراً واحداً من مالها جاز وان لم يعلم قدر ما لكل واحد منها لانه جهالة لا غرر فيها ولا ضرر فهو كالمالك قالوا بملك

ان هذا لا يوجب قبل العمل شيئاً، وان وجب بالاصابة لم يصح القياس عليها لوجهين (أحدهما) أن الاصابة لاستباح بالاباحة والبذل بخلاف العمل (والثاني) أن الاصابة لو خلت عن العقد لا وجبت وهذا بخلافه وان وجب بهما امتنع القياس لهذه الوجوه كلها. فاما إن ساقى أحدهما شريكه على أن يعمل معاً فالمساقاة فاسدة والثمرة بينهما على قدر ملكيهما ويتقاصان العمل ان تساوى بينهما ، وان كان لأحدهما فضل نظرت فان كان قد شرط له فضل ما في مقابلة عمله استحق ما فضل له من أجر المثل وان لم يشترط له شيء فلا شيء له إلا على الوجه الذي ذكره أصحابنا وتكلمنا عليه

(فصل) وتصح المساقاة على البعل من الشجر كما تجوز فيما يحتاج الى سقي وبهذا قال مالك ولا نعلم فيه خلافاً عند من يجوز المساقاة لان الحاجة تدعو الى المعاملة في ذلك كدعائها الى المعاملة في غيره فيقاس عليه وكذلك الحكم في المزارعة

(فصل) ولا تصح المساقاة إلا على شجر معلوم بالرؤية أو بالصفة التي لا يختلف معها كالبيم فان ساقاه على بستان بغير رؤية ولا صفة لم يصح لانه عقد على مجهول فلم يصح كالبيم وان ساقاه على أحد هذين الحائطين لم يصح لانها معاوضة يختلف الغرض فيها باختلاف الاعيان فلم يجز على غير معين كالبيع (فصل) وتصح المساقاة بلفظ المساقاة وما يؤدي معناها من الالفاظ نحو عاملتك وفالحتك وامل في بستانها حتى تكل ثمرته وما أشبه هذا لان القصد للمعنى فاذا أنى به أي لفظ دل عليه صح كالبيم، وان

دارنا هذه بألف ولم يعلم نصيب كل واحد منهما جاز لانه أي نصيب كان فقد علم عوضه وعلم جملة المبيع فصح كذلك ههنا، ولو ساقى واحد اثنين جاز ويجوز أن بشرط لها التساوي في النصيب وان بشرط لأحدهما أكثر من الآخر

(فصل) ولو ساقاه ثلاث سنين على أن له في الاولى النصف وفي الثانية الثلث وفي الثالثة الربع جاز لانه قدر ماله في كل سنة معلوم فصح كما لو شرط له من كل نوع قدرأ

(فصل) ولا تصح المساقاة إلا على شجر معلوم بالرؤية أو بالصفة التي لا يختلف معها كالبيم وإن ساقاه على بستان لم يره ولم يوصف له لم يصح لانه عقد على مجهول أشبه البيع وان ساقاه على أحد هذين الحائطين لم يصح لانها معاوضة يختلف العوض فيها باختلاف الاعيان فلم يجز على غير معين كالبيع

(فصل) وتصح على البعل كما تصح على السقي وبه قال مالك ولا نعلم فيه خلافاً عند من يجوز المساقاة لان الحاجة تدعو إلى المعاملة في ذلك كدعائها الى المعاملة في غيره فيقاس عليه (مسئلة) (والمساقاة عقد جائز في ظاهر كلامه)

وكذلك المزارعة أو ما إليه أحمد في رواية الاثرم وقد سئل عن الاكار يخرج من غير ان يخرج صاحب الضيعة فلم يمنعه من ذلك ذكره ابن حامد وهو قول بعض أصحاب الحديث ، وقال بعض أصحابنا

قال استأجرتك لتعمل لي في هذا الحائط حتى تكمل ثمرة بنصف ثمرة ففيه وجهان (أحدهما لا يصح ذكره أبو الخطاب، لأن الاجارة يشترط لها كون العوض معلوما والعمل معلوما، وتكون لازمة والمساقاة بخلافه) والثاني (يصح وهو أقيس لأنه مؤد للمعنى فصيح به العقد كسائر الالفاظ المتفق عليها وقد ذكر أبو الخطاب أن معنى قول احمد تجوز اجارة الارض ببعض الخارج منها المزارعة على أن البذر والعمل من العامل وما ذكر من شروط الاجارة إنما يعتبر في الاجارة الحقيقية أما اذا أريد بالاجارة المزارعة فلا يشترط لها غير شرط المزارعة

(فصل) ويلزم العامل باطلاق عقد المساقاة مائه صلاح الثمرة وزيادتها مثل حرث الارض نحت الشجر والبقر التي نحرث وآلة الحرث وسقى الشجر واستقاء الماء واصلاح طرق الماء وتنقيتها وقطع الحشيش المضر والشوك وقطع الشجر اليابس وزبار الكرم وقطع ما يحتاج الى قطعه ونسوية الثمرة واصلاح الاجاجين وهي الحفر التي يجتمع فيها الماء على اصول النخل وادارة الدولاب، والحفظ قثمر في الشجر وبعده حتى يقسم، وان كان مما يشمس فعليه تشميسه، وعلى رب المال مافي حفظ الاصل كسد الحيطان وانشاء الانهار وعمل الدولاب وحفر بئر وشراء ما يفتح به، وعبر بعض أهل العلم عن هذا بعبارة أخرى فقال كل ما يتكرر كل عام فهو على العامل ومالا يتكرر فهو على رب المال وهذا صحيح في العمل، فأما شراء ما يفتح به فهو على رب المال وان تكرر لان هذا ليس من العمل

هو لازم وهو قول أكثر الفقهاء لانه عقد معاوضة فكان لازما كالاجارة لانه لو كان جائزا كان لرب المال فسخته اذا ظهرت الثمرة فيسقط سهم العامل فيتضرر

ولنا ما روى مسلم عن ابن عمر أن اليهود سألوا رسول الله ﷺ أن يقرهم بخير على أن يعملوها ويكون لرسول الله ﷺ شطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر فقال رسول الله ﷺ «نقرم على ذلك ما شئنا» ولو كان لازما لم يجز بغير تقدير مدة ولا أن يجعل الخيرة اليه في مدة اقرارهم، ولان النبي ﷺ لو قدر لهم مدة لنقل لان هذا مما يحتاج اليه فلا يجوز الاخلال بنقله وعمر رضي الله عنه اجلام من أرض الحجاز وأخرجهم من خير ولو كانت لهم مدة مقدرة لم يجز اخراجهم فيها ولانه عقد على جزء من ثناء المال فكان جائزا كالمضاربة، وفارق الاجارة لانها بيع فكانت لازمة كبيع الاعيان ولان عوضها معلوم أشبهت البيع، وقياسهم بتقضى بالمضاربة وهي أشبه بالمساقاة من الاجارة فقياسها عليها أولى وقولهم لانه يفضي الى أن رب المال يفسخ بعد ادراك الثمرة قلنا اذا ظهرت الثمرة ظهرت على ملكيها فلا يسقط حق العامل منها بفسخ ولا غيره كما اذا فسخ المضارب بعد ظهور الربح، فعلى هذا لا يقتقر الى ذكر مدة لان النبي ﷺ لم يضرب لاهل خير مدة معلومة ولا خلفاؤه حين عاملوهم، ولانه عقد جائز فلم يقتقر الى ضرب مدة كالمضاربة وسائر العقود الجائزة، ومتى فسخ أحدها بعد ظهور الثمرة فهي بينهما على ما شرطاه وعلى العامل تمام العمل كما يلزم المضارب بيع العروض اذا فسخت المضاربة بعد

فاما البقرة التي تدبر الدولاب فقال أصحابنا هي على رب المال لانها ليست من العمل فاشبهت ما يفتح به ، والاولى انها على العامل لانها تراد للعمل فاشبهت بقر الحرث ولان استقاء الماء على العامل اذا لم يخرج الى بهيمة فكان عليه وان احتاج الى بهيمة كغيره من الاعمال

وقال بعض أصحاب الشافعي ما يتعلق بصلاح الاصول والثمره وما كالكسح للنهر والثور هو على من شرط عليه منهما ، إن أهل شرط ذلك على أحدهما لم تصح المساقاة ، وقد ذكرنا ما يدل على أنه على العامل ، فأما تمسيد الارض بالزبل ان احتاجت اليه فشرأ ذلك على رب المال لانه ليس من العمل فخرى مجرى ما يفتح به وتفريق ذلك في الارض على العامل كالتلقيح ، وإن أطلقا العقد ولم يبيننا ما على كل واحد منهما فعلى كل واحد منهما ما ذكرنا أنه عليه وإن شرطاً ذلك كان تأكيداً ، وإن شرطاً على أحدهما شيئاً مما يلزم الآخر فقال القاضي وأبو الخطاب لا يجوز ذلك ، فعلى هذا ففسد المساقاة وهو مذهب الشافعي لانه شرط بخلاف مقتضى العقد فافسده كالمضاربة اذا شرط العمل فيها على رب المال وقد روي عن أحمد ما يدل على صحة ذلك فانه ذكر أن الجذاذ عليهما فان شرطه على العامل جاز وهذا مقتضى كلام الحرثي في المضاربة ، لانه شرط لا يجزى بمصلحة العقد ولا مفسدة فيه فصح كتأجيل الثمن في المبيع وشرط الرهن والضمين والخيار فيه ، لكن بشرط أن يكون ما يلزم كل واحد من العمل معلوماً لئلا يفضي إلى التنازع والتواكل فيدخل العمل ، وأن لا يكون ما على رب المال أكثر

ظهور الربح وان فسخ العامل قبل ذلك فلا شيء له لانه رضي باسقاط حقه فهو كعامل المضاربة اذا فسخ قبل ظهور الربح وامل الجمالة اذا فسخ قبل أمام عمله ، فان فسخ رب المال قبل ظهور الثمرة فعليه أجر المثل للعامل لانه منعه أمام عمله الذي يستحق به العوض فأشبهه ما لو فسخ الجاعل قبل أمام عمل الجمالة وفارق رب المال في المضاربة اذا فسخها قبل ظهور الربح لان عمل هذا مفض الى ظهور الثمرة غالباً فلولا الفسخ لظهرت الثمرة فلك نصيبه منها وقد قطع ذلك بفسخه فأشبهه فسخ الجمالة بخلاف المضاربة فانه لا يعلم انقضاءها الى الربح ولان الثمرة اذا ظهرت في الشجر كان العمل عليها في الابتداء من أسباب ظهورها والربح اذا ظهر في المضاربة قد لا يكون للعمل الاول فيه أثر أصلاً

(مسئلة) فان قلنا هي عقد لازم فلا تصح الا على مدة معلومة

وهذا قول الشافعي وقال أبو ثور تصح وتقع على سنة واحدة وأجازه بعض الكوفيين استحساناً ولانه لما شرط له جزءاً من الثمرة كان ذلك دليلاً على ارادة مدة تحصل فيها الثمرة

ولنا أنه عقد لازم فوجب تقديره بمدة معلومة كالأجارة ولان المساقاة أشبه بالأجارة لانها تقتضي العمل على العين مع بقائها ولانها اذا وقعت مطلقة لم يمكن حملها على اطلاقها مع لزومها لانها تفضي الى أن العامل يستبد بالشجر كل مدته فيصير كالمالك ولا يمكن تقديره بالسنة لانه تحكم وقد تكمل الثمرة في أقل من السنة فعلى هذا لا تتقدراً كثر المدة بل يجوز ما يتفقان عليه من المدة التي يبقى الشجر فيها وان طالت وقيل لا يجوز

العمل لان العامل يستحق بعمله فاذا لم يعمل أكثر العمل كان وجود عمله كعدمه فلا يستحق شيئاً (فصل) فاما الجذاذ والحصاد والقاط فهو على العامل نص أهد عليه في الحصاد وهو مذهب الشافعي لانه من العمل فكان على العامل كالتشميس ، وروي عن أحمد في الجذاذ أنه اذا شرط على العامل فجاز لان العمل عليه وإن لم بشرطه فعلى رب المال بحصته ما يصير اليه فظاهر هذا أنه جعل الجذاذ عليهما وأجاز اشتراطه على العامل وهو قول بعض الشافعية ، وقال محمد بن الحسن تفسداً للمساقاة بشرطه على العامل لانه شرط بنا في مقتضى العقد واحتج من جعله عليهما بأنه يكون بعد تكامل الثمرة واقضاء المعاملة فأشبهه نقله الى منزله

ولنا أن النبي ﷺ دفع خبير إلى يهود على أن يعملوها من أموالهم، ولان هذا من العمل فيكون عليه كالتشميس وما ذكروه يبطل بالتشميس ، ويفارق النقل إلى المنزل فإنه يكون بعد القسمة وزوال العقد فأشبهه الخزن

(فصل) وإن شرط أن يعمل معه غلمان رب المال فهو كشرط عمل رب المال لان عملهم كعمله فان يد الغلام كيد مولاه ، وقال أبو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) كما ذكرنا (والثاني) يجوز لان غلمان ماله فجاز أن يعمل تبعاً لماله كثور الدولاب وكما يجوز في القراض أن يدفع إلى العامل هبة يحمل عليها ، وأما رب المال لا يجوز جعله تبعاً وهذا قول مالك والشافعي ومحمد بن الحسن فاذا شرط غلمانا

أكثر من ثلاثين سنة وهذا محكم ونوقيت لا يصار اليه الا بنص أو اجماع فأما أقل المدة فتقدر بمدة تكمل فيها الثمرة ولا يجوز على أقل منها لان المقصود اشتراكها في الثمرة ولا يوجد في أقل من هذه المدة (مسئلة) (فان شرطاً مدة لا تكمل فيها لم يصح)

لذلك فاذا عمل فيها فظهرت الثمرة فيها وام تكمل فله أجرة مثله في أحد الوجهين وفي الآخر لا شيء له لانه رضي بالعمل بغير عوض فهو كالمتبرع والاول أصح لان هذا لم يرض الا بموض وهو جزء من الثمرة وذلك الجزء موجود لكن لا يمكن تسليمه اليه فلما تعذر دفع العوض الذي اتفق عليه كان له أجر مثله كما في الاجارة الفاسدة بخلاف المتبرع فانه رضي بغير شيء ، وان لم تظهر الثمرة فلا شيء له في أصح الوجهين لانه رضي بالعمل بغير عوض

(فصل) فان ساقاه الى مدة تكمل فيها الثمرة غالباً فلم تحمل تلك السنة فلا شيء للعامل لانه عقد صحيح لم يظهر فيه انهاء أشبه المضاربة اذا لم يربح فيها وان ظهرت الثمرة ولم تكمل فله نصيبه منها وعليه أتمام العمل فيها كما لو انفسخت قبل كمالها

(مسئلة) (وان شرطاً مدة قد تكمل فيها الثمرة وقد لا تكمل في صحة المساقاة وجهان) (أحدهما) تصح لان الشجر يحتمل أن يحمل ويحتمل أن لا يحمل والمساقاة جائزة فيه (والثاني) لا يصح لانه عقد على معدوم ليس الغالب وجوده فلم يصح كالتسليم في مثل ذلك ولان ذلك غير أمكن

يعملون معه فنفتهم على ما يشترطان عليه فان أطلقا ولم يذكرنا نفقتهم فهي على رب المال ، وبهذا قال الشافعي وقال مالك نفقتهم على المساقى ، ولا ينبغي أن بشرطها على رب المال لان العمل على المساقى فؤونة من يعمله عليه كؤونة غلده

ولنا أنه مملوك رب المال فكانت نفقته عليه عند الاطلاق كما لو أجره فان شرطها على العامل جاز ولا بشرط تقديرها ، وبه قال الشافعي وقال محمد بن الحسن بشرط تقديرها لانه اشترط عليه مالا يلزمه فوجب أن يكون معلوما كسائر الشروط

ولنا أنه لو وجب تقديرها لوجب ذكر صفاتها ولا يجب ذكر صفاتها فلم يجب تقديرها ولا بد من معرفة الغلمان المشترط عليهم برؤية أو صفة تحصل بها معرفتهم كما في عقد الاجارة

(فصل) وإن شرط العامل أن أجر الاجراء الذين يحتاج إلى الاستعانة بهم من الثمرة وقدر الاجرة لم يصح لان العمل عليه فاذا شرط أجره من المال لم يصح كما لو شرط لنفسه أجر عمله وإن لم يقدره فسد لذلك ولانه مجهول، ويفارق هذا ما إذا اشترط المضارب أجر ما يحتاج اليهم من الخالين ونحوهم لان ذلك لا يلزم العامل فكان على المال ولو شرط أجر ما يلزمه عمله بنفسه لم يصح كسائرنا

(فصل) ظاهر كلام أحمد أن المساقاة والمزارعة من العقود الجائزة أو ما إليه في رواية الاثرم ، وسئل عن الاكل يخرج نفسه من غير أن يخرج صاحب الضيعة فلم يمنع من ذلك ذكره الشيخ أبو

التحرز منه فلم يجز العقد معه كما لو شرط ثمرة نخلة بينهما، وفارق ما اذا شرط مدة تكل فيها الثمرة فان الغالب أن الشجر يحمل واحتمال أن لا يحمل نادر لم يمكن التحرز عنه، فان قلنا العقد صحيح فله حصته من الثمر فان لم يحمل فلا شيء له وان قلنا هو فاسد استحق أجر المثل سواء حمل أو لم يحمل لانه لم يرض بغير عوض ولم يسلم له العوض فاستحق أجر المثل بخلاف ما اذا شرط مدة لا يحمل في مثلها ، وفيه وجه آخر أنه لا شيء له كما لو اشترطه مدة لا يحمل فيها الشجر غالباً ومتى خرجت الثمرة قبل انقضاء المدة فله حقه منها اذا قلنا بصحة العقد وان خرجت بعدها فلا شيء له فيها ومذهب الشافعي في هذا قريب مما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ (وان مات العامل تم الوارث فان لم يكن له وارث أقام الحاكم مقامه من تركته)

وجملة ذلك انا قد ذكرنا ان ظاهر المذهب أن المساقاة عقد جائز لا يفتقر الى ذكر مدة لان ابقاها اليها وفسخها جائز لكل واحد منها فلم تحتاج الى مدة، فان قدرها بمدة، جاز لانه لا ضرر في ذلك وقد بناه في المضاربة والمساقاة ، مثلها ، فعلى هذا تنفسخ بموت كل واحد منها وجنونه والحجر عليه للسفه كالمضاربة ويكون الحكم فيها كما لو فسخها احدهما، فاما ان قلنا بلزومها لم يفسخ العقد ويقوم الوارث مقام الميت منها لانه عقد لارم أشبه الاجارة، فان كان الميت العامل فأبي وارثه القيام مقامه لم يجبر لان الوارث لا يلزمه من الحقوق التي على مورثه الا ما أمكن دفعه من تركته والعمل ليس مما يمكن فيه ذلك

عبد الله بن حامد وهو قول بعض أصحاب الحديث ، وقال بعض أصحابنا هو عقد لازم وهو قول أكثر الفقهاء لانه عقد معاوضة فكان لازما كالأجارة ، ولانه لو كان جائزا أجاز لرب المال فسنه إذا أدركت الثمرة فيسقط حق العامل فيستضر

ولنا ما روى مسلم بإسناده عن ابن عمر أن اليهود سألوا رسول الله ﷺ أن يقرم بخيبر على أن يعملوها ويكون لرسول الله ﷺ شطر ما يخرج منها من نمر أو زرع فقال رسول الله ﷺ « قرمكم على ذلك ما شئناه ولو كان لازما لم يجز بغير تقدير مدة ولأن يحمل الخيرة اليه في مدة إقرارهم ولأن النبي ﷺ ينقل عنه أنه قدر لهم ذلك بمدة ولو قدر لم يترك نقله لان هذا مما يحتاج اليه فلا يجوز الاخلال بنقله وعمر رضي الله عنه أجلاهم من الارض وأخرجهم من خيبر ولو كانت لهم مدة مقدرة لم يجز إخراجهم فيها ولانه عقد على جزء من ثمن المال فكان جائزا كالمضاربة أو عقد على المال بجزء من ثمنه أشبه المضاربة وفارق الاجارة لانها بيع فكانت لازمة كبيع الاعيان ولان عوضها مقدر معلوم فأشبهت البيع وقياسهم ينتقض بالمضاربة وهي أشبه بالمساقاة من الاجارة بقياسها عليها أولى وتوهم أنه يفتي الى أن رب المال يفسخ بعد ادراك الثمرة قلنا اذا ظهرت الثمرة فهي تظهر على ملكهما فلا يسقط حق العامل منها بفسخ ولا غيره كالمضاربة بعد ظهور الربح فعلى هذا لا يفتقر الى ضرب مدة ولذلك لم يضرب النبي ﷺ ولا خلفاؤه رضي الله عنهم لاهل خيبر مدة معلومة حين عاملوهم ولانه عقد جائز فلم يفتقر الى

فعلى هذا يستأجر الحاكم من التركة من يعمل العمل فان لم يكن له تركة أو تعذر الاستعجار فرب المال الفسخ لانه تعذر استيفاء المعقود عليه فثبت الفسخ كما لو تعذر ثمن المبيع قبل قبضه

﴿ مسألة ﴾ (فان فسخ بعد ظهور الثمرة فهي بينهما فان فسخ قبل ظهورها فهل للعامل اجرة ؟

على وجهين)

أما اذا فسخ بعد ظهور الثمرة فهي بينهما كما اذا انفسخت المضاربة بعد ظهور الربح، فعلى هذا يباع من نصيب العامل ما يحتاج اليه لاجر ما بقي من العمل واستؤجر من يعمل ذلك وان احتيج الى بيع الجميع يبيع ثم لا يخلو إلا أن يكون قد بدأ صلاح الثمرة أو لافان كان قد بدأ صلاحها خير المالك بين البيع والشراء فان اشترى نصيب العامل جاز وان اختار يبيع نصيبه باعه وباع الحاكم نصيب العامل وان أبي البيع والشراء باع الحاكم نصيب العامل وحده وما بقي على العامل يستأجر من عمله والباقي لورثته، وان كانت لم يبد صلاحها خير المالك أيضا فان يبيع لاجنبي لم يجز الا بشرط القطع، ولا يجوز بيع نصيب العامل وحده لانه لا يمكن قطعه إلا بقطع نصيب المالك ولا يجوز ذلك الا باذنه وهل يجوز شراء المالك لها؟ على وجهين (أحدهما) لا يجوز كالأجنبي (والثاني) يجوز كما اذا باع نخل مؤبرا جاز للمشتري أن يبتاع الثمرة التي للبائع من غير شرط القطع وهكذا الحكم اذا انفسخت المساقاة بموت العامل اذا قلنا بجوازها وأبي الوارث العمل، فأما ان فسخ قبل ظهور الثمرة فللعامل الاجر في أحد الوجهين لانه عمل بعوض لم يضح له فكانت له الاجرة

ضرب مدة كالمضاربة وسائر العقود الجائزة، ومتى فسخ أحدهما بعد ظهور الثمرة فهي بينهما على ما شرطه
وعلى العامل تمام العمل كما يلزم المضارب ببيع العروض إذا فسخت المضاربة بعد ظهور الريح، وإن فسخ
العامل قبل ذلك فلا شيء له لأنه رضي باسقاط حقه نصار كما عمل المضاربة إذا فسخ قبل ظهور الريح وعامل
الجمالة إذا فسخ قبل تمام عمله، وإن فسخ رب المال قبل ظهور الثمرة فعليه أجر المثل للعامل لأنه منعه تمام عمله
الذي يستحق به العوض فأشبهه ما لو فسخ الجاعل قبل تمام عمل الجمالة، وفارق رب المال في المضاربة إذا فسختها
قبل ظهور الريح لأن عمل هذا مفض إلى ظهور الثمرة غالباً فلو لا الفسخ لظهرت الثمرة فملك نصيبه منها وقد
قطع ذلك بفسخه فأشبهه فسخ الجمالة بخلاف المضاربة فإنه لا يعلم إفضاؤها إلى الريح ولأن الثمرة إذا
ظهرت في الشجر كان العمل عليها في الابتداء من أسباب ظهورها والريح إذا ظهر في المضاربة قد لا يكون
للعامل الأول فيه أثر أصلاً، فأما أن قلنا إنه عقد لازم فلا يصح الأعلى مدة معلومة وبهذا قال الشافعي وقال
أبو ثور يصح من غير ذكر مدة ويقع على سنة واحدة، وأجازه بعض أهل الكوفة استحساناً لأنه لما شرط له جزء
من الثمرة كان ذلك دليلاً على أنه أراد مدة تحصل الثمرة فيها، ولنا أنه عقد لازم فوجب تقديره بمدة كالأجارة
ولأن المساقاة أشبه بالأجارة لأنها تقضي العمل على العين مع بقائها ولأنها إذا وقعت، طلاقاً لم يمكن حملها
على إطلاقها مع لزومها لأنه يفرض إلى أن العامل يستبد بالشجر كل مدته فيصير كالمالك ولا يمكن تقديره

كما لو فسخ بغير عذر (والثاني) لا شيء له لأن الفسخ مستند إلى موته ولا صنع لرب المال فيه أشبه
إذا فسخ العامل قبل ظهور الثمرة

﴿مسئلة﴾ (وكذلك ان هرب العامل ولم يوجد له ما ينفق عليها فهو كما لو مات)

ان كان العقد جائزاً فرب الارض الفسخ وإن قلنا بلزومه فوجد الحاكم له مالا أو أمكنه الاقتراض
عليه من بيت المال أو غيره فعل وإن لم يمكنه ووجد من يعمل بأجرة مؤجلة إلى وقت إدراك الثمرة
فعل فإن تعذر ذلك فرب المال الفسخ لما ذكرناه، وأما الميت فلا يقتض عليه لأنه لازمة له والأولى
في هذه الصورة أن لا يكون للعامل أجرة لأنه ترك العمل اختياراً منه فلم يكن له أجرة كما لو ترك
العمل من غير هرب مع القدرة عليه

﴿مسئلة﴾ (فإن عمل فيها رب المال بأذن حاكم أو اشهاد رجع به وإلا فلا)

قد ذكرنا أن لرب المال الفسخ فإن اختار البقاء على المساقاة لم تنسخ إذا قلنا بلزومها ويستأذن الحاكم
في الاتفاق على الثمرة ويرجع بما أنفق فإن عجز عن استئذان الحاكم فأفق بنية الرجوع وأشهد على
الاتفاق بشرط الرجوع رجع بما أنفق وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه مضطر، وإن أمكنه
استئذان الحاكم وأنفق بنية الرجوع ولم يستأذنه فهل يرجع بذلك؟ على وجهين بناء على ما إذا قضى
دينه بغير إذنه، فإن تبرع بالاتفاق لم يرجع كما لو تبرع بالصدقة والحكم فيها إذا أنفق على الثمرة
بعد فسخ العقد إذا تعذر بيعها كالحكم ههنا سواء

بالسنة لانه تمك وقد تكمل الثمرة في أقل من السنة ، فلي هذا لا يتقدر أ كثر المدة بل يجوز ما يتفقان عليه من المدة التي يبقى الشجر فيها وان طال ، وقد قيل لا يجوز أكثر من ثلاثين سنة وهذا محكم وتوقيت لا يصر اليه الا بنص أو إجماع ، فأما أقل المدة فيتقدر بمدة تكمل الثمرة فيها فلا يجوز على أقل منها لان المقصود أن يشترك في الثمرة ولا يوجد في أقل من هذه المدة ، فان ساقاه على مدة لا تكمل فيها الثمرة فالمساقاة فاسدة فاذا عمل فيها فظهرت الثمرة ولم تكمل فله أجر مثله في أحد الوجهين وفي الآخر لا شيء . له لانه رضي بالعمل بغير عوض فهو كالتبرع ، والاول أصح لان هذا لم يرض الا بعوض وهو جزء من الثمرة وذلك الجزء موجود غير أنه لا يمكن نسليمه اليه فلما تعذر دفع العوض الذي انفق عليه اليه كان أجر مثله كافي الاجارة الفاسدة ، وفارق المتبرع فانه رضي بغير شيء . وان لم تظهر الثمرة فلا شيء له في أصح الوجهين لانه رضي بالعمل بغير عوض ، وان ساقاه الى مدة تكمل فيها الثمرة غالباً فلم يحمل تلك السنة فلا شيء . للعامل لانه عقد صحيح لم يظهر فيه النماء الذي اشترط جزؤه فأشبه المضاربة اذا لم يربح فيها وان ظهرت الثمرة ولم تكمل فله نصيبه منها وعليه انعام العمل فيها كالمضاربة قبل كمالها . وان ساقاه الى مدة يحتمل أن يكون للشجر ثمرة ويحتمل أن لا يكون ففي صحة المساقاة وجهان (أحدهما) نصح لان الشجر يحتمل أن يحمل ويحتمل أن لا يحمل والمساقاة جائزة فيه (والثاني) لا يصح لانه عقد على معدوم ليس الغالب وجوده فلم يصح كالمسلم في مثل ذلك ولان ذلك غرر أمكن التحرز عنه فلم يجز العقد معه كما

(فصل) قال رحمه الله (ويلزم المامل ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها من السقي والحرت والزبار

والتفليح والتشميس واصلاح طرق الماء وموضع الشمس)

وجملة ذلك أنه يلزم العامل باطلاق عقد المساقاة ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها من حرت الارض تحت الشجرة والبقر التي تحرت وآلة الحرت وسقي الشجر واستقاء الماء وإصلاح طرق الماء وقطع الحشيش المضر والشوك وقطع الشجر اليابس وزبار الكرم وقطع ما يحتاج الى قطعه وتسوية الثمرة واصلاح الاجاحين وهي الحفر التي يجتمع فيها الماء على أصول التخل وإدارة الدولاب وحفظ الثمر في الشجر وبعده حتى يقسم ، وان كان مما يشمس فعليه تشميسه لان إطلاق عقد المساقاة يقتضي ذلك فان موضوعها على أن العمل من العامل

﴿ مسألة ﴾ (وعلى رب المال ما فيه حفظ الاصل من شد الحيطان وأجر الانهار وحفر

البئر والدولاب وما يديره)

وكذلك شراء ما يلقح به إذا أطلق العقد وان شرطاً ذلك كان تأكيداً وقيل ما يتكرر كل عام فهو على العامل ومالا فلا ، قال شيخنا وهذا صحيح الا في شراء ما يلقح به فانه على رب المال وان تكرر لان هذا ليس من العمل ، فاما البقرة التي تدير الدولاب فقال أصحابنا هي على رب المال لانها ليست من العمل أشبه ما يلقح به ، قال شيخنا والاولى أنها على العامل لانها تتراد للعمل أشبهت بقر الحرت ولان

لو شرط ثمر نخلة بعينها، وفارق ما اذا شرط مدة تكلل فيها الثمرة فان الغالب أن الشجر يحمل واحتمال أن لا يحمل نادر لم يمكن التحرز عنه فان قلنا العقد صحيح فله حصته من الثمر فان لم يحمل فلا شيء له وان قلنا هو فاسد استحق أجر المثل سواء حمل أو لم يحمل لانه لم يرض بغير عوض ولم يسلم له العوض فكان له العوض وجهاً واحداً بخلاف ما لو جعل الاجل الى مدة لا يحمل في مثلها غالباً ومتى خرجت الثمرة قبل انقضاء الاجل فله حقه منها اذا قلنا بصحة العقد وان خرجت بعده فلاحق له فيها ومذهب الشافعي في هذا قريب مما ذكرنا

(فصل) ولا يثبت في المساقاة خيار الشرط لانها ان كانت جائزة فالجائز مستغن بنفسه عن الخيار فيه ، وان كانت لازمة فاذا فسخ لم يمكن رد العقود عليه وهو العمل فيها ، وأما خيار المجلس فلا يثبت ان كانت جائزة لما تقدم وان كانت لازمة فعلى وجهين (أحدهما) لا يثبت لانها عقد لا يشترط فيه قبض العوض ولا يثبت فيه خيار الشرط فلا يثبت فيه خيار المجلس كالنكاح (والثاني) يثبت لانه عقد لازم يقصد به المال أشبه البيع

(فصل) ومتى قلنا بجوازها لم يفتقر الى ضرب مدة لان ابقاءها اليها وفسخها جائز لكل واحد منهما متى شاء فلم يحتاج الى مدة كالمضاربة ، وان قدرها بمدة جاز لانه لا ضرر في التقدير وقد تبينا جواز ذلك في المضاربة والمساقاة مثلها ، وتفسخ بموت كل واحد منها وجنونه والحجر عليه لسفه كقولنا

استقاء الماء على العامل اذا لم يحتاج الى بهيمة فكان عليه وان احتاج اليها كغيره من الاعمال وقال بعض أصحاب الشافعي ما يتعلق بالاصول والثمره معاً ككسح الثمر هو على من شرط عليه منها وان أهمل شرط ذلك على أحدهما لم تصح المساقاة وقد ذكرنا ما يدل على أنه من العامل ، قاما تسميد الارض بالزبل اذا احتاجت اليه فتحصيله على رب المال لانه ليس من العمل أشبه ما يلحق به وتفرقة في الارض على العامل كالتلقيح .

(فصل) فان شرطاً على أحدهما شيئاً مما يلزم الآخر فقال القاضي وأبو الخطاب لا يجوز ذلك فعلى هذا تفسد المساقاة وهو مذهب الشافعي لانه شرط يخالف مقتضى العقد فأفسده كالمضاربة اذا شرط العمل فيها على رب المال ، وقد روي عن أحمد ما يدل على صحة ذلك فانه ذكر أن الجذاذ عليها فان شرطه على العامل جاز لانه شرط لا يخل بمصلحة العقد ولا مفسدة فيه فصح كتناجيل الثمن في البيع وشرط الرهن والضمين والخيار فيه لكن يشترط أن يكون ما يلزم كل واحد منها من العمل معلوماً لئلا يفضي الى التنازع فيختل العمل ، وان لا يكون على رب المال أكثر العمل ولا نصفه لان العامل إنما يستحق بعمله فاذا لم يعمل أكثر العمل كان وجود عمله كعدمه فلا يستحق شيئاً

(فصل) فان شرط أن يعمل معه غلمان رب المال فهو كعمل رب المال فان يد الغلام كيد مولاه وقال أبو الخطاب فيه وجهان أحدهما كما ذكرنا والثاني يجوز لان غلمانه ماله فجاز أن يجعل تبعاً لماله كنور

في المضاربة فإذا مات العامل أو رب المال انفسخت المساقاة فكان الحكم فيها كالموت فسخها أحدهما على ما أسلفناه ، وإن قلنا بلزومها لم يفسخ العقد ويقوم الوارث مقام الميت منهما لأنه عقد لازم فأشبهه الاجارة ، لكن إن كان الميت العامل فأبي وارثه القيام مقامه لم يجبر لأن الوارث لا يلزمه من الحقوق التي على موروثه إلا ما أمكن دفعه من تركته والعمل ليس مما يمكن ذلك فيه ، فعلى هذا يستأجر الحاكم من التركة من يعمل العمل فإن لم تكن له تركة أو تعذر الاستئجار منها فلرب المال الفسخ لأنه تعذر استيفاء العقود عليه فيثبت الفسخ كالموت تعذر ثمن المبيع قبل قبضه . ثم إن كانت الثمرة قد ظهرت بيع من نصيب العامل بمحتاج إليه لاجر ما بقي من العمل واستؤجر من يعمل ذلك ، وإن احتج إلى بيع الجميع بيع ، ثم لا يخلو أما أن تكون الثمرة قد بدا صلاحها أو لم يبدأ فإن كانت قد بدا صلاحها خير المالك بين البيع والشراء فإن اشترى نصيب العامل جاز وإن اختار بيع نصيبه أيضا باعه وباع الحاكم نصيب العامل وإن أبا البيع والشراء باع الحاكم نصيب العامل وحده وما بقي على العامل من العمل بكثيري عليه من عمله وما فضل لورثته ، وإن كان لم يبدأ صلاحها خير المالك أيضا فإن بيع لأجنبي لم يجز إلا بشرط القطع ولا يجوز بيع نصيب العامل وحده لأنه لا يمكنه قطعه إلا بقطع نصيب المالك فيقف إمكان قطعه على قطع ملك غيره ، وهل يجوز شراء المالك لها ؟ على وجهين ، وهكذا الحكم إذا انفسخت المساقاة بموت العامل لقولنا بجوازها وأبي الوارث العمل ، وإن اختار رب المال البقاء على المساقاة

الدولاب وكما يجوز في القراض أن يدفع إلى العامل هبة يحمل عليها ، وأما رب المال لا يجوز جعله تباعاً وهذا قول مالك والشافعي ومحمد بن الحسن ، فإذا شرط غلاماً يعملون معه ففقتهم على ما يشترطان عليه فإن أطلقنا فهي على رب المال وبهذا قال الشافعي وقال مالك نفقتهم على المساقى ولا ينبغي أن يشترطها على رب المال لأن العمل على المساقى فؤونة من عمله عليه كؤونة غلامه

ولنا أنه مملوك رب المال فكانت نفقته عليه عند الإطلاق كما لو أجره فإن شرطها على العامل جاز ولا يشترط تقديرها وبه قال الشافعي وقال محمد بن الحسن يشترط لأنه اشترط عليه ما يلزمه فوجب أن يكون معلوماً كسائر الشروط

ولنا أنه لو وجب تقديرها لوجب ذكر صفاتها ولا يجب ذلك فلم يجب تقديرها ولا بد من معرفة الغلمان المشروط عملهم برؤية أو صفة نحصل بها معرفتهم كما في عقد الاجارة

(فصل) فإن شرط العامل أن أجر الاجراء الذين يحتاج إلى الاستعانة بهم من الثمرة وقدر الاجرة لم يصح لأن العمل عليه فإذا شرط اجرة من المال لم يصح كالموت لفسخ نفسه أجر عمله وكذلك إن لم يقدره لذلك لأنه مجهول ، ويفارق هذا ما إذا شرط المضارب أجر من يحتاج اليهم من الخالين ونحوهم لأن ذلك لا يلزم العامل فكان على المال ولو شرط أجر ما يلزمه عمله بنفسه لم يصح

(مسئلة) (وحكم العامل حكم المضارب فيما يقبل قوله فيه وفيما يرد)

لم تنفسخ إذا قلنا بلزومها وبستان الحماكم في الانفاق على الثمرة وبرجم بما أنفق، فإن عجز عن استئذان الحماكم فأنفق محتسباً بالرجوع وأشهد على الانفاق بشرط الرجوع رجع بما أنفق وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه مضطر، وإن أمكنه استئذان الحماكم فأنفق بنية الرجوع من غير استئذانه فهل يرجع بذلك؟ على وجهين بناء على ما إذا قضى دينه بغير اذنه، وإن تبرع بالانفاق لم يرجع بشيء. كما لو تبرع بالصدقة، والحكم فيما إذا أنفق على الثمرة بعد فسخ العقد إذا تعذر بيعها كالحكم ههنا سواء (فصل) وإن هرب العامل فلب المال الفسخ لأنه عقد جائز، وإن قلنا بلزومه فحكمه حكم مالو مات وأبي وارثه أن يقوم مقامه إلا أنه إن لم يجد الحماكم له مالا وأمكنه الاقتراض عليه من بيت المال أو غيره فعل، وإن لم يمكنه ووجد من يعمل باجرة مؤجلة إلى وقت ادراك الثمرة فعل لم يجد فلب المال الفسخ أما الميت فلا يقتض عليه لأنه لادمة له

(فصل) والعامل أمين والقول قوله فيما يدعيه من هلاك وما يدعي عليه من خيانة لأن رب المال ائتمنه بدفع ماله إليه فهو كالمضارب فإن أهم حلف فإن ثبتت خيانتة باقرار أو بيينة أو نكوله ضم إليه من يشرف عليه فإن لم يمكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل عمله وبهذا قال الشافعي وقال أصحاب مالك لا يقام غيره مقامه بل يحفظ منه لأن فسقه لا يمنع استيفاء المنافع المقصودة منه فأشبهه مالو فسق بغير الخيانة ولنا أنه تعذر استيفاء المنافع المقصودة منه فاستوفيت بغيره كما لو هرب، ولا نسلم إمكان استيفاء

لأن رب المال ائتمنه فأشبه المضارب فإن أهم حلف وإن ثبتت خيانتة ضم إليه من شاء ربه كالوصي إذا ثبتت خيانتة فإن لم يمكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل عمله، وبهذا قال الشافعي وقال أصحاب مالك لا يقام غيره مقامه بل يحفظ منه لأن فسقه لا يمنع استيفاء المنافع المقصودة منه فأشبهه مالو فسق بغير الخيانة

ولنا أنه تعذر استيفاء المنافع المقصودة منه فاستوفيت بغيره كما لو هرب ولا نسلم إمكان استيفاء المنافع منه لأنه لا يؤمن من تركها ولا يوثق منه بفعلها ولا نقول إن له فسخ المساقاة وإعنا نقول لما لم يمكن حفظها من خيانتك أقم غيرك يعمل ذلك وارفع يدك عنها لأن الأمانة قد تعذرت في حقل فلا يلزم رب المال أئتمانك وفارق فسقه بغير الخيانة فإنه لا ضرر على رب المال فيها وههنا يفوت ماله، فإن عجز عن العمل لضغفه مع أمانته ضم إليه غيره ولا تنزع يده لأن العمل مستحق عليه ولا ضرر في بقاء يده عليه وإن عجز بالكلية أقام مقامه من يعمل والاجرة عليه في الموضعين لأن عليه تمام العمل وهذا من تمامه (فصل) وبملك العامل حصته من الثمرة بظهورها فلو تلتكها إلا واحدة كانت بينها وهذا أحد

قولي الشافعي، الثاني يملكه بالمقاسمة كالمضارب

ولنا أن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه كسائر الشروط الصحيحة ومقتضاه كون الثمرة بينها على كل حال، وأما القراض فنقول إنه يملك الربح بالظهور كسئلنا وإن سلم فالفرق بينها أن الربح وقاية

المنافع منه لأنه لا يؤمن من تركها ولا يوثق منه بفعلها ولا نقول إن له فسخ المساقاة ، وإنما يمكن حفظها من خيانتك أقم غيرك بعمل ذلك وارفع يدك عنها لأن الأمانة قد تمذرت في حثك فلا يلزم رب المال اثباتك وفارق فسخه بغير الخيانة فإنه لا ضرر على رب المال وههنا يفوت ماله

(فصل) فإن عجز عن العمل لضعفه مع أمانته ضم إليه غيره ولا ينزع من يده لأن العمل مستحق عليه ولا ضرر في بقاء يده عليه ، وإن عجز بالكفاية أقام مقامه من يعمل والجرة عليه في الموضوعين لأن عليه توفية العمل وهذا من توفيقه

(فصل) وإن اختلفنا في الجزء المشروط للعامل فالقول قول رب المال ذكره ابن حامد وقال مالك القول قول العامل إذا ادعى ما يشبهه لأنه أقوى سبباً تسلمه للعائط والعمل ، وقال الشافعي بتعاقبنا وكذلك إن اختلفنا فيما تناولته المساقاة من الشجر

ولنا أن رب المال منكر للزيادة التي ادعاهما العامل فيكون القول قوله لقوله عليه السلام «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» فإن كان مع أحدهما بينة حكم بها وإن كان مع كل واحد منهما بينة ففي أيهما تقدم بيئته؟ وجهان بناء على بيئته الداخل والخارج، فإن كان الشجر لاثنتين فصديق أحدهما العامل وكذبه الآخر أخذت نصيبه من مال المصدق فإن شهد على المنكر قبلت شهادته إذا كان عدلاً لأنه لا يجر إلى نفسه نفعاً ولا يدفع ضرراً ويحلف مع شاهده وإن لم يكن عدلاً كانت شهادته كدهمها، ولو كان العامل اثنتين ورب المال واحداً فشهد أحدهما على صاحبه قبلت شهادته أيضاً لما ذكرنا

لرأس المال فلم يملك حتى يسلم رأس المال لربه وهذا ليس بوقاية لشيء فإنه لو تلفت الأصول كلها كان الثمر بينهما . إذا ثبت ذلك فإنه يلزم كل واحد منهما زكاة حصته إذا بلغت نصيباً نص عليه أحد في المزارعة فإن لم تبلغ نصيباً إلا بجمعها لم يجب إلا على قولنا إن الخلطة تؤثر في غير السائمة ، فيبدأ باخراج الزكاة ثم يقسمان ما بقي فإن بلغت حصة أحدهما نصيباً دون الآخر فعلى من بلغت حصته نصيباً الزكاة وحده يخرجها بعد المقاسمة إلا أن يكون لمن لم تبلغ حصته نصيباً ما يتم به التصاب من موضع آخر فيجب عليها جميعاً، وإن كان أحدهما لا زكاة عليه كما كتبه والذي فعلى الآخر زكاة حصته إن بلغت نصيباً وبهذا كله قال مالك والشافعي وقال الليث إن كان شريكه نصرانياً أعلمه أن الزكاة مؤداة في الحائط ثم يقاسمه بعد الزكاة ما بقي

ولنا أن النصراني لا زكاة عليه فلم يخرج من حصته شيء كما لو انفرد بها وقد روى أبو داود في سننه عن عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيحرق النخل حين يطيب قبل أن يؤكل ثم يخبر يهود خيبر يأخذونه بذلك الحرص أم يدفعونه إليهم بذلك الحرص؟ لكي تحصى الزكاة قبل أن تؤكل الثمار ويفترق قال جابر خرسها ابن رواحة أربعين ألف وسق وزعم أن اليهود لما خيروهم ابن رواحة أخذوا الثمر وعليهم عشرون ألف وسق

(فصل) وإن ساقاه على أرض خراجية فالخراج على رب المال لأنه يجب على الرقبة بدنه أليل

(فصل) ويملك العامل حصته من الثمرة بظهورها فلو أنفقت كلها الا واحدة كانت بينهما وهذا أحد قولي الشافعي والثاني يملكه بالمقاسمة كالتقراض

ولنا أن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه كسائر الشروط الصحيحة، ومقتضاه كون الثمرة بينهما على كل حال لأنه لو لم يملكها قبل القسمة لما وجبت القسمة ولا ملكها كالأصول، وأما التقراض فإنه يملك الربح فيه بالظهور كسئلنا ثم الفرق بينهما أن الربح وقاية لرأس المال فلم يملك حتى يسلم رأس المال لربه وهذا ليس بوقاية لشيء، ولذلك لو أنفقت الأصول كلها كانت الثمرة بينهما. فإذا ثبت هذا فإنه يلزم كل واحد منهما زكاة نصيبه إذا بلغت حصته نصيباً نص عليه أحد في المزارعة وإن لم تبلغ النصاب إلا بجمعها لم يجب لأن الخلطة لا تؤثر في غير المواشي في الصحيح وعنه أنها تؤثر فتؤثر هنا فيبدأ بإخراج الزكاة ثم يقسم ما بقي، وإن كانت حصة أحدهما تبلغ نصيباً دون الآخر فعلى من بلغت حصته نصيباً الزكاة دون الآخر يخرجها بعد المقاسمة إلا أن يكون لمن لم تبلغ حصته نصيباً ما يبره النصاب من مواضع أخرى فوجب عليها جميعاً الزكاة وكذلك إن كان لأحدهما ثمر من جنس حصته يبلغان مجموعهما نصيباً نص عليه الزكاة في حصته، وإن كان أحدهما شريكين من لزكاة عليه كما يكتب والذي فعلى الآخر زكاة حصته إن بلغت نصيباً وبهذا كله قال مالك والشافعي، وقال أئمة إن كان شريكه نصرانياً أعلمه أن الزكاة مؤداة في الحائط ثم يقاسمه بقدر الزكاة ما بقي

ولنا أن النصراني لا زكاة عليه فلا يخرج من حصته شيء كما لو انفرد بها، وقد روى أبو داود

نحب سواء أثمرت الشجرة أو لم تنمر ولأن الخراج يجب أجره للأرض فكان على رب الأرض كما لو استأجر أرضاً وزارع غيره فيها وبه قال الشافعي، وقد نقل أحد في الذي يتقبل الأرض البيضاء لعمل عليها وهي من أرض السواد يقبلها من السلطان فعلى من تقبلها أن يؤدي وظيفة عمر رضي الله عنه ويؤدي الشر بعد وظيفة عمر وهذا معناه والله أعلم إذا دفع السلطان أرض الخراج إلى رجل يعملها ويؤدي خراجها فإنه يبدأ بخراجها ثم يزكي ما بقي كما ذكر الخريفي في باب الزكاة ولا تنافي بين ذلك وبين ما ذكرناه هنا

(فصل) ولا يجوز أن يحمل له فضل دراهم زائدة على ما شرط له من الثمرة بغير خلاف لأنه ربما يحدث من النماء بقدر تلك الدراهم فيضر برب المال ولذلك منعنا من اشتراط أقفزة معلومة فإن جعل له ثمرة سنة غير السنة التي ساقاه عليها فيها أو ثمر شجر غير الشجر الذي ساقاه عليه لم يجز وكذلك لو شرط عليه عملاً في غير الشجر الذي ساقاه عليه أو عملاً في غير السنة فهذا يفسد المقدر سواء جعل ذلك كله حقه أو بمضه أو جسيم أو بعضه لأنه يخالف موضوع المساواة إذ موضوعها أن يعمل في شجر معين بجزء مشاع من ثمرته في ذلك الوقت الذي يستحق عليه فيه العمل

(فصل) إذا ساقاه رجلاً أو زارعه فعامل العامل غيره على الأرض أو الشجر لم يجز وبه قال أبو يوسف وأبو نوري وأجازاه مالك إذا جاء برجل أمين

في السنن عن عائشة رضي الله عنها قالت : كان رسول الله ﷺ يبعث عبد الله بن رواحة فيخرس النخل حين يطيب قبل أن يؤكل منه ثم يخبر يهود خيبر يأخذونه بذلك الخرص أم يدفعونه اليهم بذلك الخرص لكي نحصى الزكاة قبل أن تؤكل الثمار وتفرق . قال جابر خرسها ابن رواحة أربعين الف وسق وزعم أن اليهود لما خيروهم ابن رواحة أخذوا التمر وعليهم عشرون الف وسق (فصل) وان ساقاه على أرض خراجية فالخراج على رب المال لانه يجب على الرقبة بدليل أنه يجب سوا . أثمرت الشجرة أو لم تثمر ولان الخراج يجب أجرة الارض فكان على رب الارض كما لو استأجر أرضا وزارع غيره فيها وهذا قال الشافعي ، وقد نقل عن أحمد في الذي يتقبل الارض البيضاء . يعمل عليها وهي من أرض السواد يتقبلها من السلطان فعلى من يقبلها أن يؤدي وظيفة عمر رضي الله عنه وبؤدي العشر بعد وظيفة عمر ، وهذا معناه والله أعلم : اذا دفع السلطان أرض الخراج الى رجل بعلمها ويؤدي خراجها فانه يبدأ فيؤدي خراجها ثم يزكي ما بقي كما ذكره الخريفي في باب الزكاة ولاننا في بين ذلك وبين ما ذكرناه هنا إن شاء الله تعالى

﴿ مسألة ﴾ قال (ولا يجوز ان يجعل له فضل دراهم)

بمعنى اذا شرط جزءا معلوما من الثمرة ودراهم معلومة كعشرة ونحوها لم يجز بغير خلاف لانه

ولنا أنه عامل في المال بجزء من ثمته فلم يجز أن يعامل غيره فيه كالمضارب ولانه إنما أذن له في العمل فيه فلم يجز أن يأذن لغيره كالوكيل ، فأما ان استأجر أرضاً فانه يزارع غيره فيها لان منافعتها صارت مستحقة له فملك المزارعة فيها كالمالك والاجرة على المستأجر دون المزارع كما ذكرنا في الخراج وكذلك يجوز لمن في يده أرض خراجية أن يزارع فيها لانها كالمستأجرة . وللموقوف عليه أن يزارع في الوقف ويساقى على شجره لانه اما مالك لرقبة ذلك أو بمنزلة المالك ولا نعلم فيه خلافا عند من أجاز المساقاة والمزارعة

(فصل) وان ساقاه على شجر فبان مستحقا بعد العمل أخذه ربه وثمرته لانه عين ماله ولا حق للعامل في ثمرته لانه عمل فيها بغير اذن مالكها ولا أجرة له لذلك وله على الغاصب أجر مثله لانه غره واستعمله فأشبه ما لو غصب نقرة واستأجر من ضربها دراهم ، وان شمس الثمرة فلم تنقص أخذها ربه وان نقصت فله ارض نقصها ويرجع به على من شاء منهما ويستقر الضمان على الغاصب ، وان استحققت بعد أن اقتسماها وأكلاها فللمالك تضمين من شاء منها فان ضمن الغاصب فله تضمينه الكل وله تضمينه قدر نصيبه وتضمين العامل قدر نصيبه لان الغاصب سبب يد العامل فلزمه ضمان الجميع فان ضمنه الكل رجع على العامل بقدر نصيبه لان التلف حصل في يده فاستقر الضمان عليه ويرجع العامل على الغاصب بأجر مثله ويحتمل أن لا يرجع الغاصب على العامل بشيء لانه غره فلم يرجع عليه كما لو أطعم انساناً

ربما لم يحرث من الماء ما يساوي تلك الدراهم فيتضرر رب المال ولذلك منعنا من اشتراط اقفة معلومة ولو شرط له دراهم منفردة عن الجزء لم يجوز لذلك ولو جعل له ثمرة سنة غير السنة التي ساقاه فيها أو ثمر شجر غير الشجر الذي ساقاه عليه أو شرط عليه عملاً في غير الشجر الذي ساقاه عليه أو عملاً في غير السنة فسد العقد سواء جعل ذلك كل حقه أو بعضه أو جميع العمل أو بعضه لانه يخالف موضوع المساقاة اذ موضوعها ان يعمل في شجر معين بجزء مشاع من ثمرته في ذلك الوقت الذي يستحق عليه فيه العمل

(فصل) واذا ساقى رجلاً أو زارعه فعامل العامل غيره على الارض والشجر لم يجوز ذلك ، وهذا قال أبو يوسف وأبو ثور وأجازته مالك إذا جاء برجل أمين . ولنا انه عامل في المال بجزء من ثمرته فلم يجوز أن يعامل غيره فيه كالمضارب ولانه انما أذن له في العمل فيه فلم يجوز أن يأذن لغيره كالمضارب . ولنا ان استأجر ارضاً فله أن يزارع غيره فيها لانها صارت منافعها مستحقة له فذلك المزارعة فيها كالمالك والاجرة على المستأجر دون المزارع كما ذكرنا في الخراج ، وكذلك يجوز لمن في يده أرض خراجية ان يزارع فيها لانه بمنزلة المستأجر لها ، وللموقوف عليه أن يزارع في الوقف ويساقى على شجره لانه إما مالك لرقبة ذلك أو بمنزلة المالك ولا نعلم في هذا خلافاً عند من أجاز المساقاة والمزارعة والله أعلم (فصل) واذا ساقاه على ودي النخل أو صفار الشجر الى مدة يحمل فيها غالباً ويكون له فيها

شيئاً ونال كله فانه طعامي ثم تبين أنه مفصوب ، وان ضمن العامل احتمال أنه لا يضمه الا نصيبه خاصة لانه ما قبض الثمرة كلها وانما كان مراعيها وحافظاً فلا يلزم ضمها ما لم يقبضها ويحتمل أن يضمه الكل لان يده ثبتت على الكل مشاهدة بغير حق فان ضمنه الكل رجح على الناصب ببدل نصيبه منها وأجر مثله ، وان ضمن كل واحد منهما ما عار اليه رجح العامل على الناصب بأجر مثله لا غير وان تلفت الثمرة في شجرها أو بعد الجذاذ قبل القسمة فن جعل العامل قابضاً لها بثبوت يده على حائطها قال يلزمه ضمها ومن قال لا يكون قابضاً الا بأخذ نصيبه منها قال لا يلزمه ضمها ويكون على الناصب

(مسألة) (وان شرط إن سقى سيقاً فله الربيع وان سقى بكلفة فله النصف وان زرعها شعيراً فله الربيع وان زرعها حنطة فله النصف لم يصح في أحد الوجهين)

لان العمل مجهول والنصيب مجهول وهو في معنى بيعتين في بيعة (والثاني) يصح بناء على قوله في الاجارة ان خطنه رومياً فلك درهم وان خطته فارسياً فلك نصف درهم فانه يصح في المنصوص عنه وهذا مثله ، فأما إن قال ما زرعتها من شيء فلي نصفه صح لان النبي ﷺ ساقى أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر ولو جعل له في المزارعة ثلث الحنطة ونصف الشعير وثاني الباقي وبنا قدر ما يزرع من كل واحد من هذه الانواع اما بتقدير البذر أو بتقدير المسكان وتعيينه مثل أن يقول

جزءه من الثمرة معلوم صح لانه ليس فيه أكثر من ان عمل العامل يكثر ونصيبه يقل وهذا لا ينم صحتها كما لو جعل له سهما من الف سهم، وفيه الأقسام التي ذكرنا في كيار النخل والشجر وهي اننا ان قلنا المساقاة عقد جائز لم تحتج الى ذكر مدة، وان قلنا هو لازم ففيه ثلاثة أقسام (أحدها) أن يجعل المدة زمنا يحمل فيه غالبا فيصح فان حمل فيها فله ما شرطه وان لم يحمل فيها فلا شيء له (الثاني) أن يجعلها الى زمن لا يحمل فيه غالبا فلا يصح وان عمل فيها فهل يستحق الاجر؟ على وجهين، وان حمل في المدة لم يستحق ما جعل له لان العقد وقم فاسدأ فلم يستحق ما شرطه فيه (والثالث) أن يجعل المدة زمنا يحتمل أن يحمل فيها ويحتمل أن لا يحمل فهل يصح؟ على وجهين فان قلنا لا يصح استحق الاجر وان قلنا يصح فحمل في المدة استحق ما شرطه له وان لم يحمل فيها لم يستحق شيئا، وان شرط نصف الثمرة ونصف الاصل لم يصح لان موضوع المساقاة ان يشتركا في الماء والفائدة فاذا شرط اشتركا في الاصل لم يجز كما لو شرط في المضاربة اشتركا في رأس المال، فعلى هذا يكون له أجر مثله وكذلك لو جعل له جزءا من ثمرتها مدة بقائها لم يجز وان جعل له ثمرة عام بعد مدة المساقاة لم يجز لانه يخالف موضوع المساقاة

(فصل) وان ساقاه على شجر ينمرسه ويعمل فيه حتى يحمل ويكون له جزء من الثمرة معلوم صح أيضا والحكم فيه كما لو ساقاه على صغار الشجر على ما بيناه

تزرع هذا المكان قصباً وهذا شعيراً أو تزرع مدين حنطة وودي شعير جاز لان كل واحد من هذه طريق الى العلم فاكتفى به

(مسئلة) (وان قال مازرعت من شعير فلي ربه وما زرعت من حنطة فلي نصفه لم يصح) لان ما يزرعه من كل واحد منها مجهول القدر فهو كما لو شرط له في المساقاة ثلث هذا النوع ونصف النوع الآخر وهو جاهل بما فيه منها

(مسئلة) (ولو قال سافيتك هذا البستان بالنصف على أن أساقبك الآخر بالربع ام يصح وجهاً واحداً)

لانه يشترط عقداً في عقد فصار في معنى قوله بعثك هذا على أن تبيني هذا وتشعري مني هذا وإنما فسد لعنيين (أحدهما) أنه شرط في العقد عقداً آخر والنعم الحاصل بذلك مجهول فكأنه شرط العوض في مقابلة معلوم ومجهول (الثاني) أن العقد الآخر لا يلزم بالشرط فيسقط الشرط وإذا سقط وجب رد الجزء الذي تركه من العوض لاجله وذلك مجهول فيصير الكل مجهولاً

(فصل) ولو قال لك الحسن ان كانت عليك خسارة وان لم يكن عليك خسارة فلك الربع لم يصح نص عليه أحمد وقال هذا شرطان في شرط وكرهه، قال شيخنا ويخرج فيها مثل ما إذا شرط ان سقى سبحا له الربع وان سقى بكلفة فله النصف

وقد قال أحمد في رواية المروزي في رجل قال لرجل اغرس في أرضي هذه شجراً أو نخلاً فما كان من غلة ذلك بعمل أكذا وكذا سهماً من كذا وكذا، فأجازه واحتج بحديث خبير في الزرع والنخيل لكن بشرط أن يكون الغرس من رب الأرض كما بشرط في المزارعة كون البذر من رب الأرض فإن كان من العامل خرج على الرويتين فيما إذا اشترط البذر في المزارعة من العامل، وقال القاضي المعاملة باطلة وصاحب الأرض بالخيار بين تكليفه قلعها وبضمن له أرض تقصها وبين إقرارها في أرضه ويدفع إليه قيمتها كالمشترى إذا غرس في الأرض التي اشتراها ثم جاء الشفيع فأخذها، وإن اختار العامل قلم شجره فله ذلك سواء بذل له القيمة أو لم يبذلها لأنه ملكه فلم يمنع تحويله، وإن انقضى على إبقاء الغراس ودفع أجر الأرض جاز، ولو دفع أرضه إجازة لغيره على أن الشجر بينهما لم يجوز على ما سبق ويحتمل الجواز بناء على المزارعة فإن المزارع يبذر في الأرض فيكون الزرع بينهما وبين صاحب الأرض

(نصل) وإن ساقى أحد الشريكين شريكه وجعل له من الثمر أكثر من نصيبه مثل أن يكون الأصل بينهما نصفين فجعل له ثلثي الثمرة صح وكان السدس حصته من المساقاة فصار كأنه قال ساقيتك على نصيبي بالثلث وإن جعل الثمرة بينهما نصفين أو جعل للعامل الثلث فهي مساقاة فاسدة لأن العامل يستحق نصفها بملكه فلم يجعل له في مقابلة عمله شيئاً وإذا شرط له الثلث فقد شرط أن غير العامل يأخذ من نصيب العامل ثلثه ويستعمله بلا عوض فلا يصح فإذا عمل في الشجر بناء على هذا كانت الثمرة بينهما بحكم الملك ولا يستحق العامل بعمله شيئاً لأنه تبرع به لرضاه بالعمل بغير عوض فاشبه ما لو قال له أنا عمل فيه بغير شيء وذكر أصحابنا وجهاً آخر أنه يستحق أجر المثل لأن المساقاة تقتضي عوضاً فلم تسقط برضاه باسقاطه كالنكاح إذا لم يسلم له المسمى يجب فيه مهر المثل

ولنا أنه عمل في مال غيره متبرعاً فلم يستحق عوضاً كما لو لم يعقد المساقاة وبفارق النكاح من وجهين (أحدهما) أن عقد النكاح صحيح فوجب به العوض لصحته وهذا فاسد لا يوجب شيئاً (والثاني) أن الإبضاع لا تستباح بالبذل والاباحة والعمل ههنا يستباح بذلك، ولأن المهر في النكاح لا يخلو من أن يكون واجباً بالعقد أو بالاصابة أو بهما فإن وجب بالعقد لم يصح قياس هذا عليه لوجهين (أحدهما) أن النكاح صحيح وهذا فاسد (والثاني) أن العقد ههنا لو أوجب لا يوجب قبل العمل ولا خلاف أن هذا لا يوجب قبل العمل شيئاً وإن وجب بالاصابة لم يصح القياس عليه أيضاً لوجهين (أحدهما) أن الإصابة لا تستباح بالاباحة والبذل بخلاف العمل (والثاني) أن الإصابة لو خلت عن العقد لا وجبت وهذا بخلافه وإن وجب بهما امتنع القياس عليه أيضاً لهذه الوجوه كلها، فأما أن ساقى أحدهما شريكه على أن يعمل معاً فالمساقاة فاسدة والثمره بينهما على قدر ملكيهما ويتقاصان العمل أن تساويا فيه، وإن كان لاحدهما فضل نظرت فإن كان قد شرط له فضل في مقابلة عمله استحق ما فضل له من أجر المثل وإن لم يشترط فليس له شيء إلا على الوجه الذي ذكره أصحابنا وتكلمنا عليه

وهذا نظيره ، وإن دفعها على أن الأرض والشجر بينهما فالعامل فاسدة وجها واحداً ، وهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد ولا نعلم فيه مخالفاً لأنه شرط اشتراكهما في الأصل فنفسد كما لو دفع إليه الشجر والنخيل ليكون الأصل والثمرة بينهما أو شرط في المزارعة كون الأرض والزرع بينهما

(فصل) وإن ساقاه على شجر فبان مستحقاً بعد العمل أخذه زبه وثمرته لأنه عين مال ولاحق العامل في ثمرته لأنه عمل فيها بغير إذن مالكا ولا أجر له عليه لذلك وله أجر مثله على الغاصب لأنه غره واستعمله فلزمه الأجر كما لو غضب نفرة فاستأجر من غربه أدرام ، وإن شمس الثمرة فلم تنقص أخذها ربه وإن نقصت فله ربه أرض نقصها ويرجع به على من شاء منهما ويستقر ذلك على الغاصب ، وإن استحققت بعد أن اقتسمها وأكلها فله ربه تضمين من شاء منهما فإن ضمن الغاصب فله تضمينه الكل وله تضمينه قدر نصيبه ويضمن العامل قدر نصيبه لأن الغاصب سبب يد العامل فلزمه ضمان الجميع فإن ضمنه الكل رجع على العامل بقدر نصيبه لأن التلف وجد في يده فاستقر الضمان عليه ويرجع العامل على الغاصب بأجر مثله، ويحتمل أن لا يرجع الغاصب على العامل بشيء، لأنه غره فلم يرجع عليه كما لو أطعم انساناً شيئاً وقال له كاه فانه طعمي ثم تبين أنه مغصوب، وإن ضمن العامل احتمل أنه لا يضمنه إلا نصيبه خاصة لأنه ما قبض الثمرة كلها وإنما كان مراعيها وحافظها فلا يلزمه ضمانها ما لم يقبضها ويحتمل أن يضمنه الكل لأن يده ثبتت على الكل مشاهدة بغير حق فإن ضمنه الكل رجع العامل على الغاصب ببدل نصيبه منها وأجر مثله ، وإن ضمن كل واحد منهما ما صار إليه رجع العامل على الغاصب بأجر مثله لا غير ، وإن تلفت الثمرة في شجرها أو بعد الجذاذ قبل القسمة فمن جعل العامل قابضاً لها بثبوت يده على حائطها قال يلزمه ضمانها ومن لا يكون قابضاً إلا بأخذ نصيبه منها ، قال لا يلزمه الضمان ويكون على الغاصب

﴿ باب المزارعة ﴾

﴿ مسألة ﴾ قال (وتجوز المزارعة ببعض ما يخرج من الأرض)

معنى المزارعة دفع الأرض إلى من يزرعها أو يعمل عليها والزرع بينهما وهي جائزة في قول كثير من أهل العلم . قال البخاري قال أبو جعفر ما بالمدينة أهل بيت إلا ويزرعون على الثلث والرابع، وزارع

فصل في المزارعة

﴿ مسألة ﴾ (تجوز المزارعة بجزء معلوم يجعل للعامل من الزرع في قول أكثر أهل العلم قال البخاري قال أبو جعفر ما بالمدينة أهل بيت الا ويزرعون على الثلث والرابع وزارع علي وسعد وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل علي وابن سيرين، وهو قول سعيد بن المسيب وطاوس وعبد الرحمن

علي وسعد وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل علي وابن سيرين ،
ومن رأى ذلك سعيد بن المسيب وطارس وعبد الرحمن بن الأسود وموسى بن طلحة والزهري
وعبد الرحمن بن أبي ليلى وابنه وأبو يوسف ومحمد ، وروي ذلك عن معاذ والحسن وعبد الرحمن بن
يزيد ، قال البخاري وعامل عمر الناس على أنه ان جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر ، وإن جاءوا
بالبذر فلهم كذا وكرها عكرمة ومجاهد والنخعي وأبو حنيفة

وروي عن ابن عباس الامران جميعاً وأجازها الشافعي في الارض بين النخيل اذا كان يبايض
الارض أقل فان كان أكثر فعلى وجهين ومنها في الارض البيضاء لما روى رافع بن خديج قال : كنا نخابر
على عهد رسول الله ﷺ فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً ، وطواعية

ابن الأسود وموسى بن طلحة والزهري وعبد الرحمن بن أبي ليلى وابنه وأبي يوسف ومحمد وروي
ذلك عن معاذ والحسن وعبد الرحمن بن مرثد ، قال البخاري وعامل عمر الناس على أنه ان جاء عمر
بالبذر من عنده فله الشطر وان جاءوا بالبذر فلهم كذا وكذا. وكرها عكرمة ومجاهد والنخعي ومالك وأبو
حنيفة وروي عن ابن عباس الامران جميعاً ، وأجازها الشاذلي في الارض بين النخل إذا كان يبايض
الارض أقل فان كان أكثر فعلى وجهين ، ومنها في الارض البيضاء لما روى رافع بن خديج قال كنا
نخابر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال نهى رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن أمر كان لنا نافعاً وطواعية رسول الله صلى الله عليه وسلم أنعم قلنا ما ذاك ؟ قال : قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كانت له أرض فليرعها ولا يكرها بثك ولا يربم ولا بطعام مسمى »
وعن ابن عمر قال ما كنا نرى بالمزراعة بأساً حتى سمعت رافع بن خديج يقول نهى رسول الله ﷺ
عنها وقال جابر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الخبايرة ، وهذه كلها أحاديث صحاح متفق عليها
والخبايرة : المزراعة واشتقاقها من الخبار وهي الارض اللينة والخبير الاكار وقيل الخبايرة
معاملة أهل خيبر وقد جاء حديث جابر مفسراً فروى البخاري عن جابر قال كانوا يزرعونها بالثلاث
والربيع والنصف فقال النبي صلى الله عليه وسلم « من كانت له أرض فليرعها أو ليربعها فان لم يفعل
فليمسك أرضه » وروي تفسيرها عن زيد بن ثابت فروى أبو داود بإسناده عن زيد بن ثابت قال نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الخبايرة قلت وما الخبايرة ؟ قال « أن يأخذ الارض بنصف أو ثلث أو ربع »
ولنا ما روى ابن عمر قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها
من زرع أو ثمر متفق عليه ، وقد روي ذلك عن ابن عباس وجابر بن عبد الله وقال أبو جعفر عامل
رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر ثم عمر وعثمان وعلي ثم أهلهم الى اليوم
يعطون الثلث والربع

وهذا صحيح مشهور عمل به رسول الله ﷺ حتى مات ثم خلفاؤه الراشدون حتى ماتوا ثم
أهلهم ثم من بعدهم ولم يبق بالمدينة أهل بيت لإعماله وعمل به أزواج رسول الله ﷺ من بعده

رسول الله ﷺ أنفع قال قلنا ما ذاك؟ قال قال رسول الله ﷺ « من كانت له أرض فليزرعها ولا يكرهها بثلت ولا بربع ولا بتمام مسمى » وعن ابن عمر قال ما كنا نرى بالمزارعة بأساً حتى سمعنا رافع بن خديج يقول نهى رسول الله ﷺ عنها ، وقال جابر نهى رسول الله ﷺ عن المحاربة . وهذه كلها أحاديث صحاح متفق عليها ،

والمحاربة المزارعة واشتقاقها من الخبار وهي الأرض الهينة والخير الأكار ، وقيل المحاربة معاملة أهل خيبر ، وقد جاء حديث جابر مفسراً فروى البخاري عن جابر قال كانوا يزرعونها بالثلث والربع والنصف فقال النبي ﷺ « من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها فإن لم يفعل فليمسك أرضه » وروى تفسيرها عن زيد بن ثابت فروى أبو داود بإسناده عن زيد قال نهى رسول الله ﷺ عن المحاربة ، قلت وما المحاربة؟ قال « أن يأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع »

ولنا ما روى ابن عمر قال إن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر متفق عليه . وقد روى ذلك ابن عباس وجابر بن عبد الله

وقال أبو جعفر عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر ثم عمر وعثمان وعلي ثم أهلوم إلى اليوم يعطون الثلث والربع ، وهذا أمر صحيح مشهور عمل به رسول الله ﷺ حتى مات ثم خلفاؤه الراشدون حتى ماتوا ثم أهلوم من بعدهم ولم يبق بالمدينة أهل بيت العمل به ، وعمل به

فروى البخاري عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر فكان يعطي أزواجه مائة وسق ثمانون وسقاً تمرًا وعشرون وسقاً شعيراً فقسم عمر خيبر فخير أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقطر لهن من الماء والأرض أو ينضي لهن الأوسق فمنهن من اختار الأرض ومنهن من اختار الأوسق فكانت عائشة اختارت الأرض ، فإن قيل حديث خيبر منسوخ بخبر رافع قلنا مثل هذا لا يجوز أن ينسخ لأن النسخ إنما يكون في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم فأما شيء عمل به إلى أن مات ثم عمل به خلفاؤه بعده وأجمعت الصحابة رضي الله عنهم عليه وعملوا به ولم يخالف فيه منهم أحد فكيف يجوز نسخه ومتى نسخ؟ فإن كان نسخ في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم فكيف عمل به بعد نسخه؟ وكيف خفي نسخه فلم يبلغ خلفاءه مع اشتهاه قصة خيبر وعلمهم فيها؟ وابن كان راوي النسخ حتى لم يذكره ولم يخبرهم به

فأما ما احتجوا به فالجواب عن حديث رافع من أربعة أوجه (أحدها) أنه قد فسر المنهي عنه في حديثه بما لا يختلف في فساده فإنه قال كنا من أكثر الانصار حقلاً فكنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك فأما الذهب والورق فلم ينهنا متفق عليه وفي لفظ فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس ، وهذا خارج عن محل الخلاف فلا دليل فيه عليه ولا تعارض بين الحديثين (والثاني) أن خبره ورد في الكراه بثلت أو ربع والتزاع في المزارعة

أزواج رسول الله ﷺ من بعده فروى البخاري عن ابن عمر أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر فكان يعطي أزواجه مائة وسق ثمانون وسقا تمرأ وعشرون وسقا شعيراً قسم عمر خيبر فخير أزواج النبي ﷺ أن يقطع لمن من الأرض والماء أو بمضي لمن الأوسق فمنهن من اختار الأرض ومنهن من اختار الأوسق فكانت عائشة اختارت الأرض . ومثل هذا لا يجوز أن ينسخ لأن النسخ إنما يكون في حياة رسول الله ﷺ فأما شيء عمل به إلى أن مات ثم عمل به خلفاؤه بعده وأجمعت الصحابة رضوان الله عليهم عليه وعملوا به ولم يخالف فيه منهم أحد فكيف يجوز نسخه ومتى كان نسخه ؟ فإن كان نسخ في حياة رسول الله ﷺ فكيف عمل به بعد نسخه وكيف خفي نسخه فلم يبلغ خلفاءه مع اشتهاق قصة خيبر وعلمهم فيها ؟ فأين كان راوي النسخ حتى لم يذكره ولم يخبرهم به ؟ فأما ما احتجوا به فالجواب عن حديث رافع من أربعة أوجه (أحدها) انه قد فسر المنهي عنه في حديثه بما لا يختلف في فساده فانه قال كنا من أكثر الانصار حقلنا فكنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولحم هذه فرمما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهنا عن ذلك ، فأما بالذهب والورق فلم ينهنا، متفق عليه وفي لفظ فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس وهذا خارج عن محل الخلاف فلا دليل فيه عليه ولا نهارض بين الحديثين (الثاني) ان خبره ورد في الكراء بثلاث أو ربيع والنزاع في المزارعة ولم يدل حديثه عليها

ولم يدل حديثه عليها أصلاً وحديثه الذي فيه المزارعة يحمل على الكراء أيضاً لان القصة واحدة أتت بألفاظ مختلفة فيجب تفسير أحد اللفظين بما يوافق الآخر

(الثالث) ان أحاديث رافع مضطربة جدا مختلفة اختلافا كثيرا يوجب ترك العمل بها لو انفردت فكيف تقدم على مثل حديثنا، قال الامام أحمد حديث رافع ألوان وقال ابن المنذر قد جاءت الاخبار عن رافع بعلل تدل على أن النهي كالتلك (منها) الذي ذكرنا (ومنها) خمس أخرى وقد أنكروه فقيهان من فقهاء الصحابة زيد بن ثابت وابن عباس، قال زيد أنا أعلم بذلك منه وأما سمع النبي صلى الله عليه وسلم الرجلين قد اقتتلا فقال « ان كان هذا شأنكم فلا تتركوا المزارع » رواه أبو داود، وروى البخاري عن عمرو ابن دينار قال قلت لطاوس لو تركت الخابرة فانهم يزعمون أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنها قال ان أعلمهم يعني ابن عباس أخبرني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنها ولكن قال « ان يمنح أحدكم خير له من أن يأخذ عليها خراجا معلوما » ثم ان احاديث رافع منها ما يخالف الاجماع وهو النهي عن كراء المزارع على الاطلاق ومنها ما لا يختلف في فساده كما قد بينا ، وتارة يحدث عن بعض عمومته وتارة عن سماعه وتارة عن ظهير بن رافع واذا كانت اخبار رافع هكذا وجب اطراحها واستعمال الاخبار الواردة في شأن خيبر الجارية مجرى التواتر التي لا اختلاف فيها وقد عمل بها الخلفاء الراشدون وغيرهم فلامعنى تركها بمثل هذه الاحاديث

والجواب الرابع أنه لو قدر صحة خبر رافع وامتنع تأويله وتمذر الجمع وجب حمله على أنه منسوخ

أصلاً وحديثه الذي فيه المزارعة بحمل على الكراء أيضاً لأن القصة واحدة رويت بألفاظ مختلفة فيجب تفسير أحد اللفظين بما يوافق الآخر

(الثالث) أن أحاديث رافع مضطربة جداً مختلفة اختلافاً كبيراً يوجب ترك العمل بها لو

انفردت فكيف يقدم على مثل حديثنا؟

قال الامام أحمد حديث رافع ألوان وقال أيضاً حديث رافع ضروب ، وقال ابن المنذر قد جاءت الاخبار عن رافع بعلم يدل على أن النهي كان لذلك منها ، الذي ذكرناه ومنها خمس أخرى ، وقد أنكره فقيهان من فقهاء الصحابة زيد بن ثابت وابن عباس ، قال زيد بن ثابت أنا أعلم بذلك منه ، وإنما سمع النبي ﷺ يقول «ان كان هذا شأنكم فلا تتركوا المزارع» رواه أبو داود والاثرم ، وروى البخاري عن عمرو بن دينار قال قلت لطاوس لو تركت الحجارة فانهم يزعمون ان النبي ﷺ نهى عنها ، قال ان أعلمهم — يعني ابن عباس — أخبرني ان النبي ﷺ لم ينه عنها ولكن قال ان يمنح أحدكم أخاه خيراً له من أن يأخذ عليها خراجاً معلوماً

ثم إن أحاديث رافع منها ما يخالف الاجماع وهو النهي عن كراء المزارع على الاطلاق ، ومنها ما لا يختلف في فساده كما قد بينا وتارة يحدث عن بعض عمومته وتارة عن سماعه وتارة عن ظهير

لانه لا بد من نسخ أحد الخبرين ويستحيل القول بنسخ خبر خبير لكونه معمولاً به من جهة النبي صلى الله عليه وسلم الى حين موته ثم من بعده الى عصر التابعين فمتى كان نسخه؟ فأما حديث جابر في النهي عن الحجرة فيجب حمله على أحد الوجوه التي حمل عليها خبر رافع فانه قد روى حديث خبير أيضاً فيجب الجمع بين حديثيه مهما أمكن ثم لو حمل على المزارعة لكان مذبوحاً بقصة خبير لاستحالة نسخه كما ذكرنا وكذلك القول في حديث زيد بن ثابت ، فان قال أصحاب الشافعي بحمل أحاديثكم على الارض التي بين النخيل وأحاديث النهي على الارض البيضاء جمعاً بينهما قلنا هذا بعيد لوجوه خمسة (أحدها) أنه يبعد أن تكون بلدة كبيرة يأتي منها أربعون ألف وسق ليس فيها أرض يضاء ويعد أن يكون قد عاملهم على بعض الارض دون بعض فينقل الرواة كلهم القصة على العموم من غير تفصيل مع الحاجة اليه (الثاني) أن ما يذكرونه من التأويل لا دليل عليه وما ذكرناه دلت عليه بعض الروايات وفسره روايه بما ذكرناه ، وليس معهم سوى الجمع بين الاحاديث والجمع بينهما بحمل بعضها على ما فسره روايه به أولى من التحكم بما لا دليل عليه (الثالث) أن قولهم بفضي الى تقييد كل واحد من الحديثين وما ذكرناه حمل لاحدهما على بعض محتملاته لا غير (الرابع) أن فيما ذكرناه موافقه عمل الخلفاء الراشدين وأهلهم وفقهاء الصحابة وهم أعلم بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه ومعانيها فكان أولى من قول من خالفهم (الخامس) أن ما ذهبنا اليه يجمع عليه على ما رواه أبو جعفر رحمة الله عليه وماروي في مخالفته فقد بينا فساده فيكون هذا اجماع من الصحابة رضي الله عنهم

ابن رافع واذا كانت أخبار رافع هكذا وجب اخراجها واستعمال الاخبار الواردة في شأن خير الجارية مجرى التوار التي لا اختلاف فيها وقد عمل بها الخلفاء، الراشدون وغيرهم فلا معنى لتوكها بمثل هذه الاحاديث الواهية (الجواب الرابع) انه لو قدر صحة خبر رافع وامتنع تأويله وتمسك الجمع لوجب حمل على انه منسوخ لانه لا بد من نسخ أحد الخبرين ، ويستحيل القول بنسخ حديث خير لكونه معمولاً به من جهة النبي ﷺ الى حين موته ثم من بعده الى عصر التابعين ، فنى كان نسخة ؟ وأما حديث جابر في النهي عن المحاربة فيجب حمله على أحد الوجوه التي حمل عليها خبر رافع فانه قد روى حديث خير أيضا فيجب الجمع بين حديثيه معها أمكن ثم لو حمل على المزارعة لكان منسوخا بقصة خير لا استحالة نسخها كما ذكرنا ، وكذلك القول في حديث زيد بن ثابت . فان قال أصحاب الشافعي نحمل أحاديثكم على الارض التي بين النخيل وأحاديث النهي عن الارض البيضاء جمعا بينهما قلنا هذا بعيد لوجوه خمسة (أحدها) انه بعد أن تكون بلدة كبيرة يأتي منها أربعون ألف وسق ليس فيها أرض بيضاء ، ويبعد أن يكون قد علمهم على بعض الارض دون بعض فينقل الرواة كلهم انقصه على العموم من غير تفصيل مع الحاجة اليه (الثاني) ان ما يذكرونه من التأويل لا دليل عليه وما ذكرناه دل عليه بعض الروايات وفسره الراوي له بما ذكرناه ، وليس معهم سوى الجمع بين الاحاديث والجمع بينهما مجمل بعضها على ما فسره روايه به أولى من التحكم بما لا دليل عليه (الثالث)

فلا يسوغ لاحد خلافه والقياس يقتضيه فان الارض عين تنمي بالعمل فجازت المعاملة عليها ببعض ثمنها كالمال في المضاربة والنخل في المساقاة ، ولانه أرض جازت المزارعة عليها كالارض بين النخل ، ولان الحاجة داعية الى المزارعة لان أصحاب الارض لا يقدرون على زرعها والعمل عليها والاكرة يحتاجون الى الزرع ولا أرض لهم فاقتضت الحكمة جواز المزارعة كما قلنا في المضاربة والمساقاة بل ههنا أكد لان الحاجة الى الزرع أكد منها الى غيره لكونه قوتا ولان الارض لا ينفع بها إلا بالعمل فيها بخلاف المال والله أعلم

(مسألة) (فان كان في الارض شجر فزارعه الارض وساقاه على الشجر صرح)

سواء قل بياض الارض أو كثر نص عليه أحمد وقال قد دفع النبي ﷺ خير على هذا وبهذا قال كل من أجاز المزارعة في الارض المفردة ، فاذا قال ساقيتك على الشجر وزارعتك على الارض بالنصف جاز ، وكذلك ان قال عاملك على النصف لان المعاملة تشابهها ، وان قال زارعتك الارض بالنصف وساقيتك على الشجر بالربع جاز كما يجوز أن يساقيه على أنواع من الشجر ويحمل له في كل نوع قدرأ ، وان قال ساقيتك على الارض والشجر بالنصف جاز لان المزارعة مساقاة من حيث أنها تحتاج الى السقي ، وقال أصحاب الشافعي لا يصح لان المساقاة لا تتناول الارض فصح في النخل وحده وقيل ينبغي على تفريق الصفة

ان قولهم بفضي الى تقييد كل واحد من الحديتين ، وما ذكرناه حمل لاحدهما وحده (الرابع) ان فيما ذكرناه موافقة عمل الخلفاء الراشدين وأهلهم وفقهاء الصحابة وهم أعلم بحديث رسول الله ﷺ وسنته وعما فيها وهو أولى من قول من خالفهم (الخامس) ان ما ذهبنا اليه مجمع عليه ، فان أبا جعفر روى ذلك عن كل أهل بيت بالمدينة ، وعن الخلفاء الاربعة وأهلهم وفقهاء الصحابة واستمرار ذلك وهذا مما لا يجوز خفاؤه ولم ينكره من الصحابة منكر فكان اجماعا ، وما روي في مخالفته فقد بينا فساده فيكون هذا اجماعا من الصحابة رضي الله عنهم لا يسوغ لاحد خلافه والقياس يقتضيه ، فان الارض عين تنمي بالعمل فيها فجازت المعاملة عليها ببعض نماها كالانماز في المضاربة والنخل في المساقاة أو نقول أرض فجازت المزارعة عليها كالارض بين النخيل ولان الحاجة داعية الى المزارعة لان اصحاب الارض قد لا يقدرون على زرعها والعمل عليها والأكرة يمتحنون الى الزرع ولا أرض لهم فاقضت حكمة الشرع جواز المزارعة كما قلنا في المضاربة والمساقاة بل الحاجة هنا آكد لان الحاجة الى الزرع آكد منها الى غيره لكونه مقتاننا ولكون الارض لا ينتفع بها الا بالعمل عليها بخلاف المال وبدل على ذلك قول راوي حديثهم نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعا والشارع لا ينهي عن المنافع وانما ينهي عن المضار والمفاسد فبدل ذلك على غلط الراوي في المنهي عنه وحصول المنفعة

ولنا انه عبر عن عقد بلفظ عقد يشاركه في المعنى المشهور به في الاشتقاق فصح كالعقد بلفظ البيع في السلم، وهكذا إن قال في الارض البيضاء ساقبتك على هذه الارض بنصف ما يزرع فيها، فان قال ساقبتك على الشجر بالنصف ولم يذكر الأرض لم تدخل في العقد، وليس للعامل أن يزرع وبه قال الشافعي، وقال مالك وأبو يوسف : لداخل زرع البياض ، فان تشارطا أن ذلك بينهما فهو جائز، وان اشترط صاحب الارض انه يزرع البياض لم يصح لان الداخل يستقي لرب الارض فذلك زيادة ازدادها عليه ولنا ان هذا لم يتناوله العقد فلم يدخل فيه كما لو كانت أرضا منفردة

(فصل) وإن زارعه أرضا فيها شجرات يسيرة لم يجز أن يشترط العامل ثمرتها وبه قال الشافعي وابن المنذر وأجازة مالك اذا كان الشجر بقدر الثلث أو أقل لانه يسير فيدخل تبعاً، ولنا انه اشترط الثمرة كلها فلم يجز كما لو كان الشجر أكثر من الثلث

(فصل) وان أجره بياض الارض وساقاه على الشجر الذي فيها جاز لانهما عقدان يجوز افراد كل واحد منهما فجاز الجمع بينهما كالبيع والاجارة ، وقيل لا يجوز بنا. على الوجه الذي لا يجوز الجمع بينهما في الاصل والاول أولى الا أن يفضل ذلك حيلة على شراء الثمرة قبل وجودها أو قبل بدو صلاحها فلا يجوز سواء جمعا بين العقدين أو عقدا أحدهما بعد الآخر لما ذكرنا في إبطال الحيل

(مسألة) (ولا يشترط كون البذر من رب الارض وظاهر المذهب اشراطه)

اختلفت الرواية عن أحد في هذه المسئلة فروي عنه اشراط كون البذر من رب الارض نص

فيا ظنه منبها عنه . اذا ثبت هذا فان حكم المزارعة حكم المساقاة في أنها إنما يجوز بمجزء للعامل من الزرع وفي جوازها ولزومها وما يلزم العامل ورب الأرض وغير ذلك من احكامها

(فصل) واذا كان في الأرض شجر وبينه بياض أرض فساقاه على الشجر وزارعه الأرض التي بين الشجر جاز سواء قل بياض الأرض أو أكثر نص عليه أحمد ، وقال قد دفع النبي ﷺ خيبر على هذا وبهذا قال كل من أجاز المزارعة في الأرض المفردة فإذا قال ساقيتك على الشجر وزارعتك على الأرض بالنصف جاز ، وان قال عاملتك على الأرض والشجر على النصف جاز لان المعاملة تشملهما ، وان قال زارعتك الأرض بالنصف وساقيتك على الشجر بالربع جاز كما يجوز أن يساقيه على أنواع من الشجر ويجعل له في كل نوع قدرا ، وان قال ساقيتك على الأرض والشجر بالنصف جاز لان المزارعة مساقاة من حيث أنها تحتاج الى السقي فيها لحاجة الشجر اليه ، وقال أصحاب الشافعي لا يصح لان المساقاة لا تناول الأرض ونصح في النخل وحده وقيل ينبغي على تفريق الصنفين

ولنا أنه عبر عن عقد بلفظ عقد بشاركه في المعنى المشهور به في الاشتقاق فصح كما لو عبر بلفظ البيع في السلم لان المقصود المعنى وقد علم بقرائن أحواله، وهكذا ان قال في الأرض البيضا ساقيتك على هذه الأرض بنصف ما يزرع فيها، فأما إن قال ساقيتك على الشجر بالنصف ولم يذكر الأرض لم تدخل في العقد وليس للعامل أن يزرع وبهذا قال الشافعي، وقال مالك وأبو يوسف لداخل زرع البياض فان

عليه في رواية جماعة وهو اختيار الحنفي وعمامة الاصحاب وهو قول ابن سيرين والشافعي واسحاق لانه عقد بشرك رب المال والعامل في ثمائه فوجب أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما كالمساقاة والمضاربة ، وروي عنه ما يدل على أن البذر يجوز أن يكون من العامل فانه قال في رواية مهناتي الرجل يكون له الأرض فيها نخل وشجر يدفعها الى قوم يزرعون الأرض ويقومون على الشجر على أنه له النصف ولهم النصف فلا بأس بذلك فدفع النبي ﷺ خيبر على هذا ، فأجاز دفع الأرض ليزرعها من غير ذكر البذر ، فعلى هذا أيهما أخرج البذر جاز ، روي نحو ذلك عن عمر رضي الله عنه وهو قول أبي يوسف وطائفة من أهل الحديث وهو أصح ان شاء الله تعالى

وروي عن سعد وابن مسعود وابن عمر أن البذر من العامل ، ولعلمهم أرادوا به أنه يجوز أن يكون من العامل فيكون كقول عمر ولا يكون قولاً ثالثاً ، والدليل على ذلك قول ابن عمر دفع رسول الله ﷺ إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ورسول الله ﷺ شطر ثمرها وفي لفظ على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها فجعل عملها من أموالهم وزرعها عليهم ولم يذكر شيئاً آخر وظاهره ان البذر من أهل خيبر ، والاصل المعمول به في المزارعة قصة خيبر ولم يذكر النبي ﷺ ان البذر على المسلمين ولو كان شرطاً لما أخل بذكره ولو فعله النبي ﷺ وأصحابه لنقل ولم يجوز تركه ولان عمر رضي الله عنه فعل الامرين جميعاً فروى البخاري عنه انه عامل الناس على

نشارطا أن ذلك بينهما فهو جائز ، وإن اشترط صاحب الارض أنه يزرع البياض لم يصلح لان الداخل يسقي رب الارض فتلك زيادة ازداها عليه

ولنا أن هذا لم يتناوله العقد فلم يدخل فيه كما لو كانت أرضا منفردة

(فصل) وإن زارعه أرضا فيها شجرات بسيرة لم يميز أن يشترط العامل عمرها وبهذا قال الشافعي وابن المنذر وأجازة مالك إذا كان الشجر بقدر الثلث أو أقل لانه يسير فيدخل تبعا . ولنا أنه اشترط الثمرة كلها فلم يميز كما لو كان الشجر أكثر من الثلث

(فصل) وإن أجره بياض أرض وساقاه على الشجر الذي فيها جاز لانهما عقداً يجوز افراد كل واحد منهما فجاز الجمع بينهما كالبيع والاجارة ، وبمحمّل أن لا يجوز بناء على الوجه الذي لا يجوز الجمع بينهما في الاصل والاول أولى إلا أن يفعل ذلك حيلة على شراء الثمرة قبل وجودها أو قبل بدو صلاحها فلا يجوز سواء جمعا بين العقدين أو عقدا أحدهما بعد الآخر لما ذكرنا في ابطال الحيل

(مسألة) قال (إذا كان البذر من رب الارض)

ظاهر المذهب أن المزارعة إنما تصح إذا كان البذر من رب الارض والعمل من العامل نص عليه أحد في رواية جماعة واختاره عامة الاصحاب وهو مذهب ابن سيرين والشافعي واسحاق لانه عقد يشترك العامل ورب المال في نمائه فوجب أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما كالمساقاة والمضاربة

أنه ان جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وان جاءه وابالبذر فلهم كذا ، وظاهر هذا ان ذلك اشهر فلم ينكر فكان إجماعا ، فان قبل هذا بمنزلة بيعتين في بيعة فكيف يفعله عمر ؟ قلنا يحمل على انه فعل ذلك ليخبرم في أي العقدين شاءوا فمن اختار عقداً عقده معه معينا كما لو قال في البيع ان شئت بعثك بعشرة صحاح وان شئت بأحد عشر مكسرة فاختار أحدهما فمقد البيع عليه معينا ، ويجوز أن يكون محيئه بالبذر أو شروعه في العمل بغير بذر مع اقرار عمر له على ذلك وعلمه به جرى مجرى العقد ، ولهذا روي عن أحمد صحة الاجارة فيما إذا قال ان خطه روميا فلك درهم وان خطه فارسيا فلك نصف درهم ، وما ذكره أصحابنا من القياس بخالف ظاهر النص والاجماع الذي ذكرناهما فكيف يعمل به ؟ ثم هو منتقض بما إذا اشترك مالان بيدن صاحب أحدهما

(فصل) فان كان البذر منهما نصفين وشرطا أن الزرع بينهما نصفان فهو بينهما سواء . قلنا بصحة المزارعة أو فسادها لانها ان كانت صحيحة فالزرع بينهما على ما شرطاه وان كانت فاسدة فلنكل واحد منهما بقدر بذره لكن ان حكنا بصحتها لم يرجع أحدهما على صاحبه بشيء . وان قلنا من شرط صحتها أن يكون البذر من رب الارض فهي فاسدة فعلى العامل نصف اجر الارض وله على رب الارض نصف اجر عمله فيتقاصان بقدر الأقل منهما ويرجع أحدهما على صاحبه بالفضل ، وان شرطا التفاضل في الزرع وقلنا بصحتها فالزرع بينهما على ما شرطاه ولا تراجع وان قلنا بفسادها فالزرع بينهما

وقد روي عن أحمد ما يدل على أن البذر يجوز أن يكون من العامل فانه قال في رواية مهنا- في الرجل يكون له الأرض فيها نخل وشجر يذنها إلى قوم يزرعون الأرض ويقومون على الشجر على أن له النصف ولهم النصف فلا بأس بذلك، وقد دفع النبي ﷺ خير على هذا، فأجاز دفع الأرض لزرعها من غير ذكر البذر. فعلى هذا أيها أخرج البذر جاز، وروي نحو ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو قول أبي يوسف وطائفة من أهل الحديث وهو الصحيح ان شاء الله تعالى

وروي عن سعد وابن مسعود وابن عمر أن البذر من العامل ولعلمهم أرادوا أنه يجوز أن يكون من العامل فيكون كقول عمر ولا يكون قولاً ثانياً. والدليل على صحة ما ذكرنا قول ابن عمر دفع رسول الله ﷺ إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمنها

وفي لفظ على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها. أخرجها البخاري فجعل عملها من أموالهم وزرعها عليهم ولم يذكر شيئاً آخر، وظاهره أن البذر من أهل خيبر، والأصل المولى عليه في المزارعة قصة خيبر ولم يذكر النبي ﷺ أن البذر على المسلمين ولو كان شرطاً لما أخل بذكره ولو فعله النبي ﷺ وأصحابه لنقل ولم يجر الأخلال بنقله، ولأن عمر رضي الله عنه فعل الأمرين جميعاً فان البخاري

على قدر البذر ويتراجعان كما ذكرنا وكذلك ان تفاضلا في البذر وشرطاً التساوي في الزرع أو شرطاً لاحدهما أكثر من قدر بذره أو أقل

(فصل) فان قال صاحب الأرض أجرتك نصف أرضي بنصف البذر ونصف منفعتك ومنفعة برك وآ لك وأخرج المزارع البذر كله لم يصح لان المنفعة غير معلومة وكذلك لو جعلها اجرة لأرض أخرى أو داراً لم يجر والزرع كله للمزارع وعليه أجر مثل الأرض فان أمكن علم المنفعة وضبطها بما لا يختلف معه ومعرفة البذر جاز وان كان الزرع بينهما وبمقتضى أن لا يصح لان البذر عوض في الاجارة فيشترط قبضه كما لو كان مبيعاً وما حصل فيه قبض وان قال أجرتك نصف أرضي بنصف منفعتك ومنفعة برك وآ لك وأخرج البذر فهي كالمثل قبلها إلا أن الزرع يكون بينهما على كل حال

(مسألة) (فان شرط أن يأخذ رب الأرض مثل بذره ويقسما الباقي لم يصح)

لانه كأنه اشترط لنفسه ففزاناً معلومة وهو شرطاً فاسد تفسد به المزارعة لان الأرض ربما لا تخرج إلا تلك القفزان فينخص رب المال بها وربما لا تخرجها وموضوع المزارعة على اشتراكهما في الزرع

(مسألة) وكذلك لو شرطاً لاحدهما دراهم معلومة أو زرع ناحية معينة أو شرطاً لاحدهما

مأعلى الجداول إما منفرداً أو مع نصيبه فهو فاسد بإجماع العلماء)

لان الخبر صحيح في النهي عن غير معارض ولا منسوخ ولانه ربما تلف ما بين لاحدهما دون

الأخر فينفرد أحدهما بالثمن دون صاحبه

(المغني والشرح الكبير) صحة كون البذر من مائة نصفين بشرط أن يكون الزرع بينهما كذلك ٥٩١

روى عنه أنه عامل الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا فظاهر هذا أن ذلك اشترط فلم ينكر فكان اجماعاً ، فإن قيل هذا بمنزلة بيعتين في بيعة فكيف يفقه عمر رضي الله عنه ؟ قلنا بمقتضى أنه قال ذلك ليخيرهم في أي العقدين شاءوا فن اختار عقداً عقده ممة معنا كما لو قال في البيع ان شئت بعتهك بعشرة صحاح ، وإن شئت بأحد عشر مكسورة فاختار أحدهما فعقد البيع معه عليه معيناً ، ويجوز أن يكون مجيئه بالبذر أو شروعه في العمل بغير بذر مع اقرار عمر له على ذلك وعلمه به جرى مجرى العقد ولهذا روي عن أحمد رحمه الله صحة الاجارة فيما إذا قال إن خطته رومياً فلك درهم وإن خطته فارسياً فلك نصف درهم ، وما ذكره أصحابنا من اقياس يخالف ظاهر النص والاجماع الذين ذكرناهما فكيف يعمل به ؟ ثم هو منتقض بما إذا اشترك مالان وبدن صاحب أحدهما (فصل) فإن كان البذر من مائة نصفين بشرط أن الزرع بينهما نصفان فهو بينهما ، سواء قلنا بصحة المزارعة أو فسادها لأنها ان كانت صحيحة فالزرع بينهما على ما شرطاه وان كانت فاسدة فلكل واحد منهما بقدر بذره ، لكن إن حكنا بصحتها لم يرجع أحدهما على صاحبه بشيء ، وإن قلنا من شرط صحتها إخراج رب المال البذر فهي فاسدة فعلى العامل نصف أجر الأرض وله على رب الأرض نصف أجر عمله فيقتاصان بقدر الأقل منهما ويرجع أحدهما على صاحبه بالفضل . وان شرطنا التفاضل في الزرع وقلنا بصحتها فالزرع بينهما على ما شرطناه ولا تراجع بينهما ، وان قلنا بفسادها فالزرع بينهما على قدر بذرهما وتراجعان كما ذكرنا وكذلك ان تفاضلا في البذر وشرطنا التساوي في الزرع أو شرطنا لأحدهما أكثر من قدر بذره أو أقل

(مسئلة) (ومتى فسد فالزرع لصاحب البذر)

لانه عين ماله يتقلب من حال الى حال وينمي فهو كصغار الشجر اذا غرس فطال وعليه اجرة صاحبه فان كان البذر من العامل فعليه اجرة الارض لان ربهما إنما بذلها بهوض لم يسلم له فرجع الى عوض منافعتها الفاتئة بزرعها على الزارع وان فسدت والبذر من رب الارض فالزرع له لما ذكرنا وعليه مثل أجر العامل لذلك وان كان منهما فالزرع بينهما على قدر البذر وتراجعان بما يفضل لاحدهما على ما ذكرنا

(مسئلة) (وحكم المزارعة حكم المساقاة)

فما ذكرنا من الجواز والزموم وأنها لا تجوز إلا بجزء للعامل من الزرع وما يلزم العامل ورب الارض وغير ذلك من أحكامها لأنها معاملة على الارض ببعض ثمارها

(مسئلة) (والحصاد على العامل نص عليه وكذلك الجذاذ وعنه أن الجذاذ عليهما)

الجذاذ والحصاد والاقاط على العامل نص عليه أحمد في الحصاد وهو مذهب الشافعي لانه من العمل فكان على العامل كالشميس ، وروي عن أحمد في الجذاذ انه اذا شرط على العامل فحائز لان العمل عليه وان لم يشرطه فعلى رب المال بحصة ما يصير اليه وعلى العامل بحصة ما يصير اليه فجعل الجذاذ

(فصل) فان قال صاحب الارض اجرتك نصف ارضي هذه بنصف بذرك ونصف منفعتك ومنفعة بقرك وآتتك وأخرج المزارع البذر كله لم يصح لان المنفعة غير معلومة، وكذلك لو جعلها أجرة لأرض أخرى أو دار لم يجز ويكون الزرع كله للمزارع وعليه أجر مثل الارض، وان أمكن علم المنفعة وضبطها بما لا يختلف معه ومعرفة البذر جاز وكان الزرع بينهما، وبمحمّل أن لا يصح لان البذر عوض في الاجارة فيشترط قبضه كما لو كان مبيعاً وما حصل فيه قبض، وان قال اجرتك نصف ارضي بنصف منفعتك ومنفعة بقرك وآتتك وأخرجا البذر فهي كالتي قبلها الا أن الزرع يكون بينهما على كل حال.

(مسئلة) قال (فان اتفقا على أن يأخذ رب الارض مثل بذره ويقتسما ما بقي لم يجز)

وكانت للمزارع أجرة مثله وكذلك يبطل إن أخرج المزارع البذر ويصير الزرع للمزارع وعليه أجرة الارض، أما إذا اتفقا على أن يأخذ رب الارض مثل بذره فلا يصح لانه كأنه اشترط لنفسه قفرا فانا معلومة وذلك شرط فاسد تنسد به المزارعة لان الارض ربما لا يخرج منها إلا تلك القفزان فيخص رب المال بها وربما لا يخرجها الارض، وأما اذا أخرج المزارع البذر فهو مبني على الروايتين في صحة هذا الشرط

وقد ذكر الحنفي أنه فاسد فاذا أخرج المزارع البذر فسدت كما لو أخرج العامل في المضاربة رأس

عليهما وأجاز اشتراطه على العامل وهو قول بعض الشافعية، وقال محمد بن الحسن تفسد المساقاة بشرطه على العامل لانه شرط ينافي مقتضى العقد، واحتج من جعله عليهما بأنه بعد تكامل الثمرة وانقضاء المعاملة فاشبه نقله الى منزله

ولنا ان النبي ﷺ دفع خيبر الى يهود خيبر على أن يملوها من أموالهم ولان هذا من العمل أشبه التشميس وبه يبطل ما ذكره، وفارق النقل الى المنزل فانه يكون بعد القسمة وزوال العقد فاشبه المخزن (فصل) وان دفع رجل بذره الى صاحب الارض ليزعه في أرضه ويكون ما يخرج بينهما فهو قاسد لان البذر ليس من رب الارض ولا من العامل ويكون الزرع لملك البذر وعليه أجر الارض والعمل ويتخرج أن تنبني صحته على احدي الروايتين كالمسئلة التي بعدها

(مسئلة) (وان قال أنا زرع الارض بذري وعواملي ونسبة يابانك والزرع بيننا فبهارا وابتان)

(احدهما) لا تصح اختارها القاضي لان موضوع المزارعة على أن تكون من أحدهما الارض ومن الآخر العمل وصاحب الماء ليس منه أرض ولا عمل ولا بذر ولان الماء لا يباع ولا يستأجر فكيف تصح المزارعة به؟ (والثانية) تصح اختارها أبو بكر ونقلها عن احمد يعقوب بن بختان وحرب لان الماء أحد ما يحتاج اليه في الزرع فجاز أن يكون من أحدهما كالارض والعمل والاول أصح لان هذا ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص

المال من عنده ومتى فسدت المزارعة فالزرع لصاحب البذر لانه عين ماله يتقلب من حال إلى حال وينمو فصار كصغار الشجر اذا فرس فطال والبيضة اذا حضنت فصارت فرخاء والبذر ههنا من المزارع فكان الزرع له وعليه أجر الارض لان ربها إنما بذلها له بعوض لم يسلم له فرجع الى عوض منافعها النابتة بزرعها على صاحب الزرع ، ولو فسدت والبذر من رب الارض كان الزرع له وعليه أجر مثل العامل لذلك وإن كان البذر منهما فالزرع بينهما ويتراجعان بما يفضل لاحدهما على صاحبه من أجر مثل الارض التي فيها نصيب العامل وأجر العامل بقدر عمله في نصيب صاحب الارض

(فصل) وإن زارعه على أن لرب الارض زرعا بعينه وللعامل زرعا بعينه مثل أن يشترط لاحدهما زرع ناحية وللآخر زرع أخرى أو يشترط أحدهما ماعلى السواقي والجداول إما مفرداً أو مع نصيبه فهو فاسد باجماع العلماء لان الخبر صحيح في النهي عنه غير معارض ولا منسوخ ولانه يؤدي إلى تلف ماعين لاحدهما دون الآخر فينفرد أحدهما بالثقة دون صاحبه

(فصل) والشروط الفاسدة في المساقاة والمزارعة تنقسم قسمين (أحدهما) ما يعود بمجهالة نصيب كل واحد منهما مثل ما ذكرناه هنا أو أن يشترط أحدهما نصيباً مجهولاً أو دراهم معلومة أو أفضرة معينة أو أنه إن سقى سيحاً فله كذا وإن سقى بكلفة فله كذا، فهذا يفسدها لانه يعود إلى جهالة المفقود عليه فأشبهه البيع بضمن مجهول والمضاربة مع جهالة نصيب أحدهما ، وإن شرط البذر من العامل فالمنصوص

(فصل) وان اشترك ثلاثة من أحدم الارض ومن الآخر البذر ومن الآخر البقر والعمل على أن ما رزق الله تعالى بينهم فعملوا فهذا عقد فاسد نص عليه احمد في رواية أبي داود ومنها واحمد ابن القاسم ، وذكر حديث مجاهد في أربعة اشتركوا في زرع على عهد رسول الله ﷺ فقال أحدم علي الفدان وقال الآخر قبلي الارض وقال الآخر قبلي البذر وقال الآخر قبلي العمل فجعل النبي ﷺ الزرع لصاحب البذر وألقى صاحب الارض وجعل لصاحب العمل كل يوم درهما ولصاحب الفدان شيئاً معلوماً ، فقال أحمد لا يصح والعمل على غيره وذكر هذا الحديث سعيد بن منصور عن الوليد بن مسلم عن الاوزاعي عن واصل بن أبي جميل عن مجاهد وقال في آخره فحدثت به مكحولاً فقال ما يسرني بهذا الحديث وصيفاء وحكم هذه المسئلة حكم المسئلة التي ذكرناها في أول الفصل وهما فاسدتان لان موضوع المزارعة على أن البذر من رب الارض أو من العامل وليس هو واحد منهما ، وليست شركة لان الشركة تكون بالأمان فان كانت بالعروض اعتبر كونها معلومة ولم يوجد شيء من ذلك ههنا ، ولا هي اجارة لان الاجارة تنقصر الى مدة معلومة وعوض معلوم وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي . فعلى هذا يكون الزرع لصاحب البذر لانه تمام ماله واصحابه عليه أجر مثلهما لانهما دخلا على أن يسلم لهما المسعى فإذا لم يسلم عاد الى بدله وبهذا قال الشافعي وأبو ثور ، وقال أصحاب الرأي يتصدق بالفضل والصحيح ان التمام لصاحب البذر لا تلزمه الصدقة به كسائر ماله

عن أحمد فساد العقد لأن الشرط إذا فسد لزم كون الزرع لرب البذر لكونه نماء ماله فلا يحصل لرب الأرض شيء منه ويستحق الأجر وهذا معنى الفساد ، فأما إن شرط مالا يفضي إلى جهاة الربح كعمل رب المال معه أو عمل العامل في شيء آخر فهل تفسد المساقاة والمزارعة ؟ يخرج على روايتين بناء على الشرط الفاسد في البيع والمضاربة

(فصل) وان دفع رجل بذره إلى صاحب الأرض يزرعه في أرضه ويكون ما يخرج بينهما فهو فاسد أيضا لأن البذر ليس من رب الأرض ولا من العامل ويكون الزرع لصاحب البذر وعليه أجر الأرض والعمل ، وان قال صاحب الأرض لرجل أنا أزرع الأرض يندري وعواملي ويكون سقيها من مائك والزرع يتنا فيها روايتان (إحداهما) لا يصح اختيارها القاضي لأن موضوع المزارعة على أن يكون من أحدهما الأرض ، ومن الآخر العمل وليس من صاحب الماء أرض ولا عمل ولا بذر ولا ن الماء لا يباع ولا يستأجر فكيف تصح المزارعة به ؟ (والثانية) يصح اختيارها أبو بكر ونقلها عن أحمد يعقوب بن مختار وحرب لأن الماء أحد ما يحتاج إليه في الزرع فجاز أن يكون من أحدهما كالأرض والعمل والاول أصح لأن هذا ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص لما ذكرناه

(فصل) وان اشترك ثلاثة من أحدم الأرض ومن الآخر البذر ومن الآخر البقر والعمل على أن يارزق الله بينهم فعملوا فهذا عقد فاسد نص عليه في رواية أبي داود ومهنا وأحمد بن القاسم ، وذاكر حديث مجاهد في أربعة اشتركوا في زرع على عهد رسول الله ﷺ فقال أحدم علي الفدان وقال

(فصل) فان كانت الأرض لثلاثة فاشتركوا على أن يزرعوها يندرم ودوابهم واعوانهم على أن ما يخرج الله بينهم على قدر ما لهم جاز وبه قال مالك والشافعي وابن النذر ولا نعلم فيه خلافا لان أحدم لا يفضل صاحبه بشيء

فصل فان زارع رجلا أو أجره أرضه فزرعها وسقط من الحب شيء فبنت في تلك الأرض عاما آخر فهو لصاحب الأرض نص عليه أحمد في رواية أبي داود ومحمد بن الحارث ، وقال الشافعي هو هو لصاحب الحب لأنه عين ماله فهو كما لو بذره قصداً

ولنا ان صاحب الحب أسقط حقه منه بحكم العرف وزال ملكه عنه لان المادة ترك ذلك لمن يأخذه ولهذا أبيع له النقاظه ورعيه ولا نعلم خلافا في إباحة النقاظ ما خلفه الحصادون من سنبل وحب وغيرهما فجرى ذلك مجرى بئذه على سبيل الترك له وصار كالشيء التائه يسقط منه الثمرة والقمة ونحوها والنوى لو التقطه انسان ففرسه كان له دون من سقط منه كذا هذا

(مسألة) (وإن زارع شريكه في نصيبه صح)

إذا جعل له في الزرع أكثر من نصيبه مثل أن تكون الأرض بينهما نصفين فجعل للعامل الثلثين صح وكان السدس حصته من المزارعة فصار كأنه قال زارعتك على نصيبي بالثلث فصح كما لو زارع

الآخر قبلي الارض وقال الآخر قبلي البذر وقال الآخر قبلي العمل فجعل النبي صلى الله عليه وسلم الزرع لصاحب البذر والنقى صاحب الارض وجعل لصاحب العمل كل يوم درهما ولصاحب الفدان شيئا معلوما فقال أحمد لا يصح والعمل على غيره ، وذكر هذا الحديث سعيد بن منصور عن الوليد بن مسلم عن الاوزاعي ، وعن واصل بن أبي جبر عن مجاهد وقال في آخره فحدث به مكحول فقال ما يبرني بهذا الحديث وصيفا . وحكم هذه المسئلة حكم المسئلة التي ذكرناها في صدر الفصل وهما فاسدان لان موضوع المزارعة على أن البذر من رب الارض أو من العامل وليس هو ههنا من واحد منهما ، وليست شركة لان الشركة تكون بالأمان ، وان كانت بالعروض اعتبر كونها معلومة ولم يوجد شيء من ذلك ههنا ، وليست اجارة لان الاجارة تفتقر إلى مدة معلومة وعرض معلوم وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي . فعلى هذا يكون الزرع لصاحب البذر لانه نماء ماله ولصاحبه عليه أجر مثلهما لانها دخلا على أن يسلم لها المسمى فإذا لم يسلم عاد الى بدله وبهذا قال الشافعي وأبو ثور ، وقال أصحاب الرأي يتصدق بالفضل ، والصحيح أن النماء لصاحب البذر ولا تلتزمه الصدقة به كسائر ماله . ولو كانت الارض ثلاثة فاشتركوها على أن يزرعوها بينهم وأعوانهم على أن ما أخرج الله بينهم على قدر ما لهم فهو جائز ، بهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ولا نعلم فيه خلافا لان أحدهم لا يفضل صاحبه بشيء .

(فصل) واذا زارع رجلا وآجره أرضه فزرعها وسقط من الحب شيء . فنبت في تلك الارض

أجنيبا ، وفيه وجه آخر أنه لا يصح لان النصف للمزارع ولا يصح أن يزرع الانسان لنفسه فإذا فسد في نصيبه فسد في الجميع كما لو جمع في البيع بين ما يصح ومالا يصح والاول أصح إن شاء الله تعالى وقد ذكرنا في المسافة نحو هذا

(فصل في اجارة الارض)

تجوز اجارتها بالذهب والفضة وسائر العروض غير المطعوم في قول عامة أهل العلم ، قال أحمد : قلنا اختلفوا في الذهب والورق ، وقال ابن المنذر : أجم عوام أهل العلم على أن اكثرنا الارض وقتنا معلوما جائز بالذهب والفضة . روي هذا القول عن سعد ورافع بن خديج وابن عمر وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب وعروة والقاسم ومالك والبيه والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي اروي عن طاوس والحسن كراهة ذلك لما روي رافع أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن كراه المزارع متفق عليه .

ولنا أن رافعا قال أما بالذهب والورق فلم ينهنا يعني النبي ﷺ متفق عليه ولمسلم (أما بشيء معلوم مضمون فلا بأس) وعن حنظلة بن قيس أنه سأل رافع بن خديج عن كراه الارض فقال نهى رسول

عاما آخر فهو لصاحب الارض نص عليه أحمد في رواية أبي داود ومحمد بن الحارث وقال الشافعي هو لصاحب الحب لانه عين ماله فهو كالمو بذره قصداً
ولنا أن صاحب الحب أسقط حقه منه بحكم العرف وزال ملكه عنه لان العادة ترك ذلك لمن يأخذه
ولهذا أبيع النفاط ورعيه، لانعلم خلافا في اباحة النفاط ما خلفه المصادون من سنبل وحب وغيرها فخرى ذلك
مجرى نبذه على سبيل الترك له وصار كالشيء النافه يسقط منه كالثمرة والقمة ونحوها والنوى لوانتفاه انسان
ففرسه كان له دون من سقط منه كذا ههنا

(فصل) في اجارة الارض نجوز إجارها بالورق والذهب وسائر العروض سوى المعلوم في قول
أكثر أهل العلم قال أحمد فلما اختلفوا في الذهب والورق، وقال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم
على أن اكثرا الارض وقتنا معلوما جائز بالذهب والفضة روينا هذا القول عن سعيد ورافع بن
خديج وابن عمر وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب وعروة والقاسم وسالم وعبد الله بن الحارث
ومالك والبيه والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي، وروي عن طاوس والحسن كراهة
ذلك لما روى رافع أن النبي ﷺ نهى عن كراه المزارع متفق عليه

ولنا أن رافعا قال اما بالذهب والورق فلم ينهنا يعني النبي ﷺ متفق عليه ولمسلم «أما بشيء معلوم
مضمون فلا بأس» وعن حنظلة بن قيس أنه سأل رافع بن خديج عن كراه الارض فقال نهى رسول الله
ﷺ عن كراه الارض قال فقلت بالذهب والفضة؟ قال إنما نهى عنها ببعض ما يخرج منها اما بالذهب
والفضة فلا بأس متفق عليه، وعن سعد قال كنا نكري الارض بما على السواقي وما سعد بالماء منها فنهانا رسول

الله ﷺ عن كراه الارض فقلت بالذهب والفضة؟ قال إنما نهى عنها ببعض ما يخرج منها اما بالذهب
والفضة فلا بأس متفق عليه، وعن سعد قال: كنا نكري الارض بما على السواقي وما سعد بالماء منها
فنهانا رسول الله ﷺ عن ذلك وأمرنا أن نكربها بذهب أو فضة. رواه أبو داود، ولانها عين
يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها فجازت إجارها بالائمان ونحوها كالدر، والحكم في العروض
كالحكم في الايمان. وأما حديثهم فقد فسره الزاري بما ذكرنا عنه فلا يجوز الاحتجاج به على غيره
وحديثنا مفسر لحديثهم فان اوبها واحد وقد رواه عاما وخصا فيحمل العام على الخاص مع موافقة الخاص
لسائر الاحاديث والقياس وقول أكثر أهل العلم

فأما اجارها بطعام فتقسم ثلاثة أقسام (أحدها) أن يؤجرها بطعام معلوم غير الخارج منها فيجوز
نص عليه أحمد في رواية الحسن بن ثواب وهو قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن جبير وعكرمة
والنخعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، ومنع منه مالك حتى منع اجارتها بالابن والعل، وقد
روي عن أحمد أنه قال ربما نهينته، قال القاضي هذا من أحمد على سبيل الورع ومذهبه الجواز، واحتج
مالك بما روى رافع بن خديج عن بعض عمومته قال: قال رسول الله ﷺ «من كانت له أرض

الله ﷺ عن ذلك وأمرنا أن نكربها بذهب أو فضة رواه أبو داود، ولأنها عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها فجازت إيجارها بالأمان، ونحوها كالدور والحكم في العروض كالحكم في الأمان، وأما حديثهم فقد فسره الراوي بما ذكرنا عنه فلا يجوز الاحتجاج به على غيره وحديثنا مفسر لحديثهم فإن رأيهما واحد وقد رواه عاما وخاصة فيحمل العام على الخاص مع موافقة الخاص لسائر الأحاديث والقياس وقول أكثر أهل العلم

فأما إيجارها بطعام فتقسم ثلاثة أقسام (أحدها) أن يؤجرها بمطعم غير الخارج منها معلوم فيجوز نص عليه أحمد في رواية الحسن بن ثواب وهو قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن جبير وعكرمة والنخعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، ومنع منه مالك حتى منع إيجارها باللبن والعسل، وقد روي عن أحمد أنه قال ربما تهيئته قال القاضي هذا من أحمد على سبيل الورع ومذهبه الجواز. والحجة لمالك ما روى رافع بن خديج عن بعض عمومه قال قال رسول الله ﷺ «من كانت له أرض فلا يكربها بطعام مسمى» رواه أبو داود وابن ماجه، وروى ظهير بن رافع قال دعاني رسول الله ﷺ فقال «مانصعون بمحالككم؟» قلت نؤجرها على الربع أو على الأوسق من التمر أو الشعير قال لا تفعلوا ازرعوها أو امسكوها» متفق عليه، وروى أبو سعيد قال نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمحاقلة استكراه الأرض بالحنطة

ولنا قول رافع فاما بشيء معلوم مضمون فلا بأس به، ولأنه عوض معلوم مضمون لا يتخذ وسيلة إلى الربا فجازت إيجارها به كالأمان، وحديث ظهير بن رافع قد سبق الكلام عليه في المزارعة على أنه يحتمل النهي عن إيجارها بذلك إذا كان خارجا منها ويحتمل النهي عنه إذا أجزاها بالربع والأوسق وحديث أبي سعيد يحتمل المنع من كرائها بالحنطة إذا كثراها لزرع الحنطة

فلا يكربها بطعام مسمى» رواه أبو داود وابن ماجه. وروى ظهير بن رافع قال: دعاني رسول الله ﷺ فقال «مانصعون بمحالككم؟» قلت نؤجرها على الربع أو على الأوسق من التمر أو الشعير قال «لا تفعلوا ازرعوها أو امسكوها» متفق عليه. وروى أبو سعيد قال نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمحاقلة استكراه الأرض بالحنطة

ولنا قول رافع فاما بشيء معلوم مضمون فلا بأس به، ولأنه عوض معلوم مضمون لا يتخذ وسيلة إلى الربا فجازت إيجارها بها كالأمان وحديث رافع وظهير قد سبق الكلام عليه في المزارعة على أنه يحتمل النهي عن إيجارها بذلك إذا كان خارجا منها، ويحتمل النهي عنه إذا أجزاها بالربع والأوسق وحديث أبي سعيد يحتمل المنع من كرائها بالحنطة إذا كثراها لزرع الحنطة

(القسم الثاني) إيجارها بطعام معلوم من جنس ما يزرع فيها كإيجارها بقمح أو بزرعها فقال أبو الخطاب فيهارو إيتان (إحدها) المنع وهي التي ذكرها القاضي مذهبها وهي قول مالك لما ذكرنا من الأحاديث ولأنه ذريعة إلى المزارعة عليها بشيء معلوم من الخارج منها لا نهى يحمل مكان قوله زارعتك أجرتك فتصير

(القسم الثاني) اجارته بالطعام معلوم من جنس ما يزرع فيها كاجارتها بقفزان حنطة لزرعها فقال أبو الخطاب فيهاروايتان (إحداهما) المنع وهي التي ذكرها القاضي مذهبا وهي قول مالك لما تقدم من الاحاديث ولأنها ذرية الى المزارعة عليها بشي . معلوم من الخارج منها لانه يجعل مكان قوله لزرعتك أجرتك فتصير مزارعة بلفظ الاجارة والذرائع معتبرة (والثانية) جواز ذلك اختارها أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي لما ذكرنا في القسم الاول ولان ما جازت اجارته بغير الطعام جازت به كالذور (القسم الثالث) اجارته بجزء مشاع مما يخرج منها كنصف وثلث وربيع فالنصوص عن أحمد جوازه وهو قول أكثر الأصحاب واختار أبو الخطاب أنها لانصح وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو الصحيح إن شاء الله لما تقدم من الاحاديث في النهي من غير معارض لها ، ولأنها اجارة بعوض مجهول فلم تصح كاجارتها بثلث ما يخرج من أرض أخرى ، ولأنها اجارة لعين بعض نواتها فلم تجز كسائر الاعيان ، ولانه لانص في جوازها ولا يمكن قياسها على المنصوص فان النصوص إنما وردت بالنهي عن اجارتها بذلك ولا نعلم في تجوزها نصاً ، والمنصوص على جوازه اجارته بذهب أو فضة أو شي . مضمون معلوم وليست هذه كذلك ، فأما نص أحمد في الجواز فيتمين حمله على المزارعة بلفظ الاجارة فيكون حكمها حكم المزارعة في جوازها ولزومها وفيها يلزم العامل ورب الارض وسائر أحكامها والله أعلم

مزارعة بلفظ الاجارة والذرائع معتبرة (والثانية) جواز ذلك اختارها أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي لما ذكرنا في القسم الاول ولان ما جازت اجارته بغير الطعام جازت به كالذور (القسم الثالث) اجارته بجزء مشاع مما يخرج منها كنصف وثلث فالنصوص عن أحمد جوازه وهو قول أكثر الأصحاب ، واختار أبو الخطاب أنها لانصح وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو الصحيح إن شاء الله تعالى لما تقدم من الاحاديث في النهي من غير معارض لها ، ولأنها اجارة بعوض مجهول فلم تصح كاجارتها بثلث ما يخرج من أرض أخرى ، فأما نص أحمد في الجواز فيتمين حمله على المزارعة بلفظ الاجارة فيكون حكمها حكم المزارعة فيها ذكرنا من أحكامها ، ذكرناه في المسافة

تم بحمد الله وعونه الجزء الخامس من كتابي المغني والشرح الكبير ﴿ ﴿ وبليه بمشيئة الله وتوفيقه الجزء السادس منهما وأوله (كتاب الاجارات) ﴿ ﴿



فهرس

الجزء الثاني من

من كتابي

المعنى

و
الشرح الكبير



فهرس محتويات الجزء الخامس من كتابي المغني والشرح الكبير

صفحة	صفحة
٣٤	٢ (كتاب الصلح)
٣٥	٣ الخلاف في ان الصلح يكون عند الاقرار أو
٣٦	عند الانكار وأقسامه
الحشب عليه	٤ مسائل في الصلح بمعنى الهبة
٣٧	٦ الصلح عن الحق بغير جنسه وأقسامه الثلاث
٣٩	٩ صحة الصلح مع انكار الحق والاستدلال على ذلك
٤١	١١ حكم الصلح على الشقص المشفوع
٤٣	١٢ حكم مصالحة الاجنبي عن المنكر
٤٥	١٣ فروع في مصالحة الاجنبي عن المنكر
٤٧	١٥ حكم الصلح مع الاقرار والقول بطلانه وأنه
٤٩	ليس بصلح
وما أشبهها	١٧ أحكام الصلح بمعنى الابراء
٥٠	١٨ « » « الهبة أنواع الصلح الباطلة
٥٢	١٩ الصلح على بعض المدعي أو على منفعه
٥٣	٢٠ فروع في الصلح على غير المدعي وعلى إجراء
﴿كتاب الحوالة والضمان﴾	الماء في الارض
٥٥	٢١ الصلح على ترك أغصان الشجر في هواء غيره
٥٦	٢٣ « » « عروق » « أرض »
٥٧	٢٤ صحة الصلح عن المجهول عيناً أو ديناً
٥٨	٢٦ « » « كل ما يجوز أخذ العوض عنه
٥٩	سواء جاز يبعه أو لا
٦٠	٢٧ الصلح عن القصاص بعبد مستحق والصلح عن
٦٢	الدار بعوض مستحق
٦٣	٢٨ الصلح على موضع قناة من أرضه يجري فيها الماء
٦٤	٢٩ الصلح على إجراء ماء المطر فوق السطح واخراج
٦٥	الميازيب
٦٥	٣٠ الصلح على سقي أرضه من نهر غيره
٦٦	٣١ الصلح عن الاقرار بالعبودية وبطلانه
بلفظ الحوالة	٣٢ الصلح مع الشاهد على الاشهد عليه وبطلانه
٦٧	٣٣ منع اشراع الروشن الى الطريق اتنافذ

صفحة	صفحة
٩٥	٦٨
الكفالة بالنفس وأحكامها وصحتها	اختلاف المحيل والمحال والمجتال عليه
٩٦	٦٩
ألفاظ الكفالة بالنفس والبدن وشبهها	الحوالة بالدين المضمون تبريء ذمة الضامن
٩٧	
بطلان الكفالة ببدن من عليه حد لله أولاً دمي	والمضمون عنه
٩٨	٧٠
صحة الكفالة حالة ومؤجلة	(باب الضمان)
٩٩	٧١
أحكام تسليم المكفول به في مكان غير مكان التسليم	الامور التي تعتبر لصحة الضمان
١٠٠	٧٢
بطلان الكفالة الى أجل مجهول	صحة ضمان المجهول وضمان ما لم يجب
١٠١	٧٣
فروع في أحكام الكفالة الى أجل	براءة الضامن لا تستتبع براءة المضمون عنه
١٠٢	٧٤
الكفالة بشرط براءة فلان الكفيل	بيان الامور التي يصح ضمانها كالجمل وارش الجناية
١٠٣	٧٥
اعتبار رضا الكفيل في صحة الكفالة	حكم ضمان نفقة الزوجة ومالها الكتابة وضمان الاعيان المضمونة كالفصوب
١٠٤	٧٦
حكم موت المكفول به وتلف العين بفعل الله تعالى	صحة ضمان عهدة المبيع عن أحد العاقدين
١٠٥	
موت المكفول به يستلزم براءة الكفيل	للاخر
١٠٦	٧٧
براءة الكفيل إذا أبرأه المكفول له	ضمان المهدة وما يلزم للضامن فيها واحكامها
١٠٧	٧٨
وجوب الحضور على المكفول إذا طلبه الكفيل	فصل فيمن يصح ضمانه ومن لا يصح
١٠٨	٧٩
حكم لقاء المتاع من السفينة في البحر	ضمان المحجور والصبي والمكاتب
١٠٩	٨٠
(كتاب الشركة) وثبوتها بالكتاب والسنة والاجماع وأنواع شركة العقود	صحة ضمان الدين الحال مؤجلاً
١١٠	٨١
حكم مشاركة اليهود والنصارى والدليل على جوازها	كون المضمون عنه لا يبرأ الا باداء الضامن
١١١	٨٣
شركة الابدان. مناهها وجوازها وأحكامها وشركة العنان	لصاحب الحق مطالبة من شاء من الضامن والمضمون عنه
١١٢	٨٤
الدليل على جواز شركة الابدان	امتناع ضمان المضمون عنه للضامن لا في دين آخر
١١٣	٨٥
صحة شركة الابدان مع اتفاق الصنائع واختلافها	صحة ضمان الاثنين فاكثر عن الرجل الواحد
١١٤	٨٦
كون الربح في شركة الابدان بحسب ما تفقوا عليه	أحكام رجوع الضامن على المضمون عنه بمد أداء الدين
١١٥	٨٩
اشتراك الرجلين لكل واحد منهما دابة على أن يؤجرهما	القدر الذي يرجع به الضامن على المضمون عنه
١١٦	٩٠
اشتراط دراهم معلومة لأحد الشريكين في الشركة والمضاربة لا يصح	للضامن مطالبة المضمون عنه بتخليصه اذا طولب
١١٨	٩١
فروع في الشركة بالدابة من أحدهما والعمل من الآخر	حكم ما إذا ضمن الضامن ضامن آخر وقضى الدين احدهم
١٢٠	٩٢
اشتراك ثلاثة من أحدهم دابة ومن آخر راوية ومن الثالث العمل	فروع في ضمان كل من المدينين للاخر
	٩٣
	دعوى الضامن قضاء الدين وانكار المضمون عنه
	٩٤
	امتناع الخيار في الضمان والكفالة

صفحة	صفحة
١٢١	بيان أنواع الشركة الجائزة والمضاربة والوجوه
١٢٢	شركة الوجوه ومعناها وجوازها
١٢٣	فروع في شركة الوجوه وأحكامها وسبب تسميتها
١٢٤	شركة العنان ومعناها وبيان رأس مالها
١٢٥	كون العروض لا يصح أن تكون رأس مال في شركة العنان
١٢٦	حكم النقرة والغشوش والفلوس حكم العروض
١٢٧	صحة الشركة مع اختلاف المالمين في الجنس وتفاوتها في القدر
١٢٨	فروع فيما اذا وقعت الشركة فاسدة
١٢٩	كون شركة العنان مبناها على الوكالة والامانة
١٣٠	الامور التي يمتنع على الشريك فعلها ككتابة الرقيق والعق على مال
١٣١	الخلاف في هل يجوز للشريك أن يبيع نساء
١٣٣	كون الشركة من العقود الجائزة تبطل بموت أحدها
١٣٤	شركة المضاربة وهي القراض
١٣٥	معنى المضاربة واشتقاقها والاجماع على جوازها
١٣٦	الجمع بين الشركة والمضاربة والقول بصحته
١٣٧	فروع في شركة المضاربة
١٣٨	(شركة المفاوضة وأنواعها)
١٣٩	« » والخلاف في صحتها
١٤٠	كون الربح في جميع أقسام الشركة بحسب ما اتفقا عليه
١٤٢	من شروط صحة المضاربة تقدير نصيب العامل
١٤٣	فروع في تقدير نصيب العامل في المضاربة
١٤٥	جواز دفع المالم الى اثنين مضاربة في عقد واحد
١٤٦	حكم ما اذا شرط اجزء أمن الربح لغير العامل
١٤٧	كون الحسرن في الشركة على قدر المالمين
١٤٨	بطلان القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة
١٤٩	ضمان المضارب اذا باع نسيئة أو بغير اذن فروع في بيع مال القراض نسيئة
١٥١	امتناع السفر بالمالم على المضارب والمذاهب فيه
١٥٣	الامور التي تمتع على المضارب ويكون حكمه فيها حكم الوكيل
١٥٤	حكم بيع المضارب وشرائه بغير نقد البلد
١٥٥	ليس للمضارب أن يشتري من يتفق على رب المالم
١٥٦	شراء المضارب امر أقرب المالم وصحته
١٥٧	شراء المضارب من يتفق على رب المالم باذنه جائز
١٥٨	ليس للمضارب أن يشتري بأكثر من رأس المالم
١٥٩	يتمتع على المضارب دفع المالم الى آخر مضاربة
١٦٠	فروع في دفع المضارب المالم الى آخر مضاربة
١٦٢	الامور التي يمتنع على المضارب فعلها كإسراء الحمر والخنزير
١٦٣	جواز أخذ المضارب المالم من اثنين
١٦٤	فروع في مضاربة الواحد بمالم الاثنين وأحكامها
١٦٥	ضمان المضارب اذا تعدى بفعل ما ليس له فعله
١٦٦	أخذ المالم نصيبه في الربح إنما يكون بعد استيفاء رأس المالم
١٦٧	كل ماجرت العادة أن يتولاه العامل وجب عليه فعله
١٦٨	انفساخ المضاربة بتلف بعض رأس المالم قبل التصرف
١٦٩	كون العامل لا يستحق أخذ شيء من الربح الا بعد استيفاء رأس المالم
١٧٠	فروع في جبران الحسرن بالربح في المضاربة
١٧٢	حكم شراء رب المالم شيئاً لنفسه من مال المضاربة
١٧٣	شراء أحد الشريكين شيئاً من مال الشركة
١٧٤	حكم ما اذا ربح في سلعة وخسر في أخرى

صفحة	صفحة
٢٠٥ الامور التي لا يصح التوكيل فيها كالشهادة والايان والايلاء ونحوها	١٧٥ كون القول قول رب المال في رده اليه مع يمينه
٢٠٦ أحكام التوكيل في حقوق الله تعالى	١٧٦ فروع في أحكام رد الوضعة على الرج
٢٠٧ كل ما جاز التوكيل فيه جاز استيفاءه بحضرة الموكل وغيره	١٧٧ صحة القراض في المرض وحكم موت رب المال أو المضارب
٢٠٨ اشتراط الايجاب والقبول في الوكالة	١٧٨ لا يجوز للمضارب أخذ شيء من الربح الا باذن رب المال
٢٠٩ جواز القبول بالقول والفعل ، توكيل الوكيل غيره	١٧٩ كون المضاربة جائزة تنفسخ بالفسخ والموت والجنون
٢١٠ تعليق الوكالة على شرط . حكم توكيل الوكيل	١٨٠ فروع في أحكام فسخ المضاربة
٢١١ لا تصح الوكالة إلا في تصرف معلوم ، جواز توكيل عبد غيره	١٨١ انقاسخ القراض بموت أحد المتقارضين أو جنونه
٢١٢ بطلان الوكالة في الاشياء غير المعلومة	١٨٣ المضاربة بتلف المال قبل الشراء
٢١٣ كون الوكالة عقداً جائزاً من الطرفين	١٨٤ أنواع الشروط في المضاربة وانقسامها الى صحيح وقاسد
٢١٤ فروع فيما اذا وكل وكيلين في تصرف واحد	١٨٥ جواز التأقيت في المضاربة
٢١٥ بيان الامور التي يجوز للوكيل أن يوكل فيها والتي لا يجوز	١٨٦ بيان الشروط الفاسدة في المضاربة وأقسامها
٢١٧ الولي في النكاح له التوكيل في تزويج موليته	١٨٨ فروع ومسائل في المضاربة الفاسدة
٢١٨ فروع في التوكيل في الخصومة وفي اقراره على موكله	١٩٠ بطلان المضاربة بالدين
٢١٩ كون الوكيل يملك تسليم ما وكل في بيعه	١٩١ صحة المضاربة بالوديعة
٢٢١ أحكام اختلاف الموكل والوكيل إذا ادعى تلف الثمن	١٩٢ صحة المضاربة بالمال المنصوب
٢٢٢ اختلاف الموكل والوكيل في التصرف وعدمه	١٩٣ أحكام الاختلاف بين رب المال والمضارب
٢٢٣ اختلاف الوكيل والموكل في دعوى الرد وانكار الموكل	١٩٥ دعوى العامل القرضي ودعوى المالك القراض
٢٢٤ اختلاف الموكل والوكيل في اصل الوكالة	١٩٦ الاختلاف بين الشركاء في قبض عن المبيع المشترك
٢٢٥ فروع في اختلاف الوكيل والموكل	١٩٧ قبض أحد الشركيين بعض الدين المشترك بينهما بسبب واحد
٢٢٦ اختلافها في صيغة الوكالة	١٩٩ فصول في تصرفات العبد المأذون له في التجارة
٢٢٨ اختلافها في البيع نقداً أو نسيئة	٢٠١ (كتاب الوكالة)
٢٢٩ متى قبض الوكيل الثمن فهو أمانة في يده	٢٠٢ بيان الضوابط لمن يصح منه التوكيل والتوكيل
٢٣٠ حكم ما اذا وكله في شراء نقداً فاشترى مؤجلاً	٢٠٣ بيان الامور التي يجوز التوكيل فيها
	٢٠٤ جواز انوكيل في مطالبة الحقوق واثباتها والمحاكمة فيها

صفحة	صفحة
٢٦٧	٢٣٢
كون الوكالة لا تثبت بخبر الواحد وكذلك العزل	التوكيل في قضاء الدين وفروع فيه
٢٦٨	٢٣٣
الشهادة على التوكيل في الطلاق	فروع في الاشهاد على تصرفات الوكيل
٢٦٩	٢٣٧
حكم الحاكم بالوكالة بناء على اقرار الموكل أمامه	حكم شراء الوكيل والوصي من نفسها
٢٧٠	٢٣٨
سماع الشهادة بالوكالة عند الحاكم	شراء الحاكم أو أمينه من نفسها
٢٧١	٢٣٩
(كتاب الاقرار) وثبوتها بالكتاب والسنة والاجماع	التوكيل في التزويج واذن الوكيل في الشراء من نفسه
٢٧٢	٢٤٠
الخلاف في اقرار الصبي المميز وصحته	توكيل العبد في شراء نفسه من سيده
٢٧٣	٢٤١
فروع في أحكام اقرار المكره والعبد	فروع في تصرف الوكيل لنفسه
٢٧٤	٢٤٢
أحكام اقرار العبد وإقرار مولاه	شراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل
٢٧٥	٢٤٣
بيان من يصح الاقرار له. حكم الاقرار للوارث	وتصرف الوكيل بعد موت الموكل أو فسخه
٢٧٦	٢٤٤
حكم الاقرار بالحمل. فروع في الاقرار للوارث	خروج الوكيل أو الموكل عن اهلية التصرف
٢٧٧	٢٤٥
أحكام الاستثناء في الاقرار وأنواعه	تعدى الوكيل فيما وكل فيه وأحكامه
٢٧٨	٢٤٥
تحقيق معنى الاستثناء لغة وعرفاً والقول بأنه استدراك	توكيل امرأته لا يفسخ بطلاقها ، توكيل المسلم كافر أصحیح
٢٧٩	٢٤٦
فروع في استثناء العين من الورق والمكس	تلف العين التي وكل فيها يبطل الوكالة
٢٨٠	٢٤٧
جواز استثناء بعض ما دخل في المستثنى منه	فروع في دفع الترميم الدين إلى الوكيل في القبض
٢٨١	٢٤٨
أخوات إلا مثل إلا في الاستثناء بها	التوكيل في طلاق الزوجة وأحكامه
٢٨٢	٢٤٩
بطلان الاستثناء المستغرق بالاتفاق	شراء الوكيل غير ما وكل في شرائه وأحكامه
٢٨٣	٢٥١
حكم الاستثناء بعد الاستثناء	ملك الوكيل للتصرف الذي يقتضيه اذن الموكل نطقاً أو عرفاً
٢٨٤	٢٥٢
فروع في الابدال من المقر به	فروع في الامور التي لا يملك الوكيل العقد عليها
٢٨٥	٢٥٣
الاخبار بقضاء الدين لا يكون لإقراراً به	فروع في التوكيل في الشراء
٢٨٦	٢٥٤
فروع في الاخبار بقضاء الدين مع الاقرار به	بيان ما لا يجوز للوكيل مخالفة الموكل فيه
٢٨٨	٢٥٥
أحكام رجوع المقر عن إقراره وأنواعه	حكم ما اذا وكله في الشراء نقداً أو نسيئة
٢٨٩	٢٥٦
فروع في الاقرار بالنصب	باكثر من النقد
٢٩٠	٢٥٦
أحكام الاقرار بالمبهم والمجهول	البيع باكثر من الثمن الذي عينه الموكل
٢٩١	٢٥٧
الاقرار بالدرهم مطلقاً ينصرف الى الحياد الوافية الحالة	فروع في تصرفات الوكيل المخالفة لاذن الموكل
٢٩٣	٢٦٠
الالفاظ التي يحصل بها الاقرار	التوكيل في شراء سلعة موصوفة
٢٩٤	٢٦١
فروع في الاقرار بدراهم مطلقة ثم تفسيرها	فروع في الرد بالعيب وثبوتها للوكيل والموكل
٢٩٥	٢٦٣
فروع في تكرار المقر به واتباعه مثله	انتقال الملك من البائع الى الموكل في شراء الوكيل
	٢٦٥
	فصول في اشهادة على الوكالة وأحكامها

صفحة	صفحة
٣٣٤	٢٩٧
حكم إقرار الابن بأخ له أو انكار النسب بعد الإقرار	وذكر المشيئة بعد الإقرار
٣٣٥	٢٩٨
إقرار المرأة بولدها وحكمه	فروع في حكم الاضراب ييل ولكن بعد الإقرار
٣٣٦	٣٠١
الإقرار بولد من أمة لها ثلاثة أولاد	فروع مختلفة في الفاظ الإقرار المقبول منها وغيره
٣٣٧	٣٠٣
فروع في الإقرار بالمبهم	استثناء مازاد عن النصف غير جائز
٣٣٨	٣٠٤
إقرار الوارث بدين على أبيه	الاستدلال على امتناع استثناء مازاد على النصف
٣٣٩	٣٠٥
فروع في إقرار الوارث بدين على أبيه	استثناء النصف فيه وجبان
٣٤٠	٣٠٦
الإقرار ببعض المدعى لاحد المدعين	استثناء المفسر من المبهم والعكس
٣٤١	٣٠٦
لزوم اليمين على من القول قوله لخصمه	فروع في استثناء المفسر والمبهم
٣٤٢	٣٠٨
حكم الإقرار بدين في مرض الموت	الإقرار بالمال ثم تفسيره بوديعة ونحوها
٣٤٤	٣١٠
أحكام الإقرار للوارث	اختلاف المقر والمقر له في تفسير المقر به
٣٤٥	٣١١
حكم ما إذا أقر لوارث ثم صار غير وارث	فروع في الإقرار بالمبهم ومطالبة المقر بالبيان
٣٤٦	٣١٢
بيان الإقرار لوارث وأجنبي	تفسير المقر لإقراره ومتى يقبل
٣٤٧	٣١٣
إقرار المريض بوارث أو باحبال أمة	أحكام الإقرار بالمجهول وصحته ووجوب تفسيره
٣٤٨	٣١٥
بيان ما يثبت به الإقرار	الإقرار بالمال مطلقاً وتفسيره بالقليل والكثير
٣٤٩	٣١٧
انواع الإقرار بالمشيئة	استثناء المبهم وتفسيره
٣٥٠	٣١٨
فروع في الصبغ التي يحصل بها الإقرار	بيان ما إذا قال علي كذا أو كذا كذا أو كذا وكذا
٣٥٣	٣٢٠
التعليق في الإقرار . الإقرار بصيغة الشك (كتاب العارية ومناها وحكمها)	الإقرار بالرهن وقول المالك انه وديعة
٣٥٤	٣٢١
الاستدلال على أن الاعارة مندوبة غير واجبة	فروع في اختلاف المقر والمقر له
٣٥٥	٣٢٤
اشتراط كون العارية مضمونة لا يسقط ضمانها	إقرار الرجل بجزية العبد ثم شراؤه له
٣٥٦	٣٢٥
جواز الرجوع للمعير متى شاء	إقرار أحد الوارثين بأخ أو أخت
٣٥٧	٣٢٦
ضمان العارية بمثلها وردها ان كانت باقية	إقرار جميع الورثة بنسب من يشاركون
٣٥٨	٣٢٨
أما تصح العارية من جائز التصرف . اعارة كل ما ينتفع به	فروع في الإقرار بالنسب
٣٥٩	٣٢٩
امتناع اعارة العبد المسلم لكافر	فروع في الإقرار بالوارث
٣٦٠	٣٣٠
المستعير استيفاء المنفعة بنفسه وبوكيله	إقرار الوارث بمن يحجه
٣٦١	٣٣١
أحكام اجارة الممار ورهنه	إثبات الارث والنسب بالإقرار
٣٦٢	٣٣٢
فروع في رهن العارية	الإقرار بالوارث
٣٦٣	٣٣٣
جواز اطلاق العارية ونوفيتها	شهادة الورثة المدول بنسب من يشاركون في الميراث
٣٦٤	٣٦٥
فروع في رجوع المعير في العارية . وحكمه	

صفحة	صفحة
٣٩٦ دخول الارض المنصوبة والبيع والشراء فيها	٣٦٨ جواز استعارة الدابة ليركبها
٣٩٧ وجوب رد المنصوب بزيادته وأرش نقصه	٣٦٩ فروع في الانتفاع بالعارية وفي مؤنة ردها
٤٠٠ ضمان نقص القيمة لا يجب على الفاضب	٣٧١ اختلاف رب الدابة وراكبها بين الاعارة
٤٠٢ ذهاب بعض أجزاء المنصوب في يد الفاضب	والاجارة
٤٠٣ تصرف الفاضب في المنصوب وحكمه وما اذا يجب عليه ؟	٣٧٢ دعوى الراكب الاعارة ودعوى المالك المنصب
٤٠٥ فروع في تصرف الفاضب في المنصوب بزيادة أو نقص	٣٧٤ (كتاب المنصب) ومعناه ودليله من الكتاب
٤٠٦ خلط المنصوب بغيره: حكم كسب المنصوب ونمائه	والسنة والاجام
٤٠٧ وطء التجارية المنصوبة وماذا يجب على الواطيء الفاضب ؟	٣٧٥ تصور نصب الاراضي والدور وضماها
٤٠٩ بيع الفاضب للجارية المنصوبة ووطء المشتري لها	٣٧٦ ما يضمن به المنصوب . حكم نصب الكلب
٤١٢ وجوب الحد على من استكره الامة على الزنا	والحمر
٤١٣ اجارة الفاضب للمنصوب باطلة	٣٧٧ فروع فيما يضمن به المنصوب
٤١٤ حكم ايداع المنصوب والتوكيل في بيعه	٣٧٨ زرع الارض المنصوبة وماذا يجب فيه
٤١٥ حكم هبة المنصوب وبطلان تصرفات الفاضب	٣٧٩ حكم الفرس والبناء في أرض الغير بغير اذنه
٤١٦ الاجار بالامان المنصوبة	٣٨٠ فروع في الفرس والبناء في الارض بغير إذن
٤١٧ وجوب قيمة المنصوب على الفاضب إذا لم يقدر على رده	صاحبها
٤١٩ وجوب قيمة الولد إذا غصبت أمه حاملاً فولدت في يد الفاضب ثم مات ولدها	٣٨١ تخصيص الدار المنصوبة وتزويقها وإزالتها
٤٢١ حكم ما اذا كان المنصوب من المثليات وماذا يجب فيه	بطلب صاحبها
٤٢٣ وجوب رد المنصوب مع أجره مثله ان كانت له أجره	٣٨٢ فروع في نصب الارض
٤٢٤ حكم ما اذا غصبت شيئاً وشغله بملكه	٣٨٣ وجوب أجره الارض على الفاضب من حين
٤٢٦ ابتلاع البهيمة للجوهرة المنصوبة	غصبها إلى تسليمها
٤٢٧ دخول رأس الشاة المنصوبة في فمهم	٣٨٤ فروع في زرع الارض المنصوبة والبناء فيها
٤٢٨ وقوع الدينار المنصوب في الحبرة وترقيع السفينة باللوح المنصوب	٣٨٥ وجوب ضمان نقص الارض المنصوبة
٤٢٩ خلط المنصوب بما يمكن تمييزه وخلطه بمثله من جنسه	٣٨٦ بيان قدر الارش في الجنابة على المنصوب
٤٣٠ خلط المنصوب بخير منه أو دونه أو بغير جنسه	٣٨٨ الجنابة على العبد المنصوب وماذا يجب فيها
	٣٨٩ حكم جنابة العبد المنصوب وضماها على الفاضب
	٣٩٠ فروع في النقص في عين المنصوب وأحكامه
	٣٩٢ استرجاع الارض المنصوبة وفيها زرع ثم
	٣٩٣ فروع في استرجاع الارض المنصوبة إذا كان فيها زرع للفاضب
	٣٩٥ حكم عمر الشجر المنصوب ودخول الارض المنصوبة

صفحة	صفحة
٤٦٤	٤٣١
٤٦٥	٤٣٢
٤٦٧	٤٣٣
٤٦٨	٤٣٦
٤٧٠	٤٣٧
٤٧١	٤٣٨
٤٧٢	٤٣٩
٤٧٣	٤٤١
٤٧٤	٤٤٢
٤٧٥	٤٤٣
٤٧٦	٤٤٤
٤٧٧	٤٤٥
٤٧٨	٤٤٦
٤٧٩	٤٤٧
٤٨٠	٤٤٨
٤٨٢	٤٤٩
٤٨٣	٤٥١
٤٨٥	٤٥٣
٤٨٦	٤٥٤
٤٨٧	٤٥٦
٤٨٨	٤٥٧
٤٩٠	٤٥٨
٤٩١	٤٥٩
	٤٦٠
	٤٦١
	٤٦٢
	٤٦٣

صفحة	صفحة
٥١٨	٤٩٢
دعوى الشفيع الحاضر على من في يده نصيب	تقديم الرد باليب على الاخذ بالشفعة
الغائب أنه اشتراه منه	٤٩٣
٥١٩	تلف المبيع قبل قبضه يطل الشفعة وكذا ان
فروع في دعوى استحقاق الشفعة	خرج الثمن مستحقا
٥٢٠	٤٩٤
دعوى كل واحد من الشريكين على صاحبه	بطلان الاقالة بعد الاخذ بالشفعة
أنه يستحق ما في يديه بالشفعة	٤٩٥
٥٢١	ثبوت المطالبة بالشفعة للصغير اذا كبر
اختلاف المتبايعين في ثمن الشقص	٤٩٦
٥٢٢	حكم أخذ الولي بالشفعة لموليه
شراء شقص له شفيهان وادعاء عفو أحدهما	٤٩٧
٥٢٣	بيع وصي الايتام لأحدهم نصيبا في شركة آخر
بيان ان تقسيم الشقص على الشفهاء انما يكون	وأخذه بالشفعة
بقدر حصصهم	٤٩٨
٥٢٤	عفو الولي عن شفعة الصبي التي له فيها حظ
فروع في تقسيم الشقص على حصص الشفهاء	٤٩٩
٥٢٧	للعامل في المضاربة الاخذ بالشفعة في شقص مال
حكم ما إذا ترك أحد الشفهاء حقه وماذا يفعل	المضاربة
الاخرون؟	٥٠٠
٥٢٨	حكم بناء المشتري وغرسه في الشقص المشفوع
فروع في ان الشفعة لا تسقط لقيمة الشفهاء	٥٠٢
٥٣٠	حكم الزرع في الارض المشفوعة وبراء المبيع في
إذا اشترى رجل شقصاً من رجلين للشفيع	يد المشتري
أخذ نصيب أحدهما فقط	٥٠٣
٥٣١	تلف الشقص المشفوع أو بعضه في يد المشتري
حكم بيع الشقص لثلاثة دفعه واحدة	٥٠٥
٥٣٢	اخذ الشقص المشفوع انما يكون بالثمن الذي
تعدد الشقص المشفوع بتعدد الشركاء كدار	الذي استقر عليه العقد
بين أربعة	٥٠٦
٥٣٤	استحقاق الشفيع الشقص بالثمن الذي استقر
رجوع الشفيع انما يكون على المشتري والمشتري	عليه العقد
على البائع	٥٠٧
٥٣٥	أخذ الشقص بالاجل اذا كان ثمنه مؤجلاً
حكم الشفيع في الرد باليب حكم المشتري من	٥٠٨
المشتري	ثبوت الشفعة في الشقص اذا بيع مع مالا شفعة فيه
٥٣٦	٥٠٩
انتقال حق الشفعة للورثة اذا طالب بها الميت	بيع شقصين من أرضين صفقة واحدة
٥٣٧	٥١٠
الاستدلال على ان الشفعة لا تورث عند ترك	عجز الشفيع عن ثمن الشقص يسقط الشفعة
الميت طلبها	٥١١
٥٣٨	امتناع الاحتيايل على إسقاط الشفعة
إشهاد الشفيع على المطالبة بالشفعة	٥١٢
٥٣٩	فروع في أنواع الاحتيايل لاسقاط الشفعة
الوصية بالشقص المشفوع	٥١٣
٥٤٠	الاستدلال على تحريم الحيل في دين الله تعالى
حكم شراء المرتد للشقص المشفوع أو رده	٥١٤
بعد الشراء	عند اختلاف الشفيع والمشتري في الثمن يكون
٥٤١	القول قول المشتري
أذن الشريك في البيع ثم مطالبته بالشفعة	٥١٥
٥٤٢	فروع في اختلاف الشفيع والمشتري في الثمن
توكل الشفيع في البيع لا يسقط الشفعة	٥١٦
	دعوى الشفيع على بعض الشركاء وشراء نصيبه
	٥١٧
	ادعاء المشتري ان الشراء لغيره

صفحة	صفحة
٥٢٣	ضمان الشفيع للمهدة واختياره امضاء العقد لا
٥٢٣	يسقط الشفعة
٥٢٣	بيان ما إذا كانت دارين ثلاثة واشترى اجني
٥٢٤	نصيب أحدهم
٥٢٤	المصالحة على جزء من دار تثبت الشفعة في الباقي
٥٢٥	٥٤٦ شراء أحد الشركاء نصيب أحد شريكه وبيعه لاجني
٥٢٥	٥٤٧ فروع في شراء أحد الشركاء نصيب أحد شريكه
٥٢٦	٥٥١ بيان ان الشفعة لا تثبت لكافر على مسلم
٥٢٧	٥٥٢ ثبوت الشفعة للذمي على الذمي وحكمها في
٥٢٧	أهل البدع
٥٢٨	٥٥٣ ثبوت الشفعة للبدوي على القريني وسقوطها
٥٢٨	في سواد العراق
٥٢٩	٥٥٤ (كتاب المساقاة) ومعناها
٥٢٩	٥٥٥ ثبوت المساقاة بالسنة والاجماع
٥٢٩	٥٥٦ جواز المساقاة في جميع الشجر المثمر
٥٢٩	٥٥٧ عدم جوازها فيها لا ثمرة له كالصفصاف والجوز
٥٢٩	٥٥٨ حكم المساقاة على الثمرة الموجودة هل تصح أم لا
٥٢٩	٥٦٠ المساقاة على شجر من أجناس كالتين والزيتون
٥٢٩	والكرم
٥٢٩	٥٦١ فروع في الشروط التي تبطل بها المساقاة
٥٢٩	٥٦٢ اشترط الامور التي تبطل بها المساقاة
٥٢٩	٥٦٣ صحة مساقاة أحد الشريكين شريكه
٥٢٩	٥٦٤ صحة المساقاة على البعل من الشجر
٥٢٩	٥٦٥ بيان ما يلزم العامل عند اطلاق عقد المساقاة
٥٢٩	٥٦٦ اطلاق عقد المساقاة وماذا يجب فعله على
٥٢٩	العامل أو المالك
٥٢٩	٥٦٧ كون الجذاذ والحصاد واللقاط على العامل
٥٢٩	٥٦٨ كون المساقاة والمزارعة من العقود الجائزة
٥٢٩	٥٦٩ الاستدلال على أن المساقاة عقد جائز
٥٢٩	٥٧٠ تقدير مدة المساقاة هل هو شرط فيها أم لا؟
٥٢٩	٥٧١ بيان ما يتقدر به أقل مدة المساقاة
٥٢٢	كون خيار الشرط لا يثبت في المساقاة
٥٢٣	فروع في أن المساقاة لا تفترق الى ضرب
٥٢٤	مدة على القول بجوازها
٥٢٤	هروب العامل في المساقاة وكونه أمينا
٥٢٥	والقول قوته
٥٢٥	عجز العامل عن العمل . اختلافهما في الجزء
٥٢٦	المشروط للعامل
٥٢٦	٥٢٦ انما يملك العامل حصته من الثمرة بظهورها
٥٢٧	٥٢٧ اشترط دارهم معلومة مع جزء من الثمرة لا يصح
٥٢٨	٥٢٨ معاملة العامل في المساقاة لا خر على الأرض
٥٢٩	والشجر لا تجوز
٥٢٩	٥٢٩ المساقاة على غرس الشجر والعمل فيه حتى
٥٢٩	يشمر جائزة
٥٢٩	٥٨١ (باب المزارعة والخابرة ومعناها)
٥٢٩	٥٧٢ المزارعة والخابرة ومعناها
٥٢٩	٥٨٣ الدليل على جواز المزارعة
٥٢٩	٥٨٥ الاستدلال على جواز المزارعة منفردة عن المساقاة
٥٢٩	٥٨٨ جواز المزارعة على أرض فيها شجر ساقاه عليه
٥٢٩	٥٨٩ يشترط في المزارعة أن يكون البذر من رب الارض
٥٢٩	٥٩٠ فروع فيمن يجب عليه البذر في المزارعة
٥٢٩	٥٩١ صحة كون البذر منهما نصفين بشرط أن
٥٢٩	يكون الزرع بينهما كذلك
٥٢٩	٥٩٢ الشروط التي تمتنع في المزارعة
٥٢٩	٥٩٣ بيان الشروط الفاسدة في المساقاة والمزارعة
٥٢٩	وأقسامها
٥٢٩	٥٩٤ إذا دفع رجل بذره الى صاحب الارض
٥٢٩	ليزرعه في أرضه
٥٢٩	٥٩٥ حكم الحب الساقط اذا ثبت في الارض عما آخر
٥٢٩	٥٩٦ اجارة الارض خاصة وجوازها بالذهب
٥٢٩	والووق والعروض
٥٢٩	٥٩٧ اجارة الارض بالطعام وأقسامها وأحكامها